

شرح المبدع

لابن مفلح

برهان الدين، أبي إسحاق، إبراهيم بن محمد

(٨١٦ - ٨٨٤ هـ)

الجزء الخامس

كتاب الشركة - كتاب العارية - كتاب الغصب - كتاب الوقف

دار عالم الكتب

للطباعة والنشر والتوزيع
الرياض

جميع الحقوق محفوظة
١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣ م



دار الكتاب

للطباعة والنشر والتوزيع

العليا - غرب مؤسسة التحلية

ت : ٤٦٥١٢٨٩ - ٤٦٣١٢٢٢

ص.ب. : ٦٤٢٠ - الرياض : ١١٤٤٢

تليفاكس : ٤٦٣١٣٣٦

المملكة العربية السعودية

باب الإجارة

وهي عقدٌ على المنافع

باب الإجارة

هي مشتقةٌ من الأجر ، وهو العوض ، ومنه سُمِّي الثَّوَابُ أَجْرًا ؛ لأنَّ الله تعالى يعوِّض العبد به على طاعته أو صبره على معصيته . وهي ثابتةٌ بالإجماع ، ولا عبرة بمخالفة عبد الرَّحْمَنِ الْأَصْمَمِ ، وسنده قوله تعالى :- ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَا لَكُمْ فَاتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ ﴾ [الطلاق: ٦] و﴿ قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَجِرْهُ ﴾ [القصص: ٢٦] الآية . و﴿ قَالَ لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا ﴾ [الكهف: ٧٧] .

وعن عائشة في حديث الهجرة ، قالت: واستأجر رسول الله ﷺ وأبو بكرٍ رجلاً من بني الدَّيْلِ هاديًا خِرِّيْتًا . والخِرِّيْت: الماهر بالهداية . رواه البخاري . وعن عتبة بن الندر قال: كنتُ عند النَّبِيِّ ﷺ فقرأ ﴿ طسم ﴾ حتى بلغ قصَّة موسى - عليه السَّلام- فقال: إنَّ موسى آجر نفسه ثمان سنين أو عشر سنين على عَقَّة فرجه وطعام بطنه . رواه ابن ماجه من رواية مسلمة بن علي ، وقد ضعَّفه جماعةٌ .

والحاجة داعيةٌ إليها ؛ إذ كلُّ أحدٍ لا يقدر على عقارٍ يسكنه ، ولا على حيوانٍ يركبه ، ولا على صنعةٍ يعملها ، وهم لا يبدلون ذلك مجانًا ، فجوِّزت طلبًا لتحصيل الرِّزق . وحدِّها في «الوجيز» بأنَّها عوضٌ معلومٌ في منفعة معلومةٍ من عينٍ معينةٍ أو موصوفةٍ في الذِّمَّة ، أو في عملٍ معلوم . ويردُّ عليه دخول الممرِّ ، وعلوُّ بيت ، ونحوه ، والمنافع المحرَّمة ، وما فُتِحَ عنوةً ولم يُقسَمَ فيما فعله عمر رضي الله عنه .

(وهي عقدٌ على المنافع) في قول أكثر العلماء ، وذكر بعضٌ أنَّ المعقود عليه العين ؛ لأنَّها الموجودة ، والعقد يضاف إليها ، فتقول: أجزرتك داري . وردَّ بأنَّ المعقود عليه هو المستوفى بالعقد ، وذلك هو المنافع دون الأعيان ؛ إذ الأجر في مقابلة المنفعة ، بدليل أنَّه يضمن دون العين ، وإضافة العقد إلى العين ؛ لأنَّها

تتعقد بلفظ الإجارة والكراء وما في معناهما ، وفي لفظ البيع وجهان .
ولا تصحُّ إلا بشروطٍ ثلاثة:

أحدها: معرفة المنفعة ، إمَّا بالعرف كسكنى الدَّار شهرًا

محلُّ المنفعة ، كما يضاف عقد المساقاة إلى البستان ، والمعقود عليه الثمرة ، فتؤخذ
المنافع شيئًا فشيئًا ، وانتفاعه تابعٌ له . وقد قيل: هي خلاف القياس ، والأصحُّ: لا ؛
لأنَّ مَنْ لا يخصُّص العلة لا يُتصوَّر عنده مخالفة قياسٍ صحيح ، وَمَنْ خصَّصها فإنَّما
يكون الشيء خلاف القياس إذا كان المعنى المقتضي للحكم موجودًا فيه ، وتخلَّف
الحكم عنه ، وفي «البلغة» : لها خمسة أركان: الصيغة ، والأجرة ، والمتعاقدان ،
والمنفعة .

(تتعقد بلفظ الإجارة والكراء) لأنَّهما موضوعان لها (وما في معناهما) لحصول
المقصود به إن أضافه إلى العين ، فإن أضافه إلى المنفعة بأن قال: أُجرتك منفعة داري
شهرًا ، صحَّ في الأصحِّ (وفي لفظ البيع وجهان) كذا في «الفروع»: أحدهما: تنعقد
به ؛ لأنَّها بيعٌ ، فانعقدت بلفظه كالصَّرف . والثاني: لا ؛ لأنَّ فيها معنًى خاصًّا ،
فافتقرت إلى لفظٍ يدلُّ على ذلك المعنى ، ولأنَّها تضاف إلى العين التي يضاف إليها
البيع إضافةً واحدةً ، فافتقرت إلى لفظٍ يفرِّق بينهما كالعقود المتبانية ، وبناء الشَّيخ
تقيِّ الدِّين على أنَّ هذه المعاوضة نوعٌ من البيع أو شبيهة به ، وفي «التلخيص» : مضافًا
إلى النَّفع ، ك: بعتك نفع هذه الدَّار شهرًا ، وإلَّا لم يصحَّ ، نحو: بعتكها شهرًا .
ولا تنعقد إلا من جائز التَّصرُّف كالبيع .

(ولا تصحُّ إلا بشروطٍ ثلاثة: أحدها: معرفة المنفعة) لأنَّها هي المعقود عليها ،
فاشترط العلم بها كالبيع (إمَّا بالعرف) أي: ما يتعارفه النَّاس بينهم (كسكنى الدَّار
شهرًا) لأنَّها لا تكرر إلا لذلك ، فلا يُعمل فيها حداثة ولا قساراة ولا دابَّةً ،
والأشهر: ولا مخزنًا للطَّعام ، ويستحقُّ ماء البئر تبعًا للدَّار في الأصحِّ . قيل
لأحمد: يجيء زوَّارٌ ، عليه أن يخبر صاحب البيت بهم؟ قال: ربَّما كثروا .
ورأى أن يخبر ، وله إسكان ضيفٍ وزائرٍ . وفي «الرَّعاية»: يجب ذكر السُّكنى
وصفتها وعدد مَنْ يسكنها وصفتهم إن اختلفت الأجرة . ورُدَّ بأنَّ التَّفاوُت في

وخدمة العبد سنةً ، وإمّا بالوصف كحمل زبرة حديد وزنها كذا إلى موضع معينٍ ، وبناء حائطٍ يذكر طوله وعرضه وسُمكُه وآلته .

الشكني يسيّر ، فلم يُحتَجَّ إلى ضبطه .

(وخدمة العبد) ولو عبّر بالآدميِّ لعمِّ (سنةً) لأنّها معلومةٌ بالعرف ، فلم يحتج إلى بيانها كالشكني . وفي «النوادر» و«الرعاية»: يخدم ليلاً ونهارًا ، فإن استأجره للعمل استحقَّه ليلاً. قال أحمد: أجير المشاهرة يشهد الأعياد والجُمع . قيل له: فيتطوَّع بالركعتين؟ قال: ما لم يضرب بصاحبه ؛ لأنَّ الصَّلَاة مستثناةٌ من الخدمة . فإن استأجر حرّةً أو أمةً للخدمة صرف وجهه عن النظر . وعُلِمَ منه إباحة إجارة العقار والحيوان ؛ حكاه ابن المنذر إجمالًا .

(وإمّا بالوصف ، كحمل زبرة حديد وزنها كذا إلى موضع معينٍ) أي: لا بدّ من ذكر الوزن والمكان الذي تُحمل إليه ؛ لأنَّ المنفعة إمّا تُعرف بذلك ، فيُشترط ذلك في كلّ محمولٍ ، فلو كان كتابًا فوجد المحمول إليه غائبًا فله الأجر لذهابه ورده . وفي «الرعاية» وهو ظاهر «التَّريغيب» : إن وجدته ميّتًا فالسميُّ فقط ويردّه .

(وبناء حائطٍ يذكر طوله وعرضه وسُمكُه وآلته) لأنَّ المعرفة لا تحصل إلاّ بذلك ، والغرض يختلف ، فلم يكن بدّ من ذكره ، فيذكر آلة البناء من حجارةٍ أو آجرٍ أو لبِنٍ ، فلو عمله ثمَّ سقط فله أجره ؛ لأنَّه وفي بعمله ، وإن فُزَّط أو بناه محلولًا فسقط لزمه إعادته وغرامة ما تلف منه ، وإن شارطه على رفعه أذرعًا معلومةً فرفع بعضه ثمَّ سقط فعليه ما سقط ، وإتمام ما وقعت عليه الإجارة من الدَّرْع .

فرغ : يجوز الاستئجار لضرب اللبِن ، ويكون على مدّةٍ وعملٍ ، فإن قدره بالعمل احتاج إلى تعيين عدده ، وذكر قلبه ، وموضع الضرب ؛ لأنَّه يختلف باعتبار التُّراب والماء ، ولا يُكتفى بمشاهدة القلب إذا لم يكن معروفًا كالسُّلَم ، ولا يلزمه إقامته ليجمف ، وقيل: بلى ، إن كان عُرفَ مكانه .

وإجارة أرضٍ معيّنة لغرس كذا ، أو زرع ، أو بناءٍ معلوم . وإن استأجر للركوب ذكر المركوب فرساً أو بعيراً ونحوه وإن كان للحمل لم يحتج إلى ذكره .

(وإجارة أرضٍ معيّنة) أي: معلومة (لغرس كذا أو زرع أو بناءٍ معلوم) لأنها تؤجر لذلك كله ، وضرره يختلف ، فوجب بيانه ، ويأتي الخلاف فيما إذا أُطلق . (وإن استأجر للركوب ذكر المركوب فرساً أو بعيراً ونحوه) لأنّ منافعتها تختلف ، ويُشترط معرفته برؤية أو صفةٍ كميّة ، وما يُركب به من سرج وغيره ، وكيفية سيره كقطوفٍ ونحوه ، وقدم في «الترغيب» : لا يُشترط . وظاهره : أنه لا يحتاج إلى ذكوريته وأنوئته في الأصحّ ؛ لأنّ التّفاوت بينهما يسيرٌ ، ولا بدّ من معرفة الرّاكب كميّة ، وقال الشّريف: لا يجزئ فيه إلاّ الرّؤية ؛ لأنّ الصّفة لا تأتي عليه ، ومعرفة المحامل والأوطئة والأغطية ونحوها ، إمّا برؤية أو صفةٍ أو وزنٍ ، وقيل: لا يجب ذكر توابع الرّاكب ، فلو شرط حمل زائد معلوم وأطلق ، فله حمل ما نقص كالماء ، وقيل: لا بأكلٍ معتادٍ ، وفي وجوب تقدير الطّعام في السّفرة احتمالان .

(وإن كان للحمل لم يحتج إلى ذكره) لأنّ الغرض في ذلك لا يختلف ، لكن إن كان المحمول خزفاً أو زجاجاً تعيّن معرفة الدّابة في الأصحّ ؛ لأنّ فيه غرضاً ، وقيل: يُعتبر مطلقاً ، ويتوجّه مثله ما يدير دولاباً أو رَجِي ، واعتبره في «التّبصرة» ، ويُشترط معرفة محمولٍ برؤية أو صفةٍ ، ويذكر جنسه من حديدٍ وقطنٍ ؛ لأنّ ضرره يختلف ، واكتفى ابن عقيلٍ وصاحب «الترغيب» بالوزن .

فصل

الثَّانِي: معرفة الأجرة بما تحصل به معرفة الثَّمَن ، إلاَّ أنه يصحُّ أن يستأجر الأجير بطعامه وكسوته ، وكذلك الظُّر .

فصل

(الثَّانِي: معرفة الأجرة بما تحصل به معرفة الثَّمَن) بغير خلافٍ نعلمه ؛ لما روى أبو سعيدٍ أنَّ النَّبِيَّ ﷺ نهى عن استئجار الأجير حتَّى يبيِّن له أجره . رواه أحمد . ويُعتبر العلم بها مضبوطاً بالكيل أو الوزن ؛ لأنها أحد العوضين ، فاشترط معرفتها كالعوض في البيع ، فإن كان معلوماً بالمشاهدة كضبرة نقدٍ أو طعامٍ فوجهان ، فإن كان في الذمَّة فكالثَّمَن ، وإن كان معيَّناً فكالبيع ، فلو أجر الدار بعمارتها لم تصحَّ ؛ للجهالة ، ولو أجرها بمعيَّنٍ على أن ما يحتاج إليه بنفقة المستأجر محتسباً به من الأجرة ، صحَّ ؛ لأنَّ الاصطلاح على المالك ، وقد وكله فيه ، ولو شرط أن يكون عليه خارجاً عن الأجرة لم يصحَّ .

(إلاَّ أنه يصحُّ أن يستأجر الأجير بطعامه وكسوته) رُوي عن أبي بكرٍ وعمر وأبي موسى ؛ لما تقدَّم من قوله عليه السَّلَام - : «رحم الله أخي موسى» . الخبر ، وشرع من قبلنا شرعٌ لنا ما لم يثبت نسخه ، ولأنَّ العادة جاريةٌ به من غير تكبير ، فكان كالإجماع ، ولأنَّه مقيسٌ على الظُّر المنصوص عليه ، فقام العوض فيه مقام التَّسمية كنفقة الزَّوجة ، وعنه: لا يجوز ؛ اختاره القاضي ؛ لأنَّه مجهولٌ ، وإنما جاز في الظُّر للنَّص . وعلى الأوَّل ، يكون الإطعام الكسوة عند التَّنازع كالزَّوجة ؛ نصَّ عليه ، وعنه: كمسكينٍ في الكفَّارة ، قال في «الشَّرح»: لأنَّ للكسوة عرفاً وهي كسوة الزَّوجات ، وللإطعام عرفاً وهو الإطعام في الكفَّارات ، وفي الملبوس إلى أقلِّ ملبوس مثله ؛ لأنَّ الإطلاق يجزئ فيه أقلُّ ما يتناوله اللفظ كالوصية ، وليس له أن يطعمه إلاَّ ما يوافقه من الأغذية ، فإن احتاج إلى دواءٍ لمرضه لم يلزم المستأجر ؛ لعدم شرطه ، وعنه: يصحُّ في دابةٍ بعلفها .

(وكذلك الظُّر) إجماعاً ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾

ويُستحبُّ أن تعطى عند الفطام عبداً أو وليدةً إذا كان المسترضع موسراً .
وإن دفع ثوبه إلى خيَّاطٍ أو قصَّارٍ ليعملاه ، ولهما

[الطلاق: ٦] واسترضع النبي ﷺ لولده إبراهيم ، ولأنَّ الحاجة تدعو إليه ؛ لأنَّ الطِّفل في العادة لا يعيش إلَّا بالرضاع ، فإن جعل الأجرة طعامها وكسوتها جاز على المذهب ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وعنه المنع منه ؛ لأنَّه يختلف ، فيكون مجهولاً . فعلى الصَّحَّة ، لو استأجر للرضاع دون الحضانة أو بالعكس أتبع ، فإن أطلق للرضاع دخلت الحضانة في وجهه ؛ للعرف . والثَّاني: لا ؛ لأنَّ العقد لم يتناولها ؛ إذ الحضانة عبارة عن تربية الطِّفل ، وحفظه ، وجعله في سريره ، ودهنه ، وكحله ، وغسل خرقة ، ونحوه . ويُشترط لصحَّة العقد العلم بمدة الرضاع ، ومعرفة الطِّفل بالمشاهدة . قال القاضي: أو بالصَّفة . وموضع الرضاع ، ومعرفة العوض ، والمعقود عليه في الرضاع خدمة الطِّفل وحمله ، ووضع الثدي في فيه ، واللبن تبع كالصَّبغ ، وقيل: اللبن ، قال القاضي: هو أشبه ؛ لأنَّه المقصود ، ولهذا يُستحقُّ الأجر بالرضاع دون الخدمة ، وهذا خاصٌّ بالآدميين للضرورة إلى حفظه وبقائه .

مسألة : للمرضعة أن تأكل وتشرب ما يدرُّ لبنها ويصلح به ، وللمكتري مطالبتها بذلك ، فلو سقته لبن غنمٍ أو دفعته إلى غيرها فلا أجرة لها ؛ لأنَّها لم تَفِّ بالمعقود عليه .

(ويُستحبُّ أن تعطى) إذا كانت حرَّةً (عند الفطام عبداً أو وليدةً إذا كان المسترضع موسراً) لما روى أبو داود بإسناده عن حجاج بن حجاج الأسلمي ، عن أبيه قال: قلت: يا رسول الله ، ما يُذهب عني مَدِّمة الرضاع؟ قال: «الغُرَّة: العبد أو الأمة» . المَدِّمة ، بكسر الدال من الدمام ، وفتحتها من الدَّم ، ولأنَّ ذلك سبب حياة الولد وبقائه ، فاستحبَّ للموسر جعل الجزاء رقبةً ؛ لتناسب ما بين النعمة والشُّكر ، وأوجه أبو بكرٍ ؛ لما ذكرناه . فإن كانت المرضعة أمةً سُئِلَ إعتاقها ؛ لأنَّه تحصل به المجازاة .

(وإن دفع ثوبه إلى قصَّارٍ أو خيَّاطٍ ليعملاه) أي: بالقصر أو الخياطة (ولهما

عادةً بأجرة صحَّ ، ولهما ذلك ، وإن لم يعقدا عقد إجارة ، وكذلك دخول الحمام والركوب في سفينة الملاح . وتجزؤ إجارة دار بسكنى دار وخدمة عبد وتزويج امرأة . وتجزؤ إجارة الحلي بأجرة من جنسه . وقيل: لا يصح .

عادةً بأجرة صحَّ ، ولهما ذلك) أي: أجرة المثل (وإن لم يعقدا عقد إجارة) لأنَّ العرف الجاري بذلك يقوم مقام القول ، فصار كتنقذ البلد ، وقيل: يستحقُّ الأجرة مَنْ عُرِفَ بأخذها ، وهذا إذا كانا منتصبين لذلك ، وإلا لم يستحقَّ أجرًا إلا بعقدٍ أو بشرط العوض أو تعريض ؛ لأنَّه لم يجد عرفًا يقوم مقام العقد ، فهو كما لو عمل بغير إذن مالكة ، وكذا لو دفع متاعه لبيعه ؛ نصَّ عليه . أو استعمل حملاً أو شاهداً أو نحوه فله أجرة مثله ، ولو لم يكن له عادةً بأخذ الأجرة .

(وكذلك دخول الحمام والركوب في سفينة الملاح) أي: يستحقان أجرة المثل بدون العقد ؛ لأنَّ شاهد الحال يقتضيه ، فصار كالتعريض ، وكذا لو حلق رأسه أو غسله أو شرب منه ماء ؛ قاله في «الرعاية» . وما يعطاه الحمامي فهو أجرة المكان والسُّطل والمئزر ، ويدخل الماء تبعًا ، وليس عليه ضمان الثياب ، إلا أن يستحفظه إيَّاهما بالقول صريحًا ؛ ذكره في «التلخيص» (وتجزؤ إجارة دار بسكنى دار وخدمة عبد وتزويج امرأة) لقصة شعيب عليه السلام لأنَّه جعل النكاح عوض الأجرة ، ولأنَّ كلَّ ما جاز أن يكون ثمنًا في البيع جاز أن يكون عوضًا في الإجارة ، فكما جاز أن يكون العوض عينًا جاز أن يكون منفعةً ، سواء كان الجنس واحدًا كالأول ، أو مختلفًا كالثاني . ومنعها أبو حنيفة في المتفق دون المختلف ، كسكنى دارٍ بمنفعة بهيمة ؛ لأنَّ الجنس الواحد عنده يحرم فيه النساء .

وجوابه: بأنَّ المنافع في الإجارة ليست في تقدير النسيئة ، ولو كانت نسيئة ما جاز في جنسين ؛ لأنَّه يكون بيع دينٍ بدينٍ ؛ قاله في «المغني» و«الشرح» .

(وتجزؤ إجارة الحلي) للبس والعارية ؛ نصَّ عليه ، وقاله أكثر العلماء (بأجرة من جنسه) لأنَّ الحلي عينٌ يُنتفع بها منفعةً مباحةً مقصودةً مع بقائها ، فجاز كالأراضي (وقيل: لا يصح) لأنَّها تحتك بالاستعمال ، فيذهب منه أجزاء وإن كانت يسيرة ، فيحصل الأجر في مقابلتها ، ومقابلة الانتفاع بها يفضي إلى بيع ذهبٍ بذهبٍ وشيءٍ

وإن قال: إن خطت هذا الثوب اليوم ، فلك درهم ، وإن خطته غدًا فلك نصف درهم ، فهل يصح؟ على روايتين .

آخر ، وعنه : الوقف .

قال القاضي: هذا محمولٌ على إجارته بأجرة من جنسه ، فأما بغير جنسه فلا بأس ؛ لتصريحه بجوازه ، وما ذكره أولًا هو الأولى ؛ لأنه لو قدر نقصها فهو شيءٌ يسيرٌ لا يقابل بعوض ، ولا يكاد يظهر في وزن ، ولو ظهر فالأجرة في مقابلة الانتفاع لا في مقابلة الأجر ؛ لأنَّ الأجر إنما هو عوض المنفعة ، ولو كان في مقابلة الجزء الذهب لما جاز إجارة أحد التّقدّين بالآخر ؛ لإفضائه إلى التّفرّق قبل القبض .

تنبيهٌ : علِمَ ممَّا سبق أنه لو استأجر من يسلخ له بهيمةً بجلدها لم يجز ؛ لأنه لا يعلم هل يخرج سليمًا أو لا ، وهل هو ثخينٌ أو رقيقٌ ، ولأنَّه لا يجوز أن يكون عوضًا في البيع ، فكذا هنا ، فلو سلخها بذلك فله أجر المثل ، وكذا لو استأجر راعيًا بثلث درهما ونسلها وصوفها أو جميعه ؛ نصّ عليه في رواية سعيد بن محمّد النسائيّ ؛ إذ العوض معدومٌ مجهولٌ لا يُدرى هل يوجد أم لا ؟ ولا يصلح ثمنًا ، لا يقال: قد جوّزتم دفع الدّابة إلى من يعمل عليها بجزءٍ من مغلّها ؛ لأنه جاز تشبيهاً بالمضاربة ؛ لأنها عينٌ تنمي بالعمل فجاز ، بخلافه هنا ، مع أنّ المجد حكى روايةً بالجواز ، وحينئذٍ فلا فرق ، وقياس ذلك لو دفع نحله إلى من يقوم عليه بجزءٍ من عسله أو شمعته ، والمذهب: لا يصحّ ؛ لحصول نمائه بغير عمله ، واختار الشيخ تقيّ الدّين الجواز ، فلو اكتراه على رعيها مدّة معلومةً بجزءٍ معلومٍ منها ، صحّ ؛ لأنّ العمل والمدّة والأجر معلومٌ ، أشبه ما لو جعله دراهم .

(وإن قال: إن خطت هذا الثوب اليوم فلك درهم ، وإن خطته غدًا فلك نصف درهم ، فهل يصح؟ على روايتين) أصحهما: لا يصحّ ؛ لأنه عقدٌ واحدٌ اختلف فيه العوض بالتّقديم والتّأخير ، فلم يصحّ ، كما لو قال: بعثك بدينار نقدًا بدينارين نسيئةً . فعلى هذا ، له أجر المثل إن فعل . والثّانية: يصحّ ؛ قاله

وإن قال: إن خطته روميًا فلك درهم ، وإن خطته فارسيًا فلك نصف درهم ، فعلى وجهين . وإن أكراه دابةً فقال: إن رددتها اليوم فكراؤها خمسة ، وإن رددتها غدًا فكراؤها عشرة ، فقال أحمد: لا بأس به . وقال القاضي: يصح في اليوم الأول دون الثاني . وإن أكراه دابةً عشرة أيام بعشرة دراهم فما زاد فله بكل يوم درهم ، فقال أحمد: هو جائز .

وقال القاضي: يصح في العشرة وحدها .

الحارث العكلي ؛ لأنه سمي لكل عمل عوضًا معلومًا ، كما لو قال: كل دلو بتمرة ، وكذا الخلاف إن زرعها بُرًا فبخمسة ، وذرة بعشرة .

(وإن قال: إن خطته روميًا فلك درهم ، وإن خطته فارسيًا فلك نصف درهم ، فعلى وجهين) بناءً على التي قبلها ، والأصح أنه لا يصح ؛ لأنه عقد معاوضة لم يتعين فيه العوض ولا المعوض ، بخلاف: كل دلو بتمرة من حيث إن العمل الثاني ينضم إلى الأول ، ولكل عوض مقدر ، وعنه: فيمن استأجر رجلًا يحمل له كتابًا إلى الكوفة وقال: إن أوصلته يوم كذا فلك عشرون ، وإن تأخرت بعده فلك عشرة أنها فاسدة ، وله أجر المثل .

(وإن أكراه دابةً فقال: إن رددتها اليوم فكراؤها خمسة ، وإن رددتها غدًا فكراؤها عشرة ، فقال أحمد: لا بأس به) نقله عبد الله ، وجزم به في «الوجيز» ؛ لأنه لا يؤدي إلى التنازع (وقال القاضي: يصح في اليوم الأول) لأنه معلوم (دون الثاني) قال في «الشرح»: والظاهر عن أحمد فساد العقد على قياس بيعتين في بيعة ، ثم قال: وقياس حديث عليٍّ والأنصاريِّ صحته .

(وإن أكراه دابةً عشرة أيام بعشرة دراهم ، فما زاد فله بكل يوم درهم ، فقال أحمد) : في رواية أبي الحارث (هو جائز) لأن لكل عمل عوضًا معلومًا ، فهو كما لو استقى كل دلو بتمرة ، ونقل عبد الله وابن منصور نحوه .

(وقال القاضي: يصح في العشرة وحدها) لأن المؤجر الذي تقابله العشرة معلوم دون ما بعده ؛ لأن مدته غير معلومة ، فلم تصح ، كما لو قال:

ونصَّ أحمد - رحمه الله - على أنه لا يجوز أن يكتري لمدة غزاته ، وإن سمى لكل يوم شيئاً معلوماً فجائز . وإن أكراه كل شهر بدرهم أو كل دلو بتمرة فالمنصوص أنه يصح ، وكلما دخل شهرٌ لزمهما حكم الإجارة .

استأجرتك لتحمل هذه الصبرة وهي عشرة أفقرة بدرهم وما زاد فلك بحسابه . وجوابه: بأنه لا نص للإمام فيها ، وقياس قوله صححتها ، ولو سلم فسادها فالقفران الذي شرط حملها غير معلومة وهي مختلفة ، فلم يصح العقد ؛ لجهالتها ، بخلاف الأيام فإنها معلومة .

(ونصَّ أحمد على أنه لا يجوز أن يكتري لمدة غزاته) وهو قول أكثر العلماء ؛ لأنَّ المدة والعمل مجهولان ، فلم يجز ، كما لو استأجر لمدة سفره في تجارته ؛ لاختلافها طولاً وقصرًا ، فإن فعل فله أجر المثل (وإن سمى لكل يوم شيئاً معلوماً فجائز) لأنَّ علي بن أبي طالب أجر نفسه كل دلو بتمرة ، ولم ينكره النبي ﷺ ، ولأنَّ الأجر وكل يوم معلومان ، فصح ، كما لو أجره شهرًا كل يوم كذا ، وحينئذ فلا بد من تعيين ما يستأجر له من ركوب وحمل معلوم ، ويستحق الأجر المسمى ، سواء أقامت أو سارت ؛ لأنَّ المنافع ذهبت في مدته ، كما لو استأجر دارًا وأغلقها ، وعنه: لا يصح ؛ لأنَّ المدة مجهولة (وإن أكراه كل شهر بدرهم أو كل دلو بتمرة فالمنصوص أنه يصح) اختاره الخرقى والقاضي وعامة أصحابه والشيخان ؛ لما روي عن علي قال: جعت مرة جوعًا شديدًا ، فخرجت أطلب العمل في عوالي المدينة ، فإذا أنا بامرأة قد جمعت مدرًا ، فظننت أنها تريد بله ، فقاطعتها كل ذنوب بتمرة ، فمدرت ستة عشرة ذنوبًا ، فعدت لي ستة عشرة تمرة ، فأتيت النبي ﷺ فأخبرته ، فأكل معي منها . رواه أحمد . ومثله إذا باعه الصبرة كل قفيز بدرهم ، فالعلم بالثمن يتبع العلم بالثمن ، فهنا كذلك ، العلم بالأجر يتبع العلم بالمنفعة .

فعلى هذا ، تلزم الإجارة في الشهر الأوَّل بإطلاق العقد ؛ قاله في «المغني» و«الشرح» ، وما بعده يكون مراعى ، ونبه عليه بقوله: (وكلما دخل شهرٌ لزمهما حكم الإجارة) وقاله أكثر الأصحاب ؛ لأنَّ دخوله بمنزلة إيقاع العقد

ولكل واحد منهما الفسخ عند تقضي كل شهر . وقال أبو بكر وابن حامد: لا يصح .

على عينه ابتداءً (ولكل واحد منهما الفسخ) بأن يقول: فسخت الإجارة في الشهر الآخر ، وليس بفسخ على الحقيقة ؛ لأن العقد الثاني لم يثبت ؛ قاله في «الشرح» .
(عند تقضي كل شهر) لأن اللزوم إنما كان لأجل الدخول المنزل منزلة إيقاع العقد ابتداءً ولم يوجد بعد ، ومقتضاه أنه بمجرد دخول الشهر الآخر يلزم ، ولم يملك الفسخ . قال ابن الراغوني: يلزم بقية الشهور إذا شرع في أول الجزء من ذلك الشهر ، وقال القاضي: له الفسخ في جميع اليوم الأول من الشهر الثاني ، وبه قطع الجمد ، وأورده ابن حمدان مذهباً ، وهو أظهر . وفي «المغني» و«الشرح»: إذا ترك التلبس به فهو كالفسخ لا تلزمه أجره ؛ لعدم العقد .

(وقال أبو بكر وابن حامد:) وابن عقيل ؛ حكاه عنه في «الشرح» (لا يصح) العقد ، وهو رواية ؛ لأن المدّة مجهولة ، وحملها كلام أحمد على أنه وقع على معينة ، وليس بظاهر ، أمّا لو قال: آجرتك داري عشرين شهراً ، كل شهر بدرهم ، فهو جائزٌ بغير خلافٍ نعلمه ؛ لأن المدّة والأجر معلومان ، وليس لواحدٍ منهما الفسخ ؛ لأنها مدّة واحدة ، أشبه ما لو قال: آجرتك عشرين شهراً بعشرين درهماً .

فرغ : إذا قال: آجرتك شهراً بدرهم وما زاد فبحسابه ، صح في الشهر الأول ، ويحتمل أن يصح في كل شهر تلبس به ، فلو قال: آجرتك هذا الشهر بدرهم وكل شهر بعد ذلك بدرهم ، صح في الأول ، وفيما بعده وجهان .

فصل

الثالث: أن تكون المنفعة مباحةً مقصودةً ، فلا تجوز الإجارة على الزنا والزمر والغناء ، ولا إجارة الدار لتجعل كنيسةً أو بيت نارٍ ، أو لبيع الخمر ، ولا يجوز الاستئجار على حمل الميتة والخمر .

فصل

(الثالث: أن تكون المنفعة مباحةً) لغير ضرورةٍ مقدورٍ عليه ؛ قاله في «المحرر» و«الفروع» ، كإجارة دارٍ يجعلها مسجدًا ، وشجرٍ لنشر ثيابه وقعوده بظله (مقصودةً) فلا يجوز استئجار شمعٍ ليتجمّل به ويردّه ، وطعامٍ ليتجمّل به على مائدته ثمّ يردهُ ، ولا ثوبٍ يوضع على سرير الميت ؛ ذكره في «المغني» و«الشرح» ، ولأنّ ما لا يُقصد لا يقابل بالعوض ، ويُعتبر فيها أن تكون متقوِّمةً ، فلو استأجر تفاحةً للشّم لم يصحّ ، ومملوكةً للمستأجر ، فلو اكرت دابةً لركوب المؤجّر فلا ؛ ذكره القاضي وأصحابه .

(فلا تجوز الإجارة على الزنا والزمر والغناء) لأنّ المنفعة المحرّمة مطلوبٌ عدمها ، وصحة الإجارة تنافيها ؛ إذ المنفعة المحرّمة لا تقابل بالعوض في البيع ، فكذا في الإجارة ، أشبه إجارة أمتة للزنا ، وحكاها ابن المنذر إجماعًا في المغنّية والنائحة .

(ولا إجارة الدار لتجعل كنيسةً أو بيت نارٍ) مع ظنّ الفعل ، سواءً شرط ذلك في العقد أو لا ، والمراد بها النار التي يعبدها المجوس أو من يعبدها (أو لبيع الخمر) ولأنّه فعلٌ محرّمٌ ، فلم تجز الإجارة عليه كإجارة عبده للفجور ؛ ولما فيه من الإعانة على المعصية .

(ولا يجوز الاستئجار على حمل الميتة) أي: للأكل ، ويستثنى منه المضطرّ ؛ قاله في «الرعاية» وغيرها (والخمر) أي: للشرب ؛ لأنّه عليه السّلام لعن حاملها والحمولة إليه ، ويصحّ لإلقائها وإراققتها ، وفي «الفروع»: إنّ طرحها كأكلها

وعنه: يصح ، ويكره أكل أجرته .

فصل

والإجارة على ضربين:

أحدهما: إجارة عين ، فتجوز إجارة كل عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها ، فيجوز له استئجار حائط ليضع عليه أطراف خشبه ، وحيوان ليصيد به إلا الكلب ، واستئجار كتاب ليقرأ فيه

(وعنه: يصح) لأنه لا يتعين عليه .

(ويكره أكل أجرته) لاختلاف العلماء في حرمة ، وعنه فيمن حمل خنزيرًا لذميمة أو حمرا لنصراني: أكره أكل أجرته ، ويقضى للحمال بالكراء ، فإن كان لمسلم فهو أشد . قال القاضي: هذا محمول على أنه استأجره ليريقها ، فأما للشرب فمحظور ، لا يحل أخذ الأجرة عليه ، وبعد في «المغني» هذا التأويل . وفي «الرعاية»: هل يأكل الأجر أو يتصدق به؟ فيه وجهان .

فصل

(والإجارة على ضربين: أحدهما: إجارة عين ، فيجوز إجارة كل عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها) كالأرض والدور والبهائم والثياب ونحوها (فيجوز له استئجار حائط ليضع عليه أطراف خشبه) أي: إذا كان الخشب معلوماً ؛ لأنه منفعة مباحة مقصودة مقدور على تسليمها واستيفائها ، فجازت كالسطح للنوم عليه (وحيوان ليصيد به) كالفهد والبازي في مدة معلومة ؛ لأن فيه نفعا مباحا تجوز إعارته له ، فكذا إجارته ، وفي «التبصرة» : أنه يصح إيجارتهما للصيد ، مع أنه ذكر في بيعها الخلاف ، وعلم منه أن سباع البهائم والطيور التي لا تصلح للصيد لا تجوز إيجارتهما ؛ لعدم النفع فيها .

(إلا الكلب) فإنه لا يجوز كالخنزير ؛ لعدم جواز البيع ، وقيل: يجوز لصيد وحراسة ؛ لوجود النفع المباح (واستئجار كتاب) فيه علم مباح (ليقرأ فيه) لأنه

إلا المصحف في أحد الوجهين ، واستتجار النّقد للتّحلي والوزن لا غير ، فإن أطلق الإجارة لم تصحّ في أحد الوجهين ، وتصحّ في الآخر ، ويُنتفع بها في ذلك . ويجوز استتجار ولده لخدمته .

نفع مقصودٌ يُحتاج إليه ، وكذا النّسخ والرّواية منه ، ولو عبّر بالانتفاع لعمّ ، وتجاوز إجارة كتاب فيه خطّ حسنٌ ينقل منه ويكتب عليه على قياس ذلك ؛ قاله في «الشّرح» (إلا المصحف ، في أحد الوجهين) جزم به في «الوجيز» ؛ لأنّه لا يصحّ بيعه إجلالاً لكتاب الله تعالى وكلامه عن المعاوضة به ، فلم تجز إجارته . والثّاني: بلى ؛ لأنّه انتفاعٌ مباحٌ كالإعارة وسائر الكتب ، ولا يلزم من عدم البيع عدم جواز الإجارة ، كالحرّ والوقف وأمّ الولد .

فرغ : يصحّ نسخ المصحف بأجرة ؛ نصّ عليه ، فإن نسخه ذمّي ولم يحمله فوجهان .

(واستتجار النّقد للتّحلي) أي: لتحلية امرأة (والوزن) لأنّه أمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها ، وذكر جماعةٌ فيه: بأجرة من جنسه (لا غير) من الاتّفاق ونحوه ؛ لما فيه من إذهاب عينها ، وبقاؤها شرط .

(فإن أطلق الإجارة لم تصحّ في أحد الوجهين) قاله القاضي ، وجزم به في «الوجيز» ، وقدمه في «الرّعاية الكبرى» ؛ لأنّ الإجارة تقتضي الانتفاع ، وهو في النّقدين إنّما هو بأعيانهما ، وحيثُ يصير قرصًا ؛ لأنّه إذا أطلق الانتفاع حُمّل على المعتاد .

(وتصحّ في الآخر) قاله أبو الخطّاب ، وصحّحه في «المغني» ؛ لأنّ العقد متى أمكن حمله على الصّحّة كان أولى من إفساده .

(ويُنتفع بها في ذلك) أي: في الوزن والتّحلي ؛ لأنّهما هما اللذان حُمّل العقد عليهما ، أشبه استتجار الدّار مطلقًا فإنّه يصحّ ، ويُحمل على الشّكني ووضع المتاع فيها .

(ويجوز استتجار ولده لخدمته) كالأجنبيّ وسائر الأقارب غير الأب ، وله

وامرأة لرضاع ولده وحضائه . ولا تصحُّ إلا بشروط خمسة:
أحدها: أن يعقد على نفع العين دون أجزائها ، فلا تصحُّ إجارة الطعام
للأكل ، ولا الشَّمع لشغله ، ولا حيوانٍ ليأخذ لبنه .

استئجار مسلمٍ لعملٍ مباح ، وعنه: غير خدمةٍ ، وقيل: إن استأجره لعملٍ مباح في
ذمته صحَّ، وإلا فلا، ويجوز استئجار ذمِّي لبناء مسجدٍ ونحوه (وامرأة لرضاع ولده
وحضائه) لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ﴾ الآية . وقوله عليه السَّلَام - : «لا
ترضع لكم الحمقاء» . يدلُّ بمفهومه على جواز استرضاع غيرها ، ولأنَّ كلَّ عقدٍ
يصحُّ مع غير الزَّوج فيصحُّ معه كالبيع ، ولا فرق بين أن تكون في حبال الزَّوج
أو مطلقةً في الأصحِّ ، وقال القاضي: لا يجوز . وحمل كلام الخرقِيَّ على أنَّها
في حبال زوج آخر . ورُدُّ بأنَّها لو كانت في حبال زوج آخر لسقط حقُّها من
الحضانة ، ثمَّ ليس لها أن ترضع إلا بإذن زوجها ، وبقيَّة الأقارب كالأم في
الجواز بغير خلافٍ نعلمه .

(ولا تصحُّ إلا بشروط خمسة: أحدها: أن يعقد على نفع العين دون أجزائها)
لأنَّ الإجارة هي بيع المنافع ، فلا تدخل الأجزاء فيها (فلا تصحُّ إجارة الطعام للأكل
ولا الشَّمع لشغله) لأنَّ هذا لا يُنتفع به إلا بإتلاف عينه ، فلم يجز ، كما لو استأجر
دينارًا لينفقه ، فلو اكرت شمعًا ، ليسرجها ويردُّ بقيَّتها ، وثن ما ذهب وأجر الباقي
، فهو فاسدٌ ؛ لأنَّه يشمل بيعًا وإجارةً ، وما وقع عليه عقد البيع مجهولٌ ، وحيث
جُهل جُهل الآخران .

(ولا حيوانٍ ليأخذ لبنه) كالإبل ونحوها ، وأخذ الصُّوف والشَّعر والوبر
كاللبن ، وجوز الشَّيخ تقيُّ الدِّين إجارة الحيوان لأخذ لبنه ، فإن قام عليها
المستأجر ، وعلفها ، فكاستئجار الشَّجر ، وإن علفها ربُّها ، وأخذ المشتري اللبَّ
فبيعٌ ، وليس هذا بعرٍ ، فإنَّه كمنيحة الشاة ، وهو عاريتها للانتفاع بلبنها ، كما
يعيره الدَّابة لركوبها ؛ لأنَّ هذا يحدث شيئًا فشيئًا ، فهو بالمنافع أشبه ، فإلحاقه
بها أولى .

إِلَّا فِي الظُّرِّ وَنَقَعَ البئرُ فَإِنَّهُ يَدْخُلُ تَبَعًا . الثَّانِي : معرفة العين برؤية

(إِلَّا فِي الظُّرِّ) فَإِنَّهُ يَجُوزُ ، وَقَدْ تَقَدَّمَ (وَنَقَعَ البئرُ) أَي : مَاؤُهَا الْمَسْتَنْقَعُ فِيهَا ؛ قَالَ ابن فَارِسَ ، وَعَبَّرَ فِي «المبْهَجِ» وَغَيْرِهِ : وَمَاءُ بئرٍ (فَإِنَّهُ يَدْخُلُ تَبَعًا) هُوَ عَائِدٌ إِلَى الْأَجِيرِ ؛ لِإِفْرَادِهِ الضَّمِيرِ ، وَلَا يَصْحُحُ عَوْدُهُ إِلَى الظُّرِّ ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ الْخِدْمَةَ فَلَا يَصْحُحُ اسْتِثْنَاؤُهَا مِمَّا ذُكِرَ ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ جِنْسِ الْمَسْتَنْقَعِ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ خِدْمَةَ الْمَرْضُوعَةِ تَقَعُ مَعَ بَقَاءِ الْعَيْنِ ، وَإِنْ كَانَ اللَّبْنُ فَلَا يَصْحُحُ قَوْلُهُ : يَدْخُلُ تَبَعًا ؛ لِأَنَّهُ مَعْقُودٌ عَلَيْهِ ، فَهُوَ أَصْلٌ لَا تَبِعٌ ، بِخِلَافِ نَقَعِ البئرِ ، فَإِنَّ هَوَاءَ البئرِ وَعَمَقَهُ فِيهِ نَوْعٌ انْتِفَاعٌ ؛ لِمُرُورِ الدَّلْوِ فِيهِ ، وَفِي «التَّبَصُّرَةِ» : يَعُودُ ذَلِكَ إِلَيْهِمَا . انْتَهَى .

وَكَذَا حَبْرٍ نَاسِخٍ ، وَخِيُوطٍ خِيَّاطٍ ، وَكَحْلٍ كَحَّالٍ ، وَمَرْهَمٍ طَبِيبٍ ، وَمَنْعَةٍ فِي «المَغْنِيِّ» . قَالَ ابن عَقِيلٍ : يَجُوزُ اسْتِجَارُ البئرِ لَيْسَتْ مِنْهُ أَيَّامًا مَعْلُومَةٌ . وَفِي «الفِصُولِ» : إِنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ بِالْإِجَارَةِ ؛ لِأَنَّهُ إِتْمَا يَمْلِكُ بِحَيَازَتِهِ .

تَنْبِيهُ : ذَهَبَ جَمْهُورُ الْعُلَمَاءِ إِلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِجَارَةُ الْفَحْلِ لِلضَّرَابِ ؛ لِئَنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنِ عَسْبِ الْفَحْلِ . مَتَّفَقٌ عَلَيْهِ . وَلِأَنَّ الْمَقْصُودَ الْمَاءَ ، وَهُوَ مُحَرَّمٌ لَا قِيمَةَ لَهُ ، فَلَمْ يَجِزْ أَخْذُ الْعَوْضِ عَنْهُ كَالْمَيْتَةِ ، وَصَرَّحَ أَبُو الْخَطَّابِ وَجْهًا بِجَوَازِهِ بِنَاءً عَلَى إِجَارَةِ الظُّرِّ وَالبئرِ ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَيْهِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَوْقَعَ الْعَقْدَ عَلَى الْعَمَلِ ، وَيَقْدُرُهُ بِمَرَّةٍ أَوْ مَرَّتَيْنِ ، وَقِيلَ : يَقْدُرُهُ بِالْمُدَّةِ ، وَهُوَ بَعِيدٌ ، إِلَّا أَنْ يَكْتَرِيَ فَحَلًّا لِإِطْرَاقِ مَاشِيَةٍ كَثِيرَةٍ ، وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ .

فَإِنْ أَحْتَاجَ إِلَيْهِ ، وَلَمْ يَجِدْ مَنْ يَطْرُقُهُ لَهُ جَازٍ أَنْ يَبْذُلَ الْكِرَاءَ ، وَلَيْسَ لِلْمَطْرُقِ أَخْذَهُ ، فَإِنْ أَطْرُقَ إِنْسَانٌ فَحَلَهُ بِغَيْرِ شَرْطٍ ، فَأُهِدِيَتْ لَهُ هَدِيَّةٌ لِدَلِّكَ ، فَلَا بَأْسَ ؛ قَالَ فِي «المَغْنِيِّ» وَ«الشَّرْحِ» ، وَنَقَلَ ابن الْقَاسِمِ : لَمْ يَبْلُغْنَا أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ - أَعْطَى شَيْئًا لِلْحَجَّامِ . فَحَمَلَهُ الْقَاضِي عَلَى ظَاهِرِهِ ، وَأَنَّهُ مَقْتَضِي الظُّرِّ ، وَحَمَلَهُ فِي «المَغْنِيِّ» عَلَى الْوَرَعِ ، وَهُوَ ظَاهِرٌ . قَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : فَلَوْ أَنْزَاهُ عَلَى فِرْسِهِ فَنَقَصَ ضَمْنَ نَقْصِهِ .

(الثَّانِي : معرفة العين) الْمُؤَجَّرَةُ (بِرُؤْيَةٍ) إِنْ كَانَتْ لَا تَنْضَبُطُ بِالصِّفَاتِ ، كَالدَّارِ

أو صفة في أحد الوجهين ، وتصح في الآخر بدونه ، وللمستأجر خيار الرؤية .

الثالث: القدرة على التسليم ، فلا تصح إجارة الأبق والشارد ، ولا الطير في الهواء ، ولا المغصوب ممن لا يقدر على أخذه ، ولا يجوز إجارة المشاع مفردًا لغير شريكه ، وعنه ما يدل على جوازه .

والحمّام (أو صفة) إن كانت تنضبط بها كالبيع (في أحد الوجهين) وهو الأشهر ، وعليه الأكثر ، فلو استأجر دارًا أو حمّامًا فلا بد من الرؤية كالبيع ؛ لأن الغرض يختلف بالصغر والكبر ، ومعرفة مائه ، ومشاهدة الإيوان ، ومطرحة الرماد ، ومصرف الماء ، مع أنّ أحمد كره كراء الحمّام ؛ لأنه يدخله من تنكشف عورته فيه ، وحمله ابن حامد على التنزيه والعقد صحيح ، وحكاه ابن المنذر إجماعًا حيث حدّده ، وذكر جميع آله شهرًا مسمًا .

(وتصح في الآخر بدونه) كالبيع ؛ إذ الخلاف هنا مبني على الخلاف في البيع (وللمستأجر خيار الرؤية) لأنه إذا اشترى ما لم يره ولم يوصف له الخيار ، فكذا هنا .

(الثالث: القدرة على التسليم) لأنها بيع المنافع ، أشبهت بيع الأعيان (فلا تصح إجارة الأبق والشارد ، ولا الطير في الهواء ، ولا المغصوب ممن لا يقدر على أخذه) لأنه لا يمكن تسليم العقود عليه ، فلا تصح إجارته كبيعه (ولا تجوز إجارة المشاع مفردًا لغير شريكه) جزم به في «الوجيز» ، وقدمه في «الفروع» ، ونقله في «الشرح» عن الأصحاب ؛ لأنه لا يقدر على تسليمه إلا بتسليم نصيب شريكه ، ولا ولاية له عليه ، فلم يصح كالمغصوب .

(وعنه : ما يدل على جوازه) اختاره أبو حفص العكبري ، وأبو الخطاب ، والحلواني ، والحافظ ابن عبد الهادي في «حواشيه» ، وصاحب «الفائق» ، وغيرهم ، وعليه العمل ؛ لأنه معلوم يجوز بيعه ، فجازت إجارته ، كالمفروز وكشريكه ، وكما لو أجره الشريكان معًا . قال بعض أصحابنا في طريقته:

الرَّابِع: اشتمال العين على المنفعة ، فلا تجوز إجارة بهيمة زمنية للحمل ، ولا أرض لا تنبت الزرع .

الخامس: كون المنفعة مملوكة للمؤجر أو مأذوناً له فيها ، فيجوز للمستأجر إجارة العين لمن يقوم مقامه .

والصحيح صحة رهنه وإجارته وهبته ، ولا خلاف في صحة بيعه عند الأربعة ، وفيه خلاف ذكره ابن حزم ، وهل إيجاز لاثنين وهما الواحد أو تصح؟ فيه وجهان ، وكذا وصيته بمنفعته ، فلو كانت الدار لواحدٍ فأجر نصفها صح ، ثم إن أجر الآخر للأول صح ، وإن كان لغيره ، فوجهان .

فرغ : إذا استأجر ذميّ مسلماً للخدمة لم يجز ؛ نصّ عليه ؛ لأنه حبس يتضمّن إذلال المسلم ، فلم يصحّ على الأصحّ ، بخلاف ما إذا أجر نفسه في عملٍ معيّن في الذمة كالحياطة ، فإنه يجوز بغير خلافٍ نعلمه .

فائدة :

إذا استأجر دينكاً يوقظه للصلاة لم يجز ؛ نقله إبراهيم .

الرَّابِع: اشتمال العين على المنفعة ، فلا تجوز إجارة بهيمة زمنية للحمل ، ولا أرض) سبخة (لا تنبت الزرع) لأن الإجارة عقد على المنفعة ، ولا يمكن تسليم هذه المنفعة في هذه العين ، فلا تصحّ إجارتها كالأبق ، قال في «الموجز»: وحمام لحمل الكتب ؛ لتعذبه . وفيه احتمال ، قال في «التبصرة»: هو أولى .

(الخامس: كون المنفعة مملوكة للمؤجر أو مأذوناً له فيها) لأنها بيع المنافع ، فاشتراط ذلك فيه كالبيع ، فلو تصرف فيما لا يملكه ، ولا إذن له فيه لم يجز كبيعه ، وقيل: بلى ، ويقف على الإجارة كالبيع (فيجوز للمستأجر إجارة العين) أي: بعد قبضها ؛ نصّ عليه ، وجزم به في «الوجيز» ، وقاله جمع ؛ لأن المنفعة مملوكة له ، فجاز له إجارتها كبيع المبيع (لمن يقوم مقامه) أي: في الانتفاع أو دونه ؛ لأن المنفعة لما كانت مملوكة له جاز له أن يستوفيه بنفسه ونائبه ، ولا يجوز لمن هو أكثر ضرراً منه .

ويجوز للمؤجر وغيره بمثل الأجرة وزيادة .

وعنه: لا تجوز بزيادة . وعنه: إن جدّد فيها عمارةً جازت الزيادة ، وإلا

فلا .

وذكر القاضي أنّه لا يجوز له إيجارها ؛ لنهيه - عليه السّلام - عن ربح ما لم يُضمن ، والمنافع لم تدخل في ضمانه ؛ لعدم قبضها ، أشبه بيع المكيل قبل قبضه . وجوابه: بأنّ قبض العين قائم مقام قبض المنافع كبيع الثمرة على الشجر ، فأما إيجارها قبل قبضها من غير المؤجر فوجهان: أحدهما: يجوز ؛ لأنّ قبض العين لا ينتقل به الضمان إليه ، فلم يقف جواز التصرف عليه . والثاني: المنع ؛ لأنّ المنافع مملوكة بعقد معاوضة ، فاعتبر في جواز العقد عليها القبض كالأعيان .

(ويجوز للمؤجر) ما لم يكن حيلةً كعينة ، وظاهره أنّه يجوز قبل القبض ، وفي «الشرح» أنّها إذا لم تجز من غير المؤجر فوجهان هنا: أحدهما: لا يجوز كغيره . والثاني: بلى ؛ لأنّ القبض لا يتعدّر عليه ، بخلاف الأجنبي ، وأصلهما بيع الطعام قبل قبضه هل يصحّ من بائعه؟ على روايتين (وغيره) وقد سبق (بمثل الأجرة) فلا شبهة فيه (وزيادة) نصّ عليه ، وهو المذهب ؛ لأنّ كلّ عقدٍ جاز برأس المال جاز بأكثر كبيع المبيع بعد قبضه .

(وعنه: لا تجوز بزيادة) لنهيه عليه السّلام عن ربح ما لم يُضمن ، والمنفعة في الإجارة غير مضمونة (وعنه: إن جدّد فيها عمارةً جازت الزيادة) لأنّ الرّبح وقع في مقابلة العمارة (وإلا فلا) أي: وإن لم يجدّد فيها عمارةً لم تجز الزيادة ، فلو فعل تصدّق بالزيادة ، وعنه: إن أذن المؤجر فيها جازت وإلا فلا .

مسألة: سئل أحمد عن رجلٍ يتقبّل عملاً من الأعمال فتقبّله بأقلّ من ذلك يجوز له الفضل؟ قال: ما أدري ، هي مسألة فيها بعض الشيء . وقال النّخعيّ في الحياط إذا تقبّل بأجرٍ معلوم: فإن أعان فيها أخذ فضلاً وإلا فله .

وحمل قوله في «الشرح» على مذهبه فيمن استأجر شيئاً لا يؤجره بزيادة ، وقياس المذهب جوازه ، سواء أعان فيه شيء أم لا كالبيع .

وللمستعير إجارته إذا أذن له المعير مدّة بعينها .

وتجوز إجارة الوقف ، فإن مات المؤجر فانتقل إلى مَنْ بعده لم تنفسخ الإجارة في أحد الوجهين ، وللتّاني حصّته من الأجرة .

(وللمستعير إجارته) لأنّه لو أذن له في بيعها لجاز ، فكذا إجارته ، ولأنّ الحقّ له ، فجاز بإذنه (إذا أذن له المعير مدّة بعينها) لأنّ الإجارة عقد لازم لا تجوز إلّا في مدّة معيّنة .

(وتجوز إجارة الوقف) لأنّ منافعه مملوكة للموقوف عليه ، فجاز له إجارته كالمتأجر (فإن مات المؤجر فانتقل إلى مَنْ بعده لم تنفسخ الإجارة في أحد الوجهين) ذكر القاضي في المجرّد أنّه قياس المذهب ، وجزم به في «الوجيز» ، وقدمه في «الفروع» ؛ لأنّه أجر ملكه في زمن ولايته ، فلم تبطل بموته ، كما لو أجر ملكه المطلق (وللتّاني حصّته من الأجرة) أي: من حين موت الأوّل ، فإن كان قبضها رجع في تركته بحصّته ؛ لأنّه تبيّن عدم استحقاقه لها ، فإن تعذّر أخذها فظاهر كلامهم أنّها تسقط ، وإن لم يقبض فمن مستأجر .

وذكر الشيخ تقيّ الدّين أنّه ليس لناظر وقفٍ ونحوه تعجيلها كلّها إلّا للحاجة ، ولو شرطه لم يجز ؛ لأنّ الموقوف عليه يأخذ ما لم يستحقّه الآن ، وعليه للبطن الثّاني أن يطالبوا بالأجرة للمستأجر ؛ لأنّه لم يكن لهم التّسلّف ، ولهم أن يطالبوا النّاضر .

والثّاني: أنّها تنفسخ فيما بقي منها ؛ جزم به القاضي في «خلافه» ، وقال: إنّ ظاهر كلام أحمد وابنه أبو الحسين وابن شاقلاً وابن عقيل ؛ لأنّ البطن الثّاني يستحقّ العين بجميع منافعها تلقّيّاً من الواقف بانقراض الأوّل ، بخلاف الطّلق ، فإنّ المالك ملك من جهة الموروث ، فلا يملك إلّا ما خلفه ، وحقّ المالك لم ينقطع عن ميراثه بالكلّيّة ، بل آثاره باقية فيه ، ولهذا تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه . فعلى هذا ، يرجع مستأجرٌ على ورثة مؤجّرٍ قابض بحصّته من الباقي ، وخرّج في «المعني» و«الشّرح» وجهاً بيطان الإجارة من أصلها بناءً على تفريق الصّفقة ، وحينئذٍ يلزم المستأجر أجر المثل . ثمّ إن كانت الأجرة مقسّطة على أشهر الإجارة أو أعوامها

وإن أجر الوليِّ اليتيم أو السيِّد العبد ثم بلغ الصَّبِيَّ وعُتق العبد لم تنفسخ الإجارة . ويحتمل أن تنفسخ .

فهي صفتان في الأصح لا تبطل جميعها ببطلان بعضها ، وإن لم تكن مقسطةً فهي صفةٌ واحدةٌ فيطرُد فيها الخلاف . واعلم أنَّها لا تنفسخ إذا كان الأجر الناظر العامَّ أو من شرطه له وكان أجنبيًّا بموته ولا عزَّ له .

فرغ : إذا أجر الوقف بأجرة المثل فطلبه غير مستأجره بزيادةٍ فلا فسوخ ، وكذا لو أجره المتوليُّ على ما هو على سبيل الخير ، وقيل: بلى ، وقاله بعض الحنفيَّة ، قال في المفيد لهم: لا يُعرف له وجهٌ .

أصل : تجوز إجارة الإقطاع كموقوفٍ ؛ ذكره الشيخ تقيِّ الدِّين ، وخالف فيه جمعٌ ، فلو أجره ثم انتقل عنه إلى غيره بإقطاع آخر فكموقوفٍ ؛ ذكره في القواعد . (وإن أجر الوليِّ اليتيم) أو ماله (أو السيِّد العبد) مدَّة (ثم بلغ الصَّبِيَّ) ورشد (وعُتق العبد) في أثنائها (لم تنفسخ الإجارة) على المذهب ، ونصره القاضي وأصحابه ؛ لأنَّه تصرَّف له تصرُّفًا لازمًا ، فلا تنفسخ ببلوغ الصَّبِيَّ ، كما لو زوَّجه أو باع عقاره ، ولا يعتق العبد ، كما لو زوَّج أمته ثمَّ باعها (ويحتمل أن تنفسخ) هذا وجهٌ ؛ لأنَّه أجره مدَّة لا ولاية له عليها بالكلِّيَّة ، أشبه إجارة الوقف ، ويفترقان من حيث إنَّه ينبرم في الحال وينقطع عنه . نعم ، لو كان بلوغه في مدَّة الخيار ، ففيه نظرٌ ، وكذلك النكاح ينبرم من حينه ، ويستقرُّ المهر فيه بالدُّخول ، بخلاف الإجارة ، فإنَّ الأجرة تقسط على المدَّة ، ولا يستقرُّ الملك فيها إلَّا باستيفاء المنافع شيئًا بعد شيءٍ . وذكر في «المغني» و«الشَّرح» وجهاً أنَّه إذا أجره مدَّة يعلم بلوغه فيها قطعًا لم يصحَّ في الزَّائد ، ويُخرَج الباقي على تفريق الصَّفقة .

تنبيهٌ : إذا مات الوليُّ أو عُزل وانتقلت عنه الولاية إلى غيره لم يبطل عقده ؛ لأنَّه تصرَّف ، وهو من أهل التصرُّف فيما له الولاية عليه ، فلم يبطل تصرُّفه ، كما لو مات ناظر الوقف أو عُزل أو الحاكم .

فصل

وإجارة العين تنقسم قسمين:

أحدهما: أن تكون على مدّة معلومة ، كإجارة الدّار شهراً والأرض عامًا ،
والعبد للخدمة أو للرّعي مدّة معلومة ، ويسمّى الأجير فيها: الأجير الخاصّ .
ويُشترط أن تكون المدّة معلومة يغلب على الظنّ بقاء العين فيها ، وإن طالّت ،

فصل

(وإجارة العين تنقسم إلى قسمين: أحدهما: أن تكون على مدّة معلومة ،
كإجارة الدّار شهراً) وهو اسمٌ لما بين الهلالين ، سواءً كان تامًّا أو ناقصًا
(والأرض عامًا) وشاهده قوله تعالى -: ﴿يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت
للناس والحج﴾ [البقرة: ١٨٩] فلو قدرها بسنةٍ مطلقةٍ حُمل على الهلائيّة ؛ لأنّها
المعهودة ، فإذا وصفها به كان تأكيدًا ، فإن قال: عدديةٌ ، فهي ثلاثمائة وستون
يومًا ، فإن قال: روميّةٌ أو شمسيّةٌ أو فارسيّةٌ أو قبطيّةٌ وهما يعلمان جاز ،
وكان ثلاثمائة وخمسة وستون يومًا ، فإن أشهر الرّوم منها سبعةً أحدًا وثلاثون
يومًا ، وأربعةً ثلاثون يومًا ، وواحدًا ثمانيةً وعشرون يومًا وهو شُباط ، وزاده
الحساب ربعاً ، وشهور القبط كلّها ثلاثون ثلاثون ، وزادوها خمسةً لتساوي
سنتهم السنّة الرّوميّة (والعبد للخدمة أو للرّعي مدّة معلومة) فُعِلِمَ منه أنّ إجارة
العين تارةً تكون في الآدميِّ ، وتارةً في غيره من المنازل والدّوابِّ ، وقد حكاها
ابن المنذر إجمالًا (ويسمّى الأجير فيها: الأجير الخاصّ) لاختصاص المستأجر
بمنفعته في مدّة الإجارة لا يشاركه فيها غيره (ويُشترط أن تكون المدّة معلومة)
هذا تكرارٌ (يغلب على الظنّ بقاء العين فيها) لأنّ المدّة هي الضّابطة للمعقود
عليه المعرّفة له ، فاشترط العلم بها كالمكيلات (وإن طالّت) في قول أكثر
العلماء ؛ لأنّ المصحّح لها كون المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة منها غالبًا ،
وظاهره ولو ظنّ عدم العاقد ولو مدّة لا يظنّ فناء الدّنيا فيها ، وقيل: بلى ،
تصحّح إلى سنةٍ ؛ اختاره ابن حامدٍ ، وقيل: ثلاثين ، وحكاها في «الرّعاية» نصًّا ؛

ولا يُشترط أن تلي العقد ، فلو أجره سنة خمس في سنة أربع صحَّ ، سواء كانت العين مشغولةً وقت العقد أو لم تكن .

لأنَّ الغالب أنَّ الأعيان لا تبقى إلى أكثر منها ، وتتغيَّر الأسعار ، ولا فرق بين الوقف والمملك ، بل الوقف أولى ؛ قاله في «الرعاية» ، وفيه نظرٌ ، والسَّقْف والبسيط سواء .
 فرغ : ليس لو كيَّلٍ مطلقٍ إيجارها مدَّةً طويلةً ، بل العرف كسنتين ونحوهما ؛ قاله الشَّيخ تقيُّ الدِّين .

مسألةٌ : لو علَّقها على ما يقع اسمه على شيئين كالعيد وربيع صحَّ ، وانصرف إلى الأوَّل ؛ قاله في «المغني» و«الشَّرح» . وقال القاضي : لا يصحُّ حتَّى يعيَّن ذلك على شهرٍ مفردٍ ، فلا بدُّ من تعيينه من أيِّ سنةٍ وعلى يومٍ يبيِّنه من أيِّ أسبوعٍ .

(ولا يُشترط أن تلي العقد) لأنَّها مدَّةٌ يجوز العقد عليها مع غيرها ، فجاز العقد عليها مفردةً كالتي تلي العقد (فلو أجره سنة خمس في سنة أربع صحَّ ، سواء كانت العين مشغولةً وقت العقد) بإجارةٍ أو رهنٍ إن قدر على تسليمها عند وجوبه (أو لم تكن) لأنَّه إمَّا تُشترط القدرة على التَّسليم عند وجوبه كالسَّلَم ، فإنَّه لا يُشترط وجود القدرة عليه حال العقد . وقال ابن عقيل : لا يتصرَّف مالك العقار في المنافع بإجارةٍ ولا عاريةٍ إلَّا بعد انقضاء المدَّة واستيفاء المنافع المستحقَّة عليه بعقد الإجارة ؛ لأنَّه ما لم تنقض المدَّة له حقُّ الاستيفاء ، فلا يصح تصرُّفات المالك في محبوسٍ بحقٍّ ؛ لأنَّه يتعدَّر التَّسليم المستحقُّ بالعقد ، فمراد الأصحاب متَّفَقٌ ، وهو أنَّه تجوز إجارة المؤجَّر ، ويُعتبر التَّسليم وقت وجوبه ، وأنَّه لا يجوز إيجاره لمن يقوم مقام المؤجَّر ، وظاهر إطلاق كثيرٍ من أصحابنا أنَّه لا يصح إجارة المشغول بملك غير المستأجر ، وقال الشَّيخ تقيُّ الدِّين بجوازه فيمن استأجر أرضًا من جنديٍّ وغرسها قصبًا ، ثمَّ انتقل الإقطاع عن الجنديِّ أنَّ الثَّاني لا يلزمه حكم الإجارة ، وأنَّه إن شاء أن يؤجَّرها لمن له القصب أو لغيره .

تنبيهٌ : إذا وقعت على مدَّةٍ تلي العقد لم يُشترط ذكر ابتدائها ، وهي من حين

وإذا أجره في أثناء شهر سنة استوفى شهرًا بالعدد وسائرهما بالأهلة .
وعنه: يستوفى الجميع بالعدد ، وكذلك الحكم في كل ما تُعتبر فيه الأشهر ،
كعدّة الوفاة ، وشهريّ صيام الكفّارة .

فصل

القسم الثّاني: إجارتها لعملٍ معلوم ، كإجارة الدّابة للرّكوب إلى موضعٍ
معين ، أو بقرٍ لحرث مكان .

العقد وإن كانت لا تليه اشترط ذلك كالانتهاء ، فلو أجره شهرًا أو سنة لم يصحّ ؛
نصّ عليه ؛ لأنّه مطلق ، فافتقر إلى التّعيين ، وعنه: يصحّ ؛ اختاره في «المغني» ،
ونصره في «الشّرح» ، وابتدأها من حين العقد ؛ لقصة شعيب ، وكمدة التّسليم .

(وإذا أجره في أثناء شهرٍ سنة استوفى شهرًا بالعدد) أي: الأوّل ؛ نصّ عليه
في نذرٍ وصوم ؛ لأنّه تعدّر استيفاءه بالهلال فتّمّناه بالعدد (وسائرهما بالأهلة) لأنّه
أمكن استيفاءها بالأهلة ، فوجب اعتباره ؛ لأنّه الأصل (وعنه: يستوفى الجميع
بالعدد) لأنّ الشّهر الأوّل ينبغي أن يكمل من الثّاني ، فيحصل ابتداء الشّهر
الثّاني في أثائه ، وكذا في كل شهرٍ يأتي بعده (وكذلك الحكم في كل ما
تُعتبر فيه الأشهر كعدّة الوفاة وشهريّ صيام الكفّارة) نصّ عليهما في نذرٍ ؛
ولأنّه ساوى ما تقدّم معنًى ، قال الشّيخ تقيّ الدّين: إلى مثل تلك السّاعة .

فصل

(القسم الثّاني: إجارتها) أي: العين (لعملٍ معلوم) لأنّ الإجارة عقد معاوضة ،
فوجب أن يكون العوض فيها معلومًا ؛ لِقَلًّا يفرضي إلى التّنازع والاختلاف كالبيع
(كإجارة الدّابة للرّكوب إلى موضعٍ معين ، أو بقرٍ لحرث مكان) لأنّها خُلقت
له ، وقد أخرجاه في الصّحّحين . وتُعتبر معرفة الأرض بالمشاهدة ؛ لاختلافها
بالصّلابة والرّخاوة ، وتقدير العمل إمّا بالمدة كيوم ، وإمّا بمعرفة الأرض كهذه ،
أو بالمساحة كجريب ، فإن قدره بالمدة فلا بدّ من معرفة البقر التي تعمل عليها ؛

أو دياس زرع ، أو استئجار عبدٍ ليدلّه على طريق ، أو رَحَى لطحن قفزان معلومة ، فيشترط معرفة العمل وضبطه بما لا يختلف .

لأنّ الغرض يختلف باختلافها . ويجوز أن يستأجرها مفردةً ليتولّى ربُّ الأرض الحرث بها ومع صاحبها بآلتها وبدونها ، وتكون الآلة من عند صاحب الأرض (أو دياس زرع) لأنّها منفعةٌ مباحةٌ مقصودةٌ كالحرث ، وليس ذلك خاصّاً بها ، لكن إن كان على مدّةٍ احتيج إلى معرفة الحيوان ؛ لأنّ الغرض يختلف ، فمنها ما روثه ظاهرٌ ، ومنه ما هو نجسٌ ولا يُحتاج إلى معرفة عينه ، وإن كان على زرعٍ معيّنٍ أو موصوفٍ فلا كالحرث .

فائدة :

يجوز اكتراء الحيوان لغير ما خُلق له ، كالبقر للركوب أو الحمل ، والإبل والحُمُر للحرث ؛ لأنّها منفعةٌ مقصودةٌ أمكن استيفؤها من الحيوان لم يردّ الشَّرْع بتحريمها ، فجاز كالذي خُلقت له ، وقولها: إنّما خُلقت للحرث ، أي: معظم نفعها ، ولا يمنع ذلك الانتفاع بها في شيءٍ آخر .

(أو استئجار عبدٍ ليدلّه على طريق) لأنّ النَّبِيَّ - ﷺ - وأبا بكرٍ استأجرا عبد الله بن الأريقط هاديًا خريّيًا - وهو الماهر بالهداية - ليدلّهما على الطّريق إلى المدينة ، ولو عبّر بـ «مَنْ» لعمّ (أو رَحَى لطحن قفزان معلومة) ويُحتاج إلى معرفة جنس المطحون ؛ لأنّه يختلف ، فمنه ما يسهل ، ومنه ما يعسر ، فلا بدُّ من معرفته ؛ لتزول الجهالة (فتشترط معرفة العمل وضبطه بما لا يختلف) لأنّ العمل إذا لم يكن معروفًا مضبوطًا بما ذكر يكون مجهولاً فلا تصحّ الإجارة معه ؛ لأنّ العمل هو المعقود عليه ، فاشترطت معرفته وضبطه بما ذكر كالمبيع .

مسائل :

الأولى: يجوز استئجار بهيمةٍ لإدارة الرّحى ، وتفتقر إلى معرفة الحجر بالمشاهدة أو الصّفة ؛ لأنّ عملهما فيه يختلف ، وإلى تقدير العمل بالزمان كيوم ، أو بالطّعام

فصل

الضرب الثاني: عقدٌ على منفعة في الذمة مضبوطة بصفات كالسلم ، كخياطة ثوب ، وبناء دار ، وحمل إلى موضع معين .

كقفيز ، ويذكر جنسه إن اختلف ، وإن أكرها لإدارة دولا ب فلا بد من مشاهدته ، ويُقدَّر بالزَّمان وملء الحوض .

الثانية: يجوز استئجار كئالٍ أو وزانٍ لعملٍ معلومٍ أو في مدَّةٍ معيَّنةٍ بغير خلافٍ .

الثالثة: يجوز أن يستأجر رجلاً ليلازم غريباً يستحقُّ ملازمته ، وعنه: يُكره ، وعنه: لا بأس به .

الرابعة: يجوز الاستئجار لحفر الآبار والأنهار والقني كالخدمة ، ولا بد من تقدير العمل ، ويفتقر إلى معرفة الأرض في الأصح ، فإذا حفر بئراً فعليه شيل التراب ، فإذا تهرَّر من جانبه أو سقطت بهيمة لم يلزمه شيله ، وكان على صاحب الأرض ، فإن وصل إلى صخرة أو جمادٍ يمنع الحفر لم يلزمه ، وله الفسخ ، فله من الأجر بقسط ما عمل ، فيسقط الأجر على ما عمل ، وعلى ما بقي ، ولا يُقسَّط على أذرع ونحوه ؛ لأنَّ أعلاه يسهل نقل التراب منه ، بخلاف أسفله ، ونبع الماء منه كالصخرة إذا ظهرت .

الخامسة: يجوز أن يستأجر مَنْ يبيع له أثواباً معيَّنة ، فإن استأجره على شراء ثيابٍ معيَّنةٍ من رجلٍ معيَّنٍ ، أو على بيعها من رجلٍ معيَّنٍ ، ففي الصُّحَّة احتمالان .

فصل

(الضرب الثاني: عقدٌ على منفعة في الذمة مضبوطة بصفات كالسلم ، كخياطة ثوب ، وبناء دار ، وحمل إلى موضع معين) نقول: يجوز للآدمي أن يؤجِّر نفسه بغير خلاف ؛ لأنَّ موسى عليه السلام آجر نفسه لرعاية الغنم ، ولأنَّه يُنتفع به مع بقاء عينه ، أشبه الأرض ، ثمَّ إن كانت على مدَّةٍ بعينها وعملٍ بعينه فواضح ، وإن كانت على عملٍ موصوفٍ في الذمة فيكون

ولا يكون الأجير فيها إلا آدميًا جائز التصرف ، ويسمى: الأجير المشترك .
 ولا يجوز الجمع بين تقدير المدّة والعمل ، كقوله: استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب في يوم ، لم يصح . ويحتمل أن يصح .

كالسلم ، أي: لا بدّ أن يكون مضبوطاً بصفات السلم ؛ ليحصل العلم به .
 (ولا يكون الأجير فيها إلا آدميًا) لأنها متعلّقة بالذمّة ، ولا ذمّة لغير الآدمي (جائز التصرف) لأنها معاوضة لعمل في الذمّة ، فلم يجر من غير جائز التصرف .
 (ويسمى: الأجير المشترك) لأنه يتقبّل أعمالاً لجماعة ، فتكون منفعة مشتركة بينهم ، ويلزمه الشروع عقب العقد ، وإن ترك ما يلزمه قال الشيخ تقي الدين: بلا عذر فتلّف بسببه ضمنه وله الاستنابة ، فإن مرض أو هرب أكثرى من يعمله عليه ، فإن شرط مباشرته بنفسه فلا عمل ولا استنابة إذا . وفي «الغني»: إن اختلف القصد فيه كنسخ لم يلزمه ولا المكتري قبوله ، وإن تعدّر فله الفسخ ، وينفسخ العقد بتلف محلّ عملٍ معيّن .

(ولا يجوز الجمع بين تقدير المدّة والعمل ، كقوله: استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب في يوم لم يصح) في الأشهر ؛ لأنّ الجمع بينهما يزيد الإجارة غررًا لا حاجة إليه ؛ لأنه قد يفرغ من العمل قبل انقضاء اليوم ، فإن استعمله في بقيّته فقد زاد على ما وقع العقد عليه ، وإن لم يعمل كان تاركًا للعمل في بعضه ، فهذا غررٌ أمكن التحرّز منه ، ولم يوجد مثله في محلّ الوفاق ، فلم يجر العقد معه .

(ويحتمل أن يصح) هذا رواية ؛ لأنّ الإجارة معقودة على العمل ، والمدّة إنّما ذكرت للتّعجيل ، فلا يفسد العقد ، وكجعلها وفيها وجه ، قال في «التبصرة»: وإن اشترط تعجيل العمل في أقصى ممكن فله شرطه . وعليها ، إذا تمّ العمل قبل انقضاء المدّة لم يلزمه العمل في بقيّتها ، كقضاء الدين قبل أجله ، وإن مضت المدّة قبل العمل فللمستأجر الفسخ ، فإن رضي بالبقاء عليه لم يكن للآخر الفسخ ، فإن اختار إمضاء العقد طالبه بالعمل فقط ، كالمسلم إذا صبر عند التعدّر ، وإن فسخ قبل العمل سقط الأجر والعمل ، وإن كان بعد عمل بعضه فله أجر المثل ؛ لأنّ العقد انفسخ وسقط المسئى .

ولا تصحُّ الإجارة على عمل يختصُّ فاعله أن يكون من أهل القرية كالحجِّ والأذان ونحوهما . وعنه: تصحُّ .

(ولا تصحُّ الإجارة على عمل يختصُّ فاعله أن يكون من أهل القرية) أي: مسلمًا (كالحجِّ) أي: الثَّيَّابَة فيه (والأذان ونحوهما) كإمامة صلاةٍ ، وتعليم قرآنٍ في المشهور ؛ لما روى عبادة قال: علَّمت أناسًا من أهل الصُّفَّة القرآن ، فأهدى لي رجل منهم قوسًا ، فذكرت ذلك للنَّبِيِّ ﷺ ، فقال: «إن سرَّك أن يقلدك الله قوسًا من نارٍ فاقبلها» . وعن أبي بن كعبٍ أنه علَّم رجلاً سورةً من القرآن ، فأهدى له خميصًا أو ثوبًا ، فذكر ذلك للنَّبِيِّ ﷺ ، فقال: «إنك لو لبستها ألبسك الله مكانها ثوبًا من نارٍ» . رواهما الأثرم . ولأنَّ من شرط هذه الأفعال كونها قُرْبَةً إلى الله تعالى ، فلم يجز أخذ الأجرة ، كما لو استأجر قومًا يصلُّون خلفه .

(وعنه: تصحُّ) لأنَّه عليه السَّلام زوَّج رجلاً بما معه من القرآن . متَّفَقٌ عليه . فإذا جاز تعليم القرآن عوضًا في النِّكاح وقام مقام المهر جاز أخذ الأجرة عليه ، ولحديث أبي سعيدٍ في الرُّقِيَّة ، ولأنَّه يجوز أخذ الرُّزق عليه من بيت المال ، فجاز أخذ الأجرة عليه كبناء المساجد ، مع أنَّ الحاجة داعيةٌ إلى الاستنابة في الحجِّ وغيره ، وكَمَنْ أعطى بلا شرطٍ ؛ نصَّ عليه ، وكجعالةٍ وفيها وجهان ، وفي «المنتخب» : الجُعْلُ في حجِّ كأجرة . والأوَّلُ أصحُّ ؛ لأنَّ تعليم القرآن وجعله صداقًا فيه عنه اختلافٌ ، وليس في الخبر تصريحٌ به ، فيحتملُ أنَّه زوَّجه بغير صدقٍ إكرامًا له ، كما زوَّج أبا طلحة أُمَّ سُلَيْمٍ على إسلامه . ولو سلَّم جوازه فالفرق بين المهر والأجر أن المهر ليس بعوضٍ محضٍ ؛ لأنَّه يجوز خلُّو العقد عن تسميته ، ويصحُّ مع فساده ، بخلاف الأجر . وأمَّا الرُّقِيَّة فنصَّ أحمد على جوازها ؛ لأنَّها مداواةٌ ، والمأخوذ عليها لجُعْل . وفي حديثٍ وفقهٍ وجهان ، أشهرهما المنع ، وكذا القضاء ؛ قاله ابن حمدان ، وجوز ذلك الشَّيخ تقيُّ الدِّين حاجةً ، ونقل حنبُلٌ: يُكره للمؤدَّن أن يأخذ على أذانه أجرًا . وظاهره أنَّ ما لا يختصُّ فاعله أن يكون من أهل القرية فيجوز ، كتعليم الخطِّ والحساب . وفي «المبهبج» : لا مشاهرة ، وله أخذ رزقٍ على ما يتعدَّى نفعه لا على ما لا يتعدَّى

وإن استأجره ليحجمه صحَّ ، ويكره للحزَّ أكل أجرته ، ويطعمه الرقيق والبهائم . وقال القاضي : لا تصحَّ .

فصل

وللمستأجر استيفاء المنفعة بنفسه

نفعه ، كصوم وصلاة خلفه ، ونحوه .

(وإن استأجره ليحجمه صحَّ) في الأصحَّ ؛ لما روى ابن عباس قال : احتجم النبي ﷺ وأعطى الحجام أجره . قال ابن عباس : ولو كان حراماً لم يعطه . متفق عليه . ولأنها منفعة مباحة لا يختصُّ فاعلها أن يكون من أهل القرية ، فجاز الاستئجار عليه ، كالفصد والختان ونحوهما .

(ويكره للحزَّ أكل أجرته) لقوله عليه السلام - : «كسب الحجام خبيث» . متفق عليه . ولا يلزم منه التحريم ، فإنه قد سمى البصل والثوم خبيثين مع إباحتهما ، وحُصَّ الحزُّ بذلك تنزيهاً له ، وعنه : يحزُّم ، ومنع في «الشرح» أن يكون عن أحمد نصّاً بالتحريم ، وإنما قال : نحن نعطيه كما أعطى النبي ﷺ . وقال القاضي في الخلاف : يحزُّم على السَّيِّد خاصةً دون سائر الأحرار . واستنبطه من كلام أحمد .

(ويطعمه الرقيق والبهائم) لقوله عليه السلام - : «أطعمه ناضحك ورقيقك» . رواه الترمذي وحسنه . وفي «الرعاية» مثله . وقيل : يكره ، وهو ظاهرٌ ؛ لأنَّ الخبر يدلُّ على إباحته ؛ إذ غير جائز أن يطعم رقيقه ما يحزُّم أكله ، فإنَّ الرقيق آدميٌّ يُمنع منه ما يُمنع الحزُّ .

(وقال القاضي) والحلواني : (لا تصحُّ) الإجارة ؛ نصَّ عليه ، وقدمه في «الرعاية» ؛ لظاهر الخبر ، وكذا أخذه بلا شرط ، وجوزه في «الشرح» ، وبصرفه في علف دابَّته ومؤنة صناعته ، ويحلُّ أكله ، وكذا جزم به الحلواني لغير حرِّ .

فصل

(وللمستأجر استيفاء المنفعة بنفسه) لأنَّ أصل العقد يراد للعائد ، فلو شرط عليه

وبمثلها ، ولا يجوز بَمَنْ هو أكثر ضرراً منه ، ولا بَمَنْ يخالف ضرره ضرره ،
وله أن يستوفي المنفعة وما دونها في الضرر من جنسها ، فإذا اكرى لزرع
الحنطة فله زرع الشعير ونحوه ، وليس له زرع دُخْنٍ ونحوه .

استيفاؤها بنفسه ، فقياس قول أصحابنا صحة العقد وبطلان الشرط ؛ لأنه ينافي
مقتضى العقد ؛ إذ موجب ملك المنفعة والتسليط على استيفائها بنفسه ونائبه ،
وقيل: يصح ؛ لأنه قد يكون له غرض في تخصيصه .

(ومثله) أي: إذا كان مثله في الضرر أو دونه ؛ لأنه لم يزد على استيفاء حقه ،
فيعتبر كون راكم مثله في طولٍ وقصرٍ لا المعرفة بالركوب ، خلافاً للقاضي ؛ لأنَّ
التفاوت في غير هذا يسير .

(ولا يجوز بَمَنْ هو أكثر ضرراً منه) لأنَّ العقد اقتضى استيفاء منفعة مقدرة ،
فلا يجوز بأكثر منه ؛ لأنه زائد على ما عقد عليه (ولا بَمَنْ يخالف ضرره ضرره)
لأنَّه يستوفي أكثر من حقه أو غير ما يستحقه (وله أن يستوفي المنفعة) المعقود عليها
من زرع أو بناء ؛ لأنه هو المقصود (وما دونها في الضرر من جنسها) لأنه إذا كان له
استيفاء نفس المنفعة المعقود عليها فما دونها أولى . قال أحمد: إذا استأجر دائبةً
ليحمل عليها تمرًا فحمل عليها حنطة أرجو ألا يكون به بأس إذا كان الوزن
واحدًا .

(فإذا اكرى لزرع الحنطة فله زرع الشعير ونحوه) كباقيها ؛ لأنه دونه في
الضرر ، وعلم منه جواز زرع الحنطة ؛ لأنها المعقود عليها ، فلو قال: ازرع
حنطةً ولا تزرع غيرها ، فذكر القاضي بطلان الشرط ؛ لأنَّ مقتضى العقد
استيفاء المنفعة كيف شاء ، فلم يصح الشرط . وفيه وجه: أنه لا يجوز له زرع
غير ما عيّنه حتى لو وصف الحنطة بأنها سمراء لم يجر أن يزرع بيضاء ؛ لأنه
عيّنه ، فلم يجر العدول عنه ، كالدراهم في الثمن . وزد بالفرق ، والماء على
رب الأرض .

(وليس له زرع دُخْنٍ وغيره) كقطن ؛ لأنه فوقه في الضرر ، فإن فعل لزمه
المسمى مع تفاوتهما في أجر المثل ؛ نص عليه . وأوجب أبو بكرٍ والمؤلف أجر المثل

ولا يملك الغرس ولا البناء . وإن اكرها لأحدهما لم يملك الآخر . فإن اكرها للغرس ملك الزرع . وإن اكرى دابّة للركوب أو الحمل لم يملك الآخر ، وإن اكرها لحمل الحديد أو القطن لم يملك حمل الآخر ، فإن فعل فعليه أجره المثل .

خاصّةً ، ومثله : لو سلك طريقاً أشقّ ؛ قاله في «الشّرح» و«الفروع» .

(ولا يملك الغرس ولا البناء) لما ذكرنا (وإن اكرها لأحدهما لم يملك الآخر) لأنّ ضرر كلّ واحد يخالف ضرر الآخر ؛ لأنّ الغرس يضرّ بباطن الأرض ، والبناء يضرّ بظاهرها (وإن اكرها للغرس ملك الزرع) لأنّ ضرره أقلّ من ضرر الغرس ، وهو من جنسه ؛ لأنّ كلّاً منهما يضرّ بباطن الأرض ، وإن اكرها للبناء هل يملك الزرع؟ وفيه وجهان .

تنبية : إذا اكرى أرضاً ليزرعها أو يغرسها لم يصحّ ؛ لعدم التّعيين ، فلو قال: لزرع ما شاء أو غرسه ، أو وغرسه ، صحّ في الأصحّ فيهما ، ك: زرع ما شئت وغرس ما شئت ، وإن أطلق وتصلح لزرع وغيره صحّ في الأصحّ ، وقال الشّيخ تقيّ الدّين: إن أطلق أو قال: انتفع بها بما شئت ، فله زرع وغرس وبناء .

(وإن اكرى دابّة للركوب أو الحمل لم يملك الآخر) لاختلاف الضّرر ؛ لأنّ الرّاكب يعين الظّهر بحركته ، فلا يملك الحمل ، والركوب أشدّ على الظّهر ؛ لأنّه يقعد في مكانٍ واحد ، والمتاع يتفرّق على جنبيه ، فلا يملك الركوب ، فإذا اكرها لحمل دقيقٍ من طاحونٍ فلم يجده طُحن وجبت أجرتها ، وإن اكرها إلى بلدٍ فله الركوب إلى مقرّه ، وقيل: بل إلى أوّل عمارته .

(وإن اكرها لحمل الحديد أو القطن لم يملك حمل الآخر) على المعروف ؛ لأنّه إذا اكرها لحمل الحديد لم يحمل قطناً ؛ لأنّه يتجافى وتهبّ فيه الرّيح فيتعب الظّهر ، وعكسه ، ولأنّ الحديد يجتمع في موضعٍ واحدٍ فيثقل عليه ، وقيل: بلى بوزنه ، ولا يضمن الدّابّة .

(فإن فعل) كان ضامناً (وعليه أجره المثل) لأنّه عدل عن المعقود عليه إلى غيره ، أشبه ما لو استأجر أرضاً فزرع غيرها .

وإن اكتراها لحمولة شيء فزاد عليه أو إلى موضع فجاوزه فعليه الأجرة المذكورة وأجرة المثل للزائد ؛ ذكره الخرقبي . وقال أبو بكر: عليه أجرة المثل للجميع . وإن تلفت ضمن قيمتها ، إلا أن تكون في يد صاحبها فيضمن نصف قيمتها في أحد الوجهين .

(وإن اكتراها لحمولة شيء فزاد عليه ، أو إلى موضع فجاوزه ، فعليه الأجرة المذكورة) أي: المسئاة لاستيفاء المعقود عليه متميِّزًا عن غيره (وأجرة المثل للزائد ؛ ذكره الخرقبي) قال القاضي: لا يختلف فيه أصحابنا ، أي: في الثانية ، وحكاه أبو الزناد عن الفقهاء السبعة ؛ لأنه متعدّد في ذلك ، فهو كغاصب .

(وقال أبو بكر: عليه أجرة المثل للجميع) لأنه عدل عن المعقود عليه إلى غيره ، أشبه ما لو فعل بغير إجارة ، ولم يصرح به أبو بكر فيما إذا اكرت لحمولة شيء فزاد عليه ، وإنما أخذ ذلك من قوله: إذا استأجر أرضًا لزرع شعير فزرعها حنطةً أن عليه أجرة المثل للجميع ، فجمع القاضي بين مسألة الخرقبي ومسألة أبي بكر ، فينقل كلاً منهما إلى الأخرى ؛ لتساويهما في أن الزيادة لا تتميِّز ، فيكون فيهما وجهان ، وليس كذلك ، فإنه يُفترق بينهما ، فإن ما حصل التعدّي فيه في الحمل متميِّز ، بخلاف الزرع ، فإنه متعدّد به كلاً ، أشبه الغاصب ، ولهذا علّل أبو بكر بالعدول عن المعقود عليه ، فإلحاقها بما إذا اكرت إلى موضع فجاوزه أشدّ ؛ لشدة شبهها به ، وهو الذي قطع به في «الكافي» و«المحرر» ، مع أن أحمد نصّ في الزرع أنه يُنظر ما يدخل على الأرض من التّقصان فيعطاه ربّ الأرض ، فيقال: أجرة مثلها إذا زرعها حنطةً مائة ، وأجرة مثلها إذا زرعها شعيرًا ثمانون ، فالواجب ما بينهما وهو عشرون ، ونظيره لو اكرت غرفةً ليجعل فيها أقفرةً معلومةً فزاد عليها ، ولو اكرتها ليجعل فيها قنطار قطن فجعل قنطار حديد ، ففي الأولى : له المسمّى وإجراء الزيادة ، وفي الثانية : يُخرَج فيها الخلاف في مسألة الزرع .

(وإن تلفت ضمن قيمتها) سواء تلفت في الزيادة أو بعد ردّها إلى المسافة ؛ لأنه متعدّد ، أشبه الغاصب (إلا أن تكون في يد صاحبها) ولا شيء عليها (فيضمن نصف قيمتها في أحد الوجهين) لأنه اجتمع عليها يدان: يد صاحبها ويد المستأجر ، فالذي

يقابله النُصف فيضمن ، وكما لو زاد شوطاً في الحدِّ . والثَّاني: تلزمه القيمة كُلُّها حيث لم يرضَ مالِكها ، وهو المذهب ، ونصره الأكثرُ إناطةً بالتَّعدِّي ، وسكوت صاحِبها لا يدلُّ على الرُّضا ، كما لو أُبيع ملكه وهو ساكتٌ لم يمنعه . وذكر القاضي في «الشَّرح الصَّغير» : أنَّه لا ضمان ؛ لوجود يد المالك ، وذكر في موضعٍ آخر: إن تلفت في يد راکبها أو له عليها حملٌ ضمنها ، وإن كان سلَّمها لمالكها ليسقيها أو ليمسكها فلا ضمان عليه . ووافقه في «المغني» و«الشَّرح» على ذلك ، إلَّا أنَّهما استثنيا فيما إذا تلفت في يد مالِكها بسبب تعبها من الحمل ونحوه ، فالضَّمان على المتعدِّي ، كما لو ألقى حجراً في سفينةٍ موقرةٍ فغرَّقها ، ولا يسقط الضَّمان برُدِّها إلى المسافة .

فرُع : لو اکتري زورقاً فزواه مع زورقٍ فغرَّقا ضمن ؛ لأنَّها مخاطرةٌ ؛ لاحتياجهما إلى المساواة ككفَّة الميزان ، كما لو اشترى ثوراً لاستقاء الماء فجعل فدأنا .

أصل : إذا اکتري لنسخ كتابٍ يباح ما فيه ، أو خياطةً ، أو قِصارَةً ، أو صبغ ، أو كحلٍ ، أو مداواة جرحٍ - صبغٌ ، ولزمه حبرٌ وخيوطٌ وكحلٌ ومرهَمٌ ونحو ذلك ، وقيل: يلزم مستأجرٌ ، وهو معنى ما في «المستوعب» ، وقيل: بل يتَّبَع العرف ، وقيل: الكلُّ على الأجير إلَّا الخيوط فإنَّها على المستأجر . وجزم في «الشَّرح» أنَّه لا يجوز اشتراط الدَّواء على الطَّبيب ، بخلاف الكحل ؛ للحاجة إليه ، وليس له محادثته حال النَّسخ ، وإن أخطأ النَّاسخ بشيءٍ يسيرٍ عُفي عنه ، وإن كثر فلا ، وهو عيبٌ يُرَدُّ به .

مسألة : استأجره مدَّةً فكحلَّه فلم تبرأ عينه ؛ استحقَّ الأجر في قول الأكثر ، فإن شارطه على البرء فهي جمالةٌ ، فلو برأ بغير كحلِّه أو تعدَّر من جهة المستأجر فله أجر مثله .

فصل

ويلزم المؤجّر كل ما يتمكّن به من النّفع ، كزمام الجمل ، ورحله ، وحزامه ، والشّدّ عليه ، وشدّ الأحمال والمحمل ، والرّفْع والحطّ ، ولزوم البعير لينزل لصلاة الفرض ، ومفاتيح الدّار وعمارتها وما جرت عاداته به .

فصل

(ويلزم المؤجّر كل ما يتمكّن به من النّفع كزمام الجمل) وهو الذي يقوده به (ورّخله وحزامه) بكسر الحاء ، وهو ما تحرم به البردعة ونحوها (والشّدّ عليه وشدّ الأحمال والمحمل ، أو الرّفْع والحطّ ، ولزوم البعير ؛ لينزل لصلاة الفرض) وقضاء حاجة الإنسان والطّهارة ، ويدع البعير واقفاً حتّى يقضي ذلك ، وفرض الكفاية كالعين . وذكر جماعة أنّ نزوله لسنّة راتبة كفرض ، فإن كان الرّكاب لا يقدر على الرّكوب والبعير قائم فعلى الجمال أن يترك له البعير لركوبه ، وإلا لم يلزمه ، فإن كان قويّاً حال العقد ثمّ عرض الضّعف أو بالعكس فالاعتبار بحال الرّكوب ؛ لأنّ العقد اقتضى ركوبه بحسب العادة ؛ قاله في «الشّرح» ، وفي آخر: لا ، فلو أراد إطالة الصّلاة فطالبه الجمال بقصرها لم يلزمه ، والمشى المعتاد قرب المنزل لا يلزم راكباً ضعيفاً أو امرأة ، وإن كان جلدًا قويّاً فاحتمالان .

فرع : أجرة دليل وبكرة وحبل ودلو على مكتر كمحمل وغطاء ووطاء فوق الرّحل . قال في «التّرجيب» : وعدل القماش على مكتر إن كانت في الدّمة .

(ومفاتيح الدّار) أي: عليه تسليم مفاتيحها ؛ لأنّ عليه التّمكين من الانتفاع ، وبه يحصل ، وهي أمانة في يد المستأجر (وعمارتها) فلو سقط حائط أو خشبة أو انكسرت فعليه بناء الحائط ، وإبدال الخشبة ، وتبليط الحّمّام ، وعمل الأبواب والبرك ومجرى الماء ؛ لأنّ بذلك يحصل الانتفاع ويتمكّن منه (وما جرت عاداته به) كالقنّب للجمل ، والسّرج واللّجام للفرس ، والبردعة والإكاف للبلغل والحمار ؛ لأنّ العادة جارية به ، ويلزمه سائق وقائد ؛ قاله في «الفروع» . وذكر في «المغني» و«الشّرح»: إن كانت الإجارة على تسليم الرّكاب البهيمة ليركبها لنفسه فكل

فأما تفريغ البالوعة والكنيف ، فيلزم المستأجر إذا تسلّمها فارغة .

فصل

والإجارة عقدٌ لازمٌ من الطرفين ليس لأحدهما فسخها .

ذلك عليه وقد سلّمها ، وتنظيف السطح من الثلج على المؤجر ؛ قاله في التلخيص .

(فأما تفريغ البالوعة والكنيف) وما في الدار من زبل وقمامة ومصارف حَمَام (فيلزم المستأجر) تنظيفها (إذا استلمها فارغة) من ذلك ؛ لأنه حصل بفعل المكتري ، فكان عليه تنظيفه ، كما لو طرح فيها قماشاً .

مسألة : إذا شرط على مكتري الحَمَام أو غيره أن مدّة تعطيله عليه لم يصحّ ؛ لأنه لا يجوز أن يؤجّر مدّة لا يمكن الانتفاع في بعضها ، ولا يجوز أن يشترط أنه يستوفي بقدرها بعد انقضاء مدّته ؛ لأنه يؤدّي إلى جهالة مدّة الإجارة ، فإن أطلق وتعطل خبير بين الإمساك بكلّ الأجر وبين الفسخ ، وقيل: له أرش العبيد ، فإن لم يعلم به حتّى انقضت المدّة فعليه جميع الأجر ، وإن شرط أن ينفق مستأجر ما يحتاجه من عمارة واجبة لم يصحّ ، فإن أنفق بناءً على هذا الشرط رجع به على الأجر ، ويُقبَل قوله في قدره ؛ لأنه منكرٌ ، وإن أنفق بغير إذنه فلا رجوع بشيء .

خاتمة : يصحّ كراء العقبة ، ومعناه: أن يركب في بعض الطريق ويمشي في بعض ، ولا بدّ من العلم به ، إمّا بالفراسخ أو بالزّمان ، فإن شرط أن يركب يوماً ويمشي آخر جاز ، فإن أطلق فاحتمالان ، وإن اكرى اثنان جملاً يتعاقبان عليه جاز ، والاستيفاء بينهما بحسب الاتّفاق ، فإن تشاحا قُسم بينهما بالفراسخ أو بالزّمان ، وإن اختلفا في البادي منهما أقرع بينهما في الأصحّ .

فصل

(والإجارة عقدٌ لازمٌ من الطرفين) لأنها عقد معاوضة ، أشبهت البيع ، ولأنّها نوعٌ من البيع ، وإنما اختصّت باسم كالصّرف والسّلم (ليس لأحدهما فسخها)

فإن بدا له قبل تقضي المدّة فعليه الأجرة ، وإن حوّل المالك قبل تقضيها لم يكن له أجرة لما سكن ؛ نصّ عليه . ويحتمل أن له من الأجرة بقسطه .

للزومها ، إلا أن يجد العين معيبةً عيباً لم يعلم به ، فله الفسخ بغير خلافٍ نعلمه ؛ لأنه عيبٌ في المعقود عليه ، فأثبت الخيار كالعيب في المبيع ، والعيب الذي يُردُّ به ما تنقص به المنفعة ، كالبعير الذي يتأخّر عن القافلة ، وربض البهيمة بالحمل ، وكونها جُمُوحاً أو عضوّاً ونحوه ، وفي المكثري للخدمة ضعف البصر والجنون ، وفي الدّار انهدام الحائط ، والخوف من سقوطها ، وانقطاع الماء من بئرها ، فإن رضي بالمقام لزمه جميع الأجر ، وإن اختلفا فيه رُجع إلى أهل الخبرة . هذا إذا كان العقد على العين ، فإن كانت موصوفةً في الدّمّة لم تنفسخ ، وعلى المكري إبداله كالمسلم فيه ، فإن عجز عن الإبدال أو امتنع منه فله الفسخ .

(فإن بدا له قبل تقضي المدّة فعليه الأجرة) لأنها عقدٌ لازمٌ يقتضي أن يملك المؤجّر الأجر والمستأجر المنافع ، وقد وُجدت ، فترتّب مقتضاها ، فإن سكن الآجر بعض المدّة فهل تلزمه أجرة المثل أو بالقسط؟ على وجهين .

(وإن حوّل المالك قبل تقضيها) أي: تقضي المدّة المعقود عليها (لم يكن له أجرة لما سكن ؛ نصّ عليه) وعليه الأصحاب ؛ لأنه لم يسلم له ما تناوله عقد الإجارة فلم يستحق شيئاً ، كما لو استأجره ليحفر له عشرين ذراعاً فحفر بعضها وامتنع من الباقي ، أو ليحمل له كتاباً إلى بلدٍ فحمله بعض الطريق (ويحتمل أن له من الأجرة بقسطه) وهو قول أكثر الفقهاء ؛ لأنه استوفى ملك غيره على وجه المعاوضة ، فلزمه عوضه كالمبيع إذا استوفى بعضه ومنعه المالك بقيّته ، والأوّل أولى .

تنبيه : إذا أبقى المؤجّر تسليم ما أجّره أو منع مستأجره الانتفاع به كلّ المدّة فله الفسخ وجهاً واحداً ؛ ذكره في «المغني» و«الشّرح» ، وقيل: يبطل العقد مجاناً ، وكذا إذا اكثري عبده للخدمة مدّةً وامتنع من تمامها ، أو آجر نفسه لبناء حائط أو خياطةً وامتنع من إتمام العمل مع القدرة عليه .

وإن هرب الأجير حتّى انقضت المدّة انفسخت الإجارة ، وإن كانت على عمل في الذمّة خيّر المستأجر بين الفسخ والصبر . وإن هرب الجمال أو مات وترك الجمال أنفق عليها الحاكم من مال الجمال ، أو أذن للمستأجر في التفقة عليها ، فإذا انقضت الإجارة باعها الحاكم

(وإن هرب الأجير حتّى انقضت المدّة انفسخت الإجارة) لأنّ المعقود عليه يفوت بانقضائها ، أشبه تلف العين ، وظاهره أنّها لا تنفسخ قبل انقضائها ، وصرّح به في «المغني» ؛ لأنّ المدّة إذا لم تنقض لم يفوت المعقود عليه ، وفيه شيء ، فقد فات بعضه .

(وإن كانت على عمل في الذمّة) كخياطة ثوب ، وبناء حائط ، أو حمل إلى موضع معلوم استؤجر من ماله من يعمل العمل ، فإن تعذر (خيّر المستأجر بين الفسخ والصبر) لأنّه عمل في الذمّة ليس له مدّة يفوت بفواتها ، وقيل: يبطل العقد ولا أجر له في زمن الهرب ، وقيل: ولا قبله . وحكم من أجر نفسه مدّة وهرب أو امتنع من العمل كذلك ، وكذا لو أجره دابة ثمّ شردت .

(وإن هرب الجمال أو مات وترك الجمال أنفق عليها الحاكم من مال الجمال) إن كان له مال ؛ لأنّ نفقة الحيوان واجبة على المالك وهو غائب ، والحاكم نائبه (أو أذن للمستأجر في التفقة عليها) من ماله بالمعروف ؛ ليكون دينًا عليه ؛ لأنّه موضع حاجة ، ولأنّ إقامة أمين غير المستأجر تشقّ ، وتتعذر مباشرته كلّ وقت .

فإذا رجع واختلفا في التفقة ، فإن كان الحاكم قدرها قيل قول المستأجر فيها ، وكذا إن كانت غير مقدّرة وكانت بالمعروف ؛ لأنّه أمين ، فإن لم يجد حاكمًا أو عجز عن استئذانه فله أن ينفق عليها ، فإن نوى الرجوع وأشهد رجع ، وإن لم يُشهد فوجهان ، وقياس المذهب أنّه يرجع قياسًا على نفقة الأبق وعيال الغائب ؛ قاله في «المغني» ، فإن أنفق من غير استئذان مع القدرة عليه وأشهد على ذلك ففي رجوعه وجهان ، فإن لم يكن مع المستأجر مال ينفق عليها لم يجز أن يبيع منها شيئًا ؛ لأنّه إنّما يكون من المالك أو نائبه أو من له ولاية عليه .

(فإذا انقضت الإجارة باعها الحاكم) لما ذكرنا ، وكذا إن كان فيها فضلة عن

ووفى المنفق وحفظ باقي ثمنها لصاحبه ، وتنفسخ الإجارة بتلف العين المعقود عليها .

الكراء (ووفى المنفق) لأن في ذلك تخليصاً لذمة الجمال وإيفاءً لحق صاحب النفقة (وحفظ باقي ثمنها لصاحبه) لأن الحاكم يلزمه حفظ مال الغائب ، فلو هرب الجمال بجماله ، ولم يجد المستأجر ما يستوفي منه حقه فله الفسخ ؛ لأنه تعذر عليه قبض المعقود عليه ، فإن فسخ وكان الجمال قد قبض الأجر فهو دين في ذمته ، وإن اختار المقام وكانت على عمل في الذمة فله ذلك ، فيطالبه متى قدر عليه ، وإن كانت على مدة وانقضت في هربه انفسخت الإجارة ، وإن كان العقد على موصوف غير معين لم ينفسخ العقد ، ويرفع الأمر إلى الحاكم ، فإن وجد له مالا أكثرى به وإلا اقترض عليه ما يكتري به ، فإن دفعه ليكتري لنفسه جاز ، وإن كان القرض من المكتري جاز وصار ديناً في ذمة الجمال ، وإن كان العقد على معين لم يجز إبداله ؛ لأن العقد تعلق بعينه فيخير المكتري .

(وتنفسخ الإجارة بتلف العين المعقود عليها) كدابة نفقت ، وعبد مات ؛ لأن المنفعة زالت بالكليّة بتلف المعقود عليه ، فانفسخت كتلف المبيع قبل قبضه ، وله أحوال:

أحدها: أن تتلف العين قبل قبضها ، ولا خلاف في انفساخها .

الثاني: أن تتلف عقب قبضها وقبل مضي مدة لا أجر لها ، فتتنفسخ أيضاً ، ويسقط الأجر عند عامة الفقهاء .

الثالث: أن تتلف بعد مضي بعض المدة ، فينفسخ فيما بقي من المدة خاصّة في الأصح ، كما لو اشترى صُبرتين فقبض إحداهما وتلفت الأخرى بأمر سماوي قبل قبضها ، ثم إن كان آخر المدة متساوياً وقد استوفى نصفها فعليه نصف الأجرة .

وإن اختلف بأن يكون أجرها في الصيف أكثر من الشتاء أو بالعكس فإن الأجر المسمى يُقسّط على ذلك ، فإذا قيل: أجرها في الصيف يساوي مائة وفي الشتاء يساوي خمسين وكان قد سكن الصيف فعليه بقدر ثلثي المسمى ، وقيل: يلزمه بحصته من المسمى .

وموت الصَّبِيِّ المرتضع وموت الرَّاكِب إذا لم يكن مَنْ يقوم مقامه في استيفاء المنفعة ، وانقلاع الصُّرس الذي اُكْتَرى لقلعه أو برئه ونحو هذا ، وإن اُكْتَرى دارًا فانهدمت أو أرضًا للزَّرْع فانقطع ماؤها انفسخت الإجارة فيما بقي من المدَّة في أحد الوجهين .

(وموت الصَّبِيِّ المرتضع) لأنَّه تعذَّر استيفاء المعقود عليه ؛ لكون غيره لا يقوم مقامه ؛ لاختلافهم في الرِّضَاع ، وقد يُدْرُ اللَّبْن على وليِّه دون آخر ، فإن كان موته عقب العقد زالت الإجارة من أصلها ورجع المستأجر بالأجر كلُّه ، وإن كان بعد مضيِّ مدَّة رجع بحصَّة ما بقي ، وكذا ينفسخ بموت المرضعة ؛ لفوات المنفعة بهلاك محلِّها ، وعنه: لا ينفسخ بموتها ؛ اختاره أبو بكرٍ ، ويجب في مالها أجر مَنْ ترضعه تمام الوقت كاللَّيْن . وجوابه: بأنَّ المعقود عليه هلك ، أشبه هلاك البهيمة المستأجرة .

(وموت الرَّاكِب إذا لم يكن مَنْ يقوم مقامه في استيفاء المنفعة) بأن لم يكن له وارثٌ ، أو كان غائبًا ، كَمَنْ يموت بطريق مَكَّة ويترك جملة ، فظاهر كلام أحمد أنَّها تنفسخ فيما بقي ؛ لأنَّه قد جاء أمرٌ غالبٌ يمنع المستأجر منفعة العين ، أشبه ما لو عُصبت ، ولأنَّ بقاء العقد ضررٌ في حقِّهما ، وظاهره أنَّها لا تنفسخ إذا كان له مَنْ يقوم مقامه ؛ لأنَّ الاستيفاء غير متعذِّر ، وبه يحصل الجمع بين هذا وبين قوله: ولا تنفسخ بموت المكري ولا المكثري .

(وانقلاع الصُّرس الذي اُكْتَرى لقلعه أو برئه) لتعذَّر استيفاء المعقود عليه كالموت ، فإن لم يبرأ وامتنع المستأجر من قلعه لم يُجَبَّر (ونحو هذا) كاستئجار طبيبٍ ليداويه فبرأ .

تنبيهٌ : ظاهره أنَّ المستأجر إذا أتلَف العين فإنَّها يثبت فيها ما تقدَّم ويضمن ما أتلَف ، ومثله جَبُّ المرأة زوجها فإنَّها تضمن ولها الفسخ .

(وإن اُكْتَرى دارًا فانهدمت ، أو أرضًا للزَّرْع فانقطع ماؤها انفسخت الإجارة فيما بقي من المدَّة في أحد الوجهين) هذا مقتضى كلام الخرقِيِّ و«الوجيز» ، وقطع به

وفي الآخر يثبت للمستأجر خيار الفسخ ، ولا تنفسخ بموت المكري ولا المكثري .

ابن أبي موسى وغيره ، واختاره المؤلف ، وقدمه في «الفروع» ؛ لأن المقصود بالعقد قد فات ، أشبه ما لو تلف ، وقيل: وتنفسخ فيما مضى (وفي الآخر: يثبت للمستأجر خيار الفسخ) صحَّحه في «التلخيص» ، وقاله القاضي : في الدار ؛ لإمكان الانتفاع بالعَرَضَة بنصب خيمة أو جمع حطبٍ ونحو ذلك ، أشبه نقص العين ، أمَّا لو زالت منافعها بالكليَّة أو الذي بقي فيها لا يباح استيفاؤه بالعقد كدائبة استأجرها للركوب فصارت لا تصلح إلا للحمل ، فإنه يفسخ العقد وجهًا واحدًا . وقال القاضي في الأرض والتي انقطع ماؤها: لا تنفسخ الإجارة ويُخَيَّر ، فإن اختار المقام لزمه جميع الأجر ، وإن لم يختَرِ الفسخ ولا الإمضاء إمَّا لجهله بأنَّ له الفسخ أو لغير ذلك فله الفسخ .

فرعٌ : إذا آجره أرضًا بلا ماء صحَّ ، فإن أطلق فاختار المؤلف صحَّتها مع علمه بحالها ، وقيل: لا ، كظنَّه إمكان تحصيله ، وإن ظنَّ وجوده بالأمطار وزيادة الأنهار صحَّ ؛ جزم به جماعةٌ كالعلم ، وفي التَّريغيب وغيره وجهان .

(ولا تنفسخ بموت المكري ولا المكثري) نصَّ عليه ، وقاله أكثر العلماء ؛ لأنها عقدٌ لازمٌ ، فلم يفسخ بموت العاقد مع سلامة العقود عليه .

وعنه: تنفسخ بموت مكثري لا قائم مقامه ، كبراء ضرسٍ اكرتري لقلعه ؛ لأنَّ استيفاء المنفعة يتعذر بموته .

وجوابه: بأنَّ المستأجر قد ملك المنافع ، وأنَّ الأجرة قد مُلكت عليه كاملةً وقت العقد ، ويلزمهم ما لو زوَّج أمته ثمَّ مات . وفي «الرعاية»: من استؤجر لحجٍّ أو عمرة فمات بطل العقد ، وعنه: لا ، بل وارثه كهو ، وقيل: إن مات قبل الإحرام فلا أجرة له ، وقيل: له أجرة المثل لما قطع من المسافة الواجب قطعها ، وإن مات بعد الأركان فله الأجرة ، وعليه دمٌ لما بقي .

وإن عمل بعضها فله بقدر ما عمل ، وعليه أجرة من يعمل الباقي (ولا) تنفسخ

ولا بعذرٍ لأحدهما ، مثل أن يكتري للحجّ فتضيع نفقته ، أو دكّانًا فيحترق متاعه . وإن غُصبت العين خيّر المستأجر بين الفسخ ومطالبة الغاصب بأجرة المثل ، فإن فسخ فعليه أجرة ما مضى . وقال الخرقى: فإن جاء أمرٌ غالبٌ يحجز المستأجر عن منفعة ما وقع عليه العقد فعليه من الأجرة بقدر مدّة انتفاعه .

