

شَرْحُ مِثَالِ الْفَارِسِيِّ

أبي عبد الله محمد بن أحمد بن محمد المالكي المتوفى سنة ١٠٧٢ هـ

على

تحفة الأحكام في نكته العقود والأحكام

لأبي بكر محمد بن محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي المتوفى سنة ٨٢٩ هـ

وبالهامش

حاشية أبي عاصم الحسن بن جمال المعداني - المتوفى سنة ١١٤٠ هـ

على الشرح والتحفة

ضبطه وصححه

عبد اللطيف حسن عبد الرحمن

تنبيه

وَضَعْنَا شَرْحَ مِثَالِ الْفَارِسِيِّ فِي أَعْلَى الصَّفَحَاتِ وَفِي أَسْفَلِهَا حَاشِيَةً
الْمُعْدَانِي مَقْصُوبًا لِأَبَيْنَهُمَا بِحِطِّ ، وَوَضَعْنَا أَرْجُوزَةً خَفِيَّةً لِلْحَكَّامِ
صَفَى شَرْحَ مِثَالِ الْفَارِسِيِّ وَمِيزْنَا أَبْيَاتَهَا بِالْحَرْفِ الْأَسْوَدِ

الجزء الثاني

منشورات

محمد علي بيضون

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

جميع الحقوق محفوظة

جميع حقوق الملكية العربية والفنية محفوظة لدار الكتب العلمية بيروت - لبنان ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنضيد الكتاب كاملاً أو مجزأً أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر أو برمجته على اسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً.

Copyright ©
All rights reserved

Exclusive rights by DAR al-KOTOB al-ILMIYAH Beirut - Lebanon. No part of this publication may be translated, reproduced, distributed in any form or by any means, or stored in a data base or retrieval system, without the prior written permission of the publisher.

الطبعة الأولى

١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف - شارع البحري - بناية ملكارت
هاتف و فاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٣٧٨٥٤١ (٩٦١ ١) ٠٠
صندوق البريد : ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH
Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif,Bohtory st.,Melkart bldg., 1st Floor
Tel + Fax : 00 (961 1)-378541 - 366135 - 364398
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

ISBN 2-7451-2692-X



<http://www.al-ilmiyah.com/>

e-mail: sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com
baydoun@al-ilmiyah.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فصل في بيع الخيار والثنيا

بَيْعُ الْخِيَارِ جَائِزُ الْوُقُوعِ لِأَجْلِ يَلِيْقُ بِالْمَبِيعِ
كَالشَّهْرِ فِي الْأَضَلِّ وَالْأَيَّامِ فِي غَيْرِهِ كَالْعَبْدِ وَالطَّعَامِ
وَهُوَ بِالْأَشْتِرَاطِ عِنْدَ الْعَقْدِ وَلَا يَجُوزُ فِيهِ شَرْطُ النَّقْدِ

ابن عرفة: بيع الخيار بيع وقف بته أولاً على إمضاء يتوقع فخرج بقوله: وقف بته بيع البت والبيع الذي فيه خيار غير مدخول عليه ابتداء، وهو الخيار الحكمي أي الذي أدى إليه حكم كمن اشترى شيئاً على البت فاطلع على عيب فإنه مخير بين الرد والتماسك لأنه وقع على البت، ولم يتوقف بته أولاً على إمضاء يتوقع فيقال فيه بيع آل إلى خيار لا أنه بيع مني على خيار، وبيع الثنيا قال ابن عرفة: عمم ابن رشد لفظ بيع الثنيا في بياعات الشروط المنافية للبيع، قال في المقدمات: بيع الشروط المسماة عند العلماء بيع الثنيا كالبيع على أنه لا يبيع ولا يهب. ابن عرفة: وخص الأكثر بمعنى قولها في بيوع الأجال، فمن ابتاع سلعة على أن البائع متى رد الثمن فالسلعة له قال فيها: لا يجوز لأنه سلف جر نفعاً اه. وهذا المعنى الذي خصه به الأكثر هو المعروف اليوم ببيع الثنيا وهو الذي قصد الناظم بدليل ما يذكره بعد. قوله: بيع الخيار جائز الوقوع. البيتين أخبر أن البيع على الخيار جائز. قال في المدونة: وبيع الخيار جائز، وذلك أن يقول الرجل: أشتري منك هذا الشيء وأنا عليك فيه بالخيار إلى وقف كذا. قال في التوضيح: موجب الخيار إما من جهة العاقد أو المعقود عليه، والأول هو التروي الثاني هو التقصية، (وخيار التروي مستثنى) من بيع الغرر للتردد في العقد، لكن أجازته الشرع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فصل في بيع الخيار والثنيا

(ص): بيع الخيار جائز الوقوع. إلى آخر الأبيات الثلاثة.

قوله: (وخيار التروي مستثنى الخ) عبارة المازري في تعليقه الغرر ما نصه: لانعقاد البيع على أحدهما وبقائه على حكم الآخر وما يراه ولا يدري صاحبه هل يتم بيعه أم لا الخ. وكون هذا البيع رخصة هو الذي يظهر رجحانه من أنقالمهم وذكرناها في الشرح. قال الوانوعي: إذا قلت هو عزيمة فالدليل على إباحته هو الدليل على إباحة سائر البيوع، وإن قلنا هو رخصة فدليله خاص به الخ انظر

ليدخل من له الخيار على بصيرة بالثمن والمثمن، ولهذا قال الشافعي رضي الله عنه: لولا الخبر عن رسول الله ﷺ ما جاز الخيار أصلاً لا في الثلاثة ولا في غيرها اهـ. وبعد الحكم بجوازه لا بد له من ضرب أجل. ابن الحاجب: وحده يختلف باختلاف السلع بقدر الحاجة، ففيها في الدار الشهر ونحوه وقيل الشهران وفيها في الرقيق الجمعة ونحوها، وقيل شهر لكتمانه عيوبه، وفيها يركب الدابة اليوم ونحوه، ولا بأس أن يشترط البريدين هذا في الركوب وإلا فتجوز الثلاثة، وفي الثوب الثلاثة، ولا يشترط لباسه بخلاف استخدام الرقيق. التوضيح: وفي قوله بقدر الحاجة أشار إلى أنه يضرب من الأجل أقل ما يمكن تقليلاً للغرر المذكور. ثم قال في التوضيح: (فإن شرط لباس الثوب) فقالوا يفسد العقد فإذا فسخ لزمه الكراء لأجل اللبس، ابن يونس بلا خلاف، وقيل لا كراء عليه كسائر البيوع الفاسدة في كون المشتري لا يرد الغلة اهـ. وآخره بالمعنى وظاهره أن القول بعدم الكراء مخرج لا منصوص. في المدونة: ومن اشترى شيئاً

الشرح. وقول الشافعي: لولا الخبر الخ يقتضي أن السنة أجاز هذا البيع هو الدليل الخاص الذي أشار إليه الواوغي.

قوله: (فإن شرط لباس الثوب الخ) الحق في الثوب هو رد أجرته وهو قول المختصر، أو لبس ثوب ورد أجرته. وعبارة ابن يونس: إذا نقض كان على المبتاع قيمة لبسه، هذا حاصل ما ذكره في شرط لبس المبتاع الثوب بلا كراء، وقول هذا الشارح عن التوضيح، وقيل: لا كراء عليه كسائر البيوع الفاسدة في كون المشتري لا يرد الغلة فيه بحثان: أحدهما: أن هذا قول مخرج لا منصوص كما يظهر من كلام ابن يونس. الثاني: أن الفساد جاء من هذا الشرط فإن لم يرد قيمة اللبس تم له فعله الحرام مع أن لبس الثوب ليس هو علة كما بيناه هنا حتى يقاس على العلل في الفساد فافهم. وههنا مسائل كثيرة: السكنى للدار، واستخدام العبد، وركوب الدابة، ولبس الثوب إلى غير ذلك، وقد أطال الناس الكلام في ذلك في الشرح، والذي يتحصل من كلامهم أن ما يتوقف الاختبار عليه جائز فعله اشترطه المشتري أو لا، كثر أو لا، إذ كأنه مدخول عليه، ولا كراء فيه على المشتري والثوب، إنما يحتاج إلى قياسه والنظر إليه فقط، بخلاف ركوب الدابة التي للركوب، واستخدام عبد لخدمة مما يتوقف الاختبار على فعله، والدار إن كان اختبارها يحصل بلا سكنى فلا يسكن وإلا سكن على الخلاف في ذلك، وكل ما هو لغير الاختبار فلا يجوز فعله بلا شرط كراء، وأما به فقد ذكروا في ذلك ما يفيد الجواز لاشتراطه، ومن المعلوم أن البيع والكراء يجوز في صفقة واحدة، وإن فعل ما لا يجوز فعله فيما يظهر أي التافه لأنه تصرف في ملك الغير، وقد لفقنا في هذا ما نصّه:

وكل فعل في مبيع بالخيار	يجوز مطلقاً بقصد الاختبار
وفعله من غير إذن يرتكب	كخدمة من عبدها فيما وجب
وفاعل من غير شرط حظرا	لغير خبرة كشرط قسرا
من غير أجله وبأجل جوزن	وتافهاً من غير شرطه امنعن
في ظاهر وجوب أجر انتفى	في تافه وجائز قد عرفا

من الرطب والفواكه والخضر على أنه بالخيار فإن كان الناس يشاورون في هذه الأشياء غيرهم ويحتاجون فيه إلى رأيهم فلهم من الخيار في ذلك بقدر حاجة الناس بما لا يقع فيه تغيير ولا فساد، وإلى هذا كله أشار الناظم بقوله: لأجل يليق بالمبيع كالشهر في الأصل الخ. قوله: وهو بالاشتراط عند العقد يعني أن خيار التروي إنما يصح بالشرط لا بالمجلس كما في الحديث: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا» بل لا بد من كونه مشروطاً مدخولاً عليه ابتداء كما تقدم في حد ابن عرفة لبيع الخيار. قوله: ولا يجوز فيه شرط النقد يعني أنه لا يجوز في بيع الخيار اشتراط نقد الثمن قبل مضي أجل الخيار، فإن تطوع المشتري بدفعه من غير أن يشترط عليه فذلك جائز. قال في المدونة: والنقد فيما بعد من أجل الخيار أو قرب (لا يحل بشرطه)، وإن كان بيع الخيار بغير شرط النقد فلا بأس بالنقد فيه. ابن الحاجب: والنقد بغير شرط جائز، وفي فساد البيع باشتراطه قولان. التوضيح: والمعروف الفساد مع الاشتراط. فرع: لا يجوز في شيء من السلع أن تكون فيه مدة الخيار مجهولة، فإن عقداً على ذلك كقولهما إلى قدوم زيد ولا أمانة عندهم على قدومه، أو إلى أن يولد لفلان ولا حمل عنده، أو إلى أن ينفق سوق السلعة ولا أوان يغلب على الظن عرفاً أنها تنفق فيه، إلى غير ذلك مما يرجع إلى الجهل بالمدة فالبيع فاسد، لكن إن وقع على أنه بالخيار ولم يعين مدة ولا مجهولة فالعقد صحيح، ويحمل على خيار مثل السلعة كما تقدم، ولو زاد في مدة الخيار على ما هو أمد خيارها فسد البيع، قاله في التوضيح. فرع: إذا بيع ما لا يعرف بعينه على خيار كالمكيل والموزون لم يجز على شرط غيبة أحد المتبايعين عليه لأنه يكون تارة سلفاً، انظر التوضيح.

وَالْبَيْعُ بِالثَّنْيَا لِفَسْخِ دَاعٍ وَالخَرْجُ بِالضَّمَانِ لِلْمُبْتَاعِ

ولكن وقف على بسط هذه الأمور في الشرح وتعليقاتها. قوله: (لا يحل بشرطه الخ) وجه المنع مع الشرط لأنه شرط سلف في البيع بناء على أن الشرط السلف مضر ولو احتمالاً كما في صورتنا، لأنه يحتمل أن يتم البيع فلا يكون سلفاً، ويحتمل أن لا يتم فيكون سلفاً، وهذا بخلاف النقد تطوعاً فافهم. وهذه مسائل ذكرها في المختصر، وهذا الشارح أشار إليها، ونص المختصر هو قوله: وفسد بشرط مشاورة بعيد أو مدة زائدة أو مجهولة، أو غيبة على ما لا يعرف بعينه، أو ليس ثوب ورد أجرته ويلزم بانقضائه ورد في كالفد، وبشرط نقد كغائب وعهده ثلاث ومواضعة وأرض لم يؤمن ربتها الخ. وصاحب التحفة من عاداته يقتصر على بعد المسائل ويترك الغير وذلك مشوش للفكر، وكذلك هذا الشارح يزيد على التحفة شيئاً من أشياء ويترك بعضها، واللائق هو ذكر الجميع أو ترك الجميع، لأن زيادة شيء فقط ربما توقع في الوهم أن ذلك المزيد المذكور غيره ليس حكمه كذلك، وقول المختصر: وأرض لم يؤمن ربتها صحيح وأن التطوع بالنقد فيها جائز، واعتراض المتن لا عبرة به وإن بويع على ذلك، وقد بينا ذلك في الشرح والحمد لله.

(ص): والبيع بالثنيا لفسخ داع إلى آخر الأبيات الثلاثة.

وَلَا كِرَاءَ فِيهِ هَبْنَهُ لِأَجَلٍ أَوْ لَا وَذَا الَّذِي بِهِ جَرَى الْعَمَلُ
وَالشَّرْحُ لِلثَّنْيَا رُجُوعُ مَلِكٍ مَنْ بَاعَ إِلَيْهِ عِنْدَ إِخْضَارِ الثَّمَنِ

تقدم أول هذه الترجمة بعض الكلام على تعريف بيع الثنيا ما هو وأنه البيع، على أن البائع متى أتى بالثمن يريد أو إلى مدة كذا فالمبيع مردود عليه، وعلى هذا نبه بالبيت الثالث (ولو قدمه) على الذي قبله لكان أولى لما في كلامه من تقديم الحكم على التصور، فإذا وقع العقد على ذلك فسخ ما لم يفت، فإذا فسخ لم يرد المشتري الغلة لأن الضمان كان منه فالغلة له لخبر الخراج بالضمان كان لأجل أو لغير أجل لا يرد الغلة. قال المتيطي: أما الثنيا فلا يجوز انعقاد البيع عليها في شيء من الأشياء وهو أن يقول: أبيعك هذا الملك أو هذه السلعة بثمان كذا على أنني إن أتيتك بالثمن إلى مدة كذا وقال متى أتيتك به ولم يحد مدة فالمبيع مردوداً إلى مصروف علي، فإن تباعا على ذلك فسخ البيع ما لم يفت ذلك بيد المبتاع فيلزم القيمة يوم القبض. (وفوت الأصول) لا يكون إلا بالهدم

قوله: (ولو قدمه الخ) هذا إنما هو أمر مستعمل حيث يكون التصور بالقرب كما في قول المختصر يرفع الحدث بالمطلق، ثم قال بأثره: وهو ما صدق الخ. وفي الصحيح: كأنها شوك السعدان هل تدرؤن ما شوك السعدان؟ أو كما هو لفظه ﷺ. ولعل الناظم إنما فسر الثنيا بما ذكره ليوافق مذهب الأكثر تاركاً لما قاله ابن رشد كما رأيت صدر كلام هذا الشارح. قوله: (وفوت الأصول الخ) هذا تطويل مع قلة جدواه لأن هذا بيع فاسد، فالفوات فيه كغيره ويأتي في محله، وإن قيل هو سلف جر نفعاً فيجري عليه أي على السلف الفاسد، والراجح فيه عند الفوات أنه كالبيع الفاسد، وفي التزامات الحطاب: فهل العقدة بيع فاسد أو هي من باب سلف جر نفعاً؟ وعلى ذلك يبنى أمر الغلة، فمن قال بالسلف يرد الغلة لأنه لا يبيع وهذا كله بعد قبض دافع الثمن السلعة، وأما إن بقيت في يد مالكة الأول فالانفاق على رد ما استغله المبتاع في الظاهر، وكذلك إن كان مقصودهما هو الرهن ولكن جعلاً صورة البيع وقصداً سلفاً جر نفعاً فلا إشكال في رد ما استغله، ومذهب المدونة أنه يبيع فاسد لأنه يبيع وسلف، قال أبو الحسن: معنى قولها يبيع وسلف أنه تارة يكون سلفاً وتارة يكون بيعاً، لا أنه يكون له حكم البيع والسلف في الفوات بل فيه القيمة ما بلغت الخ. وحكم القرض الفاسد في الفوات هو مبين في باب القرض فانظره في الشرح عند قول المتن فالقيمة كفاسدة بأن فات بمفوت البيع الفاسد وهذا هو الراجح كما أشرنا إليه أولاً قبل هذا. وقول الناظم: ولا كراء فيه الخ هذا رأيت أنه هو القول المشهور المعمول به، ومقابله هو رد الغلة بناء على أن هذا سلف جر نفعاً لا يبيع فاسد، ولذلك قال ابن هلال في نوازله ونصح وبين الحق وأوضح ما نصه قال سحنون وابن الماجشون هو سلف جر نفعاً وعليه فالغلة ترد، صرح بذلك الباجي وابن زرقون وقاله الشيخان القاسبي وابن شبلون في الثنيا المقيدة بأجل، وبه أفتي لتمامي الناس في هذه الأزمنة عليها بدرعة والأودية فهو سلف جر نفعاً حقيقة اهـ. المقصود منه والمؤجلة هي التي ثبت فيها عندنا ما ذكرناه، والتأجيل دليل على المقصود القبيح الذي أشرنا إليه، والتهمة في المؤجلة تكثر ولذلك قال البرزلي: وإذا وقع إلى أجل فالكراء فيه وهو قول كثير من ثقة العلماء من أصحاب مالك وقال قبله: وبه كان يفتي ابن وهب، ويدل لذلك قول ابن عبد الغفور كما في ابن سلمون: إن كانت العقدة لأجل فرد الغلة لا

والبناء والغرس ونحو ذلك، هذا مذهب مالك وأصحابه إلا أشهب وأصبيغ فإنهما يقولان يفيتها حوالة الأسواق كالعروض والحيوان سواء، وللمبتاع ما اغتلت في الملك قبل الفسخ إلا أن يكون في الأصول حين البيع ثمر مأبور واشترطه المبتاع فإنه يرد مع الأصول إن كان حاضراً، أما مكيلته إن علمها ووجده يابساً أو القيمة إن جهل الكيل وجده رطباً على ما تقدم، هذا هو القول المشهور والمعمول به اهـ. وحكى ابن سلمون في بيع الثنيا قولين هل هو بيع فاسد فلا يرد المشتري الغلة أو سلف جر نفعاً وعليه فيرد الغلة وتكون للبائع قال: والذي عليه أكثر العلماء وهو قول مالك وابن القاسم أنه لا كراء فيه كان إلى أجل أو إلى غير أجل لأنه بيع فاسد عندهم وبه العمل، وقال ابن عبد الغفور: إن وقع إلى أجل كان فيه الكراء لأنه كالرهن، وإن وقع إلى غير أجل فلا كراء فيه انتهى بالمعنى.

تنبيهات: الأول: ما تقدم من أن المشتري لا يرد الغلة إنما هو (فيما حدث) عنده أما إن

بَدَّ منه لأنه رهن وإلا فلا رد. وفي المتيطي بعد ذكره أن المشهور المعمول به هو عدم رد الغلة ما نصّه: وقال القاسبي وابن شبلون: يحكم له قبل أجل الثنيا بحكم الرهان فتكون الغلة فيه للبائع وبعده بحكم البيع الفاسد الغلة للمبتاع الخ. ولا منافاة بين من قال هو رهن كما لا يخفى لأنه إذا باع أصلاً بعشرة دنانير على أنه إن أتى بالثمن لسنة فاصلة له فدفع العشرة للبائع سلف وبقاء الأصل بيد المشتري الدفع للعشرة رهن فيها ولذلك قابله الرجراجي بالقول بالبيع، وإنما جعلنا صورة البيع في القصد للرهن لتسقط فيه الحيازة كما في المتيطي وغيره. وقال ابن سلمون: الذي عليه أكثر العلماء وهو مذهب الإمام وابن القاسم أنه لا كراء فيه كان لأجل أم لا، لأنه بيع فاسد عندهم وبذلك العمل الخ. ونقل هذا ابن رشد وأبو الحسن وغيرهما كما في التزامات ح وغيرها، ونقلنا في الشرح أن المشتري في بيع الثنيا يرجع بما اتفق على الأصل في حفر بئر وبنيان جدار ممّا له عين قائمة. وفي كلام الأجهوري نظر، ومن قال بأن العقدة يبيع فاسد فالفاسد لأجل الشرط المنافي للعقد، وممّا يدل على أن هذه العقدة هي سلف جر نفعاً ورهناً هو دخولهما على الثمن القليل في هذه العقدة عادة جارية، ولولا أن البائع اتكل على رد المبيع ما باعه بأقل من ثمنه بكثير، وهذه العقدة الفاسدة التي هي على شرط الثنيا ابتداء بحسب ما أخبرنا به فقهاء الجبال الموالية لفاس أمنها الله من كل باس، أن هذه العقدة المقصود فيها عند العاقدين هو السلف والرهن، وكذا بحسب ما يرد علينا من أسئلتهم وهي عندهم كثيرة جداً لا سيما في هذه الأزمان التي ضربت فيها المغار عليهم، وبه يتبين لك قوله الفتوى برد الغلة للبائع ولا سيما في المؤجلة، بل ربما يتعين الرد للغلة فيها أو يتفق على ردّها فيه بحسب ما تغير من العرف، ولولا مخالفة ما ذكره الناس من التشهير وجرى العمل بعدم رد الغلة لأفتينا بما يفتي به ابن هلال لأجل ما فهمناه من أن الناس يقصدون السلف مطلقاً حتى في غير المؤجلة، ومع هذا كله فرد الغلة في هذه العقدة عند من يكثر منهم هذا هو الذي ينبغي أو يجب، ولا منافاة بين الرد لها والتشهير لذلك وعدم الرد لأن المفتي هو بحسب الوقت والوقت ظهر فيه قصد الناس لهذا كثيراً ولا كذلك زمن المتيطي وابن هلال يظهر هذا من كلامه.

قوله: (فيما حدث الخ) هذا يفهم من النظم والخرج بالضمان للمبتاع، إذ الغلة هو ما حدث بعد دخول الأصل مثلاً في ضمان المشتري وذلك لا يكون قبل البيع.

اشترى الأصول وفيها ثمار مأبورة واشترطها المبتاع ثم فسخ البيع فإنه يردها كما تقدم تفصيله في كلام المتيطي لأنه دفع لها حصة من الثمن وليست بخراج يكون للمبتاع بالضمان، فإذا عاد إليه ثمنه بجملته فمن حق البائع أن يعود له أصله بثمرته، فلا يعترض على الناظم بعدم التحرز منه، قال الشارح: وهو ظاهر. الثاني: قال الحطاب: وهذا كله أي كون المشتري لا يرد الغلة إنما هو إذا قبض المشتري المبيع واستغله إما بكراء أو سكنى، وأما ما يقع في عصرنا هذا وهو ما عمّت به البلوى وذلك أن الشيخ يبيع الدار مثلاً بألف دينار وهي تساوي أربعة آلاف أو خمسة، ويشترط على المشتري أنه متى جاءه بالثمن ردها إليه، ثم يؤجرها المشتري لبائعها بمائة دينار في كل سنة قبل أن يقبضها المشتري، وقبل أن يخليها البائع من أمتعته، بل يستمر البائع على سكنائها إن كانت محل سكنه، أو على وضع يده عليها أو إيجارها ويأخذ منه المشتري الأجرة المسماة في كل سنة فهذا لا يجوز بلا خلاف لأن هذا صريح الربا، ولا عبرة بالعقد الذي عقده في الظاهر، لأنه إنما حكم بالغلة للمشتري في البيع الفاسد لانتقال الضمان إليه، وهنا لم ينتقل الضمان لبقاء المبيع تحت يد بائعه فلا يحكم له بالغلة، بل لو قبض المشتري المبيع وتسلمه بعد أن أخلاه البائع ثم أجره المشتري للبائع على الوجه المتقدم لم يجز لأن ما خرج من اليد وعاد إليها لغو كما هو مقرر في بيوع الأجال وآل الحال إلى صريح الربا وهذا واضح لمن تدبره والله أعلم اهـ.

(الحطاب: وسمعت والدي رحمه الله) يحكي عن بعض من عاصره أنه لا يحكم للمشتري بالغلة في البيع الفاسد إذا كان جاهلاً بفساد حال العقد، وأما إذا كان عالماً بذلك وتعمده فلا غلة له ولم أقف على ذلك منصوصاً، وظاهر إطلاقاتهم أنه لا فرق بين العالم والجاهل اهـ. وهذا الذي ذكر أنه عمّت به البلوى عندهم كذلك عندنا وأكثر، وتجدد الدار في مثل القضية المذكورة يساوي كراؤها خمس أواق في الشهر مثلاً، ويكتريها بائعها من المشتري منه بعشر أواق أو أكثر، وما ذلك إلا ليتوصل البائع لفائدة ماله الذي دفع لبائعها، ولا يكفيه في ذلك كراؤها بما تساويه، ومن مفسد ذلك أنه قد يقتضي الأجل ولا يجد ما يدفع للمشتري فيمضي البيع بما سموه بيعاً وهو ثلث قيمتها أو أقل، فيجتمع على بائعها كثرة ما أعطى في الكراء وقلة الثمن إلى غير ذلك مما يفعله أهل الضرورات والحاجة، ولا تجد فيمن يعاملهم في الغالب رافة ولا رحمة، بل قلوبهم كالحجارة أو أشد قسوة، وكأنه تقدمت بينهم عداوة قديمة، هذا هو الغالب فيما رأينا فإننا لله وإنا إليه راجعون. الثالث: (إذا مات أحد المتبايعين) في بيع الثنيا الجائر. قال في التوضيح: لما

قوله: (الحطاب وسمعت والدي الخ) المنصوص أنه لا فرق بين الجاهل والعالم في رد الغلة، وقد ذكرنا كلام الناس في ذلك نصاً وكان الحطاب لم يقف على ذلك انظر الشرح. قوله: (إذا مات أحد المتبايعين) هذا فيه كلام كثير نقلناه في الشرح، والمتحصل من ذلك أنه إذا مات المشتري المتطوع فمذهب أبي الفضل راشد وأبي محمد صالح وأبي الحسن هو عدم اللزوم، واستظهره الحطاب مستدلاً عليه بكلام ابن رشد، ومذهب أبي إبراهيم وغيره هو اللزوم، لكن الذي يظهر من

تكلم على بيع الخيار وأنه يورث أقام أبو محمد صالح من قوله في المدونة أن الخيار يورث أن الثنيا تورث أي الجائزة إذا مات المتطوع له بها وهو البائع، واختلفوا إذا مات المشتري الذي تطوع بها هل يلزم ذلك ورثته؟ وهو قول أبي إبراهيم، أو لا يلزم ورثته؟ وهو قول أبي الفضل راشد واختاره أبو الحسن. الخطاب: وما قاله أبو الفضل راشد رجحه أبو الحسن هو الظاهر، وقد صرح ابن رشد بأن الثنيا إذا كانت على التطوع فهي من المعروف، والمعروف يبطل بالموت والفلس اه. وهذا في الصحيحة كما تقدم. أما الفاسدة فيفسخ البيع كما تقدم اه. كلام الخطاب. قال مقيد هذا الشرح سمح الله له بفضلته: وقد قلت في نظمنا المسمى بيستان فكر المهج في تذييل المنهج في بعض ما يتعلق ببيع الثنيا ما نصه:

إن مات بائع بثنيا انتقلت	لوارث والعكس قالوا بطلت
إذ البائع فيه كموهوب له	ومشتر كواهب بع أضله
وذاك في الطوع بها أما إذا	كانت بشرط الفساد انبذا
ثمت هل بيع فساد أو سلف	يجر نفعا في الخراج يختلف
وذاك بعض القبض أما قبله	بالاتفاق رد ما استغله
قال الناظم رحمه الله:	

وَجَازَ إِنْ وَقَعَ بَعْدَ الْعَقْدِ	طَوْعاً بِحَدِّ وَبَعْيٍ حَدِّ
وَحَيْثُ مَا شَرَطَ عَلَى الطَّوْعِ جُعِلَ	فَإِلَّا خَسَنَ الْكُتْبُ بِعَقْدٍ مُسْتَقْبَلِ
وَالْقَوْلُ قَوْلُ مُدْعٍ لِلطَّوْعِ	لَا مُدْعِي الشَّرْطِ بِنَفْسِ الْبَيْعِ

يعني أن البيع على خيار تارة يكون مدخولاً عليه ابتداء بحيث ينقصد البيع بين المتبايعين على خيار لهما أو لأحدهما، وتارة ينقصد بينهما على البت ثم يجعل أحدهما لصاحبه الخيار، وعلى هذا الوجه الثاني نبه الناظم هنا بقوله: وجاز إن وقع بعد العقد، ففاعل جاز للخيار المذكور قبل، فالمسألة على هذا من بيع الخيار مدخلة بين أحكام بيع الثنيا، فلو قدمها على بيع الثنيا لكان أنسب لا من بيع الثنيا، وتقدم أن بيع الخيار لا بد فيه من ضرب أجل لأمد الخيار، فإن جعلاه فيها ونعمت وإن لم يجعلها له أجلاً ضرب له من الأجل ما يليق بذلك المبيع على ما تقدم، وعلى ذلك نبه بقوله: بحد وبغير حد، هذا ظاهر كلام الشارح حيث نزل على المسألة قول المدونة: ومن اشترى سلعة من رجل ثم جعل أحدهما لصاحبه الخيار بعد تمام البيع فذلك يلزمهما إذا كان يجوز في مثله الخيار وهو بيع مؤتلف بمنزلة بيع المشتري لها من غير البائع، فما أصاب السلعة في أيام

كلام ابن عرفة هو عدم اللزوم، وأما إن مات البائع فورثته بمنزلته في جبر المتطوع لمورثهم الخ. انظر بسطه في الشرح.

(ص): وجاز إن وقع بعد العقد. إلى آخر الأبيات الثلاثة.

الخيار فهو من المشتري لأنه صار بائعاً اهـ. وإلى هذا الفرع أشار الشيخ خليل بقوله في فصل الخيار: وصح بعد بت، والظاهر أو المتعين أن مراد الناظم رحمه الله أن يبين أن الثنيا إذا وقعت طوعاً بعد انعقاد البيع وانبرامه فهي جائزة فيكون كلامه هنا تصريحاً بمفهوم قوله قبل: والبيع بالثنيا لفسخ داع، فذكر أولاً أن البيع المصحوب بالثنيا يفسخ وذلك يتضمن عدم جوازه ابتداءً، ثم ذكر هنا أنه يجوز التطوع بالثنيا بعد العقد (وهذا هو الذي يدل عليه سياق الكلام) قبل البيت وبعده، وفاعل جاز على هذا البيع بالثنيا المتقدم الذكر ويكون الناظم أشار بقوله: وجاز إن وقع البيت لقول ابن سلمون وغيره واللفظ له، فإن وقع البيع صحيحاً وطاع بالثنيا بعد ذلك جاز ثم قال: ويجوز هذا الطوع إلى أجل وإلى غير أجل، انتهى محل الحاجة الآن منه، على أن الناظم كثيراً ما يتبع ابن سلمون فهو ممّا يستعان به على فهم هذا النظم. قال مقيد هذا الشرح سمح الله له بفضلته: انظر هل يقال إن قول الفقهاء يصح الخيار بعد البت يحتمل بيع الخيار ويحتمل بيع الثنيا وأنه يرجع في ذلك لما دلّت عليه قرائن الأحوال، فإن دلّت على جعل الخيار في الحال وما يقرب منه فهو من بيع الخيار لأن المشتري جعل الخيار للبائع فهو منعقد من جهة المشتري منحل من جهة البائع، كذا صرح به الرصاع في شرح حد بيع الخيار، (وعليه فلا بدّ من ضرب أجل) يليق بالمبيع كما تقدم يجري على أحكام بيع الخيار، ولا ينافيه قول المدونة المتقدم وهو بيع مؤتلف بمنزلة بيع المشتري لها من غير البائع، لأن البائع إذا قيل ما جعل له المشتري من الخيار فقد صار مشترياً على خيار له، وإن دلّت قرائن الحال على أن هذا الخيار لا يختص بزمن التبائع ولا يقرب منه بل هو مطلق أو لأجل بعيد لا يضرب مثله في بيع الخيار فهو بيع ثنيا طوعاً بعد العقد فتجري عليه أحكام بيع الثنيا، أما إن وقع تصريح بأحد الوجهين فلا إشكال، وعلى هذا فيبيع الخيار أعم من بيع الثنيا، فكل ثنيا خيار وليس كل خيار ثنيا والله أعلم. قوله: وحيثما شرط على الطوع جعل البيت أشار به لقول المتيطي: وذكر هذا الطوع في آخر عقد الابتياح قبل تقييد الإشهاد وبعد وصف البيع أنه انعقد دون شرط ولا ثنيا ولا خيار لم يخل بالعقد وكان جائزاً كالتبري من الوضيف سواء وعقده بعد ذلك في غير وثيقة الابتياح أحسن وأبعد من التهمة، وكثيراً ما يفعله الناس فيبعدوا للظنة عنهم في ذلك، وفي ظاهر قول الناظم شرط على الطوع شبه تناف لأن ما هو شرط ليس بطوع ولكن المراد ظاهر وهو أن تعليق الإقالة على الإتيان بالثمن إن كان طوعاً من المشتري ولم يشترط عليه حال العقد فيجوز كتبه في رسم التبائع والأحسن كتبه في عقد وحده مستقبل، ولو قال: وحيثما الثنيا على الطوع جعل لكان أولى. قوله: والقول قول مدع للطوع البيت يعني أنه إذا اختلف

قوله: (وهذا هو الذي يدل على سياق الكلام الخ) هذا يتعين بلا شك باعتباره قرائن الكلام المسوق هنا. قوله: (وعليه فلا بدّ من ضرب أجل الخ) هذا تكلم فيه ابن عرفة والبرزلي وغيرهما، وفي ذلك كلام طويل قف على تحقيقه في شرحنا، والفرق بين التطوع بالثنيا هو تبرع بشرط قبض ما دفعه ويكون هذا التطوع مؤجلاً وغير مؤجل والضمان من المقيّل، لأنه قبض المبيع وتطوع بالإقالة فيه والخيار يورث وهذا التطوع لا يورث على الراجح، وإذا باع المتطوع هنا مضى بيعه إن لم يؤجل

المتعاقدان في بيع الثنيا فقال أحدهما: وذلك كان طوعاً بعد العقد، وقال الآخر: بل كان شرطاً في أصل العقد فالقول لمدعي الطوع لأنه ادعى الصحة وهي الأصل لا لمدعي الشرط لأنه ادعى الفساد وهو خلاف الأصل، وما ذهب عليه الناظم من كون القول لمدعي الصحة هو الذي في وثائق ابن العطار، وهل يمين أو لا يمين عليه لقيام البيعة له بالطوع قولان، وفي طرر ابن عات عن المشاور: من ادعى منهما أن ذلك كان في أصل الصفقة حلف وفسخ البيع لما قد جرى من عرف الناس، قال: وبذلك كانت الفتيا عندنا. وقال سحنون: إن كان متهماً بمثل هذا فعليه اليمين وإلاً فلا، نقل ذلك ابن سلمون والمتيطي (وقد بحث الشارح) في كون القول لمدعي الصحة بأن ذلك مقيد بما إذا لم يغلب الفساد، وهذه المسألة ممّا يغلب فيها الفساد وكادت أن لا تقع إلا على الوجه الفاسد، فلا ينبغي العدول فيها عن كون القول لمدعي الفساد مع يمينه كما تقدم عن المشاور، وممّا يدل على الدخول على الفساد كون البيع يقع بأقل من القيمة بكثير ممّا يتحققه المتبايعان، ولولا الدخول على ذلك واعتقاد البائع أن ذلك بيد المشتري كالرهن ما رضي البائع بذلك الثمن ولا بما يقرب منه.

تنبيه: محل الخلاف في كون الثنيا طوعاً أو شرطاً إنما هو إذا سقط من الوثيقة كون البيع لا شرط فيه ولا ثنياً ولا خياراً، أما إن كان فيها ذلك فالقول قول مدعي الصحة ولا يمين عليه انظر المتيطي. قلت: ينبغي أن يفصل في ذلك، فإن قرئ العقد على من ادعى الفساد وفهم معنى قول الموثق لا شرط فيه ولا ثنياً وعرف معناه فلا إشكال في كون القول قول مدعي الصحة وإن لم يقرأ عليه أو قرئ ولم يتنازل معه لفهم ما ذكر ولا لعدم فهمه، فلا يكون القول لمدعي الصحة لأن جل الموثقين يكتبون الوثيقة على المسطرة الجارية من غير تعرض لفهم بعض فصولها هذا في الكاتب فما بالك بالعامي الذي يشهد عليه؟ على أن العامة عندنا اليوم لا يعرفون معنى الثنيا التي تفي الموثق وإنما يسمون ذلك البيع والإقالة فكيف يؤاخذ بما لم يفهم معناه؟ وهذا أيضاً ما لم يكن المدعي قد أشهد بإسقاط دعواه واسترعااته فلا يلتفت حينئذ إلى دعواه ولو أثبتتها بيعة بمثل ذلك أجاب الإمام السنوسي نقله صاحب المعيار آخر السفر الثالث في صلح ادعى فساده وقد كان أشهد بعض المصالحين بإسقاط دعوى الفساد. تفريع: تقدم أن الثنيا على وجهين: مطلقة ومقيدة، فإن كان الطوع إلى أجل لزم المبتاع متى جاء الثمن في خلال الأجل أو عند انقضائه أو بعده (على القرب منه) أن يقبله من المبيع ويعيده إليه ولا يكون له تفويته في

المتطوع إلى غير ذلك، قف على الشرح المذكور. قوله: (وقد بحث الشارح الخ) كلام هذا الشارح كله صحيح وعليه المعول في هذه المسائل ولا محيد عنه أصلاً فإنه موافق لكلام المحققين، انظر ذلك عند قول المتن: ولمدعي الصحة إلا أن يغلب الفساد في الشرح. وعند قوله: وكبيع وشرط الخ.

وقوله: (على القرب منه) صحيح والقرب نحو اليومين، وممّا يؤيد ما في هذا الشارح من كون القول لمدعي الفساد قول صاحب المعيار ما نصّه: سئل ابن رشد عمّا يكتب من الشروط على الطوع

خلال الأجل، فإن فعل بيع أو هبة أو شبه ذلك نقض إن أَرَادَهُ الْبَائِعُ وَرَدَ إِلَيْهِ، وَإِنْ أَفَاتَهُ عِنْدَ انْقِضَاءِ الْأَجْلِ وَلَمْ يَأْتِ الْبَائِعُ بِالثَّمَنِ إِلَّا عَلَى بَعْدٍ مِنْ انْقِضَائِهِ فَلَا سَبِيلَ لَهُ إِلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَضْرِبْ فِي ذَلِكَ أَجْلاً فَلِلْبَائِعِ أَخْذُهُ مَتَى جَاءَهُ بِالثَّمَنِ فِي قَرْبِ الزَّمَنِ أَوْ بَعْدَهُ مَا لَمْ يَفْتَهُ الْمُبْتَاعُ، فَإِنْ أَفَاتَهُ الْمُبْتَاعُ فَلَا سَبِيلَ لِلْبَائِعِ إِلَيْهِ، فَإِنْ قَامَ عَلَيْهِ حِينَ إِرَادَةِ التَّفْوِيتِ فَلَهُ مَنَعُهُ بِالسُّلْطَانِ إِذَا كَانَ مَالَهُ حَاضِراً، فَإِنْ بَاعَهُ بَعْدَ مَنَعِ السُّلْطَانِ رَدَّ الْبَيْعِ، وَإِنْ فَوْتَهُ قَبْلَ أَنْ يَقْضِيَ السُّلْطَانُ عَلَيْهِ بِتَوْقِيفِهِ نَقْدَ تَفْوِيتِهِ، نَقَلَهُ الشَّارِحُ عَنِ الْمُتَيْطِيِّ وَنَحْوَهُ فِي ابْنِ سَلْمُونَ.

فَضْلُ فِي بَيْعِ الْفُضُولِيِّ وَمَا يَمِثَلُهُ

تَكَلَّمَ فِي هَذِهِ التَّرْجُمَةِ عَلَى بَيْعِ الْفُضُولِيِّ وَهُوَ الَّذِي يَبِيعُ مَالَ غَيْرِهِ مِمَّنْ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِ وَليْسَ وَكَيْلًا لَهُ، وَعَلَى مَا يَشْبَهُ ذَلِكَ مِنَ التَّبْرَعِ بِمَالِ الْغَيْرِ بِهَبَةٍ أَوْ عَتَقَ أَوْ نَحْوَهُمَا، وَمِنْ اسْتِفَادَةِ الزَّوْجِ مَالَ زَوْجَتِهِ وَهِيَ سَاكِنَةٌ، وَمِنْ حُضُورِ رَبِّ الدِّينِ لِقَسْمِ تَرْكِهِ مَدِينَهُ وَلَمْ تَتَكَلَّمْ، وَهِيَ مِنَ التَّرَاجِمِ الَّتِي لَمْ يَذْكُرْهَا الشَّيْخُ خَلِيلٌ وَإِنْ قَالَ فِي الْبَيْعِ: وَمَلِكٌ غَيْرُهُ عَلَى رِضَا فِيهِ مِنَ الْإِجْمَالِ بِالنِّسْبَةِ لِمَا ذَكَرَ النَّازِمُ مَا لَا يَخْفَى.

وَحَاضِرٌ يَبِيعُ عَلَيْهِ مَالَهُ بِمَجْلِسٍ فِيهِ السُّكُوتُ حَالَهُ
يَلْزَمُ ذَا الْبَيْعِ وَإِنْ أَقْرَمَ مَنْ بَاعَ لَهُ بِالْمَلِكِ أُعْطِيَ الثَّمَنَ
وَإِنْ يَكُنْ وَقْتَ الْمَبِيعِ بَائِعُهُ لِنَفْسِهِ أَدْعَاهُ وَهُوَ سَامِعُهُ
فَمَالُهُ إِنْ قَامَ أَيُّ حِينٍ فِي ثَمَنِ حَقٌّ وَلَا مَثْمُونٍ

مِنْ بَيْعِ عَلَيْهِ مَالِهِ لَا يَخْلُو إِذَا كَانَ حَاضِرَ الْمَجْلِسِ عَقْدَ الْبَيْعِ وَعَلَيْهِ تَكَلَّمَ فِي هَذِهِ الْأَبْيَاتِ، أَوْ غَائِبًا عَنْهُ ثُمَّ بَلَّغَهُ وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي الْأَبْيَاتِ بَعْدَ هَذِهِ، وَفِي كُلِّ مِنَ الْوَجْهَيْنِ إِذَا كَانَ يَقْرَأُ الْبَائِعُ بِالْمَلِكِيَّةِ لِرَبِّ ذَلِكَ الشَّيْءِ أَوْ يَدْعِيهِ لِنَفْسِهِ، فَإِنْ كَانَ حَاضِرًا فَلَا قِيَامَ لَهُ قَامَ بِقَرْبٍ أَوْ بَعْدَ مَدَّةٍ، وَإِنْ كَانَ غَائِبًا فِيهِ تَفْصِيلٌ كَمَا يَأْتِي لِلْمَوْلُفِ، وَأَشَارَ بِالْأَبْيَاتِ لِقَوْلِ ابْنِ هِشَامٍ فِي الْمَفِيدِ عَنِ الْمُسْتَخْرِجَةِ فِي الرَّجْلِ يَبِيعُ عَلَيْهِ مَالَهُ وَهُوَ حَاضِرٌ فَلَا يَغْيِرُ وَلَا يَنْكُرُ ثُمَّ أَرَادَ بَعْدَ ذَلِكَ الرَّجُوعَ فِيهِ فَلَا سَبِيلَ لَهُ إِلَيْهِ وَلَهُ أَخْذُ الثَّمَنِ، قَالَ: وَالْمَعْنَى فِي ذَلِكَ وَاللَّهُ أَعْلَمُ إِذَا بَاعَهُ وَهُوَ يَنْسِبُهُ إِلَيْهِ،

وَالْعَرَفُ يَقْتَضِي شَرْطِيَّتَهَا هَلْ هُوَ كَالشَّرْطِ أَمْ لَا؟ فَأَجَابَ إِذَا اقْتَضَى الْعَرَفُ شَرْطِيَّتَهَا فِيهِ مَحْمُولَةٌ عَلَى ذَلِكَ وَلَا يَنْظُرُ لِكِتَابَتِهَا عَلَى الطَّوْعِ لِأَنَّ الْكِتَابَ يَتَسَاهَلُونَ فِيهَا وَهُوَ خَطَأٌ مِمَّنْ فَعَلَهُ الْخ. وَكَلَامُ ابْنِ رِشْدٍ هُوَ الْمَخْتَارُ وَإِنْ خَالَفَهُ بَعْضُهُمْ، قَفَّ عَلَى تَرْجِيحِهِ فِي شَرْحِنَا عِنْدَ قَوْلِ الْمَخْتَصِرِ: وَكَيْبِيعٍ وَشَرْطٍ، وَذَكَرْنَا ذَلِكَ فِي مَوَاضِعَ حَتَّى قَالَ أَبُو الْحَسَنِ عَنْ أَبِي مُحَمَّدٍ صَالِحٍ: إِذَا كَتَبَ الْمُوثِقُ طَاعَ فَقَدْ عَصَى أَيُّ قَوْلِ الْمُوثِقِ طَاعَ فَلَانَ بِكَذَا وَكَذَا هُوَ عَاصٍ بِهِ لِأَنَّهُ كَذَبَ فِي قَوْلِهِ طَاعَ أَوْ كَمَا هُوَ لَفْظُهُ.

فصل في بيع الفضولي وما يمثله

(ص): وحاضر بيع عليه مالا إلى آخر الأبيات الأربعة.

وأما إذا باعه وهو ينسبه إلى نفسه وهو يقول: إنما أبيع مالي وشريكه في ذلك المال ساكت لا يغير ولا ينكر ثم قام يطلبه بعد ذلك فلا سبيل له إليه، وسكوته رضا منه بدعوى البائع فيه وإقرار منه له بالملك، أو يكون أراد به المنكر والخديعة كما قال مالك رحمه الله، فيلزمه ذلك إذا كان البائع مع الرعية لا سلطان له ولا مقدرة له على الغصب اهـ. وهو عين ما نظمه الشيخ رحمه الله مع زيادة تقييد سكوت هذا الذي يبيع عليه ماله بعدم القهر والغلبة وإلا فلا حكم لسكوته وله القيام في ماله، ولما رآه الناظم ظاهراً لم يحتج له للتخصيص عليه هنا، وقد نص عليه بعد في البيع على من لم يحضر حيث قال: وساكناً لغير عذر مانع، والمسألان من باب واحد، وانظر قوله: وشريكه المناسب أن يقول وصاحب المال ساكت الخ. (وكان فرض المسألة عنده أعم)

قوله: (وكان فرض المسألة عنده أعم الخ) فرض المسألة في الشريك صحيح كان البائع قريباً أو أجنبياً من المبيع عليه حظّه. ونقل هذا المواق عن ابن رشد عند قول المتن: وفي الشريك القريب معهما قولان بحسب ظاهر كلامه وهو كلام المفيد، وقال ابن رشد في كتاب الاستحقاق من بيانه بعد كلام في الحيازات بين الأقارب والأختان ما نصّه: وأما الأجنبي غير الشركاء فالمشهور أن الحيازة تكون بينهم في العشرة الأعوام وإن لم يكن هدم ولا بناء، وأما التفويت بالبيع ونحوه فلا يخلو أن يكون فوت الكل أو الأكثر أو الأقل أو النصف وما قاربه، فإن فوت الكل بالبيع، فإن كان حاضر المجلس فسكت حتى انقضى المجلس لزمه البيع وكان له الثمن، وإن سكت حتى مضى العام لم يكن له مقال في ثمن ولا مضمون مع يمين الحائز، وإن لم يكن حاضر المجلس فقام حين علم أخذ حقه، وإن لم يقم إلا بعد العام ونحوه لم يكن له إلا الثمن، وإن لم يقم حتى مضت مدة الحيازة لم يكن له شيء الخ، انظر تمامه عند قول المتن: وإن حاز أجنبي الخ. وابن الناظم زاد بعد قوله ولا مقدرة له على الغصب متصلاً به ما نصّه: وكذلك إذا باعه وهو غائب وهو يدعيه أيضاً لنفسه فبلغ صاحب المال ذلك فلا يغير ولا ينكر ولا يشهد على ذلك عدولاً ثم قام يطلبه بعد ذلك فلا سبيل له إلى ذلك ولا إلى ثمنه والله الموقف، وإن قال أبيعك مال فلان وفلان حاضر ساكت لا يغير ولا ينكر حتى تمّ البيع ثم أراد فسخه بعد ذلك والرجوع فيه فلا سبيل له إلى ذلك وليس له إلا الثمن. وفي المفيد أيضاً: وسئل ابن زرب عن رجل يبيع ماله بمحضره ولم ينكر ثم قال يطلب نقض البيع فقال ليس له نقضه وإنما يقضى له بالثمن الذي يبيع به خاصة اهـ. بلفظه. وهذا الكلام الأخير هو المناسب للنظم بدليل التأمل، وهو أيضاً الذي يدل عليه ظاهر المتن، مع أن أول الكلام كذلك يشمل، لأن من باع شريكه حظه فقد بيع عليه ماله فافهم. وذكر ابن الناظم هنا كلاماً حسناً في قاعدة ما يمضي فيه البيع على المالك فينبغي الوقوف عليه ولم نتعرض لذلك لأن هذا الشارح أعرض عن ذلك. وفي مفيد ابن هشام أيضاً: وإن قال أبيعك دار فلان وفلان غائب فتمّ البيع فيها ثم علم الغائب بذلك في غيبته أو قدم فهو بالخيار إن شاء اختار البيع وأخذ الثمن وإن شاء فسخ البيع وأخذ ماله. وقال أيضاً: وسئل ابن زرب عن رجل يبيع ماله وهو غائب ثم علم بالبيع وسكت سنة أو ستين ثم قام فيه فقال القيام له واجب وليس كمن يبيع عليه ماله وهو حاضر للبيع فسكت ولم يغير فهذا ليس له غير الثمن والبيع له لازم الخ. ونقل ابن الناظم عن ابن بطال عن غيره أن الغائب إذا سكت يوماً أو يومين أو ما قارب فله القيام ويفسخ البيع ما لم تكثر الأيام فيلزمه البيع. وابن زرب علّل بأن الغائب لا يضره السكوت لأنه يقول أشاور نفسي وغيري بخلاف الحاضر لأن سكوته رضا، وبحث في ذلك ابن الناظم أي في جعل ابن زرب الخيار للغائب بعد علمه إلى السنة والستين، وحمل الناظم على ما نقله ابن بطال عن غيره وتبعه على ذلك هذا الشارح، وصاحب الناظم قال من بعد أن مضى زمن،

من كون البائع لا حق له في المبيع، وهذا هو بيع الفضولي المعروف، أو له فيه حظ ثم باع نصيبه ونصيب شريكه، وإنما يكون هذا الوجه الثاني من بيع الفضولي إذا هجم أحد الشريكين أو الشركاء وباع نصيبه ونصيب غيره من غير أن يقع بين الشركاء تشاح ولا مخاصمة ولا اجتمعت شروط جبر الشريك على البيع، وأما بعد التشاح في الانتقال بالمشترك على الإشاعة ووجود أسباب البيع على الشريك فإن لأحد الشركاء على ما جرى عليه عمل المتأخرين بيع الجميع، ثم يخير بقية الشركاء في ضم صفقة البيع فيعطون للبائع قيمة نصيبه وبين أن يبيعوا ويقبضوا الثمن من المشتري وليس هو من بيع الفضولي، وهذا هو المسمى في عرفنا ببيع الصفقة، والمنصوص للقدماء أنهما إذا تشاحا ودعا أحدهما للبيع فيجبر على البيع من أتاه فيبيعان معاً لا أن لأحدهما الإقدام على بيع الجميع، وبيع الصفقة شروط وتعرض فيه فروع، وقد ذكرنا ما وقفنا عليه من ذلك آخر شرح لامية الفقيه سيدي علي الزقاق المسمى بفتح العليم الخلاق في شرح لامية الفقيه الزقاق، وآخر ترجمة البيوع من تذييل المنهج المنتخب في قواعد المذهب للفقيه المذكور.

وَعَائِبٌ يَبْلُغُهُ مَا عَمِلَهُ
وَعَيْرُ مَنْ فِي عُقْدَةِ الْبَيْعِ حَضَرَ
وَقَامَ بِالْفُورِ فَذَا التَّخْيِيرُ فِي
وَأَنْ يَقُمْ مِنْ بَعْدِ أَنْ مَضَى زَمَنٌ
إِنْ كَانَ عَالِمًا بِفِعْلِ الْبَائِعِ
وَقَامَ بَعْدَ مُدَّةٍ لَأَشْيَاءَ لَهُ
وَبِالْمَبِيعِ بَائِعٌ لَهُ أَقْرَ
إِمْضَائِهِ الْبَيْعَ أَوْ الْفَسْخُ أَقْتَفِي
فَالْبَيْعُ مَاضٍ وَلَهُ أَخْذُ الثَّمَنِ
وَسَاكِنًا لِغَيْرِ عُدْرِ مَانِعِ

لما ذكر حكم من بيع عليه ماله وهو حاضر ذكر هنا حكم من بيع عليه ماله وهو لم يحضر مجلس البيع ثم بلغه ذلك فذكر أنه إن ادعى البائع ذلك لنفسه وبلغ ذلك رب المال ولم يقم إلا بعد مدة فلا شيء له في ثمن ولا مثمون فضلاً عن رد البيع وفسخه، وإن أقرّ البائع بأنه إنما يبيع مال غيره فإن قام ربه بالفور فهو مختير في إمضاء البيع وفسخه، وإن لم يقم إلا بعد أن مضى زمان فله أخذ ثمن شيئهِ والبيع ماضٍ لا سبيل له إلى فسخه. فقله: ما عمله أي البائع من البيع يعني وادعى ذلك لنفسه بدليل قوله في البيت الثاني: وبالمبيع بائع له أقرّ. وفهم من قوله: وقام بعد مدة لا شيء له أنه إن قام بالفور فلا يكون

والزمن ربما يصدق بما نقله ابن بطال وبما قاله ابن زرب، وكأنه حمله على الأول لأنه هو الأقرب من جهة القواعد، ويدل له النص المتقدم وهو قول الناقل: وكذلك إذا باعه وهو غائب الخ. والحاصل أن الحاضر ظاهر تفصيله والغائب نقل ابن بطال يدل على أنه لا نقض له للبيع إلا في الأيام الكثيرة، وظاهره أن ذلك نحو الشهر وما يقرب منه بدليل مقابله باليومين ونحوهما، وابن زرب جعل له الخيار إلى السنة والستين وفيه إشكال، ولكن تقدم كلام ابن رشد أن الخيار إنما ينقطع بمضي عام فيمن لم يحضر العقد بعد علمه وإن لم يبين هل البائع ادعاه لنفسه أو لا؟ وكلام ابن رشد انظره عند قول المتن: وملك وغيره الخ.

(ص): وغائب يبلغه ما عمله. إلى آخر الأبيات الخمسة. تقدم الكلام على هذا.

لا شيء له بل له في النظر في إمضاء البيع وأخذ الثمن وفي رده وفسخه، وقوله: وغير من في عقدة البيع حضر مستغنى عنه بقوله: وغائب يبلغه ما عمله، إذ فرض المسألة كلها فيمن لم يحضر. وقوله: وإن يقيم من بعد أن مضى زمن هو مقابل قوله: وقام بالفور. وقوله: إن كان عالمًا بفعل البائع هو شرط في إمضاء البيع بعد مضي زمان، فمفهومه أنه إن لم يعلم فله القيام وإن مضى زمان. وقوله: وساكتاً لغير عذر مانع لا بد من هذا القيد وهو كون سكوته من غير عذر من خوف على نفسه أو ماله، فإن كان لخوف فلا حكم لسكوته وله القيام طال الزمان أو قرب كما تقدم في البيع على الحاضر والله أعلم. وأشار بالأبيات إلى قوله في المفيد: وكذلك إن باعه وهو غائب وهو يدعيه أيضاً لنفسه فبلغ صاحب المال ذلك فلا يغير ولا ينكر ولا يشهد على ذلك عدولاً ثم قام يطلبه بعد ذلك فلا سبيل له إلى ذلك ولا إلى ثمنه اهـ. وإلى هذا أشار بالبیت الأول وأشار بالبیت الثاني وما بعده إلى قوله في المفيد أيضاً: وإن قال أبيعك دار فلان وفلان غائب فتم البيع فيها ثم علم الغائب بذلك في غيبته أو قدم فهو بالخيار إن شاء أجاز البيع وأخذ الثمن وإن شاء فسخ البيع وأخذ ماله. ثم قال: قال ابن بطال وقال أبو عمر أحمد بن عبد الملك في الرجل الذي لم يحضر البيع إذا علم وسكت يوماً أو يومين أو ما قارب فإن له القيام ويفسخ البيع ما لم تكثر الأيام فيلزمه اهـ. وعلى ما نقل عن أحمد بن عبد الملك اعتمد الناظم، ولم يعتمد على ما نقل في المفيد أيضاً عن ابن زرب أنه سئل عن رجل بيع عليه ماله وهو غائب ثم علم بالبيع وسكت سنة أو سنتين ثم قام فيه فقال: القيام له واجب وليس هو كمن بيع عليه ماله وهو حاضر للبيع فسكت ولم يغير، فهذا ليس له غير الثمن والبيع لازم انتهى. ونقل أيضاً قال: قال ابن زرب: إذا بيع عليه ماله ولم يحضر البيع فهو مخير في فسخ البيع أو أخذ الثمن ولا يضره سكوته لأنه يقول: أردت أن أستخير الله فيه وأشاور نفسي وغيري وإذا بيع عليه بحضرته وسكت فلا خيار له، كما للذي لم يحضر البيع وليس له غير الثمن لأن سكوته رضا منه بالثمن اهـ. قال الشارح: وفي جعل ابن زرب الخيار للغائب بعد علمه إلى السنة والسنتين إشكال فتأملته انتهى. وإشكاله ظاهر والظاهر اللزوم إلا إن سكت لعذر.

وَحَاضِرٌ لَوَاهِبٍ مِنْ مَالِهِ وَلَمْ يُغَيِّرْ مَا رَأَى مِنْ حَالِهِ
الْحُكْمُ مَنْعُهُ الْقِيَامَ بِانْقِضَا مَجْلِسِهِ إِذْ صَمْتُهُ عَيْنُ الرِّضَا
وَالْعِتْقُ مُطْلَقاً عَلَى السَّوَاءِ مَعَ هِبَةٍ وَالْوَطْءُ لِلْإِمَاءِ

يعني أن من وهب ماله أو تصدق به وسكت ولم يتكلم من غير عذر ولم يغير على فاعل ذلك حتى انقضى المجلس فلا قيام له ولزمه ذلك ويعد سكوته رضا منه بذلك وقيامه بعد ذلك ندامة فلا يقبل منه، وكذلك من أعتق رقيقه وهو حاضر كيف كان العتق ناجزاً أو لأجل وهو مراده بالإطلاق والله أعلم وسكت فذلك والهبة سواء أي في اللزوم وعدم

سماح قيامه، وكذلك وطء إمامه وهو ساكت. قال في المفيد: قال مطرف: من أحدث في ماله بيع أو هبة أو صدقة أو غير ذلك من جميع الأحداث فإن ترك حتى طال ذلك فلا حق له ولا حجة، لا فيما يبيع من ذلك ولا في ثمنه، ولا فيما وهب ولا فيما أصدقه النساء انتهى. (قال الشارح رحمه الله): ما استظهرت به من قول مطرف أعم من كلام الشيخ رحمه الله بالعتق وما بعده وهو في معنى ما نص عليه من باب الإرفاق، إلا أن في وطء الإمام إشكالاً فليتأمل وإشكاله ظاهر، فإن الإقدام على بيع مال الغير وهبته ليس كالإقدام على وطء ملك الغير والله أعلم. (ولعل ذلك) مع ادعاء الواطء أن سيدها وهبها له أو باعها منه، فإذا وطئها وسيدها حاضر لا مانع له من الكلام فذلك حوز يمنع قيام سيدها كمن حاز داراً على حاضر عشر سنين الخ، فإن الحوز لا ينتفع إلا مع ادعاء الملكية، وفي تقسيم الحوز ذكروا وطء الإمام وأنه من أقوى أوجه الحوز كما يأتي للناظم في ترجمة الحوز، ولعل الناظم سرقه ذلك فذكره هنا.

وَالزَّوْجَةُ اسْتِفَادَ زَوْجَ مَالِهَا وَسَكَتَتْ عَنِ طَلَبِ لِمَالِهَا

قوله: (قال الشارح الخ) قال ابن رشد بعد الكلام المتقدم متصلاً به: وأما الهبة والصدقة والتدبير والعتق فإن كان حاضر المجلس فسكت حتى انقضى المجلس لم يكن له شيء، وإن لم يكن حاضرًا فقام حين علم كان على حقه وإن لم يكن إلا بعد العام كان القول قول الحائز ولم يكن له شيء. وأما ما فوته بالكتابة فيتخرج ذلك على الاختلاف في الكتابة هل تحمل محمل البيع أو محمل العتق؟ وقد مضى القول فيهما الخ. وهذا منه بلفظه، وقوله لم يكن له شيء قال بعده أبو الحسن متصلاً به ما نصّه الشيخ لأنه لا ثمن هنا الخ. ونصّ الرجراحي في هذا هو قوله بعد كلام في الحيابة ما نصّه: فإن فوت الحائز هذه الأشياء يبيع أو هبة أو تصدق أو إصداق أو عتق أو إيلاد قبل انقطاع أمد الحيابة فلا يخلو من أن يبادر أي المالك بالإنكار حين علم أو يتراخى عنه، فإن بادر بالإنكار في الحال من غير تراخ فله الرد للبيع والعتق والصدقة، وإن لم يبادر بالإنكار في الحال إلا أنه قام بالقرب فله الثمن في البيع والقيمة في الإيلاد والعتق بعد أن يحلف أنه ما سوغ ذلك تركه إلا لياخذ الثمن أو القيمة أو الهبة والصدقة والإصداق مردودة أيضاً بعد يمينه أنه ما تراخى عن القيام بنفس العلم لا للتدبر في إقامة الحجة، وهذا تفسير ما وقع لمطرف في الواضحة، فإن تراخى عن الإنكار مدة طويلة يفهم منها إسقاط الحجة وتسليم الشيء لحائزه وتسويغ فعله ولا خلاف في المذهب أعلمه أن ذلك يدل على الملك للحائز الخ. وهذا منه بلفظه، وفيه فوائد وبيان ما أشار إليه الناظم وغيره، وما أشار إليه ابن الناظم من قوله: إلا أن في وطء الإمام الخ ظاهر. ولما ذكر ابن رشد بيع الكل وهبته ذكر تفويت بعضه وفسره المتيطي فقال ما نصّه: وما ذكره ابن رشد في تبعية الأقل للأكثر معناه أن الجميع يكون للحائز، وفي النصف ما حيز يكون للحائز وما بقي للمحوز عنه، وفي الأقل معنى التبعية فيه أن الجميع يكون للمحوز عنه، ومن أعطى شيئاً هنا يكون له مع يمينه حائزاً كان أو محوزاً عنه، قال: وبعضهم لم يذكر اليمين فافهم. قوله: (ولعل ذلك الخ) رأيت قول الرجراحي: فإن فوت الحائز الخ ولم يشترط شيئاً وهذا هو ظاهر كلام ابن رشد لأن كلامه في تصرف الحائز الذي يفوت به المحوز عن مالكة في الظاهر.

(ص): والزوجة استفاد زوج مالها إلى آخر الأبيات الأربعة.

لَهَا الْقِيَامُ بَعْدُ فِي الْمَنْصُوصِ وَالْخُلْفُ فِي السُّكْنَى عَلَى الْخُصُوصِ
كَذَلِكَ مَا اسْتَعْلَهُ مِنْ غَيْرِ أَنْ مُتَّعَ إِنْ مَاتَ كَمَثَلِ مَا سَكَنَ
فِيهِ خِلَافٌ وَالَّذِي بِهِ الْعَمَلُ فِي الْمَوْتِ أَخَذَهَا كِرَاءَ مَا اسْتَعْلَ

يعني أن الزوج إذا استفاد مال زوجته فاستغل حائطها أو حرث أرضها أو سكن دارها أو أكرها لغيره وقبض الكراء ولم يكن ممتعاً من ذلك أو قبض لها ديناً أو ثمن ما باعه من أمتعتها نائباً عنها وسكتت عن طلب ما يجب لها من ذلك ثم قامت بعد ذلك تطلب ما يجب لها من ذلك فالمنصوص في المذهب عن مالك أن لها القيام في حقها على الزوج في حياته هذا في مطلق الاستفادة. واختلف في السكنى بالخصوص هل ترجع عليه بكراء ما سكن أو لا ترجع؟ وكذلك اختلف فيما استغله من جنانها ومات الزوج ففيه الخلاف كالخلاف في السكنى، والذي جرى به العمل أنه إن مات الزوج أخذت كراء ما استغل، ومفهومه أنها لا تأخذ كراء ما سكن، ومفهوم في الموت أنها ترجع في حياته في السكنى والغلة وغيرهما كما قدمه في قوله لها القيام بعد في المنصوص، هذا ظاهر كلام الناظم والله أعلم. ومفهوم قوله: من غير أن متع أن ما امتعته به بعد عقد نكاحها فلا رجوع لها به من ذلك. قال في طرر ابن عات: قال القاضي: فإن زرع مالها وهي رشيدة وانتفع به وهي تحته فتطالبه بالكراء كان ذلك لها، وكذلك إن أكرى مالها وهي ساكنة تنظر فيه ثم طلبته بالكراء كان ذلك لها ورجعت به عليه إن أحببت، لأن مال أحد لا يطيب إلا عن طيب نفس منه والمرأة وغيرها في ذلك سواء. وفي الوثائق المجموعة: قال محمد بن أحمد: (إذا سكن الزوج دار زوجته) وهي معه وطلبته بالكراء وكانت مالكة لنفسها قيل عليه الكراء وقيل لا كراء عليه فيما مضى ولها الكراء من يوم تطلبه، وللزوج إخراجها منها إلى دار غيرها إن أحب إلا أن يكون لها شرط السكنى في دار بعقد يمين فليس له أن يخرجها عنها، ولها أخذ الكراء لا يسقطه عنه شرط السكنى، وإن كانت في ولاية فلها الكراء عليه من يوم سكن اهـ. فقوله بعقد يمين إن بتعليق بطلاق أو نحوه. ثم قال في الوثائق المجموعة: والصواب وجوب الكراء إذ هو لها لم يسقط بكتاب ولا سنة ولا إجماع، فلا يحل لأحد مع هذا أن يأخذ من مال أحد إلا بطيب نفس منه. (ولم يختلف قول مالك)

قوله: (إذا سكن الزوج دار زوجته الخ) هذا قال فيه في المختصر في كتاب الإجارة: وإن تزوج ذات بيت وإن بكراء فلا كراء إلا أن تبين، وقد جلبنا عليه في الشرح كلام الفحول، وملخص ذلك أن المعتدة لها السكنى على زوجها مطلقاً كانت الدار لها ملكاً أو بكراء، كان الكراء وجيبة أو مشاهرة، هذا الذي يظهر رجحانه من كلامهم. وأما التي في العصمة فلا شيء لها على الزوج مطلقاً إلا في كراء المشاهرة ولا نقد، ولكن هذا ينبغي أن يكون في الرشيدة وغيرها لها الرجوع مطلقاً بل في المجالس جرى بذلك العمل، قف على تمام علله ونسبة ذلك لقائله وزيادات مفيدة هناك. وقولنا في المحجورة لها الرجوع مطلقاً هو في غير ما يأتي في كلام المتطي هنا قريباً. وقال في المختصر في فصل المفقود أيضاً: وهل لا سكنى لمن أسكنت زوجها ثم طلقها قولان، وبيننا أن الراجح في ذلك هو رجوعها على الزوج. قوله: (ولم يختلف قول مالك الخ) هذا قال فيه في المختصر ما نصه:

أنه إذا أكل مالها وهي تنظر لا تغير أو أنفقت عليه أن لها أخذه بذلك بعد يمينها أنها لم تنفق عليه ولا تركته يأكل على وجه الحسبة إلا لترجع عليه بحقها، فمن أسقط الكراء فعليه دليل الفرق بين ذلك. وفي طرر ابن عات: (قال ابن لبابة: كنت جالساً) عند سليمان بن أسود فجاء رجل يخاصم ختنه وكانت الابنة في ولاية الأب وكان الزوج ساكناً معها دارها فطلب الأب من الزوج أن يرحل الابنة من دارها وأن يكرها لها فتنتفع بكرائها فقال سليمان بن أسود للزوج: ألك دار؟ فقال لا وصدقه أبو الجارية، فقال القاضي لأبي الجارية: ولا كرامة لك أن تخرج ابنتك من دارها إلى دار أخرى مع زوجها فتمشي بفرائها على عنقها من دار فتهتك سترها ليس هذا من حسن النظر لها، فكان ابن لبابة يعجبه ذلك من قضاء سليمان، وخلاف ابن العطار وابن الفخار فيها شهير اهـ. وفي مختصر الشيخ خليل: وإن تزوج ذات بيت وإن بكراء فلا كراء إلا أن تبين.

وَحَاضِرٌ لِقَسْمِ مَثْرُوكٍ لَهُ عَلَيْهِ دَيْنٌ لَمْ يَكُنْ أَهْمَلَهُ
لَا يُنْمَعُ الْقِيَامَ بَعْدَ أَنْ بَقِيَ لِقَسْمِ قَدْرِ دَيْنِهِ الْمُحَقَّقِ
وَيَقْتَضِي مِنْ ذَلِكَ حَقًّا مَلَكَه بَعْدَ الْيَمِينِ أَنَّهُ مَا تَرَكَه

يعني أن من له دين على رجل فمات المدين وحضر رب الدين لقسم تركته فإن بقي

ورجعت بما أنفقت عليه غير سرف وإن معسراً فقله: بما أنفقت ما من ألفاظ العموم أي بكل ما أنفقت وأحرى ما أكله وهي ساكتة كما ذكر ابن رشد هذه الأحروية، وكذلك ما استغل من مالها. وقال في كتاب الفلاس: وحاصت لزوجة بما أنفقت وبصداقها كالموت لا بنفقة الولد، وحاصل ذلك أنها تحاص بنفقتها على نفسها إن كان حاضراً حين الإنفاق أو غائباً من يوم ترفع للسلطان في الموت والفلس، هذا إن كان ملياً وإلا فلا تحاص حضر أو غاب، ومحاصتها بما أنفقت على نفسها إنما هو في الدين المتأخر عن إنفاقها على نفسها لا فيما تقدم، وما أنفقت على الأولاد لا محاصة به في موت ولا فلس، ولا تحاص بنفقة حمل ولا بنفقة مستقبله ولو قدرت بحكم، ولكن لا بد من نظر كلام الشرح فإن فيه الشفاء إن شاء الله تعالى. قوله: (قال ابن لبابة كنت جالساً الخ) هذا قال فيه المتيطي صدر النكاح حين تكلم على عفو الأب عن نصف الصداق ما نصه: قال بعض الشيوخ وبهذا يحتج من ذهب إلى أن المحجورة إذا أرادت سكنى الزوج معها في دارها أو إنفاقها على نفسها من مالها رغبة في الزوج ومخافة طلاقه أن ذلك لها لأنها لو طلقت رجعت تسكن دارها وتنفق على نفسها، وبهذا أفتى شيوخ الأندلس وقاله ابن عتاب وغيره، وأبى ذلك أبو مطرف الشعبي وقال: يلزم على هذا أن تعطيه غير ذلك من مالها خشية فراقه. قال بعض الشيوخ: وهذا لا يلزم لأنها تقول: لو طلقت أرجع أسكن داري وأنفق على نفسي ولا أتزوج غيره، بخلاف ما تعطيه من المال فإنه يبقى لها طلقت أم لا، انتهى بلفظه فأضفه إلى ما حكاه ابن لبابة، وانظر كلاماً فيما باعه الزوج من مال زوجته وقبض ثمنه هل هو مصدق في رده لها كالوكيل أم لا؟ عند قول المتن في الوكالة بما يدل عرفاً، وعند قوله: وصدق في الرد الخ في الباب نفسه.

(ص): وحاضر لقسم متروك له إلى آخر الأبيات الثلاثة.

من التركة قدر دينه فأكثر لم يقسم فلربه القيام بدينه ويقضى له به (بعد يمينه أن سكوته) وقت قسم ما قسم لم يكن إسقاطاً لحقه ولا تركاً له، يعني والله أعلم ولا بد مع ذلك من يمين أخرى وهي يمين القضاء أنه لم يقبضه ولا شيئاً منه ولا تركه ولا أحال عليه لوجوبها على من له حق على ميت أو غائب أو صغير ونحوهم ثم يقتضي دينه مما لم يقسم من التركة. وفهم من كلامه أنه إذا حضر القسم وقسم جميع التركة ولم يتكلم فلا قيام له يعني إلا أن يكون سكوته لأمر كما يأتي. قال في المنتخب: قيل لعيسى فلو مات رجل فاقسم ورثته ماله ورجل حاضر ينظر إلى قسمتهم ثم قام بعد ذلك بذكر حق قال: فلا شيء له إلا أن يكون له عذر في ترك القيام وهو يدعي حقه عندما يحدث فيه هذا الإحداث وتشهد البينة أنه كان مدعياً بحقه أو يكون غائباً أو يكون لهم سلطان يمتنعون به ونحو هذا مما يعذر به فهو على حقه أبداً وإن طال زمانه إذا كان له عذر من بعض ما وصفنا، انتهى على نقل الشارح ونقل المسألة آخر مجالس المكناسي وقال لا شيء له (ولو قال أنا سكت) لأن الرسم كان غائباً عني وخفت إذا طلبت ديني عجزني القاضي أو قال لم أجد ما أقوم به حتى الآن فلا شيء له. وفهم من قوله: قدر دينه أن إنه بقي ما لا يفي إلا ببعض الدين فإنه يقتضي ذلك البعض ويسقط الباقي والله أعلم.

فصل في بيع المضغوط وما أشبهه

وَمَنْ يَبِيعُ فِي غَيْرِ حَقِّ شَرْعِي بِالْقَهْرِ مَا لَا تَحْتَ صَفْطِ مَرْعِي
فَالْبَيْعُ إِنْ وَقَعَ مَرْذُودٌ وَمَنْ بَاعَ يَحْوِزُ الْمُشْتَرَى دُونَ ثَمَنِ

المضغوط هو المكره المضيق عليه. قال في القاموس: الضغطة بالضم الضيق والشدة والإكراه، يعني أن من أكره وضيق عليه وأجبر على بيع شيء من الأشياء أصلاً كان أو عرضاً أو حيواناً أو غير ذلك، ولذلك عبر الناظم بالمال الشامل لجميع ذلك،

قوله: (بعد يمينه أن سكوته الخ) هذا لم ينقل عليه ابن الناظم ولا هذا الشارح نصاً صريحاً في المراد. وقول الناظم بعد اليمين أنه ما تركه ليس بنص في هذا لاحتمال أن يريد به القضاء وإن عبر بقوله ما تركه، ولكن ما قدمناه عن الرجراجي فيمن تصرف في ماله بحضرتة قبيل هذا عند قول الناظم: وحاضر لواهب من ماله يدل على هذه اليمين، ومن وقفنا على كلامه كابين رشد وغيره لم نر هذه اليمين عنده، وقد تكلم على المسألة آخر المجالس فلم يذكر ذلك، وانظر ما يقتضيه كلام ابن الناظم. قوله: (ولو قال أنا سكت الخ) الحق أنه يحلف ما سكت إلا لعدم قدرته على إحضار الرسم ويثبت حقه، انظر دليله في شرحنا عند قول المختصر: وإن حاز أجنبي الخ، وآخر مجالس المكناسي وهذا محصل ذلك.

فصل في بيع المضغوط وما أشبهه

(ص): ومن بيع في غير حق شرعي إلى آخر البيتين.

فقوله: مالا هو مفعول بيع وكان ذلك البيع لغير حق شرعي وضغطه مراعى شرعاً لكونه مخوفاً مضراً كالقتل والضرب والسجن والصفع لذي مروءة بمحضر الناس وقتل الولد وأخذ المال لا سيما إن كثر، قال الشارح: والإهانة الملمزة لمن لا تليق به إكراه فكيف بالضرب والإيلاء؟ قال ابن رشد في نوازله: والسجن بمجرد العلم إكراه فكيف بما وصفت من الإخافة والثقف في الحديد؟ فإن ذلك البيع مفسوخ مردود شرعاً، والبائع على الوجه المذكور يأخذ شيئه أين وجده بلا ثمن يلزمه فيه على تفصيل في ذلك يأتي قريباً إن شاء الله، وإنما كان بيعه مفسوخاً (لأن من شروط لزوم البيع كون عاقده مكلفاً) والمكره غير مكلف على الصحيح، فبيعه غير لازم، ومفهوم قوله في غير حق شرعي إن أكره على البيع في حق شرعي، كجبر القاضي المفلس على البيع لقضاء غرمائه، وجبر المدين غير المفلس لقضاء دين عليه ونحو ذلك، فبيعه ماض ولا يرد إليه شيئه ولو باعه تحت الضغط والإكراه، وكذلك من اضطرت الحاجة والفاقة لبيع شيئه فلا بأس بالشراء منه وبيعه ماض لا يرد، ومفهوم وصف الضغط بكونه مرعياً أن الضغط غير المرعي شرعاً لا عبرة به وهو كالعدم وذلك كالحياء (والخوف على الأجنبي) أو على مال تافه أو نحو ذلك. وما ذكر الناظم من فسخ البيع ورد المبيع لربه هو عام، سواء أكره على البيع أو على إعطاء مال ظلماً فباع لذلك، وهذا الوجه الثاني هو المتبادر من لفظه: لا فرق بين المسألتين لفقد شرط من شروط البيع وهو التكليف لأن المكره غير مكلف كما تقدم. قال الحطاب: واعلم أن من أكره على البيع لم يلزمه البيع بإجماع، وأما من أكره على دفع مال فباع لذلك ففيه خلاف مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك أنه لا يلزمه، وقال بذلك جماعة. وقال ابن كنانة: بيعه لازم غير مفسوخ. (قال البرزلي) ومال إليه شيخنا يعني ابن عرفة. التوضيح: والمذهب على خلاف ذلك ثم قال: وقد علمت أن المذهب أنه لا فرق بين الإكراه على البيع أو على مال فيبيع لذلك، انتهى كلام الحطاب.

(وما ذكره الناظم) من كون البائع يأخذ ما باع بلا ثمن قال الحطاب: إنما هو إذا أكره على دفع مال ظلماً فباع متاعه لذلك فيرد إليه متاعه بلا ثمن حتى يتحقق أن

قوله: (لأن من شروط لزوم البيع كون عاقده مكلفاً الخ) انظر الشرح فإن شرط اللزوم هو الطوع والمكره فيه خلاف قوي في تكليفه. قوله: (والخوف على الأجنبي الخ) انظر هذا عند قول المختصر: لا أجنبي وأمر بالحلف ليسلم. قوله: (قال البرزلي الخ) الذي به العمل هو لزوم بيع المضغوط، انظر بيانه عند قول المختصر: لا إن أجبر عليه جبراً حراماً.

قوله: (وما ذكره الناظم الخ) ملخص هذا أنه إذا أكره على البيع رد الثمن إلا إذا قامت بينة على تلفه، وإن أكره على دفع المال فيأخذ المضغوط متاعه بلا ثمر إلا إن تحقق أنه صرفه في مصالحه، والثاني مقيد بما إذا علم المشتري بالضغط وإلا فلا يأخذه إلا بدفع الثمن، والذي به العمل أنه متى تولى قبض الثمن فلا يأخذ متاعه إلا به، هذا الذي لخصناه من كلام الناس، وهذا على أن المتاع يرد، وأما على ما به العمل آخراً من اللزوم فلا لأنه على ما به العمل لا رد للمتاع فافهم.

المضغوط صرف الثمن في مصالحه. وأما إذا أكره على البيع فقط فله إجازة البيع وله رده، فإن ردّ البيع ردّ الثمن الذي أخذه إلا أن تقوم بينة على تلفه قاله في كتاب الإكراه من النوادر. قال في البيان: وسواء علم المشتري أن البائع مضغوط أي على إعطاء المال أو لم يعلم قال ذلك ابن القاسم عن مالك في المبسوط، وسواء وصل الثمن من المبتاع إلى المضغوط فدفعه المضغوط إلى الظالم أو جهل هل دفعه إليه أو أدخله في منافعه أو كان الظالم هو الذي تولى قبضه من المبتاع؟ فللمضغوط في ذلك أن يأخذ ماله من المشتري أو ممن اشتراه من المشتري بغير ثمن، ويرجع المشتري الثاني على المشتري من المضغوط، والمشتري من المضغوط على الظالم، إلا أن يعلم أن البائع أدخل الثمن في منافعه ولم يدفعه إلى الظالم فلا يكون له إلى ذلك سبيل حتى يدفع الثمن إلى المشتري، قال ذلك كله ابن حبيب في الواضحة، وحكاه عن مطرف وابن عبد الحكم وأصبغ، وذهب سحنون إلى أنه إذا كان المضغوط هو البائع القابض للثمن فلا سبيل له إلى ما باع إلا بعد غرم الثمن وحكاه عن مالك، وقال ابن كنانة: بيعه لازم له غير مفسوخ عنه وهو أجر يؤجر به عليه ويلزمه إياه^(١) لأنه أنقذه مما كان فيه من العذاب، انتهى من رسم س من سماع ابن القاسم من كتاب السلطان، انتهى كلام الخطاب.

تنبیه: ما تقدم في نقل الخطاب عن البيان من أن المكروه على إعطاء مال ظلماً يأخذ شبيهه بلا ثمن سواء علم المبتاع بالضغط أم لا، ونقل الشارح مثله هو مخالف لما نقله الشارح آخراً من كونه إنما يأخذه بغير ثمن إذا علم المشتري بالضغط، وأما غير العالم فلا يؤخذ منه إلا بالثمن ولفظه: ولا بدّ من اشتراط علم المشتري من المضغوط بضغطه في كونه يأخذ ملكه منه دون ثمن، وأما إن كان غير عالم بالضغط فلا يؤخذ منه إلا بالثمن، نص على ذلك ابن رشد في نوازه، فينبغي تقييد كلام الشيخ رحمه الله به اهـ. ونحوه نقل المواق عن سحنون قال: من أكره على إعطاء مال ظلماً فبيعه لذلك بيع مكروه، ولرب المبيع أخذه بلا ثمن إن كان المشتري عالماً بضغطه وإلا فبالثمن. روى مطرف يتبع المشتري بثمانه الظالم دفعه هو له أو البائع، ولو قبضه وكيل الظالم تبع أيهما شاء، قال مطرف: فإن قال الوكيل ما فعلته إلا خوفاً من الظالم لم يعذر لقوله ﷺ: «لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق» ثم قال قال ابن أبي زيد: إذا وقع مغرم في قرية من قبل السلطان وأسلم لهم الدراهم على الزيتون وغيره وثبت أن أهل القرية مضغوطون فمن أسلم إليهم فلا دراهم له ولا زيتون لأن تلك الدراهم أخذها السلطان بأعيانها اهـ. المواق: انظر ظاهره ولو قبض الدراهم أرباب الزيتون خلاف ما لسحنون أول المسألة والذي صدر به الحكم في زماننا أن المضغوط إذا تولى قبض الثمن لا يأخذ شبيهه حتى يرد الثمن وهذا هو البين.

(١) قوله: «وهو أجر يؤجر به عليه ويلزمه إياه» كذا بالنسخ التي بأيدينا، ولا يخفى أنه ليس منسجماً لفظاً مع صعوبة إرجاع الضمائر بارزة ومستترة وعدم وضوح المعنى إلا بتأويل متكلف فلعل فيه تحريفاً أو جوب ذلك، وعبارة ابن كنانة في غير ما كتاب البيع لازم نافذ، والمشتري منه مأجور لأنه أنقذه من العذاب اهـ. فتأمل، اهـ. مصححه.

فروع: الأول: ما قاطع به المضغوط على نفسه من المال وأشهد بالبعض الضامنين من التوكيل على بيع أملاكه فيما ضمنوا عنه غير لازم له ولا جائز عليه، وكذلك ما أشهد به بعد تسريحه من ارتجاع أملاكه من أمهات أولاده وتصييرها إلى الضامنين فيما ضمنوا عنه وأن ذلك حق ثابت لا يجوز ولا يلزمه شيء لأن أمره محمول على الإكراه المتقدم نقله الشارح. **الثاني:** قال الشارح: وحكم الضغط منسحب على البائع (وإن تراخى) البيع عن وقته بالشهرين ونحوهما، انظر تمام كلامه. **الثالث:** (قال ابن عرفة: وبيع قريب المضغوط) لفكاه من عذاب كزوجته وولده وقريبه لازم اه. يريد متاع نفسه كما صرح به في التوضيح وغيره قائلًا: لأن هؤلاء لم يضغطوا ولو لم يبيعوا متاعهم لم يطلبوا اه. وهذا في غير الأب. وأما الأب إذا عذب ولده بين يديه فقال البرزلي: إنه من الإكراه. **الرابع:** شهادة العدول على بيع المكره قال البرزلي فيها نظر إلا أن يخافوا عليه فهذا وجه لكن حقهم أن يذكروا حاله وإن لم يخافوا عليه فالصواب أن لا يشهدوا في مثل هذا لأنها صفة لا تجوز، وإن خافوا على أنفسهم العزل فلا يشهدوا من الحطاب. **الخامس:** قال في التوضيح: قالوا وسواء كان عنده عين فتركها وباع خشية أن يزداد عليه أو لم يكن. **السادس:** قال في التوضيح أيضاً عن مطرف: ومن كان عالماً بحال المضغوط فاشتري شيئاً من متاعه (فهو ضامن كالغاصب)، وأما من لم يعلم فيشتري من السوق فلا يضمن الدور والحيوان ويضمن ما انتفع به بأكل ولبس والغلة له، وأما العالم فلا غلة له وهو لها ضامن. **السابع:** قال في التوضيح أيضاً: وكل ما أحدث المبتاع فيه من عتق أو تدبير فلا يلزم المضغوط وله أخذ رقيقه من المبتاع سواء علم بحاله أو لم يعلم، وقاله ابن عبد الحكم وأصبغ. **الثامن:** قال في التوضيح أيضاً: ولو أعطى المضغوط حميلاً فتغيب فأخذ المال من الحميل لم يرجع الحميل عليه بشيء، ولو أخذ ما ضغط به من رجل سلفاً فقال أصبغ: يرجع عليه بما أسلفه لأن السلف معروف، قال فضل بن سلمة: وعلى أصله فيرجع الحميل لأن الحملالة معروف اه.

وَالْخَلْفُ فِي الْبَيْعِ لَشَيْءٍ مُغْتَصَبٍ ثَالِثُهَا جَوَازُهُ مِمَّنْ غَضِبَ

قوله: (وإن تراخى الخ) هذا ظاهر إن كان الخوف لم يزل متوقفاً. قوله: (قال ابن عرفة وبيع قريب المضغوط الخ) حاصل ما اجتمع من كلامهم في هذا أن القريب إذا باع متاع نفسه لفكاه قريبه المضغوط فإن بيعه ماض بشرط أنه إن لم يبيع لم يعذب إلا الوالد، فإنه إذا باع متاعه لفكاه ولده فإنه إكراه وإن لم يعذب إن لم يبيع لكثرة الحنائة كما في البرزلي. وأما إذا باع متاع القريب المضغوط لفكاه فهو كبيع نفسه ماله حين ضغط، هذا الذي فهمناه من كلامهم، وهذا أيضاً إنما يظهر على المشهور من عدم لزوم البيع، وأما على ما به العمل من اللزوم فلا. قوله: (فهو ضامن كالغاصب) هذا إنما هو على المشهور لا على ما به العمل، والحميل هنا أيضاً له الرجوع على ما به العمل، وأما على المشهور ففيه كلام ذكرناه في الشرح فلا يحتاج إلى معرفة احتياجاً تاماً، وإن أردت الاطلاع على هذه المسائل مبينة غاية فانظر الشرح.

(ص): والخلف في البيع لشيء مغتصب ثالثها جوازه لمن غضب، هذا قال فيه خليل عاطفاً

يعني أنه اختلف هل يجوز لرب الشيء المغصوب أن يبيعه لمن شاء من الغاصب الذي هو تحت يده أو من غيره أو لا يجوز ذلك؟ لأن من شرط المعقود عليه أن يكون بائعه قادراً على تسليمه لمشتريه وهذا عاجز عن ذلك. القول الثالث بالتفصيل يجوز بيعه لغاصبه ولا يجوز لغيره، هذا هو ظاهر النظم على الطريقة الحاجبية أن صدر القول الثالث وهو الجواز دليل الأول وعجزه وهو المنع دليل الثاني، ولم أقف على الخلاف على هذا الوجه، والذي في التوضيح عن ابن رشد أنه جعل بيع المغصوب من غير غاصبه على ثلاثة أوجه: إن كان مقدوراً عليه مقرأً بالغصب فهو جائز باتفاق، وإن كان ممتنعاً من دفعه وهو ممن لا تأخذه الأحكام مقرأً أو غيره لم يجز بيعه من غيره اتفاقاً، وإن كان منكراً وهو ممن تأخذه الأحكام وعليه بالغصب بينة فقولان على القولين في اشتراء ما فيه خصومة. ابن رشد: والمشهور منهما المنع لأنه غرر، قال: وأما بيعه من غاصبه فجعله ابن رشد في الشهادات على ثلاثة أقسام. الأول: أن يعلم أنه عازم على رده فيجوز باتفاق. الثاني: أن يعلم أنه غير عازم على رده وإن طلبه ربه فلا يجوز باتفاق. والثالث: أن يشكل أمره وفيه قولان، قال: وإلى هذه ترجع الروايات اهـ. وبالفساد قال مطرف ورواه عن مالك وبذلك حكم القاضي ابن بشير، انظر تمام كلامه.

فصل في مسائل من أحكام البيع

أَبْ عَلَى بَنِيهِ فِي وِثَاقٍ حَجَر لهُ يَبِيعُ بِالإِطْلَاقِ
وَفَنَلُهُ عَلَى السَّدَادِ يُحْمَلُ وَحَيْثُ لَا رَدَّ ابْنُهُ مَا يَفْعَلُ

على الممنوعات: ومغصوب إلا من غاصبه وهل إن رد لربه الخ. وملخص ما ذكره الناس في المسألة أن بيع المغصوب من غاصبه جائز عزم على رده أم لا، رد لربه بالفعل أم لا، وإن حكى الخلاف في الرد بالفعل المصنف، وهذا ظاهر إذا جهل حال الغاصب. وأما إن علم منه أنه لا يرد فإنه لا يجوز بلا خلاف كما في ابن عرفة، لكن ظاهرها أيضاً وإن علم امتناع رده أيضاً، وأما من غير غاصبه فمهما وجد الغرر منع والأجاز، فإن كان مقرأً والأحكام تناله فالجواز إذ لا غرر، وإن أنكر وإن كانت بينة فالمنع نالته الأحكام أم لا للغرر وهذا ظاهر فيه الفساد، وأما من الغاصب فلا يظهر أصلاً، أما على قول من قال بالجواز فلا إشكال وكذا على قول من يقول بالمنع، ويدل على ذلك أيضاً قول الحطاب تنبيه الخ فافهم.

فصل في مسائل من أحكام البيع

(ص): أب على بنه في وثاق، إلى آخر البيتين. هذا قال فيه الشيخ خليل في مختصره في كتاب الحجر ما نصّه: والولي الأب وله البيع مطلقاً وإن لم يذكر سببه ثم وصيه وإن بعد، وهل كالأب أو إلا الربع فببيان السبب خلاف وليس له هبة للشواب، ثم حاكم وباع بثبوت يتمه الخ. فقوله: مطلقاً كان المال ربعاً أم لا؟ كان لأحد الوجوه الآتية أم لا؟ كان لمنفعة نفسه الواجبة له على ولده كبيع مال ولده لنفقته على نفسه حيث يثبت فقره والشروط الآتية في النفقة على الأب وهي

يعني أن للأب أن يبيع مال ولده الذي في حجره صغيراً كان أو بالغاً، جدد عليه الحجر لإطلاقه في المحجور أصلاً كان، كان المبيع أو غيره كان البيع لموجب من الموجبات التي تذكر بعد في بيع الوصي أو لغير موجب وهو مراده بالإطلاق بدليل مقابلته بقوله: ويبيع من وصي للمحجور إلا لمقتض، وإنما جاز ذلك وإن لم يذكر للبيع موجباً لأن فعله محمول على السداد لما جبل عليه الأب من الحنانة والشفقة، فإن تبين وظهر أن بيعه غير سداد رد فعله، ومما يحمل على غير السداد حتى يثبت كونه سداداً أن يكون هو

مذكورة هنا في الشرح أي بعضها فقف عليها ولا بد، وعبارة الوثائق المجموعة ويجوز بيعه أي على ولده وفعله أبداً على النظر حتى يظهر منه سوء نظر فحينئذ ينهى عن ذلك ويكون للابن القيام في ذلك إذا ثبت سوء النظر والغبن البين عليه، وللرجل أن يبيع على ابنه الدار ليفتق منها على نفسه إن كانت يسيرة الثمن ومن أحق ما يبيعه عليه، فإن كانت كثيرة الثمن باع بعضها على قدر ما يكفيه المدة لا تكون بالطويلة الخ. ويدخل في الإطلاق ما إذا باع ولم يذكر عن نفسه أو عن ولده لأنه محمول على السداد حتى يثبت أنه باعه في حق نفسه في غير حق واجب فإنه يفسخ إن لم يكن الأب غنياً وإلا مضى البيع وغرم الأب ثمنه على ما في النوادر ولكن هذا إنما يدخل في الإطلاق المذكور باعتبار المضي، وكلام المتن في الإقدام على البيع ويدخل الكراء والرهن من باب أخرى لأنه لا تفويت للرقبة فيهما، وإن أصدقه الأب لزوجته مضى أيضاً إن كان غنياً لا إن كان معسراً فإن الابن يأخذ ماله ما لم يدخل الأب بالزوجة فيمضي وإن كان قائماً، وهذا كله ما لم يتقدم السلطان إلى الأب أنه لا يصدق مال ولده فيرد مطلقاً، ويدخل في الأب بيع مال ولده من نفسه ولو عقاراً ما لم يكن مع النجش البين في الثمن، وهو في هذا محمول على غير السداد وعلى مقابله يحتاج إلى معرفة السداد في هذا البيع وإن باع بمحاباة، فإن قلت: ففي مال الأب وإلا ردّ كله انظر الشرح، وانظر عتق الأب مال ولده عند قول المتن: ومضى عتقه بعوض كأبيه إن أيسر الخ ففيه تحقيق في الشرح، والأب لا يجوز أن يتصرف في مال ولده بغير المصلحة وإن كان بيعه محمولاً على السداد، ففي الواضحة يمنع الرجل أن يقضي في مال ولده الصغير إلا بالنظر والتشهير له في المعيار. عن العبدوسي أنه كالوكيل المفوض إليه، وهذا كله في ابنه الصغير والسفيه لا الرشيد فهو كأجنبي، وهذا يفهم من قوله: والولي الأب أي ولي المحجور فافهم. وقوله في الوصي وهل كالأب الخ الراجح هو أنه كالأب أي الوصي في حمل تصرفه على السداد باع ربيعاً أو غيره، وهذا ما لم يبين السبب وإلا فهو محمول على ذلك اتفاقاً ولا يحتاج إلى إثبات السبب بل يكفي ذكره له وهذا على غير الراجح، وأما عليه فهو كالأب بلا فرق، ومن المعلوم أن الوصي لا يفعل إلا ما هو سداد والأب كذلك وهذا أخرى منه، والوجه التي لا يبيع الوصي إلا بعضها هي مدلول قول المتن: وإنما يباع عقاره لحاجة الخ. وفي الطرر: جرى العمل بمضي بيع الوصي عقار اليتيم إن لم يكن فيه غبن لا يتغابن الناس بمثله وإن لم يكن لأحد الوجوه المشار إليها. وذكر ذلك أبو الحسن وغيره وذلك في الشرح، وأبو عمران الذي قال: الوصي محمول على غير السداد إنما ذلك عنده في العقار وأما غيره فلا فرق بينه وبين الأب، ولا فرق بين أن يكون الوصي امرأة أو رجلاً أميناً أم لا، واستحسن ابن الطلاع أن الوصي إن كان عدلاً فمحمول على السداد، وإن كان غير عدل أو امرأة فعلى الضد، والجاهل كالمراة عند هذا المفصل كما في شرح التحفة للشيخ ميارة، وهذا تفصيل حسن لا بأس

المشتري مال ابنه أو يشتري لولده من نفسه أو يبيع لأجنبي لمنفعة نفسه بالثمن أو نحو ذلك. قال في المتيطة: وبيع الأب على صغر بنه وأبكار بناته جائز، وفعله أبدأ محمول على النظر حتى يثبت خلافه. قال بعض الشيوخ: وهذا مما لا اختلاف فيه إلا أن يكون هو المشتري من مال ابنه، فهو محمول على غير النظر حتى يثبت النظر. وفائدة ذلك أن على من أراد إثبات البيع إقامة البينة بالنظر، وإذا باع على ابنه لغيره إقامة البينة على من يريد فسخ البيع وأن البيع كان غير نظر اه. ونحوه في التوضيح وزاد: أنه لو باع عن نفسه ولم يذكر باع من ولده فالبيع ماض ولا اعتراض فيه للابن ذا رشد، قاله ابن القاسم في الواضحة والثمانية، فإن باع لمنفعة نفسه فقال ابن حبيب: كان أصبغ يمضي بيعه، ثم رجع إلى مذهب ابن القاسم وغيره أنه إذا تحقق أنه باع لمنفعة نفسه فسخ اه. فرع: في مفيد ابن هشام إذا أصدق الرجل زوجته شيئاً من مال ابنه الصغير جاز ولا كلام للابن في ذلك بعد بلوغه وإن وجده عندها بعينه. فرع: وفي المفيد أيضاً قال مطرف وابن الماجشون في الواضحة: وما بعث أو وهبت من مال ولدك ولم يعلم أنه فعلته أم لك فذلك ماض لأنك قد تلي بهم مثل ذلك حتى يعلم أنك إنما فعلته لنفسك فيرد، انتهى من الشارح.

وَبَيْعُ مَنْ وَصَّى لِلْمَحْجُورِ إِلَّا لِمُقْتَضٍ مِنَ الْمَحْظُورِ

يعني أن بيع الوصي مال محجوره من المحظور الممنوع إلا أن يكون ذلك لمقتض أي لموجب فيجوز بيعه حينئذ، ولم يذكر موجبات البيع اتكالا على شهرتها عند الفقهاء، وإليها أشار الشيخ خليل بقوله: وإنما يباع عقاره لحاجة أي لمأكل أو ملبس أو غبطة أي كثرة في الثمن، أو لكونه موظفاً فيبدله بما لا وظيف عليه، أو كونه حصة فيبدله له بكامل لضرر الشركة ونحوه، أو لقله غلته فيبدله بما كثرت غلته، أو لكونه بين ذميين أو جيران

به، ولكن الذي ينبغي في هذه الأزمنة هو اتباع مقابل الراجح أو التوقف في ذلك ومشاورة العدول العارفين، ويجتهد القاضي في ذلك وينظر لقرائن الأحوال، ويذهب في ذلك مذهب العارف الشحيح في ماله أو مال ولده العزيز عليه، ولكن انظر بسط كلام الناس في الشرح واجتهد في فكك رقبتك إن كنت قاضياً من النار متوكلاً على الرحيم الغفار فلعلك أن تربح ربحاً ليس له غاية ولا حد ولا نهاية بتحصيل طاعة في زمن كساعة. وقوله: ثم حاكم الكلام في مقدم القاضي كالكلام في الوصي كما في المتيطة لكن قال أثناء كلامه: وفرق إسماعيل القاضي فأجاز بيع الوصي لعقار اليتيم على النظر ومع مقدم القاضي من ذلك إلا بإذن القاضي لأنه كالوكيل المخصوص لا كالمفوض إليه، وقد اضطرب كلام الناس قديماً وحديثاً هل المقدم كالوصي في كل شيء أو يفترقان في أمور مذكورة في شروح المتن وغيرها، والأولى التمسك بظاهر المدونة أنه لا فرق بينهما، فف عند كلام الناس في هذا الشرح هنا وعند قول المختصر في الوصايا: وإنما يوصي الخ، وعند قوله في هذا الباب: وفك وصي أو مقدم، وفي مواضع من كتاب الوصايا.

(ص):

(ويبيع من وصي للمحجور إلا لمقتض من المحظور).

وتقدم الكلام في هذا النص قبيله.

سوء، أو لإرادة شريكه ببيعاً ولا مال له يضم به صفقة البيع، أو لخشية انتقال العمارة، أو لخوف الخراب ولا مال له أو له والبيع أولى، وهذه الأسباب إنما هي شرط في بيع عقار اليتيم كما صرح به ابن الحاجب والشيخ خليل وغيرهما لا في كل مبيع كما قد يظهر من إطلاق الناظم. وما ذكره من افتقار بيع الوصي عقار المحجور لذكر السبب هو أحد القولين المشهورين، والقول الآخر أنه لا يحتاج إلى ذلك كالأب وهما مبنيان على أن فعل الوصي محمول على غير السداد حتى يثبت السداد، أو فعله محمول على السداد حتى يثبت خلافه. وفي المسألة قول ثالث إن كان الوصي ثقة مأموناً عارفاً بحسن النظر حمل على السداد، وإن كان جاهلاً أو امرأة حمل غيره، وأشار الشيخ أبو الحسن في التقييد إلى أن العمل جرى بأنه محمول على النظر في الربيع وغيره، قال البرزلي: وبه رأيت العمل في زماننا هذا من شيخنا يعني ابن عرفة وتابعه عليه قضية بلده ونحوه في الطرر فيمضي فعله ما لم يكن اليتيم غنياً. قال في التوضيح: فإن بين السبب فلا يختلف في جواز بيعه ويضمن العقد معرفة الشهود لذلك وإن لم يضمونه فلا يختلف في الجواز أيضاً، ثم قال: وظاهره أنه يكتفي بذكر السبب من غير احتياج إلى إثباته، وقد نص في الطرر على أن بيعه جائز وإن لم يعرف ذلك أي السبب إلا من قوله. وعلى ما قاله أبو عمران من أن فعله في الرباع محمول على غير النظر حتى يثبت لا يتم البيع حتى يشهد الشهود بمعرفة السداد اهـ. السداد أن يكون البيع لسبب من حاجة ونحوها مما تقدم.

(تنبيه): ليس من السداد البيع ليصير ثمن المبيع فيما لا يحتاج إليه لم تدع له ضرورة، فقد أفتى الشيخ أبو الحسن الصغير في مسألة وصي باع دار يتيماً لغير حاجة إلا لبناء صهريج في دار أخرى وتزويق وزليج بنقض هذا البيع لأن هذا سوء نظر، وإن كان في تعقب فعل الوصي قولان. قال: وحكي أن بعض كبار الفاسيين من فقهاءهم اشترى جنازاً فبنى فيه منارة وصهريجاً فوجبت فيه الشفعة فطلب قيمة بنائه وهو غلط إذ مثل هذا لا يحتاج إليه في الجنان نقله الشارح.

(فرع: إذا قيم) فيما باعه الوصي فعلى المشتري أن يثبت أنه المشتري شراء صحيحاً وأن الوصي باع لغبط أو حاجة ويتم له الشراء. وفي الطراز عن ابن المواز يمضي وإن لم يكن لشيء من الوجوه المذكورة وهو قول الشيخ قديماً، وبه العمل ما لم يكن فيه غبن في الثمن مما لا يتغابن الناس فيه.

وَجَازَ بَيْعُ حَاضِنٍ بِشَرْطِ أَنْ أَهْمَلَ مَحْضُونَ وَلَا يَغْلُو الثَّمَنُ

قوله: (تنبيه الخ) هذا ظاهر لأنه غير سداد، إذ السداد هو ما لا يرجع إلى مثل هذا، ولكن تزليج الدار ينبغي أن يكون عندنا بفاس سداداً لأنه يطول ومصلحة عند أهلها ظاهرة، وإن قال هذا الشارح السداد أن يكون البيع لسبب من حاجة ونحوها الخ.

قوله: (فرع إذا قيم الخ) لعل هذا على مقابل الراجح فافهم.

(ص): وجاز بيع حاضن بشرط أن. إلى آخر البيتين. هذا قال فيه في المختصر مخرجاً له من الأولياء ما نصه: لا حاضن كجد وعمل بإمضاء السير وفي حده تردد، وقد كثر الخطب في الحاضن هل

عَشْرِينَ دِينَارًا مِنَ الشَّرْعِيِّ فَضْئَةً وَذَا عَلَى الْمَرْضِيِّ

هو كالوصي في البيع والقسمة والحوز ونحو ذلك أم لا؟ وقد كتبنا ذلك في الشرح، والذي تحصل لنا أن الحاضن بالبادية يتنزل منزلة الوصي وكذلك ما في حكم البادية، ولكن إن جرى العرف بأن الكبير كالوصي على الصغير وإلا فلا يشك أنه كهو، ففي المعيار ما نصّه: شأن أهل البادية تصرف الكبير على الأصاغر اتكالا منهم بأنه سيفعل بغير إيصاء، فالكبير مع الأصاغر في البادية لنحو هذا العرف يتنزل منزلة الوصي على هذا درجوا، وقد أنزله مالك في رواية ابن غانم عنه إن كان كافلاً منزلة الوصي دون هذا العرف، وهذا ظاهر من كتاب القسم من المدونة في مسألة ملتقط اللقيط وظاهر مسألة صبيان الأعراب منها، وقاله ابن الهندي في وثائقه، وظاهر هذه الرواية وإن كان مع إمكان مطالعة السلطان، وكان الشيخ أبو الفضل يحكي عن الشيخ أبي محمد صالح أن هذه الرواية جيدة لأهل البوادي لإهمالهم الإيصاء والتقديم لتعذر مطالعة السلطان مع العرف الذي قدمنا. وقال ابن هلال في نوازل ما ذكر ما نقله ابن حبيب عمّن ذكر ما نصّه قلت: وبذلك أفتى الزرويلي وذكر عن أبي الحسن عن شيخه راشد نحو ما قلناه عن أبي محمد صالح قائلاً: ما ذكر عمّن ذكر إنما هو بالمدينة فالبادية أخرى، قال ابن هلال: وأفتى أيضاً بنفوذ قسم الإخوة الكبار التركة عنهم وعن إخوتهم الصغار الذين في كفالتهم إذا ظهر السداد فيها، واحتج بما قدمنا عن المعيار وبمسألة كتاب الزكاة الثاني بيده مال يتيم بغير إيصاء أحد، فأنفق عليه منه وزكي عنه منه زكاة الفطر أن ذلك ماض. قلت: وبذلك أقول وأتقصد الفتوى به في بلدنا اليوم لأنها كالبادية، فالصواب الآن العمل بقول من أنزل الكافل منزلة الوصي في البيع والقسمة وغير ذلك. وقال ابن العربي، وبه أقول وأحكم لهذه الآية: ﴿ويسألونك عن اليتامى﴾ [البقرة: ٢٢٠] الآية وإن لم يقدمه وآل عليه لأن الآية مطلقة، قال: واعلموا أنه لم يؤثر على أحد من الخلفاء أنه قدم أحداً على يتيم في وجودهم في أزمتهم وإنما يقتضون على كونهم عندهم، وهذا كله إن وافق المصلحة وإلا ردّه. كما إذا بيع بغبن ونحوه، هذا زبدة كلام ابن سهل الخ. والذي ذكره ابن حبيب هو ما ذكره ابن سهل من أن الحاضن كالوصي في جميع أمورهِ حيث قال في أحكامه الكبرى أثناء كلامه على مسألة في القسمة عن ابن حبيب ما نصّه: إلا أن مطرفاً وابن الماجشون أخبراني أن مالكاً وغيره من علمائهم أجازوا في الصغار يهلك أبوهم فتحضنهم أم أو عم أو أخ رشيد أو أجنبي احتسب فيهم وقام بولايتهم واكتنفهم بغير تقديم سلطان أو إيصاء أب أن ينفذ لهم، وعليهم ما يجوز للوصي على من أوصى إليه به مقاسمة أو بيع أو ابتياع أو تزويج أو صلح أو إنفاق أو حيازة صدقة منه أو من غيره وشبهه ينزل في جميع ذلك منزلة الوصي وبه نقول وأعلمنا عليه أصبغ فاستحسنه وقال به الخ، وهذا منه بلفظه من أحكامه. وفي المواق عن ابن سهل: كثير من جهال المفتين يتوهم أن لا يبيع على المحجور إلا القاضي الخ ولكن لم أفق عليه في ابن سهل، قف عليه في الشرح تر قوة أنه كالوصي غاية، وظاهر كلام من تقدم أنه لا فرق في الكافل بين قريب لليتيم وأجنبي بعيد منه، ولا فرق بين القليل والكثير، ولكن يجب مراعاة الوقت وقلة الأمانة ومراعاة الحاضن الأمين وغيره والشفيق وغيره وقلة المبيع وكثرته، وهنا يحتاج القاضي إلى تعب كثير وتفكر غزير وإلا خيف عليه من عذاب السعير. وأما الحاضن في الحواضر والمدن فالخلاف في ذلك قوي لكن العمل على مضي القليل مطلقاً وهو الذي في المتن والأم إن كانت حاضنة فكونها وصياً أقرب من غيرها، بل والقريب أقرب من الأجنبي كما يدل عليه كلام ابن رشد وغيره، انظر الشرح.

يعني أنه يجوز للحاضن أن يبيع مال محضونه بشرطين: أحدهما أن يكون المحضون يتيماً مهملاً أي لم يكن عليه وصي من أب ولا مقدم من قاض، والثاني أن يكون الثمن قليلاً كعشرين ديناراً شرعية فأقل، فإن كان للمحضون أب أو وصي فالبيع لهما كما تقدم، أو كان الثمن أكثر من ذلك فلا يجوز بيعه. قال في التوضيح بعد الكلام على بيع الأب والوصي: وأما الكافل ففي بيعه على مكفوله أربعة أقوال: المنع مطلقاً قاله مالك في كتاب القسم من المدونة، والجواز مطلقاً، والجواز في بلد لا سلطان فيه والمنع في بلد فيه سلطان، والجواز في اليسير، قاله في العتبية، وبه قال أصبغ، وبه جرى العمل، واختلف في حد اليسير فقال ابن زرب: ثلاثون ديناراً. وقال ابن العطار: عشرون ديناراً ونحوها. وقال ابن الهندي: عشرة ونحوها. وحكي عن ابن العطار، انتهى ببعض اختصار. وفي المتبعية: وإذا لم يكن للصغير والبكر التي لم تعنس أب ولا وصي واحتاج من كان منهما إلى بيع شيء من عقاره وله حاضن قريب أو أجنبي أو امرأة فإن له أن يبيع عليه اليسير التافه من عقاره مثل الذي يكون ثمنه عشرة دنانير إلى عشرين وينفذ ذلك، ولا قيام فيه لليتيم بعد رشده إذا أصاب الحاضن وجه البيع، سواء كان ذلك بحضرة السلطان أو بعيداً عنه، وقيل لا يجوز بيع الحاضن وبما قدمناه جرى العمل. قال الشارح: وأشار الشيخ رحمه الله بالمرضي إلى هذا القول الذي جرى به العمل اهـ. أي من جواز بيع الحاضن قال: وحال الأم في ذلك أقوى من غيرها لأن مالكا أجاز لها أن توصي بابنها وبما يصير له من تركتها إلى من ينظر له إذا كانت التركة ستين ديناراً فأقل.

(فرع: قال في التوضيح: وإذا قيم على المبتاع فيما باعه الكافل) فعليه أن يثبت

قوله: (فرع قال في التوضيح: وإذا قيم على المبتاع فيما باعه الكافل الخ) زاد في التوضيح ما نصه: ولو رفع ذلك للقاضي لم يأمره بالبيع حتى يثبت عنده يتم المبيع عليه وملكه لما باعه عليه وحاجته للبيع والسداد في الثمن والاشتراك إذا كان المبيع مشتركاً. ابن رشد: ولما رأى الفقهاء أن اليتيم ربما ضاع قبل إثبات ذلك عند القاضي أجازوا للكافل البيع دون مطالعته حسبما قدمناه، قال: وإلى هذا أشار ابن العطار اهـ. وذكر ابن فتوح أن العمل جار ببيع الحاضن القليل من غير إذن القاضي إذا لم يكن لليتيم ما يقوم بنفسه في حضر أو بدو الخ. وأما الكثير فلا بد من إذن القاضي والمصلحة وموافقة السداد. وفي مفيد ابن هشام ما نصه: وأما بيع الحاضن الأصول فلا يصح حتى تشهد البينة العادلة للمبتاع بمعرفة شروط تاريخ البيع وهي اليتيم والحضانة والحاجة إلى بيع ما بيع عليه، وذلك بأن لا يكون عرض ولا فرض غير أصوله، ولا تحيل على إقامة معيشة من صناعة أو تصرف في غير المسألة والسداد في الثمن، وأن المبيع أحق ما يباع عليه، وأن يكون تافهاً لا بال له ثمن عشرين ديناراً فدون، وهذا القدر من الثمن لليتيم الواحد، وأن الثمن صرف في مصالح اليتيم وانتفع به في حين البيع، هذا معنى ما نص عليه أصبغ رحمه الله وبه العمل إن شاء الله، انتهى بلفظه. والفرض هو الدراهم والدنانير، وهذه الشروط المذكورة في المفيد وشيء منها في الوثائق المجموعة وما تقدم منها عن ابن العطار، وإنما هو على مقابل من يقول: الحاضن ليس كالوصي، وأما من يقول هو كالوصي فيجري بيعه مجرى بيع الوصي بلا فرق بدليل كلام ابن سهل وغيره، وحاصل ما تقدم أن الحاضن إذا كان بالبادية أو ما في حكمها فهو كوصي جرى عرف أم لا، ولا سيما إن كان قريباً، ولا سيما إن كان أميناً، وأما في الحاضرة فذلك فيه خلاف قوي ولا أتقلد فيه

حضانة البائع وحاجة المحضون والسداد في الثمن وأنه أنفق الثمن عليه وأدخله في مصلحه، وأنه ليس له مال غيره، وأنه أولى ما بيع عليه من عقاره ويضمن ذلك عقد البيع آخراً. فرع: نقل صاحب المعيار آخر السفر الثالث عن أبي الحسن الصغير في أثناء جواب له أن القريب كالأخ والعم اختلف فيه هل يتنزل منزلة الوصي فيمضي بيعه على الصغير ولا يرد، أو لا يتنزل منزلته فلا يمضي بيعه بل يرد، (وعلى رده) فلا يرد المشتري الغلة للشبهة بمراعاة القول الأول أنه كالوصي.

وَمَا اشْتَرَى الْمَرِيضُ أَوْ مَا بَاعَا
فَإِنْ يَكُنْ حَابِي بِهِ فَالْأَجْنَبِي
وَمَا بِهِ الْوَارِثُ حَابِي مَنِعَا
وَإِنْ يُجْزُهُ الْوَارِثُونَ أَتْبَعَا
إِنْ هُوَ مَاتَ يَأْبَى الْأَمْتِنَاعَا
مِنْ ثُلْثِهِ يَأْخُذُ مَا بِهِ حُي

ما ذكر هنا وما بعده إلى آخر الفصل (هو من زيادات هذا النظم) على مختصر الشيخ خليل، إلا بيع الحاكم والوارث والمجنون ومن معه والأعمى، والمحابة مفاعلة من حابي إذا أعطى، ويطلقه الفقهاء على البيع بأقل من القيمة بكثير قصداً لنفع المشتري، وعلى

شيئاً، وقف على الشرح بما يظهر لك ما تفتي به في ذلك، وإذا أمرنا على أنه غير وصي فذلك بالشروط المذكورة يمضي فعله، ولكن يجب على القاضي التطلع على أمر هذا البيع حيث قلنا هو كالوصي، وينظر في أمانة الحاضن وضد ذلك وكثرة المال وقلته مراعيأ حق اليتيم لوجه الله العظيم فالأمر صعب في هذا. قوله: (وعلى رده الخ) هذا كلام صحيح، ولكن انظر الشرح عند قول المختصر: وملك غيره على رضاه.

(ص): وما اشترى المريض أو ما باعا إلى آخر الأبيات الثلاثة. قوله: (هو من زيادات هذا النظم الخ) هذا لا يصح والعلم عند الله تعالى، فإن المحابة تبرع بدليل قوله هي أي المحابة عطية، وهذا التبرع إما لغير وارث أو لوارث، فالأول يدخل في قول المختصر: ووقف تبرعه إلا لعمال مأمون وهو العقار فإن مات فمن الثلث وإلا مضى، فقوله من الثلث هو الدال على أن هذا التبرع لغير وارث لأن الوارث لا شيء له من الثلث، ولذلك يقول الفقهاء: تبرعات المرضى وصايا لا وصية لوارث. وأما الثاني وهو التبرع للوارث فهو قوله في الوصايا: وبطلت بردة وإيضاء بمعصية ولوارث كغيره بزائد عن الثلث الخ تأمله منصفاً. وصاحب المختصر يدرج أموراً كثيرة في ألفاظ يسيرة لمعرفته غاية بصناعة الاختصار العجيب والاقتصار الغريب، ولم يذكر الشارح تقسيماً في المحابة. قال في الفائق ما نصّه: تنبيه: إذا حابي المريض ولده في عين المبيع مثل أن يبيع منه خيار دياره أو عبده بمثل الثمن أو أكثر فللورثة نقض البيع في ذلك. قال اللخمي أبو إسحاق ومثله في سماع أبي زيد قال محمد وهذا أحسن وإن كان إنما حاباه في ثمنه فقط مثل أن يبيع منه بمائة ما يساوي مائتين، فعند ابن القاسم للورثة نقض البيع كله لأنه أراد به التوليج، ولو أتم هو بقية الثمن ما كان ذلك له لأن أصل البيع وقع على التوليج، وقيل إن أتم بقية الثمن فلا كلام للورثة إذ لو باع منه بمثل القيمة فلا حجة لهم الخ. وهو في ابن عرفة بأقل من هذا. وقال في قولي التمام ما نصّه: قلت: بناء على أن المحابة في المثلثون أو الثمن هذا لفظه وهذه فوائد لم يلم بها هذا الشارح، وفوائد أخر في الشرح تركناها لطول الكلام فيها فقف عليها إن شئت.

الشراء بأكثر كذلك قصداً لنفع البائع، فما نقص عن القيمة في البيع أو زاد عليها في الشراء عطية وهبة من المريض للمشتري أو البائع، فإن لم يكن ذلك بقصد نفع من ذكر بل للجهل بالثمن فهو الغبن الآتي للناظم. وأما التوليج فهو الهبة في صورة البيع لإسقاط كلفة الحوز في البيع والافتقار إليه في الهبة والله أعلم. هذا هو الغالب في الاستعمال، وإن كان بعضها يطلق على بعض لتقارب معانيها، ويعني الناظم رحمه الله أن المريض مرضاً مخوفاً إذا باع أو اشترى في حال مرضه فإن ذلك ماض نافذ ولا يرد لأنه إنما يحجر عليه في التبرعات لا في المعاوضات، وإلى نفوذ بيعه وإمضائه أشار الناظم بقوله: يأبى الامتناع أي لا يقبل الامتناع، وإذا لم يقبله فهو ماض وذلك المراد فإن لم يكن في ذلك محاباة فلا إشكال، وإن كان فيه محاباة كان ذلك كما ذكرنا محض هبة في المرض، فإن كان لأجنبي فإنه يخرج من ثلثه إن مات، فإن زاد عليه ردّ إلا أن يجيزه الورثة، وإن كان لوارث توقف على إجازة باقي الورثة، فإن أجازوه جاز، وإن ردّوه ردّ. قال في الوثائق المجموعة: وبيع المريض وابتياعه جائز ما لم يحاب، فإن حابى ومات من مرضه فإن كانت المحاباة لمن لا يرثه فمحاباة في ثلثه إن حملها الثلث أو ما حمل منها ويرجع ما لم يحمل منها ميراثاً، وإن كانت لمن يرثه فلا يجوز شيء من المحاباة لأنها وصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة اهـ. من الشارح. ابن الحاجب: ويوقف كل تبرع فإن مات فمن الثلث وإن صح فكالإنشاء. التوضيح: كل تبرع أي عتقاً كان أو غيره وظاهره كان له مال مأمون أم لا وهذا قول مالك الأول، والذي رجع إليه في المأمون أنه ينفذ ما بتل من عتق أو غيره في المرض، قال في كتاب العتق: وليس المال المأمون عند مالك إلا في الدور والأرضين والنخل والعقار، فإن مات أي بعد فتيحه خارج من الثلث كالوصايا، وإن لم يمت فكالإنشاء في الصحة فيكون ذلك بمنزلة ما لو أنشأ ذلك التبرع في الصحة فيلزمه.

(تنبيه: إذا أجاز الورثة) الوصية للوارث أو الزائد على الثلث في الوصية للأجنبي فهل إجازتهم تقرير لما فعل الموصي فلا تفتقر لحوز أو ذلك إنشاء عطية من الوارث فتفتقر للحوز، فإن مات الوارث قبل حوزها بطلت قولان.

وَكُلُّ مَا الْقَاضِي يَبِيعُ مُطْلَقًا بَيْعُ الْبَرَاءَةِ بِهِ تَحَقُّقًا
وَالْخُلْفُ فِيمَا بَاعَهُ الْوَصِيُّ أَوْ وَارِثٌ وَمَنْعُهُ مَرَضِيٌّ
إِلَّا بِمَا الْبَيْعُ بِهِ يَكُونُ بَرَسْمٍ أَنْ تُقْضَى بِهِ الدُّيُونُ

قوله: (تنبيه إذا أجاز الورثة الخ) الواجب تبين المشهور وأن الإجازة عطية وهو الذي أفتى به خليل إذ قال في الوصايا: وإن أجزى بعطية. وقف على الشرح تر العجب من أدلة المشهور.

(ص): وكل ما القاضي يبيع مطلقاً. إلى آخر الأبيات الثلاثة. قال في المختصر في هذا ما نصّه: ومنع منه بيع حاكم ووارث رقيقاً فقط بين أنه إرث وخير مشروطه غيرهما وتبري غيرهما فيه مما لم يعلم، فقوله رقيقاً هو راجع لبيع الحاكم والوارث، وإن كان كلام التحفة وغيرها أن البيع من السلطان بيع براءة حتى في غير الرقيق لكن ظاهر المختصر هو ما ذكرناه، ولو أراد أن بيع الحاكم

يعني أن كل ما يبيعه القاضي من رقيق أو حيوان أو غير ذلك على مفلس أو صغير أو غيرهما، وعلى ذلك نبّه بالإطلاق فإنه بيع براءة، أي لا قيام فيه للمشتري بعيب إن وجدته، واختلف فيما باعه الوصي والوارث هل هو بيع براءة فلا يرد بعيب أو لا فللمشتري القيام بالعيب، ومنع كون بيعها براءة هو القول المرضي، قال الشارح: يعني به القول الذي جرى به العمل انتهى. ومحل الخلاف في كون بيع الوصي والوارث

عام لقال كوارث رقيقاً فقط، ومذهب ابن القاسم وروايته عن مالك ورواية أشهب عن مالك أيضاً هو خصوص البراءة بالرقيق في بيع السلطان والخلاف قوي في المسألة غاية، والحاصل أن رقيقاً هو راجع للأمرين قبله، أما في الورث فلا إشكال، وأما في الحاكم فالخلاف قوي غاية، وظاهر المدونة هو ما قاله ابن القاسم ومن وافقه وهو الذي يظهر رجحانه وإن كان كلام بعضهم وكلام التحفة يظهر منه العموم في بيع الحاكم. وقوله: ومنع منه الخ ظاهره كان المبيع كثيراً أو لا اشترطت البراءة أم لا وهو كذلك. وظاهر قوله بيع حاكم باعه في فلس أو موت أو على أصاغر أو في مغنم وهو كذلك. ولفظ المدونة وما باعه الحاكم في الديون والمغنم وغيره بيع براءة وإن لم تشتط، وكذا إذا باع مال الغائب لأجل اشتراكه مع ورثة كما في المنتخب، وقوله ووارث الخ حاصل هذا أن ما باعه الوصي والوارث لغير إنفاذ وصية أو قضاء دين فليس ببيع براءة، وإن باعاً لذلك فهو بيع براءة، والوصي يدخل في قول المتن: ووارث لأنه وكيل عن الوارث، ويد الوكيل كيد موكله، وبهذا تعلم أن ما باعه الوصي للنفقة على المحاجر ليس بيع براءة، وكذا بيع الورثة للقسمة لأنه كبيع جماعة باعوا مشتركاً بينهم وبيع الوصي للنفقة إن بين أنه وصي العهدة فيه على مال الأيتام، فإن ضاع وضاع الثمن فلا شيء عليهم، ولكن في بيع الأوصياء عند قول المختصر في كتاب الوكالات: وطولب بثمان الخ، وقد قال في الجواهر ما نصّه: وإنما حمل بيع الورثة لقضاء دين أو إنفاذ وصية على بيع البراءة لكون الديون كالوصايا يجب إنفاذها، ومن حق أهلها أن تعجل لهم حقوقهم إذا طلبوها، والسلطان والورثة والوصي غير عالمين بأحوال المبيع وهم مطالبون باستعجال البيع، فحمل بيعهم على البراءة لأجل ذلك بخلاف بيع الإنسان مال نفسه اهـ. بلفظه. وعلله ابن بشير بأن الرجوع إن كان على البائع وهو الحاكم مثلاً فذلك فيه ضرر على ولاة الأمر لأنهم لم يتفعلوا مع كون هذه البياعات لا تكون إلا عند الضرورة الخ، أي ولأن الرجوع على الولاة يزهدهم في تولي أمثال هذا وفي ذلك ضرر على الناس كما لا يخفى. وقوله بين أنه إرث شرط في كون بيعه براءة وكذلك علم المبتاع بأنه بيع إرث، وقوله بين يفهم منه أن الحاكم لا يجب أن يبين أنه حاكم وهو كذلك، والفرق أن بيع الحاكم لا يخفى كما في ابن عرفة، وفي ابن شاس ما نصّه: لأن بيع السلطان في غالب العادة إنما يكون في مجمع واحتفال اهـ. بلفظه. وما في ابن عرفة هو للبايعي، ولا يشترط في الوارث ولا الحاكم أن يشترط أن البيع براءة يدل لذلك قول المتن وتبري غيرهما فيه أي الرقيق مما لم يعلم فافهم. وهذا أيضاً ما لم يدلل الوارث أو الحاكم وإلا فلا براءة، وكذلك إذا دلس المبيع عليه كالمفلس، وقيل إن دلس المفلس لا يرد المبتاع المعيب إذا فرّق الثمن على الغرماء، لكن إن ثبت علم المفلس بالعيب فللمبتاع الرد وأخذ الثمن من الغرماء، وإن كان ذلك بإقرار المفلس فقط لم يقبل عليهم في استرجاع ما بأيديهم، وللمبتاع أن يمسكه بعيبه ويرده عليه ويتبعه بالثمن في ذمته انظر الشرح. وقوله وخير مشتر الخ أي سواء اطلع عيب أم لا كقول المتن: كبيع بعهد ما اشتراه ببراءة الخ، ولا منافاة بين هذا وبين ما قبله لأن المبتاع إذا علم أن البائع حاكم أو وارث فلا خيار له وجد عيباً أم لا وإن لم

بيع براءة أو لا إنما هو إن لم يكن لقضاء دين ونحوه كتفويض وصية، أما ما كان لذلك فإنه بيع براءة هذا ظاهر النظم، وفي الشارح أن فيه الخلاف كثيره وعليه فلو قال كذلك البيع الذي يكون الخ. قال في المتيضية: وأما ما باعه السلطان على مفلس أو في مغنم أو لقضاء دين أو ورثة أو على صغير فهو بيع براءة، وإن لم يشترط وليس للمبتاع رد بعيب قديم ولا في ذلك عهدة ثلاث ولا سنة وهو من المبتاع بعقد الشراء، هذا قول مالك المشهور المعمول به في المدونة وغيرها. قال ابن القاسم في كتاب العيوب من المدونة: وثبت مالك على أن بيع السلطان بيع براءة قال: وهو أشد من البراءة. ثم قال المتيضي: فإذا قلنا بالقول المشهور المعمول به فهل يكون بيع السلطان بيع براءة في كل شيء أو في الرقيق خاصة؟ عن مالك في ذلك روايتان: إحداهما: أنه في كل شيء رواها ابن حبيب عن مالك وهو قول ابن الماجشون ومطرف وأصيب وغيرهم، قال الشارح: وهذه الرواية هي التي اعتمدها الشيخ. وفي المفيد: واختلف قول مالك في بيع الميراث فقال مرة هو بيع براءة وقال مرة لا يكون بيع براءة. وفي الجواهر: قال الإمام: وأما بيع الورثة لقضاء ديون وتنفيذ وصايا فإن فيه الخلاف المشهور، قال: فاقصر مرة على ثبوت البراءة في بيع السلطان خاصة، وأضاف إلى ذلك مرة بيع أهل الميراث ومراده من ذلك ما باعوه لقضاء دين أو إنفاذ وصية. قال ابن شاس: وإنما حمل بيع الورثة لقضاء دين أو لإنفاذ وصية على بيع البراءة لكون الديون كالوصايا يجب إنفاذها، ومن حق أهلها أن تعجل لهم حقوقهم إذا طلبوها، والسلطان والوصي والورثة غير عالمين بأحوال المبيع وهم مطالبون باستعجال البيع فحمل بيعهم على البراءة لأجل ذلك بخلاف بيع الإنسان مال نفسه انتهى.

تنبيه: قال الشيخ خليل في ابتداء موانع الرد بالعيب: ومنع منه بيع حاكم ووارث رقيقاً فقط، فقله: رقيقاً فقط يحتمل رجوعه لبيع الحاكم والوارث معاً وأن بيعهما إنما يكون بيع براءة في الرقيق فقط وهو الموافق لرواية ابن القاسم، ويحتمل رجوعه لبيع الوارث فقط فهو الذي يختص بالرقيق، وأما بيع السلطان فبيع براءة في كل شيء وهي رواية ابن الماجشون وأصيب.

تنبيه: إنما يكون بيعهما بيع براءة إذا لم يدلّسا، والمراد ببيع الحاكم ما باعه بوصف الحكم لا ما باعه بوصف الملك. قال ابن عرفة: وعلى اعتبار الميراث ففي كونه ما بيع لقضاء دين فقط، أو ولما بيع لقسم الورثة قولان للباقي وعياض وغيره انتهى. ابن هارون في اختصار المتيضية: ما باعه الورثة لقضاء دين أو وصايا لا يكون بيع براءة إلا أن يصرح الورثة بأنه بيع ميراث أو يعلم بذلك المبتاع فيكون بيع براءة، وإن لم يعلم المبتاع بأنه بيع ميراث أو سلطان فهو مخير في الرد أو التماسك بلا عهدة قاله مالك، قال مالك: وأرى إن علم المشتري أنه بيع سلطان أو ميراث وجهل أنه بيع براءة أن تكون له العهدة، ولا يكون بيع السلطان بيع براءة حتى يسأل الذي يباع عليه هل علم به عيباً أم لا؟ اهـ. وفيه تحرير. وبكلام المتيضي وما تقدم عن ابن

يعلم لأن الوارث لم يبين أنه وارث ولم يعلم أنه وارث فله الخيار، ولكن قول المختصر الخ انظر فيه الشرح فإن في كلام المختصر إشكالاً والجواب يستدعي طولاً فلذلك تركناه.

عرفة يتبين معنى قول الشيخ خليل ووارث، وأنه ليس المراد به من صار له رقيق من إرث فباعه بل ما بيع ليقسم أو بيع لقضاء دين أو وصايا على الخلاف المتقدم. وقوله: ووارث المتيطي وكذا الوصي إذا باع لمن يلي عليه لتفقة أو غيرها وبين ذلك فلا تباعة عليه، ويرجع المشتري في الثمن إن كان قائماً، فإن أنفقه على الأيتام لم يكن عليه شيء، وبيع القاضي كبيع الوصي اهـ. وهو عنده عام في الرقيق وغيره، انتهى من طرر شيخنا رحمه الله، وإنما أثبتته وإن كان فيه طول لما اشتمل عليه من الفوائد.

تنبيه: ما تقدم للناظم في ترجمة بيع الرقيق والحيوان في قوله:

والبيع من براءة إن نصت على الأصح بالرقيق اختصت هو في غير بيع القاضي والوارث ونحوه كالوصي، بل في بيع الإنسان مال نفسه ونحوه كالوكيل إن أمره بذلك موكله بدليل ما ذكر هنا والله أعلم.

وَمِنْ أَصَمِّ أَبْكُمْ الْمُقُودُ جَائِزَةٌ وَيَشْهَدُ الشُّهُودُ
بِمُقْتَضَى إِشَارَةِ قَدْ أَفْهَمَتْ مَقْصُودَهُ وَبِرِضَاهُ أَعْلَمَتْ
فَإِنْ يَكُنْ مَعَ ذَلِكَ أَعْمَى امْتَنَعَ لِفَقْدِهِ الْإِثْمَامَ وَالْمَهْمَ مَعَا

يعني أن من كان أصم أبكم فإن ما يعقده من بيع وابتياح ونكاح ومعاوضة وتبرع جائز لازم له، ويعتمد الشهود عليه بما فعل من ذلك على الإشارة التي تفهم مقصوده قطعاً وتعلم برضاه حتماً، فإن انضاف إلى الصمم والبكم آفة العمى امتنع كل عقد في حقه لفقده الآلة التي توصل الإلهام عنه للشاهد عليه والفهم له. قال في الوثائق المجموعة: ويلزم الأصم الأبكم بيعه وابتياحه وأفعاله كلها إذا قطع الشهود عليه معرفته ذلك ورضاه بإشارته إليهم وإشارتهم إليه ولم يشكوا في ذلك، وإن كان أصم أبكم أعمى لم تجز مباحته ولا مناكحته ولا معاملته، انتهى من الشارح أي ويكون النظر في ماله وغيره للقاضي كالصبي المهمل وغيره.

كَذَلِكَ لِلْمَجْنُونِ وَالصَّغِيرِ يُمْنَعُ وَالسَّكْرَانَ لِلْجُمُهورِ

(ص): ومن أصم أبكم العقود. إلى آخر الأبيات الثلاثة. هذا قال فيه ابن الحاجب: والأعمى يصح بيعه وشراؤه على الصفة. وذكر في التوضيح أن شراءه حيث كان على الصفة فهو بمنزلة شراء الشيء الغائب الخ، ولذلك قال في مختصره: ومن الأعمى أي جاز البيع من الأعمى، ولم يذكر شراءه لدخوله في شراء الغائب. وقولهم يجوز بيعه وشراؤه ظاهره ولد أعمى أم لا وهو كذلك، خلافاً للأبهري في أن من ولد أعمى لا يجوز بيعه ولا شراؤه لأنه لا يقف على حقائق المدرك بمجرد الوصف، ويأتي قريباً بيان ما زيد من هذا فيما يتعلق بالأعمى عند قول الناظم: وذو العمى يسوغ الابتياح له الخ.

(ص):

كذلك للمجنون والصغير يمنع والسكران للجُمُهورِ

يعني كما يمتنع العقد ممن اجتمع فيه الصمم والعمى والبكم كذلك يمتنع من هؤلاء وهم المجنون والصغير والسكران، وقد تقدم أول البيوع من شرط عاقد البيع أن يكون بالغاً عاقلاً، فالمجنون والصغير والسكران هم كمن اجتمع فيه الصمم والبكم والعمى في عدم جواز معاملتهم عند الجمهور، لأن هؤلاء الثلاثة وإن وجد منهم في بعض الأحيان الفهم والإفهام فهم لفقده العقل أو عدم كماله كمن لا فهم له ولا إفهام، فاستووا معهم في الحكم لقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة» فذكر فيهم المجنون حتى يفق والصغير حتى يحتلم. قال الشارح: واشترط الصحة وجواز الأمر في العقود كلها أشهر من أن يستظهر عليه، ومنع فاقد العقل عدم الصحة وجواز الأمر والصغير غير جائز الأمر والسكران إذا فقد عقله بالجملة لاحق بالمجنون ما دام على تلك الحالة، ففي المنهج السالك بعد تقسيمه البيوع إلى خمسة أقسام وذكر القسم الأول ما نصه: والثاني بيع من لا يجوز بيعه كالصغير والمجنون والمضغوط وأشباههم. وفي المفيد: ولا يجوز بيع السكران ولا ابتياعه عند مالك ولكن يحلف بالله أنه ما كان يعقل حين بيعه أو ابتياعه ثم لا يلزمه العقد اهـ. وفي التوضيح في ترجمة الأهل أحد أركان الطلاق في السكران ثلاثة طرق: الأولى: لابن رشد أن محل الخلاف هو المختلط الذي معه بقية من عقله إلا أنه لا يملك الاختلاط من نفسه فيخطيء ويصيب، قال: وأما السكران الذي لا يعرف الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة فلا اختلاف أنه كالمجنون في جميع أفعاله وأحواله فيما بينه وبين الناس. الثانية: عكسها لابن بشير إن كان في حال تمييزه. لزمه الطلاق بالاتفاق، وإن كان مغموراً فالمشهور اللزوم، قال في التوضيح: وهذه عكس طريقة ابن رشد. الثالثة: للخمي أن الخلاف في السكران مطلقاً سواء كان معه ميز أم لا. وكذلك حكى ابن رشد عن المازري أنه قال: المشهور لزوم طلاقه والشاذ عدم لزومه ولم يفصل. قال في التوضيح: وتحصيل القول في السكران أن المشهور تلزمه الجنائيات والعتق والطلاق والحدود، ولا تلزمه الإقرارات والعقود. قال في البيان وهو قول مالك وعمامة أصحابه وأظهر الأقوال اهـ. وقد جمع شيخنا ابن عاشر رحمه الله هذا التحصيل في بيت وهو:

لا يلزم السكران إقرار عقود بل ما جنى عتق طلاق وحدود

وقال في التوضيح أول البيوع: وإنما لم يصح بيع السكران أو لم يلزمه لأننا لو فتحنا هذا الباب مع شدة حرص الناس على أخذ ما بيده وكثرة وقوع البيع لأدى إلى أن لا يبقى له شيء، بخلاف طلاقه وقتله وغير ذلك مما يتعلق فيه الحق لغيره فإننا لو لم نعتبره لتساكر الناس ليتلفوا أموال الناس وأرواحهم انتهى.

المجنون والصغير تقدم الكلام عليهما عند كلام الناس على مضمون قول المختصر وشرط عاقده تمييز الخ، والمجنون لا تمييز عنده أصلاً، والسكران ذكروا حكمه عند قول المتن أيضاً وإنما يلزم طلاق المسلم المكلف وكذا الصغير والمجنون فلا نزيل بالكلام عليهم.

وَذُو الْعَمَى يَسُوغُ الْإِبْتِياعَ لَهُ وَيَبِيعُهُ وَكُلُّ عَقْدٍ أَعْمَلَهُ
وَبَغَضُهُمْ فَرَّقَ بَيْنَ مَنْ وُلِدَ أَعْمَى وَمَنْ عَمَاهُ مِنْ بَعْدُ وَجِذ

يعني أن الأعمى يجوز أن يباع له فيكون مشترياً، ويجوز بيعه فيكون بائعاً، وكذا يجوز كل عقد أوقعه من نكاح أو غيره من المعاوضات والتبرعات وغير ذلك، وبعض الفقهاء فرق بين من ولد أعمى فلا يصح بيعه ولا ابتياعه وبين من طرأ ذلك عليه بعد الإبصار فيصح بيعه وشراؤه. ابن الحاجب: والأعمى يصح بيعه وشراؤه بالصفة وقيل إلا الأصلي. التوضيح: وحاصل ما ذكره المصنف أنه إن تقدم له إبصار صح بيعه وشراؤه اتفاقاً، وإن لم يتقدم فقال عبد الوهاب يصح بيعه وشراؤه، ومنع ذلك أبو جعفر الأبهري هكذا نقل اللخمي. ابن عبد السلام: وفي معنى من لم يتقدم له إبصار الذي تقدم له إبصار في سن الصغر ثم لا يتخيل الألوان، وينبغي أن يكون هذا الخلاف في الصفة التي لا تدرك إلا بحاسة البصر، وأما ما يدرك بغير ذلك فلا مانع اهـ. وفي المفيد: ويجوز عند مالك بيع الأعمى وشراؤه في السلم وغيره إذا وصف له الشيء صفة معلومة، أو كان معه من يراه ممن يرضى ذلك منه. وفي المقصد المحمود فيمن ولد أعمى لا تجوز معاملته في بيع ولا ابتياع لجهله بالمبيع، وأجازاه الشيخ أبو الحسن فيما يرجع إلى الذوق واللمس دون ما يرجع إلى اللون والشكل وهو أحسن.

فصل في اختلاف المتبايعين

وَحَيْثُمَا اخْتَلَفَ بَائِعٌ وَمَنْ مِنْهُ اشْتَرَى إِنْ كَانَ فِي قَدْرِ الثَّمَنِ

(ص): وذو العمى يسوغ الابتياح له. إلى آخر البيتين. ما ذكره هذا الشارح في ذلك ظاهر.

فصل في اختلاف المتبايعين

وحيثما اختلف بائع ومن. إلى آخر الأبيات الخمسة. قال في المختصر في هذا ما نصه: فصل إن اختلف المتبايعان في جنس الثمن أو نوعه حلفا وفسخ ورد مع الفوات قيمتها يوم بيعها، وفي قدره كتمونه أو قدر أجل أو رهن أو حميل حلفا وفسخ إن حكم به ظاهراً وباطناً كتناكلهما وصدق مشتر ادعى الأشبه وحلف إن فات الخ. وحاصل ما ذكرناه في الشرح مما تحصل لنا من كلام المحققين بعد الاجتهاد التام في ذلك ما نصه: الاختلاف في الجنس كثوب ودابة والنوع كعبد وفرس لا فرق فيه بين الفوات وغيره في التحالف والتفاسخ، ولا عبرة بالشبه فيهما فاتت السلعة أو لا، وكذا إذا اختلف في جنس المضمون أو نوعه بلا فرق أصلاً، واختلف في الاختلاف في الصفة كمحمولة وسمراء فقيل حكمها كحكم الاختلاف في القدر للمضمون، وقيل كالاختلاف في النوع، وظاهر كلام غير واحد في جميع ما تقدم ومع انتقال أم لا، وقع افتراق من المجلس أو لا، ولكن الخلاف قوي في المسألة غاية، وإنما ذكرنا ما ظهر لنا رجحانه من كلام الناس. وأما الاختلاف في قدر الثمن أو قدر المضمون أو قدر الأجل أو الرهن وهو قول المتن وفي قدره الخ فقبل الفوات لا عبرة بالشبه وبعده يحلف من أشبه ويكون القول قوله، لكن المشتري يقدم عند شبههما معاً، وإن أشبه أحدهما فقط فالقول قوله، وإن لم يشبه واحد منهما فالقيمة، ويقبل قول المشتري في الوصف في هذا إن لم تقم بينة بخلاف وصفه ولا تغتر بكلام

وَلَمْ يَفْتِ مَا بَيْعَ فَالْفَسْخُ إِذَا
وَالْبَدءُ بِالْبَائِعِ ثُمَّ الْمُشْتَرِي
ثُمَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ بَعْدَ الرِّضَا
وَقِيلَ لَا يُحْتَاجُ فِي الْفَسْخِ إِلَى
مَا حَلَفَ أَوْ نَكَلَ قَدْ أَتَفَدَا
فِي الْأَخْذِ وَالْيَمِينِ ذُو تَحْيِيرِ
وَقِيلَ إِنْ تَحَالَفَا الْفَسْخُ مَضَى
حُكْمٌ وَسُخْنُونَ لَهُ قَدْ نَكَلَا

ذكر في هذا الفصل حكم اختلاف المتبايعين، إما في قدر الثمن أو في جنسه، أو في الأجل أو في انقضائه، أو في قبض الثمن أو المثلون، أو في البت والخيار، أو في الصحة والفساد، أو في بعض ما يتناوله عقد البيع. وأشار بالأبيات إلى أنه إذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن مع قيام المبيع وعدم فواته فإنهما يتحالفان ويفسخ بيعهما، وكذلك يفسخ إن نکلا معاً عن اليمين، وإلى هذا أشار بالبيتين الأولين، وأشار لكيفية تحالفهما بقوله: والبدء بالبائع البيت وبيانه أنه إذا قال البائع بعت بعشرة مثلاً، وقال المشتري: بل بثمانية فيحلف البائع أنه إنما باع بعشرة، ثم يقال للمشتري إن شئت فخذها بالعشرة، فإن أخذها بها فلا كلام وإلا حلف أنه إنما اشترى بثمانية ويفسخ البيع بينهما، وكذا يفسخ إن نکلا معاً عن اليمين كما تقدم، واختلف هل يفسخ البيع بتمام تحالفهما أو حتى يحكم القاضي بالفسخ؟ وينبغي على ذلك إذا رجع أحدهما لقول صاحبه بعد التحالف وقيل الحكم فعلى توقف الفسخ على الحكم من رجع لزم البيع لكل منهما، وإلى ذلك أشار بقوله: ثم لكل واحد بعد الرضا، أي بعد التحالف على عدم توقف الفسخ على الحكم لا يلزم البيع إن رجع أحدهما لوقوع الفسخ بتمام التحالف وإليه أشار بقوله: وقيل إن تحالفا الفسخ مضى. وأما قوله: وقيل لا يحتاج البيت فهو في المعنى تعليل للقول الثاني وكأنه يقول: وجه مضي الفسخ بتمام التحالف كون الفسخ لا يقتدر لحكم حاكم، وعليه فلو قال: إذ قيل لا يحتاج الخ لكان أبين وأحسن منه أن يقول مبناهما احتياج فسخه إلى البيت أي مبنى القولين في لزوم البيع لمن رجع، وعدم لزومه احتياج الفسخ إلى الحكم أي وعدم احتياجه إليه وهو الذي نقله سحنون وتقدم في اللعان:

والفسخ من بعد اللعان ماضي دون طلاق وبحكم القاضي
وتقدم أيضاً في فصل تداعي الزوجين:

وإن تراضيا على النكاح ففي الأصح الرفع للجنح
أي تراضيا على النكاح بعد حلفهما بناء على افتقار الفسخ للحكم، ومقابل الأصح مبني
على عدم افتقاره له. قال في المتطية: وإذا اختلف المتبايعان في ثمن السلعة قبل قبضها فإنهما

الخطاب وقد لفتت هذا بما نصه:

الشبه في الجنس ونوع قد فهم
وثلث مع مثلث وأجل
قبل فوات في مبيع عرفا
لغو بلا تقييد فيما علم
في قدرها كذاك أمرها جلي
وبعده معتبر بلا اختفا

يتحالفان، يحلف البائع أولاً ثم يكون للمبتاع الخيار في أن يأخذ السلعة مما حلف عليه البائع أو يحلف على ما قال فيفسخ البيع بينهما، قال ابن القاسم: إلا أن يرضى للمبتاع أخذها قبل الحكم بالفسخ بما حلف عليه البائع فذلك له. قال ابن عبد الحكم: وإن أراد البائع قبل الفسخ أن يلزمها المبتاع بما حلف عليه فذلك له وإلا فسخ البيع. وقال سحنون بتمام التحالف يقع الفسخ كاللعان. قال المتيطي: وإن نكل البائع أولاً عن اليمين حلف المبتاع واستحق سلعته بما حلف عليه. وإن نكل المبتاع أيضاً انفسخت الصفقة بينهما رواه محمد عن ابن القاسم اهـ. وقول المتيطي في ثمن السلعة (قبل قبضها) يريد وكذلك بعد قبضها والغيبة عليها ولم تفت على إحدى روايتين وهي التي اعتمد الناظم، وأنه لا فرق بين قبضها وعدم قبضها إذا كانت قائمة لم تفت حسبما نقله الشارح عن المتيطية أيضاً وعن المقرب. وقال في الجواهر: إذا حلفا فمذهب سحنون انفساخ العقد. وقال ابن القاسم وابن عبد الحكم: بل يفتقر إلى إنشاء الفسخ، وفائدة الخلاف تظهر إذا رضي أحدهما قبل الفسخ أن يمضي العقد بما قال الآخر.

وَإِنْ يَفْتُ فَالْقَوْلُ لِلَّذِي اشْتَرَى وَذَا الَّذِي بِهِ الْقَضَاءُ قَدْ جَرَى

هذا تصريح بمفهوم قوله في البيت الثاني من الأبيات قبل هذا ولم يفت ما بيع يعني إذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن بعد فوت المبيع بحوالة سوق فأكثر فالقول قول المشتري يعني مع يمينه على القول الذي به القضاء وهي رواية ابن القاسم عن مالك، ويعني أيضاً إذا أتى بما يشبهه، وإلا فالقول للبائع مع يمينه إن أتى مما يشبهه ويأخذ ما قال، فإن نكل أخذ ما قال المبتاع بلا يمين، وإن جاء معاً بما لا يشبهه فعلى المبتاع القيمة ويصدق في الصفقة، وإن قال عبد أعجمي مقعد إلا أن تقوم بينة بخلافه قاله المتيطي. ثم نقل رواية أخرى قال: وبالأولى القضاء. ولو قال الناظم بدل الشطر الأخير إن قوله أشبه والخلف جرى لكان أفيد والله أعلم. (وفي مختصر الشيخ خليل: وصدق من ادعى الأشبه) وحلف إن فات فقوله من ادعى الأشبه أي من بائع أو مشتر مع يمينه عند فوت المبيع.

والوصف كالقدر لمثمن جرى وقيل كالنوع لشبهه قد طرا
ومشتر غلب إذا ما اشتركا في شبه^(١).....
قوله: (قبل قبضها) وكذا بعد قبضها انظر الشرح، ويأتي عند هذا الشارح هنا ما أشرنا إليه.
وقول الناظم:

(وإن يفت فالقول للذي اشترى وذاك الذي به القضاء قد جرى)

صحيح. وقول هذا الشارح (وفي مختصر الشيخ خليل وصدق من ادعى الأشبه الخ) هذا تبع فيه الحطاب وليس هو المذهب، وإنما الذي يأتي على المذهب، وفسخه وصدق مشتر ادعى الأشبه

(١) قوله: «في شبه» كذا في الأصل ولعله سقط منه بقية الشطر الثاني وتقديره: (في شبه كماله الشرح حكى) أو نحو ذلك، اهـ. مصححه.

وَأَنَّ يَكُنْ فِي جِنْسِهِ الْخُلْفُ بَدَأَ
تَفَاسَخًا بَعْدَ الْيَمِينِ أَبَدًا
وَمَا يَفُوتُ وَاقْتَضَى الرُّجُوعَا
بِقِيَمَةِ فَذَاكَ يَوْمَ بِيَعَا

تقدم الكلام على الاختلاف في قدر الثمن مع قيام السلعة أو فواتها، والكلام الآن في الاختلاف في جنس الثمن مع القيام أو الفوات أيضاً، يعني إذا اختلف المتبايعان في جنس الثمن كادعاء أحدهما أن البيع وقع بدنانير أو دراهم، وادعى الآخر أنه بطعام مثلاً فإنهما يتحالفان ويتفاسخان سواء كان المبيع باقياً أو فائتاً، ويدل على ذلك قوله أبداً؛ فإن كان المبيع قائماً رجع لبائعه ولا إشكال، وإن كان قد فات فإن البائع يرجع فيه على المتبايع بقيمته يوم بيعه، وإلى اعتبار القيمة يوم البيع أشار بقوله: يوم بيعاً، ونحو هذا في المتبعية نقله الشارح، قال: وقد اقتضى هذا الكلام بقوله أنه إن نكل أحدهما عما حلف على ضده الآخر فإن القول قول الحالف منهما.

وَحَيْثُمَا الْمَبِيعُ بَاقٍ وَاخْتَلَفَ
فِي أَجَلٍ تَفَاسَخًا بَعْدَ الْحَلْفِ
وَقِيلَ ذَا إِنْ ادَّعَى الْمُبْتَاعُ مَا
يَبْعُدُ وَالْعُرْفُ بِهِ قَدْ عُدِمَا
وَإِنْ يَفُتْ فَالْقَوْلُ عِنْدَ مَالِكَ
لِبَائِعِ نَهَجِ الْيَمِينِ سَالِكِ
وَقِيلَ لِلْمُبْتَاعِ وَالْقَوْلَانِ
لِحَافِظِ الْمَذْهَبِ مَنْقُولَانِ
وَفِي انْقِضَاءِ أَجَلٍ بَدَأَ قُضِيَ
حَتَّى يَقُولَ إِنَّهُ لَمْ يَنْقُضِ

كما أشرنا إليه، وانظر دليبه غاية في الشرح. وقول النظم أيضاً: وإن يكن في جنسه إلى آخر البيتين، ظاهر أيضاً.

(ص): وحيثما المبيع باق واختلف إلى آخر الأبيات الخمسة. الخلاف هنا في أصل الأجل وعدمه وفي انقضائه وعدمه بعد الاتفاق على وجوده. أما الأول فقال في المدونة: التحالف عند قيام السلعة ومع الفوات القول للبائع لأن المشتري بعده مدع للأجل. وقال ابن شاس: الأصل فيه كالاختلاف في قدر الثمن إلا أنه قد اعتيد الشراء بالنقد في بعض السلع حتى صار ذلك العرف فيها، فإن ثبتت عادة في مبيع ما تصرف عن الأصل وإلا فالرجوع إليه، ولهذا نزل بعض المتأخرين ما وقع من الاختلاف بين الأصحاب في ذلك على شهادة بعادة، وقيل القول للبائع بناء على أن العادة التعجيل، وقيل إن بعد الأجل فالقول للبائع وإلا فيتحالفان ويتفاسخان كالاختلاف في قدر الثمن الخ. وكلام ابن شاس هو الذي تصرف فيه ابن الحاجب وصاحب التوضيح واختصره ابن عرفة وسلمه ولم يعترض منه شيئاً أوصل كلام ابن شاس في ابن بشير وقف على الشرح يظهر لك غاية من كلام الناس أن المدار فيما يتعلق بالأجال على العوائد والعرف في الأجال هو شبه أو كالمشبه. وذكر عياض أنه لا ينظر للشبه لهذا قبل فوات السلعة الخ. وهذا هو الذي يدل عليه كلام كثير. وذهب غير واحد إلى أن الاختلاف في قدر الأجل هو كالاختلاف في أصل الثمن والأجل إن لم يكن عرفاً، ونقلنا ذلك في الشرح، وربما يكون هذا هو الذي مرَّ عليه خليل في المختصر إذ لم يصرح في هذا الباب بحكم المسألة. ومما يدل على أن العرف هنا هو المعتمد قول صاحب الشامل: ولو اختلفا

هذا الكلام في الاختلاف في الأجل أي هل وقع البيع بثمن مؤجل أو معجل؟ وهو أيضاً إما مع قيام المبيع أو مع فواته، وفي الاختلاف في انقضاء الأجل وعدم انقضائه بعد الاتفاق على الدخول على الأجل، وهو أيضاً إما مع قيام المبيع أو مع فواته، يعني إذا اختلف المتبايعان في كون البيع وقع لأجل أو على الحلول، فإن كانت السلعة قائمة فقولان: أحدهما: أنهما يتحالفان ويتفاسخان مطلقاً وهو قول ابن القاسم. والقول الثاني: أن هذا الحكم خاص بما إذا ادعى المبتاع أجلاً بعيداً ولا عرف في مثل ذلك المبيع فهنا يتحالفان ويتفاسخان، وإن كان في مثل تلك السلعة أجل معروف جار بين الناس فادعاه أحدهما فالقول قوله لأنه ادعى ما يشبهه، وهذا القول منقول عن ابن القاسم أيضاً، وعلى هذين القولين نبّه بالبيتين الأولين. فقولوه: وقيل إذا أي التحالف والتفاسخ وما نكرة موصوفة صفتها جملة بعد واقعة على الأجل، وجملة والعرف به قد عدما حالية وبه يتعلق بعدما والضمير يعود على ما وقعت عليه ما، وأما إذا اختلفا في الأجل بعد فوات المبيع كالطحن في القمح وحوالة الأسواق في العروض والعتق والتدبير في الرقيق والإيلاء في الإماء والبيع والوقف في العقار وما أشبه ذلك مما يعد فوتاً في تلك السلعة المعينة فقولان أيضاً: أحدهما: أن القول للبائع مع يمينه وهو لمالك في رواية ابن وهب عنه، وقيل: القول قول المبتاع وهو قول ابن القاسم. وقد نقله ابن رشد وهو القولين الذي عنى الناظم بحافظ المذهب، وعلى هذا نبّه بالبيت الثالث والرابع. فقولوه: وإن يفت هو مقابل قوله: وحيثما المبيع باق ونهج أي طريق مفعول سالك وسالك صفة بائع. وقوله: وقيل للمبتاع هو مقابل لقوله لبائع. قال في المتيضية: وإن اختلفا فقال البائع بالنقد وقال المبتاع إلى

في تعجيله وتأجيله صدق مدعي العرف بيمين الخ. وفي المدونة أيضاً: إن كان ما يدعيه المشتري أجلاً قريباً لا يهتم فيه فالقول قوله مع يمينه، وإلا فقول البائع إلا أن يكون للسلعة أو معروف الخ. والحاصل أن الظاهر في هذا اتباع العرف وقف على الشرح لترك كلام الناس في المسألة وقف على قول المتن في الاقراء وقبل أجل مثله الخ. وانظر النص بعيد هذا. وأما الاختلاف في الانقضاء فهو قول المختصر، وإن اختلفا في انتهاء الأجل فالقول لمنكر التقضي، وإنما قال لمنكر التقضي ولم يقل للمبتاع ليدخل المسلم إليه منكر التقضي فيما فيه ضمان، ولم أر أحسن من كلام ابن يونس هنا ونصه، ومن المدونة قال مالك: ومن أسلم في سلعة إلى أجل فادعى الحلول وقال البائع لم يحل فالقول قول البائع فيما يشبه يريد مع يمينه قاله ابن القاسم، فإن لم يأت بما يشبه صدق المشتري فيما يشبهه، وقد قال مالك فيمن ابتاع سلعة وفاتت عنده وادعى أن الثمن إلى أجل وقال البائع إلى أجل دونه أن القول قول المبتاع والبائع مقرّ بأجل يدعي حلولة قال ابن القاسم: وهذا إذا أتى بما يشبهه وإلا صدق البائع. قال في كتاب تضمين الصناع ولو لم تفت تحالفا وردت، ولو قال البائع بعته حالة وقال المبتاع بل إلى شهر فإن لم تفت حلفاً ثم قال: وهذا قول مالك أن القول قول الغريم في جميع هذه المسائل إذا أشبهه، وإلا فالقول للآخر فيما يشبهه إلا ما ذكرنا من اختلاف قول ابن القاسم في قول البائع فاعرفه وابن عليه وبالله التوفيق اهـ. بلفظه. وتعليل ابن عرفة وغيره يقتضي أن القول للمنكر مطلقاً الخ. فانظر قول ابن يونس وابن عليه ما أقواه. وانظر قول التحفة في الرهن والقول حيث يدعي من ارتهن الخ.

أجل والسلعة قائمة فقال ابن القاسم في المدونة: إن كان ما يدعيه المبتاع أجلاً قريباً لا يتهم فيه فالقول قوله مع يمينه وإلا صدق البائع، إلا أن يكون للسلعة أمد معروف تباع عليه فالقول قول مدعيه منهما. ثم قال المتيطي: وقال أيضاً ابن القاسم مرة أخرى يتحالفان ويتفاسخان ويبدأ البائع، قال المتيطي: وإن فاتت السلعة بيد المبتاع ففي ذلك قولان لابن القاسم أحدهما أن القول قول المبتاع مع يمينه، والآخر أن القول قول البائع مع يمينه وهي رواية ابن وهب عن مالك وبها قال ابن المواز اهـ. وأشار بالبيت الخامس إلى حكم الاختلاف في انقضاء الأجل، وأن القول في ذلك قول المشتري مع يمينه أنه لم ينقض، وعلى المشتري تعود الإشارة في قوله بذات لثقدمه في البيت قبله، وهذا إنما هو مع فوات المبيع، وربما يؤخذ هذا من إتيانه بذلك إثر قوله: وإن يفت من غير نظر لمن القول. قوله: وأما مع قيام المبيع وعدم فواته فيتحالفان ويتفاسخان. قال الشارح: يؤخذ حكمه من عموم قوله أولاً: وحيثما المبيع باق واختلف البيت. قال في المنتخب: قال سحنون: قال ابن القاسم: وإذا اختلف المتبايعان فقال البائع: بعثك إلى شهر، وقال المشتري: اشتريت منك إلى شهرين، فإن كانت السلعة لم تفت تحالفا وترادا، وإن كانت قد فاتت فالقول قول المشتري اهـ.، ونحوه في المتيطية.

وَالْقَوْلُ قَوْلُ مُشْتَرٍ بَعْدَ الْحَلْفِ
 وَهُوَ كَذَا لِبَائِعٍ فِيمَا عَدَا
 كَالدُّورِ وَالرَّقِيقِ وَالرَّبَاعِ
 وَالْقَبْضُ لِلسَّلْعَةِ فِيهِ اخْتِلَافًا
 فِي الْقَبْضِ فِيمَا بَيْنَهُ نَقْدًا عُرْفُ
 مُسْتَضْحَبٍ لِلنَّقْدِ وَلَوْ بَعْدَ مَدَى
 مَا لَمْ يُجَاوِزْ حَدَّ الْاِبْتِيَاعِ
 جَارٍ كَقَبْضِ حُكْمُهُ قَدْ سَلَفًا

(ص): والقول قول مشتري بعد الحلف. إلى آخر الأبيات الأربعة. هذا كلام المختصر فيه هو قوله. وفي قبض الثمن أو السلعة فالأصل بقاؤهما إلا لعرف كلحم أو بقل بان به ولو كثر وإلا فلا إن ادعى دفعه بعد الأخذ، وإلا فهل قبل الدفع أو فيما هو الشأن أو لا أقوال، ولكن حاصل الكلام هنا هو الرجوع به للعرف ولذلك قال ابن عرفة ما نصه ابن محرز إن اختلفا في ثمن ما يباع على النقد بعد قبضه قبل الانقلاب به فقد اختلف فيه، فروى أشهب القول قول البائع، وروى ابن القاسم قول المبتاع، قال ابن القاسم: هذا إن كانت العادة أخذ ثمنه قبل قبضه أو معه معاً ابن محرز فقد نبه ابن القاسم على المعنى المعتمد وهو العادة من ادعاها قبل قوله بيمينه في كل مبيع انتهى المقصود منه بلفظه. وفي المفيد عن بعضهم ما نصه الأصل في ذلك أن يرجع إلى سنة البلد في بيع ذلك الشيء فيحملان عليها فاعرفه، ثم قال: وقال عبد الحق والصواب في هذا كله مراعاة عرف الناس وعاداتهم في انتقاد الثمن وتأخيرها فقد تنفق الأقوال على مراعاة هذا وهو من أصل مذهب مالك انتهى بلفظه. ولما ساق في الجواهر الخلاف في المسألة قال ما نصه: سببه الشهادة بالعوائد الخ. وقال القرافي ما نصه: الاعتماد على شاهد الحال. العرف والقرائن الظاهرة أقوى من الظن الحاصل باستصحاب الحال الخ. قال كاتبه: وهذا قول المتن فالأصل بقاؤهما إلا لعرف فغلب العرف على الأصل، نعم إن لم يكن عرف يصادر الأصل فالأصل حيثئذ هو المتبع، وقد تحصل أن المدار على العرف، فإن اتفنى فالأصل وعليه فلا نطيل بجلب الأتقال وانظرها في الشرح إن شئت.

تكلم في هذه الآبيات على الاختلاف في قبض الثمن أو المثلون، فذكر أنه إذا اختلف المتبايعان في قبض الثمن فقال المشتري دفعت الثمن، وقال البائع لم يعطني شيئاً، فيرجع في ذلك للعرف الجاري في ذلك المبيع، فما جرت العادة بأنه يباع نقداً كالدقيق والزيت واللحم والفواكه والخضر وما أشبه ذلك فالقول قول المشتري أنه دفع الثمن مع يمينه وسواء كان اختلافهما بعد الافتقار أو قبله، وما جرت العادة أنه يباع بغير النقد في الحال كالبز والرقيق والرباع وما أشبه ذلك فالقول قول البائع أنه لم يقبض الثمن سواء قام في الحين أو بعد زمان وقوع البيع فيه ما لم يجاوز في ذلك حد الابتياح، أي ما لم يقم بعد أكثر من عشرين سنة إذا لم تجر عادة الناس بتأخير الثمن هذه المدة، وحد تأخير الثمن على ما قال الناظم هو في الدور والأرضين والرباع وغيرها إلى عشرين سنة فما دونها، (وهذا يختلف باختلاف العرف). وأما إذا اختلفا في قبض الشيء المبيع فقال المشتري لم أقبضه، وقال البائع بل قبضته، فالحكم في ذلك كالاختلاف في قبض الثمن، فإن كان المبيع مما جرت العادة بتسليمه عند قبض الثمن فالقول قول البائع، وإن كان مما جرت العادة بتراخي قبضه فالقول قول المشتري كما تقدم في الثمن، هذا حاصل كلام الناظم. فقوله في القبض أي قبض الثمن بدليل قوله: والقبض للسلعة فيه اختلفا، ونقداً منصوب على إسقاط حرف الجر أي بالنقد. وقوله: وهو كذا لبائع أي القول كذا مع اليمين لبائع والمدى الزمان ولو إغيا في كون القول للبائع وكالدور وما بعده تمثيل لما عادت أن يباع بتأخير، وجار خبر القبض والقبض الذي سلف أي تقدم حكمه هو قبض الثمن. قال في المنتخب: قال مالك: ومن اشترى سلعة وانقلب بها وزعم أنه دفع الثمن، وقال البائع لم يدفع إليّ شيئاً، فإن كانت السلعة مثل الحنطة والزيت واللحم والفواكه والخضر فالقول قول المشتري وعليه اليمين لأن هذا مما يتبايع على وجه الانتقاد فهو يشبه الصرف، قال محمد: والقول قوله أيضاً إن لم يفترقا إذا قبض ما اشترى، كذلك قال ابن القاسم^(١) في كتاب ابن المواز، وسواء عند ابن القاسم كان ما اشترى من هذه الأشياء قليلاً أو كثيراً. ثم قال في المنتخب: قال ابن القاسم قال مالك: وإن كان ما اشترى مثل الدور والأرضين والبز والرقيق والدواب والعروض كلها فالقول قول البائع إلا أن يقيم المشتري البينة على دفع الثمن. قال محمد: (وذكر ابن حبيب أن ابن القاسم) كان يجعل القول في هذا قول البائع أبداً وإن كان بعد عشرين سنة حتى يجوز الوقت الذي لا يجوز إليه التبايع اهـ. وكلام المنتخب صريح في أنه لا فرق فيما يباع بالنقد بين أن يفترق المتبايعان أم لا، القول للمشتري في الوجهين لقوله أولاً وانقلب بها، ثم قال: قال محمد

قوله: (وهذا يختلف باختلاف العرف الخ) صحيح لا محيد عنه. وقوله: (وذكر ابن حبيب أن ابن القاسم الخ) هذا ما لم يكن عرف يجري بخلافه.

(١) قوله: «قال ابن القاسم» كذا في غير نسخة وهو غير مناسب، فلعل الصواب حذف لفظ ابن القاسم وجعل الفاعل ضميراً مستتراً اهـ. مصححه.

والقول قوله إن لم يفترقا، فإطلاق الناظم في البيت الأول صحيح، ولم يذكر في المنتخب اليمين على البائع حيث يكون القول قوله في غير ما يباع بالنقد، وقد صرح به في المدونة إذ قبض المبتاع السلعة المبيعة وبان بها قال: إن البائع مصدق مع يمينه إلا أن تقوم بينه، وتقدم أن لزوم اليمين يفهم من قول الناظم وهو كذا. وفي المنتخب أيضاً: وإن اختلف المتبايعان في قبض السلعة فقال المشتري لم أقبضها وقال البائع قد قبضتها فإن كان أشهد له بالثمن فقد قبض السلعة، وكذا روى أصبغ عن ابن القاسم، ويحلف البائع إن كان ذلك بحدائث البيع والإشهاد لأن هذا من أفعال الناس، فأما إن سكت حتى إذا حل الأجل قال لم أقبض السلعة فلا قول له ولا يمين على البائع إذا حل الأجل اهـ. وهذا النقل غير موافق لإحالة الناظم الاختلاف في قبض السلعة على الاختلاف في قبض الثمن لأنها تقتضي التفصيل بين ما العادة قبضه عند عقد البيع أو تأخيره عنه كما تقدم في حل كلام الناظم. والذي في مختصر الشيخ خليل ما حاصله: أنه إذا اختلف المتبايعان في قبض الثمن أو السلعة فالأصل بقاء الثمن في ذمة المشتري وبقاء السلعة تحت يد البائع إلا أن يشهد عرف لأحدهما إما للمشتري بدفع الثمن كمن اشترى لحماً أو بقلأً وبان به فإن العرف يشهد للمشتري بدفع الثمن سواء كان المبيع قليلاً أو كثيراً على المشهور في الكثير، فإن لم يبين به وإنما وقع النزاع بالحضرة فإن ادعى المشتري أنه دفع الثمن بعد أخذه للسلعة لم يقبل قوله والقول في ذلك قول البائع، وإن ادعى دفعه قبل أخذه للسلعة فثلاثة أقوال: قيل القول قوله، وقيل قول البائع، ثالثها يقبل قوله فيما العادة فيه أن يدفع ثمنه قبل قبضه دون غيره. (وأما أن يشهد العرف) للبائع يكون المشتري قبض المبيع كأن

قوله: (وأما أن يشهد العرف الخ) هذا هو قول المختصر وإشهاد المشتري مقتض لقبض ثمنه وقال فيه في التفويض: ولو قال الأب بعد الإشهاد بالقبض لم أقبضه حلف الزوج فيه كالعشرة أيام.

(ص): والقول قول مدع لأصل. إلى آخر البيتين. حاصل الأول هو قول المختصر: فالأصل بقاؤهما إلا لعرف والثاني يقاربه، وحاصل الاختلاف في البيت والخيار وفي الصحة والفساد هو قول المختصر: وفي البت مدعيه كمدعي الصحة إن لم يغلب الفساد، وهل إلا أن يختلف بهما الثمن فكقدره تردد، أما البهت فمدعيه هو الذي يصدق وهو مذهب المدونة، والمشهور إلا إن جرى عرف في بعض السلع أنها لا تباع إلا بخيار فيكون القول لمدعيه، ووجه المشهور أن مدعي البت ادعى الغالب من بيعات الناس كما في التوضيح وابن الناظم وغيرهما، والغالب يقدم على الأصل لأن الأصل في البيع هو الانحلال، ولكن الغالب دفع ذلك الأصل، وبه تعرف ما في كلام ابن بشير عن أشياخه، انظر بيان ذلك في الشرح، وابن عرفة قال في المسألة: ولو اختلفا في البت والخيار ففي قبول قول ذي البت أو الخيار. ثالثها: يتحالفان لها، ولابن رشد مع غيره عن أشهب وابن محرز قائلاً: لأن الشرط يؤثر في الثمن فهو آيل للاختلاف فيه. المازري: هذا إن أراد مدعي الخيار الرد وإلا فلا اختلاف. قلت: يتقرر الاختلاف في إرادة مدعي الخيار البت إن وهب العبد مالا في أيام الخيار والبائع مدعيه ليكون له المال، على أن عقد الخيار يوم بت اهـ. بلفظه. وفي الجواهر: بنى المتأخرون هذا الخلاف على القول بتبعيض الدعوى هذا لفظه. ويفسر هذا قول ابن بشير: لأن الخصم مقر بالبيع مدع لما يدفعه. وفي تبصرة ابن فرحون: فإن ادعى كل واحد أنه اشترط الخيار

يشهد المشتري بتقرر الثمن في ذمته فإنه مقتضى لقبض المثلثون، فإن ادعى المشتري أنه لم يقبضه فالقول قول البائع أنه قبضه مع يمينه إن قام المشتري بالقرب وإلا فلا يقبل قوله والله أعلم.

وَالْقَوْلُ قَوْلُ مُدَّعٍ لِأَصْلِ
مَا لَمْ يَكُنْ فِي ذَلِكَ عَزْفٌ جَارٍ
أَوْ صِحَّةٌ فِي كُلِّ فِعْلٍ فِعْلٍ
عَلَى خِلَافِ ذَلِكَ ذُو اسْتِقْرَارٍ

يعني أنه إذا اختلف الخصمان فادعى أحدهما الأصل وادعى الآخر خلافه فالقول قول مدعي الأصل إلا أن يكون في ذلك الشيء المدعى فيه عرف جار قد استقر على خلاف الأصل فإنه يرجع القول قول مدعي مقتضى ذلك العرف الجاري على خلاف الأصل، وكذلك إذا ادعى أحدهما الصحة والآخر الفساد فالقول قول مدعي الصحة إلا أن يكون في ذلك الشيء عرف جار قد استقر على الفساد فإنه يرجع القول قول مدعي مقتضى ذلك العرف الجاري على خلاف الصحة. قال الشارح: وهذا والله أعلم من باب تعارض الأصل والغالب المبحوث فيهما عند الأصوليين اهـ. فمثال الاختلاف في الأصل وخلافه اختلاف المتبايعين في البت والخيار فالقول لمدعي البت لأنه الأصل في البيوع إلا إن جرى العرف في موضع أن هذه السلعة المبيعة لا تباع إلا على خيار فالقول لمدعيه لأنه صار أصلاً في هذه السلعة المعينة، وكذا إذا ادعى أحدهما عدم الشرط في بيع أو نكاح وادعى الآخر الشرط فالقول قول مدعي عدم الشرط لأن الأصل عدمه، وكذا إن ادعى أنه أمر وكيله بشراء حنطة فاشتري تمراً فالقول قول المأمور مع يمينه لأن الأمر قد أقر له بالوكالة على الشراء، فلما استهلك الثمن ادعى ما يوجب تضمينه فلا يقبل قول الأمر إلا ببينة، وكمن ادعى سلعة بيد رجل وقال استودعتكها وقال الذي هي في يده وهبتها فالقول قول رب السلعة، ومثال الاختلاف في الصحة والفساد ادعاء أحدهما مساقاة جائزة والآخر مساقاة لا تجوز، أو أحدهما أنه لم يضرب للسلم أجلاً وقال الآخر ضربنا أجل شهرين مثلاً، أو ادعى السلم إليه بعد حلول أجل السلم أنه لم يقبض رأس مال السلم إلا بعد شهر أو شهرين فالقول قول مدعي الصحة في ذلك كله ويمكن في البيت الثاني تامة، وفي ذلك يتعلق بيكن على قول وعرف فاعل يكن وجار وذو استقرار صفتان لعرف وعلى خلاف متعلق بجار والله أعلم.

لنفسه فهل يتحالفان ويتفاسخان أو يتحالفان ويثبت البيع؟ قولان لابن القاسم الخ. وأما الاختلاف في الصحة والفساد فالمشهور أيضاً ما في المختصر وأنه إذا غلب الفساد فالقول لمدعيه، وبيننا ذلك غاية في الشرح وبه يعترض، ولا تغتر بما يقتضيه كلام ابن الحاجب وكلام ابن عرفة ومن وافقهما كغير واحد من شراح المتن هنا في باب المساقاة ولكن ليس الخبر كالعيان، انظر كلام الناس يظهر أن الحق هو ما في التحفة والمختصر، ومثال ما يختلف فيه كقول أحدهما: اشترت الأمة بولدها، والآخر يدعي أنه إنما اشتراها وحدها بناء على أن بيع التفرقة فاسد. ونص ابن عرفة بعد كلام ففي كون القول قول مدعي الصحة أبداً أو إن لم يؤل إلى الاختلاف في قدر الثمن أو أنواعه أو إن فات المبيع. رابعها: إن كان العرف وإن كان الفساد، فالقول قول مدعيه وإلا تحالفا لظاهرها الخ. وظاهر كلامهم هنا أن ما في المختصر لا فرق بين أن تفوت السلعة أو لا في البت وضده والصحة

وَتَابِعُ الْمَبِيعِ كَالسَّرْجِ اخْتَلَفَ
وَذَاكَ إِنْ لَمْ يَفْتِ الْمَبِيعُ
وَذَا الَّذِي قَالَ بِهِ ابْنُ الْقَاسِمِ

قال الشارح: تابع المبيع كسرج الدابة وأكافها ولجامها مما هو ظاهر التبعية لها، ولذلك كله أشار الشيخ رحمه الله بكاف التشبيه إذا وقع فيه الاختلاف بين المتبايعين أنهما عقدا عليه أو على عدمه فإنهما يتحالفاً كما سبق ويرد بعد الأيمان إن كان المبيع الذي تبعه هذا المختلف فيه لم يفت، ويبدأ البائع باليمين كما تقدم وذلك في قول ابن القاسم: وإن كان المبيع قد فات فيجتهد الحاكم في ذلك، ففي المتيطية: وإن ادعى عند تمام البيع أنه ابتاع الدابة بسرجها ولجامها أو ببردتها وأنكر ذلك البائع تحالفاً وتفاسخاً في قول ابن القاسم ما لم تفت الدابة اهـ.

وَيَبِيعُ مَنْ رُشِدَ كَالدَّارِ ادَّعَى
لِلْمُشْتَرِي الْقَوْلُ بِهِ مَعَ قَسَمِ
بِأَنَّهُ فِي سَفْهِ قَدْ وَقَعَا
وَعَكْسُ هَذَا لِابْنِ سُحْنُونِ نَمِي

يعني أن من كان محجوراً ثم ترشد وصدور منه بيع دار أو غيرها فادعى أن ذلك البيع وقع منه في حال السفه قبل الترشيده ليكون له النظر في إرضائه ورده وادعى المشتري أنه إنما اشترى منه بعد الترشيده وخروجه من الولاية فالقول في ذلك قول المشتري مع يمينه. قال الشارح: يريد الشيخ رحمه الله إذا لم يكن لمدعي ذلك بينة على قوله ولم يظهر للشراء تاريخ بعينه من تاريخ الترشيده، وقال محمد بن سحنون: القول قول البائع أنه وقع في حال السفه وكأنه رأى أن السفه سابق للبيع والمشتري يسلمه له فحمل الحال على الاستصحاب، وأن المشتري هو المدعي لوقوع البيع في حال الرشد. ففي طرر ابن عات قال مالك: ما باع السفه من السلع وأخذ الثمن فأتلفه (أن الثمن من المبتاع) ويرد السلعة إن وجدت أو قيمتها، وقال غيره: إن ادعى المولى

وضدها لأن ابن عرفة جعل التحالف قولاً من الأقوال ولذلك نقلنا كلام ابن عرفة، ويدل لذلك قول المتن: وهل إلا أن يختلف الخ، إذ هذا الاختلاف هو الذي فيه التحالف والتفاسخ قبل فوات السلعة كما تقدم صدر الباب فافهم.

(ص): وتابع المبيع كالسرج اختلف. إلى آخر الأبيات الثلاثة. وحاصلها أن هذا راجع إلى الاختلاف في قدر الثمن وحكمه التحالف والتفاسخ قبل الفوات وبعده فالقول للمشتري.

(ص): وبيع من رشد كالدار ادعى إلى آخر البيتين. قوله: (أن الثمن من المبتاع الخ) ظاهره أنه لا يكون في مال اليتيم وقد قال الرجراجي تبعاً لابن رشد في المقدمات: فإن رد بيعه أو ابتاعه أي المحجور وقد أتلف الثمن فإن أنفقه فيما لا بد له منه مما يلزمه إقامته من ماله ففي إتباعه بذلك في ماله قولان، ولا خلاف أنه لا يتبع بذلك في ذمته إن أنفقه في غير ما ذكر فلا يتبع بذلك ولا يتقرر في ذمته والراجح من القولين هو الاتباع الخ. بل هو المشهور كما في شروح المختصر. وما صدر به في النظم لم أجد ما يقوي به هذا القول فانظره. وهنا نقلوا كلاماً عن الاستغناء إذا باع المحجور وجعل الثمن فيما يفعله السلطان لو تولى ذلك فإن بيعه ماض إذا كان لا غبن فيه.

عليه في شيء باعه أنه باعه قبل أن يجوز له البيع، وقال المبتاع: بعد أن جاز لك البيع أن البيعة على البائع أنه باع وهو سفيه لأنه يريد فسخ بيع قد تمّ بينهما، ولابن سحنون في كتابه قول إن القول قول السفيه اهـ. ، والشاهد قوله: وقال غيره الخ وبيع مصدر مضاف للفاعل وهو من وكمل بالمفعول وهو الكاف الداخلة على الدار لأنه اسم بمعنى مثل وجملة ادعى حال من نائب رشد.

وَمَنْ يَكُنْ بِمَالٍ غَيْرِهِ اشْتَرَى
وَحَلَفَ الْأَمْرَ فَالْمَأْمُورُ
وَمَا لَهُ شَيْءٌ عَلَى مَنْ بَاعَا
وَقِيلَ بَلْ يَكُونُ ذَا تَخْيِيرٍ
وَالْبَيْعُ فِي الْقَوْلَيْنِ لَنْ يَنْتَقِضَا
وَالْمُشْتَرَى لَهُ لِلْأَمْرِ أَنْكَرَا
مِنْهُ اِزْتِجَاعُ مَالِهِ مَأْثُورُ
مَا لَمْ يَكُنْ قَدْ صَدَّقَ الْمُبْتَاعَا
فِي أَخْذِهِ مِنْ بَائِعٍ أَوْ مُشْتَرٍ
وَالْمُشْتَرَى لَهُ الْمَبِيعُ مُقْتَضَى

يعني أن من اشترى شيئاً بمال غيره وادعى أن رب المال أمره بالشراء وأنكر رب المال كونه أمره بذلك فرب المال مدعي عليه اليمين أنه لم يأمره بالشراء، فإذا حلف أخذ ماله من المشتري، وليس لرب المال رجوع على البائع بالمال في قول أصبغ بن الفرّج: إلا أن يكون البائع صدق المبتاع في قوله: إن رب المال أمره بالشراء فحينئذ يرتجعه منه، وإلى هذا أشار بالأبيات الثلاثة الأول. وقيل: رب المال مخير في أخذه ممن شاء منهما: فإن أخذه من المشتري فلا كلام لأن الشيء المبيع يكون له، وإن أخذه من البائع رجع البائع على المشتري بالثمن وهو قول ابن الماجشون، وعلى كلا القولين فلا ينتقض البيع والمبيع للمشتري على كل حال، وإلى هذا أشار بالبيتين الأخيرين. وقوله: وحلف الأمر المراد به رب المال وسمّاه أمراً بناء على دعوى المشتري أنه أمره بالشراء، وضمير منه يعود على المأمور الذي هو المشتري، وسمّاه مأموراً باعتبار دعواه الأمر وضمير ماله للأمر ومأثور صفة ارتجاع وضمير ماله لرب المال واسم يكن للبائع واسم يكون في البيت الرابع لرب المال.

تنبيه: مسألة الناظم هذه هي إذا أراد رب المال أخذ ماله ولم يرد أخذ ما اشترى به

(ص): ومن يكن بمال غيره اشترى. إلى آخر الأبيات الخمسة. قال ابن الناظم في طرر ابن عات: ولأصبغ في نوازله من كتاب جامع البيوع إذا قيل في عقدة الإبتاع اشترى فلان لفلان بماله ثم أبى فلان ذلك فحلف أنه ما أمره بالشراء فقال أصبغ: لا سبيل له على البائع وسبيله على المشتري إن صدقه البائع قبل التبايع بتصريح ابن رشد، هذا القول قول ابن القاسم في المدونة في الذي أمر رجلاً أن يسلم له دراهم في ثوب هروي فأسلمها في بساط من شعر أنه إنما يرجع على المأمور. وقول أصبغ بتصريح يريد أنه صرح في عقدة البيع أن البائع علم بذلك وصدق المشتري. وقال ابن الماجشون في الواضحة: إن القول قول المشتري له مع يمينه يحلف ما أمر المشتري بذلك ويأخذ ماله إن شاء من المشتري وإن شاء من البائع، فإن أخذه من البائع رجع به البائع على المشتري ولزمه الشراء، وإن أخذه من المشتري لم يكن له أن يرجع على البائع ويرد إليه ما اشترى. أقول: يعني المشتري انتهى بلفظه. ولكن انظر عند قول المختصر.

مَنْ يأخذ ماله هل من البائع أو من المشتري، فإن أحب رب المال أخذ ذلك من المشتري ونازعه المشتري وأراده لنفسه ويعطي لرب المال مثل دنائره، أو دراهمه، فإن كان المشتري متعدياً في الصرف في المال كالغاصب والمودع فليس لرب المال إلا مثل ماله، وإن كان مأذوناً له في التصرف كالمقارض والوكيل بتعدي فرب المال مخير في أخذه وأخذ ماله، انظر في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب في الشركة: ولو اشترى من المال جارية لنفسه خير الآخر في ردها شركة كالمقارضة لا كالمودع.

فصل في حكم البيع على الغائب

لَطَالِبِ الْحُكْمِ عَلَى الْغَائِبِ يُنْظَرُ فِي بُغْدٍ وَفِي اقْتِرَابِ
 فَمَنْ عَلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ وَنَحْوَهَا يُذْعَى إِلَى الْأَحْكَامِ
 وَيُعْذَرُ الْحَاكِمُ فِي وُضُولِهِ بِنَفْسِهِ لِلْحُكْمِ أَوْ وَكِيلِهِ
 فَإِنْ تَمَادَى وَالْمَفِيبُ خَالَهُ بِبَيْعٍ بِإِطْلَاقٍ عَلَيْهِ مَا لَهُ
 بَعْدَ ثُبُوتِ الْمُوجِبَاتِ الْأُولَى كَالذَّيْنِ وَالغَيْبَةِ وَالثَّمُولِ
 وَمَا مِنَ الذَّيْنِ عَلَيْهِ قُضِيََا وَكَالطَّلَاقِ وَالْعِتَاقِ أَمْضِيَا
 وَمَا لَهُ لِحُجَّةٍ إِزْجَاءً فِي شَأْنٍ مَا جَرَى بِهِ الْقَضَاءُ
 إِلَّا مَعَ اغْتِقَالِهِ مِنْ عُذْرٍ مِثْلِ الْعَدْوِ وَازْتِجَاجِ الْبَحْرِ

قوله في الترجمة في حكم البيع على الغائب الأولى والله أعلم أن يقول في الحكم على الغائب ليشمل البيع عليه والتطبيق والإعتاق لعدم النفقة كما يقول بعد: وكالطلاق والعتاق أمضيا، ووجه ما فعل أن المقصود هنا البيع على الغائب وغيره إنما ذكر استطراداً فقط ولذا ذكره خلال تراجم البيوع. قوله: لطالب الحكم الخ إذا حضر الطالب وحده عند القاضي فلا يخلو المطلوب إما أن يكون تحت إيالة القاضي المتداعي إليه أو خارجاً عنها، فإن كان تحت إيالته فلا يخلو من إحدى ثلاث: إما أن يكون حاضراً معه في مصر فالعمل الجاري أن يتوجه إليه أحد الوزعة، وإما أن يكون حالاً على يسير الأميال مع أمن الطريق فالعمل في ذلك أن يكتب له القاضي بالأمر بالحضور، وإما أن يكون بعيداً بعداً حسيماً من جهة المسافة أو معنوياً من جهة

فصل في حكم البيع على الغائب

(ص): لطالب الحكم على الغائب. إلى آخر الأبيات الثمانية. قال في المختصر في هذا ما نصّه: والقريب كالحاضر والبعيد جداً كإفريقية قضى عليه بيمين القضاء في غير استحقاق العقار وسمي الشهود والأنقض، والعشرة أو اليومان مع الخوف يقضى عليه معها في غير استحقاق العقار، فانظر شرحه في الشرح ففيه كلام طويل لا يمكننا نقله هنا في هذه الحاشية المباركة، والناظم هنا لم يذكر تسمية الشهود على الغائب مع أنه لا بدّ من ذلك.

الخوف، والحكم في ذلك أن يكتب القاضي لأمثل من هنالك بفعل ما يجب من النظر المؤدي للتناصف بينهما إما بالصلح أو بالغرم أو بالعزم على المطلوب في الوصول لمحل الحكم، والرفع في الوجوه الثلاثة مقيد بظهور مخايل صدق الطالب، وهذا كله تقدم أول الكتاب في ترجمة رفع المدعى عليه، وإن كان المطلوب خارجاً عن إيالة القاضي المتداعى إليه فله حالتان: إحداهما: أن تكون غيبته عارضة لسفر أو زيارة أو نحوهما وهذا هو المراد بالغائب هنا. والحالة الثانية: أن تكون غيبته أصلية بمعنى أن ذلك المحل الذي هو فيه هو وطنه ومحل قراره فيريد الطالب أن يأتيه لموضعه وهي مسألة الخلاف هل يراعى محل المدعى عليه أو المدعى، وتقدم للناظم في ذلك تفصيل حيث قال:

والحكم في المشهور حيث المدعى عليه في الأصول والمال معا
وحيث يلفيه بما في الذمه يطلبه وحيث أصل ثمة

قوله: لطالب الحكم الخ يعني أن الغائب الذي أريد الحكم عليه لا يخلو إما أن يكون قريباً أو بعيداً. قال في المفيد: قال القاضي أبو الوليد بن رشد: الحكم على الغائب في مذهب مالك على ثلاثة أقسام: أحدها غائب قريب الغيبة على مسيرة اليوم واليومين والثلاثة فهذا يكتب إليه ويعذر إليه في كل حق فإما وكل وإما قدم، فإن لم يفعل حكم عليه في الدين وبيع عليه ماله من أصل وغيره، وفي استحقاق العروض والحيوان والأصول وجميع الأشياء والطلاق والعناق وغير ذلك ولم ترج له حجة في ذلك. قال ابن رشد في نوازل: وهذا الذي ذكرناه من حد الغيبة القريبة هو مع الأمن والطريق المسلوكة، وأما إذا كانت الطريق غير مأمونة ولا مسلوكة فيحكم على الغائب فيها وإن قربت غيبته وترجى له الحجة، ومن خلف البحر بالجواز القريب المأمون كالبر الواحد إلا في الأمد الذي يمتنع ركوبه فيكون للقريب فيه حكم البعيد، هذا الذي أراه على مذهب مالك رحمه الله اهـ. على نقل الشارح رحمه الله، وإياه اعتمد الناظم فيما ذكر ولم يترك منه شيئاً. قوله: ويعذر الحاكم أي يقطع عذره وحجته بالكتب إليه فإما وكل أو قدم كما ذكر. وقوله: بإطلاق أي أصلاً كان أو غيره. وقوله: بعد ثبوت يتعلق ببيع. وقوله الأول نعت للموجبات. ومعنى موجبات أنها مقتضية لترتب الحكم، ومعنى أوليتها أنها متقدمة على بيع ماله فلا يباع ماله حتى يثبت الدين الموجب لعامة ذمته وغيبته الموجبة لإنفاذ الحكم عليه وإن لم يحضر والاعذار إليه الموجب لتفيد الحكم عليه بعدد المال والملك الموجب لنفوذ الحكم بالبيع في هذا الشيء المعين قوله: وما من الدين عليه قضياً، معطوف على قوله: بيع بإطلاق عليه ماله. وقوله: وكالطلاق والعناق أمضياً، يعني وكما يحكم على الغائب ببيع ماله وقضاء دينه كذلك يحكم عليه بالطلاق لزوجه والعنق لرقيقه بعد ثبوت الموجبات لذلك، ففي الطلاق بعد ثبوت الزوجية وثبوت الشرط إن كان الطلاق به أو ثبوت الإعسار بالنفقة إن كان الطلاق به واليمين على نصه والإعذار وما أشبه ذلك في العنق بعد ثبوت غيبة السيد وملكه لهذا المملوك، وثبوت حرته بالأصالة أو الشهادة على السيد بالعنق وعدم النفقة لأم ولده التي لا صنعة لها أو لها صنعة لا تقوم بنفقتها والإعذار إليه في ذلك كله. وقوله: وما له لحجة إرجاء البيتين تقدم في كلام ابن رشد أنه لا ترجى له حجة في ذلك، وإن من خلف البحر بالجواز القريب المأمون كالبر

فصل في حكم البيع على الغائب

الواحد إلا في الأمد الذي يمتنع ركوبه فيكون للقريب فيه حكم البعيد أي فترجى له الحجة وتسمع منه .

(فرع: اختلف) هل يستأنى في البيع عليه إن خيف أن يكون عليه دين أو لا؟ فقيل: لا يستأنى به لأن له ذمة وهو قول مالك في رواية ابن وهب، وقيل يستأنى به كالميت الذي لا ذمة له وهو قول ابن القاسم وغيره. وأما البعيد الغيبة فلا خلاف في وجوب الاستيناء به إذا خشي أن يكون عليه دين، نقله الشارح عن الطرر في القسم الثاني.

وَالْحُكْمُ مِثْلَ الْحَالَةِ الْمُقَرَّرَةِ فِيمَنْ عَلَى مَسَافَةٍ كَالْعَشْرَةِ
وَفِي سِوَى اسْتِحْقَاقِ أَضَلِّ أَعْمَلًا وَالْخَلْفُ فِي التَّفْلِيسِ مَعَ عِلْمِ الْمَلَا
وَذَا لَهُ الْحُجَّةُ تُزَجِّي وَالذِّي بَيْعَ عَلَيْهِ مَا لَهُ مِنْ مُنْقَذِ
وَيَفْتَضِي بِمُوجِبِ الرُّجُوعِ مِنَ الْغَرِيمِ ثَمَنُ الْمَبِيعِ

هذا هو القسم الثاني من الغياب، وهو ذو الغيبة المتوسطة بين القرب والبعد وهو من على العشرة الأيام ونحوها، وحكمه حكم القريب الغيبة في كونه يحكم عليه في كل شيء إلا في استحقاق الأصول فلا يحكم به عليه في غيبته. واختلف قول ابن القاسم وأشهب هل يفلس وهو غائب أو لا؟ ومحل الخلاف إذا علم كونه ملياً، وأما إن جهل حاله فيفلس اتفاقاً، وإذا فلس فتحل ديونه، ومن وجد سلعته عنده أخذها، فإذا أتى بحجة بعد الحكم عليه فهو على حجته بخلاف قريب الغيبة كما تقدم فلا ترجى له حجة، فإن أثبت البراءة من الدين الذي يبيع فيه ماله فإنه يرجع فيه على الغريم بضمن المبيع ولا ينقض البيع وإلى ذلك كله أشار بالأبيات الأربعة. قال ابن رشد في تقسيم الغيبة ما نصه: والثاني غائب بعيد الغيبة على مسيرة العشرة أيام وشبهها فهذا يحكم عليه فيما عدا استحقاق الرباع والأصول من الديون والحيوان والعروض وترجى له الحجة في ذلك. وفي الطرر: وأما تفليسه حتى يقضي دين من لم يحل دينه ويكون من وجد سلعته أحق بها (فإن علم ملاؤه)

قوله: (فرع اختلف الخ) هذا قال فيه في المختصر واستؤني به إن عرف بالدين فقط. وتلخيص ما نقلناه في الشرح أن من لا يعرف بدين لا استيناء بماله فليس أو مات، ومن عرف بالدين وما استؤني بماله وإن فليس فالقوي والمشهور عدم الاستيناء ومقابلة قوي غاية وظاهر، ولا فرق بين غائب وحاضر في الموت والفلس بعدت الغيبة أو قربت هذا هو الحق، وعليه إطلاق المختصر صواب بلا شك ولا ارتياب

(ص): والحكم مثل الحالة المقررة. إلى آخر الأبيات الثمانية.

قوله: (فإن علم ملاؤه الخ) هذا كلام غير موف بالمراد، ولم أر أكمل من كلام الرجراجي حيث قال ما نصه: فإن غاب المدين وماله فإن كانت غيبته قريبة لم يفلس ويكتب فيه ليكشف أمره، فإن كانت بعيدة وعرف ملاؤه فقيل لا يفلس وهو لابن القاسم، وقيل يفلس وهو لأشهب وغيره، إن جهل أمره أو عرف عدمه فليس اتفاقاً، وإن حضر ماله وغاب هو فطلب تفليسه فإنه يفلس بلا تأخير

فقبل يفلس وقيل لا يفلس . قال ابن رشد : وهذا الخلاف إنما هو فيمن على عشرة أيام ونحوها، وأما الغيبة البعيدة كالشهر ونحوه فلا خلاف في وجوب تفليسه فيها وإن علم ملاؤه، فإن جهلت حالته في غيبته فلا اختلاف بأنه يقضى بذلك في غيبته إذا كانت بعيدة، ولا أنه لا يقضى بذلك في الغيبة القريبة حتى يكتب في أمره ويكشف عن حاله اهـ . بتقديم وتأخير لمحاذاة كلام الناظم . قوله : والحكم مثل الحالة المقررة أي الحكم على من على مسافة عشرة أيام ونحوها مثل الحكم في الحالة المقررة أولاً وهي الحالة التي يكون فيها الغائب على مسافة ثلاثة أيام ونحوها ونائب أعمالاً للحكم، ومفهوم قوله مع علم الملا أنه إذا جهل ملاؤه وعدمه فإنه يفلس اتفاقاً كما تقدم، والإشارة بذا للغائب غيبة متوسطة، ومعنى ما له من منقذ أي لا يسترجع من يد مشتريه ولا يؤخذ منه، فما نافية وضمير له للمبيع والمنقذ اسم فاعل من أنقذ وفاعل يقتضي للغائب وباء بموجب سببية تتعلق بيقضي وموجب الرجوع هو البراءة من الدين ومن الغريم يتعلق بيقضي والمراد به رب الدين .

وَعَائِبٌ مِنْ مِثْلِ قَطْرِ الْمَغْرِبِ لِمِثْلِ مَكَّةَ وَمِثْلِ يَثْرِبِ
 مَا الْحُكْمُ فِي شَيْءٍ عَلَيْهِ يَمْتَنِعُ وَهُوَ عَلَى حُجَّتِهِ مَا تَنْقَطِعُ
 وَالْحُكْمُ مَاضٍ أَبَدًا لَا يُنْقَضُ وَمَا بِهِ أُفِيَتْ لَا يَنْتَقِضُ
 لَكِنَّ مَعَ بَرَاءَةٍ يُقْضَى لَهُ بِأَخْذِهِ مِنَ الْغَرِيمِ مَا لَهُ

هذا هو القسم الثالث وهو ذو الغيبة البعيدة مثل مكة والمدينة المشرفة وهي المسماة يثرب، ومثل مصر والشام من المغرب، ومثل تونس من الأندلس ونحو ذلك، والحكم يمضي عليه في كل شيء من استحقاق أصل وغيره وهو على حجته كالذي قبله، والحكم فيه مثل الذي قبله فيما بيع عليه فإنه لا ينقض ويرجع على غريمه إذا ثبت براءته من الدين . قال ابن رشد في التقسيم السابق : والثالث غائب منقطع الغيبة مثل مكة من إفريقية والمدينة من الأندلس وخراسان فهذا يحكم عليه في كل شيء من الديون والحيوان والعروض والرياح والأصول وترجي له الحجة في ذلك . وقال ابن الحاج في نوازله : وإذا بيع على الغائب ملكه في دين ثابت عليه ثم قدم وأثبت البراءة منه كان البيع في الملك

إن لم يعرف بالدين، وإن عرف به فقبل بعد التأخير والاستيناء، وقيل لا يستأنى به لبقاء ذمته، والأول رواية غير واحد عن مالك، والثاني ظاهر المدونة . وإن حضر هو وغالب ماله فإنه يفلس قولاً واحداً لأنه لا يدري ما حدث في ماله، وقاله أشهب فيمن كان حاضراً بمصر وله مال بالأندلس اهـ . وقوله : فإن كانت بعيدة الخ ظاهره بعدت جداً أم لا، ويدل له قوله : وقاله أشهب الخ . وابن رشد قال ما نصّه : وأما الغيبة البعيدة كالشهر ونحوه فلا خلاف في وجوب تفليسه فيها وإن عرف ملاؤه الخ . وما قاله خلاف كلام الناس فإنهم لم يفصلوا هذا التفصيل، واللخمي وغيره وظاهر كلامهم أن المعبر علم الملاء حين التفليس لا حين السفر مثلاً، ويدل له قولهم : إذ لا يدري ما حدث في ماله الخ . ولكن انظر الشرح عند قول المختصر : وفلس حضر أو غاب إن لم يعلم ملاؤه الخ .

ثابتاً ويرجع على الغريم بما قبضه من ثمنه ولا يعدى في الملك بشيء اهـ. قال الشارح: هذه المسألة (هي مسألة الجارية) الواقعة لشيخنا قاضي الجماعة أبي القاسم بن سراج ووقع فيها الخلاف بينه وبين الكثير من معاصريه، وصورتها أن تاجرأ كان تسرى جارية بغرناطة وغاب إلى ناحية تونس فطالت غيبته بها وصارت الجارية تدعي أنها بحال ضياع فكفلها بعض حاشية السلطان ممن له وجاهة في الدولة وكتب على سيدها النفقة إلى أن تحمل له قبله قريب من مقدار ثمنها فرفع أمره للقاضي وأثبت دينه ذلك المترتب من النفقة وغيبة مالك الجارية وصحة ملكه إياها وحلف على المتحمل له وقومت الجارية وصيرت في النفقة لكافلها فأعتقها وتزوجها ووقف للتاجر ما فضل من ثمنها، ثم قدم التاجر مالكها الأول وبعد بيعها بأشهر فتظلم من بيع الجارية على هذه الصورة وادعى أنه ترك لها ما تقوم به لأكثر من مدة الغيبة وإن لها صنعة يمكنها إتمام نفقتها بعدما ترك لها من صنعة يدها، وما أشبه ذلك من الدعاوى التي ربما لم تثبت له وكان يتعلق من الدولة بجهة لا تقصر عن تعلق خصمه، فكان هذا الخصام متكافئاً في الاستظهار بالوجاهة بين هذين الخصمين، وثبت الشيخ على حكمه أي من تصيير الجارية للذي أنفق عليها في نفقته وحالفه غيره ولم يلم شيخنا القاضي رحمه الله بإثبات عجزها عن النفقة من صنعته ولا إثبات كون مالكها لم يترك لها نفقة. وقد وقعت لابن عبد الرافع في مفيدته قال: إذا قامت مملوكة عند القاضي وذكرت غيبة مالكها عنها، وأنه لم يترك لها نفقة كلفها إثبات غيبته وملكه لها، وأنه لم يترك لها نفقة ولا بعث لها بشيء، وزاد غيره أنه يكلفها أيضاً إثبات كونها عاجزة عن استعمالها فيما يستعمل فيه مثلها لتنفق منه على نفسها قاله ابن عتاب في أم الولد، فالمملوكة أخرى وأولى بهذا الحكم. قال الشارح: (وقد أوجب النظر) في هذه المسألة والاستقراء لأمثالها على أن قيدت ما نصه: حكم الحاكم إذا لم يصادف محلاً لكونه مبنياً على أمور منظومة ثم ينجلي الأمر بخلاف ذلك كمسألة زوجة المفقود إذا ضرب لها الأجل واعتدت وتزوجت ثم قدم زوجها الأول، ثم استطرد نحو اثنتي عشرة مسألة من هذا المعنى ثم قال ما معناه: إن حكم الحاكم في مثل هذه المسائل ممّا يجب أن ينظر فيه النظر الذي يرفع عنه التناقض الذي يظهر لبادئ الرأي بين هذه المسائل وذلك بقسم التقسيم الحاصر لصور تلك المسائل كلها، ولعله ينتج قاعدة ترجع إليها أفرادها فأقول: لا يخلو حكم الحاكم في أمثال تلك المسائل أن يكون مبنياً على موجب قطعي أو ظني، فإن كان الأول فلا يخلو إما أن يعارضه قطعي أو ظني، فأما الأول فوجوده محال لأنه لا يمكن أن يقع التعارض بين قطعيين، وأما الثاني فلا ينهض أن ينقض بموجب ظني ما ثبت أولاً بموجب قطعي، وليس في تلك المسائل المتقدمة مثال لواحد من هذين القسمين بوجه، وأما الثاني من التقسيم الأول وهو ما ثبت بموجب ظني فلا يخلو أن يعارضه قطعي أو ظني، وأياً ما كان من هذين القسمين فلا يخلو إما أن يتعلق به حق الغير أو يطرأ

قوله: (هي مسألة الجارية الخ) انظر ما يعينك على هذه المسألة عند قول المختصر في الشرح: وبقيت أم ولده وماله زوجة الأسير الخ في فصل المفقود. وقوله: (وقد أوجب النظر الخ) انظر ما يعينك على هذه القاعدة في الشرح عند قول المختصر في كتاب القضاء: ونقض وبين السبب الخ.

فوت أو خوف فوت مصلحة نصب الحاكم أو لا يقع شيء من ذلك . فأما القسم الأول وهو ما عارض فيه القطعي الظني ولم يتعلق به حق الغير ولا طراً فوت ولا غيره فالظاهر في هذا نقص الحكم وذلك كإتيان الزوج المفقود بعد أن اعتدت زوجته وقبل أن تتزوج ، أو بعد العقد عليها وقبل الدخول على إحدى الروائتين عن مالك ، وكانفشاش الحمل بعد دفع النفقة ونحو ذلك . وأما القسم الثاني وهو إذا عارض القطعي الظني وتعلق به حق الغير أو طراً فوت وذلك كإتيان الزوج المفقود بعد أن دخل بزوجه أو بعد العقد فقط على قول فالظاهر هنا عدم نقض الحكم والقياس النقص وعدمه استحسان . وأما القسم الثالث وهو إذا عارض الظني الظني ولم يتعلق به حق الغير ولا طراً فوت فلا إشكال هنا في نقض الحكم ، كما إذا بيعت دار المدين الغائب لصاحب الدين فلما قدم أثبت البراءة من الدين أو أبطل أصله فينتقض البيع لعدم تعلق حق الغير ، وهنا تنزل مسألة الجارية لو لم يحدث فيها فوت بالعتق والتزويج ، وأما بعد حدوثهما فهي من أمثلة القسم الرابع . وأما القسم الرابع وهو إذا عارض الظني الظني وتعلق حق الغير أو طراً فوت كبيع دار الغائب من غير صاحب الدين فيمضي الحكم ولا ترد للغائب وهو استحسان ، والقول بالنقض أقيس ، انتهى كلام الشارح باختصار . قال مقيد هذا الشرح : وقد كنت نظمت هذه القاعدة بأقسامها تقريباً للحفظ فقلت في أواخر نظمنا المسمى بستان فكر المهج في تكميل المنهج :

استند الحكم له فاعلما
 قطعي امنعن والظن لا يناقض
 وإنما التقسيم أفضى للمقال
 إما بقطع أو بظن ثبتا
 طارئ فوت فانقضن مسجلا
 أو أخذ الدار الذي الدين استباح
 وإن يكن أثبت بالاستحسان
 داره أجنبي ببيع قد نفذ
 شرح ابن عاصم لمن قد ولدا
 فراجعه ثم حقق النظر

إن حكم القاضي فبان خلف ما
 فما انتمى للقطع فالمعارض
 وليس يوجد لهذين مثال
 وما انتمى للظن فالذي أتى
 إن لم يكن للغير حق لا ولا
 وذا كمفقود أتى ولا نكاح
 فثبتت براءة المديان
 كأن أتى بعد النكاح أو أخذ
 ونقضه القياس والبسط لدى
 في بيع مال غائب ذلك ذكر

فصل في العيوب

وَمَا مِنَ الْأُصُولِ بِيَعٍ وَظَهَرَ
فَإِنْ يَكُنْ لَيْسَ لَهُ تَأْثِيرٌ
وَمَا لِمَنْ صَارَ لَهُ الْمَبِيعُ
وَإِنْ يَكُنْ يَنْقُضُ بَغْضُ الثَّمَنِ
فَالْمُشْتَرِي لَهُ الرَّجُوعُ هَاهُنَا
وَإِنْ يَكُنْ لِنَقْصٍ ثُلْثِهِ اقْتَضَى

لِلْمُشْتَرِي عَيْبٌ بِهِ كَانَ اسْتَتَرَ
فِي ثَمَنِ فَخَطْبُهُ يَسِيرٌ
رَدٌّ وَلَا بِقِيَمَةِ رُجُوعٍ
كَالْعَيْبِ عَنِ صَدْعِ جِدَارٍ بَيْنَ
بِقِيَمَةِ الْعَيْبِ الَّذِي تَعَيَّنَا
فَمَا عَلَا فَالرَّدُّ حَتْمٌ بِالْقَضَا

قد تكلم في هذه الترجمة على من اشترى شيئاً ثم وجد به عيباً لم يره وقت التقلب، ثم إن الشيء المشتري إما أن يكون رقيقاً أو غيره من سائر الحيوان، وقد تقدم الكلام عليه للناظم أوائل البيوع، وإما أن يكون أصلاً كالدار والفندق أو غيرهما كالثوب وعليهما تكلم في هذه الترجمة، فإن كان المشتري أصلاً فلا يخلو العيب الذي ظهر فيه من ثلاثة أوجه، الأول: لا يرد به المبيع ولا يرجع المشتري على البائع بقيمته ليسارته يريد كالشرافات يجدها منهمة. الثاني: لا يرد به ويرجع المشتري بقيمته كصدع في حائط ونحوه. الثالث: ترد من أجله كصدع جدار يخشى سقوط الدار منه، وإلى هذه الأقسام أشار بالأبيات الست. فقوله: كأن استتر أي وقت التقلب. قوله: فإن يكن ليس له تأثير هو إشارة للوجه الأول والذي صار له المبيع هو المشتري لا يرد مشتراه ولا يرجع بقيمة العيب ليسارته. وقوله: وإن يكن ينقص بعض الثمن البيتين هو إشارة إلى الوجه الثاني. وقوله: وإن يكن لنقص ثلثه اقتضى البيت إشارة إلى الوجه الثالث. قال في المتيضية: العيوب في الدور ونحوها ما ذكره الشيخ أبو محمد بن أبي زيد رحمه الله على ثلاثة أقسام: أحدها: عيب خطير يستغرق معظم الثمن أو ما يخشى منه سقوط حائط كصدع فيه، فهذا وشبهه يثبت له الرد به ويرجع بجميع ثمنه. والثاني: عيب يسير لا ينقص من الثمن فهذا لا ترد به الدار ولا يرجع بقيمة العيب ليسارته ويتمسك بالمبيع. والثالث: لا يرد به ولكن يرجع على البائع بقيمته كصدع في حائط ونحوه اهـ. وهو مثل كلام الناظم إلا في تقديم الوجه بعضها على بعض، فإن الأول في كلام المتيضي هو الثالث عند الناظم، والثاني عنده هو الأول عند الناظم، والثالث هو الثاني عند الناظم. قال ابن عرفة في تفسير العيب الكثير الموجب للرد ما نصه: وفي حد الكثير بثلث الثمن أو ربعه ثالثها ما قيمته عشرة مثاقيل وربعها عشرة من مائة وخامسها لا حد لما له الرد إلا ما أضر اهـ. ومن تفسيره هذا العيب الكثير الموجب للرد يعلم حد

فصل في العيوب

(ص): وما من الأصول بيع وظهر. إلى آخر الأبيات الستة.

العيوب المتوسط الموجب للقيمة . قال المواق : انظر هنا مسألة وهي أنه لما صار العيب اليسير في الدور لا يلزم الرد به ويحكم للمبتاع أن يرجع بالقيمة انفتح بسبب هذا الباب الترخص في الدين تجد الرجل بعد الشراء يفتش عيوباً لينحط له بذلك شيء من الثمن مع اغتباطه بالمبيع وقد يعطاه فيه ربع ربع ، فالذي أتحمّل عهده في هذا فتيابن الحاج في نوازله قال ما نصه : إذا كان العيب في العقار يسيراً فلا يرد المبيع وللمبتاع الرجوع بقيمة العيب إلا أن يقول البائع : اصرف على ما بعث منك وخذ الثمن فمن حقه ذلك إلا أن يفوت المبيع فيكون فيه قيمة العيب اهـ . (وبفتيا ابن الحاج هذه جرى العمل عندنا بفاس) .

قوله : (وبفتيا ابن الحاج هذه جرى العمل عندنا بفاس) وقال هذا الشارح أيضاً في شرح تكملة المنهاج له بعد كلام ما نصّه : على أن عيب القيمة ترك العمل به لمصلحة اقتضت ذلك لكن مع قيام المبيع ورضا البائع بأخذ المبيع ورد ثمنه اهـ . بلفظه . ثم نقل كلام المواق المتقدم محتجاً به الخ . فهذا منه رحمه الله يقتضي أن العمل بفاس حفظها الله من كل باس جرى بما قاله المواق تبعاً لابن الحاج ، ولهذا قال ناظم ما به العمل بفاس ما نصّه :

وبالكثير المتوسط لحق فيما من العيوب الأصول قد لحق

اهـ . وقال في شرح البيت ما نصّه : يعني أن ما يلحق الأصول من العيوب التي ينقص الثمن بها فإن المشتري يرجع بقيمة ما نقص ولا يرد المبيع إلا أن يقول البائع : اصرف على ما بعث لك وخذ الثمن في حقه ذلك إلا أن يفوت المبيع فيكون فيه قيمة العيب ، قاله المواق عن ابن الحاج . قال شيخنا أبو عبدالله ميارة : وبه العمل بفاس . وقال شيخنا ابن سودة : ليس بهذا الحكم عندنا بفاس لكننا نلحق المتوسط بالكثير فلا يغفر إلا القليل كالشرفات الخ ، وهذا منه بلفظه ، وما قاله ابن سودة صحيح أيضاً فإن الباجي حكى عن بعض الأندلسيين أن العيب اليسير في الدور ترد به كغيرها من المبيعات . وذكره ابن عرفة وغيره وهو قول ابن الحاجب فيها وقيل كغيره . قال في توضيحه عليه ما نصّه : أي يرد باليسير في الدور وغيرها . وحكاها الباجي عن بعض الأندلسيين . وفي المسألة قول ثالث أن العروض كالدور ولا يجب الرد فيها باليسير . قال في المقدمات : وعلى هذا كان الفقيه ابن رزق يحمل الروايات حيثما وقعت الخ وهذا منه بلفظه . وانظر هذا فإن ما قاله بعض الأندلسيين قال فيه المازري هو مقتضى القياس والظاهر إلى آخر ما ذكر فيه ، قلت : بل هو قول قوي ، لكن قال ابن ناجي على المدونة : إن الذي به الفتوى هو الفرق بين الدور وغيرها . وقيل : إن العروض كالدور . وقد ذكر أبو الحسن ستة فروق بين الدور وغيرها ، وذكر أبحاث الناس فيها ، ثم ذكر فرقاً سابعاً الخ . قال المازري : وقد أكثر المتأخرون القول في الفرق بين الدور وغيرها وقدح فيها ، ومع ذلك فالمشهور والمعمول به هو الفرق بين الدور وغيرها كما في التوضيح ، وأولى ما يفرق به أن عيوب الدور كثيرة باعتبار حيطانها ، فلو أبيع الرد بالعيوب اليسير لرد كثيرها لأن المشتري يبحث عن ذلك كثيراً فيجده ، كما أشير إليه في فتوى المواق ، وابن محرز أكثر الاعتراض على هذه الفروق المشار إليها كما في أبي الحسن ، وفتوى المواق ربما يعدها كونها على خلاف المشهور والمعمول به من الفرق بين الدور وغيرها . وكذا كلام ابن ناجي . وكذا ما قاله ابن سودة . وإذا نظرت الشرح ربما تطلع على ما يثلج له صدرك والله الموفق الهادي والكريم والجواد ومبلغ المراد لمن أراد . وقول الناظم : وإن يكن لتقص ثلثه الخ التحديد بالثلث وهو الراجح غاية وإن كانت المسألة فيها خلاف بل

وَكُلُّ عَيْبٍ يَنْقُصُ الْأَثْمَانَ فِي غَيْرِهَا رَدٌّ بِمَا كَانَا
وَبَغْضُهُمْ بِالْأَضَلِّ عَرْضاً الْحَقَّ فِي أَخْذِ قِيَمَةِ عَلَى مَا سَبَقَا

يعني أن كل عيب ينقص من ثمن المبيع أي مبيع كان ما عدا الأصول فإنه يرد به، يعني إذا كان مما يخفى عند التقلب وقام بالفور كما يأتي للناظم قريباً، فإن تأخر القيام بالعيوب عن زمن البيع مدة يمكن فيها حدوث العيب فلا بد من ثبوت قدمه، وإن استعمل ما اشتراه بعد اطلاعه على عيبه فلا رد له كما يأتي للناظم قريباً، وكذا إن كان العيب مما لا يخفى عند التقلب كما تقدم في عيوب الرقيق هذا هو المشهور، وبعضهم ألحق العرض بالأصول فجعل لواحد العيب في العرض الرجوع بالقيمة إذا بلغت قيمة العيب الثلث فما زاد. قال في المقرب: قال ابن القاسم: وكل ما كان عند الناس ينقص الثمن فهو عيب يرد منه اهـ. قال الشارح: عموم قول الشيخ وكل عيب يقتضي أن كل عيب عند أهل البصر بالعيوب ينقص من ثمن المبيع إذا فرض سالمًا منه فإنه عيب لكونه أتى بها كلية تدرج تحتها جملة من الجزئيات لا ينحصر عددها (وذلك ظاهر) من كلام كثير من الفقهاء المتقدمين والمتأخرين، والحكم في ذلك شامل للأصل

التحديد بالثلث هو المشهور والمعمول به، انظر عند قول المختصر: وعيب قل بدار الخ.

(ص): وكل عيب ينقص الأثمانا إلى آخر البيتين. تقدم الكلام على البيت الثاني في النص قبيله يليه. وأما قول الناظم: وكل عيب فتلک قاعدة حسنة وجامعة النهاية لا سيما وهي قريبة لفهم غاية ولو كان سامعها بليداً.

قوله: (وذلك ظاهر الخ) بل هو صريح في كلامهم، فعبارة ابن أبي زمنين في مقربه قال ابن القاسم: وكل ما كان عند الناس ينقص الثمن فهو عيب يرد منه. وقال ابن سلمون: كل عيب ينقص من الثمن فالرد به واجب الخ. وعبارة المتيطي: كل عيب ينقص من الثمن فالرد به واجب. وعبارة ابن فتحون في تمهيده: كل عيب ينقص من الثمن ويؤثر نقصاً في المبيع الخ أي فإنه يرد به. وقوله: ويؤثر نقصاً في المبيع الخ قد لا يحتاج لا مع اعتبار نقص الثمن. وكذلك قال خليل عاطفاً على ما يرد به في مختصره: ولو لم ينقص أي ثمنه فاعتبر مجرد نقص الثمن فكلامه لم يخل من هذه القاعدة تبعاً لغيره، ولا أظن أحداً يترك هذه القاعدة في كلامه من الفحول. وعبارة المقيد في نهايته وبالجملة فأصل المذهب أن كل ما أثر في القيمة أعني نقصاً منها فهو عيب الخ. وعبارة ابن سهل في أحكامه الكبرى ما نصّه: وفي المختصر الكبير لا يردّ من العيوب إلا من عيب كبير ينقص ثمنه ويخاف عاقبته ولا ينظر في ذلك إلى ما رده التجار. وفي المدونة: ما كان عيباً عند الناس فهو عيب يرد به إذا كان ذلك ينقص من الثمن. وقال مالك: قد يكون العيب الخفيف بالبعد أو الجارية كالكفي الخفيف لا ينقص من ثمنه فلا يرد به إذا لم يكن عيباً فاحشاً وإن كان عند النخاسين عيباً. قال ابن ناجي على قول المدونة: ولا يردّ بالكفي الخفيف الخ ما نصّه: يعني أنه عيب عند النخاسين ولكن لا ينقص من الثمن وما ذكره هو المشهور. وقال محمد: كل ما تكرهه النفوس هو عيب وإن كان لا ينقص من الثمن. قال اللخمي: وهذا أحسن إذا كانت الكراهية فيه توقفه عن الشراء، وإن فات مضى بما ينوبه بالأقل من الثمن والقيمة الخ وهذا منه بلفظه. قلت: يظهر أن ما تكرهه النفوس على الوجه المذكور يلزمه نقص الثمن، ولكن إذا نظرت كلام الناس عند قول المتن في كتاب السلم: وإن تبين صفاته

والعرض ، وكفى بنص المدونة أن العرض يرد في القول المشهور مطلقاً ، والأصل لا يرد إلا أن تبلغ قيمة العيب الثلث أو الربع أو العشر على اختلاف الأقوال في ذلك اهـ . وأشار الناظم بقوله : وبعضهم البيت إلى قول صاحب المفيد : روى زياد عن مالك فيمن ابتاع ثوباً فإذا فيه خرق يسير يخرج في القطع لم يرد به ووضع عنه قدر العيب اهـ . وقد بحث معه الشارح في نقله لهذا القول لاقتصاره في غالب الأمر على ما به العمل قال : فلعله كان عنده ظاهر الوجه ، راجع المدرك .

ثُمَّ الْعُيُوبُ كُلُّهَا لَا تُعْتَبَرُ إِلَّا بِقَوْلٍ مَنْ لَهُ بِهَا بَصَرٌ

تقدم أن كل عيب ينقص الثمن فإن للمشتري الرد به إذا كان لم يره وقت التقلب ، ثم إن كان العيب ظاهراً جلياً لا يختلف فيه اثنان فلا إشكال ، وإن لم يكن كذلك فيدعي البائع أن لا عيب فيه ويزعم المشتري أنه معيب فيرجع في ذلك لقول من له بذلك بصر ومعرفة فيشهدون بوجود العيب بذلك المبيع وأن ذلك العيب مما ينقص الثمن ، لأن من العيوب ما هو خفيف لا يؤثر في الثمن ولا يخلو منه المبيع غالباً فلا عبرة به ، وتقدم للناظم في آخر فصل بيع الرقيق والحيوان :

الخ وذكرنا عند قول المختصر : وإن قالت أنا مستولدة الخ أن العيوب بحسب اعتقاد الناس وإن لم يكن لذلك في الخارج حقيقة لا باعتبار أن العيوب بحسب ما يذكره الشارح انظر ذلك ، وهناك عيوب كثيرة من هذا القبيل والمدار على نقص الأثمان . وقال ابن رشد : وبالجملة فأصل المذهب أن كل ما أثر في القيمة أعني ينقص منها فهو عيب كما في نوازل العيوب من المعيار وفي موضع آخر منها الأصل أن كل ما حط القيمة يجب به الرد وهو الذي عليه فقهاء الأمصار . وقال عن أبي عمران : كل عيب ينقص من الثمن ويرغب الناس عن المبيع فالرد به واجب الخ . وقال ابن عرفة ما نصّه الباجي عيب الرد ما نقص من الثمن الخ . وقال أبو الحسن في قولها في الكي الخفيف : إذا كان لا ينقص من الثمن ما نصّه أي لا ينقص ما له بال وإلا فكل عيب ينقص من الثمن وإن قل ، اهـ . بلفظه . فافهمه فهو قوي غاية . وربما يدل له قول ابن سهل في أحكامه الكبرى حين تكلم على شهادة النساء في عيب الإماء إذا كان باطن الأمة ما نصّه : فإذا شهد أهل البصر أنه عيب يحط من الثمن كثيراً أفتى الفقهاء حينئذ بالرد هذا لفظه وهذا عيب هو في الرقيق عنده ، فقوله كثيراً كأنه أخرج ما لا بال له وهو يوافق كلام أبي الحسن ، ومن المعلوم أن الذي لا بال له ولا يعتبر ولا سيما إن كان هذا عيباً لا يخلو منه مبيع غالباً فافهم . وانظر كلام ابن يونس في هذا الضابط وكلام ابن محرز وصاحب التوضيح وغيرهم في الشرح عند قول المختصر : ورد بعدم مشروط فيه الخ ، وذكرنا مع ذلك قواعد آخر هناك وإنما أطلنا في هذا لأنه تتوقف عليه جزئيات العيوب غاية ، ليظهر لك أن هذا أمر صريح في كلامهم لا ظاهر كما يوهمه ما قاله ابن الناظم في قوله : وذلك ظاهر من كلام كثير الخ . وقولهم : ما ينقص الثمن أي نقصاً له بال كما يدل له ما تقدم ، ومعناه أيضاً أن يتحقق النقص انظر الشرح عند قول المتن : ويثبت بها فقط .

(ص) :

ثم العيوب كلها لا تعتبر إلا بقول من له بها بصر

تقدم كلام في هذا في فصل بيع الرقيق فانظره إن شئت .

ويثبت العيوب أهل المعرفة بها ولا ينظر فيهم لصفه
قال الباجي: إن كان العيب ممّا يطلع عليه الرجال فقال محمد وغيره: لا يثبت إلاّ
بقول عدلين من أهل العلم بتلك السلعة وعيوبها، فإن كان ممّا لا يعلمه إلاّ أهل العلم به
كالأمراض التي لا يعرف أسرارها إلاّ الأطباء فلا يقبل إلاّ قول أهل المعرفة بذلك، فإن
كانوا من أهل العدل فهو أتم، وإن لم يوجد فيهم أهل عدل قبل قول غيرهم وإن لم
يكونوا مسلمين لأن طريق ذلك الخبر ممّا ينفردون بعلمه، وإن كان ممّا لا يطلع عليه
الرجال كالعيوب في جسد المرأة فظاهر قول مالك أن ما تحت الثياب من العيوب يقبل فيه
شهادة امرأتين، فأركان العيب الذي يشهد فيه النساء ممّا يستوي فيه النساء قبل فيه امرأتان
من عدول النساء دون يمين، وإن كان من العيوب التي ينفرد بمعرفتها أهل العلم شهدت
امرأتان بصفته، وسئل أهل العلم بذلك عن الحكم. المتيطي: الواحد من المسلمين أو من
أهل الكتاب إن لم يوجد غيرهم يكفي إذ طريق ذلك العلم لا الشهادة، هذا هو المشهور
في المذهب المعمول به اهـ. من المواق. فإذا ثبت العيب بأهل المعرفة به فقد قدم الناظم
ما حاصله: أن غير العارف يرجع بالعيوب ظاهراً كان أو خفياً، وأما العارف فلا رجوع له
في العيب الظاهر، وفي رجوعه في الخفي خلاف وهو قوله في فصل بيع الرقيق وسائر
الحيوان:

.....
فألرد في الجميع بالإطلاق
إلاّ بأول بما منه ظهر
لمن يكون بالعيوب ذا بصر
والخلف في الخفي منه
.....

أي للعارف أيضاً، وأما غيره فدخل في عموم قوله: فالرد في الجميع بالإطلاق،
وللشارح هنا تفصيل ولفظه ببعض اختصار، وإذا ثبت في نظرهم أنه عيب مؤثر في الثمن
فإما أن يكون مما يخفى عند التقليب أو مما لا يخفى عنده، فما لا يخفى يحتمل المشتري
على أنه رآه ودخل عليه وبدا له في الشراء فهو يحتال على حله أو نقص الثمن، وإن كان
ممّا يخفى فلا يخلو إما أن يكون مما يخفى على العارف وغيره فالرد به للعارف وغيره،
وإن كان مما لا يخفى إلاّ على غير العارف فيفرق فيه بين غير العارف فله الرد، وبين
العارف كالنخاس في الرقيق والدواب فلا رد له، انظر تمام كلامه.

وَالْمُشْتَرِي الشَّيْءِ وَبَعْدَ يَطَّلِعَ فِيهِ عَلَى عَيْبٍ قِيَامُهُ مُنِغٌ
إِلَّا مَعَ الْقَوْرِ وَمَهْمَا اسْتَعْمَلَا بَعْدَ اَطَّلَاعِهِ الْمَعِيبَ بَطْلًا
كَالْبُسِّ وَالرُّكُوبِ وَالْبِنَاءِ وَالْهَذْمِ وَالْجِمَاعِ لِلْإِمَاءِ

(ص): والمشتري الشيء وبعد يطلع. إلى آخر الأبيات الثلاثة. هو المشار إليه بقول المختصر
عاطفاً على ما يمنع الرد من العيب ما نصّه: وما يدل على الرضا إلاّ ما لا ينقص كسكنى الدار
وحلف إن سكت بلا عذر في كالיום لا كمسافر اضطر لها أو تعذر قودها الحاضر اهـ. ولا بدّ من
ذكر مقدمة يرجع إليها هنا، ففي الجواهر ما نصّه: المانع الثالث ما يدل على الرضا بالعيوب من قول

تقدم أن من اطلع على عيب فيما اشترى فله رده، لكن للرد بالعيب موانع: أحدها: البيع على البراءة، إما في الرقيق فقط على المشهور أو فيه وفي غيره على مقابلة. الثاني: فوت المبيع إما حساً كالتلف والموت وإما حكماً كالعتق والاستيلاء. الثالث: زوال العيب. الرابع: ما يدل على الرضا بالعيب كاستعمال المعيب بعد الاطلاع على العيب،

أو سكوت أو فعل، أما القول فظاهر، وأما السكوت فهو التقصير عند الاطلاع على العيب، فإذا تمكن من رد المعيب فسكت عنه من غير عذر بطل خياره اهـ. بلفظه. ثم قال: وأما الفعل فهو أن يتصرف في المبيع أو يستغله بعد علمه بالعيب تصرفاً واستعمالاً لا يقع في العادة إلا رضا من المشتري بالتمسك بالمبيع، وما كان من التصرف مشكلاً لم يقض عليه بكونه علماً على الرضا هو الأصل المعتبر في أمثال هذا، فأما اختلاف الرواية في تصرف المضطر فإن ابن القاسم روى أن المسافر إذا اطلع على عيب بالدابة فركبها إلى أن قدم بها على صاحبها فإن ذلك لا يسقط حقاً في الرد، قال: وليس عليه أن يقودها ويكري غيرها. وروى أشهب أن ذلك رضا منه، وسبب الخلاف هل يعد كالمكره أم لا؟ اهـ. بلفظه. واختصره ابن الحاجب فقال: والسكوت من غير عذر والفعل الدال على الرضا كالقول اهـ. بلفظه. وقال خليل في التوضيح في هذا الكلام ما نصّه في المدونة إلا أن يكون كالיום ونحوه بعد أن يحلف ما كان منه رضا، وما ذكره من كون السكوت يدل على الرضا هو ظاهر المذهب، وإن كان بعض الشيوخ يذكر اختلافاً في السكوت هل يتنزل منزلة النطق أم لا؟ والذي تدل عليه مسائل المذهب أن كل ما يدل على ما في نفس الإنسان من غير النطق فإنه يقوم مقام النطق، نعم يقع الخلاف في المذهب في مسائل وفروع هل حصل فيها دلالة أم لا؟ اهـ. بلفظه وهو في غاية التحقيق وأصله لابن عبد السلام. وقال ابن عرفة: ورضا المبتاع للعيب يسقط مقالة المازري الأصل المعتبر أن كل قبل لا يقع عادة إلا رضا منه بالعيب يسقط مقاله وما أشكل من التصرف لغو. قال ابن شاس: إن تمكن من رد المعيب فسكت عنه لا لعذر بطل خياره اهـ. بلفظه. وقال ابن بشير: أما التقصير فنقول هذا خيار يثبت على الفور، فالتأخير مع التمكّن مبطل للخيار ومانع من الرد والرجوع فيه إلى العرف، فلو سكت ولم يتعرض كان مقصراً الخ. وذكر كلاماً كله يدل على أن السكوت مانع مطلقاً. وقال ابن شاس أيضاً ما نصّه: الاستعمال المأمور بتركه هو الاستعمال المنقوص كاستعمال الثوب بلبسه، فأما ما لا ينقصه الاستعمال كالدار وشبهها فلا يلزمه إخلاؤها بل يبقى على استعماله وهو يخاصم لأن ذلك غلة وخراج والخراج بالضمان وضمانها منه، وأما الحيوان فإن كانت جارية فيترك وطأها لأن الوطء إنما يباح فيما يستقره ملكه فليس له وطؤها وهو يرد نقض البيع فيها، وأما الحيوان غير الجارية من عبد أو دابة فالمشهور أنه يترك استعمالها، وذهب ابن حبيب إلى أنه لا يمنع من استخدام العبد وركوب الدابة قياساً على العقار لأن الخروج له والنفقة عليه فلا يمنع من الانتفاع بالمبيع، وإذا فرعنا على المشهور فلينزل عن الدابة إن راكباً إلا أن يتعذر عليه القود فيعذر في الركوب إلى مصادفة الخصم أو القاضي على الخلاف الخ وهذا منه بلفظه. وقد بينا في الشرح أن لبس الثوب ليس بغلة بخلاف ركوب الدابة واستخدام العبد، وبه يظهر ما قاله ابن حبيب، ومن وقف على كلام المنتخب علم قوة ما قاله ابن حبيب، مع أن ابن حبيب قال: لبس الثوب يمنع منه كما في المنتخب، وما ذاك إلا لأن ما هو غلة ينتفع به المشتري إذ هي له حتى يحكم بالفسخ، وأما ركوب الدابة ففي السفر هو قول المختصر لا كمسافر اضطر لها. وقوله:

وإلى هذا القسم أشار الناظم بالأبيات، فإذا صدر منه ما يدل على الرضا بالعيب فلا رد له كالسكوت عن القيام من غير عذر خوف أو غيره مع الطول، فإن قام بالفور فله الرد، وكاستعمال المبيع كلبس الثوب وركوب الدابة اختياراً، والبناء والهدم ووطء الأمة ونحو ذلك، وأحرى من ذلك التصريح بالرضا بالعيب. قال في التوضيح: وهذا لأن الرد بالعيب هو على الفور يبطل بالتأخير من غير عذر، إذ الأصل في البيع اللزوم، فإذا تمكن من الرد وتراخى عنه لزمه. قال في المدونة: إلا أن يكون كالיום ونحوه بعد أن يحلف أنه ما كان سكوته رضا اهـ. ابن شاس: ظهور ما يدل على الرضا بالعيب من قول أو فعل أو سكوت مانع من الرد. ابن يونس: قال ابن القاسم في الحاضر يركب الدابة ركوب احتباس لها بعد أن علم بالعيب فإنها تلزمه وذلك رضا وإن ركبها ليردها وشبه ذلك فلا شيء عليه، قال في كتاب الخيار: ولو تساوق أو تساوم بالثوب أو لبسه بعد اطلاعه على العيب فذلك رضا منه بالعيب. ابن عرفة: تصرف المختار معتبر، أما سكنى الدار ونحوها بعد علم

اضطر أي بالفعل كما هو ظاهره هذا هو الحق واعتراض من اعترضه غير صحيح، وقد بينا ذلك في الشرح بكلام الأعلام غاية، وأنه إذا لم يضطر له بالفعل بحيث لم يجد بدأ من ركوبها أو حمل متاعه عليها، وأما إن وجد بدأ من ذلك فالحمل عليها وركوبها دال على اختياره، فلله دَر المصنف في ذلك، وقال في البيان في المسافر إذا اطلع على عيب الدابة المسافر بها ما نصه: لا يجب عليه الرجوع بها إلا أن يكون قريباً لا مؤنة عليه في الرجوع الخ. وأما في الحاضر فإن ركبها ركوب احتباس لها فذلك رضا، وأما إن ركبها ليردها فلا، هذا كلام أهل المذهب ونقلناه في الشرح. ولكن نص ابن يونس هو قوله: وقد قال ابن القاسم في الحاضر يركب الدابة ركب احتباس لها بعد أن علم بالعيب فإنها تلزمه وذلك رضا، وإن ركبها ليردها وشبه ذلك فلا شيء عليه. ومثله في المتيطي، وفي البيان لابن رشد، وفي المنتخب: من سافر بدابة لبلدة بعد شرائه إياها ثم وجد بها عيباً في تلك البلدة فإن وجد بينة تشهد له بحيث يحكم له القاضي بها ويبيع الدابة فلا إشكال وإلا فله ردّها ويركبها في ردّها لبائعها الخ. وقوله يحكم أي على حسب قول المتن: فإن غاب الخ كما يفهم ذلك من كلامه، وهذا الذي ذكره يدل له قول ابن القاسم: ركوب احتباس فإن ركوب الرد ليس ركوب احتباس. وقول ابن شاس: فلينزّل عن الدابة الخ. وعبارة ابن بشير عن صاحب التلخيص ما نصه: لو كان راكباً للدابة فاطلع على عيبها واستدام الركوب كان كابتدائه وذلك يقطع اختياره الخ. ثم قال: وقال بعض أصحابنا إذا كان يعسر عليه أن يقودها إلى آخر ما رأيت في كلام ابن شاس، غير أن كلام ابن شاس وجدته للفراق في وجيزه فدخلني في ذلك ريبة، نعم إذا فسر التعذر من جهتها أو من جهته بأن يكون نزوله عنها يزيّر به فيقرب الأمر ولكن كلام أهل المذهب رأيت، وإن أردت الاطلاع على كلام الناس في المسألة فانظر الشرح، وإنما أطلنا في هذا لأنه أكلت فيه أموال من قضاة جهال يعلم ذلك الكبير المتعال، وبأمثال هذه الأمور يعلم الخطر في القضاء إذ الإحاطة بالحق في أمثال هذا يصعب حصولها إن لم يهدك الهادي سبحانه. وقول المختصر وحلف إن سكت الخ المسألة فيها خلاف قوي، والذي حمل عليه المسألة الأكثر من المدرسين بتونس كما في ابن ناجي أن السكوت مع التمكن يدل على الاختيار ولا يغتفر يوم ولا غيره، وما في المتن هو حمل المغربي قف على ذلك في الشرح.

عييها وقبل القيام به فلا أعرف فيه نصاً وهو أشد من مجرد السكوت، وأما بعد القيام فقال اللخمي والمازري: له أن ينتفع بغلة الدار أو الحائط حين المخاصمة والغلة له حتى يحكم بالفسخ فيجني الثمار ويأخذ غلة الدار، وليس عليه أن يخرج المكري ثم يخاصم، وكذلك إن كانت للسكنى، ويمنع لبس الثوب والتلذذ بالجارية فإن لبس أو وطىء كان رضا وسقط قيامه. المازري: والمشهور أنه يمنع من استخدام العبد والدابة، ابن شاس على المشهور وينزل عن الدابة إن كان راكباً إلا أن يتعذر عليه القود فيعذر في الركوب إلى مصادفة الخصم أو القاضي على الخلاف في ذلك. ابن يونس: اختلف قول مالك في الدابة يسافر عليها ثم يجد بها عيباً في سفره فروى أشهب إن حمل عليها بعد علمه بعيبها لزمته، وروى عنه ابن القاسم أن له ردّها ولا شيء عليه في ركوبها بعد علمه، ولا عليه أن يكري غيرها ويسوقها وليركب فإن وصلت بحالها ردّها وإن عجفت ردّها وما نقصها أو يأخذ قيمة العيب وقاله ابن القاسم. ابن يونس: وبه أقول وجهه أن المضطر في حكم المكره ولو تصرف مكرهاً لم يسقط خياره فكذلك مع الاضطرار، ألا ترى أنه يحل له أكل مال غيره مع الاضطرار؟ ففي هذا أخرى اهـ.

(فرع: إذا اطلع) على عيب فوجد البائع غائباً فقال ابن الحاجب: فإن كان البائع غائباً أشهد شاهدين، فإن عجز أعلم القاضي فتلوم ثم قضى عليه إن أثبت العهدة. التوضيح: أي فإن كان البائع حاضراً معه في البلد ردّ عليه، وإن كان غائباً أشهد شاهدين أنه لم يرض بالعيب ورد عليه إن أمكن بأن تكون غيبته قريبة أو له وكيل حاضر، فإن عجز عن الرد لبعده الغيبة رفع إلى القاضي فيثبت عنده الشراء وصحته وصحة ملك البائع إلى حين البيع، وأنه اشترى على بيع الإسلام وعهده أي على حقه في العيب والاستحقاق اهـ. وقال مالك في المدونة: من اشترى عبداً فوجد به عيباً قديماً لا يحدث مثله فرفعه إلى الإمام والبائع غائب فعلى المبتاع البينة أنه اشترى على بيع الإسلام وعهده، أي على حقه في العيب والاستحقاق اهـ. وقال مالك في المدونة: من اشترى عبداً فوجد به عيباً قديماً لا يحدث مثله فرفعه إلى الإمام والبائع غائب فعلى المبتاع البينة أنه اشترى ببيعه الإسلام وعهده، فإن أقامها لم يعجل الإمام على القريب الغيبة، وأما البعيد الغيبة فيتلوم له إن طمع بقدمه، فإن لم يأت قضي عليه برد العبد ثم يبيعه عليه ويعطي المبتاع ثمنه الذي نقد فيه بعد أن تقول بينته أنه نقد الثمن وهو كذا وكذا ديناراً، فما فضل حسبه الإمام للغائب عند أمين، وإن كان ناقصاً اتبعه به المبتاع اهـ. من المواق. ابن عرفة: غيبة بائع المعيب لا تسقط حق مبتاعه. قال ابن القاسم: من أقام بيده عبداً اشتراه ستة أشهر لغيبة بائعه ولم يرفع للسلطان حتى مات العبد له الرجوع بعيبه ويعذر لغيبة البائع لتنقل الخصومة عند القضاة ويرجو إن قدم البائع موافقته، فقول ابن الحاجب: إن كان البائع غائباً أشهد

قوله: (فرع إذا اطلع الخ) فف على الشرح في هذا عند قول المختصر: فإن غاب بائعه أشهد الخ فالكلام في المسألة طويل غاية.

شاهدين يقتضي أن الشهادة شرط في ردّه أو في سقوط اليمين عنه إن قدم ربه ولو لم يدع ذلك عليه ولا أعرف هذا لغير ابن شاس. ابن عرفة: وله أيضاً القيام في غيبته اه. ثم ذكر نحو ما تقدم.

فرع: إذا أراد البائع إحلاف المشتري أنه ما رضي بالعيب بعد علمه ولا استخدمه فلا يمين عليه إلا أن يدعي عليه ذلك قاله ابن سلمون ونحوه في التوضيح. وفي المختصر: ولم يحلف مشتر ادعيت رؤيته إلا بدعوى الإرادة ولا الرضا به إلا بدعوى مخبره.

وكامن يبدو مع التّفْيِيرِ كَالسُّوسِ لَا يُرَدُّ فِي الْمَأْتُورِ

يعني أن العيب الكامن الذي لا يطلع عليه إلا بعد تغير المبيع كسوس الخشب ومرارة القثاء ونحو ذلك مما يشترط البائع والمشتري في الجهل به ليس للمشتري أن يرد به. قال في المدونة: قال ابن القاسم: كل ما يبيع من غير الحيوان وفي باطنه عيب من أصل الخلقة يجهره المتبايعان ولا يعلم بعيبه إلا بعد الشق أو الكسر مثل الخشب وشبهها يشق فيجد المبتاع في داخلها عيباً باطناً فهو لازم، ولا شيء على البائع من ردّ ولا قيمة عيب، وكذلك قال مالك في الجوز الهندي والجوز يوجد داخله فاسداً والقثاء يوجد مرأ فلا يرد وهو من المبتاع. وسمع أشهب الشاة يجدها عجفاء أو جوفها أخضر ليس له ردها، واضطرب الشيوخ فيمن اشترى أضحية فوجدها عجفاء لا تجزىء، وعن يحيى بن عمر فيمن اشترت رماداً وقال البائع هو جيد وقالت بيضت به الغزل فلم يخرج جيداً فإن بقي منه شيء بيض به غزل فإن خرج جيداً فلا شيء على البائع وإلا رجعت عليه بالثمن. البرزلي: هذا مثل ما تقدم في الزريعة إذا زعم المشتري أنها لا تنبت يؤخذ بعضها

(ص):

(وكامن يبدو مع التّفْيِيرِ كَالسُّوسِ لَا يَرُدُّ فِي الْمَأْتُورِ)

هذا قال فيه في المختصر عاطفاً على ما لا يرد به وما لا يطلع عليه إلا بتغير كسوس الخشب والجوز ومرّ قثاء ولا قيمة، وقد نقلنا في ذلك أنقلاً كثيرة وحاصلها: أن كل ما يمكن الاطلاع عليه من البائع أو من المشتري أو منهما فيردّ به وإلا فلا، ولذلك قال المصنف: وما لا يطلع الخ أي لا يطلع إلا بالتغيير، وقد أطال في التوضيح هنا، واختصره صاحب الشامل بقوله ما نصّه: وما لا يظهر إلا بتغييره كسوس من خشب بعد شقّه لم ترد به على المشهور ولا قيمة للدخول عليه. وقيل: إن كان من أصله لا طارئاً، وهل وفاق تأويلان، وقيل يغتفر اليسير فقط، وأما الجوز واللوز والتين وشبهها ومرّ قثاء وخيار ونحوهما والمشهور لا ردّ، وثالثها إن كان قليلاً يمكن اختباره بالحضر، وكقثاء تين وجوز تين دون كسر وردّ ما كثر إلا أن يكون كله فاسداً أو أكثره، وإن كان العيب يسيراً في كثير فلا ردّ، وإلا ظهر أن شرط الردّ مع وجوده مراد أو غير مستو هل يوفى له بشرطه؟ اه. وقوله: وقيل فيه شيء على حسب ما بيّناه في الشرح، وإذا جرت العادة بالردّ في شيء هنا عمل بذلك، والحاصل هنا مسائل جداً لم يمكننا اختصارها هنا فانظرها إن شئت، وكلام هذا الشارح هنا حسن.

ويختبر. وأفتى ابن عرفة برد الجبن يوجد فاسداً لأنه ممّا عملت الأيدي، وكذلك قال في الحديد يوجد أجرش متقطعاً إذا دخل النار فيرد لأنه عيب.

فرع: قال ابن سحنون عن أبيه: من باع شعيراً للزراعة وعلم أنه لا ينبت فزرعه المشتري فلم ينبت رجع على البائع بكل الثمن لتدليسه. وقال ابن حبيب: يرجع مبتاعه بما بين قيمته نابتاً أو غير نابت علم بئعه بذلك أو لا، يريد إذا لم يشترط عليه زريعة ولا يتن له أنه اشتراه لذلك، وحكي أن القاضي ابن عبد الرفيح قال للمشتري: أثبت ثلاثة أشياء: أنك زرعت الزريعة التي اشتريتها من هذا بعينها، وأنتك زرعتها في الأبان وفي أرض ثرية، وأنها لم تنبت ولك الرجوع. قال القلشاني: واستحسن هذا شيخنا أبو مهدي عيسى الغبريني رحمه الله تعالى اهـ. من القلشاني باختصار. قلت: ومن هذا المعنى زريعة دود الحرير يوجد نسجها فاسداً، فإذا ذكر بئعها أنها جيدة فهل هو من الغرر بالقول؟ والمشهور فيه عدم الغرم إلا أن يبنى عليه عقد، وهذا الذي اشترى الزريعة على أنها جيدة قد يشتري لها الورق بمال معتبر فيؤدي ذلك إلى الخسارة الكثيرة، ولم أف في ذلك على نص.

وَالْبَقُّ عَيْبٌ مِنْ عُيُوبِ الدُّورِ وَيُوجِبُ الرَّدَّ عَلَى الْمَشْهُورِ

يعني أن البق في الدار عيب من العيوب الموجبة للرد، إلا أن ظاهر عبارة الناظم أن مطلق وجود البق عيب ولو قل وليس كذلك، (فإن القليل) منه لا يكاد تسلم منه دار، والموجب للرد إنما هو كثرته فلذلك أصلح كلامه فقيل:

وكثرة البق تعيب الدوراً وتوجب الرد لأهل الشورى

وفي قوله أيضاً على المشهور مسامحة، لأن المراد ما وقع به الحكم بقرطبة لا المشهور المصطلح عليه عند الفقهاء. قال في طرر ابن عات: وكثرة البق عيب فيها أي في الدار، قال: وأخبرني بعض فقهاء الشورى بقرطبة أنها نزلت بقرطبة وحكم بردها اهـ. قال الشارح: وعلى فتيا أهل الشورى اعتمد الأستاذ أبو سعيد والله أعلم في مسألة النمل الأسود السابق له فيه الفتيا فيما يغلب على الظن اهـ. ونقل الشارح الفتيا المذكورة في

(ص): والبقر عيب من عيوب الدور الخ. قوله: (فإن القليل الخ) الأولى في مسألة البق والنمل الرجوع بنقص الثمن، فما نقص منه ممّا له بال ردّه وما لا فلا، والقاعدة بنقص الثمن كأنها متفق عليها ورأيت أنقال الناس في ذلك. وظاهر ما ذكره شراح التحفة أنه لا يراعى هنا نقص البق ثلث الثمن فيرجع بالقيمة، وإنما جعلوا البق من حكم العيب الكثير الذي تردّ به الدور، وصاحب المفيد قال عاطفاً على ما يرد به من عيوب الدور ما نصّه: وكثرة البق الخ. وعبارة الوانوشي ما نصّه: البق عيب ولو في السرير، وكثرة النمل عيب الخ. والصحيح في سوء الجار الرد. قف على مسائل كثيرة من العيوب لا يتأتى نقلها عند قول المختصر: وإن قالت أنا مستولدة، ولعل من أطلق في البق أراد قلة لها بال أي قصد أن البق الذي ينقص ما له بال من الثمن يرد به، ومن قال كثرة البق عيب أراد بالكثرة نقصاً له بال أي قصد بالكثرة ما له بال محترزاً من الذي لا بال له، فيتفق كلام الناس في هذا، ودليل هذا هو ما قدمناه عند كلام المؤلف: وكل عيب ينقص الأثمان البيت.

شرح قوله: وكل عيب ينقص الأثمانا. البيتين، ولفظه: سئل الأستاذ أبو سعيد بن لب رحمه الله عن دار بيعت وسكنها المشتري نحو ستة أشهر ثم ظهر فيها عيب وهو نمل أسود صغير يفسد الخبز والإدام ويأكل الأطفال وأخبر الجيران أن ذلك عيب قديم يظهر من فصل الربيع إلى الخريف. فأجاب: إن ثبت العيب المذكور وقدمه ولم يكن البائع أعلم به ولا تبرأ منه فرد الدار بين واجب للمشتري إن شاء ذلك. ثم استطرد مسألة أخرى نزلت بمالقة وهي أن مشتري رياض قام على بائعه بعيب وهو أن امرأة قتلت في الرياض قبل الشراء ولم يعلم بذلك المشتري إلا بعد الشراء، وأن الرياض بسبب هذا القتل يوحش ساكنيه وتنفر نفوسهم عنه ويأبى العيال والأولاد سكنائه، وتترأى لهم بسبب هذه الوحشة خيالات شيطانية مفزعة مقلقة فراجعه إن شئت، قال الناظم:

وَأَجْرَةُ السُّمَسَارِ تُسْتَرَدُّ حَيْثُ يَكُونُ لِلْمَبِيعِ رَدُّ

يعني أن من اشترى شيئاً ثم رده بعيب أو بغيره وكان البائع قد دفع للدلال أجرة فإن أجرة الدلال ترد للبائع، وهذا مقيد بما إذا كان البائع غير مدلس. أما إن كان البائع مدلساً بعيب فلا ترد. قال في المدونة: قال مالك: إذا ردت السلعة بعيب رد السمسار الجعل على البائع. قال ابن اللباد: معناه إن لم يدلس، وأما إن دلس فالجعل للأجير ولا يؤخذ منه اه. وفي الوثائق المجموعة: وإذا ردَّ العبد أو الجارية بعيب قديم دلس فيه البائع لم يرجع البائع على الدلال بما أعطاه، فإن لم يدلس به رجع عليه بالدلالة بعد أن يحلف أنه لم يدلس بالعيب اه. تنبيه: رد السمسار الجعل مبني على أن الرد بالعيب نقض للبيع الأول لا ابتداء بيع والله أعلم. وانظر الإقالة هل يجري رد السمسار فيها على كونها نقضاً أو بيعاً مستأنفاً.

(ص):

(وأجرة السمسار تسترد حيث يكون للمبيع رد)

هذا قال فيه في المختصر وفرق بين مدلس وغيره إلى قوله: ورد سمسار جعلاً، فجعل الرد مع عدم التدليس، والحاصل السمسار لا يرد الجعل إن كان البائع مدلساً لأنه هو أدخل السمسار في التعب وهو ظالم في تدليسه، ويشترط في رده أيضاً حيث لم يدلس البائع أن يكون الرد بقضية من الحاكم. قال المتيطي: وإذا تفاسخ المتبايعان بغير حكم لم يرد السمسار الجعل كالإقالة هذا لفظه. وعبارة سحنون: وإنما يرد جعل السمسار إذا رد بقضية، وأما يتبرع فلا لأنه كإقالة، والقيد بقضية هو المذهب، وقد نقله أبو الحسن وابن عبد السلام والمصنف وابن عرفة وصاحب الشامل ولم يعترضوه، وكلام التثائي ومن تبعه لا تتبعه، ويشترط أيضاً في عدم رده حيث لم يدلس البائع أن لا يكون عالماً بتدليس البائع على خلاف في هذا، لكن للقباسي قال حيث لم يدلس البائع برد، ولكن انظر الشرح وانظر إذا استحق المبيع هنا في رد السمسار في الشرح ومسائل آخر إن شئت. وذكر في المعيار حين كلامه على مسائل السماسرة أن الإجارة تخالف الجعل فإنها لا ترد مطلقاً، هذا الذي فهمناه من كلامه وقد كتبناه في الشرح.

وَحَيْثُمَا عَيْنٌ قَاضٍ شُهَدَا لِلْعَيْبِ فَالْإِعْذَارُ فِيهِمْ عَهْدًا

يعني أن القاضي إذا عين شهوداً لإثبات عيوب الرقيق والدواب وغيرهما لكونهم من أهل البصر والمعرفة بذلك فإنهم من جملة الشهود الذين يعذر الخصم في شهادتهم، ونص على ذلك لثلاثيهم أنهم كالموجهين من قبل القاضي لحيازة ونحوها، فلا يعذر فيهم لنيابتهم عنه، لأن شهود العيوب مخبرون عما أذاهم إليه اجتهادهم ونظرهم ومعرفتهم فيعذر فيهم كغيرهم. قال في المتيضية: فإذا كتب الشهود شهادتهم في عقد الاسترعاء وشهدوا بها عند الحاكم كتب الحاكم بعدها شهدوا عندي بنصه على عين المملوك المنعوت فإذا ثبت هذا العقد عنده أعذر فيه إلى البائع من طريق العلم (لا من طريق العدالة) لما قدمناه، فإن أتى البائع بمن هو أعلم بالعيوب من هؤلاء الشهود سمع منه وإلا فلا حجة له اهـ. وقول المتيضي لما قدمناه هو والله أعلم عدم اشتراط العدالة في أهل البصر والمعرفة بالعيوب فيبقى الإعذار فيهم من جهة المعرفة بذلك، وتقدم للشارح فيه كلام عند قوله في باب الشهادة: وواحد يجزىء في باب الخبر.

فصل في الغبن

وَمَنْ بَغَيْنَ فِي مَبِيعٍ قَامَا فَشَرْطُهُ أَنْ لَا يَجُوزَ الْعَامَا

(ص):

(وحيثما عين قاض شهدا للعيب فالإعذار فيهم عهدا)

قوله: (لا من طريق العدالة) انظر هذا فليس على إطلاقه عند قول المختصر: وقبل للتعذر الخ ولا بد ولا بد، لأنهم إذا شهدوا بأن هذا جذام مثلاً قديم، وشهد مثلهم في المعرفة بأنه غير قديم عند ما يشكل الأمر وكانوا أعدل من شهود الجذام، فإن الأعدلين يقدمون ولا مانع من هذا وغيره لا يظهر أبداً ولا نقول به، والمذهب هو قول المختصر وقبل للتعذر غير عدول، وأن غير العدول لا يقبلون إلا حيث لا يوجد عدول، وبيننا ذلك غاية في شرح المحل المذكور.

فصل في الغبن

(ص): ومن بغين في مبيع قاما. إلى آخر الأبيات الثلاثة. هذه شروط ثلاثة. أما قطع الغبن

بمضي العام فنقل هذا الشارح فيه أنه لابن لب، وربما يدل له أن القسمة لا تنقض بعد العام لغلط ونحوه كما في ابن سهل وغيره، انظره عند قول المختصر في كتاب القسمة: ونظر في دعوى جور أو غلط الخ. وأما شرط الرد بوصول الغبن للثلث فحسن، وهو الذي يظهر رجحانه لما قاله ابن سهل وغيره، لأن ابن سهل قال فيه هو حسن، وإن كان كلام ابن عبد السلام ومن تبعه يظهر من كلامهم، وشرط الجهل هو لابن لب أيضاً، وهو الذي به عمل أهل قرطبة كما حكاه هو عنهم، وابن غازي قال على قول المتن هنا اقتصر هنا على طريقتين من الثلاث التي ذكر في التوضيح وترك منها طريقة عبد الوهاب في المعونة أنه لا خلاف في ثبوت الخيار لغير العارف، وفي العارف القولان: فلو قال هنا وهل إلا لغير عارف أو إلا أن يستسلم الخ لاستوفى. ولابن عرفة هنا تحرير فعليك به اهـ.

وَأَنْ يَكُونَ جَاهِلًا بِمَا صَنَعَ وَالْغَبْنُ بِالثُّلْثِ فَمَا زَادَ وَقَعَّ
وَعِنْدَ ذَا يُفْسَخُ بِالْأَحْكَامِ وَلَيْسَ لِلْعَارِفِ مِنْ قِيَامِ

تقدم أن الجهل يعرض في البيع على وجهين جهل بحقيقة المبيع وقد تقدم في قوله: وبيع ما يجهل ذاتاً لرضا الأبيات الثلاثة. وجهل بقدر الثمن وهو الغبن المذكور هنا وهو أن يشتري بأكثر من القيمة بكثير فيغبن المشتري أو يبيع بأقل من القيمة بكثير فيغبن البائع. قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: وفي النقيصة التي لا يتغابن بمثلها طريقتان هذا يسمى القيام بالغبن سواء كان المغبون بائعاً أو مشترياً، والغبن بفتح الغين وسكون الباء عبارة عن اشتراء السلعة بأكثر مما جرت به العادة أن الناس لا يتغابنون بمثله أو بيعها بأقل كذلك، وأما ما جرت العادة به فلا يوجب رداً اتفاقاً، والطريقة الأولى لعبد الوهاب في المعونة وحاصلها أنه لا خلاف في ثبوت الخيار لغير العارف وفي العارف قولان، وحاصل الطريقة الثانية إن استسلم أي أخبر البائع أنه غير عارف بقيمته فقال له البائع قيمته كذا فله الرد، وإن كان عالماً بالمبيع وبثمنه فلا رد له، ولا خلاف في هذين القسمين وفيما عدهما قولان. ابن عبد السلام: مشهور المذهب عدم القيام بالغبن اهـ. وعلى ما قال ابن عبد السلام أنه المشهور ذهب الشيخ خليل حيث قال: ولا يغبن ولو خالف العادة (وهل إلا أن يستسلم) ويخبره بجهله أو يستأمنه تردد في عدم القيام بالغبن

بلفظه، ولم يرد علي شيئاً فأنت تراه إنما اعترض تركه طريقة لا غير، والجواب عما ذكره من الترك أن كلام عبد الوهاب اضطرب في طريقه وقد أشرنا إليه في الشرح، وقد قال الحطاب بعد أن قال ما نصه: فتحصل من هذا أن القيام بالغبن في بيع الاستثمان والاسترسال هو المذهب وأنه لا يقام به في غيره، إما اتفاقاً أو على المشهور، فلو قال المصنف: ولا يغبن ولو خالف العادة إلا لمسترسلاً لكان مقتضراً على الراجح من المذهب اهـ. بلفظه. قال كاتبه عفا الله عنه وتقبل منه: والحق أن قول المصنف ولا يغبن ولو خالف العادة أشار به للمشهور، وأن المذهب هو عدم الرجوع بالغبن مطلقاً كان مسترسلاً أو مستأماً أو جاهلاً، وإنما يشترط الرشد فقط، فكل لا يرجع بالغبن.

قوله: (وهل إلا أن يستسلم الخ) معناه وهل المشهور يبقى على عمومه في عدم الرجوع بالغبن مطلقاً أو إلا أن يستسلم الخ، هذا هو المشهور لا كما قاله الحطاب، وأما ما به العمل فشيء آخر، مع أن هذا الإطلاق جرى به العمل ونقله ابن لب، وإطلاق المتن يشتمل ما إذا بلغ الثلث أو دونه أو تجاوزه وهو كذلك على مذهب المغاربة وذلك هو المشهور، وهذا الإطلاق هو الذي قاله ابن عبد السلام إذ لم يفصل، والحديث إن صح يقبل التأويل، وأيضاً لا ننكر أن المسترسل وشبهه أن القول فيه قوي، لكن كلامنا في الراجح من الخلاف وهو الإطلاق إنما تفهم هذا كله إن نظرت شرح قول المتن لا يغبن، ووقفت على إطلاقات الفحول في ذلك، والطخيخي قرّر بقوله ما نصه: أشار المصنف بقوله ولا يغبن إلى طريقة ابن عبد السلام، قال: مشهور المذهب عدم القيام بالغبن ولم يفصل، وقوله: إلا أن يستسلم الخ أشار به إلى طريقة المازري. وقوله: أو يستأمنه أشار به إلى طريقة المقدمات اهـ. وهذا التقرير هو الحق إن شاء الله تعالى وإن لم يأت بما نقلناه في شرحنا، وانظر قوله: ولم يفصل وكذا غيره من الفحول فإنهم لم يفصلوا، ولذلك ابن عرفة كثيراً ما يقول بعد

هل يقيد بعدم الاستسلام والإخبار بجهله؟ أما إن استسلم وأخبره بجهله فله القيام أو يقيد بعدم الاستئمان، فإن استأمنه فله القيام في ذلك تردد، وكذا قال الشيخ في طرره قال: وليس في الطريقتين قول بعدم القيام مطلقاً بل كل منهما تحكي التقييد لكن بغير ما قيدت به الأخرى. وذهب الناظم على جواز الحكم بالقيام بالغبن وذكر له ثلاثة شروط: أحدها: أن لا يمضي عام بعد البيع. والثاني: أن يكون المغبون منهما جاهل بالقيم والأثمان. والثالث: أن يكون الغبن ثلثاً فأكثر، أما مرور العام فنقل المواق عن فتيا لابن لب أن المالك أمر نفسه مرور عام يقطع قيامه، قال: وأما المحجور فينظر له، وأما كون المغبون جاهلاً بالقيم والأثمان فنقل الشارح ذلك عن فتيا ابن لب أيضاً وأنه إن أثبت ذلك رجح وإلاً فلا، وأما كون الغبن الثلث فأكثر فهو أحد الأقوال في تحديد الغبن، قيل الثلث فما زاد وعليه ذهب الناظم، وقيل هو ما زاد على الثلث، وقيل ما لا يتغابن الناس بمثله ولو دون الثلث. وحكى ابن عرفة الأقوال الثلاثة ومثلها في التوضيح، وإلى هذه الشروط أشار بالبيتين الأولين، فإذا اجتمعت الشروط المذكورة فالمشهور أن البيع يفسخ وإلى فسخه أشار الناظم بقوله: وعند ذا يفسخ بالأحكام، لكن فسخه مقيد بما إذا لم يفت من يد مشتريه ببيع ونحوه، فإن فات مضي والقول بالفسخ إذا لم يفت، قال المكناسي في

سوقه القول المقيد ما نصه: وإطلاق غيره يخالفه، وإنما قالوا المشهور عدم القيام بالغبن وأداتهم واضحة في رجحان هذا، ونقلنا ذلك كله، ويدل على هذا ما ذكره في قسمة المراضاة أنها لا بقاء فيها بالغبن لأنها بيع وهو قول المتن في كتاب القسمة كالمراضاة إن أدخلت مقوماً، وذكر ذلك الباجي وابن فتوح وأبو عمران عن ابن حبيب والتميطي واللخمي وعياض، غير أن اللخمي وعياضاً قالوا: فإن كانت بالتراضي مضت المعاينة على من كانت في نصيبه إلا على قول من لم يمضها في البيع الخ، وهذا مشعر بضعف من قال بمراجعة الغبن في البيع بدليل التأمل، والقسمة يتأتى فيها الاسترسال والاستئمان والجهل كما لا يخفى، والمسترسل إن كان عالماً فلا إشكال في مضي بيعه، وكذا لو كان جاهلاً، مع أن أنقال المواق تقتضي أن المعتبر هو الجهل على القول به استرسل أو لا، والربح إنما شرع للبيع ولأمور أخر، وقد قال مالك فيمن باع ياقوته يظنها غيرها يمضي عليه بيعه إذ لو شاء تثبت والرشد يقال له ذلك ويزاد: لو شاء لشاور، وابن رشد قال في الجاهل بالياقوته لا يعذر لأنه متمكن من التوكيل والاستشارة، ومن ذكر هنا اتفاقاً في مسترسل أو غيره فذلك عدوه طريقة، ولذلك قال خليل في المختصر بعد ذكره ما تقدم تردد إذ به يعين عن الطرق كما لا يخفى أو الطريقتين، والحاصل قف على كلام الناس في الشرح يظهر لك أن المصنف مظلوم في الاعتراض عليه والله الهادي والموفق. ولا تقل تعديت طورك أو تجاوزت قدرك باعتراضك على من اعترض الفحول لأنني أقول: اعترضت كلام الفحول بكلام فحول أكبر من الفحول المعترضين وانتصرت للمصنف وهو من الفحول فإنه معني في عدم اعتراض كلامك، وما ذكر من أن كلام التحفة به العمل لم نر قوة ذلك قوة تنجي، مع أن البقاء مع المشهور هو الواجب حتى يقع بعده عمل تظهر قوته وأنت أخبر بنفسك مع صعوبة المسألة، وقد نهناك على ما أدركناه بعقولنا، والله يكون للجميع بمتة وفضله وكرمه وطوله. وانظر من بيع عليه ماله بغبن في دين عليه وهو غائب في الشرح عند قول المتن في كتاب القضاء القريب كالحاضر الخ.

مجالسه هو المشهور، والحكم بغيره إنما هو لمصالح وقتية، وفي المسألة قولان آخران، وقيل للمبتاع أن يوفي تمام القيمة ولا يرد البيع ولا الشراء وإن لم يفت، وقيل يمضي له بقدر الثمن من قيمته يوم البيع، انظر آخر جامع مجالس القاضي المكناسي. وقوله وليس للعارف من قيام هو تصريح بمفهوم قوله: وإن يكون جاهلاً بما صنع.

تنبيه: ما تقدم كله إنما هو في الرشيد يبيع مال نفسه، وأما السفیه يبيع عنه وصيه فله القيام ولو بعد السنة إذا باع بما لا يتغابن الناس بمثله ولو لم يبلغ الثلث، وكذا الموكل إذا باع الوكيل كما ذكر. قال ابن عمران: اتفقوا أن النائب عن غيره في بيع أو شراء من وكيل أو وصي إذا باع أو اشترى بما لا يتغابن الناس بمثله فإنه مردود اهـ. على نقل المواق. ثم قال: وفي نوازل البرزلي إنما يوكل الوكيل لينتفع به. وقال القرافي: ولا يتصرف من ولي ولاية الخلافة فما دونها إلى الوصية إلا لجلب مصلحة أو درء مفسدة لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [الأنعام: ١٥٢] فكل من ولي ولاية فهو معزول عن المفسدة الراجحة والمصلحة المرجوحة اهـ. وراجع الخطاب عند قوله: ولا يغبن ولو خالف العادة.

