

نهاية المحتاج

إلى

شرح المنهاج

في الفقه على مذهب الإمام الشافعي رضي الله
عنه

تأليف

شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة
ابن شهاب الدين الرملي المصري الأنصاري
الشهير بالشافعي الصغير المتوفى سنة
1004 هجرية

الجزء الخامس

بسم الله الرحمن الرحيم

{كتاب الشركة}

بكسر فسكون، وحكي فتح فكسر وفتح فسكون، وقد تحذف
تاؤها فتصير بمعنى النصيب. وهي لغة: الاختلاط. وشرعا: ثبوت
الحق شائعا في شيء واحد أو عقد يقتضي ذلك. والأصل فيها قبل
الإجماع الخبر الصحيح القدسي {يقول الله تعالى أنا ثالث
الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خانه خرجت من بينهما}
رواه أبو داود والحاكم وصحح إسناده. والمعنى: أنا معهما بالحفظ
والإعانة فأمدهما بالمعاونة في أموالهما وإنزال البركة في
تجارتهما، فإذا وقعت الخيانة بينهما رفعت البركة والإعانة عنهما،
وهو معنى خرجت من بينهما. ومقصود الباب شركة تحدث
بالاختيار بقصد التصرف وتحصيل الربح وليست عقدا مستقلا، بل
هي في الحقيقة وكالة وتوكيل كما يؤخذ مما سيأتي (هي) أي
الشركة من حيث هي (أنواع) أربعة أحدها (شركة الأبدان كشركة
الحمالين وسائر المحترفة ليكون بينهما كسبهما) بحرفتهما
(متساويا أو متفاوتا مع اتفاق الصنعة) كنجار ونجار (أو اختلافها)
كنجار ورفاء، وهي باطلة لما فيها من الغرر والجهل.

(و) ثانيها (شركة المفاوضة) بفتح الواو من تفاوضا في الحديث شرعا فيه جميعا أو قوم فوضى: أي مستوون (ليكون بينهما كسبهما) ببدن أو مال من غير خلط (وعليهما ما يعرض من غرم) بنحو غصب أو إتلاف، وهي باطلة أيضا لاشتمالها على أنواع من الغرر فيختص كل في هاتين بما كسبه، نعم لو نويها هنا شركة العنان وثم مال بينهما صحت.

(و) ثالثها (شركة الوجوه بأن يشترك الوجيهان) عند الناس لحسن معاملتهما معهم (ليبتاع كل منهما بمؤجل) ويكون المبتاع (لهما، فإذا باعا كان الفاضل عن الأثمان) المبتاع بها (بينهما) أو أن يبتاع وجيه في ذمته ويفوض بيعه لخامل والربح بينهما، أو يشترك وجيه لا مال له وخامل له مال ليكون المال من هذا والعمل من هذا من غير تسليم للمال والربح بينهما والكل باطل إذ ليس بينهما مال مشترك فكل من اشترى شيئا فهو له عليه خسره وله ربحه والثالث قراض فاسد لاستبداد المالك باليد (وهذه الأنواع باطلة) لما ذكرناه

(و) رابعها (شركة العنان) وسيعلم أنها اشتراك في مال ليتجرا فيه، وهي (صحيحة) بالإجماع ولسلامتها من سائر أنواع الغرر من عنان الدابة لاستوائهما في التصرف وغيره كاستواء طرفي العنان أو لمنع كل الآخر مما يريد كمنع العنان للدابة، أو من عن ظهر لظهورها بالإجماع عليها، أو من عنان السماء: أي ما ظهر منها فهي على غير الأخير بكسر العين على الأشهر وعليه بفتحها.

ولها خمسة أركان عاقدان ومعقود عليه وعمل وصيغة. وبدأ المصنف منها بالأخير معبرا عنها بالشرط نظير ما مر في المبيع فقال (ويشترط فيها لفظ) صريح من كل للآخر (يدل على الإذن) للمتصرف من كل منهما أو من أحدهما (في التصرف) أي التجارة بالبيع والشراء، أو كناية تشعر بذلك لما مر أنفا أنها مشعرة لادالة إلا بتجاوز وحينئذ فقد يشملها كلامه، وكاللفظ والكتابة وإشارة الأخرس المفهمة، فلو أذن أحدهما فقط تصرف المأذون في الكل والإذن في نصيبه خاصة، فإن شرط عدم تصرفه في نصيبه لم تصح (فلو اقتصر على) قولهما (اشتركتنا لم يكف) عن الإذن في التصرف (في الأصح) لاحتماله الإخبار عن وقوع الشركة فقط، ومن ثم لو نويها كفى كما جزم به السبكي. والثاني يكفي لفهم المقصود منه عرفا وعبر عن الركن الثاني. والثالث وهما العاقدان بقوله (و) يشترط (فيهما) أي الشريكين إن تصرفا (أهلية التوكل والتوكيل) في المال إذ كل منهما وكيل عن صاحبه وموكل له، فإن تصرف أحدهما فقط اشترط فيه أهلية التوكل وفي الآخر أهلية

التوكيل حتى يصح أن يكون الثاني أعمى دون الأول كما في المطلب، ومقتضى كلامهم جواز مشاركة الولي على مال محجوره، وتوقف ابن الرفعة فيه بأن فيه خلطا قبل العقد من غير مصلحة ناجزة، بل قد يورث نقصا مردودا بأن الغرض وجود مصلحة فيه لتوقف تصرف الولي عليها واشتراط إنجاز المصلحة ممنوع. نعم يشترط كما قاله الأذرعى كون الشريك أمينا بحيث يجوز إيداع مال اليتيم عنده، قال غيره: وهو ظاهر إن تصرف دون ما إذا تصرف الولي وحده، ويكره مشاركة الكافر ومن لا يحتز من الشبهة، ولو شارك المكاتب غيره لم يصح كما قاله ابن الرفعة إن كان هو المأذون له: أي ولم يأذن له السيد لما فيه من التبرع بعمله ويصح إن كان هو الأذن، فإن أذن السيد صح مطلقا. ثم ذكر الركن الرابع وهو المال فقال (وتصح) الشركة (في كل مثلي) بالإجماع في النقد الخالص وعلى الأصح في المغشوش الراجح لأنه باختلاطه يرتفع تميزه كالنقد ومنه التبر كما سيصرح به في الغصب، وقول الشارح: ولا تجوز في التبر وفيه وجه في التتمة فرعه على المرجوح القائل باختصاصها بالنقد المضروب. نعم يمكن حمله على نوع منه غير منضبط (دون المتقوم) بكسر الواو لتعذر الخلط في المتقومات لأنها أعيان متميزة وحينئذ تتعذر الشركة لأن بعضها قد يتلف فيذهب على صاحبه وحده (وقيل يختص بالنقد المضروب) الخالص كالقراض فالمضروب صفة كاشفة إن قيل بأن النقد لا يكون غير مضروب كما هو أحد الاصطلاحين (ويشترط خلط المالين) قبل عقدها، فلو وقع بعده في المجلس لم يكف على الأصح لأن أسماء العقود المشتقة من المعاني يجب تحقق تلك المعاني فيها، ومعنى الشركة الاختلاط والامتزاج وهو لا يحصل في ذلك لما يأتي أو بعد مفارقتة لم يكف جزما (بحيث لا يتميزان) وإن لم تتساو أجزاءهما في القيمة لتعذر إثبات الشركة مع التمييز (ولا يكفي الخلط مع اختلاف جنس) كدراهم ودينانير (أو صفة كصحاح ومكسرة) وأبيض وغيره كبر أحمر بأبيض لإمكان التمييز وإن عسر فإن كان لكل علامة مميزة عند مالكة دون بقية الناس لم يكف في أوجه الوجهين، وقضية كلامه عدم اشتراط تساوي المثلين في القيمة وهو كذلك (هذا) المذكور من اشتراط خلطهما (إن أخرجنا مالين وعقدا، فإن ملكا مشتركا) بينهما على جهة الشيوع وهو مثلي إذ الكلام فيه، ولهذا قيده به الشارح لا للاحتراز عن مقابله إذ ذلك علم حكمه من قوله والحيلة إلى آخره، ويصح التعميم هنا وتكون تلك الحيلة لابتداء الشركة في عروض حاصلة بينهما (بإرث وشراء وغيرهما وأذن

كل) منهما (للآخر في التجارة فيه) أو أذن أحدهما فقط نظير ما مر (تمت الشركة) لحصول المعنى المقصود بالخلط (والحيلة في الشركة في) المتقوم من (العروض) لها طرق منها أن يرثاها مثلا أو (أن يبيع) مثلا (كل واحد بعض عرض الآخر) سواء أتجانس العرضان أم اختلفا، وأراد بكل: الكل البدلي لا الشمولي، إذ يكفي بيع واحد منهما بعض عرضه لصاحبه ببعض عرض الآخر لأنه بائع الثمن، فيكون " كل " حينئذ على ظاهرها على أن " كل " لا بد منه بالنسبة لقوله (ويأذن) له (في التصرف) فيه بعد التقابض وغيره مما شرط في البيع، ومحل ما لم يشترط في التبايع الشركة، فإن شرطها فسد البيع كما نقله في الكفاية عن جماعة وأقره، ولا يشترط علمهما بقيمة العرضين، ومنها أن يشتريا سلعة بثمن واحد ثم يدفع كل عرضه بما يخصه (ولا يشترط تساوي قدر المالين) أي تساويهما في القدر كما في المحرر (والأصح أنه لا يشترط العلم بقدرهما) أي بقدر كل من المالين أهو النصف أم غيره (عند العقد) حيث أمكنت معرفته بعد بنحو مراجعة حساب أو وكيل لأن الحق لهما لا يعدوهما، بخلاف ما لا تمكن معرفته. والثاني يشترط وإلا أدى إلى جهل كل منهما بما أذن فيه وبما أذن له فيه، ولو جهلا القدر وعلما النسبة بأن وضع أحدهما الدرهم في كفة الميزان ووضع الآخر يازائها مثلها صح جزما كما قاله الماوردي وغيره ولو اشتبها ثوباهما لم يكف للشركة كما في الروضة لأن ثوب كل منهما مميز عن الآخر

(ويتسلط كل واحد منهما على التصرف) إذا أذن كل لصاحبه (بلا ضرر) كالوكيل في جميع ما يأتي فيه بأن يكون فيه مصلحة وإن لم توجد غبطة خلافا لما أوهمه تعبير أصله من منع شراء ما توقع ربحه إذ هي التصرف فيما فيه ربح عاجل له وقع (فلا) يبيع بثمن المثل وثم راغب، بل لو ظهر ولو في زمن الخيار لزمه الفسخ وإلا انفسخ، ولا (يبيع نسيئة) للغرر (ولا بغير نقد البلد) كالوكيل كذا جزما به هنا، ولا ينافيه أنه يجوز للعامل البيع بغيره مع أن المقصود من البابين متحد وهو الربح؛ لأن العمل في الشركة غير مقابل بعوض كما صرحوا به، فلا يلزم من امتناع التصرف بغير نقد البلد تضرر، بخلاف العمل ثم فإنه يقابل بالربح، فلو منعناه من التصرف بغير النقد لضيقنا عليه طرق الربح الذي في مقابلة عمله وفيه من الضرر والمشقة ما لا يخفى، على أن المراد بكون الشريك لا يبيع بغير نقد البلد أنه لا يبيع بنقد غير نقد البلد إلا أن يروج كما صرح به ابن أبي عصرون، ولما أشكل هذا المقام قال ابن يونس: إن اشتراط ما ذكر هنا غلط وقد علم رده، إذ الشريك

يجوز له البيع بالعرض أيضا، وفارق نقد غير البلد بأنه لا يروج ثم فيتعطل الربح بخلاف العرض، ولهذا لو راج جاز كما علم مما مر، وعلى هذا فقول المصنف ولا بغير نقد البلد أخرج بالنقد العرض، وفيه تفصيل وهو أنه إن راج جاز وإلا فلا، والمفهوم إذا كان فيه ذلك لا يرد، هذا والأوجه الأخذ بالإطلاق هنا فلا يبيع بعرض وإن راج (ولا) يبيع ولا يشتري (بغبن فاحش) وسيأتي ضابطه في الوكالة، فإن فعل شيئا من ذلك صح في نصيبه خاصة فتفسخ الشركة فيه ويصير مشتركا بين المشتري والشريك (ولا يسافر به) حيث لم يعطه له في السفر إلا إذا اضطر إليه لنحو قحط وخوف كما بحثه الأذرعى، بل قد يجب عليه. كما في نظيره من الوديعة ولا كانا من أهل النجعة وإن أعطاه له حضرا، فإن فعل ضمن وصح تصرفه (ولا يبضعه) بضم التحتية فسكون الموحدة أي يدفعه لمن يعمل فيه لهما ولو تبرعا لعدم رضاه بغير يده، فلو فعل ضمن أيضا، واقتصار كثير على دفعه لمن يعمل فيه متبرعا باعتبار تفسير الأبخاع (بغير إذنه) قيد في الجميع، نعم مجرد الإذن في السفر لا يتناول ركوب البحر، بل لا بد من النص عليه كتنظيره في القراض، وقوله بما شئت إذن في المحاباة كما يأتي بزيادة في الوكالة لا بما ترى لأن فيه تفويضا لرأيه وهو يقتضي النظر بالمصلحة

وعقد الشركة جائز من الجانبين كما قال (ولكل) من الشريكين (فسخه) (متى شاء) كالوكالة (وينعزلان عن التصرف) جميعا (بفسخهما) أي فسخ كل منهما (فإن) (قال أحدهما) للآخر (عزلتك أو لا تتصرف في نصيبي) انعزل المخاطب و (لم ينعزل العازل) لأنه لم يمنعه أحد فيتصرف في نصيب المعزول سواء في ذلك المعزول وغيره خلافا لابن الرفعة (وتنفسخ بموت أحدهما وبجنونه وبإغمائه) قال ابن الرفعة نقلا عن البحر: إلا إغماء لا يسقط به فرض صلاة: أي لم يستغرق وقت فرض صلاة فلا يؤثر، لكن ظاهر كلامهم يخالفه، وبطرو حجر سفه وفلس في كل تصرف لا ينفذ منهما كالوكالة في جميع ذلك، وبحث الإسنوي أن طرو الاسترقاق والرهن كذلك، ولا ينتقل الحكم في الثالثة عن المغمى عليه لأنه لا يولى عليه، فإذا أفاق تخير بين القسمة واستئناف الشركة ولو بلفظ التقرير أو كان المال عرضا، ولو كان الوارث غير رشيد فعلى وليه كولي المجنون استئنافها ولو بلفظ التقرير عند الغبطة فيها وإلا فعليه القسمة، وحيث كان على الميت دين أو وصية لم يجز الاستئناف من الوارث الرشيد وولي غيره إلا بعد قضاء الدين ووصيته غير المعينة لأن المال حينئذ كالمرهون والشركة في

المرهون باطلة والمعين كوارث فله أو لوليه استثنافها مع الوارث أو وليه

(والربح والخسران على قدر المالين) باعتبار القيمة لا بالأجزاء ولا بقدر العمل، فلو خلطا قفيزا بمائة بقفيز بخمسين فالشركة أثلاث، ولو كان لأحدهما عشرة دنانير مثلا وللآخر مائة درهم فاشتريا بهما رقيقا مثلا قوم غير نقد البلد منهما بنقد البلد وعرف التساوي والتفاضل، فإن استويا بنسبة قيمة المتقوم كأن كانت الدنانير من غير نقد البلد وقيمتها مائة درهم في المثال المذكور فالشركة مناصفة، وإلا بأن كانت قيمتها مائتين فبالأثلاث، ولا يخالفه ما في البيع فيما لو كان لكل من اثنين عبد فباعاهما بثمن واحد فإنه لا يصح للجهل بحصة كل من الثمن عند العقد وإن كانت تعلم بالتقويم، وكذا هنا كل منهما يجهل حصته من المبيع لأن الغالب في قيم النقود الانضباط وعدم التغير فخف الجهل، وأيضا فالمقوم والمقوم به هنا متحدان في النقدية وإنما اختلفا بغلبة تعامل أهل البلد بأحدهما دون الآخر فأدير الأمر هنا على الغالب وهو لا يختلف فخف به الجهل أيضا فاغتفر هنا لما ذكر ما لم يغتفر في مسألة العبدین السابقة لأن الغالب في قيمتهما الاختلاف ولا غالب ثم مع تغاير القيمة للمقوم جنسا وصفة فزاد فيها الغرر والجهل، ويؤيد ما قررناه ما أجاب به الوالد رحمه الله تعالى أيضا بأن صورة المسألة أنهما عالمان بالنسبة حال الشراء إذ الغالب معرفة نسبة النقد غير الغالب من الغالب، بخلاف العروض إذ القيمة فيها لا تكاد تنضبط (تساويا) أي الشريكان (في العمل أو تفاوتًا) فيه (فإن شرطًا خلافه) أي ما ذكر كأن شرطًا تساوي الربح والخسران مع تفاضل المالين أو عكسه، (فسد العقد) لمنافاته لوضع الشركة (فيرجع كل على الآخر بأجرة عمله في ماله) أي مال الآخر كالقراض إذا فسد وقد يقع التقاص، ولو تساويا في المال وتفاوتًا في العمل وشرط الأقل للأكثر عملاً لم يرجع بالزائد لأنه عمل متبرعا غير طامع في شيء كما لو عمل أحدهما فقط في فاسده (وتنفذ التصرفات) منهما لوجود الإذن (والربح بينهما) في هذا أيضا (على قدر المالين) رجوعاً للأصل

(ويد الشريك يد أمانة) كالمودع والوكيل (فيقبل قوله في الرد) لنصيب الشريك إليه لا لنصيبه، هو إليه (والخسران والتلف) كالوكيل (فإن ادعاه) أي التلف (بسبب ظاهر) كحريق وجهل (طولب بينة) بالسبب (ثم) بعد إقامتها (يصدق في التلف به) بيمينه كما يأتي ذلك مع بقية أحكام المسألة آخر الوديعة. وحاصلها أنه إن عرف دون عمومه أو ادعاه بلا سبب أو بسبب خفي كسرقة

صدق بيمينه وإن عرف هو وعمومه صدق بلا يمين (ولو) (قال من في يده المال) من الشريكين (هو لي وقال الآخر مشترك أو) (قالا بالعكس) أي قال من بيده المال هو مشترك وقال الآخر هو لي (صدق صاحب اليد) بيمينه لدلالاتها على الملك الموافق لدعواه به في الأولى ونصفه في الثانية (ولو) (قال) ذو اليد (اقتسمنا وصار لي) (صدق المنكر) بيمينه إذ الأصل عدم القسمة فيه، وإنما قبل قوله في الرد مع أن الأصل عدمه لأن من شأن الوكيل قبول قوله فيه توسعة عليه، ولو ادعى كل منهما أنه ملك هذا الرقيق مثلا بالقسمة وحلفا أو نكلا جعل مشتركا وإلا فللحالف

(ولو) (اشترى) الشريك (وقال اشتريته للشركة أو لنفسي وكذبه الآخر) (صدق المشتري) بيمينه لأنه أعرف بقصده سواء ادعى أنه صرح بذلك أم نواه، نعم لو اشترى ما ظهر عيبه وأراد رد حصته لم يقبل قوله على البائع أنه اشتراه للشركة لأن الظاهر أنه اشتراه لنفسه فليس له تفريق الصفقة عليه، قاله المتولي والعمراني، وظاهر هذا تعدد الصفقة لو صدقه، ويوجه بأنه أصيل في البعض ووكيل في البعض فكانا بمنزلة عقدين، ولو أخذ من آخر جملا ومن آخر راوية ليستقي الماء والحاصل بينهم لم تصح الشركة والماء للمستقي إن كان ملكه أو مباحا وقصده لنفسه أو أطلق وعليه لكل أجره مثل ماله. ولو قصد الشركة بالاستقاء فالمباح بينهم وقسمته على قدر أجر أمثالهم بلا تراجع كما رجحه ابن المقري وجزم به في الأنوار، وإن استأجر الجمل من واحد والراوية من آخر والمستقي لاستقاء الماء وهو مباح، فإن استأجر كلا في عقد صح أو في عقد واحد فسدت ولزمه لكل أجر مثله والماء للمستأجر، ولو قصد به المستقي نفسه وإن ألزم ذمتهم الاستقاء بألف صح، ولو ألزم مالك بر فيما لو كان لرجل بيت رحا وآخر حجرها وآخر بغل يديره وآخر يطحن فيها ذمة الطحان وملاك بيت الرحا وحجر الرحا والبغل طحن بر في عقد في الذمة صح وكان المسمى بينهم أرباعا ويتراجعون بأجر المثل، وإذا استأجر الأعيان وكل واحد في عقد صح بالمسمى أو معا فسد والحكم ما سبق، ولو اشترك مالك الأرض والبذر وآلة الحرث مع رابع يعمل في أن الغلة بينهم لم يصح شركة فالزرع لمالك البذر ولهم عليه الأجرة إن حصل من المزرع شيء وإلا فلا. ولو غصب نحو نقد أو بر وخلطه بماله ولم يتميز فله إفراز قدر المغصوب ويحل له التصرف في الباقي أفتى به ابن الصلاح وتبعه المصنف، ولو باع أحد شركاء مشتركا صفقة أو وكل أحدهما الآخر فباعه وقبض قدر حصته من الثمن اختص به كما أفتى ابن الصلاح أيضا

وهو ظاهر، ولا ينافيه قولهم لو ورث جمع ديننا لم يختص أحدهم بما قبضه منه بل يشاركه فيه البقية لاتحاد الجهة ولو آجر حصته في مشترك لم يشارك فيما قبضه مما آجر به وإن تعدى بتسليمه العين للمستأجر بغير إذن شريكه.