(بعذرٍ لأحدهما مثل أن يكتري للحجّ فتضيع نفقته أو دكّانًا فيحترق متاعه) في قول الجماهير ؛ لأنه عقدٌ لا يجوز فسخه لغير عذرٍ ، فلم يجوز لعذرٍ من غير المعقود عليه كالبيع ، ويفارق الإباق فإنه عذرٌ في المعقود عليه .

(وإن غُصبت العين خيّر المستأجر بين الفسخ ومطالبة الغاصب بأجرة المثل) لأنّ في عدم ثبوت الخيار تأخيرًا لحقه ، ولأنّ تعذّر الانتفاع بذلك من غير جهته عيبٌ في المعقود عليه ، فملك الخيرة به كالعيب في المبيع ، وحينئذٍ له الخيار بين الفسخ والرّجوع بالمسّمى فيما بقي من المدّة ، وبين البقاء على العقد ، ومطالبة الغاصب بأجرة المثل ، ولم يفسخ العقد بمجرد الغصب ؛ لأنّ المعقود عليه لم يفت مطلقًا ، بل فات إلى بدلٍ وهو القيمة ، أشبه ما لو أتلف الثمرة المبيعة آدميًّا قبل قطعها . وخرّج أبو الخطاب الانفساخ إن قيل بعدم ضمان منافع الغصب . وفي «الانتصار»: تنفسخ تلك المدّة والأجرة للمؤجّر لاستيفاء المنافع على ملكه ، فلو غصبها مالكها فلا شيء له مطلقًا ؛ نصّ عليه ، وقيل: بلى ، كغصبٍ وغيره .

(فإن فسخ فعليه أجرة ما مضى) وكان الحكم فيه كما لو انفسخ العقد بتلف العين ، فإن رُدّت في أثناء المدّة ولم يكن فسحٌ استوفى ما بقي منها ، ويكون فيما مضى مخيّرًا ، فإن كانت الإجارة على عينٍ موصوفةٍ في الدّمّة لزمه بدلها ، فإن تعذّر فله الفسخ ، وإن كانت على عينٍ معيّنةٍ لعملٍ خيّر بين الصّبر والفسخ إلى أن يقدر عليها .

(وقال الخرقى: وإن جاء أمرٌ غالبٌ يحجز المستأجر عن منفعة ما وقع عليه العقد فعليه من الأجرة بقدر مدّة انتفاعه) هذا تأكيدٌ لوجوب الأجرة فيما مضى ، وقوله شاملٌ لغصب العين وتلفها وحدث ما يمنع من الانتفاع بها ، كأنهدام دارٍ ،

وَمَنْ اسْتَوْجَرَ لِعَمَلٍ شَيْءٍ فَمَرَضَ أَقِيمَ مَقَامَهُ مَنْ يَعْمَلُهُ وَالْأَجْرَةَ عَلَيْهِ ، فَإِنْ وَجَدَ الْعَيْنَ مَعِيَّةً أَوْ حَدَثَ بِهَا عَيْبٌ فَلَهُ الْفَسْخُ ، فَإِنْ فَسَخَ فَعَلِيهِ أَجْرَةٌ مَا مَضَى .

وغرق الأرض ، وحدث خوفٍ عامٍّ ؛ لأنه أمرٌ غالبٌ ، فثبت له الخيار كغصب العين ، فلو كان خاصًّا بالمستأجر لقرب أعدائه أو حلولهم في طريقه لم يملك الفسخ كمرضه وحبسه .

(وَمَنْ اسْتَوْجَرَ لِعَمَلٍ شَيْءٍ) فِي الدُّمَّةِ وَلَمْ يَشْرَطْ عَلَيْهِ مَبَاشَرَتَهُ (فَمَرَضَ أَقِيمَ مَقَامَهُ مَنْ يَعْمَلُهُ) لِيُخْرِجَ مِنَ الْحَقِّ الْوَاجِبِ فِي ذِمَّتِهِ كَالْمُسْلِمِ فِيهِ (وَالْأَجْرَةَ عَلَيْهِ) أَي: عَلَى الْمَرِيضِ ؛ لِأَنَّهَا فِي مَقَابِلَةِ مَا وَجِبَ عَلَيْهِ ، وَلَا يَلْزَمُ الْمُسْتَأْجِرَ إِنْظَارُهُ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ بِإِطْلَاقِهِ يَقْتَضِي التَّعْجِيلَ مَا لَمْ يَخْتَلَفِ الْقَصْدُ فِيهِ كَالْفَسْخِ ، فَإِنْ كَانَتِ الْإِجَارَةُ عَلَى عَيْنِهِ فِي مَدَّةٍ أَوْ غَيْرِهَا ، كَأَنْ تَخِيطَ لِي أَنْتَ هَذَا الثَّوْبَ لَمْ يَقُمْ غَيْرُهُ مَقَامَهُ كَالْبَيْعِ ، بَلْ يُخَيَّرُ الْمُسْتَأْجِرُ بَيْنَ الْفَسْخِ وَالصَّبْرِ حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَهُ الْحَالُ (فَإِنْ وَجَدَ الْعَيْنَ مَعِيَّةً أَوْ حَدَثَ بِهَا عَيْبٌ) وَهُوَ مَا يَظْهَرُ بِهِ تَفَاوُتُ الْأَجْرِ (فَلَهُ الْفَسْخُ) إِنْ لَمْ يَزُلْ بِلا ضَرَرٍ يَلْحَقُهُ وَالْإِمْضَاءُ مَجَّانًا ، وَظَاهِرُهُ أَنَّهَا لَا تَنْفَسَخُ بِذَلِكَ ، وَهُوَ مَخَيَّرٌ بَيْنَ الْإِمْسَاكِ بِكُلِّ الْأَجْرِ ؛ ذَكَرَهُ ابْنُ عَقِيلٍ ، وَجَزَمَ بِهِ فِي «الْمَغْنِيِّ» وَ«الشَّرْحِ» ، وَذَكَرَ الْمَجْدُ وَالْجَدُّ : مَعَ الْأَرْضِ فِي قِيَاسِ الْمَذْهَبِ ، وَيَبِينُ الْفَسْخُ اسْتِدْرَاكًا لظَلَامَتِهِ ، وَلَا يَبْطُلُ الْخِيَارُ بِالتَّأخِيرِ .

(فَإِنْ فَسَخَ فَعَلِيهِ أَجْرَةٌ مَا مَضَى) لِأَنَّ الْمَنَافِعَ لَا يَحْصُلُ قَبْضُهَا إِلَّا بِالِاسْتِيفَاءِ ، فَإِنْ بَادَرَ الْمَكْرِي إِلَى إِزَالَتِهِ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ يَلْحَقُ الْمُسْتَأْجِرَ - كِإِصْلَاحِ تَشْعِيثِ الدَّارِ فَلَا خِيَارَ لَهُ ؛ لِعَدَمِ الضَّرَرِ ، فَإِنْ سَكَنَهَا مَعَ عَيْنِهَا فَعَلِيهِ الْأَجْرَةُ ، عِلْمٌ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ ، وَلَوْ احْتَاجَتْ إِلَى تَجْدِيدٍ ، فَإِنْ جَدَّدَ وَإِلَّا فَسَخَ ، وَلَيْسَ لَهُ إِجْبَارُهُ عَلَى التَّجْدِيدِ فِي الْأَصْحَحِّ .

مسألة : متى زرع الأرض فغرقت أو تلف أو لم تنبت فلا خيار له وتلزمه الأجرة ؛ نص عليه ، فإن تعذر زرعها لغرقها فله الخيار ، وكذا لقلّة ماءٍ قبل زرعها أو بعده ، أو عابت بغرقٍ يعيب به بعض الزرع ، واختار شيخنا: أو برد

ويجوز بيع العين المستأجرة ، ولا تنفسخ الإجارة إلا أن يشتريها المستأجر ،
فتنفسخ في إحدى الروايتين .

أو فأرٍ أو عذير ، فإن أمضاه فله الأرش كعيب الأعيان ، وإن فسخ فعليه القسط قبل
القبض ثم أجرة المثل إلى كماله ، وما لم يُؤرَّو من الأرض فلا أجرة له اتفاقاً ؛ ذكره
في «الفروع» .

(ويجوز بيع العين المستأجرة) نصَّ عليه ، سواءً باعها مستأجرها أو غيره ؛ لأنها
عقدٌ على المنافع ، فلم يمنع الصَّحَّة كبيع الأمة المزوجة ، ولأنَّ يد المستأجر على
المنافع ، والبيع على الرِّقبة ، فلا يمنع ثبوت اليد على أحدهما تسليم الآخر ، وإن
منعت التَّسليم في الحال فلا تمنعه في الوقت الذي يجب فيه التَّسليم ، وهو عند
انقضاء الإجارة ، وتكفي القدرة على التَّسليم حينئذٍ كالمسَلَّم فيه ، ولمشترٍ الفسخ
أو الإمضاء إن لم يعلم ؛ ذكره في «المغني» و«الشَّرح» ؛ لأنَّ ذلك عيبٌ ؛ قاله
أحمد . وفي «الرَّعاية»: له الأرش مع الإمساك ، وإن علم ورضي لم يتصرَّف في
العين حتَّى تفرغ المدَّة .

(ولا تنفسخ الإجارة) لأنها سابقةٌ على عقد البيع ، واللاحق لا يوجب فسخ
السَّابق ، كما لو زوَّج أمته ثمَّ باعها (إلا أن يشتريها المستأجر فتنفسخ في إحدى
الروايتين) كذا أطلقهما في «الفروع» ، وحكماهما في «المغني» و«الشَّرح» وجهين:
أحدهما: ينفسخ فيما بقي من المدَّة ؛ لأنَّ ملك الرِّقبة لما منع ابتداء الإجارة منع
استدامتها ، كالتَّكاح لما منع ملك اليمين منع استدامته . فعلى هذا ، يسقط عن
المشتري الأجر فيما بقي ، كما لو تلفت العين ، وإن كان المؤجِّر قبض الأجر
كلَّه حسب عليه من الثَّمَن إن كان من جنسه . والثَّانية ، وهي الأصحُّ: لا
تنفسخ ؛ لأنَّه ملك المنفعة بعقيد ، ثمَّ ملك الرِّقبة بأجر فلم يتنافيا ، كملك الثَّمرة
ثمَّ الأصل ، فيجتمع على المشتري الأجر والثَّمَن للبائع ، كما لو كان المشتري
غيره ، ولو أجرها المؤجِّرها ، فإن قلنا: لا تنفسخ صحَّ وإلا فلا .

فرعٌ : إذا ورث المستأجر العين المؤجَّرة أو وُهبَت له أو أخذها بوصيَّةٍ أو صدقٍ
أو عوضٍ في خُلْعٍ أو في صلحٍ ونحوه ، فالحكم فيه كما لو اشتراها .

فصل

ولا ضمان على الأجير الخاص - وهو الذي يسلم نفسه إلى المستأجر - فيما يتلف في يده ، إلا أن يتعدى ، ويضمن الأجير المشترك ما جنت يده من تخريق الثوب وغلطه في تفصيله .

فصل

(ولا ضمان على الأجير الخاص) نص عليه (وهو الذي يسلم نفسه إلى المستأجر) أي: يقع عليه العقد مدّة معلومة يستحقّ المستأجر نفعها في جميعها سوى فعل الصلوات الخمس في أوقاتها بسنتها وصلاة جمعة وعيد ، ولا يستنيب ، وسُمّي خاصًا ؛ لاختصاص المستأجر بنفعه تلك المدّة ، وقيل: هو مَنْ سلّم نفسه لعملٍ معلومٍ مباح .

(فيما يتلف في يده) الجار ومجروره متعلّق بقوله: ولا ضمان ؛ لأنّ عمله غير مضمونٍ عليه ، فلم يضمن ما تلف به كالقصاص ، ولأنّه نائبٌ عن المالك في صرف منافعه فيما أمر به ، فلم يضمن كالوكيل (إلا أن يتعدى) لأنّه تلف بتعدّيه ، أشبه الغاصب ، قال جماعة: أو تفریط ، ومثله في «الشّرح»: بالخبّاز إذا أسرف في الوقود أو ألزقه قبل وقته ، أو بتركه قبل وقته حتّى يحترق . وفيه شيءٌ . وذهب ابن أبي موسى أنّه يضمن ما جنت يده ، وعن أحمد: يضمن ما تلف بأمرٍ خفيٍّ لا يُعلم إلا من جهته .

(ويضمن الأجير المشترك) وهو مَنْ قُدّر نفعه بعملٍ ، كخياطة ثوبٍ أو بناء حائطٍ ، وسُمّي مشتركًا ؛ لأنّه يتقبّل أعمالاً لجماعة في وقتٍ واحدٍ يعمل لهم فيشتركون في منفعته ، كالحائك والقصار والطّبّاخ والحّمّال ، فكلٌّ منهم ضامنٌ (ما جنت يده من تخريق الثوب وغلطه في تفصيله) زُوي ذلك عن عمر وعليٍّ وشريحٍ والحسن ؛ لأنّ عمله مضمونٌ عليه ؛ لكونه لا يستحقّ العوض إلا بالعمل ، وأنّ الثوب لو تلف في جزّزه بعد عمله لم تكن له أجره فيما عمل

ولا ضمان عليه فيما تلف من حرزه أو بغير فعله ، ولا أجره له فيما عمل فيه . وعنه: يضمن مطلقاً .

فيه ، بخلاف الخاصّ وما تولّد منه يجب أن يكون مضموناً كالعدوان بقطع عضو ، وظاهره لا فرق بين أن يعمل في بيته أو بيت المستأجر ، وهو ظاهر كلام أحمد والخرقيّ ، ولا أن يكون المستأجر على المتاع ، وصرّح به القاضي في «تعليقه» ، وجماعة ؛ لأنّ ضمانه لجنايته ، واختار القاضي في المجرد وأصحابه أنّه يضمن إن كان عمله في بيت نفسه ، فأما إن كان في ملك المستأجر من خياطة ونحوها فلا .

(ولا ضمان عليه فيما تلف من حرزه أو بغير فعله) في ظاهر المذهب ، وعليه أكثر الأصحاب ؛ لأنّ العين في يده أمانةً ، أشبه المودع ، وعنه: إن كان التّلف بأمرٍ ظاهر كالخريق واللّصوص الغالبيين ونحوهم فلا ضمان ، وإن كان بأمرٍ خفيّ - كالضّياع ونحوه ضمن ؛ للتّهمة .

(ولا أجره له فيما عمل فيه) لأنّه لم يسلمّ عمله إلى المستأجر فلم يستحقّ عوضه ، كالبيع من الطّعام إذا تلف في يد بائعه قبل تسليمه ، وظاهره مطلقاً ، سواء كان في بيت المستأجر أو غيره ، بناءً كان أو غيره . وفي «المحرّر»: إلّا ما عملته في بيت ربّه . وعنه: إن كان بناءً ، وعنه: ومنقول عمله في بيت ربّه . وفي «الفنون»: له الأجره مطلقاً ؛ لأنّ وضعه النّفع فيما عيّنه له كالّسليم إليه ، كدفعه إلى البائع غرارةً وقال: ضع الطّعام فيها ، فكاله فيها كان ذلك قبضاً ؛ لأنّها كيده.

(وعنه: يضمن مطلقاً) لقوله عليه السّلام -: «وعلى اليد ما أخذت حتّى تؤدّيه» . ولأنّ قبض العين لمنفعة نفسه من غير استحقاقٍ ، فلزمه ضمانها كالمستعير . قال صاحب التّليخيص: ومحلّ الرّوايات إذا لم تكن يد المالك عليها ، فإن كانت فلا ضمان بحال .

فرغ : إذا استعمل مشترك خاصّاً صحّ ، ولكلّ منهما حكم نفسه .

ولا ضمان على حجّام ولا ختّان ولا بزّاغ ولا طيبب إذا عُرف منهم حذق الصّنعَة ، ولم تجنّ أيديهم . ولا ضمان على الرّاعي إذا لم يتعدّد .

(ولا ضمان على حجّام ولا ختّان ولا بزّاغ) وهو البيطار (ولا طيبب) خاصّاً كان كلُّ منهم أو مشتركاً (إذا عُرف منهم حذق الصّنعَة ولم تجنّ أيديهم) لأنّه فعل فعلاً مباحاً ، فلم يضمن سرايته كحدّ ؛ لأنّه يمكن أن يقال: اقطع قطعاً لا يسري ، بخلاف: دقّ دقّاً لا يخرقه .

واقضى ذلك أنّهم إذا لم يكن لهم حذق في الصّنعَة أنّهم يضمنون ؛ لأنّه لا تحلُّ لهم مباشرة القطع ، فإذا قطع فقد فعل محرّماً ، فيضمن سرايته بدليل قوله عليه السّلام - : «مَنْ تَطَبَّبَ بِغَيْرِ عِلْمٍ فَهُوَ ضَامِنٌ» . رواه أبو داود . فلو كان فيهم حذق الصّنعَة وجنت أيديهم بأن تجاوز الختان إلى بعض الحشّفة ، أو تجاوز الطيبب بقطع السّلعَة موضعها ، أو بألّة كآلّة يكثر ألمها وجبت ؛ لأنّ الإلتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ ، وكما لو قطعه ابتداءً .

وحكى ابن أبي موسى: إذا ماتت طفلة من الختان فديتها على عاقلة خانتتها ، قضى به عمر بن الخطّاب . وأنّه لو استأجر لخلق رءوس يوماً فجنى عليها بجراحة لا يضمن ، كجنايته في قصاره ونحوها ، ويُعتبر - لعدم الضّمان في ذلك - إذن مكلفٍ أو وليٍّ وإلّا ضمن .

واختار في «الهدّي»: لا يضمن ؛ لأنّه محسّن .

(ولا ضمان على الرّاعي إذا لم يتعدّد) بغير خلافٍ نعلمه ، إلّا ما زوي عن الشّعبيّ . فلو جاء بجلد شاةٍ وقال: هذا جلد شاتك ، قُبِلَ قوله ، وعنه: لا . والصّحيح الأوّل ؛ لأنّه مؤتمنٌّ على الحفظ ، أشبه المودّع ، ولأنّها عينٌ قُبِضت بحكم الإجارة ، أشبهت العين المستأجرة .

واقضى ذلك أنّ ما تلف بتعدّيه أنّه ضامنٌ له بغير خلافٍ ، وجواز إجارة الرّاعي ، وقصّة شعيبٍ مع موسى - عليه السّلام - شاهدةٌ بذلك ، فإذا عقد على معيّنة تعيّنت في الأصحّ ، فلا يبدلها ، ويبطل العقد فيما تلف منها ، وإن عقد

وإذا حبس الصَّانِع الثَّوبَ على أجرته فتلف ضمنه . وإن تلف الثَّوب بعد عمله خَيْر المالك بين تضمينه إيَّاه غير معمولٍ ولا أجرة له ، وبين تضمينه إيَّاه معمولاً ويدفع إليه أجرته .

على موصوفٍ ذكر نوعه وكِبره وصغره ، إلا أن تكون ثَمَّ قرينةٌ أو عرفٌ صارفٌ إلى بعضها ، ولا يلزمه رعي سخالها ، فإن ذكر عددًا تعيَّن ، وإن أطلق لم يجز ، وقال القاضي: يصحُّ ويحمل على العادة .

(وإذا حبس الصَّانِع الثَّوبَ على أجرته فتلف ضمنه) لأنَّه لم يرهنه عنده ، ولا أُذن له في إمساكه ، فلزمه الضَّمان كالغاصب .

وقال ابن حمدان: إن كان صبغه منه فله حبسه ، وإن كان من ربِّ الثَّوب أو قد قصره احتمل وجهين . وفي «المنثور»: إن خاطه أو قصَّره أو غزله فتلف بسرقةٍ أو نارٍ ضمن مالكة ولا أجرة ؛ لأنَّ الصَّنعة غير متميِّزة ، ككفِّيزٍ من ضَبْرَةٍ ، ويستثنى على الأوَّل ما إذا أفلس مستأجره ثمَّ جاء بائعه يطلبه فللصَّانع حبسه .

(وإن تلف الثَّوب بعد عمله خَيْر المالك) لأنَّ الجناية على ماله ، فكانت الخيرة إليه دون غيره (بين تضمينه إيَّاه غير معمولٍ ولا أجرة له) لأنَّ الأجرة إنما تجب بالتَّسليم ولم يوجد (وبين تضمينه إيَّاه معمولاً ويدفع إليه أجرته) لأنَّه لو لم يدفع إليه الأجرة لاجتمع على الأجير فوات الأجرة وضمَّان ما يقابلها ، ولأنَّ المالك إذا ضمنه ذلك معمولاً يكون في معنى تسليم ذلك معمولاً ، فيجب أن يدفع إليه الأجرة ؛ لحصول التَّسليم الحكميِّ ، ويُقدِّم قوله في صفة عمله ؛ ذكره ابن رزين . ومثله تلف أجيرٍ مشتركٍ ؛ ذكره القاضي وغيره ، وقال أبو الخطَّاب: تلزمه قيمته موضع تلفه ، وله أجرته إليه ، وكذا عمله غير صفة شرطه ، أي: لا أجرة له في الزَّيادة ؛ لأنَّه غير مأمورٍ بها ، وعليه ضمَّان نقص الغزل المنسوج فيها . وفي «المغني» و«الشرح»: له المسمَّى ، إن زاد الطُّول فقط ، ولم ينقص الأصل بها ، وإن زاد في العرض فوجهان ، والظَّاهر أنَّه لا أجرة له ، والفرق بأنَّه يمكن قطع الزَّائد في الطُّول ، ويبقى الثَّوب على ما أراد ، بخلاف العرض ، وإن نقصهما أو أحدهما ، فقليل: لا شيء له ، ويضمن كنقص الأصل ، وقيل:

وإذا ضرب المستأجر الدَّابَّةَ بقدر العادة أو كبها ، أو الرِّائض الدَّابَّةَ ، لم يضمن ما تلفت به . وإن قال: أذنت لي في تفصيله قَبَاءً ، قال: بل قميصًا ، فالقول قول الحَيَّاط ؛ نصَّ عليه .

بحصَّته من المسمَّى ، وقيل: لا شيء له في نقص العرض ، بخلاف النَّقص في الطُّول ، فإنَّ له حصَّته من المسمَّى .

فرغ : إذا أخطأ قَصَّارٌ ودفع الثَّوبَ إلى غير مالكه ضمنه ، فإن قطعه قابضه غرم أرش قطعه كدراهم أنفقها ويردُّه مقطوعًا على الأصحَّ ، فإن تلف عنده ضمنه كما لو علم ، وعنه: لا ؛ لعجزه عن دفعه .

(وإذا ضرب المستأجر الدَّابَّةَ بقدر العادة أو كبها) أي: جذبها لتقف ، وفي «الشَّرْح»: يحثُّها به على السَّير لتلحق القافلة ، ويقال بالخاء المعجمة (أو الرِّائض الدَّابَّةَ) أي: معلِّمها (لم يضمن ما تلف به) لأنَّه تلف من فعلٍ مستحقٌّ ، فلم يضمنها ، كما لو تلفت تحت الحمل ، وظاهره أنَّه يجب الضَّمان إذا زاد على العادة ، وصرَّح به في الكافي ؛ لأنَّه جنايةٌ على ملك الغير ، فوجب الضَّمان كالغاصب ، وقد اقتضى ذلك جواز ضرب المستأجر الدَّابَّةَ للاستصلاح ؛ لأنَّه عليه السَّلام نخس بعير جابرٍ وضربه ، وكان أبو بكرٍ ينخس بعيره بمخججه . فلو اكتراها وتركها في إصطبله ، فماتت ، فهذُرٌ ، وإن سقط عليها ضمنها .

تنبيهٌ : العين المؤجَّرة أمانةٌ في يد مستأجرها إن تلفت بغير تفريطٍ لم يضمنها ، ولا فرق بين الإجارة الصَّحيحة والفاصلة ، فإذا انقضت المدَّة رفع يده عنها ولم يلزمه الرَّدُّ ؛ أو ما إليه في رواية ابن منصورٍ ؛ لأنَّه لو وجب ضمانها لوجب رُدُّها كالعارية ، وحينئذٍ تبقى في يده أمانةٌ كالوديعة ، وقيل: يجب رُدُّها مع القدرة إن طُلبت منه ؛ قطع القاضي به في الخلاف ، وقيل: مطلقًا ، ويضمنه إن تلف مع إمكان رُدِّه كعارية ، ومؤنة الرَّدِّ على مالكها في الأصحَّ كمودع ، فلو شرط على مستأجرٍ ضمانها لم يصحَّ الشَّرط في الأصحَّ ، وفي العقد وجهان .

(وإن قال: أذنت لي في تفصيله قَبَاءً ، قال: بل قميصًا ، فالقول قول الحَيَّاط ؛ نصَّ عليه) في رواية ابن منصورٍ ؛ لأنَّهما اتَّفقا على الإذن ، واختلفا

في صفته ، فكان القول قول المأذون له كالمضارب . فعلى هذا ، يحلف الخياط ويسقط عنه العُرم ويستحقُّ أجر المثل ، وقيل: يُقبل قول ربِّه ؛ اختاره المؤلِّف ؛ لأنَّهما اختلفا في صفة الإذن ، فيقبل قوله فيها ؛ لأنَّ الأصل عدم الإذن المختلف فيها . فعليها ، يحلف أنه ما أذن في قطعه قباءً ، ويغرم الأجير نقصه ، ولا أجرة له ، وعنه: يعمل بظاهر الحال ، كاختلاف الزوجين في متاع البيت ، وقيل: بالتَّحالف كالاختلاف في ثمن المبيع ، وحكم الصَّبَاغ إذا قال: أذنت في صبغه أحمر ، قال: بل أصفر كذلك .

تسمية : إذا دفع إلى خياطٍ ثوبًا وقال: إن كان يُقطع قميصًا فاقطعه ، فقال: هو يُقطع ، فقطعه ولم يكفه ، أو قال: انظر هل يكفيني قميصًا؟ فقال: نعم ، فقال: اقطعه ، فقطعه ولم يكفه - ضمنه فيهما ، فإن قال: اقطعه قميص رجل ، فقطعه قميص امرأةٍ غرم ما بين قيمته صحيحًا ومقطوعًا في الأصحِّ ، وقيل: يغرم ما بين قيمتهما ، فإن أكره ليلبسه لم ينم فيه ليلاً ولا وقت القيلولة ولم يأتزر به ، فإن ارتدى به جاز في الأقيس .

مسألة : إذا اختلفا في قدر الأجرة تحالفا كالبيع ؛ نصَّ عليه ، ويبدأ يمين الآجر ، وكذا إذا اختلفا في المدة ، وعنه: يُصدِّق المؤجِّر ، وعنه: المستأجر . وعلى التَّحالف ، إن كان بعد المدة فأجرة المثل ؛ لتعذر ردِّ المنفعة ، وإن كان في أثنائها فبالقسط ، فلو اختلفا في التَّعدِّي قُبِلَ قول المستأجر ؛ لأنَّه أمينٌ ، فإن قال بعد القبض: مرض العبد أو أبق ، أو شردت الدَّابة فلم أقدر على ردِّها صدِّق وحلف على الأصحِّ ، وعنه: يُقبل قول المؤجِّر ، فلو ادَّعى مرضه وأصابه صحيحًا قُبِلَ قول المالك ، سواء صدَّقه العبد أو كذَّبه ؛ نصَّ عليه . وعنه: يُقبل قول المستأجر في الإباق دون المرض ، فلو اختلفا في وقت هلاك العين قُدِّم قول المستأجر ؛ لأنَّ الأصل عدم الانتفاع .

فصل

وتجب الأجرة بنفس العقد ، إلا أن يتفقا على تأخيرها . ولا يجب تسليم
أجرة العمل في الذمة حتى يتسلمه .

فصل

(وتجب الأجرة بنفس العقد) أي: إذا أطلق ، وكان العقد وقع على عين كأرض
ودار ونحوهما ، أو ذمّة ؛ لأنّ المؤجر يملك الأجرة بنفس العقد ، كما يملك البائع
الثمن بالبيع ، وحينئذ تكون حالة من نقد بلد العقد إن لم يشترط غيره ، وقالت
طائفة: لا يملكها ولا يستحق المطالبة بها إلا يومًا بيوم ، إلا أن يشترط تعجيلها ؛
لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ أمر بإيتائهن بعد الرضاع ،
ولقوله عليه السلام : «ورجل استأجر أجيرًا فاستوفى منه ولم يوفّه أجره» . ولأنّه
عوض لم يملك ، فلم يجب تسليمه كالعوض في العقد الفاسد .

وجوابه: بأنّه عوض أطلق في عقد معاوضة فيستحق بمطلق العقد كالثمن
والصداق ، وله الوطاء . وأمّا الآية فتحتمل أنّه أراد الإيتاء عند الشروع في
الرضاع أو تسليم نفسها ، وتحققه أنّ الإيتاء في وقت لا يمنع وجوبه قبله ؛ لقوله
تعالى : ﴿ فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [النساء: ٢٤] والصداق
يجب قبل الاستمتاع ، مع أنّهما إنما وردا فيمن استؤجر على عمل .

فأمّا ما وقعت الإجارة فيه على مدّة فلا تعرّض لها فيه (إلا أن يتفقا على
تأخيرها) فلا يجب ، كما لو اتفقا على تأخير الثمن ، واقتضى ذلك جواز
تأجيلها ، وقيل: إن لم يكن نفعًا في الذمة ، وقيل: يجب قبضها في المجلس
كرأس مال السلم ، فلا تحل مؤجلة بموت في أصحّ قولي العلماء وإن حلّ دين
به؛ لأنّ حلّها مع تأخير استيفاء المنفعة ظلم ؛ قاله الشيخ تقي الدين (ولا يجب
تسليم أجرة العمل في الذمة حتى يتسلمه) وإن وجبت بالعقد ، وعلى هذا
وردت النصوص ، ولأنّ الأجير إنما يوفى أجره إذا قضى عمله ؛ لأنّه عوض ،
فلا يستحق تسليمه إلا مع تسليم المعوض كالصداق والثمن ، وفارق الإجارة

وإذا انقضت الإجارة وفي الأرض غراسٌ أو بناءٌ لم يُشترط قلعه عند انقضائها خَيْرُ المالك بين أخذه بالقيمة ، أو تركه بالأجرة ، أو قلعه وضمأن نقصه .

على الأعيان ؛ لأنَّ تسليمها أُجري مجرى تسليم نفعها ، ومتى كانت على عملٍ في الذمَّة لم يحصل تسليم المنفعة ولا يقوم مقامها ، فيتوقَّف استحقاق تسليم الأجر على تسليم العمل ، فإن عمل بعضه فله أجره المثل لما عمل ، وقيل: إن كان معذورًا في ترك العمل وإلا احتمل وجهين . وقال ابن أبي موسى: مَنِ استؤجر لعملٍ معلومٍ استحقَّ الأجر عند إيفاء العمل ، وإن استؤجر كلَّ يومٍ بأجرة معلومةٍ فله أجر كلِّ يومٍ عند تمامه .

تنبيةٌ : يستقرُّ الأجر كاملاً باستيفاء المنفعة وبتسليم العين ومضِيَّ المدَّة ، ولا مانع له من الانتفاع ، أو بفرار عمل بيد مستأجرٍ ويدفعه إليه بعد عمله ، فلو بذل له تسليم العين وامتنع المستأجر حتَّى انقضت المدَّة استقرَّ الأجر عليه كما لو كانت بيده ، وإن كانت على عملٍ فذكر الأصحاب أنَّها تُستقر إذا مضت مدَّة يمكن الاستيفاء فيها ، وصحَّح في «المغني» أنَّه لا أجر عليه ؛ لأنَّه عقدٌ على ما في الذمَّة ، فلم يستقرَّ عوضه بذل التَّسليم كالمسلم فيه .

(وإذا انقضت الإجارة وفي الأرض غراسٌ أو بناءٌ لم يُشترط قلعه عند انقضائها) بل أطلق ، وكانت أو أُجرت لذلك (خَيْرُ المالك) أي: ربُّ الأرض (بين أخذه بالقيمة) أي: بدفع قيمة الغراس أو البناء ، فيملكه مع أرضه ؛ لأنَّ الضرر يزول بذلك . وفي «الفائق» : إذا كانت الأرض وقفًا لم يملك التَّمْلِكُ إلا بشرط واقفٍ ، أو رضا مستحقِّ الرُّبع .

(أو تركه بالأجرة) أي: أجره المثل (أو قلعه وضمأن نقصه) لما فيه من الجمع بين الحَقَّين ، وظاهره: لا فرق بين كون المستأجر وقف ما بناه أو لا ، وهذا ما لم يقلعه مالكة ، ولم يكن البناء مسجدًا ونحوه فلا يُهدم ؛ اختاره في «الفنون» ، والشَّيخ تقيُّ الدِّين . فإن قلت: هَلَّا ملك القلع من غير ضمان التَّقْص كما هو مذهب أبي حنيفة ومالك ؛ لأنَّ تقدير المدَّة في الإجارة يقتضي تفرغها عند انقضائها كالمستأجرة

وإن شرط قلعه لزمه ذلك ، ولم تجب تسوية الأرض إلا بشرط ، وإن كان فيها زرعٌ بقاءه بتفريط المستأجر فللمالك أخذه بالقيمة ، أو تركه بالأجرة . وإن كان بغير تفريطٍ

للزُّرع؟ قلتُ: لقوله عليه السَّلام : «ليس لعرقٍ ظالم حقٌّ» . فإنَّه يدلُّ على أنَّ غير الظالم له حقٌّ ، وهنا كذلك ؛ لأنَّه غرس بإذن المالك ولم يشترط قلعه ، فلم يُجبر عليه من غير ضمان النَّقص كما لو استعارها للغرس ثمَّ رجع قبل انقضاءها ، فإن شرط فيها بقاء غرسٍ فهو صحيحٌ على الأصحِّ كإطلاقه ، فإن اختار ربُّ الأرض القلع فهو على مستأجرٍ ، وليس عليه تسوية الحُفر ؛ قاله في «التلخيص» وغيره . وإن اختاره مالكة لزمه تسوية الحُفر ؛ قاله في «المغني» و«الشَّرح» وغيرهما .

(وإن شرط قلعه لزمه ذلك) وفاءً بموجب شرطه . فإن قلتُ: إذا كان إطلاق العقد فيهما يقتضي التأييد فشرط القلع ينافي مقتضى العقد فيفسده . قلتُ: اقتضائه التأييد إمَّا هو من حيث إنَّ العادة تبقيتهما ، فإذا أطلقه حُمِل على العادة ، فإذا شرط خلافه جاز ، كما لو باع بغير نقد البلد ، وحينئذٍ لا يجب على ربِّ الأرض غرامة نقص .

(ولم يجب تسوية الأرض) على المستأجر ؛ لأنَّهما دخلا على ذلك ؛ لرضاهما بالقلع (إلا بشرط) لما ذكرنا ، فإن اتَّفقا على إبقائه بأجرة أو غيرها جاز إذا شرطاً مدَّة معلومةً ، وظهر ممَّا سبق أنَّ للمستأجر أن يغرس ويبنى قبل انقضاء المدَّة إذا استأجرها لذلك ، فإذا انقضت فلا .

(وإن كان فيها زرعٌ بقاءه بتفريط المستأجر) مثل أن يزرع زرعاً لم تجرِ العادة بكماله قبل انقضاء المدَّة (فللمالك أخذه بالقيمة) ما لم يخترِ المستأجر قلع زرعه في الحال ، وتفريغ الأرض ، فله ذلك ، ولا يلزمه ، وقيل: للمالك أخذه بنفقتة (أو تركه بالأجرة) أي: بأجرة المثل لما زاد على المدَّة ؛ لأنَّه أبقى زرعه في أرض غيره بعدوانه كالغاصب ، وذكر القاضي أنَّ على المستأجر نقل الزُّرع وتفريغ الأرض . وإن اتَّفقا على تركه بعوضٍ أو غيره جاز .

(وإن كان بغير تفريط) مثل أن يزرع زرعاً ينتهي في المدَّة عادةً ثمَّ يتأخَّر لبردٍ أو

لزم تركه بالأجرة . وإذا تسلّم العين في الإجارة الفاسدة حتّى انقضت المدّة فعليه أجرة المثل ، سكن أو لم يسكن . وإذا اكرت بدراهم وأعطاه عنها دنائير ثمّ انفسخ العقد رجع المستأجر بالدراهم .

غيره (لزم تركه بالأجرة) لحصول زرعه في أرض غيره بإذنه من غير تفريط ، فهو كما لو أعاره أرضاً فرزعا ثمّ رجع المالك قبل كمال الزرع .

فرغ : إذا أراد المستأجر زرع شيء لا يدرك مثله في مدّة الإجارة فللمالك منعه ، فإن زرع لم يملك مطالبته بقلعه قبل المدّة ؛ لأنّه في أرض ملك نفعها ، فلو اكرتها مدّة لزرع ما لا يكمل فيها وشرط قلعه عند فراغها صحّ ، وإن شرط البقاء حتّى يكمل أو سكت فسد العقد ، فإذا فرغت ، المدّة والزرع قائم فهو كمفريط في الأصحّ .

(وإذا تسلّم العين في الإجارة الفاسدة حتّى انقضت المدّة فعليه أجرة المثل) المدّة بقائها في يده (سكن أو لم يسكن) لأنّ المنافع تلفت تحت يده بعوض لم يُسلّم له ، فرجع إلى قيمتها كما لو استوفاه ، ويتخرّج على قول أبي بكرٍ أنّه يضمن بالأجرة المسماة ، واختاره الشيخ تقيّ الدّين ، وذكر أنّه قياس المذهب أخذاً له من النّكاح ، وعن أحمد: لا شيء له ؛ لأنّه عقدٌ فاسدٌ على منافع لم يستوفها ، فلم يلزمه عوضها كالنّكاح الفاسد ، فأما إن بذل التّسليم في الإجارة الفاسدة فلم يتسلّمها فلا أجر عليه ؛ لأنّ المنافع لم تتلف تحت يده .

فرغ : المبيع بعقدٍ فاسدٍ كمستعيرٍ فقط ؛ ذكره في «المجرّد» و«الفصول» و«المغني» ؛ لتضمّنه إذناً ، وفي «الفروع» توجيهٌ أنّه في وجهٍ كغصبٍ ، وفي «القواعد» : أنّه المذهب المعروف ، وأنّه لا ينعقد ، وتترتّب عليه أحكام الغصب ، وخرّج أبو الخطّاب في انتصاره صحّة التّصرّف في البيع الفاسد في النّكاح ، واعترضه أحمد الحربيّ في «تعليقه» .

(وإذا اكرت بدراهم وأعطاه عنها دنائير ثمّ انفسخ العقد رجع المستأجر بالدراهم) لأنّ العقد إذا انفسخ رجع كلّ من المتعاقدين في العوض الذي بذله ،

باب السبق

تجوز المسابقة على الدوابِّ والأقدام وسائر الحيوانات والسفن والمزاريق وغيرها .

وعوض العقد هو الدرّاهم ، والمؤجّر أخذ الدنانير بعقدٍ آخر ولم ينفسخ ، أشبه ما إذا قبض الدرّاهم ثم صرفها بدنانير .

باب السَّبِق

هو مصدر سبق يسبق سبِقًا ، والسَّبِق بتحرك الباء: الشَّيء الذي يسابق عليه . وبسكونها: المسابقة ، وهي المجارة بين حيوانٍ وغيره ، والمناضلة: المسابقة بالرَّمي ، والرَّهان في الخيل ، والسَّباق في الخيل والرَّمي . والإجماع على جوازه بغير عوض ، وسنده قوله تعالى : ﴿وَأَعِدُوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ﴾ [الأنفال: ٦٠] الآية . وصحَّ من حديث ابن عمر أن النَّبِيَّ ﷺ سابق بين الخيل المضمرة من الحفياء إلى ثنيَّة الوداع ، وبين التي لم تضمّر من ثنيَّة الوداع إلى مسجد بني زُرَيْقٍ . قال موسى بن عُقْبَةَ: من الحفياء إلى ثنيَّة الوداع ستَّة أميالٍ أو سبعة . وقال سفيان: من الثَّنيَّة إلى مسجد بني زُرَيْقٍ ميلٌ أو نحوه .

(تجوز المسابقة على الدوابِّ والأقدام) لما روت عائشة قالت: سابقني النَّبِيُّ ﷺ فسبقته ، فلمَّا أخذني اللَّحم سابقته فسبقني ، فقال: «هذه بتلك» . رواه أحمد وأبو داود . وسابق سلَمَةُ بن الأكوع رجلًا من الأنصار بين يدي رسول الله ﷺ . رواه مسلم .

(وسائر الحيوانات) كإبلٍ وخيلٍ وبقيرٍ وطبورٍ في الأصحِّ ، ومنعه الآمديُّ في حمامٍ (والسفن والمزاريق) جمع مِزْرَاقٍ ، وهو الرُّمَح القصير (وغيرها) كمجانيق ، ورمي أحجارٍ بمقاليع ، ورفع أحجارٍ ؛ ليعرفوا الأشدَّ منهم ، وصراعٍ ؛ لأنَّه - عليه السَّلام - صارع زُكَّانة فصرعه . رواه أبو داود .

فوائد : قال في «الوسيلة» : يُكره الرُّقص واللُّعب كلُّه ومجالس الشُّعر . وذكر

ولا يجوز بعوض إلا في الإبل والخيل والسهام

ابن عقيل وغيره: يُكره لعبه بأرجوحة ونحوها . وفي «التَّصِيحَة»: مَنْ وثب وثبَةً مَرَحًا وَلَعَبًا بلا نفع فانقلب فذهب عقله عصى وقضى الصَّلَاة ، ولا يجوز اللَّعْبُ بالطَّابِ والتَّقِيلَة ؛ ذكره الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، وقال: كُلُّ فَعْلٍ أَفْضَى إِلَى الْحَرَمِ كَثِيرًا حَرَمَهُ الشَّارِعُ إِذَا لَمْ يَكُن فِيهِ مَصْلَحَةٌ رَاجِحَةٌ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ سَبَبًا لِلشَّرِّ وَالْفَسَادِ ، وقال: مَا أَلْهَى وَشَغَلَ عَمَّا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ فَهُوَ مَنْهِيٌّ عَنْهُ وَإِنْ لَمْ يُحْرَمْ جِنْسَهُ كِبَيْعٍ وَتِجَارَةٍ وَغَيْرِهِمَا .

وما زُوي أَنَّ عَائِشَةَ وَجَوَارٍ مَعَهَا كَنَّ يَلْعَبَنَّ بِاللُّعْبِ وَالتَّبَيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَرَاهُن . رواه أحمد وغيره . وكانت لها أرجوحةٌ قبل أن تتزوج . رواه أبو داود بإسنادٍ جيِّدٍ . فَيُرْتَخَصُ فِيهِ لِلصُّغَارِ مَا لَا يُرْتَخَصُ فِيهِ لِلْكِبَارِ ؛ قاله الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ فِي خَبَرِ ابْنِ عَمْرِو فِي زِمَارَةِ الرِّعَاعِيِّ . قال فِي «الفروع»: وَيَتَوَجَّهُ كَذَا فِي الْعِيدِ وَنَحْوِهِ ؛ لِقِصَّةِ أَبِي بَكْرٍ ، وَقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ لَهُ: «دَعِهْمَا فَإِنَّهَا أَيَّامُ عِيدٍ» .

(ولا يجوز بعوض إلا في الإبل والخيل والسهام) كذا في «المحرر» و«الوجيز» ، وأبدل في «الفروع» السهام بسلاح ، وهو أولى ؛ لما روى أبو هريرة أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لا سبق إلا في نصلٍ أو خُفٍّ أو حافرٍ» . رواه الخمسة . ولم يذكر ابن ماجه: أو نصلٍ ، وإسناده حسنٌ . واختصت هذه الثلاثة بأخذ العوض فيها ؛ لأنها من آلات الحرب المأمور بتعليمها وإحكامها ، وذكر ابن البنا وجهًا أنه يجوز السبق بالطيور المعدة لأخبار الأعداء ، وقد صارع النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رُكَّانَةً عَلَى شِيَاهِ ، فصرعه ، فأخذها ، ثم عاد مرارًا فأسلم ، فردَّ النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ غنمه . رواه أبو داود فِي مراسيله . مع أَنَّ الصُّرَاعَ والسَّبْقَ بالأقدام ونحوهما طاعةٌ إِذَا قُصِدَ بِهِ نَصْرُ الْإِسْلَامِ وَأَخَذَ السَّبْقُ عَلَيْهِ أَخَذَ الْحَقُّ ، فالمغالبة الجائزة تحلُّ بالعوض إِذَا كَانَتْ مِمَّا يَنْفَعُ فِي الدِّينِ ؛ اخْتَارَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ . وَيَجُوزُ أَخْذُ الرِّهَانِ فِي الْعِلْمِ ؛ لِقِيَامِ الدِّينِ بِالْجِهَادِ وَالْعِلْمِ .

وفي «الرَّوْضَة»: يَخْتَصُّ جَوَازُ السَّبْقِ بِالْأَنْوَاعِ الثَّلَاثَةِ: الْحَافِرِ ، فَيَعْمُ كُلُّ ذِي حَافِرٍ . وَالْخُفِّ ، فَيَعْمُ كُلُّ ذِي خُفٍّ . وَالتَّصَلِّ ، فَيَخْتَصُّ النَّشَابُ وَالتَّبَلُّ ، وَلَا

بشروطٍ خمسة: أحدها: تعيين المركوب والرّماة ، سواءً كانا اثنين أو جماعتين ، ولا يُشترط تعيين الرّاكبين ولا القوسين . الثاني: أن يكون المركوبان والقوسان من نوعٍ واحدٍ ، فلا يجوز بين عربيٍّ وهجينٍ ، ولا بين قوسٍ عربيّةٍ وفارسيّةٍ .

يصحّ السّبق والرّمي في غير هذه الثلاثة مع الجُعل وعدمه ، ولتعميمه وجهٌ ، وذكر ابن عبد البرّ تحريم الرّهن في غير الثلاثة إجمالاً .

(بشروطٍ خمسة : أحدها: تعيين المركوب) برؤية (والرّماة) لأنّ القصد معرفة جوهر الحيوان الذي يسابق عليهما ، وسرعة عدوهما ، ومعرفة حذق الرّماة ، ولا يحصل إلّا بالتّعيين بالرّؤية ، فلو عقد اثنان نضالاً مع كلّ منهما نفرٌ غير متعيّنين لم يجز لذلك ، وإن عقدا قبل التّعيين على أن ينقسموا بعد العقد بالتّراضي جاز لا بقرعةٍ ، وإن بان بعض الحزب كثير الإصابة أو عكسه ، فادّعى ظنّ خلافه لم يُقبل .

(سواءً كانا اثنين أو جماعتين) لأنّه -عليه السّلام- مرّ على أصحابٍ له يتنزلون ، فقال: «ارموا وأنا مع ابن الأدرع» . فأمسك الآخرون ، فقال: «ارموا وأنا معكم كلّكم» . صحيحٌ . ولأنّه إذا جاز أن يكونوا اثنين جاز أن يكونوا جماعتين ؛ لأنّ القصد معرفة الحذق . (ولا يُشترط تعيين الرّاكبين ولا القوسين) لأنّ الغرض معرفة عدو الفرس وحذق الرّامي دون الرّاكب والقوس ؛ لأنّهما آلةٌ للمقصود ، فلم يُشترط تعيينهما كالسّرج ، فكلّ ما تعيّن لا يجوز إبداله كالتّعيّن في البيع ، وما لا يتعيّن يجوز إبداله مطلقاً . فعلى هذا ، إن شرطاً ألا يرمي بغير هذا القوس ، ولا بغير هذا السّهم ، ولا يركب غير هذا الرّاكب ، فهو فاسدٌ ؛ لأنّه ينافي مقتضى العقد . وفي «الرّعاية»: إن عقدا على قوسٍ معيّنةٍ فانتقل إلى نوعه جاز ، وإن شرط عليه ألا ينتقل فوجهان .

(الثّاني: أن يكون المركوبان والقوسان من نوعٍ واحدٍ) لأنّ التّفاوت بين التّوعين معلومٌ بحكم العادة ، أشبهها الجنسين (فلا يجوز بين عربيٍّ وهجينٍ) وهو من عربيٍّ فقط (ولا بين قوسٍ عربيّةٍ) وهو قوس النّبل (وفارسيّةٍ) وهو قوس

ويحتمل الجواز . الثالث: تحديد المسافة والغاية ومدى الرمي على ما جرت به العادة . الرابع: كون العوض معلومًا .

الثَّاب ؛ قاله الأزهرِيُّ . نصَّ أحمد على جواز المسابقة بالقوس الفارسيَّة ؛ لانعقاد الإجماع على الرمي بها وإباحة حملها . وقال أبو بكرٍ : يُكره ؛ لما روى ابن ماجه أنَّ النَّبِيَّ ﷺ رأى مع رجلٍ قوسًا فارسيَّةً ، فقال : « لا ، ألقها ، فإنَّها ملعونةٌ ، ولكن عليكم بالقيسيِّ العربيَّة ، وبرماح القنا ، فيها يؤيِّد الله هذا الدين ، وبها يمكن الله لكم في الأرض » . ورواه الأثرم . والجواب : بأنَّه يحتمل أنَّه لعنها لحمل العجم لها في ذلك العصر قبل أن يسلموا ، أو منع العرب من حملها ؛ لعدم معرفتهم بها .

(ويحتمل الجواز) وهو وجبة ذكره القاضي ؛ لأنَّ التَّفَاوُت بينهما قريبٌ ؛ لأنَّ اتفاق الجنس ، وأطلقهما في «الفروع» ، وعُلِمَ منه أنَّه إذا كانا جنسين كالفرس والبعير أنَّه لا يجوز ؛ لأنَّه لا يكاد يسبق الفرس ، فلا يحصل الغرض .

(الثَّالِث: تحديد المسافة والغاية) أي: يكون لابتداء عدوهما وآخره غايةٌ لا يختلفان فيه ؛ لأنَّ الغرض معرفة الأسبق ، ولا يحصل إلا بتساويهما في الغاية ؛ لأنَّ أحدهم قد يكون مقصِّرًا في أوَّل عدوه ، سريعًا في آخره ، وبالعكس ، فيحتاج إلى ذلك .

(ومدى الرمي) إمَّا بالمشاهدة ، أو بالذُّراع ؛ لأنَّ الإصابة تختلف بالقرب والبعُد (على ما جرت به العادة) لأنَّ الرَّائِد على ذلك قد يؤدِّي إلى عدم العلم بالسَّابِق ؛ لبعُد المسافة ، فلو استبقا بغير غايةٍ لينظر أيُّهما يقف أوَّلًا لم يجز ، وكذا لو جعلنا مسافةً بعيدةً في الرمي تتعدَّر الإصابة في مثلها غالبًا ، وهو ما زاد على ثلاثمئة ذراع ؛ لأنَّ الغرض يفوت بذلك ؛ ذكره في «الشَّرْح» وغيره ، وقيل: إنَّه ما رمى في أربعمئة ذراعٍ إلا عُقِبَ بن عامِر الجُهَنِيِّ ، وهل المراد به ذراع اليد أم غيره؟ لم أر فيه نقلًا .

(الرَّابِع: كون العوض معلومًا) بالمشاهدة أو بالقدر أو بالصِّفَّة ؛ لأنَّه مألٌ في

الخامس: الخروج عن شبهة القمار بألا يُخرج جميعهم ، فإن كان الجُعَل من الإمام أو من أحدٍ غيرهما أو من أحدهما على أن مَنْ سبق أخذه ، جاز ، وإن جاء معًا فلا شيء لهما ، وإن سبق المخرج أحرز سبقه ولم يأخذ من الآخر شيئًا ، وإن سبق الآخر أحرز سبق صاحبه ، فإن أخرجنا معًا لم يجز ، إلا أن يُدخِلا بينهما محللاً

عقيد ، فاشترط العلم به كسائر العقود ، ويُشترط فيه أن يكون مباحًا ، ويجوز حالاً ومؤجلاً وبعضه ، كقوله: إن نضلتني فلك دينارٌ وقفيز حنطةٍ بعد شهرٍ ، كالبيع ، غير أنه يُحتاج إلى صفة الحنطة بما يُعلم به السَّلَم ، وهذا العوض تملكُ بشرطِ سبقه .

(الخامس: الخروج عن شبهة القمار) لأنَّ القمار محرَّمٌ ، فشبهه مثله (بألا يُخرج جميعهم) لأنَّه إذا أخرج كلُّ واحدٍ منهم فهو قمارٌ ؛ لأنَّه لا يخلو إمَّا أن يغنم أو يغرّم ، ومَنْ لم يُخرج بقي سالمًا من الغرم (فإن كان الجُعَل من الإمام) صحَّ ، سواء كان من ماله أو من بيت المال ؛ لأنَّ فيه مصلحةً وحثًا على تعليم الجهاد ونفعًا للمسلمين ، ونصَّ على أنَّه مختصٌّ به لتوليئه الولايات (أو من أحدٍ غيرهما أو من أحدهما على أن مَنْ سبق أخذه ، جاز) لأنَّه إذا جاز من غيرهما فلأنَّ يجوز من أحدهما بطريق الأولى ، ويُشترط في غير الإمام بذل العوض من ماله ، فيقول: إن سبقتني فلك عشرةٌ ، وإن سبقتك فلا شيء عليك (وإن جاء معًا فلا شيء لهما) لأنَّه لا سابق فيهما (وإن سبق المخرج أحرز سبقه) أي: سبق نفسه (ولم يأخذ من الآخر شيئًا) لأنَّه لو أخذ منه شيئًا كان قمارًا (وإن سبق الآخر أحرز سبق صاحبه) أي: سبق المخرج ؛ لأنَّه سبقه ، فملك المال الذي جعله عوضًا في الجمالة كالعوض المجمعول في ردِّ الضَّالَّة ، فإن كان العوض في الدُّمَّة ، فهو دَيْنٌ يُقضى به عليه ، ويُجبر على تسليمه إن كان موسرًا ، وإن أفلس ضرب به مع الغرماء .

تسمية : السَّبِق بفتح الباء: الجُعَل الذي يسابق عليه ، يقال: سبق: إذا أخذ وأعطى ، فهو من الأضداد .

(فإن أخرجنا معًا) أي: العوض (لم يجز) وكان قمارًا (إلا أن يُدخِلا بينهما

يكافئ فرسه فرسيهما ، أو بعيره بعيريهما ، أو رميه رمييهما ، فإن سبق
أحرز سبقيهما ، وإن سبقاه أحرزاً سبقيهما ولم يأخذا منه شيئاً ، وإن سبق
أحدهما أحرز السَّبقين ، وإن سبق معه المحلَّل فسبق الآخر بينهما . وإن قال
المخرج: مَنْ سبق فله عشرةٌ ومَنْ صلى فله كذا ، لم يصحَّ .

محللاً) فإنه يجوز أن يُخرجا ، سواءً أخرجاه متساويًا أو متفاضلاً ، ولم يجز أن
يُخرج المحلَّل شيئاً ، وهو قول سعيد بن المسيَّب والزُّهري والأوزاعي ؛ لما روى أبو
هريرة أن النَّبيَّ ﷺ قال: «مَنْ أدخل فرسًا بين فرسين وهو لا يأمن أن يُسبق
فليس قمارًا ، ومَنْ أدخل فرسًا بين فرسين وقد أَمِنَ أن يسبق فهو قمارٌ» . رواه
أبو داود . فجعله قمارًا إذا أَمِنَ السَّبق ؛ لأنه لا يخلو كلُّ واحدٍ منهما أن يغنم
أو يغرَم ، وإذا لم يأمن أن يسبق لم يكن قمارًا ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يجوز أن
يخلو عن ذلك ، ويُشترط في المحلَّل أن (يكافئ فرسه فرسيهما ، أو بعيره
بعيريهما ، أو رميه رمييهما) للخبر السَّابق (فإن سبقهما أحرز سبقيهما) اتِّفاقًا ؛
لأنَّه لجعل لمن سبق (وإن سبقاه أحرزاً سبقيهما) لأنَّ المحلَّل لم يسبقهما (ولم
يأخذا منه) أي: من المحلَّل (شيئاً) لأنَّه لم يشترط عليه لمن سبقه شيئاً (وإن سبق
أحدهما أحرز السَّبقين) لأنَّهما قد جعلاه لمن سبق وقد وُجد .

(وإن سبق معه المحلَّل فسبق الآخر بينهما) أي: بين السَّابق والمحلَّل نصفين ؛
لأنَّهما قد اشتركا فيه ، فوجب أن يشتركا في عوضه ، وسواءً كان المستبقون
اثنين أو أكثر . وظاهره أنه يكفي محلَّل واحدٌ . وقال الأمدئي: لا يجوز أكثر
لدفع الحاجة ، وقيل: بل أكثر ، وجزم به في «الشَّرح» ، واختار الشَّيخ تقيُّ
الدِّين: لا محلَّل ، وأنه أولى بالعدل من كون السَّبق من أحدهما ، وأبلغ في
تحصيل مقصود كلِّ منهما ، وهو بيان عجز الآخر .

(وإن قال المخرج: أي: من غير المتسابقين) مَنْ سبق فله عشرةٌ ، ومَنْ صلى
فله كذلك ، لم يصحَّ) إذا كانا اثنين ؛ لأنَّه لا فائدة في طلب السَّبق فلا يحرص
عليه ؛ لأنه سواءً بينهما ، وإن كانوا أكثر من ثلاثة فقال ذلك ، صحَّ ؛ لأنَّ كلَّ
واحدٍ منهم يطلب أن يكون سابقًا أو مُصَلِّيًا .

وإن قال: مَنْ صَلَّى فله خمسةٌ ، صحَّ . وإن شرطاً أَنْ السَّابِقُ يطعم السَّبِقَ أصحابه أو غيرهم لم يصحَّ الشرط .

(وإن قال: مَنْ صَلَّى فله خمسةٌ ، صحَّ) لأنَّ كلاً منهما يجتهد أن يكون سابقاً ؛ ليحرز أكثر العوضين ، والمصلِّي هو الثَّانِي ؛ لأنَّ رأسه عند صلا الآخر ، والصَّلوان هما العظمان الثَّانِتان من جانب الذَّنْب ، وفي الأثر عن عليٍّ قال: سبق أبو بكرٍ ، وصَلَّى عمر ، وخبطتنا فتنَّةٌ . قال الشَّاعر:

إن تبندر غايةً يوماً لمكرمةٍ تلقَ السَّوابقَ فينا والمصلينا

فإن قال: للمجلي - وهو الأوَّل - مائةٌ ، وللمصلِّي - وهو الثَّانِي - تسعون ، وللثَّالِي - وهو الثَّالِث - ثمانون ، وللبارع وهو - الرَّابِع - سبعون ، وللمرتاح - وهو الخامس - ستون ، وللخطيِّ وهو السَّادس خمسون ، وللعاطف وهو السَّابع أربعون ، وللمؤمِّل وهو الثَّامن ثلاثون ، وللطيم وهو التَّاسع عشرون ، وللسَّكيت وهو العاشر عشرةٌ ، وللفضكُل وهو الآخر خمسةٌ ؛ صحَّ ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ يطلب السَّبِقَ أو ما يليه . وذكر الثَّعالبيُّ في «فقه اللُّغة» أنَّ المجلي هو الثَّانِي ، والمصلي هو الثَّالِث . فلو جعل لمصليٍّ أكثر من المجلي ، أو جعل لما بعده أكثر منه ، أو لم يجعل للمصليِّ شيئاً لم يصحَّ ؛ لأنَّه يفضي إلى ألا يقصد السَّبِق ، بل يقصد التَّأخُّر ، فيفوت المقصود .

مسألةٌ : إذا قال لعشرةٍ: مَنْ سبق منكم فله عشرةٌ ، فسبق اثنان فهي بينهما ، وإن سبق تسعةٌ وتأخَّر واحدٌ فالعشرة للتَّسعة ، وقيل: لكلِّ من السَّابقين عشرةٌ ، كما لو قال: مَنْ رَدَّ عبيدي فله عشرةٌ ، فردَّ كلُّ واحدٍ عبداً ، وفارق ما لو قال: مَنْ رَدَّ عبيدي ، فردَّه تسعةٌ ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهم لم يردهُ ، وإنَّما ردهُ حصل من الكلِّ .

(وإن شرطاً أَنْ السَّابِقُ يُطعم السَّبِقَ أصحابه) أو بعضهم (أو غيرهم) أو إن سبقتني فلك كذا ، ولا أرمي أبداً أو شهراً (لم يصحَّ الشرط) لأنَّه عوضٌ على عملٍ ، فلا يستحقُّه غير العامل ، كالعوض في ردِّ الآبق ، واختار الشَّيخ تقيُّ الدِّين صحَّةَ شرطه لأستاذه ، وشراء قوسٍ ، وكراء حانوتٍ ، وإطعام الجماعة ؛

وفي صحّة المسابقة وجهان .

فصل

والمسابقة جعالة لكل واحدٍ منهما فسخها إلا أن يظهر الفضل لأحدهما ، فيكون له الفسخ دون صاحبه ، وتنفسخ بموت أحد المتعاقدين . وقيل: هي عقدٌ لازمٌ ليس لأحدهما فسخها ، لكنّها تنفسخ بموت أحد المركوبين وأحد الرّامين .

لأنّه ممّا يعين على الرّمي .

(وفي صحّة المسابقة وجهان) أشهرهما: أنّه لا يفسد ، ونصره في «الشرح» ؛ لأنّها عقدٌ لا تتوقّف صحّتها على تسمية بدلٍ ، فلم يفسد بالشّرط الفاسد كالنكاح . والثّاني: يفسد ؛ لأنّه بدل العوض لهذا الغرض ، فإذا لم يحصل له غرضه لا يلزمه العوض . فعليه ، إن كان المخرج السّابق أحرز سبقه ، وإن كان الآخر فله أجر عمله ؛ لأنّه عملٌ بعوضٍ لم يسلم له ، فاستحقّ أجر المثل كالإجارة الفاسدة .

فصل

(والمسابقة جعالة لكل واحدٍ منهما فسخها) أي: قبل الشّروع ؛ لأنّها عقدٌ على ما لا يتحقّق القدرة على تسليمه ، فكان جائزاً كردّ الآبق ، وله الزيادة والثّقصان في العوض ، ولم يلزم الآخر إجابته ، ولا يؤخذ بعوضها رهناً ولا كفيلٌ (إلا أن يظهر الفضل لأحدهما) مثل أن يسبق بفرسه في بعض المسافة ، أو يصيب بسهامه أكثر منه (فيكون له الفسخ) لأنّ الحقّ له (دون صاحبه) أي: المفضول ؛ لأنّه لو جاز له ذلك لفاتت غرض المسابقة ، فلا يحصل المقصود .

(وتنفسخ بموت أحد المتعاقدين) كوكالةٍ (وقيل: هي عقدٌ لازمٌ) لأنّه يُشترط فيها كون العوض معلوماً ، فكانت لازمةً كالإجارة (ليس لأحدهما فسخها) لأنّه شأن العقود اللازمة (لكنّها تنفسخ بموت أحد المركوبين وأحد الرّامين) لأنّ

ولا تبطل بموت أحد الرَّاكبين ، ولا تلف أحد القوسين ، ويقوم وارث الميِّت مقامه ، فإن لم يكن له وارث أقام الحاكم مقامه من تركته . والسَّبِق في الخيل بالرَّأس إذا تماثلت الأعناق ، وفي مختلفي العنق والإبل بالكتف ، ولا يجوز أن يجنب أحدهما مع فرسه فرسًا يحرِّضه على العدو ، ولا يصيح به في وقت سباقه ؛ لقول النَّبِيِّ ﷺ : «لا جَلْب ولا جنب» .

العقد تعلق بعين المركوب والرَّامي ، فانفسخ بتلفه ، كما لو تلف المعقود عليه في الإجارة ، وفي «التَّرغيب» احتمال: لا يلزم في حقِّ المحلِّ ؛ لأنَّه مغبوط كمرتتهن .
(ولا تبطل بموت أحد الرَّاكبين ولا تلف أحد القوسين) لأنَّه غير معقودٍ عليه ، فلم ينفسخ العقد بتلفه ، كموت أحد المتبايعين (و) عليه (يقوم وارث الميِّت مقامه) لأنَّه يقوم مقامه فيما له ، فكذا فيما عليه ، وكما لو استأجر شيئًا ثمَّ مات .

(فإن لم يكن له وارث أقام الحاكم مقامه من تركته) كما لو أجز نفسه لعملٍ معلوم ، وإن قلنا: جائزة ، فوجهان . وفي «التَّرغيب» : ولا يجب تسليم عوضه في الحال ، فإن قلنا بلزومه على الأصحِّ بخلاف أجرية ، بل يبدأ بتسليم عملٍ (والسَّبِق في الخيل بالرَّأس إذا تماثلت الأعناق) أي: في الطول والارتفاع والمدِّ (وفي مختلفي العنق والإبل بالكتف) يُشترط في المسابقة بعوضٍ إرسال الفرسين أو البعيرين دفعةً واحدةً ، ليس لأحدهما أن يرسل قبل الآخر ، ويكون عند أوَّل المسافة من يشاهد إرسالهما ، وعند الغاية من يضبط السَّابق ؛ لِغَلَّا يختلفا في ذلك ، والسَّبِق بما ذكره المؤلِّف ؛ لأنَّ طول العنق قد يسبق رأسه لمدِّ عنقه ، وفي الإبل ما يرفع رأسه ، وفيه ما يمدُّ عنقه ، فلذلك اعتُبر بالكتف . وفي «المحرَّر» : الكلُّ بالكتف . وفي «الرَّعاية» : السَّبِق في الخيل بالعنق ، وقيل: بالرَّأس مع تساوي الأعناق ، وفي مختلفي العنق والإبل بالكتف أو يبعضه . وقال ابن حمدان: في الكلِّ بالأقدام . وردَّه في «المغني» و«الشَّرح» ؛ لأنَّه لا ينضبط .

(ولا يجوز أن يجنب أحدهما مع فرسه فرسًا يحرِّضه على العدو ، ولا يصيح به في وقت سباقه ؛ لقول النَّبِيِّ ﷺ : «لا جَلْب ولا جنب») رواه أبو داود وغيره بإسنادٍ حسنٍ عن عمران بن حصين . كذا فسَّره الأصحاب تبعًا

فصل في المناضلة

ويُشترط لها شروطٌ أربعة: أحدها: أن تكون على مَنْ يحسن الرَّمي ، فإن كان في أحد الحزبين مَنْ لا يحسنه بطل العقد فيه .

لمالك . وقال أبو عُبيد: هو الصَّحيح . وقيل: معنى الجنب: أن يجنب مع فرسه أو وراه فرسًا لا راكب عليه يحرضه على العدو ويحثه عليه . وقال القاضي: معناه: أن يجنب فرسًا يتحوَّل عند الغاية عليه ؛ لكونه أقلَّ إعياءً . وردّه ابن المنذر . والجلب بفتح اللام: هو الزَّجر للفرس والصَّياح عليه حثًّا له على الجري .

فصل في المناضلة

هي مفاعلةٌ من النَّضْل ، يقال: ناضلته نضالًا ومناضلةً ، ك: جادلته جدالًا ومجادلةً . وسُمِّي الرَّمي نضالًا ؛ لأنَّ السَّهم التَّامَّ يُسَمَّى نضالًا ، فالرَّمي به عملٌ بالنَّضْل ، وهي المسابقة بالرَّمي ، وهي ثابتةٌ بالكتاب ﴿قَالُوا يَا بَانَا إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ﴾ [يوسف: ١٧] وقرئ: (نتنضل)، والسُّنة شهيرةٌ بذلك .

مسألةٌ: إذا قال: ارم هذا السَّهم ؛ فإن أصبت به فلك درهمٌ ، صحَّ ، وكان جعالةً ، فإن قال: إن أصبت به فلك درهمٌ ، وإن أخطأت فعليك درهمٌ ، لم يصحَّ ؛ لأنَّه قمارٌ ، فإن قال: ارم عشرة أسهم فإن كان صوابك أكثر من خطئك فلك درهمٌ ، صحَّ ، كما لو قال: إن كان صوابك أكثر فلك بكلِّ سهم أصبت به درهمٌ .

(ويُشترط لها شروطٌ أربعة: أحدها: أن تكون على مَنْ يحسن الرَّمي) لأنَّ الغرض معرفة الحذق ، ومَنْ لا يحسنه لا حذق له ، فوجوده كعدمه .

(فإن كان في أحد الحزبين مَنْ لا يحسنه بطل العقد فيه) أي: إذا كان كلُّ حزبٍ جماعةً ؛ لأنَّ المفسد موجودٌ ممَّن لا يحسن دون غيره ، فوجب أن يختصَّ البطلان به ، وهل يطل في حقِّ مَنْ يحسنه؟ فيه وجهان مبنيان على تفریق الصَّفقة ؛ ذكره في «المغني» و«الشَّرح» .

وأُخرج من الحزب الآخر مثله ، ولهم الفسخ إن أحبوا . الثاني: معرفة عدد الرشق وعدد الإصابة . الثالث: معرفة الرمي هل هو مفاضلة أو مبادرة؟ فالمبادرة أن يقولوا: مَنْ سبق إلى

(وأُخرج من الحزب الآخر مثله) كالبيع إذا بطل في البعض بطل فيما يقابله من الثمن (ولهم) أي: لكل حزب (الفسخ إن أحبوا) لتبويض الصَّفقة في حقهم ، فإن كان يحسنه لكنَّه قليل الإصابة ، فقال حزبه: ظنَّاه كثير الإصابة ، أو لم نعلم حاله ، لم يُسمع ؛ لأنَّ شرط دخوله في العقد أن يكون من أهل الصَّنعة دون الحدق .

(الثاني: معرفة عدد الرشق) بكسر الرّاء ، عبارة عن عدد الرّمي ، وأهل العريئة يخصُّونه فيما بين العشرين والثلاثين ، وبفتحها: الرّمي ، وهو مصدر رشقت الشيء رشقا . واشترط العلم به ؛ لأنَّه لو كان مجهولا أفضى إلى الاختلاف ؛ لأنَّ أحدهما يريد القطع ، والآخر يريد الزيادة .

(وعدد الإصابة) كخمسة أو ستة ، أو ما يتفقان عليه من رمي معلوم كعشرين ؛ لأنَّ الغرض معرفة الحدق ، ولا يحصل إلا بذلك ، وتُعتبر إصابة ممكنة ؛ قاله في «التَّرعيب» وغيره . فلو شرطا إصابة نادرة كإصابة جميع الرشق أو تسع من عشرة ، لم يصحَّ ؛ ذكره في «المغني» و«الشَّرح» ؛ لأنَّ الظاهر أنَّه لا يوجد ، فيفوت الغرض . ويُشترط استواءهما في عدد الرشق والإصابة وصفتها وسائر أحوال الرّمي ؛ لأنَّ موضوعها على المساواة ، فاعتُبرت كالمسابقة على الحيوان لا على الأبعد ، فلو قال: السَّبق لأبعدنا رميا ، لم يجز .

فرعٌ : إذا عقدا النُّضال ولم يذكر قوسا ، صحَّ في ظاهر قول القاضي ، واستويا في العريئة والفرسيَّة ، وقيل: لا يصحُّ حتى يذكر نوع القوس الذي يرميان عليه في الابتداء ، فإن عيِّنا نوعا تعيَّن .

(الثالث: معرفة الرمي هل هو مفاضلة أو مبادرة) لأنَّ غرض الرِّماة يختلف ، فمنهم مَنْ إصابته في الابتداء أكثر منها في الانتهاء ، ومنهم مَنْ هو بالعكس ، فوجب اشتراط ذلك ؛ ليعلم ما دخل فيه (فالمبادرة أن يقولوا: مَنْ سبق إلى

خمس إصابات من عشرين رمية فقد سبق ، فأئيهما سبق إليها مع تساويهما في الرمي فهو السَّابِق ، ولا يلزم إتمام الرمي . والمفاضلة أن يقولوا: أئينا فضل صاحبه بخمس إصابات من عشرين رمية سبق ، فأئيهما فضل بذلك فهو السَّابِق ، وإذا أطلقا الإصابة تناولها على أيِّ صفةٍ كانت ، فإن قالوا: خواصل ، كان تأكيداً ؛ لأنه اسمٌ لها كيفما كانت .

خمس إصابات من عشرين رمية فقد سبق ، فأئيهما سبق إليها مع تساويهما في الرمي فهو السَّابِق ، ولا يلزم إتمام الرمي) لأنَّ السَّبِق قد حصل بسبقه إلى ما شرطاً السَّبِق إليه ، فإن رمى أحدهما عشراً فأصاب خمساً ، والآخر تسعاً فأصاب أربعاً لم يُحَكِّم بالسَّبِق ولا بعده حتى يرمي العاشر ، وإن أصاب به فلا سابق منهما ، وإن أخطأ به فالأوَّل سابقٌ ، وإن لم يكن أصاب من التسعة إلا ثلاثاً فقد سبق ، ولا يحتاج إلى رمي العاشر ؛ لأنَّ أكثر ما يحتمل أن يصيب به ، ولا يخرج عن كونه مسبوقةً .

(والمفاضلة أن يقولوا: أئينا فضل صاحبه بخمس إصابات من عشرين رمية سبق ، فأئيهما فضل بذلك فهو السَّابِق) لما ذكرنا . وللمناضلة صورةٌ أخرى ذكرها أبو الخطَّاب ، وفي «المغني» و«الشَّرح» ، وأنها تُسمَّى: محاطَّةٌ ، ومعناها: أن يشترطاً حطُّ ما يتساويان فيه من الإصابة في رشيٍّ معلومٍ ، فإذا فضل أحدهما بإصابةٍ معلومةٍ فقد سبق صاحبه ، كأنَّ يشترطاً الرُّشِق عشرين ، ويشترطاً حطُّ ما يتساويان فيه ، فإذا فضل أحدهما بعددٍ فقد فضل صاحبه (وإذا أطلقا الإصابة تناولها على أيِّ صفةٍ كانت) لأنَّ أيِّ صفةٍ كانت تدخل تحت مسمَّى الإصابة . وفي «المغني»: إنَّ صفة الإصابة شرطٌ لصحَّة المناضلة . وفي «الرَّعاية»: إن أطلقا العقد كفى إصابة بعضه كيف كان ، ويُسنُّ أن يصفوا الإصابة ، وقيل: يجب .

(فإن قالوا: خواصل) بالخاء المعجمة والصَّاد المهملة (كان تأكيداً ؛ لأنه اسمٌ لها كيفما كانت) قال الأزهرِيُّ: الخاصل: الذي أصاب القرطاس ، وقد خصله: إذا أصابه ، وخصلت مناضلي أخصله خصلاً: إذا نضلته وسبقته ، وتُسمَّى: القرطسة ،

والأقالا: خواسق ، وهو ما حرق الغرض وثبت فيه ؛ أو خوارق ، وهو ما حرقه ولم يثبت فيه . وإن قالوا: خواصر ، وهو ما وقع في أحد جانبي الغرض ، تقيّدت بذلك . وإن شرطاً إصابة موضع من الغرض كالدائرة تقيّد به . الرّابع: معرفة قدر الغرض: طوله ، وعرضه ، وسُمكّه ، وارتفاعه من الأرض .

يقال: قرطس: إذا أصاب .

(وإن قالوا: خواسق) بالخاء المعجمة والسّين المهملة (وهو ما حرق الغرض وثبت فيه ، أو خوارق) بالخاء المعجمة والراء (وهو ما حرقه ولم يثبت فيه) وضبطه بعضهم بالزّاي ، وفيه نظيرٌ ؛ لأنّ الأزهريّ والجوهريّ قالوا: الخارق بالراء لغةً في الخاسق ، فهما شيءٌ واحدٌ ، وقد فُسرّ الخوارق بغير ما فُسرّ به الخواسق ، فتعيّن أن يكون بالراء ؛ لِقَلًّا يلزم الاشتراك أو المجاز ، وهما على خلاف الأصل ، والأصل في الألفاظ التّبّايين .

(وإن قالوا: خواصر) بالخاء المعجمة والصّاد والراء المهملتين (وهو ما وقع في أحد جانبي الغرض) ومنه قيل: الخاصرة ؛ لأنّها في جانب الإنسان (تقيّدت بذلك) لأنّه وصف وقع العقد عليه ، فوجب أن يتقيّد به ضرورة الوفاء بموجبه ، فإن شرطاً الخواسق والخوارق معاً صحّ .

(وإن شرطاً إصابة موضع من الغرض كالدائرة تقيّد به) لأنّ الغرض يختلف باختلاف ذلك ، فتعيّن أن تتقيّد المناضلة به تحصيلاً للغرض . وبقي منها أقسامٌ: الأوّل: الموارق ، وهو ما حرق الغرض ونفذ منه ؛ ذكره في «المغني» و«الكافي» ، وذكر الأزهريّ أنّه يقال له: الصّادر . الثّاني: الخوارم ، وهو ما حرم جانب الغرض . الثّالث: الحوابي ، وهو ما وقع بين يدي الغرض ثمّ وثب إليه ، ومنه يقال: حبا الصّببيّ ؛ ذكرهما في «المغني» ، وليس الأوّلان من شرط صحّة المناضلة ؛ ذكره السّامريّ .

(الرّابع: معرفة قدر الغرض: طوله وعرضه وسُمكّه وارتفاعه من الأرض) لأنّ

وإن تشاحًا في المبتدئ بالرَّمي أقرع بينهما . وقيل: يُقدَّم مَنْ له مزيةٌ بإخراج السَّبِق . وإذا بدأ أحدهما في وجهِ بدأ الآخر في الثاني ، والسُّنَّة أن يكون لهما غرضان إذا بدأ أحدهما بغرضِ بدأ الآخر بالثاني .

الإصابة تختلف باختلاف ذلك ، فوجب العلم به ، أشبه تعيين النوع . والغرض: ما تُقصد إصابته من قرطاسٍ أو جلدٍ أو خشبٍ ، وسُمِّي غرضًا ؛ لأنه يُقصد . وقال الأزهريُّ: ما نُصب في الهدف فهو القرطاس ، وما نُصب في الهواء فهو الغرض . وفسره الجوهريُّ بالهدف الذي يرمي فيه . وفي بعض النسخ: وطوله ، بالواو ، والصَّواب حذفها . وفي «المحرَّر»: ولا بدُّ من معرفة الغرض صفةً وقدرًا ؛ لأنَّ قدر الغرض هو طوله وعرضه وسُنكته .

(وإن تشاحًا في المبتدئ بالرَّمي أقرع بينهما) في قول الأكثر ؛ لأنَّهما متساويان في الاستحقاق ، فيصار إليهما ، كما لو تنازع المتقاسمان في استحقاق سهمٍ معيَّن .

(وقيل: يُقدَّم مَنْ له مزيةٌ بإخراج السَّبِق) لأنَّ له نوعًا من التَّرجيح ، فيجب أن يُقدَّم به . فعلى هذا ، إن كان العوض من أحدهما قُدِّم صاحبه ، وإن كان من أجنبيِّ قُدِّم مَنْ يختاره منهما ، فإن لم يختَر أقرع . وصحَّح صاحب «النهاية» أنه لا يبتدئ أحدهما إلا بقرعةٍ ؛ لأنَّ العقد موضوعٌ على ألا يفضل صاحب السَّبِق على صاحبه . واختار في «التَّرجيب»: يُعتبر ذكر المبتدئ به .

(وإذا بدأ أحدهما في وجهِ بدأ الآخر في الثاني) تعديلاً بينهما ، فإن شرطاً البداية لأحدهما في كلِّ الوجه لم يصحَّ ، فإن فعلاً ذلك بغير شرطٍ برضاهاما جاز ، وإن شرطاً أن يبدأ كلُّ واحدٍ منهما من وجهين متوالين جاز . ويحتمل أن يكون اشتراط البداية في كلِّ موضعٍ غير لازم ، ولا يؤثِّر في العقد .

(والسُّنَّة أن يكون لهما غرضان إذا بدأ أحدهما بغرضِ بدأ الآخر بالثاني) لفعل الصَّحابة رضي الله عنهم ، وقد روي مرفوعًا: «ما بين الغرضين روضةٌ من رياض الجنة» . ويروى أنَّ الصَّحابة كانوا يشتدُّون بين الأغراض يضحك بعضهم إلى بعض ، فإذا جاء الليل كانوا رهبانًا . ويكفي غرضٌ واحدٌ ؛ لأنَّ المقصود

وإذا أطارت الرِّيح الغرض فوق السَّهم موضعه ، فإن كان شرطهم خواصل احتسب به ، وإن كان خواسق لم يُحتسب له به ولا عليه . وإن عرض عارضٌ من كسر قوسٍ أو قطع وترٍ أو رِيحٍ شديدةٍ لم يُحتسب عليه بالسَّهم .

يحصل به ، وهو عادة أهل عصرنا .

فرغ : إذا تشاحًا في الوقوف كأن يستقبل أحدهما الشَّمس والآخر يستدبرها قدّم قول مَنْ يستدبرها ؛ لأنَّه العرف ، إلَّا أن يكون بينهما شرطٌ فيُعَمَل به ، ولو قصد أحدهما التَّطويل مُنِع منه .

(وإذا أطارت الرِّيح الغرض فوق السَّهم موضعه ، فإن كان شرطهم خواصل احتسب به) لأنَّه لو بقي الغرض موضعه لأصابه (وإن كان خواسق لم يُحتسب له به ولا عليه) في قول أبي الخطَّاب ؛ لأنَّ لا ندري هل يثبت في الغرض لو كان موجودًا أو لا . وقال القاضي: يُنظر ، فإن كانت صلابة الهدف كصلابة الغرض فثبت في الهدف احتسب له به ، وإن لم يثبت فيه مع التَّساوي لم يُحتسب ، وإن كان الهدف أصلب فلم يثبت فيه لو كان رخوًا لم يُحتسب السَّهم له ولا عليه ، فإن وقع السَّهم في غير موضع الغرض احتسب به على راميهِ ، وكذا الحكم إذا أَلقت الرِّيح الغرض على وجهه .

(وإن عرض عارضٌ من كسر قوسٍ ، أو قطع وترٍ ، أو رِيحٍ شديدةٍ لم يُحتسب عليه بالسَّهم) لأنَّ خطأه لعارض لا لسوء رميه ، وفيه وجَّة ، والأشهر: ولا له ؛ قاله في «المغني» تبعًا للقاضي ، ولو أصاب ؛ لأنَّ الرِّيح الشَّديدة كما يجوز أن تصرف الرَّمي الشَّدِيد فيخطئ ، يجوز أن يصرف السَّهم المخطئ عن خطئه فيصيب ، فتكون إصابته بالرِّيح لا بحذق رميه ، فأما إن وقع السَّهم من حائل فخرقه وأصاب الغرض حُسب له ؛ لأنَّ إصابته لسداد رميه ، فهو أولى ، فلو كانت الرِّيح لينةً لا تردُّ السَّهم عادةً لم تُمنع ؛ لأنَّ الجوّ لا يخلو من رِيحٍ مع أنَّها لا تؤثرُ إلَّا في الرَّمي الرِّخو .

وإن عرض مطرّ أو ظلّمةً جاز تأخير الرّمي . ويكره للأمين والشّهود مدح أحدهما ؛ لما فيه من كسر قلب صاحبه .

(وإن عرض مطرّ أو ظلّمةً جاز تأخير الرّمي) لأنّ المطر يرخي الوتر ، والظلّمة عذرٌ لا يمكن معه فعل المعقود عليه ، ولأنّ العادة الرّمي نهارًا ، إلّا أن يشترطه ليلاً .
(ويكره للأمين والشّهود مدح أحدهما) أي: مدح المصيب (لما فيه من كسر قلب صاحبه) أي: المخطئ . وحرّمه ابن عقيل . قال في «الفروع»: ويتوجّه: يجوز مدح المصيب ويكره عيب غيره ، ويتوجّه في شيخ العلم وغيره: مدح المصيب من الطلبة ، وعيب غيره كذلك .



كتاب العارية

وهي هبة منفعة تجوز في كل المنافع

كتاب العارية

هي بتخفيف الباء وتشديدها ، وأصلها من عار: إذا ذهب وجاء ، ومنه قيل للعيار: بطالٌ ؛ لتردده في بطالته ، والعرب تقول: أعاره وعاره ، كأطاعه وطاعه . قال الأصحاب تبعاً للجوهري: هي مشتقة من العار . وفيه شيء ؛ لأنَّ الشَّارِع عليه السَّلَام فعلها . وأصل المادَّة فيما قيل: العُري الذي هو التَّجْرُد ، تُسَمَّى عاريةً ؛ لتجرُّدها عن العوض ، كما تسمى النَّخلة الموهوبة: عريَّةً ؛ لتعريِّها عن العوض . وقيل: هو من التَّعاور ، أي: التَّنابؤ ؛ لجعله للغير نوبةً في الانتفاع . وهي مستحبةٌ إجمالاً ، وسنده قوله تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ﴾ [المائدة: ٢] وقوله تعالى : ﴿ وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ ﴾ [الماعون: ٧] قال ابن عبَّاس وابن مسعود: هي العواري . وقوله عليه السَّلَام : «العارية مؤدأة» . والمعنى شاهدٌ بذلك ، فهي كهبة الأعيان ، وقيل: تجب مع غنى ربِّه ؛ اختاره الشَّيخ تقيُّ الدِّين . وقال بعضهم: كانت واجبةً في أوَّل الإسلام ، ثمَّ نُسِخ .

(وهي هبة منفعة) أي: مع بقاء ملك الرِّقبة ؛ ذكره في «الوجيز» وغيره ، ويردُّ عليه الوصيَّة بالمنفعة . وفي «المغني» و«الشَّرح»: إباحة الانتفاع بعين من أعيان المال . والأولى: إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه ليردَّها على مالِكها . ويُشترط كون المعير أهلاً للتَّبَرُّع شرعاً ، وأهليَّة مستعيرٍ للتَّبَرُّع له . وتنعقد بكلِّ لفظٍ أو فعلٍ يدلُّ عليها .

(تجوز في كلِّ المنافع) المباحة ، كالذُّور ، والعبيد ، والدَّوابِّ ، والثَّياب ، ونحوها ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ استعار من أبي طلحة فرساً ، ومن صفوان أدرعاً . وسئل عن حقِّ الإبل ، فقال: «إعارة ذلولها ، وإطراق فحلها» . فنبت ذلك في المنصوص عليه ، والباقي قياساً ، وتدخَّل فيه إعارة التَّقديين للوزن ، فإن استعارهما للتَّفقُّة فقرضٌ ؛ ذكره في «المغني» و«الشَّرح» ، وقيل: لا يجوز . ونقل

إلا منافع البضع ، ولا يجوز إعاره العبد المسلم لكافر ، ويُكره إعاره الأمة الشَّابَّةَ لرجلٍ غير مَحْرَمٍ ، واستعارة والديه للخدمة ، وللمعير الرجوع متى شاء

صالح: منحة لبني هو العارية ، ومنحة وري هو القرض .

(إلا منافع البضع) لأنَّ الوطاء لا يجوز إلا في نكاحٍ أو ملكٍ يمينٍ ، وكلاهما منتفٍ ، فلم يجز إجماعاً .

(ولا تجوز إعاره العبد المسلم لكافر) لأنَّه لا يجوز له استخدامه ، فكذا إعارته ، وقيل: هو كإجارته ، وقيل بالكراهة ، وما حُرِّم استعماله لمَحْرَمٍ ، وقيل: كلباً لصيدٍ ، وفحلاً لضرابٍ .

فرغ : تجب إعاره مصحفٍ لمن احتاج إلى القراءة فيه ولم يجد غيره ؛ ذكره القاضي وغيره .

(وتكره إعاره الأمة الشَّابَّةَ لرجلٍ غير مَحْرَمٍ) لأنَّه لا يؤمن عليها ، وقيل: يحرم . وصوِّبه بعضهم لا سيَّما لشابِّ خصوصاً الأعزب ، ولا بأس بشوهاء وكبيرة ؛ لأنَّه لا يُشتهى مثلها ، وظاهره أنَّه لا تُكره إعارتها لامرأةٍ ولا ذي مَحْرَمٍ ؛ لأنَّه مأمونٌ عليها .

(و) تُكره (استعارة والديه) إذا كانا رقيقين ، أو أحدهما (للخدمة) لأنَّه يُكره استخدامهما ، فكذا استعارتهما لذلك ، وعُلِمَ منه أنَّه لا يكره استعارة ولده لها كأمِّ ولده .

(وللمعير الرجوع متى شاء) لأنَّ المنافع المستقبلية لم تحصل في يده ، فلم يملكها بالإعارة ، وسواء كانت مطلقةً أو مؤقتةً قبل الانتفاع أو بعده ، وعنه: إن عينَ مدَّةٍ تعيَّنت .

وعنه : ومع الإطلاق لا يرجع قبل انتفاعه ، ولزمه تركها مدَّةً ينتفع بها في مثلها . قال القاضي: القبض شرطٌ في لزومها . وقال: يحصل بها الملك مع عدم قبضها .

ما لم يأذن في شغله بشيءٍ يستتضرُّ المستعير برجوعه فيه ، مثل أن يعيره سفينةً لحمل متاعه ، فليس له الرجوع ما دامت في لجة البحر . وإن أعاره أرضاً للدَّفْن لم يرجع حتَّى يبلى الميِّت . وإن أعاره حائطاً ليضع عليه أطراف خشبه لم يرجع ما دام عليه ، وإن سقط عنه لهدم أو غيره لم يملك ردّه ، وإن أعاره أرضاً للزَّرع لم يرجع إلى الحصاد ، إلاَّ أن يكون ممَّا يحصد قصيلاً فيحصده .

وأما المستعير فيجوز له الرَّدُّ بغير خلافٍ نعلمه (ما لم يأذن في شغله) بفتح أوَّله وسكون ثانيه ، مصدر شغل يشغل ، وفيهما أربع لغاتٍ (بشيءٍ يستتضرُّ المستعير برجوعه فيه ، مثل أن يعيره سفينةً) فعيلةٌ من السَّفَن (لحمل متاعه) أو لوْحًا يرقِّع به سفينةً فرقَّعها ولجج في البحر (فليس له الرجوع ما دامت في لجة البحر) لما فيه من الضَّرر .

وظاهره أنَّها إذا رست جاز الرجوع ؛ لانتفاء الضَّرر .

(وإن أعاره أرضاً للدَّفْن لم يرجع حتَّى يبلى الميِّت) لما فيه من هتك حرمة . وقال ابن البَّنا : لا يرجع حتَّى يصير رميمًا . وقال ابن الجوزيُّ: يخرج عظامه ويأخذ أرضه ولا أجره لها . واقتضى ذلك أنَّه يرجع فيها قبل الدَّفْن .

(وإن أعاره حائطاً ليضع عليه أطراف خشبه) جاز ، كالأرض للغرس (لم يرجع ما دام عليه) لأنَّ هذا يراد للبقاء ، ولما فيه من الضَّرر على المستعير ، فإن قال: أنا أدفع إليك ما نقص بالقلع ، لم يلزم المستعير ذلك ، وفيه احتمالٌ (فإن سقط عنه لهدم أو غيره لم يملك ردّه) لأنَّ الإذن تناول الحائط فلا يتعدَّى إلى غيره . وقال القاضي والمؤلِّف: له إعارته . وصحَّحه الحارثيُّ ، قال: وهو اللائق بالمذهب ؛ لأنَّ السَّبب مستمرٌّ ، فكان الاستحقاق مستمرًّا . وعلى الأوَّل ، سواءً بنى الحائط بآلته أو غيرها ، أو زالت الخشب بانهدام أو باختيار المستعير ، فإن أذن في إعادته أو عند الضَّرورة إن لم يتضرَّر الحائط جاز .

(وإن أعاره أرضاً للزَّرع لم يرجع إلى الحصاد) لما فيه من الضَّرر ، فإن بذل له المعير قيمة الزَّرع ليملكه لم يكن له ذلك ؛ نصَّ عليه ؛ لأنَّ له وقتًا ينتهي إليه (إلاَّ أن يكون ممَّا يُحصد قصيلاً فيحصده) لعدم الضَّرر فيه ، ولا أجره عليه ؛ اختاره المجد

وإن أعارها للغرس أو البناء وشرط عليه القلع في وقت أو عند رجوعه ثم رجع لزمه القلع ، ولا يلزمه تسوية الأرض إلا بشرط ، وإن لم يشترط عليه القلع لم يلزمه ، إلا أن يضمن له المعير النقص ، فإن قلع فعليه تسوية الأرض ، وإن أبى القلع فللمعير أخذه بقيمته ، فإن أبى ذلك بيعا لهما ،

(وإن أعارها للغرس أو البناء وشرط عليه القلع في وقت أو عند رجوعه ثم رجع لزمه القلع) مجاناً ؛ لقوله عليه السلام - : «المسلمون على شروطهم» . ولأن العارية مؤقتة غير مطلقة ، فلم تناول ما عدا المقيّد ، ولأن المستعير دخل فيها راضياً بالتزام الضرر الداخل عليه بالقلع ، وظاهره ليس على صاحب الأرض ضمان نقصه بغير خلاف نعلمه .

(ولا يلزمه تسوية الأرض) لرضاه بضرر القلع (إلا بشرط) جزم به في «الوجيز» و«المستوعب» ؛ لما ذكرنا ، وقيل: يلزمه مطلقاً .

(وإن لم يشترط عليه القلع لم يلزمه) لما فيه من الضرر (إلا أن يضمن له المعير النقص) فيلزمه ؛ لأنه رجوع في العارية من غير إضرار . وقال الحلواني: لا يلزمه (فإن قلع) المستعير وليس مشروطاً عليه (فعليه تسوية الأرض) لأن القلع باختياره ، ولو امتنع منه لم يجبر عليه ، فلزمته التسوية كالمشتري ؛ لما فيه شفعة إذا أخذ غرسه . وقال القاضي وجماعة: لا يلزمه ؛ لأن المعير رضي بذلك حيث أعاره مع علمه بأن له قلع غرسه الذي لا يمكن إلا بالحفر .

(وإن أبى القلع) أي: في حال لا يجبر عليه فيها (فللمعير أخذه بقيمته) ويجبر المستعير على ذلك ؛ لأن غرسه أو بناءه حصل في ملك غيره ، كالتشفيع مع المشتري ، والمؤجر مع المستأجر ، فإن قال المستعير: أنا أدفع قيمة الأرض لتصير لي ، لم يلزم المعير ؛ لأنهما تبع للأرض ، بدليل دخولهما في البيع (فإن أبى ذلك) أي: إذا امتنع من دفع القيمة وأرش النقص ، وامتنع المستعير من القلع ودفع الأجر (بيعا) أي: الغراس والأرض (لهما) لأن ذلك طريق إلى تحصيل مائة كل واحد منهما ، ولا بد أن يكون البيع باتفاقهما ، ويدفع إلى كل واحد قدر حقه ، فيقال: كم قيمة الأرض فارغة؟ فيقال: عشرة ، ومشغولة بخمسة عشر ،

فإن أبا البيع ترك بحاله وللمعير التصرف في أرضه على وجه لا يضرب بالشجر ، وللمستعير الدخول للسقي والإصلاح وأخذ الثمرة ، ولم يذكر أصحابنا عليه أجره من حين الرجوع ، وذكروا عليه أجره في الزرع ، فيخرج فيهما وفي سائر المسائل وجهان .

فيكون للمعير ثلثا الثمن ، وللمستعير ثلثه ، فإن طلب أحدهما البيع أُجبر الآخر عليه في الأصح ، ولكل منهما بيع ماله منفردا لمن شاء ، ويكون كهو ، وقيل: لا يصح بيع المستعير لغير المعير .

(فإن أبا البيع ترك بحاله) أي: يبقى فيها مجانا في الأصح حتى يتفقا ؛ لأن الحق لهما . وقال ابن حمدان: يبيعهما الحاكم .

تنبيه : غرس المشتري وبنائه كذلك إذا فسخ البيع بعيب أو فليس ، وفيه وجه : لا يأخذه ولا يقلعه ، وقيل: إن أبي المفلس والغرماء القلع ومشاركته بالتقص وأبى دفع قيمته رجع أيضا .

(وللمعير التصرف في أرضه) والانتفاع بها كيف شاء ودخولها ؛ لأنها ملكه (على وجه لا يضرب بالشجر) والبناء لإذنه فيهما ، ولا ينتفع بهما (وللمستعير الدخول للسقي والإصلاح وأخذ الثمرة) لأن الإذن في الشيء إذن فيما يعود بصلاحه ، واقتضى أنه ليس له الدخول لغير حاجة ، كالتفريج ونحوه ؛ صرح به في «الشرح» .

(ولم يذكر أصحابنا عليه أجره من حين الرجوع) لأن بقاء الغراس والبناء بحكم العارية ، فوجب كونه بلا أجره ، كالخشب على الحائط (وذكروا) أي: أكثر الأصحاب (عليه أجره في الزرع) من رجوعه ؛ لأن مقتضى رجوع المعير منع المستعير من الانتفاع بطلان الإذن المبيح لذلك ، فوجب بقاؤه بأجره مثله جمعا بين الحقيين (فيخرج فيهما وفي سائر المسائل) أي: في كل موضع يشبهها (وجهان) لاستوائهما في الرجوع الموجب لذلك ، فخرج بعضهم من الزرع إلى الشجر والبناء ، وعكس آخرون ، وقيل: يجري في كل ما استعير ،

وإن غرس أو بنى بعد الرجوع أو بعد الوقت فهو غاصبٌ يأتي حكمه .
 وإن حمل السَّيل بذراً إلى أرضٍ فنبت فيها فهو لصاحبه ، فيبقى إلى
 الحصاد بأجرة مثله . وقال القاضي: لا أجرة له . ويحتمل أن لصاحب الأرض
 أخذه بقيمته ،

وحزم به في «التَّبصرة» في مسألة السفينة ، واختاره أبو محمَّد الجوزيُّ فيما سوي
 أرض للدفن ؛ لأنَّ الأصل جواز الرجوع ، وإنما مُنع من القلع ؛ لما فيه من
 الضَّرر ، ففي دفع الأجرة جمعٌ بين الحَقَّين .

والثَّاني: لا يجب في شيءٍ من المواضع ؛ لأنَّ حكم العارية باقٍ فيه ؛ لكونها
 صارت لازمةً للضَّرر اللاحق بفسخها ، والإعارة تقتضي الانتفاع بغير عوضٍ .

(وإن غرس أو بنى بعد الرجوع أو بعد الوقت فهو غاصبٌ) لأنَّ تصرّف بغير
 إذن المالك ، وعبارة «الوجيز»: وفعله بعد المنع أو المدّة غصبٌ ، وهي أعمُّ (يأتي
 حكمه) في الغصب .

مسألةٌ : استعار دابَّةً إلى موضعٍ فجاوزه فقد تعدَّى ، وعليه أجر المثل للزَّائد
 خاصَّةً ، فإن قال مالِكها: أعرتكها إلى فرسخٍ ، فقال: إلى فرسخين ، قدّم قول
 المالك .

(وإن حمل السَّيل بذراً إلى أرضٍ فنبت فيها فهو لصاحبه) لأنَّ نماء ملكه ، ولا
 يُجبر على قلعه ، فإن أحبَّ قلعه فله ذلك ، وعليه تسوية الحُفر وما نقصت ؛ لأنَّه
 أدخل النَّقص على ملكٍ غيره لاستصلاح ملكه (فيبقى إلى الحصاد بأجرة مثله) حزم
 به في «الوجيز» ، وهو الأولى ؛ لأنَّ إزماءه تبقىة زرع ما أذن فيه في أرضه بغير أجرة -
 إضراراً به ، فوجب عليه أجر المثل ، كما لو انقضت مدَّة الإجارة وفيها زرعٌ لم يفرط
 في زرعه (وقال القاضي: لا أجرة له) لأنَّه حصل فيها بغير تفریطه ، أشبه بيتوته
 الدَّابَّة في ملكٍ غيره بغير تفریطه .

(ويحتمل أن لصاحب الأرض أخذه بقيمته) كزرع الغاصب ، فقيل: بذراً ،
 وقيل: بقيمته إذا . ورُدُّ بأنَّه حصل فيها بغير عدوانٍ ، وقد أمكن جبر حقِّ المالك ،

وإن حمل غرس رجلٍ فنبت في أرض غيره فهل يكون كغرس الشفيع أو كغرس الغاصب؟ على وجهين .

فصل

وحكم المستعير في استيفاء المنفعة حكم المستأجر ،

يدفع الأجر إليه ، والساقط لرب الأرض إذا نبت فيها ، سواء كان مالكا أو مستعيرا أو مستأجرا ، وقيل: له حكم العارية ، وفي أجزائها وجهان .

(وإن حمل غرس رجل) أو نواة أو لوزا (فنبت في أرض غيره) فهو لصاحبه ؛ لأنه نماء ملكه كالزرع ، لكن (فهل يكون كغرس الشفيع) قدمه في «الفروع» وغيره ؛ لأنه ساواه في عدم التعدي قال ابن المنجا: وفي التشبيه نظير ؛ لأنه يوهم أن الغرس ملك الشفيع ، وليس كذلك ، بل الشفيع إذا أخذ بالشفعة وكان المشتري قد غرس لا يملك الشفيع قلع الغرس من غير ضمان النقص ، والأولى أن يقال: كغرس المشتري لما فيه شفعة (أو كغرس الغاصب؟) جزم به في «الوجيز» ؛ لأنه ساواه في عدم الإذن (على وجهين) والفرق بين الغراسين أن قلع الثاني مجانا مستحق ، بخلاف غرس الشفيع .

فرغ : لو حمل السليل أرضا بشجرها فنبت في أرض آخر كما كانت فهي للمالكها يُجبر على إزالتها ، وفي كل ذلك لو ترك صاحب الأرض المنتقلة أو الشجر أو الزرع لصاحب الأرض المنتقل إليها لم يلزمه نقله ولا أجرة ؛ لأنه حصل بغير تفریطه ولا عدوانه ، وكانت الخيرة لصاحب الأرض المشغولة به ، إن شاء أخذه ، وإن شاء قلعه ؛ ذكره في «الشرح» .

فصل

(وحكم المستعير في استيفاء المنفعة حكم المستأجر) لأنه ملك التصرف بإذن المالك ، أشبه المستأجر . فعلى هذا ، إن أعاره للغرس أو البناء فله أن يزرع ما شاء ، ولا عكس ، وإن أذن له في زرع مرة لم يملك أخرى ، وله استيفاء المنفعة بنفسه

والعارية مضمونة بقيمتها يوم تلفها وإن شرط نفي ضمانها ، وكل ما كان أمانة لا يصير مضموناً بشرطه ، وما كان مضموناً لا ينتفي ضمانه بشرطه ،

وبوكيله ؛ لأنه نائب عنه (والعارية) المقبوضة (مضمونة) نص عليه ؛ زوي عن ابن عباس وأبي هريرة ؛ لما روى الحسن عن سمره أن النبي ﷺ قال: «وعلى اليد ما أخذت حتى تؤدبه». رواه الخمسة ، وصحح الحاكم إسناده .

وعن صفوان أنه عليه السلام استعار منه يوم حنين أدراعاً ، فقال: أغصباً يا محمد؟ قال: «بل عارية مضمونة». رواه أحمد وأبو داود . ولأنه أخذ ملك غيره لنفع نفسه منفرداً بنفعه من غير استحقاق ولا إذن في إتلاف ، فكان مضموناً كالغصب ، وقاسه في «المغني» و«الشرح» على المقبوض على وجه السوم .

قال في «الفروع»: فدل على رواية مخرجة ، وهو متجه . وذكر الحارثي: لا يضمن . وذكره الشيخ تقي الدين عن بعض أصحابنا ، واختاره صاحب «الهدى» فيه ؛ لما روى عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده مرفوعاً قال: «ليس على المستعير ضمان» . ولأنه قبضها بإذن مالِكها ، فكانت أمانة . ورد بأنه يرويه عمرو بن عبد الجبار ، عن عبيد بن حسان ، وهما ضعيفان ؛ قاله الدارقطني ، مع أنه يحتمل أنه أراد ضمان المنافع والأجرة . وعلى المذهب ، لا فرق بين أن يتعدى فيها أو لا .

ويستثنى منه ما إذا تلفت في يد مستعير من مستأجرها ، أو يكون المعار وفقاً ، ككتب العلم ونحوها ، فلا يضمن فيهما إذا لم يفرط (بقيمتها) لأنها بدل عنها في الإتلاف ، فوجب عند تلفها كالإتلاف ، وإذا قلنا بضمن الأجزاء الثالثة بالانتفاع ، فإنه يضمنها بقيمتها قبل تلف أجزائها إن كانت قيمتها أكثر ، وإن كانت مثلية ضمنها بمثلها (يوم تلفها) لأنه حينئذ يُتحقق فوات العارية ، فوجب اعتبار الضمان به (وإن شرط نفي ضمانها) أي: لم يسقط ؛ لأن كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط كالمقبوض ببيع (وكل ما كان أمانة) كالوديعة (لا يصير مضموناً بشرطه ، وما كان مضموناً لا ينتفي ضمانه بشرطه) لأن العقد إذا اقتضى شيئاً فشرط غيره يكون شرطاً لشيء ينافي مقتضى العقد ، فلم يصح ،

وعن أحمد أنه ذكر له ذلك ، فقال: المسلمون على شروطهم . فيدلُّ على نفي الضَّمان بشرطه ، وإن تلفت أجزاءها بالاستعمال كحمل المنشقة ، فعلى وجهين . وليس للمستعير أن يعير ،

كما لو شرط في المبيع ألا يبيعه .

(وعن أحمد أنه ذكر له ذلك ، فقال: المسلمون على شروطهم . فيدلُّ على نفي الضَّمان بشرطه) قال أبو الخطاب: أوماً إليه أحمد ، واختاره أبو حفص والشَّيخ تقيُّ الدِّين ؛ لأنه لو أذن في إتلافها لم يجب ضمانها ، فكذا إذا سقط عنه ضمانها ، وعنه: إن لم يشترط نفيه ؛ جزم به في التَّبصرة (وإن تلفت أجزاءها بالاستعمال) أي: بانتفاع معروف (كحمل المنشقة ، فعلى وجهين) أصحُّهما: لا يضمن ؛ لأنَّ الإذن في الاستعمال تضمَّن الإذن في الإتلاف ، وما أذن في إتلافه لا يضمن كالمنافع . والثَّاني: بلى ؛ لأنها أجزاء مضمونة لو تلفت العين قبل استعمالها ، فوجب أن يضمن بتلفها بالاستعمال كسائر الأجزاء .

ورُدُّ بالفرق ، فإنها لا تتميِّز من العين ، ومقتضى ذلك أنه إذا تلف شيء من أجزائها الذي لا يذهب بالاستعمال أنه يضمنه ؛ لأنَّ ما ضُمنت جملته ضُمنت أجزاؤه كالمغصوب ، وكذا لو تلف جزؤها باستعمالٍ غير مأذونٍ فيه ، كاستعارة ثوبٍ في لبسٍ فحمل فيه ترابًا ؛ لأنه تلف بتعدُّيه ، أمَّا ما تلف بطول الزَّمان فهو كالذي تلف بالاستعمال ؛ لأنه تلف بالإمساك المأذون فيه ، أشبه تلفه بالفعل المأذون فيه .

تبيينة : الخلاف جارٍ في ولد العارية وزيادتها ، والأصحُّ أنه لا يضمن ؛ لأنه لم يدخل فيها ، ولا فائدة للمستعير فيه ، وكذا تجري في ولد مؤجَّرة ووديعة ، ويُصدَّق المستعير في عدم التَّعدِّي حيث لا يبيِّنة .

(وليس للمستعير أن يعير) لأنها إباحة المنفعة ، فلم يجوز أن يبيحها غيره كإباحة الطَّعام ؛ قاله في «المغني» و«الشَّرح» . وليس بظاهرٍ على القول بأنها هبة منفعية ، بل الانتفاع بها مستفادٌ بالإذن لا بطريق المعاوضة ، وهو يختلف ، وقيل : له ذلك ؛

فإن فعل فتلف عند الثاني فللمالك تضمين أيهما شاء ، ويستقر الضمان على الثاني ، وعلى المستعير مؤنة ردّ العارية ، فإن ردّ الدابة إلى إصطبل المالك أو غلامه لم يبرأ من الضمان ، إلا أن يردّها إلى من جرت العادة بجريان ذلك على يده كالسائس ونحوه .

لأنه يملكه على حسب ما ملكه ، فجاز كإيجار المستأجر . قال في «الشرح»: وحكاه صاحب «المحرر» قولاً لأحمد ، قال: ويحتمل أن يكون مذهباً لأحمد في العارية المؤقتة بناءً على أنه إذا أعاره أرضه سنةً ليبنى فيها لم يحلّ له الرجوع قبل السنة ؛ لأنه قدر المنفعة كالمستأجر ، وأطلق في «الفروع» الخلاف في أصلهما هل هي هبةٌ ومنفعةٌ أو إباحةٌ ؟ ويتوجه عليهما تعليقها بشرط . وفي المنتخب: يصح . قال في الترغيب: يكفي ما دلّ على الرضا من قولٍ أو فعلٍ .

(فإن فعل) فللمالكها الرجوع بأجرة مثلها على من شاء منهما ؛ لأنّ الأوّل سلط غيره على أخذ مال غيره بغير إذنه ، والثاني استوفاه بغير إذنه ، فإن ضمن الأوّل رجع على الثاني ؛ لأنّ الاستيفاء حصل منه ، وإن ضمن الثاني لم يرجع على الأوّل ، إلاّ ألا يعلم بالحال (فتلف عند الثاني فللمالك تضمين أيهما شاء) لتعدّي كل منهما (ويستقرّ الضمان على الثاني) إذا كان عالماً بالحال ؛ لأنّ التلّف حصل في يده ، وإلا ضمن العين دون المنفعة ، ويستقرّ ضمان المنفعة على الأوّل (وعلى المستعير مؤنة ردّ العارية) لما تقدّم من قوله: «على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه» . وإذا كانت واجبة الرّدّ وجب أن تكون مؤنة الرّدّ على من يجب عليه الرّدّ ، ومؤنة عينها على المعير ؛ قاله في «شرح الهداية» و«الرعاية» . وذكر الحلواني أنّ نفقتها على المستعير ، وإليه ميل الشيخ تقيّ الدّين ، وقال: لا أعرف فيها نقلاً . وخرّجها على الخلاف في نفقة الجارية الموصى بنفعها فقط ، وحينئذٍ يجب ردّها إلى المعير أو وكيله في قبضها .

(فإن ردّ الدابة إلى إصطبل المالك أو غلامه لم يبرأ من الضمان) لأنّه لم يردّها إلى مالكها ولا نائبه فيها ، فلم يبرأ كالأجنبي ، واختار ابن حمدان أنّه يبرأ بردّها إلى غلامه (إلا أن يردّها إلى من جرت العادة بجريان ذلك على يده كالسائس) لأنّه مأذونٌ فيه عرفاً ، أشبه صريح الإذن ، وخالف الحلواني فيه كالغلام (ونحوه)

فصل

إذا اختلفا فقال: أجرتك ، فقال: بل أعرتني عقب العقد ، فالقول قول الرّاكب ، وإن كان بعد مضيّ مدّة لها أجره فالقول قول المالك فيما مضى من المدّة دون ما

كزوجته وخازنٍ ووكيلٍ عامٍّ في قبض حقوقه ؛ قاله في «المجرّد» .

مسألة : إذا قال: ما أركبها إلا بأجرة ، فقال ربّها: ما أخذ لها أجره ، ولا عقد بينهما فعارية . ولو أركب دابّته منقطعاً لم يضمن في الأشهر ، وكذا رديفٌ ، وقيل: يضمن نصف القيمة . ولو سلّم شريكٌ شريكه الدابّة فتلفت بلا تفریط ولا تعدّد لم يضمن ، فإن ساقها فوق العادة ضمن ؛ قاله شيخنا . ويتوجّه كعارية إن كان عاريةً ، وإلا لم يضمن ؛ ذكره في «الفروع» . فعليه ، إن سلّمها إليه ليعلفها ويقوم بمصلحتها ونحوه لم يضمن ، وإن سلّمها إليه لركوبها لمصالحه وقضاء حوائجه عليها فعارية .

فصل

(إذا اختلفا فقال: أجرتك ، قال: بل أعرتني ، عقب العقد ، فالقول قول الرّاكب) مع يمينه ؛ لأنّ الأصل عدم عقد الإجارة ، وحينئذٍ تُردُّ العين إلى مالكيها إن كانت باقيةً ؛ لأنّ الأصل براءة ذمّته منها ، فلو عكس في الدّعوى قُدّم قول المالك .

(وإن كان بعد مضيّ مدّة لها أجره فالقول قول المالك) مع يمينه ؛ لأنّهما اختلفا في كيفية انتقال المنافع إلى ملك الرّاكب ، فقُدّم قول المالك ، كما لو اختلفا في عينٍ فادّعى المالك بيعها ، والآخر هبتها ؛ إذ المنافع تجري مجرى الأعيان ، وقيل: يُقَدّم قول الرّاكب ؛ لأنّهما اتّفقا على تلف المنافع على ملك الرّاكب ، وادّعى المالك عوضاً لها ، والأصل عدم وجوبه وبراءة ذمّته منه .