فروع: قال الخطاب في المحل المذكور: والمردود بالغبن إنما يرجع لمالكه بملك مستأنف لا على الملك الأول، فإن كان المردود حصة فلا شفعة لمن رجعت له حصته فيما باع شريكه بعد بيع الغبن وقيل نقضه ولا لشريكه شفعة أيضاً فيما رجع لمالكه، وإن قلنا بملك مستأنف إذ ليس ببيع محض إذ هو ما تراضى عليه المتبايعان، والمأخوذ منه الحصة هنا مغلوب على إخراجها من يده اهـ. وإلى المسألة برمتها أشرنا في تكميل المنهج المنتخب بقولنا: من باع مال نفسه أو اشترى. الأبيات السبع آخرها قوله:

والرد بعد الغبن ملك مؤتلف لا شفعة في الجانبين تؤتلف

فصل في الشُّفَعَة

وَفِي الْأُصُولِ شُفَعَةٌ مِمَّا شَرِخَ
وَمِثْلُ بَثْرِ وَكَفَخْلِ النَّخْلِ
وَالْمَاءِ تَابِعٌ لَهَا فِيهِ أَحْكَمُ
فِي ذِي الشِّيَاعِ وَبِحَدِّ تَمْتِنِغِ
تَدْخُلُ فِيهَا تَبَعاً لِلْأَضْلِ
وَوَخْدُهُ إِنْ أَرْضُهُ لَمْ تُقَسِّمِ

التوضيح: قال عياض وغيره وهي بسكون الفاء من الشفع وهو ضد الوتر، لأن الشفع يضم الحصة التي يأخذها إلى حصته فتصير حصته حصتين. ابن عرفة: الشفعة استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه. (قال الرضاع): فإذا باع الشريك حصته من دار

فصل في الشفعة

وفي الأصول شفعة مما شرع. إلى آخر الأبيات الثلاثة. قوله: (قال الرضاع الخ) خليل قال في الشفعة أخذ شريك تبعاً لغيره، وابن عرفة اعترض فقال: الشفعة استحقاق شريك أخذ مبيع

فلشريكه الشفعة، وهل معناه أن للشريك طلب أخذ المبيع بسبب البيع أو معناه أن الشريك له حالة استحق بها الطلب والأخذ بسبب البيع ذلك مما يقرر معنى الاستحقاق هنا، والظاهر وهو الصواب الثاني، وطلب الشفعة يبعد هنا. قوله: وفي الأصول شفعة يعني أن الشفعة إنما هي مشروعة في الأصول وهي الأرض وما يتصل بها من البناء والشجر وذلك مدة بقائها مشتركة على الإشاعة، فإذا وضعت الحدود وصرفت الطرق ثم باع أحدهم ما خرج له في القسمة فلا شفعة لغيره لكون كل واحد صار جاراً للآخر ولا شفعة للجار، وإلى هذا أشار بالبيت الأول، هذا حكم العقار المنقسم الذي ليس تابعاً في الانتفاع به لغيره كالدور والأرضين والنخل والشجر، فقوله: شفعة مبتدأ عامل في الأصول وهو المسوخ للابتداء بالنكرة ومما شرع خبره، وفي ذي الشياخ يتعلق بشرع وباء بحد سببية تتعلق بتمتع، وأما ما كان تابعاً لغيره ومتعلقاً به مما هو ثابت به ولا ينقل ولا يحول وذلك كالجدران والبئر وفحل النخل والماء ونحو ذلك فتجب الشفعة في ذلك ما دام أصله مشاعاً غير مقسوم، وكذلك إذا بيع التابع وحده والمتبوع بحاله لم ينقسم، وأما إن قسم المتبوع وهو الأرض وبقي التابع لها على الإشاعة فباع أحد الشركاء نصيبه منه فلا شفعة على المشهور، (فهذه ثلاثة أوجه) تجب الشفعة في الأولين دون الثالث، وإلى هذا التقسيم أشار ابن سلمون بقوله: وأما الماء فقال ابن رشد لا اختلاف اعلمه في المذهب في إيجاب الشفعة فيه إذ بيع مع الأرض أو دونها ولم تقسم الأرض، واختلف في إيجاب الشفعة فيه إذا قسمت الأرض فقال في المدونة: لا شفعة فيه، وقال في رواية يحيى: إن فيه الشفعة اهـ. من الشارح. ونقل أيضاً عن المقرب ما نصه: قال محمد وفي تفسير ابن

شريكه بضمنه، وقول ابن الحاجب أخذ الشريك حصه جبراً الخ إنما يتناول أخذها لا ماهيتها وهي غير أخذها لأنها معروضة له ولنقيضه وهو تركها، والمعروض لشئتين متناقضين ليس عين أحدهما وإلا اجتمع النقيضان الخ. وكلام الباجي هو ككلام ابن الحاجب في كون الشفعة هي الأخذ، والوالوغي اعترض كلام ابن عرفة من جهتين ثم قال: وهذا كله إنما يحتاج إليه إذا فهمنا صدق المصدر المضاف إلى الفاعل بالفعل كما هو مذهب ابن سينا، وأما إذا فهمناه بالقوة فلا يتوجه اعتراض شيخنا أي ابن عرفة أصلاً اهـ. قال كاتبه عفا الله عنه: وتقبل منه، ولا مانع من أن تكون الشفعة هي الأخذ بالفعل لأن هذا أمر اصطلاحي كما يقال للبيع عقد الخ، والنكاح عقد الخ، وذلك أن المتبايعين يستحقان هذا العقد ومخيران فيه، وليس استحقاقهما للعقد هو نفس البيع، وابن عرفة لما قال الشفعة هي الاستحقاق رتب عليه ما لزمه وذلك قد لا يسلم، والذي يدل عليه كلام الناس أن الشفعة تطلق في الاصطلاح باعتبارين، فقولهم هذا له الأخذ بالشفعة وفلان أخذ بشفعته يدل لابن عرفة أي له الأخذ بسبب استحقاقه للأخذ، وقد قال ابن عرفة بنفسه الأخذ وهو مستحق الشفعة هو الشريك، وقولهم اختلف في الشفعة هل هي بيع أو استحقاق؟ يدل لابن الحاجب ومن وافقه هذا هو الحق إن شاء الله تعالى، ولكن إنما تفهمه إذا تأملت كلامهم في هذا الباب.

قوله: (فهذه ثلاثة أوجه الخ) أشار في المختصر إلى هذا بقوله عاطفاً على ما فيه الشفعة ما نصه: وكثير لم تقسم أرضها وإلا فلا، وأولت أيضاً بالمتحدة. وقال أيضاً عاطفاً على ما لا شفعة فيه

أبي مزين قلت لعيسى: ما معنى قول مالك لا شفعة في بئر ولا في فحل نخل؟ قال: هي آبار الحوائط إذا قسمت الحوائط وبقيت البئر أو الفحل لم يقسم فلا شفعة فيهما لأنها لا يستطيع قسمهما، ولو كانت آباراً كثيرة أو فحولاً كثيرة لم تقسم فباع أحد الشريكين سهمه فيها لكانت فيها الشفعة لأن القسم يصلح فيها، وفيه قال مالك: ولو أن بئراً بين رجلين وبها بياض ونخل فباع أحد الشريكين نصيبه من الماء وترك نصيبه من النخل والأرض ثم باع ولم يقاسم شريكه لكان لشريكه الشفعة في الماء، وإن اقتسما النخل والأرض ثم باع أحدهما حصته من الماء لم تكن فيه شفعة اهـ. وقد أشار الناظم لحكم التابع بقوله: ومثل بئر البيتين ويدخل في ذلك الطريق المشتركة وساحة الدار وما أشبه ذلك، وأشار لحكم القسم الأول وهو بيع التابع والمتبوع معاً بقوله: ويدخل فيهما تبعاً للأصل، وبقوله: والماء تابع لها فيه حكم، ففاعل يدخل يعود على مثل وما عطف عليه وضمير فيها للشفعة وضمير لها، والبيت الثاني يعود على الأصول. ثم أشار لحكم القسم الثاني وهو ما إذا بيع التابع وحده والمتبوع لم يقسم بقوله وحده أن أرضه لم تقسم، وفهم من وجوب الشفعة في هذين القسمين عدم وجوبها في القسم الثالث وهو إذا بيع التابع وحده بعد قسم المتبوع وهو كذلك كما تقدم (وتلخص) مما تقدم أن التقسيم المذكور جار في الفحل والبئر والماء وساحة الدار ونحو ذلك إلا في تعدد الفحل والبئر فالشفعة فيها وإن قسم متبوعها كما تقدم. قال الناظم:

وَالْفَرْنَ وَالْحَمَامُ وَالرَّحَى الْقَضَا
بِالْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ فِيهَا قَدْ مَضَى

وعرصة وممن قسم متبوعه، وقال أيضاً: وإن ملك تطرقاً وهي أمور ظاهرة وقد شرحناها في محالها، وكلام هذا الشارح فيها حسن لا بأس به. وقوله: (وتلخص الخ) صحيح أيضاً.
(ص):

(والفرن والحمام والرحى القضاء
بالأخذ بالشفعة فيها قد مضى)

الخلافاً في المسألة قوي غاية، لكن قول المختصر إن انقسم وفيها الإطلاق وعمل به يظهر منه أن الراجح هو عدم الشفعة فيما لا ينقسم لتصديره بشرطية إمكان الانقسام وذلك هو قول مالك وقول ابن القاسم، وروايته عند غير واحد وبه قاله الأخوان وأصبغ، ولكن عدم الشفعة هو المشهور كما في الوجيز وبه العمل كما في المفيد، وبه أفتى أهل قرطبة حين كان القضاء عندهم بذلك وقال به محمد، قال المتطي في به العمل، وابن ناجي قال فيه هو المشهور نقله عن صاحب الوجيز ولم يعترضه. وذكر ابن سلمون هذا المشهور، وذكر هذا العمل ابن عبدوس كما في ابن الناظم هنا، وعدم الشفعة هو الذي في وثائق الباجي ووثائق ابن مغيث، وما جرى به العمل يرجح به. كما في تبصرة ابن فرحون الخ. بل ما به العمل يقدم على المشهور كما هو حتى في شروح المختصر صدر كتاب القضاء. ونقل اليرتاسني في شرح التحفة أن الذي به العمل اليوم هو عدم الشفعة، نقله عن ابن منظور وهو شيخ المواق. وقال أبو الحسن ما نصّه في الأمهات: قال ابن القاسم: لا شفعة في الحمام، وهذا كله يرجح ما صدر به في المختصر. وأما القول بالشفعة فهو قول أشهب وغير واحد.

يعني أنه اختلف في الأصول التي لا تراد إلا لخراجها ولا تقبل القسمة كالفرن والحمام والرحى والحانوت وما أشبه ذلك هل تجب فيها شفعة أو لا؟ وبوجوبها الحكم والقضاء. ابن الحاجب: وفي غير المنقسم كالحمام ونحوه قولان بناء على أنها لضرر الشركة أو لضرر القسمة. التوضيح: يعني في الشفعة فيما لا يقبل القسمة إلا بضرر قولان وهما لمالك وابن عبد السلام. وفي المدونة ما يدل على كل واحد منهما اهـ. وبدعم الشفعة قال ابن القاسم ومطرف. وبالشفعة قال أشهب وابن الماجشون وأصبخ. قال صاحب الذخيرة: وعدم الشفعة هو المشهور. وقال صاحب المفيد: وبه القضاء وأفتى به فقهاء قرطبة لما جمعهم القاضي منذر بن سعيد إذ كان به القضاء عندهم فرفع الشفيع أمره إلى أمير المؤمنين عبد الرحمن بن محمد وقال حكم علي بغير قول مالك فوقع بخط يده إلى القاضي أن يحمله على قول مالك ويقضي له به فجمع القاضي منذر بن سعيد الفقهاء وشاورهم فقالوا مالك يرى في الحمام الشفعة فقصى منذر بذلك وحكم له بها. وقال ابن

ولما نقل ابن شاس الخلاف قال ما نصّه: قال القاضي أبو الحسن والذي يقوي في نفسي أن فيه الشفعة هذا لفظه. وفي النوادر عن محمد لم يختلف مالك وأصحابه أن الشفعة في هذا وعدم الشفعة به كان عمل قرطبة. وفي الكافي: الأشهر في هذا ثبوت الشفعة وهو الصحيح، ولكنه ذكر بناءه على شيء لم يظهر لنا أنه هو الراجح. وفي جواب للعقباني مذهب المدونة الشفعة في هذا أي ما لا ينقسم والعمل به أكثر، وإن كان من الموثقين من أشار إلى أن عمل أهل قرطبة على القول الآخر لكن الناس اليوم على ما ذكرت لك الخ. وبهذا كله تعلم قوة ما صدر به في المتن باعتبار التشهير وما به العمل، وإن كان مقابله قوياً في نفسه باعتبار التشهير وما به العمل أيضاً، وهذا مختصر من الشرح فانظره تتسع في المسألة غاية وتقف على التعليقات الحسنة والأنقال المتقنة، وقولهم هنا ما لا ينقسم يجمعه قول الرجراجي حيث قال بعد كلام في المسألة ما نصّه: ومن هذا المعنى اختلافهم في الحمام والبيت الصغير والدكان في السوق ممّا لا ينقسم إلا على ضرر مثل نصف الأرحي، أو ما لا ينقسم كالشجرة الواحدة والنخلة الواحدة والماجن والبئر الواحدة إذا لم يكن معها أصل ولا أرض، وغير ذلك من الرباع والأصول ممّا لا ينقسم إلا على ضرر أو لا ينقسم أصلاً، فقد اختلف في ذلك على قولين في وجوب الشفعة وإسقاطها، فقال مالك وابن القاسم: لا شفعة وبه قال محمد. قال أشهب وعبد الملك وأصبخ في الواضحة فيه الشفعة الخ. وهذا منه بلفظه. وقوله: والبيت الصغير، وقوله: كالشجر الخ انظر ذلك قال في التهذيب في آخر كتاب الشفعة ما نصّه: والنخلة بين رجلين يبيع أحدهما حصته منها فلا شفعة لصاحبه فيها اهـ. فكتب عليه أبو الحسن ما نصّه اللخمي. قال عبد الملك وأشهب وأصبخ في كتاب ابن حبيب في النخلة والشجرة الشفعة. الشيخ: والخلاف بين ابن القاسم ومالك إنما هو فيما لا ينقسم إلا في ضرر كالحمام ولا يدخل اختلافهما في النخلة الواحدة لأنها لا تنقسم إلا بفسادها اهـ. وقال ابن ناجي: قوله ولا شفعة ظاهره كان يتخذ للسكنى كالدار أو للغلة كالفرن والفندق وهو كذلك على المعروف، وقيل إنما تكون فيما يتخذ للسكنى وهو لابن شعبان. وقال اللخمي: ولا فرق أيضاً بين الحمام والدار، فكل ما لا يحمل القسم من دار أو حانوت أو حمام إلا على فساد أو على خروجه عن الوجه الذي يراد له، فإن الخلاف في قسمته وفي استشفاعه اهـ. بلفظه. وكلام اللخمي دال على أن النخلة يجري فيها الخلاف كما تقدم في كلام

حارث: وأخبرني من أثق به أنه جرى العمل عند الشيوخ بقرطبة بإيجاب الشفعة وقوله كالحمام ونحوه أي من الأبرجة والآبار والعيون والشجرة الواحدة وشبه ذلك، ومنشأ القولين ما أشار إليه المصنف وهو أن الشفعة إنما شرعت لدفع الضرر، وهل ذلك لدفع ضرر الشركة فتجب الشفعة في ذلك حتى لا يتضرر بشركة الداخل أو إنما ذلك لدفع ضرر القسمة لأن أحد الشركاء له طلب الباقيين بالقسمة، فإذا اشترى أجنبي من أحدهم خشي الباقيون أن يدعوهم إلى القسمة وقد يكون ذلك مضراً بهم، لأن كل واحد منهم يحتاج إلى استحداث مرافق في نصيبه غالباً فشرعت الشفعة لدفع هذا الضرر، فعلى هذا لا شفعة فيما لا ينقسم لعدم حصول هذا الضرر فيه والأول أظهر اهـ. وإلى ما حكم به بقرطبة من الشفعة فيما لا ينقسم أشار الناظم بقوله: والقضاء بالأخذ بالشفعة فيه قد مضى. وإلى القولين أشار الشيخ خليل بقوله: إن انقسم وفيها الإطلاق وعمل به. ونقل الشارح عن المقرب قال سحنون قلت له: رأيت الحمام هل فيه شفعة في قول مالك؟ قال نعم. وفيه أيضاً (قلت له: فالأرض التي فيها بيت الرحي) والأرض التي يجري فيها الماء إلى الرحي إذا بيع ذلك مع الرحي؟ قال: يكون في الأرض والبيت الشفعة وليست الرحي من البنيان إنما هي بمنزلة حجر ملقى في الدار، وكذلك الرحي التي يجرها الدواب هي بهذه المنزلة لا شفعة فيها وإنما الشفعة في الأرض. قال محمد: وفي كتاب الجدار روى ابن وهب عن مالك في الأرض التي بني فيها بيت للأرحى أنه قال: إذا بيعت الرحي من أصلها ففيها وفي المطاحين وجمع ما كان فيها مبنياً الشفعة وإذا باع الحجارة وحدها فلا شفعة فيها، قال عيسى: وبهذا آخذ، قال محمد: وهو قول أشهب وسحنون، وذكر بعض الرواة عن سحنون أنه قال: وهذا القول عندي أعدل من قول ابن القاسم اهـ.

وَفِي الثَّمَارِ شُفْعَةٌ إِنْ تَنَقَّسِمَ وَذَا إِنْ الْمَشْهُورُ فِي ذَلِكَ التُّزْمِ
وَمِثْلُهُ مَشْرَكَ مِنَ الثَّمَرِ لِلْيُنُسِ إِنْ بَدُو الصَّلَاحِ قَدْ ظَهَرَ

تكلم في البيتين على الشفعة في الثمار على ما اختاره الإمام مالك رضي الله عنه من وجوب الشفعة فيها قال: وما علمت أن أحداً من أهل العلم قبلي قال إن في الثمر شفعة وإنما هو شيء استحسنته اهـ. ومعلوم أن الشفعة إنما هي في المشترك من الثمار وغيرها، ثم الاشتراك في الثمرة إما أن يكون مع الاشتراك في الأصل أيضاً كحائط بين رجلين باع

الرجراجي، وهذا كله يشمل مفهوم الشرط في قول المتن: إن انقسم. قوله: (قلت له فالأرض التي فيها بيت الرحي الخ) هذا فيه كلام نقلناه في الشرح، لكن قال المتيطي ما نصه: والشفعة في بيت الرحي وأرضها التي يجري فيها ماؤها ولا شفعة في الرحي لأنها كحجر ملقى، هذا قول ابن القاسم في المدونة وغيرها، قال: ويحط عن الشفيع من الثمن بقدر ما يقع منه على المطاحن وبه القضاء اهـ. بلفظه. وفيه حجة كافية ينبغي الاقتصار عليها، وبه تعلم ما في التحفة وغيرها مع كونهم لم ينقلوا كلام المتيطي أي الشارحون فافهم.

(ص): وفي الثمار شفعة إن تنقسم. إلى آخر البيتين.

أحدهما نصيبه فشفعه شريكه وكان في الأصل ثمار في وقت الأخذ بالشفعة، وإما من غير اشتراك في الأصل في الثمرة وحدها كالمحبس عليهم والمساقى بأيديهم. فالوجه الأول هو مراد الناظم بالبيت الأول، والثاني هو مراده بالبيت الثاني والله أعلم. فالوجه الأول من باب المشفوع بالتبع لغيره كما تقدم في قوله: ومثل بئر وكفحل النخل البيت والوجه الثاني من المشفوع استقلاً ثم الوجه الأول، وهو حيث يبيع أحد الشريكين نصيبه من الأصل (لا يخلو ذلك الأصل، إما أن يكون فيه ثمار) يوم البيع أو لا، فإن كان فيه ثمار يوم البيع فإما أن تكون مأبورة أو مزهية، أو غير مأبورة ولا مزهية، وكذا يفصل في وقت قيام الشفيع كما يأتي. قال في التوضيح: اختلف في ثبوت الشفعة إذا بيعت الثمرة مفردة إلى قوله خمس من الإبل اهـ. وإلى مسائل الاستحسان هذه أشار الشيخ ابن غازي رحمه الله في نظائر الرسالة بقوله: وقال مالك باختيار البيتين. وقال ابن عرفة بعد أن تكلم على بيع الثمرة وحدها ما نصه: هذا إن انفردت بالبيع، وأما إن بيعت مع الأصل فهذا يحتاج

قوله: (لا يخلو ذلك الأصل إما أن يكون فيه ثمار الخ) هذا قال فيه في المختصر والغلة له بالفسخ ولا تردد بخلاف ولد وثمره أبرت وصوف ثم كشفة واستحقاق وتفليس وفساد. وحاصل ما ذكره ابن غازي في نظمه ونثره أن التفليس تفوت فيه الثمرة بالجذاذ، وأن العيب والفساد تفوت فيهما بالزهر أي الطيب، وأن الشفعة والاستحقاق تفوت فيهما باليبس ونظمه هو قوله فيما يتعلق بما هنا:

والحد في الثمار فيما انتقيا يضبطه (نجد عفزاشسيا)
وقال في ذلك أيضاً واختصر:

ضمن بخرج وفيها (تجد عفزاشسيا)
وزدت بعد نظمه ما نصه:

وقل هداك الله بعدما ذكر معتبراً مقال عبد اضطرر
العيب والفساد من زهو جلب مفلس جذاذ ستره طلب
والعبد ذو اليبس عقاباً يستحق إن لم تكن شفاعة بمن رزق
وجاهه صلّى عليه ربنا مالكننا خالقنا إلهننا
فافهم هداك الله للعرفان إشارة تغنيك عن بيان

ومرادنا بالزهر هو إزهاء الثمر ولكن وربنا بأنه الكبير إذ ذاك من معانيه في اللغة وهو سبب العيب والفساد، وقلنا جذاذ الخ الجذاذ هو قطع الثمر، والمفلس يطلب قطع ستره لأنه يفلس ويظاف به، ومرادنا باليبس البخل في التورية والمراد به يبس الثمر، ولكن انظر الشرح فقد أطلنا فيه غاية بتفاصيل كثيرة من كلام الناس وتوجيهات حسان، وانظر عند قول المتن في الشفعة: وكثمة ومقناة وباذنجان ولو مفردة إلا أن تيبس وحط حصتها إن أزهرت أو أبرت، وفيها أخذها ما لم تيبس أو تجذ، وهل هو خلاف؟ تأويلان. وإن أردت الاطلاع على عيون المسائل وأصولها فانظر الشرح في المحل المذكور.

إلى تفصيل، فإن اشترى النخل لا ثمر فيها فقام الشفيع قبل الإبار فالثمار له مع الأصل اتفاقاً قلت لقولها في القسم لأنها قبل الإبار كجزء من النخل، قال: وأما إن قام بعد الإبار فله أخذها مع الأصل عند ابن القاسم، ولمحمد عن أشهب: إن اشتراها مأبورة أو غير مأبورة ثم أبرها المبتاع فللشفيع الأصل دونها لأن الشفعة بيع ومأبور الثمار للبائع. وقال ابن القاسم في المدونة: هو قول بعض المدنيين وعلى أنها تبع للأصل، فقال ابن القاسم في المدونة: والمجموعة عليه من الثمن ما أنفق المشتري وسقى وعالج. الباجي: قال ابن القاسم: إن فاتت الثمرة بالجذاد والبيس أخذ الشفيع الأصل بكل الثمن لا يوضع منه شيء للثمرة ولا حصة لها من الثمن يوم الصفقة، وإن كانت الثمرة يوم الشراء مأبورة فعلى قول ابن القاسم فيها حكم الشفعة ما لم تيسر فإن يبست فلا شفعة، ويقسم الثمن على الأصل والثمرة فيأخذ الشفيع الأصل بما نابه، وإن اشتراها مزهية فقال أشهب للشفيع أخذ الأصل دون الثمرة بناء على أن الثمرة لا شفعة فيها. وقال ابن القاسم وغيره من أصحابنا: فيها الشفعة. قال محمد: وروى ابن القاسم الثمرة للشفيع ما لم تيسر أو تجذ، فإن جذت حطّ عن الشفيع حصتها من الثمن اهـ. هذا حكم الشفعة في الثمرة إذا بيع الأصل، وفيه ثمرة أو لم تكن ثم حدثت وقام الشفيع قبل البيس أو الجذ، وأما إذا بيعت الثمرة وحدها سواء باعها الشريك في الأصل أو في الثمرة فقط فقال ابن عرفة أيضاً في ثبوت الشفعة في بيع الثمر مجرداً. ثالثها إن كان الأصل بينهما للمشهور وابن الماجشون ومحمد عياض إذا اشتراها مع الأصل يأخذها ما لم تجذ، وإن اشتراها بغير أصل فالشفعة فيها ما لم تيسر، وعلى هذا حمل قوله في الكتاب، وقال آخرون هو اختلاف قول في الوجهين، وظاهر إختصار ابن أبي زمنين وابن أبي زيد وغيرهما التسوية بين هذه الوجوه وأن الشفعة فيها ما لم تيسر. ثم قال الباجي: وروى ابن القاسم وأشهب ومعظم أصحابه ثبوت الشفعة في الثمرة. أشهب: لأنها تنقسم بالجذوذ كالأرض يريد إذا قسمت في النخل قبل الجذ. ولمحمد عن ابن الماجشون: لا شفعة فيها ورواه القاضي.

تنبيهات: الأول: قوله إن تنقسم «إن» قرء بكسر الهمزة و«إن» شرطية كما هو الجاري على الألسنة فانظر ما معناه لأن الثمار بعد الجذاد كلها تقسم ولا إشكال، وأما قبله فغير الثمر والعنب يقسم على التحري بشرط أن يجذ مكانه وإلا لم يجز قسمه. وأما الثمر والعنب فيقسمان بالتحري أيضاً بشروط كما أشار إلى ذلك كله الشيخ خليل بقوله: وثمر أو زرع إن لم يجذاه وهو معطوف على قوله: لا كبعل وذات بئر أو غرب ثم قال: إلا الثمر والعنب إذا اختلفت حاجة أهله الخ. ويأتي للناظم في باب القسمة مثل هذا، وقد تلخص من هذا أنها كلها تنقسم في رؤوس الشجر على التحري بعضها بشرط واحد وبعضها بشروط، فما معنى اشتراط القسم الذي في كلام الناظم؟ وأقرب ما ظهر لي في الوقت أنه تعليل لوجوب الشفعة في الثمار لا شرط فيه فكأنه قال: إنما وجبت فيها الشفعة لكونها تنقسم، وقبول القسمة شرط في كل ما يشفع على أحد وعلى أحد القولين، وعلى هذا فيقرأ أن تنقسم بفتح الهمزة أي لأجل أن تنقسم، ويدل على كونه تعليلاً لا شرطاً قول ابن عرفة وصاحب التوضيح كما تقدم قريباً عن أشهب في تعليل وجوب الشفعة في الثمار

لأنها تنقسم بالجدوذ كالأرض، ويستروح ذلك أيضاً من قول الناظم: وذا أن المشهور في ذلك التزم فإنه راجع للتعليل بالانقسام، أي أن تعليل وجوب الشفعة في الثمار به لانقسام جار على المشهور من اشتراط قبول القسم في المشفوع والثمار تنقسم ففيها الشفعة، يعني وأحرى في وجوب الشفعة في مقابل المشهور الذي لا يشترط ذلك، فمفهوم المشهور مفهوم موافقة لأن ما يقبل القسمة يشفع اتفاقاً، ويحتمل أن يرجع قوله وذا على المشهور، لقوله وفي الثمار شفعة، ويكون مقابله لا شفعة فيها وهو لمحمد عن ابن الماجشون كما تقدم آخر كلام ابن عرفة. الثاني: قوله لليبيس هو راجع لما إذا بيعت الثمرة مع الأصل ولما إذا بيعت الثمرة وحدها، فإذا بيعت الثمرة وهي بيد المشتري فلا شفعة فيها، وقيل إنما تسقط بالجد، وتقدم هذا في كلام ابن عرفة. الثالث: اختلف في المراد بالبيبيس هل هو حضور وقت جذاذها أو ارتفاع منفعها ببقائها في أصلها؟ قال ابن عرفة: ومعنى يبسيها هو حضور وقت جذاذها للبيبيس إن كانت تبيس أو للأكل إن كانت لا تبيس، وكذا هو النص لابن كنانة فهو تفسير لقول ابن القاسم. قلت: ظاهر الروايات في غير هذا الموضع أن يبسيها ارتفاع منفعتها ببقائها في أصلها لا حضور وقت قطافها فقد يحضر ويكون لبقائها زيادة منفعة كالعنب والرمان عندنا. والرابع: قوله إن بدو الصلاح قد ظهر شرط في بيع الثمرة وحدها فإذا بيعت بعد ظهور صلاحها فالبيع صحيح وفيه الشفعة، وإذا بيعت قبله فالبيع فاسد لا شفعة فيه إلا أن تفوت، أما إن بيعت الثمرة مع الأصل فلا يشترط فيها بدو الصلاح.

الخامس: (قال القاضي المكناسي) في مجالسه: وقد فرقوا في الثمرة بين المدخر وغيره، والذي جرى عليه العمل وجوبها في المدخر وغيره، وبه أفتى العبدوسي بشرط أن لا يبيع منها شيئاً وقال: بهذا مضى العمل، انتهى محل الحاجة منه. فقوله: فرقوا في الثمرة بين المدخر أي ففيه الشفعة وبين غيره مما لا يدخر فلا شفعة فيه هذا مراده والله أعلم، والذي جرى به العمل عندنا أن الشفعة في الثمار الخريفية دون الصيفية فلا شفعة فيها من غير نظر لكونه يبيعه أو يأكلها، وسمعت من علل ذلك بضرر دخول المشتري في الثمار الخريفية لطول زمن جذاذها بخلاف الصيفية لقصره والله أعلم. وما نقل المكناسي عن العبدوسي نقله عنه صاحب المعيار بأبين من هذا ولفظه أوائل نوازل الشفعة: وسئل سيدي عبدالله العبدوسي عن الشفعة في الثمار الصيفية والخريفية هل فيها شفعة أم لا لأنها إنما تشرى للبيع والشفيع إذا شفع للبيع لا شفعة له، وإن قلتم لا يشفع للبيع فهل ذلك إن باعها في رؤوس الأشجار قبل قطعها كما اشتراها أو مطلق البيع ولو بعد قطعها مجزأ يوماً فيوماً؟ وهل في حب الزيتون شفعة أم لا لأن الغالب أخذه لبيع زيته بعد عصره؟ فأجاب متى كان المشتري لا يقدر على أكل الثمار ولا على ادخارها بل يأكل البعض ويبيع البعض كالفاكهة الصيفية معلوم أنها لا تدخر، وكذا الخريفية إذا كان يبيعه ولا يدخرها فلا شفعة

قوله: (قال القاضي المكناسي الخ) انظر الشرح عند قول المتن في كتاب الشفعة: وكثيرة ومقتاة الخ.

فيها، بهذا جرى العمل من زمن سيدي عيسى بن علال إلى الآن، هذا معنى قولهم: إذا كان بيع لا. وقال آخرون: معنى ذلك ما دامت في أشجارها وباعها كذلك ونصوصهم تدل على هذا، وكذا حكم حب الزيتون والشفعة فيه واجبة لأنه لا يبيعه في الوقت، قيل: وأصحابنا الفاسيون مخالفون له عملاً بفتوى شيخهم بأن الشفعة فيها كان المشفوع منها يراد للبيع اه.

وَلَمْ تُبَخِ لِلْجَارِ عِنْدَ الْأَكْثَرِ وَفِي طَرِيقِ مُنِمَتٍ وَأَنْدَرِ
وَالْحَيَوَانَ كُلِّهِ وَالْبَيْرِ وَجُمْلَةَ الْعُرُوضِ فِي الْمَشْهُورِ
وَفِي الزُّرُوعِ وَالْبُقُولِ وَالْخُضْرِ وَفِي مُقَيَّبِ فِي الْأَرْضِ كَالْجَزْرِ
وَنَخْلَةٍ حَيْثُ تَكُونُ وَاجِدَهُ وَشِبْهَهَا وَفِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ
مَا لَمْ تُصَحَّحْ فَبِقِيَمَةِ تَجِبَ كَذَاكَ ذُو التَّعْرِيفِ ذَا فِيهِ يَجِبُ
وَالْخُلْفُ فِي صِنْفِ الْمُقَاتِي اشْتَهَرَ وَالْأَخْذُ بِالشُّفْعَةِ فِيهِ مُغْتَبَرُ

ذكر في هذه الأبيات عشر مسائل لا شفعة فيها بعضها اتفاقاً وبعضها على المشهور. المسألة الأولى: لا شفعة للجار والقول بثبوت الشفعة له شاذ، (بل قال ابن الماجشون): من الخطأ الذي ينقض به حكم العدل العالم بالحكم بالشفعة للجار اه. (وعلى هذا فكان الناظم) في غنى عن الإشارة إلى هذا الخلاف لشذوذه. الثانية: الطريق فإذا كانت طريق لدور مثلاً فباع أحد أرباب الدور داره فلا شفعة لجاره فيها كما تقدم قريباً إذ لا شركة بينهما فيها، وأما الطريق فهي مشتركة بين أرباب الدور كلهم فقد يتوهم أن فيها الشفعة لأجل الاشتراك فيها، الحكم أنه لا شفعة فيها لأنها تتبع لما لا شفعة فيه وهو الدار، فكما لا شفعة في المتبوع وهو الدار فكذلك لا شفعة في التابع وهو الطريق، وهذا بعينه يجري في الأندر بفتح الهمزة وفتح الدال المهملة وهو موضع تبيس الشار والزروع، فإذا كان مشتركاً بين أرباب دور فباع أحدهم داره فلا شفعة في الأندر كالطريق المتقدم. تنبيه: يستثنى من ذلك مسألة ذكرها في نوازل الشعبي، ونقلها المواق قبل قوله وخيار إلا بعد مضيه ونص النوازل: قال بعض القرويين في الحائط يكون بين دارين لرجلين والحائط خاصة مشترك فباع أحدهما داره بحقوقها فدخل الحائط في الشراء فلشريكه أن يقوم بالشفعة وتقوم الدار بغير اشتراط الحائط وتقوم بالحائط، فما ناب الحائط من الثمن أخذ الشفيع بذلك كشيء بيع لا شفعة فيه مع شيء فيه شفعة أن الثمن يفض على ذلك ويأخذ الشفيع بما ينوب ماله الشفعة فيه ويسقط مناب الشيء الآخر اه. المسألة الثالثة: الحيوان

(ص): ولم تبع للجار عند الأكثر. إلى آخر الأبيات الستة.

قوله: (بل قال ابن الماجشون الخ) على هذا اقتصر في المختصر حيث قال عاطفاً على ما ينقض فيه حكم العدل العالم وشفعة جار. قوله: (وعلى هذا فكان الناظم الخ) كان الناظم ذكر هذا لمخالفة أبي حنيفة والكوفيين ووقعت لهم احتجاجات بالأحاديث على مالك والشافعي وأصحابهما،

كله أي عاقلاً كان كالرقيق أو غير عاقل كالدواب والأنعام، فإذا باع أحد الشريكين فيها نصيبه فلا شفعة للآخر، وحكى في التوضيح عن المازري قولاً بوجود الشفعة في الحيوان، نعم للشريك بيع جميع الحيوان صفقة واحدة ويجبر الشريك على ضم الصفقة أو تكميلها للمشتري إذا كان مدخلهما دفعة واحدة، أما بشراء أو ميراث أو غير ذلك على تفصيل في المسألة المذكورة في محله، وقد ذكرت ما وقفت عليه من فروع بيع الصفقة آخر شرحنا المسمى بفتح العليم الخلاق في شرح لامية الفقيه الزقاق، وكذا آخر باب البيوع من نظمتنا المسمى ببستان فكر المهج في تكميل المنهج. **المسألة الرابعة:** البئر الواحدة إذا قسمت الأرض وبقيت البئر على الإشاعة فباع أحدهم نصيبه فلا شفعة للشريك لأن البئر تبع للأرض وهي لا شفعة فيهما لقسمتها. **المسألة الخامسة:** العروض كالثياب والسلع ونحو ذلك فلا شفعة فيها إلا إذا باع الشريك جميع ذلك فللشريك تكميل الصفقة أو ضمها كما تقدم. وفي التوضيح: لا شفعة عندنا في الحيوان والعروض. وحكى الإسفرايني من الشافعية عن مالك الشفعة في ذلك قال عبدالوهاب وغيره: وهذا لا يعرفه أصحاب مالك ثم بحث فيه انظره إن شئت، (فإن كان الناظم) أشار بمقابل المشهور لهذا القول فليس ذلك مما تتأكد الإشارة إليه. **المسألة السادسة:** الزرع والبقول والخضر وما كان مغيباً في الأرض كالجزر واللفت ونحوها لا شفعة في شيء من ذلك. **المسألة السابعة:** النخلة الواحدة أو الزيتون الواحدة وقد قسمت أرضها فلا شفعة فيها أيضاً كالبئر. **المسألة الثامنة:** البيع الفاسد لا شفعة فيه ويفسخ إلا أن يفوت بيد المشتري فيصح بالقيمة وبها تكون الشفعة للشريك، وإلى ذلك أشار بقوله: وفي البيوع الفاسدة ما لم تصح الخ. **المسألة التاسعة:** الشقص المبيع بعروض أو غيرها، وكذا الذي يوهب على عوض أو أوصى به على عوض ففيه الشفعة لأنه بيع من البيوع بهذا شرح الشارح قوله كذلك ذو التعويض ذا فيه يجب، وكأنه أراد أن كل ما دفع فيه عوض ففيه الشفعة سواء سميها بيعاً ولا إشكال أو سميها هبة أو وصية، فإن كونه بعوض يلحقه بالبيع، واحترز بذلك مما دفع تبرعاً فإنه لا شفعة فيه كما يصرح به في قوله: والمنع في التبرعات مفترض، ولا يبعد أن يكون مراده أن الشقص إذا عوض بشقص ففيه الشفعة وهو كذلك، ويشفع بقيمة المدفوع في الشقص المشفوع، كمن باع ربع دار بثلاث حائط أو بحائط مثلاً فإن الشريك في الدار يشفع ذلك الربع بقيمة ثلث الحائط وهي المناقلة. (وفي ثبوت الشفعة فيها خلاف) انظر

وصاحب المختصر قال عاطفاً على ما لا شفعة فيه: وجار وإن ملك تطرقاً الخ. قوله: (فإن كان الناظم الخ) قال ابن رشد ما نصه: الدليل على أن الشفعة إنما تكون في الرباع والأصول دون غيرها حديث فإذا وقعت الحدود والخ إذ الحدود وصرف الطرق إنما تكون في ذلك لا غيره، وهذا مذهب مالك وجمهور أصحابه وهو قوله: جمهور العلماء الخ، ونقله أبو الحسن على المدونة، وهو يقتضي بظاهره أن الخلاف في الحيوان والعروض فافهم.

قوله: (وفي ثبوت الشفعة فيها خلاف الخ) بالشفعة أفتى في المختصر وهو قوله: ولو مناقلاً

ابن عرفة. المسألة العاشرة: أصناف المقائي. ففي وجوب الشفعة فيها خلاف والمشهور وجوبها. قال في المدونة قال مالك: ولا شفعة في الجوار والملاصقة في سكة لا تنفذ أو غيرها، ولا شفعة بالشركة في الطريق، ومن له طريق في دار رجل فبيعت الدار فلا شفعة له فيها. وفي مفيد ابن هشام: قال سحنون: ولا شفعة في الأندر، وفيه أيضاً من التفرع ولا شفعة في عرض ولا حيوان ولا طريق ولا بئر ولا فحل نخل. وفي التهذيب أيضاً: وأما الزرع يبيع أحدهم حصته منه قبل يبسه فلا شفعة فيه وهو لا يباع حتى يبس، وكل ما يبيع من سائر الثمار مما فيه الشفعة مثل الثمر والعنب وما يبس في شجره فبيع بعد يبس في شجره فلا شفعة فيه كالزرع ولا جائحة فيه حينئذ. وفي سماع أبي زيد قال ابن القاسم: ولا شفعة في البقول، فأما المقائي فهي بمنزلة الأصول وفيها الشفعة لأنها ثمرة. ابن عرفة: روى ابن القاسم الشفعة في العنب، ابن القاسم وكذا المقائي، ولا شفعة في البقول يريد كل ما له أصل تجنى ثمرته مع بقائه ففيه الشفعة، وفيه أيضاً: ومن باع نخلة له في جنان رجل فلا شفعة لرب الجنان فيها، وفيه أيضاً: والنخلة بين الرجلين يبيع أحدهما حصته منها فلا شفعة لصاحبه فيها. وفي الوثائق المجموعة: ولا شفعة في البيوع الفاسدة الواقعة في الأنصاء المشاعة وتفسخ البيوع بالفساد الواقع فيها وتفسخ الشفعة إلا أن يغفل عن فسخها حتى تفوت فوتاً يمضي به البيع وتصحح بالقيمة فيشفع الشفيع حينئذ بالقيمة التي صحح بها البيع لا بالثمن الأول، وعلى ذلك نبه بقوله: وفي البيوع الفاسدة ما لم تصحح فقيمة تجب.

فرع: قال ابن القاسم: وإن كان أحدث المشتري في الدار بناء لم يأخذها الشفيع حتى يدفع إلى المشتري قيمة ما أنفق مع القيمة التي وجبت للبائع على المشتري وإن كانت الدار قد انهدمت لم يوضع للشفيع للهدم شيء ويقال له خذها بالقيمة التي لزم المشتري يوم قبضها أو دعاه.

تنبيه: يقدم آخر فصل التصيير عن ابن رشد أنه اتفق ابن القاسم وسحنون على أنه لا شفعة فيما يدفعه الوصي لمحجوره تمخياً لما عسى أن يكون تعلق بدمته من ماله، واختلفا في تعليل ذلك فقال ابن القاسم لجهل الثمن وهو بيع، وقال سحنون لكونه صدقة.

وَالتَّرْكَ لِلْقِيَامِ فَوْقَ الْعَامِ يُسْقِطُ حَقَّهُ مَعَ الْمُقَامِ
وَعَائِبُ بَاقِ عَلَيْهَا وَكَذَا ذُو الْعُذْرِ لَمْ يَجِدْ إِلَيْهَا مَنفَذًا

يعني أن من وجبت له شفعة فسكت ولم يقم بها حتى مضى عام يعني من يوم علمه بالبيع هو حاضر في تلك البلدة يعني وقادر على القيام بشفعته لم يمنعه خوف ولا غيره فإن شفعته تسقط وإلى هذا أشار بالبيت الأول. قال في التوضيح: المشهور أنها تسقط بعد

مضي مدة طويلة، واختلف فيها (فرأى أشهب السنة) ولا شفعة بعدها وهو مذهب الرسالة. المتيطي وعليه العمل، وبالغ أشهب في هذا فقال: إذا غربت الشمس من آخر أيام السنة فلا شفعة، ومذهب المدونة أن ما قارب السنة له حكمها. قال في الوثائق المجموعة: والشهر والشهران وبه قال ابن الهندي اه. ثم صرح الناظم بمفهوم قوله مع المقام وبمفهوم القيد الذي قلنا إنه يعنيه وهو كونه قادراً على الأخذ بالشفعة فقال: وغائب باق عليها البيت، ومراده (كما قال في الرسالة) أن الغائب على شفעתه وإن طالت غيبته. ابن الحاجب: والغائب على شفעתه ما لم يصرح فإذا قدم فكالحاضر من حين قدومه. التوضيح: يعني أن الغائب على شفעתه علم أو لم يعلم إلا أن يصرح بإسقاطها أو ما في معنى ذلك كما لو أمر بالمقاسمة معه ونحو ذلك، وقيد أشهب هذا بما إذا لم يكن موضعه قريباً قال: وأما إن كان قريباً لا مؤنة عليه في الشخوص فطال زمانه بعد علمه بوجوب الشفعة فهو كالحاضر، قال غيره في المجموعة: وليست المرأة الضعيفة ومن لا يستطيع النهوض في ذلك مثل غيرهم وإنما فيه اجتهاد السلطان. مطرف وابن الماجشون: والمريض الحاضر والصغير والبكر كالغائب ولهم بعد زوال العذر ما للحاضر سواء كان المريض والغائب عالماً بشفعته أو جاهلاً اه. وعلى نحو المرأة الضعيفة ومن ذكر بعدها نية الناظم بقوله: وكذا، ذو العذر لم يجد إليها منفذاً. وكذا فسّر الشارح ذا العذر بالرجل الضعيف والمرأة الضعيفة والغائبة وإن كانت على البريد والبريدين والشيخ الكبير والمريض. قلت: ويدخل في ذلك ما إذا كان المشتري يخاف منه إن شفع من يده.

(فرع: إذا أشهد الشفيع) أنه أخذ بالشفعة وكتب ذلك ولم يعلم به المبتاع حتى

قوله: (فرأى أشهب السنة الخ) القطع للشفعة بالسنة به العمل كما رأيت عن المتيطي، وقال في المعيار في نوازل الشفعة وعلى انقطاع الشفعة بسنة عمل القضاة، وعبارة أبي عبدالله الفشتالي ما نصه: والذي عليه العمل أن الشفعة تنقطع بمضي عام وقيل العام والزيادة اليسيرة كالشهر والشهرين أعني للحاضر العالم المالك أمر نفسه الخ. وهذا منه بلفظه. وعبارة المكناسي وبهذا الحكم أي الانقطاع بسنة وعليه العمل. وقال الجزيري: جرى العمل بما زاد على سنة وشهرين الخ هذا لفظه. وعبارة المفيد: وإن ترك الحاضر شفעתه أكثر من عام أو ما يقرب منه وهو عالم بشفعته فلا شفعة له، هذا قول ابن القاسم وعليه العمل اه. بلفظه. وذكر البرزلي وغيره كالعبدوسي أن قول ابن رشد بعدم الشفعة بعد شهرين لمن كتب شهادته هو خلاف ظاهرها. وفي الكافي: المشهور أن ما قارب السنة له حكم السنة أي كالسنة والشهر، وذكر أن هذه الزيادة تلوم وكون ما قارب السنة هو كالسنة هذا مذهب المدونة، وتقدم جري العمل به، وبهذا قال ابن الهندي كما في الوثائق المجموعة، ولكن العمل بسنة فقط أقوى من هذا كما رأيت عن المتأخرين، وهذا هو مذهب الرسالة انظر الشرح. قوله: (كما قال في الرسالة الخ) صاحب المختصر قال في هذا عاطفاً على ما يسقط الشفعة ما نصه: أو سكت بهدم أو بناء أو شهرين إن حضر العقد وإلا سنة كان عم فغاب إلا أن يظن الأوبة قبلها فعيق وحلف إن بعد وصدق إن أنكروا علمه لا إن غاب أو لا اه. ولكن انظر شرح ذلك وما كتبنا عليه من الفوائد الجليلة واختصار ذلك هنا يصعب غاية.

قوله: (فرع إذا أشهد الشفيع الخ) هذا فيه خلاف كثير ونقلناه في الشرح والذي يظهر رجحانه

مضى أجل الشفعة هل تصح شفعتها أم لا؟ حمل ابن عبد السلام قول ابن الحاجب وتملك بتسليم الثمن أو بالإشهاد أو بالقضاء على معرفة المبتاع بالإشهاد، وحمله خليل على الإطلاق سواء علم بذلك أم لا. وأفتى الشيخ ابن عرفة بصحة الشفعة بمجرد الإشهاد ولم يعتبر علم المبتاع بذلك اه. من خط شيخنا الإمام أبي العباس سيدي أحمد المقرئ رحمه الله، وفي شفاء الغليل الشيخ ابن غازي عن تقييد أبي عمران العبدوسي أنه لا ينفعه هذا الإشهاد.

والأب والوصي مهما غفلاً عن حذها فحكمها قد بطلاً

يعني أن الصبي إذا وجبت له شفعة فلم يقم بها أبوه أو وصيه وسكتا عنها حتى انقضت السنة وهي المراد بحدها فإن حكمها يبطل ولا شفعة له. (وقال في المقرب) قلت

من هذا هو ثبوت الشفعة وإن كتبت سراً، فقف على ذلك إن شئت عند قول المتن ومالك بحكم إلى آخر تلك المسائل.

(ص):

(والأب والوصي مهما غفلاً عن حذها فحكمها قد بطلاً)

قوله: (وقال في المقرب الخ) هذه المسألة قال فيها صاحب المختصر في كتاب الحجر ما نصه: وللولي ترك الشفع والقصاص فيسقطان. وقال في كتاب الشفعة عاطفاً على ما يسقط الشفعة ما نصه: أو أسقط وصي أو أب بلا نظر اه. وحاصل كلام المتن فيسقطان باعتبار الشفعة إن ترك الولي للشفعة ماض على المحجور إذا كان الإسقاط هو النظر بدليل قوله في الشفعة: أو أسقط بلا نظر، إذ مفهومه أنه إذا أسقط مع النظر أن المحجور لا شفعة له، ويدخل في قول المتن ترك الخ سكوت الولي، والمشهور أن الشفعة من باب البيع، وقيل من باب الاستحقاق، وإذا تبين ذلك وترك الولي شفعة المحجور والأخذ نظر فلا شفعة للمحجور على أنه بيع إن رشد، لأن الولي لا يلزمه أن يشتري للمحجور وعلى أنه استحقاق، فله الأخذ إن رشد وعدم الأخذ له إن رشد هو لأبي عمران وهو ظاهر المدونة ونص المجموعة، والأخذ إنما هو لابن فتوح، وعلى ما قاله أبو عمران فقول المتن فيسقطان أن السقوط حتى مع وجود أن الأخذ هو النظر، ولكن انظر المسألة في الشرح عند قول المتن أو أسقط ولا بد ولا بد فإن الكلام في ذلك يسير، ولكن الترك من الولي للشفعة مع كون الأخذ أولى، الذي يظهر رجحانه أن المحجور له القيام لا إن لم يكن الأخذ نظراً فلا شفعة له، والسفيه المهمل هو كالثابت كما في ابن سلمون، ومقدم القاضي كالوصي هنا كما في نقل ابن يونس عن أبي محمد. وقال أبو عبد الله الفشتالي: فإن غفل الأب أو الوصي عن الأخذ بالشفعة حتى انقضت العام سقطت الشفعة، ورواه ابن القاسم عن مالك، وعليه العمل عند أصحاب الوثائق اه. فظاهره ولو كان الأخذ نظراً. وفي أبي الحسن إن ترك الأب فلا شفعة للولد على الرجح، وإن ترك الوصي فقولان متكافئان، وإن ترك مقدم القاضي فالراجح الأخذ بالشفعة للمحجور، وانظر في المحل المذكور إن كان المحجور أو المهمل لا مال له عند استحقاق الشفعة، ولكن حاصل ذلك أن المهمل لا يأخذ إلا إذا كان له ما يشفع به، وفي الشفعة سداد يوم البيع أو اكتسب مالا أثناء السنة وإلا فلا شفعة له، ولو تبدل الحال بالغنى والسداد، وأما المحجور غير المهمل فالمعتبر في الأخذ له

له: فلو أن صبياً وجبت له شفعة من يأخذ له بها؟ قال: الوالد والوصي وإن لم يكونا له فالسلطان، وإن كان في موضع لا سلطان فيه فهو على شفيعته إذا بلغ وهو قول مالك، قلت له: فإن كان له والد فلم يقيم شفيعته ولا علم أنه تركها حتى بلغ الصبي بعد مدة طويلة أيكون على شفيعته؟ فقال لا لأن ترك والده القيام بالأخذ بالشفعة بمنزلة ما لو بلغ الصبي فترك أن يأخذ حتى مضت لذلك مدة طويلة لكان ذلك قطعاً لشفيعته. قال محمد: وإن كان له وصي فلم يقيم شفيعته ولا علم أنه أسلمها حتى كبر الصبي فهو على شفيعته، كذلك قال أشهب ذكره بعض المختصرين، وقد جاء عن أشهب أيضاً خلاف هذا وهذه الرواية أشبه بأصولهم. قال الشارح: اعتمد الشيخ رحمه الله في مسألة الوصي ما ذكره ابن أبي زمنين عن أشهب ثانياً مما ارتهن فيه أنه أشبه بأصولهم اهـ.

وإن يَنَازِعَ مُشْتَرٍ فِي الْإِنْقِضَا فَلِلشَّفِيعِ مَعَ يَمِينِهِ الْقَضَا

يعني إذا تنازع المشتري للشقص والشفيع فقال المشتري: انقضت السنة ولم تشفع فلا شفعة لك، وقال الشفيع: إنها لم تنقض وأنا ما زلت على شفيعتي فالقول قول الشفيع بعدم انقضائها مع يمينه وعلى المشتري المدعي انقضائها إثبات ذلك. (قال في طرر ابن عات): انظر إذا اختلفا في مدة الابتاع فقال الشفيع: وقع منذ شهرين، وقال المشتري:

حسن النظر ووجود المال الخ تأمل هذا، ولكن وجد فيما قيده الزياتي عن سيدي العربي الفاسي أن العمل بفاس بأن ما ذكره من وجود المال لا يشترط الخ، ولكن متأخرو أهل فاس ذكروا ما ذكرنا والعلم عند الله، وتأمل قولهم هنا إذا كانت الشفعة من ناحية البيع مع كون الأخذ هو النظر فإن المحجور لا يأخذ مع أن الأخذ إذا تركه الولي مع كونه نظر هذا منه تفريط أو ترك لأمر ينتفع به المحجور معتمداً على كونه لا يجب عليه الشراء، إذ الأخذ هنا شراء وهو لا يجب عليه، ومع هذا كله فلا موجب لإسقاط الشفعة إذا كان له مال يوم البيع أو حصل له أثناء السنة، فيظهر رجحان كلام ابن فتوح بعدم الإسقاط، وقاله غير واحد من الفحول، كما أن الأول قاله غير واحد كما في الشرح قف عليه إن شئت.

(ص):

وإن يَنَازِعَ مُشْتَرٍ فِي الْإِنْقِضَا فَلِلشَّفِيعِ مَعَ يَمِينِهِ الْقَضَا

قوله: (قال في طرر ابن عات) المسألة قال فيها ابن يونس حين تكلم في مسائل العهدين في مضمون قول المختصر المحتمل بعدهما الخ ما نصه: وأما الشفعة فالقول قول الشفيع أنه لم يرض ما ينقطع في مثله الشفعة لأنها وجبت له بقضية رسول الله ﷺ، فمن ادعى قطعها فعليه البيان اهـ. بلفظه. ونظير هذه المسألة في الجملة قول الباجي في كتاب البيوع ما نصه: فصل فإن اتفق الشاهدان على تاريخ العيب واختلف المتبايعان في تاريخ البيع فقال أشهب: القول قول البائع انتقد أو لم ينتقد. وعلى قول ابن القاسم القول قول البائع إن كان انتقد والقول قول المشتري إن لم يكن انتقد. ووجه الأول أنهما اتفقا على انعقاد البيع والمشتري مدع نقضه فيحلف البائع. ووجه الثاني أنه إذا انتقد فالمشتري يروم أخذ الثمن وإن لم ينتقد فالبائع يريد استحقاق الثمن انتهى بمعناه. وقال المتطي ما نصه: مسألة وإن اختلفا في مدة التبايع وقد مات العبد أو وجد به عيب فقال المبتاع هو

منذ عامين ولم تقم لواحد منهما بينة، فلا بن فتحون في وثائقه أن القول في ذلك قول الشفيع مع يمينه لأن الشفعة قد وجبت له بالبيع والمبتاع مدع تاريخاً يسقط ما ثبت له منها فتأمل ذلك.

وَلَيْسَ الْأَسْقَاطُ بِإِلْزَامٍ لِمَنْ
أَسْقَطَ قَبْلَ الْبَيْعِ لَا عِلْمَ الثَّمَنِ
كَذَلِكَ لَيْسَ لِزِمًا مَنْ أَخْبَرَا
بِثَمَنِ أَعْلَى وَبِالْثَّقْصِ اشْتَرَى

يعني أن الشفيع إذا أسقط الشفعة قبل شراء المشتري بأن قال له اشتر ولا شفعة لي عليك أو أسقطت شفيعتي عنك فإنه لا يلزمه ذلك الإسقاط وكان له الأخذ بالشفعة بعد الشراء. (ابن يونس: لأن من وهب) ما لا يملك لا تصح هبته اه. وهذه المسألة من باب

في العهدة وقال البائع انقضت. وكان مما يحدث في نحو شهر فقال المبتاع ابتعته منذ عشرة أيام وقال البائع منذ شهرين، أو جنّ العبد فقال المبتاع هو في السنة وقال البائع قد انقضت فقيل يصدق المبتاع بعد يمينه، قال ابن العطار وبه القضاء وقيل القول قول البائع ويحلف لأن المبتاع يدعي عليه ما يوجب نقض البيع قاله أصبغ وسحنون انتهى بلفظه، والذي في ابن يونس هو أن القول للبائع انتقد أو لا لأنه مدعى عليه قائلاً وكذا قاله أشهب، ويظهر منه رجحان هذا غاية لكن قال ابن سلمون ما نصّه: فإن قام عليه بعبع فأنكر البيع فإنه يلزمه اليمين أنه ما باع منه فإذا حلف أثبت المشتري البيع والعيب قاله ابن رشد فإذا اختلفا في تاريخ الشراء فالقول قول المشتري وقيل قول البائع اه. بلفظه. فأنت تراه صدر بما ذكره المتيطي وأن العمل به، وقال في التوضيح قال ابن القاسم وسحنون: القول قول البائع المشتري مدع، وذكر ابن حبيب هذا الأصل اختلافاً اه. بلفظه ولم يزد على هذا، وانظر قول المختصر في العهدين ما نصّه: والمحمّل بعدهما منه الخ فقد ذكرنا في ذلك كلاماً طويلاً في المسألة قف عليه ولا بد وانظر هذا الخلاف فإن الظاهر باعتبار القواعد أن القول للبائع في تاريخ البيع وهو قول ابن القاسم وسحنون من الفقهاء، وبيان ذلك أن البائع إذا قال مرّ لوقت البيع اثنا عشر يوماً وقال المبتاع عشرة أيام فقط فعشرة أيام اتفقا عليها ويومان البائع يقول لم يقع فيهما بيع والمبتاع يقول قد وقع فيهما ومن المعلوم أن المدعى عليه هو الذي يقول لم يكن والمدعي هو الذي يقول قد كان وبيتنا صحة هذه الحقيقة عند قول المتن في كتاب القضاء فيدعي بمعلوم الخ، ورددنا قول من اعترضها بأبلغ ردّ والحمد لله، اللهم إلا أن يقال ما يقال ما قيل في الشفعة كما رأيت ذلك، وانظر شرحنا لقول المتن والقول للبائع في العيب أو قدمه.

(ص): وليس الإسقاط بلازم لمن إلى آخر البيتين. قوله: (ابن يونس لأن من وهب الخ) هذا قال فيه في المختصر وطولب بالأخذ بعد اشترائه لا قبله ولم يلزمه إسقاطه اه. وتعليل ابن يونس هو للمقاضي. وقال أبو الحسن على المدونة مشبهاً لهذه المسألة بقوله ما نصّه: كمن أذن له ورثته أن يوصي بأكثر من ثلثه في صحته قاله أشهب وعبد الملك، ولو قال إذا وجبت لي الشفعة فقد سلمت لم يلزم أيضاً قاله أبو عمران بخلاف إن اشترت فلاناً فهو حر، أو قال أي تزوجت فلانة فهي طالق أن ذلك يلزمه لأنه معلوم أن وجوب الشفعة إنما يكون بعد وجوب البيع. الشيخ: ولعل الفرق بين الطلاق والعنق والشفعة أن الأولين من حق الله تعالى الخ وهذا منه بلفظه. وفي تبصرة اللخمي ما نصّه: قال مالك في المجموعة إذا رضي الشريكان أن من باع فلا شفعة للأخر لم يلزمه ذلك وهو

إسقاط الحق قبل وجوبه، ولها نظائر انظرها نظماً ونثراً في شرحنا المسمى بالروض المبهج في شرح تكميل المنهج. قال في المقرب: قلت له فإن أتى رجل إلى رجل فقال له إني أريد أن أشتري الحصاة التي أنت شفيعتها فأسلم لي الشفعة فقال قد فعلت فلما اشتري قام يطلب شفעתه فقال: قال مالك ذلك له اهـ. وقوله لأعلم الثمن هو بالخفض عطف على البيع مدخول لقبل يعني أن الشريك إذا أسقط الشفعة بعد البيع وقبل العلم بالثمن فإن الشفعة تسقط والإسقاط لازم له. (المواق وانظر) قد نصوا أن له أن يسلم الشفعة قبل أن يعلم بالثمن، وليس له أن يأخذ بالشفعة بما لا يعلم من الثمن، انظر نوازل الشعبي اهـ. نقله قبل قوله: وخيار الأبعد مضيه، فإن أخذ الشفعة بما لا يعلم من الثمن فنقل في التوضيح عن المازري إن أخذه قبل علمه بالثمن ثم علم فقال: ظننت أقل فإن أراد أن يرد فله ذلك اتفاقاً، وإن أراد أن يتمسك به فالمشهور أن له ذلك، وقال ابن المواز: ليس له ذلك اهـ. وقوله: كذلك ليس لازماً البيت التشبيه راجع للمسألة الأولى التي الإسقاط فيها غير لازم، أي فكما لا يلزم الإسقاط قبل البيع كذلك لا يلزم إذا أخبر الشفيع (أن الشقص بيع بمائة) مثلاً فأسقط الشفعة ثم بان له أنه إنما بيع بخمسين ونحوها فإن الإسقاط لا يلزم وله الشفعة. قال في المقرب قلت: فإن أخبر الشفيع بأن المشتري اشتري بكذا وكذا درهماً فسلم الشفعة ثم صح عنه أنه اشتري بأقل فقام بشفعته فقال ذلك له عند مالك ويحلف بالله ما علم الشفعة إلا لمكان الثمن الكثير اهـ. واسم ليس يعود على الإسقاط. فرع: إذا أخبر الشفيع بتجزئة الشقص المبيع فسلم فبان أنه لم يجز أفلا يلزمه التسليم؟ قال في المقرب: قلت له فإن قيل له يعني للشفيع إن فلاناً قد اشتري نصف نصيب شريكك فسلم شفעתه ثم قيل له ما اشتري إلا الجميع فقام يطلب شفעתه فقال: له ذلك. فرع: إن اشتري رجلان حصاة رجل فأخبر الشريك أن حصاة شريكه قد

على شفעתه هذا لفظه وهو داخل في قول المختصر لأنه إسقاط قبل وجوب. وفي المقرري ما نصه: لا يجوز تقديم الحكم على سببه اتفاقاً كتقدم العفو على الجراحة وإسقاط الشفعة قبل البيع، وفي تقديمه على شرطه قولان كالزكاة قبل الحول الخ. قوله: (المواق وانظر الخ) قال في المختصر: ولزم إن أخذ وعرف الثمن، ونقله هذا الشارح عن المازري وهو كذلك، وذكره هنا على مضمون كلام المختصر، واللخمي أخذ الجواز للأخذ قبل معرفة الثمن من المدونة، قال في التوضيح: وأخذه ظاهر، وأما اللزوم فشرطه معرفة الثمن هذا كلام اللخمي، وما أخذه اللخمي من المدونة قال به أيضاً، ونص المدونة المأخوذ منه هو قولها ما نصه: إذا أشهد أنه أخذ قبل المعرفة بالثمن ثم قال بدا لي قال له أن يترك إن أحب، قال اللخمي: جعله بالخيار في التماسك ولو كان فاسداً لم يكن له ذلك الخ. وابن ناجي قال: القائل بأن الشفعة استحقاق هو ابن القاسم، وما قال به عبد الحق من المنع قال به أبو عمران أيضاً الخ، ومنع ذلك عبد الحق، والمنع مبني على أن الشفعة بيع والجواز على أنها استحقاق، لكن المشهور أن الأخذ ببيع فالمشهور مبني على الشاذ وانظر ذلك. قوله: (أن الشقص بيع بمائة الخ) هذا هو قول المختصر عاطفاً على ما لا تسقط به الشفعة ما نصه أو أسقط لكذب في الثمن وحلف أو في المشتري أو انفراده، وبه تفهم ما زاده هذا الشارح على النظم وما تركه من كلام المختصر.

اشتراها فلان لأحدهما ولم يذكر له أن الآخر اشترى معه فقال قد أسلمت له الشفعة ثم علم بعد ذلك أنهما اشتريا جميعاً فقام يطلب شفעתه فقال ذلك له ويأخذ ما اشترى جميعاً، قاله في المقرب إثر ما قبله يليه .

وَشَفْعَةٌ فِي الشَّقْصِ يُعْطَى عَنْ عَوْضٍ وَالْمَنْعُ فِي التَّبَرُّعَاتِ مُفْتَرَضٌ

يعني أن الشفعة إنما هي في الشقص المدفوع في مقابلة عوض كالمبيع والمدفوع رأس مال سلم والمصالح به والموهوب للثواب ونحو ذلك . أما المدفوع تبرعاً من غير عوض رأساً كالموهوب والمتصدق به والموصى به فلا شفعة فيه، ثم العوض المدفوع إما مثلي أو مقوم . قال في المدونة: ما اشترى بعين أو مثلي فالشفعة فيه بمثل ثمنه وما اشترى بمقوم فبقيمته .

تتميم: (قال الإمام أبو عبدالله الفشتالي) في وثائقه: فلو وقع المبيع بعين ثم دفع عرضاً أو وقع بغرض ثم دفع عيناً ففي ذلك قولان قيل يأخذ مما نقد رواه محمد بن عبدالحكم . وقال محمد: أحب إلي أن لا يأخذ إلا بما وقع عليه العقد اهـ . هذا إن كان العوض معلوماً، فإن كان مجهولاً فمنه ما يزول جهله بالتقويم كما لو اشترى الشقص الذي فيه الشفعة مع ما لا شفعة فيه كريع دار وعبد اشترى بمائة مثلاً فللشفيع أخذ الربع

(ص):

(وشفعة في الشقص يعطى عن عوض والمنع في التبرعات مفترض)

قوله: (قال الإمام أبو عبدالله الفشتالي الخ) انظر هذا عند قول المتن في المرابحة كما نقد وعقد الخ، والذي في شرح تكملة المنهاج للشيخ ميارة عن الفشتالي ما نصه: ولو وقع البيع بعين ثم دفع عرضاً أو العكس فقبل يأخذ بما نقد، وقال محمد: أحب إلي أن لا يأخذ إلا بما عقد . وقال سحنون مثل الأول . وقيل يأخذ بالأقل ذكره في الشفعة . وأما دفع دراهم عن دنائير أو بالعكس فإنما يأخذ الشفعة بما دفع والرد بالعيب كالأستحقاق والشفعة انتهى . ولكن هذان النقلان لم يستوفيا كلام الفشتالي كما تراه هنا، هذا وقد قال ابن عرفة في المسألة ما نصه: وما بيع بعين فدفع عنه عرض وعكسه فالشفعة فيه بما دفع أو بما عقد . ثالثها هذا أحب للشيخ عن محمد عن عبد الملك مع ابن عبدوس عن سحنون ونقل محمد وقوله ورابعها لابن عبد الحكم بما عقد عليه إلا أن يدفع ذهباً عن ورق وعكسه فما دفع كالمرابحة . وخامسها لابن عبدوس عن غير سحنون بالأقل منهما . قلت: هو نحو قولها في المرابحة اهـ . بلفظه . والمسألة ذكرها المتيطي ولم يرجح شيئاً، والذي ذكره أبو الحسن أن مذهب ابن القاسم إنما هو لزوم ما عقد عليه نقله في باب النكاح، وذكره هنا ابن فجلة أيضاً وهذا هو الذي يظهر، وهو الذي يدل عليه ظاهر المتن وهو قوله بمثل الثمن لأن الثمن هو المعقود عليه عند التبادر ولم يقل بمثل المدفوع، ولذلك قال أبو عبدالله الفشتالي: إنما يكون الرجوع في الاستحقاق بما عقد عليه لا بما نقد، وكذلك في الشفعة، وليس عند الشيوخ في الكتاب ما يخالف إلا ما وقع في كتاب الاستحقاق من المدونة فيمن اشترى بدنانير فدفع دراهم ثم وقع استحقاق في المبيع فإنه يرجع بما دفعه لأن رجوعه بما عقد عليه يؤدي إلى صرف متأخر، فتأمل وانظر قول هذا الشارح عن الفشتالي ففي ذلك قولان مع كلام ابن عرفة .

(بما يخصه من الثمن) بعد فض المائة على ربع الدار والعبد ويلزم المشتري باقي الصفقة وهو العبد، هكذا في المدونة، وإنما لم يكن للمشتري مقال بسبب تبعض صفقته لأنه دخل على ذلك، وكذلك الشقص المدفوع في جرح الخطأ فإن الشقص يشفع بديّة ذلك الجرح، فإن كان الذين وجبت عليهم الدية من أهل الإبل أخذ الشفيع الشقص (بقيمة الإبل)، وإن كانوا من أهل الذهب فالذهب، وكذلك إن كانوا أهل ورق وتنجم على الشفيع نجوماً كما تنجم على العاقلة إن كانت كاملة ففي ثلاث سنين والثلاثان في سنتين وكذلك النصف والثالث في سنة، (ومنه ما لا يزول جهله) كالنقص المدفوع في صلح الإنكار أو صلح دم العمد أو للزوجة في الصداق أو للزوج في الخلع ودفعه العبد لسيده في عتقه أو قاطعه به عن كتابته أو دفعه المعمر بالكسر للمعمر بالفتح عوضاً عما جعل له من العمرى فإن الشقص في هذه الوجوه السبعة يشفع بقيمته لا بقيمة ما دفع فيه الشقص

قوله: (بما يخصه من الثمن الخ) هذا هو قول المختصر وبما يخصه إن صاحب غيره ولزم المشتري الباقي. قال ابن المواز: ولا يجوز للشفيع أن يأخذ الشقص بما ينوبه من الثمن إلا بعد المعرفة بما يخصه من الثمن لأنه يكون كابتداء شراء بثمان مجهول، فإن فعل من غير معرفة بما يخصه فسح ذلك ورجع فاستأنف الأخذ على ما يجوز اهـ. من أبي الحسن ولكن قال: ظاهرها خلاف ما قاله محمد الخ. وتقدم نظير هذا قريباً في الأخذ قبل معرفة الثمن. قوله: (بقيمة الإبل الخ) هذا لفظ التهذيب، فكتب عليه أبو الحسن على قوله ففيه الشفعة بقيمته أي الشقص إن أخذ في دم عمد ما نصه ابن يونس ولا يجوز الاستشفاع إلا بعد المعرفة بقيمته. وقوله بقيمة الإبل عياض قال بعضهم: تقوم الآن على أن تقبض إلى آجالها في الدية وتقبض القيمة الآن نقداً وهو تأويل سحنون في كتاب ابن عبدوس وقال عبد الملك، وقيل قيمتها عنده كما قال في الكتاب إلى آجالها، ومتى حلت سنة قومت تلك الإبل نقداً حينئذ وقبضت، واعترض هذا سحنون وغيره وقال: هذا من بيع الدين. وحكي عن سحنون ويحيى بن عمر أنه إنما يأخذ بمثل الإبل على آجالها لا بقيمتها لأنها أسنان معلومة موصوفة، ولا يصح أن تقوم الآن الإبل على أن تؤخذ القيمة إلى آجالها الخ، وهذا منه بلفظه. والسكوت عن رد سحنون وغيره لا يحل السكوت عنه لمن علمه. قوله: (ومنه ما لا يزول الخ) هذا قال فيه في المختصر: أو قيمة للشقص في كخلع وصلح عمداً الخ. وقال في كتاب الصلح: وإن ردّ مقوم يعيب رجع بقيمته كنكاح وخلع، وفيه نظم ابن غازي ما ذكره هذا الشارح. وقال في كتاب الاستحقاق وفي عرض بعرض إلى آخر المسائل السبع ما ذكره هذا الشارح، وزيادة هذا الشارح البيت المذكور هو بيان، وإلا فقول ابن غازي لإرش عوض بها أرجعاً يدل على مضمون البيت الذي زاده، لأن الرجوع لما ذكر إنما يكون في الثلاثة المذكورة في البيت المزيد فافهم، وانظر الشقص إذا اشتراه ذمي من ذمي بخمر فقيل لا شفعة بقيمة الخمر وقيل بقيمة الشقص ذكره ابن عرفة وغيره ورجح كل واحد من القولين، وكون ذلك بقيمة الخمر أرجح، انظر ذلك عند قول المتن في الشفعة، وفي المكس تردد في الشرح والأرجح هو الذي يفهم من قول المختصر بمثل الثمن ولو ديناً أو قيمته، ثم قال الشقص في كخلع أو صلح عمد الخ فلم يجعل قيمة الشقص إلا في مثل النكاح وصلح العمد، وقوله أو قيمته بعد قوله بمثل الثمن يدخل فيه الخمر لأنه لا يعطي المسلم مثلها وإن كانت مثلية بدليل أنه لا يلزمه دفع مثلها إن استهلكها فافهم.

إذ لا قيمة له، وكذلك إذا استحق هذا الشقص المدفوع في واحد من هذه السبعة وأخذه المستحق من يد قابضه فإنه يرجع بقيمته، وكذلك إذا وجد به عيباً فإنه يرجع بقيمته سالماً، وقد نظم الشيخ ابن غازي هذه النظائر السبعة في قوله:

صلحان بضعان وعتقان معا عمري لإرش عوض بها ارجعا اهـ

ولم يبين أين يكون الرجوع بقيمة هذا الشقص أو غيره مما دفع في هذه المسائل السبع وذلك في ثلاث مسائل وهي: الرد بالعيب والاستحقاق والشفعة إن كان المدفوع مما يشفع فلذلك زدت بعد البيت المذكور بيتاً آخر فقلت:

في الرد بالعيب والاستحقاق وشفعة فاعلم بلا شقاق

ولهذا قال الشيخ ابن غازي إن البيت مشتمل على إحدى وعشرين مسألة من ضرب سبعة في ثلاثة، وإلى هذه النظائر السبع أشار الشيخ خليل بقوله: كإنكار على الأرجح بعد قوله: وإلاً ففي عوضه أي إذا استحق المصالح به على الإنكار فإنه يرجع بعوضه أي قيمته إن كان مقوماً أو مثله إن كان مثلياً، ثم قال: وفي عرض بعرض بما خرج منه أو قيمته إلاً نكاحاً وخلعاً وصلح عمد ومقاطعاً به عن عبد أو مكاتب أو عمري. فقوله: إلاً نكاحاً الخ أي فلا يرجع بما خرج من يده لتعذره ولا بقيمته، إذ لا قيمة له بل بقيمة هذا العوض قوله والمنع في التبرعات مفترض يعني أن الشقص المدفوع تبرعاً كالصدقة والهبة لا شفعة فيه. قال في المقصد المحمود: ولا شفعة في الصدقة والهبة لله وبه العمل اهـ.

فرع: وكذا لا شفعة في الشقص المدفوع تمخياً. قال ابن سلمون: فإن أراد أب أو وصي أن يصير المحجور بهما ملكاً في دين مجهول على جهة التمخي مما استهلك له أو تصرف فيه وأراد التحلل من ذلك فذلك جائز، قال: قال ابن رشد: واتفق ابن القاسم وسحنون على أن لا شفعة في هذا التمخي واختلفاً في التعليل، (فرآه ابن القاسم) بيعاً جهل فيه الثمن فلا شفعة فيه ولا يفتقر إلى حيازة، ورآه سحنون صدقة فلا شفعة فيه وهو عنده يفتقر إلى حيازة، قال: وقول سحنون أظهر عندي اهـ.

فرع: وكذا لا شفعة في النحلة على مذهب مالك رحمه الله وهي ما يعطيه والد الزوج لولده في عقد النكاح أو والد الزوجة لابنته كذلك وإن كان النكاح انعقد عليها واختلف في ذلك الشيوخ وهي بمنزلة الهبة والصدقة ولا شفعة فيهما قاله ابن سلمون في النكاح.

قوله: (فرآه ابن القاسم الخ) هذا يقتضي أن جهل الثمن مسقط للشفعة وهو كذلك، قال اللخمي ما نصّه: واختلف إذا قال المشتري نسيت الثمن وكانت السنون مما ينسى فيها الثمن أو مات المشتري وقال الوارث لا علم عندي وكان الشفيع غائباً أو صغيراً فقال ابن القاسم في كتاب محمد: الشفعة ساقطة وإن كان على غير ذلك فالشفعة قائمة بقيمة الشقص يريد إذا لم يبعد الخ وهذا منه بلفظه، ومسألة نسيان الثمن ربما تفهم من قول المختصر بمثل الثمن فعلق الأخذ على الثمن، فإذا لم يوجد فيما أن تسقط الشفعة أو يرجع بقيمة الشقص فافهم. وانظر مسألة اللخمي عند قول المتن وإلاً فبه بعده الخ وانظره في كتاب الصلح.

(فرع: من المدونة في الذي قال) إنني أخاف أن يكون قد باعه في السر وأعطاه ثوباً ليقطع شفعتي وأريد أن أحلف المتصدق عليه فقال مالك: إن كان رجل صدق لا يتهم على مثل هذا فلا يمين عليه، وإن كان متهماً عليه حلف.

وَالْحُلْفُ فِي أَكْرَبَةِ الرَّبَاعِ وَالذُّورِ وَالْحُكْمُ بِالْإِمْتِنَاعِ

يعني أنه إذا اختلف في الشفعة في الكراء كدار بين رجلين أكرى أحدهما نصيبه فهل لشريكه أن يشفع ذلك الكراء لأنه بيع منفعة أو ليس له ذلك؟ فيه خلاف. قال في المفيد: وكذلك اختلف قوله في الكراء هل فيه شفعة؟ فقال ابن القاسم عنه لا شفعة فيه. وقال أشهب وابن نافع وابن كنانة فيه الشفعة. قال ابن فتحون: ويسقط الشفعة قال ابن القاسم ومطرف (وبه القضاء). وفي المدونة قال ابن القاسم: وإن اكرى رجلان داراً بينهما فلا أحدهما أن يكرى حصته منها قال مالك: ولا شفعة فيه لشريكه بخلاف البيع اهـ. تنبيه: قيد بعضهم الخلاف في الكراء بما إذا انفرد عن بيع الأصل، أما معه فلا خلاف في الشفعة، كمن له شقص في أرض فأكراه لأجنبي ثم باع الشقص المكتري فإن لشريكه الشفعة في بيع الشقص وفي كرائه من غير خلاف. انظر مجالس المكناسي.

قوله: (فرع من المدونة في الذي قال الخ) عبارة ابن عبد السلام ما نصّه في المدونة: من تصدق على رجل بشقص له في دار فقال الشفيع أنا أخاف أنه باعه منه في السر أو أعطاه ثوباً وأشهد له بالصدقة ليقطع الخ، والذي به القضاء في هذا الأمر هو حلف المتهم الذي يستسهل مثل هذا التحيل، وقال الأخوان يحلف مطلقاً ولو غير متهم المشتري هو الذي يثبت أنه متهم، ولكن لا بدّ لا بدّ من الوقوف على هذه المسائل عند قول المختصر: وإلا فبه بعده في كتاب الشفعة فهناك فوائد تتعلق بالمسألة تليق بالزمان غاية.

(ص):

(والخلف في أكرية الرباع والدور والحكم بالامتناع)

قوله: (وبه القضاء الخ) اقتصار هذا الشارح على هذا فيه ما لا يخفى باعتبار عدم ذكره لما جرى به العمل، وقد قال أبو الحسن حين كلامه على العمري الشفعة في الكراء به جرى عمل القضاء، وهذا العمل بالشفعة ذكره في اللامية والمنجور قال: جرى العمل بهذا، وهو الذي قال اللخمي بالشرطين المذكورين، وبهذا أفتى العبدوسي، والمراد بالشرطين أن يكون ما أكرى يقبل القسمة وأن يشفع ليسكن أو ليزرع لا ليكرى كما في اللخمي. ولما ذكره أبو الحسن قال ما نصّه الشيخ ولا أظن أحداً يخالف في هذا التقييد والمسألة فيها اضطراب كثير، ولكن يظهر أن الحمل على العمل بالشفعة بالشرطين المذكورين، لأن المتأخرين من أهل فاس ذكروا هذا حتى الإمام الجنان وهم أعلم بما استقر عليه الحال. وابن ناجي قال: جرى العمل عندنا بخلاف ما قاله اللخمي من اشتراط الشرطين المذكورين الخ. وصاحب المختصر مرّ على عدم الشفعة وهو قوله عاطفاً على ما لا شفعة فيه أو كراء وظاهره مع الشرطين المذكورين أم لا، لأن ذلك المشهور كما صرح به العبدوسي وغيره، ومرّ خليل في الثمرة على الشفعة وفرّق بين الأمرين بأن الثمرة أعيان مشبهة بالأصول والمنافع خلاف ذلك، انظر تمام الكلام في الشرح إن شئت.

وَلَيْسَ لِلشَّفِيعِ مِنْ تَأْخِيرٍ فِي الْأَخْذِ أَوْ فِي التَّرْكِ فِي الْمَشْهُورِ
يعني أنه إذا طلب المشتري من الشفيع الأخذ بالشفعة أو تسليمها فأراد الشفيع أن
يمهله للنظر ويتروى فالحكم أنه لا يؤخر في ذلك على المشهور، ويقال للشفيع: إما أن
تأخذ بالشفعة وتحضر لهذا المشتري ثمنه، وإما أن تسلم له مشتراه لينتفع به. وقال في
المتيطة: وللمبتاع إن أراد التخلص من أمر الشفيع أن يلزمه الأخذ أو الترك، فإن شاء أن
يؤخر لينظر ويستشير كان فيه قولان، فالمشهور من المذهب والذي عليه العمل وانعقدت
عليه الأحكام أنه لا يؤخر ساعة واحدة ويجبره السلطان على الأخذ أو الترك، وقاله مالك
في العتبية ونحوه في كتاب ابن المواز.

وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ شَفْعَةٍ وَلَا هِبَتُهَا وَإِزْتِهَا لَنْ يَبْطُلَا
يعني أن من وجبت له شفعة لا يصح له بيعها ولا هبتها، وأما إرثها عمن وجبت له
إذا مات قبل الأخذ والترك فإنه صحيح لأن من مات عن حق فلورثته. قال في المقرب:

(ص):

وليس للشفيع من تأخير في الأخذ أو في الترك في المشهور
هذا قال فيه في المختصر: واستعجل إن قصد ارتياء أو نظراً للمشتري إلا كساعة. وقوله الخ
هو راجع لما يليه وبه تعرف أن ما قاله هذا الشارح عن المتيطة إنما هو في الارتياء فقط، وعليه يدل
قول الناظم في الأخذ أو الترك الخ.

(ص):

وَلَا يَصِحُّ بَيْعُ شَفْعَةٍ وَلَا هِبَتُهَا وَإِزْتِهَا لَنْ يَبْطُلَا
هذا قال فيه في المختصر: ولا تجوز إحالة البائع به كان أخذ من أجنبي مالا ليأخذ ويربح، ثم
لا أخذ له أو باع قبل أخذه بخلاف أخذ مال بعده ليسقط. فقوله: كان أخذ تفسيره هو قول التهذيب
وذلك أن يباع الشقص بمائة فيقول أجنبي لمن له الشفعة: خذ مائتين مائة لك ربح ومائة أدفعها
للمشتري الشقص لي وفساد ذلك ظاهر، لأن الشفعة إنما هي لدفع ضرر الشركة ولذلك قال في
الكافي: ولا يجوز بيع الشفعة ولا هبتها لمن يقوم بها ممن لا شركة له في الأصل ومن لا ملك له
في رقة الأصل فلا شفعة، وإنما وردت السنة بها للشريك إن أحبها أخذها أو تركها، ولا يجوز لمن
له شفعة أن يطالب بها لغيره هذا لفظه. وقال في المعونة قبل ما نصّه: إذا وهب الشفيع شفيعته
وجوبها لم تلزمه لأنه لم يملك شيئاً يهبه ومن وهب ما لا يملكه لم تصح هبته، ثم قال: فصل ولا
تجوز هبة الشفعة ولا بيعها لأن الشريك إنما جعلت له الشفعة ليزول الضرر عنه بدخول من لم يعهد
شركته ولا عرف معاملته وربما طالبه بالقسمة الخ. ثم قال: ولأنه إذا رضي بقطع حقه من تملك
الشقص كان المشتري أولى لثبوت ملكه عليه وهذا كله منه بلفظه، والمدار على كونه أراد رفع
الضرر أو لا. وقوله: أو باع مثل البيع الهبة في هذا فاستعن بهذا على ما عند هذا الشارح، وإن
أردت الاطلاع على تمام المسألة فانظر الشرح، وحين تراه تعلم هل كلام هذا الشارح فيه اعتراض أم
لا؟ وكتب ذلك هنا يطول بنا.

قلت: هل تورث الشفعة في قول مالك؟ قال نعم. واعلم أن ما ذكره الناظم من عدم صحة بيع الشفعة أو هبتها هو صحيح في الجملة لكن فيه إجمال، لأن بيع الشفعة أو هبتها يتصور أن يكون لأجنبي أو للمشتري، وفي كل من الوجهين إما أن يقع البيع أو الهبة بعد بيع الشريك وقبل الأخذ بالشفعة، أو بعدم البيع والأخذ بالشفعة، فالصور أربع فإما بيعها أو هبتها لأجنبي بعد وجوبها وقيل الأخذ، فقال ابن رشد: لا اختلاف في أن الشفيع لا يجوز له أن يبيع شفيعته قبل الاستشفاع من غير المبتاع ولا أن يهبها له، وصورتها أنه إذا باع شريكك وجبت لك الشفعة فلا يجوز لك أن تباع ما وجب لك أن تهبه لغير المشتري من شريكك والفرض أنك لم تأخذ بالشفعة بعد، وأما بيعها أو هبتها لأجنبي بعد أن تأخذ بالشفعة فلا يجوز أيضاً. قال في المقرب: قلت: فمن أتى إلى رجل وجبت له شفعة فقال له خذ بشفعتك وأنا أربحك عدة سماها قال لا يجوز هذا وهو قول مالك اه. وصورتها أن يبيع شريكك شقصه بمائة مثلاً ووجبت لك شفيعته فيأتيك أجنبي يقول لك خذ شفيعتك بالمائة وأنا أعطيك في ذلك الشقص مائة وخمسين، أو يقول خذ بشفعتك وهب لي ما شفعت فتأخذ بالشفعة من يد المشتري بالمائة ثم تهب ذلك الشقص أو تبيعه له بمائة وخمسين، والظاهر أن هذا من باب بيع الشقص المشفوع أو هبته بقرب الأخذ بالشفعة، وللمشتري المشفوع من يده قيام على الشفيع إذا باع بالقرب لا سيما والبيع هنا مدخول عليه قبل الأخذ بالشفعة، وأما بيعها أو هبتها من المبتاع الذي اشترى من شريكك بعد بيع الشريك وقبل أن تأخذ بشفعتك فهي التي نقل الشارع عن طرر ابن عات أن ابن رشد سئل عنها وهي الشفيع يهب شفيعته للمبتاع بعد البيع أو يبيعها منه، وقال في الجواب: قد اختلف في هبة الشفيع شفيعته للمبتاع بعد البيع أو يبيعها إياها منه، فعلى القول بجواز ذلك وهو مذهب أصبغ لا يكون للشركاء في الشفعة مع الشفيع إن كان له شركاء إلا ما وجب لهم من الشفعة اه. لفظه في هذا القول، ومعناه والله أعلم أنه على القول بالجواز يكون للمشتري ما للشفيع، فإن لم يشارك الشفيع أحد في رتبته استبدد المشتري بما اشترى، وإن شاركه غيره كان للمشتري ما ينوب الشفيع من المشفوع ولشركائه ما ينوبهم منه، ثم قال ابن رشد: وعلى القول بأن ذلك لا يجوز وهو معنى ما في المدونة وإلا ظهر ما في القولين، والذي أقول به يرد الشفيع على المبتاع المال الذي أخذه منه على هبة الشفعة له إن كان أخذ منه شيء ويكون أحق بشفيعته إن شاء أخذها وإن شاء سلمها، فإن سلمها كان لأشراكه فيها، وإن كان له أشراك أخذ الجميع بالشفعة، ولا اختلاف في أن الشفيع لا يجوز له أن يبيع شفيعته قبل الاستشفاع من غير المبتاع ولا أن يهبها له اه. وحاصل هذا القول أن البيع أو الهبة يفسخ ويرد الشفيع على المبتاع ما أخذه منه وترجع الشفعة لصاحبها كما كانت قبل البيع والهبة فيكون أحق بشفيعته إن شاء أخذها وإن شاء سلمها، فإن سلمها كان لأشراكه فيها أخذ الجميع بالشفعة إن كان له أشراك فهذه ثلاثة أوجه، الوجهان الأولان ممنوعان وفي الثالث قول بالجواز فإطلاق الناظم المنع صحيح. وأما الصورة الرابعة وهي البيع أو الهبة للمشتري بعد الأخذ بالشفعة فليس من باب بيع الشفعة ولا هبتها وإنما هي من باب بيع الشقص المشفوع كما في الصورة الثانية

إلا أن البيع في تلك للأجنبي، فلذلك قلنا إن للمشتري في ذلك كلاماً، وأما في هذه فالبيع أو الهبة للمشتري فلا كلام. قال الشارح: اعتمد الشيخ رحمه الله فتيا ابن رشد في منع بيع الشفعة وهبتها مطلقاً وذلك ظاهر إذا كان للشفيع شركاء يساوونه في الشفعة أو هو أشفع منهم لأنه يفوت عليهم حقهم، وأما حيث لا يكون له شركاء وهب حظه أو باعه فلم يتضح لي وجه المنع كل الاتضاح لأنه حق له ملكه من أجل الضرر الداخل عليه فتركه على عوض أو دونه، وقد نص في المقرب على جواز بيع الشفعة للمشتري ولفظه قلت: فمن سلم شفيعته بمال أخذه من المشتري؟ فقال: قال مالك: إن كان بعد وجوب الشفعة فذلك له، وإن كان قبل وجوبها فذلك باطل مردود وهو على شفيعته يأخذها إن شاء اه. وفي المقدمات: وتورث الشفعة فيتزول الوارث منزلة الموروث في الحق الذي كان له من الأخذ أو الترك سواء مات الموروث والشقص الذي يستشفع به بيده فورث عنه أو مات بعد بيع الشقص على القول بأن البيع لا يسقط شفيعته لا تباع وتوهب اه.

وَحَيْثُمَا فِي ثَمَنِ الشَّقْصِ اخْتَلَفَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ مُشْتَرِي بَعْدَ الْحَلْفِ
 إِنْ كَانَ مَا ادَّعَاهُ لَيْسَ يَبْعُدُ وَقِيلَ مُطْلَقًا وَلَا يُغْتَمَدُ
 وَابْنُ حَبِيبٍ قَالَ بَلْ يَقْوَمُ وَابْتِخَارِ لِلشَّفِيعِ يُحْكَمُ

يعني أنه إذا اختلف الشفيع والمشتري في ثمن الشقص المبيع فقال الشفيع بثمانين وقال المشتري بمائة مثلاً فثلاثة أقوال: الأول: أن القول قول المشتري مع يمينه، لكن إذا ادعى من الثمن ما لا يبعده وهو قول ابن القاسم وابن الماجشون وإلى هذا القول أشار المؤلف بقوله: فالقول قول المشتري مع الحلف إن كان ما ادعاه ليس يبعد. القول الثاني: أن القول قول المشتري مطلقاً أتى بما يبعد أو بما يشبه وهو قول مطرف، لكن هذا القول غير معتمد عند أهل الأحكام وإليه أشار الناظم بقوله: وقيل مطلقاً ولا يعتمد. (القول الثالث لابن حبيب) يقدم الشقص قيمة عدل ويخير الشفيع بين أن يشفع بتلك القيمة أو يترك إليه أشار بقوله: وابن حبيب قال بل يقوم البيت. وحكى غير واحد منهم ابن هشام

(ص): وحيثما في ثمن الشقص اختلف. إلى آخر الأبيات الثلاثة. قوله: (القول الثالث لابن حبيب الخ) هذه المسألة أشار لها في المختصر بقوله ما نصّه: وإن اختلفا في الثمن فالقول للمشتري بيمين فيما يشبه كبير يرغب في مجاورته وإلا فللشفيع، فإن لم يشبهها حلفا ورد إلى الوسط الخ. وكلام الناس في المسألة نقلناه في الشرح، لكن قال العبدوسي على المدونة تحصيل هذا على طريقة ابن رشد وهي التحقيق وعلى ذلك تحصيل اللخمي، وهذان الشيخان هما اللذان أتقنا هذه المسألة. وطريقة ابن يونس فيها ما يخالف طريقة ابن رشد واللخمي فيها شيء ما نصّه: فإن ادعى الشفيع معرفة الثمن وادعى المبتاع ما يشبه فالقول قوله مع يمينه، وإن ادعى ما لا يشبه فالقول للشفيع مع يمينه ويأخذ بما سمى، وإن ادعى ما لا يشبه تحالفا ورجعا إلى الوسط من القيمة، وإن لم يدع الشفيع معرفة الثمن فإن ادعى المبتاع ما يشبه فقوله بلا يمين وما لا يشبه فمع اليمين إلا أن يكون مثل هؤلاء الملوك الخ فيصدق بلا يمين الخ وفيه كفاية وبه تعلم ما في النظم، وهذا الشارح ترك ما لا يليق تركه، ولكن قف على الشرح تر العجب إن شاء الله تعالى.

في مفيدة عن ابن الماجشون مثل قول ابن حبيب .

وَمَنْ لَهُ الشُّفْعَةُ مَهْمَا يَدْعِي بَيْعاً لِشَقْصِ حِيزٍ بِالتَّبَرُّعِ
فَمَا ادَّعَاهُ فَعَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ وَخَضْمُهُ يَمِينُهُ مُعَيَّنَةٌ

يعني أنه إذا تنازع الشفيع ومن صار له الشقص الآن فادعى الشفيع أن الشقص إنما حيز بالبيع لتكون له شفعته وادعى حائزه أنه إنما حازه بالتبرع بأن وهب له أو تصدق به عليه فلا يشفع من يده فعلى الشفيع البيينة أنه حيز بمعاوضة، فإذا أثبت ذلك كانت له شفعته، وإن لم يثبت ذلك فعلى الحائز اليمين أنه إنما صار له بغير عوض وتسقط شفعة الشريك، ووجه ذلك وهو كون الشفيع مدعياً فعليه البيينة كونه يدعي ما يوجب له حقاً قبل خصمه والأصل عدمه. ففي المقرب: سئل مالك عن رجل تصدق على رجل بشقص له في دار فقال الشفيع له أخاف أن يكون قد باعه في السر وأعطاه ثواباً وأشهد به بالصدقة ليقطع شفعتي وأنا أريد أن أحلف المتصدق عليه فقال إن كان رجل صدق لا يتهم على مثل هذا فلا يمين عليه، وإن كان منهما حلف، ونحوه في الوثائق المجموعة. وفي طر ابن عات: أفتى فيها أبو إبراهيم إسحاق بن إبراهيم باليمن دون نظر إلى حاله وقال إنه جرى العمل عندهم بها، قال الشارح: وهي مثل مسألة الثنيا على الطوع إذا ادعى أحدهما الرهن في ذلك وكذبه الآخر فمدعي الرهن مدع ومدعي الثنيا مدعى عليه يحلف إن لم تقم بيينة لمدعي الرهنية، واعتمد الناظم فتيا الشيخ أبي إبراهيم بوجوب اليمين على المتهم وغيره لإطلاقه فيها، وذلك لجريان العمل بها دون ما في المدونة من التفصيل بين المتهم وغيره. تنبيه: قال في أوائل نوازل الدعاوى والأيمان من المعيار أثر قوله في المسألة التي سئل عنها مالك المنقولة قريباً عن المقرب وإن كان متهماً حلف ما نصه: قال بعض الشيوخ فيه حجة مراعاة الشبهة في المدعى عليه وأن من ادعى عليه بدعوى ما لا يشبهه ولا تليق به ولا جرت عاداته به أنه لا يمين عليه قال: ورأيت بخط أبي رضي الله عنه أن يحيى بن تمام الفقيه السبتي اشترى حصة من حمام كان لرجل يعرف بابن اللونكة فيه حصة فخاف ابن تمام أن يشفع عليه فأشهد له البائع بالصدقة فقام ابن اللونكة بشفعته فدافعه الفقيه ابن تمام بالصدقة ورفع إلى قاضي سبته القباعي فأفتى والفقهاء معه بأن لا شفعة في الصدقة، فرجع ابن اللونكة أمره إلى الحضرة بقرطبة وكتب إلى ابن المكورى بصورة المسألة

تنبيه: في نوازل الشفعة من المعيار ما نصه: سئل بعض الشيوخ إذا قال المشتري في اختلافه مع الشفيع في الثمن لا أحلف حتى تشهد عليك بأنك تأخذ بالشفعة لاحتمال أن أحلف أنني اشتريت بمائة ثم لا تأخذ بالشفعة لأنك مخير في الأخذ فهل له هذا أم لا؟ فأجاب بأن ذلك من حجة المشتري ومن حقه، وكذلك من قام له شاهد بحق فله أن لا يحلف حتى يعذر إلى المشهود عليه هل جرح شاهده أم لا لئلا يجرحه بعد يمينه فتذهب يمينه مجاناً، ثم ذكر نظائر لهذا ثم قال بعدها ما نصه: وحاصله كل يمين يتوقع عدم إفادتها للحالف فله أن يقف عنها حتى تتحقق فائدتها، هذا لفظه في التحصيل.

(ص): ومن له الشفعة مهما يدعي إلى آخر البيتين، تقدم الكلام على المسألة قبيل هذا.

فكتب بخطه في أسفلها هذه من حيل الفجار، ورأى الشفعة واجبة فنفذ فتياه وأخذ الشفيع شفيعته اه. وما أجاب به ابن المكوي من وجوب الشفعة هو الظاهر أو المتعين، (لا سيما حيث تحف) بذلك قرائن العوض ويبعد فيه التبرع وهو غالب صور هذه المسألة.

وَالشَّقْصُ لِاثْنَيْنِ فَأَعْلَى مُشْتَرَى يُمْنَعُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ مَا يَسْرَى
إِنْ كَانَ مَا اشْتَرَى صَفْقَةً وَمَا فِي صَفَقَاتٍ مَا يَشَاءُ التَّرْمَا

الشقص الجزء يعني أن من باع شقصاً لرجلين أو ثلاثة أو أكثر في صفقة واحدة فأراد من له الشفعة أن يشفع ما بيد بعض المشتريين لعدم رضاه بشركته دون بعض لرضاه بشركته فليس له ذلك وإنما له أخذ جميع الشقص بالشفعة أو تركه لمن اشتراه. قال الشارح: وفي أصول الفتيا قال ابن حارث: وإذا كان الشفيع رجلاً واحداً والمشتريان رجلان لم يكن له أن يأخذ حصة أحدهما ويدع الأخرى اه. يعني والله أعلم إلا إذا تراضى على ذلك الشفيع والمشتريان فلهم ذلك كما يأتي، وإذا لم يجز للشفيع أخذ ما اشتراه أحد المشتريين فأولى وأحرى أن ليس له أخذ بعض ما اشتراه الواحد كأن يشتري ربعاً فيريد الشفيع أن يشفع الثمن فقط، وأما إن كان شراء الاثنین فأكثر في صفقات فالشفيع أخذ ما شاء وترك ما شاء وإلى هذا أشار الناظم البيهقي. فالشقص مبتدأ ومشتري صفة له، ولاثنين يتعلق بمشتري، وأعلى معطوف على الاثنین، وجملة يمنع خبر الشقص وإن كان شرط في قوله يمنع الخ، وما اشترى اسم كان على حذف مضاف أي كان شراء ما اشترى صفقة، وما في صفقات مبتدأ أو في صفقات يتعلق بفعل واجب الإضمار لأنه صلة ما رأى وما اشترى في صفقات، وجملة التزم خبر ما، وما يشاء مفعول التزم والعائد محذوف أي التزم ما يشاء منها، ويدخل في منطوق كلام الناظم صورتان لأن شراء الاثنین أو أكثر أما من واحد وهي الصورة التي شرحنا بها كلام الناظم، وأما من متعدد وهي الصورة التي نقل الشارح عن المقرب ولفظه ففي المقرب قلت: فإن اشترى ثلاثة رجال من ثلاثة رجال داراً أو أرضاً ونحلاً وشفيع ذلك كله رجل واحد فقال أنا أخذ حظ أحدهم

قوله: (لا سيما حيث تحف الخ) هذا هو التحقيق وهو مراعاة قرائن النازلة هل الواهب من أهل الهيئة والموهوب له كذلك؟ وهل بينهما ما يوجب الهبة؟ إلى غير ذلك مما يكثر، ولكن انظر في الشرح عند قول المتن في الشفعة: وإن نكل مشتري في مواضع من الشرح، وانظر كلاماً كثيراً في هذا عند قول المتن في الشفعة: وهبة بلا ثواب وإلا فيه بعده تنتفع به إن شاء الله تعالى وتفهم به ما أشار له هذا الشارح.

(ص): والشقص لاثنين فأعلى مشتري. إلى آخر البيهقي. كلام هذا الشارح في المسألة حسن، ولكن المسألة متشعبة غاية، انظر عند قول المختصر: وإن اتحدت الصفقة وتعددت الحصص والبائع لم تبعض كتعدد المشتري على الأصح اه. وكان قوله: كتعدد الخ راجع لمفهوم الشرط في قوله: وإن اتحدت، ومفهوم ذلك إن تعددت أن التبعض يكون كتعدد المشتري الخ، وبه يسقط الاعتراض على خليل، والحاصل المسألة صعبة واختصارها هنا يشق.

وأسلم حظ الاثنتين فقال ليس له إلا أن يأخذ الجميع أو يترك، ويدخل في كلامه من باب أخرى صورة ثالثة وهي ما إذا اشترى واحد من ثلاثة مثلاً في صفقة ثلاثة أشقاص عكس الصورة الأولى فليس للشفيع أيضاً أخذ بعض ما اشتراه ذلك الواحد دون بعض. قال في المقرب أيضاً: قلت له فمن اشترى حظوظ ثلاثة رجال من دار مشتركة صفقة واحدة، فقال شفيعها أنا أخذ حظ رجل منهم وأسلم حظ الاثنتين منهم، فقال مالك: ليس له أن يأخذ بعض ذلك دون بعض.

تنبيهان: الأول: ما تقدم من عدم التبعض فيما اشترى صفقة واحدة إنما هو إذا امتنع المشتري من ذلك. قال الجزيري في المقصد المحمود: وليس للشفيع تبعض مشفعه إلا برضا المبتاع إلا أن يكون البيع في صفقات يأخذ منها ما شاء. الثاني: تقدم أن ما اشترى في صفقات للشفيع أخذ ما شاء. قال في المقرب في مسألة من اشترى حظوظ ثلاثة رجال ما نصه: قلت فإن كان إنما اشترى من كل واحد حظه على حدته في صفقة فقال الشفيع أنا أخذ حظ واحد وأدع غيره قال: قال مالك ذلك له فإن أخذ الأول فلا شفعة للمشتري معه في ذلك لأن صفقتيه الباقيتين وقعتا بعد الصفقة الأولى، وإن أخذ الصفقة الثانية كان للمشتري أن يشفع معه فيها بقدر الصفقة الأولى، وإن أخذ الأخيرة كان المشتري شفيعاً معه بالصفقتين الأولتين.

وَالشُّرَكَاءُ لِلشَّفِيعِ وَجِبًا أَنْ يَشْفَعُوا مَعَهُ بِقَدْرِ الْأَنْصِبِ

(ص):

(والشركاء للشفيع وجباً أن يشفعوا معه بقدر الأنصبا)

الخ. هذا قول المختصر وهي على الأنصبا وترك للشفيع حصته، فلو كانت دار لثلاثة لزيد نصفها ولخالد ثلثها ولعمر سدسها، فإن باع عمر سدسه فلصاحب النصف زيداً ولصاحب الثلث خالد على قدر انصبايهما، ووجه ذلك أن مقام النصف من اثنين ومقام الثلث من ثلاثة وهما متباينان لضرب أحدهما في الآخر بستة لصاحب النصف منها نصفها ثلاثة ولصاحب السدس سدسها واحد ولصاحب الثلث ثلثها اثنان فيقسم صاحب الثلاثة وصاحب الاثنتين السدس على خمسة أجزاء لصاحب النصف ثلاثة ولصاحب الثلث اثنان وهكذا. وقوله: وترك الخ فلو باع صاحب النصف في المثال المذكور وكان المشتري صاحب السدس أخذ صاحب الثلث سهمين وترك لصاحب السدس سهماً، وإنما ترك له لأنه يقول لصاحب الثلث: لو اشترى أجنيبي لم يكن له إلا اثنان وأنا لا أكون أدنى منه. وقال في الجواهر: إذا باع بعض حصته لم يأخذ مع الشرك بالشفعة لأن بيعه رغبة في البيع وإنما الشفعة للضرر، وكذا لو باع السلطان بعض نصيبه في دين وهو غائب ثم قدم لأن يده كيده قال أبو محمد: لو باع شقصه ثم باع المشتري له الشفعة لأنه بيع ثان فلعله يرضى بالمشتري الأول دون الثاني اهـ. من الذخيرة. وقال ابن ناجي: أخذ من قول المدونة ومن ابتاع شقصاً هو شفيعه مع شفيع آخر تحاصفاً فيه بقدر حصتيهما يضرب فيه المبتاع بقدر نصيبه من الدار قبل الشراء، ولا يضرب بما اشترى إن اشترت إحدى الزوجتين حظ الأخرى أنها تختص به، ولا تدخل الورثة فيه لأنها هي أشفع فيهم لو اشترى غيرها لأنه في المدونة جعل المشتري شريكاً مع شركائه فيما

يعني إذا وجبت الشفعة لاثنين أو أكثر فشفع واحد منهم فإن لبقية شركائه أن يدخلوا معه فيما شفع بقدر أنصبتهم، فمن كان له ربع ما شفع فيه ومن كان له أقل أو أكثر فعلى نسبة ذلك، قال الشارح: ولذلك كان أهل السهم الواحد في الميراث أحق بالشفعة فيه ممن عداهم من أهل السهام كالزوجات إذا ورثن الربع أو الثمن فباعه إحداهن فإن من لم تبع منهن أحق بالشفعة في ذلك الشقص من غيرهما من أهل الميراث. قال في المقرب: قال مالك: والشفعة إنما تكون على قدر الأنصبة لا على عدد الرجال اهـ. وفي المدونة: قال مالك: القضاء إذا وجبت الشفعة للشركاء قسمت بينهم على قدر أنصبتهم لا على عددهم، قال أشهب: لأن الشفعة إنما وجبت بشركتهم لا بعددهم فيجب تفاضلهم فيما يتفاضل فيه أهل الشركة اهـ. وهذا إذا كان المشتري أجنبياً غير شريك، فإذا شفع واحد من يده شاركه في الشفعة بقية شركائه، فإن كان المشتري أحد الشركاء وأراد شركاؤه مشاركته فيما اشترى فإن له منه بقدر حصته. قال في المقرب: قال مالك: إن كان للمبتاع منه سهم متقدم حاصم به فقط.

وما بعيب حط بالإطلاق عن الشفيع حط باتفاق

يعني أنه إذا رجع المشتري على البائع يغيب فحط عنه بعض الثمن في مقابلة العيب فإن ذلك يحط عن الشفيع فيشفع بما بقي من الثمن بعد الحط، والإطلاق راجع للعيب فيدخل فيه عيب قيمة وهو الذي لا يرد معه، والعيب الموجب للرد إذا صالحه على حط بعض الثمن أو حدث عنه المشتري عيب يمنع الرد فأخذ أرش العيب القديم فإن ذلك يحط عن الشفيع في الوجوه كلها. قال ابن شاس: ولو اطلع على عيب قبل أخذ الشفيع إلا أنه حدث عنده عيب يمنع من الرد فأخذ أرشه فذلك الأرش محطوط عن الشفيع قولاً واحداً اهـ. وهذا كما قال إذا اطلع على العيب قبل أخذ الشفيع، وأما لو اطلع عليه بعده فقال ابن شاس أيضاً: لو وجد المشتري بالشقص عيباً بعد أخذ الشفيع لم يكن له طلب

اشترائه، فكما شاركهم في المساواة يختص عنهم إذا كان أشفع، وهذا هو الحق وإليه رجع بعد الحكم بغيره فافهم، فهذه فائدة جليلة. وقولها هنا على قدر الأنصبة ظاهرها كان المشفوع فيه ينقسم أو لا وهو ظاهر كلام غيرها، وما في اللخمي والرجراجي من أنه إذا كان لا ينقسم فعلى عدد الرؤوس ليس هو المذهب بل هو خلافه، وقد بينا ذلك غاية في الشرح.

(ص):

(وما بعيب حط بالإطلاق عن الشفيع حط باتفاق)

هذا قال فيه في المختصر: وحط ما حط لعيب أو لهبة إن حط عادة أو أشبه الثمن بعده، وحاصل قوله أو لهبة الخ أن الطرح إذا جرت به العادة كالمسمى عندنا في عرفنا باب الله فإنه يوضع عن المشتري مطلقاً، وكذا إذا كان الباقي بعد الطرح يشبه أن يكون ثمناً للشقص ولو كثر المطروح فإنه يطرح عنه أيضاً الخ. وانظر كلاماً في طرح العيب عند قول المتن في كتاب الشفعة: وإن استحق الثمن أو رد بعيب الخ باعتبار إبطال الشفعة وعدمه.

أرش فإن رد الشفيع عليه رد هو حينئذ على البائع اه. فما موصولة مبتدأ واقع على المحظور من الثمن، وحط صلتها ونائبه يعود على ما ومتعلق حط محذوف أي عن المشتري، وبعبء يتعلق بحط وباؤه سببية حالة كون العيب مطلقاً عيب قيمة أو رد كما تقدم، وجملة حط عن الشفيع خبر ما فعن الشفيع يتعلق بحط الثاني.

وَلَا يُحِيلُ مُشْتَرٍ لِبَائِعٍ عَلَى الشَّفِيعِ لِاقْتِضَاءِ مَانِعٍ
وَلَيْسَ لِلْبَائِعِ أَنْ يَضْمَنَ عَنِ مُسْتَشْفِعٍ لِمُشْتَرٍ مِنَ الثَّمَنِ

ذكر هنا مسألتين: الأولى: أن من باع شقصاً بثمان إلى أجل فقام الشريك وشفعه إلى ذلك الأجل فلا يجوز للمشتري الذي الثمن في ذمته إلى الأجل أن يحيل البائع على الشفيع لأن من شرط الحوالة حلول الدين المحال به والمحال به في مسألتنا وهو الثمن الذي في ذمة المشتري غير حال فيقيد المنع الذي ذكر في البيت الأول بصيغة النفي بما إذ كان البيع لأجل (كما صرح به غير واحد) قال ابن سلمون: وإذا وقع البيع بالنقد لزم الشفيع دفع الثمن نقداً أو يؤجل الثلاثة الأيام كما تقدم، وإن كان إلى أجل فإنه يبقى على الشفيع إلى ذلك الأجل، فإن كان الشفيع معدماً فعليه أن يأتي بضامن ملي أو يعجله، ولا يجوز أن يحيل البائع به على الشفيع لأنه دين بدين اه. والشاهد هو قوله: ولا يجوز أن يحيل الخ. وفاعل يحيل في كلام ابن سلمون للمشتري وضمير به للثمن، ولقوله لأنه دين بدين أشار الناظم بقوله: لاقتضاء مانع وإلى هذه المسألة أشار بالبيت الأول. الثانية: قال فيها ابن سلمون قال ابن رشد في مسأله: لا يجوز للذي باع شقصاً بثمان إلى أجل أن يتحمل بالثمن للمشتري عن الشفيع إلى الأجل لأن له في ذلك منفعة، إذ لعل الشقص لا يساوي الثمن، فإن لم يشفع الشفيع لم يجد هو عند المشتري وفاء بثمانه عند حلول الأجل، والحمالة معروف كالقرض لا يجوز أن يأخذ عليها عوضاً ولا يجر بها نفعاً اه. (وفي المقرب: قلت): فلو أن البائع قال للمشتري أنا أرضى أن يكون مالي على هذا الشفيع إلى الأجل فقال: لا يجوز عند مالك لأن الحق وجب للبائع على المشتري فلا يصح أن يفسخه في دين فيكون ديناً بدين اه. (وإلى هذه المسألة) أشار بالبيت الثاني،

(ص): ولا يحيل مشتري لبائع إلى آخر البيتين. قوله: (كما صرح به غير واحد الخ) خليل قال في هذا في مختصره ما نصه: وإلى أجله إن يسر أو ضمنه مليء وإلا عجل الثمن إلا أن يتساويا عدما على المختار ولا تتجاوز إحالة البائع، أي بالمؤجل كما في شروحه، وكان صاحب التحفة اكتفى عن ذكر ذلك في المؤجل بقوله: لاقتضاء مانع وصاحب المختصر^(١) في الإحالة في شروطها وحلول المحال به لا عليه.

قوله: (وفي المقرب قلت الخ) هذا دخل في قول المختصر وبيعه بدين. قوله: (وإلى هذه المسألة الخ) انظره مع ما قدمه من الضمان المذكور وتفهمه وتفهم هذا الضمان ووجهه وأن هذا من باب التهمة وقد علم ما في التهمة على الضمان بجعل.

(١) قوله: «صاحب المختصر الخ» لم أفهم له معنى فانظر ما معناه اه.

فالمنع مقيدٌ أيضاً بكون البيع إلى أجل، والضمن مفعول يضمن، وعن مستشفع ولمشتر يتعلقان بيضمن، ومنه يتعلق بمشتر والضمير للبائع، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وَيَلْزَمُ الشَّفِيعَ حَالٌ مَا اشْتَرَى مِنْ جِنْسٍ أَوْ حُلُولٍ أَوْ تَأْخُرَ
وَحَيْثُمَا الشَّفِيعَ لَيْسَ بِالْمَلِيِّ قِيلَ لَهُ سُقِّ ضَامِنًا أَوْ عَجَّلِ

يعني أن الشفيع ينزل منزلة المشتري ويلزمه ما لزمه من جنس الثمن، يعني أو ما ينتزل منزلته من القيمة في المقوم ومن حلوله وتأجيله، فإذا اشترى بعين ذهب أو فضة لزم الشفيع مثل ذلك، وإذا اشترى بمثلي لزمه مثله، أو بمقوم كثياب لزمته قيمته، وإذا اشترى بضمن حال لزم الشفيع الثمن حال، وإذا اشترى بضمن مؤجل لزم الشفيع ذلك الثمن إلى ذلك الأجل المضروب، وإلى هذا أشار بالبيت الأول. فقوله ما اشترى ما واقعة على الثمن، وقوله حال أي صفة الثمن الذي اشترى الشقص به، ثم فسّر حال ما اشترى فقال من جنس الخ وهو أي تأخير الثمن عن الشفيع للأجل المضروب محله إذا كان الشفيع ملياً، وأما إن كان غير ملي فإنه يلزمه ضامن بالمال يعني أو رهن يساوي قيمة الشقص أو أكثر إن لم يأت بذلك لزمه تعجيل الثمن والأ فلا شفعة له. قال في المدونة: ما اشترى بعين أو مثلي فالشفعة فيه بمثل ثمنه وما اشترى بمقوم بقيمته. ومن المدونة أيضاً: ما اشترى بعين شفع فيه بقيمته وما اشترى بعوض فإنما ينظر إلى قيمته يوم الصفقة. ومن

(ص): ويلزم الشفيع حال ما اشترى إلى آخر البيتين. ما شرح به هذا الشارح وذكره من الفقه صحيح لا بأس به وهي فروع كثيرة، وقد أشار إليها في المختصر بقوله بمثل ولو ديناً وقيمته برهنه وضامنه وأجرة دلال وعقد شراء، وفي تردد أو قيمة الشقص في كخلع وصلح عمد وجزاف نقد وبما يخضه إن صاحب غيره ولزم المشتري الباقي وإلى أجله إلى آخر ما رأيته. فقوله بمثل الثمن دخل فيه كل مثلي ومثل المثلي العرض الموصوف فإنما يرجع بمثله، ولكن إنما يجوز بشرط السلم، وإن كان ظاهر المدونة أن الشفعة بقيمته لكن الراجح عند الناس هو المثل. وقوله: ولو ديناً أي دفع الشقص في دين على مالكة أي ولو كان البائع عديماً بذلك فلا يأخذه الشفيع إلا بذلك الدين أو يترك. وقوله: أو قيمته أي في المقوم المعين في الموصوف كما تقدم، ومثال ذلك كما إذا دفع مالك الشقص في عروض أسلم له فيها. وقوله برهنه وضامنه رهنه عطف على نفس^(١) الثمن أي بمثل رهنه، ولا تكون له الشفعة إلا إذا أتى بمثله، وإن أتى برهن غير مماثل فلا شفعة له، وإن أتى برهن لا شك أن فيه الوفاء. وقوله: وضامنه الواو كأنها بمعنى مع أي لا شفعة له إلا إذا أتى بهما معاً حيث يكون الشراء عليهما معاً. ولا يكفيه الإتيان بواحد، وعليه فغيره أخرى كما لا يخفى إذ المدار هنا على أن الشفيع ينتزل منزلة المشتري. وقوله: وأجرة دلال وعقد شراء أي إذا دفع المشتري المعتاد من ذلك والزائد لا يلزم الشفيع، وعندهم كلام في لزوم أجرة الكتب للشفيع لأن المشتري توثق لنفسه لكن البائع ربما ينكر البيع فتسقط الشفعة. وقوله: وعقد شراء أي أجرة الكاتب والمكتوب فيه وقد عبّر بعقد شراء. وقوله وفي المكس تردد كلام ابن سهل يقتضي أن ما أخذ في المكس لا يلزم الشفيع وإن كان في ذلك خلاف كما ذكر المؤلف، ولو كان المشتري والبائع من النصارى وبيع

(١) قوله: «عطف على نفس الخ» في شرح المختصر أو الباء في برهنه بمعنى مع فحرر ا.هـ. مصححه.

المدونة أيضاً: قال مالك: ومن ابتاع شقصاً بضمن إلى أجل فللشفيع أن يأخذه بالضمن إلى ذلك الأجل إن كان ملياً أو يأتي بضمن ثقة ملي اهـ. ونقل المواق على قول الشيخ خليل بمثل الضمن ولو ديناً أو قيمة برهنه وضامنه ما نصه أشهب: إذا اشترى بضمن مؤجل بحميل أو رهن فقام الشفيع وهو أملى منه فإن لم يجد حميلاً أو رهنأ مثله فلا شفعة له، ولو جاء برهن لا شك أن فيه وفاء لم يقبل منه إلا مثل الأول، ولو كان برهن وحميل فجاء برهن ولم يقدر على حميل فلا شفعة له اهـ.

فروع: الأول: إذا كان الضمن مؤجلاً ونقد الشفيع الضمن فإنه يدفع للمشتري نقله الشارح عن المقرب. **الثاني:** قال في التوضيح قال أشهب: إذا اشتراه بحميل أو رهن فليس للشفيع وإن كان أملى منه أخذه إلا بحميل أو رهن مثله. وقال أشهب أيضاً: إذا كان أملى من الحميل ومن المشتري أخذه بلا رهن وبلا حميل واختار محمد الأول. **الثالث:** إذا تراخى قيام الشفيع حتى حل الأجل ففي تأخير الشفيع إلى مثل ذلك الأجل قولان والأول أصوب. **الرابع:** إذا أخذ الشقص عن دين في الذمة ففي المذهب ثلاثة أقوال، **الأول:** هو مذهب المدونة أنه يأخذه بمثل الدين. **الثاني:** بقيمته قاله ابن الماجشون وسحنون. **الثالث:** الفرق فإن كان عيناً أخذ بمثله وإن كان عرضاً أخذ بقيمته قاله أشهب اهـ. من التوضيح باختصار.

وَمَا يَنْبُوبُ الْمُشْتَرِيَ فِيمَا اشْتَرَى يَدْفَعُهُ لَهُ الشَّفِيعُ مُحَضَّرًا

يعني أن كل ما لزم المشتري في الشقص المشتري من إجارة عدول وضمن رق وأجرة دلال إن كانت من عند المشتري فإنه يلزم الشفيع مثله، وظاهر عموم قوله وما ينبوب أنه يلزم العكس إذا أعطاه المشتري وهو كذلك على قول. قال في التوضيح: فرع: وعلى الشفيع أجرة الدلال إن كانت من عند المشتري وضمن ما كتب فيه لأن بذلك وصل المبتاع إلى المبيع، وإن كان المبتاع دفع أكثر من المعتاد لم يكن على الشفيع إلا دفع المعتاد بذلك أفتى ابن عتاب وابن مالك وابن القطان. المتيطي: ولا أعلم لهم مخالفاً. ابن يونس: قال بعض الفقهاء: انظر لو غرم على الشقص غرمأ هل يأخذه الشفيع بالضمن وبما غرم عليه؟ وقد اختلف فيمن اشترى شيئاً من أيدي اللصوص هل يأخذه ربه بغرم أو بغيره؟ اهـ. ونقل الشارح عن أحكام ابن سهل عن ابن عتاب أنه يلزم الشفيع الأجرة التي أداها المشتري عند ابتاعه.

الشقص بخمر فقيل الشفعة بقيمتها، وقيل بقيمة الشقص، والأول هو الذي يدل عليه كلام المختصر لأنه ذكر بمثل أو قيمته، ثم قال: أو قيمة الشقص في كخلع الخ ولم يزد على الخلع وصلح العمد مسألة الخمر ومسألة النكاح كهذين فافهم.

(ص):

(وما ينبوب المشتري فيما اشترى يدفعه له الشفيع محضراً)

تقدم بيان مدلوله قريباً.

فصل في القسمة

ثَلَاثُ الْقِسْمَةِ فِي الْأَصُولِ
فَقِسْمَةُ الْقُرْعَةِ بِالتَّقْوِيمِ
وَمَنْ أَبِي الْقَسَمِ بِهَا فَيُجْبَرُ
كَذَلِكَ فِي اخْتِلَافِ الْأَجْنَاسِ وَفِي
وَلَا يَزِيدُ بَغْضَهُمْ شَيْئاً وَلَا
وَيَبِينُ أَهْلَ الْحَجَرِ لَيْسَ يَمْتَنِعُ
وَهَذِهِ الْقِسْمَةُ حَيْثُ تُسْتَحَقُّ

وَعِيرَهَا تَجُوزُ مَعَ تَفْصِيلِ
تَسْوِغٌ فِي تَمَائِلِ الْمَقْسُومِ
وَجَمْعُ حَظَّيْنِ بِهَا مُسْتَنْكَرٌ
مَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونِ الْمَنْعِ اقْتِضِي
يُرَادُ فِي حَظِّ لِكَيْ يُعَدَّلاً
قَسَمَ بِهَا وَمُدَّعِي الْعَبْنِ سُمِعَ
يَظْهَرُ فِيهَا أَنَّهَا تَمَيِّزُ حَقِّ

قال ابن عرفة: القسمة تصبير مشاع من مملوك مالكين فأكثر معيناً ولو باختصاص تصرف فيه بقرعة أو تراض اه. وتصبير مضاف للمفعول الأول، والمفعول الثاني هو قوله معيناً يعني أن القسمة هي (أن يصير) القاسم الشيء المقسوم المشاع المملوك لاثنتين فأكثر معيناً أي يصيره معيناً بعد أن كان مشاعاً، ثم بالغ على قسمه المنافع دون الرقاب بقوله: ولو باختصاص تصرف فيه، أي ولو كان بالتعيين باختصاص التصرف فقط مع بقاء الأصل مشاعاً، وقد أفاد الناظم رحمه الله بالبيت الأول أن القسمة في الأصول وغيرها ثلاثة أقسام وأنها جائزة على تفصيل يأتي. وقال ابن سلمون: والقسمة جائزة في الأصول وغيرها وهي بيع من البيوع عند مالك، وقيل تمييز حق وهي ثلاثة أنواع: قسمة قرعة بعد تقويم وتعديل، وقسمة مرضاة بعد التقويم والتعديل، وقسمة تراض وإنفاق من غير تقويم ولا تعديل. فأما النوع الأول فهو الذي يحكم به وهو الذي يجري فيه القولان المذكوران، قال ابن رشد: والأظهر في قسمة القرعة أنها تمييز حق، وفي قسمة التراضي بعد التقويم والتعديل أنها بيع من البيوع، وأما قسمة التراضي دون تقويم ولا تعديل فلا اختلاف في (أنها بيع) من البيوع فلها حكمه في العيوب والاستحقاق اه.

فصل في القسمة

(ص): ثلاث القسمة في الأصول. إلى آخر الأبيات السبعة.

قوله: (أن يصير الخ) تأمله إذ القاسم إنما فعله أن يصير الجزء المشاع في المملوك بين الشركاء معيناً، إذ الجزء كان مشاعاً فيه فيعيته، ولم يكمل هذا الشارح كلام ابن عرفة فيما يخرج عن الحد انظره في الشرح. قوله: (أنها بيع الخ) صحيح وقد بينا في الشرح أنها بيع لا كالبيع، والمراد بالبيع الأعم، فهذه القسمة فرد من أفرادها كالصرف هو فرد من أفرادها ولذلك يحمل عليهما فيقال: القسمة بيع أو الصرف بيع، والذي لخصناه في الشرح أن قسمة المرضاة بلا تعديل بيع اتفاقاً

(ثم ذكر الناظم) موضوع هذا القسم وبعض أحكامه فأشار لموضوعه بقوله: تسوغ في تماثل المقسوم، ثم صرح بمفهومه وأنها لا تجوز في الأجناس المختلفة في قوله: كذاك في اختلاف الأجناس لأنه مشبه في الحكم بقوله: وجمع حظين بها مستنكر، وهو معنى قول ابن سلمون وغيره: ولا تجوز قسمة القرعة إلا فيما اتفق جنسه أو تقارب. ثم قال: ولا تجوز في الأشياء المختلفة من الثياب وغيرها وإن عدلت بالقيمة لأن ذلك من المخاطرة، فلا تجمع الدور مع الأرضين والجنات فيها ولا أنواع الثمار ولا غير ذلك مع سواه مما يخالفه، وإنما يقسم كل نوع منها على حدة، والأرض إن كانت مستوية في الطيب والكرم قرب بعضها من بعض جمعت في القسم ويخرج نصيب كل واحد في موضع واحد، وإن كانت مختلفة الأنماط أو بعيداً بعضها من بعض فإنما يقسم كل نوع

وغيرهما وهي المراضاة بعد التعديل كذلك على الراجح، وقسمة القرعة تمييز حق على الراجح، ولذلك أطلق في المختصر في أن قسمة المراضاة بيع، واقتصر في القرعة على أنها تمييز حق وذلك صواب، بل قال ابن فرحون: تمييز حق في القرعة هو المشهور. وقال في الشامل: هو الأصح، والمسألة فيها خلاف انظر الشرح، بل قال الباجي ما نصه: فصل واختلف الناس في القسمة هل هي بيع من البيوع أو تمييز حق؟ فلاصحابنا مسائل تقتضي كلا القولين، وقد قال مالك في المدونة إن القسمة بيع من البيوع، ووجه ذلك أن كل واحد من المتقاسمين يبيع حصته مما خرج عنه بحصة شريكه مما صار إليه لأنه ملك حصته صاحبه من الجزء الذي صار إليه من الجزء الذي أخذ صاحبه، وهذه معاوضة ومبايعة محضة، ووجه قولنا أنها تمييز حق أنها غير موقوفة على اختيار المتقاسمين، بل قد تجوز فيها المخاطرة بالقرعة وذلك ينافي البيع فثبت أنها تمييز حق. وقد روى أشهب عن مالك في العتبية والمجموعة في ثلاثة إخوة ورثوا ثلاثة أعبد فاققسموهم وأخذ كل واحد عبد مات عبد أحدهم واعترف عبد الآخر، فمن مات بيده العبد لا يرجع عليه بشيء، ويرجع الذي استحق في يده العبد على أخيه الذي بقي عنده العبد فيكون له ثلثه والذي بيده ثلثاه، قال أشهب في المجموعة: فلو كانت القسمة كالبيع لرجع من استحق من يده العبد على أخيه الذي مات عنده العبد بثلث قيمته ولكن ليس كالبيع، وقد قال سحنون: القسم ليس كالبيع اهـ. بلفظه. وقوله: واعترف أي استحق فأنت تراه يظهر منه أن الخلاف في القسم على الإطلاق وإن لم يذكر قرعة ولا تعديلاً، واستدل له على أنها تمييز تأمله أي استدلاله، ولكن لو وقعت على الشرح لفهمت ما أومأنا إليه لأننا بينا فيه أن الجبر لا ينافي البيع فقف عليه تر الحق عياناً، وبينما ما تظهر فيه ثمرات الخلاف هل القسمة بيع أو تمييز حق وإن تقدم في كلام الباجي ما رأيته.

قوله: (ثم ذكر الناظم الغ) لفقتنا في هذا ما نصه:

فقرعة يجبر من أباهما	لكونها في مال قد تضاهى
وغبنها ينظر ذا المعلوم	كذا تراض معه تقويم
وفي مكيل أو بوزن لا تقع	على خلاف جمع حظ قد منع
وضدها بضدها ذا حكموا	في كل ما مرّ على ما فهموا

على حدة، وكذلك الدور ما كان منها متقارب المكان متساوياً في النفاق والرغبة جمع في القسمة، فيجمع كل واحد نصيبه في دار واحدة أو دار وبعض أخرى، وإلا قسمت كل دار على حدة، وأما الجنات والثمار فإن اختلفت مثل أن تكون جنة من تفاح وأخرى من رمان لم يضم واحد منهما إلى الآخر، وإن كانت الثمار فيها مختلطة فهي كالكروم ما تقارب منها واتفقت الرغبة فيه والكرم جمع بعضه إلى بعض وإلا فلا، والجنة الواحدة إذا قسمت وفيها الثمر قسم قاعتها وشجرها بتعديل بالقيمة حتى يكون كل سهم بما فيه من الشجر معادلاً للسهم الآخر وإن اختلف التكسير فيها بالنقصان والزيادة، ولا يجوز أن تصير الشجرة من أحد السهام في سهم الآخر، ولا يقسم بالقرعة إلا الصنف الواحد أو المتشابه، فاليز كله صنف واحد، وينضاف إليه الصوف والأفرية، وقيل هو أصناف، وثياب القطن والكتان صنف، والحريز والخز صنف، ويقسم المخيط من ذلك مع غير المخيط، والخيل والبغال والحمير كل واحد منها صنف اهـ. باختصار. ثم أشار الناظم إلى بعض أحكام هذا النوع من القسمة فقال: ومن أبي القسم بها فيجبر يريد أن من دعا إلى قسم القرعة فإنه يجاب إلى ذلك، ومن امتنع منه حكم عليه به، قال ابن سلمون: وهذه القسمة هي التي يحكم بها على من أباهما وبها يقسم على المحاجير، ثم قال: وجمع حظين بها مستنكر. المواق: سمع ابن القاسم لا يجمع حظ اثنين في القسم. ابن رشد هو قوله في المدونة ومعناه أن لا يكونوا أهل سهم واحد. (اللخمي: يجوز أن يجمع نصيبان) في القسم بالتراضي، ومنع ذلك ابن القاسم في القرعة، وسمع القرينان الأخوة للأم يرثون الثلث يقول أحدهم: اقسما حصتي على حدة ليس ذلك له ويقسم له وإخوته جميعاً الثلث ثم يقاسمهم بعد إن شاء. ابن رشد: لا خلاف في ذلك في أهل السهم الواحد كالبنات أو الزوجات ونحوهم، وأما العصابة فثالث الأقوال قول ابن القاسم في المدونة لهم أن يجمعوا نصيبهم إن أرادوا. ابن سلمون: ولا يجمع فيها بين حظين. قال مالك في المجموعة: فإن كانت زوجة مع عصابة ضرب لها بحظها في أحد الطرفين. قال ابن القاسم: واحداً كان العصابة أو جماعة إنما يخرج سهمهم واحداً ثم يقتسمون بينهم بعد ذلك إن شاءوا لأن العصابة كأهل سهم واحد، وكذلك الأخوة للأم والنسوة الزوجات إذا كثروا إنما يضرب لهم سهم واحد ثم يقتسمون بينهم بعد ذلك. وفي كتاب الاستغناء: إذا كانت دار بين أخوين بنصفين فمات أحدهما عن ورثة فإنما يضرب لهم بسهم واحد فتقسم الدار نصفين ويقترع عليها ثم يقتسم الورثة النصف الصائر لمورثهم بعد ذلك. وفيه قال يحيى بن عمر: من اشترى نصف نصيب وارث فأراد أن يضرب له بسهم فليس له ذلك، وإنما يضرب بجميع سهم الوارث ويخرج هو معه ثم يقتسم مع الوارث بعد ذلك. قوله: كذا في اختلاف الأجناس تقدم الكلام عليه. قوله: وفي مكيل أو

وانظر عند قول المتن: وقسم عن صغير الخ أن الذي به العمل هو القسم عن المحاجير بالمرضاة مع التقويم، وبه تعلم ما الذي نقله هذا الشارح ولم يشر لهذا. قوله: (اللخمي يجوز أن يجمع نصيبان الخ) أهل السهم الواحد يقسم لهم وليس لأحدهم الانفراد، ولكن المسألة فيها كلام

موزون المنع اقتفي. نقل الشارح عن المقصد المحمود في قسمة القرعة ما نصه: (ولا تجوز في المكيل) والموزون اه. ونحوه في مجالس القاضي المكناسي اه. قيل: ومحل المنع إذا ترك الكيل والوزن واقترعوا، وأما القرعة بعد الكيل أو الوزن فجائزة. وفي ابن سلمون قال ابن حبيب: (وقد أجاز مالك) فيما لا يكال من الطعام الذي لا يجوز الفضل فيه، وإنما يباع وزناً كاللحم والخبز وفيما لا يباع وزناً ولا كيلاً كالبيض أو يقسم بالتحري

طويل غاية، قف عليها عند قول المختصر في كتاب القسمة: ولا يجمع بين غاصبين. فإننا قد جلبنا فيها كلام الناس، وكلام هذا الشارح فيها حسن. قوله: (ولا تجوز في المكيل الخ) ظاهر كلامهم هو عدم الجواز مطلقاً كانت بعد المكيل أم لا، وقد استوفينا كلام الناس في ذلك عند قول المختصر: وأفراد كل نوع. وقال أبو الحسن ما نصه ابن رشد لا تجوز القرعة في المكيل والموزون. وقال الباجي: لا تكون القرعة في المكيل والموزون، قال: وعبارة الباجي أحق الخ. وقال ابن ناجي بعده: قلت يقول ابن رشد كان شيخنا الشيببي يفتي وأفتى شيخنا حفظه الله بجوازه قائلاً: ونص عليه الباجي وهو خلاف ما تقدم عنه اه. وإلى هذا الكلام أشار التتائي ولكن هذا الكلام غير محرر، فإن أريد بالقرعة مع الجبر وبلا كيل ولا وزن فذلك غير جائز قطعاً. لأن قسمة القرعة فيها الخطر من أصلها، واغتفر الإسهام فيها للضرورة كما ذكره في هذا الباب الرجراجي وغيره. وعبارة أبي الحسن الإسهام إنما رخص فيه للضرورة في تمييز حق الشريك وإن كان فيه غرر الخ. وكذا مع عدم الجبر والتقويم فإن القرعة لا تجوز للغرر أيضاً مع وجود ما يرفع الغرر وهو القسم أو الوزن، وإن أريد أن القسم وقع بالكيل مثلاً وأريد الإسهام فيه فهذا لا مانع منه لأن الإسهام لتطبيب خواطر المتقسمين كما في الرجراجي والقرافي وغيرهما، ورأينا الناس يقسمون اللحم بالوزن ويسهمون عليه ولربما يقع في أنفس الناس وإن كيل الطعام أن بعض الجهات أولى فافهم وانظر دليل هذا في المحل المذكور. قوله: (وقد أجاز مالك الخ) هذا قال فيه في المختصر ما نصه: واعتبرت المماثلة بمعيار الشرع وإلاً فبالعادة، فإن عسر الوزن جاز التحري لا إن لم يقدر على تحريه لكثرتة وبيتنا المتن في الشرح وأنه على إطلاقه وأن ما مرّ عليه صحيح فقف عليه إن شئت. وإن قوله: فإن عسر الخ صحيح بخلاف الكيل فإنه لا يعسر لأنه يقسم بالمكيال المجهول ولا يباع به ويصح القسم بالحفنة ولذلك في البيع سوى بين الكيل والوزن، فقال في بيع الجزاف: ولم يعد بلا مشقة، وإن الكيل والوزن يغتفر تركهما في البيع بشروط الجزاف لأن الكيل قد يعسر، إذ لا يجوز إلا بمكيال معلوم وهو مظنة الفقد فافهم. وقول المختصر: فإن عسر الوزن مفهومه أنه إذا لم يعسر لم يجز القسم وهو صحيح، وكذا لا يجوز بعدم الكيل في المكيلات ولا بعدم العدد في المعدودات وهو كذلك، وظاهره أنه لا فرق في هذا كله بين ربوي من غيره وهو كذلك، ولكن المسألة ذات خلاف قوي، ولكن صاحب المختصر قال في المزابنة: وجاز إن كثر أحدهما في غير ربوي لكن هذا في البيع وما ذكرناه في القسمة، ولكن الذي يظهر رجحانه من كلامهم أنه إذا بان الفضل هو الجواز في القسمة والمبادلة، انظر هذا في المحل المذكور وعند قول المختصر وأفرد كل نوع في كتاب القسمة والمبادلة وبيان الفضل في غير الربوي لا يتقيد جوازه بموزون ولا بغيره وجد معيار أم لا لانتفاء المخاطرة وعدم حرمة التفاضل فافهم هذا، وانظر كلام ابن رشد فإنه قال في القسمة في الصبرة أنه تمييز حق بخلاف غيرها، والحاصل فرق بين القسم والبيع وهو الذي صوّبه ابن عرفة، ولكن يشترط في القسم بلا وزن عند تعسر الميزان أن يكون القاسم عارفاً بالحرز والتخمين كما في شروح المتن

وذلك فيما قلّ لأن التحري يحيط به، فإذا كثر لم يجز اقتسامه بالتحري. قوله: ولا يزيد بعضهم شيئاً البيت أي لا يجوز في قسمة القرعة أن يزداد في قسمة دنانير أو دراهم لكون القسمة الأخرى أحسن وأكثر ثمناً من هذه، قاله في المقصد المحمود، ومثله في ابن سلمون. (وفي المواق عن اللخمي) ما نصه: وإن اختلفت قيمة الدارين فكان بينهما يسيراً مثلي أن تكون قيمة إحداهما مائة والأخرى تسعين فلا بأس أن يقترعا، على أن من صارت إليه التي قيمتها مائة أعطى صاحبه خمسة دنانير لأن هذا ممّا لا بدّ منه ولا يتفق في الغالب أن تكون قيمة الدارين سواء. قوله: وبين أهل الحجر ليس يمتنع قسم بها أشار به لقول ابن سلمون في قسمة القرعة هذه القسمة هي التي يحكم بها على من أباه وبها يقسم على المحاجير. وفي المقصد المحمود: ويجوز قسم الوصي ومقدم القاضي بالقرعة بإفناق. وقوله: ومدعي الغبن سمع قال في المقصد المحمود: ويرجع فيها بالغبن إذا ظهر وهما لمحدثان القسمة. وفي مجالس المكناسي: ويجب القيام فيها بالغبن إذا ثبت لأن كل واحد منهما على قيمة مقدرة وذرع معلوم، فإذا وجد نقصاً من ذلك وجب له الرجوع. قوله: وهذه القسمة حيث تستحق البيت الإشارة لقسمة القرعة، وقد تقدم هذا عن ابن رشد وأن الأظهر في قسمة القرعة أنها تمييز حق. (فرع: أفتى الإمام) أبو إسحاق الشاطبي في قسمة الطعام المشترك من غير حضور الشريك فإن الذي يظهر له العمل عليه أن لا يطلب الشريك بحضور شريكه ولا بانتجاز قبضه وهو الذي عليه عمل الناس فيتركون وما هم عليه. فرع: (أفتى أبو سعيد) ابن لب يجبر الممتنع من الشريكين على قسمة فندق دعا شريكه لقسمة إلا إن كان في قسمته ضرر نقلهما الشارح.

لَكِنْ مَعَ التَّغْيِيلِ وَالتَّقْوِيمِ
وَتَشْمَلُ الْمَقْسُومَ كَلَامًا مُطْلَقًا
فِيهِ تَفَاضُلٌ فِيهِ تَمْتَنِعُ
حَيْثُ بَدَا السَّدَادُ فِي الْمَشْهُورِ
وَلَا سِوَاهُ هَبْنَهُ بِالتَّأخِيرِ

وَقِسْمَةُ الْوِفَاقِ وَالتَّسْلِيمِ
جَمْعٌ لِحَظَّيْنِ بِهَا لَا يُتَّقَى
فِي غَيْرِ مَا مِنَ الطَّعَامِ الْمُتَمَتِّعِ
وَأَعْمِلْتُ حَتَّى عَلَى الْمَخْجُورِ
وَمَا مَزِيدُ الْعَيْنِ بِالْمَحْظُورِ

وغيرها. قوله: (وفي المواق عن اللخمي الخ) كلام اللخمي هو المشار إليه في المختصر بقوله عاطفاً على ما لا يجوز ما نصه: أو فيه تراجع إلا أن يقل، واعترض كلام اللخمي هذا الناس ابن عرفة وغيره ونقلنا كلامهم في الشرح، ولكن بيننا والحمد لله أن كلامه صحيح وأن المتن لا اعتراض عليه، ومن قال بالمنع قال يباع الذي أريد قسمه، ولا شك أن في هذا ضرراً. قوله: (فرع أفتى الإمام الخ) الشاطبي استدل على ما ذكره بقول ابن رشد بقسم الصبرة الواحدة لأنه تمييز حق وفرق بين البيع والقسمة. قوله: (أفتى أبو سعيد الخ) هذا يدل عليه كلام المختصر عاطفاً على ما لا يجوز أو فيه فساد الخ، وقد فصل فيه شراحه، وكذا قوله وأجبر لها كل أن انتفع كل الخ وهذا مدلوله لمن قبل المصنف فافهم.

(ص): وقسمة الوفاق والتسليم إلى آخر الأبيات الستة.

وَمَنْ أَبِي الْقَسَمِ بِهَا لَا يُجْبَرُ وَقَائِمٌ بِالغَبْنِ فِيهَا يُغَدَّرُ

هذا هو النوع الثاني من أنواع القسمة وهو قسمة المراضة بعد التقويم والتعديل . قال ابن سلمون: وهي من نحو الأولى وفيها القولان هل هي بيع أو تمييز حق؟ قوله: وقسمة الوفاق أي التي توافق عليها الشركاء ولم يجبر أحد منهم عليها، ومعنى التسليم أي سلم كل واحد منهم لصاحبه ما أراد. (والتعديل هو التقويم) صرح به الشارح في شرح قوله: وأجر من يقسم أو يعدل، وكان التقويم طريقاً للتعديل والتسوية. وقوله: جمع لحظين بها لا يتقى، قال ابن سلمون: ولا بأس أن يجمع في هذه القسمة بين حظين ونحوه في المقصد المحمود، وتقدم بعض الكلام على ذلك في النوع الأول. قوله: وتشمل المقسوم كلاً مطلقاً. قال ابن سلمون: وتجوز في الأشياء المختلفة والأصناف المتباينة والبعيد بعضها من بعض من الأرضين وغيرها. قوله في غير ما من الطعام الممنوع البيت هذا مستثنى من قوله: وتشمل المقسوم كلاً يعني أن هذا النوع من القسمة يشمل جميع الأشياء إلا الطعام الذي يمنع فيه التفاضل فإنه تمنع قسمته إذا أردت إلى التفاضل الممنوع (كأن يكون وسق شعير) ونصف وسق قمح بين رجلين فيقومان الوسق بستة دراهم مثلاً ونصف الوسق بستة أيضاً، على أن يخرج أحدهما بالوسق من الشعير والآخر بنصف الوسق من القمح، فهذا لا يجوز للتفاضل بين القمح والشعير، وكذا لو كانا وسقين فخرج أحدهما بوسق القمح على أن يزيد لصاحب الشعير دراهم أو عرضاً فلا يجوز أيضاً لأن وسق القمح يبيع بوسق الشعير وبشيء آخر فحصل التفاضل بينهما. قال الشارح ما معناه: إذا منعت القسمة المؤدية للتفاضل في الطعام فأحرى التي تؤدي إليه أو إلى النسا في بيع أحد النقيدين بالآخر. قال في المقصد المحمود: ويجمع فيها بين المكمل والموزون، حاشى ما يدخر من الطعام مما لا يجوز التفاضل فيه اه. قوله: وأعملت حتى على المحجور البيت. قال ابن سلمون: وفي الوثائق المجموعة قسمة الوصي بها على الأيتام جائزة، والقول بعدم الجواز هي رواية في العتبية اه. وقال قبله: ولا يحكم بها على المحاجير إلا إذا ثبت لهم في ذلك السداد على خلاف اه. ونقل الشارح عن الوثائق المجموعة أيضاً ما نصه: ولا تجوز قسمة المراضة إلا بين المالكين، وأما الأيتام ومن لا

قوله: (والتعديل هو التقويم) كلام الفقهاء فيه عطف التقويم على التعديل والأصل فيه التغاير، والذي يظهر من كلامهم أن التعديل هو جعل هذا يقابل هذا عند الشروع في القسمة ثم بعد ذلك يقوم الشيء وما جعل في مقابلته، وهكذا رأينا الناس يقسمون الغنم ونحوها، والتقويم في الحقيقة هو ميزان لما عدل هل أصيب في التعديل أم لا؟ وفي الوثائق المجموعة في قسمة دار ما نصه بعد أن قيمتها بالذراع وبنائها بالتقويم هذا لفظه، فجعل التعديل في الأرض والتقويم في البنيان، وهذا يدل على التغاير في الجملة فافهم. قوله: (كأن يكون وسق شعير الخ) هذا ظاهر، وإنما الذي يحتاج للتنبيه عليه هو قسم الصبرة الربوية جزافاً بلا وزن مع وجود الميزان فإن ذلك لا يجوز على المشهور وهو مفهوم قول المتن: فإن عسر الوزن جاز التحري، ففي هذا مزبنة ومفاضلة، إذ الشك في التماثل كتحقق التفاضل، وغير الربوي إنما فيه العلة الأولى فقط. وانظر قول المتن: وجاز إن كثر

يملك نفسه فلا تجوز قسمة المراضاة بينهم (إلا أن يثبت السداد اهـ). وإلى تقييد أعمالها بين المحاجر بالسداد أشار الناظم بقوله: وأعملت البيت. قوله: وما مزيد العين البيت في ابن سلمون: لا بأس أن يريد أحدهما الآخر دراهم أو دنائير مقبوضة أو مدخرة. قوله: ومن أبي القسم بها لا يجبر. قال ابن سلمون في النوع الثاني: ولا يجبر عليها أحد ولا يحكم بها عليه اهـ. قوله: وقائم بالغبن فيها يعذر. قال في المقصد المحمود: ويقام فيها بالغبن أيضاً لدخول كل من المتقاسمين على قيمة مقدرة وقدر معلوم، وإلا ظهر فيها أنها بيع من البيوع اهـ. وإنما يقام فيها بالغبن إذا كان بالقرب، أما بعد طول كالسنة أو بعد البناء والغرس فلا قيام كما يقول بعد:

والغبن من يقوم فيه بعدا إن طال واستغل قد تعدى
(انظر الخطاب) في شرح قوله: ونظر في دعوى جور أو غلط.

وَقِسْمَةُ الرِّضَا وَالْإِتْفَاقِ مِنْ غَيْرِ تَعْدِيلٍ عَلَى الْإِطْلَاقِ
كَقِسْمَةِ التَّعْدِيلِ وَالتَّرَاضِي فِيمَا عَدَا الْغَبْنَ مِنَ الْأَغْرَاضِ
وَمُدْعٍ غَبْنًا بِهَا أَوْ غَلَطًا مَكْلَفٌ إِنْ رَامَ نَقْضًا شَطَطًا

هذا هو النوع الثالث من أنواع القسمة، وهي قسمة المراضاة والاتفاق من غير تعديل ولا تقويم، وهي كالنوع الثاني قبله يليه في جميع ما تقدم على الإطلاق كما تبّه عليه آخر البيت الأول ما عدا القيام بالغبن فلا قيام في هذا النوع به، ومن أراد نقض هذه القسمة لدعواه أن فيها غبناً أو غلطاً لا يلتفت إليه ولا تسمع دعواه، وعن عدم اعتبار دعواه عبر بقوله: مكلف إن رام نقضاً شططاً، أي ظلماً. ابن سلمون: النوع الثالث قسمة المراضاة

أحدهما في غير ربوي. قوله: (إلا أن يثبت السداد الخ) عبارة المتبني في هذا هو قوله: ويجوز قسم الرضى على يتيمه بالسهم، واختلف في القسم عليه بالمراضاة بعد التعديل والتقويم، فقال ابن أبي زمنين وابن العطار ذلك جائز وبه القضاء. وقال ابن الهندي: لا يجوز، ونحوه في العتبية الخ. والباجي اعترض قول ابن الهندي بما في المدونة مما يدل لما به القضاء. وقال أيضاً الباجي الذي يقتضيه النظر هو قول ابن الهندي إلا أن يكون في قسمة المراضاة وجه بين من المصلحة للأيتام فذلك جائز كالبيع عليهم أي الأيتام الخ وإن قدم ما رأته. وعبارة ابن فتحون في وثائقه قسمة الوصي على محاجيره لمراضاة بعد التقويم أجازها أكثر شيوخنا إذا كان في ذلك مصلحة لهم الخ. وفي ابن سلمون: إذا ثبت لهم في ذلك السداد فانظر وتأمل فإن الأيتام حقهم عظيم، فالأولى أن يرتكب لهم ما فيه الصلاح بلا احتمال، وصاحب المختصر قال: وقسم عن صغير أب أو وصي وأطلق وذلك صواب، ولا يحتاج إلى التقييد بالسداد لأن الوصي ونحوه معزول عن غيره فافهم. ولكن انظر عند قول المتن وقسم الخ.

قوله: (انظر الخطاب الخ) انظر الشرح تر الحق زيادة على ما في الخطاب وكلاماً فيما يدل للخطاب أو يحالفه.

من غير تعديل ولا تقويم وهي بيع من البيوع باتفاق، والحكم فيها كالحكم في التي قبلها إلا في القيام بالغبن فلا قيام به في هذه (لأنها كبيع المساومة). قال ابن مغيث: (فإن كان الذي عقدها) وكلياً فلموكل أن يقوم بالغبن إذا ظهر له، قاله ابن زرب وغيره. وفي أفضية المدونة ما يقتضي أنه يقام فيها بالغبن ثم قال: قال ابن حبيب (إذا ادعى أحد المتقاسمين) الغلط فإن كانت القسمة بالتراضي فلا يلتفت إلى مدعي الغلط وإن ظهر وتبين وهي كبيع المساومة، وإذا بيعت السلعة مساومة بثمن يسير فالبيع لازم وإن تبين الغبن والغلط، وإن كانت القسمة بالمساهمة أو على التعديل فله القيام بالغبن إذا ظهر لأن ذلك بمنزلة بيع المرابحة اه. وقول ابن مغيث موافق للمشهور لأن القاعدة أن كل من تاب عن غيره فلا يمضي من فعله إلا ما كان سداداً والله أعلم. فقوله: وقسمة الرضا مبتدأ خبره كقسمة التعديل. وقوله على الإطلاق حال من الضمير في الخبر.

وَقِسْمَةُ الْوَصِيِّ مُطْلَقاً عَلَى مَحْجُورِهِ غَيْرِهِ لَنْ تُحْظَلَ

يعني أن المحجور إذا كان مشاركاً لغيره فطلب أحدهما القسمة فإن المحجور يقسم عنه وليه أبوه إن كان وإلاً فوصيه، فإن لم يكن واحداً منهما فإن القاضي هو الذي يقسم عليه كما يذكره الناظم في الصغير والغائب، نقول: وكذلك يقسم على السفيه البالغ حيث لا أب ولا وصي. قال في المدونة: ويجوز أن يقاسم على الصغير أبوه أو وصيه في الدار والعقار وغيرهما ملك ذلك بمورث عن أمه أو بغير ذلك. (وفي مختصر الشيخ خليل: وقسم عن صغير أب أو وصي) ويقسم عنه بأي أنواع القسمة المتقدمة شاء، وعلى ذلك نبه

قوله: (لأنها كبيع المساومة الخ) ظاهره أنه لا يقام بغبن في بيع المساومة خالف العادة أو لا، وقدما هذا عند كلامنا على الغبن. قوله: (فإن كان الذي عقدها الخ) صحيح انظر عند قول المتن ولا يغبن. قوله: (إذا ادعى أحد المتقاسمين الخ) يفسر هذا قول المختصر ونظر في دعوى جور أو غلط وحلف المنكر فإن تباحش أو ثبت نقضت كالمراضاة إن ادخلا مقوماً، والقريب في الغلط من السواء هنا فيه خلاف، وهل هو كالكثير أم لا؟ انظر الشرح. وقول ابن القاسم: والمنسوب هو عدم الفرق. وقول المتن: إن ادخلا مقوماً هو خلاف كلام الناس انظر الشرح. وذكر الباجي إن لم تفسر البيئة في شهادتهم الغبن لم تقبل إن لم يكونوا من أهل المعرفة والنظر وإلا قبلت لأنها صناعتهم. (ص):

(وقسمة الوصي مطلقاً على محجوره مع غيره لن تحظلا)

قوله: (وفي مختصر الشيخ خليل وقسم عن صغير أب أو وصي) وملتقط كقاض من غائب لا ذي شرطة أو كنف أخ أو أب عن كبير اه. وكملناه لتتم به الفائدة، وشمل قول المختصر صغير كان ما له عقاراً أو لا والسفيه مثله كما لا يخفى، وظاهره لا يحتاج إلى الرفع للسلطان، أما في الأب فظاهر بل ظاهره ولو قاسم مع نفسه، ونقلنا هذا مبيناً في الأصل ولا بعد في هذا لأن حاصله أن يكون بمنزلة اشتراؤه لنفسه من مال ولده والقسم أخف كما ذكره هنا، وربما يدل لهذا قول الناظم هنا: وقسمة الوصي أن مع أن الوصي يقسم ما هو مشترك بينه وبين محاجيره إذا ضمن الشهود السداد في القسم وهو ظاهر قول مالك في العتبية ومقابله، قاله ابن أبي زمنين، وأنه لا بد من الرفع،

الناظم بقوله مطلقاً. والحظّل المنع، قال الناظم:

فَإِنْ يَكُنْ مُشَارِكاً لِمَنْ حَجَرَ فِي قِسْمَةٍ فَمَنْعُهُ مِنْهَا اشْتَهَرَ
إِلَّا إِذَا أَخْرَجَهُ مُشَاعاً مَعَ حَظِّهِ قَضَاءً فَلَا امْتِنَاعاً
وَيُقْسِمُ الْقَاضِي عَلَى الْمَحْجُورِ مَعَ وَصِيهِ عِنْدَ اقْتِفَاءِ مَنْ مَنَعَ
كَذَا لَهُ الْقِسْمُ عَلَى الصُّفَارِ وَغَائِبِ مُنْقَطِعِ الْأَخْبَارِ

قوله: فإن يكن مشاركاً الأبيات الأربعة ما تقدم في البيت قبل هذه هو إذا كان المحجور مشاركاً مع أجنبي، والكلام الآن فيما إذا كان مشاركاً لوصيه يعني أن المحجور إذا كان مشاركاً لوصيه لم يجز أن يقسم له وصيه لأنه من بيع مال محجوره من نفسه وهو ممنوع للتهمة إلا إذا كان معهما ثالث أو رابع مثلاً فقسما وخرج الوصي لنفسه ولمحجوره بما خرج به مشاعاً بينه وبين المحجور فإن ذلك جائز، فإن لم يرد ذلك وأراد أن يمتاز كل بما خرج به فلا يقسم على المحجور إلا القاضي، وكذلك يقسم القاضي على الصغار الأيتام المهملين وعلى الغائب، ففي منتخب ابن أبي زمنين: قال محمد: وإذا كان الوصي شريكاً لمن هو في ولايته لم يجز أن يقسم على نفسه وعلى الذي هو في ولايته، ولكن يرفع الوصي ذلك إلى السلطان فيقدم للمولى عليه من يقاسم الوصي، فإذا عرف حظ المولى عليه رجع النظر فيه إلى الوصي، هذا إذا كانت القسمة يعرف فيها نصيب المولى عليه على الانفراد، ولو أخذ الوصي نصيبه ونصيب من ينظر له على الإشاعة ويكون نصيب من يقاسمه ممن ليس في ولايته يأخذه على الانفراد لجاز فعل الوصي في ذلك إذا كانت قسمتهم على المراضاة بلا تهمة، هذا الذي تعلمناه وسمعناه. وفي المتيضية: وإذا كانت دار أو ضيعة بين شركاء وغاب أحدهما ودعا الباقيون إلى القسمة فإن القاضي دون غيره من الحكام يقسم عليه ولا يجوز قسم صاحب الشرطة عليه، قاله

انظر الشرح فإن المتن ظاهره الإطلاق إذ لم يعرج على ذكر الرفع أصلاً، ونقلنا في الشرح عن الأخوين أن الأم كالوصي ولا ترفع للسلطان في قسمها بين أولادها وذلك ظاهر مقدم القاضي كالوصي، انظر هذه المسائل وما بقي منها في الشرح، وانظر قسم الأخ عند قول المتن في الحجر لا حاضن الخ.

(ص): فإن يكن مشاركاً لمن حجر إلى آخر الأبيات الأربعة. قال في المدونة أثناء كلام ما نصّه: ولا يقسم الوصي بين الأصغر حتى يرفع إلى الإمام فيراه نظراً، وإن كان معهم أكابر أحببت له أن يرفع إلى الإمام، فإن قاسم الصغار معهم دون رفع جاز إذا اجتهد حضر الأصغر أو غابوا وما صار لكل صغير منهم بقسم وصي أو قاض من أكابر يبقى بحاله لا تخلط أنصباؤهم بعد ذلك الخ وهذا منها باللفظ. وكتب عليه أبو الحسن أي على قوله فيراه نظراً ما نصّه الشيخ خوف الميل إلى بعض محاجيره وهذا إنما يتصور في قسمة التراضي، انظر الشرح فإنه أخذ من المدونة جواز القسمة من الوصي بين محاجيره فيما بينهم والمسألة فيها الجواز والكراهة والمنع أي من غير رفع للسلطان، وقول المدونة أحببت هو على بابه.

مالك وابن القاسم وغيرهما وبه القضاء وعليه العمل. قوله: فإن يكن أي الوصي. وقوله: في قسمة المناسب في مقسوم وضمير ومنعه للوصي وضمير منها للقسمة وضمير أخرجه لنصيب المحجور ويدل عليه السياق. وقوله: ويقسم القاضي البيت أي إذا بينا على قول من منع قسمة الوصي مع محجوره المتقدم في قوله: فمنعه منها اشتهر فإن القاضي يقسم على الصغير أو يقدم من يقسم له وضمير له لقسمة القاضي، قال الناظم:

وَحَيْثُ كَانَ الْقَسْمُ لِلْقَضَاةِ فَبَعْدَ إِثْبَاتِ لِمُوجِبَاتِ
وَيُتْرَكُ الْقَسْمُ عَلَى الْأَصَاغِرِ لِحَالِ رُشْدٍ أَوْ لَوَجْهِ ظَاهِرِ

(قال الشارح): وحيث يكون القسم كما قيل للقضاء فإن ذلك بعد أن يثبت لديهم موجبات الموت والوراثة والمال والملك للموروث في المقسوم إلى أن ورثته ورثته، وإهمال هؤلاء اليتامى وإثبات غيبة هذا الغائب وطلب من شريك هؤلاء الذين تجب القسمة عليهم لحقه فيها، وما أشبه ذلك من الموجبات المتقدمة على القسمة عادة في الطريقة التوثيقية، ويترك القسم على الأصاغر إذا لم تدع له داعية لحال رشدهم أو لوجه ظاهر من المصلحة لهم في القسم وإفرادهم لحظهم من المال اهـ. واللام في الحال ولوجه للغاية أي يترك القسم على الأصاغر إلى أحد أمرين: إما أن يترشدوا ويطلقوا من وثاق الحجر فيقسموا لأنفسهم إن شاؤوا، وإما أن تظهر مصلحة للأصاغر في القسمة فيقسم عنهم وليهم أو القاضي، قال الناظم:

وَمَنْ دَعَا لِبَيْعِ مَا لَا يَنْقَسِمُ لَمْ يُسْمَعْ إِلَّا حَيْثُ إِضْرَارُ حَيْثُ
مِثْلُ اشْتِرَاكِ حَائِطٍ أَوْ دَارٍ لَا كَالرَّحَى وَالْفُرْنِ فِي الْمُخْتَارِ
وَكُلُّ مَا قَسَمْتُهُ تَعَذَّرُ تُنْمَعُ كَالْتِي بِهَا تَضُرُّ

(ص): وحيث كان القسم للقضاة. إلى آخر البيتين. وقوله: (قال الشارح الخ) عبارة المتيطي عن ابن أبي زمنين هو قوله في هذه الأمور ما نصّه: ويثبت بعد الغيبة بحيث يتعذر الاعذار إليه أي الغائب أو غيبة طويلة بحيث لا يعلم فيقدم عند ذلك من يقسم ممن يثق بمعرفته بقرعة بعد تعديل وتقويم ثم يرفع بعد ذلك فيثبته عنده مع ظهور السداد والنظر فيه للغائب فيقرع عنه ويسجل به، وإذا أمكن الاعذار للغائب لقربه والأمن، فقال ابن عتاب: لا بد من الاعذار، وقال عبد الملك: الاعذار في هذا وهم، قال المتيطي: وما قاله ابن عتاب أجرى على الأصول وأبين عند ذوي التحصيل الخ وهذا منه بلفظه. وفي ابن سلمون أكثر من هذا وأفيد فإنه زاد أمورا على هذا قف عليه إن شئت.

(ص): ومن دعا لبيع ما لا ينقسم. إلى آخر الأبيات الثلاثة. هذا قال فيه صاحب المختصر وأجبر لها كل إن انتفع كل، وللبيع إن نقصت حصّة شريكه مفردة لا كربع غلة أو اشتري بعضاً. فقوله: واجبر لها كل الخ كل الأول واقع على الممتنع والثاني على الجميع، ولذلك كرّر لفظ كل بنفسه ولم يأت بالضمير. وقوله: إن انتفع مراده به الانتفاع بالمقسوم قبل قسمه. وقوله: إن انتفع كل كان هو الأبوي أو غيره كما تقدم، وظاهره كل نصيبه أقل أو أكثر وكذا الطالب للقسمة. وقوله: وأجبر ظاهره أنه لا ينظر لنقص الثمن وهو كذلك. وقوله: أجبر الخ ظاهره كان ربع غلة أو لا إذا

المناسب للترتيب الطبيعي تقديم البيت الثالث على اللذين قبله، إلا أن تأخيره كما فعل الناظم هو المناسب لما بعده يليه، وذلك أن الشيء المشترك إما أن لا يقبل القسمة رأساً كالعبد والياقوتة ونحوهما، أو يقبلها بضرر كالخفين والثوب ونحوهما، والحكم في القسمين منع قسمته، وعلى هذا نبّه بالبيت الثالث. فقوله: تعذر هو على حذف إحدى التاءين. وقوله: تمنع هو خبر كل، والتشبيه في قوله كالتي بها تضرر في منع القسمة. قال في المدونة: قال مالك في الجذع بين الرجلين أراد أحدهما قسمته وأبى ذلك صاحبه لا يقسم بينهما، قال مالك: والثوب لا يقسم بينهما إلا أن يجتمعا على ذلك. قال ابن القاسم: والفص (والياقوتة) واللؤلؤة والخاتم هذا كله لا يقسم عند مالك اه. ثم ما لا يقسم توجيهه إن لم يتوافق الشريكان على الانتفاع به مشتركاً والفرض أنه لا يقسم ودعا أحدهما إلى البيع فإن كان هذا المشترك ممّا يقصد الانتفاع بعينه وفي الاشتراك فيه ضرر كالدار والحائط فإنه يجاب إليه وتسمع دعواه، وإن كان ممّا يقصد الانتفاع بخراجه كالفرن والرحى فلا تسمع دعوى من دعا إلى البيع إذ لا ضرر في بقائه مشتركاً، وإلى هذا أشار بالبيتين الأولين. قال في المدونة: إذا دعا بعض الشركاء إلى بيع ما لا يقسم أجبر عليه من أباه، ثم للآبي أخذ الجميع بما يعطى فيه، وسواء كانت شركتهم بمورث أو شراء أو غيرهما اه. وقوله: ثم للآبي أخذ الجميع بما يعطى فيه (قال ابن عرفة: فأخذوا منها) أن ليس لطالب البيع أخذه إلا بزيادة على ما وقف عليه من الثمن اه. والذي أفتى به ابن

كان ينتفع به على الوجه المذكور، قال اليزناسني: وبه العمل وهذا بالقرعة إذ هو الذي يجبر عليه، وقد قال المصنف: وأجبر الخ إذ غير هذا لا يجبر عليه، وظاهر المتن اشترى للتجارة أم لا وهو ظاهر المدونة وغيرها ممن يكثر جلبه وإن قيد بعضهم بغير المشتري للتجارة قائلاً: لأن فيما اشترى للتجارة نقصاً للثمن الذي دخلا عليه. وقوله: وللبيع ظاهره واشترى للتجارة أو لا وهو كذلك. وقوله: لا كربع غلة المصنف تابع لغيره في هذا وإن جرى العمل بخلاف ذلك. وقوله: أو اشترى بعضاً صحيح لا غبار عليه. وإذا قال الآبي للبيع تعطيك ما ينقصه التشقيص ارتفع الجبر عنه كما في نقل ابن غازي. وذكر عن البضائع أن الجبر إنما هو فيما كان ثمنه لطيفاً كالديار والحوانيت ونحوها، وأما الرباع الكبيرة كالفنادق والحمامات التي بيع النصيب فيها أفضل وأرغب فإنه لا ينبغي أن يختلف في عدم الجبر أي فيها كما أشار إليه ابن غازي أيضاً. وقول المتن إن نقصت يدل للأميرين المذكورين بشرط أن يكون العرف كما ذكر الصائغ، ولكن انظر الشرح هنا وعند قول المختصر أيضاً أو فيه فساد الخ يظهر لك وجه ما اخترناه. وقوله: (والياقوتة الخ) انظره عند قول المختصر أو فيه فساد كياقوتة أو كخفين، وحاصله أن ما فيه حق لله تعالى يمنع كقسم ياقوتة ولو بالتراضي وما لا فلا كخفين فإنه يقسم بالتراضي لا بغيره ولكن انظر الشرح هنا. قوله: (قال ابن عرفة فأخذوا منها الخ) قال ابن ناجي على المدونة ما نصّه: ظاهر قولها إن أبى البيع أخذه بلا زيادة، وأما من طلب البيع فلا يأخذه إلا بزيادة، وعليه حمل غير واحد وبه العمل عندنا وهو أحد الأقوال الثلاثة. ثم ذكر قول ابن عرفة إلى أن قال: وقيل طالب البيع إن أراد حرمان شريكه فليس له أخذه وبه الفتوى وعمل القضاة الخ وهذا منه بلفظه، ولكن تأمل ما بين كلاميه، ولكن هذا فيه كلام طويل انظره عند قول المتن: وأجبر لها كل الخ.

رشد أن رباع الغلات لا يحكم ببيع حظ من أبي البيع اهـ. من المواق. وقال ابن رشد: ولا يحكم ببيع ما لا ينقسم ولا مقاومته إذا دعا إلى ذلك بعض الأشارك أو من دعاه منهم إلا فيما في الشركة فيه ضرر بين كالدار والحائط، وأما مثل الحمام والرحى وشبههما مما هو للغلة فلا سبيل إلى إجبار من أبي منهم على البيع أو المقاومة اهـ. وهذا كله فيما لا ينقسم. وأما ما ينقسم ففي المدونة: وإذا دعا أحد الأشارك إلى قسم ما ينقسم من ربع أو حيوان أو عرض وشركتهم بمورث أو غيره أجبر على القسم من أباه، فإن لم ينقسم ذلك فمن دعا إلى البيع أجبر عليه من أباه، ثم للأبي أخذ الجميع بما يعطى فيه اهـ. وقد تقدم هذا.

وَيَحْكُمُ الْقَاضِي بِتَسْوِيقٍ وَمَنْ
وَإِنْ أَبَوَا قَوْمَهُ أَهْلُ الْبَصْرِ
وَإِنْ أَبَوَا بَيْعَ عَلَيْهِمْ بِالْقَضَا
وَأَقْتَسَمُوا الثَّمَنَ كَرَاهًا أَوْ رِضًا
يُرِيدُ أَخْذَهُ يَزِيدُ فِي الثَّمَنِ

لما قدم في البيت قبل هذه يليها أن ما تتعذر قسمته أو ما في قسمته ضرر لا يقسم، وقدم في البيتين قبله أن من دعا إلى بيع ما لا ينقسم فإنه يجب إلى ذلك إذا كان ممّا في الشركة فيه ضرر، ذكر في هذه الأبيات كيفية العمل في بيع ما يجب إلى بيعه، فذكر أن القاضي يحكم بتسويقه بينهما إن كانا اثنين أو بينهم إن كانوا أكثر، ومن يريد أخذه يزيد في الثمن على صاحبه، فإن أبوا من المقاواة فيما بينهم قومه أهل البصر بعد ما تقدم من تسويقه، ويأخذه بذلك الثمن من أبي البيع منهما، ويقضي هذا الأخذ من أراد البيع، قال الشارح وهو الذي عبّر عنه الشيخ رحمه الله بمن يذر يعني من يترك حظه للبيع ويعني بالأخذ من أبي البيع أو كرهه من أبي البيع^(١) اهـ. فإن امتنعوا من أخذه حين عرض للتسويق بالزيادة ومن أخذه بالقيمة التي قومه بها أهل البصر فإنه يحكم عليهم ببيعه وقسمة ثمنه أحبوا أم كرهوا. (ولم أقف على الفقه) الذي عقده الناظم في هذه الأبيات، وفي آخر باب القسمة من شفاء الغليل بعض ما يناسب هذا المحل، قال: قال ابن عبد السلام: المذهب في هذا أن المبيع إذا وقف على ثمن بعد أن سوق جميعه فمن أراد من الشريكين أخذه بذلك الثمن أخذه به سواء كان طالب البيع أو طالب التمسك. وقال الداودي: وعليه حمل مسألة المدونة أنه لا يكون أحق بالمبيع منهما إلا طالب التمسك وحده ونفى أن يكون أحد قال غير هذا اهـ. وفي المدونة: وإذا دعا أحد الشريكين إلى قسمة ثوب بينهما لم يقسم ويقال لهما تقاوياه فيما بينكما أو بيعاه، فإذا استقر على ثمن فلمن أبي البيع

(ص): ويحكم القاضي بتسويق ومن. إلى آخر الأبيات الثلاثة. قوله: (ولم أقف على الفقه الخ) انظر المتطبي فإنه يدل لهذا.

(١) قوله: «أو كرهه من أبي البيع» كذا بنسخة ولعل المراد به مريد البيع فإنه قد يكون هو الآخذ عند المزايمة فحرر، اهـ. مصححه.

أخذه وإلا بيع. قال أبو الحسن الصغير: معنى تقاويه تزايداً فيه يريد برضاها، ومعنى تبعه عرضاه للمساومة. وقال الباجي: إن أرادوا المقاواة جاز ولا يجبر عليها من أبي، ومن دعا إلى البيع أجبر عليه من أبي وقيل له خذ حظه بما أعطى والأربع منه. وقال أبو عمر في كافيهِ: وما كان مثل الدابة والعبد والسفينة وما لا يمكن قسمه بين الشركاء أجبروا على التقاوي أو البيع، وصاحبه أولى به بأقصى ما يبلغ في النداء إن أراداه. (فانظر قول أبي عمر): أجبروا على التقاوي، مع قول أبي الحسن الصغير: تزايداً فيه برضاها، وقول الباجي: ولا يجبر عليها من أبي، ففي الإجماع على المقاواة إذا قولان. وفي المتبعية: وإن كان مما لا ينقسم بيع عليهم إلا أن يريد من كره البيع أن يأخذ ذلك بما يعطى فيه فيكون ذلك له، ثم قال: قال الباجي في وثائقه ويكون أحق به. قال ابن عبدوس عن سحنون: فإن اختلفوا في أخذه بعد بلوغه في النداء ثمناً ما فقال بعضهم: أنا آخذ، وقال الآخر: أنا آخذ فإنهما يتزايدان، قال غيره في المجموعة: فإن قال بعضهم تتزايد فيه، وقال بعضهم يقومه بيننا أهل المعرفة والعدل، فمن كان دعا إلى المزايدة فذلك له، قال بعض الفقهاء: إذا طلب أحدهم المزايدة والآخر البيع نودي على السلعة فإذا بلغت ثمناً كان لصاحب المزايدة أخذها بذلك إلا أن يزيد عليه الآخر فيتزايد فيها حتى يسلمها أحدهم لصاحبه بالزيادة فتلزمه انتهى.

والرَدُّ لِلْقِسْمَةِ حَيْثُ يُسْتَحَقُّ مَنَ حِصَّةٍ غَيْرُ يَسِيرٍ مُسْتَحَقُّ

يعني أن الشركاء إذا قسموا ثم استحق من حصة أحدهم غير اليسير فإن القسمة تفسخ وترد، قال الشارح: وغير اليسير هو الثلث، ثم قال: لم يبين المؤلف مقدار اليسير الذي لا يوجب الرد من الكثير الذي يوجبه، وفي هذا الباب من التهذيب واستحقاق النصف والثلث فيهما كثير يوجب له رد بقيتها أو حبسه بحصته من الثمن اه. وهو موافق لقول الشيخ خليل: وإن استحق نصف أو ثلث خير لا ربع وفسخت في الأكثر، قال

قوله: (فانظر قول أبي عمر الخ) هذا غير صحيح لأن صاحب الكافي قال: أجبروا على البيع أو التقاوي فعبر بأبو، وهذا لا يفيد أن التقاوي واجب وحده الذي قال فيه الناس إنما يكون برضاها أي وحده، ولكن لا بد من أحدهما على كل حالة تأمله.

(ص):

(والرد للقسمة حيث يستحق من حصة غير يسير مستحق)

هذا قال فيه في المختصر: وإن استحق نصف أو ثلث خير لا ربع وفسخت في الأكثر، وقد وقع للناس هنا اضطرابات لا تنحصر لزمام كما أشار لذلك أبو الحسن. وفي التنبهات هنا كلام ينبغي الوقوف عليه. ونقلنا كلام الناس في الشرح واجتهدنا في ذلك غاية فانظره إن شئت. فقول المختصر: خير أي في الفسخ وعدمه وهو يرجع للقيمة أو للاشتراك فيما بيد صاحبه، وإنما نص على هذا ليرد على من قال: ليس الخيار في الفسخ، انظر دليله في الشرح، وانظر التفصيل الطويل في العيب في الشرح، وتعرف من ذلك ما في كلام ابن غازي والحطاب وما نقله هذا الشارح هنا.

الخطاب: ظاهر كلامه أنه لا فرق بين أن يكون المستحق شائعاً من جميع المقسوم أو من حصة أحدهم أو معيناً وليس كذلك، وإنما هذا الحكم فيما إذا استحق معين أو شائع من حصة أحدهم فيفضل فيه على ما ذكر، وفيه ما نبه عليه ابن غازي وغيره، وأما إذا استحق جزء شائع من جميع المقسوم فلا كلام لأحد الشريكين على صاحبه لأنه استحق من نصيب أحدهما مثل ما استحق من نصيب الآخر وهذا ظاهر، وقد أشار إلى ذلك ابن الحاجب بقوله: وإن استحق بعض معين. واعلم أن مسألة وجود العيب والاستحقاق ببعض الأنصباء بعد القسمة قال عياض في التنبهات: جاءت فيها ألفاظ مشكلة وأجوبة مختلفة ومقالات مطلقة اضطرت بسببها تأويل الشيوخ ومذاهبهم في تحقيق مذهبه في ذلك اه. وقد لخص في الباب من ذلك كلاماً وما نصّه: وإذا وقع الاستحقاق في شائع لم ينقض القسم واتبع المستحق كل وارث بقدر ما صار من حقه ولا يتبع الملي عن المعدم وإن استحق نصيب أحدهم بعينه، فإن استحق جميعه رجع فيما بيد شريكه كأن الميت لم يترك غيره، وإن استحق بعضه فثلاثة أقوال لابن القاسم: قال مرة ينتقض القسم كله إن كان المستحق كثيراً وإن كان يسيراً رجع بقيمته. وقال مرة: يرجع فيساوي صاحبه فيما بيده بقدر نصف ذلك كان المستحق كثيراً أو قليلاً. وقال مرة: ينتقض في الكثير ويرجع في اليسير شريكاً، انتهى كلام الخطاب. وراجع كلام الخطاب عند قوله في البيوع: أو استحق شائع وإن قل. وانظر قوله: إنه إذا استحق شائع لم ينقض القسم واتبع المستحق كل وارث الخ مع ما فيه من الضرر والمستحق حيث صار نصيبه موزعاً بعضه في نصيب هذا الوارث وبعضه في نصيب الآخر.

وَالْغَبْنُ مَنْ يَقُومُ فِيهِ بَعْدَ أَنْ طَالَ وَاسْتَغْلَلَ قَدْ تَعَدَّى

يعني أن الشركاء إذا قسموا واستغل كل واحد نصيبه وطال الأمد ثم قام أحدهم بالغبن حيث يكون له القيام لو قام بقرب القسمة وذلك في الوجهين الأولين، فقد تعدى في قيام ولا قيام له ولا تسمع دعواه، (والطول في ذلك السنة)، وكذلك يفيت القيام بالغبن البناء والغرس. قال في طرر ابن عات: قال أبو إبراهيم: لا يقام بالغبن إلا بقرب القسمة وأما بعد طول واستغلال فلا قيام في ذلك.

(ص):

(والغبن من يقوم فيه بعد أن طال واستغل قد تعدى)

قوله: (والطول في ذلك السنة الخ) هذا لابن سهل في أحكامه الكبرى ونصّه: وجد أبو إبراهيم النقض أي نقض القسم للغبن بالعام وبقيته أيضاً البناء والغرس هذا لفظه، وتقدم تحديد الغبن في البيع بهذا وهو قول التحفة: فشرطه أن لا يجوز العاما. وفي نوازل المعيار عن أبي إبراهيم لما سئل عن قسمة وقع فيها غبن وطالت مدة ذلك أكثر من سنة ما نصّه: لو مكن الناس من هذا أي من نقض القسمة لم تستقر لهم قسمة ولا معنى للسؤال عن هذا بعد عام فكيف بعد المدة التي ذكرت؟ الخ، وهذا منه بلفظه.

وَالْمُدَّعِي لِقِسْمَةِ الْبَتَاتِ يُؤْمَرُ فِي الْأَصْحَحِ بِالْإِثْبَاتِ

يعني أنه إذا كان من الشريكين يغتلب طرفاً من الشيء المشترك ثم اختلفا فتارة يتفقان على وقوع القسمة ويختلفان هل كانت قسمة بت أو قسمة استغلال؟ وتارة يختلفان فيدعي أحدهما القسم ويدعي الآخر عدم القسم وأن كل واحد أخذ طرفاً يعمره وينتفع به ولم تقع بينهما قسمة، ففي الوجه الأول قولان: الأصح منهما أن القول قول مدعي قسمة الاستغلال يعني مع يمينه والله أعلم، لأن القاعدة الأكثرية أن كل من قيل القول قوله فهو مع يمينه، ومن قيل مصدق فبغير يمين، هذا هو الغالب وقد يختلف ذلك، ومن ادعى قسمة البت فعليه إثبات ذلك لكونه مدعياً، وعلى هذا القول ذهب الناظم، وقيل القول قول مدعي البت، وعلى الآخر إثبات كون القسم على وجه الاستغلال فقط وهو مقابل الأصح في كلام الناظم. قال ابن سلمون: وإذا كان مال بين شريكين فادعى أحدهما أنهما اقتسماه قسمة متعة، وادعى الثاني أنهما اقتسماه قسمة بت ولا بينة بينهما، فقال قوم: القول قول مدعي البتات مع يمينه، وقال آخرون: القول قول مدعي المتعة لأنه يقول: لم أقسم، ذكر ذلك ابن هشام في كتابه قال: وبذلك جرى العمل وهو الصواب اهـ. وهذا الثاني هو الذي صححه الناظم، والقول الأول هو مقابل الأصح عنده. وأما الوجه الثاني حيث اختلفا في وقوع القسمة فاقصر ابن سلمون على أن القول قول مدعي نفي القسمة، وعلى من ادعى القسم البيينة، فإن عجز حلف الآخر ثم يقتسمون إن شأؤوا ولفظه: وإذا لم يتقارروا بالقسم وقال بعضهم: إنما اقتطع كل واحد منا أرضاً يعمرها من غير قسم، وادعى بعضهم القسم فعلى مدعي القسم البيينة وإلا فعلى الآخرين اليمين ثم يقتسمون اهـ.

(ص):

وَالْمُدَّعِي لِقِسْمَةِ الْبَتَاتِ يُؤْمَرُ فِي الْأَصْحَحِ بِالْإِثْبَاتِ

إلى آخر ما مرَّ عليه الناظم من كون القول لمدعي قسمة الاستغلال، وهو الذي قال فيه في المفيد به العمل وهو الأصح. وقال فيه ابن سلمون هو الصواب، وربما يكون الراجح خلافه، وعليه مرَّ في المختصر عند التأمل فإنه قال في اختلاف المتبايعين: وفي البت مدعيه كمدعي الصحة. وقال في كتاب القسمة: ومراضاة فكالبيع أي هي بيع حقيقة كما بيّنا ذلك في الشرح، ولم يفرقوا هنا بين قسم المراضاة من غيره، والخلاف في المسألة قوي وإن كان العمل جرى بما رأيته ولكن كلامنا في الراجح، وقد قال أبو الحسن في أجوبته: ينظر في أيام التصرف بعد القسمة إن كان مدة الحيابة فالقول لمدعي البت، وإلا فلمدعي الانتفاع إن كان مدعي البت لم يزل يذكر ذلك في خلال المدة فالقول له وإلا فلصاحبه الخ. وظهره في هذا الكلام الأخير ولو كانت المدة أقل من مدة الحيابة. وفي أثناء كلام للمشاور ما نصّه: والقول قول مدعي قسمة البت إذا لم يظهر فيها غبن وكان في يد كل واحد نصيبه لا أقل ولا أكثر، وذلك كالمتبايعين يقرّ أحدهما بالبيع ويدعي أحدهما الخيار فلا يقبل قوله إلا بالبيينة لإقراره بالبيع وادعائه ما يوجب نقضه الخ. وهو كلام قوي يجب أن يقيد به كلام من قال القول لمدعي البت أو ينبغي، وكلام المشاور هذا يدل لما أشرنا إليه من مرور صاحب المختصر على أول القول هنا في القسمة لمدعي البت، وقد عللوا تقديم القول بالبت في البيع لأنه

وقد تلخص مما تقدم أن القول قول مدعي قسمة الاستغلال في الوجه الأول على الأصح، وعدم القسمة في الوجه الثاني، وبيت الناظم يشمل الوجهين معاً والله أعلم، لأن دعوى قسمة البتات (يقابلها) أمران: دعوى قسمة الاستغلال ودعوى عدم القسمة رأساً، ولم أقف الآن على مقابل الأصح في الوجه الثاني من كون القول قول مدعي القسمة حيث أنكرها الشريك والله أعلم.

وَلَا يَجُوزُ قَسْمُ زَرْعٍ أَوْ ثَمَرٍ
وَحَيْثُمَا الْإِبَارُ فِيهِمَا عُدْمٌ
وَمَعَ مَا بُورٍ يَصِحُّ الْقَسْمُ فِي
وَقَسْمُ غَيْرِ الثَّمَرِ خَرْصاً وَالْعَنْبِ
مَعَ الْأَصُولِ وَالْتَّنَاهِي يُنْتَظَرُ
فَالْمَنْعُ مِنْ قِسْمَةِ الْأَصْلِ مُنْحَتِمٌ
أَصُولِهِ لِأَنَّهُ فِيهَا مَفْهًا فَاغْرِفْ
مِمَّا عَلَى الْأَشْجَارِ مَنُوعَةٌ وَجِبْ

يعني أنه إذا كان المقسوم أرضاً فيها زرع أو أشجار فيها ثمار فثلاثة أوجه: إما أن يراد قسمة الأصول والثمار معاً وعليه تكلم في البيت الأول من هذه الأبيات، وإما أن يراد قسمة الأصول فقط وعليه تكلم في البيت الثاني والثالث، وإما أن يراد قسمة الثمار فقط وعليه تكلم في البيت الرابع، فأما قسمة الأصول والثمار معاً (فلا يجوز بل تقسم الأصول) على حدتها وينتظر بالثمار طيبها وجواز بيعها وحينئذ تقسم. قال في التهذيب: وإذا ورث قوم شجراً أو نخلاً وفيها ثمر فلا يقتسموا الثمر مع الأصول وإن كان الثمر بلحاً أو طلعاً ولا يقسم الزرع من الأرض ولكن تقسم الأرض والأصول وتترك الثمرة والزرع حتى يحل بيعهما فيقسموا ذلك حينئذ كيلاً أو يبيعه ويقسموه على فرائض الله، ولا يقسم الزرع الذي طاب فدادين لا مدارعة ولا قنأً ولكن كيلاً، ويدخل في قسم الزرع مع الأرض طعام وأرض بطعام وأرض، وإنما يجوز بيع الزرع مع الأرض بغبن أو عرض لا بطعام كان الزرع أقل من ثلث قيمة الأرض أو أكثر اهـ. وما ذكر في قسمة الثمار من وجوب التأخير إلى الطيب إنما ذلك (في غير الثمر والعنب)، أما هما فتجوز قسمتهما في أصولهما بالتحري. قال في التهذيب: قال ابن القاسم: ولا يقسم شيء مما في رؤوس الشجر من الفواكه والثمار بالخرص وإن اختلفت فيه الحاجة إلا في النخل والعنب إذا حل بيعهما واختلفت حاجة أهله كما ذكرنا، لأن أمر الناس إنما مضى على الخرص فيهما خاصة. وسألت مالكا عما روي عنه من إجازة

هو الغالب، والغالب في القسمة هو البت، فإن صح ذلك فلا فرق بين البابين، ولكن انظر المسألة آخر كتاب القسمة في الشرح يظهر لك الحق إن شاء الله تعالى. قوله: (يقابلها الخ) تأمله منك له.

(ص): ولا يجوز قسم زرع أو ثمر. إلى آخر الأبيات الأربعة. قوله: (فلا يجوز بل تقسم الأصول الخ) قسم ما في الأرض معها أو ما في الشجر معها ممتنع مطلقاً، كان الزرع والثمرة مأبورين أم لا، ولا طيب أو هما قد دخلا في الطيب، ولذلك أطلق في ذلك صاحب المختصر حيث قال عاطفاً على ما هو ممتنع: وثمر أو زرع إن لم يجدها كقسمه أو بأصله أو قنأً أو زرعاً، أو فيه فساد كياقوتة أو كخفين، أو في أصله بالخرص كقبل إلا الثمر والعنب إذا اختلفت حاجة أهله وإن بكثرة أكل وقل وحل بيعه واتحد من بسر أو رطب لا تمر، وقسم بالقرعة بالتحري كالبطح الكبير

ذلك في غيرهما من الفواكه فقال: لا أرى ذلك. ثم سأله غير مرة فأبى أن يرخص لي اهـ. وهذا الفقه كاف في حكم قسمة الأصول مع الثمار وفي قسمة الثمار وحدها، فالأول ممنوع والثاني جائز كما تقدم قريباً. وأما قسمة الأصول وحدها المشار لها بالبيت الثاني والثالث فحاصل ما ذكره الناظم فيها أنه إن كان ما في الأرض من الزرع وما في الأشجار من الثمار غير مأبور فلا يجوز قسم الأصول إذ ذلك، وإن كان مأبوراً صححت القسمة في الأصول فقط كما هو فرض المسألة. فقلوه: وحيثما الإبار فيهما عدم. أي في الزرع والثمار، وضمير أصوله للمأبور، وكذلك ضمير فيه وضمير معها للأصول. قال ابن سلمون: قال ابن فتحون في وثائقه في الأرض التي يراد اقتسامها إذا كان فيها زرع مستكن أو في الأصول ثمرة ظاهرة غير مأبورة فلا تجوز القسمة في الأرض والأصول بحال حتى تؤبر الثمرة ويظهر الزرع لأن ذلك ممّا يجوز استثنائه، حكى ذلك سحنون في الثمر. قال ابن أبي زمنين: وهو بيّن صحيح على أصولهم والزرع عندي مثله، وإن كان الزرع ظاهراً أو الثمر مأبوراً قسمت الأرض والأصول خاصة، ولا تجوز قسمة الزرع والثمر معها ويبقى ذلك حتى يصير الزرع حباً وتجد الثمرة فيقسم ذلك بالكيل، ولا يجوز اقتسام شيء ممّا في رؤوس النخيل بالخرص على المنصوص عن مالك إلا الثمر والعنب فإنه يجوز قسمتهما بالخرص إذا حلّ بيعه على وجه الرخصة (إذا اختلفت أغراض الشركاء فيه)، فإن لم تختلف فلا يجوز، فإن ترك ذلك حتى أزهى بطلت القسمة فيه. قال ابن أبي زمنين: ولابن الماجشون وأشهب أن كل مدخر من الثمار لا بأس باقتسامه بالخرص إذا اختلفت الحاجة إليه اهـ.

وَيَنْقُضُ الْقَسْمُ لَوَارِثِ ظَهَرَ
إِلَّا إِذَا مَا السَّوَارِثُونَ بَاؤُوا
أَوْ دَيْنٍ أَوْ وَصِيَّةٍ فِيمَا اشْتَهَرَ
بِحَمْلِ دَيْنٍ فَلَهُمْ مَا شَاؤُوا

إذا قسم الشركاء ثم ظهر في نصيب أحدهم ما يقتضي نقض القسمة وذلك خمسة أشياء. قال في التوضيح: الطوارئ على القسمة خمسة: العيب والاستحقاق والدين وظهور وارث وظهور موصى له. وتكلم أي ابن الحاجب عليها الأول فالأول اهـ. وقدم الناظم الكلام على الاستحقاق ولم يتكلم على العيب، وذكر هنا الثلاثة البواقى وهي ظهور الوارث والدين والوصية، وقد نوع صاحب المقدمات هذه الثلاثة إلى أحد عشر وجهاً ذكر الشيخ خليل منها ثمانية أربعة في قوله: كطرو غريم أو موصى له بعدد على ورثة أو على وارث وموصى له بالثلث، الأول: منها أن يطرأ غريم على الورثة بعد أن اقتسموا التركة. الثاني: أن يطرأ موصى له بعدد على الورثة بعد القسمة أيضاً. الثالث: أن يطرأ غريم على

الخ. وقول المختصر: إن لم يجذاه أي إن لم يدخله على جذاه وكان من حق هذا الشارح أن ينبه على ذلك. قوله: (في غير الثمر والعنب الخ) هذا إن لم يكن فيه تصحيف غلط، لأن الثمر والعنب لا بد في قسمهما من وجود الطيب وهو حلّ البيع الذي ذكر الشارح نفسه. قوله: (إذا اختلفت أغراض الشركاء فيه) كان من حقه يبحث ذكر هذا الشرط أن يذكر جميع الشروط المذكورة في المختصر وقد رأيتها وما قرّر به هذا الشارح الأبيات حسن باعتبار الفقه.

(ص): وينقض القسم لوارث ظهر. إلى آخر البيتين.

الورثة والموصى لهم بالثلث بعد القسمة أيضاً. **الرابع**: أن يطرأ موصى له بالعدد على الورثة والموصى لهم بالثلث بعد القسمة أيضاً. وذكر أن الحكم في الصور كلها نقض القسمة لأنه شبهها بقوله: وفسخت في الأكثر لكنه مقيد بما إذا كان المقسوم داراً ونحوها، وأما إن كان عيناً مثلياً فلا تنقض القسمة بل يرجع الطارئ على كل واحد بما ينوبه مما في يده ولذلك قال: والمقسوم كدار وإن كان عيناً أو مثلياً رجع على كل حال. قال الحطاب: ويشترط في نقض القسمة إذا كان المقسوم كدار أن لا يدفع الورثة يريد أو أحدهم جميع الدين، فإن دفعوا الدين من أموالهم أو دفعه بعضهم لم تنتقض القسمة، وكذلك إذا دفعوا العدد الموصى به بعد القسمة لم تنتقض القسمة، وهذا الشرط يفهم من كلام المصنف: وإن دفع جميع الورثة مضت اهـ. وحاصله أن ما ذكر الشيخ خليل من نقض القسمة مقيد بأمرين: (أحدهما أن يكون المقسوم داراً أو عبداً) أو ثياباً أو نحوها. وأما إن كان عيناً أو مثلياً فلا تنقض بل يرجع الطارئ على كل واحد بما ينوبه الثاني أن لا يدفع الورثة الدين أو العدد الموصى به، فإن دفعوا أو بعضهم ذلك لم تنتقض القسمة أيضاً والله أعلم. ثم ذكر الشيخ خليل الأربعة الأخرى في قوله: وإن طرأ غريم أو وارث أو موصى له على مثله أو موصى له بجزء على وارث اتبع كلاً بحصته. **الأول منها**: طرو غريم على غريم. **الثاني**: طرو وارث على وارث. **الثالث**: أن يطرأ موصى له على موصى له لأن قوله على مثله يتنازع فيه الثلاثة قبله. **الرابع**: طرو موصى له بجزء على وارث. وحكم في الصور الأربع أن الطارئ يتبع كلاً بحصته. قال الحطاب: هذا إذا كان المقسوم عيناً. وأما إن كان داراً فإن للوارث نقض القسمة قاله في المدونة وابن الحاجب. قال الحطاب: وبقي من الأحد عشر نوعاً التي في المقدمات ثلاثة. **الأول**: طرو الغريم على الغرماء والورثة. **الثاني**: طرو الموصى له بجزء على الموصى له بجزء وعلى الورثة. **الثالث**: طرو الغريم على الورثة وعلى الوصي لهم بأقل من الثلث، انظر حكمها في الحطاب. وذكر الناظم في البيتين ثلاث صور. **الأولى**: أن يطرأ وارث على الورثة. **الثانية**: أن يطرأ غريم على الورثة. **الثالثة**: أن يطرأ موصى له على الورثة. فالأولى من هذه الثلاثة هي الثانية من الأربع الثانية المتقدمة قريباً. والثانية منها فهي الصورة الأولى من الأربع الأولى. والثالثة إن كانت الوصية بجزء شائع كالثلث والربع ونحوهما فهي الصورة الرابعة من الأربع الثانية، وإن كانت الوصية بجزء شائع كالثلث والربع ونحوهما فهي الصورة الرابعة من الأربع الثانية وإن كانت الوصية بعدد فهي الثانية من الأربع الأولى، وذكر الناظم أن الحكم في الصور الثلاث أن تنقض القسمة لكنه قيد النقض في الصورة الثانية بما إذا امتنع الورثة من قضاء الدين، أما إن أدوا دين مورثهم فلا تنتقض القسمة إذ

قوله: (أحدهما أن يكون المقسوم داراً أو عبداً الخ) هذا القيد إنما هو في غير المحل الذي جعله خليل إنما هو في المسائل الأربعة وهي قوله في مختصره: وإن طرأ غريم أو وارث الخ لا حيث جعله وهو قوله: كطرو غريم الخ. وبيننا ذلك في الشرح تر الفقه الصحيح مبسوطاً إن شاء الله تعالى، وجلب ذلك هنا بطول بنا غاية إذ الكلام هنا منتشر غاية.

لا حق للغريم في عين التركة، وإلى هذا أشار الناظم بقوله:

إلاً إذا ما السوارثون باؤوا يحمل دين فلهم ما شاؤوا
وكذا يقيد النقض في الصورة الأولى من هذه الثلاث وفي الثالثة منها إذا كانت
الوصية بجزء شائع بما إذا كان المقسوم كدار، وأما إن كان عيناً أو مثلياً فلا نقض ويرجع
على كل بما ينوبه، لأن الموصى له بالجزء الشائع له حق في عين التركة فهو كالوارث،
وإن كانت الوصية بعدد فكالدين إذا دفع الورثة فلا نقض كما مر في الصورة الثانية والله
أعلم. ثم نقل الشارح عن التهذيب ما نصه: وإذا طرأ على الورثة وارث أو موصى له
بالثلث بعد القسم والتركة عين أو عرض فإنما يتبع كل وارث بقدر ما صار إليه من حقه إن
قدر على قسم ما بيده من ذلك، ثم قال: وإن كانت التركة دوراً ليس منها عين فاقسمها
الورثة ثم قدم وارث أو موصى له بالثلث نقض القسم، ثم قال: ولو قدم موصى له بدنانير
أو دراهم فحملها الثلث كان كلحقوق الدين فأما ودوه أو نقض القسم، ولا يجبرون على
أدائه من أموالهم ومال الميت قائم اهـ. باختصار.

وَالْحَلِيِّ لَا يُقَسَّمُ بَيْنَ أَهْلِهِ إِلَّا بِوِزْنٍ أَوْ بِأَخْذِ كُلِّهِ

يعني أن الحلبي المشترك إذا أريد قسمته ففي كيفية ذلك وجهان: أحدهما: أنه يقسم
بالوزن فيأخذ منه كل واحد نصيبه إن أمكن ذلك. الثاني: أنه يأخذه كله واحد ويأخذ غيره
ما عدا الحلبي من الأصول والعروض وغير ذلك من الممتلكات إلا العين لغير من انفرد
بالحلي، فلا يجوز لمن لم يأخذ الحلبي أن يأخذ العين مع ما يجب له من العروض
والأصول لأن بيع عين وهو الحلبي بعين وعرض وذلك ممنوع.

وَأَجْرُ مَنْ يَقْسِمُ أَوْ يَعْدِلُ عَلَى الرُّؤُوسِ وَعَلَيْهِ الْعَمَلُ

(ص):

(والحلي لا يقسم بين أهله إلا بوزن أو بأخذ كله)

لم يأت الشارح هنا بنص دليلاً على هذا المضمون في البيت مع أن فيه تفصيلاً طويلاً، ففي
مناهج الرجراجي ما نصّه: وأما الذهب أو الفضة فإن كانا خالصين فإنه يقسم بالوزن إن تساوت قيمته
ووزنه بالقرعة، وإن تساوى في الوزن دون القيمة فلا تجوز فيه القرعة، ولا ينظر إلى اختلافه في
الجودة إذا تساوى في الوزن، وأما إن لم يكن ذلك خالصاً كالحلي المنتظم بالجوهر أو سيف حلي
بالنقد فلا يخلو النقد إما أن يكون تابعاً لغيره أو متبوعاً، فإن كان تابعاً مثل الثلث فأدنى فله حكم
العروض في البيع والقسمة على ما قاله ابن القاسم فيها، وإن كان متبوعاً فله حكم الذهب والفضة
في البيع والقسمة فلا تقسم إلا وزناً ولا تجوز قسمتها بالقيمة، فإن كان ما في التركة من النقد لا
يحتمل القسمة فللورثة أن يسلموه لبعضهم بوزنه أو يبيعوه ويقسموا ثمنه أو يضيفوه إلى بقية التركة
الخ. وهو تابع للمقدمات على عادته باللفظ ولكن في غير النقد. ونقل المواق عند قول المختصر:
وفي ثلاثين قفيزاً الخ في كتاب القسمة كلاماً نزرأ في الحلبي وتكلم أبو الحسن على المسألة.

(ص): وأجر من يقسم أو يعدل. إلى آخر البيتين. قال في هذا في المختصر ما نصّه: وكفى

كَذَلِكَ الْكَاتِبُ لِوَثِيقَتِهِ لِلْقَاسِمِينَ مُقْتَفٍ طَرِيقَهُ

يعني أن أجرة القاسم للتركة أو لغيرها كالقسم بين الشركاء، وأجرة المقوم للأصول أو السلع أو غير ذلك (وهو المعدل) وأجرة كاتب الوثيقة إذا كانت سهام الشركاء في ذلك مختلفة اختلف فيها على قولين: هل تكون على عدة رؤوسهم ولا فرق بين من حظه قليل أو كثير (وعليه العمل) أو على قدر الأنصباء فمن له الربع عليه ربع الأجرة، ومن له الخمس عليه خمسها وهكذا. وللمسألة نظائر قال سيدي أحمد الونشريسي في آخر الباب الثالث من الفائق بعد أن ذكر الخلاف في الجماعة لهم حقوق في وثيقة واحدة وسهامهم مختلفة: هل تكون أجرة كاتبها على الجماجم بالسواء والاعتدال أو على قدر الأنصباء؟

فائدة: من نظائر ما تقدم من الاختلاف أجر كاتب وثيقة القسمة والقاسم والدية وكنس المراحيض المشتركة والزبول والبئر والسواقي وأجرة الدالين وحارس الزرع والكروم والمقائء وأعدال المتاع وبيوت الطعام وقسمة الشركاء في الاصطياد والتقويم على المعتقين وحصصهم متفاوتة والشفعة إذا وجبت للشركاء وزكاة الفطر على العبد المشترك ونفقة الأولاد على الآباء وإذا أوصى بمجاهل من أنواع وسكنى الحاضنة مع المحضون اهـ.

وَأَجْرَةُ الْكَيِّالِ فِي التَّكْسِيرِ مِنْ بَائِعٍ تُؤْخَذُ فِي الْمَشْهُورِ
كَذَاكَ فِي الْمَوْزُونِ وَالْمَكِيلِ الْحُكْمُ ذَا مِنْ غَيْرِ مَا تَفْصِيلِ

قاسم لا مقوم وأجره بالعدد. قوله: (وهو المعدل) فيه نظر وقدمنا الكلام عليه. قوله: (وعليه العمل) هذا قاله في المفيد والباجي في وثائقه، لكن في الكافي عن طائفة من أصحاب مالك أنها على الأنصباء، قال: والأول تحصيل مذهب مالك أي كونها على الرؤوس وكون ذلك على الأنصباء قاله ابن القاسم أيضاً، وقيل العمل عليه أيضاً، وقاله أصبغ. ويدل لرجحان كون ذلك على الأنصباء قول ابن أبي زئنين حين ذكر مسائل من هذا القبيل ما نصّه: ولسنا نقول بقول ابن القاسم في القسم أنه على الجماجم ولا نعلم شيئاً من هذا يكون على الجماجم في أنواع العلم إلا كنس المرحاض المشترك، لأن الانتفاع به وفيه سواء ولا يحاط فيه بعلم معرفة ذلك انتهى بلفظه، وهو ناقل له أصبغ، ونقله ابن عرفة وسلمه، ولكن قف على الشرح تطلع على الحق إن شاء الله تعالى، وهذه الأجرة تؤخذ من أهل القسم من طلب القسم، ومن أبي رشيداً كان أو لا إذا اجتهد المستأجر للأيتام والسفهاء وذلك كله جائز، ومن قال بخلاف هذا فكلامه ضعيف، وقد بينا ذلك في الشرح غاية، وهذا كله إن لم يكن للقاسم أجرة في بيت المال وإلا حرم عليه الأخذ مطلقاً وقد بينا ذلك في الشرح أيضاً.

(ص): وأجرة الكيال في التفسير. إلى آخر البيتين. هذا قال فيه صاحب المختصر ما نصّه: وضمن بائع ميكلاً لقبضه بكيل كموزون ومعدود والأجرة عليه، بخلاف الإقالة والتولية والشركة على الأرجح فكالقرض، والمسألة ذات خلاف قوي لكن الرجح ما في المختصر، قال البرزلي: أجرة التقويم في بيع فاسد أو استحقاق، وشبه ذلك على البائع لأنه الآخذ ولا يدر به فعله تقديره، قلت: ظاهر المدونة أنه عليهما معاً، ومن اشترى قمحاً فأقال فيه حمله على البائع أي أقال فيه بعد القبض

يعني أن أجرة كيل الأرض وهو الذي عتبر عنه بالتكسير وأجرة الوزن لما يباع بالوزن والكيل لما يباع بالكيل كل ذلك على البائع دون المشتري على المشهور. قال في المتبعية: وأجرة التكسير في ذلك يعني في المبيع على التكسير على البائع، وكذلك أجرة ما يكال أو يوزن طعاماً كان أو غيره إنما هي على البائع دون المبتاع بدليل قوله تعالى: ﴿فَأَوْفُوا لَنَا الْكَيْلَ﴾ [يوسف: ٨٨] والمخاطب بذلك يوسف عليه السلام وهو كان البائع للطعام من إخوته.

فصل في المعاوضة

يَجُوزُ عَقْدُ الْبَيْعِ بِالتَّغْوِيضِ فِي جُمْلَةِ الْأُصُولِ وَالْعُرُوضِ
مَا لَمْ يَكُنْ فِي الْأَصْلِ زَرْعٌ أَوْ ثَمَرٌ لَمْ يُؤْبَرَا فَمَا انْعَقَادُهُ يُقَرَّرُ
وَصَحَّ بِالْمَأْبُورِ حَيْثُ يُشْتَرَطُ مِنْ جِهَةٍ أَوْ بَقِيَا مَعاً فَقَطْ

المعاوضة مفاعلة من التعويض (وهي بيع العرض بالعرض) فهي من جملة أنواع البيع، إلا أنه لما كان العوضان فيهما متساويين في كونهما في العادة مثنونين لا ثمنين لقب بيع أحدهما بالآخر في اصطلاح الفقهاء باسم خاص وهو المعاوضة وتسميها العامة المعاملة، وهي جائزة في الأصول والعروض وغير ذلك إلا ما استثني من ذلك، وذلك أن الأصلين اللذين وقعت المعاوضة بينهما إما أن يكون في كل منهما منازع أو ثمر لم يؤبر، أو أبرأ ولم يكن فيهما شيء، فإن لم يكن فيهما شيء فالمعاوضة جائزة وذلك داخل في عموم قوله: يجوز عقد البيع البيت. وإن كان فيهما غير المأبور فلا تجوز المعاوضة بينهما وإلى ذلك أشار بقوله:

مَا لَمْ يَكُنْ فِي الْأَصْلِ زَرْعٌ أَوْ ثَمَرٌ لَمْ يُؤْبَرَا فَمَا انْعَقَادُهُ يُقَرَّرُ
قال في الوثائق المجموعة: فإن كان في كل أرض بذر لم ينبت لم تجز المعاوضة بينهما أصلاً اهـ. ووجه ذلك أن غير المأبور لا يجوز للبائع استثناءه لنفسه ولا للمشتري اشتراطه كما تقدم في بيع الثمار، وإن كان فيهما مأبور ففي ذلك تفصيل إن وقعت المعاوضة في الأصلين فقط وأبقى كل واحد منهما زرعه أو ثماره لنفسه فذلك جائز، لأن

وهو يجري على الإقالة هل هي حل بيع أو ابتداءه؟ وأجرة الكيل في المضمونات أو بعضها على البائع إن كان ذلك عرفهم وهي تقاس على العهدة، فإذا وجدت العهدة على البائع فعليه الأجرة، وإن وجدت على المولى والمشارك فالأجرة عليه، ومن تقاضى من رجل ديناً لرجل بأجرة بالأجرة على القابض الخ، وكان مراده بالمضمونات ما فيه حق توفية.

فصل في المعاوضة

(ص): يجوز عقد البيع بالتعويض، إلى آخر الأبيات الثلاثة. قوله: (وهي بيع العرض بالعرض) هذا قال فيه في المختصر: وفي عرض بعرض الخ في كتاب الاستحقاق وإن لم يذكر لفظ المعاوضة.

المأبور هو للبائع عند المساكنة وأخرى مع التنصيص على بقاءه له، وإلى هذه الصورة أشار بقوله: أو بقيا. وكذلك إن باع أحدهما أرضه بزرعها أو أرضه وشجره بثمرها وباع الآخر أرضه فقط وأبقى الزرع لنفسه أو باع الأرض والأشجار وأبقى الثمار المأبور لنفسه لأن بيع ما لم يبد صلاحه تبعاً للأصل جائز، إذ لا محذور في بيع أرض وطعام بأرض، وإلى هذا الوجه أشار الناظم بقوله: وصح بالمأبور حيث يشترط من جهة، ومفهومه أنه إن باع كل منهما أصله بما فيه فإن ذلك لا يجوز، لأن فيه بيع عرض وطعام بعرض وطعام من جنسه، وذلك لا يجوز لعدم تحقق المماثلة في الجنس الواحد، وعن هذه الصورة احترز بقوله فقط فهو راجع لقوله وصح أي صح هذان الوجهان دون غيرهما، وانظر إذا كانا من جنسين كأرض فيها زرع مأبور وأرض وأشجار فيها ثمار مأبورة ولعل ذلك يجوز لأن المماثلة غير مطلوبة في الجنسين والمناجزة حاصلة، لأن النظر إلى الجزاف قبض على المشهور، ويدخل في كلام الناظم ما إذا كان أحد العوضين فيه زرع أو ثمر والآخر لا شيء فيه، (فإن كان ما في ذلك غير مأبور لم تجز المعاوضة)، وإن كان مأبوراً جازت سواء بيع مع أصله أو بقي لبائع أصله، لأن بيع المأبور مع أصله جائز وبقائه لبائعه هو الأصل والله أعلم.

وَسَائِغٌ لِلْمُتَعَاوِضِينَ مِنْ جِهَةٍ فَقَطْ مَزِيدُ الْعَيْنِ
لَأَجْلِ مَا كَانَ مِنَ التَّفْضِيلِ بِالثَّقْدِ وَالْحُلُولِ وَالتَّأَجِيلِ
وَجَائِزٌ فِي الْحَيَوَانِ كُلِّهِ تَعَاوُضٌ وَإِنْ يَكُنْ بِمِثْلِهِ

يعني أنه لا يجوز لأحد المتعاضين وهو الذي أخذ أفضل مما أخذ صاحبه أن يزيد لصاحبه ما يتفقدان عليه من العين ذهب أو فضة ليتساوى معه، وإذا كان ذلك لتحصيل المساواة فلا تتصور الزيادة إلا من أحدهما فقط، ونبه على ذلك بقوله من جهة فقط، وعلى كونه لطلب المساواة نبه بقوله الأجل ما كان من التفضيل، أما إن كانت زيادة العين من الجانبين فقد خرجا عن المفاوضة المحضة إلى بيع سلعة وعين بسلعة وعين ذلك لا يجوز لأن العينين إذا كانا من جنس واحد امتنع لعدم تحقق المماثلة بينهما كما قالوا في بيع سلعة وذهب بسلعة وذهب أو سلعة وفضة بسلعة وفضة، وإن كانا من جنسين كعرض وذهب بعرض وفضة امتنع أيضاً (لما فيه من اجتماع البيع والصرف)، ولا فرق في جواز

قوله: (فإن كان ما في ذلك غير مأبور لم تجز المعاوضة الخ) فيه نظر، إذ لا مانع منه إذا لم يكن شرط كاشترائه بقرة حامل ولم يشترط جنينها انظر اليرناسني فإن فيه الجواز في الصورة المذكورة.

(ص): وسائغ للمتعاوضين. إلى آخر الأبيات الثلاثة. قوله: (لما فيه من اجتماع البيع والصرف الخ) البيع والصرف اجتماعهما ممنوع إن لم يجتمعا في دينار، انظر هل يمكن جمعها هنا في دار^(١) ويتحقق ذلك أو لا؟.

(٢) قوله: «في دار» كذا بالأصل ولعل الصواب في دينار فحرر، ا.هـ. مصححه.

زيادة العين بين أن تكون نقداً في حين المعاوضة أو غير منقودة، ولكنها بالحلول متى طوِّب بها لزمته أو مؤجلة بأجل معلوم كل ذلك جائز. قال الشارح رحمه الله: وإذا لم يكن مانع من كل حالة منها على الأفراد فلا مانع من المجموع أو من اثنين منه اهـ. وتجاوز المعاوضة في سائر العروض ولا إشكال، وكذلك تجوز في الحيوان كله كالرقيق والأنعام والدواب وغيرها سواء كانا من جنسين، ولا إشكال كعبد بحمل أو من جنس واحد كعبد بعبد أو أمة وعلى ذلك نبّه بقوله: وإن يكن بمثله أي في الجنسية والقدر، وأما إن اختلف القدر كجمل في جملين ففيه تفصيل إن تعجل الجميع جاز، وإن دفع جملاً في جملين ولم ينتقد الجميع امتنع، كما لو دفع واحداً في اثنين أحدهما معجل والآخر مؤخر لأن المؤخر هو العوض والمعجل زيادة لأجل السلف الذي هو تأخير الجمل الآخر، (وهذه مسألة قول الشيخ خليل) في باب السلم لا جمل في جملين مثل عجل أحدهما، قالوا: ولو أدخل الكاف على جمل لكان أحسن ليشمل غير الجمل إذ ليس الجمل مقصود بالخصوص، وكذا لو دفع واحد في اثنين مؤخرين لأنه سلف جر نفعاً أيضاً، وكذا إن دفع اثنين في واحد لأنه ضمان بجعل والله أعلم، ولكن يراجع ذلك في باب السلم. قال في المتيطة: ويجوز ابتياع الرقيق بعهده ببعض، وكذلك يجوز ابتياع الحيوان بعهده ببعض رأساً برأس وأكثر، كانت مع أحدهما زيادة عين أو غيره من سائر الأشياء أو لم تكن. قال في المتيطي: والتعامل في الرقيق والحيوان إن كان كالتعامل في العقار وحقيقته البيع. وفي المقرب: وقال لي مالك: لا بأس بالجمل مثله وبزيادة درهم يداً بيد، وإن كانت الدراهم أيضاً إلى أجل فلا بأس به، قال: ولا خير في أن يكون الدرهم نقداً وأحد الجملين نسيئته، وكذلك إن تأخرت الدراهم أحد الجملين اهـ. وقول المتيطي رأساً برأس وأكثر. قوله: وأكثر يعني مع تعجيل الجميع كما تقدم وذلك كجمل في جملين. وقوله: وفي المقرب ولا خير في أي يكون الخ هي مسألة الشيخ خليل المتقدمة إلا أن فيها زيادة الدرهم معجلاً أو مؤخراً والله أعلم. وقول الناظم: مزيد العين هو فاعل باسم الفاعل الذي هو سائغ، ومن جهة يتعلق بمزيد أو بسائغ، ولأجل يتعلق بسائغ وباء بالنقد للمصاحبة بمعنى مع تتعلق بمزيد، وواو والحلول والتأجيل إما على بأنها إذ يجوز الجمع بينهما كما تقدم، أو بمعنى أو التي للإباحة، وتعاوض فاعل جائز.

فصل في الإقالة

إِقَالَةٌ تَجُوزُ فِيمَا حَلًّا بِالْمِثْلِ أَوْ أَكْثَرَ أَوْ أَقْلًا

قوله: (وهذه مسألة قول الشيخ خليل الخ) انظر شرح هذا في الشرح تر التحقيق إن شاء الله تعالى.

فصل في الإقالة

(إقالة تجوز فيما حلا بالمثل أو أكثر أو أقل)

الإقالة رجوع كل من العوضين لصاحبه، فيرجع الثمن للمشتري والمثمنون للبائع. ابن عرفة: الإقالة ترك المبيع لبائعه بثمانه، وأكثر استعمالها قبل قبض المبيع وهي رخصة وعزيمة، الأول فيما يمتنع بيعه قبل قبضه اهـ. من المواق، وهي جائزة في الأصول وغيرها ولازمة لأنها بيع من البيوع تنعقد بما يدل على الرضا. (ووقع في كلام بعضهم) أن الإقالة لا تكون إلا بلفظ الإقالة، قال الحطاب: ومرادهم والله أعلم إذا وقعت في الطعام قبل قبضه. (وأما في غيره) فهي بيع تنعقد بما يدل على الرضا وبمثل الثمن الأول وأكثر وأقل، إلا أنها إن كانت بأكثر أو أقل فهي بيع اتفاقاً، وإن كانت بمثل الثمن الأول فقد اختلف فيها هل هي نقض للبيع الأول أو ابتداء بيع جديد؟ ثالثها أنها ابتداء بيع إلا في ثلاث مسائل فنقض للبيع وذلك في الطعام قبل قبضه (ولو كانت بيعاً لامتنعت) لامتناع بيع الطعام قبل قبضه. وفي الشفعة حيث حكموا بأن عهدة الشفيع على خصوص المشتري كما لو لم تقع إقالة، ولو كانت ابتداء بيع لكان الشفيع بالخيار في جعل عهده على من

قوله: (ووقع في كلام بعضهم الخ) هذا يدل له قول بعضهم المرخص فيه يتعين أن تكون صيغته صريحة، ومن ذلك قول المتن بساقيت أي ولا تنعقد بعاملتك على شجري على الراجح وبيننا ذلك هناك، وكذا قول الشيخ خليل إن لفظ بالعارية، وكذا قوله: وشرط إن سمي سلماً الخ، وغير ذلك من الموضع، وبيننا صحة هذا في الشرح بكلام الناس. قوله: (وأما في غيره الخ) كلامه يقتضي أن الإقالة في الطعام ليست بيعاً. قوله: (ولو كانت بيعاً لامتنعت الخ) صريح في أن الإقالة في الطعام ليست بيعاً. وقوله عن ابن عرفة وهي رخصة في الطعام ينافي كونه غير بيع، والحاصل من كلامه كله أنها ليست بيعاً في الطعام وهي رخصة مع ذلك، وذلك غير صحيح لأنها لو لم تكن بيعاً في الطعام لم يصح أن يقال فيها رخصة، وإنما يقال فيها رخصة حيث تكون بيعاً، لأن الرخصة إنما تكون مع قيام السبب الذي يقتضي المنع، ولو لم تكن بيعاً لم يقل فيها هي رخصة لأن النهي وقع عن بيع الطعام قبل قبضه، ولا بيع هنا عند من قال: هذه الإقالة ليست بيعاً، وبيننا عدم صحة هذا الكلام في الشرح غاية، وأن كلام من جمع بين كونها غير بيع وبين كونها رخصة غير صحيح، ومن قال هي بيع وهي رخصة فذلك صحيح وهذا هو الذي كونها بيعاً وهي كلام الفحول أي كونها بيعاً وهي رخصة، إنما يناسب القول بالرخصة من يقول هي بيع، وذكرنا الخلاف في ذلك في الشرح، وخليل في مختصره لا اعتراض عليه حيث لم يجمع بين كونها غير بيع وبين الرخصة وإنما قال: والإقالة بيع إلا في الطعام الخ، وهذا قول أنها غير بيع وذلك صحيح، ولا يصح أن يقول في هذا هي رخصة، والحديث المستدل به هنا هو قوله ﷺ: «من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه إلا ما كان من شرك أو تولية أو إقالة» الخ. وعللوا الحديث بأن هذه من باب المعروف، ولذلك قال في المعونة: هذه الثلاثة جائزة وإن كانت بيوعاً لما روي أنه عليه السلام نهى عن بيع الطعام قبل قبضه وأرخص في الإقالة الخ. فجاء كلامه في غاية الحسن، قال: إن كانت بيوعاً وأضاف الرخصة لذلك أي للبيع وذلك هو المحتاج منه أي المغيا به لا عنه، إذ غير البيع لا تضاف إليه الرخصة، وذلك لكونه لا رخصة إلا مع البيع، وكذا كلام الباجي وغيره دال على هذا غاية، فف على الشرح تر الحق ساطعاً بحول الله وقوته. وذكرنا في الشرح أن الإقالة في الطعام بيع وكذا في المراجعة، وإنما وقع البيان في المراجعة للكراهة للمقال فيه، وكذا في الشفعة، ولكن في الشفعة كلام طويل قف عليه إن شئت في الشرح.

شاء منهما، لأن البائع على القول بأنها بيع صار مشترياً، كما إذا تعدد بيع الشقص فإن الشفيع يأخذ بأي بيع شاء وعهدته على من أخذ منه. وفي المراجعة كمن باع ثوباً بعشرة ثم تقابل مع مشتريه فلا يجوز بيعه مراجعة، على أن رأس ماله فيه عشرة إذا بين لأن ذلك مما تكرهه النفوس، ولو جعلوا الإقالة هنا ابتداء بيع لجاز. التوضيح: والظاهر أن وجوب التعيين عام على القولين من كونها حلاً أو بيعاً مستأنفاً لما ذكرناه من كراهة النفوس اهـ. بالمعنى. وإنما تجوز الإقالة في المبيع الذي حلّ ثمنه واحترز بذلك مما لم يحل ثمنه فإن الإقالة فيه منها ما يجوز وما لا يجوز، وذلك المذكور في أول باب بيوع الآجال، ويأتي للناظم بعض ذلك قريباً إن شاء الله تعالى.

(فرع: إذا تقابل المتبايعان) فإن كان المبيع غير معين كالشيء المسلم فيه فلا يجوز تأخير رأس المال لأنه فسخ دين في دين، إذا كان دينه عرضاً ففسخه في دراهم لا يتعجلها وهو المراد بقولهم: إلا ضيق صرف ثم إقالة طعام. وأما إن كان معيناً كالعبد فيجوز تأخيره قاله في المدونة وغيرها، ونقله الحطاب قبل فصل المراجعة. فرع: في الإقالة من بعض المبيع. تفصيل: إن كان الثمن مما لا يعرف بعينه كالدينار والدرهم لم تجز الإقالة إلا في الجميع كيف كان المبيع طعاماً أو عرضاً، وإن كان مما يعرف بعينه جازت في البعض ولو كان طعاماً. قال في المدونة: من أسلم إلى رجل دراهم في طعام أو عرض في جميع الأشياء فأقاله بعد الأجل أو قبله من بعض وأخذ بعضاً لم يجز، ودخله فضة نقداً بفضة وعرض إلى أجل وبيع وسلف مع ما في الطعام من بيعة قبل قبضه. قال في المدونة: وإن أسلمت إلى رجل ثياباً في طعام فأقلته من نصف الطعام قبل الأجل أو بعده على أن يرد عليك نصف ثيابك التي دفعت إليه بعينها وقد حال سوقها أم لا فلا بأس بذلك، بخلاف أن يكون رأس المال دراهم أو مالا يعرف بعينه اهـ. وفي ابن سلمون عن مسائل ابن الحاج: لا تجوز الإقالة في الطعام على رد ما قبض منه بعد أن غيب عليه، ولا فيما قبض منه دون ما بقي، ولا فيما بقي منه دون ما قبض تقابضاً في ذلك كله أو لم يتقابضاً، وبه قال ابن رشد اهـ. فتأمل مع ما قبله. فرع: إذا تقايلا في الطعام بعد نقله فأجرة رده إلى منزل البائع على البائع على الأشبه، ويجري على الخلاف في الإقالة هل هي بيع أو نقض للبيع الأول من ابن سلمون.

وَلِلْمُقَالِ صِحَّةَ الرَّجُوعِ
وَفِي الْقَدِيمِ مِنْهُ لَا مَحَالَةَ
بَعْدَ الْيَمِينِ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ
بِحَادِثٍ يَخْدُثُ فِي الْمَبِيعِ
بِرَأْسِهِ إِنْ كَانَ فِي الْإِقَالَةِ
يَعْلَمُهُ فِيمَا مَضَى مِنْ زَمَنِ

قوله: (فرع إذا تقابل المتبايعان الخ) شرط الإقالة في الطعام أكثر مما ذكره هذا الشارح، قف عليها إن شئت في الشرح.

(ص): وللمقال صحة الرجوع إلى آخر الأبيات الثلاثة.

يعني أن من باع شيئاً ثم تقابل مع مشتريه ورجع إليه شيئه فوجد به عيباً حدث عند المشتري فيما بين البيع والإقالة فإن له أن يرجع به على المشتري، (كمن اشترى من أجنبي) فوجد به عيباً. وعن البائع عبر الناظم بالمقال الذي هو اسم مفعول به. أما إن وجد به عيباً قديماً لا علم للبائع به، فإن كانت الإقالة على مثل الثمن أو على أقل منه كأن يبيعه بعشرة ثم تقابلا على ثمانية وزاد المشتري للبائع اثنين فلا قيام له على المشتري، وإن كانت الإقالة على أكثر كأن يبيعه بعشرة ثم تقابلا على اثني عشر فزاد البائع للمشتري اثنين ثم اطلع على عيب قديم، فإن للبائع أن يرجع على المشتري بالاثنيين الزائدين بعد أن يحلف أنه لم يعلم بالعيب، وأما إن علم بالعيب فلا رجوع له على المشتري بتلك الزيادة. قال ابن سلمون: فإن ألقى البائع في المبيع عيباً حادثاً بعد بيعه فله الرجوع به، وإن كان قديماً قبل البيع ولم يعلم به واحد منهما فلا قيام له به إلا أن تكون الإقالة بزيادة، فله الرجوع بالزيادة بعد أن يحلف أنه لم يعلم بالعيب اهـ. ونحوه في المتيطي ونقله الشارح.

وَالْفَسْخُ فِي إِقَالَةٍ مِمَّا أَنْتَهَجَ بِالصَّنْعَةِ التَّغْيِيرَ كَالغَزْلِ انْتِشِخَ
إِلَّا إِذَا الْمُقَالُ بِالرَّضَا دَفَعُ لِمَنْ أَقَالَ أُجْرَةَ لِمَا صَنَعَ

يعني أن من باع شيئاً فتغير عند المشتري بسبب صنعة دخلته فإن الإقالة فيه لا تجوز وتفسخ إلا إذا أعطى البائع للمشتري أجره ذلك. ففي طرر ابن عات عن المشاور: ولا تجوز الإقالة في شيء قد دخلته صنعة كالخياطة في الثوب والديغ في الجلد ونحو ذلك وتفسخ إلا أن يقول المكيل أقلك على أن تعطيني في خياطتي أو دباغتي أو صناعتي كذا وكذا فرضي به وإلا فلا من الاستغناء اهـ. ونحوه في ابن سلمون. (قال الشارح): لم يتبين لي وجه فسخ الإقالة إذا رضي المقال بذهاب عمله مجاناً، فكما يجوز له قبض أجره ذلك يجوز له أن يتركه مجاناً، والفسخ مبتدأ، وفي الإقالة خبره، ومما يتعلق بإقالة، وما موصولة وانتهج صلتهما، وبالصنعة يتعلق بانتهج، والتغيير مفعول انتهج وما في لما صنع مصدرية والله أعلم. فرع: قال ابن سلمون: وفي كتاب الاستغناء قال ابن عيشون: من أقال رجلاً في بيع أو ابتاع فوجد شيئه قد زاد أو نقص أو مات وهو لا يعلم لم تلزمه

قوله: (كمن اشترى من أجنبي الخ) هذا يفهم من قولهم الإقالة بيع، ولكن انظر هذه المسألة عند قول المختصر: وفوته حساً ككتابة وتدبير فيقوم سالماً ومعيباً ويأخذ من الثمن النسبة ووقف في رهنه وإجازته لخلاصه ورد إن لم يتغير كعوده له بعيب أو بملك مستأنف كبيع أو هبة أو إرث، فإن باع لأجنبي مطلقاً أو له بمثل ثمنه أو بأكثر إن دلس فلا رجوع وإلا رد ثم رد عليه وله بأقل كمل، وهذا كلام في صريح البيع والإقالة بيع فاستعن به على ما هنا، فإن نظرت الشرح اطلعت على المسألة بحذافيرها، وتتبع ذلك يطول بنا غاية.

(ص): والفسخ في إقالة مما انتهج. إلى آخر البيتين. قوله: (قال الشارح الخ) وجه المنع أنهما يتهمان على سلف جر نفعاً لاحتمال أن يتفقا على أن يسلفه غزلاً ويرده له منسوجاً أي ينسج له مثله لأن الغزل مثلي كما يتنا ذلك في كتاب الغصب في الشرح في قول المصنف: وإن صنع كغزل. ومن فهم بيوع الأجال علم ما عللنا به أنه صحيح.

الإقالة إلا في الطعام وكل ما يوجد مثله فتلزمه. فرع: سئل ابن رشد عن باع داره أو سلعته بمائة مثلاً نقداً فلما قبض الثمن قال المشتري: أتبيعها مني بمائة دينار إلى عام أو أقدم لك من ثمنها كذا هل يجوز ذلك؟ فأجاب: إن كان اشتراها منه لقصة حدثت له في شرائها بعد أن باعها وانتقد له الثمن وهو لا يريد ابتياعها جاز ذلك وإلا لم يجز اهـ. من ابن سلمون. وإنما لم يجز للتهمة اللاحقة للمشتري لأنه دفع مائة يقبض عنها مائتين. وتقدم للناظم في باب اليمين الكلام على دعوى الإقالة هل توجب يمينا.

وَلَا يُقَالُ حَيْثُ لَمْ يَأْتِ الْأَجَلُ بِثَمَنِ أَذْنَى وَلَا وَقْتِ أَقْلٍ
أَوْ ثَمَنِ أَكْثَرَ مِنْهُ لِأَمَدٍ أَبْعَدَ مِمَّا كَانَ فِيهِ الْمُعْتَمَدُ
وهي إذا كانت بمثل المال جائزة في كل حال حال

يقال بالبناء للنائب مضارع أقال يقيل إقالة، يعني أن من باع سلعة أو ثوباً أو غير ذلك بثمن مؤجل (فلا يجوز له أن يشتريه) قبل حلول الأجل بأقل مما باعه به إذا كان الثمن الثاني نقداً أو لدون الأجل الأول، ودخل هذان الوجهان في قوله: ولا وقت أقل أي أجل دون الأجل الأول وهو صادق بالنقد وينصف الأجل مثلاً «لا» في قوله: ولا وقت أقل تأكيد للأولى، أي لا تجوز الإقالة قبل الأجل بثمن أقل من الثمن الأول، ووقت أي أجل أقل من الأجل الأول، وذلك كمن باع ثوباً بعشرة إلى شهر ثم اشتراه بثمانية يدفعها نقداً أو لنصف الشهر الأول مثلاً، وعلى هذا نبه بالبيت الأول. ومفهوم قوله: بثمن أدنى أنه إن كان الثمن الثاني مساوياً للأول فإنه لا يمنع وهو كذلك كما يصرح به في البيت الثالث. ومفهوم قوله: ولا وقت أقل أنه إن كان الشراء بأقل للأجل الأول أو لأبعد منه لم يمتنع وهو كذلك. ثم ذكر في البيت الثاني أنه لا يجوز أيضاً لمن باع ثوباً مثلاً

(ص): ولا يقال حيث لم يأت الأجل. إلى آخر الأبيات الثلاثة. قوله: (فلا يجوز له أن يشتريه الخ) وكذا إذا اشتراه وكيله لأن يد الوكيل كيد الموكل، وكذا عبده المأذون له في التجارة ما لم يكن يتجر بمال نفسه ولا فرق الوكيل بين أن يعلم المشتري أنه وكيل لبايعه وعلم الوكيل بأن موكله باع السلعة أم لا، وكذا ما باعه المأذون له في التجارة في غير مال نفسه فإن سيده لا يشتريه بأقل يعني نقداً أو لدون الأجل، وإن باعها بعشرة لأجل فيكره أن يشتريها لابنه الصغير بأقل أو لأجنبي كذلك، فإن نزل ففي فسخه كلام، وما باعه العامل في القراض لأجل فلرب المال أن يشتريه بأقل نقداً، نقله الحطاب واقتصر عليه، لكن في حاشية المشذالي ما نصه قال فيها في باب القراض والشركة: إذا باع العامل بإذن رب المال لأجل أو أحد الشريكين لم يجز لرب المال ولا للشريك الآخر أن يتتاعه بأقل نقد الخ. ذكره في صدر بيوع الآجال، ولكن قال بإذن رب المال فانظره. ونقل ابن يونس إنما ذكر ما في المشذالي وفي ابن عرفة عن ابن القاسم: لو مات مبتاعها إلى أجل قبله جاز للبائع شراؤها من وارثه لحلول الأجل يموته، ولو مات البائع لم يجز لوارثه إلا ما جاز له من شرائها اهـ. وأما لو باعها المشتري لآخر ثم أراد البائع الأول شراؤها من المشتري الثاني لهما فإن كان هذا الشراء الأخير أي شراء البائع الأول لها من الثلث بالمجلس في موضع واحد فإنه ممنوع وإلا فلا وجه ذلك، كان الوسط هنا محلل، انظر الشرح في هذه الأمور.

بعشرة إلى شهر أن يشتريه باثني عشر إلى شهرين مثلاً. فقوله أو بثمان معطوف على بثمان في البيت قبله، والمعتمد خبر كان واسمها يعود على ما الموصولة الواقعة على الأمد أي لأمد أبعد مما كان معتمداً لهما أولاً وهو الشهر مثلاً، وقد اشتمل البيتان الأولان على الثلاث صور الممنوعة من الاثني عشر المتصورة عقلاً المذكورة أول بيوع الآجال، وبيانها أن من باع ثوباً مثلاً بعشرة دراهم إلى شهر مثلاً ثم اشتراه فإنه إما أن يشتريه بعشرة أيضاً أو بثمانية أو باثني عشر، وفي كل من الصور الثلاث إما أن يكون الثمن الثاني نقداً أو لدون الشهر كنصف شهر مثلاً، أو للشهر نفسه أو لأبعد من الشهر، فهذه اثنتا عشرة صورة وكلها جائزة إلا الثلاث التي ذكر الناظم وهي إذا اشتراه بثمانية نقداً أو لدون الأجل أو باثني عشر إلى شهرين لأن اليد السابقة بدفع المال رجع إليها أكثر مما دفعت في الصور الثلاث، فيتهم على قصد سلف جر نفعاً فيمنع للتهمة. ثم صرح بجواز أربع صور من التسع البواقية فقال: وهي إذا كانت البيت أي إذا باع ثوباً مثلاً بعشرة إلى أجل ثم اشتراه بعشرة أيضاً فذلك جائز كان الشراء بثمان نقداً أو مؤجلاً إلى دون الأجل أو إلى الأجل نفسه، أو إلى أبعد منه. وعلى شموله على هذه الصور الأربع نبه بقوله: في كل حال حال، فهو تصريح بجواز أحد وجهين شملهما مفهوم قوله: بثمان أدنى وهو كونه مساوياً، والوجه الآخر وهو كونه بأكثر تقدم في كلام الناظم أنه إن كان لأبعد ممنوع فمفهومه أنه إن كان بأكثر نقداً أو لدون الأجل أو للأجل نفسه فلا يمنع وهو كذلك، وتقدم أيضاً أنه يدخل في مفهوم قوله: ولا وقت أقل صورتان جائزتان وهما إذا اشترى بأقل للأجل الأول أو لأبعد منه. وقد اشتمل كلام الناظم على الصور الثلاث الممنوعة بالمنطوق، وعلى التسع للأجل الجائزة بالمفهوم. واعلم أن المنصوص للفقهاء أن الإقالة إن كانت على أكثر من الثمن الأول أو على أقل منه فهي بيع مستأنف اتفاقاً. وإن كانت بمثل الثمن الأول (فقيل هي بيع ثان)، وقيل هي نقض للبيع الأول، وعبارتهم في بيوع الآجال: باع بكذا واشترى بكذا، فتسمية البيعة الثانية إقالة كما عند الناظم، أو بيعاً كما عبروا به في بيوع الآجال، كل منهما صحيح والله سبحانه وتعالى أعلم.

وَمُشْتَرٍ أَقَالَ مَهْمَا اشْتَرَطَا أَخَذَ الْمَبِيعَ إِذْ يَبِيعُ تَعَبُّطَا
بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ فَهَوِ جَائِزٌ وَالْمُشْتَرِي بِهِ الْمَبِيعَ حَائِزٌ

يعني أن المشتري إذا أقال البائع على أنه متى باع ذلك فالمشتري أحق به بالثمن الأول، ثم إن البائع المقال باع ذلك فأراد المشتري الأول فسخ البيع والأخذ بشرطه ففي العتبية له الأخذ بشرطه وإياه تبع الناظم، (والمشهور) فساد الإقالة لما فيها من التحجير،

قوله: (فقيل هو بيع ثان الخ) المذهب هو قول المتن أعني مختصر خليل: والإقالة بيع الخ. فالإقالة بيع مطلقاً إلا ما استثني على بحث في المستثنى، وما أشار إليه الناظم بهذه الأبيات هو قول المختصر: فمن باع لأجل الخ صدر كتاب بيوع الآجال.

(ص): ومشتري أقال مهما اشترطاً إلى آخر البيتين. قوله: (والمشهور الخ) قال ابن عرفة في

فصل في الإقالة

فإن نزل ذلك فسخت الإقالة، وإن طال ذلك وفات ذلك بالبيع، كذا نقل الحطاب في شرح قول المختصر: والإقالة بيع إلا في الطعام الخ. وقال ابن سلمون: وإذا اشترط المشتري على البائع في الإقالة أنه إن باع المبيع من غيره بعد الإقالة فهو له بالثمن الأول فذلك جائز عند ابن القاسم. وقد نص ابن فتحون في وثائقه في ذلك عقداً قال: وإذا باع من غير نقد البيع وكانت للمقيل بالثمن الأول إلا أن يبيعها بعد طول من الزمان تندفع فيه عنه التهمة اه. وفاعل اشترط للمشتري وبيع بضم الياء وفتح الباء مبني للنائب، وتغبطا مفعول من أجله معمول لأخذ، وبالثمن يتعلق بأخذ، وضمير هو للشرط المدلول عليه باشترط، والمشتري مبتدأ خبره حائز بالحاء المهملة، والمبيع مفعول لحائز وضمير به للشرط أيضاً والله أعلم.

تنبيه: ما شرحنا به كلام الناظم من أن المشتري اشترط على البائع المقال الذي رجع إليه شيئه أنه إذا باعه فله أن يأخذه منه بالثمن الأول الذي وقعت به الإقالة هو الموافق للفظه، وهو الذي تقدم عن ابن سلمون والحطاب، وبه شرح الشارح البيهقي. وأما ما نقله عن النوادر من أن المشتري اشترط أخذه بما يباع به ثم باعه البائع المقال بعد مدة فقام المقيل بشرطه فإن ذلك له وليرد البيع ولكن يأخذه المشتري المقيل بالثمن الذي

هذا بإثر كلامه على بيع الثنيا ما نصّه: وسمع القرينان لمن أقال من حائط على أنه متى باعه البائعة فالمشتري أحق به بالثمن الذي يبيعه به ثم باعه بعد زمان أخذه بالثمن الذي باعه به ابن رشد أوجب له أخذه بشرطه وإن باعه بعد زمان لقوله في الشرطين متى باعه لأن متى لا تقتضي قرب الزمان، بخلاف سماع محمد بن خالد لابن القاسم وابن كنانة التفرقة بين القرب والبعد إذا أقاله على أن باعه من غيره فهو له بالثمن، وكان المقيل تخوف من المستقبل إن استقاله لبيعه من غيره بزيادة أعطيها. وسمع سحنون ابن القاسم إن أقاله على ذلك الخوف أن يكون أراد بيعها لربح إن علم أنه استقاله ليبيعه فبيعه منتقض غير جائز، وإن باع لغير ذلك بدا له في بيعها وطال الزمان فبيعه جائز، كقول مالك فيمن طلب من امرأته أن تضع له مهرها فقالت: أخاف إن وضعتي، فقال: لا أفعل، فوضعت ثم طلقها لها الرجوع عليه بما وضعت إلا أن يطلقها بعد طول الزمان وتبين الصحة فلا رجوع لها. ابن رشد: إذا نقض البيع لما ذكر انتقضت الإقالة وردت للمقيل، وتنظير ابن القاسم بمسألة الطلاق صحيح ولو لم يجز بين الزوجين كلام بل سألها الوضع فوضعت ثم طلقها بالقرب لرجعت عليه، ولو سأل البائع المبتاع الإقالة فأقاله ثم باعها بالقرب فلا مقال للمبتاع، هنا تفترق المسألتان، ولو وضعت على أن لا يطلقها أبداً أو على أنه متى طلقها رجعت عليه فلها الرجوع ولو طلقها بالبعد، وسمع محمد بن خالد بن القاسم وابن كنانة مثل سماع سحنون في الإقالة وفيه قال محمد بن خالد: كان ابن نافع لا يجيز الإقالة في هذا بمنزلة البيع، قال ابن لبابة: هذا جيد من فتياه واستحسنه، قلت: لما ذكر الصقلي قول ابن القاسم بالجواز قال قال الشيخ: هذا خلاف ما في الموطأ عن عمر لا تقربها وفيها شرط لا حد. وفي المختصر: إن ذلك في البيع لا خير فيه والإقالة بيع اه. بلفظه. وقوله: والإقالة بيع ولكن هي معروف يغتفر فيها ما لا يغتفر في غيرها كما أبيحت في الطعام قبل قبضه. وقد منّا أنها في ذلك بيع ولما ذكروه في أجرة الكيل وغير ذلك فافهم. ولم ينقل هذا الشارح هذا فاستعن به على ما عنده.

باعه هذا الآخر هذا لفظه، فإن عنى بالثمن ما يبيع به أولاً ويرشحه قوله: ولكن الخ فلا شك أنها مخالفة لمسألة الناظم في كيفية الشرط، وهو أخذ المبيع بما يباع به ثانياً، ومسألة الناظم بما يباع به أولاً، وهي موافقة لها في الحكم بعد الوقوع وهو أخذه بالثمن الأول، وذلك بعيد من اللفظ المذكور، وإن عنى بالثمن الثمن الذي يبيع به ثانياً فليست مسألة الناظم لمخالفتها لها في التصور والحكم، وفي جواز هذا الشرط نظر للجهل بما يباع به ثانياً، وأما ما نقله الشارح عن مالك في المختصر الكبير فيمن باع داره على أنه متى باعها المبتاع فهو أحق بها بالثمن وأنه لا خير في ذلك فهي مسألة أخرى لا إقالة فيها رأساً وإنما الشرط في عقد البيع، فمحلها عند قوله أول البيوع والبيع والشرط الحلال إن وقع الخ والله أعلم.

وَسُوِّغَتْ إِقَالَةٌ فِيمَا اكْتُرِيَ إِنْ لَمْ يَكُنْ أُعْطِيَ الْكِرَاءَ الْمُكْتَرِيَ

يعني أن من اكترى داراً أو غيرها فإنه يجوز أن يتقابل مع المكري إن لم يكن المكثري دفع الكراء، سواء سكن أو لم يسكن، وكذلك تجوز الإقالة إذا نقد الكراء ولم يسكن، وهذه الصورة ترد على الناظم لأنه اشترط في جواز الإقالة عدم دفع الكراء، فمفهومه أنه إن دفع الكراء لم تجز الإقالة ظاهره ولو لم يسكن وليس كذلك، بل إنما تمتنع إذا دفع الكراء وسكن بعض المدة، وأما إن دفع ولم يسكن فالإقالة جائزة كما تقدم، فيقيد مفهوم قوله: إن لم يكن أعطى الخ وهو ما إذا أعطى الكراء بما سكن بعض المدة. قال في المتطية: وتجوز الإقالة في الكراء ما لم ينقد، فإن نقد المكثري للمدة كلها وسكن بعضها لم تجز الإقالة عند مالك. قال ابن القاسم: وذلك كسلع باعها فأقال من بعضها. وقال ابن حبيب: وذلك كراء وسلف. قال الشارح: الكراء الذي تقع الإقالة بعده يتصور فيه أربع صور:

الأولى: لم ينقد ولم يسكن.

الثانية: سكن ولم ينقد.

الثالثة: نقد ولم يسكن فهذه ثلاث صور تجوز فيها الإقالة.

الرابعة: نقد وسكن بعد المدة فتمنع الإقالة في هذه الصورة اهـ. بالمعنى.

(ص):

(وسوغت إقالة فيما اكتري إن لم يكن أعطى الكراء المكثري)

هذه المسألة تحتاج إلى تقسيمات طويلة وقد أحصاها ابن رشد في المقدمات أي الإقالة في الكراء، ونقلنا ذلك في الشرح عند قول المتن في فصل كراء الدابة وإقالة بزيادة قبل النقد وبعده إن لم يغب عليه وإلا فلا إلاً من المكثري فقط إن اقتصا أو بعد سير كثير اهـ.

فَضْلٌ فِي التَّوْلِيَةِ وَالتَّصْيِيرِ

تَوْلِيَةُ الْمَبِيعِ جَازَتْ مُطْلَقًا وَلَيْسَ فِي الطَّعَامِ ذَاكَ مُتَّقَى

ابن عرفة: التولية تصيير مشتر ما اشتراه لغير بائعه بثمنه وهي في الطعام غير جزاف قبل كيله رخصة للحديث اهـ. وأخرج بقوله لغير بائعه الإقالة وبقوله بثمنه ما إذا صيره بأكثر مما اشتراه به وأقل فإن ذلك بيع مستأنف وليس بتولية.

قوله: تولية المبيع البيت يعني أن من اشترى شيئاً، فإنه يجوز له أن يوليه لغيره كان ذلك المشتري طعاماً أو غيره قبل القبض أو بعده، وإلى هذا العموم أشار بقوله مطلقاً وهي وإن كانت في الطعام قبل قبضه من باب بيع الطعام قبل قبضه فجازة للحديث. وفي المتيضية: والتولية في الأصول وغيرها جائزة. وفي النوادر من الواضحة قال: الإقالة والشركة والتولية (مخرجة برخصة الرسول ﷺ) من نهيه عن بيعه قبل قبضه كما خرج بيع العرية من بيع الثمر قبل بدو صلاحه، وكما خرجت الحوالة من نهيه عن الدين بالدين. وفي المقرب: قال مالك: ومن أسلم في حنطة فولى بعضها قبل محل الأجل مثل أن يولي ربعها بربع الثمن فلا بأس بذلك، وكذلك هذا في جميع العروض كلها. قال ابن القاسم: وكان مالك لا يرى بأساً بالشركة والتولية والإقالة في الطعام وفي جميع الأشياء كلها إذا أسلم فيها وانتقد الثمن اهـ.

وَالشَّرْطُ فِي التَّصْيِيرِ أَنْ يُقَدَّرَا دَيْنٌ وَالْإِنْجَازُ لِمَا تَصَيَّرَا
وَالْعَرَضُ صَيَّرَهُ بِلَا مُنَازَعَةٍ وَالْحَيَوَانَ حَيْثُ لَا مُوَاضَعَةٍ
وَجَائِزٌ فِيهِ مَزِيدُ الْعَيْنِ حَيْثُ يَقْبَلُ عَنْهُ قَدْرُ الدَّيْنِ
وَالْخُلْفُ فِي تَصْيِيرِ مَا كَالسُّكْنَى أَوْ ثَمَرِ مُعَيَّنٍ لِيُجْنَى

اشتملت الأبيات على خمس مسائل تتعلق بالتصيير: الأولى: أنه يشترط معرفة قدر الدين المصير فيه لأن التصيير بيع من البيوع، ومن شرط العوضين في البيع معرفة كل

فصل في التولية

(ص):

(تولية المبيع جازت مطلقاً وليس في الطعام ذاك متقى)

قوله: (مخرجة برخصة الرسول ﷺ الخ) هذا دليل على أن الثلاثة بيع إذ الرخصة إنما تكون مع كونها بيعاً كما بسطناه في الشرح عند قول المتن أي متن المختصر: والإقالة بيع الخ فافهم.

(ص): والشرط في التصيير أن يقدر. إلى آخر الأبيات الأربعة.

منهما، (ولم يخرج من ذلك إلا ما صير تمخياً) كما يأتي، وإلى هذا الشرط أشار بقوله: والشرط في التصير أن يقدر دين. المسألة الثانية: أنه يشترط أيضاً قبض الشيء المصير ناجزاً. قال في المتيطة: وتصير الأصول وغيرها في الديون من ناحية البيوع إلا أن ذلك مفتقر إلى أن إنجاز التقابض في حين الصفقة، فإن تأخر عنها فسد ودخله الدين بالدين، كمن صير في دينه داراً غائباً أو حاضرة على أن يسكنها البائع مدة قريبة أو بعيدة أو سلعة على الخيار أو جارية يتواضع مثلها أو عبداً أو أمة من وخش الرقيق على العهدة فلا يجوز ذلك لما فيه من التأخير، ويجوز في العبد والأمة من الوخش إذا بيعا على البراءة، ولا يجوز ذلك في الراتعة لأن المواضعة لا تسقط فيها، وكذلك إن صير إليه في دينه سكنى دار مدة معلومة لم يجز، هذا هو المشهور من مذهب مالك وابن القاسم المعمول به. وروى أشهب عن مالك أنه أجاز أن يأخذ عن دينه داراً غائبة لأنها معينة، أو عبداً بخيار أو أمة تتواضع أو سكنى دار، وجعل قبض أوائل السكنى قبضاً لآخرها، كما جاز عنده اكتراؤها بدين إلى أجل، وجعل قبض أوائل السكنى قبضاً لجميعة، ولم يره من الدينين المضمونين جميعاً، قال بعض القرويين: (وهو أقيس)، ألا ترى أنه يجوز له شراء ذلك

قوله: (ولم يخرج من ذلك إلا ما صير تمخياً) إنما جاز ذلك في التمخي لعله تراها عند ذكره وهي العجز عن معرفة القدر في ذلك. قوله: (وهو أقيس) هذا هو كذلك عن بعض القرويين ولكن المشهور مقابله، ووجهه أنه شبه الدين بالدين في عدم المناجزة وإن لم يكن ديناً بدين على حقيقته، وما استدلل به لا ينهض لصاحب القياس لأن شراء المنفعة ليس هو من فسخ الدين في الدين الذي هو أقوى من بيع الدين بالدين، ومن ابتداء الدين بالدين، ولكون العلة هو شبه الدين بالدين منع الفسخ في الدار الغائبة التي استشكلها الشيوخ، ونقلنا كلام الناس في المسألة عند ذكر خليل للتصير وهو قوله في مختصره: وككاليء بمثله فسخ ما في الذمة في مؤخر ولو معيناً يتأخر قبضه كغائب ومواضعة ومتأخر جزاءه ومنافع عين الخ. وما أشرنا إليه هو في التوضيح. وقال اللخمي في تعليل المنع في الدار الغائبة بأن ثمنها حاضرة أكثر من ثمنها غائبة فما بينهما ترك لمكان التأخير، وبه اعترض على التونسي فيما ذكره في الدار الغائبة كما في ابن عرفة وغيره، والتعليل بالشبه هو في التوضيح وغيره، وشبه الشيء في الفقه بمنزلته، قال ابن عرفة في مضمون قول المختصر: ومنع العبد من وطء أمته المرهون هو معها حين عللوا المنع المذكور بأن رهنها انتزاع للأمة من العبد ما نصه: قال ابن عبد السلام: ليس ذلك انتزاعاً إنما هو شبه انتزاع، ولو كان انتزاعاً لافتقر بعد الغداء إلى تملك آخر، ويرد بأن شبه الشيء في الفقهاء كالثيء، فما لزم في الانتفاع لزم في شبهه هذا لفظه، وفسخ الدين في الدين هو بمنزلة الصرف في إنجاز القبض كما في صريح المدونة وهو اختيار ابن رشد. وذكر هذا في المعيار في مواضع منه، ومن المعلوم بالضرورة عند الفقيه أن الصرف يشترط في عوضيه الحضور كما هو مبسوط في قول المختصر: أو غاب رهن أو ودبعة فكيف يفسخ الدين في دار غائبة وحكمه في الإنجاز حكم الصرف؟ وكلام الشارح يوهم أن المذهب ليس له دليل قوي بل دليله هو القوي، وإن شككت فقف على الشرح والحق عياناً إن شاء الله تعالى، وإن ما في المختصر هو المشهور، وأن التناجز في هذا الفسخ كالتناجز في الصرف ولذلك أطلق في المختصر: وككاليء الخ، فظاهره أن التأخير حرام مطلقاً أو كثر.

باتفاق اهـ. وإلى اشتراط القبض ناجزاً أشار بقوله: والإنجاز لما تصيرا. المسألة الثالثة: أنه يجوز تصيير العروض على اختلاف أنواعها، وكذا الحيوان إلا الأمة التي تفتقر إلى المواضعة، وما لا يقبض في الحال كالدار الغائبة والمبيع بالخيار، وتقوم بيان ذلك في كلام المتيطي وإلى ذلك أشار بقوله: والعرض صيره بلا منازعة. البيت. ويجوز في لفظ العرض النصب على الاشتغال وهو المختار والرفع على الابتداء وكذا لفظ الحيوان.

المسألة الرابعة: أنه إذا كانت قيمة المصير أكثر من الدين فإنه يجوز أن يزيد رب الدين المصير له العرض من العين ما يكمل به قدر قيمة العرض المصير فيه، مثل أن يكون الدين مائة فيصير له عرضاً يساوي مائة وعشرين ويزيده رب الدين عشرين، (ويشترط أن تكون معجلة)، ولا يجوز تأخيرها، وإلى هذه المسألة أشار بقوله: وجائز فيه مزيد العين، البيت فضمير فيه للتصيير، وضمير عنه للعرض المصير على حذف مضاف أي عن قيمة العرض المصير، وقدر الدين فاعل يقل. قال في المتيطية: وإن كان المزيد له زاد في الدار زيادة على الدين جاز ذلك، ولم يكن فيه بد من تناجز القبض كان الدين معظم الثمن أو يسيراً منه لما يدخله في التأخير من الدين بالدين اهـ. وهذه مسألة الناظم، لأن معنى قول المتيطي: وإن كان المصير له زاد في الدار زيادة الخ أن الذي صيرت له الدار في دينه قاص ربها بالدين وزاد زيادة لكون قيمتها أكثر من الدين، وكذلك عكس هذه المسألة وهي إذا كان الدين أكثر من قيمة العرض فإن لصاحب العرض أن يزيد لصاحب الدين من العين ما يكمل به خلاص دينه، قال ابن سلمون: وكذلك إن صير له ملكاً في دين له عليه وزيادة زادها له فلا بد من التناجز اهـ. وهذا إذا عطفنا قول ابن سلمون وزيادة على ملكاً، وأما إن عطفنا على دين فتكون هي مسألة الناظم وهو ظاهر الوثيقة التي ذكر بعد ذلك، والمعنى صحيح على كلا الاحتمالين والله أعلم. (المسألة الخامسة: حكاية الخلاف) في تصيير السكنى والركوب ونحوهما مما لا يقبض كله دفعة بل شيئاً فشيئاً، وتقدم حكاية الخلاف في ذلك في قول المتيطي: وكذلك إن صير إليه في دينه سكنى دار الخ. وإلى هذه المسألة أشار بقوله: والخلف في تصيير ما كالسكنى، البيت. فقوله: أو ثمر عطف على ما. وقوله ليبنى أي لكونه يبنى شيئاً بعد شيء فلا يتنجز قبض جميعه دفعة واحدة.

(فرع: وهل يفتقد التصيير إلى حيازة) أم لا؟ وعلى الحيازة فهل بالمعينة أو يكفي فيها الاعتراف؟ قال المكناسي في مجالسه: قلت أفتى فيها القاضي أبو سالم إبراهيم الزيناسني أنه لا يفتقر إلى حيازة وهو بيع من البيوع. وأفتى الفقيه العبدوسي أنه يفتقر إلى الحيازة. قال المتيطي: وبافتقاره إلى الحيازة جرى العمل وهو المشهور من المذهب

قوله: (ويشترط أن تكون معجلة) إنما عجلت لأنها في مقابلة الدين، فلو أخرت لكان ذلك من فسخ الدين في الدين. قوله: (المسألة الخامسة حكاية الخلاف الخ) كان من حق هذا الشارح أن يبين أن المشهور في هذا هو التحريم لأجل التأخير، لأن قبض الأوائل ليس قبضاً للأواخر في فسخ الدين بالدين وهو قول المختصر ومتأخر جزاءه ومنافع عين أو أي معينة. قوله: (فرع: وهل يفتقر التصيير إلى حيازة الخ) المذهب والمشهور هو الافتقار للحوز مطلقاً ثبت الدين ببينة أو بإقرار.

(ويكتفى بإقرارهما) بالحوز على المشهور من المذهب. ثم نقل عن بعضهم أنه قال: والصواب الذي لا ينبغي أن يعدل عنه أن التصير في المعين لا يفتقر إلى حوز (ولا يدخله الدين بالدين اهـ). قلت: ويأتي إن شاء الله في آخر فصل اعتصار الهبة أن في المسألة قولاً بالتفصيل، فإن كان الدين المصير فيه ثابتاً بالبينة فلا يفتقر التصير إذ ذاك لحوز لأنه معاوضة، وإن لم يكن ثابتاً فيفتقر للحوز للتهمة إلى قصد الهبة والتحيل على إسقاط الحيازة وهو ظاهر والله أعلم. وفي المواق قبل باب الرهن متصلاً به وقال بعضهم: التصير كالبيع لا يحتاج إلى إخلاء ولا إلى حيازة، (وبهذا أفنى ابن عتاب وابن القطان)

وقوله: (ويكتفى بإقرارهما) هو ظاهر لأنه كالصرف ولا يحتاج في تناجز الصرف لبينة، والأصل في عقود المسلمين الصحة، ولذلك قال ابن سهل في أحكامه الكبرى بعد ذكره كلام من اشترط في هذا الحوز معاينة البينة ما نصّه: وخالفه غيره فقال: إقرارهما جائز كإقرارهما بالصرف والتناجز فيه وإن لم يعرف صدق قولهما فهو جائز حتى يعرف خلافه، ثم قال معللاً لعدم شرط معاينة البينة لهذا الحوز ما نصّه: إذ القول قول من يدعي الصحة ما لم يبين خلاف ذلك هذا لفظه، وفرّق بين الحوز في الرهن والصدقة وبين التصير بأن الرهن قال الله تعالى فيه: ﴿فرها مقبوضة﴾ [البقرة: ٢٨٣] وساق الدليل على الحوز في الصدقة من السنة فافهم. وقوله: (ولا يدخله الدين بالدين الخ) تقدم عدم الحوز في هذا شبه الدين بالدين وذلك كاف. قوله: (وبهذا أفنى ابن عتاب وابن القطان الخ) هذا والعلم عند الله تعالى تبع فيه هذا الشارح غيره، فإن مسألة ابن عتاب وابن القطان وابن سهل هي فيمن صير لزوجته نصف دار سكناه وبقي فيها ساكناً معها، وإن كان كلامه يدل على عدم الحوز هنا مطلقاً، ونص ذلك في أحكام ابن سهل الكبرى هو قوله فيها في مسائل من الإقرار ما نصّه: رجل صير إلى امرأته في كالثها نصف دار سكناه معها وسكنها جميعاً إلى أن مات فيها كتب فيها من بطليموس وذكر في السؤال أنه كان تصييراً ناجزاً، وكان قد اختلف فيه عندهم فقال بعضهم: إن التصير كالصدقة والهبة لا ينفذ إذ لم يخل المصير الدار من نفسه حتى مات، وقال بعضهم: بل التصير كالبيع لا يحتاج فيه إلى حيازة ولا إخلاء، وأفنى فيها شيوخنا ابن عتاب وابن القطان وابن مالك بجواز التصير، ورأوا أنه كالبيع لا كالهبة بعد أن كان، قال ابن عتاب منهم لمن حضره من أصحابه: لا يجوز التصير، ثم قال لي: ما رأيك فيها؟ ولم يعلمني بما كان تقدم من قوله لأصحابه، فقلت له: رأيي فيها أن ذلك جائز نافذ وليس في القبض سكنها في الدار، فأنفذ جوابه بعد ذلك أن التصير نافذ جائز. وتكلمت فيها مع ابن مالك فقال لي: الأمثل فيها عندي جوازه وهو الصواب والله أعلم. لأن من قول مالك فيمن وهب أجنبياً جزءاً من ماله شائعاً واعتمر الموهوب له من الواهب حتى مات أنه جائز، وفيه خلاف ذكره ابن أبي زمنين في وثائقه، وأخبرني أبو عمرو بن عبد القوي أن أبا محمد بن الخراز كان هو الذي أفنى عندهم ببطلان التصير بسكنى الزوج المصير في الدار حتى مات اهـ. بلفظه. ثم ذكر مسألة من أقر في صحته بدين لامرأته وباع منها بذلك دار سكنها وسكنها معها إلى أن مات وذكر فيها خلافاً هل يمضي ذلك التصير أم لا؟ ومن قال يمضي قال: إذا لم يشترط عليها أن يسكن معها لأنها لو ضاعت أخرجته، وأفنى غير من ذكر بعدم المضي لكن قال: جواب من أجاب بالمضي أصح ثم ذكر كلاماً مستدلّاً به على عدم الحوز في التصير وأطال في ذلك، وتراه هنا قريباً في صورة التمخي نقلناه هناك لأمر اقتضاه الحال فقف عليه، ومسألة الدار نقل فيها عن أبي بكر بن عبد الرحمن أن عدم الحوز فيها لا يضر وصححه. وعن أبي عمران

وابن مالك. قال ابن سهل: وهذا هو الصواب لأن قول مالك فيمن وهب أجنبياً جزءاً من ماله مشاعاً واعتمر الموهوب له مع الواهب أنه جائز اهـ. (وانظر ما المراد) بالحوز هل هو القبض المتقدم أنه يشترط في التصيير السلامة من فسخ ما في الذمة فيما يتأخر قبضه ولو كان معيناً على المشهور لقوله في المختصر: ككاليء بمثله فسخ ما في الذمة في مؤخر ولو معيناً يتأخر قبضه، أو المراد ما هو أخص من القبض وهو الحوز، فإن كل حوز قبض وليس كل قبض حوزاً، فالقبض يشترط فيه أن يتصل بالتصيير ولا كذلك الحوز، ويشترط في الحوز دوامه مدة في يد الحائز ولا كذلك في القبض. والحاصل أن التصيير يشترط فيه القبض والحوز معاً. (والجاري) على القواعد أن تصيير المعين لا يفتقر إلى حوز قبض إذ المعين لا تحمله الذمم، وإذا كان كذلك فليس من فسخ الدين في الدين، وأن التصيير المفتقر للحوز هو حيث يكون الدين المصير فيه ثابتاً بإقرار المصير فيتهم على التحيل على إسقاط الحوز في الهبة، وأما إن كان الدين ثابتاً ببينة فلا يفتقر إلى حوز لأنه معاوضة محققة.

وَأَمْتَنَعَ التَّصْيِيرُ لِلصَّبِيِّ إِنْ لَمْ يَكُنْ ذَا أَبٍ أَوْ وَصِيٍّ

يعني أن من عليه دين لصبي فلا يجوز له التصيير للصبي الذي ليس له أب ولا وصي لأنه لا يقبض لنفسه فيدخل التصيير عدم التناجز فيكون ديناً بدين. قال في المتيطة: وإذا كان الدين للصغير أو لليتيم قيل أجنبي أو قريب غير الأب أو الوصي وأراد من عليه الدين أن يصير إليه في ذلك ملكاً فإن كان للصغير أب أو وصي جاز ذلك وكان الأب أو الوصي القابض له، وإن لم يكن له أب ووصي فلا يصح التصيير بوجه (لأن القبض يتعذر فيه) فيدخله الدين بالدين اهـ.

أنه يضر إن لم يخلها من متاعه فافهم.

قوله: (وانظر ما المراد الخ) القبض ظاهر، ومن عبر بالحوز فمراده به القبض كما لا يخفى، وبالقبض عبر هنا المتيطي وكثير، وقد قال ابن الحاجب: يصح الرهن قبل القبض ولا يتم إلا به، ويجبر الراهن عليه إن كان معيناً، فإن تراخى القبض إلى الفلوس أو الموت بطل اتفاقاً، وإن كان محرراً على الأشهر وقبضه كقبض المبيع الخ فحوز الرهن سماً قبضاً مع أنه يشترط وأمه بدليل أنه إذا رجع للراهن بطل من أصله كما في المختصر وغيره فافهم. مع أن ابن سهل ذكر في التصيير الحوز كما تراه قريباً في مسألة التصيير على وجه التمخي، وذكر فيه المتيطي القبض، وذلك دليل على أن القبض والحوز شيء واحد فافهم. وانظر الكلام على هذا عند قول المختصر: وقبض العقار بالتخلية في كتاب الخيار. قوله: (والجاري الخ) كثر هذا الكلام هذا الشارح والمذهب أن التأخير مفسد مطلقاً كما بيناه بعلمته.

(ص):

(وامتنع التصيير للصبي إِنْ لَمْ يَكُنْ ذَا أَبٍ أَوْ وَصِيٍّ)

قوله: (لأن القبض يتعذر فيه الخ) انظر هذا فإن قبض السفیه والصبي للحبس والهبة يصح

وَالْأَبُ كَالْوَصِيِّ فِي التَّصْيِيرِ تَمْخِيًا بِالْجَهْلِ لِلْمَحْجُورِ

يعني أنه يجوز للأب والوصي أن يصير كل واحد منهما لمن إلى نظره شيئاً يكون ذلك المصير في مقابلة ما جهله المصير المذكور ممّا يمكن أن يكون قد استهلكه من مال المحجور لتبرأ ذمته من ذلك ويقبض ذلك الشيء المصير من نفسه لمحجوره. فقوله للمحجور يتعلق بالتصيير، وتمخياً مفعول من أجله، والتمخي التبري والاستسلام، قال الجوهري: تمخيت من الشيء وأمخيت منه إذا تبرأت منه وتخرجت اهـ. وباء بالجهل سببية متعلقة بتمخياً. قال في المتيضية: وإن كان الدين مجهولاً قدره لا يعرفه الأب أو الوصي وإنما استهلك له مالاً لم يقف عليه فتمخى منه بأن صير في ذلك داراً أو ملكاً جاز التصيير وصح القبض على ما ذكرناه ممّا لم يسكن المصير فيه، ويسقط من نص الوثيقة معرفة السداد لأنه لا يعلم قدر ما صيرت الدار فيه اهـ. وهو صريح في أن الدين محقق إلا أنه مجهول المقدار فيكون ذلك في معرض الاستثناء مما تقدم أول هذا الباب من اشتراط معرفة قدر الدين المصير فيه، فإذا تعذرت معرفته كهذا جاز التصيير في المجهول لبراءة الذمة، وكذلك والله أعلم إذا لم يتحقق الدين وإنما خاف أن يكون في ذمته من مال المحجور شيء جهله أو نسيه لكونه كان يتصرف فيه فالقبض والدفع فيصير له في ذلك شيئاً احتياطاً لبراءة ذمته، إلا أن هذا مستحب الأول واجب والله أعلم، وهذا الثاني هو ظاهر قول الشارح في حل البيت ممّا يمكن أن يكون قد استهلكه من ماله. وفي فصل التصيير من ابن سلمون ما نصه: (قال ابن رشد: واتفق ابن القاسم) وسحنون على أنه لا

فكيف بالتصيير الذي فيه الخلاف مع كونه بيعاً؟ انظره عند قول المختصر في كتاب الحبس ولو سفياً. وإنما يظهر المنع من هذا لأن التصيير بيع والمحجور لا يبيع ولا يستقل به، وإن كان بيعه موقوفاً على نظر وليه، والمقدم هنا كالأب تأمله فإنه يظهر لنا أن ما أشرنا إليه أولى ممّا في هذا الشارح والعلم عند الله تعالى.