{كتاب الوكالة}

هي بفتح الواو وكسرهما لغة: التفويض والمراعاة والحفظ واصطلاحاً: تفويض شخص لغيره ما يفعله عنه حال حياته مما يقبل النيابة أي شرعاً فلا دور. والأصل فيها قبل الإجماع قوله تعالى {فابعثوا حكماً من أهله} بناء على أنه وكيل وهو الأصح كما يأتي وتوكيله صلى الله عليه وسلم عمرو بن أمية الضمري في نكاح أم حبيبة وأبا رافع في نكاح ميمونة وعروة البارقي في شراء شاة بدينار والحاجة ماسة إليها، ولهذا ندب قبولها لأنها قيام بمصلحة الغير، أما عقدها المشتمل على الإيجاب فلا إلا أن يقال ما لا يتم المندوب إلا به فمندوب هو ظاهر إن لم يرد الموكل غرض نفسه. وأركانها أربعة: موكل، ووكيل، وموكل فيه وصيغة. وقد شرع في الأول فقال (شرط الموكل صحة مباشرة ما وكل) بفتح الواو (فيه بملك) لكونه مطلق التصرف (أو ولاية) ككونه أبا في مال أو نكاح (فلا يصح توكيل صبي ولا مجنون) ولا مغمى عليه ولا محجور عليه بسفه في نحو مال لأنهم إذا عجزوا عن تعاطي ما وكلوا فيه فنائبهم أولى وخرج بملك أو ولاية الوكيل فإنه لا يوكل كما يأتي لانتفاء كونه مالكا أو وليا، وصحة توكيله عن نفسه في بعض الصور أمر خارج عن القياس فلا يرد نقضا والقن المأذون له فإنه إنما يتصرف بالإذن فقط (و) لا توكيل (المرأة) لغيرها في النكاح لأنها لا تباشره و لا يرد صحة إذنها لوليها بلفظ الوكالة لانتفاء كونه وكالة حقيقة وإنما هو متضمن للإذن (و) لا توكيل (المحرم) بضم الميم لحلال (في النكاح) يعقد له أو لموليته حال إحرام الموكل لأنه لا يباشره فإن وكله ليعقد عنه بعد تحلله أو أطلق صح، كما لو وكله ليشتري له هذه الخمرة بعد تخللها، أو أطلق أو وكل حلال محرماً ليوكل حلالاً في التزويج لأنه سفير محض (ويصح توكيل الولي) أبا أو جدا (في حق الطفل) أو المجنون أو السفه في المال والنكاح أو وصياً أو قيماً في المال إن عجز عنه أو لم تلق به مباشرة سواء أوقع التوكيل عن المولى عليه أم عن نفسه أم عنهما معاً. وفائدة كونه وكيلاً عن الطفل أنه لو بلغ رشيداً لم ينعزل الوكيل، بخلاف ما لو كان وكيلاً عن الولي، وحيث وكل لا يوكل إلا أميناً كما يأتي، ويصح توكيل سفه أو مفلس أو قن في تصرف يستبد به لا

غيره إلا بإذن ولي أو غريم أو سيد (ويستثنى) من عكس الضابط المار وهو أن كل من لا تصح منه المباشرة لا يصح منه التوكيل (توكيل الأعمى في البيع والشراء) وغيرهما مما يتوقف على الرؤية كإجارة وأخذ بشفعة (فيصح) وإن لم يقدر على مباشرته للضرورة، وما نازع به الزركشي في استثنائه بأن بيعه صحيح في الجملة وهو السلم وشراؤه لنفسه صحيح أيضا، وبأن الشرط صحة المباشرة في الجملة بدليل أنه لو ورث بصير عينا لم يرها صح توكيله في بيعها مع عدم صحته منه يمكن رده بأن الكلام في بيع الأعيان وهو غير صحيح منه مطلقا وفي الشراء الحقيقي، وشراؤه لنفسه ليس كذلك بل هو عقد عتاقة فصح الاستثناء ومسألة البصير المذكورة ملحقة بمسألة الأعمى، لكن يأتي في الوكيل عن المصنف ما يؤيد ما ذكره الزركشي وبه يسقط أكثر المستثنيات الآتية، ويضم للأعمى في الاستثناء من العكس المحرم في الصور الثلاث السابقة، وتوكيل المشتري البائع في أن يوكل من يقبض المبيع عنه مع استحالة مباشرته القبض من نفسه، والمستحق لنحو قود طرف مع أنه لا يباشره والوكيل في التوكيل ومالكة أمة لوليها في تزويجها. ويستثنى من طرده وهو أن كل من صحت مباشرته بملك أو ولاية صح توكيله ولي غير مجبر نهى عنه فلا يوكل وظافر بحقه فلا يوكل في نحو كسر باب كما صرح به جمع ويحتمل جوازه عند عجزه، والتوكيل في الإقرار وتوكيل وكيل قادر بناء على شمول الولاية للوكالة وسفيه أذن له في النكاح ومثله العبد في ذلك، قاله ابن الرفعة. والتوكيل في تعيين أو تبين مهمة واختيار أربع ما لم يعين له عين امرأة وتوكيل مسلم كافرا في استيفاء قود من مسلم أو نكاح المسلمة، وذكر في توكيل المرتد لغيره في تصرف مالي الوقف، وجزم ابن المقرئ ببطلانه، واستوجهه الشيخ رحمه الله تعالى في فتاويه، ويجوز توكيل مستحق في قبض زكاة له، قاله في الروضة قال في الخادم: وإن كان الوكيل ممن لا يجوز له أخذها كما صرح به القفال في فتاويه، والأوجه أنه لا يملكه واحد منهما حيث لم يتحد قصد الدفاع والوكيل.

(وشرط الوكيل) تعيينه إلا في نحو من حج عنى فله كذا فيبطل وكلت أحدكما، نعم إن وقع غير المعين تبعا لمعين كوكلتك في كذا وكل مسلم صح كما بحثه الشيخ في شرح منهجه، قال: وعليه العمل، وما نظر فيه من قياسه على الموكل فيه غير صحيح فسيأتي الفرق بينهما، ودعوى أنه يحتاط في العاقد ما لا يحتاط في المعقود عليه لا التفات له هنا إذ الغرض الأعظم الإتيان

بالمأذون فيه و (صحة مباشرته التصرف) الذي وكل فيه (لنفسه) وإلا لم يصح توكيله إذ تصرفه لنفسه أقوى منه لغيره، فإذا لم يملك الأقوى لم يملك دونه بالأولى (لا صبي و) لا (مجنون) ولا مغمى عليه ولا نائم ولا معتوه لسلب ولايتهم نعم يصح توكيل صبي في نحو تفرقة زكاة وذبح أضحية وما يأتي (وكذا المرأة والمحرم) بضم الميم (في) عقد (النكاح) إيجابا وقبولا لسلب عبارتهما فيه ولا توكيل المرأة في الرجعة ولا في الاختيار للنكاح إذا أسلم على أكثر من أربع، ولا في الاختيار للفراق إذا عين للمرأة من يختارها أو يفارقها، فإن لم يعين لم يصح من الرجل أيضا كما مر، والخنثى كالمرأة كما قاله ابن المسلم في أحكام الخنثى وذكره في شرح المهذب تفقها. نعم لو بان الخنثى ذكرا بعد تصرفه ذلك بانت صحته، ويشترط في الوكيل العدالة إذا وكله المولى في نحو بيع مال محجوره، ويمتنع توكيل المرأة لغير زوجها بغير إذنه على ما قاله الماوردي، قيل: وكأنه أراد الحرة. أما الأمة إذا أذن سيدها لم يكن لزوجها اعتراض كالإجارة وأولى. قال الأذرعى: الوجه ما اقتضاه كلام الروياني من الصحة إن لم يفوت على الزوج حقا انتهى. والأوجه الصحة مطلقا وإن كان للزوج منعها مما يفوت حقا له لأن هذا أمر خارج، ويفرق بين ما هنا والإجارة بأن حقا لازم يتعلق بالعين فعارض حق الزوج وهو أولى فأبطله ولا كذلك الوكالة، وتوكيل مسلم كافرا في استيفاء قود من مسلم، وهذه مردودة بأن الوكيل لا يستوفيه لنفسه وبأن المصنف إنما جعل صحة مباشرته شرطا لصحة توكله، ولا يلزم من وجود الشرط وجود المشروط، وإنما يلزم من عدمه عدمه، والأول صحيح والثاني في غير محله، إذ الشرط وهو صحة المباشرة غير موجود هنا رأسا (لكن الصحيح اعتماد قول صبي) ولورقيقا إذا كان مميزا لم يجرب عليه كذب، وكذا فاسق وكافر كذلك، بل قال في شرح مسلم: لا أعلم فيه خلافا (في الإذن في دخول دار وإيصال هدية) ولو أمة قالت له أهداني سيدي لك كما اقتضاه كلامهم وإن استشكل فيجوز وطؤها وطلب صاحب وليمة لتسامح السلف في مثل ذلك، أما غير المأمون بأن جرب كذبه ولو مرة فيما يظهر بحيث جوزنا كذبه لما مر منه فلا يعتمد قطعا، وما حفته قرينة يعتمد قطعا، وفي الحقيقة العمل حينئذ بالعلم لا بالخبر، ويؤخذ منه عدم الفرق هنا بين الصادق وغيره، وللمميز ونحوه توكيل غيره في ذلك بشرطه الآتي (والأصح صحة توكيل عبد) مصدر مضاف للمفعول، ولو حذف الياء لكان مضافا للفاعل وهو أوضح (في قبول نكاح) وإن لم يأذن له سيده لانتفاء ضرره، وتعبيره بلكن فيه

إشارة إلى استثناء هذين من عكس الضابط وهو من لا تصح مباشرة لنفسه لا يصح توكله، ويستثنى أيضا صحة توكل سفيه في قبول نكاح بغير إذن وليه وتوكل امرأة في طلاق غيرها ومرتد في تصرف لغيره مع امتناعه لنفسه، وإنما يصح ذلك إن لم يشترط في بطلان تصرفه لنفسه حجر الحاكم عليه، وسيأتي في باب ما فيه، ورجل في قبول نكاح أخت زوجته مثلا أو خامسة وتحتة أربع والموسر في قبول نكاح أمة، واستثناء بعضهم توكل كافر عن مسلم في شراء مسلم أو طلاق مسلمة غير صحيح، إذ لو أسلمت زوجته فطلق ثم أسلم في العدة بان نفوذ طلاقه. وأشار المصنف في مسألة طلاق الكافر للمسلمة بأنه يصح طلاقه في الجملة إلى أن المراد صحة مباشرة الوكيل التصرف لنفسه في جنس ما وكل فيه في الجملة لا في عينه، وحينئذ فيسقط أكثر ما مر من المستثنيات، وقياسه جريان ذلك في الموكل أيضا كما قدمناه (ومنع) أي توكيل العبد أي من فيه رق (في الإيجاب) للنكاح لأنه إذا امتنع عليه تزويج ابنته فبنت غيره أولى، ويصح توكيل المكاتب في تزويج أمته كما بحثه الأذرعى إن قلنا: إنه يزوجه، ومثله المبعوض في ذلك بل أولى، ويجوز توكيل رقيق في نحو بيع أذن سيده ولو جعل، ويمتنع توكيله على طفل أو ماله مطلقا كما قاله الماوردي لأنها ولاية

(وشرط الموكل فيه أن يملكه الموكل) حالة التوكيل وإلا فكيف يأذن فيه، قال الأذرعى: وهذا فيمن يوكل في ماله وإلا فنحو الولي وكل من جاز له التوكيل في مال الغير لا يملكه، ورد الغزي له بأن المراد التصرف الموكل فيه لا محل التصرف يرد بمنع ما ذكره لأنه مر أول الباب، وإنما المراد المحل ومن ثم فرع عليه قوله (فلو وكل ببيع) أو إعتاق (عبد سيملكه) سواء أكان معيناً أم موصوفاً أم لا، لكن هذا لا خلاف فيه ولم يكن تابعا لمملوك كما يأتي عن الشيخ أبي حامد وغيره (وطلاق من سينكحها) ما لم تكن تبعا لمنكوحة أخذ ما قبله (بطل في الأصح) لانتفاء ولايته عليه حينئذ، وكذا لو وكل من يزوج موليته إذا انقضت عدتها أو طلقت على ما قاله هذا واعتمده الإسنوي، وكذا لو قالت له وهي في نكاح أو عدة: أذنت لك في تزويجي إذا حللت، لكن أفتى الوالد رحمه الله تعالى بصحة إذن المرأة المذكورة لوليها كما نقله في كتاب النكاح عن فتاوى البغوي وأقره، وعدم صحة توكيل الولي المذكور كما صححاه في الروضة وأصلها هنا. وأما قول البغوي في فتاويه عقب مسألة الإذن كما لو قال الولي للوكيل: زوج بنتي إذا فارقها زوجها أو انقضت عدتها، وفي هذا التوكيل وجه ضعيف أنه لا يصح، وقد سبق

في الوكالة فمبني على رأيه إذ هو قائل بالصحة في هذه المسألة وقد علم أن الأصح خلافه فالأصح صحة الإذن دون التوكيل، والفرق بينهما أن تزويج الولي بالولاية الشرعية وتزويج الوكيل بالولاية الجعلية، وظاهر أن الأولى أقوى فيكتفى فيها بما لا يكتفى به في الثانية، وأن باب الإذن أوسع من باب الوكالة، وما جمع به بعضهم بين ما ذكر في البابين بحمل عدم الصحة على الوكالة والصحة على التصرف إذ قد تبطل الوكالة ويصح التصرف رديانه خطأ صريح مخالف للمنقول إذ الأبحاث يحتاط لها فوق غيرها ومقابل الأصح أنه يصح، ويكتفى بحصول الملك عند التصرف فإنه المقصود من التوكيل، ولو وكله في المطالبة بحقوقه دخل ما يتجدد بعد الوكالة كما أفتى به ابن الصلاح لكن خالفه الجوري فقال: لو وكله في كل حق هو له فلم يكن له دين ثم حدث لم يكن له قبضه لأنه غير موكل إلا فيما كان واجبا يومئذ، وقد يقال لا مخالفة بينهما إذ عدم الدخول في مسألة الجوري إنما هو لوصف الحق فيها بكونها للموكل حال التوكيل، ولا يضرنا وجود الإضافة في كل منهما لأنه يكفي فيها أدنى ملابسة كما في التصوير الأول بخلاف الثاني فقويت فيها باللام الدالة على الملك فلم يدخل المتجدد، وعلم مما مر أنه لو جعل المعدوم تبعاً لحاضر كبيع مملوك وما سيملكه ففيه احتمالان للرافعي، والمنقول عن الشيخ أبي حامد وغيره الصحة كما لو وقف على ولده الموجود ومن سيحدث له من الأولاد. ولو وكله ببيع عين يملكها وأن يشتري له بثمنها كذا فأشهر القولين صحة التوكيل بالشراء كما في المطلب، ومثله إذن المقارض للعامل في بيع ما سيملكه، وألحق به الأزرعي الشريك، وبما تقرر علم أن شرط الموكل فيه أن يملك الموكل التصرف فيه حين التوكيل أو يذكره تبعاً لذلك، ولا حاجة لما زاده بعضهم هنا بقوله أو يملك أصله لأنه أشار به إلى ما حكاه ابن الصلاح عن الأصحاب وجزم به في العباب من أنه لو وكله في بيع الثمرة قبل إطلاعها صح، ووجه بما مر من كونه مالكا لأصلها إذ هو مفرع على مرجوح كما نبه على ذلك الزركشي (وأن يكون قابلاً للنيابة) لأن التوكيل استنابة (فلا يصح) التوكيل (في عبادة) وإن لم تتوقف على نية إذ القصد امتحان عين المكلف وليس منها نحو إزالة النجاسة لأن القصد منها الترك (إلا الحج) والعمرة عند العجز ويندرج فيها توابعهما كركعتي الطواف (وتفرقة زكاة) ونذر وكفارة وصدقة (وذبح أضحية) وعقيقة وهدى وشاة وليمة سواء أوكل الذابح المسلم المميز في النية أم وكل فيها مسلماً مميّزاً غيره ليأتي بها عند ذبحه كما لو نوى الموكل عند ذبح وكيله، ودعوى عدم جواز

توكيل آخر فيها غير مسلمة ونحو وقف وعتق وغسل أعضاء لا في نحو غسل ميت لأنه فرض فيقع عن مباشره، وقضيته صحة توكيل من لم يتوجه عليه فرضه كالعبد، على أن الأذرعى رجح جواز التوكيل هنا مطلقا لصحة الاستئجار عليه (ولا في شهادة) لبنائها على التعبد واليقين الذي لا تمكن النيابة فيه، ولا يرد على المصنف صحة الشهادة عن الشهادة إذ ليست بتوكيل كما صرح به القاضي أبو الطيب وابن الصباغ بل الحاجة جعلت الشاهد المتحمل عنه بمنزلة الحاكم المؤدى عنه عند حاكم آخر (وإيلاء) لأنه حلف وهو لا يدخله النيابة (ولعان) إذ هو يمين أو شهادة، ولا مدخل للنيابة فيهما كما مر ومن ثم قال (وسائر الأيمان) أي باقيها لأن القصد بها تعظيمه تعالى فأشبهت العبادة، ومثلها النذر وتعليق نحو الطلاق والعتق والتدبير وهل يصير بتوكيله مدبرا أو معلقا وجهان، أصحهما لا. وقضية تقييدهم بتعليق الطلاق والعتاق صحة التوكيل بتعليق غيرهما كالوصاية، والظاهر كما أفاده الشيخ أنه جرى على الغالب فلا يعتبر مفهومه، ومقتضى إطلاقهم عدم صحة ذلك في التعليق أنه لا فرق بين تعليق عار عن حث أو منع كهو بطلوع الشمس وبين غيره، وهو الأوجه خلافا للسبكي (ولا) في (ظهار) كأن يقول: أنت على موكلي كظهر أمه أو جعلته مظاهرا منك (في الأصح) لأنه منكر ومعصية، وكونه يترتب عليه أحكام آخر لا تمنع النظر لكونه معصية، وعلم منه عدم صحة التوكيل في كل معصية. نعم ما الإثم فيه لمعنى خارج كالبيع بعد نداء الجمعة، الثاني يصح التوكيل فيه وكذا الطلاق في الحيض، قاله البلقيني في تدريره. فالحاصل أن ما كان مباحا في الأصل وحرمة لعارض صح التوكيل فيه ويمتنع فيما كان محرما بأصل الشرع، والثاني يلحقه بالطلاق (ويصح في طرفي بيع وهبة وسلم ورهن ونكاح) للنص في النكاح والشراء كما مر وقياسا عليهما في الباقي (و) في (طلاق) منجز لمعينة، فلو وكله بتطبيق إحدى نسائه لم يصح في الأصح كما في البحر (وسائر العقود) كصلح وإبراء وحوالة وضممان وشركة ووكالة وقراض ومساقاة وإجارة وأخذ بشفعة وصيغة الضمان والوصية والحوالة: جعلت موكلي ضامنا لك أو موصيا لك بكذا أو أحلتك بمالك على موكلي من كذا بنظيره من ماله على فلان، ويقاس بذلك غيره (والفسوخ) ولو فورية لا يحصل بالتوكيل تأخير مضر. أما المتي بخلاف ذلك فلا للتقصير ومر، ويأتي امتناعه في فسوخ نكاح الزائدات على أربع (و) في (قبض الديون) ولو مؤجلة كما شمله إطلاقهم لإمكان قبضه عقب الوكالة بتعجيل المدين، فإن جعلها تابعة لحال لم يحتمل سوى الصحة، وشمل كلامه قبض الربوي

ورأس مال السلم إذا قبضه الوكيل قبل مفارقة الموكل المجلس ولا يرد منع ذلك في غيبة الموكل لأنه بغيبته بطل العقد فلا دين (وإقباضها) لعموم الحاجة إلى ذلك ويصح في الإبراء منه، نعم لو قال: وكلتك في إبراء نفسك لا بد من الفور تغليبا للتملك، لكن ذكر السبكي أن قياس الطلاق جواز التراخي، وخرج بالديون الأعيان فلا يصح توكيله فيما قدر على رده منها بنفسه مضمونة كانت أو لا لانتفاء إذن مالكتها فيه، ومن ثم ضمن به ما لم تصل بحالها لمالكتها، وشمل ذلك ما لو كان الوكيل من عيال المالك وهو ثقة مأمون خلافا للجوري، نعم له الاستعانة بمن يحملها معه فيما يظهر كما يأتي في الوديعة (و) في (الدعوى) بنحو مال أو عقوبة لغير الله (والجواب) وإن كره الخصم وينعزل وكيل المدعي بإقراره بقبض موكله أو إبرائه، ولو قال وكيل الخصم: إن موكله أقر بالمدعى به انعزل، وتعديله لبينة المدعي غير مقبول، وتقبل شهادته على موكله مطلقا، وله فيما لم يوكل فيه وفيما وكل فيه إن انعزل قبل خوضه في الخصومة، ويلزمه إقامة بينة بوكالته عند عدم تصديق الخصم له وتسمع وإن لم تتقدم دعوى حضر الخصم أو غاب فإن صدق الخصم عليها جاز له الامتناع من التسليم حتى يثبتها (وكذا في تملك المباحات كالإحياء والاصطياد والاحتطاب في الأظهر) كالشراء لأن كلا سبب للملك فيملكها الموكل إذا قصد الوكيل، بخلاف ما لو لم يقصده. والثاني المنع قياسا على الاغتنام ولأن سبب الملك وهو وضع اليد قد وجد منه فلا ينصرف عنه بالنية أما التوكيل في الالتقاط فلا كما قاله هنا، وهو محمول على التوكيل على العموم فلا ينافي ما يأتي في اللقطة إذ هو مفروض في مخصوص بعد وجودها فافتقرت أحكام اللقطة الخاصة والعامه (لا في إقرار) كوكلتك لتقر عني لفلان بكذا (في الأصح) لأنه إخبار عن حق فلم يقبل التوكيل كالشهادة نعم يكون به مقرا لإشعاره بثبوت الحق عليه فإنه لا يأمر غيره بأن يخبر عنه بشيء إلا وهو ثابت. والثاني يصح لأنه قول يلزم به الحق فأشبهه الشراء. نعم إن قال: أقر له عني بألف له علي كان إقرارا جزما، ولو قال: أقر له بألف لم يكن مقرا قطعاً (ويصح) التوكيل (في استيفاء عقوبة آدمي) ولو قبل ثبوتها فيما يظهر (كقصاص وحد قذف) بل يتعين في قطع طرف وحد قذف كما يأتي، ويصح في استيفاء عقوبة له تعالى من الإمام أو السيد لا في إثباتها مطلقا. نعم للقاذف أن يوكل في ثبوت زنا المقذوف ليسقط الحد عنه فتسمع دعواه عليه أنه زنى (وقيل لا يجوز) التوكيل في استيفائها (إلا بحضرة الموكل) لاحتمال عفو، ورد بأن احتمال كاحتمال رجوع الشهود إذا ثبتت