وعلى الأوّل ، إذا حلف المالك استحقّق الأجرة (فيما مضى من المدّة دون ما

بقي منها ، وهل يستحقُّ أجره المثل أو المدَّعي إن زاد عليها؟ على وجهين .
 وإن قال: أعرتك ، قال: بل أجرتي والبهيمة تالفه ، فالقول قول المالك . وإن
 قال: أعرتني أو أجرتي ، قال: بل غصبتني ، فالقول قول المالك . وقيل: قول
 الغاصب .

بقي منها) فإنه يُقدَّم قول المستعير فيها ؛ لأنه بمنزلة ما لو اختلفا عقب العقد (وهل
 يستحقُّ أجره المثل أو المدَّعي إن زاد عليها؟ على وجهين) الأصحُّ أنه يستحقُّ أجره
 المثل ؛ لأنهما لو اتَّفقا على وجوبه واختلفا في قدره ، وجب أجر المثل ، فمع
 الاختلاف في أصله أولى .

والثاني: يستحقُّ المسمَّى إن زاد على أجر المثل ؛ لأنه وجب بقول المالك
 ويمينه ، فوجب ما حلف عليه كالأصل ، ولم يقيد في «الشرح» ولا غيره
 بالزيادة عليها ، وقيل: يستحقُّ أقلهما ، وهو اختيار المجد ؛ لأنه إن كان المسمَّى
 فقد رضي به ، وإن كان أكثر فليس له إلا أجر المثل ؛ لأنَّ الإجارة لم تثبت ،
 ومثله لو ادَّعى أنه زرعها عاريةً ، وقال ربُّها: إجارةً ؛ ذكره الشيخ تقي الدِّين .

(وإن قال: أعرتك ، قال: بل أجرتي والبهيمة تالفه ، فالقول قول المالك) إذا
 كان مضى مدَّة لها أجره ، سواء ادَّعى الإجارة أو الإعارة ؛ لأنه إن ادَّعى الإجارة
 فهو معترفٌ للرَّكاب ببراءة ذمَّته من ضمانها ، فقبِلَ على نفسه .

وإن ادَّعى الإعارة فهو يدَّعي قيمتها ، والقول قوله ؛ لأنهما اختلفا في صفة
 القبض ، والأصل فيما يقبضه الإنسان من مال غيره الضَّمان ؛ للأثر . ويُقبَل
 قول الرَّكاب في قيمتها ، وإن كان بعد مضى مدَّة لها أجره والأجر بقدر
 قيمتها ، فالقول قول المالك بغير يمين في الأصحُّ ، وإن كان ما يدَّعيه المالك أكثر
 فالقول قوله ، فإذا حلف استحقَّ ما حلف عليه .

(وإن قال: أعرتني أو أجرتي ، قال: بل غصبتني ، فالقول قول المالك) كما
 لو اختلفا في ردِّها (وقيل: قول الغاصب) لأنَّ المالك يدَّعي عليه عوضًا الأصل براءة
 ذمَّته منه ، ولأنَّ الظَّاهر في اليد أنها بحقُّ ، فقبِلَ قوله . وفي «الشرح» أنَّ الدَّابة إذا

.....

كانت قائمةً لم تنقص فلا معنى للاختلاف ، ويأخذ المالك دابَّته ، وكذا إن كانت تالفةً فادَّعى الرَّاكب العارية ؛ لأنَّ القيمة تجب على المستعير كوجوبها على الغاصب ، وإن كان بعد مضيِّ مدَّة لها أجره ، فالاختلاف في وجوبه ، والقول قول المالك .

فرغ : إذا قال: أودعني ، قال: بل غصبتني ، فوجهان . وإن قال: أودعتك ، قال: بل أعرتني ، صدَّق المالك إن حلف ، وعليه أجره ما انتفع به .



كتاب الغصب

وهو الاستيلاء على مال الغير قهراً بغير حق ، وتضمن أمّ الولد والعقار بالغصب ،

كتاب الغصب

هو مصدر غصب الشيء يغصبه بكسر الصاد غصبًا ، واغتصبه يغتصبه اغتصابًا ، والشيء مغصوبٌ وغصبٌ ، وهو في اللغة: أخذ الشيء ظلماً ؛ قاله الجوهري وابن سيده . وفي الشرع ، قال المؤلف تبعاً لأبي الخطاب: (وهو الاستيلاء على مال الغير قهراً بغير حق) ف «قهرًا» زيادة في الحد ؛ لأنّ الاستيلاء يدلُّ عليه ، وفيه نظرٌ ؛ لأنّه لا يستلزمه مع أنّه يخرج بقيد «القهر» المال المسروق والمنتهب والمختأس ، و«بغير حق» يخرج استيلاء الوليِّ على مال الصَّغير ، والحاكم على مال المفلس ، وكذا في «المغني» ، وأسقط لفظة «قهرًا» ، وليس بجامع ؛ لخروج ما عدا ذلك من الحقوق كالكلب وخمر الذمِّيِّ والسُّرجين ، فإنّها قابلةٌ للغصب ، وليست بمالٍ ، وفيه تعريف «غير» باللام ، والأشهر إسقاطها فيها .

وأحسنها: الاستيلاء على حقِّ غيره قهراً ظلماً . وهو محرّمٌ بالإجماع ، وسنده قوله تعالى : ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨] وقوله عليه السَّلام : «فإنَّ دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرامٌ» . وقوله عليه السَّلام : «لا يحلُّ مال امرئٍ مسلمٍ إلَّا عن طيب نفسه» . رواه ابن ماجه والدارقطني .

(وتضمن أمّ الولد) بالغصب في قول جماهير العلماء ؛ لأنّها تجري مجرى المال ، بدليل أنّها تُضمن بالقيمة في الإتلاف ؛ لكونها مملوكةً كالمذبذبة ، بخلاف الحرّة فإنّها ليست مملوكةً ، فلا تُضمن بالقيمة ، لكن لا تثبت يدُّ على بُضع ، فيصحُّ تزويجها ، ولا يُضمن نفعه (والعقار) بفتح العين: الضيعة والتَّخل والأرض ؛ قاله أبو السَّعادات (بالغصب) في ظاهر المذهب ؛ لما روى سعيد بن زيد أنّ النَّبيَّ ﷺ قال: «مَنْ اقتطع من الأرض شبرًا ظلماً طوَّقه يوم القيامة من

وعنه ما يدلُّ على أنَّ العقار لا يُضمن بالغصب . وإن غصب كلبًا فيه نفعٌ أو خمر ذمِّيٍّ لزمه ردُّه ، وإن أتلفه لم تلزمه قيمته .

سبع أرضين» . متَّفَقٌ عليه . ولأنَّ ما يُضمن في الإتلاف يجب أن يُضمن في الغصب كالمقول .

(وعنه: ما يدلُّ على أنَّ العقار لا يُضمن بالغصب) روى عنه ابن منصورٍ فيمنَّ غصب أرضًا ، فزرعها ، ثمَّ أصابها غرقٌ من الغاصب: غرم قيمة الأرض ، وإن كان سببًا من السَّماء لم يكن عليه شيءٌ . فظاهر هذا أنَّها لا تُضمن بالغصب ؛ لأنَّه لا يوجد فيها النَّقل والتَّحويل ، فلم يُضمن ، كما لو حال بينه وبين متاعه فتلف ، ولأنَّ الغصب إثبات اليد على المال عدوانًا على وجهٍ تزول به يد المالك ، ولا يمكن ذلك في العقار .

وجوابه: بأنَّه يمكن الاستيلاء عليه على وجهٍ يحول بينه وبين مالكة ، مثل أن يسكن دارًا ويمنع مالكة من دخولها ، أشبه أخذ الدَّابَّة والمتاع . وعلى الثَّانية ، لو أتلفه ضمنه بالإتلاف .

مسألةٌ : لو دخل دارًا قهْرًا وأخرجه فغاصبٌ ، وإن أخرجه قهْرًا ولم يدخل أو دخل مع حضور ربِّها وقوَّته فلا ، وإن دخل قهْرًا ولم يخرج فقد غصب ما استولى عليه ، وقيل: بل النِّصف ، وإن لم يُردِّ الغصب فلا ، وإن دخلها قهْرًا في غيبة ربِّها فغاصبٌ ، ولو كان فيها قماشه . وهل يُشترط في غصبٍ ما يُنقل نقله؟ فيه وجهان ، الأصحُّ أنَّه لا يُشترط .

(وإن غصب كلبًا فيه نفعٌ) أي: يُقتنى (أو خمر ذمِّيٍّ لزمه ردُّه) لأنَّ الكلب يجوز الانتفاع به واقتناؤه ، أشبه سائر الأبدال المنتفع بها ، وفي ردُّه صيده أو أجرته ، أو هما أوجهٌ . وأمَّا الخمر فلأنَّ الذمِّيَّ يُقرُّ على شربها ؛ لكونها مالاً عنده ، ومحلُّه ما إذا كانت مستورةٌ ؛ قاله في «الرَّعاية» و«الفروع» .

(وإن أتلفه لم تلزمه قيمته) لأنَّ الكلب ليس له عوضٌ شرعيٌّ ؛ لأنَّه لا يجوز بيعه . وفي «الإفصاح» : يضمُّنه . والخمر للخير ، ولأنَّ ما حُرِّم بيعه لا حرَّمته لم

وإن غصب جلد ميتة فهل يلزمه ردُّه؟ على وجهين . فإن دبغه وقلنا بطهارته لزمه ردُّه .

تجب قيمته كالميتة ، ولا فرق في المتلف بين أن يكون مسلماً أو ذمياً ؛ نصَّ عليه ؛ لأنَّ ما لم يكن مضموناً في حقِّ المسلم لا يكون مضموناً في حقِّ الذمِّي كالمرتدِّ ، ولأنَّها غير متقوِّمة ، وعنه: يلزمه قيمتها ، وقيل: يغرم قيمتها الذمِّي دون المسلم . فعليه ، لا يكون حكم بقيَّة الكفَّار كذلك ، وإن كانوا يعتقدون ماليتها . وفي «الانتصار»: لا يرُدُّها ، وأنَّه يلزم إراقته إن حُدَّ ، وإلَّا لزم تركه . وعليها ، يُخرَج تعزير مريقه .

وفي «عيون المسائل» : لا نسلم أنَّهم يُقرُّون على شربه واقتنائه ؛ لأنَّ في رواية: يجب الحدُّ عليهم بالشُّرب ، ولا يُقرُّون . وإن سلَّمنا فإنَّنا لا نتعرَّض لهم ، وأمَّا أن نقرَّهم فلا نسلم بيطل بالمجوس يُقرُّون على نكاح المحارم ، ولا يُقضى عليهم بمهرٍ ونفقةٍ وميراثٍ . وقال هو و«الترغيب» : يرُدُّ الخمر المحترمة ، ويرُدُّ ما تخلَّل بيده لا ما أريق ، فجمعه آخر لزوال يده ، والأشهر أن لنا خمرًا محترمةً ، وهي التي عُصرت من غير قصد الخمرية ، أو بقصد الخليَّة ، فهي على الأوَّل محترمةٌ دون الثاني ، وظاهره ، ولو كانت لمسلم ؛ لأنَّ اتِّخاذ الخلِّ جائزٌ إجماعاً ، ولا يصير خلًّا إلا بعد التخمُّر ، فلو أرقناها لتعدَّر اتِّخاذ الخلِّ .

فرغ : تجب إراقة خمر المسلم ولا غرم ، وإن تخلَّلت ردُّها ؛ لأنَّها صارت خلًّا على حكم ملكه ، فإن تلفت ضمنها .

(وإن غصب جلد ميتة فهل يلزمه ردُّه؟ على وجهين) هما مبنيان على الروايتين في طهارته بالدُّباغ ، والأشهر: لا يرُدُّه مطلقاً . فعليه ، لو أتلفه أو أتلف ميتةً بجلدها لم يضمن ؛ لأنَّه لا قيمة له ، بدليل أنَّه لا يجوز بيعه .

(فإن دبغه) أي: غاصبه (وقلنا بطهارته لزمه ردُّه) كالخمر إذا تخلَّل ، وقيل: لا يلزمه ردُّه ؛ لأنَّه صار مالاً بفعله ، بخلاف الخمر ، وظاهره أنَّه إذا قلنا: لا يطهر ، لم يجب ردُّه ؛ لكونه لا يباح الانتفاع به ، وقيل: يلزمه إذا قيل: يُنتفع به في يابس .

وإن استولى على حرٍّ لم يضمنه بذلك ، إلا أن يكون صغيراً ففيه وجهان ، وإن قلنا: لا يضمنه ، فهل يضمن ثيابه وحليته؟ على وجهين . وإن استعمل الحرَّ كرهاً فعليه أجرته ، وإن حبسه مدةً فهل تلزمه أجرته؟ على وجهين .

(وإن استولى على حرٍّ كبيرٍ (لم يضمنه بذلك) لأنه ليس بمالٍ ، فعلم أنه لا يثبت الغصب فيما ليس بمالٍ ، وقيل: بلى (إلا أن يكون صغيراً ففيه وجهان) أحدهما: لا ضمان ، وهو الأصحُّ كالكبير . والثاني: بلى ؛ لأنه يمكن الاستيلاء عليه من غير ممانعةٍ منه ، أشبه العبد الصَّغير .

(وإن قلنا: لا يضمنه ، فهل يضمن ثيابه وحليته؟) أي: التي لم ينزعها منه (على وجهين) أحدهما: لا يضمنه ؛ جزم به في «الوجيز» ؛ لأنه تبعٌ له وهو تحت يده ، أشبه ثياب الكبير . والثاني: بلى ؛ لأنه مالٌ ، أشبه ما لو كان منفردًا .

(وإن استعمل الحرَّ كرهاً فعليه أجرته) لأنه استوفى منافعه ، وهي متقوِّمةٌ ، فلزمه ضمانها كمنافع العبد (وإن حبسه مدةً) أي: لمثلها أجرة (فهل تلزمه أجرته؟ على وجهين) أحدهما: تلزمه ؛ جزم به في «الوجيز» ؛ لأنه فوَّت منفعته ، وهي مالٌ يجوز أخذ العوض عنها ، فُضمت بالغصب كمنافع العبد . والثاني: لا ؛ لأنها تابعةٌ لما لا يصحُّ غصبه ، أشبه ثيابه إذا بليت عليه وأطرافه ، فإن منعه العمل من غير حبسٍ - ولو عبداً - لم يضمن منافعه وجهًا واحدًا ، ويتوجَّه: بلى ، فيهما ؛ قاله في «الفروع» . وإن مات في حبسه فهدرٌ ، وإن صحَّ غصبه صحَّ أن يؤجَّره مستأجره وإلا فلا .

فائدة: في صحَّة البيع في الأرض المغصوبة روايتان ، اختار ابن عقيل الصَّحَّة ، وحمل رواية المنع على الورع .

فصل

ويلزمه ردُّ المغصوب إن قدر على ردِّه وإن غرم عليه أضعاف قيمته ، وإن خلطه بما يتميِّز منه لزمه تخليصه وردِّه ، وإن بنى عليه لزمه ردُّه إلا أن يكون قد بلي .

فصل

(ويلزمه ردُّ المغصوب) إن كان باقيا ؛ لما روى عبد الله بن السائب ، عن أبيه ، عن جدِّه أن النَّبِيَّ ﷺ قال: «لا يأخذ أحدكم متاع أخيه لاجبا ولا جادا ، ومن أخذ عصا أخيه فليردِّها» . رواه أبو داود . وقد أجمع العلماء على وجوب ردِّه إن كان بحاله لم يتغيَّر ولم يشتغل بغيره ، ولأنَّه أزال يد المالك عن ملكه بغير حقِّ ، فلزمته إعادته (إن قدر على ردِّه ، وإن غرم عليه أضعاف قيمته) لأنَّه هو المتعدِّي ، فلم يُنظر إلى مصلحته ، فكان أولى بالغرامة . وظاهره ولو بعدت المسافة ؛ لأنَّه جنى بتعدُّيه ، فكان ضرر ذلك عليه .

فإن قال الغاصب: خذ منِّي أجر ردِّه وتسلمه منِّي ههنا ، أو بذل له أكثر من قيمته ولا يسترده ، لم يلزم المالك قبوله ؛ لأنَّها معاوضةٌ ، فلم يُجبر عليها كالبيع ، وإن قال المالك: دعه لي في مكانه الذي نقلته إليه ، لم يملك الغاصب ردِّه ، وإن قال: ردِّه إلى بعض الطُّريق ، لزمه ، وإن قال: دعه في مكانه وأعطني أجرة ردِّه ، أو طلب منه حمله إلى مكانٍ آخر في غير طريق الردِّ ، لم يلزم الغاصب ولو كان أقرب ؛ لأنَّه معاوضةٌ ، ومهما اتَّفقا عليه من ذلك جاز ؛ لأنَّ الحقَّ لهما .

(وإن خلطه بما يتميِّز منه) كحنطةٍ بشعيرٍ ، وتمرٍ بزبيبٍ (لزمه تخليصه) أي: تخليص المتميِّز (وردِّه) لأنَّه أمكنه ردُّ مال غيره ، فلزمه ، كما لو لم يخلطه بغيره ، وأجرة ذلك عليه كأجر ردِّه ، فإن أمكن تمييز بعضه وجب تمييز ما أمكن .

(وإن بنى عليه لزمه ردِّه) يعني: إذا غصب شيئا فشغله بملكه كحجرٍ أو خشبةٍ بنى عليها أو خيِّطَ خاط به ثوبا ، لزمه ردِّه ، وإن انتقض البناء وتفصَّل الثوب ؛ لأنَّه مغصوبٌ أمكن ردِّه ، فوجب كما لو لم يبن عليه (إلا أن يكون قد بلي) لأنَّه صار

وإن سمر بالمسامير بابًا لزمه قلعها وردّها . وإن زرع الأرض وردّها بعد أخذ الزرع فعليه أجرتها ، وإن أدركها ربّها والزرع قائم خيّر بين تركه إلى الحصاد بأجرته وبين أخذه بعوضه ،

هالكًا ، فوجب قيمته كما لو أتلفه (وإن سمر بالمسامير بابًا لزمه قلعها وردّها) للخبر ، ولا أثر لضرره ؛ لأنّه حصل بتعدّيه .

مسائل : إذا غصب فصيلًا ونحوه ، فأدخله داره ، وتعدّر خروجه ؛ نقض بابه مجّانًا ، فإن دخل الفصيل بنفسه أو أدخله ربّه دارًا غصبها ؛ غرم مالكة أرش نقض البناء وإصلاحه ، وإن بذل له ربّه عوضه لزمه قبوله ، وقيل : لا ، وقيل : يُذبح إن أدخله ربّه . ولو عمل فيها غاصبها تابوتًا ولم يخرج ؛ فكّ الثابوت ولم ينقض البناء . وإن سقط في محبرته مالٌ بتفريطه أخرج ، فإن لم يمكن كُسرت له مجّانًا وإن لم يفرط ، وضمن ربّ المال كسرها ، فإن بذل ربّها بدل ماله ووجب قبوله في الأصحّ .

فرغ : إذا باع داره وله فيها أسرةٌ وتعدّر الإخراج والتفكيك ؛ غرم أرش نقض البناء ، وقيل : كما لو قلع أحجارًا له فيها مدفونة ، وفصل في «الشرح» .

(وإن زرع الأرض وردّها بعد أخذ الزرع) فهو للغاصب بغير خلافٍ نعلمه ؛ لأنّه نماء ماله (فعليه أجرتها) أي : أجرة مثلها إلى وقت التسليم ؛ لأنّه استوفى نفعها ، فوجب عليه عوضه كما لو استوفاه بالإجارة ، ولأنّ المنفعة مالٌ ، فوجب أن يضمن كالعين ، وعليه ضمان النقص ، ولو لم يزرعها فنقصت لترك الزراعة كأرض البصرة؛ ضمن ذلك ، وروى عنه حربٌ أنّ له تملكه أيضًا بناءً على أنّ الزرع ينبت على ملك مالك الأرض ابتداءً ، وقرّر بعض أصحابنا موافقته للقياس بأنّ المتولّد بين أبوين مملوكين من الآدميين يكون مملوكًا لمالك الأمّ بالاتفاق ، مع كونه مخلوقًا من مائهما ، وبطون الأمّهات بمنزلة الأرض ، وماء الفحول بمنزلة البذر ، والمذهب هو الأوّل .

(وإن أدركها ربّها والزرع قائم) فيها (خيّر بين تركه إلى الحصاد بأجرته) أي : بأجرة مثله وأرش نقص الأرض (وبين أخذه بعوضه) هذا قول القاضي وعامة أصحابه

وهل ذلك قيمته أو نفقته؟ على وجهين . ويحتمل أن يكون الزرع للغاصب وعليه الأجرة .

والشَّيخين ، وجزم به في «الوجيز» ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يحصل به غرضه ، فملك الخيرة بينهما تحصيلاً لغرضه ، وظاهره أنَّه لا يملك إجبار الغاصب على قلعه ، خلافاً لأكثرهم ؛ لقوله عليه السَّلام : «ليس لعرقٍ ظالمٍ حقٌّ» . ولأنَّه زرع في أرض غيره ظلماً ، أشبه الغرس ، لنا ما روى رافع بن خديج أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : «مَنْ زرع في أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزَّرع شيءٌ ، وله نفقته» . رواه أحمد وأبو داود ، وأترمذِيٌّ وحسنه . ولأنَّه أمكن ردُّ المغصوب إلى مالِكه من غير إتلاف مال الغاصب على قربٍ من الزَّمان ، فلم يجز إتلافه كما لو غصب سفينةً فحمل فيها متاعه فأدخلها لجة البحر لا يُجبر على إلقائه ، فكذا هنا صيانةً للمال عن التَّلف ، وفارق الشَّجر ؛ لطول مدَّته ، وحديثهم محمولٌ عليه ، وحديثنا على الزَّرع ، وبه يُجمع بينهما ، ولأنَّه زرعٌ حصل في ملك غيره ، فلم يُجبر على قلعه على وجهٍ يضُرُّ به ، كما لو كانت الأرض مستعارةً أو مشفوعةً .

(وهل ذلك قيمته أو نفقته؟ على وجهين) أحدهما: أن ذلك قيمته ؛ صحَّحه القاضي في «تعليقه» ؛ لأنَّه بدلٌ عن الزَّرع ، فيُقَدَّر بقيمته ، كما لو أتلفه . وعليه يجب على الغاصب أجر الأرض إلى حين تسليم ذلك ، وذكر أبو يعلى الصَّغير: لا ؛ نقله إبراهيم بن الحارث . والثَّاني: هي نفقته . فعلى هذا ، يرُدُّ على الغاصب ما أنفق من البذر ومؤنة لواحقه من الحرث والسَّقْي ونحوهما ، وهذا هو المذهب . قال ابن الزَّاغوني: أصلهما هل يضمن ولد المغرور بمثله أو قيمته؟ وقال أبو الحسين: فيه ثلاثة خروجه أبو القاسم أنَّ صاحب الأرض يُخيَّر: إن شاء دفع القيمة ، وإن شاء التَّفَقَّة . نقل مهتاً: ويزكِّيه إن أخذه قبل وجوبها ، وإلَّا فوجهان (ويحتمل أن يكون الزَّرع للغاصب) لأنَّه نماء ملكه (وعليه الأجرة) أي: أجرة المثل . وذكر بعض أصحابنا أنَّ أحمد نصَّ على مثل ذلك ، وقيل: له قلعه إن ضمنه . وقال الشَّيخ تقيِّ الدِّين فيمن زرع بلا إذن شريكه ، والعادة بأنَّ مَنْ زرع فيها له نصيبٌ معلومٌ ولربُّها نصيبٌ: قُسِّم ما زرعه في نصيب شريكه كذلك .

وإن غرسها أو بنى فيها أخذ بقلع غرسه وبنائه وتسوية الأرض وأرش
نقصها وأجرتها .

تنبيه : وهل الرطبة وغيرها كزرع أو غرس؟ فيه احتمالان ، فلو غصب أرضاً
فغرسها فأثمرت فسيأتي .

(وإن غرسها أو بنى فيها أخذ بقلع غرسه وبنائه) أي: إذا طالب مالك الأرض
لزم الغاصب ذلك بغير خلافٍ نعلمه ؛ للأثر الحسن ، ذكره في «الشرح» ، وفي
«الرعاية» أنه الأصح ، وفي رواية أبي داود والدارقطني من حديث عروة بن الزبير
قال: ولقد أخبرني الذي حدثني هذا الحديث أن رجلين اختصما إلى رسول الله
ﷺ غرس أحدهما نخلاً في أرض الآخر ، فقضى لصاحب الأرض بأرضه ،
وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها ، فلقد رأيتها وإنها لتضرب أصولها
بالفتوس ، وإنها لنخل عم .

قال أحمد: العمُّ: الطوال . ولأنه شغل ملك غيره بملكه الذي لا حرمة له في
نفسه ، فلزمه تفرغه ، كما لو جعل فيها قماشاً . وظاهر كلامهم لا فرق في ذلك
بين الشريك وغيره ، وصرح به الحارثي . قال جعفر بن محمد: سمعت أبا عبد الله
يسأل عن رجلٍ غرس نخلاً بينه وبين قومٍ مشاعاً ، قال: إن كان بغير إذنه قلع نخله
(وتسوية الأرض وأرش نقصها) لأنه ضررٌ حصل بفعله ، فلزمه إزالته كغيره
(وأجرتها) أي: أجرة مثلها إلى وقت التسليم ، وإن بذل رثها قيمة الغراس والبناء
ليملكه لم يلزم الغاصب قبوله ، وله قلعهما ، ويضمن الأرش والأجرة ، وإن
وهبهما لمالك الأرض وفي الإزالة غرضٌ صحيحٌ لم يُجبر ، وإلا فوجهان .
وشمل ذلك ما إذا غرسها بغراس مالِكها ، وحكم البناء كالغرس ، إلا أنه يتخرج
إذا بذل مالك الأرض القيمة لصاحب البناء ؛ فإنه يُجبر على قبولها إذا لم يكن
في النقص غرضٌ صحيحٌ ؛ لأنَّ النقص سفةٌ ، والأول أصح .

فرغ : إذا غصبها فغرسها فأثمرت ؛ فأدركها رثها بعد أخذ الغاصب ؛ فهي له ،
وكذا لو أدركها والثمرة عليها ؛ لأنها ثمرة شجره ، فكانت له كأغصانها . وقال
القاضي: هي لمالك الأرض . قال أحمد في رواية علي بن سعيد: إذا غصب أرضاً

وإن غصب لوحًا فرقع به سفينةً لم يقلع حتى ترسى . وإن غصب خيطًا فخاط به جرح حيوانٍ وخيف عليه من قلعه فعليه قيمته ،

فغرسها فالنماء للمالك الأرض . فعلى هذا ، عليه من الثقة ما أنفق الغارس ، فلو غصب شجرًا فأثمر فالثمر للمالك الشجر بغير خلافٍ نعلمه ؛ ذكره في «الشرح» .
 فرغ : إذا أخذ تراب الأرض فضره لينًا ردّه ولا شيء له ، إلا أن يجعل فيه تبنًا فله أن يحلّه ويأخذ تبنه ، فإن كان لا يحصل منه شيء فوجهان . وإن طالبه المالك بحلّه لزمه إذا كان فيه غرضٌ صحيحٌ ، وإلا فوجهان . وإن جعله أجرًا لزمه ردّه ولا أجر له عمله ، وليس له كسره ، ولا للمالك إجباره عليه ؛ لأنه سفة وإتلافٌ للمال ، فلو غصب أرضًا وكشط ترابها لزمه ردّه وفرشه كما كان ، وإن لم يكن فيه غرضٌ فهل يُجبر على فرشه؟ يحتمل وجهين .

فرغ : القابض بعقدٍ فاسدٍ من المالك إذا غرس أو بنى فللمالك تملكه بالقيمة كغرس المستعير ، ولا يُقلع إلا مضمونًا ؛ لاستناده إلى الإذن ؛ ذكره القاضي وابن عقيل .

(وإن غصب لوحًا فرقع به سفينةً) وخيف من قلعه (لم يقلع حتى ترسى) لأنّ في قلعه إفسادًا لمال الغير مع إمكان ردّ الحقّ إلى مستحقّه بعذر من يسير ، ولا فرق بين أن يكون المالك للغاصب أو غيره حيوانًا محترمًا أو لا . وقال أبو الخطاب: إن كان فيها حيوانٌ محترمٌ أو مالٌ لغير الغاصب لم يُقلع كالخيط . والأوّل أولى ؛ لأنه أمكن ردّ المغصوب من غير إتلافٍ ، كما لو كان فيها مال غيره . واقتضى ما سبق أنّها لو كانت على السّاحل أو كانت في اللّجة واللّوح في أعلاها بحيث لا تغرق ؛ لزمه القلع .

(وإن غصب خيطًا فخاط به جرح حيوانٍ) محترمٍ (وخيف عليه من قلعه) الضّرر ، وقيل: التّلف ؛ جزم به في «الوجيز» (فعليه قيمته) لأنّه تعذّر ردّ الحقّ إلى مستحقّه ، فوجب ردّ بدله وهو القيمة . وظاهره : لا يلزمه القلع ؛ صرح به في «المغني» وغيره ؛ لأنّ الحيوان أكد حرمةً من بقيّة المال ، بدليل أنّه لا يجوز منع نمائه منه ، وعلم منه أنّ الحيوان إذا كان غير محترمٍ - كالمرتدّ والخنزير

إلا أن يكون الحيوان مأكولاً للغاصب ، فهل يلزمه ردُّه ويذبح الحيوان؟
على وجهين . وإن مات الحيوان لزمه ردُّه إلا أن يكون آدمياً .

فصل

وإن زاد لزمه ردُّه بزيادته ، سواءً كانت متصلةً كالسَّمَن وتعلَّم صنعةً ، أو منفصلةً كالولد والكسب . وإن غصب جارحاً فصاد به ، أو شبكةً أو شركاً فأمسك شيئاً ، أو فرساً فصاد عليه أو غنم فهو للملكه .

ونحوه وجب ردُّه ؛ لأنه لا يتضمَّن تفويت ذي حرمة ، أشبه ما لو خاط به ثوباً .
(إلا أن يكون الحيوان مأكولاً للغاصب ، فهل يلزمه ردُّه ويذبح الحيوان؟
على وجهين) أشهرهما: أنه يلزمه ردُّه ؛ لأنه يمكنه ذبح الحيوان والانتفاع بلحمه ، وذلك جائزٌ ، وإن حصل نقصٌ على الغاصب فليس بمانع من وجوب ردِّ المغصوب كتنقص البناء . والثاني: لا يجب قلعه ؛ لنهييه عليه السَّلام عن ذبح الحيوان لغير مأكلية ، ولأنَّ له حرمةً في نفسه ، وللمؤلف احتمالٌ: يُذبح المعدُّ له كبهيمة الأنعام دون غيره كالخيل ؛ لأنه إتلافٌ له ، فجرى مجرى ما لا يؤكل . وظاهره أنه لا يلزمه الردُّ إذا كان مأكولاً لغير الغاصب ؛ صرَّح به في «المغني» و«الشرح» ؛ لأنَّ فيه إضراراً بصاحبه ، ولا يُزال الضرر بالضرر .

(وإن مات الحيوان لزمه ردُّه) لأنَّ عدم الردُّ في الحياة إنما كان خشية التَّلف ، وقد أُمن بالموت (إلا أن يكون آدمياً) فلا يلزمه الردُّ ؛ لأنَّ حرمة الأدميِّ باقيةٌ ، وغيره لا يساويه فيها . فعلى هذا ، تجب قيمته ، وقيل: يلزمه الردُّ ؛ للعموم .

فصل

(وإن زاد لزمه ردُّه بزيادته ، سواءً كانت متصلةً كالسَّمَن وتعلَّم صنعةً ، أو منفصلةً كالولد والكسب) لأنه من نماء المغصوب وهو للملكه ، فلزمه ردُّه كالأصل .
(وإن غصب جارحاً فصاد به ؛ أو شبكةً أو شركاً فأمسك شيئاً ، أو فرساً فصاد عليه أو غنم فهو للملكه) لأنَّ ذلك كلُّه بسبب ملكه ، فكان له ، كما لو

وإن غصب ثوبًا فقصره ، أو غزلاً ففسجه ، أو فضةً أو حديدًا فضربه ، أو خشبًا فنجره ، أو شاةً فذبحها وشواها ردُّ ذلك بزيادته وأرش نقصه ولا شيء له . وعنه: يكون شريكًا بالزيادة .

غصب عبدًا فصاد ، وقيل: هو للغاصب في الكلِّ ؛ لأنه هو الصائد ، والجراح آلةٌ . فعلى ذلك ، عليه أجره ذلك كله مدةً مقامه في يده إن كان له أجره . وعلى الأوّل ، لا أجره له في وجهه ، وفي آخر: عليه أجره المثل ؛ لأنه استوفى منافعه ، أشبه ما لو لم يصد ، ولو غصب عبدًا فصاد أو كسب فهو لسيدّه ، وفي وجوب أجره العبد على الغاصب في مدة كسبه وصيده وجهان ، والمختار أنّه لا أجره له ؛ لأنّ منافعه في هذه المدة مصروفةٌ إلى مالكه ، فلم يُستحقَّ عوضها على غيره ، لكن لو غصب منجلاً فقطع به شجرًا أو حشيشًا فهو للغاصب ؛ لأنّ هذه آلةٌ ، فهو كالحبل يربط به .

(وإن غصب ثوبًا فقصره ، أو غزلاً ففسجه ، أو فضةً أو حديدًا فضربه ، أو خشبًا فنجره ، أو شاةً فذبحها وشواها ؛ ردُّ ذلك) إلى مالكه في ظاهر المذهب ؛ لأنّه عين ماله ، أشبه ما لو ذبح الشاةً فقط ، ولأنّه لو فعله بملكه لم يُزل عنه ، فكذا إذا فعله بملك غيره (بزيادته) إن زاد (وأرش نقصه) إن نقص ؛ لكونه حصل بفعله ، ولا فرق بين نقص العين أو القيمة أو هما .

(ولا شيء له) أي: للغاصب بعمله المؤدّي إلى الزيادة ؛ لأنّه تبرّع في ملك غيره ، فلم يستحقّ لذلك عوضًا ، كما لو غلى زيتًا فزادت قيمته ، لكن إن أمكن الرّدُّ إلى الحالة الأولى كحليّ وأواين ودراهم ونحوها ، فللمالك إجباره على الإعادة.

(وعنه: يكون شريكًا بالزيادة) ذكره في «المستوعب» و«المذهب» ؛ لأنّ الزيادة حصلت بمنافعه ، والمنافع تجري مجرى الأعيان ، أشبه ما لو غصب ثوبًا فصبغه . وفرّق في «المغني» و«الشرح» بأنّ الصّبغ عين مالٍ لا يزول ملك مالكه عنه بجعله مع ملك غيره ، بخلاف ما ذكر .

وقال أبو بكر: يملكه وعليه قيمته . وإن غصب أرضاً فحفر فيها بئراً ووضع ترابها في أرض مالكها لم يملك طمها إذا أبرأه المالك من ضمان ما يتلف بها في أحد الوجهين . وإن غصب حباً فزرعه ، أو بيضاً فصار فرخاً ، أو نوى فصار غرساً ،

(وقال أبو بكر: يملكه) الغاصب (وعليه قيمته) قبل تغييره . هذا رواية عن أحمد ، نقلها عنه محمد بن عبد الحكم فيمن جعل حديدًا سيوفًا تقوّم ، فيعطيه الثمن على القيمة ؛ لحديث النبي ﷺ في الزرع: «أعطوه ثمن بذره» . وردّ بأنه قولٌ قديمٌ مرجوحٌ عنه ، وعنه: يُخَيَّرُ المالك بينهما ، فلو وهبه الغاصب عمله لزمه قبوله ؛ قاله في «الرعاية» .

(وإن غصب أرضاً فحفر فيها بئراً ووضع ترابها في أرض مالكها ؛ لم يملك طمها إذا أبرأه المالك من ضمان ما يتلف بها في أحد الوجهين) لأنه إتلافٌ لا نفع فيه ، فلم يكن له فعله ، كما لو غصب نقرةً فطبعها دراهم ثم أراد ردّها نقرةً ، ومقتضاه أنه إذا طالبه المالك بطمها أنه يلزمه ؛ لأنه يضرُّ بالأرض . والثاني: له طمها لغرض صحيح ؛ لأنه لا يبرأ من الضمان بإبراء المالك له ؛ لأنه إبراءٌ ممّا لم يجب بعدُ ، مع أنه إبراءٌ من حقّ غيره وهو الواقع فيها . ونصر في «المغني» و«الشرح» الأوّل بأنّ الضمان إنّما يلزمه لوجود التّعدي ، فإذا رضي صاحب الأرض زال التّعدي ، فيزول الضمان ، وليس هذا إبراءٌ ممّا لم يجب ، وإنّما هو إسقاط التّعدي برضاه به ، وهذا الخلاف جارٍ فيما ذكره ، فلو وضع التراب في غير أرض مالكها أو لم يبرئه من الضمان فلا ، وحكم ما إذا منعه من طمها كذلك .

تنبيه: إذا غصب بقرةً وأنزى عليها فحله أو بالعكس ، فالولد لربّ الأمّ ولا أجرة لفعله ولا أرش ، وعليه أرش فحل غيره إن ضربه ضرابه وأجرته إن صحّ إيجاره لذلك . وإذا أفرخت طيرة زيد عند عمرو من طيره ففرخها لزيد ؛ نصّ عليه ، وعليه ما أنفق عمرو إن نوى الرجوع به ، وإلا فلا .

(وإن غصب حباً فزرعه ، أو بيضاً فصار فرخاً ، أو نوى فصار غرساً) وفي

ردّه ولا شيء له ، ويُخَرَّج فيه مثل الذي قبله .

فصل

وإن نقص لزمه ضمان نقصه ، رقيقاً كان أو غيره . وعنه: أن الرقيق يضمن بما يضمن به في الإتلاف ، ويتخرَّج أن يضمنه بأكثر الأمرين منهما . وإن غصبه وجنى عليه ضمنه بأكثر الأمرين ،

«الانتصار»: أو غصناً فصار شجرةً (ردّه) لأنّه عين مال مالكه ، ونقصه (ولا شيء له) لأنّه تبرّع بفعله (ويتخرَّج فيه مثل الذي قبله) فيردّه ونقصه ، أو يملكه الغاصب ، أو يكون شريكاً بالزيادة ، على ما مرّ ؛ لأنّه إذا قصر الثوب ونحوه ساوى ذلك حكماً .

فرغ : إذا صار الرطب تمرًا ، أو السّمسم شيرجًا ، أو العنب عصيرًا أخذ ربّه مثل أيّهما شاء .

فصل

(وإن نقص لزمه ضمان نقصه) ولو بنات لحية أمردي ، وقطع ذنب حمار القاضي (بقيّمته) على المذهب ؛ لأنّه ضمان مالٍ من غير جنائية ، فكان الواجب ما نقص كالبهيمة ؛ إذ القصد بالضمان جبر حقّ المالك بإيجاب قدر ما فوّت عليه ، ولأنّه لو فات الجميع لوجب قيمته ، فإذا فات منه شيء وجب قدره من القيمة لغير الحيوان (رقيقاً كان أو غيره) لاشتراكهما في التّلف .

(وعنه: أن الرقيق يضمن بما يضمن به في الإتلاف) فيجب في يده نصف قيمته ، وفي موضحته نصف عُشر قيمته ؛ لأنّه ضمانٌ لأبعاضه ، فكان مقدراً من قيمته كأرش الجناية ، والمذهب: يضمنه مطلقاً بقيّمته بالغة ما بلغت ، ونقل حنبل: لا يبلغ بها دية حرّ (ويتخرَّج أن يضمنه بأكثر الأمرين) لأنّ سبب كلّ واحدٍ منهما قد وُجد ، فوجب أن يضمنه بأكثرهما ، كما لو غصبه وجنى عليه .

تنبيه: إذا كان النقص في الرقيق ممّا لا مقدّر فيه كنقصه لكبير أو مرضٍ ، فعليه

وإن جنى عليه غير الغاصب فله تضمين الغاصب بأكثر الأمرين ، ويرجع الغاصب على الجاني بأرْش الجناية ، وله تضمين الجاني أرش الجناية ، وتضمين الغاصب ما بقي من النَّقْص . وإن غصب عبداً فخصاه لزمه ردُّه وردُّ قيمته .

ما نقص مع الردِّ بغير خلافٍ نعلمه ، فإن نقص المغصوب بغير انتفاع واستعمالٍ أو عاب وجب أرشه ، وفي أجرته وجهان ، فإن نقص باستعماله فكذلك ، وقيل: يجب الأكثر من أجرته وأرش نقصه ، وإن غصب ثوباً فلبسه وأبلاه فنقص نصف قيمته ثمَّ غلت الثَّياب ، فعادت قيمته ، ردُّه وأرْش نقصه .

(وإن غصبه وجنى عليه ضمنه بأكثر الأمرين) هذا على القول بأنَّ ضمان الغصب غير ضمان الجناية ، وهو الصَّحيح ؛ لأنَّ سبب كلِّ واحدٍ منهما وُجد ، فوجب أكثرهما ، ودخل الآخر فيه ، وإن قلنا: ضمان الغصب ضمان الجناية ، كان الواجب أرش الجناية ، كما لو جنى عليه من غير غصب .

(وإن جنى عليه غير الغاصب) بأن قطع يده مثلاً (فله) أي: للمالك تضمين مَنْ شاء منهما ؛ لأنَّ الجاني قطع يده ، والغاصب حصل النَّقْص في يده (تضمين الغاصب بأكثر الأمرين) إذا قلنا: إنَّ ضمان الغصب ما نقص (ويرجع الغاصب على الجاني بأرْش الجناية) وهو نصف القيمة هنا ؛ لأنَّها أرش جنائية ، فلا يجب عليه أكثر منها (وله تضمين الجاني أرش الجناية) وهو نصف القيمة لا غير ، ولم يرجع على أحدٍ ؛ لأنَّه لم يضمَّه أكثر ممَّا وجب عليه (وتضمين الغاصب ما بقي من النَّقْص) أي: إذا كان أكثر من نصف القيمة ، ولا يرجع على أحدٍ . وإن قلنا: ضمان الغصب ضمان الجناية ، أو لم تنقص أكثر من قيمته لم يضمَّن الغاصب ههنا شيئاً ، وإن اختار تضمين الغاصب وقلنا: إنَّ ضمان الغصب كضمان الجناية ضمنه نصف القيمة ورجع بها الغاصب على الجاني ؛ لأنَّ التَّلَف حصل بفعله .

(وإن غصب عبداً فخصاه) أو قطع يديه أو ذكره ، أو ما تجب فيه الدِّية من الحرِّ (لزمه ردُّه وردُّ قيمته) نصَّ عليه ؛ لأنَّ المتلَّف البعض ، فلا يقف ضمانه على زوال الملك ، كقطع خُصِّيَّتِي ذكر المدبِّر ، ولأنَّ الخُصِّيَّتَيْنِ يجب فيهما كمال الدِّية

وعنه في عين الدَّابَّة من الخيل والبغال والحمير ربع قيمتها . والأوَّل أصحُّ . وإن نقصت العين لتغيُّر الأسعار لم يضمن ؛ نصَّ عليه . وإن نقصت القيمة لمرض أو نحوه ثمَّ عادت ببرئه لم يلزمه شيءٌ .

كما يجب فيهما كمال الدِّية من الحرِّ .

(وعنه في عين الدَّابَّة من الخيل والبغال والحمير: ربع قيمتها) نصره القاضي وأصحابه ؛ لما روى زيد بن ثابت أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قضى في عين الدَّابَّة بربع قيمتها . وعن عمر أنَّه كتب إلى شريح لما كتب يسأله عن عين الدَّابَّة: إنَّا كنَّا ننزلها منزلة الأدميِّ ، إلَّا أنَّه أجمع رأينا أنَّ قيمتها ربع الثَّمَن . وهذا إجماعٌ ، فقدم على القياس . وخصَّ في الرُّوضة هذه الرُّواية بعين الفرس ، وأنَّ عين غيرها بما نقص ، لكن قال: أحمد قاله في عين الدَّابَّة كقول عمر (والأوَّل أصحُّ) أي: أنَّه يضمن نقصه بالقيمة رقيقًا كان أو غيره ، وحديث زيد لا نعرف صحَّته ، بدليل احتجاج أحمد بقول عمر دونه ، مع أنَّ قول عمر محمولٌ على أنَّ ذلك كان قدر نقصها ، كما روي عنه أنَّه قضى في العين العائمة بخمسين دينارًا ، ولو كان تقدير الواجب في العين نصف الدِّية كعين الأدميِّ .

(وإن نقصت العين لتغيُّر الأسعار لم يضمن ؛ نصَّ عليه) وهو قول جمهور العلماء ؛ لأنَّه ردُّ العين بحالها لم ينقص منها عينٌ ولا صفةٌ ، فلم يلزمه شيءٌ ، كسمن هزل فزادت ، وعنه: بلى ؛ ذكرها ابن أبي موسى ، وقاله أبو ثور ، كعبدٍ خصاه فزادت قيمته ، وقيل: مع تلفه .

(وإن نقصت القيمة لمرض أو نحوه ثمَّ عادت ببرئه لم يلزمه شيءٌ) إلَّا ردُّه ؛ لأنَّه لم يذهب ما له قيمةٌ ، والعيب الذي أوجب الضَّمان زال في يده ، وكما لو انقلع سنُّه ثمَّ عاد ، ونصُّه: يضمن النَّقص كزيادةٍ في يده على الأصحِّ . فعلى الأوَّل ، لو ردُّ المغصوب معيًّا ، وزال عيبه في يد مالكه ، وكان أخذ الأرش لم يلزمه ردُّه ؛ لأنَّه استقرَّ ضمانه بردُّ المغصوب ، وإن لم يأخذه لم يسقط ضمانه لذلك .

وإن زاد من جهةٍ أخرى مثل أن تعلّم صنعةً فعادت القيمة ضمن النقص .
وإن زادت القيمة لسِمَنٍ أو نحوه ثمّ نقصت ضمن الزيادة ، وإن عاد مثل
الزيادة الأولى من جنسها لم يضمّنها في أحد الوجهين ، وإن كانت من غير
جنس الأولى لم يسقط ضمّانها . وإن غصب عبداً مفرطاً في السّمَن فهزل
فزادت قيمته ردّه ولا شيء عليه .

(وإن زاد من جهةٍ أخرى مثل إن تعلّم صنعةً فعادت القيمة ضمن النقص)
لأنّ الزيادة الثانية من غير جنس الأولى ، فلم ينجبر بها (وإن زادت القيمة لسِمَنٍ أو
نحوه) من تعلّم صنعةً كغصبه عبداً قيمته مائة فزادت قيمته بما ذكر حتّى صارت
مائتين (ثمّ نقصت) القيمة بنقصان بدنه أو نسيان ما تعلّمه حتّى صارت قيمته
مائة (ضمن الزيادة) مع ردّه ؛ لأنّها زيادةٌ في نفس المغصوب ، فلزم الغاصب
ضمّانها ، كما لو طالبه بردها فلم يفعل ، وكما لو كانت موجودةً حال
الغصب ، وعنه: لا يضمّنها ؛ ذكرها ابن أبي موسى ؛ لأنّه ردّ العين كما أخذها .

(وإن عاد مثل الزيادة الأولى من جنسها لم يضمّنها في أحد الوجهين) ذكر
في «الشرح» أنّه أقيس ؛ لأنّ ما ذهب عاد ، فهو كما لو مرض فنقصت قيمته ثمّ برأ
فعادت . والثّاني: يضمّنها ؛ صحّحه ابن حمدان ، كما لو كانا من جنسين ، ولأنّ
الزيادة الثّانية غير الأولى . فعلى هذا ، لو هزلت مرّةً ثانيةً بأن كان قيمتها مائة يوم
الغصب فسمنت ألفاً ، ثمّ هزلت فعادت إلى مائة ، ثمّ سمنت فعادت إلى
ألف ، ثمّ هزلت فعادت إلى مائة ضمن النّقصين بألفٍ وثمانمائة ، وقيل: يضمّن أكثر
السّمنين قيمةً ؛ جزم به في «الوجيز» .

(وإن كان من غير جنس الأولى لم يسقط ضمّانها) جزم به أكثر الأصحاب ؛
لأنّ الثّانية غير الأولى . وقال أبو الخطّاب: متى زادت ثمّ نقصت ثمّ زادت مثل
الزيادة الأولى فوجهان ، سواء كانا من جنسين كالسّمَن والتعلّم ، أو من جنسٍ
كسِمَنٍ مرّتين (وإن غصب عبداً مفرطاً في السّمَن فهزل فزادت قيمته) أو لم
تنقص القيمة (ردّه) لأنّه عين ملك غيره (ولا شيء عليه) لأنّ القيمة لم تنقص ،
فلم يجب شيء .

وإن نقص المَغْصُوبِ نَقْصًا غيرَ مُسْتَقَرٍّ كَحَنْطَةِ ابْتُلَّتْ وَعَفَنْتِ خَيْرَ بَيْنِ أَخَذَ مِثْلَهَا وَبَيْنَ تَرَكَهَا حَتَّى يَسْتَقَرَّ فَسَادَهَا وَيَأْخُذَهَا وَأَرَشَ نَقْصَهَا . وَإِنْ جَنَى الْمَغْصُوبَ فَعَلِيهِ أَرَشَ جُنَايَتِهِ ، سِوَاءَ جَنَى عَلَى سَيِّدِهِ أَوْ غَيْرِهِ ،

فَرُغَ : إِذَا غَضِبَ دَارًا فَنَقَضَهَا وَلَمْ يَبْنِهَا فَعَلِيهِ أَجْرَتُهَا إِلَى حِينِ نَقْضِهَا وَأَجْرُهَا مَهْدُومَةٌ مِنْ حِينِ نَقْضِهَا إِلَى حِينِ رَدِّهَا ، وَإِنْ بَنَاهَا بِأَلَةٍ مِنْ عِنْدِهِ فَالْحُكْمُ كَذَلِكَ ، وَإِنْ كَانَ بِأَلَتِهَا أَوْ آلَةٍ مِنْ تَرَابِهَا أَوْ مَلِكِ الْمَغْصُوبِ مِنْهُ فَعَلِيهِ أَجْرَتُهَا عَرِصَةً مِنْذُ نَقْضِهَا إِلَى أَنْ يَبْنَاهَا ، وَأَجْرَتُهَا دَارًا فِيمَا قَبْلَ ذَلِكَ وَبَعْدَهُ .

(وإن نقص المَغْصُوبِ نَقْصًا غيرَ مُسْتَقَرٍّ كَحَنْطَةِ ابْتُلَّتْ وَعَفَنْتِ خَيْرَ بَيْنِ أَخَذَ مِثْلَهَا) أَي: أَخَذَ بَدْلَهَا (وَبَيْنَ تَرَكَهَا حَتَّى يَسْتَقَرَّ فَسَادَهَا وَيَأْخُذَهَا وَأَرَشَ نَقْصَهَا) كَذَا قَالَ فِي الْهِدَايَةِ وَ«الْوَجِيزِ» ، وَفِي «الْمَغْنِيِّ» أَنَّ هَذَا الْقَوْلَ لَا بَأْسَ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجِبُ الْمِثْلُ ؛ لِوُجُودِ عَيْنِ مَالِهِ ، وَلَا يَجِبُ أَرَشُ الْعَيْبِ ؛ لِعَدَمِ اسْتِقْرَارِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ مَعْرِفَتُهُ وَلَا ضَبْطُهُ ، وَحَيْثُ كَانَ كَذَلِكَ بَقِيَتْ الْخَيْرَةُ إِلَيْهِ بَيْنَ أَخْذِ الْبَدْلِ ؛ لَمَّا فِي التَّأخِيرِ مِنَ الضَّرَرِ ، وَبَيْنَ الصَّبْرِ حَتَّى يَسْتَقَرَّ الْفَسَادُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا رَضِيَ بِالتَّأخِيرِ سَقَطَ ، فَيَأْخُذُ الْعَيْنَ ؛ لِأَنَّهَا مَلَكَهَ ، وَيَأْخُذُ أَرَشَ النَّقْصِ مِنَ الْغَاصِبِ ؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ بِجُنَايَتِهِ ، أَشْبَهَ تَلْفَ الْحَرِّ الْمَغْصُوبِ ، وَقِيلَ: يَجِبُ الْأَرَشُ مَطْلَقًا ، وَقَالَ الْقَاضِي: عَلَيْهِ بَدْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْلَمُ قَدْرَ نَقْصِهِ ، وَلَمْ يَرُجَّحْ فِي «الْفُرُوعِ» شَيْئًا .

فَرُغَ : إِذَا اسْتَعْمَلَ عَبْدًا بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ فَهُوَ كَغَضَبِهِ ، وَكُلُّ مَغْصُوبٍ زَكَّاهُ مَالُكَهَ حَالَ غَضَبِهِ رَجَعَ بِمَا غَرَمَ عَلَى غَاصِبِهِ . قَالَ ابْنُ حَمْدَانَ: إِنْ ضَمِنَ مَنْفَعَةَ الْمَغْصُوبِ ضَمِنَ وَالًّا فَلَا .

(وإن جنى المَغْصُوبِ فَعَلِيهِ) أَي: الْغَاصِبِ (أَرَشَ جُنَايَتِهِ) لِأَنَّهُ نَقَضَ فِي الْعَبْدِ الْجَانِيِ ، فَكَانَ عَلَيْهِ كَسَائِرُ نَقْصِهِ (سِوَاءَ جَنَى عَلَى سَيِّدِهِ) لِأَنَّهَا مِنْ جَمَلَةِ جُنَايَاتِهِ ، فَكَانَ مَضْمُونًا عَلَى الْغَاصِبِ ، كَالْجُنَايَةِ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ ، وَقِيلَ: لَا يَضْمَنُ جُنَايَتَهُ عَلَى سَيِّدِهِ ؛ لِتَعَلُّقِهَا بِرَقَبَتِهِ (أَوْ غَيْرِهِ) وَسِوَاءَ فِي ذَلِكَ مَا يُوْجِبُ الْقِصَاصَ أَوْ الْمَالَ ، وَلَا يَلْزِمُهُ أَكْثَرَ مِنَ النَّقْصِ الَّذِي لَحِقَ الْعَبْدِ .

وجنابته على الغاصب وعلى ماله هدرٌ ، وتضمن زوائد الغصب كالولد
والثمرة إذا تلفت أو نقصت كالأصل .

فصل

وإن خلط المغصوب بماله على وجه لا يتميز مثل إن خلط حنطةً أو زيتاً
بمثله لزمه مثله منه في أحد الوجهين ، وفي الآخر: يلزمه مثله من حيث شاء .

(وجنابته على الغاصب وعلى ماله هدرٌ) لأنه إذا جنى على أجنبيٍّ وجب أرشه
على الغاصب ، فلو وجب له شيءٌ لوجب على نفسه ومحلّه في غير قودٍ ؛ جزم به
في «المحرّر» و«الوجيز» و«الفروع» ، فلو قتل عبداً لأحدهما عمداً فله قتله به ، ثمَّ
يرجع السُّيد بقيمته على الغاصب فيهما .

(وتضمن زوائد الغصب كالولد والثمرة إذا تلفت أو نقصت كالأصل) سواءً
تلف منفرداً أو مع أصله ؛ لأنه مالٌ مغصوبٌ حصل في يده ، فيضمنه بالتلف
كالأصل .

فصل

(وإن خلط المغصوب بماله على وجه لا يتميز ، مثل أن خلط حنطةً أو زيتاً
بمثله لزمه مثله) قولاً واحداً ؛ لأنه مثليٌّ ، فيجب مثل مكيله (منه في أحد الوجهين)
هو ظاهر كلام أحمد ، ونصره في «المغني» و«الشَّرح» ، وجزم به المجد ، وقدمه في
«الفروع» ؛ لأنه قدر على دفع ماله إليه مع ردِّ المثل في الباقي ، فلم ينتقل إلى بدله في
الجميع ، كما لو غصب صاعاً فتلف بعضه (وفي الآخر: يلزمه مثله من حيث شاء)
قال القاضي: هو قياس المذهب ؛ لأنه تعدُّ ردُّ عين ماله بالخلط ، فوجب مطلق
المثل . وفي «الوسيلة» و«الموجز»: قُسِّم بينهما بقدر قيمتهما ، أمّا لو خلطه بما لا
قيمة له ، كزيتٍ خلط بماءٍ ، فإن أمكن تخليصه خلصه ، وردّه وردَّ نقصه ،
وإن لم يمكن تخليصه أو كان ذلك يفسده لزمه مثله ، وإن لم يفسده ردّه وردَّ
نقصه ، وإن احتيج في تخليصه إلى غرامةٍ فعلى الغاصب .

وإن خلطه بدونه أو خير منه أو بغير جنسه لزمه مثله في قياس التي قبلها ،
وظاهر كلامه أنهما شريكان بقدر ملكيهما .

(وإن خلطه بدونه أو خير منه أو بغير جنسه) على وجه لا يتميّز (لزمه مثله في قياس التي قبلها) قال القاضي: هذا قياس المذهب ؛ لأنه صار بالخلط مستهلكاً ، وكذا لو اشترى زيتاً فخلطه بزيتته ثم أفلس صار البائع كبعض الغرماء ؛ لأنه تعذر عليه الوصول إلى عين ماله ، فكان له بدله ، كما لو كان بالغاً ، إلا أنه إذا خلطه بخير منه وبذل الغاصب مثل حقه منه لزمه قبوله ، وإن كان بأدنى منه فرضي المالك بأخذ قدر حقه منه لزم الغاصب بدله ، وقيل: لا ؛ لأن حقه انتقل إلى الذمة ، فلم يُجبر على عين مالٍ ، وإن اتفقا على أن يأخذ أكثر من حقه من الرديء ، أو دون حقه من الجيد ، لم يجز ؛ لأنهاخذ دون حقه من الرديء ، أو سمح الغاصب بدفع أكثر من حقه من الجيد - جاز ؛ لأنه لا مقابل للزيادة ، وإن خلطه بغير جنسه فتراضياً على أن يأخذ دون حقه أو أكثر جاز ؛ لأن بدله من غير جنسه ، فلا تحرم الزيادة بينهما .

(وظاهر كلامه أنهما شريكان بقدر ملكيهما) هذا هو المذهب عند المحققين ، قال في رواية أبي الحارث في رجل له رطل شيرج وآخر له رطل زيت واختلط: يباع الدهن كله ، ويُعطى كل واحد قدر حصته ؛ لأنه إذا فعل ذلك وصل كل واحد إلى عين ماله ، فإن نقص المغصوب عن قيمته منفرداً فعلى الغاصب ضمان النقص ؛ لأنه حصل بفعله ، فلو اختلط درهم باثنين لآخر فتلف اثنان فما بقي بينهما على ثلاثة أو نصفين؟ فيه وجهان .

مسألة: إذا اختلط نقدٌ حرامٌ بمثله أو أكثر دفع قدر الحرام إلى مالكة أو من يقوم مقامه ، أو تصدق به عن ربّه إن جهله ، وما بقي حلالاً ، وإن عبر الحرام الثلث وقيل: أو بلغه حرم الكلّ وتصدّق به ، وقيل: كالأول يخرج قدر الحرام . قال أحمد في الذي يعامل بالربا: يأخذ رأس ماله ، ويردّ الفضل إن عرف ربّه ، وإلا تصدّق به ، ولا يؤكل عنده شيء ، وإن شكّ في قدر الحرام تصدّق بما يعلم أنه

وإن غصب ثوباً فصبغه أو سويقاً فلتته بزيت فنقصت قيمتهما أو قيمة أحدهما ضمن النقص ، وإن لم تنقص ولم تزد أو زادت قيمتهما فهما شريكان بقدر ماليهما ، وإن زادت قيمة أحدهما فالزيادة لصاحبه . فإن أراد أحدهما قلع الصبغ لم يجبر الآخر عليه . ويحتمل أن يجبر إذا ضمن الغاصب النقص .

أكثر منه ؛ نصّ على ذلك كله .

(وإن غصب ثوباً فصبغه أو سويقاً فلتته بزيت فنقصت قيمتهما أو قيمة أحدهما ضمن النقص) لأنه حصل بتعدّيه ، فيضمنه ، كما لو أتلف بعضه ، فإن كان النقص بسبب تغير الأسعار لم يضمنه على المذهب (وإن لم تنقص) القيمة (ولم تزد) كما لو كانت قيمة كل واحد منهما خمسة فصارَت قيمتهما عشرة (أو زادت قيمتهما فهما شريكان بقدر ماليهما) لأنّ عين الصبغ ملك الغاصب ، واجتماع المالكين يقتضي الاشتراك .

(وإن زادت قيمة أحدهما فالزيادة لصاحبه) أي: لصاحب الملك الذي زادت قيمته ؛ لأنها تبع للأصل . فعلى هذا ، إن كانت لزيادة الثياب في الشوق كانت الزيادة لملك الثوب ، وإن كانت لزيادة الصبغ فهي لملك الصبغ .

(فإن أراد أحدهما قلع الصبغ لم يجبر الآخر عليه) أي: يُمنع طالب قلع الصبغ منهما ؛ كذا في «المحرّر» و«الوجيز» و«الفروع» ؛ لأنّ المرید للقلع إمّا الغاصب لم يجبر المغصوب منه ؛ لأنّ ماله ينقص بسبب أخذه ، أو المغصوب منه لم يجبر الغاصب عليه ؛ لأنّ الصبغ يهلك بالإخراج ، وقد أمكن وصول الحقّ إلى صاحبه بدونه وهو البيع .

(ويحتمل أن يجبر إذا ضمن الغاصب النقص) لأنّ المانع لما يلحقه من الضرر ، فإذا ضمنه الغاصب انتفى ، فوجب أن يجبر عملاً بالمتقضى السالم عن المعارض ، وظاهره يقتضي اختصاص هذا بمن ذكر ، وليس كذلك ، فإنّ الحكم في الآخر كذلك ، وعبارة «المحرّر» و«الفروع» أولى .

ويحتمل أن يمكن إذا ضمن نقص حقّ الآخر ، وعنه: لا يضمن ربّ المال

وإن وهب الصَّبغ للمالك أو وهبه تزويق الدَّار ونحوها فهل يلزم المالك قبولها؟ على وجهين . وإن غصب صبغاً فصبغ به ثوباً ، أو زيتاً فلتَّ به سَوِيْقاً احتمل أن يكون كذلك ، واحتمل أن تلزمه قيمته أو مثله إن كان مثلياً . وإن غصب ثوباً وصبغاً فصبغه به ردَّه وأرش نقصه ، ولا شيء له في زيادته .

كبناءٍ . ونقل في «الشَّرح» عن الأصحاب : أنَّ الغاصب إذا أراد قلع الصَّبغ فله ذلك ، سواء أضرَّ بالثَّوب أو لا ، ويضمن نقص الثَّوب ؛ لأنَّه عين ماله ، وظاهر «الخرقيِّ» أنَّه لا يملك القلع حيث تضرَّر الثَّوب ، ولم يفرِّق أصحابنا بين ما يهلك صبغه بالقلع وبين ما لا يهلك . قال في «المغني»: وينبغي أنَّه لا يملكه إذا هلك بالقلع ؛ لأنَّه سفةٌ ، وإنَّ أرادَه المغصوب منه فوجهان . وظاهر كلام أحمد أنَّه لا يملك إجباره عليه ، ولا يَمْكُنُّ من قلعه . وحكى في «الرَّعاية» احتمالاً أنَّ له قلعه بأرشه مع بقاء قيمة الثَّوب قبله ، وليس للغاصب أخذ الثَّوب بقيمته ، فلو بذل ربُّ الثَّوب قيمة الصَّبغ للملكه لم يُجْبَر على قبوله ، كما لو بذل قيمة الغراس ، وقيل: بلى إذا لم يقلعه ، كالغرس في الأرض المشفوعة .

(وإن وهب الصَّبغ للمالك أو وهبه تزويق الدَّار ونحوها ، فهل يلزم المالك قبولها؟ على وجهين) أصحُّهما: أنَّه يلزمه قبول ذلك ؛ لأنَّ الصَّبغ صار من صفات العين ، فهو كزيادة الصِّفة في المسلم به ، وكنسج الغزل لا هبة مسامير سَمَّر بها الباب المغصوب . والثَّاني: لا ؛ لأنَّه عينٌ يمكن إفرادها كالغراس ، فإنَّ أراد مالك الثَّوب بيعه فله ذلك ؛ لأنَّه ملكه ، وإنَّ أراد الغاصب بيعه لم يجب إليه ؛ لتعدُّيه . (وإن غصب صبغاً فصبغ به ثوباً ، أو زيتاً فلتَّ به سَوِيْقاً احتمل أن يكون كذلك). أي: أنَّهما شريكان حيث كان الصَّبغ والثَّوب ملكاً للغاصب ؛ لأنَّه خلط المغصوب بماله (واحتمل أن تلزمه قيمته أو مثله إن كان مثلياً) لأنَّ الصَّبغ قد تفرَّق في الثَّوب ، والزَّيت مستهلكٌ في السَّويق ، أشبه ما لو أتلفهما .

(وإن غصب ثوباً وصبغاً فصبغه به ردَّه) لأنَّه عين ملك غيره (و) يرُدُّ (أرش نقصه) لأنَّه حصل بفعله (ولا شيء له في زيادته) لأنَّه متبرِّعٌ ، وظاهره لا فرق بين أن يكونا لاثنين أو لواحدٍ . وفي «الرَّعاية»: إذا كان من واحدٍ وزادا فزيادتهما لغوٌ .

فصل

وإن وطئ الجارية فعليه الحدُّ والمهر ، وإن كانت مطاوعةً وأرش البكارة .
وعنه: لا يلزمه مهر الثَّيِّب ، وإن ولدت فالولد رقيقٌ للسَّيِّد .

ويحتمل الشَّرْكَة ، وإن كانا من اثنين اشتركا في الأصل ، والزيادة بالقيمة ، وما نقص أحدهما غرمه الغاصب ، وقيل: زيادة أحدهما لرَبِّه . وفي «الشَّرْح»: هما شريكان بقدر ملكيهما ، فإن زادت فالزيادة لهما ، وإن نقص فالضَّمان على الغاصب ، ويكون النَّقْص من صاحب الصَّبْغ ؛ لأنَّه تَبَدَّد في الثَّوب ، ويرجع بها على الغاصب ، وإن نقص السَّعْر لنقص سعر الثَّياب أو الصَّبْغ أو هما لم يضمنه الغاصب ، وكان نقص كلِّ واحدٍ من صاحبه .

فرغ : إذا دفع ثوباً إلى غير مالكة فلبسه ولم يعلم ضمنه دافعه ، وقيل: لابسهُ ، وقيل: يجب أكثرهما إن كانت له أجره ، وإلَّا فأرشه فقط .

فصل

(وإن وطئ الجارية) بعد غصبها فهو زانٍ ؛ لأنَّها ليست زوجةً ولا ملك يمين (فعليه الحدُّ) أي: حدُّ الزَّنا إذا كان عالماً بالتَّحريم ؛ لأنَّه لا ملك له عليها ، ولا شبهة ملك (والمهر) أي: مهر مثلها ؛ لأنَّه يجب بالوطء في غير ما ذكرنا (وإن كانت مطاوعةً) لأنَّ المهر حقٌّ للسَّيِّد ، فلم يسقط بمطاوعتها ، كما لو أذنت في قطع طرفها ، وعنه: لا مهر لمطاوعةٍ ؛ لأنَّه عليه السَّلام نهى عن مهر البغيِّ . وجوابه: بأنَّه محمولٌ على الحرَّة ، ولأنَّه حقٌّ للسَّيِّد مع الإكراه ، فيجب مع الطَّواعية كأجر منافعه .

(وأرش البكارة) لأنَّه بدل جزءٍ منها ، وقيل: لا يجب ؛ لدخوله في مهر البكر ، ولهذا تزيد على مهر الثَّيِّب عادةً لأجل ما يتضمَّنهُ من تفويت البكارة (وعنه: لا يلزمه مهر الثَّيِّب) لأنَّه لم ينقصها ولم يؤلِّمها ، أشبه ما لو قبَّلها . والأوَّل أولى .

(وإن ولدت فالولد رقيقٌ للسَّيِّد) لأنَّه من نمائها وأجزائها ، ولأنَّه يتبع أمَّهُ في

ويضمن نقص الولادة . وإن باعها أو وهبها لعالم بالغصب فوطئها فللمالك تضمين أيهما شاء نقصها ، ومهرها ، وأجرتها ، وقيمة ولدها . فإن ضمن الغاصب رجوع على الآخر ،

الرَّقُّ في النِّكاح الحلال ، فهنا أولى ، ولا يلحق نسبه بالواطئ ؛ لأنه من زنا ، ويجب ردُّه معها ، كزوائد الغصب .

وإن سقط ميثًا لم يضمه ؛ ذكره القاضي ؛ لأنه لا تُعلم حياته قبل هذا . وقال أبو الحسين: يجب ضمانه بقيمته لو كان حيًّا . وفي «المغني»: يضمه بعشر قيمة أمه ؛ لأنه الذي يضمه في الجناية ، فلو وضعته حيًّا ثم مات ضمنه بقيمته يوم انفصاله (ويضمن نقص الولادة) لأنه نقصٌ حصل بفعله ، كنقصها بقطع أطرافها ، ولا ينجر بزيادتها بالولد ، وإن ضرب الغاصب بطنها فألقت الجنين ميثًا فعليه عُشر قيمة أمه كالأجنبي ، وللمالك تضمين أيهما شاء ، ويستقر الضمان على الضارب ؛ لأنَّ الإلتلاف وُجد منه . وإن ماتت الجارية فعليه قيمتها أكثر ما كانت ، ويدخل فيه أرش بكارتها ونقص الولادة دون ولدٍ ومهرٍ . فأما إن كان الغاصب جاهلاً بالتحريم لم يُحدِّد ، وعليه المهر وأرش البكارة ، والولد حرٌّ يلحقه نسبه لمكان الشبهة ، وهي إن كانت مطاوعةً عالمةً بالتحريم فعليها الحدُّ إن كانت من أهله وإلا فلا .

فرغ : ضرب بهيمة فألقت جنينًا ميثًا ضمن نقص القيمة ؛ نصُّ عليه ، وقيل: بل عُشر قيمة أمه ، وقيل: بل قيمته لو كان حيًّا ، وإن تلف لا بجناية فهدرٌ ، وقيل: يضمن ؛ لأنَّ التلّف كالإلتلاف .

(وإن باعها أو وهبها لعالم بالغصب) فهو فاسدٌ على المذهب (ف) إن (وطئها) فللمالك تضمين أيهما شاء) أمَّا الغاصب فلائنه السَّبب في إيصالها إلى الغير ، وأمَّا المشتري والمتهب لأنه المتلِف ، ولما فيه من تحصيل حقه وزجر من يشتريه من غاصبه أو متَّهبه ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما غاصبٌ (نقصها ومهرها وأجرتها وقيمة ولدها) أي: التالف ؛ لأنَّ ذلك جميعه يضمونها الغاصب لو انفرد ، فكذا هنا (فإن) ضمن الغاصب رجوع على الآخر) لأنَّ النَّقص حصل في يده والمنفعة حصلت له

ولا يرجع الآخر عليه . وإن لم يعلما بالغصب فضمنهما رجعا على الغاصب . وإن ولدت من أحدهما فالولد حرٌّ ، ويفديه بمثله في صفاته تقريبًا . ويحتمل أن يعتبر مثله في القيمة . وعنه: يضمه بقيمته ويرجع به على الغاصب . وإن تلفت فعليه قيمتها ، ولا يرجع بها إن كان مشتريًا ،

(ولا يرجع الآخر) وهو المشتري والمتهب حيث ضمنه (عليه) لأنه المتلف ، فاستقرَّ الضمان عليه (وإن لم يعلما بالغصب فضمنهما) المالك: المهر ، وأرش البكارة ونقص الولادة (رجعا على الغاصب) لأنهما دخلا في العقد على أن يتلغا ذلك بغير عوض ، فوجب أن يرجعا عليه ؛ لكونه غرَّهما (وإن ولدت من أحدهما فالولد حرٌّ) لاعتقاده أنه وطئ مملوكته ، ويلحقه النسب ؛ لمكان الشبهة (وفيديه) على الصحيح ؛ لأنه فوت رقه على سيده باعتقاده حلَّ الوطاء ، أشبه ولد المغرور ، وعنه: لا فداء عليه ؛ لاعتقاده حرًّا . والمذهب الأول ، فيكون الفداء يوم الوضع ، وهو مختار القاضيين والشيخين وغيرهم ؛ لأنه أول أوقات الإمكان ، وظاهر إطلاق أحمد في رواية ابن منصور أنه يوم المحاكمة (بمثله في صفاته تقريبًا) في ظاهر كلام أحمد والخرقي والقاضي وعامة أصحابه ؛ لأنَّ الولد حرٌّ ، والحرُّ لا يضم بالقيمة (ويحتمل أن يُعتبر مثله في القيمة) هذا رواية عن أحمد ، واختاره أبو بكر ؛ لأنه أقرب من نفس القيمة (وعنه: يضمه بقيمته) اختاره في «التلخيص» ، وصحَّحه في «المغني» و«الشرح» ، وجزم به في «الوجيز» ، وقدمه في «الفروع» ؛ لأنَّ الحيوان ليس بمثلِّي ، فيضمن بقيمته كسائر المتقومات ، وعنه: بأيُّهما شاء ؛ اختاره أبو بكر في «المقنع» (ويرجع به) بالمهر وما فدي به الولد (على الغاصب) لأنه قد غرَّه ، وقضى به عمر في المهر ، وعن أحمد: لا رجوع له بالمهر ؛ قضى به عليٌّ . ثم إن كانت الجارية باقية ردها إلى سيدها ، ولا يرجع ببدلها ؛ لأنها ملك المغصوب منه ، لكن يرجع بالثمن الذي أخذه منه .

(وإن تلفت فعليه قيمتها) لملكها كما يلزمه نقصها ، فلو قتلها الغاصب بوطئه فالدية ؛ نقله مهنا (ولا يرجع بها) على الغاصب (إن كان مشتريًا) لأنَّ المشتري

ويرجع بها المتهب . وعنه: أن ما حصلت له به منفعة - كالأجرة والمهر وأرش البكارة - لا يرجع به . وإن ضمن الغاصب رجوع على المشتري بما لا يرجع به المشتري عليه .

دخل مع الغاصب على أن يكون ضامناً لذلك الثمن ، فإذا ضمنه القيمة لم يرجع بها ، لكن يرجع بالثمن ؛ لأن البيع باطل ، فلا يدخل الثمن في ملك الغاصب ، كما لو وجد العين باقية (ويرجع بها) أي: بقيمة العين (المتهب) في الأصح ؛ لأنه دخل مع الغاصب على أن يسلم له العين ، فيرجع بما غرم من قيمتها على الغاصب كقيمة الأولاد .

(وعنه: أن ما حصلت له به منفعة - كالأجرة والمهر وأرش البكارة - لا يرجع به) اختاره أبو بكر ؛ لأنه غرم ما استوفى بدله ، فلا يرجع به كقيمة الجارية وبدل أجزائها ، وجملته أن المالك إذا رجع على المشتري فأراد المشتري الرجوع على الغاصب فهو على أقسام: الأول: لا يرجع به ، وهو قيمتها إن تلفت في يده وأرش بكارتها ، وعنه: بلى ، كالمهر وبدل أجزائها ؛ لأنه دخل مع الغاصب على أن يكون ضامناً لذلك الثمن ، فإذا ضمنه لم يرجع به .

الثاني: يرجع به ، وهو بدل الولد ونقص الولادة ؛ لأنه دخل في العقد على ألا يكون الولد مضموناً عليه ، ولم يحصل منه إتلاف ، وإنما الشرع أتلفه بحكم منع الغاصب منه .

الثالث: مهر المثل وأجرة نفعها ، وفيه روايتان ، أشهرهما: أنه يرجع به ؛ لأنه دخل في العقد على أن يتلفه بغير عوض ، فإذا غرم رجوع به كبديل الولد .

(وإن ضمن الغاصب رجوع على المشتري) لأن التلّف حصل في يده ، فهو كالمباشر ، والغاصب كالتسبب (بما لا يرجع به المشتري عليه) أي: على الغاصب ؛ لأنه لا فائدة فيه ، وضابطه: أن كل ما رجع به على المشتري لا يرجع به المشتري على الغاصب إذا رجع به المالك على الغاصب ورجع به الغاصب على المشتري ، وكل ما لو رجع به على المشتري رجع به المشتري على

وإن ولدت من زوج فمات الولد ضمنه بقيمته ، وهل يرجع بها على الغاصب؟ على روايتين . وإن أعارها فتلفت عند المستعير استقرَّ ضمان قيمتها عليه ، وضمان الأجرة على الغاصب .

الغاصب إذا غرمه الغاصب لم يرجع به على المشتري ؛ لأنَّ الضَّمان استقرَّ على الغاصب ، فإن رَدَّها حاملاً فماتت من الوضع فهي مضمونة على الواطئ ؛ لأنَّ التَّلَف بسبب من جهته .

(وإن ولدت من زوج) أي: إذا اشترى المصوبة من لا يعلم بالغصب فروَّجها لغير عالم به فولدت من الزَّوج فهو مملوك ؛ لأنَّه من نمائها (فمات الولد ضمنه بقيمته) لأنَّه مالٌ ، وليس بمثلِّي ؛ لكونه ينعقد رقيقاً ؛ لأنَّ الواطئ لا يعتقد أنَّها مملوكته ، بخلاف المشتري الجاهل بالغصب (وهل يرجع بها) أي: بقيمة الولد (على الغاصب؟ على روايتين) أشهرهما: أنَّه يرجع على الغاصب ؛ لأنَّه غرَّه ؛ لكونه دخل على أنَّ الولد إن تلف فهو من ضمان مالك الجارية ؛ لأنَّها مملوكته . والثَّانية: لا رجوع ؛ لأنَّ التَّلَف حصل في يده ، أشبه تلف الجارية .

(وإن أعارها فتلفت عند المستعير) فللمالك تضمين أيَّهما شاء أجرها وقيمتها ، فإن ضمن المستعير مع علمه بالغصب لم يرجع به على أحد ، وإن ضمن الغاصب رجع على المستعير ، وإن لم يكن علم بالغصب فضمنه (استقرَّ ضمان قيمتها عليه) لأنَّه قبضها على أنَّها مضمونة عليه (وضمان الأجرة على الغاصب) لأنَّه دخل على أنَّ المنافع له غير مضمونة عليه ، وفي «المغني» و«الشَّرح» أنَّه لا يرجع عليه ؛ لأنَّه انتفع بها ، فقد استوفى بدل ما غرم ، فإن رَدَّها على الغاصب لم يبرأ ؛ لأنَّه دفع العين إلى غير مستحقِّها ، وهو ظاهرٌ مع العلم ، ويستقرَّ الضَّمان على الغاصب إن حصل التَّلَف في يده .

تنبيهٌ : جعل في «الشَّرح» المودع كالمستعير . والمذهب: أنَّه يرجع مودعٌ ونحوه بقيمته ومنفعته كمرتهن في الأصحَّ ، ويرجع مستأجرٌ بقيمته ، وعكسه مشترٍ ومستعيرٌ ، ويأخذ مستأجرٌ ومشتريٌ من غاصبٍ ما دفعاً إليه ، ويأخذ مشترٍ نفقته

وإذا اشترى أرضاً فغرسها أو بنى فيها فخرجت مستحقةً وقلع غرسه وبناءه رجع المشتري على البائع بما غرمه ؛ ذكره القاضي في القسمة .

وإن أطعم المغصوب لعالم بالغصب استقرَّ الضمان عليه ، وإن لم يعلم وقال له الغاصب: كله فإنه طعامي ، استقرَّ الضمان على الغاصب . وإن لم يقل ففي أيهما يستقرُّ الضمان عليه؟ وجهان .

وعمله من بائع غازٍ ؛ ذكره الشيخ تقي الدين .

(وإذا اشترى أرضاً فغرسها أو بنى فيها فخرجت مستحقةً) وهو لا يعلم بالحال (وقلع غرسه وبناءه رجع المشتري على البائع بما غرمه ؛ ذكره القاضي في القسمة) وواقفه المتأخرون ؛ لأنه يبيعه إيَّاهم غره وأوهمه أنها ملكه ، والمنصوص عنه أنه يتملك بالقيمة ولا يقلع مجاناً ، ليس هذا مثل مَنْ غرس في أرض غيره فيقلع غرسه ، وحمل القاضي على أن له القيمة على مَنْ غره كما في المغرور بنكاح أمةٍ ، فأما مالك الأرض فلا ضمان عليه ؛ لأنه لم يحصل منه إذن . وفي «القواعد» : أن هذا مخالفٌ لدلول النصوص ، وكونه لم يحصل منه إذن لا ينفي كون الغراس محترماً ، كالسَّيل إذا حمل نوى إلى أرض غيره فنبت فيها أنه كغرس المستعير في وجهه ، وظاهر الأول : أن للمالك قلعه ، وعنه: ليس للمستحق ذلك إلا أن يضمن نقصه ثم يرجع بها على الغاصب .

(وإن أطعم المغصوب لعالم بالغصب استقرَّ الضمان عليه) لأنه أتلف مال غيره بغير إذنه عالماً من غير تغيير ، وللمالك تضمين الغاصب ؛ لأنه حال بينه وبين ماله ، والآكل ؛ لأنَّ التَّلف حصل في يده ، فإن ضمن الغاصب رجع على الآكل ، وإن ضمن الآكل فهدر .

(وإن لم يعلم وقال له الغاصب: كله فإنه طعامي ، استقرَّ الضمان على الغاصب) لأنه غره ، ولاعترافه بأنَّ الضمان باقي عليه ، وعنه: على آكل كآكله بلا إذنه . قال جماعةٌ: وكذا إذا أطعمه لبعده أو دابَّته غير عالم به (وإن لم يقل) : هو طعامي أولى (ففي أيهما يستقرُّ عليه الضمان؟ وجهان) هما روايتان

وإن أطعمه لمالكة ولم يعلم لم يبرأ ؛ نصّ عليه في رجل له عند رجل تبعه فأوصلها إليه على أنها صلة أو هديّة ولم يعلم كيف هذا ، يعني أنّه لا يبرأ . وإن رهنه عند مالكة أو أودعه إيّاه أو أجره أو استأجره على قصارته وخطاطته لم يبرأ ، إلا أن يعلم ، وإن أعاره إيّاه برئ ، علم أو لم يعلم .

في «المغني»: أحدهما: يستقرّ على آكله ؛ لأنّه ضمن ما أتلف ، فلم يرجع به على أحدٍ كآكله بلا إذن . والثّاني: على الغاصب ، وهو ظاهر «الخرقيّ» و«الفروع» ؛ لأنّه غرّ الآكل وأطعمه على ألاّ يضمّنه .

مسألة : لو أباحه للغاصب فأكل قبل علمه ضمن ؛ ذكره في «الانتصار» و«الشرح» .

(وإن أطعمه لمالكة ولم يعلم لم يبرأ ؛ نصّ عليه في رجل له عند رجل تبعه فأوصلها إليه على أنها صلة أو هديّة ولم يعلم كيف هذا ، يعني أنّه لا يبرأ) لأنّه بالغصب أزال يد المالك وسلطنته ، وبالتّقديم إليه لم يعد ؛ لأنّه لا يملك التّصرّف فيه بكلّ ما يريد من الأخذ والصّدقة ونحوهما ، فلم يزلّ عنه الضّمان ، كما لو علفه لدوائه ، وقيل: يبرأ ، بناءً على ما إذا أطعمه لأجنبيّ ، فإنّه يستقرّ الضّمان على الآكل ، وهذا رواية . قال في التّليخيص: فيكون في المالك روايتا المغرور كالأجنبيّ وأولى . وظاهره : أنّه إذا علم فإنّه يبرأ الغاصب ؛ لأنّه أتلف ماله برضاه عالماً به ، فلو وهبه المغصوب لمالكة أو أهدها إليه لم يبرأ ، وعنه: بلى ؛ جزم به بعضهم ، وصحّحه في «الشرح» ؛ لأنّه سلّمه إليه تسليمًا تامًّا زالت به يد الغاصب .

(وإن رهنه عند مالكة أو أودعه إيّاه أو أجره واستأجره على قصارته أو خطاطته لم يبرأ) من الضّمان ؛ لأنّه لم يعد إليه سلطانه ، إنّما قبضه على أنّه أمانة (إلا أن يعلم) لأنّه يتمكّن من التّصرّف فيه على حسب اختياره . وقال جماعة من أصحابنا: يبرأ مطلقًا ؛ لعوده إلى مالكة .

(وإن أعاره إيّاه برئ ، علم أو لم يعلم) لأنّه دخل على أنّه مضمونٌ عليه ، فلا يتأتّى وجوب الضّمان على الغاصب ؛ لعدم الفائدة في الرجوع ، فلو باعه إيّاه وسلّمه

وَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ فَأَدَّعَى رَجُلٌ أَنَّ الْبَائِعَ غَضِبَهُ مِنْهُ فَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا لَمْ يُقْبَلْ عَلَى الْآخَرِ ، وَإِنْ صَدَّقَاهُ مَعَ الْعَبْدِ لَمْ يَبْطُلِ الْعِتْقُ ، وَيَسْتَقْرُّ الضَّمَانُ عَلَى الْمُشْتَرِي . وَيَحْتَمَلُ أَنْ يَبْطُلَ الْعِتْقُ إِذَا صَدَّقُوهُ كُلُّهُمَا .

إليه أو أقرضه برئ ؛ جزم به في «الشرح» ؛ لأنه قبضه على وجهه يوجب الضمان ، والأشهر خلافه .

فرغ : ظاهر كلامهم أن غير الطعام كهو في ذلك . قال في «الفروع» : ولا فرق ، فلو زوجه الأمة برئ من الغصب . وقيل : إن علم ربُّه وإلا فلا .

(وَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ فَأَدَّعَى رَجُلٌ أَنَّ الْبَائِعَ غَضِبَهُ مِنْهُ فَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا) أي: البائع أو المشتري (لم يُقْبَلْ عَلَى الْآخَرِ) لأنه لا يُقْبَلُ إقراره في حق غيره ، لكن إن أقام المدعي بينة بما ادَّعاه بطل البيع والعتق ، ويرجع المشتري على البائع بالثمن . (وَإِنْ صَدَّقَاهُ مَعَ الْعَبْدِ لَمْ يَبْطُلِ الْعِتْقُ) على المذهب ؛ لأنه حقٌّ لله تعالى بدليل أنه لو شهد به شاهدان وأنكره العبد لم يُقْبَلْ منه ، وكذا إن صدَّقه جميعًا دون العبد كان حرًّا ؛ لأنه قد تعلق به حقٌ لغيرهما .

(وَيَسْتَقْرُّ الضَّمَانُ عَلَى الْمُشْتَرِي) لأنَّ التَّلْفَ حصل في يده ، وللمالك تضمين مَنْ شاء منهما قيمته يوم العتق ، فإن ضمن البائع رجع على المشتري ؛ لما ذكرنا ، وإن ضمن المشتري لم يرجع على البائع إلا بالثمن ، وإن مات العبد وخلف مالا فهو لوارثه ، فإن لم يكن فهو للمدعي ؛ لاتِّفَاقِهِمْ عَلَى أَنَّهُ لَهُ ، ولا ولاء عليه ؛ لأنَّ أَحَدًا لا يدَّعيه . وإن صدَّق المشتري البائع وحده رجع عليه بقيمته ولم يرجع المشتري بالثمن .

(وَيَحْتَمَلُ أَنْ يَبْطُلَ الْعِتْقُ إِذَا صَدَّقُوهُ كُلُّهُمَا) ويعود العبد إلى المدعي ؛ لأنه مجهول النسب ، أقرَّ بالرقِّ لمن يدَّعيه ، فصحَّ ، كما لو لم يعتقه المشتري .

فصل

وإن تلف المغصوب ضمنه بمثله إن كان مكياً أو موزوناً . وإن أعوز المثل فعليه قيمة مثله يوم إعوازه . وقال القاضي: يضمه بقيمته يوم القبض .

فصل

(وإن تلف المغصوب) أو أتلفه (ضمنه) لقوله تعالى : ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ (بمثله إن كان مكياً أو موزوناً) لأنه لما تعدّر ردّ العين لزمه ردّ ما يقوم مقامها ، وقد حكاه ابن عبد البرّ إجماعاً في كلِّ مأكولٍ ومشروبٍ أنه يجب على مستهلكه مثله لا قيمته ؛ لأنّ المثل أقرب إليه من القيمة ، فهو مماثل له من طريق الصّورة والمشاهدة والمعنى ، والقيمة مماثلة له من طريق الظنّ والاجتهاد ، والأوّل مقدّم كالتّصّ مع القياس ، ومقتضاه أنه لو قدر على المثل بأكثر من قيمته لزمه شراؤه ؛ صرّح به في «الكافي» ، وعنه: يضمه بقيمته ؛ ذكره القاضي ، وذكر أيضاً القيمة في نقرة وسبيكة ، وعنّب ورطب ، كما فيه صناعةٌ مباحةٌ لا محرّمةٌ ، وينبغي أن يستثنى من الأوّل الماء في المفازة ، فإنه يضمن بقيمته في البرّيّة .

مسألة : ظاهره أنّ المثليّ ما حصره كيلٌ أو وزنٌ ، والأولى : وجزا السّلم فيه كماءٍ وترابٍ .

(وإن أعوز المثل) في البلد أو حوله (فعليه قيمة مثله يوم إعوازه) أي: يوم تعدّره ؛ لأنه يستحقّ المطالبة بقيمة المثل يوم الإعواز ، فوجب أن تُعتبر القيمة حينئذٍ ؛ لأنه يوم وجوبها .

(وقال القاضي: يضمه بقيمته يوم القبض) أي: قبض بدله ، وهذا روايةٌ عن أحمد ؛ لأنّ الواجب المثل إلى حين قبض البدل ، بدليل أنّه لو وُجد المثل بعد إعوازه لكان الواجب هو دون القيمة .

وعنه: تلزمه قيمته يوم تلفه . وإن لم يكن مثلياً ضمنه بقيمته يوم تلفه في بلده من نقده ، ويتخرّج أن يضمه بقيمته يوم غصبه .

(وعنه: يلزمه قيمته يوم تلفه) لأنّ القيمة تثبت في الذمّة يوم التّلف ، فاعتبرت تلك الحالة كما لو لم تختلف القيمة ، وعنه: يلزم يوم المحاكمة ، وقاله أكثر العلماء ؛ لأنّ القيمة لم تنتقل إلى ذمّته إلّا حين حكم بها الحاكم ، وعنه: يوم غصبه ، وقيل: أكثرهما من يوم الغصب إلى يوم تعذّر المثل ، فإن غرمها ثمّ قدر على المثل لم تُردّ القيمة على الأصحّ ، فلو قدر عليه قبل غرمها عاد وجوبه ؛ لأنّه الأصل قدر عليه قبل أداء البدل ، أشبه القدرة على الماء بعد التّيئم ، ولهذا لو قدر عليه بعد المحاكمة وقبل الاستيفاء استحقّ المالك طلبه وأخذه .

(وإن لم يكن مثلياً) كالثوب والعبد (ضمنه بقيمته) في قول الجماعة ؛ لقوله - عليه السّلام : «مَنْ أعتق شركاً له في عبدٍ قوّم عليه» . فأمر بالتّقويم في حصّة الشّريك ؛ لأنّها متلفّة بالعتق ، ولم يأمر بالمثل ؛ لأنّ هذه الأشياء لا تتساوى أجزاؤها ، وتختلف صفاتها ، فالقيمة فيها أعدل وأقرب إليها ، فكانت أولى (يوم تلفه في بلده) الذي غصبه فيه ؛ لأنّ ذلك زمن الضّمان وموضعه ، وعنه: تُعتبر القيمة ببلد تلفه ؛ جزم به في «الكافي» (من نقده) فإن كان فيه نقوداً اعتبر أن يكون من غالبه .

(ويتخرّج أن يضمه بقيمته يوم غصبه) هذا رواية عن أحمد نقلها الثّقات ، منهم ابن مَشِيش ، وكذا ابن منصور ، إلّا أنّه عاوده في ذلك فجنّب عنه ؛ لأنّه الوقت الذي أزال يده فيه ، فلزمته القيمة ، كما لو أتلفه ، وعنه: أكثرهما ، أي: من يوم غصبه إلى يوم تلفه ؛ اختاره الخرقبيّ كإتلافه في الأصحّ ، لكنّ القاضي حمل كلام الخرقبيّ على ما إذا اختلفت القيمة لتغيّر الأسعار ، وقد علمت أنّ المذهب عدم الضّمان ، حتّى قال القاضي: لم أجد رواية عن أحمد بأنّها تُضمن بأكثر القيمتين لتغيّر الأسعار . ونقل ابن أبي موسى خلافه ، وعنه: يضمن المغصوب بمثله مطلقاً ، وقاله ابن أبي موسى ، واختاره الشّيخ تقيّ الدّين ، واحتجّ بعموم قوله تعالى : ﴿فَاتُوا الَّذِينَ ذَهَبَتْ أَزْوَاجُهُمْ مِثْلَ مَا أَنْفَقُوا﴾

وإن كان مصوغاً أو تَبْرًا تخالف قيمته وزنه قَوْمه بغير جنسه ، فإن كان محلّي بالتقدين معاً قَوْمه بما شاء منهما للحاجة ، وأعطاه بالقيمة عرضاً . وإن تلف بعض المغصوب فنقصت قيمة باقيه كزوجي خفّ تلف أحدهما فعليه ردُّ الباقي وقيمة التّلف

ولخبر القصة ، وعنه: مع قيمته ، وعنه: غير حيوانٍ بمثله ؛ ذكره جماعة ، وفي «الواضح» و«الموجز»: فينقص عنه عشرة دراهم .

فرغ : لو حكم حاكم بغير المثلي في المثلي وبغير القيمة في المتقوم لم ينفذ حكمه ، ولم يلزمه قبوله ؛ ذكره في «الانتصار» و«المفردات» . ولو أخذ حوائج من بقالٍ ونحوه في أيامٍ ثم يحاسبه ؛ فإنه يعطيه بسعر يوم أخذه ؛ نصّ عليه .

(وإن كان مصوغاً) مباحاً (أو تَبْرًا تخالف قيمته وزنه قَوْمه بغير جنسه) إذا كانت الصّناعة فيه مباحة كحلي النساء ؛ لئلا يؤدّي إلى الرّبا ، وعلم منه أنّه يجب ضمانه بقيمته ، وذكر القاضي فيه أنّه يضمن بأكثر من وزنه ؛ لأنّ الزّيادة في مقابلة الصّناعة ، فلا يؤدّي إلى الرّبا ، ومقتضاه أنّ الصّناعة إذا كانت محرّمة أنّه لم يجز ضمانه بأكثر من جنسه وجهًا واحدًا ؛ لأنّه لا قيمة لها شرعًا ، بل يضمنه بوزنه ، وفيه وجهٌ ، وقيل: إن جاز اتّخاذه ضمن كالمباح ، فأما إن كانت قيمته كوزنه وجبت ؛ لأنّ تضمينه بها لا يؤدّي إلى الرّبا ، أشبه غير الأثمان .

(فإن كان محلّي بالتقدين معاً قَوْمه بما شاء منهما للحاجة) أي: إلى تقويمها بأحدهما ؛ لأنّ كلّاً منهما ثمّن في قيم المتلفات وأروش الجنایات ، وليس أحدهما أولى من الآخر ، فكانت الخيرة إليه (وأعطاه بالقيمة عرضاً) لئلا يفضي إلى الرّبا ، وقيل: من أتلف خلخالاً أو سوارًا فهل يضمن بوزنه من جنسه ويضمن الصّناعة من غيره ، أو يضمن الوزن والصّناعة بغير جنسه ، أو يضمنهما بجنسه؟ فيه أوجهٌ ، وإن كسرهما ضمن النّقص من غالب نقد البلد وإن كان من غير جنسه .

(وإن تلف بعض المغصوب فنقصت قيمة باقيه كزوجي خفّ) أو مصراعني باب (تلف أحدهما ، فعليه ردُّ الباقي) لأنّه ملك غيره (وقيمة التّالف) لأنّه تلف تحت يده

وأرش نقصه . وقيل: لا يلزمه أرش النَّقص . وإن غصب عبداً فأبق ، أو فرساً فشرد ، أو شيئاً تعذر ردُّه مع بقائه ضمن قيمته ، فإن قدر عليه بعد ردِّه وأخذ القيمة . وإن غصب عصيراً فتخمر فعليه قيمته ، فإن انقلب خلاً ردُّه وما نقص من قيمة العصور .

العادية (وأرش نقصه) إن نقص ؛ نصره الأصحاب ؛ لأنَّه نقص حصل بجنايته ، فلزمه ضمانه ، كما لو غصب ثوباً ينقصه الشَّقُّ فشَقَّه ثم تلف .

(وقيل: لا يلزمه أرش النَّقص) لأنَّ الباقي نقص قيمته ، فلا يضمه ، كالنَّقص لتغيُّر الأسعار . وجوابه بالفرق بينهما ، فإنَّ نقص السُّعر لم يذهب من المغصوب عين ولا معنى ، وههنا فوَّت عليه إمكان الانتفاع به ، فوجب ضمان نقص قيمته ، فلو كانت قيمتهما عشرين والباقي بعد التَّلْف يساوي خمسة ؛ فعلى الأوَّل ، عليه خمسة عشر ، وعلى الثَّاني ، عشرة .

(وإن غصب عبداً فأبق ، أو فرساً فشرد ، أو شيئاً تعذر ردُّه مع بقائه ضمن قيمته) للمالك للحيلولة ، لا أنَّه على سبيل العوض ويملكها . وفي «عيون المسائل» وغيرها خلافه ؛ لأنَّه إنَّما حصل بها الانتفاع في مقابلة ما فوَّته الغاصب (فإن قدر عليه بعد ردِّه) ولا يملكه الغاصب بأداء القيمة ، بل يرده إذا قدر مع نمائه المنفصل وأجر مثله إلى حين دفع بدله (وأخذ القيمة) أي: الذي أخذها المالك بدلاً عنه ؛ لأنَّه أخذه بالحيلولة وقد زالت ، فيجب ردُّ ما أخذ من أجلها إن كان باقياً بعينه بزيادته المتَّصلة ؛ لأنَّها تتبع في الفسوخ ، وهذا فسخٌ دون المنفصلة ؛ لأنَّها نماء ملكه ، وإن كان البدل تالفاً فعليه مثله أو قيمته إن لم يكن من ذوات الأمثال ، وفي حبسه ليردَّ القيمة وجهان ، ولا يصحُّ الإبراء منها مع بقائها .

(وإن غصب عصيراً فتخمر فعليه قيمته) لأنَّ ماليته زالت تحت يده ، أشبه ما لو أتلفها ، وقيل: مثله من العصور ؛ جزم به في «الشَّرح» و«الوجيز» ؛ لأنَّ ذلك يلزمه بانقلابه خمراً (فإن انقلب خلاً ردُّه) لأنَّه عين ملكه (وما نقص من قيمة العصور) إن نقص ؛ لأنَّه نقص تحت يده ، أشبه ما لو نقص منه جزء . وفي «عيون المسائل» : لا

فصل

وإن كانت للمغصوب أجره فعلى الغاصب أجره مثله مدّة مقامه في يده .
وعنه التّوقّف في ذلك .

يلزمه قيمة العصير ؛ لأنّ الخلل عينه ، كحَمَل صار كبشًا ، ويسترجع الغاصب ما أدّاه بدلاً عنه ، وإن غلّاه غرم أرش نقصه ، وكذا نقصه ، وقيل : لا ؛ لأنّه ماء .
فرغ : لو غصب جماعةً مشاعًا فردّ واحدٌ منهم سهم آخر إليه لم يجز له حتّى يُعطى شركاؤه ؛ نصّ عليه ، وكذا إن صالحوه بمالٍ عنه ؛ نقله حربٌ . ويتوجّه أنّه بيع المشاع ؛ ذكره في «الفروع» . ولو شقّ ثوبه فلا قصاص فيه ، ويضمن نقصه ، ونقل جماعةٌ : يُخيّر ؛ اختاره الشيخ تقيّ الدّين .

فصل

(وإن كانت للمغصوب أجره) أي: ممّا تصخّ إجارته (فعلى الغاصب أجره مثله مدّة بقائه في يده) نصّ عليه في رواية الأثرم ، وسواء استوفى المنافع أو تركها تذهب ؛ لأنّ كلّ ما ضمن بالإتلاف في العقد الفاسد جاز أن يضمنه بمجرد التّلف في يده كالأعيان ، لكن نصّ في قضايا فيها انتفاع ، يؤيّده ما نقله ابن منصور: إن زرع بلا إذنٍ عليه أجره الأرض بقدر ما استغلّها . فظاهره أنّه لا شيء عليه إذا لم يستغلّها ، وعنه: لا يضمن المنافع مطلقًا ؛ لقوله عليه السّلام : «الخراج بالضّمان» . وضمانها على الغاصب ، وكغنم ، أشبه ما لو زنى بامرأة مطاوعة . ورُدّ بأنّه أتلف مالاً متقوّمًا ، فوجب ضمانه كالعين ، والخبر واردٌ في البيع ، والمرأة رضيت بإتلاف منافعها بغير عوضٍ ولا عقديّ ، فكان كالإعارة والغنم ونحوها ، لا منافع لها تُستحقّ بعوضٍ . وعلى الأوّل ، لو غصب جاريةً ومضى زمنٌ يمكن وطؤها لم يضمن مهرها ؛ لأنّ منافع البضع لا تتلف إلاّ بالاستيفاء ، بخلاف غيرها . ولو أطرق الفحل لم يضمن منفعتة ، لكن عليه ضمان نقصه ، ولو أخذ مالك الأرض الزّرع لم يكن على الغاصب أجره إلاّ أن يأخذه بقيمته ، فتكون له الأجرة إلى وقت أخذه (وعنه : التّوقّف عن ذلك) نقلها عنه محمّد بن عبد الحكم فيمنّ غصب دارًا فسكنها عشرين سنة: لا

وقال أبو بكر: هذا قولٌ قديمٌ رجع عنه . وإن تلف المغصوب فعليه أجرته إلى وقت تلفه . وإن غصب شيئاً فعجز عن ردّه فأدّى قيمته فعليه أجرته إلى وقت أداء القيمة ، وفيما بعده وجهان .

فصل

وتصرّفات الغاصب الحكميّة - كالحجّ وسائر العبادات والعقود كالبيع والنكاح ونحوها باطلةٌ في إحدى الروايتين ،

أجترئ أن أقول: عليه أجره ما سكن . فدلّ على توقّفه عن إيجاب الأجر . قال في «المغني» و«الشرح»: والأوّل هو المذهب المعروف ، يؤكّده ما (قال أبو بكر: هذا قول قديمٌ رجع عنه) لأنّ محمّد بن عبد الحكم مات قبل أحمد بعشرين سنة .

(وإن تلف المغصوب فعليه أجرته إلى وقت تلفه) لأنّه بعد التّلف لم يبق له منفعةٌ ، فلم يجب ضمانها ، كما لو أتلفه من غير غصبٍ .

(وإن غصب شيئاً فعجز عن ردّه فأدّى قيمته فعليه أجرته إلى وقت أداء القيمة) لأنّ منافعتها إلى وقت أدائها مملوكةٌ لصاحبها ، فلزمه ضمانها (وفيما بعده) أي: بعد أداء القيمة إلى ردّه (وجهان) أصحّهما: لا يلزمه ؛ لأنّه استحقّ الانتفاع ببذله الذي أقيم مقامه ، فلم يستحقّ الانتفاع به وبما قام مقامه . والثّاني: بلى ؛ لأنّ العين باقيةٌ على ملكه والمنفعة له ، وظاهر كلامهم : يضمن رائحة المسك ونحوه ، خلافاً لـ«الانتصار» ، لا نقدًا لتجارة .

فصل

(وتصرّفات الغاصب الحكميّة) هي بالرفع صفةٌ لـ«تصرّفات» ، والحكميّة: ما كان لها حكمٌ في الصّحّة والفساد ، فالصّحيح من العبادة: ما أجزأ فاعله أو أسقط عنه القضاء . وفي العقود: ما ترتّب أثره عليه من الانتفاع في البيع ، والاستمتاع في النكاح . والفساد وهو الباطل : ما ليس كذلك .

(كالحجّ وسائر العبادات) كالطّهارة ، والصّلاة ، والرّكاة (والعقود كالبيع والنكاح ونحوها) كالإجارة (باطلةٌ في إحدى الروايتين) وهي ظاهر المذهب ؛

والأخرى: صحيحة . فإن اتجر بالدرهم فالربح مالكها . وإن اشترى في ذمته ثم نقدها فكذلك . وعنه: الربح للمشتري .

لأن ذلك التصرف تصرف الفضولي ، والصحيح من المذهب أنه باطل ، وقد تقدم .
(والأخرى: صحيحة) مطلقاً ؛ ذكره أبو الخطاب ؛ لأن الغاصب تطول مدته غالباً وتكثر تصرفاته ، ففي إبطالها ضررٌ كبيرٌ ، وربما عاد بعض الضرر على المالك ، فإن الحكم بصحتها يكون الربح للمالك ، والعوض بنمائه وزيادته له ، والحكم ببطلانها يمنع من ذلك . وقال في «الشرح»: وينبغي أن يتقيد في العقود بما لم يطله المالك ، فأما إن اختار إبطاله بأخذ المعقود عليه فلا نعلم فيه خلافاً .

(وإن اتجر بالدرهم) بأن غصبها واتجر بها ، أو عروضاً فباعها واتجر بثمنها . ولو قال: بالتقيد لعم (فالربح مالكها) نقله الجماعة ، واحتج بخبر عروة بن الجعد . وهذا حيث تعذر رد المغصوب إلى مالكه ورد الثمن إلى المشتري . قال جماعة منهم صاحب الفنون والترغيب -: إن صحَّ الشراء . وقال الشريف وأبو الخطاب: إن كان الشراء بعين المال . فعلى الأول ، هو له ، سواء قلنا يصحَّ الشراء أو لا ، وسواء اشتراه بعين المال أو في الذمة . ونقل حرب في خبر عروة: إنما جاز لأن النبي ﷺ جوزه له . وحيث تعين جعل الربح للغاصب أو المغصوب منه فجعله للمالك أولى ؛ لأنه في مقابلة ماله الذي فاته بمنعه ، ولم يجعل للغاصب شيئاً منعاً للغصب ، وعنه: يتصدق به ؛ نقلها الشريف ؛ لوقوع الخلاف فيه .

(وإن اشترى في ذمته ثم نقدها فكذلك) أي: فالربح لربته . هذا هو المشهور ؛ لأنه نماء ملكه ، أشبه ما لو اشتراه بعينه . وفي «المحرر» و«المستوعب»: بنيتة نقده الثمن من مال الغصب .

(وعنه: الربح للمشتري) لأنه اشترى لنفسه في ذمته ، فكان الشراء له والربح له ، وعليه بدل المغصوب ، وهذا قياس قول الخرقى: وله الوطاء ؛ نقله المروزي . فعلى هذا ، إن أراد التخلُّص من شبهة بيده اشترى في ذمته ، ثم ينقد من مال الشبهة ، ولا يشتري بعين المال ؛ قاله القاضي وابن عقيل ، وذكره عن أحمد .

وإن اختلفا في قيمة المصوب أو قدره أو صناعة فيه فالقول قول الغاصب ، وإن اختلفا في ردّه أو عيب فالقول قول المالك ، وإن بقيت في يده غصوب لا يعرف أربابها تصدّق بها عنهم بشرط الضمان كاللّقطة .

فرغ : لو دفع المال مضاربةً فربحه على ما ذكرنا ، وليس على المالك شيء من أجر العامل ؛ لأنّه لم يأذن فيه ، ثمّ إن كان المضارب عالماً بالغصب فلا أجر له ؛ لتعدّيه بالعمل ، وإن لم يعلم فعلى الغاصب أجر مثله ؛ لأنّه استعمله بعوض لم يسلم له ، فلزمته أجرته كالعقد الفاسد .

(وإن اختلفا في قيمة المصوب أو قدره) بأن قال: غصبتك ثوبًا ، قال: بل ثوبين (أو صناعة فيه) بأن قال المالك: كان كاتبًا أو ذا صناعة (فالقول قول الغاصب) لأنّ الأصل براءة الذمّة ، فلا يلزمه ما لم تقم عليه حُجّة ، كما لو ادّعى عليه دينًا فأقرّ ببعضه (وإن اختلفا في ردّه أو عيب) بأن قال: كانت فيه إصبيّ زائدة أو نحوها (فالقول قول المالك) لأنّ الأصل عدم الردّ والعيب ، فلو زادت قيمة المصوب واختلفا في وقت الزيادة قُدّم قول الغاصب ؛ لأنّ الأصل براءة ذمّته ، وإن شاهدت البيّنة المصوب معيًّا فقال الغاصب: كان معيًّا قبل غصبه ، وقال المالك: تعيّب عندك ، قُدّم قول الغاصب ؛ لأنّه غارمٌ ، والظاهر أنّ صفة العيب لم تتغيّر ، وقيل قول المالك كاختلاف المتبايعين في حدوث العيب .

مسألة : لو اختلفا في الثياب التي على العبد فهي للغاصب ؛ لأنّها في يده ، ولم تثبت أنّها لمالك العبد .

(وإن بقيت في يده غصوب لا يعرف أربابها) فسلمّها إلى حاكم برئ من عهدتها ، ويلزمه قبولها ، وله أن (يتصدّق بها عنهم) على الأصحّ (بشرط الضمان كاللّقطة) لأنّه عاجزٌ عن ردّها إلى مالكيها ، فإذا تصدّق بها عنهم كان ثوابها لأربابها ، فيسقط عنه إثم غصبها ، ففي ذلك جمعٌ بين مصلحته ومصلحة المالك ، لكن بشرط الضمان ؛ لأنّ الصّدقة بدون ما ذكر إضاعةٌ لمال المالك لا على وجه بدلٍ ، وهو غير جائز . وفي «العُنية» : عليه ذلك . ونقل أيضًا على فقهاء مكانه إن عرفه ؛ لأنّ دية قتيلٍ تؤخذ عليهم ، ولم يذكر

فصل

وَمَنْ أَتْلَفَ مَالًا مُحْتَرَمًا لِغَيْرِهِ ضَمَنَهُ .

أصحابنا غير الصدقة ، لكن نقل إبراهيم بن هانيء: يتصدق أو يشتري به كراعًا أو سلاحًا يوقف هو مصلحةً للمسلمين . وسأله جعفر عمّن بيده أرض أو كرم ليس أصله طيبًا ولا يعرف ربّه ، قال: يوقفه على المساكين . وذكر في «الفروع» توجيهًا على أفضل البير . وقال الشيخ تقي الدين: يصرفه في المصالح . وقاله في وديعة ، ونقله عن العلماء ، وعنه: لا يجوز التصدق بالمغصوب كالرواية في اللقطة . فعلى هذا ، له دفعه إلى نائب الإمام كالضوال . ونقل الأثرم وغيره: إذا علم ربّه وشقّ دفعه وهو يسير كحبة فسلمه إلى حاكم - برئ .

فائدة: رهن وديعة كغصب ؛ قاله الحارثي وغيره . وليس لمن هي عنده أخذ شيء منها ولو كان فقيرًا ؛ نص عليه .

فصل

وَمَنْ أَتْلَفَ مَالًا مُحْتَرَمًا لِغَيْرِهِ ضَمَنَهُ) إذا كان بغير إذنه بغير خلاف نعلمه ؛ لأنه فوّته عليه بالإتلاف فضمنه ، كما لو غصبه فتلف عنده ، وشرطه أن يكون: «مألاً» - احترازًا عن الكلب والسرجين النجس «محترمًا» ؛ احترازًا عمّا ليس بمحترم وإن كان مالا كآلة اللّهُو . لغيره يحترز به عن نفسه ؛ لأنه لا يجب الضمان على مَنْ هو له . ويُشترط فيه أن يكون معصومًا ؛ صرح به في «الوجيز» و«الفروع» ؛ لأنّ ما ليس بمعصوم لا يضمن ماله ، وزاد: أو مثله يضمنه ، يحترز به عن الأب إذا أتلف مال ولده ، والصبيّ والمجنون إذا أتلفا مالا دفعه لملكه إليهما بشرطه ، وما تلف بين أهل العدل والبغاة ، وظاهره لا فرق فيه بين الكبير والصغير ، والمختار: وانكره ؛ لعموم «مَنْ» ، وهو وجه في المكروه ، وفي آخر: يضمنه مكروهه ، كدفعه مكروها ؛ لأنه ليس إتلافًا ، وقيل: المكروه كمضطرّ ، ويرجع في الأصحّ على مَنْ أكرهه إن جهل تحريمه ، وقيل: وعلمه للإباحة

وإن فتح قفصًا عن طائره ، أو حلَّ قيد عبده أو رباط فرسه أو وكاء زِقِّ مائع أو جامد فأذابته الشمس أو بقي بعد حله قاعدًا فألقته الرِّيح فاندفق ضمنه . وقال القاضي: لا يضمن ما ألقته الرِّيح .