(ص):

(وَالْأَبُ كَالْوَصِيِّ فِي التَّصْيِيرِ تَمْخِيًا بِالْجَهْلِ لِلْمَحْجُورِ)

قوله: (قال ابن رشد: واتفق ابن القاسم الخ) قال ابن سهل في أحكامه الكبرى بعيد ذكره مسألة الدار المتقدمة في التصيير هنا متصلاً بها ما نصه: وفي سقوط الحوز في التصيير رواية سقطت عن ذكر جميع من أفتى في هذه المسألة وعزبت عن حفظهم فلم يستشهدوا بها إذ لم يذكروها، قال في كتاب الشفعة في سماع عيسى عن ابن القاسم: وسألته عمّن تصدق بحظه في قرية مبهمة على أخت له وقال: إني كنت أصبت من موروثها مالاً فسهمي عليها صدقة بما أصبت من مالها ولا يعلم ما أصاب من مالها فأراد الشركاء الأخذ بالشفعة ألهم ذلك أم لا؟ الخ. هل يجوز قوله إني أخذت من مالها وتجاوز لها الصدقة بما أخذ من مالها فيما زعم على غير حوز حتى هلك؟ قال ابن القاسم: ذلك لها ولا أرى لأحد فيها شفعة، لأن أصل الثمن لا يعرف لأن مالكاً قال لنا: ما طال من الشفعة فلا شفعة فيه إذا أتى حتى نسي ثمنه، ولم ير أن صاحبه أخفى ذلك ليقطع الشفعة من يطلبه ولا حوز

شفعة في هذا التمخي، واختلفا في التعليل فرآه ابن القاسم بيعاً جهل فيه الثمن فلا شفعة فيه ولا يفتقر إلى حيازة، ورآه سحنون صدقة فلا شفعة ويتفقر إلى حيازة، قال: وقول سحنون أظهر عندي اه. وقد وقع في هذا الوقت نازلة وهي أن رجلاً أوصى بوصايا ومن جملة ما على مقداره لمحجور له تمخياً لما عسى أن يكون يبقى في ذمته شيء من ماله الذي كان يتصرف فيه ثم رجع عن تلك الوصايا وأبطلها فهل يدخل التمخي في المرجوع عنه من الوصايا وهو الجاري على قول سحنون أنه صدقة أو لا يدخل وهو الجاري على قول ابن القاسم أنه بيع جهل فيه الثمن؟ (الظاهر أنه يجري) على هذين القولين والله أعلم.

فصل في السلم

فِيمَا عَدَا الْأُصُولَ جَوَّزَ السَّلْمُ وَلَيْسَ فِي الْمَالِ وَلَكِنْ فِي الذَّمِّ
وَالشُّرْحُ لِلذَّمِّ وَضَفٌّ قَامَا يَقْبَلُ الْأَلْتِرَامَ وَالْإِلْرَامَا
وَشَرَطُ مَا يُسَلَّمُ فِيهِ أَنْ يُرَى مُتَّصِفًا مُؤَجَّلًا مُقَدَّرًا
مِنْ كَيْلٍ أَوْ وَزْنٍ وَدَرَعٍ أَوْ عَدَدٍ مِمَّا يُصَابُ غَالِبًا عِنْدَ الْأَمَدِ
وَشَرَطُ رَأْسِ الْمَالِ أَنْ لَا يُحْظَلَ فِي ذَلِكَ دَفْعُهُ وَأَنْ يُعَجَّلَا
وَجَازَ إِنْ أَخَّرَ كَالْيَوْمَيْنِ وَالْعَرَضُ فِيهِ بِخِلَافِ الْعَيْنِ

ابن عرفة: السلم عقد معاوضة يوجب عمارة ذمة بغير عين ولا منفعة غير متماثل العوضين اه. فقوله: عقد معاوضة يدخل تحته البيع الأعم الذي يدخل فيه السلم وغيره

عليها في ذلك، لأن الحظ إنما صار لها على وجه اشتراء فلا حوز فيه، هذا نصها في الكتاب، ووصل بها جواب سحنون فيها بنحو ذلك وقال: الصدقة لها ولا شفعة لأحد فيها لأنه تمخ لا بيع طلبه المقر له. وقال في النوادر فيها قول سحنون ورواية عيسى سواء، فقد أسقط ابن القاسم فيها الحوز مع تسميته إياها صدقة وهي تصيير في مجهول فكيف بمسألة المرأة فيما أخذته في كالتها أو دينها وهما معروفان، وهذا نهاية في البيان والله المستعان. وسقط قول من خالف ذلك وبطل نظره وبالله التوفيق اه. بلفظه بلا زيد ولا نقص. ويتأمله تستعين على فهم المسألة غاية، ولعل الحوز إنما سقط في هذه المسألة لعدم من يحوز، إذ الأخت لا علم لها بالأميرين، ويدل لذلك أن سحنوناً يقول: بأن هذا صدقة ومع ذلك لم يشترط الحوز في ذلك فافهم. قوله: (الظاهر أنه يجري الخ) الذي فيه الخلاف بين ابن القاسم وسحنون العوض موجود على كل حال، والوصية فيما يتقي أن يكون أصاب من المال شيئاً والأول هو الواجب والثاني هو المستحب، وإذا اختير قول سحنون في الواجب بأنه صدقة فتكون الوصية باطلة بالرجوع فافهم.

فصل في السلم

(ص): فيما عدا الأصول جوز السلم إلى آخر الأبيات الستة.

من أنواع المعاوضات (كالإجارة والنكاح) وغيرهما، ويوجب عمارة ذمة أخرج به المعاوضة في المعينات، وبغير عين أخرج به البيع بثمن مؤجل ولا منفعة أخرج به الكراء المضمون وما شابهه من المنافع في الذمة وغير متماثل العوضين أخرج به السلف، وتعرض الناظم رحمه الله في هذه الأبيات لبيان شروط السلم وجلها يتعلق بالمسلم فيه وبعضها برأس المال، فأخبر أن السلم جائز فيما عدا الأصول من السلع والعروض والطعام وغير ذلك. (وإنما لم يجز في الأصول) وإن كانت مما تنضبط بالصفة لتشاح الناس في مواضعها واختلاف أغراضهم فيها فلا بدّ من تعيينها، وإذا عيّن موضعها خرجت عن كونها في الذمة وصار سلفاً في معين، ومن شروط السلم كونه في الذمة لا في المعين ولذا قال: وليس في المال أي المعين ولكن في الذم وهو جمع ذمة، وإنما شرطوا كونه في الذمة لأنه لو لم يكن في الذمة لكان معيناً وذلك ملزوم البيع معين يتأخر قبضه وذلك لا يجوز لأنه إن لم يكن في ملك التابع فالغرر ظاهر لاحتمال أن لا يبيعه من هو في ملكه، وإن كان في ملك البائع فالغرر أيضاً لازم لأن البقاء على تلك الصفة غير معلوم، (ولأنه يلزم منه الضمان) بجعل لأن السلم يزيد في الثمن ليضمنه له المسلم إليه، انتهى من الخطاب، وهذا أعني كون المسلم فيه في الذمة لا في معين هو أحد شروط السلم. قال الباجي: لا خلاف أن من شروط السلم أن يكون متعلقاً بالذمة اهـ. والذمة قال القرافي: معنى شرعي مقدر في المكلف غير المحجور قابل للالتزام، فإذا التزم شيئاً اختياراً لزمه وتلزمه أروش الجنایات وما أشبه ذلك، قال: والذي يظهر لي وأجزم به أن الذمة من خطاب الوضع ترجع إلى التقادير الشرعية وهو إعطاء المعدم وحكم الموجود، قال ابن الشاط: والأولى عندي أن الذمة قبول الإنسان شرعاً للزوم الحقوق دون التزامها، فعلى هذا تكون للصببي ذمة لأنه تلزمه أروش الجنایات وقيم المتلفات، (وعلى أنه لا ذمة للصببي) نقول: الذمة قبول الإنسان شرعاً للزوم الحقوق والتزامها اهـ. وإلى كلام ابن

قوله: (كالإجارة والنكاح الخ) ابن عرفة: لم يدخل الإجارة والنكاح في البيع الأعم بل أخرجهما منه فافهم. قوله: (وإنما لم يجز في الأصول الخ) ظاهره كظاهر النظم أن السلم إنما يمتنع في الأصول فقط، وفي المختصر لا فيما لا يمكن وصفه كتراب المعدن والأرض والدار والجزاف وما لا يوجد الخ، أي لا يجوز السلم في هذه المذكورات. قوله: (ولأنه يلزم منه الضمان الخ) هذا كلام التوضيح وزاد ما نصّه: ولأنه إن لم ينقد الثمن اختل شرط السلم وإن قدمه كان دائراً بين الثمن إن لم يهلك وبين السلف إن هلك الخ. وفي ابن بشير: لو كان في معين إن كان ضمانه من بانه فهو ضمان بجعل، وإن كان من مشتريه لا يدري كيف يأخذه الخ، وربما يكون فيه تكملة لكلام التوضيح، والفرض أن السلم إنما يقبض بعد خمسة عشر يوماً فأكثر. قوله: (وعلى أنه لا ذمة للصببي الخ) المشهور عندنا أن الصبي يضمن ما أتلفه إن لم يؤمن عليه في ماله، فإن لم يكن له مال اتبع به وهذا هو الدال على أن له ذمة، انظر ذلك عند قول المتن: وضمن ما أفسد إن لم يؤمن عليه في كتاب الحجر، وفي الودیعة عند قول المتن: وبخلطها إلى آخر تلك المسائل، وعند قوله في الباب المذكور: وإن أودع صبياً الخ، وعند قوله باب إن أتلف مكلف، وما ذكرناه هو نص المدونة وبه تعرف ما في قول من يقول إنه لا يضمن الصبي ما أتلفه إلا إذا كان له مال في وقت الإتلاف.

الشاط هذا أشار الناظم بقوله:

والشرح للذمة وصف قاما يقبل الالتزام والإلزاما

ابن عبد السلام: الذمة أمر تقديري يفوضه الذهن وليس بذات ولا صفة لها. ابن عرفة: يرد بلزوم كون معنى قولنا إن قام زيد ونحوه ذمة، والصواب في تعريفها أنها متمول كلي حاصل أو مقدر، قال: فخرج ما أمكن حصوله من نكاح أو ولاية أو وجوب حق في قصاص أو غيره مما ليس متمولاً، إذ لا يسمى ذلك في العرف ذمة اهـ. وقال الحطاب: الذمة أمر تقديري يفرضه الذهن ليس ذاتاً ولا صفة لها فيقدر المبيع وما في معناه من الأثمان كأنه في وعاء عند من هو مطلوب به، فالذمة هي الأمر التقديري الذي يحوي ذلك المبيع أو عوضه اهـ. وقد قلت في تعريف الذمة على ما قال الحطاب:

والشرح للذمة وصف قدرا يفرضه الذهن وليس أن يرى
إذ ليس ذاتاً بل ولا وصفاً لها فقدر الدين الذي قد حلها
كأنه وضع في ظرف لدى من هو في ذمته قد تقتدى

قال القرافي: الفرق السابع والثمانون بين قاعدة ما يثبت في الذمة وبين قاعدة ما لا يثبت فيها: اعلم أن المعينات الشخصية في الخارج المرثية في الحس لا تثبت في الذم، ولذلك من اشترى سلعة معينة فاستحق انفسخ العقد، ولو ورد العقد على ما في الذمة كما في السلم فأعطاه ذلك وعينه فظهر ذلك المعين مستحقاً رجع إلى غيره لأنه في الذمة اهـ. راجع شرح المنهج المنتخب للشيخ المنجور عند قوله: هل يتعين الذي في الذمة. ثم أشار إلى الشرط الثاني من شروط السلم وهو كونه ممّا يضبط بالصفة بقوله: وشرط ما يسلم فيه أن يرى متصفاً. قال في المتيضية: قال بعض الموثقين: السلم في كل شيء تنضبط صفته جائز بشروط ما عدا الدور والأرضين. وفي التوضيح: يبين في السلم جميع الأوصاف التي تختلف بها قيمة المسلم فيه اختلافاً لا يتغابن المتبايعان بمثله، وظاهره أن الصفة إذا كانت لا تختلف القيمة بسببها أنه لا يجب بيانها في السلم، (وعبارة غيره أقرب) لأنهم يقولون يبين في السلم جميع الأوصاف التي تختلف الأغراض بسببها، واختلاف الأغراض لا يلزم منه اختلاف القيمة لجواز أن يكون ما تعلق به الغرض صفة يسيراً عند التجار وتختلفها صفة أخرى. (ثم نقل عن ابن عبد السلام أنه يشترط أن تكون الصفات معلومة) لغير المتعاقدين، لأنه متى اختص المتعاقدان بعلمها دل ذلك على ندورها،

قوله: (وعبارة غيره أقرب الخ) هذا غير سديد أو غير صحيح، انظره في الشرح عند قول المتن في كتاب السلم: وحمل في الجيد والرديء على الغالب الخ، وهذا الشارح لم يعترض هذا. قوله: (ثم نقل عن ابن عبد السلام أنه يشترط أن تكون الصفات معلومة الخ) عبارة ابن شاس ما نصّه: وبالجمله فيتعرض لكل ما تختلف فيه الأغراض وتتفاوت الأثمان بسببه إذا لم يؤد إلى عزة الوجود. وعبارة ابن رشد: الشرط الثاني أن يكون موصوفاً بصفة تحصر المسلم فيه لا يتعذر وجودها الخ. وعبارة أبي عمر في كافيّه أثناء كلامه في وصف المسلم فيه ما نصّه: بصفة معلومة

والندور يقتضي عزة الوجود، وأيضاً فاختصاصها بها يؤدي إلى التنازع بينهما، ثم قال: ويرجع في تعيين تلك الأوصاف التي تختلف بها القيمة إلى العوائد، فرب صفة تتعين في نوع دون نوع، وفي بلد دون أخرى، واستغنى المصنف يعني ابن الحاجب بهذا الضابط عن مسائل ذكرها أهل المذهب لاندراجها فيما ذكره. ثم أشار إلى الشرط الثالث بقوله مؤجلاً. قال المتيطي في تعداد الشروط: وأن يكون مؤجلاً أو في معنى المؤجل مثل أن يتعلق القضاء ببلد غير بلد السلم لأن المتبقي في ضرب الأجل اختلاف الأسواق، وهذا المعنى موجود في البلدين وإن قربت مسافة ما بينهما على ما يذكر في موضعه اهـ. وفي ابن الحاجب: الخامس أن يكون مؤجلاً لثلاثين يوماً، وقيل إلى يومين، وقيل إلى يوم. التوضيح: الشرط الخامس أن يكون المسلم فيه إلى أجل فلا يجوز الحال خلافاً للشافعي لما في الصحيحين أن النبي ﷺ قدم المدينة فوجدهم يسلمون في الثمار فقال: من أسلم في شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم، ثم قال: وقوله إلى مدة بيان للأجل المشترط.

وقوله: لثلاثين يوماً (روى الترمذي) وصححه أنه ﷺ نهى عن بيع ما ليس عندك، ورواه أبو داود والنسائي اهـ. وفي المدونة قال ابن القاسم: لا يجوز للرجل أن يبيع ما ليس عنده بعين ولا بعرض إلا أن يكون على وجه السلف مضموناً عليه إلى أجل معلوم تتغير في مثله الأسواق، ولم يحد مالك في ذلك حداً، ورأى الخمسة عشر يوماً أقل ذلك في البلد الواحد، فأما إن أسلم على أن يأخذه ببلد آخر فجائز إن كانت مسافته ثلاثة أيام. ابن حبيب: أو يومين لاختلاف سعرهما فصار كبعد الأجل في البلد الواحد اهـ. على نقل المواق. (ثم أشار إلى الشرط الرابع) بقوله مقدراً بوزن أو كيل وذرع أو عدد قال الباجي: لا يصح أن يكون المسلم فيه إلا مقدراً بكيل أو وزن أو عدد مما جرت به عادته أو بالذراع في الثياب، وأما الصوف فيقدر بالوزن دون الجزر. قال ابن حبيب: والبيض لا يتقدر إلا بالعدد من المواق. التوضيح: في شرح قول ابن الحاجب أن يكون

مفهومة لا تشكل عند التنازع فيه الخ. وفي التوضيح: بل ربما كان التعرض للصفة الخاصة في السلم مبطله له لقوة الغرر، قاله ابن عبد السلام، وقد قال في المختصر: وما لا يوجد أي فإنه لا يسلم فيه ومدار هذا على نفي الغرر ليصح السلم.

قوله: (روى الترمذي الخ) هذا الحديث فسروه بأنه بيع معين ليس عندك أو مضمون إلى أجل قريب كاليومين، لأن الأجل القريب مظنة لعدم وجود المشتري المذكور ولا كذلك أجل نصف شهر فأكثر، ولذلك جعلوا السلم الحال أو ما في حكمه من بيع ما ليس عندك، قف على الكلام في هذا في الشرح صدر السلم. قوله: (ثم أشار إلى الشرط الرابع الخ) عبارة ابن عرفة في هذا ما نصه: ومن شروطه أي السلم علم القدر المسلم فيه بمعياره العادي الخ. وفي المختصر: وأن يضبط بعادته من كيل أو وزن أو عدد كالرمان وقيس بخيط والبيض أو بحمل أو جوزة في كفضيل لا بفدان أو بتحر وهل يقدر كذا ويأتي به ويقول كنعوه تأويلان. وبيتنا في الشرح أن قول المصنف: وقيس بخيط أنه لا يحتاج إلى القيس بالخيط في الرمان ولا في غيره، قف عليه إن شئت.

معلوم المقدار بعادته، أي فما كانت فيه العادة الكيل فلا ينتقل إلى الوزن كالحنطة، وكذلك العكس كالصوف، قال جماعة: ويجب أن يقدر في السلم بعرف بلده فإن غيره مجهول فيه اهـ. ثم أشار إلى الشرط الخامس بقوله: ممّا يصاب غالباً عند الأمد (أي يوجد عند حلول الأجل غالباً). قال الباجي: من شرط السلم أن يكون المسلم فيه يوجد عند حلول الأجل. المتيطي: وسواء كان عند البائع أو لم يكن. المدونة: ما ينقطع من أيدي الناس في بعض السنة من الثمار الرطبة وغيرها لا يشترط أخذ سلمه إلا في إبانته، وإن شرط أخذه في غير إبانته لم يجز لأنه شرط ما لا يقدر عليه. (فرع: قال بعض) شيوخ عبد الحق، لو مات المسلم إليه قبل الإبان وقف قسم التركة إليه. قال ابن رشد: إلا إن قلّ السلم وكثرت التركة، فإن كان عليه ديون أخر فقال ههنا يتحاصص في تركته ويضرب لصاحب السلم بقيمة ذلك الشيء لو أسلم إليه الآن على أن يقبض في وقته، انظر تمام كلامه في المواق. (ثم أشار إلى الشرط السادس) بقوله: وشرط رأس المال أن لا يحظلا. في ذلك دفعه. وهذا الشرط والذي بعده من شروط رأس المال، يعني أنه يشترط في رأس مال السلم أن لا يمتنع دفعه في المسلم فيه والحفظ المنع. وعبارة المتيطي أن يكون رأس المال ممّا يجوز أن يسلم في المسلم فيه، واحتراز بذلك من أن يسلم حيواناً في لحم من جنسه وبالعكس ونحو ذلك كسلم مجهول في معلوم من جنسه وبالعكس. تنبيه: بين تعبير الناظم في هذا الشرط بالدفع وتعبير المتيطي بجواز السلم في المسلم فيه فرق، وذلك أن كل ما جاز أن يسلم في المسلم فيه جاز دفعه فيه يداً بيد، وليس كل ما جاز دفعه في الآخر يداً بيد جاز سلمه فيه كرطل فضة أو ذهب في مثله فيجوز يداً بيد، ولا يسلم أحدهما في الآخر للنساء، فعبارة المتيطي أخص، فلا يجوز أن يكون رأس المال ممّا لا يجوز دفعه في الشيء المسلم فيه، سواء كان المنع يداً بيد وإلى أجل كالحيوان في اللحم من جنسه، أو إلى أجل فقط كذهب أو فضة بمثله والله أعلم. ثم أشار إلى الشرط السابع بقوله: وأن يعجلا وجز أن يؤخر كاليومين، أي ويشترط في رأس مال السلم دفعه معجلاً أو تأخيره إلى ما هو في حكم المعجل كالיום واليومين. قال ابن الحاجب: السلم له شروط، الأول: تسليم جميع الثمن خوف الدين بالدين وجوز اليوم واليومان بالشرط وفيها وثلاثة وقيل لا يجوز، فإن أخر أكثر بغير شرط فقولان اهـ. وهذا إذا كان رأس المال عيناً. ابن الحاجب: وأما غير النقدين فيجوز تأخيره لتعيينه فليس ديناً بدين لكنه كره فيما يغاب عليه كالطعام والثوب. التوضيح: يريد إذا كان التأخير بغير شرط، وأما إن كان بشرط فإنه يفسد نص عليه في المدونة. وإلى جواز التأخير في غير العين أشار الناظم

قوله: (أي يوجد عند حلول الأجل غالباً الخ) هذه عبارة صحيحة، وهذه عبارة غير واحد كما ذكرنا ذلك عند قول المختصر: ووجوده عند حلوله الخ. وليس المراد بوجوده على كل حال بدليل قول المختصر: وإن انقطع الخ. قوله: (فرع قال بعض الخ) انظر هذا عند قول المختصر: وقوم مخالف النقد في كتاب الفلاس، وعند قوله: وحلّ به وبالموت ما أجل. قوله: (ثم أشار إلى الشرط السادس) قال في المختصر: وأن لا يكونا طعامين ولا نقدين ولا شيئاً في أكثر أو أجدود كالعكس.

بقوله: والعرض فيه بخلاف العين. تنبيه: زاد المتيطي في الشروط أن يذكر موضع القضاء اه. فإن كان متسعاً جداً فلا بدّ من تعيين المحل. قال في المدونة قال ابن القاسم: لو قال على أن يقبضه بالفسطاط جاز، فإن تشاحا في موضع يقبضه الطعام فيه من الفسطاط قال مالك: يقبضه ذلك في سوق الطعام. قال ابن القاسم: وكذلك جميع السلع إذا كان لها سوق معروف فاختلفا فليوفه ذلك في سوقها، فإن لم يكن لها سوق فحيث ما أعطاه بالفسطاط لزم المشتري، وقال سحنون: يوفيه ذلك بداره كان لها سوق أو لم يكن. قال أبو إسحاق: وهذا هو المحكوم به اليوم لأن الناس اعتادوا ذلك. قال ابن المَواز: ولا يفسد السلم إذا لم يذكر موضع القضاء ويلزمه أن يقبضه بموضع التبايع في سوق تلك السلعة اه. من المواق. (وانظر قول ابن المَواز): ولا يفسد السلم إذا لم يذكر الخ مع قول المتيطي: إن من الشروط ذكر موضع القضاء.

باب الكراء وما يتصل به

قال الشارح رحمه الله: عقد الشيخ رحمه الله هذا الباب شاملاً بفصوله لكل ما كانت فيه المعاوضة عن المنافع ككراء الدور والأراضي والرواحل والسفن والإجارة والجعل، وهما في الاصطلاح المعاوضة عن منافع خدمة الآدمي، ثم اتبع ذلك بأحكام الأبواب المستثناة من الأصول الممنوعة كالمساقاة والمغارسة والمزارعة والقراض وأدمج الشركة بينهما، وغرر هذه الأبواب ظاهر (لأن نظير الثمن) فيها غير معلوم وإن كان قريباً من الانضباط، ولتأكد حاجة الناس في تلك الأبواب أجزيت واغتفر ما فيها من الغرر، وهي في نظر أهل العلم من الحاجيات وليست من الضروريات، انتهى ببعض اختصار. وقال الغرناطي: الإجارة تنطلق على منافع من يعقل، والأكرية على منافع من لا يعقل. البرزلي يريد اصطلاحاً وقد يطلق أحدهما على الآخر. وحد ابن عرفة الكراء بقوله: عقد على

قوله: (وانظر قول ابن المَواز الخ) المسألة أشار لها صاحب المختصر بقوله: وفي موضعه صدق مدعي موضع عقده وإلا فالبائع وإن لم يشبه واحد تحالفا وفسخ كفسخ ما يقبض بمصر وجاز بالفسطاط وقضي بسوقها وإلا ففي أي مكان. وابن عبد البر لما ذكر شرط بيان المسلم فيه قال ما نصّه: ويوصف موضع قبض السلم كما يوصف الأجل هذا لفظه، وهذا شرط في صحة السلم إذا كان المحل متسعاً، وبيان الموضع فيه يناسب أن يكون شرطاً من شروط صحة السلم، ودليله كفسخ ما يقبض بمصر، ولكن الفساد حيث يكون القبض بمصر مشروطاً، وأما عند السكوت فلا فساد ويقضي بمحل العقد، ولهذا لم يعده المصنف وغيره شرطاً لأن الشرط إذا فقد وجد.

باب الكراء وما يتصل به

الفساد كتيبين صفات المسلم فيه، فقول المتيطي: إن من الشروط ذكر موضع القضاء الخ ليس كذلك.

قوله: (لأن نظير الثمن الخ) هذا كلام صحيح ولذلك اختلف في جواز الإجارة وإن كان ذلك

منافع غير آدمي أو ما يبان به وينقل غير سفينة اهـ. فأخرج بغير الآدمي منفعة الآدمي فإنها في الاصطلاح إجارة. وقوله أو ما يبان عطف على لفظة غير وذلك كالدابة والثوب والفأس والآلات وغير ذلك، وأخرج بقوله غير سفينة السفينة (لأن شراء منفعتها من باب الجعل) لا من باب الكراء ولا من باب الإجارة والله أعلم.

يَجُوزُ فِي الدُّورِ وَشِبْهَهَا الْكِرَاءَ لِمُدَّةٍ حُدِّثَتْ وَشَيْءٍ قُدِّرَا
وَلَا خُرُوجَ عَنْهُ إِلَّا بِالرُّضَا حَتَّى يُرَى أَمَدُهُ قَدْ انْقَضَى
وَجَائِزٌ أَنْ يُكْتَرَى بِقَدْرِ مُعَيَّنٍ فِي الْعَامِ أَوْ فِي الشَّهْرِ
وَمَنْ أَرَادَ أَنْ يَحُلَّ مَا انْتَمَقَدَ كَانَ لَهُ مَا لَمْ يَحُدَّ بِعَدَدِ
وَحَيْثُمَا حُلَّ الْكِرَاءُ يَذْفَعُ مَنْ قَدِ اكْتَرَى مِنْهُ بِقَدْرِ مَا سَكَنَ
كَذَلِكَ إِنْ بَغِضَ الْكِرَاءُ قُدِّمًا قَدْرُهُ مِنَ الزَّمَانِ لَزِمًا

تقدم أول البيوع أن البيع ملك الرقبة، والكراء والإجارة ملك المنافع. (ونقل صاحب المعيار) عن بعضهم أن الرقبة لا يملكها إلا الله سبحانه وإنما يملك الآدمي المنافع

الاختلاف شاذاً، ولذلك قال ابن بشير: الكراء رخصة والبيع عزيمة، انظره عند قول المختصر: وكراء الأرض بطعام ولأجل هذه العلة وخفف في الغرر في الصداق لأن عوضه منفعة كما قدمناه صدر كتاب الصداق. قوله: (لأن شراء منفعتها من باب الجعل الخ) مرّ في المختصر على أن شراء منفعة السفن كراء ولذلك قال مشبهاً بالجعل في كونه لا شيء له إلا بتمام العمل ما نصّه: ككراء السفن فأظهر هذا المضاف والتشبيه في كون المكتري للسفينة لا شيء عليه إلا إذا بلغ ما أكرى عليه إلى محله المشترط، وتظهر ثمرة الخلاف هل هذا كراء أو جعل بأن العقد لازم على القول بأنه كراء ومنحل على مقابله، وقد بينّا هذا غاية عند قول المختصر: ككراء السفن، ونقلنا كلام الناس في ذلك قف عليه إن شئت، فإن كلام المختصر يظهر رجحانه على كلام ابن عرفة، ودليل ذلك الوقوف على كلام الناس في المحل المذكور.

(ص): يجوز في الدور وشبهها الكراء. إلى آخر الأبيات الستة. قوله: (ونقل صاحب المعيار الخ) القول بأن الإنسان إنما يملك المنافع فقط غير صحيح، والمملك سبحانه المنافع يملك الرقاب والمملك هو استحقاق التصرف في الشيء بكل وجه جائز، فالتصرف في المنافع كالركوب، والتصرف في الذات كذبح الشاة ليتوصل إلى المنافع وطحن الحبوب وغير ذلك ممّا يكثر جلبيه، ويدل على أن الرقاب تملك قول المختصر والمملك للواقف، فلو لم تكن الرقاب تملك لم يصح ملك الواقف الحبس إذ هو مسلوب المنفعة على وجه الدوام، انظر الشرح في المحل المذكور تر الحق عياناً إن شاء الله تعالى. وقول من يقول: الرقاب لا يملكها إلا الله هذه دعوى لأن الله سبحانه مالك لجميع الرقاب وجميع المنافع على الحقيقة، وله سبحانه أن يملك ما شاء لمن شاء فضلاً منه ورحمة فقال سبحانه: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٣] فأثبت للإنسان ملكاً بمعنى أباح له فيه التصرف على وجه مخصوص، وإن كان الإنسان مملوكاً رقبته لله تعالى فالكل له ﴿والله ما في السموات وما في الأرض﴾ [النساء: ١٣٢] أي ملكاً وخلقاً وعبيداً. والمملك الحقيقي له سبحانه فافهم.

فقط، فإن ملكها على الدوام من غير تحديد مدة فهو البيع، وإن ملكها لمدة فقط فالإجارة أو الكراء. وحاصل الأبيات أن كراء الدور ونحوها كالحوانيت والفنادق وغيرها جائز وأن ذلك يقع على وجهين: الأول: أن يكون ذلك لمدة معينة كشهر أو سنة أو أقل أو أكثر، فإن عينا ذلك الشهر أو السنة فلا إشكال، وإن لم يعينا حمل على أنه من حين العقد، وإلى ذلك أشار الشيخ خليل بقوله: وعدم بيان الابتداء فمن حين العقد وأجر معلوم كدينار أو دينارين ونحو ذلك، فإذا وقع الكراء على هذا الوجه ولازم للمتعاقدين إلى انقضاء المدة المضروبة وليس لأحدهما الخروج عن ذلك قبله إلا برضا صاحبه ما لم يعرض في ذلك مانع من الإقالة كما إذا قدم الكراء وسكن بعض المدة لما يؤول إليه من سلف وهو المردود من الكراء وكراء وهو المقابل لما سكن والسلف لا يجتمع من عقد من العقود وهما وإن لم يدخل على ذلك ابتداء فيمتنع للتهمة، وتقدم هذا للناظم في الإقالة والله أعلم حيث قال: وسوغت إقالة فيما اكترى البيت، وإلى هذا الوجه أشار الناظم بالبيتين الأولين وذلك كقوله: أكرى منك هذه الدار وهذا الحانوت بكذا شهر كذا أو سنة كذا أو هذا الشهر أو هذه السنة. الوجه الثاني: أن يسميا الكراء لكل شهر أو لكل سنة مع إبهام المدة كقوله: أكرى منك كل شهر أو سنة بكذا أو الشهر أو السنة بكذا، فإذا وقع هذا الوجه ثم أراد أحدهما أن يخرج عن ذلك فثلاثة أقوال، أحدها: أنها لا تلزم واحد منهما لا في الشهر الأول ولا في السنة الأولى ولا في غيرها، وسواء سكن بعض الشهر أو السنة أو تسكن وللمكتري أن يخرج متى شاء ويؤدي من الكراء بحسب ما سكن، وهذا مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة وغيرها وهذا في غير الأرض، وأما هي فتلزمها السنة بحراثتها، انتهى من ابن عبدالسلام ونحوه في التوضيح، وهذا مقيد بما إذا لم يدفع المشتري شيئاً من الكراء، فإن دفع شيئاً لزمهما ما يقابله من المدة، وتقدم قريباً عن ابن عبدالسلام تقييد ذلك بغير الأرض، وإلى جواز هذا الوجه أشار بقوله:

وجائز أن يكترى بقدر معين في العام أو في الشهر
وإلى عدم اللزوم لواحد منهما أشار بقوله: ومن أراد أن يحل ما انعقد. كان له.
وأما قوله: ما لم يحدا بعدد فمستغنى عنه لأنهما إذا حدا المدة بعد شهر أو سنين فهو راجع للوجه الأول وتقدم الكلام عليه، وإلى لزوم الكراء بقدر ما سكن أشار بقوله:
وحيثما حلّ الكراء يدفع من قد اكترى منه بقدر ما سكن
وإلى لزوم مدة قدر ما نقد من الكراء أشار بقوله:

كذلك إن بعض الكراء قدما فقدره من الزمان لزمنا
القول الثاني: قال في التوضيح: وروى مطرف وابن الماجشون أنه يلزمه أقل ما سميا، فإن قال كل شهر بكذا لزم في شهر، وإن قال لكل سنة كذا لزم في سنة، وبه قال ابن حبيب، واختاره اللخمي قال: لأنهما أوجبا بينهما عقداً ولم يجعل فيهما خياراً، فوجب أن يحملا على أقل ما تقتضيه تلك التسمية، وفي المسألة قول ثالث لا يلزمه شيء كالقول

الأول حتى يشرع في السكنى فيلزمه أقل ما سمي كالقول الثاني وهو مروى أيضاً عن مالك انتهى لفظ التوضيح. قال مقيد هذا الشرح سمح الله له بتمته: وعلى هذا القول الثالث العمل عندنا، وأن من اكرت مشاهرة كل شهر بكذا إذا سكن بعض الشهر (كأربعة أيام) ونحوها لزم كلاً منهما بقية الشهر وليس لأحدهما خروج عن ذلك إلا برضا صاحبه، ومن قام منهما عند رأس الشهر فالقول قوله. قال في المفيد من الكافي: وكل ما جاز فيه جاز فيه الكراء من الدور والحوانيت وسائر الرباع والأرضين والرقيق والدواب وسائر العروض كلها، (ولا يجوز اكتراء الدنانير والدراهم)، فإن نزلت فيها الإجارة إلى مدة كانت قرصاً إلى تلك المدة وسقطت فيها عن مستأجرها الأجرة، ومعنى الكراء بيع المنافع الطارئة عن الرقاب مع الساعات والأيام والشهور والأعوام دون الرقاب، وإنما يجوز ذلك فيما كان مأموناً في الأغلب، والكراء عند مالك من العقود الثابتة التي لا ينقضها موت أحد المتكاريين، وورثة كل واحد منهما تقوم مقامه، وكذلك لا ينقض عقد البيع الكراء اهـ. وفي المقصد المحمود: عقد الكراء في الدور والحوانيت والرباع يقع على وجهين: أحدهما: تعيين المدة وتسمية الكراء. والثاني: تسمية الكراء لكل شهر أو سنة وإبهام المدة، ثم ذكر نحو ما تقدم.

تنبيه: تقدم أن الكراء على وجهين: فالوجه الأول: يسمى كراء الوجيبة والوجيبة المدة المعينة هذا اصطلاح القدماء، وأهل زماننا اليوم يطلقون الوجيبة على الأجرة المدفوعة في المنافع فيقول الموثق: اكرت فلان من فلان جميع الدار مثلاً لسنة مثلاً بوجيبة قدرها لكل شهر من شهور المدة المذكورة كذا دراهم تاريخه. الوجه الثاني: يسمى كراء المشاهرة والمسانهة.

وَشَرَطُ مَا فِي الدُّورِ مِنْ نَوْعِ الثَّمَرِ إِذَا بَدَأَ الصَّلَاحُ فِيهِ مُعْتَبَرٌ
وَعَيْزُ بَادِي الطَّيْبِ إِنْ قَلَّ اشْتَرَطُ حَيْثُ يَطْيِبُ قَبْلَ مَالِهِ اِزْتِطَبُ

قوله: (كأربعة أيام الخ) فيه نظر، إذ القول المبني عليه الكراء يلزم فيه بالشروع ولو يوماً واحداً بل ولو أقل، إذ بنفس الشروع في السكنى مثلاً يلزم الكراء بحسب إطلاقه، والذي به العمل لا بد من أربعة أيام للسكن، اللهم إلا أن يكون ما زيد على الشروح احتياطاً لأن المشهور عدم اللزوم مطلقاً فافهم. وقول المختصر: وفي سنة بكذا تأويلان الراجح فيه هو اللزوم انظر الشرح في المحل المذكور. قوله: (ولا يجوز اكتراء الدنانير الخ) هذا كلام ابن عبد البر، والحق أنها تكرر إذا كانت مثقوبة ويسلك فيها خيط وتلبس كما في البرادي، أو تزين بها الحوانيت على وجه لا تبدل بغيرها ليرغب في كراء الحانوت المزينة بذلك لا لإظهار أن من فيها غنى. فإطلاق ابن عبد البر غير بين والمسألة فيها كلام طويل، انظر الشرح عند قول المتن: والأطعمة والنقود قرض في فصل الإعارة، وعند قوله: بمنفعة تقوم الخ في كتاب الإجارة، وعند قوله: وإجارة ماعون في كتاب الإجارة أيضاً، وانظر هنا هل من شروط الإجارة تأثير المستأجر بالفتح أم لا؟ والحق عدم شرط تأثره، انظره عنه قول المتن وإجارة ماعون.

(ص): وشرط ما في الدور من نوع الثمر. إلى آخر الأبيات الثلاثة.

وما كَنَخَلٍ أَوْ حَمَامٍ مُّطْلَقًا دُخُولُهُ فِي الْاِكْتِرَاءِ مُتَّقَى

تكلم في الأبيات على من اكرتري داراً أو أرضاً وفيها أشجار أو في كوى الدار (نخل أو حمام) هل يجوز للمكترتي أن يشترط ثمار الأشجار أو النحل أو الحمام لنفسه أم لا؟ فأخبر أن في اشتراط الثمار تفصيلاً وهو أنها إن كانت في وقت عقد الكراء قد بدا صلاحها وجاز بيعها فيجوز للمكترتي اشتراطها كثيرة كانت أو قليلة، لأن غاية ذلك أنه بيع للثمار بعد بدو صلاحها وهو جائز، واجتمع في العقد الواحد بيع وكراء واجتماعهما جائز، وإلى هذا الطرف أشار بالبيت الأول، وأما إن كانت فيها ثمار لم تطب أو ليس فيما ثمار أصلاً فيجوز للمكترتي اشتراطها لنفسه لكن بثلاثة شروط ذكر الناظم منها شرطين: أحدهما: أن تكون قليلة بحيث كانت قيمة الثمرة الثلث فأقل من مجموع الكراء مع قيمة الثمرة، ويعرف ذلك بأن يقال ما قدر قيمة ثمرة هذه الشجرة على ما عرف منها في كل عام بعد عملها ومؤنتها إن كان فيها عمل؟ وما كراء هذه الدار لهذه المدة بغير اشتراط ثمر هذه الشجرة؟ فإن قيل قيمة الثمرة ثلاثون فأقل وكراء المدة ستون فأكثر جاز اشتراطها، فإن كانت قيمة الثمرة أكثر من ثلاثين امتنع الاشتراط المذكور. فرع: فإن اشترطها وكانت أكثر من الثلث وزع فالثمرة لصاحبها ويقوم على المتكاري كراء الأرض بغير ثمرة ويعطي أجر ما سقى به الثمرة إن كان سقاها أو كان له فيها عمل وهو قول مالك نقله الشارح عن المقرب فيما يأتي. الشرط الثاني: أن تطيب الثمرة قبل انقضاء مدة الكراء، وإلى هذين الشرطين أشار الناظم بالبيت الثاني. وهو قوله: وغير بادي الطيب إن قلّ اشترط البيت. الشرط الثالث ولم يذكره الناظم: أن يشترط المكترتي جميعها، فلو اشترط بعضها وأبقى البعض الآخر لربها لم يجز، (وفيه خلاف)، ولعل الناظم لذلك تركه. قال في المدونة: قال ابن القاسم: ومن اكرتري داراً أو أرضاً وفيها سدره أو دالية أو كان في الأرض ثبت من نخل أو شجر ولا ثمرة فيها حينئذ أو فيها ثمرة لم تزه فالثمرة للمكترتي إلا أنه إن اشترط المكترتي ثمرة ذلك فإن كانت تبعاً مثل الثلث فأقل فذلك جائز، ومعرفة ذلك أن يقوم كراء الأرض أو الدار بغير شرط الثمرة، فإن قيل عشرة قيل ما قيمة الثمرة فيما عرف مما تطعم كل عام بعد طرح قيمة المؤنة والعمل فيعمل الوسط من ذلك، فإن قيل خمسة فأقل جاز، قال أصبغ: وهذا إذا علم أن الثمرة تطيب قبل مدة الكراء وإلا لم يجز أن يعقدها. ابن

قوله: (نخل أو حمام الخ) يدل على هذا أن الزرع والبقل هنا مثل الثمر، ولكن النحل والحمام غير ثابت في الأرض فلم يظهر اشتراطها، والمنع هو الآتي في كلام ابن عات هنا. قوله: (وفيه خلاف) كلام المتبني يقتضي ترجيح الجواز، ولكن الذي في المدونة هو المنع، والرجراجي قال قولان في المسألة قائمان من المدونة، وبقي شرط رابع أن يكون هذا لأجل دفع الضرر، انظر هذه الأمور عند قول المختصر في كتاب الإجارة: واغتفر ما في الأرض ما لم يزد على الثلث، وشرط آخر أن لا تكون الثمرة في طرف بحيث لا يتضرر المكترتي بالوصول إليها، ولكن هذا الأخير ظاهر، انظر المحل المذكور، وانظر في الجائحة قول المختصر: وفي المزهية التابعة للدار تأويلان، وقول المختصر: واغتفر ما في الأرض ربما يدخل فيه الدار إذ الشجر في أرضها فافهم.

يونس: إنما أجزيت للضرر الذي يدعي المكتري في دخول رب الدار لإصلاح الشمرة وجذاذها كما أجزيت شراء العارية يخرصها ثمرأه. المواق: انظر قول ابن يونس للضرر بالدخول على المكتري هل يجوز أن يستثنى بعض الشجر؟ أجازته ابن أبي زمنين ومنعه ابن العطار، وقال المتيبي: أجاز ذلك أشهب ومنعه ابن القاسم اه. قال مقيد هذا الشرح عفا الله عنه: وقد كنت قلت في مسألة اشتراط غلة الشجرة في الدار المكترة ويجري مجراها المرتنة وما في ذلك من التفصيل أبياتاً وهي هذه:

وما بدار أو بأرض من شجر	فاكترت وليس فيها من ثمر
أو ثم ما لم يَزْةَ فالجميع	للمالك احفظنه يا رفيع
وشرطها لمكثثر يجوز إن	شرط كلها وهي ثلث قمن
والطيب قبل الانقضا تحققا	وشرط ما أزهى يجوز مطلقا

وإنما جاز اشتراط الشمرة مع الشروط المذكورة مع أنه من بيع الثمار قبل بدو صلاحه، وقد تكون لم تخلق رأساً لأنه محل ضرورة، فهو جار مجرى الرخصة فاستخفه الفقهاء إذا كان تافهاً لما يلحق المكتري في ذلك كما مر عن ابن يونس والله أعلم. فرع: لا يجوز لبائع السيف المحلى اشتراط نصف ما فيه من الحلية، قال محمد: وأشهب يجيزه أي اشتراط النصف في الشمرة والسيف، ومسألة السيف مذكورة في كتاب الصرف بجمع وجوها من الشارح، وما اشترط المكتري الحمام الذي في الدار المكترة أو النحل بالحاء المهملة فلا يجوز لعظم الضرر فيه وعدم الضرورة له. قال في طرر ابن عات: وإن كان في الدار برج حمام أو نحل فأراد المكتري أن يشترط ذلك كالشجرة لم يجز لأنه ليس من نفس الدار كالشجر وهما غير الدار فلذلك لا يجوز اشتراطهما، والحاصل منهما غير معلوم من الاستغناء يريد وذلك مخالف لابتیاع الدار لأنه اشترى هناك رقاب الحمام والنحل وهنا غلتهما فانظر ذلك اه.

وَجَازَ شَرَطَ النَّقْدِ فِي الْأَرْحَاءِ	بِحَيْثُ لَا يُخْشَى انْقِطَاعُ الْمَاءِ
وَبِالدَّقِيقِ وَالطَّعَامِ تُكْتَرَى	وَالْبَدُّ بِالزَّيْتِ وَنُقْدُ الْكِرَا

(ص): وجاز شرط النقد في الأرحاء. إلى آخر البيتين. هذه أمور مذكورة في المختصر فلا تطيل بها ففيه: وكراء رحا ماء بطعام أو غيره الخ، وظاهره عجل الطعام أم لا إن كان أمرها مأموناً كما لا يخفى وفيه وصاع دقيق منه أو من زيت لم يختلف. وقوله: لم يختلف إنما هو قيد في الزيت كما بيّناه في الشرح وفيه: ونخالة لطحان فافهم. وقول المختصر: وأرض لم يؤمن ربيها إنما يمنع النقد فيها بشرط كما هو صريحه، وما نقله الشارح عن ابن الفاكهاني من أنه لا يجوز فيها النقد ولو بالتطوع فذلك غير صحيح حتى في نقله عن ابن الفاكهاني، وقد بيّنا ذلك غاية في الشرح في المحل المذكور، وكذا قوله: وجعل إنما يمنع النقد فيها بشرط لا تطوع، واعتراض المواق على المتن بكلام ابن يونس غير صواب، بل المذهب ما في المختصر، وبيّنا ذلك في المحل المذكور وفي كتاب الجعل عند قوله: ولا نقد مشروط، وبهذا تعرف تحقيق خليل في لفظه القول الذي به الفتوى،

تقدم أنه يجوز كراء الدور وغيرها من بيع وعقار، ومن جملة ذلك كراء الأرحي ومعصرة الزيت ونحوهما، الكلام الآن إنما هو هل يجوز لمالك الرحا أن يشترط على مكتريها تقديم الكراء أو لا يجوز له ذلك لأنه قد ينقطع ماؤها في أثناء المدة؟ وهل يجوز كراء الرحا بطعام من دقيق أو غيره أو لا يجوز؟ وهل يجوز كراء المعصرة بالزيت أو لا لأنه يتوهم منع ذلك لا سيما إن كان يكتري من ربها بالطعام ويأخذ المكترى من صاحب القمح الدقيق ومن صاحب الزيتون الزيت فهو كبيع طعام بطعام غير متماثل ولا يبدأ بيد، وكان رب الرحا أو المعصرة باع للمكترى ما يقبض من الناس بما يأخذه منه. فأجاب عن المطلب الأول بأن الرحا إن أمن انقطاع مائها جاز اشتراط ذلك فيه، ومفهومه أنه إن لم يؤمن لم يجز أي اشتراط النقد، وأما إن نقد تطوعاً فجاز أمن انقطاع مائها أو لم يؤمن. وعن المطلب الثاني بأن كراء الرحا بالطعام جائز وكراء البد أي المعصرة بالزيت جائز أيضاً وأنه يجوز اشتراط نقد الكراء في المعصرة، وأخرى في الجواز إذا نقد المكترى تطوعاً وإنما لم يجز اشتراط النقد في كراء الرحا إذا لم يؤمن انقطاع مائها لأن المنقود إذ ذاك متردد بين كونه كراء إن لم ينقطع الماء وكونه سلفاً إن انقطع، فمنع ذلك كما منع بشرط النقد في الجارية التي تتواضع، وللمسألة نظائر أشار لها الشيخ خليل بقوله أول فصل الخيار: وبشرط نقد كغائب وعهدة ثلاث ومواضعة وأرض لم يؤمن ربيها وجعل وإجارة لحرز زرع وأجير تأخر شهراً. قال المتيطي: ومن الأرحاء ما هي مأمونة لا ينقطع ماؤها ولا ينخرق سدها فهذه يجوز كراؤها وتقديم النقد فيها، قال الشارح: كالأرحاء المتخذة على الأنهار الجارية من العيون التي لا يطرق محل جريتها السيل وما أشبه ذلك. وقال المتيطي أيضاً: وإن كان المكترى رحي جاز اكتراؤها بالعين والطعام الموصوف إلى أجل وغير ذلك. وفي مفيد ابن هشام: ومن وثائق الباجي: وتجاوز قبالة معصرة الزيت بالزيت الموصوف إلى أجل، كما تجاوز قبالة الملاحة بالملح، ولا يجوز لصاحب البد اشتراط النوى لأن بعضه أرطب من بعض ولا يحاط بصفته، انتهى من الشارح.

فصل في كِراءِ الأرضِ وفي الجائِحةِ فيها

والأرضُ لا تُكْرَى بِجُزْءٍ تُخْرَجُهَا
والفَسْنُخُ مَعَ الْكِراءِ مِثْلَ مَخْرَجِهَا
ولا بِمَا تُنْسَبُ غَيْرَ الْخَشْبِ
مِنْ غَيْرِ مَزْرُوعِ بِهَا أَوْ الْقَصَبِ
ولا بِمَا كَانَ مِنَ الْمَطْعُومِ
كَالشَّهْدِ وَاللَّبَنِ وَاللُّحُومِ
ترجم لشيئين: كراء الأرض والجائحة فيه أي في كراء الأرض، فأما كراء الأرض

وأن المعترضين عليه في أمثال هذا قل المصيب منهم، ومن شابت ذوائبه في معاناة هذا الكتاب علم ذلك علم يقين، فالزم درسه واجن غرسه، والله الهادي للصواب بيمته وطوله وكرمه وفضله.

فصل في كِراءِ الأرضِ وفي الجائِحةِ فيها

(ص): والأرض لا تكرى بجزء تخرجها. إلى آخر الأبيات الثلاثة.

فيجوز بالدنانير والدرهم والعروض والثياب وغير ذلك ما عدا شيئين: أحدهما: الطعام كان مما تنبته كالحبوب أو مما لا تنبته كالسمن واللبن والشهد واللحم ونحوها. والثاني: ما تنبته من غير طعام كالقطن والكتان، واستثنوا من منع كرائها بما تنبته الخشب أو القصب بالقصب فيجوز كراؤها بهما وإن كان مما تنبته الأرض، وإلى ذلك أشار بقوله: غير الخشب أو القصب فالقصب معطوف على الخشب، (فإذا وقع كراؤها) بما يمتنع أن تكترى به فإنه يفسخ ويرجع لكراء المثل. فقوله: والأرض لا تكترى بجزء تخرجه وهو من جملة ما يدخل في قوله: ولا بما تنبته، (وصورتها أن يكري) الأرض لمن يحرق فيها زرعاً أو غيره، وما أفاء الله من ذلك يكون لصاحب الأرض نصفه أو ربه أو غير ذلك مما ينفقان عليه، فإن وقع ذلك لم يكن لرب الأرض إلا كراء مثل أرضه، فبذلك يكون المخرج من هذه الورطة، وإلى هذا أشار بالبيت الأول. وقوله: ولا بما تنبته هو معطوف على بجزء من عطف عام على خاص، ومعنى بجزء تخرجه أي بجزء من عين ما تخرجه كما مثلنا، والتعبير بالجزء يدل أن هذا هو المراد، ويكون معنى إلا بما تنبته أي بما شأنها أن تنبته سواء كأي جزء مما أكرهاها به كالصورة المتقدمة أو طعاماً من غيره كأن يكرهاها لزراعة قمح ويقبض في كرائها فولاً، وإن كان المأخوذ في الكراء غير طعام مما تنبته، وإن لم يكن مما يزرع في هذه الأرض المعينة كالقطن في الأرض التي لا تنبته، والكتان في الأرض التي لا يصلح فيها، وهذا ظاهر قوله من غير مزروع بها. وقوله: ولا بما كان معطوف على بجزء أيضاً أي ولا يجوز كراؤها بالمطعم ولو كان مما لا تنبته كما مثل. قال في الجواهر: المشهور من المذهب أنه لا يجوز كراء الأرض بشيء من الطعام مما تنبته الأرض أو مما لا تنبته، ولا ببعض مما لا تنبته من غير الطعام كالقطن والكتان والعصفر والزعفران، ويجوز بالقصب والخشب. وفي الجوهر أيضاً عن عيسى بن دينار أنه قال: (وأما مذهب الليث) في تجويزه كراءها بالثلث أو بالربع مما تنبته، فإن وقع فسخته، وإن فات أوجب عليه كراء مثلها بالدرهم اهـ. وعلى مخالفة مذهب الليث نبه الناظم بقوله بجزء تخرجه فنص على منعه بالخصوص ولم يكتف بقوله ولا بما تنبته، وقد تقدم أن مذهب الأندلس جواز كراء الأرض بجزء مما يخرج منها.

وَتُكْتَرَى الْأَرْضُ لِمُدَّةٍ تُحَدِّدُ مِنْ سَنَةِ وَالْعَشْرُ مُنْتَهَى الْأَمَدِ

قوله: (فإذا وقع كراؤها الخ) هذا فيه خلاف قوي وتفصيلات يطول جلبها انظرها عند قول المختصر: وكراء الأرض بطعام أو بما تنبته إلا كخشب الخ تجد الأمر والحمد لله واسعاً باعتبار عدم الفسخ في النازلة وجواز القدم على ذلك، وعللوا الجواز بالخشب ونحوها لأنها تطول في الأرض. قوله: (وصورتها أن يكري الخ) هذا فيه خلاف كثير غاية وقد رجح الجواز قف على ذلك تر الحق عياناً إن شاء الله تعالى، والجواز في هذا به قالت طائفة وجل أهل الأندلس. قوله: (وأما مذهب الليث الخ) مذهب الليث قوي في نفسه غاية قف عليه إن شئت.

(ص):

(وتكترى الأرض لمدة تحد من سنة والعشر منتهى الأمد)

يعني أنه يجوز كراء الأرض لمدة محدودة أقلها ما يتأتى فيه الانتفاع بها كالسنة ونحوها، وينتهي الأمد في ذلك إلى عشر سنين، ويشمل كلامه أرض البعل وأرض السقي. قال الشارح: إلا أنهم أجازوا في أرض البعل الاكتراء لأكثر من عشر، والناظم اقتصر على العشر فترجح لذلك احتمال تخصيص كلامه بأرض السقي. قال في الوثائق المجموعة: قال ابن القاسم: ويجوز اكتراء أرض المطر لعشر سنين أو أكثر إذا لم ينقد ولا شرط ذلك عليه المكتري على ما تقدم وإذا كانت غير مأمونة. وقال في الوثائق المجموعة أيضاً: روى ابن حبيب عن ابن الماجشون أنه قال: ما كان من الأرض يسقى بالأنهار والآبار فلا بأس بوجيبة الكراء فيها لعشر سنين ونحوها، ويكره الطول فيها لما يخشى من ذهاب الماء وغوره وإن كان إلى الأمد أقرب، وأما ما يسقى بالعيون فلا تجوز وجيبة الكراء فيها إلا الأعوام اليسيرة الثلاثة والأربعة. وفي المتيطة: وأجاز ابن القاسم كراء أرض المطر لعشر سنين اهـ. وقد تلخص من هذا أن أرض البعل وهي أرض المطر يجوز كراؤها عشر وأكثر، وأن أرض السقي على وجهين كما تقدم قريباً منها ما يجوز لعشر ونحوها ويكره الطول، وهذا مراد الناظم رحمه الله، ومنها ما يكرى للأعوام اليسيرة كالثلاثة والأربعة. ونقل المواق عن ابن رشد أن عقد الكراء جائز في الأرضين كلها من غير تفصيل السنين الكثيرة، وسواء على مذهب ابن القاسم كانت مأمونة أو غير مأمونة اهـ. ، (وظاهره مخالفة ما تقدم).

تبيه: هذا كله باعتبار مدة كرائها، وأما باعتبار نقد الكراء فقال ابن رشد إثر ما تقدم عنه: وتنقسم في جواز النقد فيها على قسمين، فما كان منها مأموناً كأرض النيل وأرض المطر المأمونة وأرض السقي بالأنهار والعيون الثابتة والآبار المعينة فالنقد فيها للأعوام الكثير جائز أي قبل أن تروى، قال مالك: وما كان منها غير مأمون فلا يجوز النقد فيه إلا

قوله: (وظاهره مخالفة ما تقدم) المذهب هو جواز كراء الأرض عشر سنين مطلقاً كانت أرض مطر أو نيل أو عين ونحو هذا من غير نظر للنقد أصلاً، وأما اشتراط النقد وعدمه أو وجوب دفعه فإن تطوع بالنقد فالجواز مطلقاً، وإن شرط فالجواز في كل أرض الغالب عليها إتيان الماء الذي يكفيها، ويجب دفع الكراء في كل أرض رويت رية لا تحتاج معها إلى زيادة، ولا فرق في الجميع بين أرض مطر أو نيل أو غيرهما، بل المدار على ما ذكرناه ولذلك قلناه في هذا ما نصه:

والنقد في الأرض على التطوع	بلا تقييد أجر واستمع
وشرطه فشرطه ظن التمام	لزرعها بمائها ولا ملام
وكل بقعة بهاري كفى	وجب نقدها على ما عرفا

هذا تحقيق المسألة انظر الشرح عند قول المختصر في فصل كراء حمام وأرض مطر عشر إن لم ينقد وإن سنة إلا المأمونة كالنيل أو المعينة فيجوز ويجب في مأمونة النيل إذا رويت الخ، وتنزله على ما لخص صعب، قف على الشرح وعلى قوله وعلى أن يحرقها ثلاثاً أو يزيلها إن عرف الخ فقد استوفينا كلام الناس في ذلك هناك بحسب الاستطاعة فقف على ذلك تر سر هذا الحكم وما في ذلك من النزاع، وأن الراجح هو ما لخصناه والعلم عند الله.

بعد أن تروى ويتمكن من الحرث كانت من أرض النيل أو من أرض المطر أو السقي بالعيون والآبار اهـ. وليس المراد بالري أنها لا تحتاج للماء بعد ذلك، وإنما المراد به أنه حصل من الماء ما يكفي لحرثها في الوقت سواء كانت تحتاج للماء بعد ذلك أو لا، وهذا التقسيم إنما هو في جواز النقد قبل الري ومنعه، فيجوز في المأمونة بشرط وغيره، ويمتنع في غير المأمونة بشرط ويجوز تطوعاً، وأما بالنسبة إلى وجوبه والحكم به على المكتري فقال ابن رشد أيضاً: وتنقسم في وجوب النقد على قسمين: أرض النيل وأرض السقي بالمطر، فأما أرض النيل فيجب النقد فيها إذا رويت لأنها لا تحتاج إلى السقي فيما يستقل، فبالري يكون المكتري قابضاً لما اكتراه، وأما أرض السقي والمطر فلا يجب على المكتري فيها دفع الكراء حتى يتم الزرع ويستغني عن الماء، وقد تلخص من هذا أن كلاً من أرض النيل وأرض المطر وأرض السقي منها مأمون وغير مأمون. قلت: (والمراد بالأمان) والله أعلم غلبة الظن بتكرار العادة، فالمأمونة من أرض النيل القريبة لموضع فيضه، والمأمونة من أرض المطر الكثيرة الأمطار عادة غالبية، والمأمونة من أرض السقي التي تسقى بالأنهار والعيون الكثيرة الماء، وغير المأمونة التي ليست كذلك. وقد اختصر الشيخ خليل رحمه الله المسألة برمتها فقال عاطفاً على ما هو جائز وأرض مطر عشر إن لم ينقد وإن سنه إلا المأمونة كالنيل إلا المعينة فيجوز، ويجب في مأمونة النيل إذا رويت.

وإن تكن شجرة بموضع جاز اكتراؤها بحكم التبّع

يعني: أن من اكرى أرضاً وفيها شجرة أو أشجار فإنه يجوز للمكتري اشتراط ثمرتها لنفسه بحكم التبّع للأرض، هذا معنى اكتراء الشجرة التي في بيت الناظم، وهو كما تقدم أيضاً من جواز اشتراط الثمرة إذا كانت تبعاً للدار حيث قال: وشرط ما في الدار من نوع الثمر البيتين. ويشترط في الجواز ما ذكر هنالك حرفاً بحرف، ولو استغنى بما تقدم عن هذا البيت ما ضره ذلك والله أعلم. وهذه المسألة وما أشبهها ممّا يدخل في قول أصحاب القواعد اختلف في التابع هل يعطى حكم نفسه أو حكم متبوعه؟ فإن قلنا يعطى حكم متبوعه فهل له قسط من الثمر أو لا؟ وأما إن قلنا يعطى حكم نفسه فلا إشكال أن له قسطاً من الثمن، فجواز اشتراطه ثمرة الشجرة مبني على أن التابع يعطى حكم متبوعه (وأنه لا قسط له من الثمن)، وإلا كان اشتراء للثمرة قبل بدو صلاحها أو قبل خلقها والله أعلم.

قوله: (والمراد بالأمان الخ) صحيح إذ الغالب حكمه حكم المحقق، وكان هذا الشارح لم يقف على هذا منصوصاً وهو منصوص عليه في النهاية وغيرها قف على الشرح.
(ص):

(وإن تكن شجرة بموضع جاز اكتراؤها بحكم التبّع)

قوله: (وأنه لا قسط له من الثمن الخ) لا يخفاك ما فيه بل يصح أن يكون له قسط من الثمن ويجوز بالتبعية، انظر بيان ذلك من كلامهم عند قول المختصر: واغتفر ما في الأرض ما لم يزد على الثلث وفي كونها لها قسط من الثمن وتجوز تكون الرخصة ولذلك قال: واغتفر وإلا فلا رخصة ولا اغتفار فافهم.

وَمُكْتَرٍ أَرْضاً وَيَعْدُ أَنْ حَصَدَ أَصَابَ زَرْعَهُ انْتِثَارًا بِالْبَرْدِ
فَنَابِتٌ بَعْدُ مِنَ الْمُنتَثِرِ هُوَ لِرَبِّ الْأَرْضِ لَا لِلْمُكْتَرِي

يعني أن من اكرت أرضاً فزرعها فأصاب زرع البرد وقد استحصد فانتثر فيها فنبت إلى قابل فإن الزرع النابت لرب الأرض لا للمكتر، وكذا في النوادر والميتية ومفيد ابن هشام، ولا يختص هذا الحكم بالكراء بل هو عام في كل من انتثر حبه في أرض غيره، سواء أعمرها بكراء أو إعمار أو شركة أو بغير ذلك. فرع: من زرع زرعاً فحمل السيل زرع قبل أن يثبت إلى أرض غيره فنبت فيها فقال مالك: الزرع لمن جره السيل إلى أرضه ولا شيء للزراع اه. وأما الأشجار فبخلاف هذا، وفيها تفصيل بين أن تثبت إن ردت لمحلها أو لا، ولو نقل السيل تراب أرض إلى أرض أخرى فأراد ربه نقله إلى أرضه وكان معروفاً فله ذلك، وإن أبى أن ينقله فطلبه من صار في أرضه بتنحيته عنه لم يلزمه لأنه لم يجز شيئاً.

وَجَائِزُ كِرَاءِ الْأَرْضِ بِالسَّنَةِ وَالشَّهْرِ فِي زِرَاعَةٍ مُعَيَّنَةٍ

يعني أنه يجوز كراء الأرض لمدة معينة كشهراً أو سنة ليزرع فيها شيئاً معيناً كالمقائء والخضر وما أشبه ذلك. قال في الميتية: ويجوز أن تكري الأرض مشاهرة في التي تزرع بطوناً ومساناة أي أرض كانت كل شهر أو كل سنة بكذا أو لمدة معينة. قال في المدونة: قال ابن القاسم: من اكرت أرضاً فحصد زرع قبل تمام السنة، فأما أرض المطر فحد السنة فيها الحصاد ويقضى بذلك فيها. قال ابن القاسم: وأما ذات السقي التي تكري على أمد الشهور والسنين فللمكتر العمل إلى تمام سنته، فإن تمت وله فيها زرع أخضر أو بقل فليس لرب الأرض قلعه وعليه تركه إلى تمامه، وله فيما بقي كراء مثلها على حساب ما أكرى منه. وصرح سحنون على حساب ما أكرى وأبقى كراء المثل، ونقلها أبو محمد

(ص): ومكتر أرضاً وبعد أن حصد. إلى آخر البيتين. هذا قال فيه في المختصر: وإذا انتثر للمكتر حب فنبت قابلاً فهو لرب الأرض كمن جره السيل إليه، ولم يقل في حصاده لأن الحب لرب الأرض مطلقاً ولو أسقطه برد ونحوه وغير هذا لا يلتفت. وقوله: كمن جره السيل إليه ضميره يعود على الحب، وأما لو زرع زرعاً وظهر ونبت ثم جره السيل لبلد زيد مثلاً فالنبات لربه وعليه كراء الأرض ما لم يجاوز كراؤها الزرع فلا يكون عليه أكثر منه، قاله سحنون وفيه خلاف، وقول كمن جره الخ أي الحب، وأما الشجر إذا جره السيل لأرضه فنبت فإن كان إذا قلع ينبت لربه قلعه وردة لأرضه، وإن كان لا يثبت فرب الأرض المجرور إليها مخير في أمره بقلعه أو يعطيه قيمته مقلوعاً، وإن نقل السيل له تراب أرض زيد وعرف وأراد زيد أخذه فله ذلك، وإن لم يرد أخذه وطلب منه المجرور إليه نقله فإنه لا يلزمه ولوقع على شجره وأضر به إذ لم يتسبب في نقله. وقوله المختصر للمكتر أي لموهوب له ونحوه أو هو أخرى، والحاصل قف على الشرح تر المسائل مبسطة بعلمها وهذه نطفة منه.

(ص): وجائز كراء الأرض بالسنة البيت.

في مختصره وله فيما بقي كراء مثله لا على ما أكراه. (قلت: وهذه المسألة) كثيرة الوقوع وذلك أن الإنسان يكتري داراً أو حانوتاً أو غيرهما لمدة معلومة فتتقضي تلك المدة ويبقى المكتري ساكناً على المساكنة فهل يلزمه فيها بعد مدة الكراء كراء المثل أو من حساب الكراء الأول؟ يجري على هذا الاختلاف. (وعلى كراء المثل اقتصر الشيخ خليل) حيث قال: فإن تمت وله زرع أخضر فكراء مثل الزائد. فرع: إذا كانت السنة أو الشهر معيناً فلا إشكال في لزوم الكراء، وإن لم يعيناً شهراً ولا سنة ككل شهر أو كل سنة بكذا فلكل واحد منهما الانحلال متى شاء ما لم يزرع على أحد القولين المتقدمين في أكرية الدور، فإن زرع لزمهما الكراء لما سميها من المدة ثم لهما الانحلال بعد ذلك، وإن أراد المكتري بعد ما زرع أن يقلع زرعه وينقله ويعطيه كراء المدة التي شغل فيها أرضه لم يكن له ذلك على القولين وقد لزمه كراء المدة.

(فرع: إذا كانت السنة غير معينة) فإن كانت الأرض مما يزرع العام كله فأول السنة فيها عند عدم التعيين وقت العقد إن كانت خالية من مزروع، وإلا فيوم تخلو منه إلى تمام سنة قمرية أو شمسية إن كان ذلك عرف البلد في الكراء، وإن كانت مما يزرع مرة في العام فأوله وقت الزراعة إن كانت مما لا يتقدم فيها قبل ذلك بحرث أو وقعت الحرث لها إن كانت مما عهد ذلك فيها، وآخره رفع الزرع ولا شيء للمكتري فيها بقية السنة ولا يحط لذلك شيء، ولربها أن يحرث إن شاء، وليس للمكتري منعه لأنه مضار.

وَيَتَوَالِي الْقَحْطُ وَالْأَمْطَارُ جَائِحَةُ الْكِرَاءِ مِثْلُ الْفَارِ
وَيَسْقُطُ الْكِرَاءُ إِذَا جُمِلَهُ أَوْ بِحِسَابِ مَا الْفَسَادُ حَلَّهُ
وَلَيْسَ يَسْقُطُ الْكِرَاءُ فِي مُوجِدٍ بِمِثْلِ صِرٍّ أَوْ بِمِثْلِ بَرَدٍ

يعني أن من اكترى أرضاً لزراعة فتوالى عليها القحط أو المطر الذي لا يقدر المكتري معه على الازدراع فيها أو هلك الزرع بفأر أو مثل الفأر كالودود فإن الكراء يسقط عن المكتري على تفصيل فيه، وهو إن فسد الجميع أو بقي ما لا قدر له ولا بال سقط عن المكتري جمع الكراء، وإن سلم ما له قدر وبال لزم من الكراء بحساب ذلك، وإلى هذا أشار بالبيتين الأولين، والقحط بقاف مفتوحة ثم حاء مهملة ساكنة عدم المطر. قال

قوله: (وعلى كراء المثل اقتصر الشيخ خليل الخ) القول الأقوى والراجح هو خلاف ما هو عليه الشيخ خليل كما بيناه في الشرح لقوله: فإن تمت وله زرع أخضر فكراء المثل الخ في كراء العقار.

قوله: (قلت وهذه المسألة الخ) انظر عند قول المتن: ولزم الكراء بالتمكن الخ.

قوله: (فرع إذا كانت السنة غير معينة الخ) قف على الشرح في هذه المسائل عند قول المختصر: والسنة في المطر بالحصاد في السقي بالشهور فإن تمت وله زرع أخضر فكراء مثل الزائد.

(ص): وتوالي القحط والأمطار إلى آخر الأبيات الثلاثة.

في المشارق: قحط القوم والأرض إذا لم ينزل مطر. ثم أخبر في البيت الثالث أن الجائحة إذا لم تكن بسبب الأرض وما لا يرجع إليها فإن الكراء لازم للمكتري، وذلك كما إذا هلك الزرع يبرد بفتح الراء معروف (حجر صغير) ينزل من السماء يذوب بسرعة أو هلك بصر بصاد مهملة مكسورة وراء مشددة وهو البرد الشديد أو الحر الشديد، قال ناظم غريب القرآن:

وقوله عز وجل صر حراً شديداً وكذلك القمر

والقمر بالضم الماء البارد، ومعنى قولهم أقر الله عينك أي أبرد الله دمعتك لأن دمة السرور باردة ودمعة الحزن حارة. قال اللخمي: هلاك الزرع إن كان يقحط المطر أو تعذر ماء البثر أو العين أو لكثرة نبوع ماء الأرض أو الدود أو فأر سقط كراء الأرض كان هلاكه في الإبان أو بعده، وإن هلك لطير أو جراد أو جليد أو برد أو جيش أو لأن الزريعة لم تنبت لزوم الكراء هلك في الإبان أو بعده. المتيطي: ومثل قحط المطر توالي المطر، (وكذلك إذا منعه من الأزديع فتنة) (المواق: انظر) إذا أذهب السيل وجه الأرض الراوية

قوله: (حجر صغير الخ) هو الذي تقول له العامة التبرور وهو الذي يفسد الزرع والثمار.

قوله: (وكذلك إذا منعه من الأزديع فتنة) هذا قال فيه المتيطي ما نصّه: وكذلك إن منعه فتنة حتى خرج الإبان سقط الكراء هذا لفظه. وقال العبدوسي: غصب الأرض لا يجب معه الكراء الخ. وتقدم في كلام اللخمي ما يدل عليه. قال العبدوسي: ولو قال عامل البلد من حرث بلد كذا أعطي كذا وخلف المكتري من العطاء فلم يحرث لم يسقط الكراء عن المكتري، ولم أر هذا الأخير لغيره ولم ينقله عن غيره، والذي يظهر أن هذا المعطي أنه كان له بال ومما يضّرّ الناس إعطاؤه سقط الكراء لأنه دخل على كراء واحد وهذا فيه إعطاء كراءين الخ. وفي ابن عرفة: وكذلك إن غصبت الأرض فلا كراء عليه وإن أصابه ظلم وفرّ عنها فإن عليه كراء، هذا لفظه وفيه نظر أيضاً لأن الأرض يمكن حملها والجلوس مع الضرر مشقة فادحة، نعم مسألة الفرار أقرب للزوم من مسألة العبدوسي، لأن الثانية لا يمكن المكتري أن يكرهها بخلاف مسألة الفرار الخ. ويدل لما أشرنا إليه قول ابن يونس ما نصّه: قال ابن حبيب عن أصبغ: ومن اكرت رجا سنة فأصاب أهل ذلك المكان فتنة جلوا بها من منازلهم وانجلى معهم المكتري أو بقي آمناً إلا أنه لا يأتيه الطعام لجلء الناس فهو الرجا من نقص الماء أو كثرته يوضع عنه قدر المدة التي جلوا فيها، وكذلك الفنادق التي تكرر الأيام المواسم إذا خطأها ذلك لفتنة نزلت أو غيرها، بخلاف الدور تكرر ثم تجلوا لفتنة وأقام المكتري آمناً أو رحل وهو آمن فإن هذا يلزمه الكراء كله ولو انجلى للخوف سقط عنه كراء مدة الجلاء اهـ. بلفظه. فقوله للخوف دليل لما قلناه إذا لم يفصل في الخوف هل هو على المال أو غيره فيبقى على عمومه. وفي تكميل ابن غازي ما ملخصه: من اكرت داراً فبنى رجل غرفة يشرف منها عليه وأبى رب الدار أن يخاصم أن للمكتري الخروج للضرر الخ. وانظر هذه المسائل عند قول المختصر: ولزم الكراء بالتمكّن الخ. وعند قوله: وتوضع من العطش في فصل الجائحة. قوله: (المواق انظر الخ) عبارة اللخمي في هذا هو قوله ما نصّه: واختلف إذا أذهب السيل أي الزرع فقال مالك في كتاب محمد عليه الكراء وقال محمد يريد إذا جاءه السيل بعد ذهاب الأبان وأرى إن أذهب السيل وجه الأرض قبل الأبان أو بعده لا كراء عليه الخ، وهذا منه بلفظه من تبصرته، وبه تفهم ما في اختصار المواق

وجب الكراء، وقال اللخمي: لا كراء وعد قوله قولاً اهـ. والضابط في هذا أن الكراء يلزم بالتمكن من الانتفاع، فمن لم يتمكن لقمح أو غرق ونحوهما حتى فات الإبان فلا كراء عليه، ومن تمكن من الانتفاع ثم هلكت الغلة فإن أتى من قبل الأرض شيء يوجب منع غلتها كما إذا فقد ربيها أو أعدم الغلة فأرهما سقط الكراء، وإن أتى أمر من قبل الله تعالى على المكثري فأهلك الغلة لزمه الكراء. وفي المدونة: إن جاء من الماء ما كفى بعضه وهلك بعضه فإن حصد ما له بال وله فيه نفع فعليه من الكراء بقدره ولا شيء عليه إن حصد ما لا بال له ولا نفع فيه. قال في كتاب محمد: مثل الخمسة فدادين أو الستة من المائة. وفي المدونة أيضاً: من استأجر أرضاً ليزرعها فغرق بعضها قبل الزراعة أو عطش فإن كان أكثر ما ردّ جميعها وإن كان تافهاً حطّ عنه بقدر حصته من الكراء اهـ. ونحوه نقل الشارح عن المقرّب وزاد: ويفض الكراء على كريمها وغير كريمها، وعلى قدر رغبة الناس فيها (بمنزلة إذا استحق بعضها) وبقي بعضها، ولا ينظر إلى متن الأرض إذا كانت مختلفة. ومن المدونة: إذا أتى مطر فغرق زرعه في إبان لو انكشف الماء عن الأرض أدرك زرعه ثانية فلم ينكشف حتى فات الإبان فذلك كغرقها في الإبان قبل أن تزرع حتى

له، ويحث ابن عرفة معه في قوله: واختلف مع أنه لم يذكر إلا ما قدمناه ولكن هو أمر سهل. قوله: (بمنزلة إذا استحق بعضها الخ) قال ابن يونس في هذا ما نصّه: ومن استأجر أرضاً ليزرعها فغرق بعضها قبل الزراعة أو عطش فإن كان أكثرها ردّ جميعها وإن كان تافهاً حطّ عنه بقدر حصته من الكراء في كرمه ودنائه، لا بقدر قياس مساحة الأرض إذا كانت مختلفة ولزمه ما بقي من الأرض بحصته من الكراء، قال ابن القاسم: وكذلك في استحقاق بعض الأرض فيما يقل ويكثر، قال بعض فقهاء القرويين: من جعل الغرق والعطش كالأستحقاق فيجب إذا غرق نصف الأرض أو ثلثها أن يرد البقية، وقد قيل في الأرض إذا استحق نصفها فلا رد له وينبغي أن يراعي في ذلك الضرر فإذا لم يكن على المكثري ضرر في استحقاق النصف فلا حجة له، وإن كان عليه ضرر ردّ البقية اهـ. بلفظه. وقد لفقنا آياتاً فيما تضمنه الشرح على المختصر هنا وهي هذه:

كراء أرض معه قد انتعش	فمفسد من غير أرض وعطش
والعييب في البذر بلا تردد	مثل جراد وكمثل البرد
أو عطش كراؤها قد أبطلها	ومفسد من جهة لها جلا
في نفسها لا غيرها فيما بدا	كنبوع ماء مع جراد وجدا
كمفسد منها فخذ وانتبه	ومانع من حرثها في وقته
لا مغرم قل لظالم جري	من غاصب وغرق ومطر
في غير تافه وذاك جاري	والكل كالبعوض في الاعتبار
كبذره كراؤه قد سقطا	في غير باب مكتر التقطا
نفي كراء فافهم ما ذكر	وقيل في البذر ومثله اعتبر

فات الحرث فلا كراء عليه، ولو انكشف الماء في إبان يدرك فيه لزمه الكراء وإن لم يحرث. ومن المدونة أيضاً: إذا أتى مطر بعدما زرع وفات إبان الزرع فغرق زرعه حتى هلك بذلك فهي جائحة على الزارع وعليه جميع الكراء بخلاف هلاكه من القحط فلا كراء عليه. ومن المقرب: قلت: فإن زرعها فأصابها مطر شديد فاستغدرت وأقام الماء فيها حتى هلك الزرع كيف يعمل في ذلك؟ فقال: إن كان ذلك بعد مضي أيام الحرث فهو بمنزلة البرد والجراد والجليد مصيبة ذلك من الزارع، وإن كانت إنما استغدرت في أيام الحرث ولو انكشف عنها الغدير على أن يزرعها ثانية فلم ينكشف عنها الماء حتى مضت أيام الحرث فهو بمنزلتها إذا غرقت في أيام الحرث وجاء من الماء ما يمنع من زراعتها فالكراء عن المتكاري موضوع. قال الشارح: وسئل شيخنا قاضي الجماعة أبو القاسم بن سراج رحمه الله عن اكرى فدانا زرعاً كئيباً فأصابه البرد حتى عدم الكتان والمكتري يطلب بالكراء فأجاب: يغرم المكتري الكراء كله ولا يحط عنه شيء بسبب جائحة البرد، لأنه لا يقام في الكراء بالجائحة إلا إن كانت من الأرض أو ما يرجع إليها، قاله ابن سراج رحمه الله اهـ.

فصل في أحكام من الكراء

وَالْعَرَضُ إِنْ عُرِفَ عَيْنًا فَالْكَرَاءُ يَجُوزُ فِيهِ كَالسُّرُوجِ وَالْفِرَا
وَمُكْتَرٍ لِذَلِكَ لَا يَضْمَنُ مَا يَتَلَفُ عِنْدَهُ سِوَى إِنْ ظَلَمَا
وَهُوَ مُصَدِّقٌ مَعَ الْيَمِينِ وَإِنْ يَكُنْ مَنْ لَيْسَ بِالْمَأْمُونِ

يعني أنه يجوز كراء العروض كالأواني والقدور والصحائف والسروج واللجام والفروة ونحو ذلك إذا كان مما يعرف بعينه ولا يلتبس بغيره، واحترز بذلك مما لا يعرف بعينه كالدنانير والدراهم وما أشبه ذلك فلا يجوز كراؤها. والفراء بكسر أوله وبالمد وقصره ضرورة جمع فرو بفتح أوله وسكون الراء قال في جمع التكسير فعل وفعله فعال لهما. قال الجوهري: الفرو الذي يلبس والجمع الفراء وافترت الفرو لبسته اهـ. وإلى هذا أشار بالبيت الأول. وعيناً تمييز منقول من نائب عرف، وكالسروج جمع سرج خبر مبتدأ محذوف أي وذلك كسرج الدابة ونحوه. ثم أشار بالبيت الثاني والثالث إلى أن من اكرى شيئاً مما ذكر ثم ادعى ضياعه فإنه يصدق في ذلك مع يمينه ولا ضمان عليه مأموناً كان أو غير مأمون إلا إذا ظلم وتعدى فيضمن إذا تبين تعديه وظلمه، أما باعترافه أو بثبوت ذلك عليه إن لم يعترف، فإن لم يثبت ذلك ولا اعترف به فهو مصدق في عدم تعديه وظلمه وهلاك الشيء المكترى من غير سببه مع يمينه أيضاً على ذلك فيحلف يميناً واحدة لقد

فصل في أحكام من الكراء

(ص): والعرض إن عرف عيناً فالكراء. إلى آخر الأبيات الثلاثة.

ضاع وما أخفاه وأن ضياعه ليس بسببه ولا بتعديه. (وقيل إن غير المتهم يحلف) ما فرط فقط. قال في الوثائق المجموعة: ويجوز كراء الثياب والقباب والسروج واللحم وكل شيء يعرف بعينه إذا غيب عليه من هذا وشبهه إذا حدد للكراء مدة وللأجرة أمداً وكانت حالة، فإن ادعى مكتري هذه الأشياء تلفها أو أنها سرقت حلف وبريء ولا يبرأ إلا بيمينه مأموناً كان أو غير مأمون اهـ. فرع: ثم قال في الوثائق إثر ما تقدم: ويغرم الكراء كله (إلا أن تقوم له على ذلك بيينة)، فإن ادعى تلفها قبل انقضاء مدة الكراء وعرف أنه نشدها في ذلك الوقت حلف على ما ذكر من ذلك وسقط عنه الضمان ويغرم من الكراء بقدر ما انتفع إلى أن تلفت في الوقت الذي ذكر أنها تلفت فيه، وإن لم تكن له بيينة في ذلك لزمه الكراء كله اهـ. وفي كتاب ابن يونس قال ابن القاسم: ويلزمه الكراء كله إلا أن يأتي ببيينة على وقت الضياع، وقال غيره: هو مصدق في الضياع ولا يلزمه من الأجر إلا ما قال أنه انتفع به، وبه أخذ سحنون، قال ابن يونس: وجه قول ابن القاسم أن الأشياء المستأجرة يصدق مكترها في ضياعها ولا يصدق في دفع كرائها وزواله من ذمته إلا ببيينة، فلما اجتمعا في هذه المسألة أجرى كل أصل على بابه فرفع عنه الضمان وأغرمه الكراء إلا أن يقيم بيينة بما يوجب دفع الكراء عنه، ووجه قول سحنون وغيره أنه لما صدقه في الضياع كان ذلك كقيام البيينة عليه فوجب أن يسقط عنه الكراء، لأن ما يجب له الكراء قد ذهب فبأي شيء يكون له الكراء (وهو الصواب إن شاء الله اهـ).

قوله: (وقيل إن غير المتهم الخ) قال ابن ناجي في قوله الرسالة: ومن اكرى ماعوناً أو غيره فلا ضمان عليه في هلاكه بيده وهو مصدق إلا أن يتبين كذبه الخ، يريد ويحلف إن كان متهماً لقد ضاع وما فرطت وإلا فلا، قاله ابن القاسم، وقيل يحلف مطلقاً، وقيل يحلف غير المتهم ما فرطت الخ. واقتصر في الوثائق المجموعة على الحلف مطلقاً مأموناً كان المكتري أم لا، وما في الوثائق هو اللاتق بالناس لقلّة الأمانة كما أشار إليه اللخمي في أهل زمانه، فكيف بزماننا الذي هو في حدود اثنين وثلاثين بعد مائة وألف؟ وهذا لا نتوقف فيه ولا نمتري. وانظر ما كتبناه على قول المختصر وحلف مشتر إلا أن يظهر كذبه في كتاب الخيار والمكثري هنا مصدق حتى فيما يغاب عليه وهو المعروف، ومذهب المدونة كما في ابن عبد السلام وغيره، وقف على الشرح عند قول المختصر وهو أمين في كتاب الإجارة تر كلام الناس محرراً. قوله: (إلا أن تقوم له على ذلك بيينة) حاصل ما في التهذيب أن الدال على الضياع هو بمنزلة البيينة والدال هو قول الوثائق فإن ادعى تلفها الخ. ولكن نص المدونة في ذلك هو قولها: وإن كان معه قوم في سفره فشهدوا أنه أعلمهم بضياع ذلك وطلبه بمحضهم حلف وسقط عنه من يومئذ حصته باقي المدة، هذا لفظ التهذيب، وكتب عليه أبو الحسن ما نصّه: انظر صدقه بأدنى سبب ابن يونس إذ ليس وقت الضياع أمراً يعلم نزوله فيعد له البيينة لتشهد عليه فكان إعلامه بذلك يرفع به الكراء كما كان رفع الزوجة إلى الحاكم أن زوجها الغائب لم يبعث لها بالنفقة اهـ. بلفظه، فانظره مع قول الوثائق وعرف أنه نشدها هل بينهما فرق؟ والظاهر لا فرق بينهما إلا في التعمير. قوله: (وهو الصواب إن شاء الله) وزاد ابن يونس على هذا حاكياً عن غيره ما نصّه: إنما لم يضمن المستأجر لأنه أمين على قبض العين المستأجرة فإن القول قوله في تلفها ابن يونس وقد قال عليه السلام: «الخراج بال ضمان» فلما كان خراج الأشياء المستأجرة لريتها وجب

وَالْمُكْتَرِي إِنْ مَاتَ لَمْ يَحِنْ كِرَاءً
حَيْثُ أَبِي الْوَارِثِ إِنْ تَمَّ الْأَمْدُ
وَالنَّقْصُ بَيْنَ الْعَدَدَيْنِ إِنْ وُجِدَ
وَاسْتَوْفِيَ الْكِرَاءُ كَيْفَ قُدِّرَا
وَاسْتَوْجِبُوا أَخْذَ الْمَزِيدِ فِي الْعَدَدِ
لَهُ وَفَاءً مِنْ تَرَاثٍ مَنْ قُدِّرَا

يعني أن من اكرتري داراً أو غيرها لمدة معلومة بأجرة منجمة فسكن بعض المدة ثم مات يعني أو فلس فإنه لا يحل عليه كراء ما لم يسكن، ولا يحل عليه إلا كراء ما سكن، وما بقي من المدة إن أراد الورثة في الموت أن يلتزموا كراء في أموالهم فلهم ذلك وهذا يؤخذ من مفهوم قوله: حيث أبي الوارث إتمام الأمد إذ مفهومه أنهم إن أرادوا إتمام المدة فلهم ذلك وينزل الورثة منزلته، لأن من مات عن حق فلورثته، وإن لم يريدوا ذلك فلرب الدار كراؤها لما بقي من المدة المضروبة مع الميت بما قدر عليه من قليل أو كثير، وإليه أشار بقوله: واستؤنف الكراء كيف قدرنا فإن كانت فيه زيادة فللورثة وإليه أشار بقوله: واستوجبوا أخذ المزيد في العدد، وإن نقص ذلك عن الكراء الذي أكرهاها به الميت وقف من تركته قدر النقصان ودفع للمكري الكراء عند وجوبه، وإليه أشار بقوله: والنقص بين العددين البيت. ومفهوم قوله: إن وجد له وفاء أنه إن لم يوجد له في التركة وفاء فإن مصيبته من المكري لعدم من يرجع به عليه وخراب ذمة الهالك، فقوله: لم يحن بالنون بمعنى لم يحل باللام وعدل للنون للوزن، (لأن لام لم يحل مشددة) فينكسر الوزن بشدها وهو جواب الشرط قبله، وحيث يتعلق باستؤنف، ووفاء نائب فاعل وجد، ومن تراث أي مال خبر النقص ومعنى فقد مات، ونقل الشارح المسألة عن نوازل ابن رشد، (واختصرها المواق) في شرح قوله في التفليس، وأخذ المكري دابته وأرضه بلفظ الذي أفتى به ابن

أن يكون منه ضمانها وإن كانت مما يغاب عليه والعارية خارجة عن ذلك إذ لا خراج فيها لرتبها فضمنت لقوله عليه السلام في سلاح صفوان: «بل عارية مؤداة» الخ وهذا منه بلفظه وهو حسن غاية.

(ص): والمكترتي إن مات لم يحن كراء، إلى آخر الأبيات الثلاثة.

قوله: (لأن لام لم يحل مشددة الخ) هذه اللام تخفف فما ذكره غير بيتن. قوله: (واختصرها المواق) الذي مر عليه في المختصر هو الحلول للكراء مطلقاً ما استوفى ما يقابله وغيره ولذلك قال: وحل به أي الفلس وبالموت ما أجل ولو دين كراء، وبيان ذلك أن ما يقابل ما استوفى لا خلاف في حلول وهو قوله: ولو دين كراء، وإن يشير بلو للرد على المخالف، والمخالف إنما هو في غير ما استوفى ما يقابله، وقد اختصر المسألة الرجراجي فقال ما نصّه: وأما ما لا يمكنه دفع العوض عنه فيه ويمكنه دفع ما يستوفي منه مثل أن يكري الرجل داراً بالنقد أو يكون العرف فيه النقد فيفلس المكترتي قبل أن يقبض الدار أو بعد أن قبض وسكن بعض السكنى فلا خلاف أن المكري يحاص الغرماء بما مضى من المدة، واختلف في الحكم فيما بقي منها على قولين قائمين من المدونة: أحدهما: أن المكري بالخيار إن شاء سلم السكنى ويحاص الغرماء بكراء ما بقي، وإن شاء أخذ بقية السكنى ويكون أولى به من الغرماء وهو قول ابن القاسم في المدونة والعتبية. الثاني: أنه يحاص الغرماء بكراء ما مضى ويأخذ داره ولا يكون له أن يسلمها ويحاص بجميع الكراء وهو الذي يأتي على أصل

رشد في نوازله أن من اكرتري داراً لسنين معلومة بنجوم فمات أو فلس فالأصح في النظر أنها لا تحل بموته ولا بتفليس، إذ لا يحل عليه ما لم يقبض بعد عوضه، وهذا أصل ابن القاسم لأنه لا يرى قبض الدار للسكنى قبضاً للسكنى، فيأتي على مذهبه أن الكراء لا يحل بموته ويتنزل الورثة منزلته اهـ. ونقل الشارح عن نوازل ابن رشد أيضاً: والذي يوجبه الحكم في ذلك إن لم يرد للورثة أن يلتزموا الكراء في أموالهم أن يكرى ذلك لما بقي في المدة، فإن نقص ذلك عن الكراء الذي اكرتراه به الميت وقف من تركته قدر النقصان وأدى إلى المكري الكراء عند وجوبه عاماً بعد عام اهـ. وفهم من قول ابن رشد: إذ لا يحل عليه ما لم يقبض بعد عوضه أن كيفية صورة المسألة من اكرتري داراً مثلاً لعام فسكن ستة أشهر مثلاً ثم مات فإنه إنما يحل عليه كراء الستة الأشهر التي سكن دون كراء ما لم يسكن، وإذا اكرتري ومات قبل السكنى لم يحل عليه شيء، وهذا على أن قبض الأوائل ليس قبضاً للأواخر، وعلى هذا إذا كان على المكترى ديون فإن رب الدار إنما يحاخص الغرماء بكراء ما سكن المكترى فقط ويأخذ داره، وأما على أن قبض الأوائل قبض للأواخر فإن رب الدار يحاخص غرماء المكترى بما سكن وما لم يسكن أي بكراء جميع السنة في المثال المذكور، فالخلاف إنما هو في كراء ما لم يسكنه، وإليه أشار في المختصر بلو في قوله: وحلّ به وبالموت ما أجل ولو دين كراء، وأما كراء ما سكنه فيحل قولاً واحداً والله أعلم. وعلى هذا فلا يصل حمل كلام المختصر على من اكرتري داراً شهراً مثلاً على أن يدفع كراهه بعد شهرين فمات في الشهر الثاني فإن كراء الشهر الماضي يحل اتفاقاً، وانظر لفظ المقدمات الذي نقله في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب أو باب التفليس والموت كالفلس.

(فرع: من أكرى) داره لمدة ثم باعها قبل انقضاء مدة الكراء بضمن لأجل واشترط

قول ابن القاسم في المدونة في قبض الأوائل في الكراء هل هو قبض الأواخر أو لا؟ وأما تخيير ابن القاسم المكري بين أخذ بقية السكنى أو تسليمه ويحاخص بجميع الكراء فإنما يأتي على قول أشهب الذي يرى قبض أوائل المكري قبض أواخره وهو أحد قولي ابن القاسم وإن لم يشترط النقد في الكراء، وإن كان العرف النقد لوجب على قول ابن القاسم الأول إذا حاص أن يوقف ما وجب له في المحاصة، فكلما سكن شيئاً أخذ بقدره من ذلك اهـ. بلفظه وهو أنم مما في التوضيح والحطاب، وكلام الرجراجي في الحقيقة هو لابن رشد في مقدماته، وزاد ابن رشد بعد قوله وهو قول ابن القاسم في المدونة ما نصه: وعلى قياس هذا إن فلس قبل أن يقبض الدار فللمكري أن يسلمها ويحاخص بجميع كرائه، وهذا إنما يأتي على قياس قول أشهب الخ وهذا منه بلفظه، وما في أجوبة ابن رشد فيه ما فيه انظر الشرح وانظر دليل ما ذكرناه فيه، وابن القاسم يراعي الخلاف في كثير من مسائله كقوله المختصر أو في مضمونه لم يشرع فيها الخ صدر الإجارة لا سيما وقد قال بقول الغير، وانظر الشرح عند قول المتن في الفلس: وأخذ المكري دابته الخ. وما في ألغاز ابن فرحون يأتي على جواب ابن رشد، والحلول هو الذي يدل عليه كلام كثير من الفحول قف على ذلك في الشرح.

قوله: (فرع من أكرى داره الخ) من باع داره بعد إكرائها لمدة ولم تنقض فيه كلام طويل لا

البائع على المشتري ذلك أو باع داره واستثنى سكنها مدة يجوز له استثنائها فمات المشتري قبل انقضاء مدة الكراء أو الاستثناء. قال الشارح: فمقتضى قول ابن رشد السابق أن المفلس أو الميت لا يحل عليه ما لم يقبض عوضه أن المشتري هنا لا يحل عليه ثمن الدار لأنه لم يقبضها بعد. فرع: انظر إذا نقد المكتري كراء الدار للمدة التي اكرتها لها ثم مات قبل انقضائها فهل يكون للورثة أن يسترجعوا ما نقد ويسلموا الدار للكراء على نحو ما تقدم لابن رشد لأن مورثهم لم يقبض بعد عوضه على قول ابن القاسم، أي فلا يحل بموته من الكراء إلا قدر ما سكن، وإذا لم يحل (فلهم استرجاعه).

وفي امرئ ممتع بالمال
وقامت الزوجة تطلب الكرا
وحالة المنع هي المستوضحة
وشيخه محمد بن بكر
فإن تكن والأذراع قد مضى
وإن تكن ووقت الأذراع
وفي الطلاق زرع للزارع
وخيرت في الحزب في إعطاء
وحيثما الزوجة ماتت فالكرا
بقدر ما بقي للحصاد
وإن تقع وقد تنهى الفرقة
ونزل الوارث في الثأنيث

يَمُوتُ قَبْلَ وَقْتِ الاسْتِغْلَالِ
قَوْلَانِ وَالْفَرْقُ لِمَنْ تَأَخَّرَا
وَشَيْخُنَا أَبُو سَعِيدٍ رَجَحَهُ
إِلَى الْوَفَاةِ مَالٍ عِنْدَ النَّظَرِ
إِيَّائِهِ فَلَا كِرَاءَ يُفْتَضَى
بِاقٍ فَمَا كِرَاءُ ذُو امْتِنَاعٍ
ثُمَّ كِرَاءُ مَا لَهُ مِنْ مَانِعٍ
قِيمَتِهِ وَالْأَخْذُ لِلْكِرَاءِ
عَلَى الْأَصْحَاحِ لِأَنَّ مَنْ عَمَّرَا
مِنْ بَعْدِ رَغِي حَظَّهُ الْمُعْتَادِ
فَالزَّوْجُ دُونَ شَيْءٍ اسْتَحَقَّهُ
وَعَكْسِهِ مِنْزِلَةُ الْمَوْرُوثِ

الإمتاع هو هبة الزوجة أو أبيها للزوج سكنى دارها أو استغلال أرضها مدة الزوجية بينها، وتقدم أنه إن كان في عقد النكاح فالنكاح فاسد، وإن كان تطوعاً بعد العقد لم يمنع، وكان المرأة أعطت زوجها شيئاً من مالها وذلك جائز بشرط أن لا تنعقد عليه القلوب حين العقد. واعلم أن الإمتاع والعمري بالنسبة للموت والطلاق متساويان لأنهما باب واحد وهو هبة المنفعة مدة مجهولة تنتهي بوقوع أمر مجهول الوقت والأصل باق على ملك صاحبه وإليه ترجع المنفعة. (وذكر ابن أبي زيد) في مختصر المدونة في العمري:

يمكننا نقله في هذه الحاشية ولا يناسب ذلك، وهذا البيع بعد الكراء تارة يكون في العقار وتارة في غيره، وهل الكراء للمشتري أو للبائع؟ إلى غير ذلك مما يطول جلبه كثيراً، ولكن انظر الشرح عند قول المختصر: لا بإقرار المالك في كتاب الإجارة فقد استوفينا الكلام فيه غاية والحمد لله بلا حد ولا نهاية. قوله: (فلهم استرجاعه) تأمل ما نقلناه في قول المتن ولو دين كراء فربما يفهم حكم هذا.

(ص): وفي امرئ ممتع في المال. إلى آخر الأبيات الاثني عشر. قوله: (وذكر ابن أبي زيد الخ) الذي عند الناس القاضي وغيره أن العمري هو مضمون قول ابن عرفة ما نصه: العمري تمليك

أن لا فرق بين أن يسكنه عمره أو يسكنه حياة فلان أو إلى قدوم فلان لأن ذلك كله مجهول، فما وجب في أحد هذه الوجوه وجب في بقيتها. وقال ابن عتاب في العمري (قد تكون بغير لفظها) من الإسكان أو الإمتاع اهـ. وتكلم الناظم هنا على ما إذا أمتعته استغلال أرضها ثم مات أحد الزوجين أو طلقت المرأة بعد الحرح وقبل رفع الغلة هل يلزم كراء الأيام التي بين الموت أو الطلاق ونضوض الغلة لأنه إن مات الزوج انتقلت الغلة لورثته وهي لم تمتعهم، وإن ماتت هي فقد انتقلت الأرض لورثتها وهم لم يمتعوه، وإن طلقت فقد زال وجه الإمتاع الذي هو تحسين العشرة، فإذا مات الزوج وقد كان حرح الأرض فطلبت الزوجة كراء أرضها من موته لنضوض الغلة فثلاثة أقوال: أحدها: لا كراء لها وهو قول ابن حبيب في العمري ورجحه الأستاذ أبو سعيد بن لب رحمه الله هنا واستظهره الناظم، وإلى ترجيح هذا القول واستظهاره أشار الناظم بقوله:

وحالة المنع هي المستوضحه وشيخنا أبو سعيد روجه

القول الثاني: أن لها كراء تلك المدة وهو قول بعض العلماء حكاه ابن حبيب عنه، قال الشارح: ووجه ظاهر وإلى هذين القولين أشار الناظم بقوله: وفي امرئ ممتع في المال إلى قوله قولان.

القول الثالث: لبعض من تأخر بالفرق بين أن يموت وقد مضى أبان الزراعة فلا كراء لها، وإن كان باقياً فلها الكراء، وبه قال القاضي أبو عبدالله محمد بن بكر رحمه الله، وإلى هذا القول ونسبته أشار بقوله: والفرق لمن تأخرا، ثم فسّر هذا الفرق بقوله: فإن تكن والازدراع قد مضى البيتين، وذكر قبلهما أن شيخ ابن لب محمد بن بكر بفتح الباء والكاف مشددة اختار هذا القول واستمر على اختياره إلى الموت ولم يتغير اجتهاده فيه، وأما إذا طلق الزوجة فإن الزرع لزراعه والكراء يجب عليه إلى تمام غلته التي تكون في أرضها لأن المتعة في مقابلة تحسين العشرة، وليس بعد الطلاق عشرة يصانع على تحسينها، وإلى هذا أشار بقوله:

وفي الطلاق زرعه للزراع ثم الكراء ما له من مانع

قال ابن سلمون: وإن طلقها بعد زرع أرض فالزرع له ويلزمه من كراء العام بقدر ما بين وقت الطلاق وبين وقت الحصاد تنسب تلك المدة من العام ويؤخذ منه من الكراء

منفعة حياة المعطي بغير عوض إنشاء فيخرج الحكم باستحقاقها ويصدق عليها قبل حوزها لأنها قبله عمري، وكذا بقية الأنواع الخ، وكلهم يقول: إعطاء المنفعة مدة حياة المعمر بالفتح اللهم إلا أن يريد من عمم أن هذه الأمور حكمه حكم العمري وإن لم يقل فيها عمري فذلك قريب. قوله: (قد تكون بغير لفظها الخ) هذا صحيح كما في الكافي، وصاحب التوضيح قال في ذلك ما نصّه: ولا فرق في المذهب بين أن تكون معقبة أو لا، ثم قال: وسواء عند مالك وأصحابه، ذكر ذلك بلفظ العمري أو السكنى أو الاعتلال أو الإفقار أو الإقبال أو غير ذلك من أنواع العطايا الخ. وما ذكره هذا الشارح من الكلام في التمتع جله لا ير الناظم فانظره فيه والكلام معه في هذا يطول، وانظر كلاماً يتعلق بالتمتع عند قول المختصر: ولو طول بصداقها.

على قدر تلك النسبة اهـ. وفيه تحرير لبيان القدر اللازم للزوج من الكراء وليس هو في كلام الناظم، وأما إذا حرث الأرض أي قبلها ولم يزرعها فالزوجة مخيرة في إعطاء قيمة الحرث والاستمسك بمنفعة أرضها أو تسليمها بحرثها وأخذ الكراء منه، وإلى هذا أشار بقوله:

وخيرت في الحرث في إعطاء قيمته والأخذ للكراء

فهو كقول ابن سلمون: فإن كان الإمتاع في أرض فطلق الزوجة بعد الحرث وقبل الزراعة فالزوجة مخيرة بين إعطائه قيمة حرثه وأخذ أرضها وبين تركها بيده وأخذ كرائها اهـ. هذا حكم موت الزوج أو طلاقه، وأما إذا ماتت الزوجة التي أمتعت في مالها وقد بقي لنضوض الغلة أمد فإن الكراء يجب في ذلك الأمد الباقي لتناهي غلته على الزوج المعمر للأرض بعد أن يقتطع لهم ما ينوبه في ميراثه من ذلك من ربع أو نصف، وإلى ذلك أشار بقوله: وحيثما الزوجة ماتت فالكرا البيتين. وإلى محاسبة الزوج ورثة المرأة بما يرث من الكراء أشار بقوله: من بعد رعي حظه المعتاد. قال الشارح: وهذه عكس الصورة التي سبقت في موت الزوج الممتنع، ومن هنا يظهر أن من أوجب الكراء هنالك يطرد قوله هنا لأن المال قد انتقل ملكه هنا لورثة المرأة كما انتقل هنالك لورثة الرجل، وأن ما رجحه الأستاذ أبو سعيد بن لب هنالك لا يخلو من بحث اهـ. وقد صرح ابن سلمون كما نقله الشارح أن الأقوال الثلاثة التي في موت الزوج جارية في مسألة موت الزوجة ولفظه: وإن كان انقضاء الزوجية بموت الزوجة فيلزمه من الكراء على قدر تلك النسبة لكن يسقط عنه مقدار حظه إذ هو من الورثة، ويؤخذ بالكراء على النسبة المذكورة في حظوظ الورثة لا غير، هذا القول الجاري على القياس، وقد قيل: إن الزرع للزوج ولا كراء عليه حملاً على ما قيل في الحبس والعمرى، وقد قيل: إن كان إبان الزراعة باقياً فعليه كراء الأرض كاملاً، وإن كان قد فات فلا شيء عليه حملاً على الاستحقاق اهـ. ولعل الناظم لما رأى الأقوال الثلاثة في موت الزوج وطلاقه معاً حكاها في موت الزوج وأشار لها في موت الزوجة بالأصح، ومقابله قولان عدم لزوم الكراء والفرق بين أن يمرز من الحرث أو لا كما تقدم، ثم صرح بمفهوم قوله في الطلاق: ثم الكراء ما له من مانع، إذ مفهومه أنه بقي للحصاء مدة تستحق كراء بمفهوم قوله في موت الزوجة بقدر ما بقي للحصاء أنه إذا طلقها أو ماتت بعد تناهي الطيب فالزرع للزوج ولا كراء عليه وإليه أشار بقوله: وإن تقع وقد تناهى الفرقة البيت، والفرقة أي بالطلاق أو موت الزوجة فاعل تقع، وجملة قد تناهى حالية. وقوله: فالزوج مبتدأ وخبره جملة استحقه أي الزرع ودون شيء أي من غير كراء، ويحتمل أن يرجع قوله: وأن تقع الفرقة الخ حتى لمفهوم قوله في موت الزوج يموت قبل وقت الاستغلال، ويكون معنى قوله: فالزوج دون شيء استحقه يعني إن كان حياً وذلك حيث يطلق أو تموت الزوجة ولورثته إن مات قبل وقت الاستغلال وهذا الاحتمال هو الظاهر أو المتعين فهو كقول ابن سلمون: وإن انقضت الزوجة بعد الحصاء فلا خفاء أن ذلك للزوج أو لورثته من غير شيء يلزمه اهـ. والمراد بالتناهي اليبس والله

أعلم، فيكون الحصاد أحروياً في عدم لزوم الكراء. وقوله:

ونزل الوارث في التأنيث وعكسه منزلة الموروث
هو كقول ابن سلمون: وحكم ورثه من مات منهما حكم موروثه إن كان انقضاء
الزوجية بينهما بالموت اهـ. يعني إذا مات الزوج فورثته هم المطالبون بدفع الكراء
للزوجة، وإن ماتت الزوجة فورثتها هم الطالبون لقبض الكراء من الزوج. ويعني بالتأنيث
موت الزوجة وبعكسه موت الزوج والله أعلم. فإن كان هذا مراده فالبيت قليل الجدوى
لأن هذا الحكم لا يختص بهذه المسألة، ويحتمل أن يريد إذا مات الزوج ثم ماتت الزوجة
أو ماتت الزوجة أولاً ثم مات الزوج فإن لورثتها في الوجهين مطالبة ورثة الزوج بالكراء،
وكذا إن طلقها ثم مات أحدهما فإن ورثة الميت منهما يتنزلون منزلة موروثهم والله أعلم.
وقد تلخص من كلام الناظم أنه اشتمل على خمس مسائل. الأولى: إذا مات الزوج
فطلبت المرأة كراء المدة الباقية للحصاد وحكي فيها ثلاثة أقوال. الثانية: إذا طلق فطالبته
الزوجة بذلك وذكر أنه يقضى لها به. الثالثة: إذا حرث الأرض أي قلبها ولم يزرعها ثم
طلق وذكر أنها مخيرة. الرابعة: إذا ماتت الزوجة فطلب ورثتها الكراء وفيها الأقوال الثلاثة
التي في موت الزوج حكي الناظم منها قولين الأصح ومقابله هذا كله إذا كانت الفرقة قبل
الطيب فإن كانت بعده فلا كراء. المسألة الخامسة: أن ورثة كل من الزوجين يتنزلون
منزلته.

تنبيه: تكلم الناظم على ما إذا كان الإمتاع في أرض وقد استطرد الشارح هنا ناقلاً
من ابن سلمون الكلام على الإمتاع في كرم أو ثمرة فانقضت الزوجية بموت أو طلاق قبل
بدو الصلاح أو بعده فراجع إن شئت، وكذا استطرد الكلام على حكم العمرى في الأرض
إذا مات المعمر بالفتح وقد حرث الأرض التي أعمرها أو زرعها، وعلى حكم العمرى في
الأشجار إذا مات المعمر فانظر إن شئت.

فصل في اختِلافِ المُكْرِي والمُكْتَرِي

الْقَوْلُ لِلْمُكْرِي مَعَ الْحَلْفِ اغْتِمِدَ
وَمَعَ سَكْنَى الْمُكْتَرِي وَمَا نَقَدَ
ثُمَّ يُوَدِّي مَا عَامَهُ حَلَفَا
وإن يَكُونَا قَبْلَ سَكْنَى اخْتَلَفَا
وَالْقَوْلُ فِي ذَلِكَ قَوْلُ الْحَالِفِ
فِي مُدَّةِ الْكِرَاءِ حَيْثُ يَنْتَقِذُ
تَحَالِفَا وَالْفَسْخُ فِي بَاقِي الْأَمَدِ
فِي أَمَدِ السَّكْنَى الَّذِي قَدْ سَلَفَا
فَالْفَسْخُ مَهْمَا نَكَلَا أَوْ حَلَفَا
فِي لَاحِقِ الزَّمَانِ أَوْ فِي السَّالِفِ
ذكر في هذا الفصل اختلاف المكري والمكتري في أحد أربعة أشياء: إما في قدر

فصل في اختلاف المكري والمكتري

(ص): القول للمكري مع الحلف اعتمد. إلى آخر الأبيات الخمسة.

المدة وعليه تكلم في هذه الأبيات الخمسة، أو في قدر الكراء، أو في قبضه، أو في جنسه، فأخبر هنا أن اختلافهما في مدة الكراء لا يخلو من وجهين: أحدهما: أن يكون المكثري انتقد الكراء أي قبضه فالقول قوله مع يمينه سكن المكثري أو لم يسكن وإلى ذلك أشار بالبيت الأول. والوجه الثاني: أن يكون لم ينتقد الكراء وفيه وجهان لأنه إما أن يقع اختلافهما بعد السكنى (أي بعد الشروع فيها) والحكم أنهما يتحالفان ويفسخ الكراء في باقي المدة ويؤدي المكثري كراء ما سكن من حساب ما حلف عليه وإلى ذلك أشار بقوله: ومع سكنى مكثر وما نقد البيتين، وكذلك يفسخ إذا نكلا معاً، ولم يذكره الناظم في الاختلاف بعد السكنى بل في الاختلاف قبلها، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر فالقول قول الحالف وإليه أشار بقوله:

والقول في ذلك قول الحالف في لاحق الزمان أو في السالف
 وإما أن يكون اختلافهما قبل السكنى والمسألة بحالها من كون المكثري لم ينتقد الكراء، فإن الكراء يفسخ إذا نكلا أو حلفا، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر فالقول قول الحالف منهما وإليه أشار بقوله: وإن يكونا قبل سكنى اختلفا فالفسخ مهما نكلا أو حلفا، والقول في ذلك قول الحالف. فقوله في البيت الأخير: والقول في ذلك قول الحالف يرجع لمسألة الاختلاف بعد السكنى وقبلها. وقوله في لاحق الزمان أو في السالف إنما

قوله: (أي بعد الشروع فيها) قال ابن يونس بعد كلام في مسألة برقة ما نصه بخلاف سكنى الدار وقد سكن بعض السكنى لأنه لا ضرورة في الدار فيجب أن يتحالفا ويتفاسخا في البقية الخ، وهذا ماء منه بلفظه عن بعض القرويين، وانظر الشرح عند قول المختصر: وكراء رحا بطعام في اختلافات بين المتكاريين، وعند قوله والقول للأجير أنه وصل كتاباً، وعند قوله: وإن بمائه إلى برقة الخ. وقال ابن بشير: وهذا الباب أي باب تنازع المتكاريين إنما ينظر فيه مع طوله وكثرة فروعه إلى ما يقرب من صدق المكثري أو المكثري حيث يثبت المدعي والمدعى عليه، فإن تحقق المدعي منهما كان عليه البينة، وإن لم يجدها كان على المدعى عليه اليمين فالعرف هو الشاهد بينهما، ومن ساعده العرف منهما كان القول قوله مع يمينه، وقد تقدم أن العرف هل ينتزل منزلة الشاهد الواحد أو الشاهدين؟ فيه خلاف، فمن نزله منزلة الشاهد كان القول قوله من صدقه كيفما تصورت المسألة في اختلافهما ويحلف، ومن نزله منزلة الشاهدين فلا يمين أه. وهو حسن غاية. ولكن الراجح أن العرف يحلف معه من شهد له كما بيناه في غير ما موضع، ومعرفة المدعي من المدعى عليه انظره عند قول المختصر: وأمر مدع تجرد قوله عن مصدق الخ. وقال ابن رشد: لما ذكر الاختلاف بين المتبايعين وتفصيله ما نصه والاختلاف بين المتكاريين كالاختلاف بين المتبايعين لأن الكراء بيع من البيوع هذا لفظه، ومثله لابن يونس قال في اختلاف المتكاريين ما نصه: والمتكاريان كالمتبايعين والقضاء في اختلافهما كالقضاء في اختلاف المتبايعين الخ وهذا منه بلفظه. ونقل أبو الحسن كلام ابن رشد وسلمه قائلاً: لا فرق بين بيع الأعيان وبيع المنافع هذا لفظه، ومثل هذا لابن بشير انظر الشرح عند قول المختصر: أو أنه استصنع الخ. وتقدم بيان اختلاف المتبايعين غاية عند قول المختصر: فصل إن اختلف المتبايعان في الشرح.

يرجع للاختلاف بعد السكنى لا غير والله أعلم. قال في المتطية: وإذا اختلفا في مدة الكراء فلا يخلو إما أن يكون المكري قد انتقد أو لم ينتقد، فإن كان انتقد صدق مع يمينه سكن المكثري أو لم يسكن، وإن لم ينتقد فلا يخلو إما أن يكون بحضرة الكراء وقبل أن يسكن أو بعد ذلك، فإن كان بحضرة الكراء وقبل السكنى تحالفاً، فإن حلفاً أو نكلاً فسخ الكراء بينهما، وإن نكل أحدهما وحلف الآخر فالقول قول من حلف منهما وإن كان بعد السكنى نصف السنة تحالفاً وفسخ باقي المدة، وعليه فيما سكن بحساب ما أقر به إن تساوت الشهور في القيمة اهـ. وفي النوادر من الواضحة: ويحملان في نقد الكراء على عرف الناس وإذا اختلفا في المدة، فإن انتقد المكري فهو مصدق مع يمينه سكن المكثري أو لم يسكن، وإن لم ينتقد وكان بحضرة الكراء وقبل السكنى تحالفاً وفسخ الكراء إذا حلفاً أو نكلاً، ومن نكل فالقول قول من حلف، وإن اختلفا بعد أن سكن سنة أو بعضها تحالفاً وفسخ باقي المدة، وعليه فيما سكن بحساب ما أقر به اهـ. محل الحاجة الآن منه.

(تنبيه: يؤخذ من قولهم) فيما إذا سكن بعض المدة عليه من الكراء بحساب ما أقر به الذي أشار له الناظم بقوله: ثم يؤدي ما عليه حلفاً أن فرض المسألة مثلاً أنه اكرى ودفع أربعين درهماً وهذا لا نزاع فيه والنزاع في قدر المدة فقال المكري: الأربعون لأربعة أشهر عشرة دراهم لكل شهر، وقال المكثري الأربعون لخمسة أشهر ثمانية دراهم لكل شهر كذا هي صورة مسألة الناظم وفيها هو التفصيل بين أن ينقد المكثري الكراء أو لا، وإذا تحالفاً وتفاسخاً فإن المكثري يؤدي لما سكن بحساب ثمانية دراهم لكل شهر فالاختلاف في مدة الكراء، ولكن لزم منه الاختلاف في قدر الكراء فلذلك قالوا يلزمه بحساب ما أقر به وحلف عليه وهو ثمانية لكل شهر أي لا بحسب دعوى المكري وهو عشرة لكل شهر، ولو كان فرض المسألة أنهما اتفقا على أن لكل شهر كذا واختلفا هل اكرى لخمسة أشهر أو لأربعة فسكن شهرين مثلاً لقالوا لزمه للشهرين ما دخلا عليه واتفقا عليه ولم يقولوا بحساب ما أقر به والله أعلم.

وإن يكن في القدر قبل السكنى
وإن يكن من بعد سكنى أقسما
وخصّة السكنى يؤدي المكثري
والقول من بعد انقضاء الأمد
تحالفاً والفسخ بغير سناً
وفسخ باقي مدة قد لزمنا
إن كان لم ينتقد لماضي الأشهر
للمكثري والحلف إن لم ينتقد

تكلم هنا على الاختلاف في قدر الكراء، كأن يقول المكري بعشرة ويقول المكثري بثمانية، وذكر أن ذلك على ثلاثة أوجه: أحدها: أن يختلفا قبل أن يسكن المكثري وذكر أنهما يتحالفاً ويتفاسخان وإلى ذلك أشار بالبيت الأول، فقوله آخر البيت سناً أي شرعاً.

قوله: (تنبيه يؤخذ من قولهم الخ) هذا يظهر لنا أنه صحيح ولكن تفهمه غاية واجهد نفسك هنا النهاية فإن هذه المسائل قد ضاعت فيها حقوق فاتبع فيها الأعراف فإن ذلك مفيد إن شاء الله تعالى.

(ص): وإن يكن في القدر قبل السكنى. إلى آخر الأبيات الأربعة.

الوجه الثاني: أن يختلفا بعد الشروع في السكنى، وذكر أنهما أيضاً يتحالفان ويفسخ الكراء فيما بقي من المدة ويؤدي المكثري كراء ما سكن من حساب ما حلف عليه إذا كان لم ينقد لماضي المدة، وأما إن كان قد نقد لها قدرأ معلوم فالقول قول المكثري إذا ادعاه، وإلى حكم هذا الوجه أشار بقوله: وإن يكن من بعد سكنى أقسما البيتين. الوجه الثالث: أن يختلفا بعد انقضاء أمد السكنى، وذكر أن القول في ذلك قول المكثري مع يمينه وإلى حكم هذا الوجه أشار بقوله: والقول من بعد انقضاء الأمد للمكثري والحلف أي مع الحلف، وهذا إذا لم يكن نقد الكراء، فإن نقده فالقول قول المكثري، وإلى هذا التقييد أشار بقوله: إن لم ينقد. قال اللخمي في تبصرته: ولو اتفقا أن الكراء بعين واختلفا في قدره فقال الساكن خمسون وقال الآخر مائة فإن اختلفا قبل السكنى تحالفا وتفاسخا، وإن كان بعد مضي السنة كان القول قول الساكن مع يمينه إذا أتى بما يشبهه، وإن اختلفا بعد مضي ستة أشهر كان القول قول الساكن مع يمينه في الماضي وتحالفا وتفاسخا في الباقي وهذا إذا لم يكن نقد. (وفي المتبعية): وإن كان قد سكن ستة أشهر وقال المكثري وقد قبض خمسين بقي لي من كراء السنة خمسون، وقال المكثري: الخمسون التي نقدت هي عن السنة كلها فإنهما يتحالفان وتقسّم الخمسون التي نقد على السنة فيكون عليه فيما سكن خمسة وعشرون على ما أقرّ به ثم ينظر، فإن احتملت الدار القسم ولا ضرر على المكثري في سكنى نصفها سكنه في الخمسة والعشرين الباقية لأن المكثري مقرّ أنه لم يدفع إليه بقية السكنى، وإن كان عليه في ذلك ضرر فسخت بقية المدة اهـ. تنبيه: أطلق الناظم في قوله: والقول من بعد انقضاء الأمد للمكثري (وهو مقيد بما إذا أشبهه) كما تقدم في كلام اللخمي.

كَذَاكَ حُكْمُهُ مَعَ ادْعَائِهِ لِقَدْرِ بَاقِي مُدَّةِ اكْتِرَائِهِ

هذا البيت من تمام ما اشتملت عليه الأبيات قبل هذه في الكلام على الاختلاف في مدة الكراء فحقه أن يتصل بها. (قال في الوثائق المجموعة): وإن اختلفا في أمد الكراء

قوله: (وفي المتبعية الخ) الذي لخصناه في الشرح عند قول المختصر أو خولف في الصفة ما نصّه: أنهما أي المتكاريين إذا أشبهها معاً أو الصانع فقوله مع يمينه، وإن أشبه المالك للشيء المصنوع وحده فقوله مع يمينه وهذا بعد العمل وإلا تحالفا أو تفاسخا، وإن أتيا بما لا يشبهه فللصانع أجر مثله، ولكن إنما يكون له أجر مثله ما لم يزد على دعواه. قوله: (وهو مقيد بما إذا أشبه الخ) صحيح.

(ص):

(كذلك حكمه مع ادعائه لقدر باقي مدة اكترائه)

قوله: (قال في الوثائق المجموعة الخ) قال في التهذيب في مسألة كراء رحا الماء ما نصّه: وإن انقطع عنها الماء فهو عذر تنفسخ به الإجارة، وإن رجع الماء في بقية المدة لزمه باقيها، وإن اختلفا في انقطاع ماء الرحا فقال ربه انقطع عنها عشرة أيام وقال المكثري بل شهراً فإن تصادقا في أول

فقال صاحب الدار قد انصرم، وقال المكثري لم ينصرم بعد فالقول قول الساكن مع يمينه إذا لم يكن بينهما بينة وله رد اليمين على رب الدار اهـ. فالتشبيه في قوله «كذلك» راجع لكون القول قول المكثري مع يمينه وعليه تعود الضمائر الثلاثة.

والقول في القبض وفي الجنس لمن شاهد مع حلفه حال الزمن

يعني إذا اختلف المتكاريان إما في قبض الكراء أو في جنسه فإن القول قول من شهد له حال الزمان مع يمينه، ويعني بحال الزمان كلاً مما يليق به، ففي الاختلاف في قبض الكراء يعتبر القرب والبعد في الزمان، وفي الاختلاف في الجنس يعتبر عرف المكان في ذلك الزمان أيضاً، أما مسألة الاختلاف في القبض (فقال في الوثائق) المجموعة: فإن قام رب الدار على المكثري يدعي أنه لم يقبض الكراء بعد انقضاء الشهر السنة فإن قام بقرب ذلك كان على الساكن أن يثبت دفع ذلك، وإلا حلف رب الدار وقبض منه، أو رد عليه اليمين فحلف وبرى، فإن قام على بعد حلف الساكن وبرى من الكراء، وكذلك الصانع بهذه المنزلة إذا قاموا يطلبون الأجرة فيما استصنع منهم، وأما الاختلاف في الجنس فقال في المقرب قلت: فمن اكرى داراً بدرهم أو دنائير ولم يسم أي الدناير ولا أي الدراهم قال ينظر إلى النقد في الكراء في ذلك الموضوع فيحتملان عليه اهـ. وشاهده مبتدأ أو حال الزمن خبره والجملة صلة من ومع حلفه حال القول.

السنة وآخرها صدق رب الرحا، وكذلك اختلافهما في انهدام الدار في بعض المدة أو قال المكثري بعد السنة كان انهدام الدار وانقطاع الماء في السنة كلها فالمكثري في ذلك كله مدع، وإن قال رب الدار والرحا قد انقضت السنة، وقال المكثري ما مضى إلا شهران وقد انهدمت الدار الآن أو انقطع ماء الرحا صدق المكثري من اكرى رحا ماء شهراً على أنه إن انقطع الماء قبل الشهر لزمته الإجارة لم يجز اهـ. فكتب أبو الحسن عليه ما يذكر قوله فهو عذر الخ يريد إذا لم ترج إعادته أو كانت ترجى على بعد. وقوله: وإن رجع الماء الخ اللخمي: واختلف إذا فاسخه وهو يرى أنه لا يعود عن قرب فعاد هل يمضي الفسخ كحكم مضى أو ترجع الإجارة على حالها وأن تعود أحسن لأن الأول أخطأ في التقدير إلى آخر ما ذكره، قف عليه في الشرح عند قول المختصر: وكراء رحا ماء بطعام وهو أتم مما في الوثائق.

(ص):

(والقول في القبض وفي الجنس لمن شاهد مع حلفه حال الزمن)

قوله: (فقال في الوثائق الخ) هذا كلام قليل باعتبار أنه غير مستوف لشروط المسألة. وقال المتيطي ما نصه: فإن اختلفا في نقد الكراء. وقد عيّن العاقد في النص وقت الأداء أو تقرارا عليه مثل أن يقول: يدفع مناب كل شهر بآخره أو في آخر كل شهرين أو بعد ثلاثة أشهر أو في نصف السنة أو في آخرها، فهذا إن قام المكثري بحدثان حلول النجم صدق مع يمينه، وإن تباعد قيامه صدق المكثري بعد يمينه، إلا أن يزداد في العقد لا يبرئه من ذلك حلول نجم ولا انصرام غيره إلا بما تبرأ به الديون غير الأكرية فهذا عليه البينة بالدفع وإلا حلف المكثري وأخذ منه، إلا أن يكون في العقد أيضاً شرط التصديق له بغير يمين فلا يحلف على ما بيننا أنه من اختلاف في البيوع وإن لم يبين

في العقد وقت الأداء وإنما قال إكراء سنة، فهذا إن قام يطلب الكراء بحدثان تمام السنة صدق مع يمينه، وإن تباعد صدق المكثري مع يمينه سواء كان ساكناً في الدار أو خارجاً عنها، وإن سكن في الدار بعد تمام الوجيبة سنة أو شهراً فالقول قول ربها أبدأ في الزيادة مع يمينه وإن طالت إذا قام بحدثان خروج المكثري، وإن تباعد فالقول قول المكثري مع يمينه.

فرع: وإن كان الكراء مشاهرة أو مسانهة واختلف في الدفع صدق المكثري مع يمينه فيما انقضى من الشهور في المشاهرة، ومن السنين في المسانهة إلا في الشهر الأخير والسنة الأخيرة فيصدق المكثري مع يمينه إن قام بحدثان ذلك. قال بعض الموثقين: والشهر بعد انقضاء المدة في ذلك قريب. وقال ابن حبيب: إن طال ذلك نحو الشهر في الشهور أو السنة في السنين صدق المكثري مع يمينه حينئذ، وهذه رواية عيسى عن ابن القاسم في العتبية وبها، وروى عنه الديلمي أن رب الدار مصدق أبدأ لأن الكراء دين من الديون اهـ. بلفظه. وفي المنتخب ما نصه: ولو أكره سنة بعينها فسكن بعد ذلك تسع سنين وصاحب الدار ينظر إليه لم يواجهه على كرائه ثم جاء بعد عشرين سنة يطلب كراء السنة الأولى وكراء التسع سنين التي كانت بعد السنة فلا يمين له في كراء السنة الأولى إذا قال دفعته إليك، وله قيمة كراء التسع السنين إذا قام بحدثان انسلاخها إلا أن يأتي الساكن ببراءة من الكراء وإلا لم يقبل قوله. وإن خرج من الدار وطال ذلك ثم جاء يطلب الكراء فلا شيء له لا كراء السنة ولا كراء التسع إذا زعم أنه قد دفع ذلك ويحلف ويبرأ، أو إذا قام يطلب ذلك بحدثان ذلك فله كراء التسع وإن خرج من الدار الخ. وانظره مع بعض كلام المتيطي. وقال في المجالس بعد نقل شيء من هذا ما نصه: والعرف بفاس من حين أدركناه في حياة الفقيه العبدوسي إلى عام سبعة وثمانين وثمانمائة أن القول قول المكثري في سالف المدة ما عدا شهرين من آخرها فإن القول فيهما قول المكثري اهـ. بلفظه. وما ذكره في المجالس ذكره المنجور في شرح المنهاج. وقال ابن رشد على مضمون قول المختصر فلا نفقة للحمل في كتاب الخلع ما نصه: وهذا كقولهم فيمن أكرى داره مشاهرة فدفع كراء شهر فذلك براءة للدافع مما قبل ذلك الخ. ومسألة اختلاف الجنس هنا هي بمنزلة الاختلاف فيه في البيع كما رأيت في كلام ابن رشد وابن يونس وغيرها، وهذه مسائل كثيرة من الاختلافات هنا كاختلافات في الصبغ ونحوه. وملخص ذلك أن القول للات والصباغ في مقدار ما لت به وما صبغ به، وفي قدر الأجرة وفي كونه عمل بأجرة مع يمينه، وشرط هذا كله أن يشبه الصانع أشبه صاحبه أم لا، وإن أشبه خصمه فقط فقوله مع يمينه، وإن لم يشبه تحالفاً ورد الأجرة المثل ما لم تزد على ما ادعى، وقولنا القول للصانع عند شبههما مع ذلك حين أسلم للصانع المصنوع وإلا فينعكس الأمر فيكون القول لصاحب المصنوع حيث أشبه الصانع أم لا وإلا صدق الصانع، والحاصل يكون بمنزلة صاحب البناء، وهذا كله إن وقع العمل، وإلا فالتحالف والتفاسخ مطلقاً فلا قيد في جميع ما تقدم، وقد لفتنا في ذلك ما نصه:

وكل مشبه من العمال	فقوله مع حلفه ياتالي
وعكس ذا في شبه خصمه فقط	ونفي شبه عنهما بلا شطط
كالخلف في جنس ونوع مطلقاً	بلا تقييد ما حققا

فصل في كراء الرواحل والسفن

وَفِي الرَّوَّاحِلِ الْكِرَاءِ وَالسُّفْنِ عَلَى الضَّمَانِ أَوْ بِتَفْيِينِ حَسَنٍ
وَيُضَمُّ التَّأَجِيلُ فِي الْمَضْمُونِ وَمُطْلَقاً جَارَ بَدِي التَّفْيِينِ

الرواحل جمع راحلة قال في الألفية: فواعل لفوعل إلى أن قال وفاعلة وهي الناقة النجبية الكاملة الخلق الحسنة المنظر المدربة على الركوب والسير والحمل، بهذا فسّر في المشارق. وقوله عليه الصلاة والسلام: «الناس كإبل مائة لا تكاد تجد فيها راحلة». عياض: الراحلة هي الناقة المعدة للركوب المذلة، وتستعمل في ذكور الإبل وإناتها وأصلها من الرحل الموضوع عليها اهـ. والمراد هنا الدابة من حيث هي من فرس وبغل وحمار وجمل والله أعلم، والسفن جمع سفينة قال في الألفية: وفعل لاسم رباعي بمد الخ. وقد اشتمل البيتان على مسألتين: الأولى: في تقسيم كراء الدواب والسفن إلى معين ومضمون وإليه أشار بقوله: وفي الرواحل البيت يعني أن كراء الدواب والسفن على وجهين يكون على الضمان وعلى التعيين، قال ابن يونس: فالمتكاريان كالمتبايعين فيما يحل ويحرم، (لأن الكراء بيع منافع) فهو كبيع الأعيان. قال ابن القاسم: وكراء الدواب على وجهين مضمون في الذمة أو دابة بعينها، وقد قضى عمر رضي الله عنه أن الدابة المعينة إذا هلكت انفسخ الكراء ولا يأتي بغيرها إلا أن يشترط البلاغ وهو المضمون، قاله علي بن أبي طالب رضي الله عنه. قال ابن يونس: كراء الدابة المعينة ك شراء السلع المعينة من المكمل والموزون لأن على البائع أن يوفيه كيله أو وزنه، كما على المكترى أن يوفيه ركوبه أو حملة، وكراء المضمون ك شراء السلع المضمونة، فكما كان هلاك هذه السلعة

ودعوى رد صانع لما صنع كالدين والنظم في غير ما وقع
وعند حوز صاحب المتاع فقول له كصانع يا ساع
يوجب فسخاً مع تحالف بدا ومثل ذا تخالف قبل ابتدا
إن لم تزد على الذي ادّعي فجاهدن في حفظها واستمع

ولكن فهم هذه الأبيات موقوف على فهم ما ذكرناه في اختلاف المتبايعين وما لخصناه في باب الإجارة والكراء.

فصل في كراء الرواحل والسفن

(ص): وفي الرواحل الكراء والسفن. إلى آخر البيتين. قوله: (لأن الكراء بيع منافع الخ) هذا صحيح غير ابن يونس كابن رشد وكثير من المحققين، ولذلك اعترضنا كلام ابن عرفة. حيث أخرج الكراء والإجارة من حدّ البيع الأعم، بل هما داخلان في البيع الأعم بلا شك، انظر الشرح عند

المعينة قبل القبض يوجب فسخ الشراء، ولا يقال للبائع ائت بمثلها، فكذلك كراء الدابة المعينة إذا هلكت قبل الركوب أو قبل تمام الغاية المكترة انفسخ الكراء أو بقيته، وكما كان هلاك السلعة المضمونة قبل القبض أو استحقاقها بعد القبض لا يوجب فسخ الشراء ويقال للبائع ائت بمثلها فكذلك الكراء المضمون الأمر في ذلك كله متفق (فاعلمه). ومن المدونة كراء الدواب على وجهين دابة بعينها أو مضمونة. (وفي المعونة) المركوب المعين لا بد أن يعرف بتعيين بإشارة إليه كهذه الدابة والناقفة. ابن عرفة: ليحيط بها المكترى كالمشترى، قال: والمضمونة يذكر جنسها والذكورة والأنوثة، وتبعه ابن شاس والمتيطي زاد ابن الحاجب: لا يتعين الراكب وإن عين لم يلزمه تعيينه من المواق. تنبيه: لا يتعين المركوب من دابة أو سفينة إلا بتعيينه كقوله: أكرىك هذه الدابة أو هذه السفينة مشيراً إليها، ولا يتعين بحضوره وقت العقد مع كون المكترى ليس له غيره بل هو كراء مضمون حتى يعين قاله محمد بن المواز. وقال محمد: أو يكرى منه نصف المركب أو ريعه فيكون كشرىك التعيين نقله الشارح فانظره. فرع: قال ابن رشد: ولا يفسخ الكراء بموت الدابة في الكراء المضمون إلا أن المكترى إذا قدم للمكترى دابة فركبها فليس له أن يزيلها تحته إلا برضاه. المسألة الثانية: مما اشتمل عليه البيتان في حكم تعجيل الكراء وتأخيرها وإليها أشار بالبيت الثاني، يعني أن الكراء إذا كان مضموناً يجب تعجيل الكراء ويمنع تأجيله (لأن فيه تعمير الذميتين) وهو من الكالء بالكالء، ويسمى ابتداء الدين بالدين، ومنع التأجيل مقيداً بما إذا لم يشرع في الركوب، فإن شرع جاز التأخير والنقد، وأما الكراء المعين فيجوز بالنقد وإلى أجل وإلى ذلك أشار بالإطلاق. قال ابن رشد: كراء الرواحل والدواب على وجهين: معين ومضمون، فأما المعين فيجوز بالنقد وإلى أجل إذا شركه في الركوب أو كان إنما يركب إلى الأيام القلائل العشرة ونحوها قاله مالك. وأما على أن لا يركبها إلى ثلاثين يوماً ونحوها فلا يجوز الكراء بالنقد ويجوز بغير النقد قاله في المدونة اهـ. فقوله: إذا شرع في الركوب الخ هو شرط في جواز النقد لأنه مع الطول يكثر

رسم البيع وعند رسم الإجارة. قوله: (فاعلمه) هذا من تمة كلام ابن يونس وهو كلام حق، ولأجل هذه القاعدة أن المسلم فيه إذا استحق يأتي المسلم إليه بمثله إذ هو في الذمة، وما في الذمة لا يتعين كما في ابن عرفة وغيره ممن يكثر جلبه، انظر الشرح عند قول المختصر في كتاب السلم وكونه دنيا، وانظر عند قوله: والتلف وقت ضمان البائع الخ في كتاب الخيار. قوله: (وفي المعونة الخ) قف على تحقيق هذه الأمور عند قول المختصر: وعين متعلم ورضيع ودار وحانوت وبناء على جدار ومحمل إن لم يوصف ودابة لركوب وإن ضمنت فجنس ونوع وذكورة الخ. قوله: (لأن فيه تعمير الذميتين الخ) هذا من ابتداء دين بدين، وعليه فيجوز التأخير فيه ثلاثة أيام ولو بالشرط، وهذه المسألة هي قول المختصر صدر الإجارة وعجل أن عين أي الأجر أو بشرط أو عادة أو في مضمونه أي في منافع مضمونة لم يشرع فيها إلا كراء حج فاليسير وإلا فمياومة، انظر الشرح تر التحقيق إن شاء الله تعالى. تنبيه: ظاهر النظم هناك أن العقد على السفينة كراء على البلاغ لا جعل، وعليه فالكراء فيها لازم بالقول إذ ذلك هو حكم الكراء، وبيننا هذا في باب الجعل عند قول المختصر: ككراء السفن وذلك هو الحق إن شاء الله تعالى. ويأتي قول الناظم قريباً وهو على البلاغ الخ.

الغرر والتردد بين كونه ثمناً أو سلفاً، أما التأخير فيجوز شرع أو لا لأن الكراء معين فليس من الكالىء بالكالىء. ابن رشد: وأما كراء الدابة المضمونة أو الراحلة المضمونة فهو أن يقول: أكرى منك دابة أو راحلة فإنه يجوز أيضاً بالنقد وإلى أجل إذا شرع في الركوب، وأما إن لم يشرع في الركوب وإنما تكارى كراء مضموناً إلى أجل كالمتكارى إلى الحج في غير إبانة فلا يجوز إلا بتعجيل رأس المال لأنه كالسلم، إلا أن مالكاً خفف أن يقدم الدينار لأن الأكرىء قطعوا بالناس اه. فرع: إذا ماتت الراحلة أو الدابة في الكراء المعين فإن الكراء يفسخ، فإن ماتت في بعض الطريق فأراد أن يعطيه دابة أخرى بعينها يبلغ عليها إلى منتهى غايته، فإن كان لم ينقد جاز لأنه كراء مبتدأ، وإن كان قد نقد لم يجز لأنه فسخ دين في دين إلا أن يكون في مفازة فيجوز مطلقاً لأن قبض الأوائل عنده كقبض الأواخر.

وحيثُ مكثر لعذر يزجِعُ فلازمٌ له الكِراءُ أجمَعُ

يعني أن من اكرى دابة ليحمل عليها أو يرف عليها عروساً أو ليشيع عليها رجلاً إلى موضع معلوم أو ليركبها إلى موضع سماه فبدا له لعذر حصل له من مرض أو غيره من الأعذار فإن الكراء لازم له جميعه ولا ينقص منه شيء، ومفهوم قوله لعذر أنه يلزمه جميع الكراء إذا رجع من غير عذر من باب أولى. (قال في المدونة): قال مالك: إذا تكارى قوم دابة ليزفوا عليها عروساً ليلتهم فلم يزفوها تلك الليلة فعليهم الكراء، وإن أكرى دابة ليشيع عليها رجلاً إلى موضع معلوم أو ليركبها إلى موضع سماه فبدا له أو للرجل لزمه الكراء، وليكر الدابة إلى موضع في مثل ما اكرى، وإن اكرها ليركب يومه بدرهم فأمكن منها فتركها حتى مضى اليوم لزمه الكراء، وإن اكرها إلى الحج أو إلى بيت المقدس أو إلى مسجد النبي ﷺ فعاقه مرض أو سقط أو مات أو عرض له غريم حبسه في بعض الطريق فالكراء له لازم، وله أو لورثته كراء الدابة في مثل ما اكرى مثله، (ويكون صاحب الإبل) أولى بما على إبله من الغرماء اه. نقله المواق عند قوله: وإلا فله الخلف على أجره كراكب ونقل قبل قوله وسن لقلع فسكنت عن المتيطي ما نصه: إن اكرى دابة ليزف عليها عروساً ليلة معينة فتأخر الزفاف لمرض أو عذر لم يكن عليه كراء فيها، وإن كان التأخير اختياراً لزمه الكراء وله أن يكرها في مثله اه. (وهو مخالف لما قاله الناظم) ولما

(ص):

(وحيثُ مكثر لعذر يرجع فلازمٌ له الكِراءُ أجمَعُ)

قوله: (قال في المدونة) انظر هذا عند قول المختصر في كتاب الإجارة أو خلف رب دابة في غير معين أو حج وإن فات مقصده. قوله: (ويكون صاحب الإبل الخ) إلى هذا أشار في المختصر بقوله في كتاب الفلاس: وربها بالمحمول وإن لم يكن معها ما لم يقبضه ربه. قوله: (وهو مخالف لما قاله الناظم الخ) الذي في المدونة ليلتهم، والذي في غيرها ليلة معينة، وقد قال ابن عرفة في مخالفة المكثري حين رام الرد على ابن عبد السلام فيما يشبه ما نصّه: يتعين اقتضاء المنفعة إذا ذكر تابعاً للمنفعة لم يوجب فوته فسخ العقد بحال، وما ذكره من التعيين بمقتضى الحال إن سلم إنما هو من التعيين التابع للمنفعة لا من التعيين المساوي لتعيين المنفعة، وإنما قلت هذا التفصيل لنص قولها

تقدم عن المدونة، هذا كله إن كان الخلف من المكثري، وأما إن خالف المكثري وهو رب الدابة فإن كان اليوم معيناً انفسخ الكراء وإن كان غير معين لم ينفسخ. قال في المدونة: وإذا تعيب الجمال يوم خروجك فليس لك عليه إن لقيته بعد ذلك إلا الركوب أو الحمل وله كراؤه. ابن يونس: لأنه لم يقصد اليوم وإنما قصد الركوب اه. وهذا في كل سفر في كراء مضمون إلا الحاج فإنه يفسخ وإن قبض الكراء رده لزوال إيبائه. ابن المواز: أيام الحج معينة فإذا فاتت انفسخ الكراء، وكذلك كل مكثراً أياماً بأعيانها ولا يتمادى وإن رضي. ابن يونس: وهذا إذا نقده الكراء لأن بذهاب الأيام معينة يجب فسخ الكراء ورد ما انتقده، ولا يجوز أن يأخذ في ذلك ركوباً لأنه فسخ دين في دين.

تنبيه: ما تقدم من لزوم الكراء للمكثري إذا رجع لعذر أو لغير عذر إنما هو إذا كان العذر خاصاً بالمكثري أو بالمكثري وغيره ولم يكن عاماً بحيث لم يتعذر على المكثري الانتفاع بالشيء المكثري لأنه إذ ذاك إن استغنى عن تلك الدابة أكرها لغيره أو عن سكنى الدار أكرها من غيره، (أما إذا تعذر الانتفاع) بذلك بأمر لا يستطيع دفعه من غضب أو خوف في طريق أو لمنع السلطان الناس من سفر مثلاً فإن الكراء لا يلزم ويسقط عن المكثري. قال في الواضحة: من اكرت داراً سنة أو شهراً فقبضها ثم غضبها إياه السلطان فمضيبة ذلك من ربه ولا كراء له فيما بقي. ابن حبيب: سواء غضبوا الدار من أصلها أو أخرجوا منها أهلها وسكنوها لا يريدون إلا السكنى حتى يرتحلوا. ابن حبيب: وكذلك الحوانيت يأمر السلطان بغلقها لا كراء على مكثريها من ربه. وقال سحنون: الجائحة من المكثري، ولابن حبيب في ذلك تفريق. ابن يونس: ليس هذا كله بشيء لأن كل ما منع المكثري السكنى من أمر غالب لا يستطيع دفعه من سلطان أو غاصب فهو بمنزلة ما لو منعه أمر من الله سبحانه كانهدام الدار وامتناع ماء السماء حتى منعه حرث الأرض فلا كراء عليه في ذلك لأنه لم يصل إلى ما اكرت نقله المواق.

تنبيه ثاني: من هذا المعنى الذي الكلام فيه ما يقع كثيراً في كراء حلي الأعراس على المتعارف عند أهل فاس، وذلك أن يكرتري المكثري الحلي ليوم البناء وغده وسابعه ويعين عاشر الشهر الفلاني مثلاً ثم ينتقلون إلى الثاني عشر أو الخامس عشر مثلاً،

قال ابن القاسم إن اكرتري دابة بعينها ليركبها في غده فأخلفه المكثري فليس إلا ركوبه أو يكرها من مثله إلى البلد، وإن أكرها أياماً معينة انتقض الكراء فيما غاب منها، وقد تقدم نحو هذا حيث قلنا: فرق بين اعتبار الأخص لتحصيل أعمه وبين اعتباره لتحصيل عينه بأن فوته في الأول لا يبطل العقد على أعمه وفوته في الثاني يبطله، ووجه التفرقة واضح اه. بلفظه. والذي تحصل أن الخلف في الحاج أو في أيام يوم معين يوجب نقض الإجارة وفي غير ذلك لا نقض، وهو منصوص في المختصر وهو محصل كلام ابن الحاجب وابن شاس قبله. قوله: (أما إذا تعذر الانتفاع الخ) هذه المسائل أشار لها في المختصر بقوله: وفسخت بتلف ما يستوفى منه لا به إلى قوله: وبغضب الدار إلى آخر تلك المسائل، ومنه ما إذا عدم البذر من البلد المذكورة عند قول المختصر: ووجب الكراء

والجاري على ما تقدم عن المتيطي (وهو الظاهر) أنهم إن رجعوا لعذر فلا يلزمهم كراء ولغير عذر فالكراء لازم لهم، وأما عقدة الكراء فتفسخ على كل حال، ثم إن اتفقوا على الكراء لليوم المنتقل إليه وكان المكري لم يقبض الكراء جاز ذلك وإن كان قبضه رده، ولا يجوز أن يتركه في الكراء الثاني لأنه من فسح الدين في الدين كما تقدم قريباً. وأما إن وقع الحلف من مكري الحلي فإن الكراء يفسخ لأن اليوم معين فإن كان قد قبض من الكراء رده. واعلم أن كراء الحلي على الوجه المذكور تعرض فيه أمور. منها: أن المكترى نوعان ثياب وغيرها وذلك الغير عقود جوهر وهي أيضاً نوعان: منها ما جوهره جيد مفصول بين جواهره بقطع الذهب وحجر الياقوت أو ما يقرب منه. ومنها عقود بكراسي فضة مموهة وجوهر دقيق جداً. وأمور أخرى بعضها فضة مموهة وبعضها جوهر خالص، وعدد العقود بنوعيتها يختلف باختلاف كثرة الكراء وقلته، ولا ينظر المكترى من ذلك كله إلا الثياب والباقي يعتمد فيه على العرف الجاري في ذلك، فانظر هل يجوز عقد الكراء على هذا الوجه أم لا؟ ومنها: أن الكراء يقع قبل وقت البناء، فإن كان بمدة قريبة فالأمر خفيف، وإن كان بمدة تبلغ الشهرين وما يقرب منهما فإن الثياب لا تبقى على صفتها إن كان وقت كثرة خدمتها. ومنها: أن رب الحلي قد يعطي خلاف ما رأى المكترى مما هو مثله أو أفضل هل يجوز ذلك أم لا؟ ومنها: كون الكراء ذهباً أو فضة وبعض المكري كذلك إلا أنه يعرف بعينه. ومنها: كون أجرة الماشطة ثمن الكراء مثلاً والكراء يقل ويكثر فهي إجارة مجهولة وفيها خلاف. ومنها: أن يوم السابع كثيراً ما يزداد عليه بيوم أو يومين هل يغتفر ذلك إذ فيه جهل ما. ومنها: تضمين الماشطة ما هلك بيدها مما لم تقم بينة على هلاكه هل يجوز ذلك أو لا؟ وهو الظاهر. ومنها: أنه قد يتفق أن يكري والد الزوجة الحلي من رجل وتكري أمها من رجل آخر والغالب أن النساء يتولون ذلك دون الرجال كراء من يثبت منهما؟ ومنها: إذا ترك المكترى لبسة يوم السابع لعذر أو لغير عذر هل له أن ينقص من الكراء أو لا؟ لأنه إذا ترك لبسه رأساً يلزمه الكراء كاملاً، وإذا جاء ذلك من رب الحلي كم ينقص من الأجرة والعمل على نقص الثلث. ومنها: أن بعض من يكون بينه وبين رب الحلي محبة وصداقة لا ينظر الثياب بل يقول لربه أعطني بنظرك وما تراه يصلح بي. ومنها: ضمان ما يضيع من الجوهر أو يعيب من الثياب على العمارية بسبب حك في حائط أو تلف دخول زنقة ضيقة هل على الصحافين أو من ربه أن يفصل بين ما يلجؤون إليه فمن ربه وما لا فمنهم؟ ومنها: هل يجوز الدخول على عدم البيان في الإجارة هل هي نقد أو لأجل والظاهر الجواز، ويحمل على النقد والناس يختلفون في ذلك فمنهم من ينقد ومنهم من يؤخر على رهن من غير تعيين أجل، ومنهم من يبقى السنين الكثيرة. ومنها: أن المكترى إذا وضع رهناً في الإجارة ثم يحتاج لذلك الرهن فيريد إبداله برهن آخر والغالب أنه لا يأتي ثانياً إلا بما لا يحتاج إليه في ذلك الوقت

بالتمكن الخ. قوله: (وهو الظاهر الخ) هذا مخالف لما في النظم ولما ذكره صدر كلامه، وما ذكره في الحلي يطول بنا تتبعه فأجره على القواعد.

وما يقرب منه فيمتنع رب الحلي من إبداله خوف المظل بالأجرة هل له ذلك؟ وهو الظاهر إذ له قبض أجرته الآن. ومنها: إن أراد المكتري دفع الأجرة تقاضياً شيئاً فشيئاً وامتنع رب الحلي إلا من قبضه مجملاً دفعة واحدة هل له ذلك أم لا؟ والمسألة منصوصة في الدين من حيث هو. ومنها: أن لبسة الحلي قد تشتمل على بعض ما ليس عند مكريه ولكن وجوده بعارية أو كراء هل يجوز له كراء ما عنده مع ما ليس عنده؟ ومنها: إذا اتفقا على يوم معين من شهر معين فاتفق أن كان يوم الجمعة مثلاً فقال المكتري اصبر ليوم السبت هل يقضى على رب الحلي بذلك لأن العادة عند بعض الناس إثبات السبت على الجمعة أو ينفسخ الكراء؟ ومنها: هل يجوز لرب الحلي أن يشترط على الماشطة أن لا أجرة لها على حمل لمكتريه ورده إلى ربه فقد تغتفر هي ذلك لما يحصل لها من النفع به عند مكتريه والظاهر الجواز إذا دخلت على ذلك، وإذا كانت لها أجرة هل يلزمها التردد إلى المكتري لقبض الكراء أو لا؟ والظاهر أنه يجري على العرف. ومنها: على من تكون مؤنة حملة لمكتريه وسوقه إلى ربه إذا لم يكن لذلك قيم هل على ربه أو على مكتريه؟ فإن كان شرط عمل عليه وإلا فعلى العرف. ومنها: لمن يكون القول إذا تنازعا في الحلي هل هو المكتري أو غيره؟ أو في قدر الأجرة أو قبضها؟ إلى غير ذلك مما يعرض من الأمور. والمعول عليه في ذلك كله العرف والعادة ما لم يؤد للممنوع شرعاً فلا عبرة بالعرف حينئذ والله أعلم.

وَوَاجِبٌ تَعْيِينُ وَقْتِ السَّفَرِ فِي السُّفْنِ وَالْمَقَرِّ لِلَّذِي أَكْثَرِي
وَهُوَ عَلَى الْبَلَاغِ إِنْ شَيْءٌ جَرَى فِيهَا فَلَا شَيْءَ لَهُ مِنَ الْكِرَاءِ

يعني أنه يجب في كراء السفن أمران: أحدهما: تعيين وقت السفن، واختلاف الأزمنة بالنسبة لوقت السفر وعظم الغرر في بعضها دون بعض، فلا بد من توقيته حتى يعلم كل واحد من المكري والمكترى الوقت الذي يسافر فيه فيأخذ له أهبتة، فقد ينقض الكراء في وقت لخطره ويزاد في وقت لغلبة الأمر فيه، فلو فرض عدم تعيينه لكان الغرر يلقي المكري في صورة والمكترى في أخرى أو كليهما، والعدول عن ارتكاب الغرر متى أمكن واجب. (الثاني): تعيين المحل الذي قصد السفر إليه والاستقرار فيه وهو الذي عبر عنه بالمقر، وذلك لاختلاف الأمكنة بالقرب والبعد والأمن والخوف وذلك ظاهر وإلى ذلك أشار بالبيت الأول. ثم أخبر في البيت الثاني أن كراء السفن على البلاغ كالجعل الذي لا أجرة فيه إلا بتمام العمل فإن غرقت أو انكسرت في بعض الطريق فلا كراء لصاحبها وضمير فيها للسفن وضمير له للمكري. ابن عرفة: في حكم كراء السفن اضطراب قال ابن رشد: (قول ابن القاسم وروايته) أنه على البلاغ كالجعل الذي لا يجب

(ص): وواجب تعيين وقت السفر. إلى آخر البيتين. قوله: (الثاني الخ) هذا لا يختص بالسفن، بل وكذلك الدواب كما لا يخفى، بل وكذلك الأول، إذ السفر بالدابة وقت الحر خلافه وقت البرد، فانظر تخصيص الناظم السفن مع أن الطرق يكثر الخوف فيها ويقل باعتبار الأزمنة. قوله: (قول ابن القاسم وروايته الخ) قول ابن القاسم وروايته هو الراجح كما قدمناه وهو المفهوم من

إلا بتمام العمل كان على قطع الموسطة أو الريف. ومن المدونة قال مالك: من اكترى سفينة فغرقت في ثلثي الطريق وغرق ما فيها من طعام وغيره فلا كراء لربها وأرى ذلك على البلاغ، زاد في المنتخب ولا ضمان عليه وهو قول مالك. في المتيطة: كراء السفن من بلد إلى بلد جائز إذا عتينا وقت الخروج فيها سواء كان جريها مع الريح أو ملججة في البحر، ولا يحتاج فيها إلى اشتراط مدة لأن الرياح تسرع وتبطيء. تنبيه: قال الشارح ما معناه أنه إذا كان كراء السفن على البلاغ ولا شيء له قبله يلزم عليه أنه إذا تكسر قبل البلاغ وبعد قربه من محله إشكال لأن رب المتاع قد انتفع، (ولذلك رأى أصبغ) أن عليه من الكراء في مثل هذه بقدر ما انتفع حسبما حكاه عنه في النوادر قوله ظاهر جداً، ومما يلحق بالتقصير عن البلاغ مجاوزته إياه محل اشتراط النزول، ففي النوادر من مسائل ابن عبدوس في قوم اكتروا مركباً من الإسكندرية إلى طرابلس فزادت بهم الريح إلى سوسة ومن المتاع ربه أو وكيله وهو من أهل طرابلس أو غيرها فذلك سواء، فإن شاء أخرج متاعه بسوسة ولا شيء عليه لزيادة المسافة، وإن شاء الرجوع إلى طرابلس بالمتاع خاصة أو بنفسه خاصة أو بالأمرين فذلك له لأنه شرطه، ولا ينظر إلى غلاء المتاع ولا إلى رخصه بسوسة، انظر تمام كلامه في المسألة. ثم استطرد الكلام على اختلاف المتكاريين في المحل المشترط فقال المكري إلى برقة بمائة، وقال المكثري بل لإفريقية بمائة وعلى اختلافهما في قبض الكراء (فانظره إن شئت).

فضل في الإجارة

تقدم أول باب الكراء أن الاصطلاح تسمية شراء منفعة غير الآدمي كراء ومنفعة الآدمي إجارة، وقد حدّ ابن عرفة الإجارة بقوله: بيع منفعة ما أمكن نقله غير سفينة ولا حيوان لا يعقل بعوض غير ناشئ عنها بعضه يتبع بعض بتبعيضها اهـ. ، وكأنه أطلق البيع على العقد. (ولو قال عقد) على منفعة الخ لكان أولى لأن الإجارة خارجة عن البيع الأعم

قول المختصر كراء السفن فعبر بمادة والكراء. قوله: (ولذلك رأى أصبغ الخ) هذا صحيح ولذلك أدرجوه في قول المختصر: إلا أن يسافر الخ، انظر الشرح يظهر لك الحق إن شاء الله تعالى. قوله: (فانظره إن شئت) انظر الشرح عند قول المختصر: وإن قال بمائة لبرقة الخ تر ما هو واضح، وأصح مما في ابن الناظم إن شئت، فإن ما في ابن الناظم نقطة من بحر.

فصل في الإجارة

قوله: (ولو قال عقد الخ) قول ابن عرفة بيع منفعة الخ أولى لأن الإجارة بيع أعم كما بينا ذلك قبل، فهو فرد من أفراد البيع الأعم، وإن كان ابن عرفة في حدّه للبيع أخرجها منه ولكن ذلك ليس بصواب والصواب هو قوله هنا بيع منفعة الخ غير صواب بدليل تأمل كلام المتقدمين والمتأخرين في هذا الباب فإنهم يقولون: الإجارة بيع الكراء بيع ابن يونس وابن رشد وغيرهم من الفحول، والأصل في الإطلاق الحقيقة بل النكاح الذي أخرج ابن عرفة من البيع العام غير لائق بل هو فرد من أفراد،

والأخص، وأخرج بقوله ما أمكن نقله كراء الدور والأرضين. وقوله: غير سفينة منصوب على الحال أخرج به كراء السفن. وقوله: ولا حيوان لا يعقل أخرج به كراء الرواحل فإن ذلك كله من باب الكراء لا من باب الإجارة، وأما منفعة الحيوان العاقل فهي الإجارة المرادة هنا، وذكر العوض لأنه أحد أركان الإجارة، ثم وصفه بكونه غير ناشئ عنها ليخرج القراض والمساقاة والمغارسة، وأخرج الجعل بقوله يتبع بعض بتبعيضا. وقوله بعضه يتبع بعض ضمير بعضه للعوض وضمير بتبعيضا للإجارة وكأنه على حذف مضاف أي بتبعيض عملها، ولو قال بها يتبع بعض الخ لكان أنسب والله أعلم. قاله الإمام ابن عرفة. إنما ذكرته خوفاً من نقض عكس الحد لأجل قوله تعالى: ﴿إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى حجج﴾ [القصص: ٢٧] لأن هذه الصورة أجمعوا على أنها إجارة عوضها البضع وهو لا يتبع بعض فلو أسقطت قولي بعضه وقلت يتبع بعض بتبعيضا لخرجت هذه الصورة من الحد فكان غير منعكس من الرضاع.

الْعَمَلُ الْمَعْلُومُ مِنْ تَغْيِينِهِ يَجُوزُ فِيهِ الْأَجْرُ مَعَ تَبْيِينِهِ
وَلِلْأَجِيرِ أَجْرَةٌ مُكْمَلَةٌ إِنْ تَمَّ أَوْ بِقَدْرِ مَا قَدَّ عَمَلُهُ

يعني أن العمل المعلوم أي للعامل والمعمول الذي عمله حاصل من تعيينه أي من تعيين قدره وجنسه وصفته، والتعيين إما بالعادة أو بالاتفاق عليه، فإن الإجارة عليه جائزة إذا وقع مع البيان المذكور، لأن المراد بالتعيين البيان فهو أي قوله مع تبينه (كالمستغنى عنه) بما قبله، ثم إن أكمل ذلك العمل فللأجير أجرته كاملة، وإن لم يكمل فله بقدر ما عمل منه وهذا معنى البيتين. قال اللخمي: الإجارة منعقدة كالبياعات. وفي المتيضية: والإجارة على جميع الأعمال من خياطة وصبغ وديغ وصياغة وقصارة وغير ذلك جائزة إذا سمى الثمن ووصف العمل. وفي المنتخب: وسئل مالك عن رجل استؤجر على عمل يعمله فعمل بعضه ثم مات العامل فقال: أما ما كان من عمل يعمله بيده فإنه يحتسب ما قد عمل ثم يرد ما بقي، وأما ما كان مضموناً فهو في ماله وإن لم يترك العامل وفاء حاصل المستعمل الغرماء بقدر ما بقي من العمل يوم يحاص به وليس على قدر ما بقي من إجارته اهـ. وإلى القسم الأول وهو ما يعمل بيده أشار الناظم بقوله: وللأجير أجره مكملة البيت. (ولم يتكلم على القسم الثاني) وهو المضمون.

انظر صدر البيوع، وقول ابن عرفة هنا بتبعيضا ضمير المؤنث عائد على المنفعة، وما ذكره هذا الشارح هنا غير صواب بدليل التأمل، والبعض يطلق على الجمل وغيره، وحد ابن عرفة يقتضي أن بيع منفعة الثوب ونحوه إجارة فانظره.

(ص): العمل المعلوم من تعيينه. إلى آخر البيتين. قوله: (كالمستغنى عنه الخ) تبع فيه ظاهر كلام ابن الناظم مع أنه يحتمل أن يعود لأقرب مذكور وهو الأجر لأنه كما يجب العمل يجب بيان الأجر إذ هو أحد العوضين، ولذلك قال في المختصر: صحة الإجارة بعاقده وأجره كالبيع فافهم. فإن هذا حق إن شاء الله تعالى. ونقل هذا الشارح بعينه صريح في هذا. قوله: (ولم يتكلم على القسم الثاني) يدخل في كلام الناظم حيث لم يترك الأجير شيئاً مثلاً أو رضياً بالفسخ للإجارة قبل تمام

(وما ذكره الشيخ) من تبيين الأجر هو المشهور. وروى ابن القاسم عن مالك أنه لا بأس باستعمال الخياط المخالط الذي لا يكاد يخالف مستعمله دون تسمية أجر إذا فرغ أرضاه بشيء يعطيه، ومن هذا عمل على دابتي فما حصل فلك نصفه. وأخذ عطية بن قيس فرساً على النصف، وأجاز ذلك الأوزاعي وأحمد بن حنبل اهـ. المواق: وكان سيدي ابن سراج رحمه الله فيما هو جار على هذا لا يفتي بفعله ابتداء ولا يشنع على من ارتكبه قصارى أمر مرتكبه أنه تارك للورع، وما الخلاف فيه شهير لا حسبة فيه، ولا سيما إن دعت لذلك حاجة، ومن أصول مالك أنه يراعي الحاجات كما يراعي الضرورات. ومن نوازل الشعبي: وسئل أصبغ عن رجل استأجر من يعمل له في كرم على جزء مما يخرج من الكرم قال: لا بأس بذلك، قيل له: وكذلك جميع ما يضطر إليه مثل من يستأجر الأجير يحرس له الزرع وله بعضه؟ قال: ينظر إلى أمر الناس إذا اضطروا إليه فيما لا بدّ لهم منه ولا يجدون العمل إلاّ به فأرجو أن لا يكون به بأس إذا عمّ. ومثل ذلك كراء السفن في حمل الطعام. وسئل سيدي ابن سراج عن إعطاء الجباح لمن يخدمها بجزء من غلتها فقال: هي إجارة مجهولة، وكذلك الأفران والأرحاء، وإنما يجوز ذلك على قول من يستبيح القياس على المساقاة والقراض. وحكي هذا عن ابن سيرين وجماعة، وعليه يخرج اليوم عمل الناس في أجرة الدلال لحاجة الناس إليها لقلّة الأمانة وكثرة الخيانة، كما اعتذر مالك بمثل هذا في إباحة تأجير الأجرة في الكراء المضمون في طريق الحج لأن الأكرباء ربما لا يوفون، فعد مالك هذا ضرورة إباحة الدين بالدين فالناس مضطرون لهذا والله المخلص، انتهى باختصار. ونقل على قوله في فصل الجعل جعلاً علم أن الجعالة على اقتضاء الدين بجزء مما يتقضي. أشهب لا يجيزه قال: والأظهر أنه جائز. ونقل الشارح مسألة إعطاء السفينة بجزء عن ابن سراج سؤالاً وجواباً وقال في أثناء جوابه بجواز ذلك إذا اضطر إليه لأنه علم من مذهب مالك مراعاة المصلحة إذا كانت كلية حاجية وهذا منها. وأيضاً فإن أحمد بن حنبل وجماعة من علماء السلف أجازوا الإجارة بالجزء في جميع الإجازات قياساً على القراض والمساقاة والشركة وغيرها ممّا استثنى جوازه في الشرع.

وقد اختلف الأصوليون في جواز الانتقال من مذهب إلى آخر في بعض المسائل والصحيح من جهة النظر جوازه، ثم قال الشارح بعد جواب ابن سراج ما نصه: (أقول إن العمل بمقتضى هذه الفتيا) فتحت مسائل كثيرة ظاهرها المنع على أصل المذهب، ونظر الشيخ رحمه الله في هذه الفتيا سديد واحتجاجه فيها ظاهر رحمه الله ونفع به اهـ.

المدة. قوله: (وما ذكره الشيخ الخ) هذا لم يذكره الشيخ على قوله ذكر البيتين كأنه مستغنى عنه فافهم.

قوله: (أقول إن العمل بمقتضى هذه الفتيا الخ) الفصل في هذه المسائل هو أن الأمر إن اضطر إليه غاية ولا محيد عنه أصلاً أو بمشقة فادحة تلحق الناس في أبدانهم أو أموالهم كمسألة الخماس التي جرى بها العمل ولا محيد للناس عنها على ما هي عليه فإن المنع من ذلك يضر بالناس غاية،

وَالْقَوْلُ لِلْعَامِلِ حَيْثُ يُخْتَلَفُ فِي شَأْنِهَا بَعْدَ الْفَرَاغِ إِنْ حَلَفَ
وَإِنْ جَرَى النُّزَاعُ قَبْلَ الْعَمَلِ تَحَالَفًا وَالرَّدُّ بَيْنَ جَلِي

يعني أنه إذا اختلف العامل والمعمول له في شأن الأجرة فإن كان اختلافهما بعد فراغ العامل من عمله فالقول قوله مع يمينه، يعني إذا ادعى ما يشبه (وهذا القيد) وإن لم يصرح به الناظم فقد اعتمد على ما هو عام في هذه المسألة وغيرها من تقييد من يجعل القول قوله بذلك، فإن ادعى ما لا يشبه رد إلى أجرة مثله، وإن اختلفا قبل العمل فإنهما يتحالفان ويتفاسخان على حكم القاعدة العامة في هذه الأبواب كلها. وعبر الناظم بالشأن (ليشمل الاختلاف) في وقوع عقد الإجارة وعدم وقوعه كما لو قال رب الشيء لم أستعملك فيه وإنما جعلته عندك وديعة، ويشمل أيضاً الاختلاف في كون العمل بأجرة أو باطلاً بلا أجر، ويشمل أيضاً الاختلاف في قدر الأجرة في صفة المصنوع ونوعه وغير ذلك مما يأتي، وكان هذا ترجمة لما بعده. قال في المقرب: قلت له: فلو أن صانعاً عمل لي عملاً فقلت له إنما عملته باطلاً وقال إنما عملته بأجر كذا قال فالقول قول العامل إذا أتى بما يشبه أن يكون أجر ذلك العمل وإلا رُدَّ إلى إجارة مثله. وقال غيره: لأن رب الثوب قد أقر له بالعمل وادعى أنه وهبه إياه فإن لم يكن له بينة وإلا حلف الصانع وكان له أجر مثله إلا أن يكون أكثر مما ادعى فلا يزداد عليه. قال ابن القاسم: وكذلك لو قال رب العمل لم أستعملك فيه وإنما جعلته عندك وديعة فالقول أيضاً قول العامل لأن الصانع الأمر فيما بينهم وبين الناس أنهم لا يشهدون، ولو جاز قول الناس عليهم لذهبوا بأعمالهم باطلاً. وفي المتيطة: فإن اختلفا بعد العمل فقال رب المبتاع أجرتك بكذا وقال الصانع بل بكذا وكلاهما يشبه فقال في العتبية: القول قول الخياط وله المسمى من الأجرة يريد مع يمينه، ثم قال: وفي المدونة القول قول الصانع، قال المتيطي: وإن تخالفا في الثمن قبل العمل غالباً.

وكل ما يشبه ذلك فالأمر فيه سهل جائز وإلا فلا، وقد بينا ذلك غاية في مسألة الخماس في فصل المزارعة فقف عليه تر الحق عياناً إن شاء الله تعالى. وأما نحو إعطاء الجباح بالنصف فليس بهذه المثابة، وكذلك إعطاء البقرة بنصف سمنها فإن ذلك لا نجيزه ابتداء، نعم إن وقع ونزل فالفسخ يتوقف فيه لصدور ذلك كثيراً من الناس فافهم، ولكن إنما تفهم الحق إن نظرت المحل المذكور كلام ابن الناظم عند قول النظم: العمل المعلوم من تعيينه الخ، دال على هذا أيضاً انظره فيه.

(ص): والقول للعامل حيث يختلف. إلى آخر البيت. قوله: (وهذا القيد الخ) هذا صحيح وقد قال ابن يونس: والقضاء أن العرف في الأكرية وغير ذلك كالشرط الخ. وقدمنا هذا في غير ما موضع وهو حق لا مرية فيه، وإلا صعب الأمر في الأكرية والشبه هو كالعرف أو عرف. قوله: (ليشمل الاختلاف الخ) قال في المختصر: والقول للأجير أنه وصل كتاباً أو أنه استصنع وقال ربه وديعة أو خولف في الصفة وفي الأجرة إن أشبه وحاز لا كبناء الخ. فقوله: وفي الأجرة أي قدرأ أو وجوداً كما في شراحه ولذلك لم يذكر أحد الأمرين بالخصوص. وقوله: وحاز لا بد منه وكان من حق الشارح أن يشير لهذا.

وَأَنَّ يَكُنْ فِي صِفَةِ الْمَصْنُوعِ أَوْ نَوْعِهِ النَّزَاعُ ذَا وَقُوعِ
فَالْقَوْلُ لِلصَّانِعِ مِنْ بَعْدِ الْحَلْفِ وَذَلِكَ فِي مَقْدَارِ أَجْرَةِ عُرْفِ
وَإِنْ يَكُنْ مِنْهُ نُكُورٌ حَلْفًا رَبِّ الْمَتَاعِ وَلَهُ مَا وَصَفَا

يعني إذا تنازع الصانع والمصنوع له أما في صفة المصنوع أو في نوعه أو في مقدار الأجرة فإن القول في المسائل الثلاث قول الصانع مع يمينه، وإلى ذلك أشار بالبيتين الأولين، فإن نكل الصانع عن اليمين حلف رب الشيء المصنوع ويكون له ما قال في المسائل الثلاث وإلى ذلك أشار بالبيت الثالث. قال في المنتخب: فإن قال الحائك أمرتني أن أنسج ثوبك ثلاثاً في ستة وقال ربه بل سبعة في أربع فالحائك مصدق مع يمينه، كذلك قال ابن القاسم في سماع عيسى. قال محمد: وإن اختلف الحائك وصاحب الثوب قبل العمل تحالفاً وتفاسخاً وكذلك جميع الصانع قاله ابن المواز. قال محمد: فإن اختلف الصانع ورب الثوب فقال الصانع عملته بأربعة دراهم وقال رب الثوب بدرهمين فالقول قول الصانع، كذلك قال ابن عبد الحكم في مختصره. وفي الوثائق المجموعة: فلو اختلفا في الأجرة في القليل منها والكثير فالقول قول الصانع مع يمينه إذا فات الثوب وأتى بما يشبهه، فإن لم يأت بما يشبهه وأشبهه ما قاله رب المتاع حلف وغرم في أجرة الصانع ما حلف عليه اه. وفي تبصرة اللخمي: إن كان في اختلافهما في خياطة فقال أحدهما عربية وقال الآخر رومية وأتيا جميعاً بما يشبهه في الخياطة أو اختلفا في صبغ فقال أحدهما أحمر وقال الآخر أخضر وأشبهه ما قاله لكون الصباغ يصبغ الصبغين والثوب مما يحسن أن يصبغ بهما كان في المسألة قولان، فأصل مالك وابن القاسم أن القول قول الصانع أنه لم يتعد ويستحق المسمى من الإجارة اه. والنزاع اسم يكن وذا وقوع خبرها في صفة يتعلق بوقوع ونوعه عطف على صفة، وقوله فالقول للصانع مبتدأ وخبر والجملة جواب الشرط وهو وإن يكن بالإشارة بذلك للحكم المتقدم أن القول قول الصانع وضمير منه للصانع وضمير له لرب المتاع.

وَالْقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِ الْمَتَاعِ فِي تَنَازُعِ فِي الرَّدِّ مَعَ حَلْفِ قُفْيِ

يعني إذا اختلف الصانع ورب المتاع المصنوع في الرد فقال الصانع: رددت إليك شيئك، وقال صاحب المتاع: ما زال عندك ولم ترده إلي فإن القول قول صاحب المتاع مع يمينه، (وظاهر إطلاقه) قبضه بيينة أو لا عمله بأجر أو لا وهو كذلك. قال في

(ص): وإن يكن في صفة المصنوع. إلى آخر الأبيات الثلاثة. انظر مضمونها عند قول النظم: والقول في القبض وفي الجنس لمن الخ قبل هذا وما تقدم من التفصيل هناك.

(ص):

(وَالْقَوْلُ قَوْلُ صَاحِبِ الْمَتَاعِ فِي تَنَازُعِ فِي الرَّدِّ مَعَ حَلْفِ قُفْيِ)

قوله: (وظاهر إطلاقه الخ) صحيح، ولكن حقه أن يقيده بالصانع الذي يضمه وهو الناصب نفسه للناس لأنه ضامن، وأما غيره فلا ضمان عليه فيصدق في الرد حيث لم يقبض المتاع بإشهاد

المنتخب: قال سحنون: قلت له فإن قال الصانع لأرباب السلع قد رددناها عليكم وكانوا قد استعملوا بأجر أو بغير أجر وقد دفعت الأعمال إليهم بيينة أو بغير بيينة فقال: قال مالك عليهم أن يقيموا البيينة أنهم دفعوا السلع إلى أهلها وإلا غرموا، سواء دفعوا إليهم بيينة أو بغير بيينة، عملوا بأجر أو بغير أجر. ومثله في النوادر من كتاب ابن المواز من الشارح، وجملة ففي أي تبع بالبناء للنائب صفة لحلف، فالحلف متبوع والتابع له الحكم يكون القول قول صاحب المتاع والله أعلم. ولو قرئ قفي بفتح القاف مبنياً للفاعل الذي هو الحلف فيكون الحلف تبعاً للحكم المتقدم الذي هو كون القول قول صاحب المتاع لكان أظهر والله أعلم.

وَالْقَوْلُ لِلْأَجِيرِ إِنْ كَانَ سَأَلَ
بِغَدِّ يَمِينِهِ لِمَنْ يُتَاكِرُ
بِالْقُرْبِ مِنْ فَرَاغِهِ أَجْرَ الْعَمَلِ
وَيَعْدُ طُولَ يَخْلِفُ الْمُسْتَأْجِرُ

يعني إذا اختلف الصانع والمصنوع له في دفع الأجرة فقال صاحب المتاع دفعت الأجرة قال الصانع لم تدفع إلي شيئاً ففي ذلك تفصيل، فإن كان قيام الصانع بالقرب من فراغه من العمل فالقول للصانع مع يمينه أنه لم يقبض الأجرة، وإن كان قيامه بعد طول فالقول لرب المتاع مع يمينه أنه دفع الأجرة والقرب في ذلك اليومان ونحوهما، والطول ما زاد على ذلك. (قال في المنتخب): قال ابن القاسم: قيل لمالك فالصانع إذا دفعوا ما استعملوا فيه إلى من استعملهم ثم أتوا يطلبون حقوقهم قال: القول قولهم إذا قاموا بحدثان ما دفعوا المتاع، وإن تطاول ذلك فالقول قول رب المتاع اه. ومحل هذا التفصيل بعد دفع المتاع لربه وأما قبله فالقول قول الصانع ولو بعد طول والله أعلم.

وَالْوَصْفُ مِنْ مُسْتَهْلِكٍ لِمَا تَلَفَ
وَشَرْطُهُ إِنِّيَانُهُ بِمُشْبِهِ
فِي يَدِهِ يُقْضَى بِهِ بَعْدَ الْحَلْفِ
وَإِنْ لَجَّهْلٍ أَوْ نُكُولٍ يَنْتَهِي
مُسْتَهْلِكاً بِمُشْبِهِ مَعَ حَلْفِهِ

يعني أن من استهلك شيئاً سواء كان من هؤلاء الصانع أو من غيرهم كما قال

كالمودع عنده لعدم ضمانته هذا يدل عليه قول المختصر في العارية كدعواه رد ما لم يضمن، انظر عند شرح ذلك في الشرح تر السحر الحلال بفضل الكبير المتعال.

(ص): والقول للأجير إن كان سأل. إلى آخر البيتين.

قوله: (قال في المنتخب الخ) هذا قال في شبهه في المختصر، وله أي الأجير وللجمال بيمين في عدم قبض الأجرة وإن بلغا الغاية إلا لطول فلمكتره بيمين الخ. وقد قال في باب الوكالة: وصدق في دفعهما أي الدينارين اللذين زادهما الوكيل من عنده في شراء ما وكل عليه وإن سلم ما لم يطل الخ. وقال في باب الفليس: وربها بالمحمول وإن لم يكن معها ما لم يقبضه ربه الخ. وفي هذا كله دليل على أن قول المختصر إلا لطول هو عند دفع المتاع لربه فافهم.

(ص): والوصف من مستهلك لما تلف. إلى آخر الأبيات الثلاثة.

الشارح ولزومه غرمه فإنه يغرم قيمته إن كان مقوماً أو مثله إن كان مثلياً، وهذا يأتي في البيتين بعد هذه. ثم اتفق المالك لذلك الشيء والمستهلك له على صفة ذلك المستهلك، فلا إشكال أن المستهلك يغرم مثله في الوصف إن كان مثلياً، أو قيمته على ذلك الوصف إن كان مقوماً، وإن اختلفا في وصفه فوصفه مالكة بأحسن مما وصفه به مستهلكه فإن العمل على ما وصفه به المستهلك ويحلف أنه كان على وصفه به، وهذا إذا أتى بما يشبه، وإلى هذا أشار الناظم بقوله: والوصف من مستهلك إلى قوله إتيانه بمشبهه وفهم منه أنه إذا ادعى في صفة ذلك الشيء ما لا يشبه أن يكون عليه فلا يمكن من الوصف واليمين عليه، بل يكون القول قول رب الشيء المستهلك مع يمينه إذا أتى بما يشبه أيضاً، وحكمه كما يذكره الناظم فيما إذا جهل المستهلك أو نكل عن اليمين.

(قال في المدونة): من غضب أمه وادعى هلاكها واختلفا في صفتها صدق الغاصب في الصفة مع يمينه إذا أتى بما يشبهه وإلا صدق المغضوب منه في الصفة مع يمينه اهـ. نقله المواق على قوله في باب الغضب والقول له في تلفه ونعته وقدره. وقوله في المدونة: صدق المغضوب منه يعني إذا أتى بما يشبهه أيضاً كما صرح به الناظم في مسألة الجهل والتكول. قوله: وإن لجهل أو تكول الخ لما ذكر أن المستهلك هو الذي يصف الشيء المستهلك مع يمينه ذكر هنا أنه إذا ادعى جهل صفته أو علمها ووصفه ونكل عن اليمين، فإن القول قول رب الشيء المستهلك مع يمينه إذا أتى أيضاً بما يشبهه. فقوله: والوصف مبتدأ أو لما تلف يتعلق به وفي يده يتعلق بتلف والضمير للأجير لتقدمه في أول البيتين قبله، وإن كان غير الأجير قد يصف أيضاً ما استهلكه كما نبهنا عليه أول شرح الأبيات فمفهومه مفهوم موافقة، ومن مستهلك خبر الوصف، وكأنه أوقع الظاهر موقع الضمير لأن المستهلك هو الأجير أي والوصف لما تلف في يد الأجير يكون منه، وجملة يقضى به خبر بعد خبر، وبعد الحلف يتعلق بيقضى وضمير شرطه لما تقدم من كون الوصف من المستهلك ولجهل يتعلق بيبتهى وفاعل ينتهي يعود على المستهلك بالكسر، ومعنى ينتهي لجهل أو تكول أي ادعى أحدهما، والمراد بخصمه رب الشيء المستهلك، وفي وصفه يتعلق بقول الثاني ومستهلكاً بفتح اللام مفعول وصف وبمشبهه يتعلق بوصفه ومع حلقه حال قول الثاني والله أعلم.

وَكُلُّ مَنْ ضَمِنَ شَيْئاً أَتْلَفَهُ فَهُوَ مُطَالِبٌ بِهِ أَنْ يُخْلِفَهُ
وَفِي ذَوَاتِ الْمِثْلِ مِثْلٌ يَجِبُ وَقِيَمَةٌ فِي غَيْرِهِ تَسْتَوْجِبُ

لما عيّن الواصف للشيء المستهلك ذكر هنا ما يضمنه المستهلك بعد الوصف

قوله: (قال في المدونة الخ) قال في المختصر: والقول له أي للغاصب في تلفه ونعته وقدره وحلف كمشتر منه الخ، وهو أتم من غيره وأبين، وإن لم يشر لشرط الشبه إذ ذاك كأنه معلوم، وكلام الناظم حسن.

(ص): وكل من ضمن شيئاً أتلفه. إلى آخر البيتين.

واليمين، فأخبر هنا أن كل من أتلف شيئاً فوجب عليه ضمانه بإتلافه فإنه مطالب بإخلافه، فإن كان المتلف بالفتح من ذوات الأمثال فيضمن مثله، وإن كان من ذوات القيم ضمن قيمته. (قال القاضي عبد الوهاب في المعونة): إذا أتلف على غيره شيئاً لزمه بدل المتلف إلى صاحبه، والبذل نوعان: مثل من طريق الخلقة والصورة، ومثل من طريق القيمة، فالذي من طريق الخلقة والصورة وهو كل ما يكال أو يوزن لزمه ردّ مثله لا قيمته، وذلك كالذهب والفضة والحديد والصفير والنحاس والحنطة والشعير وسائر المأكولات ولا تلزمه القيمة لأن القيمة إنما يصار إليها عند تعذر المثل من طريق الخلقة لأنها ضرب من الحكم والاجتهاد في تعديليها بالمتلف. والمثل من طريق الخلقة لا اجتهاد فيه فكان ذلك كالاكتفاء مع وجود النص أن لا فائدة فيه ثم قال: فأما ما لا يكال ولا يوزن كالثياب وسائر العروض والرقيق والحيوان فيلزمه بإتلاف قيمته دون مثله من جنسه، خلافاً لمن حكى عنه أنه يلزم مثله من جنسه، لأن كل ما لا يكال ولا يوزن فالغرض منه عينه دون مثله، فوجب فيه قيمة العين، وما يكال أو يوزن الغرض مبلغه فيه مثله لا قيمته.

فصل في الجعل

ابن عرفة: الجعل عقد معاوضة على عمل آدمي يجب عوضه بتمامه لا بعضه ببعضه. فقوله: على عمل آدمي أخرج به كراء الرواحل والسفن وكراء الأرضين. وقوله يجب عوضه بتمامه أخرج به القراض لعدم وجوب عوضه لجواز تجره ولا ربح، وكذلك يخرج به المساقاة والشركة في الحرث لجواز عدم الغلة وعدم الزرع. وقوله لا بعضه ببعضه أخرج به الإجارة والمساقاة فإنه إن ترك له بحساب ما عمل وفي الجعل لا شيء له إلا بالتمام.

الجُعْلُ عَقْدٌ جَائِزٌ لَا يَلْزَمُ لَكِنْ بِهِ بَعْدَ الشَّرُوعِ يُحْكَمُ
وَلَيْسَ يَسْتَحِقُّ مِمَّا يُجْعَلُ شَيْئاً سِوَى إِذَا يَتِمُّ الْعَمَلُ
كَالْحَفْرِ لِلْبَيْتْرِ وَرَدِّ الْأَبْقِ وَلَا يُحَدُّ بِرَمَانٍ لِأَحِقِ

يعني أن الجعل عقد جائز أي غير لازم، فمن شاء من المتعاقدين الرجوع عنه قبل الشروع في العمل. فقوله لا يلزم هو تفسير لجائز. (قال القرافي): وذلك لأنه من العقود

قوله: (قال القاضي عبد الوهاب في المعونة) هذا نقل ابن الناظم، ولكن قف على قول المختصر في كتاب الغصب: وإن صنع كغزل الخ تر كلام الناس في هذا مستوفى، وما وقع في الغزل والحلي في الغرم وهل هما مثلان أو مقومان.

فصل في الجعل

(ص) الجعل عقد جائز يلزم. إلى آخر الأبيات الثلاثة. قوله: (قال القرافي الخ) المسألة للقاضي وابن يونس، انظر صدر الجعل من الشرح تر العجب في هذا إن شاء الله تعالى. قوله:

التي لا تستلزم مصلحة مع اللزوم بل مع الجواز عدم اللزوم وهي خمسة: الجعالة والقراض والمغارسة (والوكالة) وتحكيم الحاكم ما لم يشرعا في الخصومة، فإن الجعالة لو شرعت لازمة مع أنه قد يطلع على فرط بعد مكان الأبق أو عدمه مع دخوله على الجعالة بمكانة فيؤدي ذلك لضرره، فجعلت جائزة لثلا تجتمع الجهالة بالمكان واللزوم وهما متنافيان. ثم علل عدم اللزوم في بقية العقود المذكورة بما يوقف عليه في الفرق التاسع والمائتين، وقسم هنالك العقود إلى قسمين: مستلزم لمصلحة عند العقد فشرعه على اللزوم تحصيلاً للمصلحة وترتيباً للمسبب على السبب وهو الأصل كالبيع والإجارة والهبة، وغير مستلزم فشرعه على الجواز نفياً للضرر عن المتعاقدين لأنه قد تظهر أمانة فلا يكلف ما يضره ولا يجري له، انظر تمام كلامه رحمه الله، ونقله الشيخ المنجور رحمه الله في شرح قول المنهج كذا اللزوم في العقود أصل الخ فراجع أيهما يتيسر لك. وقد قسم الشيخ ابن غازي رحمه الله تابعاً لغيره العقود إلى ما يلزم بالعقد وما لا يلزم وما فيه خلاف، ونظم ذلك في ثلاثة أبيات فقال:

أربعة بالقول عقدها فرا بيع نكاح وسقاء وكرا
لا الجعل والقراض والتوكيل والحكم فالفعل بها كفيل
لكن في الغراس والمزارعه والشركات بينهم منازعه

وفرا آخر الشرط الأول من البيت الأول معناه قطع والمراد به اللزوم وانقطاع التشوف للحل، ومنه فري الأوداج أي قطعها. وقوله: لكن به بعد الشروع بحكم يعني أن

(والوكالة الخ) حاصل ما لخصناه عند قول المختصر: وهل لا تلزم أو ان وقعت بأجرة أو جعل فكهما وإلا لم تلزم تردد أن الوكالة بالجعل كالجعل في اللزوم وهو قول المختصر: ولزمت الجاعل بالشروع وأما المجمعول له فلا، وبالإجارة لازمة من الجهتين وبغير عوض جائزة من الجهتين إلا على الخصام فهو قول المختصر: وواحد في خصومة إلى آخر تلك المسائل. وأما قوله: وتحكيم الحاكم الخ هذا قال فيه صاحب المختصر، ودوام الرضا في التحكيم للحكم قولان والراجح منهما أنه لا يشترط دوام الرضا للحكم، وقد بينا ذلك في الشرح وأن هذا الراجح هو قول ابن القاسم واختيار ابن المواز. وقال في المختصر في فصل النشوز: ولهما إن أقامهما الإقلاع ما لم يستوعبا الكشف ويعزما على الحكم الخ. فقله لهما أي أحدهما، وأما حيث اتفقا فلا إشكال، ولعل الفرق بين البابين أن الرجوع في الزوجين يؤدي إلى عدم الفرق وهو راجح والفرقة مرجوحة فإن أبغض الحلال إلى الله الطلاق، وأما المساقاة فالمذهب هو اللزوم بالعقد من الجهتين كما في نظم ابن غازي، وأما البيع والكراء والنكاح فلا إشكال في لزومها بالعقد، وأما المزارعة وغيرها من الشركات والمغارسة فنذكر الراجح في ذلك عند كلام الناظم عليها، وأما القراض فهو من الجعل وكذا المساقاة ولكن في ذلك كلام، انظر الشرح صدر كلامنا على الجعل في بابه، وقد قال في المختصر: ولكل فسخه قبل عمله كربه وإن تزود لسفر ولم يظعن وإلا فنضوضه، وحاصله أنه منحل من الجهتين إلا إذا شرع العامل في العمل فذلك يلزم رب المال الصبر إلى النضوض وهذا شبه الجعل كما لا يخفى انظر الشرح عند قوله: ولكل فسخه، وانظر صدر كتاب الجعل تر الحق عياناً إن شاء الله تعالى.

عدم لزومه إنما هو قبل الشروع في العمل، أما بعده فيحكم بلزومه، ولكن لزومه بعد الشروع إنما هو للجاعل، أما المجمعول له فلا يلزمه، ولو شرع وله الترك متى شاء فإذا ترك فلا شيء له من الجعل، قال الشيخ خليل: ولزمت الجاعل بالشروع. قال ابن يونس: للجاعل أن يفسخ الجعالة إذا لم يشرع المجمعول له العمل وأبعد بعد الشرح فليس له ذلك، وأما العامل فقد قال مالك: له أن يدع الجعالة متى شاء ولا شيء له. وقوله:

وليس يستحق ممّا يجعل شيئاً سوى إذا يتم العمل

يعني أن المجمعول له لا يستحق شيئاً من الجعل إلا بتمام العمل فإن لم يتمه فلا شيء له، وليس كالإجارة التي له فيها بحساب ما عمل، وكونه لا شيء له إلا بتمام هو مقيد بما إذا كان ما عمله لا انتفاع به للجاعل، أما ما له به انتفاع فله أجرته عليه. قال في المدونة: قال مالك: والجعل يدعه العامل متى شاء، ولا شيء له يريد إلا أن ينتفع الجاعل بما عمل، مثل أن يحمل خشبة إلى موضع كذا فتركها في بعض الطريق فيستأجر ربها من يأتيه بها أو يعجز عن حفر البئر بعد أن ابتداء فيها ثم جاعل صاحبه آخر فأتىها، فهذا يكون للثاني جميع إجارته التي عاقده عليها، (ويكون للأول بقدر ما انتفع به) الجاعل ممّا حظّ عنه من جعل الثاني انظر المواق. قوله: كالحفر للبئر ورد الأبق هو تمثيل للجعل. وقوله: ولا يحد بزمان لاحق يعني كما قال في الرسالة: ولا يضرب في الجعل أجل في رد أبق أو حفر بئر. قال مالك: الجعل يدعه العامل متى شاء ولا يكون مؤجلاً اه. وعلل ذلك بكون المجمعول له له الترك متى شاء، (فلا وجه لتحديده بزمن).

قوله: (ويكون للأول بقدر ما انتفع به الخ) استشكل هذا ابن يونس قائلاً في المثال المذكور ما نصّه: انظر الأول قد رضي أن يحملها جميع الطريق بخمسة، فكان يجب أن يعطى نصفها لا على حسب حمل الثاني والمغابنة جائزة في الجعل وغيره الخ. وأصل الاعتراض في التونسي قال ابن عبد السلام: ويمكن الجواب بأن عقد الجعالة لما كان منحللاً من باب المجمعول بعد العمل، فإذا ترك بعد حل نصف المسافة صار تركه لها إبطالاً للعقد من أصله، فإذا اكرت ربها عليها انتفع بالحمل الأول فيلزمه قيمته، لكن إنما يحسن هذا إذا كانت الإجارة ثانياً بقيمة العمل فأقل، ولا يحسن إذا كانت بأكثر على الاعتراض المذكور، فلا يجب للثاني إلا درهمان ونصف إلى آخر الكلام في المسألة، ويحتمل أن يجاب عن الاعتراض المذكور أن المجمعول له لما كان له الترك متى شاء فالعقدة وقعت معه على شيئين، أما ما سمى له إن أتم أو ما تقتضيه نسبة المتمم. ثانياً كانت أقل من المسمى أو أكثر، فقول المعترض قد رضي الخ لم يرض إلا بذلك بل بأحد الأمرين، انظر عند قول المختصر: ولا نقد فربما تقف على ما يدل على هذا الجواب. وانظر كلام ابن عرفة هنا قريباً صدر المساقاة حين فرّق بين الجعل وبين المساقاة والقراض يظهر لك صحة هذا الجواب. قوله: (فلا وجه لتحديده الخ) لتحديد مفسد له كما في المختصر حيث قال: بلا تقدير زمن إلا بشرط ترك متى شاء الخ. ففي المدونة: من قال لرجل بع هذا الثوب في هذا اليوم ولك درهم لم يصح إلا أن يشترط متى شاء ترك الخ. وما نقله هذا الشارح من التعليل فلعله لا يفيد ما أشرنا إليه، وقف على تعليقات ذلك في الشرح. وقد قال الباجي في منتقاه في الجعل: إذا وقف بيوم لبيع ثوب ما نصّه: فإن كان للعامل العمل بعد ذلك الزمان حتى يكمل عمله ويستوفى جعله فذلك جائز وقد بطل التوقيت

(تنبيه: قال ابن شاس): لا يشترط في متعاقدي الجعل إلا أهلية الاستئجار والعمل، وشرط الجعل أن يكون معلوماً مقدراً كالأجرة، ومن المدونة ما لا يجوز بيعه لا يجوز أن يكون ثمناً لإجارة أو جعل اهـ. فلذلك لو جعل رب الأبق نصف العبد لمن جاء له لم يجز وكان له إذا جاء به جعل مثله. المواق: وظاهر سياقه أنه لا ين رشد والأظهر من القولين أنه لا تجوز المجاملة على لقط الزيتون بالجزء منه لأن أوله أهون من آخره. (والمجاملة على اقتضاء الدين) بالجزء مما يقتضي فأشهب لا يجيزه، وإلاً ظهر أنه جائز، إذ لا فرق بين أوله وآخره في العناء في اقتضائه، وأما الحصاد والجذاذ فلا خلاف بينهم في جواز المجاملة فيه على الجزء منه بأن يقول له: جذ من نخلي ما شئت، أو احصد من زرعي ما شئت على أن لك من كل ما تحصد أو تعجد جزءاً اهـ. قال الشارح: مشاركة

بالزمان، وإن لم يكن له أن يعمل بعدما قدر من الزمان فلا يجوز لأنه يعمل جميع المدة فينتفع الجاعل بعمله ثم يمنع إتمام العمل فيذهب عمله باطلاً، ولذلك قال ابن حبيب وابن المواز في هذه المسألة: لا يجوز ذلك إلا أن يترك متى شاء في اليوم وبعده اهـ. بلفظه.

قوله: (تنبيه قال ابن شاس الخ) هذا قال فيه ابن شاس ما نصّه كتاب الجعالة والنظر في أركانها وأحكامها. أما أركانها فأربعة: الأول والثاني المتعاقدان، ولا يشترط فيهما إلا أهلية الاستئجار والعمل الخ. وتبعه ابن الحاجب وأصله قول الغزالي رضي الله تعالى عنه. الركن الثاني من الأركان العاقد وشرطه أهلية الإجارة ولكن إنما ذكر هذا في العاقد. وابن عرفة قال: وشرطه أهلية المعاوضة فيهما. ابن شاس وابن الحاجب: شرطها أهلية الاستئجار الخ. وقال في الناجب على ابن الحاجب في كلامه المتقدم ما نصّه: لا يصحّ أن يكون الجعل إلا من الرشيد أو المحجور بإذن وليّه أو العبد بإذن سيده، ثم قال: وأما العمل فلا يصحّ أيضاً إلا ممن يصحّ منه كالرشيد أو غيره بالإذن، وأما غير المأذون له في ذلك وهو محجور أو عبد فلا يصحّ منه ابتداءً، فإن وقع فذلك حكم آخر الخ. وهو تفسير لكلام ابن شاس وابن الحاجب بحسب الظاهر. قال كاتبه عفا الله تعالى عنه ما نصّه: والحق أن الرشيد إنما يشترط في الجاعل لا في المجمعول له، وهو الذي يدل عليه قول المختصر لأنه قال صحة الجعل بالتزام أهل الإجارة جعلاً، ولم يقل يجوز الأمر ابتداءً بل لم يتكلم على ذلك أصلاً ولا عرج عليه وشك أن السفية ونحوه ممن ليس له أن يتبرع التزامه لغو، ولكن اشترط في الملتزم للجعيل الرشيد ليلزم الالتزام، وأما المجمعول له فلا يلتزم شيئاً ولا انعقاد من جهته أصلاً، فإن سمع السفية وأتى بالأبق فلا يشك في الصحة وفي إعطائه ما جعله الملتزم، وكذا إن قال رشيد لسفيه: إن أتيته بعبدي الآبق فلك درهم فلا يظهر فساد في هذا أصلاً، لأن أصل الفساد للعقود ثلاثة أمور: الغرر وأكل المال بالباطل والربا كما في تنبيهات عياض، وذكرنا ذلك عند قول المختصر: ومغصوب الخ صدر البيوع ولا شيء من الثلاثة هنا، فافهم بإنصاف لا باعتساف، وانظر ما يؤيد هذا عند قول المختصر صدر الشركة وإنما تصحّ من أهل التوكيل والتوكّل، وانظر هناك مسألة من وكل محجوراً على قبض دينه أن المدين يبرأ بالدفع إليه فكيف بمن وكل محجوراً على جلب أبق له وأتى به فكيف يمنع من الأجر أو تفسد هذه العقدة؟ وقد ذكرنا هناك أيضاً أن من وهب لمحجور هبة واشترط أن لا يحجر عليه فيها فإن شرطه يمضي معه ما ذكر. قوله: (والمجاملة على اقتضاء الدين الخ) انظر هذه

الطبيب والمعلم على وجهين: فإن ضرباً أجلاً فهي إجازة، وإن علقاه بالبرء أو الحفظ للقرآن أو لبعضه فهو جعل. (واستشكله الشارح) لأنهم اشترطوا أن لا يكون للجاعل فيما لم يتم منه فائدة حتى منعوا حفر البئر في الدار مجاملة لثلاث يترك المجعول له العمل فيبقى البئر لصاحب الدار مرحاضاً، والطبيب قد يترك في نصف البرء أو بعد أن يشرف على البرء فيكون قد انتفع العليل بذلك القدر من ذهاب علته ولا يدفع شيئاً. والصبي قد يحفظ بعض القرآن فينتفع بذلك إن ترك المجعول له العمل فيذهب عمله مجاناً وينتفع الجاهل وانفصل عن ذلك بأن في اشتراط عدم المنفعة للجاعل خلافًا، فما اشترط ذلك منع مشارطتهما على وجه الجعل، ومن لم يشترط أجازها، هذا حاصل ما قال هنا والله أعلم.

فصل في المساقاة

المساقاة مفاعلة من السقي فتكتب بالهاء وما قبلها محرك في الأصل وينصب بالفتحة لأنه مفرد. نقل الرصاص في شرح الحدود عن الجوهري أن المساقاة استعمال رجل رجلاً في نخل أو كرم يقوم بإصلاحهما ليكون له سهم معلوم من غلتهما قال: وهذا قريب من الحقيقة الشرعية إلا أن فيه قصوراً عنها فإنها أعم أي لأنها لا تختص بالنخل والكرم فيكون في الشرح تعميم لما خصصه في اللغة، قال: ووقع في لفظ عياض رحمه الله أنها مشتقة من السقي للثمرة لأنه معظم عملها وأصل منفعتها. وقال الشيخ: عقد على عمل مؤنة النبات بقدر لا من غير غلته لا بلفظ بيع أو إجازة أو جعل فيدخل فيه قولها لا بأس بالمساقاة، على أن كل الثمرة للعامل ومساقاة البعل قوله على عمل مؤنة أخرج به العقد على حفظ مال أو التجربة. وقوله: مؤنة النبات أخرج به مؤنة المال وعمّ النبات ليشمل ما كان سقياً أو بعللاً. وقوله بقدر معناه بعوض. وقوله لا من غير غلته عطف على مقدر رأى بعوض من غلته لا من غير غلته. (عياض: لا تنعقد) إلا بلفظ المساقاة على مذهب ابن القاسم فلو قال: استأجرتك على عمل حائطي أو سقيه بنصف ثمرته أو ربيعها لم يجز حتى يسميها مساقاة. ابن شاس: المساقاة سنة على حيالها مستثناة من المخابرة وكراء

الأمر عند قول المختصر صدر الإجازة وبما سقط أو خرج في نفض زيتون أو عصره كاحصد وادرس ولك نصفه. وعند قوله: واحصد هذا ولك نصفه، وما حصدت فلك نصفه تر الحق عياناً إن شاء الله تعالى. قوله: (واستشكله الشارح الخ) ابن القاسم هو القائل بأن الجعل يكون جائزاً فيما تبقى فيه المنفعة ولكن المشهور مقابله انظر عند قول المختصر: وعلى تعليم قرآن مشاهرة أو على الحداق وعلى حفر بئر الخ. وعند قوله: ككراء السفن في الجعل، ولكن هذه الأمور من المغارسة وإخراج المياه والمعاملة مع الطبيب والمعلم ونحوها إجازة على بلاغ، انظر ذلك في المحل المذكور، وعند قول المختصر في كل ما جاز فيه الإجازة في فصل الجعل.

فصل في المساقاة

قوله: (عياض لا تنعقد الخ) هذا هو الراجح انظر عند قول المختصر بساقيت الخ.

الأرض بما يخرج منها أو بالجزء ومن بيع الثمرة والإجارة بها قبل طيها وقبل وجودها ومن الإجارة بالمجهول وبالغرر.

إِنَّ الْمَسَاقَاةَ عَلَى الْمُخْتَارِ لِأَزْمَةٍ بِالْعَقْدِ فِي الْأَشْجَارِ
وَالزَّرْعِ لَمْ يَيْبَسْ وَقَدْ تَحَقَّقَا قَبْلَ مَعَ الْعَجْزِ وَقَبْلَ مُطْلَقًا
وَأَلْحَقُوا الْمُقَاتِلِي بِالزَّرْعِ وَمَا كَالْوَرْدِ وَالنَّقْطَنِ عَلَى مَا قُدِّمًا

أخبر رحمه الله أن المساقاة التي هي العقد على عمل النبات من سقي وغيره عقد لازم لكل من المتعاقدين بنفس العقد وإن لم يشرع في العمل (على القول المختار) في ذلك، ومقابل المختار أنها منحلّة غير لازمة إلا بالشروع. وتقدم في نظم ابن غازي الاقتصار على القول الذي ذكر الناظم أنه المختار من اللزوم، وتجاوز في الأشجار سواء عجز ربها عن سقيها أو علاجها أو لا. فقوله في الأشجار لا يتعلق بلازمة كما قد يتبادر بل بتجاوز مقدار كما قررناه، وإلى هذا أشار الناظم بالبيت الأول، ثم أخبر في البيت الثاني أنها تجوز في الزرع قبل ييسه بعد تحقق كونه زرعاً بشرط عجز ربه عن عمله في قول مالك: ومطلقاً عجز عن عمله أو لم يعجز فيكون كالأشجار في قول ابن نافع. ابن رشد: ما كان غير ثابت في الأصل كالقثاء والبادنجان والزرع والكمون وقصب السكر لا تجوز فيه المساقاة حتى يعجز عنه صاحبه هذا مذهب مالك. ابن يونس: رأى مالك أن السنة إنما وردت في الثمار فجعل الزرع وما أشبهه أخفض رتبة من الثمار فلم يجزها إلا عند شدة الضرورة التي هي سبب إجازة المساقاة وهو أن يعجز عن القيام به وبعد خروجه من الأرض فيصير نباتاً كالشجر اهـ. فقوله: والزرع هو بالخفض عطف عن الأشجار، وجملة لم ييبس صفة للزرع، وأشار بذلك إلى أنه يشترط في جواز مساقاة الزرع أن يكون

(ص): إن المساقاة على المختار. إلى آخر الأبيات الثلاثة. قوله: (على القول المختار) هذا مذهب المدونة، قال المتطي: وبه العمل، قال ابن ناجي: وهو المشهور، وصرّح بهذا المشهور ابن سلمون أيضاً، انظر الشرح عند قول المتن: وأقتت بالجداذ، وقيل كالقراض لكن فرّق بينهما على المذهب أن المساقاة فيها تحديد بالجداذ فأشبهت إجارة الأعيان، وإن كان القراض أشبه المشاهرة، وأيضاً المساقاة فيها أعيان قائمة فأشبهت إجارة الأعيان، وإن كان القراض اشتركا في كون العامل لا شيء له إلا بتمام العمل. وقال ابن عرفة مفرقاً بين الجعل والمساقاة والقراض حيث جعلوا للمجعول له شيئاً إذا أتم الجاعل العمل ولم يجعلوا ذلك فيهما ما نصّه الأجر في الجعل ألزم منه في المساقاة والقراض للزوم إتمام العمل في الجعل الأجر قطعاً وعدم ملزوميته له في الأخيرين ضرورة خيبة العامل في المساقاة والقراض إن لم تكن ثمرة ولا ربح فالعامل في الجعل، إنما دخل على البت بالعوض فوجب الوفاء له بما عليه دخل العامل في الأخيرين لم يدخل على البت بحصوله ضرورة احتمال السقوط، ولا يلزم من الحكم بالعوض لمن دخل على البت بحصوله الحكم به لمن دخل على احتمال حصوله الخ. وهذا منه بلفظه. واقتصار هذا الشارح على ما ذكره فقط لا يخفاك ما فيه إذ لا يلزم من الاختيار التشهير فافهم، ولكن قف ولا بدّ ولا بدّ على الشرح صدر المزراعة وصدر الشرح حيث قال في المختصر: ولزمت بما يدل عرفاً.

لم يبيس، أما إن ييس وبدا صلاحه وحلّ بيعه فلا تجوز مساقاته. ويأتي للناظم التصريح بأنه يشترط في جواز المساقاة في الزرع وغيره أن لا يحل بيعه وأشار بقوله: وقد تحققنا إلى اشتراط خروجه من الأرض كما تقدم في آخر كلام ابن يونس. وبقي على الناظم من الشروط التي ذكر الشيخ خليل في قوله كزرع وقصب وبصل ومقشاة إن عجز ربه وخيف موته وبرز ولم يبد صلاحه (خوفه على موته). وربما استروح من شرط عجز ربه لأنه إذا لم يخف عليه الموت فليس بعاجز والله أعلم. وقوله قيل مع العجز وقيل مطلقاً يرجع للزرع فقط لا له وللأشجار. ثم أشار الناظم بالبيت الثالث إلى أن الفقهاء ألحقوا المقائي وما أشبهها كالكتان والبصل بالزرع أي في جواز مساقاته بالشروط المذكورة. وقال الشارح: في اشتراط العجز وعدمه. وقوله: وما كالورد قال الشارح ليس هو معطوفاً على المقائي الملحقة بالزرع لإيهامه كون الورد لا تجوز مساقاته إلا مع العجز، وإنما هو معطوف على الأشجار، ويكون قد ذهب في القطن على ما حكى ابن المواز من جواز مساقاته وإن يعجز عنه، لا على ما حكى ابن يونس عن بلده. وأما الورد فتجوز مساقاته وإن لم يعجز عنه اتفاقاً. قلت: والأولى والله أعلم أن يكون ما من قوله وما كالورد موصولاً مبتدأ، وكالورد يتعلق بفعل واجب الإضمار صلة ما، والقطن معطوف على كالورد وعلى ما قد ما خبر ما ومعناه على ما تقدم من الخلاف في اشتراط عجز ربه عنه وعدم اشتراطه. ففي كتاب ابن يونس: ومن المدونة قال مالك: ولا بأس بمساقاة الورد والياسمين والقطن، قال ابن المواز: وإن لم يعجز عن ذلك ربه قال ابن يونس: لأن القطن عندهم شجر يجنى سنين فهو كالأصول الثابتة، وأما ببلدنا فلا تجوز مساقاته إلا أن يعجز عنه ربه لأن أصله غير ثابت اهـ. وفي المواق على قوله وهل كذلك الورد ونحوه والقطن ما نصه تقدم نص ابن رشد أن الورد والياسمين لا يعتبر فيهما العجز باتفاق، وأنه لا فرق بين القطن والزرع أي فيشترط العجز في القطن خلافاً لمن تأول المدونة على أن القطن كالورد أي فلا يشترط فيه العجز، وقول ابن يونس اختلف في الورد وقصب الحلو اهـ. فقوله وقول ابن يونس هو مخفوض عطفاً على قوله لمن تأول، (فتحصل من ذلك) أن الورد لا يشترط عجز ربه اتفاقاً عند ابن رشد وهو كالشجر، وأن الزرع يشترط فيه عجزه على المشهور، والقطن لا يشترط ذلك فيه على ما تأوله أكثر الشيوخ. وقوله: على

قوله: (خوفه على موته الخ) هذا شرط ذكره في المدونة نصاً وذكره في المختصر، وما أجاب به هذا الشارح يقرب من جهة المعنى. قوله: (فتحصل من ذلك الخ) الذي في المختصر هو قوله بشبهاً في الصحة ما نصه كزرع وقصب وبصل ومقشاة إن عجز ربه وخيف موته وبرز ولم يبد صلاحه، وهل كذلك الورد ونحوه والقطن أو كالأول وعليه الأكثرون تأويلاً. فقوله كزرع التشبيه بقوله إنما تصح مساقاة شجر الخ. وقوله كزرع ظاهره كان بعلأ أو لا وهو كذلك. وقوله والقطن إنما فصله عما قبله لكون ابن رشد فرّق بينه وبين الورد والياسمين ولما فصل فيه ابن يونس، وقد بينا ذلك في الشرح. وقوله: ونحوه يشمل الياسمين والأس. وقوله: وعليه الأكثر هذا هو الراجح وإن كان تعبيره بالأكثر فيه شيء، قف على الشرح فإن الخلاف في هذه الأشياء كثير.

ما قدما قال الشارح: أي على ما سبق له من الشارح العجز في قول من اعتبره وعدمه في قوله من لم يعتبره، وأشار الشيخ بكاف التشبيه إلى أمثال الورد والياسمين وشبه ذلك اهـ.

وَأَمْتَنَعَتْ فِي مَخْلَفِ الإِطْعَامِ كَشَجَرِ المَوْزِ عَلَى الدَّوَامِ
وَمَا يَحِلُّ بَيْعُهُ مِنَ الثَّمَرِ وَغَيْرِ مَا يُطْعَمُ مِنْ أَجْلِ الصَّغَرِ
وَفِي مُعْتَبَرٍ فِي الأَرْضِ كَالجَزْرِ وَقَصَبِ السُّكَّرِ خُلْفُ مُعْتَبَرِ

يعني أن المساقاة تمتنع فيما يكون إطعامه مخلفاً على الدوام كالموز فعلى الدوام يتعلق بمخلف، ودخل تحت الكاف الداخلة على الموز القرط والقضب وشبه ذلك ممّا يجنى ويخلف مراراً وتمتنع أيضاً فيما حلّ بيعه من الثمار لبدو صلاحه وفيما لا يطعم من الشجرة من أجل صغره، واختلف في جوازها في مغيب الأصل كالجزر وهو الإسفرانية واللفت والفجل ونحوها، وكذلك اختلف في جوازها في قصب السكر، أما منعها فيما يخلف على الدوام فقال ابن شاس: للأصول التي تجوز مساقاتها شروط: الأول: أن يكون ممّا تجنى ثمرته ولا تخلف واحترزنا بقولنا: ولا تخلف من الموز والقضب والقرط

(ص): وامتنعت في مخلف الإطعام. إلى آخر الأبيات الثلاثة. هذا قال فيه في المختصر ما نضه: إنما تصح مساقاة شجر وإن بعلاً ذي ثمر لم يحل بيعه ولم يخلف إلا تبعاً. فقوله شجر ظاهره كان نخلاً أو لا وهو كذلك. قال في المعونة: تجوز المساقاة في الأصول كلها والشجر خلافاً للشافعي في قوله: لا تجوز إلا في النخل والكرم. وقوله: وإن بعلاً ظاهره ولو لم يخف عليه الهلاك وهو كذلك بخلاف زرع البعل كما ذكره ابن ناجي وغيره. وقوله ذي ثمر أخرج به ما لم يطعم لصغره كما في ابن غازي وأن مساقاة ما لا يطعم لا تجوز. ونقل ذلك عن اللخمي وتبعه الحطاب وغيره، ولكن لم يذكر هذا الشرط ابن شاس وابن الحاجب وغيرهما ممّن وقفنا عليه ممّن ينقل عنه. وعباض ذكر الشروط ولم يذكر هذا، وتبعه أبو الحسن وتبعهما المصنف وغيره كابن عمر في شرح الرسالة، والتميطي تبع اللخمي في هذا. ونقل ابن عرفة الشرط عن اللخمي أيضاً، وعباض الذي ذكر هذه الشروط كلامه يقتضي أن شرط الثمر احترز به من الشجر الذي لا يطعم ولو كان كبيراً ولا ورق فيه ينتفع به، وعلى هذا فقول المتن: ذي ثمر يحترز به عن الشجر الصغير على تسليم ما قاله اللخمي ويحترز به عمّا يقتضيه كلام عياض، ولعل ما قاله عياض يدخل فيه ما قاله اللخمي، ولعل أبا الحسن إنما سكت لأجل ذلك، وصاحب المختصر قال: أو شجر لم تبلغ خمس سنين وهي تبلغ أثناءها، وساقه ابن غازي كالدليل على ما ذكره عن اللخمي، ولكن مسألة السنين هي من باب المغارسة كما في أبي الحسن وغيره، واستدلال ابن غازي هنا مع ذلك ظاهر، وقوله لم يحل بيعه هذا هو المشهور، وقيل بالجواز في هذا. وقوله ولم يخلف هو رباعي من باب أرسل واحترز به من الموز والبقل ونحوهما. وقوله إلا تبعاً هو راجع لقوله لم يحل بيعه، ولقوله ولم يخلف كما استدلل له ابن غازي. وقال الحطاب: راجع للثلاثة قبله ورجوعه لقوله لم يحل إنما يتصور في الأنواع المختلفة وإلا فطيب بعض النوع يحل به بيعه كله، والحطاب اعترض على اقتصار ابن غازي على الأمرين فقط وتكلمنا معه في الشرح، وأن كلام ابن غازي هو الحق ونقله هنا يطول، وكلام الحطاب لا نغتر به وإن توبع عليه، وهذا الشارح أغفل ذكر التبّع أصلاً.

والبقل لأنه بطن بعد بطن وجزء بعد جزء اهـ. وفي الشارح وظاهر سياقه أنه لابن يونس: ولا تجوز مساقاة شجرة الموز وإن عجز عنها ربها وإن لم يكن فيها ثمر لأن الموز يجز ثم يخلف فهو كالقصب والبقل. (ولا بأس بشراء الموز) في شجره إذا حل بيعه، ويستثنى من بطونه عشرة أو خمسة بطون أو ما تطعم هذه السنة أو سنة ونصفاً وذلك معروف والقصب مثله اهـ. ومعنى يستثنى من بطونه أي يشترط، وأما منعها فيما يحل بيعه فقال في المدونة قال مالك: المساقاة في كل ذي أصل من الشجر جائزة ما لم يحل بيع ثمرها على ما يشترط من ثلث أو ربع أو أقل أو أكثر، ويجوز على أن للعامل جميع الثمرة (كالربح في القراض اهـ.) المواق: وانظر هذا (فإن ما حل بيعه) يجوز إعطاؤه بجزء لكن على وجه الإجارة. وفي الموطأ: مساقاة ما حل بيعه كالإجارة، قال سحنون: مساقاة ما حل بيعه هي إجارة جائزة. ابن يونس: كجواز بيع نصفه ولأن ما جاز بيعه جازت الإجارة به، وأما منعها فيما لا يطعم من الشجر لصغره (فقال عياض: من شروط) المساقاة أنه لا تصح إلا في أصل بثمر أو ما في معناه من ذوات الأزهار والأوراق المنتفع بها كالورد والآس. وأما الخلاف في المغيب في الأرض ففي ابن يونس قال ابن نافع في كتاب ابن سحنون: المساقاة في الزرع والجز والبطيخ والأصول المغيبة جائزة عجز عنه صاحبه أو لم يعجز. وفيه أيضاً قال مالك في كتاب ابن المواز: لا يساقي شيء من البقل وإن عجز عنه ربه. ابن المواز: وكذلك اللفت والأصول المغيبة التي لا تدخر فهي كالبقل اهـ. وأما الخلاف في قصب السكر ففي ابن يونس أيضاً: واختلف في قصب الحلوة فقبل تجوز أي مساقاته وقيل لا تجوز اهـ. وقوله: وما يحل معطوف على مخلف وكذا لفظ غيره. وقوله: وفي مغيب خبر مقدم، وفي الأرض يتعلق به وخلف مبتدأ مؤخر ومعتبر صفة خلف.

قوله: (ولا بأس بشراء الموز الخ) هذا قال فيه في المختصر: وللمشتري بطون كياسمين ومقناة ولا يجوز بكشهر، ووجب ضرب الأجل إن استمر كالموز. قوله: (كالربح في القراض الخ) هذا قال فيه ابن بشير بعد تمهيده قاعدة ما نصه: إن المساقاة كما قال في المدونة لا بأس بها، على أن للعامل جميع الثمرة كالربح في القراض، وهذا الذي ذكره ليس بحقيقة المساقاة لا لغة ولا شرعاً، فإن المساقاة حقيقتها في الشرع أن يساقيه بجزء معلوم فيما يغتفر إلى السقي، فإذا كانت على أن تكون الثمرة كلها للعامل فهذه هبة، والعرب قد فرقت بين المساقاة والهبة والإجارة والصدقة، وكذلك لو كانت على أن تكون الثمرة كلها لرب الأصل لم تكن مساقاة عند العرب، وإنما يسمى العامل متطوعاً بالعمل الخ وهذا منه بلفظه، ولكن قف على الشرح عند قول المختصر بجزء شائع فيه كلام ابن رشد وأبي الحسن وما يدل عليه كلامهما فيما يعارض كلام ابن بشير باعتبار. قوله: (فإن ما حل بيعه الخ) هذا الإشكال في أبي الحسن والتميطي وغيرهما، وذكرنا ذلك عند قول المختصر: لم يحل بيع. وأجيب عن ذلك بأجوبة قف عليها إن شئت مع أنها قد لا تسلم إلا بعد طول كلام. قوله: (فقال عياض من شروط) تأمله فإن عياضاً لم يصرح بأن هذا الصغر الشجر، وإنما كلامه يقتضي الشجر الذي لا يطعم أصلاً.

وَإِنْ بَيَاضٌ قَلَّ مَا بَيْنَ الشَّجَرِ وَرَبُّهُ يُلْغِيهِ فَهُوَ مُنْتَفَرٌ
وَجَازٌ أَنْ يَغْمَلَ ذَاكَ الْعَامِلُ لَكِنْ بِجُزْءٍ جُزْؤُهَا يُمَاتِلُ
بِشَرْطِ أَنْ يَكُونَ مَا يُزْدَرَعُ مِنْ عِنْدِهِ وَجُزْءُ الْأَرْضِ تَبَعُ
وَحَيْثُمَا اشْتَرَطَ رَبُّ الْأَرْضِ فَايْدَةً فَالْفَسْخُ أَمْرٌ مَقْضِي

إذا كان في الحائط المساقى بياض بين أشجاره بحيث يصله سقي العامل فلا يخلو من أحد وجهين: إما أن يكون ثلثاً فأقل أو أكثر، ويأتي كيفية التوصل إلى كونه ثلثاً أو أكثر، فإن كان أكثر من الثلث فلا يجوز إدخاله في المساقاة، فإن عقد المساقاة ولم يذكره كان العقد صحيحاً وكان البياض باقياً لربه ولم يدخل في المساقاة، وإن كان الثلث فأدنى جاز إدخاله في المساقاة وجاز إلغاؤها للعامل. وفي المدونة والرسالة: وهو أحله. ولا يجوز أن يشترطه رب الحائط لنفسه إن كان العامل بسقيه، فإن كان بعلاً وكان لا يسقى بماء الحائط فجائز، واختلف إذا عقد المساقاة ولم يذكره فقال مالك في كتاب سحنون هو لربه، وإن زرعه العامل بغير علم صاحب الحائط كان عليه كراء المثل. وقال محمد: هو العامل وحده سنة رسول الله ﷺ فإذا أدخله في المساقاة فيشترط أن يتساوى ما يأخذه

(ص): وإن بياض قل ما بين الشجر إلى آخر الأبيات الأربعة. هذا قال فيه صاحب المختصر ما نصّه: وكبياض نخل أو زرع إن وافق الجزء وبذره العامل وكان ثلثاً بإسقاط كلفة الثمرة وإلا فسد كاشتراطه وبه والغي للعامل إن سكتا عنه أو اشترطاه اه. فقول وكبياض الخ التشبيه هو تشبيه في الصحة، وذكر المصنف النخل لأنه هو الأصل وهو الذي ورد فيه النص وذكر الزرع لأنه عليه كما في ابن عرفة حين تكلم على بياضها، ويفهم الجواز في الأصول غير النخل من باب أخرى، لأنه إذا جاز هذا في بياض الزرع المقيس فكيف بالشجر المبين للنخل فافهم وانظر الشرح تر الفتح. وقوله: إن وافق الجزء أي جزء المساقاة فالجزء فاعل وحذف المفعول والتقدير إن وافق الجزء أي جزء البياض جزء المساقاة كثلث وثلث، وهذا الشرط لابن القاسم وخالفه أصبغ وروي أنه رجع لابن القاسم كما في أبي الحسن. وقوله وبذره العامل أي وعمله والداد على هذه الزيادة قول المصنف وكبياض أي وكمساقاة بياض الخ إذ لا معنى له غير هذا، فالعمل تقدم في المتن وهو قوله: وعمل العامل الخ. ولما كان البذر لم يتقدم له أنه من عند العامل ذكره مع كونه من كراء الأرض بما يخرج منها ومنه يتوهم ذكره، ووجه الجواز اتباع عمله ﷺ، والمساقاة رخصة لأجل هذا ونحوه كما هو معلوم في شروح المتن وغيرها، والبياض إنما جاز فيه هذا لكونه تبعاً للمساقاة، ولذلك اشترط فيه موافقة جزئه لجزئها كما في ابن بشير وغيره، وكان البذر من عند العامل هو جملة عمله، ولذلك عللوا المنع من عند رب الشجر بقولهم هذه زيادة اشترطها العامل على صاحب الشجر كما أشار إليه ابن يونس، وانظر قول الرسالة وعليه زريعة البياض اليسير، وفي ابن الحاجب وبذره على العامل، مع أن قضية خبير جعلت هنا هي المتبوعة فافهم، بل قد صرح في كبير الشاذلي في شرح الرسالة بأن البذر كأنه مل جملة العمل الخ. مع أن كراء الأرض بما يخرج منها جائز عند جماعة كثيرة وكتبناه على قول المختصر صدر الإجارة: وكراء أرض الخ. وقوله بإسقاط الخ الاعتراض هو للخي، وشدّد على ابن القاسم في هذا الاعتراض حتى نسب له الغلط، فشدّد عليه ابن عرفة في الردّ جزاء

العامل من جزء الثمرة مع جزء البياض وأن يكون البذر والمؤنة على العامل، فلو ساقاه الشجر على الثلث والأرض على النصف وهو أكثر عمل الناس عندنا اليوم فثلاثة أقوال: الأول: لابن القاسم أنه ممنوع. الثاني: لأصبع أنه مكروه. الثالث: أنه جائز رجع إليه أصبع. ولا يجوز أن يكون البذر من عند صاحب الحائط ولا من عندهما، وكيفية التوصل إلى كونه ثلثاً أو أكثر؟ قال ابن عبدوس: صفة اعتبار التبعية أن ينظر إلى كراء الأرض كأنه خمسة، وإلى غلة النخل على المعتاد منها بعد إسقاط قدر الإنفاق عليها، فإن بقي عشرة كان كراء الأرض الثلث فجائز لأنه تبع، ولو بقي من قيمة الثمر ثمانية لم يجز لأن الخمسة أكثر من ثلث الجملة من المواق ومثله في القلشاني عن ابن عبد السلام وزاد أن بعض الشيوخ أنكروا طرح قدر النفقة من قيمة الثمرة قال: لأن بالخدمة والنفقة يستحق العامل جزء الثمرة فكيف يطرح من قيمة الثمرة؟ اهـ. والمعتبر في كون البياض ثلثاً أو أكثر جميع الثمرة لا نصيب العامل فقط. قال الباجي: ظاهر أقوال أصحاب مالك أن المعتبر تبعية البياض لجميع ثمرة الحائط في لغوه وفي إدخاله في المساقاة. وقال ابن عبدوس: وإنما ذلك في إدخاله فيها والمعتبر في لغوه للعامل تبعيته لحظه فقط اهـ. من القلشاني وبعضه من المواق. وإذا فرغنا من فقه المسألة بتقريب واختصار فلنرجع إلى ألفاظ النظم فقوله: وإن بياض قل تقدم تفسير البياض القليل وهو ما كان كراؤه ثلثاً فأقل من مجموع قيمة

لشدته على ابن القاسم، والله يسامح الجميع إنه غفور سميع. ونص ما أشرنا إليه من الاعتراض وجوابه. فنص اللخمي ما ذكره ابن القاسم من الإسقاط غلط، لأن السقي والعلاج ثمن الثمرة فكيف يصح أن يحط ثمن أحدهما من الآخر، وإنما باع العامل منافعه من سقي وعلاج بالجزء الذي يأخذه بعد الطيب، وإنما يطيب ذلك الجزء على ملك رب الحائط، ولهذا وجبت الزكاة فيه إن كان مجموع غلة الحائط خمسة أوسق، وإن كان العامل عبداً أو نصرانياً اهـ. بلفظه. التوضيح: والذي في اللخمي ولذا قيل يزكى الخ، وهذا نقله ابن عرفة وابن ناجي، وقال بعده ابن عرفة ما نصّه: فإذا كانت قيمتها سالمة ثلاثمائة وقيمة البياض مائة وخمسون جازت المساقاة ولا يصح حط العمل، قلت: تغليظه غلط لأن كراء البياض لما كان محض فائدة وجب أن لا ينسب إلا لما هو فائدة، والذي هو فائدة من الثمرة إنما هو الباقي بعد قيمة مؤنتها الخ وسلم ابن ناجي رد ابن عرفة، وهذا الشارح لم يلم بجواب ابن عرفة أصلاً مقتضراً على الاعتراض فأرهم غاية مع كونه ناقلاً للاعتراض عن غيره، وهذا في غاية القصور إن لم يطلع على ما في ابن عرفة. وقول المختصر: وإلّا فسد هو راجع لجميع ما قدمه من الشروط، وقوله: كاشتراط ربه ظاهره كان يناله سقي العامل أم لا. وكلام الناس يدل على أن هذا إذا كان يناله سقي العالم فيقيد المتن بذلك، والقيد لابن حبيب، وإطلاق المختصر سقنا له في الشرح ما يشهد له في الجملة، وابن عبد السلام رام الاقتصار له، وجلب ذلك يطول والقيد المذكور بما يفهم من المدونة فيكون العمل عليه قوله: وألغى لعامل الخ يظهر أن مسألة السكوت لا يكون البياض فيها للعامل على الراجح، وما في المتن مرجوح بيننا ذلك في الشرح بكلام الناس. وأما قول المتن أو اشتراطه فظاهر بل هو متفق عليه فافهم به، هذا وكامل به ما عند هذا الشارح، ولذلك حاذيناه بهذا التقرير لتستفيد علماً وتحقيقاً، وإنما تنقل من كلام الناس اللباب ما هو القوي الذي يدان الله تعالى به.

الثمرة وكراء ذلك البياض . وقوله وربّه يلغيه أي للعامل، وتقدم أن في المدونة والرسالة : وهو أحله، قال الشيخ ابن عمر في شرح الرسالة أي أحلّ له، فيحتمل أن يعود الضمير على رب الحائط ليخرج من كراء الأرض بما تنبت، ويحتمل أن يعود على عقد البياض، ويحتمل أن يعود على العامل، ولا بأس هنا لما هو خير من غيره . وقال الإمام الغبريني : واعلم أن الحلال متفاوت فما كان دليله أجلي أو له أدلة كثيرة يؤتى به بصيغة أفعل، وما كان على غير ذلك فلا فيقال حلال وأحل وحرام وأحرم، قال : ونص على ذلك المازري في تعليقه على المدونة اهـ . وقال القلشاني في شرحه : رأيت للإمام المازري في تعليقه الجور في الكلام على قوله وهو أحله وأنه أفعل تفضيل، وكيف يكون بعض الحلال أحل من بعض؟ والذي علق الآن بحفظي منه أن ذلك يرجع لوضوح دليل أحدهما وقوته فهما وإن اشتركا في الحلية إلا أن أحدهما أبلغ فيها بقوة الدليل اهـ . وقوله : وجاز أن يعمل ذلك العامل البيتين يعني أنه يجوز إدخال البياض السير في المساقاة بشرطين : الأول : أن يتساوى الجزء الذي يأخذه العامل من الشجر والبياض فلا يأخذ أحدهما على الثلث والآخر على النصف مثلاً وإلى ذلك أشار بقوله : لكن بجزء جزؤها يماثل، وتقدم أن في المسألة ثلاثة أقوال . الثاني : أن تكون الزريعة على العامل وإلى ذلك أشار بقوله : بشرط أن يكون ما يزدرع من عنده وتقدم ذلك . وقوله : وجزء الأرض تبع أي تبع للمساقاة لقلته هو كالمستغني عنه لأن قرض المسألة في البياض القليل، وقوله : وحيثما اشترط رب الأرض البيت تقدم أنه لا يجوز أن يشترطه رب الحائط لنفسه إن كان العامل يسقيه، وزاد هنا أن المساقاة تفسح إذا اشترطه . (وظاهره قبل العمل) ولا إشكال وكذا بعده، ويرد العامل إما إلى مساقاة المثل، وإما إلى إجارة المثل على القولين فيما فسد من العقود المستثناة من أصول ممنوعة هل يرد إلى صحيح نفسه أو إلى صحيح أصله؟

وَلَا تَصِحُّ مَعَ كِرَاءٍ لَا وَلَا شَرَطُ الْبَيَاضِ لِسَوَى مَنْ عَمِلَا
وَلَا اشْتِرَاطَ عَمَلٍ كَثِيرٍ يَبْقَى لَهُ كَمِثْلِ الْبَيْرِ
وَلَا اخْتِصَاصِهِ بِكَيْلٍ أَوْ عَدَدٍ أَوْ نَخْلَةٍ مِمَّا عَلَيْهِ قَدْ عَقَدَ

ذكر هنا موانع لصحة المساقاة، فذكر أنها لا تصح مع الكراء في عقد واحد لأنهما من العقود التي لا يجتمع اثنان منها في عقد واحدة، وقد تقدمت في قول الناظم أول البيوع وجمع بيع مع شركة ومع البيتين، ولا شك أن الكراء لم يذكر مع تلك العقود ولكنه مندرج في البيع لأنه بيع منفعة، وعلل الشارح ذلك بما يحصل باجتماعهما من كثرة الغرر، ولا تصح أيضاً بشرط البياض من غير العامل من رب الحائط أو أجنبي، والمراد بالبياض البياض المتقدم في قوله : وإن بياض قل ما بين الشجر وهو القليل الكائن بين الشجر الذي يصله سقي العامل فالألف واللام فيه للعهد، (ولا تصح أيضاً مع اشتراط

قوله : (وظاهره قبل العمل الخ) انظره عند قول المختصر : وفسخت فاسدة .

(ص) : ولا تصح مع كراء لا ولا . إلى آخر الأبيات الثلاثة . قوله : (ولا تصح أيضاً مع اشتراط

عمل كثير) يبقى لرب الحائط كحفر بئر وبناء حائط وما أشبه ذلك، ومفهومه أن العمل القليل جائز وهو عليه اشترط أو لم يشترط، مثل سد الحظيرة وإصلاح الضفيرة، والحظيرة ما يحظر به الحائط أي يمنع الدخول إليه كالزرب والحائط والحفر ونحوها مأخوذ من الحظر بالمشالة الذي هو المنع، فإذا انفتحت ثقبه في الزرب أو في الحائط فعلى العامل سدّها وغلقها، والسد قال الفاكهاني رويناه بالسين المهملة، وقال بعض شارحي الرسالة بالمعجمة ونقل عن يحيى بن يحيى ما حظر بزرب فبالمعجمة، وما كان بجدار فبالهملة، ونحوه في القلشاني وإصلاح الضفيرة. قال القلشاني: هو عيدان تنسج وتضفر وتطين يجتمع فيها الماء كالصهريج، وكذا لا تصبغ المساقاة أيضاً على اشتراط اختصاص أحدهما بكيل كوستق والباقي بينهما على الجزء الذي اتفقا عليه أو اختصاصه بعدد من الرمان مثلاً كمائة أو ألف، والباقي بينهما على ما اتفقا عليه أو اختصاصه بثمر نخلة أو أكثر، والباقي بينهما أيضاً إذا كان كل ذلك المختص به من الأشجار التي وقع عليها عقد المساقاة كما نبّه على ذلك بقوله ممّا عليه قد عقد وأحرى في المنع اختصاص العامل بكيل أو عدد أو ثمرة نخلة من غير ما وقعت عليه المساقاة لأنه إجارة ومساقاة، وتقدم منع اجتماعهما. ومفهوم قوله بكيل أو عدد أو نخلة أن اختصاص أحدهما بجزء شائع لا يمتنع وهو كذلك لأنه يؤول إلى الجزء، فقوله: ولا شرط وقوله ولا اشتراط كل منهما بالخفض عطف على كراء، وكذا لفظ اختصاصه، وضمير له لرب الحائط، وضمير اختصاصه لمن ذكر وهو العامل لتقدمه في قوله: لسوى من عملا، ورب الحائط لتقدمه في قوله: يبقى له. قال ابن يونس: ولا تجوز مساقاة وبيع في صفقة واحدة ولا مساقاة وكراء، فإذا كان في الحائط بياض تبع لم يجز كراؤه ومساقاة الحائط، وإذا كان في الأرض المكترة سواد تبع لها تجز مساقاته مع كراء الأرض في صفقة. وفي ابن يونس أيضاً: قال عبد الوهاب: جملة ما يشترط على العامل على ضربين منه ما لا يتعلق بالثمرة ومنه ما يتعلق بها، فما لا يتعلق بالثمرة فلا يلزم العامل ولا يجوز اشتراطه لأن المساقاة عقد مستثنى من الأصول الممنوعة جوز للضرورة فلا يجوز فيه إلا ما جوزه الشرع، وما زاد على ذلك كان إجارة

عمل كثير النخ) هذه مسائل كثيرة لم يسعنا اختصارها في هذه الأوراق، وقد جمعنا فيها كلام الناس في الشرح وحررناها والحمد لله، وكلام المختصر فيها حسن ولكن يحتاج إلى شرح جيد، والشرح لم يفيدوا إفادة تامة. ولما ساق القاضي كلاماً في هذه المسألة قال ما نصّه: والمساقاة عقد خارج على الأصول فلا يجوز منها إلا قدر ما جوزه الشرع هذا لفظه. وقال قبيل هذا معللاً عدم جواز اشتراط بعض العمل على رب الحائط ما نصّه: لأن النبي ﷺ لما ساقى أهل خيبر لم يلتزم لهم مؤنة بل أنفقوا من أموالهم هذا لفظه. ونص ابن عرفة على أن تمام المساقاة بمزاولة الثمر الأشجار وعليه يترتب عصر الزيتون، ومساقاة أهل خيبر كانت على الشطر كما في الصحيح. وقال القرافي في الذخيرة ما نصّه: ضابط ما يجب على العامل جميع ما يتكرر كل عام اه. وكأنه تبع الغزالي حيث قال: وحكمه وجوب كل عمل يتكرر في كل سنة وتحتاج إليه الثمار من السقي والقلب وتنقية الآبار والأنهار وتنحية الحشيش المضر هذا لفظه.

مجهولة، وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها وما يتعلق بالثمرة فعلى وجهين: منه ما ينقطع بانقطاعها ويبقى بعدها الشيء اليسير فهو جائز (مثل التذكير) والتقليح والسقي وإصلاح مواضعه وجلب الماء والجذاذ وما يتصل بذلك فهذا وشبهه لازم وعليه أخذ العوض. ومنه ما يبقى بعد انقطاعها وينتفع به ربها مثل حفر بئر لها أو بناء بيت يجنى فيه كالحرز أو إنشاء غراس فهذا لا يلزم العامل ولا يجوز اشتراطه عليه لأنها زيادة ينفرد بها رب الحائط فهي كالوجه الأول الذي لا يتعلق بالثمرة وبالله تعالى التوفيق. وابن يونس أيضاً قال ابن القاسم: ومن ساقى حائطه على أن لأحدهما من الثمرة مكيلة معلومة ما يبقى بينهما لم يجز ويكون للعامل أجر مثله. قال ابن القاسم: وإن شرط أن لرب الحائط نصف ثمرة البرني الذي في الحائط وباقي ثمرة الحائط للعامل لم يجز لأنه خطر. وفي تبصرة اللخمي: ولا تجوز المساقاة على أن يبدأ أحدهما بمكيلة ثم الباقي بينهما أنصافاً أو أثلاثاً، ولا بأس أن يساقى على أن لأحدهما جزءاً من عشرة أو من خمسة أو أقل أو أكثر والباقي بينهما نصفين، لأن ذلك يرجع إلى جزء معلوم لأحدهما خمسة ونصف وللآخر أربعة ونصف. وفي العتبية قال مالك: لا ينبغي للمساقى أن يشترط ثمرة نخلة واحدة. قال ابن رشد: لأن المساقاة استثنيت بالجواز للضرورة أي فلا يتجاوز فيها ما لم يراد والله سبحانه وتعالى أعلم.

وَهِيَ بِشَطْرٍ أَوْ بِمَا قَدِ اتَّفَقَ بِهِ وَحَدُّ أَمْدٍ لَهَا يَحِقُّ

يعني أن المساقاة تجوز على أن يكون للعامل شرط الثمرة أي نصفها أو غير النصف

قوله: (مثل التذكير الخ) قال أبو الحسن أثناء كلام له ما نصّه: التلقيح والتذكير والإبار ألفاظ مترادفة الخ. ثم قال ما نصّه: اللخمي وابن يونس اختلفت قوله في الإبار فجعله مرة على صاحب الحائط ومرة على العامل، ومنهم من تأوّل ذلك فقال: معنى قوله على رب الحائط الشيء الذي يلحق به ومعنى على العامل عمل ذلك وتعليق ما يحتاج إلى تعليقه وليس بالبين لأن الإبار هو الفعل اهـ. وعلى كلام أبي الحسن اقتصر خليل في التوضيح وابن يونس في شرح الرسالة، وقد قال في الشامل: ولزم عاملها ما يفتقر إليه عرفاً بلا تحديد كإبار وقيل على ربه، وهل خلاف أو مراد الأول العمل والثاني ما يذكر به خلاف هذا لفظه، وصاحب المختصر مرّ على أنه على العامل وأطلق وهو قوله وعمل العامل جميع ما يفتقر إليه عرفاً كإباراً الخ. وهذا الظاهر هو الذي يظهر أي الفعل، وما يذكر به كلاهما على العامل لأن ما يذكر به قليل لا يبقى لسنة أخرى فهو أخرى من الدواب والأجراء، وتقدم أن البذر للبياض هو على العامل، هذا هو الذي يتضح لا سيما إن لم يكن ما يذكر به في الحائط، وقد قال ابن عمر على قول الرسالة والتذكير على العامل ما نصّه: ظاهر هذا أن عليه شراءه وتعليقه فجعل هذا هو الظاهر وهو يخالف كلام أبي الحسن المتقدم، لكن الذي يدل عليه كلام جلّ الناس هو أنهما على العامل معاً، والحاصل انظر الشرح في المسائل إن أردت تحقيقها والله المعين.

(ص):

(وهي بشطر أو بما قد اتفق به وحد أمداً لها يحق)

من ثلث أو ربع أو غير ذلك مما اتفقا عليه من الأجزاء الشائعة في جميع ثمرة الحائط، وخصّ الشطر بالتنصيص عليه لأنه الوارد في الحديث. ويشمل قوله أو بما قد اتفق عليه اشتراط كون الثمرة كلها للعامل ولا بدّ فيها من ضرب الأجل وإليه أشار بقوله: وحدث أمد لها بحق. قال اللخمي: والمساقاة تجوز على النصف حسبما ورد في الحديث وعلى الثلث والربع وأكثر من ذلك وأقل لأنها مبيعة، فجاز أن تكون من الرخص والغلاء على ما يتراضيان عليه لأن الحوائط تختلف، فمنها ما يقل تكلفه فيه فيقل جزؤه، ومنها ما يكثر تبعه فيه فيكثر جزؤه، قال مالك: ولا بأس أن تكون المساقاة على أن جميع الثمرة للعامل. وفي المنهج السالك: ولا يجوز فيها الأجل المجهول. وفي الجواهر: والشأن في المساقاة إلى الجذاذ لا تجوز شهراً ولا سنة محدودة وهي إلى الجذاذ إذا لم يؤجلا، فإن أجلت بسنين فيلزمه العمل إلى آخرها ويعتبر في السنة الأخيرة إلى الجذاذ، وكذلك لو ساقاه سنة واحدة لكان منتهاها الجذاذ اهـ. وباء به في البيت بمعنى على والله أعلم.

وَالدَّفْعُ لِلزَّكَاةِ إِنْ لَمْ يُشْتَرَطْ بَيْنَهُمَا بِنِسْبَةِ الْجُزْءِ فَقَطْ

يعني أن المتساقين إذا عقدا المساقاة ولم يشترط أحدهما على صاحبه إخراج الزكاة من نصيبه فإنها تخرج ابتداء ثم يكون الباقي منهما على ما اتفقا عليه، فإذا فعلا ذلك فقد أعطى كل واحد منهما من الزكاة بقدر نصيبه من الثمرة وهو معنى قوله بنسبة الجزء أي جزء الغلة، فمن له منها ربع فقد أعطى عشر الربع، ومن له ثلاثة أرباعها فقد أعطى عشر ثلاثة أرباع وقس على ذلك، وفهم من قوله إن لم يشترط أنه إن اشترط على واحد منهما كان عليه وحده وهو كذلك. قال في المدونة: ولا بأس أن تشترط الزكاة في حظ أحدهما لأنه يرجع إلى جزء معلوم ساقى عليه، فإن لم يشترط شيئاً فشان الزكاة أن يبدأ بها ثم

قال في المختصر: وأقتت بالجذاذ وحملت على أول إن لم يشترط ثان، والكلام عند الناس في هذا مشبع غاية وقد جمعناه في الشرح والحمد لله، ولكن تقرر المتن بما تحصل لنا فوته. فقوله: وأقتت بالجذاذ صحيح لا غبار عليه أي لا يغيره كسنة عربية، وأما العجمية ففي حكم الجذاذ والتأقيت المذكور يكون واحد وأكثر، وكذا السنة العجمية الواحدة والمتعددة سواء. وقوله: وأقتت يدل على أن عدم التأقيت لا يبطلها كما أشار له ابن عبد السلام وهو ظاهر، ويحمل الأمر على الجذاذ الأول، إذ هو الذي ثمرته موجودة أو في حكم الموجودة، وثمره أخرى منفصلة، ووقت الجذاذ معروف عند الناس حتى أنهم يحدون به في السلم ونحوه كما في المختصر وغيره، وليس هذا كرعاية غنم مثلاً، وقول من قال يشترط في المساقاة أن تكون المدة معلومة فيعني بذلك إذا تعرض للأجل فيشترط فيه أن يكون معلوماً، وعلى هذا يترتب قول المختصر: وسنين لم تكثر جداً بلا حد، مع أن هذه السنين هي عجمية، وذلك راجع لجذاذات، هذا تحرير المسألة، ودليل ذلك غاية في الشرح فإن فيه كلام الناس محرراً غاية، بل نقلنا ما وقع لكثير من الفقهاء في النازلة.

(ص):

والدفع للزكاة إن لم يشترط بينهما كنسبة الجزء فقط

يقتسمان ما بقي. اللخمي: وقول مالك إن المساقاة مزكاة على رب الحائط يجب ضمها لماله من ثمر غيرها ويزكي جميعها، ولو كان العامل مَمَّن لا تجب عليه وتسقط إن كان رب الحائط مَمَّن لا تجب عليه والعامل مَمَّن تجب عليه اهـ. وقال في المقرب: قلت له: أيجوز لرب النخل أن يشترط الزكاة على العامل أو يشترطها العامل على رب الحائط؟ قال: إن اشترطها رب الحائط على العامل فلا بأس بذلك لأنه إنما ساقاه على جزء معلوم كأنه قال له: لك أربعة أجزاء ولي ستة، وإن اشترطها العامل على رب الحائط قال: إن اشترطها في نصيبه على أن تكون للعامل خمسة أجزاء ولرب الحائط خمسة أجزاء على أن يخرج رب الحائط جزءاً منها في الزكاة فلا بأس بذلك إذا كان يخرجها من الثمرة بعينها، وإن كان اشترط إخراجها من عروض أو دراهم فلا يحل ذلك وهو قول مالك. قلت له: فإن لم يكن بينهما في الزكاة شرط كيف يصنعان في الزكاة؟ قال: يبدأ بالزكاة فتخرج ثم يكون ما بقي بينهما على شرطهما وهو قول مالك اهـ. وقوله في المقرب كأنه قال له لك أربعة أجزاء لي ستة ذلك والله أعلم حيث يدخلان على أن الثمرة بينهما نصفين فتقسم الغلة على عشرة أجزاء ويكون لكل واحد منهما كما ذكر في المقرب، أما على التفاضل كالربع والثلاثة الأرباع مثلاً فإن الثمرة تقسم على أربعين جزءاً للاحتياج إلى الربع لمن له الربع والعشر الواجب في الزكاة، فيكون لصاحب الربع ربعها عشرة أجزاء يعطي منها إن اشترطت الزكاة عليه عشر الأرباع وذلك أربعة وتبقى له ستة أعشار الربع، وإن اشترطت على صاحب الثلاثة الأرباع كان له ثلاثون جزءاً يعطي في الزكاة أربعة تبقى له ستة وعشرون وهي ربعان وستة أعشار الربع والله أعلم. (فرع): وانظر إن شرط أحدهما الزكاة ولم يكن في الحائط نصاب ذكر ابن يونس في ذلك ثلاثة أقوال لم يعزها ولم يشتهر منها قولان من المواق.

وَعَاجِزٌ مِنْ حَظِّهِ يُكْمَلُ بِالْبَيْعِ مَعَ بَدْوِ الصَّلَاحِ الْعَمَلُ
وَحَيْثُ لَمْ يَبْدُ وَلَا يُوجَدُ مَنْ يَنْوِبُ فِي ذَلِكَ مَنَابَ مُؤْتَمَنُ
فَعَامِلٌ يُلْفَى لَهُ مَا أَنْفَقَا وَقَوْلُ خُذْ مَا نَابَ وَاخْرُجْ مُتَّقَى

يعني أنه إذا عجز العامل في المساقاة من عملها فلا يخلو عجزه إما أن يكون بعد

قوله: (فرع الخ) قال في المختصر عاطفاً على ما يجوز واشترط جزء الزكاة أي على أحدهما. وقال في القراض: وزكاته على أحدهما وهي للمشترط وإن لم تجب الخ. وقد اعترض قول المختصر الإتيان بالواو قبل لفظة إن مع أن المراد أنها للمشترط حيث لم تجب والمساقاة كذلك، ويدل لذلك قول المتيطي في المساقاة ما نصه: فإن اشترطت الزكاة على العامل فلم تبلغ الثمر الزكاة فعليه من حصته لرب الحائط عشر الجميع أو نصف عشره. وقال ابن عبدوس: يقتسمان الثمرة على تسعة أجزاء ويلقى جزء الزكاة. وقال سحنون: يقسم جزء الزكاة بينهما نصفين هذا لفظه، فلا يخفى أن الأول عنده هو الراجح وبه تفهم المسألة.

(ص): وعاجز من حظه يكمل إلى آخر الأبيات الثلاثة.

بدو صلاح الثمرة وجواز بيعها أو قبل ذلك، فإن كان عجزه بعد بدو الصلاح فإنه يباع حظه من الثمرة ويستأجر بثمنه من يكمل العمل وإلى ذلك أشار بالبيت الأول، فقوله آخره العمل هو نائب يكمل والجملة خبرها عاجز والرباط ضمير حظه ومن حظه يتعلق بيكمل وأل في البيع نائب عن الضمير أي يبيعه أو التقدير بالبيع له أي لحظه، ومع بدو الصلاح حال البيع والله أعلم. وإن كان عجز العامل قبل بدو الصلاح فإن وجد من يقوم مقامه فلا إشكال، وإن لم يوجد فلا شيء للعامل ونفقته وخدمته ملغاة، ولا يجوز أن يعطي له ثمن في نصيبه من الثمرة لأنه من بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، وإلى ذلك أشار بالبيت الثاني والثالث. فقوله: وقول خذ ما ناب وأخرج متقى كأنه تصريح بمفهوم قوله يلغى ما أنفقنا أي ولا يجوز عدم الإلغاء بحيث يأخذ لذلك ثمناً وينصرف والله أعلم. قال اللخمي في تبصرته: قال ابن القاسم في المساقاة: يعجز بعد صلاح الثمرة فإنه يباع نصيبه ويستأجر عليه منه، فإن كان فضل كان له، وإن كان نقصان اتبع به، زاد ابن يونس: إلا أن يرضى رب الحائط أخذه ويعفيه من العمل فذلك له. وقال ابن يونس في هذه الصورة: لا يجوز أن يساقى غيره ويستأجر من يعمل، فإن لم يجد بيع نصيبه إلى آخر ما تقدم عن التبصرة، وقال فيها أيضاً: وقال ابن القاسم إذا عجز قبل صلاح الثمرة ساقى من أحب أميناً فإن لم يجد أسلم الحائط إلى صاحبه، زاد ابن يونس: ثم لا شيء له ولا عليه. ابن المواز: ولا خير في أن تقول له خذ ما أنفقته، وعلى كلام ابن المواز هذا تبّه الناظم بقوله: وقول خذ ما ناب واخرج متقى. فرع: قال اللخمي: للمساقى أن يساقى غيره عجز أو لم يعجز لأن العمل في الذمة ويجوز أن يدفعه لأمين (وإن لم يكن مثله في الأمانة)، فإن عجز ولم يجد من يأخذه إلا بمثل الجزء الأول كان صاحب المال بالخيار بين أن يساقى على ذلك أو يرد إليه ويكون أحق بما يساقى غيره، انتهى محل الحاجة منه. فرع: إذا عجز العامل قبل

قوله: (وإن لم يكن مثله في الأمانة) قال في المختصر عاطفاً على ما يجوز: ومساقاة العامل آخر ولو أقل أمانة وحمل على ضدها، فإن عجز ولم يجد أسلمه هدرأ. فقوله: ولو أقل أمانة المذهب خلافه وإنه لا بد أن يكون مثله في الأمانة وإن صرح اللخمي بما في المتن قف عليه إن شئت في الشرح من كلام المحققين، نعم يترجح في قول اللخمي في صورة العجز كما في موت العامل كما قدمنا ترجيحه في موت العامل في القراض حيث قال في مختصره: وإن مات فلوارثه الأمين أن يكمله وإلا أتى بأمين كالأول وإلا سلموا هدرأ. فقوله الأمين ظاهره وإن لم يساومونه في الأمانة وهو ظاهر كلامهم. وقوله كالأول أي في مطلق الأمانة إلا أنه يشترط أن يكون مثله في الأمانة بلا تفاوت كما هو ظاهر كلامهم أيضاً، وكان هذا للضرورة وهو الموت وعدم الوارث غير الأمين وجود أمين مثل موروثهم في الغالب، وإذا جاز هذا في هذين الموضعين في القراض الذي يكون بالمسكوك فأحرى في المساقاة، انظر الشرح في القراض والمساقاة تر الأمر عياناً إن شاء الله تعالى، ولا بد من شرط زاده الباجي وغيره، وإن الذي يتولى التجرة في القراض علمه بالتجارة وإلا فلا عبرة بأمانته وهو أمر ظاهر، وكان المصنف سكت عنه لوضوحه، إذ لا معنى لإعطاء الذهب والفضة للتجارة وهو لا يعرفها إذ هذا تغرير بأموال الناس غاية.

الطيب ولم يجد أميناً فقال رب الحائط: أنا أستأجر من يعمل تمام العمل ويبيع ما صار له من الثمرة وأستوفي ما أديت فإن فضل شيء فله وإن نقص اتبعه، فينبغي أن يكون له ذلك كقول ابن القاسم في المتزارعين يعجز أحدهما بعد العمل وقبل طيب الزرع قال: يقال لصاحبه اعمل فإذا يبس الزرع واستوفيت حقلك فما فضل فله وما عجز اتبعته به لأن العمل كان له لازماً فكذلك هذا والله تعالى أعلم. فرع: في المنتخب قلت له: فمن أخذ نخلاً مساقاة ثلاث سنين فعمل في النخل سنة ثم أراد أن يترك النخل ولا يعمل قال ليس ذلك كله كما أنه ليس لرب النخل أن يخرج حتى ينقضي أجل المساقاة، قلت: فإن رضياً أن يتتاركا قبل مضي الأجل قال لا بأس بذلك إذا لم يأخذ أحدهما من صاحبه شيئاً على المتاركة.

فصل في الاغتراس

والاِغْتِرَاسُ جَائِزٌ لِمَنْ فَعَلَ مِمَّنْ لَهُ الْبُقْعَةُ أَوْ لَهُ الْعَمَلُ
وَالْحَدُّ فِي خِدْمَتِهِ أَنْ يُطْعِمَا وَيَقْعُ الْقَسْمُ بِجُزْءِ عُلِمَا
وَلَيْسَ لِلْعَامِلِ مِمَّا عَمِلَا شَيْءٌ إِلَى مَا جَعَلَاهُ أَجَلَا

قال الرصاع في شرح الحدود: المغارسة عقد على تعمير أرض بشجر بقدر معلوم كالإجارة أو كالجعالة أو بجزء من الأصل، وهذا الحد يجمع أصنافها الصحيحة والفاصلة، قال: ولم يجدها ابن عرفة وما زلت أستشكل عدم وسمه لها ولم يظهر قوة جواب عنه انتهى بالمعنى. وأخبر الناظم رحمه الله أن المغارسة جائزة لمن فعلها من مالك البقعة من الأرض أو من العامل وهو الغارس فيها، ولا بدّ فيها من ضرب الأجل كالإطعام أو غيره ممّا يذكر بعد، فإذا أطعمت الأشجار وكان الجعل جزءاً من الأرض فلهما أن يقسما البقعة من الأرض إن شاء ولهما البقاء على الشركة مشاعة. وقوله بجزء علما يتعلق بجائز أي تجوز المغارسة بجزء من الأرض معلوم كالربع أو غيره من الأجزاء، وإلى ذلك كله أشار بالبيتين الأولين، ثم أخبر في الثالث أن العامل أي الغارس لا يملك شيئاً من العوض من أجل عمله، كان العوض جزءاً من الأرض أو نقداً أو عرضاً حتى ينقضي الأجل الذي ضرباه، فما من قوله ممّا عمل مصدرية. قال المتيطي: اعلم أنه يجوز للرجل أن يدفع أرضه إلى من يغرسها نخلاً أو شجراً يسمى أصنافها له، فإذا بلغت النخل كذا وكذا سنة أربعاً أو خمسة أو الشجرة قدر كذا في ارتفاعها وانبساطها ممّا لا يثمر النخل ولا الشجر

فصل في الاغتراس

(ص): والاعتراس جائز لمن فعل. إلى آخر الأبيات الستة. جميع ما ذكره هذا الشارح هنا في المغارسة هو في المتيطي، وإنما أخذ منه شيئاً وترك غيره وكلامه فيما نقله صحيح، وعليه فلا نطيل بالكلام معه في هذا وفي نيتنا أني أفرد للمغارسة فصلاً على سنن اختصار خليل إن شاء الله تعالى وأراد أنه كريم وجواد.

قبل ذلك فالأرض والشجر بينهما نصفين أو على ما اتفقا عليه من الأجزاء، وإن جعلنا ذلك إلى الاثمار كان حسناً لأنه معروف، وإن جعلناه إلى قدر سمياه يثمر الشجر قبله لم يجز، وليس للعامل شيء من أرض ولا شجر حتى يبلغ غرسه إلى ما اشترطه مما ذكرنا جوازه، فيكون له من ذلك الجزء المتفق عليه، ولم تزل المغارسة من عمل الناس قديماً وهي من ناحية الجعل على ما قدمناه وهو قول مالك ومذهبه اهـ. فرع: قال ابن سلمون: ولا شيء للعامل حتى يبلغ الحد المشروط، فإن أثمر البعض دون البعض فإن كان الذي أثمر أكثرها كان الغير تبعاً واقتسما الجميع، وإن كان الأقل فإن كان إلى ناحية بعينها كانت بينهما وسقط عن العامل العمل فيها ويعمل الباقي حتى يثمر، وإن كان مختلطاً لزمه العمل في الجميع حتى يتم مطعمه، وهل يكون ما أثمر من ذلك بينهما أم لا؟ في ذلك قولان: أحدهما: أنه لا شيء للعامل فيما نبت حتى يكون الجل فيستحق حظه من الجميع. والثاني: وهو قول أشهب أنه إذا ماتت النخل كلها إلا ثلاث نخلات فهي بينهما اهـ. فرع: فإن كانت في الأرض ثمرة فهي لصاحب الأرض ولا يكون للعامل فيها حق ولا يسوغ له أن يشترط أن تكون بينهما مع الغرس للعامل أجرة سقيها وعلاجها، وما نبت فيها في اثنان المغارسة مما لم يعلما به، وإن كان العامل لم يفرسها فإنها تكون بينهما مع الغرس. فرع: وإن كانت المغارسة في أنواع من الثمر فلا تجوز إلا أن يكون أمد إطعامها واحداً أو متقارباً، فإن كان بين ذلك بعد فالمغارسة فاسدة، ولا تجوز المغارسة إلا في الأصول خاصة. فرع: وإذا بلغ الغرس الحد المشروط وجب للعامل حظه، فإن بقي لم يقتسماه واحترق الغرس أو طرأت عليه آفة فإن الأرض تكون بينهما إذ قد استحق العامل حظه منها بتمام الغرس، قال جميع ذلك ابن سلمون.

وَشَرَطُ بَقِيَا غَيْرِ مَوْضِعِ الشَّجَرِ لِرَبِّ الْأَرْضِ سَائِغٌ إِذَا صَدَرَ
وَشَرَطُ مَا يَثْقُلُ كَالْجِدَارِ مُمْتَنِعٌ وَالْعَكْسُ أَنْزَجَارِ
وَجَازٌ أَنْ يُغَطَّى بِكُلِّ شَجَرَةٍ تَنْبُتُ مِنْهُ حِصَّةٌ مُقَدَّرَةٌ

بقيا اسم مصدر بمعنى بقاء، يعني أنه يسوغ أن يشترط رب الأرض على العامل أن يبقى لرب الأرض ما عدا مواضع الشجر من الأرض وإلى ذلك أشار بالبيت الأول، ثم أخبر في البيت الثاني أن اشتراط رب الأرض على العامل ما يثقل عمله ويحتاج إلى كثير العمل لا يجوز وعكسه وهو اشتراط ما لا يثقل ولا كبير عمل فيه جائز. وقال المتيطي: وإن تغارسا على أن يكون الشجر بينهما نصفين ولهما أصولهما من الأرض وبقية الأرض لربها جاز اهـ. والشاهد لفقهاء البيت الأول قوله وبقية الأرض لربها جاز، ومثله في ابن سلمون وزاد: وإن كانت على الشجر خاصة دون مواضعها من الأرض أو على الأرض دون الشجر لم تجز، فإن نزل كان للعامل أجر عمله اهـ. وفي المتيطية أيضاً: وكذلك إن شرط عليه بنيان جدار حول الأرض مما تكثر النفقة فيها لم تجز وهو غرر لأن الغرس ربما لم يتم ويهلك قبل بلوغ الحد المشروط فيه فترجع الأرض إلى ربها وقد انتفع بتنقيتها والبنيان حولها ويذهب عمل العامل باطلاً. أما إن كان فيها لمع يسيرة من الشعراء تخف

إزالتها فلا بأس باشتراط ذلك عليه كاشتراط ما ذكرناه من إقامة زرب أو حفر شرب اهـ . والشعراء الشجر الكثير نقله الجوهري عن أبي عبيد . ثم أشار في البيت الثالث إلى قول المتيطي وابن سلمون واللفظ للأول . الوجه الثاني أن تكون المغارسة على وجه الجعل مثل أن يقول له اغرس لي شجرة في هذه الأرض أصولاً تيناً أو كرمياً أو ما أشبه ذلك ولك في كل ثمرة تنبت كذا وكذا فهو جائز على حكم الجعل المحض اهـ . ونائب يعطي للعامل وضمير منه للغرس وحصه مفعول ثان ليعطي وباء بكل للعوض كما في اشترت الفرس بألف وفي اشتروا الضلالة بالهدى والله تعالى أعلم . فرع : إذا أراد العامل بيع نصيبه قبل بلوغ الشباب من رب الأرض أو من غيره ممن يقوم على الغرس إلى تمامه بذلك الجزء الذي أخذها هو به فنقل ابن سلمون عن مسائل ابن الحاج أن البيع لا يجوز لأنه لم يجب له نصيب إلا أن يبلغ الشباب المتفق عليه ، قال : ولو مات عن ورثة كانوا أحق بعمله أو يتركه . ثم نقل عن مسائل ابن رشد أن ذلك جائز ، ولا كلام لرب الأرض في ذلك إن أدخل في المغارسة غيره على شيء يأخذ منه اهـ . باختصار فراجع ذلك فإن ظاهره الخلاف . فرع : إذا ادعى أحد المتغارسين الصحة وادعى الآخر الفساد فالقول قول مدعي الصحة ، (وقيل لمدعي الفساد لغلبته) في المغارسة والله أعلم .

فصل في المزارعة

إِنْ عَمِلَ الْعَامِلُ فِي الْمَزَارَعَةِ وَالْأَرْضُ مِنْ ثَانٍ فَلَا مَمَانَةَ
 إِنْ أَخْرَجَا الْبَذْرَ عَلَى نِسْبَةِ مَا قَدْ جَعَلَاهُ جُزْءًا بَيْنَهُمَا
 كَالنُّضْفِ أَوْ كِنُضْفِهِ أَوْ السُّدُسِ وَالْعَمَلُ الْيَوْمَ بِهِ فِي الْأَنْدَلُسِ

قوله : (وقيل لمدعي الفساد لغلبته الخ) المذهب خلاف هذا ، وإن الراجح هو قول مدعي الفساد حيث غلب ، انظر عند قول المختصر والقول لمدعي الصحة إلا أن يغلب الفساد ، أي فالقول لمدعي الفساد حيث غير هذا هو القول المتبع والمرتضى عند الشيوخ ، وانظر عند قول المختصر في فصل المساقاة والقول لمدعي الصحة فالمذهب هو ما ذكرناه ، وإن اقتصر المصنف هنا في المساقاة على ما رأيته لكن يقيده ما تقدم في البيع ، وابن ناجي صرح بأن المشهور فيها هو قول مدعي الصحة ، ثم حكى ما ذكرناه أنه هو الراجح وعلل ما ذكره بقوله ما نصه لأنه الأصل الخ ، وفي استدلاله ضعف لأن الأصل عارضه الغالب وهو غلبة الفساد ، وأول قاعدة في المعيار أن الغالب يقدم على الأصل إلا في مسألتين ليست هذه منهما ، والتثاني تبع ابن ناجي وليس ذلك هو المذهب مع أن ابن ناجي ما يقتصر عليه خليل يعبر عنه بالمشهور ، استقرينا ذلك من شروحه على المدونة والرسالة ولم يبق لنا شك في ذلك ، انظر الشرح في المواضع المذكورة يظهر لك صحة ما قلنا إن شاء الله سبحانه وتعالى بلا حد ولا تناه .

فصل في المزارعة

(ص) : إن عمل العامل في المزارعة . إلى آخر الأبيات الأربعة .

وَالْتُرِمَتْ بِالْعَقْدِ كَالِإِجَارَةِ وَقِيلَ بَلْ بِالْبَدْءِ لِلْعِمَارَةِ

تكلم في هذه الأبيات وما بعدها على المزارعة وهي كما قال ابن عرفة: الشركة في الحرث، وأفاد الناظم في الأبيات مسألتين. (إحدهما): أحد صور المزارعة الجائزة وهي أن تكون الأرض من واحد والعمل على الآخر والزريعة بينهما على قدر ما اتفقا عليه في

قوله: (إحدهما الخ) الذي جرى به العمل كما في المفيد وغيره هو خلاف ما في المختصر، ففي المفيد ما نصّه: قال عيسى بن دينار إذا سلما في الشركة من كراء الأرض بما يخرج منها فلا بأس بالتفاضل ممن كان والشركة جائزة إذا اعتدلا في الزريعة ولو لم يقوموا بالعمل ولا عرفا كراء الأرض، ويقول جري العمل قاله الباجي في وثائقه اه. بلفظه. وقال ابن الناظم: عليه العمل اليوم. وفي نقل المتطي عن ابن دينار بعض مخالفة لهذا الخ. وإلى هذا أشار المواق بقوله ما نصّه: والذي نقله أهل كتب الأحكام أن الذي جرى به العمل أن المتزارعين إذا سلما من كراء الأرض بما يخرج منها فلا بأس بالتفاضل ممن كان، وشركتهما جائزة إذا اعتدلا في الزريعة وإن لم يقوموا بالعمل ولا عرفا كراء الأرض وهو قول عيسى بن دينار اه. وهذا هو كلام ابن رشد أو يرجع إليه في الجملة، وكلام ابن رشد نقله ابن عرفة والمصنف في التوضيح وغيرهما وسلموه، ونص ابن رشد أثناء كلامه في المزارعة ما نصّه: وقال سحنون ذلك جائز أي التفاضل وإن تفاحش وتبين التفاضل إذا كان في العوض، وأما إذا أخرج أحدهما شيئاً منفرداً له بال ولم يخرج عنه صاحبه عوضاً فلا يجوز والقول الأول أقيس، وهو إجازة التفاضل بكل حال على القول بتغليب الإجارة ولزوم العقد اه. بلفظه. وقوله: ولزوم العقد أي على القول بأن المزارعة تلزم بالعقد كما تقدم في كلامه، والقول باللزوم بالعقد قوي غاية كما تراه قريباً إن شاء الله تعالى. والقول بجواز كراء الأرض مما يخرج منها قاله أبو حنيفة وجماعة كثيرة من أهل المذهب، انظر ذلك في الشرح هنا في مواضع أو في موضعين، وفي صدر كتاب الإجارة عند قول المختصر: وكراء الأرض، وقد تحصل أن الأمر في المزارعة خفيف، والحمد لله على اختلاف الأمة مع احتياج الناس لها غاية إذ بها القوام لجميع الأنام، بل المزارعة جائزة على كل حال على ما هي عليه الآن عند الناس مع كون الخماس فيه أمور مخالفة لما قاله غير واحد من العلماء، ولكن الجواز مطلقاً في مسألة هو الحق للضرورة الداعية لذلك، وبذلك أفتى غير واحد من المتأخرين، ولكن إن أردت تحقيق هذا فانظر الشرح في فصل المزارعة، والعجب العجاب بفضل الفتاح الوهاب وكل من يفسخ مسألة الخماس التي جرى بها العمل على ما هي عليه فهو مخطيء. وكلام ابن عرفة في مسألة الخماس والمقائي وغيرهما معترض، قف على ذلك إن شئت في الشرح في كلام المتأخرين، ولو كان في الخماس إعطاء الجلابية وغير ذلك مما جرت العوائد في البلاد فذلك كله لا يفسد مسألة الخماس للضرورة، والحاصل من ارتاب فلي نظر العرب بالباب، وأن كلام ابن رشد هو في مسألة الخماس لا كما قال ابن عرفة، وقد نقلنا في المسألة تأليفاً في الحقيقة سميناه رفع الالتباس عن شركة الخماس فقف عليه تر ظلم القضاة للخماس غاية حيث يفسخون شركته مع ضعفه وكثرة مشقته والشرع العزيز من جهته فإنا لله وإنا إليه راجعون، اللهم يا من له الرحمات التي ليس لها نهايات ارحمنا وسامحنا وعلم جاهلنا بمتك ومنتك ورحمتك نعم من وسع عليه، ويتأتى له دائماً الشركة على الوجه المتفق عليه فيطلب منه أن يذهب على الأمر المتفق عليه فافهم.