ببينة فلا يمتنع الاستيفاء في غيبتهم اتفاقا (وليكن المؤكل فيه معلوما من بعض الوجوه) لئلا يعظم الغرر (ولا يشترط علمه من كل وجه) ولا ذكر أوصاف المسلم فيها لأنها جوزت للحاجة فسومح فيها (فلو قال: وكلتك في كل قليل وكثير) لي (أو في كل أموري) أو حقوقي (أو فوضت إليك كل شيء) لي أو كل ما شئت من مالي (لم يصح) لما فيه من عظيم الغرر لأنه يدخل فيه ما لا يسمح الموكل ببعضه كعتق أرقائه وطلاق زوجاته والتصدق بأمواله. وظاهر كلامهم بطلان هذا وإن كان تابعا لمعين وهو كذلك كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى، فلا ينفذ تصرف الوكيل في شيء من التابع لأن عظم الغرر فيه الذي هو السبب في البطلان لا يندفع بذلك، وفارق ما مر عن أبي حامد بأن ذاك في جزئي خاص معين فساغ كونه تابعا لقلّة الغرر فيه بخلاف هذا وبخلاف ما مر في وكلتك في كذا وكل مسلم، إذ الوكيل المتبوع معين والتابع غير معين، وهو مستثنى من أن يكون الوكيل معينا وليست هذه المسألة مثل ذلك لما تقرر من كثرة الغرر في التابع فيها (وإن) (قال): وكلتك (في بيع أمواله وعتق أرقائي) ووفاء ديوني واستيفائها ونحو ذلك (صح) وإن لم يكن ما ذكر معلوما عندهما لقلّة الغرر فيه ولو قال في بعض أمواله أو شيء منها لم يصح كبيع هذا أو هذا بخلاف أحد عبيدي لتناوله كلا منهم بطريق العموم البدلي فلا إبهام فيه، بخلاف ما قبله، أو أبرئ فلانا عن شيء من ديني وصح وحمل على أدنى شيء إذ الإبراء عقد غبن فتوسع فيه بخلاف البيع، أو عما شئت من ديني فليبق عليه شيئا منه أو عن جميعه صح إبراؤه عن بعضه، بخلاف بيعه لبعض ما وكله ببيعه بأنقص من قيمة الجميع لتضمن التشقيص فيه الغرر إذ لا يرغب عادة في شراء البعض، ولو باعه بأنقص من قيمة الجميع بقدر يقطع عادة بأنه يرغب في الباقي به لم يبعد صحته (وإن) (وكله في شراء عبد) مثلا للقنية (وجب بيان نوعه) كتركي وهندي أو نحوهما، ولا يغني ذكر الجنس كعبد ولا الوصف كأبيض. ويشترط أيضا بيان صنفه إن اختلف النوع اختلافا ظاهرا وصفة اختلف بها الغرض. نعم لا يشترط ذكر أوصاف السلم ولا ما يقرب منها، أما إذا كان للتجارة فلا يجب فيه ذكر نوع ولا غيره، بل يكفي اشتر ما شئت من العروض أو ما فيه حظ كالقراض كما اقتضاه كلام الروضة، ونقله ابن الرفعة عن الماوردي وغيره وأقره وهو ظاهر، ولو اشترى من يعتق على الموكل صح وعتق عليه، بخلاف القراض لمنافاته موضوعه من طلب الربح، ولو وكله في تزويج امرأة اشترط تعيينها ولا يكتفى بكونها مكافئة له لأن الغرض

يختلف مع وجود وصف المكافأة كثيرا فاندفع ما ذكره السبكي هنا نعم إن أتى له بلفظ عام كزوجني من شئت صح للعموم وجعل الأمر راجعا إلى رأي الوكيل، بخلاف الأول فإنه مطلق، ودلالة العام على أفراده ظاهرة، وأما المطلق فلا دلالة فيه على فرد فلا تناقض (أو) في شراء (دار) للقنية أيضا (وجب بيان المحل) أي الحارة، ومن لازمها بيان البلد فلذا لم يصرح به (والسكة) بكسر أوله وهي الزقاق المشتملة عليه وعلى مثله الحارة لاختلاف الغرض بذلك، وقد يغني تعيين السكة عن الحارة (لا قدر الثمن) في العبد والدار مثلا (في الأصح) لأن غرضه قد يتعلق بواحد من النوع من غير نظر لخسة ونفاسة. نعم يراعى حال الموكل وما يتعلق به. والثاني لا بد من تقديره كمائة أو بيان غاية كمائة إلى ألف لتفاوت أثمان الجنس الواحد إذ المحلة تجمع دار الغني والفقير.

ثم شرع في بيان الركن الرابع وهو الصيغة فقال: (ويشترط من الموكل) أو نائبه (لفظ) صريح أو كناية ككتابة أو إشارة أخرس مفهومة لا لكل أحد (يقتضي رضاه كوكلتك في كذا أو فوضته إليك) أو أنتك فيه أو أقمته مقامي فيه (أو أنت وكيلى فيه) كبقية العقود، إذ الشخص ممنوع من التصرف في مال غيره إلا برضاه، وخرج بكاف الخطاب ومثلها وكلت فلانا ما لو قال: وكلت من أراد بيع داري مثلا فلا يصح، ولا ينفذ تصرف أحد بهذا الإذن لفساده. نعم لو لم يتعلق بعين الوكيل فيه غرض كوكلت من أراد في إعتاق عبدي هذا أو تزويج أمتي هذه صح على ما بحثه السبكي وأخذ منه صحة قول من لا ولي لها: أذنت لكل عاقد في البلد أن يزوجني. قال الأذرعى: وهذا إن صح فمحله عند تعيينها الزوج ولم تفوض سوى صيغة العقد خاصة وبذلك أفتى ابن الصلاح، ويجري ذلك التعميم في التوكيل إذ لا يتعلق بعين الوكيل غرض وعليه عمل القضاة. نعم كتابة الشهود ووكلا في ثبوت ذلك وطلب الحكم به لاغية إذ ذلك ليس توكيلا لمعين ولا مبهم فيتعين أن يكتبوا وكلا في ثبوته وكلاء القاضي أو نحو ذلك ولو قالوا فلانا وكل مسلم جاز كما مر (ولو قال: بع أو أعتق حصل الإذن) فهو قائم مقام الإيجاب وأبلغ منه (ولا يشترط) في وكالة بغير جعل (القبول لفظا) بل الشرط أن لا يرد وإن أكرهه الموكل، ولا يشترط هنا فور ولا مجلس إذ التوكيل رفع حجر كإباحة الطعام، ومن ثم لو تصرف غير عالم بالوكالة صح كما لو باع مال مورثه ظلانا حياته فبان ميتا، وسيأتي في الوديعة الاكتفاء بلفظ من أحدهما وقبول من الآخر، وقياسه جريان ذلك هنا لأنها توكيل وتوكل، وقد يشترط القبول هنا

لفظا كما لو كان له عين مؤجرة أو معارة أو مغصوبة فوهبها لآخر وأذن له في قبضها فوكل من هي بيده في قبضها له لا بد من قبول لفظا لتزول يده عنها به. أما لو كانت بجعل فلا بد من قبوله لفظا كما في المطلب، وينبغي تصويره بما إذا كان العمل الموكل فيه مضبوطا لتكون الوكالة حينئذ إجارة (وقيل يشترط) مطلقا لأنه تمليك للتصرف (وقيل يشترط في صيغ العقود كوكلتك) قياسا عليها (دون صيغ الأمر كبيع أو أعتق) لأنه إباحة (ولا يصح تعليقها بشرط) من صفة أو وقت (في الأصح) كسائر العقود سوى الوصية لقبولها الجهالة والأمانة للحاجة. والثاني تصح كالوصية ورد بما مر، وعلى الأول ينفذ تصرفه في ذلك عند وجود الشرط لوجود الإذن، وينفذ أيضا تصرف صادف الإذن حيث فسدت الوكالة ما لم يكن الإذن فاسدا كما لو قال: وكلت من أراد بيع داري فلا ينفذ التصرف كما قاله الزركشي، والإقدام على التصرف بالوكالة الفاسدة جائز كما قاله ابن الصلاح، إذ ليس من تعاطي العقود الفاسدة لأنه إنما قدم على عقد صحيح خلافا لابن الرفعة (فإن نجزها وشرط للتصرف شرطا جاز) اتفاقا كوكلتك الآن ببيع هذا ولكن لا تبعه إلا بعد شهر، ويظهر الاكتفاء بلا تبعه إلا بعد شهر. قال بعضهم: وعلم من ذلك أنه لو قال لآخر قبل رمضان: وكلتك في إخراج فطرتي وأخرجها في رمضان صح لتنجيزه الوكالة، وإنما قيدها بما قيدها به الشارع، بخلاف إذا جاء رمضان فأخرج فطرتي لأنه تعليق محض، وعلى هذا التفصيل يحمل إطلاق من أطلق الجواز ومن أطلق المنع اهـ. والأقرب إلى كلامهم عدم الصحة، إذ كل من الموكل والوكيل لا يملك ذلك عن نفسه حال التوكيل، وظاهر صحة إخراجها عنه فيه حتى على الثاني لعموم الإذن كما علم مما تقرر، ويصح توقيت الوكالة كوكلتك شهرا، فإذا مضى الشهر امتنع على الوكيل التصرف (ولو) (قال وكلتك) في كذا (ومتى) أو مهما أو إذا (عزلتك فأنت وكيل) (صحت) الوكالة (في الحال في الأصح) لأنه نجزها. والثاني لا تصح لاشتمالها على شرط التأييد وهو إلزام العقد الجائز، ورد بمنع التأييد بما ذكر لما يأتي. وللخلاف شروط هنا لا حاجة للإطالة بذكرها، فمتى انتفى واحد منها صحت قطعا (وفي عوده وكيفا بعد العزل الوجهان في تعليقها) لأنه علقها ثانيا بالعزل، والأصح عدم العود لفساد التعليق، والثاني تعود مرة واحدة، نعم يعود الإذن العام على الأول الراجح فينفذ تصرفه، فطريقه أن يقول: عزلتك ومتى أو مهما عدت وكيل فأنت معزول لأنه ليس هنا ما يقتضي التكرار، ومن ثم لو أتى بكلمة عزلتك فأنت وكيل عاد مطلقا لاقتضائها التكرار، فطريقه أن يوكل من يعزله،

أو يقول: وكلما وكلتك فأنت معزول، فإن قال: وكلما انعزلت فطريقه وكلما عدت وكيلى لتقاوم التوكيل والعزل واعتضاده بالأصل وهو الحجر في حق الغير فقدم، وليس هذا من التعليق قبل الملك خلافا للسبكي لأنه ملك أصل التعليقين (ويجريان في تعليق العزل) بنحو طلوع الشمس، والأصح عدم صحته فيمنع من التصرف عند وجود الشرط لوجود المنع كما أن التصرف ينفذ في الوكالة الفاسدة بالتعليق عند وجود الشرط لوجود الإذن، وقيل لا ينعزل بطلوعها، وحينئذ فينفذ التصرف على ما اقتضاه كلامهم، وما أطال به جمع في استشكله بأنه ينفذ تصرفه مع منع المالك منه. أجب عنه بأنه لا يلزم من عدم العزل نفوذ التصرف ولا رفع الوكالة بل قد يبقى ولا ينفذ كما لو نجزها، وشرط للتصرف شرطا وأخذ بعضهم بقضية ذلك حيث جزم بعدم نفوذ التصرف يمكن رده بمنع ذلك ما لم تكن الصيغة مختلة من أصلها فلا يستفيد بها شيئا، وهذا المعول عليه الأول.

(فصل)

في أحكام الوكالة بعد صحتها

وهي ما للوكيل وعليه عند الإطلاق، وتعيين الأجل وشرائه للمعيب، وتوكيله لغيره (الوكيل بالبيع) حال كون البيع (مطلقا) في التوكيل بأن لم ينص له على غيره أو حال التوكيل المفهوم من الوكيل مطلقا: أي غير مقيد بشيء، وقد أشار الشارح لذلك بقوله أي توكيلا لم يقيد (ليس له البيع بغير نقد البلد) الذي وقع فيه البيع بالإذن لدلالة القرينة العرفية عليه، فإن سافر بما وكل في بيعه لبلد بلا إذن لم يجز له بيعه إلا بنقد البلد المأذون فيها، ومراده بنقد البلد ما يتعامل به أهلها غالبا نقدا كان أو عرضا لدلالة القرينة العرفية عليه، فإن تعدد لزمه بالأغلب، فإن تساويا فبالأنفع وإلا تخير أو باع بهما كما قاله الإمام والغزالي، ومحل الامتناع بالعرض في غير ما يقصد للتجارة وإلا جاز به كالقراض كما بحثه الزركشي وغيره، وبما تقرر في معنى مطلقا اندفع ما قيل كان ينبغي أن يقول بمطلق البيع فإن صورته أن يقول: بع كذا ولا يتعرض لبلد ولا أجل ولا نقد، بخلاف البيع المطلق لتقييد البيع بقيد الإطلاق، وإنما المراد البيع لا بقيد أه. وما تقرر من أن مطلقا حال من البيع المراد به البيع بقيد الإطلاق بأن لم ينص له على صفة ثمن كبيع هذا أو كبعه بألف، فمعنى الإطلاق في هذا الإطلاق في صفاته فاندفع قوله فإن صورته إلى آخره، وكذا ما رتبته عليه (ولا) البيع (بنسيئة) ولو بأكثر من ثمن المثل لأن المعتاد غالبا الحلول مع الخطر في

النسيئة (ولا بغبن فاحش وهو ما لا يحتمل غالبا) في المعاملة كدرهمين في عشرة إذ النفوس تشح به، بخلاف اليسير كدرهم فيها. نعم قال ابن أبي الدم: العشرة إن سومح بها في المائة فلا يتسامح بالمائة في الألف، فالصواب الرجوع للعرف، ويوافقه قولهما عن الروياني إنه يختلف بأجناس الأموال، لكن قوله في البحر: إن اليسير يختلف باختلاف الأموال، فربع العشر كثير في النقد والطعام ونصفه يسير في الجواهر والرقيق ونحوهما محل نظر، وهو محمول على عرف زمنه إذ الأوجه اعتبار العرف المطرد في كل ناحية بما يتسامح به فيها. ولو باع بثمن المثل وثم راغب أو حدث في زمن الخيار أتى جميع ما مر في عدل الرهن وأفهم قوله ليس له إلى آخره بطلان تصرفه فلماذا فرع عليه قوله (فلو باع على أحد هذه الأنواع وسلم المبيع ضمنه) للحيلولة بقيمته يوم التسلم ولو في مثلي كما ذكره الرافعي، فإن تلف ولم يصح العقد طالب المشتري بالمثل في المثلي والقيمة في المتقوم، وإن صح وتعدى الوكيل بالتسليم، فإن شاء طالبه بالثمن أو بالبدل المذكور، وله مطالبة الوكيل برده في صورة البطلان لتعديده بتسليمه لمن لا يستحقه ببيع باطل فيسترده إن كان باقيا، وله حينئذ بيعه بالإذن السابق وقبض الثمن ويده أمانة عليه، فإن لم يبق كان طريقا في الضمان وقراره على المشتري، وعلم بما تقرر في التفريع رد من زعم أنه كان ينبغي أن يقول: لم يصح ويضمن، فلو لم يطلق اتبع ما عينه، ففي بيع بما شئت أو تيسر له غير النقد لا بنسيئة ولا غبن لأن ما للجنس خلافا لجمع منهم السبكي في تجويزه بالغبن أو بعه كيف شئت جاز بنسيئة فقط لأن كيف للحال فشمل الحال والمؤجل، أو بكم شئت جاز بالغبن فقط لأن كم للعدد القليل والكثير، أو بما عز وهان جاز غير النسيئة لأن ما للجنس فقرنها بما بعدها يشمل عرفا القليل والكثير من نقد البلد وغيره.

(فإن وكله لبيع مؤجلا وقدر الأجل فذاك) أي فبيعه بالأجل المقدر ظاهر، وله النقص ما لم ينه عنه أو يترتب عليه ضرر كأن يكون لحفظه مؤنة: أي أو يترتب خوف كنهب قبل حلوله كما هو ظاهر أو عين له المشتري كما بحثه الإسني لظهور قصد المحاباة كما يؤخذ مما يأتي في تقدير الثمن (وإن أطلق) الأجل (صح) التوكيل (في الأصح وحمل) الأجل (على المتعارف) بين الناس (في مثله) أي المبيع في الأصح أيضا لأنه المعهود، فإن لم يكن عرف راعى الأنفع لموكله ثم يتخير نظير ما مر. ويشترط الإشهاد قياسا على عامل القراض كما صرح به القاضي وبيان المشتري إن لم يعرفه الموكل وإلا ضمن وإن نسي وليس له قبض الثمن بعد

حلولة إلا إن نص له عليه أو دلت عليه قرينة ظاهرة كما قاله جمع كأن أذن له في السفر لبلد بعيد والبيع فيها بمؤجل، ومقابل الأصح عدم الصحة لاختلاف الغرض بتفاوت الأجل طولا وقصرا (ولا يبيع لنفسه) وإن نص له على ذلك وقدر الثمن ونهاه عن الزيادة خلافا لابن الرفعة ودعواه جواز اتحاد الطرفين عند انتفاء التهمة بعيد من كلامهم إذ علة منع الاتحاد ليست التهمة بل عدم انتظام الإيجاب والقبول من شخص واحد، وخرج عن ذلك الأب لعارض فبقي من عداه على المنع (وولده الصغير) أو المجنون أو السفیه ولو مع ما مر لئلا يلزم تولي الطرفين، ومن ثم لو أذن في إبراء أو إعتاق من ذكر صح لانتفاء التولي ولأنه حريص طبعاً وشرعاً على الاستقصاء لموكله فتضادا وأخذ من ذلك أنه عند انتفائهما بأن كان ولده في ولاية غيره وقدر الموكل الثمن ونهاه عن الزيادة جاز البيع له إذ لا تولي ولا تهمة كما أفهمه كلام المصنف في تعليقه على التنبيه وهو ظاهر، ولو وكله ليهب من نفسه لم يصح لما مر أو في تزويج أو استيفاء حد أو قصاص أو دين من نفسه فكذلك، ومقتضاه منع توكيل السارق في القطع، وبه صرح في الروضة هنا لكن صرحوا في باب استيفاء القود بخلافه، وجمع البلقيني بينهما يحمل ما هنا على حالة وما هناك على أخرى، وهو الأوجه كما سيأتي بيانه ثم إن شاء الله تعالى، ويصح توكيله في إبراء نفسه بناء على عدم اشتراط القبول فيه وفي إعتاقها والعفو عنها من قصاص أو حد قذف

(والأصح أنه) (يبيع) أي الوكيل بالبيع مطلقا (لأبيه) وسائر أصوله (وابنه البالغ) وسائر فروع المستقلين، سواء أعين الثمن أم لا لانتفاء ما ذكر. والثاني لا لأنه متهم بالميل إليهم، وإنما لم يجز لمن فوض إليه أن يولى القضاء تولية أصله وفرعه لأن هنا مرادا ينفي التهمة وهو ثمن المثل ولا كذلك ثم، ويجري ذلك في وكيل الشراء فلا يشتري من نفسه ومحجوره (و) الأصح (أن) (الوكيل بالبيع) بحال (له قبض الثمن وتسليم المبيع) الذي بيده ما لم ينهه لأنهما من توابع البيع. والثاني لا لعدم الإذن فيهما وقد يرضاه للبيع دون القبض. نعم له في نحو الصرف القبض والإقباض قطعاً والقبض من مشتر مجهول والموكل غائب عن البيع لئلا يضيع لا في البيع بمؤجل وإن حل إلا بإذن جديد كما مر وهنا له تسليم المبيع من غير قبض، وظاهر إطلاقهم جريان ذلك وإن باعه بحاله وصححناه لأن إذن الموكل في التأجيل عزل له عن قبض الثمن وإذن له في إقباض المبيع قبل قبض الثمن فلم يرتفع بما أتى به الوكيل وإن كان أنفع للموكل، ويحتمل خلافه لأن الموكل إنما رضي بذلك مع

التأجيل دون الحلول، وليس لمن وكل في هبة تسليم قطعاً لأن عقدها غير مملك، فإن كان مؤجلاً وحل أو حالاً ونهاه عن قبضه لم يملك قبضه قطعاً (ولا يسلمه) أي المبيع (حتى يقبض الثمن) الحال لما في التسليم قبله من الخطر (فإن خالف) بأن سلمه له باختياره قبل قبض الثمن (ضمن) للموكل قيمة المبيع، ولو مثلياً كما مر وإن زادت على الثمن يوم التسليم للحيلولة، فإذا قبضه ردها، أما لو أجبره حاكم على التسليم قبل القبض فلا ضمان عليه كما في البحر أنه الأشبه حيث كان يرى ذلك مذهباً بالدليل أو تقليداً معتبراً، فلو أكرهه عليه ظالم فكالوديعة فيضمن، قاله الأذرعى، وهو الأوجه

والوكيل بالشراء لا يسلم الثمن حتى يقبض المبيع وإلا ضمن (وإذا وكله في شراء) موصوف أو معين كما اقتضاه كلامهما وإن جهل الموكل عيبه ومنع السبكي إجراء الأقسام الآتية فيه غير صحيح (لا يشتري معيباً) أي لا ينبغي له لما يأتي من الصحة المستلزمة للحل غالباً في أكثر الأقسام وذلك لأن الإطلاق يقتضي السلامة، وإنما جاز لعامل القراض شراؤه لأن القصد منه الربح ويؤخذ منه أنه لو كان القصد هنا ذلك جاز له شراؤه (فإن اشتراه) أي المعيب (في الذمة) ولم ينص له على السليم (وهو يساوي مع العيب ما اشتراه به وقع) الشراء (عن الموكل إن جهل) الوكيل (العيب) لانتفاء المخالفة والتقصير والضرر لتمكنه من رده. نعم لو نص له على السليم لم يقع للموكل كما قال الإسنوي: إنه الوجه لأنه غير مأذون فيه وخرج بذمة الشراء بعين مال موكله فيقع للموكل أيضاً بهذه الشروط ولكن ليس للوكيل رده لتعذره انقلاب العقد له، بخلاف الشراء في الذمة فالتقييد للاحتراز عن هذا خاصة (وإن علمه فلا) يقع الشراء للموكل (في الأصح) سواء أساوى ما اشتراه أم زاد لأنه غير مأذون فيه عرفاً. والثاني يقع له لأن الصيغة مطلقة ولا نقص في المالية (وإن لم يساوه) أي ما اشتراه به (لم يقع عنه) أي الموكل (إن علمه) أي الوكيل العيب لتقصيره إذ قد يتعذر الرد فيتضرر (وإن جهله وقع للموكل في الأصح) لعذر الوكيل بجهله مع اندفاع الضرر بثبوت الخيار له. والثاني لا لأن الغبن يمنع الوقوع عنه مع السلامة فعند العيب أولى، ورده الأول بأن الخيار يثبت في العيب فلا ضرر بخلاف الغبن (وإذا وقع) الشراء في الذمة لما مر أنه ليس للوكيل الرد في المعين (للموكل) في صورتى الجهل (فلكل من الوكيل والموكل الرد) بالعيب. أما الموكل فلأنه المالك والضرر لاحق به. نعم يشترط لرده على البائع أن يسميه الوكيل في العقد أو ينويه ويصدقه البائع وإلا رده