إتلافه ، وهل لرَبِّه مطالبة مكرهه؟ فيه وجهان ، فإن طالبه رجع على المتلف إن علم تحريمه ، وإن قلنا: لا ، لم يرجع عليه ، وقيل: الضَّمان بينهما ، وكالعامد والسَّاهي ، وعُلِمَ منه أنه لا ضمان مع إذنه ، وعينُ ابن عقيل الوجه المأذون فيه مع غرض صحيح (وإن فتح قفصًا عن طائره) فطار (أو حلَّ قيد عبده) فهرب (أو رباط فرسه) فشرد ، ضمنه ؛ لأنه تلف بسبب فعله ، فلزمه الضَّمان ، كما لو نقره ، فلو بقي الطَّائر في محله ، وكذا الآخرين ، فتلف بأفة سماويةٍ ، لم يجب الضَّمان ؛ لأنَّ التَّلف لم يحصل بفعله ، وحذفه المؤلَّف اعتمادًا على ظهوره ، فلو بقي الطَّائر والفرس بحالهما حتَّى نقرهما آخر وذهبا ، فالضَّمان على المنقر ؛ لأنَّ سببه أخصُّ ، فاخصَّ الضَّمان به ، كالذَّافع مع الحافر . وفي «الفنون» : إن كان الطَّائر متألَّفًا فلا ، كذكاة مستأنسٍ ومتوحَّشٍ ؛ لأنَّ المستأنس في مظنة القدرة عليه ، فالقفص وعدمه سواء .

تنبيهٌ : لو دفع ميردًا إلى مقيِّد فبرد قيده ففي تضمين دافعه وجهان ، ولا يضمن دافع مفتاح إلى لصٍّ ؛ لأنَّ الدَّافع سببٌ ، واللُّصُّ مباشرٌ ، فأحيل الحكم عليه . قال الشيخ تقيُّ الدِّين: مَنْ غرم بسبب كذبٍ عليه عند وليٍّ أمرٍ فله تعريم الكاذب . وهو المشهور عن المالكيَّة ؛ لأنَّ السَّبب يحال عليه الحكم إذا لم يمكن إحالة الحكم على المباشر ، كمن ألقى شخصًا في زُبيَّة أسدٍ فقتله الأسد ، أو في بحرٍ فابتلعه حوت (أو حلَّ (وكاء) بكسر الواو ممدودًا: ما يُسدُّ به رأس القربة (زِقِّ مائع أو جامد فأذابته الشمس ، أو بقي بعد حله قاعدًا فألقته الرِّيح فاندفق ضمنه) لأنَّ فعله سبب تلفه لم يتخلل بينهما ما يمكن إحالة الحكم عليه ، فلزمه ، كما لو جرح إنسانًا فأفضى إلى تلفه ، بخلاف ما لو دفعه إنسانٌ بعد ذلك فإنه مباشرٌ يمكن إحالة الحكم عليه (وقال القاضي: لا يضمن ما ألقته الرِّيح) وزلزلة الأرض ؛ لأنَّ فعله غير ملجئ ، فلم يتعلَّق به ضمانٌ ، كما لو دفعه إنسانٌ ، وفيه وجهٌ: لا يضمن فيما أذابته الشمس ؛ لأنَّ

وإن ربط دابةً في طريقٍ فأتلفت ، أو اقتنى كلبًا عقورًا فعقر أو خرق ثوبًا ضمن ، إلا أن يكون دخل منزله بغير إذنه . وقيل في الكلب روايتان في الجملة .

فعله غير ملجئ ، مع أن قول القاضي منقوض بما إذا أذابته الشمس ؛ لأنه لا يقول فيه بعدم الضمان .

فرع : لو حبس مالك دواب فتلفت لم يضمن الحابس ، وقيل : بلى ، وينبغي أن يفرق بين الحبس بحق أو غيره .

(وإن ربط دابةً في طريقٍ فأتلفت) ضمن ؛ لأنه متعد بالربط ، وظاهره لا فرق فيه بين الواسع وغيره ، لكن في الواسع إذا لم تكن يد صاحبها عليها روايتان ، وفي الضيق يضمن ولو برجلها ؛ نص عليه ، ومن ضربها - إذا - فرفسته فمات ضمنه ؛ ذكره في «الفنون» . ومثله لو ترك فيه طيئًا أو خشبةً أو حجرًا أو كيس دراهم ؛ نص عليه ، وبإسناد خشبة إلى حائط (أو اقتنى كلبًا عقورًا فعقر أو خرق ثوبًا ضمن) نص عليه ؛ لأنه متعد باقتنائه (إلا أن يكون دخل منزله بغير إذنه) في رواية ؛ لأنه متعد بالدخول ، فلم يضمنه المقتني ، وظاهره أنه لو دخل بإذنه فإنه يضمنه الآذن ؛ لأنه تسبب إلى تلفه . ونقل حنبلي : إذا كان الكلب موثقًا لم يضمن ما عقر ، وظاهره أنه إذا أتلف شيئًا بغير العقر ، كما لو ولغ أو بال في إناء إنسان أنه لا ضمان ؛ لأن هذا لا يختص بالكلب العقور (وقيل في الكلب روايتان) إحداهما : يضمن ؛ لأن اقتنائه سبب للعقر وأذى للناس ، فلزمه الضمان ؛ لما فيه من المبالغة في الرجز . والثانية : لا ؛ لأنه لم يحصل منه جناية ، وكسائر البهائم . وجوابه : بأنه متسبب . وفي «الرعاية» : يضمن ما عقر خارج الدار إن لم يكفه ربه أو يحذر منه (في الجملة) سواء كان في منزل صاحبه أو خارجًا عنه ، دخل بإذن صاحب المنزل أو لا .

فرع : حكم أسدٍ ونمرٍ وذئبٍ وهرٍّ تأكل الطيور وتقلب القدور في العادة حكم الكلب العقور ، وله قتل الهرِّ بأكل لحم ونحوه كالفواسق . وفي «الفصول» : حين أكلها . وفي الترغيب : إن لم يندفع إلا به كصائل .

وإن أجاج ناراً في ملكه أو سقى أرضه فتعدى إلى ملك غيره وأتلفه ضمن إذا كان أسرف فيه أو فرط وإلا فلا . وإن حفر في فئائه بئراً لنفسه ضمن ما تلف بها ، وإن حفرها في سابلة لنفع المسلمين لم يضمن ما تلف بها في أصح الروايتين .

(وإن أجاج ناراً في ملكه أو سقى أرضه فتعدى إلى ملك غيره فأتلفه ضمن إذا كان أسرف فيه أو فرط) بأن أجاجها بما تسري في العادة لكثرتها ، أو في ريح شديدة تحملها ، أو فتح ماء كثيراً يتعدى ؛ لأنها سراية عدوان ، فلزمه الضمان ، كما لو باشر ذلك بالإتلاف ، فلو أجاجها ثم طرأت ريح لم يضمن . قال في «عيون المسائل» : لو أجاجها على سطح داره فهبت الريح فأطارت الشر لم يضمن ؛ لأنه في ملكه ، وهبوب الريح ليس من فعله ، بخلاف ما لو رمى قشر بطيخ في طريق ، وظاهر «الوجيز» و«الفروع» : أنه يضمن ، حيث لم يكن ذلك في ملكه ؛ صرح به في «الشرح» ؛ لتعديه (وإلا فلا) ضمان ، حيث لم يوجد إفراط ولا تفریط ؛ لأنه غير متعد ؛ لأنها سراية فعل مباح ، فلم يضمن كسراية القود ، وفارق ما إذا حل زقاً فاندفق ما فيه ؛ لأنه متعد بحله .

(وإن حفر في فئائه) وهو ما كان خارج الدار قريباً منها (بئراً لنفسه ، ضمن ما تلف بها) لأنه متسبب إلى إتلاف غيره ، فلزمه الضمان ، كواضع السكين ، وسواء حفرها بإذن الإمام أو غير إذنه ، فيها ضرر أو لا . وقال بعض أصحابنا: له حفرها لنفسه بإذن الإمام ؛ ذكره القاضي . فعليه لا ضمان ؛ لأن للإمام أن يأذن في الانتفاع بما لا ضرر فيه . وجوابه: بأنه حفر في مكان مشترك بغير إذن أهله لغير مصلحتهم فضمن ، كما لو لم يأذن الإمام فيه ، ولا نسلم أن للإمام الإذن فيه ، فدل أنه لا يجوز لو كبل بيت المال وغيره بيع شيء من طريق المسلمين التأفد ، وأنه ليس لحاكم الحكم بصحته ، وقاله الشيخ تقي الدين . وفي «الفروع» : يتوجه جوازه للمصلحة .

(وإن حفرها في سابلة) وهي الطريق المسلوكة السبيل . الطريق يذكر ويؤنث (لنفع المسلمين) لينزل فيها ماء المطر ، أو ليشرب منها المارة (لم يضمن ما تلف بها في أصح الروايتين) لأنه محسن بفعله غير متعد ، أشبه باسط الحصير في المسجد ،

وعَلَّه أحمد بأنه نفع للمسلمين ، ومحله ما لم يكن فيه ضررٌ ، ومعناه في «الوجيز» بأن حفرها في سابلةٍ واسعةٍ لمصلحةٍ عامَّةٍ .

والثانية: يضمن ، واقتصر القاضي على حكايتها ؛ لأنه مأذونٌ له في ذلك بشرط سلامة العاقبة ولم توجد .

وعنه: يضمن ، إلا أن يكون بإذن حاكم ، والأوّل أشهر ؛ لأنّ هذا تدعو الحاجة إليه ، ويشقُّ استئذان الإمام ، وتعمُّ البلوى به ، ومثله لو حفرها في مواتٍ لتملك أو ارتفاقٍ أو انتفاعٍ عامٍّ ؛ نصَّ عليه ، أو بنى فيها مسجدًا أو خانًا ونحوهما لنفع المسلمين .

فرعٌ : فعل عبده بأمره كفعله ، أعتقه أو لا ، ويضمن سلطانٌ أمرٌ وحده ، وإن حفرها حرًّا بأجرةٍ أو لا وثبت علمه أنّها في ملك غيره ؛ نصَّ عليه ، ضمن الحافر ، ونصّه: هما وإن جهل فالآمر ، وقيل: الحافر ، ويرجع على الأمر .

تبيّةٌ : حكم البناء في الطّريق كالحفر فيه ، مسجدًا كان أو غيره . نقل إسماعيل بن سعيد في المسجد: لا بأس به إذا لم يضرَّ بالطّريق . ونقل عبد الله: أكره الصّلاة فيه ، إلا أن يكون بإذن الإمام . ونقل المروزي: أنّ هذه المساجد التي بُنيت في الطّريق تُهدم . وسأله محمّد بن يحيى الكنّال: يزيد في المسجد من الطّريق؟ قال: لا تصلُّ فيه .

وفي «المغني»: يحتمل أن يُعتبر إذن الإمام في البناء لنفع المسلمين دون الحفر ؛ لدعوى الحاجة إليه لنفع الطّريق وإصلاحها ، وإزالة الطين والماء منها ، فهو كتفتيتها ، وحفر هدفه فيها ، وقلع حجرٍ يضرُّ بالمأزّة ، ووضع الحصى في حفرةٍ فيها ليملاها ، وتسقيف ساقيةٍ فيها ، ووضع حجرٍ في طينٍ ليطأ الناس عليه . فهذا كلّه مباحٌ ، لا يضمن ما تلف به ، لا نعلم فيه خلافًا ، وكذا بناء القناطر . ويحتمل أن يُعتبر فيها إذن الإمام ؛ لأنّ مصلحته لا تعمُّ . قال بعض أصحابنا في حفر البئر: ينبغي أن يتقيّد سقوط الضّمان إذا حفرها في مكانٍ مائلٍ

وإن بسط في مسجدٍ حصيراً أو علّق فيه قنديلاً لم يضمن ما تلف به . وإن جلس في مسجدٍ أو طريقٍ واسعٍ فعثر به حيوانٌ فتلف لم يضمن في أحد الوجهين . وإن أخرج جناحاً أو مِزاباً إلى الطريق فسقط على شيءٍ فأتلفه ضمن .

عن القارعة وجعل عليه حاجزاً يعلم به ليتوقّى .

(وإن بسط في مسجدٍ حصيراً ، أو علّق فيه قنديلاً) أو فعل فيه شيئاً ينفع الناس (لم يضمن ما تلف به) لأنه مأذونٌ في ذلك شرعاً ، فلم يضمن ما تولد منه كسراية القود ، وقيل: بل يضمن المال ، وعاقلته الدية . وقال ابن حمدان: إن فعله بإذن الإمام أو لحاجةٍ فهدرٌ . والأوّل أولى ، وقاله الأكثر ، كوضع الحصى فيه ، ولأنه أحسن بفعله من غير تعدُّ منه ، فلم يضمن ما تلف ، كما لو أذن الإمام والجيران .

(وإن جلس في مسجدٍ أو طريقٍ واسعٍ فعثر به حيوانٌ فتلف لم يضمن في أحد الوجهين) وهو الأصحُّ ؛ لأنه جلس في مكانٍ له الجلوس فيه من غير تعدُّ على أحد ، وتقبيده بالواسع يخرج الضيِّق . والثاني: يضمن ؛ لأنّ الطريق جعلت للمرور فيها لا الجلوس ، والمسجد للصلاة وذكر الله تعالى ، وما ذكره المؤلف أولى ؛ لأنه فعل فعلاً مباحاً ، والطريق الواسع يُجلس فيه عادةً ، والمسجد جعل للصلاة وانتظارها والاعتكاف في جميع الأوقات ، وبعضها لا تباح الصلاة فيه .

(وإن أخرج جناحاً أو مِزاباً إلى الطريق فسقط) أو شيءٌ منه (على شيءٍ فأتلفه ، ضمن) المخرج ؛ لأنه متعدّدٌ بذلك ، فوجب عليه ضمان ما تولد منه ، كما لو جرح إنساناً فتعدّى إلى قتله . وأطلق المؤلف الطريق ، ويستثنى منه ما إذا كان غير نافذٍ وأخرج ذلك بإذن أهله فإنه لا ضمان عليه ؛ لعدم تعدّيه .

مسألة : إذا تلفت حاملٌ أو حملها من ريحٍ طبيخ علم أصحابه ذلك ، فلو كان ميله إلى دربٍ غير نافذٍ فالحقُّ لأهل الدرب ، والمطالبة لهم ، فإن تشقّق الحائط ولم يَمِلْ ، فإن كان طولاً فهو كالصحيح ، وإن كان عرضاً فهو كالمائل .

وما أتلفت البهيمة فلا ضمان على صاحبها . وإن مال حائطه ولم يهدمه حتى أتلف شيئاً لم يضمه ؛ نصّ عليه .

تنبيه : إذا بنى حائطاً في ملكه مستويّاً أو مائلاً إلى ملكه فسقط فأتلف شيئاً فهدرٌ ، وإن بناه مائلاً إلى ملك غيره أو الطريق وخيف ضرره نقضه ، فإن تركه فسقط فأتلف نفساً أو مالاً ضمن المال والعاقلة الدّية ، وقيل : هو كما لو مال ، وما بقي من حائطه السّاقط في فئائه أو طريقٍ فهلك به أحدٌ فهل يضمن؟ على وجهين .

أصل : إذا تقدّم إلى مالك الحائط المائل فباعه ثم سقط فأتلف شيئاً فلا ضمان على البائع ؛ لأنّه ليس بملكه ، ولا على المشتري ؛ لأنّه لم يطالب بنقصه ، وإذا قيل بالضمان والتلف آدميٌّ فالدّية على عاقلته ، فإن أنكرت أنّ الحائط لصاحبهم لم يلزمهم إلا أن يثبت ذلك بيّنة ؛ لأنّ الأصل عدم الوجوب ، وإن أبرأه والحق له فلا ضمان .

(وما أتلفت البهيمة فلا ضمان على صاحبها) إذا لم تكن يد أحدٍ عليها ؛ لقوله عليه السّلام : «العجماء جبارٌ» . أي: هدرٌ . وسواءً كان المتلف صيد حرمٍ أو غيره ؛ أطلقه أصحابنا ، ومرادهم إلا الضّارية والحوارح وشبهها . قال الشيخ تقيّ الدّين فيمن أمر رجلاً بإمساكها: ضمنه إذا لم يُعلمه بها . وفي «الفصول» : من أطلق كلباً عقوراً أو دابّةً رفوساً أو عضوّاً على النّاس ، وخلاه في طرفهم ورحابهم فأتلف شيئاً ضمنه ؛ لتفريطه ، وظاهر كلامهم ولو كانت مغصوبةً عادةً ضمنوا في الأشهر .

وإن أطارت الرّيح إلى داره ثوباً لزمه حفظه ، فإن لم يعرف صاحبه فلقطةٌ ، وإن عرفه لزمه إعلامه ، فإن لم يفعل ضمن ، وإن دخلها طائر غيره لم يلزمه حفظه ولا إعلامه به ، وقيل: إلا أن يكون غير ممتنع فيكون كالثوب ، وإن أغلق عليه بابه ليمسكه لنفسه ضمنه وإلا فلا .

(وإن مال حائطه) إلى غير ملكه وعلم به ، وأسقطه في التّرعيب (ولم يهدمه حتى أتلف شيئاً لم يضمه ؛ نصّ عليه) لأنّ الميل حادثٌ ، والشقوق بغير فعله ،

وأوماً في موضع أنه إن تقدّم إليه بنقده وأشهد عليه فلم يفعل ضمن ، إلا أن تكون في يد إنسان كالرّكاب والسائق والقائد فيضمن ما جنت يدها وفمها دون ما جنت رجلها ،

أشبه ما لو وقع قبل ميله ، وسواءً أمكنه نقضه أو طولب به أو لا .

(وأوماً في موضع أنه إن تقدّم إليه بنقضه وأشهد عليه فلم يفعل ضمن) لأنّه مفرّط ، أشبه ما لو باشر الإلتلاف ، وفيه روايتان عنه ، ففي رواية: إن طالبه مستحقّ بنقضه وأمكنه ضمن ، اختاره جماعة . وفي رواية ابن منصور: إذا كان أشهد عليه ، ضمن . وقال بعض أصحابنا: يضمن مطلقاً . وهو قول ابن أبي ليلى وإسحاق ، كبنائهما مثلاً .

وأما إن طولب بالنقض فلم يفعل فقد توقّف أحمد في الجواب فيها ، وحكى في «الشرح» الضّمان عن الأصحاب .

فعلى هذا ، المطالبة من كلّ مسلم وذمّي يوجب الضّمان بشرطه ؛ لأنّ كلّ واحد له حقّ المرور ، بخلاف مستأجرٍ ومستعيرٍ ، لكن إن كان المالك محجوراً عليه لسفيه ونحوه فطولب لم يلزمه ؛ لعدم أهليّته ، وإن طولب وليّه أو الوصيّ فلم يفعل فالضّمان على المالك ، وإن طولب أحد الشريكين ففي حصّته وجهان: أحدهما: لا شيء عليه ؛ لأنّه لا يمكنه النّقض بدون إذن ، فهو كالعاجز . والثّاني: يلزمه بحصّته ؛ لأنّه يتمكّن من النّقض بمطالبة شريكه وإلزامه ، فصار مفرّطاً ؛ لأنّه لا تفريط من المالك ، ولا ذمّة لها فيتعلّق بها ، ولا قصد فيتعلّق برقبته ، بخلاف العبد والطفل .

(إلا أن تكون في يد إنسان كالرّكاب والسائق والقائد فيضمن ما جنت يدها وفمها دون ما جنت رجلها) لما روى سعيد مرفوعاً: «الرّجل جبارٌ» . وفي رواية أبي هريرة: «رجل العجماء جبارٌ» . فدلّ على وجوب الضّمان في جنابة غيرها ، ولأنّه يمكنه حفظها من الجنابة بها ، بخلاف الرّجل ، وعنه: يضمن ما جنت برجلها ، ككبحها ونحوه ولو لمصلحة ، وكوطئه بها ، وظاهر نقل ابن هانئ

ويضمن ما أفسدت من الزرع والشجر ليلاً ، ولا يضمن ما أفسدت من ذلك نهاراً .

فيه: لا ، ونقل أبو طالب: لا يضمن ما أصابت برجلها أو نفحت بها ؛ لأنه لا يقدر على حبسها . وهو ظاهر كلام جماعة ، وعنه: يضمن سائق جناية رجلها ، وعلى المذهب: لو كان السبب من غيرهم ضمن فاعلاً ، كخسها وتنفيرها ، ويُعتبر في الرّكاب أن يكون متصرفاً فيها ، فلو كان عليها اثنان فالضمان على الأوّل ؛ لأنه قادرٌ على كفّها ، إلا أن يكون صغيراً أو مريضاً ، وإن كان الثّاني متولياً تديرها فعليه الضّمان ، وإن اشتركا في التّصرف أو كان معها سائق وقائد اشتركا في الضّمان ، وإن كان معهما أو مع أحدهما راكبٌ شارك ، وقيل: راكبٌ ؛ لأنه أقوى ، وقيل: قائدٌ ؛ لأنه لا حكم للرّكاب معه ولا ضمان بذنبها في الأصحّ ، ويضمن جناية ولدها .

فرعٌ : الإبل والبغال المقطرة كالواحدة ، على قائدها الضّمان ، وإن كان معه سائقٌ شاركه في ضمان الأخير فقط إن كان في آخرها ، فإن كان في أولها شارك في الكلّ ، وإن كان فيما عدا الأوّل شارك في ضمان ما باشر سؤقه دون ما قبله ، وشارك فيما بعد ، وإن انفرد راكبٌ بالقطار وكان على أوّله ضمن جناية الجميع ؛ قاله الحارثي .

(ويضمن ما أفسدت من الزرع والشجر ليلاً ، ولا يضمن ما أفسدت من ذلك نهاراً) في قول أكثرهم ؛ لما روى مالكٌ عن الزّهرّي ، عن حرام بن سعيد أن ناقةً للبراء دخلت حائط قوم فأفسدت ، فقاضى رسول الله ﷺ أن على أهل الأموال حفظها بالنهار ، وما أفسدت بالليل فهو مضمونٌ عليهم . قال ابن عبد البر: هذا وإن كان مرسلًا فهو مشهورٌ ، وحدث به الأئمة الثقات ، وتلقاه فقهاء الحجاز بالقبول . ولأنّ العادة من أهل المواشي إرسالها نهاراً للرّعي وحفظها ليلاً ، عكس أهل الحوائط ، ولهذا فرّق بينهما ، وقضى على كلّ ما يُحفظ في وقت عادته ، وهذا روايةٌ ، واقتصر في «الوجيز» على الزرع فقط ، وظاهره : أنّها إذا أتلفت غير الزرع والشجر ليلاً أنّه لا ضمان على مالكها ؛ صرح به في

وَمَنْ صال عليه آدميٌّ أو غيره فقتله دفعًا عن نفسه لم يضمه . وإن اصطدمت سفينتان فغرقتا ضمن كل واحد منهما سفينة الآخر وما فيها ، وإن كانت إحداهما منحدرَةً فعلى صاحبها ضمان المصعدة ، إلا أن يكون غلبه ريح فلم يقدر على ضبطها .

«المغني» و«الشرح» ، والمنصوص أنه يضمن ما أتلفت ليلًا ، وجزم به جماعة ولو انفلفت بغير اختياره ، وقيل: لا ؛ لعدم تفريطه ، ولا يضمن نهارًا . قال القاضي: هذه المسألة محمولة على المواضع التي فيها مزارع ومراع ، فأما القرى العامرة التي لا مرعى فيها إلا بين فراجين كساقية وطرف زرع فليس له إرسالها بغير حافظ ، فإن فعل لزمه الضمان ؛ لتفريطه ، فأما الغاصب فيضمن ما أفسدت مطلقًا .

فرغ : إذا طرد دابةً من زرعه لم يضمن ، إلا أن يُدخِلها مزرعة غيره ، فإن اتّصلت المزارع صبر لترجع على ربّها ، ولو قدر أن يخرجها وله منصرفٌ غير المزارع فتركها فهدرٌ .

(وَمَنْ صال عليه آدميٌّ مكلفٌ (أو غيره) كبهيمة ، ولم يمكنه دفعها إلا به ؛ ذكره في «الشرح» (فقتله دفعًا عن نفسه ، لم يضمه) لأنه قتله بدفع جائز ، فلم يضمه ؛ لما فيه من صيانة النفس عن القتل .

(وإن اصطدمت سفينتان فغرقتا ضمن كل واحد منهما) أي: القيمتين (سفينة الآخر وما فيها) لأنّ التلّف حصل بسبب فعليهما ، فوجب على كل منهما ضمان ما تلف بسبب فعله ، كالفارسين إذا اصطدما ، وهذا إذا كانا مفرّطين ، فإن لم يكن فلا ضمان عليهما ، لكن قطع في «المغني» و«الشرح» وغيرهما بأنّ كل واحدٍ ضامنٌ إذا فرّط ، وعزاه الحارثي إلى الأصحاب ، فإن اختلفا في التفريط ولا بيّنة قدّم قول القيم مع يمينه .

(وإن كانت إحداهما منحدرَةً فعلى صاحبها ضمان المصعدة) لأنها تنحط عليها من علوّ ، فيكون سببًا لغرقها ، فتنزّل المنحدرة منزلة السائرة ، والصاعدة بمنزلة الواقعة (إلا أن يكون غلبة ريح) أو الماء شديد الجرية (فلم يقدر على ضبطها) فلا ضمان عليه ؛ لأنه لا يُعدّ مفرّطًا ، ولأنّ التلّف يمكن استناده إلى

وَمَنْ أَتْلَفَ مَزْمَارًا أَوْ طُنْبُورًا أَوْ صَلِيًّا أَوْ كَسَرَ إِنَاءَ ذَهَبٍ أَوْ فَضَّةٍ أَوْ إِنَاءَ خَمْرٍ لَمْ يَضْمَنْهُ . وَعَنْهُ : أَنَّهُ يَضْمَنُ آنِيَةَ الْخَمْرِ إِنْ كَانَ يُنْتَفَعُ بِهَا فِي غَيْرِهِ .

الرَّيْحُ ، فَإِنْ فَرَطَ صَاحِبُ الْمَصْعِدَةِ بِأَنْ كَانَ يُمْكِنُهُ الْعُدُولُ بِسَفِينَتِهِ ضَمَنَ ، وَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا سَائِرَةً وَالْأُخْرَى وَاقْفَةً فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِمَا ، وَعَلَى السَّائِرَةِ ضَمَانُ الْوَاقِفَةِ إِنْ كَانَ الْقَيْمُ مَفْرُطًا وَإِلَّا فَلَا .

فَرَعٌ : إِذَا كَانَتْ دَابَّةٌ عَلَيْهَا حَطَبٌ فَخَرَقَ ثَوْبَ آدَمِيٍّ بِصِيرٍ عَاقِلٍ يَجِدُ مَنَحْرَفًا فَهَدَّرَ ، وَكَذَا لَوْ كَانَ مُسْتَدِيرًا فَصَاحَ بِهِ مَنَبِّهَا لَهُ وَإِلَّا ضَمَنَ ؛ ذَكَرَهُ فِي «التَّرْغِيبِ» .

(وَمَنْ أَتْلَفَ مَزْمَارًا) وَيُقَالُ : مَزْمُورٌ ، بِضَمِّ الْمِيمِ الْأُولَى (أَوْ طُنْبُورًا) وَهُوَ بَضْمُ الطَّاءِ ، وَهُوَ فَارِسِيٌّ مَعْرَبٌ ، وَالطَّنْبَارُ لُغَةٌ فِيهِ بوزن سِنَجَارٍ (أَوْ صَلِيًّا) لَمْ يَضْمَنْهُ فِي قَوْلِ الْجَمَاهِيرِ وَلَوْ مَعَ صَبِيٍّ ؛ نَصَّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحِلُّ بَيْعُهُ ، فَلَمْ يُضْمَنْ كَالْمَيْتَةِ ، وَلِلْخَبَرِ : «إِنَّ اللَّهَ حَرَّمَ بَيْعَ الْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ وَالْخَنْزِيرِ وَالْأَصْنَامِ» . مَتَّفَقٌ عَلَيْهِ . وَلَوْ عَبَّرَ بِالْمَلْهِيِّ لَعَمَّ ، كَعُودٍ ، وَطَبَلٍ ، وَدُفٍّ بِصَنْوَجٍ أَوْ جَلْتِيٍّ ؛ نَصَّ عَلَيْهِمَا ، وَنَزِدٍ ، وَشَطْرَنْجٍ ، أَوْ آلَةِ سَحْرِ ، أَوْ تَنْجِيمٍ ، وَنَحْوِهِ .

(أَوْ كَسَرَ إِنَاءَ ذَهَبٍ أَوْ فَضَّةٍ) لَمْ يَضْمَنْهُ ؛ نَصَّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ مَا لَيْسَ بِمَبَاحٍ ، فَلَمْ يَضْمَنْهُ كَالْمَيْتَةِ ، وَعَنْهُ : بَلَى ؛ حَكَاهَا أَبُو الْخَطَّابِ . نَقَلَ مَهْنًا فَيَمْنُ هَشْمٌ عَلَى غَيْرِهِ إِبْرِيْقُ فَضَّةٍ : عَلَيْهِ قِيَمَتُهُ ، يَصُوغُهُ كَمَا كَانَ ، فَقِيلَ لَهُ : أَلَيْسَ قَدْ نَهَى النَّبِيُّ ﷺ عَنْ اتِّخَاذِهَا؟ فَسَكَتَ . فَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ رَجَعَ عَنْ قَوْلِهِ ذَلِكَ .

(أَوْ إِنَاءَ خَمْرٍ لَمْ يَضْمَنْهُ) عَلَى الْأَصَحِّ ؛ لَمَا رَوَى ابْنُ عَمْرٍو أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَهُ أَنْ يَأْخُذَ مُدِيَّةً ، ثُمَّ خَرَجَ إِلَى أَسْوَاقِ الْمَدِينَةِ وَفِيهَا زَقَاقُ الْخَمْرِ قَدْ جُلِبَتِ مِنَ الشَّامِ ، فَشَقَّتْ بِحَضْرَتِهِ ، وَأَمَرَ أَصْحَابَهُ بِذَلِكَ . رَوَاهُ أَحْمَدُ . وَهَذَا إِذَا كَانَ الْخَمْرُ الَّذِي فِيهَا يُؤْمَرُ بِإِرَاقَتِهِ ، قَدَرَ يَرِيقُهَا بِدُونِهِ أَوْ عَجَزَ ؛ نَقَلَهُ الْمُرُوزِيُّ . وَنَقَلَ الْأَثْرَمُ وَغَيْرُهُ : إِنْ لَمْ يَقْدِرْ لَمْ يَضْمَنْ عَلَى الْأَصَحِّ فِيهِنَّ كَخَنْزِيرٍ .

(وَعَنْهُ : أَنَّهُ يَضْمَنُ آنِيَةَ الْخَمْرِ إِنْ كَانَ يُنْتَفَعُ بِهَا فِي غَيْرِهِ) لِأَنَّهُ مَالٌ يُمْكِنُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ وَيَحِلُّ بَيْعُهُ ، فَيَضْمَنُهَا ، كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا خَمْرٌ ، وَلِأَنَّ جَعْلَ

.....

الخمير فيها لا يقتضي سقوط ضمانها كـمخزن الخمر ، لكن نقل ابن منصور أنه لا يضمن مخزناً للخمر ، واختاره ابن بطّة وغيره . ونقل حنبل: بلى ، وجزم به المؤلف . ولا يضمن كتاباً فيه أحاديث رديئة ؛ نقله المروزي ، فجعله كآلة لهو . ولا حلياً محرماً على الرجال لم يستعملوه يصلح للنساء .

مسألة : إذا وقع في محبرته مال غيره بتفريطه فلم يخرج كُسرت مجاناً ، وإن لم يفرط ضمن رب المال كسرهما ، فإن بذل رُبها بدله ففي وجوب قبوله وجهان .



باب الشفعة

وهي استحقاق الإنسان انتزاع حصة شريكه من يد مشتريها ، ولا يحلُّ الاحتيال لإسقاطها .

باب الشُّفْعة

هي بإسكان الفاء ، مأخوذة من الشُّفاعة ، أو الزيادة ، أو التَّقوية ، أو من الشُّفَع ، وهو أحسنها ؛ لأنَّ الشُّفَع هو الزَّوج ، فإنَّ الشُّفِيع كان نصيبه منفردًا في ملكه ، وبالشُّفْعة ضُمَّ المبيع إلى ملكه ، بالتَّائني جزم به بعض أهل اللُّغة ؛ لأنَّ نصيبه كان وترًا فصار شفعا ، والشُّفَاع: هو الجاعل الوتر شفعا ، والشُّفِيع فَعِيلٌ بمعنى فاعلٍ . وهي ثابتة بالشُّنَّة ، فروى جابرٌ أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قضى بالشُّفْعة في كلِّ ما لم يُقسَم ، فإذا وقعت الحدود وصُرفت الطُّرُق فلا شفْعة . رواه أحمد والبخاريُّ . وبالإجماع ، حكاه ابن المنذر . قال في «المغني»: ولا نعلم أحداً خالف فيها إلاَّ الأصمَّ ، فإنه قال: لا يثبت ؛ لما فيه من الإضرار بأرباب الأملاك ؛ لتقاعس النَّاس عن الشُّراء حيث علموا انتزاع ما يشترونه . وجوابه: بأنَّه يندفع ذلك بالمقاسمة . وأعقب الشُّفْعة للغصب فإنَّها تؤخذ قهراً ، فكأنَّها مستثناة من تحريم أخذ مال الغير قهراً .

(وهي استحقاق الإنسان انتزاع حصة شريكه من يد مشتريها) هذا بيان لمعناها ، ولا يخفى ما فيه من الاحتراز ، لكنَّه غير جامع ؛ لخروج الصُّلح بمعنى البيع ، والهبة بشرط الثَّواب . ولا مانع ؛ لأنَّه يَرِدُ عليه الكافر ، ولا شفْعة له . وفي «المغني»: استحقاق الشُّريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد مَنْ انتقلت إليه . وهو غير مانع ؛ لدخول ما انتقل بغير عوض ، كالإرث والوصية والهبة بغير ثواب ، أو بعوض غير ماليٍّ على المشهور ، كالحلِّع ونحوه . والأحسن أن يقال: هي استحقاق الشُّريك أخذ حصة شريكه من يد مَنْ انتقلت عنه بعوض ماليٍّ مستقرٌّ .

(ولا يحلُّ الاحتيال لإسقاطها) قال الإمام أحمد: لا يجوز شيء من الحيل في

ولا تثبت إلا بشروط خمسة: أحدها: أن يكون مبيعًا ، ولا شفعة فيما انتقل بغير عوض بحال ، ولا فيما عوضه غير المال ، كالصداق ، وعوض الخلع ، والصُّلح عن دم العمد في أحد الوجهين .

إبطالها ، ولا إبطال حق مسلم . استدلل الأصحاب بما روى أبو هريرة عن النَّبِيِّ ﷺ قال: «لا تتركبوا ما ارتكبت اليهود فتستحلوا محارم الله». وقد حرّم الله الحيل في مواضع من كتابه ، ولأنَّ الشُّفعة وُضعت لدفع الضّرر ، فلو سقطت بالحيل للحق الضّرر ، فلم تسقط ، كما لو أسقطها المشتري عنه بوقف أو بيع . فعلى هذا ، لو احتال لم يسقط . ومعنى الحيلة أن يُظهر المتعاقدان في البيع شيئًا لا يؤخذ بالشُّفعة معه ويتواطئون في الباطن على خلافه ، مثل أن يشتري بدنانير ويقضيه عنها بدراهم ، أو يشتري شقصًا بثمن ثم يبرئه من بعضه ، أو يشتري جزءًا من الشُّقص بمائة ثم يهب البائع باقيه ويأخذ الجزء المبيع من الشُّقص بقسطه من الثمن ، ويحتمل أن يأخذ الشُّقص كلّه بجميع الثمن .

(ولا تثبت إلا بشروط خمسة: أحدها: أن يكون مبيعًا) وهو محلّ وفاق ، والخبر واردٌ فيه ، ولأنَّ غير المبيع ليس منصوصًا عليه ، ولا هو في معنى المنصوص ، وشرطه أن يكون ثابتًا ، وقيل: ولو مع خيار مجلسٍ وشرط ، وقيل: شرطٌ كمشتري .

(ولا شفعة فيما انتقل بغير عوض) كالهبة بغير ثواب ، والصّدقة ، والوصيّة ، والإرث (بحال) في قول أكثر العلماء ؛ لأنّ ذلك ليس في معنى البيع ، والأخذ يقتضي دفع العوض ولم يُقصد فيها المعاوضة ، ويلحق به الردود بالعيب أو الفسخ (ولا فيما عوضه غير المال كالصداق ، وعوض الخلع ، والصُّلح عن دم العمد في أحد الوجهين) هذا ظاهر «الخرقيّ» ، واختاره أبو بكر ، وذكر القاضي أنّه قياس المذهب ، وجزم به في «الوجيز» ؛ لأنّه مملوكٌ بغير المال ، أشبه الإرث . والثاني: يجب ؛ اختاره ابن حامد ، وقاله ابن شُبْرُمة وابن أبي ليلى ؛ لأنّه مملوكٌ بعقد معاوضة ، أشبه البيع ، وأطلق في «الفروع» الخلاف ، ثمّ قال: وعلى قياسه ما أخذ أجره ، أو ثمنًا في سلّم ، أو عوضًا في كتابة ، فإن وجبت

الثاني: أن يكون شقصاً مشاعاً من عقارٍ ، ينقسم فأماً المقسوم المحدد فلا شفعة لجاره فيه

فقيل: يأخذه بقيمته ، وقيل: بقيمة مقابله . وعلى الأخذ ، لو أطلق الزوج بعد الدخول بعد عفو الشفيع رجع بنصف ما أصدقها ؛ لأنه موجودٌ في يدها نصفه ، وإن طلقها بعد أخذ الشفيع رجع بنصف قيمته ؛ لأن ملكها زال عنه ، وإن طلق قبل علم الشفيع ثم علم فوجهان: أحدهما: يُقدّم حق الشفيع ؛ لأنه ثبت بالنكاح السابق . والثاني: يُقدّم حق الزوج ؛ لأنه ثبت بالنص والإجماع ، وهما معدومان في الشفعة هنا ، وفهم منه أن ما انتقل بعوضٍ ماليٍّ كالصلح بمعنى البيع ، والصلح عن الجناية الموجبة للمال ، والهبة المشروط فيها ثوابٌ معلومٌ ، فإنها تثبت فيها ؛ لأن ذلك يثبت فيه أحكام البيع .

فرغ : إذا جنى جنائين عمداً أو خطأً فصالحه منهما على شقص ، فالشفعة في نصفه فقط إن قلنا: موجب العمد القصاص عيئاً ، وإلا وجب في الجميع .

فصل

(الثاني: أن يكون المبيع (شقصاً) بكسر أوله ، قال أهل اللغة: هو من الأرض والطائفة من الشيء (مشاعاً من عقار) مرادهم بالعقار هنا الأرض دون الغراس والبناء ؛ لما يأتي . وظاهر كلام أهل اللغة بل صريحه : أن النخل عقارٌ (ينقسم) أي: تجب قسمته ، وعنه: مطلقاً ؛ اختاره ابن عقيل وأبو محمد الجوزي والشيخ تقي الدين ، وعنه: وغيره إلا في منقولٍ ينقسم ، فالشقص يُحتز به عن الكل ؛ لأن الأخذ به أخذٌ بالجوار ، وبالإشاعة عن المقسوم ، وبالعقار عن غيره ؛ لأنه لا نص فيه ، ولا هو في معنى المنصوص .

(فأماً المقسوم المحدد فلا شفعة لجاره فيه) في قول عمر وعثمان وخلقي ؛ لحديث جابر ، ولقوله: « الشفعة فيما لم يُقسم » معناه: أن الشفعة حاصلةٌ أو ثابتةٌ أو مستقرّةٌ في كل ما لم يُقسم ، فما قسم لا تحصل فيه ولا تثبت ، ويؤكد هذا رواية الحصر ، والراوي ثقة عالمٌ باللغة ، فينقل اللفظ بمعناه ، وعنه: أنها تثبت للجار ؛ حكاها القاضي يعقوب في «التبصرة» ، وصححها ابن الصيرفي والحارثي ، وكذا اختاره

ولا شفعة فيما لا تجب قسمته فيه ، كالحَمَامِ الصَّغِيرِ ، والبئر ، والطُّرُق ،
والعِراضِ الضَّيِّقَةِ .

السَّيِّخُ تَقِيُّ الدِّينِ مع الشَّرْكَةِ في الطَّرِيقِ ؛ لما روى جَابِرٌ مرفوعاً أَنَّهُ قال: «الجار أَحَقُّ بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقيهما واحداً» . رواه الخمسة ، وحسنه التِّرْمِذِيُّ . وروى أَبُو رَافِعٍ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال: «الجار أَحَقُّ بِصَقْبِهِ» رواه النَّسَائِيُّ . ولأنَّهُ اتَّصَلَ مَلِكٌ يَدُومٌ ويتأبَّدُ ، فثبت فيه كالشَّرْكَةِ ، والأوَّلُ أَوْلَى ؛ لأنَّ حَدِيثَ أَبِي رَافِعٍ ليس بصريح فيها ، فَإِنَّ الصَّقْبَ: القُرْبُ ، فيحتمل أَنَّهُ أَحَقُّ بإحسان جاره وَصَلْتَهُ ، مع أَنَّ خَبْرَنَا صريحٌ فيقَدِّمُ على غيره ، وأحاديثهم فيها مقالٌ .

ويحتمل أَنَّهُ أراد بالجار الشَّرِيكَ ، كما تُسَمَّى الصَّرَّتانِ جارتين ؛ لاشتراكهما في الزَّوْجِ ، ولأنَّ الشَّفْعَةَ ثبتت في موضع الوفاق على خلاف الأصل لمعنى المعدم في محل النزاع ، فلا تثبت فيه . فعلى هذا ، لا فرق بين كون الطَّرِيقِ مفرداً أو مشتركةً . وسأله أَبُو طَالِبٍ: الشَّفْعَةُ لِمَنْ هي؟ قال: إذا كان طريقيهما واحداً مشتركاً لم يقتسموا ، فإذا صُرِفَ الطَّرِيقُ وعُرفت الحدود فلا شفعة . وإن بيعت دارٌ لها طريقٌ في دربٍ لا ينفذ فوجهان ، والأشهر: يجب إن كان للمشتري طريقٌ غيره ، أو أمكن فتح بابهِ إلى شارعٍ ، وإن كان نصيبٌ مشتريٌ فوق حاجته ففي زائِدٍ وجهان ، وكذا دهليز جاره وصَحْنُهُ .

فرعٌ : إذا قَدِمَ مَنْ لا يراها لجارٍ إلى حاكمٍ فأنكر لم يحلف ، وإن أخرجه خرج ؛ نصَّ عليه ، وقال: لا يعجبني الحلف على أمرٍ اختلف فيه . قال القاضي: لأنَّ يمينه هنا على القطع والبتِّ ، ومسائل الاجتهاد ظنيَّةٌ ، فلا يقطع ببطلان مذهب المخالف . وحمل في «المغني» و«الشرح» على الورع ، وإن حكم حنفيٌّ لشافعيٍّ بها فله الأخذ عند ابن عقيلٍ ، ومنعه القاضي .

(ولا شفعة فيما لا تجب قسمته ، كالحَمَامِ الصَّغِيرِ ، والبئر ، والطُّرُق ،
والعِراضِ الضَّيِّقَةِ) في ظاهر المذهب ؛ لقوله عليه السَّلامُ - : «لا شفعة في فناءٍ ولا طريقٍ ولا منقبةٍ» . رواه أَبُو عُبَيْدٍ في «الغريب» . المنقبة: الطَّرِيقُ الضَّيِّقُ بين

وما ليس بعقار - كالشجر والحيوان والبناء المفرد في إحدى الروايتين ،
إلا أن البناء والغراس يؤخذ تبعاً للأرض ، ولا تؤخذ الثمرة والزرع تبعاً في أحد
الوجهين . الثالث: المطالبة بها على الفور

دارين لا يمكن أن يسلكه أحد . والثانية: بلى ؛ لما روى ابن عباس مرفوعاً: «الشريك
شفيح ، والشفعة في كل شيء» . رواه الترمذي والنسائي متصلًا ومرسلًا ، وهو
أصح ؛ قاله الدارقطني ، والذي وصله أبو حمزة السكري ، وهو مخرَج عنه في
«الصحيحين» . ولأنها وُضعت لإزالة الضرر ، ووجوده فيما لا يُقسَم أبلغ منه
فيما يُقسَم ، والأوّل أشهر ؛ لأنّ إثبات الشفعة في هذا تضرُّ بالبائع ؛ لأنّه لا
يمكنه أن يتخلّص من إثبات الشفعة في نصيبه بالقيمة ، وقد يمتنع المشتري لأجل
الشفيح فيتضرّر البائع ، وقد يمتنع البيع فيسقط ، فيؤدّي إثباتها إلى نفيها ،
وظاهره أنّ الحماّم الكبير حيث قَسَم وانثفع به حمّامًا ، والبئر والعضائد متى
أمكن أن يحصل من ذلك شيان ثبتت فيه كالرحا .

(وما ليس بعقار كالشجر والحيوان والبناء المفرد في إحدى الروايتين) هي
ظاهر المذهب ؛ لأنّ من شرط وجوبها أن يكون المبيع أرضًا ؛ لأنّها هي التي
تبقى على الدوام ، ويدوم ضررها . والثانية: بلى ، وقد سبق (إلا أن البناء
والغراس يؤخذ تبعاً للأرض) إذا بيع مع الأرض بغير خلاف في المذهب ، ولا
نعرف فيه خلافاً بين من أثبت الشفعة ؛ قاله في «الشرح» .

(ولا تؤخذ الثمرة) وقيدتها في «المغني» و«الشرح» بالظاهرة (والزرع تبعاً) أي:
إذا بيع مع الأرض (في أحد الوجهين) وهو المذهب ؛ لأنّ ذلك لا يدخل في البيع ،
فلا يدخل في الشفعة كقماش الدار . والثاني: بلى ، يؤخذ تبعاً كالغراس ، ومقتضاه
أنّ غيرهما ممّا يدخل ، مع أنّه ذكر في «المغني»: إن اشتراه وفيه طلع لم يؤبّر فأبّره لم
يأخذ الثمرة ، بل الأرض والنخل بحصّته كشقصٍ وسيفٍ ، وكذا ذكر غيره إذا لم
يدخل أخذ الأصل بحصّته .

(الثالث: المطالبة بها على الفور) لقوله عليه السّلام - : «الشفعة لمن واثبها» .
في رواية: «الشفعة كحلّ العقال» . رواه ابن ماجه . ولأنّ ثبوتها على التراخي ربّما

ساعة يعلم ؛ نصّ عليه . وقال القاضي : له طلبها في المجلس وإن طال ، فإن أخره سقطت شفعته ، إلا أن يعلم وهو غائب ، فيشهد على الطلب بها ، ثم إن أخر الطلب بعد الإشهاد عند إمكانه

أضرّ بالمشتري ؛ لعدم استقرار ملكه ، وحيث يُشهد (ساعة يعلم ؛ نصّ عليه) وهو المختار لعامة الأصحاب ؛ لظاهر ما سبق ، واحترز بالعلم عمّا إذا لم يعلم فإنّه على شفعته ولو مضى عليه سنوات .

(وقال القاضي) : وأصحابه ، واختاره ابن حامد ، وحكاه ابن الرّاغوني روايةً (له طلبها في المجلس وإن طال) لأنّ المجلس في حكم حالة العقد ، بدليل صحّته بوجود القبض فيما يُشترط قبضه فيه ، وعنه : واختارها القاضي يعقوب: أنّها على التّراخي ؛ لأنّها خيارٌ لدفعِ ضررٍ محقّقٍ ، فكانت على التّراخي كخيار العيب ما لم يوجد منه ما يدل على الرّضا ، كقوله: بعني أو صالحني أو قاسمني ؛ لأنّه حقٌّ لا ضرر في تأخيره ، أشبه القصاص .

(فإن أخره) عن ساعة العلم أو المجلس على الخلاف بلا عذر (سقطت شفعته) فلو أخره لعذرٍ مثل أن يعلم ليلاً فيؤخره إلى الصّباح ، أو لحاجة أكلٍ أو شربٍ ، أو طهارةٍ ، أو إغلاق بابٍ ، أو خروجٍ من حمّامٍ ، أو ليأتي بالصّلاة وسنّها - فهو على شفعته في الأصحّ ، ونقل ابن منصور: لا بدّ من طلبه ، ثمّ له أن يخاصم ولو بعد أيّام (إلا أن يعلم وهو غائب فيشهد على الطلب بها) إذا قدر عليه ، فيعلم منه أنّه مطالبٌ غير تاركٍ .

(ثمّ إن أخر الطلب بعد الإشهاد عند إمكانه) وفيه وجهان: أحدهما: تبطل ؛ لأنّه تاركٌ للطلب ، أشبه ما لو كان حاضرًا ولم يُشهد . والثّاني: لا يسقط ؛ لأنّ عليه في السّفَر عقيبُ الإشهاد ضررًا ؛ لالتزامه كلفته وانقطاع حوائجه . وفي «المغني»: إن أخر القدوم بعد الإشهاد والطلب وهو صحيح ؛ لأنّه لا وجه لإسقاط الشّفعة بتأخير الطلب بعد الإشهاد وهو غائب ؛ لأنّ الطلب حينئذٍ لا يمكن ، بخلاف القدوم فإنّه ممكنٌ ، وتأخير ما يمكن لإسقاطه وجهٌ بخلاف تأخير ما لا يمكن .

أو لم يُشهِد ولكن سار في طلبها فعلى وجهين . وإن ترك الطَّلَب والإشهاد لعجزه عنهما ، كالمريض ، والمحبوس ، ومَنْ لا يجد مَنْ يُشهِده ، أو لإظهارهم زيادةً في الثَّمَن ، أو نقصًا في المبيع .

(أو لم يُشهِد ولكن سار في طلبها فعلى وجهين) أحدهما: تبطل ؛ وهو ظاهر كلام أحمد والخرقي ؛ لأنَّ السَّير قد يكون لطلبها أو لغيره ، فوجب بيان ذلك بالإشهاد ، كما لو لم يَسِرْ . والثَّاني: لا تسقط ؛ لأنَّ سيره عقيب علمه ظاهرًا في طلبها ، فاكتمى به كالذي في البلد . قال الزُّركشي: وينبغي أن يكون حكم سير وكيله حكم سيره ، وكذلك الوجهان إن أُخِّر الطَّلَب بعد القُدوم والإشهاد ، أو نسي المطالبة أو البيع أو جهلها ، أو ظنَّ المشتري زيْدًا فبان غيره ، ولفظ الطَّلَب: أنا طالبٌ ، أو مطالبٌ ، أو أخذٌ بالشفعة ، أو قائمٌ عليها ، ونحوه .

(وإن ترك الطَّلَب والإشهاد لعجزه عنهما كالمريض) فهو على شفَعته ؛ لأنَّه معذورٌ ، أشبه ما لو لم يعلم ، لكن إن كان المرض لا يمنع المطالبة كالمريض اليسير والألم القليل فهو كالصَّحيح ، فإن كان له عذرٌ وقَدَّر على التوكيل فلم يفعل فوجهان: أحدهما: يبطل ؛ لأنَّه تاركٌ للطَّلَب مع إمكانه ، فهو كالحاضر . والثَّاني: لا يسقط ؛ لأنَّه إن كان يُجْعَلُ فيه غرْمٌ ، وإن كان بغيره ففيه مَنَّةٌ ، وقد لا يثق به (والمحبوس) لكن إن كان حبسه بحقٍّ يمكنه أدائه فأبى سقطت شفَعته (ومَنْ لا يجد مَنْ يُشهِده) بآلًا يجد شاهدَيَّ عدلٍ ولا مستوري الحال ، فإن وجد واحدًا حرًّا عدلاً فوجهان: أحدهما: هو على شفَعته ؛ إذ لا يثبت البيع بقول واحدٍ .

والثَّاني: يسقط ؛ لأنَّه حُجَّةٌ مع اليمين كالعديلين أو رجلٍ وامرأتين ، أو لم يجد مَنْ يُشهِده فهو على شفَعته ؛ للعذر .

(أو لإظهارهم زيادةً في الثَّمَن) ليس ذلك شرطًا فيه ، بل لو أظهر المشتري زيادةً في الثَّمَن لم تبطل، وعكسه لو أظهر أنَّ الثَّمَن قليلٌ، فترك الشفعة وكان الثَّمَن كثيرًا سقطت ؛ لأنَّ مَنْ لا يرضى بالقليل لا يرضى بأكثر منه ؛ قاله في «الكافي» (أو نقصًا في المبيع) أو أنَّهما تبايعا بدنانيرٍ فبانت دراهم ، أو بالعكس ؛

أو أنه موهوب له ، أو أن المشتري غيره ، أو أخبره من لا يقبل خبره فلم يصدقه فهو على شفيعته .

لأنهما جنسان (أو أنه موهوب له) لأن من شرطه العوض (أو أن المشتري غيره) أو كان كاذباً (أو أخبره من لا يقبل خبره) كالفاسق (فلم يصدقه ، فهو على شفيعته) في الصور السابقة ؛ لأنه لم يعلم الحال على وجهه ، كما لو لم يعلم ، ولأن خبر من لا يقبل خبره مع عدم تصديق الشفيع له يكون وجوده كعدمه ، ومقتضاه أنه إذا صدقه تسقط شفيعته ؛ لأن تصديقه اعتراف بوقوع ، وهو غير مطالب بها ، وجب سقوطها ، كما لو أخبره ثقة .

(وإن أخبره من يقبل خبره) كعدلين (فلم يصدقه) بطلت ؛ لأن ذلك يوجب ثبوت البيع ، صدق الشفيع أو لا ، وكذا إن أخبره عدل أو مستوري الحال في الأصح ، والمرأة والعبد كضدّهما . وقال القاضي: هما كالفاسق والصبي .

(أو قال للمشتري : يعني ما اشتريت أو صالحني ، سقطت شفيعته) لأنه يدل على رضاه ، فوجب أن يسقط ؛ لتأخير الطلب عن ثبوت البيع ، وكذا قوله: هبه لي أو ائمني عليه ممن شئت ، ونحوه .

(وإن دل في البيع) أي: عمل دلالاً بينهما أو رضي به أو ضمن ثمنه (أو توكل لأحد المتبايعين) فله الشفعة في الأصح . وقال القاضي: إن كان وكيل البائع فلا شفعة له ، وقيل عكسه ، ومثله وصي وحاكم ، وقيل: إن باع شقصاً لبييم في شركته أو اشترى له شقصاً في شركته ؛ فلهما الشفعة ، كما لو تولّى العقد غيرهما ، وقيل: لهما الشفعة إذا اشترياه فقط (أو جعل له الخيار فاختر إماء البيع ، فهو على شفيعته) لأن ذلك سبب ثبوت الشفعة ، فلم تسقط به ، كما لو أذن في البيع أو عفا عنها قبل تمام البيع ، ولأن المسقط لها الرضا بتركها ولم يوجد .

فرغ : لو لقيه فسلم عليه لم تسقط ، وكذا إن قال له: بارك الله لك في صفقتك ، أو دعا له بالمغفرة في الأصح .

وإن أخبره مَنْ يُقْبَل خبره فلم يصدِّقه أو قال للمشتري: بعني ما اشتريت أو صاحني سقطت شفعته . وإن دلَّ في البيع أو توكلَّ لأحد المتبايعين ، أو جعل له الخيار فاختر إمضاء البيع فهو على شفعته . وإن أسقط شفعته قبل البيع لم تسقط . ويحتمل أن تسقط . وإن ترك الوليَّ شفعةً للصبِّي فيها حظ لم تسقط ، وله الأخذ بها إذا كبر ، وإن تركها لعدم الحظِّ فيها سقطت ؛ ذكره ابن حامد . وقال القاضي: يحتمل ألا تسقط .

(وإن أسقط شفعته قبل البيع لم تسقط) في ظاهر المذهب ، وهو قول الجمهور ؛ لأنه إسقاط حقِّ قبل وجوبه ، فلم يسقط ، كما لو أبرأه ممَّا يجب له (ويحتمل أن تسقط) حكاها في «المغني» و«المحرَّر» ، وأطلقهما فيه ؛ لمفهوم قوله عليه السَّلام -: «فإن باع ولم يؤذنه فهو أحقُّ به» . لأنه إذا باع بإذنه لا حقَّ له فيه ، وأجاب في «المغني» بأنَّه يحتمل أنه أراد العرض عليه لبيتاع ذلك إن أراد ؛ لتخفِّ عليه المؤنة ، ويكفي أخذ المشتري الشُّقص لا أنَّه يسقط حقُّه بإذنه .

(وإن ترك الوليَّ شفعةً للصبِّي فيها حظُّ لم تسقط) وقاله جماعة ؛ لأنها وجبت بالبيع ، وإسقاط الوليِّ لها لا يصحُّ ؛ لأنه إسقاط حقِّ للمولى عليه ، ولا حظُّ له في إسقاطه ، فلم يصحَّ كالإبراء ، وإذا ثبت أنه لا يملك الإسقاط فتركه أولى ، وعُلم منه أنَّ الشُّفعة تثبت للصَّغير كالبالغ . وقال ابن أبي ليلى وجمع: لا شفعة له . ورُدُّ بأنَّ ثبوتها لدفع ضرر المال ، فاستويا ، وكخيار العيب .

(وله الأخذ بها إذا كبر) أي: بلغ ورشد ؛ نصَّ عليه ؛ لأنه الوقت الذي يتمكَّن فيه من الأخذ (وإن تركها لعدم الحظِّ فيها) أو لإعسار الصَّغير (سقطت ؛ ذكره ابن حامد) وتبعه القاضي وعامة أصحابه ؛ لأنه فعل ما له فعله ، فلم يكن للصَّغير نقضه كالرَّدِّ بالعيب (وقال القاضي: يحتمل ألا تسقط) هذا ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصورٍ والحرقِيّ ، وقدمه في «المحرَّر» و«الفروع» ؛ لأنَّ حقَّ الأخذ ثبت ، فلا يسقط بترك غيره كوكيل الغائب . فعلى هذا ، هي له ، سواء عفا عنها الوليُّ أو لا ، وسواء كان فيها حظُّ أو لا ، وللوليِّ الأخذ بها إذا كان فيها حظُّ ، وقال في «المغني»: يجب ؛ لأنه مصلحةٌ من غير مفسدةٍ ، والوليُّ عليه رعاية مصالح

فصل

الرَّابِع: أن يأخذ جميع المبيع ، فإن طلب أخذ البعض سقطت شفعته ، فإن كانا شفيعين فالشفعة بينهما على قدر ملكيهما . وعنه: على عدد الرءوس ، فإذا ترك أحدهما شفعته لم يكن للآخر أن يأخذ إلا الكلَّ أو يترك .

مؤلَّيه ، وإن لم يكن فيها حظُّ فلا ، فإن فعل لم يصحَّ على الأصحَّ ، كمنعه من الشُّراء ، أشبه ما لو اشترى معيًّا يعلم عيبه . وقال ابن بطة: يسقط ؛ لأنَّه يملك الأخذ ، فملك التُّرك كامالك .

فائدة : حكم المجنون المطبق والسفيه كالصغير ، والمغمي عليه كالغائب ، والمفلس له الأخذ بها والعمو عنها ، وليس لغرمائه إجباره على الأخذ بها ، وأمَّا المكاتب فله الأخذ والتُّرك ، وليس لسيدِّه الاعتراض .

فصل

(الرَّابِع: أن يأخذ جميع المبيع) لأنَّ في أخذه بعضه إضرارًا بالمشتري بتبويض الصَّفقة عليه ، والضُّرر لا يُزال بمثله ، مع أنَّها تثبت على خلاف الأصل دفعًا لضرر الشُّريك ، فإذا أخذ البعض لم يندفع الضُّرر (فإن طلب أخذ البعض سقطت شفعته) لأنَّه إذا سقط بعضها سقط كلُّها كالقصاص (فإن كانا شفيعين فالشفعة بينهما على قدر ملكيهما) في ظاهر المذهب ؛ لأنَّ ذلك حقُّ يُستفاد بسبب الملك ، فكان على قدر الأملاك كالغلة ، فدار بين ثلاثية: نصفٍ وثلثٍ وسدسٍ ، فباع ربُّ الثلث فالمسألة من ستة ، والثلث يُقسَّم على أربعة ، لصاحب النُّصف ثلاثة ، ولصاحب السُّدس واحد .

(وعنه: على عدد الرءوس) اختارها ابن عقيل ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منها لو انفرد استحقَّ الجميع ، فإذا اجتمعا تساويا كالبنين وسراية العتق ، وهو ينتقض بالفرسان والرَّجالة في الغنيمة ، فإنَّ من انفرد منهم أخذ الكلَّ ، فإذا اجتمعوا تفاضلوا كأصحاب الديوان ، والجمع كالثنتين من غير فرقٍ (فإذا ترك أحدهما شفعته لم يكن للآخر أن يأخذ إلا الكلَّ أو يترك) إجماعًا ؛ حكاها ابن المنذر ؛ لأنَّ في

فإن كان المشتري شريكاً فالشفعة بينه وبين الآخر ، فإن ترك شفעתه ليوجب الكلّ على شريكه لم يكن له ذلك ، وإذا كانت دارّ بين اثنين فباع أحدهما نصيبه لأجنبيّ صفتين ثمّ علم شريكه فله أن يأخذ بالبيعين ، وله أن يأخذ بأحدهما ، فإن أخذ بالثاني شاركه المشتري في شفעתه في أحد الوجهين .

أخذ البعض إضراراً بالمشتري ، ولو وهبها لشريكه أو لغيره لم يصحّ ، فإن كان أحدهما غائباً فليس للحاضر أن يأخذ إلاّ الكلّ أو يترك كالعفو ؛ نصّ عليه ، لكن إن ترك الطّلب منتظراً لشريكه فوجهان: أحدهما: تسقط ؛ لتركه طلبها مع إمكانه . والثاني: لا ؛ لأنّ له عذراً ، وهو الضّرر الذي يلزمه بأخذ شريكه منه ، فإن أخذ الجميع ثمّ حضر الثاني ، قاسمه ، فإذا حضر ثالث قاسمهما ، وما حدث من نماء منفصلٍ في يد الأوّل فهو له ؛ لأنّه حدث في ملكه .

(فإن كان المشتري شريكاً فالشفعة بينه وبين الآخر) لكلّ واحدٍ قدر نصيبه ؛ لأنّهما تساويا في الشّركة ، فوجب تساويهما في الشّفعة ، كما لو كان المشتري أجنبيّاً . (فإن ترك) المشتري (شفعته ليوجب الكلّ على شريكه لم يكن له ذلك) أي: لم يلزمه ذلك ، ولم يصحّ الإسقاط ؛ لأنّ ملكه قد استقرّ على قدر حقّه ، وجرى مجرى الشّفيعين إذا حضر أحدهما فأخذ الجميع ، ثمّ حضر الآخر وطلب حقّه منهما فقال الآخر: خذ الكلّ أو دعه . (وإذا كانت دارّ بين اثنين فباع أحدهما نصيبه لأجنبيّ صفتين) بأن باعه ربعاً منها بكذا ، ثمّ باعه الربع الآخر فقد تعدّد العقد (ثمّ علم شريكه فله أن يأخذ بالبيعين) لأنّه شفيعٌ فيهما (وله أن يأخذ بأحدهما) لأنّ كلّ واحدٍ منهما عقدٌ مستقلٌّ بنفسه ، وهو يستحقّهما ، فإذا أسقط البعض كان له ذلك ، كما لو أسقط حقّه من الكلّ (فإن أخذ بالثاني شاركه المشتري في شفעתه) بنصيبه الأوّل (في أحد الوجهين) لأنّ الشّفيع بإسقاطه حقّه من البيع الأوّل استقرّ ملك المشتري فصار شريكه ، فيشاركه في البيع الثاني ، والآخر لا يشاركه ؛ لأنّ ملك المشتري لم يستقرّ على المبيع ، بدليل أنّ للشّفيع أخذه بعد البيع الثاني ، فلم يستحقّ به شفعةً ، وفي ثالث: إن عفا الشّفيع عن أوّلهما شاركه ، وهو ظاهرٌ ، وأطلق الخلاف في

وإن أخذ بالأوّل لم يشاركه ، وإن أخذ بهما لم يشاركه في شفعة الأوّل ، وهل يشاركه في شفعة الثّاني؟ على وجهين . وإن اشترى اثنان حقّ واحدٍ فللشّفيع أخذ حقّ أحدهما . وإن اشترى واحدٌ حقّ اثنين أو اشترى واحدٌ شقّصين من أرضين صفقةً واحدةً فللشّفيع أخذ أحدهما على أصحّ الوجهين .

«الفروع» .

(وإن أخذ بالأوّل لم يشاركه) لأنّه لم يسبق له شركة (وإن أخذ بهما لم يشاركه في شفعة الأوّل) لما تقدّم من عدم الشركة (وهل يشاركه في شفعة الثّاني؟ على وجهين) وقد عُرِفَ وجههما .

فرعٌ : إذا كانت أرضٌ بين ثلاثة فوكل أحدهم شريكه في بيع نصيبه مع نصيبه فباعهما لرجلٍ آخر فلشريكه الشّفعة فيهما ، وهل له أخذ أحد النّصيبين دون الآخر؟ فيه وجهان . وإن وُكِّلَ في شراء نصف نصيب أحد الشّركاء فاشترى الشّقص كلّهُ لنفسه ولموكله فلشريكه أخذ نصيب أحدهما ؛ لأنّهما مشتريان ، ولا يفضي إلى تبعيض الصّفقة على المشتري .

(وإن اشترى اثنان حقّ واحدٍ فللشّفيع أخذ حقّ أحدهما) في قول أكثر العلماء ؛ لأنّ العقد مع الاثنيين بمنزلة عقدين ، ودلّ على أنّه يأخذهما ، وهو ظاهرٌ ، وقيل: بل عقدٌ واحدٌ يأخذ به الكلُّ أو يتركه ؛ قاله في «الرّعاية» .

(وإن اشترى واحدٌ حقّ اثنين) أي: صفقةً واحدةً ، فللشّفيع أخذ أحدهما ، وهو المذهب ؛ لأنّ تعدّد البائع كتعدّد المشتري . وقال القاضي: لا يملك ذلك ؛ لأنّ فيه تبعيضاً للصّفقة على المشتري ، وذلك ضررٌ عليه (أو اشترى واحدٌ شقّصين من أرضين صفقةً واحدةً فللشّفيع أخذ أحدهما على أصحّ الوجهين) وجزم به في «الوجيز» وغيره ؛ لأنّ الضرر قد يلحقه بأرضٍ دون أرضٍ . والثّاني: ليس له ذلك ؛ لما فيه من التّبعيض على المشتري . والأوّل أصحّ ؛ لأنّ كلّاً منهما يستحقُّ بسببٍ غير الآخر ، فجرى مجرى الشّريكين ، وقيل بتعدّد البائع ؛ جزم به في «الفنون» ، وقاسه على تعدّد المشتري بما يقتضي أنّه محلٌّ وفاقٍ ، وأطلق

وإن باع شقصاً وسيفاً فللشَّفيع أخذ الشَّقْص بحصَّته من الثَّمْن . ويحتمل ألاَّ يجوز . وإن تلف بعض المبيع فله أخذ الباقي بحصَّته من الثَّمْن . وقال ابن حامد: إن كان تلفه بفعل الله تعالى فليس له أخذه إلاَّ بجميع الثَّمْن .

فصل

الخامس: أن يكون للشَّفيع ملكٌ سابقٌ .

في «المحرَّر» و«الفروع» الخلاف .

فرغ: اشترى اثنان من اثنين شقصيهما في عقدٍ فعقدان ، وقيل: بل أربعة . اشترى وكيل اثنان من زيدٍ شقصاً في عقدٍ فهل يُعتبر به ، أو بهما ، أو بوكيل المشتري فقط؟ يحتمل أوجهها ؛ ذكره في «الرعاية» .

(وإن باع شقصاً وسيفاً) في عقدٍ واحدٍ (فللشَّفيع أخذ الشَّقْص) لأنَّه تجب فيه الشُّفعة إذا بيع منفرداً ، فكذا إذا بيع مع غيره ويأخذه (بحصَّته من الثَّمْن) أي: فيقسَّم الثَّمْن على قدر قيمتهما ؛ نصَّ عليه (ويحتمل ألاَّ يجوز) حكاها في «الفروع» قولاً لأصحابنا ؛ لأنَّ في ذلك تبعيضاً للصَّفقة على المشتري ، وذلك ضررٌ به .

(وإن تلف بعض المبيع فله أخذ الباقي بحصَّته من الثَّمْن) في ظاهر المذهب ؛ لأنَّه تعدُّر أخذ الكلِّ ، فجاز له أخذ الباقي ، كما لو أتلفه آدميٌّ ، فلو اشترى داراً بألفٍ تساوي ألفين فباع بابها أو هدمها ، فبقيت بألفٍ أخذها بخمسائةٍ بالقيمة من الثَّمْن ؛ نصَّ عليه .

(وقال ابن حامد: إن كان تلفها بفعل الله تعالى فليس له أخذه إلاَّ بجميع الثَّمْن) لأنَّ في أخذه بالبعض إضراراً بالمشتري ، فلم يكن له ذلك ، كما لو أخذ البعض مع بقاء الجميع .

فصل

(الخامس: أن يكون للشَّفيع ملكٌ سابقٌ) أي: ملكٌ للرَّقبة لا المنفعة ، كنصف

فإن اشترى اثنان دارًا واحدةً فلا شفعة لأحدهما على صاحبه . وإن ادعى كلُّ واحدٍ منهما السُّبق فتحالفا أو تعارضت بيئتهما فلا شفعة لهما ، ولا شفعة بشركة الوقف في أحد الوجهين .

دار موصى بنفعها فباع الورثة نصفها ، فلا شفعة للموصى له ، واشترط سبقه ؛ لأنَّ الشُّفعة تثبت لدفع الضرر عن الشريك ، فإذا لم يكن له ملكٌ سابقٌ ، فلا ضرر عليه ، فلا شفعة .

(فإن اشترى اثنان دارًا صفقةً واحدةً فلا شفعة لأحدهما على صاحبه) لأنَّه لا مزية لأحدهما على صاحبه ؛ لاستوائهما ؛ لأنَّ شرطها سبق الملك ، وهو معدومٌ هنا (وإن ادعى كلُّ واحدٍ منهما السُّبق) ولا بيئته (فتحالفا أو تعارضت بيئتهما) بأن شهدت بيئته كلُّ منهما بسبق ملكه وتجدد ملك صاحبه (فلا شفعة لهما) لعدم سبق الملك على الشراء ، وعُلمَ منه لو كان لأحدهما بيئته عُملَ بها ، وإن أقاما بيئتين قُدِّمَ أسبقهما تاريخًا ، فإن لم يكن لواحدٍ منهما بيئته سُمعت دعوى السابق ، وسئل خصمه ، فإن أنكر قيلَ قوله مع يمينه ، وإن نكل عنها قُضي عليه ولم تُسمع دعواه ؛ لأنَّ خصمه قد استحقَّ ملكه (ولا شفعة بشركة الوقف في أحد الوجهين) ذكره القاضيان: ابن أبي موسى وأبو يعلى ؛ لأنَّه لا يؤخذ بالشفعة ، فلا يجب به كالمجاور وما لا ينقسم ، ولأنَّ مستحقَّه إمَّا غير مالكٍ والشفعة لا تثبت إلَّا في ملك ، وإمَّا مالكٌ فملكه غير تامٍّ ؛ لكونه لا يستفيد به تصرُّفًا في الرقبة .

والثاني: تثبت كالمملك المطلق . وقال أبو الخطَّاب: يبني هذا على الرِّوايتين في ملك الوقف . واختار في التَّرجيب إن قلنا : القسمة إفرارٌ وجبت هي والقسمة بينهما . فعلى هذا ، الأصحُّ يؤخذ بها موقوفٌ جاز بيعه . قال ابن حمدان: ولا تثبت فيما فُتح عنوةً إذا قلنا: يصير وقفًا ، ولا في عوض الكتابة في الأقيس .

فصل

وإن تصرف المشتري في المبيع قبل الطلب بوقف أو هبة سقطت الشفعة ؛
نص عليه . وقال أبو بكر: لا تسقط .

وإن باع فللشفيع الأخذ بأيّ البيعين شاء .

فصل

(وإن تصرف المشتري قبل الطلب بوقف أو هبة سقطت الشفعة ؛ نص عليه)
في رواية عليّ بن سعيد وبكر بن محمد ؛ لأنّ الشفعة إنّما تثبت في الملك ، وقد
خرج هذا عن كونه مملوكًا ، ولأنّ فيها ههنا إضرارًا بالموقوف عليه والموهوب
له ؛ لأنّ ملكه قد زال عنه بغير عوض ، والضّرر لا يُزال بالضّرر . قال ابن أبي
موسى: من اشترى دارًا فجعلها مسجدًا فقد استهلكها ولا شفعة فيها ، وكذا إذا
تصرف فيها برهن أو صدقة أو إجارة ؛ لما ذكرنا (وقال أبو بكر: لا تسقط) بل
للشفيع فسخ ذلك وأخذه بالثمن الذي وقع به البيع حتّى لو جعله مسجدًا .

وفي «الفصول»: عنه: لا ؛ لأنّه شفيع ، ولأنّ الشفيع يملك فسخ البيع الثّاني
والثّالث مع إمكان الأخذ بهما فلأنّ يملك فسخ عقد الأخذ به أولى ، ولأنّ حقّ
الشفيع أسبق ، وجنّته أقوى ، فلم يملك المشتري تصرفًا يبطل حقّه . وفي
«الفروع» توجية أنّ المستأجر إذا وقف ما غرسه أو بناه لم يبطل الوقف ، وهو
ظاهرٌ ، وقد يُفترق بينهما من حيث إنّ ربّ الأرض يأخذه من الموقوف عليه ،
ولا يفسخ عقد الوقف ، فيصير بمنزلة بيع الوقف بشرطه ، فيشتري بثمنه ما يقوم
مقامه ، وهنا يؤخذ من المشتري الذي وجبت له الشفعة ، فيفسخ عقد الوقف ،
ويؤخذ حال كونه ملكًا له أو وقفًا ، فصار كأنّه لم يوجد ، ويكون الثمن لمن
وجبت عليه الشفعة ، وعلم منه أنّه إذا تصرف المشتري بعد الطلب أنّه لا
يصحّ ؛ لأنّه يملكه بمطالبتة ، وقيل: وقبضه .

(وإن باع) المشتري (فللشفيع الأخذ بأيّ البيعين شاء) لأنّ سبب الشفعة

فإن أخذ بالأوّل رجع الثّاني على الأوّل ، وإن فسخ البيع بعيبٍ أو إقالةٍ أو تحالفٍ فللشّفيع أخذه ، ويأخذه في التّحالف بما حلف عليه البائع .

الشّراء ، وقد وُجد من كلّ واحدٍ منهما ، ولأنّه شفيعٌ في العقدين ، واقتضى ذلك صحّة تصرّف المشتري ؛ لأنّه ملكه ، وصحّ قبضه ، وإن كان الشّفيع له أن يتملّكه لا يمنع من تصرّفه ، كما لو كان أحد العوضين في المبيع معيبًا ، فإنّه لا يمنع التّصرّف في الآخر ، وكالابن يتصرّف في العين الموهوبة له ، وإن جاز لأبيه الرجوع فيها .

(فإن أخذ بالأوّل رجع الثّاني على الأوّل) لأنّه لم يسلم له العوض ، فإن لم يعلم حتّى تباع ثلاثة أو أكثر فله أن يأخذ بالأوّل ، وينسخ العقدان الآخران ، وله أن يأخذ بالثّاني وينسخ الثّالث ، وله أن يأخذ بالثّالث ، ولا يفسخ بشيءٍ من العقود . وجعل ابن أبي موسى هذا الحكم إذا لم يكن الشّقص في يد واحدٍ منهم بعينه ، أمّا إذا كان في يد أحدهم فالمطالبة له وحده .

(وإن فسخ البيع بعيبٍ) أي: في الشّقص المشفوع (أو إقالةٍ أو تحالفٍ فللشّفيع أخذه) لأنّ حقّه سابقٌ على ذلك كلّّه ؛ لأنّه ثبت بالبيع ، وعنه: إن استقاله قبل المطالبة بها لم تكن له شفعةٌ ، وكذا إن ترادًا بعيبٍ ، وظاهره أنّها تثبت في صورة الإقالة مطلقًا ؛ لأنّ الأخذ بالبيع لا بالإقالة ، وصورته: أنّ شخصًا حصل له نصيبٌ في عقارٍ بعد أن باع بعض الشّركة نصيبه ، ثمّ تقايل هو والمشتري بعد أن ملك الشّخص النّصيب ، فهنا يملك الشّخص الشّفعة ، وأمّا الشّريك فملكه سابقٌ على البيع ، فبنفس البيع استحقّ الشّفعة ، لكن إذا فسخ البائع لعيبٍ في ثمنه المعين ، فإن كان قبل الأخذ بالشّفعة فلا شفعة وإلاّ استقرّت ، وللبيع إلزام المشتري بقيمة شقصه ، ويتراجع المشتري والشّفيع في الأصحّ بما بين القيمة والثّمن ، فيرجع دافع الأكثر منهما بالفضل (يأخذه في التّحالف بما حلف عليه البائع) لأنّ البائع مقرّرٌ بالبيع بالثّمن الذي حلف عليه ، ومقرّرٌ للشّفيع باستحقاق الشّفعة بذلك ، فإذا بطل حقُّ المشتري بإنكاره لم يبطل حقُّ الشّفيع بذلك ، وله أن يبطل فسخهما ويأخذ ؛ لأنّ حقّه أسبق .

فرعٌ : إذا وجبت له الشّفعة وقضى الحاكم بها والشّقص في يد البائع ودفع

وإن أجزره أخذه الشفيع وله الأجرة من يوم أخذه ، وإن استغله فالغلة له ،
وإن أخذه وفيه زرع أو ثمرة ظاهرة فهي للمشتري مبقاة إلى الحصاد والجداد ،
وإن قاسم المشتري وكيل الشفيع أو قاسم الشفيع لكونه أظهر له زيادة في
الثمن أو نحوه

الثمن إلى المشتري ، فقال البائع للشفيع: أقلني ، فأقاله لم يصح ؛ لأنها تكون بين
المتبايعين ، وليس بينهما بيع ، وإنما هو مشتري من المشتري ، فإن باعه إيّاه صح ؛ لأنّ
العقار يجوز التصرف فيه قبل قبضه .

(وإن أجزره أخذه الشفيع) لأنّ إجارة المشتري لا تمتنع نقل الملك ، بدليل أنّه
يصحّ بيع المؤجر ، وانفسخت الإجارة من حين أخذها (وله الأجرة من يوم
أخذه) لأنّه صار ملكه بأخذه ، وفيها في «الكافي» الخلاف في هبة (وإن استغله)
المشتري (فالغلة له) لأنها نماء ملكه ؛ إذ الخراج بالضمان ، بدليل أنّه لو تلف
كان من ضمانه ، فكذا إذا استغله (وإن أخذه) الشفيع (وفيه زرع أو ثمرة
ظاهرة) أو أبرت وما في معناه (فهي للمشتري) لأنّه ملكه (مبقاة إلى الحصاد
والجداد) لأنّ ضرره لا يبقى ، ولا أجرة عليه ؛ لأنّه زرعه في ملكه ، ولأنّ
أخذه بمنزلة شراء ثانٍ ، وقيل: يجب في الزرع إلى حصاده ، فيخرج في الثمرة
مثله ، وعلم أنّ النماء المتصل كالشجر إذا كبر ، والطلع إذا لم يؤبر فإنه يتبعه
في العقد والفسخ ، كما لو ردّ بعيب ، لا يقال: فلم لا يكون حكمه حكم
الزوج إذا طلق قبل الدخول ؛ لأنّ الزوج يقدر على الرجوع بالقيمة إذا فاته
الرجوع في العين ، وهنا يسقط حقه منها إذا لم يرجع في الشقص ، فافترقا .

(وإن قاسم المشتري وكيل الشفيع) في القسمة ، أو رفع الأمر إلى الحاكم
فقاسمه لغية الشفيع فله ذلك في وجهه ؛ جزم به في الكافي وغيره (أو قاسم
الشفيع لكونه أظهر له زيادة في الثمن أو نحوه) بأنّ الشقص موهوب ، أو أنّ
الشراء لفلان ، فترك الشفعة لذلك ، وكذا إن جهل الشفيع ثبوت الشفعة له ؛
قاله ابن الزاغوني (وغرس أو بنى) ثمّ أخذ الشفيع به فله ذلك ؛ للعمومات ،
وعلم منه أنّه لا يتصور بناء المشتري وغرسه على القول بالفورية إلّا فيما ذكر

وغرس أو بنى فللشفيع أن يدفع إليه قيمة الغراس والبناء فيملكه ، أو يقلعه ويضمن النقص ، فإن اختار أخذه فأراد المشتري قلعه فله ذلك إذا لم يكن فيه ضررٌ .

(فالشَّفيع) الخيار بين (أن يدفع إليه قيمة الغراس والبناء فيملكه) مع الأرض ؛ نصَّ عليه دفعًا للضرر المنفي شرعًا (أو يقلعه ويضمن النقص) أي: نقصه من القيمة ؛ قاله القاضي وأصحابه ، وهو المذهب ؛ لزوال الضرر به ، وهذا التَّخيير هو قول أكثر العلماء ، زاد في «الانتصار»: أو أفتره بأجرة ، فإن أبى فلا شفعة ، ونقل الجماعة: له قيمة البناء ولا يقلعه . ونقل سندي: أله قيمة البناء أم قيمة النقص؟ قال: لا ، قيمة البناء . قال: إنهم يقولون: قيمة النقص . فأنكره وردّه وقال: ليس هذا كغاصب .

أصل في كيفية التقويم ذكر في «المغني» و«الشرح» أنّ الظاهر أنّ الأرض تقوّم مغروسةً أو مبنيةً ، ثمّ تقوّم خاليةً منهما ، فما بينهما فهو قيمة الغراس أو البناء يُدفع إلى المشتري إن أحبَّ الشَّفيع ، أو ما نقص منه إن اختار القلع لا قيمته مستحقًا للبقاء ؛ لأنّه لا يستحقُّ ذلك ، ولا قيمته مقلوعًا . ويحتمل أن يقوّم الغرس والبناء مستحقًا للترك بالأجرة ، أو لأخذه بالقيمة إذا امتنعا من قلعه .

(فإن اختار أخذه فأراد المشتري قلعه فله) أي: للمشتري (ذلك) لأنّه ملكه ، فإذا قلعه فليس عليه تسوية الحفر ، ولا نقص الأرض ؛ قاله الأكثر ؛ لأنّ النقص حدث في ملكه ، فلا يقابل بعوضٍ . فعلى هذا ، يُخَيَّر الشَّفيع بين أخذه ناقصًا بكلِّ الثمن أو تركه .

وظاهر «الخرقي» أنّ عليه ضمان النقص الحاصل بالقلع ، فأما نقص الأرض الحاصل بالغرس والبناء فلا يضمّنه ؛ ذكره في «المغني» .

(إذا لم يكن فيه ضررٌ) هذا اختيار الخرقي وابن عقيل والأدمي ، وجزم به في «الوجيز» ؛ لأنّ الضرر لا يُزال بمثله ، واقتصر الأكثر على القلع ، أضرُّ بالأرض أو لم يضرّ ؛ لأنّه عين ماله .

فرغ : إذا حفر فيها بئرًا أخذها ولزمه أجرة مثلها .

وإن باع الشفيع ملكه قبل العلم لم تسقط شفعته في أحد الوجهين ،
وللمشتري الشفعة فيما باعه الشفيع في أصح الوجهين . وإن مات الشفيع
بطلت شفعته ، إلا أن يموت بعد طلبها فتكون لوارثه .

(وإن باع الشفيع ملكه قبل العلم) يبيع نصيب شريكه (لم تسقط شفعته في
أحد الوجهين) اختاره أبو الخطاب ، وجزم به في «الوجيز» ؛ لأنها ثبتت له ، ولم
يوجد منه رضا بتركها ، والأصل بقاؤها . والثاني: تسقط ؛ قاله القاضي ؛ لأنه زال
السبب الذي يستحق به الشفعة ، وهو الملك الذي يخاف الضرر بسببه ، أشبه ما لو
اشترى معيماً لم يعلم عيبه حتى باعه ، ومقتضاه أنه إذا باعه بعد العلم بالحال فإنها
تسقط .

وإن باع بعضه فوجهان:

أحدهما: تسقط ؛ لكونها لا تبعض .

والثاني: بقاؤها ؛ لأنه قد بقي من نصيبهما ما يستحق به الشفعة في جميع المبيع
لو انفرد .

(وللمشتري الشفعة فيما باعه الشفيع في أصح الوجهين) لأن له ملكاً سابقاً
على بيع الشفيع ، فملك الأخذ به . والثاني: تسقط ؛ لأن ملكه ضعيف ؛ لكونه
بعرضية الأخذ بالشفعة (وإن مات الشفيع بطلت شفعته) نص عليه ؛ لأنه نوع خيارٍ
للتملك ، أشبه خيار القبول ، ولأنه لا نعلم بقاءه على الشفعة ؛ لاحتمال رغبته
عنها ، ولا ينتقل إلى الورثة ما يشك في ثبوته ، وخرج أبو الخطاب أنها لا
تبطل ، وتورث عنه بناءً على رواية إرث الأجل .

وأجيب بأنه حق فسخ ثبت لا لفوات جزء ، فلم يورث كالرجوع في الهبة (إلا
أن يموت بعد طلبها فتكون لوارثه) نص عليه ، وهو المذهب ، وحكاه أبو الخطاب
قولاً واحداً ؛ لأن الحق قد تقرّر بالطلب ، ولذلك لا تسقط بتأخير الأخذ بعده . أمّا
على قول القاضي فلأن الشقص صار ملكاً له بالمطالبة ، وفيه نظر ؛ لأنه لو كان
كذلك لما صحّ العفو عنها بعد طلبها ، كما لا يصحّ العفو عنها بعد الأخذ

فصل

ويأخذ الشَّفيع بالثَّمَن الذي وقع العقد عليه .

بها . وأما على رأى ابن عقيل والمؤلف فلائنه قد علم بمطالبتة بقاءه على شفيعته ، وهو ظاهرٌ . وقال في رواية أبي طالبٍ: الشُّفعة لا تورث ، لعلّه لم يكن يطلبها . فجعل العلة في إبطالها بالموت عدم العلم برغبة الميت .

قال القاضي في «التعليق» : فعلى هذا ، لو علم الوارث أنه راغب فيها كان له المطالبة ، وإن لم يطالب الميت ، قال الزُّركشي: وينبغي أن يكون القول قول الوارث مع يمينه . فإذا تقرّر ذلك ، انتقل الحقُّ إلى جميع الورثة على قدر إرثهم مطلقاً ، فإذا ترك بعضهم حقّه توفّر على الباقي ، ولم يكن لهم إلا أخذ الكلِّ أو التُّرك ، كالشُّفعاء إذا عفا بعضهم عن حقّه ، وقيل: من عفا عن بعض حقّه أو لم يطلبه لم تسقط شفيعته .

فصل

(ويأخذ الشَّفيع بالثَّمَن الذي وقع العقد عليه) لحديث جابر: «فهو أحقُّ به بالثَّمَن» . رواه أبو إسحاق الجوزجاني في «المرجم» . ولأنَّ الشَّفيع إنما يستحقُّ الشُّقص بالبيع ، فكان مستحقاً له بالثَّمَن كالمشتري ، ولو عبّر بما استقرَّ عليه العقد وقت لزومه لكان أولى ، لا يقال: كان ينبغي أن يأخذه بقيمته كالمضطرِّ إلى طعام غيره ؛ لأنَّ المضطرَّ استحقَّه بسبب حاجته ، فكان المرجع في بدله إلى قيمته ، والشَّفيع استحقَّه بالبيع ، فوجب أن يكون بالعوض الثَّابت به ، فإن وقع حيلةً دفع إليه ما أعطاه أو قيمة الشُّقص ، وإن كان مجهولاً - كصُبرة نقدٍ فقد تقدّم ، وظاهره أنه يأخذه بغير حكم حاكمٍ ؛ لأنه حقٌّ ثبت بالإجماع ، فلم يفتقر إلى حكم ، كالرَّدِّ بالعيب ، ولا تُعتبر رأيته إن صحَّ بيع غائبٍ وإلا اعتُبرت ، واعتبر ابن عقيل الحكم تارةً ودفع ثمنه ما لم يضرَّ مشتريه .

فإن دفع مكيلاً بوزنٍ أخذ مثل كيله كقرض ، وقيل: يكفي وزنه ؛ إذ المبدول

وإن عجز عنه أو عن بعضه سقطت شفعته ، وما يحطُّ من الثَّمَن أو يزداد فيه في مدَّة الخيار يلحق به ، وما كان بعد ذلك لا يلحق به ، وإن كان مؤجَّلاً أخذه الشَّفيع بالأجل إن كان مليًّا ، وإلَّا أقام كفيلاً مليًّا وأخذ به .

في مقابلة الشَّقص ، وقدر الثَّمَن معياره لا عوضه .

(وإن عجز عنه أو عن بعضه سقطت شفعته) ولو اكتفى بالثَّاني كـ«الوجيز» لكان أولى ؛ لأنَّ في أخذه بدون دفع كلِّ الثَّمَن إضرارًا بالمشتري ، والضَّرر لا يُزال بمثله ، فإن أحضر رهناً أو ضمينًا لم يلزم المشتري قبوله ؛ لأنَّ عليه ضررًا في تأخير الثَّمَن ، وكذا لا يلزمه قبول عوض عن الثَّمَن ؛ لأنَّها معاوضةٌ ، فلم يُجبر عليها ، وللمشتري حبسه على ثمنه ؛ قاله في التَّرجيب وغيره ؛ لأنَّ الشَّفعة قهريٌّ ، والبيع عن رضا ، فإن تعذَّر في الحال ، فقال في رواية حرب: يُمهَّل الشَّفيع يومًا أو يومين ، والأشهر عنه: ثلاثًا ؛ لأنَّها حدُّ جمع القلَّة ، وعنه: ما رأى الحاكم .

فرغ : لو أفلس الشَّفيع بعد أخذ الشَّقص حُيِّر المشتري بين الفسخ وبين أن يضرب مع الغرماء بالثَّمَن كالبائع إذا أفلس المشتري .

(وما يحطُّ من الثَّمَن أو يزداد فيه في مدَّة الخيار يلحق به) لأنَّ زمن الخيار كحالة العقد . نقل صالح: للماء حصَّة من الثَّمَن . وفي رجوع شفع بآرش على مشتري عفا عنه بائع وجهان (وما كان بعد ذلك لا يلحق به) لأنَّ الزيادة حينئذٍ هبةٌ يُشترط لها شروطها ، والتَّقصان إبراءٌ ، فلا يثبت شيءٌ منهما في حقِّ الشَّفيع ؛ لكونه وُجد بعد استقرار العقد ، أشبه ما لو وهب أحدهما للآخر عينًا أخرى .

(وإن كان مؤجَّلاً أخذه الشَّفيع بالأجل إن كان مليًّا وإلَّا) فإن كان معسرًا (أقام) الشَّفيع (كفيلاً مليًّا وأخذ به) نصَّ عليه ؛ لأنَّ الشَّفيع يستحقُّ الأخذ بقدر الثَّمَن وصفته ، والتأجيل من صفته ، وفي كلام القاضي وأبي الخطَّاب والمؤلف اشتراط الملاءة ؛ لأنَّه لو أخذ بدونها لتضرَّر المشتري ، والضَّرر لا يُزال

وإن كان الثمن عرضاً أعطاه مثله إن كان ذا مثل وإلا قيمته . وإن اختلفا في قدر الثمن فالقول قول المشتري ، إلا أن يكون للشفيع بيئة .

بمثله ، ومتى أخذه الشفيع بالأجل فمات ، أو المشتري وقلنا: يحل الدين بالموت حل على الميت منهما دون صاحبه ، فلو لم يعلم حتى حل فهو كالحال .

(وإن كان الثمن عرضاً أعطاه مثله إن كان ذا مثل) كالحبوب والأدهان ونحوهما ؛ لأنهما كالأثمان ، ولأنه مثل من طريق الصورة والقيمة ، فكان أولى من المماثل في أحدهما ؛ إذ الواجب بدل الثمن ، فكان مثله كبديل العرض (وإلا) أي: إن لم يكن له مثل كالثياب والحيوان فتعتبر (قيمه) في قول أكثر أهل العلم ؛ لتعذر المثل ، ولأن ذلك بدله في الإلتاف . وذكر الأصحاب أنه لو باعه بضبرة نقدًا وجوهرة دفع مثله أو قيمته ، فإن تعذر فقيمة الشقص ؛ لأن الأغلب وقوع العقد على الأشياء بقيمتها ، فإن اختلفا في القيمة رجع إلى أهل الخبرة إن كان موجودًا ، وإن كان معدومًا قبل قول المشتري فيها .

(وإن اختلفا في قدر الثمن فالقول قول المشتري) مع يمينه ؛ ذكره المعظم ؛ لأنه العاقد ، فهو أعلم بالثمن ، ولأن المبيع ملكه ، فلا يُنزع عنه بدعوى مختلف فيها إلا ببيئة ، وكما يُقبل قوله في الغرس والبناء في الشقص أنه أحدثه ، والشفيع ليس بغارم ؛ لأنه لا شيء عليه ، وإنما يريد تملك الشقص بثمنه ، بخلاف غاصب ومتلف (إلا أن تكون للشفيع بيئة) فيعمل بها ؛ لأنها تكذب المشتري ، فإن أقام كل منهما بيئة احتمل تعارضهما والقرعة ، وقيل: تُقدم بيئة شفيع ، ولا تُقبل شهادة البائع للشفيع ؛ لأنه متهم ؛ لكونه يطلب تقليل الثمن خوفًا من الدرك عليه ، ويُقبل عدل وامراتان ، وشاهدٌ ويمينٌ ، فإن قال المشتري: لا أعرف قدر الثمن ، فُدم قوله ؛ لأنه أعلم بنفسه ، فإذا حلف سقطت ؛ لأنه لا يمكن الأخذ بغير ثمن ، ولا يمكن أن يدفع إليه ما لا يدعيه إلا أن يفعل ذلك تحيلاً ، فإن ادعى أنك فعلته تحيلاً على إسقاطها قبل قوله مع يمينه ؛ لأنه منكرٌ . وإن ادعى جهل قيمته فهو كما لو ادعى جهل ثمنه ؛ قاله في «المغني» و«الشرح» .

وإن قال المشتري: اشتريته بألفٍ ، وأقام البائع بيّنةً أنه باعه بألفين ، فللشفيع أخذه بألفٍ ، فإن قال المشتري: غلطتُ ، فهل يُقبل قوله مع يمينه؟ على وجهين . وإن ادّعى أنك اشتريته بألفٍ فقال: بل اتّهبته أو ورثته ، فالقول قوله مع يمينه ، فإن نكل عنها أو قامت بيّنةٌ للشفيع فله أخذه ، ويقال للمشتري: إمّا أن تقبل

(وإن قال المشتري: اشتريته بألفٍ ، وأقام البائع بيّنةً أنه باعه بألفين ، فللشفيع أخذه بألفٍ) لأنّ المشتري مقرّ له باستحقاقه بألفٍ ، فلم يستحقّ الرجوع بأكثر (فإن قال المشتري: غلطتُ) أو كذبتُ أو نسيتُ ، والبيّنة صادقةٌ (فهل يُقبل قوله مع يمينه؟ على وجهين) أشهرهما: أنه لا يُقبل ؛ جزم به في «الكافي» ؛ لأنّه رجوعٌ عن إقراره ، فلا يُقبل ، كما لو أقرّ له بدين . والثاني: يُقبل . قال القاضي: وهو قياس المذهب عندي كالمراوحة ، بل هنا أولى ؛ لأنّ البيّنة قامت لكذبه ، فقبل رجوعه عنه . فإن لم تكن للبائع بيّنةٌ فتحالفا ، فللشفيع أخذه بما حلف عليه البائع ، وإن رضي المشتري أخذه بما قال البائع ؛ جاز ، وملك بشفيع أخذه بالثمن الذي حلف عليه المشتري ؛ لأنّ حقّ البائع في الفسخ زال .

فرعٌ : إذا ادّعى على إنسانٍ شفعةً في شقصٍ اشتراه فقال: ليس لك ملكٌ في شركتي ، فعلى الشفيع إقامة البيّنة بالشركة في قول الجماهير . وقال أبو يوسف: إذا كان في يده استحقّ الشفعة به .

(وإن ادّعى أنك اشتريته بألفٍ) فلي الشفعة ، احتاج إلى تحرير الدّعى ، فيحدّد المكان الذي فيه الشقص ، ويذكر قدر الشقص وثمانه ، فإن اعترف لزمه ، وإن أنكر (فقال: بل اتّهبته أو ورثته) فلا شفعة (فالقول قوله) أي: مدّعي الهبة والإرث ؛ لأنّ الأصل معه ، والمثبت للشفعة البيع ولم يتحقّق (مع يمينه) لاحتمال صدق خصمه ، وحينئذٍ يبرأ ، فإن قال: لا تستحقّ على شفعية ، فالقول قوله مع يمينه ، وهي على حسب جوابه (فإن نكل عنها) فُضي عليه ؛ لأنّ التّكول قائم مقام الإقرار (أو قامت بيّنةٌ للشفيع فله أخذه) لأنّ البيع ثبت بحقوقه ، والأخذ بها من حقوقه (و) حينئذٍ يعرض عليه الثمن ، فإن أخذه دُفع إليه ، فإن قال: لا أستحقّه فثلاثة أوجه: أحدها: (يقال للمشتري: إمّا أن تقبل

الثمن ، وإمّا أن تبرئ منه . وإن كان عوضًا في الخلع أو النكاح أو عن دم عميد فقال القاضي : يأخذه بقيمته . وقال غيره : يأخذه بالدية ومهر المثل .

الثمن وإمّا أن تبرئ منه) اختاره القاضي ؛ لأنّ الثمن صار مستحقًا له ، فيقال له ذلك لتحصل براءة الشفيع ، وكسيّد المكاتب إذا جاءه المكاتب بمال الكتابة فادّعى أنّه حرام .

والثاني : يقرّ في يد الشفيع إلى أن يدّعيه المشتري فيدفع إليه . قال في «الشرح» : وهو أولى إن شاء الله تعالى .

والثالث : يأخذه حاكم فيحفظه لصاحبه حتى يدّعيه ، فمتى ادّعه المشتري دُفع إليه . وفرّق في «الشرح» بين المكاتب والشفيع ؛ لأنّ سيّده يطالبه بالوفاء من غير هذا الذي أتاه به ، فلا يلزمه ذلك بمجرد دعوى سيّده تحرّيمه ، وهذا لا يطالب الشفيع بشيء ، فلا ينبغي أن يكلف الإبراء ممّا لا يدّعيه .

تنبيه : إذا ادّعى عليه الشراء فقال : اشتريته لفلان ، سئل ، فإن صدّقه فهو له ، وإن كذبه فهو للمشتري ، ويؤخذ بالشفعة في الحالتين . وإن كان المقرّ له غائبًا أخذته الشفيع بإذن الحاكم والغائب على حُجّته إذا قديم ، فإن قال : اشتريته لابني الطّفل ، فهو كالغائب في وجهه ، وفي الآخر : لا شفعة ؛ لأنّ الملك ثبت للطّفل ، ولا يثبت في ماله حقّ بإقرار وليّه عليه ، فأما إن ادّعى عليه الشفعة في شقص فقال : هو لفلان الغائب أو الطّفل ، فلا شفعة فيه ؛ لأنّه قد ثبت لهما ، فإقراره بعد ذلك إقرارٌ على غيره ، فلا يقبل .

(وإن كان عوضًا في الخلع أو النكاح أو عن دم عميد) وقلنا بوجوب الشفعة فيه (فقال القاضي) وهو قياس قول ابن حامد (يأخذه بقيمته) لأنّه ملك الشقص القابل للشفعة ببدل ليس بمثلٍ ، فوجب الرجوع إلى القيمة ، كما لو باعه سلعة لا مثل لها (وقال غيره) : وهو ابن حامد وأبو الخطّاب في «الانتصار» (يأخذه بالدية ومهر المثل) لأنّ ذلك بدل المشفوع ، فوجب أن يؤخذ به كالثمن ، مع أنّه تقدّم أنّ الأشهر : لا شفعة في ذلك ؛ لأنّ ما يقابل المبيع ليس بمالٍ ، ولأنّ

فصل

ولا شفعة في بيع الخيار قبل انقضائه ؛ نصّ عليه . ويحتمل أن يجب .
وإن أقرّ البائع وأنكر المشتري فهل تجب الشفعة؟ على وجهين .

الأخذ إمّا بالقيمة ، وهو ممتنع ؛ لأنه ليس بعوض للمبيع . وإمّا بالمهر ، وفيه تقويم البضّع ، وإضرارًا بالشفيع ؛ لأنّ مهر المثل يتفاوت مع المسمّى ؛ لأنّ المهر يسامح به في العادة ، بخلاف البيع ، وفيه شيء ، ولا يُتوهم أنّ القاضي يثبت الشفعة في ذلك ، وإمّا كلامه في صفة الأخذ ، مع أنّ المسألة فيها روايتان ، وعلى قياسه ما أخذ أجره أو ثمنًا في سلّم أو عوضًا في كتابية .

فصل

(ولا شفعة في بيع الخيار قبل انقضائه ؛ نصّ عليه) لأنّ في الأخذ إلزام المشتري بالعقد قبل رضاه بالتزامه ، وإيجاب العهدة عليه ، وتفويت حقّه من الرجوع في عين الثمن ، ولا فرق فيه بين خيار المجلس أو الشرط ، وسواء كان الخيار لهما أو لأحدهما .

(ويحتمل أن يجب) وحكاه أبو الخطاب تخريجًا ؛ لأنّ الملك انتقل ، فثبت فيه الشفعة في مدة الخيار كما بعد انقضائه ، وإزالة ضرر الشركة ، وقيل: ثبت إن قلنا: الملك للمشتري ، وقيل: إن شرط للبائع فقط وقلنا: الملك للمشتري ، لم يجب قبل فراغه ، وإن شرط للمشتري وحده وقلنا: الملك له ، وجبت ؛ لأنّ الملك انتقل إليه ، ولا حقّ لغيره فيه ، والشفيع يملك الأخذ بعد استقرار الملك فكان له ، وغاية ما تقدّم ثبوت الخيار له ، وذلك لا يمنع الأخذ بها ، كما لو وجد به عيبًا .

(وإن أقرّ البائع وأنكر المشتري فهل تجب الشفعة؟ على وجهين) كذا في «الكافي» ، أحدهما: لا شفعة ؛ نصره الشريف في مسائله ، ولا نصّ فيها للإمام أحمد ؛ لأنّ الشفعة فرع البيع ، فإذا لم يثبت الأصل لم يثبت فرعه . والثاني ، وهو المذهب: أنّها تجب ؛ لأنّ البائع أقرّ بحقّين: حقّ للشفيع ، وحقّ للمشتري ، فإذا سقط حقّه بإنكاره ثبت حقّ الآخر ، كما لو أقرّ بدارٍ لرجلين فأنكر

وعهدة الشَّفيع على المشتري ، وعهدة المشتري على البائع ، فإن أباي المشتري قبض المبيع أجبره الحاكم . وقال أبو الخطاب: قياس المذهب أن يأخذه الشَّفيع من يد البائع . وإذا ورث اثنان شقَّصًا عن أبيهما فباع أحدهما نصيبه فالشَّفعة بين أخيه وشريك أبيه . ولا شفعة لكافرٍ على مسلم .

أحدهما . فعليه ، يقبض الشَّفيع من البائع ويسلم إليه الثَّمَن ، ويكون درك الشَّفيع على البائع ، وليس له ، ولا للشَّفيع محاكمة المشتري . فإن كان البائع مقرًّا بقبض الثَّمَن من المشتري بقي الثَّمَن الذي على الشَّفيع لا يدَّعيه أحدٌ ؛ لأنَّ البائع يقول: هو للمشتري ، والمشتري يقول: لا أستحقُّه . فالأوجه الثلاثة .

(وعهدة الشَّفيع على المشتري ، وعهدة المشتري على البائع) العهدة في الأصل: كتاب الشراء ، والمراد هنا أنَّ الشَّقْصَ إذا ظهر مستحقًّا أو معيًّا فإنَّ الشَّفيع يرجع على المشتري بالثَّمَن أو بأرش العيب ؛ لأنَّ الشَّفيع ملكه من جهته ، فرجع عليه لكونه بائعه ، ثمَّ يرجع المشتري على البائع ؛ لما ذكرنا ، ويستثنى منه المسألة السابقة ، فإنَّ عهدة الشَّفيع على البائع ؛ لحصول الملك له من جهته .

(فإن أباي المشتري قبض المبيع أجبره الحاكم) قاله القاضي ، وقدَّمه في «الفروع» ؛ لأنَّ القبض واجبٌ ؛ ليحصل حقُّ المشتري في تسليمه ، ومن شأن الحاكم أن يجبر الممتنع (وقال أبو الخطاب: قياس المذهب أن يأخذه الشَّفيع من يد البائع) لأنَّ العقد يلزم في العقار من غير قبضٍ ، ويدخل في ملك المشتري بنفسه بدليل صحَّة التصرُّف فيه قبل قبضه .

(وإذا ورث اثنان شقَّصًا عن أبيهما فباع أحدهما نصيبه فالشَّفعة بين أخيه وشريك أبيه) لأنَّهما شريكان حال ثبوت الشَّفعة ، فكان بينهما ، كما لو تملَّكها بسببٍ واحدٍ ، ولأنَّها ثبتت للدفع ضرر الشَّرِيك الدَّاخل على شركائه بسبب شركته ، وهو موجودٌ في حقِّ الكل .

(ولا شفعة لكافرٍ على مسلم) نصَّ عليه ، وقاله الحسن والشَّعْبِيُّ والنَّخَعِيُّ ؛

وهل تجب الشفعة للمضارب على ربّ المال ، أو لربّ المال على المضارب
فيما يشتره للمضاربة؟ على وجهين .

لقوله عليه السلام : « لا شفعة لنصراني » . رواه الدارقطني في كتاب « العلل » ، وأبو بكر ، وفي إسنادهما نائل بن نجيح ، عن سفيان الثوري ، عن حميد ، عن أنس . ونائل ضعفه الدارقطني وابن عدي ، ولأنه معني يختص به العقار ، أشبه الاستعلاء في البنيان ، وقال أكثر العلماء: تثبت ؛ لأنها خيارٌ ثبت لدفع الضرر بالشراء ، فاستوى فيه المسلم والكافر كالرّدّ بالعيب .

وجوابه: بأنها تثبت في محلّ الإجماع على خلاف الأصل رعاية لحقّ الشريك المسلم ، وليس الذمّي في معنى المسلم ، فيبقى فيه على مقتضى الأصل ، وظاهره أنّها تثبت للمسلم على الكافر ؛ لعموم الأدلة ، ولأنّها إذا تثبتت على المسلم مع عظم حرمة فلاّن تثبت على الذمّي مع دناءته أولى ، وأنّها تثبت لكافرٍ على مثله ؛ لاستوائهما كالمسلمين . قال في « الشرح »: لا نعلم فيه خلافاً . وقيل: لا تثبت لهما إذا كان البائع مسلماً ، فإن تباع كافرين بخمرٍ شقّصاً فلا شفعة في الأصحّ كخنزير ، بناءً على قولنا: هل هي مال لهم؟ فأما أهل البدع فتثبت الشفعة لمنّ حكم بإسلامه . وروى حرب عن أحمد أنّه سئل عن أصحاب البدع: هل لهم شفعة؟ وذكر له عن الشافعي أنّه قال: ليس للرافضة شفعة . فضحك وقال: أراد أن يخرجهم من الإسلام . فظاهره أنّه أثبتّها لهم ، وهو محمولٌ على غير الغلاة منهم ، فأما الغلاة كمتعقد غلط جبريل في الرسالة ، ومنّ حكم بكفره من الدعاة بخلق القرآن فلا شفعة لهم ، وهو مقتضى كلام الأصحاب ؛ لأنها إذا لم تثبت للذمّي الذي يُقرُّ على كفره فغيره أولى (وهل تجب الشفعة للمضارب على ربّ المال ، أو لربّ المال على المضارب فيما يشتره للمضاربة؟ على وجهين) وفيه مسألتان: الأولى: هل تجب الشفعة للمضارب على ربّ المال؟ وفيه وجهان: أحدهما: تجب ، وصورتها بأن يكون المضارب له شقّص في عقار ، فاشترى بمال المضاربة بقيته ؛ لما في ذلك من دفع ضرر الشركة . والثاني: لا شفعة ؛ لأنّ له في مال المضاربة تعلقاً في الجملة ، أشبه ربّ المال ، والمذهب

باب الودیعة

كما صرّح به في «المغني» و«الشّرح»: أنّها لا تجب إن ظهر ربح وإلا وجبت؛ نصّ عليه. قال صاحب «التهامة»: وعندني أنّه لا شفعة للعامل فيما اشتراه كالوكيل والوصيّ.

الثّانية: المذهب أنّها لا تجب لربّ المال على المضارب؛ لأنّ الملك وقع له، فلا يستحقّ الشّفعة على نفسه. والثّاني: تجب؛ لأنّ مال المضاربة كالمفرد بنفسه، أشبه ما إذا كان المشتري شريكاً فلاشّفة بينه وبين شريكه، وهذه شفعة في الحقيقة لم تجلب ملكاً، وإتّما قرّرتّه. قال في «المغني» و«الشّرح»: والوجهان مبنيان على شراء ربّ المال من مال المضاربة، ولا شفعة لمضارب فيما باعه من مالها، وله فيه ملك، وله الشّفعة فيما يبيع شركة لمال المضاربة إن كان فيها حظّ، فإن أوى أخذ بها ربّ المال.

تذنيب: قال أحمد في رواية حنبل: لا يرى الشّفعة في أرض السّواد؛ لأنّ عمر وقفها، وكذا كل أرض وقفها كالشّام ومصر. قال في «المغني» و«الشّرح»: إلا أن يحكم ببيعها حاكم أو يفعله الإمام أو نائبه فثبت؛ لأنّه مختلف فيه، وحكم الحاكم ينفذ فيه.

باب الودیعة

الوديعة: وهي فعيلة من ودع الشّيء: إذا تركه، أي: هي متروكة عند المودّع، وقيل: هي مشتقة من الدّعة، فكأنّها عند المودّع غير مبتدلة للانتفاع، وقيل: من ودع الشّيء يدع: إذا سكن، فكأنّها ساكنة عند المودّع.

وهي في الشّرع: اسم لعين توضع عند آخر ليحفظها، فهي وكالة في الحفظ، فيعتبر أركانها. والأحسن أنّها: توكيل في حفظ مملوك أو محترم مختصّ على وجه مخصوص. والإجماع في كل عصر على جوازها، وسنده قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨] مع السنّة الشّهيرة، منها قوله عليه السّلام: «أدّ الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك». رواه أبو داود،

وهي أمانة ، ولا ضمان عليه فيها ، إلا أن يتعدى ، وإن تلفت من بين ماله لم يضمن في أصح الروايتين ، ويلزمه حفظها في حرز مثلها .

والتزمذي وحسنه . والمعنى يقتضيها ؛ لحاجة الناس إليها ؛ لأنه يتعدّر عليهم حفظ جميع أموالهم بأنفسهم . ويُسْتَحَبُّ أخذها لمن عُلِمَ أنه ثقة قادرٌ على حفظها ، وتكره لغيره إلا برضا ربّه ، وتنفسخ بموت وجنونٍ وعزلٍ مع علمه ، فإن بطلت بقي المال في يده أمانةً يؤدّيه إلى مالكة ، فإن تلف قبل التمكن فهدرٌ ، وإن تلف بعده فوجهان . ولا يصح الإيداع والاستيداع إلا من جائز التصرف في ماله وتبرّعه به .

(وهي أمانة) لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ آمَنَ بِبَعْضِكُمْ بَعْضًا فَلَئُوذَ الَّذِي أُوتِحَ أَمْنَتُهُ﴾ [البقرة: ٢٨٣] (ولا ضمان عليه فيها) لما روى عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جدّه أنّ النبي ﷺ قال: «من أودع وديعةً فلا ضمان عليه» . رواه ابن ماجه . ولأنّ المستودع يحفظها لملكها ، فلو ضمنت لامتنع الناس من الدخول فيها ، وذلك مضرٌّ لما فيه من ميسس الحاجة إليها (إلا أن يتعدى) فيضمنها بغير خلافٍ علمناه ؛ لأنّه متلفٌ لمال غيره ، فضمنه ، كما لو أتلّفه من غير استيداع .