الزرع الذي يطلع في الصيف، فإن اتفقا على أنه بينهما أنصافاً فالزريعة كذلك، أو على أن الثلث لواحد والثلثان لآخر، فعلى صاحب الثلث الزريعة وعلى صاحب الثلثين ثلثاها وهكذا على هذه النسبة، وإلى هذا أشار بالبيتين الأولين. ثم مثل الجزء الذي اتفقا عليه بالنصف ونصفه وهو الربع وبالسدس ونحوها وقال الناظم: وعلى هذا الوجه العمل في زمانه، والأندلس بفتح الهمزة وسكون النون وفتح الدال المهملة وضم اللام وآخره سين مهملة وهي جزيرة متصلة بالبر الطويل، والبر الطويل متصل بالقسطنطينية العظمى، وإنما قيل للأندلس جزيرة لأن البحر محيط بها من جهاتها إلا الجهة الشمالية وهي مثلثة الشكل، والركن الشرقي منها متصل بجبل يسلك منه إفرنجة ولولاه لاختلط البحران. وحكي أن أول من عمرها بعد الطوفان أندلس بن يافث بن نوح عليه السلام فسميت باسمه اهـ. من مختصر ابن خلكان. ونقل صاحب المعيار بعد نحو ستة عشر ورقة من نوازل الأحباس عن القاضي أبي الفضل عياض في بعض أجوبته أن الأندلس كانت للنصارى دمرهم الله ثم أخذها المسلمون، فمنها ما أخذ عنوة ومنها ما أخذ صلحاً ثم أسلم بعض أولئك النصارى وسكنوها مع المسلمين اهـ. واحترز بقوله إن أخرج البذر على نسبة الخ مما إذا لم يكن على تلك النسبة وفي ذلك وجهان: أحدهما: جائز أيضاً كما إذا أعطى واحد ثلث الزريعة والعمل عليه على أن له في الزرع النصف، وأعطى الآخر ثلثي الزريعة مع الأرض وله في الزرع النصف أيضاً فالسدس من الزريعة الذي فضل به هذا شريكه في مقابلة العمل فلا محذور فيه، فمفهوم الشرط بالنسبة لهذا الوجه مفهوم موافقة. الوجه الثاني: أن يزرع العامل ثلثي الزريعة وعلى صاحب الأرض الثلث والزرع بينهما نصفين فهذا الوجه ممنوع لأن السدس من الزريعة الذي فضل به صاحب العمل صاحب الأرض هو في مقابلة الأرض فيمنع لمنع كراء الأرض بما تنبت، ومفهوم الشرط بالنسبة لهذا الوجه مفهوم مخالفة، وهذه الأوجه الثلاثة أعني الوجه المنطوق ووجهي المفهوم يشملهما قول الشيخ خليل منطوقاً ومفهوماً إن لم ينقص ما للعامل عن نسبة بذره لأنه صادق بالمساواة بين ما بذر وبين ما يأخذ، وهذه صورة المنطوق في النظم، وبما إذا زاد ما يأخذه العامل من الزرع على نسبة بذره وهو الوجه الأول من وجهي المفهوم، ومفهومه أن نقص ما للعامل من الزرع كالنصف وقد أعطى ثلثي الزريعة لم يجز وهذه صورة مفهوم المخالفة. المسألة الثانية مما اشتملت عليه الأبيات: الخلاف في لزوم المزارعة بالعقد كالإجارة أو بالشروع في العمل، أما المسألة الأولى فقال في الرسالة والشركة في الزرع جائزة إذا كانت الزريعة منهما جميعاً والربح بينهما كانت الأرض لأحدهما والعمل على الآخر أو العمل بينهما واكتريا الأرض أو كانت بينهما اهـ. فقوله كانت الأرض لأحدهما والعمل على الآخر هذه مسألة المؤلف، وتقدم أن جوازها مقيد بما إذا لم ينقص ما للعامل من الزرع عن نسبة بذره، والثانية في الرسالة هي الاشتراك في الزريعة وفي الأرض وفي العمل وهي جائزة أيضاً اتفاقاً نقله القلشاني عن عياض. وأما المسألة الثانية فقال المتيطي: الشركة في الزرع جائزة وهي لازمة العقد كالكراء والبيع بخلاف القراض والجعل وهو قول ابن الماجشون وسحنون وابن كنانة والقاسم في كتاب ابن سحنون.

(وقيل: إن المزارعة) لا تلزم بالعقد ولكل واحد منهما أن ينفصل عن صاحبه ما لم يبذر

قوله: (وقيل إن المزارعة الخ) هذا وقع فيه خلاف قوي غاية. فائدة: مدار صحة الشركة اتفاق المخرج من المال للربح في شركته، واتفاق الأعمال في شركة الأبدان للربح أيضاً، وسلامة كراء الأرض بما يخرج منها في المزارعة، ولكن جرى العمل في المزارعة بعدم شرط التساوي إذا سلم من كراء الأرض بما يخرج منها مع التساوي في البذر، وانظر صدر الشركة عند قول خليل: ولزمت بما يدل عرفاً وشركة الأموال تلزم بالمذهب وقيل بالخلط، وفي المزارعة ثلاثة أقوال تراها في نظمنا وقد قلنا في هذا ما نصّه:

فذات زرع دون ما تحامل	بالعقد أو البذر أو بالعمل
مذهبها الثاني وثالث قضى	به وغيرها بعقد ارتضى
أو مع عقد عند قوم علما	في ذات مال فاحفظن ما نظما
والوفيق بين مخرج من مال	أو عمل للربح خذ مقالي
هو الذي به اشتراك صححا	في كل شركة على ما اتضحا
مع انتفاء كون أرض عرضت	ببذرها فهاكها قد كملت
وعمل بذات زرع قد جرى	بعدم التساوي فافهم ما طرا
مع التساوي في طعام يبذر	فهاكها منظومة تقرر

وربما يفهم من قولهم هنا أو مع الخلط أن شركة الأبدان لزومها بالقول إذ لا خلط ينتظر بعد إلاً باعتبار الآلات وهذا هو الظاهر، وإنما لم أدرج ذلك في النظم لأنني لم أجد من حرر ذلك فيها باعتبار، وقد ذكرنا الخلاف فيها في الشرح عند قول المتن في باب الشركة ككثير الآلة هل تلزم بالعقد أو بالشروع؟ والظاهر مع ذلك هو اللزوم بالعقد، وانظر كلاماً عند كلامنا على الخماس في هذا فإن شركة العمل شبهوها بالقراض، وإذا قلنا في المزارعة اللزوم بالبذر أو بالعمل ووقع أحدهما فإن الشريك يلزمه أن يتم مع شريكه ما جرت العادة به أن يتم الشريكان خلافاً لمن قال كابن رشد إنما تلزم فيما نذرا فقط، وبيّننا ذلك في الشرح ووجهناه بما يثلج له الصدر من كلام الناس وهو الذي ينتفي منه معه الضرر ويقويه مراعاة القول باللزوم بالعقد إذا اختاره الناس كما في الشرح، وذلك أن المسألة فيها خلاف كما أشرنا إليه. قال ابن ناجي: قيل المزارعة تلزم بالعقد. قال سحنون وابن الماجشون وابن كنانة وابن القاسم في كتاب ابن سحنون وقيل بالشروع في العمل قاله ابن كنانة في المبسوط، وبه جرت الفتوى بقربة، وقيل لا تلزم إلاً بالإبذار قاله ابن القاسم في المدونة الخ. وأصله في ابن رشد وابن عرفة المتيطي غير أنه قال في العمل به جرت الفتوى بالأندلس، وإنما مرّ في المختصر على القول بالإبذار حيث قال: لكل فسخ المزارعة إن لم يبذر لأنه قول ابن القاسم فيها، وقال في المختصر بعيد هذا إلاً لتبرع بعد العقد مراده بعد العقد على بابه لا كما قاله غير واحد أن المراد به البذر إذ به هو اللزوم على ما مرّ عليه في مختصره، وإنما قال المصنف إن لم يبذر ثم قال إلاً لتبرع بعد العقد رعاية لمن قال اللزوم بالعقد إذ هو قول قوي كما بيّناه في الشرح عن ابن ناجي وغيره، فافهم هذا وشدّ يدك عليه وأبذ ما يخالفه وإن ارتبت فانظر كلام الناس.

وهو قول ابن القاسم في المدونة ورواية أصبغ عنه، وقيل إنها لا تلزم إلا بالعمل كالشركة وبه جرت الفتيا بالأندلس اهـ. وعلى لزومها بالبذر ذهب الشيخ خليل حيث قال: لكل فسخ المزارعة إن لم يبذر، وقد تقدم أول فصل الجعل الخلاف في لزومها بالعقد، وقول الشيخ ابن غازي:

لكن في الغراس والمزارعه والشركات بينهم منازعه

وقول الناظم: وقيل بل بالبده للعمارة يحتمل أن يريد القول الثاني في نقله المتيطي وهو لزومها بالبذر وهو الظاهر لأنه قول ابن القاسم في المدونة، ويحتمل أن يريد القول الثالث عنده وهو العمل وكأنه أعم من البذر والله أعلم.

وَالدَّرْسُ وَالثَّقَلَةُ مَهْمَا اشْتَرِطَا مَعَ عَمَلٍ كَانَا عَلَى مَا اشْتَرِطَا

يعني أن العمل المذكور في المزارعة هو الحرث فقط، وأما الحصاد والنقلة والدرس والتصفية فلا تندرج في العمل عند السكوت عنها، بل إن اشترطت على العامل كانت عليه وإلا كانت عليهما، على أن في اشتراط ذلك على العامل خلافاً أجازه في رواية حسين بن عاصم عن ابن القاسم ولم يجزه سحنون قال: لأنه لا يدري هل يتم ولا كيف يكون، قال: والعمل المذكور في المزارعة إنما هو الحرث فقط نقله الشارح عن المتيطي، وعلى الجواز ذهب الناظم، وقوله: مهما اشترطا يعني أو كان ذلك العرف بين الناس فإنه كالشرط، ومفهوم قوله مهما اشترطا أنهما إذا لم يشترطا كان عليهما معاً والله سبحانه وتعالى أعلم.

وَالشَّرْطُ أَنْ يَخْرُجَ عَنِ مَعْمُورٍ
وَلَيْسَ لِلشَّرْكَةِ مَعَهُ مِنْ بَقَا
وَحَيْثُ لَا يَبِيعُ وَعَامِلٌ زَرَعَ
مِثْلَ الَّذِي أَلْفَى مِنَ المَحْظُورِ
وَبَيْعُهُ مِنْهُ يَسُوعُ مُطْلَقًا
فَعَزْمُهُ القِيَمَةَ فِيهِ مَا امْتَنَعَ

المراد بالعمارة قلب الأرض وحرثها، يعني إذا قلب رب الأرض أرضه ثم عقد المزارعة فيها واشترط على الشريك أن يقلب الأرض عند خروجه ويتركها مقلوبة كما وجدها فإن ذلك محظور أي ممنوع شرعاً وتفسخ الشركة بسببه وإلى ذلك أشار بالبيت الأول وشطر الثاني بقوله الشرط مبتدأ خبره من المحظور بالطاء المشالة كقوله تعالى:

(ص):

(وَالدرس والنقلة مهما اشترطا مع عمل كانا على ما اشترطا)

مضمون هذا البيت لم أجد عندهم فيه ما يشفي، والناظم تابع للمتيطي، فإنه ذكر مضمون هذا الكلام المنظوم وما شرح به هذا الشارح، وابن الناظم أشار إلى أن هذا يشكل مع قول ابن دينار الذي لا يشترط في العمل أن يكون متساوياً كما تقدم قريباً، وذكر أن اشتراط العمل على رب الأرض ماض باعتبار حظه والعامل يعمل حظه منه.

(ص): والشرط أن يخرج عن معمور، إلى آخر الأبيات الثلاثة

﴿وما كان عطاء ربك محظوراً﴾ [الإسراء: ٢٠٠] ومثل بالخفض صفة لمعمور وضمير معه يسكون العين الشرط وكنى عن فسخ الشركة بنفي بقائها مع الشرط المذكور، ومعنى قوله ويبيعه منه يسوغ مطلقاً أنه يجوز لرب الأرض أن يبيع المعمور أي العمارة من الشريك في نفس العقد بثمن معجل أو مؤجل وهو مراده بالإطلاق، فإذا لم يبيعه منه وزرع العامل والمسألة بحالها من كون الأرض مقلوبة فلا يمتنع أن يغرم العامل قيمة العمارة، فما من قوله ما امتنع نافية، وأشار بهذه الأبيات إلى قول ابن سلمون: فإن كانت في الأرض عمارة لصاحبها فلا يجوز أن يشترط على العامل أن يخرج عن مثلها فإن فعل ذلك فسخت الشركة ويجوز له أن يبيعهما منه في نفس العقد بثمن معجل أو مؤخر، فإن لم يبيعهما وزرعها العامل على أن يخرج عن مثلها حين انفصال الشركة فإنه تقوم الأرض بتلك العمارة وعمل العامل، فما فضل من قيمة كراء الأرض بتلك العمارة على قيمة عمل العامل أو من قيمة عمل العامل على كراء الأرض أخذه منه صاحب الزيادة اهـ. ونحوه نقل الشارح عن الوثائق المجموعة وزاد أنهما إذا جهلا ذلك ولم يدخل على قيمة وذهب العامل إلى أن يخرج بلا عمارة يعمرها كان ذلك له، وكان لصاحب العمارة عليه قيمة العمارة التي دخل عليها يصفها العامل لأهل البصر بعمارة الأرضين، ويحلف على ما يصف منها إن لم يوافقه رب الأرض على ما يصف ثم يغرم ما يقومها به أهل البصر، وإن ذهب العامل إلى أن يصفها رب الأرض كان ذلك له، فإن وصف صاحب الأرض ما يوافق عليه العامل كان على العامل قيمة ذلك، فإن خالفه حلف رب الأرض على ما يصفه ثم يغرم العامل قيمة ذلك إلا أن المبدأ بالصفة واليمين العامل، فإن تجاهلا معاً الصفة قيل لهما اصطلاحاً بينهما فإن دخل على عمارة بغير قيمة ثم عمر العامل الأرض كان عليه قيمة ما دخل عليه اهـ. وفي هذا الكلام زيادة على ما نحن بصده.

فائدتان: الأولى: إن وصف التالف على الذين يغرم قيمته وإن شاء الغارم رد ذلك إلى رب الشيء كما تقدم بيانه. **(الثانية:** أن ما جهله) الخصمان يؤمران فيه بالصلح (وراجع الشارح) على أن في بيع العمارة من العامل في نفس العقد اجتماع البيع والشركة وتقدم أن ذلك ممنوع.

وَحَقُّ رَبِّ الْأَرْضِ فِيمَا قَدْ عَمَرَ بَاقٍ إِذَا لَمْ يَنْتَبِطِ الَّذِي بَدَّرَ
بِعَكْسِ مَا كَانَ لَهُ نَبَاتٌ وَلَمْ يَكُنْ بَعْدَ لَهُ نَبَاتٌ

تقدم أن المراد بالعمارة قلب الأرض، يعني أن العامل إذا قلب الأرض وزرعها فلم

قوله: **(الثانية أن ما جهله الخ)** هذا صحيح ذكرناه في كتاب الصلح، وهذا صلح للضرورة من جهة أن التوصل للمعرفة متعذر. قوله: **(وراجع الشارح الخ)** كلام الشارح طويل، وذلك المشار إليه هو أن البيع والشركة إذا لم يكن خارجاً عنها فذلك جائز، والمسألة ذات خلاف قوي ذكرناه صدر الشركة عند قول المختصر بذهبين الخ.

(ص): وحق رب الأرض فيما قد عمر. إلى آخر البيتين. مضمون هذين البيتين ظاهر.

ينبت زرعه فحقه باق في العمارة وله أن يزرعها مرة أخرى أو يبيعها ممن شاء، وإذا نبت زرعها ثم أصابته آفة وهلك فلا يبقى له حق في العمارة، وأشار بذلك لقول ابن فتحون في تمهيده: وإذا كانت للعامل عمارة في الأرض فزرعها ونبت زرعها ثم بطل بعد ذلك فلا يبقى له حق في العمارة، وإن لم ينبت فحقه باق في العمارة وله أن يزرعها مرة أخرى أو يبيعها ممن شاء اهـ. ونقله ابن سلمون ونحوه في المتيطية إلا من حق الناظم أن يقول: وحق ذا العامل فيما قد عمر كما تقدم في النقل لإرث الأرض كما قال. وقد جوز الشارح أن يكون ذلك من الناظم سبق قلم أو مقصوداً يعني أنه قصد أن ينص على ثبوت حق رب الأرض في مثل هذه الصورة إذا أدخل مزارعاً آخر وكان زرع الأول لم ينبت فيكون له من البيع وأخذ القيمة مثل ما مضى في الأبيات قبل هذه، والله سبحانه وتعالى أعلم.

وَجَازَ فِي الْبَذْرِ اشْتِرَاكَ وَالْبَقْرِ إِذَا كَانَ مِنْ نَاحِيَةِ مَا يُعْتَمَرُ

يعني أن من أوجه المزارعة الجائزة أن تكون الأرض من واحد والزريعة والبقر عليهما معاً. فقوله اشتراك هو فاعل جاز والبقر معطوف على البذر أي جاز الاشتراك في البذر وفي البقر إن كان ما يعتمر وهو الأرض من عند أحدهما، (ولعل هذا) في الأرض التي لا خطب لكرائها، قال ابن عبدوس: إنما أجاز مالك أن تلغى الأرض التي لا خطب لها إذا تساوى في إخراج الزريعة والعمل اهـ. على نقل المواق.

وَالزُّرْعُ لِلزَّرَاعِ فِي أَشْيَاءَ وَرَبُّ الْأَرْضِ يَأْخُذُ الْكِرَاءَ
كَمَثَلِ مَا فِي الْغَضْبِ وَالطَّلَاقِ وَمَوْتِ زَوْجَيْنِ وَالِاسْتِخْقَاقِ

يعني أن من زرع في أرض غيره فإن الزرع الذي يحصل يكون للزارع وليس لرب الأرض إلا كراء أرضه وذلك في أشياء، منها من غصب أرضاً وزرعها ولم يقر ربها حتى فات وقت الزراعة، وكمن أمتعته زوجته أرضاً فزرعها ثم طلقها أو مات أحد الزوجين، وكمن اشترى أرضاً أو ورثها فزرعها ثم استحققت من يده فالزرع الذي يحصل في هذه المسائل هو للزارع وليس لرب الأرض إلا كراؤها. قال ابن يونس: قال ابن القاسم: من تعدى على أرض رجل فزرعها فقام ربها وقد نبت الزرع، فإن قام في إبان يدرك فيه

(ص):

(وجاز في البذر اشتراك والبقر إن كان من ناحية ما يعتمر)

قوله: (ولعل هذا الخ) إلغاء الأرض الرخيصة قال فيها في المختصر مشبهاً في عدم الجواز ما نصه كإلغاء أرض وتساوي غيرها أو لأحدهما أرض رخيصة وعمل على الأصح الخ. والأولى لها خطب والثانية لا خطب لها ولذلك عبر عنها بقوله رخيصة، وإلغاء الرخيصة إنما يجوز إن لم يقابلها بذر، فافهم وقف على الشرح في هذا.

(ص): والزرع للزارع في أشياء. إلى آخر البيتين.

الحرث فله قلعه يريد يلي قلعه المتعدي، (وإن فات الإبان فله كراء أرضه). وقال في الوثائق المجموعة: فإن غفل رب الأرض ولم يأمر الغاصب بتحويل الأرض حتى خرج أو ان الزراعة كان الزرع للغاصب وكان عليه كراء الأرض اه. وتقدم فصل في أحكام من الكراء والاستظهار بالنقول على حكم الزوج الممتنع بعد الطلاق والموت الطارئ لأحد الزوجين بعد أن حرث أرض الزوجة وأن الزرع له على كل حال ويلزمه كراء الأرض على تفصيل فيه فراجعه إن شئت. وفي الوثائق المجموعة أيضاً: وإن استحق الأرض في إبان الزراعة وقد زرعها الذي هي في يده لم يكن للمستحق قلع زرعه وكان على الزارع كراء الأرض لذلك العام خاصة.

وَالْخُلْفُ فِيهِ هَاهُنَا إِنْ وَقَعَا مَا الشَّرْعُ مُقْتَضٍ لَهُ أَنْ يَمْنَعَا
 قِيلَ لِذِي البذرِ أَوْ الحِرَاثِ أَوْ مُخْرِزٍ لِاثْنَيْنِ مِنْ ثَلَاثِهِ
 الأَرْضِ وَالْبَذْرِ وَالاعْتِمَارِ وَفِيهِ أَيْضاً غَيْرُ ذَلِكَ جَارِ

يعني أنه اختلف في الزرع في باب المزارعة لمن يكون إذا وقع عقد المزارعة على الوجه الذي مقتضى الشرع منعه على ثلاثة أقوال: قيل يكون لصاحب البذر أي الزريعة وهي رواية ابن القاسم يعني ويؤدي لأصحابه كراء ما أخرجوه قاله في الجواهر. وقيل للذي حرث الأرض وقلباها أي لصاحب العمل لأنه تقدم أن العمل المذكور في باب المزارعة إنما هو الحرث فقط وهو قول أشهب. وقيل لمن له اثنان من ثلاثة وهي الأرض والبذر والاعتماد وهو الحرث والقلب وهو قول ابن القاسم واختاره ابن المواز، فيكون لمن له الأرض مع البذر أو الأرض مع الاعتماد أو البذر مع الاعتماد. زاد في الجواهر ما نصه: فإن كانوا ثلاثة واجتمع لكل واحد شيان منها وانفرد كل واحد منهم بشيء كان الزرع بينهم أثلاثاً، وإن اجتمع لأحدهم شيان منها دون صاحبيه كان له الزرع دونهما وهو مذهب ابن القاسم، واختاره أبو محمد على ما تأول أبو إسحاق التونسي اه. وهذه الثلاثة التي في المزارعة بين اثنين هي التي حكى الناظم ثم قال: وفيه أيضاً غير ذلك جار أي وفيمن يكون له الزرع غير ما تقدم وذلك ثلاثة أقوال أخر على ما حكى في الجواهر،

قوله: (وإن فات الأبان فله كراء أرضه الخ) هذا مذهب المدونة والمشهور ومقابلة قوي غاية، وربما يكون أقوى مما في المدونة، ومما ذكر أنه المشهور وقد أفتى به المحققون، وأن الزرع يكون لرب الأرض المتعدي عليه في أرضه، وللمتعدي نفقته، وقد جلبنا كلام الناس المتأخرين والمتقدمين في ذلك وبهذا صرح المازري وانتصر له غاية واختاره غير واحد، وهو المناسب لزماننا لكثرة التعدي على الأرض لا سيما إن ملكها المساكين والضعفاء وهو عرضنا ما نقلناه على أشياخنا فاستحسنوا ذلك غاية، ولو وجدنا من يوافقنا على هذه الفتوى لم نفت بغيرها أصلاً ولكن لا قدرة لأمثالنا على أمثال هذا، ويكفينا إن شاء الله تعالى النية أن لو قدرنا لفعلنا.

(ص): والخلف فيه ههنا إن وقع. إلى آخر الأبيات الثلاثة. كلام هذا الشارح كاف في المسألة.

أحدها: أن الزرع لمن اجتمع له شيئان من ثلاثة أشياء على هذا الترتيب وهي: الأرض والبقر والعمل. الثاني: أنه لمن اجتمع له شيئان من أربعة أشياء على هذا الترتيب أيضاً وهي: الأرض والبذر والبقر والعمل. الثالث: قال ابن حبيب: وإن سلمت المزارعة من كراء الأرض بما يخرج منها كان الزرع بينهم على ما اشترطوه وتعادلوا فيما أخرجوه، فإن دخله كراء الأرض بما يخرج منها كان الزرع لصاحب البذر، انتهى على نقل الشارح. ومما ينسب للشيخ ابن غازي في نظم هذه الأقوال الست:

الزرع للعامل أو للباذر في فاسد أو لسوى المخابر
أو من له حرفان من إحدى الكلم «عاب» و «عاث ثاعب» لمن فهم
فقوله الزرع للعامل هو القول الثاني مما تقدم. وقوله أو للباذر هو القول الأول.
وقوله في فاسد أي موضوع هذه الأقوال ما فسد من المزارعة. وقوله أو لسوى المخابر
وهو القول السادس، والمخابر هو مكري الأرض بما يخرج منها. وقوله: أو من له
حرفان من إحدى الكلم عاب العين رمز للعمل والألف للأرض والباء للبذر وهو القول
الثالث، وعاث هو إشارة للقول الرابع، فالعين للعمل والألف للأرض والباء للثور رمز له
بالباء دون الباء التي في أول البقر لثلا يلتبس بالبذر، وعاث الثاء للثور والألف للأرض
والعين للعمل والباء للبذر وهو القول الخامس.

وَقَوْلُ مُدْعٍ لِعَقْدِ الْاِكْتِرَاءِ لَا الْاَزْدِرَاعِ مَعَ يَمِينٍ أَوْ ثَرَا
وَ حَيْثُ زَارِعٌ وَ رَبُّ الْأَرْضِ قَدْ تَدَاعَى فِي وَضْفِ حَرْثٍ يُغْتَمَدُ
فَالْقَوْلُ لِلْعَامِلِ وَالْيَمِينِ وَقَلْبُهَا إِنْ شَاءَ مُسْتَبِينُ

اشتملت الأبيات على مسألتين: الأولى: إذا اختلف الزارع ورب الأرض فادعى أحدهما الاكتراء وادعى الآخر الازدراع فالقول قول مدعي الاكتراء منهما مع يمينه. قال في المتيضية: وإن ادعى رب الأرض المزارعة والعامل الكراء قال ابن حبيب: فالعامل مصدق مع يمينه ولا يقبل منه إن قال دفعت الكراء، ولو ادعى العامل المزارعة ورب الأرض الكراء فالقول قول رب الأرض مع يمينه. وروى حسين بن عاصم عن ابن القاسم مثله اه. وإلى هذا أشار بالبيت الأول بقوله فيه: وقول مدع لعقد الاكتراء، يعني سواء كان مدعي الاكتراء هو رب الأرض أو الزارع. وقوله: لا الازدراع بالخفض عطف على الاكتراء. وقوله مع يمين أي على مدعي الاكتراء وأوثر أي فضل خبر قول إلا أنه يظهر منه أن ثم قولاً آخر مفضولاً فإله أعلم. المسألة الثانية: إذا اختلف الزارع ورب الأرض في صفة الحرث الذي دخل عليه العامل فقال رب الأرض: دخلت على أن تحرث الأرض مرتين مثلاً، وقال الزارع: إنما دخلت على حرثها مرة واحدة، أو قال رب الأرض ثلاث مرات، وقال الزارع مرتين، فالقول قول العامل وهو الزارع مع يمينه، وله

(ص): وقول مدع لعقد الاكتراء إلى آخر الأبيات الثلاثة. قول الشارح كاف في هذا فلا تطيل

بزيادة عليه.

أن يقلب هذه اليمين الواجبة عليه. قال في المتبعية: وإن اختلفا في العمارة فقال رب الأرض: دخلت على رب الأرض فيحلفها ويكون له مقتضى دعواه بيمينه ونكول الزارع عن اليمين الواجبة عليه عمارة صفتها كذا، وقال العامل: بل على أرض مبورة أو على عمارة صفتها دون تلك الصفة فالقول قول العامل في ذلك كله مع يمينه وليصرفها إن شاء اهـ. وإلى هذا أشار بالبيت الثاني والثالث. فقوله واليمين أي عليه وضمير قلبها لليمين أي على رب الأرض وفاعل شاء العامل.

فصل في الشَّرْكَةِ

اقتصر صاحب التوضيح في ضبط لفظها على أنه بكسر الشين وسكون الراء وحكى غيره فتح الشين وكسر الراء كما لفظ به الناظم أول البيت الأول والشركة على وجهين أعمية وأخصية. قال ابن عرفة: الأعمية تقرر متمول بين مالكين فأكثر ملكاً فقط، والأخصية بيع مالك كل بعضه ببعض كل الآخر موجب صحة تصرفهما في الجميع، فيدخل في الأولى شركة الإرث والغنيمة لا شركة النجر وهما في الثانية على العكس، وشركة الأبدان والحرف باعتبار العمل في الثانية وفي عوضه في الأولى، وقد يتباينان في الحكم شركة الشريك بالأولى جائزة وبالثانية ممنوعة. قال الرصاع: ذكر الشيخ رحمه الله أن الشركة تصدق بالمعنى الأعم وبالمعنى الأخص وحد كلاً منهما بما يخصه، فقال في الأعمية: تقرر متمول الخ فذكر جنساً للشركة وهو التقرر وهو الثبوت. وقوله متمول أخرج به ما ليس بمتمول كثبوت النسب بين إخوة وغيرهم. وقوله بين مالكين معمول لتقرر وأخرج به غير المالكين. وقوله فأكثر أدخل به ما إذا كانت الشركة بين جماعة. وقوله ملكاً أخرج به ملك الانتفاع كما إذا كانا يتفعضان من حبس المدارس فإنه يصدق عليه تقرر متمول الخ لكنه ليس بملك، على أنه لا يدخل ملك الانتفاع حتى يحتاج إلى إخراجه لأن ذكر المالكين يخرجهم. وقوله فقط معناه أنه من الزيادة على ما ذكر واحترز به من الشركة الأخصية فإن فيها زيادة التصرف وهذه لا تصرف فيها للشريكين، وأما الأخصية فقال بيع مالك جعل الجنس بيعاً، وهو يدل على أن الشركة الأخصية من البيع وأن فيها معاوضة، والحد يشمل الشركة الصحيحة والفسادة. وقوله مالك كل بعضه أخرج به ما إذا باع الكل بالكل فإنه ليس بشركة، ويدخل فيه الشركة بالنصف والثلث وغير ذلك من الأجزاء. وقوله ببعض كل الآخر الآخر صفة لموصوف مقدر أي البعض الآخر أخرج به ما إذا باع بعضاً بكل. وقوله موجب صفة لبيع. وقوله صحة تصرفهما في الجميع مفعول باسم الفاعل وذلك خاص بشركة التجار. وأخرج بذلك شركة غير التجار كما إذا خلطاً طعاماً للأكل في الرفقة فإن ذلك لا يوجب التصرف المطلق للجميع، وضمير تصرفهما

فصل في الشركة

(ص): شركة في مال أو في عمل إلى آخر البيتين.

يعود على المالكين، وذلك يدل على أن كل واحد وكيل لصاحبه في تصرفه في ملكه، فشركة الإرث تدخل في الحد الأول كما ذكر وكذلك الغنيمة، وأما شركة التجرة فتدخل في الثاني لصدق الحد الثاني عليها، وشركة الإرث والغنيمة لا يدخلان في الحد الثاني، هذا معنى قوله على العكس وفي عدم دخول شركة التجرة في الحد الأول نظر، لأنه إذا سلم أنه أعم فيصدق على ما يصدق عليه الأخص ثم قال: وأما شركة الأبدان والحرث فباعتبار العمل يدخلان والأخصية، وفي عوضه يدخلان في الأعمية، وذلك لأن شركة الأبدان وما شابهها يصدق فيها بيع مالك الخ، لأن كل واحد قد باع بعض منافعه ببعض منافع غيره مع كمال التصرف، وأما عوض ذلك فيدخل تحت أعمها وليس فيه تصرف ثم قال: وقد يتباينان في الحكم أشار إلى أن الأعمية والأخصية وإن صدق فيهما الأعم على أخصه فإن الحكم يختلف فيهما شرعاً كما ذكر.

شركة في مال أو في عمل أو فيهما تجوز لا لأجل
وَقَسَخَهَا إِنْ وَقَعَتْ عَلَى الذَّمِّ وَيَقْسِمَانِ الرِّبْحَ حُكْمٌ مُلْتَزَمٌ

يعني أن الشركة على أربعة أقسام: إما في المال، أو في العمل، أو في المال والعمل معاً والثلاثة الأوجه جائزة ولا تحد بأجل، بل لكل واحد أن ينحل عن صاحبه متى شاء، والوجه الرابع ممنوع وهي شركة الذم أن يشتري بلا مال والمشتري بينهما فإن وقع فسخت وكان ما اشتروه بينهما، فإن حصل فيه ربح كان بينهما على ما تعاقدوا عليه. قال في التوضيح: الشركة ثلاثة أضرب: شركة أموال، وشركة أبدان، وشركة أوجه، وشركة الأموال تنقسم ثلاثة أقسام: الأول: شركة مضاربة وهي القراض مأخوذة من الضرب في الأرض. والثانية: شركة مفاوضة وهي أن يجوز فعل كل واحد على صاحبه ويشتركان في جميع ما يستفيدان واتفق على جوازها، سميت مفاوضة لتفويض كل منهما المال لصاحبه، وقيل من المفاوضة والمشاورة كأنهما يتشاوران في جميع أمورهما. الثالثة: شركة العنان وفسرها ابن الحاجب وابن شاس بأن يشترط كل منهما نفي الاستبداد أن لا يفعل أحدهما شيئاً حتى يشاركه فيها الآخر، انتهى باختصار وشركة الأبدان هي الشركة في العمل، ويأتي للناظم الكلام عليها، وشركة الوجوه قال ابن الحاجب: ولا تصح شركة الوجوه وفسرت بأن يبيع الوجيه مال الخامل ببعض ربحه. (وقيل هي شركة الذم) يشتريان ويبيعان والربح بينهما من غير مال وكلتاهما فاسدة وتفسخ وما اشترياه بينهما على الأشهر اه. وكذا قسم المتيطي الشركة إلى شركة أموال وشركة أبدان وشركة وجوه وهي شركة الذم، وزاد الناظم قسماً رابعاً وهي الشركة بالمال والعمل معاً، وذلك كأن يشتري جلوداً ويفصلانها نعالاً ويخيطانها ويبيعانها مخيطة ومثل ذلك كثيراً. قال في

قوله: (وقيل هي شركة الذم الخ) كلام المختصر في هذا هو قوله عاطفاً على ما هو فاسد ما نصه: وباشتراكهما بالذم أن يشتري شيئاً بلا مال وهو بينهما وكبيع وجيه مال خامل بجزء من ربحه، وبيناً في الشرح أن شركة الذم هي شركة الوجوه، وشركة الوجوه هي شركة الذم لا أنهما قسمان، واستدلنا على ذلك بكلام المحققين وتكلمنا مع من جعلهما قسامين، قف على ذلك إن شئت أن

التوضيح في توجيه فساد شركة الوجوه: فسدت على التفسير الأول لما في ذلك من الإجارة المجهولة والتدليس على الغير، لأن كثيراً من الناس من يرغب في الشراء من أملياء السوق لاعتقادهم أنهم إنما يتجرون في جيد السلع وأن فقراءهم على العكس، ثم قال: فسدت على التفسير الثاني لأن من باب تحمل عني وأتحمل عنك، وأسلفني وأسلفك، فيكون من باب الضمان بجعل والسلف بزيادة اه. ويعني بالتفسير الأول والثاني ما تقدم في كلام ابن الحاجب وكما تفسد وتفسخ على التفسير الثاني إذا اشتريا بلا مال رأساً كذلك تفسد وتفسخ أيضاً إذا كانت بمال قليل. قال المتيطي بعد أن قرر فيها المنع: وكذلك إن اشتركا بمال قليل على أن يتداينان لأن كل واحد منهما يقول لصاحبه تحمل عني نصف ما اشترت على أن أتحمل عنك نصف ما اشترت. وفي المتيطية أيضاً: والشركة لا تكون إلى أجل (ولكل واحد) منهما أن ينحل عن صاحبه ويقاسمه فيما بين أيديهما من ناض وعروض متى شاء اه. فقوله شركة مبتدأ سوغ الابتداء به التقسيم وتجوز خبره، ولا لأجل معطوف على مقدر أي تجوز لغير أجل لا لأجل، وفسخها مبتدأ والضمير للشركة وخبره وملتزم صفة حكم والله أعلم.

وَإِنْ يَكُنْ فِي الْعَيْنِ ذَاكَ اعْتَمِدَا
وَبِالطَّعَامِ جَازَ حَيْثُ اتَّفَقَا
وَجَازَ بِالْعَرْضِ إِذَا مَا قَوْمَا
كَذَا طَعَامَ جِهَةٍ لَا يَمْتَنَعُ
تَجَزُّزِ الْبَيْنِ هُنَاكَ اتَّحَدَا
وَهُوَ لِمَالِكٍ بِذَلِكَ مُتَّقَى
مِنْ جِهَةٍ أَوْ جِهَتَيْنِ فَاغْلَمَا
وَعَيْنٌ أَوْ عَرْضٌ لَدَى الْأُخْرَى وَضَعُ

تفهم المسألة على ما ينبغي. قوله: (ولكل واحد الخ) قف على هذا عند قول المتن ولزمت مما يدل عرفاً صدر الشركة وأن المذهب أنها لازمة بالقول كما رأيت في الفائدة المتقدمة والنظم المذكور معها، وهذا المنقول عن المتيطي هو نقطة من كلام اللخمي، قف عليه في الشرح فإنه يطول نقله هنا غاية ولا يمكننا اختصار المسألة.

(ص): وإن يكن في العين ذاك اعتمدا إلى آخر الأبيات الأربعة. هذا قال فيه في المختصر ما نصه: وإنما تصح من أهل التوكيل بذهبين أو ورقين اتفق صرفهما وبهما منهما وبعين وبعرض وبعرضين مطلقاً وكل بالقيمة يوم أحضر لافات ثم قال: لا يذهب وبورق وبتعامين ولو اتفقا اه. وتفسيره هو قول الجواهر تابعاً لمقدمات ابن رشد ما نصه: فأما المال فعقد الشركة فيه بيع من البيوع لأن كل واحد منهما باع نصف متاع بنصف متاع صاحبه وهو بيع لا يقع فيه مناجزة لبقاء يد كل واحد منهما على ماله بسبب الشركة، لكن الإجماع منعقد على إجازة الشركة بالدنانير من كلام الجانبين أو الدراهم من كليهما وهو إجماع على غير قياس، وفي القياس عليه خلاف فأجازه ابن القاسم وقال بجواز الشركة بالطعامين إذا اتفقا في الكيل والصفة قياساً على الدنانير، ومنع ذلك في الدنانير من عند أحدهما والدراهم من عند الآخر، وفي الطعامين المختلفين، وأما الشركة بالعرضين من صنف واحد فهي جائزة قولاً واحداً، ومنع مالك من الشركة بالطعامين من صنف واحد في إحدى الروايتين عنه واختلف في تعليل ذلك فقيل إنه يؤدي إلى بيع الطعام قبل قبضه، وقيل لبعد الاستواء في الكيل والقيمة جميعاً، ويشترط في الذهبين أن يكونا متفقي الصرف وإن اختلفت سكناهما، ولا يضر

تكلم في الأبيات على ما تجوز به الشركة أو تمتنع، فأخبر في البيت الأول أنها تجوز بالعين من ذهب أو فضة إن اتحد الجنس، وذلك كأن يخرج هذا ذهباً والآخر ذهباً، أو هذا فضة وهذا فضة، وفهم من اشتراط اتحاد الجنس أنه لا يجوز أن يخرج هذا ذهباً والآخر فضة. ابن الحاجب: والإجماع على إجازتها بالدنانير والدراهم على كلا الجانبين. قال في التوضيح: كلا الجانبين أن يخرج كل واحد منهما ذهباً أو كل واحد ورقاً، واحترز به عما لو أخرج أحدهما ذهباً والآخر ورقاً فإنه ممنوع كما سيأتي. ثم قال في شرح قول ابن الحاجب وتمتنع بالدراهم مع الدنانير على المشهور، وعلل ذلك في المدونة بأنه صرف وشركة، والصرف لا يجوز مع الشركة، وإذا لم يجز البيع مع الشركة فالصرف

اختلاف العرضين في الجنس ولا في القيمة، ورأس مال كل واحد منهما ما قوم به عرضه، ولو وقعت الشركة بالعرضين فاسدة لكان رأس مال كل واحد ما يبيع به عرضه انتهى بلفظه، ولكن ترك من كلام المقدمات أشياء. وقال عبد الحق ما محصله: الفرق بين المسكوك المتفق والطعام المنفق أن الدراهم مثلاً لا تفاوت فيها ولا تراد لأمينها، ألا ترى أن الإنسان يشتري بالدراهم ولا يذكر صفتها ولا أحضر عينها ولا كذلك الطعام فإنه لا يباع إلا مع حضرته ورؤيته أو ذكر صفته مع كون الطعام لا يباع بعضه ببعض إلا على استواء الكيل وإن اختلفت القيم، والشركة لا تجوز إلا على الاستواء في القيمة احتيج في الطعام إلى أن يستوي في الشركة كيلاً وقيمة وذلك لا يكاد يوجد فكره لذلك الخ. ونقله ابن رشد وسلمه. وقال أبو الحسن ما محصله: إذا اختلفت الصرف لا تجوز الشركة ولو جعل الربح على قدر قيمة صرف كل دينار كأن يقال: ما قيمة المحمدية؟ فيقال عشرة، وما قيمة الزيدية؟ فيقال خمسة، فيشتركان على الثلث والثلاثين فيؤدي إلى التفاضل انظر تمامه في الشرح. وقال اللخمي في تبصرته: وإن كان الطعام سمراء ومحمولة لم تجز على القيمة ولا على الكيل في الفضل الكثير، ويجوز في اليسير على القول أنها لا تختلف فيها الأغراض وأن المحمولة أدنى، وعلى القول أنها تختلف في الأغراض وأنها قد تراد للزريعة فلا يجوز لأنها مبيعة إلا على القول بإجازة الصرف في الشركة الخ. وبما تقدم يظهر لك الفرق بين المبادلة والصرف هنا وبين المتفق والمختلف، وكأن المتفق لم يقصد فيه إلا الشركة خاصة، ومع الاختلاف أريد بيع شيء بشيء زيادة على الشركة. ألا ترى أن درهم من جهة ودراهم من جهة مستوية عدداً ووزناً وسكة وجوهر فلا غرض لأحدهما في دراهم صاحبه إلا مجرد الشركة للتجارة إذ لا مقصود لعينه هنا ومع الاختلاف ولو قل كالطعامين المتفقين من كل جهة بحسب الظاهر فإن الأغراض تختلف، فربما يقصد الإنسان إلى بيع طعامه بطعام غيره بحسب ذاتهما لأنه يريد تملك نصف طعام صاحبه لغرض له فيه وكذلك في الصرف، لأن صاحب الذهب يكون له غرض في بيعه بالدراهم وعكسه، مع أن الإنفاق في الطعام من كل جهة قد لا يتأتى، ولذلك تختلف الأغراض عند بيع أحدهما بالآخر، ويقع التقلب والمشاورة والتروي ولا كذلك بيع درهم بدرهم عند التساوي فلا توفق فيه أصلاً، ولما كان الغرض أمره مصروف للقيمة جازت الشركة به، وإن اختلفت عرض هذا مع عرض صاحبه إذ القيمة هي الميزان بينهما ولا علينا فيهما، والنقد المسكوك يقوم به لا أنه يقوم، وتقويم الطعام عارضه ما رأيته في كلام عبد الحق، وإن أردت البيان فقف على الشرح وهذه نطفة منه نقلتها لك لتتشوف إلى الفرق بين هذه المسائل، فإن الفرق بينهما غامض غاية مع عدم الاعتناء بها وعدم تحريرها ولذلك أطلقنا هذا أكثر من عادتنا في هذه الحاشية.

أولى، وأجاز ذلك أشهب وسحنون وقالوا: إنما يمنع الصرف والشركة إذا كان الصرف خارجاً عن الشركة، وأما الداخل فيها فيجوز. ثم قال: فرع: وأما لو أخرج هذا ذهباً وورقاً والآخر مثله ذهباً وورقاً فإنه جائز. ابن عبد السلام: ولا أعلم فيه خلافاً ولهذا رجح جماعة قول سحنون لأن التعليل الذي ذكره في المدونة في الدراهم والدنانير جار في هذه وهي جائزة اهـ. ويشترط في جواز هذا الوجه اتفاق عود الدنانير والدراهم من الجانبين والله أعلم وإلا كان صرفاً وشركة كما تقدم، واسم تكن بالتاء المثناة من فوق للشركة وبالتحتانية للاشتراك، ولعل هذا أولى لكونه أتى بالإشارة بصيغة المذكور، وفي من قوله في العين بمعنى الباء أنشد عليه في المغني:

ويركب يوم الروع منا فوارس بصيرون في طعن الأباهر والكلى
 أي بصيرون بطعن الأباهر جمع أبهر وهو عرق في الظهر، وقيل في مستبطن القلب إذا انقطع مات صاحبه، والكلى معروف. ثم أخبر الناظم رحمه الله في البيت الثاني أن الشركة تجوز عند غير مالك بالطعام المتفق أي في النوع والصفة ومنع ذلك مالك. قال في التوضيح: قاس ابن القاسم الطعامين المتفقين في الصفة على الدنانير والدراهم والجامع حصول المناجزة حكماً لا حساً، فكما اغتفر في الدنانير والدراهم فكذلك يغتفر في الطعامين ومنع ذلك مالك، وللأصحاب في الفرق بينهما أوجه: أولها: ما ذكره عبد الحق عن شيوخه أن الطعامين يدخله بيع الطعام قبل قبضه لأن كل واحد باع نصف طعامه بنصف طعام صاحبه ولم يحصل قبض لبقاء يد كل واحد على ما باع، فإذا باعاً يكون كل واحد بائعاً للطعام قبل استيفائه اهـ. ومفهوم قوله حيث اتفقا أنه إذا اختلف الطعامان لم تجز وهو كذلك على المشهور. قال في التوضيح: وأما الشركة بالطعامين المختلفين فالمشهور وهو مذهب المدونة الشركة فيهما ممنوعة، ففيها وإن أخرج أحدهما محمولة والآخر سمراء أو أخرج هذا قمحاً والآخر شعيراً وقيمة ذلك متفقة وباع هذا نصف طعامه بنصف طعام الآخر لم يجز على حال كما لا أجزى الشركة بدنانير ودراهم اتفقت قيمتها أو اختلفت، والقول بالجواز لسحنون بشرط أن تتفق القيمة. اللخمي: يريد والكيل في المقدمات والبيان عن مالك قول بالجواز في مسألة الطعامين المختلفين كقول سحنون اهـ. وفاعل جاز في البيت الثاني للاشتراك، وبالطعام يتعلق بجاز، وألف اتفقا يحتمل أن يكون للإطلاق أو للتثنية وضمير هو للاشتراك والإشارة من قوله بذلك تعود إلى الطعام المتفق. ثم أخبر في البيت الثالث أن الاشتراك جائز بالعرض من جهة يعني ويقابله من الجهة الأخرى عين أو طعام، ويجوز أيضاً بالعرض من جهتين سواء كانا متفقين أو مختلفين من جنس أو جنسين إذا قوم العرض في جميع الوجوه، فقوله من جهة صفة للعرض أو جهتين عطف على جهة. قال ابن الحاجب: وتجوز العرضين مطلقاً ورأس مال كل واحد ما قوم به عرض. التوضيح: تجوز الشركة بالعرضين مطلقاً وسواء كانا من جنس أو جنسين. قال في المدونة: ولا بأس أن يشتركا بعرضين متفقين أو مختلفين أو طعام وعرض على قيمة ما أخرج كل واحد اهـ. ثم أخبر في البيت الرابع وأن الاشتراك يجوز

بالطعام من جهة وبالعين أو العرض من الجهة الأخرى. ابن الحاجب: وتصح بالعرض من جانب والنقد من جانب على المشهور. التوضيح: المشهور مذهب المدونة ولم أقف على الشاذ ولعله منع لاجتماع البيع والشركة، وإنما جاز في المشهور هنا ومنع من الدنانير والدراهم لأنه ليس في العين والعرض إلا مانع واحد وهو البيع والشركة وهو مغتفر في أصل الشركة بخلاف الدراهم مع الدنانير فإن ذلك علتين البيع والشركة والصرف من غير مناجزة اهـ. ونقل الشارح عن المقرب ما نصه: قال مالك ولا بأس بالشركة على أن يخرج أحد الشريكين حنطة ويخرج صاحبه دنانير أو دراهم إذا كانت قيمة الحنطة والدنانير أو الدراهم سواء، ويكون العمل بينهما بالسواء والربح والوضيعة كذلك، وإن كانت الدراهم الثلثين وكانت الحنطة الثلث فاشتركا على أن على صاحب الدراهم ثلثي العمل وعلى صاحب الحنطة ثلث العمل والربح على قدر رؤوس أموالهما كان ذلك جائزاً أيضاً، وكذلك إن أخرج أحدهما دنانير أو دراهم وأخرج صاحبه عروضاً قيمتها سواء أو مختلفة فهو على ما وصفت لك إذا اشتركا بالعين والحنطة اهـ.

وَالْمَالُ خَلَطُهُ وَوَضَعُهُ بِيَدٍ وَاحِدٍ أَوْ فِي الْأَشْتِرَاكِ مُغْتَمَدٍ

يعني أن المال الذي أخرج كل واحد من الشريكين يطلب خلطه ثم يوضع كله بيد واحد منهما أو بأيديهما معاً وهو الذي عنى بقوله: أو في الاشتراك معتمد ولا يبقى مال كل واحد بيد صاحبه، وسواء كان الخلط حساً (كخلط دنانير بدنانير أو دراهم بدراهم)

(ص): والمال خلطه ووضعه بيد البيت. قوله: (كخلط دنانير بدنانير أو دراهم بدراهم الخ) الذي لا يتميز خلط الدنانير بالدنانير والدراهم قال الشارح وهو قول الجمهور الخ. هذا قال فيه في المختصر ولزمت بما يدل عرفاً ثم قال: إن خلطاً ولو حكماً وإلا فالتالف من ربه الخ. ولخصنا أن الشركة تلزم بالقول وأن صاحب المختصر على ذلك مر في مختصره، وإن كان في الذي تلزمه به الشركة كلام كثير فقيل بالقول وقيل لا تلزم، واختلف كلام الناس في قول المتن إن خلطاً فقال الحطاب: الخلط شرط في الضمان فما اشتراه أحدهما قبل الخلط بماله فهو بينهما وما ضاع فهو من صاحبه، وقد أطلنا في المسألة في الشرح ونقلنا كلام الفحول في المسألة، والذي تحصل من ذلك أن الخلط عند سحنون شرط في انعقادها وهو الذي تقيدت عليه العقود، والقائل يكون انعقادها موقوفاً على الخلط يقول لزومها للشريكين موقوف على ذلك قطعاً لأنه محال أن يكون الشيء يلزم قبل انعقاده هو الذي يقال فيه لازم أو غير لازم كبيع المحجور فهو منعقد غير لازم بدليل قول المختصر: وشرط عقده تمييز وبيع الرشيد على البيت منعقد ولازم لقوله ولا تكليف، وكذا بيع الخيار وقع من رشيدين منعقد غير لازم كما لا يخفى، وقول سحنون قال به طائفة كما نقل الرجراجي، وعلى هذا فقول المختصر إن خلطاً هو شرط في قوله ولزمت بما يدل عرفاً كاشتراكنا، وقوله وإلا فالتالف الخ أي وإلا يكن خلط فالتالف الخ، وهذا هو قول ابن القاسم، فمر على قول سحنون في كون الخلط شرطاً فيما ذكر، ومر على قول ابن القاسم في قوله وإلا فالتالف الخ وذلك أنه قصد المنصوص عليه عند سحنون، والمنصوص عليه عند ابن القاسم فكون الخلط شرطاً فيما ذكره هو منصوص سحنون، والتفصيل في التالف إن لم يكن خلط هو منصوص ابن القاسم على أن الشركة تنعقد بلا خلط، وإنما أخذ ذلك من الشركة في الأمة كما هو هذا كله في كلام الناس، مع أن

حيث لا يتميز ما لكل واحد أو حكماً وهو كون المال في حوز واحد. ابن عرفة: الخلط الحكمي كون المال في حوز واحد ولو عند أحدهما. قال ابن القاسم: إن اشتركا بمالين سواء فأخرج كل واحد ذهبه فصره على حدة وجعلا الصرتين بيد أحدهما أو في تابوته أو خرجه فضاعت واحدة فالذاهبة بينهما. المدونة: وإن بقيت صرة كل واحد بيده فضياعها منه حتى يخلط أو يجعلا الصرتين عند أحدهما اهـ. وعطف الناظم الوضع على الخلط وهو بالنسبة للخلط الحسي بيان لمحل وضع المالين بعد حصول خلطهما، وبالنسبة للخلط الحكمي بيان وتفسير له. وقول الناظم إن الخلط معتمد أي في الشركة يحتمل أن يريد أنه شرط في صحتها، قال الشارح: وهو قول الجمهور أو شرط في لزومها فتتعدد بالقول ولا تلزم إلا بالفعل وهو الخلط كالبيع من السفه قبل إجازة وليه في كونه منعقداً غير لازم، وقد تقدم أن الشركة من العقود التي اختلف فيها هل تلزم بالقول أو بالفعل أو شرط في انعقادها ثلاثة أقوال. ابن الحاجب: ولا بدّ من خلط المال تحت أيديهما أو أحدهما أو يشتريا بهما. ابن عبد السلام: قال ابن القاسم: لا بدّ من خلط المالين حقيقة أو كونهما في حكم المخلوطين بأن يكونا تحت أيديهما كجعلهما مجموع المالين في بيت واحد ويجعلا عليه قفلين بيد أحدهما مفتاح أحدهما وبيد الآخر مفتاح الآخر، ويكون المالان تحت يد أحدهما برضا الآخر من غير شرط ذلك في العقد أيشتريا بمجموع المالين سلماً أو سلعة، ولغير ابن القاسم لا تنعقد بينهما شركة حتى يخلطا اهـ. فأول هذا النقل يستروح منه أن الخلط شرط صحة وآخره صريح في أنه شرط في انعقادها، وأما كونه شرطاً في اللزوم فقد تقدم الخلاف في لزومها بالعقد أو بالفعل وهو هنا الخلط والله أعلم. فقول الناظم خلط مبتدأ ثان خبره معتمد والمبدأ الثاني وخبره خبر المال والرابط ضمير خلطه.

منصوص سحنون تقيدت عليه العقود فتبعه للنص والتقييد المذكور، ومر على منصوص ابن القاسم في التالف وتفصيله ولذلك مر على قول ابن القاسم في قوله ولو غاب نقد أحدهما لأنه منصوص لابن القاسم مع أن الغائب شرط ربما يغتفر فيه ما لا يغتفر في الحاضر ولا بعد في كون المصنف يمشي في فرع على قول ابن القاسم وفي غيره على غير قول ابن القاسم، وكلامه في المختصر مشحون بهذه الشروح، ومن نسب لابن القاسم أن الشركة تنعقد بالقول دون الخلط إنما ذلك لأجل ما قاله من الشركة في الأمة لا أن ذلك صرح به ابن القاسم، ويدل على ذلك كلام المتقدمين وقد نقلناه في الشرح، وإنما حكي عنه فيه مجرد الشركة في الأمة وهم يقولون مذهب ابن القاسم في المدونة عدم اشتراط الخلط في انعقاد الشركة ولزومها والمدونة ليس ذلك فيها أصلاً، وإنما أخذوا ذلك من الشركة في الأمة المذكورة هنا وذلك الأخذ لا يسلم، وانظر ما يدل عليه عند قول المختصر: ولو غاب أحدهما الخ، وتأمل ما ذكرناه تعلم ما في كلام ابن غازي والحطاب ومن تبعهما، ولكن إنما يظهر لك الحق إن نظرت الشرح فانظره إن شئت أو قلد من نظره أو اتبع ما شئت إن أرحت نفسك من التعب وزهدت في التحقيق وبالله تعالى التوفيق، وما انتصرنا له هو ظاهر المختصر وهو كلام القاضي في المعونة، ونقلنا ذلك في الشرح والحمد لله رب العالمين.

وَحَيْثُمَا يَشْتَرِكَانِ فِي الْعَمَلِ فَشَرْطُهُ اتِّحَادُ شُغْلٍ وَمَحَلِّ

يعني أنه يشترط في جواز شركة العمل أن تتحد الصنعة وهو مراده بالشغل وأن يتحد محل الشريكين. ابن الحاجب: وشرط شركة العمل الاتحاد فيه وفي المكان. قال في التوضيح: لجوازها شروط. أولها: أن يتحد العمل فلا يجوز أن يشترط مختلفا الصنعة كصباغ ونجار لما في ذلك من الغرر إذ قد تنفق صنعة أحدهما دون الآخر فيأخذ من لم تنفق صنعته من غير عمل. أبو عبدالله الذكي: ولو كان المعلمان أحدهما قارئ والآخر حاسب واشتركا على أن يقتسما على قدر عملها فيجري ذلك مجرى جمع الرجلين سلعتيهما في البيع، وعلى هذا تجوز الشركة بين مختلفي الصنعة إذا كانت الصنعتان متلازمتين، ونص اللخمي على الجواز فيما إذا تشاركا وأحدهما يحيك والآخر يخدم ويتولى ما سوى النسيج إذا تقاربت قيمة ذلك قال: وليس كالسلعتين المختلفتين لأنهما هنا إما أن يعملتا جميعاً أو يتعطلتا جميعاً فلم يكن هذا غرراً، وعلى مثل هذا أجازت الشركة في طلب اللؤلؤ أحدهما يتكلف الغوص والآخر يقذف أو يممسك عليه إذا كانت الأجرة سواء. ثانيها: أن يتحد المكان والعلة فيه كالأول لأنه يحتمل أن ينفذ أحد المكانين دون الآخر، (وأجاز في العتبية) كونهما في مكانين إذا اتحدت الصنعة. ثالثها: أن يتساويا في

(ص):

(وحيثما يشتركان في العمل فشرطه اتحاد شغل ومحل)

قوله: (وأجاز في العتبية النخ) شركة العمل قال فيها في المختصر ما نصه: وجازت بالعمل إن اتحدا تساويا أو تلازما فيه أو تقاربا وحصل التعاون وإن بمكانين. فقوله تساويا أي ما لم يكن الربح بينهما على حسب التفاوت فذلك جائز وإلا فسدت. وقوله أو تلازما كالنسيج والغزل. وقوله إن بمكانين المشهور والذي به العمل هو عدم الجواز وهو قول ابن القاسم في المدونة وهذا بين، على أن ما في العتبية خلاف ولكن المصنف يحمل كلامه على ما تأول الشيوخ العتبية عليه إذا وقع فيها ما نصه وأجاز أن يكونا في حانوتين في صنعة واحدة أي ابن القاسم كما في نقل ابن يونس انظر الشرح، فقال ابن يونس على كلامها ما نصه: لعله يريد في موضع واحد أو في موضعين نفاقها واحد تكون أيديهما تجول في الحانوتين، وقال ابن رشد عليها ما نصه: لا وجه لما في العتبية إلا أن يكون معنا أنها يجتمعان معاً على أخذ الأعمال، ثم يأخذ كل واحد منهما طائفة من العمل ليذهب به إلى حانوته يعمل فيه لرفق في ذلك لسعة حانوته أو انشراحه أو قربه من منزله أو شبه ذلك اه. وقال عليها عياض ما نصه: تأول شيوخنا ما في العتبية على تعاونهما في الموضعين: أو أن أنفاض السلعتين في موضعين سواء فيكون وفاقاً للمدونة لأن المقصود من المكان تقارب أسواقه ومنافعه اه. واللخمي يفهم منه هذا حيث قال في عد ما لا يجوز ما نصه: وكذا إذا كانت الصنعة واحدة وكانا يعملان في موضعين مفترقين ولم يتعاونوا. فقوله ولم يتعاونوا مفهومه إذا تعاونوا أنه لا بأس بذلك، قف على كلام الناس في الشرح في هذا، وعلى هذا فقول المختصر وإن بمكانين هو إعياء في جميع ما تقدم وفيما يليه أي إذا حصل التعاون بمكانين فذلك جائز مع ضمنية ما تقدم وهذا هو تأويل الشيوخ وعليه فالمسألة بينة، ولم يذهب المصنف على من قال مسألة العتبية خلاف للمدونة

الصنعة أو يتقاربا وإلا فلا تجوز الشركة إلا على قدر العمل، كما لو كان أحدهما يعمل قدر الآخر مرتين ويكون بينهما على الثلثين والثلث. رابعها: أن يكون في اشتراكهما تعاون فإن اشتركوا على أن يعمل كل واحد منهم على حدة فهو من الغرر البين. خامسها: أن تكون قسمتها على قدر عملهما انتهى ببعض اختصار. ولم يذكر الناظم من هذه الشروط إلا اتحاد الصنعة والمحل والله أعلم. فرع: قال البرزلي سئل ابن عرفة عن حمالين اشتركا في أجرة ما يحملانه فحلف أحدهما لا يحمل لفلان شيئاً فحمل له صاحبه وحمل هو لغيره واقتسما الأجرة. فأجاب: الشركة فاسدة ولا حث عليه اه. تنبيه: تقدم في الشرط الأول من كلام التوضيح عن أبي عبدالله الذكي أن اشترك قارىء وحاسب من الاشتراك في الصنعتين المتلازمتين، وإنما يظهر ذلك له إذا عنى اشترك فقيه وفرضي والله أعلم. قال مفيد هذا الشرح عفا الله عنه وأعانه على تمامه وتلخيصه: وجدت بخط بعض الفقهاء في الطرة ما نصه: وجدت بخط الإمام القوي من أبو عبدالله الذكي اه. ثم وجدت لبعضهم ما نصه أبو عبدالله الذكي هو أبو عبدالله محمد بن فرج المشاور عرف بالذكي صقلي الأصل وسكن قلعة بني حماد ثم خرج إلى المشرق فدخل العراق وسكن أصبهان إلى أن مات بها وعدوه فيهم، وكان فقيهاً متقدماً في علم المذهب واللسان مفتياً في علوم القرآن حافظاً مدركاً نبيلاً وسائر المعارف، أخذ عن شيوخ بلده وصحب السيوري وغيره، وكان البيهري يقول: هو أحفظ من لقيت قيل له تقول هذا وقد لقيت أبا بكر بن عبدالرحمن وأبا عمران الفاسي فقال: هو أحفظ من رأيت اه.

وَحَاضِرٌ يَأْخُذُ فَائِدًا عَرَضَ فِي غَيْبَةِ فَوْقِ الثَّلَاثِ أَوْ مَرَضَ

الذي هو المشهور وبه العمل، وكلام اللخمي فيه ما يدل على الخلاف والموافقة، وأبو الحسن نسب للخمي الخلاف ولكن رأيت بعض كلامه دالاً على الوفاق ونقلناه في الشرح، وابن عرفة اقتصر على كلام ابن رشد وعباس وصاحب التوضيح ذكر كلام عباس ونحن جمعنا كلام الناس والحمد لله. (ص):

(وحاضر يأخذ فائداً عرض في غيبة فوق ثلاث أو مرض)

هذا قال فيه في المختصر وألغى مرض كيومين وغيبتهما لا إن كثر وفسدت باشتراطه ككثير الآلة، وهل يلغى اليومان كالصحيحة تردد والكلام على المتن فيه طويل، وحاصل ما لخصناه من ذلك أن شريكي الصنعة إذا غاب أحدهما أو مرض يومين أو ثلاثة فالأجرة بينهما ولا شيء للعامل على من لم يعمل، وهذا إذا وقعت الغيبة أو المرض بعد أخذهما العمل، وأما إن قبض الشريك العمل بعد المدة الطويلة من غيبة أو مرض فأجرته له مطلقاً وحده لأنهما لم يكونا ضامنين للعمل، وإن أخذ العمل وطالت الغيبة أو المرض من أحدهما لخمس أيام فالأجرة بينهما، ويرجع العامل بأجرة مثله على من لم يعمل، وإن غاب عشرة أيام بعد أخذ العمل فالراجح أنه لا يلغى اليسير الذي هو كيومين بالأجرة بينهما، وللعامل الرجوع بأجرة مثله على من لم يعمل، وأما الفاسدة باشتراط إلغاء الكثير فمن عمل شيئاً فأجره له، وإن فسدت بغير ذلك كافتراق المحل فالأجرة بينهما، ويرجع

يعني أنه إذا غاب أحد الشريكين في شركة العمل أو مرض فإن كانت غيبته أو مرضه ثلاثة أيام فما دون فإن ذلك الذي يحصل للحاضر الصحيح في غيبة شريكه بينهما على ما اتفقا عليه لخفة الأمر في ذلك، وإن كانت أكثر من ثلاثة أيام اختص به عامله الحاضر الصحيح. قال في المدونة: إذا مرض أحد شريكي الصنعة أو غاب يوماً أو يومين فعمل صاحبه فالكسب بينهما لأن هذا أمر جائز بين الشركاء إلا ما تفاحش من ذلك وطال، فإن العامل إن أحب أن يعطي لصاحبه نصف ما عمل جاز إذا لم يعقدا في أصل الشركة أن من مرض منهما أو غاب غيبة بعيدة فما عمل الآخر بينهما فإن عقدا على هذا لم تجز الشركة فإن نزل كان ما اجتمع فيه من العمل بينهما على قدر عملهما، وما انفرد به أحدهما له خاصة ابن يونس يريد قل أو كثر اه. فرع: وأما شريك المال إذا غاب فلشريكه الحاضر نصف أجره على صاحبه الذي غاب لأن الربح إنما جره المال.

وَمَنْ لَهُ تَحَرُّفٌ إِنْ عَمِلَهُ فِي غَيْرِ وَقْتِ تَجَرُّهِ الْفَائِدُ لَهُ

يعني أن أحد الشريكين إذا كانت له حرفة وصنعة فعملها في غير وقت التجارة فإن ما يستفيد من ذلك له وحده دون شريكه. ففي نوازل ابن رشد أنه سئل عن الشريكين في التجارة إذا أراد أحدهما أن يصنع لنفسه صنعة أخرى في الأوقات التي لا يعمل فيها شيئاً فأجاب: بأن لكل واحد من الشريكين أن يعمل لنفسه ما شاء في الأوقات التي لا يشتغل فيها بالتجارة ولا كلام لشريكه في ذلك اه.

فصل في القراض

ابن الحاجب: القراض إجارة على التجرة في مال بجزء من ربحه. التوضيح: الاختلاف بين المسلمين في جوازه وهو مستثنى من الإجارة المجهولة (ومن سلف جر

من عمل على من لم يعمل والشركة في الأموال مثل هذه الشركة الفاسدة بغير اشتراط إلغاء الكثير، فانظر هذه الفروع فإنها محتاج لها غاية، ومع ذلك لم يلم لها هذا الشراح، ولكن المسائل فيها خلاف كثير فعليك بالشرح وهذه نتفة منه، ومع هذا ففي تنزيل هذا على المتن صعوبة فلا بد من الوقوف عليه إن كنت مشتاقاً للتحقيق، وذكرنا هنا مسألة إذا مات أحدهما هل هو بمنزلة الغيبة والمرضى أم لا؟ واستظهرنا أنه ليس كأحدهما لأجل ما يظهر من كلام الناس، وإن كان في ذلك مخالفة لبعض الشراح، وانظر شركة العدول عند كلامنا على شركة الذمم وذكرنا أنها جائزة مستدلين على ذلك بما يثليج له الصدر ورددنا على من قال بالمنع وسقنا كلاماً كثيراً في ذلك، والحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين.

(ص): ومن له تحرف إن عمله إلى آخر البيت. مضمون البيت ظاهر في نفسه ولذلك لم ينص عليه في المختصر.

فصل في القراض

قوله: (ومن سلف جر نفعاً) هذا قاله عياض وتبعه عليه ابن بشير، وقال ابن عرفة فيه ما نصه:

منفعة) (وله اسمان) القراض والمضاربة، فالإجارة جنس وأخرج بالتجر الإجارة على غيره. وقوله بجزء أي (مشاع) فلا يجوز أن يقول لك من الربح درهم أو نحوه. وأورد عليه أنه غير مانع وغير جامع، أما عدم منعه (فإن القراض لا ينعقد) بلفظ الإجارة، فلو قال: أجزتكم على التجر في هذا المال بجزء من ربحه صدق عليه الحد وليس بقراض، وأيضاً لو أجره على التجر إلى أجل أو قارضه بعروض لم يكن قرضاً صحيحاً، وأما عدم جمعه فإنه يجوز القراض على أن الربح كله لغيرهما أو لأحدهما وهو غير داخل في تعريفه. وأجيب عن عدم منعه بأن حقيقة القراض ما ذكره وكونه لا ينعقد بلفظ الإجارة شرط في الصيغة، وكذا كونه لا يكون إلى أجل شرط في العمل، وكذا كونه لا يكون بعرض شرط في المال، والشرط لا يتوقف تصور الماهية عليه لأنه خارج عنها وعن عدم جمعه بأن الصورة المعترض بها إنما هي من باب التبرعات (وإطلاق القراض) عليها مجاز اهـ. وعرفه ابن عرفة بقوله تمكين مال لمن يتجر به بجزء من ربحه لا بلفظ إجارة.

إِعْطَاءُ مَالٍ مَنْ بِهِ يُتَاجَرُ لِيَسْتَفِيدَ دَافِعٌ وَتَاجِرٌ
مِمَّا يُفَادُ فِيهِ جُزْءٌ يُغْلَمُ هُوَ الْقِرَاضُ وَيَفْعَلُ يَلْزَمُ

يعني أن القراض هو إعطاء مال لمن يتجر به ليستفيد كل من دافعه وهو زبه، والعامل الذي يتجر به مما يستفاد من ذلك المال ويربح فيه جزءاً معلوماً كنصف الربح لكل واحد أو الثلثان لرب المال والثلث للعامل أو بالعكس، فإعطاء مبتدأ خبره جملة هو القراض وإعطاء مصدر أضيف إلى المفعول الأول وهو مال وكمل بالثاني وهو من، ومما يفاد يتعلق بيستفيد، ويفاد بمعنى يربح أو في بمعنى من أي يفاد منه، وجزءاً مفعول بيستفيد وجملة يعلم صفة لجزءاً. قال في المعونة: وصفة القراض أن يدفع الرجل مالا

وقول عياض ومن سلف بمنفعة يرد بأنه ليس بمضمون وكل سلف مضمون انتهى بلفظه وفي اعتراضه اعتراض انظر الشرح. قوله: (وله اسمان الخ) المضاربة هو اصطلاح أهل العراق والقراض هو لأهل الحجاز، وذكر في الكافي أن أهل المدينة يسمون هذا مضاربة وقد نقلنا هذا في الشرح. قوله: (مشاع) ربما يكفي عن هذه الزيادة قولهم بجزء من ربحه لأن الجزء يقتضي الشيعاء ولذلك لم يردا ابن عرفة وخليل وغيرهما هنا، وإن زاد المصنف هذه الزيادة في المساقاة حيث قال: بجزء قل أو كثر شاع أي في الحائط. قوله: (فإن القراض لا ينعقد الخ) هذا كله للتوضيح الخ وهو حسن. وقد قال ابن عرفة: إن رسم المساقاة لا بلفظ بيع وإجارة أو جعل، وهو قريب من كلام التوضيح، وقد قال ابن عبد السلام ما نصه: القراض لا ينعقد بكل لفظ بل بلفظ القراض أو غيره من الألفاظ التي يذكرها الفقهاء اهـ. ولعله أراد بقوله أو غيره لفظ المضاربة ونحوها، والراجح في المساقاة أنها لا تنعقد إلا بلفظ ساقيت، انظره عند قول المختصر في بابها بساقيت، وعلل ذلك بأنها رخصة والقراض رخصة أيضاً، وانظر عند قول المختصر إن لفظ بالعارية. قوله: (وإطلاق القراض الخ) ذكرنا هذا عن ابن بشير عند قول المختصر في فصل المساقاة عند قوله بجزء، فإن ابن بشير ذكر هذا المجاز وذكرنا معه كلاماً في ذلك، وانظر عند قوله في الباب والربح لأحدهما الخ.

(ص): إعطاء مال من به يتاجر. إلى آخر البيتين.

إلى غيره ليتجر فيه ويشتري ويبيع ويستغني من فضل الله تعالى ويكون الربح بينهما على جزء يتفقدان عليه قليل أو كثير. قال اللخمي: القراض جعالة فلا يلزم بالقبض وكل واحد منهما قبل العمل بالخيار، فإذا عمل وشغل المال ارتفع الخيار ولم يكن لصاحب المال أن يأخذه ولا للعامل أن يرده حتى ينض. (وفي المقرب) قال ابن القاسم: وسألت مالكا عن رب المال يريد أن يسترجعه من العامل فقال: إن كان المال على حاله كان له ذلك، وإن كان قد اشترى به أو خرج لم يكن ذلك له. قال الشارح: وقول الناظم وبفعل يلزم يشمل هاتين الصورتين المنصوص عليهما في المدونة من الاشتراء بمال القراض والخروج به لأن الاشتراء والخروج كليهما فعل اه. وفي ابن سلمون: ولا يلزم القراض إلا بالعمل اه. وقد تقدم في الجعل أن القراض من العقود التي لا تلزم بالقول بل بالفعل.

وَالنَّقْدُ وَالْحُضُورُ وَالتَّضْمِينُ مِنْ شَرْطِهِ وَيُمنَعُ التَّضْمِينُ
وَلَا يَسُوغُ جَعْلُهُ إِلَى أَجَلٍ وَفَسْخُحُهُ مُسْتَوْجِبٌ إِذَا نَزَلَ
وَلَا يَجُوزُ شَرْطُ شَيْءٍ يُنْفَرَدُ بِهِ مِنَ الرَّبْحِ وَإِنْ يَسْقَعُ يُرَدُّ

قال الشارح رحمه الله: تضمنت الأبيات شروط القراض وموانعه، فمن شروطه النقد الذي هو الذهب أو الفضة ويتحرز بالنقد من القراض بالمرض والطعام وما أشبه ذلك. التوضيح: (وانظر هل أراد) بالنقد الدنانير والدراهم أو مطلق العين وهو الأقرب اه. وعلى

قوله: (وفي المقرب الخ) هذا قال فيه في المختصر ولكل فسخه قبل عمله كربه إن تزود لسفر ولم يظعن وإلا فلنضوضه. وحاصله أن كل واحد له الحل عن نفسه قبل العمل، وكذا لربه الانحلال إن تزود العامل ولم يسافر إذ لا ضرر على العامل إذ الزاد من مال ربه، وإن عمل أو سافر فهو لازم لهما إلى النضوض. وقوله: كربه وأحرى الانحلال ليكون للعامل إذا أراد غرم الزاد من عنده. وقوله قبل العمل يشمل الأقل وغيره فافهم ولكن انظر الشرح.

(ص): والنقد والحضور والتعيين إلى آخر الأبيات الثلاثة.

قوله: (وانظر هل أراد الخ) كلام المختصر في هذا هو قوله ما نصه: القراض على توكيل تجر في نقد مضروب مسلم بجزء من ربحه إن علم قدرهما ولو مغشوشاً. ثم قال عاطفاً على ما لا يقارض به ما نصه: ولا بتبر لم يتعامل به ببلده كفلوس اه. فقوله ولو مغشوشاً قال في الجواهر عاطفاً على ما لا يجوز ما نصه: ولا بالدراهم المغشوشة قاله القاضي أبو محمد، واستثنى القاضي أبو الوليد المسكوك منها في بلد يكون التعامل فيه بها واستشهد بأنها صارت هناك أصول الأثمان وقيم المتلفات، وقد اتفق الأصحاب على تعلق الزكاة بعينها وذلك يدل على إعطائها حكم العين لا حكم العرض، والضابط لهذا الحكم أن كل ما تختلف قيمته بالارتفاع والانخفاض لا يجوز أن يجعل رأس مال لأنه إذا رد بالإجرة إليه لم يتميز الربح، إذ ربما ارتفعت قيمته فيستغرق رأس المال جميع الربح أو تنقص قيمته فيصير بعض رأس المال ربحاً، واحترزنا بالمعلوم عن القراض على صرة دراهم أو دنانير، فإن جهل رأس المال يؤدي إلى جهل الربح اه. بلفظه. وما في الجواهر باعتبار التفصيل في المغشوش هو الذي قصر عليه في الذخيرة، وأن المغشوش تفصيله هو المتقدم وهو الذي في ابن

أن المراد الدنانير والدراهم اقتصر في المختصر لقوله في نقد مضروب أي مسكوك ومن شرطه الحضور (ويتحرز به من الدين في الذمة) فإن القراض به لا يجوز ومن شرطه

عرفة معترضاً غيره، فقول المختصر ولو مغشوشاً أي بشرط أن يتعامل به لا بد من هذا. وظاهر كلامهم أنه إذا تعومل به جاز ولو كان يتعامل به مع التعامل بغيره كان يروج وواج الطيب أم لا، والمغشوش هو الذي يأخذه رب المال عند المفاصلة كما لا يخفى، وصرح به بعض الشراح، وقال ابن ناجي: وظاهر كلام الأكثر أن الغش غير محدود. وقال ابن حبيب: إن كان الغش النصف جاز اه. وعلى هذا فقول المختصر ولو مغشوشاً يحمل على إطلاقه بشرط أن يتعامل به، والمراد بقوله ولو مغشوشاً المسكوك لأنه إغياء في قوله في نقد مضروب والمضروب هو المسكوك ولذلك سميت دار السكة بدار الضرب فافهم. وأما قول المختصر ولا يتبر فقال فيه صاحب المعونة ما نصه: ولا يجوز القراض إلا بالدنانير والدراهم لأنهما أصول الأثمان التي تتمول ويفزع إليهما في التعامل والبيع والشراء وقيم المتلفات، وعنه في جوازه بالتبر والنقار روايتان، وابن القاسم يحمل المنع على الكراهة ويقول: إن نزل أمضيته وجه الجواز أنها عين ولأنه ليس في كونه نقاراً أكثر من عدم الضرب والسكة لا تأثير لها في الجواز ولا في المنع بدليل أن كل حكم تعلق بالذهب والفضة إذا كانا مسكوكين تعلق بهما إذا كانا تبرين من منع التفاضل ومنع الافتراق في الصرف قبل القبض وغير ذلك، ولا يلزم عليه جواز بيع النقار جزافاً ومنعه في المضروبة لأن ذلك معنى يرجع إلى الغرر وكثرته في المسكوك، ووجه المنع أنها ليست بأثمان على ما هي عليه، وإنما تصير أثماناً متعاملاً بها بعلاج وصنعة، فإذا لم تصير أثماناً فهي في حكم العروض لأن العامل يحتاج إلى بيعها لتصير أثماناً ولولا عقد للقراض لم يفعل ولا يخلو أن يكون ثبت بأجرة أو غيرها، فإن كان بغير أجرة كان زيادة ازدادها رب المال عليه وذلك غير جائز لأن موضوعه على التساوي، وإن كان بأجرة حصل منه قراض وعقد إجارة، والقراض وما جرى مجراه من العقود الخارجة عن أصولها لا ينضم إليها غيرها اه. بلفظه. ونقله ابن يونس عنه وزاد ما نصه: ووجه قوله في المنع فإن عادة الناس لا يتصرفون في الشراء بهما دون أن تضرب أو تباع فأشبهت العروض، فإذا ثبت تعذر التعامل بهما على ما هما عليه احتاج العامل أن يبيعها بالدنانير الخ. وهذا منه بلفظه، وليس هذا في الحقيقة زيادة على ما في المعونة لأن ذلك مأخوذ منها، وأشار صاحب البديع لبعض ما تقدم وذكر أن وجه الاقتصار على المسكوك هو أن ذلك كان كذلك في أصل مشروعية القراض وفي هذا كفاية فاستعن به على ما ذكره هذا الشارح فإن كلامه مجمل لم تتضح دلالته. قوله (ويتحرز به من الدين في الذمة) هذا أيضاً كلام مجمل لا تفصيل فيه، وقد قال في المختصر عاطفاً على ما لا يكون به القراض ما نصه لا بد من اثنين عليه واستمر ما لم يقبض أو يحضره، ويشهد ولا برهن أو وديعة ولو بيده اه. فقوله عليه ضميره عائد على الوكيل المفهوم من قوله توكيل الخ. وقوله ما لم يقبض ظاهره أن القبض كاف في الجواز ولو دله بالقرب هو كذلك. وقوله يشهد هذا القيد نسبة في التوضيح للخصمي وتبعه المازري في ذكره، مع أن كلام اللخمي لم يظهر لنا، وإذا كان منه ذلك صريحاً. وتكلم على المسألة ابن يونس والميتطي وابن الحاجب وابن شاس وابن عرفة وصاحب التنبيهات وصاحب الكافي ولم يذكروا هذا القيد فصار في النفس من هذا شيء، مع أن الميتطي ومن بعده يتبعون اللخمي كثيراً، ونص كلام اللخمي من تبصرته هو قوله ما نصه: فإن أحضر العامل المال وأشهد على وزنه وزال عن ضمانه وقبض منه ثم عمل فيه كان الربح بينهما على ما دخلا عليه والخسارة من رب المال، واختلف إذا عمل قبل أن

التعيين، ويتحوز به من مثل الجزاف في صرة من الدنانير والدرهم لا يعلم قدرها، لأن جهل رأس المال يؤدي إلى جهل الربح، ومن موانعه التضمين لأنه على الأمانة وأن يضرب فيه أجل لمنافاة الأجل لوصفه، فإن ضرب فيه أجل فإنه يفسخ وأن يشترط فيه شيء ينفرد به العامل أو رب المال من الربح، فإن وقع ذلك فإنه يرد، وقد سبق مثل ذلك في المساقاة، ففي النوادر من كتاب محمد قال مالك: لا يصلح القراض بغير العين وإن كان مكيلاً أو موزوناً لما يخاف من تغير سعره عند المفاصلة، وفيها أيضاً من كتاب ابن حبيب ومحمد: وإذا قال في العروض خذه قراضاً أو بعه واعمل به قراضاً فهو سواء وله أجره في البيع والتقاضي وعلى قراض مثله في الثمن وفيها من كتاب محمد قال مالك لا يجوز أن يعطيه ديناً له في ذمته قراضاً، وكذلك لو أحضره فقال خذه قراضاً لم يجز حتى يقبضه فإن نزل فليس له إلا رأس ماله، وقاله ابن القاسم في العتبية من رواية سحنون. وفي الوثائق المجموعة: ولا يجوز القراض المبهم إذا لم يسم حصة العامل من الربح ولا يجوز القراض إلى أجل ولا يجوز القراض بالضمان. قال ابن القاسم: ومن أخذ مالاً قراضاً على أن لرب المال درهماً من الربح وما بقي بعده فهو بينهما وعمل على ذلك فربح أو وضع فإن الربح لرب المال والنقصان عليه ويكون للعامل أجر مثله اهـ. كلام الشارح. وإنما منع اشتراط درهم مثلاً من الربح لرب المال لأن المطلوب أن الجزء من

يشهد على براءة ذمته منه فأتى بربح أو كان فيه خسارة فقال في كتاب محمد: الربح للعامل والخسارة عليه. وقال أشهب: الربح بينهما، فعلى هذا تكون الخسارة من صاحب المال اهـ. بلفظه. ونقله العبدوسي على المدونة بلفظه وسلمه وهكذا وجدنا فيها وأشهد بالواو وكذا وقبض لا بأو التي لأحد الشيين أي في اللفظتين، والمصنف عبارته عن اللخمي هي قوله ما نصه اللخمي والمازري ويتنزل منزلة القبض إحضاره مع الإشهاد هذا لفظه، فقوله مع الإشهاد نص على أن كلمة وأشهد في كلام اللخمي بالواو لا بأو، ولذلك قال في مختصره ويشهد بالواو، وحاصل المختصر أن القبض كاف وحده والإشهاد كذلك مع الإحضار، وانظره مع كلام اللخمي زاد فيه وزوال عن ضمانه وقبض منه، وقد وجدنا وقبض منه بالواو في تبصرته، والمصنف لم يزده وإن كان بأو فالأمر يقرب، ولفظ المدونة على نقل ابن يونس قال مالك: وإن كان عند رجل دين فقلت له اعمل به قراضاً لم يجز، وكذلك لو أحضره فقال له خذه قراضاً لم يجز إلا أن يقبضه ثم يعيده إليه. قال ابن القاسم خوفاً أن يكون إنما اعترى أن يؤخره بالدين ويزيده فيه، وهذا منه من بوان ابن يونس بلفظه، فقوله إلا أن يقبضه الخ ظاهر خلافه كلام اللخمي اللهم إلا أن يكون الإشهاد بمنزلة القبض، ولكن اللخمي زاد لفظه وقبض انظر الشرح. قال القاضي في تعليل الأجل ما نصه: لا يجوز القراض إلى أجل يلزمه العمل به إلا ذلك الأجل لأن القراض عقد جائز، فإذا شرط فيه اللزوم كان ذلك خلاف مقتضاه ووجب فساده لأن ذلك زيادة من أحدهما على الآخر وذلك غير جائز اهـ. بلفظه من معونته وفي التفريع ما نصه لأن في ذلك إخراج القراض عن سنته، ومن جهة المعنى هو أنه ربما لا يربح في ذلك الأمر فيذهب عمله مجاناً الخ وعلل الفساد بالضمان بما نصه لأنهما أخرجا القراض عن سنته كمن شرط شرطاً ليس في كتاب الله ولا أثر لرضاهما كما لا يؤثر الرضا في تصحيح العقود الفاسدة هذا لفظه.

الربح الذي يكون للعامل يكون معلوم النسبة من الربح كنصفه أو ثمنه أو غير ذلك، وإذا عين كدرهم أو أقل أو أكثر فقد لا يحصل من الربح إلا قدر ذلك فيذهب عمل العامل مجاناً، وقد تلخص من الأبيات أن الشروط ثلاثة: النقد والحضور والتعيين. وأن الموانع ثلاثة: الضمان والأجل واشتراط شيء ينفرد به العامل من الربح، والضابط في مثل هذا أن ما يطلب وجوده هو شرط، وما يطلب نفيه وعدمه هو مانع والله أعلم.

تنبيه: تقدم أنه لا يجوز القراض بالضمان أي باشتراطه على العامل، (وأما إن تطوع به بعد العقد) ففي لزومه رأيان للشيوخ باللزوم وعدمه، (انظر إيضاح المسالك) لسيد أحمد الونشريسي في التنبيه الذي ذكره في قاعدة اشتراط ما يوجب الحكم خلافه مما لا يقتضي فساداً هل يعتبر أو لا يعتبر؟ وإلى ذلك أشار صاحب المنهج المنتخب بقوله في القاعدة المذكورة:

خَلا تَبْرِعُ بِعَيْدِ الْعَقْدِ وَأَلْزَمَ الْقِرَاضَ بَعْدَ الْقَيْدِ
وَالْقَوْلُ قَوْلُ عَامِلٍ إِنْ يُخْتَلَفَ فِي جُزْءِ الْقِرَاضِ أَوْ حَالِ التَّلْفِ
كَذَلِكَ فِي ادْعَائِهِ الْخَسَارَةَ وَكَوْنِهِ قِرَاضاً أَوْ إِجَارَهُ

اشتمل البيتان على ثلاث مسائل القول فيها قول العامل على خلاف في يمينه. الأولى: إذا اختلف رب المال والعامل في قسمة جزء الربح فقال العامل أنصافاً بينهما وقال رب المال للعامل الثلث وله الثلثان أو نحو ذلك. الثانية: إذا اختلفا في التلف والخسارة فادعاه العامل ونفاه رب المال. الثالثة: إذا قال أحدهما قراض وقال الآخر بضاعة بأجر وتتصور دعوى القراض والإجارة من كل من رب المال والعامل بحسب ما يليق بكل واحد منهما. أما الأولى: فقال اللخمي: إن اختلفا في الجزء أي قبل العمل فقال العامل أخذته على النصف وقال الآخر على الثلث فأما عمل أو رده، فإن اختلفا بعد العمل وفي المال ربح كان القول قول العامل إذا كان المال في يده أو سلمه على وجه الإيداع حتى يتفصلاً فيه لأن تسليمه على هذه الصفة ليس بتسليم، وإن سلمه ليتصرف فيه رب المال ويكون جزء العامل سلفاً عنده كان القول قول رب المال أنه على الثلث هو على هذا، فيقيد كلام الناظم بما إذا كان الاختلاف بعد العمل والمال بيد العامل أو عند أمين، وزاد ابن الحاجب كون العامل ادعى ما يشبهه، (وإلى ذلك أشار) الشيخ خليل بقوله عاطفاً والقول للعامل في تلفه وفي جزء الربح إن ادعى مشبهاً والمال بيده أو وديعة وإن

قوله: (وأما إن تطوع به بعد العقد الخ) أي وبعد الشروع في العمل، ومثل المشروط ما إذا طاع العامل بالضمان قبل أن يشرع وإن طاع بالضمان بعد الشروع في العمل فالمسألة فيها خلاف قوي، وكلام الحطاب فيه إيهام ظاهر لا يخفأك وقوله: (انظر إيضاح المسالك الخ) نظرناه فوجدنا بحسب فحواه دالاً على عدم اللزوم وبه قال ابن سهل ولكن انظر الشرح.

(ص): والقول قول عامل أن يختلف. إلى آخر البيتين. قوله: (وإلى ذلك أشار الخ) خليل

لربه. وأما الثانية فقال ابن هشام في المفيد: والعامل مقبول القول فيما يدعيه من ضياع المال وذهابه والخسارة فيه إلا أن يتبين كذبه. وقال ابن الحاجب: والعامل أمين فالقول قوله في ضياعه وخسرانه. التوضيح: قوله في ضياعه أي بسرقة ونحوها، والضياع بفتح الضاد قاله الجوهري. وقوله وخسارته قيده لللخمي بأن يأتي بما يشبه ويعرف ذلك بسؤال التجار في بلد السلع هل يخسر في مثل هذا المال في مثل هذه المدة ما ذكر اه. اللخمي: إن اختلفا في تلفه فقال العامل ضاع أو سقط مني أو سرق أو غرق أو ما أشبه

أشار إلى مسائل هنا يحتاج إليها غاية وهي قوله: والقول للعامل في تلفه وخسره، ورده إن قبض بلا بينة أو قال قراض وربّه بضاعة بأجر وعكسه أو ادعى عليه الغصب أو قال أنفقت من غيره وفي جزء الربح إن ادعى مشبهاً والمال بيده أو ودیعة وأن لربه ولربه إن ادعى الشبه فقط أو قال قرض في قراض أو ودیعة وفي جزء قبل العمل مطلقاً، وإن قال ودیعة ضمنه العامل إن عمل ولمدعي الصحة اه. فقوله في تلفه ظاهره تلف قبل العمل أو بعده بحسب دعواه، وظهره ادعى تلف الناض أو السلع وهو كذلك في الجميع على ظاهر الأنتقال، وإذا صدق في هذا وفي الجنس كما يأتي قريباً فأحرى أن يصدق في كونه لم يربح فيه أو لم يتاجر فيه، وإن تردد فيه الحطاب مع اختياره عدم الضمان، وما اختاره فيجب الجزم به ولا بد من قيد يأتي قريباً هنا. وقوله وخسره لا بد من تقييده وكذا التلف. قال اللخمي ما نصه: فإن اختلفا مع تلفه فقال العامل ضاع أو سقط مني أو نزل عليّ فسرق أو لقيني اللصوص فانتزعوه مني أو غرق إذا أشبه ذلك كان القول قول العامل في جميع ذلك لأنه أمين والأمين مصدق في أمانته مأموناً كان أو غير مأمون، لأن رب المال رضيه أميناً، واختلف في يمينه وأرى أن يحلف إن كان غير مأمون فإن كان مأموناً ثقة لم يحلف إلا أن يكون هناك دلائل التهم، وإن قام دليل على كذبه لم يصدق وأغرم وإن كان عدلاً اه. بلفظه. ونقله ابن عرفة ولم يعترض منه شيئاً. وقال ابن الحاجب: العامل أمين فالقول قوله في ضياعه وسرقته وخسارته الخ. فكتب عليه في التوضيح ما نصه: قيده لللخمي بأن يأتي بما يشبه ويعرف ذلك بسؤال التجار في بلد للسلع هل يخسر مثل هذا المال في هذه المدة الخ. وقوله قيده لللخمي الخ أشار له لقوله في تبصرته ما نصه: وإن ادعى خسارة لأجل نزول الأسواق سئل أهل تلك الصنعة هل أتى بما يشبه أن يخسره في مثل ذلك المال في المدة التي يقول إنه خسر ذلك فيها؟ فقد يعمل المدة الطويلة وهو على الاستظهار على ما في يديه ثم يدعي الخسارة في مدة بعد ذلك، وكذلك إن سافر به سئل أهل الثقة ممن سافر معه عن السفر الذي كانت عليه البياعات في مثل ما مضى به، فإن أتى بما يشبه وإلا لم يصدق ورد إلى ما يشبهه، وإذا اختلفا في الربح سئل أهل تلك الصناعة إن لم يكن سافر به والمسافرون إن كان ظعن به فإن أتى بما لا يشبه رد إلى ما يشبهه، وإن اختلفا في ثمن الذي قوم به كان الجواب على مثل ذلك أنه يسأل عن أثمانه بذلك البلد الذي اشترى منه، فإن عدت البيعة في جميع ذلك وأشكل الأمر كان القول قول العامل ولا يمين عليه إن كان ثقة إلا أن يكون هناك دليل تهمة، وإن شهدت بينة بخلاف قوله وهم من أهل الستر ولم يبلغوا العدالة حلف اه. بلفظه في جميع ما تقدم، واختصره ابن عرفة باختصار صعب وسلمه، وزاد ابن عرفة بعد كلام اللخمي متصلاً به ما نصه الباجي إن ادعى خسارة عرف وجهها صدق، وإن ادعى من ذلك ما لا يعرف فروى ابن أيمن أنه ضامن، قلت: لما نقل اللخمي غرمة إذا قام دليل على كذبه في معنى التلف وهو أخص من

ذلك كان القول قول العامل في جميع ذلك لأنه أمين والأمين مصدق في أمانته مأموناً كان أو غير مأمون لأن رب المال رضيه أميناً واختلف في يمينه اهـ. ابن الحاجب: واستحلافه على الخلاف في أيمان التهم. وأما الثالثة: فقال ابن الحاجب: ولو قال العامل قراض وقال رب المال بضاعة بأجر أو بالعكس فالقول قول العامل انظر التوضيح، ففي المسألة تفصيل وتقييد ينبغي الوقوف عليه. المواق: ومن المدونة إن قال العالم قراض وقال ربه بل أبضعتك لتعمل به فالقول قول رب المال مع يمينه، قال بعض الفقهاء القرويين: إن كان أمرهم أن للبضاعة أجراً فالأشبه أن يكون القول قول العامل مع يمينه اهـ. قوله في جزء القراض يقرأ بضم الزاي للوزن وهو على حذف مضاف أي في جزء ربح القراض. تنبيه: لم يذكر الناظم حكم ما إذا اختلفا في الرد فقال العامل رددته لربه، وقال ربه لم يرده. ابن الحاجب: والقول قوله في رده إن كان بغير بينة وقيل مطلقاً. التوضيح: حاصله أنه اتفق على أن القول قوله في الرد إذا قبضه بغير بينة، واختلف إذ قبضه بها على قولين المشهور منهما أنه لا يقبل قوله وقيل يقبل اهـ. وقال في مختصره في هذه المسائل: والقول للعامل في تلفه وخسره ورده إن قبض بلا بينة، أو قال قراض وربيه بضاعة بأجر وعكسه.

وَلَيْسَ لِلْعَامِلِ فِي غَيْرِ السَّفَرِ نَفَقَةٌ وَالتَّزْكَ شَرْطٌ لَا يُقَرَّرُ

نقل الباجي هذا إن ادعى ما لا يعرف ضمن النخ وهذا منه بلفظه، ووافق غير واحد على ما قاله اللخمي، وأشار للقيد ابن سهل والباجي وغيرهما وتبع اللخمي من بعده في هذا وبينه ابن لب غاية كما في نوازل القراض من المعيار، قف على ذلك في الشرح وعلى كلام الناس غير من ذكر، والحاصل القيد لا بد منه ومن لم يذكره فقد أخطأ، وقول صاحب الشامل وصديق العامل في التلف اتفاقاً وكذا في الخسارة وقيل إن أشبه لا يخفأك ما فيه فاحترز منه، ومر على ظاهر المختصر على عاداته وقد أكلت هنا أموال إذا سمع القاضي قول المختصر والقول للعامل في تلفه وخسره وحكم به من غير مراعاة لهذه الأمور وذلك فساد بلا ريب والله يسامح الجميع، والقراض كالودائع كما في ابن سهل وغيره، وقد قدمنا عن اللخمي في الودائع أن الحلف على الضياع يجب على الناس وإن لم يكن المودع متهماً عنده إلا إذا كان مبرزاً في العدالة ولم يحد عن هذا الأمر إلا من لم ينصف لأن الأمانة قلت، وبذلك علل اللخمي في الوديقة والحاصل يحلف هنا وفي الوديقة من لم يكن مبرزاً في العدالة، هذا هو الذي نقول به، ولكن إنما يدعن لهذا من مازج الناس ونظر أحوالهم واليمين في التلف والخسر سواء. وقوله بلا بينة الخ المراد بالبينه هو أن يشهد رب المال على العامل بإعطائه المال على وجه القراض خوفاً أن يدعي عليه الرد بلا بينة، ويشترط أن يفهم العامل من هذا الإشهاد أنه إذا رد بعده المال بحسب دعواه أنه لا يقبل منه هذا معناه هنا وبيننا ذلك في كتاب الوديقة غاية، وأما إن كان الإشهاد خوفاً من موت العامل مثلاً فهذه يقبل من العامل دعوى الرد فيها وهذا ضاعت فيه أموال أيضاً فلتفهمه إن شئت، وما بقي من الكلام على المتن فانظره في الشرح فإن نقله هنا يطول.

(ص): وليس للعامل في غير السفر. إلى آخر الأبيات.

يعني أن عامل القراض ليس له أن ينفق منه ما دام مقيماً في أهله غير مسافر، ومفهومه أنه إن سافر فله أن ينفق منه في طعامه وكسوته لكن بالمعروف مع كون المال يحمله ذلك، فإن شرط رب المال على العامل أن لا ينفق منه في حال السفر (فإن هذا الشرط) لا يجوز ولا يقر القراض عليه، فقله والتك شرط هو راجع لمفهوم قوله في غير السفر، أي وأما السفر فله أن ينفق منه، فإن شرط عليه أن لا ينفق لم يقر. قال في المقرب: ونفقته في سفره في طعامه وكسوته في المال بالمعروف إذا كان المال يحمله ذلك ولا نفقة ما دام مقيماً في أهله. وفي النوادر من كتاب ابن المواز: قال مالك: وإن شرط على العامل أن لا ينفق في سفره لم يجز. (قال الشارح: لم يفتقر) الشيخ رحمه الله إلى تقييد كون المال ممّا يحمله النفقة كما نبّه عليه في المدونة لجريان عادة العقلاء أن المال القليل لا يسافر به، فلا بدّ أن يكون القراض على هذا إما كثيراً يتأتى به السفر، وإما قليلاً ومعه غيره حتى يتأتى السفر بالمالين، وفي كلتا الصورتين يجب النفقة للعامل في مال القراض إما خالصة من الكثير وإما مفضوضة على القليل مع غيره اهـ. ابن الحاجب: وللعامل نفقته في السفر وفي إقامته بغير وطنه للمال في المال بالمعروف. التوضيح: واحتراز بغير وطنه مما لو أقام بوطنه فإنه لا نفقة له وهكذا في المدونة وغيرها. قوله في المال أي لا في ذمة رب المال، فلماذا لو أنفق العامل في سفره من مال نفسه ثم هلك مال القراض لم يلزم رب المال شيء، وكذا إذا زاد ما أنفقه على مجموع المال لم يرجع بالزائد وهكذا في المدونة. وقوله بالمعروف أي من غير سرف في طعامه وشرابه وركوبه ومسكنه. أشهب عن مالك: وحجامة وحمامه، قالوا: وليس له دواء اهـ. وقول ابن الحاجب للمال يتعلق بإقامته أي إنما له النفقة في إقامته بغير وطنه إن كانت إقامته لأجل المال، أما لحاجة له فلا نفقة له. وقوله في المال يتعلق بنفقته. ثم قال ابن الحاجب: وقال ابن القاسم: والإخدام إن كان أهلاً له والقول قوله إذا أشبه التوضيح أي قول العامل في مقدار النفقة إذا أشبه ذلك نفقة مثله، قال في المدونة: ابن الحاجب وله الكسوة في

قوله: (فإن هذا الشرط الخ) النص في هذا قول صاحب النوادر عن ابن المواز قال مالك: وإن اشترط على العامل أن لا ينفق في سفره لم يجز، قال ابن القاسم: وهو أجير الخ، ولم ينقل هذا الشارح هذا الفرع هكذا بحسب نسختنا. قوله: (قال الشارح لم يفتقر الخ) الناظم ترك قيوداً لا تفهم من نظمه عند الإنصاف إذ لا قرينة تدل على ذلك، والقيود ذكرها صاحب المختصر بقول ما نصه: وأنفق إن سافر ولم بين بزوجه واحتتمل المال لغير أهل وحج وغزو بالمعروف في المال واستخدم إن تأهل لا دواء واكتسى إن بعد ووزع إن خرج لحاجة وإن بعد إن اكرت وتزود اهـ. فانظر كم من قيود في المسألة مع كثرة الكلام في هذه القيود وهذا أمر يشوش البال غاية، وربما يوقع في الفتوى أو الحكم بظاهر النظم من غير اعتبار قيد وذلك باطل بلا خلاف، ولأجل هذا وأمثاله أكبّ الناس على المختصر لكونه إن تكلم على مسألة استوفى قيودها غالباً إلا ما دلت عليه القرائن ولا كذلك هذا الناظم، وابن عرفة يعترض على ابن الحاجب كثيراً في تركه قيوداً أو قيدين فكيف يترك أمثال هذه القيود الكثيرة؟ ولذلك الفقهاء يقولون من أطلق في محل التقييد اعترض كلامه.

بعيده لا في قريبه، وقال ابن القاسم: إلا أن يطول، وأما المال القليل فلا نفقة فيه ولا كسوة اهـ.

وَعِنْدَمَا مَاتَ وَلَا أَمِينٌ فِي رُذِّ إِلَى صَاحِبِهِ الْمَالِ وَلَا هُوَ إِذَا أَوْصَى بِهِ مُصَدِّقٌ
وَرَائِهِ وَلَا أَتَوْا بِالْخَلْفِ شَيْءٌ مِنَ الرِّبْحِ لِمَنْ قَدْ عَمِلَ فِي صِحَّةٍ أَوْ مَرَضٍ يُسْتَوْثَقُ

يعني إذا مات عامل القراض وليس في ورثته أمين يكمل عمله ولا أتى ورثته بخلف منه لذلك أمين فإن المال يرد إلى ربه ولا شيء لورثته من الربح، وإلى هذا أشار بالبيتين الأولين، ثم أخبر في الثالث أن العامل إذا أوصى أن بيده قراضاً لفلان ثم مات فإنه يصدق في ذلك ويخرج من رأس ماله، سواء أوصى به في حال الصحة أو الممرض. قال في المقرب قلت: فإن دفعت إلى رجلين مالاً قراضاً فهلك الرجلان وقد عملا فقال: قال مالك في العامل يموت أن ورثته إن كانوا مأمونين قيل لهم تقاضوا هذا المال، وبيعوا ما لا ترك صاحبكم وأنتم على الربح الذي كان له، (فإن كانوا غير مأمونين) فأتوا بأمين ثقة كان لهم ذلك، وإن لم يأتوا بأمين ثقة أسلم المال دينه وعرضه إلى رب المال ولم يكن للورثة من الربح قليل ولا كثير، فالذي سألت عنه يقال لورثة الميت منهما ما قيل لورثة هذا، وزاد اللخمي بعد قوله أن ورثته إن كانوا مأمونين وممن يقدر على العمل ولم يلزم الورثة أن يستأجروا من مال الميت من يتم العمل لأن العمل في القراض متعلق بعين العامل وليس في الذمة، وإن كان فيه ربح حين سلم جرى على قولين، فقال مالك وابن القاسم: لا شيء لورثته فيه. وقال في الجعل على حفر بئر يكون للأول بقدر ما انتفع به من عمله (وهذا اختلاف قول)، انتهى ببعض اختصار، وقد استطرده الشارح هنا حكم ما إذا ادعى الورثة أنهم أمناء وأنكر ذلك رب المال أو جهله وهل يحمل الناس على الأمانة حتى تثبت الخيانة أو على عدمها حتى تثبت الأمانة فراجعه إن شئت.

(فرع: ابن الحاجب: ولو مات) رب المال وهو عين فالأولى أن لا يحركه فإن حركه فعلى قراضه. التوضيح: احترز بالعين مما لو شغله فإنه يتمادى على العمل (وقيد ابن يونس) المسألة بما إذا كان الموت والعامل يبلى رب المال، وأما لو كان بغيره أو ظعن

(ص): وعندما مات ولا أمين في. إلى آخر الأبيات الثلاثة. قوله: (فإن كانوا غير مأمونين الخ) قدمنا الكلام على هذا عند قول الناظم في المساقاة وعاجز الخ. قوله: (وهذا اختلاف قول) قدمنا الفرق بينهما عند ابن عرفة صدر النظم للمساقاة وكأن هذا الشارح لم يطلع عليه فانظره إن شئت.

قوله: (فرع ابن الحاجب ولو مات الخ) هذا قال فيه في المختصر عاطفاً على ما يضمن فيه العامل ما نصه أو حركه بعد موته عيناً أي وقد علم بالموت كما في صريح المنتخب وقول هذا الشارح وظاهره المنع الخ، وخليل مر على المنع لعطفه على ما يضمن ويلزم من الضمان المنع. قوله: (وقيد ابن يونس الخ) صحيح ولكن انظر الشرح.

منه فله العمل كما لو شغله، فقوله فالأولى نحوه في الجواهر وإنما في المدونة فلا يعمل بصيغة النهي وظاهره المنع، وعلى ذلك حملها اللخمي وغيره. اللخمي: فإن فعل بعد علمه ضمن تجر لنفسه أو للقراض والربح له إن تجر لنفسه وإلا فلهم، ويختلف إذا تجر بعد الموت وقبل العلم فخرس فهل يضمن لخطئه على مال الوارث أم لا لأن له شبهة الإذن اه. وقوله في التوضيح وقيد ابن يونس المسألة يعني مسألة موت رب المال والمال عين والله أعلم.

(وأما قول الناظم): وهو إذا أوصى به مصدق فقال في النواذر عن الواضحة: ومن قول مالك في الرجل إذا أقر عند الموت بقراض أو وديعة فهو مصدق وإن لم يعرف أصلها في حياته كان عليه دين أو لم يكن فإن عينها فربها أحق بها وإن لم يعينها فإنه يحاص به الغرماء، وأما إن عينها في التفليس فربها أولى بها أيضاً، وإن لم تعرف قبل ذلك ببينة في قراض أو وديعة وإن لم يعينها في التفليس فلا يحاص به الغرماء في قراض ولا وديعة اه. على نقل الشارح ومن المدونة: قال مالك: ومن هلك وقبله ودائع وقراض لم توجد ولم يوص بشيء فذلك في ماله ويحاص به غرماؤه. المواق: وانظر حكموا في مال الميت برأس مال القراض مع احتمال الضياع أو الخسارة قال البرزلي: ولا يقضى على التركة بالربح إلا أن يتحقق.

وأجرٌ مثلٍ أو قراضٌ مثلٍ لعاملٍ عند فساد الأضل

يعني أن القراض إذا وقع فاسداً يريد وفات بالعمل فإن الواجب فيه حينئذ الرجوع إلى أجرة المثل أو قراض المثل وإتيان الناظم بأو التي للتخيير مما يؤيد أنه قصد قول القاضي عبد الوهاب ونصه: النظر يقتضي أن يرد القراض الفاسد إلى أجرة المثل أو إلى قراض المثل جملة من غير تفصيل، والتفصيل الذي ذكره ابن القاسم استحسان وليس بقياس، قال: والفرق بين إجارة المثل وقراض المثل أن أجرة المثل تتعلق بذمة رب المال سواء كان في المال ربح أو لا، وقراض المثل يتعلق بالربح، إن كان في المال فينظر كم ينبغي أن يكون حظ هذا العامل منه إذا نزع هذا الشرط فما قيل دفع إليه من الربح فإن لم

قوله: (وأما قول الناظم الخ) هذا في المختصر في آخر كتاب القراض حيث قال: ومن ملك وقبله كقراض أخذ وإن لم يوجد وحاص غرماءه وتعين بوصية وقدم صاحبه في الصحة والمرض، فقوله وإن لم يوجد أي ما لم يتقادم كعشر سنين بدليل قوله في الوديعة وبموته ولم يوص ولم توجد في تركته إلا لبعشر سنين، والقراض والوديعة من باب واحد في هذا والمصنف قال هنا كقراض والكاف أدخل بها الوديعة كما في شروحه تبعاً لكلام المدونة، وقول خليل في الصحة الخ متعلق بأقر محذوفاً فافهم.

(ص): وأجر مثل أو قراض مثل البيت. الكلام في هذا طويل ومما يرجع فيه لأجر المثل مسألة الإنفاق المتقدمة قريباً وليس للعامل إلى آخر البيت، وإن أردت الاطلاع على هذه الأمور فانظر الشرح عند قول المختصر: وعند قوله في المساقاة وفسخت فاسدة إلى آخر تلك المسائل فإنك إن اطلعت تجد فقهاً كثيراً وعلماً غزيراً وتعليقات صحيحات واختلافات غير يسيرات.

يكن في المال ربح أو كان وضيفة فلا شيء له اهـ. على نقل المواق. والذي في ابن الحاجب أن الرجوع لأجرة المثل قول ولقراض المثل قول آخر، وكان الناظم على هذا استعمل أو مكان قيل وهو كثير في كلام الفقهاء سيما الشيخ أبو محمد في الرسالة حتى عدت مواضعه ونظمت وجعلت إحدى تراجم نظائر الرسالة، وكذا وقع في كلام الشيخ خليل إلا أنه قليل في كلامه كقوله: ولمن كمل عتقها فراق العبد فقط بطلقة بائنة أو اثنتين وفي مواضع آخر. قال ابن الحاجب: وإذا فات القراض الفاسد فثلاث روايات: قراض المثل وأجرة المثل. ابن القاسم: ما فسد لزيادة أحدهما أو لشرط رب المال ما يحوج إلى نظره فأجرة المثل وما عداه كضمان المال وتأجيله فقراض المثل، وروي في الفاسد بالضمان له الأقل من قراض المثل أو المسمى. التوضيح: قوله قراض المثل هو تفسير لرواية الأولى وهي رواية أشهب وبه أخذ هو وابن الماجشون. وقوله وأجرة المثل تفسير للرواية الثانية ومنشأ الخلاف الخلاف فيما فسد من العقود المستثناة هل ترد إلى صحيحها فيجب قراض المثل؟ أو صحيح أصلها فتجب أجرة المثل؟ لأن القراض مستثنى من الإجارة اهـ. وفي قولهم هل ترد إلى صحيحها الخ بحث وجواب انظر التوضيح في باب القراض قال: والصواب لو قال إلى فاسد أصله أو إلى صحيح نفسه، ثم قال في التوضيح في قول ابن الحاجب المتقدم قريباً ابن القاسم ما فسد لزيادة أحدهما الخ يحتمل أن يكون هو الرواية الثالثة، وقوله بعد ذلك وروي الخ رواية رابعة، ويحتمل أن يكون قول ابن القاسم معترضاً، وقوله وروي هو الرواية الثالثة، ثم قال في التوضيح ما معناه: إن عبارة ابن شاس في القول الثالث أن منه ما يرد إلى قراض المثل ومنه ما يرد إلى أجرة المثل، ثم اختلف في تفصيل ذلك وتعيينه على طرق الطريقة الأولى انظر تمام كلامه. ونقل الشارح عن المقرب أن الضابط في ذلك أن كل زيادة أو منفعة اشترطها أحد المتقارضين هي للمال أو داخلة فيه ليست خارجة عنه ولا خالصة لمشترطها فيرد فيه إلى قراض مثله، وكل زيادة أو منفعة اشترطها أحدهما لنفسه خارجة عن المال أو خالصة اشترطها فيرد فيه إلى أجرة مثله، وكل خطر أو غرر تعامل عليه خرجا به عن سنة القراض الجائز فيرد فيه إلى أجرة مثله، فعلى هذه المعاني الثلاثة يجري القراض الفاسد كله على مذهب مالك في رواية ابن القاسم عنه وفي هذا الأصل تنازع اهـ. وحاصل هذا القول الثالث أن ما يرجع فيه لأجرة المثل أو قراض المثل محصور بالحد، ومن الشيوخ من حصر ذلك بالعد، قال في التوضيح: ضبط عياض الصور التي فيها قراض المثل على مذهب المدونة وعدّها تسعة وما سواها ففيه أجرة المثل، والتسعة: القراض بالعوض، والقراض إلى أجل، والقراض على الضمان، والقراض بجزء مبهم، والقراض بدين يقبضه المقارض من أجنبي، والقراض على شرك في المال، والقراض على أنه لا يشتري إلا سلعة كذا لما لا يكثر وجوده فاشترى غير ما أمر به، والقراض على أنه لا يشتري إلا بدين فيشتري بنقد، والقراض على أن يشتري عبد فلان ثم يبيعه ويتجر بثمنه، قال: ومما جعل فيه قراض المثل في الكتاب مسألة عاشره ليست من القراض الفاسد وهي إذا اختلفا وأتيا بما لا يشبه وحلفا، وقد نظم بعضهم فيها هذه الأبيات فقال:

لكل قراض فاسد أجر مثله
قراض بدين أو بعرض ومبهم
ولا تشتري إلا بدين فيشتري
ويتجر في أثمانه بعد بيعه
ولا تشتري ما لا يقل وجوده
كذا ذكر القاضي عياض وإنه
سوى تسعة قد فصلت ببيان
وبالشرك والتأجيل أو بضمان
بنقد وأن يبتاع عبد فلان
فهذي إذا عدت تمام ثمان
فيشري سواء اسمع بحسن بيان
خبير بما يروي فصيح لسان

وزاد ابن رشد حادية عشر وهي أن يعطيه دنائير يصرفها ثم يتجر بثمانها اهـ. وإلى هذه النظائر أشار الشيخ خليل بقوله: وعرض إن تولى بيعه كأن وكله على دين أو ليصرف ثم يعمل فأجر مثله في توليه ثم قراض مثله في ربحه كلك شرك ولا عادة أو مبهم أو أجل أو ضمن أو اشتر سلعة فلان ثم اتجر في ثمنها أو بدين أو ما يقل وجوده كاختلافهما في الربح وادعيا ما لا يشبه وفيما فسد غيره أجرة مثله في الذمة اهـ. إلا أن قوله كلك شرك ولا عادة مع قوله أو مبهم تكرر على ما عند المواق.

باب الحبس والهبة والصدقة وما يتصل بها

عقد الشيخ رحمه الله هذا الباب مع ما اندرج تحته من الفصول للكلام على التبرعات وما قارب معناها، وقد ذكر الشارح رحمه الله هنا مناسبة هذا الباب لما بعده وما بعده أيضاً وهكذا إلى باب العتق فراجع فيه إن شئت. قال الرصاع في شرح الحدود: بعض الفقهاء يعبر بالحبس وبعضهم يعبر بالوقف وهما لفظان مترادفان، والتعبير بالوقف عندهم أقوى في التحجيس، يقال وقفه وأوقفه ويقال حبسته، والحبس يطلق على ما وقف يعني الشيء الموقوف ويطلق على المصدر وهو الإعطاء، وكذا العرف الشرعي فذكر الشيخ رحمه الله على عادته الحدين فقال في المعنى المصدري إعطاء منفعة شيء (مدة وجوده) لازم بقاءه في ملك معطيه ولو تقديراً. قوله منفعة أخرج به إعطاء الذات كالهبة. قوله شيء يريد متمول بدليل قوله في ملك معطيه. وقوله مدة وجوده أخرج به العارية

باب الحبس والهبة والصدقة وما يتصل بها

قول ابن عرفة في رسمه للحبس ولو تقديراً هو كقوله: إن ملكت كذا فهو حبس أي ولو كان الملك تقديراً، ويحتمل ولو كان اللزوم كأن دخلت الدار فعبدي حبس على المرضى، انظر الشرح في مواضع وعند كلامنا على تحجيس المشاع ولا بد ولا بد. قوله: (مدة وجوده الخ) هذا ظاهر في شرط التأبید في الحبس بل صريح في ذلك، وقد صححنا في الشرح أن الحبس يكون غير مؤبد ولكن الذي يظهر رجحانه هو شرط التأبید أي لا يشترط التأبید، وفي المسألة كلام كثير، والمراد بالتأبید أي دوامه ما دامت الذات المحبسة كما لا يخفى، ودخل في قوله في الرسم شيء الرقيق غير أن تحجيسه مكروه لأنه يمنعه من العتق، انظر الشرح فإن بعضهم حكى الكراهة فليل إن اللخمي

والعمرى والعبد المخدم حياته يموت قبل موت سيده كذا قال الشيخ، وخروج العارية والعمرى ظاهر لأن المنفعة ليست مدة وجود ذلك، وأما العبد فهو خرج أيضاً لأن اللزوم في بقاء الملك يخرج به ولذا قال الشيخ لعدم لزومه في بقاء ملك معطيه لجواز البيع بالرضا، فخاصية الحبس عدم جواز بيعه مطلقاً تحقيقاً أو تقديراً. وقوله ولو تقديراً أي ولو كان اللزوم أو الملك تقديراً فلزوم بقاء الملك من خاصية الحبس، وإن كان عدم اللزوم في الملك تقديراً فليس من خاصية الحبس، وأما حده الأسمى فهو ما أعطيت منفعته الخ وبيانه ما تقدم في المصدرى، وكلام الشيخ صريح في أن الحبس على ملك المحبس وبذلك صرح الباجي وهو المأخوذ من كتاب الزكاة خلاف قول اللخمي الحبس يسقط الملك (وهو غلط) انظر تمام كلامه إن شئت.

الْحَبْسُ فِي الْأَصُولِ جَائِزٌ وَفِي
مُنَوِّعِ الْعَيْنِ بِقَصْدِ السَّلْفِ
وَلَا يَصِحُّ فِي الطَّعَامِ وَاخْتَلَفَ
فِي الْحَيَوَانِ وَالْعُرُوضِ مَنْ سَلَفَ

يعني أن تحبيس الأصول كاللدور والجنات والحوانيت والأراضي ونحو ذلك جائز في مذهب مالك رحمه الله، وكذلك يجوز تحبيس منوع العين من إضافة الصفة إلى الموصوف أي العين المنوع إلى ذهب وفضة لقصد السلف بحيث توضع تحت يد أمين بإشهاد على أن يسلفها لمن احتاج إليها ممن هو ملي الذمة إما برهن أو حميل وهو الأولى، أو بلا شيء حسبما يرى ذلك من جعلت تحت يده، وقد ذكر لنا أنه كان بقيسارية فاس دراهم نحو ألف أوقية محبسة بقصد السلف فكان من يتسلفها يرد بعضها نحاساً ويمتنع من تبديله فما زال الأمر كذلك حتى اندرست، ثم أخبر الناظم في البيت الثاني أنه

اختار في هذا كله الجواز. قوله: (وهو غلط الخ) ليس كلام اللخمي بغلط بل المسألة فيها خلاف قوي، انظر الشرح عند قول المختصر والملك للوقف الخ.

(ص): الحبس في الأصول جائز وفي إلى آخر البيتين. قف على الشرح صدر الباب تجد أشياء كثيرة اختلفت في تحبيسها كأم الولد والكلب والموصى بخدمته وغير ذلك مما يكثر جلبه كالأضحية، والصحيح في المنفعة هو ما في المختصر صحة تحبيسها، وإن وقع في ذلك كلام فاتح ما يملك وادخله، وقد قال في المختصر في الهبة وإن كلباً حيث قال: وصحت في كل مملوك ينقل أي شرعاً من له تبرع بها وإن مجهولاً أو كلباً ودينياً الخ. وقال هنا ما نصه: صح وقف مملوك وإن بأجرة ولو حيواناً ورقيقاً كعبد على مرضى لم يقصد ضرره، وفي وقف كطعام تردد، فقوله مملوك يدخل فيه كل مملوك حيوان أو غيره ذاتاً أو منفعة كان يصح بيعه أم لا كالكلب رقيقاً كان الحيوان أو لا، وآلات الحرب والثياب، ولا فرق في صحة تحبيس العقار بين الأرض والحوائط والقناطر والمساجد والآبار والقبور أي محلها والمشاع وغير ذلك هذا مختار اللخمي من الخلاف، وإن كان في المسألة خلاف قوي ولكن وقف الرقيق على المرضى بحث فيه ابن فتحو والميتطي وغيرهما لأن ذلك ضرر بالرقيق فلا يلزم بذلك إنما لسيدة عليه الخدمة لا بقيد مباشرة الجذماء وهو اعتراض ظاهر، وذكرنا ذلك في الشرح، ووقف الطعام للسلف جائز ولازم على الراجح، وبيننا ذلك بكلام الفحول في الشرح فليظنره من أراد، وذكرنا في ذلك تفصيلاً وأبحاثاً يطول جلبها هنا.

لا يصح تحبيس الطعام لأن المنفعة فيه هي إتلاف عينه واستهلاكه وأن من سلف وتقدم من الفقهاء اختلفوا في تحبيس الحيوان والعروض، فمنهم من أجاز تحبيسها ورآها كأصول والعين، ومنهم من منعه ورآها كالطعام، فمن سلف هو فاعل اختلف بفتح الفاء واللام مبنياً للفاعل، ولفظ الحبس أول البيت الأول بسكون الباء للوزن، أما وقف الأصول فقال ابن الحاجب: ويصح في العقار المملوك من الأراضي والديار والحوانيت والحوائط والمساجد والمصانع والآبار والقناطر والمقابر والطرق شائعاً أو غيره اهـ. والمصانع جمع مصنع وهو الحوض الذي يجمع فيه ماء المطر ومنه: ﴿وتتخذون مصانع لعلكم تخلدون﴾ [الشعراء: ١٢٩]. التوضيح: قوله شائعاً كما لو وقف نصف دار أو غير شائع ولا يريد المصنف أنه يجوز وقف المشاع من غير إذن الشريك فإن ذلك لا يجوز ابتداء أعني فيما لا يقبل القسمة، (واختلف إن فعل هل ينفذ تحبيسه) أو لا؟ وعلى الثاني اقتصر اللخمي آخر الشفعة فقال: لأن الشريك لا يقدر حينئذ على بيع جميعها، وإن فسد شيء لم يجد من يصلح معه، واختار ابن أبي زيد الأول. اللخمي: وإن كانت الدار ممّا يقسم جاز الحبس إذ لا ضرر عليه في ذلك، ثم قال: فما أصاب المتصدق منه فهو على التحبيس وما لا ينقسم بيع، فما أصاب المتصدق من الثمن من حصته اشترى به ما يكون صدقة محبسة في مثل ما سبها فيه المتصدق، واختلف هل يقضى عليه بذلك اهـ. وفي ابن عرفة إن كان علو وسفل لرجلين فلرب العلو رد تحبيس ذي السفل أسفله لأنه إن فسد منه شيء لم يجد من يصلحه له وكذلك العكس، وقوله في التوضيح وما لا ينقسم بيع يريد إذا دعا بعض الشركاء إلى البيع صرح بذلك الإمام أبو الفضل قاسم بن سعيد العقباني في جواب له عن مثل النازلة ولفظه: وإن لم يقبل القسمة بطل التحبيس بيع المشترك إن دعا بعض الشركاء إلى البيع ثم بعد بطلان التحبيس يكون الثمن ملكاً للمحبس، هذا قول ابن القاسم وهو الأصح اهـ. وقد تلخص من هذا أن بيع ذلك إنما هو إذا دعا إليه أحد الشركاء، وليس المراد أنه يجبر على البيع وأن الثمن المقبوض في الشقص المحبس يكون ملكاً للبايع يفعل به ما شاء على قول ابن القاسم، وفي آخر جواب للإمام أبي عمران موسى بن محمد بن معطي العبدوسي ما نصه: وما لا يحمل القسم بيع وندب لأهل الحبس أن يعوضوا الحبس عند ابن القاسم ولا يجبرون ويفسخ الحبس ويجبرون عند عبد الملك اهـ. نقله صاحب المعيار بعد نحو كراسين من نوازل الأحباس، وإلى الخلاف في القضاء بذلك وعدمه أشار في التوضيح بقوله آخر الكلام المنقول عنه: واختلف هل يقضى عليه بذلك

قوله: (واختلف إن فعل هل ينفذ تحبيسه الخ) تقدم أن المشاع يدخل في قول المختصر صح وقف مملوك فتحبسه صحيح مطلقاً والذي به العمل وهو الراجح بيع ما لا ينقسم ونفوذ الحبس وفي ذلك أي ويشترى بثمانه ما يكون حبساً مع الخلاف في جواز الإقدام عليه، وهذا إن دعا الشريك إلى القسم، وأما ما ينقسم فجازر ونافذ ولا إشكال، وإذا دعا المحبس عليه إلى القسم وحده فإنه يجاب على ما يقتضيه كلام ابن عرفة، انظر الشرح صدر كتاب الحبس وعند قوله صدر الشفعة أو محبساً ليحبس الخ.

وقولهم كما تقدم وما لا ينقسم بيع أي يباع جميع الأصل لا الحصّة المحبسة فقط، كذا نقله في المعيار قبل المحل المتقدم بورقتين أو ثلاث وهو ظاهر من قولهم فما أصاب المتصدق من الثمن والله أعلم، على أن المسألة تأتي صريحاً بعد أبيات في قوله: وفي جزء مشاع حكم تحبيس قفي، وهناك كان الكلام عليها أنسب، ويأتي بقية الكلام على المسألة هناك إن شاء الله، وهذا كله إذا لم يرض الشريك بشركة الحبس، أما إن رضي وحاز المحبس عليه فلا إشكال والله أعلم. وأما وقف العين بقصد السلف فنقله في التوضيح من كتاب الزكاة ومن المدونة وأنه يجوز وقف الدنانير والدرهم لتسلف، وأما عدم صحة وقف الطعام فقال ابن الحاجب: ولا يصح وقف الطعام، قال في التوضيح نحوه في الجواهر وعلله بأن منفعته في استهلاكه، وإنما يكون الوقف مع بقاء الذوات لينتفع بها مع بقاء عينها، ثم قال في وقف الدرهم والدنانير للسلف: ينبغي أن يكون الطعام كذلك أي يجوز وقفه للسلف. قال الشارح: الطعام في معنى الدرهم والدنانير الموقوفة للسلف إذا وقف لذلك لأنه مثلي مثلهما والمنفعة في كليهما في استهلاكه، فما المانع من أن يوقف الطعام للسلف كالعين تخريجاً على قول مالك في المدونة اهـ. وأما الخلاف في وقف الحيوان والعروض فقال ابن الحاجب: وفي الحيوان والعروض روايتان التوضيح أي في جواز وقف الحيوان ومنعه فحذف مضافين، والصحيح وهو مذهب المدونة الجواز لما في الصحيحين أن خالداً حبس أدرعه وأعبده في سبيل الله بالباء الموحدة من أسفل، وفي رواية أعتده بالمشناة من فوق ابن حجر جمع عتيد وهو الفرس الصلب المعد للركوب وقيل السريع الوثب، ثم قال في التوضيح: ولما في البخاري من قوله ﷺ: «من حبس فرساً في سبيل الله إيماناً واحتساباً وتصديقاً بوعده كان شبعه وريه في ميزانه يوم القيامة» وفي البيان ثالث بالكراهة في الحيوان والعروض اهـ. فمقابل الجواز في كلام ابن الحاجب يحتمل المنع كما صرح به في التوضيح أول كلامه، ويحتمل الكراهة وهو القول الثالث في البيان.

(تنبيه: لا يحكم بالحبس): إلا بعد ثبوت التحبيس وثبوت ملك المحبس لما حبسه يوم التحبيس وبعد أن تتعين الأملاك المحبسة بالحيازة لها على ما تصح فيه الحيازة وبعد الاعذار إلى المقوم عليهم فلم تكن لهم حجة قاله ابن رشد. قال الحطاب في شرح قول الشيخ خليل لم تسمع ولا بينته إلا بإسكان ونحوه لا تسقط الحيازة ولو طالت الدعوى في الحبس، بذلك أفتى ابن رشد في نوازله في جماعة حائزين لأملاك يتصرفون فيها بأنواع التصرفات نحواً من سبعين سنة فادعى شخص وقفها وهو حاضر ساكت عالم بالتصرف فقال: لا يجب القضاء بالحبس إلا بعد أن يثبت التحبيس إلى آخر ما تقدم، ثم قال ابن رشد: ويثبت عقد التحبيس بالشهادة على خطوط شهدائه. وفي التوضيح في شهادة السماع ما نصه: قال بعض الأندلسيين ما نصه: لو شهدوا على أصل الحبس لم يكن حبساً حتى يشهدوا بالملك للمحبس يوم حبس وتجاوز شهادتهم على السماع، ولا يسمون

المحبس ولا يحتاج إلى إثبات ملك، قال: ولا تفيد أي شهادة السماع في الحبس إلا مع القطع على المعرفة أنه يحترم بحرمة الإحباس اهـ. (وقد تلخص) من كلام التوضيح هذا أن الشهادة بالحبس إن كانت على القطع فلا بد من الشهادة بالملك للمحبس لما حبس يوم حبس، وإن كانت على السماع فلا يحتاج لذلك بل يكفي القطع على المعرفة بأنه يحترم بحرمة الإحباس والله أعلم. وفي نوازل الهبات من المعيار عن بعض الفقهاء قال: شاهدت عقد حبس كان أبو عمرو الشاطبي كتبه وفيه يعرفون الدار التي بموضع كذا حبساً من تحبیس فلان وأنها تحترم باحترام الأحباس وتحاز بما تحاز به الأحباس فقال ابن عتاب وابن ذكوان: ليس هذا بشيء ولا يجوز له حكم إلا بعد ثبوت ملك المحبس وموته ووراثته والاعذار في ذلك اهـ.

وَلِلْكَبَارِ وَالصُّغَارِ يُفْقَدُ وَلِلْجَنِينِ وَلِمَنْ سَيُوجَدُ

يعني أنه لا يشترط في المحبس عليه أن يكون موجوداً وقت التحبیس ولا بالغاً بل يجوز التحبیس على الكبير والصغير، وعلى الموجود مولوداً أو جنيناً في بطن أمه، وعلى من ليس بموجود رأساً كمن يولد لزيد وزيد صبي صغير. ابن سلمون: ويجوز على الكبار والصغار وعلى الجنين ومن يولد. وقال المتيطي: ويجوز الحبس على الحمل (والدليل) على ذلك ما وقع لمالك رحمه الله من إجازته الحبس على الأعقاب الذين لم يولدوا ولا كانوا في حين التحبیس، وأعقاب الأعقاب الذين يأتون وهم في حين التحبیس غير مخلوقين لا بحمل ولا بغيره فكيف بما في البطن وقد خلق. قال ابن الهندي: وزعم بعضهم أن الحبس على الحمل لا يجوز وذلك جائز لجوازه على الأعقاب. قال الشارح:

وقوله: (وقد تلخص الخ) حاصله أن الشهادة على البت بالحبس لا بد فيها من ثبوت الملك للمحبس بخلاف الشهادة على السماع فإن ذلك لا يشترط، وهذا ظاهر في بيئته البت إذا أريد بها إخراج الحبس من يد مدعي ملكيته لنفسه أو أثبتة لنفسه مثلاً، وأما إن لم يدعه من حازه لنفسه فيظهر أنه لا يشترط في ثبوته ثبوت ملك المحبس لما حبسه لأن الوجه الذي يثبت به إرثه يثبت به تحبیس، وقد اعترض ابن عرفة المسألة على من اشترط هذا الشرط في بيئته الملك قائلاً: ليس ذلك المذهب ولا مشهوره ولا المعمول به، وبيننا هذا عند قول المختصر في شهادة السماع ووقف وتكلمنا مع ابن عرفة فيما ذكره وبيننا أن الراجح هو ما اعترضه ابن عرفة ولكن يحمل على ما أشرنا إليه فانظره في المحل المذكور يظهر لك الحق إن شاء الله تعالى عند قول المختصر صدر الحبس: وفي وقف كطعام تردد.

(ص): وللكبار والصغار يعقد. إلى آخر البيت. قوله: (والدليل الخ) في هذا الاستدلال نظر لأنه ربما أجزى للعقب بالتبع لمن هو موجود ولا كذلك من سيكون وحده، والاستدلال وقع من غير واحد بل وقع حتى من الباجي وابن العطار ولكن فيه ما أشرنا إليه، والتحبیس على من سيكون فيه خلاف، وهل يلزم قبل الولادة أو إنما يلزم بها؟ وعلى الأول يجوز بيعه قبلها ولكن في ذلك خلاف انظر ذلك عند قول المختصر: كمن سيولد في الشرح والهبة والصدقة على الحمل كالتحبیس عليه، وكذلك من سيكون بحسب ظاهر كلامهم ومن جهة المعنى أيضاً.

وفي معنى الحبس الصدقة والهبة من حيث جوازهما للحمل، نص على ذلك المتيطي وغيره ونائب يعقد للحبس.

وَيَجِبُ النَّصُّ عَلَى الثَّمَارِ وَالزَّرْعِ حَيْثُ الْحَبْسُ لِلصَّغَارِ

يعني أن من حبس حائطاً وفيه وقت التحبیس ثماراً أو أرضاً وفيها إذ ذاك زرع وكان التحبیس على الصغار من أولاده بحيث يكون هو الحائز لهم فإنه يلزم الموثق من جهة النصح، ورفع الشغب أن ينص في الوثيقة على شمول التحبیس للثمار والزرع لتتحض الحيازة للصغار المحبس عليهم مخالفة أن يموت الأب قبل جذ الثمرة وحصاد الزرع. قال المتيطي: وقولنا في النص المتقدم إذا كان في الملك زرع وفي الأصول ثمرة وأتبع المحبس فلان بنيه المذكورين نصيبه في جميع زرع هذه الأملاك وثمرتها إلى تمام هذا الفصل هو الصواب. (فإن أبقى المحبس) ذلك لنفسه ولم يحبسه مع الأصل ومات المحبس قبل أن يحصد الزرع أو تجذ الثمرة والحبس على الصغار بطل الحبس ورجع ميراثاً إذا كان الزرع والثمرة في أكثر الحباسة لأنه شغل الحباسة بزراعة وثمرته فلم تتم الحيازة فيها، فإذا ذكرت أنه حبس الزرع والثمرة مع الأصول أو أتبعها به صحت الحيازة. اهـ.

وَمَنْ يُحْبَسُ دَارَ سُكْنَاهُ فَلَا
وَنَافِدٌ تَحْبِيسُ مَا قَدْ سَكَنَهُ
إِنْ كَانَ مَا حُبْسَ لِلْكِبَارِ
يَصِحُّ إِلَّا أَنْ يُعَايَنَ الْخَلَا
بِمَا كَالاِكْتِرَاءِ مِنْ بَعْدِ السَّنَةِ
وَمِثْلُ ذَلِكَ فِي الْهَبَاتِ جَارِ

يعني أن من حبس دار سكناه على بنيه (أو غيرهم) فلا بد من خروجه منها ومعاينة الشهود خلاءها منه ومن أثنائه وأسبابه سنة كاملة، فإن رجع إليها قبل كمال السنة واستمر فيها إلى أن مات بطل التحبیس، وإن رجع إليها بعد السنة فإن كان التحبیس على الكبار نفذ التحبیس وصح وإن كان على الصغار بطل أيضاً، وهذا التفصيل بعينه يجري في الهبة والصدقة، هذا في تحبیس دار سكنى المحبس، وأما غيرها فقال المتيطي: فإن كان

(ص): ويجب النص على الثمار. إلى آخر البيت. انظر المسألة في الشرح عند قول المختصر تناول البناء الخ فإننا نقلنا فيه أن الزرع ونحوه يدخل في هبة الأصل وبيننا ذلك غاية وكذلك في الحبس ولذلك قال تناول البناء الخ ولم يقيد ذلك بالبيع ونحوه والكلام هنا على ما هو أخص. قوله: (فإن أبقى المحبس الخ) فإن لم يتبعها للحبس ولم يبقها لنفسه بل سكت عن ذلك كله فالحبس يتناولها ويصح، هذا ظاهر كلامهم هنا ونقلناه صريحاً في التناول، ولكن عبارة ابن فتوح هي قوله ما نصه إلا أن يلحقه بالصدقة فإن لم يفعل ومات بعد حصاده صحت وقيل بطلت إلا أن يكون تافهاً كالثلث فأقل في جانب الملك هذا لفظه. وهذا كلام ينادي أنه لا فرق بين الحبس والصدقة. وبه تفهم قول المتيطي في هذا الشرح إذا كان الزرع والثمرة في أكثر الحباسة انظر عند قول المختصر: ولا إن بقيت تبطل عنده في كتاب الهبة.

(ص): ومن يحبس دار سكناه فلا. إلى آخر الأبيات الثلاثة. قوله: (أو غيرهم الخ) هو

التحبس في دار لا يسكنها الأب عقد الإشهاد على ما تقدم وكانت حيازته على بنيه بالإشهاد والإعلان نافذة جائزة وكذلك في الأملاك، وإن كانت الدار في سكنه لم تكن الحيازة فيها إلا بأن يخليها وينتقل عنها ويعاينها الشهود خالية ويحوزوها. في المتبعية أيضاً: ولا يسكن الدور المحبسة حتى يخليها من نفسه عاماً أو أكثر وقيل عامين ويكرها في العام والعامين من غيره باسم بنيه ويعقد لهم في ذلك عقداً، فإن عاد إلى سكنها قبل مرور العام أو شغلها بمتاعه ومات قبل أن ينتقل عنها وتصحح حيازتها بطلت الحباسة فيها ورجعت ميراثاً، وإن عاد إلى سكنها والانتفاع بها بعد مرور العام نفذ الحبس، وإن مات فيها لم يوهن ذلك الحبس إذا كان رجوعه إليها بالكراء وأشهد على ذلك، هذا هو القول المشهور المعمول به. وقال ابن القاسم وعبد الملك ونحوه في وثائق ابن العطار وسوى في هذا القول بين الصغير والكبير في رجوعه إليها بعد العام أو العامين على الخلاف في ذلك، وفي كتاب محمد أن الولد الصغير بخلاف الكبير وأنها تبطل برجوعه إليها بعد العام أو العامين إلا أن يكون كبيراً فتجوز اه. وعلى ما في كتاب محمد ذهب الناظم. وقال ابن رشد: إنما يصح القول بحيازة العام في المالين أمورهم، فقول مالك والمعلوم من قول ابن القاسم أنه إن رجع بعمري أو كراء أو إرفاق أو غير ذلك بعد أن حازها الموقوف عليه سنة فإن الوقف نافذ (قال ابن رشد: وأما الصغار) فمتى سكن أو عمر ولو بعد عام بطل، انتهى ما لابن رشد. قال المواق: ولم ينقل ابن عات ولا ابن سلمون إلا هذا خاصة، ورأيت فتوى لابن لب إن خلى ما حبسه على صغار ولده عاماً كاملاً فلا يضر رجوعه إليه اه. وفي نوازل ابن الحاج أن بهذا جرى العمل يعني إذا أخلاها منه أنها حيازة في الكبير والصغير وعلى هذا عول المتبني انتهى كلام المواق.

(فرع: وأما لو سكن بعضها) فقال في المدونة: من حبس على صغار ولده داراً أو وهبها لهم أو تصدق بها عليهم فحوزه لهم حوز إلا أن يسكنها أو جلها حتى مات فيبطل

كذلك في ابن الناظم. قوله: (قال ابن رشد: وأما الصغار الخ) الراجح في المسألة أنه لا فرق بين الكبار والصغار وأن الرجوع بعد السنة يصح معه الحبس والهبة حتى مع الصغار وبه العمل مع رجحانه بل قال فيه ابن عبد الغفور وهو المشهور، وبيننا ذلك غاية بكلام الفحول في الشرح عند قول المختصر أو عاد لسكنى مسكنه قبل عام، ما في النظم لا يقاوم ما يقابله، وكلام ابن غازي من وافقه يوهم أن الراجح هو كلام ابن رشد وليس كذلك، وهذا الشارح تابع لابن الناظم والمواق في النقل، انظر عند قول المختصر في الهبة ولا إن رجعت إليه بعده بقرب بأن أجزاها أو أرفق بها بخلاف سنة ولا فرق بين الحبس والهبة في هذا، وأما إن وقع الرجوع قبل سنة فالبطلان مطلقاً وقعت العطفية لأجنبي أو لولد مطلقاً صغيراً كان أو كبيراً، هذا هو الحق في النازلة ومن ارتاب فلينظر كلام الناس.

قوله: (فرع: وأما لو سكن بعضها الخ) هذا هو قول المختصر في الهبة عاطفاً على ما يبطل الهبة ما نصه: ولا إن بقيت عنده إلا لمحجوره إلا ما لا يعرف بعينه ولو ختم عليه ودار سكنه إلا أن يسكن أقلها ويكري له الأكثر وإن سكن النصف بطل فقط والأكثر بطل الجميع اه.

جميعها، فإن سكن من الدار الكبيرة ذات المساكن أقلها وأكرى لهم باقيها نفذ لهم ذلك فيما سكن وما لم يسكن، ولو سكن الجل وأكرى لهم الأقل بطل الجميع، وفي النكت: إذا سكن القليل وأبقى الكثير خالياً لم يجز لهم ذلك حتى يكره للأصغر لأن تركه لكرائه منع له فكأنه أبقاه لنفسه فذلك كانتقاله إياه لسكنه عياض وهذا صحيح من النظر ظاهر من لفظ الكتاب.

وَكُلُّ مَا يَشْتَرَطُ الْمُحْبَسُ مِنْ سَائِغٍ شَزَعَا عَلَيْهِ الْحُبْسُ
مِثْلِ التَّسَاوِي وَدُخُولِ الْأَسْفَلِ وَيَبِيعُ حَظًّا مِنْ بَيْعِ ابْنِ ثَلِي

يعني أن كل ما يشترطه المحبس مما يسوغ له في الشرع أن يكون الحبس عليه كما يمثل له في البيت الثاني فإن ذلك الشرط نافذ ماض أي معمول به، فقوله: وكل معطوف على تحبیس من قوله قبل ونافذ تحبیس ما قد سكنه، ويحتمل أن يكون مبتدأ خبره جملة عليه الحبس أي وكل ما يشترطه المحبس مما هو جائز في الشرع فإن الحبس جار على ذلك الشرط، ثم مثل ذلك باشتراط التساوي بين الذكور والإناث في الغلة، واشتراط دخول الطبقة السفلى مع العليا، واشتراط أن من احتاج من المحبس عليهم باع نصيبه. ابن الحاجب: ومهما شرط الواقف ما يجوز له جاز واتبع قوله كتخصيص مدرسة أو رباط أو أصحاب مذهب بعينه. التوضيح: لأن ألفاظ الواقف تتبع (كألفاظ الشارع)، واحترز بقوله مما يجوز له مما لو شرط معصية، (ولا يعارض هذا) بأحد القولين في نقل أنقاض المسجد إذا دثر وأيس من عمارته لخراب البلد ونحوه إلى مسجد آخر لأن شرطه إنما يتبع مع الإمكان، ولأن هذا أوفى لقصد له دوام الانتفاع بوقفه، (وكذلك روى أصبغ عن ابن القاسم في مقبرة عفت) فلا بأس أن يبني فيها مسجد، وكل ما كان لله فلا بأس أن يستعان

(ص): وكل ما يشترط المحبس. إلى آخر البيتين. هذا قال فيه في المختصر ما نصه: واتبع شرطه إن جاز كتخصيص مذهب أو ناظر أو تبيدي فلان بكذا وإن من غلة ثاني عام إن لم يقل من غلة كل عام أو إن من احتاج من المحبس عليه باع أو إن تسور عليه قاض أو غيره رجع له أو لوارثه كعلى ولدي ولا ولد له لا شرط لإصلاحه على مستحقه كأرض موظفة إلا من غلتها على الأصح أو عدم بدء بإصلاحه أو نفته إن كان حيواناً اه. قوله: (كألفاظ الشارع الخ) ألفاظ المحبس معتبرة ويعتبر أظهرها ويقدم على ما ليس بأظهر، وتعتبر القرائن والعادات بما يكثر جلبيه، انظر بيان ذلك في الشرح غاية فإن جلب ذلك يطول. قوله: (ولا يعارض هذا الخ) هذا للتوضيح ولكن فيه نظر وإن تبع فيه ظاهر المعونة، وبيان ذلك أن نقل النقض إلى مسجد آخر لم يشترط المحبس خلافه حتى يحتاج إلى الجواب عنه، وإنما يظهر من تأبيد الواقف لما وقفه مدة كونه غير خراب وبعد كونه خراباً لم يتعرض له فافهم. ولكن الأمر في هذا قريب لأنه ليس باختلاف في حكم من الأحكام إذ الحكم هو الجواز على ما به العمل. قوله: (وكذلك روى أصبغ عن ابن القاسم في مقبرة عفت الخ) الذي يظهر رجحانه هو جواز صرف ما هو لله في غيره مما هو لله سبحانه، انظر هذا في شرحنا في مواضع منه عند قول المختصر: واتبع شرطه، وعند قوله: لا عقار وإن خرب الخ، وعند قوله: وفي كقنطرة، وانظر تحصيله في ذلك في الورقة بعيد هذه.

ببعضه على بعض، وكذلك قال ابن الماجشون في أرض محبسة لدفن الموتى فضاقت بأهلها وأرادوا أن يتوسعوا ويدفنوا بمسجد بجانبها فلا بأس به وذلك حبس كله. الخطاب: مفهوم قول خليل وأتبع شرطه إن جاز أن شرط ما لا يجوز لا يتبع، وهذا إذا شرط والله أعلم شيئاً متفقاً على منعه، وإلاً (فقد نص في النوادر) والمتيطية وغيرهما أنه إذا شرط في وقفه إن وجد ثمن رغبة بيع اشترى غيره أنه لا يجوز له ذلك، فإن وقع ونزل مضى وعمل بشرطه، (ومن ذلك مسألة اشتراط إخراج البنات) من الوقف إذا تزوجن

فائدة: قول المختصر في منع بيع العقار المحبس ما نصه: لا عقار وإن خرب ونقض ظاهره كان شقصاً أم لا كان مسجداً أم لا كان حبساً بالأصالة، أو اشتراه الناظر من وفر مسجد مثلاً كان داراً أو شجراً أو غيرهما بقي فيه انتفاع أو لا رجي عوده أو لا، كان في العمارة أو بعيداً منها، كان المشتري بثمنه أفضل أم لا، وهو كذلك في الجميع على أصل المذهب. وأما على ما جرى به العمل عند المتأخرين فقد جمعنا ذلك في شرحنا عند قول المختصر: وفي كقنطرة. وعند قوله: وأتبع شرطه. وهنا عند قوله: لا عقار الخ. لكن إن كان العقار الخرب والنقض لا يرجى عوده لما كان عليه في المستقبل ولم يوجد ما يبني عليه محله في الحال ولم يبق انتفاع بمحله ولو بالكره القليل فيجوز بيعه والمعاوضة به بشرط الغبطة فيهما وثبوت الموجبات لا سيما إن كان المشتري يوفر الحبس، وإن لم يكن الأمر على ما ذكر فانظر ما تفتي به بعد وقوفك على الشرح في المحل المذكور، وقف على تحبيس المملوك عند قول المتن: صح وقف مملوك.

قوله: (فقد نص في النوادر الخ) معنى إتباع شرط المحبس الجائز أنه إذا قال يدخل الأسفل مع الأعلى ندخله أي ما شرطه يتبع فيه ويعمله الناظر في الحبس ولا تحل مخالفته. وأما المضي بعد الوقوع والنزول فذلك لم يتعرض له وإنما قال: إذا قال المحبس بيعوه واشتروا غيره إن وجدتم فيه ثمن رغبة وهذا شرط وهو شرط لا يجوز، فنقول لهؤلاء لا يتبعوه ولا يتبعوا شرطه لأن هذا شرط غير جائز ولو كان جائزاً لقلنا لهم بيعوه واشتروا غيره إن وجدتم ثمن رغبة في الحبس فافهمه بإنصاف. وكذا ما ذكره هذا الشارح وغيره مما يشبه هذا. قوله: (ومن ذلك مسألة اشتراط إخراج البنات الخ) هذه المسألة كثر فيها الكلام غاية، وقد استوفينا كلام الناس فيها والحمد لله كلام المدونة وغيرها بحسب الطاقة، وصاحب المختصر قال فيها عاطفاً على ما يبطل به الحبس أو على بنيه دون بناته، وملخص ذلك أن التحبيس على البنات دون البنين جائز لأنه ليس من فعل الجاهلية، وقد وقع جوازه في المتيطية وغيرها والاستدلال لذلك من غير واحد، وأما على البنين دون البنات فقول مالك هو البطلان مطلقاً وهو الذي في المختصر وصدروا بهذا القول ولم نقف على من صرح بأن مقابله هو المشهور عند من نقل عنه، بل وقع التصريح بتشهير ما في المختصر، وعلى تقدير أن ذكر بعض المتأخرين أن مقابل ما في المختصر هو المشهور ففي ذلك نظر، لأننا نقلنا كلام الناس وهم جماعة كثيرة لم يذكر أحد منهم ذلك، وذلك كاف في الدليل لما في المختصر، وما ذكر ابن هلال والزقاق من جريان العمل بالمضي في المسألة فذلك لا ينافي كون ما في المختصر هو المشهور، لكن العمل يجري بمقابله كما لا يخفى، ومثل حرمان البنات قول الموثق: إلى أن تزوج البنت فلا حبس لها، وتعبير المدونة في هذا بالكراهة لم يتفق على إبقائها على ظاهرها، بل حملها ابن عبد السلام على التحريم قائلاً: يدل عليه تعليقه ذلك بأنه من عمل الجاهلية الخ. وسلمه

وحصل فيها ابن رشد بعد الوقوع والنزول أربعة أقوال. وقال اللخمي: اختلف في ذلك على ثلاثة أقوال إلى أن قال: وقال ابن القاسم: إن كان المحبس حياً فأرى أن يفسخه ويدخل فيه البنات، وإن حيز أو مات المحبس فات وكان على ما حبسه اه. فانظر كيف مضى بعد الفوات للخلاف الذي فيه وهو لا يجوز ابتداء، ومن ذلك ما نقله اللخمي وغيره فيمن حبس داراً وشرط على المحبس عليه أن يرمها إن احتاجت قال: لا يصلح ذلك ابتداء وذلك كراء وليس بحبس، فإذا نزل فقال في المدونة مرمتها من غلتها فأجاز الحبس وأسقط الشرط، وقال محمد: يرد الحبس ما لم يقبض. وانظر الخطاب فيمن حبس كتباً واشترط أنه لا يعطى إلا كتاب بعد كتاب أو اشترط عدم خروجها من المدرسة وهل يراعى في ذلك لفظ المحبس أو قصده، وقد نص الإمام أبو محمد سيدي عبدالله العبدوسي في أثناء جواب له أنه يجوز أن يحدث في الحبس ما يغلب على الظن أن لو كان المحبس حياً وعرض عليه ذلك لرضيه واستحسنه، نقله صاحب المعيار أوائل السفر الرابع، وانظر الخطاب أيضاً على من بنى مدرسة واشترط أن لا يسكنها إلا من يصلي الصلوات الخمس في مسجدتها إن لم يكن إماماً في غيرها، وأن يحضر حزب القرآن المرتب إن كان قارئاً

صاحب التوضيح. وانظر هل الهبة كالحبس في هذا أم لا في الشرح هنا فقد ذكرنا ذلك. والهبة أحق من التحبیس لأن التحبیس شبيه بفعل الجاهلية في حرمان البنات من الإرث ومع ذلك فالعمل جار بمضي الهبة على بعض البنين ولو أعطاه جميع ماله وإن كان الإقدام على ذلك حراماً أو مكروهاً، هذا ملخص ما حررناه في المسألة، ولكن في الشرح زيادات وتعليقات وبسط فلا بد من الوقوف عليه لتم الفائدة للواقف عليه.

تنبيه: أوصاني شيخنا علامة الزمان برد الله ضريحه حين كنت قاضياً في حدود ثمانية عشر عاماً بعد مائة وألف أن أتبه لما يفعله أهل الجبال الذين من إيالة فاس أدامها الله لأهلها وأمنهم بها لما سمعوا أن العمل جار بمضي هذا التحبیس الذي يفى المختصر توصلوا بذلك لأمر لا يباح وهو أن من له أصول وأموال ويخاف إن مات دخل أزواج البنات فيه من أجل الزوجات وشاركوا البنين حبس جميع أصوله على بنيه دون بناته، ويعقب على الذكور من أولاد الذكور ويبقى مستغلاً لأصوله ومنها قوته، فإذا مات أخرج البنون رسيماً متضمناً أنه حبس على بنيه دون بناته، وأنه حازه بعضهم له ولغيره، أو حازه هو إن لم يكن فيهم كبير، والدليل على هذا القصد الخبيث أنه يحبس جميع ما يملكه على من ذكر وهو لم يبلغ الهرم، بل فيهم من يحبس جميع أمواله عقاراً أو غيره كما هو مشاهد في رسومهم كثيراً، ودل على ذلك القصد قرائن كثيرة ولذلك لا تجد أحداً منهم له أصول إلا وهو يحبس هذا التحبیس في الغالب، وأخبرنا بهذا القصد فقهاؤهم وكثير من عدولهم، مع أن الحوز يغلب على الظن أنه لم يقع على الوجه الشرعي لأنهم يقولون أي كتبه الرسوم وحاز كما يجب ولم يذكر بعضهم المعاينة والأملاك مشتتة في بلدان فافهم واجتهد فيما ينتجك مع الله في أمثال هذه الأمور الصعاب، ولولا الإطالة لذكرنا كلاماً طويلاً يدل على أن للتحبیس منهم صورة، وإن لم نقدر أن نصرح بأن تحبساتهم كلها مدخولة لاحتمال أن يكون المحبس من المتقين الحرام ولذلك كثير والحمد لله في المسلمين، والأصل في عقود المسلمين الصحة ولكن غلب الفساد في هذا والغالب مقدم.

ويحضر الميعاد في وقته، ومن لم يفعل ذلك فليس له سكنى، وقال: إنه يجب الوفاء بهذه الشروط المذكورة ولا تجوز مخالفتها، وانظره أيضاً على من وقف كتاباً على عامة المسلمين وشروط أن لا يعار إلا برهن هل يصح هذا الرهن أو لا؟ وعلى ما إذا خصّ مسجد بمعينين كأن يبني مسجداً ويشترط في وقفه أن لا يتولاه إلا مالكي المذهب مثلاً اهـ. وفي جواب ثاني نازلة من نوازل الأحباس من المعيار ما نصّه: وإنما يسكن المدرسة من بلغ عشرين سنة فما فوقها وأخذ في قراءة العلم ودرسه بقدر وسعه ويحضر قراءة الحزب صباحاً ومغرباً ويحضر مجلس مقربها ملازماً لذلك إلا لضرورة من مرض وشبهه من الأعدار المبيحة لتخلفه، فإذا سكن فيها عشرة أعوام ولم تظهر نجاته أخرج منها جبراً لأنه يعطل الحبس، ولا يخزن في المدرسة من سكنها باستحقاق إلا قدر عولته على ما جرت به العادة في الأحباس، وهذا كله منصوص لأئمتنا المتأخرين رضي الله عنهم أجمعين اهـ. وكان هذه شروط من المحبس فلذلك وجب اتباعها والله أعلم.

وَحَيْثُ جَاءَ مُطْلَقًا لَفْظُ الْوَلَدِ فَوَلَدُ الذُّكُورِ دَاخِلٌ فَقَدْ
لَا وَلَدُ الْإِنَاثِ إِلَّا حَيْثُمَا بِنْتُ لِصُلْبٍ ذِكْرُهَا تَقَدَّمَا
ومثله في ذا بنى والمعقب وشامل ذُرِّيَّتِي فَمُنْسَجِب

عبر ابن الحاجب عما أراد الناظم الكلام عليه في هذه الأبيات ببيان مقتضى الألفاظ أي باب بيان الألفاظ الواقعة في لفظ المحبس أي ما تدل عليه وهو باب عظيم عليه تبني مسائل الحبس باعتبار من يستحقه ومن لا يستحقه لكون لفظ المحبس محتملاً غير صريح في المراد. (وقد ألف) فيه الخطاب تأليفاً حسناً أبدى فيه وأعاد على عادته رضي الله عنه فعليك به، يعني أن لفظ الولد لا يشمل إلا ولد الابن ولا يدخل فيه ولد البنت، فإذا قال المحبس هذه الدار مثلاً حبس على ولدي دخل ولد الصلب ذكراً كان أو أنثى واحداً أو متعدداً لأن المراد جنس الولد ولا إشكال، ودخل أولاد الابن ذكورهم وإناتهم وأولاد ابن الابن ذكورهم وإناتهم وهكذا. (ولا يدخل في ذلك ولد البنت) (وكذلك إذا قال): حبس

(ص): وحيث جاء مطلقاً لفظ الولد إلى آخر الأبيات الثلاثة. قوله: (وقد ألف الخ) ظاهره أن هذا الإمام المؤلف هنا هو شارح المختصر وليس كذلك بل ولده سيدي يحيى الخطاب. قوله: (ولا يدخل في ذلك ولد البنت) أي ذكراً كان أو أنثى. قوله: (وكذلك إذا قال الخ) هذه المسائل أشار لها في المختصر بقوله ما نصه: وتناول الذرية ولدي فلان وفلانة أو الذكور والإناث وأولادهم الحافد لا نسلي وعقبى وولدي وولد ولدي وأولادي وأولاد بني وبني بني، وفي على ولدي وولدهم قولان إلى آخر تلك المسائل، وقد أطال الناس الكلام في هذه المسائل سيما ابن رشد في مقدماته، ولكن لا بد من ذكرنا قاعدة تعينك على هذه الأمور، وقال ابن عرفة ما نصه: وفي نوازل ابن الحاج إن كان عرف بلد القائل حبست على أولادي أنه على الذكور فقط لم يدخل فيه الإناث كعرف زمن عائشة حيث قالت وتمثلت بقول الله تعالى: ﴿وقالوا ما في بطون هذه الأنعام﴾ [الأنعام: ١٣٩] الآية، ولو كان العرف كونه على الإناث لم يدخل فيه الذكور، وإن لم يكن عرف فيه دخل فيه الاختلاف

على أولادي بصيغة الجميع فإنه يتناول ولد الصلب مطلقاً كما تقدم، وولد الذكور منهم، ولا يشمل ولد البنت وإلى ذلك أشار بقوله:

وحيث جاء مطلقاً لفظ الولد فولد الذكور داخل فقد

لا ولد الإناث واحترز بقوله: وحيث جاء لفظ الولد مطلقاً مما لو جاء مقيداً كما لو قال: حبس علي ولدي فلان وفلانة وأولادهما فإن ولد البنت داخل وهي المسألة المستثناة في قوله: إلا حيثما بنت لصلب ذكرها تقدماً أي فلا يخرج ولد البنت من لفظ المحبس حينئذ بل هو داخل فيه للتصريح بالبنت، ثم بلفظ الولد المتصل بضمير من ذكر قبله من ولد وبنت وهو معنى ذكرها تقدماً. وكذلك إذا قال حبس علي بني أو علي عقبي فإنه يشمل ولد الابن دون ولد البنت وعلى ذلك نبه بقوله: ومثله في ذا بني والعقب أي مثل الولد فبني مبتدأ والعقب عطف عليه ومثله خبر المبتدأ وما عطف عليه أي أن لفظ بني والعقب مثل لفظ الولد في هذا الحكم المتقدم وهو شمول ولد الابن دون ولد البنت، وأما إذا قال حبس علي ذريتي فإن ولد البنت داخل وعلى ذلك نبه بقوله: وشامل ذريتي

اهـ. بلفظه. وقوله: كعرف زمن عائشة أشار لقوله في النوادر عن المجموعة ما نصه: وقد حبس جماعة من الصحابة على بنينهم وأعقابهم، ونهت عائشة عن إخراج البنات من الحبس وغلظت فيه وقالت: ما مثل ذلك إلا ما قال الله تعالى في أهل الكفر: ﴿وقالوا ما في بطون هذه الأنعام خالصة لذكورنا﴾ [الأنعام: ١٣٩] الخ انظره عند قول المختصر: أو على بنيه دون بناته. وابن رشد أشار إلى أن ما يجري في الأيمان يجري هنا الخ. وإذا كان الأمر كذلك فقال ابن عبد السلام على قول ابن بشير: إن فقدن النية والبساط ففي حمله على مقتضاه لغة أو عرفاً أو شرعاً إن كان ثلاثة ما نصه الأظهر منها حمله على العرف أنه غالب قصد الحالف لأن كل متكلم بلغة يجب حمل كلامه على المعنى الذي يستعمل أهل ذلك تلك اللغة فيه ذلك اللفظ اهـ. بلفظه. إلا أن قوله الأظهر حقه أن يقول الأوجب وإن أشار له بقوله يجب الخ، ولذلك جزم بذلك خليل في مختصره حيث قال: ثم عرف قولي، والنقل عن اللغة إلى العرف فيه نقل تام وغير تام، ولعل ابن عبد السلام قصد الثاني وإلا فالأول لا إشكال في اتباعه. وقال في نوازل الحبس من المعيار عن ابن حمدين حين تكلم على مسألة من حبس على ولده وولد ولده في توجيه خروج الحافد ما نصه: ويحتمل أن يكون معنى ما ذهبوا إليه من منع ولد البنات أن تكون أحباس وقت المفتي بذلك عادة محسبها في زمانهم على استثناء ولد البنات من الدخول في الأحباس وإفراد ولد ذكران الولد به حتى صاروا كأنهم المختصون بهذا الاسم دون ولد البنات، فوجب بذلك عندهم إذا وقع ذكر ولد الولد مجعلاً أن يعدلوا به عن ظاهر اللفظ إلى جاري العادة والعرف، وإلى ولد الولد المعلوم المعتاد المقصود بالدخول في الأحباس لا إلى ولد الولد الذين جاز في العادة والعرف استثناءهم منه والعدول بهم عنه حتى يخصهم المحبس بالذكر نصاً ينصه، وهذا معنى ما ذهب إليه أبو مجمد بن العطار وغيره من الموثقين في كتب وثائقهم الخ، وهذا منه بلفظه. وفي التوضيح: لما قرر أن القوم يدخل في العصبية فقط ما نصه: وينبغي أن يرجع إلى العرف إن كان هناك عرف هذا لفظه. وفي ابن عرفة مثله عند مضمون قول المختصر وطفل الخ. وانظر في الشرح كلام ابن رشد والقرافي وغيرهما الدال على اتباع العرف هنا وهو أمر لا شك فيه ولا مرية، وقد تحصل اتباع العرف قولاً كان أو فعلاً، فافهم هذا واستعن به فإنه يقرب

فمنسحب فذريتي مبتدأ وشامل خبرها ومنسحب عطف عليه أي على شامل، والأولى والله أعلم عطفه بالواو لا بالفاء أي لفظ الذرية شامل لولد البنت ومنسحب عليه. ابن الحاجب: ولدي وأولادي يتناول ولد الصلب مطلقاً وولد ذكورهم. التوضيح: مطلقاً ذكراً أو أنثى وولد ذكورهم دون ولد الإناث هذا هو المعروف، خلافاً لابن عبد البر وغيره في إدخالهم أي إدخال ولد الإناث في لفظ الولد. ثم قال ابن الحاجب: وولدي وولد ولدي المنصوص أيضاً لا يدخل ولد البنات وأولادي فلان وفلان وفلانة وأولادهم يدخلون اتفاقاً. قال الباجي: وأخطأ ابن زرب وعقبي كولدي فإن حالت دونه ابني فليس بعقب ونسلي كذا وذريتي يدخل ولد البنات اتفاقاً (لأن عيسى من ذرية إبراهيم)، انتهى لفظ ابن الحاجب وهو كاف في الاستدلال على ما ذكر الشيخ. ونقل الشارح عن المقرب ما نصه: قال مالك وإذا قال الرجل هذه الدار حبس على ولدي فهي لولده وولد ولده وليس لولد البنات شيء، قال الله عز وجل: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾ [النساء ١١] فأجمع الناس أنه لا يقسم لولد البنات في الميراث شيء اهـ. وقد خرج من هذا أن لفظ الولد لا يدخل فيه ولد البنت مفرداً كان كولدي أو جمعاً كأولادي سواء عطف عليه كقوله ولدي وولد ولدي أو لم يعطف فإنه يشمل ممن تحت ولد الصلب لإرادة الجنس دون ولد البنت والله أعلم.

وَالْحَوْزُ شَرْطُ صِحَّةِ التَّحْبِيسِ قَبْلَ حُدُوثِ مَوْتِ أَوْ تَفْلِيسِ
لِحَائِزِ الْقَبْضِ وَفِي الْمَشْهُورِ إِلَى الْوَصِيِّ الْقَبْضُ لِلْمَخْبُورِ

اشتمل البيتان على مسألتين: الأولى: أن الحوز شرط في صحة التحبيس، ويشترط كونه قبل فليس المحبس أو موته، وقاعدة الشرط أنه يلزم من عدمه العدم، فإذا لم يحز أصلاً أو حيز بعد موت المحبس (أو فلسه) فلا يصح، وكذا لا يصح إذا حيز بعد وقوع المرض المتصل بالموت، ويأتي للنظام التصريح بحكم إخلال هذا الشرط في قوله:

ويانسحاب نظر المحبس للموت لا يثبت حكم الحبس

وليس اشتراط الحوز خاصاً بالتحبيس بل هو شرط في كل ما ينتقل بغير عوض وهو التبرع مطلقاً كالهبة والصدقة والنحلة على قول وجميع العطايا والبطلان المذكور لعدم الحوز (إنما هو إذا حبس في الصحة) ولم يوص بتنفيذه في مرضه، أما إذا حبس في

الأقصى للفهام لا سيما وهو من الفحول الأعلام. قوله: (لأن عيسى من ذرية إبراهيم الخ) صلى الله وسلم على نبينا وعليهما وعلى جميع الرسل والتابعين لهم بإحسان قف على الشرح فيما اعترض به هذا الاستدلال وما وقع في ذلك من الأقوال.

(ص): والحوز شرط صحة التحبيس. إلى آخر البيتين. قوله: (أو فلسه الخ) انظر الشرح عند قول المتن في الرهن إلا بفوته بكعق أو حبس أو تدبير أو قيام الغرماء الخ، فجعل قيام الغرماء من الموانع، وقال في الهبة: وبطل إن تأخر لدين محيط أي الحوز، وبه تعلم ما في الاقتصار على الفلاس. قوله: (إنما هو إذا حبس في الصحة الخ) هذا كلام صحيح، وحاصل الأمر أن ما بتله

المرض ومات منه أو في صحته وأوصى في مرض موته بإنفاذه فإنه ينفذ على وجه الوصية ما حملة الثلث مضى وما لم يحمله توقف على إجازة الورثة. قال في المقرب: قال سحنون قلت لابن القاسم: رأيت من حبس نخل حائطه على المساكين في صحته أو تصدق به عليهم ولم يخرج ذلك من يده حتى مات قال يبطل حبسه ويكون ميراثاً إلا أن يوصي في مرضه بإنفاذ ذلك فيكون من الثلث وهو قول مالك، وكذلك هذا فيمن تصدق بصدقة أو هبة لمن يقبض لنفسه فلم يقبض ما تصدق به عليه أو وهبه حتى مات المتصدق أو الواهب لم ينفذ من ذلك شيء كان المتصدق عليه أو الموهوب له وارثاً أو غير وارث والعطايا والنحل في هذا على ما فسرت لك، قلت له: فإن حبس نخل حائطه على المساكين في مرض ولم يخرج الحائط من يده حتى مات، فقال: هذه وصية جائزة إذا حملها الثلث، وكذلك ما فعله المريض من بت صدقة أو بت عتق ليس يحتاج فيه إلى قبض ويترك في يده حتى يموت فيكون في الثلث أو يصح فينفذ البتل كله، وسواء في هذا كان بتله لرجل بعينه أو للمساكين أو في سبيل الله بخلاف ما أعلمتك في الصحيح لا يجوز من فعل الصحيح شيء مما ذكرت لك إلا ما قبض وحيز قبل أن يموت أو يفلس اه. المسألة الثانية المذكورة في البيت الثاني: في أن الحائز للحبس أو غيره من التبرعات هو المعطي له من المحبس عليه أو الموهوب له وغيرهما إن كان رشيداً غير محجور عليه وهو مراده بجائز القبض وإن كان محجوراً عليه ولو بالغاً فالمشهور أن الحائز له هو حاجره من أب أو وصي أو وصي وصيه ومقابله أنه يحوز لنفسه. قال المتطي: وإذا حبس الرجل على مولى عليه فالأحسن في ذلك أن يقبض له وصيه أو غيره ممن هو مالك أمره ليخرج بذلك من الخلاف الواقع في قبض المولى ما حبس عليه. وفي الوثائق المجموعة: إن فوضت الأم قبض هبتها لابنها أو إلى غير الأب حتى يبلغ الابن الموهوب له ذكرت ذلك ثم قال: ولو أن يتيماً لزمته ولاية فتصدق عليه رجل بصدقة وشرط في صدقته أن تكون يد اليتيم منطلقة عليها ولا ينظر الوصي فيها بشيء ولا يأخذها ثقاف الولاية فإن له شرطه، وإنما تكون الولاية فيما ورث اليتيم أو استفاد أو أعطى بغير هذا الشرط، والدليل على ذلك المسألة المتقدمة في الأم تفوض قبض ما وهبته لابنها الصغير الذي في حجر أبيه إلى غيره لما يخاف من تحامل الآباء في أموال البنين، ونظر الأب أقوى من نظر الوصي، فقد أزيح نظره لابنه في صدقة الأم عليه وتفويضها النظر في صدقتها عليه إلى غير الأب وقد نزلت فأفتى فيها بهذا، ثم قال الشارح ما حاصله: أنه قيد هذا القول بكون اليتيم على الحالة التي يرى ابن القاسم فيها أن أفعاله جائزة وإن كان تحت الولاية كان أوجه وكان على مقتضى قول ابن القاسم، وأما أخذه على الإطلاق (فلا يخلو من بحث اه.) ويأتي للناظم قريباً:

المريض هو وصية وذلك محصور في ثلثه ولا يحتاج إلى حيازة لأن الوصايا لا تحتاج إلى حيازة، وأحرى الوصية الحقيقية في صحة أو مرض فهي في الثلث ولا تحتاج إلى حيازة.

قوله: (فلا يخلو من بحث إلى قوله: بل إذا خلي بين الناس الخ) هذا هو قول المختصر

ونافذ ما حازه الصغير لنفسه أو بالغ محجور
وقال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: وشرط الوقف حوزة عنه قبل فلسه وموته ومرض موته وإلا بطل ما نصه. فرع: ومن هو الحائز فنقول التحبيس إن كان على المساجد ونحوها فلا يفتقر إلى حائز معين (بل إذا خلي بين الناس) وبينه صح، وإن كان على معين لم يكن بد من حيازته، ثم إن كان رشيداً وحاز لنفسه فلا إشكال، وإن كان محجوراً عليه فقال ابن الهندي: تصح حيازته لأن القصد خروج ذلك من يد المحبس ووقعت أيام القاضي منذر بن سعيد فشاور فقهاء بلده فأجمعوا على أن ذلك حيازة، حاشا إسحاق بن إبراهيم والباقي في وثائقه كقول إسحاق وهذا الخلاف إنما هو إذا كان له ولي. ابن رشد: وينبغي أن يتفق على أنه حيازة إذا لم يكن له ولي، وإن حاز غير المحبس عليه بوكالة فذلك نافذ لأن قبض الوكيل قبض لموكله سواء كان غائباً أو حاضراً، أو بغير وكالة (ولا يخلو المحبس عليه) إما أن يكون حاضراً أو غائباً، فإن كان غائباً وجعل المحبس أو الواهب أو المتصدق ذلك بيد من يحوز له حتى يقدم جاز، وإن كان حاضراً افترق الحال بين الحبس والهبة والصدقة، ففي الحبس يجوز أن يقدم المحبس من يحوز له ويجري الغلة عليه ولا يجوز ذلك في الهبة والصدقة اهـ. وهو كلام ملخص، إلا أن في بعض نسخ التوضيح وبغير وكالة لا يخلو المحبس عليه، إما أن يكون رشيداً أو غيره، فإن كان رشيداً فلا يخلو إما أن يكون حاضراً الخ وهو أولى والله أعلم. وقوله في التوضيح أول كلامه فلا يفتقر إلى حائز معين يلي إذا خلي الخ، إنما هو ظاهر في تحبيس المسجد نفسه، وأما في التحبيس على المسجد كما هو ظاهر قوله أولاً التحبيس إن كان على المساجد الخ فليس بظاهر بل يحوزه إمام المسجد والله أعلم. وقوله بوكالة يعني من المحبس عليه، ويأتي للناظم أن من وهب لرجلين أحدهما غائب فحاز الحاضر الجميع لنفسه وللغائب فذلك حوز لهما وإن لم يعلم

عاطفاً على ما يبطل به الحبس ما نصه: أو لم يحزه كبير وقف عليه ولو سفيهاً أو ولي صغير أو لم يخل بين الناس وبين كمسجد قبل فلسه وموته ومرضه الخ. فقوله: ولو سفيهاً أي فإن حازه الكبير صح ولو سفيهاً فهو راجح للمفهوم. وقوله: ومرضه أي مرض موته. قوله: (ولا يخلو المحبس عليه الخ) ملخص ما ذكره الناس في هذا ما نصه توكيل المعطي ماض مطلقاً وكذا توكيل المعطي بكسر الطاء في غيبة المعطي وفي الحضور يجوز من المعطي بالكسر في الحبس لا في الهبة والصدقة وقد لفقنا ذلك بما نصه:

وكل من وكل حوزة نفع بلا تقييد إذا ما قد وقع
من امرئ أعطى لكن إن صدر من مانع تفصيله فيما استقر
إن غاب من أعطى صحح مطلقاً وحاضر في الوقف كن محققاً

وكان الفرق بين الحبس والهبة والصدقة أن الحبس إذا كانت له غلة وكان المحبس يفرقها فإن الحبس لا يبطل وإن لم يحز عنه واختاره اللخمي والحبس الملك فيه للواقف فيكون الواقف عين غير المحبس عليه للحوز لكونه أرفق بالأصل من المحبس عليه ولا كذلك الهبة والصدقة.

الغائب بالهبة. وقول الناظم لجائز القبض يتعلق بالحوز ولا مه للاستحقاق والله أعلم.

(تنبيه: تكلم الناظم) على اشتراط الحوز في صحة التحبیس وعلى من هو الحائز ولم يتكلم على كيفية الحوز كيف هي. قال ابن سلمون: ولا بد من حوزة في حياة المحبس وقبل فلسه ومرض موته وإلا بطل وذلك بالشهادة على المعاينة ولا يجزي فيه الإقرار. قال ابن العطار: وجرت الفتيا بأن التطوف مع الشهود وتخلي المحبس عن الحبس إلى المحبس عليهم بمحضهم حيازة له تامة، وإن لم يعاين الشهود عمله في الحبس قال غيره وإن لم يحرث ذلك أو يعمره حتى مات المحبس فلا يضره ذلك والصدقة كذلك، وقد قيل إنه لا بد أن يحرث ذلك أو يعمره بعد المعاينة وإلا فلا تتم الحيازة، قال: والفتيا بخلاف ذلك وإن عقد المحبس عليه في الحبس كراء أو مزارعة أو مساقاة فذلك يغني عن الوقوف إليها ومعاينة نزول المحبس عليه فيها وكذلك الصدقة، قال ابن أبي زمنين وقد قيل إن ذلك لا يغني عن الحيازة إلا أن يعاين الشهود نزول المكتري أو المزارع أو المساقى فيها وإلا فلا، وكذلك إن كان الموضع بقفر من الأرض وليس فيه حيازة معلومة فالإشهاد كاف في حيازته، وقيل لا بد من معاينة البينة التخلي فيه والقبض اه. وحد ابن عرفة الحوز المطلق الذي يعتم حوز الحبس وغيره بقوله رفع خاصية تصرف الملك فيه عنه بصرف التمكن منه للمعطي أو نائبه، فقوله خاصية تصرف الملك هي التمكن من الهبة والصدقة والبيع، والاستغلال ووضع اليد بكراء أو غير ذلك، وقوله فيه يتعلق بتصرف وعنه يتعلق برفع والضمير فيهما للملك، وقوله بصرف التمكن يتعلق برفع، وقوله منه متعلق بالتمكن وضميره للملك، وقال الرصاص للمعطي أي بالكسر وعليه فمن بمعنى عن وللمعطي يتعلق بالصرف وضمير نائبه للمعطي بفتح الطاء وأخرج بقوله للمعطي حوز الرهن فإن الصرف فيه للمرتهن ومعناه رفع يد المعطي بالكسر من التصرف في الملك ورد ذلك إلى يد المعطي أو نائبه ونائبه أما وكيله أو وصيه أو مقدم القاضي.

وَيُكْتَفَى بِصِحَّةِ الْإِشْهَادِ إِنَّ أَعْوَزَ الْحَوْزَ لِمُعْذِرٍ بَادٍ

تقدم أن الحوز شرط في صحة التحبیس، فإن تعذر بأمر ظاهر من خوف عدو وما أشبهه سقط هذا الشرط واكتفى عنه بالإشهاد بالحبس ويصح الحبس وينفذ، وأشار بذلك

قوله: (تنبيه تكلم الناظم الخ) انظر هذا في كتاب الرهن عند قول المختصر: والحوز بعد مانعه لا يفيد إلى آخر تلك المسائل. وعند قوله في الهبة حيز وإن بلا إذن. وعند قوله في الباب وعقبى الخ فإنك تجد كلاماً طويلاً محققاً هناك. وعند قوله أو أعتق أو باع. وعند قوله لدين محيط. وعند قوله في الحبس أو جهل سبقه، لكن في المدونة ما نصه: ولا يقضى بالحيازة إلا بمعاينة البينة لحوزه في حبس أو رهن أو صدقة أو هبة الخ. ولم يذكر هنا التحويز عند قوله في الحبس أو لم يحزه كبير الخ.

(ص):

(ويكتفى بصحة الإشهاد إن أعوز الحوز لمعذر باد)

لقول ابن سلمون: (وسئل ابن رشد) فيمن تصدق على ابن له كبير بأملك وأشهد الأب بتبديل الصدقة والابن بقبولها ووقع القبض في بعضها بالمعينة وبقي سائرهما لم يتطوف عليه ولا خرج إليه لكونه في قطر مخوف من العدو، ولا يدخله أحد إلا على غرر، ولم يعتمد ذلك أحد إلا إن مات الأب فقال إذا حال الخوف بين الوصول إلى موضع الأملك المتصدق بها لحيازتها بالتطوف عليها اكتفي بالإشهاد ولم تبطل الصدقة إن مات المتصدق بها قبل إمكان الوصول إليها، هذا معنى ما في المدونة وغيرها اهـ.

وَيَنْفُذُ التَّحْبِيسُ فِي جَمِيعِ مَا مُحْبَسٍ لِقَبْضِهِ قَدْ قَدِّمًا

يعني أن من حبس شيئاً على غير معين كسبيل الله فقدم المحبس شخصاً على قبض ذلك وأسلمه إليه وتخلّى عنه فإن ذلك كاف والحبس صحيح في جميع ما حيز عن المحبس. قال في المقرب: قلت له: فلو حبس عرضاً أو حيواناً في سبيل الله ثم وليه حتى مات وهو في يده قال: هذا مردود إلى الورثة، وكذلك كل حبس له غلة فإنه إن وليه فكان يفرقه حتى مات فهو ميراث ولا تكون الحيازة في مثل هذا (حتى يستخلف) المحبس رجلاً غيره على حيازته وبيراً إليه به.

وَالْأَخُ لِلصَّغِيرِ قَبْضُهُ وَجِبَ
وَالْأَبُ لَا يَقْبِضُ لِلصَّغِيرِ مَعِ
إِلَّا إِذَا مَا أَمَكَّنَ التَّلَافِي

مَعَ اشْتِرَاكِهِ وَيَتَّقَدِيمِ مَنْ أَبِ
كَبِيرِهِ وَالْحُبْسُ إِزْثُ إِنْ وَقَعَ
وَصُحِّحَ الْحَوْزُ بِوَجْهِ كَافِ

قوله: (وسئل ابن رشد الخ) وتقدم في شرح البيت قبله أن المكان القفر يكفي فيه الإشهاد، وفي تحصيل الرجاعي الذي نقلناه عند قول المتن أو جن الخ ما نصه: وأما إن كانت الهبة غائبة ولم تقبض قبل موت الواهب فإن كانت لابنه الصغير فالجواز اتفاقاً وإلا ففي ذلك خلاف قوي، مذهب ابن القاسم في ذلك البطلان إن فرط في الخروج إليها أو لا. وذكر هناك أيضاً ما نصه: وإن وهب عبده الأبق فخرج الموهوب له في طلبه فلم يجده إلا بعد موت الواهب مذهب عبد الملك الصحة لأنه ليس بيد الواهب فالإشهاد وطلبه كاف كالدين الخ. ولكن عنده كلام طويل في هذا نقلناه في المحل المذكور، ومسألة الأبق قريبة مسألة ابن رشد في الخوق بجامع عدم القدرة على القبض في الجملة.

(ص):

(وينفذ التحبيس في جميع ما محبس لقبضه قد قدما)

قوله: (حتى يستخلف الخ) هذا كلام مجمل، وقد قال ابن عرفة ما نصه: وتحويز المعطى العطية غير معطاهما بحضرتة مع منعه دفعها له إلا بإذنه يبطلها، وإلا بعد موته وصية ومع السكت فيها تصح وفيها تبطل. عياض: قيل اختلاف وإليه نحا اللخمي، وقيل الأولى العطية كانت بيد معطيه فأخرجها، والثانية إنما كانت بيد غاصب اهـ. بلفظه فانظره ما أحسنه وأبينه وأتقنه.

(ص): والأخ للصغير قبضه وجب إلى آخر الأبيات الأربعة.

وإن يُقَدَّم غَيْرُهُ جازاً وفي جُزءٍ مُشاع حُكْمٌ تَحْبِيسِ قُفي

اشتملت الأبيات على مسألتين: الأولى: إذا حبس الأب على ولديه صغير وكبير حبساً مشتركاً بينهما على الإشاعة، ونوع الناظم الحوز للصغير إلى ثلاثة أوجه: إن قدم الأب الابن الكبير على الحوز لأخيه الصغير فالحبس صحيح لهما معاً وإلى هذا الوجه أشار بالبيت الأول. ومعنى وجب جاز وصحّ ولا يعني به مقابل التحريم، وإن قبض الأب الصغير وقبض الكبير لنفسه (بطل الحبس) ورجع ملكاً للمحبس يورث عنه إن مات إلا إذا تلافى ذلك قبل فليس المحبس ومرض موته بوجه صحيح كاف في الحوز كأن يقدم الأب الكبير على الحوز للصغير كما في الوجه الأول، أو يقدم أجنبياً على الحوز له كما في الوجه الثالث وإلى هذا الوجه أشار بقوله: والأب لا يقبض للصغير مع البيتين. وإن قدم الأب أجنبياً يحوز للصغير جاز أيضاً وصحّ الحبس وإلى هذا الوجه أشار بقوله: وإن يقدم غيره جاز أي غير الابن الكبير فيشمل الأجنبي وإبناً ثالثاً للمحبس إذا لم يشركه مع المحبس عليهما في الحبس المذكور. قال في المتيطة: ويجوز للأب أن يحبس على بنيه الكبار والصغار حبساً واحداً، ويقبض الكبير لنفسه ولإخوته الصغار بتقديم الأب له على ذلك. ثم قال المتيطي: قال الباجي في وثائقه وقد رأيت بعض الموثقين عقد أن الابن الكبير قبض لنفسه وقبض الأب نصيب الصغار وأجاز مثل هذا وخالفه في ذلك غيره وقال: لا يجوز حتى يقبض الكبير لنفسه ولإخوته الصغار على مذهب ابن القاسم، قال ابن العطار: فإن وقع هذا وقبض الكبير لنفسه والأب للصغار بطل الحبس في رواية ابن القاسم عن مالك. قال المتيطي: ويجوز أن يقدم الأب رجلاً يقبض مع الكبير نصيب الصغار اهـ. وعلى قول الباجي وخالفه في ذلك غيره الخ. وقول ابن العطار: فإن وقع هذا الخ ذهب الناظم وزاد أنه إذا تلافى ذلك بحوز صحيح صحّ الحبس ولم يبطل زيادته ظاهرة والله أعلم. تنبيه: هذا الحكم جار في الهبة والصدقة أيضاً، وأن من وهب أو تصدق على أولاده الصغار والكبار وقدم ابناً كبيراً للحوز للصغار فإن ذلك جائز، وهذا يأتي للناظم صريحاً في فصل الصدقة والهبة حيث قال:

وللأب التقديم للكبير لقبض ما يختص بالصغير

فإن لم يقبض الكبير حتى مات الأب بطل الحبس لهما كما يأتي إن شاء الله.
المسألة الثانية: مما اشتملت عليه الأبيات (تحبيس الجزء المشاع) كدار بين رجلين أنصافاً

قوله: (بطل الحبس) أي جميعه لا حظ الصغير فقط كما في الناظم وغيره لأنه مشترك بينها فيلزم من بطلان حظ الكبير بطلان حظ الصغير فافهم.

قوله: (تحبيس الجزء المشاع الخ) تقدم الكلام في هذا، وأما حوز المشاع وكيفيته ففي ذلك كلام كثير، وانظره عند قول المختصر في الهبة إلا ما لا يعرف بعينه. وعند قوله في الحبس أو لم يحزه كبير وقف عليه. وعند قوله في الرهن وحيز بجميعه إن بقي فيه للراهن، وتحصل لنا من كلامهم هناك أن حوز المشاع في الهبة والصدقة والحبس إذا رفعت يد المعطى عنه صح، وإن لم

مثلاً حبس أحدهما نصفه هل يجوز ذلك ويصحّ الحبس أو لا؟ فيه خلاف، وظاهر إطلاقهم وما نقلوا من كلام الفقهاء هنا أن الخلاف ولو رضي الشريك بشركة الحبس لأن شركته ضرر، وتقدم الكلام على ما إذا لم يرض الشريك أول باب الحبس بما فيه كفاية، ولكن نقله هنا أنسب، وتقدم هنالك عن العبدوسي أن التحبيس ماض عند ابن القاسم وما لا يحمل القسم يباع ويندب أو يعوض بثمنه حبس ولا يجبر على ذلك. وقال عبد الملك: يفسخ التحبيس ويجبر على تعويضه بغيره. وفي ابن سلمون: ويجوز تحبيس الجزء المشاع، قال ابن حبيب: فإن كان ممّا ينقسم قسم فما أصاب الحبس من ذلك فهو على التحبيس، وما كان من ذلك لا ينقسم بيع، فما أصاب الحبس من الثمن اشترى به ما يكون حبساً فيما سبيله فيه اه. قال الشارح: وفي نوازل ابن الحاج: إذا حبس رجل حصته من دار فإن كانت تنقسم قسمت وإن كانت لا تنقسم ففي الواضحة عن ابن الماجشون أن جميع الربع يباع ويتباع بثمن نصيب الحبس حبس، ونزلت في أيام محمد بن علي القاضي في فرن حبس منه جزء من خمسين جزءاً على ولد فافتي الفقهاء بأعماله وقضى بذلك محمد بن علي وكان رأي ابن الطلاع ما في الواضحة فلم يعمل به ونفذ الحبس. ومن أحكام ابن سهل في مسائل ابن زرب قال: اختلف أهل العلم فيمن له حصة في دار لا تنقسم فحبسها فقال بعضهم لا ينفذ تحبيسه فيها وأجازه بعضهم وبإجازته أقول اه. فانظر كيف أطلقوا الخلاف ولم يقيدوه بعدم رضا الشريك بشركة الحبس. تنبيه: هذا حكم ما إذا حبس البعض والبعض الآخر لغيره، أما إن كان الباقي له وسكن معه المحبس عليه مثلاً أو حاز بغير السكنى فذلك نافذ بناء على أن الشروع لا ينافي الإقباض وفيه قولان. قال القاضي أبو عبدالله المقرئ: قاعدة الشيعاء عند مالك ومحمد لا ينافي الأقباض فلا يشترط في الرهن الإفراز بل يصحّ رهن المشاع. وقال النعمان ينافيه فيشترط الإفراز فلا يصحّ رهن المشاع اه. وهذا وإن ذكره في الرهن فقط فهو جار في الحبس والصدقة والهبة لاشتراكها في شرطية القبض والله أعلم. وعلى عدم المنافاة ما نقل في المعيار في نوازل الهبات ونصه: وسئل أحمد بن عبدالله اللؤلؤي عن رجل وهب نصف

ترفع وساكنه المعطي ففي ذلك خلاف، ولا فرق في المعطي بالفتح بين كونه كبيراً أو صغيراً كانت المشاركة في سكنى أو اغتلال أو غير ذلك، وإذا وهب أو تصدق أو حبس على كبير وصغير ولم يحز الكبير بطل جميع المعطي في الثلاثة على ما به العمل. وذكر في نوازل الحبس من المعيار عن اليزناسني أن العمرى هنا كالحبس وأخرى منه لأنها لا ترجع للمعمر الخ. وحوز الأب لابنه الصغير مشاعاً معه صحيح كما في الرجراجي، وكلام الكافي يقتضي أنه لا فرق بين الحبس وغيره وفي كتاب الصدقة ما نصه: ومن تصدق على ابنه بجزء مشاع من دار أو أرض وأشهد على ذلك ففيه قولان لمالك: أحدهما الجواز وبه أخذ إذا كان صغيراً، والآخر البطلان وكذلك الهبة هذا لفظه. وذكر الشيخ ميارة هنا أنه لا فرق في حوز المشاع بين الرهن وغيره، وحوز الرهن رأيته وهو قول المتن وحيز بجميعة إن بقي فيه للراهن فافهم. ولكن انظر الشرح عند قول المختصر: أو لم يحزه كبير في الحبس. عند قوله في الهبة إلا لمحجوره تجد البيان التام، وهذه نغمة اختصرناها منه مخافة التطويل بنقله.

داره وهو ساكن فيها فدخل الموهوب له فساكنه فيها وصار حائزاً بالسكنى والارتفاق بمنافع الدار والواهب معه على حسب ما يفعله الشريكان في السكنى. فأجاب: ذلك حوز تام والهبة نافذة له، وكذلك كل من وهب جزءاً من مال أو دار وتولى احتياز ذلك مع واهبه وشاركه في الاغتلال والارتفاق فهو حوز وقبض، قيل له: فإن كان إنما وهب نصف ذلك لصغير لا يحوز لنفسه أو لبكر فسكننا مع الواهب على حسب سكنى الحائز الفعلي فقال: هو حوز تام أيضاً نافذ، أرأيت لو أن رجلاً وهب لصغير دنانير ودفعها إليه ثم مات الواهب وهي بيده أليس حيازة تامة وقبضه جائز؟ اهـ. قال مقيد هذا الشرح سمح الله له: وهذه القاعدة من البواقي على المنهج المنتخب لسيدى علي الزقاق رحمه الله وقد قلت في تذييله:

هل الشيوخ قد ينافي القبض لا نعم ينافيه خلاف نقلنا
عليهما تحبیس جزء إن سكن معه محبس عليه لا وهن
وهبة صدقة رهن فلا فرق لأجل الحوز خذه مسجلا
والقبض في غير الرهان كاف وفيه الإقباض على خلاف

وقول الناظم: وفي جزء مشاع حكم تحبیس قفي، حكم تحبیس مبتدأ ومضاف إليه وجملة قفي أي تبع خبره، وفي جزء يتعلق بقفي أي حكم تحبیس غير الجزء المشاع اتبع وارتكب في تحبیس الجزء المشاع.

ونافذ ما حازة الصغير لنفسه وبالغ محجور

يعني أن من حبس أو وهب أو تصدق على صغير غير بالغ محجور وقبض ذلك الصغير أو المحجور البالغ ما حبس عليه أو تصدق به عليه أو وهب له فإن قبضه كاف والحوز تام، لأن المقصود بالحوز خروج ذلك الشيء من يد مالكة وقد حصل، وأيضاً فإن الحوز شرط والشرط من خطاب الوضع فلا يعتبر فيها إلا حصولها، وليست من خطاب التكليف فيعتبر فيها البلوغ أو عدم الحجر. ففي طرر ابن عات قال ابن زرب رحمه الله: (ومن تصدق على صغير) من أب أو غيره ثم أسلم الصدقة إلى ذلك الصغير وحازها

(ص):

(ونافذ ما حازة الصغير لنفسه وبالغ محجور)

قوله: (ومن تصدق على صغير الخ) ظاهر هذا الكلام أن حوز الصغير صحيح وإن كان له أب أو وصي أو مقدم وهو كذلك بحسب ظاهر كلام غير واحد لأجل التعليل المذكور هنا، وإن كان في كلام المتيطي ما يشعر بخلاف هذا، ولكن انظر عند قول المختصر أو لم يحزه كبير، وأما حوز الولي للصغير فلا إشكال في ذلك، وقد قال في المختصر إلا لمحجوره ما حبس عليه فأحرى ما حبسه غيره عليه، والهبة والصدقة كالحبس في هذه الأمور، وقول هذا الشارح نقلاً عن غيره فلا يخلو من بحث الخ. انظر عند قول المختصر في الشرح لقوله وللأب اعتصارها في موضعين الخ،

في صحة المتصدق بها فإنها حيازة تامة وإن كان الحائز صغيراً وتنفذ الوصية إلا أنه يكره ذلك ابتداءً أن يحوز الصغير، فإن وقع نفذ. وفي المتيطية وفي مسائل أبي القاسم الفروي أنه إذا حاز الصغير الذي لا أب له ولا وصي ما وهب له وكان يعقل أمره صح حوزة وجاز ذلك له. وفي المتيطية أيضاً قال أحمد بن سعيد الهندي: وإن قبض المولى عليه لنفسه ما حبس عليه أو تصدق به عليه أو وهب له ثم مات المحبس أو المتصدق أو الواهب نفذ ذلك لأنه إنما تصح هذه الوجوه بخروجها عن يد المعطي لها وقد خرج ذلك عن يده بقبض المولى عليه اهـ. وقد بحث الشارح في صحة حوز المولى عليه ثم قال: وقد نزلت هذه المسألة في أيام القاضي منذر بن سعيد وشاور فيها فاجتمع له الجميع من فقهاء بلده على أن ذلك قبض وحيازة، حاشا إسحاق بن إبراهيم التجيبي فإنه خالفهم في ذلك وقال: إن قبض المولى عليه ليس بقبض وإن ذلك يرجع ميراثاً عن المعطي، فنفذ القضاء يومئذ بما قاله الجميع وبإمضاء قبضه وحيازته قال المتيطي: وهو الصواب إن شاء الله، وقد تقدم أن هذه المسألة من تمام قوله:

لجائز القبض وفي المشهور إلى الوصي القبض للمحجور
وبانسحاب نظر المحبس للموت لا يثبت حكم الحبس

يعني أن من حبس شيئاً في صحته يريد أو وهبه أو تصدق به وبقي ذلك تحت يده إلى أن مات يريد أو فلس أو مرض مرض الموت فإن ذلك يبطل ويصير ميراثاً. قال في الجواهر: فإن حبس في صحته ثم أبقاه في يده مدة حياته إلى أن أفلس أو إلى مرض موته بطل الوقف وعاد الموقوف ميراثاً إذا لم تكن منفعته تصرف في مصرفه. وفيها أيضاً: (وفي كتاب محمد) فيمن حبس نخلة داره في صحته على المساكين فكان يلي عليها حتى مات وهي بيده أنها ميراث قال: وكذلك لو شرط في حبسه أنه يلي ذلك لم يجزه ابن القاسم وأشهب اهـ. وهذا البيت هو تصريح بمفهوم قوله قبل:

والحوز شرط صحة التحبيس قبل حدوث موت أو تفليس
فإن ما انسحب عليه نظر المحبس لم يحز، وبانسحاب يتعلق بلا يثبت ولا م للموت
بمعنى إلى والله أعلم. والانسحاب الاستمرار والبقاء.

فإن الناس سلموا فقه المسألة، ولكن قف على المحل المذكور تر الحق، وانظر أيضاً صدر الشركة يظهر لك عدم البحث المشار إليه إن شاء الله تعالى.

(ص): وبانسحاب نظر المحبس البيت. قوله: (وفي كتاب محمد الخ) بهذا يشرح النظم لأن فيه خلافاً، حتى أن اللخمي اختار مضي الحبس في هذا لا بما شرح به هذا الشارح أولاً، ولذلك الناظم ذكر النظر، وبه تعلم ما في قوله هذا الشارح وهذا البيت هو تصريح الخ، انظر البيان عند قول المختصر: أو يشترط تسليم غلته من ناظره، وإنما وقع الخلاف في هذا لأنه يفرق الغلة في مصارفها بخلاف من لم يحز عنه الحبس ويأكل الغلة فافهم هذا، فإن مقصود الناظم هو الذي يفرق الغلة في مصارفها.

وَمَنْ لِسُكْنَى دَارٍ تَخْبِيسَ سَبَقٍ تَضْيِيقُ عَمَّنْ دُونَهُ بِهَا أَحَقُّ
يعني أن الدار المحبسة (على معينين) إذا بادر أحدهم وسبق لسكنائها وليس فيها

(ص): ومن لسكنى دار تحبيس سبق. البيت. قوله: (على معينين) أي غير مسمين بدليل ما يأتي قريباً، وإنما المراد بالمعينين كأولادي مثلاً، ومضمون ما في النظم هو قول المختصر: ولم يخرج ساكن لغيره إلا لشرط أو سفر أو انقطاع أو بعيد، فقوله أو بعيد تبع فيه رحمه الله تعالى ابن رشد والراجح خلافه، وأن كل سفر ليس بسفر انقطاع وهو الذي انقطع للمحل المرتحل إليه ونوى سكناه فيه فهو على حقه إذا رجع أخذ مسكنه وأخرج من سكنه. وقوله ساكن فهم منه أن الدار حبست للسكنى هو كذلك. قال اللخمي في تبصرته ما نصه: الحبس على وجهين ما هو المراد منه غلته كعبيد الإجارة والحوانيت وما أشبه ذلك فيساقى على الثمار أو يؤاجر عليها، فما اجتمع من ذلك قسم والثاني الديار توقف على السكنى وعبيد الخدمة والخيل فهذه ينتفع بأعيانها تسكن هذه ويستخدم الآخر وتركب الخيل، فإن لم يكن في ذلك متسع لجمعهم وهم معينون كان لجمعهم فقيرهم وغيبيهم والآباء والأبناء سواء في ذلك، فإن لم تحمل الدار جميعهم أكرت وقسموا غلتها أو اقترعوا على أيهم يسكن ويدفع إلى الآخر نصيبه من الكراء، وإن كان على عقب فقال مالك: تؤثر الآباء والفقراء سواء قال على ولدي أو قال على ولدي وولد ولدي. قال عبد الملك: لا يفضل الفقير إلا بشرط. وقال محمد: هم سواء إلا أنه يفضل ذو العيال ولا يكون الآباء أولى من الأبناء والذكر والأنثى سواء. وقال أشهب: إن قال ولدي وولد ولدي لم يبدأ أحدهم على الآخر، وإن قال على ولدي بدى بالأعيان إذا استوت الحاجة والقول بالمساواة أحسن نص على ولد الولد أو دخل بالمعنى إلا أن تكون العادة تبدئة الآباء، وإذا سكن جميعهم ثم استغنى الفقير أو مات بعض العيال أو كثر عيال الآخر أو كبر الصغير فصار رجلاً يحتاج إلى سكن أو غاب أحدهم افترق الجواب قال مالك في كتاب محمد: إذا استغنى أحدهم لم يخرج. وقال ابن القاسم في العتبية: ينتزع منه ويرجع إلى عصابة المحبس فإن افتقر بعض المحبس عليهم انتزع ورد إليهم وهذا صواب إن كان الحكم أنه للفقراء إلا أن تكون العادة أنه متى سكن أحدهم لم يخرج وإن استثنى، وإن مات بعض العيال ففضل المسكن انتزع، وإن كثر عيال أحدهم أو بلغ أحد الولد فتأهل لم يخرج له أحد ولم يستأنف القسم، وإنما يتساوى حق الآباء والأبناء في مبدأ هذا القسم، وإن كان أحدهم في مبتدأ السكنى غائباً قريب الغيبة وقف نصيبه وأكرى له، وإن كان بعيداً لم يكن له ولم يستأنف القسم، وإن قدم أو غاب أحدهم بعد القسم على وجه السفر ليعود كان على حقه في مسكنه ويكرهه إن أحب، وإن كانت غيبته منقطعة وخرج على وجه الانتقال سقط حقه إلا أن يكون ذلك المسكن فاضلاً عن جميعهم فيكون على حكم الغلة يقسم كراؤه عليهم وله نصيبه من كرائه، وأما ما هو كالثمار وغلة مثل الحوانيت فإن حق الحاضر ومن أحدث سفراً قريباً أو بعيداً أو انتقل سواء وإن كان في حين الحبس انتقل إلى موضع قريب أو بعيد لم يبعث إليه شيء من الغلة، وليس العادة ولا القصد من المحبس إدخاله في الحبس، فإن قدم استؤنف له القسم في الغلة والعبد للخدمة على حكم الدار وتراد للسكنى لكن الدار تفارقه إذا ضاقت عن جميعهم، والعبد إذا كثر المحبس عليهم استخدمه كل واحد يوماً الخ. فانظره كم فيه من الفوائد، ولم ينقله ابن عرفة ولا صاحب التوضيح وذلك عجيب، كيف يترك هذا الكلام مع اعتنائهما بكلام اللخمي غاية ولذلك نقلته برمته، ونقلنا في الشرح أن المساواة بين الآباء والأبناء العمل، وأن ابن رشد قال: يسكن الفقراء دون الأغنياء إلا أن يفضل عن الفقراء شيء، وقول

فضل لسكنى غيره من المحبس عليهم فالذي سبق لسكنائها أحق بها من غيره. قال في المقرب: قال مالك: ومن حبس على ولده داراً فسكنها بعضهم ولم يجد بعضهم فيها مسكناً فقال الذي لم يجد مسكناً أعطوني من الكراء بحسب حقي فإن ذلك ليس له ولا يخرج أيضاً أحد لأحد، ولكن إن غاب أحد أو مات سكن فيه غيره، قال ابن القاسم: معنى قوله غاب أي إن كان يريد المقام في الموضع الذي غاب إليه، وأما إن كان يريد أن يسافر لموضع ويرجع فهو على حقه اه. قال في كتاب محمد: وله أن يكرى منزله إلى أن يرجع، وسمع عيسى من حبس على قوم وهم يتكافؤون في الغنى والفقير اجتهد في ذلك ليسكن فيها من رأى أو يكرىها فيقسم كراءها عليهم، ومن سبق وسكن فهو أولى ولا يخرج منها. ابن رشد: معناه في غير المعين كتحبسه على أولاده أو أولاد فلان، ولو كان على معينين مسمين لم يستحق السكنى من سبق إليه وهم فيه بالسوية حاضرهم وغائبهم قاله ابن القاسم. محمد: وغنيهم وفقيرهم سواء اه. قال الشارح: أقول: مقتضى القياس هو الإسهام لطالب الكراء بحقه، والظاهر أن قول مالك استحسان أو لعل العمل بالمدينة جرى بذلك اه. ومفهوم قول الناظم تضيق عمن دونه أي عن غيره. وقول مالك ولم يجد بعضهم فيها مسكناً أنها إن لم تضق فلغير الساكن من المحبس عليهم أن يسكنوا معه أحب أم كره وهو كذلك والله أعلم. ومن مبتدأ وهي موصولة صلتهما سبق، ولسكنى يتعلق بسبق وجملة تضيق عمن دونه صفة لدار، وأحق خبر لمبتدأ محذوف أي فهو أحق والجملة خبر من الموصولة وبها يتعلق بأحق، ولو قال فهو أحق لم يحتج لتقدير محذوف.

وَمَنْ يَبِيعُ مَا عَلَيْهِ حُبْسًا يُرَدُّ مُطْلَقًا وَمَنْ عِلْمٌ أَسَا

المتن ولم يخرج ساكن الخ قيد هذا بما إذا لم يظهر للناظر أن في إخراجه وإسكان غيره مصلحة للحبس وإلا فله ذلك، ولا سيما إن خاف من سكنه ضرر وذكر ابن الفاكهاني عند قول الرسالة ومن سكن فلا يخرج لغيره ونقله الحطاب بواسطة الشيخ زروق عنه قائلاً وهو ظاهر فتأمل الخ. قلت: تأملناه فوجدنا مخالفاً لكلام أهل المذهب إلا في حالة واحدة وهي تبين ضرر الساكن. انظر الشرح، وعليه فيقيد كلام المختصر بمن يتبين ضرره فقط لا يكون الناظر رأى في ذلك مصلحة الحبس، وتبين الضرر لا يحتاج المختصر لذكره لأنه قيد ظاهر إذ الضرر للحبس يعود عليه بإبطاله، وتقدم عند قول المختصر واتبع شرطه ما هو صريح في هذا، وقوله: ولم يخرج ساكن هذا إذا سكن في غيبة من معه في الحبس مثلاً، وأما إن حضروا وبادر أحدهم لمسكن فلا. وقوله هنا لم يخرج ساكن هذا في غير ما إذا قال حبس على فقراء أولادي مثلاً فإن من استغنى يخرج على كل حال لأن الحبس علق على الفقر والإيثار المتقدم أشار في المختصر إليه بقوله: وعلى من لا يحاط به أو على قوم وأعقابهم أو على كولده ولم يعينهم فضل المتولي أهل الحاجة والعيال في غلة وسكنى اه. والتفضيل في الأول متفق عليه، وفي الثاني هو المذهب، وفي الثالث هو المشهور، فلله در خليل في ذلك، ولكن انظر الشرح في هذه الأمور فإنها محتاج إليها غاية، ولم يذكر خليل تفضيل الآباء لأنه خلاف ما به العمل واستعن بهذا على ما عند هذا الشارح.

(ص): ومن يبيع ما عليه حبساً. إلى آخر الأبيات الأربعة. كلام هذا الشارح حسن في شرح هذه الأبيات والمستغل للحبس غير عالم فإنه لا يرد الغلة إن اشترى غير عالم بأنه حبس أو استغل ثم

وَأَخْلَفُ فِي الْمَبْتَاعِ هَلْ يُغْطِي الْكِرَاءَ
وَيَقْتَضِي الثَّمَنَ إِنْ كَانَ تَلَفٌ
وَإِنْ يُمُتُّ مِنْ قَبْلُ لَا شَيْءَ لَهُ
وَأَتَّفَقُوا مَعِ عِلْمِهِ قَبْلَ الشُّرَاءِ
مَنْ فَائِدِ الْمَبِيعِ حَتَّى يَنْتَصِفَ
وَلَيْسَ يَغْدُو حُبْسٌ مَحَلَّهُ

حاصل الأبيات الأربعة الكلام على ما إذا باع المحبس عليه الحبس ويتعلق بذلك ثلاث مسائل. الأولى: أن البيع يرد ويفسخ مطلقاً علم البائع بكونه حبساً أو لم يعلم، كان بائعه محتاجاً أو غير محتاج، إلا إذا جعل له ذلك في أصل التحبیس كما تقدم في وجوب إتباع شرط المحبس إن كان شرطه جائزاً، ثم إن كان بائعه غير عالم بتحبيسه فلا شيء عليه، وإن ثبت عليه أنه عالم بالتحبیس قبل أن يبيعه فقد أساء في بيعه، ومن أساء يفعل ما لا ينبغي له فعله فإنه يزجر عن ذلك بمناسبه وإلى ذلك أشار بالبيت الأول. المسألة الثانية: إذا اغتال المشتري هذا الحبس ثم فسخ البيع هل يرد غلته من كراء دار أو حانوت سكنها أو قيمة ثمرة حائط استغلها أو كراء أرض حرثها أو غير ذلك أو لا يردها؟ والحكم أنه إذا لم يعلم بالتحبیس ففي ردّه للغلة خلاف، وإن علم به قبل الشراء يريد أو بعده وتمادى على استغلاله فالاتفاق على أنه يردها وإلى ذلك أشار بالبيت الثاني. المسألة الثالثة: إذا فسخ البيع فإن البائع يرد الثمن الذي قبض، فإن كان ملياً فلا إشكال، وإن كان معدماً فإن المشتري يمكن من قبض غلة ذلك الحبس في مقابلة ما دفع من الثمن، فإن طالت حياة المحبس عليه البائع حتى اقتضى المشتري جميع ما دفع فإن الغلة ترجع للمحبس عليه، وإن مات المحبس عليه قبل أن يستكمل المشتري ما دفع فإنه لا شيء للمشتري لأن الحبس استحقه غير بائعه بعد موت بائعه فلا تصرف غلته لغير مستحقه وإلى ذلك أشار بقوله: ويقتضي الثمن إن كان تلف البيتين. أما المسألة الأولى ففي الوثائق المجموعة: وإذا كان البائع هو المحبس عليه وباع الحبس عالماً به وهو كبير في حين التحبیس وقبضه فإنه يعاقب بالأدب والسجن عند ثبوت البيع والحبس إذا لم يكن له في بيعه عذر يعذر به إن شاء الله تعالى اهـ. ولم يذكر فسخ البيع للعلم به. وأما المسألة الثانية ففي طرر ابن عات: ولا يرجع بالغلة على المشتري في قول ابن القاسم لأنها بالضمآن. وفي الوثائق المجموعة أيضاً: والغلة لمبتاع الحبس قبل ثبوت التحبیس لا يرجع عليه بشيء منها بعد أن يحلف أنه لم يعلم به. وفي طرر ابن عات: والكراء للمبتاع ولا يرجع عليه بشيء من ذلك إذا لم يعلم بالحبس، وما اختاره الشيوخ وتقلدوه من الاختلاف في

طراً من يشاركه في الحبس ولم يعلم به، ولا فرق بين أن يكون أكرى أو سكن أو أكل ثمرة، وأما إن علم بالحبس حين الشراء فالمشتري كالغاصب في أحكامه إن كان البائع غير المستحق للحبس، وأما إن كان البائع رشيداً فهو الذي في كلام ابن سهل الآتي هنا، انظر المسألة عند قول المختصر في الاستحقاق لا صداق حرة أو غلته تر الحق، وصداق الحرة بمسألة الحبس، وانظر هناك من أعتق عبداً وكتمه المعتق واستخدمه وما في ذلك من الكلام، والفرق بين الزرع والثمرة أن الزرع بذره صاحبه والثمرة تنشأ عن الشجرة من ذاتها، وهذا فيما لم يعلم بالتحبیس عند الشراء وإلا فهو كالغاصب، وتفصيله هو قول المختصر فصل: وإن زرع فاستحقت الخ.

ذلك . وفي الوثائق المجموعة أيضاً: وما كان في رؤوس النخل من التمر وقت الاستحقاق نفذ لمن ثبت لهم الحبس، وأما الزرع فهو لزراعته ثبت التحبيس قبل حصاده أو بعده أو حين نباته إلا أن عليه كراء الأرض إن استحققت في أوان الزراعة، وإن خرج أوانها فلا كراء عليه والزرع له في الوجهين اهـ. وفي طرر ابن عات: وقال ابن سهل في مسألة الحبس إن كان المحبس عليه هو البائع وكان مالك أمره ينبغي أن لا يكون له طلب المبتاع بشيء من الغلة وإن علم المبتاع حين ابتياعه أنه حبس وقد نزلت بقرطبة وأفيتت فيها بذلك وكان غيري قد خالفني فيها وخلافه خطأ. (قال الشارح: ما أفنى به ابن سهل معارض) لما نقل الشيخ من الاتفاق على رد الغلة إذا علم قبل الشراء، وما قاله ابن سهل لا يخلو من نظر، والأظهر رجحان قول من خالفه لما في تسويغ الغلة للعالم بالتحبيس قبل ابتياعه من تمكنه من ثمرة عقد باطل لا شبهة له فيها فليأمل اهـ. وأما المسألة الثالثة فقال في الوثائق المجموعة: فإن كان بائع الحبس هو المحبس عليه ولم يجد له المبتاع ما يستوفي الثمن منه وثبت عدمه وحلف بما يجب به الحلف عليه فللمبتاع استغلال الحبس حياة المحبس عليه يدفع إليه غلته عاماً بعام، فإن استوفى منه رجعت الغلة إلى البائع، وإن مات البائع قبل أن يستوفي ثمنه رجع الحبس إلى المرجع المذكور فيه ولم يكن للمبتاع من الغلة بعد موت البائع منه شيء اهـ.

قوله: (قال الشارح: ما أفنى به ابن سهل معارض الخ) ما نقله في النظم من الاتفاق وربما يحمل على أن الشراء من غير المحبس عليه وليس برشيد كما لا يخفى فينتفي التعارض وكلام ابن سهل قال فيه ما نصه: إن كان المحبس عليه هو البائع وكان مالكاً لأمره الخ فكلام ابن سهل في خصوص المحبس عليه الرشيد، ومسألة ابن سهل عللت بأن الرشيد وهب المنفعة للمشتري والهبة لازمة، والقاعدة عند الناس أن من وجدت فيه الشبهة والضمان فالغلة له كالمشتري غير عالم من غاصب، وإن وجد الضمان فقط ففي كون الغلة له خلاف كالمغاصب، وإن وجدت الشبهة فقط ففي ذلك خلاف كصداق حرة اشترت على أنها أمة، إذ لا ضمان في الحرة لأنها إذا تلفت بسماوي رجع المشتري بثمنه كما في ابن يونس، ومسألة ابن سهل تشبه قول أبي الحسن على قولها ثم للمكثري الرجوع على الغاصب بجميع الكراء فيصير كالمشتري ما نصه ظاهره كان المكثري عالماً بالغصب أم لا. الشيخ: وهي مسألة ذات قولين إذا كان المشتري عالماً بالغصب هل يعد كالواهب للثمن أم لا؟ والصحيح أنه ليس كالواهب لأنه لو قصد الهبة لم يرتبها هل هذه العقدة اهـ. بلفظه ولو احتج الشارح بهذه المسألة لكان حسناً غاية، انظر كلام أبي الحسن عند قول المدونة في كتاب الغصب ورجع عليه بغلة موهوبه. وابن سهل قال فيما ذكره ينبغي الخ لكنه أفنى بما قال فيه ينبغي كما في ابن الناظم، وابن الناظم قال في علة ما اختاره ما نصه والأظهر رجحان قول من خالفه أي من خالف ابن سهل ما في تسويغ الغلة للعالم بالحبس قبل ابتياعه من تمكنه من ثمرة عقد باطل لا شبهة له فيه هذا لفظه، ولكن ابن سهل لا يقول بأن الثمرة أكلت من جهة العقد الباطل لأنه يقول هي موهوبة من البائع الرشيد، وعليه يدل كلام أبي الحسن هل يعد كالواهب الخ. وظاهر المدونة الرجوع بدليل قول أبي الحسن ظاهره الخ. وقف على الشرح عند قول المختصر لا صداق حرة الخ.

وغيرُ أَضَلِّ عَادِمِ النَّفْعِ صُرْفٍ تَمَنُّهُ فِي مِثْلِهِ ثُمَّ وَقَفَ

يعني أن الشيء المحبس إذا كان غير أصل كالعروض والحيوان والثياب والسلاح ونحوها وعمدت منفعته فيما حبس عليه فإنه يباع ويشترى بثمنه غيره من جنسه مما ينتفع به فيما حبس عليه ذلك المبيع، ويكون ذلك المشتري حبساً كالمعوض عنه، وعليه نبه بقوله ثم وقف، فإن نقص ثمنه وهو الغالب عن مثله فإنه يعان به في مثله، فإن نقص الثمن عن مثل المبيع كاملاً أو مبيعاً تصدق به ولم يبنه الناظم على هذا. وفهم من قوله غير أصل أن المحبس إذا كان أصلاً لا يباع ولو عدم الانتفاع به لخراجه أو خراب موضعه. وفي المسألة خلاف، أما بيع غير الأصول فقال المقرري في كلياته الفقهية: كل ما سوى العقار إذا ذهبت منفعته التي وقف لها فإنه يباع في مثله أو يعان به فيه عند ابن القاسم اهـ. ونحوه في المقرب عن ابن القاسم فيما ضعف من الدواب المحبسة في سبيل الله أو بلي من الثياب، وأما منع بيع الأصل المحبس فهو المشهور. ابن عرفة عن المدونة وغيرها: يمنع بيع ما خرب من ربع حبس مطلقاً، قال ابن الجهم: إنما لم يبيع الربع المحبس إذا خرب لأنه يجد من يصلحه بإجارته سنين فيعود كما كان. ابن رشد: وفيها الربعية أن الإمام يبيع الربع إذا رأى ذلك لخراجه وهو إحدى روايتي ابن الفرج عن مالك اهـ. قال الشارح: وقد قيل يبيع ما عمدت منفعته من ذلك، فأفتى الأستاذ أبو عبدالله محمد الحفار ببيع فدان محبس على مصرف من مصارف البر لا منفعة فيه ويشترى بثمنه فدان آخر يحبس وتصرف غلته في مصرف الذي حبس عليه الأول على ما أفتى به كثير من العلماء في هذا النحو. وأفتى ابن رشد في أرض محبسة عمدت منفعتها بسبب ضرر جيران أن تباع ويعوض بثمنها ما فيه منفعة على ما قاله جماعة من العلماء في الربع المحبس إذا خرب ويكون ذلك بحكم القاضي بعد أن يثبت فيه لغة لا منفعة فيه قاله محمد الحفار، وبمثل ذلك أفتى الأستاذ أبو سعيد بن لب اهـ. ابن عرفة: وفي جواز المناقلة بربع غير خرب قول الشيخ في رسالته وابن شعبان وعبارة الرسالة: ولا يباع في الحبس وإن خرب، ثم قال: واختلف في المعاوضة بالربع الخرب بربع غير خرب. وفي الطرر عن ابن عبد الغفور: لا يجوز بيع مواضع المساجد الخربة لأنها وقف، ولا بأس ببيع نقضها إذا خيف عليه الفساد للضرورة إلى ذلك. وأفتى ابن عرفة في جوامع خربت وأيس من عمارتها بدفع أنقاضها إلى مساجد عامرة احتاجت إليها اهـ.

وَلَا تَبَتْ قِسْمَةٌ فِي حُبْسٍ وَطَالِبٌ قِسْمَةَ نَفْعٍ لَمْ يُسَي

(ص):

(وغير أصل عادم النفع صرف ثمنه في مثله ثم وقف)

(ص):

(ولا تبث قسمة في حبس وطالب قسمة نفع لم يسي)

يعني أن الحبس على قوم معينين إذا طلب أحدهم قسمته فإنه يجوز قسمه قسمة اغتلال ولا يجوز قسمه قسمة بت اهـ. قال في المقرب: قال محمد: وإذا دعا بعض أهل الحبس إلى قسمته قسمة اغتلال واعتمار وأبى من ذلك بعضهم فذلك لمن دعا إلى القسمة إذا كان ما حبس أرضاً بيضاء، وإن كانت أصول شجر لم تجز أن تقسم الأصول وإنما يقتسمون الغلة في أوانها، قاله غير واحد من أهل العلم. وفي المتيطة: واختلف الفقهاء في اقتسام الحبس اقتسام اغتلال وانتفاع فكرهه قوم وأجازه آخرون، وقد جرى العمل باقتسامه لما في الإشاعة من التعطيل والتضييع. قال القاضي في وثائقه يريد قسمة الغلة والمنفعة لا قسمة الأصول قال: وبذلك جاؤني عمر بن عبد الملك إذ خاطبته في قسمة دار محبسة على قوم معينين فقال: تقسم قسمة انتفاع ولا يقسم البنيان اهـ. هذا كله فيما كان حبساً كله، أما ما كان بعضه حبساً وبعضه مملوكاً فإنه يجوز قسمته قسمة بت، وقد تقدم أن من حبس جزءاً شائعاً ولم يرض بشريكه شركة الحبس وكان يقبل القسمة فإنه يقسم وهو صريح في جواز قسمة ما بعضه مملوك وبعضه حبس والله أعلم.

أما مسألة الحبس غير العقار فقال فيه في المختصر: وأنفق في فرس لكغزو من بيت المال فإن عدم بيع و عوض به سلاح كما لو كلب وبيع ما لا ينتفع به من غير عقار في مثله أو شقصه كان أتلف وفضل الذكور وما كبر من الإناث في إناث. قوله ما لا ينتفع به أي في الوجه الذي حبس له وإن كان ينتفع به في غير ذلك كالفرس على الغزو إذا لم يبق فيه جري ولكن يكرى للطحن مثلاً، وقلة الانتفاع بمنزلة عدمه كما بيناه هذا كله في شرحنا للمحل المذكور، بل قال البرزلي ما قل نفعه وهو حبس على المساكين يباع على ما به العمل. وقوله في مثله أو شقصه فإن لم يتأت ذلك فيه تصدق به على أهل ذلك الوجه الذي فيه الحبس وقف هنا على المحبس إذا قال داري هذه حبس على فلان يسكنها فله أن يكرىها، وإن قال يستغلها فله أن يسكنها إلا أن يشترط شيئاً فيتبع، وقف على الشرح هنا تجد فوائد كثيرة لا توجد مجموعة في غيره^(١). وأما بيع العقار الخرب ونقصه فقد قدمناه تحصيلاً فيه كتبناه أسفل الورقة وهذا محله وقدمناه لعارض فليكتب إن شاء الله تعالى. وأما الكلام على قسم الحبس فما ذكره هذا الشارح فيه حسن غاية، وقد أطل الحطاب في تأليفه في الحبس أعني سيدي يحيى النفس في قسم الحبس طولاً متفاحشاً، ونقلنا منه المحتاج له صدر كتاب القسمة في شرحنا. وقول هذا الشارح في نقله فذلك لمن دعا الخ ظاهره ولو كان في المحبس عليهم محجور وهو كذلك على ما فهمناه من نقول الكتاب المذكور، وقد قال فيه بعد كلام ما نصه: فتحصل من كلامهم أن في قسمة الحبس قسمة مهابة خمسة أقوال، الأول: الجواز مطلقاً ويجبر

(١) قوله: «لا توجد مجموعة في غيره» يوجد في النسخة المطبوعة هنا فائدة جلييلة تتعلق بقول المختصر لا عقار وإن خرب الخ ولكنها في نسخة الخط مذكورة في كلام المحشي سابقاً على شرح قول الناظم وكل ما يشترط المحبس إلى آخر البيتين السابقين لمناسبة ذكر لفظ المختصر السابق أعني قوله لا عقار وإن خرب وقد عولنا سابقاً على النسخة الخط لتوهم أنها ساقطة بالمرّة من النسخة المطبوعة وقد كان الأولى ذكرها هنا لأنها أنسب بعبارة الناظم ولكن الخطب سهل إذ المدار على ذكر الأحكام وإن اختلف وجه الأنسية اهـ. مصححه.

فصل في الصدقة والهبة وما يتعلّق بهما

ترجم ابن عرفة هنا بكتاب العتية وحدها بقوله تملك متمول بغير عوض إنشاء . فقوله متمول أخرج به تملك غير المتمول كتملك الإنكاح للمرأة أو تملك الطلاق وبغير عوض أخرج به غيره من المعاوضات . وقوله إنشاء أخرج به الحكم باستحقاق وارث فإنه تملك متمول بغير عوض لكنه تقرير لما ثبت إرثه ، والعتية أنشأت التملك لا أنها قررت ، ويدخل في العتية العارية والحبس والعمرى والهبة والصدقة ، وإنما تدخل العارية والحبس والعمرى في العتية (إن قلنا) إن التملك أعم من تملك الذات أو المنفعة أو انتفاع كما في بعض أنواع الحبس . وأما إن خصص بتملك الذات فلا تدخل . ثم حدّ ابن عرفة الهبة لغير ثواب والصدقة بقوله تملك ذي منفعة لوجه المعطي بغير عوض والصدقة

على ذلك من أباه ويتنقص بموت أحد الموقوف عليهم أو ولادته ، ثم ذكر الأقوال الباقية والقسمة هنا عنده بالسكنى والاستغلال . قال كاتبه عفا الله تعالى عنه : وربما يظهر أن القسمة في الحبس قسمة اغتلال أخرى من قسمة الاغتلال في غيره ، لأن غير الحبس يقسم فيه الأصل ولا كذلك هنا ، والضرورة لقسمة الاغتلال جارية فيهما كما هو في المتيطي وغيره ، وما لا مندوحة عنه يرخص فيه أكثر فيرخص في قسم الحبس اغتلالاً أكثر من غيره ، والمحبس عندنا إنما هو المنافع ، والمحبس عليهم يملكونها حقيقة فهي كقسم الأملاك في غير الحبس فافهم ولا تنكر فتخسر والله الهادي للصواب إنه جواد وهاب .

فصل في الصدقة والهبة وما يتعلّق بهما

قوله : (إن قلنا الخ) الذي يدل عليه حد ابن عرفة للملك هو التعميم ، ويدل لذلك كلامه هنا أيضاً . وابن عرفة قال في رسم الملك استحقاق التصرف في الشيء الخ وهو شامل للمنفعة . وصاحب المختصر قال : الهبة تملك بلا عوض ولثواب الآخرة صدقة وصحت في كل مملوك ينقل . وقال في العارية نذب إعارة مالك منفعة . وقال في الوصايا لمن يصح تملكه . وقول المختصر : ولثواب الآخرة صدقة قدم المجرور ، وقد قال في التزامه صدرها ما نصه : جعلوا الصدقة فيما كان القصد الثواب من الله خاصة ، والثانية أي الهبة فيما كان القصد ثواب من المعطي أو لوجه المعطي لصداقة أو قرابة أو نحو ذلك اهـ . بلفظه . انظر هل يفهم ما ذكره في الصدقة من تقديم المجرور في كلام المختصر ، ولكن كلام في الفرق بين الهبة والصدقة عند الناس ذكرناه في الشرح ، فإن الواهب لقربيه إن قصد الامتثال لوجه الله تعالى بصلة الرحم فإنه يثاب بلا ريب فضلاً منه تعالى . وقول المختصر تملك الخ لا يرد عليه الإرث فإنه تملك من الله للوارث بلا عوض ، لكن المراد الهبة العرفية التي بين المخلوقين ، والقرينة على ذلك قولهم : ولثواب الآخرة صدقة أي ولوجه المعطي هبة ، وهذا يشعر بأن المتصدق والواهب سبب إعطائه هو ما قصده ، وتملك الله الإرث ينزهه عن هذا وجوباً .

كذلك لوجه الله تعالى، فأخرج بالتمليك العارية ونحوها إن أريد تمليك الذات كما مرّ، وتمليك مصدر مضاف للمفعول أي أن يملك ما فيه منفعة ولوجه المعطي أخرج به الصدقة لأنها لوجه الله تعالى، وبغير عوض أخرج به هبة الثواب، ثم حدّ هبة الثواب بقوله عطية قصد بها عوض مالي.

صَدَقَةٌ تَجُوزُ إِلَّا مَعَ مَرَضٍ مَوْتٍ وَبِالَّذِينَ الْمُحِيطُ تُغْتَرَضُ
وَلَا رُجُوعَ بَعْدُ لِلْمَصْدَقِ وَمِلْكُهَا بِغَيْرِ إِزْثٍ أَتَقِي
كَذَلِكَ مَا وَهَبَ لِلْأَيْتَامِ وَالْفُقَرَاءِ وَأَوْلِي الْأَرْحَامِ

يعني أن الصدقة وهي التي يقصد بها وجه الله تعالى وثواب الدار الآخرة تجوز أي تصحّ وتلزم، إلا إن وجد مانع وهو إما مرض الموت أو الدين المحيط بماله، فإذا تصدق وهو مريض مرضاً مخوفاً واستمرّ مريضاً إلى أن مات فإن الصدقة تبطل لحق الورثة في المال وتصير وصية تخرج من الثلث بعد أن كانت من رأس المال وتجري عليها أحكام الوصية، فإن كانت بالثلث فأقلّ لغير وارث نفذت ولا تفتقر لحوز، وإن كانت بأكثر من الثلث أو لوارث توقفت على إجازة الورثة، فإن صحّ من مرضه ذلك صحة بينة صحّت من رأس المال لوارث أو غيره إذا حيزت وجرت عليها أحكام الهبة، وكذا تبطل إن بصدقة يصدق وعليه إذ ذاك دين محيط بماله فإنها تبطل لحق الغرماء فيه، (ويأخذها الغرماء) من جملة ماله إلا إذا لم تؤخذ ويقيت إلى أن تخلص الغرماء فإنها تنفذ وتلزم. قال ابن سلمون: والصدقة إذا لم تكن في مرض الموت (ولم تكن ممن أحاط الدين بماله) جائزة ولا رجوع فيها للمتصدق، وإلى هذا أشار بالبيت الأول. وقوله: ولا رجوع بعد للمتصدق يعني أن الصدقة إذا وقعت من المصدق فإنها لازمة له ولا رجوع له عنها بعد وقوعها لندم ونحوه، وسواء حيزت أو لم تحز، إذ لا يلزم فيها ولا في الهبة التحويز على المذهب قاله ابن عرفة، والتحويز تسليم العطية أو الرهن من المعطي أو الراهن لمن ثبت ذلك. التوضيح: المعروف أن الهبة والصدقة (يلزمان بالقول) ولا يتمان إلا بالقبض ثم قال: وروي عن مالك أنها لا تلزم بالقول وللواهب الرجوع فيها وإنما تلزم بالقبض. وحكى أبو تمام عن المذهب أن الصدقة والحبس يتمان بالقول ولا يفتقران إلى حيازة والهبة تفتقر إلى الحيازة اهـ. وفي أصول الفتح لابن حارث قال محمد: أصل مذهب مالك

(ص): صدقة تجوز إلا مع مرض. إلى آخر الأبيات الثلاثة. قوله: (ويأخذها الغرماء الخ) يعني ما لم يحيزوها فإنها تمضي إن حيزت. قوله: (ولم تكن ممن أحاط الدين بماله الخ) بل لو تصدق قبل الإحاطة ولم يقع حوز إلا بعدها بطلت وهو قول المختصر وبطلت إن تأخر لدين محيط أي تأخر الحوز فافهم. قوله: (ولا يعتبر فيها الخ) هذا قول المختصر وحيزت وإن بلا إذن وأجبر عليه. قوله: (يلزمان بالقول الخ) بل وتملكان به بشرط القبول، انظر عند قول المختصر وحيزت وإن بلا إذن، بل قال ابن رشد: إذا بتل الإنسان صدقة لمعين بالنية فإنه يلزمه دفعها له، انظر عند قول المختصر لا بابن مع قوله داره وله يأتي عند قول النظم: وما على البيت لشخص عيناً الخ.

وجميع الرواة من أصحابه أن من وهب هبة أو أعطى عطية فليس له أن يمنعها من الموهوب له ولا المعطي، ولهم أن يقوموا عليه في قبضها فيجبره السلطان على دفعها اهـ. وهذا الحكم جار في الحبس أيضاً. ففي مجالس المكناسي أول باب الحبس: وليس للمحبس الرجوع في حبسه ويلزم إقباضه للمحبس عليه، فإن امتنع من ذلك حيز عليه، ولا يعطل العقد بتأخير القبض ما لم يمت المحبس أو يترأخى المحبس عليه في القبض حتى فوته المحبس، انتهى. قوله: وملكها بغير إرث اتقي (يعني أن الصدقة لا يجوز) تملكها للمتصدق بها، فلا يجوز له شراؤها ولا قبول هبتها إن وهبت له إلا إذا دخلت في ملكه جبراً كأن يتصدق على قريب له فيموت ذلك القريب فيكون ذلك المتصدق وارثه فيجوز له حينئذ تملكها، وليس ذلك رجوعاً في الصدقة. وقوله: كذلك ما وهب للأيتام البيت يعني أن ما وهب لنحو الأيتام والفقراء وأولي الأرحام لا رجوع فيه، لأن إرادة الصدقة وعدم قصد المعاوضة فيها ظاهر متمحض. قال في التوضيح: ما قصد به التقرب إلى الله تعالى من صلة رحم أو صلة لفقير أو يتيم ونحوه مما يدل على قصد التقرب إلى الله تعالى به فلا رجوع في ذلك لأب ولا لأم لأنه صدقة، وقد ورد النهي عن العود في الصدقة، واختلف (إذا اشترط الرجوع في الصدقة) فقيل لا رجوع لأن سنتها عدم الرجوع، والذي قاله الباجي في وثائقه وابن الهندي أن له ذلك ثم قال: ويلحق بالصدقة في عدم الارتجاع لو وهب هبة لوجه الله تعالى، قاله ابن الماجشون وسحنون مثل أن يكون له أب أو ابن أو ابنة محتاجاً أو صغيراً في حجره أو كبيراً نائباً عنه. ابن الحاجب: ولا ينبغي أن يملكها بوجه إلا بميراث. التوضيح: الضمير في يملكها عائد على الصدقة، وظاهر قوله ولا ينبغي الكراهة وهو ظاهر المدونة والأصل فيه قوله ﷺ لعمر في الفرس الذي تصدق به: «لا تشتريه ولو أعطاكه بدرهم». اللخمي: ومشهور المذهب حمل النهي على النذب، وحمله الداودي على التحريم وتخصيصه الصدقة يدل على الجواز في الهبة وهو قول مالك في الموازية، وكره ذلك عبد الوهاب كالصدقة ابن عبد السلام والأول المشهور، وظاهر المذهب في الصدقة أنه لا يشتريها ممن حصلت له من المتصدق عليه اهـ. ثم قال في المدونة: ومن تصدق على أجنبي بصدقة (لم يجز له أن يأكل) من ثمرها ولا يكرها ولا

قوله: (يعني أن الصدقة لا يجوز الخ) لا يجوز عند المتأخرين هو بمعنى حرام والمذهب هو قول المختصر، وكره تملك صدقة بغير ميراث وبيننا وجه ذلك في الشرح، وكلام المختصر هنا حسن غاية. فقوله وكره أي لا حرم وقوله: صدقة أي لا هبة فإن تملكها لا يكره وهو كذلك، وقوله وكره الخ ظاهره تداولتها الأملأك أم لا. وظاهره كانت الصدقة واجبة أم لا منفعة كانت الصدقة أم ذاتاً. وهو كذلك في الجميع على ما اختاره اللخمي في الأخيرة، وظاهره كان التملك بثمن أم لا وهو كذلك أيضاً. والحاصل أن كلامه رحمه الله تعالى صحيح منطوقاً ومفهوماً، واستعن به على ما يذكره هذا الشارح بعد. قوله: (إذا اشترط الرجوع في الصدقة الخ) مر في المختصر على ما قاله الباجي وابن الهندي حيث قال مشبهاً بما لا يعتصر كصدقة بلا شرط قف عليه في الشرح إن شئت. قوله: (لم يجز له أن يأكل الخ) هذه الأمور قال فيها في المختصر وكره تملك صدقة بغير ميراث ولا

ينتفع بشيء منها، وأما الأب والأم إذا احتاجا فينفق عليهما ممّا تصدقا به على الولد اهـ. ونقل الشارح عن الجواهر في تعليل النهي عن ارتجاعها بعوض قال: لأنه ضرب من الرجوع فيها لأن المعطي يستحي منه فيحط عنه من ثمنها ما لا يحط لغيره فيكون رجوعاً في ذلك. قال الشارح: ظاهر الحديث أنه ينهى مطلقاً ولو وفاه الثمن اهـ. وهو ظاهر لأن القاعدة أن الحكم إذا علّل بالمظنة فلا يتخلف الحكم بتخلفها. (فرع: سئل الإمام أبو سعيد) بن لب عمّن وهب في مرضه وضمن كاتب الوثيقة أن الواهب بحال مرض مزمن وهو معه صحيح العقل ثم توفي الواهب المذكور فأثبت ورثته أنه كان مريضاً في تاريخ الهبة ولم يزل كذلك إلى أن توفي فأثبت الموهوب له أن الواهب أصابه مرض مزمن واتصل به مدة من عام وسبعة أشهر ولم يزل مريضاً بطول المدة إلى أو وهب، فأجاب منذ كان الواهب وقت الهبة ملتزماً للفراش واتصل حاله كذلك ولم تظهر له إفاقة إلى أن توفي بعد ذلك بالأشهر اليسيرة فهبته لورثته باطلة، إلا أن يشهد شهود من أهل المعرفة بالأمراض أن مرضه كان وقت أن وهب مرضاً غير مخوف وحدث له بعد ذلك مرض آخر توفي منه، قاله فرج انتهى من الشارح باختصار.

وَالأَبُ حَوْزُهُ لِمَا تَصَدَّقَا بِهِ عَلَى مَخْبُورِهِ لَنْ يُتَّقَى

يعني أن الأب إذا تصدق على من في حجره من أولاده فإنه هو الذي يحوز له، وليس في حوزة له ما يتقى ويحذر، وسواء كان الولد الموهوب له كبيراً مولى عليه أو صغيراً ذكراً أو أنثى. (قال في المقرب): قلت لابن القاسم: رأيت ما وهب الأب لولده

بركبيها، وهل يأكل من غلتها؟ وهل إلا أن يرضى الابن الكبير بشرب اللبن تأويلان الخ. وقد لخصنا هذه المسألة في الشرح وذلك أن الانتفاع بالصدقة إما كثير أو لا، والمتنع أب أو غيره، فالكثير يكره مطلقاً كان المتنع أباً أو لا، كان الولد صغيراً أو لا، إلا أن يرضى الكبير على خلاف في ذلك يظهر من كلامهم رجحان عدم الكراهة في الولد الكبير والأجنبي حيث يرضيان بذلك لا في الولد الصغير والانتفاع بالهبة حيث يرضى من يجوز رضاه جائز ولو كثر لأن الرجوع فيها جائز. فأحرى الانتفاع بها، والانتفاع الكثير هو القريب من الرجوع في العطية، ويظهر أن المراد به هو ما له ثمن، ولكن قف على الشرح فهذه نتبة منه وبه نفهم أن المراد بعدم الجواز هنا هو الكراهة لا غير. قوله: (فرع) سئل الإمام أبو سعيد الخ (انظر مسألة المرضى عند قول المختصر: وحلف الطالب إن ادعى عليه علم العدم).

(ص): والأب حوزة لما تصدقا. البيت. قوله: (قال في المقرب الخ) هذا كلام صحيح موافق للمذهب، ولكن المسألة تحتاج إلى أكثر من هذا، قال في المختصر: ولا إن بقيت عنده إلا لمحجوره إلا ما لا يعرف بعينه ولو ختم عليه ودار سكنها إلا أن يسكن أقلها ويكره له الأكثر، وإن سكن النصف بطل فقط والأكثر بطل الجميع، فقوله لا إن بقيت عنده إنما كرره ليرتب عليه قوله إلا لمحجوره ودخل في قوله إلا لمحجوره السفه ذكراً أو أنثى والصغير كذلك، ولا فرق في حاجره بين أن يكون أباً أو مقدماً أو وصياً والسيد في عبده وهو كذلك في الجميع، وخرج عنه الأم حيث لا تكون وصياً، وإن كان في ذلك خلاف قول ذكرناه في الحبس عن ابن عرفة وغيره، ولكن أطلنا

الصغار وأشهد عليه أيجوز أن يحوز ذلك لهم؟ قال نعم وهو قول مالك، قال مالك: فإذا بلغوا وأنس منهم الرشد فلم يقبضوا حتى مات الأب فلا شيء لهما، وإن مات وهم في حال السفه فحوز أبيهم لهم حوز وإن كانوا قد بلغوا، ومن تصدق على ابنته البكر فهو الحائز لها وإن كانت قد بلغت وهي مرضية الحال، وكذلك إن تزوجت ودخل بها زوجها ما دامت بحال السفه ولا يقطع الزواج حيازة الأب، فإذا صارت في حال تحوز لنفسها فلا تجوز حيازة الأب عليها اهـ. وكلام الناظم يشمل هذه الصورة أعني صورة حوز الأب لابنته ما لم ترشد.

وللمعِينِينَ بِالْحَوْزِ تَصِيحٌ وَجَبَرُهُ مَهْمَا أَبَاهُ مَتَضِيحٌ
وفى سِوَى الْمَعِينِينَ يُؤْمَرُ بِالْحَوْزِ وَالْخَلْفُ أَتَى هَلْ يُجَبَّرُ
وَالجَبَرُ مَحْتَوَمٌ بِذِي تَعْيِينِ لَصِنْفِهِمْ مِنْ جِهَةِ الْمُعَيَّنِ

الكلام في أنواع الحوز عند قول المختصر: أو جن في كتاب الحبس والحر في ولده العبد مطلقاً فإنه محجوره لسيدته لا لوالده، ودخل في قوله لا يعرف المكيالات والموزونات والمعدودات طعاماً كانت أو لا، والنقار والأتبار وخرج عنه نحو الثياب والأرض وما اتصل بها معيناً أو مشاعاً، كان باقي المشاع له أو لغيره، كان جزءاً أو عدداً. وقوله: ولو ختم عليه هذا هو المذهب كان المختوم عليه مسكوكاً أم لا وإن كان في ذلك خلاف قوي غاية. وقوله إلا أن يسكن الخ والدور مثل الدار الواحدة إن كانت الدور أعطيت في مرة واحدة، وهذا التفصيل جار في غير دار السكنى، لكن انظر تمامه في الشرح والفرق بين دار السكنى وغيرها، وتقدم في الحبس قول المختصر وصرف الغلة له ولم يذكره هنا في الهبة مع أن الراجح في الحبس هو ما في المتن من قوله وصرف الغلة له، والذي رجحه الناس ونقلنا ترجيحه في الشرح هو شرط صرف الغلة للمحجور في الهبة والحبس وأنه لا فرق بينهما في هذا كما أنهما متفقان في أكثر المسائل، فافهم هذا وانظر دليله غاية في الشرح واضحاً بيناً، وإن كان في المسألة الاضطراب الكثير وادع لمن قرب ولنفسه في هذا أتعب. وذكر ابن رشد في أجوبته ما محصله: أن المرأة إذا تصدقت بمسكوك على ابنها الصغير وأراد أن يحوز الأب للابن وذلك فلا بد من معاينة الشهود لدفعها ذلك للأب ولا يكفي تقاررها على ذلك لاتهام الأب أن ذلك من ماله الخ انظر في الشرح هنا.

(ص): وللمعِينِينَ بِالْحَوْزِ تَصِيحٌ إِلَى آخِرِ الْآيَاتِ الثَّلَاثَةِ. ومضمون الآيات هي مسألة المدونة المشار لها بقول المختصر في باب الهبة ما نصه: وإن قال دارى صدقة بيمين مطلقاً أو بغيرها ولم يعين لم يقض عليه بخلاف المعين وفي مسجد معين قولان اهـ. وملخص ما شرح به أنه لا قضاء إلا في المعين بلا يمين كان المعين متعدداً أم لا، ومسألة ابن الحاج التي نقلها شراح النظم ربما تدخل في قول المتن باعتبار أولها، ولا فرق في هذا بين أن يعبر بالهبة أو بالصدقة، ولا فرق بين أن يكون المعطى بالفتح معيناً كعبيدي فلان أو غير معين كثلث مالي، والمراد باليمين ما قصد بها الامتناع لا إن قال: إن شفى الله مريضى فهذه بمنزلة العدم إن أعطى لمعين قضى عليه بالعطية وإلا فلا، والحبس مثل الصدقة والهبة مع أنه لا يشترط فيه ظهور القرية كما في المختصر، وقولهم لم يقض في غير المعين بلا يمين مرادهم أن ذلك واجب على المعطى إخراجه ولكن لا يجبر لا أنه مندوب.

نوع الناظم المتصدق عليه باعتبار جبر المتصدق على الحوز وعدم جبره عليه إلى ثلاثة أوجه، فإن كان المتصدق عليه معيّنًا كزيد وعمرو فيجبر المتصدق على الحوز وإليه أشار بالبيت الأول. وإن كان غير معيّن كالفقراء والمساكين فإنه يؤمر بالحوز وهل يجبر عليه قولان وإليه أشار بالبيت الثاني. وإن كان غير معيّن ولكن انتقلت إليه من المعين فإنه يجبر نظراً للمنقول عنه، فقوله وللمعيّنين البيت يعني أن الصدقة تصحّ على المعينين كزيد وعمرو بشرطها الذي هو الحوز فلام للمعيّنين بمعنى على، وجبر المتصدق عليها إن امتنع متضح جلي لأنها لازمة بالقول. وقوله وفي سوى المعينين البيت يعني أن الصدقة إذا كانت على غير المعينين كالفقراء والمساكين فإن المتصدق يؤمر بالحوز وفي جبره عليه خلاف. وقوله والجبر محتوم البيت باء بذى ظرفية وذى التعيين صفة لمحذوف أي متصدق عليه المعين ولصنفهم متعلق بمحتوم وضمير الجماعة لغير المعينين يعني أن جبر المتصدق على الحوز محتوم لصنف غير المعينين، أي أنه حق لهم لانتقال الصدقة لهم عن المتصدق عليه ذي التعيين أي المتعين. وقوله من جهة المعين تعليل ليكون الجبر حقاً لغير المعينين. أما الوجه الأول والثاني ففي نوازل ابن الحاج: وإذا كانت أي الصدقة في غير يمين فإن كانت لمعينين فلا خلاف أنه يجبر عليها، وإن كانوا غير معينين كالمرضى ونحوهم ففيها قولان في حبس المدونة وفي الهبة منها اه. وأما الوجه الثالث فنقل الشارح ما نصه: وسئل ابن الحاج أيضاً في رجل تصدق بصدقة على ابنه ثم بعده للمرضى ومات الابن فطلبه المرضى فقال إنه يجبر عليها لأنها انتقلت إليهم من معين اه. وأشار الناظم بقوله من جهة المعنى لقول ابن الحاج لأنها انتقلت إليهم من معين والله أعلم.

وللأب التّقديمُ للكبير لقبض ما يَخْتَصُّ بالصّغير

يعني أن الأب إذا تصدق على ولديه الصغير والكبير فإن للأب أن يقدم الكبير لقبض نصيب الصغير، (يعني والله أعلم) وله أن يقدم على ذلك أجنياً كما في الحبس، وهذه المسألة نظير قوله في الحبس:

والأخ للصغير قبضه وجب مع اشتراك ويتقديم من أب

الآيات الأربعة. قال في المفيد: وإن تصدق رجل بصدقة على ابنين له كبير وصغير فإن الكبير يقبض لنفسه ولأخيه بتوكيل الأب له على ذلك وتصحّ الصدقة والهبة لهما، وإن لم يقبض حتى مات الابن فإن ابن القاسم قال: لا تجوز جميع الصدقة والهبة وتبطل

وقوله وفي مسجد معناه إنما هو حيث لا يمين قطعاً مع دخوله بيمين مطلقاً، ومع ذلك فالراجح عدم القضاء كما بيناه في الشرح، ففي قول المختصر قولان شيء لا يخفى فاستعن به على ما عند هذا الشارح، وانظر صدر الأيمان في الفرق بين يمين الامتناع وغيرها.

(ص): وللأب التقديم للكبير. البيت. قوله: (يعني والله أعلم الخ) هذا صحيح بل هو متفق عليه انظره عند قول المختصر إلا لمحجوره فقد نقلناه عن الرجراجي هناك، وانظره عند قوله ولو سفياً في الحبس، وهذا الشارح لم يقف عليه.

وكذلك الحبس أيضاً ويرجع ذلك كله إلى ورثة المتوفى، ووافقه جميع الرواة عن مالك في الحبس لأن الحبس لا ينقسم وخالفوه في الصدقة والهبة وأجاز للصغير نصيبه لأن الأب يحوز له وعلى قول ابن القاسم العمل وبه القضاء اهـ.

وَحَوْزُ حَاضِرٍ لِّغَائِبٍ إِذَا كَانَا شَرِيكَيْنِ بِهَا قَدْ أَنْفَذَا

يعني أن من وهب أو تصدق على رجلين أحدهما حاضر والآخر غائب فحاز الحاضر الجميع لنفسه وللغائب فذلك حوز لهما فيها وهو كاف للغائب. قال في المقرب: قلت: فإن وهبت أرض لرجلين أجنبيين أحدهما حاضر والآخر غائب فقبض الحاضر جميع الأرض أيكون قبضه قبضاً للغائب؟ قال نعم (وإن لم يعلم) بالهبة وهو قول مالك اهـ. وباء بها ظرفية تتعلق بشريكين والضمير للهبة أو الصدقة على البدل وأطلق ولم يعين هل ذلك في الهبة أو الصدقة ليكون الحكم شاملاً لهما لأن الترجمة لهما معاً والله أعلم.

وَمَا عَلَى الْبَتِّ لِشَخْصٍ عَيْنَا فَهُوَ لَهُ وَمَنْ تَعَدَّى صَمِينَا
وغير ما يُبَتُّ إِذْ يُعَيَّنُ رَجُوعُهُ لِلْمَلِكِ لَيْسَ يَخْسُنُ

يعني أن من أراد أن يتصدق بصدقة فأخذ شيئاً ونوى أن يعطيه لمسكين معين سمّاه بلسانه أو نواه بقلبه، فإن بتله له أو أمضاه له بقوله أو نية جازماً بذلك غير مترو فيه فلا يجوز له أن يعطيه لغيره، فإن أعطاه لغيره فعليه ضمانه ويغرمه لذلك المسكين المعين، وعلى هذا تبّه بالبيت الأول، وإن سمّى المسكين ونوى أن يعطيه ذلك ولم يبتله له ولا نية فيكره له أن يصرفه إلى ماله ولا يعطيه لمن عينه له وإلى هذا أشار بالبيت الثاني. (قال ابن رشد في نوازله): إنه سئل عن رجل أخرج مالا للصدقة فعزل عنه شيئاً أسماه بلسانه لمسكين بعينه ثم بعد ذلك بدا له فصرفه لمسكين آخر هل يباح له ذلك؟ فقال: إن كان هذا الرجل الذي عزل من المال الذي أخرجه للصدقة شيئاً منه لمسكين بعينه سماه له ونوى أن يعطيه ولم يبتله بقول ولا نية فيكره له أن يصرفه لغيره، وإن كان بتله له بقول أو نية فلا يجوز له أن يصرفه إلى غيره وهو ضامن له إن فعل، وكذلك ما جعل إليه تنفيذه

(ص): وحوز حاضر لغائب إذا. البيت. قوله: (وإن لم يعلم الخ) أي الغائب، ونص هذه المسألة هو قول المفيد: ولو وهب رجل هبة لرجلين غائب وحاضر كان قبض الحاضر حيازة لهما، فإن قبلها الغائب إذا قدم وإلا بطلت حصته، ومن وهب لغائب وأشهد بها وأعلن بها وتخلّى عنها صحت، وقيل لا تصح حتى يخرجها إلى من يحوزها الخ. وذكر ابن فتوح في وثائقه أن ما حبس على مسجد فإنه يدفعه لمن وكله المحبس على القبض للمسجد، وعليه فقبض ناظر المسجد أخرى أو مساو فيما يظهر كما هو عمل فاس عمّرها الله تعالى، انظر عند قول المختصر: ولو سفيهاً في الحبس.

(ص): وما على البت لشخص عيننا. إلى آخر البيتين. قوله: (قال ابن رشد في نوازل الخ) ابن سلمون فيه الكلام على المسألة وكلام ابن رشد المنظوم مضمونه فيه كلام عند الناس ولكن انظر عند قول المختصر: فإن رد فكمنقطع الخ.

مما أخرجه غيره للصدقة سواء، ومثله في المعنى الذي يأمر للسائل بشيء أو يخرج إليه بشيء فلا يجده يكره له أن يصرفه إلى ماله ولا يحرم ذلك عليه إن كان إنما نوى أن يعطيه إياه ولم يبتله بقول ولا نية اهـ. وقد تلخص من قول ابن رشد أولاً يكره له أن يصرفه لغيره، وقوله ثانياً يكره له أن يصرفه إلى ماله كراهة الوجهين معاً أعني دفعه لغير من نوى أو حبسه لنفسه وإنما يعطيه لمن نواه له، والناظم إنما قبح رجوعه للملك فقط دون إعطائه للغير فالله أعلم. وما مبتدأ واقعة على الصدقة وهي موصول صلته عين وعلى البت يتعلق بعين وكذا الشخص، وجملة فهو له خير ما وما من قوله وغير ما بيت واقعة على الصدقة أيضاً وهو مقابل قوله: وما على البت، ونائب يعين للشخص لأنه مقابل قوله: وما على البت لشخص عينا، فالشخص المراد به المسكين المتصدق عليه معين في الوجهين إلا أنه بطلت له الصدقة في الوجه الأول دون الثاني.

وَلَلْأَبِ الْقَبْضُ لِمَا قَدْ وَهَبَا وَلِدَهُ الصَّغِيرَ شَرْعاً وَجَبَا
إِلَّا الَّذِي يَهَبُ مِنْ نَقْدِيهِ فَشَرْطُهُ الْخُرُوجُ مِنْ يَدَيْهِ
إِلَى أَمِينٍ وَعَنْ الْأَمِينِ يُغْنِي اشْتِرَاءَ هَبِّهِ بَعْدَ حِينٍ
وَإِنْ يَكُنْ مَوْضِعَ سَكْنَاءِ يَهَبُ فَإِنَّ الْأَخْلَاءَ لَهُ حُكْمٌ وَجَبُ

يعني أن الأب إذا وهب شيئاً لولده الصغير فإنه هو الذي يحوزه له ولا يضر بقاؤه تحت يد الأب الواهب المذكور، (وهذا المعنى تقدم للناظم حيث قال:

والأب حوزة) لما تصدقا به على محجوره لن يتقى إلا أنه عبر هناك بالمحجور الشامل للصغير والبالغ فلا مفهوم لقوله هنا للضمير، وعبر هناك أيضاً بالصدقة وهنا بالهبة فلا فرق بينهما، فالأب يحوز ما أعطى لولده الذي في حجره وتحت ولايته صغيراً كان أو كبيراً في الهبة والصدقة معاً. التوضيح: في شرح قول ابن الحاجب إلا في صدقة أب على صغير وتخصيصه الصغير والأب ليس بظاهر لأن السفية في هذا كالصغير والوصي، ومقدم القاضي مشاركاً للأب في ذلك، ولو قال إلا في عطية أب ليشمل الهبة وغيرها لكان أحسن اهـ. والظاهر أنه إنما أعاد المسألة مع تقدمها كما ذكرنا ليستثني منها ما خرج عن ذلك الحكم وهو شيان: أحدهما: أن يهب لولده المحجور ما لا يعرف بعينه كالنقدين والمثلثات من المكيلات والموزونات والمعدودات فلا يكفي أن يحوز هو ذلك لولده بل يخرج من يده إلى أمين أو يشتري لولده بذلك الشيء أو بثمنه شيئاً باسم الولد المذكور كان الشراء حينئذ أو بعد زمان وإلى ذلك أشار

(ص)^(١) وللأب القبض لما قد وهباً. إلى آخر الأبيات الأربعة. قوله: (وهذا المعنى تقدم للناظم حيث قال والأب حوزة الخ) عند هذا البيت قدمنا تلخيص المسألة فف عليه هناك.

(١) وجد هنا بياض في النسخة الخطية وكتب بطرتها ما يفيد أنه وجد هكذا بنسختين فحزر، اهـ. مصححه.

بقوله: إلا الذي يهب من نقديه، البيتين إلا أنه وإن لم يستثن إلا النقيدين فإن المثليات كلها كذلك لاشتراك الجميع في كونه ممّا لا يعرف بعينه والله أعلم. الثاني: أن يهب لولده دار سكنها فلا يحوزها له بسكنائها فيها بل لا بدّ من خروجه منها وإخلائها من أثنائه وأسبابه ثم يكرها للغير ويصرف الكراء في منافع الولد الموهوب له، فإن سكنها الأب المذكور ففي ذلك تفصيل يأتي إن شاء الله، أما حوز الأب لما وهب أو تصدق به على ولده الصغير ففي الجواهر: روى ابن وهب أن أبا بكر وعمر وعثمان وابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم قالوا لا تجوز صدقة ولا عطية إلا بحوز إلا الصغير من ولد المتصدق فإن أباه يحوز له. وفي العتبية من سماع أصبغ: وسمعت ابن القاسم يقول في الذي يتصدق على ولده الصغير بصدقة لها غلة وكراء ويكري ذلك باسمه أن ذلك لا يبطل صدقته إذا كان قد أشهد على أصل الصدقة، وأنكر قول من يقول لا تجوز الصدقة إذا كتب الأب الكراء باسم نفسه وقال من يكري للصغير ويشتري له ويبيع إلا أبواه اه. وأما هبة الأب لولده الصغير أو المحجور ما لا يعرف بعينه فقال في التوضيح: واختلف في هبة ما لا يعرف بعينه كالذهب والفضة واللؤلؤ وغيره من المكيلات والموزونات، فروى ابن القاسم عن مالك وبه أخذ المصريون وغيرهم أنه لا يتم الحوز ولو ختم عليه بحضرة الشهود إلا بأن يجعل على يد غيره، وذهب المدنيون إلى أنه يتم الحوز فيها بوضعها على يديه إذا أحضرها بحضرة الشهود وختم عليها بخاتمة، قالوا: وتصح أيضاً وإن لم يختمها الشهود ولو ختموا عليها لكان خيراً وأحسن. وروى أيضاً عن مالك وقريب منه في الموطأ أنه يجوز إذا أبرزه وإن لم يخرج من يده، قيل وبالأول جرى العمل وهو مذهب الرسالة لقوله: وإنما يجوز له ما يعرف بعينه اه. وفي العتبية من سماع عيسى: قال ابن القاسم قلت لمالك: رأيت الدنانير يتصدق بها الرجل على ابنه الصغير كيف تحاز؟ قال: يضعها على يدي غيره لا يجوز فيها غير ذلك ولم يرها مثل العروض. (قال ابن القاسم: وسألنا مالكا) عن الرجل يشتري العبد ويشهد أنه لابنه الصغير ثم مات بعد ذلك بسنة فقال هو للابن ولا يدخل الورثة عليه في ذلك اه. وجه ذلك كأنه وهبه الثمن ثم اشترى له به العبد كالمسألة التي بعدها. وفي أحكام ابن سهل أن ابن دحون سأل ابن زرب عمّن ابتاع لابن

قوله (قال ابن القاسم وسألنا مالكا الخ) هذان الفرعان نقلهما ابن الناظم وسلمهما، ولكن انظر عند قول المختصر في الحبس وصرف الغلة الخ، وصدر كتاب الإقرار في إقرار الصحيح والمريض حين ذكرنا في الشرح هناك التوليج ولا بد، ومسألة العبد لما نقلها ابن رشد وكتب بعدنا ما نصه: لا إشكال في أنه لا دخول للورثة على الابن في الغلام الذي اشتراه وإن لم يحزه، وإنما الدخول فيما اشتراه الأب لنفسه، لأن أصل شراء العبد إنما هو للابن فلم يهبه الأب له فيحتاج إلى أن يحوزه، وإنما وهب له الثمن الذي اشتراه به فصح له ملكه بالشراء الخ. والمسألة خالف فيها أصبغ مالكا وأطال فيها في المعيار من كلام الشيوخ الطول التام بعيد مسألة الخليج وقبيل مسألة الركاب في السفر الثالث من عمل ستة أسفار بعد نوازل المعاوضات وقبل نوازل الرهن، وذكر أن الابن تارة يعلم له مال وتارة لا، وذكر ذلك في مواضع من المحل المشار إليه ولا يمكنني اختصاره لطوله فانظره إن شئت، وانظر مسألة العبدوسي التي في هذا الشارح عند قوله أيضاً وصرف الغلة، وانظر ولا بد ولا

له صغير داراً بمال وهبه له ثم بلغ الابن ومات الأب ولم يقبض الابن الدار هل تنفذ له أم يبطل أمرها؟ قال: لا تبطل وقد تمت الحيازة للهبة بالابتياح للدار اهـ. وهذه المسألة والتي قبلها تليها من باب الاشتراء للولد بالشيء الموهوب الذي لا يعرف بعينه، وأما هبة دار السكنى للولد الصغير ففي وثائق الباجي: وإذا كانت الصدقة في دار يسكنها الأب فلا تجوز (حتى يخليها الأب) من أهله وثقله وتكون فارغة ويكرهها للابن، فإن لم يكن على هذا لم تجز الصدقة، فإن خرج منها فقد قيل إذا بقي خارجاً عنها سنة ثم رجع إليها أو أكرها من نفسه فذلك جائز على رواية عيسى. وفي المتيضية: إذا تصدق الرجل على ابنه الذي في حجره بدار يسكنها الأب فلا بدّ من إخلائها من نفسه وثقله وأهله وتعينها البينة خالية فارغة من أنقاله ويكرهها الأب للابن من غيره، فإن مضت سنة فلا بأس بعودة الأب إلى سكنها ويكرهها الأب من نفسه ويشهد على ذلك. قال الشارح رحمه الله: وقعت هذه المسألة التي نص عليها المتيضي في قوله ويكرهها الأب من نفسه ويشهد على ذلك قديماً، واختلف فيها الفقهاء بغرناطة فمن مانع ومن مجيز، وسئل عنها الإمام أبو القاسم العبدوسي في رجل وهب ابنه الصغير فداناً وحازه له نفسه كما يجب ثم بعد أيام أشهد على نفسه أنه أكرى لنفسه على ابنه الفدان المذكور من قبله بكذا وكذا في العام بتقويم أرباب البصر أن الكراء الذي ذكر هو كراء مثل الفدان. ثم بعد ذلك بعام مات الواهب فهل تصحّ الهبة أم تبطل؟ فأجاب: مذهب ابن القاسم وحكاه مطرف عن مالك وقاله ابن الماجشون وأصبغ أن الأب لو تمادى على الانتفاع به بغير حيازة لا تعيين كراء ما ضرّ ذلك في الحيازة فأحرى مع الحيازة وتعيين الكراء فإن حيازة هذا يكفي فيها الإشهاد خاصة خلاف حيازة المسكون والملبوس، فعلى هذا القول لا يحتاج إلى شيء، وقال ابن وهب وأشهب: هو كحيازة المسكون والملبوس، فعلى هذا القول إذا أكره من نفسه لم يبطل بخلاف الرهن، فعلى كل حال لا تبطل الهبة على كل قول. حكى هذا الكلام ابن رشد في آخر سماع عبد الملك زونان من كتاب الشفعة وفي غيره وكتب مسلماً عليكم أبو القاسم العبدوسي لطف الله به.

بد عند قول المتن: أو عاد لسكنى مسكنه الخ فيما يذكره هذا الشارح بعد. قوله: (حتى يخليها الأب الخ) ومثل دار السكنى الملبوس الذي يلبسه الأب المعطى، ففي الوثائق المجموعة بعد ذكره دار السكنى ما نصه: وكذلك ما يلبسه الأب من الثياب ثم تصدق به أو حبسه على بنه لا تتم الحيازة فيه إلا بأن يخلعه ولا يلبسه الخ وهذا منه بلفظه وذكره المتيضي وغيره، وكذا مركوب الأب فهو بمنزلة ملبوسه، وقال ابن فتوح: وإن كانت الصدقة أو الهبة أو الحبس أو النحلة بقرية كلها على صغير ولده فيستغني بالإشهاد عن الحيازة في ذلك إلا فيما يسكنه الأب أو يلبسه، وعلى كبير فلا يصح ذلك إلا بدفع الأب وقبض الابن ومعاينة الشهود ذلك، ودار غير السكنى كالأرض والحيازة في الأحباس والصدقات واحدة الخ، وهذا منه بلفظه. وانظر هذه المسائل عند قول المختصر: ولا إن بقيت الخ، وعند قوله: أو لم يحزه كبير، وعند قوله: وصرف الغلة، وهناك قرنوا المركوب بالملبوس.

وَمَنْ يَصِحُّ قَبْضُهُ وَمَا قَبْضُ
يَبْطُلُ حَقُّهُ بِإِلْخَافٍ
مُغْطَاهُ مُطْلَقاً لِتَفْرِيطِ عَرَضٍ
إِنْ فَاتَهُ فِي ذَلِكَ التَّلَافِي

يعني أن الموهوب له أو المتصدق عليه إذا كان ممن يصح قبضه وحيازته لما أعطيه ولم يقبض ذلك لتفريطه في قبضه وتركه اختياراً منه ولو شاء أن يقبضه لقبضه فإنه ينظر فإن فاته تلافي القبض واستدراكه لموت المعطي أو تفليسه أو فوت الشيء الموهوب بوجه (من الوجوه المفيتة) له كأن يهبه الواهب لرجل آخر وقبضه هذا الثاني فإن حق الأول يبطل بلا خلاف وإلى هذا أشار بالبيتين، ومفهوم قوله إن فاته في ذلك التلافي أنه إن لم يفته التلافي لكونه وإن لم يقبض لم يحدث مانع منه من موت ولا تفليس ولا دين محيط ولا غير ذلك فإنه يتلافى القبض وتصح العطية، ولا يضر تراخي القبض عن العطية حيث لم يحصل مانع منه، هذا كله إن كان تركه لقبض ذلك اختياراً منه وتفريطاً. (أما إن جد في طلبه) فلم يتمكن منه حتى فات ذلك بما ذكر فإن حقه لا يبطل. ومعنى قوله مطلقاً أنه لا فرق في المقبوض بين كونه أصلاً أو عرضاً أو عيناً أو غير ذلك. قال ابن شاس: إذا مات الواهب قبل الحوز بطلت الهبة إلا أن يكون الطالب جاداً في الطلب غير تارك له، كما إذا وقعت الهبة بشاهد أو شاهدين حتى يزكيا فمات الواهب فقال ابن القاسم ومطرف وأصبغ: هو حوز وقد صححت الهبة. وفي مختصر الشيخ خليل: وصح إن قبض ليتروى أو جد فيه أو في تزكية شاهده. وفي طرر ابن عات عن المشاور: ومن تصدق بصدقة على رجل وعرفه بها فسكت ولم يقل قبلت ولا لم أقبل وتركها زماناً ثم قام عليه فيها كان له ذلك فإن طلب غلتها حلف أنه لم يتركها على وجه الترك ورجع اه. وتقدم أول الباب قول المكناسي في الحبس: ولا يبطل العقد بتأخير القبض ما لم يمتم المحبس. ابن عرفة: إحاطة الدين بماله قبل العطية يبطلها اتفاقاً، وفي كون إحاطته بعدها قبل حوزها كذلك قولان.

فصل في الاعتصار

(ابن عرفة: الاعتصار) ارتجاع المعطي عطيته دون عوض لا بطوع المعطي، فقوله

(ص): ومن يصح قبضه وما قبض. إلى آخر البيتين. قوله: (من الوجوه المفيتة الخ) أشار في المختصر لذلك بقوله في الهبة: وبطلت إن تأخر أي الحوز لدين محيط أو وهب لثان وحاز أو أعتق الواهب إلى آخر تلك المسائل المفيتة للهبة. قوله: (أما إن جد في طلبه الخ) الفرق بين ما هنا وبين قول المختصر في كتاب الرهن عاطفاً على ما يبطل به الرهن وبموت رانه أو فلسه قبل حوزة ولو جد فيه الخ فنص أن الرهن يبطل بفوته ولو جد في طلبه ولم تبطل الهبة مع الجد والفرق هو أن الرهن إذا بطل بقي دين المرتهن على ما هو، ولا كذلك إذا بطلت الهبة وهذا حتى في شروح المختصر.

فصل في الاعتصار

قوله: (ابن عرفة الاعتصار الخ) زاد ابن عرفة بعد هذا متصلاً به ما نصه: الصيغة ما دل عليه

دون عوض أخرج به شراء الهبة. وقوله لا بطوع المعطي أخرج به هبة المعطي بالفتح للمعطي بالكسر.

والاعتصارُ جازٌ فيما يهبُ وأولادهُ قُضداً لمحبةِ الأبِ
والأمُّ ما حيَّ أبٌ تفتصر وحيثُ جاز الاعتصارُ يُذكرُ

الاعتصار رجوع الواهب في هبته كما تقدم ولا يعتصر إلا الأب والأم (فلذلك خصهما) الشيخ فقال فيما يهب الأب والأم، ففهم منه أن غيرهما لا يعتصر، فلا يعتصر جد ولا جدة ولا عم ولا عمة ولا الولد من أبيه، فالأب يعتصر ما وهب لولده الصغير أو الكبير كان للولد أم أو لم تكن ما لم يمنع من ذلك مانع كما يذكر في البيتين بعد هذين، وكذلك يعتبر المانع في اعتصار الأم على تفصيله الآتي، وأما الأم تهب لولدها في حياة أبيه فلها أن تعتصر ما دام الأب حياً وإليه أشار بقوله: والأم ما حي أب تعتصر. فإن مات الأب وقد كانت وهبت في حياته فقولان المشهور تعتصر، فإن وهبته بعد موت أبيه وهو صغير فلا اعتصار لها لأنه يتيم. وفهم من قوله فيما يهب أن محل الاعتصار الهبة لا

لفظاً هذا لفظه.