على الوكيل، ولو رضي به امتنع على الوكيل رده بخلاف عكسه. وأما الوكيل فلأنه لو منع لربما لا يرضى به الموكل فيتعذر الرد لكونه فورياً فيقع للوكيل فيتضرر، ومن ثم لو رضي به الموكل لم يرد كما مر، والعيب الطارئ قبل القبض كالقارن في الرد وعدمه كما اعتمده ابن الرفعة ناقلاً له عن مقتضى كلام أبي الطيب، وعلم مما مر أنه حيث لم يقع للموكل فإن وقع الشراء بالعين لم يصح وإلا وقع للوكيل، وله عند الإطلاق شراء من يعتق على موكله فيعتق كما مر ما لم يبين معيباً فللموكل رده ولا عتق خلافاً للقمولي

(وليس لو قيل أن يوكل بلا إذن إن تأتي منه ما وكل فيه) لأن الموكل لم يرض بتصرف غيره ولا ضرورة كالمودع لا يودع، وشمل كلامه ما لو أراد إرسال ما وكل في قبضه من دين مع بعض عياله فيضمن إن فعله خلافاً للجوري، وعلى رأيه يشترط في المرسل معه كونه أهلاً للتسليم بأن يكون رشيداً، ويؤخذ من تعليلهم منع التوكيل بما ذكر عدم الفرق بين وكتك في بيعه وفي أن تبيعه، وهو كذلك كما هو مقتضى إطلاق المصنف خلافاً للسبكي حيث فرق بينهما فجوز التوكيل مطلقاً في الأول دون الثاني (وإن لم يتأت ما وكل فيه منه) لكونه لا يحسنه أو لا يليق به) أو يشق عليه تعاطيه مشقة لا تحتمل في العادة كما هو واضح (فله التوكيل) عن موكله دون نفسه لأن التفويض لمثله إنما يقصد به الاستتابة، ومن ثم لو كان الموكل جاهلاً بحاله أو اعتقد خلاف حاله امتنع توكيله كما أفهمه كلام الرافعي. وقال الإسنوي: إنه ظاهر ويأتي مثله في قوله (ولو كثر) الموكل فيه (وعجز) الوكيل (عن الإتيان بكله) (فالمذهب أنه يوكل) عن موكله فقط، فلو وكل عن نفسه لم يصح أو أطلق وقع عن الموكل (فيما زاد على الممكن) دون غيره لأنه المضطر إليه بخلاف الممكن: أي في العادة بأن لا يكون فيه كبير مشقة لا تحتمل غالباً فيما يظهر، وفي كلام مجلي ما يقارب ذلك وتزييف مقابله القائل بأن المراد عدم تصور القيام بالكل مع بذل المجهود، ولو طرأ العجز لطرؤ نحو مرض أو سفر امتنع توكيله كما في المطلب، وكطرو العجز ما لو جهل الموكل حال توكيله ذلك كما يؤخذ مما مر أنفاً عن الإسنوي، فإن كان التوكيل في حال علمه بسفره أو مرضه جاز له ذلك (ولو) (أذن) الموكل في التوكيل (وقال) للوكيل: (وكل على نفسك ففعل) فالثاني وكيل (الوكيل) على الأصح لأنه مقتضى الإذن، وللموكل عزله أيضاً كما أفهمه جعله وكيل وكيله، إذ من ملك عزل الأصل ملك عزله فرعه بالأولى، وعبارة المصنف تفهم ذلك أيضاً فلا اعتراض عليه

(والأصح) على الأصح السابق (أنه) أي الثاني (ينعزل بعزله) أي الأول إياه (وانعزاله) بنحو موته أو جنونه أو عزل الموكل له لأنه نائبه وسيعلم من كلامه فيما ينعزل به الوكيل أنه ينعزل بغير ذلك، والثاني لا ينعزل بذلك بناء على أنه وكيل عن الموكل (وإن قال وكل عني) وعين الوكيل أولاً ففعل (فالثاني وكيل الموكل) لأنه مقتضى الإذن (وكذا إن أطلق) بأن لم يقل عنك ولا عني (في الأصح) إذ توكيله للثالث تصرف تعاطاه بإذن الموكل فوجب وقوعه عنه والثاني أنه وكيل الوكيل وكأنه قصد تسهيل الأمر عليه كما لو قال الإمام أو القاضي لنائبه: استتب فاستتاب فإنه نائب عنه لا عن منيبه وفرق الأول بأن الوكيل ناظر في حق موكله فحمل الإطلاق عليه وتصرفات القاضي للمسلمين فهو نائب عنهم ولذا نفذ حكمه لمستنبيه، وعليه فالغرض بالاستتابة معاونته وهو راجع له (قلت: وفي هاتين الصورتين) وهما إذا قال عني أو أطلق (لا يعزل أحدهما الآخر ولا ينعزل بانعزاله) لانتفاء كونه وكيلاً عنه (وحيث جوزنا للوكيل التوكيل) عنه أو عن الموكل (يشترط أن يوكل أميناً) كافياً لذلك التصرف وإن عين له الثمن، والمشتري إذ شرط الاستتابة عن الغير المصلحة (إلا أن يعين الموكل غيره) أي الأمين فيتبع تعيينه لإذنه فيه. نعم لو علم الوكيل فسقه دون موكله لم يوكله فيما يظهر كما بحثه الإسنوي كما لا يشتري ما عينه موكله ولم يعلم عيبه والوكيل يعلمه، فإن عين له فاسقاً فزاد فسقه امتنع توكيله أيضاً كما بحثه الزركشي أخذاً مما مر في نظيره في عدل الرهن لو زاد فسقه، ومحل ما تقرر فيمن وكل عن نفسه فإن وكل عن غيره كولي لم يوكل إلا عدلاً، ومقتضى كلام المصنف عدم توكيل غير الأمين وإن قال له: وكل من شئت وهو كذلك خلافاً للسبكي، وفارق ما لو قالت لوليها: زوجني ممن شئت حيث جاز له تزويجها من غير كفاء بأن المقصود هنا حفظ المال وحسن التصرف فيه وغير الأمين لا يتأتى منه ذلك، وثم مجرد صفة كمال هي الكفاءة، وقد يتسامح بتركها بل قد يكون غير الكفاء أصلح (ولو وكل) الوكيل (أميناً) في شيء من الصورتين المتقدمتين (فسق لم يملك الوكيل عزله في الأصح، والله أعلم) لأنه أذن في التوكيل دون العزل. والثاني نعم لأن الإذن في التوكيل يقتضي توكيل الأمانة فإذا فسق لم يجز استعماله فيجوز عزله.

(فصل)

في بقية من أحكام الوكالة أيضاً

وهي ما يجب على الوكيل عند التقييد له بغير الأجل ومخالفته لما أذن له فيه وكون يده يد أمانة وتعلق أحكام العقد به (قال: بع لشخص معين أو في زمن) معين (أو مكان معين) (تعين) يعني بتعيينه في الجميع نحو لزيد في يوم الجمعة في سوق كذا، كما قاله الشارح مريداً به أن قول المصنف " معين " وما بعده حكاية للفظ الموكل بالمعنى، إذ الموكل لا يقول ذلك بل من فلان وهذا واضح، ووجه تعين الأول أنه قد يكون له غرض في تخصيصه كطيب ماله وإن لم يكن له غرض أصلاً عملاً بإذنه، فلو باع من وكيله لم يصح سواء أتقدم الإيجاب أم القبول ولم يصرح بالسفارة أم لا كما شمله كلامهم خلافاً لابن الرفعة، وبحث البلقيني أنه لو قال: بع من وكيل زيد: أي لزيد فباع من زيد لم يصح أيضاً، وهو ظاهر حيث كان الوكيل أسهل منه أو أرفق، ولو مات زيد بطلت الوكالة كما صرح به الماوردي، بخلاف ما لو امتنع من الشراء إذ تجوز رغبته فيه بعد ذلك، والأوجه أنه لو قال: بع هذا من أيتام زيد ونحو ذلك حمل على البيع لوليهم، ولا نقول بفساد التوكيل أصلاً عملاً بإذنه، فلو باع من وكيله لم يصح: نعم لو دلت قرينة على إرادة الربح وأنه لا غرض له في التعيين سواء لكون المعين يرغب في تلك السلعة كقول التاجر لغلامه: بع هذا على السلطان فالمتجه كما قاله الزركشي جواز البيع من غير المعين، واعترض بأنه لرغبته فيه قد يزيده في الثمن وهذا غرض صحيح، وقد يقال إنما يأتي أصل البحث على الوجه الآتي في المكان ما لم يفرق بكون التعيين ثم لم يعارضه ما يلغيه وهنا عارضته القرينة الملغية له، لولا أن ذلك المعين قد يزيد على ثمن مثله وذلك موافق لغرضه وهو زيادة الربح، فاتضح أن تعيينه لا ينافي غرضه بل يوافقه خلافاً للأذرعى. ووجه الثاني أن الحاجة قد تدعو للبيع فيه خاصة فلا يجوز قبله ولا بعده ولو في الطلاق كما صرح به في الروضة في كتاب الطلاق نقلاً عن البوشنجي، ومثله في ذلك العتق، ومن فرق بينه وبين الطلاق بأنه يختلف باختلاف الأوقات في الثواب فقد وهم بل قد يكون له غرض ظاهر في طلاقها في وقت مخصوص، بل الطلاق أولى لحرمة زمن البدعة بخلاف العتق، ولو قال يوم الجمعة أو العيد مثلاً تعين كما بحثه الإسنوي وغيره أول جمعة وعيد يلقاه كما لو وكله ليشتري له جمداً في الصيف فجاء الشتاء قبل الشراء لم يكن له شراؤه في الصيف الآتي كما قاله البغوي وليلة اليوم مثله إن استوى الراغبون فيهما ومن ثم قال القاضي: لو باع: أي فيما إذا لم يعين زمناً ليلاً والراغبون نهاراً أكثر لم يصح. ووجه الثالث أنه قد يقصد إخفاءه

وإن لم يكن نقده أجود ولا الراغبون فيه أكثر. نعم لو قدر له الثمن ولم ينه عن غيره صح البيع في غيره، قال القاضي اتفقا، ورد السبكي له باحتماله زيادة راغب مردود بأن المانع تحققها لا توهمها (وفي المكان وجه) أنه لا يتعين (إذا لم يتعلق به غرض) صحيح للموكل ولم ينه عن غيره لأن تعيينه حينئذ اتفقي، وانتصر له جمع كالسبكي وغيره، ومع جواز النقل لغيره يضمن ويفارق ما لو قال للمودع: أحفظه في هذا فنقله لمثله حيث لا ضمان عليه على ما يأتي بأن المدار ثم على الحفظ ومثله فيه بمنزلته من كل وجه فلا تعدي بوجه وهنا على رعاية غرض الموكل فقد لا يظهر له غرض ويكون له غرض خفي فاقتضت مخالفته الضمان، ولو قال: اشتر لي عبد فلان وكان فلان قد باعه فللوكيل شراؤه من المشتري، ولو قال: طلق زوجتي ثم طلقها الزوج فللوكيل طلاقها أيضا في العدة، قاله البغوي في فتاويه

(وإن) (قال): يع (بمائة) مثلا (لم يبيع بأقل) منها ولو بتافه لفوات اسم المائة المنصوص عليها له، وبه فارق المبيع بالغبن اليسير لأنه لا يمنع كونه بثمن المثل (وله) بل عليه (أن يزيد) عليها ولو من غير جنسها كما يأتي لأن المفهوم من تقديرها عرفا امتناع النقص عنها فقط وليس له إبدال صفتها كمكسرة بصحاح وفضة بذهب (إلا أن يصرح بالنهي) عن الزيادة فتمتنع إذ النطق أبطل حكم العرف، وكذا لو عين الشخص كعب بكذا من زيد فليس له الزيادة لأن تعيينه دال على محاباته. نعم لو قال: بعه منه بمائة وهو يساوي خمسين لم تمتنع الزيادة كما قاله الغزالي وإنما جاز لو كيله في خلع زوجته بمائة مثلا الزيادة لأنه غالبا يقع عن شقاق فلا محاباة فيه، وألحق به ما لو وكله في العفو عن القود بنصف فعفا بالدية حيث صح بها وقد ينظر فيه بأنه لا قرينة هنا تنافي المحاباة، بخلاف الخلع وقرينة قتله لمورثه يبطلها سماحة بالعفو عنه لا سيما مع نصه على النقص عنها، ولا ينافي ما تقرر أنه لو وكله أن يشتري له عبد زيد بمائة جاز له شراؤه بأقل، ولم يحمل على ذلك لأن المبيع ممكن من المعين وغيره فتمحض التعيين للمحاباة، والشراء لتلك العين غير ممكن إلا من مالها فضعف احتمال ذلك القصد وظهر قصد التعريف، ولو أمره ببيع الرقيق مثلا بمائة فباعه بها وثوب أو دينار صح عند جواز المبيع بالزيادة لأنه حصل غرضه وزاد خيرا، ولو قال: اشتر بمائة لا بخمسين جاز الشراء بالمائة وبما بينها وبين الخمسين لا بما عدا ذلك، أو يع بمائة لا بمائة وخمسين لم يجز النقص عن المائة ولا استكمال المائة والخمسين ولا الزيادة عليهما للنهي عن ذلك ويجوز ما عداه، أو لا

تبع أو لا تشتت بأكثر من مائة مثلا وباع بثمن المثل وهو مائة أو ما دونها لا أكثر جاز لإتيانه بالمأمور به، بخلاف ما إذا اشترى أو باع بأكثر من مائة للنهي عنه

(ولو) (قال: اشتر بهذا الدينار شاة ووصفها) بصفة بأن بين نوعها وغيره مما مر في شراء العبد وإلا لم يصح التوكيل، فإن أريد بالوصف زيادة على ما مر ثم كان شرطا لوجوب رعاية الوكيل له في الشراء لا لصحة التوكيل حتى يبطل بعقده (فاشترى به شاتين بالصفة) ومثل ذلك ما لو اشترى شاة كذلك وثوبا (فإن لم تساو واحدة) منهما (دينارا لم يصح الشراء للموكل) وإن زادت قيمتهما جميعا على الدينار لانتفاء تحصيل غرضه، ثم إن وقع بعين الدينار بطل من أصله أو في الذمة ونوى الموكل، وكذا إن سماه خلافا لما وقع للأذرعى هنا وقع للوكيل (وإن ساوته كل واحدة فالأظهر الصحة) أي صحة الشراء (وحصول الملك فيهما للموكل) لخبر عروة المار في بيع الفضولي ولأنه حصل غرضه وزاد خيرا وإن لم توجد الصفة التي ذكرها في الزائد فيما يظهر وإن ساوته إحداهما فقط فكذلك، ولا ترد عليه لأن الخلاف الذي فيها طرق لأقوال، والأوجه اعتبار وقوع شرائهما في عقد واحد تقدمت في اللفظ أو تأخرت، وأما حالة تعدد العقد فتقع المساوية للموكل فقط. والثاني يقول: إن اشترى في الذمة للموكل واحدة بنصف دينار والأخرى للوكيل ويرد على الموكل نصف دينار وإن اشترى بعين الدينار فقد اشترى شاة بإذن وأخرى بغير إذن فيبطل في واحدة ويصح في أخرى عملا بتفريق الصفقة

(ولو) (أمره بالشراء بمعين) أي بعين مال كما في المحرر كاشتر بعين هذا (فاشترى في الذمة لم يقع للموكل) لمخالفته إذ أمره بعقد يفسخ بتلف المدفوع حتى لا يطالب الموكل بغيره فأتى بضده للوكيل بل وإن صرح بالسفارة (وكذا عكسه في الأصح) بأن قال: اشتر في الذمة وسلم هذا في ثمنه فاشترى بعينه فإنه لا يقع للموكل وكذا لا يقع للوكيل أيضا لأنه أمره بعقد لا يفسخ بتلف المقابل فخالفه وقد يقصد تحصيله بكل حال فلا نظر هنا لكونه لم يلزم ذمته بشيء. والثاني يقع له لأنه زاد خيرا حيث لم يلزم ذمته شيئا، ولو دفع له شيئا وقال: اشتر كذا تخير بين الشراء بعينه وفي الذمة لتناول الشراء لهما، أو اشتر بهذا تخير أيضا على المعتمد خلافا للإمام وأبي علي الطبري

(ومتى) (خالف) الوكيل (الموكل في بيع ماله) أي الموكل بأن باعه على غير الوجه المأذون فيه (أو) في (الشراء بعينه) كأن أمره بشراء ثوب بهذا فاشتراه بغيره: أي بعينه من مال موكله أو

بشراء في الذمة فاشترى بالعين (فتصرفه باطل) لانتفاء إذن الموكل فيه وكذا لو أضاف لذمة الموكل مخالفا له (ولو اشترى في الذمة) مع المخالفة كأن أمره بشراء عبد في الذمة بخمسة فزاد أو بالشراء بعين هذا فاشترى في الذمة (ولم يسم الموكل وقع) الشراء (للوكيل) دون الموكل وإن نواه لأنه المخاطب والنية غير مؤثرة مع مخالفة الإذن (وإن سماه فقال البائع: بعثك فقال: اشتريت لفلان) أي موكله (فكذا) يقع للوكيل (في الأصح) وتلغو تسمية الموكل في القبول لأنها غير معتبرة في الصحة. فإذا وقعت مخالفة للإذن من غير عذر لغت، والثاني يبطل العقد لتصريحه بإضافته للموكل وقد امتنع إيقاعه له فألغى، وقضية كلام المصنف عدم وجوب تسمية الموكل في العقد وهو كذلك. نعم قد تجب تسميته وإلا فيقع العقد للوكيل كأن وكله في قبول نحوه وعارية وغيرهما مما لا عوض فيه، ولا تجزي النية في وقوع العقد للموكل. إذ الواهب ونحوه قد يسمح بالتبرع له دون غيره. نعم لو نواه الواهب أيضا وقع عنه كما بحثه الأزرعي وغيره، وهو مأخوذ من تعليل الشيخين وغيرهما بما مر من أن الواهب قد يقصد بتبرعه المخاطب، وكان تضمن عقد البيع العتاقة كأن وكل قنا في شراء نفسه من سيده أو عكسه لأن صرف العقد عن موضوعه بالذمة متعذر، ولأن المالك قد لا يرضى بعقد يتضمن الإعتاق قبل قبض الثمن (ولو قال: بعث) هذا (موكلك زيدا فقال: اشتريت له فالمذهب بطلانه) ولو وافق الإذن وحذف له لانتفاء خطاب العاقد، وإنما كان ذكره متعينا في النكاح لأن الوكيل فيه سفير محض إذ لا يمكن وقوعه له بحال، فإن قال بعثك لموكلك وقال قبلت له صح جزما كما قاله في المطلب، ولم يصرح في الروضة ولا أصلها بمقابل المذهب، ويؤخذ من التعليل أن ذلك في موافق الإذن (ويد الوكيل يد أمانة وإن كان بجعل) لنيابته عن موكله في اليد والتصرف ولأنه عقد إحسان والضمان منفر عنه (فإن تعدى ضمن) كسائر الأمان، ومن التعدي أن يضيع المال منه ولا يعرف كيف ضاع أو وضعه بمحل ثم نسيه، وهل يضمن بتأخير ما وكل في بيعه وجهان أو جههما عدمه إن لم يكن مما يسرع فساده وآخره مع علمه بالحال من غير عذر (ولا ينعزل) بالتعدي بغير إتلاف الموكل فيه (في الأصح) لأن الوكالة إذن في التصرف والأمانة حكم يترتب عليها ولا يلزم من ارتفاعها ارتفاع أصلها كالرهن. والثاني ينعزل كالمودع ورد بأن الوديعة محض ائتمان، ومحل هذا الوجه إذا تعدى بالفعل، فإن تعدى بالقول كما لو باع بغبن فاحش ولو بسلم لم ينعزل جزما لأنه لم يتعد فيما وكل فيه ونحوه في الكفاية عن

البحر. نعم لو كان وكيلًا عن ولي أو وصي انعزل كما بحثه الأذرعى وغيره كالوصي يفسق إذ لا يجوز إبقاء مال محجور بيد غير عدل وهو محمول على عدم إبقاء المال في يده. أما بالنسبة إلى عدم بقائه وكيلًا فلا لعدم كونه وليًا فلا يمتنع عليه الإتيان بالتصرف الموكل فيه، ولا ينافيه ما مر من أن الولي لا يوكل في مال المحجور عليه فاسقًا لأن ذلك بالنسبة للابتداء، ويغتفر هنا طرو فسقه إذ يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء، ويزول ضمانه عما تعدى فيه بيعه وتسليمه ولا يضمن ثمنه لانتفاء تعديه فيه، فلو رد عليه بعيب مثلًا بنفسه أو بالحاكم عاد الضمان مع أن العقد قد يرتفع من حينه على الراجح غير أننا لا نقطع النظر عن أصله بالكلية، فلا يشكل بما لو وكل مالك المغصوب غاصبه في بيعه فباعه فإنه يبرأ ببيعه وإن لم يخرج من يده حتى لو تلف في يده قبل قبض مشتربه لم يضمنه لوضوح الفرق بينهما وهو قوة يد الوكيل الذي طرأ تعديه لكونه نائبًا عن الموكل في اليد والتصرف مع كونها يد أمانة فكانها لم تنزل، وضعف يد الغاصب لتعديه فليست بيد شرعية فانقطع حكمها بمجرد زوالها، وتقدم أنه لو تعدى بسفره بما وكل فيه وباعه فيه ضمن ثمنه وإن تسلمه وعاد من سفره فيستثنى مما مر، ولو امتنع الوكيل من التخلية بين الموكل والمال بعذر لم يضمن وإلا ضمن كالمودع. ولو قال له: بع هذا ببلد كذا واشتر لي بثمنه قنا جاز له إيداعه في الطريق أو المقصد عند حاكم أمين ثم أمين إذ العمل غير لازم له ولا تغير منه بل المالك هو المخاطر بماله ومن ثم لو باعه لم يلزمه شراء القن ولو اشتراه لم يلزمه رده بل له إيداعه عند من ذكر، وليس له رد الثمن حيث لا قرينة ظاهرة تدل على رده فيما يظهر لأن المالك لم يأذن فيه، فإن علا فهو في ضمانه إلى وصوله لمالكة (وأحكام العقد تتعلق بالوكيل دون الموكل فيعتبر في الرؤية ولزوم العقد بمفارقة المجلس، والتقابض في المجلس حيث يشترط) كالربوي والسلم (الوكيل) لأنه العاقد (دون الموكل) فله الفسخ بخياري المجلس والشرط وإن أجاز الموكل، بخلاف خيار العيب لا رد للوكيل إذا رضي به الموكل لأنه لدفع الضرر عن المالك وليس منوطًا باسم المتعاقدين كما نيط به في الفسخ بخيار المجلس بخبر {البيعان بالخيار ما لم يتفرقا} وبخيار الشرط بالقياس على خيار المجلس (وإذا اشترى الوكيل طالبه البائع بالثمن إن كان دفعه) إليه (الموكل) للعرف سواء اشترى بعينه أم في الذمة ولتعلق أحكام العقد بالوكيل وله مطالبة الموكل أيضًا على المذهب كما ذكره في معاملة العبيد (وإلا) بأن لم يدفعه إليه

(فلا) يطالبه (إن كان الثمن معيناً) لأنه ليس في يده وحق البائع مقصور عليه (وإن كان) الثمن (في الذمة طالبه) به دون الموكل (إن أنكروا كالتة أو قال: لا أعلمها) لأن الظاهر أنه يشتري لنفسه والعقد وقع معه ومسألة عدم العلم من زيادته على المحرر (وإن اعترف بها طالبه) به (أيضاً في الأصح) وإن لم يضع يده عليه (كما يطالب الموكل ويكون الوكيل كضامن) لمباشرته العقد (والموكل كأصيل) لأنه المالك ومن ثم رجع عليه الوكيل إذا غرم. والثاني لا يطالب الوكيل بل الموكل فقط لأن العقد وقع له والوكيل سفير محض، وقيل عكسه لأن الالتزام وجد معه، ولو أرسل من يقتض له فاقترض فهو كوكيل المشتري فيطالب وإذا غرم رجع على موكله

(وإذا) (قبض الوكيل بالبيع الثمن) حيث جوزناه له (وتلف في يده) أو بعد خروجه عنها (وخرج المبيع مستحقاً رجع عليه المشتري) ببدل الثمن (وإن اعترف بوكالته في الأصح) لدخوله في ضمانه بقبضه والثاني يرجع به على الموكل وحده لأن الوكيل سفير محض (ثم يرجع الوكيل) إذا غرم (على الموكل) بما غرمه لأنه غره. ومحل ما لم يكن منصوباً من جهة الحاكم وإلا فلا يكون طريقاً في الضمان لأنه نائب الحاكم وهو لا يطالب (قلت: وللمشتري الرجوع على الموكل ابتداءً في الأصح، والله أعلم) لأن الوكيل مأمور من جهته ويده كيده، وعلم من كلامه تخيير المشتري في الرجوع على من شاء منهما، وأن القرار على الموكل ويأتي ما تقرر في وكيل مشتر تلف المبيع في يده ثم ظهر مستحقاً. والثاني لا يرجع على الموكل لأنه تلف تحت يد الوكيل وقد بان فساد الوكالة وخرج بالوكيل فيما ذكر الولي فيضمن وحده الثمن إن لم يذكر موليه في العقد وإلا ضمنه المولي، والفرق أن شراء الولي لازم للمولى عليه بغير إذنه فلم يلزم الولي ضمانه بخلاف الوكيل. وفي أدب القضاء للغزي: لو اشترى في الذمة بنية أنه لابنه الصغير فهو لابن والثمن في ماله: أعني الابن، بخلاف ما لو اشترى له بمال نفسه يقع للطفل ويصير كأنه وهبه الثمن: أي كما قاله القاضي. وقال القفال: لا يقع للأب، قال في الأنوار وهو الأوفق لإطلاق الأصحاب والكتب المعتمدة.