(وإن تلفت من بين ماله لم يضمن في أصح الروايتين) وهي قول أكثر العلماء ؛ لما ذكرنا ، ولأنّ المستودع مؤتمنٌ ، فلم يضمن ما تلف من غير تعدّيه ولا تفريطه ، وسواء ذهب معها من ماله شيءٌ أو لا . والثانية: يضمن إذا تلفت من بين ماله ؛ لما روى سعيدٌ: حدّثنا هُشَيْمٌ ، أنا حُمَيْدُ الطَّوِيلِ ، عن أنسٍ أنّ عمر بن الخطّاب ضمن وديعةً ذهبت من بين ماله . والأوّل أصحُّ ؛ قاله القاضي ؛ لأنّ الضّمان ينافي الأمانة ، وحديث عمر محمولٌ على التفريط من أنسٍ في حفظها ، فلا منافاة .

(ويلزمه حفظها في حرز مثلها) عرفاً كسرقة ، وكما يحفظ ماله ، ولأنّه تعالى أمر بأدائها ، ولا يمكن ذلك إلا بالحفظ . وفي «الرعاية»: من استودع شيئاً حفظه في حرز مثله عاجلاً مع القدرة وإلا ضمن ، وظاهره أنّه إذا لم يحفظها في حرز مثلها أنّه يضمن ؛ لأنّه مفرطٌ ، وإن وضعها في حرزٍ ثمّ نقلها عنه إلى حرز مثلها لم يضمنها ؛

وإن عین صاحبها حرزاً فجعلها في دونه ضمن ، وإن أحرزها بمثله أو فوقه لم يضمن . وقيل: يضمن ، إلا أن يفعله حاجة . فإن نهاه عن إخراجها فأخرجها لغشيان شيء الغالب منه التوى لم يضمن .

لأن صاحبها رد حفظها إلى اجتهاده ، فلو كانت العين في بيت مالکها فقال الآخر: احفظها في موضعها ، فنقلها عنه لغير خوف ضمن ؛ لأنه ليس بمودع ، وإنما هو وكيل في حفظها في موضعها .

(وإن عین صاحبها حرزاً فجعلها في دونه ضمن) سواء ردّها إليه أو لا ؛ لأنه خالفه في حفظ ماله ، ومقتضاه أنه إذا حفظها فيما عینّه ولم يخش عليها فلا ضمان عليه بغير خلاف ؛ لأنه ممثّل غير مفرط .

(وإن أحرزها بمثله أو فوقه) بلا حاجة ، كلبس خاتم في خنصر فلبسه في بنصر لا عكسه (لم يضمن) على المذهب ؛ لأن تقييده بهذا الحرز يقتضي ما هو مثله ، كمن اکتري لزرع حنطة فله زرعها وزرع مثلها في الضرر ، فما فوقه من باب أولى .

(وقيل: يضمن) وهو ظاهر «الخرقي» ، وحكاها في «التبصرة» رواية . قال في رواية حرب: إذا خالف في الودیعة فهو ضامن ؛ لأنه خالف أمر صاحبها من غير حاجة ، أشبه ما لو نهاه (إلا أن يفعله حاجة) كما لو خاف عليها من سيل أو حريق ؛ لأنه لا يعد مفرطاً ، والأولى إن نقلها إلى الأعلى لم يضمن ؛ لأنه زاده خيراً لا إن نقلها إلى المساوي ؛ لعدم الفائدة . قال في «التلخيص»: أصحابنا لم يفرقوا بين تلفها بسبب الثقل وبين تلفها بغيره . قال: وعندي أنه إذا حصل التلف بسبب الثقل ، كانهدام البيت المنقول إليه ، ضمن .

(فإن نهاه عن إخراجها فأخرجها لغشيان شيء الغالب منه التوى) أي: الهلاك (لم يضمن) لأن حفظها نقلها ، وتركها تضييع لها ، وهذا إذا وضعها في حرز مثلها أو فوقه ، فإن تعدر وأحرزها في دونه فلا ضمان ؛ ذكره في «المغني» و«الشرح» والحرثي ، ومقتضاه أنه يلزمه إخراجها عند الخوف ؛ لأن التهي للاحتياط

وإن تركها فتلفت ضمن ، وإن أخرجها لغير خوف ضمن ، فإن قال : لا تخرجها ولو خفت عليها ، فأخرجها عند الخوف أو تركها لم يضمن . وإن أودعه بهيمة فلم يعلفها حتى ماتت ضمن ، إلا أن ينهائها المالك عن علفها .

عليها ، وهو إذن نقلها (وإن تركها فتلفت ضمن) سواء تلفت بالأمر المخوف أو بغيره ؛ لأنه مفرط ، وقيل : لا يضمن ؛ لامثاله أمر صاحبها .

(وإن أخرجها لغير خوف ضمن) لأنه خالف نص صاحبها لغير فائدة ، ولو أخرجها إلى مثله أو فوقه ؛ صرح به في «الشرح» وغيره ، وقيل : لا يضمن ، كما لو تعين له حرزاً (فإن قال : لا تخرجها وإن خفت عليها ، فأخرجها عند الخوف أو تركها لم يضمن) لأنه إذا أخرجها فقد زاده خيراً بحفظها ؛ إذ المقصود المبالغة في حفظها ، وإن تركها فلا شيء عليه ؛ لأن صاحبها صرح له بتركها مع الخوف ، فكأنه رضي بإتلافها ، وقيل : إن وافقه أو خالفه ضمن كأخراجها لغير خوف ، وهذا جارٍ فيما إذا قال : لا تقفل عليها قفلين ، أو لا تم فوقه ؛ صرح به في «الرعاية» .

فرغ : إذا أخرج الوديعة المنهي عن إخراجها ، فتلفت ، فادعى أنه أخرجها لغشيان شيء الغالب منه الهلاك ، وأنكر صاحبها وجوده ، فعلى المستودع البيئته إن كان ممماً لا تتعدّر إقامة البيئته عليه ؛ لظهوره ، ويقبل قوله في التلّف مع يمينه .

(وإن أودعه بهيمة فلم يعلفها حتى ماتت ضمن) لأن العلف من كمال الحفظ ، بل هو الحفظ بعينه ؛ لأن العرف يقتضي علفها وسقيها ، فكأنه مأمورٌ به عرفاً ، وقيل : لا يضمن ، ك: لا تعلقها ، والأوّل هو المشهور (إلا أن ينهائها المالك عن علفها) لأن مالكة أذن في إتلافها ، أشبه ما لو أمره بقتلها ، لكن إذا نهاه عن علفها فتركه أثم ؛ لحرمة الحيوان ، فإن أمره به لزمه ، وقيل : يلزمه بقبوله ، ويعتبر حاكمٌ ، وفي «المنتخب» : لا .

فرغ : إذا علف الدابة أو سقاها في داره أو غيرها بنفسه أو غلامه على ما جرت به العادة فلا ضمان عليه ؛ لأنه مأذونٌ فيه عرفاً ، والحكم في التّفقة والرّجوع

فإن قال: اترك الوديعة في جيبك ، فتركها في كُمِّه ضمن ، وإن قال: اتركها في كُمِّك ، فتركها في جيبه لم يضمن ، وإن تركها في يده احتمال وجهين . وإن دفع الوديعة إلى مَنْ يحفظ ماله كزوجته وعبده لم يضمن .

كالحكم في نفقة البهيمة المرهونة ؛ لأنها أمانة مثلها .

(فإن قال: اترك الوديعة في جيبك ، فتركها في كُمِّه) أو يده (ضمن) لأن الجيب أحرز ، وربما نسي فسقط منه (وإن قال: اتركها في كُمِّك) أو يدك (فتركها في جيبه لم يضمن) لأنه أحرز (وإن تركها في يده احتمال وجهين) كذا في «الفروع» ، أظهرهما: يضمن ؛ لأنَّ اليد يسقط منها الشيء بالسَّيِّان ، بخلاف الكُمِّ . والثَّانِي: لا يضمن ؛ لأنَّ اليد أحرز من الكُمِّ ؛ لأنَّه يتطَرَّق إليه البط ، وكذا الخلاف إذا عيَّن يده فتركها في كُمِّه ، وقال القاضي: اليد أحرز عند المغالبة ، والكُمُّ أحرز عند غيرها ، فإن تركها في يده عند المغالبة فلا ضمان عليه ؛ لأنَّه زاده خيراً ، وإلَّا ضمنها لنقلها إلى أدنى ممَّا أمر به ، فإن أمره بحفظها مطلقاً فتركه في جيبه أو يده أو شدَّها في كُمِّه أو عَضُدَه ، وقيل: من جانب الجيب أو ترك في كُمِّه ثقيلاً بغير شدِّ ، أو تركها في وسطه لم يضمن . وفي «الفصول» : إن تركها في رأسه أو غرزها في عمامته أو تحت قلنسوته احتمال أنَّه أحرز .

تنبيه : إذا قال: اتركها في بيتك ، فشدَّها في ثيابه ، وأخرجها معه ضمن ؛ لأنَّ البيت أحرز ، وإن قال: لا تُدخل بيت الوديعة أحداً ، فخالفه وسرقها الدَّاخل ضمن ؛ لأنَّه ربَّما شاهدها في دخول البيت ، وإن سرقها غير الدَّاخل فلا في الأصحَّ ؛ لأنَّ فعله لم يكن سبباً لإتلافها ، وقيل: بلى ؛ جزم به في الكافي وغيره ؛ لأنَّه ربَّما دلَّ السَّارق عليها .

(وإن دفع الوديعة إلى مَنْ يحفظ ماله) أو مال ربِّها عادةً (كزوجته وعبده ، لم يضمن) نصَّ عليه ؛ لأنَّه مودَّع ، فله أن يحفظها بنفسه ، وبمَنْ جرت العادة بحفظ ماله ، وكوكيل ربِّها ، وألحق بهما في «الرَّوضة» الولد ، وهو ظاهرٌ ، وكما لو دفع الماشية إلى الرَّاعي أو البهيمة إلى غلامه ليسقيها ، وقيل: يضمن ، كما لو دفعها إلى

وإن دفعها إلى أجنبيٍّ أو حاكمِ ضمن ، وليس للمالك مطالبة الأجنبيِّ .
وقال القاضي: له ذلك . وإن أراد سفرًا أو خاف عليها عنده ، ردّها إلى
مالكها ، فإن لم يجده حملها معه إن كان أحفظ لها ، وإلاّ دفعها إلى الحاكم .

أجنبيٍّ . وعلى الأوّل ، يُصدّق في دعوى الرّدّ أو التّلف كالمودّع .

(وإن دفعها إلى أجنبيٍّ أو حاكم) لعذرٍ ، لم يضمن ، وإلاّ (ضمن) لأنّه
مودّع ، وليس له أن يودع من غير عذرٍ ، ولعلّه غير ظاهرٍ في الحاكم (وليس
للمالك) إذا تلفت (مطالبة الأجنبيِّ) لأنّ المودع ضمن بنفس الدّفْع ، والإعراض
عن الحفظ ، فلا يجب على الثّاني ؛ لأنّ دفْعًا واحدًا لا يوجب ضمانين ،
بخلاف غاصب الغاصب ؛ لأنّ يده ضامنةٌ ، فترتّب عليه الضّمان (وقال
القاضي: له ذلك) ، وهو أقرب إلى الصّواب ؛ لأنّه قبض ما ليس له قبضه ،
أشبه المودع من الغاصب ، وكما لو دفعها إلى إنسانٍ هبةً ، وعليه : للمالك
مطالبة مَنْ شاء منهما ، ويستقرّ الضّمان على الثّاني إن علم ، وإلاّ فعلى
الأوّل ، وجزم في «الوجيز» أنّهما لا يطالبان إن جهلا ، ويتخرّج من رواية
توكيل الوكيل له الإيداع بلا عذرٍ ، وهو مقيّد بما إذا لم ينهه .

(وإن أراد سفرًا أو خاف عليها عنده ردّها إلى مالكها) أو وكيله فيها ؛ لأنّ
في ذلك تخليصًا له من درّكها ، ومقتضاه أنّه إذا دفعها إلى الحاكم يضمن ؛ لأنّه لا
ولاية له على الحاضر ، وتلزمه مؤنة الرّدّ ، وفي مؤنة ردّ مَنْ بعدّ خلافٌ .

(فإن لم يجده حملها معه) في السّفَر ؛ نصّ عليه ، سواء كان لضرورةٍ أو
لغيرها (إن كان أحفظ لها) لأنّ المقصود الحفظ ، وهو موجودٌ هنا وزيادةً ،
وشرطه إذا لم ينه عنه ولا خوف . وفي «المبهج» و«الموجز»: والغالب السّلامة .
زاد في «عيون المسائل» و«الانتصار»: كأبٍ ووصيّ . وله ما أنفق بنّيّة الرّجوع ؛
قاله القاضي ، ويتوجّه كمنظّاره ، وقيل: مع غيبة ربّها ، أو وكيله إن كان
أحرز ، وإن استويا فوجهان .

(وإلاّ) أي: وإن لم يكن أحفظ لها ولم ينه عنه (دفعها إلى الحاكم) لأنّ في

فإن تعذر ذلك أودعها ثقةً أو دفنها وأعلم بها ثقةً يسكن تلك الدار ، فإن دفنها ولم يُعلم بها أحدًا أو أعلم بها مَنْ لا يسكن الدار ضمنها ، وإن تعدى فيها فركب الدابة لغير نفعها ، ولبس الثوب ، وأخرج الدراهم لينفقها ثم ردّها .

السفر بها غررًا ؛ لأنه بعرضية النهب وغيره ؛ إذ الحاكم يقوم مقام صاحبها عند غيبته ، وفي لزومه قبولها وجهان ، وظاهره أنه إذا أودعها مع قدرته على الحاكم أنه يضمنها ؛ لأنه لا ولاية له ، وقيل: لا يضمن إذا أودعها ثقةً ، وذكره الحلواني روايةً ؛ لأنه قد يكون أحفظ لها وأحبّ إلى مالِكها ، وكتعذر الحاكم في الأصحّ.

(فإن تعذر ذلك) أي: لم يقدر على الحاكم (أودعها ثقةً) لفعله عليه السلام لما أراد أن يهاجر أودع الودائع التي كانت عنده لأُمّ أيمن رضي الله عنها ، ولأنه موضع حاجة . وأطلق أحمد الإيداع عند غيره لخوفه عليها ، وحملها القاضي على المقيم لا المسافر .

فرغ : حكم مَنْ حضره الموت حكم مَنْ أراد سفرًا في دفعها إلى حاكمٍ أو ثقةٍ .
(أو دفنها وأعلم بها ثقةً يسكن تلك الدار) لأنّ الحفظ يحصل به (فإن دفنها ولم يُعلم بها أحدًا) ضمن ؛ لأنه فرط في الحفظ ، فإنه قد يموت في سفره فلا تصل إلى صاحبها ، وربما نسي موضعها أو أصابها آفةٌ ، وكذا إن أعلم بها غير ثقةٍ ؛ لأنه ربما أخذها ، ولم يصرّح به المؤلّف اكتفاءً بمفهوم الأوّل (أو أعلم بها مَنْ لا يسكن الدار) أي: مَنْ لا يدله على المكان (ضمنها) لأنه لم يودعها إيّاه ، ولا يقدر على الاحتفاظ بها .

(وإن تعدى فيها فركب الدابة لغير نفعها ولبس الثوب وأخرج الدراهم لينفقها ثم ردّها) بنية الأمانة ، ضمنها ؛ لتصرفه في مال غيره بغير إذنه . وفيه وجهٌ ؛ لأنه ممسكٌ لها بإذن مالِكها ، أشبه ما قبل التّعدي .

وجوابه: أنه ضمنها بعدوانٍ فبطل الاستئمان ، كما لو جحدها ثم أقرّ بها .

أو جردها ثم أقرَّ بها ، أو كسر ختم كيسها ، أو خلطها بما لا تتميز منه ضمنها ، وإن خلطها بمتميِّز .

ويُخرَج منه ما إذا استعملها لنفعها ، كلبس صوفٍ ونحوه خوفاً من عُثٍّ ونحوه .
 (أو جردها ثم أقرَّ بها) لأنَّه بجردها خرج عن الاستئمان عنها ، فلم يُزل عنه الضَّمان بالإقرار بها ؛ لأنَّ يده صارت يد عدوانٍ (أو كسر ختم كيسها) أو كانت مشدودةً فأزال الشَّدَّ ، أو مقفولةً فأزاله ، وسواءً أخرج منها شيئاً أو لا ؛ لهتكه الحرز بفعلٍ تعدَّى فيه ، وفيه روايةٌ: لا يضمن ، فإن خرق الكيس فوق الشَّدِّ فعليه ضمان ما خرق فقط ؛ لأنَّه لم يهتك الحرز .

(أو خلطها بما لا تتميز منه) كزيتٍ بزيتٍ ، ودرهمٍ بدرهمٍ (ضمنها) لأنَّه صيرها في حكم التَّالف ، وفوت على نفسه ردَّها ، أشبه ما لو ألقاها في لجةٍ بحرٍ ، وسواءً خلطها بماله أو مال غيره بمثلها أو دونها أو أجود . ونقل عبد الله بن محمَّد البَغويُّ عن أحمد في رجلٍ أعطى آخر درهماً يشتري له به شيئاً فخلطه مع دراهمه فضاع ، قال: ليس عليه شيءٌ . ذكره القاضي ولم يتأوَّله في «النَّوادر» ، وذكره الحُلوانيُّ ظاهر كلام الخرقِيِّ ، وجزم به في «المنثور» عن أحمد ، قال: لأنَّه خلطه بماله . فإن لم يدرِ أيُّهما ضاع ضمن ؛ نقله البغويُّ . وفي «الرَّعاية»: إذا خلط إحدى وديعتي زيدٍ بالأخرى بلا إذنٍ وتعدَّر التَّمييز فوجهان .

فرعٌ : إذا نوى التَّعدِّي فيها ولم يتعدَّ لم يضمن ، وحكى القاضي قولاً: بلى ، كملتقطٍ في وجهه .

(وإن خلطها بمتميِّز) كدراهمٍ بدنانيرٍ ، لم يضمن على الأصحِّ ، وحكاها في «الشَّرح» بغير خلافٍ نعلمه ؛ لأنَّه لا يعجز بذلك عن ردَّها ، أشبه ما لو تركها في صندوقٍ فيه أكياسٌ له . والثَّانية: يضمن للتَّصرُّف فيها ، وكذا الخلاف إن خلط بيضاً بسودٍ ، وصحاحاً بمكسرةٍ . والثَّالثة: يضمن إن خلط بيضاً بسودٍ . وحمله في «المغني» و«الشَّرح» على أنَّها تكتسب منها سواداً ويتغيَّر لونها .

أو ركب الدابة ليسقيها . وإن أخذ درهماً ثم ردّه فضاع الكل ضمنه وحده . وعنه: يضمن الجميع . وإن ردّ بدله متميّزاً فكذلك ، وإن كان غير متميّز ضمن الجميع . ويحتمل ألا يضمن غيره . وإن أودعه صبيّ وديعةً ضمنها .

(أو ركب الدابة ليسقيها) أو ليعلفها ، لم يضمن ؛ لأنه مأذونٌ فيه شرعاً و عرفاً ، ولهذا يضمن إذا تلفت بتركه .

(وإن أخذ درهماً ثم ردّه فضاع الكل ضمنه وحده) في الأصحّ ؛ لأنّ الضمان تعلّق بالأخذ ، فلم يضمن غير ما أخذه ، بدليل ما لو تلف في يده قبل ردّه (وعنه: يضمن الجميع) حكاهما في «التلخيص» وغيره ؛ لأنها وديعةٌ قد تعدّى فيها ، فضمنها ، كما لو أخذ الجميع .

(وإن ردّ بدله متميّزاً فكذلك) أي: يجري فيه الخلاف السابق .

(وإن كان غير متميّز ضمن الجميع) على المذهب ، وقاله القاضي ؛ لخلطه الوديعة بما لا تتميّز (ويحتمل ألا يضمن غيره) وهو مقتضى كلام الحرقيّ ، وقطع به القاضي في «التعليق» ، وحكي عنه في رواية الأثرم أنّه أنكر القول بتضمين الجميع ، قال: وإنه قول سوء ؛ لأنّ الضمان منوطٌ بالتعدّي ، وهو مختصّ بالمأخوذ ، وكذا إن أذن في أخذه منها فردّ بدله بلا إذنه ، وشرطها كما جزم به في «المغني» و«الشّرح» إذا كانت غير مختومة ولا مشدودة ، فإن كانت كذلك ضمن الجميع ؛ لهتك الحرز ، وهذا هو الصّحيح عند القاضي ، وقياس قول الأصحاب .

فرغ : إذا منعها بعد طلب طالبها شرعاً والتّمكّن ولو كان مستأجرًا لها ضمن ، فإن ضمنها فجدد له صاحبها استئماناً أو أبرأه برئ في الأصحّ كردّه إليه ، أو: إن جئت ثم تركت فأنت أمني ؛ ذكره في «الانتصار» . فإن ردّها فهو ابتداء استئمان .

(وإن أودعه صبيّ وديعةً ضمنها) لأنه أخذ مال غيره بغير إذن شرعيّ ، أشبه ما

ولم يبرأ إلا بالتسليم إلى وليه . وإن أودع الصبي وديعة فتلفت بتفريطه لم يضمن . وقال القاضي: يضمن . وإن أودع عبداً وديعةً فأتلفها ضمنها في رقبته .

فصل

والمودع أمين ، والقول قوله فيما يدعيه من رد

لو غصبه ما لم يكن مأذوناً له في التصرف (ولم يبرأ إلا بالتسليم إلى وليه) أي: الناظر في ماله ، كما لو كان عليه دين في ذمته ، وظاهره أنه لا يزول عنه الضمان بردها إلى المودع ، لكن إن خاف عليها التلّف إن لم يأخذها لم يضمن ؛ لأنه قصد تخليصها من الهلاك ؛ جزم به في «الشرح» و«الوجيز» (وإن أودع الصبي) أو المعتوه أو السفهيه (وديعةً فتلفت بتفريطه لم يضمن) لأن مالها قد فرط في تسليمها إليه ، وإن أتلفها لم يضمن ، سواءً أتلفها بأكل أو غيره ؛ لأنه سلطه على إتلافها بدفعها إليه (وقال القاضي: يضمن) نصره في «الشرح» وغيره ؛ لأن ما ضمن بالإتلاف قبل الإيداع ضمن به بعده ، وقولهم: إنه سلطه عليها ، ليس كذلك ، وإنما استحفظه إيّاها .

(وإن أودع عبداً وديعةً فأتلفها ضمنها في رقبته) لأن العبد مكلف ، فصحّ استحفاظه ، وبه تحصل التفرقة بينه وبين الصبي ، وكونها في رقبته ؛ لأن إتلافه من جنائته . وحكى في «النهاية» أن القاضي قال: فيه وجهان كوديعة الصبي إذا أتلفها ، فإن قلنا: لا يضمن الصبي ، كان في ذمته ، وإن قلنا: يضمن ، كانت في رقبته . ثم قال صاحب «النهاية»: والصحيح الفرق .

فصل

(والمودع أمين) لأن الله تعالى سمّاها أمانةً بقوله: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨] (والقول قوله فيما يدعيه من رد) مع يمينه ، وهو قول الثوري ؛ لأنه لا منفعة له في قبضها ، فقبل قوله بغير يمينه ، وعنه: يُقبل

وتلف وإذن دفعها إلى إنسان .

قوله إن كان دفعها إليه بغير بيّنة ، وإلا وجب عليه إقامتها ، وعلى القبول ولو على يد عبده أو زوجته أو خازنه (وتلف) قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه أن المستودع إذا أحرز الوديعة ثم ذكر أنها ضاعت قبل قوله مع يمينه ؛ قاله الأكثر . وعنه: يُصدّق في تلفها بغير يمين . والمذهب: إن ادّعاه بأمرٍ خفيّ صدّق مع يمينه ، وإن كان بأمرٍ ظاهرٍ كحريقٍ فلا يُقبل إلا ببيّنة تشهد بوجود السبب ولو باستفاضة .

كل مالٍ تلف في يد أمينٍ من غير تعدّد لا ضمان فيه إلا في مسألة واحدة ، وهي ما إذا استسلف السّلطان للمساكين زكاةً قبل حولها فتلفت في يده ضمنها للمساكين ؛ نصّ عليه ؛ قاله ابن القاصّ الشافعيّ .

(وإذن في دفعها إلى إنسان) بأن قال: دفعتها إلى فلانٍ بأمرٍ ، فأنكر مالها الإذن في دفعها ، فقبل قول المودع ؛ نصّ عليه في رواية ابن منصورٍ ، أشبه ما لو ادّعى ردّها على مالها ، ولو اعترف بالإذن وأنكر الدّفع قبل قول المستودع في المنصوص ، ثم ينظر في المدفوع إليه إن أقرّ بالقبض وكان الدّفع في دين برئ الكلّ ، فإن أنكر قبل قوله مع يمينه ، وذكر أصحابنا أن الدّافع يضمن ؛ لكونه قضى الدّين بغير بيّنة ، ولا تجب اليمين على المالك ؛ لأنّ المودع مفرط ؛ لكونه أذن له في قضاء يبرئه من الحقّ ، ولم يبرأ بدفعه ، فكان ضامناً ، سواء صدّقه أو كذّبه . وذكر الأزجعيّ أنّ الردّ إلى رسولٍ موكلٍ ومودعٍ فأنكر الموكل ضمن ؛ لتعلّق الدّفع بثالثٍ . ويحتمل: لا ، وإن أقرّ وقال: قصرت لترك الإشهاد ، احتمل وجهين .

تنبية: إذا أحرر ردّها بعد طلبها بلا عذرٍ ضمن ، ويمهل لأكلٍ ونومٍ وهضمٍ طعامٍ بقدره . وفي التّرجيب: إن أحرر لكونه في حثامٍ أو على طعامٍ إلى قضاء غرضٍ ضمن ، وإن لم يَأثم على وجهٍ ، واختاره الأزجعيّ ، وإن أمره بالدّفع إلى وكيله فتمكّن وأبى ضمن ، والأصحّ ولو لم يطلبها وكيله .

وإن قال: لم تودعني ، ثم أقر بها ، أو ثبت بيئته فادعى الرد أو التلّف لم يقبل وإن أقام به بيئته . ويحتمل أن تقبل بيئته . وإن قال: ما لك عندي شيء ، قبل قوله في الرد والتلّف . وإن مات المودع فادعى وارثه الرد لم يقبل إلا بيئته .

(وإن قال: لم تودعني ، ثم أقر بها أو ثبت بيئته فادعى الرد أو التلّف لم يقبل) في قول أكثرهم ؛ لأنه صار ضامناً بالجحود ، ومعترفاً على نفسه بالكذب المنافي للأمانة (وإن أقام به بيئته) لأنه مكذب لها (ويحتمل أن تقبل بيئته) لأن صاحبها لو أقر بذلك سقط عنه الضمان ، ولعدم التهمة ، والكذب الصادر منه لا يمنع من إظهار الحق . والمذهب: أنه إذا أقام بيئته بهما متقدماً جحوده لم تُسمع في المنصوص ، وبعده تُسمع برد ؛ لأن قصاره أن يكون عاصياً ، وليس عليه أكثر من الرد ، والأصح: وبتلف ، فلو شهدت به ولم يعين وقتاً لم يسقط الضمان ؛ لأن الأصل وجوبه ، فلا ينبغي بأمر متردد .

(وإن قال: مالك عندي شيء ، قبل قوله) مع يمينه (في الرد والتلّف) لأن قوله لا ينافي ما شهدت به البيئته ولا يكذبها ، فإن من تلفت الوديعة من حرزه بغير تفریطه ، أو ردها لا شيء للمالكها عنده ، ولا يستحق عليه شيئاً ، ولو قال: لك وديعة ، ثم ادعى ظنّ البقاء ثم علم تلفها فوجهان .

(وإن مات المودع) فهي دين في تركته على الأصح . وفي «المغني» أنه المذهب ، اعتماداً على أصل وجوب الرد ما لم يعلم ما يزيله . والثانية: لا ضمان ؛ لأن الأصل عدم إتلافها والتعذر فيها ، فينتفي الضمان . وعلى الأول ، لا فرق أن يوجد جنس الوديعة في ماله أو لا (فادعى وارثه الرد لم يقبل إلا بيئته) لأن صاحبها لم يأمنه عليها ، بخلاف المودع ، فإن ائتمنه فقبل قوله بغير بيئته ، وكذا لو ادعى الرد إلى الورثة ، فإن ادعى الرد إلى ربها فأنكره ورثته فوجهان ، وعلم منه أن الوديعة لا تثبت إلا بإقرار من الميت أو ورثته أو بيئته ، فلو وجد عليها مكتوباً: وديعة ، لم يكن حجة عليهم ؛ لجواز أن يكون الوعاء كانت فيه وديعة قبل هذه ، وكذا لو وجد في برنامج أبيه: لفلان عندي وديعة ،

وإن تلفت عنده قبل إمكان ردّها لم يضمنها ، وبعده يضمنها في أحد الوجهين . وإن ادّعى الوديعة اثنان فأقرّ بها لأحدهما فهي له مع يمينه ، ويحلف المودّع أيضاً ، وإن أقرّ بها لهما فهي لهما .

لم يلزمه ؛ ذكره في «المغني» و«الشرح» ، وصحّحه في «الفروع» . وذكر أبو الحسين أنّه يعمل بخطّ أبيه على كيس لفلان كخطّة بدين له ، فيحلف على استحقاقه ، وفي عليه وجهان ، وإسناد الدار والكاتب ودفتره ونحوهما وكلاهما كالأمير في هذا .

غريبة : لو أودع كيساً مختوماً من عشر سنين ثمّ استردّه وادّعى أنّه فضّ ختمه وأنّه خان صدق المودّع ، فلو فتح فوجد فيه دراهم من ضرب خمس سنين فكذلك ؛ قاله البغويّ في «فتاويه» .

فائدة : إذا استعمل كاتباً خائناً أو عاجزاً أثم بما أذهب من حقوق الناس ؛ لتفريطه ؛ ذكره الشيخ تقيّ الدين .

(وإن تلفت عنده) أي: عند الوارث (قبل إمكان ردّها لم يضمنها) لأنّه معذورٌ ، ولا تفريط منه (وبعده يضمنها في أحد الوجهين) جزم به في «الوجيز» وغيره ؛ لتأخّر ردّها مع إمكانه ؛ لحصوله في يده من غير إيداع ، أشبه ما لو أطارت الرّيح ثوباً إلى سطح آخر ، وأمكته ردّه ، فلم يفعل . والثاني: لا يضمنها ؛ لأنّه غير متعدّد في إثبات يده عليها ؛ لكونها حصلت في يده بغير فعله . وفي ثالث: إن جهلها ربّها ضمن ؛ قطع به في «المحرّر» ؛ لأنّه غير معذور .

(وإن ادّعى الوديعة اثنان) أي: ادّعى كلّ منهما أنّه الذي أودعها ولا بيّنة (فأقرّ بها لأحدهما فهي له مع يمينه) لأنّ اليد كانت للمودّع ، وقد نقلها إلى المدّعي ، فصارت اليد له ، ومنّ كانت اليد له قبل قوله مع يمينه .

(ويحلف المودّع أيضاً) لأنّه منكّرٌ لحقّه ، ويكون على نفي العلم ، فإن حلف برئ ، وإن نكل لزمه أن يغرم له قيمتها ؛ لأنّه فوّتها عليه ، وكذا لو أقرّ له بها للأوّل فإنّها تُسَلَّم للأوّل ويغرم قيمتها للثاني ؛ نصّ عليه .

(وإن أقرّ بها لهما فهي لهما) أي: بينهما ، كما لو كانت بأيديهما وتداعيا معاً

ويحلف لكل واحدٍ منهما ، فإن قال: لا أعرف صاحبها ، حلف أنه لا يعلم ، ويُقرع بينهما ، فَمَنْ قرع صاحبه حلف وأخذها . وإن أودعه اثنان مكيلاً أو موزوناً فطلب أحدهما نصيبه سلّمه إليه . وإن عُصبت الودیعة فهل للمودع المطالبة بها؟ على وجهين .

(ويحلف لكل واحدٍ منهما) في نصفها ، فإن نكل لزمه عوضها يقتسمانه أيضاً (فإن) قال : لا أعرف صاحبها ، حلف أنه لا يعلم) يميناً واحدةً إذا أكذبه أو أحدهما ، وقيل: لا يحلف إلا أن يكون متّهماً . قال الحارثي: هذا المذهب .

(ويقرع بينهما) وجوباً ؛ لتساويهما في الحقّ فيما ليس بأيديهما ، كالتعتق والسفر بإحدى نسائه (فَمَنْ قرع صاحبه حلف) لأنه يحتمل أنّها ليست له (وأخذها) لأنّ ذلك فائدة القرعة ، فإن قال: ليست لواحدٍ منهما ، فعن أحمد أنه يُقرع بينهما قياساً على ما إذا قال: هي لأحد هؤلاء ، أو لا أعرفه عيناً . وحكى بعض أصحابنا أنه لا يُقرع بينهما ، وتقرّ بيد مَنْ هي بيده إلى أن يظهر صاحبها ؛ ذكره في «الواضح» .

(وإن أودعه اثنان مكيلاً أو موزوناً) ينقسم ، وهو معنى قول بعضهم: لا ينقص بتفرقة (فطلب أحدهما نصيبه سلّمه إليه) اختاره أبو الخطاب ، وجزم به في «الوجيز» ، وقدمه في «الفروع» ؛ لأنّ قسمته ممكنةٌ بغير غبنٍ ولا ضررٍ ، وقيدته في «المحرر» بما إذا كان الشريك غائباً . وقال القاضي: لا يجوز إلاّ بإذنه أو إذن حاكم . وظاهره أنه لا يجوز إلاّ في المثليّ ؛ صرح به في «النهاية» وغيرها ؛ لأنّ قسمةً غير ذلك بيعٌ ، وليس للمودع أن يبيع على المودع ؛ لأنّ قسمة ذلك لا يؤمن فيها الحيف ؛ لأنه يفتقر إلى التّقويم ، وذلك ظنٌّ وتخمينٌ .

(وإن عُصبت الودیعة فهل للمودع المطالبة بها؟ على وجهين) أحدهما ، وجزم به في «الوجيز» ، وقدمه في «الفروع»: له المطالبة بها ؛ لأنه مأمورٌ بحفظها ، وذلك منه ، وعبر في «الفروع» بأنّه يلزمه . والثاني: لا ؛ لأنه لم يؤمر به ؛ لكونه ليس وكيلاً للمالك ، ومثله مرتهنٌ ومستأجرٌ ومضاربٌ . وذكر المؤلف: مع حضور المالك لا يلزمه .

وعلى الثاني ، لا ضمان عليه ، سواء أخذت منه قهراً أو أكره على تسليمها ؛ لأن الإكراه عذرٌ يبيح دفعها ، فلم يضمنها ، كما لو أخذت منه قهراً ، وإن صدره سلطانٌ لم يضمن ؛ قاله أبو الخطاب ، وضمَّنه أبو الوفاء إن فرَّط ، وإن أخذها منه قهراً لم يضمن عند أبي الخطاب ، وقال أبو الوفاء: إن ظنَّ أخذها منه بإقراره كان دالاً ويضمن .

أحكام : إذا استودع فضةً وأمر بصرفها بذهبٍ ففعل وتلف الذهب لم يضمنه ، وإن قال: اصرف ما لي عليك من قرضٍ ، ففعل وتلف ضمنه ، ولم يبرأ من القرض .

وإن استودع جاريةً فولدت عنده أمسك ولدها ، وقيل: بإذن ربِّها ، وهو أمانةٌ ، فلو سأله عن الوديعة ظالمٌ ورى عنها ، فإن ضاق التُّطق عنها جحدها وتأوَّل ، وكذا إن أحلف عليها ، وإن نوى جحدها أو إمساكها لنفسه أو التَّعدِّي فيها لم يضمن ؛ قاله في «الرعاية» .



باب إحياء الموات

وهي الأرض الدائرة التي لا يعلم أنها مُلكت ، فإن كان فيها آثار الملك أو لا يعلم لها مالك فعلي روايتين .

باب إحياء الموات

الموات - كسحاب - والميتة والموتان بفتح الميم والواو: الأرض الدائرة الخراب ؛ قاله في «المغني» و«الشَّرح» . وعَرَّفَهَا الأزهريُّ بأنَّها: الأرض التي ليس لها مالك ، ولا بها ماءٌ ولا عمارةٌ ، ولا يُنتفع بها . والموات مشتقٌّ من الموت ، وهو عدم الحياة . والموتان بضمِّ الميم وسكون الواو: الموت الذَّريع . ورجلٌ موتان القلب ، بفتح الميم وسكون الواو ، يعني أعمى القلب لا يفهم . والأصل في جوازه قبل الإجماع حديث جابرٍ مرفوعًا : «مَنْ أَحْيَا أرضًا ميتةً فهي له» . رواه أحمد ، والترمذيُّ ، وصحَّحه . وعن سعيد بن زيدٍ مرفوعًا مثله ، رواه أبو داود ، والترمذيُّ وحسنه . وعن عائشة مثله ، رواه مالكٌ وأبو داود . قال ابن عبد البرِّ: هو مسندٌ صحيحٌ متلقًى بالقبول عند فقهاء المدينة وغيرهم . وروى أبو عُبيدٍ في «الأموال» عن عائشة مرفوعًا: «مَنْ أَحْيَا أرضًا ميتةً ليست لأحدٍ فهو أحقُّ بها» . قال عروة: قضى به عمر في خلافته . وفي الزُّركشيِّ: رواه البخاريُّ . وهو وهمٌ . وعن عائشة مرفوعًا: «العباد عباد الله ، والبلاد بلاد الله ، فمَنْ أَحْيَا من موات الأرض شيئًا فهو له» . رواه أبو داود الطيالسيُّ .

(وهي الأرض الدائرة) أي: الدَّارسة (التي لا يعلم أنها مُلكت) هذا بيانٌ لمعنى الموات شرعًا ، وكذا إن ملكها مَنْ لا حرمة له ، وبإدِّ كحربيِّ ، وآثار الرُّوم على الأصحِّ . وحاصله: أنَّ الموات إذا لم يجر عليه ملك أحدٍ ولم يوجد فيه أثر عمارةٍ ، فإنَّه يُملك بالإحياء ، فإن علم أنه جرى عليه ملكٌ بشراءٍ أو عطيةٍ فلا بغير خلافٍ نعلمه .

(فإن كان فيها آثار الملك) وبإد أهله (ولا يُعلم لها مالك فعلي روايتين) كذا أطلقهما في «الكافي» ، إحداهما: يملك بالإحياء ؛ للخبر ، ولأنَّه في دار الإسلام ،

وَمَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ ، مُسْلِمًا كَانَ أَوْ كَافِرًا ، بِإِذْنِ الْإِمَامِ أَوْ غَيْرِ

إِذْنِهِ .

فيملك به كالثَّلْقَةِ . والثَّانِيَّةُ: لا تُمْلِكُ به ، كما لو تعيَّن مالكه ، لكن إن لم يُعرف لها يومئذٍ مالكٌ وكان ملكها متقدِّمًا مسلمٌ أو ذمِّيٌّ أو مشكوكٌ في عصمته ، ولم يعقبوا ورثته ، فالأشهر: أنه لا تُمْلِكُ بالإحياء ؛ لظاهر خبر عائشة ، ولأنَّها فيءٌ . فعليها ، للإمام إقطاعه لمن شاء ، وعنه: يملك به ، عملاً بعموم أكثر الأحاديث ، وعنه: يملك مع الشُّكِّ في سابق العصمة دون المتيقِّن ؛ لأنَّ المقتضي قد وُجد وشكٌّ في المانع ؛ اختاره في «التلخيص» ، واستثنى في «المغني» و«الشرح» من هذا ما به آثار ملكٍ قديمٍ جاهليٍّ كآثار الرُّومِ ومساكن ثمود ونحوهم ، فإنَّه يُملك بالإحياء في الأظهر ؛ لما روى طاووسٌ مرفوعًا ، قال: «عاديُّ الأرض لله ولرسوله ثمَّ من بعدُ لكم» . رواه سعيدٌ في سننه ، وأبو عُبيدٍ في «الأموال» .

مسألةٌ : نقل أبو الصَّقر في أرض بين قريتين ليس فيها مزارع ولا عيونٌ وأنهارٌ ترعم كلُّ قريةٍ أنَّها لهم ، فإنَّها ليست لهؤلاء ولا لهؤلاء حتَّى يعلم أنَّهم أحيوها ، فَمَنْ أحيهاها فله ، ونقل معناه ابن القاسم .

(وَمَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ) أي: للمحيي ؛ للأخبار (مسلمًا كان) اتِّفَاقًا ، سواءً كان مكلَّفًا أو لا ، لكن شرطه أن يكون مُمَّنَّ يملك المال ؛ لأنَّه يملكه بفعله كالاصطياد .

(أو كافرًا) أي: ذمِّيًّا في المنصوص ، وعليه الجمهور ؛ للعموم . وقال ابن حامدٍ: لا يملك الذمِّيُّ بالإحياء ، وحمل أبو الخطَّاب قوله على دار الإسلام . قال القاضي: هو مذهب جماعةٍ من أصحابنا ؛ لقوله عليه السَّلام - : «موتان الأرض لله ورسوله ثمَّ هي لكم» . وجوابه - بعد تسليم صحَّته - أنَّها لكم ، أي: لأهل داركم ، والذمِّيُّ من أهل دارنا . فعلى المنصوص ، إذا أحيَا مواتٍ عنوةً لزمه عنه الخراج ، وإن أحيَا غيره فلا شيء عليه في الأشهر ، ونقل عنه حربٌ: عليه عُشر ثمره وزرعه .

(بإذن الإمام أو غير إذنه) قاله الأصحاب ، ونصَّ عليه أحمد مستدلًّا بعموم

في دار الإسلام وغيرها ، إلا ما أحياه مسلمٌ من أرض الكفار التي صولحوا عليها ، وما قرب من العامر وتعلّق بمصالحه لم يُملك بالإحياء ، وإن لم تتعلّق بمصالحه فعلى روايتين .

الحديث ، ولأنّها عينٌ مباحةٌ ، فلا يفتقر تملكها إلى إذنٍ كأخذ المباح ، وهو مبنّيٌ على أنّ عموم الأشخاص يستلزم عموم الأحوال ، وقيل: لا يجوز إلا بإذنه ، وحكاها في «الواضح» روايةٌ ؛ لأنّ له مدخلاً في النّظر في ذلك .

(في دار الإسلام وغيرها) يعني أنّ جميع البلاد سواءً في ذلك ، فُتحت عنوةً كأرض الشّام والعراق ، وما أسلم أهلُه عليه كالمدينة ، وما صولح أهلُه على أنّ الأرض للمسلمين كخيبر ، ويستثنى من ذلك موات الحرم وعرفاتٍ ، وعنه: ليس في أرض السّواد مواتٌ ، معللاً بأنّها لجماعةٍ ، فلا يختصُّ بها أحدهم ، وحمله القاضي على العامّ ، وأنّ أحمد قاله حين كان السّواد عامراً في زمن عمر .

(إلا ما أحياه مسلمٌ من أرض الكفار التي صولحوا عليها) أي: لا يملك مسلمٌ بالإحياء موات بلدة كفارٍ صولحوا على أنّها لهم ولنا خراجها ؛ لأنّهم صولحوا في بلادهم ، فلا يجوز التّعريضُ لشيءٍ منها ؛ لأنّ الموات تابعٌ للبلد ، ويفارق دار الحرب ؛ لأنّها على أصل الإباحة ، وقيل: يملك به ؛ لعموم الخبر ، ولأنّها من مباحات دارهم ، فملك به كالمباح .

(وما قرب من العامر وتعلّق بمصالحه) كطرقه ، وفنائه ، ومسيل مائه ، ومرعاه ، ومحتطبه ، وحرمة (لم يُملك بالإحياء) بغير خلافٍ نعلمه ؛ لمفهوم قوله عليه السّلام : «مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً فِي غَيْرِ حَقِّ مُسْلِمٍ فَهِيَ لَهُ» . ولأنّ ذلك من مصالح الملك ، فأعطي حكمه . وذكر القاضي أنّ منافع المرافق لا يملكها المحيي بالإحياء ، لكن هو أحقُّ بها من غيره . وعلى الأوّل ، لا يُقطعه إمامٌ ؛ لتعلّق حقه به .

(وإن لم تتعلّق بمصالحه فعلى روايتين) أنصّهما وأشهرهما عند الأصحاب أنّه يملك بالإحياء ؛ للعموم مع انتفاء المانع ، وهو التعلّق بمصالح العامر . والثانية: لا يملك به ، تنزيلاً للضرر في المآل منزلة الضرر في الحال ؛ إذ هو بصدد أن يحتاج

ولا تُملك المعادن الظاهرة ، كالمح ، والقار ، والنَّفط ، والكحل ،
والجصّ بالإحياء ، وليس للإمام إقطاعه .

إليه في المآل . والأولى أولى ؛ لأنه عليه السّلام أقطع بلال بن الحارث العقيق وهو يعلم أنه من عمارة المدينة ، ولأنه مواتٌ لم تتعلّق به مصلحةٌ ، فجاز إحياءه كالبعيد ، والمرجع في القُرب والبعد إلى العرف . وعليها ، للإمام إقطاعه .

فائدة : إذا وقع في الطّريق نزاعٌ وقت الإحياء فلها سبعة أذرع ؛ للخبر ، ولا تُغيّر بعد وضعها ؛ لأنها للمسلمين ؛ نصّ عليه . وقال فيمن أخذ منها شيئاً: توبته أن يردّ ما أخذ .

(ولا تُملك المعادن الظاهرة كالمح والقار) وهو شيءٌ أسود تُطلى به الشّفن (والنَّفط) بفتح الثّون ، وكسرهما وهو أفصح (والكحل والجصّ بالإحياء) لما روى عمرو بن عوفٍ المزنيّ ، عن أبيض بن حمّالٍ أنّه وفد إلى النّبّيّ ﷺ فاستقطعه الملح ، فقطع له ، فلمّا ولى قال رجلٌ: أتدري ما قطعت له؟ إنّما قطعت له الماء العدّ . قال: فانترعه منه . قال: وسأله عمّا يُحمي من الأراك؟ قال: «ما لم تنله أخفاف الإبل» . رواه التّرمذيّ . ولأنّ هذا ممّا تتعلّق به مصالح المسلمين العامّة ، فلم يجز إحياءه كطرقات المسلمين . قال ابن عقيل: هذا من موارد الله الكريم وفيض جوده العميم ، فلو ملك بالاحتجار ملك منعه فضاقت على النّاس .

(وليس للإمام إقطاعه) بغير خلافٍ علمناه ؛ لما ذكرنا ، فأما المعادن الباطنة وهي التي لا يوصل إليها إلاّ بالعمل والمؤنة فإن كانت ظاهرةً فهي كالأوّل ، وإن لم تكن ظاهرةً فظاهر المذهب أنّها كذلك ، وقيل: يملك به ؛ لأنه مواتٌ لا يُنتفع به إلاّ بالعمل والمؤنة ، فملك بالإحياء كالأرض . وعلى الأوّل ، ليس للإمام إقطاعها ، وصحّح في «المغني» و«الشّرح» خلافة ؛ لأنه عليه السّلام أقطع بلال بن الحارث معادن القبليّة .

فرغ : ما نضب عنه الماء في الجزائر فالأشهر أنّه لا يملك به ؛ لأنّ البناء فيها يردّ الماء إلى الجانب الآخر فيضّر بأهله .

وإذا كان بقرب السَّاحِلِ موضعٌ إذا حصل فيه الماء صار ملحاً مُلك بالإحياء ، وللإمام إقطاعه ، وإذا ملك الحيا ملكه بما فيه من المعادن الباطنة كمعادن الذهب والفضة ، وإن ظهر فيه عين ماءٍ أو معدنٌ جارٍ أو كلاً أو شجرٌ فهو أحقُّ به ، وهل يملكه؟ على روايتين . وما فضل من مائه لزمه بذله لبهائم غيره .

(وإذا كان بقرب السَّاحِلِ موضعٌ إذا حصل فيه الماء صار ملحاً مُلك بالإحياء) في الأصح ؛ لأنَّه لم يضيِّقْ على أحدٍ ، فلم يمنع منه كبقية الموات ، وإحياءه بعمل ما يصلح له من حفر ترابه وتمهيدِه وفتح قناةٍ إليه (وللإمام إقطاعه) كبقية الموات .

(وإذا ملك الحيا) أي: إذا ملك الأرض بالإحياء (ملكه بما فيه من المعادن الباطنة كمعادن الذهب والفضة) والحديد ؛ لأنَّه ملك الأرض بجميع أجزائها وطبقاتها ، وهذا منها ، بخلاف الكنز فإنَّه مودَّعٌ فيها ، ويفارق ما إذا كان ظاهراً قبل إحيائها ؛ لأنَّه قطع عن النَّاسِ نفعاً كان واصلاً إليهم ، وظاهره : أنَّه يملك المعادن الظَّاهرة ، ولو تحجَّرَ الأرض أو أقطعها فظهر فيها المعدن قبل إحيائها كان له إحيائها ويملكها بما فيها ؛ لأنَّه صار أحقَّ بتحجُّره وإقطاعه ، فلم يمنع من إتمام حقِّه .

(وإن ظهر فيه عين ماءٍ أو معدن جارٍ أو كلاً أو شجرٌ فهو أحقُّ به) لقوله عليه السَّلام : «مَنْ سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلمٌ فهو له» . رواه أبو داود . وفي لفظٍ: فهو أحقُّ به . ولأنَّه لو سبق إلى المباح الذي لا يملك أرضه فهو أحقُّ به ، فهنا أولى (وهل يملكه؟ على روايتين) أصحُّهما: لا يملكه ؛ لقوله عليه السَّلام : «النَّاسُ شركاء في ثلاثٍ: في الماء ، والكلاء ، والنَّار» . رواه ابن ماجه . ولأنَّها ليست من أجزاء الأرض ، فلم يملكها بملك الأرض كالكنز . والثَّانية: بلى ؛ لأنَّها خارجةٌ من أرضه ، أشبه المعادن الجامدة والزَّرْع .

(وما فضل من مائه لزمه بذله لبهائم غيره) لما روى أبو هريرة أنَّ رسول الله ﷺ قال: «لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به الكلاء» . متفقٌ عليه . وعن عمرو بن

وهل يلزمه بذله لزرع غيره؟ على روايتين .

فصل

وإحياء الأرض أن يحوزها بحائط ، أو يُجري بها ماءً .

شعيب ، عن أبيه ، عن جدّه مرفوعاً: «مَنْ منع فضل مائه أو فضل كلاًه منعه الله فضله يوم القيامة» . رواه أحمد . ومحلّه إذا لم يجد ماءً مباحاً ولم ينضّر بها ، واعتبر القاضي اتّصاله بمرعى ، ولا يلزمه الحبل والدّلّو ؛ لأنّه يتلف بالاستعمال ، أشبه ببقية ماله ؛ قاله في «الكافي» .

(وهل يلزمه بذله لزرع غيره؟ على روايتين) أصحهما: يلزمه ؛ لما روى إياس أنّ النّبِيَّ ﷺ نهى عن بيع فضل الماء . رواه أبو داود ، والترمذيّ وصحّحه . قال أحمد: إلا أن يؤذيه بالدخول ، أو له فيه ماء السماء فيخاف عطشاً ، فلا بأس أن يمنعه . والثانية: لا يلزمه ؛ جزم بها في «الوجيز» ؛ لأنّ الزرع لا حرمة له في نفسه . فعليها ، يبيعه بكييل أو وزن ، ويحرّم مقدّراً بمدّة معلومة أو بالرّيّ أو جزافاً ؛ قاله القاضي وغيره ، قال: وإن باع أصعاً معلومةً من سائح جاز كماء عين لا يبيع كلّ الماء ؛ لاختلاطه. بغيره .

فصل

(وإحياء الأرض أن يحوزها بحائط) منيع ؛ نصّ عليه ؛ جزم به القاضي وأكثر أصحابه ، واقتصر عليه الحرقيّ ؛ لما روى جابر أنّ النّبِيَّ ﷺ قال: «مَنْ أحاط حائطاً على أرضٍ فهي له» . رواه أحمد وأبو داود . ويُشترط فيه أن يكون بما جرت العادة بمثله ، ويختلف باختلاف البلدان ، وعنه: يُشترط معه إجراء ماءٍ ، وهو مقتضى كلام المؤلّف ، ومقتضاه أنّ الإحياء يحصل بالتّحويط عليها ، سواء أرادها للبناء أو للزرع أو حظيرةً للدّوابّ .

(أو يُجري لها ماءً) من عين ونحوه ؛ نصّ عليه ؛ لأنّ نفع الأرض بالماء أكثر من الحائط ، ويملكه بغرس ، أو منع ماءً ليزرع لا بحرثٍ وزرع .

وإن حفر بئرًا عاديةً ملك حريمها خمسين ذراعًا ، وإن لم تكن عاديةً فحريمها خمسةٌ وعشرون ذراعًا ، وعند القاضي حريمها قدر مدِّ رِشائها من كلِّ جانبٍ . وقيل: قدر ما يحتاج إليه في ترقية مائها .

(وإن حفر بئرًا عاديةً) بتشديد الياء: القديمة ، منسوبةٌ إلى عادٍ ، ولم يُردَّ عادًا بعينه (ملك حريمها خمسين ذراعًا ، وإن لم تكن عاديةً) أي: قديمةً (فحريمها خمسةٌ وعشرون ذراعًا) من كلِّ جانبٍ منها ، وعُلِمَ منه أنَّه يملك البئر مع الحريم ، وهو ما ذكره ؛ نصَّ عليه ، واختاره القاضي في «التعليق» وأكثر أصحابه والشَّيخان ؛ لما روى أبو عُبَيْدٍ في «الأموال» عن سعيد بن المسيَّب قال: السُّنَّةُ في حريم القليب العاديِّ خمسون ذراعًا، والبديء خمسةٌ وعشرون ذراعًا . وروى الخلال والدارقطني نحوه مرفوعًا .

ولا بدُّ أن يكون البئر فيها ماءً ، فإن لم يصل إلى الماء فهو كالمثجَّر الشَّارع . وقوله: حفر بئرًا عاديةً ، محمولٌ على البئر التي انطمت ذهب ماؤها فجدَّد حفرها وعمارتها ، أو انقطع ماؤها فاستخرجه ؛ ليكون ذلك إحياءً لها ، فأما البئر التي لها ماءٌ ينتفع به النَّاسُ فليس لأحدٍ احتجاره كالمعادن الظَّاهرة .

فرعٌ : إذا حفر بئرًا بمواتٍ للسَّابِلة فهو كغيره في شربٍ وسقي ، ويُقدَّم آدميٌّ ثمَّ حيوانٌ ، وإن حفرها فيه لارتفاقه كعادة من انتجع أرضًا فهو أحقُّ ما أقام . وقال جماعةٌ: يلزمه بذل فاضله لشاربه فقط ، وإن رحل فسابِلةً ، فإن عاد ففي اختصاصه وجهان ، وإن حفرها تملُّكًا أو يملكه الحيُّ ملكها . وفي «الأحكام السلطانية» : لو احتاجت طيًّا فبعده . وتبعه في «المستوعب» و«البلغة» . وكره أحمد الشُّرب من الآبار التي في الطَّرِيق . قال ابن حمدان: إن كره حفرها .

(وعند القاضي) وجماعة من الأصحاب : (حريمها قدر مدِّ رِشائها من كلِّ جانبٍ) لما روى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال: «حريم البئر مدُّ رِشائها» . رواه ابن ماجه . لأنَّ ذلك ثبت لدفع ضررٍ ، فقُدِّرَ بمدِّ الرِّشاء من كلِّ جانبٍ ؛ لأنَّ الحاجة تندفع به .

(وقيل: قدر ما يحتاج إليه في ترقية مائها) وهو محكيٌّ عن القاضي ، اختاره أبو الخطَّاب في «الهداية» . فإن كان بدولابٍ فقدر مدار الثَّور ، وإن كان بسانيةٍ

وقيل: إحياء الأرض ما عُدَّ إحياءً ، وهو عمارتها بما تنهياً به لما يراد منها من زرع أو بناء . وقيل: ما يتكرَّر كلَّ عامٍ كالسَّقْيِ والحرث فليس بإحياءٍ .

فبقدر طول البئر ، وإن كان يستقي منها بيده فبقدر ما يحتاج إليه الواقف ؛ لأنه ثبت للحاجة ، فتقدَّر بقدرها ، ولهذا قال القاضي وأبو الخطاب: التَّحْدِيدُ الوارد في الخبر، وكلام أحمد محمودٌ على المجاز . وفيه نظرٌ ؛ لأنه خلاف الظَّاهر ، فإنه قد يحتاج إلى حريمها لغير ترقية الماء لموقف الماشية وعطن الإبل ونحوه .

وقال في «الأحكام السُّلْطَانِيَّةِ»: له أبعد الأمرين من الحاجة ، أو قدر الأذرع . مع أن أحمد توقَّف في التَّقدير في رواية حربٍ ، فأما حريم العين المستخرجة فهو خمسمائة ذراع ؛ نصَّ عليه . وظاهر كلامه في «الكافي» ، واختاره القاضي وأبو الخطاب: قدر الحاجة ، وحريم النَّهر: ما يحتاج إليه لطرَح كرايته ، وطريق شاويه ، وما يستضُرُّ صاحبه بتملكه عليه وإن كثر .

(وقيل: إحياء الأرض ما عُدَّ إحياءً) وحكاها القاضي روايةً ؛ لأنَّ الشَّارِعَ أطلق الإحياء ولم يبيِّن صفته ، فوجب أن يرجع فيه إلى العرف كالقبض والحرز (وهو عمارتها بما تنهياً به لما يراد منها من زرع أو بناء) هذا بيانٌ لما يُعَدُّ إحياءً في العرف ، فإنَّ الأرض تحيي داراً للسُّكنى وحظيرةً ومزرعةً ، فإحياء كلِّ منها بما يناسبه ، فإن كانت للسُّكنى فإحياءها ببناء حيطانها وتسقيف بعضها بما يليق به ، وعنه: وقسم بيوته وعلوَّ أبوابه .

وفي «المغني» و«الشَّرح»: لا يُعتبر نصب أبوابٍ على البيوت ، وإن كانت حظيرةً فبناء حائطٍ جرت العادة به ، وإن كانت للزُّرع فبأن يسوق إليها ماءً إن كانت تُسقى ، ويقلع ما بها من الأحجار إن احتاجت إلى ذلك ، ويقلع ما بها من الأشجار كأرض الشُّعري ، ويزيل عروقها المانعة من الزُّرع ، أو يحبس الماء عنها كأرض البطائح ؛ لأنَّ بذلك يتمكَّن من الانتفاع بها ، ولا يعتبر أن يزرعها ويسقيها ، ولا أن يحرنها في الأصحَّ ، وجمع بينهما في «المحرَّر» فقال: أن يحوطها بحائطٍ ، أو يعمرها العمارة العرفيَّة .

(وقيل: ما يتكرَّر كلَّ عامٍ - كالسَّقْيِ والحرث فليس بإحياءٍ ،

وما لا يتكرّر فهو إحياءٌ . ومَنْ تحجّر مواتًا لم يملكه ، وهو أحقُّ به ووارثه بعده ومَنْ ينقله إليه ، وليس له بيعه . وقيل: له ذلك . فإن لم يتمَّ إحياءه قيل له: إمّا أن تحييه أو تتركه ، فإن طلب الإمهال أمهل الشهرين والثلاثة .

وما لا يتكرّر فهو إحياءٌ لأنَّ العرف جارٍ بذلك ، لكن إن كانت الأرض كثيرة الدَّغل والحشيش التي لا يمكن زرعها إلا بتكرار حرثها وتقيّة دغلها وحشيشها المانع من زرعها - كان إحياءٌ .

تنبيهٌ : حريم شجرٍ قدر مدّ أغصانها ، فإن غرسها في مواتٍ فهي له وحريمها ، وإن سبق إلى شجرٍ مباح - كزيتونٍ وخَرْوِبٍ فسقاه وأصلحه فهو له كالمتحجّر الشَّارع ، فإن ركبهُ ملكهُ بذلك وحريمه وحريم دارٍ من مواتٍ حولها مطرَح ترابٍ وكناسيةٍ وثلجٍ وماءٍ ميزابٍ ، ولا حريمٍ لدارٍ محفوفةٍ بملكٍ ، ويتصرّف كلُّ منهم بحسب العادة .

(ومَنْ تحجّر مواتًا) تحجّر الموات: الشُّروع في إحيائه من غير أن يتمّه ، مثل أن يحيط حول الأرض ترابًا ، أو بجدارٍ صغيرٍ ، أو يحفر بئرًا ولم يصل ماءؤها ؛ نقله حربٌ (لم يملكه) لأنَّ الملك بالإحياء ولم يوجد (وهو أحقُّ به) من سائر النَّاس ؛ لقوله: «مَنْ سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلمٌ فهو أحقُّ به» .

(ووارثه بعده) لقوله: «مَنْ ترك حقًّا فلورثته» . (ومَنْ ينقله إليه) أي: إذا نقله إلى غيره بالهبة صار الثَّاني أحقُّ به ؛ لأنَّ صاحبه أقامه مقام نفسه (وليس له بيعه) لأنَّه لم يملكه ، فلم يملك بيعه كحقِّ الشُّفعة قبل الأخذ ، وكمَنْ سبق إلى مباحٍ قبل أخذه (وقيل: له ذلك) أي: بيعه ؛ لأنَّه أحقُّ به .

(فإن لم يتمَّ إحياءه قيل له) أي: يقول له السُّلطان ونحوه إذا طالت المدَّة: (إمّا أن تحييه أو تتركه) ليحييه غيرك ؛ لأنَّه ضيِّق على النَّاس في حقِّ مشتركٍ بينهم ، فلم يَكُن منه ، كما لو وقف في طريقٍ ضيِّقٍ .

(فإن طلب الإمهال أمهل الشهرين والثلاثة) كذا في «الفروع» ؛ لأنَّه يسيرٌ ،

فإن أحياء غيره فهل يملكه؟ على وجهين .

واقصر في «الكافي» - وقدمه في «الرعاية» - على الشهرين ، وفي «الوجيز»: يُمهّل مدّة قريبةً بسؤاله (فإن) بادر و(أحياء غيره) قبل فراغ تلك المدّة ، وفي «المغني» و«الشرح»: أو قبل ذلك (فهل يملكه؟ على وجهين) كذا أطلقهما في «المحرّر» و«الفروع» ، أحدهما: لا يملكه ، وهو الأظهر ؛ لمفهوم: «من أحيأ أرضاً ميتةً في غير حقّ مسلم فهي له» . أنّها لا تكون له إذا كان لمسلم فيها حقّ ، ولأنّه إحياءٌ في حقّ غيره ، فلم يملكه ، كما لو أحيأ ما تتعلّق به مصالح ملك غيره ، ولأنّ حقّ المتحرّج أسبق ، فكان أولى ، كحقّ الشفيع يُقدّم على شراء المشتري . والثاني: يملكه ؛ لعموم الخبر السابق ، ولأنّ الإحياء يملك به ، فقدّم على المتحرّج الذي لا يملك . قال في «الفروع»: ويتوجّه مثله في نزول مستحقّ عن وظيفة لزيد هل يتقرّر فيها غيره .

قال شيخنا فيمنّ نزل عن وظيفة الإمامة: لا يتعيّن المنزول له ويولّي من له الولاية من يستحقّ التولية شرعاً . اعترضه ابن أبي المجد ؛ لأنّه لا يخلو إمّا أن يكون نزوله بعوض أو لا . وعلى كلّ تقدير ، لم تحصل منه رغبةً مطلقةً عن وظيفته ، ثمّ قال: وكلام الشّيخ قضيةٌ في عين ، فيحتمل أنّ المنزول له ليس أهلاً ، ويحتمل عدمه ، وفيه نظرٌ ، فإنّ التّزول يفيد الشُّغور ، وقد سقط حقّه بنزوله ؛ إذ الشّاقط لا يعود . وقوله: قضيةٌ في عين ، الأصل عدمه . وممّا يشبه التّزول عن الوظائف التّزول عن الإقطاع فإنّه نزولٌ عن استحقاقٍ يختصّ به ؛ لتخصيص الإمام له استغلاله ، أشبه مستحقّ الوظيفة ومتحرّج الموات ، وقد يستدلّ بجواز أخذ العوض في ذلك كلّّه بالخلع ، فإنّه يجوز أخذ العوض ، مع أنّ الرّوج لم يملك البُضع ، وإمّا ملك الاستمتاع به ، فأشبه المتحرّج .

فصل

وللإمام إقطاع مواتٍ لمن يحييه ، ولا يملكه بالإقطاع ، بل يصير كالمتحرّج الشّارع في الإحياء ، وله إقطاع الجلوس في الطّرق الواسعة ورحاب المسجد ما لم يضيّق على النَّاس ، ولا يملكه بالإقطاع ، ويكون المقطّع أحقّ بالجلوس فيها ،

فصل

(وللإمام إقطاع مواتٍ لمن يحييه) لأنّه عليه السّلام أقطع بلال بن الحارث العقيق ، وأقطع وائل بن حُجْر أرضًا ، وأقطع أبو بكرٍ وعمر وعثمان وجمعٌ من الصّحابة ، وينبغي أن يقطع مقدار ما عيّنه ، فإن فعل ثمّ تبيّن عجزه عن إحيائه استرجعه كما استرجع عمر من بلالٍ ما عجز عن عمارته بالعقيق الذي أقطعه رسول الله ﷺ .

(ولا يملكه بالإقطاع) لأنّه لو ملكه به لما جاز استرجاعه (بل يصير كالمتحرّج الشّارع في الإحياء) لأنّه ترجّح بالإقطاع على غيره ، ويسمّى تملُّكًا ؛ لماله إليه ، وكذا للإمام إقطاع غير مواتٍ تملُّكًا وانتفاعًا للمصلحة ، نقل حربٌ: القطائع جائزة . وقال له المروزيّ: قال مالكٌ: لا بأس بقطائع الأمراء . فأنكره شديدًا . ونقل يعقوب: قطائع الشّام والجزيرة من المكروهة كانت لبني أميّة فأخذها هؤلاء . ونقل محمّد بن داود: ما أدري ما هذه القطائع يخرجونها ممّن شاءوا إلى من شاءوا . قال أبو بكرٍ: لأنّه يملكها من أقطعها ، فكيف يخرج عنه؟! ولهذا عوّض عمر جريرًا البجليّ لما رجع فيما أقطعه .

(وله إقطاع الجلوس) للبيع والشّراء (في الطّرق الواسعة ورحاب المسجد) إن قيل: إنّها ليست منه إذا كانت واسعةً ؛ لأنّ ذلك يباح الجلوس فيه والانتفاع به ، فجاز إقطاعه كالأرض الدّارسة ، وتسمّى: إقطاع إرفاقٍ (ما لم يضيّق على النَّاس) لأنّه ليس للإمام أن يأذن فيما لا مصلحة فيه فضلًا عمّا فيه مضرةٌ .

(ولا يملكه بالإقطاع) لما ذكر في إقطاع الأرض (ويكون المقطّع أحقّ بالجلوس فيها) بمنزلة السّابق إليها من غير إقطاع ، والفرق بينهما أنّ السّابق إذا نقل متاعه عنها

فإن لم يقطعها فلمن سبق إليها الجلوس فيها ، ويكون أحقُّ بها ما لم ينقل قماشه عنها ، فإن أطال الجلوس فيها فهل يُزال؟ على وجهين . وإن سبق اثنان أقرع بينهما . وقيل: يُقدّم الإمام من يرى منهما . ومن سبق إلى معدنٍ فهو أحقُّ بما ينال منه .

فلغيره الجلوس فيها ، وهذا قد استحقَّ بإقطاع الإمام ، فلا يزول حقه بنقل متاعه ، ولا لغيره الجلوس فيه ، وشرطه ما لم يعد فيه ، ويحرم ما يضيّق على المارّة ولو بعوض ، وحكمه في التّظليل على نفسه بما ليس ببناء ، ومنعه من المقام إذا أطال مقامه حكم السّابق .

(فإن لم يقطعها فلمن سبق إليها الجلوس فيها) على الأصحّ على وجهٍ لها لا يضيّق على أحدٍ ، ولا يضّرُّ بالمارّة ؛ لاتّفاق أهل الأمصار في سائر الأعصار على إقرار النّاس على ذلك من غير إنكارٍ ، ولأنّه ارتفاقٌ بمباحٍ من غير إضرارٍ ، فلم يمنع منه كالاحتياز .

(ويكون أحقُّ بها ما لم ينقل قماشه عنها) لسبقه إلى مباحٍ كما ، وظاهره أنّه إذا قام وترك متاعه لم يجز لغيره إزالته ، وأنّه إذا نقل متاعه كان لغيره الجلوس فيه ، وقيل: إن فارق ليعود قريباً فعاد فهو أحقُّ به ، وعنه: يكون أحقُّ به إلى اللّيل ، وفي افتقاره إلى إذنٍ فيه وجهان ، لكن قال أحمد: ما كان ينبغي لنا أن نشترى من هؤلاء الذين يبيعون على الطّريق . وحمله القاضي على ضيقه ، أو كونه يؤذي المارّة .

(فإن أطال الجلوس فيها) من غير إقطاع (فهل يُزال؟ على وجهين) كذا في «الفروع» ، أشهرهما: أنّه يُزال ؛ لأنه يصير كالتّمك ، ويختصُّ بنفع يساويه غيره في استحقاقه، والثاني: لا يزال ، جزم به في «الوجيز» ؛ لأنه سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلمٌ ، فلم يمنع من الاستدامة كالابتداء (وإن سبق اثنان) فأكثر وضاق المكان (أقرع بينهما) على المذهب ؛ لأنّهما استويا في السّبق ، والقرعة مميّزة .

(وقيل: يُقدّم الإمام من يرى منهما) لأنّه أعلم بالمصلحة في ذلك (ومن سبق إلى معدنٍ فهو أحقُّ بما ينال منه) للخبر ، وسواء كان المعدن ظاهراً أو باطناً إذا كان

وهل يُمنع إذا طال مقامه؟ على وجهين . ومن سبق إلى مباح كصيدٍ وعنبرٍ وحطبٍ وثمرٍ ، وما ينبذه النَّاسُ رغبةً عنه فهو أحقُّ به ، وإن سبق إليه اثنان قُسم بينهما . وإذا كان الماء في نهرٍ غير مملوكٍ كميّاه الأمطار فلَمَن في أعلاه أن يسقي

في مواتٍ (وهل يمنع إذا طال مقامه؟ على وجهين) كذا في «الفروع» ، أحدهما ، وجزم به في «الوجيز»: لا يمنع ؛ للخبر . والثاني: بلى ؛ لأنه يصير كالمتملك . وفي «الشَّرح»: إن أخذ قدر حاجته وأراد الإقامة ليمنع غيره مُنع منه ؛ لأنه تضييقٌ على النَّاسِ بما لا نفع فيه ، وقيل: إن أخذه لتجارةٍ هأيا الإمام بينهما ، وإن أخذه لحاجةٍ فأوجه القرعة والمهاياة ، وتقديم مَنْ يرى الإمام ، وينصب مَنْ يأخذه ، ويقسمه بينهم ، وإن سبق إليه اثنان فأكثر وضاق الوقت عن أخذهم جملةً أفرع .

(ومن سبق إلى مباح كصيدٍ وعنبرٍ وحطبٍ وثمرٍ ، وما ينبذه النَّاسُ رغبةً عنه) كالذي ينثر من الثَّمَرِ والرُّرْعِ ، وما ينبع من المياه في الموات (فهو أحقُّ به) لقوله عليه السَّلَامُ -: «مَنْ سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلمٌ فهو له» . مع قوله لما رأى ثمرَةً ساقطةً: «لولا أنّي أخشى أن تكون من الصَّدقة لأكلتها» . رواه البخاريُّ . ويملكه الآخذ ، مسلمًا كان أو ذمّيًّا .

(وإن سبق إليه اثنان قُسم بينهما) جزم به الأدميُّ وصاحب «الوجيز» البغداديّان ؛ لأنَّهما استويا في السَّببِ ، والقسمة ممكنةٌ ، وحذارًا من تأخير الحقِّ ، وهذا إذا ضاق الوقت عن أخذهم جملةً ، والأشهر القرعة ، وقيل: يُقدِّم الإمام مَنْ شاء بالاجتهاد وظهور الأحقِّية كأموال بيت المال ، ولا فرق بين الحاجة وعدمها .

فرغ : الأسباب المقتضية للتَّمليك: الإحياء ، والميراث ، والمعاضات ، والهبات ، والوصايا ، والوقف ، والصَّدقات ، والغنيمة ، والاصطياد ، ووقوع الثلج في المكان الذي أعده ، وانقلاب الحمر ، والبيضة المذرة فرحًا .

(وإذا كان الماء في نهرٍ غير مملوكٍ كميّاه الأمطار ، فلَمَن في أعلاه أن يسقي

ويحبس الماء حتَّى يصل إلى كعبه ، ثمَّ يرسل إلى مَنْ يليه .

ويحبس الماء حتَّى يصل إلى كعبه ثمَّ يرسل إلى مَنْ يليه) نصَّ عليه ، وجملته أنَّ الماء لا يخلو إمَّا أن يكون نهرًا جارياً ، أو واقفاً ، والجارى قسمان: إمَّا أن يكون في نهر غير مملوكٍ ، وهو ضربان:

أحدهما: أن يكون نهرًا عظيمًا كالنَّيل والفرات الذي لا يستضِرُّ أحدٌ بالسَّقِي منه ، فهذا لا تزاحم فيه .

الثَّاني: أن يكون نهرًا صغيرًا يزدحم النَّاس فيه ، ويتشاحون في مائه ، كنهْر الشَّام ، أو مسيلٍ يتشاح فيه أهل الأرضين الشَّاربة منه ، فيبدأ بمَنْ في أوَّل النَّهر ، فيسقي ويحبس الماء حتَّى يصل إلى الكعبين ، ثمَّ يرسل إلى الثَّاني ، فيفعل كذلك حتَّى تنتهي الأراضي كلُّها ، فإن لم يفضل عن الأوَّل شيءٌ أو عن الثَّاني أو عمَّن يليهما فلا شيء للباقيين ؛ لأنَّه ليس لهم إلا ما فضل ، فهم كالعصبة ، ولا نعلم فيه خلافاً ؛ لما روى عبد الله بن الزُّبير أنَّ رجلاً خاصم الزُّبير في شراج الحرة التي يسقون بها إلى النَّبيِّ ﷺ ، فقال النَّبيُّ ﷺ : «اسقِ يا زُبَيْر ، ثمَّ أرسل الماء إلى جارك» . فغضب الأنصاريُّ ، وقال: أن كان ابن عمَّتكَ؟! فتلوَّن وجه رسول الله ﷺ ثمَّ قال: «اسقِ يا زُبَيْر ، ثمَّ احبس الماء حتَّى يرجع إلى الجدر» . فقال الزُّبير: والله ، إنِّي لأحسب هذه الآية نزلت في ذلك: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾ [النساء: ٦٥] الآية . متَّفَقٌ عليه .

وذكر عبد الرَّزَّاق عن مَعْمَرٍ ، عن الزُّهريِّ قال: نظرنا في قول النَّبيِّ ﷺ : «ثمَّ احبس الماء حتَّى يرجع إلى الجدر» . فكان ذلك إلى الكعبين . وشراج الحرة: مسابيل الماء ، جمع شرج ، وهو النَّهر الصَّغير ، والحرة: أرضٌ ملتبسةٌ بحجارةٍ سودٍ . ولأنَّ السَّابِق في أوَّل النَّهر كالسَّابِق إلى أوَّل المشرعة ، وإن كانت أرضه مستقلةً سدَّها حتَّى يصعد إلى الثَّاني ؛ قاله في التَّرجيب .

فإن كانت أرض الأعلى مختلفةً منها عاليةً ومنها مستقلةً سقى كلَّ واحدةٍ على

فإن أراد إنسانٌ إحياءَ أرضٍ يسقيها منه جاز ما لم يضربَ بأهل الأرض الشَّاربة منه .

حدثها .

فإن استوى اثنان في القرب اقتسما الماء على قدر الأرض إن أمكن وإلا أقرع ، فإن كان الماء لا يفضل عن أحدهما سقى مَنْ تقع له القرعة بقدر حقه .

(فإن أراد إنسانٌ إحياءَ أرضٍ يسقيها منه جاز ما لم يضربَ بأهل الأرض الشَّاربة منه) أي: إذا كان لجماعةٍ رسم شربٍ من نهرٍ غير مملوكٍ ، فجاء إنسانٌ ليحيي مواتاً أقرب من رأس النهر من أرضهم ، لم يكن له أن يسقي قبلهم ؛ لأنهم أسبق إلى النهر منه ، وظاهره : أنهم لا يملكون منعه من الإحياء ، وفيه وجهٌ . فعلى الأول ، لو سبق إلى مسيل ماءٍ أو نهرٍ غير مملوكٍ ، فأحيا في أسفله مواتاً ، ثمَّ آخر فوقه ثمَّ ثالث سقى المحيي أولاً ، ثمَّ الثاني ، ثمَّ الثالث ؛ لأنَّ العبرة تقدّم السَّبق إلى الإحياء لا إلى أوَّل النهر .

القسم الثاني: الجاري في نهرٍ مملوكٍ ، وهو ضربانٍ: أحدهما: أن يكون الماء مباح الأصل ، مثل أن يحفر إنسانٌ نهرًا صغيرًا يتَّصل بنهرٍ كبيرٍ مباحٍ ، فما لم يتَّصل لا يملكه ، وهو كالمتحجّر ، فإذا اتَّصل الحفر ملكه وإن لم يجر فيه ؛ إذ الإحياء يحصل بتهيئته للانتفاع دون حصول المنفعة ، فيصير مالكا لقراره وحافتيه وحرимه ، وهو ملقى الطين من جوانبه . وقال القاضي: هو حقٌّ من حقوق الملك ، وحيثُ ، إذا كان لجماعةٍ ، فهو بينهم على حسب العمل والثَّفقة ، فإن لم يكفهم وتراضوا على قسمته جاز ، وإلا قسمه حاكمٌ عند التَّشاح على قدر ملكهم .

فإن احتاج المشترك إلى كرىٍ أو عمارقٍ كان ذلك بينهم على حسب ملكهم ، فإن كان بعضهم أدنى إلى أوَّلِهِ من بعضٍ اشترك الكلُّ إلى أن يصلوا إلى الأوَّل ، ثمَّ لا شيء عليه إلى الثاني ، ثمَّ يشترك مَنْ بعده كذلك كلِّما انتهى العمل ، فإذا حصل نصيب إنسانٍ في ساقيته سقى به ما شاء . وقال القاضي: ليس له سقى أرضٍ ليس لها رسم شربٍ من هذا النهر ، ولكلُّ منهم أن يتصرّف في ساقيته المحتصّة به بما أحبَّ من إجراء ماءٍ أو رحىٍ أو دولاِبٍ ، بخلاف المشترك ، فإن أراد أحد الشُّركاء أن

وللإمام أن يحمي أرضًا من الموات ترعى فيها دواب المسلمين التي يقوم بحفظها ما لم يضيّق على النَّاس ، وليس ذلك لغيره .

يأخذ من النَّهر قبل قسمه شيئًا يسقي به أرضًا في أوّل النَّهر أو غيره لم يجز ؛ لأنّ الآخذ منه ربّما احتاج إلى تصرّف في أوّل حافة النهر المملوك لغيره ، ولو فاض ماء هذا النَّهر إلى أرض إنسان فهو مباح كالطائر .

الصّرب الثّاني: أن يكون منبع الماء مملوكًا بأن يشترك جمعٌ في استنباط عين وإجرائها ، فإنّهم يملكونها ، ويشتركون فيها وفي ساقيتها على حسب النّفقة والعمل فيها .

(وللإمام أن يحمي) بفتح أوّله وضمّه ، أي: يمنع (أرضًا من الموات ترعى فيها دواب المسلمين التي يقوم بحفظها) كخيل المجاهدين ، وإبل الصّدقة ، وضوال النَّاس ؛ لما روى ابن عمر أنّ النَّبيّ ﷺ حمى النّقيع لخيل المسلمين . رواه أبو عُبيد . النّقيع بالثّون: موضعٌ ينتقع فيه الماء فيكثر فيه الخصب .

وروى أبو عُبيد أنّ أعرابيًّا أتى عمر ، فقال: يا أمير المؤمنين ، بلادنا قاتلنا عليها في الجاهليّة وأسلمنا عليها في الإسلام علامَ نحميها؟ قال: فأطرق عمر ، وجعل ينفخ ويفتل شاريه ، فلمّا رأى الأعرابيّ ما به جعل يردّد ذلك ، فقال عمر: المال مال الله ، والعباد عباد الله ، والله ، لولا ما أحمل عليه في سبيل الله ما حميت من الأرض شبرًا في شبر . قال مالك: بلغني أنّه كان يحمل كلّ عام على أربعين ألفًا من الظّهر . ولأنّ في ذلك مصلحةً ، فجاز للإمام فعلها كسائر المصالح .

(ما لم يضيّق على النَّاس) لأنّ الجاهليّة كانوا يحمون لأنفسهم ، فكان منهم من إذا انتجع بلدًا أقام كلبًا على نشز ثمّ استعواه ، ووقف له من كلّ ناحية من يسمع صوته بالعواء ، فحيث انتهى صوته حماه من كلّ ناحية لنفسه ، ويرعى مع النَّاس فيما سواه ، فنهى النَّبيّ ﷺ عنه ؛ لما فيه من الضّيّق على النَّاس ، ومنعهم من الانتفاع بشيء لهم فيه حقّ .

(وليس ذلك لغيره) أي: لغير الإمام ، فأما النَّبيّ ﷺ فقد كان يحمي لنفسه

وما حماه النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فليس لأحدٍ نقضه ، وما حماه غيره من الأئمة فهل يجوز نقضه؟ على وجهين .

وللمسلمين ، ولم يحم نفسه شيئاً ، وإنما حمى للمسلمين ، وسائر أئمة المسلمين ليس لهم أن يحموا لأنفسهم شيئاً إلاَّ قدرًا لا يضيِّق به على المسلمين ويضرُّهم .
(وما حماه النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فليس لأحدٍ نقضه) أي: مع الحاجة إليه ؛ لأنَّ ما حكم به النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نصٌّ ، فلا يجوز نقضه بالاجتهاد . فعليه ، مَنْ أحمى منه شيئاً لم يملكه .

(وما حماه غيره من الأئمة فهل يجوز نقضه؟ على وجهين) أصحُّهما: لإمام غيره نقضه كهو ؛ لأنَّ حمى الأئمة اجتهادٌ ، وملك الأرض بالإحياء نصٌّ ، والنصُّ مقدَّم . والثاني: لا يجوز نقضه ، كما لا يجوز نقض حكمه . وينبغي عليهما: لو أحمى إنسانٌ هل يملكه؟

مسألة: قال في «الأحكام السلطانية»: إذا كان الحمى لكافة النَّاسِ تساوى فيه جميعهم ، فإنَّ حُصَّ به المسلمون اشترك فيه غنيُّهم وفقيرهم ، ومُنِعَ منه أهلُ الذُّمَّةِ ، وإنَّ حُصَّ به الفقراء منع منه الأغنياء وأهلُ الذُّمَّةِ ، ولا يجوز أن يَحُصَّ به الأغنياء دون الفقراء ، ولا أهلُ الذُّمَّةِ ، فلو اتَّسع الحمى المخصوص لعوم النَّاسِ جاز أن يشتركوا فيه ؛ لارتفاع الضَّرر على مَنْ يَحُصَّ به ، ولو ضاق الحمى العامُّ عن جميع النَّاسِ لم يجز أن يختصَّ به أغنيائهم ، وفي فقرائهم قولٌ ، ولا يجوز لأحدٍ أن يأخذ من أرباب الدُّوابِّ عوضًا من مرعى مواتٍ أو حمى ؛ لأنَّه عليه السَّلام شرك النَّاسِ فيه .

تذنيب : مَنْ جلس في مسجدٍ أو جامعٍ لفتوى أو لإقراء النَّاسِ فهو أحقُّ به ما دام فيه ، أو غاب لعذرٍ وعاد قريبًا ، وإنَّ جلس فيه لصلاةٍ فهو أحقُّ به فيها ، وإنَّ غاب لعذرٍ وعاد قريبًا فوجهان ، ومَنْ سبق إلى رباطٍ أو نزل فقيهًا بمدرسةٍ أو صوفيًّا بخانقاه رُجِّحَ به في الأقيس ، ولا يبطل حَقُّه بخروجه منه لحاجةٍ .

باب الجعالة

وهي أن يقول: مَنْ رَدَّ عِبْدِي أَوْ لَقَطْتِي أَوْ بَنِي لِي هَذَا الْحَائِطُ فَلَهُ كَذَا ، فَمَنْ فَعَلَهُ بَعْدَ أَنْ بَلَغَهُ الْجُعْلُ اسْتَحَقَّهُ ، وَإِنْ فَعَلَهُ جَمَاعَةٌ فَهُوَ بَيْنَهُمْ .

باب الجعالة

هي بثليث الجيم كما أفاده ابن مالك ، يقال: جعلت له جُعلاً: أوجبت . وقال ابن فارس: الجُعْلُ والجعالة والجعيلة: ما يعطاه الإنسان على أمرٍ يفعله ، وأصلها قوله تعالى -: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ﴾ [يوسف: ٧٢] وكان معلوماً عندهم كالوَسْقِ ، وشرع مَنْ قبلنا شرعٌ لنا ما لم يكن في شرعنا ما يخالفه ، وحديث اللديغ شاهدٌ بذلك ، مع أَنَّ الحِكْمَةَ تقتضيه ، والحاجة تدعو إليه ، فإنه قد لا يوجد متبرِّعٌ ، فاقتضت جواز ذلك .

(وهي أن يقول) المطلق التَّصْرُفُ: (مَنْ رَدَّ عِبْدِي أَوْ لَقَطْتِي أَوْ بَنِي لِي هَذَا الْحَائِطُ) وكذا سائر ما يستأجر عليه من الأعمال (فله كذا) وهو أكثر من دينارٍ أو اثني عشر درهماً ، وإلَّا فله ما قدره الشَّارِعُ ؛ لأنَّه في معنى المعاوضة ، وتكون عقداً جائزاً لكلٍّ منهما الرُّجُوعُ فيه قبل العمل ، واقتضى ذلك ألا يكون في يده ، فلو كانت اللُّقْطَةُ في يده ، فجعل له مالَها جُعلاً ، ليردَّها ، لم يبح له أخذها .

(فَمَنْ فَعَلَهُ بَعْدَ أَنْ بَلَغَهُ الْجُعْلُ اسْتَحَقَّهُ) لأنَّ العقد استقرَّ بتمام العمل ، فاستحقَّ الجُعْلُ كالرَّيْحِ فِي الْمُضَارَبَةِ ، وفي أثنائه يستحقُّ حصَّةً تمامه .

(وَإِنْ فَعَلَهُ جَمَاعَةٌ فَهُوَ بَيْنَهُمْ) بالسَّوِيَّةِ ؛ لأنَّهم اشتركوا في العمل الذي يستحقُّ به العوض ، فاشتركوا فيه كالأجر في الإجارة ، بخلاف ما لو قال: مَنْ دَخَلَ هَذَا النَّقْبَ فَلَهُ دِينَارٌ ، فدخل جماعةٌ استحقَّ كلُّ واحدٍ منهم ديناراً كاملاً ؛ لأنَّه قد دخل كلُّ منهم دخولاً كاملاً ، وهنا لم يرده واحدٌ منهم كاملاً ، ومثله: مَنْ نَقَبَ الشُّورَ فَلَهُ دِينَارٌ ، فنقب ثلاثة نقباً واحداً ، فلو جعل لواحدٍ في رده ديناراً ولآخر دينارين والثالث ثلاثة فللكلِّ واحدٍ منهم ثلث ما جعل له في رده ، فلو جعل لواحدٍ ديناراً ولآخرين عوضاً مجهولاً فردَّوه فلصاحب الدينار ثلثه ،

وَمَنْ فَعَلَهُ قَبْلَ ذَلِكَ لَمْ يَسْتَحِقَّهُ ، سِوَاءَ أَرَدَهُ قَبْلَ بُلُوغِ الْجُعْلِ أَوْ بَعْدَهُ .
وَتَصَحَّ عَلَى مَدَّةٍ مَجْهُولَةٍ وَعَمَلٍ مَجْهُولٍ إِذَا كَانَ الْعَوْضُ مَعْلُومًا .

وللآخرين أجرة عملهما ، فإن جعل له جعلاً في رده فردّه هو وأحران معه ، وقالوا: رددناه معاونةً له ، استحقّ جميع الجعل ، وإن قالوا: رددناه لناخذ العوض ، فلا شيء لهما ، وله ثلث الجعل .

فرغ: إذا قال: مَنْ رَدَّ عَبْدِي مِنْ مَوْضِعٍ كَذَا ، فَرَدَّهُ مِنْ نِصْفِ الطَّرِيقِ ، أَوْ قَالَ: مَنْ رَدَّ عَبْدِي ، فَرَدُّ أَحَدُهُمَا ، فَنَصْفُهُ ، وَإِنْ رَدَّهُ مِنْ أْبَعَدَ فَلَهُ الْمَسْمِيُّ ؛ ذَكَرَهُ فِي التَّلْخِيسِ ، وَإِنْ رَدَّهُ مِنْ غَيْرِ الْمَوْضِعِ لَمْ يَسْتَحِقَّ شَيْئًا ، وَفِي «الْمَغْنِيِّ» وَ«الشَّرْحِ»: كَهْرُوبِهِ مِنْهُ فِي نِصْفِ الطَّرِيقِ أَوْ مَوْتِهِ .

(وَمَنْ فَعَلَهُ قَبْلَ ذَلِكَ) أَي: قَبْلَ بُلُوغِ الْجُعْلِ (لَمْ يَسْتَحِقَّهُ) لِأَنَّ فَعْلَهُ وَقَعَ غَيْرَ مَأْذُونٍ فِيهِ ، فَلَمْ يَسْتَحِقَّهُ ، وَلِأَنَّهُ بَدَلَ مَنَافِعِهِ جَعَلَ لَهُ ، فَيَكُونُ عَامِلًا فِي مَالٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، وَفَارَقَ الْمَلْتَقَطُ بَعْدَ بُلُوغِ الْجُعْلِ ، فَإِنَّمَا بَدَّلَ مَنَافِعَهُ بِعَوْضٍ جُعِلَ لَهُ ، فَاسْتَحَقَّهُ كَالْأَجِيرِ إِذَا عَمَلَ بَعْدَ الْعَقْدِ ، وَلَا يَسْتَحِقُّ أَخْذَ الْجُعْلِ بِرَدِّهَا ؛ لِأَنَّ الرَّدَّ وَاجِبٌ عَلَيْهِ .

(سِوَاءَ أَرَدَهُ قَبْلَ بُلُوغِ الْجُعْلِ أَوْ بَعْدَهُ) لَمَّا سَبَقَ مِنْ أَنَّ الْجُعْلَ بَدَلٌ عَنِ الْفِعْلِ وَالرَّدَّ ، فَإِنْ قَالَ غَيْرُ صَاحِبِ الضَّالَّةِ: مَنْ رَدَّهَا فَلَهُ دِينَارٌ ، فَهُوَ ضَامِنٌ لَهُ ، وَإِنْ أَسْنَدَهُ إِلَى مَالِكِهَا فَلَا .

(وَتَصَحَّ عَلَى مَدَّةٍ مَجْهُولَةٍ وَعَمَلٍ مَجْهُولٍ) لِأَنَّهَا عَقْدٌ جَائِزٌ ، فَجَازَ أَنْ يَكُونَ الْعَمَلُ وَالْمَدَّةُ مَجْهُولِينَ كَالشَّرْكَةِ ، وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَى ذَلِكَ ؛ لِكَوْنِهِ لَا يَعْلَمُ مَوْضِعَ الضَّالَّةِ وَالْأَبْقِ (إِذَا كَانَ الْعَوْضُ مَعْلُومًا) لِأَنَّهُ يَصِيرُ لِأَمْرًا بِتَمَامِ الْعَمَلِ ، وَكَالْأَجْرَةِ ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْمَعَاوِضَةِ لَا تَعْلِيقًا مَحْضًا ، فَلَوْ قَالَ: أَنْتَ بَرِيءٌ مِنَ الْمَائَةِ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّ تَعْلِيقَ الْإِسْقَاطِ أَقْوَى ، وَفِي «الْمَغْنِيِّ» تَخْرِيجٌ بِجَوَازِ جِهَالَةِ الْجُعْلِ إِنْ لَمْ يَمْنَعْ التَّسْلِيمِ ، كَقَوْلِهِ: مَنْ رَدَّ ضَالَّتِي فَلَهُ ثَلَاثًا ، بِخِلَافِ: فَلَهُ شَيْءٌ ، أَخَذًا مِنْ قَوْلِ الْإِمَامِ فِي الْغَزْوِ: مَنْ جَاءَ بِعَشْرَةِ أَرْوَسٍ فَلَهُ رَأْسٌ . فَعَلِيهِ ،

وهي عقدٌ جائزٌ لكلِّ واحدٍ منهما فسخها ، فمتى فسخها العامل لم يستحقَّ شيئاً ، وإن فسخها الجاعل بعد الشروع فعليه للعامل أجره عمله ، وإن اختلفا في أصل الجعل أو قدره ، فالقول قول الجاعل .

لو كانت الجهالة تمنع من التسليم لم تصحَّ الجمالة وجهًا واحدًا ، وحينئذٍ ، فيستحقُّ العامل أجر المثل ؛ لأنه عملٌ بعوضٍ لم يسلم له ، فاستحقَّ أجر المثل كالإجارة . وقد تضمَّن كلامه أمورًا:

منها: أنه لا يُشترط العلم بالعمل والمدة ، بخلاف الإجارة .

ومنها: أنه لو قدر المدة بأن قال: إن وجدتها في شهر ، صحَّ ؛ لأنها إذا جازت مجهولةً فمع التقدير أولى .

ومنها: لا يُشترط تعيين العامل للحاجة .

ومنها: أن العمل قائم مقام القبول ؛ لأنه يدلُّ عليه كالوكالة .

ومنها: أن كلَّ ما جاز أن يكون عوضًا في الإجارة جاز أن يكون عوضًا في الجمالة ، وكلُّ ما جاز أخذ العوض عليه في الإجارة جاز أخذه في الجمالة .

(وهي عقدٌ جائزٌ) من الطرفين بغير خلافٍ نعلمه كالمضاربة (لكلِّ واحدٍ منهما فسخها ، فمتى فسخها العامل) قبل تمام العمل (لم يستحقَّ شيئاً) لأنه أسقط حقَّ نفسه ، حيث لم يأتِ بما شرط عليه كعامل المضاربة .

(وإن فسخها الجاعل بعد الشروع فعليه للعامل أجره عمله) أي: أجره مثله ؛ لأنه عملٌ بعوض ، فلم يسلم له ، ولو قيل: تقسط الأجرة ، لم يبعد ، وظاهره أنه إذا فسح قبل التلبُّس بالعمل لا شيء للعامل ، فإن زاد أو نقص في الجعل قبل الشروع في العمل جاز ؛ لأنه عقدٌ جائزٌ ، فجاز فيه ذلك كالمضاربة .

(وإن اختلفا في أصل الجعل أو قدره فالقول قول الجاعل) لأنه منكرٌ ، والأصل براءة ذمته ، وكذا الحكم إذا اختلفا في المسافة ، وقيل: يتحالفاً إذا اختلفا في قدره والمسافة كالأجير ، فإذا تحالفا فسح العقد ووجب أجر المثل ؛

وَمَنْ عَمِلَ لغيره عملاً بغير جُعَلٍ ، فلا شيء له ، إلا في ردِّ الآبق ، فإنَّ له بالشرع ديناراً أو اثني عشر درهماً . وعنه: إن ردَّه من خارج المصر فله أربعون درهماً .

لأنَّها عقدٌ يجب المسَمَى في صحيحه ، فوجبَت أجرة المثل في فاسده كالإجارة ، وقيل: في آبقِ المقدَّر شرعاً ، ولا يستحقُّ شيئاً بلا شرطٍ ؛ ذكره القاضي .

(وَمَنْ عَمِلَ لغيره عملاً بغير جُعَلٍ فلا شيء له) بغير خلافٍ نعلمه ؛ لأنَّه بذل منفعته من غير عوض ، فلم يستحقَّه ، ولئلاً يلزم الإنسان ما لم يلزمه ، ولم تطب نفسه به ، وهذا إذا لم يكن معدّاً لأخذ الأجرة ، فإن كان معدّاً لها وأذن له فله الأجرة ، لكن نصَّ أحمد على أنَّ مَنْ خلص متاعاً لغيره يستحقُّ أجرة مثله ، بخلاف اللُّقطة (إلا في ردِّ الآبق) فإنَّه يستحقُّ الجُعَل بلا شرطٍ ؛ رُوي ذلك عن عمر وعليٍّ وابن مسعودٍ ، وقاله شُريحٌ وعمر بن عبد العزيز ؛ لِقَلَّ يلحق بدار الحرب أو يشتغل بالفساد .

(فإنَّ له بالشرع) أي: بشرع الشارع ؛ للخبر الوارد فيه (ديناراً أو اثني عشر درهماً) جزم به في «الوجيز» وقدمه ، واختاره الأكثر ؛ لما روى ابن أبي مُليكة وعمرو بن دينارٍ أنَّ النَّبِيَّ ﷺ جعل في ردِّ الآبق إذا جاء به خارجاً من الحرم ديناراً . وهو قول مَنْ سَمَّينا ، ولم نعرف لهم مخالفاً ، فكان كالإجماع ، بخلاف الشَّارد فإنَّه لا يفضي إلى ذلك . وظاهره : أنَّه يستحقُّه برده ، سواءً كان من المصر أو خارجه ، وسواءً كان الرَّادُّ إماماً أو غيره ، وهو مقتضى كلام جماعةٍ ، ونقل حربٌ: لا يستحقُّه إمامٌ ؛ لأنَّه ينبغي له ردُّه على مالكة . ونقل ابن منصورٍ أنَّ أحمد سئل عن جُعَلِ الآبق ، فقال: لا أدري ، قد تكلم النَّاس فيه ، لم يكن عنده فيه حديثٌ صحيحٌ . فظاهره أنَّه لا شيء له في ردِّه ، واختاره المؤلِّف تبعاً لظاهر «الخرقيِّ» ، وروى عن النَّخعيِّ وابن المنذر ، والحديث الأوَّل مرسلٌ ، وفيه مقالٌ . وكما لو ردَّ جملة الشَّارد ، ولأنَّ الأصل عدم الوجوب .

(وعنه: إن ردَّه من خارج المصر فله أربعون درهماً) رُوي عن ابن مسعودٍ ، واختاره الخليل . قال أبو إسحاق: أعطيت الجُعَل في زمن معاوية أربعين درهماً .

ويأخذ منه ما أنفق عليه في قوته ، وإن هرب منه في طريقه ، وإن مات السَّيِّد استحقَّ ذلك في تركته .

وهذا يدلُّ على أنَّه مستفيضٌ في العصر الأوَّل ، وعنه: إن رُدَّه من المصر فعشرة . قال الخلال: استقرَّت عليه الرِّواية . وجزم به في «عيون المسائل» ، وأنَّ الرِّواية الصَّحيحة من خارج المصر دينارٌ أو عشرة دراهم . وفي «الخصال» لابن البتَّاء وكتاب «الرِّوايتين» أنَّه عشرة دراهم مطلقاً ، وبالغ القاضي في ذلك ، فقال: إنَّ الرِّواية لا تختلف فيه . ونقل ابن هانئ عن أحمد فيمن عمَّر قناةً دون قوم أنَّه يرجع عليهم ؛ ذكره القاضي في «التعليق» ، وعلَّله بأنَّ الآبار بمنزلة الأعيان ، فكما يرجع بالأعيان يرجع بها ؛ قاله الزُّركشي . وهذا التعليل يقتضي الرجوع فيما عمله بأن يزيله كما يرجع في الأعيان لا أنَّه يرجع بيدل ذلك على مالك العين .

(ويأخذ منه ما أنفق عليه في قوته) أي: يرجع بنفقته ؛ لأنَّه مأذونٌ في الإنفاق شرعاً ؛ لحرمة النَّفس ، بخلاف قضاء الدَّين بغير إذنه فإنَّه محلُّ خلافٍ ، وظاهره أنَّه يرجع ولو لم يستحقَّ جُعلاً كرُدِّه من غير بلدٍ سَمَّاه .

(وإن هرب منه في طريقه) فإنَّها لا تسقط ؛ نصَّ عليه ؛ لأنَّها وقعت مأذوناً فيها شرعاً ، أشبه ما لو وقعت بإذن المالك ثمَّ هرب ، وقيل: إن نوى الرجوع . وفي جواز استخدامه بها روايتان في «الموجز» و«التبصرة» ، وظاهره يقتضي أنَّه لا يستحقُّ الجُعْل إلاَّ برُدِّه لا بوجدانه ، وظاهر كلام جماعةٍ أنَّه في مقابلة الوجدان . فعليه هي بعد الوجدان كغيرها من اللُّقطات لصاحبها أخذها، ولا يجب على الملتقط مؤنة رُدِّها .

وجوابه: أنَّ المراد بالوجدان الوجدان : المقصود لا مجرَّد الوجدان حتَّى لو ضاعت بعدُ أو تلفت استحقَّ الجُعْل ؛ لأنَّ هذا غير مقصودٍ قطعاً ، فإذا يرتفع الخلاف .

(وإن مات السَّيِّد استحقَّ ذلك في تركته) والمراد به الجُعْل ؛ قاله في «الشرح» ، وعلَّله بأنَّه عوضٌ عن عمله ، فلا يسقط بالموت كالأجرة ، وسواء كان معروفاً برُدِّ الآبق أو لا .

باب اللقطة

وهي : المال الضائع من ربه .

والظاهر من كلام المؤلف شموله للجعل والنفقة ؛ إذ لا مقتضي للتخصيص ؛ لأنه حقٌ وجب في تركته كسائر الحقوق الثابتة ، وعُلِمَ منه جواز أخذ الآبق لمن وجدته ، بخلاف الضَّوَالِ التي تحفظ نفسها وهو أمانةٌ ، ومن ادَّعاه فصدَّقه العبد أخذه ، فإن لم يجد سيِّده دفعه إلى الإمام أو نائبه ليحفظه لصاحبه ، وله بيعه لمصلحةٍ بغير خلافٍ نعلمه ، فإن قال: كنت أعتقته ، فوجهان ، فإن قلنا: لا يُقبل ، فليس لسيِّده أخذ ثمنه ، ويُصرف لبيت المال ؛ لأنه لا مستحقٌ له ، فإن عاد السيِّد فأنكر العتق وطلب المال دُفِعَ إليه ؛ لأنه لا منازع له ، وليس للملتقط بيعه ، ولا يملكه بعد تعريفه ؛ لأنه يحتفظ بنفسه ، فهو كضوَالِ الإبل ، فإن باعه فهو فاسدٌ في قول عامة العلماء .

باب اللقطة

حكى عن الخليل: اللقطة بضم اللام وفتح القاف: الكثير الالتقاط . وحكى عنه في «الشرح» أنها اسمٌ للملتقط ؛ لأن ما جاء على «فَعَلَةٌ» فهو اسم الفاعل ، كالضُّحكة والهُمزة واللمزة . وبسكون القاف: ما يُلتقط . وقال الأصمعيُّ والفرّاء: هي بفتح القاف اسمٌ للمال الملتقط ، ويقال فيه أيضًا: لُقَاطَةٌ ، بضم اللام ؛ ولَقَطَ ، بفتح اللام والقاف .

(وهي المال الضائع من ربه) هذا بيانٌ لمعنى اللقطة شرعًا ، قال بعضهم: وهي مختصةٌ بغير الحيوان ، وتسمى: ضالَّةً ، والأصل فيها ما روى زيد بن خالد الجهنيُّ قال: سئل النبي ﷺ عن لقطة الذهب والورق ، فقال: «اعرف وكاءها وعفاصها ، ثم عرّفها سنةً ، فإن لم تعرف فاستنفقها ، ولتكن ودیعةً عندك ، فإن جاء طالبها يومًا من الدَّهر فادفعها إليه» . وسأله عن ضالَّةِ الإبل ، فقال: «مالك ولها ، معها سقاؤها وحذاؤها ، ترُدُّ الماء ، وتأكل الشجر حتَّى يجدها ربُّها» . وسأله عن الشاة ، فقال:

وتنقسم إلى ثلاثة أقسام: أحدها: ما لا تتبعه الهمة ، كالسوط والشنع والرغيف ، فيملك بأخذه بلا تعريف .

الثاني: الضوال التي تمتع من صغار السباع ، كالإبل ، والبقر .

«خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب» . متفق عليه .

ولها أركان ثلاثة:

أحدها: المال الضائع . الثاني: الالتقاط . الثالث: الملتقط ، وهو كل من يصح اكتسابه بالفعل من اصطياذ ونحوه .

(وتنقسم إلى ثلاثة أقسام: أحدها: ما لا تتبعه الهمة) أي: همة أوساط الناس ولو كثر (كالسوط) وهو الذي يضرب به ؛ كذا أطلقوا . وفي شرح «المهذب»: هو فوق القضيب ودون العصا . وفي «المختار»: هو سوط لا ثمرة لها (والشنع) أحد سيور النعل الذي يدخل بين الإصبعين (والرغيف ، فيملك بأخذه بلا تعريف) ويباح الانتفاع به ؛ لما روى جابر قال: رخص النبي ﷺ في العصا والسوط والحبل يلتقطه الرجل ينتفع به . رواه أبو داود . وكذا الثمرة والخرقه وما لا خطر له .

وفي «التبصرة» : صدقته به أولى . فإن التقطه وانتفع به وتلف ، فلا ضمان عليه ؛ ذكره في «المستوعب» وغيره . وفي «المغني»: ليس عن أحمد تحديد اليسير الذي يباح ، والمعروف في المذهب تقييده بما لا تتبعه همة أوساط الناس ولو كثر . ونص في رواية أبي بكر بن صدقة أنه يعرف الدرهم . وقال ابن عقيل: لا يجب تعريف الدائق . وحمله في التلخيص على دائق الذهب نظراً لعرف العراق ، وعنه: يلزمه تعريف اليسير ، وقيل: مدة يظن طلب ربّه له ، ولا يلزمه دفع بدله ، خلافاً للتبصرة . وقيل لأحمد في الثمرة يجدها أو يلقيها عصفوراً: أي أكلها؟ قال: لا . قال: يتصدق؟ قال: لا ، يعرض لها . نقله أبو طالب ، واختاره عبد الوهاب الوراق .

(الثاني: الضوال) مفردة: ضالة ، وهي اسم للحيوان خاصة ، ويقال لها: الهوامي والهوامل (التي تمتع من صغار السباع) وترد الماء (كالإبل والبقر) نص

والخيل ، والبغال ، والظباء ، والطير ، والفهود ، ونحوها ، فلا يجوز التقاطها ، ومن أخذها ضمنها ، فإن دفعها إلى نائب الإمام ، زال عنه الضمان .

عليهما (والخيل والبغال والظباء والطير والفهود ونحوها) كالكلب ، وجملته أن كل حيوان تقوى على الامتناع من صغار السباع وورود الماء ، سواء كان كبير جثته كالإبل ، أو لطيرانه كالطيور كلها ، أو لعدوه كالظباء ، أو بنابه كالفهد والكلب (فلا يجوز التقاطها) لقول عمر: من أخذ الضالة فهو ضال . أي: مخطئ . وهي تفارق الغنم ؛ لضعفها ، وقلة صبرها عن الماء ، والخوف عليها من الذئب ونحوه ، والحمر الأهلية كذلك ؛ قاله الأصحاب . وفي «المغني»: الأولى إلحاقها بالشاة ؛ لمساواتها لها في العلة ، لكن إن كانت الصيود مستوحشة بحيث إذا تركت رجعت إلى الصحراء ، وعجز عنها مالكتها ، جاز التقاطها لأجل حفظها لصاحبها . ويستثنى من كلامه ما إذا وجدها في موضع يخاف عليها به كأرض مسبعة ، أو قريبا من دار الحرب ، أو بموضع يستحل أهلها أموال المسلمين ، أو في برية لا ماء بها ولا مرعى ، فالأولى أخذها للحفظ ولا ضمان عليه ؛ لأن فيه إنقاذها من الهلاك ، أشبه تخليصها من حريق .

(ومن أخذها ضمنها) لأنه أخذ ملك غيره بغير إذنه ولا إذن الشارع ، فهو كالغاصب ، ولا فرق بين زمن الأمن والفساد أو غيره ، وسواء كان إماما أو لا ، فإن ردها إلى موضعها لم يبرأ منه ، لكن إذا التقط ذلك غير الإمام وكتمه ضمنه بقيمته مرتين ؛ نص عليه ؛ للخبر .

(فإن دفعها إلى نائب الإمام زال عنه الضمان) لأن الإمام له نظر في ضوالم الناس ، فكان نائبا عن أصحابها ، وعلم منه أن للإمام ونائبه أخذها للحفظ ؛ لقول عمر: ولا يلزمه تعريفها ، ولا تؤخذ منه بوصفها . فإن أخذها غيرها ليحفظها على أصحابها لم يجز ، ولزمه ضمانها ؛ لأنه لا ولاية له على صاحبها .

فائدة : يسلم الإمام ما يحصل عنده من الضوالم بأنها ضالة ، ويشهد عليها . قال في «الرعاية»: سمة الصدقة .

الثالث: سائر الأموال ، كالأثمان ، والمتاع ، والغنم ، والفصلان ،
والعجول ، والأفلاء ، فَمَنْ لا يأمن نفسه عليها ليس له أخذها .

فرغ: ما يحتفظ بنفسه من الأحجار الكبار كحجر الطّاحون والحشب الكبير
وقدور الثّحاس فهو كالإبل ، بل أولى ؛ قاله في «المغني» و«الشرح» ، وقدم في
«الفروع» خلافه . ومن أخذ متاعه وترك بدله فلقطة ؛ نصّ عليه . ونقل ابن
منصور: ويأخذ حقّه منه بعد تعريفه .

أصل : إذا وجد في حيوانٍ نقدًا أو درّةً فهو لقطه لواجده ؛ نصّ عليه . ونقل
ابن منصور: لبائع ادّعاه إلا أن يدّعي مشتر أنه أكله عنده فهو له . وإن وجد درّةً غير
مثقوبة في سمكةٍ فهي لصيادٍ ؛ لأنّ الظاهر ابتلاعها من معدنها .

فلو ترك دابةً لمهلكةٍ أو فلاةً لعجزه أو انقطاعها ملكها أخذها ؛ نصّ عليه ،
وقيل: لا ، بل هي للمالكها كعبدٍ ، وترك متاعٍ عجزًا فيرجع بنفقته وأجرة متاع ؛
نصّ عليه ، وقيل: لا نفقة ولا أجرة ، وقيل في نفقة العبد روايتان ، وكذا ما
يلقى في البحر خوفًا من الغرق فإنّه يملكه أخذه .

وفي «الشرح»: لا أعلم لأصحابنا فيه قولاً . وقيل: لا ، وله أجرة ردّ متاعه في
الأصحّ ، فإن انكسرت السّفينة وأخرجه قومٌ فقياس قول أحمد: لمستخرجه أجرة المثل
كجعل ردّ الآبق . وقال القاضي: يأخذ أصحاب المتاع متاعهم ، ولا شيء للذين
أصابوه . والأوّل أولى .

(الثالث: سائر الأموال ، كالأثمان ، والمتاع ، والغنم ، والفصلان) بضمّ
الفاء ، جمع فصيلٍ ، وهو ولد النّاقة إذا فصل عن أمّه (والعجول) جمع عجلٍ ،
وهو ولد البقرة . قال ابن مالك: حين يوضع ، والجمع: العجاويل (والأفلاء)
قال الجوهري: الفلؤ بتشديد الواو: المهر ، والأنثى: فلوةٌ ، والجمع: أفلاء ،
كأعداء . قال أبو زيد: إذا فتحت الفاء شدّدت ، وإذا كسرت خفّفت فقلت:
فلؤ ، كجرو .

(فَمَنْ لا يأمن نفسه عليها ليس له أخذها) لما في ذلك من تضييع مال غيره ،

فإن فعل ضمنها ، ولم يملكها ، وإن عرّفها ، ومن أمن نفسه عليها وقوي على تعريفها فله أخذها ، والأفضل تركها . وعند أبي الخطاب: إن وجدها بمضيعة فالأفضل أخذها .

فحرم كإتلافه ، وكما لو نوى تملكها في الحال أو كتمانها (فإن فعل ضمنها) كغاصب ، سواء تلفت بتفريطه أو لا (ولم يملكها وإن عرّفها) لأنّ السبب المحرم لا يفيد الملك ، بدليل السرقة ، والتقاط هذه محرّم ، فلا يستفاد به الملك ، وقيل: تملك ؛ لأنّ الملك بالتعريف والالتقاط وقد وجد كالأصطياد من أرض غيره .