(ص): والاعتصار جاز فيما يهب إلى آخر البيتين. قوله: (فلذلك خصهما الخ) وجه الاختصاص بالأبوين كونهما لهما ما ليس لغيرهما في مال الولد، وقد أطال القاضي في الاستدلال على الاختصاص المذكور بالسنة وغيرها انظره في الشرح، وقد أطال الناس الكلام في فروع الاعتصار غاية، وقد استوفينا المسائل في ذلك الشرح والحمد لله، وجمعنا في ذلك شيئاً لا أظنه يوجد كذلك مجموعاً في كتاب، قال في المختصر ما نصه: وللأب اعتصارها من ولده كأم فقط وهبت ذا أب وإن مجنوناً ولو يتيم على المختار إلا فيما أريد به الآخرة كصدقة بلا شرط إن لم تفت لا بحوالة سوق بل بزيد أو نقص ولم ينكح أو يداين لها أو يطأ بالغ ثيباً أو يمرض كواهب إلا أن يهب على هذه الأحوال أو يزول المرض على المختار اهـ. فقوله اعتصارها أي الهبة بدليل قوله كصدقة الخ، وإن أراد بالهبة وجه المعطي والآخرة فلا اعتصار، انظر الشرح في هذا وربما يدخل في قوله إلا فيما أريد الخ. ولأن الهبة هي أقرب مذكور في قوله كهبة نحل الخ، وقوله اعتصارها أي ارتجاعها كما رأيته في كلام ابن عرفة، والهبة تعتصر لأنها لوجه المعطي فإن أريد بها الآخرة فقط منع اعتصارها على ما به العمل، وقوله من ولده ظاهره ذكراً كان أو لا، كبيراً أو صغيراً، فقيراً أو غنياً، كان له أم أم لا، حاز الهبة أم لا، وهو كذلك في الجميع إلا الفقير الكبير بخلاف الفقير الصغير لأن نفقته واجبة على الأب فأعطى والده الاعتصار لأنه غني بأبيه ومع ذلك ففيه ما فيه، انظر الشرح، وربما يظهر لك أن الفقير لا يعتصر منه مطلقاً كبيراً كان أو صغيراً، كان المعطي أباً أو أمّاً، وهذا هو الحق، ويأتي في النظم وفقر موهوب له ما كانا، وربما يفهم هذا من قوله إلا فيما أريد به الآخرة، والكبير الفقير فيه خلاف، والذي يظهر عدم الاعتصار منه، وقوله: كأم فقط أخرج به الجد والجدة وغيرهما مما عدا الأبوين. قوله: ولو يتيم هذا في الصغير إذ الصغير هو الذي يقال فيه يتيم كما بيناه عند قول المختصر حين تكلم على من تستأمر من الزوجات وظاهره ولو كان اليتيم غنياً وهو كذلك لا الكبير الغني فإنها تعتصر منه، وأما الكبير الفقير ففي ذلك خلاف والظاهر عدم

الصدقة وهو كذلك. ابن يونس: روي أنه لا يحل لأحد أن يهب هبة ثم يعود فيها إلا للولد. قال مالك: فكل صدقة فلا اعتبار فيها للأبوين، وأما الهبة والعطية والنحلة والعمري فلهما الاعتصار في ذلك. وفي نوازل سحنون: هبته لابنته للصلة لا يجوز اعتصارها، وكذا هبته لضعفه وخوف الخصاصة عليه. وقال ابن الماجشون: كل هبة لولده لوجه الله تعالى أو لطلب الأجر أو لصلة الرحم لا تعتصر. ابن عرفة: المذهب صحة اعتصار الأب ما وهبه لابنه صغيراً كان الابن أو كبيراً، ومعروف المذهب أن الأم مثله. ومن المدونة: لا يجوز الاعتصار في قول مالك إلا للوالد والوالدة ولا يجوز لأحد غيرهما. اللخمي: إن كان له أب يوم العطية فلم تعتصر حتى مات الأب كان لها أن تعتصر لأنها لم تكن على وجه الصدقة، وفي كتاب محمد لا تعتصر والأول أحسن لأن المرعى وقت العطية هل كانت هبة أو صدقة؟ ومن المدونة قال مالك: ما وهبت الأم أو نحلت لولدها الصغار ولا أب لهم فليس لها أن تعتصر لأنه يتيم ولا يعتصر من يتيم ويعد ذلك كالصدقة عليه اه. وانظر ما وهبته لولدها الكبير الذي لا أب له هل لها أن تعتصره أو لا؟ ظاهر ما نقل الشارح عن أصول الفتيا أنها تعتصر، ولفظه في أصول الفتيا: والأم تعتصر ما وهبت لولدها كان صغيراً أو كبيراً إذا كان الأب حياً فإن كان ميتاً لم تعتصر شيئاً من هبتها للصغار لأن الهبة للأيتام إنما هي على معنى الصدقة والصدقة لا تعتصر اه. فظاهر قوله فإن كان ميتاً لم تعتصر شيئاً من هبتها للصغار الخ أنها تعتصر هبتها للكبار والله أعلم. وقد صرح الحطاب بذلك فقال في قول المختصر كأم فقط وهبت ذا أب هذا إذا كان الولد صغيراً، وأما إن كان كبيراً فتعتصر كان له أب أو لم يكن له اه. وأما قول الناظم وحيث جاز الاعتصار يذكر (فمعناه أنه ينبغي) للموثق أن يذكر في وثيقة الهبة ونحوها ممّا يعتصر أن الواهب سلط عليها حكم الاعتصار لثلا ينزع الواهب إذا اعتصر لأن شأن الموثقين حسم مواد الخلاف وارتكاب الوجه الذي لا نزاع فيه فلذلك يكتبون إذن المضمون للضامن في الضمان، مع أن المشهور عدم اعتبار إذنه ومع إذنه لا خلاف في اللزوم، وكذلك يكتبون في وثائق بيع الأصول ونزل المبتاع فيما ابتاع وأبرأ البائع من درك الإنزال لأنه بنزوله فيما ابتاع يسقط الضمان عن البائع اتفاقاً وقبل نزوله لا يسقط على قول أشهب لأنه يقول البيع العقد مع القبض لا العقد فقط، فلا ينتقل ضمان المبيع للمشتري على قوله إلا بالقبض فعملوا على الإنزال للخروج من الخلاف، وفي ذلك يقول الإمام أبو محمد سيدي عبد الواحد الونشريسي في نظم إيضاح المسالك لوالده سيدي أحمد ما نصّه:

(وللخروج) من خلاف أشهباً أورده الموثقون الكتباً

الاعتصار كما تقدم. قوله: (فمعناه أنه ينبغي الخ) لم يذكر في المختصر هذا ولعله كقولهم رفع يد الملك الخ، ونسب من قاله للجهل، انظره عند قول المختصر: ولا إن بقيت عنده الخ.

قوله. (ولللخروج الخ) قدمنا في الضمان إن هذا ليس للخروج من الخلاف فانظره إن شئت.

ونظائر ذلك عند الموثقين كثيرة والله أعلم.

وَضُمَّنَ الْوِفَاقُ فِي الْحُضُورِ إِذَا كَانَ الْاِعْتِصَارُ مِنْ كَبِيرٍ
وَكُلُّ مَا يَجْرِي بِلَفْظِ الصَّدَقَةِ فَالْاِعْتِصَارُ أَبَدًا لَنْ يَلْحَقَهُ

يعني أن من اعتصر ما وهب لولده الكبير فإنه ينص في وثيقة الاعتصار على حضور الابن المذكور وموافقته عليه لأن ذلك أقطع للنزاع، إذ قد يدعي الصدقة أو غيرها مما يمنع الاعتصار فحضوره يرفع ذلك، (وهذا من معنى ما قبله يليه) من ذكر الاعتصار وموافقة المضمون عنه ونحو ذلك. قال ابن سلمون في آخر وثيقة الاعتصار ما نصّه: وإن كان الابن كبيراً قلت وبمحضر الابن وموافقته على ذلك اهـ. وأما قوله وكل ما يجري بلفظ الصدقة البيت فأشار به لقول الإمام مالك: وكل صدقة فلا اعتصار فيها للأبوين، (وأما الهبة) والعطية والعمرى فهما الاعتصار في ذلك من المواق.

وَلَا اِعْتِصَارَ مَعَ مَوْتٍ أَوْ مَرَضٍ لَهُ أَوْ النُّكَاحِ أَوْ ذَيْنِ عَرَضٍ
وَقَفَرُ مَوْهُوبٍ لَهُ مَا كَانَ لِمَنْعِ الْاِعْتِصَارِ قَدْ أَبَانَ

ذكر في البيتين موانع الاعتصار، فأخبر أن الاعتصار يمنع منه موت الموهوب له (أو مرضه) المستمر للموت نكاحه وأخذه للدين إذا كان المرض المذكور وما بعده حادثاً

(ص): وضمن الوفاق في الحضور إلى آخر البيتين. قوله: (وهذا من معنى ما قبله يليه الخ) صحيح ولكن إنما يظهر في الرشد كما لا يخفى إذ موافقة السفه لا تعتبر. قوله: (وأما الهبة الخ) العمرى تعتصر ضرب لها أجل أم لا وكذا يعتصر الجبس انظر الشرح، ولكن العمرى تعتصر إذا لم تكن على وجه الصدقة، وفي الشرح كلام في هذه المسائل وكان خليلاً قدم العمرى على الاعتصار لتسلطه عليها. وقال الباجي بعد أن ذكر أن الصدقة لا تعتصر لأنها قريبة ما نصه: فإن أتى المعطي بلفظ محتمل كالهبة والنحلة والعطية فإن اقترن به ما يقتضي القرية كقوله: هبة لله تعالى، أو لوجه الله، أو لطلب الأجر، أو لصلة رحم، فقال ابن الماجشون: هذا لا يعتصر ووجه ذلك أن هذا مال مخرج على وجه القرية فلا يجوز الرجوع فيه كالصدقة، ثم ذكر في الصلة كلاماً، وفي التزامات الحطاب إذا التزم الأب أو الأم عدم الاعتصار فالظاهر أن ذلك يلزمه الخ، لكن في ذلك خلاف واسع ذكره في نوازل الوصايا من المعيار، وذكره المنجور في قاعدة من التزام عدم الرجوع فيما يجوز فيه الرجوع كالوصية، ولكن الذي يظهر رجحانه في الوصية هو صحة الرجوع، وإن التزم عدمه على ما يظهر من أنقال المعيار، وإن كثرت في ذلك الاختيارات، وانظر الشرح فإنه لا يشترط لفظ الاعتصار بل إذا قال ارتجعت فإنه يكفي خلافاً لمن زعم خلاف هذا.

(ص): ولا اعتصار مع موت أو مرض إلى آخر البيتين. قوله: (أو مرضه الخ) المذهب لا فرق بين مرض الواهب أو الموهوب له ولذلك قال خليل: أو بمرض كواهب ورأيته، وانظر الفرق بين الاعتصار في الهبة وبين نزع مال المدبر في المرض على القول بعدم الاعتصار فيه في الشرح، والمراد بالمرض مرض الموت، وقول المختصر أو يزول المرض تخصيص المرض صحيح، ولا فرق بين طول المرض أو قصره، وما في المختصر هو المشهور واعتراض المواق لا يرد، نعم جرى

وعارضاً بعد الهبة، وعلى ذلك نبّه بقوله عرض، أما إن كان الموهوب له وقتها مريضاً أو متزوجاً أو مديناً فإن ذلك لا يمنع الاعتصار، وكذلك يمنع منه فقر الولد الموهوب له ما كان كبيراً أو صغيراً لأن فقره قرينة إرادة الصدقة. قال في أصول الفتيا: قال محمد من أصل قولهم أن كل واهب هبة فلا يجوز له أن يعتصرها ولا أن يرجع فيها، حاشا الأب والأم فيما وهبا لأولادهم فإن الاعتصار لهما في ذلك جائز على ما سنذكره من التفسير، أما الوالد فيجوز له اعتصار ما وهب لابنه الصغير أو الكبير كان للولد أم أو لم تكن، وذلك ما لم يستحدث الولد ديناً أو ينكح أو يطأ إن كانت الهبة جارية أو يبيع الهبة أو يمرض، فإن كان شيء من ذلك لم يجز للأب الاعتصار لأن ذلك كله فوت للهبة، وإنما يعتصر ما لم يفت إلا أن يكون وهب له وقد استدان أو نكح أو مرض فيجوز له الاعتصار لأنه حينئذ لم يداين ولم ينكح على تلك الهبة. وفي المقرب: قلت فمن وهب لأولاد له صفار هبة وقد ماتت أمهم فبلغوا ولم يحدثوا ديناً ولا نكحوا فأراد الأب أن يعتصر هبته قال ذلك له عند مالك بمنزلة ما لو وهب لهم وهم كبار فله أن يعتصر هبته ما لم يستحدثوا ديناً أو ينكحوا والعطية والنحل في الاعتصار بمنزلة الهبة. وفي الوثائق المجموعة: وإذا كانت هبة الأبوين على فقير بينهما فليس يعتصرانها لأن من وهب على فقير قد علم أنه أراد صلته والأجر انتهى. فرع: وكما يمنع الاعتصار مرض الولد الموهوب له كذلك يمنعه مرض الواهب خلافاً لأشهب. ابن الحاجب: ولو مرض أحدهما فكذلك، وروى أشهب إن مرض الأب فله، قال أيضاً: فليس له. التوضيح: قوله أحدهما أي الواهب أو الموهوب له قوله فكذلك أي يفوت الاعتصار، وعند مالك وابن القاسم قال في البيان وهو المشهور لأنه إن مرض الواهب فاعتصاره لغيره وهو الوارث، وإن مرض الموهوب له فقد تعلق حق الورثة به. وروى أشهب إن مرض الأب فله الاعتصار دون العكس، انظر تمام كلامه إن شئت، وإنما شرحنا قول الناظم ومرض بمرض الموهوب له وإن كان مرض الواهب مانعاً من الاعتصار أيضاً لقرانه بالنكاح والدين ولا يمنعان إلا من الموهوب له والله أعلم. فرع: روى عيسى عن ابن القاسم فيمن نحل ابنته نحلة فتزوجها رجل على ذلك ثم مات أو طلق فقد انقطع الاعتصار بالنكاح فلا يعود بنى بها أم لا، وكذلك من نكح من الذكور والإناث أو داين ثم زال الدين أو زالت العصمة فلا اعتصار لها نقله المواق ثم قال قال أصبغ: إذا امتنع الاعتصار بمرض أحدهما أو بنكاح الولد أو بدين ثم زال المرض والدين والنكاح فلا اعتصار، وإذا زالت العصرة

الحكم بخلاف ما في المتن ولكن ذلك لا يتوجه على المتن لأن العمل يجري بخلاف المشهور ظاهر المختصر ولو أراد الأخذ فممنوع وهو كذلك، وكلام البساطي هو المعمول عليه، والفرق بين المرض وغيره لائح من قول اللخمي: فإذا صح تبين أنهم أخطؤوا لأن المانع هو مرض الموت إذ فيه اعتصار للغير، أو ما فيه حق للغير، وهذا لا يوجد إلا في مرض الموت ولم يوجد فلا سبب للمنع لما برأ المريض والنكاح ولو وقع بعده كطلاق والتداين ولو وقع بعده مضاء لم يظهر عدمهما الخ، انظر تمامه في الشرح وبه تعرف ما في كلام هذا الشارح.

يوماً فلا تعود، وقاله ابن حبيب عن مالك، وقال المغيرة وابن دينار: إذا صحَّ المعطي والمعطي رجعت العصرة كما تنطلق يده في ماله فيما كان ممنوعاً منه اهـ. والظاهر أن الخلاف جار على قاعدة العلة إذا زالت هل يزول الحكم بزوالها أم لا؟

وما اعتصارٌ ببيع شيءٍ قد وهب من غير إسهادٍ به كما يجب
لكنه يُعدُّ مهماً صيّراً ذلك لموهوبٍ له مُعتصراً
وقيل بل يصحُّ إن مالٌ شهر له وإلا فليحوز يفتقر

يعني ان من وهب هبة لابنه أو ابنته ثم إنه باع تلك الهبة باسم نفسه ولم يشهد بأن ذلك اعتصاراً فإن بيعه لا يعد اعتصاراً، بل يحمل على أنه رأى البيع أولى لغبطة في الثمن أو لخوف فساد يلحق تلك الهبة ونحو ذلك، ويكون ثمن تلك الهبة ديناً في ذمة الأب لا يبرأ منه إلا بموجب، وإلى هذا أشار بقوله: وما اعتصار البيت. وفهم من قوله: من غير إسهاد به أي بالاعتصار أنه إذا أشهد عند البيع أو قبله أنه اعتصر ذلك فذلك اعتصار ولا إشكال، فقوله وما اعتصار ما نافية (واعتصار مبتدأ) سوغه تقدم النفي وبيع خبره وجملة قد وهب بالبناء للنائب صفة لشيء وضمير به للاعتصار. قال ابن عات في طرره عن بعض فقهاء الشورى: من وهب ابنه الصغير هبة وسلط عليها شرط الاعتصار ثم باعها بعد ذلك باسم نفسه ومات فإن الثمن للابن في مال الأب، وليس بيعه باسم نفسه عصر منه إلا أن يشهد عند البيع أو قبله أن بيعه ذلك اعتصار منه للهبة وإلا فلا، ولا يجوز اعتصارها بعد البيع لأنها قد تغيرت عن حالها، قال الشارح: أقول هذا القول هكذا نقل على الإطلاق، وفيه إذا كان البيع على كبير إشكال ما من كونه لا يعد عصرة فتأمل اهـ. يعني أن كون البيع على الصغير لا يعد عصرة ظاهر لكون الأب هو الذي يتصرف له في أموره بخلاف الكبير فإنه هو الذي يتولى أمور نفسه فالبيع عليه اعتصار والله أعلم. قوله: لكنه يعدهما صير البيتين، لما ذكره أن تصرف الواهب في الهبة بالبيع لا يعد اعتصاراً استدرك هذه الصورة فإن تصرف الواهب فيها اعتصار وهي إذا وهب هبة لابنه أو ابنته ثم إنه صير تلك الهبة للموهوب له في دين للابن أو الابنة على أبيه الواهب المذكور فتصير تلك الهبة ملكاً للولد عوضاً عن الدين الذي كان له على أبيه، ولا إشكال في كون ذلك اعتصاراً لأن كون الأب قضى بها ديناً عليه لازم لكونه ردّها لملكه وحينئذ دفعها في دينه، ثم إن بعض الفقهاء أطلق في ذلك أي سواء كان الدين الذي على الأب ثابتاً ببينة أو قرينة حال تدل

(ص): وما اعتصار بيع شيء قد وهب، إلى آخر الأبيات الثلاثة. قوله: (واعتصار مبتدأ) الأولى أنه خبر والمبتدأ ببيع شيء الخ بدليل أنقاله نفسه عن ابن عات وغيره، والخلاف في كون البيع اعتصاراً قوي غاية، وقدمنا في الشرح عند قول المختصر: ولا إن بقيت عنده الخ حكم الأب إذا ما باع وهبه لابنه الصغير أو تصرف فيه لنفسه، والظاهر أن البيع لا يكون اعتصاراً لما حازه تحت يده للصغير، هذا الذي يظهر رجحانه، ولكن انظر الشرح في العتق والتصيير هل هو اعتصار أم لا؟ وكلام ابن الناظم هنا حسن، وكذا بحثه الذي نقله هذا الشارح.

على ثبوته كما يأتي ولا إشكال أو غير ثابت بشيء من ذلك وأن الهبة يملكها الموهوب له في الوجهين عوض عن الدين فلا تفتقر لحيازة لكونها معاوضة وإلى هذا أشار بقوله لكنه يعد البيت، وبعض الفقهاء فصل في ذلك فقال: إن كان الدين الذي صيّر فيه الهبة ثابتاً بيينة أو قرينة صدق فالحكم ما تقدم، وإن كان غير ثابت فعهد التصيير هبة أخرى مستأنفة فتفتقر للحوز وإلى ذلك أشار بقوله: وقيل بل تصحّ إن مال شهر البيت، فقوله لكنه أي الأب وذاك أي الشيء الموهوب يتعلق بصيرا، ومعتصراً مفعول ثان ليعد وفاعل يصحّ للتصيير وضمير له للولد الموهوب له، وأشار بالبيتين لقول ابن الحاج في مسأله أنه سئل عن رجل وهب لابنته الصغيرة داراً واحتازها ثم بعد ذلك أشهد أنه صيّر لها في مائة مثقال تألفت عنده من غزل غزله ومن غير ذلك فأجاب التصيير اعتصار للهبة، وتكون الدار للموهوب لها بالتصيير أي في الدين لا بالهبة الأولى، وقال غيره: إن التصيير للهبة اعتصار وينظر فإن كان ما اعترف به من الذهب نسبة صحيحة مثل أن يعرف أن الابنة كانت تغزل الغزل الكثير كقدر الذهب وما أشبهه مما يجتمع فيه مثل ذلك أو أنها ورثت من أمها مالا فيكون ذلك لها وإلا فيكون هذا التصيير كهبة أخرى إن ثبتت فيها الحيازة صحّت وإلا سقطت اهـ. وتقدم الخلاف في افتقار التصيير للحوز وعدم افتقاره له.

فصل في العُمري وما يُلحق بها

هَبَةٌ غَلَّةُ الْأَصُولِ الْعُمَرَى بِحَوْزِ الْأَصْلِ حَوْزُهَا اسْتَقْرَأ
طُولَ حَيَاةِ مَعْمَرٍ أَوْ مُدَّةَ مَغْلُومَةٍ كَالْعَامِ أَوْ مَا بَعْدَهُ

ابن عرفة: العمرى تمليك منفعة حياة المعطي بغير عوض إنشاء. قال الرصاص: قوله تمليك منفعة أخرج به إعطاء الذات وأخرج بحياة المعطي الحبس والعارية والمعطي بفتح الطاء وظاهره أن تمليك المنفعة مدة حياة المعطي بكسرها ليس بعمرى وانظر تقسيم العمرى في كلام اللخمي وغيره، وقوله بغير عوض أخرج به إذا كان بعوض لأن ذلك إجارة فاسدة، وقوله إنشاء أخرج به الحكم باستحقاق العمرى كما تقدم نظيره، ثم قال ما حاصله: إن العمرى المعقبة إن قلنا ترجع ملكاً فهي عمرى ولا إشكال، (وإن قلنا ترجع حبساً) فهي عمرى أيضاً حكمها حكم الحبس لا أنها حبس حقيقة فهي داخله في الحد

فصل في العمرى وما يلحق بها

(ص): هبة غلة الأصول العمرى إلى آخر البيتين. قوله: (وإن قلنا ترجع حبساً الخ) صاحب المختصر قال في العمرى ما نصه: وجزأت العمرى كأمرتك أو وارثك، ورجعت للمعمر أو وارثه كحبس عليكما وهو لآخر كما ملكا الخ، وقد رأيت رسم ابن عرفة، وأن التحديد في العمرى بحياة المعمر بالفتح، وفي المتيطي: إن حددت بحياة المعمر بالكسر فهي رقبى وترجع لورثة المعطي إن مات، وكلام الجواهر يدل على أنها عمرى، ولكن رسوم الحد في كلام أهل المذهب إنما العمرى مدة حياة المعمر بالفتح وحدودهم في الشرح، ولكن كلام الجواهر يفهم أن العمرى مأخوذة من

على كل حال، وظاهر قوله تملك منفعة أنها تكون في كل ما له منفعة فتكون في الثياب والحلي. قال في المدونة: فإن أعرى حلياً وثياباً قال: أما الحلي فهو كالدور، وأما الثياب فلم أسمع فيها من مالك شيئاً اهـ. وآخره بالمعنى مع اختصار. قوله هبة غلة الأصول الخ يعني أن العمرى هي هبة غلة الأصول طول حياة المعمر أو مدة معلومة كالعام أو ما بعده وهي من جملة أنواع العطية فتفتقر إلى الحوز وعليه نبه بقوله بحوز الأصل حوزها استقر أو حوزها هو بحوز أصلها ولا محذور في كونها لأجل مجهول وهو حياة المعمر لأنها تبرع فلا يدخلها الغرر المحظور في البيوع في جهل الأجل لأنهم قالوا أرسل من يدك بالغرر ولا تأخذ به فإن في المقرب قلت له: رأيت إن قال رجل لرجل قد أعمرتك هذه الدار حياتك أو هذا العبد أو هذه الدابة أو هذا الثوب أو هذا الحلي أيجوز هذا؟ قال نعم ويرجع بعد موت من جعل ذلك له إلى الذي أعمارها أو إلى ورثته. وفي المنهج السالك: وأما هبة المنافع كالعمرى والإخدام وما أشبه ذلك أنها كهبة الأعيان إلا في تملك الرقاب قال أعمار داراً أو جنة (مدة معلومة أو حياة) الموهوب له رجعت بعد انصرام المدة ملكاً

العمر فافهم. وقال الباجي بعد كلام: وإذا كان معنى العمرى هبة المنافع دون الرقبة فإن كل ما كان من الألفاظ يقتضي هذا المعنى فإن حكمه في ذلك حكم العمرى وإن اختلفت في بعض الأحكام، فمن ذلك أن يقول: أسكنتك هذه الدار عمرك، أو وهبتك سكنها عمرك الخ. وكلامه طويل في هذا ونقلناه في الشرح، وعبارة الإسكان تقتضي أنه لا يكرى كما أشرنا إليه في الشرح، وهو من جملة ما يقع الاختلاف فيه بين هذه الألفاظ، وقد قال أبو عبد الله الفشتالي بعد وثيقة الإعمار ما نصه: وقولنا إعمار وسكنى وارتفاق واغتلال صواب ليجوز له الكراء والسكنى وغيرهما، وأما إذا قال أعمرت فلاناً كذا فإن كانت عادة عمل عليها وإلا فليس له أن يسكن غيره بوجه من الوجوه، وإن قال سكنى خاصة فلا إشكال في كونه لا يسكن غيره أصلاً الخ، لكن ربما يكون فيه بعض مخالفة لكلام له آخر، ولكن سقناه ليظهر لك الفرق في الجملة بين هذه الألفاظ وإن كانت كلها مسماها معنى العمرى فافهم. فقول المختصر جازت تبع في لفظ الجواز المدونة وغيرها وإن كانت مندوبة، وإنما قال في المختصر ندب إغارة الخ في العارية ليرد على القائل بالوجوب في الماعون وأركانها أركان الهبة إلا أن هذه هبة منافع ولذلك أتى بها في باب الهبة، وكذا صيغتها صيغة الهبة، وكذا لزومها بالقول هو كالهبة، وقوله كأعمرتك ظاهره أنها تلزم بهذا اللفظ وإن لم يقل عمرك وهو كذلك، وأدخل بالكاف المسائل المتقدمة، وإن كان الإسكان لا يقتضي أن المدة حياة المعطى بالفتح فيما يظهر، ولكن انظر الشرح مع احتمال كون الكاف أدخلت أعطيتكها عمرك، انظر الشرح فإن الكلام فيه كثر غاية، لأن الناس أكثروا الكلام هنا وأطالوا. وقوله: أو وارثك ظاهره يدخل أحد الزوجين، وكلام الناس إنما فيه العقب، وكذا الحديث الشريف إنما فيه العقب، والشراح لم يعترضوا، والمراد بالوارث يوم موت الواهب كما في أبي الحسن. وقوله ورجعت ظاهره قال أعمرتك فقط أو أعمرتك ووارثك وهو كذلك. وما في ابن فتوح والميتطي خلاف المذهب والمسألة فيها كلام طويل ذكرناه في الشرح هل العمرى المعقبة ترجع للمعمر أو وارثه؟ أو ترجع مراجع الأعباس؟ المذهب هو الأول وهو الذي في المختصر ولا عبرة بغيره. وقوله: (مدة معلومة أو حياة الخ) هذا رأيت في النظم والمدة المحدودة وهي عارية لا عمرى ولكن في الظاهر. قال ابن عرفة في

لربها أو لورثته وكذلك إن أعمار عقبه. وفي المتيضية: ولا يجوز العمري إلاً بحيازة وقبض إلاً أن تكون لمن يجوز للمعجز القبض له كالابن الصغير أو السفيه، فقوله هبة خير مقدم والعمري مبتدأ أو طول ظرف يتعلق بهبة ومدة بالنصب عطف على طول أي العمري هبة غلة الأصول طول حياة معمر أو مدة معلومة كالعام أو ما هو أكثر من العام وهو المراد بقوله أو ما بعده، وحوزها مبتدأ خبره جملة استقرا وبحوز يتعلق باستقرا وخصّ الأصول وإن كانت تصحّ في غيرها كما تقدم لأن العمري فيها أكثر.

وَبَيْعُهَا مُسَوِّغٌ لِلْمُعَمَّرِ مِنْ مُعَمَّرٍ أَوْ وَارِثٍ لِلْمُعَمَّرِ

يعني أنه يجوز ويسوغ للمعمر بالفتح بيع العمري للمعمر بالكسر أو لورثته، وإن شئت قلت يجوز للمعمر بالكسر ولورثته شراء عمرته من المعمر بالفتح المعنى واحد، فالمعمر بالفتح بائع وبالكسر مشتر على كل تقدير. قال في المقصد المحمود: ويجوز للمعمر شراء عمراه قياساً على العرية ولا يجوز ذلك لغيره، وللمعمر كراؤها سنة أو سنتين لا غير، وقيل لأربعة أعوام كالأحباس ولو كانت لمدة محصورة لجاز كراؤها إليها، ويجوز لورثة المعمر شراؤها من المعمر كما كان ذلك لأبيهم، وهذا إذا كانت معقبة، وفيه أيضاً يجوز ابتياع المعمر للعمري بالنقد والنسيئة بالعين والعرض والطعام، وقيل لا يجوز بالنسيئة ولا تأثير للجهل بقدر المبيع (إذ ليس يبيع على الحقيقة)، وإنما هو معروف ظاهره المكايسة مستثنى من كراهة ابتياع الصدقة اهـ. فضمير بيعها للعمري ومسوغ بفتح الواو اسم مفعول أي سوغه الشارع وجوزه، وللمعمر بالفتح يتعلق بمسوغ أي يسوغ للمعمر بيع العمري والمشتري لها هو المعمر بالكسر أو وارثه.

وَعَلَّةٌ لِلْحَيَوَانِ إِنْ تَهَبَ فَمِنْحَةٌ تُدْعَى وَلَيْسَتْ تُجْتَنَّبُ

حد العارية إعطاء منفعة مؤقتة لا بعوض فتدخل العمري والإخدام والحبس، انتهى المقصود منه بلفظه، فأدخل العمري في حد العارية وكان موت فلان توقيت وإن كان التحديد به غير معلوم الوقوع، وقوله ملكاً هو حال من فاعل رجعت الخ.

(ص): وبيعها مسوغ للمعمر. البيت. صاحب المختصر لم يذكر مضمون البيت هنا، ولكن رأيت أن العمري كالعرية وقد قال فيها في المختصر: ورخص لمعمر أو قائم مقامه الخ. والشراء فيها أقرب للجواز لأن العمري إنما فيها الجهل والعرية فيها أمور يقتضي المنع كما لا يخفى، وقد قال في المختصر آخر الاستحقاق أو في عرض بعرض إلى قوله أو عمري فذكر بيعها فافهم. قوله (إذ ليس يبيع على الحقيقة الخ) يظهر أنها بيع حقيقة وإنما علل الناس كما في الشرح، إذ أفعال المعروف ليست على سبيل التشاح، هذا لفظ ابن فتوح في تحليل الجواز، وسيأتي في النظم شراء المنحة قريباً، وفي المقصد المحمود يجوز للمعمر شراء عمراه قياساً على العارية ولا يجوز ذلك لغيره الخ، وشراء العارية بيع ولكن رخص فيه لأجل المعروف كما في ترخيص القرض ونحوه، وشراء المعمر عمراه فيها تفصيل مذكور في الشرح عند الاشتراك في العمري، وأن كل واحد يشتري مقدار الذي له فقط كما في تعدد ورثة المعمر فافهم.

(ص): وغلة للحيوان إن تهب. إلى آخر الأبيات الثلاثة.

وَحِدْمَةُ الْعَبْدِ هِيَ الْإِخْدَامُ وَالْحَوْزُ فِيهِمَا لَهُ الْتِزَامُ
حَيَاةِ مُخْدَمٍ أَوْ الْمَمْنُوحِ أَوْ أَمْدًا عَيْنًا بِالتَّضَرِيحِ

قال الإمام الحطاب في تأليفه المسمى بتحرير الكلام في مسائل الالتزام ما نصه: الباب الأول في الالتزام الذي ليس بمعلق وهو إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف من غير تعليق على شيء فدخل في ذلك الصدقة والهبة والحبس والعارية والعمري والعرية والمنحة والإرفاق والإخدام والإسكان والنذر إذا كان غير معلق، والضمان والالتزام بالمعنى الأخص أعني بلفظ الالتزام، والفرق بين هذه الحقائق إنما هو بأمور اعتبارية اعتبرها الفقهاء في كل باب، فخصوا الصدقة والهبة بتمليك الرقاب وجعلوا الأولى فيما كان لقصد الثواب من الله تعالى خاصة، والثانية فيما كان لقصد ثواب من المعطى أو لوجه المعطى لصداقة أو قرابة ونحو ذلك، وخصوا الحبس وما بعده إلى الإسكان بإعطاء المنفعة، فإن كان ذلك على التأييد فهو الحبس، وإن كان ذلك مدة حياة المعطى فهو العمري، (وإن كان محدداً بمدة أو غير محدد فهو العارية)، فإن كان ذلك في عقار أطلق عليه الإسكان، وإن كان في ثمرة أطلق عليه العرية، وإن كان في غلة حيوان أطلق عليه المنحة، وإن كان في خدمة عبد أطلق عليه الإخدام، وإن كان في منافع تتعلق بالعقار أطلق عليه الإرفاق، وخصوا الضمان بالالتزام الدين لمن هو له، أو التزام إحضار من هو عليه لمن هو له، وخصوا النذر المطلق بالالتزام طاعة الله تعالى بنية القرية، والالتزام الأخص بما كان بلفظ الالتزام كما تقدم، ويخرج العدة بتخفيف الدال (لأنها لا التزام فيها اهـ). وفيه بيان الاصطلاح في مسمى هذه الألفاظ. وأخبر الناظم رحمه الله أن هبة غلة الحيوان كالركوب واللبن وغير ذلك تسمى منحة وهي جائزة أو مندوبة ليس فيها ما يجتنب، وأن هبة خدمة العبد تسمى الإخدام، ولا فرق في ذلك بين كونه طول حياة الممنوح أو المخدم أو توفيته بأجل محدود من المعطى، ولا بدّ فيهما من الحوز على قاعدة كل ما يعطى بغير عوض وحوزهما بحوز الحيوان الممنوح غلته، وحوز العبد المبدول خدمته. قال ابن سلمون: والمنحة هي هبة غلة الحيوان، والإخدام هبة خدمة العبد، قال: ولا بدّ من الحيابة في المنحة والإخدام وإلاً بطلا. وفي الوثائق المجموعة: (فإن مات المخدم) والخدمة لأمد معلوم ورث ورثة الذي له الخدمة بقية الأمد عنه، فإن كانت الخدمة حياة المخدم لم يرث ورثته ذلك عنه، ورجع العبد إلى ربه أو إلى ورثته بعده على قدر موارثهم فيه اهـ. وقوله حياة مخدم بالنصب ظرف للإخدام. وقوله أو

قوله: (وإن كان محدداً بمدة أو غير محدد فهو العارية الخ) هذا هو قول المختصر في كتاب العارية ولزمت المقيدة بعمل أو أجل لانقضائه وإلا فالمعتاد الخ. فذكر المحدودة وغيرها، ولكن تقدم قريباً أن العمري تدخل في العارية في صريح كلام ابن عرفة. قوله: (لأنها لا التزام فيها) فانظره فإنهم صرحوا بأن الخلف فيها يأثم به صاحب العدة على ظاهر الشرع، ولكن لا يجبر على الوفاء بها كما في المنجور على المنهاج على قاعدة هل يلزم الوفاء بالوعد. قوله: (فإن مات المخدم الخ) قف على هذا وما فيه عند قول المختصر في كتاب الوصايا: وبمنافع عبد الخ.

الممنوح عطف على مخدم مدخول لحياة أي أو حياة الممنوح ظرف لمنحة. وقوله أو أمد بالنصب عطف على حياة.

وَأَجْرَةُ الرَّاعِي لِمَا قَدْ مُنِحَا عَلَى الَّذِي بِمُنْحَةٍ قَدْ سَمِحَا
وَجَائِزٌ لِمَانِحِ فِيهَا الشَّرَا بِمَا يَرَاهُ نَاجِزاً أَوْ مُؤَخَّرَا

يعني أن أجره الراعي الذي يرعى الحيوان الممنوح غلته تكون على المانح الذي سمح بهبتها لا على الممنوح، ويجوز للمانح شراء منحة من الممنوح بما يتفقان عليه من ناجز أو مؤخر كما سبق في العمري. قال في الوثائق المجموعة: والرعاية على رب المنحة ولصاحب المنحة أن يتاعها من الممنوح إذا اتفقا على ذلك بطعام يدفعه إليه حالاً، ويجوز له شراء منحة بما شاء من الدنانير والدراهم والعروض والطعام حالاً أو إلى أجل ويسترجع منحة، ولا يدخله بيع اللبن المجهول بالطعام أو الطعام بالطعام ليس يبدأ بيد، لأن ذلك كله معروف يصنعه المعطي إلى المعطى فأرخص له فيه ولا يجوز ذلك لغيره ويجانس ذلك العرية اه. وهذا الحكم يجري والله أعلم في الإخداع (فتكون نفقة المخدم) على سيده (ويجوز لسيدته شراء خدمته) من المخدم.

فصل في الإرفاق

إِرْفَاقُ جَارٍ حَسَنٍ لِلْجَارِ بِمَسْقَى أَوْ طَرِيقٍ أَوْ جِدَارِ
وَالْحُدُّ فِي ذَلِكَ إِنْ حُدَّ اقْتُفِي وَعُدُّ فِي إِرْفَاقِهِ كَالسَّلْفِ

(ص): وأجرة الراعي لما قد منحاً. إلى آخر البيتين. قوله: (فتكون نفقة المخدم الخ) هذا لم يذكره ابن النازم. وفي المختصر في زكاة الفطر عاطفاً على ما يلزم المالك زكاة فطره ما نصه: أو مخدم إلا لحرية، فعلى مخدمه قال ابن عرفة: وروى الباجي المخدم يرجع لحرية على ذي خدمة ولربه في كونها عليه أو على المخدم ثالثها إن قلت خدمته وفي نفقته الثلاثة اه. ومر في المختصر على القول الأول زكاة فطره على المالك رقبته وهو المخدم بالكسر، وأما نفقته فيظهر أن الراجح فيها على المخدم بالفتح ولذلك قال شراحه: المكاتب والمخدم زكاة فطرهما على المالك للرقبة ولا نفقة عليه فيهما، واقتصر ابن يونس على أن نفقة المخدم على صاحب الخدمة وبه تعرف ما في كلام هذا الشارح وما ذكرناه هو في شروح المختصر. قوله: (ويجوز لسيدته شراء خدمته الخ) هذا جار على مسائل المعروف بلا شك، وفي الكافي بعد أن ذكر شراء العمري ما نصه: وسواء عندهم سكنى للدار وخدمة العبد، وركوب الدابة ولين المنحة يشتري ذلك المعطي بما شاء من الذهب والفضة والعروض كلها مأكولة أو غير مأكولة نقداً أو نسيئة كيف شاء، وجائز لمن أسكن أو أعمر أو منح أن يبيع ما كان له من ذلك الخ وهذا منه بلفظه، ونقلناه في الشرح متمماً، وكان هذا الشارح لم يقف عليه ولكن أصاب في قياسه وقد تحصل أن المعاريف كلها يصح بيعها من فاعل المعروف فافهم.

فصل في الإرفاق

(ص): إرفاق جار حسن للجار إلى آخر البيتين.

تقدم أن الإرفاق هو منافع تتعلق بالعقار، وأخبر الناظم رحمه الله أن إرفاق الجار لجاره حسن أي مستحب بما جرت العادة من التسامح به وهو من مكارم الأخلاق الذي بعث عليه السلام لتتبعها وذلك كأن يعطيه مسقى أي موضعاً للسقي يوصل منه الماء لسقي حائطه أو شرب داره مثلاً، أو يعطيه طريقاً في أرضه ليتوصل منها إلى مثل ذلك، أو يعطيه جداراً يفرز فيه خشبة ونحو ذلك من المرافق. (فإن حدث تلك المنفعة) بزمان عمل على ذلك ووقف عنده، وإن لم تحد فإنه يجري كالسلف، فلا بد من ترك المرفق مقدار ما يرى أن ذلك يحسن بين الجيران أن يرفق إليه. قال في المنهج السالك: والمرافق مندوب إلى بذلها والمسامحة فيها، فيستحب لمن سأله جاره أن يفرز خشبة في جداره أن يجيبه إلى ذلك فإن أبى وشح لم يقض عليه به في مشهور المذهب. وفي الوثائق المجموعة: قال محمد بن أحمد: فإن كان المرفق احتاج إلى حائطه حاجة مؤكدة كان ذلك له إذا كان قد مضى من الزمان قدر ما يرى أنه انتفع المرتفق بالتعليق. تنبيه: لفظ مسقى في النظم هو (على وزن مفعول) معتل اللام وهو يصلح للمصدر والزمان والمكان، وإن كان فيها تداخل فيحتمل أن يراد به المصدر أي أرفقه بالسقي بما يفضل عنه من الماء المملوك له، وأن يراد به المكان أي بمكان وموضع يوصل منه الماء لداره أو حائطه كما قلنا أولاً، وأن يراد به الزمان كأن يكون حقه أنه يسقى من أول النهار إلى الزوال فأرفقه بالسقي إلى العصر.

فصل في حُكْم الحوز

والأجنبيُّ إن يحزُ أصلاً بحقِّ عَشْرَ سَنِينَ فَالْتَمَلْكَ اسْتَحَقَّ

قوله: (فإن حدث تلك المنفعة الخ) كلام ابن الناظم أتى من كلام هذا الشارح في هذه الفروع فانظره يظهر لك ذلك بلا شك، والمسألة فيها تفصيل طويل وكلام حفيظ ونص ما لخصناه من ذلك لظهور رجحانه من كلامهم هو أن الإرفاق مندوب، وإذا وقع ونزل وفعل المرتفق ما أذن له فيه فإن أجل له فلا إخراج قبل الأجل مطلقاً إلا برضاه، وكذا الإذن في بناء أو غرس في عرصه، ومثل التأجيل في الإذن في العرصه الإعارة لانقضاء عمل، وإن قال إلى الأبد في المرفق فلا إخراج له أيضاً ويظهر أنه في العارية كذلك لأنهما من باب واحد وإن لم يكن تأجيل وما بمنزلته وأنفق المرتفق أو بنى في العرصه فللمرفق والمعير الإخراج إن أعطى كل منهما ما أنفق على المذهب، وإن لم يعط ذلك فلا إخراج إلا بعد مضي ما يرفق ويعار له بحسب العادة، ولا عبرة بالحاجة على مذهب المدونة، ولا فرق بين الإرفاق والإعارة في جميع ما تقدم خلافاً لسحنون، وإن لم يكن إنفاق في المسألتين فلكل الرجوع والقول بأنه هنا يبقى لما يعار لمثله قوي غاية، وانظر دليله وبيانه في الشرح وهذه نطفة منه، فالوقوف عليه عند القضاء أو الإفتاء محتتم. قوله: (على وزن مفعول) يصح أن يكون بضم الميم وفتحها لأنه يقال: سقى وأسقى. ﴿وسقاهم ربهم شراباً طهوراً﴾ [الإنسان: ٢١] ﴿لأسقيناهم ماء غدقاً﴾ [الجن: ١٦]: فالضم من الرباعي والفتح من الثلاثي.

فصل في حكم الحوز

(ص): والأجنبي إن يحز أصلاً بحق إلى آخر الأبيات الثمانية.

وَأَنْقَطَعَتْ حُجَّةٌ مَدَّعِيهِ
 إِلَّا إِذَا أَثْبَتَ حَوْزاً بِالْكَرَا
 أَوْ يَدَّعِي حُصُولَهُ تَبْرُعاً
 أَوْ يَخْلِفُ الْقَائِمُ وَالْيَمِينُ لَهُ
 وَيَثْبِتُ الدَّفْعَ وَإِلَّا الطَّالِبُ
 وَإِنْ يَكُنْ مُدَّعِياً إِقَالَهُ
 وَالتَّشْعُ كَالْعَشْرِ لَدَى ابْنِ الْقَاسِمِ
 مَعَ الْحَضُورِ عَنْ خِصَامٍ فِيهِ
 أَوْ مَا يُضَاهِيهِ فَلَنْ يُغْتَبَرَ
 مِنْ قَائِمٍ فَلْيُثْبِتَنَّ مَا ادَّعَى
 إِنْ ادَّعَى الشُّرَاءَ مِنْهُ مُغْمَلَهُ
 لَهُ الْيَمِينُ وَالتَّقْضَى لِارْتِبِ
 فَمَنْعَ عَيْنِهِ لَهُ الْمَقَالَهُ
 أَوْ الثَّمَانِ فِي انْقِطَاعِ الْقَائِمِ

(قسم ابن الحاجب): وغيره الدعوى إلى ثلاثة أقسام مشبهة عرفاً وهي اللائقة بالمدعي والمدعى عليه، فتتوجه فيها اليمين على المدعى عليه بمجرد الدعوى من غير إثبات خلطة اتفاقاً على ظاهر كلامه والله أعلم، وذلك إذا عجز المدعى عن إقامة البينة ولا إشكال، وذلك كالدعوى على الصناع والمنتصبين للتجارة في الأسواق والودائع على أهلها والمسافر في رفقته والمدعى لسلمة بعينها أو بعيدة لا تشبه حال كل واحد منهما فلا تسمع ولا يلتفت إليها، (كدعوى دار) بيد حائز يتصرف بالهدم والبناء والعمارة مدة طويلة والمدعى شاهد ساكت ولا مانع من خوف ولا قرابة ولا صهر وشبهة ومتوسطة بين المشبهة والبعيدة فتسمع من مدعيها ويمكن من إقامة البينة على دعواه، فإن عجز عنها حلف المدعى عليه وهل بعد ثبوت الخلطة بينه وبين المدعى. قال ابن الحاجب: وعليه عمل أهل المدينة والفقهاء السبعة أو تتوجه اليمين وإن لم تثبت خلطة وبه العمل وعلى الثاني فحكمها حكم المشبهة، ومثل لها ابن الحاجب بدعوى الدين فقال في التوضيح: احترز بالدين من دعوى المعينات فإنها لا تحتاج إلى إثبات خلطة كما تقدم أي في القسم الأول اهـ. وإنما ذكرت هذا ليكون الناظر في كلام الناظم على بصيرة في تقسيم الدعوى، وإن مسألة الناظم هي جزئية وفرد من أفراد الدعوى البعيدة ومثال من مثلها لأنها قاعدة مستقلة.

واعلم أن الناظم قدم أولاً الكلام على المسألة المشهورة وهي من حاز داراً مثلاً على حاضر عشر سنين إلى آخرها كما يأتي إن شاء الله، ثم فرع عليها أربع مسائل. الأولى: أن يثبت القائم أن حوز الحائز إنما هو من جهته ببراء أو عمرى أو نحو ذلك. الثانية: أن يثبت القاسم الملكية فيدعي الحائز أن القائم تبرع عليه بذلك بهبة أو صدقة ونحوهما. الثالثة: كذلك ويدعي الحائز الشراء من القائم. الرابعة: أن يثبت القائم الشراء من الحائز فادعى الحائز الإقالة. قوله والأجنبي إن يحز أصلاً بحق الخ. اعلم أن الحائز

قوله: (قسم ابن الحاجب الخ) هذا أصله في ابن شاس، انظر أنقال ذلك عند قوله المختصر في كتاب القضاء: ثم مدعى عليه إلى قوله: إن خالطه بدين أو تكرر بيع الخ تر التحرير الحق إن شاء الله تعالى. قوله: (كدعوى دار الخ) ظاهره أنه لا يمين على الحائز الحوز المشترط وفي ذلك خلاف يأتي إن شاء الله تعالى.

يتنوع إلى ثمانية أنواع: إلى قريب جداً كالأب مع ابنه، وإلى قريب دون ذلك كسائر الأقرباء ورثة أو غير ورثة، وإلى كونه من الأصهار والموالي، وإلى كونه أجنبياً، وكل واحد من الأربعة إما أن يكون شريكاً أو لا، فهذه ثمانية أنواع. ثم الحوز في كل نوع منها يتنوع إلى ثلاثة أوجه: إما أن يكون بأقوى أوجه الحيابة كالبيع والهبة والعتق والوطء للأمة، وإما بما دون ذلك كالهدم والبناء والغرس، وإما بما دون ذلك كزراعة الأرض وسكنى الدار واعتماد الحانوت ونحو ذلك. فإذا ضربت ثمانية عدة أنواع الحائز في ثلاثة عدة أوجه الحوز خرج أربعة وعشرون وجهاً، ثم المحوز عنه يتنوع إلى ثلاثة أوجه أيضاً: إلى كونه حاضراً أو غائباً غيبة قريبة أو بعيدة، فإذا ضربت الأربعة والعشرين في هذه الأوجه الثلاثة خرج اثنان وسبعون وجهاً تنظر في المطولات. قوله: والأجنبي الخ يعني أن من حاز داراً أو حانوتاً أو أرضاً أو غيرها من الأصول بوجه شرعي كالشراء والإرث وعلى كون الحوز شرعياً نته بقوله بحق واحترز به من الحوز بغصب أو تعد فلا عبرة به، ويجري مجرى الحوز الشرعي الجهل بوجه الحوز وبسببه وطول حوزة لذلك كالعشر سنين وما قاربها كالتسع والثمان، والحائز أجنبي عن القائم عليه ليس قريباً له ولا شريكاً معه وهو في تلك ملك المدة يتصرف في الشيء المحوز بأوجه التصرفات كتصرف المالك في ملكه وينسب إليه ذلك وهو مع ذلك يدعي ملكيته، ثم قام إنسان يدعي ملكية ذلك المحوز والقائم المذكور حاضر عالم بحوز الحائز وتصرفه وادعاء ملكيته عالم بأن ذلك له ولم يدع شيئاً طول المدة المذكورة ولا مانع له من الكلام من خوف ولا غيره من قرابة أو صهر أو صغر أو حجر أو غير ذلك، فإن دعوى هذا القائم لا تسمع ولا يلتفت إليها لبعدها كما تقدم في تقسيم الدعوى، ويبقى الأصل لمن هو في يده وحائز له (بعد يمينه) كما سيأتي، وإلى بقائه بيده أشار بقوله: فالتملك استحق. وفي القلشاني عن المازري: تصح الحيابة بسبعة شروط وهي الحوز وهو وضع اليد على الشيء المحاز، (وأن ينسب إليه)، وأن يتصرف فيه تصرف المالك في ملكه، وأن تطول المدة، وأن لا ينازع المحاز عنه في تلك المدة، وأن يكون حاضراً عالماً بالغاً رشيداً لم يمنعه من القيام مانع اه. إلا أنه جعل موضوع المسألة الذي هو الحوز شرطاً والشرط خارج عن الماهية، والصواب

قوله: (بعد يمينه) يأتي ما فيه أيضاً، ولكن الراجح أنه لا يقضى للحائز الذي وجدت الشروط التي يحكم له معها إلا بعد يمينه، انظر الشرح في مواضع منه عند شرح قول المختصر: وإن حاز أجنبي وإن نسب للمدونة عدم اليمين لكنها خالفها الكثير من الناس، وربما تقوى اليمين في حيابة دون أخرى، قف على الشرح تر ذلك حقاً إن شاء الله تعالى. قوله: (وأن ينسب إليه الخ) هذا لم يذكره صاحب المختصر وقد ذكره هنا غير واحد ومنهم صاحب المفيد ولعله تبع صاحب الرسالة في ذلك، والمازري ذكر ذلك من جملة الشروط، بل كلام القلشاني على الرسالة استظهر في قول الرسالة تنسب إليه وصاحبها حاضر عالم الخ أن صاحبها عالم بتصرف الحائز وبأن الدار تنسب إليه ملكاً الخ، وكذا لم يذكره عند قوله وصحة الملك بالتصرف، والظاهر أنه لا بد من هذا الشرط في الموضوعين وإن سكت عنه صاحب المختصر، ولعله إنما لم يذكره لأمر ذكرناه في كتابنا المسمى

والله أعلم أن الشروط ما عداه. قال ابن رشد: (مجرد الحيابة لا تنقل الملك) من المحوز عليه إلى الحائز باتفاق ولكنه يدل على الملك كإرخاء الستر ومعرفة العفاص والوكاء وما أشبه ذلك فيكون بسببها القول قول الحائز مع يمينه اه. فقوله: والأجنبي إن يحز احترز بالأجنبي من حوز القريب، ويأتي للناظم بعض الكلام عليه في قوله: والأقربون حوزهم مختلف الأبيات الخمسة. وقوله أصلاً احترز من غير الأصول ويأتي له الكلام عليه في قوله: وفي سوى الأصول حوز الناس الأبيات الأربعة. وقوله بحق يتعلق بيحز أي بوجه شرعي واحترز به ممن حازه بغصب أو تعد فإن حوزه كلا حوز. وقوله عشر سنين (يريد وما قاربها) كالتسع والثمان واحترز ممّا هو أقل من ذلك فلا تنقطع به دعوى المدعي. وقوله مع الحضور احترز به ممّا إذا كان القائم المدعي غائباً فإنه على حجته وفيه تفصيل يأتي في قوله: وقائم ذو غيبة بعيدة الأبيات الثلاثة. وقوله: عن خصام فيه يتعلق بمحذوف أي ساكتاً عن خصام فيه واحترز بذلك ممّا إذا كان يخاصم في تلك المدة فإن حجته لا تنقطع كما يأتي في قوله:

والمدعي إن أثبت النزاع مع خصيمه في مدة الحوز امتنع

تنبيهات: الأول: (بقي على الناظم) اشتراط تصرف الحائز بالهدم والبناء ونحوهما كما في ابن الحاجب وادعاء الحائز الملكية (لأن الحوز لا ينفع) إلا لمدعيها وجهل الأصل، أما ما علم أصله فلا تنفع فيه الحيابة، (وكذا يشترط علم القائم) أن المحوز ملك له كله أو بعضه. ابن الحاجب: في تقسيم الدعوى وغير مشبهة عرفاً كدعوى دار بيد حائز يتصرف بالهدم والبناء والعمارة مدة طويلة والمدعي شاهد ساكت ولا مانع من خوف ولا قرابة ولا صهر وشبهة فغير مسموعة. التوضيح: إنما لم تكن مشبهة عرفاً لأن العرف يكذب مدعيها، ثم قال في التوضيح وفي البيان في باب الاستحقاق المشهور: أن الحيابة تكون بينهم في عشرة أعوام وإن لم يكن هدم ولا بنیان. وروى ابن القاسم لا تكون حيابة إلا مع الهدم والبنیان، ثم تكلم على صفة الحوز بقوله: يتصرف بالهدم والبناء والعمارة

بالارتفاق لأنها إن لم تنسب إليه فذلك يحمل على الوديعة ونحو ذلك. قوله: (مجرد الحيابة لا تنقل الملك الخ) هذا نقله ابن عرفة عن ابن رشد وغيره وسلموه وذلك غير صحيح بل تنقل الملك للحائز عند وجود الشروط وانقضاء الموانع ويورث عنه المحوز ويباع ولا يجعل فيه ذا يد فقط، قف على دليل ذلك في الشرح. قوله: (يريد وما قاربها الخ) هذا خلاف ما في المختصر، وكلام الناس دال لما في المختصر وهو التحديد بعشرة سنين مع أنه هو المشهور كما نقلناه في الشرح وبه العمل. قال أبو عبد الله الفشتالي بعد الوثيقة ما نصه: وقولنا مدة من عشرة أعوام على هذا درج الحكم وبه العمل وكلام التوضيح فيه شيء، نعم إحقاق ما قارب العشر بالعشر الذي ذكره هذا الشارح هو قول قوي، وكذا القول بعدم التحديد لاختلاف التصرفات بل ذلك هو الأولى أي عدم التحديد، وقف على الشرح يظهر لك الحق إن شاء الله تعالى.

قوله: (بقي على الناظم) انظر هذا في الفذلحة الآتية بعد تمام الكلام على الشرح أعني مسألة الهدم والبناء. قوله: (لأن الحوز لا ينفع الخ) صحيح فيهما. قوله: (وكذا يشترط علم القائم الخ)

وهو مقيد بما إذا لم يهدم ما يخشى سقوطه فإن ذلك لا يسقط الملك، قيل وكذلك الإصلاح اليسير لأن رب الدار يأمر المكتري به، وفي نوازل البيوع من المعيار وفي أثناء جواب لمؤلفه سيدي أحمد الونشريسي ما نصّه: وأما مجرد الحيازة من غير تعرض لضميمة دعوى الملك معه (فلا تنقل الملك) عن المحوز عنه إلى الحائز اتفاقاً في المذهب المالكي حسبما صرّح به زعيم الفقهاء القاضي أبو الوليد بن رشد وهو ممّا لا نزاع فيه، ومن هذا المعنى قول القرافي: لا يكتفى من أحد الزوجين في الاختلاف في متاع البيت أن يقول هي لي لأنه من متاع البيت حتى يقول مالي وملكي اهـ. ثم نقل في جواب آخر للأستاذ أبي سعيد بن لب ما نصّه: وشرط اعتبار الحيازة الطويلة التي يثبت الاستحقاق بها في مثل هذه اقتران دعوى المال والملك جزماً، أما إذا قال الوارث لا أعرفه إلا في حيازة موروثي وقد ثبت المال والملك لغيره فالحيازة ساقطة الاعتبار إذا ثبت المال والملك وكمل ذلك بما يجب من الحيازة والأعدار. والوجه الآخر أن الاعتماد رهناً معلوم أصله وسببه بالأمر المعتاد من الزوجية والمصاهرة وإنما تنفع الحيازة اتفاقاً فيما جهل أصله جملة، انتهى محل الحاجة منه. وفي جواب نقله صاحب المعيار ما نصّه: لا تنفع الحيازة فيما علم أصله وتحقق مدخله بوجه لا يقتضي نقل الملك من رعاية أو إعمار أو غير ذلك، وإن جهل أصل ما وضع يده عليه هل كان مشتركاً أم لا؟ ولا يعلم بما وصل إليه المورث بتلك حيازة نافعة اهـ. ثم قال في التوضيح: ويشترط في الحاضر أن يعلم أنها ملكه. قال في الوثائق المجموعة: وإذا كان وارث وادعى أنه لم يعلم قضي له اهـ.

الثاني: طول الحوز العشر سنين ونحوها إنما هو في الحوز الذي لا يؤثر في تغيير الملك، أما ما يؤثر في تغييره فإنه لا يحتاج إلى مدة طويلة كإتلاف الشيء ووطء الأمة فإنه إذا علم المدعي بذلك ولم ينكر بحدثان وقوعه فإنه تبطل دعواه لما جبلت عليه طباع البشر من أنهم لا يسكتون عن الإنكار على متلف أموالهم، قاله في التوضيح إثر ما تقدم عنه.

الثالث: قال في التوضيح: ظاهر قوله أي ابن الحاجب فغير مسموعة أنه لا يمين على الحائز وهو ظاهر ما نقله ابن يونس وغيره، ثم قال: (ولكن صرّح ابن رشد بأنه لا بد من اليمين اهـ).

فرع: (وهل يطالب الحائز ببيان) وجه ملكه قال ابن أبي زمنين لا يطالب به، وقال غيره يطالب، وقيل إن لم يثبت أصل الملك للمدعي لم تسمع دعواه ولا يسأل الحائز عن أصل ملكه، وإن ثبت الأصل للمدعي بينة وإقرار الحائز سئل عن سبب ذلك. وقال ابن

صحيح أيضاً وقد بينا هذا كله في الشرح. قوله: (فلا تنقل الملك الخ) وكذا لا يحكم له بقاء الحوز بيده مع ثبوت الملك للقائم فافهم. قوله: (لكن صرّح ابن رشد بأنه لا بد من اليمين) تقدم أن هذا هو الراجح.

قوله: (وهل يطالب الحائز الخ) هذا فيه خلاف قوي وتفصيل استوفيناه في الشرح ولم يمكني ذكر الراجح منه مختصراً لكثرة الاختلاف في المسألة والتفصيلات فقف عليها إن شئت وما ذكره هذا الشارح نزر قليل باعتبار ما في الشرح.

عتاب وابن القطان: لا يطالب إلا أن يكون الحائز معروفاً بالغصب والاستطالة والقدرة على ذلك اهـ. وإلى هذه المسألة برمتها أشار الناظم بقوله: والأجنبي إن يحز أصلاً بحق الأبيات الثلاثة، وإليها أشار الشيخ خليل بقوله: وإن حاز أجنبي غير شريك وتصرف ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين لم يسمع ولا بينته إلا بإسكان ونحوه، وفي الرسالة: ومن حاز داراً على حاضر عشر سنين تنسب إليه وصاحبها حاضر عالم لا يدعي شيئاً فلا قيام له، وتقدم نص ابن الحاجب فيها، ثم أشار الناظم إلى المسألة الأولى من المسائل الأربع التي فرع على الأول بقوله:

إلا إذا أثبت حوزاً بالكرأ أو ما يضاهيه فلن يعتبر

يعني أن عدم سماع دعوى القائم مقيد بما إذا لم يثبت أنه أكرى للحائز أو أعمره أو نحو ذلك، فإن أثبت القائم شيئاً من ذلك فإن دعواه مقبولة مسموعة ويحكم بالدار للقائم المذكور (ولا يعتبر الحوز حيثئذ)، ويحلف كما يأتي عن ابن الحاجب، ففاعل أثبت للمدعي القائم ونائب يعتبر للحوز. قال في المقرب عن ابن وهب عن عبد الجبار بن عمر عن ربيعة عن سعيد بن المسيب يرفع الحديث للنبي ﷺ أنه قال: «من حاز شيئاً عشر سنين فهو له» قال عبد الجبار: وقال ربيعة إذا كان الرجل حاضراً وماله في يد غيره فمضت عليه عشر سنين وهو على ذلك فالمال للذي هو في يده إلا أن يأتي الآخر ببينة على أنه أكرى أو أسكن أو أعار عارية وإلا فلا شيء له، وتقدم قول الشيخ خليل إلا بإسكان ونحوه. وفي ابن الحاجب بعد أن ذكر أن دعوى القائم لا تسمع ما نصه: ولا تسمع البينة إلا بإسكان أو إعمار أو مساقاة وشبهه اهـ. والمعنى أن مجرد دعوى القائم لا تسمع، وأما بينته فإن شهدت له بملكية المحوز عنه لم تسمع أيضاً، وإن شهدت له بأنه أسكنه أو أكره أو نحوه فتقبل، ثم أشار للمسألة الثانية بقوله:

أو يدعي حصوله تبرعاً من قائم فليثبتن ما ادعى

أو يحلف القائم يعني أن الدار تكون للحائز إلا إذا ادعى أن القائم وهبها له أو تصدق بها عليه، وهذا والله أعلم إذا ثبتت ملكية القائم وأقر له بها الحائز المذكور وادعى أنه وهبها له فإنه (إن أثبت الحائز الهبة) المذكورة صحت له الدار وإلا حلف القائم أنه ما وهب ولا تصدق وأخذ الدار، فقوله أو يدعي هو معطوف على قوله أثبت، وفاعل يدعي الحائز وضمير حصول للشيء المحوز وتبرعاً منصوب على إسقاط الخافض، ومن قائم يتعلق بتبرعاً وفاعل بضمن ضمير الحائز، وما من قوله ما ادعى واقعة على التبرع. وقوله: ويحلف القائم أي إذا لم يثبت الحائز التبرع الذي ادعى حلف القائم أنه ما تبرع وأخذ الدار. قال ابن سلمون: وإن قال إنه وهبها له أو تصدق بها عليه كلف إثبات ذلك ولم

قوله: (ولا يعتبر الحوز حيثئذ الخ) ظاهره ولو طال الحوز غاية وهو كذلك، وعبارة ابن فتوح ولو طال جداً الخ.

قوله: (إن أثبت الحائز الهبة الخ) وكان الفرق بين البيع والهبة أن البيع يلزم الحائز دفع الثمن

ينتفع بما ثبت له من الاعتمار وعلى القائم اليمين اهـ. يعني إذا عجز الحائز عن إثبات الهبة وهذه اليمين هي (من باب قوله في باب اليمين):

إِلَّا بِمَا عَدَّ مِنَ التَّبَرُّعِ مَا لَمْ يَكُنْ فِي الْحَالِ عِنْدَ الْمُدْعِي

فَالدَّارُ بِيَدِ الْمُدْعِي فَيَحْلِفُ الْقَائِمُ. ثم أشار للمسألة الثالثة بقوله:

..... وَالْيَمِينُ لَهُ إِنْ أَدْعَى الشَّرَاءَ مِنْهُ مَعْمَلُهُ

وَيُثَبَّتُ الدَّفْعَ وَإِلَّا الطَّالِبُ لَهُ الْيَمِينُ وَالتَّقْضِي لَازِبٌ

يعني أن الحائز إذا ادعى شراء الدار من القائم الذي ثبتت ملكيته أو أقر له بها الحائز المذكور وادعى أنه اشتراها منه فإنه يحلف على ذلك وتكون الدار للحائز المذكور ولكن عليه إثبات دفع الثمن، فإن أثبتته فلا إشكال وإلا حلف القائم أنه ما قبضه وحكم على الحائز بدفعه. فقوله واليمين له هو ابتداء الكلام على المسألة الثالثة، وضمير له وفاعل ادعى كلاهما يعود على الحائز ولا م له بمعنى على وضمير منه للقائم، ومعلمة خبر ثان عن اليمين أي معمول بها، وإذا حلف واستحق الدار يبقى الكلام في الثمن أشار له بقوله: ويثبت الدفع البيت، ففاعل يثبت للحائز وإن لم يثبت، فعلى الطالب اليمين أنه ما قبضه فلام له بمعنى على والضمير للطالب فإذا حلف أنه ما قبضه حكم على الحائز بدفعه وإليه أشار بقوله: والتقضي لازب أي لازم بالميم. قال ابن سلمون: قال في المجموعة فإن ادعى أنه ابتاعها من الذي يثبت له الملك حلف على ذلك وكانت له، وفي كتاب الاستغناء قال المشاور: ويكون عليه في دعوى البيع أن يبين أنه دفع الثمن وإلا فيحلف القائم أنه ما دفع له ثمناً عنه ويرجع عليه بالثمن إن كان ما يدعيه من الثمن يشبه ثمن ذلك وإلا فلزمه القيمة، ولا يسقط عنه الثمن إلا إلى الأمد الذي لا يتبايع الناس إلى مثله، قال وهو قول شيوخنا في ذلك اهـ. وعلى هذا فلو زاد الناظم بيتاً بعد قوله والتقضي لازب كأن يقول:

إِلَّا إِذَا طَالَ الزَّمَانُ أَكْثَرًا مِنَ الَّذِي لَهُ التَّبَايَعُ يَرَى

لَأَفَادَ هَذَا الْقَيْدَ وَاللَّهُ أَعْلَمُ. والحاصل أنهما يحلفان معاً الحائز لقد اشترى والقائم أنه ما قبض الثمن. ثم أشار إلى المسألة الرابعة بقوله:

وَإِنْ يَكُنْ مُدْعِيًا إِقَالَهُ فَمَعَ يَمِينَهُ لَهُ الْمَقَالَهُ

يعني إذا ادعى القائم أنه اشترى الدار المذكورة من المقوم عليه الحائز لها وأثبت القائم ذلك ببينة فادعى المقوم عليه الحائز لها الإقالة من ذلك البيع فالقول قوله مع يمينه، فاسم يكن يعود على الحائز المتقدم في قوله ويثبت الدفع، والفاء في قوله فمع بسكون العين داخلة في التقدير على له المقالة أي فله المقالة أي القول، وأشار بذلك لما نقله

ولا كذلك الهبة والمسألة فيها خلاف لكن التفرقة بين ما ذكر في المتبعية وغيرها. قوله: (من باب قوله في باب اليمين الخ) ما هنا فيه زيادة على ما في اليمين من كون الشيء في يد والزيادة هي الحوز حتى قيل إنه يصدق في دعواه الهبة بدليل سكوت القائم مدة الحيابة وعدم الفرق قول قوي واستدل

الشارح عن ابن الحاج ونصّه: (ولو قال المقوم عليه) أقلتك فيها بعد أن بعثها منك لكان القول قوله مع يمينه وتبقى الأملاك بيده اهـ. وهذه اليمين من باب قوله أيضاً في باب اليمين:

وفي الإقالة ابن عتاب يرى وجوبها لشبهة معتبرا
وقوله:

والتسع كالعشر لدى ابن القاسم أو الثمان في انقطاع القائم

أشار به لقوله في المقرب: قال محمد قال يحيى قلت لابن القاسم: كم ترى طول حوز الأجنبي مال الرجل الذي يستحقه به ولا يسأله البينة عما في يده منه وإن لم تبين ولم يغرس غير أنه سكن الدار وازدوع الأرض؟ فقال: عشر سنين ونحوها إذا كان حاضراً لا ينكر. قال محمد: ولابن القاسم في كتاب ابن حبيب أنه قال: (وأرى تسع سنين) وثمان وما قاربها بمنزلة عشر سنين اهـ. والمقصود منه هنا قوله قال محمد ولابن القاسم الخ. وقوله في انقطاع القائم هو بيان لوجه الشبه. فرع: في نوازل ابن الحاج: إذا قام الرجل بعقد ابتياع من المقوم عليه أو من أبيه قبله وتاريخ الابتياح قبل القيام بعشرين عاماً في أملاك بيد رجل أو تصيرت إليه من والده فقال المقوم عليه: لي عشرون سنة أملك هذه الأملاك وأنت حاضر فلم تقم، فقال: لم أجد وثيقة ابتياعي إلا الآن، فالواجب أن ليس هذا من باب الحيازة فينقطع حق القائم بذلك ولكن يحلف القائم بالله الذي لا إله إلا هو ما تركت القيام في الأملاك تسليماً مني لها ولا رضا بترك حقي فيها (إلا أنني لم أعلم بالمقد) ولم أجده ويأخذها من يده، وكذلك لو كان أبو القائم هو الذي اشتراها من المقوم

له بأن السكوت عن الحائز يصدقه في الهبة كالبيع انظر الشرح. قوله: (ولو قال المقوم عليه الخ) إنما صدق الحائز في الإقالة مع أنه مدع لها لشهادة العرف له بالصدق وهو الحوز.

قوله: (وأرى تسع سنين الخ) قدما أن القول بأن التسع كالعشر قوي، وكذا عدم التحديد فإنه قول قوي وهو الأولى فافهم، ولكن انظر الشرح ولا بد ولا بد. قوله: (إلا أنني لم أعلم بالعقد الخ) حاصل ما نقلناه في الشرح أن المحوز عنه إذا قال إنما سكت لأنني لم أجد عقدي فإنه يقبل قوله مع يمينه وتصويب ابن ناجي غير ظاهر، وكذا إذا ادعى أنه لم يعلم أن المحوز ملكه وكان وارثاً فإنه يقبل مع يمينه والمسائل فيها خلاف، ولكن الأولى الرجوع للعوائد والأعراف وقرائن الأحوال في الحيازة، ألا ترى أن المحوز إذا كان ملكاً كبيراً له شأن ومات مالكة وقام ولد له كبير يخالط والده في المال والتصرفات وادعى أنه لا يعلم أن المحوز ملك لوالده فإنه لا يصدق وهذا لا يشك فيه منصف، وكذلك إذا ادعى عدم وجود الرسم إذا كان الرسم كبيراً من الرق وصاحب الملك المحوز لم تحترق داره ولم تنهب قط والمالك رشيد نبيه وحيز عنه ملكه عشر سنين ثم أخرج الرسم فإنه يضعف تصديقه في هذه النازلة، والحاصل الحق هو الرجوع للقرائن والعوائد والأعراف في هذه الحيازات، ألا ترى أنه إذا ادعى أنه لا يعلم بالحيازة وكان الملك قريباً من داره وللملك شأن وبال وهو يخرج كثيراً لرؤية أملاكه ثم قال: لم أعلم بالحوز فإنه لا يصدق لأن التصرف فيه عشر سنين لا يخفى عليه، وإن كان المحوز عنه امرأة مثلاً لا تخرج ولها فدان بعيد من العمران ولا تحتاج لحرثه

عليه فيحلف القائم ما علمت بشرائي لها إلا وقت قيامي بعقدي ثم يأخذها، ولو قال القائم إني اشتريتها ثم أعمرتك إياها أو أكريتها منك أو أرفقتك بها ولذلك لم أقم بها لكان أبين في أن يحلف إذا استظهر بوثيقته ويأخذها اهـ. وقوله: ولو قال القائم إني اشتريتها الخ هي المسألة المتقدمة في قوله:

إلا إذا أثبت حوزاً بالكرأ أو ما يضاويه فلن يعتبر

إلا أنه لم يتقدم في النقل المتقدم أن القائم إذا أثبت الكراء أو العمرى أنه يحلف مع بينته (كما قال ابن الحاج) هنا والله أعلم. وقد بحث صاحب المعيار مع ابن الحاج في هذا الكلام حيث قدم بينة الشراء المجرد عن الشهادة بالملك على بينة الحوز وادعاء الملكية، مع أن عقد الشراء لا ينفع إلا مع الحوز، ولفظه في جواب له الاستظهار بأصول الأشرية ورسومها لا تعارض الحوز، ولا يفيد المستظهر بها فائدة معتبرة في نظر الشرع إلا مع اتصال الحوز بها، واليد الشاهدة لها كال معروف في شهادة السماع غير المفيد للعلم، فكما لا تستقل بالإخراج من يد حائز فكذا لا تستقل رسوم الأشرية وعقودها بالاستخراج من يد حائز، ولا توهن ما تحت يد إذا كان مع اليد ضميمة دعوى الملك في المحوز وجه من وجوه النقل من شراء أو هبة أو صدقة أو وصية أو ميراث، هذا الذي دلّت عليه النصوص وشهد لاعتباره المنصوص وتضافرت عليه أجوبة المشايخ الأعلام من الفقهاء وأصحاب النوازل والأقوال والأحكام، ثم قال: وأما مجرد الحيازة من غير تعرض لضميمة دعوى الملك معها فلا تنقل الملك عن المحوز عنه إلى الحائز اتفاقاً في المذهب المالكي، ثم قال: وإن ما وقع في نوازل القاضي الشهير أبي عبدالله ابن الحاج رحمه الله (غير سالم) من الاعتراض وخارج عن الأصول والنقول ولفظه: إذا قام الرجل بعقد إلى آخر ما ذكر في الفرع والله أعلم.

والمدعي إن أثبت النزاع مع خصيمه في مدة الحوز انتفع

تقدم أن من شروط الدعوى غير المشبهة أن القائم لم ينازع الحائز طول المدة

أو ليس من شأنها أن تحرث ولها بلدان كثيرة فإنها تصدق وهكذا، وهذا الذي فهمناه من كلام الناس الذي نقلناه في الشرح، فعلى القاضي إن أراد النجاة من عذاب مولاه أن ينظر لكل نازلة وقرائن أحوالها والله العمين ﴿ومن يتق الله يجعل له مخرجاً﴾ [الطلاق: ٢]. قوله: (كما قال ابن الحاج) اليمين في هذا ذكرها غير ابن الحاج وحكمه ظاهر، لأن الحائز حقق الدعوى على القائم فلا بد من حلف القائم لرد الدعوى المحققة فافهم. قوله: (غير سالم الخ) قال كاتبه ستر الله عييه وغفر ذنبه: كلام ابن الحاج صحيح لا اعتراض عليه فيه، وبيان ذلك أن رسوم الأشرية إنما كانت لا تفيد المستظهر بها فائدة معتبرة ولا يخرج بها من يد حائز لأن المحوز قد يبيعه من لا يملكه، وبه علل سحنون مسألة الشراء وهي قول المختصر لا بالاشتراء وبيّن ذلك في الشرح غاية البيان، ومسألة ابن الحاج هذه لا تجري فيها هذه العلة المذكورة لأن مسألة ابن الحاج القيام فيها على البائع وهو الحائز، ولا مدعي غير الحائز والقائم والشراء ثابت من البائع فافهم هذا بإنصاف لا باعتساف.

(ص): والمدعي إن أثبت النزاع مع، البيت.

المذكورة للحوز، فصرّح الناظم هنا بأنه إذا نازع فيها انتفع بذلك ولم تنقطع حجته، ففي مدة الحوز يتعلق بالنزاع وكذا مع خصيمه، وجملة انتفع خبر المدعي. ابن عتاب: قال ابن سحنون عن أبيه فيمن أثبت بينة في أرض أنها له وأثبت الذي بيده أنه يحوزها عشر سنين بمحضر الطالب فأقام الطالب بينة أنه خاصمه فيها وطلبها منه وأنه لم يزل يخاصم ويطالب ليس أن يخاصم يوماً أو يومين ويترك نفقة ذلك والإلم ينفعه (المشاور إذا لم يزل) متردداً عليه بالقيام في الأشهر والأعوام فله القيام بحجته من الاستغناء.

وَقَائِمٌ ذُو غَيْبَةٍ بَعِيدِهِ حُجَّتُهُ بَاقِيَةٌ مُفِيدِهِ
وَالْبُعْدُ كَالسَّبْعِ وَكَالثَّمَانِ وَفِي الَّتِي تَوَسَّطْتَ قَوْلَانِ
وَكَالْحَضُورِ الِیَوْمِ وَالِیَوْمَانِ بِنِسْبَةِ الرَّجَالِ لَا النِّسْوَانِ

تقدم أن من شروط كون الدعوى غير مشبهة أن يكون القائم حاضراً، فتكلم هنا على ما إذا اختل هذا الشرط وكان وقت الحوز عليه غائباً وأخبر أن غيبته إن كانت بعيدة فهو على حجته فله القيام ولا أثر للحوز، ثم فسّر البعد بكونه على سبعة مراحل أو ثمانية والمرحلة مسيرة اليوم، وظاهره بلغه ذلك في مغيبه أو لم يبلغه له القيام في الوجهين وهو كذلك، وإن كانت غيبته قريبة وهي التي على مسيرة يوم أو يومين فيفصل، فإن كان المحجوز عنه رجلاً فهو كالحاضر لا قيام له، وإن كان امرأة فهي على حجتها ولها القيام، وإنما يكون اليوم واليومان كالحضور مع الأمن، وأما مع الخوف فكالبعيد، وتقدم نحو هذا في الحكم على الغائب، وإن كانت الغيبة متوسطة بين القرب والبعد فقولان: قيل هي كالبعيدة فهو على حجته وله القيام، وقيل كالقريبة فلا قيام له إن كان رجلاً وذلك كأربعة مراحل أو خمس أو ست، (وتأمل ما نقله الشارح) هنا فلم يتحصل لي منه الآن موافقة لكلام الناظم فلذلك تركته.

قوله: (المشاور إذا لم يزل الخ) هذا النقل هو كذلك في ابن الناظم وعندي في هذا نظر، بل تعليههم يقتضي أنه إذا خصم ولو مرة واحدة عند القاضي لا يسقط حقه لأنهم عللوا الفوت بالحيازة لأنه لا يسكت الإنسان عشر سنين عمن يتصرف في ملكه هذه المدة وهذا لم يسكت فيها، وكلامه يدل على عدم رضاه، بخلاف ما يدل عليه نقل هذا الشارح كما لا يخفى، وما ذكرناه هو الذي يدل عليه كلام الناس، خلاف ما اقتصر عليه هذا الشارح، وقف على الشرح إن شككت، وما ذكرناه هو ظاهر المتن لأن قوله ساكت يتعلق به عشر سنين فافهم.

(ص): وقائم ذو غيبة بعيدة، إلى آخر الأبيات الثلاثة. قوله: (وتأمل ما نقله الشارح الخ) لا بد من نقل كلام الناس في هذا فإن هذا محتاج إليه وقد قال الرجراجي ما نصه: وإن كان المحوز عليه غائباً فلا يخلو أن تكون غيبته قريبة أو بعيدة، فإن كانت مثل اليوم واليومين فإن لم يعلم بحيازة الأجنبي فهو على حقه طال الزمان أو قصر، وإن علم فلا مقال له ولا خلاف في هذا الوجه، وإن كانت الغيبة بعيدة فلا يخلو أن تكون غيبته كالأندلس من مصر وشبه ذلك، فإن حيازة الحائز لا تقطع ملك المحوز عليه، علم بذلك أو لم يعلم، طال الزمان أو لم يطل، ولا خلاف أعلمه في هذا الوجه إلا أنه يستحب له إذا علم أن يشهد بأنه على حقه وإن لم يضره ذلك، رواه مطرف عن مالك، فإن

وَالْأَقْرَبُونَ حَوْزُهُمْ مُخْتَلِفٌ
فَإِنْ يَكُنْ بِمَثَلِ سُكْنَى الدَّارِ
فَهُوَ بِمَا يَجُوزُ الْأَرْبَعِينَ
وَمِثْلُهُ مَا حِيزَ بِالْمِثَاقِ
وَفِيهِ بِالْهَذْمِ وَبِالْبُنْيَانِ
بِحَسَبِ اغْتِمَارِهِمْ يَخْتَلِفُ
وَالزَّرْعُ لِلأَرْضِ وَالاعْتِمَارُ
وَذُو تَشَاجِرٍ كَالأَبْعَدِينَ
مَا كَانَ أَوْ بِالسَّبِيحِ بِاتِّفَاقٍ
وَالغَرْسِ أَوْ عَقْدِ الكِرَا قَوْلَانِ

تقدم أن من شروط كون الدعوى غير مشبهة كون الحائز أجنبياً، فتكلم هنا على ما إذا اختل ذلك الشرط وكان الحائز قريباً غير أجنبي، وقسم حوز القريب باعتبار كيفية حوزة إلى ثلاثة أقسام، فإن كان بأضعف أوجه الحيابة كسكنى الدار وزراعة الأرض واعتمار الحانوت فلا تقبل دعوى الحائز الملكية لما حاز إلا مع طول المدة جداً (وهو ما زاد) على الأربعين سنة، وإلى ذلك أشار بقوله: والأقربون حوزهم مختلف إلى قوله فهو بما يجوز الأربعين، وهذا إذا لم يكن بينهم تشاجر ولا عداوة، فإن كان ذلك فهم كالأبعدين تكفي في حيازتهم عشر سنين وإلى ذلك أشار بقوله: وذو تشاجر كالأبعدين. وإن كان الحوز بأقوى أوجه الحيابة كالعنتق كيف كان ناجزاً أو مؤجلاً والبيع فهو كالأجنبي. (حوزه العشر) ونحوها باتفاق، وإن كان بوجه متوسط (كالهدم) والبنيان

كانت غيبته ليست بعيدة جداً فلا خلاف أنه على حقه إذا لم يعلم بالحوز، واختلف إذا علم به هل يقطع حجته على قولين: أحدهما أنه مهما علم ولم يخرج ولم يوكل فهو كالحاضر فلا حق له بعد ذلك وهي رواية يحيى عن ابن القاسم وابن وهب وابن نافع في العتبية. والثاني أن علمه لا يقطع حجته ولا تعمل عليه الحيابة إذا كان له عذر مثل أن يكون في جوار عدو أو وراء بحر، أو كان ضعيفاً، أو امرأة محجوبة، وهي رواية حسين بن عاصم عن ابن القاسم وابن نافع في رواية العتبية والواضحة، قيل لابن القاسم: فإن لم يكن به ضعف ولا عذر كمن لا يتبين عذره وهو معذور، واختلف في حد الغيبة التي يعذر بها وإن علم على ثلاثة أقوال، أحدها: أن حدها ثمانية أيام وتسعة وهو قول مطرف وبه قال أصبغ في كتاب ابن حبيب. والثاني: أن حدها مثل مسيرة خمسة أيام وهي رواية حسين بن عاصم في العتبية. والثالث: أن حدها مثل مسيرة ثلاثة أيام أو أربعة وأنه معذر، وبذلك العذر، وإليه رجح ابن القاسم على ما حكاه ابن أبي زيد في النوادر اهـ. بلفظه. وجله في ابن يونس، وبه تكون على بصيرة في المسألة، وتحكم على ابن الناظم هل كلامه موافق أو مخالف باعتبار أنقائه، وكلام ابن الناظم مستقيم فلذلك لم أنقله.

(ص): والأقربون حوزهم مختلف، إلى آخر الأبيات الخمسة. قوله: (وهو ما زاد الخ) صحيح راجح وتراه في الفذلحة إن شاء الله تعالى. قوله: (حوزه العشر الخ) هذا غلط من هذا الشارح من هذا وكأنه سرقة، قول ابن الناظم، والقسم الثالث ما حازه بالبيع والعنتق والكتابة والتدبير فلم يختلف قوله في أنهم في ذلك كالأجانب هذا لفظه، ومعناه أن الفوت يكون بهذه الأمور من غير مراعاة مدة أصلاً، فذكر هذا الشارح المدة التي هي عشر سنين ولا مدة في هذا القسم أصلاً لا في الأقارب ولا في الأجانب فافهمه منصفاً، وما أشرنا إليه هو في المختصر وشراحه وغيرهم وهو أمر معلوم عند الفقيه. قوله: (كالهدم الخ) الهدم ونحوه فيه قولان باعتبار حوز الأجنبي قيل ذلك كالبيع

والغرس وعقد الكراء فقولان: قيل كالأجانب وقيل كالأقارب. قال في منتقى الأحكام: إذا حاز الوارث على الوارث فعلى ثلاثة أقسام: إن كانت حيازته لها بسكنى الدار وازدراع الأرض ونحو ذلك فلا يكون حيازة حتى يزيد على الأربعين سنة. وإن كانت بالهدم والبنيان والغرس وعقد الكراء وقبضه لنفسه باسمه بحضرة سائر الورثة وعلمهم فهو هنا بمنزلة الأجانب والحيازة في ذلك عشر سنين على الخلاف في الأجانب في إحدى الروايتين عن ابن القاسم، ثم رجع فقال إنه بمنزلة القسم الأول، والقولان في سماع يحيى. والقسم الثالث ما حوزه بالبيع والعتق والكتابة والتدبير فلم يختلف قوله في أنهم في ذلك كالأجانب اهـ. فقوله حوزهم أي مدة حوزهم. وقوله بحسب ائتمارهم أي تصرفهم في المحوز هل هو قوي أو ضعيف أو متوسط؟ واسم يكن للائتمار. وقوله فهو الائتمار المعبر بما ذكر بين الأقارب بما يجوز أربعين. وقوله وذو لو قال ذوو لكان أنسب. وقوله ومثله أي مثل الائتمار وذوي التشاجر في الاكتفاء بالعرض ونحوها ما حازه القريب بالعتق ونحوه وضمير فيه للائتمار أيضاً وهو خبر قولان وبالهدم يتعلق بضمير فيه على القول به، والقولان هل هو كحوز الأقرباء بالسكنى ونحوه أو كحوزهم بالعتق والبيع؟

وفي سوى الأصول حوزُ الناس بالعام والعامين في اللباس
وما كَمَزكوبٍ ففيه لَزمَا حوزُ بَمَينِ فما فوقهُمَا

لأنه مفيت بلا شرط مدة، وقيل كالازدراع وهما قولان قويان ذكرناهما في الشرح، ويظهر أن الأقوى هو أنه كالبيع وإن كان قول ابن القاسم أنه ليس كذلك وانظره ما في الفذلكة الآتية.

تنكيت: قول الناظم: وذو تشاجر كالأبعدينا هو خلاف النقل والذي عند الناس إن علم من القرابة المسامحة بينهم فليسوا كالأجانب، وإن علم بينهم عدم المسامحة فهم كالأجانب، وإن شك ما بينهم بأن لم تعلم مسامحة ولا عدمها فقال ابن رشد: يحملون على المسامحة، وقال بعضهم: يحملون على نفيها، والظاهر من كلامهم رجحان ما صرح به ابن راشد، وأما التشاجر والعداوة فلم نقف على من ذكرهما، ومن المعلوم أنه لا يلزم من عدم المسامحة التشاجر والعداوة، ولذلك ابن الناظم وهذا الشارح لم ينقل التشاجر والعداوة عن أحد من العلماء وإنما قرروا كلام الناظم على بابه فافهمه منصفاً، مع أن القيد لا بد منه بل هو المذهب كما بينا في ذلك الشرح غاية، وإنما كلامنا في هذا القيد ما هو فالناظم جعله للتشاجر والعداوة، والمذهب أنه عدم المسامحة وهذا هو الصحيح، وكلام ابن الناظم لا عبرة به فافهم هذا، فإن الناظم أكلت أموال بسبب اتباعه والله يسامح الجميع، وعلى تقدير أن يكون أحد تبعه الناظم فلا عبرة به لأنه مخالف لكلام الموثقين وغيرهم، فف عليه في الشرح تر الحق عياناً إن شاء الله إن أردت أن تحكم بالحق، وكلام ابن الناظم في الشرح ربما رمز لهذا في تقريره.

(ص): وفي سوى الأصول حوز الناس، إلى آخر الأبيات الأربعة. هذا الذي هو قال فيه في المختصر، وإنما تفترق الدار من غيرها في الأجنبي، ففي الدابة وأمة الخدمة الستان ويراد في عبد وعرض.

وفي العبيد بثلاثة فما زاد حصول الحوز فيما استُخدِمَا
 والوطاء للإماء باتفاق مع علمه حوزٌ على الإطلاق
 قوله: وفي سوى الأصول هو تصريح بمفهوم قوله: والأجنبي إن يحز أصلاً،
 ومراده أن حوز غير الأصول يختلف أي المدة التي يصدق معها الحائز وتصير دعوى
 المدعي غير مشبهة فلا تسمع منه تختلف بحسب الشيء المحوز، فالحوز في اللباس بالعام

فذلكة: مسائل الحياة كثيرة جداً منتشرة لا تكاد تنحصر لزمام ولا يضبطها نظام إلا في
 التطويل الفاحش بل هي حقيقة بتألف أو تأليف، لكن والحمد لله جمعنا في شرحنا ما نتشرح له
 الصدور ويثلج له القلب بنقل كلام الفحول بالفاظه، وتتبعنا تحريراتهم في ذلك. وتقييداتهم
 وترجيحاتهم، وقد لفقنا من ذلك جملة وافرة هي الراجع من كلامهم بما نصه:

إخراج مال فوت بالإطلاق	كالحوز في العشر من ذي ارتفاق
بلا اشتراك أو به وقد بنى	في الملك مع هدم بها ومن دنا
ليس من الآباء والبنيننا	ومعهما فريق الأربعينا
كوالد معهما ومن ولد	في أمد يبید فيها من شهد
ولبس ثوب مثلاً كالسكنى	إكراؤه كالهدم هذا المبني
وشرط ما ذكر نفي المانع	عن قائم وجوه صمت قاطع
وشرط ما ذكر في الأقارب	سماحة وذاك أمر غالب
إن فقدت فحكمهم كأجنبي	فاعمل بها لربنا واقترب
ورعي عادة في ذبا أسره	معتبر فاسمعن وانتبه

فقوله: إخراج مال أراد به البيع ونحوه مما لا يحتاج الفوات به إلى مدة وقوله: بالإطلاق
 إطلاقه فيه صحيح إذ لا فرق بين أجنبي من غيره أو طول من قصر. وقوله: من ذي ارتفاق أي من
 شخص مرتفق بالمحوز وأطلق في الارتفاق فشمّل الازدراع والسكنى وغيره والهدم والبناء، وإن كان
 الهدم والبناء يترجح فيه أنه كالبيع ولكن هذا قول ابن القاسم. وقوله: بلا اشتراك أي لا شركة بين
 الحائز والقائم عليه. وقوله: أو به أي الاشتراك والحاصل إن لم يكن شريكاً فلا يحتاج إلى الهدم
 والبناء في العشر وإن كان شريكاً احتاج. وقوله: ومن دنا أي قرب من الحائز أن بينه وبينه قرابة
 وليس بأب ولا بابن حوزة بما فرق الأربعين عاماً مع الهدم والبناء وبين الأب وابنه، إنما يكون بطول
 تهلك فيها البنات. وقوله: ورعي الخ هو المدار في هذا الباب وهذا تنبيه لفهم النظم ومع ذلك فلا
 يكفي هذا عما في الشرح كفاية تامة ومن شك فليُنظر، ومن راقب الله تعالى وخافه بحث عما ينجي
 من عذاب مولا، وانظر الشرح في الأختان والموالي هل هم كالأقارب أم لا؟ وفيهم ثلاثة أقوال:
 قيل كالأجانب وهو ظاهر المختصر حيث ذكر الأقارب ولم يذكرهم وكذا صاحب التحفة فلذلك
 تركناهم مع الأجانب أي في حكمهم وقولنا في الأقارب وذاك أمر غالب أي السماحة هي الغالب وبه
 تفهم حال الجهل أنهم يحملون عليها وهو الذي يظهر رجحانه.

والعامين، وفي المركوب بالعامين فأكثر، وفي العبيد بثلاث سنين فأكثر، والأمة للخدمة من ذلك، فإن وطئها الحائز وعلم ربها ولم يتكلم عند ذلك فلا كلام له وإن لم بطل وذلك حوز. قال في المقرب: قال أصبغ: ونراه أي الحوز في غير الدور والأرضين والأصول من الأموال والثياب والحيوان والعبيد وما أشبه ذلك أقصر مدة وكل شيء من ذلك على قدره، فنرى في الثياب أن حيازتها السنة والستان إذا كانت تجاز على وجه الملك بعلم صاحبها ونرى الأمة شبه ذلك إلا أن يطأ بعلم صاحبها فلا يتكلم عند علمه بوطئها فلا كلام له بعد ذلك، وإن لم تطل حيازته لها قبل الوطء ونرى العبيد والعروض فوق ذلك شيئاً إذا حاز بالملك وأسبابه. وفي المفيد: قال أصبغ: وأما الثياب فالحيازة فيها بوجه الملك على أجنبي حاضر عالم بذلك العام والعامين، وفي الدابة العامان والثلاثة بالركوب والاستعمال لها بوجه الملك وعلم المحوز عليه، والأمة مثل ذلك إلا أن يعلم ربها وطأها ولا يتكلم عند ذلك فلا كلام له بعده وإن لم يسكن طول حيازة. ثم قال: والعبيد والعروض فوق ذلك بشيء أه. وحوز الناس مبتدأ ومضاف إليه وبالعام خبره، وفي اللباس يتعلق بحوز وحصول الحوز مبتدأ ومضاف إليه، وفي العبيد يتعلق بحوز وبثلاثة خبر حصول، وفيما استخدم بدل من العبيد بدل بعض من كل أي فيما استخدم منهم لا فيما هو للوطء بدليل قوله والوطء للإماء الخ. ومعنى الإطلاق قام ربها بالقرب أو بعد طول.

وَالْمَاءُ لِلأَعْلَيْنِ فِيمَا قَدِمَا وَالأَسْفَلُ الأَقْدَمُ فِيهِ قَدِمَا

يعني أن الماء غير المملوك إذا كان يجري في أرض قوم إلى قوم دونهم فإن الأعلى وهو من يدخل الماء أرضه أولاً مقدم في السقي على الأسفل، وهذا إذا كان الأعلى أقدم من الأسفل وإليه أشار بالشرط الأول، وكذا إن كانا متساويين فيقدم الأعلى في الوجهين، وأما إن كان الأسفل أقدم فهو مقدم في السقي وإليه أشار بالشرط الثاني. قال في المقدمات: فأما مهزور ومذيئب فواديان معروفان من أودية المدينة يسيلان بالمطر تنافس فيهما أهل المدينة ففضى فيهما رسول الله ﷺ أن يمस्क الأعلى للكعبين ثم يرسل على الأسفل، وهذا الحكم في كل ماء غير متملك يجري من قوم إلى قوم دونهم أن من دخل الماء أرضه أولاً فهو أحق بالسقي حتى يبلغ الماء في أرضه إلى الكعبين، (ثم اختلف إذا بلغ الماء) إلى الكعبين هل يرسل جميع الماء إلى الأسفل أو لا يرسل عليه إلا ما زاد على الكعبين؟ فقال مطرف وابن الماجشون وابن وهب: يرسل على الأسفل ما زاد على الكعبين. وقال ابن القاسم: يرسل جميع الماء ولا يحبس منه شيئاً والأول أظهر. وقال الباجي يسقي الأعلى فالأعلى وهذا إذا كان إحياءهم معاً أو إحياء الأعلى قبل، وهو قول مالك وأصحابه، فإن أحيا رجل بماء سيل ثم أتى غيره فأحيا فوقه وأراد أن ينفرد بالماء

(ص): والماء للأعلين فيما قدما البيت. ما شرح به هذا الشارح البيت أمر ظاهر في نفسه. قوله: (ثم اختلف إذا بلغ الماء الخ) صحيح وقد قال في المختصر: وإن سال مطر بمباح سقى

ويسقي قبل الأسفل الذي أحيا قبله (وذلك يبطل عمل الثاني) ويتلف زرعه فقال سحنون: القديم أولى بالماء اه. على نقل المواق. وقدم آخر الشطر الأول بفتح القاف وضم الدال من القدم ضد الحدوث، وفي آخر الشطر الثاني بضم القاف وكسر الدال المشددة من التقديم ضد التأخير.

وَمَا رَمَى الْبَحْرُ بِهِ مِنْ عَنبَرٍ وَلَوْلَا وَاجِدُهُ بِهِ حَرِي

يعني أن من وجد شيئاً لم يتقدم عليه ملك لأحد كمن وجد عنبراً لفظه البحر أو لؤلؤاً أو غير ذلك فإنه يكون لواجده. قال ابن سلمون: وما يخرج من البحر من عنبر أو لؤلؤ فهو لمن وجده ولا نظر فيه للامام. وعن ابن عباس أنه كان يقول: ليس في العنبر زكاة إنما هو شيء دسره البحر ابن وهب عن يونس بن يزيد عن ابن شهاب أنه قال في اللؤلؤ والياقوت والخرز مثل ذلك. وقال مثل قول ابن شهاب عبدالله بن عمرو بن العاص اه.

فصل في الاستحقاق

ابن عرفة: الاستحقاق رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله أو حرية كذلك بغير عوض. قوله قبله أخرج به رفع الملك بملك بعده كالبيع أو معه كطرو وارث على وارث. وقوله أو حرية عطف على ملك يعني أو رفع ملك بحرية. وقوله كذلك يعني بثبوت حرية قبله وأشار به إلى حصول الاستحقاق بالحرية. وقوله بغير عوض أخرج به ما وجد في المغانم بعد بيعه أو قسمه لأنه لا يؤخذ إلا بالثمن، فلولا زيادة هذا القيد لكان الحد غير مطرد. ثم قال: فيخرج العتق لأنه رفع ملك شيء لكن لا بثبوت ملك قبله. ثم قال: (وقد يقال) إن الحد غير منعكس لأنه يخرج عنه إذا استحق ملك بحبس فإن الملك يرتفع بالحبس. قلت: يمكن أن يقال إن الحبس إذا ثبت فإن الملك فيه إما للمحبس أو للمحبس عليه، وتأمل إذا استحق حر بملك كيف تدخل هذه الصورة في كلامه من الرصاع ببعض

الأعلى إن تقدم للكعب. وقوله: (وذلك يبطل عمل الثاني الخ) فيه إيهام والمذهب أن الراجح في هذا أن الأسفل إذا تقدم إحياءه قدم في السقي مطلقاً خيف فساد زرعه أم لا، انفراد بالانتفاع أم لا، انظر الشرح هذا محصله في هذا الفرع بخصوصه.

(ص): وما رمى البحر به من عنبر، إلى آخر البيت. هذا ظاهر مضمونه، وهذا هو قول المختصر آخر كتاب الزكاة: وما لفظه البحر كعنبر فلواجده بلا تخميس فزاد بلا تخميس. وقوله كعنبر أشار به إلى أنه لم يتقدم عليه ملك وإلا فهو لمالكة إلا إن كان لحربي فلواجده إلى آخر ما ذكره شراحه.

فصل في الاستحقاق

قوله: (وقد يقال الخ) هذا الرسم يقتضي الحال الكلام فيه من جهات شتى، والكلام عليها في هذه الحاشية يطول جداً وقد أطلنا فيه في الشرح.

اختصار. وقوله وتأمل إذا استحق الخ هي عكس صورة قوله في الحد أو حرية كذلك.

المدعي استحقاق شيء يلزم بئنة مثبتة ما يزعم
من غير تكليف لمن تملكه من قبل ذا بأي وجه ملكه

يعني أن من ادعى استحقاق شيء بيد غيره أي ملكيته فإنه يلزم بإقامة بينة تثبت له ما ادعى ولا يكلف من الشيء بيده مدعياً ملكيته بأي وجه ملكه، وعبر بشيء ليشمل الأصول والعروض والحيوان وغير ذلك. قال ابن سلمون: ومن ادعى في شيء بيد غيره أنه ملكه فأنكر ذلك الذي هو بيده فلا يكلف أن يذكر من أين صار له ولا بأي وجه تملكه وعلى المدعي إثبات تملكه له اهـ. والإشارة في البيت الثاني بذا للاستحقاق وبأي يتعلق بتكليف. قال ابن رشد: الذي مضى به العمل وأفتى به شيوخنا أن من ادعى عقاراً بيد غيره زعم أنه صار إليه عمّن ورثه عنه (أن المطلوب لا يسأل) عن شيء حتى يثبت الطالب موت مورثه الذي ادعى أنه ورث ذلك عنه ووراثته له، فإذا ثبت ذلك وقف المطلوب حينئذ على الإقرار والإنكار خاصة ولم يسأل من أين صار له، فإن أنكر وقال المال مالي والملك ملكي ودعواك فيه باطلة اكتفي بذلك ولم يلزمه أكثر منه، وكلف الطالب إثبات الملك للذي زعم أنه ورثه عنه وموته ووراثته له، فإن أثبت ذلك على ما يجب سئل المطلوب حينئذ من أين صار له وكلف الجواب عن ذلك، فإن ادعى أنه صار له من غير مورث الطالب الذي ثبت الملك له لم يلتفت إليه ولا ينفعه إثباته وإن أثبتته، وإن ادعى أنه صار له من قبل مورث الطالب بوجه يذكره كلف إثبات ذلك، فإن أثبتته وعجز الطالب عن المدفع في ذلك بطلت دعواه، وإن عجز عن إثبات ذلك قضى للطالب، هذا مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة ولا اختلاف في ذلك أحفظه، وما ذكر ابن العطار من أن الفتوى مضت بأن المطلوب يلزمه ابتداء قبل إثبات المدعي الملك لموروثه. الجواب: هل صار إليه بسببه أو بسبب موروثه الذي أثبت موته ووراثته له بعيد لا يصح والله أعلم اهـ. وهذا الكلام يثبت في بعض نسخ ابن سلمون دون بعض، وهذا والله أعلم إن لم يكن بيد الحائز للشيء المستحق أصول، أما إن كانت بيده الأصول المشتملة على الملكية وانتقالها وحكاياتها فإن ما بيد الحائز مقدم لما تقدم في التراجع عند تعارض البيئات أن الحوز مّا يقع به التراجع لثبوت الملكية لكل منهما فيفضل للحائز الحوز. قال الحطاب أول باب الاستحقاق: لم يبين المؤلف يعني الشيخ خليل حقيقته ولا حكمه وسببه وشروطه وموانعه ولا يتصور إلا بمعرفة ذلك. ابن عرفة وهو من تراجم كتبها أما حقيقته فقال ابن عرفة هو رفع ملك شيء إلى آخر ما تقدم أول الترجمة. وأما حكمه فقال ابن رشد: (حكمه الوجوب) عند تيسر أسبابه في الربع على القول بعدم يمين مستحقه،

(ص): المدعي استحقاق شيء يلزم إلى آخر البيتين. قوله: (أن المطلوب لا يسأل) انظر ما كتبناه على مسائل الحيازة هل يسأل الحائز عن سبب ما حصل له الشيء المحوز أم لا؟ وانظر هذا الكلام عند قول المختصر: إلا ببينة أنه اشتراها من كأبي القاسم. قوله: (حكمه الوجوب الخ) هذا فيه نظر، إذ لا يجب على الإنسان طلب أموره الدنيوية، انظر وجه النظر في الشرح عند الكلام على

وعلى اليمين هو مباح كغير الربيع لأن الحلف مشقة، وأما سببه فهو قيام البينة على عين الشيء المستحق أنه ملك للمدعي لا يعلمون خروجه ولا خروج شيء منه عن ملكه حتى الآن، والشهادة بأنه لم يخرج عن ملكه إنما تكون على نفي العلم في قول ابن القاسم المعمول به قاله في الباب. وأما شروطه فثلاثة: الأول: الشهادة على عينه إن أمكن وإلا فبحيازته وهي أن يبعث القاضي عدلين وقيل أو عدلاً مع الشهود الذين شهدوا بالملكية، فإذا كانت دار مثلاً قالوا لهما هذه الدار هي التي شهدنا بها عند القاضي فلان الشهادة المقيدة أعلاه، انظر تمام كلامه وأن الشهادة تجوز على النعت والاسم. (وقال الشيخ خليل) آخر باب القضاء: وحكم بما يتميز غائباً بالصفة. الثاني: الاعتذار في ذلك للحائز، فإن ادعى مدفعاً أجله فيه بحسب ما يراه. الثالث: يمين الاستبراء واختلف في لزومها على ثلاثة أقوال ثالثها لا يحلف في العقار ويحلف في غيره وهو المعمول به عند الأندلسيين وفي سجلات الباجي واستحق ذلك من يد غاصب لم يحلف. قال ابن سلمون: ولا يمين على مستحق الأصل إلا أن يدعي عليه خصمه ما يوجبها، وقيل لا بد من اليمين كالعروض والحيوان اهـ. (وأما موانعه) ففعل وسكوت، فالفعل أن يشتري ما ادعاه من يد حائزه فلو قال: إنما اشتريته خوف أن يغيب عليه فإذا أثبت رجعت عليه بالثمن لم يكن له مقال. وقال أصبغ: إلا أن تكون بينته بعيدة جداً أو يشهد قبل الشراء أنه إنما اشتراه لذلك فذلك ينفعه، ولو اشتراه وهو يرى أن لا بينة له ثم وجد بينة فله القيام وأخذ الثمن منه، قال أصبغ: والقول قوله. وأما السكوت فمثل أن يترك القيام من غير مانع أمد الحيازة قاله في الباب اهـ.

وَلَا يَمِينُ فِي أَصُولِ مَا اسْتُحِقَّ وَفِي سِوَاهَا قَبْلَ الْأَعْذَارِ يَحِقُّ
وَحَيْثُمَا يَقُولُ مَا لِي مَذْفَعٌ فَهُوَ عَلَى مَنْ بَاعَ مِنْهُ يَزْجَعُ
وَإِنْ يَكُنْ لَهُ مَقَالٌ أَجْلًا فَإِنْ أَتَى بِمَا يَفِيدُ أُعْمِلَا
وَمَا لَهُ فِي عَجْزِهِ رُجُوعٌ عَلَى الَّذِي كَانَ لَهُ الْمَبِيعُ

يعني أن من استحق شيئاً وشهدت له باستحقاقه بينة فإنه إن كان ذلك المستحق أصلاً من الأصول كالدار والحانوت والأرض ونحوها فلا يمين عليه، وإن كان غير أصل من العروض والحيوان ونحو ذلك فإنه يجب عليه اليمين (أن ذلك الشيء له) وأنه ما باعه

حقيقة الاستحقاق. قوله: (وقال الشيخ خليل الخ) المناسب هو قوله في كتاب النفقات: وبيعت داره إلى آخر تلك الفروع. قوله: (وأما موانعه الخ) الموانع كثيرة كأن يكذب بينة أو غير ذلك مما يتصور.

(ص): ولا يمين في أصول ما استحق إلى آخر الأبيات الأربعة. قوله: (أن ذلك الشيء له الخ) هذا غير صواب بل الصواب أن يحلف أنه ما باعه الخ، لا على الجملة الأولى أنه له وذلك أن كونه له جزم به البينة بخلاف ما باعه ولا خرج عن يده إنما شهدت به البينة على العلم ولم تجزم به، وكلام هذا الشارح يرد عليه وهو قوله لأن البينة الخ انظر ابن سلمون فإنه قال ما نصه: وإنما

ولا وهبه ولا فوته ولا فوت عليه وما زال على ملكه إلى الآن، لأن البينة إنما شهدت على العلم فيحلف هو على البت، وهكذا كل من شهدت له بينة بظاهر الحال فلا بد من يمينه (وتكون يمينه قبل الإعذار) للمشهود عليه المستحق من يده، لأن الإعذار إنما يكون بعد الثبوت وكمال الثبوت هو بحلفه، قال في المنهج السالك: (ولا يكون) الحكم بالاستحقاق إلا بعد الإعذار للمقوم عليه، وقد تقدم قريباً عن الخطاب أن في يمين العمل. (وفي المتطية) مذهب مالك: والذي عليه العمل وانعقدت به الأحكام وأخذ به الشيوخ من أهل العلم أن لا يمين على من استحق شيئاً من الربيع والأصول، ثم قال: واتفقوا في غير الأصول بأنه لا يقضى لمستحق شيء من ذلك حتى يحلف وإلى هذا أشار بالبيت الأول. وأشار بقوله وحيثما يقول مالي مدفع الأبيات الثلاثة إلى أن المستحق من يده لا يخلو إما أن يسلم ذلك ولا ينازع فيه ولا يدعي فيه مدفوعاً وحينئذ فله الرجوع على الذي باع له بما دفع له من الثمن، وأما أن يسلم ذلك ويدعي أن له مدفوعاً في الاستحقاق المذكور والحكم حينئذ أن القاضي يضرب له أجلاً لثبوت ما ادعى من المدفع، فإن انقضى الأجل وأتى بالمدفع الذي يبطل الاستحقاق بقي شيء بيده ولا إشكال، وإن عجز عنه أخذ المستحق شيء (ولا رجوع للمستحق من يده) على البائع له على المشهور، لأن

يكون على النص أي اليمين أنه ما باع ولا وهب، قال محمد بن فرج: يحلف أنه ماله وملكه وأنه ما باع ولا وهب. قال ابن سهل: وما تقدم هو نص المدونة ولا يحتاج إلى ما ذكره محمد بن فرج هذا لفظه، فمذهبها هو التحقيق وهو الجاري على القاعدة. قوله: (وتكون يمينه قبل الإعذار الخ) تبع فيه النظم، ولكن انظر عند قول المختصر في كتاب القضاء وأعدر إليه بأبقيت لك حجة الخ قول أبي الحسن في ذلك ونصه في كتاب الجنائيات مشبهاً بشيء ما نصه: الشاهد يشهد بحق لرجل لا يحلف المشهود له حتى يعذر للخصم في الشاهد لثلاث تذهب يمينه باطلاً هذا هو الصحيح وبذلك وقعت الفتوى بسؤال أتى من سبته اه. وبه تعرف ما هنا. وهذه العلة تأتي في يمين الاستحقاق لأن المستحق ربما يجرح بينة المستحق منه عند الإعذار فتذهب يمين المستحق باطلاً. بل نقلنا المسألة بعينها عند قول المختصر: وإن سأل ذو العدل في كتاب الشهادات وأنه لا يحلف في الاستحقاق إلا بعد الإعذار. وفي ابن الناظم كلام هنا فليقف عليه من أراد. قوله: (ولا يكون الخ) هذا غير خاص بالحكم بالاستحقاق بل كل حكم موقوف على الإعذار انظر الشرح عند قول المختصر في كتاب القضاء وأعدر إليه بأبقيت لك حجة. قوله: (وفي المتطية الخ) وجه ترك اليمين في هذا العقار ليس هو محلاً للتجارة وإنما الغالب منه الفنية ولذلك لا يفوت في البيع الفاسد بحوالة الأسواق كما في المختصر: فإن فات قوله يتغير سوق غير مثلي وعقار الخ. فمن أجل أنه يراد للفنية غالباً قل التفويت فيه ببيع ونحوه بخلاف العروض والحيوان فافهم. قوله: (ولا رجوع للمستحق من يده الخ) هذا قاله غير هذا الشارح وهو صحيح. ولكن يجب أن يحمل على أمر نذكره، انظره عند قول المختصر في كتاب الاستحقاق. وفي الإقرار لا يرجع بشيء كعلمه صحة ملك بائعه، وتلخيص الأمر المشار إليه وذلك أن الناس منهم العارف والجاهل والفظين والبليد، فإذا استحققت دابة من يد زيد فربما يقول للمستحق شهودك تراجعهم، ويحملة على ذلك جهله بأن ذلك لا يضر، وقد ذكر غير واحد عن

سبب رجوعه عليه هو الاستحقاق وهو قد كذب شهوده بدعواه الدفع في شهادتهم ومقر بصحة ملك البائع له وأن القائم عليه ظالم له فكيف يرجع بما يعتقد بطلانه وكذب شهوده. قال في الوثائق المجموعة: فإن ادعى مدافعاً أجله في ذلك على ما جرى به العمل في التأجيل، فإن لم يأت بمدفع حكم عليه بعد يمين الذي ثبت له الملك على ما تقدم، ولم يكن للمحكوم عليه قيام بعد ادعائه المدفع على من باع منه إذ قيامه عليه إنما هو بالبينة التي شهدت، فإذا كذب البينة لم يجب له بها قيام، وإن قال لا مدفع عندي إلا أنني أريد الرجوع على من باع مني عقد ذلك من مقاله واستحلف المستحق لها على ما تقدم ويقضى له بها اهـ.

والأصل لا توقيف فيه إلا مع شبهة قوية تجلّى
وفي سوى الأصل بدعوى المدعي بينة حاضرة في الموضع

يعني أن من ادعى ملكية شيء بيد غيره وطلب أن يوقف له وأن ترفع يد من هو بيده عنه إلى أن يقيم هو بينة ويسمى ذلك توقيفاً وعقلاً وحيلولة فإنه لا يجاب لذلك بمجرد دعواه بل لا يوقف له إلا أن تكون له شبهة قوية وأجمل في الشبهة القوية اعتماداً منه والله أعلم على ما قدم في الفصل الثاني من أقسام الشهادة وهي التي توجب التوقيف أن التوقيف في الأصول يكون بأحد ثلاثة أشياء، أحدها: أن يشهد بملكية الشيء المتنازع فيه عدلان وبقي لتنفيذ الحكم الإعذار للمشهود عليه. الثاني: أن يشهد بذلك عدل واحد. الثالث: أن يشهد بذلك رجلان ينظر في تزكيتهما، وإنما يوقف في هذا الوجه فائدة الأصل لا الأصل نفسه فلا يوقف به بخلاف الوجهين الأولين فإنه يوقف بهما الأصل نفسه على تفصيل في كيفية الوقف كما تقدم، ويصدق كلام الناظم هنا على هذا الوجه الثالث

الرعي في مسألة وإن أنكر مطلوب المعاملة الخ، أن من كذب بينته في النازلة المذكورة أنه إذا كان جاهلاً تقبل بينته ولا كذلك العارف أو يحمله على البحث في الشهود بعد البائع أو الخوف عليه من العدم، أو أنه لا يجده إن ذهب إليه أو ينكر أنه لم يبع منه ولا بينة عنده عليه إلى غير ذلك مما يتصور أن يقصده العقلاء، مع أن مراجعة الشهود ليس بتكذيب لهم لأنها سؤال عن كيفية شهادتهم، فيقصد زيد بهذه المراجعة مثلاً أن يريح نفسه من الأمور المشار إليها، ولكن في طويته أنه إن لم يتم له الأمر فإنه يرجع على الباطل، بل وكذلك إذا كذبهم وهو جاهل أن ذلك يضره، وإنما يسقط رجوعه على بائعه إن بين له القاضي برفق بأن يقول: إن خاصمت المستحق أو كذبت شهوده فإن الرجوع لا يكون لك على البائع، ويفهمه ذلك غاية الفهم، فحينئذ إن كذب شهود الاستحقاق فلا رجوع له فتأمل هذا فقد أكلت فيه أموال يعلمها الكبير المتعال، ولكن إنما يظهر إن نظرت الشرح وخلاف الناس في الرجوع مع الإقرار بصحة الملك للبائع في المحل المشار إليه فكيف بهذا.

(ص): والأصل لا توقيف فيه إلا. إلا آخر البيتين. انظر الكلام على هذا عند قول المختصر: وحيلت أمة الخ في كتاب الشهادات، وآخر الضمان عند قوله: ولم يجب وكيل الخ، وعند المحل المحال عليه من هذا الشرح إن شئت.

لأن التوقيف حاصل فيه في الجملة، والتوقيف في غير الأصول يكون بدعوى بينة حاضرة وقد أشار له فيما تقدم بقوله: ومدعى كالعبد والنشدان إلى أن قال: حيث ادعى بينة حضوراً وأشار له هنا بالبيت الثاني، وقد تقدم الكلام على المسألة فراجعه ثمة. وقوله تجلى هو على حذف إحدى التاءين أصله تتجلى، وجملة تجلى أي تظهر صفة ثانية لشبهة. وقوله بدعوى المدعي يتعلق بمقدر تقديره توقف بدعوى المدعي.

وَمَا لَهُ عَيْنٌ عَلَيْهَا يَشْهَدُ مِنْ حَيَوَانٍ أَوْ عُرُوضٍ تُوجَدُ

يعني أن الشيء المستحق إذا لم يكن أصلاً بل ممّا ينقل من موضع لآخر كالعروض والحيوان فإن الشهادة تكون على عينه عند الحاكم لسهولة إحضاره عنده، وأما الأصول فيكتفى فيها بالحيازة عن إحضارها لتعذرهما كما يقوله قريباً. فقوله عين أي ذات وكأنه والله أعلم على حذف الصفة وهي المقصود بالذات أي ذات تنقل بدليل تمثيله بالحيوان والعروض ومقابلته بالأصل الذي لا يقبل النقل. (قال ابن الحاج) في نوازل: أنه سئل عن رجل ابتاع كتاباً من كتب العلم ثم جاء رجل آخر فادعاه وأتى بكتاب بدله وقد فات الكتاب فقال لا يتوجه الحكم لمستحق الشيء إلا بعد شهادة العدول على عينه والإعذار إلى الذي هو في يده ولا يصح الحكم دون تعيين المشهود فيه عند الحاكم، فإذا ثبت الاسترعاء واليمين أعذر إلى الذي ألقى ذلك بيده، فإن ادعى مدفعاً أجله ثم لا رجوع له بعد ذلك على من باع منه إن لم يقدر على حل ذلك لأنه قد أكذب ما ثبت، وإن لم يدع مدفعاً وذهب إلى الرجوع على من باع منه كان له ذلك.

وَيُكْتَفَى فِي حَوْزِ الْأَصْلِ الْمُسْتَحَقِّ بِوَاحِدٍ عَذْلٍ وَالْإِثْنَانِ أَحَقُّ

يعني أن الشيء المستحق إن كان ممّا يقبل النقل من موضع إلى آخر كالعروض والحيوان فإن الشهود يشهدون على عينه عند القاضي كما تقدم في البيت قبل هذا وإن كان لا ينقل وهو الأصول كالدار ونحوها، فإن حوزها بعد ثبوت ملكية المستحق كاف عن حضورها عند الحاكم لتعذرهما عقلاً، وذهب القاضي إليها ليشهد على عينها بمحضره متعذر

(ص): وما له عين عليها يشهد. البيت. قوله: (قال ابن الحاج الخ) نقل هذا صاحب المعيار في نوازل الغصب والإكراه، وفي محل آخر، وذكره ابن سلمون ونقلنا هذا عند قول المختصر في الشهادة وإن سأل ذو العدل الخ. وإذا كان القاضي في المسجد والدابة المشهود عليها خارجه فإن كان القاضي يراها من محله فذلك كاف.

(ص): ويكتفى في حوز الأصل المستحق. البيت. كلام هذا الشارح حسن وجله في شروح المختصر في المحل الذي أشار إليه هذا الشارح. وقال ابن العطار: وتعمل الحيازة شيئاً حتى يقول الشهود بحضرة الحائزين عليهم هذا الذي حزنه هو الذي شهدنا به عند فلان قاضي موضع كذا، فإن لم يقولوا ذلك جهلاً منهم أو من الموجهين معهم لم تتم الشهادة والحيازة، وكذلك لا تتم الحيازة حتى يكون الموجهون ممن يعرف العقار ويحده بحدود الخ، انظر الشرح في المحل المذكور، وإن أردت التحرير في الحيازات وبيان ذلك غاية فانظر عند قول المختصر ثم بينه بالحيازة الخ. قوله

أيضاً عادة لشغل القاضي عن ذلك ويعد مواضعها غالباً فعليه في ذلك مشقة، فجعل له أن يستنيب عدلين تحاز بمحضرهما، ويكفي في ذلك عدل واحد والاثنان أولى ينزل ذلك النائب الواحد أو الاثنان منزلة القاضي، وكان هذا الأصل شهد على عينه بمحضر القاضي، وإلى استنابة القاضي من ينوب عنه في الشهادة بمحضره على عين الشيء المستحق أشار الناظم بالبيت، إلا أن في الكلام حذفاً يدل عليه السياق أي للقاضي أن يستنيب من يحوز عنه ويكفي الواحد والاثنان أولى، وكيفية ذلك إذا شهد شاهدان بملكية المستحق للدار الفلانية مثلاً واستمرارها أن القاضي يوجه عدلين يحوزان الدار المذكورة، أما اللذين شهدا بملكيتهما أو غيرهما وعدلين آخرين يشهدان بثلاثة أمور على القاضي بأمرين بصحة رسم ثبوت الملكية وتوجيه العدلين للحيازة وعلى عدلي الحيازة بالحيازة إذ لا يشهدان على فعل نفسهما، فإن كان الموجهان للحيازة هما اللذان شهدا بالملكية للمستحق فالمجموع أربعة عدول: اثنان شهدا بالملك وحازا، واثنان شهدا عليهما بالحوز، وعلى القاضي بصحة رسم الملكية وتوجيه الحائزين للحيازة، وإن كان الموجهان للحيازة غير اللذين شهدا بالملكية فالمجموع ستة: اثنان شهدا بالملكية، واثنان وجها للحيازة فحازا، واثنان شهدا على الحائزين بالحيازة، فإذا حاز الشاهدان الدار المذكورة وتطوفا عليها فيقولان للعدلين الموجهين للشهادة عليهما بالحوز هذه الدار التي حازناها هي التي شهدنا بملكها لفلان عند القاضي فلان، هذا إن كان الحائزان هما اللذان شهدا بالملك، وإن كان غيرهما فيقول الحائزان للموجهين للشهادة بالحيازة هذه الدار التي حازناها هي التي شهدت البيعة الأولى بملكها لفلان عند القاضي فلان. قال في أقضية المتبعية: إذا ثبتت الحيازة عند القاضي بشهادة الشاهدين الموجهين لحضورها أعذر للمطلوب في مثل هذا الفصل، واختلف هل يعذر إليه في مثل هذه الحيازة أم لا؟ وبترك الإعذار فيها جرى العمل، (لأن حيازة الشهود) للملك وتعيينهم إياه إنما وجهه أن يكون عند القاضي نفسه حسبما يلزم في كل شيء يعينه الشهود من الحيوان والعروض كلها إنما يكون ذلك عند القاضي، فلما تعذر حضوره حيازة الأملاك لشغله عنه وبعد أكثرها منه وما في ذلك من المشقة عليه استناب مكان نفسه عدلين ليعين ذلك لهما حسبما كان يعين له، وإن اجتزأ بواحد أجزاء والاثنان أفضل، والواحد والاثنان إنما يقومان مقامه، فترك الإعذار فيهما أولى كما لا يعذر في نفسه اهـ. والمقصود منه قوله لأن حيازة الشهود الخ. وراجع

(لأن حيازة الشهود الخ) من التعليل يفهم أن شهود الحيازة إنما لا يعذر فيهم لكون القاضي وجههم وأقامهم مقامه، وأما إن أرسلهم الطالب دون أمر القاضي فإنه يعذر فيهم صرح به الباجي انظر نص المسألة عند قول المختصر في القضاء إلا الشاهد بما في المجلس وموجه الخ، وحيث وجههم القاضي فهم داخلون في قول المختصر وموجهه فافهم. وقول الناظم والاثنان أحق، الواجب في زماننا والمتعين أنه لا بد من عدلين لأن ذلك أولى لضعف عدالة الناس وأمانتهم، انظر بيان هذا عند قول المختصر: وتزكية، وعند كلامه على تزكية السر، وكلام اللخمي في أمثال هذه الأمور، وعند كلامنا على ما ثبتت به العيوب عند قول المختصر وقبل للتعذر الخ، وعند كلامنا على مسائل هناك تر صحة ما أشرنا إليه.

شفاء الغليل في شرح قوله آخر النفقات ثم بيّنة بالحيازة قائلة هذا الذي حزنه الخ. وراجع مجالس القاضي المكناسي في المسائل التي ختم بها كتابه. وفي نوازل ابن رشد: لا إعدار في شهود الحيازة لأنهما نائبان عن القاضي وإن وجه شاهداً واحداً لذلك أجزأه والاثنان أولى اه. وتقدم للناظم في فصل الإعدار فيمن لا يعذر فيه:

ولا الذي وجهه القاضي إلى ما كان كالتحليف منه بدلا
وناب عن حيازة الشهود توافق الخضمين في الحدود

يعني أن ما تقدم من توجيه القاضي لعدلين يحوزان الأصل المستحق إنما محله ما اختلف الخصمان في حدوده، أما ما اتفقا على حدوده كدور الحاضرة التي الدار بها ملاصقة للأخرى فلا يقع غالباً اختلاف في حدودها فلا يحتاج في استحقاقها إلى حيازة. قال في المقرب: قال محمد: الذي تجري عليه الأحكام بفتيا من أدركنا من أشياخنا أن القاضي لا يحكم بشهادة الشاهدين حتى يحوزا ما شهدا فيه من دار أو أرض أو غيرهما إلا أن يتفق الخصمان على صفة الأرض وحدودها أو الدار ويقرّ المقوم عليه أن ذلك بيده فسقط حينئذ الحيازة ولا يكلف القائم إثبات الحيازة فيما شهد له به الشهود.

وواجب إعمالها إن الحكم بقسمة على المحاجير حكم

(يعني أنه يجب إعمال الحيازة) إن أراد القاضي أن يحكم القسمة على المحاجير فلا

(ص): وناب عن حيازة الشهود. ما ذكره هذا الشارح في شرح البيت حسن، ومثله في ابن الناظم، لكن قول الناس توافق الخصمين ربما يتوهم منه أنه لا بد من توافق الخصمين في ذلك، وإلا فلا بد من الحيازة على الوجه المتقدم، مع أنه إذا كان الملك معروفاً لا يلتبس بغيره أصلاً فإنه لا يحتاج معه إلى توافق من ذكر كما يأتي قريباً.

(ص): وواجب إعمالها إن الحكم، البيت. قوله: (يعني أنه يجب إعمال الحيازة الخ) النقل عن المقرب الذي ساقه هذا الشارح تبعاً لنقل ابن الناظم إنما مصبه ثبوت ملك المالك لا الحيازة، لكن ابن الناظم لم يقرر البيت على ما قرر به هذا الشارح إنما ساق النقل فقط، والذي وقفنا عليه من كلام الناس أن القاضي لا يقسم بعد ثبوت الملك، قال الباجي ما نصه: الذي أجمع عليه مالك وقدماه أصحابه ونقله من لا يحصى من الموثقين والأئمة المحققين أنه لا يجوز للقاضي أن يأذن للورثة في القسمة حتى يشئوا أصل الملك لموروثهم واستمراره وحيازتهم والورثة، وبه جرى عمل القضاة بقرطبة وطليطة اه. بلفظه من نوازل المعيار في مسألة الصلح التي وقع النزاع فيما بين التلمسانيين وذكر في المفيد عن الباجي أيضاً ما نصه: إذا طلب بعض الشركاء قسمة الملك الذي بينهم من القاضي فلا يحكم لهم بذلك حتى يثبت عنده أن الملك بينهم اه. وهذه أمور مذكورة في مواضع منها الحبس إذا شهد به على القطع فلا بد من ثبوت الملك للمحبس على خلاف في ذلك انظره في الشرح عند قول المختصر: ووقف في شهادة السماع ومنها الرهن وباع الحاكم إن امتنع، فانظر الشرح هناك وفي الفروع قبيله، ومنها قول المختصر آخر النفقات وبيعت داره بعد ثبوت ملكه الخ. وقوله في الحجر وباع الحاكم بثبوت يتمه الخ، فانظر الشرح في المحليين وعند قوله في الفلس

يقسم بينهم حتى يثبت عنده حيازة موروثهم لما يراد قسمه . قال في المقرب : وفي كتاب ابن حبيب قال عبد الملك : ولا يجوز للقاضي إذا سأله الورثة أو بعضهم أن يقسم بينهم داراً ورثوها أو غير ذلك أن يأمر بقسم ذلك بينهم حتى يثبت عنده أن ذلك الشيء كان للهالك ملكاً له ومالاً حتى هلك عنه ، وأن الهالك كان ساكناً في تلك الدار إن كانت داراً كما يسكن الرجل في دار نفسه حتى هلك فيها ، وإن كانت قرية فلا يجوز له أن يأمر بقسمها بينهم حتى يأتوه بحوز ما كان للهالك منها وصفته بكتاب وشهود يعرفونه ملكاً للهالك أو في يديه وعمارته حتى هلك خيفة أن يدخلوا في قسمتهم ما ليس لهم بحق اهـ .

وَجَازَ أَنْ يُثْبِتَ مِلْكَاً شَهِداً وَبِالْحِيزَةِ سِوَاهُمْ شَهِداً
إِنْ كَانَ ذَا تَسْمِيَةٍ مَعْرُوفَةٍ وَنِسْبَةٍ مَشْهُورَةٍ مَأْلُوفَةٍ

يعني أن من ادعى ملكاً بيد غيره وأقام بينة أنه له أو لموروثه إلا أن البينة لم تعرف حدود ذلك الملك ولم تشهد بها وشهدت له بينة أخرى بحدود ذلك الملك فحازته وتطوفت عليه وعرفت حدوده ومنتهاه ولم تعرف لمن هو فإن الشهادتين تلتق ويثبت الملك للمدعي المذكور ، لكن بشرط أن تكون له تسمية معروفة عند أهل ذلك الموضع أو تسمية مشهورة عندهم ، فالتسمية مثل بعض الأجنة عندنا اشتهرت بأسماء صارت علماً عليها كابن الصفار وابن قضيب وحجاجة واللهب وجنان الخادم ونحو ذلك ، والنسبة مثل الجنان الذي بابه أولاً على يمين الداخل للزنقة الفلانية أو الحانوت الخامسة عن يسار الخارج من سوق كذمار الكذا ونحو ذلك ، فإن أشهد بعض أهل الموضع بأن الجنان المعروف باسم مثل ما ذكرنا هو لذوي فلان يتحقق ذلك بالتواتر المحصل للعمل ربما يكون ذلك الشاهد جاراً لمالكة أو صديقاً له ويهدي له من غلته وفاكهته إلا أنه لا يعرف حدوده ومنتهاه لكونه إنما رآه ودخله مرة واحدة ، وربما يكون لم يدخله قط ، ولكن يتحقق ويعلم أن الجنان المعروف بكذا هو لفلان ، وشهد آخرون بمعرفة حدوده ومنتهاه وما هو من حقه ومرافقه ولا يعلمون لمن هو ، كالخدام الذين يستأجرهم المساقى في الجنان ويخدمون معه المرة بعد المرة ولم تدعهم حاجة لمعرفة ربه ولا تعلق لهم غرض بهما ، فتلتق الشهادتان ويثبت الاستحقاق ، ويظهر والله أعلم أن الواو في قوله ونسبة بمعنى أو لأن كلاً من التسمية والنسبة كاف وحده في اعتماد الشاهد عليه في شهادته . قال في العتبية : وسئل مالك عن رجل هلك وله ورثة وولد وترك أرضاً فخاصم ولده قوم فيها فأقاموا البينة أنها أرضهم ولم يشهدوا على الحدود وشهد قوم على حدود تلك الأرض

وبيع ماله بحضرته الخ ، وهي مواضع كثيرة يطول بنا استقصاؤها ، فأتت ترى كلامهم لا ذكر للحيازة فيها ولا للمحاجير ، ويظهر أن الحيازة تجري على ما تقدم ، فإن عرف المقسوم ولا يلتبس بغيره فلا يحتاج إلى حيازة وإلا احتاج كان المملوك لمحاجير أو رشداء ، هذا الذي يظهر والعلم عند الله تعالى .

(ص) : وجاز أن يثبت ملكاً شهداً . إلى آخر البيت .

ولم يشهدوا أنها لهم وقالوا لا علم لنا لمن هي، قال مالك: إذا شهدوا على الحدود وثبتت شهادة الذين شهدوا أنها لهم رأيتها لهم، قال ابن رشد: هذا كما قال من أن الشهادة في الأرض على المالك تلتفق إلى الشهادة فيها على الحوز، لأن المعنى في ذلك إنما هو الأرض المشهورة المعلومة المسماة التي تتميز بالنسبة أو التسمية عن سواها عند من عرف حدودها، فإذا قال الشهود نعلم أن الأرض الفلانية لفلان ولا نحوزها، وقال غيرهم نحن نعلم حدودها ولا ندري لمن هي وجب أن تلتفق الشهادة في ذلك، إذ لا يقدح في علم من شهد أنها لفلان جهله بحدودها، ولا يقدح في علم من شهد بمعرفة حدودها جهله بملاكها اهـ. قال الشارح: أقول: تعيين العروض والأمتعة والسلاح وما أشبه ذلك والحيوان كله الدواب والأنعام والرقيق وغيرها هو نظير الحيازة في الأصول، وهل يمكن تلتفيق التعيين فيها بشهادة عدلين به مع شهادة مثلهما بالملك؟ هذا مما ينظر فيه وهو في العروض مستبعد الوقوع ولكنه ممكن، ثم قال: وهو في الدواب أقرب كما إذا فرضنا فرساً له اسم علم يتميز به، ثم قال: وهو الرقيق أقرب من هذا التمييز الدقيق بالعلمية والصفة أكثر من الحيوان البهيمي، (ومن هذا القبيل) إثبات العبد والأمة على الصفة. قال في الوثائق المجموعة: وإن كانت يعني الجارية غائبة فالشهادة فيها على النعت والصفة والاسم جائزة ويكتب الحكم الذي شهد فيها عنده على الصفة إلى الحكم في البلدة التي فيها الجارية بما ثبت عنده من الملك فيها على الصفة، ويرسل كتابه مع شاهدين يشهدهما على كتابه الذي يكتب فيه الحكم بالثبوت المذكورة، فإن وجد في تلك البلدة جوار كثيرة على تلك الصفة كلفه الحاكم المكتوب إليه أن يثبت عنده أية واحدة

قوله: (ومن هذا القبيل الخ) هذا قال فيه المختصر: وإن أتى بكتاب قاض أنه قد شهد عندي أن صاحب كتابي هذا فلاناً هرب منه عبده ووصفه فليدفع إليه بذلك، وحاصل ما ذكرناه في الشرح أن الضرورة إذا دعت إلى الصفة فإن ذلك يكفي وإلا فلا، ولكن انظر الشرح عند قول المختصر وإن سأل ذو العدل الخ في كتاب الشهادات، وعند قوله آخر القضاء وحكم بما يتميز الخ، ولا بد والشهادة بالصفة كفت في قول المختصر: وإن أتى بكتاب رجل لأجل الضرورة، وفي مسألة ما إذا استحققت من يده دابة ويذهب بصفتها ليرجع بثمنها على بائعها ولا يذهب بها الذي به العمل لا يكفي إلا الذهاب بها لأنه لا ضرورة تدعو إلى تركها فإن تعذر الذهاب كفت الصفة. ومسألة قول المتن: وإن أتى رجل الخ إنما اكتفى فيه بالصفة للضرورة كما تقدم، ولأن العبد ليس بيد أحد يدعي ملكيته فإنه لا يستحق بالصفة، وهذه الأمور هنا عليها عمل الناس فيها الاستحقاق الشهادة فيه على العين والدابة يذهب بهما، وإنما كان العمل على الذهاب بالدابة لاشتباه الدواب بعضها ببعض كما في ابن عرفة وغيره، وقد تلخص مما تقدم أن الصفة إنما تكفي عند تعذر الشهادة على العين في الرجوع بالثمن وفي الاستحقاق بشرط أن لا يد لأحد على المستحق يدعي ملكيته منهم، ولكن لا بد لا بد من نظر الشرح في المحال المذكورة والله المعين، واقتصار هذا الشارح على ما في ابن فتوح تبعاً لابن الناظم فيه ما فيه، مع أن مسألة ابن فتوح يحتمل أن تكون في الأمة الأبقة وهما قالا ومن هذا القبيل هو إثبات أمة أو عبد على الصفة الخ، فظاهر كلامهما كفاية الصفة مطلقاً وذلك غير صحيح، هذا وما ذكر ابن ناجي من العمل لعله في بلده فافهم.

منهن، وإن لم يوجد غيرها في البلدة لم يكلفه شيئاً من ذلك. قال الشارح: أقول: حيث لم توجد إلا واحدة فهي التي عينها الاسم والصفة.

وَمُشْتَرِي المِثْلِي مَهْمَا يُسْتَحَقَّ
مُنْظَمٌ مَا اشْتَرِيَ فَالتَّخْيِيرُ حَقٌّ
فِي الأَخْذِ لِلْبَاقِي مِنَ المَبِيعِ
بِقِسْطِهِ وَالرَّدُّ لِلْجَمِيعِ
وَإِنْ يَكُنْ مِنْهُ اليَسِيرُ مَا اسْتُحِقَّ
يَلْزِمُهُ البَاقِي بِمَا لَهُ يَحِقُّ

يعني أن من اشترى مثلياً من مكيل أو موزون أو معدود كالقمح والزيت والجوز ثم استحق منه شيء فإنه إن استحق معظمه خير المشتري بين التمسك بما بقي بحصته من الثمن وبين رد الجميع، وإن استحق القليل منه فقط فيلزمه التمسك بالباقي بحصته أيضاً. قال الشارح: واليسير هنا الثلث فأدنى. قال ابن يونس: ولو كان ما ابتاع مكيلاً أو موزوناً فإن استحق القليل منه رجع بحصته من الثمن ولزمه ما بقي، وإن كان كثيراً فهو مخير في أن يحبس ما بقي بحصته من الثمن أو يرده، وكذلك في جزء شائع مما لا ينقسم لأن حصته من الثمن معلومة قبل الرضا به اهـ. ومسألة استحقاق الجزء الشائع مما لا ينقسم تأتي في قول الناظم:

والحلف في تمسك بما بقي بقسطه مما انقسمه اتقي

وتأمل عبارة ابن يونس حيث قال في استحقاق الكبير: فهو مخير بين أن يحبس ما بقي أو يرده، (فهو أحسن من قول الناظم والرّد للجميع)، فإن المستحق أخذ جزأه

(ص): ومشتري المثلي مهما يستحق إلى آخر الأبيات الثلاثة. قوله: (فهو أحسن من قول الناظم والرّد للجميع) أي جميع ما بقي لأنه لا يتوهم رد ما أخذه المستحق فالاعتراض ضعيف، ومضمون ما في النظم هو قول المختصر: ولا يجوز التمسك بأقل استحق أكثره إلا المثلي أي فيجوز، وكلام الناظم هو في اللزوم وعدمه، وقال في المختصر أيضاً: وحرّم التمسك بالأقل إلا المثلي أي فلا يحرم، وقال في المختصر في العيب يوجد في المثلي ما نصه: ولا كلام لواجد في قليل لا ينفك كقاع وإن انفك للبايع التزام الربع بحصته لا أكثر وليس للمشتري التزامه بحصته مطلقاً. وقوله الربع أي فدون. وقوله التزامه أي الصحيح. وقال في المختصر أيضاً: وتلف بعضه أو استحقاقه كعيب به، فاعترض عليه أن كلامه يقتضي أن استحقاق الجل كالعيب بالجل مع أنه في الاستحقاق يخير المشتري في رد جميع ما بقي أو التمسك، وفي العيب يوجب له الخيار في الرضا بالجميع، وليس له التمسك في السالم ورد المعيب إلا برضا البايع بدليل قوله: وليس للمشتري التزامه بحصته مطلقاً، والمعترض هو الحطاب واعتراضه ضعيف غاية وذلك أن مسألة العيب للمبيع موجود كله ولا كذلك مسألة الاستحقاق فلا معنى للتخيير فيه إلا ما ذكر، مع أن ابن يونس فرق بين المسألتين بقوله البايع في العيب إنما باع على أن حمل بعضه بعضاً وله الحجة في رد المعيب عليه ويأخذ المشتري السالم ولا حجة له في الاستحقاق الكثير وإنما للمستحق ذلك من يده، فإذا رضي أن يحبس ما بقي بحصته من الثمن وكان معروفاً لم يكن للبايع حجة فافهم هذا إذ به تفهم اللزوم في المثلي عيباً واستحقاقاً. وأما جواز التمسك فيهما فظاهره مطلقاً من كلام المختصر وقد رأيت، لكن الباجي قال ما نصه: فإن كان المبيع مثلياً فإن استحق أكثر من النصف كان له رد الباقي، وإن كان

وانصرف ولم يبق الكلام إلا في الباقي، وقد تكلم الناظم في هذه الأبيات على استحقاق بعض المثلي، وفي الأبيات الثلاثة بعدها على استحقاق بعض المقوم مع كون المستحق معيناً. وفي البيتين بعدها على استحقاق الجزء الشائع مما يقبل القسمة وما لا يقبلها.

وما له التقويم باستحقاق أنفسيه يُردُّ بالإطلاق
إن كان في مَعْيِنٍ وَلَا يَحِلُّ إمساكُ باقيه لما فيه جهل
وإن يَكُنْ أَقْلُهُ فَالْحَكْمُ أَنْ يَرْجِعَ فِي حِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ

أقل من النصف لزمه الباقي بحصته، وإن كان النصف فابن القاسم يجيز له الرد، وأشهب يلزمه النصف الباقي بنصف الثمن اهـ. بلفظه من منتقاه. ومن المعلوم أن مذهب ابن القاسم مقدم على غيره عند أهل المذهب في الجمل والغالب والنظم، ومن شرحه لم يتعرضوا لمسألة النصف وفي ذلك ما لا يخفى، وفرقوا بين المقوم والمثلي أن المثلي تقصد جمليته والمقوم أفراده، والتمسك بالأقل في المثلي يجوز لأن ما ينوبه من الثمن معلوم، فإن اشترى سقياً بستين درهماً فاستحق منه أربعون مداً فالعشرون الباقية ينوبها من الثمن ثلثه وهو عشرون درهماً، ولا كذلك المقوم فإنه عند استحقاق الجمل انفسخ البيع وما بقي لا يعرف ما ينوبه إلا بعد تقويمه إذ الرجوع في المثلي للكامل مثلاً وقد علم عند اشتراؤه، والمقوم يرجع فيه للتقويم وهو لم يقوم أولاً إليه مع أنه لا يرجع للتسمية إن وقعت، فافهم وانظر ولا بد ولا بد فرقاً نقله هذا الشارح بين العيب والاستحقاق في المثلي عند قول الناظم: وإن يكن على الشياخ المستحق الخ.

(ص): وما له التقويم باستحقاق إلى آخر الأبيات الثلاثة. هذا قال فيه في المختصر ما نصه:

ورد بعض المبيع بحصته ورجع بالقيمة إن كان الثمن سلعة إلا أن يكون الأكثر أو أجد مزدوجين، أو أمأ وولدها، ولا يجوز التمسك بأقل استحق أكثره، وإن كان درهماً وسلعة تساوي عشرة بثوب فاستحقت السلعة وفات الثوب فله قيمة الثوب كاملاً، وقوله استحق أكثره قال المواق: صوابه عيب أكثره لأنه قال في باب الاستحقاق: وإن استحق بعض فكالعيب اهـ. ولكن قف على جوابه في الشرح إن أردت. فقله: ورده بعض الخ معناه تمكين المشتري من رد المعيب والتمسك بالصحيح، أي وليس له أن يرد الجميع أو للبائع أن يلزمه التمسك بالجميع وكأنه قال له التبعيض، وأما إن أراد التمسك بالجميع فلا إشكال في ذلك، وأنه لا كلام للبائع في ذلك، وسيقول المصنف: وتلف بعضه أو استحقاقه كعيب به، وحرم التمسك بالأقل إلا المثلي وبه يتم فهم ما هنا، أعني على نسخة استحق أكثره هنا وهي نسخة المصنف. وقوله: إلا أن يكون الأكثر أي فليس له التبعيض بأن يتمسك بالأقل ويرد الأكثر ويبقى إذا رضي البائع بالتمسك بالأقل فقال المصنف: لا يجوز ذلك بدليل قوله: ولا يجوز التمسك بأقل استحق أكثره مع قوله وتلف بعضه الخ. وما عدا العيب في الكثير والاستحقاق للكثير كالنصف والثلث ونحوهما فلا يحرم التمسك فيهما، بل ذلك باق على أصل الجواز والتمسك من الرد للمعيب، وللباقي بعد الاستحقاق والقلة والكثرة في المقوم باعتبار القيمة، وأما عند بقاء الأقل فيهما فالرد للجميع واجب، والمراد بالكثير ما زاد على النصف ولو ببسیر كما في ابن يونس وهو ظاهر المختصر وغيره، وهذا تحقيق المسألة. قولهم هنا الرد بالحصة في كلام المصنف وغيره يظهر بالتمثيل، فإذا اشترى زيد عشرة أثواب من عمرو فظهر العيب بواحد منها

لما قدم الكلام على استحقاق بعض المثلي تكلم هنا على استحقاق بعض المقوم، يعني أن من اشترى مقوماً فاستحق بعضه فإن كان المستحق جزءاً شائعاً كثلث أو ربع مثلاً فيأتي الكلام عليه في البيتين بعد هذه، وإن كان معيناً كثوب بعينه من أثواب فينظر في ذلك، فإن كان وجه الصفقة وأفضل ما فيها فإنه يرد الجميع ولا يجوز له التمسك بالباقي بعد استحقاق وجه الصفقة، لأن وجه الصفقة وإن كان قليلاً في الحسن فهو كثير في المعنى وغيره قليل، والأقل يتبع الأكثر فيفسخ الجميع، فإذا تمسك بالأقل فكأنه ابتداءً شراءً بثمن مجهول، وإن كان المستحق غير وجه الصفقة فيرجع بقيمة ما استحق ويتمسك بالباقي لأن الصفقة لم تنفسخ كما في استحقاق الجل. قال ابن يونس: قال مالك: ومن اشترى ثياباً كثيرة أو صالح بها عن دعواه فاستحق بعضها أو وجد به عيب قبل قبضها أو بعده، فإن كان ذلك تافهاً رجع بحصته من الثمن فقط، وإن كان وجد الصفقة مثل أن يقع له أكثر من نصف الثمن انتقض ذلك كله ويرد ما بقي، ثم لا يجوز له أن يتماسك بما بقي بحصته من الثمن وإن رضي البائع إذ لا يعرف حتى يقوم وقد وجب الرد فصار بيعاً مؤتلفاً اهـ. فقوله باستحقاق يتعلق ببرد، ومعنى الإطلاق أنه إذا استحق الأنفس فيرد الباقي ولو رضي المتبايعان بعدم الرد، وأخرى في رد الجميع إذا أراد أحدهما دون الآخر فالقول لمن أراد الرد، واسم كان يعود على استحقاق، واحتراز بقوله إن كان في معين من استحقاق الجزء الشائع ويأتي حكمه قريباً، وما من قوله لما فيه جهل مصدرية أي للجهل الحاصل فيه لما ينوب الباقي من الثمن، واسم يكن ضمير المستحق بفتح الحاء، وضمير أمله للمبيع المقوم، وفاعل يرجع ضمير المشتري وضمير حصته للمستحق أيضاً والله أعلم.

وإن يكن على الشَّياعِ الْمُسْتَحَقِّ وَقَبْلَ الْقِسْمَةِ فَالْقَسْمُ أَحَقُّ
وَالْخَلْفُ فِي تَمَسُّكِ بِمَا بَقِيَ بِقِسْطِهِ مِمَّا انْقَسَمَهُ أَتَقِي

يعني أنه إذا كان المستحق جزءاً شائعاً كالثلث والربع ونحو ذلك، فإن كان المستحق

فقومت كلها وتساوت مثلاً فإنها تتقوم ثانياً دون المعيب، فإن ساوت ثمانية فحصة المعيب خمس الثمن فيرجع به، هكذا في كبير التثاني وهو كلام فيه إيهام، والمعنى يقال ما قيمة المبيع كله على أنه سالم من العيب في جميع أجزائه فيقال عشرة، ثم يقال ما قيمة ما عدا المعيب فيقال ثمانية فحصة المعيب خمس الثمن فيرد ويأخذ خمس الثمن الذي دفعه في مقابلة الجميع من المبيع كله كيفما كان الثمن فافهم. وقول المختصر: ورجع بالقيمة الخ مثال ذلك كما في التوضيح من اشترى ستة كتب بدار ثم اطلع على عيب بأحدها ورده فإنه يرجع بنسبته من قيمة الدار لا بجزء من الدار على الأصح لا سدس الدار خلافاً لأشهب، فلو كانت الدار تساوي ستمائة وكل كتاب يساوي مائة فعلى الأصح يأخذ مائة وهو مذهب المدونة والمشهور علله المصنف بضرر الشركة، وهل تعتبر القيمة يوم البيع أو يوم الحكم فيه خلاف، وقول المتن سلعة مراده بها ما عدا المثلي فافهم.

(ص): وإن يكن على الشَّياعِ الْمُسْتَحَقِّ. إلى آخر البيتين. ما ذكره هذا الشارح فيه طول والكلام عليه يطول، وحاصل ما نقلناه عند قول المختصر عاطفاً على ما فيه الخيار أو استحق شائع

بعضه يقبل القسمة بلا ضرر فإنه يقسم، هذا حاصل ما ذكر في البيت الأول، ولم يفد الحكم بعد القسمة وهو والله أعلم كما تقدم في استحقاق بعض المثلي إن استحق القليل فليس للمشتري إلا الرجوع بقيمة ما استحق، وإن استحق الكثير خير في التماسك بما بقي أو رده. قال الخاطب في شرح قول الشيخ خليل: أو استحق اليسير من الأجزاء فيما ينقسم فليس للمشتري إلا الرجوع بقيمة ما استحق اه. يعني وإن استحق الجزء الكثير خير المشتري بين التماسك بما بقي أو رده. ونقل الشارح على فقه هذا البيت قول المقرب إن أراد أن يحبس ما سلم في يديه ويرجع بثمن ما استحق، فإن كان ما اشترى ممّا يكال أو يوزن فذلك له، وإن كان ممّا يباع على العدد وكان الاستحقاق على الأجزاء نصف ما اشترى أو ثلثه أو أقل أو أكثر فذلك له أيضاً، لأن ما رضي به يصير له بثمن معروف اه. وظاهره أن المشتري مخير في رد الباقي والتمسك به سواء كان الباقي قليلاً أو كثيراً، مع أنه فرض المسألة في المثلي فتأمله مع نقل الحطاب المتقدم ومع ما قدم الناظم في المثلي فالله أعلم. فقوله: والخلف في تمسك بما بقي، البيت يعني أنه اختلف فيما إذا استحق جزء شائع ممّا لا يقبل القسمة هل للمشتري أن يتمسك بما بقي أو ليس له ذلك، ويتعين الرد للباقي هذا ظاهر لفظ البيت. ونقل عليه الشارح ما هو صريح في الطرف الأول وهو أن المشتري مخير في التمسك بالباقي أو رده دون تحتم الرد فلم ينقل عليه نصاً ولفظه: وفي المقرب: وسئل ابن القاسم عمّن اشترى شيئاً ممّا لا ينقسم مثل الشجرة أو الثوب فاستحق بعض ذلك فقال للمشتري أن يرد ذلك إن شاء كان الاستحقاق قليلاً أو كثيراً وهذا مثل الرقيق والحيوان اه. وتقدم نحو هذا عن ابن يونس في استحقاق بعض المثلي، وفي الحطاب في المحل المذكور إثر ما تقدم عنه ما نصّه بخلاف استحقاق اليسير من الأجزاء فيما لا ينقسم هذا يكون للمشتري رد الجميع لضرر الشركة واليسير النصف فأقل اه. وقال في شرح قوله في باب القسمة وإن استحق بعض فكالعيب ما نصه: ولا بأس بذكر حكم استحقاق البعض على سبيل الاختصار فنقول: إذا استحق بعض المبيع فلا يخلو إما أن يكون شائعاً أو معيناً، فإن كان شائعاً فإنه يخير المشتري في التمسك ويرجع بحصة الجزء المستحق من الثمن وفي رده لضرر الشركة سواء استحق الأقل أو الأكثر، وإن استحق جزء معين فلا يخلو إما أن يكون مقوماً أو مثلياً، فإن كان مقوماً كالعرض والرقيق والحيوان فإن استحق البعض رجع بحصته بالقيمة لا بالتسمية، وإن استحق وجه الصفقة تعين رد الباقي ولا يجوز التمسك بالأقل وإن كان مثلياً، فإن استحق الأقل رجع بحصته من الثمن، وإن استحق الأكثر خير في التماسك والرجوع بحصته من الثمن وفي الرد، زاد في المدونة أثر هذا القسم الأخير وكذلك في جزء شائع ممّا لا ينقسم لأن حصته من الثمن معلومة قبل الرضا به اه. أي فيخير في التماسك والرد اه. وفي شرح المواق لقول

وإن قل أن المسائل دائرة على وجود الضرر، فما وجد باستحقاقه ضرر المشتري ثبت له الخيار وإلا فلا، ومثال الضرر إذا اشترى دابة مثلاً واستحق منها جزء شائع كثر أو قل، وأما استحقاق واحد من ثلاثة أعبد أو أربعة فتارة وتارة، انظر الشرح إن شئت.

الشيخ خليل أو استحق شائع وإن قل ما نصّه: انظر هذا مع ما يتقرر، قال عيسى: قلت لابن القاسم إذا استحق عبد من الرقيق أو عبدان أو شيء يكون من الرقيق يسيراً في عددهم أيلزم المبيع إذا كان الاستحقاق من عبيد بأعيانهم؟ قال نعم، قلت: رأيت إن كان الاستحقاق اليسير سهماً استحقه رجل في جميع الرقيق بعد منع الوطاء إن كان فيها جارية؟ قال: سواء استحق في جميعها سهماً أو عبيداً بأعيانهم إن كان يسيراً لزمه البيع وقيل له قاسم شريكك انظره أبداً كل شيء يستحق وهو يقسم رقيقاً كان أو غير ذلك، فإن كان الذي استحق منه يسيراً لزمه البيع، وإذا كان ممّا لا ينقسم في الرقيق والحيوان ردّه إن شاء، كان الذي استحق منه قليلاً أو كثيراً، قيل: رأيت إن كان في غير الحيوان الذي لا ينقسم مثل الشجرة؟ قال: هو كاستحقاق اليسير من العدد لا يكون للمشتري إلا الرجوع بقيمة ما استحق، بخلاف استحقاق اليسير من الأجزاء فيما لا ينقسم، وهذا يكون رد الجميع لضرر الشركة، فهو تفسير لسائر الروايات، واليسير النصف فأقل والكثير الجمل وما زاد على النصف، وهذا في العروض عند ابن القاسم بخلاف الطعام، وما كان في معناه من المكيل والموزون فإنه يرى فيه استحقاق الثلث فما زاد كثيراً اهـ. وفي شرح شيخ شيوخنا العالم المتفطن أبي العباس سيدي أحمد المنجور للنظم المسمّى بالمنهج المنتخب في قواعد المذهب للإمام سيدي علي بن قاسم الزقاق في شرح قوله: هل اليسارة بنفس تعتبر، إلى آخر ما نصّه ابن رشد: والدار إن استحق عشرها أو أقل منه وكانت لا تنقسم أعشاراً فله ردّ جميعها بخلاف ما إذا كانت تنقسم، وفي التقييد ابن رشد في كتاب الاستحقاق من البيان والردّ يجب إذا استحق ما هو كثير كثلث الدار أو ما فيه ضرر ولو كان يسيراً كالعشر، فإن اشترى داراً واستحق عشرها فإن كانت الدار لا تتجزأ أعشاراً أو كانت تتجزأ ولم يكن لكل جزء مدخل ومخرج على حدة أو كان لكل جزء مدخل ومخرج على حدة إلا أن التجزي ينقص من الثمن فإن له الرد في هذه الوجوه كلها، فإن كانت تتجزأ أعشاراً ولكل جزء مدخل ومخرج على حدة ولم ينقص ذلك من ثمنها فلا ردّ له وهذا في دار السكنى، وأما دار الغلة فلا ترد إلا باستحقاق الثلث، وأما إن كانت دوراً عدداً فاستحق بعض أعيانها فإنها إذ ذاك بمنزلة العروض إن استحق الجمل فأكثر كان له الرد، ثم قال في تعداد المسائل التي النصف فيها يسير والكثير ما فوّه منها ما إذا تعدد المبيع فاستحق بعضه أو اطلع على عيبه، فإن كان ذلك وجه الصفقة وهو ما فوق النصف كخمسة أثواب متساوية القيمة يستحق منها ثلاثة أو يثبت عيبها ففي العيب يخير المشتري بين أن يتماسك بالجميع أو يرد الجميع، وفي الاستحقاق يتعين ردّ الباقي على المشهور، وإن كان ذلك في النصف فأقل ففي العيب ليس له إلا ردّ المعيب بحصته يوم عقده، وفي الاستحقاق يرجع بما ينوب المستحق وليس له ردّ الباقي اهـ. ثم قال في شرح قوله في النظم المذكور:

كذلك جزء عروض يستحق فخذ إن أمكن القسم وخير إن عدم

ما نصه يعني بالجزء الجزء الشائع، وبالعروض ما عدا الدور والطعام وما في معناه

من المكيل والموزون، والمعنى أن العرض إذا استحق منه جزء شائع والغرض بما ينقسم، فإن كان المستحق النصف فأقل فلا يكون للمشتري إلا الرجوع بقيمة ما استحق، وإن كان أكثر من النصف فهو مختير في التمسك بالباقي أو الرد، بخلاف ما لا ينقسم فله الرد مطلقاً كان السهم المستحق يسيراً أو كثيراً، وتقدم هذا من كلام ابن رشد اهـ.

وإن يكن في الشيء مال المسلم فهو له من قبل قسم المقتسم
وإن يقم من بعد ما قد قسما فهو به أولى بما تقوما

يعني أن المسلمين إذا غنموا غنيمة فوجدوا فيها مال مسلم معين كزيد أو عمرو فإن عرف ذلك قبل قسم الغنيمة فهو لربه من غير ثمن، وإن لم يعرف ذلك إلا بعد القسمة فلا يأخذه ربه إن شاء إلا بالثمن الذي قوم به حين القسم، وكذلك ما عرف أنه لذمي يجري على هذا التفصيل. ابن الحاجب: وإذا ثبت أن في الغنيمة مال مسلم أو ذمي قبل القسم فإن علم ربه بعينه حاضراً أو غائباً ردّ مجاناً وإن لم يعلم بعينه قسم ولم يوقف، التوضيح: إذا عرف ربه وكان حاضراً ولم يقسم فإنه يدفع إليه مجاناً أي بغير عوض، وإن كان غائباً فقال محمد: إن كان حملة خيراً لربه فعل ذلك وأخذ منه الكراء، وإن لم يكن حملة أرفق بيع وينفذ فيه الإمام البيع ولا يكون لربه غير الثمن، وإن عرف أنه لمسلم أو ذمي ولكن لم يعرف بعينه فالمشهور أنه يقسم تغليياً لحق المجاهدين. وقال ابن المواز وعبد الوهاب: يوقف ابن عبد السلام، لكن مذهب ابن المواز يوقف ما رجب العلم بصاحبه، وظاهر كلام القاضي وقفه مطلقاً. ثم قال ابن الحاجب: وإن ثبت بعد القسم فلما لكانه إن شاء أخذه بثمنه إن علم وإلاً بقيمته. التوضيح: هذا قسيم قوله قبل القسم، يعني إن ثبت أنه مال مسلم معين بعد القسم فلما لكانه أخذه إن شاء بالثمن أي بالقدر الذي قوم به في الغنيمة، قال في البيان: ولا خلاف في المذهب أن لرب السلعة أن يأخذها إن شاء، فإن لم يعلم ذلك القدر أو لم يشتره أخذه بالقيمة. ابن راشد: وتكون القيمة يوم القسمة اهـ. ببعض اختصار. وفي الشارح عن المقرب: وسواء في هذا إن كانوا عبيداً أحرزهم أهل الشرك أو أبق العبيد إليهم، فإذا لم يعرفوا أصحابه اقتسموه وأهل الذمة في هذا بمنزلة المسلمين. ثم قال: قال ابن القاسم: وإذا أحرز أهل الشرك جارية لمسلم ثم غنمها المسلمون فلا يحل لمن صارت إليه في سهامه أن يطأها إذا علم أنها لمسلم، قال ابن

(ص): وإن يكن في الشيء مال المسلم. إلى آخر البيتين. كلام هذا الشارح حسن في شرح هذه الآيات، والمسألة صعبة طويلة باعتبار تفرعها، والناظم على عادته ذكر قلاً من كثر، ونقطة من بحر، فتتبع المسألة في شروح المختصر الذي استوفى المسألة، والمسألة أشار لها في الجهاد حيث قال: وأخذ معين وإن ذمياً. ما عرف له قبله مجاناً وحلف أنه ملكه وحمل له إن كان خيراً وإلا بيع ولم يمس قسمه إلا لتأول على الأحسن لا إن لم يتعين بخلاف اللقطة، فانظر كم ترك الناظم من كلام المختصر فيما تكلم عليه. أما ما زاده صاحب المختصر بعد هذا فكثير مع تعبير المصنف بقوله ما عرف له ولم يقل ما ثبت له، وتكلم الناس على المسألة ابن عرفة وابن عبد السلام وغيرهما ولم نتكلم على ذلك لأن المسألة لم يذكرها الناظم فكيف نذكرها هنا؟

القاسم: وكذلك لو اشتراها من العدو لا أحب له أن يطأها اشتراها في بلاد الحرب أو في بلاد المسلمين، فإن وطئها فحلّت كانت أم ولد ولا ترد على صاحبها الأول، وكذلك إن أعتقها مضى عتقه اهـ.

(تنبيه: أطلق الناظم) الفيء على الغنيمة، والاصطلاح أن من ملك مال الحربي إما غنيمة أو مختص بأخذه أو فيء فالغنيمة ما كان بقتال أو بحيث يقاتل عليه، فقوله ما كان بقتال أي ما ملك بقتال احترز به ممّا ملك بشراء أو هبة أو غير ذلك، وزاد قوله أو بحيث يقاتل عليه ليدخل فيه ما انجلى عنه أهله بعد نزول الجيش، وأما ما انجلى عنه أهله قبل خروج الجيش فهو فيء، والمختص بأخذه ما أخذ من مال حربي غير مؤمن علمه أو كرهها دون صلح ولا قتال مسلم ولا قصده بخروجه إليه، مثاله ما هرب به أسير أو تاجر أو من أسلم بدار الحرب وخرج بماله أو ما غنمه الذميون والفيء ما سواهما أي ما سوى الغنيمة، وسوى المختص بأخذه المذكورين، فإن كان الفقه المذكور في مال المسلم أو الذمي يوجد في الغنيمة يجري فيه إذا وجد في الفيء وهو الظاهر، لأنه إذا أخذ مال المسلم من الغنيمة وأهلها محصورون وهم الغانمون فأحرى أن يؤخذ من الفيء الذي هو للمصالح العامة، فإن كان كذلك فتعبير الناظم بالفيء صحيح، ويقال: وكذا إن وجد في الغنيمة أو أنه توسع وأطلق الفيء على الفيء والغنيمة معاً وإن لم يكن الحكم موافقاً فلا يخفى ما في تعبيره بالفيء والله أعلم. وإنما قلنا أن الناظم أطلق الفيء على الغنيمة لأن الفقهاء إنما يعبرون في الكلام على المسألة بالغنيمة لا بالفيء، وتفصيلهم بين أن يعرف المال قبل القسمة أو بعدما صريح في أن المراد الغنيمة، إذ هي التي تقسم لا الفيء، والله أعلم بالصواب.

وَمُشْتَرٍ وَحَائِزٌ مَا سَاقَ مَنْ أَمَّنَ لَا يُؤْخَذُ مِنْهُ بِالثَّمَنِ

يعني أن الحربي إذا قدم إلينا بأمان وفي يده شيء من أموال المسلمين فباعه أو وهبه لمسلم أو ذمي فليس لمالكة المسلم نزعه من يد مشتريه أو الموهوب له بالثمن ولا بغير ثمن ولكن يكره لغير مالكة شراء ذلك منهم، وهذه المسألة هي مسألة الناظم وهي ما

قوله: (تنبيه أطلق الناظم الخ) المدونة وغيرها ممن يكثر عده إنما ذكروا ما تقدم فيما غنم، ولكن من جهة المعنى الظاهر أنه لا فرق وهو الذي أشار إليه هذا الشارح وهو ظاهر، ويدل له كلام ابن بشير الذي نقله المواق عند قول المختصر: وكره لغير المالك، وما ذكره ابن الناظم هنا من الكلام بين ابن رشد وغيره فليُنظر عند قول المتن أعني متن المختصر: وانتزع الخ.

(ص): ومشتري وحائز ما ساق من، البيت. هذه المسائل التي أشار لها هذا الشارح كلها في المختصر مع مسألة الناظم، أما مسألة الناظم فهي قول المختصر بعد ذكره كلاماً في المستأمن ما نصه: وكره لغير المالك اشتراء سلعة وقاتت به وبهبتهم لها وانتزع ما سرق ثم عيد به على الأظهر لا أحرار مسلمون قدموا بهم وملك بإسلامه غير الحر المسلم الخ. وأما ما قدم به من دخل دار الحرب فهو قوله: والمسلم أو ذمي أخذ ما وهبوه بدارهم مجاناً وبعوض فإن لم يبيع فيمضي ولمالكة الثمن

قدموا به لبلدنا، وأما من ذهب لبلدهم واشترى ذلك منهم أو وهبوه له وقدم به فإن لربه أن يأخذه ممن اشتراه بالثمن الذي اشتراه به وممن وهب له بلا ثمن. قال في التوضيح: نص ابن القاسم في المدونة على أنه إن اشترى من المستأمن أحد أنه لا يكون لربه أخذه ولو بالثمن بخلاف ما يشتريه من الحربي ببلد الحرب، قال في المدونة: (لأن الحربي لو وهب) عبید المسلمين في بلاد الحرب فقدم بهم كان لربهم أخذهم بغير ثمن، والذي قدم إلينا بأمان لو وهبهم لأحد لم يأخذهم سيدهم اه. فقله إذا اشترى من المستأمن أي اشترى منه في بلدنا ولذلك سمّاه مستأمنًا، وقابله بالمشتري من الحربي ببلد الحرب، وقوله عبیداً لا خصوصية للعبید والله أعلم وإنما هو فرض مثال. وفي الشارح عن المقرب ما نصّه: قال ابن القاسم من دخل إلينا من أهل الحرب ومعه عبید لأهل الإسلام كان العدو قد أسرهم لم يؤخذوا منه لا بالثمن ولا بالقيمة، وكذلك لو أسلم بعدما دخل وهو بمنزلة من أسلم على مال بيده لمسلم، وإن باع ما بيده من ذلك من مسلم أو ذمي نفذ بيعه ولم يكن لأصحابه أن يأخذوه من المشتري، وكذلك لو أسلموا على رأس من أهل ذمتنا كانوا رقيقاً لهم وأهل ذمتنا في هذا كعبيدنا اه. فقله: وإن باع ما بيده من ذلك هي مسألة الناظم، وتقدمت مسألة الهبة عن المدونة آخر كلام التوضيح المنقول آنفاً. وأما مسألة من اشترى منهم أو وهبوه ببلدهم فقال في المدونة: وإن دخلت إلى بلد الحرب فابتعت عبداً لمسلم من حربي أسره أو أبق إليه أو وهبه لك الحربي وكافأته عليه فليسيدته أخذه بعد أن يدفع إليك ما وديت فيه من ثمن أو عوض وإن لم تشب واهبك أخذه ربه بغير شيء اه. على نقل المواق. فقول الناظم: ما ساق ما اسم موصول في محل نصب يتنازع فيه مشتر وحائز. وقوله: وحائز أي بغير شراء وهو الموهوب له والعائد محذوف أي ساقه ومن فاعل ساق وأمن بضم الهمزة وشد الميم مكسورة صلة من، وجملة لا يؤخذ خير مشتر وبالثمن يتعلق بيؤخذ المنفي.

وَيُؤْخَذُ الْمَأْخُودُ مِنْ لِصِّ بِلَا شَيْءٍ وَمَا يُفْدى بِمَا قَدْ بُدِّلَا

يعني أن من وجد مال غيره بيد لص فأخذه منه بغير عوض (ليرده لربه) فإن لربه أخذه ممن أخذه من اللص بغير عوض أيضاً وإلى ذلك أشار بقوله: ويأخذ المأخوذ من لص بلا شيء، وأما إن أخذه من اللص بقاء وعوض فلا يأخذه ربه حتى يدفع إليه ذلك العوض الذي فداه به، وعلى ذلك نبه بقوله: وما يفدى بما قد بدلا. قال ابن سلمون:

أو الزائد اه. قوله: (لأن الحربي لو وهب الخ) هذا لم يظهر لأنه يقال وأي فرق بين الهبتين حتى قيل في واحدة ما لم يقل في الأخرى؟ ولذلك قال اللخمي ما نصه: والذي يشبه على مذهب مالك أن له أن يأخذه بالثمن الذي اشتراه به وفي الهبة يأخذه بغير ثمن وهذا أحسن، ولا فرق بين أن يشتريه منه وهو بأرض الحرب أو وهو بأرض الإسلام اه. فأنت تراه ظهر له التسوية بين المسألتين والناظم ذكر مسألة المستأمن وترك صاحبها المشابهة لها وفي ذلك ما لا يخفى.

(ص): ويؤخذ المأخوذ من لص بلا، البيت. قوله: (ليرده لربه الخ) لا مفهوم لهذا إذ لا فرق بين أن يأخذه لنفسه أو لربه، أو لانية له في أحدهما في القسم الذي لم يدفع فيه شيئاً، وإنما الكلام

وكذلك ما أخذه من أيدي اللصوص فله أخذه بلا ثمن، فإن فدى منهم بشيء فعليه أداء ما فدى به اهـ. المواق عن ابن بشير في رجوع من فدى ما بيد لص بفدائه على ربه خلاف معروف. ابن عرفة: كثير عروض هذه النازلة بإقليمنا، والأظهر إن فداءه بحيث يرجى لربه خلاصه من اللص بأمر حرمان فاديه وما ذكر ابن يونس إلا أخذه بالفداء اهـ. وفي شرح الرسالة لابن ناجي: واختلف المذهب فيما فدى من أيدي اللصوص هل يأخذه ربه مجاناً أو بالثمن الذي فداه؟ قال: وهذا هو الذي يميل إليه بعض من يرتضي من شيوخنا لكثرة النهب في بلادنا، فيحلّ من له وجهة عند الأعراب أو من يعتقدون فيه إجابة الدعوة فيفتدي من أيديهم من بعض ما ينتهبونه بأقل من قيمته، فلو أخذه مالكة من يد من فداءه بغير شيء كان سداً لهذا الباب مع شدة حاجة الناس إليه. قلت: وبه كان شيخنا أبو عبدالله الشيبيني يفتي ويوجهه بما تقدم قائلًا: (إلا أن يكون ربهما يقدر) على تخليصها بغير شيء، ولا يعد أن يكون هذا مراد من ذهب إلى القول الثاني. قال ابن هارون: والقولان إذا قصد به الفداء لربه، وأما إن قصد به الفداء لنفسه وقصد بذلك تملكه (فلا يختلف أن لربه أخذه مجاناً) كالأستحقاق. قال ابن عبد السلام: وكثيراً ما يسأل عنه بعض من هو منتصب لتخليص ما بأيدي المنتهبين هل يكون للأخذ الأجرة على ذلك أم لا؟ ولا شك أنه إن دفع الفداء من عنده (فلا تجوز له الأجرة لأنه سلف) وإجارة، وإن كان الدافع غيره

في الثاني بدليل أنقاله نفسه في القسم الثاني ولم يذكر أحد هذا في القسم الأول فافهم. قوله: (إلا أن يكون ربهما يقدر الخ) هذا القيد يظهر إن كان القادي يعلم أن ربه يقدر على الفك المذكور، وأما إذا لم يعلم فلا يظهر أصلاً لأن القادي لا يخاطر بماله مع احتمال أنه لا يأخذه، وهذا ينافي قولهم المراد عدم سد هذا الباب وهذا من جملة سده فافهمه منصفاً. وانظر الكلام الذي في الفائدة هنا هل يظهر منه شيء مما أشرنا إليه؟

قوله: (فلا يختلف أن لربه أخذه مجاناً الخ) هذا لم يظهر لنا، وهب أنه افتكه بنية تملكه لنفسه فإنه قضى حاجة لمالكه إذ لولا شراؤه ربما يفوت المال عن مالكه، ولكن هذا كالمشتري من الغاصب عالماً بغصبه واللصوص ربما يكون أمرهم أشد من الغصاب المعروفين، إذ اللصوص قد يكون لا فرار لهم فيفوت المال على ربه إن لم يفد، ولا كذلك الغصاب المعروفون كما تراه هنا، والحاصل إن كان اللص كالغاصب فما قاله ابن هارون صحيح وإلا فذلك لم يظهر لنا وقدمنا عند قول النظم: وما يبيع من عليه حسباً الخ أن الغاصب إذا اشترى أحد منه عالماً بغصبه أنه يرجع على الغاصب بما أعطاه من الثمن على الرجح وقيل لا، وأما المغصوب منه فيأخذ ماله مجاناً. قوله: (فلا تجوز له الأجرة لأنه سلف الخ) ربما يغتفر هذا للضرورة هنا لأن القادي إن لم يعط الأجرة يقصر في هذا فيتضرر أرباب الأموال، وكم اغتفر الناس من أمثال هذا كمسألة السفائح وتسليف أموال للتجار لأجل أن تحفظ، وترى هنا أن مسألة اللصوص أصعب من غيرها بمراحل، وانظر المواق صدر الإجارة، وانظر الشرح في القرض عند قول المتن كسفتجة ومن وقعت له الوقائع مع اللصوص يعرف هذا، لا سيما في المسافرين للسودان بالأموال الثقيلة ذوات الأثمان الكثيرة، وقد قال ابن بشير في منفعة السلف ما نصه: إن تمحضت المنفعة للأخذ جاز اتفاقاً، وإن تمحضت للدافع منع اتفاقاً، وكذا إن كانت لهما ولا ضرورة فإن دعت إليه ضرورة أو قلت منفعة الدافع

ففي إجازة ذلك مجال للنظر اهـ. فقولُه بلا شيء يحتمل أن يتعلّق بياخذ أي يأخذ رب الشيء بلا شيء أي ثمن ولا عوض الشيء المأخوذ من اللص، يعني إذا لم يدفع أخذه

فقولان، وما تدعو إليه الضرورة السفاتج الخ، انظر تمامه في الشرح، والضرورة في اللصوص أقوى من السفاتج بمراحل، لأن مسألة اللصوص احتوى اللص على مال الغير وحال بينه وبينه، وأكثر ما يكون ذلك في بلاد الأعراب الذين لا قرار لهم كقبائل الغنائم وأولاد أدليم والتوراك قطع الله شوكتهم، فمن قطع عليه الطريق جماعة من هؤلاء وذهبوا بأمواله وهم في الفيافي والقفار مع قلة المياه غاية في هذه البلدان ولا سلطان يرجع إليه فيها إذ لا حكومة لسلطان المسلمين عليهم غالباً كما هو مشاهد، ولا شاهد فيشهد عليهم مع تفرقهم بعد أخذ الأموال وقسمها، فكيف يكون حال هذا المنهوب ماله؟ وأي ضرورة أعظم من هذه باعتبار نهب الأموال فيظهر الإنفاق في المسألة على اغتفار سلف جر نفعاً وكذا سلف وإجارة، فافهم قول المختصر في كتاب الجهاد والأحسن في المفدى من لص أخذه بالفداء هو الذي كان يميل إليه ابن عرفة، وهو قول السيوري كما في نوازل العيوب من المعيار، وهو قول ابن يونس كما في المواق، وظهره لا يخفى على فاهم منصف مجرب للأمور وعارف بوقائع الدهور حتى اطلع على عدة هذه الأمور الصعاب التي تصدر من لصوص الأعراب وخالف المسائل الفقهية غاية.

فائدة تشبه مسألة اللصوص: قال في نوازل الرهن وما معه من المعيار ما نصه: سئل سيدي قاسم العقباني عن صالح عن مال أهل القرية وأمتعتهم هل يرجع عليهم أم لا؟ فأجاب بأن قال للرجل الرجوع على أهل القرية بما صالح به من المال على حفظ أموالهم وأمتعتهم من أخذ الغصاب، ومسألة اللصوص التي أشرتم إليها والخفير يعطى مالا على أموال التجار وأهل القافلة إلى غير هذا من المسائل تشهد بلزوم هذا المعنى في كتاب الحمالة من المدونة وما يقتضيه، ولكن من علم منه كأهل القرية أنه كان يخلص ماله بغير شيء أو بأقل مما ينوبه في هذه المحاصة كان له مقال. وسئل الشيخ الإمام سيدي محمد بن مرزوق عن نظيرتها بما نصه: من دفع مالا لفداء مطمورة رجل وقد تمكن الغاصب من أخذها ولولا ما دفع عنه لحملها ولا يمكن تلخيصها بغير ذلك ولا بأقل منه وكان ذلك نظراً لربها فله الرجوع عليه بما دفعه عنه أو يتركها له على الخلاف الذي أشرتم إليه فيما فدى من أيدي اللصوص، وإن لم يكن الغاصب تمكن من المطمورة ولا عرفها وأعطى الرجل ما أعطى ليخلص نفسه من التعرض للدلالة على مال محترم، وإن كان لا يغرمه على قول آخر تنزيهاً لنفسه فلا رجوع عليه أيضاً، والقولان في غرم من دل غاصباً على مطمورة لغيره، حكاها ابن يونس في آخر كتاب الغصب عن ابن أبي زيد لمتأخري الأصحاب، واختار ابن أبي زيد الغرم اهـ. بلفظه في جميع ما تقدم. وفي كتاب الوديعة من البيان: أما ما علم به مثل المتاع يوجه به الرجل من بلد إلى بلد مع رجل وقد علم أن بالطريق مكاساً يغرم الناس على ما يمرون به عليه من المتاع فلا ينبغي أن يختلف في أنه يجب على رب المتاع الرجل ما غرمه على المتاع، وقد رأيت ذلك لابن دحون وقال: إنه بمنزلة الرجل يتعدى عليه السلطان فيغرمه فيتسلف ما يغرم فذلك دين لازم وهو حلال لمن أسلفه، وجهه ما ذهب إليه أنه لما علم إذ بعث بالمتاع معه أنه سيفرمه عليه فكأنه سأله أن يسلفه ما يلزمه من الغرم على متاعه اهـ. وفي المعيار قبيل نوازل الشهادات ومن هذا الأوصياء والمقدمون على الأيتام تكون بأيديهم أملاك لهم أي للأيتام فيغرمون عليها المظالم التي على أملاكهم

للص شيئاً بدليل مقابله بقوله وما يفدى بما قد بذلا، ويحتمل أن يتعلق بالمأخوذ أي أن
المأخوذ بلا ثمن من اللص لربه أخذه أي كذلك بلا ثمن، وهو مقيد أيضاً بما إذا لم يعط
أخذه للص شيئاً بدليل مقابله كما مر، والبذل العطاء أي بما قد أعطى ودفع فيه والله أعلم.

فصل في العارية والوديعة والأمناء

قال في التوضيح: هي مشددة الياء، الجوهرية: وكأنها منسوبة إلى العار لأن طلبها
عار وعيب، وأنكر على الجوهرية كونها منسوبة إلى العار لأنه لو كان كذلك لقالوا
يتعيرون لأن العار عينه ياء، والعارية عند غيره مأخوذة من المعاورة وهي الأخذ والإعطاء،
يقال هم يتعاورون من جيرانهم أي يأخذون ويعطون اهـ. وانظر الرضاع فقد تكلم مع
الجوهرية بأكثر من هذا، وحدها ابن عرفة بقوله مصدراً أو اسماً على عادته إذا كان
للحقيقة العرفية معينان: (فالمعنى المصدرية) تملك منفعة مؤقتة لا بعوض فخرج بقوله
منفعة تملك الذوات (مع أن الملك الحقيقي) في الذوات ليس إلا لخالقها ولكن القصد

ولا تلزمهم بالشرع فإنه لا يلزم المقدمين منها شيء ويحاسبونهم بما أعطوا عليهم من ذلك وهي
لسحنون في النوادر، ومنه أيضاً ما يدفع من المغارم المعتادة المسماة بالعوائد كان ابن عرفة يلزمها
للمبضع والمقارض لأنها معتادة مدخول عليها وتحسب من رأس المال لا الريح وفي نوازل الغصب
عن القاسبي شيء من هذا الخ، وذكر ابن رشد أيضاً ما نصه: من وضعت عنده وديعة فعدا عليها عاد
فأغرمه مالاً على الوديعة أنه لا يرجع على رب الوديعة وقد قيل يرجع، وعلى هذا يأتي قول ابن
وهب في المبسوط في الخليطين الخ. قال كاتبه عفا الله عنه وتقبل منه: ووقع جواب في حدود
عشرة بعد مائة وألف في إغرام الأوصياء الوظائف عن متاع المحاجير ووافق على هذا الجواب جل
أهل الوقت، وحاصل الجواب أن الأوصياء يرجعون إذا كان الوظيف منضبطاً وكان المحاجير
مقصودين بالغرم من الجانب وكذا ما أعطوه من يجري في نقص الغرم عنهم بعض النقص حكمه
حكم الغرم المقصود، وإن لم يظهر القصد للأيتام فلينظر إلى العرف الخ. ولا شك أن هذا جواب
حق وقد كنت ممن وافق على صحته، وقول ابن رشد لا رجوع في مسألة إذا كان المودع أعطى
لفكاكها فهو مخالف لما قاله العقباني وابن مرزوق وإلا فالأمر محتمل والظاهر عدم الرجوع،
وقولهم إذا كان الوظيف منضبطاً مفهومه أنه إذا لم ينضبط فإنه لا رجوع، والمتعين هو النظر لعرف
البلد ودعوى الوصي مثلاً، فإن أشبه قوله فالرجوع وإلا فلا، والمذهب في دلالة اللص هو الغرم،
وبينا ذلك عند قول المختصر أو دل لصاً، وأن ما في المختصر خلاف الراجح.

فصل في العارية والوديعة والأمناء

قوله: (فالمعنى المصدرية الخ) لم يتم هذا الشارح كلام ابن عرفة ونصه هي مصدراً تملك
منفعة مؤقتة لا بعوض فتدخل العمري والإخدام لا الحبس واسماً مال ذو منفعة مؤقتة ملك بغير
عوض الخ. وانظر اعتراضه على ابن شاس وابن الحاجب في رسم العارية مع كون ما ذكره هو
للقاضي في الشرح وقول هذا الشارح لأن المراد العارية بالمعنى الأخص مع رسمي ابن عرفة. قوله:
(مع أن الملك الحقيقي الخ) انظر بطلان هذا عند قول المختصر: والملك للواقف فلو كانت الذوات

كمال التصرف المطلق، ويخرج بالمنفعة تملك الانتفاع لأن العارية فيها ملك المنفعة وهو أخص من الانتفاع لأن له أن يعير لمثله بخلاف الانتفاع، وخرج بقوله مؤقتة تملك المنفعة المطلقة كما إذا ملك العبد منفعة نفسه وهبها إياه فإنه يصدق عليه ذلك وليس بعارية، ولا يدخل الحبس بذلك لما قلنا (من أن الحبس فيه ملك الانتفاع) لا المنفعة، على أنه لا يقال ذلك فيه بالإطلاق ولأنه غير مؤقت أيضاً. وقوله لا بعوض أخرج به الإجارة لأنها بعوض، ويعني بالتوقيت إما لفظاً أو عادة، ولا تدخل العمري والإخدام لأن المراد العارية بالمعنى الأخص وأما بالمعنى الأعم فتدخلان انظر الرضاع، وأما حدّها اسماً فهي مال ذو منفعة مؤقتة ملكت بغير عوض، ويأتي الكلام على الوديعة والأمناء إن شاء الله تعالى.

وَمَا اسْتُعِيرَ رَدَّهُ مُسْتَوْجِبٌ وَمَا ضَمَانُ الْمُسْتَعِيرِ يَجِبُ
إِلَّا بِقَابِلِ الْمَغِيبِ لَمْ تَقُمْ بَيْنَةً عَلَيْهِ أَنَّهُ عُدِمَ
أَوْ مَا الْمَعَارِ فِيهِ قَدْ تَحَقَّقَا تَعَدُّ أَوْ فَرَطٌ فِيهِ مَطْلَقَا

يعني أن من استعار شيئاً فإنه يجب عليه رده لربه، يعني بعد مضي ما يعار ذلك الشيء لمثله من الزمان، وأشار بذلك لحديث «العارية مؤداة» أي يجب ردها وتاديتها لصاحبها بحيث لا يتركها المستعير عنده بعد أن قضى أربه منها حتى يأتي ربهها إليها، بل تكون مؤداة ردها على المستعير وهو الذي استظهر ابن رشد. (قال في التوضيح: فرع): قال في المقدمات: وأجرة حمل العارية على المستعير، واختلف في أجرة ردها ف قيل على المستعير وهو الأظهر، وقيل على المعير. أبو الحسن: واختلف في علف الدابة المعارة ف قيل على المعير وقيل على المستعير اهـ. وإلى هذا أشار بالشرط الأول. ثم تكلم على ضمان الشيء المعار وأخبر أن المستعير (لا يضمن العارية إلا في وجهين)، أحدهما: أن

لا يملكها المخلوق لم يصح قوله والمملك للواقف لأن منفعة الحبس ملكها المحبس عليه، والذي يملك للمخلوق المنافع يملكه الذوات وهذه أمور فعلية، والمملك حقيقة استحقاق التصرف في الشيء كما في ابن عرفة وغيره وغير هذا لا عبرة به. قوله: (من أن الحبس فيه ملك الانتفاع الخ) هذا الإطلاق غير صحيح إذ المنفعة ما يصح المعاوضة عنه كحبس دار على اثنين ولم يشترط المحبس عليها خصوص سكنها والانتفاع إنما ينتفع به فقط كمنفعة الجلوس في المساجد ونحو ذلك، ولأجل أن منفعة الحبس يعوض عنها. قال في المختصر صدر الرهن: وهل ينتقل لخدمته قولان كظهور حبس دار الخ، وانظر كتاب الحبس في مواضع منه تجد هذا في كلام الناس كثيراً.

(ص): وما استعير رده مستوجب. إلى آخر الأبيات الثلاثة. قوله: (قال في التوضيح فرع الخ) هذا هو قوله في مختصره، ومؤداة أخذها على المستعير كرددها على الأظهر، وفي علف الدابة قولان، قال ابن ناجي على المدونة في حمل العارية ورددها إن كان عرف اتبع في ذلك الخ، والراجع في العلف هو على المعير انظر الشرح. قوله: (لا يضمن العارية إلا في وجهين الخ) صاحب المختصر قال في هذا ما نصه: وضمن المغيب عليه إلا لبينة وهل وإن شرط نفيه تردد لا

تكون العارية ممّا يغاب عليه ولم تقم بينة على هلاكها. الثاني: أن يثبت تعدي المعير أو تفريطه في العارية حتى هلكت كانت ممّا يغاب عليه أم لا وهو الذي يعني بالإطلاق، فإن قامت بينة على هلاكها فلا ضمان على المستعير كانت ممّا يغاب عليه أم لا، وكذا لا يضمنها إن كانت ممّا يغاب عليه ولم يثبت تفريطه ولا تعديه. قال في الجواهر: والعارية في ضمان صاحبها إن تحقق هلاكها من غير تعد ولا تفريط من جانب المستعير إلا أنها نوعان يظهر هلاكه ولا يكاد يخفى كالرباع والحيوان، فهذا النوع يقبل قول المستعير في هلاكه وإن لم يعلم ذلك إلا بقوله ما لم يظهر كذبه. والنوع الثاني يخفى هلاكه ويغاب عليه، وهذا النوع لا يقبل قول المستعير في هلاكه ما لم تقم بينة به. فإن قامت فلا ضمان

غيره ولو بشرط وحلف فيما علم أنه بلا شين كسوس أنه ما فرط وبريء في كسر كسيف إن شهد له أنه كان معه في اللقاء أو ضرب به ضرب مثله اه. قال في بيع الخيار في ضمان المشتري وعدمه ما نصه: والمملك للبائع وما يوهب للعبد إلا أن يستثنى ماله والغلة وأرش ما جنى أجنبي بخلاف الولد والضمنان منه وحلف مشتر إلا أن يظهر كذبه أو يغاب عليه إلا ببينة وضمن المشتري إن خير البائع الأكثر إلا أن يحلف فالثمن كخياره الخ. وقال في الرهن في ضمان المرتهن وعدمه ما نصه: وضمنه مرتهن إن كان بيده وكان ممّا يغاب عليه ولم تشهد بينة بكسره ولو شرط البراءة أو علم احتراق محله إلا ببقاء بعضه محرقاً، وأفتى بعدمه في العلم وإلا فلا، ولو اشترط ثبوته إلا أن يكذبه عدول في دعواه موت دابة وحلف فيما يغاب عليه أنه تلف بلا دلالة ولا يعلم موضعه اه. وقال في الصانع عاطفاً على ما فيه الضمان ما نصه: أو صانع في مصنوعه لا غيره ولو محتاجاً له عمل وإن بيته أو أجر إن نصب نفسه وغاب عليها فبقيته يوم دفعه، ولو شرط نفيه أو دعا لأخذه إلا أن تقوم بينة فتسقط الأجرة وإلا أن يحضره لربه بشرطه اه. وقال قبيله عاطفاً على ما لا ضمان فيه وأجير لصانع، وإنما كتبنا هذا كله لأن هذه الأبواب الأربعة حكمها واحد ضماناً ونفيه كما بيناه في كتاب الخيار، فما تركه في واحد منها ذكره في غيره، انظر الشرح في هذه المحال يظهر لك الحق بدليله إن شاء الله تعالى، وتقف على فروع كثير يحتاج لها القضاة والمفتون غاية، والمحال الأربعة صعبة غاية فلا بد من الوقوف على بواطنها وظواهرها وتقييدها والراجع منها. وقوله وبريء في كسر كسيف الخ في كثير من النسخ حذف الكاف الداخلة على سيف وعلى تقدير وجودها كما في بعض النسخ فالذي تدخله الرمح مثلاً، وحاصل هذا أن ابن القاسم يقول أحد الأمرين كاف في عدم الغرم الشهادة أنه كان معه في اللقاء أو ضرب به ضرب مثله، وسحنون يقول لا يكفي إلا معاينة الضرب الجائر، والمصنف مر على قول ابن القاسم في المدونة، وقول سحنون متضمن للكون معه في اللقاء، وأما الفاس ونحوه فالراجع فيه التصديق فيما يشبه بلا بينة، هذا تقرير المحل وتحقيقه إن شاء الله تعالى، وكلام الخطاب ومن تبعه لا تتبعه، والدليل كلام الناس انظر الشرح. وقوله كسوس أدخل به قرض الفأر وحرقت النار هذا هو الراجع، وظاهر المدونة أنه محمول على عدم إيقاد النار، وصرحت المدونة أنه إذا علم أنه قرض فأر فلا ضمان ولكن في الشرح كلام طويل وتحرير، وحاصل ما لخصناه في هذا كتاب الرهن مهما أمكن عدم حرق الثوب أو عدم سرقة ونحو ذلك فالضمان، وكذا قرض الفأر مهما أمكن التفريط فالضمان، وإنما ينتفي الضمان عند عدم إمكان التفريط. قال ابن قسطل: وذلك لا يستطاع إلا أن يدفع الثوب بحضرة شهود صحيحاً في موضع لا يصل إليه فأر

عليه فيه، وكذلك ما علم أنه بغير سببه كالسوس في الثوب صدقه فيه في كتاب محمد مع يمينه أنه ما أضاعه ولا أراد فساداً. وفي المقرب: قلت لابن القاسم: رأيت من استعار شيئاً من الحيوان فتلف عنده أبيضته؟ فقال قال مالك: لا ضمان عليه إلا أن يتعدى أو يخالف إلى غير ما استعاره. وفيه أيضاً قلت له: فمن استعار ثوباً فضاع عنده أبيضته؟ قال نعم وكذلك العروض كلها وهو قول مالك. قال مالك: ومن استعار شيئاً من العروض فكسره أو أحرقه أو ادعى أنه سرق منه أو احترق فهو ضامن له وإن أصابه أمر من الله تعالى يعذر به وتقوم على ذلك بينة فلا ضمان عليه إلا أن يكون ضيع أو فرط، ثم قال: قلت لابن القاسم الرجل يستعير ما يغاب عليه مثل الفأس والمنشار فيأتي به مكسوراً ويقول انكسر في الشيء الذي أعرتني فيه قال: لا يصدق وهو ضامن اه. ببعض اختصار.

فرع: ما علم أنه بغير سبب المستعير كالسوس في الثوب يحلف ما أراد فساداً ولا ضيع وبيراً. وألحق التونسي النار بالسوس. وقال اللخمي: يضمن لأن الغالب أن النار لا تحدث إلا من فعله إلا أن يثبت أنه من غير فعله، والسوس إنما يحدث من الغفلة عن اللباس، وقرض الفأر لا يحدث إلا لأمر كان من اللباس من رائحة الطعام، ونحوه، انظر التوضيح وما قاله اللخمي ظاهر إلا في قرض الفأر والله أعلم. فرع: ابن الحاجب وإذا اشترط إسقاط الضمان فيما يضمن أو إثباته فيما لا يضمن (ففي إفادته قولان).

وَالْقَوْلُ قَوْلُ مُسْتَعِيرٍ حَلْفًا فِي رَدِّ مَا اسْتَعَارَ حَيْثُ اخْتَلَفَا
مَا لَمْ يَكُنْ مِمَّا يُقَابُ عَادَةً عَلَيْهِ أَوْ أُخِذَ بِالشَّهَادَةِ
فَالْقَوْلُ لِلْمَعِيرِ فِيمَا بَيَّنَّهُ وَمُدْعَى الرَّدِّ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ

فأخرجه قبل ذهابهم وفيه قطع فأر، وكذلك الطعام عند الطحان ونحوه فالضمان إذا انتفى عدم إمكان التفريط فقف على ذلك تر الحق عياناً إن شاء الله تعالى. قوله: (ففي إفادته قولان الخ) المذهب أنه لا عبرة بالشرط في هذه الأشياء اشترط عدم الضمان فيما يضمن أو الضمان فيما لا يضمن من غير قيد أصلاً، فقف عليه في الشرح في كتاب العارية.

(ص): والقول قول مستعير حلفاً. إلى آخر الأبيات الثلاثة. كلام المختصر في هذا هو قوله مشبهاً فيما يكون فيه القول للمستعير ما نصه: كدعواه رد ما لم يضمن، وحاصله كل من يصدق في التلف يصدق في الرد إلا إن قبض ببينة مقصودة للتوثق، وكل من لا يصدق في التلف لا يصدق بلا بينة في الرد مطلقاً قبض ببينة أم لا، والفرق أن من يصدق في التلف له مندوحة عن الكذب في الرد، إذ لو أراد خلاف الحق لادعى التلف لأن قوله مقبول فيه والأخذ ببينة يفهم من باب الوديعة حيث قال فيه في المختصر: كعليك إن كانت لك بينة الخ. والعارية أخرى لأنها مضمونة ولا كذلك الوديعة، فلله در هذا المصنف ما أحسن اختصاره وأبين اقتصاره. وقوله كدعواه ظاهره ادعى أنه هو الراد لها أو رسوله وهو كذلك، قال ابن عرفة ما نصه: الصقلي عن ابن حبيب من استعار دابة لحمل أو ركوب فردها مع عبده أو أجييره فعطبت أو ضلت لم يضمنها لأن شأن الناس هذا، وإن لم يعلم ضياعها إلا بقول الرسول وهو مأمون أو غير مأمون ذلك سواء، زاد في الواضحة: وكذلك مبتاع

يعني أنه إذا اختلف المعير والمستعير في ردّ العارية فقال المعير لم تردها وقال المستعير ردتها ففي ذلك تفصيل وهو أنه ينظر، فإن كانت العارية ممّا لا يغاب عليه ولم يكن قبضها بإشهاد فالقول قول المستعير أنه ردّها مع يمينه وإلى ذلك أشار بالبيت الأول، وإن كانت ممّا يغاب عليه فالقول قول المعير أنها لم تردّ سواء قبضها المستعير بإشهاد أو بغيره، وكذلك ما لا يغاب عليه إذا قبضه بإشهاد فإن القول قول المعير أنها لم ترد وإلى ذلك أشار بالبيتين الأخيرين. فقوله حلفا صفة لمستعير وألفه للإطلاق، وفي رد أي على رد نحو ﴿وَأَصْلِبْنَكُمْ فِي جَذْوَعِ النَّخْلِ﴾ [طه: ٧١] وألف اختلفا للتثنية أي المعير والمستعير وعادة منصوب على إسقاط الخافض وعليه يتعلق بيغاب. وقوله أو أخذ بالبناء للنائب عطف على يغاب. ومعنى فيما بينه أي ادعاه من عدم الرد ومدعي الرد هو المستعير. قال المواق في شرح قوله كدعواه ردّ ما لم يضمن ما نصّه قال مطرف: يصدق المستعير مع يمينه إذا ادعى ردّ ما لا يغاب عليه إلا إن كان قبضه بيينة فلا يصدق اهـ. وانظر إذا ادعى ردّ ما يغاب عليه فإنه لا يصدق ويكون القول قول المعير مع يمينه عند ابن القاسم قال في كتاب محمد: وسواء أخذ ذلك بيينة أو بغير بيينة. قال ابن رشد: فمن حق المستعير أن يشهد على المعير في رد العارية وإن كان دفعها إليه بلا إشهاد بخلاف الوديعة لأن العارية مضمونة بخلاف الوديعة، انتهى كلام المواق وهو ككلام الناظم فقهاً وترتياً.

وَالْقَوْلُ فِي الْمَدَةِ لِلْمَعِيرِ	مَعَ حَلْفِهِ وَعَجْزِ مُسْتَعِيرِ
كَذَاكَ فِي مَسَافَةِ لِمَا رَكِبَ	قَبْلَ الرُّكُوبِ ذَا لَهُ فِيهِ يَجِبُ
وَالْمُدْعَى مَخْيِرٌ أَنْ يَسْزَكِبَا	مِقْدَارَ مَا حَدَّهُ أَوْ يَذْهَبَا
وَالْقَوْلُ مِنْ بَعْدِ الرُّكُوبِ ثَبَتَا	لِلْمُسْتَعِيرِ إِنْ بِمُشْبِهِ أَتَى
وَإِنْ أَتَى فِيهِ بِمَا لَا يُشْبِهْهُ	فَالْقَوْلُ لِلْمَعِيرِ لَا يَشْتَبِهْهُ

تعرض في الأبيات لاختلاف المعير والمستعير، إما في قدر المدة التي وقعت

الدابة على خيار يبعث بها إلى بائعها اهـ. بلفظه، وهذه المسألة نقلها أبو الحسن أيضاً. وقال ابن عرفة أيضاً ما نصه الشيخ لابن حبيب عن مطرف لا يقبل دعوى المستعير رد العارية التي يغاب عليه إلا بيينة ولو قبضها بغير بيينة، وكذا ما لا يغاب عليه إن أخذه بيينة، وإن أخذها دونها صدق مع يمينه ادعى هو ردها أو رسوله. وقال أصبغ: إلا في دعوى ردها مع رسوله لا يصدق ولو كان أخذها بغير بيينة، ويقول مطرف أقول اهـ. فانظر هذه المسألة. ولو حمل قول أصبغ على الرسول غير المأمون وقول مطرف على المأمون لحسن. ووجه قول مطرف العادة وقول أصبغ إنما ائتمن المستعير مع أن العبد والأجير تارة يذهب بالدابة للمعير بأمر المستعير وتارة لا بحسب الدعوى، وبأمر المستعير أقرب لعدم الضمان ولكن المسألة صعبة فالواجب النظر للقرائن. وقوله أي خليل كدعواه الخ غير خاص بالعارية بل الرهن وبيع الخيار كذلك، وكذلك غيرهما مما يتصور فيه هذا وقد ذكرنا ذلك في الشرح.

(ص): والقول في المدة للمعير إلى آخر الأبيات الخمسة.

العارية إليها، أو في قدر المسافة التي أعاره دابته ليركبها إليها، فأخبر في البيت الأول أنهما إذا اختلفا في مدة العارية فإن القول قول المعير مع يمينه، لكن إن عجز المستعير عن إقامة البينة على ما ادعى فإن أقامها عليه فلا إشكال أن القول قوله حينئذ. (ثم أخبر أنهما) إذا اختلفا في المسافة فإن كان اختلافهما قبل الركوب فالقول قول المعير أيضاً مع يمينه، فإذا حلف فيقال للمستعير إما أن تقتصر على المسافة التي ادعى أو اذهب ولا شيء لك، وإلى هذا أشار بالبيت الثاني والثالث. وإن كان اختلافهما بعد الركوب فالقول قول المستعير مع يمينه أيضاً إن ادعى ما يشبهه، فإن ادعى ما لا يشبهه فالقول للمعير أيضاً مع يمينه والله أعلم. قال في المدونة: قال ابن القاسم: وجدت في مسائل ابن عبد الرحيم أن مالكاً قال فيمن استعار دابة فركبها إلى موضع فلما رجع زعم ربه أنه أعارها إياه إلى دون ما ركبها إليه أو إلى بلد آخر فالقول قول المستعير إن ادعى ما يشبهه مع يمينه، وكذلك في سماع ابن القاسم نصاً سواء قال فيه ابن القاسم وذلك إذا ركب ورجع، وإن لم يركب

قوله: (ثم أخبر أنهما الخ) هذا قال فيه في المختصر، وإن ادعاها الآخذ والمالك الكراء فالقول له بيمين إلا أن يأنف مثله عنه كزائد المسافة إن لم يزد، وإلا فللمستعير في نفي الضمان والكراء وإن برسول مخالف اه. فقله كزائد الخ هو مقصودنا من النقل. وكلام ابن شاس في المسألة حسن ونصه الحكم الرابع فصل الخصومة وفيه فروع، الأول: إذا قال راكب الدابة لمالكها أعرتنيها وقال ربه بل أكريتها فالقول قول المالك مع يمينه إلا أن يكون ممن لا يشبه ذلك لعلو قدره وكبر منصبه وغيره فيكون القول قول الراكب مع يمينه، وكذلك لو تنازع زارع الأرض ومالكها في إعارتها وإجارتها لكان الحكم ما تقدم، وكذلك لو قال بل غصبتها. الثاني: إذا اتفقا على العارية واختلفا في الموضع الذي وقعت إليه فقال المعير إلى طرابلس وقال المستعير إلى مصر فإن لم يركب أو ركب إلى طرابلس خاصة فالقول قول المعير ويحلف إذ هو مدعى عليه، وأما إن بلغ إلى مصر فقال ابن القاسم القول قول المستعير، وقال أشهب القول قول المستعير في طرح ضمان الدابة إن هلك، والقول قول المعير في الكراء لأنه لا يؤخذ بغير ما أقر به. الثالث: من يبعث رسولاً إلى رجل يعيره دابته إلى برقة فأعاره فركب إلى برقة فعطبت الدابة فقال المعير إنما أعرتة إلى فلسطين، وقال الرسول إلى برقة فشهادة الرسول هنا لا تجوز للمستعير ولا عليه، إذ إنما يشهد على فعل نفسه ويحلف المستعير أنه ما استعارها إلا إلى برقة ويسقط عنه الضمان، ويحلف رب الدابة أنه إنما أعاره إلى فلسطين ويكون له على المستعير فضل ما بين كراء برقة على كراء فلسطين اه. بلفظه. وإنما صدق رب الدابة في الكراء لأن خصمه ادعى عليه معروفاً والأصل عدمه، وحيث يصدق في الكراء فإن أشبهه قوله في قدر الكراء أخذه وإلا رد لأجرة المثل، وإنما صدق المستعير بعد الركوب لأنه صار كالغريم، قال في التوضيح: ومثل المسألة إذا اختلفا في طريق سهلة وأخرى صعبة أو في ثوب المالك يقول لشهور ويقول خصمه لأكثر الخ، وإنما سكت خليل عن المدة والسهولة والصعوبة لأنهما في حكم ما ذكره، ومن المعلوم أن هذا الاختلاف حيث لا بينة لواحد وإلا فلا نزاع، ولم ينقل هذا الشارح ما يشهد للاختلاف في المدة، وما ساقه من كلام المدونة لا يفي بما ذكرناه، ولذلك أتينا بما أتينا به لتكامل الفائدة، فإن ذكر بعض حكم الفروع وترك بعضه يوقع في الخطأ ويشوش الذهن، وهذا الشارح تبعاً لابن الناظم لا يستوفون المسألة إلا في بعض الأحوال وذلك مما لا ينبغي بل يكاد

فالمعير مصدق عليك مع يمينه إلا أن يدعي عليك ما لا يشبهه اهـ. وتبين بهذا النقل أن قول الناظم كذاك في مسافة الخ (مقيد) بما إذا ادعى ما يشبهه كما في النظم.

والقول قول مدعي الكراء في ما يُستعمار مع يمينٍ أفتفي
ما لم يكن ذلك لا يَلِيْقُ به فقلْبُ القَسْمِ التحقيق

يعني أنه إذا اختلفا فقال رب الشيء هو عندك على وجه الكراء وقال من هو بيده على وجه العارية فالقول قول رب الشيء مع يمينه أنه أكره منه إلا أن يكون مثله يأنف عن الكراء ولا يليق به ذلك لمنصبه وشرفه وغناه فالقول قول مدعي العارية مع يمينه أيضاً. قال في المدونة: قال ابن القاسم: (من ركب دابة) رجل إلى بلد وادعى أنه أعاره إياها وقال ربه بل أكريتها فالقول قول ربه. زاد في التوضيح عن ابن راشد مع يمينه، ثم قال ابن يونس: لأنه ادعى عليه معروفاً، قال ابن القاسم: إلا أن يكون مثله ليس يكرى الدواب لشرفه وقدره اهـ. زاد في التوضيح: فالقول قول المستعير مع يمينه.

ويضمّن المودع مع ظهور مخايل التضييع والتقصير
ولا ضمان فيه للسفبه ولا الصغير مع ضياع فيه

تكلم هنا في الوديعة، وتستعمل في عرف الفقهاء اسماً ومصدراً، فالاسم الوديعة والمصدر الإيداع أي تستعمل بمعناها فحدها مصدراً. قال ابن عرفة: نقل مجرد حفظ ملك ينقل. قال الرصاع: وإنما قال مجرد حفظ ولم يقل حفظ ليخرج ما فيه نقل الحفظ مع التصرف كالوكالة، وأما الوديعة فليس فيها إلا مجرد الحفظ فقط ويخرج الإيضاء، وأخرج بقوله ملك إذا أودع ولده الصغير لحفظه فإنه ليس وديعة، وقوله ينقل صفة للملك وأخرج به ما لا ينقل من الأصول كالربع اهـ. ثم بحث في اشتراط النقل بمسألة من المدونة ظاهرها صحة إيداع الربع (فراجع إن شئت). قال الرصاع: قال الشيخ ويدخل في الحد إيداع الوثائق، فذكر الحقوق يخرج حفظ الإيضاء والوكالة لأنهما لأزيد من الحفظ، وقد قال في الوديعة: إن خاصيتها مجرد الحفظ وحدها اسماً متملك نقل مجرد حفظه

أن يكون ذلك حراماً. قوله: (مقيد الخ) هذا لا يرد على صاحب المختصر لأن المصنف ذكر مثله في باب الإجارة وهي متحدة في الحكم مع العارية أو قريبة منها، مع أنه إذا اشترط الشبه في المستأجر الذي يعطي الثمن فأحرى أن يشترط هنا فافهمه، والقيد المذكور حكى عليه ابن عرفة الاتفاق فافهم وأعرف حق خليل فإنه إمام جليل في هذا الاختصار العجيب والصنع الغريب.

(ص): والقول قول مدعي الكراء في إلى آخر البيتين. قوله: (من ركب دابة الخ) وأما إذا وقع هذا الخلاف في سكنى دار فلا يتأتى فيه إلا أن يأنف مثله لأن كراء الدور لا نقص فيه، نعم إذا كان سكنى مع رب الدار فيها فذلك مثل الدابة، انظر هذا في الشرح والمدار على العرف بحسب البلدان وغير ذلك فافهم.

(ص): ويضمن المودع مع ظهور إلى آخر البيتين. قوله: (فراجع إن شئت) كلام الرصاع

ينتقل اهـ. ويفهم معنى هذا الحد من معنى الحد المصدرى. وقوله ينتقل صفة لمتملك. ثم قال الرصاص ما معناه: إن الفقهاء يطلقون الاسم على المصدر كثيراً كقولهم: الوديعة قد تكون واجبة ومددوبة ومحرمة، لأن متعلق الحكم إنما هو المعنى المصدرى لا الاسمى، قال: وإنما لم يقل ابن عرفة هنا حدّها اسماً كذا ومصدراً كذا كما هي عادته، لأن الوديعة أصلها فعيلة بمعنى مفعولة وليست مصدرًا ولا اسم مصدر، ولكن المراد أنه إذا أريد بها

وغيره هنا يحتاج إلى كلام طويل وبسط تام، وقد ذكرنا ذلك صدر الإيداع، وذكرنا ما بين الأمانة والوديعة، وأن الوديعة قسم من أقسام الأمانة أعم من الوديعة ولم يمكن اختصار ما كتبناه لطوله وتشعبه، وانظر معنى الوديعة اسماً ومصدراً، نعم الحانوت مثلاً إذا خيف على خشبها يصح أن تودع والوديعة في الحقيقة فيها إنما هو الخشب مثلاً، وقول الناظم ويضمن الخ أشار بهذا إلى ضابط الضمان في الوديعة وهو محتاج إليه غاية إذ عليه المدار، قال ابن شاس ما نصه: للوديعة عاقبتان ضمان عند التلف ورد عند البقاء، أما الضمان فلا يجب إلا عند التقصير، وللتقصير سبعة أسباب، الأول: الإيداع عند غيره الخ. الثاني: نقل الوديعة فإن نقلها من محل إلى محل ضمن الخ. الثالث: خلل الوديعة الخ. الرابع: الانتفاع فإذا لبس الثوب الخ. الخامس: المخالفة في كيفية الحفظ الخ. السادس: التضییع والإتلاف الخ. السابع: الجحود الخ. وكمل تفاصيلها في كتابه، ولكن أردنا الإشارة إلى الأسباب السبعة في الجملة، والتفصيل في مختصر خليل وشروحه وجلب ذلك يطول، وأصل هذا في الوجيز للغزالي، وتبعه ابن الحاجب في هذا شبراً بشبر، وابن الفاكهاني في شرح الرسالة تبع ابن شاس أيضاً. وقال ابن عرفة ما نصه: موجب ضمانه أي المودع عنده إياها تصرفه فيها أي الوديعة بغير إذن عادي أو جحدها فما فوقها الخ. وفي الكافي ما نصه: لا يضمن الوديعة أحد ممن أودعت عنده إلا أن يتعدى فيها أو يضيع ما كلف من حوزها اهـ. بلفظه. وفي نوازل الوديعة من المعيار إن وضع الوديعة يرجع فيها للعادة، وقال غير واحد هنا: الحاصل المودع لا يضمن إلا إذا حصل منه تفريط وخالف ما للناس وهو معتاد عندهم وهذا قريب من قولهم في الحرز بأن لا يعد الواضع فيه مضيعاً، فكل مودع عنده فعل فعلاً أو ترك فعلاً وثبت تفريطه فيهما بأن يقول الناس هذا لا يفعله العاقل في ماله ويعد بفعله مضيعاً فهو ضامن وإلا فلا، وهذا هو كلام اللخمي في تبصرته قف عليه في الشرح. لكن هذه أمور تختلف كثيراً بحسب الأقاليم والحواضر والبادي، وباعتبار الأزمنة والأمكنة وكثرة السرقة في البلد وقتلتها، أو نفاسة الوديعة ودناءتها وكثرتها وقتلتها، وما يغاب عليه وما لا، ووجود القرينة على التفريط وعدم وجودها إلى غير ذلك مما لا يمكن حصره، وهنا يحتاج الهر إلى أظفاره. والقاضي إلى ليه وأسفاره، وإلا ضيع أموال الناس بلا شك، ولا التباس إن لم يدر معاني هذه الأمور ويبحث عن قرينة كل نازلة، ويسأل أهل البلد العارفين هل هذا تفريط أم لا بحسب ما أشرنا إليه، ولا يكتفي بنفسه فيما يعرفه من ذلك، ومع ذلك إن سلم فقد منّ عليه المنان بخير كثير وإحسان فاستعن به على قول النظم: ويضمن إلى آخر البيت، وعلى ما شرح به هذا الشارح، ولعل التقصير أريد به عدم حفظ الوديعة لحفظ الواجب والتضييع التسلط عليها بإفساد ونحوه، وبه تفهم ما في كلام هذا الشارح، ولكن كلام ابن شاس يدل صريحاً على التقصير الشامل لذلك كله وقد رأيت، مع أن الجحد ونحوه قد لا يأتي فيه هذا، ولكن الأمر في هذا سهل إذ المدار على جزئيات أسباب الضمان فافهم.

قصداً لمصدر كان حدّها كذا، وإن أريد بها معناها الأصلي كان حدّها كذا، فإن كان اللفظ مصدراً أو اسم مصدر قال حدّها اسماً كذا وحدّها مصدرًا كذا. قوله: ويضمن المودع مع ظهور البيتين يعني أن المودع عنده لا يضمن الوديعة إذا هلكت إلا إذا ظهرت عليه أمارات التضييع لها والتقصير في حفظها فيضمنها حينئذ، وعطف الناظم التقصير على التضييع كأنه من عطف المتلازمين، ومثلوا التقصير بإيداعها عند الغير لغير عذر ونقلها من بلد إلى بلد وخلطها بما لا تتميز منه كقمح بشعير والانتفاع بها كلبس الثوب وركوب الدابة فهلكت في حال تصرفه فيها وغير ذلك، هذا في حق الرشيد. (وأما الصغير) والسفيه البالغ فلا ضمان عليهما إن قصرا وضيعا، أو ضمير فيه الأول للتقصير ويدخل فيه التضييع لتلازمهما ولام للسفيه أي البالغ بمعنى على نحو: ﴿وإن أسأتم فلها﴾ [الإسراء: ٧] وضمير فيه الثاني للمودع بالفتح والجار والمجرور في محل جر صفة ضياع وهو بمعنى التضييع. ابن الحاجب: وشرطها كالوكيل والموكل. التوضيح: أي من جاز أن يتصرف لنفسه ولغيره فله أن يودع ويودع عنده، لأن المودع أي بالكسر كالموكل والمودع أي بالفتح كالوكيل. ابن الحاجب: فمن أودع صبياً أو سفيهاً أو أقرضه أو باعه فأتلفها لم يضمن ولو أذن أهله. التوضيح: وإنما لم يضمنها لأن صاحب السلعة قد سلط عليها من هو محجور عليه ولو ضمن المحجور عليه لبطلت فائدة الحجر. اللخمي وغيره: إلا أن يصرف ذلك فيما لا بد لهما منه ولهما مال فيرجع عليهما بالأقل مما أتلفاه أو مما صونا من مالهما. اللخمي: فإن ذهب ذلك المال ثم أفاد غيره لم يتبعهما فيه وهذا الحكم هو بعد الوقوع، وأما ابتداء فلا ينبغي لأهله أن يأذنوا له في ذلك. اهـ. وآخره بالمعنى. تنبيه: لا إشكال أنه يظهر من قوله في التوضيح وإنما لم يضمنها لأن صاحب السلعة الخ (أن المحجور لا يضمن) ما استعار وادعى ضياعه، وكذلك يظهر ذلك من قول الناظم في الحجر:

قوله: (وأما الصغير الخ) هذا قال فيه في المختصر ما نصه: وإن أودع صبياً أو سفيهاً أو أقرضه أو باعه فأتلف لم يضمن وإن بإذن أهله. وقوله: وإن بإذن أهله هو في الوديعة فقط، والمدونة إنما ذكرت ذلك في الوديعة، وكذا صاحب الجواهر، وابن الحاجب هو الذي تبع الجواهر ومع ذلك لم يعترضه ابن عرفة والمصنف وغيرهما من شراح المختصر وذلك مجحف، اللهم إلا أن يكون هذا يفهم مما ذكره في باب الحجر فانظره هناك صدره، وما في ابن فجلة لا يعتبر إذ البيع برضا الولي ولو بسكوته لازم للمحجور، وقد قدمنا ذلك في كتاب الحجر صدره مؤيداً بكلام الناس، نعم يأتي كلام ابن الحاجب على بعض الأقوال في المسألة، انظر ذلك في الشرح في المحل المذكور، ولكن الراجح أن سكوت الوصي عند بيع محجوره أو شرائه إن كان سداداً مضى وإلا ضمن الولي قف على ذلك هنا، وأما القراض والشراء بإذن وليه ولو وصيه أو علم الوصي وسكت فهو لازم للصبي، وقوله لم يضمن أي ما لم يصرفه فيما لا بد منه فيرجع عليه بالأقل مما صون من ماله أو أتلف لغيره، وإن جهل أمره فيحمل على أنه لم يصون به ماله كما ذكرناه في كتاب الحجر عن غير واحد. وقوله لم يضمن أي في الوديعة ظاهره ولو أودعه محجور مثله لكن في المفيد يؤخذ ذلك من مال الصبي أو السفيه، إذ دفع المحجور كلا دفع فهو بمنزلة من تعدى، فافهم هذا فإنه أكيد، ومن المعلوم أن السفيه كالصبي في جميع ما تقدم. قوله: (أن المحجور لا يضمن الخ) انظر

وكل ما أتلفه المحجور
 إلا لمن طوعاً إليه صرفه
 فغرمه من ماله المشهور
 وفي سوى مصلحة قد أتلفه
 وهو كذلك والله سبحانه وتعالى أعلم.

وَالْتَّجَرُ بِالْمُودَعِ مَنْ أَعْمَلَهُ يَضْمَنُهُ وَالرَّبِيحُ كُلُّهُ لَهُ

يعني أن من كانت عنده وديعة يتجر بها فإنه يضمنها إن هلكت ويكون الربح له إن حصل فيها لا لربها لأن ضمانها وقت التجر بها منه والخراج بالضمان. قال في الوثائق المجموعة: وإن تجر بها يعني بالوديعة كان له الربح يعني بضمانه اهـ. وقال في الرسالة: ومن تجر بوديعة فذلك مكروه والربح له (إن كانت عيناً). قال بعض شراحها: قوله إن كانت عيناً راجع لقوله فذلك مكروه لأنها لو كانت عرضاً مقوماً كان التجر بها حراماً، قال شيخ شيوخنا أبو العباس أحمد المنجور في شرح قوله في المنهج:

والربح تابع لمال ما عدا غصباً وديعة وتفليساً بدا
 قال بعض المتأخرين: إنما يطيب له الربح إذا رد رأس المال كما هو، وأما إن لم يرده فلا يحل له من الربح قليل ولا كثير، هكذا ذكره أبو محمد عبدالله بن أبي زيد في النوادر (فاعرفه اهـ). وفي المقرب: إن رد المال بعد ما ربح فيه برىء.

الشرح عند قول المختصر: وضمن ما أفسد إن لم يؤمن عليه.

(ص): والتجر بالمودع من أعمله. البيت. قوله: (إن كانت عيناً) قال في المختصر فيما يتعلل بهذا ما نصه: وحرم سلف مقوم ومعدوم وكره النقد، والمثلي كالتجارة والربح له الخ، ولكن الراجح في المسألة أن تسلف المثلي غير العين كالكتمان حرام، بل إذا تأملت ما نقلناه في الشرح ظهر لك أن تسلف النقد حرام أيضاً قف عليه إن شئت. وقوله كالتجارة التشبيه تام فالتجارة بالعرض حرام وبالنقد مكروه والمثلي على ما في المتن، وأما على الراجح فالتجارة بالمثلي كالعرض في التحريم، بل والتجارة بالنقد حرام أيضاً إن تأملت ما أشرنا إليه، ولا تغتر بكلام الخطاب، ومن المعلوم أن العرض إنما يتجر به، وكذا المثلي بفوات عينه فهو متسلف لذلك، وإنما ذكر في المختصر التجارة ليرتب عليه قوله والربح له، وبه تفهم قول الرسالة إن كان عيناً إنما هو لظهور الربح في العين فقط، وأما في العرض فلا يظهر كل الظهور، والمثلي غير المعين قد يقرب من العين في هذا، مع أن الربح مطلقاً بضمانه والله الموفق، وانظر علل المسألة في الشرح لتكون على بصيرة في المسألة إن شاء الله تعالى.

قوله: (فاعرفه) عرفناه والحمد لله وأن الربح يطيب له بضمانه، والوديعة باقية في ذمته، وتماديه على ذلك معصية منفردة يجب عليه إزالتها والإقلاع عنها بدفع الوديعة أي مثلها أو قيمتها، فإن لم يقلع فإنه يعاقب على ذلك إن لم يعف عنه ولا يعاقب على أكل الربح، وهذا نظير من قال التوبة تصح مع عدم رد المال باعتبار بعض صور المسألة، وكمن غصب ثوراً وحرث عليه فالزرع يطيب له وإن لم يرد الثور، فافهم وانظر كلام الناس في الشرح فإنهم لم يقيدوا بهذا لا سيما المدونة، وانظر آخر الوصايا من المختصر في تصرفات الأوصياء عند قوله: ودفع ماله قراضاً الخ.

وَالْقَوْلُ قَوْلُ مُودِعٍ فِيمَا تَلَفَ وَفِي ادِّعَاءِ رَدِّهَا مَعَ الْحَلْفِ
مَا لَمْ يَكُنْ يَقْبِضُهُ بِبَيِّنَةٍ فَلَا غِنَاءَ فِي الرَّدِّ أَنْ يُبَيِّنَهُ

يعني أن من كانت عند وديعة فادعى تلفها فالقول قوله مع يمينه سواء قبضها بإشهاد أو بغير إشهاد، وأما إن ادعى أنه ردها لربها فإن كان قبضها بغير إشهاد فكذلك أيضاً القول قوله مع يمينه، وإن كان قبضها بإشهاد وهو مراد الناظم بالبيينة فلا يقبل قوله في ذلك وعليه ضمانها إلا أن يقيم بيينة على ردها. قال في الرسالة: والمودع إن قال رددت الوديعة إليك صدق إلا أن يكون قبضها بإشهاد، وإن قال ذهب فهو مصدق بكل حال، ونحوه في الجواهر وزاد التصريح باليمين حيث يكون القول قوله ولفظه: إذا طوَلب المودع بالرد فادعى التلف فالقول قوله مع يمينه، وكذلك إن ادعى الرد إلا أن يكون تسليمها بيينة فلا يقبل دعواه الرد إلا ببيينة اهـ. فقوله قول مودع بفتح الدال أي عنده، وما من قوله فيما تلف مصدرية وضمير ردها للوديعة، ومع الحلف راجع لدعوى التلف والرد وضمير يقبضه للشئ المودع بيينة للرد أي يشته.

وَالْأَمْنَاءُ فِي الَّذِي يَلُونَا لَيْسُوا شَيْءٍ مِنْهُ يَضْمُنُونَا
كَالْأَبِ وَالْوَصِيِّ وَالِدَلَّالِ وَمُرْسِلِ صُخْبَتَهُ بِالْمَالِ
وَعَامِلِ الْقِرَاضِ وَالْمَوْكَلِّ وَصَانِعِ لَمْ يَنْتَصِبْ لِلْعَمَلِ
وَذُو انْتِصَابٍ مِثْلُهُ فِي عَمَلِهِ بِحَضْرَةِ الطَّالِبِ أَوْ فِي مَنْزِلِهِ
وَالْمُسْتَعِيرِ مِثْلُهُمُ وَالْمَرْتَهِنِ فِي غَيْرِ قَابِلِ الْمَغْيِبِ فَاسْتَبَنَ
وَمُودِعِ لَدَيْهِ وَالْأَجِيرِ فِيمَا عَلَيْهِ الْأَجْرُ وَالْمَأْمُورُ

(ص): والقول قول مودع فيما تلف إلى آخر البيتين. ملخص هذا أن المتهم يحلف في دعوى التلف مطلقاً قبض بيينة أم لا، ولا تقلب هذه اليمين، فإن نكل المتهم عنها حبس حتى يحلف ولو طال على ما في ابن فرحون. وظاهر كلامه أنه يغرم بمجرد النكول، انظر عند قول المختصر: وإن نكل في مال وحقه استحق به بيمين إن حقق، انظر الشرح في هذه ودعوى الرد على من لم يدفع للمودع عنده لا تعتبر، ولو كان وكيل المودع بالكسر أو وارثه، وإن كانت هذه الدعوى بالرد على من دفع، ولا بيينة على القبض صدق مع يمينه مطلقاً عدلاً كان أو لا، وإن كانت البيينة عن القبض لم يصدق لكن يحلف المودع بالكسر إلا أن يطول الزمان، فالقول لمدعي الرد حتى في هذا مما يعلم أن مثل المودع بالكسر لا يستغني عنها فيها لما يعلم من قلة ذات يده أو تمر عليه عسرة فتضعف اليمين إن كان المودع عنده عدلاً الخ. ومن المعلوم أن السفية لا يحلف لأن إقراره لا يلزمه، انظر الشرح عند قول المختصر في كتاب الوديعة لا بدعوى التلف الخ، وقف هناك على شرط في الإشهاد المانع من قبول دعوى الرد ولا بد ولا بد، وانظر عند قوله في كتاب الوكالة وصدق في الرد كالمودع الخ ولا بد ولا بد لتظفر بالصواب إن شاء المالك الوهاب سبحانه وتعالى بلا حساب.

(ص): والأمانة في الذي يلونا. إلى آخر الأبيات العشرة.

وَمَثَلُهُ الرَّاعِي كَذَا ذُو الشَّرْكَه
وَحَامِلٌ لِلثَّقَلِ بِالْإِطْلَاقِ
وَالْقَوْلُ قَوْلُهُمْ بِلَا يَمِينِ
وَقِيلَ مِنْ بَعْدِ الْيَمِينِ مَطْلَقًا
فِي حَالَةِ الْبِضَاعَةِ الْمَشْتَرَكَةِ
وَضَمِنَ الطَّعَامَ بِالْإِتِّفَاقِ
وَالْإِتِّهَامَ غَيْرَ مُسْتَتَبِينَ
وَالأَوَّلَ الأَوَّلَى لَدَى مَنْ حَقَّقَا

عدد الناظم رحمه الله في هذه الآيات الأمانة وذكر أن حكمهم عدم ضمان شيء مما يلونه لأمانتهم إما بالأصالة أو بجعل الخصم لهم ذلك. فأولهم: ولي المحجور كالأب والوصي ووصيه لا ضمان عليهم فيما يدعون من تلف مال محجورهم. (أما دعوى الدفع) بعد الرشد فلا يصدقون فيه. الثاني: الدال ويقال له السمسار فيما ولي بيعه وتسويقه، وقد اختلف قول مالك في تضمينهم ابن رشد والذي أفتى به على طريق الاستحسان مراعاة للخلاف تضمينهم إلا أن يكونوا مشهورين بالخير. (ابن رشد: ورأيت) بعض قضاة الإسكندرية ضمن السمسار وكأنه ذهب إلى أن ذلك من مصالح الناس العامة لفساد الزمان. الثالث: المرسل معه مال يشتري به ما أمر به، (ويقال فيه المبضع معه) مال أي الذي أرسلت معه البضاعة لا ضمان عليه فيها وإن كانت مما يغاب عليه. الرابع: عامل القراض لا يضمن مال القراض إن ادعى التلف أي الضياع بسرقة ونحوها.

(قال في التوضيح: قيده للرخمي) بأن يأتي بما يشبه ويعرف ذلك بسؤال في بلد

قوله: (أما دعوى الرفع الخ) انظر هذا عند قول المختصر والقول له أي الوصي في قدر النفقة لا في تاريخ الموت ودفع ماله بعد بلوغه تر كلاماً طويلاً في الأوصياء وتحليفهم على أمور كثيرة، وفي النظر للشرح هناك كفاية لمن أراد أن يفهم أموراً تتعلق بهم. قوله: (ابن رشد ورأيت الخ) بهذا جرى العمل في الدلال الذي يسمسر ما يغاب عليه كالثياب لا كالخيل والعييد وقد نصب نفسه أيضاً فإن هذا الأخير بمنزلة الرعي المشترك فما يظهر من كلام الناس ويأتي حكمه إن شاء الله تعالى، انظر عند قول المختصر في كتاب الإجارة عاطفاً على ما لا ضمان فيه ما نصه: كسمسار إن ظهر خيره على الأظهر. قوله: (ويقال فيه المبضع معه) هذا وكيل في الحقيقة فحكمه حكمه ويأتي إن شاء الله تعالى حكمه، وهو أيضاً قريب من عامل القراض وإن كان العمل له نفع بما قبضه فالمبضع معه أخرى بعدم الضمان، ولذلك لم يذكره في المختصر بخصوصه باعتبار كونه لا يضمن، وذكر العامل والوكيل مع أن العامل وكيل لقول المختصر القراض توكيل على تجر الخ. والوكالة تكون بأجر وبلا أجر. وقد ذكر ابن سهل أن العامل كالمودع عنده فيجري على حكمه في دعوى الضياع وفي الرد، قف على ذلك عند قول المختصر في القراض والقول للعامل الخ فافهم.

قوله: (قال في التوضيح قيده للرخمي الخ) هذا قيد كأنه متفق عليه فهو معتبر، وكذا في دعوى التلف لا بد منه، ولكن لا بد من اليمين مع وجود الشبه لأن الغالب على الناس التهمة كما قاله اللخمي إلا فيمن كان بارزاً في العدالة والدين، وصاحب الشامل حكى القيد بقليل وذلك غير صحيح قطعاً، قف على الشرح عند قول المختصر والقول للعامل في تلفه وخسره ورده إلى ربه وإن قبض بلا بينة أو قال قراض وره بضاعه بأجر أو عكسه أو ادعى عليه الغصب أو قال أنفقت من غيره،

السلع هل يخسر في مثل هذا المال في مثل هذه المدة ما ذكر. وفي التوضيح أيضاً في باب الشركة ونقل الباجي عن بعض أصحابنا في العامل في القراض يدعي الخسارة ولم يبين وجهها أنه يضمن.

(الخامس: الوكيل) كان بأجرة أو بغير أجرة لا ضمان عليه مفوضاً أو مخصوصاً، سواء ادعى تلف السلعة التي وكل على بيعها أو تلف ثمنها إن باع، وكذا لا يضمن في الوكالة على الشراء أو الاقتضاء أو غير ذلك. (السادس: الصانع) الذي لم ينصب نفسه للعمل أو نصب نفسه إذا كان بحضرة رب الشيء المصنوع أو في منزله فلا ضمان عليه ويأتي بعض الكلام في الصانع. (السابع: المستعير) لا يضمن العارية في وجهين، أحدهما: إن قامت بينة على هلاكها كانت ممّا يغاب عليه أو لا. الثاني: ما لا يغاب عليه إذا لم يثبت تفريطه ولا تعديه. الثامن: المرتهن بكسر الهاء لا ضمان عليه في الرهن الذي لا يغاب عليه أو الذي يغاب عليه إذا قامت البينة على هلاكه. التاسع: المودع عنده لا ضمان عليه في الوديعة إذا ادعى تلفها قبضها بإشهاد أو بغير إشهاد. العاشر: الأجير فيما استؤجر عليه (كذا فسره الناظم) وتبعه الشارح ولم يزد ولعله يعني الأجير الذي تحت يد

وفي جزء الربح إن ادعى مشبهأ والمال بيده أو وديعة وإن لربه، ولربه إن ادعى الشبه فقط أو قال قرض في قراض أو وديعة أو في جزء قبل العمل مطلقاً الخ. وبيننا في الشرح بكلام الناس أن قوله إن ادعى مشبهأ راجع لجميع ما تقدم من قوله والقول للعامل الخ أي في كل مسألة مسألة، وبه تعلم كم في اختصار هذا الإمام من العوائد الكثيرة، وفي مسألة الغصب خلاف قف على ذلك في الشرح إن شئت.

قوله: (الخامس الوكيل الخ) قال في المختصر في هذا في باب الوكالة ما نصه: وصدق أي الوكيل في الرد كالمودع فلا يؤخر للإشهاد، فقول كالمودع يدل على أن التفصيل الذي في المودع يكون في الوكيل وهو كذلك في دعوى الرد والتلف وفي القبض بينة وغيرها وهو كذلك، وحلف المتهم في دعوى التلف وغير ذلك مما يكثر جلبيه، وإن ادعى الوكيل الرد بعد الطول جداً فإنه يصدق بلا يمين ويحلف في الطول لا جداً ويصدق وإن قبض بإشهاد فيهما، وإن مات الوكيل بالقرب من القبض فالمال في ماله، ولا فرق بين وكيل مفوض وغيره، كانت الوكالة صريحة أو بالعادة كالزوج مع زوجته، ولكن لا بد من الوقوف على الشرح ففيه الشفاء للولوع الذي يريد الوقوف على ما فيه التحقيق. قوله: (السادس الصانع الخ) هذا مبين في المختصر وشروحه وفروعه كثيرة فقف على الشرح فيها إذ اختصار ذلك يطول بنا غاية. قوله: (السابع المستعير الخ) قدمنا بيانه في بابه، وكذا المرتهن والمودع عنده قدمنا ذلك في بابهما مستوفى والحمد لله. قوله: (وكذا فسره الخ) قال في المختصر وهو أمين فلا ضمان عليه فضمير بحسب ظاهره عائد على الأجير أي من استأجر رجلاً يخدم له شيئاً وأعطاه فأساً ونحوه فادعى تلفه فإنه مصدق، يحتمل أن يعود على صاحب الإجارة أعم من أن يكون مستأجرأ بالفتح أو مستأجرأ بالكسر وهذا أفيد، وقد بينا ذلك في الشرح، فمن استأجر فأساً يخدم به وادعى تلفه صدق وليس هو كالمستعير له فإنه ضامن إن لم تقم له بينة، وفرق بينهما ابن يونس بأن الخراج بالضمان فإن المستعير لا أجرة له في المعار ولا كذلك في الاستئجار لأن الأجرة له وهو تفريق حسن بديع ولم أره عند غيره، ونقلناه في الشرح عند قول المختصر: وهو

الصانع، فإن كان للصانع إجراء أو صناع تحت يده فتلف بأيديهم شيء بغير تعد فلا ضمان عليهم لأنهم صناع له خاصة، والصانع الخاص لا يضمن كما يأتي، (وأما لو غابوا) على السلع فإنهم يضمنون قاله في التوضيح، ويأتي للناظم الخلاف في ضمان حارس ثياب داخل الحمام. الحادي عشر: المأمور (فيما أمر به) فإذا فعل ما أمر به ولم يتعد فحصل هلاك أو تلف فلا ضمان عليه. (الثاني عشر: الراعي) فلا ضمان عليه فيما تلف من الغنم

أمين إلى آخر تلك المسائل والمصدق هنا يحلف كان متهماً أو لا بخلاف الوديعة، وقيل إنما يحلف المتهم فقط، نعم إذا تعدى أو فرط ضمن، ويصدق في الرد إن لم يقبض الماعون مثلاً ببينة، وما في المتيطي من كونه يصدق حتى مع القبض بالبينة هو خلاف المذهب، انظر الشرح يظهر لك الحق إن شاء الله تعالى.

فائدة: قال الرجراجي في مناهجه ما نصه: وإذا ادعى الضياع أي المستأجر للماعون وقامت له البينة عليه بلا تفريط فلا تفريع، وإن لم تقم له بينة على ذلك وادعى الضياع فالمذهب على ثلاثة أقوال كلها قائمة من المدونة. أحدها: أنه مصدق في الكراء والضياع ولا يلزمه من الأجرة إلا ما قال أنه قد انتفع به وهو قول غير المدونة. والثاني: أنه لا يصدق في الكراء ولا الضياع وهو ضامن لقيمة الشيء المستأجر وهو قول أشهب عن مالك في الكتاب في مسألة الجفنة على رواية الضياع وهي الرواية المشهورة، وهذا القول نقله ابن سحنون في غير المدونة، والرواية الأخرى أنه إذا ادعى الكسر ولهذا قال مالك في غير المدونة أيد بلغاتها. والثالث: أنه مصدق في الضياع كون الأجرة ويلزمه جميع الأجرة وهو قول ابن القاسم في المدونة النخ، وهو مسلوخ من مقدمات ابن رشد على عادته في ذلك معها، وقول أشهب في عدم تصديقه في الضياع بحيث فيه، وصوب ابن يونس القول الأول هنا، ولكن قف على الشرح في بسط المسألة وقف على مسألة الجفنة المشار إليها فيه، ولا بد ولا بد ولا بد والله المعين. قوله: (وأما لو غابوا النخ) هذا فيه خلاف قوي غاية، فليل لا يضمن مطلقاً غاب أم لا، وقيل يضمن في الغيبة فقط، وظاهر قول المختصر وأجير لصانع عاطفاً على ما لا ضمان فيه الأول وهو ظاهر قول ابن القاسم والذي يظهر من الأتقال في الشرح على المحل المذكور رجحان القولين معاً قف عليها إن شئت وإن كانت النفس أميل إلى عدم الضمان مطلقاً لأنه صانع خاص، وهذا الشارح اقتصر على ما رأيته ولا يخفى ما في ذلك. قوله: (فيما أمر به) مثاله أعطى دابة لمن يسير هيناً أو لمن يخدمه أو يغسله مثلاً وليس منصوباً لذلك. قوله: (الثاني عشر الراعي النخ) اختلف كلام الناس في الراعي المشترك في تضمينه ثوباً وعدمه، والفرق بينه وبين الصانع يضمنون ما يغاب عليه إذ هو مصنوعهم وهو أقرب للضمان بدليل الضمان في الرهان والعواري وبيع الخيار ونحو ذلك، وقد أشار لهذا ابن الحاج ونقله البرزلي وسلمه، وعليه فالطيب إذا ضاعت عنده دابة أو أمة ولا بينة صدق في دعواه تلفها، والسمسار للدواب كذلك، وقد ذكرنا النص في ذلك في تأليفنا المسمى بالارتفاق وفي الشرح، ولكن الطيب للأمة أقرب للغرم من السمسار للدواب والراعي المشترك لأن الطيب له عمل في الأمة فأشبه الصانع من هذه الجهة، ولا فرق في السمسار للدواب أن يكون متهماً أو لا كما في المعيار عن أبي عمران أنه لا ضمان عليه، ونقلنا هذا كله في الارتفاق، والذي يظهر في الراعي المشترك رجحان عدم الضمان وذلك هو القياس عند صحيح النظر، وإن كان الوقت يقتضي الضمان لقلّة أمانة الناس لا سيما راعي الغنم فإنها تذب وتوكل فيه قربة مما يغاب

وغيرها إذا لم يتعد ولا فرط، وعليه فيما ضلّ أو هلك اليمين أنه ما فرط ولا تعدى. وروي عن سعيد بن المسيب في الراعي المشترك الذي يلقي الناس إليه غنمهم أنه ضامن لما تلف منها ورآه كالصانع وليس العمل على ذلك.

الثالث عشر: الشريك فيما هلك بيده من مال الشركة أو خسر فيه كما بيّن ذلك بقوله في حالة البضاعة المشتركة وهو مصدق في ذلك (مفوضاً) كان أو غير مفوض.

الرابع عشر: حامل الشيء الثقيل غير الطعام لا ضمان عليه فيه سواء حمّله على رأسه أو على دابة أو سفينة، وعلى ذلك نبّه بالإطلاق، ولا يدخل في الإطلاق حاملي الطعام لنصّه عليه أنه يضمن. ابن الحاجب: وأما أجير حمل غير الطعام فإن غر أو فرط ضمن وإلا فلا. التوضيح: إن غرّ بفعل ضمن وإن غرّ بقول ففي ضمانه قولان. ثم قال ابن الحاجب: (وفي حمل الطعام) يضمن مطلقاً إلاّ ببينة أو بصحبة ربه، وقال به الفقهاء

عليه كما أشار إليه اللخمي ونقلنا كلامه في الارتفاق، وما في المكناسي واللامية من جري العمل بالضمان في الراعي المشترك لم يظهر باعتبار كلام الناس وأنقالهم، قف على المحلّين المذكورين تر كلام الناس، وما ذكرنا رجحانه لا أقدر أن أفتي به لما في المسألة من الاضطراب الكثير، بل الذي نخترناه في وقتنا هذا الذي هو في حدود ثلاثين بعد مائة وألف الضمان مع توقفي عن الإفتاء به أيضاً لما ذكرناه، والحاصل نحن متوقفون في الإفتاء بالضمان وعدمه، وأما الراعي غير المشترك فلا ضمان عليه لأنه أجير خاص لا سيما إن رعى بغير أجره ولم أر من ذكر ضمانه صريحاً ممن يعتد بكلامه من الفحول، وسمسار الدواب والطبيب للدواب إذا نصبا أنفسهما لذلك هو كالراعي المشترك بلا فرق فيما ذكرناه والعلم عند الله تعالى، وإن كان الطبيب أقرب إلى الضمان لأنه صانع والراعي ليس بضامن في الجملة، انظر الشرح وانظر فيمن استرعى عبداً أو صبيّاً فتعدى ففي ذلك كلام، ولكن اختار ابن عرفة أن لا شيء على الصبي مطلقاً، وإن تعدى الراعي ضمن ولا إشكال، فإن شك هل ذهب الشاة في وقت تعديه أو في غيره فلا ضمان والأصل عدم التعدي، انظر الشرح في هذا كله، وانظر تصديق الراعي في قوله أدخلت الشاة مع الغنم في الدار عند رجوعه بها من الجبل ولم توجد الشاة، والحاصل أنه يصدق مع يمينه، وانظر في الشرح أمثلة الغرور القولي وغيره وما يضمن معه وما لا، والمراد بالراعي المشترك هو الذي يرعى لكل من أتى إليه، وأما إن كان يرعى لجماعة فقط فليس بمشترك، يدل لذلك قول عياض: الصانع لجماعة لا ضمان عليه لأنه صانع خاص، ونقله ابن عرفة والعلم عند الله تعالى.

قوله: (مفوضاً الخ) المشارك وكيل بدليل قول الشيخ خليل في كتاب الشركة: وكل وكيل، وتقدم أن الوكيل لا يضمن كان مفوضاً أو لا ولذلك قال في المختصر: والقول لمدعي التلف والخسر الخ في كتاب الشركة: قف على الشرح في تحرير هذا.

قوله: (وفي حمل الطعام الخ) قال في المختصر في هذه الأمور ما نصه: وهو أمين فلا ضمان ولو شرط إثباته إن لم يأت بسمة الميت أو عثر بدهن أو طعام أو بأنية فانكسرت ولم يتعد أو انقطع الجبل ولم يغر بفعل كحارس ولو حمامياً وأجيراً لصانع كسمسار إن ظهر خيره على الأظهر، ونوتى غرقت سفينته بفعل سائح لا إن خالف مرعى شرط أو انزى بلا إذن أو غر بفعل فبقيمته يوم التلف الخ. فقوله أو عثر بدهن أو طعام حاصل هذا أن دعوى تلف الحمال العروض مصدق فيها مع يمينه

السبعة. التوضيح: أي لا فرق بين الأقوات والإدام، بل يضمن جميعها على المشهور لسرعة مد الأيدي إليه خلافاً لابن حبيب، ويحتمل أن يريد بالإطلاق سواء فرط أم لا، يعني ولا يفصل فيه كما يفصل في غير الطعام، وظاهر قوله مطلقاً أنه لا فرق بين السفر والحضر. اللخمي: وهو المعروف. وقال ابن كنانة: لا ضمان عليه في المدينة إلا ببينة فيسقط الضمان اهـ. وإلى ضمان حامل الطعام أشار بقوله: وضمن الطعام باتفاق. و«الفهاء السبعة» قال العراقي في شرح قوله في الألفية:

والطعام لا ضمان فيه إن كان معه ربه أو صدقه ربه أو قامت بينة بتلفه من غير سبب الحمال، وأما الحمارون الذين يحملون السلع من بلد إلى بلد كبلد فاس وتطوان فالقياس تضمينهم لأنهم يحملون ما يغاب عليه والناس محتاجون إليهم. وقد نصبوا أنفسهم لذلك كالصناع غير أنهم لم يؤذن لهم أن يفعلوا في السلع شيئاً، وربما يبعدون من الضمان لا سيما والصناع مختلف فيهم، وإن كان تضمينهم هو المذهب وصاحب الفندق باعتبار الدواب كالراعي المشترك، وإن كان أمره ربما يقرب من عدم الضمان أكثر من الراعي فإنه إنما هو وكيل على الحفظ فقط بخلاف الراعي، وأما صاحب الفندق باعتبار الأمتعة التي تطرح في وسطه فهو بمنزلة الصناع في الضمان لأن الأمتعة عليها والناس محتاجون للفنادق غاية، وإن كان صاحب الفندق إنما هو وكيل على الحفظ فقط، وضمانهم إنما يظهر إن كان رب المتاع يعتمد على صاحب الفندق في حفظها ويتركها من غير حارس لأجله، ولا يتبرأ منه صاحب الفندق ولا ينظره بأنه لا يحفظها والفندق بابه مفتوح، ويلحق بهذا إن كان الأمر على ما ذكر البيات بالسوق إذا ذهب شيء من الحوانيت وربما يكون ضمان البيات أخرى من صاحب الفندق المذكور، لأن البيات أجبر على حفظ ما لا يغاب عليه، ولا كذلك صاحب الفندق فإنما يأخذ أجره المحل، وإن كانت الحوانيت لها أغلاق لا سيما الحوانيت التي فيها الطعام والطار وهو المسمى عندنا بالمراس، رأيت في النوازل المارونية أنه جرى العمل به بتضمينه ولكن لم تحضرني الآن فدخلني شك في ذلك وتضمينه هو الحق بحسب ما ظهر لنا مما تقدم إن كان مستأجراً على حفظ المطامير إن لم تقم قرينة تدل على أن الزرع سرق من غيره ولم أر من فرق بين حارس الطعام لا يضمن وبين الحامل له فإنه يضمن مع تعليلهم ضمان الحامل بأن اليد تسرع لأخذ الطعام وذلك موجود فيهما مع كونهم لم يشترطوا في الحامل أن يكون منصوباً لذلك، وإن عبروا عن الحاملين للطعام بالأكرياء وذلك يشعر بالنصب المذكور في الجملة، ألا ترى قول الإمام قد اقتطع الأكرياء أموال الناس وذلك فرق في الجملة إن صح ما أشرنا إليه، ويقيد على هذا حافظ الطعام بأن لا ينصب نفسه لذلك كالطمار، أو يقال: الفرق أن الحمال أذن له في رفع الطعام ووضعه وذلك يشبه فعل الصانع كما ترى ذلك في كلام صاحب المعيار إن شاء الله تعالى. وانظر قول اللخمي في حامل الطعام ما نصه: وأرى أن يضمن القمح والشعير القطاني وشبه ذلك وإن صاحبه ربه إذا انقص لأنه قد علم منهم السرقة ولو كان معه ربه، وإن ادعى ذهاب جميعه وره معه صدق، وليس العادة جحد جميعه الخ. وانظره فإنه ربما يلوح منه فرق بين من ذكر. فقوله: لأنه قد علم منهم الخ يدل على أن الحمالين أقوام معروفون بذلك وذلك يدل على الانتصاب، ولكن كلام اللخمي فيه طول وتفصيل حفيظ فقف عليه في الشرح وعلى غيره من كلام المحققين فافهم. وقوله لأنه قد علم منهم الخ منه يفهم أن حارس الطعام إن كان معلوماً بالخيانة ضمن ألزمه بعضهم من كلام اللخمي هذا انظر الشرح

وفي الكبار الفقهاء السبعة
ثم سليمان عبيد الله
إما أبو سلمة أو سالم
خارجة القاسم ثم عُزوة
سعيد والسابع ذو اشتباه
أو فأبو بكر خلاف قائم

والنص بعدم تضمين حارس الطعام. وقال صاحب المعيار ما نصه: وفي أحكام الشعبي من أكرى بيتاً في داره أو حيث يسكن لخزن الطعام فضع كله أو بعضه لا شيء على صاحب البيت ولا يمين إن كان صالحاً، وإن كان متهماً حلف قيل لأن مجرد الحفظ لا يتصرف فيه فأشبهه حارس الأندر ونحوه، بخلاف حامل الطعام والفرق أن له الإذن في التصرف فيه ومثله اليوم خزان الطعام في المطمر والغرف بالكراء فهو مثل ما في أحكام الشعبي، وتجري اليمين في دعوى التلف على إيمان التهم وهو اختيار اللخمي أيضاً، وبمثله أفتى الشيخ أبو محمد فيمن وضع عنده شعير بأجرة فادعى أنه تغيب عليه أو ضاع لا ضمان عليه بعد يمينه اهـ. بلفظه في هذا كله، والحامل للطعام لا فرق بين أن يحمله على دوابه أو رأسه أو سفينته. وفي الكافي لأبي عمر: وذهب مالك وأكثر أصحابه إلى تضمين من جمل القوت من الطعام وما جرى مجراه إذا انفرد بحمله دون صاحبه، ومن ذلك الطحان في الأرحى يضمن ما انفرد بنقله إليها إذا لم يكن معه رب الطعام بمثل ما يضمن به الصانع الذين قضى السلف الصالح رحمهم الله تعالى بتضمينهم لحاجة الناس إلى استعمالهم وتسليم المتاع إليهم اهـ. بلفظه. وقوله: ومن ذلك الخ هذا داخل في الحامل للطعام، وأما إن وصل الزرع ربه للرحى وادعى تلف الزرع فتأتي الإشارة إليه، وذلك أن الباجي قسم الأجراء للحفظ على قسمين: قسم لهم تعلق بالعمل وقسم لا، وجعل من الأول صاحب الحمام لأن صاحبه في حكم الصانع، لأن المقصود منه التنظيف والاعتسال فيضمن، إلى أن قال في كلامه كما قال ابن حبيب في الطحان يضمن القمح وظرفه إلا أن يطحنه بحضرة صاحبه الخ. ومما وجد به ضمان حارس الثياب في الحمام جري العادة بخيانتة الخ. هذا مثل ما تقدم للخمي في الأكرياء على الطعام. ثم قال الباجي: وأما الأجير للحفظ الذي لا تعلق له بالعمل فمشهور المذهب لا ضمان عليه في النوم به والغفلة إلا في التعدي، وما ذكره في النوم هو مقيد بأن ينام في وقت النوم المعتاد له لا في وقت حاجة الحفظ والاحتراز انظر الشرح. وفي ابن عرفة ما نصه الصقلي روى محمد إن نام حارس ميت فسرق ما فيه لم يضمنه وله أجره وكذا حارس النخل ونحوه الخ. وهذا من القسم الثاني في كلام الباجي، ومسألة الطحان من القسم الأول ومثله يباعو الدقيق بالحوانيت للرحويين بالإجارة، والطباخ للخبز في الأفران والطحانون للزيتون ونحوه في العصر، والذين يجعلون الحليب جبناً، والبياعون للخبز بالأجرة وما أشبه ذلك مما أذن في تحريكه للغير، ولعل هذا الخلاف في الطعام إنما هو في غير المودع كما يدل عليه كلام الناس. وأما حارس الثياب في الحمام فأمره صعب غاية، بل كاد أن يبلغ في ذلك النهاية والأولى فيه هو الضمان لولا ما عارض ذلك من حرمة دخوله لكون الغالب فيه حرمة دخوله لغلبة عدم الاستتار فيه وذلك محرم لدخوله كما هو معلوم في الحطاب وغيره، ولكن كلام اللخمي ربما يبعد الضمان حيث قال معللاً لعدم الضمان ما نصه: لأن صاحب الثياب إنما اشترى منافع هو يتولى قبضها بنفسه وهو الانتفاع بالحمام والثياب خارجة عن ذلك وديعة لا صنعة فيها ولا إجارة عليها، وإن دفع صاحب الثياب أجرة للحارس كانت الأجرة للأمانة وهي بمنزلة من أودع وديعة بإجارة فليس أخذ الأجرة عليها يخرجها عن أن يكون أمانة الخ. وهذا نظر بديع من الإمام على عادته في الغوص للمعاني البعيدة من فهم غيره برد الله ضريحه وأثلج في الجنان قلبه بنيل مطلوبه.

ما نصّه من المعدودين في أكابر التابعين الفقهاء السبعة وهم: خارجة بن زيد بن ثابت، والقاسم بن محمد بن أبي بكر، وعروة بن الزبير، وسليمان بن يسار، وعبيد الله بن عبدالله بن عتبة، وسعيد بن المسيب، وأبو سلمة بن عبد الرحمن، فهؤلاء الفقهاء السبعة عند أكثر علماء الحجاز كما قال الحاكم، وجعل ابن المبارك سالم بن عبدالله بن عمر مكان أبي سلمة بن عبد الرحمن، وذكرهم أبو الزناد فجعل أبا بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام مكان أبي سلمة أو سالم اهـ. وقد نظمهم بعض الناس على جعل أبي بكر مكان السابع وهو أبو سلمة فقال:

ألا كل من لا يقتدي بأئمة فقسمته ضيزى عن الحق خارجه
فخذهم عبيد الله عروة قاسم سعيد أبو بكر سليمان خارجه

قال كاتبه عفا الله عنه وتقبل بفضلته منه: وهذه أمور كثيرة ترددت فيها الفحول الكبار حتى أننا توقفنا عن الإفتاء في جلها لكثرة الاختلاف فيها، وانظر قول الكافي ما نصه: لا ضمان على صاحب الحمام ويحلف وقد قيل عليه الضمان والأول أشهر عن مالك وكلاهما معمول به على حسب ما يؤدي إليه الاجتهاد هذا لفظه، فظاهاه أن القاضي يجتهد في الجملة في الضمان وعدمه، وذلك إنما يعتمد في اجتهاده على أمور مثل من عرف بالخيانة كالحمالين الطعام كما قاله اللخمي، وفي صاحب الحمام كما قاله الباجي، ألا ترى أن الراعي إذا كان مأموناً غير متهم والبلد فيها السباع والسراق فإنه يترجح عدم الضمان، وإن كان غير مأمون ولا سباع ولا غلبة للسرقه فإنه يترجح ضمانه، وهذه أمور تعتبر ولذلك قال الزيناسني عن القلشاني ما نصه: سمعت عن شيخنا الغبريني أن القاضي ابن حيدررة القاضي بتونس أنه حكم بها بتضمين الحمامي وسمعته، وقد سئل هل يحكم بتضمين الراعي المشترك؟ قال: لا يحكم بذلك. قال الزيناسني ما محصله: لعل زمنه وبلده لم يظهر فيهما خيانة الرعاة وظهرت في الحمامي، وأما في زماننا هذا وبلدنا فالراعي المشترك أولى بالحكم بالقول الشاذ مراعاة للمصلحة العامة، ويدل لك ما ذكره غير واحد من المحققين اللخمي والباجي وغيرهما في مضمون قول المختصر والقول للعامل في الخسر والتلف الخ أن ذلك حيث يشبه العامل ما ادعاه من الخسر والتلف بسبب شهادة أهل التجارات هل يخسر ذلك العامل فيما بيده أم لا؟ ومثل ذلك في التلف، قف على بيانه غاية في الشرح في كتاب القراض وفي المختصر وإن قامت قرينة فعليها الخ. والمدار بحسب ما فهمنا من كلام الناس بعد التأمل الطويل هو غلبة الظن، فإذا وقع للقاضي واقعة من هذه الأمور فليدع أهل العقول والمعرفة من الموضوع الذي وقعت فيه الواقعة ويسألهم ما ظهر لهم في النازلة هل الأمين صادق فيما ادعاه من التلف أم لا؟ ألا ترى أن البيات بالسوق إذا ثبت أن رب حانوت ترك بحانوته حاجة ونظرها من كان عنده من الذين تصح شهادتهم وأغلق البيات أبواب السوق بحضرتهم وجزموا أن رب الحانوت لا يمكنه الرجوع لأخذ الحاجة من حانوته وفتحت الأبواب بحضرتهم صباحاً فوجدوا باب الحانوت مكسوراً ووجدوا ثقباً في الحانوت والسوق حصين غاية بحيث يغلب على الظن أو يجزم بأن ذلك من البيات فإنه يضمن الحاجة قطعاً حيث لم توجد بالحانوت المذكورة على المذكور، هذا الذي ينبغي مع الله تعالى في أموال الناس، وهذا هو الذي نتقلده، والله حسيب من لم ينصف، ولكن إنما يظهر لك حقية هذا بعد نظرك الشرح والتأليف الذي أشرنا إليه والسلام.

ومعنى ضيزى أنها جائرة. فقوله عن الحق خارجة تفسير لضيزى. قوله: والقول قولهم بلا يمين، البيتين. لما عد الأمناء الذين لا ضمان عليهم استطرد في ذكر الخلاف هل يصدقون في دعوى التلف ونحوه ويسقط عنهم الضمان بغير يمين أو بيمين، وأخبر آخر البيت الثاني أن القول بعدم اليمين هو الأولى عند من حقق النظر وأمعن الفكر، واقتصر صاحب المنهج على القول بلزوم اليمين. وقوله: والاتهام غير مستبين شرحه الشارح بقوله القول قولهم بلا يمين وأن اتهامهم على ما سبق لهم من حكم الأمانة غير مستبين اهـ. (والظاهر أن جملة) والاتهام غير مستبين حالية، والمعنى أن سقوط اليمين عنهم إنما هو والحالة هذه وهي حيث لم تتبين تهمة، يعني وأما إن تبينت فاليمين، ويؤيده ما نقله الشارح عن أصول الفتيا أن القول قولهم بلا يمين إلا أن يكون المدعى عليه ممن يتهم مثله فتجب عليه اهـ. ومعنى الإطلاق في البيت الثاني أنه لا بد من اليمين بانت تهمة أم لا، فهو مقابل للقول بلزوم اليمين حيث تتبين التهمة، هذا هو الظاهر من اللفظ والمعنى والله أعلم.

(تتميم) ذكر الناظم الأمناء الذين لا يضمنون وسكت عن مقابلتهم الذين عليهم الضمان وقد عدّ منهم صاحب المنهج نحو التسعة فقال:

يضمن ذو إرث ورهن وخيار وصانع عرس وحاضن معار
وحامل الطعام كالذي حبس لثمن ذا غيبة إن التبس
تلفه الخ

فالأول: الوارث فيما إذا ظهر دين أو طراً وارث أو نحوه بعد القسمة وادعى أحد الورثة تلف ما أخذه من العين والطعام والإدام ولم تقم بينة فإنهم لا يصدقون، واختلف

قوله: (والظاهر أن جملة الخ) هذا هو الحق، قال في المختصر في كتاب الوديعة: وحلف المتهم انظر الشرح هناك، لكن قال اللخمي على ما قدمنا هناك الغالب على الناس اليوم التهمة فتجب اليمين إلا على من برز في العدالة، وإذا كان هذا في زمانه فكيف بزمان من بعده بمثتين؟

قوله: (تتميم إلى قوله في الوارث الخ) انظر في كتاب القسمة عند قول المختصر كبيعهم بلا غبن هذا ولا بد، وعند قوله في كتاب الفلاس: وإن اشتهر ميت بدين وضمن المرتهن والمشتري على خيار تقدم في محله، أما المرتهن فهو قول المختصر في كتاب الرهن وضمنه مرتهن إن كان بيده الخ. وأما المشتري على خيار فهو قوله في كتابه والملك للبائع إلى آخر تلك المسائل، والصانع هو قوله في كتاب الإجارة عاطفاً على ما فيه الضمان ما نصه: أو صانع في مصنوعه ومسائله مبينة في المختصر وشروحه غاية، ومسألة الزوجة هي قول المختصر في كتاب التفويض ما نصه: وضمائه إن ملك بيينة أو كان مما يرغب عليه منهما وإلا فمن الذي في يده وهو أتم مما في الشرح، والحاضنة هو قوله في كتاب النفقة ما نصه: وضمنت بالقبض مطلقاً كنفقة الولد إلا لبينة على الضياع الخ. والمستعير هو قوله في كتاب العارية وضمن المغيب عليه الخ. وحامل الطعام تقدم قريباً. والحابس للسلة هو قول المختصر في كتاب الخيار وضمن بالعقد إلا المحبوسة للثمن الخ.

إذا قامت لهم بينة على الضياع فقال ابن القاسم لا شيء عليهم، وقال أشهب يضمنون. والثاني: المرتهن يضمن الرهن الذي يغاب عليه إلا إذا قامت بينة على هلاكه فلا يضمنه على المشهور. والثالث: البائع على خيار فإن ضمان المبيع منه في زمن الخيار. والرابع: الصانع يضمن مصنوعه إن ادعى ضياعه بثلاثة شروط: الأول: أن ينصب نفسه للصناعة عياض بخلاف الأجير الخاص للرجل أو الجماعة دون غيرهم، والصانع الخاص الذي لم ينصب نفسه للصناعة، فلا ضمان على هؤلاء لأن التضمن إنما كان للمصلحة العامة. الشرط الثاني: أن لا يكون في بيت رب السلعة وإلا فلا ضمان جلس معه أم لا. ابن حبيب: لأنه هنا أجير خاص. الشرط الثالث: أن لا يكون ربه ملازماً له وإلا فلا ضمان عليه لأنه بحضوره معه يشبه الصانع الخاص. الخامس: الزوجة إذا قبضت ما يغاب عليه من مهر ثم طلقها زوجها قبل البناء فادعت تلفه فتضمن له نصفه. والسادس: الحاضن يضمن ما قبض لمحتوضه من النفقة والكسوة ونحوهما من مؤن المحتضون فيدعي تلفه فيضمن ذلك إلا أن تقوم بينة على هلاكه. والسابع: المعار فيضمن ما يغاب عليه إلا أن تقوم بينة على هلاكه ويضمن أيضاً ما ثبت تعديه فيه أو تفریطه كان ممّا يغاب عليه أم لا. الثامن: حامل الطعام يضمنه مطلقاً كما تقدم في الرابع عشر من الذين لا يضمنون. التاسع: البائع الذي يحبس سلعته حتى يقبض الثمن أو للإشهاد فيضمن تلك السلعة كما يضمن الرهن.

وَحَارِسُ الْحَمَّامِ لَيْسَ يَضْمَنُ وَيَبْغِضُهُمْ يَقُولُ بَلْ يَضْمَنُ

يعني أنه اختلف في حارس ثياب داخل الحمام هل يضمنها أو لا ضمان عليه فيها على قولين. قال في التوضيح: وأما حارس الثياب ففي البيان أن إكراه صاحب الحمام لحفظ الثياب بأجرة في ذمته فلا خلاف في نفي الضمان إلا أن يضيع أو يفرط، وإن كان بأجرة يأخذها من الناس الداخلين للحمام فقال مالك لا ضمان عليه. ابن لبابة: وما سواه خطأ وضمنه ابن حبيب واختار اللخمي نفي الضمان على الحمامي والحارس ولو دفع له أجرة لأنه حينئذ كالمودع يدفع له أجرة على أمانته. ابن القاسم: ولو قال الحارس جاني إنسان فشبهته بك فدفعت إليه الثياب ضمن. اللخمي: وكذلك يضمن إن رأى إنساناً يأخذ ثيابه فتركه ظناً منه أنه أنت اهـ.

فصل في القرض وهو السلف

حدّه ابن عرفة بقوله: دفع متمول في عوض غير مخالف له لا عاجلاً تفضلاً. فقوله

وقول الناظم: وحارس الحمام الخ تقدم الكلام فيه قريباً فافهم هذه الأمور فكم أكلت فيه من أموال من قضاة جهال يعلمها الكبير المتعال.

فصل في القرض وهو السلف

قوله: (فإنه بيع الخ) السلف بيع أعم وإنما رخص فيه للضرورة، فأجاز وأسلف درهم ليقبض

متمول أخرج به ما ليس بمتمول إذا دفعه فإنه ليس بقرض ولا يقرض مثل ذلك . قوله في عوض أخرج به الهبة . قوله غير مخالف له أخرج به دفعه في المخالف (فإنه بيع) قوله لا عاجلاً عطف بلا على حال مقدرة أي المتمول المدفوع في عوض غير مخالف حالة كونه حالاً أو مؤجلاً لا عاجلاً، أخرج به المبادلة المثلية فإنه يصدق عليها الحد لولا الزيادة . وقوله تفضلاً مفعول من أجله أي دفع لأجل تفضل المقرض على المقرض، واحتترز بذلك ممّا إذا قصد بدفعه نفعهما معاً أو نفع المقرض أو نفع أجنبي ولا يجوز إلا إذا قصد نفع المقرض فقط .

الْقَرْضُ جَائِزٌ وَإِنَّمَا جَارٍ فِي كُلِّ شَيْءٍ مَا عَدَا الْجَوَارِي
وَشَرْطُهُ أَنْ لَا يَجْرَ مَنْفَعُهُ وَحَاكِمٌ بِذَلِكَ كُلُّ مَنْعِهِ
وَلَيْسَ بِاللَّازِمِ أَنْ يُرَدَّ قَبْلَ انْقِضَاءِ أَجَلٍ قَدْ حَدًّا
وَإِنْ رَأَى مَسْلَفَ تَفْجِيلِهِ أُلْزِمَ مَنْ سَلَفَهُ قَبُولَهُ

اشتملت الأبيات الأربعة على ثلاث مسائل . الأولى : أن القرض أي السلف جائز في كل شيء إلا في الجوّاري فلا يجوز وإلى هذا أشار بالبيت الأول، وغير بمعنى إلا، وإنما لم يجز لأن من تسلف جارية جاز له ردّها بعينها إن لم تتغير، فإن ردّها فقد آل أمرهما إلى أنه أعطاه جارية استمتع بها مدة ثم ردّها له وهو من إعارة الفروج . قال الشارح في تمهيد ابن فتحون: القرض فعل خير وبر وهو جائز (في كل شيء تحصره صفته سوى الإماء) لأن للمقرض في كل شيء اقترضه أن يردّه بعينه بعد المغيب عليه

درهماً إلى أجل وذلك يصدق عليه البيع الأعم الذي هو عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة الخ كما في حدّ ابن عرفة وصرح بأن القرض بيع المازري والقلشاني وغيرهما، وذكرنا ذلك عند قول المختصر: ورخص لمعسر الخ، وكذا عند قوله: وإقالة من الجميع إلا أنه عقد مبني على غير المكايسة، ولذلك لا يجوز سلف الجلود المدبوغة من الميتة وجلود الأضاحي، وبذلك تعلم ما وقع لتغير واحد في ذلك، قال في المختصر في الأضاحي ما نصه: ومنع البيع إلى قوله والبدل والقرض لا يخرج عن البدل والبيع، وأجيز قرض درهم في درهم لأن الدرهم يعاوض عنها في الجملة، ولا كذلك جلود الميتة والأضاحي، ومنع البدل هو في نص المدونة ولم يحرم السلف على الوجه المذكور لأنه فعل معروف وإلا فهو بيع فضة بفضة إلى أجل وذلك البيع حرام، انظر الشرح وانظر قول ابن عرفة في الرسم تفضلاً مع قول الوثائق المجموعة السلف الجائز بين المسلمين الذي يراد به وجه الله العظيم ورفق المستسلف، فإن أراد به صاحبه منفعته ولم يرد به هذا الوجه فلا أجر له الخ وهذا منه بلفظه، ولكن إن تأملت ما نقلناه في الشرح ظهر لك عدم المخالفة، وابن عرفة جعل جنس القرض هو الدفع مع أن القرض يوجد وإن لم يقع دفع، كما يدل عليه قول المختصر في كتاب الفلّس، وهل القرض كذلك وإن لم يقبضه مقرضه الخ وهو كلام ابن المواز كما في المواق وغيره . فقوله وإن لم يقبضه مقرضه هو الحجة تفهمه منصفاً، وإنما القرض هو كالهبة يصح اسم الهبة في ذلك وإن لم يقع قبض .