(فصل)

في بيان جواز الوكالة وما تنفسخ به وتخالف الموكل والوكيل ودفع الحق لمستحقه وما يتعلق بذلك

(الوكالة) ولو بجعل بناء على أن العبرة بصيغ العقود هنا كما رجحه الروياني وجزم به الجويني في مختصره ما لم تكن بلفظ الإجارة بشروطها وليس الكلام في ذلك (جائزة) أي غير لازمة (من الجانبين) لأن الموكل قد تظهر له المصلحة في ترك ما وكل فيه أو توكيل آخر ولأن الوكيل قد يعرض له ما يمنعه عن العمل، نعم لو علم الوكيل أنه لو عزل نفسه في غيبة موكله استولى على المال جائر حرم عليه العزل إلى حضور موكله أو أمينه على المال قياسا على الوصي كما بحثه الأذرعى، وهو ظاهر وقياسه عدم النفوذ (فإذا) (عزله الموكل في حضوره) بأن قال عزلتك (أو قال) في حضوره أيضا (رفعت الوكالة، أو أبطلتها) أو فسختها أو أزلتها أو نقضتها أو صرفتها (أو أخرجتك منها اعزل) منها في الحال لدلالة كل من الألفاظ المذكورة عليه

(فإن عزله وهو غائب اعزل في الحال) لأنه لم يحتج للرضا فلم يحتج للعلم كالطلاق، وينبغي للموكل الإشهاد على العزل إذ لا يقبل قوله فيه بعد تصرف الوكيل وإن وافقه بالنسبة للمشتري مثلا من الوكيل، أما في غير ذلك فإذا وافقه على العزل ولكن ادعى أنه بعد التصرف ليستحق الجعل مثلا ففيه التفصيل الآتي في اختلاف الزوجين في تقديم الرجعة على انقضاء العدة، فإذا اتفقا على وقت العزل وقال: تصرفت قبله وقال الموكل: بعده حلف الموكل أنه لا يعلمه تصرف قبله لأن الأصل عدمه إلى ما بعده أو على وقت التصرف وقال: عزلتك قبله فقال الوكيل: بل بعده حلف الوكيل أنه لا يعلم عزله قبله، فإن تنازعا في السابق بلا اتفاق صدق من سبق بالدعوى لأن مدعاه سابق لاستقرار الحكم بقوله (وفي قول لا) ينعزل (حتى يبلغه الخبر) ممن تقبل روايته كالقاضي، وفرق الأول بتعلق المصالح الكلية بعمل القاضي، فلو انعزل قبل الخبر عظم ضرر الناس بنقص الأحكام وفساد الأنكحة بخلاف الوكيل. قال الإسنوي: ومقتضاه أن الحاكم في واقعة خاصة كالوكيل. قال البدر بن شهبة: ومقتضاه أيضا أن الوكيل العام كوكيل السلطان كالقاضي اهـ. والأوجه خلاف ما قاله إلحاقا لكل بالأعم الأغلب في نوعه، ولا ينعزل وديع ومستعير إلا ببلوغ الخبر وفارق الوكيل بأن القصد منعه من التصرف الضار بموكله بإخراج أعيانه عن ملكه فأثر فيه العزل وإن لم يعلم به بخلافهما، وإذا تصرف بعد عزل بموت أو غيره جاهلا لم يصح تصرفه وضمن ما سلمه فيما يظهر إذ الجهل غير مؤثر في الضمان ومن ثم غرم الدية والكفارة

إذا قتل جاهلا بالعزل كما سيأتي قبيل المديات، ولا رجوع له بما غرمه على موكله على الأصح وإن غره خلافا لبعضهم، وهذا هو مقتضى كلام الشاشي والغزالي، وما تلف في يد الوكيل بلا تقصير ولو بعد العزل لا ضمان عليه بسببه، وكالوكيل فيما ذكر عامل القراض، ولو عزل أحد وكيليه مبهما لم يتصرف واحد منهما حتى يميز للشك في الأهلية، ولو وكل عشرة ثم قال عزلت أكثرهم انعزل ستة، وإذا عينهم ففي تصرف الباقيين وجهان أصحهما عدمه: أي بالنسبة للتصرف الصادر منهم قبل التعيين

(ولو) (قال) الوكيل الذي ليس قنا للموكل (عزلت نفسي أو رددت الوكالة) أو فسختها أو أخرجت نفسي منها (انعزل) حالا وإن غاب الموكل لما مر أن ما لا يحتاج للرضا لا يحتاج للعلم، ولأن قوله المذكور إبطال لأصل إذن الموكل له فلا يشكل لما مر أنه لا يلزم من فساد الوكالة فساد التصرف لبقاء الإذن. أما لو وكل السيد قنه في تصرف مالي فلا ينعزل بعزل نفسه لأنه من الاستخدام الواجب (وينعزل) أيضا (بخروج أحدهما) أي الموكل والوكيل (عن أهلية التصرف) (بموت أو جنون) وإن لم يعلم به الآخر أو قصر زمن الجنون لأنه لو قارن منع الانعقاد، فإذا طرأ أبطله، وخالف ابن الرفعة فقال: الصواب أن الموت ليس بعزل وإنما تنتهي به الوكالة. قال الزركشي: وفائدة عزل الوكيل بموته انعزال من وكله عن نفسه إن جعلناه وكيلاً عنه اهـ. وقيل لا فائدة لذلك في غير التعاليق (وكذا إغماء) ينعزل به في الأصح إلحاقاً له بالجنون كما مر في الشركة، والثاني لا ينعزل به لأنه لم يلتحق بمن يولى عليه. نعم لا ينعزل وكيل رمى الجمار بإغماء موكله لأنه زيادة في عجزه المشترط لصحة الإنابة، وذكره لهذه الثلاثة مثال فلا يرد عليه أن مثلها طرو نحو فسقه فيما شرطه السلامة من ذلك على ما مر، وردة الموكل ينبنى العزل بها على أقوال ملكه، وفي ردة الوكيل وجهان، والذي جزم به في المطلب الانعزال بردة الموكل دون الوكيل، ولو تصرف نحو وكيل وعامل قراض بعد انعزاله جاهلا في عين مال موكله لم يصح وضمناها إن سلمها كما مر أو في ذمته انعقد له (وبخروج) الوكيل عن ملك الموكل و (محل التصرف) أو منفعته (عن ملك الموكل) كان أعتق أو باع ما وكل في بيعه أو إعتاقه أو أجر ما أذن في إيجاره لزوال ولايته حينئذ، فلو عاد لملكه لم تعد الوكالة، ولو وكله في بيع ثم زوج أو أجر أو رهن وأقبض كما قاله ابن كج أو وصى أو دبر أو علق العتق بصفة أخرى كما بحثه البلقيني وغيره أو كاتب انعزل لأن مريد البيع لا يفعل شيئا من ذلك غالبا، وقياس ما يأتي في الوصية الانعزال بما يبطل

الاسم كطحن الحنطة وهو الأوجه، ولو وكل قنا بإذن مالكة ثم باعه أو أعتقه لم ينعزل. نعم يعصي بتصرفه بغير إذن مشتريه لصيرورة منافعه مستحقة له (وإنكار الوكيل الوكالة لنسيان) منه لها (أو لغرض) له (في الإخفاء) كخوف أخذ ظالم المال الموكل فيه (ليس بعزل) لعذره (فإن تعمده ولا غرض) له فيه (انعزل) بذلك لأن الجحد حينئذ رد لها والموكل في إنكارها كالوكيل في ذلك وما أطلقاه في التدبير من كون جحد الموكل عزلا محمول كما قاله ابن النقيب على ما هنا

(وإذا) (اختلفا في أصلها) كوكلتني في كذا فقال: ما وكتتك (أو) في (صفتها) (بأن قال: وكتنتي في المبيع نسيئة أو) في (الشراء بعشرين فقال بل نقدا) راجع للأول (أو بعشرة) راجع للثاني (صدق الموكل بيمينه) في الكل لأن الأصل معه. وصورة المسألة الأولى كما قال الفارقي أن يتخاصما بعد التصرف، أما قبله فتعمد إنكار الوكالة عزل فلا فائدة للمخاصمة، وتسميته فيها موكلا بالنظر لزعم الوكيل

(ولو) (اشترى) الوكيل (جارية) مثلا (بعشرين) هي تساويها فأكثر (وزعم أن الموكل أمره) بالشراء بها (فقال) الموكل (بل) إنما أذنت (بعشرة) وفي بعض النسخ في عشرة (صدق الموكل بيمينه) حيث لا بينة (و) حينئذ فإذا (حلف الموكل، فإن) كان الوكيل قد (اشترى بعين مال الموكل وسماه في العقد) بأن قال: اشتريتها لفلان بهذا والمال له (أو قال بعده) أي الشراء بالعين الخالي عن تسمية الموكل (اشتريته) أي الموكل فيه (لفلان والمال له وصدقه البائع) فيما ذكره، أو قامت به حجة (فالباع باطل) في الصورتين لأنه ثبت بالتسمية والتصديق أو البينة أن المال والشراء لغير العاقد، وثبت بيمين ذي المال عدم إذنه في الشراء بذلك القدر فيبطل الشراء وحينئذ فالجارية لبائعها وعليه رد ما أخذه للموكل، وخرج بقوله بعين مال الموكل شراؤه في الذمة ففيه تفصيل يأتي البطلان في بعضه أيضا فلا يرد هنا وبقوله: والمال له ما لو اقتصر على شريته لفلان فلا يبطل المبيع إذ من اشترى لغيره بمال نفسه ولم يصرح باسم الغير بل نواه يصح الشراء لنفسه وإن أذن له الغير في الشراء (وإن كذبه) البائع في الصورة الثانية بأن قال له: إنما اشتريت لنفسك والمال لك أو سكت عن المال كما هو ظاهر ولا بينة وقال له الوكيل أنت تعلم أنني وكيل فقال: لا أعلم ذلك أو بأن قال له لست وكيلا (وحلف) البائع (على نفي العلم بالوكالة) وإنما فرقنا بين الصورتين بفرض الأولى في دعوى الوكيل عليه بما ذكر دون الثانية؛ لأن الأولى لا

تتضمن نفي فعل الغير ولا إثباته فتوقف الحلف على نفي العلم على ذكر الوكيل له ذلك، والثانية تتضمن نفي توكيل غيره له وهذا لا يمكن الحلف عليه لأنه حلف على نفي العلم، وبهذا التفصيل يندفع استشكل الإسنوي الحلف على نفي العلم الذي أطلقوه، وقرر الشارح كلام المصنف بقوله الناشئة عن التوكيل مشيرا به لرد ما اعترض به على المصنف، ووجه الرد أنه ليس المراد به الحلف على نفي توكيل مطلق ولا نفي علم مطلق بل نفي وكالة خاصة ناشئة عن توكيل فيستلزم أن المال لغيره (و) إذا حلف البائع كما ذكرناه (وقع الشراء للوكيل) ظاهرا فيستلم الثمن المعين للبائع ويغرم بدله للموكل (وكذا إن اشترى في الذمة ولم يسم الموكل) في العقد بأن نواه وقال بعده اشترته له والمال له وكذبه البائع فيحلف كما مر ويقع شراؤها للوكيل ظاهرا، فإن صدقه البائع بطل الشراء كما قاله القمولي. وقول ابن الملقن: إن ظاهر كلام المصنف وغيره وقوع العقد للوكيل صرح بالسفارة أو لا صدقه البائع أو لا رده الأذرعى بأنه غير سديد (وكذا إن سماه في العقد) والشراء في الذمة أو بعد العقد والشراء بعين مال الموكل (وكذبه البائع في الأصح) أي في الوكالة بأن قال: سميته وولست وكيلا عنه وحلف كما ذكر يقع الشراء للوكيل ظاهرا وتسميته للموكل تلغو، وكذا لو لم يصدقه ولم يكذبه فيسلم الثمن المعين للبائع ويغرم بدله للموكل، وهذا الخلاف هو الذي قدمه بقوله وإن سماه فقال البائع: بعثك فقال اشتريت لفلان (وإن) اشترى في الذمة وسماه في العقد أو بعده كما جزم به القمولي وغيره و (صدقه) البائع فيما سماه أو قامت به حجة (بطل الشراء) لاتفاقهما على وقوع العقد للموكل وثبت كونه بغير إذنه بيمينه، ولا يشكل هذا بما مر من وقوع العقد للوكيل إذا اشترى في الذمة على خلاف ما أمر به الوكيل وصرح بالسفارة لأن ما هناك محمول على ما إذا لم يصدقه البائع (وحيث حكم بالشراء للوكيل) مع قوله إنه للموكل فبيما إذا اشترى بالعين وكذبه بئاعه إن صدق فالملك للموكل وإلا فللبائع فيستحب للحاكم الرفق بهما جميعا ليقول له البائع إن لم يكن موكلك أمرت بشراؤها بعشرين فقد بعثتها بها فيقبل والموكل: إن كنت أمرت بشراؤها بعشرين فقد بعثتها بها فيقبل وفيما إذا اشترى في الذمة وسماه وكذبه البائع أو لم يسمه إن صدق الوكيل فهي للموكل وإلا فهي للوكيل فحينئذ (يستحب للقاضي) ومثله المحكم كما هو ظاهر بل وكل من قدر على ذلك من غيرهما ممن يظن من نفسه طاعة أمره لو أمر بذلك فيما يظهر (أن يرفق بالموكل) أي يتلطف به (ليقول للوكيل إن كنت

أمرتك) بشرائها (بعشرين فقد بعتهما بها ويقول هو: اشتريت) وإنما ندب له ذلك ليتمكن الوكيل من التصرف فيها لاعتقاده أنها للموكل و (لتحل له) باطنا إن صدق في إذنه له بعشرين، واغتفر التعليق المذكور بتقدير صدق الوكيل أو كذبه للضرورة على أنه تصريح بمقتضى العقد كما لو قال: إن كان ملكي فقد بعته وبعته إن شئت، ولو نجز البيع صح جزما ولا يكون إقرارا بما قاله الوكيل إذ إتيانه به أمثالا لأمر الحاكم للمصلحة. فإن لم يجب البائع ولا الموكل لذلك أو لم يتلطف به أحد فإن صدق الوكيل فهو كظافر بغير جنس حقه لأنها للموكل باطنا فعليه للوكيل الثمن وهو ممتنع من أدائه فله بيعها وأخذ حقه من ثمنها، وإن كذب لم يحل له التصرف فيها بشيء إن اشترى بعين مال الموكل لأنها للبائع لبطلان البيع باطنا فله بيعها من جهة الظفر لتعذر رجوعه على البائع بحلفه، فإن كان في الذمة تصرف فيها بما شاء لأنها ملكه لوقوع الشراء له باطنا

(ولو) (قال) الوكيل (أتيت بالتصرف المأذون فيه) من بيع أو غيره (وأنكر الموكل) ذلك (صدق الموكل) بيمينه لأن الأصل معه فلا يستحق الوكيل ما شرط له من الجعل على التصرف إلا بينة، نعم يصدق وكيل بيمينه في قضاء دين ادعاه وصدقه رب المدين عليه فيستحق جعلا شرط له (وفي قول) يصدق (الوكيل) لأنه أمينه ولقدرته على الإنشاء ومن ثم لو كان بعد العزل صدق الموكل قطعا (وقول الوكيل في تلف المال مقبول بيمينه) لأنه أمين كالوديع فيأتي فيه تفصيله الآتي آخر باب الوديعة ولا ضمان عليه وهذا هو غاية القبول هنا وإلا فنحو الغاصب يقبل فيه قوله بيمينه. نعم يضمن البدل ولو تعدى فأحدث له الموكل استئمانا صار أمينا كالوديع (وكذا) قوله كسائر الأماناء إلا المكثري والمرتهن (في الرد) للمعوض أو العوض على موكله مقبول لأنه أخذ العين لنفع الموكل، وانتفاعه بجعل إن كان إنما هو ليعمل فيها لا بها نفسها، وسواء في ذلك أكان قبل العزل أم بعده كما اقتضاه إطلاقهما خلافا لابن الرفعة والسبكي في عدم قبول ذلك منه بعده، ودعوى تأييده بقول القفال لا يقبل قول قيم الوقف في الاستدانة ممنوعة بمنع كون ذلك نظير ما نحن فيه، بل هو نظير ما مر فيما لو قال الوكيل: أتيت بالتصرف المأذون فيه وقد مر عدم تصديق الوكيل فيه (وقيل إن كان بجعل فلا) يقبل قوله في الرد لأنه أخذ العين لغرض نفسه فأشبهه المرتهن، ورد بما مر ومحل قبول قوله في الرد ما لم تبطل أمانته، فلو طالبه الموكل فقال: لم أقبضه منك فأقام الموكل بينة على قبضه فقال الوكيل: رددته

إليك أو تلف عندي ضمنه، ولا يقبل قوله في الرد لبطلان أمانته بالجحود وتناقضه، وأفتى البلقيني بقبول قول الوكيل في الرد وإن ضمن كما لو ضمن لشخص مالا على آخر فوكله في قبضه من المضمون عنه فقبضه ببينة أو اعتراف موكله وادعى رده له وليس هو مسقطا عن نفسه الدين لما تقرر أن قبضه ثابت وبه يبرأ مع كون موكله هو الذي سلطه على ذلك ووكالوكيل فيما مر ما لو ادعى الجابي تسليم ما جباه على من استأجره للجباية

(ولو) (ادعى) الوكيل (الرد على رسول الموكل وأنكر الرسول) (صدق الرسول) بيمينه لأنه لم يأت منه فلم يقبل قوله عليه (ولا يلزم الموكل تصديق الوكيل على الصحيح) لأنه يدعي الرد على غير من أتمنه فليثبت عليه. والثاني يلزمه لاعترافه بإرسال ويد رسوله كيده فكأنه ادعى عليه ولو صدقه الموكل على الدفع إلى رسوله لم يغرم الوكيل كما قال الأذرعى: إنه الأصح ولو اعترف الرسول بالقبض، وادعى التلف في يده لم يلزم المالك الرجوع إليه لأن الأصل عدم القبض

(ولو) (قال الوكيل) بالبيع (قبضت الثمن) حيث جاز له قبضه (وتلف) في يدي (وأنكر الموكل) قبضه (صدق الموكل إن كان) الاختلاف (قبل تسليم المبيع) إذ الأصل بقاء حقه وعدم القبض (وإلا) بأن كان بعد تسليم المبيع (فالوكيل) هو المصدق بيمينه (على المذهب) لأن الموكل ينسبه إلى تقصير وخيانة بتسليم المبيع قبل القبض والأصل عدمه، وفي وجه تصديق الموكل إذ الأصل بقاء حقه. والطريق الثاني في المصدق منها في الحالين القولان في دعوى الوكيل التصرف وإنكار الموكل له، فلو أذن له في التسليم قبل القبض أو في البيع بمؤجل وفي القبض بعد الأجل فهو كما قبل التسليم إذ لا خيانة بالتسليم، وإذا صدقنا الوكيل فحلف برئ المشتري في أصح الوجهين عند الإمام، ونقله ابن الرفعة عن القاضي الحسين وصححه الغزالي في بسيطه والأصح عند البغوي عدمه، وعلى نقله اقتصر في الشرح الصغير وهو الأوجه وجزم به في الأنوار، ولو قال الموكل لو كيله: قبضت الثمن فسلمه لي وأنكر الوكيل قبضه صدق الوكيل بيمينه وليس للموكل مطالبة المشتري به لاعترافه ببراءة ذمته ولا مطالبة الوكيل بعد حلفه إلا أن يسلم الوكيل المبيع بلا إذن فإنه يغرم للموكل قيمة المبيع للحيلولة لاعترافه بالتعدي بتسليمه قبل القبض فلا يشكل بكون القيمة أكثر من الثمن الذي لا يستحقه غيره

(ولو) أعطاه موكله مالا و (وكله بقضاء دين) عليه به (فقال قضيته وأنكر المستحق) دفعه إليه (صدق المستحق بيمينه) لأن