(ومن أمن نفسه عليها وقوي على تعريفها فله أخذها) لحديث زيد ثبت في التّقدّين ، وقسنا عليهما المتاع ، وعلى الشّاة قسنا كلّ حيوانٍ لا يمتنع بنفسه من صغار السّباع كابن آوى والذّب . وعن أحمد: ليس لغير الإمام التقاط الشّاة ونحوها ، وعنه: وعرض ؛ ذكرها أبو الفرج ، والأوّل أولى ؛ لأنّ الشّارع علل في عدم التقاط الإبل ما هو معدوم في الغنم ، وفرّق بينهما في خبرٍ واحدٍ ، فلا يجوز الجمع بين ما فرّق الشّارع بينهما ولا قياس ما أمرنا بالتقاطه على ما منع منه ، وحيثنّذ ، لا فرق بين أن يجدها في مصرٍ أو مهلكةٍ ؛ لأنّه عليه السّلام لم يستفصل ، ولو افترق الحال لاستفصل . وذكر القاضي وأبو الخطّاب عن أحمد أنّه لا يملكها . قال في «المغني» و«الشرح»: ولعلّها الرّواية التي منع من التقاطها فيها .

(والأفضل تركها) قاله أحمد ، وروي عن ابن عبّاس وابن عمر ، ولم يُعرف لهما مخالفتٌ ، فكان كالإجماع ؛ لأنّه يعرّض نفسه لأكل الحرام ، وتضييع الواجب في التعريف وأداء الأمانة فيها ، فكان تركها أولى كولاية مال اليتيم .

(وعند أبي الخطاب: إن وجدها بمضيعة) وأمن نفسه عليها (فالأفضل أخذها) لما فيه من الحفظ المطلوب شرعاً ، كتخليصه من الغرق ، ولا يجب أخذه ؛ لأنّه أمانة كالوديعه ، وخرج وجوبه إذا ؛ لأنّ حرمة مال المسلم كحرمة دمه .

فرغ: إذا وجد عنبرةً على السّاحل فهي له ، والقنّ الصّغير كالشّاة ، وكذا كلّ

ومتى أخذها ثم ردّها إلى موضعها أو فرّط فيها ضمنها . وهي على ثلاثة أضرب: حيوانٌ ، فيتخيّر بين أكله وعليه قيمته .

جارية تحرم على الملتقط ، وذكر القاضي أنّ قياس المذهب أنّه لا يملك بالتّعريف .
(ومتى أخذها ثم ردّها إلى موضعها أو فرّط فيها ضمنها) لأنها حصلت في يده ، فلزمه حفظها كالوديعة ، إلّا أن يأمره إمامٌ أو نائبه بردّها كمنتهن ، ودلّ على أنّها إذا ضاعت عنده في حول التّعريف بلا تفريط لا ضمان عليه ، وإن التقطها آخر لزمه ردّها إلى الأوّل مع علمه ، فإن لم يعلم حتّى عرّفها حولاً ملكها ؛ لأنّ سبب الملك وُجد منه من غير عدوانٍ ، فثبت الملك له كالأوّل ، ولا يملك الأوّل انتزاعها منه ، فإن جاء صاحبها أخذها من الثاني ، وليس له مطالبة الأوّل ، فإن علم الثاني بالأوّل فردّها ، وأبى أخذها ، وقال: عرّفها ، أنت ، فعرّفها ملكها ، وإن قال: عرّفها وتكون ملكاً لي أو بيننا ، صحّ . وإن قصد الثاني بالتّعريف تملكها لنفسه دون الأوّل فوجهان ، كذا الحكم إذا علم الثاني بالأوّل فعرّفها ، ولم يُعلم بها .

فرغ : إذا غضبها غاصبٌ من الملتقط فعرّفها لم يملكها وجهًا واحدًا ؛ لأنّه تعدّى بأخذها ، ولم يوجد منه سبب تملكها .

(وهي أي: الأموال المذكورة (على ثلاثة أضرب: حيوانٌ ، فيتخيّر بين) ذبحه (وأكله) وفاقًا ؛ لقوله - عليه السّلام - : «هي لك أو لأخيك أو للذّئب» . جعلها له في الحال ، وسوّى بينه وبين الذّئب ، والذّئب لا يؤخّر أكلها ، ولأنّ في أكلها في الحال إغناءً عن الإنفاق عليها ، وحفظًا لماليتها على صاحبها ، ولا فرق بين أن يجدها في المصر أو الصّحراء .

(وعليه قيمته) قاله أصحابنا ، وعليه أكثر العلماء ؛ لأنّه إذا كان عليه قيمة ما يضطرُّ إليه إذا أكله فلا يُنكر عليه قيمة ما ذكر بطريق الأولى ، وتصير في ذمّته ، ولا يلزمه عزلها . وقال مالكٌ: له أكل ضالّة الغنم ، ولا غرامة عليه لصاحبها ، ولا تعريف لها . قال ابن عبد البرّ: لم يوافق مالكًا أحدٌ من العلماء . وأفتى أبو الخطاب وابن الرّاغونيّ بأكله بمضيعة بشرط ضمانه ، وإلّا لم يجز تعجيل ذبحه ؛ لأنّه

وبين بيعه وحفظ ثمنه ، وبين حفظه لملكه والإنفاق عليه من ماله ، وهل يرجع بذلك؟ على وجهين . الثاني: ما يُخشى فسادَه ، فيتخَيَّر بين بيعه وأكله

يطلب . وقال ابن عقيل وأبو الحسين: لا يتصرَّف قبل الحول في شاةٍ ونحوها بأكلٍ ونحوه روايةً واحدةً .

(وبين بيعه وحفظ ثمنه) لأنه إذا جاز أكلها بغير إذنٍ فبيعها أولى ، وظاهره أنه يتولَّى ذلك بنفسه ، ويلزمه حفظ صفتها ، ولم يذكر أصحابنا هنا تعريفاً ؛ لأنه عليه السلام لم يأمر بتعريفها ، ونصر في «الشرح» لزوم ذلك ؛ لأنها لقطةٌ لها خطرٌ ، فوجب تعريفها كالمطعموم الكثير ، وإنما لم يذكره هنا لأنه ذكره بعدُ .

(وبين حفظه لملكه) ولم يتملِّكها (والإنفاق عليه من ماله) لما في ذلك من حفظه على ملكه عيناً ومالاً ، فلو تركها بلا نفقةٍ ضمنها ؛ لأنه فرَّط فيها (وهل يرجع بذلك) إذا نوى الرجوع به (على وجهين) هما روايتان ، الأصحُّ أنه يرجع ، قضى به عمر بن عبد العزيز . قال في «المغني» و«الشرح»: نصَّ عليه في رواية المروزي في طيرةٍ أفرخت عند قوم ، فقضى أنَّ الفراه لصاحب الطيرة ، ويرجع بالعلف ما لم يكن متطوعاً . قال أبو بكر: هذا مع ترك التَّعدِّي ، فإن تعدَّى لم يُحتسب له ، ولأنه أنفق عليه لحفظه ، فكان من مال صاحبه كمئونة التجفيف . والثاني: لا يرجع ؛ لأنه أنفق على مال غيره بلا إذنه ، فلم يرجع ، كما لو بنى داره وفارق التَّجفيف ؛ لأنه لا تتكرَّر نفقته ، بخلاف الحيوان ، فربما استغرقت ثمنه ، مع أنَّ الشَّعبيَّ عجب من قضاء عمر ، وقيل: إن أنفق بإذن حاكمٍ رجع ، وإلا فلا .

(الثاني: ما يُخشى فسادَه) ممَّا لا يمكن تجفيفه كالطَّيخ والبَطِيخ والخضروات (فيتخَيَّر بين بيعه) وحفظ ثمنه ؛ لأنَّ فيه إبقاءً للمالِئته ، ويتولَّى ذلك بنفسه (وأكله) وتثبت القيمة في ذمته ، فإن تركه حتَّى تلف ضمنه ؛ لأنه فرَّط في حفظه كالوديعه ، ويحفظ صفاته ، ثمَّ يعرفه عامًا ، ولم يذكره الأكثر . فإن تلف الثَّمَن قبل تملكه من غير تفريطٍ أو نقصٍ ، أو تلفت العين ، أو نقصت من غير تفريطٍ فلا ضمان عليه .

إلا أن يمكن تجفيفه كالعنب ، فيفعل ما يرى فيه الحظَّ لمالكة ، وغرامة التَّجفيف منه . وعنه: يبيع اليسير ، ويرفع الكثير إلى الحاكم . الثالث: سائر المال ، فيلزمه حفظها ، ويعرّف الجميع بالنداء عليه في مجامع النَّاس - كالأسواق وأبواب المساجد في أوقات الصَّلوات -

(إلا أن يمكن تجفيفه كالعنب) والرُّطْب (فيفعل ما يرى فيه الحظَّ لمالكة) لأنَّ ذلك أمانة في يده ، وفعل الأَحْظ في الأمانة متعيَّن ، وكوليِّ اليتيم ، وهذا بخلاف الحيوان ؛ لأنَّ في تركه ضرراً ، وهو التَّفَقُّة عليه وخوف موته . قال في «المغني»: ومقتضى قول أصحابنا أنَّ العروض لا تُملك بالتَّعريف ، وأنَّه لا يجوز له أكله ، لكن يُخيَّر بين الصَّدقة به وبين بيعه (وغرامة التَّجفيف منه) لأنَّه من مصلحته ، فكان منه كما لو كان ليتيم ، وله يبيع بعضه ، فإن أنفق من ماله رجع به في الأصحَّ ، وإن تعدَّر بيعه ولم يمكن تجفيفه تعيَّن أكله .

(وعنه: يبيع اليسير ويرفع الكثير إلى الحاكم) لأنَّ اليسير يتسامح به ، بخلاف الكثير ؛ لأنَّه مال لغيره ولم يأذن فيه ، فكان أمره إلى الحاكم ، وعنه: مع وجوده .

(الثالث: سائر المال) كالأثمان والمتاع (فيلزمه حفظها) لأنَّها أمانة (ويعرّف الجميع) وجوباً ؛ لأنَّه عليه السَّلام - أمر به زيد بن خالد وأبي بن كعب ، ولأنَّه طريقٌ إلى وصولها إلى صاحبها ، فوجب ذلك لحفظها ، وظاهره : ولو وجدها في دار حرب ، فإن كان في جيش ، فقال أحمد: يعرّفها سنَّة في دار الإسلام ، ثمَّ يطرحها في المغنم (بالنداء عليه) لأنَّه طريقٌ إلى إيصال المال إلى مستحقِّه ، وقد تضمَّن ذلك وجوبه وقدره وزمانه ومكانه ومن يتولَّاه ، أمَّا وجوبه فهو واجبٌ على كلِّ ملقَطٍ ، سواءً أراد تملكها أو حفظها لصاحبها إلا في اليسير الذي لا تتبعه الهمة .

(في مجامع النَّاس كالأسواق وأبواب المساجد في أوقات الصَّلوات) هذا مكانه ؛ لأنَّ المقصود إشاعة ذكرها وإظهارها ؛ ليظهر عليها صاحبها ، وذلك طريقٌ إليه . ورؤي عن عمر أنَّه أمر واجد اللقطة بتعريفها على باب المسجد ، وعلم منه أنَّه لا يفعل ذلك في المسجد وإن كان مجمع النَّاس ، بل يُكره ، وفي

حولاً كاملاً: مَنْ ضاع منه شيءٌ أو نفقةٌ؟ وأجرة المنادي عليه . وقال أبو الخطاب: ما لا يملك بالتعريف وما يُقصد حفظه للملكه يرجع بالأجرة عليه .

«عيون المسائل»: لا يجوز . وقاله ابن بطّة ؛ لقوله للرجل: «لا ردّها الله عليك» . ووقته النهار ، وقد يُفهم هذا من قوله: كالأسواق .

(حولاً كاملاً) زوي عن عمر وعليّ وابن عبّاس ، وقاله أكثر العلماء ، ويكون متواليًا يلي الالتقاط ؛ لظاهر الأمر ؛ إذ مقتضاه الفور عندنا ، ولأنّ صاحبها يطلبها عقيب ضياعها ، فإذا عُرِّفت إذا كان أقرب إلى وصولها إليه ، بخلاف ما لو تأخّر ، ولأنّ السنّة لا تتأخّر عنها القوافل ، ويمضي فيها الزّمان الذي يقصد فيها البلاد من البرّ والبحر ، فصلحت قدرًا كأجل العيّنين ، فيكون نهارًا متواليًا في أسبوع . وفي «التّرجيب»: ثمّ مرّة كلّ أسبوع في شهر ، ثمّ مرّة في كلّ شهر ، ثمّ العادة . ولا تُعرّف كلاب ، بل يُنتفع بالمباح منها .

(مَنْ ضاع) هذا بيان مَنْ يتولّاه (منه شيءٌ أو نفقةٌ) ولا يصفه ، فإنّه لا يؤمن أن يسمعه أحدٌ فيصفه فيأخذه فيفوت على المالك . وفي «المغني» و«الشّرح»: يذكر جنسها فيقول: مَنْ ضاع منه ذهبٌ أو فضّةٌ . ومقتضاه أنّه إذا أظنب في الصّفات فهو ضامنٌ ، وظاهره : أنّه يلزمه تعريفها ولو مع خوفه من سلطانٍ جائرٍ ليأخذها أو يطالبه بأكثر ، فإنّ أخّر لم يملكها إلّا بعده ؛ ذكره جماعةٌ .

(وأجرة المنادي عليه) أي: على الملتقط ؛ نصّ عليه ؛ لأنّه سببٌ ، فكانت الأجرة عليه ، كما لو اكرتري شخصًا يقطع له مباحًا ، فلو تولّى ذلك بنفسه فلا شيء له .

(وقال أبو الخطاب: ما لا يملك بالتعريف وما يُقصد حفظه للملكه يرجع بالأجرة عليه) لأنّه من مؤنة إيصالها إليه ، فكان على مالكها كأجرة مخزنها وراعيها . ونسب في «المغني» و«الشّرح» ما لا يملك بالتعريف إلى ابن عقيل ، وما يُقصد حفظه إلى أبي الخطاب ، وعند الحلوانيّ وابنه : منها كمؤنة التّجفيف ، وقيل: منها إن لم يملك ، وذكره في «الفنون» ظاهر كلام أصحابنا .

فإن لم يعرف دخلت في ملكه بعد الحول حكماً كالميراث . وعند أبي الخطاب: لا يملكه حتى يختار ذلك . وعن أحمد: لا تملك إلا الأثمان . وهي ظاهر المذهب .

مسألة: إذا أحرَّ التعريف عن الحول الأول مع إمكانه أثم ؛ للأمر به ، وهو مقتضى الوجوب ، ولأنَّ الظاهر أنه بعد الحول يسلو عنها ويترك طلبها ، ويسقط بتأخيره عن الحول الأول ؛ نصَّ عليه ، فإن تركه في بعض الحول عرَّف بقيته ، وقيل: لا يسقط بتأخيره ؛ لأنه واجب ، فلا يسقط بتأخيره عن وقته كسائر الواجبات . وعليهما ، لا يملكها بالتعريف فيما عدا الحول الأول ؛ لأنَّ شرط الملك التعريف فيه ولم يوجد . نعم ، لو تركه لمرضٍ ونسيانٍ ملكها بالتعريف في ثاني الحول في وجهه ، وفي آخر: حكمه حكم مَنْ تركه لغير عذرٍ ، فلا يملكها ؛ إذ الحكم ينتفي بانتفاء سببه مطلقاً .

(فإن لم يعرف دخلت في ملكه بعد الحول حكماً) أي: من غير اختيار (كالميراث) نصَّ عليه ، وذكره في «عيون المسائل» الصحيح من المذهب ، غنيًّا كان أو فقيرًا ؛ لظاهر الأحاديث: «فإن لم تعرف فاستنفقها» . وفي لفظ: «فهي كسبيل مالك» . وفي لفظ: «ثمَّ كلها» . وفي لفظ: «فانتفع بها» . وفي لفظ: «فشأنك بها» . وفي لفظ: «فاستمتع بها» . ولو وقف ملكها على تملكها لبيته له ، ولم يجوز له التصرف قبله ، ولأنَّ الالتقاط والتعريف سبب للملك ، فإذا تمَّ وجب أن يثبت به الملك حكماً كالإحياء والاصطياد .

(وعند أبي الخطاب: لا يملكه حتى يختار ذلك) وهو رواية في «الواضح» ؛ لأنَّ هذا يملك بعوض ، فلم يحصل إلا باختيار المالك كالقرض . فعليه ، لا بدُّ من لفظ ، فلو التقطها اثنان فعرفاها حولاً ملكاها ، فإن قلنا: تقف على الاختيار ، فاختار أحدهما دون الآخر ملك المختار نصفها ، وإن قال أحدهما لصاحبه: هاتها ، فأخذها لنفسه فهي له دون الأمر ، وإن أخذها للأمر فهي له ، كما لو وَّكَّله في الاصطياد . وفي «الكافي» : لرافعها ؛ لأنه لا يصحُّ التوكيل فيه . (وعن أحمد: لا تملك إلا الأثمان ، وهي ظاهر المذهب) نقلها واختارها

وهل له الصدقة غيرها؟ على روايتين . وعنه: لا تملك لقطة الحرم بحال .

الأكثر ؛ لأن الخبر ورد فيها ، وغيرها لا يساويها ؛ لعدم الغرض المتعلق بها ، فمثلها يقوم مقامها من كل وجه ، بخلاف غيرها ، فدل أن العروض لا تملك ؛ نص عليه في رواية الجماعة ، وقاله أكثر الأصحاب ، مع أنه ذكر في «المغني»: ولا أعلم بين أكثر أهل العلم فرقاً بين الأثمان والقروض ، وعنه: ولا الشاة ، والمذهب عند العامة أن الشاة تملك دون العروض ؛ قاله الزركشي .

(وهل له الصدقة غيرها) أي: بعد التعريف المعتبر تباع ويتصدق بثمنها (على روايتين) أظهرهما: له الصدقة به بشرط ضمانه ؛ زوي عن ابن مسعود . ولأن الإنسان ينتفع بماله تارة لمعاشه ، وتارة لمعاده ، فإذا انتفى الأول تعين الثاني . والثاني: لا يتصدق به ؛ لأنه تصرف في مال غيره بغير إذنه ، ولأنه يحتمل أن يظهر صاحبها فيأخذها . قال الخلال: هذا قول قديم رجع عنه . فعليه ، يعرفها أبداً ؛ اختاره أبو بكر وابن عقيل ، وقال القاضي في «الخصال» : يُخَيَّر بين تعريفها أبداً وبين دفعها إلى الحاكم ليرى رأيه فيها . وقال ابن عقيل في «البداية» : يدفعها إلى الحاكم . وظاهر كلام جماعة خلافه ، قال في «الفروع»: وتتوجه الروايتان فيما يأخذه السلطان من اللصوص إذا لم يعرف ربه . ونقل صالح في اللقطة: يبيعه ويتصدق بثمنه بشرط ضمانه .

(وعنه: لا تملك لقطة الحرم بحال) بل يجوز أخذها للحفظ ؛ اختاره الشيخ تقي الدين وغيره من المتأخرين ؛ لقوله عليه السلام في مكة: «لا تحل ساقطتها إلا لمنشد» . متفق عليه . قال أبو غنيد: المنشد: المعروف ، والناشد: الطالب . فيكون معناه: لا تحل لقطة مكة إلا لمن يعرفها ؛ لأنها خصت بهذا من بين سائر البلدان ، فعرف أبداً أو يدفعها إلى حاكم . والمذهب أنه كالخيل ؛ لحديث زيد ، وبأن عموم الأشخاص يتناول عموم الأحوال ؛ إذ قوله: «من وجد لقطة» عام في كل واجد ، وعموم الواجدين يستأنز عموم أحوالهم . وعن أحمد: أن اللقطة لا تملك بحال ؛ نقلها حنبل والبغوي ؛ ذكره السامري .

فصل

ولا يجوز له التصرف في اللقطة حتى يعرف وعاءها ، ووكاءها ،
وقدرها ، وجنسها ، وصفتها ، ويستحب ذلك عند وجدانها ، والإشهاد
عليها .

فصل

(ولا يجوز له التصرف في اللقطة حتى يعرف وعاءها) وهو العِفاص الذي
تكون فيه من خرقية أو غيرها ، وقيل: هو صفة شدّه وعقده (ووكاءها) وهو ما
شدّ به الوعاء ، وهما ممدودان (وقدرها) بالعدد ، أو الكيل ، أو الوزن ، أو
الدَّرْع (وجنسها وصفتها) لحديث زيد ، وفيه: «فإن جاء صاحبها فعرف عفاصها
وعدها ووكاءها فأعطها إيّاه ، وإلا فهي لك» . رواه مسلم . وفي حديث أبي
بن كعب: «فإن جاء أحدٌ يخبرك بعددها ووعائها ووكائها فأعطها إيّاه» . ولأنّ
دفعها إلى ربّها يجب بما ذكر ، فلا بدّ من معرفته نظراً إلى ما لا يتم الواجب
إلا به واجب ، ولأنّه إذا عدم ذلك لم يبق سبيل إلى معرفتها . قال القاضي:
ينبغي أن يعرف جنسها ونوعها ، وإن كانت ثياباً عرف لفافتها وجنسها ،
ويعرف العقد عليها هل هو واحد أو أكثر .

(ويستحب ذلك عند وجدانها) لأنّ فيه تحصيلاً للعلم بذلك (والإشهاد عليها)
لأنّه عليه السّلام لم يأمر به . قال أحمد: لا أحبّ أن يمسه حتى يُشهد عليها .
فظاهره أنّه مستحبّ ، وأوجه ابن أبي موسى وأبو بكر ؛ لقوله عليه السّلام :- «مَنْ
وجد لقطَةً فليشهد ذوي عدلٍ» . رواه أبو داود . فعليها ، يضمن بتركه ، وجوابه
ما سبق ، ولو وجب لبيّته ، فإنّه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة سيّما وقد
سئل عن حكم اللقطة ، ولأنّه أخذ على وجه الأمانة ، فلم يفتقر إلى الإشهاد كما لو
دفعه والشهود عدلان فصاعداً ، ولا يُشهد على الصّفات ؛ نصّ عليه ؛ لاحتمال
تنوّعه ، فيعتمده المدّعي الكاذب ، ويستحبّ كُتّب صفاتها ؛ ليكون أثبت لها
مخافة نسيانها .

فمتى جاء طالبها فوصفها لزم دفعها إليه بنمائها المتصل . وزيادتها المنفصلة
لمالكها قبل الحول ، ولو اجدها بعده في أصح الوجهين .

(فمتى جاء طالبها) ولو بعد الحول (فوصفها) بالصفات السابقة (لزم دفعها
إليه) بلا بيّنة ولا يمين وإن لم يغلب على ظنّه صدقه ؛ لقوله: «فإن جاء طالبها
يوماً من الدهر فأدّها إليه» . وفي «الرعاية»: يأخذها تامّة مع ظنّ صدقه ، وفي
كلام أبي الفرج و«التبصرة» جاز الدّفع إليه . وقال أبو حنيفة والشّافعي: لا يُجبر
على ذلك إلاّ بيّنة . والأوّل أولى ؛ لأنّه عليه السّلام لم يذكر بيّنة ، ولو
كانت شرطاً لذكرها كغيرها ، ولا ينافيه قوله عليه السّلام : «البيّنة على
المدّعي ، واليمين على مَنْ أنكر» . إذ هو مع وجود منكر ، وهو مفقود في
صورة اللقطة ، فالخبر لا يشملها ، ولو سلّم فالتخصيص ، ويتعدّر إقامة البيّنة
عليها غالباً ؛ لسقوطها حال الغفلة والسّهو ، فلو لم يجب دفعها بالصفة لما جاز
التقاطها ، ومثله وصفه مغصوباً ومسروقاً ؛ ذكره في «عيون المسائل» والقاضي
وأصحابه .

(بنمائها المتصل) لأنّها نماء ملكه ، ولا يمكن انفصالها ، ولأنّه يتبع في العقود
والفسوخ (وزيادتها المنفصلة لمالكها قبل الحول) لأنّها نماء ملكه (ولو اجدها بعده)
أي: بعد مضىّ حول التعريف (في أصحّ الوجهين) وهو ظاهر «الوجيز» ، وضحّحه
ابن حمدان ؛ لأنّه ملكها بانفصال الحول ، فالنماء إذا نماء ملكه . والثّاني: يأخذها
رّبّها بها كالمتصلة وكالمفلس والولد . والصّحيح منهما أنّ الزّيادة إن حدثت في
ملكه ، ثمّ الفرق أنّه في مسألتنا يضمن الملتقط النقص ، فتكون الزّيادة له ؛
ليكون الخراج بالضّمان ؛ ذكره في «المغني» و«الشّرح» .

فرغ : إذا اختلف المؤجّر والمستأجر في دفن في الدّار ، من وصفه فهو له ،
وقيل: لا ، كوديعة وعارية ورهن وغيره ؛ لأنّ اليد دليل الملك ، ولا تتعدّر البيّنة .
مسألة : مئونة الرّدّ على ربّها ؛ ذكره في «التعليق» و«الانتصار» ؛ لتبرّعه . وفي
«التّرجيب» و«الرّعاية»: على الملتقط .

وإن تلفت أو نقصت قبل الحول لم يضمنها ، وإن كان بعده ضمنها .

(وإن تلفت أو نقصت قبل الحول لم يضمنها) لأنها أمانة في يده ، فلم تُضمن بغير تفريط كالوديعة (وإن كان بعده ضمنها) لأنها دخلت في ملكه بانقضاء الحول ، وتلفت من ماله ، ولا فرق بين التفريط وعدمه ، لكن اختار في «المغني» أن اللقطة بعد الحول تُملك بغير عوض يثبت في ملكه ، وإنما يتجدد العوض بمجيء صاحبها ، وعند القاضي وغيره أنه لا يملكها إلا بعوض في ذمته لصاحبها . وعليهما ، يزول ملك الملتقط عنها بوجود ربها إن كانت باقية ، ويرد بدلها ، وهو مثلها أو قيمتها إن كانت تالفة ؛ لأخبار ، ولأنه مال معصوم ، فلم يجز إسقاط حقه منه مطلقاً ، كما لو اضطر إلى مال غيره ، وعنه : لا يضمّن ؛ لحديث عياض المرفوع: «فإن جاء ربها ، وإلا فهو مال الله يؤتية من يشاء» .

وتعتبر القيمة وقت التملك ؛ قاله في «التلخيص» . وهو ظاهر على رأي القاضي ، وقال الشيخان: حين وجود ربها ، وقيل: يوم تصرّفه ، وقيل: يوم غرم بدلها ، وعنه: لا يضمّن قيمتها بعد ملكها ، وقيل: ولا يردها . والخلاف السابق على القول بملكها بمضي الحول ، فأما من قال: لا يملكها إلا بالاختيار لم يضمنها إلا به ، ومن قال: لا يملكها بحال لم يضمنها ، وهو قول الحسن والنخعي وغيرهما .

تنبيه : إذا تصرف فيها الملتقط بعد الحول ببيع أو هبة أو نحوهما ، صح ، فإن جاء ربها بعد خروجها عنه فليس له أخذها ، وله أخذ بدلها ، فإن عادت إلى الملتقط فله أخذها كالزواج إذا طلق قبل الدخول فوجد الصداق قد رجع إلى المرأة . فإن كان بيع خيار فله أخذها ، فإن مات الملتقط بعد أن صارت ملكاً له ثم جاء ربها فهو غريم بها يرجع ببدلها إن اتسعت التركة ، وإلا تحاص الغرماء ، أي: مع التلّف ، ولا فرق بين أن يعلم تلفها بعد الحول أو لا . وفي «المغني» احتمال: لا يلزم عوضها إن لم يعلم تلفها بعد الحول ؛ لاحتمال تلفها في الحول وهي أمانة .

وإن وصفها اثنان قُسمت بينهما في أحد الوجهين ، وفي الآخر: يُقرع بينهما ، فَمَنْ قرع صاحبه حلف وأخذها ، وإن أقام آخر بيّنة أنّها له أخذها من الواصف ، وإن تلفت فله تضمين أيّهما شاء إلا أن يدفعها بحكم حاكم فلا ضمان عليه ، ومتى ضمن الدّافع رجع على الواصف .

(وإن وصفها اثنان) معاً ، أو وصفها الثاني قبل دفعها للأوّل (قُسمت بينهما في أحد الوجهين) ذكره أبو الخطّاب ، وقدمه في «الحرّر» ؛ لأنّهما استويا في السّبب الموجب للدّفع ، أشبه ما لو كانت في أيديهما .

(وفي الآخر: يُقرع بينهما) ذكره القاضي ، وحزم به في «الوجيز» ، وفي «المغني» و«الشّرح» أنّه أشبه بأصولنا فيما إذا تداعيا عينا في يد غيرهما ، ولأنّه لا مزية لأحدهما على الآخر (فَمَنْ قرع صاحبه حلف وأخذها) لأنّ ذلك فائدة القرعة ، ويحلف لاحتمال أنّها ليست له ، وكذا إن أقاما بيّنتين ، فلو وصفها إنسان فأخذها ، ثمّ جاء آخر فوصفها لم يستحقّ شيئاً . وقال أبو يعلى الصّغير: إن زاد في الصّفة احتمال تخريجه على بيّنة الشّشاح .

(وإن أقام آخر بيّنة أنّها له أخذها من الواصف) لأنّ البيّنة أقوى من الوصف (وإن تلفت فله تضمين أيّهما شاء) من الواصف والدّافع إليه ؛ أمّا الأوّل فلأنّه أخذ مال غيره بغير إذنه وتلف عنده ، وأمّا الثاني فلأنّه دفع المال إلى غير مالكة اختياراً منه ، فضمنه ، كما لو دفع الوديعة إلى غير مالكةا إذاً على ظنّه أنّه مالكةا ، وقيل: لا ضمان عليه إذا قلنا بوجود الدّفع عليه ؛ لأنّه فعل ما أمر به ولم يفرض ، وكما لو أخذت منه كرهاً (إلا أن يدفعها بحكم حاكم فلا ضمان عليه) لأنّها مأخوذة منه على سبيل القهر فلم يضمنها ، كما لو عُصبت منه .

(ومتى ضمن الدّافع رجع على الواصف) لأنّه كان سبب تغريمه ، والتّلف حصل في يده . قال في «المغني» و«الشّرح»: إلا أن يكون الملتقط قد أقرّ الواصف أنّها ملكه ؛ لأنّه قد اعترف بأنّ الواصف هو الحقّ ، وصاحب البيّنة قد ظلمه . وظاهره أنّ صاحب البيّنة إذا ضمن الواصف لا يرجع هو على الدّافع ، وصرّح

فصل

ولا فرق بين كون الملتقط غنيًا أو فقيرًا ، مسلمًا أو كافرًا ، عدلاً أو فاسقًا .

به في «المغني» و«الشرح» ؛ لأنَّ التَّلف حصل في يده والعدوان منه .
 فرغ : إذا مات الملتقط قام وارثه مقامه في التَّعريف أو إتمامه ، ويملكها بعد تمام التَّعريف ، فإن لم يعلم تلفها ولا وُجدت في تركته فهو غريمٌ بها ، وقيل : لا يلزم الملتقط شيءٌ ، وقيل : يلزمه إن مات بعد الحول لا قبله .

فصل

(ولا فرق بين كون الملتقط غنيًا أو فقيرًا) رُوي عن عمر وعليٍّ وابن مسعودٍ وعائشة وخلقٍ ؛ للعموم ، وعنه : لا يملكها إلا فقيرٌ من غير ذوي القربى ؛ لحديث عياض ، ولأنَّه أضاف المال فيه إلى الله تعالى ، وما يضاف إليه إنما يتملَّكه مَنْ يستحقُّ الصَّدقة . وجوابه : بأنَّ مَنْ ملك بالقرض ملك اللقطة كالفقير ، ودعواهم لا دليل عليها ، بل بطلانها ظاهرٌ ، فإنَّ الأشياء كلُّها تضاف إلى الله خلقًا وملكًا ، قال الله تعالى : ﴿وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ آيَاتِنَا مِن مَّالٍ بَاطِنٍ﴾ [النور : ٣٣] .

(مسلمًا) اتَّفاقًا (أو كافرًا) في قول الجماهير ؛ لأنَّه نوع اكتسابٍ ، فكان من أهله كالاختطاب ، وقِيَّده في «الشرح» و«الفروع» بالذَّمِّ ، ولعلَّه مرادٌ ، وفي «الرِّعاية» بالكافر العدل في دارنا . وقال بعض العلماء : ليس له ذلك في دار الإسلام ؛ لأنَّه ليس من أهل الأمانة . وينتقض بالصَّبِيِّ . قال في «الشرح» : وإن علم بها الحاكم أقرَّها في يده وضمَّ إليها عدلاً في الحفظ والتَّعريف . ويحتمل أن تنتزع من يده وتوضع على يد عدلٍ ؛ لأنَّه غير مأمونٍ عليها .

(عدلاً) اتَّفاقًا (أو فاسقًا) على المذهب ؛ لأنَّها من جهات الكسب ، وهو من أهله ، فصَحَّ التقاطه كالعدل ، وإذا صحَّ التقاط الذَّمِّ فالمسلم أولى ، والأولى له

وقيل: يُضَمُّ إلى الفاسق أمينٌ في تعريفها وحفظها . وإن وجدها صبيٌّ أو سفيةٌ قام وليُّه بتعريفها ، وإذا عرَّفها فهي لواجدها ، وإن وجدها فلسيِّده أخذها منه وتركها معه يتولَّى تعريفها إذا كان عدلاً .

تركها ؛ لأنَّه يعرِّض نفسه للأمانة ، وهو ليس من أهلها .

(وقيل: يُضَمُّ إلى الفاسق أمينٌ في تعريفها وحفظها) قدَّمه في «الحرِّر» ، وجزم به في «الشَّرح» ؛ لأنَّه لا يؤمن عليها ، فافتقر إلى مشاركة الأمين في الحفظ . وظاهره : أنَّها لا تُنتزع منه ؛ لأنَّ له حقَّ التَّمَلُّك . نعم ، إن لم يمكن المسرف حفظها منه انتزعت من يده وتُركت في يد عدلٍ ، فإذا عرَّفها ملكها الملتقط ؛ لوجود سبب الملك منه .

(وإن وجدها صبيٌّ أو سفيةٌ أو مجنونٌ ؛ قاله جماعةٌ) قام وليُّه بتعريفها) لأنَّ واجدها ليس من أهل التَّعريف ، وهو مقوِّمٌ في ماله ، فكذا في لقطته ، وحينئذٍ ، يلزم الوليُّ أخذها منه ، فإن تركها في يده فتلفت ضمنها (فإذا عرَّفها) ولم تُعرَّف (فهي لواجدها) لأنَّ سبب الملك تمَّ شرطه ، فنبت الملك له كالصَّيد ، وعُلم منه صحَّة التقاطهما ؛ لعموم الأخبار ، ولأنَّه نوع كسبٍ ، فصَحَّ منه كالاحتشاش ، فإن تلفت بيد أحدهم وفرط ؛ نصَّ عليه في صبيٍّ كإتلافه .

(وإن وجدها عبدٌ) عدلٌ (فلسيِّده أخذها منه) لأنَّها من كسبه ، وهو لسيِّده ، فكان له انتزاعها منه (وتركها معه يتولَّى تعريفها إذا كان عدلاً) لأنَّه واجدٌ ، فإن عرَّفها بعض الحول عرَّفها السيِّد تمامه ، وإن عرَّفها حولاً صحَّ في الأصحِّ ؛ لأنَّ له قولاً صحيحاً ، فصَحَّ تعريفه كالحرِّ ، فإذا تمَّ حول التَّعريف ملكها سيِّده بشرطه ؛ لأنَّها من جملة أكسابه ، وظهر منه صحَّة التقاطه بغير إذن سيِّده ؛ لأنَّ مَنْ جاز له قبول الوديعة بغير إذن سيِّده جاز له الالتقاط كالحرِّ ، وهذا إذا لم ينهه عنها ، فإن نهاه عنها لم يصحَّ قطعاً ، لا يقال: هي قبل الحول أمانةٌ وولايةٌ ، وبعده تملكٌ وليس من أهله ؛ لأنَّه يبطل بالصَّبيِّ ، والعبد من أهل التَّمَلُّك في الجملة ، بدليل الاصطبياد ، فإن عُتق أخذه سيِّده ، وقيل: إن عتق بعد الحول والتَّعريف وقلنا:

فإن لم يأمن العبد سيّده عليها لزمه سترها عنه ، فإن أتلّفها قبل الحول فهي في رقبته ، وإن أتلّفها بعده فهي في ذمّته ، والمكاتب كالحرّ ، ومنّ بعضه حرّ فهي بينه وبين سيّده ، إلا أن تكون بينهما مهايأة ، فهل يدخل في المهايأة؟ على وجهين .

يملك ، فلا .

(فإن لم يأمن العبد سيّده عليها لزمه سترها عنه) لأنّه يلزمه حفظها ، وذلك وسيلةً إليه ، ويسلمها إلى الحاكم ، ثمّ يدفعها إلى سيّده بشرط الضمان .

(فإن أتلّفها قبل الحول فهي في رقبته) أي: تتعلّق قيمتها برقبته كالجنّاية ، وكذا إذا تلفت بتفريطه ، فلو تلفت بلا تفريط فلا ضمان عليه كالحرّ .

(وإن أتلّفها بعده فهي في ذمّته) لأنّه غير متعدّد في إتلافها بعد الحول بالنسبة إلى صاحبها . قال في «الشرح»: هذا إذا قلنا: يملكها العبد بعد التّعريف ، وإن قلنا: لا يملكها ، فهو كما لو أتلّفها في حول التّعريف ، ويصلح أن ينبنى ذلك على استدانة العبد .

فائدة : المدبّر والمعلّق عتقه بصفة ، وأمّ الولد كالقنّ .

(والمكاتب كالحرّ) لأنّ المال له في الحال ، وأكسابه له ، وهو شاملٌ لأكسابه الصّحيحة والفاصلة ، فإن عجز صار عبدًا ، وحكم لقطته كالعبد (ومنّ بعضه حرّ فهي بينه وبين سيّده) لأنّها من كسبه ، وهي بينهما ، فيعرفان ويملكان بالقسط كسائر الأكساب (إلا أن تكون بينهما مهايأة) بأن يتفق هو والسّيّد على أنّ المنافع يومًا لهذا ويومًا للآخر (فهل يدخل في المهايأة؟ على وجهين) أصحّهما: لا يدخل ؛ لأنّها من الأكساب النّادرة ، أشبهت الميراث . فعلى هذا ، يكون بينهما كالعبد المشترك . والثّاني: يدخل ؛ لأنّها من كسبه ، أشبهت سائر الأكساب ، فيكون لمنّ وُجد في يومه ، وكذا حكم نادرٍ من كسبه كهديّة وهبة ووصيّة ونحوها ؛ قاله في «المغني» و«الشرح» .

باب اللقيط

وهو : الطُفل المنبوذ ، وهو حرٌّ يُنفق عليه من بيت المال إن لم يكن معه ما ينفق عليه .

باب اللقيط

هو فعيلٌ بمعنى مفعولٍ ، كقتيلٍ وجريح . والتقاطه فرض كفاية ؛ لقوله تعالى : ﴿وتعاونوا على البر والتقوى﴾ [المائدة: ٢] ولأنَّ فيه إحياءً لنفسٍ ، فكان واجباً كإطعامه إذا اضطرَّ ، وإنجائه من الغرق . وروى سعيدٌ عن سفيان ، عن الزُّهريِّ ، عن سفيان بن أبي جميلة قال: وجدت ملقوفاً ، فأتيت عمر رضي الله عنه ، فقال عريفي : يا أمير المؤمنين إنَّه رجلٌ صالحٌ ، فقال عمر: أكذلك هو؟ قال: نعم . قال: فاذهب فهو حرٌّ ، ولك ولاؤه ، وعلينا نفقته . وفي لفظٍ: علينا رضاعه .

(وهو الطُفل المنبوذ) من نبذ ، أي طرح ، سواءً كان في شارع أو غيره ، وليس هناك مَنْ يدعيه ، وقيل: والمميّز إلى البلوغ ، وعليه الأكثر . قال الحلواني: يستحبُّ لمن رآه أن يأخذه ويربِّيه إن كان أميناً ، وإن كان سفيهاً فللحاكم رفع يده عنه وتسليمه إلى أمينٍ ليربِّيه . وله ثلاثة أركان: اللقيط ، وقد عُرف . والالتقاط ، وفي وجوب الإشهاد عليه ما في اللقطة ، وقيل: يجب قولاً واحداً ؛ لِقَلًّا يسترقُّه . والمتنقط ، وهو كلُّ حرٍّ مكلفٍ رشيدٍ ، وفي اعتبار العدالة وجهان (وهو حرٌّ) .

في جميع الأحكام إجماعاً ؛ حكاه ابن المنذر . وقال النخعي: إن التقطه للحسبة فهو حرٌّ ، وإن التقطه للاسترقاق فهو له . وهذا قولٌ لا يُعرج على مثله ، ولا يصحُّ في النُّظر ، فإنَّ الأصل في الآدميين الحرِّيَّة ، فإنَّ الله تعالى خلق آدم وذريَّته أحراراً ، وإنما الرُّقُّ لعارضٍ ، كوجدانه في دار حرب .

(ينفق عليه من بيت المال إن لم يكن معه ما ينفق عليه) لقول عمر ، ولأنَّه

ويُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ ، إِلَّا أَنْ يَوْجَدَ فِي بِلَدِ الْكُفَّارِ وَلَا مُسْلِمٍ فِيهِ فَيَكُونُ كَافِرًا ، فَإِنْ كَانَ فِيهِ مُسْلِمٌ فَعَلَى وَجْهِين .

مصرف ميراثه ، ولا يجب على الملتقط إجماعًا ، فإن تعذر الإنفاق من بيت المال فعلى مَنْ علم حاله من المسلمين ، فإن تركوه أثموا ، ويسقط بفعل البعض . ثم إن كان متبرعًا فلا شيء له ، وإن كان بنيت الرجوع بأمر الحاكم لزم اللقيط ذلك إذا كان قصدًا بالمعروف ، وإن كان بغير أمر من الحاكم فقولان ، وما حُكِيَ أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ مَعَ إِذْنِ الْحَاكِمِ سَهْوً (ويحكم بإسلامه) أي: هو محكومٌ بإسلامه إذا وُجِدَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، وَإِنْ كَانَ فِيهَا أَهْلٌ ذِمَّةً تَغْلِيبًا لِلْإِسْلَامِ وَالذَّارِ ، وَلَأَنَّ الْإِسْلَامَ يَعْلُو وَلَا يَعْلَى . ثُمَّ دَارُ الْإِسْلَامِ قِسْمَانِ: مَا اخْتَطَّهُ الْمُسْلِمُونَ كَبَغْدَادَ وَالْبَصْرَةَ لَقِيظُهَا مُحْكَمٌ بِإِسْلَامِهِ قِطْعًا . الثَّانِي: دَارٌ فَتَحَهَا الْمُسْلِمُونَ كَمَدَائِنِ الشَّامِ ، فَإِنْ كَانَ فِيهَا مُسْلِمٌ حُكْمُ بِإِسْلَامِ لَقِيظِهَا ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا مُسْلِمٌ حُكْمُ بِكُفْرِهِ ، وَهُوَ دَاخِلٌ فِي قَوْلِهِ: (إِلَّا أَنْ يَوْجَدَ فِي بِلَدِ الْكُفَّارِ وَلَا مُسْلِمٍ فِيهِ فَيَكُونُ كَافِرًا) لِأَنَّ الدَّارَ لَهُمْ وَأَهْلَهَا مِنْهُمْ .

ثم بلاد الكفار قسمان أيضًا: بلدٌ يغلب المسلمون الكفار عليه كالساحل ، فإن كان فيه مسلمٌ حُكْمُ بِإِسْلَامِ لَقِيظِهِ ؛ قَالَهُ فِي «الشَّرْحِ» . وَقَالَ الْقَاضِي: يُحْكَمُ بِإِسْلَامِهِ ؛ لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ فِيهِ مُؤْمِنٌ يَكْتُمُ إِيمَانَهُ . وَبِلَادٌ لَمْ تَكُنْ لِلْمُسْلِمِينَ كَالْهِنْدِ وَالرُّومِ ، فَلَقِيظُهَا كَافِرٌ ، وَكَلَامُ الْمُؤَلَّفِ مَحْمُولٌ عَلَيْهِ .

(فإن كان فيه مسلمٌ) كتاجرٍ وغيره (فعلى وجهين) أحدهما ، وجزم به في «الوجيز»: أَنَّهُ مُحْكَمٌ بِإِسْلَامِهِ تَغْلِيبًا لِلْإِسْلَامِ ، وَهَذَا بِالنِّسْبَةِ إِلَى الظَّاهِرِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ أَقَامَ كَافِرٌ بَيِّنَةً أَنَّهُ وَلَدُهُ وَوُلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ حُكْمٌ لَهُ بِهِ . وَالثَّانِي: يُحْكَمُ بِكُفْرِهِ تَغْلِيبًا لِلدَّارِ وَالْأَكْثَرِ .

وقد حكى ابن المنذر الإجماع على أَنَّ الطُّفْلَ إِذَا وُجِدَ فِي بِلَادِ الْمُسْلِمِينَ مَيِّتًا فِي أَيِّ مَكَانٍ وُجِدَ أَنَّهُ يَجِبُ غَسْلُهُ وَدَفْنُهُ فِي مَقَابِرِ الْمُسْلِمِينَ ، وَقَدْ مَنَعُوا أَنْ يُدْفَنَ أَطْفَالُ الْمُشْرِكِينَ فِي مَقَابِرِ الْمُسْلِمِينَ ، وَإِذَا وُجِدَ فِي قَرْيَةٍ لَيْسَ فِيهَا إِلَّا مُشْرِكٌ فَهُوَ عَلَى ظَاهِرِ

وما وُجد معه من فراشٍ تحته أو ثيابٍ أو مالٍ في جيبه أو تحت فراشه أو حيوانٍ مشدودٍ بثيابه فهو له ، وإن كان مدفوناً تحته أو مطروحاً قريباً منه ، فعلى وجهين . وأولى الناس بحضائنه واجده إن كان أميناً ، وله الإنفاق عليه مما وجد معه بغير إذن حاكم .

ما حكموا به أنه كافر .

(وما وُجد معه من فراشٍ تحته ، أو ثيابٍ) فوَقَه (أو مالٍ في جيبه أو تحت فراشه ، أو حيوانٍ مشدودٍ بثيابه فهو له) لأنَّ الطُّفْلَ يملك وله يدٌ صحيحةٌ ، بدليل أنه يرث ويورث ، ويصحُّ أن يشتري له وليه ويبيع ، ومَنْ له ملكٌ صحيحٌ فله يدٌ صحيحةٌ كالبالغ . فعلى هذا ، كلُّما كان متَّصلاً به أو متعلِّقاً بمنفعته ، فهو تحت يده ، ويثبت له الملك في الظَّاهر ، وينفق عليه منه ، وجعل في «المغني» و«الشَّرح» من ذلك ما جعل فيه كخيمةٍ ودارٍ ، وكلام المجد يخالفه (وإن كان مدفوناً تحته أو مطروحاً قريباً منه فعلى وجهين) أمَّا المدفون تحته فهو كالمُتَّصِل ، ولأنَّه يُحكَم به للبالغ ، فكذا للطُّفْل . والثَّاني: ليس له ؛ لأنَّه موضعٌ لا يستحقُّه ؛ لأنَّ الظَّاهر أنَّه لو كان له لشدَّه واضعه في ثيابه ليعلم به . وتوسَّط ابن عقيلٍ والمجد فجعلاه له بشرط طراوة الدفن اعتماداً على القرينة .

وأما المطروح قريباً منه فقطع المجد والمؤلِّف في الكافي ، وصحَّحه في «المغني» و«الشَّرح» أنَّه له عملاً بالظَّاهر . والثَّاني ، وأورده أبو الخطَّاب مذهباً: لا يكون له كالبعيد ، ويرجع به إلى العرف ، وحيث لم يحكم له به فهو لقطعةٍ أو رِكاظٍ ؛ قاله في «المغني» و«الشَّرح» .

وفي ثالثٍ: إن وجد رقعةً فيها أنَّه له فهو له .

(وأولى الناس بحضائنه واجده إن كان أميناً) لأنَّ عمر أقرَّ اللقيط في يد أبي جميلة حين قال له عريفه: إنَّه رجلٌ صالحٌ . ولأنَّه أسبق إليه ، فكان أولى به ؛ للخير .

(وله الإنفاق عليه مما وجد معه) من عينٍ أو غيره (بغير إذن حاكم) ؛ لأنَّه

وعنه ما يدلُّ على أنَّه لا ينفق عليه إلاَّ بإذنه . فإن كان فاسقًا ، أو رقيقًا ، أو كافرًا واللَّقيط مسلمٌ ، أو بدويًّا ينتقل في المواضع ، أو وجدته في الحضر فأراد نقله إلى البادية لم يُقرَّ في يده .

وليِّه ، فلم يفتقر إلى إذن حاكم كوليِّ اليتيم (وعنه ما يدلُّ على أنَّه لا ينفق عليه إلاَّ بإذنه) لأنَّه إنفاقٌ على طفلٍ ، فلم يجز بغير إذن الحاكم ، كما لو أنفق على صغير مودع ، وأصلها ما نقله عنه أبو الحارث في رجلٍ أودع آخر مالا ، وغاب وطالت غيبته ، وله ولدٌ ، ولا نفقة له هل ينفق عليه هذا المستودع من مال الغائب؟ فقال: تقوم امرأته إلى الحاكم حتَّى يأمره بالإنفاق ، فلم يجعل له الإنفاق من غير إذن الحاكم ، وهذا مثله .

وقال في «المغني» و«الشرح»: والصَّحيح أنَّه مخالفٌ له من وجهين: أحدهما: أنَّ الملتقط له ولايةٌ على اللَّقيط وعلى ماله . والثَّاني: أنَّه ينفق على اللَّقيط من ماله ، وهذا بخلافه ؛ لأنَّه يُشترط عنده إثبات حاجته ؛ لعدم ماله ، وعدم نفقة متروكة برسمه ، ومتى لم يجد حاكمًا ، فله الإنفاق عليه بكلِّ حالٍ ؛ لأنَّه حال ضرورة . وبالجملة فالمستحبُّ استئذانه في موضع يجد حاكمًا ؛ لأنَّه أبعد من التَّهمة والخروج من الخلاف ، فإن بلغ واختلفا في قدرها والتَّقرير قُبِلَ قول المنفق ؛ لأنَّه أمينٌ (فإن كان فاسقًا أو رقيقًا أو كافرًا واللَّقيط مسلمٌ أو بدويًّا ينتقل في المواضع ، أو وجدته في الحضر فأراد نقله إلى البادية لم يُقرَّ في يده) .

وفيه مسائل: الأولى: أنَّه لا يُقرَّ في يد الفاسق ؛ لأنَّه ليس في حفظه إلاَّ الولاية ، ولا ولاية لفاستقٍ ، وفارق اللُّقطة من حيث إنَّها في معنى التَّكشُّب ، وإنَّها إذا انتزعت منه فتردُّ إليه بعد الحول ، وظاهر «الخرقيِّ» : أنَّه تَقَرَّ في يده في الحضر ، وهو أحد الوجهين ؛ لكونه سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلمٌ ، فيكون أحقُّ ، فإن أراد الشَّرف به مُنع ؛ لأنَّه يبعده ممَّن يعرف حاله ، فلا يؤمن أن يدَّعي رَقَّه ويبيعه . قال في «المغني»: فعلى قوله ، ينبغي أن يجب الإشهاد عليه ، ويضمُّ إليه أمينٌ يشارفه ؛ ليؤمن التَّقرير فيه ؛ وفيه وجهٌ: يُقرَّ في يده مطلقًا كاللُّقطة . ويجاب عمَّا ذُكر: بأنَّ اللَّقيط ظاهرٌ ومكشوفٌ لا تخفى الخيانة فيه ، بخلافها ، ولأنَّه يمكن أخذ بعضها وإبدالها ،

وإن التقطه في البادية مقيم في حلة

بخلاف اللقيط ، ولأنَّ المال محلُّ الخيانة ، والنَّفوس إلى أخذها داعيةٌ ، بخلاف النَّفوس ، فإن كان مستور الحال فوجهان .

فرعٌ : لا يُقَرَّر في يد مبذِرٍ وإن لم يكن فاسقًا ؛ قاله في «التلخيص» . فإن أراد السفر به لم يُمنع ؛ للأمن عليه . وقال ابن حمدان: السَّفِيه كالفاسق .

الثَّانية: أنَّه لا يُقَرَّر في يد العبد ؛ لأنَّه لا ولاية له إلا أن يأذن له سيِّده ؛ لأنَّ منفعه مملوكةٌ له ، فلا يُذهِبها في غير نفعه إلا بإذنه ، فيصير كما لو التقطه سيِّده وسلَّمه إليه ، فإذا أذن له فليس له الرُّجوع ؛ قاله ابن عقيل . والأمة كالعبد ، لكن إن لم يجد أحدًا يلتقطه سواه تعيَّن عليه كتخليصه من الغرق ؛ ذكره في «المغني» و«الشَّرح» .

فائدة : المدبِّر والمكاتب وأُمُّ الولد والمعلِّق عتقه بصفةٍ - كالقِنِّ .

الثَّالثة: أنَّه لا يُقَرَّر في يد كافرٍ إذا كان اللقيط مسلمًا ؛ لأنَّه لا ولاية لكافرٍ ، ولأنَّه لا يؤمن أن يعلمه الكفر ، بل الظَّاهر أنَّه يرثيه على دينه . نعم ، حيث حُكِم بكفر اللقيط فإنَّه يُقَرَّر في يده ؛ لأنَّ بعضهم أولياء بعض .

الرَّابعة: أنَّه لا يُقَرَّر في يد البدويِّ الذي ينتقل في المواضع ؛ لأنَّ فيه إتعابًا للطفل بتنقله . فعليه يؤخذ منه ويُدفع إلى صاحب قريةٍ ؛ لأنَّه أرفه له وأخفُّ عليه . وفي آخر: أنَّه يُقَرَّر في يده ؛ لأنَّ الظَّاهر أنَّه ولد بدويِّين ، وإقراره في يد ملتقطه أرجى لكشف نسبه ، وأطلقهما في «الفروع» .

الخامسة: أنَّه لا يُقَرَّر في يد مَنْ وجده في الحضر وأراد نقله إلى البادية ؛ لأنَّ مقامه في الحضر أصلح له في دينه ودنياه وأرفه له ، والظَّاهر أنَّه وُلد فيه ، فبقاؤه فيه أرجى لكشف نسبه وظهور أهله واعترافهم به .

(وإن التقطه في البادية مقيم في حلة) بكسر الحاء المهملة: البيوت المجتمعة . وحينئذٍ ، يُقَرَّر في يده ؛ لأنَّ الحلة كالقرية في كونه لا يرحل لطلب الماء والكلأ .

أَوْ مَنْ يَرِيدُ نَقْلَهُ إِلَى الْحَضْرَةِ أَقْرَبَ مَعَهُ . وَإِنْ التَّقَطَهُ فِي الْحَضْرَةِ مَنْ يَرِيدُ نَقْلَهُ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ فَهَلْ يُقَرَّرُ فِي يَدِهِ؟ عَلَى وَجْهِينِ . وَإِنْ التَّقَطَهُ اثْنَانِ قُدِّمَ الْمَوْسِرُ عَلَى الْمَعْسِرِ ، وَالْمَقِيمُ عَلَى الْمَسَافِرِ ، فَإِنْ تَسَاوَيَا وَتَشَاخَّحَا أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا .

(أَوْ مَنْ يَرِيدُ نَقْلَهُ إِلَى الْحَضْرَةِ أَقْرَبَ مَعَهُ) لِأَنَّهُ يَنْقَلُ مِنْ أَرْضِ الْبُؤْسِ وَالشَّقَاءِ إِلَى الرَّفَاهِيَةِ وَالذُّعَى وَالذِّينِ .

(وَإِنْ التَّقَطَهُ فِي الْحَضْرَةِ مَنْ يَرِيدُ نَقْلَهُ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ فَهَلْ يُقَرَّرُ فِي يَدِهِ؟ عَلَى وَجْهِينِ) أَحَدُهُمَا: لَا يُقَرَّرُ فِي يَدِهِ ؛ لِأَنَّ بَقَاءَهُ بِبَلَدٍ أَرْضِي لِكَشْفِ نَسَبِهِ . وَالثَّانِي: يُقَرَّرُ ؛ لِأَنَّ وِلَايَتَهُ ثَابِتَةٌ ، وَبَلَدُ الثَّانِي كَالْأَوَّلِ فِي الرَّفَاهِيَةِ ، أَشْبَهَ الْمُنْتَقِلَ مِنْ أَحَدِ جَانِبَيْ الْبَلَدِ إِلَى الْجَانِبِ الْآخَرَ ، وَكَذَا الْخِلَافُ لَوْ أَرَادَ نَقْلَهُ مِنْ قَرْيَةٍ إِلَى قَرْيَةٍ ، أَوْ مِنْ حَلَّةٍ إِلَى حَلَّةٍ ، وَعَلَى الْمَنْعِ مَا لَمْ يَكُنِ الْبَلَدُ الَّذِي كَانَ فِيهِ وَبَيْتًا كَعُورِ بَيْسَانَ ؛ قَالَ الْخُرَقِيُّ . وَقِيلَ: إِنْ نَوَى الْإِقَامَةَ فِيمَا انْتَقَلَ بِهِ إِلَيْهِ مِنْ حَلَّةٍ وَقَرْيَةٍ وَبَلَدٍ جَازَ . وَفِي التَّرْغِيبِ: مَنْ وَجَدَهُ بِفَضَاءٍ خَالَ نَقْلَهُ حَيْثُ شَاءَ .

(وَإِنْ التَّقَطَهُ اثْنَانِ) بَحِثْ إِنَّهُمَا تَنَاوَلَاهُ جَمِيعًا (قُدِّمَ الْمَوْسِرُ عَلَى الْمَعْسِرِ) لِأَنَّ ذَلِكَ أَحْفَظُ لِلطُّفْلِ (وَالْمَقِيمُ عَلَى الْمَسَافِرِ) لِأَنَّهُ أَرْفَقُ بِالطُّفْلِ ، وَعُلِمَ مِنْهُ أَنََّّهُمَا لَوْ كَانَا غَيْرَ مُتَّصِفِينَ بِمَا ذَكَرْنَا فَإِنَّهُ يُنْزَعُ مِنْ أَيْدِيهِمَا ، وَيُقَدَّمُ الْأَمِينُ عَلَى غَيْرِهِ ، وَالْمُسْلِمُ عَلَى الْكَافِرِ وَلَوْ كَانَ الْمُسْلِمُ فَقِيرًا ؛ لِأَنَّ النَّفْعَ الْحَاصِلَ بِإِسْلَامِهِ أَعْظَمُ مِنَ النَّفْعِ الْحَاصِلِ بِبَيْسَارِهِ . وَعَلَى قِيَاسِ قَوْلِهِمْ ، يُقَدَّمُ الْجَوَادُ عَلَى الْبَخِيلِ . وَفِي «التَّرْغِيبِ»: يُقَدَّمُ بَلَدِيٌّ عَلَى غَيْرِهِ ، وَظَاهِرُ الْعَدَالَةِ عَلَى مُسْتَوْرِ الْحَالِ . وَقِيلَ: سِوَاءٌ ؛ لِأَنَّ احْتِمَالَ وَجُودِ الْمَانِعِ لَا يُؤَثِّرُ فِي الْمَنْعِ ، فَلَا يُؤَثِّرُ فِي التَّرْجِيحِ .

(فَإِنْ تَسَاوَيَا) فِي الصِّفَاتِ (وَتَشَاخَّحَا أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا) لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلقُونَ أَقْلَمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾ [آل عمران: ٤٤] لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ كَوْنُهُ عِنْدَهُمَا فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ ، وَكَالْقِرْعَةِ فِي الشَّرْكَةِ وَالْقَسْمِ وَالْعَتَقِ . وَظَاهِرُهُ وَلَوْ كَانَ بَيْنَهُمَا مَهَابَةٌ ، لِاخْتِلَافِ الْأَغْذِيَةِ وَالْأَنْسِ وَالْإِلْفِ ، وَالرَّأَةِ كَالرَّجْلِ ، وَقِيلَ: يَسْلَمُهُ الْحَاكِمُ إِلَى أَحَدِهِمَا أَوْ غَيْرِهِمَا ، فَلَوْ رَضِيَ أَحَدُهُمَا بِتَسْلِيمِهِ إِلَى

وإن اختلفا في الملتقط منهما قُدِّمَ مَنْ له بَيِّنَةٌ ، فإن لم تكن لهما بَيِّنَةٌ قُدِّمَ صاحب اليد ، فإن كان في أيديهما أقرع بينهما ، فإن لم تكن لهما يدٌ فوصفه أحدهما قُدِّمَ ، وإلَّا سلَّمه الحاكم إلى مَنْ يرى منهما أو من غيرهما .

الآخر جاز ؛ لأنَّ الحقَّ له ، فلا يُمنع من الإيثار به .

(وإن اختلفا في الملتقط منهما قُدِّمَ مَنْ له بَيِّنَةٌ) لأنها أقوى ، فإن كان لكلٍّ منهما بَيِّنَةٌ قُدِّمَ أسبقهما تاريخًا ، فإن استوى تاريخهما أو أطلقتا أو أُرخت إحداهما وأطلقت الأخرى تعارضتا وسقطتا في وجهه ، فيصير كَمَنْ لا بَيِّنَةٌ لهما ، وفي الآخر: يُقرع بينهما ، فإن كان اللقيط في يد أحدهما فهل تُقدِّم بَيِّنَتَهُ أو بَيِّنَةَ الخارج؟ فيه وجهان مبنيان على الخلاف في دعوى المال .

(فإن لم تكن لهما بَيِّنَةٌ قُدِّمَ صاحب اليد) لأنَّ اليد دليل استحقاق الإمساك . وظاهره أنه لا يحلف . قال القاضي: هو قياس المذهب كالطلاق . وقال أبو الخطاب ، ونصره في «الشرح»: يحلف أنه التقطه .

(فإن كان في أيديهما أقرع بينهما) لاستوائهما في السبب ، ولم يمكن تسليمه إليهما ، فثبت القرعة ، وحينئذٍ ، يُسلَّم إلى مَنْ تقع القرعة له مع يمينه . وعلى قول القاضي ، لا يمين . فإن ادَّعى أنه أخذه منه قهراً وسأل يمينه حلف . وفي «المنتخب»: لا ، كطلاق .

(فإن لم تكن لهما يدٌ فوصفه أحدهما) بأن يقول: في ظهره شامةٌ ، أو بخدِّه علامةٌ (قُدِّمَ) ذكره معظم الأصحاب كلقطة المال ، ولأنَّ الوصف يدلُّ على القوَّة ، فقُدِّمَ به .

وذكر القاضي وصاحب «المبهبج» و«المنتخب» و«الوسيلة» : لا يُقدِّم واصفه . وذكره في «الفنون» عن أصحابنا ؛ لتأكده ؛ لكونه دعوى نسبٍ ، وللغنى بالقافة ، وكما لو وصف المدَّعي المدَّعى .

(وإلَّا) إذا انتفى الوصف (سلَّمه الحاكم إلى مَنْ يرى منهما أو من غيرهما) ذكره القاضي وأبو الخطاب ؛ لأنه لا حقَّ لهما . وقيل: لا يسلمه الحاكم ، بل يُقرع

فصل

وميراث اللقيط وديته إن قُتل لبيت المال ، وإن قُتل عمداً ، فولَّيه الإمام ؛
إن شاء اقتصَّ ، وإن شاء أخذ الدية . وإن قطع طرفه عمداً انتظر بلوغه .

بينهما . وفي «المغني»: هو الأولى ، كما لو كان في أيديهما ، ولأنهما تنازعا حقاً
في يد غيرهما ، أشبه ما لو تنازعا ودية عند غيرهما . وظاهره أنه لا تخيير للصبي ؛
صرَّح به في «الفروع» .

فصل

(وميراث اللقيط وديته) دية حرٍّ (إن قُتل لبيت المال) إن لم يخلف وارثاً ؛ لأنه
مسلمٌ ، ولا وارث له ، فكان ماله وديته لبيت المال كغير اللقيط ، وعنه: إن قُتل
خطأً ، فديته للمتقطه ؛ ذكره في «الرعاية» . وإن جنى خطأً عقل عنه بيت
المال ، ولا ولاء عليه . وقال شريح وإسحاق: ولاؤه للمتقطه ؛ لقول عمر لأبي
جميلة: فهو حرٌّ ولك ولاؤه . ولما روى واثلة بن الأسقع مرفوعاً: «تخوز المرأة
ثلاثة مواريث: عتيقها ، ولقيطها ، وميراث ولدها الذي لاعنت عليه» . رواه أبو
داود ، وحسنه الترمذي . وجوابه: بأنه لم يثبت عليه رقٌّ ولا على آبائه ، فلم
يثبت عليه ولاءٌ كمعروف النسب ، وحديث واثلة لا يثبت ؛ قاله ابن المنذر ،
وقال في خبر عمر: أبو جميلة رجلٌ مجهولٌ لا يقوم بحديثه حجةً . ولو سلم ،
فمعنى قوله: لك ولاؤه ، أي: لك ولاية القيام به وحفظه .

(وإن قُتل عمداً فولَّيه الإمام: إن شاء اقتصَّ ، وإن شاء أخذ الدية) نصَّ
عليه ، أي ذلك فعل جاز ، إذا رآه أصلح ؛ لقوله: «السلطان وليٌّ من لا وليَّ
له» . ومتى عفا على مالٍ أو صالح عليه كان لبيت المال كجناية الخطأ الموجبة
للمال .

(وإن قطع طرفه عمداً انتظر بلوغه) ورشده في الأشهر ليقصَّ أو يعفو ؛ لأنَّ
مستحقَّ الاستيفاء المجني عليه ، وهو حينئذٍ لا يصلح ، فانتظر أهليته ؛ ليستوفي
حقه ، ويحبس الجاني إلى بلوغه حتى يستوفي حقه ، وعنه: للإمام القصاص قبل

إلا أن يكون اللقيط فقيراً أو مجنوناً فللإمام العفو على مال ينفق عليه .
وإن ادعى الجاني عليه أو قاذفه رقه وكذبه اللقيط بعد بلوغه ، فالقول قول
اللقيط . وإن ادعى إنسان أنه مملوكه لم يقبل

ذلك ؛ لأنه أحد نوعي القصاص ، فكان له استيفاؤه عن اللقيط كالنفس .

وجوابه: أنه قصاص لم يتحتم استيفاؤه ، فوقف على مستحقه ، كما لو كان
بالغا غائبا ، وفارق القصاص في النفس ؛ لأن القصاص ليس له ، بل لوارثه ، والإمام
هو المتولي عليه .

(إلا أن يكون اللقيط فقيراً أو مجنوناً فللإمام) أي: يجب عليه (العفو على
مال ينفق عليه) لأنه ليست له حالة معلومة تنتظر ؛ لأن ذلك قد يدوم ، بخلاف
العاقل ، ولا بد من اجتماع الوصفين ، فإن فقد أحدهما فوجهان .

(وإن ادعى الجاني عليه أو قاذفه رقه وكذبه اللقيط بعد بلوغه فالقول قول
اللقيط) لأنه محكوم بحريته ، فقوله موافق للظاهر ، بدليل أنه يجب عليه حد الحر
إذا كان قاذفاً في الأصح ، وحينئذ يجب القصاص وإن كان الجاني حراً ، وقيل:
يقبل قول القاذف ؛ لأنه يحتمل صحة قوله بأن يكون ابن أمة ، فيكون ذلك
شبهة في إسقاط الحد ، وعلم منه أنه إذا صدقه اللقيط أنه رقيق سقط الحد ؛
لإقرار المستحق بسقوطه ، ووجب على القاذف التعزير ؛ لقذفه من ليس
بمحسن ، والقصاص ليس بحد ، وإنما وجب حقاً لآدمي ، ولذلك جازت
المصالحة عنه وأخذ بدله ، وإن مات البالغ ممسكاً عنهما فكسائر المسلمين في
سائر أحكامه .

(وإن ادعى إنسان أنه مملوكه لم يقبل) لأن مجرد الدعوى لا تكفي في انتزاع
المدعى ؛ للخبر ، وفي «الشرح» أنها تُسمع الدعوى ؛ لأنها ممكنة وإن كانت مخالفة
لظاهر الدار ، وإن لم تكن له بيئة فلا شيء له ؛ لأنها تخالف الظاهر ، وتفارق
دعوى النسب من وجهين: أحدهما: أن دعوى النسب لا تخالف الظاهر ،
بخلاف دعوى الرق . الثاني: أن دعوى النسب يثبت بها حقاً للقيط ، ودعوى

إِلَّا بَيِّنَةٌ تَشْهَدُ أَنَّ أُمَّتَهُ وَلَدَتْهُ فِي مَلِكِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَلَّا يُعْتَبَرُ قَوْلُهَا فِي مَلِكِهِ .
وإن أقرَّ بالرَّقِّ بعد بلوغه لم يُقبَل . وعنه: يُقبَل روايةً واحدةً . وقال
القاضي: يُقبَل فيما عليه روايةً واحدةً .

الرَّقُّ يَثْبِتُ بِهَا حَقًّا عَلَيْهِ ، فَلَمْ تُقْبَلْ بِمَجْرَدِهَا .

(إِلَّا بَيِّنَةٌ تَشْهَدُ أَنَّ أُمَّتَهُ وَلَدَتْهُ فِي مَلِكِهِ) لِأَنَّهَا لَا تَلِدُ فِي مَلِكِهِ إِلَّا مَلِكَهُ ،
يَحْتَرِزُ بِهِ عَمَّا وَلَدَتْهُ قَبْلَ مَلِكِهِ ، وَهَذَا لَيْسَ بِشَرَطٍ ، فَإِنَّهَا لَوْ شَهِدَتْ بِأَنَّهُ عَبْدُهُ
أَوْ مَمْلُوكُهُ حُكْمٌ لَهُ بِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَذْكَرْ سَبَبَ الْمَلِكِ ، كَمَا لَوْ شَهِدَتْ بِمَلِكِ دَارٍ ؛
ذَكَرَهُ فِي «الْمَغْنِيِّ» وَ«الشَّرْحِ» .

(وَيَحْتَمِلُ أَلَّا يُعْتَبَرُ قَوْلُهَا فِي مَلِكِهِ) لِأَنَّ أُمَّتَهُ مَلِكَهُ ، فَنَمَاؤُهَا مَلِكُهُ كَسِمَنِهَا ،
وَمَتَى شَهِدَتْ الْبَيِّنَةُ بِالْيَدِ ، فَإِنْ كَانَتْ لِلْمَلْتَقِطِ لَمْ يَثْبِتْ بِهَا مَلِكٌ ، وَإِنْ كَانَتْ
لِأَجْنَبِيِّ حُكْمٌ لَهُ بِالْيَدِ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ فِي الْمَلِكِ . وَفِي «الْفُرُوعِ»: وَإِنْ
أَدْعَى رَقَّهُ وَهُوَ طِفْلٌ أَوْ مَجْنُونٌ ، وَلَيْسَ بِيَدِ غَيْرِهِ ، بَلْ بِيَدِهِ ، وَلَيْسَ وَاجِدُهُ فَهُوَ
لَهُ ، وَإِنْ أَنْكَرَ بَعْدَ بُلُوغِهِ . وَفِي «الشَّرْحِ»: إِنْ كَانَتْ الدَّعْوَى بَعْدَ بُلُوغِ اللَّقِيطِ
كُلَّفَ إِجَابَتَهُ ، فَإِنْ أَنْكَرَ وَتَمَّ بَيِّنَةٌ حُكْمُ بِهَا ، فَإِنْ كَانَ اللَّقِيطُ تَصَرَّفَ قَبْلَ ذَلِكَ
بِإِيجَابِ أَوْ شَرَاءٍ نُقِضَتْ تَصَرُّفَاتُهُ .

(وإن أقرَّ بالرَّقِّ بعد بلوغه لم يُقبَل) عَلَى الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّهُ يَبْطُلُ حَقُّ اللَّهِ مِنْ
الْحَرِيَّةِ الْمَحْكُومِ بِهَا ، وَهَذَا ظَاهِرٌ فِيمَا إِذَا كَانَ قَدْ اعْتَرَفَ بِالْحَرِيَّةِ لِنَفْسِهِ قَبْلَ
ذَلِكَ ، وَكَذَا لَمْ يَعْتَرَفْ فِي الْأَصَحِّ .

(وعنه: يُقبَل) لِأَنَّهُ مَجْهُولُ الْحَالِ ، فَيُقْبَلُ إِقْرَارُهُ كَالْحَدِّ وَالْقِصَاصِ وَإِنْ تَضَمَّنَ
فَوَاتِ نَفْسِهِ ، وَشَرَطُ فِي «الْمَغْنِيِّ» عَلَيْهَا أَلَّا يَكُونَ أَقْرَ بِالْحَرِيَّةِ ، فَإِنْ كَانَ قَدْ أَقْرَ بِهَا لَمْ
يُقْبَلْ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ مَكْذِبًا لِقَوْلِهِ ، كَمَا لَوْ أَقْرَ بِدَيْنٍ ثُمَّ جَحَدَهُ .

(وقال القاضي: يُقبَل فيما عليه روايةً واحدةً) وَهُوَ قَوْلُ الْمُزْنِيِّ ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَ بِمَا
يُوجِبُ حَقًّا عَلَيْهِ وَحَقًّا لَهُ ، فَوَجِبَ أَنْ يَثْبِتَ مَا عَلَيْهِ فَقَطْ ، كَمَا لَوْ قَالَ: لِفُلَانٍ
عِنْدِي أَلْفٌ وَلِي عِنْدَهُ رَهْنٌ .

وهل يُقبل في غيره؟ على روايتين . وإن قال: إنه كافرٌ ، لم يُقبل قوله ،
 وحكمه حكم المرتد . وقيل: يُقبل قوله ، إلا أن يكون قد نطق بالإسلام وهو
 يعقله .

(وهل يُقبل في غيره؟ على روايتين) إحداهما: يُقبل إقراره في الجميع ؛ لأنَّ
 هذه الأحكام تتبع الرِّقَّ ، فإذا ثبت الأصل بقوله ثبت التَّبَع ، كما لو شهدت
 امرأةٌ بالولادة فإنَّها تثبت ويثبت النَّسب تبعًا ، فإذا قلنا: يُقبل إقراره بالرِّقِّ بعد
 نكاحه ، وهو ذكر وكان قبل الدُّخول ، فسد النِّكاح في حقِّه ، ولها عليه
 نصف المهر ، وإن كان بعد الدُّخول فسد نكاحه ، وعليه المهر ، وولده حرٌّ تابعٌ
 لأمِّه ، فإن كان متزوِّجًا بأمةٍ فولده لسيدِّه ، ويتعلَّق المهر برقبته ، وإذا قلنا: يُقبل
 قوله في جميع الأحكام فالنِّكاح فاسدٌ ، ويُفَرِّق بينهما ، ولا مهر لها قبل
 الدُّخول وبعده على الخلاف ، وإن كان أنثى وقلنا: يُقبل فيما عليه ، فالنِّكاح
 صحيحٌ في حقِّه ، ولا مهر قبل الدُّخول ، وبعده لا يسقط مهرها ، ولسيدِّها
 الأقلُّ من المسمَّى أو مهر المثل ، والولد حرٌّ .

فرغ : إذا أقرَّ بالرِّقِّ ابتداءً لإنسانٍ فصدَّقه ، فهو كما لو أقرَّ به جوابًا ، وإن
 كذَّبه بطل إقراره ، فإن أقرَّ به بعد ذلك لآخرٍ جاز ، وقيل: لا يُسمع إقراره
 الثاني ؛ لأنَّ إقراره الأوَّل يتضمَّن الاعتراف بنفي مالكٍ له سوى المقرِّ له ، وكما
 لو اعترف بالحرِّيَّة ثمَّ أقرَّ بالرِّقِّ .

(وإن قال: إنه كافرٌ) بعد البلوغ (لم يُقبل قوله) وهو مسلمٌ ، سواءً كان حُكْم
 بإسلامه أو كفره ، فلا يُقبل إقراره بالكفر بعد ذلك ؛ لأنَّه إنكارٌ بعد إقرارٍ ، فلا يُقبل
 كغيره ، وإن وصف الكفر وهو ممن حُكْم بإسلامه بالدَّار لم يُقرَّ على كفره (وحكمه
 حكم المرتد) أي: إذا بلغ استئيب ثلاثًا ، فإن تاب وإلا قُتل .

(وقيل: يُقبل قوله) حكاة القاضي ، أي: يُقرَّ على كفره ؛ لأنَّ قوله أقوى من
 الظَّاهر ، فيقرُّ بجزية . ورُدُّ بأنَّ دليل الإسلام وُجد من غير معارضٍ ، فثبت حكمه
 واستقرَّ ، فلا تجوز إزالة حكمه ، كما لو كان ولد مسلمٍ .

(إلا أن يكون قد نطق بالإسلام وهو يعقله) لأنَّ إسلامه ثبت يقينًا ، فلا يُقبل

وإن أقرَّ إنسانٌ أنه ولده ألحق به ، مسلمًا كان أو كافرًا ، رجلاً كان أو امرأةً ، حيًّا كان الملتقط أو ميتًا .

إقراره بمنافيه . وقال القاضي: إن وصف كافرًا يُقرُّ عليه بالجزية عُقدت له الذمَّة ، فإن امتنع من التزامها أو وصف كافرًا لا يُقرُّ عليه ألحق بمأمنه ، وبعده في «المغني» ؛ لأنه لا يخلو إمامًا أن يكون ابن حربيٍّ ، فهو حاصلٌ في أيدي المسلمين بغير عهدٍ ولا عقدٍ ، فيكون لواجده ، ويكون مسلمًا تبعًا لسايه . أو يكون ولد ذمِّيِّين أو أحدهما ، فلا يُقرُّ على الانتقال إلى غير دين أهل الكتاب . أو يكون ولد مسلم أو مسلمين فيكون مسلمًا . قال أحمد في نصرانيَّةٍ ولدت من فجورٍ ولدها مسلمٌ ؛ لأنَّ أبويه يهودانه أو ينصرانه ، وهذا ليس معه إلا أمُّه .

فصل :

(وإن أقرَّ إنسانٌ أنه ولده ألحق به) لأنَّ الإقرار به محض مصلحة الطفل لاتِّصال نسبه ، ولا مضرة على غيره فيه ، فقبِلَ ، كما لو أقرَّ له بمالٍ ، وشرطه أن ينفرد بدعوته ، وأن يمكن كونه منه ، ثمَّ إن كان المقرُّ به ملتقطه أقرَّ في يده ، وإن كان غيره فله أن ينتزعه من الملتقط ؛ لأنه قد ثبت أنَّ أبوه ، فيكون أحقُّ به ، كما لو قامت به بيئَةٌ .

(مسلمًا كان) المدَّعي (أو كافرًا) لأنَّ الكافر يثبت له النِّكاح والفراش فيلحق به ، كالمسلم حرًّا كان أو عبدًا ؛ لأنَّ له حرمةً ، فيلحق به كالحرِّ ، لكن لا تثبت له حضانةٌ ، ولا تجب نفقته عليه ولا على سيِّده ؛ لأنَّ الطِّفل محكومٌ بحرِّيَّته . فعلى هذا ، تجب في بيت المال (رجلاً كان أو امرأةً) على المذهب ؛ لأنَّ المرأة أحد الأبوين ، فيثبت النَّسب بدعواها كالأب ، وإذا يلحقها نسبه دون زوجها ، وكذا إذا ادَّعى الرَّجل نسبه لم يلحق بزوجه ، وقيل: لا يثبت النَّسب بدعوته بحالٍ ، وحكاه ابن المنذر إجماع مَنْ يُحفظ عنه من أهل العلم . وجوابه: بأنَّها تدَّعي حقًّا لا منازع فيه ، ولا مضرة على أحدٍ ، فقبِلَ كدعوى المال .

(حيًّا كان الملتقط أو ميتًا) لأنَّهما سواءٌ معنًى ، فوجب استواءهما حكمًا .

ولا يتبع الكافر في دينه ، إلا أن يقيم بيّنة تشهد أنه وُلد على فراشه .
وعنه: لا يلحق بامرأة ذات زوج . وعنه: إن كان لها إخوة أو نسب معروف لم
يلحق بها ، وإلا لحق . وإن ادّعاها اثنان أو أكثر لأحدهم بيّنة قُدِّم بها ، فإن
تساواوا في البيّنة

(ولا يتبع الكافر في دينه إلا أن يقيم بيّنة تشهد أنه وُلد على فراشه) ذكره
بعض أصحابنا ؛ لأنَّ اللقيط محكومٌ بإسلامه بظاهر الدَّار ، فلا يُقبل قول الكافر في
كفره بغير بيّنة ، كما لو كان معروف النَّسب ، ولأنَّها دعوى تخالف الظَّاهر ، فلم
تُقبل بمجرد دعاوى الرِّقِّ ، وإذا قُبِلَ في النَّسب لعدم الضَّرر والكفر بخلافه فإنَّ
فيه ضررًا عظيمًا ؛ لأنَّه سبب الخزي في الدُّنيا والآخرة ، فإذا أقام بيّنة بما ذكر لحقه
نسبًا ودينًا ؛ لتحقُّق الولادة ، والولد المحقَّق يتبع مطلقًا ، وقياس المذهب أنه لا يلحقه
في الدِّين إلا أن تشهد البيّنة أنه ولد كافرين حيَّين ؛ لأنَّ الطُّفل يُحكم بإسلامه
بإسلام أحد أبويه أو موته .

(وعنه: لا يلحق بامرأة ذات زوج) لإفضائه إلى إلحاق النَّسب بزوجها بغير
إقراره ولا رضاه ، وظاهره : أنَّها إذا لم تكن ذات زوجٍ أنَّه يلحقها ؛ لعدم الضَّرر .
(وعنه: إن كان لها إخوة أو نسب معروف لم يلحق بها) نقلها الكَوْسَج ؛ لأنَّه
يلزم من لحوق النَّسب بها لحوق النَّسب بالإخوة والنَّسب المعروف ، ولأنَّه إذا كان
لها أهلٌ ونسبٌ معروفٌ لم تحفَ ولادتها عليهم ، ويتضرَّرون بإلحاق النَّسب بها ؛
لما فيه من تعييرهم بولادتها من غير زوجها (وإلا) أي: إذا لم يكن كذلك (لحق) لعدم
الضَّرر .

(وإن ادّعاها اثنان أو أكثر) شُمت ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ لو انفرد صحَّت دعوته ،
فإذا تنازعا تساواوا في الدَّعوى ، ولا فرق بين المسلم والكافر ، والحُرِّ والعبد
(لأحدهم بيّنة قُدِّم بها) لأنَّها تُظهِر الحقَّ وتثبتُه (فإن تساواوا في البيّنة) أي: أقام
كلُّ منهما بيّنة تعارضتا وسقطتا ؛ لأنَّه لا يمكن استعمالهما هنا ، بخلاف المال
فإنَّه يُقسَم بينهما ؛ أو بالقرعة ، والقرعة لا تثبت النَّسب ، لا يقال: إنَّما يثبت
هنا بالبيّنة لا بالقرعة ، وإنَّما هي مرَّجحةٌ ؛ لأنَّه يلزم إذا اشترك رجلان في وطء

أو عدمها عُرض معها على القافةِ أو مع أقاربهما إن ماتا ، فإن ألحقته بأحدهما لحق به ، وإن ألحقته بهما لحق بهما .

امرأةٍ وأنت بوليدٍ أن يُقرع بينهما ، ويكون لحوقه بالوطء لا بالقرعة (أو عدمها) أي: لم يكن لهم بيئةٌ (عُرض معها) أي: مع المدَّعين (على القافة) وهم قومٌ يعرفون الأنساب بالشَّبه ، ولا يختصُّ ذلك بقبيلةٍ معيَّنة ، بل من عُرِفَت منه المعرفة بذلك وتكرَّرت منه الإصابة فهو قائفٌ ، وقيل: أكثر ما يكون في بني مدلج رهط مجزئ ، وكان إياس بن معاوية قائفاً ، وكذا شُريخ .

(أو مع أقاربهما) وفي «الكافي» و«الشرح»: عصبتهما (إن ماتا ، فإن ألحقته بأحدهما لحق به) في قول الجماهير ، وقال أصحاب الرأى: لا حكم للقافة ، ويلحق بالمدَّعين جميعاً ؛ لأنَّ الحكم بها مبنيٌّ على الشَّبه والظَّنِّ ، فإنَّ الشَّبه يوجد بين الأجنب ، وينتفي بين الأقارب ، وبدليل الرِّجل الذي وُلد له غلامٌ أسود ، وقوله عليه السَّلام - : «لعلَّه نزع عرقٌ» . ولو كان الشَّبه كافياً لاكتفى به في ولد الملاعنة . وحجَّتنا ما رواه الشَّيخان عن عائشة أنَّ النَّبيَّ ﷺ دخل عليها تبرق أسارير وجهه فقال: «ألم تر أنَّ مجزئاً المدلجِيَّ نظر أنفاً إلى زيدٍ وأسامةٍ وقد غطَّيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال: إنَّ هذه الأقدام بعضها من بعض . وقضي به عمر بحضرة الصَّحابة ، فكان إجماعاً ، ولأنَّه يرجع لقولها كالبينة ، ويدل عليه قوله عليه السَّلام في ولد الملاعنة: «لولا الأيمان لكان لي ولها شأنٌ» . فحكم عليه السَّلام به للذي أشبهه منهما ، وحيثُ ، فإن انتفى المانع وجب العمل به ؛ لوجود مقتضيه .

(وإن ألحقته بهما لحق بهما) لما روى سعيدٌ: ثنا سفيان ، عن يحيى بن سعيدٍ ، عن سليمان بن يسارٍ ، عن عمر في امرأةٍ وطئها رجلان في طهرٍ فقال القائف: قد اشتركا فيه جميعاً . فجعله بينهما . وبإسناده عن الشَّعبيِّ قال: وعليّ يقول: هو ابنهما ، وهما أبواه يرثهما ويرثانه . ورواه الزُّبير بن بكارٍ عن عمر . فعلى هذا ، يرثهما ميراث ابنٍ ، ويرثانه جميعاً ميراث أبٍ واحدٍ ، وإن مات أحدهما فله يرث أبٍ كاملٍ ، ونسبه من الأوَّل قائمٌ ؛ نصَّ عليه ، كما أنَّ الجدة إذا انفردت

ولا يلحق بأكثر من أمٍّ واحدة . وإن ادَّعاه أكثر من اثنين فألحق بهم لحق بهم وإن كثروا . وقال ابن حامد: لا يلحق بأكثر من اثنين . وإن نفته القافة عنهم أو أشكل عليهم أو لم توجد قافة ضاع نسبه في أحد الوجهين .

أخذت ما تأخذه الجدّات ، والزّوج كالزّوجات .

فرغ: إذا ألحقته القافة بكافرٍ أو أميةٍ لم يُحكم برقه ولا كفره ؛ لأنّه ثبت إسلامه وحرّيته بظاهر الدّار ، فلا يزول ذلك بظنٍّ ولا شبهة .

(ولا يلحق بأكثر من أمٍّ واحدة) يعني: إذا ادّعت امرأتان نسب اللقيط فهو مبنّي على قبول الدّعوى منهما ، فإن كانت إحداها ممن تُقبَل دعواها دون الأخرى فهو ابنها كالمنفردة ، وإن كانتا ممن لا تقبل دعواهما، فوجودهما كعدمهما، وإن كانتا جميعاً ممن تُسمع دعواهما فهما كالزّوجين ، لكن لا يلحق بأكثر من أمٍّ واحدة ، فإن ألحقته بأئمين سقط قولها .

فرغ: إذا ادّعى نسبه رجلٌ وامرأةٌ فلا تنافي بينهما ؛ لإمكان كونه منهما بنكاح أو وطء شبهة ، فيلحق بهما جميعاً ، ويكون ابنيهما بمجرد دعواهما كالانفراد .

(وإن ادَّعاه أكثر من اثنين فألحق بهم لحق بهم وإن كثروا) نصّ عليه في رواية مهناً أنّه يُلحق بثلاثة ؛ لأنّ المعنى الذي لأجله ألحق باثنين موجودٌ فيما زاد عليه قياساً ، وقولهم: إنّ إلحاقه باثنين على خلاف الأصل ممنوعٌ ، وإن سلّمناه لكن ثبت لمعنى موجودٍ في غيره ، فيجب تعدية الحكم به ، كإباحة الميتة في المخمّصة أبيع على خلاف الأصل ، ويقاس عليه مال الغير . وقال القاضي: لا يلحق بأكثر من ثلاثة . ورُدُّ بأنّه تحكّمٌ ، فإنّه لم يقتصر على المنصوص ، ولا عدّى الحكم إلى ما في معناه (وقال ابن حامد: لا يُلحق بأكثر من اثنين) للأثر ، فيقتصر عليه . فعلى هذا ، يكون كمن ادّعاه اثنان ولا قافة .

(وإن نفته القافة عنهم أو أشكل عليهم أو لم توجد قافة ضاع نسبه في أحد الوجهين) وهو قول أبي بكرٍ ، وجزم به في «الوجيز» ، وفي «المغني» أنّه أقرب ؛ لأنّه لا دليل لأحدهم ، أشبه مَنْ لم يدّع نسبه . فعلى هذا ، لا يرجح أحدهم بذكر

وفي الآخر: يُترك حتّى يبلغ فينتسب إلى مَنْ شاء منهما ؛ أو ما إليه أحمد .
وكذلك الحكم إذا وطئ اثنان امرأةً بشبهةٍ أو جاريةً مشتركةً بينهما في طهرٍ
واحد ، أو وطئت زوجة رجل أو أمٌ ولده بشبهةٍ وأتت بولدٍ يمكن أن يكون
منه ، فادّعى الزوج أنّه من الواطئ ، أرى القافة معهما .

علامة في جسده ؛ لأنّه لا يرجح به في سائر الدعاوى سوى الالتقاط في المال ،
وكذا إذا اختلف قائفان أو اثنان وثلاثة ، وإن اتفق اثنان وخالف ثالثاً أخذ
بقولهما ؛ نصّ عليه ، ومثله ييطاران وطيبان في عيبٍ ولو رجعا .

(وفي الآخر) وهو قول ابن حامد (يترك حتّى يبلغ فينتسب إلى مَنْ شاء منهما)
لأنّ الإنسان يميل طبعه إلى قريبه دون غيره ، ولأنّه مجهول النسب أقرب به من هو أهل
الإقرار ، فيثبت نسبه كما لو انفرد (أو ما إليه أحمد) حكاها القاضي عنه في رجلين
وقعا على امرأة في طهرٍ واحدٍ . فعلى قوله ، لو انتسب إلى أحدهما ثمّ عاد فانتسب
إلى الآخر أو نفى نسبه من الأوّل ولم ينتسب إلى الآخر لم يقبل منه ؛ لأنّه قد ثبت
نسبه ، فلا يقبل رجوعه عنه ، فلو ألحقته القافة بغير من انتسب إليه بطل انتسابه ؛
لأنّها أقوى كالبينة مع القافة .

(وكذلك الحكم إن وطئ اثنان امرأةً بشبهةٍ ، أو جاريةً مشتركةً بينهما في
طهرٍ واحدٍ ، أو وطئت زوجة رجل أو أمٌ ولده بشبهةٍ وأتت بولدٍ يمكن أن يكون
منه فادّعى الزوج أنّه من الواطئ أرى القافة معهما) كاللّقيط ، فألحق بمنّ ألحقه به
منهما ، سواء ادّعى أو جحداه أو أحدهما ، وقد ثبت الفراش ؛ ذكره القاضي .
وشرط أبو الخطّاب في وطء الزّوجة أن يدعى الزوج أنّه من الشبهة . فعلى قوله ، إن
ادّعاها لنفسه اختصّ به ؛ لقوّة جانبه ؛ ذكره في «الحزّز» . وفي ثالثٍ: يكون صاحب
الفراش أولى به عند عدم القافة ؛ لثبوت فراشه ؛ ذكره في «الواضح» . وكذلك إن
تزوّجها كلّ منهما تزويجاً فاسداً ، أو كان أحدهما صحيحاً والآخر فاسداً ، أو بيع
أمته فوطئها المشتري قبل الاستبراء ، لكن متى ألحق بالقافة أو الانتساب وهو ينكره
فهل له نفيه باللّعان؟ على روايتين .

ولا يُقبل قول القائف إلا أن يكون ذكراً عدلاً مجرباً في الإصابة .

(ولا يُقبل قول القائف إلا أن يكون ذكراً عدلاً مجرباً في الإصابة) كذا في «المحرر» و«الوجيز» ؛ لأنّ قوله حكم ، فاعتبرت له هذه الشروط ، وظاهره أنّه لا تُعتبر الحرّيّة ، وهو وجه ، واعتبرها في «الشّرح» وغيره ، ولا الإسلام . وفي «المستوعب» : لم أجد أحداً من أصحابنا اشترط إسلام القائف ، وعندى أنّه يُشترط ، ويكفي قائفٌ واحدٌ ؛ نصّ عليه كحاكم ، فيكفي مجرد خبره ؛ لقصة مجزّر ، وعنه: يُعتبر اثنان ، ولفظ الشّهادة منهما ؛ اختاره جمع ، فإنّ ألحقته بواحدٍ ثمّ جاءت أخرى فألحقته بآخر كان للأوّل ؛ لأنّ قول القائف جرى مجرى الحكم ، فلم يُنقض بمخالفة غيره ، وكذا لو ألحقته بواحدٍ ثمّ عادت فألحقته بغيره ، فإنّ أقام الآخر بينةً أنّه ولده حكم به وسقط قول القائف . وقوله: مجرباً في الإصابة ، أي: كثير الإصابة ، فمن عرف مولوداً بين نسوةٍ ليس فيهنّ أمّه ثمّ وهي فيهنّ فأصاب كلّ مرّةٍ فقائفٌ . وقال القاضي: يُترك الصّبيّ بين عشرة رجالٍ غير مدّعيه ، فإنّ ألحقه بأحدهم سقط قوله ، وإن نفاه عنهم ترك مع عشرين منهم مدّعيه ، فإنّ ألحقه به علّمت إصابته وإلّا فلا ، وقضية إياس بن معاوية في ولد الشّريف من جاريةٍ شاهدةٌ بذلك .

ملحق : إذا كان لامرأتين ابنتٌ وبننتٌ فادّعت كلّ واحدةٍ منهما أنّها أمّ الابنِ عُرض معهما على القافة ، وذهب بعضهم أنّه يُعرض لئبهما على أهل الطّبّ والمعرفة ، فإنّ لبن الذّكر يخالف لبن الأنثى في طبعه ووزنه ، وقيل: لبها خفيفٌ دون لبنه ؛ لأنّه ثقيلٌ . وعلى الأوّل ، إن لم توجد قافةٌ اعتُبر باللبن خاصّةً .

كتاب الوقف

وهو تحييس الأصل وتسييل المنفعة .

كتاب الوقف

وهو مصدر وقف ، يقال: وقف الشيء ، وأوقفه ، وحبسه ، وأحبسه ، وسبَّله ؛ كُله بمعنى واحد ، لكن «أوقف» لغة شاذة ، عكس أحبسه . وهو ممَّا اختصَّ به المسلمون . قال الشافعي: لم يحبس أهل الجاهلية ، وإنما حبس أهل الإسلام . وهو من القُرْب المندوب إليها ، والأصل فيه ما روى عبد الله بن عمر قال: أصاب عمر أرضاً بخيبر ، فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها ، فقال: يا رسول الله ، إنِّي أصبت مالاً بخيبر لم أصب قطُّ مالاً أنفس عندي منه ، فما تأمرني فيه؟ قال: «إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها غير أنه لا يباع أصلها ، ولا توهب ، ولا تورث» . قال: فتصدقت بها عمر في الفقراء ، وفي القربى ، والزُّقَاب ، وفي سبيل الله ، وابن السبيل ، والصَّيف ، لا جُنَاح على مَنْ وَلِيَهَا أن يأكل بالمعروف ، أو يطعم صديقاً غير متمولٍ فيه . وفي لفظ: غير متأنل . متفق عليه .

وقال جابر: لم يكن أحدٌ من أصحاب النبي ﷺ ذو مقدرةٍ إلا وقف . ولم يره شريح ، وقال: لا حبس عن فرائض الله . قال أحمد: هذا مذهب أهل الكوفة ، ولعله في غير المساجد ونحوها . قال القرطبي: لا خلاف بين الأئمة في تحييس القناطر والمساجد ، واختلفوا في غير ذلك ، والأوَّل قول أكثر العلماء سلفاً وخلفاً . قال أحمد: مَنْ يردُّ الوقف إنما يردُّ السنة التي أجازها النبي ﷺ وفعَلها أصحابه . ومن الغرائب ما حكاه صاحب «المبسوط» أن لزوم الوقف من الأنبياء عليهم السلام خاصَّة . وجوابه: بأنَّ الوقف قُرْبَةٌ مندوبٌ إليها ؛ لقوله تعالى : ﴿وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ﴾ [الحج: ٧٧] .

(وهو تحييس الأصل وتسييل المنفعة) كذا في «التلخيص» و«الوجيز» . ومرادهم بتسييل المنفعة أن يكون على بَرٍّ أو قربةٍ ، وأحسنه حبس مالٍ يمكن الانتفاع به مع

وفيه روايتان: إحداهما: أنه يحصل بالقول والفعل الدال عليه ، مثل أن يني مسجداً ويأذن للناس في الصلاة فيه ، أو يجعل أرضه مقبرة ، ويأذن لهم في الدفن فيها ، أو سقاية ويشرعها لهم . والأخرى : لا يصح إلا بالقول .

بقاء عينه ممنوع من التصرف في عينه بلا عذر ، مصروف منفعه في البر تقرباً إلى الله تعالى . وله أربعة أركان: الواقف ، وشرطه أن يكون جائز التصرف . والموقوف عليه . وما ينعقد به . وسُمِّي وقفاً ؛ لأن العين موقوفة ، وحبساً ؛ لأن العين محبوسة .

(وفيه روايتان: إحداهما: أنه يحصل بالقول والفعل الدال عليه) عرفاً (مثل أن يني مسجداً ويأذن للناس في الصلاة فيه ، أو يجعل أرضه مقبرة (ويأذن لهم في الدفن فيها) هذه الرواية ظاهر المذهب ، ونص عليها في رواية جماعة ؛ لأن العرف جارٍ بذلك ، وفيه دلالة على الوقف ، فجاز أن يحصل به كالقول . قال الشيخ تقي الدين : أو أذن فيه وأقام ؛ نقله أبو طالب وجعفر ، ولو نوى خلافه .

(أو سقاية ويشرعها لهم) أي: للناس ، والمراد به البيت المبنى لقضاء حاجة الناس ، وليس منصوصاً عليه في كتب اللغة والغريب ، وإنما المذكور فيها أن السقاية بكسر السين: الموضع الذي يتخذ فيه الشرب في المواسم وغيرها .

(والأخرى: لا يصح إلا بالقول) ذكرها القاضي ، واختارها أبو محمّد الجوزي . وقد سأله الأثرم عن رجل أحاط حائطاً على أرض ليجعلها مقبرة ونوى بقلبه ثم بدا له العود ، فقال: إن كان جعلها لله فلا يرجع . ولأن هذا تحييس على وجه القرية ، فوجب أن يتعين باللفظ كالوقف على الفقراء ، لكن قال في «المغني»: وهذه لا تنافي الأولى ، فإنه إن أراد بقوله: إن كان جعلها لله ، أي: نوى بتحويلها جعلها لله ، فهذا تأكيد للأولى وزيادة عليها ؛ إذ منعه من الرجوع بمجرد التحويل مع النيّة . وإن أراد بقوله: جعلها لله ، أي: اقترنت بفعله قرائن دالة على ذلك من إذنه للناس في الدفن فيها فهي عين الأولى ، وإن أراد أنه وقفها بقوله فيدل بمفهومه على أن الوقف لا يحصل بمجرد التحويل والنيّة ،

وصريخه: وقفت وحبست وسبّلت . وكنايته: تصدّقت وحرّمت وأبّدت . فلا يصحّ الوقف بالكناية ، إلا أن ينويه أو يقرن بها أحد الألفاظ الباقية

وهذا لا ينافي الأولى ؛ لأنّه فيها يضمُّ إلى فعله إذنه للنّاس في الدّفن ، ولم يوجد هنا ، فانتفت هذه الرّوايات ؛ للاحتِمالات ، وصار المذهب روايةً واحدةً ، فصار بمنزلة مَنْ قدّم إلى ضيفه طعامًا كان إذنًا في أكله ، ومَنْ ملأ خابية ماءً كان سيلاً له ، وكالبيع والهبة ، وأمّا الوقف على المساكين فلم تجر به عادةٌ بغير لفظ .
فرغ : الأخرس يصحّ وقفه بالإشارة المفهّمة كغيره .

(وصريخه: وقفت) لأنّه موضوع له ، وكلفظة التّطليق في الطّلاق (وحبست ، وسبّلت) لأنّه ثبت لهما عوضٌ في الشّرع ، فمتى أتى بواحدةٍ منها صار وقفًا من غير انضمام أمر زائد ، ولو عبّر بـ «أو» كـ«الوجيز» و«الفروع» لكان أولى ، وفي كلام بعضهم أنّ الصّريح لا ينحصر في الثلاثة . وفي «المغني» و«الكافي»: إذا جعل علو موضع أو سفله مسجدًا صحّ ، وكذا وسطه وإن لم يذكر استطرًا كبيعته ، فيتوجّه منه الاكتفاء بلفظٍ يشعر بالمقصود ، وهو أظهر على أصلنا ، فيصحّ : جعلت هذا للمسجد أو فيه ونحوه ، وهو ظاهر نصوصه ، فيكون تملكًا للمسجد ؛ جزم به الحارثي ، أي: للمسلمين لنفعهم به ، وظاهر كلام المؤلّف لا يكون تملكًا ؛ لأنّهم ذكروا في الإقرار له وجهين كالحمل .

(وكنايته: تصدّقت ، وحرّمت ، وأبّدت) لأنّه لم يثبت لها عرفٌ لغويٌّ ولا شرعيٌّ ؛ لأنّ الصّدقة تُستعمل في الرّكاة ، وهي ظاهرةٌ في صدقة التّطوُّع ، والتّحريم يُستعمل في الظّهارة ، والتّأييد يحتمل تأييد التّحريم أو تأييد الوقف .

(فلا يصحّ الوقف بالكناية) مجردة . فعلى هذا ، لا بدّ من انضمام شيءٍ آخر إليها ؛ ليرتجح إفادتها للوقف ، وأشار إليه بقوله:

(إلا أن ينويه) فيصحّ ، ويكون على ما نوى ، إلا أنّ النّيّة تجعله وقفًا في الباطن دون الظّاهر .

(أو يقرن بها أحد الألفاظ الباقية) من الصّرائح والكناية ، وهي خمسة ، علّم

أو حكم الوقف ، فيقول: تصدقت صدقة موقوفة أو محبسة ، أو مسئلة أو محرمة أو مؤبدة . ولا تباع ، ولا توهب ، ولا تورث . ولا يصح إلا بشروط أربعة: أحدها: أن يكون في عين يجوز بيعها ، ويمكن الانتفاع بها دائماً مع بقاء عينها ، كالعقار والحيوان والأثاث والسلاح .

ذلك من تمثيله ؛ لأنَّ اللَّفْظَ يترجَّحُ بذلك ؛ لإرادة الوقف (أو) يقرب به (حكم الوقف فيقول: تصدقت صدقة موقوفة أو محبسة أو مسئلة أو محرمة أو مؤبدة) هذا مثال للأوّل (ولا تباع ، ولا توهب ، ولا تورث) هذا مثال للثاني ؛ لأنَّ هذه القرينة تزيل الاشتراك . وذكر أبو الفرج أنّ «أبُدت» صريح ، وأنَّ «صدقة موقوفة أو مؤبدة أو لا تباع» كناية .

(ولا يصح إلا بشروط أربعة) لم يتعرض المؤلف للواقف ؛ لظهوره ، وشرطه أن يكون مالكا ، جائز التصرف ، وهو في الصّحة من رأس المال وفي مرض الموت أو ما نزل منزلته من الثلث .

(أحدها: أن يكون في عين يجوز بيعها ويمكن الانتفاع بها دائماً مع بقاء عينها) قال أبو محمد الجوزي: بقاء متطاولاً أدناه عمر الحيوان (كالعقار) لحديث عمر . قال أحمد في رواية الأثرم: إنّما الوقف في الدور والأرضين على ما وقف أصحاب النبي ﷺ . قال ابن عقيل: وظاهر هذا حصره على العقار ؛ لأنّه هو الذي يتأبّد حقيقة ، بخلاف غيره .

(والحيوان) لما روى أبو هريرة مرفوعاً: «مَنْ احتبس فرساً في سبيل الله إيماناً واحتساباً فإنَّ شعبه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة حسنة» . رواه البخاري ، ولأنّه يحصل تحبّيس الأصل وتسييل المنفعة ، فصحَّ وقفه كالعقار .

(والأثاث والسلاح) لقوله عليه السلام -: «أما خالد فقد احتبس أذراعه وأعتاده في سبيل الله» . متفق عليه . وفي لفظ للبخاري: «وأعتده» . قال الخطابي: الأعتاد: ما يعدّه الرّجل من مركوب وسلاح وآلة الجهاد . ونقل المروذي: لا يجوز وقف سلاح ؛ ذكره أبو بكر ، وعنه: ولا منقول ؛ لأنّها أعيان

ويصحُّ وقف المشاع .

لا تبقى على التأييد ، فلم يجوز وقفها كالطعام . ورُدَّ بالفرق . قوله: «في عين» ، يحترز به عن الموصى بمنفعته ، فلا يصحُّ وقفه من مالك المنفعة . قوله: «يجوز بيعها» ، يحترز به عن الحرِّ ، فإنه لا يصحُّ أن يقف نفسه .

وأرض السواد ، قال الإمام أحمد: القطائع ترجع إلى الأصل إذا جعلها للمساكين . فظاهره أنه يصحُّ وقفها ، وهي في الأصل وقفٌ ، ومعناه: أن وقفها يطابق الأصل لا أنها تصير وقفًا بهذا القول ؛ قاله في «الشرح» . ويستثنى منه وقف المصحف فإنه يصحُّ روايةً واحدةً ؛ قاله في «الوسيلة» .

والماء ، قال الفضل: سألت أحمد عن وقف الماء ، فقال: إن كان شيئًا استجازوه بينهم جاز . وحمله القاضي وغيره على وقف مكانه ، وهو بعيد ؛ لأنَّ وقف مكان الماء لا تتوقف صحته على استجازتهم له ، ومقتضاه أن النصَّ شاهدٌ بصحة الوقف لنفس الماء . قال الحارثي: وهو مشكلٌ من وجهين: أحدهما: إثبات الوقف فيما لم يملكه ، فإنَّ الماء يتجدد شيئًا فشيئًا . والثاني: ذهاب العين بالانتفاع ، والوقف يستدعي بقاء أصلٍ ينتفع به على ممرِّ الزمان ، ولكن قد يقال: مادّة الحصول من غير تأثير بالانتفاع تنزل منزلة بقاء العين مع الانتفاع . وتأتي تتمّة ذلك .

(ويصحُّ وقف المشاع) في قول أكثر الفقهاء ؛ لما روى ابن عمر أن عمر قال: إنَّ المائة سهم التي بخبير لم أصب مالا قطُّ أعجب إليَّ منها ، فأردت أن أتصدق بها ، فقال النبيُّ ﷺ : «احبس أصلها ، وسبل ثمرتها» . رواه النسائي وابن ماجه . ولأنه عقدٌ يجوز على بعض الجملة مفرزًا ، فجاز عليه مشاعًا كالبيع ، ويعتبر أن يقول: كذا سهمًا من كذا سهمًا ؛ قاله أحمد .

قال في «الفروع»: ثمَّ يتوجّه أن المشاع لو وقف مسجدًا أثبت حكم المسجد في الحال ، فيمنع منه الجنب ، ثمَّ القسمة متعيّنة هنا كتعيينها طريقًا للانتفاع بالموقوف . وفي «الرعاية الكبرى»: لو وقف نصف عبده صحَّ ولم يسر إلى بقيته وإن كان لغيره ،

ويصحُّ وقف الحلبي على اللبس والعارية . وعنه: لا يصحُّ . ولا يصحُّ الوقف في الذمّة كعبد ودار ، ولا غير معين كأحد هذين ، ولا وقف ما لا يجوز بيعه كأّم الولد والكلب .

فإن أعتق ما وقفه منه أو أعتقه الموقوف عليه لم يصحَّ ولم يسر ، وإن أعتق الواقف بقيته أو أعتقه شريكه فيه عتق بقيته ولم يسر إلى الموقوف ، وإن علّق عتقه بصفة ثم وقف قبلها صحَّ وقفه .

(ويصحُّ وقف الحلبي على اللبس والعارية) لما روى نافع أن حفصة ابتاعت حليًا بعشرين ألفًا حبسته على نساء آل الخطاب ، فكانت لا تُخرج زكاته . رواه الخلال . ولوجود الضابط ، ولأنّ فيه نفعًا مباحًا مقصودًا ، فجاز أخذ الأجرة عليه ، وصحَّ وقفه كوقف السّلاح في سبيل الله .

(وعنه: لا يصحُّ) نقلها الأثرم وحنبل . قال في «المغني» و«الشرح»: وأنكر حديث حفصة ؛ لأنّ التّحليّ ليس هو المقصود الأصليّ من الأثمان ، فلم يصحَّ وقفها كالذّنانير . ورُدّ بأنّ المفسد فيها عدم الانتفاع بعينها ، وهذا في الحلبيّ معدوم . قال في التلخيص: وهو محمولٌ على رواية منع وقف المنقول . وذكر القاضي في «تعليقه» رواية الأثرم وحنبل ، ولفظها: لا أعرف الوقف في المال . فإن لم يكن في الرواية غير هذا ففي أخذ المنع منه نظرٌ ؛ قاله الزّركشيّ .

(ولا يصحُّ الوقف في الذمّة كعبد ودار) لأنّه نقل ملكٍ على وجه القربة ، فلم يصحَّ في غير معين كالهبة .

(ولا) وقف (غير معين كأحد هذين) العبدین ؛ لما ذكرنا ، وفيه احتمالٌ في العتق ، فيخرج المبهم منهما بالقرعة (ولا وقف ما لا يجوز بيعه كأّم الولد) لأنّه نقلٌ للملك فيها في الحياة ، فلم يجز كالبيع ، وفيه وجهٌ ، وقَيّده ابن حمدان إن صحَّ بيعها .

(والكلب) لأنّ الوقف تحييس الأصل وتسييل المنفعة ، والكلب أبيض الانتفاع به على خلاف الأصل ؛ للضرورة ، فلم يجز التّوسّع فيها ، وكذا لا يصحُّ وقف الحمل منفردًا .

ولا ما لا يُنتفع به مع بقاءه دائماً كالأثمان والمطعوم والرياحين . الثاني: أن يكون على برٍّ ، كالمساكين ، والمساجد .

(ولا) يصحُّ وقف (ما لا ينتفع به مع بقاءه دائماً كالأثمان) وهي الدنانير والدراهم (والمطعوم والرياحين) في قول عامة العلماء ؛ لأنَّ ما لا يُنتفع به إلا بالإتلاف لا يصحُّ وقفه كالشَّمع ليشعله ، وقيل: يصحُّ في الأثمان بناءً على إيجارتها . ورُدُّ ؛ لأنَّ تلك المنفعة ليست المقصودة التي خُلقت له الأثمان ، فلم يجز الوقف له كوقف الشَّجر على نشر الثَّياب ، ويستثنى منه لو وقف فرساً بسرج ولجام مفضَّضين فإنه يصحُّ ويدخل تبعاً ؛ نصَّ عليه . أمَّا لو وقفهما للتَّحلي والوزن فاختر صاحب «التلخيص» الصَّحَّة كإيجارتها لذلك ، واختار المؤلِّف وجمع ضدها ؛ لأنَّ ذلك ليس من المرافق العامَّة ، فإن أُطلق بطل ، وقيل: يصحُّ ويحمل عليهما .

مسألة :

لا يصحُّ وقف قنديل نقيد على مسجد ، ويزكيه ربُّه ، وقيل: يصحُّ ، فيكسر ، ويُصرف لمصلحته . وقال ابن المنجاء: تمثله بالمطعوم والرياحين فيه نظرٌ من جهة أنَّهما لا يبقيان ، فيحذفان ، ويقتصر على التَّمثيل بالأثمان ، أو يبقيان مع حذف «مع بقاءه» ، فإنه يصحُّ أن يقال: إنَّهما لا يُنتفع بهما دائماً ؛ لأنَّ نفعهما يحصل في بعض الزَّمن ، وعُلِمَ منه أنَّ وقف ما لا منفعة فيه - كالعين المؤجَّرة - لا يصحُّ ؛ لعدم وجود المعنى . نعم ، إن وقفها مدَّة الإجارة إذا انقضت صحَّ إن قيل: يصحُّ تعليق الوقف على شرط .