قوله: (في كل شيء تحصره صفته سوى الإماء الخ) عبارة ابن فتحون في الوثائق المجموعة إلا

والانتفاع به ما لم تتغير صفته عمّا كان عليه ويلزم المقرض أخذه منه، فلو أجزى القرض في الإماء لكان لكل من أراد أن يستمتع بجارية غيره أن يقترضها منه فيطأها ما شاء ثم يردّها عليه، فكان ذلك مؤدياً إلى عارية الفروج وإباحة وطئها بغير نكاح ولا ملك يمين فسدّ هذا الباب جملة واحدة، إلا أن يقترضها ذو محرم أو امرأة فيجوز ذلك فيها لسلامة المسألة من عارية الفروج المحظورة اهـ. فإذا اقترض أمة ردّها ما يطأها ابن يونس، فإن فاتت بالوطء فالأصوب من القولين أن عليه قيمتها لا ردّ مثلها اهـ. المسألة الثانية: أنه يشترط في جواز القرض أن لا يجزّ منفعة للمقرض بالكسر، فإن جر له منفعة لم يجز (كسلفه قمحاً) قديماً ليرد له جديداً أو سائساً أو عفناً ليرد له جيداً. قال في الواضحة: لا يجوز سلف الطعام السائس ولا العفن ولا القديم ليأخذ جديداً إلا إن نزلت بالناس حاجة فسألوا رب الطعام المذكور إذ المنفعة لهم دونه يريد أنه لو باعه حينئذ باعه بثمان غال، وفي الغالب أن الطعام الذي يؤدونه يكون وقت الأداء أرخص وإن كان غير سائس ولا معفون اهـ. وإلى هذه أشار بالبيت الثاني. فقله أن لا يجزّ منفعة أي للمقرض. وقوله وحاكم بذلك كل منعه شرحه الشارح بقوله: والحاكم بإجازة ذلك كل المذهب على منعه اهـ. والظاهر أن لفظ حاكم صفة لمحذوف ومعناه المؤدي والموصل وباء بذلك للغاية على حدّ: ﴿وقد أحسن بي﴾ [يوسف: ١٠٠] أي إليّ، والإشارة لجر المنفعة والتقدير والقرض المؤدي والموصل إلى جر المنفعة كل الفقهاء منعه ولم يجزه. المسألة الثالثة: أن القرض إذا كان لأجل محدود لم يلزم المقرض ردّه قبل الأجل المعين، وإن أراد المقرض وهو المديان تعجيله قبل أجله فذلك له، وليس للمقرض أن يمتنع من ذلك وإلى ذلك أشار بقوله: وليس باللازم أن يرد، البيتين. قال في الجواهر: لو أراد الرجوع في قرضه منع إلا بعد مضي مدة الانتفاع بالشرط أو بالعادة. وفي المدونة: إذا كان لك دين على رجل دنانير أو دراهم إلى أجل فعجلها لك قبل الأجل جبرت على أخذها كانت من بيع أو قرض انتهى. (وفي الرسالة): ومن عليه دراهم أو دنانير من بيع أو قرض مؤجل فله أن يعجله

في الجوّاري وتراب الصواعين وتراب المعادن. وقول ابن فتحون في كل شيء تحصره الصفة يشمل ذلك وهو أمر ظاهر، وكلام المتيطي هو كلام ابن فتحون، وصاحب المختصر قال: يجوز قرض ما يسلم فيه فقط إلا جارية تحل للمستقرض، وقال في السلم: ويجوز فيما طبخ واللؤلؤ الخ، ثم قال: إلا فيما لا يمكن وصفه كتراب المعدن والأرض والدار والجزاف، وبيننا في الشرح هناك أن اللؤلؤ يجوز فيه السلم وإن كبر، وتكلمنا على مسألة الجزاف وبه تعرف ما وقع لبعض ممن شرح الرسالة وغيره، وبيننا ذلك في الشرح صدر القرض مع أن القاضي في المعونة إنما استثنى الجوّاري فقط، كذا ابن يونس وصاحب الرسالة وابن سلمون، وقول المختصر ما يسلم فيه يرد عليه أن المسكوك لا يسلم فيه، والجواب أن القضاة عبد الوهاب وعياضاً والباجي ذكروا أنه يسلم فيه، انظر صدر البيوع والسلم، وعند قوله في المختصر: وأن لا يكونا طعامين الخ. قوله: (كسلفه قمحاً الخ) أي بشرط ولذلك قال في المختصر: كشرط عفن بسالم، انظر الشرح في هذا فإن فيه كلاماً مفيداً في هذه المسائل الصعاب.

قوله: (وفي الرسالة الخ) تحصيل ما أشير إليه في القرض وغيره باعتبار المكان والزمان،

قبل أجله، وكذلك له أن يعجل العروض والطعام من قرض لا من بيع اهـ. فقول الناظم: وإن رأى مسلف تعجيله يشمل العين والعرض والطعام الحكم في القرض واحد وإنما تفرق العين من غيرها في البيع والله سبحانه وتعالى أعلم.

باب في العتق وما يتصل به

ابن عرفة: هو رفع ملك حقيقي لا بسبأ محرم عن آدمي حي. فقوله رفع ملك الرفع هو إزالة أمر متقرر بثبوته وأخرج بالملك رفع غير الملك كرفع الحكم بالنسخ، وأخرج بقوله حقيقي استحقاق عبد بحرية لأن المستحق من يده بحرية لم يكن مالكا حقيقة ظاهراً وباطناً. وقوله لا بسبأ محرم عطف على مقدر أي بغير سبأ لا بسبأ، وأخرج به فداء المسلم من حربي سبأ، وكذلك ممن صار له من حربي. وقوله (عن آدمي متعلق برفع) قال الرصاع: قال الشيخ الأبي تلميذ الشيخ لا يقال الحد غير مانع لصدقه على بيع

وحاصل ما تقدم في السلم على قول المختصر ولا يلزم دفعه بغير محله مع قوله ولزم بعدهما أن المقرض يلزمه قبض العين مطلقاً حل الأجل أم لا، كان في بلد القرض أم لا، لأن الأجل من حقه والجواهر ونحوها مثل معين، وأما غير ذلك فإنما يلزمه القبول إذا كان في محل القرض حل الأجل أم لا، وأما إن لم يكن في محل القرض فلا لزوم مطلقاً حل الأجل أم لا، لأن المكان في هذا من حق المقرض بخلاف العين وما يشبهها لما عليه في ذلك من كلفة الحمل، وأما وجوب الدفع على المقرض فلا يلزمه الدفع قبل الأجل لأنه من حقه، وكذلك في غير مكانه إذ هو من حقه أيضاً كما أنه من حق المقرض ولكن هذا في غير العين، وأما هي فيلزمه الدفع إن طلب به ولو في غير بلد القرض لأنه لا حمل فيها، وأما التراضي فلا نتعرض له، وأما من بيع فانظره عند قول المختصر ولا يلزم دفعه في الشرح آخر كتاب السلم، وقد قال المصنف في القرض وملك ولم يلزم رده إلا بشرط أو عادة كأخذه بغير محله إلا العين، فقوله وملك ظاهره قبض أو لا وهو كذلك، وقوله إلا بشرط ظاهر وقوله أو عادة هذا الذي يظهر رجحانه وقيل لا تعتبر العادة وأن الرد يلزم على كل حال وإن لم يشترط الأجل، ولذلك نقل المتيطي أنه يجب البيان في السلم، وهل هو على الحلول أو الأجل؟ فإن وقع منهما فبعض القرويين هو على الحلول وبعضهم يقضي بالأجل ويرجع في ذلك للعادة، وإن اختلف هل هو على الحلول أو الأجل؟ فالراجح أن القول للمسلف بالكسر، انظر الشرح فإن هذه نطفة منه.

فصل في العتق وما يتصل به

قوله: (عن آدمي متعلق برفع النخ) هذا صحيح وبه يعلم ما في الخطاب من الاعتراض، وكذا كلام من تبعه، ودار الحرب لها شبهة الملك فانظر لم لم يكتف ابن عرفة عن مسألة الفداء بقوله ملك حقيقي، وقد قال أبو الحسن الحرية تكون مع الملك ومع شبهة الملك ذكره في البيع الفاسد إن اشترى فاسداً من علق العتق على الشراء فاشترى فاسداً أي فإنه يعتق عليه، يعني لأن البيع الفاسد إنما ينقل شبهة الملك، ولا ينقل الملك إلا مع فوات المبيع فافهم، ويدخل في حد ابن عرفة عتق من في السياق، ويترتب على عتقه حد من قذفه إذ عتقه صحيح ولا يرد على حده عبد الحربي يسلم

العبد وهبته لأن هذه إنما هي نقل ملك لا رفعه لأن الملك باق، لأن رفع الشيء يستلزم ذهابه ونقله يقتضي وجوده في محل غير محله، والبيع وما شابهه من الثاني لا من الأول، والمراد بالآدمي الجنس فيصدق على الذكر والأنثى، ووصفه بحي ليخرج به من ارتفع الملك عنه بالموت، انتهى ببعض اختصار، ولعله يعني بما يتصل بالعتق اختلاف العبد والسيد في قدر مال الكتابة أو في المقبوض منه ونحو ذلك كجنسه وأجله وعدم لزوم رهن أو حميل في ذلك والله أعلم.

العتق بالتدبير والوصاة وبالكتابة وبالبينات
وليس في التدبير والتبديل إلى الرجوع بغير سبيل
والعتق بالمال هو المكاتبه وما له بالجبر من مطالبه

أخبر في البيت الأول أن العتق على أربعة أوجه. الأول: التدبير وهو تعليق العتق بموته لا على وجه الوصية كقول السيد لعبدته أو أمته: أنت حر عن دبر مني أو دبرتك أو أنت مدبر، أو أنت حر بعد موتي بالتدبير، أو حر بعد موتي لا يغير عن حاله. قال في المقرب: قلت لابن القاسم: وأي التدبير عند مالك؟ فقال: إيجاب يوجهه على نفسه فيلزمه، وفيه قلت له: رأيت إن قال رجل في صحته لعبدته: أنت حر يوم أموت، فقال: سئل مالك عمن قال لعبدته وهو صحيح أنت حر بعد موتي ثم أراد بعد ذلك أن يبيعه فقال: يسأل (فإن كان أراد وجه الوصية فله أن يفعل)، وإن كان أراد التدبير منع من بيعه،

ويبقى حتى يغنمه المسلمون فإنه حر على المشهور وهو قول المختصر في الجهاد وعبد الحربي الخ وذلك عتق اصطلاحاً، لأن الناس إنما يجدون على الاصطلاح لأن حقيقة العتق رفع الملك أو ارتفاعه، وقد ارتفع ملك الكافر عنه أو شبهة الملك، وتقدم أن العتق يصح مع الشبهة، وبه تعلم ما في الخطاب أيضاً، نعم لو اعترض هذا من جهة قول ابن عرفة رفع ملك حقيقي، انظر الشرح فإن فيه البيان إن شاء الله تعالى.

(ص): العتق بالتدبير والوصاة إلى آخر الأبيات الثلاثة. قوله: (فإن كان أراد وجه الوصية فله أن يفعل الخ) الفرق بين الوصية والتدبير إيجاب أوجه المالك على نفسه بنفسه في حين تلفظه بالعتق، وإن علق وقوعه على الموت والوصية فقال أعتقن أبدي إن مت فلم يفعل وإنما وكل الموكل يعزل وكيله فلذلك صح الرجوع في الوصية بالعتق وغيره ولزم التدبير، ويأتي هذا الفرق لهذا الشارح بأبين من هذا هنا، وكتبت هذا قبل أن أراه، فإن شرط عدم الرجوع في الوصية بعتق أو غيره ففي ذلك اضطراب كثير واختلاف كبير بين الفحول، وقد أطلت صاحب المعيار في ذلك وأجاد غاية في جلب الفتاوى الكثيرة في ذلك، والذي ظهر لنا رجحانه من ذلك هو صحة الرجوع، وإن كان مقابله قوياً أيضاً، وكذا وقع اضطراب كثير في مسائل اختلف فيها هل هي من باب الوصايا أو من باب التدبير، وقد استوفينا ذلك في الشرح صدر التدبير فانظره إن شئت.

فائدة: قال عياض في تنبيهاته ما نصه: والعتق مندوب إليه في الجملة، ومن نوافل الخير المرغب فيها العظيمة الثواب، ويجب أحياناً بعشرة أسباب: بإلزام الرجل بذلك نفسه، وتبتيه عتق مملوكه ابتداءً، وينذر ذلك لأمر كان أو يكون، وبالحنث في يمين بذلك، وبحمل مملوكته منه،

قال ابن القاسم: وهي وصية أبدأ حتى يريد التدبير. قال سحنون: وكان أشهب يقول: إذا قال مثل هذا في صحته في غير إحداث وصية بسفر فهو تدبير. ابن الحاجب: وأما إن مت من مرضي هذا أو من سفري هذا فوصية لا تدبير. التوضيح: وإنما كانت وصية لأن قوله يقتضي أن له الرجوع إن لم يمّت في ذلك المرض أو السفر فكان ذلك قرينة صارفة عن التدبير إذ التدبير لا رجوع فيه، وهذا هو قول ابن القاسم في العتبية، وله في الموازية أن ذلك تدبير اه. ونقل ما قبله ما نصه: قال في المدونة وإن قال أنت حر بعد موتي ليوم أو شهر أو أكثر فهو من الثلث ويلحقه الدين، قالوا وهذا وصية لأن مخالفته التدبير بكونه ليس معلقاً على الموت قرينة في إرادة الوصية اه. وقال قبله أيضاً: لما ذكر صيغ التدبير المتقدمة عن ابن الحاجب ما نصه: نعم قد يخرج عن هذه الصيغ إلى الوصية بالقرينة كقوله أنت حر عن دبر مني ما لم أغير ذلك وأرجع عنه أو أفسخه، كما أن صريح الوصية إذا صحبه قرينة تدل على إرادة التدبير انتقل إلى حكمه كقوله: إذا مت فعبدني فلان حر لا يغير عن حاله أو لا مرجع لي فيه فهذا له حكم التدبير، حكاه عياض وغيره. الوجه الثاني من أوجه العتق: العتق بالوصية وإليه أشار بقوله: والوصاة وهو بفتح الواو الوصية، قال الزركشي في حاشيته على البخاري: وذلك كقوله: إن قدر الله بموتي فعبدني فلان حر أو أعتقوه، أو إن مت من مرضي أو سفري هذا أو هو حر بعد موتي بشهر كما تقدم قريباً ونحوه. الوجه الثالث: العتق بالكتابة وهو العتق على مال مؤجل يعطيه العبد موقوفاً عتقه على أدائه، وقد فسره الناظم في البيت الثالث بقوله: والعتق بالمال هو المكاتبه. (قال في التوضيح: سميت كتابة) مصدر كتب لأنه يكتب على نفسه لمولاه ثمه ويكتب مولاه عليه

ويعتقه بعض مملوكه فيبتل عليه باقيه، وبالتمثيل به وبشراء من يعتق عليه، وبقتل النفس خطأ، أو بوطء المظاهر منها، وبمكاتبه العبد أو مقاطعته على مال أو خدمة لذلك، ويلحق بذلك وجهان آخران وهما كفارة اليمين بالله وكفارة الفطر عمداً في رمضان، إلا أن الفرض في هذا موسع للتخيير فيه وفي غيره من الكفارات المذكورة معه، وإنما يتعين الفرض بذلك بتعيين المكفر الخ. وهذا أكثر من عشرة في الحقيقة إلا أن يريد بعض المذكور بعده واحد وإن كان أكثر، فافهم هذا، مع أنه ليس الوجوب منحصراً في هذه المذكورات كقول المالك: إن دخلت الدار فأنت حر إلا أن يريد الأصول فيقرب الأمر، وكقوله: إن اشتريته فهو حر إلى غير ذلك. وقول عياض: وبشراء الخ أي وكذلك غير الشراء، كما إذا وهب هل من يعتق عليه ونحو ذلك.

قوله: (قال في التوضيح سميت كتابة الخ) عبارة محمود في كشفه على قوله تعالى: ﴿فكاتبوهم﴾ [النور: ٣٣] الآية ما نصه: الكتاب والمكاتبه كالعتاب والمعاتبه وهي أن يقول لمملوكه كاتبك على ألف درهم فإن أداها عتق، ومعناه كتبت لك على نفسي أن تعتق مني إذا وفيت بالمال وكتبت لي على نفسك أن تفي بذلك، أو كتبت عليك الوفاء بالمال وكتبت علي العتق اه. بلفظه. وفي تنبيهات عياض ما نصه: الكتابة مشتقة من الأجل المضروب لنجومها، والكتاب هو الأجل فيها قال الله تعالى: ﴿إلا ولها كتاب معلوم﴾ [الحجر: ٤] أي أجل مقدور، ومنه قيل كاتب عبده أي وافقه على ذلك، وقد تكون من الإيجاب واللزوم لإلزام هذا العبد أو التزامه ما جعل عليه من المال، قال

العتق ثم قال: وخصّ العبد باسم المفعول لأن أصل المكاتبه من السيد وهو الذي يكتب عبده. الوجه الرابع: العتق الناجز وهو الذي عبر عنه بالبتات كقوله لعبده أو أمته: أنت حر أو معتق. ابن الحاجب: الصيغة الصريح كالتحرير والإعتاق وفك الرقبة. قال في التوضيح: ما لم يكن هناك قرينة تصرف اللفظ عن إرادة العتق. ففي المدونة: ومن عجب من عمل عبده أو من شيء رآه منه فقال له ما أنت إلا حر، أو قال له تعال يا حر ولم يرد الحرية وإنما أراد أنك تعصيني فأنت في معصيتك إياي كالحر فلا شيء عليه في الفتيا ولا في القضاء اه. ثم أخبر في البيت الثاني أن من أعتق عبده على وجه التدبير أو التبتيل وهو الوجه الرابع المعبر عنه في البيت الأول بالبتات ثم ندم وأراد الرجوع في ذلك فلا سبيل له إليه وما عقده فيه لازم، وهذا بخلاف العتق على وجه الوصية فإن له الرجوع في ذلك إن شاء، والفرق بين التدبير حتى لا رجوع له فيه وبين الوصية فله الرجوع فيها هو ما نقله السبستاني في شرح التلمسانية ونصه: قال ابن رشد في وصايا المقدمات: الوصية بالعتق وغيره عدة وللموصي أن يرجع عنها إن شاء في صحته أو مرضه. وقال في المدبر منها: الفرق بين التدبير والوصية أن التدبير عتق أوجه على نفسه لعبده إلى أجل آت لا محالة، فوجب أن لا يكون له الرجوع بقول ولا بفعل كالعتق إلى أجل لأن العتق يقع عليه بعد الموت واحتمال الثلث له بعقد السيد العتق له كما يقع على المعتق إلى أجل، والموصي بعتقه لم يعقد السيد له عقد عتق في حياته وإنما أمر أن يعتق عنه بعد وفاته، فالعتق إنما يقع عليه بعد الموت من الموصي إليه، فهو كمن وكل رجلاً أن يبيع عبده فلان أو يهبه له فله أن يرجع عن ذلك بما شاء من فعل أو قول ما لم يعقد الوكيل ما أمر به اه. وقوله: والعتق بالمال هو المكاتبه تقدم الكلام عليه في الوجه الثالث. وأما قوله: وما له بالجبر من مطالبة. فأشار به إلى أنه ليس للسيد أن يجبر عبده على الكتابة ولا للعبد أن يجبر سيده عليها وإنما تصح برضاها معاً، فما نافية وضمير له لواحد منهما لتقدم ذكرهما باللزوم، إذ العتق يستلزم معتقاً ومعتقاً، ومن زائدة بعد النفي لا تتعلق بشيء ومطالبة مبتدأ خبره له، وبالجبر يتعلق بمطالبة أي ليس لواحد من السيد والعبد مطالبة الآخر بالجبر على الكتابة. ابن الحاجب: (وهي غير واجبة) على السيد فلا يجبر العبد

تعالى: ﴿كتب ربكم على نفسه الرحمة﴾ [الأنعام: ٤٥] أي أوجبها، وقيل: بل من الكتاب الذي يكتبونه بينهم في عقد ذلك، ويقال فيها كتابة ومكاتبه وكتاب، قال الله تعالى: ﴿والذين يبتغون الكتاب﴾ [النور: ٣٣] الخ. وفي ابن الفاكهاني: هي من كتب السيد لعبده بذلك كتاباً وكانت في الجاهلية متعارفة بين الناس فأقرها الإسلام وهي مجمع عليها في الكتاب والسنة، وأول كتابة وقعت في الإسلام كتابة سلمان رضي الله عنه وقيل غير ذلك الخ. وكلام الكشاف يدل على أن المراد للزوم والإيجاب وهو الوسط عند عياض، ولكن أصل الإيجاب والأجل هو الكتب لأن الأمر الواجب يعنى به أكثر فيكتب، وكذا الأجل فإنه يكتب لثلاثين سنة فافهم.

قوله: (وهي غير واجبة الخ) صاحب المختصر قال في هذا ما نصه: نذب مكاتبه أهل التبرع وحط جزء آخر ولم يجبر العبد عليها والمأخوذ منها الجبر بكتابتك ونحوه بكذا، وظهرها اشتراط

أيضاً على الأصح اهـ. وبعد كونها غير واجبة على السيد فقال في التوضيح: هي مستحبة وهو مذهب المدونة، وقيل مباحة، حكاه ابن الجلاب عن مالك ونبه بقوله غير واجبة على قول الظاهرية بإيجابها للأمر في قوله تعالى: ﴿فَكَاتِبُهُمْ﴾ [النور: ٢٣] وقوله: ولا يجبر العبد عليها على الأصح هو المشهور وهو قول ابن القاسم وأشهب وعبد الملك، ومقابلة مروى عن مالك وأصغ انتهى باختصار وتقديم وتأخير.

وَمُعْتَقٌ لِلْجُزْءِ مِنْ عَبْدٍ لَهُ مُطَالِبٌ بِالْحُكْمِ أَنْ يُكْمِلَهُ
وَحَظٌّ مَنْ شَارَكَهُ يُقْوَمُ عَلَيْهِ فِي الْيُسْرِ وَعِثْقاً يَلْزَمُ

اشتمل البيت الأول على من له عبد يملك جميعه فأعتق جزءاً منه كثلثه أو ربه. (وكذا إن أعتق عضواً) منه كيده أو رجله فإن العتق يسري لباقيه ويعتق عليه جميعه، فالجزء في كلام الناظم ظاهر. في الجزء المشاع كالثلث والربع، ولا يبعد شموله لجزء معين كيد أو رجل، وهل تتوقف السراية على حكم الحاكم وهو صريح كلام الناظم أو لا تتوقف ويكون جميعه حراً بنفس عتق الجزء قولان. ابن الحاجب: ومن أعتق جزءاً أو عضواً من عبده سرى، وفي وقوف العتق على الحكم روايتان. التوضيح: قوله سرى عتق عليه جميعه والرواية بوقوف السراية على الحكم. قال اللخمي: هو المعروف عن المذهب وهو مذهب المدونة، والرواية الأخرى نقلها عبد الوهاب، ثم بحث في التوضيح بما

التنجيم وصحح خلافه. وحاصل ما نقلناه في التنجيم أن الكتابة لا تمنع وقعت حالة أو منجمة كان العوض حاضراً عند العبد أو لا، وإذا أجلت فلا فرق كثرت النجوم أو قلت، بل ولو كان نجم واحد فإنها تخرج به عن الحالة، وأنه لا فساد في ذلك أصلاً عند المالكية، وأن الحالة تسمى قطاعه، وكان المذهب متفق على صحتها مطلقاً، وما يفهم من كلام عياض ومن تبعه من الخلاف في صحة الحالة لا يعول عليه، أما إذا كان المال حاضراً عند العبد وقعت المعاوضة حالة فلا معنى لعدم الصحة لأنها عتق إذ له أن ينتزع ما له فافهم. وظاهر المختصر أنه تابع لعياض وفي ذلك ما لا يخفى، انظر كلام الناس في الشرح تسلم هذا. وأما حكم الكتابة فالندب وهو المذهب والمعروف منه وعدم جبي العبد عليها به العمل وهو الراجح في نفسه والمشهور، واختار اللخمي الجبر إذا رضي السيد بمثل خراجه أو أزيد بيسير وإلا فلا، لأنها منفعة للعبد خالية عن مضرة، والقول بالجبر قوي في نفسه، وكلام اللخمي حسن غاية يمكن به الجمع بين كلام الناس، ولا سيما في رضي السيد بمثل الخراج، والعتق أقرب إلى الكتابة من البيع. وفهم من قول المختصر ندب أن السيد لا يجبر على الكتابة مطلقاً وهو كذلك، وقوله المأخوذ منها الجبر في هذا الأخذ بحث بما يظهر غاية، وهذا كله في الشرح قف على تمامه فيه إن شئت.

(ص): ومعتق للجزء من عبد له إلى آخر البيتين. قوله: (وكذا إن أعتق عضواً الخ) عتق الجزء هو قول المختصر وبالحكم جميعه إن أعتق جزءاً والباقي له كان بقي لغيره الخ. وعتق العضو هو قوله أثناء النظائر التي اشترك فيها الطلاق والعتق ما نصه وعتق عضو الخ. وهذا هو الذي في النظم بحسب الظاهر، وقد أشار له هذا الشارح هنا بقوله: فالجزء في كلام الناظم الخ. قوله:

حاصله أنه على القول بتوقف السراية على الحكم لا سراية. (وأجاب بأن السراية) حاصلة على قول وهو عدم افتقارها للحكم انظره إن شئت. واشتمل البيت الثاني على مسألة من يملك جزءاً من عبد كنصف أو نحوهما فأعتق جزأه الذي يملك فإنه يقوم عليه نصيب شريكه ويدفع قيمة ذلك النصيب للشريك ويعتق جميعه.

(ولتقويم نصيب الشريك) شروط. الأول: أن يكون موسراً وعليه نبه الناظم بقوله في اليسر ولم يذكر سواه من الشروط الآتية، ويسره بأن تفضل له القيمة عن قوته الأيام وكسوة ظهره كالمدين وبيع في ذلك منزله وشوار بيته والمريض فقير إلا في الثلث فإن كان موسراً بالبعض سرى العتق في ذلك البعض، ويشترط مع كونه موسراً أن يدفع القيمة. ابن الحاجب: ولا يعتق إلا بعد التقويم ودفع القيمة على أظهر الروايتين. الثاني: أن يحصل عتق الجزء باختياره أو بسببه، فلو ورث جزءاً من قريبه لم يسر ولو وهب له أو اشتراه سرى. الثالث: أن يكون هو المبتدي لتبعض العتق، فإن كان بعضه حراً لم يقوم ولذلك لو كانوا جماعة، فالتقويم على الأول. الرابع: أن يكون المعتق مسلماً أو العبد مسلماً فإن كانا كافرين فلا تقويم، وهذه الشروط ذكرها ابن الحاجب وتبعه الشيخ خليل في مختصره فراجعها في التوضيح إن شئت.

(فرع: قد يجتمع) المسألتان المذكورتان في البيتين في مسألة واحدة كمن له نصف عبد فأعتق ربعه فيكمل عليه الربع الآخر ويقوم عليه النصف الذي لشريكه.

وَعِتْقُ مَنْ سَيِّدُهُ يُمَثَّلُ بِهِ إِذَا مَا شَأْنُهُ يُبْتَلُ

أشار بالبيت لمسألة قوله في الرسالة: ومن مثل بعبد مثله بينة من قطع جارحة ونحوه عتق عليه. (ولقول ابن الحاجب): ومن مثل برقيقه عمداً مثله شين عتق عليه، ثم

(وأجاب بأن السراية الخ) السراية معناها أن البعض يوجب عتق الباقي كان ذلك الباقي يعتق بنفس عتق البعض الأول أو بعتق الحاكم، لأن المعنى أن سبب العتق الأول يوجب عتق الثاني، والمذهب والمشهور هو الوقف على الحكم في عتق الجزء والعضو كان العبد للمعتق الأول وحده أو مشتركاً بينه وبين غيره.

قوله: (ولتقويم نصيب الشريك الخ) هذه الشروط استوفاهما خليل حيث قال في مختصره ما نصه: وبالحكم جميعه إن أعتق جزءاً والباقي له كأن بقي لغيره إن دفع القيمة يومه، وإن كان المعتق مسلماً أو العبد وإن أسر بها أو بعضها فقابلها وفضلت عن متروك المفلس، وإن حصل عتقه باختياره لا يارث، وإن ابتدأ العتق إلا إن كان حر البعض وقوم على الأول وإلا فعلى حصصهما إن أسر وإلا فعلى الموسر، وعجل في ثلث مريض آمن ولم يقوم على ميت لم يوص وقوم كاملاً بماله بعد امتناع شريكه من العتق الخ، ولكن قف على شرحها تر السحر الحلال والحمد لله الكبير المتعال.

قوله: (فرع قد يجتمع الخ) هذا يدخل في كلام المختصر بدليل التأمل الصادق.

(ص) وعتق من سيده يمثل، البيت. قوله: (ولقول ابن الحاجب الخ) أطال هذا الشارح في هذا المحل ومع ذلك لم يستوف ما في المختصر، فالأولى حيث أطال أن يستوفي أو يقتصر على

قال: وقطع الأنملة والظفر وشق الأذن شين، ووسم وجهه بالنار شين، وفي ذراعه وشبهه ليس بشين، وفي وشم وجهه بغير النار قولان، وقلع الأسنان وسحلها أي بردها شين، وفي السن الواحدة قولان، وحلق رأس الأمة ولحية العبد ليس بشين إلا في التاجر المحترم والأمة الرفيعة، انظر التوضيح. وفي المقرب: قال سحنون: قلت لابن القاسم: أرأيت إن أحرق رجل جسد عبده بالنار فقال هذه مثله إذا كان على وجه التعذيب له، وإن كان كواه على وجه العلاج للعبد فلا عتق له. وقد سئل مالك عن امرأة كوت فرج جاريتها بالنار فقال: إذا كان ذلك على وجه التعذيب لها فانتشر وساء منظره أعتقت عليها، وإن لم يبس ويقبح منظره فلا عتق لها. قال سحنون: ومن مثل بأم ولده أعتقت عليه، وكذلك إن مثل بعبد لأم ولده أو مثل بعبد عبده أعتقا عليه، قلت له: فإن مثل بمكاتبه مثل أن يجرحه أو يقطع يده، قال: ينظر إلى جرحه أن لو جرحه أجنبي فيكون ذلك على السيد، فإن كان قيمة الجرح والكتابة سواء أعتق العبد، وإن كان أكثر من الكتابة كان على السيد الفضل، وإن كان أقل من الكتابة أعتق العبد. قال ابن القاسم: ومن مثل بعبد مكاتبه كان عليه ما نقصه إلا أن تكون مثلة فاسدة يضمنه ويعتق عليه. قال مالك: ومن خصى عبده أعتق عليه. قال ابن القاسم: ومن مثل بعبد ابن له صغير أعتق عليه ولزمته القيمة لولده إن كان ملياً، لأن مالكا قال: إذا أعتق الرجل عبد أولاده الصغار وهو ملي جاز عتقه فيهم ويضمن قيمتهم، ومن مثل بعبد امرأته عوقب وضمن ما نقص إلا أن تكون مثلة فاسدة فيضمن قيمتهم ويعتقون عليه اهـ. وهذا كله في العمد كما تقدم في كلام ابن الحاجب وكان ذلك على وجه العقاب، وأما الخطأ وما قصد به المداواة والعلاج أو شبه العمد وليس بصريحه مثل أن يحذفه بسيف أو سكين فيبين منه عند ذلك عضو فلا يعتق عليه بذلك، نقله في التوضيح عن اللخمي. وفي المقرب: قال مالك: وما أصاب به المرء عنده على غير تعمد مثل أن يضربه على وجه الأدب فيفقأ عينه أو يكسر يده وما أشبه ذلك من القطع والشلل لم يعتق عليه اهـ. وهذا أيضاً إذا كان الذي مثل بعبده رشيداً لا حجر عليه، أما إن كان سفياً فقال ابن الحاجب: وفي مثلة السفية قولان. قال في التوضيح: قال في الجواهر عليه عتق عند ابن وهب وأشهب وأصبع ولا يعتق عليه عند ابن القاسم. وانظر ابن الحاجب والتوضيح على مثلة الزوجة لعبدها والعبد والمديان بعبيدهما. وقول الناظم: عتق هو مصدر مضاف للمفعول، ومن واقعة على العبد ويمثل بتشديد التاء المثناة من المثلة وهي العقوبة، قاله في التوضيح وما بعد إذا زائدة ويبتل خبر عتق. تنبيهان: الأول: لم يقيد الناظم المثل بعبده بكونه رشيداً متعمداً ولا بدّ من التقييد بذلك كما مرّ.

شرح النظم، وقد قال في المختصر: والحكم إن عمد لشين برقيقه أو رقيق رقيقه، أو لولد صغير غير سفية وعبد وذمي بمثله، وزوجة ومريض في زائد الثلث ومدين كقلع ظفر وقطع بعض أذن أو جسد أو سن أو سحلها أو خرم أنف أو حلق شعر أمة رفيعة أو لحية تاجر أو وسم وجه بنار لا غير، وفي غيرها فيه قولان، والقول للسيد في نفي العمد لا في عتق بمال اهـ. بلفظه. وهي بيّنة في نفسها وجلب شرحها يطول، وقد شرحناها شرحاً حفيلاً قف عليه إن شئت.

الثاني: قال ابن الحاجب: خواص العتق السراية والعتق بالقرابة والمثلة والحجر على المريض في الزائد على الثلث والقرعة والولاء. التوضيح: الخاصة الوصف المختص بالماهية اهـ. فالسراية فيمن أعتق بعض عبده أو أعتق جزءاً لا يملك من العبد سواه، وتقدم هذان في البيتين قبل هذا، والعتق بالقرابة لم يذكره الناظم. وقال في الرسالة: ومن ملك أبويه أو أحد ولده أو إحدى بناته أو جدّه أو جدته أو أخاه لأب أو لأم أو لهما عتق عليه، والمثلة هي المذكورة في هذا البيت، وأما الحجر على المريض والقرعة فقال في التوضيح: وليس الحجر على المريض في الزائد على الثلث خاصاً بالعتق بل فيه وفي غيره، وكذلك القرعة تأتي في قسمة المشترك والقسمة بين الزوجات اهـ. والقرعة في العتق هي فيمن أعتق عبيداً دفعة في مرضه أو أوصى بعقدهم ولم يحملهم الثلث أو أوصى بعتق ثلثهم أو أوصى بعدد سمّاه وعبيده أكثر والولاء لا إشكال أنه من خواص العتق والله أعلم. فرع: روى سحنون أن المرأة تطلق بمثلة العتق طلقة بائنة مخافة أن يعود، وقيل ثلاثاً، (وقيل لا تطلق)، انظر التوضيح.

وَمَنْ بِمَالٍ عَتَقَهُ مُنْجِمٍ يَكُونُ عَبْدًا مَعَ بَقَاءِ دِرْهَمٍ

يعني أن العبد إذا أعتقه سيده على مال منجم أي يدفع شيئاً فشيئاً وهو المكاتب فإنه لا يخرج حراً حتى يدفع جميع ما عليه ولا يزال قناً ولو لم يبق عليه إلا درهم واحد حتى يدفعه، وهذا معنى قوله في الرسالة وغيرها: والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم. وقال في المقرب عن ابن وهب: أخبرني غير واحد عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وجابر بن عبدالله وأم سلمة أنهم كانوا يقولون: المكاتب عبد ما بقي عليه من كتابته درهم اهـ. ومن موصول مبتدأ وصلته عتقه بمال ومنجم صفة مال وجملة يكون عبداً خير من.

وَالْقَوْلُ لِلسَّيِّدِ فِي مَالٍ حَصَلَ وَالْخُلْفُ فِي قَدْرِ وَجَنَسٍ وَأَجَلٍ

يعني أنه إذا اختلف المكاتب وسيده فادعى المكاتب أنه دفع للسيد الكتابة وأنكر السيد فالقول قول السيد مع يمينه، وكذلك القول قوله إذا اختلفا في الكتابة وعدمها ولا يمين عليه كما يأتي، وليس هذا الفرع الثاني في كلام الناظم، واختلف فيما اختلفا في قدر

قوله: (وقيل لا تطلق) انظر عند قول المختصر في فصل النشوز ولها التطبيق بالضرر يظهر لك الراجح في المسألة، فإن حلق شعر الحرة مثلاً ضرر كبير بين وفيه شين وتشويه فيدخل ذلك في قوله بالضرر وبه تعلم ما في ذكر هذا الخلاف، نعم على القول بأن المرأة لا تطلق بالضرر فيقرب الأمر.

(ص): ومن بمال عتقه منجم، البيت. تعبير الناظم بدرهم وهو كذلك عند غيره، ولكن التحقيق هو قول الرسالة والمكاتب عبد ما بقي عليه شيء، وفي المقدمات ما نصه: وفقهاء الأمصار متفقون على أن المكاتب عبد ما بقي عليه من كتابته شيء على ما ورد الخ. ولا شك أن لفظة شيء تدل على أن أقل من الدرهم كالدرهم، وبه يظهر لك ما في الشرح من ذكر ذلك عن ابن وهب فقط وإن تبع غيره في ذلك، ولكن الأمر في أمثال هذا قريب، وانظر ما حكاه عن الرسالة.

(ص): والقول للسيد في مال حصل، البيت قال في المختصر في هذا ما نصه: والقول للسيد

المال المكاتب به أو في جنسه أو في الأجل وهو محتمل الثلاثة أوجه في وجوده وعدمه وفي قدره وفي حلوله، وفي عدم حلوله هل القول قول السيد أيضاً مع يمينه أو قول العبد؟ ابن الحاجب: وإذا تنازعا في الكتابة والأداء فالقول قول السيد. التوضيح: يعني إذا ادعى العبد أن السيد كاتبه وأنكر السيد أو ادعى المكاتب دفع الكتابة وأنكر السيد فالقول قول السيد فيهما لأنه مدعى عليه إذ الأصل عدم الكتابة والأداء، ولا يمين على السيد في الأولى، وينبغي أن يحلف في الثانية، فإن نكل حلف المكاتب وعتق اه. وإنما لم يحلف السيد في إنكاره الكتابة لأنها مما لا يثبت إلا بعدلين فلا يمين بمجردها. ابن الحاجب: ويثبت الأداء بشاهد ويمين وإن عتق به بخلاف الكتابة. ثم قال ابن الحاجب: وإذا تنازعا في قدرها أو جنسها أو أجلها ففي قبول قول المكاتب أو السيد قولان لابن القاسم وأشهب. التوضيح: أما اختلافهما في القدر فكما إذا قال السيد بألف وقال المكاتب بتسعمائة. ثم قال: وأما اختلافهما في الجنس فكما لو قال أحدهما بثياب وقال الآخر بخلافها. ثم قال: وأما اختلافهما في الأجل فكلامه محتمل لأن يكون اختلافهما في وجوده وعدمه أو في قدره أو في حلوله اه. باختصار. وإلى هذه المسائل أشار الشيخ خليل في مختصره بقوله: والقول للسيد في الكتابة والأداء لا القدر والأجل والجنس. وقول الناظم في مال حصل حصل صفة مال أي حصل بيد السيد لقبضه إياه بزعم العبد.

وَحُكْمُهُ كَالْحُرِّ فِي التَّصَرُّفِ وَمَنْعُ رَهْنٍ وَضَمَانٍ أَقْتَفِي

اشتمل البيت على مسألتين. الأولى: أن حكم المكاتب في تصرفاته كالحر، قال الشارح رحمه الله: أقول والمكاتب وإن كانت تصرفاته كالحر فهو في جميع أحواله

في الكتابة والأداء لا في القدر والجنس والأجل. فقوله في الكتابة أي هل وقعت أم لا ولا يمين على السيد إن مررنا على أن الكتابة عتق، وكذا على أنها بيع. لأن هذه الدعوى تتكرر فلا يمين على السيد. قوله: والأداء أي كلاً أو بعضاً ولا بد من يمين السيد. وقوله لا في القدر أي فالقول للعبد لأنه مشتر، وقد قال صاحب المختصر في اختلاف المتبايعين: وصدق مشتر ادعى الأشبه هنا ولا بد منه كما بيناه في الشرح والكتابة فوت وفسخه مشتر في المختصر هي الصحيحة كما بيناه هناك. وقوله: والأجل أي أصلاً أو قدرأ أو فراغاً كما بيناه في الشرح، وإنما كان القول للعبد في أصل الأجل لأن الغالب على الكتابة التنجيم، وقد قال المصنف: إلا أن يغلب الفساد فكيف بما غلب وهو حلال، ولكن هذا يقيد بما إذا ادعى أجلاً يشبه كما في اللحمي وهو أمر ظاهر لا غبار عليه، ولذلك كان القول لمدعي العين دون العروض لأنه هو المشبه، وقدر الأجل كقدر العدد فيدخل في قول المختصر: وصدق مشتر الخ. وأما الفراغ فهو قول المختصر فالقول لمنكر التقضي، وأما الاختلاف في الجنس فيجري على ما تقدم في اختلاف المتبايعين التحالف والتفاسخ وقع شبه أم لا، وهذا قيل به هنا، وقيل الكتابة لا تنقض فيحلفان ويرجعان لكتابة المثل، انظر الشرح هنا ولا بد ولا بد، واعرف اختصار هذا الإمام ما ألفت إشارته وأحسن عبارته واتكاله على ما يتقدم له كثيراً، وتعرف بهذا كله كم بينه وبين ما يذكره الناظم مع كونه لم يبين الراجح في المسائل الثلاثة.

(ص): وحكمه كالحر في التصرف البيت.

كالعبد، ففي المقرب ابن وهب عن يونس عن يزيد عن ابن شهاب أنه كان يقول: المكاتب بمنزلة العبد في شهادته وفي حد إن أصابه، ولا يرث المكاتب ولده الحر إن كان له ولا لغيره من ذوي رحمه، ولا تجوز وصيته في ثلثه وسيده أولى بميراثه اهـ. ابن عرفة: تصرف المكاتب كالححر إلا في إخراج مال لا عن عوض. (وفي مختصر الشيخ خليل): وللمكاتب بلا إذن بيع (وشراء) ومشاركة ومقارضة ومكاتبه واستخلاف عاقد (لأمته) (وإسلامها أو فداؤها) إن جنت بالنظر (وسفر لا يحل) فيه نجم، وإقرار في رقبته، وإسقاط شفيعته لا عتق وإن قريباً وهبة وصدقة وتزويج وإقرار بجناية خطأ وسفر بعيد إلا بإذن. (المسألة الثانية): في البيت أن المكاتب لا يجب عليه رهن أو ضمان في دين الكتابة. قال في المقرب: ولا يجوز أن يكاتبه ويرتهن الرهن من غير مكاتبه فيكون كالحمالة والحمالة لا تجوز في الكتابة. ابن وهب: قال مالك: ومن كاتب عبده على أن تحمله له رجل بالكتابة إن مات العبد أو عجز فذلك غير جائز لأنه ليس من سنة الكتابة، ولأن الكتابة ليست بدين ثابت فيتحمل السيد بها، ألا ترى أن المكاتب إن مات وعليه دين لم يحاص السيد الغرماء بالكتابة، وإن عجز المكاتب كانت ديون الناس في ذمته، ولا يدخلون مع سيده في رقبته، انتهى ابن شاس من شروط المضمون أن يكون حقاً ثابتاً مستقراً أو ماله إلى ذلك فلا تصح الحمالة بالكتابة إذ ليست بدين ثابت مستقر، ولا تؤول إلى ذلك لأن العبد إذا عجز رق وانفسخت الكتابة اهـ. المواق: قيل ثمانية لا يجوز التحمل بها: الكتابة والصرف والقصاص والحدود والتعزير والبيع بعينه وعمل أجير يعمل بنفقته وحمولة دابة بعينها اهـ. قال مقيد عفا الله عنه: وقد كنت قلت في هذه النظائر:

وامنع ضماناً في ثمان فاعلم حد وتعزير قصاص في دم
صرف كتابة وفيما عينا مبيعاً أو حملاً وصنعاً فافطنا

قوله: (وفي مختصر الشيخ خليل الخ) فقله بالنظر راجع المسائل السبع قبله وإذا جازت المقارضة فالبضاعة أخرى. قوله: (وشراء) ظاهره يشمل شراء زوجته وهو كذلك، وأما شراؤه من يعتق عليه كآبيه فعلى تفصيل قف عليه في الشرح، ومن المعلوم أن المكاتب كالمأذون له في التجارة كما تقدم عند قول المختصر: وحجز. قوله: (لأمته) وأما عبده فيزوجه بلا استخلاف كما قدمنا بيانه عند قول المتن في النكاح: ووكلت مالكة الخ. وشمل أيضاً أمته أم ولده وهو كذلك. قوله: (وإسلامها أو فداؤها) أي وكذلك العبد، لكن لما كان لفظ أمته يشمل أم الولد وقد قال في أم ولد الحر وفديت إن جنت بأقل من القيمة يوم الحكم والأرش أي بخلاف أم ولد المكاتب فإن المكاتب يخير فيها كما ذكره هنا، وهذا صنع عجيب واختصاره غريب. قوله: (وسفر لا يحل الخ) ظاهره كان المكاتب صناعاً أم لا وهو كذلك، وللخمي فيه تفصيل أي في المكاتب، وظاهره أنه لا يحتاج لإذن في هذا السفر وهو كذلك، وانظر البقية في الشرح وما في اعتراض ابن غازي ومن وافقه على المتن. قوله: (المسألة الثانية الخ) مضمون هذا انظره عند قول المختصر في كتاب الرهن أو نجم كتابة، وعند قوله في كتاب الحمالة بدين لازم الخ يظهر لك وجه هذه المسائل غاية، وكلام هذا الشارح كاف في الجملة.

باب في الرشد والأوصياء والحجر والوصية والإقرار والدين والفلس

جمع في هذه الترجمة بين سبعة أبواب ثم فصل بعضها من بعض بالفصول وبدأ بيان الرشد فقال:

الرُّشْدُ حِفْظُ الْمَالِ مَعَ حُسْنِ النَّظَرِ وَيَغْضُضُهُمْ لَهُ الصَّلَاحُ مُغْتَبَزٌ
يعني أن حقيقة الرشد هي حفظ المال مع حسن النظر فيه، (وهذا هو المعتمد في المذهب) وهو قول ابن القاسم. وعن بعضهم أنه زاد فيها صلاح الحال أيضاً فهي عنده

باب في الرشد والأوصياء والحجر والوصية والإقرار والدين والفلس

(ص): الرشد حفظ المال مع حسن النظر، البيت. قوله: (وهذا هو المعتمد في المذهب الخ) التحقيق أن الرشد هو حفظ المال وإن لم ينمه، فلا يحجر على من كان هذا حاله وينفك من الحجر بوضوئه لهذه الحال، وإن لم يكن عاملاً بالطاعة في الوجهين وضد هذا هو السفه، إذ السفه هذا تذيير المال في محرم أو مباح أو مكروه، أو لصرفه في طاعة فلا يقال في ذلك سفه ولا في صاحبه سفه، نعم إن كان إنسان قليل اليقين ويريد صرف ما له كله في الطاعة أو يبقى ما لا يقوم به فهذا ينظر في الشرح، وإلى أن الرشد هو حفظ المال فقط بعد البلوغ أشار خليل بقوله: المجنون محجور للإفاقة، والصبي لبلوغه، إلى أن قال ما نصه: إلى حفظ مال ذي الأب بعده الخ. فشرط الحفاظ بعد البلوغ وهذا هو مذهب المدونة وأن التنمية لا تشترط. وقال اللخمي: لا يحجر على من كان كذلك اتفاقاً، وإن كان المازري نقل شرط التنمية وإن كان ذلك قولاً، وأحرى أن لا يكون الصلاح شرطاً في الرشد، ووجه ذلك أن الوصي لا يجب عليه أن ينمي المال، وإذا كان كذلك فما فائدة الحجر على الحافظ لماله، ومن جملة ما يدخل في حفظ المال مداواة المال والدفع عنه وسقيه ونحو ذلك هذا هو التحقيق، ولكن على الشرح تر كلام الفحول في هذا، وقد قال بعض المحققين: السفه هو من لا يعد المال شيء قف عليه في الشرح وهو كلام بليغ، لأن من لم يعد المال شيء هو الذي لا يبالي به ولا يحفظه ويصير حصوله في يده وخروجه منها سواء، وذلك سفه ظاهر لا مرية فيه لكل عاقل نبيه، لكن عبارة ابن الحاجب فيها قيد في هذا حيث قال: وصفة السفه أن يكون ذا سرف في اللذات المحرمة بحيث لا يرى المال عندها شيء الخ. لكن قوله المحرمة قال ابن عبد السلام: هو خلاف المذهب فافهم. وقال ابن الأثير في شرح العمدة: وأما إضاعة المال فحقيقته المتفق عليها أن يبذله في غير مصلحة دينية أو دنيوية، وأما بذله في الطاعة وكثرة إنفاقه فيها فلا، وأما إنفاقه في مصالح ملاذ النفس على حال لا يلبق بحال المنفق وقدر ماله ففي كونه سفهاً خلاف والمشهور أنه سفه الخ. وكلام الوثائق المجموعة صريح أو كالصريح في أن القضاء إنما هو بما حررنا والعلم عند الله، انظر كلامه في الشرح، ولعل أصل ما أشير إليه هو قول المدونة: وصفة من يحجر عليه من الأحرار أن يكون يبذر ماله سرفاً في لذاته من الشراب والفسق وغيرهما ويسقط فيه سقوط من لا يعد المال شيء. فقوله ويسقط الخ هذا ظاهر فيما أشرنا إليه، وقال المتيطي في كتاب الوصايا ما نصه:

حفظ المال وحسن النظر فيه وصلاح الحال وهو قول أشهب. قال ابن سلمون: الرشد هو حفظ المال وحسن النظر فيه، واختلف هل من شرطه الصلاح في الدين أم لا على قولين، فقال المدنيون من أصحاب مالك: الرشد هو صحة العقل وصلاح الدين وتثمير المال وحفظه. وقال ابن القاسم: إذا أثمر ماله وحاطه استوجب اسم الرشد، وإن كان غير مرضي الحال وبذلك الحكم اه. من الشارح. ويأتي للنظام آخر الباب ما يوافق قول ابن القاسم حيث قال:

وصالح ليس يجيد النظرا في المال إن خيف الضياع حجرا
وشارب الخمر إذا ما ثمرا لما يلي من ماله لن يحجرا
ولازم له من قول الناظم له الصلاح بمعنى مع، وقد حكاه في المغني عن بعضهم،
والضمير المجرور باللام يعود على ما ذكره من حفظ المال وحسن النظر فيه.

وَالابْنُ مَا دَامَ صَغِيْرًا لِلأَبِ إِلَى البُلُوغِ حَجْرُهُ فِيمَا اجْتَبَى
إِنْ ظَهَرَ الرُّشْدُ وَلَا قَوْلَ لِأَبِ وَبَالِغٌ بِالعَكْسِ حَجْرُهُ وَجَبَ
كَذَلِكَ مَنْ أبُوهُ حَجْرًا جَدًّا عَلَيْهِ فِي فَوْرِ البُلُوغِ مُشْهَدًا
وَبَالِغٌ وَحَالُهُ قَدْ جُهْلًا عَلَى الرَّشَادِ حَمْلُهُ وَقِيلَ لَا
وَإِنْ يُمُتْ أبٌ وَقَدْ وَصَّى عَلَى مُسْتَوْجِبِ حَجْرًا مَضَى مَا فَعَلَا

تكلم في هذه الأبيات وفيما بعدها على ما يخرج به الولد من الولاية ويصير رشيداً لا حجر عليه لأحد، ذكراً كان أو أنثى، في حياة أبيه أو بعد موته، وقد وصى عليه أو تركه مهملًا، فأخبر أن الابن ما دام صغيراً غير بالغ وأبوه حي فإنه محجور لأبيه وتحت ولايته، فإذا بلغ نظر فيه، فإن ظهر رشده خرج من الولاية ولا قول لأبيه في ذلك، وإن ظهر سفهه وجب استمرار الحجر عليه، (وكذا يستمر عليه الحجر إذا جدد أبوه) عليه الحجر في فور البلوغ وأشهد على ذلك، وأما إن بلغ مجهول الحال بحيث لم يتبين رشده ولا سفهه فهل يحمل على الرشاد أو على السفه؟ قولان. وكذا يستمر الحجر عليه إذا مات أبوه وكان قد أوصى عليه في وقت يجوز له ذلك. قال ابن رشد في مقدماته: أما الابن فهو في ولاية أبيه ما دام صغيراً لا يجوز له فعل إلا بإذنه ولا هبة ولا صدقة وإن

مسألة: وإذا كان اليتيم فاسقاً متمرداً في المعاصي وكان مع ذلك ضابطاً لماله وجب إطلاقه، وإن كان صالحاً في دينه مستقيماً في أحواله وكان بحال تبذير وضعف نظر في المال لم يجب إطلاقه، ويجب الحجر عليه إن لم يكن الحجر عليه، وبهذا الفتيا وعليه القضاء الخ، وفي هذا كفاية، وإذا كان يطلق بهذا من الحجر فأحرى أن لا يحجر عليه فافهم وبه تعرف ما في الخطاب ومن تبعه، وما في شروح التحفة وغيرها.

(ص): والابن ما دام صغيراً للأب، إلى آخر الأبيات الخمسة. قوله: (وكذا يستمر عليه الحجر إذا جدد أبوه الخ) لعل هذا على القول بأن المعتبر هو الحجر لا الحالة كما لا يخفى. قوله:

كان ذلك بإذنه، فإذا بلغ فلا يخلو أمره من ثلاثة أحوال، أحدها: أن يكون معلوم الرشد. والثاني: أن يكون معلوم السفه. والثالث: أن يكون مجهول الحال لا يعلم رشده من سفهه. فأما إذا كان معلوم الرشد فأفعاله كلها جائزة ليس للأب أن يرد شيء منها، وإن لم يشهد على إطلاقه من الولاية فقد خرج منها ببلوغه مع ما ظهر من رشده. وأما إن كان معلوماً بالسفه فلا يخرج الاحتلام من ولاية أبيه وأفعاله كلها مردودة غير جائزة. (وأما إن كان مجهول الحال) لا يعلم رشده من سفهه فاختلف فيه على قولين: أحدهما: أنه محمول على السفه حتى يثبت رشده وهو نص رواية يحيى بن القاسم في كتاب الصدقات والهبات قال فيها: وليس الاحتلام بالذي يخرج من ولاية أبيه حتى يعرف حاله ويشهد العدول على صلاح أمره وهو ظاهر سائر الروايات عنه. والثاني: أنه محمول على الرشد حتى يثبت سفهه ويخرج بالاحتلام من ولاية أبيه إذا لم يعرف سفهه وإن لم يعرف رشده، روي ذلك زيادة عن مالك وهو ظاهر ما وقع في أول كتاب النكاح من المدونة من قوله: إذا احتلم الغلام فله أن يذهب حيث شاء إلا أن يتأول أنه أراد بنفسه لا بماله كما تأول ابن أبي زيد. وفي المتيضية: وأما إذا ذهب الأب إلى تسفيه ابنه البالغ عند حداثة بلوغه جاز ذلك. وقال ابن رشد في مقدماته: فإن مات الأب وهو صغير وأوصى به إلى أحد أو قدم عليه السلطان فلا يخرج من ولاية من هو وصي أبيه أو مقدم السلطان حتى يخرج منها الوصي، أو السلطان إن كان الوصي هو مقدماً من قبله وأفعاله كلها مردودة وإن علم رشده ما لم يطلق من الحجر اهـ. وقيل إن حاله مع الوصي كحال مع الأب، وأنه يخرج من ولايته إذا عرف رشده أو جهل حاله على الاختلاف المتقدم، وإنما الأوصياء بسبب الآباء (فلا يكونون أشد حالاً منهم).

(وأما ابن القاسم فمذهبه) أن الولاية عليه لا يعتبر ثبوتها إذا علم الرشد، ولا

(وأما إن كان مجهول الحال الخ) المشهور أنه يحمل على السفه وهو الذي يدل له قول المختصر إلى حفظ مال الخ أي إلى وجوده وفي الجهل لم يوجد فافهم، ولذلك الأب يحجر على ابنه بغير بلوغه ولذا قال في الشامل: وللأب تسفيهه ولو بعد بلوغه ما لم يعلم رشده، ولكن قف على الشرح تر كلام الفحول في المسألة. قوله: (فلا يكونون أشد حالاً منهم الخ) ذكر في التوضيح الجواب عن هذا بقوله ما نصه: وقيل لأن الأب لما أدخله في ولاية الوصي صار بمنزلة ما لو حجر عليه وهو لو حجر عليه لم يخرج إلا هو اهـ. ولفظه. والمقدم كالوصي إذ الحاكم جابر للخلل الذي تركه الأب.

قوله: (وأما ابن القاسم فمذهبه الخ) مذهب ابن القاسم في هذا هو اعتبار الحالة من رشد أو سفه هو الذي به العمل بفاس ولا عبرة بحجر ولا نفيه، وقد بين هذا صاحب المعيار في مواضع عن العبدوسي وغيره وبينه ابن هلال في نوازل غاية البيان. قال العبدوسي وهو اللائق بالناس فإن الإنسان يكتب حجر ولده ويرسله يشتري ويبيع، فإن فعل السداد سكت وإن فعل غيره أظهر الحجر وفي هذا ضرر على الناس كما لا يخفى، وأصل هذا العمل في المنتخب، قف على الشرح في هذا ولا بد، وابن هلال متأخر وقد ذكر هذا العمل وكذا غيره، وهذه القاعدة بينها في الشرح غاية في الرجال والنساء مهملات وغيرهن من تزوجت ومن لم تزوج مدخولاً بهن أم لا وإنما يعتبر البلوغ

بسقوطها إذا علم السفه. وقد روى أيضاً ابن وهب عن مالك، وروى زونان أيضاً عن ابن القاسم أن تثبت عليه ولاية فلا تجوز أفعاله حتى يطلق منها وأن رشده مثل قول مالك وكبار أصحابه من ابن سلمون وظاهر سياقه أنه لابن رشد. وقد اشتملت أبيات الناظم الخمسة على حال الابن في حياة أبيه أو بعد موته إذا وصى عليه، ويأتي للناظم الكلام عليه إذا تركه مهملاً. وقوله آخر البيت الأول فيما اجتبي أي اختير. وانظر هل ثم قول آخر غير مجتبي أو لا. وقوله: ولا قول لأب أي إذا أراد رد أفعاله وقد ظهر رشده فليس له ذلك، وقد تقدم ذلك أول كلام ابن رشد فتقدم قريباً. وفهم من قوله مشهداً أنه إذا ادعى تجديد الحجر على ولده ولم يثبت ذلك بإشهاد (فلا تقبل دعواه) وهو كذلك. وفهم أيضاً من قوله وقد وصى على مستوجب حجراً أي على من كان وقت الإيصاء عليه في حجر أبيه (أنه لو أوصى عليه) بعد بلوغه وظهور رشده فلا عبرة بذلك الإيصاء ولا يلزمه حكمه لخروجه من ولاية أبيه إذ ذلك والله أعلم.

وَيَكْتَفِي الْوَصِيُّ بِالْإِشْهَادِ إِذَا رَأَى مَخَائِلَ الرَّشَادِ

يعني أن الوصي أي من قبل الأب إذا رأى من المحجور مخايل الرشاد (من صلاح الحال) وحسن التصرف وأراد ترشيده فإنه يكتفي في ذلك بأن يشهد على نفسه أنه رشده وأطلقه من ثقاف الحجر ولم يبق عليه ولاية لأحد، يعني ولا يحتاج إلى إقامة البينة على رشاده وحسن تصرفه. قال في المقدمات: وأما وصي الأب بإطلاقه جائز وهو مصدق فيما يذكر من حاله وإن لم يعرف ذلك إلا من قوله: (ابن سلمون: وقيل لا يجوز) إطلاقه

في الجميع ووجود حالة الرشد فيمضي فعلهن أو يكون السفه ظاهراً فيرد فعلهن ولا اعتبار بوجود الحجر ولا بنفيه، وأما من لم يبلغ من الذكور والإناث ففعله مردود على كل حال وفي كل حال، ولو ظهر منه شبه رشده فذلك لا عبرة به، وتصحيح قول ابن القاسم باعتبار الحالة فقط قال فيه العبدوسي في محل من المعيار ما نصه هو الصحيح من الخلاف وهو الذي رجحه محققو الشيوخ، وبه القضاء اليوم عندنا وإياه أتقلد، وفي الأخذ به مصلحة عظيمة اهـ. قوله: (فلا تقبل دعواه الخ) ظاهر ويرجع الاعتبار لحالة الولد إن كان رشيداً مضى فعله، وإن كان سفيهاً رد قول المختصر وفك وصي أو مقدم هو على غير ما به العمل، وأما عليه فينفس ظهور رشاده يخرج من حكم الإيصاء والتقديم وتمضي تصرفاته مطلقاً. قوله: (أنه لو أوصى عليه الخ) هذا الذي أخرجه في المختصر بقوله في كتاب الوصايا: وإنما يوصى على المحجور عليه الخ.

(ص): ويكتفي الوصي بالإشهاد، البيت. قوله: (من صلاح الحال الخ) انظره فإن حفظ المال كاف في الإطلاق كما قدمناه. قوله: (ابن سلمون وقيل لا يجوز الخ) قال صاحب المختصر في هذا ما نصه: وللأب ترشيدها قبل دخولها كالوصي وفي مقدم القاضي خلاف فجعل الترشيده للأب والوصي، وحكى في المقدم خلافاً أي في استقلاله بالترشيده بلا بينة وعدم ذلك، وحاصل النقل في ذلك أن الأب والوصي مصدقان فيما يذكران من رشده المحجور، وأما مقدم القاضي فالمشهور كذلك والذي به العمل هو بخلافهما، وظاهر الأنتقال كان المحجور ذكراً أو أنثى وقع تزوج أو لا، مع أن قول المختصر ولو قبل دخولها صريح في ذلك، نعم البلوغ لا بد منه في كل واحد من

إلا أن يعرف رصده، روى ذلك أصبغ عن ابن القاسم اهـ. قال الشارح رحمه الله ما حاصله: إنما حملنا كلام الناظم على وصي الأب لأن كلام الناظم قبل هذا البيت يليه في وصي الأب، وكلامه في البيت بعد هذا في مقدم القاضي أو في وصي الأب إذا لم ير مخايل الرشاد ونازع في الترشيذ بدليل أنه علق ترشيده على إثبات موجب الترشيذ، فلو حمل كلامه في هذا البيت على شموله الوصي الأب حيث يرى مخايل الرشاد ولمقدم القاضي كذلك لناقض كلامه هنا ما بعده لأنه ذكر هنا أنه يكتفي بالإشهاد وفي البيت بعده أنه لا بد من إثبات موجب الترشيذ والله أعلم.

وفي ارتفاع الحجر مطلقاً يجب إثبات موجب لترشيذ طلب
ويستقط الإغذار في الترشيذ حيث وصيه من الشهود

يعني أنه يجب في ارتفاع الحجر عن المحجور والترشيذ إثبات موجب الترشيذ وهو شهادة البينة برصده وحسن حاله، وأن ممن لا يخدع في بيع ولا ابتياع، وممن يجب أن يرشد ويطلق من ثقاف الحجر، وهذا في وصي الأب إذا لم ير مخايل الرشاد في الترشيذ وفي مقدم القاضي، وبهذين الوجهين فسر الشارح الإطلاق في كلام الناظم، وأما وصي الأب إذا رأى مخايل الرشاد (فقد تقدم) في البيتين قبل هذين أنه لا يحتاج لإثبات موجب الترشيذ وأنه مصدق في ذلك، وحيث احتيج إلى إثبات الرشد فيستكثر من الشهود كما يأتي للناظم حيث قال:

والشأن الإكثار من الشهود في عقدي التسفيه والترشيذ

قال في طرر ابن عات: وفي الكافي لابن عبد البر إذا بلغ المحجور مبلغ الرجال وأونس منه الرشد ودفع إليه ماله وإن طلب ترشيذ نفسه سمع من بينته فإذا شهد له شهادة فيها بعض الاستفاضة بالرشد وحسن النظر والضبط لماله أطلق من الولاية وجاز أمره وفعله فانظره. وفي المتيضية: فإن كان الوصي ممن يقر لليتيم بالرشاد كما في أقرب له وأسهل عليه وأقرب لأمره، فإن شهد له بالرشد استغثت عن الإغذار إليه لشهادته برصده.

الأولياء إذ لا رصده قبله، ولكن ينبغي أو يجب أن يلحق الوصي بالمقدم في هذا العمل لقللة الأمانات وكثرة الخيانات، لأنه ربما يطلق الوصي محجوره ليرثه من أمور أو يريد الانحلال من الإيضاء لأمر له به حاجة ولا عذر له ظاهر ينحل به، انظر عند قول المختصر إلى حفظ الخ تجد كلام الناس شاهداً لما أشرنا إليه غاية بل صريحاً في ذلك وراقب مولاك في هذه الأمور الصعاب تدخل الجنة إن شاء الملك الوهاب بغير مناقشة ولا حساب.

(ص): وفي ارتفاع الحجر مطلقاً يجب. إلى آخر البيتين. قوله: (فقد تقدم الخ) هذا ضعيف فإن الذي تقدم في وصي الأب أنه يصدق في رصده محجوره، وقد يريد المحجور أخذ ماله فيأمره القاضي بإثبات رصده أو يقول الوصي لم يظهر له رصده أو ينكره ليقى المال بيده إلى غير ذلك مما يتصور، بل كلام ابن الناظم آخر دال على كتب البينة مع إقراره بالرشد أي الوصي كما في نقله عن المتيضي حيث قال: فإن كان الوصي ممن يقر الخ.

(قال الشارح): وقد دلّ هذا الكلام بقوته أن الوصي إذا لم يكن شاهداً فلا بدّ أن يعذر له فيما ثبت لمحجوره من حكم الاسترعاء وذلك صحيح. قال: ولو قيل إن الأحوط في وقتنا هذا أن يعذر إلى الوصي حتى تحصل من الترشيده بشهادة عدلين عليه لما بعد لما حدث من رجوع كثير من شهود الترشيده إذا ظهر في الخارج ما يناقضها، فإذا حضر الوصي ووافق ارتفع ما يتوقع منه اه. وأشار الناظم بالبيت الثاني إلى قول المتيبي: فإن شهد له بالرشاد استغيت عن الإعذار إليه الخ والله أعلم.

وَالْبَالِغُ الْمَوْصُوفُ بِالْإِهْمَالِ	مُفْتَبِرٌ بَوْضُفِهِ فِي الْحَالِ
فَظَاهِرُ الرُّشْدِ يَجُوزُ فِعْلُهُ	وَفِعْلُ ذِي السَّفَةِ رَدُّ كُلُّهُ
وَذَاكَ مَرْوِيٌّ عَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ	مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ لَهُ مُلَائِمِ
وَمَا لِكَ يُجِيزُ كُلَّ مَا صَدَرَ	بَعْدَ الْبُلُوغِ عَنْهُ مِنْ غَيْرِ نَظَرِ
وَعَنْ مُطَرَفٍ أَتَى مَنْ اتَّصَلَ	سَفَهُهُ فَلَا يَجُوزُ مَا فَعَلَ
وَإِنْ يَكُنْ سَفَهُ بَعْدَ الرُّشْدِ	فَفِعْلُهُ لَيْسَ لَهُ مِنْ رَدِّ
مَا لَمْ يَبِغْ مِنْ خَادِعٍ فَيُمنَعُ	وَبِالذِّي أَقَاتَهُ لَا يُثَبَّعُ
وَمُعْلِنِ السَّفَةِ رَدُّ ابْنِ الْفَرَجِ	أَفْعَالُهُ وَالْعَكْسُ فِي الْعَكْسِ أَنْدَرَجِ
وَفِعْلُ مَنْ يُجْهَلُ بِالْإِطْلَاقِ	حَالَتُهُ يَجُوزُ بِاتِّفَاقِ
وَيَجْعَلُ الْقَاضِي بِكُلِّ حَالٍ	عَلَى السَّفِيهِ حَاجِرًا فِي الْمَالِ

قوله: (قال الشارح الخ) هذا كلام صحيح وربما يكون الاحتياط في حقوق الأيتام أن يوكل القاضي من يعذر إليه في شهود الرشد زيادة على الإعذار إلى الوصي لأن الوصي قد يريد الترشيده لأمر تقدمت الإشارة إليها قريباً لا سيما على قول من يقول إن الوصي لا يصدق في الرشد بلا بينة مع اختيار بعضهم لهذا القول، انظر عند قول المختصر إلى حفظ مال الخ.

(ص): والبالغ الموصوف بالإهمال إلى آخر الأبيات العشرة. هذه الأبيات قال في مضمونها صاحب المختصر ما نصه: وتصرفه قبل الحجر محمول على الإجازة عند مالك لا ابن القاسم وعليهما العكس في تصرفه إذا رشد بعده والراجح في هذا قول ابن القاسم، وقد أحسن في الجواهر مساق المسألة فقال بعد حكايته الأقوال الأربعة في المسألة وهي التي في النظم وهذا الشارح عن المازري ما نصه: وكان المحققون من شيوخنا يختارون الرد لأن السفه المحجور عليه يرد بيعه اتفاقاً، قال: فكأن المحققين رأوا أن الرد من مقتضى السفه فردوا أفعال المهمل، ورأى بعض أصحاب مالك أن الرد من مقتضى الحجر فأجازوا أفعاله إذا حجر عليه، قال: والأصح عند شيوخنا أنه من مقتضى السفه لأن الحجر كان عن السفه ولم يكن السفه عن الحجر، وإذا كان الحجر عن السفه ومن مقتضاه وجب أن يكون الرد في السفه المحجور عليه لأجل السفه لا لأجل الحجر، قال: وكان شيخنا رحمه الله يقول: الدليل على أن السفه علة في رد الأفعال الاتفاق على رد أفعال الصبي والمجنون، وأن السفه إذا ثبت رشده وجب تسليم ماله إليه، فدل ذلك على أن العلة وجود

ذكر في هذه الأبيات الأقوال الأربعة التي ذكرها أهل المذهب في حكم البالغ المهمل مع التنصيص على فرع آخر، وهو أن على القاضي أن يجعل على المحجور والسفيه حاجراً يحجره خوف ذهاب ماله، واعتمد في ذلك قول ابن رشد في مقدماته: فإن مات الأب ولم يوص به إلى أحد ولا قدم عليه السلطان وصياً ولا ناظراً ففي ذلك أربعة أقوال أحدها الخ إلا أن الناظم قدم وأخر في ترتيبها ما سمح له به النظم. القول الأول على ترتيب النظم قال ابن رشد: ذهب ابن القاسم إلى أنه ينظر إلى حاله يوم بيعه وابتياعه، فإن كان رشيداً جازت أفعاله، وإن كان سفياً لم يجز منها شيء من غير تفصيل بين أن يفصل سفيهه أو لا يتصل اهـ. وبيان هذا التفصيل يأتي في القول الثاني والثالث، وإلى قول ابن رشد من غير تفصيل الخ أشار الناظم بقوله من غير تفصيل له ملائم. ومعنى قوله معتبر في الحال أي في حال بيعه وشراؤه وتصرفه. ثم فسر ذلك بقوله: فظاهر الرشد الخ. **القول الثاني:** قال ابن رشد قول مالك وكبار أصحابه إن أفعاله كلها بعد البلوغ جائزة نافذة رشيداً كان أو سفياً، معلناً بالسفه أو غير معلن، اتصل سفيهه من حين بلوغه أو سفه بعد أن أونس منه الرشد من غير تفصيل في شيء من ذلك، وإلى هذا القول أشار الناظم بقوله:

ومالك يجيز كل ما صدر بعد البلوغ عنه من غير نظر

القول الثالث: قال ابن رشد قول مطرف وابن الماجشون إنه إن كان متصل السفه من حين بلوغه فلا يجوز شيء من أفعاله، وأما إن سفه بعد أن أونس منه الرشد فأفعاله جائزة عليه ولازمة له ما لم يكن بيعه بيع سفه وخديعة بينة، مثل أن يبيع ثمن ألف دينار بمائة دينار وما أشبه ذلك، فلا يجوز ذلك عليه ولا يتبع بالثمن إن أفسده من غير تفصيل بين أن يكون معلناً بالسفه أو غير معلن، وإلى هذا أشار الناظم بقوله: وعن مطرف، الأبيات الثلاثة. قال الشارح: اقتصر الشيخ على النسبة لمطرف دون ابن الماجشون اختصاراً، وكثيراً ما يتفق قولهما حتى عبر ابن عرفة عنهما بالأخوين اهـ. قلت: وفي ذلك يقول القائل في جملة أبيات:

كذا مطرف ونجل الماجشون كلاهما بالأخوين الناقلون

القول الرابع: قال ابن رشد قال أصبغ: إنه كان معلناً بالسفه فأفعاله غير جائزة، وإن لم يكن معلناً بالسفه فأفعاله جائزة اهـ. وإلى هذا القول أشار الناظم بقوله:

السفه، قال الإمام وكذلك اختلف المذهب في المحجور عليه إذا رشد ولم يفك الحجر عليه هل تمضي أفعاله وهو عكس السفيه المهمل. قال: والنظر عند شيخنا يقتضي جواز أفعاله لوجود علة الجواز وهو الرشد وارتفاع علة الرد وهو السفه. قال: وهكذا يجري الاختلاف في المرتد قبل الحجر عليه قياساً على المهمل انتهى بلفظه. واختصر ابن الحاجب هذا، وقال ابن يونس معللاً لهذا ما نصه: لأنه لم يزل في ولاية منذ كان لأن السلطان ولي من لا ولي له فهو في ولايته حتى يولي عليه ولياً يقوم بأمره الخ. وفي الشرح زيادة ترجيحات لهذا يطول بنا تتبعها فقف عليها إن شئت.

ومعلن السفه رد ابن الفرغ أفعاله والعكس في العكس اندرج ومراده بالعكس أن معلن الرشد أفعاله ماضية لا ترد، وأشار الناظم بقوله: وفعل من يجهل بالإطلاق البيتين، إلى قول ابن رشد: واتفق جميعهم أن أفعاله جائزة لا يرد منها شيء، وإن جهلت حاله ولم يعلم بسفه ولا برشد، وكذلك اتفقوا أن على الإمام أن يولي عليه إذا ثبت عنده سفهه وخشي ذهاب ماله اهـ. ومعنى الإطلاق في جواز أفعال مجهول الحال سواء كانت بعوض أو تبرعاً والله أعلم.

وَإِنْ تَكُنْ بِنْتُ وَحَاضَتْ وَالْأَبُ
إِلَّا إِذَا مَا نَكَحَتْ ثُمَّ مَضَى
مَا لَمْ يَجِدْ حَجْرَهَا إِثْرَ الْبِنَا
وَحَجْرُ مَنْ وَصَّى عَلَيْهَا يَنْسَجِبُ
وَالْعَمَلُ الْيَوْمَ عَلَيْهِ مَاضِي
وَإِنْ تَكُنْ ظَاهِرَةَ الْإِهْمَالِ
إِلَّا مَعَ الْوُضُوءِ لِلتَّغْنِيْسِ
وَقِيلَ بَلْ أفعالها تُسَوِّغُ
وَالسُّنُّ فِي التَّغْنِيْسِ مِنْ حَمْسِينَا

حَيَّ فَلَيْسَ الْحَجْرُ عَنْهَا يَذْهَبُ
سَبْعَةَ أَعْوَامٍ وَذَا بِهِ الْقَضَا
أَوْ سَلَّمَ الرُّشْدَ إِذَا تَبَيَّنَا
حَتَّى يَزُولَ حُكْمُهُ بِمَا يَجِبُ
وَمِثْلُهُ حَجْرُ وَصِيِّ الْقَاضِي
فَإِنَّهَا مَزْدُودَةٌ الْأَفْعَالِ
أَوْ مُكْتَبِ عَامِ أَنْرِ التَّغْنِيْسِ
إِنْ هِيَ حَالَةَ الْمَجِيْضِ تَبْلُغُ
فِيْمَا بِهِ الْحُكْمُ إِلَى السُّتَيْنَا

لما قدم الكلام على ما يخرج به الذكر من الحجر أتبعه بالكلام بما تخرج به الأنثى إذا بلغت في حياة أبيها أو بعد موته وقد أوصى عليها أو تركها مهملة، ولم يقدم القاضي عليه أحد أو قدم، فأخبر أن البنت إذا كان أبوها حياً فإنها لا تزال في حجره وتحت ولاية نظره ولا يزول عنها الحجر إلا بأحد أمرين. الأول: أن تتزوج ويدخل بها زوجها وتمكث سبعة أعوام فحينئذ تخرج من الولاية وبهذا القول القضاء وهو أحد أقوال ثمانية. قال ابن سلمون عن ابن رشد: وهذا القول يعزى إلى ابن القاسم وبه جرى العمل عندنا. ثم قال القول الثاني قول مالك في الموطأ أو المدونة، وفي الواضحة من رواية مطرف أنها لا تخرج من ولاية أبيها حتى تتزوج ويدخل بها زوجها ويعرف حالها (ويشهد العدول على صلاح أمرها)، فعلى قول مالك هذا إذا علم رشدتها وظهر حالها جازت أفعالها وخرجت

(ص): وإن تكن بنت وحاضت والأب إلى آخر الأبيات التسعة. قوله: (ويشهد العدول على صلاح أمرها) فسره عياض أثناء كلامه في تنبيهاته بقوله ما نصه: ومشهور قول مالك في المدونة والموطأ وغيرهما أن البكر لا يخرجها من ولاية الأب بعد البلوغ إلا الدخول ومعرفة صلاح حالها ومعناه عندهم أنها لا تعرف سفيهة الخ وهذا منه بلفظه. وانظر عند قول المتن في كتاب الشهادات ولا إن حدث فسق بعد الأداء فإننا نقلنا عن المتيطي هناك ما نصه: وفي تفسير ابن مزين قال عيسى: قول مالك لا يجوز فعل البكر في مالها حتى تدخل بيتها ويشهد العدول برشدتها ولا يكون ذلك بشاهدين حتى يشهد ملاً من الناس ويعرف ذلك منها ويشتهر فيجوز وإن كانت حديثة السن ولا ينتظر

من ولاية أبيها وإن كان ذلك بقرب بناء زوجها عليها اه. وعلى هذا ذهب الشيخ خليل حيث قال: وزيد في الأئني دخول زوج وشهادة العدول على صلاح حالها، وإلى استمرار الحجر على ذات الأب إلى مضي سبعة أعوام بعد دخول الزوج أشار الناظم بالبيتين الأولين، وخروجها من الحجر يمضي ما ذكر (مقيد بما إذا) لم يجدد عليها الحجر أثر البناء عليها يعني وأحرى قبله، فإن جدده عليها فلا تخرج إلا بالترشيد، وإلى ذلك أشار بقوله: ما لم يجدد حجرها إثر البناء. الأمر الثاني: مما تخرج به من الولاية الترشيد، فإذا ظهر صلاح حالها وتبين وسلمه الأب ووافق عليه ورشدها فإنها تخرج من الحجر وإلى ذلك أشار بقوله: أو سلم الرشد إذا تبينا. فقوله أو سلم الرشد معطوف على قوله نكحت. ثم انتقل للكلام على التي مات أبواها وأوصى عليها أو تركها مهملة وقدم عليها القاضي مقدماً فقال: وحجر من وصى عليها ينسحب البيتين، فأخبر أن البنت إذا مات أبواها وكان قد أوصى عليها في وقت يجوز له ذلك أو لم يوص ولكن قدم القاضي عليها مقدماً فإن الحجر ينسحب عليها ولا تخرج منه إلا بالترشيد وهو الذي يعني بقوله: بما يجب وعلى هذا القول العمل. قال ابن سلمون: وأما البكر اليتيمة ذات الوصي من قبل الأب أو السلطان فلا تخرج من الولاية إن تزوجت أو عنست أو ظهر رشدها إلا بالطلاق من الولاية على ما تقدم من المشهور المعمول به في اليتيم المولى عليه، والاختلاف في ذلك وحكمها في ذلك واحد اه.

(ثم تكلم على المهملة) التي لم يقدم عليها القاضي فقال: وإن تكن ظاهرة الإهمال

بها سنة بعد البناء الخ، وهذا منه بلفظه. والمناسب لكلام الناس هو كلام عياض وهو الذي في التوضيح والعلم عند الله تعالى.

قوله: (مقيد بما إذا الخ) هذا مرتب على من يحد جواز فعلها بزمن معلوم كما في شروح المختصر عند قوله: ولو جدد أبواها حجر الخ، لا على ما مر عليه في المختصر بعدم التحديد بذلك وقد استوفينا المسألة في الشرح. وقولهم هنا في المهملة العمل على أنها إذا عنست أو مضى لها من دخولها سنة وقد بلغت أفعالها ماضية قال فيه العبدوسي وبه جرى العمل اليوم وفيها خلاف وذلك باعتبار العمل ونقلناه ذلك في الشرح، والذي به العمل في حد التعنيس أربعون عاماً فانظره مع قول الناظم هنا ولم يأت له شراحه بشاهد انظر الشرح.

قوله: (ثم تكلم على المهملة الخ) فذلكة جارية على ما به العمل وذلك أن الذكور البالغين إن كانت لهم حالة الرشد فتصرفاتهم ماضية بالصد بالصد، وغير البالغين أفعالهم مردودة، ولو ظهر منهم شبه رشد فلا عبرة بذلك ولا اعتبار بحجر وفك، كان الذكر البالغ له أب أو لا، كان له وصي أو مقدم أو لا، فالمدار على علم الحالة مطلقاً وإن جهل حاله وله أب ففعله مردود إلى ظهور رشده، وإن كان له وصي أو مقدم ففعله مردود، وإن لم يكن له حاجر ففعله جائز هذا حكم الذكور، وأما الإناث فمن لم تبلغ منهن ففعلها مردود مطلقاً، ومن بلغت ولها أب فمن حالتها الرشد ففعلها ماض والعكس بالعكس، ومن جهلت حالها ففعلها ماض بنفس مضي سبعة أعوام من دخولها، والمهملة كذلك بلا فرق إن علم رشدها مضى فعلها والعكس بالعكس، وإن جهل حالها

الآيات الثلاثة، فأخبر أن في المهملة التي لم يقدم عليها القاضي مقدماً قولين. الأول: أن أفعالها مردودة إلا إذا بلغت سن التعنيس أو مرَّ لها عام إثر دخول الزوج بها، فإن وجد هذين فإنها تخرج من الولاية وتمضي أفعالها. القول الثاني: أنها إن بلغت مضت أفعالها وخرج من الولاية بالبلوغ. قال ابن سلمون: وأما البكر اليتيمة التي لا وصي عليها من أب ولا سلطان فاختلف فيها على قولين: أحدهما: أن أفعالها جائزة إذا بلغت المحيض وهو قول سحنون في العتبية وقول غير ابن القاسم في المدونة ورواية زياد عن مالك. والثاني: أن أفعالها مردودة ما لم تعنس اه. ثم بيّن سن التعنيس بقوله: والسن في التعنيس البيت. قال ابن سلمون: واختلف في حد التعنيس في هذه على أربعة أقوال: قيل ثلاثون، وقيل أقل، وقيل أربعون، وقيل من الخمسين إلى الستين، انتهى باختصار.

وَحَيْثُ رَشَدَ الْوَصِيِّ مِّنْ حَجَرٍ وَوَلَايَةُ النِّكَاحِ تَبْقَى بِالنَّظَرِ

يعني أن الوصي إذا رشد محجورته فإنه يبقى له عليها ولاية النكاح (على مقتضى نظر) من رأى ذلك من الفقهاء كابن رشد وغيره كما يأتي. قال الشارح: فكما أن خروجها من حجر الأب لا يقطع عنها نظره في الولاية فكذلك خروجها من حجر الوصي الذي هو

ففعالها يمضي بمضي عام من دخولها، وذات الوصي والمقدم فعلها مردود إلا بعد الفك في حالة الجهلة أو علم السفه، وأما إن علم الرشد فالمضي أيضاً للأفعال، ولا فرق بين مسنة وصغيرة بالغة، نعم العانس المهملة يمضي فعلها بمجرد التعنيس ولو لم تتزوج، ولقد لفتت في ذلك ما نصه:

الرشد في مهملة بما نقول	تعنيس أو مضي عام من دخول
وسبعة منه لذات الوالد	مع جهل حال منها القاصد
وكل من سفهها قد عرفا	ففعالها عندهم قد وقفا
وكل من قد علمت برشد	ففعالها يمضي بلا مرد
إذا اعتبار حالة بها العمل	من سفه أو ضده نلت الأمل
من غير رعي حاجر أو فكه	لعلة قد علمت فانتبه
فرعها معتبراً يا تالي	في كل حالة من الأحوال
في بالغ من بنت أو ذكر	ولو بلا تزوج فاعتبر
وفعل بائع له من قد حجر	رد بلا تقييد فيما ظهر
وادع لمن قرب بالمتاب	من ذنبه والرحم في المآب

وقولنا العلة الخ العلة هي وجود السفه في الشخص وهو الذي علل.

(ص): وحيث رشد الوصي من حجر، البيت. قوله: (على مقتضى نظر الخ) تبع في هذا الشارح ولكن الظاهر خلاف هذا، وأن المراد الولاية تبقى للوصي بالنظر لما يصلح بالبنت، وإن لم تكن مجبرة بالنظر باعتبار إذا أوقعت البنت بنفسها في غير كفاء لا يوافقها عليه حيث لا يكون لها

بسببه لا يقطع عنها نظره في الولاية، اللهم إلا أن يكون هنالك من الأولياء من يتقدم على الأب فكذلك يتقدم على وصيه. وفي طرر ابن عات: انظر إذا رشد الوصي محجورته هل تسقط الولاية عنها أم لا؟ قال ابن رشد رحمه الله: لا أذكر في ذلك نص رواية، والذي يوجبه النظر أن ولايته عليها في النكاح لا تسقط بتمليكها إياها من نفسها لأنه قد صار ولياً من أوليائها بإقامة الأب إياه لها مقام نفسه، فوجب أن لا تسقط ولايته عنها بما كانت تسقط به ولاية الأب عنها (والأب) لو رشدها لم تسقط بذلك ولايته عنها فكذلك هو فتدبر ذلك اهـ. ثم بحث الشارح مع ابن رشد في قوله لا أذكر في ذلك نص رواية، انظر تمام كلامه وذلك في شرح قول الناظم في النكاح:

وإن يرشدها الوصي ما أبي
وليسَ لِلْمَحْجُورِ مِنْ تَخْلُصِ
فِيهَا وَلايَةِ النِّكَاحِ كالأب
إِلَّا بِتَرْشِيدِ إِذَا مَاتَ الوصي
فِي حَقِّ مَنْ يُغْرَفُ بِالصَّلَاحِ

يعني أنه إذا مات الوصي وبقي من كان في حجره مهملاً ولم يوص به إلى أحد ولا قدم عليه القاضي أحداً ذكراً كان أو أنثى فالمشهور أنه لا يخرج من الولاية (إلا بالترشيد)، وقيل يخرج منها بموت وصيه إذا كان حسن النظر صالح الأحوال. قال ابن سلمون: واختلف في الذي يموت وصيه ولم يوص به إلى أحد ولا قدم عليه السلطان وصياً فقيل إنه إن كان حسن النظر لنفسه معروفاً بالرشد فأفعاله كلها جائزة، وإن كان معروفاً بالسفه فأفعاله كلها مردودة، وهو قول ابن القاسم والذي جرت به الفتوى، وعليه الشيوخ أن أفعاله كلها حكم من كان وصيه باقياً حتى يظهر رشده ويحكم بترشيده اهـ. وهذان القولان جاريان على قولي مالك وابن القاسم، فمالك يراعي الولاية والأصل انسحابها حتى يرشد وهو القول الأول في النظم، وابن القاسم يراعي حال المحجور من صلاح أو سفه ولا عبرة عنده بالولاية وهو القول الثاني وقد قلت في ذلك ليحفظ:

ولي رشيد مثلاً والأمر في هذا قريب. قوله: (والأب الخ) ظاهره أن الأخ لا يتقدم على الوصي في هذه المرشدة وليس الأمر كذلك، بل المسألة ذات خلاف قوي استوفيناه عند قول المختصر وجبر وصي الخ. فالوصي ووصيه مقدم على الأولياء في هذه المرشدة وأخرى غيرها، وكذا مقدم القاضي لكن فيه خلاف أقوى من الخلاف الذي في الوصي ووصيه، وإن كان قول سحنون في المرشدة ربما يترجح وهو تقديم الولي على الوصي فيها، ولكن ما قدمناه أقوى، انظر المحل المذكور تر الحق عياناً إن شاء الله تعالى.

(ص): وليس للمحجور من تخلص إلى آخر البيتين. قوله (إلا بالترشيد) أي أو بالرشد على ما به العمل لأنه إذا كان الوصي حياً وظهر رشد محجوره فإنه يخرج من الحجر بذلك، فأحرى مع موت الموصي الذي الخلاف فيه فافهم هذا، وهو في ابن الناظم صريح، وقول هذا الشارح إلا بترشيد عبارة ابن الناظم حتى يظهر منه حال الرشد، وقال ابن عتاب حتى يطلق بحكم الخ مع أن هذا الشارح أشار لهذا آخر كلامه.

ومالك يعتبر الحجر فقط ونجل قاسم لحال قد فرط
قلت: (إلا أن ظاهر كلامهم) أن القول باعتبار الحال أو الولاية غير مقيد بموت
الوصي كما فرضه الناظم، بل القولان في حياة الوصي أو موته والله أعلم. (ونقل الشارح)
عن ابن لب أن المهمة بموت وصيها إذ طالت المدة وتصرفت تصرف الرشيد بطول المدة
فهي على حكم الرشد في أفعالها على الصحيح من الأقوال في أفعال المهمل في هذه
النازلة.

وَالشَّأْنُ الْإِكْثَارُ مِنَ الشُّهُودِ فِي عَقْدَي التَّسْفِيهِ وَالتَّرْشِيدِ
وَلَيْسَ يَكْفِي فِيهِمَا الْعَدْلَانِ وَفِي مَرَدِّ الرُّشْدِ يَكْفِيَانِ

يعني أن الذي جرى به العمل عند الموثقين الإكثار من الشهود في الشهادة بالتسفيه
أو الترشيذ، وأنه لا يكتفى في ذلك بالعدلين وإن كان يكتفى بهما في الحجر، وهو الذي
عبر عنه الناظم بمرد الرشد أي برده ودفعه، والتسفيه الشهادة بأنه سفیه مبذر غير حافظ
لماله، وينبني على الشهادة أن يضرب على يده ويمنع من التصرف في المستقبل لأن سفهه
إنما ثبت الآن والشهادة بالحجر التي يكفي فيها عدلان للشهادة بأنه في ولاية مضروب
على يده وقت الشهادة وفيما قبلها، وينبني عليها رد أفعاله المتقدمة على هذه الشهادة
والتأخرة عنها، هذا هو الفرق بينهما والله أعلم. وأما الشهادة بالترشيذ فهي الشهادة بأنه
حافظ لماله حسن النظر صالح الحال، وينبني عليها إطلاقه من ثقاف الحجر إن كان عليه
حجر ومضي أفعاله وتصرفاته في المستقبل، لأن رشده إنما ثبت الآن فتأمل ذلك فلست
على يقين فيه فالله أعلم. قال الشارح: ووجه عدم الاكتفاء بالعدلين فيما ذكر أن الشهادة
بالتسفيه أو بالترشيذ ليست من الأمور المحسوسة التي يدركها الشاهد بها بديهية، وإنما

قوله: (إلا أن ظاهر كلامهم الخ) هذا صريح في كلامهم وهو قول المختصر وعليهما العكس
الخ. قوله: (ونقل الشارح الخ) هذه مسألة صحيحة لا شك لها.

(ص): والشأن الإكثار من الشهود، إلى آخر البيتين. كلام هذا الشارح في مضمون البيتين
مسلوخ من ابن الناظم، وحاصل ما ذكره ابن سهل والجزيري في وثائقه في هذا أن تكثير الشهود في
الرشيد والتسفيه شرط، وأقل الكثرة عند ابن الماجشون أربعة، ويجوز فيهما شهادة الرجال والنساء
أو الرجال فقط، ولا بد أن يكون الشهود من الجيران ومن يرى أنه يعلم ذلك إلا أن لا يعلموا فيشهد
الأباعد على ما قاله أصبغ، وكذا تكثر الشهود في الاسترعاءات، وإن عجز المشهد عن أكثر من
عدلين فلا يمنع أخذ ماله، انظر الشرح في هذا عند قول المختصر كتاب الحجر: وللأب ترشيدها
إلى آخر تلك المسائل، وعلى ما ذكرنا من أن تكثير الشهود هنا شرط، فقول الناظم والشأن المراد به
العمل كما قاله ابن بشير لأجل شرطية ما ذكرناه، وهذا الشارح لم يبين هذا البيان، ولا غرابة في أن
العمل يجري بهذا، وإن كان المشهور كفاية العدلين في المال وما يؤول إليه، إذ الترشيذ والتسفيه
يبني عليهما أمر المال كما رأيت في هذا الشارح، والكلام عليهما هنا هو باعتبار هذه الجهة، وإن
كان التسفيه يؤدي إلى الحجر عليه أو الذي سفه لمانع من الشهادة المشار إليها بقوله في المختصر
العدل إلى قوله بلا حجر فافهم.

تحصل له من جزئيات تدل على المعنى المشهود به ضمناً، فلذلك استكثر فيها من الشهود ليحصل نوع استفاضة بتلك الجزئيات التي تتعدد بها الشهادة. ففي المتيطة: وينبغي أن يستكثر من الشهود في عقد الترشيد العدول وغيرهم لتظهر استفاضة رشده ولا يجزىء في ذلك شاهدان كما يجزىء في الحقوق على هذا العمل، وكذلك ينبغي أن يستكثر من الشهود في وثيقة التسفيه اهـ. ولفظ الإكثار في البيت الأول يقرأ بنقل حركة الهمزة للساكن قبلها وهي لام أل للوزن. تنبيه: قوله والشأن قال ابن فرحون في بيان اصطلاح ابن الحاجب قوله والشأن وقعت في الجهاد في قوله والشأن قسم الغنائم في دار الحرب، ومراده عمل النبي ﷺ وعمل الخلفاء بعده، وقيل مراده عمل الصحابة. وقال ابن بشير: الأمر والشأن معناهما العمل اهـ. والمراد في النظم ما قاله ابن بشير والله أعلم.

وَجَازَ لِلْوَصِيِّ فِيمَنْ حَجَرَا إِعْطَاءَ بَعْضِ مَالِهِ مَخْتَبَرًا

يعني أنه يجوز للوصي أن يعطي لمحجوره بعض ماله ليختبر بذلك تصرفه، ولكن إنما يجوز ذلك إذا رأى عليه مخايل الصلاح والرشاد التي توجب عنده إطلاقه من الحجر

تنكيت: قول هذا الشارح تبعاً لابن الناظم ووجه عدم الاكتفاء بالعدلين الخ فيه بحث من جهة قوله الشهادة بالتسفيه أو بالترشيد ليست من المسائل المحسوسة الخ، إذ الشهادة إنما هي بالسفه أو الرشد إذ هذا هو المناسب لقوله ليست من المسائل المحسوسة، وأما الترشيد مثلاً وهو حكم الحاكم بأنه رشيد وإطلاقه من الحجر فهو محسوس، وما ذكره ابن الناظم من التعليل ينبغي أن يزداد عليه علة أخرى وهو أن الرشد أو السفه لا يخفى على الناس غالباً فشهادة اثنين فقط ريبة كما علل به ابن ناجي مسألة العدم أنه لا يثبت بشاهد ويمين قاتلاً لأنه لا يخفى غالباً، فشهادة واحد فيه ريبة وإن كان هذا في واحد وكلامنا في اثنين، وكما قالوا إذا شهد اثنان بالسماع وفي القبيل من أسنانهما كثير فإن ذلك ريبة. وأيضاً قول ابن الناظم هذه مسائل ليست محسوسة عند عدم زيادة على ما ذكره يرد عليه الشهادة بالعدالة وضدها مع أنه يكفي فيهما اثنان، ولا يقال العدالة وضدها لا يخفيان فلا يكفي فيهما عدلان لأننا نقول هذان يشترط في الشاهدين بهما التبريز وهو قليل غير كثير في الناس وفروع كثيرة يعرض فيها شبه هذا، والذي يظهر من كلام كثير ونقلنا في الشرح منه كثيراً أن السفه والرشد في أنفسهما لا يكفي فيهما عدلان إلا عند العجز عن التكاثر والعلة ما ذكرنا، وأما الترشيد والتسفيه الذي هو فعل الفاعل فيكفي فيهما شاهدان، وأن المراد بمرد الرشد هو قول المتيطي: فإن أتى الوصي بشهيدي عدل يشهدان هل اليتيم بحال سفه كانت شهادتهما أمضى من الذين شهدوا بالرشد وأعمل وكانت شهادتهما مدفعاً في شهادة الشهود بالرشد اهـ. بلفظه. فقوله مدفعاً هو قول الناظم بمرد الرشد، وحاصل الفرع أن شاهدي السفه يجعلان شهادة الشهود بالرشد غير تامة بل قاذحة فيها ودافعة لها عن العمل بمقتضاها، ولا يلزم من هذا أن شهادة شاهدين كفت في ثبوت السفه وقد تقدم أنهما لا يكفيان، وإنما المقصود من الفرع القدر في بينة الرشد إذ هو المحتاج له من الفرع والسفه إذا أريد العمل عليه بحيث يحكم الحاكم بالحجر عليه يزداد عليه شاهدان فافهمه بإنصاف. وأما تفسير الناظم ما ذكر بالحجر فإن أراد به التحجير من القاضي عليه فذلك هو السفه، وإن أراد سبب الحجر وهو السفه فذلك تقدم فافهم.

(ص): وجاز للوصي فيمن حجرنا، البيت.

فيخبره لتحصل له الثقة بما يبدو له من السداد في تصرفه. ففي المتيطة: لا بأس أن يدفع الوصي إلى يتيمه بعض ماله ليخبره إذا رأى منه استقامة ولم يعلم منه إلا خيراً، فإن تلف لم يضمن الوصي شيئاً من ذلك اهـ. زاد ابن سلمون بعد قوله لم يضمن إلا أن يرى أنه ممن لا يصلح مثله للاختبار لشدة سفهه فيضمن فلذلك ينبغي أن يزداد في وثيقة الدفع للمحجور ممن يعرف أن اليتيم ممن يصلح اختباره. المواق: انظر بقي له من هذا الفصل ﴿وابتلوا اليتامى﴾ [النساء: ٦]. (قال ابن شاس): الابتلاء للرشد المطلوب وفي كونه قبل البلوغ قاله الأبهري والبغداديون. قال ابن عرفة: وهو أبين للآية الشريفة. وقال المازري: الأشهر أنه بعد البلوغ. المتيطي: للوصي أن يدفع لليتيم بعض ماله يخبره به كالتستين ديناراً ولا يكثر جداً إن رأى استقامته فإن تلف لم يضمنه. ابن حبيب: والوصي مصدق فيما دفع له من ذلك.

وَكُلُّ مَا أَتْلَفَهُ الْمَحْجُورُ
إِلَّا لِمَنْ طَوَّعًا إِلَيْهِ صَرَفَهُ
وَفَعَلَهُ بَعْوَضٍ لَا يُرْتَضَى
وَفِي التَّبَرُّعَاتِ قَدْ جَرَى الْعَمَلُ
فَقُرْئُهُ مِنْ مَالِهِ الْمَشْهُورِ
وَفِي سِوَى مَصْلَحَةٍ قَدْ أَتْلَفَهُ
وَأَنَّ أَجَازَهُ وَصِيُّهُ مَضَى
بِمَنْعِهِ وَلَا يُجَازُ إِنْ فَعَلَ

تكلم في هذه الآيات على المحجور إذا فوت شيئاً من مال غيره هل يضمنه أم لا؟ كان التفويت بإفساد أو إتلاف، أو كان بعوض كالبيع أو بغيره من التبرعات كالهبة والصدقة، فأخبر أن ما فوته بإتلافه وإفساده كالحرق والكسر والأكل فإنه يلزمه غرمه في ماله إن كان له مال، (وإلا أتبع به ديناً في ذمته)، إلا في صورة واحدة وهي إذا سلطه عليه ربه باختياره وصيِّره فيما لا مصلحة له فيه، أما إن عدا عليه بنفسه فإنه يغرمه صرفه في مصلحة أو غيرها أو سلطه عليه ربه (وصرفه فيما لا بد له منه) فإنه يغرمه أيضاً، وإلى ذلك أشار بالبيتين الأولين. وأما ما أتلفه بعوض كالبيع (فإنه لا ينبغي) ابتداءً، فإذا وقع ونزل توقف إمضاؤه على إجازة الوصي، فإن أمضاه مضى وإن رده رد، وإلى ذلك أشار بالبيت الثالث، وأما ما أتلفه بغير عوض من هبة ونحوها فإنه يمنع من ذلك ويضرب على

قوله: (قال ابن شاس الخ) كون الابتلاء وهو اختبار اليتيم مطلوباً هو الذي تدل له الآية الشريفة وهي قوله تعالى: ﴿وابتلوا اليتامى﴾ [النساء: ٦] مع أن الأصل في الأمر الوجوب.

(ص): وكل ما أتلفه المحجور، إلى آخر الآيات الأربعة. قوله: (وإلا أتبع به ديناً في ذمته) أصاب هذا الشارح في هذا إذ هو مذهب المدونة وذكرنا كلامها في كتاب الودعة وفي مواضع آخر من شرحنا، انظر عند قول المختصر: وضمن ما أفسد الخ، ونقل هذا الشارح هذا هنا عن ابن القاسم. وقوله: (وصرفه فيما لا بد له منه) وأما إذا جهل الأمر ولا يدري هل صرفه فيما لا بد له منه أو لا فيحمل على أنه صرفه في غير ما لا بد منه، انظر شرحنا صدر كتاب الحجر ولا تتبع غير هذا فإنه قد وقع غلط في المسألة فاحترز منه. قوله: (فإنه لا ينبغي الخ) تأمل هذا فإن الصبي قد علم ما فيه من الخلاف هل هو مخاطب بالندب أم لا؟ وكذا المكروه وما في حكمه مما ليس بمحرم ولا

يده فيه لأنه إنما حجر عليه خوف إتلاف ماله وليس لوليه إجازة ذلك سوء نظر، (فإن أجازته لم يجز ويغرمه إن فات)، وإلى ذلك أشار بالبيت الرابع. قال في سماع عيسى: قال ابن القاسم والمولى عليه حاله كحال الصبي إن كسر جرة أو أحرق شيئاً أو أفسد فهو في ماله إن كان له مال وإلا أتبع به ديناً.

(وفي المقرب): قال سحنون قال ابن القاسم: وسئل مالك عن رجل بعث يتيماً له في طلب عبد آبق فأدركه وباعه وأتلف ثمنه فقام صاحبه فيه فقال: يأخذه ولا شيء على الغلام من المال الذي أتلف ولا يكون ديناً عليه، فقيل لمالك: أفلا يكون هذا مثل ما أفسد أو كسر؟ قال لا. وفي أصول الفتيا: وكل ما فعله الصبي ممّا يرى الولي إجازته في أصول نظر فإنه جائز من فعله ولا يكون لمن عاقد الصبي في ذلك كلام إذا أجازته الولي، وما باعه الصبي من ماله فإنه مأخوذ من المشتري ومردود إلى مال الصبي، ولا شيء للمشتري فيما دفع من الثمن إلى الصبي، لا في ذمة الصبي ولا في ماله، إلا أن يكون الصبي إنما أنفق ذلك الثمن في مصالحه التي لا بدّ له منها فيلزم الولد ردّ ذلك الثمن. (وفي المقدمات): لا اختلاف بين مالك وأصحابه أن الصغير الذي لم يبلغ الحلم من الرجال والمحيض من النساء أنه لا يجوز في ماله معروف من هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق وإن أذن له في ذلك الأب أو الوصي إن كان ذا أب أو وصي، وإن باع أو اشترى أو فعل ما يشبه البيع أو الشراء ممّا يخرج على عوض ولا يقصر في إلى معروف كان موقوفاً على نظر وليّه إن كان له ولي، فإن رآه سداداً أو غبطة أجازته وأنفذه، وإن رآه بخلاف ذلك ردّه وأبطله، وإن لم يكن له وصي قدم السلطان من ينظر له في ذلك بوجه النظر والاجتهاد، وإن غفل عن ذلك حتى يلي أمره كان النظر إليه في إجازة إنفاذ ذلك ورده. قال ابن رشد: ويلزمه ما أفسد أو كسر في ماله ممّا لم يؤتمن عليه، واختلف فيما أفسد أو كسر ممّا اتّمن عليه. تنبيه: ظاهر عموم قوله:

إلا لمن إليه طوعاً صرفه وفي سوى مصلحة قد أتلفه
أن المحجور لا يغرم ما استعار إذا ادعى تلفه لأن ربه مكنه منه طوعاً ولم يصرفه في
مصلحة له ولم أقف الآن فيه على نص.

واجب، وعبرة الناس كما ذكر ذلك عند قول المختصر: وللولي رد تصرف مميّز الخ صدر الحجر لا يجوز للمحجور في ماله معروف أي لا يمضي، وفي ابن سلمون: ولا يجوز للولي أن يأذن في شيء من ذلك وهذا كله ملبح وظاهر. قوله: (فإن أجازته لم يجز ويغرمه إن فات الخ) هذا صحيح فيما يبدو لنا وهو فرع حسن.

قوله: (وفي المقرب الخ) انظر هذه المسألة صدر الشركة في شرحنا ولا بد ولا بد. قوله: (وفي المقدمات الخ) هذه المسائل أشار لها صاحب المختصر بقوله: وللولي رد تصرف مميّز وله إن رشد ولو حنث بعد بلوغه أو وقع الموقع وضمن ما أفسد إن لم يؤمن عليه. وفهم من قوله: إن وقع الموقع أن هذا في غير التبرعات وإلا فليس ذلك للولي.

وَوَظَاهِرُ السَّفَةِ جَازَ الْحُلْمَا مِنْ غَيْرِ حَجَرٍ فِيهِ خُلْفٌ عُلِمَا
جَوَازٌ فَنَلِيهِ بِأَمْرِ لَازِمٍ لِمَالِكٍ وَالْمَنْعُ لِابْنِ الْقَاسِمِ
الظاهر أن هذين البيتين (محض تكرار) مع قوله قبل:

والبالغ الموصوف بالإهمال معتبر بوصفه في الحال
فظاهر الرشد يجوز فعله وفعل ذي السفه رذ كله
وذاك مروى عن ابن القاسم من غير تفصيل له ملائم
ومالك يجيز كل ما صدر بعد البلوغ عنه من غير نظر

وإلى هذا الخلاف أشار الشيخ خليل بقوله: وتصرفه قبل الحجر محمول الخ. وقوله هنا: جواز فعله البيت هو بيان للخلاف المذكور في البيت قبله والله أعلم. وفي قوله فيما تقدم: فظاهر الرشد يجوز فعله تصريح بمفهوم قوله هنا: وظاهر السفه، والحاصل أن محل الخلاف البالغ المهمل فابن القاسم يراعي حاله فلذلك فرق بين ظاهر الرشد وظاهر السفه، ومالك يعتبر الحجر والغرض أن لا حجر فأجاز فعله.

وَبِالَّذِي عَلَى صَغِيرٍ مُهْمَلٍ يُقْضَى إِذَا صَحَّ بِمُوجِبٍ جَلِي
وَهُوَ عَلَى حُجَّتِهِ كَالْغَائِبِ إِلَى بُلُوغِهِ بِحُكْمٍ وَاجِبٍ
مِنْ مَالٍ مَنْ فِي حَجَرِهِ مَهْمًا طُلِبَ مِنْ مَالٍ مَنْ فِي حَجَرِهِ مَهْمًا طُلِبَ

يعني أن الصغير المهمل يقضى عليه ويحكم بما ثبت عليه من الحق إذا كان موجب ذلك صحيحاً جلياً ظاهراً، وهو مع ذلك على حجته إذا بلغ كالغائب يحكم عليه في غيبته ثم يقدم فيكون على حجته، وقد تقدم هذا في البيع على الغائب، فإن كان للمحجور وصي فهو الذي يدفع ما وجب على محجوره من مال المحجور المذكور إذا طلب ذلك وإلى ذلك أشار بالبيت الثالث، وبالذي يتعلق بيقضى وعلى صغير يتعلق بفعل مقدر صلة الذي أي ثبت أو وجب على صغير ثم وصفه بالإهمال، وفاعل صح يعود على ما وجب على الصغير، وبموجب يتعلق بصح والمراد بالموجب البينة. قال في المقرب: ولو كانت

(ص): وظاهر السفه جاز الحلماء، إلى آخر البيتين. قوله: (محض تكرار) تأمل البيتين ولا

بد.

(ص): وبالذي على صغير مهمل، إلى آخر الأبيات الثلاثة. انظر عند قول المختصر آخر كتاب القضاء والقريب كالحاضر إلى آخر كلامه على الغيب والصغير كالغائب، قال في المتطية: ولا في التسجيل على الغائب من تسمية الشهود عليه والمعدلين لهم ليبقى الغائب على حجته فيهم، وهذا على القول بأن الحججة ترجى له وهو المشهور من المذهب. قال أصبغ في الواضحة: فإن لم يسم البينة في الحكم عليه فالقضاء مردود ويفسخ ويستأنف الخصام فيه. قال ابن أبي زمنين: وكذلك الصغير الخ وهذا منه بلفظه فانظر المحل المذكور فإن فيه ما رأيته، وفيه أن الصغير لا يوكل القاضي له وكيلاً يخاصم عنه لثلاثا تنقطع حجته بانقطاع حجة الوكيل، وفيه أن مال الصغير إذا لم

الدار المدعى فيها بين صغير لم يستخلف القاضي لهذا الصغير من يقوم بحجته. (قال الشارح: لازم قوله في المقرب) لم يستخلف القاضي الخ كونه ترجى له الحجة إذا ملك أمر نفسه، وعن هذا المعنى عبّر الشيخ رحمه الله بقوله: وهو على حجته كالغائب البيت.

وَنَظَرُ الوَصِيِّ فِي الْمَشْهُورِ مُنْسَجِبٌ عَلَى بَنِي الْمَحْجُورِ
وَيَفْقِدُ النُّكَاحَ لِإِمَاءِ وَالتَّصُّ فِي عَقْدِ بِنَاتِ جَاءِ
وَعَقْدُهُ قَبْلَ الْبُلُوغِ جَارٍ بِجَفَلِهِ فِي الْبَكْرِ كَالْإِجْبَارِ

يعني (أن الوصي على المحجور) يكون وصياً أيضاً على أولاد ذلك المحجور وينسحب نظره عليهم على القول المشهور ومقابلته أنه لا ينسحب ولا يكون الوصي أبيهم عليهم نظر وعلى الانسحاب فله أن يعقد النكاح على إماء محجوره وبناته بعد البلوغ ولا إشكال، وأما قبله فكذلك إذا جعل الموصى له الإجمار، فقوله جار يجعله في البكر كالإجمار يعني أن عقد الوصي نكاح الأبكار من بنات محجوره جبراً قبل بلوغهن يجري مجرى الإجمار الحاصل بجعل الموصي ذلك للوصي في أبكار بناته، (فإذا جعل ذلك للوصي) كان له جبر بنات المحجور كما يجبر بنات الوصي هذا مراده والله أعلم. فالألف واللام في لفظ الإماء والبنات بدل من ضمير يعود على المضاف إليه وهو المحجور، لا على المضاف الذي هو بني أي ويعقد الوصي نكاح إماءه ونكاح بناته. ففي نوازل ابن الحاج: اختلف الشيوخ رحمهم الله في الرجل إذا كان وصياً على سفيه فولد للسفيه ولد فهل للموصي أن ينظر على ابن السفيه كما ينظر على الوالد أم لا؟ (فذهب القاضي) محمد

يصل إلى قيمته بيع بما أعطى فيه إن لم يرج غيره. قوله: (قال الشارح لازم قوله الخ) انظر المحل المذكور تجد النصوص الصريحة في هذا كثيرة.

(ص): ونظر الوصي في المشهور، إلى آخر الأبيات الثلاثة. قوله: (أن الوصي على المحجور الخ) كلام هذا الشارح تبع فيه ابن الناظم. قوله: (فإذا جعل ذلك للوصي الخ) قال في المختصر: وجبر وصي أمره أب به أي بالإجمار أو عين الزوج وإلا فخلاف. وقوله وإلا فخلاف الراجع في هذا الخلاف هو عدم الجبر، وبدل لذلك أنه إذا جعل له الجبر صراحة في ذلك خلاف قوي فكيف بما إذا لم يجعل له ذلك؟ وأما في تعيين الزوج فلا إشكال في الجبر قبل البلوغ وبعده، إذ كأنه وكله على العقد فقط وجعل الجبر للوصي إما صراحة أو ضمناً كقوله زوجها قبل البلوغ وبعده، والخلاف في المسألة بقسميها الصريح والضمن، وإنما كان الخلاف في هذين في جبر الوصي وعدم جبره لأن الأب له الحنانة التامة، ولا كذلك الوصي حيث لم يعين له الأب الزوج، انظر بسط هذا في الشارح. قوله: (فذهب القاضي الخ) لا بد من نقل كلام ابن سهل في هذا، ونقلناه في الشرح عند قول المختصر: والولي الأب في كتاب الحجر وحاصل نقل ابن الحاج أن ابن عتاب وابن القطان قالوا بالانسحاب، وقالوا وبه العلم، وابن زرب قال بعدم الانسحاب وجعل الخلاف المذكور في الولد الحادث بعد الإيصاء، وابن سهل نقل عن الرجلين المذكورين أعني ابن عتاب وابن القطان أن العمل جرى بعدم الانسحاب، وظاهر كلامه أي ابن سهل أو صريحه أن هذا في الولد غير الحادث بعد الإيصاء وهذا عجب في هذا الخلاف، وصاحب التوضيح وغير واحد

بن يبقى بن زرب إلى أنه لا ينظر إليه، وخالفه ابن عرفة عتاب وابن القطان في ذلك وقالوا: إنه لا ينظر عليه كما على أبيه، قالوا: والقضاء عندنا بذلك اهـ. وفي مفيد ابن هشام: قال القاضي أبو الوليد بن رشد: وقد جاءت الرواية منصوصة عن مالك أن الوصي ينكح بنات محجوره يريد في البنات الأبكار البالغات والشيبات اللاتي لم يملكن أمور أنفسهن، والوجه في ذلك أنه رآه وصياً عليهن بكونه وصياً على آبائهن، وهو دليل ما في سماع ابن القاسم من كتاب النذور من العتبية، وقد كان بعض الشيوخ يقول: إن الوصي لا يكون وصياً على بنات محجوره إلا بتقديم السلطان، فعلى هذا لا يزوج أحداً من بناته، وأما أمه فليس لها بولي ولا خلاف أنه لا يصح أن يزوجها فالوصي يزوج إماء محجوره بلا خلاف، ويزوج بناته اللاتي لم يملكن أمر أنفسهن على اختلاف فيه، ولا يزوج بناته اللاتي قد ملكن أنفسهن ولا أخواته ولا قراباته، فإن فعل مضى على ما ذهب إليه ابن الهندي والله الموفق. أقول: النص الذي ذكر الشيخ رحمه الله أنه جاء في عقد البنات هو الرواية التي ذكر ابن رشد أنها جاءت منصوصة عن مالك. وفي وثائق ابن فتحون أن للوصي أن يزوج مولات الموصي وأخواته وسائر بناته وذوي قرابته من كل من كانت ولاية تزويجها إلى الموصي ثيباً كن أو أبكاراً، وينزل في ذلك كله منزلته، رواه ابن حبيب عن مالك وأصحابه من المدنيين والمصريين ثم قال: إنما له أن يفعل ذلك إذا كان يلي الذكور من أولاد الموصي لأنه ينظر لهم وينفذ عليهم ما ينظرون فيه وينفذونه بعد ذلك لأن الإناث ليس إليهن الإنكاح بعد الرشد فافترقا لذلك والله أعلم. ومثل هذا ذكر ابن سهل في أحكامه اهـ.

قال مقيد هذا الشرح سمح الله له بفضله: (سمعت من شيخنا) الإمام العالم العلامة الحافظ المتفنن الخطيب البليغ أبي العباس سيدي أحمد المقرئ التلمساني رحمه الله عبر ما مر في حال قراءة مختصر الشيخ خليل قال: يظهر لي أن القولين في انسحاب نظر الوصي على أولاد محجوره محلها في حياة المحجور، وأما بعد موته فينبغي أن يتفق أنه لا يبقى له نظر عليهم، لأن النظر عليهم إنما كان بحسب التبعية لأبيهم، والقاعدة أنه إذا عدم المتبوع عدم التابع، وله نظائر في الفقه منها من اشترى عبداً فمات أو أعتقه أو باعه ثم أراد أن يشتري ما له فلا يجوز باتفاق أي لا يجوز بيعه بكل شيء كما يجوز لو كان العبد ما زال بيده، فأما الآن فلا يباع إلا بما يجوز بيعه به منفرداً، وكذلك النخل والأرض إذا باعها ثم أراد أن يشتري زرع الأرض أو ثمر النخل فاعلمه ولذلك نظائر آخر ذكرت في محلها، وقد قلت في ذلك في تكميل المنهج المسمى ببستان فكر المنهج في تكميل

وافق ابن سهل، وكلام ابن سهل هو في صدر أحكامه الكبرى، وعندني أن كلام ابن سهل هو الصحيح لأنه هو السائل ابن عتاب وابن القطان قف على هذا في الشرح بلفظ كلام ابن سهل وغيره، وكلام المتيطي يدل لصحة كلام ابن سهل.

قوله: (سمعت من شيخنا الخ) انظر الشرح عند قول المختصر صدر كتاب القضاء: وانعزل بموته هو لا بموت الأمير أو الخليفة.

المنهج :

وما يجوز فعله بالتبع
كبيع خلفه ومال القن
خدمة أم ولد إذا حرم
وشيخنا المقرري قاس نظرا
لم يبق للوصي عليهم من نظر
قال الناظم رحمه الله :

وَالنُّقْلُ لِلإِصْءِ غَيْرُ مُفْعَلٍ
وَلَا يُرَدُّ العَقْدُ بَعْدَ أَنْ قَبِلَ
وَلَا رُجُوعَ إِنْ أَبَى تَقَدُّمَهُ
إِلَّا لِمُعْذِرٍ أَوْ حُلُولِ أَجَلٍ
إِنْ مَاتَ مُوصِيٌّ وَلِمُعْذِرٍ يَنْعَزِلُ
مِنْ بَعْدِ أَنْ مَاتَ الَّذِي قَدَّمَ

اشتملت الأبيات الثلاث على ثلاث مسائل كل بيت على مسألة، والمناسب والله أعلم تأخير البيت الأول المشتمل على نقل الإيصاء الكائن بعد ثبوته ولزومه فيؤخر عن البيتين بعده المشتملين على ما يلزم به الإيصاء وما لا يلزم. فالمسألة الأولى: أن الوصي الذي لزمه حكم الإيصاء لقبوله له بعد الموت لا سيما بعد التصرف في تركة الموصي إذا أراد عزل نفسه عن الإيصاء وجعله لغيره في حياته فليس له ذلك إلا لعذر حصل له يتعذر معه النظر في الإيصاء المذكور كاختلال عقل ونحوه، فللقاضي أن يقدم من يراه أهلاً لذلك، وكذا له هو أن يسند الإيصاء بعد موته إلى غيره. قال في الوثائق المجموعة: فإن ذهب الوصي في حياته أن يفوض الإيصاء إلى غيره لم يكن ذلك له وإنما له أن يوكل من ينظر بأمره. وفي المتبعية: وللوصي إذا حضرته الوفاة أن يوصي بما جعل الموصي إليه إلى من شاء إن كان منفرداً بالنظر ويكون وصي الوصي كالوصي اهـ. (وفي مجالس القاضي) المكناسي ما نصه: فإن أراد الوصي أن ينحل عن الوصية بعد موت الموصي لغير

(ص): والنقل للإيصاء غير معمل، إلى آخر الأبيات الثلاثة. قوله: (وفي مجالس القاضي الخ) انظر المسألة عند قول المختصر آخر كتاب الإيصاء: وله عزل نفسه في حياة الموصي ولو قبل لا بعدهما، وإن أبى القبول قبل الموت فلا قبول له بعد في الشرح ونص القاضي في معونته إذا قبل الموصي له الوصية ثم أراد تركها لم يجز له ذلك إلا أن يعجز عنها أو يظهر له عذر في الامتناع من المقام عليها خلافاً للشافعي في إجازته تركها لأنها قريبة وفعل خير ألزمه نفسه فلم يكن له الخروج عنه من غير عذر اعتباراً بالصوم والحج اهـ. بلفظه. وقوله لأنها قريبة الخ هو دليل للمالكية لا الشافعية على عادته في الاحتجاج على أهل المذاهب والمسألة ذات خلاف، قف على الشرح للمحل المذكور وانظره فيما إذا أنكر الوصي القبول فإنه يحلف، وإذا قدم السلطان مقدماً على أبتام فلا يعزله سلطان آخر إلا لسبب، ولا بد من الإعذار إليه فيمن شهد عليه وإن أراد من قدمه عزله وإلا فلا يعزله إلا بجرحة ويعذر إليه فيمن جرحه انظره في الشرح أيضاً، والمراد بالقبول هنا هو القبول

عذر ثبت هل له ذلك أم لا؟ قلت: فرق ابن عات بين قبول الوصي في حياة الموصي أو بعد موته، فإن كان قبوله في حياة الموصي فلا يحله القاضي إلا بعد ثبوت عذر يوجب ذلك، وإن كان قبوله بعد موت الموصي فللقاضي أن يعفيه لغير عذر اهـ. والمسألة الثانية: إذا قبل الوصي الإيصاء بعد موت الموصي أو قبله واستمر على قبوله إلى موت الموصي (فلا رجوع له بعد)، فإن حصل له عذر انعزل. والمسألة الثالثة: إذا امتنع الوصي من قبول الإيصاء بعد موت الموصي ثم بدا له وأراد أن يقبل فليس له ذلك، وإلى هاتين المسألتين أشار الشيخ خليل بقوله لا بعدهما أي ليس للوصي عزل نفسه بعد موت الموصي وقبول الوصية سواء كان قبوله قبل الموت واستمر عليه إلى موت الموصي أو كان قبوله بعده، ثم قال: وإن أبى القبول بعد الموت فلا قبول له بعد. قال في المقرب: قال ابن القاسم: وإذا قبل الوصي وصية من أوصى إليه ثم بدا له بعد موت الموصي وأراد أن يتركها فليس له ذلك وقد لزمته. وفي كتاب ابن يونس: قال محمد: وإذا قبل الوصي الوصية في حياة الموصي فلا رجوع له بعد موته. وفي مفيد ابن هشام: وإذا أوصى رجل إلى رجل وقبل الموصى إليه ذلك ثم ندم قبل موت الموصي فإن أقاله الموصي جازت إقالته، وإن لم يقله ألزم النظر في الوصية على ما أحب أو كره إن كان قد أشهد بالقبول على نفسه يجبره الحاكم على ذلك إن كان ثقة مأموناً إلا أن يكون له عذر مقبول. وفي كتاب ابن يونس عن أشهب: وإذا أبى من قبولها في حياته وأبى منها أيضاً بعد مماته ثم أراد قبولها فليس له ذلك إلا أن يجعله السلطان لحسن نظره اهـ. ابن رشد: وللوصي عزل نفسه بعد القبول في حياة الموصي. (ابن عرفة: ظاهر المعونة خلاف هذا) ومن المدونة إذا قبل الوصي الوصية في حياة الموصي فلا رجوع له بعد موته. أشهب: لو قبل الوصي الوصية بعد موت الموصي أو جاء منه ما يدل على القبول من بيع أو شراء لهم لزمته الوصية، انتهى على نقل المواق.

(فرع: الوصيان) المشتركان في الإيصاء هل لأحدهما أن يوصي بما جعل إليه من

صريحاً أو ما يدل عليه من البيع والشراء كما في التوضيح، وانظره أيضاً في الشرح وذكره هذا الشارح بعد. وقوله: (فلا رجوع له بعد الخ) هذا صحيح ما لم يرد القاضي تقديمه لحسن نظره فيكون كمقدم القاضي إن قدمه، وقد بيناه في الشرح ورأيت دليلاً هنا من كلام المختصر.

قوله: (ابن عرفة ظاهر المعونة خلاف هذا) صريح المختصر خلاف هذا وقد رأيت والمعونة رأيت كلامها، وصريح المختصر هو المذهب وبه الفتوى، وإن كان ظاهر المعونة اختار مضمونه اللخمي لأجل التزام الموصى له بل هو قول قوي، وعلل مقابله الذي هو المذهب بأنه لم يقر الموصى إذ له الاستبدال، وربما يرد عليه عدم عزل المقدم قف على تفصيله في الشرح.

قوله: (فرع الوصيان الخ) كلام المختصر بتمامه هو قوله ما نصه: ولاثنين حمل على التعاون فإن مات أحدهما واختلفاً فالحاكم وليس لأحدهما إيصاء ولا لهما قسم المال وإلا ضمنا، وما أشار إليه هذا الشارح من كلام المواق والشارح لا يفي بتفاريع المسألة بل في المسألة كلام طويل قف عليه إن شئت في الشرح فقد استوفيناه والحمد لله، وما في المختصر هو المشهور كما ذكره ابن ناجي وغيره.

الوصية أو لا ثالثها لشريكه في الإيصاء لا لغيره، وعلى الثاني ذهب الشيخ خليل حيث قال: ولا لأحدهما إيصاء، انظر الشارح والمواق.

وَكُلُّ مَنْ قَدَّمَ مِنْ قَاضٍ فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَجْعَلَ مِنْهُ بَدَلًا
كَذَلِكَ لَا يَجُوزُ أَنْ يَنْمَازَ إِلَّا لِعُذْرٍ بَيِّنٍ إِنْ قَبِلَا

أشار بالبيت الأول لقوله في المتبعية وغيرها: ولا يجوز لمقدم القاضي على النظر لليتيم أن يوكل بما جعل إليه أحداً غير حي أو مات ولا أن يوصي إلى أحد وهو خلاف وصي الأب قاله ابن أبي زمنين وابن الهندي (وغيرهما من الموثقين). قال بعض الشيوخ: وإنما لم يجز له أن يوكل غيره في حياته أو بعد وفاته لحضور أعيان القضاة المقدمين لهم، وأما الأب فقد فاتت عينه فوصيه بمنزلته. وفيها أيضاً: وإذا قبل الوصي التقديم فليس له أن ينحل عن ذلك إلا لعذر يتبين للقاضي يوجب حله، وليس له أن يوكل في حياته ولا بعد مماته، وليس هو في هذا بمنزلة الوصي للأب اهـ. فقوله فلا يجوز أن يجعل منه بدلاً يشمل التوكيل في الحياة والإيصاء بعد الممات وقدم بالبناء للنائب ويجعل بالبناء للفاعل وفاعله يعود على من قدم وبدلاه مفعول بيجعل، وضمير منه يعود على قدم أيضاً. وأشار بالبيت الثاني إلى قول المتبعية أيضاً. وقال ابن حبيب عن أصبغ في الرجل يوكله السلطان على النظر لليتيم فيقبل ذلك منه فليس له أن ينعزل عن ذلك عزل ذلك السلطان أو لم يعزل إلا أن يلزمه السلطان على وجه النظر ويولي غيره لحسن نظره اهـ.

وَصَالِحٌ لَيْسَ يُجِيدُ النَّظَرَ فِي الْمَالِ إِنْ خِيفَ الصَّبِيحُ حُجْرًا

(ص): وكل من قدم من قاض فلا، إلى آخر البيتين. قوله: (وغيرهما من الموثقين) زاد المتبعية بعد هذا متصلاً به ما نصه: وقال بعض الموثقين الذي مضى به الحكم إن حكم مقدم القاضي حكم الوصي في جميع أموره لأن القاضي أقامه مقام الوصي، قال بعض الشيوخ: فعلى هذا يكون له أن يوكل في حياته من يقوم مقامه اهـ. بلفظه، ولم أجد فيه ويوصي بذلك بعد مماته على حسب ما بأيدينا منه، ولكن كلامه دال على وجود هذا في التوضيح عن ابن راشد في هذا ويوصي بعد مماته، وهذا الشارح في اقتصاره على ما ذكر تبع فيه ابن الناظم وفي ذلك ما لا يخفاك، وإن أردت أن تحيط بالمسألة فانظر عند قول المختصر في كتاب الوصايا: وإنما يوصى على المحجور عليه الخ. وبيننا في الشرح المسألة غاية البيان بكلام الأئمة الأعيان وبكلام المدونة وكلام من تكلم عليها وأن العمل بسنته على المساواة بين الوصي والمقدم، فانظر ذلك إن شئت واجهد نفسك في فهمه وادع لمن قرب أن لا يعذب، وقول الناظم هنا كذلك لا يجوز أن ينعزل الخ هذا مشكل على المشهور في الوصي أن له أن يعزل نفسه في حياة الموصي لا بعد مماته، لأن ذلك علل بإمكان الاستبدال، ومقدم القاضي يمكن معه الاستبدال لوجود القضاء فكان اللائق أن يعزل نفسه حيث أحب لوجود الاستبدال، نعم يأتي هذا على من يقول لا ينعزل الوصي في حياة الموصي، انظر الشرح.

(ص): وصالح ليس يجيد النظرا، إلى آخر البيتين.

وَشَارِبُ الْخَمْرِ إِذَا مَا تَمَّرَا لَمَّا يَلِي مِنْ مَالِهِ لَنْ يُخَجَّرَا

يعني أن الصالح الذي لا يحسن النظر في ماله يحجر عليه إن خيف على ماله الضياع، وشارب الخمر إذا كان يشمل ما يلي من ماله وينميه فلا يحجر عليه لعدم تعلق معصيته بما يوجب الحجر عليه، فكلام الناظم فيمن لا حجر عليه، فالأول يستأنف حجره، والثاني يبقى على إطلاقه ولا يحجر عليه. قال في المتيطة: وإذا كان اليتيم فاسقاً وكان مع ذلك ناظراً لنفسه ضابطاً لماله وجب إطلاقه من الولاية، وإن كان من أهل الصلاح في دينه والاستقامة في أحواله ولم يكن ناظراً في ماله لم يجب إطلاقه من الولاية ومن كان بحال تبذير وضعف نظر في ماله ممن لم يول عليه وكان صالحاً في دينه وجب أن يولى عليه كما تقدم، ومن كان فاسقاً في دينه حسن النظر في ماله لم يتعرض له بالتقديم لأن التقديم إنما هو لضبط المال لا لفساد الأحوال لأن فساد أحوال الرجل لا تعدوه إلى غيره، وإذا بذر ماله وأتلفه (صار عالة على المسلمين) ورجعت نفقته إلى بيته مالهم فوصل بتبذيره إلى جميع المسلمين ضرر فلهذا ضرب على يديه وبهذا الفتيا وعليه القضاء اهـ. وأشار الناظم بالبيت الأول لقول المتيطي: ومن كان بحال تبذير وضعف نظر الخ. وبالبيت الثاني لقوله: ومن كان فاسقاً في دينه الخ بدليل قوله في الأول حجراً وقوله في الثاني لن يحجرا، إذ يفهم منه أن لا حجر على واحد منهما قبل ذلك. (واستغنى الناظم) بهذين الفرعين عن اللذين قبلهما في كلام المتيطي وهما إطلاق من يجيد النظر وإن كان غير مرضي الحال، واستصحاب الحجر على من لا يجيد النظر لأنه إذا كان عدم إجادة النظر في المال من الصالح موجباً لاستئناف حجره فأحرى أن يكون موجباً لاستئنافه، وإذا كان تدمير المال حتى من غير مرضي الحال مانعاً من ابتداء الحجر فكذلك يمنع من استصحابه من باب لا فارق، قاله الشارح رحمه الله وهو ظاهر.

وَلِلْوَصِيِّ جَائِزٌ أَنْ يَنْجَرَ لَكِنَّهُ يَضْمَنُ مَهْمَا عَرَّزَا

يعني أنه يجوز للوصي أن يتجر بمال اليتيم ولا يغرر به فإن فعل وهلك ضمنه. (قال القلشاني) في شرح قوله في الرسالة: وللوصي أن يتجر بمال اليتامى ويزوج إماءهم،

قوله: (صار عالة على المسلمين الخ) هذا صحيح وأصله في الوثائق المجموعة. وقال ابن عطية على قوله تعالى: ﴿وَلَا تَوْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ [النساء: ٥] الآية بعد كلام ما نصه: وقال سعيد بن جبير يريد أموال السفهاء وأضافها إلى الخاطبين تغييباً بالأموال التي هي لهم إذا احتاجوا كأموالكم التي تقي أعراضكم وتصونكم وتعظم أقداركم ومن مثل هذا: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ﴾ [النساء: ٢٩] الآية اهـ. بلفظه. وانظر مضمون البيتين صدر الحجر ولا بد ولا بد فإن ما في النظم هو المذهب والمشهور والحق. قوله: (واستغنى الناظم الخ) هذا صحيح غير أن قوله وإن كان تدمير المال فيه شيء لأن الرشد الموجب لما ذكر إنما هو حفظ المال فقط إلا إذا أريد بالتدمير الحفظ فيقرب الأمر.

(ص): وللوصي جائز أن يتجر، البيت. قوله: (قال القلشاني الخ) قال في المختصر عاطفاً

يعني أن للوصي أن يتجر بمال اليتامى لهم على أن الربح لهم والوضيعة عليهم، وله أن يدفعه قراضاً لغيره على وجه النظر، ولا يجوز أن يتجر به لنفسه، فإن فعل فقيل الربح لهم والوضيعة عليه، وقيل الربح له وعليه الخسارة، وقيل إن كان ملياً فالربح له وإن كان معسراً فالربح للآيتام اهـ. وفي طرر ابن عات: رأيت لبعض المفتين أن الوصي إذا كان أحملاً لليتامى وكان المال مشتركاً فتجر به فالربح له قال حسن أن يواسي منه اليتامى. وفي المقرب في تفسير ابن مزين قال: وسألت عيسى عن تفسير قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: اتجروا في أموال اليتامى لا تأكلها الزكاة يعني أن يقارض بمال اليتامى أهل الثقة والأمانة أو يوضع معهم فتكون زكاة المال من ربحه، قال: ويكره لولي اليتيم أن يأخذ من ماله قراضاً لنفسه، قال يحيى قلت له: فإن فعل، قال: إن أخذه على قراض مثله ولم يغش اليتيم فذلك جائز، وإن ذهب المال فلا ضمان عليه اهـ. وجائز مبتدأ وللوصي يتعلق به وأن يتجر في محل رفع فاعل بجائز ومتعلق يتجر محذوف دل عليه السياق أي بمال اليتيم والله أعلم. فرع: في نوازل ابن الحاج: للقاضي أن يعرض للوصي أجره على نظره اهـ.

وَعِنْدَمَا يَأْتِسُ رِشْدَ مَنْ حَجَرَ يُطْلِقُهُ وَمَالَهُ لَهُ يَذَرُ
وَحَيْثُ لَمْ يَفْعَلْ فَقَدْ تَصَدَّى أَنْ يَضْمَنَ الْمَالَ لِأَنْ تَعَدَّى

يعني أن الوصي إذا آتس وأبصر ورأى من محجوره الرشد وحسن الحال فإن المطلوب في حقه أن يرشده ويطلقه من ثقات الحجر ويعطيه ماله ويخرج عن عهده، فإن لم يفعل وضاع المال ضمنه لأنه عرض نفسه لذلك لتعديه بعدم ترشيد المحجور المذكور، والأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿فَإِنْ آتَسْتُمْ مِنْهُمْ رِشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦] وفي طرر ابن عات المشاور (فإن علم الوصي برشده) ولم يدفع إليه ماله وتلف عنده

على ما يجوز للوصي فعله ما نصه: ودفع ماله قراضاً أو بضاعة ولا يعمل هو به. فقوله ودفع الخ هو أمر جائز لا واجب ولا بد أن يكون المدفوع إليه أميناً وإلا ضمن، وفهم منه أنه لا يودع مال المحجور وهو كذلك إلا لأمر يدفعه لذلك كما إذا خيف تفتيش داره كرهاً عليه. وقوله قراضاً وكذا بأجر كما هو مبين في محله وأحرى أن يتجر الوصي به بلا أجر له ولا ربح في الجواز، ولكن يشترط في التجر بهذا المال ألا يكون فيه تغيير وإلا ضمن الوصي. وقوله ولا يعمل هو به أي قراضاً أو بأجر. وقوله أيضاً ولا يعمل هو به الواجب هو حمل النهي على الكراهة لأنه صريح المدونة وإن عمل الوصي بالمال على أن الربح له كما تقدم في التجارة بالودعة هذا هو الراجح، وإن ارتكب الكراهة وعمل على وجه القراض فله جزء ربحه إن أشبهه وإلا رد لربح مثله وتجارته بالمال، على أن الربح للمحجور هو أمر مندوب ولا ضمان عليه إن لم يغفر بالمال، انظر بسطه في الشرح وانظر فروعاً كثيرة بين الوصي ومحجوره في الشرح.

(ص): وعندما يأنس رشد من حجر، إلى آخر البيتين. وقوله: (فإن علم الوصي برشده الخ) عبارة ابن سلمون: وإذا تحقق الوصي رشد محجوره لزمه إطلاقه وأن يدفع إليه ماله، فإن لم يفعل ذلك ولم يدفع ماله وتلف عنده فهو ضامن تلف بيينة أو بغير بيينة، إلى آخر التعليل المذكور في كلام

ضمنه، سواء تلف بينة أو بغير بينة لأنه متعد في حبس ماله ظالم له وغاصب لمال من لا ولاية له عليه في الأصل، وكذلك إن قامت بينة بترشيده وقت تلف ماله ضمنه الوصي اهـ. وفاعل يأنس الوصي أن يبصر وماله مفعول يذر أي يترك له ماله.

فصل في الوصية وما يجري مجراها

ابن عرفة: الوصية عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده. فقوله الوصية أي في عرف الفقهاء لا القراض لأنها عندهم خاصة بما يوجب الحق في الثلث، وعند الفقهاء أعم من ذلك، فالعقد جنس للوصية ويدخل تحت عقود كثيرة. وقوله: يوجب حقاً في ثلث عاقده أخرج به ما يوجب حقاً في رأس ماله (مما عقده على نفسه في صحته). قوله: يلزم بموته هو صفة لعقد أخرج به المرأة إذا وهبت أو التزمت ثلث مالها ولها زوج أو من التزم ثلث ماله لشخص فإنه يلزم من غير موت والوصية لا تلزم إلا بالموت. قوله: أو نيابة عنه بعده نيابة عطف على حقاً، والمعنى أو يوجب نيابة عن عاقده بعد موته فيدخل الإيضاء بالنيابة عن الميت. الرضاع: فإن قلت: إذا أوصى أو التزم عدم الرجوع فإن ذلك لازم له من غير موت. قلت: فيه خلاف والحد للأعم من محل الخلاف والاتفاق والحق المذكور في الحد أعم من المنفعة أو الذات أو العتق.

فِي ثُلُثِ الْمَالِ فَأَذْنَى فِي الْمَرَضِ أَوْ صِحَّةٍ وَصِيَّةٌ لَا تُفْتَرَضُ
حَتَّى مِنَ السَّفِيهِ وَالصَّغِيرِ إِنْ عَقَلَ الْقُرْبَةَ فِي الْأُمُورِ
وَالْعَبْدُ لَا تَصِحُّ مِنْهُ مُطْلَقًا وَهِيَ مِنَ الْكُفَّارِ لَيْسَتْ تُتَّقَى

يعني أن الوصية تصح ولا يعترضها معترض أي لا يردها راد، إذا كانت في ثلث المال فأذنى كان الموصي صحيحاً أو مريضاً رشيداً كان أو سفيهاً بالغاً كان أو صغيراً إذا عقل القرية والطاعة مسلماً كان أو كافراً لكن بشرط الحرية، فلا تصح من العبد قناً كان أو

ابن عات، وعكس ذلك إذا دفع المال للمحجور قبل رشده فإنه يضمن المال إذا أتلفه المحجور، انظر عند قول المختصر آخر الوصايا ودفع ماله بعد بلوغه، وينبغي أن يقيد ما ذكره ابن سلمون وابن عات من الضمان بما إذا مر زمان يمكن فيه دفع المال للمحجور، وأما إذا تحقق الوصي رشده وشرع في دفع ماله إليه فتلف قبل زمن يمكنه فيه الدفع إليه فإنه لا يضمن لأنه ليس بمتعد، وقد غللو الغرم بالتعدي فافهم، وكذا إذا مررنا على أن الوصي لا يصدق في الرشد كما تقدم وتلف المال قبل إثبات الرشد فإنه لا ضمان فيما يظهر.

فصل في الوصية وما يجري مجراها

قوله: (مما عقده على نفسه في صحته الخ) وكذا في مرضه كالإقرار لمن لا يتهم عليه فإنه يخرج من رأس المال إن كان الإقرار يقال فيه عقد.

(ص): في ثلث المال فأذنى في المرض، إلى آخر الأبيات الثلاثة.

فيه شائبة رق وهو الذي عنى بالإطلاق في عدم الصحة من العبد. قال في المقرب: قال مالك: ومن أوصى بأكثر من ثلث ماله جاز من ذلك الثلث. وفيه أيضاً: وصية الأحمق والسفيه والمصاب الذي يفيق أحياناً جائزة إذا كان معهم من عقولهم ما يعرفون به الوصية. قال مالك: والصبي إذا أوصى (وهو ابن عشر سنين) بالشيء الخفيف فوصيته أيضاً جائزة إذا لم يكن فيها اختلاط. وفي المنهج السالك: الوصية مقصورة على الثلث ولا تجوز بأكثر منه. وفيه أيضاً: وتصح وصية السفیه والصغير المميز الذي يعقل وجوه القرب. وفي الجواهر: وتصح الوصية من كل حرّ مميز مالك ولا تصح من العبد ولا من المجنون والصبي الذي لا يميز، وتصح من السفیه المبذر إذ لا يخاف الفقر بعد موته، وتصح وصية المميز إذا كان يعقل وجه القرب وأصاب وجه الوصية وذلك بأن لا يكون فيها اختلاط، والكافر تنفذ وصية (إلا أن يوصي بخمر) أو خنزير لمسلم.

وَهِيَ لِمَنْ تَمَلَّكَ مِنْهُ يَصِيحُ حَتَّى لِحَمَلٍ وَأَضِحَ أَوْ لَمْ يَصِيحْ
لَكِنَّهَا تَبْطُلُ إِنْ لَمْ يَسْتَهْلُ وَلِلْعَبِيدِ دُونَ إِذْنِ تَسْتَقِيلُ

وقوله: (وهو ابن عشر سنين) لا مفهوم له لأن المدار على وجود التمييز ولذلك قال في المختصر مسقط لذلك ما نصه باب صح إيصاء حرّ مميز مالك وإن سفياً أو صغيراً وهل إن لم يتناقض قوله أو أوصى بقربة أو يلان، والصحيح من الخلاف هو عدم التخليط إذ لا يشترط أن يكون الإيصاء على وجه القرية، ولذلك اقتصر على ما ذكر في كتاب الحجر حيث قال: وصحت وصيته كالسفيه إذا لم يخلط. وفي التوضيح: وإذا أذن المولى عليه ثم مات لم يلزمه ذلك إلا أن يوصي به فيجوز في ثلثه. ابن كنانة: وإن سمى ذلك ليقضى من رأس ماله ولم يجعله في ثلثه لم يجز ذلك على ورثته، وإن أوصى به على وجه الوصايا فهو مبدأ على وصاياه الخ. قوله: (إلا أن يوصي بخمر الخ) وأحرى إذا أوصى بها مسلم لمسلم في البطلان، وقد قال في المختصر في كتاب الحبس عاطفاً على ما يبطل فيه الحبس وكافر لعمسجد والعلة هناك تقضي أن الوصية تبطل كذلك هنا، ولكن انظر الشرح هناك في الحبس، وأما المرفد فوصاياه باطلة كما في المختصر حيث قال: وبطلت بردة أي الوصية وبيننا ذلك في الشرح غاية.

(ص): وهي لمن تملك منه يصح، إلى آخر البيتين. مضمون ما ذكره الناظم هو قول المختصر: لمن يصح تملكه كمن سيكون إن استهل ووزع بعده. وقال ابن شاس في هذا ما نصه الركن الثالث الموصى به تصح الوصية بكل مقصود يقبل النقل ولا يشترط كونه موجوداً أو عيناً، بل تصح الوصية بالحمل وثمره الشجر والمنافع ولا كونه معلوماً أو مقدوراً عليه بل تصح في الحمل كما تقدم، وتصح بالمغضوب والمجاهيل ولا كونه معيناً إذ تصح بأحد العبد ولا تصح بما لا يجوز تملكه كالخمر والخنزير الخ. هذا منه بلفظه وأصله في الأحياء. وقال في الموصى له ما نصه: الركن الثاني الموصى له وتصح الوصية لكل من يتصور له الملك، فلو أوصى لحمل امرأة فانفصل حياً صحت الوصية ولو أسقطته بعد موت الموصي ولم يستهل صارحاً بطلت الوصية، ولو أوصى لحمل سيكون صح وهو ظاهر إطلاق القاضي أبي محمد اهـ. بلفظه. واختصره ابن الحاجب بقوله الموصى له من يتصور تملكه فتصح للحمل الثابت والحمل سيكون، فإن لم يستهل بطلت ولو تعدد

ولما ذكر في البيتين قبل هذين وصف الموصي تكلم هنا على الموصى له وذكر أنه من يصح تملكه حتى للحمل الواضح البين أو لحمل يظهر في المستقبل وإن لم يكن الآن ظاهراً، فإن ولد واستهل صارحاً صحت له وإن لم يستهل بطلت ورجعت ميراثاً، وكذلك تصح الوصية للعبيد دون إذن ساداتهم. وقال في الجواهر: وتصح الوصية لكل من تصور منه الملك، فلو أوصى لحمل امرأة فانفصل حياً صحت الوصية، (ولو أسقطته بعد موت الموصي بطلت) الوصية، ولو أوصى لحمل سيكون صح وهو ظاهر إطلاق القاضي أبي محمد، (وتصح الوصية للعبد) قال ثلث مالي لولد فلان وليس لفلان يومئذ ولد وهو يعلم بذلك أو لا يعلم قال: إن الوصية جائزة ويكون ثم الموصي به له دون سيده إلى أن ينتزعه منه ولا يفترق في القبول إلى إذن سيده. وفي المقرب: إذ الإناث والذكور فيها سواء، وإن أوصى وهو يعلم أنه لا يولد له فالوصية باطلة. (فرع: وإذا مات الموصى له) قبل موت الموصي بطلت الوصية صرح به غير واحد من الأئمة.

وَهِيَ بِمَا يُمْلِكُ حَتَّى الثَّمَرِ وَالذَّيْنِ وَالْحَمْلِ وَإِنْ لَمْ يَظْهَرِ

تكلم في البيت على الموصى به وهو الركن الثالث لتقدم الكلام على الموصي والموصى له، فذكر أن الوصية تصح بكل مملوك حتى الثمر في رؤوس الشجر، والدين الذي في الذمة، والحمل ظاهراً كان أو لم يظهر، وإن كان في ذلك غرر لأنه تبرع والغرر

وزعت عليه اه. بلفظه ولم يذكر ابن الحاجب الموصى له استغناء بما تقدم وكلام المختصر رأيت به هذه الأتقال تفهم مضمون البيت الثالث في النظم وهو قوله:

وهي بما يملك حتى الثمر والدين والحمل وإن لم يظهر

واختصر ابن الحاجب قول ابن شاس بقوله الموصي به كل ما يملك فلا تصح بخمر وشبهه تصح بالحمل وثمره الشجر والمنافع هذا لفظه، واختصره في المختصر بما رأيت. وقال ابن عرفة ما نصه الموصى به كل ما يملك من حيث الوصية فتخرج الوصية بالخمر والمال فيما لا يحل فيه هذا لفظه، ويتفهم هذا كله يظهر لك مقصود الناظم بقوله: وهي أن تملك الخ. قوله: (ولو أسقطته بعد موت الموصي بطلت الخ) هذا هو مدلول قول التهذيب ومن أوصى لحمل امرأة فأسقطت بعد موت الموصي فلا شيء له إلا أن يستهل صارحاً اه. فكتب أبو الحسن على قوله فلا شيء له ما نصه: أي لا شيء ويورث عنه إذ ليس له أهلية الملك الخ. قوله: (وتصح الوصية للعبد الخ) هو قول المختصر ولم يحتج رق لإذن في قبوله الخ، أي وللسيد انتزاع ذلك المال خلافاً لقول اللخمي: القياس عدم انتزاعه، وهو الذي اقتصر عليه الجنان وذلك غير صواب، فما في نقل هذا الشارح هو الصواب ولكن قف على الشرح تشرح. قوله: (فرع وإذا مات الموصى له الخ) هذا من مبطلات الوصية ومنها قتل الموصى له الموصي عمداً وارتداد أحدهما وتغييرهما برجوعه عنها أو نقلها لآخر، وإذا أوصى لغير وارث فصار وارثاً ومنها أن يصرح الموصى له بتركها. ومنها الإيضاء بمعصية وللحربي ولكن الوصية للكافر وتفصيلها عند قول المختصر ولذمي الخ في الشرح، انظر الشرح عند قول المختصر: ولقاتل علم الموصي بالسبب الخ. وقول المختصر عاطفاً على ما تبطل به الوصية وإيضاء بمعصية ولوارث الخ.

فيه جائز. قال في الجواهر: وتصح الوصية بكل مملوك يقبل النقل ولا يشترط كونه موجوداً أو عيناً بل تصح الوصية بالحمل وثمره الشجر والمنفعة، ولا كونه معلوماً ولا مقدوراً عليه، بل تصح بالحمل كما تقدم، وتصح بالمغصوب والمجاهيل ولا كونه معيناً إذ تصح بأحد العبيد ولا تصح بما لا تملكه كالخمر.

وَأَمَّا نَمَتْ لِوَارِثٍ إِلَّا مَتَى إِنْفَادُ بَاقِي الْوَارِثِينَ نَبَا

يعني أن الوصية للوارث ممنوعة إلا إذا أجازها باقي الورثة لقوله ﷺ: «إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث». قال في المنهج السالك: ولا تجوز الوصية للوارث وهي لغير الوارث جائزة. وفي الجواهر: وتصح الوصية للوارث وتقف على إجازة باقي الورثة وردهم، فإن ردوها رجعت ميراثاً، وإن أجازوها نفذت. ثم اختلف بعد تنفيذها بإجازتهم هل ذلك تنفيذ بفعل الموصي أو ابتداء عطية منهم؟ والأول هو الذي نقله القضاة الثلاثة: أبو الحسن وأبو محمد وأبو الوليد. ورأى الشيخ أبو الحسن اللخمي أن الثاني هو مقتضى قول ابن القاسم اهـ. (وتعبير الناظم بامتنعت) كعبارة المنهج السالك فلا تجوز بخلاف عبارة صاحب الجواهر بتصح، وعلى أن إجازة الورثة تنفذ لا تفتقر لحوز وتفتقر على أنها ابتداء عطية. فرع (من أوصى لأجنبي واتهم) أن يكون اتفق مع ذلك الأجنبي أن يأخذ الوصية ويدفعها لبعض ورثة الموصي وأن ذلك تحيل على الوصية للوارث، فإن الموصى له يحلف ويبرأ من التهمة المذكورة فإن لم يحلف لم تعط له الوصية المذكورة، انظر أوائل نوازل الوصية من المعيار.

(ص): وامتنعت لوارث إلا متى، البيت. هذا قول المختصر عاطفاً على مبطلات الوصية ما نصه: ولوارث كغيره بزائد عن الثلث يوم التنفيذ وأجيز فعطية، فقله لوارث أي بطلت الوصية لوارث وظاهره بطلانها مطلقاً كانت بقليل أو بكثير، كان الوارث فقيراً أو لا، كالزوجة أوصى له وحده أو مع غيره وهو كذلك في الجميع، وظاهره أوصى بمرض أو صحة وهو كذلك. وكذا لو أوصى بمنفعة عبد لوارثه فإن حزن الوصية لا تصح، انظر كلام الناس في الشرح. وفهم من قوله لوارث أنها جائزة للصديق والأحفاد وعبيد الموصي وهو كذلك. وقوله كغيره بزائد الخ ظاهره ولو قل هذا الزائد وظاهره كان للموصي وارث أو لا، كان الموصي مريضاً أو لا، وهو كذلك، وظاهره ولو كان الموصي غنياً والموصى له فقيراً، وظاهره كان الموصي كافراً حيث يرثه المسلمون وهو كذلك، ومفهوم بزائد أنه بالثلث غير باطل وهو كذلك، ولو قصد بذلك الضرر على ما به الحكم إذ لا ضرر في الثلث على الصحيح. وقوله يوم التنفيذ أي للموصيا. وقوله فعطية هو المذهب والمشهور، وظاهره كلام هذا الشارح أن ما في المتن ضعيف وليس كذلك، قف على كلام الناس نعم مقابل ما في المتن قوي غاية، والحاصل الإجازة هنا كالعطايا المحضة بلا فرق في شيء من الأشياء فلا بد من القبول والحوز وجميع ما يشترط في غيرها من العطايا فافهم. قوله: (وتعبير الناظم بامتنعت الخ) التحقيق أن الوصية للوارث وبزائد عن الثلث لغيره حرام لا تحل قف على الشرح تر ذلك حقاً بلا ريب أصلاً، وما نقله المواق من اعتراض ابن سراج على العدول لا يظهر. قوله: (من أوصى لأجنبي واتهم الخ) هذا فيه كلام طويل صعب لا يكفي فيه كلام المعيار، فانظر تحقيقه في الشرح هنا وعند قول المختصر في الأقارب الخ.

وَلِلَّذِي أَوْصَىٰ اٰزْتَجَاعٌ مَا يَرَىٰ مِنْ غَيْرِ مَا بَتَّلَ أَوْ مَا دَبَّرَا
يعني أن للموصي الرجوع عن وصيته بأي شيء كانت إلا ما بتل عتقه أو عطيته
فليس له الرجوع فيه لخبر: «إن العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه». وإلا ما دبره من
عبد أو أمة، سواء كان في الصحة أو في المرض فليس له فيه رجوع. قال في الرسالة:
وللرجل الرجوع في وصيته من عتق وغيره. قال في كتاب ابن يونس: ومن المدونة قال
مالك: الأمر المجمع عليه عندنا أن من أوصى في صحة أو مرض بعتق أو غيره فإن له أن
يغير من ذلك ما بدا له ويصنع فيه ما شاء حتى يموت وله أن يطرح تلك الوصية ويبدل
غيرها. قال في كتاب محمد: ولا يرجع فيما بتل. ومن المجموعة قال ابن الماجشون:
ومن صدر وصيته وكتب فيها إن فلاناً حر وفلان حر قال: إذا أجزاها مجرى الوصية فله
الرجوع فيها. قال ابن القاسم: وإن كتب في أمته أنها مدبرة إن لم أحدث فيها حدثاً فهذه
وصية، وإن قال عبدي مدبر بعد موتي فهو كالوصية. وقال عنه محمد: إن قال إن مت
من مرضي هذا فعبدي مدبر فلا يرجع فيه. وفي المعونة: الوصية في الصحة والمرض
سواء (لأنها تنفذ بعد الموت) وليست بلازمة وله الرجوع فيما شاء منها إلا التدبير، ولأنه
إيجاب في الحياة، وإن كان له حكم الوصية من بعض الوجوه وهو خروجه من الثلث
وكذلك العتق المبطل في المرض اه. وراجع أول التدبير ففيه ألفاظ من التدبير والوصية،
وقد أطل الشارح هنا بالكلام على تبذئة بعض الوصايا على بعض فراجع إن شئت.
تنبيه: في استثناء الناظم ما بتله أو دبره ما لا يخفى إذ ليسا من الوصية.

(ص): ولِلَّذِي أَوْصَىٰ اٰزْتَجَاعٌ مَا يَرَىٰ، البيت. قال المختصر في هذا عاطفاً على ما يبطل
الوصية ما نصه: وبرجوع فيها وإن بمرض نقول أو بيع أو عتق أو كتابة أو إيلاد إلى آخر ما به
الرجوع وذلك كثير. فقولوه وبرجوع فيها أي في الوصية حيث هي وصية، وأما إذا قال أخرجوها
عشت أو مت فذلك بتل لا رجوع فيها ظاهره كانت بعتق أو لا، كان العتق عن واجب كإبصاء بعتق
عن ظهاره أوصى بسفر أو مرض أو لا، هو كذلك في الجميع، وظهاره اشترط عدم الرجوع فيها أو
لا، على خلاف ترى الراجع فيه وظهاره رجع عنها لغيرها أو لا، رجع لزيادة فيها أو نقص، رجع
بقوله أو فعل أو هما كان الموصي محجوراً أو لا، كان الموصى له معيناً أو لا، كان الرجوع صريحاً
أو لا، كالإنكار، كان الموصى به حبساً أو لا، وهو كذلك في الجميع. وقوله فيها منه يفهم أن ما
بتله لا يرجع فيه وهو كذلك وقف على تحقيق من شرط عدم الرجوع في الوصية في الشرح، وكم
في ذلك من الخلاف والاضطرابات الكثيرة، والذي يظهر من ذلك رجحان القول بالرجوع مطلقاً في
العتق وغيره على أي وجه كانت الوصية وهو ظاهر المتن كما تقدم، وانظر صدر التدبير في الشرح
على مسائل كثيرة تعنى على فهم ما أشير إليه هنا. قوله: (لأنها تنفذ بعد الموت الخ) قف على كلام
الناس في هذا كلام الموطأ وغيره يكثر جلبيه، وتقدم أن الوصية عدة لذلك يرجع فيها ولأنها معلقة
على الموت ولم يحصل، ولأنها لو لم يرجع فيها لكان من تحييس الإنسان ماله على نفسه وذلك لا
يجوز وهو قول المختصر عاطفاً على ما يجوز أو على نفسه الخ في كتاب الحبس، ولأن الوصية
وكالة والوكيل لموكله أن يعزله قبل أن ينفذ ما وكل عليه.

وفي الذي عَلِمَ موَصٍ تُجْمَلُ وَدَيْنٍ مَنَ عَنِ الِيَمِينِ يَنْكُلُ

يعني أن الوصية إنما تؤخذ وتخرج من المال الذي علم به الموصي سواء علم به في صحته أو مرضه ولا تخرج مما لم يعلم به، وكذلك تخرج من الدين الذي في ذمة الموصي إذا نكل طالبه عن يمين القضاء أو عنها، وعن يمين النصاب إذا لم يكن له إلا شاهد واحد، فإذا بطل ورجع للورثة فيجمع لبقية ماله وتخرج الوصايا من المجموع. قال الشارح: لأن محمل ذلك أنه ليس بحق وقد كان الموصي يعلم أنه لا يجب عليه ذلك، ففي المقرب قال ابن القاسم: ومن أوصى لرجل بثلث ماله ولا مال له يوم أوصى ثم أفاد مالا فمات فإن علم الميت بما أفاد فللموصي له ثلثه، وإن لم يعلم فلا شيء له وهو قول مالك، ومن أوصى وله مال ثم نفذ ماله ثم أفاد مالا بعده ومات فوصيته تدخل فيما أفاد إذا علم به قبل موته وأقر وصيته، وقد قال مالك في كل من أوصى بعتق أو غيره وله مال لم يعلم به مثل الميراث يكون له بأرض لم يعلم به ومات فإن ذلك المال لا تدخل فيه الوصايا لا عتق ولا غيره إلا أن يكون علم به بعدما أوصى، وسواء في هذا علم به في مرضه وفي غير مرضه فإن الوصايا تدخل فيه إذا علم به قبل موته. ومن طرر ابن عات في أحكام ابن سهل قال ابن زرب رحمه الله: فمن أقر بدين لوارث وأوصى بوصايا فلم يجز الورثة إقراره بالدين بطل وكانت الوصايا فيما بعده من ماله ورجع الدين ميراثاً ولم تدخل وصايا فيه، ومن أقر بدين لمن يجب إقراره له به فكلف المقر له أن يحلف يمين القضاء فنكل عن اليمين فإن الوصايا تدخل فيه إذ يمكن أن يكون قبضه ذكره عنه ابن مغيث اهـ. وإلى قوله في الطرر ومن أقر بدين لمن يجب الخ أشار الناظم بقوله: ودين من عن اليمين ينكل. (وفي ابن الحاجب: ولا مدخل للوصية) فيما لم يعلم به من إرث ولا فيما أقر به

(ص): وفي الذي علم موَصٍ تجعل، البيت. قوله: (وفي ابن الحاجب ولا مدخل للوصية)

قال في المختصر في هذا ما نصه: وهي مدبر إن كان بمرض في المعلوم ودخلت فيه وفي العمري وفي سفينة أو عبد شهر تلفهما ثم ظهرت السلامة قولان لا فيما أقر به في مرضه أو أوصى به لوارث اهـ. وقوله في المعلوم في بعض النسخ فيما علم وعليها شرحنا. فقوله وهي أي الوصايا لأن الباب لها وظاهره كانت الوصية بعتق أو لا، كانت لمعين أو لا، واجبة كانت كزكاة فرط فيها أو لا، اشترط عدم الرجوع فيها أو لا، كانت بصحة أو لا، لمعين أو لا، قصد الموصي إنفاذ الجميع أو لا، كانت بالثلث أو بمعينات وهو كذلك في الجميع. وقوله إن كان بمرض مفهومه إن كان بصحة فإنه يكون في المعلوم وغيره من المعلوم أن المدبر إنما يكون في الثلث كان بصحة أو لا، وتقدم قوله وقدم لضيق الثلث الخ فلا إيهام في كلام المختصر. وقوله بمرض أي ومات منه وإلا فهو كمدبر الصحة لأن الصحة تقطع حكم المرض كقوله في الخلع وإنما ينقطع بصحة الخ، والمبتل في المرض حكمه حكم المدبر في المرض لكونهما منحصرين في الثلث مع كون المبتل في المرض يكون من رأس المال إن حصلت الصحة فهو أحرى فيما نحن بصدده ولاشتراكهما في عدم الرجوع فيها، ولذلك قرن بينهما خليل في مختصره عند ضيق الثلث حيث قال: ثم المبتل ومدبر المرض. وقوله فيما علم أي فيما علمه الموصي وما من ألفاظ العموم أي في كل ما علمه كان حاضراً أو غائباً إلا ما تكلم عليه. وقوله فيما علم ظاهره علمه عند الإيصاء أو بعده في صحته أو في مرضه كان هذا

ولو في مرضه من عتق أو صدقة أو غيره أو أوصى به لوارث ولو ردّ بخلاف المدبر في المرض وما يرجع إليه من تعمیر وحبس أي فالوصايا تدخل فيه، وفي العبد الأبق والبعير الشارد إن اشتهر موتهما ثم ظهرت السلامة قولان كغرق السفينة ونحوه. قول الشيخ خليل: وفي سفينة أو عبد شهر تلفهما ثم ظهرت السلامة قولان فيما أقر به في مرضه أو أوصى به لوارث. قال مقيد هذا الشرح عفا الله عنه وسمح له: (وقد سألت عن مسألتين) من هذا المعنى. الأولى: رجل له ثلاثة أولاد أوصى بثلثه يقسم أثلاثاً لأولاد كل واحد من أولاده الثلاثة ثلث الثلث المذكور فمات الموصي ثم مات أحد الأولاد الثلاثة قبل أن يولد له فرجع نصيبه وهو ثلث الثلث للورثة وتزايد للولدين الباقيين أولاد فهل يدخلون فيما رجع للورثة أم لا؟ المسألة الثانية: رجل مات وله ولد وترك الولد أولاداً فأنزلهم جدهم منزلة أبيهم يرثون منه ما يرثه أبوهم وللرجل المذكور حينئذ عرصة تساوي ثمناً معتبراً، ثم بعد سنين عديدة حبس الرجل المذكور العرصة المذكورة على بنيه الذكور وعقبهم وهو إذ ذاك ساكن بمصرية خارجة عن العرصة المذكورة ثم مات المحبس المذكور فاستظهر باقي ورثته ممن لم يدخل في التحبب المذكور ساكناً فيها إلى أن مات عفا الله عنا وعنه، وحكم القاضي بمقتضى البينة المذكورة وفسخ الحبس المذكور وصارت العرصة ملكاً تباع وتشتري، فهل يدخل الأحفاد المنزلون منزلة أبيهم في العرصة المذكورة أم لا؟ لكون التنزيل وصية والوصية إنما هي فيما علمه الموصي ورجوع العرصة ملكاً كمال حدث للموصي لم يعلم به فلا تدخل فيه الوصايا. والجواب عن المسألة الثانية هو ما نقله صاحب المعيار أول نوازل الوصايا وأحكام المحاجير عن الفقيه أبي سعيد عثمان بن منظور ونصه: وسئل رحمه الله هل يدخل الموصى لهم فيما بطل وفسد من الهبات أم لا؟ فأجاب: تأملت حفظ الله إخوانكم السؤال الواقع في قضية بني رزق وأحضرت أهل الشورى فانفصل المجلس على أن دخول الموصى لهم بالثلث فيما فسد من الهبة يجري فيه قولان: أحدهما: أن لهم الدخول لأن بقاء الموهوب تحت يد الواهب حتى مات يمنع من استقرار ملك الموهوب لهم وتبين بذلك أنه مال من أموال الواهب لم ينتقل عن ملكه بعد حتى مات فدخلت فيه الوصية كما دخلت في سائر ممتلكاته. والقول الثاني: عدم

المعلوم ناشئاً عن عرض رده كالهبة وقبلها أو لا كالإرث كان هذا المال موجوداً يوم الوصية وبقي أو ذهب وتجدد غيره وعلم به أو لم يكن له مال وتجدد غيره وعلمه وهو كذلك في الجميع. وقوله فيه ضميره فيه كلام قف على الشرح فيه وإن كان إنما يعود على مدبر المرض. وقوله وفي العمرى رجعت بعد موته ولو بعد طول زمان أو قبله في مرضه أو صحته وهو كذلك، ولم يذكر المصنف هنا الدية وذكرها في كتاب الدماء حيث قال: فإن عفا فوصية وتدخل الوصايا فيه وإن بعد سببها أو ثلثها أو بشيء قبله إذا عاش بعدها ما يمكنه التغيير به ولم يغير بخلاف العمد إلا أن ينفذ مقتله ويقبل وارثه الدية وعلم الخ. قوله: (وقد سألت عن مسألتين الخ) إن نظرت الشرح هنا وفي مسائل قول المختصر وقدم لضيق الثلث الخ ربما نجد ما يصحح هاتين المسألتين المجاب عنهما أو ما يعكس في جوابهما وتتبع ذلك يطول بنا.

الدخول لأن فساد الهبة إنما حصل بالموت فكان الموهوب بمنزلة مال حدث للموصي بعد وفاته لم يعلم به فلم يقصده بالوصية إذ لم يعلم به، وهذان القولان نقلهما صاحب البيان فيما تصدق بصدقة فلم تحز عنه حتى توفي وكان قد عهد بالثلث، وعُلل الدخول بعدم الحوز للمتصدق به وعدمه بأن الإبطال إنما حدث بعد الموت، فالمصدق به بعد إبطال الصدقة بالموت كمال لم يعلم به الموصي، وكذلك نقل ابن حارث وغيره فيها الخلاف، وزاد اللخمي فنقل اختلافاً في دخول ما لم يعلم به الموصي من ماله في وصيته، ولما اتفق الأصحاب على وجود القولين في الصدقة التي لم تحز حسبما تقدم نقلها عن صاحب البيان اختلفوا في الاختيار، فمنهم من اختار الدخول ومنهم من اختار عدمه، وتأكد عندي القول بالدخول في هذه القضية بما أشرت إليه من كون الواهب كان مستولياً على تلك الأملاك الموهوبة يستغلها ويمنع الموهوب لهم منها حتى توفي، وهذا الفعل ممّا يوهن الهبة ويصيرها كأن لم تكن، انتهى محل الحاجة منه. والظاهر أن هذا الخلاف الذي ذكره في دخول الموصى لهم فيما بطل من الهبات يجري فيما بطل من المحبسات ولا فرق بينهما والله أعلم بجامع اختلاف شرطهما وهو الحوز واختلاله إما حساً وحكماً كما إذا بقي الشيء بيد واهبه أو محبسه حتى مات، وإما حكماً فقط كما إذا حيز مدة لا تكفي في الحوز فهو كالعدم لأن المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً. وأما المسألة الأولى فلم أقف فيها الآن على نص والظاهر عدم الدخول لما تقدم أن الإبطال إنما حدث بعد الموت فهو كمال لم يعلم به، ولا يجري في هذه ما علّلوا به الدخول من عدم الحوز لأن هذه وصية لا تفتقر لحوز والله سبحانه وتعالى أعلم.

وَصَحَّحَتْ لَوْلَدِ الْأَوْلَادِ وَالْأَبِ لِلْمِيراثِ بِالْمِرْصَادِ

يعني أنها تصحّ لولد الولد مع وجود الولد، وعن وجود الولد عبر بقوله: والأب للميراث بالمرصاد، أي يرصد ميراث أبيه الموصي ويرتقبه. ابن يونس: قال مالك: ومن أوصى بثله لولد ولده فذلك جائز إذا كانوا غيره ورثة اهـ.

واعلم أن الوصية لولد الولد اتسع فيها الكلام واختلفت فيها الأفهام ولم أقف عليها مجموعة في محل واحد من كتب الأحكام، فجمعت منها ما حضرني والتقطت منها ما وسعني وهذبتة وربتته فسرني، فأقول والله المستعان وعليه الاعتماد والتكلان: لا بدّ من ذكر ما حضرني من فروع المسألة. الأول: إذا قال الموصي أوصيت لولد ولدي لمن يزداد أو يولد لولدي فإن وصيته تشمل من كان موجوداً يوم موت الموصي من الأحماد ومن عسى أن يوجد منهم، وإن قال لولد ولده ولم يقل ولمن يزداد أو يولد لولده فإن لم يكن

(ص): وصححت لولد الأولاد، البيت. هذه المسألة استوفاهما هذا الشارح في تكملته على المنهاج فانظر ذلك إن شئت وما ذكره هنا حسن ولكن استعن على ذلك بمواضع من الشرح فإنك تجد فيها بعض المخالفة لما ذكره عن المعيار، فانظر عند قول المختصر صدر الوصايا لمن يصح تملكه، وعند قوله وبنصيب ابني الخ. وعند قوله وفي الأقارب والأرحام الخ. وعند قوله في كتاب الحبس وعلى اثنين وبعدهما على الفقراء الخ، ولا بد ولا بد ولا بد ففي هذا المحل الشفاء.

لولده ولد يوم الوصية فكذلك أيضاً يشمل الإيصاء كل من يولد لولده، وإن كان له حفيد واحد يوم الوصية أو أكثر فهل تكون الوصية للموجود منهم إذ ذاك أو لمن كان موجوداً ولم سيوجد؟ قولان حكاهما الفقيه أبو عبدالله محمد المزجلدي انظر المعيار. الثاني: إذا لم يذكر في الوصية لفظ تحبيس ولا صدقة فتحمل على التملك للموصى لهم وتقسم بينهم قسمة ملك على السواء لا يؤثر فيه فقير على غني، نقله في المعيار أيضاً عن الفقيه أبي عبدالله محمد بن عبد النور العمراني. الثالث: إن كان الموصى به أصلاً فذلك المراد ليبقى أصله وينتفع بغلته الموصى لهم به، وإن كان عيناً اشترى به أصل، وكذا إن كان عرضاً بيع واشترى به الأصل لأن غير الأصل معرض للضياع، قيل يتجرا به لمن ولد منهم، وجمع بعض المتأخرين بين القولين فقال: إن كان كثيراً يكفي لشراء أصل ينتفع به اشترى وإلا اتجر به، وإذا وجدت غلة فهل تقسم على الموجود من الأحفاد؟ فإن ازداد غيرهم دخل معهم أو توقف إلى أن تنقطع ولادة أولاد الصلب في ذلك رأيان للشيوخ، انظر أوائل نوازل الأحباس من المعيار أيضاً. الرابع: ما يوجد من الغلة قبل أن يولد لولد الصلب أفى ابن أبي الدنيا بأن الغلة إذ ذاك للورثة إلى أن يوجد أحد الأحفاد، وأفى ابن علوان بأنها توقف للموصى له إلى أن يوجد. الخامس: إذا قال في وصيته نصفها لأولاد زيد ونصفها لأولاد عمرو، أو ثلثها لأولاد زيد وثلثها لأولاد عمرو، وثلثها لأولاد بكر، قسمت الغلة في المثال الأول نصفين نصفها لأولاد زيد واحداً كان أو أكثر، ونصفها لولد عمرو كذلك، وتقسم أثلاثاً في المثال الثاني ثلث لأولاد كل واحد، وعلى هذا فقس ومن مات منهم فحظه لمن بقي لا لوارثه، فإن كان لفريق أو أكثر أربعة مثلاً من الولد فمات واحد قسموا على ثلاث، وإن ازداد واحد قسموا على خمس وهكذا، فإن ازداد ولد عند فريق أعطي من غلة تستقبل لا مما قسم قبل ولادته، ويقسم نصيب كل فريق على أولاد ذلك الفريق، الغني كالفقير، والذكر كالأُنثى إلا بنص من الموصي، وهذا على القول بأن الغلة لمن وجد. وأما على القول الآخر فإن الغلة كلها توقف إلى أن تنقطع ولادة أبي ذلك الفريق فتقسم على الحي منهم والميت ويحيا الميت بالذكر ويقسم منابه على ورثته، واختار الإمام القاضي أبو عبدالله المقرئ القول بقسم الغلة على من حضر قائلاً: إنه ظاهر قصد الموصي، وأما إن أجل في وصيته وقال ثلثي لأولاد ولدي فلان وولدي فلان فمات ولدي فلان فإن الغلة تقسم على عدد الأحفاد من غير نظر لما عند كل واحد من الأولاد، ويجري في قسمتها على من وجد أو إيقافها إلى انقطاع ولادة أولاد الصلب القولان المتقدمان، ويجري أيضاً ما تقدم من انتقاض القسمة بموت واحد أو ولادته، لكن لا باعتبار ذلك الفريق الذي مات منه أو ازداد له فقط كما في الوجه المتقدم، بل يعتبر في هذا الوجه المجموع من الأحفاد. السادس: لا يباع الأصل الموصى به أو المشتري بالعين أو بقيمة العرض الموصى بهما حتى تنقطع ولادة أولاد الصلب اتفاقاً، فإذا بيع بعد انقطاعها أو لم يبع فهل يكون ذلك الأصل ملكاً للأخير من الأحفاد؟ ومن مات قبل انقطاع ولادة أولاد الصلب إنما له الانتفاع بالغلة فقط أو هو ملك لجميع الأحفاد فيقسم ثمنه كالغلة على القول بإيقافها قولان. وقد بقي من المسألة فروع أخر يطول بنا ذكرها في

هذا المحل، وقد جمعت من أطراف المسألة ما وقفت عليه آخر نظمنا المسمى بيستان فكر المهج في تذييل المنهج فيما يقرب من خمسين بيتاً، وراجع ذلك أيضاً في شرح النظم المذكور المسمى بالروض المنهج في شرح تكميل المنهج نفع الله بذلك الجميع بمته وكرمه.

وَإِنْ أَبٌ مِنْ مَالِهِ قَدْ أَنْفَقَ عَلَى ابْنِهِ فِي حَجْرِهِ تَرَفُّقًا
فَجَائِزٌ رُجُوعُهُ فِي الْحَالِ عَلَيْهِ مِنْ حِينَ ائْتَسَابِ الْمَالِ

تكلم في البيتين على ما إذا أنفق الأب على ابنه ثم أراد الرجوع عليه، وفي الأبيات بعدهما على ما إذا أنفق الأب على ابنه ثم مات الأب فطالب ببقية ورثة الأب فيما أنفق عليه أبوه. قوله: وإن أب الخ يعني أن الأب إذا أنفق من ماله على ابنه الصغير الذي في حجره فإنه يجوز للأب أن يرجع عليه بالنفقة من وقت كسبه وملكه المال فما بعده، وأما ما أنفق عليه والابن معدوم لا مال عنده فليس له عليه فيه رجوع، أما عدم رجوعه بما أنفق عليه قبل كسبه للمال فظاهره لأن نفقته حينئذ واجبة على أبيه. وقال في المدونة: يلزم الأب نفقة ولده الذكور حتى يحتلموا، والإناث حتى يدخل بهن أزواجهن، إلا أن يكون للصبى كسب يستغني به أو مال ينفق عليه منه اهـ. وفي القلشاني ما نصه: قال ابن عرفة: الروايات واضحة بعدم اتباع الأب ولده بما أنفق عليه ونحوه في ابن الحاجب والمختصر وغيرهما. (وقيد ابن الحاجب وجوب النفقة) على الأب بما إذا كان الأب حر، أما العبد

(ص): وإن أب من ماله قد أنفقا، إلى آخر الأربعة عشر بيتاً.

قوله: (وقيد ابن الحاجب وجوب النفقة الخ) هذا لمن قبل ابن الحاجب، انظر الشرح عند قول المختصر في كتاب النفقات: ولا نفقة لحمل ملاعنة ولا أمة ولا على عبد إلا الرجعية نجد أصل المسألة المدونة وكثير من المتقدمين على ابن الحاجب، ومثل هذا لا يقال فيه قيد ابن الحاجب فافهم.

وقول الناظم: وإن يمت إلى آخر الأبيات، قد كنت لفقت أبياتاً في هذا فانظرها مع أبيات الناظم نص ذلك:

إن كان مال ولد قد وجدا	بحاله بلا ذهاب قد بدا
فإن يكن عيناً ولا كتب علم	فلا حساب مطلقاً فيما فهم
كان يكون كتب والد عهد	بتركه وإن يكن عرضاً وجد
فإن يكن كتب حساب وجبا	بلا تقييد على ما صوبا
وحيث لا كتب ولا عهد ذكر	بتركه حسابيه أمر شهر
ووالد فوت مال الولد	وبعد ذا أنفق فافهم واقتد
حسابه في كل حال حال	إلا إذا أشهد بالمقال
وغير واصل لمن قد أنفقا	فحكمه كالعرض فيما سبقا

ومن فيه شائبة رق فلا نفقة لولده عليه. قال في التوضيح: وكذلك لا نفقة أيضاً للولد الرقيق على أبيه اه. يعني وإنما نفقته على سيده. وأما رجوع الأب بما أنفق على الولد بعد اكتسابه المال فقال في المدونة: وأما الأب إذا أنفق على ولده وله مال عين أو عرض ثم قال حاسبوه حوسب بذلك اه. نقله المواق في باب اللقطة. وفي شرح القلشاني ما نصه: وفي المدونة من أنفق على صغير لم يرجع عليه بشيء إلا أن يكون للصبي مال حين أنفق عليه فيرجع عليه في ماله اه. قوله: وإن أب فاعل بفعل محذوف يفسره أنفق وقيدنا الابن بالصغير كما قد يدل عليه قوله في حجره لأنه لو كان بالغاً لرجع عليه ملياً كان الابن أو معدماً وترفقاً أي رفقاً به كأنه مفعول من أجله، ولعل الترفق راجع لكونه في حجره إذ لو رددناه إلى الإنفاق لكان نصاً في عدم قصد الرجوع.

وَإِنْ يَمُتْ وَالْمَالُ عَيْنٌ بَاقِي
فَمَا لَهُمْ إِلَيْهِ مِنْ سَبِيلٍ
إِلَّا إِذَا أَوْصَى عَلَى الْحِسَابِ
وَإِنْ يَكُنْ عَرَضاً وَكَانَ عِنْدَهُ
إِلَّا إِذَا مَا قَالَ لَا تُحَاسِبُوا
وَكَالْمُرُوضِ الْحَيَوَانِ مُطْلَقًا
وَإِنْ يَكُنْ عَيْنًا وَرَسْمًا أَضْدَرًا
فَمَا تَحَاسِبُ لِمُسْتَجِرٍ
وَإِنْ يَكُنْ فِي مَالِهِ قَدْ أَدْخَلَهُ
مَعَ عِلْمٍ أَضْلَهُ فَهَهُنَا يَجِبُ

وَوَطَّالِبِ الْوَارِثِ بِالْإِنْفَاقِ
وَهُوَ لِلْإِبْنِ دُونَ مَا تَغْلِيلِ
وَقَيْدِ الْإِنْفَاقِ بِالْكِتَابِ
فَلَهُمُ الرَّجُوعُ فِيهِ بَعْدَهُ
وَتَرَكَ الْكَثْبَ فَلَنْ يُطَالِبُوا
فِيهِ الرَّجُوعُ بِالَّذِي قَدْ أَنْفَقَا
بِأَنَّهُ ذِمَّتُهُ قَدْ عَمَّرَا
وَهُوَ كَالْحَاضِرِ دُونَ فَرْقِ
مِنْ غَيْرِ إِشْهَادٍ بِذَلِكَ أَعْمَلَهُ
رَجُوعُ وَارِثٍ بِإِنْفَاقِ طَلِبِ

يعني إذا أنفق الأب على ابنه وللابن وقت إنفاق أبيه عليه مال ثم مات الأب المنفق فطالب بقية ورثة الأب الابن المنفق عليه بالنفقة فلا يخلو مال الابن إما أن يكون عيناً أو عرضاً، وفي كل من الوجهين إما أن يوجد مال الابن في تركة أبيه أم لا، فالأقسام أربعة، فإن كان مال الابن عيناً ووجد في تركة الأب فلا يحاسب الابن بما أنفق عليه أبوه، لأن

وملخص كلام ابن رشد في هذا أن المال إذا كان عيناً ووجد بعينه على حاله فإن كتب الإنفاق فلا حساب إلا أن يوصي به وإن لم يكتب فلا حساب وإن أوصى به، وإن كان عرضاً ووجد على حاله أيضاً فإن كتب حوسب الابن وإن أوصى بعدم المحاسبة، وإن لم يكتب فالحساب إلا أن يوصي بعدمه، وأما إن استهلك الأب المال فالحساب كتب أو لا، إلا أن يكتب للابن ذكر حق أشهد له فيه فلا حساب. وظاهره في هذا القسم كان المال عيناً أو عرضاً وهو ظاهر، وإن لم يصل المال ليد الأب عرضاً كان أو عيناً فهو بمنزلة العرض إذا كان بيده وحكمه إن كتب حوسب، وإن أوصى بعدم المحاسبة وإن لم يكتب فالحساب إلا أن يوصي بعدمه، قف على الشرح هنا تر الحق إن شاء الله تعالى وأتم مما تقدم وأبين، الشامل لكلام ابن رشد وغيره هذا النظم:

إبقاء الوالد مال ولده العين مع عدم كتب النفقة دليل على تبرعه عليه بها لسهولة الأخذ من العين لو كان قصد المحاسبة، فإن أوصى الأب بمحاسبة الابن بما أنفق عليه وقيد ذلك في كتاب فلا إشكال في محاسبته بها، لأن كتب النفقة على الابن تصريح بعمارة ذمته فهو أقوى من قرينة الحال وهي وجود المال العين في تركة الأب، وعلى هذا المعنى نبه بقوله: وإن يمت والمال عين باق الأبيات الثلاثة، ففاعل يمت يعود على الأب وجملة والمال عين باق حالية وباق صفة عين أي موجود في تركة الأب والوارث فاعل طالب والمفعول محذوف لدلالة سياق الكلام عليه أي الابن المنفق عليه وجمع ضمير لهم العائد على الوارث باعتبار مصدوقه لأن المراد به جنس الوارث واحد أو متعدد وضمير إليه وضمير هو للابن يعودان على الإنفاق والمراد به والله أعلم اسم المفعول أي المال المنفق، فإن كانت المسألة بحالها من كون مال الابن عيناً لأنه لم يوجد في تركة أبيه فلا يخلو الحال من وجهين: أحدهما: أن يشهد الأب بعمارة ذمة نفسه بمال ولده فلا يحاسب الابن بالنفقة أيضاً لأن ما في الذمة كالحاضر الموجود حساً، وقد قدم أنه إن وجد في التركة لم يحاسب الابن إلا إذا أوصى بالمحاسبة فكذلك هنا والله أعلم، وإلى هذا الوجه أشار بقوله: وإن يكن عيناً ورسماً أصدر البيتين. الوجه الثاني: أن لا يوجد مال الابن في تركة الأب ولا أشهد بعمارة ذمته، ولكن علم أصل ذلك المال الذي تقرر في ذمة الأب من غير إشهاد الأب بذلك بل بينة مثلاً، فإن الابن يحاسب بالنفقة ويرجع عليه الوارث بها وإلى هذا الوجه أشار بقوله: وإن يكن في ماله وقد أدخله البيتين، فاسم يكن يعود على الأب ومفعول أدخله يعود على مال الابن العين وجملة أعمله صفة إشهاد وجملة طلب

ويتفق قبل موته الحلبي
في مال والد وكتب قد فقد
وعند كتبه كذاك حصل
وموت نجل مطلقاً كوالد
إلا بنص نفيه ولا كتاب
حسابه في كل حال باق
وغير مقبض كعرض وجدا
وغيره يقول فافهم قصدي
بسمحة أو ضده إن وجدت
فحاسبن في عرضه مقتصدا
فلا حساب مطلقاً بلا ارتياب
برجعة فابتساع قيد

ووالد على ابنه الغني
فماله إن كان عيناً ووجد
فمطلقاً إنفاقه قد أبطل
إلا لنص بحساب الولد
ومطلقاً وجود عرض ذو حساب
وما بذمة لذي اتفاق
إلا إذا سمع برسم قيده
هذا الذي نقله ابن رشد
وصية من منفق اعتمدت
إن لم تكن وكتبه قد وجدا
لا عينيه وعند نفي لكتاب
وحلف والد إذا لم يشهد

وتفسير هذا كله في هذا الشارح، ومقابل قول ابن رشد هو قول ابن فتحون.

صفة إنفاق أي طلب من الابن فهذه ثلاثة أوجه، فيما إذا كان مال الابن عيناً إن وجد في التركة لم يحاسب إلا إذا أوصى بالحساب، وإن لم يوجد فإن عمر به الأب ذمته لم يحاسب الابن وإن لم يعمرها حوسب، وأما إن كان مال الابن عرضاً كأن تترك أمه أثاثاً ولباساً وفراشاً فيوجد ذلك بعينه في تركة الأب فللورثة الرجوع على الولد بالنفقة إلا إذا أوصى وقال: لا تحاسبوه ولم يكتب نفقته فلا إشكال في عدم محاسبته، وأما إن لم يوصَ فيحاسب، والفرق بين العين إذا وجدت لا يحاسب وبين العرض فيحاسب أن النفقة من العين سهلة لا كلفة فيها، فترك الأخذ منها دليل إرادة التبرع ولا كذلك العرض إذ في بيعه كلفة، ولا سيما بعض الناس يأفنون من البيع، وإن تكن فيه كلفة فلا دليل في بقائه على إرادة التبرع، وإلى هذا الوجه أشار الناظم بقوله: وإن لم يكن عرضاً وكان عنده البيتين، وكذا إن كان مال الابن حيواناً سواء كان عاقلاً كالرقيق أو غير عاقل كالأنعام وإلى ذلك أشار بالإطلاق، فإن الابن يحاسب بالنفقة أيضاً إلا إذا أوصى بعدم محاسبته ولم يكتب عليه نفقة فلا يحاسب إذ ذاك، وإلى ذلك أشار بقوله:

وكالعروض الحيوان مطلقاً فيه الرجوع بالذي قد أنفقا

تنبيه: لم يذكر الناظم حكم ما إذا لم يوجد العرض في تركة الأب ولم يشهد بعمارة ذمته بثمانه والحكم والله أعلم أن الابن يحاسب بالنفقة من باب أولى ممّا إذا وجد، وانظر هل يصلح أن يحمل قوله: وإن يكن في ماله قد أدخله، على العين والعرض معاً فيكون الناظم استوفى الأقسام الأربعة المذكورة أول الكلام في تقسيم المسألة والله تعالى أعلم، هذا كله فيما قبضه الأب من مال ابنه ودخل بيده، وأما ما كان للابن من مال ولم يقبضه الأب ولا دخل بيده فأشار إليه بقوله:

وَعَيْرُ مَقْبُوضٍ عَلَى الْإِطْلَاقِ كَالْعَرْضِ فِي الرُّجُوعِ بِاتِّفَاقِ

يعني أن الأب إذا أنفق على ابنه وكان للابن مال ولكنه لم يقبضه الأب ولا دخل يده حتى مات الأب فإن الابن يحاسب بالنفقة كما إذا كان ماله عرضاً، وقد تقدم أنه يحاسب إلا إذا أوصى بعدم محاسبته، وسواء كان هذا المال الذي لم يقبضه الأب عيناً أو عرضاً وإلى ذلك أشار بالإطلاق.

وَمَوْتُ الْإِبْنِ حُكْمُهُ كَمَوْتِ الْأَبِ وَقِيلَ فِي يُسْرٍ أَبٍ حَلْفٌ وَجَبَ

لما قدم الكلام على موت الأب تكلم هنا على موت الابن، فأخبر أن في المسألة قولين: أحدهما: أن التفصيل المتقدم في محاسبة الابن عدم محاسبته يجري هنا أيضاً وإليه أشار بقوله: كموت الأب أي ينظر إلى مال الابن فيما عين أو عرض، وإما أن يوجد في تركة الأب أو لا أجرة على ما تقدم. القول الثاني: أن الأب إذا كان موسراً فلا نفقة له من مال ابنه إلا إذا حلف أنه أنفق ليرجع لأن من شأن الآباء أن ينفقوا على بنينهم وإن كان لهم مال. قال في المقرب: قال محمد: ولمالك في سماع ابن القاسم أنه سئل عن الرجل يموت ولده وقد كان للولد مال فتقوم جدته أو أمه تطلب ميراثها في ذلك فيقول الأب قد أنفقت عليه في كذا وكذا أيرى عليه يميناً؟ فقال: إن كان رجلاً مقلماً مأموناً فلا أرى ذلك

عليه، وإن كان موسراً غير مأمون أرى أن يحلف لأن جل الآباء ينفقون على أبنائهم وإن كانت لهم أموال اهـ. ويقرأ لفظ الأب بنقل حركة الهمزة.

قال مقيد هذا الشرح سمح الله له: وإذا فرغنا من حل ألفاظ النظم فلنرجع إلى نقل ما وقفت عليه الآن في المسألة، فإن الشارح لم ينقل من ذلك ما فيه كفاية، والذي وقفت عليه الآن ما في طرر ابن عات ونصه فيما إذا أنفق الأب على ابنه الصغير وله مال ثم مات الأب هل يحاسب الابن؟ قال ابن رشد رحمه الله تعالى: مال الابن لا يخلو من أربعة أحوال، أحدها: أن يكون عيناً بيد الأب. والثاني: أن يكون عرضاً قائماً في يده. والثالث: أن يكون قد استهلكه. والرابع: أن يكون لم يصل بعد إلى يده. فأما إن كان عيناً وألقي على حاله في تركته فلا يخلو أن يكون كتب النفقة عليه أو لم يكتبها، فإن كان كتبها عليه لم تؤخذ من ماله إلا أن يوصي بذلك، وإن كان لم يكتبها عليه لم تؤخذ من ماله وإن أوصى، وأما إن كان المال عرضاً بعينه ألقى في تركته فلا يخلو أن يكون كتب النفقة عليه أو لم يكتبها، فإن كتبها حوسب بها الابن، وإن أوصى أن لا يحاسب بها لأن وصيته أن لا يحاسب وصيته لو ارث، وإن كان لم يكتبها عليه حوسب بها إلا أن يكون الأب أوصى أن لا يحاسب بها. وأما الحال الثالثة وهي أن يكون الأب قد استهلك المال وحصل في ذمته فإن الابن يحاسب كتب عليه النفقة أو لم يكتبها، إلا أن يكون كتب لابنه بذلك ذكر حق وأشهد له به فلا يحاسب بما أنفق عليه، وأما الحال الرابعة وهي أن لا يكون قبض المال ولا صار بيده بعد فسواء كان عيناً أو عرضاً هي بمنزلة إذا كان عرضاً بيده، ولا فرق بين موت الأب وموت الابن فيما يجب من محاسبته إذا أنفق عليه أبوه وبالله التوفيق، انظره في ع ع من طلاق السنة ش. وذكر ابن فتحون في وثائقه أنه إذا كان للابن مال وأنفق الأب من عند نفسه وأبقى مال ابنه على حاله ثم مات الأب وأراد سائر الورثة محاسبته بما أنفق عليه فلا يخلو أن يقول الأب عند موته حاسبوه أو يقول لا تحاسبوه أو يسكت، فأما إن قال حاسبوه أو قال لا تحاسبوه فيكون على ما قال، وأما إن سكت فلا يخلو أن يكون كتب ذلك أو لم يكتبه، فإن لم يكتب شيئاً فلا يحاسب الابن، وإن كتب فإن كان مال الابن عيناً لم يحاسب بذلك، وإن كان عرضاً حاسبوه بذلك، قال ذلك كله ابن القاسم ورواه عن مالك اهـ. ونقل الحطاب كلام ابن فتحون هذا وزاد فيه إثر قوله وإن قال لا تحاسبوه فكذلك ما نصّه: ولا يشبه الوصية لأن الآباء ينفقون على أولادهم وإن كان لهم مال اهـ. وزاد أيضاً إثر قوله وإن كتب فإن كان المال عيناً فلا يحاسب أيضاً ما نصّه: لأنه لو شاء أنفق منه ويحمل كتبه على الارتياء والنظر، ثم قال: قال ذلك كله مالك وابن القاسم، وهذه المسألة هي أول مسألة من طلاق السنة من سماع ابن القاسم اهـ، فانظرها في الحطاب أو في محلها المذكور من البيان والتحصيل وتأمل هذا النقل مع نقل الناظم هل بينهما مخالفة أم لا إن كان معك سعة في الوقت. ونقل الحطاب أيضاً عن نوازل ابن رشد في وصي على يتيمة أشهد عند موته أن لها عنده عشرين مثقالاً ولم يوص هو أن عليها شيئاً فمات فطلبت اليتيمة الماثقال فادعى الورثة أن له عليها نفقة وأثبتوا أنها كانت في حضانتها مدة نظره فهل له محاسبتها أم لا؟ فأجاب:

إشهاد الوصي لها عند موته بالعشرين مثقالاً يوجبها لها ويبطل دعوى الورثة عليها ولا يلتفت إلى ما أثبتوه ولا يحاسبوها بشيء^١.

فصل في الإقرار

الإقرار في اللغة الاعتراف، واختلف هل هو بديهي وأنه قول يوجب حقاً على قائله؟ ابن عرفة: والحق أنه نظري، فإن تصور ماهيته العرفية ليس ضرورياً لأن كثيراً من مسائله يتردد فيها هل هي من باب الإقرار أم لا؟ كما إذا قال: أقرّ عيني بمائة هل هو إقرار أو وكالة؟ فلو كان الإقرار ضروري التصور لما وقع الشك في تصور فرد من مصدوقاته، وعلى أنه نظري فيعرف بأن خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو لفظ نائبه. فقوله خبر جنس يخرج الإنشاءات كبعث واشترت ونطق الكافر بالشهادتين. وقوله يوجب حكم صدقه على قائله فقط أخرج به الرواية والشهادة لأنه إذا قال الصلاة واجبة فذلك خبر أوجب حكم صدقه على مخبره وغيره، وإذا شهد على رجل بحق فإنه أوجب حكم صدقه على غيره فقط. وإذا قال في ذمتي دينار فهو خبر أوجب حكم صدقه على المخبر وحده وهو معنى قوله فقط. وقول القائل زيد زان لا يصدق عليه الحد وإن كان أوجب حكماً على قائله فقط وهو حد القذف لأن ذلك ليس حكم ما اقتضاه الصدق لأن الذي اقتضاه الصدق جلد مائة على غيره، انتهى من الرصاع ببعض اختصار، ولم يشرح قوله بلفظه أو لفظ نائبه، ولعله زاد لفظ نائبه ليدخل أقرّ عني بمائة فإنه إقرار لا وكالة والله أعلم.

وَمَالِكَ لِأَمْرِهِ أَقْرَفِي
وَمَا لِوَارِثٍ فِيهِ اخْتِلَافًا
وَرَأْسَ مَنْرُوكِ الْمُقَرَّرِ أَلْزَمًا
وَهُوَ بِهِ فِي فَلْسٍ كَالْفُرْمَا
صَحْتِهِ لِأَجْنَبِي اقْتُفِي
وَمُنْفَذِ لَهُ لِتُهُمَةِ نَفِي

اعلم أنه يشترط في المقر أن يكون رشيداً غير محجور عليه، وعن ذلك عبر الناظم بقوله: ومالك لأمره، فلفظ مالك هنا اسم فاعل لا علم على إمام المذهب، وأخرج بذلك إقرار الصبي والمجنون والمبذر والمفلس (والعبد) فلا عمل عليه ولا يؤخذ به، لأن فائدة

فصل في الإقرار

(ص): ومالك لأمره أقر في، إلى آخر الأبيات الثلاثة. قوله: (والعبد) أي في المال فيما يرجع لبدنه إقراره لازم، وقد قال في المختصر: يؤخذ المكلف بلا حجر بإقراره لأهل بكذبه ولم يتهم كالعبد في غير المال وأخرس وإقرار السكون كبيعه غير لازم وإقرار المكره لغو وهو قول المختصر عاطفاً على ما يلزم في كتاب الطلاق ما نصه: وكذا العتق والنكاح والإقرار واليمين الخ. ويدخل في قول المختصر المكلف الذمي والمستأمن إذ إقرارهما لازم لهما، ويدخل إقرار الوكيل المفوض إليه وهو قول المختصر في كتاب الوكالة ولا الإقرار إن لم يفوض له الخ. ومن ذلك أحد

الحجر عليهم ردّ تصرفاتهم المالية التي من جملتها الإقرار بالدين قاله ابن الحاجب . ثم اعلم أن الإقرار تارة يكون في صحة المقرّ وتارة في مرضه، وفي كل منهما إما أن يكون المقرّ له وارثاً أو أجنبياً، فالأقسام أربعة والمقرّ له أجنبي غير وارث فإنه معمول به نافذ للمقرّ له، وعن أعماله عبر الناظم بقوله: اقتفي أي اتبع إقراره وعمل بمقتضاه وعلى ذلك نبّه بالبيت الأول، وإن كان لوارث ففيه قولان: أحدهما أنه نافذ معمول به أيضاً وهو قول ابن القاسم نبّه بقوله: وما لوارث ففيه اختلفاً، ثم أشار بقوله: ومنفذ له لتهمة نفي ورأس متروك البيت، إلى أن من قال بإعمال الإقرار في الصحة للوارث وهو قول ابن القاسم لم ير في إقراره للوارث تهمة بل نفي التهمة في ذلك وألزم المقرّ ما أقر به من رأس ماله وجعله كالدين الثابت يحاخص به الغرماء في الفليس . قال الشارح: (وبهذا القول العمل اهـ.) وقال قبله ابن رشد: لا يحاخص به الغرماء على قول ابن القاسم إلا مع الديون التي استدانها بعد الإقرار، وأما القديمة قبل الإقرار فلا اهـ. ومن قوله: ومنفذ له لتهمة نفي يفهم أن من لم ينفذه ولم يعمل بمقتضاه رأى أن في الإقرار للوارث تهمة وهو كذلك كما تقدم. قال في الكافي: كل بالغ حر جائز الفعل رشيد فإقراره جائز على نفسه في كل ما يقر به في صحته والأجنبي والوارث في ذلك سواء، وكذلك القريب والبعيد والعدو والصديق في الإقرار في الصحة سواء. وفي ابن سلمون قال بعض المتأخرين: والإقرار للوارث إما أن يكون في الصحة أو في المرض، فإن كان في الصحة ففي ذلك قولان:

المتفاوضين وكل وكيل الخ، لكن يقيد بقوله فيهما في المختصر ويقر بدين لمن لا يتهم عليه ويدخل في قوله المكلف المريض والزوجة، أما المريض فيأتي بيان إقراره إن شاء الله، وأما الزوجة فإقرارها لازم لها ولو في زائد ثلثها خلافاً لمن خالف في ذلك وذلك غير صحيح، وإقرار المرتد إن لم يتب ساقط وإن تاب فهو ثابت لازم له. قول المختصر قال في النوادر والإقرار بالفارسية وبالقبطية والسندية وكل لسان إذا شهد عليه عدلان من أهل الترجمة اهـ. أي ذلك لازم. ويدخل في كلامه أيضاً العامل في القراض فإن إقراره عامل ما لم يجاوز المال الذي بيده، ويدخل إقرار الولي في كلام المختصر من أب أو غيره فيما ولي فيه المعاملة من مال المحجور وإقرار الوصي بأنه قبض دين الميت ويبرأ الغريم بذلك، وأما قول الولي غصب محجوره مثلاً فهو شاهد في ذلك لا غير، انظر الشرح تقف على ما يشرح إن شاء الله تعالى. قوله: (وبهذا القول العمل) قال ابن رشد في هذا ما نصه: هذا المعلوم من قول ابن القاسم وروايته عن مالك المشهور في المذهب، ووقع في المبسوط لابن كنانة والمخزولي وابن أبي حازم ومحمد بن مسلمة أنه لا شيء له وإن أقر في صحته إذا لم يقم عليه حتى هلك إلا أن يعرف لذلك سبب، مثل أن يكون باع له رأساً أو يكون أخذ له من موروث أمه شيئاً وهو قول له وجه من النظر، لأن الرجل يتهم أن يقر بدين في صحته لمن يثق به من ورثته على أن لا يقدم به حتى يموت فيكون وصية لوارث الخ. قف على تمامه في الشرح، وظاهر المختصر مر على ما به العمل، ولكن من طلب النجاة في الحكم في أمثال هذا فعليه أن ينظر إلى القرائن الدالة على الصدق والكذب فيعمل على ذلك بعد اجتهاده، وهذا الخلاف في الصحيح ولو سفره أو حين إرادته السفر، ولكن قف ولا بد ولا بد على الشرح في هذا فإنك ربما يلوح لك ما ترجع إليه في حكمك.

أحدهما أنه نافذ يأخذه من تركته في الموت ويحاص به الغرماء في الفلوس وهو قول ابن القاسم في المدونة والعتبية. والثاني أنه لا يحاص به الغرماء في الفلوس ولا يأخذه من التركة في الموت وهو قول المدونة والعتبية. والثاني أنه لا يحاص به الغرماء في الفلوس ولا يأخذه من التركة في الموت وهو قول المدنيين للتهمة عندهم اهـ. فقوله أقرّ صفة لمالك، ولأجنبي يتعلق بفعل محذوف أي وما أقرّ به لوارث، ومنفذ اسم فاعل من أنفذ مبتدأ وجملة نفي لتهمة خبره وضمير فيه يعود على ما وضمير له للإقرار للوارث، وألزم بالبناء للفاعل وهو ضمير المنفذ عطف على نفي، ورأس مفعول ألزم الثاني والأول محذوف أي ألزم المنفذ للإقرار الدين المقرّ به رأس مال المقرّ وضمير وهو للمقرّ له وبه للإقرار والله أعلم. تنبيه: لم يذكر الناظم المقرّ به وهو إما دين في الذمة وهو المراد غالباً في هذا الباب، وإما قراض أو ودیعة أو شيء معين أو غير ذلك من الحقوق المالية.

وَإِنْ يَكُنْ لِأَجْنَبِي فِي الْمَرَضِ غَيْرِ صَدِيقٍ فَهُوَ نَافِذُ الْفَرَضِ
وَلِصَدِيقٍ أَوْ قَرِيبٍ لَا يَرِثُ يَبْطُلُ مِمَّنْ بِكَلَالَةِ وُورِثِ
وَقِيلَ بَلْ يَنْضِي بِكُلِّ حَالٍ وَعِنْدَ مَا يُؤَخَّذُ بِالْإِبْطَالِ
قِيلَ بِإِطْلَاقِ وَلَا بِنِ الْقَاسِمِ يَنْضِي مِنَ الثَّلَاثِ بِحُكْمِ جَازِمِ

لما قدم الكلام على الإقرار في الصحة بقسميه أعني للأجنبي والوارث شرع الآن في الكلام على الإقرار في المرض، فتكلم في هذه الأبيات على الإقرار في المرض إما لأجنبي غير صديق أو لصديق ملاطف أو لقريب غير وارث، وتكلم فيما بعدها على الإقرار للوارث فأخبر أن الإقرار في المرض إن كان لأجنبي غير صديق فإنه نافذ معمول به على ذلك نبه بالبيت الأول وظاهره ورث المقرّ كلاله أو لا (وهو كذلك) بدليل ما بعده، وإن كان الإقرار لصديق أو قريب لا يرث فقولان: أحدهما: أنه إن ورث المقرّ كلاله لم يترك ولداً ولا ولد ابن وإن سفل، (ولا أباً) ولا جداً وإن علا، فالإقرار باطل غير معمول به، وإن ورث غير كلاله فالإقرار صحيح معمول به. (القول الثاني: أنه) يعمل به ورث

(ص): وإن يكن لأجنبي في المرض إلى آخر الأبيات الأربعة. قوله: (وهو كذلك) صحيح لا غبار عليه. قوله: (ولا أباً النخ) هذا غير صحيح كما هو في التوضيح وغيره بل هو في المدونة، والعجب من هذا الشارح حيث يذكر هذا والمسألة عن ابن رشد في غير ما كتاب، والحاصل أن كلامه غير صحيح في هذه الزيادة وكأنه تبع لفظ الكلاله في النظم، ولكن الكلاله لها تفسيران ما لا فرع فيها ولا أصل وما لا فرع فيها وهو المراد هنا بلا شك فافهم والمراد أن يرثه ولد ذكراً كان أو أنثى أو ولد ابن ولذلك قال في المختصر: ومريض إن ورثه ولد لأبعد أو لملاطفه أو لمن لم يرثه أو المجهول حاله، فقوله وإن ورثه ولد شرط في الملاطف وما بعده لا في قوله لأبعد لأن ذلك الإقرار له صحيح مطلقاً ورثه ولد أم لا كما في شروحه وبيناه في الشرح غاية، والمراد بالأبعد وارث كعم مع بنات أقر له الميت بدين. وقوله أو لمن يرثه هذا قريب غير وارث كالأخال مثلاً، وإنما لم يقيد الأبعد بما ذكر لأنه قدم قوله ولم يتهم ولا تهمة في العم مثلاً مع البنات والمسألة من أفراد عدم التهمة، ولأنه سيقول أو لأن من يقوله أبعد وأقرب لا المساوي والأقرب فافهم. قوله: (القول الثاني

كلالة أو لا، هو المراد بقوله بكل حال، وإذا قلنا بإبطاله إن ورث كلالة فقييل يبطل مطلقاً فلا يؤخذ له من رأس المال ولا من الثلث يمضي من الثلث لا من رأس المال. ابن رشد: وإن أقر المريض لصديق ملاطف أو لقریب غير وارث فقييل يجوز إقراره إلا إن ورثه ولد والقبولان قائمان من المدونة اهـ. من المواق ومثله في التوضيح، وزاد قولاً ثالثاً إن ورث بولد جاز من رأس المال وإن ورث بكلالة فمن الثلث. وفي مقيد ابن هشام: وإقرار المريض لغير وارث كإقرار الصحيح، وانظر إذا أقر المريض في مرضه لصديق ملاطف وكان يورث كلالة فإن التهمة حاصلة، وعلى أصل ابن القاسم يعود إقرار وصية فيكون من الثلث، وعلى قول غيره يبطل جملة فلا يكون من الثلث ولا غيره اهـ. قال الشارح رحمه الله: سئل شيخنا قاضي الجماعة أبو القاسم بن سراج رحمه الله عن رجل كفل يتيماً فأشهد له في صحته بعشرة دنانير وفي مرضه بخمسين ديناراً فضية على أجرة له ثم توفي فنازع ورثته في ذلك فأجاب: أما العشرة فتجب له، وأما الخمسون مثقالاً فإن كانت قدر أجرته الواجبة له فتجب من رأس ماله، وإن كانت أكثر مما يجب في إجارته كان قدر الإجارة من رأس ماله والزائد في ثلثه قاله ابن سراج. قال الشارح: اعتمد شيخنا رحمه الله في الزائد على ما يجب له من أجرة مقتضى قول ابن القاسم أي في أن الإقرار لا يبطل جملة بل يمضي من الثلث والله أعلم. فقوله وإن يكن أي الإقرار وغير صديق صفة لأجنبي ولصديق عطف على الأجنبي. وقوله وعندما يؤخذ بالإبطال أي إذا فرعنا على القول بإبطال الإقرار للصديق في حق من ورث كلالة فقييل يبطل مطلقاً من ثلث ورأس وقيل يخرج من الثلث.

وَحَيْثُمَا الْإِقْرَارُ فِيهِ لِلْوَلَدِ مَعَ غَيْرِهِ فَلَيْسَ فِيهِ مِنْ مَرَدِّ
مَعَ ظُهُورِ سَبَبِ الْإِقْرَارِ فَإِنْ يَكُنْ ذَلِكَ عَنْ اخْتِيَارِ
فَدُوْ عُقُوقٍ وَأَنْحِرَافٍ يُخَكِّمُ لَهُ بِهِ وَدُو الْبُرُورِ يُخَرِّمُ

أنه الخ) هذا خلاف المشهور والمشهور هو المقابل انظر الشرح فكلام المختصر هو المذهب، وحيث كان الولد فالإقرار صحيح في الأقسام الثلاثة، ويؤخذ المقر به من رأس المال لأن هذا إقرار وليس بوصية، والحمل بمنزلة الولد في نفي التهمة فافهم وانظر الشرح.

(ص): وحيثما الإقرار فيه للولد، إلى آخر الأبيات الثلاثة. هذا قال فيه المختصر مشبهاً بما فيه قولان ما نصه: كإقراره للولد العاق أو لأمه أو لأن من لم يقر له أبعد وأقرب لا المساوي والأقرب. فقوله للولد العاق أي وأخوه بار، فوجه المضي عقوقه، ووجه ضده المساواة باعتبار الأصل فإنهما ولدان، وكذلك لو كان العاق أقرب كبنيت مع أخوه كما يظهر من كلام ابن رشد الذي نقله ابن عرفة ونقلنا ذلك في الشرح. وقوله أو لأمه أي العاق، وكذلك إن لم يكن العاق ولداً للمقر لها كما يظهر من كلام ابن رشد وغيره، والولد أقرب من الزوجة باعتبار الأصل ولكن عرض العقوق فجاء الخلاف كما في المسألة قبيله. وقوله أو لأن الخ مثاله أقر لأم وله أخ وبنيت فالبنيت أقرب والأخ أبعد وهو لم يقر لهما وإنما أقر للأم وهي أقرب من الأخ وأبعد من البنيت، والخلاف جار كما في المسألتين قبله من راعى البنيت صحح الإقرار، ومن راعى الأخ أبطل. وقوله المساوي صورته أقر

تكلم من هنا لما بعد على الإقرار في المرض للوارث وبدأ بالإقرار للولد مع غيره، ثم ثنى بالإقرار للزوجة وثالث بالإقرار لوارث غيرهما، فأخبر هنا أن من أقر لولده مع غيره فإنه ينظر، فإن كان للإقرار سبب (كان يكون الولد ماتت أمه) أو له أصل فيشهد له بمال من ميراث أمه أو غلة أصله ويشهد مع ذلك بدين لأجنبي فالإقرار نافذ عامل لهما معاً وإن لم يظهر للإقرار سبب، وعلى ذلك نبه الناظم بقوله: فإن يكن ذاك عن اختيار، نظر أيضاً فإن كان الولد المقر له عاقاً لوالده فالإقرار صحيح ثابت، وإن كان باراً لوالده فلا يصح الإقرار له للتهمة أن يكون قصد التوليع لهذا البار والحرمان لذلك العاق. قال في المقرب قلت: فإن أقر بدين لابنه ولأجنبي في مرضه وله بنون سوى الذي أقر له وماله يضيّق عمّا أقر به قال: يتحصص ابنه والأجنبي فيما ترك فما صار للابن دخل معه فيه الورثة إن شاؤوا وليس هذا بمنزلة من أقر بدين لابنه وعليه ديون بنيه اهـ. وحاصله بطلان الإقرار للولد ولعله حيث لم يظهر للإقرار سبب وفي المفيد: فإن أقر لأحد بنيه دون غيره اعتبر في ذلك ما ذكرنا مثل أن يقر للعاق دون البار فيجوز إقراره ولو أقر للبار لم يجز اهـ. ولم ينقل الشارح فقهاً لقوله فليس فيه من مردّد مع ظهور سبب الإقرار ووجه ما في النظم ظاهر والله أعلم.

وَأَنَّ يَكْنَ لِرْوَاجَةِ بِهَا شُغْفُفٌ قَالَمَنْعُ وَالْعَكْسُ بِعَكْسٍ يَتَّصِفُ

لأخ دون أخ والأقرب أقر لبنت وترك أخاه لم يقر له فهما صورتان، ويحتمل أن تكون صورة واحدة كإقراره لإحدى بناته وله أم فالبنت مساوية لأخواتها وأقرب باعتبار الأم، ولكن الحمل على صورتين أولى لأن هذه المركبة أخرى من صورة المساواة فافهم. وقد قال ابن عرفة في هذا مختصراً لكلام ابن رشد ما نصه: وإقرار من سوى الزوجين أحدهما لصاحبه بدين في المرض لا يخلو من أربعة أوجه: الأول إقراره لوارث قريب منه كسائر الورثة كبعض أولاده أو إخوته أو بني عمه أو أقرب من سائرهم كإقراره لابنته وله عصبه أو لأخ شقيق وله أخ لأمه أو لأمه وله أخ شقيق أو لأب أو عم وابن عم ساقط اتفاقاً. قال في الموازية: إن لم يكن ذلك لنسب يدل على صدقه، وإن لم يكن قاطعاً كان يكون المقر له عاقاً ومن لم يقر باراً لإقراره جائز كالزوجة يقر لها عرف البغض والشنان منه لها. وقيل لا يجوز بخلاف الزوجة على اختلاف الرواية في المدونة، فإن أقر الوارث أبعد ممن لم يقر له من الورثة كإقراره لعصبه وله ابنة أو لأخ لأم وله أخ شقيق أو لأخ شقيق أو لأب أو لأم وله أم جاز إقراره اتفاقاً، وإن كان من لم يقر له من ورثة بعضهم أقرب إليه من المقر له وبعضهم أبعد كإقراره لأمه وله ابنة وأخ وأخت ونحوه ففي جوازه قولان بناء على نفي التهمة باعتبار حال أقرب وثبوتها باعتبار حال الأبعد والتساوي، قلت هي أضعف ولو قيل بالتفريق لحسن اهـ. بلفظه، وبه تفهم ما شرحنا به، وما في كلام ابن عاشر من الإبهام، وما في كلام هذا الشارح من الاقتصار على ما ذكره تاركاً لهذا الكلام الذي نقلناه فاستعن به على فهم النظم. قوله: (كان يكون الولد ماتت أمه الخ) هذا سبب ظاهر فيعتبر، ولكن لا بد من القرائن الحافة بالنازلة فهو كالعقوق ويفسر بذلك النظم، وكلام ابن عرفة ربما تفهم منه الراجح في الإقرار للعاق هو اللزوم وذلك ترجيح للعارض فيجري في هذه المسائل هذا الترجيح.

(ص): وإن يكن لزوجة بها شغف، إلى آخر الأبيات الخمسة. هذا قال فيه صاحب المختصر

وَإِنْ جَهِلْنَا عِنْدَ ذَلِكَ حَالَهُ
وَمَعَ وَاحِدٍ مِنَ الذُّكُورِ
كَذَلِكَ مَعَ تَمَعْدٍ فِيهِمْ ذَكَرَ
وَإِنْ يَكُنْ بِغَيْرِ ذَلِكَ مُطْلَقًا
فَأَلْمَنَعُ مِمَّنْ إِزْنُهُ كِلَالَةٌ
فِي كُلِّ حَالٍ لَيْسَ بِالْمَحْظُورِ
مَا مِنْهُمْ ذُو كِبَرٍ وَذُو صِغَرٍ
قَبْلَ مُسَوِّغٍ وَقَبْلَ مُثْقَى

يعني أن المريض إذا أقرّ للزوجة فلا يخلو حاله معها من ثلاثة أوجه: إما أن يكون محباً لها ومشغولاً بحبها فلا يصح إقراره لها. وإما أن يكون يبغضها فيصح الإقرار لها. وإما أن يجهل حاله معها وفيه حيثنذ تفصيل إن ورث كلاله لم يصح الإقرار لها، وإن ترك ذكراً واحداً صح الإقرار لها صغيراً كان الولد أو كبيراً منها أو من غيرها وعلى ذلك نبه بقوله: في كل حال. وكذلك يصح إن كان الأولاد متعددين وفيهم ذكر سواء كانوا كباراً أو صغاراً وعلى ذلك نبه بقوله: ما منهم ذو كبر وذو صغر، فما نافية أي ما منهم كبير يختص بهذا الحكم ولا صغير يختص به بل كبيرهم وصغيرهم في ذلك سواء، وإن كان الولد غير ما ذكر بأن لم يترك ذكراً بل ترك بنتاً أو بنات سواء كن صغاراً كلهن أو كباراً كلهن أو بعضهن صغاراً وبعضهن كباراً منها أو من غيرها ففي صحة الإقرار لها قولان، وإلى هذا الوجه الأخير أشار الناظم بقوله: وإن يكن بغير ذاك البيت. قال في المقدمات: وفي إقرار الزوج لزوجته بدين في المرض تفصيل، والذي يتحصل فيه عندي على منهاج مالك وأصحابه أن أمره لا يخلو من ثلاثة أوجه: إن علم منه ميل إليها وصباة بها فلا

مشبهاً بما يصح فيه الإقرار ما نصه: كزوج علم بغضه لها أو جهل وورثه ابن أو بنون إلا أن تنفرد بالصغير ومع الإناث والعصبة قولان اهـ. فقوله علم بغضه لها الإقرار لها صحيح مطلقاً، وإن علم حبه لها بطل مطلقاً، وإن جهل حاله معها فهل محل التفصيل باعتبار الأولاد وعدمهم، فقول المختصر أو بنون إنما زاده لأجل أن يستثنى منه قوله إلا أن تنفرد بالصغير، وإلا فلا فرق في الذكر بين متعدد ومتحد، ولا بين كبير وصغير، وأنه يصح الإقرار لها وينفي التهمة، ومعنى انفرادها بالصغير أن لا يكون عند غيرها صغيراً ذكراً كان أو أنثى، متعدداً كان أو متحداً. فقوله الصغير أراد به الجنس فيشمل ما ذكر، وانفرادها بالصغير يمنع الإقرار لها ولو كان عندها كبير مع الصغير الذي لم يكن عند غيرها ولم يذكر صاحب المختصر الصغير في الإناث، وإنما فرق في المختصر بين الذكور والإناث بأن الإناث لا بد لهن من عاصب ولو كان بيت المال، والمراد بالبعد والقرب إنما هو فيمن يرث فلا يتصور البعد مع الإبناء ويتصور مع الإناث، ألا ترى أن المريض إذا كان له بنت وزوجة وعم فالزوجة قريبة باعتبار العمل بعيدة باعتبار البنت، ولو كان له ابن وزوجة وعم فالزوجة بعيدة فقط، إذ العم لا يعتبر لأنه لا يرث والتهمة إنما هي في المال المورث، وبهذا تفهم أن الحنائة على الابن كالحنائة على البنت، وإنما افترقا لما ذكر فافهم. ولما ذكر ابن رشد المسألة قال: وإقرار الزوجة للزوج كذلك سواء بلا فرق، قال: وسواء أقر أحدهما بدين للأخر أو بأنه قبض ماله عليه من دين، وإذا كان الولد عاقاً وأقر لزوجته مثلاً فإن مررنا على أن الإقرار للعاق لا يصح فهو يرفع التهمة عن الإقرار للزوجة والعكس بالعكس، وإن كان بعضهم باراً وبعضهم عاقاً يخرج ذلك على إقراره لأحد العصبة مع وجود بنت انظر الشرح.

يجوز إقراره لها إلا أن تجيز ذلك الورثة، وإن علم منه البغض فيها والشنآن لها فأقراره لها جائز على الورثة، وإن جهل حاله معها في الميل إليها أو البغض لها فلا يخلو أمره من وجهين: إما أن يورث بكلالة أو يورث بولد، فإن ورث بكلالة فلا يجوز إقراره لها، وإن ورث بولد فإن الولد لا يخلو من أن يكونوا إناثاً أو ذكوراً، صغاراً أو كباراً، واحداً أو عدد منها أو من غيرها، فيخرج ذلك عندي على قولين: أحدهما: أو إقراره جائز. والثاني: لا يجوز من اختلافهم في إقراره لبعض العصابة إذا ترك ابنه وعصبة، فإن كن صغاراً منها لم يجز إقراره لها قولاً واحداً، وأما أن يكون الولد ذكراً وكان واحداً فأقراره لها جائز صغيراً كان الولد أو كبيراً منها أو من غيرها، وأما إن كان الولد عدداً وفيهم ذكر فأقراره لها جائز إلا أن يكون بعضهم صغيراً منها وبعضهم كبيراً منها أو من غيرها، وإن كان الولد عدداً فيهم ذكور فلا يجوز إقراره لها اهـ. وحاصله أنه إن ترك ولدأ ففي صحة إقراره للزوجة التي جهل حاله معها قولان إلا في أربعة أوجه: اثنان يصح إقراره لها فيهما وهما إذا ترك ذكراً واحداً أو ترك أولاداً وفيهم ذكر أي الجنس واحداً أو أكثر وإلى هذين الوجهين أشار الناظم بقوله: ومع واحد من الذكور البيتين. واثنان لا يصح إقراره لهما فيهما وهما إذا ترك إناثاً صغاراً منها أو ترك ذكوراً وبعضهم صغيراً منها وبعضهم كبيراً منها أو من غيرها ولم يستثن الناظم هذين الوجهين فلذلك قال الشارح رحمه الله: لو زاد الناظم إثر قوله ما منهم ذو صغر وذو كبر بيتاً وهو:

إلا إذا ما كان منها الأصغر وكان من أم سواها الأكبر
وزاد أيضاً إثر قوله: قيل مسوغ وقيل متقى بيتاً وهو:

إلا إذا كن صغاراً جمعاً منها فحكم ذلك أن يمنعا

لكان قد وفي بكلام ابن رشد. وما عدا هذه الوجوه الأربعة وهو انفراد الإناث واحدة أو متعددة أدرجه الناظم في قوله: وإن يكن بغير ذلك البيت، والظاهر أن الصواب في البيت الأول من هذين أن يقول بدل الشطر الثاني منه: وكان منها أو سواها الأكبر. ونقل المواق كلام ابن رشد كما نقله الشارح ولفظه: وإن جهل حاله معها سقط إقراره لها إن ورث بكلالة، وإن ورث بولد غير ذكر مع عصابة فسواء كن واحدة أو عدداً صغاراً أو كباراً من غيرها أو كباراً منها يتخرج ذلك على قولين: أحدهما: أن إقراره لزوجته جائز. والثاني: أنه لا يجوز من اختلافهم في إقراره لبعض العصابة إذا ترك ابنة وعصبة، وإن كان الولد ذكراً واحداً جاز إقراره صغيراً أو كبيراً أو من غيرها، وإن كان الولد ذكوراً عدداً جاز إقراره إلا أن يكون بعضهم صغيراً منها وبعضهم كبيراً منها أو من غيرها فيجوز، انتهى محل الحاجة منه.

وإن يَكُنْ لِوَارِثٍ غَيْرِهِمَا مَعْ وَلَدٍ فَفِي الْأَصَحِّ لَزِمَا

(ص): وإن يكن لوارث غيرهما، إلى آخر البيتين. تقدم ما يغني عن هذا من كلامنا قبيل هذا عند قول المتن: وإن لم يكن لأجنبي في المرض الخ، وكذا قول الناظم وحالة الزوجة والزوج سوا

وَدُونَهُ لِمَالِكَ قَوْلَانِ بِالْمَنْعِ وَالْجَوَازِ مَرْوِيَّانِ

يعني إذا أقرّ المريض بدين لوارث غير الولد والزوجة لتقدم الكلام عليهما، فإن كان للمريض ولد ذكراً كان أو أنثى فقولان الأصحّ منهما أن إقراره صحيح لازم، قال الشارح: وهو قول ابن القاسم كإقراره لأمه مع وجود ولد أو لأخته مع وجود بنت أو بنات ومقابلته لا يصحّ وإلى هذا أشار بالبيت الأول، وإن لم يكن للمريض ولد فقولان بصحة الإقرار وبطلانه وكأنهما عنده على حد سواء، وشمل قوله ودونه ثلاث صور: الإقرار للوارث المساوي لغير المقرّ له كإقراره لأحد إخوته أو بني عمّه، والإقرار للأقرب كإقراره للأم مع وجود الإخوة، والإقرار للأبعد كالإخوة أو العصبية مع وجود الأم، أما الإقرار لوارث مع وجود الولد ففي أحكام ابن سهل قال القاضي يعني ابن زرب: من أقرّ في مرضه بدين لوارث أو صديق ملاطف وله ابنة ولم ينفذ إقراره والابنة كالعصبية وإن كان معها أو مكانها ابن نفذ إقراره لأنه لا يورث كلاله فقال له ابن محسن وغيره: روى ابن عبد الحكم عن مالك أن الابنة كالابن فقال نعم ولكن مذهبي أن الابنة كالعصبية وقد علمت أن فيها اختلافاً اهـ. وأما الإقرار لوارث حيث لا ولد فلم ينقل الشارح عليه فقهاً، واقتصر الشيخ خليل على صحة الإقرار إن أقرّ للأبعد مع وجود أقرب فقال عاطفاً على ما يصحّ فيه الإقرار: ومريض إن ورثه ولد لأبعد ولا مفهوم لقوله إن ورثه ولد بل ورثه ولد أو لا وحاجتنا هنا حيث لم يرثه ولد واقتصر على عدم صحة الإقرار إن أقرّ لوارث مساو أو أقرب فقال لا المساوي والأقرب.

وَحَالَةُ الرَّوْجَةِ وَالرَّوْجِ سِوَا وَالْقَبْضِ لِلدِّينِ مَعَ الدِّينِ اسْتَوَى

اشتمل البيت على مسألتين: الأولى: أن إقرار الزوجة لزوجها بدين في حال مرضها هو كإقراره لها على ما تقدم سواء بسواء، وقد تقدم تفصيل ذلك في قوله: وإن يكن لزوجة بها شغف الخ. والثانية: إقرار أحدهما للآخر بقبض الدين الذي له على صاحبه فإنه بمنزلة الإقرار بالدين كما تقدم أيضاً، قال الشارح في مقدمات ابن رشد: إن في إقرار الزوجة لزوجها ما تقدم في إقرار لها من الحالات الثلاث. وفي المقرب: قلت: فإن قالت امرأة في مرضها قد قبضت من زوجي مؤخر صداقي أيقبل قولها؟ قال لا وهو قول مالك. قال محمد: وفي سماع ابن القاسم سئل مالك عن امرأة قالت عند موتها قبضت صداقي من زوجي فقال: أما المرأة التي لا ولد لها ومثلها يتهم فلا يجوز قولها، وأما التي لها أولاد كبار ولعلها يكون بينها وبين زوجها غير الحسن فهذه لا تتهم. وفي المقرب أيضاً: قلت: فمن أقرّ في مرضه أنه قبض دينه من فلان إن كان وارثاً أو ممن يتهم أن يكون إنما أراد أن يولج ذلك إليه لم يقبل قوله وإن كان لم يتهم قبل اهـ.

وَمُشْهَدٌ فِي مَوْطِنَيْنِ بَعْدَ لِطَالِبٍ يُنْكِرُ أَنَّهُ اتَّحَدَ

الخ قدمناه قريباً.

(ص): ومشهد في موطنين بعدد، إلى آخر الأبيات الثلاثة. هذه المسألة فيها اضطراب،

لَهُمْ بِهِ قَوْلَانُ وَالْيَمِينُ عَلَى كَلَيْهِمَا لَهُ تَغْيِينُ
مَا لَمْ يَكُنْ ذَاكَ بِرَسْمَيْنِ ثَبَتَ فَمَا ادَّعَاهُ مُشْهِدًا لَا يُلْتَفَتُ

يعني أن من أشهد نفسه أن في ذمته مائة مثلاً لرجل ثم أشهد مرة أخرى أن في ذمته مائة لذلك الرجل الأول وادعى المشهد المذكور أن جميع الحق مائة واحدة وكثر الإشهاد بها زيادة في التوثق ونحو ذلك، وادعى الرجل المشهود له أن عليه مائتين وأنكر اتحاد المشهود به أولاً وثانياً وقال هما حقان للفقهاء في ذلك قولان: أحدهما: أن القول في ذلك قول المشهد وهو المديان أن جميع الحق مائة واحدة مع يمينه على ذلك. القول الثاني: أن القول قول صاحب الحق أنه مائتان مع يمينه أيضاً هذا إذا كان الإشهاد بغير رسم أو برسم واحد، فإن كان ذلك برسمين فالقول قول صاحب المال أنه مائتان مع يمينه ولا يلتفت حينئذ لما أعاده المشهد من أنه مائة واحدة. قال في المفيد: وإذا أقر رجل لرجل بمائة درهم في موطن وأشهد له شاهدين ثم أقر له في موطن آخر بمائة وأشهد له شاهدين فقال المطلوب هي مائة واحدة وقال الطالب هي مائتان، فإن كان الإقرار في غير كتاب بذكر حق فإنه إقرار واحد يؤخذ بمائة درهم في قول سحنون، وفي قول غيره يؤخذ بمائتين. قال ابن هشام: وذكر سحنون أن قول مالك اضطرب في هذه المسألة، والذي رجع إليه أن القول قول المطلوب وهو الأولى والله أعلم. وفي المفيد أيضاً: قال عيسى في كتاب الدعوى والصلح: لو شهد رجلان أن رجلاً أشهدهما يوم السبت بمائة دينار لرجل وشهد آخران أنه أشهدهما يوم الأحد بمائة دينار لذلك الرجل وشهد آخران أنه أشهدهما يوم الاثنين بمائة دينار لذلك الرجل إن أقر المشهود عليهم بشهاداتهم وزعم أنها مائة واحدة أشهد بها يوماً بعد آخر حلف على ذلك وصدق إلا أن يكون أشهدهم في صكوك متعددة مختلفة، أو يكون الشهود عليه في الأيام الثلاثة رجلين لا غير فيحلف طالب الحق مع ذلك أو يكون اثنان شهدا أنه سلفه إياها بحضرتهما وقبضها لنفسه يومئذ، أو شهد آخران بمثل ذلك ليوم آخر، أو شهدوا كلهم أنها من بيع وسمى كل رجلين سلعة غير الأخرى فيعرف بذلك أنها ثلاثمائة وإلا فببينة وتكون مائة واحدة، قال: والدليل على هذا ما في رسم نقدها إذا ادعى رجل على رجل بمائة دينار فأقر له وادعى القضاء فأتى بشاهدين أنه قبض منه خمسين وبشاهدين آخرين أنه قبض منه خمسين فقال صاحب الحق هي خمسون واحدة قبضتها من المائة وأشهدت له بذلك قوماً بعد قوم، قال ابن القاسم:

وحاصلها أنه إذا أشهد بمائة بموطن وبمائة بموطن آخر بلا كتب فمائة واحدة وإن اختلفا كإشهاد بمائة بموطن وبمائتين بموطن من غير كتب أيضاً فثلاثمائة، وأما إن كان الإقرار بصكين فالتعدد مطلقاً، وقيل نفي الاختلاف بلا كتب أيضاً إن سبق الأقل في الأكثر وإلا فهما مالان وقد لفقنا في ذلك ما نصه:

تمائل من غير كتب أوجبا وحدة ديسن عند من قد صوبا
بلا قيد على ما اعتمدا

هي خمسون واحدة إلا أن يكون أشهدهم في براءتين اه. قال الشارح: ما زاده ابن هشام مما يقتضي تعدد الحق كاتحاد الشهود في الأيام الثلاثة وما ذكر بعده إنما هي أمثلة اكتفى الناظم عنها بتعدد الرسمين إذ في معناه كل ما يقتضي تعدد الحقيين.

تنبيه: قول الناظم ما لم يكن ذلك برسمين ثبت ظاهر في كونه تقييداً لمحل الخلاف، وهو ما إذا كان الحق بغير رسم أو برسم واحد، وأنه مع تعدد الرسم يتفق على أن القول قول الطالب وأن الحق مائتان مثلاً. ونقل في شفاء الغليل عن أصبغ ما ظاهره أنه قول ثالث بالتفصيل ولفظه بعدما نقل الخلاف هل يلزم المطلوب مائة واحدة أو مائتان مثلاً؟ قال أي أصبغ: وأنا أرى إن كان له كتب فهي مائة واحدة، وكذا إن تقارب ما بين ذلك مثل أن يشهد هنا ويقوم إلى موضع آخر فيشهد آخرين أن الحق واحد ولو تعدد الرسم والثالث التفصيل المتقدم والله أعلم. وقول الناظم: ما لم يكن ذلك برسمين ثبت الذي لم يثبت برسمين صادق بما ثبت برسم واحد أو بغير رسم بل بالشهادة من غير كتاب وهو كذلك في قول أصبغ المتقدم قريباً.

(فرع: إذا شهد شاهد) واحد لرجل أن فلاناً أقر له بمائة يوم كذا وآخر فإنه أقر له من الغد بمائة وثالث أقر له من الغد بمائة فعلى أن الشهادة لا تلتق يحلف الطالب مع كل شاهد ويستحق ثلاثمائة، وعلى أنها تلتق فيأخذ مائة واحدة لاجتماع الشهود عليها بتلفيق الشهادة ويحلف المطلوب ما له عليه إلا مائة واحدة أشهد له بها شاهد بعد شاهد ولا يلزمه غيرها، انظر شفاء الغليل.

فرع مناسب لما الكلام فيه: إذا أقر بمائة في موطن ثم أقر بمائتين أو أقر أولاً بمائتين ثم أقر بمائة فثلاثة أقوال، قال محمد تلزمه ثلاثمائة نظراً إلى اختلاف المالين. وقال ابن سحنون: اضطراب قول مالك في هذا وآخر قوله أن يحلف المقر ما ذاك إلا مال واحد ثم لا يلزمه إلا مائتان وبه أخذ ابن عبد الحكم وابن سحنون. ونقل ابن حبيب عن أصبغ التفرقة فإن أقر بالأقل أولاً صدق المقر أن الأقل دخل في الأكثر، وإن أقر بالأكثر أولاً فهما مالان لأن عادة الناس إذا تقدم الأقل ثم زادوا عليه جمعه مع الأول بخلاف ما إذا تقدم الأكثر، قاله في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: وبمائة وبمائتين في موطنين. ثالثها إن كان الأكثر أولاً لزمه ثلاثمائة قال في شفاء الغليل في شرح قول

فقولنا تماثل كمائة يزيدية ومائة يزيدية وتاريخهما واحد، وأما مائة ومائة فضة أو مائة حالة ومائة مؤجلة وتاريخهما بعد تاريخ الأخرى فالتعدد كما قاله ابن عبد السلام. وقولنا بعد رسم احترز به من عدت كتب برسم واحد فهو بمنزلة عدم الكتب كما في النقل وإن كان لا يظهر. وقولنا بلا تقييد أي اتحد العددان في القدر أو لا، بل ولو اتفقا من جميع الجهات، فتعدد الرسوم يوجب تعدد المال، ولكن انظر ولا بد ولا بد، وانظره ولا بد ولا بد عند قول المختصر: وإن شهد شاهد بحرام الخ قبل التخيير والتملك.

قوله: (فرع إذا شهد الخ) انظر الشرح في هذا فإن الرجاعي حصل المسألة.

الشيخ وبماتنين الأكثر ظاهره أنه في وثيقتين فيرد عليه ما ورد على ما قبله، ثم اقتصر هنا على القول بلزوم الأكثر وهو الماتنان اعتماداً على قول ابن عبد السلام أنه أشبه بمذهب المدونة في تكرار الوصايا من جنس واحد، ولهذه المسألة أيضاً مشابهة بمسألة من قام له شاهد واحد على مائة وشاهدان على مائتين، وعلى هذا القول حمل في التوضيح قول سحنون واضطرب قول مالك في هذا، وآخر قولييه أن يحلف المقر ما ذاك إلا مال واحد ثم لا يلزمه إلا مائتان قال: وبه أخذ ابن عبد الحكم وابن سحنون.

فرع: في كتاب السلم الثاني من المدونة وكتاب الشهادات: من أقام شاهداً بمائة دينار وشاهداً بخمسين فإن شاء حلف مع شاهد المائة وقضي له بها وإلا أخذ خمسين بغير يمين فلم يجعل له حقاً إلا في أكثر الإقرارين أو أقلهما لا في مجموعهما هذا ظاهر المدونة. وقال ابن يونس: قال بعض أصحابنا القرويين هذا إن كان في مجلس واحد، ولو كان في مجلسين وادعى الطالب المال حلف مع كل شاهد وأخذ مائة وخمسين، انتهى من شفاء الغليل.

وَمَنْ أَقْرَ مَثَلًا بِتِسْعَةٍ وَصَحَّ أَنْ دَفَعَ مِنْهَا السَّبْعَةَ
ثُمَّ أَتَى مِنْ بَعْدِ ذَا بِبَيْتِهِ بِقَبْضِ دِينَارَيْنِ مِنْهُ مُغْلِبَةً
فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ إِنْ الْخَصْمُ ادَّعَى دُخُولَ دِينَارَيْنِ فِيمَا انْدَفَعَا

يعني أن من أقر لرجل أن عليه تسعة دنائير مثلاً ثم ثبت بيينة أو إقرار صاحب الحق أنه قبض منها سبعة ثم أبى المدين بيينة تشهد له أنه دفع لغريمه دينارين فادعى المدين أنها الباقية عليه من التسعة أنه خلص ما عليه وادعى رب المال أن الدينارين من السبعة المدفوعة أولاً وداخله فيها وأنه بقي له ديناران فالقول في ذلك قول المدين أنها غير داخله في السبعة وأنه خلص دينه كله ويحلف على ذلك كما هو الشأن في غالب من قيل القول قوله: قال في المنتخب: وفي كتاب ابن حبيب وسئل ابن القاسم عن رجل ادعى على رجل باثني عشر ديناراً فأقر له بها أو ثبت عليه بشهود ثم أقر صاحب الحق أنه قبض منها تسعة وأقام المطلوب البيينة أنه قضاه ثلاثة فقال الطالب هذه الثلاثة من التسعة فقال القول قول المطلوب أنها من غير التسعة ويبرأ من الاثني عشر كلها، وكذلك لو أن رجلاً أثبت على رجل ستة دنائير فأقر الطالب أنه قبض منه ثلاثة وأقام المطلوب بيينة أنه قضاه ثلاثين

(ص): ومن أقر مثلاً بتسعة، إلى آخر الأبيات الثلاثة. هذه المسألة لم يتبين لي فيها كلام، ولكن انظر الشرح عند قول المختصر: وإن أبرأ فلاناً إلى آخر كتاب الإقرار، وبيان وجه المسألة على ما في النظم أن زيد أسلف عمراً مثلاً اثني عشر درهماً وأقر زيد أنه قبض منها ثمانية أو شهد عليه بقبضها ثم أتى عمرو بيينة أنه دفع لزيد دينارين وادعى أنهما زائدان على ثمانية وأنه لم يبق عليه إلا ديناران سدس الدين وقال زيد بل ديناران من ثمانية وقد بقي أربعة دنائير ثلث الدين فالقول لعمرو وهو المدين مع يمينه، وإنما كان القول للمدين لأن قبض زيد تعدد قبض ثمانية ثم اثني والأصل عدم الدخول، ولكن تأمل هذا الفرع فإني لم أقف على من بحث فيه ولم تفهم وجهه كل الفهم.

فزعم الطالب أنها الثلاثة التي أقر أنه قبضها، وقال المطلوب بل هي سواها كان القول قول المطلوب مع يمينه ويبرأ من الستة كلها. قال ابن حبيب: وسألت عن ذلك أصبغ فقال لي مثله اه. تنبيه: تبين من كلام صاحب المنتخب ومن قول الناظم مثلاً أن ما ذكره المصنف فرض مثال فقط ليقاس عليه ما أشبهه لا أنه مقصود بينه. وقول الناظم: ثم أتى أي المقر بالتسعة، ومن بعد ذا أي من بعد دفع السبعة، وبينه يتعلق بأنى، ومعلنة صفة لبينة وبقبض يتعلق بمعلنة ومنه يتعلق بقبض والضمير للمدين، وضمير قوله فالقول قوله للذي أقام البينة بدفع الدينارين وهو المدين والمراد بالخصم صاحب المال.

وَبَيْعٌ مِّنْ حَابَىٰ مِنَ الْمَرْذُودِ إِنَّ ثَبَّتَ التَّوْلِيحُ بِالشُّهُودِ
إِمَّا بِإِقْرَارٍ أَوْ الْإِشْهَادِ لَهُمْ بِهِ فِي وَقْتِ الْاِنْعِقَادِ
وَمَعِ ثَبُوتِ مَبِيلٍ بَاتِحٍ لِمَنْ مِنْهُ اشْتَرَىٰ يَخْلِفُ فِي دَفْعِ الثَّمَنِ

تقدم في الفصل الذي عقده الناظم لمسائل من أحكام البيع أن المحاباة البيع بأقل من القيمة بكثير لقصد نفع المشتري (وهذا هو الغالب) في الاستعمال أو الشراء بأكثر كذلك لقصد نفع البائع، وأن ما نقص عن القيمة في البيع أو زاد عليها في الشراء عطية وهبة، فإن لم يقصد نفع من ذكر بل وقع للجهل بقدر الثمن فهو الغبن. وأما التوليج فهو هبة في صورة البيع لإسقاط كلفة الحوز أو لغير ذلك من الأغراض هذا هو الغالب في الاستعمال، وقد يطلق أحدهما على الآخر بجامع أن الزائد في المحاباة على القيمة توليج وذلك كما في البيت الأول من هذه، فإن الظاهر أو المتعين أن مقصود الناظم هنا الكلام على التوليج ومع ذلك قال: وبيع من حابى، ويدل لذلك قوله: إن ثبت التوليج ولم يقل إن ثبتت المحاباة، ولو قال وبيع توليج من المردود لكان أنسب والله أعلم. ويدل لما قلنا من الفرق بين المحاباة والتوليج ما نقل ابن سلمون في الفصل الذي عقده لأحكام التصيير ولفظه: فإن صيره في ثابت أو باع منه بثمان قبضه وكان في ذلك محاباة وغبن بطل باتفاق. قال في العتبية: سئل مالك فيمن ولى ابنه حائطاً اشتراه بثمان يسيروا وثمانه اليوم كثير فقال ذلك لا يجوز إلا أن يجوزه له الأب. وقال عيسى بن دينار: سئل ابن القاسم

(ص): وبيع من حابى من المردود، إلى آخر الأبيات الثلاثة. قوله: (وهذا هو الغالب الخ) الواجب هنا أن يتقل كلام الفائق باعتبار المحاباة حيث قال ما نصه: إذا حابى المريض ولده في عين المبيع مثل أن يبيع منه خيار دياره أو عبده بمثل الثمن أو أكثر فللورثة نقض البيع في ذلك، قاله اللخمي وأبو اسحاق ومثله في سماع أبي زيد، قال محمد: وهذا أحسن وإن كان إنما حاباه في ثمنه فقط مثل أن يبيع منه بمائة ما يساوي مائتين فعند ابن القاسم للورثة نقض البيع كله لأنه أراد به التوليج، ولو أتم هو بقية الثمن ما كان ذلك له لأن أصل البيع وقع على التوليج، وقيل إن أتم بقية الثمن فلا كلام للورثة إذ لو باع منه بمثل القيمة فلا حجة لهم الخ. وهذا منه بلفظه وهو في ابن عرفة بأكمل من هذا، انظر الشرح عند قول المختصر: ومعاوضة مالية آخر كتاب الحجر تر كلاماً جيداً في محاباة المرضى.

في الذي يبيع من ولده الصغير الأرض بعشرة دنانير وهي تساوي مائة فقال: إن كانت في يد الأب حتى مات فأراها موروثه ولا أرى للولد إلا العشرة اهـ. فانظر إلى قوله: فإن صيره في حق ثابت، وإلى قوله: أو باع منه بثمن قبضه إلى قوله وكان في ذلك محاباة فإنه صريح في ثبوت وجود العوض، إلا أن قيمة المصير أكثر من الدين المصير فيه، أو قيمة المبيع وقت البيع أكثر من قيمته يوم اشتراه بانه فلذلك قال: وكان فيه محاباة، فأطلق المحاباة على ما فيه عوض إلا أنه غير مساو لعوضه، وانظر أيضاً إلى قوله ببيع الأرض بعشرة وهي تساوي مائة فإنه صريح في وجود عوض في الجملة وهو العشرة مع كون الأرض تساوي مائة. ثم قال ابن سلمون إثر ما تقدم متصلاً به ما نصه: وسئل الفقهاء بقرطبة في رجل باع من أم ولده أو زوجه نصف دار له في صحته وأشهد بالبيع وقبض الثمن ثم توفي فقام أخوه وأثبت عقداً أن أخاه لم يزل ساكناً في الدار إلى أن مات وبعداوة الأخ له وأنه كان يقول لا أورثه شيئاً، فأجاب أبو محمد بن عتاب: إذا ثبت سكناه لهما فذلك يبطل العقد ولا حق لها في الثمن إذ ليس من الإقرار للوارث، وإنما قصد هبة الدار لإسقاط الحيازة. وأجاب ابن الحاج ما عقده من ذلك غير جائز ولا نافذ وما ثبت من السكنى يبطل له، ومع ذلك فإن عقد البيع لم يتضمن معاينة القبض للثمن وذلك مما يستراب فيه ويظن فيه القصد إلى التوليج والخدعة، وبذلك جاءت الرواية عن القاسم: سئل مالك عمن شهد في صحته أنني بعث منزلي هذا من امرأتي أو ابني أو ابنتي بمال عظيم ولم ير أحد من الشهود الثمن ولم يزل بيد البائع إلى أن مات فقال: لا يجوز هذا ليس بيعاً وإنما هو توليج وخدعة ووصية لوارث، وكذلك إن ثبت أنه كان توليجاً بالشهادة فيبطل باتفاق، وكيفية ثبوت التوليج أن يقول الشهود: توسطنا العقد واتفقاً جميعاً على أن ما عقده من البيع والتصيير سمعة لا حقيقة له، أو يقولوا: أقر لنا بذلك المشتري بعد البيع اهـ. انظر كيف سمى ما لا عوض فيه توليجاً في جواب ابن الحاج وجواب الإمام مالك رضي الله عنه، وفي كيفية ثبوت التوليج حيث قال الشهود: إن ما عقده من البيع أو التصيير سمعة لا حقيقة له، وعلى كل حال فالمقصود تمليك المشتري في الصورة للشئ المبيع، والمصير إما مجاناً في التوليج أو ببعض الثمن في المحاباة فذلك أعطوه حكم التبرع، وأنه إن حيز صح له وإن لم يحز بطل ورد له ثمنه في المحاباة. قوله: وبيع من حابي الخ يعني أن البيع الذي ظاهره أنه توليج كما تقدمت أمثلته في قول ابن سلمون وسئل الفقهاء بقرطبة الخ إذا ثبت وصح كونه توليجاً لا بيعاً حقيقة فإنه يفسخ ويرد وعلى ذلك نبه بالبيت الأول، وثبوت ذلك يكون بأحد ثلاثة أشياء، الأول: أن يقول الشهود توسطنا العقد بين البائع والمشتري واتفقاً على أن البيع الذي عقده في الظاهر إنما هو سمعة لا حقيقة له. الثاني: أن يقولوا أقر بذلك عندنا المشتري بعد البيع. الثالث: أن يقولوا شهدنا فلان وفلان على شهادتهما بأحد هذين الوجهين، كذا نقل الشارح عن طرر ابن عات، وعلى ذلك نبه بالبيت الثاني. وأشار الناظم للوجه الثاني مما يثبت به التوليج بقوله: إما بإقرار أي من المشتري، وأشار للوجه الثالث بقوله: أو الإشهاد لهم به واللام في لهم بمعنى على أي عليهم وضمير به للتوليج، ويحتمل على بعد أن يكون أشار به

للولج الأول فيكون لفظ الإشهاد بمعنى الشهادة ولام لهم زائدة يعني أو شهادة الشهود بالتوليج والله أعلم. وقوله:

ومع ثبوت ميل بائع لمن منه اشترى يحلف في دفع الثمن يعني أنه إذا لم يثبت كون البيع توليجاً وثبت ميل البائع إلى المشتري فيلزم المشتري اليمين أنه اشترى شراءً صحيحاً ودفع الثمن، فإن حلف ثبت البيع ولم يبطل إلا أن يثبت فيه توليج أو محاباة، فعلى ما تقدم قاله ابن سلمون: ولا يقال إن تسمية ما دفع فيه ثمن توليجاً هو من إطلاق التوليج على المحاباة لأن دفع الثمن إنما هو بزعم المشتري فقط والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل في حكم المديان

وَمَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ إِمَّا مُوسِرٌ
أَوْ مُفْسِرٌ قَضَاؤُهُ إِضْرَارٌ
أَوْ مُغْدِمٌ وَقَدْ أَبَانَ مَفْذِرُهُ
وَمَنْ عَلَى الأَمْوَالِ قَدْ تَقَعَّدَا
وَلَا التِّقَاتِ عِنْدَ ذَا اللَّبِيئَةِ
وإنْ أَتَى بِضَامِنٍ فَبِالأَدَا
فَمَطْلُهُ ظَلَمٌ وَلَا يُؤَخَّرُ
فَيَنْبَغِي فِي شَأْنِهِ الإِنْظَارُ
فَوَاجِبٌ إِنْظَارُهُ لِمَيْسِرِهِ
فَالضَّرْبُ وَالسُّجُنُ عَلَيْهِ سَرْمَدَا
لَمَا ادَّعَى مِنْ عَدَمٍ وَيَبِيئَةُ
حَتَّى يُؤَدِّي مَا عَلَيْهِ قَعَدَا

قسم الناظم تبعاً لغيره الغريم الذي عليه الدين إلى خمسة أقسام. الأول: الموسر الغني وحكمه أنه لا يؤخر بقضاء ما عليه لأن مطله ظلم لقوله عليه الصلاة والسلام: «مطل الغني ظلم». الثاني: المعسر الذي ليس بمعدم لكن في الحكم عليه بتعجيل القضاء إضرار كمن عنده أصول أو عروض ولا ناض عنده يؤدي منه الدين (وحكمه أنه يستحب تأخير) وانظاره إلى تمكنه من قضاء دينه من غير مضرة تلحقه لقول مولانا رسول الله ﷺ: «من أنظر معسراً أو وضع عنه أظله الله في ظله يوم لا ظل إلا ظله». ومطله مع كونه مجتهداً غير مقصر ولا متراخ في قضاء ما عليه لا يضره. قال ابن رشد: كان الشيوخ بقرطبة يفتون بتأخيره بالاجتهاد على قدر كثرة المال وقتله، ولا يوكلون عليه في بيع عروضه وعقاره في الحال وعلى ذلك تدل الروايات اهـ. الثالث: المعسر المعدم وعدمه ثابت وعليه نبه بقوله: وقد أبان معذرة وتأخيره إلى أن يوسر واجب قال تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ [البقرة: ٢٨]. الرابع: من أخذ أموال الناس وتقعدها عليها وادعى

فصل في حكم المديان

ومن عليه الدين إما موسر، إلى آخر الأبيات الستة. قوله (وحكمه أنه يستحب تأخيره (الخ) تعبيره تبع فيه لفظ النظم فينبغي غير أن لفظ فينبغي قد يراد به الوجوب وهذا هو المتعين هنا فعلى هذا الشارح درك.

العدم. ويأتي للناظم القسم الخامس وهو مجهول الحال أثر هذه الأبيات، والمناسب والله أعلم تأخير هذا القسم إلى أن يذكر مع أقسام المديان المجهول الحال، ولذلك والله أعلم أعاد الناظم ذكره آخر تلك الأقسام حيث قال:

وحبس من غاب على المال إلى أدائه أو موته معتقلاً
وسياتي قسم سادس وهو الضعيف التجر القليل ذات اليد، قال في المقدمات: إذا تبين كذبه فإنه يحبس أبداً حتى يؤدي أموال الناس أو يموت في السجن. وروى سحنون أنه يضرب بالدرة المرة بعد المرة حتى يؤدي أموال الناس، وليس قولنا هذا بخلاف لمذهب مالك رحمه الله فقد قال مالك: يضرب الإمام الخصم على اللدد وأي لدد أبين من هذا، فالقضاء بما روي عن سحنون في مثل هؤلاء الذين يقعدون على أموال الناس ويرضون بالسجن ويستخفونه ليأكلوا أموال الناس ويستضمنوها هو الواجب الذي لا تصح مخالفته إن شاء الله. وقد قال عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه: تحدث للناس أفضية بقدر ما أحدثوا من الفجور اه. وفي المقدمات أيضاً: وأما المحبوس لتقعه على أموال الناس فلا ينجيه من السجن والضرب على ما روي عن سحنون إلا حميل غارم وهذا كله بين اه. وإلى كلام صاحب المقدمات هذا أشار الناظم بالبيت الأخير. فقولته: فبالأداء أي إن أتى بضامن فيكون بالمال لا بالوجه. وقوله: حتى يؤدي ما عليه قعدا هو غاية لقوله فالضرب والسجن عليه أبداً. وقوله: ولا التفات عند ذأ أي عند تقعه على الأموال ويدعي ذهابها ولا يعرف ذلك إلا بقوله، وهو في موضعه لا يعلم أنه سرق ماله، ولا به احترق بيته، ولا نزلت مصيبة، فإذا أقام بينة بالعدم فلا يلتفت إليها ولا تقبل منه ومبينة صفة لبينة، ولما ادعى يتعلق بمبينة. (فرع: قال في التوضيح): من ثبت فقره وعلم بأكل أموال الناس فإنه يسجن ويضيق عليه أدباً له ويمنع منه ولده ومن يعزّ عليه اه. نقله عن اللخمي.

وَحَيْثُمَا يُجْهَلُ حَالٌ مِّنْ طَلِبٍ وَقَصْدُ اخْتِبَارُهُ بِمَا يَجِبُ
فَحَبْسُهُ مِقْدَارَ نَضْفِ شَهْرٍ إِنْ يَكُنُ الدَّيْنُ يُسِيرَ القَدْرِ
وَالْحَبْسُ فِي تَوْسُطِ شَهْرَانِ وَضَعْفُ ذَيْنِ فِي الحَاطِرِ الشَّانِ
وَحَيْثُ جَاءَ قَبْلُ بِالحَمِيلِ بِأَلْوَجْهِ مَا لِلسَّجْنِ مِنْ سَبِيلِ

لما قدم الكلام على المدين الذي علم حاله من كونه موسراً أو معسراً غير معدم أو معدماً أتبعه بالكلام على المدين المجهول الحال الذي لم يعلم ملاؤه من عدمه وقسمه إلى قسمين. الأول: مجهول الحال من غير تهمة لحقته وبه بدأ، فذكر أنه إذا قصد اختباره فإنه

قوله: (فرع قال في التوضيح) انظر الشرح عند قول المختصر: وحبس النساء عند أمينة إلى آخر تلك المسائل المذكورة هناك.

(ص): وحيثما يجهل حال من طلب، إلى آخر الأبيات الأربعة.

يحبس ويختلف مقدار حبسه باختلاف كثرة الدين وقلته، فيحبس مقدار نصف شهر إن كان الدين يسيراً. قال في الرواية كالدرهيمات، وإن كان المال أكثر من هذا ولم يكن المال الخطير جداً فإنه يحبس للاختبار شهرين ونحوهما، وإن كان المال كثيراً جداً وهو الذي كنى عنه بالخطير الشأن فإنه يحبس للاختبار أيضاً أربعة أشهر ونحوهما ضعف ما قبله يليه، هذا كله إن لم يأت المدين المذكور بحميل بوجهه، فإن أتى به لم يسجن واختبر حاله وهو غير مسجون، فإن ظهر من حاله ما يوجب سجنًا سجن، وإن لم يظهر له مال فهو ممن ينبغي إنظاره. فقلوه وحيث جاء قبل سجنه (وليس ما تقدم) من تعيين مدة حبسه أمراً لازماً لا يتعدى بل هو ممّا وكل لاجتهاد القاضي فيرى فيه رأيه، وكأنه من باب الآجال الموكولة لاجتهاد القضاة والله أعلم. **القسم الثاني** من أقسام مجهول الحال: من لحقته تهمة إما بكونه أخفى ماله قصداً لحرمان غرمائه، وإما بكونه أخذ أموال الناس وزعم تلفها، ويأتي حكمه وهو السجن أيضاً في قوله: والحبس للملد والمتهم الأبيات الثلاثة. ولهذا قال في المقدمات: وحبس المديان على ثلاثة أوجه: أحدها: حبس تلوم واختبار فيمن جهل حاله. **والثاني:** (من ألد واتهم) بأنه أخفى مالاً وغيبه. **والثالث:** حبس من أخذ أموال الناس وتعد عليها وادعى العدم فتبين كذبه إذا لم يعلم أنه جرى عليه سبب أذهب ما حصل عنده من أموال الناس. فأما حبس التلوم والاختبار في المجهول الحال فيقدر ما يستوي أمره ويكشف عن حاله، وذلك يختلف باختلاف الدين فيما روى ابن حبيب عن ابن الماجشون فيحبس في الدرهمات اليسيرة قدر نصف شهر، وفي الكثير من المال أربعة أشهر، وفي الوسط شهرين، ووجه ذلك أنه يسجن على وجه اختبار حاله، فوجب أن يكون على قدر الحق الذي يسجن من أجله. وأما حبس من ألد واتهم بأنه أخفى مالاً وغيبه فإنه يسجن حتى يؤدي أو يثبت عدمه فيحلف ويسرح. قال الشارح: وقد تقدم نقل القسم الثالث في أول الباب فاختصرت نقله هنا. قلت: وكذلك فعلنا نحن. قال في المقدمات: فإن سأل المحبوس للتلوم والاختبار أن يعطي حميلاً حتى يتبين حاله ولا يحبس فقال في المدونة: يحبس أو يؤخذ منه حميل ولم يبين إن كان بالوجه أو بالمال. قال أبو إسحاق التونسي بالوجه دون المال مذهب ابن القاسم يريد حميلاً بإحضاره عند انقضاء المدة التي يجب سجنه فيها لاختبار حاله، فإذا أحضره عندها برىء من الضمان وحبس إن تبين أن له مالاً حتى يؤدي، وإن لم يتبين له مال أطلق بعد اليمين، وإن لم

قوله: (وليس ما تقدم الخ) هذا كلام صحيح وتنبه مليح لا محيد عنه، فإن هذا الأمر يختلف اختلافات كثيرة بحسب صعوبة مكان السجن وسهولته، وإن كان لا يحل السجن في المكان الذي يصعب على من يسجن به كما في تبصرة ابن فرحون، وإنما السجن لأجل منع الإنسان من التصرفات، ومن أجل خوف هربه، وقوة المسجون وتجلده وضعفه في ذلك وكثرة المال وقلته وتوسطه إلى غير ذلك مما يكثر. قوله: (من ألد واتهم الخ) في العبارة شيء لا يخفى لأن المتهم لم يتبين لده، إذ اللدد إذا تبين لم تبق تهمة إذ التهمة هو أنه يشك فيه هل عنده شيء أخفاه فيكون ملداً، أو لم يخف شيئاً فلا لدد يوجد عنده، ويأتي لهذا الشارح الإشارة لشيء من هذا عند شرحه

يحضره الحميل غرم، وإن تبين أنه عديم (من أجل اليمين) اللازمة له اهـ. فالقسم الأول من أقسام المحبوسين تكلم عليه في هذه الأبيات. والثاني يأتي في قوله: والحبس للملد والمتهم، البيتين، والثالث تقدم في قوله: أو من على الأموال قد تقعدا. الأبيات الثلاثة. ويأتي زيادة على ما اشتملت عليه هذه الأبيات الثلاثة أنه إن لم يؤد ما عليه قعدا سجن إلى أن يموت في قوله:

وحبس من غاب على المال إلى
وَسِلْعَةُ الْمَدِيَانِ رَهْنًا تُجْعَلُ
وَحَقُّهُ مَعَ ذَلِكَ أَنْ يُؤَخَّرَا
أدائه أو موته معتقلا
وَيَبْعُهَا عَلَيْهِ لَا يُعَجَّلُ
بِحَسَبِ الْمَالِ لِمَا الْقَاضِي يَرَى

أشار البيتين إلى قول ابن رشد في نوازله: أنه سئل عن رجل ترتب عليه دين حال وله سلعة يمكن بيعها بسرعة فطلب صاحب الدين أن تباع وطلب صاحبها أن لا تفوت عليه وتوضع رهناً ويؤجل أياماً ينظر في الدين فقال: إن من حقه أن يجعل السلعة رهناً ويؤجل في إحضار المال بقدر قلته وكثرته، وما لا يكون فيه ضرر على واحد منهما على ما يؤديه إليه اجتهاد الحاكم في ذلك قال: وهذا هو الذي جرى به الحكم ومضى عليه العمل وتدلل عليه الروايات عن مالك وأصحابه اهـ. قال الشارح: يظهر من قول ابن رشد ما لا يكون فيه ضرر على واحد منهما بحسب اجتهاد الحاكم أن يعتبر حال الدين، (فإن كان من ثمن سلعة) جرت العادة أن ينقد ثمنها يضيق في اقتضائه على مبتاعها لا سيما إن كان بائعها من المترددين لجلب تلك السلعة فإن عليه ضرراً إن فسخ لمبتاعها في التقاضي اهـ. وهذه المسألة مما يتعلق بالقسم الثاني من أقسام المديان وهو المعسر الذي ليس بمعدم المتقدم في قوله:

أو معسر قضاؤه إضرار
وقوله هنا مع ذاك أي مع جعل سلعته رهناً وبحسب ولما يتعلقان بيؤخرا وجملة يرى صلة ما.

وَالْحَبْسُ لِلْمَلْدِ وَالْمُتَّهَمِ
وَلَيْسَ يُنْجِيهِ مِنْ اغْتِقَالِ
وَحَبْسُ مَنْ غَابَ عَلَى الْمَالِ إِلَى
إِلَى الْأَدَاءِ أَوْ ثُبُوتِ الْعَدَمِ
إِلَّا حَمِيلٌ غَارِمٌ لِلْمَالِ
أَدَائِهِ أَوْ مَوْتِهِ مُفْتَقِلاً
تقدم أن حبس المديان على ثلاثة أوجه: أحدها ما ذكر هنا وهو حبس من ألد واتهم

قول النظم: والحبس للملد والمتهم. قوله: (من أجل اليمين) مر في المختصر على غرمه في كتاب الفلس، ومر في كتاب الضمان على خلاف ذلك، انظر الشرح في باب الضمان.

(ص): وسلعة المديان رهناً تجعل، إلى آخر البيتين. وقوله: (فإن كان من ثمن سلعة الخ) هذا صحيح لا غبار عليه.

(ص): والحبس للملد والمتهم، إلى آخر الأبيات الثلاثة.

بأنه أخفى مالاً وغيبه، وتقدم عن المقدمات مثل ما ذكر هنا وأنه يحبس حتى يؤدي أو يثبت عدمه فيحلف ويسرح، زاد في المقدمات: وإن سأل المحبوس للدد والتهمة أن يعطي حميلاً بوجهه إلى أن يثبت عدمه لم يمكن من ذلك لأن التضييق بالسجن واجب عليه للتهمة اللاحقة له رجاء أن يؤدي، فإن أراد أن لا يسجن أعطى حميلاً غارماً لا يسقط عنه الغرم إثباته للغريم المطلوب العدم اهـ. وقول الناظم والمتهم قد يتوهم من العطف أن المتهم غير الملد وليس كذلك، ولم يصرح الناظم بوجود حلفه إذا ثبت عدمه وكأنه رآه ظاهراً، وأشار بالبيت الثالث إلى تمام حكم من أخذ أموال الناس وتقعدها عليها وادعى العدم، وقد تقدم حكمه أول الفصل حيث قال: ومن على الأموال قد تقعدا، الأبيات الثلاثة وزاد أنه يطال سجنه إلى أن يؤدي أو يموت في السجن، وهذا يفهم من قوله قبل حتى يؤدي ما عليه قعدا، إذ يفهم منه أنه إذا لم يؤدي يموت في السجن والله أعلم. فالبيت تكرر إلا أنه قصد تمام أقسام حبس المديان المجهول الحال.

وَعَيْرُ أَهْلِ الْوَفْرِ مَهْمَا قَصَدَا تَأْخِيرُهُ وَبِالْقَضَاءِ وَعَدَا
مُكِّنَ مِنْ ذَلِكَ بِضَامِنٍ وَإِنْ لَمْ يَأْتِ بِالضَّامِنِ لِلْمَالِ سَجِنُ
وَمَنْ لَهُ وَفْرٌ فَلَيْسَ يُضْمَنُ فَإِنْ قَضَى الْحَقَّ وَإِلَّا يُسَجِنُ
وَأَوْجِبَ ابْنُ زَرْبٍ أَنْ يُحْلَفَا مَنْ كَانَ بَاكْتِسَابِ عَيْنٍ عُرِفَا

الجوهري: الوفر المال الكثير اهـ. ولعل المراد هنا مطلق المال (لا بقيد كونه) كثيراً، والمراد أن المديان إذا وعد بقضاء ما عليه من الدين وطلب التأخير فإنه يؤخر إن أعطى حميلاً بالمال، وإن لم يعط حميلاً فإنه يسجن، هذا إن لم يكن من أهل الوفر، فإن كان من أهل الوفر والمال فلا يقبل منه ضامن بل إما أن يقضي ما عليه أو يسجن. وقال ابن زرب: إن كان معروفاً باكتساب المال حلف أنه لم يحضره في الوقت مال وحينئذ يؤخذ منه الحميل أو الرهن. (وعلى قوله العمل) قال في المقدمات: وأما إذا حل الدين

(ص): وغير أهل الوفر مهما قصدا، إلى آخر الأبيات الأربعة.

قوله: (لا بقيد كونه الخ) لعله أريد بالكثير ما يفي بالدين بلا مشقة على المدين. قوله: (وعلى قوله العمل) انظره في الفذلكة الآتية هنا الآن، وقد قال العبدوسي وأجاد ما نصه: المديان ستة مدين علم عدمه، ومجهول الحال، والمتهم أنه أخفى مالا، ومن تقعد بأموال الناس وقال ذهب مني وادعى أن لا شيء عنده، ومن وعد بالقضاء واتهم أو يكون أخفى عينه، ومن وعد بالقضاء وليس عنده إلا الأصول، فالأول لا يحبس عليه بحال، والثاني يحبس للاختبار إن لم يعط حميلاً بوجهه. والثالث يضيق عليه بالحبس حتى يتبين عدمه. والرابع يضيق عليه بالضرب والسجن إلا أن يعلم له عين فتؤخذ وتدفع للغرماء ولا يسجن أو سلع فتباع ويدفع ثمنها للغرماء ولا يحبس. والخامس المشهور أنه يؤخر بقدر ما يبيع من عروضه وكذا إن لم يكن له إلا الأصول فيؤخذ بقدر ما تباع فيه فالمتهم يضيق عليه بالحبس حتى يقضي أو يتبين عدمه، ومن تقعد بأموال الناس يضيق عليه بالحبس والضرب حتى يقضي أو يموت فيشتركان في التضييق بالحبس ويفترقان في أن أحدهما يسجن حتى

فسأل أن يؤخر ووعده بالقضاء فليؤخره الإمام حسبما يرجو له ولا يعجل عليه بالتفليس وبيع عروضه عليه في الحين، وإذا أصر الغريم بما حلّ عليه أخذ منه حميل، قاله سحنون في كتاب ابنه، فإن لم يكن له حميل سجن، ووجه هذا أن تعذر القضاء قد يتجه على أكثر الناس إلا أن يكون رجل يعرف الوفرة وأن عنده الناض فلا يؤجل ولا يؤخر، فإن لم

يقضي أو يتبين عدمه والآخر يسجن حتى يقضي أو يموت في الحبس اهـ. وقوله: أو يموت أي أو يتبين للإمام أن لا شيء عنده فيطلق كما بيناه في الشرح وذلك أمر حق منصوص عليه.