الأصل عدم القضاء فيحلف ويطالب الموكل فقط (والأظهر أنه لا يصدق الوكيل على الموكل) فيما قال (إلا بينة) أو حجة أخرى لدعواه الدفع لغير من أئتمنه فكان حقه إما الإشهاد عليه ولو واحدا مستورا وإما الدفع بحضور الموكل نظير ما مر آخر الضمان، ومن ثم يأتي هنا ما لو أشهد فغابوا أو ماتوا من أنه لا يرجع ويصدق الموكل بيمينه في أنه لم يؤد بحضورته، ولا عبرة بإنكار وكيل بقبض دين لموكله ادعاه المدين وصدق الموكل لأن الحق له

(وقيم اليتيم) من جهة القاضي إذ ذاك مرادهم بالقيم حالة الإطلاق، ودعوى أن المراد به ما يعم الأب والجد مردودة بأن اليتيم لا أب له ولا جد، والوصي يأتي في بابه فتعين ما مر ومثله ولي المجنون والسفيه (إذا) (ادعى دفع المال إليه بعد البلوغ) والعقل والرشد (يحتاج إلى بينة على الصحيح) إذ لم يَأْتَمَنه والمشهور كما في المطلب وجزم به ابن الصباغ أن الأب والجد كالقيم في ذلك، وهو الأوجه خلافا للسبكي حيث جزم بقبول قولهما تبعا لتصريح الماوردي والإمام وألحق بهما قاض عدل أمين ادعى ذلك زمن قضائه، ووجه جزمه في الوصي بعدم قبوله وحكايته هذا الخلاف في القيم بأنه في معنى القاضي لأنه نائبه فكان أقوى من الوصي، والثاني يقبل قوله مع يمينه لأنه أمين فأشبه المودع والوصي

(وليس لوكيل ولا مودع) ولا غيرهما ممن يقبل قوله في الرد كشريك وعامل قراض (أن يقول بعد طلب المالك) ماله (لا أُرِد المال) (إلا بإشهاد في الأصح) لانتفاء حاجته لذلك مع قبول قوله في الرد، وخشية وقوعه في الحلف غير مؤثرة إذ لا ذم فيه معتد به أجلا ولا عاجلا، والثاني له ذلك حتى لا يحتاج إلى يمين لأن الأمانة يحترزون عنها حسب الإمكان (وللغاصب ومن لا يقبل قوله) من الأمانة كمرتهن ومستأجر وغيرهم كمستعير (في الرد) أو الدفع كالمدين (ذلك) أي التأخير للإشهاد واغتفر له الإمساك هذه اللحظة وإن كان الخروج من المعصية فوريا للضرورة هذا حيث كان عليه بينة، بالأخذ، وإلا فنقل عن البغوي: أي وعليه أكثر المراوزة والماوردي أن له الامتناع لأنه ربما يرفعه لمالكي يرى الاستفصال، ومن ثم جزم به الأصفوني ورجحه الإسنوي واقتضى كلام الشرح الصغير ترجيحه، وعن العراقيين أنه ليس له الامتناع واقتضى كلامهما ترجيحه وجزم به في الأنوار لتمكنه من أن يقول ليس له عندي شيء ويحلف

(ولو) (قال رجل) لآخر عليه أو عنده مال للغير: (وكلني المستحق بقبض ماله عندك من دين) استعمل عند في الدين تغليباً بل وحده صحيح كما يعلم مما يأتي في الإقرار (أو عين وصدقته)

من عنده ذلك (فله دفعه إليه) لأنه محق بزعمه. نعم محل ما ذكر في العين حيث غلب على ظنه إذن المالك له في قبضها بقريضة قولية فلا ينافي قولهم لا يجوز دفع العين المدعى وكالة لم يشتها لأنه تصرف في ملك غيره بغير إذنه وحينئذ فلا اعتراض على عبارة المصنف لظهور المراد مع النظر لقولهم المذكور وإذا دفع إليه ثم أنكر المستحق وحلف على نفي وكالته فإن كان المدفوع عينا استردها إن بقيت وإلا غرم من شاء منهما ولا رجوع للغارم على الآخر لأنه مظلوم بزعمه، قال المتولي هذا إن لم تتلف بتفريط القابض، وإلا فإن غرمه لم يرجع أو الدافع رجوع لأن القابض وكيل بزعمه والوكيل يضمن بالتفريط والمستحق ظلمه وماله في ذمة القابض فيستوفيه بحقه أو دينا طالب المدافع فقط لأن القابض فضولي بزعمه، وإذا غرم الدافع فإن بقي المدفوع عند القابض استرده ظفرا وإلا فإن فرط فيه غرم وإلا فلا (والمذهب أنه لا يلزمه) الدفع إليه (إلا بينة على وكالته) لاحتمال إنكار المستحق لها فيغرمه، فإن لم تكن بينة لم يحلفه لأن النكول كالإقرار، وقد تقرر أنه وإن صدقه لا يلزمه المدفع إليه. والطريق الثاني فيه قولان: أحدهما هذا وهو المنصوص. والثاني وهو مخرج من مسألة الوارث الآتية يلزمه الدفع إليه من غير بينة لاعترافه باستحقاقه الأخذ

(وإن) (قال) لمن عليه دين (أحالني) مستحقه (عليك) وقبلت الحوالة (وصدقه) (وجب الدفع) إليه (في الأصح) لما سيأتي في الوارث بخلاف ما لو كذبه وله تحليفه هنا لاحتمال أن يقر أو ينكل فيحلف المدعي ويأخذ منه، وإذا دفع إليه ثم أنكر الدائن الحوالة وحلف أخذ دينه ممن كان عليه ولا يرجع المؤدي على من دفع إليه لأنه اعترف بالملك له. والثاني لا يجب إلا بينة لاحتمال إنكار صاحب الحق الحوالة (قلت: وإن) (قال) لمن عنده عين أو دين لميت: (أنا وارثه) المستغرق لتركته كما في الكفاية والشامل وغيرهما ولعلمهم لم ينظروا إلى أن أنا وارثه صيغة حصر فلا يحتاج إلى نحو قوله لا وارث له غيري لخفائه جدا فاندفع ما ذكره ابن العماد هنا أو وصية أو موصى له بما تحت يدك وهو يخرج من الثلث وصدقه وجب المدفع إليه (على المذهب، والله أعلم) لاعترافه بانتقال الحق له وليس من التكذيب وبه فارق ما مر في الوكيل. والطريق الثاني فيه قولان أحدهما هذا وهو المنصوص. والثاني وهو مخرج من مسألة الوكيل السابقة لا يجب الدفع إليه إلا بينة على إرثه لاحتمال أنه لا يرثه الآن لحياته ويكون ظن موته خطأ، وإذا سلمه ثم ظهر المستحق حيا وغرمه رجع الغريم على الوارث

والوصي والموصى له بما دفعه إليهم لتبين كذبهم، بخلاف صورة الوكالة لا رجوع فيها في بعض صورها كما مر لأنه صدقه على الوكالة وإنكار المستحق لا يرفع تصديقه وصدق الوكيل لاحتمال أنه وكله ثم جحد وهذا بخلافه.

{كتاب الإقرار}

هو لغة: الإثبات، من قر الشيء يقر قرارا ثبت. وشرعا: إخبار عن حق سابق على المخبر، فإن كان له على غيره فدعوى، أو لغيره على غيره فشهادة هذا إن كان خاصا، فإن اقتضى شرعا عاما وكان عن أمر محسوس فرواية، أو عن أمر شرعي فإن كان فيه إلزام فحكم وإلا ففتوى. وأصله قبل الإجماع قوله تعالى {شهداء لله ولو على أنفسكم} قال المفسرون: شهادة المرء على نفسه هي الإقرار، وخبر الشيخين {اغديا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها} وأركانه أربعة: مقر ومقر له وپه وصيغة، وبدأ بالأول فقال: (يصح) الإقرار (من مطلق التصرف) أي المكلف الرشيد ولو إماما بالنسبة لبيت المال ووليا بالنسبة لما يمكنه إنشاؤه في مال موليه، وسيعلم من آخر الباب اشتراط عدم تكذيب الحس والشرع له. ومن الطلاق الاختيار على أن هذا قد يؤخذ من كلامه هنا بادعاء أن المكره غير مطلق التصرف على الإطلاق، بل سيأتي بعد بقليل اشتراط أن لا يكون مكرها، ولو أقر بشيء وأنه مختار فيه لم تقبل بينته بأنه كان مكرها إلا أن يثبت أنه كان مكرها حتى على إقراره بأنه مختار كما يأتي ومر أن طلب البيع إقرار بالملك والعارية والإجارة إقرار بملك المنفعة لكن تعيينها في الأخير إلى المقر كما هو واضح (وإقرار الصبي) ولو مراهقا وأذن له وليه (والمجنون) والمغمى عليه وكل من زال عقله بما يعذربه (لاغ) لسقوط أقوالهم (فإن ادعى) الصبي (البلوغ بالاحتلام) أي نزول المنى يقظة أو نوما أو الصبية البلوغ بالحيض (مع الإمكان) له بأن كان في سن يحتمل البلوغ، وقد مر بيان زمن الإمكان في بابي الحيض والحجر (صدق) في ذلك إذ لا يعرف إلا من جهته ولا يعارضه إمكان البينة على إمكان الحيض لأنه مع ذلك عسر (ولا يحلف) عليه وإن فرضت خصومة لأنه إن صدق لم يحتج إلى يمين وإلا فالصبي لا يحلف، وإنما توقف عليها عند اتهامه إعطاء غاز ادعى الاحتلام وطلب سهم المقاتلة أو إثبات اسمه، وكذا ولد مرتزق ادعاه وطلب إثبات اسمه في المديوان واتهم على يمينه احتياطا لأنه هنا يريد مزاحمة غيره فناسب تحليفه، وإذا لم يحلف فبلغ مبلغا يقطع ببلوغه لم يحلف لانتهاه

الخصومة لقبوله قوله أو لا فلا ننقضه، قاله الإمام وأقره الرافعي في الشرح الكبير وجزم به في الصغير من غير عزو (وإن ادعاه بالسن طوالب بيينة) عليه ولو غريبا غير معروف لسهولة إقامتها في الجملة، ولا بد في بيينة السن من بيان قدره للاختلاف فيه. نعم لا يبعد الاكتفاء بالإطلاق من فقيه موافق للحاكم في مذهبه كما في نظائره لأن هذا ظاهر لا اشتباه فيه. أما لو شهدت بالبلوغ ولم تتعرض لسن فتقبل وهي رجلان. نعم لو شهد أربع نسوة بولادته يوم كذا قبلن وثبت بهن السن تبعا فيما يظهر وخرج بالسن والاحتلام ما لو ادعاه وأطلق فيستفسر على ما رجحه الأذرعى، ويمكن حمله على الندب إذ الأوجه القبول مطلقا، وقول بعضهم تفريرا على الأول فإن تعذر استفساره عمل بأصل الصبا مردود، فقد قال في الأنوار: ولو شهدا ببلوغه ولم يعينا نوعا قبلًا: أي إن كان فقيهين موافقين لمذهب الحاكم في البلوغ كما مر نظيره وما فرق به بين هذه وما قبلها بأن عدالتهما مع خبرتهما إذ لا بد منها قاضية بتحققهما أحد نوعيه قبل الشهادة ليس بشيء (والسفيه والمفلس سبق حكم إقرارهما) في بابيهما. أما إقرار المفلس بالنكاح فمقبول بخلاف السفيه فلا يقبل، ويقبل إقرار السفيه به لمن صدقها كالرشيدة إذ لا أثر للسفه من جانبها لتحصيلها المال به بخلاف الذكر.

(ويقبل) (إقرار الرقيق بموجب) بكسر الجيم (عقوبة) كقود وزنا وشرب خمر وسرقة بالنسبة للقطع لبعث التهمة لأن النفوس مجبولة على الاحتراز عن المؤلم ما أمكنها، ولو عفا عن القود على مال تعلق برقبته وإن كذبه السيد لأنه وقع تبعا (ولو) (أقر) مأذون له في التجارة أو غيره (بدين جنائية لا توجب عقوبة) أي حدا أو قودا كجنائية خطأ أو غصب وإتلاف أو أوجبتها كسرقة وإن زعم كون المسروق باقيا في يده أو يد سيده (فكذبه السيد) في ذلك أو سكت (تعلق بدمته دون رقبته) للتهمة فيتبع به إذا عتق فإن صدقه ولم يكن جانبا ولا مرهونا تعلق برقبته فيباع في ذلك ما لم يفده السيد بأقل الأمرين من قيمته والمال ولا يتبع بما بقي بعد عتقه إذ ما تعلق بالرقبة منحصر فيها (وإن أقر بدين معاملة) وهو ما وجب برضا مستحقه (لم يقبل على السيد) ولو صدقه (إن لم يكن مأذونا له في التجارة) بل يتعلق بدمته يتبع به بعد عتقه لتقصير معاملته بخلاف الجنائية (ويقبل) إقراره بدين التجارة (إن كان) مأذونا له فيها لأنه قادر على الإنشاء، ولهذا لو حجر عليه لم يقبل وإن أضافه لزم الإذن لعجزه عن الإنشاء حينئذ، وإنما كان إقرار المفلس على الغرماء صحيحا لبقاء ما يبقى لهم في ذمته والعبد لو قبل

فات حق السيد بالكلية. أما ما لا يتعلق بالتجارة كالقرض فلا يقبل منه. لا يقال: ما اقترضه إن كان لنفسه كان فاسداً أو للتجارة بإذن سيده فينبغي أن يؤدي منه لأنه مال تجارة، فقد رد بأن السيد منكر والقرض ليس من لوازم التجارة الذي يضطر إليها التاجر فلم يقبل إقراره به على السيد، ولو أطلق الدين لم يقبل أيضاً: أي إلا إن استفسر وفسر بالتجارة كما قاله الإسنوي وغيره وإن خالف في ذلك القاياتي (ويؤدي) ما لزمه (من كسبه) بنحو شراء صحيح لا فاسد لعدم تناول الإذن له (وما في يده) لما مر في بابه وإقرار مبعض بالنسبة لبعضه القن كالقن لما مر ولبعضه الحر كالحر فيما مر، والأوجه خلافاً لبعض المتأخرين أن ما لزم ذمته في نصفه الرقيق يجب تأخير المطالبة به إلى العتق كما أفاده الوالد رحمه الله تعالى إذ لا يتعلق بما ملكه بنصفه الحر فاقتضى الحال تأخير المطالبة به.

(ويصح) (إقرار المريض مرض الموت لأجنبي) بمال عين أو دين فيخرج من رأس المال بالإجماع كما قاله الغزالي. نعم للوارث تحليف المقر له على الاستحقاق، فإن نكل حلف وبطل الإقرار كما أفتى بذلك الوالد رحمه الله تعالى خلافاً للقفال، ويؤيد ما قررناه قولهم تتوجه اليمين في كل دعوى لو أقر بمطلوبها لزمته، وما يأتي في الوارث وكون التهمة فيه أقوى غير مناف توجيه اليمين (وكذا) يصح إقراره (لوارث) حال الموت بمال وإقرار من لا وارث له سوى بيت المال، ولو أقر له بنحو هبة مع قبض في الصحة قبل، فإن لم يقل في الصحة أو قال في عين عرف أنها ملكه: هذه لوارثي نزل على حالة المرض كما يأتي (على المذهب) وإن كذبه بقية الورثة أو بعضهم لانتهائه إلى حالة يصدق فيها الكاذب ويتوب الفاجر فالظاهر أنه محق، وفي قول لا يصح لأنه متهم بحرمان بعض الورثة. والطريق الثاني القطع بالقبول، واختار جمع عدم قبوله إن اتهم لفساد الزمان بل قد تقطع القرائن بكذبه. قال الأذرعي: فلا ينبغي لمن يخشى الله أن يقضي أو يفتي بالصحة، ولا شك فيه إذا علم أن قصده الحرمان، وقد صرح جمع بالحرمة حينئذ وأنه لا يحل للمقر له أخذه. ويجري الخلاف في إقرار الزوجة بقبض صداقها من زوجها في مرض موتها، ولبقية الورثة تحليف المقر له إن أقر له بحق لازم يلزمه الإقرار به، فإن نكل حلفوا وقاسموه، ولا يسقط اليمين بإسقاطهم كما صرح به جمع، ويصح إقراره بنحو عقوبة أو نكاح جزماً وإن أفضى إلى مال، ولو كان للمريض دين على وارثه ضمن به أجنبي فأقر بقبضه من الوارث لم يبرأ، وفي الأجنبي وجهان ذكرهما في

الجواهر أو جههما براءة الأجنبي، وقد نظر بعضهم في عدم براءة الوارث والنظر ظاهر إذ هذا لا يزيد على الإقرار له بدين. (ولو) (أقر في صحته بدين) لشخص (وفي مرضه) بدين (لآخر) (لم يقدم الأول) بل يتساويان كما لو أقر بهما في الصحة أو المرض.

(ولو) (أقر في صحته أو مرضه) بدين لشخص (وأقر وارثه بعد موته) بدين (لآخر) (لم يقدم الأول في الأصح) لأن إقرار الوارث كإقرار المورث فكأنه أقر بالدينين، والثاني: يقدم الأول لأنه بالموت تعلق بالتركة فليس للوارث صرفها عنه، ولو أقر الوارث لمشاركه في الإرث وهما مستغرقان كزوجة وابن أقر لها بدين على أبيه وهي مصدقة له ضاربت بسبعة أثمان المدين مع أصحاب الديون لأن الإقرار صدر ممن عبارته نافذة في سبعة أثمان فعملت عبارته فيها كعمل عبارة الجائز في الكل، قاله البلقيني. ولو ادعى إنسان على الوارث أن مورثه أوصى له بثلث ماله مثلا وأخر بأن له عليه دينا مستغرقا وصدق الوارث مدعي الوصية ثم مدعي الدين المستغرق أو بالعكس أو صدقهما معا قدم الدين كما لو ثبتا بالبينه ولو أقر المريض لإنسان بدين ولو مستغرقا ثم أقر لآخر بعين قدم صاحبها كعكسه لأن الإقرار بالدين لا يتضمن حجرا في العين بدليل نفوذ تصرفه فيها بغير تبرع، ولو أقر بإعتاق أخيه في الصحة عتق وورث إن لم يحجبه غيره، أو بإعتاق عبد في الصحة وعليه دين مستغرق لتركته عتق لأن الإقرار إخبار لا تبرع.

(ولا يصح إقرار مكره) بما أكره عليه بغير حق لقوله تعالى {إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان} جعل الإكراه مسقطا لحكم الكفر فبالأولى ما سواه كان ضرب ليقر أما مكره على الصدق كأن ضرب ليصدق في قضية اتهم فيها فيصح حال الضرب وبعده ويلزمه ما أقر به لأنه غير مكره، إذ المكره من أكره على شيء واحد وهذا إنما ضرب ليصدق، ولم ينحصر الصدق في الإقرار لكن يكره إلزامه حتى يرجع ويقر ثانيا، واستشكل المصنف قبول إقراره حال الضرب بأنه قريب من المكره وإن لم يكن مكرها. وعلله بما مر ثم قال: وقبول إقراره بعد الضرب فيه نظر إن غلب على ظنه إعادة الضرب إن لم يقر وقال الأذرعى: الصواب فيما لو ضرب ليقر بالحق ويراد بذلك الإقرار بما ادعاه خصمه أنه إكراه سواء أقر في حال ضربه أم بعده وعلم أنه لو لم يقر بذلك لضرب ثانيا، وما ذكره ظاهر جلي، ولو ادعى أنه باع كذا مكرها لم تسمع دعوى الإكراه والشهادة به إلا مفصلة، وإذا فصلا وكان أقر في كتاب التباع بالطواعية لم تسمع دعواه حتى تقوم بينة بأنه أكره

على الإقرار بالطواعية، قاله ابن عبد السلام في فتاويه. وإذا فصل دعوى الإكراه صدق فيها إن ثبتت قرينة تدل عليه كحبس بدار ظالم لا على دين وكتقييد وتوكل به. قال القفال: ويسن أن لا تشهد حيث دلت قرينة على الإكراه، فإن شهدت كتب صورة الحال لينتفع المكره بذكر القرينة، وأخذ السبكي من كلام الجرجاني حرمة الشهادة على مقيد أو محبوس، وبه جزم العلائي.