(الثاني: أن يكون على برٍّ) ومعروفٍ إذا كان الوقف على جهةٍ عامَّةٍ ؛ لأنَّ المقصود منه التَّقرب إلى الله تعالى ، وإذا لم يكن على برٍّ لم يحصل المقصود (كالمساكين والمساجد) فإذا قال: جعلت ملكي للمسجد ، صار حقاً من حقوقه ، ولا يُعتبر قبول ناظره ؛ لتعدُّره بالقبول كحالة وقف المسجد ، فإنه لا يُشترط قبوله ؛ لأنَّ الناظر لا يكون إلا بعد الوقف .

والقناطر ، والأقارب مسلمين كانوا أو من أهل الذمّة . ولا يصحّ على الكنائس ، وبيوت النّار .

(والقناطر) والسّقَايات ، والمقابر ، وكتب العلم (والأقارب ، مسلمين كانوا أو من أهل الذمّة) نصّ عليه ؛ لأنّ القريب الذمّيّ موضع القربى ، بدليل جواز الصدقة عليه ، ويصحّ الوقف على أهل الذمّة ؛ جزم به الأكثر ؛ لأنّ صفيّة وقفت على أخ لها يهوديّ ، ولأنّهم يملكون ملكًا محترمًا ، ولأنّ مَنْ جاز أن يقف عليه الذمّيّ جاز أن يقف المسلم عليه كالمسلم ، وصحّ الحلوانيّ: على فقرائهم ، وصحّحه في «الواضح» من ذمّيّ عليهم وعلى بيعة وكنيسة ، ومقتضى كلام صاحب التلخيص و«المحرّر» أنّه لا يصحّ الوقف عليهم ؛ لأنّ الجهة معصية ، بخلاف أقاربه . وإن وقف ذمّيّ على ذمّيّ شيئًا ، وشرطه أن يستحقّه ما دام ذمّيًّا فأسلم فله أخذه أيضًا ؛ لأنّ الواقف عينه له ويلغو شرطه . وردّه في «الفنون» ، وقيل: يُشترط ألا يكون معصية ، فيصحّ في المباح كالوقف على الأغنياء ، وقيل: ومكروه .

فائدة : يصحّ الوقف على الصّوفيّة ، وهم المشتغلون بالعبادات في غالب الأوقات ، المعرضون عن الدّنيا . قال الشيخ تقيّ الدّين: فمَنْ كان منهم جماعًا للمال ، أو لم يتخلّق بالأخلاق الحمودة ، ولا تأدّب بالآداب الشرعيّة غالبًا ، أو فاسقًا - لم يستحقّ . ولم يعتبر الحارثيّ الفخر . قال في «الفروع»: ويتوجّه احتمال: لا يصحّ عليهم ، ولهذا قال الإمام: ما رأيت صوفيًّا إلاّ سلّمًا الخواص ؛ قاله أبو محمّد الجوينيّ ؛ إذ ليس له حدّ يُعرف به .

(ولا يصحّ على الكنائس وبيوت النّار) والبيع ؛ لأنّ ذلك معصية ؛ لكون أنّ هذه المواضع بيتٌ للكفر ، والمسلم والذمّيّ سواء . قال أحمد في نصارى وقفوا على البيعة ضياعًا وماتوا ولهم أبناء نصارى فأسلموا والضياع بيد النّصارى: فلهم أخذها ، وللمسلمين عونهم حتّى يستخرجوها من أيديهم . وحكم الوقف على قناديل البيعة ومَنْ يخدمها ويعمرها كالوقف عليها ؛ قاله في «المغني» و«الشرح» . وإن قال: أنت حرٌّ بشرط أن تخدم الكنيسة سنةً بعد موتي ، وهما نصرانيّان ، فأسلم العبد قبل تمامها - عتق في الحال ، وعنه: تلزمه القيمة لبقية الخدمة ، وعنه: لا ، وهي

وكتابة التَّوراة والإنجيل ، ولا على حربِيٍّ ولا مرتدٍّ ، ولا يصحُّ على نفسه في إحدى الروايتين . وإن وقف على غيره واستثنى الأكل منه

أصحُّ وأوفق لأصوله .

(وكتابة التَّوراة والإنجيل) للإعانة على المعصية ، فإنها منسوخة ، وقد بُدِّل بعضها ، غضب النَّبِيُّ ﷺ حين رأى مع عمر شيئاً استكتبه منها ، وقال: «أفي شك أنت يا ابن الخطاب؟! ألم آت بها بيضاء نقية؟! ولو كان أخي موسى حيًّا ما وسعه إلا أتباعي» . وكتب الزُّندقة من باب أولى .

(ولا على حربِيٍّ ولا مرتدٍّ) لأنَّ أموالهما مباحة في الأصل تجوز إزالتها ، فما يتجدد لهم أولى ، ولانتفاء الدَّوام ؛ لأنَّهما مقتولان عن قُرْب .

تنبيه : لا يصحُّ الوقف على قُطَاع الطَّرِيق ، ولا على المغاني ، ولا التَّنوير على قبرٍ وتبخيره ، ولا على مَنْ يقيم عنده أو يخدمه ، ولا وقف ستورٍ لغير الكعبة ، وصحَّحه ابن الرَّاغوني ، فيصرف لمصلحته ؛ ذكره ابن الصَّيرفي .

(ولا يصحُّ على نفسه في إحدى الروايتين) قال في رواية أبي طالب: لا أعرف الوقف إلا ما أخرج له تعالى ، أو في سبيله ، فإن وقفه عليه حتَّى يموت فما أعرفه . فعليها ، يكون باطلاً ، وجزم به الأكثر ، وقدمه في «الفروع» ؛ لأنَّ الوقف تمليكٌ إمَّا للرَّبة أو للمنفعة ، وكلاهما لا يصحُّ ؛ لأنَّ الإنسان لا يجوز له أن يملك نفسه من نفسه ، كما لا يجوز أن يبيع ماله من نفسه ، والأصحُّ أنه يُصرف لمن بعده في الحال .

والثَّانية: يصحُّ ؛ ذكره في المذهب ظاهر المذهب ، واختاره ابن أبي موسى وابن عقيل وأبو المعالي والشَّيخ تقيُّ الدِّين ؛ لأنَّه يصحُّ أن يقف وقفًا فينتفع به كذلك إذا خصَّ نفسه بانتفاعه ، وكشروط غلته له ، ومتى حكم به حاكمٌ حيث يجوز له الحكم ، وظاهر كلامهم ينفذ حكمه ظاهرًا ؛ لأنَّها مسألة اجتهاديَّة ، وهل ينفذ باطنًا؟ فيه خلاف .

(وإن وقف على غيره واستثنى) كلُّ الغلَّة أو بعضها له أو لولده (الأكل منه

مدّة حياته صحّ . الثالث: أن يقف على معين يملك ، ولا يصحّ على مجهول كرجلٍ ومسجدٍ ، ولا على حيوانٍ لا يملك كالعبد والحمل

مدّة حياته) أو مدّة معلومة (صحّ) الوقف والشّروط ؛ نصّ عليه ، واحتجّ بأنّه قال: سمعت ابن عُيينة ، عن ابن طاوس ، عن أبيه ، عن حجر المدريّ أنّ في صدقة رسول الله ﷺ أن يأكل أهله منها بالمعروف . وشرط عمر أكل الوالي عليها ، وكان هو الوالي عليها ، وفعله جماعة من الصّحابة ، وقيل: لا يصحّ الوقف ؛ لأنّه إزالة ملكٍ ، فلم يجز اشتراط نفعه لنفسه كالبيع ، وقيل: لا يصحّ شرطه ، فإن صحّ فمات في أثناء المدّة كان لورثته ، ويصحّ إجارتها .

(الثالث: أن يقف على معين يملك) لأنّ الوقف تمليكٌ ، فلم يصحّ على غير معين كالهبّة (ولا يصحّ على مجهولٍ كرجلٍ ومسجدٍ) لما ذكرنا ، ولا على أحدٍ هذين ، وفيه وجهٌ بناءً على أنّه لا يفتقر إلى قبولٍ ، ولا على معدوم أصلاً ، كوقفه على من سيولد لي أو لفلانٍ ، وصحّحه فيه في «المغني» ؛ لأنّه يراد للدوام ، بخلاف الوصيّة . وفي «التّرجيب»: هو منقطع الأوّل ، ولم يعتبر الحارثيّ أن يملك ؛ لحصول معناه ، فيصحّ لعبدٍ وبهيمةٍ ينفقه عليهما .

(ولا على حيوانٍ لا يملك كالعبد) قال أحمد فيمن وقف على ممالিকে: لا يصحّ الوقف حتّى يعتقهم ، وظاهره ولو قلنا: إنّه يملك بالتّمليك ؛ لأنّ ملكه كالعدم ، وقيل: يصحّ إن قلنا: يملك به ، ويكون لسيدّه ، والمدبّر وأمّ الولد كالقنّ ، وكذا المكاتب في الأصحّ ؛ لأنّ ملكه غير مستقرّ ، لا يقال: الوقف على المساجد صحیحٌ وهي لا تملك ، فينبغي أن يصحّ هنا ؛ لأنّ الوقف على المسلمين إلّا أنّه عينٌ في نفعٍ خاصّ لهم ، فيردّ أنّه يصحّ على الكنائس ، ويكون الوقف على أهل الذمّة .

وجوابه: أنّ الجهة التي عينّ صرف الوقف فيها ليست نفعاً ، بل هي معصيةٌ محرّمةٌ يزدادون بها عقاباً ، بخلاف المساجد (والحمل) لما ذكرنا ، وصحّحه ابن عقيلٍ والحارثيّ كوصيّةٍ . قال في «الفروع»: ويتوجّه في الوقف على حمل صحّة

والمالك والبهيمة . الرَّابِع: أن يقف ناجزًا ، فإن علقه على شرط لم يصح ، إلا أن يقول: هو وقفٌ بعد موتي ، فيصحُّ في قول الخرقِيّ . وقال أبو الخطاب: لا يصحُّ .

الهيئة له ، وأولى لصحتها لعبيد . وعلى الأول ، يصحُّ تبعًا ك: على أولادي وأولاد فلان ، وفيهم حملٌ مستحقٌّ هو وكلُّ حملٍ من أهل الوقف بالوضع من ثمرٍ وزرعٍ ما يستحقُّه مشترٍ ؛ نصَّ عليه .

(والمالك والبهيمة) لعدم ملكها ، والجنُّ والميت كذلك .

(الرَّابِع: أن يقف ناجزًا) ك: وقفت داري على كذا ، ولا خلاف في صحتها بشرطه ؛ لأنه نقلٌ للملك ، أشبه البيع (فإن علقه بشرط لم يصح) لأنه نقل للملك فيما لم يُينَ على التَّغليب والسَّراية ، فلم يجز تعليقه على شرطٍ في الحياة كالهيئة ، وفيه وجهٌ ، وقيل: إن قلنا: هو لله تعالى ، وظاهره شاملٌ لما إذا شرط شرطًا فاسدًا كخيارٍ فيه وتحويله وتغيير شرطٍ ، وخرَج من البيع صحتَه . وفي «الشَّرح»: إذا شرط أن يبيعه متى شاء أو يهبه أو يرجع فيه بطل الوقف والشَّروط ، لا نعلم في بطلان الشَّروط خلافًا ؛ لأنه ينافي مقتضى العقد ، وقيل: يصحُّ الوقف بناءً على الشُّروط الفاسدة في البيع .

(إلا أن يقول: هو وقفٌ بعد موتي ، فيصحُّ في قول الخرقِيّ) أي: يصحُّ تعليق الوقف المعلق بالموت ، واختاره أبو الخطاب في «خلافه» ، ونصره في «المغني» و«الشَّرح» ، وذكر أنه ظاهر كلام أحمد ، وقدمه في «الفروع» ، واحتجَّ أحمد بأنَّ عمر أوصى ، فكان في وصيته: هذا ما أوصى به عبد الله أمير المؤمنين إن حدث به حادثٌ أن تُمنَّا صدقةً ، والعبد الذي فيه ، والسَّهم الذي بخير ، ورقيقه الذي فيه . رواه أبو داود . ولأنَّ هذا تبرُّعٌ معلقٌ بالموت ، فصحَّ كالهيئة والصدقة . فعلى هذا ، ينفذ من الثلث ما دون ، ويقف الباقي على إجازة الورثة كالتدبير .

(وقال أبو الخطاب) والقاضي وابن البتَّا في «الخصال» : (لا يصحُّ) لأنه تعليقٌ

فصل

ولا يُشترط القبول ، إلا أن يكون على آدمي معين ، ففيه وجهان: أحدهما: يُشترط ذلك ، فإن لم يقبله أو ردّه بطل في حقّه دون مَنْ بعده .

للووقف على شرط ، فلم يصحّ ، كما لو علّقه على شرط في الحياة ، وحمل القاضي كلام الخرقّي على أنّه قال: قفوا بعد موتي . هذا وصيّة بالوقف لا إيقاف . وفي «الشّرح»: سوّى المتأخّرون من أصحابنا بين تعليقه بالموت وبين تعليقه بشرط في الحياة ، ولا يصحّ ؛ لما بينهما من الفرق ؛ لأنّ هذا وصيّة ، وهي أوسع من التصرّف في الحياة ، بدليل جوازها بالجهول وللمجهول والحمل ، وكما لو قال: إذا متّ فداري لفلان ، أو أبرأته من ديني الذي عليه .

فصل

(ولا يُشترط القبول) إذا كان على غير معين كالمساكين ، أو مَنْ لا يُتصوّر منه القبول كالمسجد والقناطر ؛ لأنّه لو اشترط لامتنعت صحّة الوقف فيه ، ويلزم بمجرّد الإيجاب ، وذكر صاحب «النّظم» احتمالاً: يقبله نائب الإمام .

(إلا أن يكون على آدمي معين ففيه وجهان: أحدهما: يُشترط ذلك) صحّحه صاحب «التهاية» ؛ لأنّه تبرّع ، فكان من شرطه القبول كهبة ووصيّة ولو على التّراخي ، وقال الشّيخ تقيّ الدّين: وأخذ ريعه قبول . والثّاني ، وهو المذهب ، واختاره القاضي ، وجزم به في «الوجيز»: أنّه لا يُشترط ذلك ؛ لأنّه إزالة ملكٍ يمنع البيع ، فلم يُعتبر فيه القبول كالعتق ، والفرق أنّ الوقف لا يختصّ المعين ، بل يتعلّق به حقٌّ مَنْ يأتي من البطون في المستقبل ، فيكون الوقف على جميعهم إلاّ أنّه مرتّب ، فصار كالوقف على الفقراء . قال ابن المنجا: وهذا الفرق موجودٌ بعينه في الهبة ، والأشبه أنّه ينبنى ذلك على الملك هل ينتقل إلى الموقوف عليه أم لا؟ فعلى هذا ، لا يبطل بالردّ كالعتق . وعلى الأوّل (فإن لم يقبله أو ردّه بطل في حقّه) لأنّه تمليك لم يوجد شرطه ، أشبه الهبة ، لكن اختلفوا فيما إذا ردّ ثمّ قبل هل يعود أم لا؟ قاله الشّيخ تقيّ الدّين (دون مَنْ بعده) لأنّ المبطل وُجد في

وكان كما لو وقف على مَنْ لا يجوز ، ثمَّ على مَنْ يجوز يُصرف في الحال إلى مَنْ بعده ، وفيه وجهٌ آخر: إن كان مَنْ لا يجوز الوقف عليه يعرف انقراضه - كرجلٍ معيَّنٍ يُصرف إلى مصرف الوقف المنقطع إلى أن ينقرض ، ثمَّ يُصرف إلى مَنْ بعده ، وإن وقف على جهةٍ تنقطع ، ولم يذكر له مالا ، أو على مَنْ يجوز ، ثمَّ على مَنْ لا يجوز ، أو قال: وقفتُ ، وسكت - انصرف بعد انقراض مَنْ يجوز الوقف عليه إلى ورثة الواقف وقفًا عليهم في إحدى الروايتين .

الأوَّل ، فاخصَّصَ به وصار كالوقف المنقطع الابتدائي يخرج في صحته في حقِّ مَنْ سواه وبطلانه وجهان مبنيان على تفریق الصَّفقة ، والأصحُّ صحته ؛ لتعذر استحقاقه ؛ لفوت وصفٍ فيه ، وأشار إليه بقوله: (كان كما لو وقف على مَنْ لا يجوز) كالمجهول (ثمَّ على مَنْ يجوز) كالمساكين (يُصرف في الحال إلى مَنْ بعده) لأنَّ الواقف قصد صيرورة الوقف إليه في الجملة ولا حالة يمكن انتظارها ، فوجب الصَّرف إليه ؛ لِقَلَّ يفوت غرض الواقف ، ولقَلَّ تبطل فائدة الصَّحَّة .

(وفيه وجهٌ آخر) قال ابن حمدان: وهو أصحُّ وأشهر (إن كان مَنْ لا يجوز الوقف عليه يعرف انقراضه كرجلٍ معيَّنٍ) أي: كعبده وأمِّ ولده ؛ لأنَّه أحد نوعي الوقف (يُصرف إلى مصرف الوقف المنقطع إلى أن ينقرض) لأنَّها إحدى حالتي الانقطاع ، أشبه الأخرى (ثمَّ يُصرف إلى مَنْ بعده) أي: مَنْ يجوز عليه الوقف ؛ لأنَّه مرَّتْ (وإن وقف على جهةٍ تنقطع) كأولاده ؛ لأنَّه بحكم العادة يمكن انقراضهم (ولم يذكر مالا) المأل بهمزة مفتوحة بعد الميم المفتوحة: المرجع (أو على مَنْ يجوز) الوقف كأولاده (ثمَّ على مَنْ لا يجوز) كالكنائس .

(أو قال: وقفت ، وسكت ، انصرف بعد انقراض مَنْ يجوز الوقف عليه) قد تضمَّن هذا صحَّة الوقف . قال في «الرَّعاية»: في الأصحَّ . وقال محمَّد بن الحسن: لا يصحُّ ؛ لأنَّ الوقف مقتضاه التأييد ، فإن كان منقطعًا صار وقفًا على مجهولٍ . وجوابه: أنَّه معلوم المصرف ، فصحَّ ، كما لو صرَّح بمصرفه ؛ إذ المطلق يُحمل على العرف كنقد البلد ، وحيثُ يُصرف (إلى ورثة الواقف) نسبًا ؛ قاله في «الوجيز» و«الفروع» ، بقدر إرثهم (وقفًا عليهم في إحدى الروايتين) وفي الكافي: هي

والأخرى: إلى أقرب عَصْبته ، وهل يختصُّ به فقراؤهم؟ على وجهين .
وقال القاضي في موضع: يكون وقفًا على المساكين .

ظاهر المذهب . وجزم بها في «الوجيز» ، وقدمها في «الفروع» ؛ لأنَّ الوقف مصرفه البرُّ ، وأقاربه أولى النَّاسِ ببرِّه ؛ لقوله عليه السَّلام - : «إنَّك أن تدع ورثتك أغنياء خيرٌ من أن تدعهم عالَّةً يتكفَّفون النَّاسَ» . ولأنَّهم أولى النَّاسِ بصدقاته النَّوَافِلِ والمفروضات ، فكذا صدقته المنقولة (والأخرى) يُصرف (إلى أقرب عصبته) لأنَّهم أحقُّ أقاربه ببرِّه ؛ لقوله عليه السَّلام - : «ابدأ بمن تعول: أمك وأباك ، وأختك وأخاك ، ثمَّ أدناك أدناك» . رواه النَّسائي . فيحتمل أن يكون ملكًا لهم ، وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى ، وظاهر «الخرقي» عكسه ، والمذهب أنَّه يكون وقفًا عليهم ؛ لأنَّ الملك زال عنه بالوقف ، فلا يعود ملكًا لهم ، وعنه: ملكًا ، ويحتمله كلام الخرقي في الورثة .

(وهل يختصُّ به فقراؤهم؟ على وجهين) أحدهما ، وهو ظاهر كلام الإمام والخرقي والمجد: أنَّه لا يختصُّ بهم ، بل يشمل الفقير والغنيَّ منهما ؛ لأنَّه لو وقف على أولاده شملهما ، فكذا هنا . والثاني ، واختاره القاضي في الروايتين: أنَّه يختصُّ الفقراء منهم ؛ إذ القصد بالوقف البرُّ والصَّلة ، والفقراء أولى بهذا المعنى من غيرهم ، ونصَّ على أنَّه يُصرف في مصالح المسلمين .

(وقال القاضي في موضع) وهو «الجامع الصَّغير» ، والشَّريف أبو جعفر ، وإليه ميل المؤلِّف ، وهو رواية (يكون وقفًا على المساكين) قال في «الشَّرح»: وهو أعدل الأقوال ؛ لأنَّهم أعمُّ جهات الخير ، ومصرف الصَّدقات ، وحقوق الله تعالى من الكفَّارات ونحوها ، فإن كان للواقف أقارب مساكين كانوا أولى به استحبابًا كصَّلاته ، وحيث قلنا: يُصرف إلى الأقارب فانقرضوا ، أو لم يوجد له قريبٌ ، فإنَّه يُصرف لبيت المال ؛ نصَّ عليه في رواية أبي طالب ، وقطع به أبو الخطاب والمجد ؛ لأنَّه مالٌّ لا مستحقٌّ له ، وقال الأكثر: يرجع إلى الفقراء والمساكين ؛ إذ القصد بالوقف الصَّدقة الدَّائمة ؛ لقوله عليه السَّلام - : «أو صدقةً جاريةً» . وقال ابن أبي موسى: يباع ويُجعل ثمنه للمساكين . ونقل حربٌ عنه مثله ،

وإذا قال: وقفت داري سنة ، لم يصح . ويحتمل أن يصح ، ويُصرف بعدها مصرف المنقطع . ولا يُشترط إخراج الوقف على يده في إحدى الروايتين .

وعنه: يرجع إلى ملك واقفه الحي . قال ابن الزاغوني في «الواضح»: الخلاف في الرجوع إلى الأقارب أو إلى بيت المال أو إلى المساكين مختص بما إذا مات الواقف ، أمّا إن كان حيّاً فانقطعت الجهة فهل يعود الوقف إلى ملكه أو إلى عصبته؟ فيه روايتان ، وظاهر المتن أنّ المسائل الثلاث على سنن واحد ، وأنّ الخلاف فيها ، وفي «الشرح»: إذا قال: وقفت هذا ، وسكت ، أو صدقة موقوفة أنّه لا نصّ فيها . وقال ابن حامد: يصح . وهو قياس قول أحمد في التذر المطلق ، فإنّه ينعقد موجّباً للكفارة . وفي «الفروع»: وكذا إذا قال: وقفه ، ولم يزد . وقال القاضي وأصحابه: إنّه يُصرف في وجوه البر . وفي «عيون المسائل» فيها وفي: تصدّقت به لجماعة المسلمين . وفي «الروضه» : إن قال: وقفته ، صحّ في الصّحيح عندنا .

تنبيه : للوقف أربعة أحوال: متّصل الابتداء والانتهاء ، ولا إشكال في صحّته ، ومنقطع الانتهاء ، وهو صحيح في الأصحّ ، ومنقطع الابتداء متّصل الانتهاء ، ومتّصل الابتداء والانتهاء منقطع الوسط ، والمذهب صحّتهما ، وقيل بالبطلان بناءً على تفريق الصّفقة .

مسألة : لو وقف على الفقراء ثمّ على ولده صحّ لهم دونه ، وقيل: وعليه ، كما لو وقف على فقراء ببلد معين .

(وإذا قال: وقفت داري سنة ، لم يصحّ) لأنّ مقتضى الوقف التأييد ، وهذا ينافيه ، فلو قال: وقفت هذا على ولدي سنة ، ثمّ على المساكين ، صحّ (ويحتمل أن يصحّ) لأنّه منقطع الانتهاء ، وقد بيّنا صحّته (و حينئذٍ يُصرف بعدها) أي: بعد السنّة (مصرف المنقطع) أي: منقطع الانتهاء (ولا يُشترط إخراج الوقف عن يده في إحدى الروايتين) في ظاهر المذهب ؛ لأنّ الوقف يزول به ملك الواقف ، ويلزم بمجرّد اللفظ ؛ لحديث عمر السّابق ، ولأنّه تبرّع بمنع البيع والهبة ، فيلزم بمجرّده

فصل

ويملك الموقوف عليه الوقف . وعنه: لا يملكه ، ويملك صوفه ولبنه وثمرته ونفعه .

كالعتق . والثانية: لا يلزم إلا بالقبض وإخراج الوقف عن يده ، واختارها ابن أبي موسى ، وقاله محمد بن الحسن ؛ لأنه تبرع بمالٍ لم يخرجه عن المائلة ، فلم يلزم بمجرد كالهبة ، فلو شرط نظره له سلمه ليد غيره ثم ارتجعه . وأجيب بالفرق ، فإنها تملك مطلقاً ، والوقف تحبب الأصل وتسبيل المنفعة ، فهو بالعتق أشبه ، فالحاقه به أولى ، وعلم منه أن الخلاف في لزوم الوقف ، وهو ظاهر كلام الأكثر ، وصرح في «الهداية» أنه في الصحة ، ولعله ظاهر المتن .

فصل :

(ويملك الموقوف عليه الوقف) في ظاهر المذهب ؛ لأنه سبب يزيل التصرف في الرقبة ، فملكه المنتقل إليه كالهبة إلا أن يكون مملاً لا يملك كالمسجد ونحوه ، فإن الملك فيه ينتقل إلى الله تعالى .

(وعنه: لا يملكه) الموقوف عليه ، ويكون تملكاً لله تعالى ، وهو اختيار ابن أبي موسى ؛ لأنه إزالة ملك عن العين والمنفعة على وجه القرية بتمليك المنفعة ، فلم ينتقل إلى صاحبها كالعتق ، ولأنه لو انتقل إليه لافتقر إلى قبوله كسائر الأملاك ، وعنه: أنه باقٍ على ملك الواقف ؛ لقوله: «إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها» . ولأنه لا يوجب زوال الملك عنه ، فتلزمه الخصومة فيه . والأول أولى ؛ لأنه سبب لم يخرج به الملك عن المائلة ، فوجب أن ينتقل إليه كالهبة والبيع ، وفارق العتق من حيث إنه إخراج عن حكم المائلة ، ولأنه لو كان تملكاً للمنفعة المجردة لم يلزم كالعارية والشكوى ، وقول أحمد: إنهم لا يملكون التصرف في الرقبة ، جمعاً بينهما ، لا يقال: عدم ملكه التصرف فيها يدل على عدم ملكه لها ؛ لأنه ليس بلازم ، بدليل أم الولد ، فإنه يملكها ، ولا يملك التصرف في رقبته .

(ويملك صوفه ولبنه وثمرته ونفعه) بغير خلافٍ نعلمه ؛ لأنه نماء ملكه ؛ قاله

وليس له وطء الجارية ، فإن فعل فلا حدَّ عليه ، ولا مهر . وإن أتت بوليد فهو حرٌّ ، وعليه قيمته ، ويشترى بها ما يقوم مقامه ، وتصير أمُّ ولید له ، وتعتق بموته ، وتجب قيمتها في تركته ، ويشترى بها مثلها ، وتكون وقفًا .

في «الشرح» ، ومقتضاه أنه مبنيٌّ على الملك ، وفيه شيءٌ ، ويستوفيه بنفسه وبالإجارة والإعارة ونحوها ، إلا أن يعين في الوقف غير ذلك ، وينبني على الخلاف ما إذا كان الموقوف ماشيةً ، فإنه لا تجب زكاتها على الثانية والثالثة ؛ لضعف الملك أو انتفائه ، ووجبت على الموقوف عليه في ظاهر كلامه ، واختاره القاضي في «التعليق» ، والمجد ، وقيل: لا تجب ؛ لضعف الملك ، اختاره في «التلخيص» . والأصحُّ: يخرج المعين فطرته على الأولى ، كعبدٍ اشترى من غلة الوقف لخدمة الوقف لتمام التصرف فيه ؛ ذكره أبو المعالي ، والخلاف فيما يُقصد به تملك الرِّيع ، أمَّا المسجد والمقبرة فلا خلاف أنه ينقطع عنه اختصاص الآدميِّ ، ويشبه ذلك الرُّبط والمدارس .

(وليس له وطء الجارية) لأنَّ ملكه ناقصٌ ، ولا يؤمن حبلها فتتقص أو تتلف أو تخرج من الوقف بأن تبقى أمُّ ولید .

(فإن فعل فلا حدَّ عليه) للشبهة (ولا مهر) عليه ؛ لأنه لو وجب لوجب له ، ولا يجب للإنسان شيءٌ على نفسه .

(وإن أتت بوليد فهو حرٌّ) لأنه من وطء شبهة (وعليه) أي: على الواطئ (قيمه) يوم الوضع (ويشترى بها ما يقوم مقامه) أي: عبدٌ مكانه ؛ لأنه فوّت رقه ، ولأنَّ القيمة بدل عن الوقف ، فوجب أن تُردَّ في مثله (وتصير أمُّ ولید له) لأنه أحبلها بحرٌّ في ملكه ، وإن قلنا: لا يملكها ، لم تصر أمُّ ولید له ؛ صرح به في «المغني» و«الشرح» ؛ لأنها أجنبيَّة .

(وتعتق بموته) كأَمِّ الولد (وتجب قيمتها في تركته) لأنه أتلّفها على من بعده من البطون (يشترى بها مثلها ، وتكون وقفًا) لينجبر على البطن الثاني ما فاتهم ، وقيل: يُصرف إلى البطن الثاني إن تلقى الوقف من واقفه ، وهو ظاهر كلام جماعية ، فلهم

وإن وطئها أجنبيٌّ بشبهة ، فأنت بوليد فالولد حرٌّ ، وعليه المهر لأهل الوقف وقيمة الولد . وإن تلفت فعليه قيمتها يشتري بها مثلها . ويحتمل أن يملك قيمة الولد ههنا ، وله تزويج الجارية وأخذ مهرها ، وولدها وقفٌ معها . ويحتمل أن يملكه .

اليمن مع شاهدهم ؛ لثبوت الوقف مع امتناع بعض البطن الأوّل منها ، فإن كان النّصف طلقاً فأعتقه مالكة لم يسر إلى الوقف ؛ لأنّه لم يُعتق بالمباشرة ، فبالسّراية أولى .

(وإن وطئها أجنبيٌّ بشبهة فأنت بوليد فالولد حرٌّ) لاعتقاده أنّه وطئ في ملكٍ وإن كان عبداً ، وظاهره أنّه إذا وطئها مكرهةً أو مطاوعةً فعليه الحدُّ ؛ لانتهاء الشبهة (وعليه المهر لأهل الوقف) لأنّه وطئ جاريتهم في غير ملكٍ ، أشبه الأمة المطلقة ، ولأنّه عوض المنفعة ، وهي مستحقّة (و) عليه (قيمة الولد) لأنّ رقه فات بسبب من جهته وهو اعتقاد الحرّيّة ، وتعتبر قيمته يوم تضعه حيّاً ؛ لأنّه لا يمكن تقويمه قبل ذلك ، ويكون الولد وقفاً معها تبعاً لها (وإن تلفت فعليه) أي: المتلف ، سواء كان أجنبيّاً أو الواقف (قيمتها) لأنّه إتلافٌ حصل في مستحقّ الغير ، فوجب القيمة ، كما لو أتلف غير الوقف ، وكذا إن كان المتلف الموقوف عليه ؛ لأنّه لا يملك التصرّف في الرّبة ، إنّما له المنفعة (يشتري بها مثلها) لأنّه أقرب إلى الوفاء بشرط الواقف ، يصير وقفاً بالشّراء (ويحتمل أن يملك) الموقوف عليه (قيمة الولد) لأنّه يملك النّماء ، وهو منه (ههنا) يعني: إذا وطئها أجنبيٌّ بشبهة (ولا يلزمه قيمة الولد إن أولدها) لأنّ ما تُملك قيمته لا تلزمه قيمته (وله) أي: للموقوف عليه (تزويج الجارية) في الأصحّ ؛ لأنّه عقدٌ على منفعتها ، أشبه الإجارة . والثّاني: لا يجوز تزويجها ؛ لأنّه عقدٌ على منفعتها في العمر ، فيفضي إلى تفويت منفعتها في حقّ من يأتي من البطون ، وهذا الخلاف مبنيٌّ على الملك ، وحيثيذ ، ليس له أن يتزوّجها ، وإن قلنا: هو ملكٌ لله ، فيزوّجها حاكمٌ ويتزوّجها (وأخذ مهرها) لأنّه بدل المنفعة ، وهل يستحقّها كالأجرة؟ (وولدها وقفٌ معها) أي: إذا ولدت من زوج أو زناً ؛ لأنّ ولد كلّ ذات رحم حكمه حكمها كأّم الولد والمكاتبه (ويحتمل أن يملكه) لأنّه من نائها كثمره الشّجرة .

وإن جنى الوقف خطأً فالأرش على الموقوف عليه . ويحتمل أن يكون في كسبه . وإذا وقف على ثلاثة ثم على المساكين فمن مات منهم رجع نصيبه إلى الآخرين .

فرع : إذا طلبت التزويج لزمه إجابتها ؛ لأنه حق لها طلبته ، فعتيت الإجابة ، وما فات من الحق به يفوت نفعاً ، فلا يصلح أن يكون مانعاً كغير الموقوفة .

(وإن جنى الوقف) جناية موجبة للمال (خطأً فالأرش على الموقوف عليه) جزم به الشَّيْخَانُ وفي «الوجيز» ، ومرادهم إذا كان معيَّناً ؛ لأنه ملكه ، فكانت عليه كجناية أمِّ الولد ، ولم يتعلَّق أرشها برقبة الوقف ؛ لأنه لا يمكن بيعه ، ولا يلزمه أكثر من قيمته كأُمِّ الولد .

(ويحتمل أن يكون في كسبه) كما لو لم يكن معيَّناً كالوقف على المساكين ؛ لأنه ليس له مستحقٌّ معيَّن يمكن إيجاب الأرش عليه ، والمذهب إن قلنا: هو ملكٌ لله ، فالأرش في كسبه ؛ لتعدُّر تعلُّقه برقبته ؛ لكونه لا يباع ، وبالموقوف عليه ؛ لكونه لا يملكه ، وقيل: هو في بيت المال ، وحكاه في «التبصرة» رواية كأرش جناية الحرِّ المعسر ، وضعَّفه في «المغني» بأنَّ الجناية إنما تكون في بيت المال في صورةٍ تحملها العاقلة عند عدمها ، وجناية العبد لا تحملها .

تنبيه : لم يتعرَّض المؤلِّف إذا جنى جنايةً موجبةً للقود ، والقطع أنه يجب ، فإن قتل يبطل الوقف لا بقطعه ، ويكون باقيه وفقاً كتلفه بفعل الله تعالى ، فإن قتل فالظاهر لا يجب القود كعبدٍ مشتركٍ ، وتجب القيمة ، وليس للموقوف عليه العفو عنها ؛ لأنه لا يختصُّ بها ، ويشترى بها مثلها يكون وفقاً ، ويتوجَّه اختصاص الموقوف عليه بها إن قلنا: يملكه ، وإن قطع طرفه فللعبد القود ، وإن عفا فأرشه يُصرف في مثله . وفي التَّرجيب احتمالٌ كجنائية بلا تلف طرفٍ ، ويُعايا بمملوكٍ لا مالكٍ له ، وهو عبدٌ وُقف على خدمة الكعبة ؛ قاله ابن عقيل في «المشور» .

(وإذا وقف على ثلاثة) كزيد وعميرو وبكرٍ (ثم على المساكين ، فمن مات منهم) أو ردَّ (رجع نصيبه إلى الآخرين) لأنَّهما من الموقوف عليهم أولاً ، وعَوَّده

فصل

ويرجع إلى شرط الواقف في قسمه على الموقوف عليه ، وفي التّقديم

إلى المساكين مشروطاً بانقراضهم ؛ إذ استحقاق المساكين مرتّبٌ ثَمٌّ ، فإذا مات الثلاثة أو ردّوا فللمساكين ، عملاً بشرطه ، فلو وقف على ثلاثة ولم يذكر له مالاَ فَمَنْ مات منهم فحكم نصيبه حكم المنقطع ، كما لو ماتوا جميعاً ؛ قاله الحارثي . واختار في «القواعد» أنّه يُصرف إلى الباقي ، وهو أظهر .

فصل

(ويرجع إلى شرط الواقف) لأنّ عمر وقف وقفاً وشرط فيه شروطاً ، ولو لم يجب أتباع شرطه لم تكن في اشتراطه فائدةٌ ، ولأنّ ابن الزبير وقف على ولده ، وجعل للمردودة من بناته أن تسكن غير مضرّة ولا مضرّة بها ، فإذا استغنت بزوج فلا حقّ لها فيه ، ولأنّ الوقف متلقّى من جهته ، فأتبع شرطه ، ونصّه كنصّ الشارع ، قال الشيخ تقيّ الدّين: يعني في الفهم والدلالة في وجوب العمل ، مع أنّ التّحقيق أنّ لفظه ولفظ الموصي والخالف والتأذر وكلّ عاقدٍ يُحمل على عادته في خطابه ولغته التي يتكلّم بها ، وافقت لغة العرب أو الشارع أو لا ، فلو تعقّب شرطه جُملاً عاد إلى الكلّ ، واستثناءً كشرط ؛ نصّ عليه ، وكذا مخصّصٌ من صفةٍ وعطف بيانٍ وتوكيدٍ وبدلٍ ونحوه ، وجارٍ ومجرورٍ ، نحو: وعلى أنّه ، وبشرط أنّه ، ونحوه (في قسمه على الموقوف عليه) أي: على أنّ للأنتى سهماً وللذكر سهمين ، أو بالعكس . والمستحبُّ أن يقسمه على أولاده على حسب قسمة الله تعالى في الميراث: للذكر مثل حظّ الأنتيين . وقال القاضي: المستحبُّ التّسوية بينهم ؛ لأنّ القصد القربة على وجه الدوام ، وقد استووا في القرابة . ورُدّ بأنّه اتّصل المال إليهم ، فينبغي أن يكون على حسب الميراث كالعطيّة ، والذكر في مظنة الحاجة غالباً بوجوب حقوقٍ تترتّب عليه ، بخلاف الأنتى .

(وفي التّقديم) بأن يقف على أولاده مثلاً يُقدّم الأفقه أو الأدين أو المريض

والتأخير ، والجمع والترتيب ، والتسوية والتفضيل ، وإخراج مَنْ شاء بصفة وإدخاله بصفة ، والتأظر فيه .

ونحوه . قال في رواية محمد بن عبد الحكم فيما إذا خصَّ بعضهم بالوقف: إن كان على طريق الأثرة فأكرهه ، وإن كان على أنَّ بعضهم له عيالٌ وبه حاجةٌ فلا بأس .
(والتأخير) بأن يقف على ولد فلانٍ بعد بني فلانٍ .

(والجمع) بأن يقف على أولاده وأولاد أولاده ونسله وعقبه .

(والترتيب) بأن يقف على أولاده ، ثمَّ أولادهم ، ثمَّ يقف على أولاده وإن نزلوا ، الأعلى فالأعلى ، أو الأقرب فالأقرب ، أو على أولاده ، فإذا انقضوا فعلى أولاد أولاده ، فالتقديم بقاء أصل الاستحقاق للمؤخر على صفة أنَّ له ما فضل وإلا سقط ، والترتيب عدم استحقاق المؤخر مع وجود المقدم .

(والتسوية) بأن يقف على طائفةٍ بينهم بالتسوية ، وقيل: يمنع تسويةً بين فقهاء كمسابقة .

(والتفضيل) بأن يقول: لواحدٍ الثلث وللآخر الثلثان .

(وإخراج مَنْ شاء بصفة وإدخاله بصفة) لقضية ابن الزبير في بناته ، وليس هو تعليقٌ للوقف بصفة ، بل وقفٌ مطلقٌ ، والاستحقاق له صفةٌ ، فلو شرط أن يخرج مَنْ شاء منهم ويدخل مَنْ شاء من غيرهم لم يصحَّ ؛ لمنافاته مقتضاه ، لا قوله: يعطي مَنْ شاء ويمنع مَنْ شاء ؛ لتعليقه استحقاقه بصفةٍ ، كما لو وقفه على المشتغلين بالعلم من ولده ، فإنه يستحقُّه المشتغل دون غيره ، فمن ترك الاشتغال زال استحقاقه ، فإن عاد إليه عاد استحقاقه ؛ ذكره في «المغني» و«الشرح» . وقال الحارثي: بالفرق لا يتَّجه . وقال الشيخ تقي الدين: كلُّ متصرفٍ بولايةٍ إذا قيل: يفعل ما شاء ، فإنما هو لمصلحةٍ شرعيةٍ حتى لو صرح الواقف بما يهواه أو يراه مطلقاً فشرطٌ باطلٌ ؛ لمخالفة الشرع ، وكشرطه تغيير شرط .

(و) في (التأظر فيه) بأن يقول: التأظر فلانٌ فإن مات ففلانٌ ؛ لأنَّ عمر جعل وقفه إلى حفصة تليه ما عاشت ، ثمَّ يليه ذو الرأى من أهلها ، ولأنَّ مصرف الوقف

والإنفاق عليه ، وسائر أحواله .

يُتَّبَعُ فِيهِ شَرْطُ الْوَأَقْفِ ، فَكَذَا فِي نَظَرِهِ ، وَشَرْطُهُ أَنْ يَكُونَ مَكْلُفًا ثَقَّةً ، كَافِيًا فِي ذَلِكَ ، خَبِيرًا بِهِ ، قَوِيًّا عَلَيْهِ ، فَإِنْ جَعَلَهُ لِغَيْرِهِ لَمْ يَعْزَلْهُ بِلَا شَرْطٍ ، وَإِنْ شَرْطُهُ لِنَفْسِهِ ثُمَّ لَغَيْرِهِ صَحَّ فِي الْأَصَحِّ ، وَإِنْ فَوَّضَهُ لِغَيْرِهِ أَوْ أَسْنَدَهُ فَلَهُ عَزْلُهُ ؛ قَالَ ابْنُ حَمْدَانَ وَالْحَارِثِيُّ ، وَقِيلَ : لَا ، وَاخْتَارَهُ جَمْعٌ .

وَاللَّنَاطِرُ التَّقْرِيرُ فِي الْوِظَائِفِ . وَفِي «الْأَحْكَامِ السُّلْطَانِيَّةِ» : يَقْرَّرُ فِي الْجَوَامِعِ الْبَارِ الْإِمَامَ ، وَلَا يَتَوَقَّفُ الِاسْتِحْقَاقَ عَلَى نَصِيْبِهِ إِلَّا بِشَرْطٍ ، وَلَا نَظَرَ لِغَيْرِهِ مَعَهُ . أَطْلَقَهُ الْأَصْحَابُ فِي «الْفُرُوعِ» ، وَيَتَوَجَّهُ مَعَ حُضُورِهِ ، فَيَقْرَّرُ حَاكِمًا فِي وَظِيْفَةٍ خَلَّتْ فِي غَيْبَتِهِ ، وَلَوْ سَبَقَ تَوَلِيَهُ نَاطِرٌ غَائِبٌ قُدِّمَتْ ، وَالنَّاطِرُ مَنْقُذٌ لِمَا شَرْطُهُ الْوَأَقْفِ .

(وَالْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ) بَأَنْ يَقُولَ : يَعْمَرُ الْوَقْفَ مِنَ الْمَكَانِ الْفُلَانِيِّ مِثْلًا (وَسَائِرُ أَحْوَالِهِ) لِأَنَّهُ ثَبِتَ بَوَاقِفِهِ ، فَوَجِبَ أَنْ يَتَّبَعَ فِيهِ شَرْطُهُ ، وَلِأَنَّ ابْتِدَاءَ الْوَقْفِ مَفْوُضٌ إِلَيْهِ ، فَكَذَا فِي تَفَاصِيْلِهِ ، فَلَوْ شَرْطُ الْأَيُّوجِرِ أَوْ قَدَّرَهَا بِمُدَّةٍ اتَّبَعَ ، وَالْأَيُّوجِرُ فَاسِقٌ وَشَرِيْرٌ وَمَتَجَوِّةٌ وَنَحْوُهُ عَمَلٌ بِهِ . قَالَ فِي «الْفُرُوعِ» : وَإِلَّا تَوَجَّهَ إِلَّا يُعْتَبَرُ فِي فُقَهَاءِ وَنَحْوِهِمْ ، وَفِي إِمَامٍ وَمَوْذُنٍ الْخِلَافِ . وَقَالَ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ : لَا يَجُوزُ أَنْ يَنْزَلَ فَاسِقٌ فِي جِهَةِ دِينِيَّةٍ كَمُدْرَسِيَّةٍ وَغَيْرِهَا مَطْلَقًا ؛ لِأَنَّهُ يَجِبُ الْإِنْكَارُ وَعَقُوبَتُهُ ، فَكَيْفَ يَنْزَلُ؟! وَإِنْ نَزَلَ مَسْتَحَقٌّ تَنْزِيلًا شَرْعِيًّا لَمْ يَجْزِ صَرْفُهُ بِلَا مَوْجِبٍ شَرْعِيٍّ .

تَنْبِيْهُ : لِلْحَاكِمِ النَّظَرِ الْعَامِّ ، فَيَعْتَرِضُ عَلَيْهِ إِنْ فَعَلَ مَا لَا يَسُوغُ ، وَلَهُ ضَمُّ أَمِيْنٍ مَعَ تَفْرِيطِهِ أَوْ تَهْمَتِهِ ، وَكَذَا مَعَ ضَعْفِهِ ، وَمَنْ ثَبِتَ فَسَقُهُ أَوْ أَمْرٌ مَتَصَرِّفًا بِخِلَافِ الشَّرْطِ الصَّحِيْحِ عَالِمًا بِتَحْرِيْمِهِ قَدَحَ فِيهِ ، فَإِمَّا أَنْ يَنْعَزَلَ ، أَوْ يَعْزَلَ ، أَوْ يُضَمَّ إِلَيْهِ أَمِيْنٌ عَلَى الْخِلَافِ ، ثُمَّ إِنْ صَارَ هُوَ وَالْوَصِيِيُّ أَهْلًا كَمَا لَوْ صَرَّحَ بِهِ وَكَالْمَوْصُوفِ ؛ ذَكَرَهُ الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ ، وَذَكَرَ الْجَدُّ فِي «الثُّكْتِ» أَنَّهُ لَوْ عُزِلَ مِنْ وَظِيْفَتِهِ لِلْفَسْقِ ثُمَّ تَابَ لَمْ يَعُدَّ إِلَيْهَا ، وَإِذَا فَرَطَ سَقَطَ مِمَّا لَهُ بِقَدْرِ مَا فَوَّتَهُ مِنَ الْوَاجِبِ . وَإِذَا أُطْلِقَ النَّظَرُ لِلْحَاكِمِ الْمُسْلِمِينَ شَمِلَ أَيُّ حَاكِمٍ ، وَأَفْتَى جَمَاعَةً مِنْ ذَوِي الْمَذَاهِبِ أَنَّهُ عِنْدَ التَّعَدُّدِ يَكُونُ لِلْسُّلْطَانِ تَوَلِيَةٌ مَنْ شَاءَ ، وَلَوْ فَوَّضَهُ حَاكِمٌ لَمْ يَجْزِ لِآخِرِ نَقْضِهِ ، وَلَوْ وَلِيَ كُلُّ مِنْهُمَا شَخْصًا قَدَّمَ وَلِيَ الْأَمْرَ أَحَقَّهُمْ .

فإن لم يشترط ناظرًا فالنظر للموقوف عليه . وقيل: للحاكم .

فرغ : إذا جهل شرط الواقف تساوى فيه المستحقون ؛ لأنَّ الشَّرْكَةَ ثبتت ولم يثبت التَّفْضِيلُ ، فوجب التَّسْوِيَةُ ، كما لو شرك بينهم بلفظه ؛ ذكره في «الكافي» وغيره ، وقَّده الشَّيْخُ تَقِيُّ الدِّينِ بما إذا لم يكن عادةً ، قال: لأنَّ العادة المستمَّرة والعرف المستقرُّ في الوقف يدلُّ على شرط الواقف أكثر مما يدلُّ لفظ الاستفاضة .

(فإن لم يشترط ناظرًا) أو شرطه لإنسانٍ فمات (فالنَّظَرُ للموقوف عليه) على المذهب ؛ لأنَّه ملكه وغلَّته له ، فكان نظره إليه كملكه المطلق ، فإن كان واحدًا استقلَّ به مطلقًا ، وقيل: يُضْمُّ إلى الفاسق أمينٌ حفظًا لأصل الوقف عن التَّضْيِيعِ ، وإن كان مولى عليه قام وليُّه مقامه ، وإن كانوا جماعةً فهو بينهم على قدر حصصهم ، ويستثنى منه ما إذا كان الوقف على مسجدٍ ، أو مَنْ لا يمكن حصرهم فإنَّه للحاكم ؛ لأنَّه ليس له مالكٌ معيَّنٌ ، وله أن يستيب فيه .

(وقيل: للحاكم) أي: حاكم البلد ؛ اختاره ابن أبي موسى ؛ لأنَّه يتعلَّق به حقُّ الموجودين وحقُّ مَنْ يأتي من البطون ، وبناء المؤلَّف وهو ظاهر «المحرَّر» و«الفروع» على الملك ، فإن قلنا: هو للموقوف عليه ، فالنَّظَرُ له ؛ لأنَّه يملك عينه ونفعه ، وإن قلنا: هو لله تعالى ، فالحاكم يتولَّاه ويصرفه في مصرفه كالوقف على المساكين . والحاصل: إن كان النَّظَرُ لغير موقوفٍ عليه وكانت ولايته من حاكمٍ أو ناظرٍ فلا بدُّ فيه من شرط العدالة ، وإن كانت ولايته من واقفٍ وهو فاسقٌ أو عدلٌ ففسق صحَّ ، وضمَّ إليه أمينٌ ووظيفة ناظر حفظ وقفٍ وعمارةٍ وإيجارٍ وزراعةٍ ومخاصمةٍ فيه ، وتحصيل ريعه من أجرةٍ وزرعٍ وثمرَةٍ ، وصرفه في جهاته من عمارةٍ وإصلاحٍ وإعطاءٍ مستحقٍّ ونحوه .

فرغ : إذا شرط النَّظَرُ لاثنين فأكثر لم يصحَّ تصرف أحدهما بلا شرطٍ ، وإن شرطه لكلِّ منهما صحَّ ، فإن شرطه لاثنين من أفاضل ولده فلم يوجد منهما إلا واحدٌ ضمَّ إليه أمينٌ ؛ لأنَّ الواقف لم يرَضَ بنظرٍ واحدٍ ؛ ذكره في «الكافي» ، وكذا لو جعله لاثنين فمات أحدهما أو انعزل .

وينفق عليه من غلته . وإن وقف على ولده ثم على المساكين ، فهو لولده الذكور والإناث بالسوية .

(وينفق عليه) أي: على الوقف (من غلته) إن لم يعين واقف من غيره ؛ لأن الوقف تحبب الأصل وتسبيل المنفعة ، ولا يحصل ذلك إلا بالإنفاق عليه ، فكان من ضرورته ، فإن لم يكن له غلة فالنفقة على موقوف عليه معين إن كان الواقف ذا روح ، فإن تعذر الإنفاق بيع وصرف الثمن في عين أخرى تكون وقفاً لحل الضرورة ، وإن كان على غير معين كالمساكين فالنفقة من بيت المال ، فإن تعذر بيع ، ثم إن كان الوقف عقاراً لم تجب عمارته من غير شرطه ، فإن كان بشرطه عمل به .

وقال الشيخ تقي الدين: تجب عمارته بحسب البطون ، وتقدم عمارته على أرباب الوظائف . قال الشيخ تقي الدين: الجمع بينهما حسب الإمكان أولى ، بل قد يجب ، ولو احتاج خان مسبل أو دار موقوفة لسكنى حاج أو غزاة ونحوهم إلى مرمة أوجر منه بقدر ذلك .

فرغ : للناظر الاستدانة عليه بلا إذن حاكم كشرائه الوقف بنسيئة أو بنقد لم يعينه . قال في «الفروع»: ويتوجه في قرضه مالا لولي .

(وإن وقف على ولده) أو أولاده أو على أولاد فلان (ثم على المساكين ، فهو لولده الذكور والإناث) والخنائي ؛ لأن اللفظ يشملهم (بالسوية) لأنه شرك بينهم ، وإطلاقها يقتضي التسوية ، كما لو أقر لهم بشيء ، وكولد الأم في الميراث ، ولا يدخل فيه الولد المنفي باللعان ؛ لأنه لا يسمى ولدًا ، ولا يستحق منه حمل إلا بعد انفصاله ؛ لأنه لا يسمى ولدًا قبل انفصاله ، فيستحق من ثمر وزرع كمشتر ؛ نقله المروذي ، وقطع به في «المعني» وغيره . ونقل جعفر: يستحق من زرع قبل بلوغه الحصاد ؛ قطع به في «المبهبج» . وقال الشيخ تقي الدين: الثمرة للموجود عند التأبير وبدو الصلاح ، ويشبه الحمل إن قدم إلى ثغر موقوف عليه فيه أو خرج منه إلى بلد موقوف عليه فيه ؛ نقله يعقوب ، وقياسه من نزل في

ولا يدخل فيه ولد البنات ، وهل يدخل فيه ولد البنين؟ على روايتين . وإن وقف على عقبه أو ولد ولده أو ذرّيته أو نسله دخل فيه ولد البنين .

مدرسة ونحوه ، واختار شيخنا: يستحقُّ بحصّته من مغلّه ، وأنّ من جعله كالولد فقد أخطأ ؛ ذكره في «الفروع» .

(ولا يدخل فيه ولد البنات) بغير خلافٍ ؛ قاله في «المغني» و«الشّرح» ؛ لعدم دخوله في قول تعالى : ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ [النساء: ١١] ولقول الشّاعر:
بنونا بنو أبائنا وبناتنا بنوهنّ أبناء الرّجال الأبعد
لأنّ ولد الهاشميّة ليس بهاشميّ ، ولا يُنسب إلى أيها شرعاً ولا عرفاً ، وبهذا علّل أحمد فقال: لأنهم من رجلٍ آخر . وقيل: شملهم ؛ لدخولهم في مسمّى الأولاد .

(وهل يدخل ولد البنين؟ على روايتين) كذا في «المحرّر» و«الفروع»: أحدهما ، وجزم بها في «الوجيز»: يدخلون ؛ لدخولهم في قوله تعالى : ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾ [النساء: ١١] وحينئذٍ يشمل ولد البنين وإن سفلوا ؛ لأنّه ولدٌ ؛ لقوله تعالى : ﴿يَبْنِيْءَ آدَمَ﴾ [الأعراف: ٢٦] ﴿يَبْنِيْءَ إِسْرَائِيلَ﴾ [البقرة: ٤٧] ولقوله عليه السّلام - : «ارموا بني إسماعيل فإنّ أباكم كان رامياً» . ولأنّه لو وقف على ولد فلانٍ وهم قبيلةٌ دخل فيه ولد البنين ، فكذا إذا لم يكونوا قبيلةً ، وحينئذٍ يستحقّون في الوقف بعد آبائهم مرتّباً ، وظاهره : يشمل الموجودين ومن سيوجد ، وفيه روايةٌ ، وهذا ما لم تكن قرينةٌ تصرفه عن ذلك .
والثّانية: لا يدخلون ؛ اختارها القاضي وأصحابه ؛ لأنّ ولده حقيقةً ولد صلبه ، والكلام لحقيقته ، وإمّا يسمّى ولد الولد ولداً مجازاً ، بدليل صحّة النّفى إلا أن يقترن به ما يدلّ على إدخالهم ، كقوله: وقفت على أولادي ، لولد الذّكور الثّلاثان ، ولولد الإناث الثّلاث . وآية الميراث دلّت قرينةً على إرادة الولد وإن سفل ، فحمل اللفظ على حقيقته ومجازه .

(وإن وقف على عقبه أو ولد ولده أو ذرّيته أو نسله دخل فيه ولد البنين) بغير

ونُقل عنه: لا يدخل فيه ولد البنات . ونُقل عنه في الوصيَّة: يدخلون فيه .
 وذهب إليه بعض أصحابنا ، وهذا مثله . وقال أبو بكر وابن حامد: يدخلون
 فيه ، إلا أن يقول: على ولد ولدي لصلبي ، فلا يدخلون .

خلاف علمناه ؛ لأنه ولد ولده حقيقة وانتساباً (ونُقل عنه: لا يدخل فيه ولد البنات)
 لأنه قال فيمن وقف على ولده: ما كان من ولد البنات فليس لهم شيء . فهذا النص
 يحتمل تعديته إلى هذه المسألة ، ويحتمل أن يكون مقصوراً على من وقف على
 ولده ، ولم يذكر ولد ولده ، والمنع اختاره القاضي في «التعليق» و«الجامع» ،
 والشيرازي ، وأبو الخطاب في «خلافه» الصَّغير ، وفي «الفروع»: اختاره الأكثر
 ك: من يُنسب إليَّ . ونصَّ عليها في ولد ولدي الصُّلبيِّ إلا بقريَّة تدلُّ على
 دخولهم .

(ونُقل عنه في الوصيَّة: يدخلون فيه ، وذهب إليه بعض أصحابنا ، وهذا
 مثله) لأنَّ حكم الوقف والوصيَّة واحدٌ ، والقول بدخولهم هو رواية ثابتة عن
 أحمد قَدَمها في «المحرَّر» و«الرَّعاية» ، واختارها أبو الخطاب في «الهداية» ؛ لأنَّ
 البنات أولاده ، فأولادهنَّ أولاه أولاده حقيقة ؛ لقوله تعالى : ﴿وَمِنْ ذُرِّيَّتِهِ
 دَاوُدَ﴾ [الأنعام: ٨٤] وإلى قوله: ﴿وَعِيسَى﴾ [الأنعام: ٨٥] وهو ولد بنته ،
 وقال النَّبِيُّ ﷺ على المنبر: «إنَّ ابني هذا سيِّدٌ ، ولعلَّ الله أن يصلح به بين
 فئتين عظيمتين من المسلمين» . يعني: الحسن . رواه البخاري . قال في «الشَّرح»:
 والقول بدخولهم أصحُّ وأقوى دليلاً .

(وقال أبو بكر وابن حامد: يدخلون فيه) هذا رواية ؛ لأنَّ ولد البنت يدخل في
 التَّحريم الدَّالُّ عليه قوله تعالى : ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ [النساء:
 ٢٣] (إلا أن يقول: على ولد ولدي لصلبي ، فلا يدخلون) لأنه ليس من صلبه ،
 وفي الرِّوایتين للقاضي وتبعه في «المغني» أنَّهما اختارا الدُّخول مطلقاً . وفي
 «الخصال» لابن البناء أنَّ ابن حامد اختار الدُّخول ، وأبا بكر ما ذكره هنا ، وهو
 في «المغني» القديم ، وقيل: إن قال: ولد ولدي لصلبي ، شمل ولد بنيه لصلبه .
 وفي «التَّبصرة» : يشمل في الدُّرِّيَّة ، وأنَّ الخلاف في ولد ولده ، ومحلُّ الخلاف

مع عدم القرينة ، أمّا مع القرينة فالعمل بها ، ولهذا قيل في عيسى والحسن: إنَّهما إنّما دخلا مع الذكر ، والكلام مع الإطلاق . وأجاب في «المغني» و«الشَّرح» عن قضيتة عيسى بأنّه لم يكن له نسبٌ ينتسب إليه فنُسب إلى أمّه ، والحسن بأنّه مجازٌ اتِّفاقاً ، بدليل قوله تعالى : ﴿مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ﴾ [الأحزاب: ٤٠] .

مسألة : إذا قال: على ولدي ثمّ على ولد ولدي ثمّ الفقراء ، لم يشمل البطن الثالث ومن بعده في الأشهر ، فإن قال: على ولدي ، فإذا انقرض ولد ولدي فعلى الفقراء ، شمل ولد ولده ، وقيل: لا ، كما لو قال: على ولدي لصليبي ، فلو وقف على ولده فلاّن وفلانّ ثمّ على ولد ولده مُنع ؛ جزم به في «المغني» وغيره ، وقال القاضي: لا . ونقله حربٌ ؛ لأنّ قوله: على ولدي ، يستغرق الجنس ، فيعمّ ، والتخصيص بقوله: فلاّن وفلانّ تأكيدٌ للبعض ، فلا يوجب إخراج البقيّة ، كالعطف في قوله تعالى : ﴿قُلْ مَن كَانَ عَدُوًّا لِّجِبْرِيلَ﴾ [البقرة: ٩٧] الآية . وعلى الأوّل ، فيقصر الوقف على المسلمين وأولادهما ، وأولاد الثالث جعلاً لتسميتهما بدلاً للبعض من الكلّ ، فاخصّ الحكم به ، ويجوز أن يكون بدل الكلّ من الكلّ ؛ لانطلاق لفظ الولد على الاثنين ، كانطلاقه على الجميع .

فرغ : إذا قال: على أولادي ثمّ أولادهم ثمّ الفقراء ، فترتب جملة ، وقيل: أفراد . وفي «الانتصار» : إذا قوبل جمعٌ بجمع اقتضى مقابلة الفرد منه بالفرد من مقابلة لغة . فعلى هذا ، قال في «الفروع»: الأظهر استحقاق الولد وإن لم يستحقّ أبوه شيئاً ؛ قاله شيخنا . ومن ظنّ أنّ الوقف كالإرث لم يدر ما يقول ، ولهذا لو انتفت الشروط في الطبقة الأولى أو بعضهم لم تحرم الثانية مع وجود الشروط فيه إجماعاً ، وقول الواقف: من مات فنصيبه لولده ، يعمّ ما استحقّه ، وما يستحقّه مع صفة الاستحقاق استحقّه أولاً تكثيراً للفائدة ، ولصدق الإضافة بأدنى ملابسة .

تنبيه : إذا قال: من مات عن غير وليّ فنصيبه لمن في درجته والوقف مرتّب ، فهو لأهل البطن الذي هو منهم من أهل الوقف ، وكذا إن كان مشتركاً بين

وإن وقف على بنيه أو بني فلان فهو للذكور خاصة .

البطون ، فإن لم يوجد في درجته أحدٌ بطل هذا الشرط ، وكان الحكم فيه كما لو لم يذكره ، وإن كان الوقف على البطن الأول على أن نصيب من مات منهم عن غير ولي لمن في درجته فخلافٌ ، والأشهر أنه يستوي في ذلك إخوته وبنو عمه وبنو بني عم أبيه ونحوهم ، إلا أن يقول: يُقدّم الأقرب فالأقرب إلى المتوفى ونحوه ، فيختص بهم ، وليس من الدرجة من هو أعلى منه أو أنزل ، وإن شرط أن نصيب المتوفى عن غير ولي لمن في درجته استحقه أهل الدرجة وقت وفاته ، وكذا من سيولد منهم ؛ أفتى به الشارح ، وصاحب «الفائق» ، وابن رجب ، قال: وعلى هذا ، لو حدث من هو أعلى من الموجودين وكان في الوقف استحقاق الأعلى فالأعلى أخذه منهم . وقوله: من مات فنصيبه لولده ، يشمل الأصل والعائد ، واختار الشيخ تقي الدين الأصل فقط .

تتمة : لو قال: هو وقفٌ على أولادي ، ثم أولادهم الذكور والإناث ، ثم أولادهم الذكور من ولد الظهر فقط ، ثم نسلهم وعقبهم ، ثم الفقراء ، على أنه من مات منهم وترك ولدًا وإن سفل فنصيبه له ، فمات أحد الطبقة الأولى وترك بنتًا فماتت ولها أولادٌ - فقال شيخنا: ما استحقت قبل موتها لهم . ويتوجه: لا ، ولو قال: من مات عن غير ولي وإن سفل فنصيبه لإخوته ثم نسلهم وعقبهم ، عم من أعقب ومن لم يعقب ، ومن أعقب ثم انقطع عقبه ؛ لأنه لا يقصد غيره ، واللفظ يحتمل ، فوجب الحمل عليه قطعًا ؛ ذكره شيخنا ، ويتوجه نفوذ حكم بخلافه ؛ ذكره في «الفروع» .

(وإن وقف على بنيه أو بني فلان فهو للذكور خاصة) في قول الجمهور ؛ لأن لفظ البنين وضع لذلك حقيقة ؛ لقوله تعالى : ﴿أصطفى البنات على البنين﴾ [الصافات: ١٥٣] و﴿زَيْنٌ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَالْبَنِينَ﴾ [آل عمران: ١٤] و﴿المال والبنون زينة الحياة الدنيا﴾ [الكهف: ٤٦] ولا يدخل فيه الخنثى ؛ لأنه لا يُعلم كونه ذكراً ، وعكسه لو وقف على بناته اختص بهن ، ولا شيء للذكور ولا للخنثى ؛ لأنه لا يعلم كونه أنثى ، لا نعلم فيه خلافاً .

إلا أن يكونوا قبيلةً ، فيدخل فيه النساء دون أولادهن من غيرهم .
 وإن وقف على قرابته أو قرابة فلان فهو للذكور والإناث من أولاده وأولاد
 أبيه وجدّه وجدّ أبيه ؛ لأنّ النَّبِيَّ ﷺ لم يجاوز بني هاشمٍ بسهم ذوي
 القربى .

(إلا أن يكونوا قبيلةً) كبيرةً ؛ قاله في «الرعاية» ، كبني هاشم وتميم وقضاعة
 (فيدخل فيه النساء) لقوله تعالى : ﴿ولقد كرمنا بني آدم﴾ [الإسراء: ٧٠] ولأنّ
 اسم القبيلة يشمل ذكرها وأنثاها ، ورؤي أنّ جوارى من بني النَّجَّار قلن :

نحن جوارٍ من بني النَّجَّار يا حبّذا محمّدٌ من جارٍ

ويقال: امرأةٌ من بني هاشم (دون أولادهن من غيرهم) وحكاه في «الرعاية»
 قولاً ؛ لأنّهم لا ينتسبون إلى القبيلة الموقوف عليها ، بل إلى غيرها ، وكما لو قال:
 المنتسبين إليّ ، واقتضى ذلك دخول أولادهن منهن ، وهو ظاهرٌ ؛ لدخول الانتساب
 حقيقةً ، ولا يشمل مواليتهم . وعلى الأوّل ، يكفي واحدٌ منهن ، وقيل: بل ثلاثةً ،
 ويأخذ كلّ واحدٍ ما رآه الناظر ، وقيل: بل قدر حقّه من الزّكاة مع فقره كالوقف على
 الفقراء .

(وإن وقف على قرابته أو قرابة فلان فهو للذكور والإناث من أولاده وأولاد
 أبيه وجدّه وجدّ أبيه ؛ لأنّ النَّبِيَّ ﷺ لم يجاوز بني هاشمٍ بسهم ذوي القربى)
 لقوله تعالى : ﴿ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذي
 القربى﴾ [الحشر: ٧] فأعطى النَّبِيَّ ﷺ أولاده وأولاد عبد المطلب وأولاد هاشم
 ذكرهم وأنثاهم ، ولم يعط من هو أبعد كبني عبد شمس وبني نوفل شيئاً ، لا
 يقال: هما كبني المطلب ؛ لأنّه عللّ عليه السّلام بأنّهم لم يفارقوه في جاهليّة
 ولا إسلام ، ولم يعط قرابة أمّه ، وهم بنو زهرة شيئاً ، وجعل هاشمًا الأب
 الرّابع ، ولا يُتصوّر أن يكون رابعاً إلا أن يُعدّ النَّبِيَّ ﷺ أباً ، وظاهره أنّه
 يستوي فيه الذّكر والأنثى ، والكبير والصّغير ، والقريب والبعيد ، والغنيّ
 والفقير ؛ لشمول اللفظ لهم ، ولا يدخل فيه الكافر ؛ لأنّه لم يدخل في

وعنه: إن كان يصل قرابته من قِبَل أمِّه في حياته صُرف إليهم ، وإلا فلا .
وأهل بيته بمنزلة قرابته .

المستحقُّ من قِربى النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ .

وعنه: يجاوز بها أربعة آباء . فعليها ، يعطى كلُّ مَنْ يُعرف بقرابته من قِبَل أبيه وأُمَّه الذين ينتسبون إلى الأب الأدنى ؛ لأنَّهم قرابتهم ، فيتناولون من اللَّفظ ، وعنه: ثلاثة آباءٍ (وعنه: إن كان يصل قرابته من قِبَل أمِّه في حياته) كإخوته لأُمَّه وأخواله وخالاته (صُرف إليهم) لأنَّ صلته إليَّاهم في حياته قرينةٌ تدلُّ على إرادتهم بصلته هذه (وإلا فلا) أي: وإن لم يصلهم في حياته ، فلا يُصرف إليهم ؛ لما ذكرنا ، وهذه الرواية نقلها صالحٌ وعبد الله وابن هانئٍ ، وصحَّحها القاضي وجماعةٌ ، ونقل صالحٌ: إن وصل أغنياءهم أعطوا ، وإلا الفقراء أولى ، وأخذ منه الحارثيُّ عدم دخولهم في كلِّ لفظٍ عامٍّ . والأوَّل أولى وأصحُّ ؛ لأنَّ هذا عرفٌ في الشَّرْع ، فيجب حملة عليه وتقديمه على العرف اللُّغويِّ كالوضوء ، ولا وجه لتخصيصه بذِي الرَّحْم المحرم ، وهذا مع الإطلاق ، فأما إن وُجدت قرينةٌ لفظيَّةٌ أو حاليَّةٌ تدلُّ على إرادتهم أو حرمانهم عُمل بها .

فرعٌ : قرابة أمِّه كذلك ، وعنه: إن وصلهم شملهم ، ومثله قرابة غيره أو الفقهاء ، ويصل بعضهم ؛ ذكره القاضي .

تنبيةٌ : إذا وقف على أقرب قرابته أو أقرب النَّاس إليه قُدِّم الأقرب نسبا وإرثا ، وابنه كأبويه ، وقيل: يُقدِّم عليهما ، وأخوه لأبيه أو أبويه كجدِّ أبٍ ، وقيل عكسه ، وأخوه لأبيه كأُمَّه إن شمل قرابته ، وكذا أبنائهما ، وولد أبويه أولى منهما . قال في «الفروع»: ويتوجَّه روايةٌ كأخيه لأبيه ؛ لسقوط الأمومة في النُّكاح ، وجزم به في «التَّبصرة» ، وأبوه أولى من ابن ابنه ، وفي «التَّرغيب» عكسه ، ويستوي جدَّاه وعمَّاه كأبويه .

(وأهل بيته بمنزلة قرابته) نصَّ عليه في رواية عبد الله فيمن أوصى بثلث ماله لأهل بيته ، قال: هو بمنزلة قوله: لقرابتي ؛ حكاه ابن المنذر عنه ، واحتجَّ بقوله عليه

وقال الخرقبي: يعطى من قبَل أبيه وأمه ، وقومه ونسبائه كقربائه .

السَّلام - : « لا تحلُّ الصَّدقة لي ولا لأهل بيتي » . فجعل سهم ذوي القربى عوضاً لهم من الصَّدقة التي حُرِّمت عليهم ، فكان ذوي القربى الذين سَمَّاهم الله تعالى هم أهل بيته الذين حُرِّمت عليهم الصَّدقة ، وهم: آل عليٍّ ، وآل عقيل ، وآل جعفر ، وآل العباس . وحكى القاضي عن ثعلبٍ أنَّ أهل البيت عند العرب آباء الرَّجل وأولادهم كالأجداد والأعمام وأولادهم ، ويستوي فيه الذَّكر والأنثى . وقال القاضي: ولد الرَّجل لا يدخل في اسم القرابة ولا أهل بيته . وفيه شيءٌ ، فإنَّ ولد النَّبيِّ ﷺ من أهل بيته وأقاربه الذين حُرِّموا الصَّدقة ، وأعطوا من سهم ذوي القربى ، بل هو أقرب قرابته .

(وقال الخرقبي: يعطى من قبَل أبيه وأمه) لأنَّ أمَّهُ من أهل بيته ، فكذا أقاربها من أولادها وأبويها وإخوتها وأخواتها ، ونقل صالحٌ: يختصُّ مَنْ يصله من قبَل أبيه وأمِّه ولو جاوز أربعة آباء ، وأنَّ القرابة تعطى أربعة آباء فمَنْ دون ، واختار أبو محمَّد الجوزيُّ أنَّ قومه وأهل بيته كقرابة أبويه ، وأنَّ القرابة قرابة أبيه إلى أربعة آباء ، وعنه: أزواجه من أهله ومن أهل بيته ؛ ذكرها الشَّيخ تقيُّ الدِّين ، وقال: في دخولهنَّ في آله وأهل بيته روايتان ، اختار الدُّخول ، وهو قول الشَّريف .

فرغ : أهل الوقف هم المتناولون له .

(وقومه ونسبائه كقربائه) نصَّ عليه ؛ لأنَّ قوم الرَّجل قبيلته ، وهم نسبائه ، وقيل: كذي رحمه ، وقال أبو بكرٍ: هو بمثابة أهل بيته ؛ لأنَّ أهل بيته أقاربه ، وأقاربه هم قومه ونسبائه . وقال القاضي: إذا قال: لرحمي أو لأرحامي أو لنسبائي ، صُرف إليَّ قرابته من قبَل أبيه وأمِّه ، ويتعدَّى ولد الأب الخامس . فعليه ، يدفع إلى كلِّ مَنْ يرثه بفرضٍ أو تعصيبٍ ، أو بالرَّحم في حالٍ . قال في «المغني»: وقول أبي بكرٍ في المتناسبين أولى من قول القاضي ؛ لأنَّ ذلك في العرف على مَنْ كان من العشيرة التي يُنسبان إليها ، وإذا كان كلُّ واحدٍ منهما يُنسب إلى قبيلةٍ غير قبيلة صاحبه فليس بمناسبٍ لها .

فائدة : القوم للرِّجال دون النِّساء ؛ لقوله تعالى - : ﴿ لا يسخر قومٌ من قومٍ ﴾

والعترة : هم العشيرة ، وذوو رحمه : كلُّ قرابة له من جهة الآباء والأمهات ، والأيامى والعزّاب: مَنْ لا زوج له من الرجال والنساء . ويحتمل أن يختصّ الأيامى بالنساء ، والعزّاب بالرجال .

[الحجرات: ١١] الآية . سُئوا به لقيامهم بالأمر ؛ ذكره ابن الجوزي .

(والعترة هم العشيرة) الأدنون . هذا أصحُّ وأشهر في عرف النَّاس ، وبذلك فسره ابن قُتيبة ؛ لقول أبي بكر في محفل من الصحابة: نحن عترة رسول الله ﷺ . ولم ينكر أحدٌ ، وهم أهل اللسان ، فلا يعوّل على خلفه ، لكن توقّف أحمد في ذلك ، وقيل: ذرّيته ، وقيل: ولده وولد ولده .

(وذوو رحمه كلُّ قرابة له من جهة الآباء والأمهات) والأولاد ؛ لأنّ الرّحم تشملهم ، وهي في القرابة من جهة الأم أكثر استعمالاً ، فإذا لم يجعل ذلك مرجحاً فلا يجعل ذلك مانعاً ، وذكر القاضي مجاوزته للأب الخامس .

تذنيب :

إذا وقف على جماعة أو جمع من الأقرب إليه فثلاثة ، فإن لم يكن يتمم العوز من الأبعد ، ويشمل أهل الدرّجة ولو كثروا . وفي «الفروع»: ويتوجّه في جماعة اثنان ؛ لأنّه لفظ مفردٌ . وقال المجد: أقلُّ الجمع ممّا له تنيةٌ خاصّة ثلاثة ، ويتوجّه وجهٌ في لفظ الجمع اثنان ، ولفظ النساء ثلاثة ، والرّهط لغة: ما دون العشرة من الرجال خاصّة . وفي «كشف المشكل» : هو ما بين الثلاثة إلى العشرة .

(والأيامى والعزّاب: مَنْ لا زوج له من الرجال والنساء) ذكره أصحابنا ؛ لما روي عن سعيد بن المسيّب قال: أيمت حنة من زوجها ، وأيم عثمان من رقيّة . يقال: رجلٌ عزّب وامرأةً عزّبة ؛ قاله ثعلبٌ ، وإنما سُمّي عزباً لانفراده ، ولا يقال: أعزب . ورُدّ بأنّها لغةٌ حكاها الأزهرّي عن أبي حاتم ، وفي صحيح البخاريّ عن ابن عمر: وكنت شابّاً أعزب . وسواء تزوّج الرجل أو لا ، والمرأة سواء كانت بكرًا أو ثيبًا ، وقيل: لا يكون الأيم إلاً بكرًا (ويحتمل أن يختصّ الأيامى بالنساء ، والعزّاب بالرجال) لقوله تعالى :- ﴿وَأُنكحوا الأيامى منكم﴾ [النور: ٣٢] وفي الخبر:

فَأَمَّا الْأَرَامِلُ فَهِنَّ النِّسَاءَ اللَّاتِي فَارَقَهُنَّ أَزْوَاجَهُنَّ . وَقِيلَ : هُوَ لِلرِّجَالِ
وَالنِّسَاءِ . وَإِنْ وَقَفَ عَلَى أَهْلِ قَرِيْبَتِهِ أَوْ قَرَابَتِهِ لَمْ يَدْخُلْ فِيهِمْ مَنْ يَخَالِفُ دِينَهُ .

«أعوذ بالله من سرار الأيم» . إنما أراد به النساء ؛ لأنَّ العرف اختصاصهنَّ بهذا الاسم
العرفي ، يقال : امرأةٌ أيمٌ ، بغير هاءٍ ، ولو كان الرجل مشاركاً لها لقال : أيمٌ وأيمَةٌ ،
كقائمٍ وقائمةٍ . وحكى أبو عُبيدٍ : أيمَةٌ . ولأنَّ العرف أنَّ العزْبَ يختصُّ بالرجل .
(فَأَمَّا الْأَرَامِلُ فَهِنَّ النِّسَاءَ اللَّاتِي فَارَقَهُنَّ أَزْوَاجَهُنَّ) بموتٍ أو غيره . قال أحمد
في رواية حربٍ وقد سئل عن رجلٍ وصَّى لأراملٍ بني فلانٍ ، فقال : قد اختلف النَّاسُ
فيها ، فقال قومٌ : هو للرِّجال والنِّسَاءِ . والذي يُعرف في كلام النَّاسِ أَنَّ الْأَرَامِلَ
النِّسَاءَ ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الْمَعْرُوفُ ، فَيَحْمَلُ الْمَطْلُوقَ عَلَيْهِ .

(وقيل : هو للرِّجال والنِّسَاءِ) وقاله الشَّعْبِيُّ وإسحاق . وأنشد :

هذي الأرمال قد قضيت حاجتها فمَنْ حاجة هذا الأرمل الذَّكْرِ^(١)

فيقال : رجلٌ أرملٌ ، وامرأةٌ أرملَةٌ . والأوَّلُ أولى ؛ لِأَنَّ الْأَرَامِلَ جَمْعُ أَرْمَلَةٍ ،
فلا يكون جمعاً للمذكَّر ؛ لِأَنَّ اِخْتِلَافَ الْمَفْرُودِ يَقْتَضِي اِخْتِلَافَ الْجَمْعِ ، وَالشَّعْرُ لَا
دلالة فيه ؛ لِأَنَّهُ لَوْ شَمِلَ لَفْظُ الْأَرَامِلِ لِلْمَذْكَرِ وَالْمؤنَّثِ لَقَالَ : لِحَاجَتِهِمْ ؛ لِأَنَّ تَذْكَيرَ
الصُّمَيْرِ عِنْدَ اجْتِمَاعِ التَّوَعِينِ لَازِمٌ ، وَسَمِيَ نَفْسَهُ أَرْمَلًا تَجَوُّزًا ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ وَصَفَ
نَفْسَهُ بِأَنَّهُ مَذْكَرٌ ، وَلَوْ ثَبَتَ فِي الْحَقِيقَةِ أَنَّهُ لِهَمَا ، لَكِنْ خَصَّهُ أَهْلُ الْعَرَفِ
بِالنِّسَاءِ ، فَهَجَرَتِ الْحَقِيقَةُ وَصَارَتْ مَعْمُورَةً .

فرعٌ : إخوته وعمومته وبكرٌ وثيبٌ وعانسٌ لذكرٍ وأنثى .

(وَإِنْ وَقَفَ عَلَى أَهْلِ قَرِيْبَتِهِ أَوْ قَرَابَتِهِ لَمْ يَدْخُلْ فِيهِمْ) أي : في الموقوف عليهم
(مَنْ يَخَالِفُ دِينَهُ) على المذهب ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مِنْ حَالِ الْوَاقِفِ أَنَّهُ لَمْ يُرِدْ مَنْ يَخَالِفُ
دِينَهُ ؛ لِمَا بَيْنَهُمَا مِنَ الْمَقَابِلَةِ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ قَرِيْبَةً صَارِفَةً لِلْفِظِّ عَنْ شَمُولِهِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ
تَبَارَكَ وَتَعَالَى لَمَّا أَطْلَقَ آيَةَ الْمِيرَاثِ لَمْ يَشْمَلِ الْمُخَالَفَ ، فَكَذَا هُنَا . فَعَلَى هَذَا ، لَوْ
كَانَ الْوَاقِفُ مُسْلِمًا لَمْ يَدْخُلِ الْكَافِرُ ، وَكَذَا عَكْسُهُ ، فَإِنْ صرَّحَ بِهِمْ دَخَلُوا ؛ لِأَنَّ
إِخْرَاجَهُمْ يَتْرِكُ بِهِ صَرِيحَ الْمَقَالِ ، وَهُوَ أَقْوَى مِنْ قَرِيْبَةِ الْحَالِ ، وَكَذَا إِنْ وُجِدَتْ قَرِيْبَةٌ

وفيه وجهٌ آخر: أنَّ المسلم وإن كان الواقف كافرًا .

دالَّةٌ على إرادتهم ، فلو كان أهل القرية والأقارب كلَّهم كَفَّارًا دخلوا ؛ لأنَّ إخراجهم يُؤدِّي إلى رفع اللَّفظ بالكلِّيَّة ، فإن كان فيهم مسلمٌ واحدٌ والباقي كَفَّارٌ دخلوا أيضًا ؛ لأنَّ إخراجهم بالتَّخصيص بعيدٌ ، وفيه مخالفة الظَّاهر ، وإن كان الأكثر كَفَّارًا فهو للمسلمين في ظاهر قول الخرقِيّ ؛ لأنَّه أمكن حمل اللَّفظ عليهم ، والتَّخصيص يصحُّ بإخراج الأكثر ، وقيل: يدخل الكفَّار ؛ لأنَّ التَّخصيص في مثل هذا بعيدٌ ، وأنَّ تخصيص الصُّورة النَّادرة قريبٌ ، وتخصيص الأكثر بعيدٌ يحتاج إلى دليل .

فائدة : حكم سائر ألفاظ العموم كالإخوة والأعمام واليتامى والمساكين حكم أهل قريته .

(وفيه وجهٌ آخر: أنَّ المسلم يدخل فيه وإن كان الواقف كافرًا) لأنَّ اللَّفظ عامٌ ، وحاصله: أنَّ الواقف إن كافرًا تناول أهل دينه ؛ لأنَّ لفظه يتناولهم ، والقرينة دالَّةٌ على إرادتهم ، وهل يدخل فيه المسلم؟ يُنظر ، فإن وُجدت قرينةٌ على دخولهم كما إذا لم يكن إلا مسلمون ، وإن انتفت القرائن فوجهان . وإن كان في القرية كافرٌ من غير دين أهل الواقف لم يدخل ؛ لأنَّ قرينة الحال تخرجه ، وقيل بدخوله بناءً على توريث الكفَّار بعضهم من بعض .

ملحق : الصَّبِيُّ والغلام: مَنْ لم يبلغ ، واليتيم: مَنْ لا أب له ، ولو جهل بقاء أبيه فالأصل بقاءه . وقال الشَّيخ تقيُّ الدِّين: يعطى مَنْ ليس له بيلد الإسلام أبٌ يُعرف ، فإن بلغ خرج من حدِّ اليتيم .

والشَّابُّ والفتى: مَنْ بلغ إلى الثلاثين ، وقيل: وخمسةً ، والكهل منها إلى الخمسين ، والشَّيخ منها إلى السَّبعين ، وفي الكافي والتَّرجيب: إلى آخر العمر ، ثمَّ الهَرَم .

والأشراف أهل بيت النَّبِيِّ ﷺ ؛ ذكره الشَّيخ تقيُّ الدِّين ، قال: وأهل العراق كانوا لا يسمُّون شريفًا إلا مَنْ كان من بني العبَّاس ، وكثيرٌ من أهل الشَّام وغيرهم لا

وإن وقف على موالیه وله موالٍ من فوقه ومن أسفل تناول جميعهم . وقال ابن حامد: يختص الموالی من فوق . وإن وقف على جماعة يمكن حصرهم واستيعابهم وجب تعميمهم والتسوية بينهم ، وإلا جاز تفضيل بعضهم على بعض

يسئون إلا من كان علویًا ، والشريف في اللغة خلاف الوضع والضعيف ، ولما كان أهل بيت النبي ﷺ أحق البيوت بالتشريف صار من كان من أهل بيته شريفًا ، فلو وصى لبيني هاشم لم يدخل موالیهم ؛ نص عليه .

(وإن وقف على موالیه وله موالٍ من فوقه ومن أسفل تناول جميعهم) ويستون فيه ؛ لأن الاسم يشملهم جميعًا . قال ابن أبي موسى: من وقف على موالیه المعتقین جاز ، وكان بينهم على ما شرط ، فإن ماتوا ولهم أولاد صار ما كان وقفًا عليهم وقفًا على أولادهم .

(وقال ابن حامد: يختص الموالی من فوق) لأنهم أقوى عصبًا ، بدليل ثبوت الميراث لهم ، ولا يستحق مولى أبيه مع وجود موالیه ، فإن لم يكن له موالٍ فقال الشريف: هو لمولى أمه ؛ لأن الاسم يتناوله مجازًا ، وقد تعدت الحقيقة ، فإن كان له موالی أب حين الوقف ثم انقرض موالیه لم يكن لموالی الأب في ظاهر ما ذكروا ؛ لأن الاسم تناول غيرهم ، فلا يعود إليهم إلا بعقد ولم يوجد (وإن وقف على جماعة يمكن حصرهم واستيعابهم) كبنی فلان الذين ليسوا بقبيلة (وجب تعميمهم والتسوية بينهم) لأن اللفظ يقتضي ذلك ، وقد أمكن الوفاء به ، فوجب العمل بمقتضاه ، أشبه ما لو أقر لهم ، وقوله تعالى - ﴿فهم شركاء في الثلث﴾ [النساء: ١٢] يوضحه ، فإن كان الوقف في ابتدائه على من يمكن استيعابه فصار مما لا يمكن استيعابه - كوقف علي رضي الله عنه - وجب تعميم من أمكن منهم والتسوية بينهم ؛ لأن التعميم والتسوية كان واجبًا ، فإذا تعدر وجب ما أمكن ، كالواجب الذي يعجز عن بعضه .

(وإلا) أي: وإن لم يمكن حصرهم واستيعابهم كبنی هاشم وبنی تميم لم يجب تعميمهم إجمالًا ؛ لأنه غير ممكن . (جاز تفضيل بعضهم على بعض) لأنه إذا جاز

والاقتصار على واحدٍ منهم . ويحتمل ألا يجزئه أقلُّ من ثلاثة ، ولا يدفع إلى واحدٍ منهم أكثر من القدر الذي يدفع إليه في الزكاة ، والوصية كالوقف في هذا الفصل .

حرمانه جاز تفضيل غيره عليه (والاقتصار على واحدٍ منهم) على المذهب ؛ لأنَّ مقصود الوقف مجاوزة الجنس ، وذلك يحصل بالدفع إلى واحدٍ منهم (ويحتمل ألا يجزئه أقلُّ من ثلاثة) هذا رواية عن أحمد ؛ لأنها أقلُّ الجمع . قال في الخلاف: وقد سئل أحمد عن رجل أوصى بثلثه في أبواب البرِّ ، قال: يجزأ ثلاثة أجزاء . فعلى هذا ، الفرق أنَّ الوصية يُعتبر فيها لفظ الموصي ، وأمر الله يُعتبر فيها المقصود بدلالة أنَّ الموصى للمساكين ، لا يعدل إلى غيرهم ، والإطعام في الكفارة يجوز صرفها إلى غير المساكين وإن كان منصوباً عليهم ، ومقتضى ذلك صحة الوقف على من لا يمكن حصرهم ولا استيعابهم كالمساكين .

(ولا يدفع إلى واحدٍ منهم أكثر من القدر الذي يدفع إليه في الزكاة) أي: إذا كان الوقف على الأصناف الذين يأخذون الصدقات أو بعضهم صرف إليهم ، ويعطى كلُّ واحدٍ منهم من الوقف مثل القدر الذي يعطى من الزكاة ؛ لأنَّ المطلق من كلام الآدمي يُحمل على المعهود في الشرع . فعلى هذا ، إذا كان الموقوف عليه الفقراء لم يُدفع إلى واحدٍ منهم زيادةً على خمسين درهماً أو قيمتها من الذهب ؛ لأنَّ القدر الذي يحصل به الغنى ، واختار أبو الخطاب وابن عقيل زيادة المسكين على الخمسين ، وقد أوماً إليه أحمد ، وقيل: لكلِّ صنفٍ ثمنٌ ، وإن وقف على الفقراء أو المساكين أعطي الآخر ، وفيه وجهٌ ؟

(والوصية كالوقف في هذا الفصل) لأنَّ مبناها على لفظ الموصي ، أشبهت الوقف ، فإن وصى أن يفرق في فقراء مكة فقال أحمد في رواية أحمد بن الحسين بن حسَّان: هل يفرق على قومٍ دون قومٍ؟ فقال: ينظر إلى أحوجهم . قال القاضي: فظاھر أنه يُعتبر العدد .

تذنيب : إذا وقف مدرسة أو رباطاً أو خانقاه أو نحو ذلك على طائفة اختصت بهم ، وإن وقف عليها مسجداً أو مقبرة فوجهان ، والأشبه اختصاص من عيَّتهم ،

فصل

والوقفى: عقد لازم .

ولا يختصُّ أحدٌ بالصلاة اتفاقاً ، وإن عيّن إماماً أو ناظرًا تعيّن ، وقيل: إن وقف مسجدًا على الفقراء وشرطه لهم اختصُّوا به إمامةً ونظرًا ، وعنه: على ما جرت به العادة ، وكذا إن وقفه على أهل مذهبٍ في الأشبه .

فصل

(والوقف عقد لازم) أي: يلزم بمجرد القول ؛ لأنه تبرُّع يمنع الهبة والبيع ، فلزم بمجردده كالعقود . وقال في «التلخيص» وغيره: وحكمه اللزوم في الحال ، أخرجهُ مخرج الوصية أو لم يخرجهُ ، حكم به حاكمٌ أو لا ؛ لقوله عليه السلام -: «لا يباع أصلها ، ولا يوهب ، ولا يورث» . قال الترمذى: العمل على هذا الحديث عند أهل العلم وإجماع الصحابة على ذلك . ولأنه إزالة ملكٍ يلزم بالوصية ، فإذا نجّزه في الحياة لزم من غير حكم كالعقود ، وذهب أبو حنيفة رضي الله عنه أنه لا يلزم بمجردده ، وللواقف الرجوع فيه إلا أن يوصي به بعد موته ، أو يحكم بلزومه حاكمٌ ، وحكاه بعضهم عن عليّ وابن مسعود وابن عباس ، واحتجّ له بما رواه المحاملي عن عبد الله بن زيد صاحب الأذان أنه جعل حائطه صدقةً ، وجعله لرسول الله ﷺ ، فجاء أبواه إلى النبي ﷺ فقالا: لم يكن لنا عيشٌ إلا هذا الحائط . فردّه رسول الله ﷺ ، ثمّ ماتا فورثهما . ولأنه إخراج مالٍ على وجه القرية ، فلم يلزم بمجردده كالصدقة ، وجوابه الشئنة الثابتة ، مع أنّ هذا الخبر ليس فيه ذكر الوقف ، والظاهر أنه جعله صدقةً غير موقوفٍ ، فرأى النبي ﷺ والديه أحقّ بصرفها إليهما ، بدليل أنه لم يردها إليه . ويحتمل أنّ الحائط كان لهما ، وتصرفه فيه بحكم النيابة عنهما ولم يجيزاه . ثمّ القياس على الصدقة ليس بظاهرٍ ، فإنها تلزم في الحياة بغير حكم حاكمٍ ، وإنما يفتقر إلى القبول ، والوقف لا يفتقر إليه ، فافترقا .

ولا يجوز فسخه بإقالة ولا غيرها ، ولا يجوز بيعه ، إلا أن تتعطل منافعه

فبيع

(ولا يجوز فسخه بإقالة ولا غيرها) لأن ذلك شأن العقود المقتضية للتأييد (ولا يجوز بيعه) ولا المناقلة به (إلا أن تتعطل منافعه) بالكليّة كدار انهدمت ، أو أرض خربت وعادت موأناً ، ولم تمكن عمارتها ، نقل عليّ بن سعيد: لا يستبدل به ولا يبيعه إلا أن يكون بحالٍ لا ينتفع به . ونقل أبو طالب: لا يغيّر عن حاله ، ولا يباع ، إلا ألا ينتفع منه بشيء . وقاله الأصحاب . وفي «المغني» و«الشّرح»: إلا أن يقل ، فلا يُعدُّ نفعاً . ونقل مهتأ: أو ذهب أكثر نفعه .

(فبيع) لما روي أنّ عمر كتب إلى سعدٍ لما بلغه أنّ بيت المال الذي بالكوفة نُقب: أن انقل المسجد الذي بالثّمارين ، واجعل بيت المال في قبلة المسجد ، فإنّه لن يزال في المسجد مصلّ . وكان هذا بمشهد من الصّحابة ، ولم يظهر خلافه ، فكان كالإجماع .

وحكى في «التلخيص» عن أبي الخطاب: أنّه لا يجوز بيعه . وهو غريب لا يُعرف في كتبه ؛ لأنّ ما لا يجوز بيعه مع بقاء منافعه لا يجوز مع تعطلها كالعتق . وجوابه: بأنّ فيما ذكرناه استبقاءً للوقف عند تعدُّر إبقائه بصورته ، فوجب ذلك ، كما لو استولد الجارية ، أو قتلها ، أو قتلها غيره . وقال ابن عقيل: الوقف مؤبّد ، فإذا لم يكن تأييده على وجه تخصيصه استبقينا الغرض ، وهو الانتفاع على الدوام في عين أخرى ، واتّصال الأبدال جرى مجرى الأعيان ، وجمودنا على العين مع تعطلها تضييعٌ للغرض . قولهم: يباع ، أي: يجوز بيعه ؛ نقله وذكره جماعة ، وظاهر رواية الميمونيّ: يجب ؛ لأنّ الوليّ يلزمه فعل المصلحة ، ولأنّه استبقاءً للوقف بمعناه ، فوجب كإيلاد أمة موقوفة . وقال الشّيخ تقيّ الدّين: مع الحاجة تجب بالمثل ، وبلا حاجةٍ يجوز بخيرٍ منه ؛ لظهور المصلحة ، ولا يجوز بمثله ؛ لفوات التّعين بلا حاجةٍ ، فإن أمكن بيع بعضه ليعمّر به الباقي جاز ، وإن لم يمكن الانتفاع بشيءٍ منه يبيع جميعه ؛ ذكره في «المغني» و«الشّرح» . قال في «الفروع»: والمراد مع اتّحاد الواقف كالجبهة ، ثمّ إن كان المراد عينين كدارين

ويُصرف ثمنه في مثله .

فظاهرٌ ، وكذا عينًا واحدةً ، ولم تنقص القيمة بالتشقيص ، فإن نقصت توجه البيع في قياس المذهب ، كبيع وصيٍّ لدينٍ أو حاجة صغيرة ، بل هذا أسهل ؛ لجواز تغيير صفاته لمصلحة . وذكر الحافظ ابن رجب أنَّ عبادة من أصحابنا أفتى في أوقاف وقفها جماعةً على جهةٍ واحدةٍ من جهات البرِّ إذا خرب بعضها للمباشر أن يعمره من الأجرة ، ووافقه طائفةٌ من الحنيفة .

تنبيهٌ : لم يتعرض المؤلف للمتوليِّ بيعه ، والأشهر أنَّه الحاكم ؛ قدّمه في «الفروع» . وفي التلخيص: ويكون البائع الإمام أو نائبه ؛ نصّ عليه . وكذلك الشراء بثمنه ، وهو ظاهر ما في «المغني» و«الشرح» ؛ لأنه فسخّ لعقد لازمٍ مختلفٍ فيه اختلافًا قويًّا ، فيتوقّف فسخه على الحاكم ، كما قيل في الفسوخ المختلف فيها ، ولكونه بيعًا على الغائبين ، وهم الذين يستحقّونه بعد انقراض الموجودين ، وجزم في «المحرّر» و«الرعاية» و«الفائق» أنَّه ناظره ، وقيل: بل يفعله الموقوف عليه إن قلنا يملكه .

فرغ : لو شرط الواقف أنه لا يباع فخر ببيع ، وشرطه إذا فاسدٌ ؛ نصّ عليه . قال حرب: قلت لأحمد: رجلٌ وقف ضيعةً فخرت ، وقال في الشرط: لا يباع ، فباعوا منها سهمًا ، وأنفقوه على البقية ، ليعمروها . قال: لا بأس بذلك إذا كان كذلك ؛ لأنه اضطرار ومنفعة لهم .

(ويُصرف ثمنه في مثله) كذا في «المحرّر» و«الوجيز» و«الفروع» ، وزاد: أو بعض مثله ؛ قاله أحمد ؛ لأنه أقرب إلى غرض الواقف وكجهته ، وظاهر «الخرقي» أنه لا يتعيّن المثل ، واقتصر عليه في «المغني» و«الشرح» ؛ إذ القصد النفع ، لكن يتعيّن صرف المنفعة في المصلحة التي كانت الأولى تُصرف إليها ؛ لأنَّ تغيير المصروف مع إمكان المحافظة عليه لا يجوز ، كما لا يغيّر الوقف بالبيع مع إمكان الانتفاع به وقوّة كلامه ، وهو ظاهر «الخرقي» أنه لا بدّ من إيقاف الناظر له ، وصرّح في «الرعاية» أنه يصير وقفًا بمجرد الشراء ، وجوّزهما الشيخ تقي الدين لمصلحة ، وأنّه قياس الهدّي ، وذكره وجهًا في المناقلة ، وأومأ إليه أحمد .

وكذلك الفرس الحبيس إذا لم يصلح للغزو يبيع واشتري بثمنه ما يصلح للجهاد ، وكذلك المسجد إذا لم يُنتفع به في موضعه . وعنه: لا تباع المساجد ، لكن تُنقل آلتها إلى مسجدٍ آخر . ويجوز بيع بعض آتته وصرفها في عمارته .

(وكذلك الفرس الحبيس إذا لم يصلح للغزو) بأن ينحطم (بيع) كالوقف إذا تعطلت منافعه (واشتري بثمنه ما يصلح للجهاد) نصّ عليه محافظةً على غرض الواقف ، وعنه: يصرفه على الدوابّ الحبيس ، أو يصرّف ثمنه في مثله ، وظاهره التّخيير . وعلى الأوّل ، إن لم يكن ثمنه ثمن فرسٍ أخرى أعين به في شراء فرسٍ حبيسٍ ؛ نصّ عليه ؛ ذكره في «المغني» و«الشرح» ؛ لأنّ المقصود استيفاء منفعة الوقف الممكن استيفاؤه وصيانتها عن الضّياع .

(وكذلك المسجد إذا لم يُنتفع به في موضعه) فإنّه يباع إذا خربت محلّته ؛ نقله عبد الله ؛ ذكره جماعةٌ . وفي روايةٍ صالح: يحوّل المسجد خوفاً من اللّصوص ، وإذا كان في موضعه قدرٌ . وقال القاضي: يعني إذا كان ذلك يمنع من الصّلاة فيه ، ونصّ على جواز بيع عرصته ، وتكون الشّهادة على الإمام .

(وعنه: لا تباع المساجد) نقلها عليّ بن سعيد ؛ لأنّها آكد من غيرها (لكن تُنقل آلتها إلى مسجدٍ آخر) اختاره أبو محمّد الجوزي ؛ لأنّه أقرب إلى غرض الواقف ، لكن نقل جعفرٌ فيمن جعل خاناً في السّبيل ، وبنى بجانبه مسجداً ، فضاقت أيزاد منه في المسجد؟ قال: لا . قيل: فإنّه ترك ليس ينزل فيه فقد عُطل . قال: يُترك على ما صيّر إليه . ولا يجوز نقله مع إمكان عمارته ؛ قاله في الفنون ، وأنّ جماعةً أفتوا بخلافه ، وغلّطهم .

(ويجوز بيع بعض آتته وصرفها في عمارته) نقل أبو داود: إذا كان في المسجد خشبتان لهما قيمةٌ تشعث وخافوا سقوطه جاز بيعهما وصرّف ثمنهما عليه ؛ لأنّه إذا جاز بيع الكلّ عن الحاجة فيبيع بعضه مع بقاء البعض أولى ، وقاسه في «الشرح» على بيع بعض الفرس الحبيس عند تعذر الانتفاع به .

وما فضل من حصره وزيته عن حاجته جاز صرفه إلى مسجدٍ آخر ،
والصّدقة به على فقراء المسلمين . ، ولا يجوز غرس شجرة في المسجد .

ويجوز نقض منارته وبناء حائطه بها لتحسينه من الكلاب ؛ نصّ عليه في رواية
محمّد بن عبد الحكم ؛ للمصلحة .

(وما فضل من حصره وزيته) وقصبه ونفقته ، وعبارة «الوجيز» و«الفروع»: وما
فضل عن حاجته . وهي أولى (عن حاجته جاز صرفه إلى مسجدٍ آخر) قاله أحمد ؛
لأنّه انتفاع في جنس ما وُقف له ، فكان مصروفًا له في مثله ، وكالهدّي (والصّدقة
به على فقراء المسلمين) نصّ عليه في رواية المروزيّ ، واحتجّ بأنّ شعبة بن عثمان
الحجّبيّ كان يتصدّق بخلقان الكعبة . وروى الخلال بإسناده أنّ عائشة أمرته بذلك ،
وهذه قضيةٌ انتشرت ولم تُنكر ، فكان كالإجماع ، ولأنّه مالٌ لله تعالى لم يبق له
مصرفٌ ، فصرف إلى المساكين ، ولأنّ نفع المسجد عامٌّ ، والفقراء كذلك ، وخصّصه
أبو الخطّاب والمجد بفقراء جيرانه ؛ لأنّهم أحقُّ بمعرفه ، وعنه: لا يُصرف لهما ،
وعنه: بلى ، لمثله ، واختاره الشيخ تقيّ الدّين ، وقال أيضًا: وفي سائر المصالح
وبناء مساكن لمستحقّ ريعه القائم بمصلحته . قال: وإن علم أنّ ريعه يفضل عنه
دائمًا وجب صرفه ؛ لأنّ بقاءه فسادٌ وإعطاؤه فوق ما قدره الواقف ؛ لأنّ تقديره
لا يمنع استحقاقه كغير مسجده ، وقال: ومثله وقف غيره ، ولا يجوز لغير الناظر
صرف الفاضل .

فرعٌ : فضل غلّة موقوفٍ على معيّنٍ استحقاقه مقدّر يتعيّن إرصاده ؛ ذكره أبو
الحسين والحرثيّ . ونقل حربٌ فيمن وقف على قنطرة فانحرف الماء يرصد لعلّه
يرجع ، وإن وقف على ثغرٍ فاختلف صرف في ثغرٍ مثله ، وعلى قياسه مسجدٌ
ورباط ونحوهما .

(ولا يجوز غرس شجرة في المسجد) نصّ عليه ، وقال: تُقلع غرسته بغير
حقّ ؛ لأنّ المسجد لم يُبنَ لذلك ، إنّما بُني لقراءة القرآن والصّلاة وذكر الله
تعالى ، ولما يحصل بها من الأذى . وفي «الإرشاد» و«المبهبج» : يُكره غرسها
فيه . وقيل: يُكره إن لم يضق ، وإلا حُرّم . فإن غُرست فيه وأثمرت فقال

فإن كانت مغروسةً فيه جاز الأكل منها . قال أبو الخطاب: إذا لم يكن بالمسجد حاجةٌ إلى ثمنها ، فإن احتاج صرف ذلك في عمارته .

أحمد: لا أحبُّ الأكل منها . وقيل: تباح لفقراء الدرب ، وقيل: مع غنى المسجد عنها . وظاهر النص و«المحرر» أنه لا يختصُّ قلعها بواحد ، وفي «المستوعب» و«الشرح» أنه للإمام .

فإن كانت مغروسةً بأن وقف وهي (فيه) فإن عينٌ مصرفها أتبع وإلا صارت كالوقف المنقطع (جاز الأكل منها) لأنها تبعٌ للمسجد ، وهو لكل من المسلمين الانتفاع به ، فكذا الأكل منها ، وظاهره مطلقاً ، وهو قولٌ .

قال أبو الخطاب: إذا لم يكن بالمسجد حاجةٌ إلى ثمنها) اقتصر في «المحرر» على هذا ؛ لأنَّ حاجة المسجد مقدّمةٌ على غيره (فإن احتاج ذلك صرف في عمارته) لأنها مقدّمةٌ على غيرها ، وقول أبي الخطاب تقييدٌ لما أُطلق ؛ لعدم ذكره بواو العطف ، وذكر جماعةٌ أنه يُصرف في مصالحه ، فإن فضل فلجاره كلّها ؛ نصّ عليه ، قال جماعةٌ: ولغيره ، وقيل: للفقير منهم .

فرغ : لا يجوز حفر بئرٍ في المسجد ، ولا يغطّى بالمغتسل ؛ لأنه للموتى . ونقل المروزيُّ أنها تُطمّ . وفي «الرعاية» : أن أحمد لم يكره حفرها فيه ، ثم قال: بلى ، إن كره الوضوء فيه .

مسألةٌ : إذا غرس الناظر أو بنى فيه فهو له إن أشهد ، وإلا للوقف . قال في «الفروع» : ويتوجّه في أجنبيِّ للوقف بنيته . وقال شيخنا: يد الواقف ثابتةٌ على المتصل به ما لم تأت حجةٌ يدفع موجبها ، كعرفة كون الغارس غرسها بماله بحكم إجارةٍ أو إعاريةٍ ، أو على المنفعة ، فليس له دعوى البناء بلا حجةٍ ، ويد أهل العرصة المشتركة ثابتةٌ على ما فيها بحكم الاشتراك إلا مع بيّنةٍ باختصاصه ببناءٍ ونحوه .

باب الهبة والعطية

وهي تملك في حياته بغير عوض ، وإن شرط فيها عوضاً معلوماً صارت بيعاً . وعنه : يُغلب فيها حكم الهبة .

باب الهبة والعطية

أصلها من هبوب الرِّيح ، أي: مروره ، يقال: وهبت له شيئاً وهباً وإسكان الهاء وفتحها وهبةً ، والاسم: الموهب والموهبة ، بكسر الهاء فيهما . والأتهاب: قبول الهبة . والاستيهاب: سؤال الهبة . وتواهب القوم: أي وهب بعضهم بعضاً ، ووهبته كذا لغة قليلة .

والعطية ، قال الجوهري: هي الشيء المعطى ، والجمع: العطايا . والعطية هنا: الهبة في مرض الموت ، فذكر الهبة في الصِّحة والمرض وأحكامهما ؛ قاله في «المطلع» .

(وهي تملك في حياته بغير عوض) فخرج بالأول ما ليس بتمليك كالعريّة فإنّها إباحة . وبالثاني الوصية . وبالثالث عقود المعاوضات كالبيع والإجارة . والمراد به : ماله المعلوم الموجود ؛ صرح به في «الوجيز» بما يُعدُّ هبةً عرفاً ، ويُعتبر فيه أن يكون من جائز التصرف .

(وإن شرط فيها عوضاً معلوماً) صحّ ؛ نصّ عليه (وصارت بيعاً) لأنّه تملك بعوض معلوم ، أشبه البيع ، ومعناه أنّه يثبت فيها الخيار والشُّفعة . وحكى في «الفروع» قولاً أنّها تصحّ بقيمتها . فعليه ، يلغو الثواب المشروط ، ويرجع إلى قيمتها ، والظاهر أنّه يرجع إلى ذلك إذا جعل الثواب مجهولاً ، ونبّه عليه في «الفائق» . وقيل: لا يصحّ ؛ لأنّه شرط في الهبة ما ينافي مقتضاها ، ولنفي الثمن . ورُدّ بأنّه تملك بعوض ، فصحّ كغيره .

(وعنه: يُغلب فيها حكم الهبة) ذكرها أبو الخطاب ؛ لأنّه وُجد لفظها الصّريح ، فكان المغلب فيها الهبة ، كما لو لم يشترط عوضاً ، وحينئذ لا يثبت

وإن شرط ثواباً مجهولاً لم يصح . وعنه أنه قال: يرضيه بشيء . فعلى هذا ، إن لم يرضَ فله الرجوع فيها ، أو في عوضها إن كانت تالفة .

فيها أحكام البيع المختصة به ، وظاهره أن الهبة المطلقة لا تقتضي عوضاً ، سواء كانت لمثله أو دونه أو أعلى منه . وقال ابن حمدان: هي من الأدنى تقتضي عوضاً هو القيمة ؛ لقول عمر: من وهب هبةً أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرضَ منها .

وجوابه: بأنها عطية على وجه التبرع فلم يقتضِ ثواباً كهبة المثل والوصية ، وقول عمر خالفه ابنه وابن عباس ، وقيل: يقتضي عوضاً مع عرف ، فلو أعطاه ليعاوضه أو ليقضي له حاجة فلم يف فكالشروط . فعلى ما ذكره ، لو عوضه عن الهبة كانت هبةً مبتدأة لا عوضاً أيهما أصاب عينا لم يكن له الرد ، وإن خرجت مستحقة أخذها صاحبها ولم يرجع الموهوب له بديلها .

(وإن شرط ثواباً) أي: عوضاً (مجهولاً لم تصح) الهبة ؛ لأنه عوض مجهول في معاوضة ، فلم يصح كالبيع ، وحينئذ حكمها حكم البيع الفاسد ، فيردها الموهوب له بزيادتها مطلقاً ؛ لأنها نماء ملك الواهب ، وإن كانت تالفة رد قيمتها .

(وعنه أنه قال: يرضيه بشيء) أي: هو صحيح ، وذكره الشيخ تقي الدين ظاهر المذهب ، فإذا أعطاه عنها عوضاً رضيه لزم العقد ؛ لأنها تصح بغير عوض فلأن تصح بعوض مجهول من باب أولى . قال أحمد في رواية محمد بن عبد الحكم: هذا لك على أن تثبيني ، فله أن يرجع إذا لم يثبه ؛ لأنه شرط . ونص على معناه في رواية إسماعيل بن سعيد . ولا يجوز أن يكافئه بالشكر والثناء ؛ نص عليه .

(فعلى هذا ، إن لم يرضَ فله الرجوع فيها ، أو في عوضها إن كانت تالفة) لأنه عقد معاوضة فاسد ، فيلزمه ضمان العين إذا تلفت كالبيع الفاسد ، وقيل: يعطيه قدر قيمتها . والأول أصح ؛ لأن هذا بيع ، فيعتبر التراضي ، ومقتضاه أنه يرجع في العين مع بقائها مطلقاً ، لكن إن تغيرت بزيادة أو نقصان ولم يشبه منها فقال أحمد: لا

وتحصل الهبة بما يتعارفه النَّاسُ هبةً من الإيجاب والقبول والمعاطاة المقترنة بما يدلُّ عليها . وتلزم بالقبض .

أرى عليه نقصان ما نقص عنده إذا رده إلى صاحبه ، إلا أن يكون ثوبًا لبسه ، أو جاريةً استخدمها ، فأما غير ذلك إذا نقص فلا شيء عليه كالرهن .

فرغ : إذا ادعى ربُّها شرط العوض أو قال: رهنتني ما بيدي ، فقال: بل بعته ، فأيهما يُصدَّق إذا حلف؟ فيه وجهان ، وجزم في «الكافي» في الأولى أنه يُقبَل قول المنكر .

(وتحصل الهبة بما يتعارفه النَّاسُ هبةً من الإيجاب) بأن يقول: وهبتك ، وأهديت إليك ، وأعطيتك ، ونحوه ك: هذا لك (والقبول) بأن يقول: قبلت ، أو رضيت (والمعاطاة المقترنة بما يدلُّ عليها) اختاره ابن عقيل ، وهو الصَّحيح ؛ لأنه عليه السَّلام كان يهدي ويهدى إليه ، ويعطي ويعطى ، ويفرق الصدقات ، ويأمر سُعاته بأخذها وتفريقها ، وكان أصحابه يفعلون ذلك ، ولم يُنقل عنهم إيجابٌ ولا قبولٌ ، ولو كان شرطًا لنقل عنهم نقلًا متواترًا أو مشتهرًا ، وكالبيع . وذكر القاضي وأبو الخطَّاب أنها لا تصحُّ إلا بالإيجاب والقبول ، ولا تصحُّ بدونه ، وسواءٌ وجد قبضٌ أم لا ؛ لأنها عقد تمليك ، فافتقر إلى ذلك كالنكاح . وفي «المستوعب» و«المغني» : أنها لا تصحُّ إلا بلفظ الهبة والعفو والتَّمليك . وفي «الرَّعاية» : في عفو وجهان . وما ورد في الأخبار دالٌّ على خلافه . قال ابن عقيل: إنَّما يُشترط الإيجاب والقبول مع الإطلاق وعدم العرف ، ولأنه يكتفى بها في المعاوضات ، فالهبة أولى ، والنكاح يُشترط فيه الإِشهاد وغيره ، ولا يقع إلا قليلًا ، فلا يشقُّ فيه ذلك ، بخلاف الهبة .