فذلكة لهذه الأمور المتقدمة: ولنأت بكلام المختصر شارحاً بكلام المحققين فإن في ذلك كفاية في هذه الأمور التي لها شتات ونصه: وحبس لثبوت عسره إن جهل حاله ولم يسأل الصبر له بحميل بوجهه فيغرم إن لم يأت به ولو أثبت عدمه وأظهر ملاؤه إن تفالس، وإن وعد بقضاء وسأل تأخير كاليوم أعطى حميلاً بالمال وإلا سجن كمعلوم الملاء وأجل لبيع عرضه إن أعطى حميلاً بالمال، وفي عدمه على عدم الناض تردد، وإن علم بالناض لم يؤخر وضرب مرة بعد مرة، وإن شهد بعسره أنه لا يعرف له مال ظاهر ولا باطن حلف كذلك وزاد وإن وجد ليقضين وانظر وحلف الطالب إن ادعى عليه عدم العدم، وإن سأل تفتيش داره ففيه تردد ورجحت بينة الملاء إن بينت وأخرج المجهول وإن طال سجنه بقدر الدين والشخص اهـ. المقصود منه. فقوله وحبس لثبوت عسره إن جهل حاله ولم يسأل الصبر له بحميل بوجهه معناه أن من ادعى أنه لا مال عنده يقضي به ما عليه فإنه يحبس حتى يثبت ما ادعاه إن لم يطلب عدم الحبس مع إعطائه ضامناً يضمن وجهه، فإن طلب ذلك وأعطى الضامن فإنه لا يحبس ويتبع بالدفع مع ضرب الأجل له بالاجتهاد لكتب العدم^(١) فإن عمله كان في نظرة الله تعالى إلى أن يرزقه الله تعالى ما يقضي منه، والمذهب أن الناس محمولون على الملاء إلا إذا لاحت القرائن، على أن بعض الناس لا مال له يفي منه بحيث يغلب على الظن ذلك فيه فليعرض عنه القاضي كما يفهم من كلام اللخمي، والأصل عدم اللدود، والأصل عدم وجود المال، ولكن الغالب وجوده لأن الإنسان يكتسب والغالب يقدم على الأصل في أمثال هذا إن لم يعارض الغالب أمر آخر وهو قرائن عدم المال بل ذلك يخرج من الغالب، ويأتي هذا في كلام هذا الشارح عند قول الناظم: ومحمل الناس الخ، فافهم هذا فإن كلام الناس أو جله إنما هو في مجهول الحال وظاهر الملاء ومعلومه، وأما ظاهر العدم فلم يذكره وإنما ذكر فيه إعراض القاضي عنه قوله: أو ظهر ملاؤه إن تفالس التعبير بالتفاعل هنا ظاهر، لأن هذا الرجل ظاهر الملاء وهو يدعي خلاف ذلك فهو يظهر العدم وليس كذلك بشهادة حاله، والحاصل في هذا القسم أنه لا ينجبه إلا إثبات العدم أو الأداء أو ضامن بالمال، نعم إن ظهر عجزه لطول سجنه بحيث يغلب على الظن عجزه لأنه لا يصبر كذلك إلا العاجز وهو إذا غلب على الظن عجزه لم يبق له تفالس وحينئذ فيكون حكمه حكم مجهول الحال. وقوله: وإن وعد بقضاء الخ تأخير هذا كاليوم إنما هو لسؤاله ذلك وإلا فالحق هو تأخيره بحسب كثرة الدين وقلته وظن وجوده وعدمه، والحاصل ينظر في ذلك القاضي ويجتهد في تأخيره كما لا يخفى، ويدل على هذا الكلام المتن في المواضع الكثيرة منه، وأن التأخير في أمثال هذا إنما هو باجتهاد القاضي بحسب تيسر الحال وتعسره والشخص والزمان

(١) قوله: «لكتب العدم الخ» كذا بالأصل ولم نفهم له معنى مع زيادة التأمل والإمعان وتغييره بما هو معقول المعنى بنا في الأمانة الواجب التمسك بها فليحرر، ١. هـ. مصححه.

يعلم أنه من أهل الناض وادعى الغريم أن عنده مالاً ناضاً وأنه إنما يريد المدد والإضرار بتأخير الحق عنه ودعا إلى تحليفه على ذلك فيجري الأمر على الاختلاف في يمين التهمة اهـ. وصرّح في طرر ابن عات بأن الحميل الذي يعطي من ليس من أهل الناض هو بالمال كما صرّح به الناظم. وفي أحكام ابن سهل: وكان أبو بكر بن زرب يرى اليمين في هذا على التجار لأن الغالب على أحوالهم حضور الناض عندهم وكان لا يرى اليمين على غير التجار وهو تنويع حسن اهـ.

والمكان. وقوله كمعلوم الملاء التشبيه في كونه يسجن إلا أن يعطي حميلاً بالمال وهذا هو الذي قال فيه ابن رشد، أما المحبوس لتقده على أموال الناس فلا ينجيه من الضرب والسجن إلا حميل غارم على ما روي عن سحنون، إذ ظاهر الملاء هو الذي يغلب على الظن أنه قادر على وفاء دينه، ولعل بعضهم يعتبر عن معلوم الملاء بالمتقعد على أموال الناس وبعضهم يعبر عنه بالمدد. وقوله: وأجل لبيع الخ هو راجع لمعلوم الملاء إذ المجهول حاله يعطي ضامناً بالوجه، وظاهر الملاء تقدم تأجيله، لكن إذا وعد بالقضاء وأحرى معلوم الملاء إذا لم يعد بالقضاء يسجن ومجهول الحال وظاهر الملاء لم يظهر له عروض وإلا صار معلوم الملاء، لأن المراد بالعرض ما يفي بالدين فافهم. وقوله: وفي حلفه هو معلوم الملاء أيضاً لا في المجهول حاله وظاهر الملاء إذ هو مظنة للناض أكثر من غيره ولذلك قال ابن زرب: يحلف التجار لا غيرهم. وكلام ابن سهل يدل على أن عدم اليمين هو الراجع. وقال ابن رشد: هذا ما لم يحقق صاحب الحق على المدين أن عنده الناض فإنه يحلف اتفاقاً، فإن نكل حلف صاحب الحق وأخذ حقه بلا تأخير أصلاً، كثيراً كان التأخير أو قليلاً، والعجب من المصنف والعبدوسي وبهرام في كتبه والتثائي وغيرهم لم ينقلوا كلام ابن رشد مع كون ابن عرفة نقله وسلمه، وكلام ابن رشد ظاهر لأنها دعوى محققة غير مستعدة، وكلما كان كذلك وجبت اليمين إلا لعارض فافهم. وقوله: وإن علم بالناض الخ ظاهره أنه لا يؤخر قليلاً ولا كثيراً وهو أحرى مما قاله ابن رشد قبيله. وعبارة عياض لا يؤخر ساعة. وقوله أيضاً وإن علم بالناض الخ هو في معلوم المال لا في مجهول الحال وظاهر الملاء لأنهما لو علما بالناض صارا معلومي الملاء لأن المراد بالناض ما يفي به الدين. وقوله: وضرب الخ هو في معلوم الملاء فقط كما في التوضيح وابن عرفة والعبدوسي وغيرهم وأصله لابن رشد، ووقع لبعض الناس هنا تخليط فاحترز منه. وقوله: وإن شهد بعسره عائد على المدين مجهول الحال وظاهر الملاء، وأما معلومه فالشهادة لا تفيد إلا إذا شهدت بذهاب ماله وهذا يشعر به قوله: لا نعلم له مالاً الخ فافهم، وإنما يشهد بعسره من يعرف حاله لأن من لم يخبر حاله يصدق في قوله لا نعلم له مالاً الخ. وإن كان له مال وكذلك فيما يشبه كالشهادة في قطع الزوجة على زوجها عند غيبته. وذكر ابن ناجي على الرسالة أن العدم لا يقبل فيه واحد ويمين انظره هنا وعند قول المختصر في كتاب العتق إن كان بين العسر الخ. وإذا شهد له بالعدم وأعذر للطالب فإن المدين يعطي ضامناً بوجهه وإلا سجن إلى أن يفرغ أجل الاعتذار فيفعل القاضي ما يقتضيه الشرع العزيز. وقوله حلف كذلك أي على العلم لا على البت ولكن الحق أنه يحلف على البت لا كما قال في المختصر، فكلامه هنا مقابله هو الصحيح كما بينه في الشرح وما عللوا به ما في المتن لا ينهض. وقوله وزاد الخ هذه الزيادة ذكرها غير واحد من الفحول. ولا ابن عبد السلام وغيره فيها اعتراض، ولم يشر ابن عرفة لهذا الاعتراض كما قاله ابن غازي في تكميله.

وَحَمَلُ النَّاسِ عَلَى حَالِ الْمَلَأِ عَلَى الْأَصْحَحِ وَبِهِ الْحُكْمُ خَلَا

يعني أنه اختلف هل يحمل الناس على الملاء حتى يثبت العدم وهو الأصح، فمن ادعى العدم فعليه إثباته أو يحملون على العدم حتى يتبين الملاء، ومن ادعى الملاء فعليه إثباته وهذا مقابل الأصح والحكم خلا أي مضى بالقول الأول وهو حمل الناس على الملاء، وهو مما اعتبر فيه الغالب وطرح الأصل عند تعارض الأصل والغالب فإن الأصل أن الإنسان ولد فقيراً لا يملك شيئاً، والغالب من الإنسان التكتسب لحمل على الغالب في هذا القول.

وقوله وحلف الطالب الخ الكلام في هذا كثير، وقد قال ابن ناجي على المدونة استمر العمل على ترك هذه اليمين، ويظهر من الممكناسي أن عمل فاس على هذا وإنما تركت هذه اليمين لأن اليمين صعبة على الناس لا سيما أهل المروءات، والذي يدل عليه كلام الناس بعد تأمله غاية أن هذه اليمين لا تتوجه على من لا يعرف أحوال المدين إما لبعده منه أو عدم مخالطته. والحاصل كل ما دل على عدم معرفته بأحواله وهو من شأنه الهروب من اليمين وإن كان يعرف أحواله، ومن شأنه أنه لا يهرب من اليمين، فاليمين وإن لم يظهر أحد الأمرين فهنا يتردد النظر والأولى عدم اليمين أيضاً، وهنا ينظر للقرائن ويحتاج القاضي لفظته لما يقتضيه الحال باعتبار الزمان والمكان والرجال. وقوله وإن سأل الخ يظهر من كلامهم في هذا أن الراجح هو وجوب التفتيش في المعروف باللدن أو الظاهر منه اللدن، وكذا ينظر لحال المدين إن لم يعرف باللدن ولا ظهر منه اللدن، فإن كان ظاهر العدم فلا تفتيش، وإن كان ظاهر الملاء فالأولى هو التفتيش، لأن الأول يعرض عنه كما تقدم، والثاني حاله يشهد عليه، والأولى أو الراجح في المعروف بمثابة الدين أن لا يفتش ولو كان ظاهر الملاء وهذا كله في غير المعلوم بالملاء، وأما هو فحكمه ظاهر. وقوله: ورجحت بينة الملاء إلا إن بينت أي بينت المال لأن من حفظ حجة على من لم يحفظ وإن لم تبين مالا ففي ذلك خلاف قوي وبيان ذلك في الشرح. وقوله: وأخرج المجهول الخ هذا هو الذي قصد في المتن بقوله إن جهل حاله، وحاصله أنه يخرج من السجن إن طال حبسه بحسب ما ذكر، وهذا حيث لم يشهد بعدمه وإلا فأمره ظاهر، وحاصله أن يطلق إما بطول حبسه حين عجزه عن بينة عدمه أو بوجود بينة العدم، وليس المراد أنه إذا لم يجد بينة تشهد بعدمه أنه يبقى أبداً كما توهم بعض القضاة من أهل الوقت إذ هذا لا يقول به أحد، فافهم هذا فقط ظلمت فيه رجال من قضاة جهال سامح الله جميعنا بفضلته وعلمنا بطوله، وقد تبين من هذا كله، أن مجهول الحال يمنع من السجن بأحد أمرين: إما بينة العدم أو بطول سجنه بحسب حاله والدين وظاهر الملاء وهو الذي يتهم أن يكون أخفى مالا يخرج بثبوت العدم أو تبين العدم ولا يخرج بطول السجن، ويدل قول المختصر وأخرج المجهول إن طال حبسه الخ ومعلوم الملاء هو الذي تقعد عن أموال الناس لا يخرج إلا ببينة على ذهاب ماله بحرق ونحوه أو بقضاء دينه، إلا إذا تبين أنه لم يبق عنده شيء لأجل قرائن دلت على ذلك بحيث يقطع أنه لا شيء عنده فيسرح، وأحرى في هذا ظاهر الملاء في كونه يسرح كما أشرنا إليه، وهذا كله إن لم يكن له مال معين وإلا بيع وقضي منه الدين ولا يسجن، وإنما أطلنا في هذه الأمور ولصعوبتها وعظم خطرها، فإن حبس المسلم وتضييع حق المسلم صعب بل هذه المسائل تستحق أن تخص بتأليف وحدها، ولكن إنما يعرف ذلك من ولي القضاء وتأمل ما يقع من ذلك، ومن المعلوم أن حق الذي في هذا كحق المسلم إذ ماله معصوم لأجل أخذ الجزية منه وكذا سجنه فافهم.

وَيَشْهَدُ النَّاسُ بَضْعَفٍ أَوْ عَدَمٍ وَلَا غِنَى فِي الْحَالَتَيْنِ مِنْ قَسَمٍ
بِمَا اقْتَضَاهُ الرَّسْمُ لَا الْيَقِينَ إِذْ لَا يَصِحُّ بَثُّ ذِي الْيَمِينِ
وَمَنْ نُكُوْلُهُ عَنِ الْحَلْفِ بَدَا فَإِنَّهُ يُسْجَنُ بِنَدْوٍ أَبَدًا

يعني أن المدين قد يشهد فيه بكونه عديماً إلا يعلم له مال لا ظاهر ولا باطن، وتقدم أنه يجب إنظاره، وقد يشهد فيه بكونه ضعيف التجر قليل ذات اليد بهذه الحالة عرفوه، والشهادة في الوجهين إنما تكون على ما يعلمه الشهود لا على البت، وإذا كانت على العلم فلا بدّ معها من يمين المشهود فيه للقاعدة المتقررة أن كل من شهد له بظاهر الحال فلا بدّ من اليمين وإلى هذا أشار بالبيت الأول. وإذا حلف (فإنه يحلف على ما اقتضاه) رسم الشهادة من العلم لا على البت والجزم، إذ قد يكون ملك مالا يارث أو هبة ولا علم له به فلا يصحّ حلفه على البت لأجل هذا الاحتمال فيحلف بالله الذي لا إله إلا هو لا يعلم لنفسه مالا ظاهراً ولا خفياً ولا يقول لا مال لي، وإلى هذا أشار الثاني. وإذا نكل عن هذه اليمين وامتنع منها فإنه يسجن ولا يطلق أبداً، وإلى هذا أشار بالبيت الثالث. والمراد بالحالتين حالة العدم وحالة الضعف. وقوله بما اقتضاه يتعلق بقسم وباؤه بمعنى على واليقين بالخفض عطف على ما واليمين آخر البيت الثاني نعت لذي وحالة الضعف وحالة العدم متغايرتان ينبني على كل واحد منهما خلاف ما ينبني على الأخرى، فينبني على حالة العدم تسريحه ووجوب إنظاره كما تقدم. (وينبني على حالة الضعف) أنه يؤخذ منه ذلك القليل الذي بيده من بعد أن يترك له ما يعيش به هو ومن تجب عليه نفقته لظن يسره ويقضي ما بقي عليه من الدين على قدر وسعه ووجده كما صرّح به الناظم بعد في قوله:

ومثبت للضعف حال دفعه لغرمائه بقدر وسعه

قال في طرر ابن عات: فإن قالوا إنه ضعيف التجر مقل قليل ذات اليد أخذ منه ذلك القليل ودفع لغرمائه وترك له ما يعيش به هو ومن تلزمه نفقته واستحلف. وفيها أيضاً: ابن رشد صفة الشهادة على العدم أن يقول الشاهد أنه يعرفه فقيراً عديماً لا يعلم له

(ص): ويشهد الناس بضعف أو عدم، إلى آخر الأبيات الثلاثة. وقوله (فإنه يحلف على ما اقتضاه النخ) الحق أنه يحلف على البت كما قدمناه قريباً، انظر وجهه في الشرح، وهذا عجب حيث لم ينقل هذا الشارح القول بالبت أصلاً مع كونه هو الحق إن شاء الله تعالى. قوله: (وينبني على حالة الضعف النخ) وربما يظهر الفرق أيضاً في نفقة الزوجة على زوجها والغائب فإن أثبت العدم مدة غيبته فلا شيء لها عليه، وإن أثبت ضعف حاله فإنه يدفع قدر نفقة أمثاله إن بقي له شيء يدفع منه بعد قوته وكان ضعيف الحال هو الذي له صنعة فقط تقوم به وتفضل له فضلة منها أو خراج فقط ولا مال بيده، وهذا هو الظاهر من كلامهم ولا بعده قولهم ضعيف التجر لأنه لا يلزم فإنه يكون عامل قراض وذلك تجر ولا مال في ملكه عنده، وهذا يأتي على مذهب اللخمي أن الصانع مثلاً يلزمه التكسب إن عمل على ذلك، انظر عند قول المختصر في كتاب الفلاس ولا يلزم بتكسب.

مالاً ظاهراً ولا باطناً، واختلف إن شهدوا أنه فقير عديم لا مال له ظاهراً ولا باطناً (فقيل: إن شهادته لا تجوز) لأنها تحمل على ظاهرها من البتات، وقيل إنها جائزة لأنها تحمل على وجه العلم. وفي الطرر أيضاً: قال بعض أصحابنا: يحلف على العلم ولا يحلف على البت لأنه قد يحدث له مالاً ولم يعلم به من إرث أو هبة أو شبه ذلك فيحنت إن بت أو قطع من الاستغنا. وفي الوثائق المجموعة: إن لم يثبت للمطلوب مال استحلف في مقطع الحق بالله الذي لا إله إلا هو ما له مال ظاهر ولا باطن قرض ولا عرض، ولئن رزقه الله مالاً ليؤدين فإن نكل حبس أبداً اهـ. وعن حلفه هكذا على البت تحرز الشيخ بقوله: بما اقتضاه الرسم البيت. وفي الطرر أيضاً: إن نكل عن اليمين فحكى ابن مغيث أنه يسجن أبداً لأن نكوله تهمة.

وَحَيْثُ تَمَّ رَسْمُهُ وَعُدْمًا كَانَ عَدِيمًا لِأَوْلِيَاءِ الْغُرَمَا
إِلَّا إِذَا اسْتَفَادَ مِنْ بَعْدِ الْعَدَمِ مَا لَا فَيَطْلُبُونَهُ بِالْمُلْتَزَمِ

يعني إذا شهد بعدم المدين وتم رسم الشهادة بالإعذار إلى غرمائه فسلموا عدمه إما لعجزهم عن المدفع فيما شهد له به وإما لإقرارهم بعدمه، فإن هذا المدين يكون عديماً لهؤلاء الغرماء الذين عدموه، فلا يجب لهم قبله شيء إلا إن استفاد بعد ذلك مالاً فإنهم يطلبونه بما التزم لهم حيث قال في يمينه: وإن وجد ليقضين. ففي طرر ابن عات: حكى الباجي أنه إذا قام الغرماء فأثبت الغريم عدمه وحلف ثم قاموا عليه بعد ذلك فهو على العدم الذي ثبت له حتى يعلم أنه استفاد مالاً لأنه حكم بذلك عليهم. (ولو قام غير الأولين) وقد مضت مدة بعد ثبوت العدم الأول فإنه يكلف البينة أن عدمه متصل ولا

قوله: (فقيل إن شهادته لا تجوز الخ) هذا كلام لابن رشد ذكر الخلاف عند احتمال إرادته البت وعدمه، وأما إذا صرحوا بالبت فالاتفاق على عدم صحة الشهادة هذا حاصل نقله، وربما يفهم هذا من كلام هذا الشارح في الجملة، ومع ذلك فصورة الخلاف القوي منه هو عدم صحة الشهادة، انظر عند قوله وأنها لم تخرج عن ملكه في علمهم في كتاب الشهادات، ولكن الجاهل يعذر بجهله في البت، قف على الشرح في المحل المذكور تر الحق عياناً إن شاء الله تعالى.

(ص): وحيث تم رسمه وعدمه، إلى آخر البيتين. قوله: (ولو قام غير الأولين الخ) هذا التفصيل ربما يكون قولاً من الأقوال لا أنه متفق عليه أو المذهب، مع أن النظر فيه يظهر لأن صحة هذا التفصيل يؤدي إلى الإعذار لكل غريم، نعم إذا قيل إنه يعذر لكل غريم في شهود العدم فيقرب الأمر، انظر عند قول المختصر في كتاب الفلاس: وانفك ولو بلا حكم الخ. وعند قوله: وقسم ماله إلى آخر تلك المسائل. وقد نص ابن ناجي على المدونة بأن العمل جرى بعد تجديد العدم بعد ستة أشهر، وذكر ابن عاشر أن العمل بفاس هو التجديد بعدها وهو الذي قال به الباجي، انظر هذا كله في المحل المذكور في الشرح مع زيادات، والذي يجب العمل به باعتبار ما يظهر من كلام الناس وهو الحق إن شاء الله تعالى أن القيام قبل ستة أشهر لا قائل به وبعدها فينظر لقرائن الأحوال، فإن كان المفلس من أهل الديانة والإنصاف ولم يظهر ما يوجب ريبة في حصول مال له فلا يلزم بتجديد العدم، وإن كان يتهم باللدد في الجملة وهو قليل الديانة وحدث ما يوجب تهمة وجود المال فيجدد،

يعلمون أنه استفاد مالاً إلى قيام هؤلاء الآخرين عليه في علم البينة، لأن هؤلاء لم يحكم عليهم ولا أعذر إليهم في الشهود بالعدم، فيجب أن يشهد الشهود على اتصال العدم وبياح لهم المدفع في شهادتهم اهـ. فرع: في مفيد ابن هشام ومن فلس وقسم ماله بين غرمائه ولم يقم بمالهم عليه ثم دابنه آخرون وفلس ثانية فالذين دابنوه ثانية أولى بما في يده ولا يدخل معهم الأولون، فإن فضل شيء من حقوقهم تحاص فيه الأولون، وهذا الحكم فيما حصل في يده من معاملة الآخرين، وأما مالكة بهبة أو ميراث أو أرش أو وصية فإن الآخرين والأولين فيه أسوة اهـ.

وَيَنْبَغِي إِعْلَانُ حَالِ الْمَعْدُمِ فِي كُلِّ مَشْهَدٍ بِأَمْرِ الْحَاكِمِ
وَمُثَبِّتٌ لِلضَّعْفِ حَالُ دَفْعِهِ لِغُرْمَائِهِ بِقَدْرِ وَسْمِهِ
وَطَالِبٌ تَفْتِيَشُ دَارَ الْمُغْسِرِ مَمْتَنِعٌ إِسْعَافُهُ لِأَكْثَرِ

(اشتمل) كل بيت من الأبيات الثلاثة على مسألة. الأولى: أنه يطلب إعلام الناس بحال المعدم في المشاهد والأسواق ويكون ذلك بأمر القاضي، قال الشارح: وهو الذي جرى به العمل من قضاة العدل رحمهم الله، ووجه ذلك ظاهر ليعرف الناس حاله فلا يعامله من يعامله إلا على بصيرة من أمره والأصل في ذلك فعل عمر رضي الله عنه اهـ. الثانية: إن المدين إذا أثبت ضعفه وقلة ذات يده فإنه يؤدي لغرمائه على قدر وسعه وطاقته وتقدم هذا. الثالثة: إذا سأل رب الدين تفتيش دار المدين فهل يجاب لذلك أو لا؟ قولان. وأشار بذلك إلى ما وقع لابن رشد في مقدماته قال: فإن سأل الطالب أن يفتش عليه داره وقال إنه قد غيب فيها ماله فإن الشيوخ المتأخرين كانوا يختلفون في ذلك. حكى أبو الأصبح به سهل أنه شاهد الفتوى والحكم بطليطلة إذا دعا الطالب إلى أن يفتش مسكن المطلوب عند ادعائه العدم بالحق أن يفتش مسكنه فما ألقى فيه من متاع الرجال بيع عليه وأنصف الطالب منه ولا يختلف فقهاؤهم في ذلك، وأنه أنكر ذلك على أكثرهم فاستبصروا فيه ولم يرجعوا عنه، وأنه سأل عن ذلك الفقيه أبا عبدالله بن عتاب رحمه الله فأنكره، وأنكره أيضاً ابن مالك وقال: رأيت إن كان الذي في بيته ودائع، فقلت له: ذلك محمول على أنه ملكه حتى يتبين خلافه، فقال: يلزم إذن توقيفه والاستيناء به حتى يعلم هل له طالب أو يأتي مدفع فيه. قال: وأعلمت ابن القطان بعمل أهل طليطلة في ذلك فقال لي يبعد ولم ينكره وأنا أراه حسناً فيمن ظاهره الالداد والمطل واستسهال

وإن لم يكن ما ذكر فلعل ذلك هو محل الخلاف، وعلى القاضي الاجتهاد في الجملة، وهذا كله حيث يظهر له مال وإلا فيقام عليه ولو قبل مضي ستة أشهر من الشهادة بعدمه.

(ص): وينبغي إعلان حال المعدم، إلى آخر الأبيات الثلاثة. قوله: (اشتمل الخ) المسألة الثانية والثالثة تقدم الكلام عليهما، والأولى ظاهر أمرها، إلا أن قول الناظم: وينبغي الخ الحق أن الإعلان يتعين في الذي من شأنه كتم عدمه ومعاملة الناس مع ذلك ولا سيما إن كان من أهل الذمة فافهم.

الكذب والله أعلم بالصواب اهـ. وفي كل وبأمر الحكم يتعلقان بإعلان. وقوله حال دفعه مبتدأ ويقدر خبره والجملة خبر مثبت وإسعافه نائب ممتنع.

فصل في الفلس

التفليس أعم وأخص، فالتفليس الأخص قال ابن عرفة: حكم الحاكم بخلع كل ما لمدين لغرمائه لعجزه عن قضاء ما لزمه، قال: والأعم قيام ذي دين على مدين ليس له ما يفي به. قوله: حكم الحاكم أشار به إلى أن التفليس المذكور إنما يكون بحكم فأطلق التفليس عرفاً على الحكم المذكور، وأشار إلى أن ثبوت خلع المال غير الحكم به وإنما التفليس هو الحكم بالخلع لا ثبوت الخلع. وأخرج بقوله خلع كل المال الحكم بأداء مال وغيره. وقوله لمدين صلة ما ولغرمائه يتعلق بمدين أو بخلع ولعجزه يتعلق بالحكم وأخرج خلع كل ماله باستحقاق عينه، وإذا اتفق الغرماء على أخذ المال من المفلس واقتسموه فهو تفليس أخص والحد لا يصدق عليه، والجواب أن الواقع في السماع أنه كتفليس السلطان ولم يطلق عليه تفليساً. وقوله في حد الأعم قيام الخ مناسب لإطلاق التفليس على قيام الغرماء وباقية ظاهر في إخراج وإدخاله، (ومن خاصية الأعم) أنه لا يجوز له تبرع ولا معاملة بغير عرض ولا محاباة إلا ما تجري العادة بفعله، والأخص يمنع ما منع منه الأعم ويمنع مطلق البيع والشراء. قال الرصاص: (رأيت لتلميذ الشيخ) الإمام الوانوشي أن قال: انظر حد شيخنا التفليس الأعم والأخص فإن القاعدة أن حد الأعم لا بد أن ينطبق على حد الأخص، وفي تعريف الشيخ ليس كذلك انظر تمام كلامه إن شئت.

فصل في الفلس

قوله: (ومن خاصية الأعم الخ) هذا غير صحيح بل الإحاطة كافية في منعه من التبرع، ولذلك قال في المختصر للفرير منع من أحاط الدين بماله من تبرعه الخ. فعدم جواز التبرع هو بمجرد الإحاطة وإن لم يقر الغرماء عليه، وكلام الناس ككلام المختصر، وكلام التحفة ظاهر في هذا أيضاً. قوله: (رأيت لتلميذ الشيخ الخ) مثال ما يظهر فيه الانطباق حد الحيوان وحد الإنسان، فحد الحيوان الجسم النامي الحساس المتحرك بالإرادة، وحد الإنسان الحيوان الناطق، فأنت ترى حد الحيوان ينطبق على حد الإنسان إذ هو فرد من أفرادهِ ولذلك يقال الإنسان حيوان، والتفليس الأعم هو قيام ذي دين الخ. وحد الأخص هو حكم الحاكم، ولا ينطبق قيام ذي دين على حكم الحاكم، هذا معنى الاعتراض وهو أمر ظاهر، ألا ترى أن حد البيع الأعم على البيع الأخص كما لا يخفى؟ ولكن إن أريد اصطلاح أهل الميزان في الأعم والأخص والغالب على ابن عرفة أن حدوده جارية على ما عند أهل الميزان بدليل اعتراضه كثيراً على ابن شاس وابن الحاجب كما في حد الطلاق وغيره، لكن تقسيم ابن عرفة التفليس إلى أعم وأخص لا نعلم له فيه سلفاً بحسب ما وقفنا عليه من كلام الناس الذين تتبع كلامهم، وإنما عند الناس التفليس الأخص ولكن لا يسمونه أخص وربما يكون عندهم هو حبس السلطان للمدين لا حكمه بما ذكره ابن عرفة، ولكن قف على كلام الناس صدر كتاب الفلس في تلك المسائل إلى قول المؤلف وقبل تعيينه الخ.

وَمَنْ بِمَالِهِ أَحَاطَ الدِّينُ لَا
وَأَنْ يَكُنْ لِلْغُرْمَا فِي أَمْرِهِ
يَمْضِي لَهُ تَبَرُّعٌ إِنْ فَعَلَا
تَشَاوَرَ فَلَا غِنَى عَنْ حَجْرِهِ
إِذَا ذَاكَ كَالْحُلُولِ بِالْمَمُونِ

تقدم أن التفليس أعم وأخص، (وأن خاصية الأعم) الذي هو قيام الغرماء على المديين أنه يمنع من التبرع والمحاباة ونحو ذلك وإلى ذلك أشار بالبيت الأول، وأن خاصية الأخص الذي هو حكم الحاكم بخلع ماله هي أنه يحجر عليه في المعاوضات وغيرها وتحل ديونه إذ ذاك كما تحل بالموت وإلى ذلك أشار بقوله: وإن يكن للغرماء في أمره البيتين، إلا أن ابن عرفة جعل التفليس الأعم هو قيام الغرماء، (والناظم جعله) إحاطة الدين بماله ظاهره ولو لم يقيم الغرماء، وجعل أيضاً التفليس الأخص هو حكم الحاكم بخلع ماله، والناظم جعله تشاور أرباب الديون في أمر المفلس، وما نسبته للناظم من جعله التفليس العام هو إحاطة الدين بمال الغريم والخاص تشاور الغرماء في أمر المفلس صرح به الشارح، قال شيخنا رحمه الله في طرره: قال في المقدمات: الفلاس عدم المال، والتفليس خلع الرجل من ماله لغرمائه، والمفلس المحكوم عليه بحكم الفلاس، ثم قال: وحد التفليس الذي يمنع قبول إقراره هو أن يقوم عليه غرماؤه فيسجنوه أو يقوموا عليه فيستتر عنهم فلا يجدوه. قال محمد: ويحولوا بينه وبين التصرف في ماله. ثم قال شيخنا رحمه الله بعد نقله لجملة صالحة من كلام المقدمات ما نصه: إذا تأملت كلام ابن رشد المنقول عن المقدمات اتضح لك أن لمن أحاط الدين بماله ثلاث حالات. الحالة الأولى: ما قبل التفليس أشار إليها الشيخ خليل بقوله: للغريم منع من أحاط الدين بماله. ثم ذكر فروع هذه الحالة كما ذكرها ابن رشد في قوله: من تبرعه وسفره إن حل بغية وأعطاه غيره قبل أجله أو كل ما بيده إلى آخر ما ذكر. (الحالة الثانية: تفليس عام) (وهو المشار إليه)

(ص): ومن بماله أحاط الدين لا، إلى آخر الأبيات الثلاثة. قوله: (وأن خاصية الأعم الخ) تقدم ما فيه قبيله. قوله: (والناظم جعله الخ) لم يجعل الناظم هذا وإنما جعله مانعاً مما ذكر وإن كانت الترجمة قال فيها فصل في الفلاس ولكن هو عدم المال كما في نقل هذا الشارح نفسه وكذا قوله بعيدة والناظم جعله الخ. قوله: (الحالة الثانية تفليس عام الخ) ليس هذا عند الفقهاء. قوله: (وهو المشار إليه الخ) لم يقل خليل عام مع أن قوله أي خليل في مختصره وفلس الخ أن فلسه الحاكم وعلى تفليس الحاكم الخ يترتب قوله فمنع الخ، ولذلك أتى بالفاء، وليس هذا هو التفليس العام عند ابن عرفة الذي تبع ابن عاشر لأنه عنده قيام ذي دين إلى آخر ما رأيته في نقل هذا الشارح عنه نفسه، ولم يذكر أن من تمام حده تفليس الحاكم له، انظر كلام الناس في الشرح، وحاصل كلام المختصر أن الإحاطة ذكر أنها تمنع من التبرعات، وهذا التفليس يمنع من جميع التصرفات ولو كان غير تبرع. وأما قوله كتفليس الحاكم فإنما هو تشبيه بما قبله في عدم دخول الأولين مع الآخرين وإلا فهو قول المختصر وفلاس الخ. فتفليس الحاكم أي التحجير منه على المديين هو التفليس عند الفقهاء ولا أعم ولا أخص، إنما التفليس هو ما ذكرناه وهو شيء واحد، وأما الإحاطة فلا تفليس معها أصلاً، وكذا قيام الغرماء مجرداً عن تحجير الحاكم، وأما إقرار المديين ففي الإحاطة يصح إلا ممن يتهم عليه وهو

بقوله: وفلس حضر أو غاب إن لم يعلم ملاؤه بطلبه، وإن أبى غيره ديناً حلّ زاد على ماله أو بقي ما لا يفي بالمؤجل فمنع من تصرف مالي. فقوله بطلبه ديناً حلّ أي بطلب الغريم أو بطلب المدين ديناً حلّ هو معنى قول ابن رشد: هو أن يقوم عليه غرماؤه فيسجنوه أو يقوموا عليه فيستتر عنهم فلا يجذوه. الحالة الثالثة: تفليس خاص وهو المشار إليه بقول الشيخ خليل: كتفليس الحاكم أي كخلعه مال المدين لغيره وهذا هو التفليس الخاص، وقد عرفه ابن عرفة بأنه الحكم بالخلع لا نفس خلع المال، وعلى هذا فيقال في شرح قول الشيخ خليل كتفليس الحاكم أي كحكمه بخلع المال انتهى باختصار. وفي مفيد ابن هشام: ومن أحاط الدين بماله فلا يجوز له هبة ولا صدقة ولا عتق ولا إقرار بدين لم يتهم عليه في الموازية إذا قاموا وبنوا على تفليسه محمد وحالوا بينه وبين ماله، ولابن القاسم: أو تشاوروا فيه فذلك حد التفليس. واعتمد الناظم قول ابن القاسم: وإذا كان عنده التشاور تفليساً فأحرى غيره. وفي المقرب: قال ابن وهب قال مالك: ومن مات وفلس فقد حلّ الدين الذي عليه وإن كان إلى أجل.

والاعتصارُ ليسَ بالمُكَلَّفِ لَهُ وَلَا قُبُولُ غَيْرِ السَّلْفِ
وهو مُصَدِّقٌ إِذَا مَا عَيْنَا مَالَهُ وَمَا عَلَيْهِ أُمَّنَا

يعني أن المفلس لا يكلف ولا يلزم بأن يعتصر ما وهبه لمن له الاعتصار منه ليأخذه الغرماء في ديونهم، بل إن شاء اعتصر وإن شاء لم يعتصر، فإذا اعتصر أخذه الغرماء في

قول المختصر مشبهاً بما قبله في المنح كإقراره لمن يتهم عليه على المختار. وقال في إقرار المفلس الذي حجر عليه الحاكم وقبل إقراره بالمجلس وقربه إلى آخر تلك المسائل وهذه فذلّة وهي ومدلول كلام الناس لما بعد قيام الغرماء ولم يفلسه الحاكم، فإقراره مقبول لمن لا يتهم عليه كما في الإحاطة بلا قيام، وكلام ابن عرفة خلاف المذهب، قف على الشرح والحق عياناً إن شاء الله تعالى، فافهم وادع لمن قرب بالمغفرة والحمد لله رب العالمين.

(ص): والاعتصار ليس بالمكلف، إلى آخر البيتين إلى هذا وأكثر منه أشار في المختصر بقوله في هذا الكتاب ما نصه، وأوجر رقيقه بخلاف مستولده ولم يلزم بتكسب وتسلف واستشفاع وعفو للدية وانتزاع مال رقيقه أو ما وهبه لولده اه. ومراده برقيقه من لا يصح بيعه كالمعتق لأجل ولم يذكر طلب الهبة ولا قبولها مع أن ذلك كله في مقدمات ابن رشد، وكذا ذكر أن له أن يفعل هذه الأشياء إلا الاستشفاع على مذهب مالك وابن القاسم أن له فعله، ومذهب سحنون لا يفعله واختاره اللخمي لأن هذه شفعة للغير، ومسألة إذا باع بالخيار أو اشترى ثم فلس أشار لها في مختصره في كتاب الخيار بقوله: ولا خيار لو ارث النخ، وإن ذكره في توضيحه هنا ولله دره في هذا الاختصار العجيب والاعتصار الغريب. قال ابن عرفة ما نصه الشيخ في النوادر أعرف لابن القاسم أنه لا يجبر على العفو عن دم لأخذ دية ولا له العفو عن دية وجبت له اه. بلفظه. وعلّلوا هنا عدم وجوب نزع المال رقيقه بأن الغرماء لم يعاملوه على ذلك ولأنه ملك الغير وبه يكون طلبه للناس أحرى فافهم. وقوله بتكسب ظاهره ولو كان المدين صانعاً وعملاً على صنعته فاللخمي يلزمه التكسب، وظاهر كلام غيره عدم اللزوم، ولكن قف على تحقيقه في الشرح فإن المسألة مهمة وتقع كثيراً فهي فائدة

دينهم، وكذلك لا يلزمه قبول غير السلف من هبة وغيرها، وكذلك لا يلزمه قبول السلف أيضاً على ما يأتي في كلام ابن رشد، وإلى هذا أشار بالبيت الأول، وأشار في البيت الثاني إلى أنه مصدق إذا عين مالا لنفسه أو لغيره وهو مؤمن عليه من قرض أو ودیعة ونحوهما، ففي تبصرة اللخمي للمفلس اعتصار ما وهبه لابنه ولا يجبر على ذلك. وفي طرر ابن عات: قال القاضي أبو الوليد رحمه الله: لا اختلاف أعلمه أنه لا يلزم المديان أن يتسلف ولا أن يستوهب ولا أن يتداين ليؤدي ما عليه من الديون، ولا أن يقبل شيئاً من ذلك إن طاع له بذلك أحد، لأن الغرماء لم يعاملوه على ذلك، ولا يلزمه قبول معروف لأحد ولا تحمل منه، (وإن طاع الرجل) أن يسلف الطالب فيقضيه مال الغريم المطلوب ويرجع عليه لزمه ذلك ولم يكن له أن يمتنع لأن المعروف إنما هو للطالب ليس للغريم المطلوب فلا قول له في ذلك ولا وجه لامتناعه منه. وفي مفيد ابن هشام: وإذا وهب للمفلس هبة أو تصدق عليه بصدقة أو أوصى له بوصية أو وجبت له شفعة فيها ربح لم يجبر على قبول شيء من ذلك إن أباه. (وفي طرر ابن عات): واختلف فيما يقر به بشيء يعينه ودیعة أو قراض ما أشبه ذلك لمن لا يتهم عليه بدين على ثلاثة أقوال: فقليل إن إقراره لا يجوز. وقيل يجوز مع يمين المقر لهم. وقيل إن كان على الأصل بينة صدق وإن لم تكن على الأصل بينة لم يجز إقراره اهـ. وعلى هذا ذهب الشيخ خليل حيث قال: وقبل تعيينه القراض والوديعة إن قامت بينة بأصله.

وَرَبُّ الْأَرْضِ الْمَكْتَرَةُ إِنْ طَرَقَ تَفْلِيسٍ أَوْ مَوْتٍ بِرَزْعِهَا أَحَقُّ
وَإِنْ طَرَقَ الْمَكْتَرَةُ إِنْ طَرَقَ فِيمَا بَأْيَدِيهِمْ فَمَا مِنْ مَانِعٍ

جلیلة فطالعتها تر الحق إن شاء مولانا سبحانه. قوله: (وإن طاع الرجل الخ) هذا هو قول المختصر في كتاب الضمان مشبهاً بما هو جائز ما نصه: كأدائه رفقاً لا عتناً فيرد الخ. فما في هذا الشارح بقيد بأن يكون المسلف قصد الرفق لا الضرر. قوله: (وفي طرر ابن عات الخ) إقرار المفلس لا يكفي فيه هذا بل فيه تفصيل طويل وتقييدات مختلف فيها انظرها مستوفاة عند قول المختصر في هذا الكتاب وقبل إقراره الخ في الشرح.

(ص): ورب الأرض المكترة إن طرق البيتين. ما ذكره هذا الشارح صحيح في نفسه ولكن ترك منه كثيراً، وقد قال في المختصر في مسألة البيع ما نصه: وللغريم أخذ عين ماله المحوز عنه في الفلاس لا الموت ولو مسكوكاً وأبقاً ولزمه إن لم يجده إن لم يفده غرماؤه ولو بما لهم وأمكن لبضع وعصمة وقصاص، ولم ينتقل إلى آخر تلك المسائل الكثيرة العويصة، والناظم سيذكر شيئاً من ذلك قليلاً فانظر تر هذا كله، والاقتصار على أن البائع أحق بمبيعه كم في ذلك من إجمال، وما أشار إليه الناظم بعد لا يفي ببيانه، وقد ذكر هذا الشارح شروطاً ثلاثة تراها قريباً إن شاء تعالى، وإنما قال في المختصر المحوز عنه لأنه إذا لم يحز عن ربه فهو أحق به في الموت والفلاس، وخليل ذكر الحوز لأنه فيه يفترق الفلاس من الموت. وقوله: أخذ عين ماله هذا إذا ثبت أنه ماله بينة أو بإقرار على حسب ما قدمه عند قوله: وقبل إقراره بالمجلس وقربه الخ. ومن قال من الشراح أو بإقرار المفلس قبل التفليس فذلك غير صواب بدليل التأمل وإن ذلك يقضي أنه لا يقبل إقراره بقرب مجلس تفليس

يعني أن من اكترى أرضاً وزرعها ثم فلس أو مات فإن رب الأرض الذي أكرهاها أحق بزرعها من سائر غرماء مكتريها حتى يستوفي كراءه، وكذلك من باع شيئاً ولم يخرج شيئه من يده حتى فلس المشتري أو مات أو استصنع في صبغ أو خياطة مثلاً أو الشيء المصنوع ما زال بيده ففلس ربه أو مات فإن البائع والصانع أحق بما في أيديهم من سائر الغرماء إلى أن يستوفي الأول ثمن سلعته والثاني إجارته. وقال في المفيد: ومن اكترى أرضاً فزرعها ثم مات أو فلس قبل أن ينقد أجرتها فرب الأرض أحق بالزرع الذي فيها حتى يستوفي كراءه. وفيه أيضاً: ومن استؤجر على صنعة فصنعها ثم أفلس رب الصنعة فالصانع أحق بالسلعة حتى يقبض أجرته في فلس ربهها وموته اهـ. وفي التوضيح: في توجيه كون رب الأرض المكترة أولى بزرعها، ووجهه أن الزرع إنما نشأ عن الأرض فكانت كالحائزة له، وحوزها كحوز صاحبها فكان بمنزلة من باع سلعة وفلس مشتريها أو مات وهي بيد بائعها اهـ. أي فبائعها أحق بها من سائر الغرماء. ورب الأرض مبتدأ خبره أحق، وبزرعها يتعلق بأحق، والإشارة في قوله واحكم بذال للحكم المتقدم وهو كون رب الأرض أولى بزرعها فيكون البائع والصانع أحق بما في أيديهما من سائر غرماء المشتري والمصنوع له وليس لهما مانع ولا معارض في ذلك وهو تكميل للبيت، وجمع ضمير بأيهم باعتبار مصدق وبائع وصانع.

وَمَا حَوَاهُ مُشْتَرٍ وَيَحْضُرُ
فَرِيءُهُ فِي فَلَاسٍ مُخَيَّرِ
إِلَّا إِذَا مَا الْغُرْمَاءُ دَفَعُوا
ثَمْنَهُ فَأَخَذَهُ مُنْتَمِعِ

يعني أن من باع شيئاً ممّا يعرف بعينه وقبضه المشتري ولم يقبض البائع ثمنه حتى فلس المشتري أو مات فوجد البائع شيئه فإن كان المشتري فلس فبائعه مخير بين أن يأخذ شيئه بعينه أو يتحاصص مع الغرماء، وهذا إن لم يدفع الغرماء ثمنه لبائعه، فإن دفع الغرماء للبائع ثمن شيئه فلا كلام له فيه، وأما إذا مات المشتري فليس للبائع إلا الحصاص وهذا مفهوم قوله فربه في فلس مخير. قال في المدونة: قال مالك: من باع سلعته فمات المبتاع قبل أن يدفع ثمنها وهي قائمة بيده فالبائع أسوة الغرماء في ثمنها، (وإن فلس المبتاع وهي قائمة) بيده كان البائع أحق بها، وإن لم يكن للمفلس مال غيرها إلا أن يرضى الغرماء

وليس الأمر كذلك. وأشار لمسألة الأرض مع غيرها أيضاً في المختصر بقوله: وأخذ المكري دابته وأرضه وقدم في زرعها في الفلاس ثم ساقه ثم مرتنه والصانع أحق ولو بموت بما بيده وإلا فلا إن لم يصف لصنعه شيئاً إلا النسخ فكالمزيد يشارك بقيمته الخ. وقوله في الفلاس يعني وأما في الموت فالمرتتهن هو المقدم ثم رب الأرض والساقى أسوة الغرماء، وانظر البحث في قوله إلا النسخ وقف على الشرح ولا بد ولا بد فيه وفي غيره، فإن هذه المسائل صعبا باعتبار الفرق بين الموت والفلاس في مسألة الأرض، وما في التحفة قل من كثر، وهذه عادته، وكان من حقه إذا ذكر مسألة كملها أو تركها كغيرها وكذا حق من شرحه وإلا فذكر شيء من أشياء وهي في حكم الشيء الواحد مشوش للأذهان غاية.

(ص): وما حواه مشتر ويحضر، إلى آخر البيتين. قوله: (وإن فلس المبتاع وهي قائمة الخ)

بدفع ثمنها إليه فذلك لهم اه. وفي المفيد: ومن باع من رجل سلعته ثم فلس المشتري قبل أن يقبض البائع ثمنها فوجدها البائع عنده فهو بالخيار إن شاء أخذها بالثمن الذي باعها به وإن شاء تركها وحاص غرماء بثمانها، فإن وجدها ناقصة في سوقها أو بدنها فله أخذها، وكذلك إن وجدها قد زادت في بدنها أو سوقها إلا أن يضمن له الغرماء ثمنها اه. والفرق بين هذه المسألة والمتقدمة في البيتين قبلها في الصورة أن تلك لم تخرج عن يد بائعها، فكان أحق بها في الموت والفلس، وهذه قبضها المشتري فربها أحق بها في الفلس، وهو في الموت أسوة الغرماء، ولهذا قال في الأولى: واحكم بذا لبائع أو صانع فيما بأيديهم البيت، فصّح ببقاء الشيء بيد بائعه، وقال في هذه وما حواه مشتر فصّح بأن المشتري قبض مشتراه والله أعلم. تنبيه: إنما يكون البائع أحق بسلعته في التفليس بأربعة شروط. أحدها: ذكره الناظم وهو إن لم يدفع له الغرماء ثمنها. الثاني: أن يمكن الرجوع في عين شيئه فلو لم يمكن فليس إلا المحاصة كما إذا أفلس الزوج بعد الدخول بالزوجة ولم تقبض الصداق ويأتي للناظم التصريح به. الثالث: أن لا ينتقل عن حالته فلو طحن القمح أو صار الزبد سمناً أو فصل الثوب فليس إلا المحاصة. الرابع: أن يكون المبيع ممّا يعرف بعينه بعد الغيبة عليه كالعبد والفرس والثوب، أما ما لا يعرف من المكمل والموزون فإنما له الحصاص إلا أن تقوم بينة أنه صبّ الزيت الذي اشتراه منه في هذه الجرة المعينة وخطه بزيتة فله مكيلته وخطه بمثله لا يفيته، اه. من القلشاني.

وَلَيْسَ مَنْ رَدَّ بَعِيْبٍ مَا اشْتَرَى أَوْلَىٰ بِهِ فِي فَلَاسٍ إِنْ اغْتَرَىٰ
وَالْخَلْعُ فِي سِلْعَةٍ بَيْعٍ فَاسِدٍ ثَالِثُهَا اخْتِصَاصُهَا بِالنَّاقِدِ

الفرق بين الموت والفلس أن الذمة في الموت عدت بالكلية ولا كذلك في الفلس، فلو كان أحق بشيء في الموت لأضر ذلك بالغرماء كثيراً أشار له القاضي في معونته وأبو عمر وغيرهما وقد ساقوا هنا الاحتجاجات بالأحاديث، وقد قال الرجراجي: لا خلاف في كون البائع أحق بشيئه في الموت والفلس إن لم يخرج من يده، وإن خرج فالشافعي يقول هو أحق به فيهما، وأبو حنيفة لا حق له فيهما، ومالك أحق به في الفلس لا الموت.

(ص): وليس من رد بعيب ما اشترى، إلى آخر البيتين. مسألة العيب هي التي أشار لها في المختصر بقوله عاطفاً على ما لا يكون رب السلعة أحق به ما نصه: وراد لسلعة بعيب الخ. وقد علم تقريرها في شراحه وما ذكره هذا الشارح صحيح، وأشار لمسألة الفساد بقوله: وفي كون المشتري أحق بالسلعة يفسخ لفساد البيع أي وفات الثمن أو لا، وفي النقد أي لا إن أخذها في الدين أقوال وهو أحق بثمانه أي إن لم يفت وبالسلعة إن بيعت بسلعة واستحقت وما أخذ عن دين حكى اللخمي محرز الاتفاق على أنه لا يكون أحق به وذلك يدل على الرجاح في مسألة الدين، بل قال ابن عرفة اتفقوا والمسألة أكثرها فيها الكلام، والظاهر من كلامهم رجحان القول الأول في كلام المختصر وهو ظاهر المدونة وصدر به كثير، والمسألة فيها طريقتان كما في ابن عرفة، انظر كلام الناس فيه في الشرح. وقال اللقائي في حواشي التوضيح في قولهم هنا هو أحق بثمانه في الموت والفلس، وتقدم أن من باع سلعة بمسكوك إنما يرجع في الفلس دون الموت لأن المتقدم باع بمسكوك في ذمة

اشتمل البيت الأول على مسألة والثاني على أخرى. فالأولى: من اشترى شيئاً ودفع ثمنه ثم وجد به عيباً فردّه على بائعه ففلس البائع قبل أن يرد للمشتري ثمنه فلا يكون المشتري أحقّ بذلك المعيب الذي ردّه في ثمنه بل هو أسوة الغرماء، وهذا بناء على أن الرد بالعيب نقض للبيع، ولو قلنا إنه ابتداء بيع لخير المشتري لكونه صار بائعاً ونجد سلعته في التفليس. قال ابن رشد: وعلى أن الرد بالعيب نقض بيع قال ابن القاسم في الموازية: ومن ردّ عبداً بعيب ففلس بائعه والعبد بيده قبل قبض الراد ثمنه لا يكون أحقّ به من الغرماء وعلى أنه ابتداء بيع يكون أحقّ به. ابن عرفة: هذا نص في أنه بعد الردّ ونحوه لفظ النوادر خلافاً لقول المازري اختلف إن لم يرد المبيع حتى فلس البائع من المواق. ولفظ التوضيح: من اشترى سلعة ثم اطلع فيها على عيب فأراد ردّها فوجد البائع قد فلس وأن له ردّها ولا يكون أحقّ بها. قال في المقدمات: وهذا على أن الردّ بالعيب نقض، وأما على أنه ابتداء بيع فيكون أحقّ بها اه. وأما البيت الثاني فأشار به إلى أن من اشترى سلعة شراء فاسد وقد كان دفع ثمنها أو كان أخذها عن دين له في ذمّة البائع ثم فلس البائع والسلعة لم تفت وهي بيد المشتري فإن البيع يفسخ، واختلف هل يكون المشتري أحقّ بها فيما نقد من الثمن أو فيما له من الدين على ثلاثة أقوال: أحدها: أنه أحقّ بها وهو قول سحنون. الثاني: لا يكون أحقّ بها وهو قول ابن المواز. الثالث: إن كان أحدها عن دين كان له على البائع الذي فلس فهو أسوة الغرماء، وإن كان دفع ثمنها فهو أحقّ بها وهو قول ابن الماجشون. قال في المقدمات: ولا اختلاف بينهم أنه إن وجد الثمن الذي دفعه بعينه أنه أحقّ بها في الموت والفلس جميعاً قال جميعه في التوضيح. وقوله من ردّ من اسم ليس ورد صلة من، وبعبع يتعلق برّد، وما اشترى مفعول ردّ، وأولى خبر ليس، والناقد الذي دفع الثمن وأخرج به الذي أخذها عن الدين.

وَزَوْجَةٌ فِي مَهْرِهَا كَالْغُرْمَا فِي فَلْسٍ لَا فِي أَلْمَمَاتِ فَاغْلَمَا
وَحَارِسُ الْمَتَاعِ وَالرِّزْعِ وَمَا أَشْبَهَهُ مَعَهُمْ قَدْ قَسَمَا

يعني إن تزوج امرأة ودخل بها ولم يدفع لها الصداق ثم فلس أو مات فإن الزوجة تحاص الغرماء بصداقها في الفلس، أما في الموت فلا شيء لها وهذا قول الجلاب، (والمشهور أنها تحاصص) بصداقها في الفلس والموت معاً. قال في التوضيح: اختلف

المشتري، وأما هنا فإنه دخل على قبض العوض حين دفع الثمن، انتهى باختصار فانظره ما أحسنه. وقال ابن رشد في المقدمات ما نصه: من تزوج بسلعة معينة وقبضتها الزوجة فطلق قبل البناء فوجد النكاح مفسوخاً رجع في سلعته إن وجدها في قائمة الموت والفلس بلا خلاف اه. مسألة المختصر هنا وهي قوله في كون المشتري إلى آخر الخلاف فيه مطلقاً في الموت والفلس ولكن انظر الشرح في مسائل.

(ص): وزوجة في مهرها كالغرماء، إلى آخر البيتين. قوله: (والمشهور أنها تحاصص الخ) هذا هو قول المختصر في الباب، وحاصت الزوجة بما أنفقت وبصداقها كالموت لا بنفقة الولد

هل تحاص الزوجة الغرماء بصداقها؟ المشهور أنها تحاصص به في الموت والفلس وقيل لا تحاصص فيهما. وفي الجلاب تحاص به في الفلاس دون الموت اه. وعلى الثالث اقتصر الناظم وأشار بالبيت الثاني إلى أن حارس المتاع والزرع إذا أفلس رب المتاع أو الزرع لا يكون الحارس أحق بما في يده في أجرة حراسته بل هو أسوة الغرماء وعلى ذلك نبه بقوله معهم أي مع الغرماء قد قسما ما وجد من متاع المدين. (وفي التفريع لابن الجلاب) من استؤجر على غنم يرعاها أو متاع يحفظه ثم أفلس مستأجره فالأجير أسوة غرمائه ولا سبيل له على الغنم ولا على المتاع الذي استؤجر على حفظه اه. ومن المدونة قال مالك: أما الأجير على رعاية الإبل أو على رعي الماء فهو أسوة الغرماء في الموت والفلس.

انتهى. وحاصل ما نقلوه أن الزوجة تحاص بصداقها في الموت ولا إشكال، وفي الفلاس قبل البناء تحاص بجميعه لأن له إدامة النكاح، فإن طلقت قبل البناء ففي ردها للنصف خلاف، ولا تحاص بنفقة ولد ولو حملاً ولا بنفقة مستقبله، وتحاص بما أنفقت على نفسها وهو غني مطلقاً، ولو في غيبته من يوم رفعت للحاكم حيث أنكرت إرسال النفقة، وإنما تحاص بنفقتها على نفسها في دين مستحدث بعد النفقة لا في دين قبلها، ولا ترجع بنفقتها على نفسها في حالة عسره حضر أو غاب، وأحرى أن لا تحاص بها وأن لا تحاص بنفقة أب أو أم ولو قدرت بحكم، وكذا لا تحاص بنفقة الأولاد مطلقاً، وإنما لم يذكر محاصة الزوجة بما أنفقت على زوجها لأن ذلك دين، وتقدم قوله في كتاب النفقة، ورجعت بما أنفقت عليه غير سرف وإن معسراً وقد قال الباجي: المحاصة تقع بكل دين ثابت على الزوج الخ والنفقة عليه دين ثابت فلذلك لم يخصه هنا بالمحاصة. قوله: (وفي التفريع لابن الجلاب) هذا قال فيه في المختصر ما نصه مشبهاً بمن لا يكون أحق بماله كأجير رعي ونحوه وذو حانوت فيما به وهي أمور كثيرة. قال الرجراجي: وهو كل من لم يبيع إلا عمله. وقد جمع ابن عرفة في نقله ما تراه فقال ما نصه: وفيها مع غيرها أجير رعاية الإبل أو رحلتها أو علف الدابة أسوة الغرماء في الموت والفلاس ابن حارث: قال لقمان بن يوسف: قرأت على عبد الجبار بن خالد كلام ابن القاسم أن الراعي أسوة الغرماء فقال لي ما معناه: إن كان يردّها لبيت ربها ولو كانت باقية بيده ومنزله لكان كالصانع. الصقلي عن محمد: ومثل الأجير على رعاية الإبل الحارس وأجير الخدمة أو على البيع في حانوتك بزاً أو غيره اه. بلفظه. قال ابن ناجي على المدونة كلام عبد الجبار عنه تفسير، وحمله شيخنا أبو مهدي على الخلاف، قال كاتبه عفا الله عنه: وتقبل بفضله منه كلام ابن ناجي هو المذهب فيما يظهر من كلام الناس قف عليه في الشرح. وقول المختصر وذو حانوت فيما به لم يتكلم عليه الشارح في شروحه الثلاثة. وقال في التهذيب ما نصه: وأرباب الدور والحوانيت أسوة الغرماء في الموت والفلاس وليس هم أحق بما فيها من متاع اه. بلفظه، فكتب عليه أبو الحسن ما نصه: هذا قول الجماعة إلا عبد الملك فجعل الحوانيت والدور كالدواب اه. بلفظه. قال الحنان بعد قوله في المختصر فيما به ما نصه: وجري العمل بفاس أن ذا الأرحي أحق بالعدة اه. بلفظه.

باب في الضَّرَرِ وَسَائِرِ الْجَنَائِيَاتِ

وَمُحَدِّثٌ مَا فِيهِ لِلْجَارِ ضَرَرٌ مُحَقَّقٌ يُمْنَعُ مِنْ غَيْرِ نَظَرٍ
كَالْفُرْنِ وَالْبَابِ وَمِثْلِ الْأَنْدَرِ أَوْ مَا لَهُ مَضْرَّةٌ بِالْجُدْرِ
فَإِنْ يَكُنْ يَضُرُّ بِالْمَنَافِعِ كَالْفُرْنِ بِالْفُرْنِ فَمَا مِنْ مَانِعٍ

يعني أن من أحدث ما فيه ضرر محقق لجاره فإنه يمنع من ذلك ويزال الضرر عن الجار لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار» وذلك كإحداث الفرن الذي يؤدي القريب منه بدخانه وناره، والباب الذي يضرّ بفتح محله من الحائط دوران دفته وصرير رتاجه وتطلع الخارج منه في الرقاق غير النافذ، والأندر الذي يضر بتبته وغباره، وكذلك ما يضر بالجدد من حفرة مرحاض أو تسريب قناة وما أشبه ذلك، وأدخل الكاف على الفرن ليدخل الحمام والتنور ونحوهما، وأدخل لفظ المثل على الأندر ليدخل الإصطبل ونحوه كمن ينفذ حصيره على باب داره فإنه يؤدي المارين بالطريق بغباره، واحترز بوصف الضرر الذي يكون متوقفاً غير واقع ولا متحقق وإلى هذا أشار بالبيتين الأولين. ثم أشار بالبيت الثالث إلى القسم الثاني من أقسام الضرر وهو ما يؤدي إلى نقص المنفعة دون إضرار بالرقبة كإحداث الفرن بإزاء الفرن أو الرحي بقرب الرحي وأخبر أنه لا يمنع من ذلك. (ففي المتيضية) ما يحدثه الرجل في عرصته ممّا يضر بجيرانه من بناء حمام أو

باب في الضرر وسائر الجنائيات

(ص): ومحدث ما فيه للجار ضرر، إلى آخر الأبيات الثلاثة. قوله: (ففي المتيضية الخ) هذه المسائل قال فيها في المختصر عاطفاً على ما يقضي به ما نصه: وبسد كوة فتحت أريد سد خلفها وبمنع دخان كحمام ورائحة كدباغ وأندر قبل بيت ومضر بجدار واصطبل أو حانوت قبالة باب ويقطع ما أضر من شجر بجدار إن تحددت وإلا فقولان لا مانع ضوء شمس وريح إلا الأندر، وعلو بناء، وصوت ككمد، وباب بسكة: ونافذة وروسن وسباط لمن له الجانبان بسكة نفذت وإلا فكالملك لجميعهم إلا باباً إن نكب، وصعود نخلة وأندر بطلوعه اهـ. فقوله وبسد كوة لم يذكر على جاره كابن الحاجب إذ لا يختص ذلك بالجار. وقوله وبسد كوة الخ إذا كان يتكشف منها على الغير لا أنها تسد مطلقاً. وقوله أريد سد خلفها المراد من هذه العبارة هو قول المتيضي وغيره إزالة رسم الفتح بالكلية، وأما السد فلا بد منه. وعبارة المختصر إنما رأيت نقلها في التوضيح. وقوله كدباغ أي ما يضر بالحيوان لدوامه، والحمام يشبه الفرن ونحوه وهذه أمور يرجع فيها للعادة، فما كان يضر منع وإلا فلا، فمهما كان الدخان مثلاً يصل لجدار الجار مثلاً أو تبلغه الريح أو يلوث الجدار منع ذلك وإلا فلا، وكذا إذا كان ذلك ينقص من ثمار الجواز وفي نوازل المعيار ما نصه: القاعدة أن المرافق التي لا ضرر فيها لا يمنع منها من أراد إحداثها لأنه ينتفع وغيره لا يتضرر الخ. مثل ذلك باتخاذ مجرى كنيف يغطيه تغطية متقنة بحيث لا ضرر ينشأ من ذلك قف على الشرح فهذه قاعدة. وقوله:

فرن للخبز أو لسبك ذهب أو فضة أو كبير لعمل الحديد أو رحى ممّا يضر بالجيران، فقد قال ابن القاسم عن مالك في المجموعة أن لهم منعه وقاله في الدخان، ووجه ذلك ضرر الدخان الذي يدخل في دورهم ويضر بهم. وفي المقرب: قلت: فإن كانت في عرصة وأردت أن أحفر فيها بئراً أو كنيفاً قرب جدران الجيران فقام علي الجيران فقال: إن كان ما يحدث ضرراً عليهم فلهم أن يمنعه. وفيه أيضاً قيل لسحنون: فمن أحدث أندراً فأضر ذلك بدار جاره يقع فيه التبن فقال ليس لصاحب الأندر أن يحدث على جاره ما يضر به ويمنع من ذلك.

وأندر الخ حاصله مهما كان ذلك يضر بالجار فالمنع كان المجاور داراً أو جنة أو بيتاً وغير ذلك، وضر الأندر هو بوصول التبن لما ذكر فيمنع من وقوع تبنه في أرض غيره مطلقاً إن قام الغير بذلك، ولو كان ذلك أرضاً براحاً فأحرى محل المقائي ونحوها. وقوله: ومضر بجدار الخ المضر بالجدار يرجع فيه للعارفين بالبناءات وما يضعفها أو يهدمها، قال في التهذيب ما نصه: ومن حفر بئراً بعيدة عن بئرك فانقطع ماء بئرك من حفر بئرته وعلم ذلك فلك ردمها عليه. ثم قال وإن حفرت بئراً في وسط دارك أو إلى جنب جدارك فحفر جارك خلفها في داره بئراً أو حفرة في وسط داره فإن كان ذلك مضراً ببئرك منع منه، وكذلك لو أحدث كنيفاً يضر ببئرك منع من ذلك الخ. فقال عياض في تنبيهاته: غلب هنا الأول لفضيلة السبق وهذا مذهب ابن القاسم. وقال ابن ناجي على قول المدونة وإن حفرت الخ ما نصه. ظاهره اضطر الحافر أم لا، استفرغ ماء بئر جاره أم لا وهو كذلك وأحد الأقوال الأربعة، وهو يدل على ترجيح ما فيها، وكذا هو ظاهر الرسالة. وقال ابن عمر عليها ما نصه: ظاهرها كانت له مندوحة عنها أم لا إلى آخر تحرير قول المختصر وحانوت قبالة باب ظاهره كان ذلك بسكة نافذة أم لا لكثرة ضرر الحانوت. قال ابن ناجي: وبهذا العمل وبيّنا صحة ذلك بكلام الناس في الشرح عند قول المختصر وباب بسكة نفذت الخ. وقبيل قوله وصعود نخلة والمصنّف أطلق فأصاب أصاب الله به، وابن غازي تبع كلام ابن رشد وليس ذلك هو المذهب، قف على كلام الناس تر الحق عياناً والله المعين. وقول المتن: وباب بسكة نافذة وعلى إطلاقه أيضاً اتسعت السكة أم لا، كانت الباب قبالة باب جاره أم لا، أضر ذلك بجاره أم لا، أمكنه التنكيب أم لا، وأحرى التحويل، لكن من تأمل النصوص التي نقلناها في المسألة انبغى له أن يحكم بنفي الضرر فيما يجد فيه الفاتح بدأ. وكان هذا عند الناس معلوم، قف على الشرح عند قول المختصر: لا مانع ضوء الخ في بيان هذا الأخير، قف على الشرح تر ما أشرنا إليه، فإطلاق المصنّف أيضاً صواب، وقول المختصر أيضاً: وإلا فكالملك الخ وحاصله أنه لا فتح مطلقاً، وقع تنكيب أم لا، إلا برضا الجميع وهو الذي به عمل أهل قرطبة وبلد ابن ناجي، وهو الذي ذهب إليه ابن زرب قياساً على ما في المدونة في الدار المشتركة والجواز مع التنكيب وإن لم يرض أهل السكة وهو الذي مرّ عليه الشيخ خليل في مختصره وقال به ابن عبد البر ووجد لمن قبله، ومرّ عليه ابن الحاجب وقبله ابن عبد السلام وابن هارون، والراجح في الروشن والسباط هو جواز الإحداث رضي بذلك أهل السكة أم لا، كانت السكة نافذة أم لا ما لم يحدث بذلك ظلمة أو ضرر، وما مرّ عليه المصنّف في ذلك هو لابن عبد البر وابن الحاجب وقبله ابن عبد السلام وابن هارون والمصنّف قال ابن ناجي: وبه العمل بل قاله من هو أقدم من ابن عبد البر، وتلخص من هذا أن فتح الباب في النافذة يجوز مطلقاً إن لم

(وفي مفيد ابن هشام): وكذلك يمنع من أحدث اصطبلًا عند بيت جاره لما فيه من الضرر ببول الدواب وزيلها ببيت جاره وحركتها في الليل والنهار المانعة من النوم. ومن المدونة: (ليس لك أن تفتح) في سكة غير نافذة باباً يقابل باب جارك أو يقاربه ولا تحول باباً هنالك إذا منعك لأنه يقول الموضع الذي تريد أن تفتح فيه بابك لي فيه مرفق أفتح فيه بابي في سترة ولا أدعك أن تفتح قبالة بابي أو قربه فتتخذ علي فيه المجالس، وشبه هذا من الضرر فلا يجوز أن يحدث على جاره ما يضر به. وأما في السكة النافذة فلك أن تفتح ما شئت أو تحول بابك حيث شئت منها، وكذلك في العتبية عن ابن وهب في الفتح قبالة جاره. (وفي أحكام ابن سهل): ومما يؤيد ما ذكرته من أن انحطاط القيمة لا يراعي اتفاق الجميع فيمن أحدث فرنًا على فرن أو حمامًا على حمام أو رحي على رحي قديمة، ولا يضر المحدث من ذلك بالقديم في شيء من وجوه الضرر إلا في نقصان الغلة أو قلة العمار أنه لا يمنع محدث ذلك من إحداثه وليس لصاحب القديم اعتراضه في ذلك. فرع: سئل القاضي أبو القاسم بن سراج عمّن أراد إحداث برج واتخاذ حمام فأجاب: (اتخاذ الحمام) في الأبراج جائز مضى عليه العمل. قال اللخمي: قال مالك: من أمر الناس اتخاذ الأبراج لكن هذا إذا لم يضر بغيره مثل أن يجاوره فدان لأحد فيضر به أو يحدث البرج بقرب برج آخر فأخذ له الحمام فيمنع من إحداثه قاله ابن سراج. فائدة: قال في أول نوازل الضرر من المعيار في سياق أسئلة سئل عنها القاضي ابن عبد الرفيغ وسئل عمّن عمل في داره رحي فاشتكى جاره الضرر ممّا لحق حيطان داره من هذه الرحي بم يعلم هزّ هذه الرحي وهل في الأرض أو في الحائط؟ فأجاب (قال: يؤخذ طبق) من كاغد وتربط

يجد بدأ، وفي غير النافذة يجوز إن نكب على ما مر عليه المصنف ومتبوعه، وهو مذهب ابن القاسم في المدونة أو ظاهرها كما قاله ابن ناجي ولا يجوز، ولو نكب على ما به عمل أهل قرطبة ومن رافقهم فاستعن بهذا على ما عند هذا الشارح وما بقي من شرحه نكتبه على كلام الناظم إن شاء الله تعالى.

قوله: (وفي مفيد ابن هشام الخ) وذكر المتيطي هذا أيضاً ونصه فرع: ويمنع من أحدث إصطبلًا الخ، وبذلك تعرف ما وقع للناس هنا، وقولهم هنا لما فيه من الضرر ببول الدواب الخ هو يبين أن هذا المنع ليس هو لمجرد الأصوات، فلا ينافي ما يأتي أن الأصوات لا يمنع صاحبها ورأيت المنع من الإصطبل في كلام المختصر. قوله: (ليس لك أن تفتح الخ) تقدم الكلام على هذا التحرير قبيله. قوله: (وفي أحكام ابن سهل الخ) مسألة إحداث فرن على فرن مثلاً تكلم ابن سهل عليها في أحكامه الكبرى ونقلناه بلفظه ورمته في الشرح عند قول المختصر وصعود نخلة، والمسألة فيها كلام طويل لابن سهل. قوله: (اتخاذ الحمام الخ) الراجح الذي يفتى به هو المنع من اتخاذ الحمام ونحوه إن كان يضر بالناس وهو قول مطرف، وقول ابن القاسم في ذلك مرجوح، وهذا كله إن اتخذ بعد زرع الزراع مثلاً. وأما إن تقدم اتخاذ الحمام مثلاً فجاء رجل فزرع بإزائه فإنه لا كلام له لدخوله على الضرر، انظر نصوص المسألة آخر كتاب الشرب عند قول المختصر: وما أتلفتها البهائم الخ، ولا تغير بغير هذا، والدليل هو الذي تراه في المحل المذكور. قوله: (قال يؤخذ طبق الخ) الحق في هذا

أركانه بأربعة خيوط في كل ركن خيط وتجمع أطراف الخيوط وتعلق في السقف الذي على الحائط الفاصل بين الدار وبين الرحى من جهة الدار ويعمل على الكاغد حبات من كزبر يابس ويقال لصاحب الرحى هز رحاك فإن اهتز الكزبر على الكاغد قيل لصاحب الرحى اقلع رحاك لأنها تضرّ بالجار، وإن لم يهتز الكزبر قيل لصاحب الدار اترك صاحب الرحى يخدم لأنها لا تضر بك، فإن لم يكن على الحائط سقف وإنما هو سترة فإنه يجعل الكزبر على الحائط وتختبر بما ذكر اه. ببعض اختصار. ثم نقل عن ابن الرامي قال: الذي عندي في الذي يريد أن يعمل في داره الرحى أنه يبعد عن حائط الجار بثمانية أشبار من حد دوران البهيمة إلى حائط الجار، ويشغل ذلك بالبنيان بين دوران البهيمة وحائط الجار، إما بيت أو مخزن أو بمحاز لا بدّ في ذلك من حائل لأن البناء يحول بين المضرة وحائط الجار، وذكر أيضاً فيمن أحدث خلف بيت جاره رواء لدابة فاشتكى صاحب البيت ضرر الدابة فأجاب ابن عبد الرفيع المذكور بوجوب زواله وإخراج الدابة منه، فصاح صاحب الدابة وقال ليس لي غنى عن الدابة لأن عليها معاشي فاستفهم لي أهل المعرفة بم يندفع الضرر عن جاري، فسأل عرفاء البنيان عن أمره فقالوا يحفر أساساً وينزل فيه قدر القامة خلف الحائط الذي هو صدر البيت ويرفع في حقه حائطاً من تحت وجه الأرض بخمسة أشبار إلى منتهى السقف، فعرفوا القاضي بما أمروا به صاحب الدابة فلما فعل ذلك انقطع الضرر عن صاحب البيت بذلك فقال القاضي رحمه الله: يشهد على صاحب الدابة بذلك لثلاث أطول الزمان وينزع ذلك الحائط ويستحق المربط بالقدم اه. ولست في عهده تصحيف إن وجد فيه إذ لم أجد في الوقت غيره.

وَهُوَ عَلَى الْحُدُوثِ حَتَّى يَثْبُتَا خِلَافُهُ بِذَا الْقَضَاءِ ثَبَتَا

يعني أنه إذا وقع النزاع في الضرر هل هو قديم فيبقى ولا يزال أو حادث فيزال؟ فإنه يحمل على الحدوث حتى يثبت قدمه وإثبات ذلك على مدعي قدمه. قال ابن سلمون: واختلف في الضرر إن أشكل هل هو قديم أو محدث؟ ففي أحكام ابن زياد أنه محمول على أنه محدث حتى يثبت أنه قديم، وفي كتاب ابن سحنون أنه محمول على أنه قديم حتى يعلم أنه محدث وبالأول القضاء اه. ومن قوله بهذا القضاء ثبتا يفهم أن ثم قولاً آخر لا يقضى به وهو حمله على القدم حتى يثبت حدوثه وهو الذي تقدم عن كتاب ابن سحنون، (وما ذكره في هذا البيت) مبني على ما يأتي له في فصل مسقط الضرر من كون

هو الرجوع لأهل المعرفة بالبناءات وما يضرها، وأما الأصوات فيأتي ما يمنع منه.

(ص): وهو على الحدوث حتى يثبتا، البيت. قوله: (وما ذكره في هذا البيت الخ) بل القدم والحدوث يحتاج إليهما في أمور منها مسألة المدونة المتقدمة هنا، ومنها مسألة من أحدث فرناً مثلاً على فرن آخر، واختلف صاحبها في السابقة على قول من يقول السابق لا يحدث عليه غيره وقد تقدم هذا كله، وانظر ولا بد ولا بد عند قول المختصر في كتاب الخيار: والقول للبائع في العيب أو قدمه لترى وجه من ادعى القدم.

الضرر يحاز بما تحاز به الأملاك، وأما على القول بأنه لا يحاز فلا يحتاج إلى النظر في كونه قديماً أو حادثاً، بل يجب رفعه وإزالته قديماً كان أو حادثاً، ويأتي الخلاف في ذلك حيث تعرض له الناظم رحمه الله إن شاء الله.

وَإِنْ يَكُنْ تَكْشُفًا فَلَا يُقَرُّ بِحَيْثِ الْأَشْخَاصِ تَبَيَّنَ وَالصُّوَرِ

يعني إذا كان الضرر تكشفاً بحيث تبين به الأشخاص والصور فإنه يزال ولا يقَرُّ. قال الشارح: وتبين الأشخاص وهو (بحيث يتبين زيد من عمرو)، وتبين الصور بحيث يتبين الذكر من الأنثى والحسن من القبيح. قال في الروايات المجموعة: ومن ذهب إلى أن يحدث على جاره كوة أو باباً في غرفة يشرف منها على ما في دار جاره أو أسطوانه أو غرفته منع من ذلك، فإن أحدثها قضي عليه بغلق الكوة والباب بالبنيان وقلع العتبة من الباب ولم تترك العتبة فيها لأنه إن تركها ثم طال الزمان ونسي الأمر كانت حجة للباب ويقول إنما أغلقته لأعيده متى شئت ولذلك يقضى بقلع العتبة في باب الدار إذا حكم بغلقه اهـ. وكذلك يقضى بقلع عتبة الكوة للعلة المذكورة في عتبة الباب. وفي طرر ابن عات: المشاور إنما يمنع إذا تبينت الأشخاص، وأما إذا لم تتبين فلا يمنع اهـ. من الاستغناء.

وَمَا يَنْتَنِ الرِّيحُ يُؤْذِي يُمْنَعُ فَاعِلُهُ كَالدَّبْعِ مَهْمَا يَمْنَعُ

يعني إذا كان الضرر الحادث على الجار بنتن الرائحة كالذبغ فإن فاعله يمنع من ذلك. قال في طرر ابن عات عن المشاور بعد إجازته ما يتأذى بصوته كالكمد وشبهه ما نصه بخلاف أن يحدث في داره أو حانوته دباغاً أو يفتح بقرب جاره مرحاضاً ولا يغطيه أو ما تؤذيه رائحته لأن الرائحة المنتنة تخرق الخياشيم وتصل إلى المعبي وتؤذي الإنسان، وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام: «من أكل من هذه الشجرة شيئاً فلا يقربن مسجدنا يؤذينا بريح الثوم» فكل رائحة تؤذي يمنع منها لهذا؛ قال: وبه العمل اهـ. وبتنن يتعلق بيؤذي وجملة يمنع فاعله خير ما الموصولة وصلتها يؤذي.

وَقَوْلُ مَنْ يُثْبِتُهُ مُقَدَّمٌ عَلَى مَقَالٍ مَنْ يَنْفِي يَحْكُمُ

(ص): وإن يكن تكشفاً فلا يقَرُّ، البيت. قوله: (بحيث يتبين زيد من عمرو) هذا خلاف ما صرح به بعض الشيوخ أنه لا يعتبر تمييز زيد من عمرو، ومع أن كلام الذي به العمل هو المنع مما فيه ضرر من النظر انظر الشرح. وذكر صاحب المعيار عن سحنون أن من بنى دكاناً بباب داره في مقابله باب أخرى وهو لا يضر بالزقاق أنه يمنع من ذلك لملازمة الجلوس فيه، وذكر أن من عنده كوى تجتمع فيها البراطيل فنضر الجيران أنها تسد اهـ.

(ص): وما بنتن الرِّيحُ يؤذي يمنع، البيت نقل البرزلي أن من يدخر الخل إذا ضرت رائحته بالجار يمنع من صنعه، وكذا إذا كان يضر بالجدار الخ. وتقدم كلام المختصر في مضمون هذه الأبيات.

(ص): وقول من يثبته مقدم، إلى آخر البيت.

يعني أن من أحدث أمراً فادعى جاره أن عليه في ذلك ضرر وادعى المحدث المذكور أنه لا ضرر يلحقه في ذلك وأقام كل منهما بينة على دعواه فمن أثبت الضرر مقدم على من نفاه. قال في طرر ابن عات: ذكر الباجي أنه إن أتى ببينة أشهد أنه لا ضرر على فلان في ذلك لا يلتفت إلى ذلك والبينة التي شهدت بالضرر أتم شهادة وأولى بالحكم بها انتهى، (ونحوه في المتبعية).

وإن جداراً سائر تَهْدَمَا
فَمَنْ أَبِي بِنَاءَهُ لَنْ يُجْبَرَا
وَعَامِدٌ لِلْهَدْمِ دُونَ مُقْتَضٍ
إِنْ كَانَ ذَا وَجْدٍ وَكَانَ مَالَهُ
وإن يكن مُشْتَرِكاً فَمَنْ هَدَمَ
وإن يكن لِمُقْتَضٍ فَالْحُكْمُ أَنْ
مِنْ غَيْرِ إِجْبَارٍ إِنْ أَبِي قَسِمَ
أَوْ كَانَ خَشْيَةَ السُّقُوطِ هُدْمَا
وَقِيلَ لِلطَّلَبِ إِنْ شِئْتَ اسْتُرَا
عَلَيْهِ بِالْبِنَاءِ وَحَدَهُ قُضِيَ
وَالْعَجْزُ عَنْهُ أَدْبَاءُ أَتَالَهُ
دُونَ ضَرُورَةٍ بِنَاءَهُ التَّزَمَ
يَبْنِي مَعَ شَرِيكِهِ وَهَوَ السَّنَنُ
مَوْضِعُهُ بَيْنَهُمَا إِذَا حُكِمَ

وقوله: (ونحوه في المتبعية) ما في المتبعية وابن عات هو في مفيد ابن هشام أيضاً وغيره، وفي الوثائق المجموعة ما نصه: ومن أراد إحداث رحي تحت رحي قديمة أو فوقها فمنع صاحب الرحي القديمة هذا من إضرار الأخرى فإن السلطان يأمر أهل البصر والعدل، فإن رأوا إضراراً منع العمل، وإن لم يروا إضراراً ترك العمل، فإن أشكل الأمر عليهم ترك العمل، فإن أضرت برحي منع، فإن تبين لأهل البصر أنه لا ضرر في ذلك فحكم له بالعمل ثم تبين الإضرار بالعمل رد الحكم إذا كان خطأ، فإن عمل بغير حكم فلما فرغ تبين الضرر وصاحب الرحي القديمة حاضر ينظر إليه يعمل كل ذلك ويقول لم يظن أنه يضرني فإن رأى أنه لم يكن يخفى عليه ولا على أحد بأنه يضر به فلا كلام له وتقر الرحي المحدث، فإن كان ذلك يخفى أحلف صاحب الرحي القديمة ما سكت وهو يرى عمله يضر به فإذا حلف أزيح الضرر عنه اهـ. بلفظه. انظر الشرح عند قول المختصر: وصعود النخلة.

(ص): وإن جدار سائر تهدما، إلى آخر الأبيات السبعة. قال في المختصر في الجدار لأحدهما عاطفاً على ما يقضي به ما نصه: وبإعادة السائر لغيره إن هدمه ضرراً لا لإصلاح أو هدم. وقوله هدم هو مبني للمفعول كضرب وهو معطوف على مقدر التقدير لا أن هدمه لإصلاح أو هدم، والمشهور في هذا عدم الجبر إن انهدم بنفسه، وإن هدمه ضرراً فالمشهور الجبر على إعادته، وإن هدمه لمنفعة نفسه فلا جبر، وقيل يجبر وإن كان ضعيفاً. وقال ابن القاسم: إن كان قوياً أجبر وإن كان ضعيفاً فلا والمشهور أنه لا يجبر وبه الفتوى، وما خيف سقوطه فهو كالمتهدم، فقول المختصر: لا أن هدمه لإصلاح ظاهره أنه لا يعيده، وإن كان له مال وهو صحيح فهو مخالف لقول ابن القاسم: إن كان قوياً وصاحب النظم موافق للمختصر في هذا. وفهم من قول المختصر: وبإعادة السائر لغيره إن هدمه ضرراً أن المشترك أحرى في هذا لأنه هدم ملك غيره وملكه بخلاف جداره هو فقط، وأما إن هدم أحد الشريكين جداراً بينهما للإصلاح أو هدماه أو انهدم بنفسه إن

الجدار الساتر بين الدارين وشبههما لا يخلو إما أن يكون ملكاً لأحد مالكي الدارين أو يكون مشتركاً بينهما، فإن كان لأحد مالكي الدارين وهدم فإن انهدم بنفسه أو هدمه مالكة خوف سقوطه فإنه لا يجبر على بنائه بل إن شاء بناه وإن شاء ترك بناءه، فإن طالبه الجار ببنائه فيقال له إن صاحبه لم يقصد ضررك فإن شئت فاستر على نفسك أو دع، وعلى هذا نبه بالبيتين الأولين، وأما إن هدمه مالكة لغير موجب فإنه يقضى عليه وحده ببنائه لظهور قصد إرادة الضرر بالجار إن كان له مال، والجدار ملك له كما هو فرض المسألة، فإن لم يكن له مال فإنه يؤدّب على تعمده لهدم ما يضرّ بجاره ولا قدرة له على بنائه وإلى ذلك أشار بقوله: وعامد للهدم دون مقتض البيتين. وإن كان الجدار مشتركاً بين الجارين فهدمه أحدهما فإن هدمه لغير موجب ولا ضرورة تدعوه لهدمه فإنه يلزمه بناؤه لأنه هدم ملكه وملك غيره لغير موجب وإلى ذلك أشار بقوله:

وإن يكن مشتركاً فمن هدم دون ضرورة ببناءه التزم
وإن هدمه أحد الشريكين فيه لموجب كخوف سقوطه فبناؤه عليهما لكن من غير أن يجبر الممتنع منهما على بنائه، فإن اتفقا على بنائه فلا إشكال، وإن لم يتفقا وامتنعا أو أحدهما من بنائه فإن تحاكما حكم بينهما بقسمة موضع الحائط المشترك. قال في المقصد المحمود: وإن سقط جدار رجل أو هدمه خوف سقوطه لم يجبر على إعادته وقيل لجاره استر على نفسك أو دع، وإن هدمه لغير ضرورة قضى عليه بإعادته إلا أن يعلم أن لا مال له، وإن كان الحائط بينهما فتسقط فبأي أحدهما من الإعادة فإن كان ينقسم قسم وإلا قضى على الأبى منهما بالبناء مع صاحبه، قال أحمد بن سعيد: يقسم بخيط من أعلاه إلى أسفله إلا أن يتفقا على قسمة عرضه على طوله. وقال عيسى بن دينار: يقسم بينهما عرضاً يأخذ كل واحد منهما نصفه ممّا يليه. وفي مفيد ابن هشام: قال عيسى عن ابن القاسم في الجدار يكون بين الرجلين فيتهدم فيريد أحدهما أن يبنيه ويأبى ذلك صاحبه أنه لا يؤمر ببنائه، وإن أحب الآخر أن يستر داره سترها إلا أن يكون الجدار بينهما فيؤخر أن يبني مع صاحبه إذا أراد ذلك، قال عيسى: يؤمر ولا يجبر على أن يبني معهم بحكم فإن كره قاسمه موضع الجدار فأخذ نصفه ممّا يليه. قال سحنون: واختلف أصحابنا في الحائط بين الرجلين يحتاج إلى الإصلاح أو يتهدم فلا يريد أحدهما الإصلاح ولا البنيان، فمنهم من

أمكن قسمه قسم، وإلا بنى الشريك مع صاحبه أو باع هذا هو الراجح في هذا، وبه تعلم أن كلام المختصر في غير المشترك لأنه لم يذكر في هذا جبراً لا على البناء ولا على البيع وإنما قال: وبإعادة الخ، مع أن الحكم في المشترك إن لم يهدمه أحدهما ضرر مأخوذ من قول المختصر: وقضى على شريك فيما لا ينقسم أن يعمر أو يبيع من هذا، أو هدم المشترك ضرراً من أحدهما لا يحتاج المختصر للتخصيص عليه لأنه أحروي من هدم غير المشترك، فافهم هذا الاختصار العجيب من هذا التحرير الأريب، وبما أشرنا إليه تعلم ما في اعتراض الناس على المختصر حيث لم ينتهوا لما أشرنا إليه، وما ذكره الحطاب في المشترك هنا انظره مع كلام النوادر في الشرح وبما قررناه تعلم ما عند هذا الشارح أيضاً.

قال يجبر الذي يأبى منهما، ومنهم من قال لا يجبر إذا لم يرد ذلك. وقال ابن القاسم من رواية عيسى: إذا كان حائط بين دارين فهدمه أحدهما فعليه أن يبنيه إذا كان قد هدمه على وجه الضرر، وإذا كان هدمه للإصلاح فعجز عنه أو انهدم من غير فعله فلا يجبر على بنائه كما كان. وروى يحيى عن ابن القاسم يجبر على بنيانه كان هو الذي هدمه أو انهدم من غير هادم إذا كان قوياً على بنيانه، فإن كان ضعيفاً عنه لم يجبر على بنيانه اهـ. وجدار فاعل بفعل محذوف يفسره تهدما وهدم بالبناء للنائب والطالب أي للبناء والوجد مثلث الواو مصدر وجد في المال أي استغنى وأوجده أي أغناه، يقال: الحمد لله الذي أوجدني بعد فقدي قاله في الصحاح. وقوله: وكان ماله أي ملكاً ومالاً من ماله وأدباً مفعول ثان لأنال وإن يكن أي الجدار الساتر مشتركاً، وهذا يدل على أن ما قبله في الجدار المملوك لأحد الجارين وبناء مفعول التزم وإن يكن أي هدمه والسنن أي الطريق.

وإن تداعياها فالقضاء لمن له العقود والبناء

يعني إذا تنازع الجاران في الحائط الذي بينهما فادعاه كل واحد لنفسه ولا بينة لواحد منهما فإنه يقضى به لمن تكون له عقوده وعليه يكون بناؤه، ففي المقصد المحمود: وإذا تنازع رجلان في جدار ولا بينة لهما أو لأحدهما قضي به لمن له العقود والقمت والبناء مع يمينه. وفي مفيد ابن هشام: قال ابن عبد الحكم عن ابن القاسم: إذا اختلف الرجلان في جدار بين داريهما كل واحد يدعيه فإن كان عقد بنائه إليهما فهو بينهما يريد بعد أيمانهما، وإن كان معقوداً إلى أحدهما ومنقطعاً إلى الآخر فهو لمن إليه العقد، ثم قال: وإنما ينظر إلى العقود في البنيان عند عدم البينة اهـ. وفي الرسالة: ويقضى بالحائط لمن إليه القمت والعقود. قال الشيخ الجزولي: الشيخ أراد بالحائط هنا الجدار ولم يرد به البستان لأن البستان يسمى حائطاً، قال قبل هذا: وإذا كان في الحائط أصناف من الثمر وقال ولا تجوز المساقاة على إخراج ما في الحائط، وهذه المسألة من تمام التي قبلها وهي قوله: وإذا اختلف المتداعيان في شيء بأيديهما، فإذا وقع النزاع في حائط بين رجلين كل واحد منهما يدعي أنه ملكه ولا بينة لواحد منهما أو أقاما بينتين وتكافأتا فإنه يقضى به لمن إليه القمت والعقود، وإذا كان ذلك من الجهتين قسم بينهما بعد أيمانهما، هذا مذهب مالك أنه يقضى بالحائط لمن إلى جهته القمت والعقود. ثم قال: والقمت

(ص): وإن تداعياها فالقضاء، إلى آخر البيت. ما ذكره هذا الشارح هو كذلك عند الناس، واستوفينا كلام الناس في ذلك عند قول المختصر: وبإعادة الساتر إلخ ولكن في ذلك تطويل وإن كان فيه بعض إبهام لدخول الجزئيات تحت كلياتها وإلا فقد قال ابن الفاكهاني ما نصه: قلت وبالجملة فالمعتمد الرجوع في ذلك إلى شهادة العرف وغالب عوائد الناس مما يفعله المالك في ملكه كمعاقد الحيطان ووجوه اللبن ونحو ذلك، والأصل في ذلك قول الله تعالى: ﴿وأمر بالعرف﴾ [الأعراف: ١٩٩] فمتى كان العرف جارياً بشيء رجع إليه الخ. ونقله اليزناسني في شرح التحفة وسلمه مع أن أصله في المعونة، ومن هناك أخذ ابن الفاكهاني وهو الفيصل في المسألة إذ المدار على ما يدل على أن الجدار يزيد مثلاً ولا دليل حيث لا بينة إلا العوائد فافهم.

والعقود لفظان مترادفان بمعنى واحد وهما عبارة عن معاهد الأركان، ومنهم من قال عبارة عما يشدّ به وجه الحائط، وقيل هما متباينان، فالقمت عبارة عما يشدّ به وجه الحائط ويمنعه من الانتثار، والعقود عبارة عن تداخل الأركان، ومنهم من قال القمت معاهد الحيطان واحدها قماط فالقمت الشد، ومنه قمت الصبي لفته في الخرق قاله المغراوي. وقال الزناتي: القمت عبارة عما يشدّ به وجهه بما يمنعه أن ينتثر ترابه ويثقف غباره بشيء قوي على ما بني به إما جبر أو تراب صحيح، وقد يفعل به ذلك زينة، والعقود هي أركان الغرف والعلالي، وقيل القمت الفرج غير النافذة، وقيل توجيهه الأجر، وإن كان لأحدهما قمت وللآخر العقود قضي به لمن إليه العقود لأنها أقوى من القمت، انظر تمام كلامه. وفي مجالس القاضي المكناسي: وحقيقة العقد أن يكون الركن الذي يجتمع فيه طرفي الحائط أجره مركب بعضه على بعض كاشتباك الأصابع ثم قال: فإن ذكروا أن به طاقة غير نافذة فالحائط لمن الطاق إلى ناحيته، فإن لم يكن به طاق وذكروا أن وجهه إلى إحدى الدارين فالحائط لمن الوجه إليه، وقيل إن الوجه هو القمت، وقيل القمت هو السواري التي تبنى في الحائط، فإن كانت فيه سواري فالحائط لمن هي في جهته فإن عري عن هذه الأدلة مع كونه مقبلاً من طرفيه وعليه حمل خشب فالحائط لمن حمل الخشب عليه، ويحكم بهذه العلامات لمن هي من ناحيته على مذهب ابن القاسم. وخالف مطرف وابن الماجشون في حمل الخشب وقالوا: لا يملك الحائط بحمل الخشب عليه. وفصل ابن الرامي التونسي في الخشب بين أن تكون مبنياً عليها أو تكون مزرقه، فإن كانت مبنياً عليها كان الحائط لمن له الخشب، وإن كانت مزرقه فلا توجب ملكاً، انظر تمام كلامه فقد أطال في ذلك آخر المجلس الثالث. فائدة: ذكر القاضي المكناسي قبل ما نقلناه عنه قيل: إن من حق القاضي أن ينظر في شهود أهل البصر في المباني ويختبر أحوالهم في أجرتهم. ويشترط عليهم شروطاً منها أن لا يحكموا في حائط لأحد المتنازعين وإنما يصفونه فقط بوصف يزيل الإشكال ويوضح البيان، فيصف الدار أو الحانوت أو الفندق أو غير ذلك بوصف لم يبق معه احتمال باعتبار الخشب والحيطان هل هي معقودة إليها أو جائزة عنها أو مقبلة في منتهى حدّها يصف ذلك من جهاتها الأربع إن كان ذلك البائع شرط على المشتري، وإن كان النزاع بين متنازعين نظر فيه القاضي بعد أداء شهادتهم فيه وحكم بمقتضاه اهـ.

فصل في ضرر الأشجار

وَكُلُّ مَا كَانَ مِنَ الْأَشْجَارِ جَنْبَ جِدَارٍ مُبْنِيٍّ انْتِشَارَ

فصل في ضرر الأشجار

(ص): وكل ما كان من الأشجار، إلى آخر الأبيات الثلاثة إلى مضمون الأبيات. أشار في المختصر بقوله عاطفاً على ما يقتضي به لما نصه وبقوله ما أضر من شجرة بجدار إن تجددت وإلا

فَإِنْ يَكُنْ بَعْدَ الْجِدَارِ وَجِدَا قُطِعَ مَا يُؤْذِي الْجِدَارَ أَبَدًا
وَحَيْثُ كَانَ قَبْلَهُ يُشْمَرُ وَتَرَكَهُ وَإِنْ أَضَرَ الْأَشْهَرُ

يعني أن من كانت له شجرة أو أشجار إلى جنب جدار لغيره وأضرت تلك الشجرة أو الأشجار بذلك الجدار بانتشار أغصانها وامتداد فروعها حتى خرجت عن حدود ملك ربها فلا يخلو الحال من وجهين: إن سبق الجدار الأشجار وتقدم عليها فإنه يقطع من تلك الأغصان ما أضَرَ وانتشر لأن الضرر حادث على الجدار وكل حادث من الضرر يحكم بزواله. وإن سبقت الأشجار الجدار فقولان: أحدهما كما في الوجه الأول يقطع ما أضَرَ وانتشر وخرج عن أرض صاحبه وهو مراده بالتشمير. والثاني أنه يترك ولا يزال وإن أضَرَ وهو أشهر القولين. قال الشارح: فالقول الأول لمطرف ووجهه كون الحائط في ملك ربه قد بناه في موضعه الذي يسوغ له بناؤه فيه، فلا سبيل لأن يستحقه عليه غيره بفروع شجرته الخارجة عن حدود ملكه. والقول الثاني لابن الماجشون ووجهه أن الذي بنى الحائط إنما دخل على أن في هذا الموضع شجرة قد استحقت بانتشارها هواء ذلك الموضع فلا حق له فيه، وقد سبق انتشار أغصان الشجرة لبنائه ولكلا القولين وجه لكن الثاني هو الأشهر. ففي كتاب ابن يونس: ابن حبيب قال مطرف في الشجرة تكون إلى جانب جدار الرجل فيصور له فإن كانت أقدم من الجدار وكانت على حال ما هي عليه اليوم من انبساطها فلا تقطع، وإن حدث لها أغصان بعدما بنى الجدار تضر بالجدار فليشم منها كل ما أضَرَ بالجدار ممّا حدث. وقال ابن الماجشون: تترك وما حدث وانتشر من أغصانها وإن أضَرَ ذلك بالجدار لأنه قد علم أن هذا شأن الشجر فقد صار من حريمها قبل بناء الجدار. وقال أصبغ كقول مطرف وبه أقول. قال ابن يونس: وقاله عيسى بن دينار وقالوا أجمع وإن كانت الشجرة محدثة بعد الجدار فإنه يقطع كل ما آذى الجدار من قليل أو كثير. قال الشارح: ولا خفاء بوجه هذا القول المشهور إذا كانت الشجرة أقدم من الحائط لأن رب الحائط لم يدخل إلا على أن الشجرة قد ملكت هواء الموضع الذي بنى فيه حائطه اه. فقلوه: وكل ما كان من الأشجار الخ كل مبتدأ خبره الشرط وجوابه في قوله:

فقولان. فقلوه: وإلا فقولان قول مطرف القطع وقول عبد الملك عدمه، والراجح هو قول مطرف لاختيار ابن حبيب وابن رشد له وإن كان دليل قول عبد الملك قوياً، وذكر ذلك في الشرح، وبه تعلم ما في قول المختصر، وإلا فقولان مع وجود الترجيح لقول مطرف لا سيما ممن ذكر، بل قال بقول مطرف أصبغ وعيسى ابن دينار، ومع كون ابن عرفة والمصنف في توضيحه نقلاً اختيار ابن رشد لقول مطرف وسلماه وبهذا يظهر لك ما في قول الناظم: وتركه وإن أضَرَ الأشهر. مع أن قوله الأشهر يظهر منه أن قول مطرف هو المشهور لأن الأشهر يقابله المشهور على قاعدة بعض المتأخرين، والمسألة نقلها في النوادير القطع لمطرف وضده لعبد الملك بن الماجشون، وكذا فعل في المنتخب ابن أبي زمنين والميتطي في ميتطيته ولم يذكروا ترجيحاً.

فإن يكن بعد الجدار وجدا قطع ما يؤذي الجدار أبدا
واسم كان ضمير يعود على ما الواقعة على الأشجار، ومن الأشجار بيان للإبهام
الذي في ما، وجنب خبر كان، ومبدي حال من الأشجار واسم يكن أي ما ذكر من
الأشجار وكذا اسم كان في البيت الثالث وضمير قبله للجدار.

ومن تكن له بِمِلْكِ شَجَرَةٍ أَغْصَانُهَا عَالِيَةٌ مُنْتَشِرَةٌ
فَلَا كَلَامَ عِنْدَ ذَا لِحَارِهَا لَا فِي أَرْتِفَاعِهَا وَلَا أَنْتِشَارِهَا
وَكُلُّ مَا خَرَجَ عَنْ هَوَاءِ صَاحِبِهَا يُقَطَّعُ بِاسْتِوَاءِ

يعني أن من كانت له شجرة في ملكه فطالت أغصانها وانتشرت حتى صارت يتشرف
منها على دار جاره إذا طلع يجنيها فلا كلام للجار في ذلك ولا حجة له في الكشف
عليه، لكنه يؤذنه إذا أراد أن يجنيها، وغاية ما له عليه أن يقطع من أغصانها ما خرج عن
هواء صاحبها ويكون القطع مسامتا لطرف أرض صاحبها وعلى ذلك نبه بقوله باستواء.
قال في العتبية: قال ابن وهب في شجرة في دار رجل فطالت حتى صار يتشرف منها على
دار جاره إذا طلع يجنيها أو غرسها قريباً فزعم أنه يخاف أن يطرق منها فيدخل عليه في
داره قال: إن لم تكن له حجة إلا ما خاف من الطرق أو ممن يجنيها فلا حجة ويؤذنه إن
أراد أن يجنيها، وأما إن خرج من فروعها إلى أرض جاره فليقطع الخارج فقط. ونحوه
لأصبع في كتاب ابن حبيب وغيره قال: إن كان عظمها وامتدادها صعوداً إلى السماء فلا
تغير عن حالها كالبنيان يرفعه الرجل في حقه فيستر به الريح والشمس عن جاره، وإن
كانت إنما مدت في أرض جاره فلتشمر وتقطع وترد إلى حال لا تؤذي. وقال ابن
سحنون: كل ما خرج منها إلى أرض جاره فليقطع حتى تعود فروعها حد أرض صاحبها
لأن هواء الأرض لربها اه. وأفتى أبو عبدالله الحفار في شجرة لرجل أضرت شجرة جاره
بقطع ما خرج من الشجر عن هواء صاحبها يؤمر بذلك كل واحد منهما والله أعلم.

(ص): ومن تكن له بملك شجرة إلى آخر الأبيات الثلاثة، قال في المختصر عاطفاً على ما لا
يلزم رفعه وصعود نخلة وأندر بطلوعه. فقوله وأندر ظاهره الوجوب وهو الذي يدل عليه كلام الناس
ونقلناه في الشرح، وتعبير ابن زرب بأحب إن لم يحمل على الوجوب فهو مشكل غاية والحق هو
الوجوب ولا ضرر في الإذن بالطلوع، وفي الكشف على الحریم ما يعرفه الغيور ويزعج الصبور
فافهم لا سيما إن عرف الطالع بما لا يليق، والمطلع عليه من أهل المروءات والبيوتات والمصنف
إنما تكلم على أنه لا يمنع صاحب النخلة من طلوعها، وأما هل يقطع منها ما خرج عن هوائها أو ما
انتشر منها فلا، ولكن يفهم هذا من قوله ويقطع ما أضرت من شجرة بجدار مفهومه إن لم يضر بالجدار
فلا قطع وذلك صحيح وهو صورة التحفة، وقد ترك الناظم الإنذار الذي في المختصر، وترك
صاحب المختصر ما زاده في النظم وهو قوله: وكل ما يخرج عن هواء الخ، إلا أن القطع عند
الخروج عن الهواء لأنه ضرر بالجار، وكان المصنف ذكر الإنذار إشارة لرد ظاهر كلام ابن زرب من
الندب فلذلك عبر بالفعل فافهم.

وَإِنْ تَكُنْ بِمِلْكٍ مَنْ لَيْسَتْ لَهُ
فَمَا لَرَبِّ الْمِلْكِ قَطْعُ مَا انْتَشَرَ
وَإِنْ تَشَرَّتْ حَتَّى أَظَلَّتْ جُلَّةُ
لِعِلْمِهِ بِأَنَّ ذَا شَأْنِ الشَّجَرِ

يعني أن من كانت له شجرة في أرض غيره ملكها بشراء أو هبة أو قسمة وعظمت وانتشرت حتى أظلت جل الملك الذي هي فيه فلا كلام لرب ذلك الملك في قطع ما انتشر منها وطال لأن هذا شأن الشجر (فصار هذا الأمر مدخولاً عليه). ففي ابن يونس ابن حبيب قال أصبغ: وأما الشجرة التي تكون للرجل في أرض الرجل بميراث أو شراء أو قسمة فامتدت ارتفاعاً وانبساطاً حتى أضرت بالأرض فلا قول لصاحب الأرض في ذلك وقاله ابن القاسم اهـ.

وَالْحُكْمُ فِي الطَّرِيقِ حُكْمُ الْجَارِ فِي قَطْعِ مَا يُؤْذِي مِنَ الْأَشْجَارِ

يعني أنه كما يجب قطع ما أضرت من الشجرة بالجار كذلك يجب قطع ما أضرت منها بالمارين على الطريق، ولا فرق بين الطريق وملك الجار إلا بتعداد المتفعين بالطريق لأنها حبس على سائر المسلمين، وذلك يوجب استواء الحكم (أو تأكده) إذا اعتبرت كثرة المستحقين واختلافهم بالضعف وعدم الدفع عن أنفسهم من حيث العادة كالشأن في الأمور العامة مع الأمور الخاصة. (فرع: قال الباجي): ما خرج من الأجنحة عن الحيطان إلى طريق المسلمين فروى ابن القاسم عن مالك لا بأس به إلا أن يكون الجناح بأسفل الجدار حيث يضر بأهل الطريق فيمنع اهـ. وانظر هل له أن يفعل كذلك تحت الأرض؟ وسمع أصبغ ابن القاسم لمن له داران بينهما طريق أن يبني على جداريهما غرفة أو مجلساً فوق الطريق وإنما يمنع الإضرار بتضييق الطريق. ابن رشد: هذا رفع بناء رفاعاً يجاوز رأس المار راكباً ونحوه في الزاهي وكذا الأجنحة انتهى نقل ابن عرفة. وفي نوازل ابن الحاج سنة الأتجار والطرقات الارتفاق بها لعامة المسلمين فليس للسلطان أن يمنع من يريد أن ينصب على نهر إذا كانت الضفتان له أو لأحدهما وأباح له صاحب الثانية ذلك ولا حجة

(ص): وإن تكن بملك من ليست له، إلى آخر البيت.

قوله: (فصار هذا الأمر مدخولاً عليه الخ) انظر هذه العلة مع ما كتبناه عند قول المختصر: ويقطع ما أضرت الخ، وكذا ينظر في شروح التحفة عند قول النظم: وكل ما كان من الأشجار.

(ص): والحكم في الطريق حكم الجار، البيت. قوله: (أو تأكده الخ) انظر قاعدة تفهم منها هذا عند قول المختصر في كتاب الحبس إلا لتوسيع مسجد الخ، وتفهم أن العامة يقضى لها على الخاصة بقطع ما أضرت من الشجر بالطريق ولم يصرح به في المختصر ولعله اكتفى عن ذلك بقوله: ويهدم بناء بطريق ولو لم يضر، والجامع بين المسألتين هو وجود الضرر إلا أن قوله ولو لم يضر يقتضي أن البناء وقع في نفس الطريق، ولكن انظر الشرح هناك ولا بد ولا بد. قوله: (فرع قال الباجي الخ) الراجح في الروشن والسباط هو جواز إحداثه مطلقاً كانت السكة نافذة أم لا، بشرط أن لا يحدث ذلك ضرراً ولا ظلمة على أهل السكة وقدمنا ذلك، وهذا هو الذي يدل عليه نظم صاحب إيضاح المسالك.

للسلطان أن الوادي له انتهى من المواق. وفي نظم إيضاح المسالك لولد مؤلفه العالم الشهير أبي محمد سيدي عبد الواحد بن العالم الحافظ سيدي أبي العباس أحمد النوشريسي في ترجمة من ملك ظاهر الأرض هل يملك باطنها وهي الترجمة الثامنة والمائة من تراجم النظم المذكور:

وما على الطريق من هواء فهو لمن سبق بالإحياء
بروشن ونحوه ولم يضر بمن على تلك المحجة يمر

فصل في مُسْقِطِ الْقِيَامِ بِالضَّرَرِ

وَعَشْرَةَ الْأَعْوَامِ لِأَمْرِيءِ حَضَرَ تَمْنَعُ إِنْ قَامَ بِمُخْدِثِ الضَّرَرِ
وَدَا بِهِ الْحُكْمُ وَبِالْقِيَامِ قَدْ قِيلَ بِالزَّائِدِ فِي الْأَيَامِ

يعني من أحدث عليه ضرر وهو عالم به حاضر وسكت ولا مانع له يمنعه من الكلام على ذلك حتى مضى لذلك عشرة أعوام فلا قيام له. (وبهذا القول الحكم). قال الشارح: وهو قول ابن القاسم وأشهب وابن نافع وقيل له القيام بعد العشرة أعوام إذا كان بالأيام اليسيرة، ولذلك عبر بوزن أفعال الذي هو أحد جموع القلة. وقوله بمحدث الضرر

فصل في مسقط القيام بالضرر

(ص): وعشرة الأعوام لامرئ حضر، إلى آخر البيتين. قوله: (وبهذا القول الحكم) هذا قاله المتيطي ونصه: مسألة ومن أحدث عليه ضرر من اطلاع أو خروج ماء مرحاض قرب جداره ونحو ذلك وعلم بذلك فلم ينكره نحو عشرة أعوام من غير عذر يمنعه من القيام به فلا قيام له كالأستحقاق وهو مذهب ابن القاسم وقاله ابن الهندي وابن العطار، وقال أصبغ: لا ينقطع القيام في الضرر إلا بعد السكوت عشرين سنة ونحوها، وبالأول القضاء إلا أن يكون المحدث عليه صغيراً أو مولى عليه أو بكرأ غير معنسة فلا يضرهم السكوت، وإن طال ذلك حتى يبلغ الصغير وتعنس البكر وينطلق المولى عليه ثم يسكتون بعد ذلك المدة المذكورة على القولين عالمين بما لهم في ذلك القيام اهـ. بلفظه فعبر بقوله نحو عشرة أعوام، ولفظة نحو لم ينقلها هذا الشارح مع أن زيادتها هي التي في نسختنا من المتيطية، وهو الذي في عبارة ابن رشد وابن عرفة وغيرهما، فحذف هذه اللفظة فيه شيء والاستحقاق مر في المختصر على أنه يكون بعشرة أعوام وهو قول المتن: وإن حاز أجنبي غير شريك إلى قوله عشر سنين فيظهر أن حذف هذه اللفظة لا ينبغي وإن كان في خلافيات المسألة قول بما يقتضي وجودها في الحيابة، ولكن صاحب المختصر لم ينص على المسألة وكأنه اكتفى عنها بقوله في الحيابة في كتاب الشهادة: وإن حاز أجنبي الخ. ولا شك أن المحدث عليه الضرر استحق المحدث بالكسر بقاء بنائه المضر بالمحدث عليه وإن كان في المحدث عليه ضرر بذلك، ولذا قال بعض العلماء: إن من له دين على غيره وسكت عشر سنين سقط حقه، انظر عند قول المتن: وإن حاز أجنبي الخ، ويحتمل أن يكون صاحب المختصر مر على ما صدر به ابن عرفة تبعاً لابن رشد، وهو الذي صدر به ابن سلمون أنه يقام بالعيب هنا مطلقاً ولا يعكر عليه ما به العمل لأنه قد يجري

محدث بفتح الدال اسم مفعول وهو من إضافة الصفة للموصوف، وما ذكره الناظم هنا مبني على أن الضرر يحاز وفي ذلك خلاف. قال ابن سلمون لما ذكر أنه يجب إزالة ضرر دخان الحمام وغبار الأندر وتنن الدباغين قديماً كان أو حادثاً ما نصه: لأن الضرر في مثل هذا لا يستحق بالقدم وإنما حيازة التقادم التي جاء بها الأثر من حاز على خصمه شيئاً عشر سنين فهو أحق به في الأموال ولا تكون الحيازة في أفعال الضرر حيازة تقوى بها حجة بل يزيده طول التقادم ظلماً وعدواناً. وفي كتاب ابن مزين: إن ما كان من الضرر يبقى على حالة واحدة ولا يتزايد كفتح باب على جاره أو كوة أو ما أشبه ذلك فإنه يستحق بما تستحق به الأملاك على من حيزت عليه، بخلاف ما يحدث من الكنف والمظاهر والحفر التي يستنقع فيها الماء فإنه لا يستحق بما تستحق به الأملاك من المدة لأن ذلك كلما طال زمنه كثر وزاد ضرره. وفي المتيضية: ومن أحدث عليه ضرر من اطلاع أو خروج بمرحاضه قرب جداره أو غير ذلك من الأحداث المضرة وعلم بذلك ولم ينكره ولا اعترض فيه عشرة أعوام ونحوها من غير عذر يمنعه من القيام فيه فلا قيام له بعد هذه المدة هو كالأستحقاق، وهذا هو مذهب ابن القاسم وقاله ابن الهندي وابن العطار. ثم حكى المتيضي القول الثاني بالعشرين سنة ثم قال وبالأول القضاء. وفي طرر ابن عات: وحيازة الضرر على الأقارب والأجنيين سواء على القول بحيازته، ولا يفرق في ذلك بين القرابة والأجنيين كما فرّق بينهما في استحقاق الأملاك بالحيازة، قاله ابن زرب في مسائله اهـ. (وقد تلخص ممّا تقدم) أن في حوز الضرر ثلاثة أقوال، الأول: أنه يحاز بما تحاز به الأملاك وهو الذي في النظم ومثله تقدم عن المتيضي. والثاني: أنه لا يحاز وبه صرح ابن سلمون كما تقدم عنه. والثالث: التفصيل بين الضرر الذي يتزايد فلا يحاز ولا يتزايد فيحاز وهو الذي نقله ابن سلمون عن كتاب ابن مزين، ولو أراد الناظم التنصيص على هذه الأقوال لقال:

وثالث الأقوال في حوز الضرر ما لا يزيد ضرره لمن أضر

وإنما قلنا إنها تستفاد من هذا البيت لأنه إذا كان القول الثالث أنه يحاز ما لا يزيد ضرره فالأول يحاز مطلقاً، والثاني مقابله لا يحاز مطلقاً، هذا هو الجاري على الطريقة الحاجبية من كون صدر الثالث دليل القول الأول وعجزه دليل الثاني والله أعلم. (وقد نقل الشارح هنا عن طرر ابن عات أن ابن رشد) قسم ما يحدثه الرجل في ملكه ممّا يضرّ بغيره

بغير المشهور، ولكن ما به العمل قول ابن القاسم ومن ذكر معه فافهم. قوله: (وقد تلخص ممّا تقدم الخ) الذي في ابن عرفة عن ابن رشد أن المسألة فيها ثمانية أقوال مسرودة قولاً قولاً، وفيه زيادة شبه قول تاسع، ونص ابن عرفة هو قوله: قلت لابن رشد في أواخر نوازل أصبغ من جامع البيوع في لغو استحقاق ملك المحدث بالحوز مطلقاً وملكه يحوزه بما تحاز به الأملاك عشرة أعوام ونحوها أو بالعشرين ونحوها، رابعها بخمسة وعشرين، وخامسها بأربع سنين، وسادسها قصر استحقاقه بالحوز على ما ضرره واحد وما يتزايد أبداً الخ.، وهذا منه بلفظه وكتبناه في الشرح.

قوله: (وقد نقل الشارح هنا عن طرر ابن عات أن ابن رشد الخ) لا بد من وقوفك على كلام

إلى ثلاثة أقسام: منه ما يمنع منه باتفاق كالأندر المضرّ بتبنيه وغباره للدار القريبة منه، ودخان الحمام والفرن والرائحة القبيحة كالدباغ وما يضرّ بالجدران كالكنيف إلى جنب حائط جاره أو رحي تضرّ بجدرانه وضرر الاطلاع من فتح كوة أو باب أو قضبة يشرف منها على عياله، ومنه ما لا يمنع منه باتفاق كإحداث فرن بقرب فرن آخر أو حمام بقرب آخر فيضر به في قلة عمارته ونقصان غلته أو يبني في داره ما يمنع به جاره الضوء أو الشمس أو الريح وضرر الأصوات كالحداد والكماد والنداف وفي هذين الوجهين خلاف شاذ، ومنه ما يختلف في وجوب المنع منه كأن يحدث في أرضه بناء قرب أندر جاره يمنعه به الريح عند الذر. فقال ابن القاسم وابن نافع يمنع واختلف فيه قول سحنون، قال ابن رشد: والأظهر أنه لا يمنع.

وَمَنْ رَأَى بُنْيَانَ مَا فِيهِ ضَرَرٌ وَلَمْ يَقُمْ مِنْ حِينِهِ بِمَا ظَهَرَ
حَتَّى رَأَى الْفَرَاغَ مِنْ إِنْتِمَائِهِ مُكَنَّ بِالْيَمِينِ مِنْ قِيَامِهِ
فَإِنْ يَبِيعُ بَعْدَ بِلَا نِزَاعٍ فَلَا قِيَامَ فِيهِ لِلْمُبْتَاعِ
وَإِنْ يَكُنْ حِينَ الْخِصَامِ بَاعًا فَالْمُشْتَرِي يَخْصِمُ مَا اسْتَطَاعَا

يعني أن من رأى جاره يبني ما يلحقه ببنائه ضرر فسكت ولم ينكر عليه حتى فرغ من بنيانه وأراد منعه من ذلك فإنه يمكن من منعه، لكن بعد أن يحلف أن سكوته ما كان رضا منه بذلك، فإن باع داره بعد أن أكمل الجار بنيانه ولم يخاصمه ولا نازعه فيما بنى (فإن المشتري لا قيام له)، وإن خاصم وباع أثناء خصامه فإن المشتري له أن يخاصم في الضرر المحدث على مشتراه قدر استطاعته، (على أن في بيع) ما فيه خصومة ما لا

الباجي في الشرح.

(ص): ومن رأى بانيان ما فيه ضرر إلى آخر الأبيات الأربعة. قوله: (فإن المشتري لا قيام له) أي على المحدث بالكسر ولكن يثبت له الخيار في رد البيع إن لم يعلم بما أحدث، فيثبت للبائع رد العيب الذي أحدث والقيام فيه كمسألة العبد المتقدمة في قول المختصر، وللسيد رد نكاح عبده بطلقة فقط بائنة إن لم يبعه إلا أن يرد به أو يعتقه الخ، ولذلك نظروا مسألة الباب هنا بمسألة النكاح المذكور كما هو حتى في شروح المختصر، ولعل صاحب المختصر مر في الباب، على أن هذه المسألة كمسألة نكاح العبد، وابن العطار قال: المعروف أن للمبتاع القيام إلى آخر ما رأيته في هذا الشارح، ومبتاع العبد كذلك كما في صريح المختصر، وقدمنا في مسألة العبد أن العبد إذا رد للبائع بعيب التزويج فإنه يرد النكاح بشرط أن لا يعلم بنكاحه وإلا فلا رد له، وقيل له الرد ولو باعه بعد العلم بنكاحه، وعليه فلا رد هنا للبائع إن علم بحدوث الضرر ولم ينهوا على هذا هنا. قوله: (على أن في بيع الخ) المبيع هنا لا خصومة فيه، وإنما الخصومة في ضرر ورد على المبيع وإن نظر في هذا كما رأيته عند هذا الشارح والمتحصل في المسألة ثلاثة أقوال كما في شروح المختصر: أحدهما أن يبعه بعد العلم رضا منه بترك القيام. ثانيها: ليس ضار ويقوم المشتري بما كان للبائع أن يقوم به. ثالثها: رضا من البائع ولا قيام للمشتري وإنما له الرد إلى آخر ما قدمناه.

يخفى . قال في الوثائق المجموعة : ومن قام على من أحدث عليه بنياناً أضرَّ به بقرب الفراغ منه فعليه اليمين أن سكوته حتى كمل البنيان لم يمكن على إسقاطه منه للواجب له في ذلك ويقطع الضرر . وفي أحكام ابن سهل في رجل له دار ظهرها في زقاق قوم غير نافذ ففتح الرجل باب داره إلى هذا الزقاق وبقي كذلك نحو ثلاثة أعوام ثم باع القوم دورهم فأراد مبتاعها إغلاق هذا الباب المحدث واحتجَّ بأن ذلك قد كان للبائعين قبل القيام به وأنه قد حلَّ محلهم فجاءني ابن عتاب ليس للمبتاعين فيه كلام ولا اعتراض وإنما كان الكلام فيه للبائعين ، فإذا لم يفعلوا حتى باعوا رضا منهم إن شاء الله . وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبع أنه لا كلام للمشتري في ذلك إلا أن يكون البائعون باعوا وقد خاصموا في ذلك . وفي وثائق ابن العطار : المعروف أن للمبتاع القيام على محدث الضرر على الدار تباع وكأنه وكيل للبائع في ذلك اهـ . وقال فضل في مسألة ابن حبيب : انظر هل يجوز هذا البيع على قول غير ابن القاسم على أن يكون على خصومة اهـ . من الشارح . وفي ابن سلمون : ومن أحدث عليه بناء فيه ضرر فسكت حتى فرغ ثم قام عليه فيه فعليه اليمين أن سكوته لم يكن منه رضا بإسقاط حقِّه فيه ، فإن باعه بعدما أحدث علمه الضرر ولم يقم به ولا تكلم فيه لم يكن للمبتاع القيام به ، فإن كان قد تكلم فيه وباعه وهو في الخصام فإن للمبتاع أن يتكلم فيه ويقوم بما كان للبائع أن يقوم به من ذلك اهـ . وهو كلام الناظم حرفاً حرفاً .

وَمَانِعُ الشَّمْسِ أَوْ الرِّيحِ مَعَا لِحَارِهِ بِمَا بَنَى لَنْ يُمْنَعَا

يعني أن من بنى بنياناً يمنع جاره الريح أو الشمس أو هما معاً فإنه لا يمنع من ذلك . قال في المقرب : قلت : فلو بنى فممنعي بنيانه الشمس التي كانت تسقط في داري والريح فهل لي أن أمنعه من ذلك؟ قال لا اهـ . ومن المدونة قال مالك : من رفع بنيانه فتجاوز بنياناً ليشرف عليه لم يمنع من رفع بنائه ومنع من الضرر به ، وإن رفع بنيانه فسد على جاره كواه وأظلمت أبواب غرفه وكواها ومنعه الشمس أن ترفع في حجرته لم يمنع من هذا البنيان ، قال ابن نافع : يمنع من ضرره منع الضوء والشمس والريح اهـ . فرع : إذا كان البنيان يحبس الريح عن الأندر ففي الواضحة عن مطرف وابن الماجشون وأصبع أنه لا يمنع من البنيان وجد عنده مندوحة أم لا . وسئل ابن القاسم فقال : لا يجوز له أن يبني في موضع يبطل به أندر رجل قد تناول انتفاعه به ودرسته فيه . قال ابن نافع : وسواء احتاج صاحب البنيان إلى البنيان أو لم يحتج إليه ليس له أن يحدث على جار بنياناً يضره في أندره اهـ . وعلى هذا اعتمده الشيخ خليل حيث قال : لا مانع ضوء شمس وريح إلا الأندر . قال الشارح : إذا كان هذا هو المشهور وهو منع مانع الريح عن الأندر (فمثله يكون المحكم) في مانع الشمس التي هي نظير الريح عن مرج فصار الذي هو نظير الأندر

(ص) : ومانع الشمس أو الريح معاً ، البيت .

قوله : (فمثله يكون المحكم الخ) تعليلهم مسألة الأندر دالة على صحة هذا المزيد وتحريرو قول المختصر لا مانع ضوء شمس وريح أي فإنه ليس بضرر يقام به ، قال في مضمونه الرجراجي ما

ومثله نشير العصير ومريد التمر. (فرع: قال في المقرب) فمن حفر بئراً بعيدة من بئر جاره فانقطع ماء البئر الأولى وعلم أن انقطاعه من أجل البئر المحدثه فقال: إذا علم ذلك كان له أن يقوم على حافر البئر المحدثه ويقضى عليه بردمها وسواء حفرها في الوسط أو في غير الوسط.

فصل في الغضب والتعدي

وَعَاصِبٌ يَغْرَمُ مَا اسْتَعْلَهُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ وَيَرُدُّ أُمَّلَهُ
حَيْثُ يُرَى بِحَالِهِ فَإِنْ تَلَفَ قَوْمٌ وَالْمِثْلُ بِذِي مِثْلِ أَلْفِ

ابن عرفة: الغضب أخذ مال غير منفعة ظلماً قهراً لا لخوف قتال. الرصاع: قوله: أخذ مال أخرج غير المال كأخذ امرأة وإن أطلقوا عليه غصباً فليس مقصوداً عند الفقهاء اصطلاحاً وإنما ذلك لغة. قلت: اصطلاحهم أن يعبروا عن ذلك (بالاغتصاب) كما يأتي للناظم بعد هذه الترجمة. وقوله غير منفعة أخرج به التعدي وهو أخذ المنافع كسكنى ربح وحرثه فإنه تعد وليس بغضب. وقوله ظلماً أخرج به أخذه بغير باطل، وما ظفر به المغصوب من ماله عند الغاصب وأخذه وما يؤخذ من مال الحربي وما ينتزع من العبد وما يؤخذ من مكاتب عجز. وقوله قهراً أخرج به السرقة والنهبة وما أشبه ذلك من الخيانة، أي لأنها وإن كانت ظلماً لكن لا قهر فيها. وقوله لا لخوف قتال أخرج به الحرابة وظاهر كلام الشيخ أنه (أخرج الغيلة) بقوله قهراً إذ لا قهر في الغيلة لأنه يموت مالكه. وأما

نصه: المسألة فيها قولان، أحدهما: عدم أي عدمه كونه ضرراً يقام به وهو قول ابن القاسم في المدونة وبه قال أشهب وابن نافع، وظاهر قولهم أنه لا فرق بين أن تكون له منفعة بالبناء أم لا، والمنع لابن كنانة إن لم تكن له فيه منفعة لأن على الجار فيه مضرة والدليل له حديث «لا ضرر ولا ضرار» الخ. وقال أبو الحسن على المدونة ما نصه الشيخ فحملة ابن سهل على الوفاق أي كلام ابن كنانة وحملة ابن الهندي على الخلاف اه. وجعل ابن رشد خلاف ابن كنانة شاذاً وصاحب المفيد قال عن ابن كنانة إلا أن يكون لا نفع له في ذلك رفعه ليضر بجاره الخ. وعبرة الباجي ما نصه: وقال ابن كنانة إلا أن يفعل ذلك ليضر بجاره دون منفعة له فإنه يمنع منه الخ، وهذا منه بلفظه من منتقده وذكر أن ابن القاسم رواه عن مالك، والحق أن قول ابن كنانة هو المذهب ولا يجوز المحيد عنه وقد سقنا دليلاً غاية فقف عليه إن شئت ولا تتمر في ذلك فإن هذا أمر ربما يدرکه العوام يفعل الإنسان ما لا ينفعه ليضر جاره الذي له من الحقوق ما قد علم فافهم. قوله: (فرع قال في المقرب الخ) انظر الشرح عند قول المختصر: ومصر بجدار الخ وتقدم شيء من هذا.

فصل في الغضب والتعدي

(ص): وغاصب يغرم ما استغله، إلى آخر البيتين. قوله: (بالاغتصاب) لعل وجه هذا الاصطلاح أن المرأة في الغالب إذا لم يكن لها مراد في الفاحشة لا تنال منها إلا بتغالب عليها من الفاعل فافهم فإن التفاعل يدل على ما ذكر. قوله: (أخرج الغيلة الخ) قف عل شرح قول المختصر

التعدي فقال الرصاع: قال المازري من غير الغضب وأحسن ما ميّز به عنه أن التعدي هو الانتفاع بملك الغير بغير الحق دون قصد تملك الرقبة أو إتلافه أو بعضه دون قصد التملك، فقوله بغير حق أخرج به الإجارة والعارية وغيرهما. وقوله دون قصد التملك أخرج به الغضب. وقوله أو إتلافه هذا قسم من أقسام التعدي والضمير يعود على الملك وهو عطف على الانتفاع. وقوله أو بعضه زاده ليدخل فيه هلاك بعض الشيء. وقوله دون قصد التملك أخرج به الغضب أيضاً. قال الرصاع: وبعد أن قيدت هذا من كتاب الغضب رأيت ترجمة التعدي في نسخة الشيخ بعد الاستحقاق قال فيه: التصرف في شيء بغير إذن ربه دون قصد تملكه. قوله: وغاصب يغرم ما استغله، البيتين يعني أن من غصب شيئاً واستغله فإنه يجب عليه رد الغلة التي استغل منه، ويرد أيضاً نفس الشيء المغصوب إن كان باقياً على حاله وقت الغضب، فإن تلف بيد الغاصب غرم قيمته إن كان مقوماً أو مثله

صدر الدماء إلا الغيلة، وفي شرح كلامه في كتاب الحرابة لمواضع منه وقف على الفرق بين الغضب والتعدي في شرح قول المختصر والمتعدي جان الخ، وقول النظم وغاصب يغرم الخ، قال في المختصر في هذا عاطفاً على ما يضمن ما نصه: وغلة مستعمل إلى آخر تلك المسائل، فقوله مستعمل أي مغصوب مستعمل كان ربعاً أو حيواناً خراجاً كان كما إذا أخذ ذلك من العبد أم لا كاستخدامه مثلاً وكأخذه الصوف واللبن استغله الغاصب بنفسه أو اكتراه مثلاً، واحترز بقوله مستعمل من تعطيله كربطه الدابة مثلاً فإن المشهور لا شيء فيه، وأصل ذلك في المدونة في كتاب الاستحقاق والجعل وإن لم ينه على ذلك شراحه، والأولى حمل قوله مستعمل على ما استعمله بنفسه كما في ابن الحاجب، ويكون الإكراه أحرى لأن الناس بعضهم بقول يرد في الأمرين وبعضهم في الأمر الثاني فقط لأن العموم اختاره اللخمي وابن يونس فيكون نبه على هذا، والولد والصوف ونحوه يرد ولا إشكال لأن هذه أمور لم تنشأ عن استعمال ولم تدخل في لفظه وكذلك الثمرة من أن هذه أعيان قائمة ولا كذلك غيرها، وزراعة الأرض كالسكنى، وقد اختلف في الإكراه كثير وإن كان الراجح هو تضمين الغاصب لذلك، هذا ظاهر المتن وله شواهد من المدونة في كتاب الاستحقاق والجعل وغيرها. والذي في محل آخر محصله أن الحيوان لا رجوع فيه على الغاصب استعمل أو أكرى لكنه يرد الولد والصوف واللبن وإن فوته عنده إذا بقيت الأصول ولا رجوع للغاصب على المستحق بما أنفق أو سقى أو رعى، ولكن يقاص به في الغلة ويرجع على الغاصب في الربع استعمل أو أكرى ويشمر النخل ونحوه، وأما ما عطل فلا رجوع فيه مطلقاً، ولكن إكراه الحيوان فيه كلام كثير في الرجوع به، ولكن اعترضت التفرقة بين الإكراه والإسكان وبين الرباع والحيوان وأن ذلك ليس على قياس، والحاصل كلام الناس في الاختيارات هنا كثير مضطرب انظره في الشرح وهذه نبتة منه، ولكن عليك بالشرح إن أردت الوقوف على التحقيق وبالله تعالى التوفيق. وحاصل ما ذكره في المعيار في رد الغلة اجتمع الضمان والشبهة فلا رد كالمشتري من غاصب غير عالم بغضبه وإن وجد الضمان فقط لا كالغاصب فالخلاف وإن وجدت الشبهة فقط كاشتراء حرة غير عالم بحريتها فالذي به العمل لا رد والذي قاله الحدائق والرد على ما به العمل مر في المختصر حيث قال في كتاب الاستحقاق لا صداق حرة الخ. وقول هذا الشارح قال ابن رشد الخ قف على هذا التقسيم وتامه في الشرح.

إن كان مثلياً. قال في المقدمات: والذي يجب على القاضي بحق المغصوب منه أن يرد إليه ماله بعينه إن كان قائماً أو قيمته يوم الغصب إن كان فائتاً إلا في المكيل والموزون والمعدود الذي لا تختلف أحاده كالبيض والجوز وما أشبه ذلك فإنه يرد مثله اهـ. وهذا إذا تلف رأساً. وأما إن تعيب ولم يتلف ففي الرسالة ما حاصله: أنه إن تغير بأمر سماوي فربه مختير بين أخذه بنقصه أو تضمينه القيمة، ولو كان النقص بتعديه خير ربه أيضاً بين أخذه أو أخذ ما نقصه العيب وبين تضمينه قيمته. أما وجوب رد الشيء المغصوب فلا خلاف فيه بين العلماء. وأما رد الغلة فقال الإمام القلشاني في شرح قول الرسالة في باب الأفضية والشهادة ويرد الغاصب الغلة ولا يردها غير الغاصب ما نصه: قال ابن رشد في كتاب الغصب من المقدمات وتحصيل الاختلاف أن الغلات على ثلاثة أقسام، أحدها: غلة متولدة عن الشيء المغصوب على هيئته وخلقته كالولد فإنه يرد مع الأم بلا خلاف وإن ماتت الأم كان مخيراً بين الولد وقيمة الأم. الثاني: غلة متولدة منه على غير خلقته وهيئته كاللبن والصوف والشمرة وفيها قولان: أحدهما: أن ذلك للغاصب لزمانه ولحديث الخراج بالضمان. والثاني: أنه يلزم ردّها إن كانت قائمة أو قيمتها إن ادعى تلفها ولم يعرف ذلك إلا بقوله مع غير المغصوب، وإن تلف الشيء المغصوب كان مخيراً بين أن يضمه القيمة ولا شيء له في الغلة، وبين أن يأخذه بالغلة ولا شيء له من القيمة. الثالث: الغلة التي هي متولدة عن الشيء المغصوب وهي الأكرية والخراجات وما أشبه ذلك فاختلف فيها على خمسة أقوال، أحدها: أنه لا يلزمه ردّها جملة من غير تفصيل. الثاني: أنه يلزمه ردّها جملة من غير تفصيل بين أن يكري أو ينتفع أو يعطل. الثالث: أنه يلزمه الرد إن أكرى ولا يلزمه إن انتفع أو عطل. الرابع: أنه يلزمه إن أكرى أو انتفع ولا يلزمه إن عطل. الخامس: الفرق بين الحيوان والأصول وهذا كله فيما اغتلت من العين المغصوبة مع بقائها وقيامها، وأما ما اغتلت منها بتصرف وتفويتها وتحويل عينها كاللدنانير يغصبها فيغتلها بالتجارة فيها والطعام يزرعه في أرضه فالغلة قولاً واحداً، وأما إذا لم يقصد إلى غضب الرقبة فهو ضامن للغلة التي قصد إلى غضبها سواء أكرى أو انتفع أو عطل، وسواء كان ذلك ممّا يزال به أو ممّا لا يزال به اهـ. وقال القلشاني أيضاً في شرح قول الرسالة آخر باب الشفعة والهبة ولا غلة للغاصب ويرد ما أكل من غلة أو انتفع ما نصه: ظاهر الرسالة وجوب رد الغاصب الغلة بالإطلاق سواء كان المغصوب ربعاً أو رقيقاً أو حيواناً أو غير ذلك، وسواء استغلها أو استعملها، والقول وجوب رد الغلة مطلقاً، رواه أشهب وابن زياد عن مالك وهو مذهب الشافعي (وهو التحقيق) عند المتأخرين من أهل المذهب قالوا: لأن المقصود من الذوات إنما هو حصول منافعها، فلو لم يرد الغاصب الغلة لما كان في القضاء عليه بالردّ سوى فائدة الانتفاع بالمغصوب في المستقبل وهو تتميم لغرض الغاصب. القول الثاني: ظاهر المدونة اختصاص الضمان بغلة الرباع والإبل والغنم دون الرقيق والدواب وهو قول ابن القاسم. قال المتيطي: سلك مسلك المقابلة

وقوله عن القلشاني: (وهو التحقيق النخ) ليس هذا هو المذهب قف على الشرح. وقوله:

فجعل عليه النفقة في الرقيق والدواب وله الغلة وأسقط عنه النفقة في الربيع وجعل عليه رد الغلة. (قيل: الفرق) أن الربيع مأمون فكأنه لم يضمن شيئاً، والرقيق والدواب الخوف فيهما قائم فكانت الغلة له بالضمان. وقيل: الفرق أن غاصب الحيوان لما كانت قد تبقى بيده حتى تتلف صار الغاصب فيهما غاصباً للرقاب حقيقة، والربيع شأنه البقاء حتى ليدر به فهو غاصب للمنفعة وغاصب المنفعة لا خلاف في رده الغلة وإنما الخلاف في غاصب الرقبة اهـ.

وَالْقَوْلُ لِلْغَاصِبِ فِي دَعْوَى التَّلْفِ وَقَدْرٍ مَنْصُوبٍ وَمَا بِهِ اتَّصَفَ

(هذا كقول الشيخ خليل والقول له في تلفه ونعته وقدره وحلف) وقول ابن الحاجب، والقول قول الغاصب في تلفه وصفته ومبلغه. التوضيح: يعني إذا اختلف الغاصب والمغضوب منه هل تلف الشيء المغضوب أم لا؟ واختلفا في صفته أو مبلغه فالقول قول الغاصب لأنه غارم، وإن غصب جارية وادعى هلاكها واختلف في صفتها صدق الغاصب في الصفة مع يمينه إذا أتى بما يشبهه، فإن أتى بما لا يشبهه صدق المغضوب منه مع يمينه، وكذلك نص مالك في المدونة والعتبية على وجوب اليمين على الغاصب إذا اختلفا في العدد، ولم أر في الأمهات وجوب اليمين على الغاصب إذا ادعى التلف، لكن نص فيها على الشيء المستحق إذا كان ممّا يغاب عليه أنه يحلف إذا ادعى المشتري تلفه، وكذلك في رهن ما يغاب عليه ولا يمكن أن يكون الغاصب أحسن حالاً منهما، وقد نص ابن عبد السلام على وجوب اليمين هنا في التلف. (وقال أشهب): يصدق الغاصب مع يمينه وإن ادعى ما لا يشبه كما لو قال هي صماء بكماء، انتهى محل الحاجة منه، ولم ينص الناظم على وجوب اليمين على الغاصب في المسائل الثلاث اتكالا منه على ما هو معلوم في عرف الفقهاء. (أنهم إذا قالوا) القول قوله يعنون بيمين، وإذا قالوا مصدق فيعونون بغير يمين، ولكن هذا غالب لا مطرد والله أعلم.

(قيل الفرق الخ) الذي فرق به نص المدونة أن الحيوان ينفق عليه الغاصب ولا كذلك غيره.

(ص): والقول للغاصب في دعوى التلف البيت. قوله: (هذا كقول الشيخ خليل والقول له في تلفه ونعته وقدره وحلف) فقوله وحلف راجع للجميع حتى لقوله في تلفه كما سقنا دليله في الشرح، والفرق بينه وبين المرتتهن أن الغاصب أخذ مال الغير كرهاً من غير إذن ربه والحلف فيما يغاب عليه وفي غيره الأمر محتمل، ولكن الأولى أو الواجب هو الحلف مطلقاً فافهم هذا وقف على الشرح. قوله: (وقال أشهب الخ) المشهور خلافه كما صرح به ابن ناجي، قال في المدونة إذا اختلفا في صفة المغضوب صدق الغاصب في الصفة مع يمينه، فإن جاء بما لا يشبهه صدق المغضوب منه في الصفة مع يمينه الخ وكتب عليها أبو الحسن ما نصه: لأن الغاصب غريم ومدعى عليه ثم قال: فإن أتيا بما لا يشبه فعلى مذهب ابن القاسم يقضى بأوسط القيم بعد أيمانهما، ثم قال: وانظر قوله فإن جاء بما لا يشبه بم يعتبر الأشباه هنا وليس يعتبر هنا إلا بالنظر للمغضوب منه هل يشبه أن يكسب مثل هذا أم لا؟ قوله: (أنهم إذا قالوا الخ) هذا عندهم صحيح وكذا يجاب عن قول خليل

وَالْغَرْمُ وَالضَّمَانُ مَعَ عِلْمٍ يَجِبُ عَلَى الَّذِي انْجَزَّ إِلَيْهِ مَا غُصِبَ
بِإِزْثٍ أَوْ مِنْ وَاهِبٍ أَوْ بَائِعٍ كَالْمُتَعَدِّي غَاصِبِ الْمَنَافِعِ

يعني أن من أنجز إليه الشيء المغصوب إما بإرث من الغاصب أو بهبة منه أو بشراء منه أيضاً مع كون من أنجز إليه ذلك عالماً بكون موروثه أو الواهب له أو البائع له غصب ذلك فإنه يتنزل منزلة الغاصب في ضمان الشيء المغصوب فيغرم قيمته أو مثله إن تلف، (فالغرم نتيجة الضمان). فلو قال: والغرم بالضمان بالباء السببية لكان أوضح والله تعالى أعلم. ولما ترجم للغضب والتعدي وذكر بعض أحكام الغضب أفاد هنا بالشرط الثاني من البيت الثاني أن المتعدي هو غاصب المنافع بخلاف الغضب فإنه غاصب للرقاب، وشبهه بالغاصب في كونه يضمن ويلزمه الغرم للشيء المتعدي فيه، أما من أنجز إليه الشيء المغصوب فقال ابن عرفة فيها مع غيرها: من ابتاع شيئاً من غاصب أو قبله منه وهو عالم أنه غاصب فهو كالغاصب في الغلة والضمان. وقال ابن الحاجب: فلو بيع المغصوب أو ورث فإن علم فالكالغاصب وإن لم يعلم فلا شيء عليه في السماوي. التوضيح: فاعل علم أحدهما لا بعينه. وقوله فكالغاصب أي في لزوم رد الغلات لأنه لما علم بالغصب

والناظم القول قول الغاصب ولم يقيدا بأن ذلك مع الشبه بأن الشخص لا يقول القول قوله إلا مع الشبه لأن صاحبه مدعى عليه والمدعى عليه هو الذي يحلف، فالشبه هو من جملة ما يعرف به المدعى عليه، ومن المعلوم أن اليمين إنما تكون عليه وقد قال خليل وحلف والناظم قالها لأنه قال والقول للغاصب الخ فافهم.

(ص): والغرم والضمان مع علم يجب، إلى آخر البيتين. هذا قال في مضمونه خليل ما نصه: وورائه وموهوبه إن علما كهو وإلا بدىء بالغاصب ورجع عليه بغلة موهوبه، فإن أعسر فعلى الموهوب، فقوله كهو أي من كل جهة غرمأ وغلة بلا قيد أصلاً، وكذا المشتري العالم المفهوم من قول المتن وضمن مشتر لم يعلم الخ فإن التفصيل المتقدم في غير العالم وأما هو فغاصب وقوله وإلا بدىء بالغاصب أي على الموهوب له هذا هو المشهور. وقوله بالغاصب فهم منه أنه إذا لم يكن غاصباً فلا يرجع عليه مطلقاً. وقوله بدىء الخ في إتلاف الموت له واستغلاله بأي وجه أفات أو استغل لأنه كالثائب عن الغاصب في ذلك إذا عطل فلا شيء عليهما معاً والمشتري لا يكون أخرى من الغاصب، وقد تقدم أنه إذا عطل لم يغرم فافهم. وقوله ورجع عليه الخ وكذا يرجع عليه بما أتلفه وإنما خص الغلة للرد على أشهب القائل بأنه لا يردها كالمشتري وهو يقتضي أن لا تؤخذ من الواهب بخلاف ما أفاته الموهوب له فإنه يضمنه حتى المشتري، ويحتمل أن خليلاً قصد بقوله وبدىء بالغاصب فيما أقيت عينه. وقوله فإن أعسر ومثله إذا لم يقدر عليه وكأنه أحروري أو من باب لا فارق. وقوله فعلى الواهب في الغلة والضمان لأن أطلق رحمه الله تعالى في ذلك، وإنما فرع المصنف مسألة الواهب وترك مسألة الموروث لورثته فلا يتأتى فيه التفصيل الذي في الهبة، فانظر هذا الإمام وما أحسنه وما أصححه وأتقنه فاستعن به على ما عند هذا الشارح.

قوله: (فالغرم نتيجة الضمان الخ) كان هذا غير صحيح، وإنما أراد الضمان إذا تلف الشيء بيده فإنه يضمنه كالغاصب وهو قول المختصر وضمن بالاستيلاء والغرم هو للغلة ونقل هذا الشارح

وجب عليه الردّ ولا عذر له بل قال أبو عمران: وإنما يشترط علم المشتري. (وأما الموهوب له فإنما ينظر إلى معرفة الناس) في ذلك. وقوله: وإن لم يعلم أي وإن لم يعلم أحدهما أي المشتري والوارث فلا شيء عليه ممّا هلك أو نقص ممّا لا صنع فيه لأحد وهو مراده بالسماوي انتهى المحتاج له الآن منه. (وأما المتعدي) فنقل المواق عن اللخمي

كلام ابن عرفة يرد عليه وكذا كلام غيره. قوله: (وأما الموهوب له فإنما ينظر إلى معرفة الناس الخ) هذا خلاف ظاهرها بل الظاهر خلافه انظر الشرح عند قول المتن: ووارثه الخ. قوله: (وأما المتعدي الخ) قال ابن عرفة في هذا ما نصه: التعدي التصرف في الشيء بغير إذن ربه دون قصد تملكه انتهى المقصود منه وانظره فإنه ربما يدخل فيه تصرف نحو الوصي في مال اليتيم ونحوهما لكن رحمه الله ذكر صدر الغصب ما نصه التعدي قال المازري: هو غير الغصب أدنى ما ميز به عنه التعدي الانتفاع بملك الغير لغير حق دون تصد تملك الرقبة أو إتلافه أو بعضه دون قصد تملكه. قلت: وحاصل مسائل التعدي الانتفاع بملك الغير دون حق فيه خطؤه كعمده أو التصرف فيه بغير إذنه، ولا إذن قاض أو من يقوم مقامه لفقدهما فيدخل تعدي المقارض وسائر الأجراء أو الأجانب اه. بلفظه، وقف على بيانه في الشرح، وذكر غيره من كلام الناس في المسألة، وقول المختصر والمتعدي جان على بعض غالباً فإن أفات المقصود كقطع ذنب دابة ذي هيئة أو أذنها أو طيلسانه أو لبن شاة هو المقصود أو قلع عيني عبد أو يديه فله أخذه ونقصه أو قيمته، وإن لم يفته فنقصه كلبن بقرة ويد عبد أو عينه وعتق عليه إن قوم ولا منع لصاحبه في الفاحش على الأرجح ورفا الثوب مطلقاً، وفي أجره الطبيب قولان اه. فقوله دابة ذي هيئة المراد بهذا أن هذه الدابة هي مركب لذوي الهيئات أي شأنها أن يركبها لا أنها مملوكة لذوي الهيئة وبيتاً ذلك في الشرح غاية اه. وكلامه في نفسه بيتن، وقوله ورفا الثوب مطلقاً أي وما أشبه ذلك كربط القصعة ونحوها. وقوله مطلقاً كان الخرق كثيراً أو يسيراً، وبحث ابن يونس في ذلك في الشرح، والفرق بين أجره المداواة والرفو أمران: أحدهما جهل ما يداوى به وبعضهم يقول هل يعود الجرح لما كان عليه أولاً أو لا كذلك الرفو ونحوه ولذلك قال: وفي أجره الطبيب قولان والراجح مع ذلك لزوم الأجرة للجاني، وعلل ذلك أبو محمد صالح بقوله ما نصه: لأنه أدخل نفسه في ذلك والظالم أحق بالحمل عليه وهذه الأجرة واجبة برىء الجرح على شين أم لا، قال أبو الحسن بعد سوقه كلام أبي محمد ما نصه: وانظر قول الفقهاء السبعة في المجروح خطأ يبرأ على شين أو على غير شين أن على الجراح أجره الطبيب الخ. وإذا قال السبعة هذا في الخطأ فكيف به العمد؟ وذكر اللخمي أنه يفرم أجره المداواة وقيمة الشين برأ إن على شين. قوله أو قلع عيني عبد الخ قال ابن يونس قال الأخوان: قطع يد العبد إذا كان صانعاً وعظم شأنه مفيت وإلا فلا وإن كان تاجراً نبيلاً. وقال اللخمي: لو كان صانعاً فقطع أصبعه أو أنمته فعطل ذلك صناعته وخراجه ضمنه، وأما جميع اليد فأرى بها الضمان وإن كان من عبيد الخدمة الخ. وصاحبه إنما قال إذا قطع يداً واحدة للعبد أو فقاً له عيناً أي فهو مفيت وعلى ظاهرها مرّ خليل في مختصره، لكن ما في اللخمي نقله ابن رشد عن سماع أصبغ أن قطع يديه أو الواحدة من صانع ضمن قيمته الخ. ونقله ابن عرفة وسلمه. وقال ابن يونس عن محمد: وأما في الدواب فقطع اليد الواحدة مفيت بخلاف قلع عينها، واللخمي قال أيضاً: إن أفسد شيئاً من محاسن الأمة التي تراد للفراس ضمنها أي لأنه عيب مفيت، وذكر أن العرج الفاحش كذلك، ولكن ذكرنا كلاماً في الشرح ربما يعكر على كلام اللخمي في بعض هذه المسائل، وإن قال الرجرجاني في بعضها ما قاله اللخمي هو الصحيح انظر الشرح، وفي ابن

أن التعدي على أربعة أوجه يسير لم يبطل الغرض المقصود منه فلا يضمنه بذلك، قال مالك: فإن كان ثوباً رفاه أو قصعة أصلحها وغرم ما نقصها بعد الإصلاح وإنما لزمه إصلاحه لأن صاحبه لا يقدر على استعماله إلا بعد إصلاحه وقد كان في مندوحة عن ذلك ويسير أبطل الغرض المقصود منه فيه خلاف. قال ابن القصار: يضمن جميعه، فإن قطع ذنب دابة القاضي أو أذنها ضمنها، وكذلك مركوب كل من يعلم أن مثله لا يركب مثل ذلك فكذلك سواء، وسواء كانت الدابة حماراً أو بغلاً أو غيره، ولا فرق بين المركوب والملبوس كقلنسوة القاضي وطيلسانه وعمامته، وكذلك من يعلم أنه لا يلبس مثل ذلك المجني عليه ولا يستعمل فيما قصد إليه، وهذه الرواية المشهورة عن مالك قال: وإن كان التعدي كثيراً ولم يبطل الغرض المقصود منه فإن حكمه حكم اليسير. قال ابن يونس قال مطرف وابن الماجشون: لو تعدى على شاة بأمر قلّ لبنها به فإن كان عظم ما تراء له اللبن من قيمتها إن شاء ربها وإن لم تكن غزيرة اللبن فإنما يضمن ما نقصها. وأما الناقصة أو البقرة فإنما فيها ما نقصها، وإن كانت غزيرة اللبن ففيها منافع غير ذلك باقية انتهى. والمقصود منه قوله: وأما الناقعة أو البقرة الخ. وقوله: فإن حكمه حكم اليسير أي اليسير الذي لم يبطل الغرض وإن كان التعدي كثيراً أبطل المقصود فإنه يضمنه. قال في المدونة: من فقأ عيني عبد رجل أو قطع يديه جميعاً فقد أبطله ويضمن الجراح قيمته ويعتق عليه وإن لم يبطل مثل أن يفقأ عيناً واحدة أو جدع أنفه وشبهه فعليه ما نقصه ولا يعتق عليه. ابن رشد: إن قطع الواحدة من صانع ضمن قيمته اتفاقاً اه. وحاصله أن ما أفات المقصود فإنه يضمن قيمته كثيراً كان أو يسيراً، وما لم يفته فإنما عليه ما نقصه كثيراً كان أو يسيراً والله أعلم. وإلى هذا التقسيم أشار الشيخ خليل بقوله: والمتعدي جان على بعض غالباً فإن أفات المقصود كقطع ذنب دابة ذي هيئة أو أذنها أو طيلسانه أو لبن شاة هو المقصود أو قلع عيني عبد أو يديه فله أخذه ونقصه أو قيمته وإن لم يفته فنقصه كلبن بقرة ويد عبد أو عينه اه.

وَسُبْهَةٌ كَالْمَلِكِ فِي ذَا الشَّانِ لِقَوْلِهِ الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ
وَلَا يَكُونُ الرَّدُّ فِي اسْتِحْقَاقِ وَفَاسِدِ الْبَيْعِ عَلَى الْإِطْلَاقِ

عرفة إلحاق الحمارة بالناقعة في تقليل اللبن، وألحق بعضهم الفرس بذلك وهو صحيح قائلاً لأن لها منافع غير اللبن. وقوله ان قوم التقيوم إنما يكون مع الفحش في العبد وعليه يترتب قوله ولا منع الخ. فإن قلت: من أين يفهم مثل فإنه حسن الجارية؟ قلت: من قول المتن فإن أفات المقصود أي من الشيء المتعدى عليه لأنه ينظر للشيء وما هو المقصود منه وله يشتري ويملك فإن أفات ذلك منه فالضمان للكل وإلا فما نقص. نازلة تنزل كثيراً: الجنس مثلاً تخرج يده عمداً وعجز عن الحرث بها أو الحصاد هل يلزم الجاني عليه أن يعطيه من يحصد في موضعه أو يحرث لأنه عطله ولا عنده ما يعيش به؟ الظاهر من كلام اللخمي في الصانع وفي أجرة الطبيب اللزوم ولم أقف على نص صريح في ذلك.

(ص): وشبهة كالمملك في ذا الشأن، إلى آخر الأبيات الثلاثة.

وَالرُّدُّ بِالْعَيْنِ وَلَا فِي السُّلْمَةِ مَوْجُودَةٌ فِي فَلْسٍ وَالشُّفْعَةَ

يعني أن شبهة الملك كالمملك في كونها توجب لمن حصلت له استحقاق الغلة، وعنه عبر بهذا الشأن أي الأمر الذي الكلام فيه وهو لمن تكون الغلة، ودليل كون شبهة الملك كالمملك قوله عليه الصلاة والسلام: «الخراج بالضمآن والخراج الغلة»، والمعنى أن من كان ضمان الشيء منه إذا هلك فإن له غلة ذلك الشيء، وهو معنى قول الفقهاء: من عليه التوى فله النما والتوى بالمثناة والقصر أي ضمان الشيء إذا هلك، والنما الزيادة، والمراد به الغلة، ولأجل كون الخراج بالضمآن (كان من اشترى شيئاً أو ورثه أو وهب له) أو استغله كدار فسكنها أو أرض فحرثها أو عبد أو دابة واستخدمه أو أكره ثم استحق من

قوله: (كان من اشترى شيئاً أو ورثه أو وهب له الخ) ليس الوارث والواهب كالمشتري وإن لم يعلم. قال في المختصر في الاستحقاق والغلة لذي الشبهة أو المجهول للحكم كوارث وموهوب ومشتري لم يعلموا بخلاف ذي دين على وارث الخ. وتحصيل ما في ذلك أن المشتري غير عالم بالغضب الغلة له مطلقاً اشترى من الغاصب أو غيره استغل أو أكرى أو عطل، والوارث والموهوب له إن لم يعلم كذلك الغلة لهما إلا إذا ورث الوارث من الغاصب نفسه، وواهب الموهوب له هو كالغاصب فلا غلة لهما وإن لم يعلم بالغصب، وإن ورث الوارث من مجهول هل هو غاصب أم لا فالغلة له، وكذلك الواهب إن شك في واهبه، وإن علم الثلاثة بالغصب المشتري والوارث والموهوب فلا غلة لهم مطلقاً باشروا الغاصب أم لا، ومن له الغلة لا يضمن السماوي، والمستعير كالموهوب له أو هو هو والمكتري كذلك لأنه لا ضمان عليه، والمراد بال مباشر للغاصب من وارث وواهب أنه لم يحل بينه وبين الغاصب مشتر لم يعلم، بدليل أن الغاصب إذا ورث ثم ورث وارثه رجل فلا غلة له لأنه لم يستند إلى من له غلة وكل من كان كذلك فلا غلة له، ومسألة المشتري هي قول المختصر: وضمن مشتر لم يعلم في عمد لا سماوي وغلة وهل الخطأ كالعمد تأويلان، ومررنا في النظم على أحد التأويلين وإنما كرره جمعاً للنظائر ولقوله للحكم تبييناً للحد في هذا، وإنما اعتبر هذا الجهل في قوله أو المجهول لأن الأصل عدم الغضب والعلم به، والمراد بالعالم الغضب ما يشمل عليه بأن المشتري منه علم بالغصب أي مهما وقع علمه أن الشيء مغضوب فذلك داخل، فافهم هذا ودع عنك ما في الشروح مما لا ينبغي. وأما من أتلف منهم عين ما وصل إليه فالضمان ولذلك قال خليل والغلة الخ إذ الكلام فيها، وقدم قوله وضمن مشتر وقوله وإلا بدىء بالغاصب الخ، وقد لفقنا ذلك بما نصه:

فعالم بالغصب مثل الغاصب	في غلة وغيرهما فارتقب
وغير عالم بغصب يعتبر	من وارث وواهب ومشتري
فمشتري منهم على الإطلاق	غلبته له بالاتفاق
كذلك وارث ومن قد وهبها	إن لم يباشر الذي قد غصبا
وضامن لغلة قد ألزما	غرم سماوي على ما علما
ومتلف لعين ما قد غصبا	فمطلقاً يغرمه تسببا

يده وأخذه مستحقه فلا يردّ الغلة، أو كان اشتراه شراءً فاسداً بوجه من وجوه الفساد المذكورة في محلها وقد كان استغله ونقض البيع لفساده فلا يردّ الغلة أيضاً، سواء كان المبيع ما زال قائماً بيد مشتريه فردّه لبائعه، أو قد فات وغرم ثمنه أو قيمته وهو مراده بالإطلاق، أو وجد عيباً فيما اشترى فردّه على بائعه وكان قد استغله أو اشترى شيئاً واستغله ولم يدفع ثمنه حتى فليس فجاء البائع فوجد سلعته في جملة مال مشتريها الذي فليس فأخذها في الثمن فلا يرجع بالغلة على المفلس، أو اشترى شقصاً من دار مثلاً وسكنه ثم جاء شريك فأخذ بالشفعة فإن من خرج الملك من يده لا يرد الغلة في هذه الوجوه الخمسة لكون ضمان ذلك الملك كان منه فالغلة له، إلا أن الاستحقاق يتصور من يد المشتري والموهوب له وما عداه إنما يتصور من المشتري فقط والله أعلم. قال في إيضاح المسالك ما نصّه: تنبيه للمشتري الغلة في خمسة مواضع: الرد بالعيب والبيع الفاسد والاستحقاق والشفعة والتفليس وقد نظمتها فقلت:

ولا يرد مشتري غلة ما	قد اشتراه فاحفظنه واعلما
في الرد بالعيب والاستحقاق	وفاسد البيع بلا شقاق
وفلس وشفعة ياطالب	مكملين عدة المطالب
ففي المقدمات ذا المذكور	وفي خليل مثله مشهور

واختلف المشهور بماذا تكون للمشتري في هذه المواضع إن لم تفارق الأصول، فاحفظها بما ضبطها بعضهم بهذه الحروف تجد عفزا شسيا، فالتاء من تجد للتفليس والجيم والداد للجداد، فالمشهور أنها لا تكون للمشتري في التفليس إلا بالجداد والعين، والفاء من عفزا للرد بالعيب والبيع الفاسد، والزاي الزهو، فالمشهور أنها لا تردّ مع أصولها إذا أزهدت ولم تجد ولا يبست في الردّ بالعيب وفي البيع الفاسد، والشين والسين من شسيا للشفعة والاستحقاق والياء لليس فالمشهور أنها تردّ مع أصولها وإن أزهدت ما لم تبس في الشفعة والاستحقاق اه. وفي التوضيح عن المازري قال: كان بعض أشياخي يرى أنه لا فرق بين هذه المسائل وأنه يخرج في كل واحدة ما هو منصوص في الأخرى اه. قال الشيخ ابن غازي بعد كلام المازري السابق وقبله ابن عرفة بعد أن نقل غيره وعليه اقتصر في التوضيح وقد كنت نظمت هذه المعاني في رجز مع زيادة بعض الفوائد فقلت:

الخرج بالضمان في التفليس	والعيب عن جهل وعن تدليس
وفاسد وشفعة ومستحق	ذي عوض ولو كوقف في الأحق
والجد في الثمار فيما انتقيا	يضبطه تجد عفزا شسيا

الخرج والخراج لغتان اجتمعتا في قراءة نافع ومن وافقه: ﴿أم تسألهم خرجاً فخراج ربك خير﴾ [المؤمنون: ٧٢] ودخل تحت الكاف من قولنا كوقف الاستحقاق بالحرية، ومعنى في الأحق في القول الأحق تلويحاً بقول المغيرة ومن وافقه، ومعنى انتقى اختيار وهو مبني لما لم يسم فاعله قال: واختصرتها في بيت من المجتث فقلت:

ضَمَن يَخْرُجُ وَفِيهَا تَجِدُ عَفْزاً شَسِيًّا
 عَلَى أَنَا مَسْبُوقُونَ بِهَذَا التَّرْكِيبِ الَّذِي هُوَ تَجِدُ عَفْزاً شَسِيًّا سَبَقَ إِلَيْهِ الْوَانُوعِيُّ أَهـ.
 (تنبيه: عدم رد الغلة) في هذه المسائل الخمس إنما هو مطلق إذا كان المبيع لا غلة فيه
 يوم البيع ولا يوم الرد واعتل المشتري فيما بين ذلك وأخذ الغلة وبان بهما، وأما إن كانت
 الغلة يوم البيع أو يوم الرد فلكل مسألة حكم، فإن أردت تفصيل ذلك فراجع الحطاب في
 شرح قول الشيخ خليل في الرد بالعيب والغلة له للفسخ ولم ترد بخلاف ولد وثمرة أبرت
 وصوف تم الخ. وقد نقل الشارح هنا نصوص الفقه على عدم رد الغلة في هذه المسائل
 فرأيت جلبيه مما يطول والمسألة مشهورة في كتب الفقهاء.

وَمَثَلُ مَنْفَعَةٍ مَقْضُودَةٍ مِمَّا لَهُ كَيْفِيَّةٌ مَغْهُودَةٌ
 صَاحِبُهُ خَيْرٌ فِي الْأَخْذِ لَهُ مَعَ أَخْذِهِ لِأَرْضٍ عَيْبٍ حَلَّه
 أَوْ أَخْذِهِ لِقِيَمَةِ الْمَعِيْبِ يَوْمَ حُدُوثِ حَالَةِ التَّنْفِيْبِ
 وَلَيْسَ إِلَّا الْأَرْضُ حَيْثُ الْمَنْفَعَةُ يَسِيرَةٌ وَالشَّيْءُ مَعَهَا فِي سَعَةِ
 مِنْ بَعْدِ رَفْوِ الثُّوبِ أَوْ إِصْلَاحِ مَا كَانَ مِنْهُ قَابِلَ الصَّلَاحِ

يعني أن الأشياء التي ينتفع بها كالثوب والسيف والصحفة ونحوها إذا تعدى عليها
 متعد (وأثلفها) أو عيبها عمداً أو خطأ لأن العمد والخطأ في أموال الناس سواء، فإن كان
 ما فعل هذا المتعدي أثلف بسببه المنفعة المقصودة من ذلك الشيء فإن صاحبه مخير بين
 أن يأخذ شئيه على ما حدث فيه من الفساد ويأخذ مع ذلك من المتعدي ما بين قيمة شئيه
 سالمًا ومعيبًا، وبين أن يتركه للذي جنى عليه وأفسده، أو يأخذ منه قيمته يوم أفسده،
 وهذا إذا أبقى الشيء معيبًا، أما إن ذهب رأساً كما إذا أحرقت ثوباً فليس إلا الرجوع
 بالقيمة، وأما إن كان ما فعل المتعدي يسيراً بحيث كان الشيء بعد تلفها ما زال ينتفع به
 مثل ما كان قبل ذلك فليس لصاحبه إلا الأرض وهو ما بين قيمته سالمًا ومعيبًا بعد إصلاح
 ما يقبل الإصلاح من ذلك، كرفو الثوب مما حدث فيه من القطع، وكالسيف يصلح ما
 حدث فيه من الفلول. قال في المقرب: قلت: فمن كسر صحفة لرجل أو عصا أو شق له
 ثوباً فقال: قال مالك فيمن أفسد لرجل ثوباً إن كان فساداً يسيراً كان عليه أن يرفوه ثم يغرّم
 ما نقصه بعد الرفو، وإن كان كثيراً أخذ الثوب وغرّم قيمته يوم أفسده، فالذي سألت عنه
 هو على مثل هذا قال: وإن أراد صاحب الثوب أن يتبعه بما أفسد يحبس الثوب كان ذلك
 له، وإن كان الفساد كثيراً. وفي الجواهر: وقال أشهب في الفساد الكثير إنما له أن يضمه

قوله: (تنبيه عدم رد الخ) انظر هذا مفصلاً غاية في الشرح عند قول المختصر والغلة له للفسخ
 الخ في كتاب الخيار، وعند قوله في كتاب الفلاس وأخذ الغلة والثمره.

(ص): ومتلف منفعة مقصودة، إلى آخر الأبيات الخمسة. قوله: (وأثلفها الخ) الأولى
 الاقتصار على قوله أو عيبها بدليل قول الناظم: ومتلف منفعة، وكذلك إحراق الثوب كله مثلاً فإن
 ذلك خارج عما هنا ولكن قدمنا الكلام قريباً على مضمون هذه الأبيات الخمسة.

قيمة جميع الثوب أو يأخذه بنقصه ولا شيء له مما نقصه، وقاله ابن القاسم مرة ثم رجع عنه قال: وإذا فرعنا على الأول ففي معنى الفساد ما أتلّف الغرض المقصود، وإن كانت الجناية في الصورة سيرة مثل قطع ذنب الدابة أو أذنها، ثم ذكر نحو ما تقدم عند قوله كالمتعدي غاصب المنافع فراجعه إن شئت.

فصل في الاغتصاب

وَوَاطِئٌ لِحُرَّةٍ مُفْتَصِّبًا صَدَاقٌ مِثْلَهَا عَلَيْهِ وَجَبَا
 إِنَّ ثَبِتَ الْوِطْءُ وَلَوْ بِبَيِّنَةٍ بَأَنَّهُ غَابَ عَلَيْهَا مُغْلِنَةً
 وَقِيمَةُ الثَّقُصِ عَلَيْهِ فِي الْأَمَةِ هَبْنَهَا سَوَى بِكْرٍ وَعَظِيمِ مُسْلِمَةٍ
 وَالْوَلَدُ اسْتُرِقَ حَيْثُ عَلِمَا وَالْحَدُّ مَعَ ذَلِكَ عَلَيْهِ فِيهِمَا

يعني أن من غصب امرأة وأكرهها على الزنا وزنى بها مكرهة فإنه يجب عليه صداق مثلها بكراً كانت أو ثيباً إن ثبت الوطء، إما بإقراره به أو ببينة على الوطء، أو ببينة بأنه غاب عليها غيبة يمكن وقوع الوطء فيها وادعته المرأة وإن لم يشاهد وطؤه لها وغيا الناظم بهذه الصورة لثلا يتوهم عدم وجوب الصداق فيها فيكون غيرها من الإقرار بالوطء أو قيام البينة عليه أخرى في وجوب الصداق، وهذا إن كانت المرأة حرة، وإن كانت أمة فإن عليه ما نقصها بكراً كانت أو ثيباً مسلمة كانت أو كافرة، وولده رقيق لسيدتها إذا علم ذلك وثبت بأحد الوجوه المذكورة، وعلى ذلك نبّه بقوله: حيث علما. وفسره الشارح بقوله: إذا علم برقها اه. فتأمله فإنه غير ظاهر والله أعلم. قال في المقدمات: وكذلك من استكره أمة أو حرة فوطئها فعليه في الحرة صداق مثلها وفي الأمة ما نقص من ثمنها (بكراً كانت أو ثيباً)، خلاف قول أبي حنيفة: لا صداق عليه مع الحد، وهذا إذا ثبت عليه الوطء بأربعة شهداء على معاينة الفعل أو أقرّ بذلك على نفسه أو ادعت ذلك عليه مع قيام البينة على غيبته عليها اه. ثم استطرد الشارح عن المقرب حكم من اغتصب امرأة ووطئها في دبرها وأنه يجب عليه الصداق ولا يجب عليه الحد إلا بالإقرار أو بالشهادة على

فصل في الاغتصاب

(ص): وواطئ لحره مغتصباً، إلى آخر الأبيات الأربعة. قال في المختصر في كتاب العدد ما نصه: ووجب إن وطئت بزنا أو شبهة ولا يبطأ الزوج أو يعقد أو غاب غاصب أو ساب أو مشتر ولا يرجع لها قدرها وهذا المقصود منه قوله أو غاب الخ. وكان من حق هذا الشارح أن ينبه عليه وإن كان هذا إنما هو باعتبار العدة، ولكن ربما تظهر الثمرة إذا غاب عليها من ذكر وهي غير رشيدة مثلاً وأنكرت الوطء فإنه ربما تعطى صداقها لكون هذه الغيبة لخلوة الاهتداء، وقد قال فيها في المختصر: وصدقت في خلوة الاهتداء وإن بمانع شرعي في نفيه وإن سفية وأمة والزائد منهما إلى آخر تلك المسائل، انظر الشرح هناك يظهر لك ما أشرنا إليه. قوله: (بكراً كانت أو ثيباً الخ) انظر

الوطء، وأما إن لم تكن الشهادة إلا على الاغتصاب والخلوة وادعت المرأة الوطء وأنكر هو (فإنه لا حد عليه) بل يعاقب عقوبة شديدة. وواطء مبتدأ سوغه العمل في الحرة، ومغتصباً حال من واطء لتخصيصه بالعمل المذكور، وصادق مثلها مبتدأ وجملة وجبا عليه خبره والجملة الكبرى خبر واطء ومعلنة صفة بينة وغير مسلمة بالنصب معطوف على المفعول الثاني لهب وهو سوى وعلم بالبناء للنائب أي شاع وعلم وضمير عليه للواطء وضمير فيهما للحرة والأمة والله أعلم.

وإن يكن ذا الغضب بالدعوى ففي
فحينئذ الدعوى على من قد شهز
فإن تكن بغد التراخي زمننا
وحيثما رجمها منه بري
وذاك في المجهول حالاً إن جهل
وإن تكن ممن لها صون ففي
وحيث قيل لا تحد إن نكل
وما على المشهور بالعفاف

تفصيله بيان حكمه في
بالدين والصلاح والفضل نُظِرَ
حدث لِقَذْفٍ وَبِحَمْلِ لِلزَّنا
فالحديث تستوجب في الأظهر
حال لها أو لم تحز صوناً نُقِلَ
وجوبه تخريباً الخلف ففي
فالمهرمغ يمينها له حصل
مهر ولا خلف بلا خلاف

لما قدم حكم ما إذا ثبت الغضب بينة ذكر هنا حكم ما إذا كان ذلك بمجرد دعوى المرأة، وقسم المسألة إلى ستة أوجه، وذلك أن الرجل المدعى عليه إما أن يكون مشهوراً بالدين والخير، وإما أن يكون مجهول الحال لا يعلم كونه ديناً أو لا، وإما أن يكون مشهوراً بالفسق وقلة الدين فهذه ثلاثة أحوال، وفي كل منها إما أن تدعي ذلك حالة وقوعه وجاءت متعلقة به، وأما أن تدعي ذلك بعد مضي زمان، وتكلم في هذه الأبيات الثمانية على ما إذا ادعت ذلك على المشتهر بالدين أو على مجهول الحال ولم تقم في الوجهين: في الحال بل بعد مضي زمان، فأخبر أنه إذا ادعت ذلك على من شهر بالدين وتراخت الدعوى فإنها تحد حد قذفها للرجل المشهور بالدين، وللزنا إن ظهر بها حمل ويتعدد الحدان (لاختلاف موجبهما)، فإن يظهر بها حمل ففي وجوب حد الزنا عليها قولان (الأظهر وجوبه)، وإلى هذا كله أشار بقوله: وإن لم يكن ذا الغضب إلى قوله: وحيثما

عند قول المختصر في كتاب الرهن وحد مرتهن الخ في الشرح، قوله: (فإنه لا حد عليه الخ) صحيح ولكن لا بد من العدة في الحرة أو الاستبراء في الأمة ولا تصدق أنه لم يطاق بحيث تنتفي عنها العدة أو الاستبراء.

(ص): وإن يكن ذا الغضب بالدعوى ففي، إلى آخر الأبيات الثمانية. قوله: (لاختلاف موجبهما) صحيح انظره عند قول المختصر في كتاب السرقة وتداخلت أي الحدود إن اتحد الموجب كقذف وشرب وإلا تكررت اهـ. قوله: (الأظهر وجوبه الخ) انظر الشرح عند قول المختصر في اللعان: وتلاعنا إن رماها بغضب الخ. وعند قوله في القذف أو زنت عينك أو مكرهه الخ تر وجه هذا القول الأظهر أو تر ما فيه من الكلام وجلب ذلك يطول بنا.

رحمها منه بري البيت أي من الحمل. وفي المختصر للشيخ خليل: وإن ادعت استكرهاً على غير لائق بلا تعلق حدث له وهذا كله بالنسبة إلى المرأة، وأما الرجل فلا صدق عليه ولا يمين كما صرح به في قوله في البيت الثامن: وما على المشهور بالعفاف مهر ولا حلف. وأحرى أن لا حدّ عليه. ثم ذكر في قوله وذلك في المجهول حالاً الأبيات الثلاثة حكم ما إذا كانت الدعوى على مجهول الحال وتراخى قيامها أيضاً، وذكر أنه ينظر في ذلك لحال المرأة، فإن جهل حالها أو علم كونها غير موصوفة بالصيانة فالحكم كما تقدم في المشهور بالدين من أنها تحد للزنا والقذف، وإن علم كونها موصوفة بالصيانة ففي وجوب حد القذف عليها للرجل المجهول الحال قولان مخرجان، وعلى كونها لا تحد يحلف لرد دعواها، فإن نكل عن اليمين حلفت وأخذت منه الصداق وإلى ذلك كله أشار بقوله: وذلك في المجهول حالاً، الأبيات الثلاثة. وأما قوله: وما على المشهور بالعفاف البيت فهو من تمام الدعوى على المشهور بالدين، فمحله بعد قوله وحيثما رحمها منه بري البيت وكأنه مؤخر من تقديم، وفهم من التفصيل في المرأة حيث الدعوى على مجهول الحال أنه لا يفصل فيها إذا كانت على المشهور بالدين بل الحكم ما تقدم كيف كان حال المرأة، هذا ما تعطيه ألفاظ الناظم والله سبحانه وتعالى أعلم.

قال الشارح: (وقد اعتمد الناظم) في هذا الفصل كلام ابن رشد في مقدماته قال فيها متصلاً بما تقدم عنه في الأبيات قبل هذه ما نصّه: وأما إن ادعت عليه أنه استكرها فغاب عليها ووطنها ولا بينة لها على دعواها فإن ذلك ينقسم على وجهين: أحدهما: أن تدعي ذلك على رجل صالح لا يليق به ذلك. والثاني: أن تدعي ذلك على رجل متهم يليق به ذلك، وكل واحد من هذين الوجهين ينقسم إلى وجهين: أحدهما: أن تأتي مستغيثة متعلقة به متشبثة فاضحة نفسها تدعي أنها كانت بكرًا. والثاني: أن تدعي ذلك عليه من

قوله: (وقد اعتمد الناظم الخ) هذا كلام صحيح إذ كلام الناظم هو كلام المقدمات، ولكن في الباجي على المنتقى كلام طويل جيد نقلناه في الشرح، ونقلنا كلام المقدمات فيه أيضاً بجملته ولفظه، وذكر الباجي أن العبد إذا استكره امرأة فإن ذلك على سيده، إلا أن يشاء أن يسلمه، وما ذكره هنا من لزوم صداق الحرة قال به الشافعي أيضاً، وقال أبو حنيفة إنما عليه الحد ولا صدق لها كما في الباجي، وذكر أن الأمة إذا طاوعته فعليه ما نقصها عند ابن القاسم وقيل لا شيء لها، وأما إذا كرهت فما نقصها مطلقاً بكرًا كانت أو لا، وذكر أن الفارغة إذا جاءت تدمى فإنها تصدق عليه كانت بكرًا أو ثيباً، وذكر أن الوطء كرهاً إنما يثبت بأربعة شهداء أنه وطئها كرهاً، وإن افتض صبي صغيرة بذكره وبأصبعه ففيه عندنا في رأي الإمام الاجتهاد وقد حكم فيه بأربعين ديناراً عبد الملك والنساء ثلاث كبيرة لا صدق لها مع الرضا وتحد ولها مع الإكراه صداقها، وصغيرة لا تميز فلها صداقها مطلقاً لأن رضاها لا عبرة به وصغيرة تميز، فإن كان مثلها يخدع ومكنته فلها الصداق وإلا فلا، وإذا شهد عدلان أنه أخذها غاب عليها ونظرها النساء فوجدنها بكرًا ففي الصداق قولان والحال أنها قالت أصابني الخ. فانظر هذا وتأمله فإن البكارة تزول بالوطء ولا بد انظر عند قول المختصر في كتاب الإيلاء وافتضاض البكر فإن ابن عرفة تكلم على المسألة وكذا غيره.

غير تثبت ولا تدمى وهي بكر فيأتي في جملة المسألة أربعة أقسام: فأما القسم الأول من القسم الأول وهو أن تدعي ذلك على رجل صالح لا يليق به ذلك وهي غير متعلقة به فهذا لا خلاف أنه لا شيء على الرجل وأنها تحده حد القذف وحد الزنا إن ظهر بها حمل، وأما إن لم يظهر بها حمل فيخرج وجوب حد الزنا على الاختلاف فيمن أقر بوطء أمة رجل وادعى أنه اشتراها منه، أو بوطء امرأة وادعى أنه تزوجها فتحد على مذهب ابن القاسم، إلا أن ترجع عن قولها ولا تحده على مذهب أشهب، وهو نص ابن حبيب في الواضحة، وكذا المجهول الحال في هذا الوجه إذا كانت هي مجهولة الحال أو لم تكن من أهل الصون، وأما إن كانت من أهل الصون وكان مجهول الحال فيخرج وجوب حد القذف عليها له على قولين، ويحلف بدعواها على القول بأنها لا تحده، فإن نكل عن اليمين حلفت وكان لها صداقها عليه اهـ. وإنما قال ابن رشد أنه يأتي في المسألة أربعة أقسام مع أنها ستة كما ذكرنا أولاً لأنه لم يذكر الوجهين اللذين في المعروف بالفسق من قيامها في الحال أو بعد مدة، وباقي كلام ابن رشد ككلام الناظم رحمهما الله وجزاهما عن المسلمين خيراً.

وَحَيْثُ دَعَوَى صَاحِبَتٌ تَعَلَّقَا	وَحَدَّ الزُّنَا يَسْقُطُ عَنْهَا مُطْلَقًا
وَالْقَذْفُ فِيهِ الْحَدُّ لابن القاسم	وَحَلْفُهُ لَدَيْهِ غَيْرُ لَازِمٍ
وَمَنْ نَفَى الْحَدَّ فَعِنْدَهُ يَجِبُ	تَخْلِيْفُهُ بِأَنَّ دَعْوَاهَا كَذِبٌ
وَمَعَ نُكُولِهِ لَهَا الْيَمِينُ	وَتَأْخُذُ الصَّدَاقَ مَا يَكُونُ
وَحَدُّهَا لَهُ اتِّفَاقًا إِنْ تَكُنْ	لَيْسَ لَهَا صَوْنٌ وَلَا حَالٌ حَسَنٌ
وَعَدَمُ الْحَدِّ كَذَا لِلْمُنْبِهِم	حَالًا إِذَا كَانَتْ تَوَقَّى مَا يَصِمُ
وَإِنْ تَكُنْ لَا تَتَوَقَّى ذَلِكَ	فَالْخُلْفُ تَخْرِيجًا بَدَأَ هُنَالِكَ

تكلم في هذه الأبيات على ما إذا ادعت الاغتصاب على المشهور بالدين أو المجهول الحال وقامت في الحين بحيث جاءت متعلقة به لقوله: وحيث دعوى صاحبت تعلقا فهو مقابل قوله، قبل: فإن تكن بعد التراخي زمنا، فأخبر هنا أنها إذا جاءت متعلقة بصالح الحال فإن حد الزنا يسقط عنها ظهر بها حمل أو لا وهو مراده بالإطلاق، وأما حد القذف ففيه قولان: مذهب ابن القاسم أنها تحده للقذفها للرجل ولا يمين على الرجل، وقال غير ابن القاسم لا حد عليها ويحلف الرجل على تكذيبها، فإن نكل عن اليمين حلفت ووجب لها الصداق، ومحل هذين القولين إن كانت المرأة معروفة بالصيانة وحسن الحال، وأما إن لم تكن كذلك فتحد المرأة للقذف اتفاقاً، هذا كله في الدعوى على صالح

(ص): وحيث دعوى صاحبت تعلقا، إلى آخر الأبيات السبعة. ذكر الباجي في المتعلقة أن حد الحمل يسقط في الأقسام الثلاثة، ومجيء البكر تدمى كاف ولو لم يكن معها، ومضمون كلام المقدمات موافق لما في الأبيات السبعة.

الحال مع التشبث به، وإليه أشار بقوله: وحيث دعوى صاحبت تعلقا بالأبيات الخمسة. ثم أشار لحكم ما إذا جاءت متعلقة بالمتهم الأمر المجهول الحال فأخبر أنه ينظر للمرأة إن كانت معروفة بالصيانة والعفاف فلا تحد لقفذه اتفاقاً، وإلى الاتفاق أشار بقوله كذا، وإن لم تكن كذلك ففي حدّها للقفذ قولان مخرجان، وإلى ذلك أشار بقوله: وعدم الحدّ كذا للمتهم البيتين. وقد تلخص ممّا تقدم أنها إذا جاءت متعلقة بالصالح أو بالمجهول لا تحد للزنا، والكلام إنما هو في حد القذف وعلى سقوط حد القذف عنها فعليه اليمين أنه ما وطئ ولا يلزمه صداق، فإن نكل عنها انقلبت على الزوجة فتحلف ويلزمه صداقها وعلى هذا نبّه بقوله:

وإن يكن مجهول حال فيجب تحليفه ومع نكول ينقلب
فمحل هذا البيت بعد قوله:

وإن تكن لا تتوقى ذلكا فالحلف تخريجاً بدا هنالكا

قال في المقدمات إثر ما تقدم في شرح الأبيات قبل هذه ما نصّه: وأما الوجه الثاني من القسم الأول وهو أن تدعي ذلك على رجل صالح لا يليق به ذلك وتأتي متعلقة به متشبهة قد بلغت في فضيحة نفسها فهذا الوجه يسقط عنها حد الزنا، وإن ظهر بها حمل لما بلغت في فضيحة نفسها، واختلف هل تحد له حد القذف أم لا؟ فذهب ابن القاسم إلى أنها تحد حد القذف. وحكى ابن حبيب في الواضحة أنها لا تحد له حد القذف ولا يمين لها عليه على القول بأنها تحد له، وأما على القول بأنها لا تحد له فيحلف على تكذيب دعواها، فإن نكل عن اليمين حلفت واستحقت عليه صداقها، وهذا إذا كانت ممن تبالي بفضيحة نفسها، وأما إن كانت ممن لا تبالي بفضيحة نفسها فتحد له قولاً واحداً، وإن كان مجهول الحال لم تحد له قولاً واحداً إذا كانت ممن تبالي بفضيحة نفسها، وأما إن كانت ممن لا تبالي بفضيحة نفسها فيتخرج إيجاب حد القذف عليها له على أولين اهـ.

وَفِي ادْعَائِهَا عَلَى الْمُشْتَهَرِ
حَالٌ تَشْبِثُ وَبِكُرِّ تَذْمَى
فِي الْقَذْفِ وَالزُّنَا وَإِنْ حَمَلٌ ظَهَرَ
وَخَيْتٌ قِيلَ إِنَّهَا تَسْتَوْجِبُهُ
وَإِنْ يَكُنْ مَجْهُولَ حَالٍ فَيَجِبُ
وَحَالَةً بَعْدَ زَمَانِ الْفِعْلِ
وَلَا صَدَاقَ ثُمَّ إِنْ لَمْ يَنْكُشِفْ
بِالْفِسْقِ حَالَتَانِ لِلْمُعْتَبِرِ
فَذِي سُقُوطِ الْحَدِّ عَنْهَا عَمَى
وَفِي وُجُوبِ الْمَهْرِ حَلْفٌ مُعْتَبَرٌ
فَبَعْدَ حَلْفٍ فِي الْأَصْحِ تَطْلُبُهُ
تَحْلِيْفُهُ وَمَعَ نُكُولٍ يَنْقَلِبُ
فَالْحَدُّ سَاقِطٌ سِوَى مَعَ حَمَلٍ
مِنْ أَمْرِهِ بِالسَّجْنِ شَيْءٌ فَالْحَلْفُ

(ص): وفي ادعائها على المشتهر، إلى آخر الأبيات الثمانية. وهذا كلام ابن رشد في المقدمات فلا نتكلم عليه لظهوره والله المعين، ولكن أردنا اختصار كلام ابن رشد في المقدمات لأنه هو الذي نظمه صاحب التحفة وملخصه أنه ثبت بيينة أو إقرار أنه وطئ فلانة كرهاً فعليه الحد

وَإِنْ أَبِي مِنَ الْيَمِينِ حَلَفَتْ وَلِصَّدَاقِ الْمِثْلِ مِنْهُ اسْتَوْجِبَتْ

ذكر في هذه الأبيات ما إذا ادعت الاغتصاب على المشهور بالفسق بحالتيه أي مع كونها متشبهة به أو بعد مضي زمان، فأخبر أنها إن جاءت متشبهة به أو جاءت تدمي إن كانت بكرًا فإنها يسقط عنها حد الزنا والقذف معاً ظهر بها حمل أو لا وعلى ذلك نبه بقوله: عمّا أي في القذف والزنا، ثم غيا بظهور الحمل فقال: وإن حمل ظهر أي فلا حدّ عليها، وبعد سقوط الحدين عنها هل لها صداق أم لا؟ اختلف في ذلك، وعلى كونها تستوجب الصداق فإنما ذلك بعد يمينها على الأصحّ وعلى هذه الحالة نبه بقوله: وفي ادعائها على المشتبه بالفسق الأبيات الأربعة. ثم ذكر حكم الحالة الثانية وهي قيامها بعد زمان الفعل فقال: وحالة بعد زمان الفعل، الأبيات الثلاثة. وأخبر أن الحد ساقط عنها لا لقذفها للرجل ولا لزناها ما لم يظهر حمل فتحد ولا صداق لها على الرجل في الحال، وإنما ينظر الإمام في أمره فيسجنه ويتجسس عن أمره، فإن ظهر له صحة دعوى المرأة لزمه الصداق، أو بطلان دعواها برىء، وإن لم يظهر من أمره شيء حلف أنه ما وطئ

إن وجدت فيه شروط حد الزنا من تكليف وغيره وثبت المهر للحرّة وما نقص الأمة، ولا فرق بين بكر من غيرها، ولا بين مسلمة من غيرها، وكذا إن ثبت أنه غاب عليها أو ادعت الوطء فلها، وإن لم يكن ما ذكروا وادعت عليه أنه أكرهها على وطئه إياها فإن كان رجلاً صالحاً ولم تتعلق به فلا خلاف أنه لا شيء عليه وتحد له حد القذف وحد الزنا إن ظهر بها حمل وإن لم يظهر، وكذلك عند ابن القاسم إلا أن ترجع عن قولها ولا تحد على مذهب غيره، وكذلك مجهول الحال فيتخرج في وجوب الحد عليها لقذفها قولان، وعلى قول غير ابن القاسم بعدم الحد يحلف، فإن نكل حلفت وكان لها صداقها، وإن أتت متعلقة بالصالح، فإنه يسقط عنها حد الزنا إن ظهر بها حمل وتحد للقذف على قول ابن القاسم وعلى قول غيره لا تحد، وعلى الثاني فيحلف، وإن نكل حلفت واستحقت كما تقدم، والخلاف في هذا الحد إن كانت صينة وإلا فتحد قولاً واحداً، وإن كان مجهول الحال لم تحد له اتفاقاً إذا كانت صينة وإلا ففي الحد للقدق قولان، وأما إن كان المدعي مشهوراً بالفسق ولا تعلق به فلا حد مطلقاً للقذف ولا للزنا إلا أن يظهر بها حمل ولا صداق لها أو ينظر الإمام فيسجنه، فإن ظهر أمر عمل عليه وإلا حلفه وسرحه، فإن نكل حلفت واستحقت مهرها وإن تعلقت به فلا حد للقذف ولا للزنا ولو ظهر بها حمل. وفي الصداق ثلاثة أقوال: أشهب روى أنه يجب لها، وابن القاسم قال لا يجب. وابن الماجشون يجب للحرّة المهر ولا شيء لها إن كانت أمة، وإذا وجب لها فهل يمين أو لا؟ والأصحّ بيمين، وإن كان مجهول الحال لم يكن لها صداق واستحلفت فإن نكل حلفت واستحقت اه. هذا مضمونه على ترتيبه بلا زيد أصلاً، وملخصها باعتبار الصداق أنه لا صداق لها مع الصالح ومجهول الحال مطلقاً في الدعوى، وكذا في الشرير إن حلف في عدم التعلق، وكذا مع التعلق على مذهب ابن القاسم، وأما الحد فتحد مع عدم التعلق في الصالح ومجهول الحال للقذف والزنا إن ظهر بها حمل، وكذا إن لم يظهر على مذهب ابن القاسم، وإن تعلقت فلا حد للزنا وإن ظهر بها حمل وللقذف على قول ابن القاسم، والخلاف في الحد للقذف إن كانت صينة وإلا حدث اتفاقاً، ولا تحد مع المجهول اتفاقاً إن كانت صينة وإلا فقولان، وقد لفتت هذه في أبيات وهي ما نصه:

وبرىء، وإن نكل عن اليمين حلفت ووجب لها عليه صدق مثلها. وأما قوله: وإن يكن مجهول حال فيجب البيت فقد تقدم أن محله قبل أول هذه الأبيات متصلاً به، لأن الكلام في المشتبه بالفسق والمشتبه بالفسق ليس مجهول الحال والله أعلم. قال في المقدمات: أما الوجه الأول من القسم الثاني وهو أن تدعي ذلك على من يشار إليه بالفسق ولا تأتي متعلقة به فهذا الوجه لا يجب عليها فيه حد القذف للرجل ولا حد الزنا لنفسها إلا أن يظهر بها حمل ولا صدق لها، وينظر الإمام في أمره فيسجنه ويتجسس عن أمره ويفعل فيه ما ينكشف له من أمره، فإن لم ينكشف من أمره شيء استحلف، فإن نكل عن اليمين حلفت واستحقت عليه صدق مثلها. وأما الوجه الثاني من القسم الثاني وهو أن تدعي ذلك على من يشار إليه بالفسق وتأتي متعلقة به متشبهة تدمى إن كانت يكرراً فهذا الوجه يسقط عنها فيه حد القذف للرجل وحد الزنا وإن ظهر بها حمل، واختلف في وجوب الصداق لها على ثلاثة أقوال، أحدها: أنه يجب لها وهي رواية أشهب عن مالك في كتاب الغصب، لأنه إذا أوجب للأمة ما نقصها فأحرى أن يوجب للحررة صدق مثلها. والثاني: أنه لا يجب لها شيء وهي رواية عيسى عن ابن القاسم في كتاب الحدود في القذف، قال: ولو كان أشرف من عبدالله الأزرق في زمانه. والثالث: قول ابن الماجشون في الواضحة أنه يجب لها الصداق إن كانت حرة ولا شيء لها إن كانت أمة، واختلف إذا

مغتصب لمرأة فيما يرى	تفصيله فاسمع له معتبرا
فحد واطيء لدى ثبت يجب	بشرطه المعلوم فافهم ما طلب
ومهر حرة به قد لزمنا	وعوض نقص في رقيق علما
كغيبه بلا رضا ممن ذكر	مع ادعاء الوطاء على ما قد شهر
في غير ثبت لا صداق مطلقا	مع ادعاء الوطاء على ما حققا
لكن ذا فيه خلاف شهرا	وراجح هو الذي قد ذكرا
وحدها لرمي فاسق سقط	بلا تقييد لدى من قد بسط
وحدها لصالح أو متهم	أحواله يوجب من قد علم
بلا تقييد وحد للزنا	تعلق يرفعه للاعتنا
مع كل واحد من الرجال	وواجب مع فقده يا تالي
في كل حالة من الأحوال	إن لم يكن فسق فخذ مقالي
كمع فاسق وحمل ظهرا	بلا تعلق على ما اختبرا

وتفسير الأبيات يفهم من التلخيص قبيله، وهذه اثنا عشر بيتاً قد تضمنت أبيات التحفة وهي سبعة وعشرون بيتاً وسكتنا عن رقية ولد الأمة لظهوره غاية ولذلك لم يذكره ابن رشد الذي تبعه الناظم، ونحن نظمنا ما ذكره ابن رشد، وإنما ترك صاحب المختصر هذه المسألة لأنها تفهم من كتابه من مواضع انظر الشرح.

وجب لها الصداق بدعواها مع ما بلغت إليه من فضيحة نفسها هل يجب بيمين أو بغير يمين؟ فروى أشهب عن مالك أنها تأخذه بغير يمين. وذهب ابن القاسم إلى أنها لا تأخذه إلا بعد اليمين هو أوضح والله أعلم. وإن كان مجهول الحال لم يكن لها صداق واستحلف هو فإن نكل عن اليمين حلفت وأخذت صداقها إن شاء الله اهـ. وقوله: وإن كان مجهول الحال الخ هو الذي تبع المؤلف في ذكره ذلك في هذا القسم والله أعلم لم فعل ذلك.

فصل في دعوى السرقة

ابن عرفة: السرقة أخذ مكلف حراً لا يعقل لصغره أو مالا محترماً لغيره نصاباً أخرجه من حرزه بقصد واحد خفية لا شبهة له فيه. (قال الرصاص): السرقة اسم مصدر من سرق، ويقال في المصدر سرقاً، قال المازري: هي أخذ المال على وجه الاستسرار هذا حدّها عرفاً، فيخرج أخذه قهراً وغصباً وحرابة وغيلة وخديعة، قالوا: ويرد عليه الاختلاس، ويرد عليه أيضاً بعض ما أخرجه الشيخ في قيده في الطرد وما أدخل في العكس. فقوله أخذاً مناسب لاسم المصدر وإذا أريد الاسم قيل مأخوذ مكلف حراً لا يعقل الخ. وأخرج بالمكلف المجنون والصبي إلى أن يحتلم أو يبلغ سن الاحتلام عادة. وقوله: لا يعقل أدخل به الصبي قبل بلوغه إذا لم يعقل إذا أخذ من حرزه فإنه سرقة يقطع به، ومعنى لا يعقل لا يفهم لقوة صغره لأنه صار كالبيهمة لا تدفع عن نفسها ولا تتكلم بما يفهم عنها. وقوله نصاباً أي من الذهب أو الفضة أو من العروض، وهل المراد ما قصد كونه نصاباً فيرد عليه من سرق ثوباً خلقاً فوجد فيه ثلاثة دراهم فإنه يقطع، مع كونه إنما قصد الثوب الذي ليس بنصاب، أو المراد ما وجد فيه النصاب فيرد عليه إذا سرق خشبة فوجد فيها ثلاثة دراهم فإنه لا يقطع، والأول وارد على العكس، والثاني على الطرد، ويمكن الجواب بأن المراد نصاب موجود مقصود. وقوله: من حرزه أخرج به ما إذا لم يخرج من حرزه أو إذا لم يكن حرز بوجه. وقوله أو مالا محترماً أخرج به أخذ غير الأسير مال حربي وسرقة الخمر لأنه لا حرمة له، ويدخل في ذلك ما اختلف فيه ممّا يجوز ملكه من حيوان وغيره. وقوله بقصد واحد ذكره ليدخل به إذا سرق أقل من النصاب، ثم كرّر ذلك مراراً بقصد واحد حتى كمل النصاب فإنه يقطع. وقوله: لا شبهة فيه يخرج أخذ الأب مال ابنه، ومن أخذ طعاماً في زمن المجاعة، ومن سرق من مال غريمه، والعبد من مال سيده، وهذا كله على المشهور، وحقه أن يقيد الشبهة بالقوية لأنه إذا سرق من بيت المال يقطع، وقوله خفية أخرج به غير الخفية إذا كان غلبة قهر أو ظلماً.

فصل في دعوى السرقة

قوله: (قال الرصاص الخ) الكلام في هذا الوسم كثير غاية، انظر الشرح إن أردت تحقيق

وَمُدَّعٍ عَلَى امْرِئٍ أَنْ سَرَقَهُ وَلَمْ تَكُنْ دَعْوَاهُ بِالْمُحَقَّقَةِ
فَإِنْ يَكُنْ مُدَّعِيًا ذَاكَ عَلَى مِنْ حَالِهِ فِي النَّاسِ حَالُ الْفُضْلا
فَلَيْسَ مِنْ كَشْفِ لِحَالِهِ وَلَا يَبْلُغُ بِالِدَّعْوَى عَلَيْهِ أَمَلًا
وَإِنْ يَكُنْ مُطَالِبًا مَنْ يُتَّهَمُ فَمَالِكٌ بِالضَّرْبِ وَالسَّجْنِ حَكْمٌ

يعني أن من سرق له مال فادعى على رجل أنه سرق ولم يحقق عليه الدعوى وإنما كانت تهمة فقط، والتهمة كما قال ابن رشد هي الدعوى التي لا تحقق على المدعى عليه

(ص): ومدع على امرئ أن سرقه، إلى آخر الأبيات الأربعة. هذه المسألة قال فيها في المختصر ما نصه: وثبتت بإقرار إن طاع وإلا فلا، ولو عين السرقة أو أخرج القتل وقيل رجوعه ولو بلا شبهة، فقوله وثبتت أي السرقة وإذا ثبتت السرقة ثبت لوازمها من قطع وغرم وغيرهما. وقوله بإقرار ظاهره ولو مرة واحدة وهو كذلك خلافاً للشافعي وأبي حنيفة وأبو يوسف وأبو ليلى حتى يقر مرتين. وقال في المختصر في الزنا: وثبت بإقرار مرة وحد الزنا قد يكون رجماً فما في السرقة أخرى. وقوله أي طاع أي المقر وظاهره أخرج السرقة أو لا، ابتداء الإقرار أو بعد أن طولب بالسرقة من غير تخويف وهو كذلك في الجميع، وظاهره ولو في حال دعائه للسلطان وهو غير جائز وهو كذلك. وقوله وإلا فلا ولو عين السرقة أي وإلا يقر طوعاً بأن أقر من غير طوع بأن ضرب أو هدد أو حبس فلا تثبت السرقة، وإذا لم تثبت فكذلك لوازمها من قطع وغيره، وإنما صرح بمفهوم الشرط ليرتب عليه قوله: ولو عين السرقة، والمصنف مَرَّ على أن تعينها لغو، وهذا لم يضيف لذلك أموراً تدل على أنه سرق، وإلا فذلك بمنزلة البينة، هذا الذي يجب المصير إليه بدليل كلام الناس، وقد سقناه في شرح المختصر وحررنا نقله غاية الجهد وهو كلام ابن القاسم، ولا فرق عنده بين أن يثبت أن المعين هو ملك للمسروق منه أم لا. وقوله أو أخرج القتل هذا في دعوى القتل، وصاحب المختصر أدرجه هنا بجامع الإقرار لا على وجه الطوع، وهذا ما لم يضيف أيضاً إلى إقرار ما يدل على أنه قتل كما تقدم في السرقة. وقوله وقيل رجوعه هذا إنما هو في السرقة لأن الرجوع في حقوق الله تعالى، نعم القتل غيلة يقال الرجوع عن الإقرار به. وقوله في باب الزنا إلا أن يرجع لا فرق بين أن يقر في هذا فيرجع أو ينكر أصل الإقرار وهو كذلك ولكن في أنقال أبي الحسن، وأما إن جحد الإقرار بعد التعيين فلا يقال قولاً واحداً، ومن أقر بقتل رجل لا على وجه الغيلة ثم عفى عنه ثم رجع عن الإقرار فإنه لا يسجن انظر الشرح، والرجوع في المال لا يفيد، وإقرار العبد بالسرقة يقطع به ولو كذبه سيده. وقال أشهب: إذا لم يعين فلا يحد أبداً وإن ثبت على إقراره لأنه يخاف أن يعاود بمثل الأمر الأول أي من الضرب. وقوله ولو بلا شبهة عدم الشبهة أن يقول كذبت والشبهة أن يقول أخذت مالي الذي عند المودع فظننت أن ذلك سرقة. وقوله أيضاً إلا أن يرجع هذا هو المذهب وما في المناهج لا يقاومه. وظاهر قوله ولو بلا شبهة أن ذلك حتى مع تعيين السرقة وهو كذلك ولكن فيه كلام فانظره في الشرح، وهذا الذي قررنا به هو المذهب، وإنما ألغى تعيين السرقة والقتل لأنه ربما رأى من فعله أو أخبر بذلك، انظر الشرح وظاهر قبول رجوعه، ولو قيل له قل ما سرت فقالها إنه لا يقطع، وأشار لذلك في المعيار ونقلناه في الشرح والدعوى تكون محققة وغير محققة، ولم يذكر خليل البينة عنه لتقدم ما يشعر بذلك في كتابه، كقوله في كتاب الشهادات: وندب سؤالهم كالسرقة ما هي الخ. وكذا قوله في الباب: ولما ليس بمال الخ. وكذا قوله في هذا الباب: أو شهد

هذا ظاهر لفظ الشيخ. وفسر الشارح قوله: ولم تكن دعواه بالمحقة، لكون الدعوى لا بينة عليها، وعلى كل حال فإنه ينظر إلى حال المدعى عليه بالسرقة فإن كان من أهل الخير والفضل بعيداً عن التهمة بمثل هذا فإنه لا يكشف عن حاله ولا يلتفت لهذه الدعوى لبعدها عادة، زاد الشارح وعدم تحقيقها عليه ولا تفيد مدعيها شيئاً، وإن كان المدعى عليه ممن يتهم بمثل ذلك فالحكم أن يسجن حتى يختبر حاله، وقد يشدد عليه بالضرب بحسب ما دلّت عليه القرائن الحالية من شهرة تهمته وثبوت مثل هذه الدعوى عليه ونحو ذلك، ففي طرر ابن عات عن المدونة: وإن ادعى رجل على رجل سرقة واتهم بها من لا يعرف بذلك ولا يتهم فلا يكشف، وأما أهل التهم فلا بد أن يكشفوا ويستقصى عليهم وربما كان فيه الضرب وهذا قول مالك والليث والعلماء، وفي كتاب ابن يونس من كتاب ابن المواز، وذكره ابن حبيب عن أصبغ قال: ومن جاء إلى الوالي برجل فقال سرق متاعي فإنه إن كان

رجلاً الخ مع كون المسألة متفقاً عليها ولا تفصيل لها فافهم واعرف اختصار هذا الإمام، ولكن إن حبس القاضي المتهم الذي يجب حسه أو خوفه أو ضربه وهو يستحق ذلك فأقر فإنه يؤاخذ إقراره على ما قاله سحنون أخرج السرقة أم لا والحكم بذلك، فينبغي أن يعمل بهذا بالنسبة لغرم المال، وأما الحد فيدرأ، ولكن التهمة تقوى وتضعف، والمتهمون يتفاوتون باعتبار الوقائع، وما تقتضيه قرائن أحوال كل نازلة نازلة، وكثرة المال المتهم به وغير ذلك كيعد السارق من المسروق وحرز المسروق منه قد تبعد السرقة منه وقد تقرب، وليس الذي من شأنه أن يتسور الجدران لخفته وتدربه بذلك كغيره، وإن تساوى في التشيطان والخديعة والجرأة، وليس الشجاع كغيره في الدعوى عليهما بالسرقة من موضع محصن بالرجال ونحو ذلك، وهنا يحتاج الهر إلى أظفاره، والقاضي إلى ليه وأسفاره، ومن ابتلي بالقضاء وهو يراقب بطش الجبار به علم صعوبة هذا الأمر بل هو من أصعب ما يكون، فإن القاضي في ذلك بين تفويت المال على ربه وبين حبس المؤمن في غير الحق، ولكن من قصد الحق أعين عليه من مولاه وتولى أموره وهدهاه. وقال في المدونة: ومن ادعى على رجل أنه سرق لم أحلفه إلا أن يكون متهماً يوصف بذلك فإنه يحلف ويهدد ويسجن وإلا لم يتعرض له، فإن كان من أهل الفضل وممن لا يشار إليه بهذا أدب من ادعى ذلك عليه، ومن أقر أنه سرق ألف درهم بغير محنة ثم جحد لم يقطع ويغرم الألف لمدعيها وهذا منه بلفظه، وهذه آخر مسألة من التهذيب في كتاب السرقة، وكتب عليها المغربي ما نصه عبد الحق المتهم بالسرقة على ثلاثة أوجه: مبرز في العدالة والفضل لا شيء عليه ويؤدب المدعى عليه، ومتهم معروف بمثل هذا فيحلف ويهدد ويسجن على قدر ما يرى الحاكم، ورجل متوسط الحال بين هذين يكون عليه اليمين فقط صح نكث. وقال ابن يونس في هذا المتوسط لا يمين عليه ولا أدب على المدعي ذكره في كتاب الغصب. وقوله فإنه يهدد الخ قالوا: وفائدة تهديده لعله يخرج السرقة وهذا إذا كانت مما يعرف بعينه وإلا فلا فائدة في تهديده لأنه لو أخرج ما لا يعرف بعينه لم يقض له به. وقوله وإن كان من أهل الفضل الخ لأنه أذاه وظاهره وإن كان المدعي من أهل الفضل، وقال أشهب: لا أدب على المدعي. وقوله بغير محنة أي بغير وعيد ولا تهديد ولا ضرب اه. بلفظه. وقول أشهب خلاف ظاهر كما قاله ابن ناجي، وما قاله ابن يونس في المتوسط الحال قال فيه في التوضيح هو الأظهر، وقد قال خليل في كتاب الغصب ما نصه: وأدب مميز كمدعية على صالح، وفي حلف المجهول قولان. وبقي في الشرح كلام كثير فيه تحرير فعليك به وافهمه وانته.

موصوفاً بذلك متهماً هدد وامتحن وأحلف، وإن لم يكن كذلك لم يتعرض له، وفيه قال ابن حبيب: قلت لمطرف فيمن سرق له متاع فاتهم من جيرانه رجلاً غير معروف أو اتهم رجلاً غريباً لا يعرف حاله أيسجن حتى يكشف عنه؟ قال نعم ولا يطال سجنه، وذكروا أن النبي ﷺ حبس رجلاً اتهمه المسروق منه بسرقة بعيه وقد صحبه في السفر قال مطرف: وإن كان المتهم بالسرقة معروفاً بها كان سجنه أطول، وإن وجد معه مع ذلك بعض السرقة فقال اشتريته ولا بينة له وهو من أهل التهم لم يؤخذ منه غير ما في يديه، فإن كان غير معروف حبسه وكشف عنه، وإن كان معروفاً بذلك (حبسه أبداً) حتى يموت في السجن، وقاله مطرف وابن الماجشون وأصبغ، وفيه أيضاً قال مالك: يسجن بقدر رأي الإمام ثم يعاقب ويسرح ولا يسجن حتى يموت، قال أشهب: إذا شهد عليه أنه متهم فإنه يسجن بقدر ما اتهم عليه وعلى قدر حاله، ومنهم من يجلد بالسوط مجرداً اهـ. نقل الشارح. فانظر قوله في المدونة واتهم بها من لا يعرف بذلك، وقول ابن حبيب لمطرف فاتهم من جيرانه رجلاً غير معروف أو اتهم رجلاً غريباً وأنه ﷺ حبس رجلاً اتهمه المسروق منه بسرقة بعيه. وقول مطرف: وإن كان المتهم بالسرقة غير معروف بها. وقول أشهب يسجن بقدر ما اتهم عليه، فإن ظاهر هذه الألفاظ أن دعوى السرقة غير محققة وأن المسروق منه اتهم رجلاً ولم يجزم بكونه هو الذي سرق متاعه وهو صريح قول الشارح في حل كلام الناظم وعدم تحقيقها عليه، وظاهر قوله في كتاب ابن يونس: من جاء إلى الوالي برجل فقال سرق متاعي أن الدعوى محققة، وعليه فمعنى قولهم المتهم بالسرقة أي المدعى عليه السرقة والله سبحانه وتعالى أعلم.

وَحَكَمُوا بِصِحَّةِ الْإِقْرَارِ مِنْ ذَاعِرٍ يُخْبَسُ لِاخْتِبَارِ

يعني أن من ادعى السرقة على المعروف بها وبالذعارة فحبس لاختبار حاله فأقر بما ادعى عليه به وهو في السجن فإنه يلزمه ما أقر به وإقراره صحيح وليس من الإقرار في حال الإكراه فلا يلزمه. ففي معين ابن عبد الرفيغ عن سحنون: وإذا رفع للقاضي رجل يعرف بالسرقة والذعارة وادعى ذلك عليه رجل فحبسه لاختبار ذلك فأقر في السجن بما ادعى عليه من ذلك فذلك يلزمه وهذا الحبس خارج من الإكراه. وفي طرر ابن عات: من أخذ في تهمة قتل فاعترف عند السلطان بغير ضرب ثم أخرج المقتول من بئر أو مدفن وجاء بسلبه فلما أمر به ليقتل قال ما قتلته ولكن رأيت من قتله قتل ولا ينفعه إنكاره وكذلك السارق لأن حكم الإقرار قد ثبت عليه ولزمه فلا ينفعه رجوعه بعد إقراره، ولا

قوله: (حبسه أبداً الخ) حبس المتهم أبداً ليس هو القوي وإنما القوي هو إخراجها بعد استبرائه، وكان من حق الناظم أن يبين بأن المدعى على الفاضل يودب وكان من حق هذا الشارح أن يبين ذلك.

(ص): وحكموا بصحة الإقرار، البيت. هذا مفهوم قول المختصر إن طاع إلى آخر ما رأيته، ولا ينافي هذا ما تقدم لأنه مقابل المشهور وقد يجري به الحكم والعمل وقدما الكلام في هذا وانظر الشرح ولا بد.

يدفع عنه ما لزمه من القتل كالمال يقر به ثم ينكر اه. اللخمي: فيمن أقر بعد التهديد خمسة أقوال، قول مالك أنه لا حكم لإقراره ولا يؤخذ به. قال في المدونة: وإن أخرج السرقة أو القتل في حال التهديد لم أقطعه ولم أقتله حتى يقر بعد ذلك آمناً، وعلى هذا ذهب الشيخ خليل حيث قال: وثبت بإقرار إن طاع وإلا فلا ولو عين السرقة أو أخرج القتل اه. والداعر المخيف المفزع قال في الصحاح في الدال المعجمة ذعرت ذعراً أفزعته والاسم الذعر بالضم وقد ذعر فهو مذعور اه. وقال في الدال المهملة ودعر العود بالكسر يدعر ذعراً فهو عود دعر أي رديء كثير الدخان، ومنه أخذت الدعارة وهي الفسق والخبث، يقال هو خبيث داعر بين الدعر والدعارة والمرأة داعرة اه. وفي مقدمة ابن حجر في الدال المهملة قول دعار طيء بضم أوله والتشديد جمع داعر وهو السارق اه. وقال في المعجمة: قوله ذعرتها أي أفزعتها. وقوله ذعراً أي فزعاً اه. وفي المشارق في الدال المهملة ما نصه: وقوله فأين دعار طيء بضم الدال وتشديد العين أي فساقها وسراقها وشرارها، والداعر الدنيء الفاسق اه. وقال في فصل الدال المعجمة ما ذعرت أي أفزعته والذعر الفزع اه.

وَيُقَطِّعُ السَّارِقُ بِاعْتِرَافٍ أَوْ شَاهِدَيْنِ عَذْلٍ بِلَا خِلَافٍ

يعني أن السارق إذا اعترف بالسرقة طائعاً غير مكره أو شهد عليه بها عدلان فإنه يقطع اتفاقاً، يعني مع بقية الشروط المذكورة هناك ككون المسروق نصاباً وأخذه من الحرز وغير ذلك. قال في مختصر ابن أبي زيد: والقطع في السرقة يجب بأمرين: إما بشاهدين أو بإقرار يثبت عليه المقر إلى أن يحد. (قال الشارح رحمه الله): ممّا يتأكد هنا التنبيه عليه في شأن الشهادة أن يكون الشاهدان متفقين على عين السرقة ويومها حسبما نص عليه في المدونة. وفي كتاب ابن المواز فإنه قال فيها: وإذا شهد شاهد على رجل أنه سرق نعمة وشهد آخر أنه سرق كبشاً واجتمعا في الوقت والموضع والفعل فهي مختلفة ولا تجوز ولا يقطع، ولو اجتمعا على الكبش وصفته وقال هذا سرقت يوم الخميس وقال الآخر يوم الجمعة لم تجز أيضاً، قال ابن المواز: قال ابن القاسم وكله قول مالك كما لو شهد واحد أنه شرب أمس خمراً وشهد آخر أنه شربه اليوم لم يحد لأنه من باب الفعل لا من باب الإقرار وشهادتهما في القذف من معنى الإقرار يقضى بها وإن اختلف اليوم، قال: وكذلك إن شهد واحد أنه سرق بالمدينة وآخر أنه سرق بمصر لم يحد وقاله أصبغ اه. وذكر الشارح هنا سؤالاً وجواباً لأبي إسحاق الشاطبي في تكفير أهل الطريقة الفقيرية الذين اشتهر عنهم تحليل ما حرم الله فانظره إن شئت. في مختصر الشيخ خليل في شهادة الزنا

(ص): ويقطع السارق باعتراف البيت. قوله: (قال الشارح الخ) انظر هذا في الشرح عند قول المختصر في الشهادات وندب سؤالهم كالسرقة ما هي وكيف أخذت الخ، وما نقله ابن الناظم هنا ظاهر، وقد قال في المختصر: وشرطه أي القطع التكليف فيقطع الحر والعبد والمعاهد وإن لمثلهم إلا الرقيق لسيدته ثم قال: وإن رد اليمين فحلف الطالب أو شهد رجل وامرأتان أو واحد وحلف أو أقر السيد فالغرم بلا قطع وإن أقر العبد فالعكس الخ، وتفسيره ظاهر.

وندب سؤالهم كالسرقة ما هي وكيف أخذت .

وَمَنْ أَقْرَ وَلِشُبْهَةٍ رَجَعَ
وَنَقَلُوا فِي فَقْدِهَا قَوْلِينَ
دُرِيَ عَنْهُ الْحَدُّ فِي الَّذِي وَقَعَ
وَالْغُرْمُ وَاجِبٌ عَلَى الْحَالِينَ

يعني أن من أقر على نفسه بالسرقة ثم رجع عن إقراره فتارة يرجع لشبهة وتارة يرجع لغير شبهة، فإن رجع لشبهة درى عنه الحد، وإن رجع لغير شبهة ففي درء الحد عنه قولان: قيل يحد وقيل لا، وأما الغرم للسرقة فيغرمها سواء رجع لشبهة أو لغير شبهة وإلى ذلك أشار بقوله: والغرم واجب على الحالين. فإن كان رجوعه لشبهة ولم يحد فالغرم ظاهر، وكذلك إن رجع لغير شبهة وقلنا إنه لا يحد، وانظر على القول بثبوت الحد هل يغرم السرقة أم لا؟ قال الشارح: وفي المنهج السالك وثبتت السرقة بوجهين: أحدهما إقرار السارق والثاني قيام شاهدي عدل، فإذا رجع المقر عن إقراره فإن رجع إلى شبهة قبل رجوعه وسقط الحد عنه ولزمه الغرم، وإن رجع إلى غير شبهة ففيه قولان: أحدهما سقوط الحد عنه والآخر لزومه. وفي كتاب ابن يونس: قال مالك في آخر الكتاب فيمن أقر أنه سرق من رجل مائة درهم من غير محنة ثم نزع لم يقطع ويغرم المائة لمدعيها وقال لا يقال إلا لعذر بين، قال ابن يونس: والأول أبين لقوله عليه الصلاة والسلام: «ما إخالك سرت» ولقوله: «ألا تركتموه» وهو لم يأت بعذر اه. فصرح في المنهج السالك بالغرم إذا رجع لشبهة. وقوله في كتاب ابن يونس: ويغرم المائة لمدعيها فيه إجمال هل رجع لشبهة أو لا؟ وهل قطع أو لا؟

وَكُلُّ مَا سُرِقَ وَهُوَ بَاقٍ
وَحَيْثُ مَا السَّارِقُ بِالْحُكْمِ قُطِعَ
فَإِنَّهُ يُرَدُّ بِاتِّفَاقٍ
فَبِالَّذِي سَرَقَ فِي السُّنَنِ اتَّبِعَ

(ص): ومن أقر ولشبهة رجع إلى آخر البيتين. تقدم بيان هذا في كلامنا وأن المذهب اعتبار الرجوع كان لشبهة أو لا، والظاهر من أنقال الشارح الغرم للمال مطلقاً، والحاصل الكلام هنا طويل ولم يمكني اختصاره لكثرتة فانظر الشرح إن شئت.

(ص): وكل ما سرق وهو باق، إلى آخر البيتين. هذا قال فيه في المختصر ما نصه: ووجب رد المال إن لم يقطع مطلقاً أو قطع إن أسير إليه من الأخذ اه. فقوله رد المال أي حقيقته كما في قيمته أو مثله. وقوله دخل فيه أمور منها كان المال موجوداً أم لا، تغيير أم لا، دفع عنه القطع بأي وجه أمكن كان لعدم كمال النصاب، أو لكونه غير مأخوذ من حرز أو لكونه أي السارق غير مكلف كالصبي والمجنون، أو لرجوعه عن الإقرار أو لموته أو لغير ذلك، كما إذا كان والداً أو زوجاً فيما لا يحجب عنه أو شريك الوالد مثلاً أو أخذ في الحرز وقد أكل وأخذ من الحرز بعد نقبه ولم يتقبه هو وهي مسائل كثيرة، ويكفي في كثرتها مسائل متن المختصر التي لم يقطع فيها، ومنها إذا لم يكن له ما يقطع، ومنها كان موسراً أو معسراً، وهذا هو لذي عين أو قطع إن أسير الخ. وضمير إليه عائد على القطع ويوم الأخذ يوم السرقة، والعبد إذا استهلك السرقة كانت في رقبته لا في ذمته، وإن قطع لم يتبع لا في رقبته ولا في ذمته. وقوله أو قطع أي حكماً كما في صورة إذا زنى وسرق ورجم،

يعني أنه مهما وجد الشيء المسروق بعينه فإنه يرد لصاحبه سواء قطع السارق أو لم يقطع، وإن لم يوجد ففي ذلك تفصيل إن قطع السارق اتبع بالسرقة في يسره ديناً في ذمته ولا يتبع بها في عسره وإلى ذلك أشار بقوله: وحيثما السارق بالحكم قطع، البيت. ومفهومه أنه إن لم يقطع اتبع بها مطلقاً في عسره ويسره، والمراد باليسر الذي يجب معه غرم السرقة أن يتصل يسره من حين السرقة إلى يوم القطع، فإن كان حينئذ معسراً أو أعسر فيما بين ذلك لم يغرمها. قال في المقدمات: وأجمع أهل العلم على أن السلعة المسروقة إذا وجدت بعينها قائمة بيد السارق أنها ترد إلى صاحبها بإجماع. ثم قال ابن رشد بعد نقله خلاف أهل العلم في اتباع السارق بالسرقة ما نصّه: وأما إن تلفت فذهب مالك رحمه الله إلى أنه إن كان متصل اليسر من يوم سرق إلى يوم أقيم عليه الحد ضمن قيمة السرقة، وإن كان عديماً أو أعدم في بعض المدة سقط عنه الغرم وهذا هو الصحيح. وفي أصول الفتيا لابن الحارث: والأصل أن السارق والمقطوع لا يضمن إلا أن يكون موسراً يوم السرقة ويتمادى ذلك إلى يوم القطع اهـ. ابن عرفة: موجب السرقة قطع السارق وضمّانه إن لم يقطع لازم له اتفاقاً. قال مالك وأصحابه: لو سرق مالاً يجب فيه القطع إما لقلته أو لأنه من غير حرز أو لغير ذلك فإنه يتبع بذلك في عدمه ويحاص به غرامؤه، وإذا كان يجب فيه القطع لم يتبع في عدمه ولا يتبع إلا في يسر متصل من يوم سرق إلى يوم يقطع وإلا لم يتبع وإن كان ملياً بعد عدم تقدم وهو الأمر المجمع عليه عندنا.

وَالْحَدُّ لَا الْغُرْمُ عَلَى الْعَبْدِ مَتَى أَقْرَبَ بِالسَّرْقَةِ شَرْعاً نَبَتًا

يعني أن العبد إذا أقر بالسرقة فإنه يقطع ولا يلزمه غرم السرقة. قال في الرسالة: وإقرار العبد فيما يلزمه في بدنه من حد أو قطع يلزمه وما كان في رقبته فلا إقرار له اهـ. وإنما لم يؤخذ بغرم السرقة لأنه مقرّ على سيده في ماله وسكن راء السرقة للوزن. (وانظر هل) يعرب

ومفهوم الشرط في قوله إن أيسر الخ أنه إن لم يوسر على الوجه المذكور لم يتبع وهو كذلك ولم يقيد خليل هذا بكون المال فات لأنه إذا لم يفت رد إجماعاً وهو لا ينص على أمثال هذا، وقوله إن أيسر أي بالكل أو بالبعض وهو كذلك والغرم مطلقاً، واختاره التونسي وابن ناجي وهو ظاهر الوجه لأن المسروق منه يظلم في ماله إذ القطع لم ينتفع به في خصومة والحديث غير قوي، والحجج التي ذكرها القاضي لا يخفاك ما فيها، وما ذكره ابن العربي لا يخفاك ما فيه، وجمع العقوبتين معهود كما في الراجع من الشهود يغرم ويؤدب، والمغتصب للمرأة يعطى المهر ويعاقب عقوبة شديدة، بل خالف في هذا مالكا جماعة من أهل المدينة والحق هو ما قاله القاضي أن هذا استحسان من مالك والغرم مطلقاً هو القياس، وانظر الاستدلال على هذا وترجيحه في الشرح وهذا قوي غاية ولا دليل لما قاله مالك إلا الحديث وهو بين صريح في المراد، وما ذكره ابن عرفة عن ابن حارث غير صحيح، قف على كلام الناس تر الحق إن شئت وما نقلناه استعن به على ذكره هذا الشارح.

(ص): والحد لا الغرم على العبد متى، البيت. تقدم بيان هذا أيضاً، وانظر الشرح عند قول المختصر يؤخذ المكلف إلى قوله كالعبد في غير المال وإذا قطع القن فأحرى ذو الشائبة. قوله: (وانظر هل الخ) الأولى أن الحد مبتدأ وثبت خبر، وقوله على العبد متعلق به والتقدير والحد ثابت

شرعاً منصوباً على إسقاط الخافض ويتعلق بمتعلق الخبر أي الحد واجب على العبد بالشرع وثبت بدل من أقر.

فصل في أحكام الدماء

النَّكْلُ عَمْدًا لِلْقَصَاصِ مُوجِبٌ
مِنْ اعْتِرَافِ ذِي بُلُوغٍ عَاقِلٍ
أَوْ بِالقَسَامَةِ وَبِاللُّوْثِ تَجِبُ
أَوْ بِكَثِيرٍ مِنْ لَفِيفِ الشُّهَدَا
وَمَالِكٌ فِيْمَا رَوَاهُ أَشْهَبُ
أَوْ بِمَقَالَةِ الْجَرِيحِ الْمُسْلِمِ
يَشْهَدُ عَدْلَانِ عَلَى اعْتِرَافِهِ
أَوْ بِقَتْلِ مَعَهُ قَدْ وَجَدَا
بَعْدَ ثُبُوتِهِ بِمَا يَسْتَوْجِبُ
أَوْ شَاهِدَيْ عَدْلٍ بِقَتْلِ الْقَاتِلِ
وَهُوَ بِعَدْلٍ شَاهِدٍ بِمَا طَلِبَ
وَيَسْقُطُ الإِعْذَارُ فِيهِمْ أَبَدًا
قَسَامَةٌ بِغَيْرِ عَدْلٍ يُوجِبُ
البَّالِغِ الْحَرِّ فُلَانٍ بِدَمٍ
وَصِفَةُ التَّمْيِيزِ مِنْ أَوْصَافِهِ
مَنْ أَثَرُ الْقَتْلِ عَلَيْهِ قَدْ بَدَا

يعني أن من قتل إنساناً عمداً بغير حق فإنه يقتل به وهو مراده بالقصاص، وإنما يقتص من القاتل إذا ثبت القتل بما يجب ثبوته به وهو أحد ثلاثة أشياء. أولها: اعتراف القاتل بالقتل إذا كان عاقلاً بالغاً. الثاني: شهادة عدلين على القتل. الثالث: القسامة وهي حلف ولاة المقتول خمسين يميناً أنه قتله إذا وجد اللوث وهو أمر ينشأ عنه غلبة الظن بصدق المدعي ويأتي بعض مثله وإلى هذا أشار بقوله: القتل عمداً للقصاص موجب، إلى قوله: وباللوث تجب، ثم فسّر اللوث بوجوه، أحدها: شهادة عدل واحد بالقتل هو مراده بما طلب. الثاني: (شهادة اللفييف) وهم جماعة غير عدول ولا يعذر فيهم لأنه مدخول

بالشرع على العبد فافهم فإن هذا أمر خفيف وظاهر.

فصل في أحكام الدماء

(ص): القتل عمداً للقصاص موجب، إلى آخر الأبيات الثمانية. قوله: (شهادة اللفييف الخ) هذا قال فيه المتيطي، وأما الشاهد غير العدل على معاينة القتل فاختلف فيه قول مالك وغيره، فقال في المدونة واللوث هو الشاهد العدل على معاينة القتل الذي يرى أنه حاضر الأمر، ولا يقسم مع شهادة المسخوط ولا النساء ولا العبيد ولا الصبيان وإنما يقسم مع الشاهد العدل، وبهذا أخذ ابن القاسم وابن حبيب وابن عبد الحكم، وروى عنه أشهب في كتاب محمد أن اللوث هو الشاهد وإن لم يكن عدلاً قيل له أفترى شهادة المرأة من ذلك؟ قال نعم وليس شهادة العبد من ذلك وبهذا أخذ أشهب. قال محمد: أما شهادة الصبي والذمي فلم يختلف فيها قول مالك وأصحابه أنها ليست بلوث، قال محمد بن عبد الحكم ولا شهادة النساء في قتل عمد ولا تكون لطحاً، قال محمد: يريد امرأة واحدة ولا يستبعد قصد المصنف إدخال هذا في الإطلاق لأن فيه خلافاً، وعبارته رحمه الله في الرد على المخالف واللفظ شامل بل دخل فيه، كان السارق حراً أو عبداً، ومسلماً أو كافراً، ذكراً

عليهم على أنهم غير عدول، ويعذر إلى القاتل فيقال له إن كانت لك منفعة من غير باب الشهود فأت بها ويوسع له في الأجل. (الثالث: روى أشهب) عن مالك أن القسامة تجب بشهادة الواحد ولو غير عدل وإليه أشار بقوله: ومالك فيما رواه أشهب البيت. فمالك مبتدأ أو جملة يوجب خبره وقسامة مفعول يوجب. الرابع: قول الجريح المسلم الحر البالغ المميز دمي عند فلان إذا سمع ذلك منه عدلان يعني وفيه جرح ظاهر. الخامس: إذا وجد قتيل يتشحط في دمه والمتهم قربه عليه أثره وإلى هذه الوجوه أشار بقوله: وهو بعدل شاهد بما طلب الخ. وضمير ثبوته للقتل عمداً ومن اعتراف بيان للإبهام الذي في لفظ ما من قوله بما يستوجب وشاهدي عطف على اعتراف ويقتل يتعلق بشاهدي وبالقسامة عطف على اعتراف أيضاً وبأوه بمعنى من وباللوث يتعلق بتجب وضمير هو يعود على اللوث وبكثير عطف على بعدل وبمقالة عطف على بكثير وفلان بدم هو المحكي بقوله أو بمقالة وضمير اعترافه للجريح وكذا ضمير أوصافه، وبقتيل عطف على بمقالة وجملة قد وجد معه صفة قتيل ومن أثر القتل نائب وجدا والله أعلم.

تنبيهات: الأول: تقدم أن القصاص إنما هو في قتل العمد أي لا في قتل الخطأ والعمد. قال ابن عرفة: (قال في التلقين): العمد ما قصد به إتلاف النفس بألة تقتل غالباً ولو بمثقل أو بإصابة المقتل كعصر الأنثيين وشدة الضغط والخنق، زاد ابن القصار: أو

أو أنثى، وأما امرأتان فيقسم مع شهادتهما إن كانتا عدلتين ويقتل بذلك قاله ابن القاسم، قال ابن حبيب ما نصه: قال مطرف عن مالك ومن اللوث الذي تكون به القسامة اللفيف من السواد والنساء والصبيان وغير العدول يحضرون ذلك، قال مطرف: ومن روي عنه أن اللوث الشاهد الواحد فقد وهم وإنما كان يسأل هل الشاهد العدل لوث؟ فيقول نعم اللوث ما أخبرتك وقد حكم به عندنا. وقال ابن الماجشون وأصيح مثل قول مطرف اه. باللفظ، انظر الشرح عند قول المتن: وكشاهدين الخ، وانظر كلام الناس في هذا في مواضع من الشرح فإن صاحب المختصر لم يذكر هذا من أفراد اللوث، ولكن في الوثائق المجموعة أن مذهب ابن القاسم لا يقسم مع هذا وخالفه جميع الرواة في ذلك وهو أصح وبه نعلم سبب عدم ذكر خليل لهذا لأنه يتبع كلام ابن القاسم، وانظر البيان لهذا عند قول المختصر: وإن انفصلت بغاة الخ؟ قوله: (الثالث روى أشهب الخ) قال بعده أبو الحسن ما نصه الشيخ معناه مستور الحال ولم يرد الظاهر السخطة وكذا قيده ابن رشد الخ هذا لفظه، ومع ذلك فهذا ضعيف كما في الرجراجي وغيره، وإذا كان الخلاف في العدل فكيف بغيره؟ ولذلك لم يذكر في المختصر أن هذا من اللوث ولذلك قال الرجراجي هو قول ضعيف لا يعمل به ولا يعرج عليه ومقابله هو مشهور المذهب وهو الذي في الكتاب. قوله: (قال في التلقين الخ) هذا تبع ابن عرفة فيه غيره وليس الأمر كذلك، فمن قصد ضرب زيد المعصوم فأصاب عمرو المعصوم فإن ذلك خطأ لا عمد، واستدلال ابن عرفة بقول القائل أردت عمراً وأراد الله خارجه لا دليل فيه لأن هذا قصد ضرب خارجه إذا رآه ولكنه ظنه عمراً فالخطأ عنده في اعتقاده أنه عمرو أما في صورتنا فإنه لم يرد شخص المصاب أصلاً، وبيننا ذلك واستدلنا عليه بكلام الباجي وغيره وإن هذه الصورة من باب الخطأ، وهذا هو الذي في فطرة الناس العامة وغيرهم، وبه تعلم ما في قول الخطاب الذي نقله هذا الشارح

يطبق عليه بيتاً ويمنعه الغذاء حتى يموت جوعاً اهـ. وفي مختصر الشيخ خليل: إن قصد ضرباً وإن بقضيب كخنق ومنع طعام ومثقل قال شارحه الحطاب أي قصد ضرب من لا يجوز له ضربه، وسواء قصد الشخص المضروب نفسه أو قصد أن يضرب شخصاً عدواناً فأصاب غيره، أما لو قصد ضرب من يحل له ضربه فأصاب غيره فهو خطأ، قال في النوادر في ترجمة صفة العمد والخطأ: قال ابن المواز من قتل رجلاً عمداً يظنه غيره ممن لو قتله لم يكن فيه قصاص فهو من الخطأ لا قصاص فيه، وقد مضى مثل ذلك في مسلم قتله المسلمون بعهد النبي ﷺ يظنونه من المشركين فوداه النبي ﷺ ولم يهدره اهـ. قال في المقدمات: إذا لم يعمد للقتل ولا للتضريب مثل أن يرمي الشيء فيصيب إنساناً فيقتله فهو قتل خطأ بإجماع لا يجب فيه القصاص وإنما فيه الدية على العاقلة والكفارة في ماله. تنبيه: قوله إن قصد ضرباً يريد على وجه الغضب لا على وجه اللعب والأدب، قال في المقدمات: فإن قصد الضرب ولم يقصد القتل وكان الضرب على وجه الغضب فالمشهور عن مالك المعروف من قوله أن ذلك عمد وفيه القصاص إلا في الأب والأم. وقال في التوضيح: وأما اللعب ففي المقدمات فيه ثلاثة أقوال: أولها أنه خطأ قال وهو مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة اهـ. كلام الحطاب. ابن الحاجب: فلو لطمه أو وكزه أو رماه بحجر أو ضربه بعضاً متعمداً على وجه القتل لا اللعب فمات عاجلاً أو مغموراً لم يتكلم ففيه القود، فلو مات بعد وقد تكلم يوماً أو أياماً فالقود بقسامة أكل أو لم يأكل ولو ثبتت حياته، أما لو أنفذ له مقتلاً فلا قسامة ولو أكل وشرب وعاش أياماً. وقد تلخص مما تقدم أن الضرب إما عمداً أو خطأ ولا واسطة بينهما، وقيل بينهما واسطة وهو شبه العمد، وعليه فهل يلحق بالعمد أو بالخطأ. ثالثها: أنه واسطة بينهما تغلظ فيه الدية، وطريقة الباجي تحكي الاتفاق على أنه لا قود فيه. وفي ابن الحاجب والزوج والمؤدب ونحوه يصيب مقتلاً أو غيره محمول على الخطأ حتى يثبت العمد لذلك، وقيل هو شبه العمد. وعن مالك شبه العمد باطل لا أعرفه إنما هو عمد أو خطأ انظر التوضيح. وقال ابن الحاجب: والأبوة والأمومة أثر في الدرء باحتمال الشبه إذا ادعى عدم القصد كما لو حذفه بالسيف وادعى أدبه وإن كان غيره لا يقبل منه حتى لو شركه أحد في قتله قتل، أما لو قتل مع انتفاء الشبهة فيقتص منه كما لو ذبحه أو شق بطنه، وقال أشهب: لا يقتل الأب بابنه بحال. الثاني: إنما يقتل القاتل إذا كان المقتول معصوم الدم فلا قصاص في قتل مرتد ولا زنديق ولا زان محصن وإنما يؤدب قاتلهم للافتيات ويأتي للناظم التنبيه على هذا. الثالث: يشترط في القاتل الذي يقتص منه زيادة على ما ذكره الناظم من كونه عاقلاً بالغاً أن لا يكون حربياً لأن الحربي لا يقتص منه، وأن لا يزيد على المقتول بإسلام مطلقاً حراً كان أو عبداً أو بحرية، فلا يقتل مسلم حراً كان أو عبداً بكافر، ولا يقتل حر بعبد، ويأتي للناظم التنبيه على هذا أيضاً. الرابع: الواجب في قتل العمد إنما هو القصاص لا غير أو العفو إن شاء الولي هذا هو المشهور وقول ابن القاسم. (وقال أشهب: الخيار

وسواء قصد الخ انظر الشرح ولا بد ولا بد. قوله: (وقال أشهب الخيار للولي الخ) قول أشهب

للولي) إن شاء اقتصر أو أخذ الدية، ويأتي للناظم التنبيه على ما ينبني على ذلك الخلاف في قوله: وإن ولي الدم للمال قبل الخ. الخامس: ما ذكر الناظم من أن القتل يثبت بأحد ثلاثة أشياء ونحوه في الرسالة ولفظها: ولا تقتل نفس بنفس إلاً ببينة عادلة أو اعتراف أو بالقسامة إذا وجبت يقسم الولاة خمسين يميناً ويستحقون الدم. السادس: نقل الشارح عن نوازل ابن الحاج أن القسامة تجب على مذهب مالك بسبعة أوجه ذكر الناظم منها خمسة كما تقدم، وزاد سادساً وهو إذا شهد عدلان معاينة الضرب أو الجرح ثم يموت بعد أيام. وسابعاً وهو أن يشهد شاهد عدل على الإجهاز. (وثامناً) وهو أن يشهد رجل أنه أقرّ عنده أنه قتل رجلاً عمداً فقال سحنون: إن القسامة تجب بذلك ولا أعلم في ذلك خلاف الخطأ فإنه لا يقسم إلاً بشاهدين. وتاسعاً: وهو أن يشهد شاهد عدل على معاينة الضرب ثم يموت المضروب بعد أيام، ففي المدونة أن القسامة تجب في ذلك. وعاشراً: وهي تدمية المدمى وليس به جرح ظاهر وهي التي يسميها المتأخرون بالتدمية البيضاء. التوضيح: وظاهر قول المصنف قتلني أنه لا فرق بين من فيه جرح أم لا، قيل وهو ظاهر المدونة، ورواه ابن وهب عن مالك وقاله أصبغ، وعن ابن القاسم لا يقبل إلاً مع الجرح. المتيطي: ويقول ابن القاسم العمل والحكم اه. اللخمي: اختلف إن قال قتلني عمداً ولا جراح به وأبين ذلك أن لا يقسم مع قوله إلاً أن يعلم أنه كان بينهما قتال. ابن عرفة: في هذه المسألة اضطراب. وقال المتيطي: الذي عليه العمل وبه الحكم قول ابن القاسم أنه (إذا لم يكن بالمدمى) أثر جرح أو ضرب أنه لا يقبل قوله على فلان إلاً بالبينة على ذلك وقاله أصبغ.

اختاره الناس وهو ظاهر من جهة الدليل والنقل وربما يكون أرجح من قول ابن القاسم، انظر الشرح يظهر لك ذلك عياناً إن شاء الله تعالى. قوله: (وثامناً الخ) هذا فيه ما فيه وإن رأيت فيه ما رأيته. قوله: (إذا لم يكن بالمدمى الخ) هذا صحيح ولكن التحقيق والذي دلت عليه الأتقال الصحيحة أن من قال دمي عند فلان أو قال قتلني فلان كان به أثر ضرب أو جرح وما أشبه ذلك من كونه يتقياً تقياً غير معتاد عن سم ادعى أن فلاناً سقاه إياه فهذا يقسم مع قوله ولو كان المدعى عليه صالحاً غير أنه إذا كان الجرح أو الأثر قد يفعله الإنسان بنفسه والمدعي من شأنه أن يفعل ذلك فهذا كالمعافي لا سيما دعواه على صالح، وإن لم يكن به أثر أصلاً أو ادعى أن فلاناً سقاه سمأ ولم يتقياً على الوصف المذكور ولا ظهر عليه تغير في بدنه ولم يثبت أنه ضربه بيده أو برجله مثلاً فإن الضرب كالأثر هنا والسلامة من هذا كله التدمية البيضاء. قال المتيطي: العمل على عدم اعتبارها، وكلام الموثقين يقتضي أن المذهب هو اعتبار التدمية البيضاء وأن ذلك القول هو مذهب الكتاب كما صرحوا به هنا، وبعضهم يقول ظاهر المدونة كصاحب التوضيح، وابن كنانة هو المشترك لوجود أثر ونحوه، واختاره اللخمي وابن رشد ومالك وأصبغ وابن القاسم قالوا بها مطلقاً، قال ابن مرزوق: وهو الراجح نقلاً ونظراً، وهو الذي ينبغي للمقلد أن يفتي به، وإن كان البرزلي ذكر أن العمل بتونس بلغو التدمية البيضاء، ونقل ذلك عن أهل الأندلس من قضية اللؤلؤي، والكلام في المسألة طويل غاية، ولكن الواجب أن يكون المدار على غلبة الظن بصدق المدمى، فإن غلب الظن بصدقه اعتبرت التدمية والعكس بالعكس، وقد بينا هذا في الشرح غاية بكلام الفحول، ويدل له كلام ابن سهل الآتي قريباً

وَهِيَ بِخَمْسِينَ يَمِيناً وَزَعَتْ عَلَى الذُّكُورِ وَالْإِنَاثِ مُنِمَتْ
بَعْدَ ثُبُوتِ الْمَوْتِ لِلْوَلَاةِ وَيَخْلِفُونَهَا عَلَى الْبَنَاتِ

ضمير هي للقسامة المتقدم ذكرها وهذا في العمد ويأتي الكلام على الخطأ، يعني أن القسامة هي حلف خمسين يميناً، وتوزع على الذكور من الأولياء إن كانوا أقل من خمسين، وإن كانوا أكثر من خمسين اكتفي بحلف الخمسين، وإن كان الولاية أكثر من اثنين وطاع اثنان منهم بحلف الخمسين جاز ذلك عند ابن القاسم، ولا يحلف في العمد إلا الذكور بخلاف الخطأ كما يأتي، فإن كانت القسامة بشهادة عدل على الجرح أو الضرب أو بالقتل ولم يوجد جسد المجروح حياً ولا ميتاً فلا بد من ثبوت موته لاحتمال كونه ما زال حياً، وكذلك لا بد من ثبوت ولاية الولاية وأنهم المستحقون لدمه ويحلفون على البت أن فلان قتل فلاناً على العلم. ابن عرفة: القسامة حلف خمسين يميناً أو جزتها على إثبات الدم. ابن الحاجب: إن كانوا أقل من خمسين وزعت، وإن كانوا أكثر من خمسين اجتزىء بالخمسين على الأصح، وفي الاجتزاء باثنين فأكثر منهما قولان لابن القاسم وأشهب. ابن رشد: إن كان ولاية الدم أكثر من اثنين وطاع اثنان منهم بحمل الخمسين يميناً جاز ذلك عند ابن القاسم ولم يعد من لم يحلف من بقية الأولياء ناكلاً لأن الدم قد قيم به الرسالة وتحلف امرأة في العمد. وفي ابن شاس: ولا مدخل للنساء في العمد بوجه التوضيح عن ابن عبد السلام، (والأصح أنه لا بد من ثبوت الموت) لاحتمال بقاءه حياً اه. يعني إذا كانت القسامة بشهادة العدل بالجرح أو الضرب. ابن الحاجب: ولا

هنا، ولهم كلام وقواعد في هذا نقلناها في الشرح ومدارها على غلبة الظن بصدق المدعى كما قاله الشاطبي، ألا ترى إذا غضب شريك شأنه الفتك على صالح لأجل شهادة عليه مثلاً فقال الصالح دمي عند فلان ولا أثر به فإنه يقتل به لأن الغالب على الصالح أنه لا يكذب عليه وفتكه مع غضبه عليه يقوي صدق الصالح، هذا هو المدار والعلم عند الله تعالى وعظم الدماء لا يخفى، ولكن من وقف على كلام الناس في الشرح رأى العجب وليس الخبر كالعيان. فائدة: تحصيل قول المختصر عاطفاً على من تصح تدميته ما نصه: أو زوجة على زوجها الخ فتدميتها إنما تصح إذا قالت بقر بطني مثلاً، وأما إذا قالت ضربني بيده فإن أقر بالفعل وادعى الأدب فالقول قوله وانتفت فائدة القسامة إذ الراجح تصديقه في أنه قصد الأدب، وإن أنكر الضرب من أصله وادعته وبها أثره ثبتت القسامة لتكون التدمية على العاقلة إذ فعله محمول على الخطأ والأدب كما في الولد مع أبيه الخ انظر الشرح ولا بد ولا بد.

(ص): وهي بخمسين يميناً وزعت، إلى آخر البيتين. هذا قال فيه في المختصر وهي أي القسامة خمسون يميناً متوالية بتاً وإن أعمى أو غائباً يحلفها في الخطأ من يرث المقتول وإن واحداً أو امرأة وجبرت اليمين على أكثرهم كسرهما وإلا فعلى الجميع، ثم قال: ولا يحلف في العمد أقل من رجلين عصابة وإلا فموالي، وللولي الاستعانة بعاصب، وللولي فقط حلف الأكثر إن لم تزد على نصفها ووزعت واجتزىء باثنين طاعاً من أكثر اه. قوله: (والأصح أنه لا بد من ثبوت الموت الخ) هذا قال فيه في المختصرات ثبت الموت الخ، وهو شرط في جميع صور اللوث في العمد والخطأ،

يحلف في العمد أقل من رجلين عصبة التوضيح وقوله عصبة أي عصبة القتيل وسواء ورثوا أم لا اهـ. المدونة: يمين القسامة على البت وإن كان أحدهم أعمى أو غائباً حين القتل قال سحنون: لأن العلم يحصل بالخبر والسمع كما يحصل بالمعاينة اهـ. (وباء بخمسين) زائدة والله أعلم إلا أن زيادتها في الخبر المثبت متوقف على السماع قاله في المغني. وقوله والولاية هو على حذف مضاف أي وبعد ثبوت ولاية الولاية والله أعلم.

فرع: إذا ثبتت التدمية والمدمى لم يبرأ في علم الشهود (وجب سجن المدمى عليه) حتى يبرأ المدمى فيطلق أو يموت المدمى بتلك الحال قبل أن يصح صحة كاملة فيقسم الورثة ويستفيدوا بعد ثبوت موته وعدة ورثته ويحلفون في المسجد الجامع قاله في الوثائق المجموعة.

وبينا ذلك في الشرح غاية فمن أراداه فليقف عليه ولا يلتفت لغير هذا. قوله: (وباء بخمسين الخ) يدل لهذا قول المختصر وهي خمسون يمينا وكذا كلام غيره.

قوله: (وجب سجن المدمى عليه الخ) هذا السجن فيه كلام كثير وتفصيل غاية، ولكن نأتي بكلام ابن سهل في أحكامه الكبرى لأنه أجل من ينقل عنه هذا، وربما كان كلامه يكفي اللبيب، فإنه ذكر فساد الزمان وسئل عن المسألة فأجاب مخاطباً للسائل بما نصه: فمن جاءك وعليه جراح مخوفة فاحبس المدمى بالدم حتى يصح المجروح أو تتبين حالة يجب بها إطلاقه، ومن جاءك معافى من الجراح يدعي على رجل ضرباً مؤلماً قد بلغ الخوف على نفسه بغير سبب ظاهر فادع القائم بمثل هذا بالبينة على دعواه فإن أثبت تعدي المدعى عليه ولم يكن عند المدعى عليه في البينة مدفع فعززه، وإن رأيت حبسه فذلك إليك على ما يظهر لك من شناعة ما ثبت عليه في من جاءك بجرح خفيف وهو ممن يظن به أنه يركب مثل هذا من نفسه فاسلك به سبيل المعافى من الجراح، فإذا نظرت بهذا كان نظراً يرفع الله به اليد ويدراً به البسط وتنفع به العامة وتذب به عن دمائهم وأموالهم إن شاء الله تعالى. قال بذلك كله محمد بن محمد بن لبابة وابن غالب وابن وليد وابن معاذ يحيى بن سليمان وأحمد بن يحيى ويحيى بن عبد العزيز وعبد الله بن يحيى، وقاله أيوب بن سليمان إلا في المدعي الضرب المؤلم غير الظاهر أو الجرح الخفيف فإنه إن ادعى ذلك على من يشبهه ما ادعى عليه من ذلك فليحبس المدعى عليه ويؤمر المدعي بالبينة على ذلك من دعواه، وإن لم يدعه على من يشبهه ذلك فكما قال أصحابنا الخ، وهذا كله منه بلفظه فانظره كيف يساير محل غلبة الظن بصدق المدعي فيرتب الحبس والعكس بالعكس، وتبعه المتيطي شبراً بشبر. وقال أبو الحسن ما نصه: قال في سماع عبد الملك بن الحسن من ابن القاسم هل يسجن أي المدعى عليه بقول المدعي حتى يستبرأ أمره والمدعى عليه من أهل التهم والريبة؟ قال ابن القاسم: إن كان كذلك حبس فيما أرى ويضرب للمدعي أجل شهر ونحوه وليس الشهر للمتهم المريب كثيراً، أو إن لم يكن كذلك أي لم يكن متهماً فيحبس اليوم واليومين والثلاثة، وأما إن كان رجلاً صالحاً فلا حبس أصلاً ولو ساعة، قاله في سماع ابن القاسم انظره. وفي الوثائق المجموعة: إن كان ممن لا يليق به ذلك حبس ثلاثة أيام فإن ظن ما يوجب الزيادة في سجنه زيد وإلا أطلق، وإن كان ممن يليق به ذلك سجن شهراً، فإن ظهر ما يوجب الزيادة في سجنه زيد وإلا حلف خمسين يمينا وأطلق الشيخ، قال ابن رشد: إن كان من أهل التهم حبس الشهر ونحوه، فإن قويت التهمة فما شبه عليه به مما لم يتحقق تحقيقاً يوجب القسامة حبس

(فرع: إذا كانت القسامة) بشاهدين على الضرب يحلفون لمات من ضربه، وإذا كانت القسامة بشاهد واحد على الجرح على القول بوجوبها فيحلفون (لقد جرحه ولقد مات) من جرحه، وكذلك لو كانت القسامة بقول المقتول وقد حيي حياة بينة، وأما إن كانت بقوله وهو في غمرة الموت أو بشاهد واحد على القتل فيحلفون لقد قتله ولقد جرحه الجرح الذي مات منه لا أكثر من طرر ابن عات. وفي المقرب: قلت له: كيف يحلفون يمين القسامة؟ قال: يحلفون بالله الذي لا إله إلا هو أن فلاناً قتله أو لمات من ضربه إن كان حيي بعد الضرب، ويحلفون على البت من كان منهم حاضراً أو غائباً ولا يحلفون على العلم. فرع: إذا وزعت الأيمان فانكسرت يمين فإما أن يتساوى الكسر أو يختلف، فإن تساوى حلف كل واحد يميناً. ابن الجلاب: ويحتمل أن يحلف واحد فقط. وذكر ابن أبي زمنين قولاً في التساوي بالقرعة كثلاثة بنين فيحلف كل واحد منهم سبعة عشر يميناً، وإن اختلف فالمشهور أنه يحلفها أكثرهم نصيباً من اليمين المنكسرة، فإن كان ابن وبننت حلف الابن ثلاثة وثلاثين وحلفت البننت سبعة عشر لأنها نابها من اليمين المنكسرة ثلاثها، وقيل: ويحلف كل واحد كالتساوي، وفي المقدمات ثالث يحلف صاحب الأكثر من الأيمان فيحلفها الابن في المثال المفروض، انتهى من التوضيح.

وَتُقَلَّبُ الْأَيْمَانُ مَهْمَا نَكَلَا وَلِيٍّ مَقْتُولٍ عَلَى مَنْ قَتَلَا
وَيَحْلِفُ اثْنَانِ بِهَا فَمَا عَلَا وَغَيْرُ وَاحِدٍ بِهَا لَنْ يُقْتَلَا

يعني أنه إذا نكل أولياء المقتول عن القسامة فإن الأيمان تقلب على القاتل، فإن كان المدعى عليه للقتل واحد حلف الخمسين، وإن كان أكثر حلف كل واحد منهم خمسين يميناً كما في الرسالة وغيرها. قال في الرسالة: وإن نكل مدعو الدم حلف المدعى عليه خمسين يميناً ثم قال: ولو ادعى القتل على جماعة حلف كل واحد خمسين يميناً والمعتبر في النكول هو من له استيفاء الدم، (وأما نكول المعين) فغير معتبر، والمعين من ليس له الاستيفاء كالإخوة مع البنين وبني العم مع الأخوة. فرع: فإن نكل المدعى عليه بعد نكول أولياء المقتول فحكى ابن الحاجب ثلاثة أقوال، الأول: أنه يسجن حتى يحلف خمسين

الحبس الطويل، قال ابن حبيب: حتى تتبين براءته أو يأتي عليه السنون الكثيرة، قال مالك: ولقد كان الرجل يحبس في الدم باللطخ والشبهة حتى أن أهله يتمنون له الموت من طويل حبسه اه. ولكن الكلام متشعب ومضطرب في المسألة فانظر الشرح فإنه جمع كلام الناس أو جله في المسألة.

قوله: (فرع إذا كانت القسامة الخ) هذا ظاهره. قوله: (لقد جرحه ولقد مات الخ) أي يجمعون ذلك في كل يمين مرة واحدة فيحلفون خمسين فقط هذا هو الراجح، انظر عند قول المختصر بقسم لمن ضربه مات.

(ص): وتقلب الأيمان مهما نكلا، إلى آخر البيتين. قوله: (وأما نكول المعين الخ) هذا المسائل هي قول خليل في مختصره ونكول المعين غير معتبر بخلاف غيره ولو بعدوا فترد على المدعى عليهم فيحلف كل خمسين ومن نكل حبس حتى يحلف ولا استعانة. فقوله بعدوا أي من

يميناً. الثاني: أن عليه الدية في ماله. الثالث: أنه يحبس حتى يحلف أو يطول سجنه (كما في الطلاق والعتق). فرع: إذا ردّت الأيمان على المدعى عليه فهل له أن يستعين بأوليائه أو لا؟ قال في التوضيح ثلاثة أقوال، الأول: نفى الاستعانة ابن عبد السلام وهو مذهب المدونة ومطرف. والثاني: قول ابن القاسم في المجموعة تردّ على المدعى عليه فيحلف مع أوليائه وهو ظاهر الرسالة. والثالث: لابن القاسم في العتبية والموازية أن ولاية المدعى عليه مخيرون بين أن يحلفوا الأيمان كلها أو يحلفها المتهم وحده وليس لهم أن يحلفوا بعضها ويحلف هو بقيتها والأول أظهر ولا يخفى وجهه، (انتهى من التوضيح)، هذا ما يتعلق بالبيت الأول. وأما قوله ويحلف اثنان بها فما علا فقد تقدم في شرح البيتين قبل هذين أنه لا يحلف في العمد أقل من رجلين من العصابة ورثوا أم لا. ابن الحاجب: ولا يحلف في العمد أقل من رجلين عصابة فإن لم يكن فموالي فإن لم تكن ردّت الأيمان. التوضيح: أي على المدعى عليه فإن حلف برىء من الدعوى وضرب مائة وسجن عاماً، وإن نكل حبس حتى يحلف خمسين يميناً وظاهره تأييد حبسه وهو كذلك اهـ. وقد تلخص ممّا تقدم أن القسامة ترد على المدعى عليه في مسألتين إذا نكل عنها أولياء المقتول وهي المشار لها في أول البيتين، (إذا لم يكن للمقتول عصابة) نسب ولا مولي. ثم قال في التوضيح في المسألة الأولى من هاتين: وإن نكل المعين ولم يكن ولي الدم إلا واحداً فإن وجد من يستعين به غير هذا وإلا فقد بطل الدم وأشار بقوله وغير واحد بها لن يقتلا إلى أنه إذا كان اللوث على جماعة فلا يقتل بالقسامة إلا واحد قال ابن الحاجب خلافاً للمغيرة. التوضيح: لأن القسامة أضعف من الإقرار والبينة وقاس المغيرة ذلك على الشهادة اهـ. أي على ثبوت الدم بالشهادة فيقتل بها أكثر من واحد. فرع: قال في التوضيح عن ابن القاسم في الموازية والمجموعة: وإن وجب لقوم دم رجل بقسامته فلما قدم للقتل (أقر غيره) أنه قتله، فإن شأؤوا قتلوا المقر بإقراره وإن شأؤوا قتلوا الأول بقسامته ولا يقتل إلا واحداً اهـ. فرع: وإذا فرعنا على المشهور من أنه لا يقتل بالقسامة إلا واحد فقال في

الميت كالأعمام. قوله: (كما في الطلاق والعتق) هذان قال فيهما في المختصر يحبس حتى يحلف، وفي محل آخر: فإن طال دين فالأولى الإحالة على كلام المختصر الذي به الفتوى لأن ذكره الأقوال الثلاثة عن ابن الحاجب لم يظهر منها صريحاً ما به الفتوى، وكثيراً ما يفعل هذا الشارح هذا مع أنه يروم الاختصار فافهم. قوله: (انتهى من التوضيح) صاحب المختصر قال: ولا استعانة بالإشارة إليه أولى أيضاً، وذكرنا كلاماً في مقابل قول المختصر ولا استعانة. وما ذكره ابن مرزوق فيه ورد عليه ذلك، ولكن مقابل ما في المتن قوي غاية وأقوى مما في المتن وبيننا ذلك في الشرح، وإذا كان المدعى عليهم أكثر من خمسين رجلاً فهل يحلفون كلهم كل خمسين يميناً أو يجتزأ بخمسين منهم كل خمسين يميناً. قال ابن الفاكهاني: الصحيح هو الاجتزاء وهذا ربما يكون ظاهراً إن كان بعضهم عصابة لبعض وإلا فلا، انظر الشرح وما فيه. قوله: (إذا لم يكن للمقتول عصابة الخ) هذا مستوفى عند قول المختصر وهي خمسون يميناً، وكلام هذا الشارح في هذا صحيح موافق للمنصوص. قوله: (أقر غيره الخ) هذا قال فيه ابن عرفة ما نصه: سمع عيسى بن القاسم من قدم للقتل بقسامته

التوضيح: المشهور أن القسامة لا تكون (إلا على معين) وهو الذي يريدون قتله. ابن القاسم عن مالك في الموازية والمجموعة: وإذا أقسموا عليه قالوا في القسامة لمات من ضربه ولا يقولون من ضربهم اهـ. وقال أشهب: الأولياء مخيرون بين أن يعينوه أو لا كما تقدم، وبين أن يختاروه بعد حلفهم على الجماعة. التوضيح: في قول أشهب نظر لأنهم إذا أقسموا على الجميع ثم اختاروا واحداً يكون من الترجيح بلا مرجح إذ ليس أحدهم بأولى من الآخر، انظر تمام كلامه. تنبيه: ما تقدم من أن المشهور أن الأولياء يعينوا واحداً يقسمون عليه إنما ذلك في العمد، قال ابن الحاجب بخلاف الخطأ فإنه لا يقسم إلا على جميعهم وتوزع الدية على عواقلهم في ثلاث سنين اهـ. فرع: كما ترد الأيمان على المدعى عليه إذا نكل أولياء المقتول كذلك ترد عليه أيضاً (إذا عفا) من يجوز عفوه فترد

فقال رجل أنا قتلته قال ربيعة يقتل هذا بالقسامة والآخر بإقراره ولا آخذ به لم يقتله اثنان بل واحد فيقتلون واحداً ويتركون الآخر. ابن رشد عن مالك وابن عبد الحكم وأصبغ مثل قول ربيعة، حكاه محمد عنهم وعن ابن القاسم مثل قوله في السماع. محمد: وإذا قتل المقر فقال ابن القاسم مرة بقسامة ومرة بغير قسامة وأنكر الأول أصبغ وقيل ليس باختلاف، الأول على أنه كانت للمقتول حياة والثاني على أنها لم تكن الخ وهذا منه بلفظه فانظر هذا مع كلام التوضيح. قوله: (إلا على معين الخ) هو قول المختصر ووجب بها أي القسامة الدية في الخطأ والقتل في العمد من واحد يعين لها أي القسامة، وفهم من قوله في العمد من واحد الخ أن القسامة في الخطأ على الجميع وهو كذلك. قوله: (إذا عفا الخ) قال في المناهج: إن نكل مع تساويهم في التعدد أو عفا قبل القسامة فلا دية وهو قول ابن القاسم في المدونة وهو لابن عبد الحكم أيضاً، ثانيها أن من بقي له الحلف ويأخذ حظه من الدية وهو لأشهب. ثالثها: إن كان النكول على وجه العفو حلف من بقي وأخذ الدية، وإن كان على وجه التخرج حلف من بقي وقتل وهو لابن نافع الخ. وفي مقدمات ابن رشد: وإن عفا أحد الأولياء بعد ثبوت الدم بقسامة أو أكذب نفسه بعد القسامة ففي ذلك ثلاثة أقوال: بطلان الدم. ثانيها الدية لمن بقي حظه من الدية. ثالثها إن عفا كان لمن بقي حظه من الدية، وإن أكذب نفسه لم يكن لمن بقي شيء من الدية وإذا قبضوها ردوها، وهذا الثالث هو مذهب ابن القاسم في المدونة وغيرها. ثم ذكر خلافاً في المسألة. وفي التوضيح فرق ابن القاسم فإن كان العفو قبل القسامة بطل القتل والدية وبعدها يبطل الدم ولمن بقي حظه من الدية. وقال في المختصر: وإن نكلوا أو بعض حلفت العاقلة فمن نكل فحصته على الأظهر. وقال أيضاً: وإن أكذب بعض نفسه بطل بخلاف عفوه فللباقى نصيبه من الدية الخ. ومن المعلوم أن العفو يكون قبل ثبوت الدم وبعده والنكول قبل القسامة، وقد قال في المختصر أيضاً: ونكول المعين غير معتبر بخلاف غيره أي جميع ما لم يكن معيناً وهم أولياء الدم. وقال في نكول البعض أو نكلوا الخ. وحاصل مذهب ابن القاسم أن نكول البعض يبطل للدم من أصله وكذا التكذيب ولا يكون إلا بعد القسامة لأنه قبلها نكول والعفو بعد الثبوت يبطل الدم ولمن بقي حظه من الدية، وقيل الثبوت كالنكول يبطل الدم من أصله فلا قسامة ولادية، فف على كلام في الشرح عند قول المختصر: ونكول المعين الخ تر الحق عياناً إن شاء الله تعالى وتعلم ما في كلام المفيد وهذا كله في العمد بدليل ذكر العفو، بخلاف قول المختصر وإن نكلوا أو بعض فذلك في الخطأ بدليل قوله حلفت العاقلة الخ، وحاصل الأمر في الخطأ عند نكول الجميع انقلاب اليمين على

الأيمان على المدعى عليه فيحلف خمسين يمينا لا يبرئه أقل منها، نقله الشارح عن مفيد ابن هشام يعني ويرجع للدية والله أعلم. تنبيه: المراد بالولي في قوله مهما نكلا ولي مقتول جنس الولي لا الواحد لأنه إذا تعدد الولي ونكل واحد وأراد غيره اثنان فأكثر أن يحلف فلا تقلب على المدعى عليه كذا قال الشارح ولفظه: وإن نكل مستحق الدم عن الأيمان فإن الحكم إن كان واحداً أو اثنين خاصة فإن الدم يبطل وإن كانوا متعددين فللذي لم يعف إذا كان في قعود العافي أن يضم إليه من العصابة من يحلف معه ويستحقون الدم ما لم يكن العافي أقعد المقتول من الباقيين بعده فيرجع للدية اهـ. وتأمل هذا مع قولهم: إن عفا أحد مَمَّن له الاستيفاء فلا قتل. وقول الرسالة وغيرها واللفظ لها وإن عفا أحد البنين فلا قتل ولمن بقي نصيبه من الدية. ونقل الشارح في شرح قوله وعفو بعض مسقط القصاص البيتين عن نوازل ابن الحاج ما نصه: فإن نكل واحد من العصابة أو عفا فإن كان الأقرب كالولد والأخ وشبه ذلك سقط القود، وإن كان الأبعد فلا عبرة به، وللأقرب أن يضم إليه من يحلف معه من سائر العصابة ويستحق القود اهـ. وعلى هذا يفهم كلام الشارح والله أعلم.

وليس في عبدي ولا جنين قسامة ولا عدو الدين

العاقلة وحلفهم كل واحد يمينا واحدة، وأما نكول البعض فكلام ابن رشد يقتضي أنه بنفس نكول البعض انقلبت الأيمان على العاقلة ووجب لهم ذلك، وكلام الناس يقتضي أنه لا عبرة بنكول البعض بالنسبة لمن لم ينكل باعتبار حصته إذا حلف خمسين يمينا، وعلى هذا فالبعض الناكل بمنزلة من قام شاهد له فلم يحلف منه فيحلف المدعى عليه ويبرأ، وإن نكل غرم لهذا البعض الناكل لأن النكول بعد النكول تصديق للناكل عليه، فالناكل هنا يأخذ ما ينوبه عند نكول البعض العاقلة والأخذ من هذا الناكل من العاقلة فافهم.