ثم شرع في الركن الثاني فقال (ويشترط في المقر له) تعيينه بحيث يمكن مطالبته كما يشير إليه قوله لحمل هند كعلي مال لأحد هؤلاء العشرة، بخلاف لواحد من البلد علي ألف إلا إن كانوا محصورين فيما يظهر، ولو قال واحد منهم: أنا المعني بذلك ولي عليك ألف صدق المقر بيمينه ولو أقر بعين لمجهول كعندي مال لا أعرف مالكة لواحد من أهل البلد نزع منه: أي نزع منه ناظر بيت المال لأنه إقرار بمال ضائع وهو لبيت المال، والأوجه تقييد ذلك بما إذا لم يدع أو تقم قرينة على أنه لقطة و (أهلية استحقاق المقر به) حسا وشرعا إذ الإقرار بدونه كذب (فلو قال): له علي الألف الذي في هذا الكيس وليس فيه شيء أو (لهذه الدابة علي كذا) وأطلق (فلغو) أي الإقرار لانتفاء أهلية استحقاقها لعدم قابليتها للملك حالا ومآلا، ولا يتصور منها تعاطي السبب كبيع ونحوه بخلاف الرقيق كما سيأتي. نعم لو أضافه إلى سبب ممكن كإقرار بمال من نحو وصية صح كما قاله الماوردي، ومحل البطلان كما قاله الأذرعي في المملوكة، أما الإقرار لخيل مسبلة فالأشبه فيه الصحة كالإقرار لغيره، ويحمل على أنه من غلة وقف عليها أو وصية لها، وبه صرح الروياني واقتضى كلامه أنه لا خلاف فيه (فإن) (قال) علي لهذه الدابة (بسببها لمالكها) كذا (وجب) لإمكانه بسبب جناية عليها أو استيفاء منفعتها بإجارة أو غصب ويحمل مالكها في كلامه على مالكها حال الإقرار لأنه الظاهر، فإن أراد غيره قبل ولو لم يقل لمالكها لم يحكم بذلك لمالكها حالا بل يراجع ويعمل بتفسيره، وليس فيه إبهام المقر له إنما ربط إقراره بمعين هو هذه الدابة فصار المقر له معلوما تبعا فاكتفى به، بخلاف ما مر في رجل من أهل هذه البلد لأنها وإن عينت ليست سببا للاستحقاق فلم تصلح للاستتباع، ولو أقر بعين أو دين لحربي ثم استرق أو بعد الرق وأسنده لحالة الحرابة كما هو ظاهر لم يكن المقر به لسيدته: أي بل يوقف، فإن عتق فله وإن مات قنا فهو فيء (وإن) (قال) لحمل هند كذا) علي أو عندي (بإرث) من نحو أبيه (أو وصية) له مقبولة (لزمه) ذلك لإمكانه والخصم في ذلك ولي الحمل إذا وضع. نعم إن انفصل لأكثر من أربع سنين من حين الاستحقاق مطلقا أو لسته

أشهر فأكثر وهي فراش لم يستحق نظير ما يأتي في الوصية، ثم إن استحقه بوصية. فله الكل، أو يارث من الأب وهو ذكر فكذلك، أو أنثى فلها النصف، وإن ولدت ذكرا وأنثى فهو بينهما بالسوية إن أسنده إلى وصية وأثلاثا إن أسنده إلى إرث فإن اقتضت جهة ذلك التسوية كولدي أم سوي بينهما في الثلث، وإن أطلق الإرث سألناه عن الجهة وعملنا بمقتضاها، فإن تعذرت مراجعة المقر. قال في الروضة: فينبغي القطع بالتسوية. قال الإسنوي: وهو متجه (وإن أسنده إلى جهة لا تمكن في حقه) كقوله باعني شيئا (فلغو) أي الإقرار للقطع بكذبه بذلك كذا في الروضة وقطع به في المحرر، والذي في الشرحين فيه طريقان أحدهما للقطع بالصحة، والثاني على القولين في تعقيب الإقرار بما يرفعه. قال الأذرعى: وطريقة الترجيح جزم بها أكثر العراقيين، وطريقة القطع بالصحة ذكرها المراوزة، وما صححه النووي ممنوع، ولم أر من قطع بإلغاء الإقرار وما عزاه للمحرر بناه على فهمه من قول المحرر وإن أسنده إلى جهة لا تمكن فهو لغو من أنه أراد بالإقرار لغو وليس مرادا بل مراده فالإسناد لغو بقريئة كلام الشرحين اهـ. وذكر مثله صاحب الأنوار والزرکشي واستحسنه الشيخ، هذا والمعتمد الأول، ويوجه بأن قريئة حال المقر له ملغية للإقرار له، وتقريره إنما يحسن عند الإطلاق دون التقييد بجهة مستحيلة، بخلاف ألف من ثمن خمر فإنه لا قريئة في المقر له ملغية فعمل به وألغى المبطل، وهذا معنى ظاهر يصح الاستمساك به في الفرق، فتغليظ المصنف في فهمه ليس في محله، وقول بعضهم ويمكن الجمع بينهما بحمل بطلان الإقرار على تقديم المنافي كله على ثمن ما باعه إلى ألف كتنظيره في باعني خمرا بألف وحمل بطلان الإسناد فقط على تأخيره كله على ألف أقرضنيه كتنظيره في له علي ألف من ثمن خمر غير صحيح لما فيه من تسليم كون اللاغى الإسناد لا الإقرار، ومن المستحيل شرعا أن يقر لقرن عقب عتقه بدين أو عين، والأوجه تقييده بمن لم تعلم حرابته وملكه قبل لما مر فيه بخلاف من احتمل فيه ذلك، وأن يثبت له دين بنحو صداق أو خلع أو جناية فيقر به لغيره عقب ثبوته لعدم احتمال جريان ناقل حينئذ، ومن ذلك أيضا أن يقر عقب إرثه لآخر بما يخصه.

(وإن) (أطلق) الإقرار بأن لم يسنده إلى شيء (صح في الأظهر) ويحمل على الممكن في حقه وإن نذر كوصية أو إرث صونا لكلام المكلف عن الإلغاء ما أمكن، والثاني لا يصح لأن الغالب أن المال لا يجب إلا بمعاملة أو جناية وهما منتفیان في حقه فحمل الإطلاق على الوعد وعلى الأول لو انفصل الحمل ميتا فلا

شيء له للشك في حياته، فيسأل القاضي المقر حسبة عن جهة إقراره من إرث أو وصية ليصل الحق لمستحقه، وإن مات قبل البيان بطل كما صرح به البغوي، وغيره ولو ألفت حيا وميتا جعل المال للحي إذ الميت كالمعدوم، ولو قال: لهذا الميت علي كذا ففي البحر عن والده أن ظاهر لفظ المختصر يقتضي صحة الإقرار وأنه يمكن القطع بالبطلان لأن المقر له لا يتصور ثبوت الملك له حين الإقرار اهـ. والأوجه الأول. والإقرار لرباط أو قنطرة أو مسجد كالإقرار للحمل، أما إذا أسنده لممكن بعد الإقرار فيصح جزما كما لو أقر لطفل وأطلق.

ويشترط لصحة الإقرار عدم تكذيب المقر له كما يؤخذ من قوله (وإذا) (كذب المقر له المقر) بمال (ترك المال) المقر به (في يده) في صورة العين ولم يطالب بالدين في صورته (في الأصح) لأن يده مشعرة بالملك ظاهرا، والإقرار بالطارئ عارضه التكذيب فسقط، ومن ثم كان المعتمد أن يده تبقى عليه يد ملك لا مجرد استحفاظ، وما بحثه الزركشي من حرمة وطئه لإقراره بتحريمه عليه بل قال: ينبغي تحريم جميع التصرفات حتى يرجع يرد بأن التعارض المذكور أوجب له العمل بدوام الملك ظاهرا فقط، وأما باطنا فالمدار فيه على صدقه وعدمه ولو ظنا، وحينئذ فلا يصح ما ذكره بإطلاقه، والثاني ينزعه الحاكم ويحفظه إلى ظهور مالكة (فإن رجع المقر في حال تكذيبه) مصدر مضاف للمفعول (وقال غلطت) في الإقرار أو تعدت الكذب (قبل قوله في الأصح) لما مر من أن يده عليه يد ملك. والثاني لا بناء على أن الحاكم ينزعه منه إلى ظهور مالكة، أما رجوع المقر له وإقامة بينة به فلا يقبل منه حتى يصدقه ثانيا لأن نفيه عن نفسه بطريق المطالبة ونفي المقر بطريق الالتزام فكان أضعف، ولو أقرت له امرأة بالنكاح وأنكر سقط حقه، قال المتولي: حتى لو رجع بعد وادعى نكاحها لم تسمع ما لم يدع نكاحا مجددا. وإنما احتيج لهذا الاستثناء لأنه يعتبر في صحة إقرار المرأة بالنكاح تصديق الزوج لها فاحتيط له بخلاف غيره، ولو أقر لآخر بقصاص أو حد قذف وكذبه سقط وكذا حد سرقة وفي المال ما مر من كونه يترك في يده، ولو أقر له بعبد فأنكره لم يحكم بعنته لأنه محكوم برقه فلا يرفع إلا بيقين، بخلاف اللقيط فإنه محكوم بحريته بالدار، فإذا أقر ونفاه المقر له بقي على أصل الحرية، ولو أقر له بأحد عبيد وعينه فرده وعين الآخر لم يقبل فيما عينه إلا ببينة وصار مكذبا للمقر فيما عينه له.

ثم شرع في الركن الثالث مترجما له بفصل فقال:

(فصل) في الصيغة

وشرطها لفظ أو كتابة ولو من ناطق أو إشارة أحرص تشعر بالالتزام بحق فحينئذ (قوله: لزيد) علي ألف فيما أحسب أو أظن لغو، أو فيما أعلم أو أشهد صحيح، وقوله ليس لك علي ألفان ولكن لك ألف درهم لم يجب ما بعد لكن لمناقضة ما قبلها لها أخذا مما يأتي في الاستثناء من نفي خاص وقوله لزيد (كذا صيغة إقرار) إذ اللام للملك، ثم إن كان ذلك معينا كلزيد هذا الثوب فإن كان بيده حال الإقرار أو انتقل إليه لزمه تسليمه لزيد أو غيره كله ثوب أو ألف اشترط أن ينضم إليه شيء مما يأتي كعندي أو علي لأنه مجرد خبر لا يقتضي لزوم شيء للمخبر، ولهذا التفصيل ذكر كونه صيغة ولم يذكر اللزوم. نعم إن وصل به ما يخرج عن الإقرار كله علي كذا بعد موتي أو إن فعل كذا لم يلزمه شيء كما بحثه الأذرعي، والثانية مأخوذة مما يأتي في نحو إن شاء الله تعالى أنه ليس من تعقيب الإقرار بما يرفعه، وقول الشارح: علي أو عندي بعد كلام المصنف أشار به إلى نفي توهم أن مقول القول كذا فقط (وقوله علي وفي) هي بمعنى أو كالتي بعدها (ذمتي كل) على انفرادها (للدين) الملتزم في الذمة إذ هو المتبادر منه عرفا، فإن ادعى إرادته العين قبل في علي فقط لإمكانه: أي على حفظها (ومعي) ولدي (وعندي) كل على انفرادها (للعين) لذلك فيحمل كل منهما عند الإطلاق على عين له بيده، فلو ادعى أنها وديعة وأنها تلفت أو أنه ردها صدق بيمينه، وقبله بكسر أوله صالح لهما كما رجاه وهو المعتمد، فإن أتى بلفظ يدل عليهما كقوله: علي ومعي عشرة فالقياس أنه يرجع إليه في تفسير بعض ذلك بالعين وبعضه بالدين. (ولو) (قال: لي عليك ألف) أو اقض الألف الذي لي عليك فقال لا يلزمني اليوم تسليم ذلك لم يكن إقرارا لانتهاء ثبوته بالمفهوم: أي لضعف دلالاته فيما المطلوب فيه اليقين أو الظن الغالب وهو الإقرار، وبذلك يندفع قول التاج السبكي مضعفا له، وهذا يقوله من يقصر المفاهيم على أقوال الشارع، ووجه اندفاعه أنه يأتي حتى على الأصح المقرر في الأصول أن المفهوم يعمل به في غير أقوال الشارع لما قررناه من خروج الإقرار عن ذلك بمزيد احتياط، ومن ثم أطلق الشافعي رضي الله عنه أنه إنما يأخذ فيه باليقين ولا يستعمل الغلبة، لكن مراده ما تقرر من إلحاق الظن القوي باليقين كما صرحوا به في أكثر مسائله، ويؤيد ما ذكر قولهم لو قال: لي عليك ألف فقال: ليس لك أكثر من ألف لم يلزمه شيء لأن نفي الزائد عليه لا يوجب إثباته ولا إثبات ما دونه، ولو قال: لزيد علي

أكثر مما لك بفتح اللام لم يكن إقراراً، بخلاف ما لو كسرهما فإنه إقرار لزيد. لا يقال يؤيد ما قاله التاج قول الروضة لو قال: أقرضتك كذا فقال: ما اقترضت غيره كان إقراراً به، ففيه ثبوت الإقرار بالمفهوم لأننا نمنع التأييد، إذ هذا في قوة ما اقترضت إلا هو، ومفهوم هذه الصيغة وهي ثبوت اقتراضه أعلى المفاهيم، بل ذهب جمع إلى صراحته فلا يقاس به مفهوم الظرف المختلف في حجيته، ولا يرد على هذا قوله: إن المفهوم من هذه الألفاظ عرفاً الإقرار، وهذا صريح في العمل فيه بالمفهوم لأن محله في الألفاظ اطرد العرف في استعمالها مراداً منها ذلك، وهذا لانزاع في العمل به، وكلامنا في مفهوم لفظ لم يطرد العرف في قصده منه، ولو قال له أحد تينك الصيغتين (فقال) مع خمسين أو (زن أو خذ أو زنه أو خذه أو اختم عليه أو اجعله في كيسك) أو هو صحاح أو مكسرة (فليس بإقرار) لأنه ليس بالتزام وإنما يذكر في معرض الاستهزاء (ولو قال) في جواب: لي عليك مائة أو أليس لي عليك مائة (بلى أو نعم أو صدقت) أو أجل أو جبر أو إي (أو أبرأني منه أو قضيته) أو اقضي غداً وإن لم يأت بضمير وقياسه إن قضيت بدون ضمير كذلك (أو أنا مقر به) أو لا أنكر ما تدعي به (فهو إقرار) لأن الستة الأول موضوعة للتصديق. نعم لو اقترن بواحد مما ذكر كصدقت، ونحوه قرينة استهزاء كإيراد كلامه بنحو هز رأس وضحك مما يدل على التعجب والإنكار لم يكن به مقراً، ولأن دعوى الإبراء أو القضاء اعتراف بالأصل، ولو حذف منه لم يكن إقراراً لاحتماله الإبراء من الدعوى وهو لغو، وكذا أقر أنه أبرأني أو استوفى مني كما أفتى به القفال، وهي حيلة لدعوى البراءة مع السلامة من الالتزام، ويلحق به أبرأني من هذه المدعوى، ولأن الضمير في به عائد للألف المدعى بها فلا حاجة لقوله لك كما أجاب به السبكي عن قول الرافعي يحتمل أنه مقر لغيره عند حذف لك، ولو سأل الحاكم المدعى عليه عن جواب الدعوى فقال: عندي كان إقراراً، قاله السبكي، ولو قال: إن شهدا علي بكذا صدقتهما أو قالا ذلك فهو عندي أو صدقتهما لم يكن إقراراً لانتفاء الجزم ولأن الواقع لا يعلق، بخلاف فهما صادقان لأنهما لا يكونان صادقين إلا إن كان عليه المدعى به الآن فيلزمه وإن لم يشهدا، فلو قال: فهما عدلان فيما شهدا به فالأوجه أنه كقوله فهما صادقان لأنه بمعناه، ولو قال لمن شهد عليه هو عدل أو صادق فليس بإقرار حتى يقول فيما شهد به ولو ادعى عليه بعين فقال: صالحني عما كان علي فهو إقرار بمبهم له المطالبة ببيانه، ويفارق كان لك عندي أو علي ألف بأنه لما لم يقع جواباً عن شيء كان

باللغو أشبه، ولو ادعى عليه ألفا فأنكر فقال: اشتر هذا مني بالألف الذي ادعيته كان إقرارا به كبعني بخلاف صالحني عنه به إذ ليس من ضرورة الصلح كونه بيعا حتى يكون ثم ثمن بخلاف الشراء، ولو قال في جواب دعواه لا تدم المطالبة وما أكثر ما تتقاضى لم يكن إقرارا لانتفاء صراحته، قاله ابن العماد، ولو قال في جواب دعوى عين بيده اشتريتها أو ملكتها منك أو من وكيلك كان إقرارا لتضمنه ذلك الملك للمخاطب عرفا ولم ينظروا إلى احتمال كون المخاطب وكيفا في البيع ولا إلى احتمال كون الوكيل باع ملك غير المخاطب لبعده عن المقام، بخلاف قوله ملكتها على يدك لا يكون إقرارا لأن معناه كنت وكيفا في تملكها، ولو طالبه بوفاء شيء فقال بسم الله لم يكن إقرارا كما أفتي به الوالد رحمه الله تعالى. (ولو) (قال: أنا مقر) ولم يقل به (أو أنا أقر به) (فليس بإقرار) لصدق الأول بإقراره ببطلانه أو بوجدانيته تعالى ولا احتمال الثاني للوعد بالإقرار في ثاني الحال، ولا يرد على ذلك قولهم في لا أنكر ما تدعيه أنه إقرار مع احتمال الوعد لأن العموم إلى النفي أسرع منه إلى الإثبات بدليل النكرة فإنها تعم في حيز النفي دون الإثبات، وما شكك به الرافعي من فرض كون الفرق ميبنا لكنه غير ناف للاحتمال وقاعدة الباب مبنية على اليقين، أجيب عنه بأن المفهوم عرفا من لا أنكر ما تدعيه أنه إقرار بخلاف أنا أقر به.

(ولو قال: أليس) أو هل كما في المطلب (لي عليك كذا فقال بلى أو نعم بإقرار) لأنه المفهوم من ذلك (وفي نعم وجه) لأنها في اللغة تصديق للنفي المستفهم عنه بخلاف بلى فإنها رد له ونفي النفي إثبات، ولهذا جاء عن ابن عباس رضي الله عنهما في آية {ألست بربكم} لو قالوا نعم كفروا، ورد هذا الوجه بأن الأقارير ونحوها مبنية على العرف المتبادر من اللفظ لا على دقائق العربية وعلم منه عدم الفرق بين النحوي، وغيره خلافا للغزالي ومن تبعه، ويفرق بينه وبين نظيره في الطلاق من الفرق بينهما في أنت طالق أن دخلت الدار بفتح الهمزة بأن المتبادر هنا عند النحوي عدم الفرق لخفائه على كثير من النحاة بخلافه ثم، ولا ينافي ما تقرر قول ابن عبد السلام لو لقن فارسي كلمات عربية لا يعرف معناها لم يؤاخذ بها لأنه لما لم يعرف مدلولها يستحيل عليه قصدتها لأن هذا اللفظ يفهمه العامي أيضا وكلام ابن عبد السلام في لفظ لا يعرفه العامي أيضا، والأوجه أن العامي غير المخالط لنا يقبل دعواه الجهل بمدلول أكثر ألفاظ الفقهاء، بخلاف المخالط لنا لا يقبل في الخفي الذي لا يخفى على مثله معناه.

(ولو) (قال: اقض الألف الذي لي عليك) أو أخبرت أن لي عليك ألفا (فقال نعم) أو جبر أو بلى أو إي (أو أقضي غدا) ذلك أو نحوه مما يخرج عن احتمال الوعد كما بحثه الإسنوي (أو أمهلني) في ذلك (يوما أو حتى أقعد أو أفتح الكيس أو أجد) أي المفتاح (فإقرار في الأصح) لأنه المفهوم من هذه الألفاظ عرفا. والثاني لا لأنها ليست صريحة في الالتزام، ولو قال: اكتبوا لزيد علي ألف درهم فليس بإقرار كما قاله الزبيلي لأنه إنما مر بالكتابة فقط، ولو قال: اشهدوا علي بكذا كان إقرارا كما أفتى به الغزالي واعتمده الوالد رحمه الله تعالى في فتاويه آخرى ولا يعارض ما أفتى به من أنه لو قال اشهدوا علي أني وقفت جميع أملاكي وذكر مصرفها ولم يحدد شيئا منها صارت جميع أملاكه التي يصح وقفها وقفا ولا يضر جهل الشهود بحدودها ولا سكوته عنها، ومهما شهدوا بهذا اللفظ ثبت الوقف ما في فتاوى البغوي لو قال: المواضع التي أثبت أساميها وحدودها في هذا ملك لفلان وكان الشاهد لا يعرف حدودها ثبت الإقرار، ولم تجز الشهادة عليها: أي بحدودها وتجاوز على تلفظه بالإقرار، وأفتى السبكي بأن قوله ما نزل في دفترتي صحيح يعمل به فيما علم أنه به حالة الإقرار ويوقف ما حدث بعده أو شك فيه قال غيره وفي وقف ما علم حدوثه نظرا هـ. وهو ظاهر ولو قال: لي عليك عشرة دنانير فقال: صدق له علي عشرة قراريط لزمه كل منهما غير أن القراريط مجهولة.

ثم شرع في الركن الرابع وهو المقر به مترجما عنه بفصل

فقال:

(فصل)

(يشترط في المقر به) أن يكون مما تجوز به المطالبة و (أن لا يكون ملكا للمقر) حين يقر لأن الإقرار ليس إزالة عن الملك، وإنما هو إخبار عن كونه ملكا للمقر له فلا بد من تقديم المخبر عنه على الخبر (فلو) (قال: داري أو ثوبي) أو داري التي اشتريتها لنفسني لزيد (أو ديني الذي علي زيد لعمره) ولم يرد الإقرار (فهو لغو) لأن الإضافة إليه تقتضي الملك له فينافي إقراره لغيره إذ هو إخبار بسابق عليه كما مر فحمل على الوعد بالهبة ومن ثم صح مسكني أو ملبوسي له لأنه قد يسكن ويلبس غير ملكه، فلو أراد بالإضافة في داري لزيد إضافة مسكني صح كما قاله البغوي في فتاويه، وبحث الأذرعى استفساره عند الإطلاق والعمل بقوله، ولو قال: الدين الذي كتبتة أو باسمي علي زيد لعمره صح، إذ لا منافاة أيضا، أو الدين الذي لي علي زيد لعمره لم يصح إلا إن قال: واسمي في

الكتاب عارية، وكذا إن أراد الإقرار فيما يظهر أخذاً مما مر، فلو كان بالدين المقر به رهن أو كفيل انتقل إلى المقر له بذلك كما في فتاوى المصنف، لكن الأوجه ما فصله التاج الفزاري وهو أنه إن أقر بأن الدين صار لزيد فلا ينتقل بالرهن لأن صيرورته إليه إنما تكون بالحوالة وهي تبطل الرهن، وإن أقر بأن الدين كان له بقي الرهن بحاله، ومر أن دين الرهن ونحو المتعة والخلع وأرش الجنابة والحكومة لا يصح الإقرار بها عقب ثبوتها، وعليه يحمل قول البغوي محل صحة الإقرار فيما مر إذا لم يعلم أنه للمقر إذ لا يزول الملك بالكذب (ولو) (قال: هذا لفلان وكان ملكي إلى أن أقررت) به (فأول كلامه إقرار وآخره لغو) فليطرح آخره فقط ويعمل بأوله لاشتماله على جملتين مستقلتين، ومن هذا علم صحة هذا ملكي هذا لفلان كما صرح به الإمام واقتضاه كلام الرافعي، أو هذا لي وكان ملك زيد إلى أن أقررت لأنه إقرار بعد إنكار أو عكسه، وإنما لم يقبل قول شاهد تناقض كأن حكى ما ذكر وإن أمكن الجمع فيه لأنه يحتاط في الشهادة ما لا يحتاط للإقرار (وليكن المقر به) من الأعيان (في يد المقر) حساً أو حكماً (ليسلم بالإقرار إلى المقر له) لأنه عند انتفاء يده عنه إما مدع أو شاهد بغير لفظيهما فلم يقبل واشتراط كونه بيده بالنسبة لأعمال الإقرار وهو التسليم لا لصحته فلا يقال إنه لاغ بالكلية بل متى حصل بيده لزمه تسليمه إليه كما سيأتي. ويستثنى ما لو باع بشرط الخيار له أو لهما ثم ادعاه رجل فأقر البائع في مدة الخيار له به فإنه يصح وينفسخ البيع لأن له الفسخ، وما لو باع الحاكم مال غائب بسبب اقتضاه ثم قدم وادعى أنه كان قد تصرف فيه قبل بيع الحاكم فإنه يقبل منه كما نقله الرافعي قبيل كتاب الصداق عن النص، وما أفتى به صاحب البيان من قبول إقرار من وهب لولده عينا ثم أقبضه إياها ثم أقر بها لغيره مفرع كما قاله الأذرعى على أن تصرف الواهب رجوع والأصح خلافه، ومحل ما ذكره المصنف إذا كان في يده لنفسه، فلو كان نائباً عن غيره كناظر وقف وولي محجور لم يصح إقراره وخرج بما ذكرناه في تقرير كلامه الدين فلا يأتي فيه ما ذكر (فلو) (أقر ولم يكن في يده ثم صار) في يده (عمل بمقتضى الإقرار) بأن يسلم للمقر له في الحال.