(وتلزم بالقبض) بإذن واهبٍ بلا شبهة ؛ لما روى مالك عن عائشة أن أبا بكرٍ نحلها جداد عشرين وسقًا من ماله بالعالية ، فلما مرض قال: يا بُنيَّة ، كنت نحلتك جداد عشرين وسقًا ، ولو كنت جدَّدتِه واحتزَّته كان لك ، فإنَّما هو اليوم مال وارث ، فاقسموه على كتاب الله تعالى . وروى ابن عُيَينة عن عمر نحوه . ولم

وعنه: تلزم في غير المكيل والموزون بمجرد الهبة . ولا يصح القبض إلا بإذن الواهب ، إلا ما كان في يد المثهب ، فيكفي مضي زمن يتأتى قبضه فيه .

نعرف لهما في الصحابة مخالفاً ، ولأنها هبة غير مقبوضة ، فلم تلزم كالطعام المأذون في أكله .

(وعنه: تلزم في غير المكيل والموزون) والمعدود والمزروع (بمجرد الهبة) أي: إذا كان متميزاً فإنه يلزم بمجرد العقد ؛ اختاره الأكثر . قال ابن عقيل: هي المذهب ؛ لعموم قوله عليه السلام : «العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه» . ولأنه إزالة ملك بغير عوض ، فلزم بمجرد العقد كالوقف والعتق ، ولأنه تبرع ، فلا يُعتبر فيه القبض كالوصية ، ولأنه عقد لازم ينقل الملك ، فلم يقف لزومه على القبض كالبيع ، وحديث أبي بكرٍ محمولٌ على أنه أراد به عشرين وسقاً مجدودةً ، فيكون مكيلاً غير معينٍ ، ولا تصح الهبة فيه قبل تعيينه ، فيكون معناه: وعدتك بالثحلة ، لكنّه خلاف الظاهر ، وأجابوا عن الوقف والوصية والعتق بالفرق ، فإن الوقف إخراج ملكٍ لله تعالى ، فخالف التمليكات ، والوصية تلزم في حق الوارث ، والعتق إسقاط حقٍ وليس بتملكٍ ، وإذا قلنا: الهبة تُملك بالعقد بمجرد ، فيصح التصرف فيها قبل القبض ؛ نصّ عليه ؛ لأن حق الواهب انقطع عنها بمجرد انتقال ملكه ، وليست في ضمانه ، ولا محذورٌ في التصرف فيها بوجهٍ ، وظاهره : أن الهبة حيث افتقرت إلى القبض فإنها تصح بالعقد ، واختار الخرقى وجمع عكسه . قال المروذي: اتفق أبو بكرٍ وعمر وعثمان وعليٌّ أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضةً . والأشهر الأول ، وهل يملكها به؟ فيه وجهان ، وعليهما يخرج النماء . قال جماعة: إن اتصل القبض .

(ولا يصح القبض) إذا قيل: يلزم به (إلا بإذن الواهب) لأنه قبض غير مستحق عليه ، فلم يصح إلا بإذنه كأصل العقد وكالدَّهن (إلا ما كان في يد المثهب) كالوديعة والمغصوب (فيكفي مضي زمن يتأتى قبضه فيه) هذا روايةٌ ، واختارها القاضي ؛ لأنه مقبوضٌ ، فلا معنى لتجديد الإذن فيه ، وقول ابن المنجا: إنه

وعنه: لا يصحَّ حتى يأذن في القبض . وإن مات الواهب قام وارثه مقامه في الإذن والرُّجوع . وإن أبرأ الغريم غريمه من دينه

المذهب ، فيه نظرٌ ، فإنَّ ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصورٍ أنَّها تلزم من غير مضيِّ مدَّةٍ يتأتَّى فيها القبض ؛ قدَّمه في «المحرَّر» و«الفروع» ، وصحَّحه في «المغني» و«الشَّرح» ؛ لأنَّ قبضه مستدامٌ ، فأغنى عن الابتداء ، كما لو باعه سلعةً .

ويُنَى على الخلاف الرُّجوع والنِّماء . وفي «الرَّعاية»: الزِّيادة قبل القبض للمتَّهب إذا قبض ما يُعتبر قبضه ، وقيل: للواهب ، وهو أقيس . والأصحُّ أنَّه إذا أذن في القبض ثمَّ رجع عن الإذن أو في الهبة صحَّ رجوعه (وعنه: لا يصحَّ حتى يأذن في القبض) كما لو لم يكن في يده .

(وإن مات الواهب قام وارثه مقامه في الإذن والرُّجوع) في الأصحِّ ؛ لأنَّه عقدٌ مآله إلى اللُّزوم ، فلم يفسخ بالموت كالبيع في مدَّة الخيار ، وكما لو مات المتَّهب بعد القبول . وقال القاضي ، وقدَّمه في «الشَّرح»: إنَّها تبطل ، سواء كان قبل الإذن في القبض أو بعده ؛ لأنَّه عقدٌ جائزٌ ، فبطل بموت أحد المتعاقدين كالوكالة ، وظاهره : أنَّ ورثة المتَّهب لا تقوم مقامه ، بل تبطل الهبة بموته في الأصحِّ .

فرعٌ : يقبض أبٌ لطفل من نفسه ، والأصحُّ لا يحتاج قبولاً ، ويقبل ويقبض للطفل والمجنون وليَّهما ، وقيل: وغيره ممن يقوم بمصلحتهما إذا عُدم ، وأمين الحاكم كهو .

أصل : يصحُّ قبض المميِّز وقبوله بلا إذن وليِّه ، وقيل: يتوقَّف صحَّة قبضه فقط على إذنه ، ولا يصحُّ هبةً من صغيرٍ وسفيهٍ ولو يأذن وليَّهما ، وتصحُّ الهبة من العبد ، وقيل: يأذن سيِّده ، وما أتَّهبه عبداً غير مكاتبٍ وقبله فهو لسيِّده ، ويصحُّ قبوله بلا إذن سيِّده ؛ نصَّ عليه ، وقيل: لا يقبله إلاَّ بإذنه ، فإن قبله وقلنا: يملكه ، فهو له دون سيِّده وإلاَّ فلا ؛ ذكره في «الرَّعاية» .

(وإن أبرأ الغريم غريمه من دينه) ولو اعتقد أنَّه ليس له عنده شيءٌ ولو قبل حلوله

أو وهبه له أو أحلّه منه برئت ، وإن ردّ ذلك ولم يقبله . وتصحّ هبة المشاع ، وهبة كلّ ما يجوز بيعه .

خلافًا للخُلُوَانِيّ وغيره (أو وهبه له ، أو أحلّه منه) أو أسقطه عنه ، أو تركه ، أو ملكه ، أو تصدّق به عليه ، أو عفا عنه (برئت ذمّته وإن ردّ ذلك ولم يقبله) في المنصوص ؛ لأنّه إسقاط حقّ ، فلم يفتقر إلى القبول كالعتق والطلاق والشّفعة ، وبهذا فارق هبة المعين ؛ لأنّه تملك ، وفي «المغني»: في إبرائها له من المهر هل هو إسقاط أو تملك؟ فيتوجّه منه احتمال: لا يصحّ ، وإن صحّ اعتبر قبوله .

وفي «الموجز» و«الإيضاح»: لا تصحّ هبة إلاّ في معيّن . وفي «المغني»: وإن حلف لا يهبه فأبرأه لم يحنث ؛ لأنّ الهبة تملك ، وعلى النّصّ يصحّ ولو كان المبرأ منه مجهولاً ، وفيه خلاف ، لكن لو جهله رثه وكتمه المدين خوفاً من أنّه لو علمه لم يبره لم تصحّ البراءة ، ومن صور البراءة من المجهول لو أبرأه من أحدهما أو أبرأ أحدهما ويؤخذ بالبيان ، والمذهب: لا يصحّ مع إبهام المحلّ ك: أبرأت أحد غريميّ ، ولو أبرأه من مائة وهو يعتقد أنّه لا شيء له عليه وكانت عليه ففي صحّة البراءة وجهان ، أصلهما ما لو باع مالا كان لمورثه يعتقد أنّه باقٍ لمورثه وكان قد مات وانتقل إليه .

(وتصحّ هبة المشاع) جزم به الأكثر ؛ لما في «الصّحيح» أنّ وفد هوازن لما جاءوا يطلبون من رسول الله ﷺ أن يردّ عليهم ما غنم منهم ، فقال رسول الله ﷺ: - «ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لكم» . ولأنّه يجوز بيعه ، وظاهره سواءً أمكن قسمته أو لا ، لكن يُعتبر لقبضه إذن الشريك ؛ قاله في «المجرد» ، فيكون نصفه مقبوضاً تملكاً ، ونصف الشريك أمانة . وقال في «الفنون»: بل عارية مضمونة . وفي «الرعاية»: من أتهب مبهماً أو مشاعاً من منقول أو غيره فأذن له شريكه في القبض كان سهمه أمانة مع التّهب ، أو يوكل التّهب شريكه في قبض سهمه منه ، ويكون بيده أمانة ، وإن تنازعا قبض لهما وكيلهما أو أمين الحاكم ، والأشهر: إن أذن له في التّصرف مجاناً فكعارية ، وإن كان بأجرة فكأجور .

(و) تصحّ (هبة كلّ ما يجوز بيعه) لأنّه تملك في الحياة ، فصحّ كالبيع ،

ولا تصحُّ هبة المجهول وما لا يُقدر على تسليمه ، ولا يجوز تعليقها على شرط .

وظاهره : أنَّ ما لا يجوز بيعه لا تجوز هبته ، وفي أمِّ الولد أوجهٌ ، وفي الكلب المَعْلَم والصُّوف على الظَّهر وجهان . وفي «المعني» و«الشَّرح» و«الوجيز»: تصحُّ هبته . ونجاسةٌ يباح نفعها كالوصيَّة . نقل حنبلٌ فيمن أهدى إلى رجلٍ كلب صيدٍ ترى له أن يثيب عليه؟ قال: هذا خلاف الثَّمَن ، هذا عوضٌ من شيءٍ ، فأما الثَّمَن فلا .

(ولا تصحُّ هبة المجهول) كالحمل في البطن ، واللَّبَن في الضَّرْع ؛ نصَّ عليه في رواية أبي داود وحرِبٍ ؛ لأنَّه تملكٌ ، فلم يصحَّ في المجهول كالبيع وشرطه إلا ما تعذَّر علمه كالصُّلح ؛ صرَّح به الأئمَّة ، وقيل: لا يصحُّ إن كان من الواهب دون المتَّهب ؛ لانتهاء العلة ، وعُلِمَ منه أنَّه لا تصحُّ هبة المَعْدوم كالتي تحمل أمته أو شجرته من باب أولى .

(وما لا يقدر على تسليمه) كالآبق والشَّارد والمغصوب لغير غاصبه ؛ لأنَّه عقدٌ يفتقر إلى القبض ، أشبه البيع ، وظاهره : أنَّه إذا وهبه لغاصبه أو لمن يتمكَّن من أخذه، صحَّ ؛ لإمكان قبضه ، وليس لغير الغاصب القبض إلا بإذن الواهب ، فإن وكَّل المالك الغاصب في تقييضه - صحَّ ، وإن وكَّل المتَّهب الغاصب في القبض له فقبل ومضى زمنٌ يمكن قبضه فيه صار مقبوضاً وملكه المتَّهب ، وبرئ الغاصب من ضمانه ؛ ذكره في «الشَّرح» . وقيل: تصحُّ هبة غير مقدورٍ عليه ، وقاله أبو ثورٍ ؛ لأنَّه تملكٌ بلا عوضٍ كالوصيَّة . قال في «الفروع»: ويتوجَّه منه هبة معدومٍ غيره .

(ولا يجوز تعليقها على شرط) جزم به أكثر الأصحاب ؛ لأنها تملكٌ لمعيَّن في الحياة ، فلم يجز تعليقها على شرطٍ كالبيع ، وما رُوي أنَّ النَّبيِّ ﷺ قال: «إن رجعت هديتنا إلى النَّجاشي فهي لك» . وعدُّ لا هبةً ، واستثنى في «الفروع» وسبقه إليه ابن شهابٍ والقاضي : غير الموت ، أي: موت المبرئ .

تنبيهٌ : لا يصحُّ تعليق الإبراء بشرطٍ ؛ نصَّ عليه فيمن قال: إن متُّ فأنت في

ولا شرط ما ينافي مقتضاها ، نحو ألا يبيعها ولا يهبها ولا توقيتها ، كقوله: وهبتك هذا سنةً ، إلا في العُمري ، وهو أن يقول: أعمرتك هذه الدار ، أو أرقبتكها ، أو جعلتها لك عمرك أو حياتك ، فإنه

حل ؛ لأنه إن كان تملكًا فكتعليق الهبة ، وإلا فقد يقال: هو تملك من وجه ، والتعليق مشروع في الإسقاط المحض فقط ، فإن ضمَّ التاء فوصيةً ، وعن أحمد أنه جعل رجلًا في حل من عيبه بشرط ألا يعود ، قال: ما أحسن الشرط . فيتوجه فيهما روايتان ، وذكر الحلواني صحة الإبراء بشرط ، واحتجَّ بنصه المذكور .

(ولا شرط ما ينافي مقتضاها ، نحو ألا يبيعها ولا يهبها) أو بشرط أن يبيعها ، أو يهبها ، أو يهب فلانًا شيئًا لم يصحَّ الشرط روايةً واحدةً ، وكذا الهبة ، وفيها وجه بناءً على الشروط الفاسدة في البيع . وإن وهب أمةً واستثنى حملها صحَّ في قياس قوله في العتق ، وفيه تخريج .

(ولا توقيتها) خلافًا للحارثي (كقوله: وهبتك هذا سنةً) لأنه تعليقٌ لانتهاه الهبة ، وقيل: يلغو توقيته ، وتصحَّ الهبة مطلقًا .

(إلا في العُمري) والرُقبي ، فإنهما نوعان من الهبة ، ويصحَّ توقيتهما ، سُميت عُمري ؛ لتقيدها بالعمر ، وسُميت رقبى ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يرقب موت صاحبه .

(وهو أن يقول: أعمرتك هذه الدار) أو أعطيتك (أو أرقبتكها) قال ابن القطاع: أرقبتك أو أعطيتك ، وهي هبةٌ ترجع إلى المرقب إن مات المرقب ، وقد نهى عنه ، والفاعل منهما: معير ، ومرقب ، بكسر الميم الثانية والقاف ، والمفعول بفتحهما . وقال أبو السَّعادات: يقال: أعمرته الدار ، أي: جعلتها له يسكنها مدةً عمره ، فإذا مات عادت إليّ ، كذا كانوا يفعلونه في الجاهلية ، فأبطل ذلك الشرع ، وأعلمهم أنَّ من أعمر شيئًا أو أرقبه في حياته فهو له ولورثته من بعده .

(أو جعلتها لك عمرك) أو عمري (أو حياتك) أو ما بقيت (فإنه) أي: ذلك

يصحّ ، وتكون للمعمر ولورثته من بعده .

وهو العُمري والرُّقبي (يصحّ) في قول أكثر العلماء ، وحُكي عن بعضهم ضده ؛ لقوله عليه السّلام : «لا تعمروا ولا ترقبوا» . هذا نهْي ، وهو يقتضي الفساد . وجوابه ما روى جابرٌ أنّ النّبيّ ﷺ قال : «العُمري جائزة لأهلها ، والرُّقبي جائزة لأهلها» . رواه أبو داود ، والتّرمدزيّ وحسنه . والنّهي ورد على وجه الإعلام لهم أنّكم إن أعمرتم أو أرقبتم نفذ للمعمر والمرقب ولم يعد إليكم منه شيء ، بدليل حديث جابرٍ مرفوعاً : «مَنْ أَعْمَرَ عُمْرِي فَهِيَ لِمَنْ أَعْمَرَهَا حَيًّا وَمَيِّتًا وَلِعَقْبِهِ» . رواه مسلمٌ . ولو أُريدَ به حقيقةٌ لم يمنع صحّته كطلاق الحائض ، وصحّة العُمري ضررٌ على المعمر ، فإنّ ملكه يزول بغير عوض ؛ قاله في «المغني» و«الشّرح» .

(وتكون للمعمر) بفتح الميم ، ملكاً في قول جماعةٍ من الصّحابة ومَن بعدهم ؛ لما روى جابرٌ قال : قضى النّبيّ ﷺ بالعُمري لمن وهبت له . متفقٌ عليه . ورواه مالكٌ في «الموطأ» .

(ولورثته من بعده) لما روى زيد بن ثابت أنّ النّبيّ ﷺ جعل العُمري للوارث . لأنّ الأملاك المستقرّة كلّها مقدّرةٌ بحياة المالك ، وتنتقل إلى الورثة ، فلم يكن تقديره بحياته منافياً لحكم الأملاك ، فإنّ عدموا فلبت المال دون ربّها ؛ نصّ عليه ، ومقتضاه أنّه إذا أضافها إلى عُمر غيره أنّها لا تصحّ ، وعنه : يرجع بعد موت المعمر إلى المعير ، وقاله اللّيث ؛ لقول جابرٍ : إنّما العُمري التي أجازها النّبيّ ﷺ أن يقول : هي لك ولعقبك ، أمّا إذا قال : هي لك ما عشت ، فإنّها ترجع إلى صاحبها . وليس بظاهرٍ ، مع أنّه حمل قوله على تملك المنافع . وجوابه : بأنّه قضى بها طارقٌ بالمدينة بأمر عبد الملك بن مروان ، وقول بعضهم : إنّها تملك المنافع ، لا يضّرُّ إذا نقلها الشّارع إلى تملك الرّقبة كالمنقولات الشّرعية ، أمّا لو قال : أعمرتك هذه الدّار ولعقبك ، فلا خلاف عندنا في الصحّحة ، كما اقتضاه كلامه في الكافي ، وذكر العقب تأكيدٌ .

تنبيه : ليس ذلك خاصّاً بالعقار ، بل يجري فيه وفي الحيوان والثّياب . نقل

وإن شرط رجوعها إلى المعمر عند موته أو قال: هي لآخرنا موتاً صحَّ الشرط . وعنه: لا يصحَّ ، وتكون للمعمر ولورثته من بعده .

يعقوب وابن هانئ: من يعمر الجارية أيضًا؟ قال: لا أراه . وحمله القاضي على الورع ؛ لأنَّ بعضهم جعلها تملك المنافع . وروى سعيدٌ بإسناده عن الحسن أن رجلاً أعمار فرسًا حياته ، فخاصمه بعد ذلك إلى النبيِّ ﷺ ، فقال عليه السَّلام: «مَنْ مَلَكَ شَيْئًا حَيَاتِهِ فَهُوَ لَوْرَثَتِهِ بَعْدَهُ» . والإنسان إنما يملك الشَّيء عمره ، فقد وقَّته بما هو مؤقَّتٌ به في الحقيقة ، فصار كالمطلق .

(وإن شرط رجوعها إلى المعمر عند موته) إن مات قبله أو إلى غيره ، وتسمَّى الرُّقبي ، أو رجوعها مطلقًا إليه ، أو إلى ورثته (أو قال: هي لآخرنا موتاً صحَّ الشرط) كالعقد على الأصحَّ ؛ لقوله عليه السَّلام : «المسلمون على شروطهم» . قال القاسم: ما أدركت النَّاس إلا على شروطهم . وحينئذٍ يعمل بالشرط .

(وعنه: لا يصحُّ) الشرط ؛ نصَّ عليه في رواية أبي طالب ، وفي «المغني»: هو ظاهر المذهب . وقدمه في «المحرر» و«الفروع» ؛ لما روى أحمد بإسناده مرفوعًا ، قال: «لا عُمرى ولا رُقبي ، فمن أعمار شيئًا أو أرقبه فهو له حياته وموته» . وهذا صريح في إبطال الشرط ؛ لأنَّ الرُّقبي يُشترط فيها عَوْدُهَا إلى المرقب إن مات الآخر قبله . (وتكون للمعمر ولورثته من بعده) لقوله عليه السَّلام : «مَنْ مَلَكَ شَيْئًا حَيَاتِهِ فَلَوْرَثَتِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ» . وعنه: بطلانها كالبيع .

فرغ : إذا قال: سكناه لك عمرك ، أو غلَّته ، أو خدمته لك ، أو منحته فهو عارية ؛ نقله الجماعة ؛ لأنَّه في التَّحقيق هبة المنافع ، والمنافع إنما تستوفى بمضيِّ الزَّمان شيئًا فشيئًا ، وتبطل بموت أحدهما .

تنبيه : إذا وهب أو باع فاسدًا ثمَّ تصرَّف في العين بعقدٍ صحيح مع علمه بفساد الأوَّل صحَّ الثاني ؛ لأنَّه تصرَّف في ملكه عالمًا بأنَّه ملكه ، وإن اعتقد صحَّة الأوَّل ففي الثاني وجهان ، كما لو تصرَّف في عينٍ يعتقد أنَّها لأبيه فبان أنَّه قد مات وملكها . قال القاضي: أصلهما من باشر بالطلاق امرأةً يعتقدُها أجنبيَّةً فبان

فصل

والمشروع في عطية الأولاد القسمة بينهم على قدر ميراثهم .

امراته ، أو باشر بالعتق من يعتقدها حرةً فبانت أمته ، ففي وقوعهما روايتان .

فصل

(والمشروع في عطية الأولاد القسمة بينهم على قدر ميراثهم) أي: يجب التعديل في عطية أولاده ، للذكر مثل حظ الأنثيين ، اقتداءً بقسمة الله تعالى ، وقياسًا لحال الحياة على حال الموت . قال عطاء: ما كانوا يقتسمون إلا على كتاب الله تعالى . وقاله عطاء وشريح وإسحاق . وقيل: لصلبه ، وذكره الحارثي ، لا ولد بنيه وبناته للحقيقة ، وعنه: يستحب ذكر كأنثى ، وقاله أكثر العلماء ؛ لقوله عليه السلام لبشير بن سعيد: «سو بينهم» . وكالتفقة .

وجوابه: أن الذكر أحوج منها من جهة أن الصداق والتفقة عليه بخلافها ، وحديث بشير قضية في عين ، وحكاية حال لا عموم لها ، إنما يثبت حكمها في مثلها ، ولا يعلم حال أولاد بشير هل كان فيهم أنثى أو لا ، ثم تحمل التسوية على القسمة على كتاب الله تعالى .

ويحتمل أنه أراد التسوية في أصل العطاء ، وعنه: لا يجب التعديل في التفقة كشيء تافه ؛ نص عليه . وقال أبو يعلى الصغير: كشيء يسير ، وعنه: بلى ، مع تساوي فقر أو غنى .

نقل أبو طالب: لا ينبغي أن يفضل أحدًا من ولده في طعام وغيره . قال إبراهيم: كانوا يستحبون التسوية بينهم حتى في القبل . فدخل فيه نظر وقفي ، وظاهره أنه لا يجب التعديل بين غيرهم ، بل ذلك مخصوص بالأولاد فقط ؛ جزم به المؤلف في كتبه ، وزعم الحارثي أنه المذهب ، وأن عليه المتقدمين من أصحابنا . قال في «الفروع»: وهو سهو ؛ إذ الأصل تصرف الإنسان في ماله كيف شاء ، خرج منه الأولاد ؛ للخبر ، مع أنه عليه السلام لم يسأل بشيرًا: هل لك وارث غير

فإن خصَّ بعضهم أو فضَّله فعليه التَّسوية بالرُّجوع ، أو إعطاء الآخر حتَّى يستووا .

ولذلك أم لا؟ واختار الأكثر أن بقيَّة الأقارب كالأولاد ؛ نصَّ عليه ، وهو المذهب ؛ لأنَّ المنع من ذلك كان خوف قطيعة الرِّحم والتَّباغض ، وهو موجودٌ في الأقارب . والأمُّ كالأب فيما ذكرنا ؛ لأنَّها أحد الأبوين ، أشبهت الأب ، ولوجود المعنى المقتضي للمنع .

(فإن خصَّ بعضهم أو فضَّله فعليه التَّسوية بالرُّجوع أو إعطاء الآخر حتَّى يستووا) نصَّ عليه ، وجزم به الأصحاب ؛ لما روى الثَّعْمَانُ بن بشيرٍ قال: تصدَّق عليَّ أبي ببعض ماله ، فقالت أمِّي عَمْرَةَ بنت رَواحة: لا أرضى حتَّى تُشهد عليها رسول الله ﷺ . فجاء أبي إلى رسول الله - ﷺ ليُشْهده ، فقال: «أكلُّ ولدك أعطيت مثله»؟ قال: لا . قال: «أتقوا الله واعدلوا بين أولادكم» . قال: فرجع أبي فردَّ تلك الصَّدقة . وفي لفظ: «فاردده» . وفي لفظ: «فارجعه» . وفي لفظ: «لا تشهدني على جورٍ» . وفي لفظ: «فأشهد على هذا غيري» . وفي لفظ: «سؤ بينهم» . متفقٌ عليه . وذلك يدلُّ على التَّحريم ؛ لأنَّه سمَّاه جورًا ، أو أمر برده ، وامتنع من الشَّهادة عليه ، ولا شكَّ أنَّ الجور حرامٌ ، والأمر يقتضي الوجوب ، وهو يورث العداوة والبغضاء وقطيعة الرِّحم ، فمنع منه كتزويج المرأة على عَمَّتِها ، وقيل: يجوز تفضيل أحدهم واختصاصه لمعنى فيه ، ويكره إن كان على سبيل الأثرة ؛ اختاره المؤلِّف ، ونصره في «الشَّرح» . وقال اللَّيْثُ والثَّلَاثَةُ: يجوز ذلك مطلقًا ؛ لأنَّ أبا بكرٍ نحل عائشة جدادَ عشرين وسقًا دون سائر ولده .

واحتجَّ الشَّافِعِيُّ بقوله: «أشهد على هذا غيري» . فأمره بتأكيدها دون الرُّجوع فيها ؛ لأنَّه عطيةٌ تلزم بموت المعطي كالتَّسوية .

وجوابه: بأنَّ فعل أبي بكرٍ لا يعارض ما تقدَّم ، وبأنَّه نحلها لمعنى فيها لا يوجد في غيرها من أولاده ، أو كان قاصدًا بأن ينحل غيرها فأدركته الوفاة ، وبأنَّ قوله: «أشهد...» إلى آخره ، ليس بأمرٍ ؛ لأنَّ أدنى أحواله الاستحباب ، ولا خلاف في

فإن مات قبل ذلك ثبت للمعطي . وعنه: لا يثبت ، وللباقين الرجوع .
اختاره أبو عبد الله ابن بطّة . وإن سوّى بينهم في الوقف

كراهته ، مع أنّه لو كان أمراً لبادر إلى امتثاله ، وإنّما هو تهديدٌ ، وظاهره : أنّه إذا خصّ بعضهم بإذن الباقي ، أو كان لمعنى كزمانية أو عمى أو طلب علم جاز ، وأنّه لا فرق في ذلك بين الصّحة والمرض ، وعنه: لا ينفذ في مرضه . ونقل الميموني معناه . قال أبو الفرج: يؤمر برده .

(فإن مات) الواهب (قبل ذلك ثبت للمعطي) ولزم ، وليس لبقية الورثة الرجوع ؛ نصّ عليه ، واختاره الخلال وصاحبه والخرقيني وأكثر العلماء ؛ لقول أبي بكر لعائشة رضي الله عنهما: وددت أنّك حزتيه . فدلّ أنّها لو كانت حازته لم يكن له الرجوع . ولقول عمر ، ولأنّها عطيةٌ لولده ، فلزمت بالموت ، كما لو انفرد ، فإن كان في المرض فقد خالف ، ويقف على إجازة بقية الورثة ، لكن إن كانت العطية في المرض ليسوي بينهم فقد توقّف أحمد ، والأشهر الجواز ؛ لأنّه طريقٌ لفعل الواجب .

(وعنه: لا يثبت ، وللباقين الرجوع ؛ اختاره أبو عبد الله ابن بطّة) وأبو حفص والشيخ تقي الدين . قال أحمد: عروة قد روى حديث عمر وعثمان وعائشة وتركها وذهب إلى حديث النبي ﷺ تُردُّ في حياة الرّجل وبعد موته ، ولأنّه عليه السّلام سمى ذلك جوراً ، وفي رواية لمسلم: «إني لا أشهد إلاّ على حقّ» . وغير الحقّ لا يجوز ، والجور لا يحلّ فعله ، ولا يختلف بالحياة والموت ، ولا يطيب أكله ، ويتعيّن رده ، وعنه: أنّها باطلةٌ ، واختارها الحارثي . وقال أبو يعلى الصّغير: قولهم: لو حرم لفسد ، والتّحريم يقتضي الفساد في رواية لا في أخرى ، بدليل قوله في الصّلاة في دار غضبٍ ، فدلّ على الخلاف .

أصل : لا يُكره للحقّي قسم ماله بين أولاده ؛ نقله الأكثر ، وعنه: بلى . ونقل ابن عبد الحكم: لا يعجبني ، فإن حدث له وارثٌ سوّى ندباً . قدّمه جماعةٌ ، وقيل: وجوباً . قال أحمد: أعجب إليّ يسوي ؛ اقتصر عليه في «المغني» .

(وإن سوّى بينهم في الوقف) ذكر كآثي جاز ؛ قاله القاضي ، وقدّمه في

أو وقف ثلثه في مرضه على بعضهم جاز ؛ نص عليه . وقياس المذهب : لا يجوز .

«الفروع» ؛ لأنَّ القصد القرية على وجه الدوام ، وقد استووا في القرابة . نقل ابن عبد الحكم : لا بأس ، قيل : فإن فضل؟ قال : لا يعجبني على وجه الأثرة إلا لعيالٍ بقدرهم أو حاجة ؛ لأنَّ الزبير خصَّ المردودة من بناته دون المستغنية منهنَّ بصدقته ، واختار المؤلف أنَّه يستحبُّ أن يُقسَّم بينهم كقسمة الميراث ؛ لأنَّه إيصال المال إليهم ، فيكون على حسب الميراث ، وذكر أنَّ قول القاضي لا أصل له ، وهو ملغى بالعطية والهبة ؛ لأنَّ الوقف لا ينقل الرقبة ، أو ينقلها على وجه من القصور ، بخلاف الهبة (أو وقف ثلثه في مرضه) أو وصَّى بوقفه (على بعضهم جاز ؛ نص عليه) اختاره القاضي والأكثر ، واحتجَّ الإمام بأنَّ عمر جعل أمر وقفه إلى حفصة تأكل منه وتشترى رقيقًا ، ولأنَّ الوقف ليس في معنى المال ، فهو كعتق الوارث ، وكالوقف على الأجانب ، وعللَّ في رواية الميمونيِّ بأنَّ الوقف غير الوصية ؛ لأنَّه لا يباع ، ولا يورث ، ولا يصير ملكًا للورثة ينتفعون بغلتها (وقياس المذهب : لا يجوز) ظاهره أنَّه لا نقل فيها عن الإمام ، لكن نصَّ في رواية إسحاق بن إبراهيم فيمن وصَّى لأولاد بنته بأرضٍ توقف ، فقال : إن لم يرثوه فجائز . وظهره أنَّه لا يجوز الوقف على وارث في المرض ؛ اختارها أبو حفص وابن عقيل ؛ ذكرها أبو الخطَّاب ، ورجَّحها في «المغني» و«الشرح» ؛ لأنَّه تخصيصٌ لبعض ورثته بماله في مرضه ، فمنع منه كالوصية ، وإلحاقًا له بالهبة ، وحديث عمر ليس فيه تخصيصٌ لبعض الورثة بالوقف ؛ لأنَّه جعل الولاية إليها ، وليس ذلك وقفًا عليها ، وكونه انتفاعًا بالغلَّة لا يقتضي جواز التخصيص ، كما لو أوصى لوارثٍ بمنفعة عبدٍ ، وحمل كلامه على أنَّه وقفٌ على الورثة ، فعنه : كهبة ، فتصحُّ بالإجازة ، وعنه : لا إن قيل : هبةٌ ، وعنه : يلزم في ثلثه ، وهي أشهر .

تنبيه : إذا وقف داره في مرض موته وهي تخرج من ثلثه على ابنه وبنته نصفين جاز على المنصوص ولزم ؛ لأنَّه لما كان له تخصيص البنات بها فبنصفها أولى ، وعلى المنصور في «المغني» وغيره إن أجاز الابن جاز ، وإن ردَّه بطل الوقف فيما زاد على

ولا يجوز لواهب أن يرجع في هبته إلا الأب .

نصيب الابن وهو السُدس ، ويرجع إلى الابن ملكًا ، فيكون له النِّصْف وقفًا ، والسُدس ملكًا ، والثُّلث للبننت جميعه وقفًا ، وقيل: يبطل الوقف في نصف ما وقف على البننت وهو الرُّبْع ، ويبقى ثلاثة أرباعها وقفًا: نصفها للابن ، وربعها للبننت ، والرُّبْع الذي بطل الوقف فيه بينهما أثلاثًا ، وتصحُّ من اثني عشر: للابن ستَّة أسهم وقفٌ ، وسهمان ملكٌ ، وللبنت ثلاثة أسهم وقفٌ ، وسهمٌ ملكٌ . ولو كان لا يملك غيرها وقلنا: يلزم في الثُّلث فردًا ، فثلثها وقفٌ بينهما بالسُّويَّة ، وثلثاها ميراثًا ، وإن ردَّ ابنه فله ثلثا الثُّلثين إرثًا ، ولبننته ثلثها وقفًا ، وإن ردَّت فلها ثلث الثُّلثين إرثًا ، ولابنه نصفها وقفًا وسدسها إرثًا كردِّ الموقوف عليه .

فرعٌ : لا يصحُّ وقف زائدٍ على الثُّلث على أجنبيٍّ ؛ جزم به المؤلِّف وجماعةٌ ، وأطلق بعضهم وجهين ، وكذا على وارثٍ ولو حيلةً كوقف مريضٍ ونحوه على نفسه ثمَّ عليه .

(ولا يجوز) أي: لا يحلُّ (لواهب أن يرجع في هبته) اللازمة ؛ كذا في «الرَّعاية» و«الوجيز» ؛ لما روى ابن عبَّاس أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال: «العائد في هبته كالكلب يقيء ثمَّ يعود في قيئه» . متَّفَقٌ عليه . ولأحمد والبخاريُّ: ليس لنا مثل الشُّوء . وفي روايةٍ لأحمد: قال قتادة: ولا أعلم القيء إلا حرامًا . وكالقيمة ، وظاهره وإن لم يشب عليها ؛ صرَّح به في «المحرَّر» ، وكذا حكم الهدية .

(إلا الأب) فله الرُّجوع في أظهر الرُّوايات عنه ، وصحَّحه ابن حمدان ، وهو المذهب عند الشُّيخين ؛ لما روى عمر وابن عبَّاسٍ مرفوعًا: «لا يحلُّ للرُّجل أن يعطي العطيةَ فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده» . رواه الخمسة ، وصحَّحه التُّرمذِيُّ . وسواءٌ قصد برجوعه التُّسوية بين أولاده أو لا ، وظاهره لا فرق فيه بين المسلم والكافر في ظاهر كلامهم ، وفي «الاختيارات» منع الأب الكافر أن يرجع فيما أعطى ولده الكافر ثمَّ أسلم ، فإن كان في حال إسلام الولد ففيه نظرٌ ، ومقتضاه أن الأم لا رجوع لها ، وهو ظاهر كلام أحمد ، قال في رواية الأثرم: ليست هي عندي

وعنه: ليس له الرجوع . وعنه: له الرجوع ، إلا أن يتعلّق به حقّ أو رغبة ، مثل أن يتزوَّج الولد أو يفلس .

كالرجل ؛ لأنّ له أن يأخذ من مال ولده ، بخلاف الأمّ ، ولولايته وحيازته جميع المال ، وقيل: بلى ، وهو ظاهر «الخرقيّ» ، وصحّحه في «المغني» و«الشّرح» ؛ لقوله عليه السّلام - : «سوّوا بين أولادكم» . ولا للمرأة فيما تهب زوجها ، وهو إحدى الروايات ؛ لقوله تعالى - : ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ﴾ الآية . وعنه: لها الرجوع مطلقاً ؛ نقلها الأثرم ، وحكاها الزّهرريّ عن القضاة ، وأطلقهما في «المحرّر» و«الفروع» ، وقبّله بمسألته ، وسيأتي (وعنه: ليس له الرجوع) كالجّد ؛ لعموم ما سبق ، وفيه وجهٌ ذكره ابن رزين . وجوابه: بأنّه عليه السّلام قال لبشير: «فارجعه» . وفي رواية: «فاردده» . رواه مالك عن الزّهرريّ عن حميد عن النّعمان . وأقلّ أحوال الأمر الجواز .

(وعنه: له الرجوع ، إلا أن يتعلّق به حقّ أو رغبة) لغير الولد ، مثل أن يهب ابنه شيئاً فيرغب النّاس في معاملته فيداينوه ، أو في مناكحته فيزوّجوه ، أو يهب ابنته شيئاً فتزوّج ، وقد نبّه عليه بقوله: (مثل أن يتزوَّج الولد أو يفلس) لأنّه تعلّق بها حقّ غير الابن ، ففي الرجوع إبطال حقّه ، يؤيّد قوله عليه السّلام - : «لا ضرر ولا إضرار» . والرجوع ضررٌ ، وفيه تحييلٌ على إلحاق الضّرر بالمسلمين ، زاد في «الفروع» تبعاً للرّعاية و«الوجيز»: أو ما يمنع تصرّف المتّهب مؤبّداً أو مؤقتاً كالرّهن ونحوه فلا رجوع .

فرعٌ : إذا أسقط حقّه من الرجوع فاحتمالان في «الانتصار» ، وإن علّق الرجوع بشرطٍ لم يصحّ .

تنبيهٌ : يحصل الرجوع في الهبة بالألفاظ الدّالة عليه ، علم الولد أو لا ، ولا يفتقر إلى حكم حاكم في الأصحّ ، فإن أخذ ما وهبه لولده ونوى به الرجوع كان رجوعاً ، ويُقبل قوله في نيّته ، فإن مات الأب ولم يعلم هل نوى الرجوع ولم توجد قرينةٌ لم يحكم بأنّه رجوعٌ ، وإن حفّت به قرائن دالّة على الرجوع فوجهان . وفي «المغني»: ينبنى هذا على نفس العقد ، فمن أوجب الإيجاب في القبول فليس

وإن نقصت العين أو زادت زيادةً منفصلةً لم يمنع الرجوع ، والزيادة للابن . ويحتمل أنها للأب ، وهل تمنع المتصلة الرجوع؟ على روايتين .

برجوع ، وإلاً فهو رجوع ، فإن نوى الرجوع من غير قولٍ ولا فعلٍ لم يحصل الرجوع وجهًا واحدًا .

(وإن نقصت العين) أو تلف بعضها لم يمنع الرجوع ، ولا ضمان على الولد فيما تلف منها ؛ لأنه تلف على ملكه ، سواءً تلف بفعله أو لا ، وإن جنى العبد جنائياً تعلق أورشها برقبته ، فهو كتنقصانه بذهاب بعض أجزائه ، فإن رجع الأب فيه ضمن أورش الجناية ، وإن كانت على العبد فرجع الأب فأرش الجناية عليه للابن كالزيادة المنفصلة .

(أو زادت زيادةً منفصلةً) كالولد والثمرة وكسب العبد (لم تمنع الرجوع) بغير خلافٍ نعلمه ؛ قاله في «الشرح» ؛ لأن الرجوع في الأصل دون التمام ممكن ، وفيه في «الموجز» رواية .

(والزيادة للابن) لأنها حادثة في ملكه ، ولا يتبع في الفسوخ ، وكذا هنا ، وكولد الأمة منه .

(ويحتمل أنها للأب) ذكره القاضي ، كالرد بالعب ، ولأنها زيادة في الموهوب ، فملكها الأب كالمتصلة ، لكن إن كانت الزيادة ولد أمة لا يجوز التفريق بينهما منع من الرجوع ، إلا أن يقول: المنفصلة للأب ، فيرجع فيهما جميعاً ، أو يرجع في الأم ، ويتملك الولد من مال ولده ؛ قاله في «الشرح» . وفيه شيء . وإن اختلفا في حدوث زيادةٍ ففي أيهما يقبل قوله؟ وجهان .

(وهل تمنع) الزيادة (المتصلة) كالسمن في العين ، وتعلم صنعة في المعاني (الرجوع) إذا زادت بها القيمة ؛ قاله في «الشرح» (على روايتين) كذا في «الكافي» و«المحرر» ، إحداهما: لا تمنع ؛ لأنها زيادة في الموهوب ، فلم يمنع الرجوع كالزيادة قبل القبض والمنفصلة . والثانية ، وهي أشهر ، ورجحها في «الشرح»: يمنع ؛ لأن الزيادة للموهوب له ؛ لكونها نماء ملكه ، ولم ينتقل إليه

وإن باعه المتهب ثم رجع إليه بفسخ أو إقالة فهل له الرجوع؟ على وجهين . وإن رجع إليه ببيع أو هبة لم يملك الرجوع ، وإن وهبه المتهب لابنه لم يملك أبوه الرجوع .

من جهة أبيه ، فلم يملك الرجوع فيها ، وحينئذٍ يمتنع الرجوع في الأصل ؛ لِقَلًّا يفضي إلى سوء المشاركة وضرر التَّشْقِيقِ ؛ لأنَّه استرجاعٌ للمال بفسخ عقدٍ لغير عيبٍ في عوضه ، فمنعه الزيادة المتصلة ، كاسترجاع الصَّدَاقِ بفسخ النِّكَاحِ ، بخلاف الرَّدِّ بالعيب من جهة أنَّ الرَّدَّ من المشتري ، وقد رضي ببذل الزيادة . وعلى المنع ، فلأب أخذها بطريق التَّمَلُّكِ بشرطه ، وقصر العين وتفصيلها زيادةً متصلةً يجري فيها الخلاف .

فرغ : إذا وهب حاملاً من غيره فولدت في يده هبةً متصلةً ، وقيل: منفصلةً إن قلنا: لا حكم للحمل ، وإن رجع فيها حاملاً جاز إن لم تزد قيمتها ، وإن زادت قيمتها فمتصلةً ، ولو وهبه نخلةً فحملت فهي قبل التأبير زيادةً متصلةً ، وبعده منفصلةً .

(وإن باعه المتهب) أو وهبه لم يملك الواهب الرجوع قولاً واحداً (ثم رجع إليه بفسخ أو إقالة) أو فلس المشتري (فهل له الرجوع؟ على وجهين) كذا أطلقهما في «المحرر» و«الفروع» ، واقتصر على ذكر الفسخ فقط ، وهو مُعْنٍ .

أحدهما ، وجزم به في «الوجيز»: لا يملك الرجوع ؛ لأنَّ الملك عاد إليه بعد استقرار ملك من انتقل إليه عادةً ، أشبه ما لو عاد إليه بالهبة ، أمَّا لو عاد إليه بخيار المجلس أو الشرط فله الرجوع ؛ لأنَّ الملك لم يستقرَّ عليه .

والثاني: يملكه ؛ لأنَّ السَّببَ المزيل ارتفع ، وعاد الملك بالسَّببِ الأوَّلِ ، أشبه فسخ البيع بالخيار .

(وإن رجع إليه ببيع أو هبة لم يملك الرجوع) لأنَّه عاد إليه بملكٍ جديدٍ لم يستفده من قبَلِ أبيه ، فلم يملك فسخه وإزالته كالذي لم يكن موهوبًا .

(وإن وهبه المتهب لابنه لم يملك أبوه الرجوع) كما لو وهبه لغير ابنه ، ولأنَّ

إلا أن يرجع هو . وإن كاتبه أو رهنه لم يملك الرجوع ، إلا أن ينفك الرهن أو تفسخ الكتابة . وعن أحمد في المرأة تهب زوجها مهرها: إن كان سألها ذلك ردّه إليها ، رضيت أو كرهت ؛ لأنها لا تهب له إلا مخافة غضبه ، أو إضرارًا بها بأن يتزوج عليها .

في رجوعه إبطالاً لملك غير ابنه ، وقيل: له أن يرجع وإن لم يرجع ابنه (إلا أن يرجع هو) لأن المانع من الرجوع زوال ملك الابن وقد عاد إليه ، وقيل: لا يملكه ؛ لأنه عاد إليه بعد استقرار ملك غيره عليه ، أشبه ما لو وهبه ابن الابن لأبيه .

(وإن كاتبه أو رهنه لم يملك الرجوع) لأن حق المرتهن والمكاتب تعلق به ، والرجوع يبطله ، فلم يجوز ؛ لما فيه من الضرر بالغير ، وهذا عند من لا يرى بيع المكاتب ، وقاله جماعة ، فأما من أجاز بيعه فحكمه عنده كالعين المستأجرة .

(إلا أن ينفك الرهن أو تفسخ الكتابة) لزوال المانع ، والتزويج لا يمنع الرجوع ، والمعلق عتقه بصفة كذلك ، وإذا رجع وكان التصرف لازماً كالإجارة والتزويج فهو باق بحاله ، وإن كان جائزاً كالوصية بطل ، والصحيح في التدبير أنه لا يمنع الرجوع .

فرع : إذا قال أبوه: وهبتك هذا العبد وهو سمين أو كبير فلي الرجوع ، فقال ابنه: وهو مهزول فسمن أو صغير فكبر فلا رجوع لك ، فوجهان . فلو قال: وهبتك هذا الذهب مصوغاً ، فقال ابنه: أنا صغته ، صدق الواهب .

(وعن أحمد في المرأة تهب زوجها مهرها: إن كان سألها ذلك ردّه إليها ، رضيت أو كرهت) نقلها أبو طالب . ثم ذكر العلة فقال: (لأنها لا تهب له إلا مخافة غضبه أو إضرارًا بها بأن يتزوج عليها) لأن شاهد الحال يدل على أنها لم تطب به ، والله تعالى إنما أباحه عند طيب نفسها بقوله تعالى - : ﴿فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً﴾ [النساء: ٤] وظاهره إن لم يكن سألها فهو جائز ، وقيل: يرجع إن وهبته لدفع ضرر فلم يندفع ، أو عوض أو شرط فلم يحصل ، وعنه: يردها الصداق مطلقاً ، ولو قال: هي طالق

فصل

وللأب أن يأخذ من مال ولده ما شاء ويتملكه مع حاجته وعدمها في صغره وكبره إذا لم تتعلق حاجة الابن به .

ثلاثاً إن لم تبرئني ، فأبرأته صحَّ ، وهل ترجع؟ ثالثها: ترجع إن طلقها ؛ ذكره الشيخ تقيِّ الدِّين وغيره .

فصل

(وللأب أن يأخذ من مال ولده) قال في «المستوعب» : لا تختلف الرواية أنَّ مال الولد ملكٌ له دون أبيه (ما شاء) من ماله (ويتملكه) لأنَّ من جاز له أخذ شيءٍ جاز له أن يتملكه ، بدليل الأشياء المباحة ، ولهذا قال أحمد: ليس بين الرجل وبين ولده ربًّا ، وقال: لا يمنع الابن الأب ما أراد من ماله فهو له ، ويستثنى من ذلك سُريته ولو لم تكن أمَّ وليدٍ .

(مع حاجته) أي: الوالد (وعدمها في صغره) أي: الولد (وكبره) لما روى سعيدٌ والثرمذِيُّ - وحسنه - عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ : «إِنَّ أَطِيبَ مَا أَكَلْتُمْ مِنْ كَسْبِكُمْ ، وَإِنَّ أَوْلَادَكُمْ مِنْ كَسْبِكُمْ» . وروى الطَّبْرَانِيُّ في «معجمه» عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جدِّه قال: جاء رجلٌ إلى النَّبِيِّ ﷺ قال: إنَّ أبي احتاج مالي . فقال: «أنت ومالك لأبيك» .

ولأنَّ الولد موهوبٌ لأبيه بالنَّصِّ القاطع ، وما كان موهوبًا له كان له أخذ ماله كعبده ، يؤيِّده أنَّ سفيان بن عُيينة قال في قوله تعالى : ﴿وَلَا عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ﴾ [النور: ٦١] الآية: ذكر الأقارب دون الأولاد ؛ لدخولهم في قوله تعالى : ﴿مِنْ بُيُوتِكُمْ﴾ لأنَّ بيوت أولادهم كبيوتهم ، ولأنَّ الرَّجُل يلبى مال ولده من غير تولية ، فكان له التَّصَرُّفُ كمال نفسه ، وشرطه (إذا لم تتعلق حاجة الابن به) وما لا يضرُّه ؛ نصَّ عليه ، وجزم بها في «الوجيز» ؛ لأنَّ حاجة الإنسان مقدَّمة على دينه ، فلأنَّ تُقدِّم على أبيه بطريق الأولى ، وشرط في

وإن تصرّف فيه قبل تملكه ببيع أو عتي أو إبراء لم يصحّ تصرّفه .

«الكافي» و«الشرح» و«الوجيز» ما لم يعطه ولدًا آخر ؛ نصّ عليه ؛ لأنّ تفضيل أحد الولدين غير جائز ، فمع تخصيص الآخر بالأخذ منه أولى .

وعنه: له أن يتملك ما لا يجحف به ؛ جزم به في «الكافي» . وذكر في «الشرح» ألا يجحف بالابن ولا يضرّ به ، ولا يأخذ شيئًا تعلّقت به حاجته ، وعنه: له كتملكه كلّهُ . ويروى أنّ مسروقًا زوّج ابنته بصدّاقٍ عشرة آلاف درهم ، فأخذها فأنفقها في سبيل الله وقال للزوج: جهّز امرأتك . واستدلّ ابن عقيل بقوله عليه السّلام :- «لا يحلّ مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسٍ منه» . رواه الدّارقطني . ولأنّ ملك الولد تامّ على مال نفسه ، فلم يجز انتزاعه منه كالذي تعلّقت به حاجته .

وجوابه: بأنّه مخصوصٌ بما سبق ، فلا تنافي بينهما . وظاهره لا فرق في الولد بين الذّكر والأنثى ، وأنّ الجدّ لا يكون كذلك ، وفيه روايةٌ محرّجةٌ من ولايته وإجباره أنّه كالأب في كلّ شيءٍ ما لم يخالف الإجماع كالعمرّيين ، وفي الأمّ قولٌ .

(وإن تصرّف فيه قبل تملكه ببيع أو عتي أو إبراء - لم يصحّ تصرّفه) على الأصحّ ؛ لأنّ ملك الولد على مال نفسه تامّ ، فصحّ تصرّفه فيه ، ولو كان للغير أو مشتركًا لم يجز ذلك . وقال الشّيخ تقيّ الدّين: ويقدم في أهليّته لأجل الأذى سيّما بالحبس ، وعنه: له أن يبرئ من مال ولده ، ويتسرّى منه ، وما فعل فيه فهو جائزٌ . وفيه بعدٌ ؛ لأنّه تصرّف في ملك غيره بما لا حظّ فيه خصوصًا مع صغر الولد ؛ إذ ليس من الحظّ إسقاط دينه وعتق عبده وهبة ماله .

تنبيهٌ : يحصل التّمكك بقبضه ؛ نصّ عليه مع قولٍ أو نيّة . قال في «الفروع»: ويتوجّه: أو قرينة . وفي «المبهبج» : في تصرّفه في غير مكيل وموزون روايتان بناءً على حصول ملكه قبل قبضه ، ويصحّ بعده ، ولو أراد أخذه مع غناه فليس له أن يأبى عليه . نقل الأثر: ولو كنت أنا لجبرته على دفعه إليه على حديث النبيّ ﷺ :-

وإن وطئ جاريةً فأحبها صارت أمَّ ولدٍ له ، وولده حرٌّ لا تلزمه قيمته ، ولا مهر ولا حدٌّ عليه ، وفي التّعزير وجهان ، وليس للابن مطالبة أبيه بدّين ، ولا قيمة متلفٍ ، ولا أرش جنائية ، ولا غير ذلك .

«أنت ومالك لأبيك» .

(وإن وطئ جارية ابنه) أي: قبل تملكها فقد وطئها ، وليست بزوجة ولا ملك يمين ، وهو حرامٌ (فأحبها صارت أمَّ ولدٍ له) لأنَّ إقبال الأب لها يوجب نقل الملك إليه ، وحينئذٍ يكون الوطاء مصادفًا للملك ، وذلك يقتضي صيرورتها أمَّ ولدٍ ضرورة مصادفة الوطاء للملك ، ومقتضاه أنَّها إذا لم تحبل منه أنَّها باقيةٌ على ملك الولد (وولده حرٌّ) لأنَّه من وطئ شبهة (لا تلزمه قيمته ، ولا مهر) ولا قيمتها ؛ إذ ليس له مطالبة الأب بشيءٍ من ذلك (ولا حدٌّ عليه) على الأصحَّ ؛ للشبهة (وفي التّعزير وجهان) أشهرهما التّعزير ، وذكره القاضي روايةً واحدةً ؛ لأنَّه وطئ وطئًا محرّمًا كوطء المشتركة . والثاني: لا ؛ لأنَّه لا يقتضٍ منه بالجنائية على ولده ، فلا يُعزَّر بالتصرّف في ماله . والفرق أنَّ التّعزير هنا حقٌّ لله - تعالى - بخلاف الجنائية على ولده . قال بعضهم: فيضرب مائةً إلا سوطاً .

فرغ : إذا تملكها فليس له وطؤها حتى يستبرئها ، فإن كان الابن وطئها لم تحلَّ له بحالٍ ، فإن وطئها بعد وطء الابن فروايتان كوطء ذاتٍ محرّم بملك يمين ، ولا ينتقل الملك فيها إن كان الابن استولدها ، فإن وطئها الأب والابن في طهرٍ واحدٍ ، وأنت بولدٍ عُرض على القافة ، ويُحدُّ الابن ؛ لوطنه جارية أبيه ، ولم يلحقه الولد ، ويكون ملكًا لأبيه ، وقد أوجب أحمد أن يعتقه الأب ؛ لكونه جزءًا من ابنه .

(وليس للابن مطالبة أبيه بدّين ، ولا قيمة متلفٍ ، ولا أرش جنائية ، ولا غير ذلك) قاله الزبير بن بكارٍ وسفيان بن عُيينة ؛ لما روي أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ بأبيه يقتضيه دينًا عليه ، فقال: «أنت ومالك لأبيك» . رواه الخلال . ولأنَّ المال أحد نوعي الحقوق ، فلم يملك مطالبة أبيه به كحقوق الأبدان ، وظاهره أنَّه لا يطالبه بنفقته ، والمذهب أنَّه يطالبه بها ، وجزم به في «الوجيز» وغيره ، وعينٌ بمالٍ له في يده ؛ قاله في «الرعاية» . وقيل: له أن يطالبه بماله في ذمته مع حاجته إليه

والهدية والصدقة نوعان من الهبة .

وغنى والده عنه ، وقيل: يثبت له في ذمته مطلقاً . فعلى هذا ، ففي ملكه إبراء نفسه نظراً ؛ قاله القاضي . وذكر غيره: لا يملكه كإبرائه لغريمه ، ولا طلب له في حياة والده ، فإن مات الابن فليس لورثته مطالبة الأب في الأشهر كمورثتهم ، وإن مات الأب بطل دين الابن ؛ قاله أحمد . وقيل: يرجع في تركة الأب ؛ لأنَّ دينه لم يسقط عن الأب ، وإنما تأخرت المطالبة . وحمله بعضهم على ما أخذه على سبيل التمليك .

مسألة : إذا مات فوجد ما اشتراه منه بعينه - قال في المبهج: أو بعضه ولم ينقد ثمنه أو وجد ما أقرضه فهل يأخذه أو يكون إرثاً؟ فيه روايتان . وما قضاه في مرضه أو وصَّى بقضائه فمن رأس ماله ، وإلا لم يسقط بموته . ولو أقرَّ بقبض دينه فأنكر رجوع على غريمه وهو على الأب ؛ نقله مهناً ، فظاهره أنَّه لا يرجع إن أقرَّ الابن .

(والهدية والصدقة نوعان من الهبة) أي: هما نوعا الجنس كالإنسان والفرس مع الحيوان . وحاصله: إن قصد بإعطائه ثواب الآخرة فصدقة ، وإن قصد إكراماً وتودُّداً ونحوه فهدية ، وإلا فهبة وعطيَّة ونحلة ، وهما كهبة فيما تقدَّم ، لكن نقل المروزي وحنبل: لا رجوع في الصدقة . وفي «عيون المسائل» و«المستوعب» : لا يُعتبر في الهدية قبولٌ ؛ للعرف ، ومن أهدى إليه ليهدي له أكثر فلا بأس به لغير النَّبِيِّ ﷺ ؛ نقله أحمد عن الضَّحَّاك . ونقل أبو الحارث فيمن سأل الحاجة فسعى معه فيها فيهدى إليه: إن علم أنَّه لأداء الأمانة لم يُقبَل ، إلا أن يكافئه . ونقل يعقوب: لا ينبغي للخاطب إذا خطب لقوم أن يقبل لهم هدية . فهاتان روايتان ، واختار الشيخ تقيِّ الدِّين التَّحريم ، ونقله عن السلف ، ورخص فيه بعض المتأخرين .

فرع : وعاء هدية كهبي مع عرف .

فصل : في عطية المريض

أمَّا المريض غير مرض الموت أو مرضٍ غير مخوِّف كالزَّمَد ووجع الضَّرْس والصداع ونحوه فعطاياه كعطايا الصَّحيح سواءً يصحُّ في جميع ماله ، وإن كان مرض الموت المخوف كالبرسام ، وذات الجنب ، والرُّعاف الدَّائم ، والقيام المتدارك .

فصل في عطية المريض

(أمَّا المريض غير مرض الموت أو مرضٍ غير مخوِّف كالزَّمَد) وهو ورْمٌ حارٌّ في الملتحم عن مادَّةٍ في العين ، ويُعرف بتقدُّم الصداع ، وقد يكون من الحجاب الدَّاخِل ، وقد يكون من الخارج (ووجع الضَّرْس والصداع) اليسير ، وهو وجع الرُّأس (ونحوه) كحَمَى يومٍ ؛ قاله في «الرَّعاية» . وقيل: ساعة ؛ قاله في «الشَّرح» . وإسهالٍ يسيرٍ من غير دمٍ .

(فعطاياه كعطايا الصَّحيح سواءً) لأنَّه في حكم الصَّحيح ؛ لكونه لا يخاف منه في العادة (يصحُّ في جميع ماله) ولو اتَّصل به الموت ؛ للأدلة ، وكما لو كان مريضًا فبرأ .

(وإن كان مرض الموت) القاطع بصاحبه (الخوف) أي: مرضًا مخوِّفًا اتَّصل به الموت (كالبرسام) وهو بخارٌ يرتقي إلى الرُّأس ويؤثِّر في الدِّماغ فيحيل عقل صاحبه . وقال عياضٌ: هو ورْمٌ في الدِّماغ يتغيَّر منه عقل الإنسان ويهذي ، ويقال فيه: سبرسامٌ .

(وذات الجنب) وهو قرْحٌ يباطن الجنب ، ووجع القلب والرِّئة ، ولا تسكن حركتها ، وقيل: هو دُمْلٌ كبيرةٌ تخرج بباطن الجنب وتفتح إلى داخلٍ .

(والرُّعاف الدَّائم) فإنَّه يصفِّي الدَّم فيذهب القوَّة (والقيام المتدارك) هو المبطن الذي أصابه الإسهال ولا يمكنه إمساكه ، فإن كان يجري تارةً وينقطع أخرى ، فإن كان يومًا أو يومين فليس بمخوِّفٍ ؛ لأنَّه قد يكون من فضلة الطَّعام إلا أن يكون معه

والفالج في ابتدائه ، والسُّلُّ في انتهائه ، وما قال عدلان من أهل الطَّبِّ
أنَّهُ مخوفٌ فعطاياه كالوصية في أنها لا تصحُّ لوارثٍ ولا لأجنبيٍّ بزيادةٍ على
الثُلثِ إلا بإجازة الورثة ، كالهبة ، والعتق ، والكتابة ، والمخابة .

زَحِيْرٌ وتَقْطِيعٌ فيكون مخوفًا ؛ لأنَّهُ يَضْعِفُ البدن .

(والفالج في ابتدائه) وهو داءٌ معروفٌ يرخي بعض البدن . قال ابن القَطَّاعِ:
فلج فالجًا: بطل نصفه أو عضوٌ منه .

(والسُّلُّ في انتهائه) هو - بكسر السِّين - داءٌ معروفٌ ، وقد سُئِلَ ، وأسأله اللهُ
تعالى ، فهو مسلولٌ ، على غير قياسٍ . ومثله القَوْلُوجُ ، وهو أن ينعقد الطَّعامُ في
بعض الأعضاء ولا ينزل عنه . فهذه الأشياءُ مخوفَةٌ وإن لم يكن معها حَمِيٌّ ،
وهي مع الحَمِيِّ أشدُّ خوفًا . وإن بادره الدَّمُ واجتمع في عضوٍ كان مخوفًا ؛ لأنَّهُ
من الحرارة المفرطة ، وإن هاجت به الصَّفراءُ فهي مخوفَةٌ ؛ لأنَّها تورث يَبوسةً ،
وكذلك البلغم إذا هاج ؛ لأنَّهُ من شدَّة البرودة ، وقد يغلب على الحرارة الغزيرة
فيطفئها ؛ ذكره في «المغني» و«الشَّرح» .

(وما قال عدلان) أي: مسلمان (من أهل الطَّبِّ) أي: عند الشُّكِّ فيه (أنَّهُ
مخوفٌ) فيرجع إلى قولهما ؛ لأنَّهما من أهل الخبرة ؛ كذا جزم به الأصحاب ،
فظاهره أنَّهُ لا يُقْبَلُ فيه قول واحد ؛ لأنَّهُ يتعلَّقُ به حقُّ الوارثِ والعطايا ، وقيل:
يُقْبَلُ لعدم . وذكر ابن رزِينِ المخوفَ عرفًا ، أو بقول عدلين .

(فعطاياه) صحيحةٌ ؛ لأنَّ عمر أوصى حين جُرح وسُقِّي لبنًا وخرج من جرحه ،
وأتفق الصَّحابة على نفوذ عهده (كالوصية في أنها لا تصحُّ لوارثٍ ولا لأجنبيٍّ
بزيادةٍ على الثُلثِ إلا بإجازة الورثة كالهبة) المقبوضة (والعتق ، والكتابة ،
والمخابة) والصَّدقة ، والوقف ، والإبراء من الدَّين ، والعفو عن الجناية الموجبة
للمال ؛ لما روى أبو هريرة أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال: «إِنَّ اللهَ تصدَّقَ عليكم عند
وفاتكم بثلثِ أموالكم زيادةً لكم في أعمالكم» . رواه ابن ماجه .

فمفهومه: ليس له أكثر من الثُلثِ ، يؤيِّده ما روى عمران بن حُصَيْنٍ أنَّ رجلاً

فأمَّا الأمراض الممتدة كالسلِّ والجذام والقالج في دوامه ، فإن صار صاحبها صاحب فراشٍ فهي مخوفةٌ وإلا فلا . وقال أبو بكرٍ: فيه وجهٌ آخر: أنَّ عطيته من الثلث .

أعتق في مرضه سنةً أعبدٍ لم يكن له مالٌ غيرهم ، فاستدعاهم النبيُّ ﷺ فجزأهم ثلاثة أجزاءٍ ، فأقرع بينهم ، فأعتق اثنين وأرقَّ أربعةً . رواه مسلمٌ . وإذا لم ينفذ العتق مع سرايته فغيره أولى ، ولأنَّ هذه الحال الظاهر منها الموت ، فكانت عطيته فيها في حقِّ ورثته لا تتجاوز الثلث كالوصية ، وعلم منه أنَّ هذه العطايا إذا وُجدت في الصَّحة فهي من رأس المال بغير خلافٍ نعلمه .

تنبيهٌ : حكم العطية في مرض الموت حكم الوصية في أشياء:

منها: أنَّه يقف نفوذها على خروجها من الثلث أو إجازة الورثة .

ومنها: أنَّها لا تصحُّ لو ارثتُ إلا بإجازة الورثة .

ومنها: أنَّ فضيلتها ناقصةٌ عن فضيلة الصدقة في الصَّحة .

ومنها: أنَّها تزاحم في الثلث إذا وقعت دفعةً واحدةً كتزاحم الوصايا .

ومنها: أنَّ خروجها من الثلث يُعتبر حال الموت لا قبله ولا بعده .

(فأمَّا الأمراض الممتدة كالسلِّ والجذام والقالج في دوامه) وحمى الرَّبع (فإن

صار صاحبها صاحب فراشٍ) أي: لزم الفراش (فهي مخوفةٌ) أي: عطيته من

الثلث ؛ لأنه مريضٌ صاحب فراشٍ يخشى منه التلُّف ، أشبه الحمى المطبقة (وإلا

فلا) أي: إن لم يصِر صاحبها صاحب فراشٍ فليست مخوفةً ، وعطيته حينئذٍ -

من رأس المال . قال القاضي: إذا كان يذهب ويجيء فعطاياه من جميع المال .

هذا تحقيق المذهب ؛ لأنه لا يخاف تعجيل الموت منه ، وإن كان لا يبرأ منه فهو

كالهريم .

(وقال أبو بكرٍ: فيه وجهٌ آخر أنَّ عطيته من الثلث) مطلقًا ؛ لأنها مخوفةٌ في

الجملة ، فوجب إلحاقها به من غير تفصيلٍ ، وهو رواية نقل حربٌ في وصية المجذوم

وَمَنْ كَانَ بَيْنَ الصَّفَيْنِ عِنْدَ التَّحَامِ الْحَرْبِ ، أَوْ فِي لَجَّةِ الْبَحْرِ عِنْدَ هَيْجَانِهِ ، أَوْ وَقَعَ الطَّاعُونَ بِلَدِهِ ، أَوْ قَدِمَ لِيَقْتَصَّ مِنْهُ .

والمفلوج من الثُّلث ، فالجد أثبتها وجعلها ثابتة ، وصاحب «الشَّرْحِ» حملها على الأوَّل . وذكر أبو بكرٍ وجهًا آخر: أَنَّ عَطَايَا هَؤُلَاءِ مِنَ الْمَالِ كُلِّهِ ، وَقَوْلُ ابْنِ الْمُنْجَا: إِنَّهُ يَلْزِمُ مِنْهُ التَّنَاقُضُ عَلَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ لَيْسَ بظَاهِرٍ ، فَعَايَتُهُ أَنَّهُ حَكَى وَجْهَيْنِ .

(وَمَنْ كَانَ بَيْنَ الصَّفَيْنِ عِنْدَ التَّحَامِ الْحَرْبِ) بَأَنَّ اخْتَلَطَتِ الطَّائِفَتَانِ لِلْقِتَالِ ، وَكَانَتْ كُلُّ مِنْهُمَا مِكَافَأَةً لِأُخْرَى أَوْ مَقْهُورَةً ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِهِمَا مُتَّفَقَتَيْنِ فِي الدِّينِ ؛ لِأَنَّ تَوَقُّعَ التَّلْفِ هُنَا كَتَوَقُّعِ الْمَرِيضِ أَوْ أَكْثَرَ ، فَوَجِبَ أَنْ يَلْحَقَ بِهِ ، فَأَمَّا الْقَاهِرَةُ بَعْدَ ظَهُورِهَا فَلَيْسَ بِمَخَوْفٍ .

(أَوْ فِي لَجَّةِ الْبَحْرِ عِنْدَ هَيْجَانِهِ) أَي: إِذَا اضْطَرَبَ وَهَبَّتِ الرِّيحُ الْعَاصِفُ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ - تَعَالَى - وَصَفَهُمْ بِشِدَّةِ الْخَوْفِ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿هُوَ الَّذِي يَسِيرُكُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ﴾ [يونس: ٢٢] الْآيَةِ . وَظَاهِرُهُ : أَنَّهُ إِذَا رَكِبَهُ وَهُوَ سَاكِنٌ فَلَيْسَ بِمَخَوْفٍ .

(أَوْ وَقَعَ الطَّاعُونَ) قَالَ أَبُو السَّعَادَاتِ: هُوَ الْمَرَضُ الْعَامُّ وَالْوَبَاءُ الَّذِي يَفْسُدُ لَهُ الْهَوَاءُ فَتَفْسُدُ بِهِ الْأَمْزِجَةُ وَالْأَبْدَانُ . وَقَالَ عِيَاضٌ: هُوَ قَرُوحٌ تَخْرُجُ فِي الْمَغَابِنِ وَغَيْرِهَا لَا يَلِثُ صَاحِبُهَا وَيُعْغَمُ إِذَا ظَهَرَتْ . وَفِي «شَرْحِ مُسْلِمٍ» : وَأَمَّا الطَّاعُونَ فَوَبَاءٌ مَعْرُوفٌ ، وَهُوَ يَنْتَرُ وَوَرَمٌ مُؤَلِّمٌ جَدًّا يَخْرُجُ مَعَ لَهَبٍ ، وَيَسْوَدُّ مَا حَوْلَهُ وَيَخْضُرُّ وَيَحْمَرُّ حَمْرَةً بِنَفْسِجِيَّةٍ ، وَيَحْصُلُ مَعَهُ خَفَقَانٌ لِلْقَلْبِ (بِبِلْدَةٍ) لِأَنَّهُ مَخَوْفٌ إِذَا كَانَ فِيهِ .

(أَوْ قَدِمَ لِيَقْتَصَّ مِنْهُ) لِأَنَّهُ إِذَا حَكِمَ لِلْمَرِيضِ وَحَاضِرَ الْحَرْبِ بِالْخَوْفِ مَعَ ظَهُورِ السَّلَامِ فَمَعَ ظَهُورَ التَّلْفِ وَقُرْبَهُ أَوْلَى ، وَلَا عِبْرَةَ بِصِحَّةِ الْبَدَلِ ، وَلَوْ عَبَّرَ بِالْقِتْلِ كَغَيْرِهِ لَعَمَّ ، سِوَاءً كَانَ قِصَاصًا أَوْ غَيْرِهِ كَالرَّجْمِ ، وَكَذَا إِذَا حُبِسَ لِلْقِتْلِ ؛ ذَكَرَهُ فِي «الْكَافِي» وَ«الْفُرُوعِ» . وَأَسِيرٌ عِنْدَ مَنْ عَادَتُهُمُ الْقِتْلُ .

مَسْأَلَةٌ : إِذَا كَانَ الْمَرِيضُ يَتَحَقَّقُ تَعْجِيلَ مَوْتِهِ ، فَإِنْ كَانَ عَقْلُهُ قَدْ اخْتَلَّ كَمَنْ

والحامل عند المخاض ، فهو كالمريض . وقال الخرقِيُّ: وكذلك الحامل إذا صار لها ستَّة أشهر . وقيل عن أحمد ما يدلُّ على أنَّ عطايا هؤلاء من المال كلُّه ، وإن عجز الثَّلث عن التَّبَرُّعات المنجزة بُدئ بالأوَّل فالأوَّل منها .

دُبِح أو أُبينت حشوته فلا حكم لعطيَّته ولا كلامه ، وإن كان ثابت العقل كمن حُرقت حشوته أو اشتدَّ مرضه ولم يتغيَّر عقله - صحَّ تصرُّفه . وذكر في «المغني» و«الشَّرح»: وكمن جرح جرحًا موحياً مع ثبات عقله . وفي «التَّرجيب» : من قُطع بموته كقطع حشوته ، وغريق ومعاين كميَّت .

(والحامل عند المخاض) أي: عند الطَّلُق ؛ كذا ذكره معظم الأصحاب (فهو كالمريض) مرضًا مخوفًا ؛ لأنَّه يحصل لها ألم شديد يخاف منه التَّلَف (وقال الخرقِيُّ: وكذلك الحامل إذا صار لها ستَّة أشهر) هو رواية عن أحمد ، أي: عطيتُها من الثَّلث كمرريض حتَّى تنجو من نفاسها ؛ لأنَّه وقتٌ تمكن الولادة فيه ، وهو من أسباب التَّلَف ، والأشهر: مع ألم . وقال إسحاق: إذا ثقلت لا يجوز لها إلاَّ الثَّلث . لم يحدِّ حدًّا ، وحكاه ابن المنذر عن أحمد .

(وقيل عن أحمد ما يدلُّ على أنَّ عطايا هؤلاء من المال كلُّه) حكاه أبو بكر ؛ لأنَّه لا مرض بهم ، فهم كالصَّحيح .

تنبيه : إذا ولدت المرأة ، فإن بقيت المشيمة معها أو مات معها فهو مخوف ، فإن خرجا فحصل ثمَّ ورمٌّ أو صرَبانٌ شديدٌ فكذلك ، وإن لم يكن شيءٌ من ذلك ، فقد رُوي عن أحمد في التَّفَسُّاء إذا كانت ترى الدَّم فعطيَّتها من الثَّلث ، والسَّقَط كالولد التَّام لا مضغَّة أو علقَّة ، إلاَّ أن يكون ألمٌ ؛ قاله في «المغني» و«الشَّرح» .

(وإن عجز الثَّلث عن التَّبَرُّعات المنجزة) يحترز به عن الوصيَّة ، فالتَّبَرُّع عبارة عن إزالة ملكه فيما ليس بواجبٍ بغير عوض (بدئ بالأوَّل فالأوَّل منها) لأنَّ السَّابِق استحقَّ الثَّلث ، فلم يسقط بما بعده ، وسواء كان السَّابِق عتقًا أو غيره ، وعنه: يُقسَّم بين الكلِّ بالحصص ، وعنه: يُقدَّم العتق ، وعُلِمَ منه أنَّ التَّبَرُّعات إذا كانت عطايا ووصايا تُقدَّم العطايا ؛ لأنَّها أسبق

وإن تساوت قُسم بين الجميع بالحصص . وعنه: يُقدّم العتق . وأما معاوضة المريض بثلث المثل فيصحّ من رأس المال وإن كانت مع وارث . ويحتمل ألا يصحّ لوارث ، وإن حابى وارثه فقال القاضي: يبطل في قدر ما حاباه ، وتصحّ فيما عداه .

(وإن تساوت) أي: وقعت دفعةً بأن وكلّ فيها جماعةً فيها فأوقعوها دفعةً واحدةً (قُسم بين الجميع بالحصص) على المذهب ؛ لأنّهم تساوا في الاستحقاق ، فيقسم بينهم على قدر حقوقهم كغرماء المفلّس (وعنه: يُقدّم العتق) لأنّه أكّد ؛ لكونه مبيّنًا على السّرية والتّغليب . وإن كانت كلّها عتقًا أقرعنا بينهم ، فيكمل العتق في بعضهم .

أصل : إذا قضى المريض بعض غرمائه ووفت تركته بالكلِّ صحّ ، وإن لم يفِ فوجهان ، أشهرهما وهو قياس قول أحمد: أنّهم لا يملكون الاعتراض عليه ؛ لأنّه أدّى واجبًا عليه كأداء ثمن البيع . والثّاني عكسه ؛ لأنّ حقّهم تعلق بماله بمرضه ، فمُنع تصرّفه فيه كالشّرع ، وما لزمه في مرضه من حقّ لا يمكنه دفعه وإسقاطه فهو من رأس ماله ، فلو تبرّع أو أعتق ثمّ أقرّ بدين لم يبطل تبرّعه ؛ نصّ عليه في العتق ؛ لأنّ الحقّ ثبت بالتبرّع في الظّاهر .

(وأما معاوضة المريض بثلث المثل فيصحّ من رأس المال) ذكره الأصحاب ؛ لأنّه إنّما يُعتبر من الثلث الشّرع ، وليس هذا تبرّعًا (وإن كانت مع وارث) لأنّه لا تبرّع فيها ولا تهمة ، فصحت كالأجنبيّ (ويحتمل ألا يصحّ لوارث) هذا رواية ؛ لأنّه خصّه بعين المال ، أشبه ما لو حاباه ، ومعناه: أنّها لا تصحّ معه إلا بإجازة ؛ اختاره في «الانتصار» ؛ لفوات حقّه في المعين .

(وإن حابا وارثه فقال القاضي: يبطل في قدر ما حاباه) لأنّ المحاباة كالوصيّة ، وهي لوارث باطلّة ، فكذا المحاباة (وتصحّ فيما عداه) لأنّ المانع من صحّة البيع المحاباة ، وهي هنا مفقودة . فعلى هذا ، لو باع شيئًا بنصف ثمنه فله نصفه بجميع الثّمن ؛ لأنّه تبرّع له بنصف الثّمن ، فبطل التّصرّف فيما تبرّع به ، وعنه: يبطل بيع الكلّ . وعلى الأوّل ، محلّه بدون إجازة الوارث ، وتُعتبر إجازة

وللمشتري الخيار ؛ لأنَّ الصَّفقة تبَعَضتْ في حقِّه ، فإن كان له شفيعٌ فله أخذه ، فإن أخذه فلا خيار للمشتري ، وإن باع المريض أجنبيًّا وحاباه

المجنون في مرضه من ثلثه . وقال ابن حمدان: إن جعلت عطيةً وإلاً فمن كلِّه .
(وللمشتري الخيار ؛ لأنَّ الصَّفقة تبَعَضتْ في حقِّه) فشرع ذلك دفعًا للضرر ، فإن فسخ وطلب قدر المحاباة ، أو طلب الإمضاء في الكلِّ وتكميل حقِّ الورثة من الثَّمَن لم يكن له ذلك ، وعنه: يصحُّ في العين كلِّها ، ويردُّ المشتري الوارث تمام قيمتها أو يفسخ .

(فإن كان له شفيعٌ فله أخذه) لأنها تجب بالبيع الصحيح وقد وُجد (فإن أخذه فلا خيار للمشتري) لزوال الضرر عنه ؛ لأنه لو فسخ المبيع رجع بالثَّمَن ، وقد حصل له الثَّمَن من الشَّفيع .

فرغ : إذا أجر نفسه وحابى المستأجر صحَّ مجانًا .

(وإن باع المريض أجنبيًّا وحاباه) لم يمنع ذلك من صحَّة العقد في قول الجمهور ؛ لأنه تصرفٌ صدر من أهله في محلِّه ، فصحَّ كغير المريض . فعليه ، لو باع عبدًا لا يملك غيره قيمته ثلاثون بعشرة فقد حابى المشتري بثلثي ماله ، وليس له المحاباة بأكثر من الثلث ، فإن أجاز الورثة ذلك لزم البيع ، وإن ردُّوا فاختار المشتري فسخ البيع فله ذلك ، وإن اختار إمضاءه فعن أحمد: يأخذ نصف المبيع بنصف الثَّمَن ، ويفسخ البيع في الباقي ، وصحَّحه الشَّيخان ، وطريقه أن يسقط الثَّمَن - وهو عشرة - من قيمة العبد وهو ثلاثون ، ثمَّ يأخذ ثلث المبيع وهو عشرة ، فينسبه من الباقي وهو عشرون ، فما خرج بالنسبة صحَّ البيع في مقدار تلك النسبة ، فيصحُّ البيع في نصف المبيع بنصف الثَّمَن . وعلى قول القاضي ، ينسب الثَّمَن ، وثلث المبيع من قيمة المبيع ، فيصحُّ في مقدار تلك النسبة بالثَّمَن كلِّه ، وهو قول أهل العراق ، فلو باعه بخمسة عشر وهو يساوي ثلاثين صحَّ البيع في ثلثيه بثلثي الثَّمَن على الأوَّل . وعلى الثَّاني ، للمشتري خمسة أسداسه .

وكان شفيعه وارثاً فله الأخذ بالشفعة ؛ لأنَّ الحاباة لغيره ، ويُعتبر الثلث عند الموت ، فلو أعتق عبداً لا يملك غيره ثمَّ ملك مالا يخرج من ثلثه تبيناً أنَّه عتق كله ، وإن صار عليه دينٌ يستغرقه لم يُعتق منه شيء .

(وكان شفيعه وارثاً ، فله الأخذ بالشفعة) في الأصحَّ (لأنَّ الحاباة لغيره) كما لو وصَّى لغيره وارثه ، وهذا إذا لم يكن حيلةً ، ولأنَّه إنما منع منها في حقِّ الوارث ؛ لما فيها من التهمة من إيصال المال إلى بعض الورثة المنهي عنه شرعاً ، وهذا معدومٌ فيما إذا أخذ بالشفعة ما وقعت فيه الحاباة ، وقيل: لا يملك الوارث الشفعة ؛ لإفضائه إلى إثبات حقِّ وارثه .

فرغ : لا يصحُّ تعليق عطيةٍ منجزةٍ ونحوها في مرضٍ مخوفٍ على شرطٍ إلا في العتق ، فلو علَّق صحيح عتق عبده فوجد شرطه في مرضه فمن ثلثه في الأصحَّ .
(ويُعتبر الثلث عند الموت) لأنَّه وقت لزوم الوصايا واستحقاقها ، وتثبت له ولاية القبول والرَّد ، فإن ضاق ثلثه عن العطيةِ والوصيةِ قُدِّمت العطيةُ في قول جمهور الفقهاء ؛ لأنها لازمةٌ ، فقُدِّمت على الوصيةِ كعطيَّة الصَّحة ، وعنه: هما سواءٌ ، وتُعتبر قيمة المنجز وقبوله حين نجزه ، ونماؤه من حينه إلى الموت تبعٌ له ، فمن جعل عطيةً من ثلثه فحمل ما نجزه فكسبه له ، وإلا فله منه بقدر ما خرج من أصله من الثلث ، وليس بشركة ؛ قاله في «الرعاية» .

(فلو أعتق عبداً لا يملك غيره ثمَّ ملك مالا يخرج من ثلثه تبيناً أنَّه عتق كله)
لخروجه من الثلث عند الموت (وإن صار عليه دينٌ يستغرقه لم يُعتق منه شيء) نصٌّ عليه ؛ لأنَّ الدين مقدَّم على الوصيةِ ، بدليل قول عليٍّ: قضى رسول الله ﷺ بالدين قبل الوصيةِ . وعنه: يعتق الثلث ؛ لأنَّ تصرُّف المريض من الثلث كتصرُّف الصَّحيح في الجميع ، فإن مات قبل سيده مات حرّاً ، وقيل: بل ثلثه .
فرغ : هبته كعتقه .

فائدة : للمريض لبس ناعم وأكل طيبٍ لحاجته ، وإن فعله لتفويت حقِّ الورثة مُنع ؛ قاله في «الانتصار» ، وفيه: يُمْنعه إلا بقدر حاجته وعادته وسلمه أيضاً ؛ لأنَّه لا

فصل

وتفارق العطية الوصية في أربعة أشياء: أحدها: أنه يُبدأ بالأوّل فالأوّل منها ، والوصايا يسوّى بين المتقدّم والمتأخّر منها . والثاني: أنه لا يملك الرجوع في العطية ، بخلاف الوصية . والثالث: أنه يُعتبر قبوله للعطية عند وجودها ، بخلاف الوصية . والرابع: أن الملك يثبت في العطية من حينها ، ويكون مراعى ، فإذا خرج من الثلث تبيّن أن الملك كان ثابتاً من حينه .

يستدرك كإتلافه . وجزم به الحلواني وغيره ؛ لأنّ حقّ وارثه لم يتعلّق بعين ماله .

فصل

(وتفارق العطية الوصية في أربعة أشياء: أحدها: أنه يُبدأ بالأوّل فالأوّل منها) لوقوعها لازمة (والوصايا يسوّى بين المتقدّم والمتأخّر منها) لأنها تبرّع بعد الموت ، فوجد دفعة واحدة (والثاني: أنه لا يملك الرجوع في العطية) لأنها تقع لازمة في حقّ المعطي ينتقل إلى المعطي في الحياة إذا اتّصل بها القبول والقبض ولو كثرت ، وإنما مُنع من التبرّع بزيادة على الثلث لحقّ الورثة (بخلاف الوصية) فإنه يملك الرجوع فيها ؛ لأنّ التبرّع فيها مشروطٌ بالموت ، فقبل الموت لم يوجد ، فهي كالهبة قبل القبول .

(والثالث: أنه يُعتبر قبوله للعطية عند وجودها) لأنها تملك في الحال (بخلاف الوصية) فإنها تملك بعد الموت ، فاعتُبر عند وجوده (والرابع: أن الملك يثبت في العطية من حينها) بشروطها ؛ لأنها إن كانت هبةً فمقتضاها تملكه الموهوب في الحال ، فيعتبر قبولها في المجلس كعطيّة الصّحة ، وكذا إن كانت محاباةً أو إعتاقاً (ويكون مراعى) لأننا لا نعلم هل هو مرض الموت أو لا ، ولا نعلم هل يستفيد مالاً أو يتلف شيءٌ من ماله ، فتوقّفنا لنعلم عاقبة أمره ليعمل بها ، فإذا انكشف الحال علمنا حينئذٍ ما ثبت حال العقد كإسلام أحد الزوجين .

(فإذا خرج من الثلث تبيّن أن الملك كان ثابتاً من حينه) أي: من حين العطية ؛ لأنّ المانع من ثبوته كونه زائداً على الثلث ، وقد تبيّن خلافه .

فلو أعتق في مرضه عبداً أو وهبه لإنسانٍ ثمَّ كسب في حياة سيِّده شيئاً ثمَّ مات سيِّده فخرج من الثُّلث كان كسبه له وإن كان معتقاً ، وللموهوب له إن كان موهوباً ، وإن خرج بعضه فلهما من كسبه بقدر ذلك ، فلو أعتق عبداً لا مال له سواه فكسب مثل قيمته قبل موت سيِّده فقد عتق منه شيءٌ ، وله من كسبه شيءٌ ، ولورثة سيِّده شيان ، فصار العبد وكسبه نصفين ، فاعتق منه نصفه ، وله نصف كسبه ، وللورثة نصفهما .

(فلو أعتق في مرضه عبداً أو وهبه لإنسانٍ ثمَّ كسب في حياة سيِّده شيئاً ثمَّ مات سيِّده فخرج من الثُّلث كان كسبه له إن كان معتقاً) لأنَّ الكسب تابعٌ لملك الرِّقبة (وللموهوب له إن كان موهوباً) لما ذكرنا ، وعُلِمَ منه أنَّ العتق والهبة نافذان فيه إذا خرج من الثُّلث ، فتعيَّن كون الكسب للمعتق والموهوب له للتعبيَّة .
(وإن خرج بعضه) من الثُّلث (فلهما) أي: للمعتق والموهوب له (من كسبه بقدر ذلك) أي: بمقدار نسبة ذلك البعض إليه .

(فلو أعتق عبداً لا مال له سواه فكسب مثل قيمته قبل موت سيِّده فقد عتق منه شيءٌ وله من كسبه شيءٌ) لأنَّ الكسب يتبع ما تنفذ فيه العطية دون غيره ، فيلزم الدَّور ؛ لأنَّ للعبد من كسبه بقدر ما عتق ، وباقيه لسيِّده ، فيزداد به مال السيِّد ، وتزداد الحرِّيَّة كذلك ، ويزداد حقُّه من كسبه ، فينقص به حقُّ السيِّد من كسبه ، وينقص بذلك قدر المعتق منه ، ونَبَّه عليه بقوله: (ولورثة سيِّده شيان فصار العبد وكسبه نصفين) أي: صار مقسوماً نصفين ؛ لأنَّ العبد لما استحقَّ بعثقه شيئاً وبكسبه شيئاً كان له في الجملة شيان ، وللورثة شيان .

(فيعتق منه نصفه ، وله نصف كسبه ، وللورثة نصفهما) أي: نصف العبد ونصف الكسب ، فإذا كان العبد قيمته مائة مثلاً وكسب مائة قسَّمت ذلك على أربعة أشياء ، فيكون الشَّيء خمسين ، وهو أولى من ضمِّ الأشياء ، ثمَّ يقسَّم نصفين ؛ لأنَّ بالأوَّل تبَيَّن مقدار الشَّيء ، فيعلم مقدار العتق ، بخلاف القسمة نصفين فإنَّه يحتاج إلى نظرٍ لتبيُّن مقدار العتق .

وإن كسب مثلي قيمته صار له شيان ، وعتق منه شيء ، وللورثة شيان ، فيعتق ثلاثة أخماسه ، وله ثلاثة أخماس كسبه ، والباقي للورثة . وإن كسب نصف قيمته عتق منه شيء ، وله نصف شيء من كسبه ، وللورثة شيان ، فيعتق منه ثلاثة أسباعه ، وله ثلاثة أسباع كسبه ، والباقي للورثة .

(وإن كسب مثلي قيمته صار له شيان ، وعتق منه شيء ، وللورثة شيان ، فيعتق ثلاثة أخماسه ، وله ثلاثة أخماس كسبه ، والباقي للورثة) ففي مسألتنا إذا كسب مائتين قسّمت المجموع وهو ثلاثمائة على خمسة أشياء: ثلاثة للعبد ، وشيخان للورثة وجدت كل شيء يعدل شيئين ، وذلك ثلاثة أخماس العبد .

(وإن كسب نصف قيمته عتق منه شيء ، وله نصف من كسبه ، وللورثة شيان) فالجميع ثلاثة أشياء ونصف شيء ، فابسطها تصرّ سبعة له ثلاثة أسباعها (فيعتق ثلاثة أسباعه ، وله ثلاثة أسباع كسبه ، والباقي للورثة) في الصّور كلّها ؛ لأنّه ملكهم .

وضابط ذلك أن تقول: عتق منه شيء ، وللورثة مثلاً ما عتق منه وهو شيان ، وله من كسبه شيء إن كسب مثل قيمته ، وشيخان إن كسب مثلاً قيمته ، وثلاثة أشياء إن كسب ثلاثة أمثال قيمته ، ونصف الشيء إن كسب مثل نصف قيمته ، وعلى هذا أبداً ، ثمّ تجمع الأشياء فتقسم قيمة العبد وكسبه عليها ، فما خرج فهو شيء .

فلو أعتق عبداً لا مال له سواه قيمته مائة فكسب ثلاثة أمثال قيمته فقد عتق منه شيء ، ولورثة سيّده شيان ، وله من كسبه ثلاثة أشياء ، فتجمع الأشياء فتصير ستة ، فاقسم عليها قيمة العبد وكسبه ، وذلك أربعمائة ، يخرج الشيء ستة وستين وثلاثين ، فقد عتق منه شيئاً ، وهو ثلثا قيمته ، ولورثة سيّده شيان مثلاً ما عتق منه ، وله من كسبه ثلاثة أشياء - مائتان ، وهي ثلثا كسبه .

فرغ : أعتق عبداً قيمته عشرون ثمّ آخر قيمته عشرة ، فكسب كل منهما قدر قيمته ، فكملت الحرّة في العبد الأوّل ، فيعتق منه شيء ، وله من كسبه شيء ،

وإن كان موهوباً لإنسانٍ فله من العبد بقدر ما عتق منه ، وبقدره من كسبه . وإن أعتق جاريةً ثم وطئها ومهر مثلها نصف قيمتها فهو كما لو كسب نصف قيمتها ، يعتق منها ثلاثة أسباعها .

وللورثة شيان ، فتقسم العبدان وكسبهما على الأشياء الأربعة ، فيخرج لكل شيء خمسة عشر ، فيعتق منه بقدر ذلك ، وهو ثلاثة أرباعه ، وله ثلاثة أرباع كسبه ، والباقي للورثة . وإن بدأ بعق الأذن عتق كله وأخذ كسبه ، ويستحق الورثة من العبد ما عتق ، وكسبه مثلي العبد الذي عتق ، وهو نصفه ونصف كسبه ، ويبقى نصفه ونصف كسبه بينهما نصفين ، فيعتق ربه ، وله ربع كسبه ، ويرق ثلاثة أرباعه ، ويتبعه ثلاثة أرباع كسبه ، وذلك مثلاً ما عتق منهما ، فإن أعتقهما معاً أقرعنا بينهما ، فمن خرجت له قرعة الحرّية فهو كما لو بدأ بإعتاقه ، فلو كانا متساويي القيمة فأعتقهما بكلمة واحدة ، ولا مال له سواهما ، فمات أحدهما في حياته ، أقرع بين الحرّ والميت ، فإن وقعت على الميت فالحرّ رقيق ، ويتبين أنّ الميت نصفه حرّ ؛ لأنّ مع الورثة مثل نصفه ، وإن وقعت على الحرّ عتق ثلثيه ، ولا يحسب الميت على الورثة ؛ لأنّه لم يصل إليهم .

(وإن كان موهوباً لإنسانٍ فله) أي: للموهوب له (بقدر ما عتق منه) لأنّ القدر الموهوب يعدل القدر المعتق (وبقدره من كسبه) لأنّ الكسب يتبع الملك ، فلزم أن يملك من الكسب بقدر ما ملك من العبد ، فإن كانت قيمته مائة فكسب تسعة فاجعل له كلّ دينار شيئاً فقد عتق منه مائة ، وله من كسبه تسعة أشياء ، ولهم مائتا شيء ، فيعتق منه مائة جزءٍ وتسعة أجزاءٍ من ثلاثمائة وتسعة ، له من كسبه مثل ذلك ، ولهم مائتا جزءٍ من نفسه ، ومائتا جزءٍ من كسبه ، فإن كان على السيّد دينٌ يستغرق قيمته وقيمة كسبه صرفاً في الدين ولم يعتق منه شيء ؛ لأنّ الدين مقدّم على التبرّع ، وإن لم يستغرق قيمته وقيمة كسبه صرف من العبد وكسبه ما يقضي منه الدين ، وما بقي منهما يقسم على ما يعمل في العبد الكامل كسبه .

(وإن أعتق جاريةً) لا مال له غيرها (ثمّ وطئها ومهر مثلها نصف قيمتها فهو كما لو كسب نصف قيمتها يعتق منها ثلاثة أسباعها) لأنّها لو كسبت نصف

ولو وهبها مريضاً آخر لا يملك له أيضاً فوهبها الثاني للأول صحّت هبة الأول في شيء ، وعاد إليه بالهبة الثانية ثلثه بقي لورثة الآخر ثلثا شيء ، وللأول شيان ، فلهن ثلاثة أرباعها ، ولورثة الثاني ربعها .

وإن باع مريضٌ قفيزاً لا يملك غيره يساوي ثلاثين بقفيز يساوي عشرةً فأسقط قيمة الرديء من قيمة الجيد ، ثم انصب الثلث إلى الباقي وهو عشرة من عشرين تجده نصفها ، فيصح البيع في نصف الجيد بنصف الرديء .

قيمتها لعتق منها ثلاثة أسباعها: سُبُع بملكها له من نفسها بحقها من مهرها ، ولا ولاء عليها لأحد ، وسبعان بإعتاق الميت ، لكن في التشبيه نظرٌ من حيث إن الكسب يزيد به ملك السيّد ، وذلك يقتضي الزيادة في العتق ، والمهر ينقصه ، وذلك يقتضي نقصان العتق .

(ولو وهبها مريضاً آخر لا مال له أيضاً فوهبها الثاني للأول) وماتا جميعاً صحّت هبة الأول في شيء ، وعاد إليه بالهبة الثانية ثلثه بقي لورثة الآخر ثلثا شيء ، وللأول) أي: لورثة الأول (شيان) فاضربها في ثلاثة ؛ ليزول الكسر ، تكن ثمانية أشياء تعدل الأمة الموهوبة (فلهن) أي: لورثة الأول (ثلاثة أرباعها) ستة (ولورثة الثاني ربعها) شيان . وإن شئت قلت: المسألة من ثلاثة ؛ لأنّ الهبة صحّت من ثلث المال ، وهبة الثاني صحّت في ثلث الثلث ، فتكون من ثلاثة ، اضربها في أصل المسألة تكن تسعة ، أسقط السهم الذي صحّت فيه الهبة الثانية بقيت المسألة من ثمانية .

(وإن باع مريضٌ قفيزاً لا يملك غيره يساوي ثلاثين بقفيز يساوي عشرةً) وهما من جنس واحد ، فيحتاج إلى تصحيح البيع في جزء منه مع التخلص من الرّبا ؛ لكونه يحرم التفاضل بينهما ، فأشار إلى الطريقة فقال: (فأسقط قيمة الرديء من قيمة الجيد ، ثم انصب الثلث إلى ما بقي وهو عشرة من عشرين تجده نصفها ، فيصح البيع في نصف الجيد بنصف الرديء) لأنّ ذلك يقابله بعض المبيع بقسطه من الثمن عند تعدُّر أخذ جميعه بجميع الثمن ، أشبه ما لو اشترى سلعتين بثمن ، فانفسخ البيع في أحدهما ببيع أو غيره .

ويطل فيما بقي . وإن أصدق امرأة عشرةً لا مال له غيرها وصدق مثلها خمسةً ، فماتت قبله ثم مات لها بالصدق خمسةً وشيءٌ بالمحابة ، رجع إليه نصف ذلك بموتها ، صار له سبعةً ونصفٌ إلا نصف شيءٍ يعدل شيئين ، اجبرها بنصف شيءٍ ، وقابل

(ويطل فيما بقي) لانتهاء المقتضي للصحة ، لا يقال: فلا يصح في الجيد بقدر قيمة الردية ويطل في غيره ؛ لأنه يفضي إلى الربا ؛ لكونه عقدًا يصح في ثلث الجيد بكل الردية ، وذلك ربا ، ولأن المحابة في البيع وصيئة ، وفيما ذكر إبطالها ؛ لأنه لا يحصل لها شيءٌ ، وطريق الجبر أن يقال: يصح البيع في شيءٍ من الأرفع بشيءٍ من الأدنى وقيمة ثلث شيءٍ ، فتكون المحابة بثلثي شيءٍ ، ألقها من الأرفع يبقى قفيرا إلا ثلثي شيءٍ يعدل ثلثي المحابة ، وذلك شيءٌ وثلث شيءٍ ، فإذا جبرته عدل شيئين ، فالشيء نصف القفيز ، وإن كان الأدنى يساوي عشرين ، صحت في جميع الجيد بجميع الردية ، وإن كان الأدنى يساوي خمسة عشر فاعمل بالطريقين الأولين ، ولك طريق آخر ، وهو أن تضرب ما حاباه به في ثلاثة تبلغ خمسةً وثلثين ، انصب قيمة الجيد إليها بثلاثها فيصح بيع ثلثي الجيد بثلثي الردية وبطل فيما عداه .

فرغ : لو حابى في إقالة في سلم كمن أسلف عشرةً في كُر حنطة ، ثم أقاله في مرضه وقيمته ثلاثون تعين الحكم ، كما لو ذكره لإمضاء الإقالة في السلم بزيادة ، وهو ممتنع .

(وإن أصدق امرأة عشرةً لا مال له غيرها وصدق مثلها خمسةً فماتت قبله ثم مات) فيدخلها الدور ، فنقول: (لها خمسةً بالصدق) لأنها مهر مثلها (وشيءٌ بالمحابة) لأنها كالوصية ، ويبقى لورثة الزوج خمسة أشياء (رجع إليه نصف ذلك بموتها) لأن الزوج يرث نصف ما لامرأته إذا لم يكن لها ولد (صار له سبعةً ونصفٌ إلا نصف شيءٍ) لأنه كان له خمسة الأشياء ، وورث اثنين ونصف شيءٍ (يعدل شيئين) لأنه مثلا ما استحقته المرأة بالمحابة ، وذلك شيءٌ (اجبرها بنصف شيءٍ) لتعلم (وقابل) أي: يزداد على الشيئين نصف شيءٍ ، فليقابل ذلك النصف المراد ،

يخرج الشَّيء ثلاثة ، فلورثته سِتَّة ، ولورثتها أربعة ، وإن مات قبلها ورثته وسقطت المحاباة . وعنه: تُعتبر المحاباة من الثلث . قال أبو بكر: هذا قولٌ قديمٌ رجع عنه .

فصل

ولو ملك ابن عمِّه فأقرَّ في مرضه أنه أعتقه في صحَّته عتق ، ولم يرثه ؛ ذكره أبو الخطَّاب ؛

أي: يبقى سبعة ونصف تعدل شيئين ونصفاً (يخرج الشَّيء ثلاثة ، فلورثته ستة) من لهم شيئين (ولورثتها أربعة) لأنَّه كان لها خمسة وشيء ، وذلك ثمانية ، رجع إلى ورثته نصفها وهي أربعة ، والطَّريقة في هذا أن ننظر ما بقي في يد ورثة الزَّوج ، فخمسه هو الشَّيء الذي صحَّت المحاباة فيه ، وذلك لأنَّه بعد الجبر يعدل شيئين ونصفاً ، والشَّيء هو خمساها ، وإن شئت أسقطت خمسه وأخذت نصف ما بقي .

(وإن مات قبلها ورثته) لأنَّها زوجته (وسقطت المحاباة) نصَّ عليه ؛ لأنَّ حكمها في المرض حكم الوصيَّة في أنَّها لا تصحُّ لوارث . فعليه ، لو كانت غير وارثة كالكافرة لم تسقط المحاباة ؛ لعدم الإرث ، وحينئذٍ فلها مهرها وثلث ما حاباها به (وعنه: تُعتبر المحاباة من الثلث) لأنَّها محاباة لمن تجوز عليها الصَّدقة ، فاعتُبرت من الثلث كمحاباة الأجنبيِّ (قال أبو بكر: هذا قولٌ قديمٌ رجع عنه) وقيل: تسقط المحاباة إن لم يجرها بقيَّة الورثة ، وقيل: يسقط المسمَّى ويجب مهر المثل ، وقيل: مهرها وربع الباقي ، وقيل: بل ثلث المحاباة ، وكذا الخلاف فيمن تزوَّج من يرثه في مرضه بأكثر من مهر المثل ، ولو تزوَّج مريضةً بدون مهرها فهل لها ما نقص؟ فيه وجهان .

فصل

(ولو ملك ابن عمِّه فأقرَّ في مرضه أنه أعتقه في صحَّته عتق) من راس المال ؛ لأنَّ إقرار المريض بذلك كالصَّحيح (ولم يرثه ؛ ذكره أبو الخطَّاب) وفي «الرَّعاية»:

لأنه لو ورثه كان إقراره لوارث ، وكذلك على قياسه لو اشترى ذا رحمه المحرم في مرضه ، وهو وارثه أو وصى له به أو وهب له ، فقبله في مرضه . وقال القاضي: يعتق ويرث . ولو أعتق أمته وتزوجها في مرضه لم ترثه على قياس الأول .

أنه أقيس (لأنه لو ورثه كان إقراره لوارث) فيبطل عتقه ؛ لأنه مرتب على صحة الإقرار ، وهو لا يصح لوارث ، وعلمه الخبري بأن عتقهم وصية ، فلا يجمع لهم بين الأمرين ؛ لأنهم إذا ورثوا بطلت الوصية ، وإذا بطلت الوصية بطل العتق ، فيؤدى توريتهم إلى إسقاط توريتهم ، وقيل: يرث ؛ لأنه حين الإقرار لم يكن وارثاً ، فوجب أن يرث ، كما لو لم يصِر وارثاً (وكذلك على قياسه لو اشترى ذا رحمه المحرم) أي: من يعتق عليه بالبراءة (في مرضه وهو وارثه ، أو وصى له به ، أو وهب له فقبله في مرضه) أي: يعتق ولا يرث ؛ لما ذكرنا (وقال القاضي: يعتق ويرث) وهو المنصوص ، وقدمه في «المحرر» و«الفروع» ، وحاصله: أنه إذا ملك من يعتق عليه بهبة أو وصية أو أقر أنه أعتق ابن عمه عتقا من رأس المال وورثا ؛ لأنه حين موت موروثه ليس بقاتل ولا مخالف لدينه ، ولا يكون عتقهم وصية ، وقيل: يعتق من ثلثه وإلا عتق منه بقدر الثلث ، فلو دبر ابن عمه عتق ولم يرث ؛ نص عليه ، وإن قال: أنت حرّ في آخر حياتي ، عتق ، والأشهر: يرث ، وليس عتقه وصية . ولو علق عتق عبده بموت قريبه لم يرثه ؛ ذكره جماعة . قال القاضي: لأنه لا حق له فيه . قال في «الفروع»: ويتوجّه الخلاف .

مسألة : إذا اشترى مريض من يعتق على وارثه صحّ وعتق على الوارث قولاً واحداً . وإن وصى بعتق بعض عبده أو أعتقه أو دبره وبقيته له أو لغيره وثلثه يحمل كله - كمل عتقه وأخذ الشريك حقه ، وعنه: لا سراية فيه ، وهو أولى ، وفي استسعائه للشريك روايتان ، وعنه: السراية في المنجز فقط . قال ابن حمدان: وإن اشترى المديون ذا رحمه المحرم لم يصحّ . وقيل: بلى ، ويباع في الدين . ولو أتهب عبداً من يعتق على سيده وقلنا: يصحّ قبوله بدون إذنه عتق على سيده .

(ولو أعتق أمته وتزوجها في مرضه لم ترثه على قياس الأول) لأن إرثها يفضي

ولو أعتقها وقيمتها مائة ثم تزوجها وأصدقها مائتين لا مال له سواهما ، وهي مهر مثلها ، ثم مات - صحَّ العتق ، ولم يستحقَّ الصَّدَاقُ ؛ لِئَلَّا يَفْضِيَ إِلَى بَطْلَانِ عَتَقِهَا ثُمَّ يَبْطُلُ صَدَاقِهَا . وقال القاضي: تستحقُّ المائتين .

إلى بطلان عتقها ؛ لِأَنَّهُ وَصِيَّةٌ ، وإبطال عتقها يبطل توريثها (وقال القاضي: ترثه) نصُّ عليه في رواية المروذي ، وهو المذهب ؛ لِأَنَّ العتق في هذه الحال وَصِيَّةٌ بما لا يلحقه الفسخ ، فيجب تصحيحه للوارث كالعفو عن العمد في مرضه فَإِنَّهُ لَا يَسْقُطُ مِيرَاثُهُ ، وَلَا تَبْطُلُ الوَصِيَّةُ ، ومحلُّه ما إذا خرجت من التُّلْثِ كما لو أعتق ابن عمِّه أو اشترى ذا رحم يعتق عليه مَن يَرِثُ ، ولو أعتقها في صحَّته وتزوّجها في مرضه فَإِنَّهُ يَصْحُحُّ وترثه بغير خلافٍ علمناه .

(ولو أعتقها وقيمتها مائة ثم تزوجها وأصدقها مائتين لا مال له سواهما وهي مهر مثلها ثم مات صحَّ العتق) والنُّكاح ؛ لِأَنَّهُ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ فِي مَحَلِّهِ (ولم يستحقَّ الصَّدَاقُ ؛ لِئَلَّا يَفْضِيَ إِلَى بَطْلَانِ عَتَقِهَا ثُمَّ يَبْطُلُ صَدَاقِهَا) ووجهه أَنَّهَا إِذَا اسْتَحَقَّتْ الصَّدَاقَ لَمْ يَبْقَ شَيْءٌ سِوَى قِيَمَةِ الأَمَةِ الْمُقَدَّرِ بِقَاوِمِهَا ، فَلَا يَنْفِذُ العتق فِي كُلِّهَا ؛ لَكُونَ الإِنْسَانَ مُحْجُورًا عَلَيْهِ فِي التَّصَرُّفِ فِي مَرَضِهِ فِي جَمِيعِ مَالِهِ ، وَإِذَا بَطُلَ العتق فِي البَعْضِ بَطُلَ النُّكاحِ ، وَإِذَا بَطُلَ النُّكاحُ بَطُلَ الصَّدَاقِ .

(وقال القاضي: تستحقُّ المائتين) وتعتق ؛ لِأَنَّ العتق وَصِيَّةٌ لَهَا ، وَهِيَ غَيْرُ وَاثِرَةٍ ، وَالصَّدَاقُ اسْتَحَقَّتْهُ بِعَقْدِ المَعَاوِضَةِ ، وَهِيَ تَنْفِذُ مِنْ رَأْسِ المَالِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ تَزَوَّجَ أَجْنَبِيَّةً وَأَصْدَقَهَا المائتين ، وَفِي إِرْثِهَا الخِلافُ . قال في «المعني»: والأوَّلُ أَوْلَى مِنَ القَوْلِ بِصِحَّةِ العتق وَاسْتِحْقَاقِ الصَّدَاقِ جَمِيعًا ؛ لِإِفْضَائِهِ إِلَى القَوْلِ بِصِحَّةِ العتق فِي مَرَضِ المَوْتِ مِنْ جَمِيعِ المَالِ ، وَلَا خِلافَ فِي فِسادِ ذَلِكَ ، فَلَوْ أَصْدَقَ المائتين أَجْنَبِيَّةً صَحَّ وَبَطُلَ العتق فِي ثَلَاثِي الأَمَةِ ؛ لِأَنَّ الخُرُوجَ مِنَ التُّلْثِ مَعْتَبَرٌ بِحَالَةِ المَوْتِ ، وَحَالَةِ المَوْتِ لَمْ يَبْقَ لَهُ مَالٌ ، وَكَذَا لَوْ تَلَفَتِ المائتان قَبْلَ مَوْتِهِ عَتَقَ مِنْهَا التُّلْثَ فَقَطُ .

فرغ : لو أعتق أمة لا يملك غيرها ثم تزوجها فالنُّكاحُ صحیحٌ في الظاهر ، فإن

وإن تبرع بثلاث ماله ثم اشترى أباه من الثلثين فقال القاضي: يصح الشراء ولا يعتق ، فإذا مات عتق على الوارث إن كانوا ممن يعتق عليهم .

مات ولم يملك شيئاً آخر تبيناً أن النكاح باطل ، ويسقط مهرها إن كان لم يدخل بها ، وإن كان دخل بها ومهرها نصف قيمتها عتق منها ثلاثة أسباعها ، ويرق أربعة أسباعها ، وحسابها أن نقول: عتق منها شيء ، ولها بصدقها نصف شيء ، وللورثة شيان ، فجمعه ثلاثة أشياء ونصفاً ، تبسطها تكن سبعة .

مسألة : مريضة أعتقت عبداً لها قيمته عشرة ، وتزوجها بعشرة في ذمته ، ثم ماتت وخلفت مائة ، فمقتضى قول الأصحاب أن تضم العشرة إلى المائة ، فتكون التركة ويرث نصف ذلك ، والباقي للورثة . وقال أبو يوسف ومحمد: يحسب عليه قيمته أيضاً ، ويضم إلى التركة ، ويبقى للورثة ستون . وقال الشافعي: لا يرث شيئاً ، وعليه أداء العشرة التي في ذمته ؛ لئلا يكون إعتاقه وصية لوارث ، وهو مقتضى قول الحرقبي .

فائدة : وهب أمة حرم على المتب وطؤها حتى تبرأ أو تموت . وفي الخلاف: له التصرف . وفي الانتصار: والوطء .

(وإن تبرع بثلاث ماله) في مرضه (ثم اشترى أباه من الثلثين) وله ابن (فقال القاضي) ومتابعوه: (يصح الشراء ولا يعتق) الأب في الحال إذا اعتبرنا عتقه من الثلث ؛ لكونه اشتراه بمال هو مستحق للورثة بتقدير موته ، ولأن تبرع المريض إنما ينفذ من الثلث ، ويقدم الأول فالأول ، فإذا قدم التبرع لم يبق من الثلث شيء ، ولو اشترى أباه بماله ، وهو تسعة دنانير ، وقيمه ستة ، فقال المجد: عندي تنفذ المحاباة ؛ لسبقها العتق ، ولا يعتق عليه كالتي قبلها . وقال القاضي: يتحصان هنا ، فينفذ ثلث الثلث للبائع محاباة ، وثلثاه للمشتري عتقاً ، فيعتق به ثلث رقبته ، ويرد البائع دينارين ، ويكون ثلثا المشتري مع الدينارين ميراثاً .

(فإذا مات) المشتري (عتق على الوارث) لأنه ملك من يعتق عليه (إن كانوا ممن يعتق عليهم) كالأولاد مثلاً ؛ لأن الجدد يعتق على أولاد ابنه

ولا يرث ؛ لأنه لم يعتق في حياته .

(ولا يرث ؛ لأنه لم يعتق في حياته) إذ شرط الإرث أن يكون حرًا عند الموت ، ولم يوجد . وعلى قول غير القاضي وهو من يقول: إنَّ الشراء ليس بوصية يعتق الأب ، وينفذ من التبرع قدر ثلث المال حال الموت ، وما بقي فلأب سدسه ، وباقيه للوارث .

فرع : من وهب له أبوه استحب له قبوله ، وقيل: يجب . فإن قبله عتق عليه بالملك وورث ، وإن وهب لمكاتبه أبوه فله قبوله ، ويعتق بعته .

☆☆☆

فهرس الجزء الخامس

٠٠٣	باب الإجارة
٠٥٦	باب السبق
٠٦٥	فصل في المناضلة
٠٧٢	كتاب العارية
٠٨٥	كتاب الغصب
١٣٤	باب الشفعة
١٦١	باب الوديعة
١٧٦	باب إحياء الموات
١٩٣	باب الجعالة
١٩٨	باب اللقطة
٢١٦	باب اللقيط
٢٣٣	كتاب الوقف
٢٩٨	باب عطية المريض
٣١٧	الفهرس