(ص): وليس في عبد ولا جنين، البيت. هذا قال فيه خليل في مختصره ما نصه: ومن أقام شاهداً على جرح أم قتل كافر أو عبد أو جنين حلف واحدة وأخذ الدية، وإن نكل برىء الجارح إن حلف وإلا حبس، فلو قالت: دمي وجنيني عند فلان ففيها القسامة ولا شيء في الجنين ولو استهل اهـ. فقوله ومن أقام الخ هذا في الخطأ لقوله وأخذ الدية إذ العمد إذا حلف فيه مع شاهده إنما فيه القصاص هذه قرينة لإرادة الخطأ. وقد قال خليل في الشهادات أو قصاص في جرح عاطفاً على ما يصح فيه الشاهد واليمين أو امرأتان معها وإن القصاص في ذلك عند العمل. وقوله وإن نكل الخ قرينة العمد إذ هذا خاص بجرح العمد إذ لا حبس في جرح الخطأ وإنما يلزم المال عند نكوله أي المشهود عليه ولا بعد في هذا. وقوله جرح وقع على مسلم أو كافر أو عبد أو حر، والحر ولو كافر هو الذي يحلف في العمد والخطأ والعبد يحلف سيده في العمد والخطأ ادعى على عبد أو حر، وكذا الذمي ادعى على مسلم أو ذمي أو عبد. وقوله أو قتل كافر أو عبد هذا لا فرق فيه بين عمد وخطأ أيضاً لأن المصنف قال قتل، ومن المعلوم أن القتل لا يكون بشاهد ويمين مطلقاً بلا قيد كان المقتول حرّاً أو عبداً أو ذمياً، والحالف بعد الموت إنما هو ولي الكافر وسيد العبد والحلف من ولي الذمي إنما هو للمال إذ لا قصاص فصار العمد كالخطأ، وكل واحد من أولياء الذمي عند تعددهم

يعني أنه لا قسامة في قتل عبد ولا جنين ولا كافر بل من قام له لوث على قتل واحد ممن ذكر حلف يميناً واحدة واستحق ما يجب في ذلك. أما مسألة العبد ففي الموطأ قال مالك: الأمر عندنا في العبيد أنه إذا أصيب العبد عمداً أو خطأ ثم جاء سيده بشاهد حلف مع شاهده يميناً واحدة ثم كان له قيمة عبده وليس في العبد قسامة في عمد ولا خطأ، فإن قتل العبد عمداً أو خطأ لم يكن على سيد العبد المقتول قسامة ولا يمين ولا يستحق سيده ذلك ولأن بيينة عادلة أو بشاهد فيحلف مع شاهده المواق، وقد تقدم أن العبد يقتل بالعبد إلا أن يسلمه سيده أو يرضى سيد المقتول بأخذ قيمة عبده اه. وأما مسألة الجنين ففي المدونة: إن ضربت امرأة فألقت جنيناً ميتاً وقالت دمي عند فلان ففي المرأة القسامة ولا شيء في الجنين إلاً بيينة تثبت أنه كجرح من جراحها ولا قسامة في الجراح، ولا تثبت إلاً بيينة أو بشاهد عدل فيحلف ولأن معه يميناً واحدة ويستحقون ديته. ابن يونس: يريد يحلف كل واحد ممن يرث الغرة يميناً أنه قتله اه. وأما مسألة الكافر ففي المدونة قال مالك في نصراني قام على قتله شاهد واحد مسلم يحلف ولاته يميناً واحدة ويستحقون الدية على قاتله مسلماً كان أو نصرانياً اه. تنمة: وكذلك لا قسامة في جرح، قال في المدونة: لا قسامة في الجرح لكن من أقام شاهداً عدلاً على جرح عمداً أو خطأ فليحلف معه يميناً واحدة ويقتص في العمد ويأخذ العقل في الخطأ، قيل لابن القاسم: لم قال مالك ذلك في جراح العمد وليست بمال؟ قال: كلمت مالكا في ذلك فقال إنه لشيء استحسناه وما سمعت فيه شيئاً اه. وهذه إحدى المسائل الأربع التي قال فيها مالك بما استحسناه وإن لم يرو ذلك عن غيره وهي المشار إليها بقول الشيخ ابن غازي في نظائر الرسالة:

وقال مالك بالاختيار في شفعة الأنقاض والثمار
والجرح مثل المال في الأحكام والخمس في أنملة الإبهام
وقسامة اسم ليس ولا عدو بالخفض عطفاً على جنين، والمراد بعدو الدين الكافر

بحلف يميناً واحدة، ومثل هذا إذا تعدد ملاك العبد وكذا إذا تعدد ولي الجنين، وتوقف الحطاب يقتضي أنه لم يقف على نص النوادر في المسألة. وقوله حلف واحدة وأخذ الدية راجع للثلاثة، مسألة الجرح خطأ مطلقاً كان المجروح حراً مسلماً أو كافراً أو عبداً، وفاعل حلف عائد على من من قوله ومن أقام، والمقيم للشاهد هو السيد في العبد المجروح في غيره، والدية تطلق حتى على ما يؤخذ في العبد كما استدللنا على صحة ذلك في الشرح، وإنما خصصنا الجرح بالخطأ لأنه لا دية في غيره فلذلك رجعنا له أخذ الدية والرجوع لقتل الكافر أيضاً والعبد عمداً أو خطأ، إذ لا فرق بينهما، وراجع هذا أيضاً للجنين ولا فرق فيه أيضاً بين عمد من خطأ إذ لا قصاص فيه، وبهذا التقرير يسقط اعتراض الناس على المتن ابن مرزوق والحطاب وغيرهما وإن كلام المتن في غاية الإتقان، وإن بالغ في الاختصار اتكالا على ما هو معلوم من كلامه في مختصره وما هو معلوم من القواعد المعلومة عند الفقيه وأنه لم يترك قيداً يخفى على من له مخالطة للفروع الفقهية، وبيننا ذلك في الشرح استدلالاً منا بكلامه على كلامه فف عليه إن شئت.

والله أعلم .

وَالْقَوْدُ الشَّرْطُ بِهِ المِثْلِيَّةُ فِي الدَّمِّ بِالإِسْلَامِ وَالْحُرِّيَّةِ
وَقَتْلُ مَنْحَطٍ مَضَى بِالعَالِي لا العَكْسُ والنِّسَاءُ كَالرِّجَالِ

تقدم للناظم أول الباب أنه يشترط في القاتل الذي يقتص منه أن يكون عاقلاً بالغاً غير حربي، وزاد هنا أنه يشترط فيه المماثلة للمقتول في الدم أي في الإسلام والحرية احترازاً مما إذا زاد القاتل على المقتول بإسلام أو حرية فلا يقتص حينئذ من القاتل لعدم التكافؤ والمماثلة، فلاجل الزيادة بالإسلام لا يقتل مسلم حراً أو عبداً بكافر، وإن كان المقتول حراً قتله عبد مسلم، ولأجل الزيادة بالحرية لا يقتل حر بعبد إذا تساوى في الإسلام، فلو تميز القاتل بالحرية والمقتول بالإسلام فقتل كافر حر عبداً مسلماً فإنه يقتص من القاتل (على المشهور) ولما أوهم اشتراط التكافؤ أنه لا يقتل العبد بالحر ولا الكافر بالمسلم رفع ذلك الوهم بقوله: وقتل منحط مضى بالعالي لا العكس، فالعالي هو المسلم والمنحط الكافر فيقتل الكافر بالمسلم ولو كان الكافر القاتل حراً والمسلم المقتول عبداً، ولا يقتل المسلم بالكافر مطلقاً كان المسلم القاتل حراً أو عبداً، كان الكافر المقتول حراً

(ص): والقود الشرط به المثلية، إلى آخر البيتين. قال في المختصر: وقتل الأدنى بالأعلى كحر كتابي بعبد مسلم والكفار بعضهم ببعض من كتابي ومجوسي ومؤمن كذوي الرق وذكر وصحيح وصدئهما. فقوله وقتل إنما خصه لأن الجرح يأتي في قوله والجرح كالنفس. وقوله الأدنى بالأعلى هو ناظر لقوله قبله إن أتلّف مكلف وإن رق غير حربي ولا زائد حرية وإسلام حين القتل إلا لغيلة معصوماً للتلف والإصابة بأيمان أو أمان كالقاتل من غير المستحق وأدب كمرتد وزان أحصن ويد سارق فالقود عيناً الخ. والمقصود منه هنا ولا زائد حرية أو إسلام، ودخل في قوله إلا على السيد إذا قتله عبده. وقوله كحر الخ بين به أن الإسلام أعلى من الحرية وفهم من هذا أن الأعلى لا يقتل بالأدنى كالحرق يقتل عبداً وأحرى المسلم يقتل كافراً حراً أو عبداً لأن العلو بالإسلام والحرية، فإذا تقابلا غلب الإسلام ولذلك قال: ولا زائد حرية أو إسلام إذ بهما العلو. ثم ذكر أن الحر الكتابي يقتل بالعبد لا العكس فغلب الإسلام على الحرية. وفهم من كلام المختصر أن العبد المسلم لا يقتل بالحر الكتابي كما تقدم وهو كذلك اتفاقاً كما قاله ابن رشد. وقوله: ومجوسي ومثله الوثني لا اشتراكهما في كونهما لا دين لهما، ولم يذكر المرتد لقوله كمرتد كما تقدم إذ لا يقتل قاتله. وقوله كذوي الرق يشمل من فيه شائبة حرية كثرت أو قلت ومبعضاً أو قرب أجل المعتق لأجل فإطلاق المصنف حسن وهو المذهب إن شاء الله تعالى. وقوله وذكر وصحيح الخ فدخل في الذكر الشريف والوضيع والحر والرقيق والصغير والمجنون، ولا فرق بين مرض مزمن أو لا، بل لو كان المقتول مقطوع الأعضاء فإنه يقتل به كيفما كان لأن المدار على وجود النفس، وكلامه يشمل أكثر من هذا كالأعمى خلقة وهو كذلك في الجميع، غير أن الصغير والمجنون لا يقتلان لقول المصنف إن أتلّف مكلف، وكذا قوله صحيح دخل فيه من تقدم ذكره، ولا فرق بين عدل وضده وسني وبدعي إن لم يكفر ببدعته، فلله در هذا الإمام كم حشى من معان في ألفاظ قلائل بأحسن عبارة وأطف إشارة وبهذا كله تفهم ما نظم مع زيادات. قوله: (على المشهور) هذا حكى عليه ابن رشد الاتفاق كما

أو عبداً، والعالي أيضاً هو الحر، والمنحط العبد، فيقتل العبد بالحر ولا يقتل الحر بالعبد إذا كانا مسلمين، ويقتل الحر الكافر بالعبد المسلم كما تقدم، والعكس المنفي فيه القصاص هو أنه لا يقتل مسلم بكافر ولا حر بعبد، وأما الرجل مع المرأة فيقتل الرجل بالمرأة والمرأة بالرجل. قال في المقرب: قلت: فيقتل الحر بالمملوك أو المسلم بالكافر في العمد في قول مالك قال لا ولا قصاص بينهما في الجراحات. وفي المقدمات: ويقتل العبد بالحر والكافر بالمسلم ولا يقتل الحر ولا الحرة بالعبد ولا بالأمة، ولا يقتل المسلم ولا المسلمة بالكافر ولا بالكافرة. وفي المقرب: قلت: فيقتص من المرأة للرجل وللرجل من المرأة؟ قال نعم في القتل والجراح. قال في المقدمات: وإنما يجب القصاص بين الرجال والنساء إذا لم تكن مرتبة المقتول ناقصة عن مرتبة القاتل لعدم حرية أو إسلام. تنبيه: ولا أثر لفضيلة الرجولية فيقتل الرجل بالمرأة ولا العبد (فتقتل الجماعة) بالواحد، وكذا لا أثر للعدالة والشرف وسلامة الأعضاء وصحة الجسم فيقتل العدل بالفاسق والشريف بالمشرف والصحيح بالأجذم، ويقتل الأعمى المقطوع اليدين والرجلين بالسالم قاله ابن الحاجب.

(تمتة): إذا صادف القتل تكافؤ الدماء لم يسقط بزواله وذلك كما لو أسلم الكافر بعد قتله كافراً أو أعتق العبد بعد قتله عبداً فإن القصاص لا يسقط عنهما لأن العبرة بالتكافؤ حالة القتل وهو حاصل ما قاله ابن الحاجب. قال في التوضيح: ولا يعترض بما إذا أوصى لوارث فصار غير وارث والعكس فإن العبرة بالمال لأن الوصية عقد منحل اهـ. وهذا إذا زال التكافؤ بعد الموت، وأما إذا زال بين حصول السبب والمسبب كعتق أحدهما أو إسلامه بعد الرمي وقبل الإصابة وبعد الجرح وقبل الموت فقال ابن القاسم: المعتبر في ضمان دية الحر وقيمة العبد حال الإصابة والموت أي حال حصول المسبب. وقال أشهب وسحنون: حال الرمي انظر ابن الحاجب والتوضيح فقد أطلا في ذلك. فائدة: سمي القصاص قوداً لأن العرب كانت تقود الجاني بحبل في رقبة وتسلمه فسمي القصاص قوداً لملازمته له.

وَالشَّرْطُ فِي المَقْتُولِ عَصْمَةُ الدَّمِ زِيَادَةُ لِشَرْطِهِ المُسْتَقْدَمِ

لوجوب القصاص شروط في القاتل وقد تقدمت، فبعضها تقدم في قوله أول الفصل: من اعتراف ذي بلوغ عاقل، وبعضها في البيتين قبل هذا، وهو أن لا يزيد على

تقدم، ولكن اتفاقات ابن رشد علم ما فيها. قوله: (فتقتل الجماعة) هذا صحيح كما في المختصر وغيره، ولفظ المختصر وتقتل الجماعة بالواحد الخ.

قوله: (تمتة الخ) انظر هذا عند قول المختصر: ولا زائد حرية أو إسلام لحين القتل. وعند قوله ولا يسقط القتل عند المساواة بزوالها بعتق أو إسلام وضمن وقت الإصابة والموت وإنما لم أشرحه لأن الناظم لم يتعرض له، وما ذكره هذا الشارح فيه صحيح.

(ص): والشروط في المقتول عصمة الدم، البيت. تقدم كلام المختصر في هذا. قوله:

المقتول بحرية أو إسلام، بل يكون مساوياً له فيهما أو أحط رتبة، وشروط في المقتول وهو كونه مساوياً للمقاتل في الحرية والإسلام، أو كونه المقتول أرفع من القاتل كما تقدم ذلك كله في البيتين قبل هذا، وإلى شروط المقتول هذه أشار الناظم بقوله: زيادة لشروطه المستقدم، ويزاد في شروط المقتول ما تعرض له في هذا البيت من كونه معصوم الدم فلا قصاص على قاتل من وجب عليه القتل بغيلة أو حراية أو زنا بعد إحصان أو نحوها فليس على قاتلهم إلا الأدب لافتياته على الإمام، ويستثنى من غير ذلك من وجب عليه القتل قصاصاً فإنه معصوم الدم من غير مستحق دم مقتوله. قال في الجواهر: الركن الثاني القتل وشروط كونه مضموناً بالقصاص أن يكون معصوماً والعصمة بالإسلام والحرية (والأمان) يتنزل منزلته والحربي مهدر دمه والمرتد كذلك. قال سحنون: وكذلك من قتل (زنديقاً) أو زانياً محصناً أو قطع سارقاً قد توجه عليه القطع لأن هذه حقوق لا بد أن تقام ولا تخيير فيها ولا عفو، فأما من عليه قصاص فمعصوم في غير حق المستحق، (فإن عدا عليه أجنبي) فقتله فدمه لأولياء المقتول الأول، ويقال لأولياء المقتول الآخر ارضوا أولياء المقتول الأول وشأنكم بقاتل وليكم في القتل والعفو، فإن لم يرضوهم فأولياء الأول قتله أو العفو، ولهم أن لا يرضوا بما بذل لهم من الدية أو أكثر منها اهـ.

وإن ولي الدم للمال قَبِلَ والقودَ استَحَقَّهُ فيمن قُتِلَ
فأشهبُ قال لِّلأَسَـخِيَاءِ يُجَبَرُ قَاتِلُ عَلَى الإِعْطَاءِ
وليسَ ذا في مذهب ابن القاسم دونَ اِخْتِيَارِ قَاتِلِ بِلازِمِ

تقدم أن الواجب في قتل العمد العدوان هو القصاص لا غير أو العفو مجاناً بلا شيء، هذا هو المشهور لمالك وابن القاسم واختاره ابن رشد، وروى أشهب أو ولي المقتول مخير بين القصاص والعفو على الدية، وقال به واختاره اللخمي، (وينبغي على القولين) ما ذكره الناظم وذلك إذا عفا ولي المقتول على أن يأخذ الدية فأبى القاتل وبذل

(والأمان) يشمل أهل الجزية ومن أمن. قوله: (زنديقاً) انظر الزنديق والخلاف فيه عند قول المختصر في كتاب الردة وقتل المستسر بلا استتابة الخ. قوله: (فإن عدا عليه أجنبي الخ) هذا قول المختصر، واستحق ولي دم من قتل القاتل أو قطع يد القاطع كدية خطأ فإن أرضاه ولي الثاني فله.

(ص): وإن ولي الدم للمال قبل، إلى آخر الأبيات الثلاثة. هذا هو قول المختصر. فالقود عيناً إن يتعين القتل أو العفو مجاناً، هذا مذهب ابن القاسم، وهذا ما لم يتفقا على الصلح، فلا إشكال في جواز ذلك، وتقدم أن مذهب أشهب قوي وغاية وقد قال في المختصر: ولا دية لعاف مطلق الخ. قوله: (وينبغي على القولين الخ) ظاهره أنه لا ينبغي عليهما إلا هذا وليس كذلك. قال ابن شاس بعد ذكره القولين ما نصه التفريع إن قلنا الواجب أحدهما أي القود أو الدية لا بعينه، فلو عفا الولي عنهما صح وإن عفا عن الدية فله القصاص، ولو قال اخترت الدية سقط القصاص، ولو قال اخترت القود لم يسقط اختيار الدية بل له الرجوع إليه، وإن قلنا الواجب القود فقط فلو عفا على مال ثبت المال إن وافقه الجاني، ولو مات قبل الإقباض ثبت المال، وإن عفا مطلقاً سقط القصاص والدية، ولو كان مفلساً لكان له العفو عن القصاص إذ ليس بمال، نعم ليس له العفو عن الدية بعد

دمه فله ذلك على المشهور فلا يجبر على إعطاء الدية، وعلى قول أشهب يجبر القاتل على إعطاء الدية. قال في أصول الفتيا لابن حارث: وإن عفا ولي المقتول عن القاتل على أن يغرم إليه الدية فأبى القاتل من غرمها وبذل دمه فذلك له، هذا مذهب ابن القاسم وأشهب يخالفه ويقول إن وجد لحقن دمه سبيلاً فليس له أن يسفكه، واعتل في ذلك بأن قال: ألا ترى أنه إذا فداه من أرض العدو وكان على المفتي أن يغرم ما فداه به كرهاً، واعتل في ذلك أيضاً مطرف بن عبدالله بأن قال: إنما يحامي عن مال وارث يصير إليه بعد قتله اهـ. وولي الدم فاعل بفعل محذوف يفسره قبل، والقود مفعول بفعل محذوف من باب الاشتغال للاستحياء يتعلق بيجبر أو بالإعطاء وعلى الإعطاء يتعلق بيجبر.

وعفو بعض مسقط القصاص ما لم يكن من قعد انتقاص
وشبهة تدروءة ومالك بعض دم الذي اعتراه الهلك

ذكر في البيتين بعض مسقطات القصاص فأخبر أن القصاص يسقط إذا عفا بعض من له استيفاء الدم إلا إذا كان العافي أبعد في الدرجة من الذي لم يعف فالكلام للأقرب وإلى ذلك أشار بقوله (ما لم يكن) من قعد انتقاص، وكذلك يسقط بالشبهة مثل ضرب الزوج زوجته (أو المؤدب للمتعلم) فيؤول ذلك إلى الموت فيدراً الحد عنهما للشبهة وهي كونه

تقررهما، فلو كان استحقاق الدم لوليين مفلسين فعفا أحدهما ثم عفا الثاني صح الأول ولم يصح عفو الثاني إلا فيما زاد على مبلغ دية انتهى بلفظه. وقوله: ولو كان مفلساً الخ صححه ابن عرفة بكلام المدونة انظر الشرح. وقد قال المختصر في كتاب الفلاس ولا يلزم بتكسب إلى قوله وعفو الدية. وقال في الصداق عاطفاً على ما يفسد به النكاح أو لا لقصاص الخ، وهذان مبنيان على تعيين القود بل هي مسائل كثيرة تعرض فيما ينظره الفقيه.

(ص): وعفو بعض مسقط القصاص، إلى آخر البيتين. قوله: (ما لم يكن الخ) يدل على هذا قول خليل وسقط إن عفا رجل كالباقى اهـ. فالمسقط عفو المساوي كعفو أحد الابنين، أو الأعلى كعفو أخ مع وجود عم لا عفو العم مع وجود الأخ إلا أن هذا الأخير أخرى إذ لا حق للعم مع الأخ فلذلك لم ينص عليه خليل وذلك ظريف. قوله: (أو المؤدب للمتعلم) قال في المتبطي في نهايته ما نصه: والقتل يكون على الثلاثة أوجه. أحدهما: أن لا يعمد للضرب ولا للقتل مثل أن يرمي شيئاً فيصيب به إنساناً فيقتله أو يقتل المسلم في حرب العدو وهو يظن أنه كافر فهذا قتل خطأ بإجماع. الوجه الثاني: أن يعمد للضرب ولا يعمد للقتل فلا يخلو أن يكون ذلك على وجه اللعب أو على وجه الأدب ممن يجوز له الأدب أو على وجه النائرة والغضب، فأما إن كان على وجه اللعب فثالث الأقوال قول المدونة أن ذلك من الخطأ، وأما إن كان على وجه الأدب ممن يجوز له الأدب كالمؤدب والصانع فهو يجري عندي على ما إذا كان على وجه اللعب فتدخل الأقوال الثلاثة، وأما إن كان على وجه النائرة والغضب فالأولياء بالخيار إن شاؤوا عفا وإن شاؤوا أن يقتصوا فذلك لهم. الوجه الثالث: أن يعمد للقتل الخ وهذا منه بلفظه. وانظر هذه المسائل في الشرح عند قول المختصر إن قصد ضرباً فإن الأمر في هذا صعب فإن دم المسلم عظيم وإهداره كذلك، ولكن قال ابن عرفة بعد ذكره كلاماً في الأدب ما نصه: وقال الباجي الخلاف في هذا الوجه إنما هو راجع إلى تغليظ

مأذوناً له في ضرب زوجته ومتعلمه، وكذلك يسقط القصاص عن القاتل (إذا ملك بعض دم المقتول) كأربعة إخوة يقتل أحدهم أباه ثم يموت بعض الأربعة فيسقط القصاص لإرث القاتل من أخيه بعض دم المقتول، فلما ملك من دمه حصة صار كعفو بعض الأولياء لأنه لا يباح له قتل نفسه وإلى ذلك أشار بقوله: وملك بعض دم الذي اعتراه الهلك.

ولا بدّ من ذكر فرعين هنا تكميلاً للفائدة. الأول: فيمن له استيفاء الدم قال ابن الحاجب: وولاية الاستيفاء لأقرب الورثة العصبية الذكور. التوضيح: قال صاحب البيان: وترتيبهم في القيام بالدم كترتيبهم في ميراث الولاء والصلاة على الجنائز، وفي النكاح لا يشدّ من ذلك على مذهب ابن القاسم إلا الجدم مع الإخوة فإنه بمنزلتهم في العفو عن الدم والقيام به اه. وقد ذكر الشيخ خليل ترتيبهم (في النكاح) حيث قال: وقدم ابن فابنه فأب فأخ فابنه فجد فعم فابنه. التوضيح: وقوله العصبية احتراز من غير العاصب (كالزوج) والأخ للأُم، واحتراز بالذكور من الإناث فإنه سيذكر ما فيهن من التفصيل والخلاف اه. ثم

الدية ولا قود بحال، هذا إن علم أنه على وجه الأدب، وإن لم يعلم إلا بقوله ففي تصديقه قولان. قلت: للباجي عن المجموعة روى ابن القاسم وابن وهب إن ضرب الزوج زوجته بحبل أو سوط فذهبت عينها أو غيرها ففيه العقل لا القود، وكذا المعلم والصانع أو القرابة يؤدبون ما لم يتعمدوا بسلاح وشبهه، ورواه ابن القاسم وقال: ليس الأخ والعم وسائر القرابة كالابن والأجداد إلا أن يعجري ذلك على وجه الأدب كالمعلم والصانع، وهل يقتضي أن في الأدب ما يؤدب به الدية مغلظة فهو على أربعة أوجه: ضرب قصد به اللعب بغير آلة القتل لا قود فيه وفي التغليظ فيه روايتان. وضرب قصد بغير آلة القتل خنقاً وغضباً ممن لا أدب له في القود فيه وتغليظ الدية روايتان. وضرب بغير آلة القتل ممن له الأدب من القرابة ممن ليس له عليه ولادة لا قود فيه وفي تغليظ الدية روايتان. والرابع حذف ابنه الخ وهذا منه بلفظه، وضرب الزوج زوجته انظر تحقيقه في كتاب العتق عند قول المختصر: والقول للسيد في نفي العمدة الخ إذ الزوج كالسيد كما في شروحه وغيرها، وانظر في القسامة عند قوله: وزوجة على زوجها الخ. وتقدم كلام في تدميتها على زوجها، والراجع مع ذلك أن الزوج إذا ادعى الأدب فيما يمكن فإنه يقبل قوله لا إن ذبح الزوجة مثلاً، والدليل على الأرجحية كلام الناس في المحليين المذكورين قف على الشرح فيهما إن شئت. قوله: (في النكاح الخ) والنكاح ترتيبه هو قول المختصر وقدم ابن فابنه الخ كما يأتي في كلام هذا الشارح الإشارة لذلك. قوله: (إذا ملك بعض دم المقتول الخ) هذا قول المختصر مشبهاً بما يسقط به القصاص ولمن بقي نصيبه من الدية ما نصه كارثة ولو قسطاً من نفسه. قوله: (كالزوج الخ) ليس هذا على إطلاقه وإن أطلق ابن عرفة في ذلك، انظر الشرح عند قول المختصر ووارثه كالمال، وعند قوله والوارث كموروثه فإن الزوج والزوجة يدخلان في الدية كان القتل عمداً وأخذ مال أو خطأ ولا إشكال، واعتراض ابن عرفة على ابن عبد السلام لا ينهض، انظر الشرح هذا في المال، وكذلك في إرث القصاص قف تستفد، وما طول به هذا الشارح في الاستيفاء من كلام ابن الحاجب لو طول بكلام خليل لكان أولى باختصاره ولاقتصاره على الراجع ومع ذلك لم يف بما في المختصر وإنما لم أسقه لأن الناظم لم يشر إليه كان من حق هذا الشارح حيث تعرض له أن يكمله فافهم، ومن شك في شيء من كلام هذا الشارح فلينظر الشرح فإننا استوفينا فيه جل كلام الفحول ومن الله نيل المأمول.

قال ابن الحاجب: وأشهر الروايتين أن النساء إذا لم يكن في درجتهم عصبية كذلك أن لهن الاستيفاء. التوضيح: واحترز بقوله إذا لم يكن في درجتهم عصبية مما لو كان في درجتهم عصبية كالبنات مع الابن والأخوات مع الأخ فإنهن لا يدخلن حينئذ في عفو ولا قود باتفاق، والمراد بالعصبية العاصب لأن العاصب الواحد يحجبهن، ويشترط في النساء على القول بدخولهن أن يكن ممن يرثهن احتراز من العمات وشبههن، ويشترط أيضاً فيهن أن يكن ممن لو كان في درجتهم ذكر ورث بالتعصيب احتراز من الإخوة للأم. ثم قال ابن الحاجب: إلا أن العصبية الوارثين مع النساء فرقمهم سواء. التوضيح: كالبنات مع الإخوة وقوله سواء أي في القيام بالدم فمن قام به فهو أولى ولا عفو إلا باجتماعهم. ثم قال ابن الحاجب: والعصبية غير الوارثين إذا ثبت القود بقسامتهم مع النساء كذلك اهـ. وذلك كالبنات والأخوات والأعمام لا عفو إلا باجتماعهم إذا ثبت الدم بقسامتهم ومن قام بالدم فله ذلك، وقد تلخص من هذا أن من له استيفاء إما ذكور فقط أو ذكور وإناث وهذا القسم على ثلاثة أوجه: إن كان الذكور في مرتبة الإناث كالبنات مع الابن والأخوات مع الأخ فلا كلام لهن في عفو ولا قود وأخرى إذا كان الذكور أقرب. وإن كان الإناث أقرب والذكر وارث كالبنات مع الإخوة فلا عفو إلا باجتماعهم، وإن كان غير وارث كالبنات والأخوات والأعمام فإن ثبت الدم بقسامة فلا عفو إلا باجتماعهم ومن قام بالدم فله ذلك، وإن ثبت ببينة فلا كلام للعصبية. قال في التوضيح: وهو متفق عليه والله أعلم. الفرع الثاني: فيما إذا عفا بعض الأولياء باعتبار سقوط القود وعدمه، واعلم أن المستحقين للدم تارة يكون جميعهم رجالاً وتارة يكون جميعهم نساء وتارة يجتمعن. ابن الحاجب: وإذا عفا بعض من له الاستيفاء فإن كان الجميع رجالاً سقط القود. التوضيح: وظاهره سواء كانوا أولاداً أو إخوة أو غيرهم كالأعمام والموالي، ولا خلاف في الأولاد والإخوة، وأما الأعمام ونحوهم فما ذكره المصنف هو قول مالك وابن القاسم. وروى أشهب عن مالك في الموازية عدم السقوط وإن لمن بقي أن يقتل، ثم قال ابن الحاجب: وإن كن نساء نظر الحاكم. التوضيح: هذه هي الصورة الثانية. قال في المدونة: وإن لم يترك إلا أخته وابنته فالابنة أولى بالقتل وبالعفو وهذا إذا مات مكانه. وقال أيضاً فيمن أسلم من أهل الذمة أو رجل لا نعرف عصبته فقتل عمداً ومات مكانه وترك بنات فلهن أن يقتلن، وإن عفا بعضهن وطلب بعضهن القتل نظر في ذلك السلطان بالاجتهاد إذا كان ذلك عدلاً، وإن رأى العفو أو القتل أمضاه، وهذا الكلام هو الذي اختصره المصنف، والكلام الأول أولى بالذكر لأن النساء فيه يحزن الميراث فتتم المقابلة بسببه بين هذه المسألة والتي قبلها أبو عمران في مسألة المصنف، وإنما كان للإمام النظر في ذلك إذ هو بمنزلة العصبية لأنه يرث لبيت المال ما بقي. ابن الحاجب: فإن كانوا رجالاً ونساء لم يسقط إلا بهما أو ببعضهما وإلا فالقول قول المقتص. التوضيح: هذه هي الصورة الثالثة وهي إنما تتصور إذا كان النساء أقرب لأنه قدم أنه لا كلام لهن مع المساوي. وقوله لم يسقط أي القود إلا باجتماعهما على العفو أو ببعضهما أي ببعض هذا الصنف وبعض هذا الصنف، وأخرى إذا اجتمع جميع صنف مع بعض الآخر. وقوله: وإلا أي وإن لم يكن ما تقدم بل عفا

أحد الصنفين وأراد الصنف الآخر القتل فالقول قول المقتص، وهذا مذهب المدونة أن العفو لا يتم إلا بهما أو ببعضهما، وأن القول قول من أراد القتل منهما جميعاً وهذا إذا ثبت الدم بقسامة. وروي عن مالك أن القول قول العصبة في العفو والقتل. وروي أيضاً أن القول قول من أراد العفو منهما جميعاً. وأما لو ثبت الدم ببينة وحاز النساء الميراث فلا كلام للعصبة كما تقدم اهـ. وقد تلخص من هذا أن المستحق للدم إن كان الجميع رجالاً سقط القود بعفو واحد منهم فأكثر على المشهور، وإن كانوا نساء ولم يحزن الميراث ولا عاصب فلهن القتل، وإن عفا بعضهن وطلب بعضهن القتل نظر السلطان، وإن حزن الميراث كالبنت والأخت فالبنت أولى بالقتل والعفو وإن كانوا ذكوراً وإنثاءً، فإن كانوا في درجة واحدة كالبنات والبنين والإخوة والأخوات فلا كلام للإناث في عفو ولا قود وإن كان النساء أقرب كالبنات مع الإخوة، فإن ثبت الدم بقسامة فلا عفو إلا باجتماعهم كما تقدم تفصيله قريباً، وإن ثبت الدم ببينة وقد حاز النساء الميراث فلا كلام للعصبة في عفو أو قود وإنما الكلام للإناث، وإلى هذه الأوجه الإشارة بالأبيات المنسوبة للإمام سيدي أبي محمد عبد الواحد الونشريسي وهي:

إذا انفرد الرجال وهم سواء	فمن يعفو ويبلغ ما يشاء
ودع قول البعيد بكل وجه	كان سلوت بقعددهم نساء
فإن يكن النساء أدنى فتمم	بوفق جميعهم عفواً تشاء
وإن إرثاً يحزن فدع رجالاً	إذا ثبتت بلا قسم دماء

اهـ.

فقوله: فإن يكن النساء أدنى هو فيما إذا ثبت الدم بقسامة بدليل البيت الذي بعده وبقي عليه حكم ما إذا انفرد النساء ولا عاصب، وقد تقدم أنهن إن لم يحزن الميراث كالبنات فلهن القتل، وإن عفا بعضهن وطلب بعضهن القتل نظر في ذلك السلطان، وإن حزن الميراث كالبنات والأخوات ولا عاصب، فالبنت أولى من الأخت في عفو وضده، وقد ذيلت الأبيات المتقدمة بيتين في هذين الوجهين فقلت:

كذلك إذا انفردن وحزن مالا	فحكم للقريبة ما تشاء
وإن إرث يشط لبيت مال	فحاكمننا يجنب ما يساء

وأشرت بقولي إذا انفردن إلى أن ذلك حيث لا عاصب، وأما النساء مع العاصب فقد تقدم حكمهم في الأبيات قبل والله أعلم.

وحيث تقوى تهمة في المدعى عليه فالسجن له قد شرعاً
يعني أن من اتهم بالقتل وقويت التهمة عليه ولم تنته إلى حد اللوث الموجب

للقسامة فإنه يسجن حتى يستبرأ أمره فيعمل على ما يظهر من ثبوت اللوث فتجب أحكامه أو اضمحلال التهمة فيطلق بعد الاستيناء. قال الشارح ما معناه: وإذا سجن بالتهمة القاصرة عن اللوث فأحرى أن يسجن مع ثبوت اللوث إذا لم يقم بأحكامه من القسامة، إما لعدم من يقوم بها أو لتقوية من القيام بها إن كان. ففي كتاب ابن حبيب: وقال مالك من أُلطيخ بالدم ووقعت التهمة عليه ولم يتحقق من ذلك ما تجب عليه القسامة به فليس عليه ضرب مائة وسجن سنة ولكن عليه الحبس الطويل جداً، ولا يعجل بإخراجه حتى تتبين براءته أو تأتي عليه السنون الكثيرة، ولقد كان الرجل يحبس باللطيخ والشبهة ويطال حبسه حتى أن أهله ليتمنون له الموت من طول حبسه اهـ. فرع: وكذلك يسجن القاتل إذا كان مستحق الدم غائباً ولا يقبل منه كفيل. ابن الحاجب: ويحبس ولا يكفل إذ لا كفالة في قصاص نفس ولا جرح، وكذلك يسجن القاتل (ولا يقبل منه كفيل) إذا شهد واحد في العمد فيسجن حتى يزكى، بخلاف قتل الخطأ وجراحه فإنه مال على العاقلة أو عليه. قال ابن الحاجب: وإذا كان مالاً فيقبل منه الكفيل وهو إما على العاقلة إن بلغ الثلث أو على الجاني إن لم يبلغه، وكذلك يسجن القاتل إذا كان في المستحقين صغير حتى يكبر الصغير وهو أحد أقوال ثلاثة حكاهما ابن الحاجب أيضاً.

والعفو لا يُغني عن القرباة في القتل بالغيلة والحجربة

يعني أن القتل إذا كان على وجه الغيلة أو الحجربة فإن عفو الولي لا يسقطه لأن الحق لله تعالى لا للولي، والحجربة أعم من الغيلة، (فكل غيلة حجابة) وليس كل حجابة

الناظم فيما تقدم وهي بخمسين الخ. قوله: (ولا يقبل منه كفيل الخ) يعني ما لم يكن كفيلاً بالطلب فيصح وهو قول المختصر آخر الضمان وبالطلب وإن في قصاص الخ. لكن اللخمي قال: يصح إن رضي بذلك من له الحق، انظر الشرح في ذلك فإن الغالب لا يظهر فيه الرضا ولكن يظهر في الفرعين بعيده في كلام هذا الشارح، وانظر هذه الفروع عند قول المختصر: وانتظر غائب الخ فإن الغائب فيه تفصيل تارة تطول غيبته وتارة لا، وكذا يحبس إذا لم تعرف عينه أي المدعى عليه حتى يشهد عليه.

(ص): والعفو لا يغني عن القرباة، البيت. قوله: (فكل غيلة حجابة الخ) انظر صدر الدماء عند قول المختصر إلا لغيلة. وعند قوله: المحارب قاطع الطريق يظهر لك خلاف هذا. وقوله الناظم لا عفو في الغيلة ظاهره كان قتل الغيلة لئلا تأخذ شيء، ولكن لئلا يجوز فيها العفو على خلاف، وكذا إن جاء تائباً فقبل يجوز العفو وقيل لا، وكأن القاتل بالعفو في التوبة قاسها على المحارب لأن التوبة تجوز العفو في الحجربة وهو قول المختصر في الحجربة، وسقط حدها إتيان الإمام طائعاً أو ترك ما هو عليه، وقال في عدم العفو في الحجربة وليس للولي العفو أي قبل التوبة.

فائدة: قال في المختصر عاطفاً على من هو محارب ما نصه: والداخل في ليل أو نهار في زقاق أو دار قاتل ليأخذ المال فيقاتل بعد المناشدة ولا بد من بسطه ليعرف ما يقال في سراق المغرب أنهم محاربون، فقال اللخمي في تبصرته: والذي ينزل اليوم على الناس فيأخذ المال سراً وينجو به سارق فإن علم به بعد أن أخذ المال وخرج به فقاتل حتى نجا فسارق أيضاً لأن قتاله حينئذ ليدفع عن

غيلة. قال الشيخ الجزولي في شرح الرسالة: حقيقة الغيلة قال البوني هي الغدر وهي على وجهين: إما أن يقتله على ماله أو على زوجته. ثم قال: وقال الزناتي: الغيلة القتل بحيلة والإتيان على الإنسان من حيث لا يتوهمه. قال في الرسالة: وقتل الغيلة لا عفو فيه، قال الجزولي: يعني لا للمقتول ولا لأوليائه ولا للإمام لأن الحق فيه لله تعالى اه. ثم قال في الرسالة أيضاً: وللرجل العفو عن دمه العمدة إن لم يكن قتل غيلة، ولكون الحق في ذلك لله تعالى يقتل المسلم إذا قتل الذمي قتل غيلة أو حرابة، والحرابة كما قال ابن عرفة الخروج لإخافة سبيل لأخذ مال محترم بمكابرة قتال أو خوفه أو إذهاب عقل أو قتل خفية أو لمجرد قطع الطريق لا للإمرة ولا نائرة ولا عداوة. ابن شاس: ولو دخل بالليل وأخذ المال بالمكابرة ومنع من الاستغاثة فهو محارب. ابن شاس: قتل الغيلة أيضاً من الحرابة وهو أن يغتال رجلاً أو صبياً فيخدعه حتى يدخله موضعاً فيأخذ ما معه فهو كالحرابة اه. وفي المدونة: ساقى السكران محارب اه. فقوله والعفو مبتدأ ومن القرابة أي قرابة

نفسه وإن علم به قبل أن يأخذ المتاع فقاتل حتى أخذه كان محارباً عند مالك وعند عبد الملك ليس بمحارب اه. بلفظه ونقله في التوضيح ابن عرفة وابن مرزوق وابن ناجي والمواق وسلموه وإن لم ينقلوه هكذا. وقال في تبصرته في الفصل السابع ما نصه: مسألة قال أصبغ في السارق يدخل حريم الرجل فيسرق بعض متاعه فيشعر به فيخرج في أثره حتى إذا أرفقه تحول إليه السارق فدافعه عن نفسه وامتنع منه وقاتله ابتغاء النجاة منه بسيف أو بسكين أو عصا أو غير ذلك فيقتله الرجل في امتناعه ذلك حيث لم يجد إلى أخذه سبيلاً فإن دمه هدر ولا شيء على قاتله من قود ولا دية، وذلك إذا كان معه المتاع الذي سرق، وإن لم يكن معه متاع وإنما أراد النجاة بنفسه فعليه الدية إذا كان قتله إياه بموضعه الذي سرق وما أشبهه، فأما لو كان قد تباعد منه بهربه وألحق بالصحراء ولا متاع معه فاتبعه حتى وافقه السارق أو لم يوافقه فقتله فعليه القود لأنه قتله على غير متاع كان له معه أراد استنقاذه منه ولا تخوف من عدوه عليه ولو كان ماله معه كان دمه هدرأ، وإن كان لم يوافقه كان متاعه معه أو لم يكن معه ففيه الدية إن كان بموضعه أو بالقرب، وإن كان قد بعد ولحق بالصحراء وما أشبهه ففيه القود انتهى بلفظه. والجماعة المتقدمة لم ينقلوا هذا أصلاً ولا ألموا به ولكن في آخره شيء. وفيه أيضاً في باب الحرابة ما نصه: وإذا أخذ السارق المتاع ليلاً فطلب رب المال المتاع المال منه فكابره فهو محارب اه. بلفظه. وهذا مخالف لما في اللخمي. وقال أيضاً: ومن عارضه لص ليغصبه ماله فرماه فنزع عينه لا دية عليه في ذلك ولا نفسه هذا لفظه. ثم قال ما نصه: وفي أحكام ابن سهل فمن تعدى على دار فكسر بابها وضرب صاحب الدار وانتهب ما فيها وقعت في ذلك شورى رفعت إلى الفقهاء فوقع الجواب بالأدب البليغ والحبس الطويل الخ. ولم يذكر أن حكمه حكم المحاربين، ولعل ذلك لكونهم لم يمنعوا الاستغاثة، ولا بد من النظر فيما نكتبه على قول المختصر فيقاتل بعد المناشدة ولا بد فترى كلاماً فيمن قاتل دون ماله. وفي المعونة معللاً لإهدار دم اللص المتعرض ما نصه: لأنه إذا قصد غيره ظلماً طلباً لقتله أو ماله فالمقصود مضطر إلى دفعه عن نفسه فكان اللص معاوناً على قتل نفسه فوجب أن يهدر دمه هذا لفظه. وفي التلقين: والمطلوب ما له أن يمنع عنه فإن آل إلى قتل من طلبه فهو هدر، وإن قتل المطلوب فأجره على الله تعالى اه. فانظر هذا كله فإن الظاهر هو ما قاله اللخمي وهو الذي في المختصر وبه تعلم السارق الذي حكمه حكم المحارب أو هو محارب ومن ليس حكمه حكم المحارب ولا هو محارب.

المقتول وأوليائه صفة للعفو، وجملة لا يغني أي لا يكفي خبر العفو، وفي القتل على حذف مضاف أي في سقوط القتل يتعلق بيغني، وبالغيلة يتعلق بالقتل أو صفة له والتقدير والعفو الصادر من القرابة يعني أو من المقتول عن القاتل لا يكفي في سقوط القتل الكائن بالغيلة أو الحراة والله أعلم.

ومائة يُجْلَدُ بِالْأَحْكَامِ مَنْ عَنْهُ يُغْفَى مَعَ حَبْسٍ عَامٍ
والصَلْحُ فِي ذَلِكَ مَعَ الْعَفْوِ اسْتَوَى كَمَا هُمَا فِي حُكْمِ الْإِسْقَاطِ سَوَا
يعني أن حكم القاتل عمداً أنه يضرب مائة جلدة ويسجن سنة سواء عفي عنه مجاناً

(ص): ومائة يجلد بالأحكام، إلى آخر البيتين. قال في المختصر في مضمون هذا ما نصه: وعليه مطلقاً جلد مائة ثم حبس سنة وإن بقتل مجوسي أو عبده أو نكول المدعي على ذي اللوث وحلفه فقوله وعليه المعتمد للقتل، المفهوم من قوله قبيله: وعمد واحترز به من المخطيء فإنه لا تعزير عليه. وقوله: مطلقاً كان هذا العامد القاتل مسلماً أو كافراً حراً أو عبداً له أو لغيره ولو لذمي عفى عن العبد وأخذ في جنايته ذكراً أو أنثى رشيداً أو لا دفع عنه القصاص بأمر اختياري كالعفو أو لا كالإرث للقصاص وعدم التكافؤ كان العفو من القتل أو من وليه كان العفو في مقابلة شيء أو لا، ثبت القتل بيينة أو بإقراره أو بقسامة، ولكن تقدم قيد في الإقرار في كتاب السرقة وأنه إذا رجع عن إقراره لا يحبس ولا يضرب، وسواء انفراد هذا التعزير أيضاً بالقتل أو لا بدليل مسألة الجماعة في القسامة مع أن القتل لم يتحقق عليهم. وقوله عليه أي المعتمد ولو ظناً بدليل مسألة وهذا كله وأكثر مما يتصور داخل في كلامه رحمه الله تعالى، وأطلق أيضاً في المقتول ولم يقيد بشيء فيحمل على عمومته، وحاصل هذا مهما كان القاتل مكلفاً متعمداً للقتل أو للضرب والمقتول معصوماً فالتعزير وإلا فلا تعزير، ومرادنا بالتعزير الحبس والضرب، وانظر مسائل في الشرح منها قتل الرجل ولده، ومنها كلام في المميز غير البالغ إن كان الظاهر فيه لا من التكليف، وقد قال خليل صدر الغصب وأدب مميز لكن هذا أدب أشد، ولكن يعارضه أن القتل أشد من الغصب، ومنها الفرق بين العبد هنا يحبس وفي الزنا لا يغرب وذلك لشدة القتل ولأنه يخدم في الحبس، ومسائل كثيرة المؤدب في الشرح أيضاً إذا انظرها إن شئت وانظر نشأ عن أدبه قتل ونحو ذلك، والمدار هنا بحسب كلامهم إنما هو لأجل تعمد القتل فافهم. وقوله وعليه أي وجوباً وكذا على الإمام إذ هذا حد لا شفاعة فيه ولا تأخير له. وقوله ثم حبس الخ عبر بشم بياناً للمذهب أن الحبس متأخر عن الضرب فلا تخيير وبه يعلم أن قوله سنة معدودة بلا الأيام السابقة على الضرب وذلك هو المذهب والسنة هنا بالعربي كما هو المعروف في إطلاق الفقهاء، وظاهره أن المجوسي لا يحدد أي لا يجعل عليه حديد وهو كذلك يعني بعد موت المتعدى عليه لا قبله، ولعله حدد قبل الموت لاحتمال فراره بخلاف ما إذا قلت^(١) وأمن من القتل بعفو ونحوه، ولكن إنما يحدد قبل الموت إذا كان المدعي جريحاً وهذا وفي الشارح، ولكن في المتيطي أن المسجون سنة يكبل ونصه: ولو دمي رجل بجراحة عمداً على جماعة لم يكن للأولياء إن مات أن يقسموا إلا على واحد ويستفيدوا منه وليس لهم أن يحلفوا على الجميع ويستفيدوا منهم ويحلفون أنهم ضربوه أو جرحوه وأن من ضرب هذا ويشيرون إلى من أرادوا

(١) قوله: «قلت الخ» كذا بالأصل ولعل الصواب قتل الخ فحرر، ا.هـ. مصححه.

أو صالح بمال، فالصلح في ذلك مسار للعفو، وعلى ذلك نبه بقوله: والصلح في ذاك أي فيما ذكر من الضرب والسجن. قوله كما هما الخ أي كما استوى العفو والصلح في لزوم الضرب والسجن، كذلك هما سواء في سقوط الدم فيسقط بالعفو والصلح فضمير التثنية للعفو والصلح. قال في الوثائق المجموعة: فإن عفوا أو صالحوا على الدية أو أكثر أو أقل كان لهم ذلك، ويضربه السلطان بعد العفو عنه مائة جلدة ويسجنه عاماً مستقبلاً. وفي المقرب: قال ابن القاسم: وكل من قتل قتلاً عمداً وثبت ذلك عليه ببينة أو إقرار وكان المقتول حراً مسلماً أو ذمياً أو عبداً فعفا عنه أولياء الدم فإنه يجلد مائة ويحبس عاماً، وسواء كان القاتل حراً مسلماً أو ذمياً أو عبداً أو أمة وهو قول مالك. وفي المقرب أيضاً: قال مالك: ومن وجبت عليه القسامة فعفي عنه قبل أن يقسموا عليه أو بعد أن أقسموا عليه فعليه جلد مائة وحبس سنة مستأنفة بعد الضرب ولا يعتد فيها بما كان من السجن قبل ذلك وإن طال. قال ابن حبيب: قال لي مطرف قال مالك: والنفر يرمون بالدم فتجب القسامة على واحد منهم يتخيره الورثة ويقسمون عليه أن على جميع أصحابه ضرب مائة وسجن سنة، وكذلك لو كان عفى عنه فلم يقسم على واحد منهم لم يكن بدّ من الضرب والسجن. وفي طرر ابن عات: إذا أدمى على جماعة سجنوا كلهم لأنه لا يعلم على من يقسم منهم ويسجنون عاماً إذا مات المقتول مطلقين من غير حديد، فإن كان جريحاً أو مريضاً سجنوا محددين بالحديد، وهي رواية أبي زيد عن ابن الماجشون قال: لا بدّ للمسجون في الدم من الحديد حتى يرى ما يكون من أمره، فإن سقط عنه الدم بعفو أو قسامة على غيره أطلقه الإمام من الحديد وضربه مائة وسجنه عاماً مستقبلاً من غير حديد اهـ.

وَدِيَةُ الْعَمْدِ كَذَاتِ الْخَطَا أَوْ مَا تَرَاضَى فِيهِ بَيْنَ الْمَلَأْ
وَهِيَ إِذَا مَا قُبِلَتْ وَسُلِمَتْ بِحَسَبِ الْمِيرَاثِ قَدْ تَقَسَّمَتْ

تقدم أن الواجب في قتل العمد العدوان هو القصاص، فإذا عفا من له العفو على شيء مقدر قليل أو كثير ورضى القاتل بذلك لزم، وإذا عفا على الدية هكذا مبهمه فتحمل على الدية المقدره في الخطأ وهي مائة من الإبل (إلا أنها تغلظ) فتكون مربعة كلها إناث

منهم ويضرب الآخرون مائة ويسجنون عاماً مكبلين، هذا هو القول المشهور المعمول به هذا لفظه فانظر قوله هذا الخ لمن هو راجع فافهم. والحاصل لم يتحقق لي الراجح في التحديد ظاهره أن كل من يسجن سنة يضرب مائة وبالعكس وهو كذلك، وإن وقع خلاف في عدم حبس العبد والمرأة. وقوله وإن بقتل مجوسي أي ذمي كما لا يخفى لأن غير المعصوم لا عبرة بقتله باعتبار هذا، وكذا يعزز لمجوسية وكان قوله مجوسي نعت لشخص فيشملها.

(ص): ودية العمد كذات الخطأ، إلى آخر البيتين. قوله: (إلا أنها تغلظ الخ) هذا هو قول المختصر وربعت في عمد بحذف ابن اللبون وهي تكون عند الصلح على دية مبهمه أو عند عفو بعض الأولياء، فيكون لمن لم يعف نصيبه منها كما في المختصر، وتكون حالة على القاتل بدليل قول المختصر وتجمعت دية الحر في الخطأ بلا اعتراف على العاقلة والجاني الخ. وقد نص على

خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة، فإذا قبلت من القاتل فسلمها لورثة المقتول فإنها تقسم بينهم بحسب ميراثهم. قال في المقرب: قلت له فدية العمد إذا تصالحوا عليها ممن تؤخذ؟ قال: من القاتل، قال محمد: إن اصطلحوا على شيء معروف جاز بينهم، وإن اصطلحوا على دية مبهمه كان في ذلك الدية كاملة، ولا تقطع في ثلاث سنين كما تقطع دية الخطأ، (ولكن ينبغي) لولي أن يعمل ما أمره الله به في قوله: ﴿فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان﴾ [البقرة: ١٨٧] كذلك روى ابن مزين عن عيسى. وفي الوثائق المجموعة: فإن قبل الولد الدية أو صالح عليها أو على شيء منها دخلت زوجة الميت وبناته معه فيها على قدر فرائضهم اهـ. فقوله كذا الخطأ هذا عند الإبهام وعدم التعيين لقدرها والتشبيه في القدر لا في الصفة لأن دية الخطأ خمسة وهذه مربعة كما تقدم. وقوله: أو ما تراضى فيه بين الملاء هذا عند تعيين قدرها من قليل أو كثير، والملاء الجماعة يعني بهم القاتل والأولياء.

وَجُعِلَتْ دِيَةٌ مُسْلِمٍ قَتَلَ
وَالْحُكْمُ بِالْتَّرْزِيعِ فِي الْعَمْدِ وَجَبَ
وَقَدْرُهَا عَلَى أُولِي الْوَرَقِ اثْنَا
وَنُصْفُ مَا ذُكِرَ فِي الْيَهُودِ
وَفِي النِّسَاءِ الْحُكْمُ تَنْصِيفُ الدِّيَةِ
عَلَى الْبَوَادِي مِائَةٌ مِنَ الْإِبِلِ
وَالْفُ دِينَارٍ عَلَى أَهْلِ الذَّهَبِ
عَشْرَ أَلْفِ دَرَاهِمٍ لَا أَذْنَى
وَفِي النِّصَارِيِّ ثَابِتُ الْوُجُودِ
وَحَالُهُ فِي كُلِّ صَنْفٍ مُغْنِيهِ

تكلم في الأبيات على جنس الدية وقدرها، فأخبر أن دية المسلم إن كان الجاني من أهل البادية مائة من الإبل، وإن كان من أهل الذهب كالشامي والمصري والمغربي ألف دينار، وإن كان من أهل الورق (كالعراقي) والفراسي والخراساني اثنا عشر ألف درهم، والمائة من الإبل إن كانت الدية في الخطأ خمسة عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ذكور وعشرون حقة وعشرون جذعة، وإن كانت في العمد فهي مغلظة بإسقاط ابن اللبون فتكون مربعة خمسة وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة. فإن قلت: وجوب الدية في الخطأ ظاهر وكذا في العمد على رواية أشهب من كون الواجب القصاص لا غير أو ما

هذا المتيطي وغيره قائلاً: فإن كان عديماً فالدية في ذمته، وانظر الشرح عند قول المختصر ولا دية لعاف مطلق الخ. قوله: (ولكن ينبغي الخ) هذا قال فيه ابن نافع على جهة الوجوب انظر الشرح. تنبيه: قول الناظم: بحسب الميراث قد تقسمت الخ، ظاهره دخول أحد الزوجين وهو كذلك كما في نقل الشارح عن الوثائق المجموعة، انظر الشرح عند قول المختصر وارثه كالمال، وعند قوله والوارث كموروثه.

(ص): وجعلت دية مسلم قتل، إلى آخر الأبيات الخمسة. قوله: (كالعراقي الخ) هذه المواضع إن تبدلت فيها العادة تبدل الحكم فإذا رجع التعامل في العراق بالذهب كانت الدية منه.

يتفقان عليه من قليل أو كثير فأين تتصور الدية؟ (فالجواب): أن لوجوبها في العمد سببين: العفو على دية مبهمة أو عفو بعض الأولياء فيرجع الأمر إلى الدية نقله في التوضيح عن الجواهر. وقال قبله: ولا يؤخذ عندنا في الدية غير هذا لا بقر ولا غنم ولا عرض اهـ. (فإن قال أهل البوادي): نحن نعطي الذهب والورق، أو قال أهل العراق: نحن نعطي الذهب، قال مالك: لا يقبل من أهل الذهب إلا الذهب، ولا يقبل من أهل الورق إلا الورق، ولا من أهل الإبل إلا الإبل، قاله في المقرب هذا في دية الحر المسلم. (وأما من قتل عبداً) فعليه قيمته بالغة ما بلغت كان العبد مسلماً أو كافراً. وأما الكافر فدية الكتابي يهودياً أو نصرانياً نصف دية المسلم، وأما المجوسي فديته ثلث خمس دية المسلم، وذلك في الذهب ست وستون ديناراً أو ثلثا ديناراً لأن خمس ألف دينار ومائتا دينار وثلث المائتين ما ذكر، ومن الفضة ثمانمائة درهم لأن خمس الاثني عشر ألفاً ألفان وأربعمائة وثلثها ثمانمائة، ولم يذكر المؤلف دية المجوسي وهذا كله في دية الرجل. وأما المرأة فديتها نصف دية الرجل من ديتها، فدية الحرة المسلمة نصف دية الرجل المسلم، ودية الكتابية نصف دية الكتابي، ودية المجوسية نصف دية المجوسي، هذا حاصل الأبيات. فقوله مسلم أي حر، وقوله قتل أي عمد أو خطأ وتقدم محل تصورهما في العمد، وعلى البوادي على حذف مضاف أي أهل البوادي، ومائة مفعول ثان لجعل. وفهم من قوله والحكم بالتربيع في العمد أنها في الخطأ غير مربعة أي بل مخمسة، وتقدم بيان المربعة والمخمسة وأولي أي أصحاب وسكن راء الورق ضرورة. وقوله لا أدنى تأكيد للعدد وتكميل للبيت. وقوله ونصف ما ذكر أي في الإبل والذهب والورق وهو مبتدأ خبره في اليهودي أي واجب أو ثابت في اليهودي والمراد باليهودي الجنس لا الواحد وياؤه للنسب بدليل قوله: وفي النصراني بصيغة الجمع وإلا قال النصراني بصيغة الأفراد وهو معطوف على قوله في اليهود، وأعاد حرف الجر للوزن وثابت الوجود حال من ضمير الخبر المستتر مؤكدة، وشمل قوله في النساء المسلمات والكتابيات والمجوسيات وضمير حاله للتصنيف، وفي كل صنف أي من أصناف المسلمين واليهود (والنصارى) ومغنية أي عن بيانها لمبهما مما تقدم وهو خبر حال والله أعلم. وفي لفظ الشيخ خليل ما يعني عن الاستظهار على ما في النظم بغيره ولفظه: ودية الخطأ على البادي مخمسة بنت مخاض وولد اللبون وحقة وجذعة وربعت في عمد بحذف ابن اللبون، ثم قال: وعلى الشامي والمصري والمغربي ألف دينار، وعلى العراقي اثنا عشر ألف درهم، ثم قال: وللكتابي والمعاهد نصفه، وللمجوسي والمرتد ثلث خمس، وأثنى كل كنصفه وفي الرقيق قيمته وإن زادت أي على دية الحر.

قوله: (فالجواب الخ) تقدم هذا. قوله: (فإن قال أهل البوادي الخ) هذا صحيح مبين صحته في الشرح ولا تكون الدية إلا من الورق والذهب والفضة. قوله: (وأما من قتل عبداً الخ) هذا قال فيه المختصر وفي الرقيق قيمته ولو زادت الخ. قوله: (والنصارى) أي والمجوس.

(تفريع): قال في المقرب قال سحنون قلت: فمن كان من أهل الإبل فجنى جناية لا تحملها العاقلة أتكون عليه الدية من الإبل؟ قال نعم، ولو كان ما جناه أقل من بعير لكان ذلك عليه من الإبل، وقد قال مالك في الأصبع إذا قطعها رجل من أهل الإبل أن عليه ابنتي مخاض وابنتي لبون وابني لبون وحقتين وجذعتين. قال محمد: وفي كتاب ابن مزين قلت لعيسى: فإن أصيبت له أنملة قال يأتي بخمس من الإبل واحد من كل سن فيكون فيها شريكاً للمجروح ثلثا كل بعير وللجراح ثلث كل بعير منها، وإن أصيب له أنملتان كان على الجراح أن يأتي بعشر من الإبل فيكون شريكاً معه للمجني عليه ثلثا كل بعير وللجاني ثلث كل بعير. قلت: فإن أصيبت أصبع رجل عمداً فصالح منها على الدية مبهمة فوجب عليه دية الأصبع فقال: عليه أن يأتي بثمانية أبعرة من أسنان العمد الأربع من كل سن بعيران فيكون للمجني عليه ثم يأتي بأربعة أبعرة من كل سن فيكونان فيها شريكين لكل واحد منهما نصف كل بعير اهـ. ووجه ذلك ظاهر وهو أن الجناية عمد وديته مربعة، فثمانية من الإبل أمكن التربيع فيها من غير تشريك، واثان على صفة التربيع لا يمكن إلاً من أربع فيكون للجاني نصف كل بعير من الأربع وللمجني عليه كذلك.

وَتَجِبُ الدِّيةُ فِي قَتْلِ الخَطَا	وَالِإِبْلِ التَّخْمِيسُ فِيهَا قُسْطًا
تَحْمِلُهَا عَاقِلَةٌ لِلْقَاتِلِ	وَهِيَ الْقَرَابَاتُ مِنَ الْقَبَائِلِ
حَيْثُ ثَبُوتُ قَتْلِهِ بِالْبَيِّنَةِ	أَوْ بِقَسَامَةٍ لَهُ مُعَيَّنَةٍ
يُدْفَعُهَا الأَذْنَى فالأَذْنَى بِحَسَبِ	أَحْوَالِهِمْ وَحُكْمِ تَنْجِيمِ وَجِبِ
مِنْ مُوسِرٍ مَكْلَفٍ حُرِّ ذَكْرٍ	مُوافِقٍ فِي نِخْلَةٍ وَفِي مَقَرِّ

يعني أن الواجب في قتل الخطأ الدية، فإن كانت من أهل الإبل فتكون مخمسة عشرون من كل سن كما تقدم قريباً بيانه وإلى هذا أشار بالبيت الأول ويعطى هذه الدية عاقلة القاتل والقاتل كواحد منهم، ابن الحاجب: والعاقلة العصابة وألحق بالعصابة أهل الديوان لعلة التناصر، التوضيح: هكذا قال مالك أن العاقلة هي العصابة. ابن الجلاب: قربوا أو بعدوا. ابن عبد البر: وكانت الدية في الجاهلية تحملها العاقلة فأقرها رسول الله ﷺ في الإسلام وكانوا يتعاقلون بالنصرة فجرى الأمر على ذلك حتى جعل عمر الديوان ثم قال ابن الحاجب: وقال أشهب بشرط قيام العطاء أي إنما يلحق بشرط قيام، ثم قال ابن الحاجب: والموالي الأعلون وبيت المال. التوضيح: أي لمن لا عاقلة له لأنهم كما

قوله: (تفريع الخ) هذا كلام صحيح. تنبيه: قال المتطي في نهايته ما نصه: والمراعى في الدية كسب الغارمين لا كسب أولياء القتيل، فإن كان الغارمون أهل إبل غرموا إبلاً، وإن كانوا أهل ذهب غرموا ذهباً، وإن كانوا أهل ورق غرموا ورقاً الخ. وهذا مفهوم من كلام الفقهاء حيث يقولون على أهل كذا كذا الخ.

(ص): وتجب الدية في قتل الخطأ، إلى آخر الأبيات الخمسة.

يرثونه يعقلون عنه، ثم قال ابن الحاجب: ويبدأ بأهل الديوان، فإن اضطرت إلى معونة أعانهم عصبتهم فإن لم يكن من ديوان فعصبتهم، ويبدأ بالفخذ ثم البطن ثم العمارة ثم الفصيلة ثم القبيلة ثم أقرب القبائل، فإن لم تكن عصبة فموالي، فإن لم تكن فبيت المال إن كان الجاني مسلماً، وإن كان ذمياً فأهل إقليمه من أهل دينه، ثم يضم الأقرب الذي من كورهم ولو كان من أهل الصلح فأهل ذلك الصلح التوضيح: هكذا ذكر ابن شاس وحاصله البدء بالأقرب، وما ذكره المصنف راجع إلى اللغة ونقل ابن كوثر وابن أبي جمراء في وثائقهما عن سحنون (أن حد العاقلة) سبعمائة يتمون إلى أب واحد وفي البيان في رواية سحنون إذا كانت العاقلة خمسمائة أو ألفاً فهم قليل ويضم لهم أقرب القبائل إليهم اهـ. إلى بيان من تجب عليه الدية في الخطأ أشار بقوله:

تحملها عاقلة للقاتل وهي القرابات من القبائل

ثم قال في البيت الرابع يدفعها الأدنى فالأدنى، وتفصيل ذلك كما تقدم عن ابن الحاجب، وإنما تكون الدية على العاقلة إذا ثبت الدم ببينة أو باللوث مع القسامة وإلى ذلك أشار بقوله: حيث ثبوت قتله بالبينة، البيت وأما إن لم يثبت إلا باعتراف الجاني فذلك في ماله كما صرح به الناظم في البيتين بعد هذا. قال في الرسالة: ولا تحمل العاقلة قتل عمد ولا اعترافاً به، ابن شاس: وما اعترف به الجاني حملة ولا تحمله عاقلته اهـ. وتكون حالة وقوله: يدفعها الأدنى فالأدنى راجع لقوله وهي القرابات من القبائل وقوله بحسب أحوالهم أي من غني دونه فيوظف على كل ما لا يضر به. ابن الحاجب: ولا يضرب على أحد من العاقلة ما يضر بماله ويؤخذ من الغني بقدره وممن دونه بقدره اهـ. ثم أشار إلى شروط من تضرب عليه بقوله: من موسر مكلف حر ذكر. (فمفهومه أنها لا تضرب على فقير) ولا على صبي أو مجنون ولا عبد أو امرأة، ابن الحاجب: ولا تضرب على فقير ولا على مخالف في الدين ولا على عبد ولا على صبي ولا امرأة اهـ. زاد في التوضيح عن اللخمي فيمن لا تضرب عليه المجنون والغارم إذا كان عليه من الدين بقدر ما بيده ويفضل له ما يكون به في عداد الفقراء (وإن كان لا شيء بيده فهو فقير) اهـ.

قوله (أن حد العاقلة النخ) كلام سحنون هذا فيه نظر مع قولهم وضرب على كل ما لا يضر كما في المختصر وغيره مع أن هذا في المدونة لأنه إذا كان المدار على هذا فتعطى الأقرب وهو قول خليل الأقرب إلى كمال الدية، ولا يناسب هذا تحديد من يعطى فانظر المسألة عند قول المختصر: وهل حدها سبعمائة النخ، فإن المسألة مشكلة غاية، ولعل قول سحنون مخالف للمذهب. وقوله: (فمفهومه أنها لا تضرب على فقير النخ) الفقير ومن ذكر معه لا تضرب عليه وهذا إذا لم تكن الجناية منهم ظاهرة، وأما إذا كان أحدهم هو القاتل فقال بعض من حشاه يعقلون، وظاهر أنقال الناس أنهم لا يعقلون مطلقاً كما هو ظاهر قول المختصر ولا يعقلون فافهم، وإنما لم يذكر في المختصر العبد في قوله: وعقل من صبي ومجنون وامرأة وغارم ولا يعقل عنه من قوله ونجمت دية الحر، ولخروج الأول من قوله وهي العصبة والمرأة تكون عاصبة بغيرها فافهم. وقوله: (وإن كان لا شيء بيده فهو فقير النخ) هذا مسكين لا فقير بدليل قول المختصر في مصرف الزكاة: ومصرفها فقير ومسكين وهو

وأشار بقوله: موافق في نحلة وفي مقر. إلى أنه يشترط فيمن تضرب عليه الدية أن يكونوا متفقين في النحلة أي في المنحول وهو المال الذي ينحل ويعطى في الدية بحيث يكونون كلهم أصحاب إبل أو كلهم أصحاب ذهب أو كلهم أصحاب فضة أي ورق، فلا يدخل بدوي ذو إبل مع حضري ذي ذهب أو ورق، وكذا يشترط أن يكونوا أهل بلد واحد، فلا يدخل شامي مثلاً مع مصري وإن كانوا كلهم أهل ذهب وإلى ذلك أشار بقوله: وفي مقر أي في موضع القرار والسكنى وإن كان الجميع قبيلة واحدة، وعبرة الشارح لأن الساكن بمحل غير محل القتال لا تلزمه اه. وقد جمع الناظم بين اشتراط الاتفاق في النحلة وفي المقر مع أن الاتفاق في المقر يلزم منه الاتفاق في النحلة، ولا يلزم من الاتفاق في النحلة الاتفاق في المقر كالشامي والمصري مع أنهما معاً أهل ذهب، فالاتفاق في المقر كافٍ عن الاتفاق في النحلة والله أعلم. ابن الحاجب: ولا دخول للبدوي مع الحضري وإن كانت قبيلة عند ابن القاسم خلافاً لأشهب، كما لا يدخل أهل مصر مع أهل الشام وإن كانوا أقرب ويعد كالمعدوم. التوضيح: هذا مذهب مالك في المدونة وبه أخذ ابن القاسم، وعلله ابن القاسم بأنه لا يستقيم أن يكون في دية واحدة، إبل وعين (وأجاز ذلك أشهب) قال: ويخرج أهل البادية ما يلزمهم إبلاً وإن كان الجارح ليس منهم، ويخرج أهل القرى حصتهم عيناً وإن كان الجارح ليس منهم اه. وفي المقرب: قلت فلو أن رجلاً من قبيلة من قبائل العرب جنى جناية بمصر وليس بمصر من قومه أحد وهم بالعراق أو باليمن كيف يكون عقل ما جناه من القتل؟ فقال: قال مالك إذا انقطع البدوي إلى الحضرة فسكن الحضرة عقل مع أهل الحضرة، ولا يعقل أهل الحضرة مع أهل البدو ولا أهل البدو مع أهل الحضرة، ولا يعقل أهل مصر مع أهل الشام ولا أهل الشام مع أهل مصر، فإن كان الذي سألت عنه مسكنه مصر عقل عنه أهل مصر، وإن لم يكن بمصر من قومه أحد يحمل جناية ضم إليه أقرب القبائل إلى قومه فيحملون جريرته ثم قال: قال ابن القاسم وإنما قال مالك إن البدوي لا يدخل مع الحضري ولا الحضري مع البدوي لأنه يستقيم أن يكون في دية واحدة دية إبل ودنانير أو إبل ودراهم ودنانير، وأما أهل الشام وأهل مصر فهم أجناد وقد جندت فكل جند عليهم جرائمهم دون من سواهم من الأجناد اه. وأما قول الناظم: وحكم تنجيم وجب فأشار به إلى أن الدية أي دية الخطأ لا تعطى حالة بل منجمة، فإن وجبت الدية كاملة فتنجم على ثلاث سنين، ثلثها آخر كل سنة من يوم الحكم لا من يوم القتل ولا من يوم الخصام، وأما غير الكاملة فقليل تكون حالة (والمشهور التنجيم) فالثلث

أحوج فافهم هذا فإن الراجح هو ما في المختصر. وقوله: (وأجاز ذلك أشهب) قول أشهب قوي يدل على ذلك كلام النوادر وغيرها، وفي المختصر ولا دخول للبدوي مع حضري ولا شامي مع مصري مطلقاً، وعلل مضمون هذا الكلام بأن الدية لا تكون من نوعين، وعلل ابن مرزوق بعدم التناصر انظر الشرح.

قوله: (والمشهور التنجيم الخ) قال في المختصر الكاملة تحل بأواخرها من يوم الحكم والثلث

في سنة كما في الجائفة، والثلاثان في سنتين كما في جائفة وآمة، وأما إن وجب نصف الدية فالثلث في سنة والسدس الباقي في سنة أيضاً، وكذا إن وجب ثلاثة أرباعها فللثلاثين سنتان ونصف السدس الباقي سنة أيضاً، ابن الحاجب: والمشهور التنجيم بالاثلاث وللزائد سنة فالنصف والرابع في ثلاث سنين وفي مختصر الشيخ خليل: ونجم في النصف والثلاثة الأرباع بالثلث ثم للزائد سنة، وإنما أخرجت الكلام على هذه المسألة لأن ما بعدها متعلق بما قبلها فلم يصلح توزيع الكلام المرتبط بعضه ببعض والله أعلم.

وكونها من مال جانٍ إن تكن أقل من ثلث بدأ الحكم حسن
كذا على المشهور من مغترف تؤخذ من عامد مكلف

يعني أن ما تقدم من كون الدية على العاقلة تؤديها منجمة إنما ذلك بشروط أحدها: أن يكون الواجب إما الدية كاملة أو بعضها، لكن بشرط أن يبلغ ذلك البعض ثلث الدية سواء بلغ ثلث دية المجني عليه أو الجاني على المشهور، كما إذا قطع مسلم أصبعي مسلمة فذلك على عاقلته لأن ذلك أكثر من ثلث ديتها لأنها تساوي الرجل إلى ثلث ديته، فالواجب في أصبعيها عشرون من الإبل لأنها أقل من ثلث دية الرجل والعشرون أكثر من ثلث ديتها بالأصالة التي هي خمسون وثلثها ستة عشر وثلثان، فلو لم يبلغ ذلك ثلث دية أحدهما كما لو قطع لها أصبعاً واحدة فالواجب عشر وتكون على الجاني لا على عاقلته وحالة لا منجمة وإلى ذلك أشار بالبيت الأول. الشرط الثاني: أن تكون الجناية ثابتة بالبينة أو باللوث والقسامة، أما إن ثبتت باعتراف القاتل (فعلى الجاني حالة أيضاً) وإلى ذلك

والثلاثان بالنسبة ونجم في النصف والثلاثة الأرباع بالثلث ثم للزائد ستة أه. واعلم أن ما في ابن الحاجب والمختصر هو المذهب وإن شنع الفحول على ما في المختصر ابن غازي وغيره وذلك لا يصح والعجب من ابن غازي هنا وقول ابن ناجي كلام أشهب خلاف الصواب ودليل ذلك كلام الأئمة قف عليه إن شئت ولا تستغرب هذا فإن الفضل بيد الله يؤتية من يشاء، وقد قال سبحانه من كريم وهاب: ﴿نصيب برحمتنا من نشاء﴾ [يوسف: 56].

(ص): وكونها من مال جانٍ إن تكن، إلى آخر البيتين وقوله: (فعلى الجاني حالة أيضاً الخ) ما ذكره في الاعتراف من كونها على الجاني حالة فيه كلام قوي غاية حتى قال ابن مرزوق: الذي ينبغي للمصنف أن يفتي به أن الدية على العاقلة بقسامة وذلك أن الاعتراف كالشاهد يقسم معه وتلزم الدية العاقلة على ما ذكره، ولكن قيد ابن رشد هذا بكون المقر عدلاً لا يتهم، والحاصل المسألة فيها ترجيحات كثيرة لم يحصل لي منها ما أتقلده فيها فانظرها في الشرح، وعند قول المتن بلا اعتراف، وعند قوله في باب الصلح وإن صالح، مقر بخطأ بماله لزمه وهل مطلقاً أو ما دفع تأويلاً الخ فقوله في الصلح لزمه، قال ابن يونس فيه عليها ما نصه: فعلى صلحه كحكم حاكم عليه بالدية في ماله فلا ينقض للاختلاف فيه. قال بعض القرويين: وهناك ذكر الأربعة الأقوال في الذي أقر بالقتل خطأ إذا لم تكن له عاقلة، فقيل في ماله، وقيل في بيت المال، وقيل ما ينويه في ماله ويسقط الباقي، وقيل هدر قال أبو الحسن على المدونة ما نصه الشيخ وكان الفقيه راشد يفتي بأنها في ماله أخذ ذلك من قول ابن القاسم في المعاهد يقتل مسلماً خطأ أن ذلك في ماله إذ لا يتوصل إلى عاقلته

أشار بقوله: كذا على المشهور من معترف تؤخذ. الشرط الثالث: إن ذلك في الخطأ، وأما في العمد والجاني عاقل بالغ فذلك حال عليه في ماله وإلى ذلك أشار بقوله: أو من عامد مكلف، واحترز بالمكلف من غيره كالصبي والمجنون فإن عمدهما كالخطأ، إلا أن الناظم صرح بكونهم في مال الجاني دون العاقلة ولم يصرح بكونها حالة غير منجمة، وبذا يتعلق بالحكم، والحكم مبتدأ خبره حسن، والجملة خبر كون.

وفي الجنين غرةً من ماله أو قيمةً كالإرث في استعماله

وبيت المال متعذر اه. انظر المحلين المذكورين، ومع ذلك فإن حمل الدية على العاقلة في الاعتراف فيه ما فيه وإن رجح، وما أفنى به الشيخ راشد يقوي القول بأن دية الاعتراف على المعترف لأن بيت المال اليوم متعذر والأخذ من القبائل كذلك بلا ريب، فإن القبض من القبائل إنما يكون بسوط السلطان والاعتناء بذلك من السلاطين غير كائن، ومن شك أو ارتاب فليسأل فإن العرب بالباب، لكن من مازج الناس علم هذا يقيناً.

(ص): وفي الجنين غرة من ماله، البيت هذا هو الذي أشار إليه في المختصر بقوله وفي الجنين وإن علقه عشر أمه ولو أمة نقداً أو غرة عبد أو وليدة تساويه، والأمة من سيدها، والنصرانية من العبد المسلم كالحرية إن زایلها كله حية إلا أن يحيا فالدية إن أقسموا ولو مات عاجلاً وإن تعمد به بضرب بطن أو ظهر أو رأس ففي القصاص خلاف، وتعدد الواجب بتعده وورثت على الفرائض. فقوله: وإن علقه ما قبل الإغيا هو المضغة ففوق. وقوله عشر أمه أي عشر واجب أمه ولو أمة، ويدل لهذا قوله وتعدد الواجب والواجب يشمل دية الحرية وقيمة الأمة. وقوله عشر أمه أي الحرية المسلمة بدليل قوله والنصرانية الخ. ولا فرق في زوج الحرية المسلمة بين أن يكون حراً مسلماً أو عبداً مسلماً لأن الولد تابع لأمه في الحرية وهي مسلمة والولد ابن مسلم وقوله عشر أمه ظاهره كان الجنين ذكراً أو لا، كان سبب إلقائه من ضرب أو تخويف كان السبب عمداً أو لا وهو كذلك في الجميع وقوله عشر أمه يدخل فيه جنين الكتابية والمجوسية وولد الرجل من أمة والده بمنزلة الولد من سيد الأمة الحر بجامع الحرية والمدار في الغرة أو ما يقابلها على حرية الولد وإسلامه ولو حكما فيهما، والمدار في كونه فيه عشر دية أمه فقط على مجرد حرية الولد في إعطاء عشر قيمة أمه فقط على رقبته، وهذا أي كون الولد حراً فقط هو جنين الكتابية من غير زوج مسلم كان زوجها الكتابية حراً أو عبداً لأنه تابع لأمه في الحرية والغرة وردت في جنين الحرية المسلمة وألحق من في حكم جنينها وهو ولد الكتابية من مسلم ولو عبداً وولد الأمة من سيدها وفي الجلاب: وفي الكتابية من زوجها الكافر عشر ديتها، وفي المجوسية عشر ديتها. وقوله: ولو أمة أي من غير سيدها الحر بدليل قوله والأمة من سيدها، ودخل في قوله أي المصنف أمة على هذا ولدها من زنا وولدها من سيدها العبد ومن زوجها حراً كان أو عبداً لأن الولد تابع لأمه في الرقية وهو رقيق في هذا كله. وظاهر كلامهم هذه الأمة فيها شائبة حرية أو لا وهذا كله في الجنين، وسيقول إلا أن يحيا فالدية فخرج بحياته إلى الدية عن الغرة، وكذا يخرج عن عشر قيمة أمه في الأمة إلى قيمة نفسه. وقوله: نقداً أي في مال الجاني لا مؤجلاً، ولم يرد المصنف النقد الذي هو الذهب والفضة وإلا لآتى باللفظ مرفوعاً، وبه تفهم أن العاقلة لا تحمل الغرة لأن ما تحمله إنما يكون مؤجلاً، وإنما تكون في مال الجاني باعتبار جنين الحرية إذا كان عمداً أو خطأ ولم يبلغ ذلك الثلث، وأما جنين الأمة من غير

يعني أن من ضرب امرأة فألقت جنيناً ميتاً وأمه حية فإنه تجب عليه الغرة من ماله لا على العاقلة أو قيمة الغرة ويورث ذلك عن الجنين على فرائض الله تعالى. ابن الحاجب: والغرة عبد أو أمة من الحر على الأحسن أو من وسط السودان. التوضيح: الحرهم البيض قال رسول الله ﷺ، «بعثت إلى الأحمر والأسود». ابن عبد السلام: ولم أر لأصحابنا في سن الغرة حداً وقال الشافعي: أقله سبع سنين ثم قال ابن الحاجب: ومهما بذل خمسين ديناراً أو ستمائة درهم أو غرة تساوي أحدهما وجب القبول وإلا لم يجب أن يتراضوا. التوضيح: ظاهره وتخيير الجاني وهو موافق لقول اللخمي الذي يقتضيه قول مالك وابن القاسم وأشهب أن الجاني بالخيار بين أن يغرم الغرة أو يأتي بعشر دية الأم من كسبهم أما ذهب أو ورق، وظاهر المدونة خلافه ثم قال في التوضيح: واستشكل اللخمي اشتراط أن تكون الغرة تساوي هذا القدر قال: لأن المذكور في الحديث الغرة ولم تعتبر القيمة، وأثمان العبيد تختلف في البلدان، فلو وجبت الغرة بموضع لا يساوي ذلك لم يلزم بأكثر اهـ. وفي المقرب ما معناه: أنها لا تكون من الإبل ولا من العين، قال: وقد قال مالك ليست الخمسين ديناراً في الغرة ولا الستمائة الدرهم كالسنة القائمة ولكنني أستحسن ذلك اهـ. وهذا إذا كان الجنين محكوماً له بالإسلام لكون أبيه مسلماً وكان حراً لكون أمه حرة، سواء كان أبوه حراً أو عبداً، ذكراً أو أنثى، ضربت أمه عمداً أو خطأ، وكذا يجب ذلك في جنين الأمة من سيدها الحر، ويجب في جنين الكتابي نصف دية

سيدها فظاهر عدم حملها له وقوله تساويه أي تساوي عشر دية الحرة إذ الغرة لا تكون في جنين الأمة من غير سيدها الحر، وكلام ابن فجلة لا تتبعه. وفهم من هذا أن المراد بعشر دية الأم هو من الذهب والفضة لأن التقويم بهما فقط وأن الإبل لا تؤخذ إذ الإبل لا تساوي باعتبار ذاتها، وأما جنين الأمة من غير سيدها الحر فلا إشكال في كون ذلك بأحد النقيدين لأنه مال، وفهم من هذا أن القبول واجب على أهل الجنين مهما بذل الجاني أحد الأمرين الغرة أو ما يساوي ذلك وهو كذلك، فالجاني مخير في إعطاء الغرة أو ما يساوي ذلك من الذهب إن كان من أهله أو من الفضة إن كان من أهلها، ولا يعطى من الإبل إن كان من أهلها على مذهب المدونة وإن كان الإعطاء منها قوياً. وقوله: تساويه مفهومه إذا نقص عن ذلك فلا يلزم أولياء الجنين ذلك وهو كذلك. وقوله: عبد الخ ظاهره كان الرقيق كبيراً أو لا وهو كذلك إذ المدار على التساوي المذكور، ولا فرق بين البيض من غيرهم على المذهب، وإن كان نذب البيض ذكره الإمام لكن مع ذلك فيه خلاف أي في النذب وقوله من سيدها أي الحر من قوله من العبد المسلم وأحرى من الحر المسلم لأن المدار في الحرة على الإسلام والحرية ولو حكماً كما في أمة الوالد. وقوله كان لحره أي المسلمة. وفهم من قوله المسلم أنه إذا كان كتابياً حراً أو لا غرة وهو كذلك وإنما فيه عشر دية أمه الكتابية ولو أسلمت بعد الحمل، لأن المدار في ذلك على حرية الجنين كما تقدم. وقوله: إن زایلها كله الخ هذا هو المذهب وتفسيره ظاهر، والمراد بالحياة هنا الاستهلال صارخاً أو تحقق حياته بامر آخر وعند الحياة بقسميها فلا فرق بين خروجه وهي حية أو لا قف على تمامه، وإنما فسرنا هذا لصعوبة المحل ولتستعين به على ما ذكره هذا الشارح. والحاصل أن الغرة تكون مع الحرية والإسلام والدية مع الحرية فقط، والقيمة تكون مع الرقبة.

جنين المسلم ودية جنين المجوسي أربعون درهماً. ابن الحاجب: وفي جنين الرقيق عشر قيمة الأم وقيل ما نقصها. التوضيح: الأول مذهب المدونة ولا التفات إلى حرية أبيه لأنه تابع لأمه في الرق، والقول الثاني لابن وهب.

تنبهات: الأول: قال ابن الحاجب: وغرة الجنين مشترطة بانفصاله ميتاً قبل موت أمه على المشهور. التوضيح: اتفق على وجوب الغرة إذا انفصل في حياة أمه، واختلف إذا انفصل بعد موتها، فالمشهور لا غرة فيه لأنه كعضو من الميتة والشاذ لأشهب في الموازية هو وقوله في التوضيح في حياة أمه أو انفصل بعد موتها يريد ميتاً في الوجهين والله أعلم. **الثاني:** المراد بالجنين في هذا الموضع ما تلقيه المرأة مما يعرف أنه ولد مضغة كان أو غيرها. قال في التوضيح: هذا الباب وما تكون به الأمة أم ولد وما تحل به المعتدة واحد، وقد تقدم خلاف ابن القاسم في الدم المجتمع الذي لا يذوب بالماء السخن. **الثالث:** قال ابن الحاجب: وإذا تعدد الجنين تعدد الواجب من غرة ودية. التوضيح: من غرة يعني إذا لم يستهل ودية إن استهل.

وَعُلِّظَتْ فَتُلِّثَتْ فِي الْإِبِلِ وَقُوِّمَتْ بِالْعَيْنِ فِي الْقَوْلِ الْجَلِيِّ
وَهُوَ بِالْأَبَاءِ وَالْأُمَّهَاتِ يَخْتَصُّ وَالْأَجْدَادِ وَالْجَدَاتِ

تقدم أول الباب أن الضرب إما عمداً أو خطأ لا واسطة بينهما، وقيل إن ضرب من يجوز له الضرب من زوج ومؤدب وأب وليس هو عمداً وإنما هو شبه العمد، وأنكره الإمام مالك وقال: شبه العمد باطل لا أعرفه إنما هو عمد أو خطأ، أو على ثبوته ففيه طريقتان: طريقة الباجي تحكي الاتفاق أنه لا قود فيه، وطريقة ابن رشد تحكي ثلاثة أقوال: قيل هو عمد وقيل خطأ ثالثها هو شبه العمد لا عمد حقيقة فتغلظ فيه الدية. وفي التوضيح: لم ينكر مالك شبه العمد مطلقاً كما هو ظاهر كلام ابن الحاجب (بل أنكره) فيما عدا الأب، وحكى العراقيون إثباته فيما عدا الأب أيضاً. الباجي: ولا خلاف في ثبوته في حق الأب. اللخمي: وشبه العمد أربعة أقسام، أحدها: القتل بغير آلة القتل كالسوط والعصا والبندقية واللطمة والوكزة والثاني: أن يكون بألة للقتل لكن لا يهتم على قصد القتل كفعل المدلجي بولده، والثالث: أن يكون ممن أبيع له ذلك كمعلم الثقاف والطبيب، والرابع: أن يكون على صفة يراد بها القتل ويتقدمه بساط يعلم منه أنه لم يكن المراد به القتل كالمتصارعين والمتلاعبين اهـ. وعلى تغليظ الدية على من لا يهتم على قصد القتل تكلم الناظم هنا: فأخبر أن الأب والأم أو من في معناهما من الأجداد والجدات إذا ضرب ولده بحديدة فجرحه فمات من ذلك فإنه لا يقتص منه وإن كان ذلك عمداً بدليل أن غير الأب ومن ذكر معه يقتص منه بذلك وأن القاتل كذلك لا يرث المقتول وإنما عليه تغليظ الدية. ابن الحاجب: وتغلظ الدية على الآباء والأمهات دون غيرهم في العمد الذي لا يقتلون به كما لو جرحه بحديدة وشبهها وهو عمد ولذلك لا يرث من ماله

(ص): وغلظت فتلثت في الإبل، إلى آخر البيتين. وقوله: (بل أنكره الخ) انظر الشرح عند

ويقتل غيرهم كفعل المدلجي بابنه. قال في التوضيح: جمع الآباء والأمهات (لتدخل الأجداد) والجندات كما تقدم دون غيرهم من الأعمام ونحوهم اهـ. وأشار بقوله كما تقدم إلى قول ابن الحاجب والأجداد والجندات للأب كالأب وفي كونهما من الأم كالأم أو كالأجنبيين قولان لابن القاسم وأشهب اهـ. وقال قبله: وللأبوة والأمومة أثر في الدرء باحتمال الشبهة إذا ادعى عدم القصد كما لو حذفه بالسيف وادعى أدبه وإن كان غيره لا يقبل منه حتى لو شركه أحد في قتل، أما لو قتل مع انتفاء الشبهة اقتصر منه (كما لو ذبحه) أو شق بطنه أو حز يده فقطعها أو وضع أصبعه في عينه فأخرجها (وكذلك لو اعترف بالقصد) وقال أشهب: لا يقتل الأب بابنه بحال. التوضيح: وأشار بقصة المدلجي إلى ما رواه مالك في الموطأ عن يحيى بن سعيد بن عمرو بن شعيب أن رجلاً من بني مدلج يقال له قتادة حذف ابنه بالسيف فأصاب ساقه فتزى في جرحه فمات فقدم سراقه بن جعشم على عمر بن الخطاب فذكر ذلك له فقال عمر: اعدد لي على ماء قديد عشرين ومائة بعير حتى أقدم عليك فلما قدم عمر أخذ من تلك الإبل ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفه ثم قال: ابن أخو المقتول؟ قال: ها أنا، قال: خذها فإن رسول الله ﷺ قال: ليس لقاتل شيء اهـ. ابن الحاجب: وتغليظها بالثلث ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفه في بطونها أو أولادها. وإلى كلام ابن الحاجب هذا أشار الناظم بقوله: وغلظت فثلث في الإبل وأشار بقوله وقومت للعين في القول الجلي إلى أن الدية تغلظ أيضاً إذا كانت عيناً ذهباً أو فضة على القول الجلي الظاهر، وتغليظها هو بتقويم دية الإبل الخمسة والمربعة أو المثثة، فما كان من خمس أو ربع أو ثلث أو أقل أو أكثر أخذ ذلك الجزء من الألف دينار أو من الاثني عشر ألف درهم فيزداد عليه والمجموع هو الواجب على من غلظت عليه الدية، فإذا قومت المثثة بمائة والمخمسة أو المربعة بثمانين فالتفاوت بينهما بالخمس فيزداد على ألف دينار خمسها وعلى الاثني عشر ألف درهم خمسها ويلزم المجموع. ابن الحاجب: وتغلظ في الذهب والورق على المشهور فتقوم الديتان ويزاد نسبة ما بينهما اهـ. فقول الناظم: وقومت للعين أي وقومت دية الإبل مغلظة لأجل تغليظها في العين إذ بالتقويم ومعرفة الجزء الذي بين المغلظة وغيرها يعرف ما يزداد

قول المختصر: إن قصد ضرباً وكذا قوله وشبه العمدة أربعة أقسام الخ فليظن هناك. وقوله: (لتدخل الأجداد الخ) هذا قاله غير واحد، ولكن الذي في المدونة الأب زاد أبو الحسن على ذلك الأم فقط، وجل تعبيرهم إنما في الأب والأم أخرى لما لها من البر الأكثر من بر الأب، والمسألة فيها خلاف، والذي يظهر رجحانه من كلامهم هو ظاهر قول المختصر وثلث في الأب ولم يذكر الأجداد ولا الجندات، والقضية من أصلها وقعت في الأب وهي مسألة المدلجي، انظر ما يقوي هذا القول الذي هو ظاهر المختصر في الشرح وقوله: (كما لو ذبحه الخ) في ديوان ابن يونس ما نصه: وسئل مالك عن امرأة فجرت فقال لها ابنها لأخبرن أبي فقتلته فقال تقتل به. قال: وإذا وضعت الفاجرة فألقت ولدها في بئر فمات فإن ألقت في مهلك كالبحر أو بئر كبيرة فما أحقها بالقتل، وإن كان مثل بئر الماشية وما يرى أنه يؤخذ منه فلا تقتل اهـ. بلفظه. وقوله: (وكذلك لو اعترف بالقصد) صحيح

على دية الذهب والورق كما تقدم، وضمير هو للتغليظ مبتدأ خبره جملة يختص وبالآباء يتعلق بيختص والأجداد عطف على الآباء.

فرع: الدية المغلظة (هي مال الجاني) حالة لا على العاقلة ولا منجمة.

وَيَحْلِفُ الذَّكَورُ كَالْإِنَاثِ بِنِسْبَةِ الْحُطُوظِ فِي الْمِيرَاثِ
وَإِنْ يَمِينٌ عِنْدَ ذَا تَنَكَّسُرُ يَخْلِفُهَا مَنْ حَظَّهُ مُؤَفَّرُ
وَوَاحِدٌ يَجُوزُ أَنْ يُحْلِفَا حَيْثُ انْفَرَادُهُ بِمَا تَخْلِفَا
وَهَذِهِ الْأَحْكَامُ طُرًّا تُفْتَمَذُ بَعِيْثًا يَسْقُطُ بِالشَّرْعِ الْقَوْدُ

يعني إذا وجبت القسامة في الخطأ فإنه يحلفها من يرث من الذكور والإناث واحداً أو متعدداً، ويحلف كل واحد بقدر ما يرث، فمن ورث ثمناً كان عليه ثمن الأيمان، ومن ورث سدساً كان فيه سدس الأيمان، وعلى هذا فقس، فإن انكسرت عليهم يمين حلفها أكثرهم نصيباً منها، فإن انفرد الوارث كابن حلف الخمسين، وهذه الأحكام جميعها هي في الخطأ لا في العمد، وعن الخطأ عبّر بما يسقط القود فيه بالشروع، وأما العمد فتقدم أنه لا يحلف فيه أقل من رجلين من العصبة ولا يحلف فيه واحد ولا امرأة. ابن الحاجب: والقسامة أن يحلف الوارثون المكلفون في الخطأ واحد كان أو جماعة، ذكرأ كان أو أنثى خمسين يميناً متوالية على البت ولو كان أعمى أو غائباً وتوزع الأيمان على الميراث ويجوز كسر اليمين على ذي الأكثر من الكسر وقيل على الجميع كما لو تساوى الكسر عليهم اهـ. ومثال انكسار اليمين وبعضهم أكثر نصيباً منها المشار له بقول الناظم من حظه موفر، ويقول ابن الحاجب: ويجبر كسر اليمين على ذي الأكثر من الكسر كما إذا كان الوارث ابناً وابنة فيحلف الابن ثلاثة وثلاثين وتحلف البنت سبعة عشر لأنها نابها من اليمين المنكسرة ثلاثها وذلك أنك إذا قسمت الخمسين يميناً على ثلاثة خرج ستة عشر وثلثان

والمراد بالقصد قصد القتل، وقف على الشرح هنا ولا بد فقيه كلام نفيس.

قوله: (هي في مال الجاني الخ) صحيح أيضاً.

(ص): ويحلف الذكور كالإناث إلى آخر الأبيات الأربعة وما شرح به هذا الشارح النظم جلّه في المختصر والباقي يؤخذ منه ونصه يحلفها أي القسامة التي هي خمسون يميناً من يرث وإن واحداً أو امرأة. فقوله: من يرث علق الحلف على الإرث فهو مشعر بأن الأيمان على قدر الإرث ودخل فيه الزوجان، ودخل فيه من يرث بحسب الإرث إلا الجدة والإخوة الخ. ويدخل من له الحظ الكثير والقليل، ويؤخذ منه حلف الغرماء لأنهم مقدمون على الورثة والهبة مثلاً لأنها كالوصية، ودخل من له حق في الإرث فمات فإن وارثه يحلف وفهم منه أن من لا وارث له إلا بيت المال فلا يمين وهو كذلك. ودخل في قوله من يرث ولو لم يستوف الميراث كبت مثلاً فتحلف خمسين وتأخذ نصفها ويسقط الباقي. ودخل أيضاً أم الولد الملاعن فيه فإنها تحلف وترث، وكذا أخوه لأمه مثلاً، والأغياء يدخل هذا أيضاً وهو قوله: وإن واحداً أو امرأة، نعم الصبي لا يحلف لأنه قدمه في الشهادة وهو قوله لا صبي فافهم.

فيجتمع للابن ثلاثة وثلاثون وثلث لل بنت ستة عشر وثلثان فتحلف سبعة عشر، وأما إذا انكسرت اليمين على السواء كثلاثة بنين فإنها تكمل على كل واحد فيحلف كل واحد سبعة عشر. وفي المقرب: قلت: وكيف يحلف ولاة الدم في الخطأ؟ قال: على قدر مواريتهم وهو قول مالك، ويقسم النساء في قتل الخطأ ولا يقسمن في قتل العمد، قلت: فلو أن قتيلاً خطأ لم يدع إلا ابنة واحدة وليس له عصابة قال: تحلف الابنة خمسين يميناً وتأخذ نصف الدية وإن كان للمقتول عصابة حلفت خمساً وعشرين يميناً وحلف العصابة خمساً وعشرين يميناً ويستحقون الدية على مواريتهم، وإن نكل العصابة لم تأخذ الابنة ميراثها حتى تحلف خمسين يميناً لأن الدم لا يستحق بأقل من خمسين يميناً. قلت: فلو كان للمقتول ابنة حاضرة وابن غائب بعيد عن الغيبة فقالت الابنة أنا أحلف وأخذ حقي فقال: إن حلفت خمسين يميناً أخذت ثلث الدية، وإن قدم الأخ حلف ثلثي الأيمان وأخذ ثلثي الدية.

وَسُوِّغَتْ قَسَامَةُ الْوَلَاةِ فِي غَيْبَةِ الْجَانِي عَلَى الصَّفَاتِ
وَيَنْفُذُ الْقِصَاصُ إِنْ بِهِ ظَفِرٌ إِقْرَارٌ أَوْ وِفَاقٌ مَا مِنْهَا ذُكْرٌ

قال الشارح: يسوغ أن يقسم أولياء القتل في غيبة القاتل على صفاته وينفذ القصاص وإن ظفر بالمدعى عليه إقراره أنه هو أو وفاق الصفات التي يكون عليها لما ذكر من الصفات التي وقعت القسامة عليها. وعلى الصفات يتعلق بقسامة والقصاص مفعول ينفذ وضمير به للجاني وإقرار فاعل ينفذ وضمير منها للصفات.

فصل في الجراحات

جُلُّ الْجِرَاحِ عَمْدًا فِيهِ الْقَوْدُ وَدِبَةٌ مَعَ خَطَرٍ فِيهَا فَتَقْدُ
وَفِي جِرَاحِ الْخَطَا الْحُكُومَةُ وَخَمْسَةٌ دَيْتُهَا مَعْلُومَةٌ

(ص): وسوغت قسامة الولاية، إلى آخر البيتين، مما يشبه هذا الفرع في الغيبة قول أصبغ ما نصه: فإن رمى بدمه نفر فأخذ واحد وسجن وتغيب من بقي فأراد الأولياء بقاءه في السجن حتى يوجد من غاب فيختارون من يقسمون عليه وقال المسجون: إما أقسمتم عليّ أو أطلقوني فذلك له ويستأنى به بقدر ما يطلبون ويرجى الظفر بهم ويتلوم لهم في ذلك، فإن أتم التلوم ولم يوجد قبل للولاية أقسموا على هذا واقتلوه ثم ليس لكم على من وجدتم إلا ضرب مائة وحبس سنة، وإن لم يقسموا حلف خمسين يميناً فإن نكل حبس حتى يحلف الخ ونقله ابن عرفة وسلمه. وانظر مسألة الناظم عند قول المختصر وإن أتى رجل بكتاب قاض الخ آخر كتاب اللقطة باعتبار الكلام على الغائب والحكم عليه بالصفة، وعند قوله آخر كتاب القضاء عند كلامه على الغائب في تلك المسائل، وأما خصوص مسألة النظم فلم أقف عليها بعينها.

فصل في الجراحات

(ص): جل الجروح عمدًا فيه القود، إلى آخر الأبيات الأحد عشر. قال في المختصر

وَهِيَ الَّتِي تُلْفَى لِعَظْمٍ مُوضِحَةٍ
عُشْرُ بِهَا وَنِصْفٌ مَفْدِلَةٌ
كَسَرَ فِرَاشِ الْعَظْمِ قَدْ تَوَلَّتْ
وَهِيَ لِعَظْمِ الرَّأْسِ تُلْفَى هَاشِمَةٌ
وَتُلْتُ الدِّيَةِ فِي الْمَأْمُومَةِ
كَذَاكَ وَالْأُولَى الدِّمَاغُ كَاشِفُهُ
فِي غَيْرِهَا التَّأْدِيبُ وَالتَّنْكِيلُ
فِي كَوْنِهِ مَعِيباً أَوْ سَلِيمًا
بِأَخْذِهِ أَزْشَاءً وَلَا مَلَامَةً

فَنِصْفٌ عَشْرٌ دِيَّةٌ فِي الْمَوْضِحَةِ
فِي رَأْسٍ أَوْ وَجْهِ كَذَا الْمُتَقَلَّةُ
فِي الْمَوْضِعِينَ مُطْلَقاً وَهِيَ الَّتِي
وَعُشْرٌ وَنِصْفُهُ فِي الْهَاشِمَةِ
وَقِيلَ نِصْفُ الْعُشْرِ أَوْ حُكُومَةٌ
وَمَا انْتَهتْ لِلجَوْفِ وَهِيَ الْجَائِفَةُ
وَلَا جُنْهَادَ حَاكِمٍ مَوْكُوْلُ
وَجَعَلُوا الْحُكُومَةَ التَّقْوِيمًا
وَمَا تَزِيدُ حَالَةَ السَّلَامَةِ

الجراحات جمع جراحة ويجمع أيضاً على جراح، يقال جرحه والاسم الجرح بالضم والجمع جروح، قال الله تعالى: ﴿وَالجروح قصاص﴾ [المائدة: ٤٥] لم يقولوا أجراح إلا على ما جاء في الشعر قاله الجوهري والحاصل أن المفرد لفظان أحدهما: بالكسر والهاء في آخره وله جمعان جراحات بالألف والتاء كما في الترجمة وجراح بكسر أوله أيضاً بوزن كتاب. واللفظ الثاني: جرح بضم فسكون وجمعه جروح، (قال في التوضيح): المتبادر في الاصطلاح أن الجروح كل ما دون النفس لقوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ إلى أن قال تعالى ﴿وَالجروح قصاص﴾ [المائدة: ٤٥] اهـ. واعلم أن الجروح على وجهين: إما عمداً أو خطأ، فما كان منها عمداً فجله والكثير منه فيه القصاص وهو الذي عبر عنه بالقتل يعني أو ما يتفان عليه من قليل أو كثير، وبعضه إنما فيه الدية فقط أي شيء قدره الشارع إما معلوم كثلث الدية في الجائفة مثلاً أو غير معلوم وهو الحكومة (فيما يعظم الخطر) (إذا برىء على شين)، ولم يرد عن الشارع شيء مقدر، وضابط ذلك

باعتبار الدية في الجراحات ما نصه: وفي الجراح حكومة بنسبة نقصان الجنابة إذا برىء من قيمته عبداً فرضاً من الدية كجنين البهيمة إلا الجائفة والآمة فثلث، والموضحة فنصف عشر، والمنقلة والهاشمة فعشر ونصفه وإن بشين فيهن إن كن برأس أو لحي أعلى والقيمة للعبد كالدية وإلا فلا تقدير الخ. وقال فيها باعتبار القصاص مضمناً تفسيرها ما نصه: واقتص من موضحة أوضحت عظم الرأس والجهة والحديد وإن كإبرة وسابقها من دامية وخارصة شقت الجلد وسمحاق كسطته وباضعة شقت اللحم ومتلاحمة غاصت فيه بتعدد أو ملطاة قربت للعظم كضربة السوط وجراح الجسد وإن منقلة بالمساحة الخ. ثم قال عاطفاً على ما لا يقتص منه: وما بعد الموضحة من منقلة أطارت فراش العظم من الدواء وآمة أفضت للدماغ ودماغه خرقت خريطته كلظمة الخ. ثم قال: وإلا أن يعظم الخطر في غيرها كعظم الصدر الخ وجلها بين.

قول هذا الشارع: (قال في التوضيح الخ) قول ابن عرفة في هذا أبين حيث قال: ومتعلق الجنابة غير نفس إن أبانت بعض الجسم فقطع وإلا فإن أزلت اتصال عظم لم يبين فكسر وإلا فإن أثرت في الجسم فجرح وإلا فإتلاف منفعة الخ وهذا منه بلفظه. قوله: (فيما يعظم فيه الخطر الخ)

أن ما فيه خطر وغرر ففيه الدية وما لا خطر ففيه القصاص، ثم جراح العمدة إما أن تكون في الرأس أو فيما عداها وهي المعبر عنها بجراح الجسد، فجراح الرأس يقتصر فيها من سبع وهي: الموضحة وهي ما أفضى إلى العظم من الرأس (والجبهة) والخدين ولو بقدر مدخل إبرة وكذا ما قبلها من الدامية وهي التي يسيل منها الدم، والحارصة وهي التي تشق الجلد، والسمحاق وهي الكاشطة للجلد، والباضعة وهي التي تبضع اللحم أي تشقه، والمتلاحمة وهي التي تغوص في اللحم في غير موضع، والملطاة وهي التي يبقى بينها وبين العظم ستر رقيق فالواجب في هذه السبع القصاص أو ما يصطلحان عليه من قليل أو كثير، ولا قصاص فيما بعد الموضحة من جراح الرأس وذلك أربع: الهاشمة وهي التي تهشم العظم، والمنقلة وهي التي أطارت فراش العظم، وإن صغر، والآمة وهي إلى الدماغ ولو بقدر مدخل إبرة، والدامغة وهي التي تخرق خريطة الدماغ. وعلى قول ابن القاسم يسقط ذكر الهاشمة لأنها لا بد أن تصير منقلة عنده والمنقلة بكسر القاف وحكي فيها الفتح، وفراش بكسر الفاء وفتحها ويقال للآمة المأموم أيضاً، وبعد كون هذه الأربع لا قصاص فيها ففي كل واحدة منها شيء مقدر، ففي (الهاشمة والمنقلة) عشر الدية ونصف عشرها، وفي الآمة ثلث الدية (ولم أقف الآن) على ما يجب في الدامغة عمداً، ولعل سكوتهم عنها اعتماداً على ما قاله ابن مرزوق من أن ظاهر المدونة والمعونة والتلقين أن الدامغة مرادفة للمأمومة فيكون فيها ثلث الدية، وقد تلخص مما تقدم أن جراح الرأس إحدى عشرة سبعة فيها القصاص يعني أو ما يتفقان عليه (ويجب الأدب) اقتصر منها أو لا وأربعة لا قصاص فيما وإنما فيها ما قدره الشارع كما تقدم، وعلى هذا فيستوي في هذه الأربع العمدة والخطأ لأن الواجب في عمدها وهو ما ذكر الآن هو الواجب في خطئها أيضاً كما يأتي للناظم قريباً إلا في الأدب، فإن المتعمد يؤدب اقتصر منه أو لا دون

ليس الحكومة فيما يعظم فيه الخطر، انظر الشرح عند قول المختصر: وفي الجراح حكومة. وقوله: (إذا برىء على شين الخ) حاصل هذا أن ما عظم فيه الخطر إذا برىء على غير شين فلا شيء فيه إلا الأدب في العمدة، وإن برىء على شين فالحكومة والأدب وقد قال في المختصر فيما لا يقتصر منه ما نصه: وعمده كالخطأ إلا في الأدب وهذا في غير الجائفة فإنه لا يزداد في ديتها ولو برئت على شين انظر الشرح هنا ولا بد ولا بد وقف على أن الرجوع هنا فيما يعظم خطره لأهل المعرفة بالجراحات. وقوله: (والجبهة) الواو بمعنى أو كما لا يخفى وما فسره به هذا الشارح هذه الجراحات فذلك هو كلام المختصر في الجملة. وقوله: (الهاشمة والمنقلة) لا تختصان بالرأس وهو كذلك لكن الدية المعلومة إنما هي في الرأس ولا يقتصر أيضاً مما في الرأس. وقوله: (ولم أقف الآن الخ) قال في الكافي: وليس بعد المأمومة إلا الدامغة وهي التي تكسر العظم ولا يعيش صاحبها هذا لفظه، فانظر هذا هل يشهد لما قاله ابن مرزوق؟ لكن كلام غير الكافي يدل على أنه يعيش صاحبها وكذا صاحب المأمومة ولو كان صاحبهما لا يعيش لم يكن للمأمومة مسمى لاندرج ذلك في النفس قف على الشرح. وقوله: (ويجب الأدب الخ) هذا خلاف قوي ذكرناه في الشرح، واختار ابن رشد عدم الأدب بخلاف ما لا يقتصر منه كالمأمومة فالأدب بلا خلاف، ويأتي كلام ابن عبد السلام عند هذا الشرح في هذا مع كونه يقتضي خلاف ما اختاره ابن رشد.

المخطيء، ولو برئت هذه الأربع على شين وعيب فلا يزداد على ما قدره الشارع فيها اهـ. ابن الحاجب: ولو كان أرش الجراح مقدر اندرج الشين وفي شين الموضحة قولان اهـ. ذهب الشيخ خليل في مختصره على اندراج شين الموضحة كغيره لقوله وإن بشين فيهن ثم قال ابن الحاجب قال مالك: ما علمت أجر الطبيب من أمر الناس. وفي التوضيح عن الفقهاء السبعة يرون القضاء بأجر الطبيب فيما دون الموضحة، وأما جراح الجسد عمداً من الهاشمة والمنقلة وغيرهما كالظفر والعضد والترقوة عياض: هو بفتح التاء وضم القاف وهو عظم أعلى الصدر المتصل بالعنق ففيها القصاص لكن بشرط أن لا يعظم الخطر، فإن عظم كعظام أعلى الصدر والعنق والصلب والفخذ، وكذلك القطع إن كان مخوفاً فلا قصاص قاله ابن الحاجب. وكذا لا قصاص في الجائفة ولو عمداً وهي التي تصل إلى الجوف من البطن أو من الظهر لو بقدر مدخل إبرة وإنما فيها ثلث الدية كما في الخطأ ثم قال ابن الحاجب: ويقتص في اليد والرجل والعين والأنف والأذن والسن والذكر والأجفان والشفتين وفي اللسان روايتان وفيها إن كان متلفاً لم يقدر منه وفيها في الأثنين أخاف أن يكون متلفاً ولا أدري ما قول مالك فيه، وبعد سقوط القصاص فيما ذكر أنه لا قصاص فيه ينظر، فإن برىء على غير شين فلا شيء فيه إلا الأدب، وإن برىء على شين ففيه الأدب والحكومة معاً إلا الجائفة فلا يزداد فيها على ثلث الدية ولو برئت على شين وهو العيب والحكومة. قال ابن الحاجب: ومعنى الحكومة أن يقوم المجني عليه عبداً سالماً بعشرة مثلاً ثم يقوم مع الجناية بتسعة والتفاوت عشرة فيجب عشر الدية وذلك بعد اندمال الجرح، فلو لم يبق شين فلا شيء اهـ. وسيأتي هذا للناظم هذا كله في العمدة المشار إليه بالبيت الأول من هذه الأبيات على ما فيه من الإجمال وأما جراح الخطأ فلا قصاص فيها ولا أدب ولا إشكال، ثم هي قسمين، خمسة منها فيه شيء مقدر، ففي الموضحة: وتقدم تفسيرها نصف عشر الدية، وفي المنقلة عشر الدية ونصف عشرها وفي الهاشمة كذلك، وفي المأمومة ثلث الدية وكذا في الجائفة، وما عدا هذه الخمس إن برىء على غير شين فلا شيء فيه، وما برىء على شين وعيب ففيه الحكومة وهي تقديره عبداً فرضاً وتقديراً ويقوم سالماً ومعيباً وتحفظ نسبة ما بين القيمتين، وتلك النسبة هي اللازمة للجاني من دية المجني عليه كما تقدم في كلام ابن الحاجب وإلى ذلك أشار بقوله:

وفي جراح الخطأ الحكومة وخمسة ديتها معلومه

أي وخمسة من جراح الخطأ ديتها أي الواجب فيها معلوم في الشرع ثم فسرها وذكر ما يجب في كل واحدة منها فقال: ونصف عشر دية في الموضحة الخ. فالموضحة الأول اسم للجرح وموضحة آخر البيت اسم فاعل مؤنث أي ببينة وكاشفة لعظم الرأس والوجه، زاد ابن الحاجب والشيخ خليل والجهة وقوله كذا المنقلة عشر بها يصح أن يقرأ بضم العين وسكون الشين تخفيفاً من ضم وهو جزء من عشر ويصح فتح العين ضعف خمسة، وكذا يجوز الوجهان في قوله نصف عشر إلا أن هذين الوجهين إنما يجريان في دية الإبل، وأما دية الذهب والورق فلا يصح فيهما إلا بضم العين والشين إلا أن تخفف الشين

بالسكون للوزن وهذا أولى ليجزى في الجميع وقوله معدلة أي أن العشر ونصف العشر يعدل جرح المنقلة ويساوي جنايتها ويعني بالموضعين الرأس والجبهة، ومعنى الإطلاق والله أعلم أن ذلك المذكور يجب فيها ولو صغرت جداً كإبرة. قال في المدونة: والموضحة ما أفضى إلى العظم ولو بقدر إبرة وكسر مفعول تولت والهاشمة الأولى في البيت اسم للجرح، وهاشمة الثانية اسم فاعل من هشم إذا كسر كسراً بليغاً، ثم أفاد أن في الهاشمة قولين آخرين: أحدهما أن الواجب فيها نصف العشر، الثاني الحكومة لا غير فهي ثلاثة أقوال مشهورها الأول. وقوله ما انتهت للجوف أي وصلت إليه يعني إما من البطن أو من الظهر، وما موصولة مبتدأ وانتهت صلتها كذلك خبر ما أي فيها ثلث الدبة وجملة وهي الجائفة معترضة بين المبتدأ وخبره، وقوله الأولى أي المأمومة مبتدأ وكاشفة خبره والدماغ مفعول كاشفة، وقد تقدم تفسير هذه الجراحات في جراح الرأس ما عدا الجائفة، وقوله:

ولاجتهاد حاكم موكول في غيرها التأديب والتنكيل
يعني أن التأديب والتنكيل موكول إلى اجتهاد الحاكم فيرى فيه رأيه بقدر عظم الجناية وخفتها واعتياد الجاني لذلك ووقوعه فلتة وضمير وغيرها الجراح الخطأ وغيرها هي جراح العمد فالأدب إنما هو في العمد لا في الخطأ. قال في التوضيح عن ابن عبد السلام قال غير واحد: لا بد في جراح العمد تأديب القاضي للجراح اقتص منه أو لم يقتص اه. وقوله: وجعلوا الحكومة الخ لما قدم ذكر الحكومة في قوله وفي جراح الخطأ الحكومة احتاج إلى بيانها فذكره في هذين البيتين والتقويم مفعول لجعل وفي كونه على حذف مضاف أي في حال كونه وحالة فاعل تزيد أي على حالة العيب يأخذه المجني عليه من الجاني حالة كونه أرسأ لجراحه ولفظه في المنهج السالك: فما نقص من ثمنه جعل جزءاً من ديبته بالغاً ما بلغ اه. قال الشارح ولو قال:

يأخذه أرسأ لما قد أمه

لكان أكثر فائدة لأن أمه مرادف لعابه.

وَيَثْبُتُ الْجِرَاحَ لِلْمَالِ بِمَا يَثْبُتُ مَالِي الْحُقُوقِ فَاغْلَمَا
وَفِي ادْعَاءِ الْعَفْوِ مِنْ وَلِيِّ دَمٍ أَوْ مِنْ جَرِيحِ الْيَمِينِ تُنْتَزَمَ

اشتمل البيتان على مسألتين. الأولى: أن الجراح تثبت به الحقوق المالية وهو عدل وامرأتان أو عدل ويمين أو امرأتان ويمين وإلى ذلك أشار بالبيت الأولى. قال في المقرب: قلت: فشهادة النساء في القتل الخطأ وجراحات الخطأ أتجوز؟ قال نعم، وكذلك إن شهدن مع رجل (على منقلة عمداً) أو مأمومة عمداً جازت شهادتهن لأن

(ص): ويثبت الجراح للمال بما، إلى آخر البيتين. وقوله: (على منقلة عمداً الخ) هذا هو الذي أشار إليه في المختصر في كتاب الشهادات بقوله عاطفاً على ما تصح فيه شهادة من ذكر ما

المأمومة والمنقلة لا قود فيهما وإنما فيهما الدية اهـ. وعلل الناظم ثبوت الجراح بما تثبت به الحقوق المالية بكون الواجب فيها مالا لقوله للمال، فاللام للتعليل يتعلق بتثبيت، ويخرج عن ذلك جراح العمد التي يجب فيها القصاص مع أنها تثبت بذلك أيضاً على ما استحسناه الإمام مالك رضي الله عنه، (فلو أسقط) الناظم قوله للمال لكان أشمل والله أعلم. قال في المدونة: ولا قسامة في الجرح ولكن من أقام شاهداً عدلاً على جرح عمداً أو خطأً فيحلف معه يميناً واحدة ويقتصر في العمد ويأخذ العقل في الخطأ. قيل لابن القاسم: لم قال مالك ذلك في جراح العمد وليست بمال؟ قال: كلمت مالكا في ذلك فقال: إنه لشيء استحسناه وما سمعت فيه شيئاً اهـ. المسألة الثانية: بما اشتمل عليه البيتان وإليها أشار بالبيت الثاني أن القاتل (إذا ادعى على ولي) المقتول أنه عفا عنه وأنكر المدعى عليه ذلك فإن المدعى عليه تتوجه عليه اليمين أنه لم يعف عنه ويبقى على حقه، وله أن يقبل اليمين على المدعى للعفو فيحلف ويبرأ. قال في المقرب: فإن ادعى القاتل أن ولي الدم عفا عنه أيكون له أن يحلفه؟ قال نعم وله أن يرد اليمين على القاتل اهـ. (ولم ينقل الشارح) فقهاً على دعوى الجراح على المجروح العفو عنه وهو في النظم صريحاً. وقوله

نصه: وجرح خطأ أو ما. وقوله: (فلو أسقط الخ) العمد هو قول المختصر فيه أو قصاص في جرح، وتأمل أنقال الشرح هنا يظهر لك الجواب عما ذكره الناظم من الاقتصار على جراح الخطأ، والمدونة إنما ذكرت الشاهد واليمين في جراح العمد فافهم. وقوله: (إذا ادعى على الولي الخ) هذا صرح به في المختصر وإن كان ربما يرد على قاعدة كل دعوى لا تثبت إلا بعدلين فلا يمين بمجردا ولا ترد. وقوله: (ولم ينقل الشارح الخ) هذا يدل عليه قول المختصر الذي أشرنا إليه ونصه في كتاب الدماء بعد كلامه في الاستيفاء: وللقاتل الاستحلاف على العفو فإن نكل حلف واحدة وبريء وتلوم له في بيعة الغائب. فقله: وللقاتل خرج به الجراح ولكن الجرح يصح بالشاهد واليمين فهو بمنزلة اليمين في الأموال فيكون الجرح أحرى في الحلف فلذلك لم يذكره في المختصر وكذا صاحب المدونة وغيره وقد استوفينا النقل في الشرح على ذلك مع أن المصنف في المختصر قصد الرد على أشهب في كونه لا يمين في مسألة القتل. وقوله: الاستحلاف، أي يحلف يميناً واحدة بدليل قوله: فإن نكل حلف واحدة لأن المردودة تحلف بحسب ما ثبت قبل الرد وذلك لأن الدم ثبت بخلاف ما يثبت به الدم فذلك خمسون، فإن نكل القاتل قتل. وقوله: الغائب أطلق وكصاحب المدونة وقيدت بالقرية يحتمل بقاؤها على إطلاقه لأن الدماء عظيمة، وقد بينا ذلك في الشرح، وابن غازي والحطاب لم يتكلما في هذا، وأبو الحسن تكلم على القيد ومر عليه. وقال المتيطي: إن شهد بالعفو شاهد ففي ذلك قولان: أحدهما يحلف معه ويبرأ. والثاني: لا تجوز شهادته، وربما يظهر رجحان الثاني إذ قول أبي محمد في مختصره ومثله لأبي عمران، والأول هو قول بعض القرويين، وعليه فقول هذا الشارح فحينئذ تتوجه اليمين الخ لا يظهر أصلاً لأن الحلف مع الشاهد إنما هو في الطلاق والعتق وهو قول المختصر: وحلف بشاهد في طلاق أو عتق الخ. وزيد القذف كما في المتيطي وغيره. ولما أورد مسألة الطلاق والعتق على مسألة العفو أجيب بأن القتل نادر وهو ظاهر وإن ضعفه ابن مرزوق، وما أجاب به هذا الشارح عن غير هذا فصحيح، انظر الشرح تستفد إن شاء الله تعالى.

أو من جريح عطف على ولي. تنبيه: استشكل توجه اليمين في هذه المسألة من وجهين: أحدهما أن العفو عن القصاص لا يثبت إلا بعدلين لأنه ليس بمال ولا يؤول إلى المال، وما كان كذلك لا تتوجه فيه اليمين بمجرد الدعوى بل إذا أقام المدعي شاهداً فحينئذ تتوجه اليمين على المدعى عليه لرد شهادة الشاهد كدعوى المرأة الطلاق والعبد العتق. الوجه الثاني: أن دعوى العفو من دعوى التبرع وقد قدم الناظم فيها في باب اليمين أن دعوى التبرع لا توجب يميناً إلا إذا كان المدعى فيه تحت يد المدعي أو في دعوى الإقالة على قول ابن عتاب. وأجيب عن الأول بأن توجه اليمين احتياطاً إذ يكون الولي عفا ثم بدا له وأراد أن يقتصر فاحتيط باليمين لعظم أمن النفس. قلت: ولا يبعد أن يجاب عن الثاني بأنه في معنى من ادعى التبرع عليه بشيء تحت يده كما قال الناظم في باب اليمين ما لم يكن في الحال عند المدعي.

وَقَوْدٌ فِي الْقَطْعِ لِلْأَعْضَاءِ فِي الْعَمْدِ مَا لَمْ يُفْضَ لِلْفَتَاءِ
وَالْخَطَأَ الدِّيةَ فِيهِ تُقْتَفَى بِحَسَبِ الْعِضْوِ الَّذِي قَدْ أَتْلَفَا
وَدِيَةٌ كَامِلَةٌ فِي الْمُرْدَوْجِ وَنَصْفُهَا فِي وَاحِدٍ مِنْهُ انْتَهَجَ
وَفِي اللِّسَانِ كُمَلَّتْ وَالذِّكْرُ وَالْأَنْفِ وَالْعَقْلُ وَعَيْنِ الْأَعْوَرِ
وَفِي الْإِزَالَةِ لِسَمْعٍ أَوْ بَصَرٍ وَالنَّصْفُ فِي النِّصْفِ وَشَمِّ كَالنَّظَرِ
وَالنَّطْقِ وَالصَّوْتِ كَذَا الذُّوقِ وَفِي إِذْهَابِ قُوَّةِ الْجَمَاعِ ذَا اقْتُفِيَ
وَكُلُّ سِنٍّ فِيهِ مِنْ جِنْسِ الْإِبِلِ خَمْسُ الْأَضْبَعِ ضِعْفُهَا جُعِلَ

تكلم في الأبيات على الواجب في قطع الأعضاء كاليد والرجل فأخبر أنه كان على وجه العمد ففيه القصاص ما لم يكن من المتالف، وعن ذلك عبر بيفض أي يؤول إلى الفناء أي الموت، فإن كان منها كالفخذ واللسان والأنثيين فلا قصاص، ثم إن كان فيه شيء مقدر كاللسان والأنثيين وقطع الرجل والفخذ أو كسر منه فذلك هو الواجب على الجاني مع الأدب، وإن لم يكن فيه شيء مقدر فالحكومة مع الأدب أيضاً، (وإلى هذا أشار) بالبيت الأول، وإن كان قطع العضو على وجه الخطأ فيقتفى فيه ويتبع ما ورد عن الشارع في ذلك العضو الذي قد أتلّف بقطعه وإباته وإلى هذا أشار بقوله: والخطأ الدية فيه تقتفى البيت، وفيه إجمال فسرّه بقوله: إن كل ما في الإنسان من المزدوج كاليد والرجلين والعينين والأذنين والأنثيين فإن في إتلافهما معاً الدية كاملة، وفي إتلاف أحدهما نصف الدية كقطع اليد الواحدة (أو ذهاب بصر) إحدى العينين ونحو ذلك، ومعنى انتهج أي سلك واتبع، وتجب الدية كاملة أيضاً في قطع اللسان وفي قطع الذكر (والأنف)، وفي العقل إذا ضربه فزال عقله، وفي عين الأعور وإن كانت من المزدوج للسنّة، وكذلك تجب

(ص): وقود في القطع للأعضاء، إلى آخر الأبيات السبعة. وقوله: (وإلى هذا أشار النخ) فيه شيء كما لا يخفى. وقوله: (أو ذهاب بصر النخ) ليس هذا من الأعضاء. وقوله: (والأنف) أي وكذا

في ذهاب السمع أو البصر كله، ويجب نصف الدية في ذهاب نصف السمع أو نصف البصر وإليه أشار بقوله: والنصف في النصف، وذهاب الشم كذهاب البصر إن ذهب كله وجبت فيه الدية كاملة وإن ذهب نصفه وجب فيه نصف الدية، وكذا تجب الدية (في ذهاب النطق) والصوت والذوق وذهاب (قوة الجماع)، ويجب في كل سن خمس من الإبل وفي كل أصبع عشر، وقد ذكر ابن الحاجب أن الدية تجب كاملة في اثني عشر من الأعضاء وفي عشرة منافع فقال: والمقدر من الأعضاء اثنا عشر (الأذنان على الأصح) والعينان وفي عين الأعور الدية كاملة بخلاف كل زوج في الإنسان لما جاء في السنة والأنف من أصله (أو مارنه على الأصح)، والشفتان ولسان الناطق فإن قطع منه ما لا يمنع من النطق شيئاً فحكومة، والأسنان في كل سن خمس من الإبل، وأما العمد فالقصاص واليدان من العضد إلى الأصابع قطعاً أو شللاً فيندرج ما زاد على الأصابع وفي كل أصبع عشر وفي كل أنملة ثلث العشر إلا في الإبهام فنصفه، والثديان من المرأة وحلمتهما مثلهما إن بطل اللبن والذكر والأنثيان ومهما قطع أحدهما فدية والشفران إذا بدا العظم والرجلان كاليدين أي فيهما الدية من الأصابع ومن الورك ويندرج ما فوق الأصابع قطعاً أو شللاً. ثم قال: والمقدر من المنافع عشر: العقل والسمع والبصر والشم والنطق والصوت والذوق وقوة الجماع ويحلف والإفضاء والقيام والجلوس انتهى باختصار. تنبيه: تقدم أن المنافع التي يجب فيها الدية العقل فلو زال بما فيه دية تعددت وذلك كما إذا قطع يديه فجن فعليه ديتان ولكن التعدد مقيد بأن يكون ما زال العقل بسببه في غير محل العقل، أما لو كان في محله كما لو أصمه (أو جدع أنفه) فزال عقله وقتلنا إن محله الدماغ فليس له إلا

مارنه في المختصر وغيره. وقوله: (في ذهاب النطق) هذا هو قول المختصر أو النطق أو الصوت فالنطق أخص إذ هو الصوت المشتمل على الحروف والصوت أعم كالإنسان مع الحيوان إذ الحيوان جنس الإنسان، كما أن الجنس للنطق هو الصوت فإذا زال منه النطق بجناية على اللسان فالدية لأنه يرتفع ويبقى الصوت إذ لا يلزم من رفع الأخص رفع الأعم، كالإنسان لا يلزم من رفعه رفع الحيوان، فإذا جني على اللسان الذي بقي فيه الصوت وزال وجبت الدية، وأما لو أزيل الصوت قبل النطق فإنما في ذلك دية واحدة لاندرج النطق تحت الصوت، ولا يمكن بقاء النطق إذ يلزم من رفع الأعم رفع الأخص كرفع الحيوان لا يبقى بعد رفعه الإنسان، هذا بيان ما أشير إليه هنا، ولكن في الشرح كلام اللخمي وغيره. وقوله: (قوة الجماع) هذا هو الإنعاض إذ الإيلاج إنما يكون به. وقوله: (الأذنان على الأصح) الراجع في هذا هو أن زوال أشراف الأذنين مع بقاء السمع إنما فيهما الحكومة، والمصنف تبع كلام ابن الحاجب هذا وقد بينا ذلك في الشرح عند قول المختصر: أو السمع غاية وكان هذا الشارح لم يقف على دليل هذا وذلك هو الغالب وإلا لنبه عليه. وقوله: (أو مارنه على الأصح) هذا فيه كلام في الشرح وفرق بين المارن وأشراف الأذنين أن شين زوال الأذنين تستره العمامة ولا كذلك المارن فافهم. وهذه المسائل التي ساقها هذا الشارح هي في المختصر. وقوله: (أو جدع أنفه الخ) كلام غيره هو قوله: فلو أصيب بمأمومة الخ ولم يذكر جدع الأنف، وهكذا فعل ابن رشد وغيره ونقله هذا الشارح نفسه، تأمل فإن صاحب المقدمات بين المسألة ونقلنا كلامه في الشرح عند قول المختصر: وتعددت الدية بتعددتها إلا المنفعة بمحلها انظره إن شئت.

دية العقل، قال في المقدمات: وإن أصيب بمأمومة فذهب منها عقله فله على مذهب مالك أي الذي يقول إن محل العقل القلب دية العقل ودية المأمومة ولا يدخل بعض ذلك في بعض إذ ليس الرأس عنده محلاً للعقل، كمن أذهب سمع رجل وفقاً عينه في ضربة أي فعليه ديتان، وعلى مذهب ابن الماجشون أن محله الرأس وإنما له دية العقل ولا شيء له في المأمومة، كمن أذهب بصر رجل وفقاً عينيه في ضربة واحدة. قال في التوضيح: ومذهب مالك أن محله القلب وهو قول أكثر أهل الشرع، ومذهب عبد الملك وأبي حنيفة أن محله الرأس وهو مذهب أكثر الفلاسفة اهـ. وإلى هذا التفصيل فيما تتعدد فيه الدية وما لا أشار الشيخ خليل بقوله: وتعددت الدية بتعددتها إلا المنفعة بمحلها، وتقدم أيضاً أن من المنافع الشم. قال ابن الحاجب: ويندرج في الأنف كالبصر مع العين والسمع مع الأذن. قال في التوضيح: فإن قطع أنفه وأذهب شمه فدية واحدة، ويندرج الشم في الأنف كما يندرج البصر في العين، وكما يندرج السمع في الأذن وهو قول ابن القاسم، ثم قال ابن الحاجب: وفي الصوت الدية، قال في التوضيح: النطق أخص من الصوت اهـ. والكلام أخص من النطق فكل كلام نطق وصوت كل نطق صوت والله أعلم. قال في التوضيح: أما لو ذهب النطق والصوت دفعة واحدة فدية واحدة.

وَدِيَةُ الْجُرُوحِ فِي النِّسَاءِ كَدِيَةِ الرِّجَالِ بِالسَّوَاءِ
إِلَّا إِذَا زَادَتْ عَلَى ثُلُثِ الدِّيَةِ فَمَا لَهَا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ تَسْوِيَةٌ

يعني أن للمرأة دية في الجروح كدية الرجل حتى تبلغ ثلث دية الرجل، فإذا بلغت ذلك رجعت إلى حساب ديتها، فمن قطع لها أصبعاً فعليه عشرة من الإبل وفي أصبعين عشرون وفي ثلاثة ثلاثون، فإذا قطع لها أربعاً فعليه عشرون لأن ديتها على النصف من دية الرجل. قال في المدونة: المرأة تعاقل الرجل في الجراح إلى ثلث ديته لا تستكملها، فإذا بلغت ذلك رجعت إلى عقل نفسها، وتفسير ذلك أن لها في ثلاثة أصابع ونصف أنملة أحداً وثلاثين بغيراً، أو ثلثي بغير والرجل في هذا وهي سواء، لأن ذلك لم يبلغ ثلث دية الرجل الذي هو ثلاثة وثلاثون وثلث بغير أي لأن في ثلاثة أصابع وأنملة ثلاثاً وثلاثين وثلثاً وذلك دية الرجل وهي لا تساويه في الثلث بل فيما دونه فترجع لديتها فيكون لها في كل أصبع من الثلاث خمس وفي الأنملة بغير وثلثا بغير، وكذلك مأمومتها وجائفاتها إنما لها في كل واحد منهما ستة عشر بغيراً وثلثا بغير اهـ. ونحوه في ابن الحاجب وزاد والموضحة والمنقلة كالرجل لأن ديتها أقل من ثلث دية الرجل. قال في التوضيح: ولما كان هذا الحكم يستشكله الذهن بأول وهلة أتبعه بالدليل عليه فقال: (وهو إجماع أهل المدينة) وروى مالك عن ربيعة سألت ابن المسيب كم في ثلاثة أصابع من المرأة؟ فقال:

(ص): ودية الجروح في النساء، إلى آخر البيتين. وقوله: (وهو إجماع أهل المدينة الخ) وفي ابن عبد البر جمهور أهل المدينة الخ. وقول المدونة هنا لا تستكملها أي الثلث قال عليه عبد الحق ما نصه: لأن الثلث أول الكثير وآخر القليل بمنزلة الظل إذا صار مثله أي بعد الزوال فذلك الوقت هو

ثلاثون، فقلت فكم في أربع؟ فقال: عشرون، فقلت حين عظم جرحها نقص عقلها، فقال: أعراقي أنت؟ فقلت بل عالم مثبت أو جاهل متعلم، فقال: هي السنة يا ابن أخي قال في التوضيح عن ابن عبد البر: قول ابن المسيب هي السنة يدل على أنه أرسله عن النبي صلى الله عليه وسلم.

(فائدة: قال ابن رشد) سبب معاقلة المرأة الرجل إلى ثلث ديته قوله تعالى: ﴿اللَّهُ يعلم ما تحمل كل أنثى وما تغيض الأرحام وما تزداد﴾ [الرعد: ٨] ومعنى ما تغيض ما تنقص من التسعة أشهر إلى ستة، ومعنى ما تزداد على التسعة أشهر إلى تمام السنة وقد علم أن النطفة تبقى في الرحم أربعين يوماً بيضاء ثم تكون علقة أربعين أخرى ثم تكون مضغة أربعين أخرى فهذه أربعة أشهر لم يميز فيها الذكر من الأنثى وبعدها يتميز، فإذا سميت الأربعة أشهر من السنة تجدها ثلثاً فلذلك تعاقل الرجل إلى الثلث ديته ثم ترجع لديتها اهـ. وظاهر قوله إلا زادت على ثلث الدية أن الثلث نفسه من حيز اليسير فلا ترجع فيه لديتها اهـ. وظاهر قوله إلا إذا بلغت رجعت لديتها كما تقدم عن المدونة وغيرها، فلو قال: إلا إذا وصلت إلى ثلث الدية لكان موافقاً للنقل والله تعالى أعلم.

بَابُ التَّوَارِثِ وَالْفَرَائِضِ

التوارث تفاعل من ورث والميراث ما صار للإنسان بعد موت آخر، والفرائض جمع فريضة، قال ابن خروف: الميراث مفعال من ورث يرث ورثاً ووراثاً والإرث اسم الشيء الموروث وهمزته منقلبة عن واو كإشاح، وسمي المال المتروك ميراثاً لأنه لا يبقى بعد صاحبه، وكذلك الورثة لبقائهم بعد الميت ولأخذهم الإرث، والفرائض جمع فريضة من قوله تعالى: ﴿فنصف ما فرضتم﴾ [النساء: ١١] أي قدرتم وأوجبتم، يقال فرضت الشيء أفرضه أي أوجبته (والفرائض لقباً) هو العلم بمن يستحق مما خلفه الميت من مال أو ما

آخر وقت الظهر وأول وقت العصر الخ. وقد قال في المختصر: وسأوت المرأة الرجل لثلث ديته فترد لديتها أي عند وصولها الثلث، والحاصل أنها تساويه فيما قبل الثلث وتخالفه في الثلث ففوق، ولذلك تساويه في الموضحة والمنقلة والهاشمة، وتخالفه في المأمومة والجائفة لأن الأخيرتين فيهما الثلث والأول أقل من الثلث، وقوله المرأة أي الحرة كانت مسلمة أم لا أي كل واحدة تساوي أهل ديتها فيما دون الثلث وتخالفه فيه وفيما فوقه وقف على الشرح ففيه فوائد جملة ونقول تامة.

قوله: (فائدة: قال ابن رشد الخ) ربما يكون ما نقله المتطيبي أحسن حيث قال في قوله تعالى ﴿ولأبويه لكل واحد﴾ [البقرة: ٢٣٧] إلى آخر ما نصه بهذه الآية رجعت المرأة إذا بلغ جراحها ثلث الدية إلى نصف عقل الرجل وتوازيه فيما دون الثلث لأنها أخذت السدس مثل ما أخذ الرجل في الميراث، فلما وجب لها الثلث وجب له الثلثان فصار لها نصف ما صار له فقال تعالى ﴿فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه﴾ [النساء: ١١] إلى آخر الآية الشريفة فافهم.

بَابُ التَّوَارِثِ وَالْفَرَائِضِ

وقوله: (والفرائض لقباً الخ) انظر رسم الفرائض وأحاديث فيها وفوائد تتعلق بذلك في الشرح،

يتعلق به أو كله على جهة الإرث وبذلك المستحق من بعض أو كل، وبالطريق العملي الموصل إلى ذلك فالعلم جنس، وقولنا بمن يستحق هذا هو تعيينه الوارثين من الرجال والنساء، وقولنا وبذلك المستحق هذا هو تعيين ميراث كل وارث، وقولنا من مال أو ما يتعلق به احترازاً، ممن يستحق ولاية النكاح والقيام بالدم والحضانة وغير ذلك مما ليس من وظيفة الفرضي، وقولنا وما يتعلق به مثل الحالة والرد بالعيب وغير ذلك، وقولنا على جهة الإرث احترازاً ممن يستحق من التركة ديناً أو وصية فإن هذا وظيفة الفقيه ولا كلام للفرضي، ودخل في هذا الحد من يرث أموال المرتدين والزنادقة وأهل الذمة وكل هذا من وظيفة الفرضي، ولم نحتج في الحد إلى التنبيه على الحجب لأن من حجب الجميع لا يستحق شيئاً بالميراث، وسواء كان حجبه بسبب أو بنسب، وتسمية هذا الفن بعلم الفرائض اصطلاحية وهي أخص من اللغة، فإن الفرائض إذا أطلقت تدخل فيها الواجبات على اختلاف أنواعها مقدرة، ولكن في عرف الاستعمال خصصها بعلم الموارث كما خصص لفظ الفقه بعلم المسائل التي تدور الفتاوى والأقضية عليها أو سمي بذلك لدوران لفظ الفرض على السنة الفراض، كما سمي علم العروض بعلم العروض لدوران لفظ العروض على ألسنتهم.

الإِثْرُ يَسْتَوْجِبُ شَرْعاً وَوَجِبَ بِعِضْمَةٍ أَوْ بِوَلَاءٍ أَوْ نَسَبٍ
جَمِيعُهَا أَزْكَائُهُ ثَلَاثَةٌ مَالٌ وَمَقْدَارٌ وَذُو السَّوَرَاتِ

يعني أن الإرث يستوجب ويستحق (بالشرع) بمعنى أن الإرث يجب للوارث ويستحقه بالشرع وبنى يستوجب للمجهول للعلم بأن الذي أوجبه له هو الشرع، والمراد بالشرع هنا أصول الأحكام التي منها تتلقى وهي الكتاب والسنة والإجماع والقياس والله أعلم. وأشار بقوله وجب بعصمة الخ إلى أن أسباب الإرث ثلاثة: العصمة أي عصمة النكاح والولاء والنسب وهو الرحم، فأما النكاح فالمراد به عقده دخل أو لم يدخل وهذا إذا كان صحيحاً (وأما الفاسد) فإن كان متفقاً على فساده كنكاح ذات محرم بنسب أو رضاع أو خامسة فلا ميراث فيه دخل أو لم

ولكن نذكر رسم ابن عرفة فيه قال ما نصه: علم الفرائض لقباً للفقه المتعلق بالإرث وعلم ما يوصل بمعرفة قدر ما يجب لكل ذي حق من التركة موضوعه للتركات لا العدد خلافاً للصودي وفائدته كالفقه مع مزية التنقيص. روى أبو داود الخ. ملخص هذا كما علم الفرائض معرفة الوارث وقدر إرثه والعلم الذي يتوصل به لإعطاء ذي القدر ما وجب له كما يفهم من كلام الفرائض اه. وقد لفقنا ذلك بما نصه:

علم الفرائض لدى من حرراً
وعلم ما به الأدا لمن وجب
علم بوارث وقدر قدر
على تحقق لدى من قد حسب

(ص): الإرث يستوجب شرعاً ووجِب، إلى آخر البيتين. وقول: (بالشرع الخ) كأنه ذكر هذا في خصوص هذا المحل لأن حكم الفرائض مأخوذ من القرآن الذي هو الشرع بالأصالة ومادة الأحكام. وقوله: (وأما الفاسد الخ) هذا هو قول المختصر وهو طلاق إن اختلف فيه ثم قال وفيه

يدخل، وأما المختلف بين العلماء في صحته وفساده كنيكاح المحرم ونيكاح الشغار ففيه ثلاثة أقوال مشهورها أن فيه الإرث ما لم يفسخ إلا نكاح المريض فلا إرث فيه وإن كان مختلفاً فيه لأن فساده من جهة إرثه، فثبوت الإرث فيه تتميم للغرض الفاسد من إدخال الوارث، وأما الولاء فيعني به النسبة التي يحدثها العتق بين المعتق وقربته ومواليه الأعلىين وبين المعتق ومن للمعتق عليه ولادة أو ولاء هذا هو السبب المعبر عنه بالولاء ومنه قوله عليه الصلاة والسلام «الولاء لحمة كلحمة النسب» وقد يطلق على الميراث كقولهم الولاء للأقعد، وقولهم الابن أولى بالولاء من الأب ودليل إرادة الإرث لا النسبة لأن النسبة لا تتبدل عن حالها ولا تنتقل بعد وجوبها، والسبب الثالث النسب ويقال فيه القرابة والرحم (وهي البنوة) والأمومة والجدودة والأخوة والعمومة، وإنما يحب الإرث بذلك إذا ثبتت القرابة بالبينة أو بالإقرار حيث يصح حسبما هو مذكور محله وقد تجتمع الثلاثة فيكون الرجل زوج المرأة ومولاها وابن عمها، (وقد يجتمع اثنان) مثل أن يكون مولاها وزوجها وابن عمها، وعبر بعضهم عن أسباب الإرث فقال: التوارث يكون بشيئين نسب وسبب، فالنسب البنوة إلى آخرها والسبب النكاح والولاء.

تنبيه: بقي على الناظم سببان آخران (وهما الملك) والإسلام، فأما الملك فإن العبد عندنا يملك ولذلك جاز له أن يظاً بالملك فما له ملك له ما لم ينتزعه السيد، فإذا مات العبد قبل أن ينتزع السيد ماله فقد مات ماله مالك له وليس هنالك وجه يأخذ به السيد ماله سوى الإرث ولا سبب للإرث سوى الملك، وأما الإسلام وهو بيت مال المسلمين فهو وارث العين على مشهور المذهب ولهذا منع من لا وارث له معيناً أن يوصي بكل ماله وولايته ولاية عامة وهي ولاية الإسلام، وقد ذكرها ابن رشد وابن شاس وغيرهما. قال الشارح: فإن لم يكن للمتوفى وارث بوجه من هذه الوجوه الثلاثة ورثه جميع المسلمين بولاية الإسلام لأن المؤمنين بعضهم أولياء بعض قال الله عز وجل ﴿والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض﴾ [التوبة: ٧١] ونعني بالذي بقي على الناظم في هذا هو عد ولاية الإسلام من جملة أسباب الإرث، وأما عد بيت المال من أسباب الإرث فيأتي

الإرث الخ. وقوله: (وهي البنوة الخ) يأتي هذا هنا في بيت واحد، وهذه الأمور الثلاثة التي بها الميراث هي قول التلمساني:

ثلاثة توجب به إن علم وهي نكاح وولاء ورحم

أي توجب الخ، وهذه الثلاثة هي التي في الحوفي وفي الوثائق المجموعة قرابة وولاء وإسلام وهو بيت المال، وورثة القرابة تحجب وورثة الولاء، وورثة الميراث تحجب وورثة الإسلام وترك ولاية وصاحب المقدمات إنما فيه ما في الحوفي، وكذا صاحب المعونة والتميطي، وزاد ابن شاس على ما الحوفي الإسلام وأصله في الغزالي وزاد على ما في التلمساني الملك وذلك لا يصح، وإنما السيد يأخذ مال عبده عند موته لأنه مالك لرقبته فهو أحق بماله بدليل أن العبد الكافر يأخذ مال سيده المسلم وبالعكس، وبيننا ذلك في الشرح بكلام الناس وقد لفقنا هذا مع زيادة بما نصه:

للناظم صريحاً. ثم ذكر الناظم في البيت الثاني أن أركان الإرث المال المتروك عن الميت ومقدار ما يرثه كل وارث ومعرفة من يرث ممن لا يرث، وأركان الماهية هي أجزاءه التي تتركب منها وتختل باختلاب بعضها ولا إشكال أن الإرث إنما يصح باجتماع هذه الأركان، ومهما اختل واحد منها لم يصح وضمير جميعها للأسباب الثلاثة، والمعنى أن الإرث بكل واحد من تلك الأسباب الثلاثة له أركان ثلاثة لا يخلو عنها والله أعلم.

فصل في ذكر عدد الوارثين

ذُكِرَ مَنْ حَقَّ لَهُ الْمِيرَاثُ عَشْرَةٌ وَسَبْعُ الْإِنَاثِ
الْأَبُ وَالْجَدُّ لَهُ وَإِنْ عَلَا مَا لَمْ يَكُنْ عَنْهُ بَأْتِشَى فُصِيلاً
وَالزَّوْجُ وَابْنُ وَابْنَتُهُ هَبْ سَفُلاً كَذَاكَ مَوْلَى نِعْمَةٍ أَوْ يُولَا

وسبب الإرث نكاح وولا
فأول خص بفرض علما
وثالث يجمع ما قد ذكرا
وربما خصص لفظ السبب
ثم جهات نسب قد رتب
بنسب أبوة أمومه
ومال عبد في مقال حقا
وكونه يملك من قد ملكا
كقيمة في قلة ونحوها
ونسب ودين حق فاعلما
عصوبة بالثان فاحفظ وافهما
ورابع شرط له قد شهرا
بما عدا مدلول لفظ النسب
في بيت ناظم به قد عدت
جدودة أخوة عمومه
لمالك من غير إرث وضحا
مع اختلاف الدين فافهم واسلكا
من جرحه فافهم وكن منتبها

ودين الحق مراده به الإسلام إذ به كان بيت المال وارثاً، وشرط المشار إليه أن يصرف في مصارفه وهو إنما يرث العصوبة ولم أنبه عليه لوضوح ذلك. وقوله: (وقد يجتمع اثنان الخ) انظر الشرح عند قول المختصر: كابن المختصر: كابن عم أخ الأم.

وقوله: (وهما الملك الخ) هذا غير صحيح باعتبار الملك كما تقدم قريباً، وأما الإسلام فصحيح وكان من لم يذكره راعى القول بأن بيت المال حائز لا وارث، وإن كان خلاف الراجح أو الكلام إنما هو في الوارث الخاص، وانظر الشرح عند قول المختصر: ثم بيت المال. وقول الناظم: أركانه الخ. هذا لم أره عند غيره والأمر فيه قريب وفي عدا المقدار من الأركان ما ليس فيه خفاء.

فصل في ذكر عدد الوارثين

(ص): ذكور من حق له الميراث، إلى آخر الأبيات الثمانية.

وَالْأَخُ وَابْنُ الْأَخِ لَا لِلْأُمِّ
وَالْأُمُّ وَالرَّوْجَةُ ثُمَّ الْبِنْتُ
وَجَدَّةٌ لِلجَهَتَيْنِ مَا عَلَتْ
كَذَاكَ مَوْلَاةٌ لَهَا الْعِتْقُ وَلَا
وَبَيْتُ مَالِ الْمُسْلِمِينَ يَسْتَقْبَلُ
وَالْعَمُّ لَا لِلْأُمِّ وَابْنُ الْعَمِّ
وَابْنَةُ الْإِبْنِ بِنْدَهَا وَالْأَخْتُ
مَا لَمْ تَكُنْ بِذَكَرٍ قَدْ فُصِّلَتْ
حَقٌّ لَهَا فِيمَا يَكُونُ لِلْوَلَاةِ
بِحَيْثُ لَا وَارِثٌ أَوْ بِمَا فَضَّلَ

ذكر في هذه الآيات عدد الوارثين من الرجال والنساء، وأخبر أن عدة الرجال عشرة يعني ويتفرعون إلى ستة عشر كما يتبين، وأن عدة النساء سبع ويتفرعن إلى عشرة (فجملتهم ستة وعشرون) وارثاً، فالرجال الأب والجد له أي للأب وقيدته بذلك ليخرج الجد للأُم فإنه غير وارث، ثم صرح بذلك فقال: ما لم يكن عنه بأنثى فصلاً أي ما لم يكن الجد فصل عن الميت بأنثى وهو أبو الأم والزوج وابن وابن الابن وإن سفل، ومولى النعمة وهو الذي باشر عتق المملوك بنفسه كما قيل:

من باشر العتق بلا واسطة هو الذي يدعى بمولى النعمة

ومولى الولاء وهو ولاية ما أعتقه غيرك من أب أو غيره، والأخ يعني شقيقاً أو لأب أو لأُم، وابن الأخ يعني الشقيق أو لأب فلذلك قال لا للأُم، فإن الأخ لا للأُم لا يرث والعم يعني أيضاً شقيقاً أو لأب فلذلك زاد أيضاً لا للأُم، وابن العم يعني شقيقاً أو لأب لا للأُم أيضاً ولم يحتج لتقييده لأنه إذا كان العم أي أخو الأب للأُم لا يرث فأحرى ابنه والله أعلم والنساء والأم والزوجة والبنت وابنة الابن والأخت يعني شقيقة أو لأب أو لأُم والجددة أم الأم وأم الأب وعلى ذلك نبه بقوله للجنتين يعني وأمهاتهما وإن علون، وأخرج بقوله ما لم تكن بذكر قد فصلت أم الجد فيعني بذكر ما عدا الأب المباشر لأنه فصل بين الميت وجدته، ومولاة النعمة أي التي باشرت العتق والإرث لها فيما أعتقه غيرها كما نبه عليه بقوله: ولا حق لها فيما يكون بالولاء، فهؤلاء ستة وعشرون، (وبقي عليه أخو الجد) وبنوه وإن سفلوا، ولا نعني بأخ الجد أخا الجد المباشر فقط بل هو وهو عم الأب وأخو الجد الذي فوقه وهو عم الجد، وكذا أخو من فوقهما من الأجداد وبنوهم وإن سفلوا فإن لم يكن ممن ذكر أو كان ولم يستغرق التركة فإن التركة أو ما بقي منها لبيت مال المسلمين. قال الحطاب: أطلق الشيخ خليل في بيت المال ولم يقيد بما إذا كان الوالي يصرفه في مصارفه وكأنه تبع ظاهر عبارة ابن الحاجب، (والذي ذكره غير واحد) عن

وقوله: (فجملتهم ستة وعشرون) الذي لخصناه خمسة وعشرون قف على عدها صدر الشرح ولكن الأمر سهل في هذا لأن من يرث معلوم عند الفراض. قوله: (وبقي عليه أخو الجد الخ) انظر الشرح عند قول المختصر: ثم عم الجد الأقرب فالأقرب الخ. وقوله: (والذي ذكره غير واحد الخ) هذا لا إشكال فيه ولا عبرة بمن خالف فيه، وقد بينا ذلك وأيدناه بأنقال عن فحول الأمة، نعم إذا خيف من الوالي الجائر ولم يمكن الإخفاء فينجري ذلك على قول المختصر في الزكاة أو طاع بدفعها لجائر في صرفها بحسب ما يظهر، وأما إن أمكن الإخفاء فإن كان ذرو الأرحام والسهم فقراء فلا

المذهب أن بيت المال وارث إذا كان الوالي يصرفه في وجوهه، فإن كان يصرفه في غير وجوهه فإنه يتصدق به وقيل يرد لذوي الأرحام. الباجي عن ابن القاسم: من مات ولا وارث له يتصدق بما ترك إلا أن يكون الوالي يخرج في وجهه مثل عمر بن عبد العزيز فليدفع إليه. قال ابن ناجي: إن كان الإمام عدلاً دفع إليه واجد الركاز الخمس يصرفه في محله، وإن كان غير عدل فقال مالك: يتصدق به الواجد ولا يدفعه إلى من يعث به، وكذلك العشر وما فضل من المال عن الورثة، ولا أعرف اليوم بيت مال وإنما هو بيت ظلم اه. قال الحطاب: وكلامهم يبين أن بيت المال معدوم في زماننا، انتهى باختصار.

فصل في ذكر أحوال الميراث

الحال في الميراث قد تقسما إلى وجوبٍ ولحجبٍ فسيما
لحجب الإسقاط أو النقل وذا لفرض أو تعصيب أبدي منقذاً

يعني أن الميراث ينقسم إلى حالتين: حالة وجوب وحالة حجب، ومعنى وجوبه لزومه لمستحقه بحيث لا يحجب عنه أصلاً بدليل مقابله وذلك كالأبوين والأولاد والزوج والزوجة كما يذكره الناظم أول فصل حجب الإسقاط حيث قال:

ولا سقوط لأب ولا ولد ولا لزوجين ولا أم فقد

والحالة الثانية وهي حالة الحجب تنقسم إلى حجب الإسقاط كابن الابن مع ابن الصلب، وإلى حجب نقل من حال لحال أخرى وفيه ثلاثة أوجه: النقل من فرض لفرض دونه كالزوجة فرضها الربع حيث لا ولد للزوج فإن كان له انتقلت للثمن والنقل من فرض إلى تعصيب، وذلك مثل الأخت والأخوات فرض الواحدة النصف والأكثر الثلثان، فإن كانت ابنة انتقلت إلى التعصيب يأخذن ما فضل عن بنت الصلب والنقل من تعصيب إلى فرض وذلك كالأب فإنه عاصب، فإذا كان مع الابن انتقل إلى فرض وهو السدس،

إشكال في الإعطاء لهم وتوريث ذوي الأرحام متأخر عن الرد بحسب ظاهر أنقالهم، إن لم يكن فقراء فيمن ذكر فيصرفه فيما يصرفه فيه الإمام لو كان عدلاً، انظر الشرح عند قول المختصر: ثم بيت المال.

فصل في ذكر أحوال الميراث

(ص): الحال في الميراث قد تقسما، إلى آخر البيتين. مضمون البيتين ظاهر وقد قال الحوفي: الذكور كلهم عصبه إلا الزوج والأخ للأم والأب والجد إذا كان معهما ولد وقد يرثان بالفرض والتعصيب، والإناث كلهن أهل فروض إلا مولاة العتاقة والأخوات مع البنات انتهى بلفظه. وكل هذا يفهم منه أن الأصل في الذكور التعصيب عكس الإناث، وبه تفهم أوجه النقل من التعصيب إلى الفرض وبالعكس من الفرض إلى التعصيب فافهم، ولكن إنما تحيط بهذا إن وقفت على الشرح عند قول المختصر: ولعاصب الخ.

فقول الناظم: وإذا أي حجب النقل لفرض يشمل النقل من فرض لفرض كالوجه الأول، والنقل من التعصيب إلى الفرض كالوجه الثالث. وقوله أو تعصيب أي النقل من الفرض إلى التعصيب وذلك كالوجه الثاني، وما ذكر في هذا الفصل كالترجمة والتوطئة لما يأتي له من ذكر حجب الإسقاط وحجب النقل إلى الفرض وحجب النقل إلى التعصيب.

فصل في المقدار الذي يكون به الإرث

الْقَدْرُ يُلْفَى بِاشْتِرَاكِ فِيهِ فِي جُمْلَةِ الْمَتْرُوكِ أَوْ بَاقِيهِ
أَوْ بِانْفِرَادِ بِاجْتِيَازِ الْمَالِ أَجْمَعَ فِيهِ وَهَوَ فِي الرِّجَالِ
عَدَا أَخًا لِلأُمِّ وَالزَّوْجَ وَنَفِي مَوْلَاةً نَفَمَى حُكْمُ ذَلِكَ اقْتُنْفِي

لن أر هذه الترجمة في كتب أهل الفرائض، والمراد أن التركة تارة يشترك الورثة في جميعها وذلك إذا كانوا ذوي سهام (والفريضة عادلة) أي استغرق الورثة جميع المال، وذلك إذا كانوا كلهم عصبية أولاداً أو أخوة أو بني عم، إلى هذا أشار بقوله: القدر يلقى باشتراك فيه في جملة المتروك وتارة يكون الاشتراك في الباقي كبنت وعصبية فيشترك العصبية في النصف وإلى ذلك أشار بقوله أو باقيه، وتارة ينفرد وارث بجميعها وذلك حيث لم يكن في درجته غيره، ولا يوجد ذلك إلا في الرجال لأنهم عصبية، والعاصب يرث جميع المال إذا انفرد ما عدا الأخ للأُم والزوج فليس للأول إلا السدس وليس للثاني إلا النصف أو الربع إلا إذا كان كل منهما ابن عم فإنه ينفرد بالمال بعضه بالفرض وبعضه بالتعصيب، وكذلك مولاة النعمة تنفرد بالمال إذا لم يكن لمعتقها وارث من النسب، ولم أفهم وجه تعبير الناظم بالمقدار إلا إذا عني به مجموع التركة وتكون الباء من به في الترجمة ظرفية بمعنى في.

فصل في ذكر حالات وجوب الميراث

وَيَخْضَلُ الْمِيرَاثُ حَيْثُ حُتِمَا بِقَرَضٍ أَوْ تَعْصِيْبٍ أَوْ كِلَيْهِمَا
وَالْمَالُ يَخْوِي عَاصِبٌ مُنْفَرِدٌ أَوْ مَا عَنِ الْفُرُوضِ بَعْدُ يُوجَدُ
وَقِسْمَةٌ فِي الْحَالَتَيْنِ مُغْمَلَةٌ إِمَّا عَلَى تَفَاضُلٍ أَوْ مَعْدِلَةٍ

يعني أن الإرث يكون تارة بالفرض كالبنات والأخت، وتارة بالتعصيب كالابن، وتارة

فصل في المقدار الذي يكون به الإرث

(ص): القدر يلقى باشتراك فيه، إلى آخر الأبيات الثلاثة. وقوله: (والفريضة عادلة الخ) الفريضة العادلة هي التي تستغرقها كالنصف والنصف كزوج وأخت، ويأتي بيان العادلة والعائلة والناقصة عند الكلام على العدل إن شاء الله تعالى، وهذه الأبيات الثلاثة جدواها قليل، وكذا الثلاثة بعدها المتضمنة ذكر حالات وجوب الميراث فلذلك لم نكتبها، وهذا الشارح كفى فيها.

بالفرض والتعصيب معا كالأب مع البنت فإنه يفرض له السدس ثم إن بقي شيء أخذه بالتعصيب، وعلى ذلك نبه بالبيت الأول، وهذه الأقسام الثلاثة هي المراد بالحالات المذكورة في الترجمة، والوارث بالتعصيب إن انفرد أخذ جميع المال، وإن كان مع ذوي فرض أخذ ما فضل عنهم وعلى هذا نبه بالبيت الثاني والمال مفعول يحوي ثم أشار بالبيت الثالث إلى أن العاصب إذا تعدد إما من غير أهل الفروض كالأولاد أو الإخوة أو مع ذوي الفروض كالأم والزوجة والإخوة فإن له جميع المال في الوجه الأول أو ما فضل عن ذوي السهام في الثاني يقسم بين العصبية إنما على التفاضل كما إذا كانوا ذكوراً وإناثاً، وإما على السواء والاعتدال وذلك إذا كانوا كلهم ذكوراً، ومراده بالحالتين حالة عدم ذوي الفروض وحالة وجودهم.

فصل في ذكر أهل الفرائض وأصولها

ثم الفرائضُ البَسَائِطُ الأُولَى	سِتَّةُ الأَصُولِ مِنْهَا فِي العَمَلِ
أولها النصفُ لِخَمْسَةِ جُعِلَ	البنتِ والزوجِ إذا لم يَنْتَقِلِ
ولابنَّةِ ابْنِ ولأختِ لا لِأُمِّ	وَنَصْفُهُ الرُّبْعُ به الزوجين أُمَّ
وَنَصْفُهُ الثُّمْنُ لزوجَةٍ وفي	تَعَدُّ قِسْمَةٌ حَظَّيْهَا اقْتُفِي
والتُّلْثَانِ حِصَّةً لِأزْوَاجِ	بناتِ صُلْبٍ وبناتِ ابْنِ فَعِ
والأختِ لا لِأُمِّ فِي التَّغْدَادِ	والتُّلْثُ لِلجَدِّ بِرَجْحِ بَادِ
والأُمِّ دونَ حَاجِبِ والإخوةِ	لِهَا وَهَمُّ فِي قَسْمِ ذاكِ أَسْوَةِ
وَنَصْفُهُ السُّدُسُ لِأُمِّ وَأَبِ	ولابنَّةِ ابْنِ ولجَدِّ اجْتِسْبِي
وجَدَّةٍ ولِأَخٍ مِن مِّنْ أُمَّ	واشْمَلُ لِأختِ جِهَةً فِي الحُكْمِ

اعلم أن في الكلام في هذه الترجمة على مسائل: المسألة الأولى: الفرائض والمراد

فصل في ذكر أهل الفرائض وأصولها

(ص): ثم الفرائض البسائط الأولى، إلى آخر الأبيات التسعة ما طول به هذا الشارح في تفسير الأبيات التسعة ظاهر في نفسه فلا نحتاج إلى إتمام كلام هذا الشارح.

فذلكة: في هذه الفرائض والموارث وحسن كلام المختصر في الفرائض فإننا وقفنا على كلام من ألف في الفرائض الحوفي وغيره فلم نر أحسن من كلام المختصر، وبيان ذلك أن الفراض حرروا أن أصحاب الفروض على ستة أقسام وهو: أصحاب النصف، وأصحاب الربع، وأصحاب الثمن، وأصحاب الثلثين، وأصحاب الثلث، وأصحاب السدس، ومجموعهم أحد وعشرون وقد جمعوا ذلك في رمز حسن: (هبادبز) فالهاء جعلها خمسة وهي رمز لأصحاب النصف وهم الزوج في عدم الولد وبنت الصلب وبنت الابن في عدمها والأخت الشقيقة والأخت للأب في عدمها، والباء اثنان

بها الأجزاء المحدودة شرعاً المعلوم نسبتها من جملة المال وهي ستة: النصف والربع والثلث والثلثان والثلث والسدس **المسألة الثانية**: أهل الفرائض المستحقون لها وهم أحد وعشرون فيما بين رجال ونساء، فأصحاب النصف خمسة، وأصحاب الربع اثنان، وأصحاب الثلث واحد، وأصحاب الثلثين أربعة، وأصحاب الثلث اثنان، وأصحاب السدس سبعة، وبيانهم في كلام الناظم فلا تطول بتسميتهم الآن. **المسألة الثالثة**: أصول المسائل أي الأعداد التي تقوم منها الفريضة وهي سبعة، اثنان وأربعة وثمانية وثلاثة وستة واثنان عشر وأربعة وعشرون، وهذه الأصول على قسمين منها مركب ومنها بسيط غير مركب، فالمركب ما اجتمع فيه فرضان فأكثر وذلك الاثنا عشر والأربعة والعشرون فلا يصح أن يكون أصل المسألة من الاثني عشر حتى يكون فيها فرضان فأكثر كالربع والثلث وذلك كزوجة وأم أو الربع والسدس كزوجة وأخ، وكذلك الأربع والعشرون لا بد فيها من تعدد الفرض كالثلث والسدس كزوجة وأم وأولاد أو الثلثان كزوجة وبنين، ويأتي للناظم التصريح بذلك آخر هذا الفصل حيث قال:

رمز لأصحاب الربع وذلك الزوج مع الولد والزوجة أو الزوجات مع عدمه والألف واحد لمن له الثلث وذلك زوجة أو زوجات مع الولد، والدال أربعة لأصحاب الثلثين وذلك كل اثنين من أصحاب النصف وهما بنات الصلب وبنات الابن في عدم بنات الصلب والأختان الشقيقتان أو لأب في عدم الشقيقتين والثلاثة فأكثر كالاثنين، والباء أيضاً اثنان تكررت في الرمز لأصحاب الثلث وهم الأم في عدم الحاجب والإخوة للأم في عدم الحاجب والإخوة للأب مع فقد عمودي النسب، والزاي سبعة لأصحاب السدس وهم كل واحد من الأب والأم مع الولد والجد والجددة وبنات الابن مع بنت الصلب والأخت للأب مع الشقيقة والواحد من الإخوة للأم، وقدموا أهل الفروض في الكلام لحصرهم، وأيضاً قدموا لقوتهم على العصبية كما هو مبين فإنهم لهم قدر معلوم سمي لهم، والعاصب ليس كذلك، وإذا فهمت هذا الرمز وترتيبه علمت أن النصف قدم لأن أكثر الأجزاء البسائط. وقد قال ابن الحاجب: والفرض فيمن يرث بالتقدير وهو النصف ونصفه وربعه والثلثان ونصفهما وربعهما الخ فثمانية نصفها أربعة ونصف الأربعة اثنان ربع ونصف الاثنين واحد ثمن وتسعة ثلثاها ستة ونصف ستة ثلاثة ثلث وربعهما أي الثلثين، وعبارة الحوفي ربما تكون أتم حيث قال: الثلثان ونصفهما وهو الثلث ونصفه وهو السدس فإن ثلثي تسعة ستة ولا ربع لها بخلاف اثني عشر فثلثاها ثمانية وربعها اثنان وهو السدس وهذه هي عبارة المعونة، وصاحب المختصر صار على هذا الترتيب فقال مشيراً لأهل النصف من ذي النصف الزوج الخ. ولأهل الربع بقوله والربع للزوج الخ. ولأهل الثلث بقوله والثلث لها الخ. ولأهل الثلثين بقوله والثلثان لذي النصف إن تعدد ولأهل الثلث بقوله الثلث لأم الخ. ولأهل السدس بقولها وحجتها من الثلث للسدس ولد الخ. وبقوله وللثانية مع الأولى الخ. وبقوله وأخت لأب الخ. وبقوله وأحد فروض الجد الخ. وبقوله والأب والأم مع ولد وإن سفل والجددة الخ. وبقوله والسدس لواحد الخ. فرتبها على ترتيب الناس هبادبز، واستوفى كل صنف عند ذكر فرضه بأخصر عبارة، وقضى بذلك ثلاث حوائج عد الفروض وأنها ستة وبيان مدخل كل فرض وبيان النصف أولها والسدس وآخرها لأجل تتبعه المراتب تفهم أنه لا تكرار عنده في كلامه. فقوله ولتعددهن الثلثان ذكره كالقيد لمن يرث النصف وأن شرطه عدم تعدده، وليرد على ابن

والأصل بالتركيب ضعفه ستة وضعفه لا غير ذين البتة وما عدا هذين العديدين من الأصول لا يشترط فيه تعدد الفرض، فتصح المسألة من اثنين مثلاً سواء كان فيها نصفان كزوج وأخت أو نصف فقط كزوج، وتصح من ستة مثلاً سواء كان فيها فرض واحد كسدس أو أكثر وسدس وثلثين مثلاً كأم وأخ لأم وأختين شقيقتين أو لأب، فالذي ينقسم إلى مركب وبسيط هو أصول المسائل لا الفرائض كما

عباس القائل بأن الاثنين لا يستوفيان الثلثين فرتب على التعدد الصادق باثنين وبأكثر، وذكر قوله والثلثان لذي النصف إن تعدد في محله الذي ذكره الناس فيه ولم يستغن عنه بقوله: ولتعددهن الثلثان لأنه سيق مساق القيد ولأنه ذكر في غير محله والمراد بيان محله ولذلك لم يقل فيه إن تعدد لأن الشيء إذا ذكر استطراداً في غير محله ليس هو كما إذا ذكر في محله فإنه يكمله في محله أكثر وهكذا قوله وحجبها للسدس ولد الخ فهو غير مكرر مع قوله والأب والأم الخ. لأن هذا محل أرباب السدس، وذكر الحجب إنما هو قيد وقع في غير محله. ولما كان الأب يشارك الأم في الحجب للسدس بالولد قرنهما، ولما كان الأب يسقط الإخوة وهم يحجبون الأم للسدس اكتفى عن حجب الأم للسدس بهم بقوله: وإخوان، واكتفى بقوله ثم الأب ثم الجد والإخوة كما تقدم على التنصيص أن الأب يسقطهم وهو ظاهر، وإنما اكتفى بقوله وللثانية مع الأولى الخ. وبقوله وأخت الخ عن ذكرهما مع أهل السدس في محل ذكره فيقول وللثانية الخ لطول الكلام في ذلك لأجل التفصيل الكثير فيها وليس هما كقوله والأب والأم مع ولد ولم يؤخر قوله وللثانية الخ لمرتبة أهل السدس، لأن قوله وللثانية الخ هو كالتميم لما قبله وهو النساء أهل النصف مع أن سدس بنت الابن والأخت للأب ليس كسدس الأب والأم المنصوص عليه في الكتاب، مع أن هذين السدسين هما تكملة الثلثين، وقد اختلف هل السدس المكمل للثلثين فرض مستقل أو هو من تمة الثلثين، وخالف رحمه الله في تعبيره فقال: من ذي النصف الزوج والربع الزوج والثلث الأم والسدس لواحد الخ. فجعل هذه الأربعة على نسق واحد وقال: والثلثان لها. ثم قال: والثلثان لذي النصف فجعل الثلثين للذين هما نفس الفرضين في الظاهر مبتدئين، وجعل الأربعة الفروض مخفوضة وسر ذلك لأن الثلثين ثنية فرض لا فرض، مع أن الثلثين قد يكون مركباً من نصف وسدس حيث يقال: أخذت بنت الابن السدس مع البنت مثلاً تكملة الثلثين، وقد رأيت الخلاف في ذلك هل السدس المكمل للثلثين فرض مستقل أم لا؟ وأما الثلث فذكره في محله وهو الجنس الواحد، وبدأ بالنصف لأنه أكبر الأجزاء البسيطة كما تقدم ولأن أهله يأخذونه بالأصالة، ثم شئ بالربع نصف النصف لأن الزوجة ترثه بالأصالة وإن كان الزوج يأخذه بالعارض والحجب، مع أن من أهل النصف من يحجب الزوجة للربع وذلك جنس البنات الوارثات، وأتى بالثلث بعده لأنه نصفه، ولأن الزوجة هي التي ترثه كما ترث الربع فالفرضان لها وإن شاركها الزوج في الربع، والدافع للثلث أيضاً بعض أهل النصف وهو جنس البنات الوارثات، مع أن هذه الفروض الثلاثة وهي النصف والربع والثلث بسيطة ولذلك أخرج الثلثين عنها لأنه فرضان في الحقيقة وإن كان أكثر من كل واحد منها، وأخرج الثلث عن الثلثين لأنه نصفه، ولأن أهل الثلثين أقوى من أهل الثلث بدليل أنهم كلهم يحجبون الأم حجب نقص، والبنات وبنات الابن يحجبون الإخوة للأم حجب إسقاط، والأم وولداها ثم أهل الثلث، وأخرج السدس عن الثلث لأنه نصفه ولأن أكثره غير أصلي، وإنما يرثه بالأصالة الأخ للأم والجددة، ولأنه

يظهر من البيت الأول من هذا الفصل، ويدل على هذا أيضاً قوله: والأصل بالتركيب حيث لم يقل والفرض بالتركيب، ولا يصح أن يكون قوله ثم الفرائض على حذف مضاف أي ثم أصول الفرائض البسائط الأولى فيكون الوصف بالبسائط راجعاً للأصول وذلك لأن البسائط من الأصول خمسة فقط لا ستة وانظر هل يسهل البحث بجعل البسائط راجعاً وصفاً كاشفاً لا مفهوم له، ومعنى قوله الأصول منها في العمل أن أصول المسائل مأخوذ من الفرائض في عمل الفريضة، فإذا كان في الفريضة من له النصف قيل أصل المسألة من اثنين، أو صاحب ثلث فأصل المسألة من ثلاثة، أو صاحب ربع فأصل المسألة من أربعة، وعلى ذلك فقس فإن كان في الفريضة من له جزءان كمن له ربع وثلث كانت المسألة من أصل مركب وهو اثنا عشر مثلاً، وهكذا. ثم شرع الناظم في بيان الفرائض المحدودة وأصحابها فأخبر أن أصحاب النصف خمسة الزوج في فقد الولد وعلى ذلك نبه بقوله: إذا لم ينتقل أي عن النصف للربع لوجود الولد والبنت الواحدة وبنت الابن في عدم البنت والأخت الشقيقة أو للأب في عدم الشقيقة وإخراج التي للأم زاد قوم لا أم، وإن أصحاب الربع اثنان الزوج مع الولد للزوجة والزوجة في فقد الولد للزوج، وأم فعل أمر من أم بمعنى قصد تكميل للبيت، وأن الثمن لواحد وهو الزوجة مع الولد للزوج، فإن تعددت الزوجات اقتسمن الواجب لهن من ربع أو ثمن على عددهن، وعلى ذلك نبه بقوله: وفي تعدد قسمة حظيها اقتضي. وأن أصحاب الثلثين أربعة: البنتان فأكثر وبنت الابن في عدم البنت والأختان الشقيقتان والثتان للأب في عدم الشقيقة دون للأم ولذلك زاد قوله لا للأم، وأن أصحاب الثلث ثلاثة الجد في بعض الأحوال حيث يكون أفضل ولذلك قال يرجح باد أي ظاهر، والأم في فقد الولد وفقد تعدد الإخوة ولذلك قال دون حاجب، والإخوة للأم إن تعددوا ويقسمون ثلثهم على السواء الذكر والأنثى فيه سواء وعلى ذلك نبه بقولهم: وهم في قسم ذاك أسوة، وبعضهم لم يعد الجد مع أصحاب الثلث لعدم استقراره على حالة واحدة، وأن أصحاب السدس سبعة الأم مع الولد أو مع تعدد الإخوة والأب مع الولد ولبنت الابن مع بنت الصلب والأخت للأب مع الشقيقة والواحد من ولد الأم والجد إذا كان السدس أفضل له كما يأتي أيضاً، وعلى ذلك نبه بقوله اجتبي أي اختير، وللجدة أم أو لأب فإن اجتمعتا كان بينهما إن كانتا في رتبة واحدة، وقد رمز أهل الفرائض لهؤلاء الورثة بحروف يجمعها قولك هبادبز بحساب الجمل، فالهاء رمز لأصحاب النصف والباء لأصحاب الربع والألف لأصحاب الثمن والدال لأصحاب الثلثين والباء بعد الدال لأصحاب الثلث ولم يجعل الجد معهم لأنه له أحوال لا يضبط بحالة واحدة والزاي لأصحاب السدس وقوله: واشمل لأخت جهة في الحكم يعني أن هذا الحكم وهو السدس يشمل الأخت سواء كانت من جهة

بالنسبة لبنت الابن والأخت للأب تكلمة الثلثين، والجد في الحقيقة إنما يأخذ السدس عند الدفع إليه بدليل أنه يأخذ الثلث عند الدفع إليه ولم يعدوه أنه من أهل الثلث فافهم، فهمنا الله وإياك، وهدانا وهداك، واعرف اختصار هذا التحرير في هذا التقرير إذ هذا صنع بديع غاية، بل كاد أن يبلغ النهاية برد الله تراب قبره برحماته ومن علينا وعليه بهياته أمين أمين أمين.

الأم ولا إشكال أو من جهة الأب يعني مع الشقيقة .

فإن يضيق عن الفروض المأل فالعول إذ ذاك له استيفمال

(الفرائض على ثلاثة أوجه): إما عادلة وهي التي فروضها مثل سهام أصحابها من غير زيادة ولا نقصان وذلك كأختين شقيقتين وأم وأخ لأم أصلها من ستة ومنها تصح، أو ناقصة وهي التي يفضل بعض أجزائها عن سهام أهلها كزوج وبنت من أربعة يبقى واحد، أو عائلة وهي التي فروضها أكثر من عددها، وهي التي في بيت الناظم كزوج وأخت وأم فإن أصلها من ستة لأجل النصف والثلث فالنصف للزوج ثلاثة ومثلها للأخت وفرغ المال فيعال للأم بثلث الستة وتصح من ثمانية، وفي هذه الأقسام يقول التلمساني:

وكل ذي فرض يبدي أولاً
والمال إن ذو السهام حصله
وإن تكاثرت على المال الفروض
فذاك ما ينشأ عنه العول
وبعده لعاصب ما فضلاً
فكل من يعصبه لا شيء له
ولم يكن بكلها له نهوض
حسبما يكون فيه القول
وفي المثال المتقدم للعول أنشد السطي في شرح الحوفي:

وهذه مسألة المباهله
زوج وأم ذنـيـة وأخت
ما نزلت في زمن الرسول
حتى أتت خلافة الفاروق
فاجتمع الفاروق بالعباس
أول ما كانت نازله
نصفان والثلث عليهم غت
ولا أبي بكر أبي البتول
واغتصت الأرياق في الحلوق
واجتمع الحفل بخير الناس

(ص): فإن يضيق عن الفروض المال البيت . وقوله (الفرائض على ثلاثة أوجه) هذه الوجوه

لفقناها مع زيادة على طريق الاختصار بما نصه:

أربعة عن ذات الثاء
بسيطة وغير ذا مما ذكر
عادلة فروضها مع أصلها
ناقصة فروضها قد نقصت
فعولها عندهم غير جائي
فعوله يجري على ما قد شهر
توافق بينهما فانتبها
عن أصلها عائلة قد عكست

ومراده بالأصل ما صحت منه المسألة، ومراده بالفروض ما يأخذه أهل السهام وذلك ظاهر، وقوله أربعة من ذوات الثاء مراده أن أربعة وثلاثة وثمانية واثنين لا تعول، والثلاثة الأواخر هي ذوات الثاء أعني المثلية لأن فيها هذا الحرف وهي بسيطة بخلاف اثني عشر فإنها تعول وإن كان فيها هذا الحرف، وغير هذه الأصول الأربعة قد يعول وهو ثلاثة ستة وضعفها اثنا عشر وضعفها أربعة وعشرون، وقد قال في المختصر: وإن زادت الفروض أعيلت، فالعائل الستة لسبعة وثمانية وتسعة وعشرة والاثنا عشر لثلاثة عشر وخمسة عشر وسبعة عشر والأربعة والعشرون لسبعة وعشرين.

فاستحسن العباس طرد العول وأخذ الكل بذاك القول
ومال عبد الله للخلاف ولم يصرح بالكلام الجافي
لهيبة كانت على الفاروق وما لعباس من الحقوق

ويقال في ذلك عالت بمثل ثلثها (وانتقص لكل وارث) ربع ما بيده فتنسب العول
لأصل المسألة يخرج ما عالت به وهو الثلث وذلك لأن الاثنين من ستة ثلث، وانسب
العول أيضاً لمجموع المسألة بعولها يخرج ما انتقص لكل وارث هو الربع لأن الاثنين من
ثمانية ربع وإن عالت الستة لسبعة قلت عالت بمثل سدسها وانتقص لكل وارث سبع ما
بيده ولتسعة قلت عالت بمثل نصفها وانتقص لكل وارث ثلث ما بيده، ولعشره قلت
عالت بمثل ثلثيها وانتقص لكل وارث خمس ما بيده، وإن عالت الاثنا عشر لثلاثة عشر
قلت عالت بنصف سدسها وانتقص لكل وارث جزء من ثلاثة عشر ولخمس عشر قلت
عالت بمثل ربعها وانتقص لكل وارث خمس ما بيده ولسبعة عشر قلت عالت بمثل ثلثيها
ربع ثلثها وانتقص لكل وارث خمسة أجزاء من سبعة عشر وإن عالت الأربعة والعشرون
لسبعة وعشرين قلت عالت بمثل ثمنها وانتقص لكل وارث تسع ما بيده، ولا يعول من
الفرائض إلا هذه الثلاث الستة، وتعول لسبعة كزوج وأخت شقيقة أو لأب وأخ لأم،
ولثمانية كالمباهلة المتقدمة مثلاً للكلام الناظم، ولتسعة كزوج وأخت وأم وأخوين لأم،
ولعشرة كزوج وأختين وأم وأخوين لأم، ولاثنا عشر وتعول لثلاثة عشر كزوجة وأم
وأختين، ولخمس عشر كزوجة وأخوين لأم وأختين لأب، والأربعة والعشرون وتعول
لسبعة وعشرون وهي المنبرية زوجة وأبوان وابتان وفي ذلك يقول التلمساني:

ثلاثة منها تعول وصفها الست ثم ضعفها وضعفها
فالسست فاعلم دون ما نزاع تعول بالإفراد والإشفاق
وتنتهي في عولها لعشره وكان ذاك العول فيها أكثره
وضعفها تعول بالإفراد لسبع عشرة بلا تماذي
وعول أربع مع العشرينا ينمى لسبع بعدها يقينا

وسميت الفريضة عائلة من العول وهو الزيادة وذلك إذا اجتمع فيها فروض لا يفي
بها جملة المال ولم يمكن إسقاط بعضها من غير حاجب ولا تخصيص بعض ذوي
الفروض بالنقص دون بعض، فزيد في الفريضة سهام حتى يتوزع النقص على الجميع كل
واحد بقدر فرضه إلحاقاً لأصحاب الفروض بأصحاب الديون نقله الشارح عن الجواهر
وفي الرسالة: فإذا اجتمع من سمي له سهم معلوم في كتاب الله فكان ذلك أكثر من المال
أدخل عليهم كلهم الضرر وقسمت الفريضة على مبلغ سهامهم.

وقوله: (وانتقص لكل وارث الخ) هذا قال فيه الناظم:

ولتنسب العول لأصل المسألة والانتقص لكل لها مكمله

وَالرَّبْعُ كَالثَّلَاثِ وَكَالثَّلَاثِينَ
وَتَمَنُّ بِالرَّبْعِ غَيْرُ مُلْتَمِّي
وَالأَصْلُ بِالتركيبِ ضِعْفُ سِتَّةٍ
تَغْدُمُهُ فَرِيضَةٌ مِثْلَيْنِ
وَغَيْرُ ذَلِكَ مُطْلَقاً قَدْ يَلْتَقِي
وَضِعْفُهُ لَا غَيْرُ ذَيْنِ البَيْتِ

أفاد بالبيت الأول أن الفريضة لا يجتمع فيها ربعان ولا ثلثان بحيث يكون الربع لشخص والربع الآخر لشخص آخر والثلث لصف والثلث الآخر لصف آخر، ولا يجتمع أيضاً ثلثان وثلثان كذلك، أما الربع فظاهر لأنه ليس إلا للزوج ولا يتعدى إلا لزوج، فإن تعددت قسم بينهن لا يزدن عليه، وأما الثلث فكذلك أيضاً لأنه إما للأم في عدم تعدد الإخوة أو للإخوة للأم فتتقل الأم للسدس إن كانت، وإما للجد مع الإخوة فقط فلا أم، وأما مع الإخوة وذوي الفروض فإنما له ثلث الباقي في بعض الوجوه لا الثلث من رأس المال الذي الكلام فيه الآن، وكذلك الثلثان لا يجتمعان مع ثلثين آخرين في فريضة لأن الثلثين للبتين أو لبنتي الابن في عدمهما أو للأختين الشقيقتين أو للتين للأب في عدم الشقيقتين، ومعهما وجدت بنتان لم يبق لبنات الابن إلا ثلث إن كان معهن ذكر وكان الباقي للأختين بالتعصيب، وكذلك بنات الابن مع الأخوات يرث الأخوات ما فضل عنهن وأفاد بالبيت الثاني أن الفريضة لا يجتمع فيها الثمن والربع لأن الربع إما للزوج مع الولد أو للزوجة مع عدم الولد، فلا يجتمع مع الثمن الذي لا يكون إلا للزوجة مع الولد وغير ذلك من الأجزاء قد يلتقيان كالربع والثلث كزوجة وأم والثلثين كالزوجة والأختين ونحو ذلك، وأفاد بالبيت الثالث أن الأصل بالتركيب هو الاثنا عشر وضعفه وهو الأربعة والعشرون، وعن الاثني عشر عبر بضعف الستة، ومعنى كون هذين العددين مركبين أن الفريضة لا تقوم منهما إلا إذا كان في كل واحد منهما فرضان فأكثر بخلاف غيرهما فقد لا يكون فيه إلا فرض واحد، وقد تقدم تقسيم أصول المسائل إلى مركب وبسيط، ولم يظهر ما شرح به الشارح هذا البيت الثالث من كون المراد منه بيان ما تنتهي إليه الفريضة إذا دخلها العول وهو في غاية البعد بل لا يصح أصلاً والله أعلم وعلى تسليمه فقد أحل بالسته لقوله لا غير ذين وهي تعول إلى عشرة.

فصل في ذكر حجب الإسقاط

وَلَا سَقُوطَ لأبٍ وَلَا وَلاَ ذَا
وَلَا لزوجين وَلَا أُمَّ فَقَدْ

(ص): والربع كالثلث وكالثلثين، إلى آخر الأبيات الثلاثة، مضمون هذه الأبيات الثلاثة مفهوم من ذكر الفروض وأهلها ولذلك لم يذكر هذا في المختصر ومن رام الاختصار من أمثاله والكلام عليها ربما يكون من التبرع.

فصل في ذكر حجب الإسقاط

(ص): ولا سقوط لأب ولا ولد البيت. هذا البيت أيضاً مفهوم من ذكر الفروض وأهلها.

الحجب المنع من الميراث وهو على وجهين: حجب إسقاط وحجب نقل، ويعبر عنه بعضهم بحجب النقص، وسيأتي في الترجمة بعد هذه، ولما كان من الوارث من لا يحجب بحال قدم الكلام عليه ليتفرغ للكلام على غيره مما يحجب حجب نقص أو حجب إسقاط، فأخبر أن الأبوين والأولاد والزوجين لا يسقطون بحال ومن عداهم قد يسقط وقد لا. قال في الجواهر: والحجب على قسمين: حجب إسقاط وحجب نقل، فأما حجب الإسقاط فلا يلحق من ينتسب إلى الميت بنفسه كالبنتين والبنات والآباء والأمهات، وفي معناهم الأزواج والزوجات ويلحق من عداهم اهـ. ومعنى فقد فحسب.

وَالْجَدُّ يُحْجَبُ الْأَدْنَى فَاَلَأَبُ كَذَا ابْنُ الْأَبْنَاءِ بِالْأَعْلَى يُحْجَبُ
وَبَابُ وَابْنٍ وَابْنِ ابْنِ حُجْبٍ إِخْوَةٌ مَنْ مَاتَ فَلَاشِيءٌ يَجِبُ
كَذَا بَنُو الْإِخْوَةِ أَيْضاً حُجِبُوا بِالْجَدِّ وَالْإِخْوَةِ ضَمُّهُمْ أَبُ
وَالْجَدُّ بِالْحَجْبِ لِإِخْوَةِ دَهَا فِيمَا انْتَمَتْ لِمَالِكٍ وَشَبْهَهَا
وَابْنُ أَخٍ بِالْحَجْبِ لِلْعَمِّ وَفَا وَالْعَمُّ لِابْنِ الْعَمِّ مَا كَانَ كَفَى

يعني أن الجد يحجبه عن الميراث الجد الذي هو أدنى وأقرب للميت منه، فإذا هلك وترك جده وجد أبيه فإن جده يحجب جد أبيه، وكذلك الأب يحجب الجد فيحجب الأب أباه وجده ومن فوقهما، وكذلك أبناء الأبناء يحجبون من هو أسفل منهم، فابن الصلب يحجب ابن الابن وابن الابن يحجب ابن الحفيد وهكذا وعلى ذلك نبه بالبيت الأول، وكذلك الأب والابن وابن الابن فان كل واحد منهم يحجب الإخوة من أي جهة كانوا شقائق أو لأب أو لأم، فلا يجب شيء من الميراث للأخوة مع وجود واحد من الثلاثة وعلى ذلك نبه بقوله: وبأب وابن البيت، وكذلك الجد فإنه يحجب ابن الأخ مطلقاً، وكذا الأخ شقيقاً أو لأب فإن كل واحد منهما يحجب ابن الأخ ما كان، وعلى ذلك نبه بقوله: كذا بنو الإخوة البيت. وقوله: والإخوة عطف على الجد وجملة ضمهم أب صفة الإخوة والإخوة الذين ضمهم الأب يصدقون بالأشقاء والذين للأب، وكذلك الجد فإنه يحجب الإخوة الذين للأب والذين للأم في الفريضة المعروفة بالمالكية، وكذلك يحجب الجد الإخوة للأم والأشقاء في الفريضة المعروفة بالشبهة بالمالكية وكلاهما من شواذ المسائل الخارجة عن القياس فتحفظان ولا يقاس عليهما غيرهما، فالمالكية امرأة تركت زوجاً وهداً وأماً وأخاً لأب وأخوين لأم، فالمسألة من ستة لسدس الأم ونصف الزوج مندرج في الستة للزوج النصف ثلاثة وللأم السدس واحد وللجد السدس واحد أيضاً ويبقى واحد مذهب مالك أنه للجد أيضاً لأنه يقول للأب لولا أنا لأخذ الإخوة للأم ولا شيء لك لأنك عاصب ولم يبق لك شيء فأنا منعتهم من ذلك السدس فأنا أولى به،

(ص): والجد يحجبه الأدنى فالأب، إلى آخر الأبيات الخمسة. المدار في الحجب مطلقاً على أن الأقرب يحجب غير الأقرب فالأقرب كما في المختصر، وكلام هذا الشارح في هذه الأبيات حسن.

ومذهب زيد أنه للأخ للأب لأن الإخوة محجوبون بالجد فوجودهم كالعدم، وقد أخذ ذوو الفروض فروضهم وهذا الباقي للأخ للأب لأنه عاصب يأخذ ما فضل عن ذوي السهام، والشبيهة بالمالكية هي كالمالكية سواء إلا أن الأخ للأب في المالكية يجعل مكانه الشقيق في هذا، فذهب مالك أيضاً أن السدس الباقي للجد أيضاً لأنه يحجب كل من هو من جهة الأم، ولولا الجد لكان دخول الشقيق من جهة أمه كما في الحمارية فيحجب الجد الأخ الشقيق والذين للأم، ومذهب زيد أن ذلك السدس الباقي للأخ الشقيق لأنه فضل عن ذوي السهام فيأخذه العاصب ودها، قال الجوهري: وما دهاك أي ما أصابك: وفي ذلك يقول التلمساني بعد ذكره الحمارية وهي زوج وأم وأخوان لأم وأخ شقيق وأنها إذا دخل فيها الجد فهي الشبيهة بالمالكية، وإن أبدل الأخ الشقيق بالأخ للأب فهي المالكية:

فإن تكن تدخل فيها الجدا	فمالك خالف فيها زيदा
فالجدة في مذهب زيد يكتفي	بسدس المال تفهم واعرف
وللأشقاء جميع الباقي	دون بني الأم بلا شقاق
ومالك يورث فيها الجدا	سهامهم جميعها لا بدا
لأنه يقول للأشقا	لو كنتم دوني ورثتم حقا
بأمكم وإنني لحاجب	كل بني الأم فكل خائب
فإن يكن مكانهم إخوة أب	فهي التي لها لمالك نسب
فما لهم لما بقي سبيل	فيها لأن جدهم يقول
لو كنتم دوني إذن لم ترثوا	فيحرز الباقي وهو الثلث
ورأى زيد رأيه هنالك	بلا خلاف عنه فاعلم ذلكا

فقوله: فإن تكن تدخل فيها الجدا أي في الحمارية فتكون حينئذ هي الشبيهة بالمالكية. وقوله: فإن يكن مكانهم أي مكان الأشقاء في الشبيهة بالمالكية إخوة لأب فهي المالكية فلا فرق بينهما إلا أن الأخ الذي مع الأخوة للأم في الشبيهة شقيق، وفي المالكية لأب فالشيين في الشبيهة في مقابلة شين الشقيق، وكذلك ابن الأخ شقيقاً أو لأب يحجب العم والعم شقيقاً أو لأب يحجب ابن العم إلى التعميم في ابن الأخ والعم أشار بقوله: ما كان كفى أي كفى في الحجب وهو تعميم في الحاجب الذي هو ابن الأخ والعم، ويحتمل أنه تعميم حتى للمحجوب وأن العم شقيقاً أو لأب يحجب بابن الأخ، وأن ابن العم شقيقاً أو لأب يحجب بالعم والله أعلم.

والأم كلتا الجدتين تخجُبُ	وَجَدَّةُ لَأَبٍ يَخْجُبُ الأَبُ
وَمَنْ دَنَتْ حَاجِبَةٌ لِبُنْدَى	جِهَتِهَا مِنْ غَيْرِ أَنْ تَعْدَى
وَقُرْبَى الأُمِّ حَجَبَتْ بُنْدَى لَأَبٍ	وَالعَكْسُ إِنْ أَتَى فَمَا حَجَبٌ وَجَبُ
وَحَظُّهَا السَّدْسُ فِي الأَنْفِرَادِ	وَقَسْمَةُ السَّوَاءِ فِي التَّغْدَادِ

وَالِإِزْتُ لَمْ يَحْزُهُ مِنْ هَاتَيْنِ تَعْدُدَا أَكْثَرَ مِنْ ثِنْتَيْنِ
وَمُسْقَطُ ذُو الْجِهَتَيْنِ أَبَدَا ذَا جِهَةٍ مَهْمَا تَسَاوَوَا قُنْدَا
وَمَنْ لَهُ حَجَبٌ بِحَاجِبٍ حُجِبَ فَحَجْبُهُ بِمَنْ لَهُ الْحَجَبُ يَجِبُ
وَإِخْوَةُ الْأُمِّ بِمَنْ يَكُونُ فِي عَمُودِي النَّسَبِ حَجْبُهُمْ يَفِي

يعني أن الأم تحجب أمها وهي جدة الميت لأمه، وتحجب أم زوجها وهي جدة الميت لأبيه، وأن الأب يحجب أمه ولا يحجب أم زوجته وهي الجدة للأم وإلى هذا أشار بالبيت الأول وقوله: وجدة بالنصب مفعول يحجب الأب. وقوله: ومن دنت البيت معناه أن كل واحدة من الجدتين المذكورتين تحجب من فوقها من جهتها ولا تتعدى لحجب من ليست في جهتها فأم الأم تحجب أمها وإن علت ولا تتعدى لحجب من جهتها من الجدات اللاتي من قبل الأب إلا ما يذكر في البيت بعد هذا، وكذلك أم الأب تحجب أمها وإن علت دون أن تتعدى لغير جهتها. وقوله: وقربى الأم البيت معناه أن الجدة القربى من جهة الأم تحجب البعدى من جهة الأب فإذا ترك أم أمه وأم أم أبيه فلا شيء لأم أم أبيه، وأما العكس فلا تحجب وهو أن يترك أم أمه وأم أبيه فالسدس بينهما نصفين وعلى ذلك نبه بقوله: والعكس إن أتى فما حجب وجب، وكذلك إن كانتا في رتبة واحدة فالسدس بينهما أيضاً وعلى ذلك نبه بقوله: وقسمة السواء في التعداد، وأما إن كانت جدة واحدة فلها السدس وقد نبه على ذلك قوله: وحظها السدس في الانفراد، وهذا تقدم في تعداد أصحاب السدس، وحاصل المسألة ما أشار به الشيخ خليل بقوله: وأسقطت الأم مطلقاً والأب الجدة من جهته والقربى من جهة الأم البعدى من جهة الأب وإلا اشتركتا. وأشار بقوله: والإرث لم يحزه البيت إلى قول صاحب الرسالة وغيره واللفظ له ولا يرث عند مالك أكثر من جدتين أم الأم وأم الأب وأمهاتهما، ويذكر عن زيد بن ثابت رضي الله عنه أنه ورث ثلاث جدات واحدة من قبل الأم واثنتين من قبل الأب أم أم الأب وأم أبي الأب، ولم يحفظ عن الخلفاء توريث أكثر من جدتين، فقوله أم أم الأب الخ هو بيان للثنتين من قبل الأب ومراده أم الأب وأمها وإن علت، وأم الجد وهو مراده بأم الأب وأمها وإن علت ولذلك زادوا أمهاتهما وفي الجواهر: وأما الجدات ففرضهن السدس في الانفراد والاجتماع ولا يرث منهن الاثنتان أم الأم وأمهاتهما وأم الأب وأمهاتهما، فقوله تعددا منصوب على إسقاط الخافض وأكثر فاعل يحز وثنيتين صفة لمحذوف أي جدتين ثنتين، وأشار بقوله: ومسقط ذو الجهتين البيت إلى أن القريبين إذا كانا في رتبة واحدة فإن ذا الجهتين يسقط ذا جهة واحدة وذلك كأخوين شقيق ولأب وعمين وابني أخ وابني عم كذلك ونحو ذلك فإن الشقيق يحجب للأب مع اتحاد المرتبة، فذو الجهتين مبتدأ ومضاف إليه ومسقط خبره وذا جهة مفعول مسقط والقعدد المرتبة. وأشار بقوله: ومن له حجب بحاجب، البيت إلى أن الوارث الذي ثبت له الحجب بحاجب من صفة ذلك الحاجب أنه محجوب بغيره أقرب منه، فإن الذي ثبت له الحجب أولاً يجب حجبه أيضاً بحاجب حاجبه حيث يعدم حاجبه وذلك كابن الأخ فإنه محجوب

بالأخ والأخ محجوب بالولد، فإنه إذا عدم الأخ بقي ابن الأخ محجوباً بحاجب الأخ وهو الولد، فالكلام بين ثلاثة أشخاص، فالذي ثبت له الحجب ابن الأخ مثلاً وهو محجوب بحاجب وهو الأخ، فإذا عدم الأخ بقي ابن الأخ محجوباً بحاجب الأخ وهو الولد، وكذلك الأخ للأب فإنه محجوب بالشقيق والشقيق محجوب بالابن، فإذا عدم الشقيق بقي الأخ للأب محجوباً بحاجب الشقيق وهو الابن وهكذا فجملة حجب صفة لحاجب وضمير حجه لمن ثبت له الحجب وهو ابن الأخ في المثال الأول والأخ للأب في المثال الثاني، ومن موصول بمعنى الذي والذي يجب له الحجب أي للحاجب وهو الابن في المثالين والله أعلم ولفظ الشارح كل من حجه حاجب محجوب بحاجب أقرب منه فإن ذلك المحجوب بالحاجب المتوسط حال عدمه محجوب أيضاً بحاجب ذلك الحاجب المتوسط اهـ. ومعناه كما قررنا والله أعلم إلا أن البيان في تقريرنا أكثر، وأشار بقوله وإخوة الأم البيت إلى أن الإخوة للأم محجوبون (بعمودي النسب) وهما الأولاد ذكوراً أو إناثاً واحداً أو متعدداً، والآباء وهم الأب والجد للأب وإن علا لأنهم لا يرثون (إلا في الكلالة) وهي كما قيل:

ويسألونك عن الكلاله هي انقطاع النسل لا محاله
لا والد يبقى ولا مولود قد ذهب الأبناء والجدود
وذلك كله ظاهر والله أعلم.

فصل في ذكر حجب النقل إلى فرض

والأب مع فُرُوضِ الْاِسْتِفْرَاقِ وَالنَّقْصِ يَخْوِي السُّدْسَ بِالْاِطْلَاقِ
كَذَاكَ يَخْوِي مَعَ ذُكْرَانِ الْوَلَدِ أَوْ وَلَدِ ابْنِ مِثْلِهِمْ سُدْساً فَقَدْ
وَالسُّدْسُ مَعَ اُنْثَى مِنَ الصَّنْفَيْنِ لَهُ وَالْبَاقِي بِالتَّعْصِيبِ بَعْدُ حَصَّلَهُ

وقوله: (بعمودي النسب) عبارة خليل: ويسقط بابن وابنه وبنت وإن سفلت وأب وجد الخ وهي أحسن من قول من قال يسقط بعمودي النسب لدخول الأمهات في ذلك والجدات، وبه يسقط اعتراض من اعترض كلام المختصر مع حسنه، مع أن عمودي النسب هي الأصول والفصول وهو قول المختصر: وحرم أصوله وفصوله، مع أن عبارة المختصر هي عبارة الناس غير أن ابن شاس عبر بعمودي النسب ولكن الصواب ما ذكره المصنف. فإن قيل: الأمهات لا تدخل في عمودي النسب فكيف يحتج بهذا؟ قلت: إن لم تعد الأمهات من عمودي النسب فكذلك البنات وقد أدخلتموهن في عمودي النسب فافهم. وقوله: (إلا في الكلالة الخ) تفسير الكلالة بما ذكر هو قول والآخر هو عدم الولد وقدمنا هذا في الإقرار.

فصل في حجب النقل إلى فرض

(ص): والأب مع فروض الاستفراق إلى آخر الأبيات الثلاثة.

ذكر في هذا الفصل النقل من التعصيب إلى الفرض، فذكر في البيت الأول أن الأب إذا كان في فريضة يستغرقها ورثتها سواء كانت عادلة كيتيمين وأب وأم أو عائلة كزوج وأم وبنت وأب فإنه ينتقل عما كان عليه من التعصيب ويصير ذا فرض (فله من الفريضة الأولى) السدس واحد وله من الثانية السدس اثنان فتعول الثلاثة عشر لأجل سدس الأب ولو بقي عاصباً لأخذ الواحد الباقي من اثني عشر ولا يحتاج لعول، وكذلك في التي يستغرقها ورثتها وهي التي عتبر عنها بالنقص كأب وبنت من ستة للبنت النصف ثلاثة وللأب السدس بالفرض واحد واثنان بالتعصيب فقد انتقل للفرض أيضاً، والقاعدة أن كل ذكر من الورثة فهو عاصب إلا الزوج والأخ للأُم وإلى هذا أشار بالبيت الأول، ومعنى الإطلاق فيه أن الأب له السدس في فروض الاستغراق والنقص أي في الفريضة العادلة والعائلة والناقصة إلا أنه في العادلة يأخذ السدس من غير زيادة عليه ولا نقص، وفي العائلة يأخذ السدس إلا ما نقصه العول وهو جزء من ثلاثة عشر في المثال المتقدم، وفي الناقصة يأخذ السدس والباقي بالتعصيب والله أعلم وهذا الذي ذكر في الأب كله (يجري في الجدة) كما يصرح به في البيت بعد هذه. ثم ذكر في البيت الثاني أن الأب يرث بالفرض السدس أيضاً مع الولد الذكر واحداً كان أم متعدداً، وكذلك يرث مع الابن السدس فقط بالفرض، ولما كان لفظ الولد يشمل الذكر والأنثى زاد قوله مثلهم أي مثل ولد الصلب في كونهم ذكوراً وسدساً بسكون الدال مفعول يحوي وفاعله ضمير الأب وقد اسم فعل بمعنى حسب. ثم ذكر في البيت الثالث أن الأب مع الأنثى من بنات الصلب أو بنات الابن وهو الذي يعني بالصنفين له السدس أيضاً بالفرض (والباقي يحصله بالتعصيب)، وهذا المعنى تقدم في قوله في البيت الأول: والنقص يحوي السدس، وصرح هنا زيادة على ما تقدم بأن الزائد على السدس يأخذه بالتعصيب. قال في الجواهر: وأما النقل من تعصيب إلى فرض فيختص بالأب والجدة يتقلهما الابن وابنه إلى السدس

وقوله: (فله من الفريضة الأولى الخ) المعروف أن الأب إنما يفرض له السدس مع جنس الأولاد، فإن كانوا ذكوراً فالسدس فقط وإلا فالسدس وما بقي بالتعصيب، ودليل الأول هو قول المختصر: والأب والأم مع ولد وإن سفل، ودليل الثاني قوله: ويرث بفرض وعصوبة الأب ثم الجدة مع بنت وإن سفلت الخ. وإن استغرقت الفريضة سقط لأنه عاصب، والعاصب قال فيه في المختصر: ولعاصب ورث المال أو الباقي بعد الفرض أي ويسقط إن لم يبق له شيء والأب والجدة كلاهما عاصب الخ. انظر هذا عند قول المختصر: والأم الخ. وقوله: (يجري في الجدة الخ) يظهر منه أن الجدة مع ذوي الفروض من غير جنس إناث الأولاد أنه صاحب فرض مع غير جنس الأولاد لا أظن ذلك يصح، انظر الشرح في مسائل الجدة، وما ذكره القلصادي لا يعول هنا، وما ذكره هذا الشارح لا أظن أنه المذهب، نعم المسألة فيها خلاف كما في البستاني، ولكن المشهور هو ما ذكرناه والعلم عند الله تعالى، وظاهر النظم موهم أيضاً خلاف المشهور والعلم عند الله تعالى. وقوله: (والباقي يحصله بالتعصيب الخ) هذا قال فيه في المختصر: ويرث بفرض وعصوبة الأب ثم الجدة مع بنت وإن سفلت كابن عم أخ للأُم.

ولا يرثان مع هذين بالتعصيب، وكذلك أيضاً إن استغرقت السهام المال فإنه يفرض لأيهما كان السدس كزوج وابنتين وأب أو جد. وفي المقرب: وميراث الأب السدس مع الولد ومع ولد الولد وله ما بقي من المال مع غيرهم من الورثة إلا أن يكون الذي بقي أقل من السدس فلا ينقص منه شيء، ولو أن رجلاً توفي وترك ابنتيه وزوجته وأباه لكان للبنتين الثلثان وللزوجة الثمن ويبقى السدس وربع السدس يأخذه الأب ولا يزداد عليه، ولو كان في هذه الفريضة زيادة أم أو جدة لأم لم يبق للأب إلا ربع السدس فهنا يرثون الفريضة ولا ينقص الأب من السدس إلا ما دخل عليه من العول اهـ. ببعض اختصار. وهذه هي المنبرية زوجة وأبوان وابنتان إن قدم الأبوان والبنتان بقيت الزوجة ولها ثلاثة من أربعة وعشرين ثمنها وإن قدمت البنتان والزوجة وأحد الأبوين لم يبق للآخر إلا واحد ربع السدس وهو السدس لا ينقص عن السدس فتعول بثلاثة على كل حال فتبلغ سبعة وعشرين سهماً.

وَالْجَدُّ مِثْلُ الْأَبِ مَعَ مَنْ ذُكِرَا	حَالًا بِحَالٍ فِي الَّذِي تَقَرَّرَا
وَزَادَ بِالثُّلُثِ إِنْ الرَّجْعُ ظَهَرَ	مَعَ صِنْفِ الْإِخْوَةِ وَقَسِمَ كَذَكَرَ
وَالسُّدُسُ إِنْ يَرْجَعُ لَهُ مَتَى صَحِبَ	أَهْلَ الْفُرُوضِ صِنْفَ إِخْوَةٍ يَجِبُ
أَوْ قَسَمَةَ السَّوَاءِ فِي الْبَقِيَّةِ	أَوْ ثُلُثَهَا إِلَّا فِي الْأَكْدَرِيَّةِ
فَالْعَمُولُ لِلأَخْتِ بِهَا قَدْ أَعْمِلَا	وَأَجْمَعُهُمَا وَأَقْسِمَ وَجَدًّا فَضْلًا
وَالْقِسْمُ مَعَ شَقَائِقِ وَمَنْ لِأَبٍ	مَعَالِهِ وَعَدُّ كُلِّهِمْ وَجِبُ
وَحَظُّ مَنْ لِأَبٍ لِأَثِيْقَا	وَخَدَّهُمْ يَكُونُ مُسْتَحِقًّا

ذكر في البيت الأول أن الجد مثل الأب في جميع الأوجه المتقدمة في شرح البيت الأول من الأبيات قبل هذه، وكونه ينتقل عما كان عليه من التعصيب ويصير ذا فرض فيفرض له السدس في الفريضة العادلة والعائلة والناقصة وما يفضل في الناقصة يأخذه بالتعصيب ويفرض له السدس مع الابن أو ابن الابن وليس له سواه، المراد بمن ذكر ذوو الفروض في الفريضة العادلة والعائلة والناقصة والابن وابن الابن. ثم ذكر في بقية الأبيات ثلاث حالات من حالات الجد. الأولى: إذا اجتمع الجد مع الإخوة وكانوا صنفاً واحداً أما شقائق كلهم أو كلهم لأب وإلى هذه الحالة أشار بقوله: وزاد بالثلث البيت. الحالة الثانية: إذا اجتمع الجد والإخوة وذوو الفروض وإليها أشار بقوله: والسدس إن يرجع له إلى قوله وجداً فضلاً، والمراد بالإخوة الجنس فيشمل الواحد والمتعدد والذكر والأنثى. الحالة الثالثة: إذا اجتمع الإخوة الأشقاء والذين للأب مع الجد وإليها أشار بقوله: والقسم مع شقائق ومن لأب، البيتين، وهذه الحالات الثلاث يختص بها الجد عن الأب لأن الإخوة مع الجد يرثون فاحتيج إلى بيان ما يرثون ومع الأب محجوبون به، فلا تتصور

هذه الحالات إلا مع الجد ولذا عبر بالزيادة فقال: وزاد بالثلث الخ أي زاد الجد على الأب بكذا، وهذا كله من النقل عن التعصيب إلى الفرض، قوله: وزاد بالثلث البيت يعني أن الجد إذا اجتمع مع الإخوة وهو صنف واحد أشقاء كلهم أو كلهم لأب فإن له الأفضل مما تخرجه المقاسمة أو الثلث من رأس المال، والمقاسمة أن يقدر أخاً كواحد من الإخوة، ولا فرق في الإخوة بين أن يكونوا ذكوراً أو إناثاً أو مجتمعين، ويعد للذكر برأسين والأنثى برأس، وإذا كان الجد مع أخ واحد فالمقاسمة أفضل له لأنه يأخذ النصف حينئذ، وكذلك تكون المقاسمة أفضل مع أخت واحدة لأن له معها الثلثين، وكذلك مع أختين لأن له معهما النصف، وكذلك مع ثلاثة لأنه يأخذ إذ ذاك ثلاثة أخماس وهي أكثر من الثلث بدليل أن المقام الجامع للثلاث والأخماس خمسة عشر وثلاثة أخماسها تسعة وثلثها خمسة، وكذلك مع أخ وأخت لأن له معهما خمسين وهي أكثر من الثلث لأن خمسي الخمسة عشر ستة وثلثها خمسة كما تقدم، فإن كان مع خمس أخوات فأكثر فالثلث أفضل له لأن له حينئذ سبعين وهي أقل من الثلث بدليل أن المقام الجامع للثلاث والأسباع واحد وعشرون وسبعها ستة وثلثها سبعة، وكذلك إذا كان مع ثلاث إخوة ذكور له الربع فالثلث أفضل له، وكذلك إن كان مع أخ وثلاث أخوات لأن له سبعين أيضاً فالثلث أفضل فإن مع أخوين أو أربع أخوات استوت المقاسمة والثلث.

قال الشارح: (فإن كان معه ثلاث أخوات) فأقل أو أخ واحد فالمقاسمة أفضل، وإن كن خمس أخوات أو ثلاث إخوة فأكثر فالثلث أفضل له، وإن كن أربع أخوات أو أخوين فتستوي المقاسمة والثلث، فقوله وزاد بالثلث أن الرجح ظهر معناه الجد مع الإخوة يأخذ الثلث إن ظهر كونه أرجح من المقاسمة كالأمثلة الأخيرة. وقوله وقسم عطف على بالثلث أي وزاد الجد أيضاً بالقسم مع الإخوة ويكون كذكر منهم يعني إن

وقوله: (فإن كان معه ثلاث أخوات الخ) حاصل الضابط في هذا إن كان الجد مع أكثر من أخوين أو عدلها من النساء أربع فالثلث أفضل، وإن كان مع أقل من ذكرين فالمقاسمة أفضل، ومع ذكرين يخير في الثلث والمقاسمة، وأما وجوده مع الإخوة ذوي الفروض فالكلام فيما بقي بعد أخذ ذوي الفروض فروضهم، فالباقي يكون الجد فيه مع الإخوة كما لو يكن أهل فرض أصلاً ما لم تكن المقاسمة فيما بقي، أو ثلث الباقي ينقصه عن السدس فيكون له السدس حينئذ فيأخذه وينصرف. فقول المختصر: وله مع الإخوة والأخوات الأشقاء أو لأب الخير من الثلث أو المقاسمة وعاد الشقيق بغيره ثم رجح كالشقيقة بما لها لو لم يكن جد وله مع ذي فرض معهما السدس أو ثلث الباقي أو المقاسمة. فقوله السدس أي من رأس المال بدليل قوله بعيده أو ثلث الباقي الخ. وعطف هذه الأمور بأو إشارة إلى تخيير الجد فيها مع تقدم قوله الخير من الثلث أو المقاسمة بعيده أو ثلث الباقي أي مقاسمته ما بقي، وكأن الألف واللام خلف عن الضمير وكأنه قال أو مقاسمته أي مقاسمة الجد للأخوة فيه أي في ثلث الباقي، هذا تحقيق هذا المحل إن شاء الله تعالى، وقف على الشرح في تحقيق مسائل الجد مع الإخوة ومسائل المعادة وأن صاحب المختصر وضعها في محلها خلافاً لمن رد عليه في ذلك. واعلم بأن القول أن الجد يحجب الإخوة غاية وربما يرجحه المصنف على مخالفة، قف على كلام الناس في ذلك في الشرح.

ظهر الرجحان في القسم على الثلث أيضاً كالأمثلة الأولى فالواو في قوله وقسم بمعنى أو، وقوله والسدس أن يرجح له الأبيات الثلاثة يعين إذا اجتمع في الفريضة الجد والإخوة وذو الفرائض فإن للجد الأفضل من أحد ثلاثة أوجه: إما السدس من رأس المال، أو مقاسمة الإخوة في الباقي بعد ذوي الفروض، أو ثلث ما بقي بعد ذوي الفروض أيضاً، فمثال أفضلية السدس زوج وأم وجد وأخوان المسألة من ستة أخذ السدس أخذ واحداً كاملاً وإن قاسم في الباقي أخذ ثلثي الواحد لأن الزوج يأخذ ثلاثة والأم واحداً يبقى اثنان للجد والأخوين اثنان على ثلاثة ثلثان، وكذلك إن أخذ ثلث ما بقي وإلى هذا الوجه أشار بقوله:

والسدس إن يرجح له متى صحب أهل الفروض صنف إخوة يجب

فالسدس بسكون الدال مبتدأ وجملة يجب خبره وفاعل يجب ضمير السدس وكذا فاعل يرجح وله يتعلق بيرجح وأهل مفعول صحب وصنف فاعله وضمير له للجد وإن يرجح شرط في وجوب السدس أي يجب السدس للجد، إن كان أرجح له وأفضل من المقاسمة وثلث الباقي وذلك حيث يجتمع في الفريضة صنف الإخوة وأهل الفروض، ومثال أفضلية المقاسمة في الباقي بعد ذوي الفروض زوجة وجد وأخ المسألة من اثني عشر لأجل الربع والسدس إن أخذ السدس أخذ اثنين وإن قاسم أخذ ثلاثة ونصفاً لأن للزوجة الربع ثلاثة وللجدة السدس اثنان ويبقى سبعة على اثنين للجد نصفها، ولو أخذ ثلث ما بقي لأخذ اثنين وثلثاً، ومثال أفضلية ثلث ما بقي زوجة وجد وثلث إخوة المسألة من اثني عشر أيضاً فالسدس اثنان وله في المقاسمة اثنان وربع لأن للزوجة ثلاثة تبقى تسعة على أربعة وإن أخذ ثلث الباقي أخذ ثلاثة وهي أفضل له من السدس والمقاسمة، وإلى هذين الوجهين أشار الناظم بقوله: أو قسمة السواء في البقية أو ثلثها وضمير ثلثها للبقية وقد تستوي الأوجه الثلاثة كزوج وجد وأخوين المسألة من ستة إن أخذ السدس كان له واحد كذلك إن قاسم، وكذلك إن أخذ ثلث الباقي وإلى هذه الوجوه أشار التلمساني بقوله:

وإن يكونوا مع ذوي السهمان
كان له الأفضل من ثلاث
أو ثلث ما تبقى المواريث لهم
مبدأ وإن يشأ فاسمهم

فقوله: وإن يكونوا أي الإخوة والجد إلا أنه لم يمثل لذلك كغالب عاداته وقد كنت قلت في ذلك:

فسدس كزوجة مع ابنتين
وقسمة كالجد والأخ اسمع
والثلث كالأم وجد حقيقي
ثم التساوي في الوجود قد ورد
والأخ والجد فحسب دون مين
وجدة فحققن ذاك وعي
مع خمس إخوة وما غير بقي
كأخوين مع زوج ثم جد

قوله: (إلا في الأكدرية) لما ذكر أن الجد إذا اجتمع مع الإخوة وذوي السهام كان له الأفضل من أحد ثلاثة أوجه وكانت الفريضة المعروفة بالأكدرية وتعرف أيضاً بالغراء اجتمع فيها من ذكر وليس حكمها كما في غيرها من كون الجد مع الأخت كأخ بل يفرض له السدس ولها النصف ثم يقاسمها فهي من الشواذ الخارجة عن القياس (تحفظ ولا يقاس عليها) فلذلك أخرجها من نظائرها بالاستثناء وهي امرأة تركت زوجاً وهدماً وأختاً شقيقة أو لأب أصلها من ستة النصف الزوج والأخت وثلث الأم فللزوج النصف ثلاثة وللأم الثلث اثنان وللجد السدس واحد فما فرغ المال أعيل للأخت بفرضها وهو النصف فتبلغ تسعاً ثم يضم سهم الأخت وهو ثلاثة إلى سهم الجد وهو واحد يقسم المجموع بينهما للذكر مثل حظ الأثنيين، وقسم أربعة على ثلاثة منكسر مابين اضرب عدد الرؤوس عليهم وهي ثلاثة في المسألة بعولها تبلغ سبعمائة وعشرين سهماً. ونحوه في الرسالة، ثم يقال له شيء في أصل المسألة أخذه مضروباً في مثل ما ضربت فيه المسألة فكان للزوج ثلاثة من تسعة يضربها في ثلاثة بتسعة وكان للأم اثنان تضرب في ثلاثة بستة وكان للأخت والجد معاً أربعة تضرب في ثلاثة باثني عشر للأخت أربعة وللجد ثمانية، وإلى بيان حكمها أشار بقوله: فالعول للأخت البيت وباء بها ظرفية وضمير الثنية في أجمعها لسهم الأخت لتقدم ذكرها لسهم الجد كما يفهم من قوله وهدماً أفضلًا وقد تقدم بيان ذلك، وقد اتفق في هذه الفريضة أن الأول أخذ الثلث وهو الزوج والثاني أخذ ثلث ما بقي وهو الأم والثالث أخذ ثلث ما بقي وهو الأخت والرابع أخذ الباقي وهو الجد، وقد يلغز بها فيقال فريضة أخذ الورثة منها ثلثها والآخر ثلث الباقي والآخر ثلث الباقي والآخر ما بقي، ولو كان مكان الأخت أخ ذكر لم يكن له شيء لأنه عاصب وقد فرغ المال وفي ذلك يقول بعض الأذكياء ملغزاً في كون الأثني ترث دون الذكر:

يا أهل بيت ثوى بالأمس ميتهم	فأصبحوا يقسمون المال والحللا
فقالتم امرأة من غيرهم لهمو	إنني أسمعكم أعجوبة مثلا
في البطن مني جنين دام رشدكم	فأخروا القسم حتى يظهر الجلا
فإن ألد ذكراً لم يعط خردلة	وإن ألد غيره أنشى فقد فضلا
بالثلث حقاً يقيناً ليس ينكره	من كان يعلم قول الله إذ نزلا

قال مقيد هذا الشرح جمع الله له: وقد كنت لفتت أبياتاً في جواب السؤال المذكور فقلت في ذلك:

ألغزت فاحفظ هداك الله في امرأة	قد خلفت زوجها والجد حيث تلا
وأما حامل فإن تلد ذكراً	فعاصب غيره استوفى الذي حصلا

وقوله: (إلا في الأكدرية إلى قوله: تحفظ ولا يقاس عليها) هذا قاله غير هذا الشارح، والتحقيق أن المسألة جارية على القياس، وقد بينا ذلك في الشرح وذكرنا الجواب عما استشكله الناس في المسألة فانظره إن شئت أو اكتف بالتقليد.

وإن يك امرأة بالنصف عيل لها لكونها ذات فرض فافهم العللا
 إلا أن قول السائل في البيت الأخير بالثلث صوابه بالنصف كما قلنا نحن في البيت
 الأخير، لأن الاصطلاح أن العول ينسب للمسألة والمسألة من ستة عالت لتسعة فقد عالت
 بمثل نصفها، والذي ينسب للمجموع أعني للمسألة بعولها إنما هو النقص فيقال في هذه
 النقص لكل وارث ثلث ما بيده والله أعلم. تنبيه: قال في المقرب: فإن تركت أمأ وزوجاً
 وأختين وجدأ فليست هذه غراء لأن الأم إذا أخذت السدس وأخذ الزوج النصف وأخذ
 الجد السدس فيبقى السدس فيكون للأختين ولا يرربي لهما شيء وهو قول مالك. قال
 محمد: إنما سميت غراء لأن الأخت لا يرربي لها مع الجد في شيء من الفرائض سواها،
 وتسمى أيضاً الأكدرية لأن عبد الملك بن مروان ألقاها على رجل يقال له أكر كان ينظر
 في الفرائض فأخطأ فيها فسمها الأكدرية. وقوله والقسم مع شقائق ومن لأب البيتين تقدم
 أن الحالة الثالثة أن يجتمع الجد والإخوة الأشقاء والذين للأب فأخبر أن القسم يكون مع
 الشقائق والذين للأب معاً بحيث يعد جميعهم على الجد ثم يأخذ الأشقاء ما يجب للذين
 للأب فإذا كان جد وأخ شقيق وأخ لأب فإن الشقيق يعد على الجد أخاه للأب ويستوي
 في هذا الوجه الثلث والمقاسمة ثم يأخذ الشقيق نصيب الذي للأب لأنه يحجبه، وقد
 نوعوا مسائل المعادة لثلاث عشرة صورة تسع منها لا يبقى فيها شيء للذين للأب وأربع
 منها يبقى فيها للذين للأب، (والضابط في ذلك) أنه مهما كان في الشقاق ذكر فلا يبقى
 شيء للذين للأب، وكذلك إن كان في الشقائق اثنان فأكثر لأن الجد لا ينقص عن الثلث
 والثلثان للشقيقتين فلا يفضل شيء للذين للأب، فإن لم يكن في الشقائق ذكر ولا اثنان
 من الإناث فإنه يبقى للذين للأب، وذلك كجد وأخت شقيقة وأخ للأب فالمسألة من
 خمسة يأخذ الجد اثنين والأخ للأب كذلك وواحد للأخت الشقيقة ثم ترجع الشقيقة على
 الذي للأب بكمال فرضها وهو النصف ولا نصف للخمسة وهي تباين مقام النصف
 فتضرب الخمسة في اثنين مقام النصف بعشرة للجد اثنان في اثنين بأربعة للأخت خمسة
 يبقى للأخ للأب عشر واحد من عشرة، وكذلك إن كان مكان الأخ للأب أختان لأب
 العمل كالتالي قبلها يفضل واحد للأختين للأب وواحد على اثنين منكسر مباين فتضرب
 العشرة في اثنين بعشرين للجد ثمانية وللشقيقة عشرة واللتين للأب اثنان، وكذلك جد
 وأخت شقيقة وأخ وأخت لأب المسألة من ستة ثم ترجع الشقيقة على اللذين للأب فتأخذ
 منهما اثنين لكمال نصفها يبقى لهما واحد على ثلاثة منكسر مباين فتضرب ثلاثة في ستة
 بثمانية عشر للجد اثنان تضرب في ثلاثة بستة ولشقيقة ثلاثة في مثلها بتسعة وللذين للأب
 واحد في ثلاثة بثلاثة اثنان للأخ وواحد للأخت، وكذلك جد وأخت شقيقة وثلاث أخوات
 لأب من ستة وتصح من ثمانية عشر للجد ست وللشقيقة تسعة وللاتي للأب ثلاثة على
 عدتهن وما عدا هذه الأربع لا يبقى للذين للأب شيء وذلك كجد وأخ شقيق وأختين لأب

وقوله: (والضابط في ذلك الخ) والضابط أنه لا يفضل شيء إلا في ست مسائل: اثنان إذا
 خرج من المال السدس وأربع إذا لم يخرج من المال شيء، انظر بيان ذلك في الشرح.

لأن الشقيق يحجب الذين للأب أو جد وأختين شقيقتين وأخت لأب لأن فرض الشقيقتين الثلثان والجد لا ينقص عن الثلث فلم يفضل شيء للذين للأب والله أعلم وعلى هاتين صورتين وما أشبههما مما لا يبقى فيه شيء للذين للأب يحمل قوله:

وحظ من لأب للأشقا وحدهم يكون مستحقا

ولما كان هو الكثير أطلق في كون حظ الذين للأب للأشقاء وحدهم. قال مقيد هذا الشرح سمح الله له بفضل: وقد كنت قلت في أوجه المعادة وضابط ما يبقى فيه للذين للأب والذي لا يبقى:

وفي المعادة وجوه بلغت	ثلاث عشر وحصرها ثبت
إن وجد الشقيق أو ثنتان	وكذا فمن لأب في حرمان
لكونه يحجب من ينمى لأب	والجد لا ينقص عن ثلث وجب
والثلثان للشقيقتين	فينتفي الفضل بدون مين
وَالْأَخْتُ مِنْ أَبٍ وَإِنْ تَعَدَّدَتْ	مَعَ شَقِيْقَةٍ بِسُدْسٍ أُفْرِدَتْ
تَكْمِلَةُ الثَّلَاثِينَ وَالْحُكْمُ كَذَا	مَعَ بِنْتِ صُلْبٍ لِابْنَةِ ابْنٍ يُخْتَدَا

يعني أنه إذا كانت أخت شقيقة وأخت لأب فإن للشقيقة النصف وللتى للأب السدس تكملة الثلثين كانت التي لأب واحدة أو متعددة ولذلك قال: وإن تعددت فإن اتحدت أخذته وحدها، وإن تعددت اقتسمن ذلك السدس على عددهن، وكذا الحكم إذا اجتمعت بنت الصلب وبنت الابن فلبنت الصلب النصف ولبنت الابن السدس تكملة الثلثين كانت بنت الابن واحدة أو متعددة كما تقدم في الأخت للأب، يفهم ذلك من تشبيه المسألة الثانية بالأولى (وهذا ما لم يكن) مع الأخت التي للأب أخ لأب، فإن النصف الفاضل عن الشقيقة يكون للذين للأب للذكر مثل حظ الأنثيين، وكذلك إذا كان مع بنت الابن أخ لها أو ابن عمها فإن النصف الفاضل عن بنت الصلب لأولاد الابن الذكر مثل حظ الأنثيين وهذا كله ظاهر والله أعلم (تنبيه) فائدة قولهم تكملة الثلثين التنبيه على أن النصف والسدس فرض واحد وليس كل واحد فرضاً مستقلاً، وتظهر فائدة ذلك فيما إذا باعت صاحبة النصف واجبها من أصل فإن صاحبة النصف مقدمة في الشفعة على غيرها من الورثة وكذا إذا باعت صاحبة السدس، فصاحبة النصف مقدمة في الشفعة أيضاً لأن الضابط في باب الشفعة أو الشريك المشار في السهم الواحد مقدم على غيره، وكذا إحدى

(ص): والأخت من أب وإن تعددت، البيتين. وقوله: (وهذا ما لم يكن الخ) هذا قول المختصر وللثانية مع الأولى السدس وإن كثرت وحجبها ابن فوقها وبتنان فوقها إلا لابن في درجتها مطلقاً أو أسفل فمعصب وأخت لأب فأكثر مع الشقيقة فأكثر كذلك إلا أنه إنما يعصب الأخ لا من فوقه. وقوله: (تنبيه الخ) هذا هو قول المختصر في الشفعة ما نصه: وقدم شاركه في السهم وإن كأخت لأب أخذت سدساً الخ والمسألة خلافية والراجع هذا، وقيل السدس فرض مستقل، وتقدم كلام في هذا في الفذلكة المتقدمة.

البتين مع الأخرى وإحدى الزوجتين وما أشبه.

وَالزَّوْجُ مِنْ نِصْفِ لِرُبْعٍ انْتَقَلَ مَعَ وَلَدٍ أَوْ وَلَدِ ابْنِ هَبٍ سَقَلَ
وَيَنْقُلُ الزَّوْجَةَ مِنْ رُبْعٍ إِلَى ثَمَنِ صَحِيحٍ نِسْبَةً مِنْ هَوْلَا

هذا والذي قبله يليه من النقل من فرض لفرض دونه، يعني أن الزوج يحجبه ولد الزوجة من النصف إلى الربع، يعني سواء كان الولد منه أو من غيره، ذكراً كان أو أنثى، واحداً أو متعدداً، كان ولد صلب أو ولد ابن ولذلك قال: هب سقل من زوج أو زنا أو لعان، وكذلك الزوجة يحجبها ولد الزوج أو ولد ولده اللاحق به شرعاً (كيف كان كما تقدم من الربع إلى الثمن) وعلى التنبيه على اشتراط كون الولد لاحقاً بأبيه أشار بقوله صحيح نسبة وهو من إضافة الصفة للموصوف وأخرج به ولد الزنا والمنفي بلعان، والحاصل أو ولد الزوجة يحجب للربع ولو كان زناً، وولد الزوج ولا يحجب المرأة للثمن إلا إن لحق به شرعاً، وهذا كله ظاهر معلوم والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد فلکم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين﴾ [النساء: ١٢] ولا فرق في ميراث الزوجين بين المدخول بها وغيرها.

وَالْأُمُّ مِنْ ثُلُثٍ لِسُدْسٍ تُفْرَدُ بِهِمْ وَبِالإِخْوَةِ إِنْ تَعَدَّدُوا
وَعَبْرُ مَنْ يَرِثُ لَيْسَ يَحْجُبُ إِلَّا أَوْلَاءَ حَجَبُوا إِذْ حَجَبُوا
وَتِلْكَ مَا يَبْقَى عَنِ الزَّوْجَيْنِ تَأْخُذُ مَعَ أَبِي بَقْرًا وَابْنِ

(ص): والزوج من نصف لربع انتقل: إلى آخر البيتين. وقوله: (كيف كان كما تقدم من الربع إلى الثمن الخ) من جملة ما يدخل في قول هذا الشارح كيف كان الولد الكافر أو العبد وليس كذلك، وغاية ما قال في المختصر بفرع لاحق ولكن بشرط أن يكون وارثاً، وأما إن قام من الإرث كرق فإنه لا يحجب لأن من لا يرث بحال لا يحجب وارثاً.

تنكيث: قال الحطاب ما نصه: قوله والربع الزوج بفرع لا بد من تقييده بكونه وارثاً فلو كان الفرع غير وارث إما لمانع به كالرق والقتل أو لكونه من ولد البنات لم يحجب الزوج إلى الربع الخ. وهذا منه رحمه الله تعالى لا ينبغي وإن توبع عليه وهو اعتراض ضعيف، لأن الفرع اللاحق الأصل عدم قيام المانع به لأن الأصل عدم المانع وإلا لزم أن يقيد حينئذ كلام خليل كله في مختصره كقوله وحجبتها ابن فوقها أو بنتان فوقها الخ. بأن هذا الابن لم يقم به مانع، وكذا قوله وأخت لأب الخ. وأما ولد البنت فهو غير وارث لأن صاحب المختصر لم يذكره مع ذوي الفروض ولا مع العصبية، وهذا يؤدي إلى إبطال كلام خليل، أعني الاعتراض عليه بأمثال هذا، فقول الحطاب لا بد الخ. فهمنا منه شبه اعتراض على المختصر ولا اعتراض عليه، نعم لو كانت المسألة خلافية لحسن تخصيصها بالقيود مع أن قيام المانع يستوي في جميع ما أشرنا إليه فافهم.

(ص): والأم من ثلث لسدس تفرد، إلى آخر الأبيات الثلاثة.

تقدم أن فرض الأم الثلث وأخبر هنا في البيت الأول أنها تحجب من الثلث إلى السدس بالولد يعني وابنه وإن سفل اتحد أو تعدد ولذلك أطلق في الولد وجمعه باعتبار مصدوق الجنسين، وكذلك تحجب إلى السدس (بالإخوة إذا تعددوا) فقوله إن تعددوا راجع للإخوة فقط، والمراد أن يكونوا اثنين فأكثر سواء ورثوا أو حجبوا. ثم أخبر في البيت الثاني بقاعدة من قواعد باب الفرائض وهي أن من لا يرث لا يحجب، واستثنى من ذلك الإخوة فإنهم يحجبون أهمهم حجب نقص من الثلث إلى السدس وإن كانوا محجوبين بالأب أو بالولد حجب إسقاط. قال في المعونة: ولا يحجب إلا من يرث فلا يحجب عبد ولا كافر ولا يحجب غير الوارث إلا في موضع واحد وهو الإخوة مع الأبوين يحجبون الأم من الثلث إلى السدس ولا يرثون مع الأب شيئاً أه. وأما من لا يرث في حال من الأحوال كالعبد والكافر فإنه لا يحجب رأساً لا حجب نقص ولا حجب إسقاط ولا يستثنى منه شيء. فقوله إلا أولاء يعني الإخوة لتقدم ذكرهم قريباً حجبا الأم حجب نقص وحجبوا بالبناء للنائب. ثم أخبر في البيت الثالث أم الأم تأخذ في الفريضة المعروفتين بالفرأوين ثلث ما بقي بعد صاحب الفرض لا الثلث من رأس المال وهما زوجة وأبوان، المسألة من أربعة الربع للزوجة (وللأم ثلث ما بقي) وهو واحد واثنان للأب والأخرى زوج وأبوان من اثنين للزوج واحد يبقى واحد على ثلاثة منكسر مباين تضرب عدة الرؤوس المنكسر عليهم في اثنين أصل المسألة ستة للزوج النصف ثلاثة وللأم ثلث الباقي واحد وللأب اثنان، فالأم أخذت فيهما ثلث الباقي وهو في الأولى ربع وفي الثانية سدس، والحاصل أن الأم لها الثلث كاملاً من رأس المال إلا في ثلاثة أحوال الأولى: إذا

وقوله: (بالإخوة إذا تعددوا الخ) هذا قيل في المختصر والثلث والأم وولداها فأكثر وحجبا للسدس ولد وإن سفل، وأخوان وأختان مطلقاً ولها ثلث الباقي في زوج وأبوين أو زوجة وأبوين، وتفسير الإطلاق في المختصر هو لا فرق في جنس الأخوين بين أن يكونوا أشقاء أو لأب أو مختلفتين أو لأم أو أحدهما كذا والآخر كذا من غير فرق حجبوا أم لا، ذكوراً كانوا أو إناثاً، أو مختلفتين أو خشيئين سالمين أو مختلفين حتى ولدت ولدين ملتصقين لحجباها للسدس، وإنما قال واخوان رداً على من لا يحجب للسدس إلا ثلاثة فأكثر، وقال أختان أيضاً رداً على من قال لا يحجبها إلا الذكور، فلهذا در المصنف في هذا الاختصار الجامع للمسائل الغزار، بل ربما يشمل كلامه مسألة المجوسي قال في توضيحه على قول ابن الحاجب أو أخوان أو أختان مطلقاً، كانوا أشقاء أو لأب أو مختلفين حتى قال في العتبية في مجوسي تزوج ابنته فولد له منها ولدان فأسلمت الأم والولدان ثم مات أحد الولدين أن للأم السدس لأن الميت ترك أمه وهي أخته وترك أخاه فتحجب الأم نفسها بنفسها من الثلث إلى السدس أه. بلفظه. ونقله الشارح وسلمه بل مر عليه في شامله وبحث فيه السياقي بقوله هذا إنما يأتي عند من يورث بالجهتين، وأما على المذهب فالتوريث بأقواهما الخ. وتبعه على ذلك الأجهوري ولكن انظره عند قول المختصر في الشرح: وورث ذو فرضين بالأقوى. وقوله: (وللأم ثلث ما بقي الخ) ثلث ما بقي واحد من ستة، واختلف هل هذا الواحد الذي هو ثلث ما بقي أخذته بالفرض أو الأب عصبها، انظر الشرح مع أن الذي تظهر قوته أنه فرض لها، وعلى هذا فلها ثلاثة فروض: الثلث والسدس وثلث ما بقي.

وجد الولد أو تعددت الإخوة فليس لها إلا السدس. الثانية: في الغراوين إنما لها ثلث الباقي وهو ربع أو سدس كما تقدم. الثالثة: إذا عالت المسألة فإنها ينقص لها من الثلث أو السدس على قدر ما ينقص لغيرها.

فصل في ذكر حجب النقل للتعصيب

لِلابْنِ شَرْعاً حَظٌّ بِبَنَاتَيْنِ اذْفَعُ مِنْ مَالٍ أَوْ بَاقِيهِ فِي التَّنَوُّعِ
وَوَلَدُ ابْنٍ مِثْلُهُمْ فِي الْحُكْمِ وَإِخْوَةٌ كَذَا لِغَيْرِ الْأُمِّ

تقدم أن البنت وبنت الابن والأخت شقيقة أو لأب كلهن من ذوات الفروض، وذكر هنا أنهن (قد يصرن عاصبات) فيكون لهن نصف ما يجب لمن عصبهن وعلى ذلك نبه بقوله: للابن شرعاً حظ بنتين ادفع. فالبنت يعصبها أخوها كان شقيقاً أو لأب، وبنت الابن يعصبها من في درجتها وهو أخوها وابن عمها ومن هو أنزل منها كابن أخيها أو حفيد عمها، والأخت الشقيقة يعصبها أخوها الشقيق وكذا التي للأب يعصبها أخوها المساوي لها، وأما الأخت للأم فلا يعصبها أخوها ولذلك قال لغير الأم، ولا فرق في التعصيب المذكور بين أن يكون في جميع المال وذلك حيث لم يكن هناك ذو فرض كأولاد وحدهم والإخوة كذلك، وبين أن يكون في بعضه فقط حيث يتقدم ذو الفرض كالزوجة والأم فإن التعصيب المذكور يكون في الباقي بعد فرض الزوجة والأم وعلى ذلك نبه بقوله: من مال أو باقيه في التنوع فالمراد بالتنوع في الورثة بحيث يكون فيهم ذو فرض وعصبة.

وَالْأَخْتُ لَا لِلْأُمِّ كَيْفَ تَأْتِي مِنْ شَأْنِهَا التَّعْصِيبُ مَعَ بَنَاتٍ
كَذَا يُعْصَبْنَ بَنَاتِ ابْنِ وَالْعَوْلُ فِي الصَّنْفَيْنِ عَنْهُ اسْتُغْنِي
أخبر أن الأخت الشقيقة التي للأب ولذلك قال لا للأم كيف تأتي فأخرج التي للأم

فصل في ذكر حجب النقل للتعصيب

(ص): للابن شرعاً حظ بنتين ادفع، إلى آخر البيتين. قوله: (قد يصرن عاصبات) ثلاثة أقسام: عاصب بنفسه وهو كل ذكر لا يدخل في نسبه إلى الميت أثنى. وعاصب بغيره وهو البنت وبنت الابن والأخت الشقيقة والتي للأب إذا عصب كلاً أخوها مثلاً كثرن أم لا، وعاصب مع غيره وهي الأخت فأكثر شقيقة أو لأب مع البنت أو بنت الابن، ومعناه أن تعصبيه مع غيره عاصب الخ، وقد ذكرنا في الشرح على قول المختصر، والجد والأوليان الأخریین أن الأخوات عاصبات للبنات أو كالعاصبات لأن البنات يعصبن الأخوات كما ظاهر المختصر، ووجه من قال كالعاصبات أن العاصب من يستقل بأخذ المال، ولكن الظاهر من كلام الناس أنهن عاصبات حقيقة، انظر الشرح وانظر عند قوله ولعاصب الخ.

(ص): والأخت لا للأم كيف تأتي، إلى آخر البيتين.

وعمم في غيرها (من شأنها أن تكون مع البنت عاصبة) ترث ما فضل لها ولا يفرض لها معها كانت البنت واحدة أو متعددة والأخت كذلك، وكذلك شأن البنات أن يعصبن بنات الابن فإن كانت ابنة وأخت شقيقة أو لأب فلبنت النصف بالفرض وللأخت الباقي بالتعصيب، وإن كانت ابنتان فأكثر فلهن الثلثان وللأخت ما بقي، ولا يفرض للأخت الواحدة النصف ولا للثنتين فأكثر الثلثان فتعول المسألة بل ليس لها إلا ما بقي ولذلك قال: والعول في الصنفين عنه استغني، وكذلك البنت مع بنت الابن أو بناته للبنت النصف ولبنت الابن أو بناته السدس تكلمة الثلثين ولا يعال لبنت الابن أو بناته ولذلك قال: والعول في الصنفين عنه استغني والمراد بالصنفين الأخوات وبنات الابن.

وَبِنْتُ الْإِبْنِ إِنْ تَكُنْ قَدْ حُجِبَتْ بِابْنِ مُسَاوٍ أَوْ أَحْطَ عَصَبَتْ

يعني أن بنت الابن إذا حجبت ببنتي الصلب لاستيفائهن للثلثين فإنها تصير عاصبة بابن مساو لها أخيها أو ابن عم أو أحط منها كابن أخيها وحفيد عمها فترث الثلث الباقي معه للذكر مثل حظ الأنثيين، فقوله بابن يتعلق بعصبة لا بحجبت. (قال في الرسالة) فإن كانت للبنات اثنتين لم يكن لبنات الابن شيء إلا أن يكون معهن أخ فيكون ما بقي بينهما وبينه للذكر مثل حظ الأنثيين، وكذلك إن كان ذلك الذكر تحتهن كان ذلك بينه وبينهن كذلك.

وَبِأَخٍ لَا بِإِبْنِهِ أَخَوَاتُ الْأَبِ تَعَصِبُهُنَّ مَعَ شَقِيْقَةٍ وَجِبْ

وقوله: (من شأنها أن تكون مع البنت عاصبة الخ) هذا صحيح كما رأيته قريباً، ويدل له قول من نظم في الميراث: والأخوات قد يصرن عاصبات إن كان للميت بنت أو بنات، وأما كون بنت الابن تعصبها البنت كما عبر هذا الشارح تبعاً للتحفة فليس كذلك بل بنت الابن لها السدس فرضاً مع البنت وهو قول المختصر، وللثانية مع الأولى السدس أي تكلمة للثلثين بل هو فرض مستقل وهو من جملة الثلثين كما تقدم الكلام فيه وبسطناه عند قول المختصر في كتاب الشفعة وقدم مشاركته في السهم الخ. قال الحوفي عاداً لأصحاب السدس ما نصه: وللواحدة فصاعداً من بنات الابن مع البنت الواحدة تكلمة للثلثين الخ وهذا منه بلفظه، وهذا أمر يكاد أن يكون ضرورياً عند الفرضيين، والدليل على أن السدس تكلمة للثلثين سقوط هذا السدس مع بنتين لأنهما يستكملانه ولا تسقط الأخت مع البنتين لأن ما تأخذه ليس تكلمة للثلثين، ولو كان تكلمة لسقطت لأن النساء لا يزدن على الثلثين باعتبار ما هو فرض فافهم.

(ص): وبنت الابن إن تكن قد حجبت، البيت. وقوله: (قال في الرسالة الخ) هذا قال فيه في المختصر: وحجبتها ابن فوقها أو بنتان فوقها إلا لابن في درجتها مطلقاً أو أسفل فعصب وأخت لأب فأكثر مع الشقيقة فأكثر كذلك إلا أنه إنما يعصب الأخ أخته لا من فوقه، وهي عبارة جامعة بينة ناصعة، وبنت الابن هنا مع أخيها مثلاً عاصبة بغيرها أي بسبب غيرها أو عصبتها غيرها أي جعلها ترث بالتعصيب بعد أن كانت ترث بالفرض أي من شأنها ترث بالفرض.

(ص): وبأخ لا بابنه أخوات الأب البيت هذا مضمون قول المختصر وأخت الخ رأيته قريباً.

يعني أن الأخت للأب مع الشقيقة إنما يعصبها أخوها لا ابن أخيها، فإذا كانت أخت شقيقة وأخت لأب فللشقيقة النصف وللتى للأب السدس تكملة الثلثين وما بقي للعاصب، فإذا كان مع التي للأب أخ فإنه يعصبها. ويكون النصف الباقي بين الأخ والأخت للأب للذكر مثل حظ الأنثيين، وكذلك ولو كانت أختان شقيقتان وأخت لأب فلا شيء للتي للأب إلا أن يكون معهن أخ فيأخذون الثلث الباقي للذكر مثل حظ الأنثيين. (قال في الرسالة): فإن كانت أخت شقيقة وأخت أو أخوات لأب فالنصف للشقيقة ولمن بقي من الأخوات للأب السدس، ولو كانتا شقيقتين لم يكن للأخوات للأب شيء إلا أن يكون معهن ذكر فيأخذون ما بقي للذكر مثل حظ الأنثيين اهـ. وقوله في الرسالة: إلا أن يكون معهن ذكر يرجع إلى مسألة اتحاد الشقيقة وتعددها فيعصبها أخوها في الوجهين ولا يعصبها ابن أخيها كذلك أيضاً أعني اتحدت الشقيقة أو تعددت وعلى ذلك نبه بقوله: وبأخ لا بابنه، فإذا كانت أخت شقيقة وأخت لأب وابن أخ لأب فللتى للأب السدس ولابن الأخ الثلث الباقي، وإن كانت شقيقتان وأخت لأب وابن أخ لأب فللشقيقتين الثلثان والباقي لابن الأخ للأب ولا شيء للأخت للأب لأنه لا يعصبها ابن أخيها بل أخوها فقط، وانظر قوله إخوة الأب فإن الأولى أن يقول أخت لأب بالإنثى، وأما إخوة فجمع أخ والتعصيب إنما هو للأخت والأخوات لا للإخوة الذكور. قال الشارح: ولو قال:

وبأخ لا بابنة أخت لأب تعصبها مع شقيقة وجب
لسقط عنها الاعتراض حيث أطلق الإخوة على الأخوات.

فصل في ذكر موانع الميراث

وَأَنَّ هُمَا بَعْدَ الْمَمَاتِ ارْتَفَعَا	وَالْكَفْرُ وَالرِّقُّ لِإِزْتِ مَنَعَا
وَمُطْلَقاً يَمْنَعُ قَتْلُ الْعَمْدِ	وَمِثْلُ ذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الْمَرْتَدِّ
وَحَالَةُ الشُّكِّ بَمَنْعِ مُفْنِيَةِ	وَأَنَّ يَكُنْ عَنِ خَطْبِ مَنْ دِينِهِ

فصل في ذكر موانع الميراث

(ص): الكفر والرق لإرث منعا، إلى آخر الأبيات الثلاثة. هذه الموانع لم يستكملها الناظم ولا هذا الشارح وقد قال فيها في المختصر: ولا يرث ملاعن وملاعنة وتوأماها شقيقان ولا رقيق، ولسيد المعتمد بعضه جميع إرثه، ولا يرث المكاتب ولا قاتل عمداً وعدواناً، وإن أتى بشبهة كمخطيء من الدية، ولا مخالف في دين كمسلم مع مرقد أو غيره، وكيهودي مع نصراني وسواهما ملة، وحكم بين الكفار بحكم المسلمين إن لم يأت بعضهم إلا أن يسلم بعضهم، فكذلك إن لم يكونوا كتابيين وإلا فبحكم ولا من جهل تأخر موته اهـ. فقوله: ولا يرث ملاعن أي لا ترث الملاعنة مدة كونها في العدة، وأما بعدها فهي وغيرها سواء في عدم الإرث، وكذا قوله ملاعنة لا ترثه مطلقاً، وقطع الميراث إنما يكون بتمام التعانها معاً إذ به يقع التحريم المؤبد وترث ولدها ويرثها أي الملاعن فيه لأن ولادتها محققة، ولا يرث الأب الملاعن ولا يرثه، وتقدم قول المختصر

يعني أن الكفر والرق يمنعان من الميراث، فإذا مات إنسان حر مسلم وله قريب كافر أو رقيق فإنه لا يرثه سواء استمر الكافر على كفره والرقيق على رقه أو ارتفع الكفر والرق بعد موت قريبهما بإسلام الكافر وحرية الرقيق ولذلك قال: وإن هما أي الكفر والرق ارتفعا بعد الموت لأن المعتر وقت الموت فحين زهوق الروح وبالقريب مانع من كفر أو رق انتقل ذلك الإرث لغيره أو لبيت المال فلا يرجع بإسلام الكافر وحرية الرقيق، وكذلك إن مات القريب الكافر أو الرقيق فإن الحر المسلم لا يرثه فالمنع من الجهتين معاً، وسواء كان الرق كاملاً أو فيه طرف من حرية كالمكاتب والمدبر والمعتق بعضه وأم الولد والمعتق لأجل فإن كل أحد منهم لا يرث ولا يورث، وكذلك المرتد لا يرث فإن مات هو فإن ميراثه لبيت المال، وكذلك قتل العمدة على وجه الظلم والعدوان فإنه مانع من الميراث مطلقاً أي لا يورث إلا من المال ولا من الدية وهذا معنى الإطلاق، وأما قاتل الخطأ فيرث من المال دون الدية فيعطيهما كاملة ولا يرث منها شيئاً ويرث من غيرها إن كان، وعلى ذلك نبه بقوله: وإن يكن عن خطأ فمن دية وأما قاتل العمدة على وجه شرعي فإنه يرث وكذلك لا يرث مطلقاً لا من مال ولا من دية إذا شك في كون القتل عمداً أو خطأ وعلى ذلك نبه بقوله: وحالة الشك بمنع مغنية.

في اللعان وحكمه. رجع الحد إلى قوله وقطع نسبه الخ، وقطع النسب لازمة قطع الميراث من الجهتين، وبه يسقط اعتراض ابن مرزوق ومن وافقه. وقوله وتوأمها شقيقان بخلاف ولد الزانية والمفتضية. وأما اللسيبية والمستأمنة فهما كالملاعة وانظر تفسيرهما في الشرح. وقول ولا رقيق الخ أي شخص رقيق كان ذكراً أو أنثى، وتقدم أن سيده يأخذ ماله لا على وجه الإرث، وما في هذا الشارح ليس هو الحق وقلمنا هذا صدر الباب. وقوله ولسيد المعتق بعضه جميع إرثه إطلاق الإرث فيه تجوز، وخص المعتق المذكور لقوة الخلاف فيه، ولا قريبه لا يرثه وإنما يأخذ ماله من بقي ما فيه بقية رقى كتنصفه ولأنه لما كان لملك بعضه جميع ماله خرج بذلك عن أمثاله فنص عليه. وفهم منه أن المملوك كله له ماله كله من باب أخرى. وفهم منه أن المشركين في ملكه لكل واحدة منهما جزء من ماله بحسب ما تملك منه. وقوله والسيد الخ هذا نصفه حر مثلاً ونصفه قن، وأما لو كان ثلثه حرًا وثلثاه لاثنتين لكل واحد ثلث لكان ماله كله بين الاثنتين، وبقي كلام نفيس في هذا الشرح قف عليه إن شئت. وقوله: ولا يورث إلا المكاتب الخ هو قول المختصر في كتاب الكتابة وورثه من معه فقط ممن يعتق عليه، فقوله وورثه أي المكاتب، وقوله ومن معه أي في الكتابة بشرط أو غيره، واحتترز بقوله ومن معه ممن ليس معه في الكتابة بشرط أو غيره من أقاربه، وقوله ممن يعتق عليه أي لو كان حرًا، والذي يعتق عليه هو قول المختصر في كتاب العتق، وعتق بنفس الملك الخ. وإذا عرفت هذا فلا تتكلم على النسخ الواردة هنا. وقوله: ولا قاتل عمداً احتترز به من الخطأ وظاهره ولو كان القاتل صبياً أو معتوهاً، والذي يظهر أن المجنون يرث من الدية بخلاف الصبي، لأن العلة في منع الإرث استعجال الشيء قبل أوانه، والصبي قد يستعجل ولا كذلك المجنون، وقد قال في المختصر: وعقل عن صبي ومجنون الخ، وأن عمدهما كالخطأ، هذا الذي ذكرناه هو الحق إن شاء الله تعالى، وإن كان قول المختصر عدواناً بما يبعده لأن هذين لا عدواناً عندهما شرعاً لأنه هو الخروج عن الأمر. وقوله ولا قاتل عمداً أي لو عفى عنه ثبت قتله ببينة أو إقرار وهو كذلك.

تنبيه: المنع من إرث الرقيق إنما هو بالقرابة أو بالزوجة، وأما بالرق فقد تقدم أول الباب أن ماله لسيدته بالإرث.

وَيُوقَفُ الْقَسْمُ مَعَ الْحَمْلِ إِلَى أَنْ يَسْتَهْلُ صَارِخاً قَبْلَ مَمْلَأَ

يعني إذا كان بعض الورثة حملاً أو ليس ثم وارث إلا الحمل فإن قسم الميراث في الوجه الأول لا يجوز حتى يوضع الحمل، فإن استهل صارخاً وتحققت حياته وإلا فلا، وكذلك لا يدفع المال في الوجه الثاني للعاصب أو لصاحب الموارث إلا بعد الوضع أيضاً.

وقوله ولا قاتل مفهومه أن المقتول يرث قاتله وهو كذلك، ولكن انظره في الشرح وتصويره، ولا فرق في هذا القتل العمد بين أن يكون مباشرة أو تسبياً وهو كذلك وظاهره أنه لا يرث ولو أبرأه المقتول وهو كذلك، وإن رأى المقتول أن الإبراء يكون سبباً في الإرث انظر الشرح. وقوله: عدواناً احترز به مما إذا قتله يظنه حربياً مثلاً وادعى القاتل ذلك ولكن المعتمد على القرائن لأن القاضي إذا قتل ولده بيينة فإنه يتهم فأحرى هذا. وقوله: وإن أتى بشبهة وهذا هو قول المختصر في عد من لم يقتل به. وقوله كمخطيء من الدية وظاهره كانت الدية على العاقلة أو عليه كما لو لم تبلغ الثلث وهو كذلك، وتفصيل الجنان غير صحيح بل هو خلاف صريح كلام الفحول. وقوله ولا مخالف في دين الخ هذا كالقانون يفسره ما بعده، فالمسلم لا يرث الكافر مطلقاً. وقوله أو غيره هو نكرة أضيف لمعرفة فهو مفيد للعموم وذلك صحيح وقوله وسواهما ملة الخ ما في المختصر هو الصحيح وأن اليهودية ملة والنصرانية ملة، وأما غيرهما من كفر أنواع الكفار فملة واحدة، ورد ابن مرزوق لا أظنه يصح قف على كلام الناس في هذا الشرح. وقوله ولا من جهل تأخر موته الخ قال ابن يونس في ديوانه ما نصه، قتل طلحة بن عبد الله التيمي رحمة الله عليه صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقتل ابنه معه محمد يوم الجمل فلم يعرف من قتل منهما صاحبه فاختصموا في ميراثهما فلم يورث أحدهما من صاحبه وأصلحت بينهما عائشة رضي الله عنها. وكذا من قتل يوم الجمل ويوم صفين ويوم الحرة ويوم قديد فلم يرث أحد منهم من صاحبه إلا من عرف أنه قتل بعد صاحبه. قال مالك: وذلك الأمر عندنا الذي لا نشك فيه اهـ. بلفظه. والمصنف قال: ولا يرث ملاعن الخ ولم يسم هذه موانع وإنما نفى عنها الإرث وذلك لا يضر، وكتبنا هذا تكميلاً للفائدة، وبقي في الشرح كلام كثير مفيد غاية قف عليه إن شئت. وقول هذا الشارح إذا شك في كون القتل عمداً أو خطأ انظر من نص على هذا مع أنه لا قصاص بالشك فكيف يمنع الإنسان من إرثه المحقق بالشك أي مع الشك في المانع الذي هو العمد، أن قول الناظم وحالة الشك الخ عند الناس في هذا الباب إنما يعنون به الشك في سببية أحد المتوارثين بالموت، ولذلك جمعوا موانع الشك في قولهم عشر لكورزق وقصدوا بالشين الشك في سببية الموت، ولا يبعد هذا قول الناظم: وبين من مات الخ لأن هذا كأنه كمل به البيت، وهذا البيت الثالث بين فيه ما تتصور فيه المسألة وسببها، ولا أظن ما ذكره هذا الشارح من الشك في العمد والخطأ يصح أصلاً.

(ص): ويوقف القسم مع الحمل إلى، البيت. هذا هو قول المختصر آخر القسمة وأخرت أي القسمة لا دين الحمل، وفي الوصية قولان، فقوله لا دين هو عطف على ضمير القسمة في أخرت. وقوله وفي الوصية قولان أي بغير عدد، وأما بعدد فهو في حكم الدين يدل على ذلك أن خليلاً قدم

وَبَيْنَ مَنْ مَاتَ بِهَذَا أَوْ غَرِقَ يَمْتَنِعُ الْإِثْرُ لِجَهْلِ مَنْ سَبَقَ
يعني إذا مات قريباً كالرجل وأخيه أو ابنه يعلم السابق منهما كما إذا ماتا تحت هدم
أو غرق أو فقدا فإنه لا يرث أحدهما الآخر للجهل بالسابق لأن من شرط الإرث تحقق
حياة الوارث بعد موت موروثه وذلك هنا متعذر ويرث كل واحد منهما ورثته.

وَأَرثُ خُنْثَى بِمَا لَهُ اغْتِيْبِرَ وَمَا بَدَأَ عَلَيْهِ فِي الْحُكْمِ اقْتَصِرَ
وَأَنْثَى وَإِنْ يَبُلُ بِالْجَهْتَيْنِ الْخُنْثَى فَنِصْفُ حَظِّي ذَكَرَ وَأُنْثَى

يعني أن ميراث الخنثى معتبر بمحل بوله فإن بال من ذكره حكم له بحكم الذكر،
وإن بال من الفرج حكم له بحكم الأنثى، وإن بال منهما جميعاً فهو الخنثى المشكل
فيكون له نصف ميراث ذكر ونصف نصيب أنثى لأن ميراث الأنثى متفق عليه لأن أسوأ
حاليه أن يكون أنثى، وما زاد عليه متنازع فيه بينه وبين بقية الورثة ولا مرجح فوجب أن
يقسم بينهما كالتداعي. وفي مختصر الشيخ خليل: فإن بال من واحد أو كان أكثر أو أسبق
أو نبتت له لحية أو ثدي أو حصل حيض أو مني فلا إشكال أي ليس هو مشكلاً بل
متمحض، إما للذكورة إن بال من ذكره كان بوله منه أكثر أو أسبق أو نبتت له لحية أو
أمنى من ذكره أو للأنوثة إن بال من فرجه أو كان ولد منه أكثر أو أسبق أو حاض أو نبت
له ثدي فإذا ترك الميت ابناً وخنثى مشكلاً فعمل الفريضة على أنه ذكر فتكون من اثنين،
وعلى أنه أنثى من ثلاثة ثم تضرب الاثنين في الثلاثة بستة ثم تضرب الستة في حالي
الخنثى وهما حال الذكورة والأنوثة باثني عشر هي الجامعة أقسمها على الفريضة الأولى
يخرج جزء سهمها ستة وعلى الثانية يخرج أربعة ثم تضرب للأول واحداً في ستة بها
واثنين في أربعة بثمانية الجملة عشر أقسمها على حالي الخنثى يخرج لك سبعة واضرب
للخنثى واحداً في ستة بها وواحداً في أربعة بها المجموع عشرة أقسمها على حالي الخنثى
يخرج له خمسة، هذا إذا كان يرث على أنه ذكر، وعلى أنه أنثى وارثه على أنه أنثى على
نصف إرثه إن كان ذكراً كما إذا كان ابناً وإما إن كان إنما يرث على أنه ذكر فقط كابن
الأخ فإنما له نصف نصيب الذكر، وعلى أنه فقط كالأخت في الأكدرية فإنما له نصف
أنثى، أو على أنه يرث على الذكورة والأنوثة سواء كالأخ فله نصيبه كاملاً والله أعلم،
وانظر هذا التفصيل مع قول التلمساني:

فافترض له نصيب الذكر ونصف حظ امرأة مقدر

من أي صنف كان في الوارث. (فرع: في طرر ابن عات): ولا يرث الخنثى

أن الوصية بعدد كالدين في طرو الغريم على الورثة وتأخير الوصايا بغير العدد بل بجزء مثلاً ذكر
المصنف فيه قولان، لكن رواية ابن القاسم هي التأخير مع أن العمل جرى في الدين بتأخيره للوضع
كما في ابن عرفة مع كونه استظهر قول ابن أيمن بتأخير لما ذكر، وذكرنا كلاماً في التقديم على
الحمل هل يجوز أم لا في الشرح فانظره إن شئت.

(ص): وإرث خنثى بما له اعتبر، إلى آخر البيتين. وقوله: (فرع في طرر ابن عات الخ) هذا

المشكل من الولاء شيئاً لأنه ليس بعاصب، إذ لا يستكمل المال كله إذا كان وحده والعاصب يستكمله إذا انفرد من الاستغناء.

وَابْنُ اللَّعَانِ إِزْتُهُ بِأُمِّهِ مَا كَانَ وَالسُّدْسُ أَقْصَى سَهْمِهِ
وَتَوَامَاهُ هَبُهُمَا تَمَدُّدًا هُمَا شَقِيقَانِ فِي الْإِزْتِ أَبَدًا

يعني أن الولد الذي نفاه أبوه باللعان إنما يكون إرثه بأمه فقط لا بأبيه فيرث جدته لأمه دون جدته لأبيه، وإذا كان لأمه ولد من أبيه الذي نفاه ولدته منه قبل اللعان أو من غيره فهو أخوه لأمه يرث أحدهما من الآخر السدس لا غير، وإذا كان اللعان ينفي حمل فولدت توأمين فهما بينهما شقيقان يتوارثان توارث الشقيقين لأن الملاعن إنما نفى بنتيهما لا أخوتهما. ففي الوثائق المجموعة: إذا كان ابن من زوجة ثم ظهر بها حمل فلاعنها فيه ثم جاءت من ذلك الحمل بتوأمين ومات أحدهما فلأم السدس وللابن الذي كان لها من الزوج السدس لأنه أخ لأم والباقي من التوأمين بقية المال وذلك الثلثان لأنه شقيق، فإن مات الأب اللاعن أحاط بميراثه الابن الذي كان قبل اللعان إن لم يكن لأبيه وارث سواء، فإن مات الابن الذي كان من الزوج قبل اللعان عن ولد ذكر أو أنثى فلأمه السدس ولا شيء في ذلك للباقي من التوأمين لأنه أخوه لأمه ولا يرث مع الابن أو الابنة شيئاً، فإن توفي عن غير والد ولا ولد فلأمه الثلث ولأخيه ولأمه السدس وللعصبة ما بقي أو لجماعة المسلمين إن لم يكن له عصبة. وفي المقرب: قال محمد: ومن قول أصحاب مالك أن المرأة إذا لاعنت عن حمل ظهر بها ثم جاءت بتوأمين فإنهما يتوارثان بالأم والأب كابني رشدة اهـ. الجوهرى: وتقول هو لرشدة خلاف قولك لزنية اهـ.

وَمَا قَصَدْتُ جَمْعَهُ هَذَا أَنْتَهَى وَالْحَمْدُ لِلَّهِ بِغَيْرِ مُنْتَهَى
وَبِالصَّلَاةِ حَثْمُهُ كَمَا ابْتُدِيَ عَلَى الرَّسُولِ الْمُضْطَقَى مُحَمَّدٍ
وَأَلِيهِ وَصَحْبِهِ الْأَخْيَارِ مَا كُوِّرَ اللَّيْلُ عَلَى النَّهَارِ

الذي قصد جمعه هو مسائل الأحكام والخصومات التي تنزل بالقضاة وتكرر لديهم لقوله في الصدر:

يدل عليه الضابط الذي ذكره ابن عرفة، وذلك أنه لا يفعل إلا ما يجوز للرجل والمرأة كالأكل، وأما ما يفعله الرجال فقط فلا كالإمامة، وكذا ما تفعله المرأة فقط كلبس الحرير فلا يفعله أيضاً، والولاء يرثه الرجل فقط فلا يكون له، ومسائل الخنثى المشكل تحتاج إلى تأليف، وقد ذكرنا في الشرح من كلام الناس ما يشفي وعن غيره يعني، ويكفي والحمد لله رب العالمين.

(ص): وابن اللعان إرثه بأمه، إلى آخر البيتين. ما ذكره هذا الشارح في مضمون البيتين ذكرناه عند قول المتن في الشرح: وتوأمها شقيقان.

(ص): وما قصدت جمعه هنا انتهى، إلى آخر الأبيات الثلاثة. ونحن نحمد الله تعالى ونشكره بعدد جواهر الموجودات، وبعدد أعراض الموجودات ونصلي ونسلم على رسوله وحببيه

وبعد فالقصد بهذا الرجز تقرير الأحكام بقول موجز
ثم حمد الله تعالى على هذه النعمة العظمى من التوفيق لنظم هذا الكتاب وكماله،
لأنه من الأعمال التي لا تنقطع بالموت لقوله صلى الله عليه وسلم: «إذا مات المؤمن
انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو ولد صالح يدعو له، أو علم يبثه في صدور
الرجال» أو كما قال عليه الصلاة والسلام ثم ختم النظم بالصلاة على سيدنا ونبينا ومولانا
محمد صلى الله عليه وسلم كما ابتدأه بها تبركاً به في المحلين، قيل ولأنها مقبولة قطعاً،
والمولى سبحانه أكرم من أن يقبل الصلاتين ويدع ما بينهما، ثم صلى على آله صلى عليه
وسلم وعلى أصحابه الأخيار مدة معاقبة الليل والنهار أي مدة بقاء الدنيا، وصلى الله على
سيدنا محمد وآله وصحبه وسلّم تسليماً.

تم

بمثل ذلك، وعلى آله وصحبه ومن تبعه على دينه ووالاه واهتدى بهداه. وعلينا معهم يا أرحم
الراحمين ويا أكرم الأكرمين ويا رب العالمين، اللهم لك الشكر بعدد جواهر المياه، وبعدد ما أولاه
من خيره ونعماه.

فهرس المحتويات

٣ فصل في بيع الخيار والثُّنْيَا
١٢ فَضْل في بيع الفُضُولي وما يماثله
١٩ فصل في بيع المضغوط وما أشبهه
٢٣ فصل في مسائل من أحكام البيع
٣٥ فصل في اختلاف المتبايعين
٤٦ فصل في حكم البيع على الغائب
٥٢ فصل في العيوب
٦٣ فصل في العَبْن
٦٦ فصل في الشُّفْعَة
٩٦ فصل في القِسْمَة
١١٦ فصل في المَعَاوَضَة
١١٨ فصل في الإقالة
١٢٦ فَضْل في التَّوْلِيَة والتصيير
١٣٢ فصل في السلم
١٣٧ باب الكراء وما يتصل به
١٤٣ فصل في كراء الأرض وفي الجائحة فيها
١٥١ فصل في أحكام من الكراء
١٥٨ فصل في اختلاف المُكْرِي والمُكْتَرِي
١٦٤ فصل في كراء الرواحل والسفن
١٧٠ فَضْل في الإجارة
١٧٧ فصل في الجعل
١٨١ فصل في المساقاة
١٩٤ فصل في الاغتراس
١٩٦ فصل في المزارعة
٢٠٥ فَضْل في الشَّرِكَة
٢١٤ فصل في القراض
٢٢٦ باب الحبس والهبة والصدقة وما يتصل بها

٢٥٣	فصل في الصّدقة والهبة وما يتعلّق بهما
٢٦٣	فصل في الاعتصار
٢٦٩	فصل في العُمري وما يُلحق بها
٢٧٣	فصل في الإرفاق
٢٧٤	فصل في حُكم الحوز
٢٨٨	فصل في الاستحقاق
٣٠٨	فصل في العارية والوديعة والأمناء
٣٢٧	فصل في القرض وهو السلف
٣٣٠	باب في العتق وما يتصل به
٣٤٠	باب في الرشد والأوصياء والحجر والوصية والإقرار والدين والفلس
٣٦٣	فصل في الوصية وما يجري مجراها
٣٧٧	فصل في الإقرار
٣٩٠	فصل في حكم المديان
٤٠١	فصل في الفلس
٤٠٩	باب في الضّرر وسائر الجنائيات
٤١٧	فصل في ضرر الأشجار
٤٢١	فصل في مُسقط القيام بالضّرر
٤٢٥	فصل في الغضب والتّعدي
٤٣٥	فصل في الاغتصاب
٤٤٢	فصل في دعوى السرقة
٤٤٩	فصل في أحكام الدماء
٤٨٢	فصل في الجراحات
٤٩١	باب التوارث والفرائض
٤٩٤	فصل في ذكر عدد الوارثين
٤٩٦	فصل في ذكر أحوال الميراث
٤٩٧	فصل في المقدار الذي يكون به الإرث
٤٩٧	فصل في ذكر حالات وجوب الميراث
٤٩٨	فصل في ذكر أهل الفرائض وأصولها
٥٠٤	فصل في ذكر حجب الإسقاط
٥٠٨	فصل في ذكر حجب النقل إلى فرض
٥١٨	فصل في ذكر حجب النقل للتعصيب
٥٢٠	فصل في ذكر موانع الميراث