(فلو) (أقر بحرية عبد) معين (في يد غيره) أو شهد بها ثم (اشتراه) لنفسه أو ملكه بوجه آخر وخص الشراء لأنه الذي يترتب عليه جميع الأحكام الآتية (حكم بحريته) بعد انقضاء مدة خيار البائع، وترفع يد المشتري عنه لوجود الشرط، ومحل ذلك إذا اشتراه لنفسه، فلو اشتراه لموكله لم يحكم بحريته لأن الملك يقع

ابتداء للموكل، وكما لو اشترى أباه بالوكالة وتسميته الحر في زعم المقر عبدا باعتبار ظاهر الاسترقاق أو باعتبار ما كان أو باعتبار مدلوله العام (ثم إن كان قال) في إقراره (هو حر الأصل فشرأؤه افتداء) من جهة المشتري كما في المحرر فلا يثبت له أحكام الشراء لأن اعترافه بحريته مانع من ذلك. وأما البائع ففيه الخلاف الآتي كما صرح به في المطلب فيثبت له الخياران ولا يرد على المصنف لأنه قد لا يرتضيه، وإذا مات المدعي حرته بعد الشراء فميراثه لو ارثه الخاص فإن لم يكن فليت المال. وليس للمشتري أخذ شيء منه لأنه بزعمه ليس للبائع كما مر واعتراف المشتري بأنه كان مملوكا ولكن أعتقه مالكة قبل شراء البائع له كاعترافه بحرية أصله لكنه هنا يورث بالولاء بشرطه ويأخذ المشتري من تركته أقل الثمين (وإن قال: أعتقه) البائع وهو يسترقه ظلما (فافتداء) أي فشرأؤه حينئذ افتداء (من جهته) أي المشتري لذلك (وبيع من جهة البائع على المذهب) فيهما عند السبكي أو في البائع فقط عند الإسنوي بناء على اعتقاده. قال ابن النقيب: إن الأول أقرب إلى ظاهر العبارة، والثاني أقرب إلى ما في نفس الأمر (فيثبت فيه الخياران) أي المجلس والشرط، ومثل ذلك خيار عيب الثمن (للبيع فقط) لا للمشتري لما مر أنه افتداء من جهته، ومن ثم امتنع رده بعيب ولم يستحق أرشا، بخلاف البائع إذ لو رد الثمن المعين بعيب جاز له استرداد العبد بخلاف رده بعد عتق المشتري في غير ذلك لاتفاقهما على عتقه ثم ويوقف ولاؤه لانتفاء اعتراف البائع بعتقه والمشتري لم يعتقه، فإن مات بلا وارث بغير الولاء وله تركه ورثه البائع ورد الثمن للمشتري إن صدق البائع المشتري بعتقه، فإن لم يصدق فبالمشتري أخذ قدر الثمن من تركته ويوقف الباقي إن كان لأنه إما كاذب في حرته فجميع الكسب له أو صادق فالكل للبائع إرثا بالولاء وقد ظلمه بأخذ الثمن منه وتعذر استرداده وقد ظفر بماله. أما إذا كان له وارث بغير الولاء، فإن لم يكن مستغرقا فله من ميراثه ما يخصه وفي الباقي ما مر وإلا فجميع ميراثه له، وليس للمشتري أخذ شيء لأنه بزعمه ليس للبائع إلا إذا كان البائع يرث بغير الولاء كان أخا للعبد فلا يرث له، بل يكون الحكم كما لو لم يكن وارث بغير الولاء كما اقتضاه التعليل، وصرح به البلقيني وغيره، ولو أقر بأن ما في يد زيد مغصوب صح شرأؤه منه لأنه قد يقصد استنقاذه، ولا يثبت الخيار للمشتري كما قاله الإمام لأنه إنما يثبت لمن يطلب الشراء ملكا لنفسه أو مستنبيه، ولو أقر بحرية أمة لغيره فاستأجرها لزمته الأجرة أو نكحها لزمها المهر، وليس له في الأولى استخدامها ولا في الثانية وطؤها إلا إن

كان نكحها بإذنها وسيدها عنده ولي بالولاء كأن قال: أنت أعتقتها أو بغير الولاء كأن كان أخاها، وسواء أحلت له الأمة أم لا لاعترافه بحريتها، قاله الماوردي. لكن قال السبكي وغيره: ينبغي عدم الصحة إلا أن يكون ممن حلت له الأمة لاسترقاق أولادها كأهمهم، وهو الأوجه. ويؤيده ما أفتى به الوالد رحمه الله فيمن أوصى بأولاد أمته لآخر ثم مات وأعتقها الوارث فلا بد في تزويجها من شروط نكاح الأمة.

ثم شرع في بيان الإقرار بالمجهول فقال (ويصح) (الإقرار بالمجهول) إجماعاً ابتداءً كان أو جواباً لدعوى لأنه إخبار عن حق سابق فيقع مجملاً ومفصلاً، وأراد به ما يعم المبهم كأحد العبدین كما ألحقه به السبكي (فإذا) (قال) ما يدعيه زيد في تركتي فهو في حق عينه الوارث أو (له علي شيء قبل تفسيره بكل ما يتمول وإن قل) كفلس لصدق اسم الشيء عليه، فلو امتنع من التفسير أو نوزع فيه فسيأتي قريباً. وضابط المتمول كما قاله الإمام ما يسد مسداً أو يقع موقعا يحصل به جلب نفع أو دفع ضرر، وتنظير الأذرعى مردود بأن المراد بالأول ما له في العرف قيمة ولو قلت جدا كفلس. والحاصل أن كل متمول مال ولا ينعكس كحبة بر وقولهم في البيع لا يعد مالا. أي متمولا (ولو فسره بما لا يتمول) أي لا يتخذ مالا (لكنه من جنسه كحبة حنطة أو بما يحل اقتناؤه ككلب معلم) لحراسة أو صيد وقشرة نحو لوز وميتة لمضطر كما قاله الإمام خلافا للقاضي (وسرجين) وهو الزبل، وكذا بكل نجس يقتنى كجلد ميتة يطهر بالدباغ وخمر محترمة (قبل) كما لو فسره بحق شفعة وحد قذف الوديعة (في الأصح) لصدق ما ذكر علي هذه الأمور ويحرم أخذه ويجب رده، والثاني لا يقبل فيهما لأن الأول لا قيمة له فلا يصح التزامه بكلمة علي والثاني ليس بمال، وظاهر الإقرار المال وخرج بعلي في ذمته فلا يقبل فيه بنحو حبة حنطة وكلب قطعاً لأنه لا يثبت فيها، ولو قال لزيد هذه الدار وما فيها صح واستحق جميع ما فيها وقت الإقرار، فإن اختلفا في شيء أهو بها وقته صدق المقر وعلى المقر له البينة أخذاً من قول الروضة لو أقر له بجميع ما في يده أو ما ينسب إليه صح وصدق إذا تنازعا في شيء أكان بيده حينئذ، وقضيته أنه لو اختلف وارث المقر والمقر له صدق وارث المقر لأنه خليفة مورثه فيحلف على نفي العلم بوجود ذلك فيها حالة الإقرار ونحو ذلك، ولا يقنع منه بحلفه أنه لا يستحق فيها شيئاً، وبه أفتى ابن الصلاح، وهو أوجه من قول القاضي يصدق المقر له، قال ابن الصلاح: ولو كان للمقر

زوجة ساكنة معه في الدار قبل قولها في نصف الأعيان بيمينها لأن اليد لها معه على جميع ما فيها صلح لأحدهما فقط أو لكليهما. (ولا يقبل بما لا يقتنى كخنزير وكلب لا نفع فيه) بوجه حالاً ولا مآلاً، وخنزير غير محترمة؛ لأن "علي" تقتضي ثبوت حق وهذا ليس حقاً ولا اختصاصاً ولا يجب ردها، وبحث الإسنوي أخذاً من التعليل قبول تفسيره بخنزير وخنزير إذا أقر لذمي لأنه يقر عليهما إذا لم يظهرهما ويجب ردهما له، وهو الأوجه وإن نوزع فيه بإطلاقهم، ولو قال: له عندي شيء أو غصبت منه شيئاً صح تفسيره بما لا يقتنى إذ ليس في لفظه ما يشعر بالتزام حق إذ الغصب لا يقتضي التزاماً وثبوت مال وإنما يقتضي الأخذ قهراً بخلاف قوله علي، ولا يشكل ما تقرر في الغصب بأنه استيلاء على مال أو حق للغير فكيف قبل تفسيره بما ليس بمال ولا حق لشموله ذلك لغة وعرفاً فصح التفسير به.

(ولا يقبل أيضاً) (بعبادة) لمريض (ورد سلام) لبعده فهمهما في معرض الإقرار إذ لا مطالبة بهما، ويقبل بهما في له علي حق لشيوع الحق في استعماله في ذلك ككل ما لا يطالب به شرعاً وعرفاً، فقد عد في الخبر من حق المسلم على المسلم والشيء الأعم من الحق هو الشيء المطلق لا الشيء المقرب به، قاله السبكي راداً به استشكل الرافعي الفرق بين الحق والشيء مع كون الشيء أعم، فكيف يقبل في تفسير الأخص ما لا يقبل في تفسير الأعم، وما اعترض به الفرق من أن الشافعي لا يستعمل ظواهر الألفاظ وحقائقها في الإقرار بل قال: أصل ما أنبى عليه الإقرار أن لا ألزم إلا اليقين وأطرح الشك ولا استعمل الغلبة، وهذا صريح في أنه لا يقدم الحقيقة على المجاز ولا الظاهر على المؤول في هذا الباب اهـ. رد بمنع كونه صريحاً في ذلك بل ولا ظاهراً فيه، كيف وعموم هذا النفي الناشئ عن فهم أن المراد باليقين هنا ما انتفت عنه الاحتمالات العشرة المقررة في الأصول يقتضي أن لا يوجد إقرار يعمل به إلا نادراً ولا يتوهم هذا أحد، ومن عرف فروع الباب ظهر له أن مراده باليقين الظن القوي، وبقوله ولا استعمل الغلبة: أي حيث عارضها ما هو أقوى منها، وحينئذ اتجه فرق السبكي، ولو قال: غصبتك أو غصبتك ما تعلم لم يصح إذ قد يريد نفسه فإن قال أردت غير نفسك قبل لأنه غلظ على نفسه، وإن قال: غصبتك شيئاً ثم قال أردت نفسك لم تقبل إرادته ويؤخذ بإقراره، وقضيته أن الحكم كذلك لو قال: غصبتك شيئاً تعلمه وهو ظاهر ويفرق بينه وبين ما مر في غصبتك ما تعلم بأن شيئاً اسم تام ظاهر في المغايرة بخلاف ما (ولو) (أقر بمال) مطلق (أو مال

عظيم أو كبير) بموحدة (أو كثير) بمثابة أو جليل أو خطير أو وافر أو نفيس أو أكثر من مال فلان أو مما بيده أو مما شهد به الشهود عليه أو حكم به الحاكم على فلان أو نحو ذلك (قبل تفسيره بما قل منه) أي المال ولو لم يتمول كحبة بر وقمع باذنجانة: أي صالح للأكل وإلا فهو غير مال ولا من جنسه لأن الأصل براءة الذمة فيما فوقه، ووصفه بنحو العظيم يحتمل أنه بالنسبة لتيقن حله أو الشحيح أو لكفر مستحله وعقاب غاصبه وثواب باذله لنحو مضطر، ولو قال له علي مثل ما في يد زيد أو مثل ما علي لزيد كان مبهما جنسا ونوعا ولا قدرا فلا يقبل بأقل من ذلك عددا لأن المثلية لا تحتمل ما مر لتبادر الاستواء عددا منها (وكذا) يقبل تفسيره (بالمستولدة في الأصح) لأنها تؤجر وينتفع بها وتجب قيمتها إذا أتلها أجنبي ولأنها تسمى مالا وبه فارقت الموقوف لأنه لا يسماه. والثاني لا لخروجها عن اسم المال المطلق إذ لا يصح بيعها وسواء على الأول أقال: له علي مال أم له عندي مال (لا بكلب وجلد ميتة) وسائر النجاسات لانتفاء اسم المال عنها (وقوله له) عند أو علي (كذا كقوله) له (شيء) بجامع الإبهام فيهما فيقبل تفسيره فيه بما يقبل ثم مما مر، وكذا مركبة في الأصل من اسم الإشارة وكاف التشبيه، ثم نقل عن ذلك وصار يكنى به عن المبهم وغيره من العدد، ويجوز استعمالها في النوعين مفردة ومركبة ومعطوفة (وقوله شيء شيء أو كذا كذا) وإن زاد على مرتين من غير عطف (كما لو لم يكرر) حيث لم يرد الاستئناف لظهوره في التأكيد (وقوله شيء شيء أو كذا وكذا) والأوجه أن مثل الواو هنا ما يأتي (وجب شيئان) متفقان أو مختلفان بحيث يقبل كل منهما في تفسير شيء لاقتضاء العطف المغايرة وما صححه السبكي في كذا درهما بل كذا إنه إقرار بشيء واحد، ويلزمه مثل ذلك في كذا درهما وكذا بعيد من كلامهم لأن تفسير أحد المبهمين غير مقتض لاتحادهما ولو مع بل الانتقالية أو الإضرابية، وإنما المقتضي للاتحاد نفس بل لما يأتي فيها فقوله درهما يوهم أنه سبب الاتحاد وليس كذلك.

(ولو) (قال): له عندي أو علي (كذا درهما) بنصبه تمييزا لإبهام كذا (أو رفع الدرهم) على أنه بدل أو عطف بيان كما قاله الإسنوي أو خبر مبتدأ محذوف كما قاله غيره ; ودعوى السبكي كونه لحناً بعيدة وإن سبقه لذلك ابن مالك فقال تجوز الفقهاء للرفع خطأ لأنه لم يسمع من كلامهم، ولعله بنى ذلك على عدم النقل السابق في كذا (أو جره) وهو لحن عند البصريين أو سكنه وقفا (لزمه درهم) ولا نظر للحن لعدم تأثيره هنا ودعوى لزوم عشرين لنحوي

لأنها أقل عدد يميز بمفرد مجرور ولم يقل به أحد، وقول جمع بوجوب بعض درهم في الجر إذ التقدير كذا من درهم مردود، وإن نسب للأكثرين بأن كذا إنما تقع على الأحاد دون كسورها (والمذهب به لو قال كذا وكذا) أو ثم كذا أو فكذا أو أراد العطف بالفاء لما يأتي فيها مع الفرق بينها وبين بل (درهما بالنصب وجب درهمان) لإقراره بشيئين مبهمين وتعقيبهما بالدرهم منصوبا فالظاهر أنه تفسير لكل منهما، واحتمال التأكيد يمنعه العطف، ولأن التمييز وصف في المعنى وهو يعود لكل ما تقدمه كما سيأتي في الوقف ولو زاد في التكرير كما في نظيره الآتي، وفي قول يلزمه درهم لجواز إرادته تفسيراً للفظين معا بالدرهم وفي قول: درهم وشيء أما الدرهم فلتفسيره الثاني وأما الشيء فللأول الباقي على إبهامه والطريق الثاني القطع بالأول (و) المذهب (أنه لو رفع أو جر) الدرهم أو سكنه (فدرهم) أما الرفع فلأنه خبر عن المبهمين: أي هما درهم ويجوز كونه بدلا منهما أو بيانا لهما نظير ما مر وهو الأولى، وأما الجر فلأنه وإن امتنع ولم يظهر له معنى عند جمهور النحاة لكنه يفهم منه عرفا أنه تفسير لجملة ما سبق فحمل على الضم، وأما السكون فواضح، والطريق الثاني قولان ثانيهما درهمان لأنه يسبق إلى الفهم أنه تفسير لهما وأنه خطأ في إعراب التفسير (ولو حذف الواو فدرهم في الأحوال كلها) رفعا ونصبا وجرا لاحتمال التأكيد حينئذ ويتحصل مما تقرر اثنتا عشرة مسألة ; لأن كذا إما أن يؤتى بها مفردة أو مركبة أو معطوفة، والدرهم إما أن يرفع أو ينصب أو يجر أو يسكن ثلاثة في أربعة يحصل ما ذكر، والواجب في جميعها درهم إلا إذا عطف ونصب تمييزها فدرهمان، ولو قال كذا بل كذا ففيه وجهان أو جههما لزوم شيئين، إذ لا يسوغ رأيت زيدا بل زيدا إذا عنى الأول، فإن عنى غيره صح. (ولو) (قال) له (علي ألف ودرهم) (قبل تفسير الألف بغير الدراهم) من المال اتحد الجنس أو اختلف لأنه مبهم، والعطف إنما يفيد زيادة عدد لا تفسيراً كألف وثوب، ولو قال ألف ودرهم فضة فالجميع فضة كما قاله القاضي، وهو ظاهر ما لم يجرها بإضافة درهم إليها، ويبقى تنوين ألف فالوجه حينئذ بقاء الألف على إبهامها، ولو قال: ألف وقفيز حنطة بالنصب، لم يعد للألف إذ لا يقال ألف حنطة، ولو قال ألف درهما أو ألف درهم بالإضافة فظاهر، وإن رفعهما ونونهما أو نون الألف فقط فله تفسير الألف بما لا تنقص قيمته عن درهم فكأنه قال ألف مما قيمة الألف منه درهم.

(ولو) (قال) له علي (خمسة وعشرون درهما) أو ألف ومائة وخمسة وعشرون درهما أو ألف ونصف درهم (فالجَميع دراهم على الصحيح) لجعله الدرهم تمييزا فالظاهر أنه تفسير لجميع المذكورات بمقتضى العطف، والظاهر كما أفاده الشيخ أنه لو رفع الدراهم أو نصبه في الأخيرة كان الحكم كذلك، ولا يضر فيه اللحن وأنه لو رفعه أو نصبه فيها لكن مع تنوين نصف أو رفعه أو خفضه في بقية الصور لزمه ما عدده العدد المذكور وقيمته درهم أخذا مما مر في ألف درهم منونين مرفوعين. والوجه الثاني يقول الخمسة في مثال المصنف جملة والعشرون مفصلة بالدراهم لمكان العطف فالتحقت بألف ودرهم. وعن ابن الوردي أنه يلزمه في اثني عشر درهما وسدسا سبعة دراهم لأنهما تمييزان لكل من الاثني عشر، فيكون كل مميز النصف للاثني عشر المبهمة حذرا من الترجيح بلا مرجح ونصفها دراهم ستة وسدسي درهم أو درهما أو درهما وربعا فسبعة ونصف أو وثلثا فثمانية أو ونصفا فتسعة كتنظير ما تقرر من أن نصف المبهم بعد ذلك الكسر، فإن قال أردت وسدس درهم صدق بيمينه لاحتماله وكذا الباقي. قال الوالد رحمه الله تعالى: وما حكى عنه غير بعيد بل هو جار على القواعد، ولكن الأصح أن الكسر في هذه المسائل ونحوها من الدرهم فيلزمه في الأولى اثنا عشر درهما وسدس درهم وفي الثانية اثنا عشر درهما وربيع درهم وفي الثالثة اثنا عشر درهما وثلث درهم وفي الرابعة اثنا عشر درهما ونصف درهم، ومعلوم أنه في قوله اثنا عشر درهما وسدسا لحن وهو لا يمنع الحكم هذا إن لم يكن نحويا، فإن كان كذلك لزمه أربعة عشر درهما، أما لو قال اثنا عشر درهما وسدس بالرفع أو سدس بالجر فلا نزاع في لزوم اثني عشر درهما وزيادة سدس، والمعتبر في الدراهم المقر بها دراهم الإسلام وإن كانت دراهم البلد أكثر وزنا منها ما لم يفسرها المقر بما يقبل تفسيره فعلى هذا (لو قال الدراهم التي أقررت بها ناقصة الوزن) كدراهم طبرية كل درهم منها أربعة دوانق (فإن كانت دراهم البلد) أو القرية التي أقر بها (تامة الوزن) أي كاملته بأن كان كل درهم ستة دوانق (فالصحيح قبوله) أي التفسير بالناقصة (إن ذكره متصلا) بالإقرار لأنه حينئذ كالاستثناء وحينئذ يرجع لتفسيره في قدر الناقص، فإن تعذر بيانه نزل على أقل الدراهم، والثاني لا يقبل لأن اللفظ صريح في التام وضعاً وعرفاً ورد بمنع الصراحة (ومنع إن فصله عن الإقرار) وكذبه المقر له فيلزمه دراهم تامة لأن اللفظ والعرف ينفيان قوله والثاني يقبل لأن اللفظ محتمل والأصل براءة الذمة (وإن كانت) دراهم البلد

(ناقصة قبل) قوله (إن وصله) بالإقرار إذ اللفظ من حيث الاتصال والعرف يصدقانه (وكذا إن فصله) عنه (في النص) عملا بعرف البلد كما في المعاملة وفي وجه لا يقبل حملا لإقراره على وزن الإسلام، ويجري ذلك على الأوجه في بلد زاد وزنهم على درهم الإسلام، فإن قال: أردته قبل إن وصله لا إن فصله (والتفسير بالمغشوشة كهو بالناقصة) فإن الدرهم عند الإطلاق محمول على الفضة الخالصة وما فيها من الغش ينقصها فكانت كالناقصة في تفصيلها المذكور، ولو فسرها بجنس رديء أو بغير سكة البلد قبل مطلقا وفارق الناقص بأنه يرفع بعض ما أقر به بخلافه هنا وبخلاف البيع حيث يحمل على سكة البلد لأن البيع إنشاء معاملة، والغالب أنها في كل محل تقع بما يروج فيه، والإقرار إخبار عن حق سابق يحتمل ثبوته بمعاملة في غير ذلك المحل فيرجع إلى إرادته، ولو فسرها بالفلوس لم يقبل لانتفاء تسميتها دراهم، سواء أفصله أم وصله. نعم لو غلب التعامل بها ببلد بحيث هجر التعامل بالفضة، وإنما تؤخذ عوضا عن الفلوس كالديار المصرية في هذه الأزمان، فالأوجه كما بحثه بعض المتأخرين القبول وإن كان منفصلا، ولو تعذرت مراجعته حمل على دراهم البلد الغالبة على الأصح، ويجري ذلك في المكيل كما هو ظاهر، فلو أقر له بإردب بر وبمحل الإقرار مكاييل مختلفة ولا غالب فيها تعين أقلها ما لم يختص المقر به بمكيال منها فيحمل عليه لا على غيره ويحكم عليه بذلك ولو قال: أردت غيرها، وفي العقود يحمل على الغالب المختص من تلك المكاييل كالنقد، ويصدق الغاصب والمتلف بيمينه في قدر كيل ما غصبه أو أتلفه، ولو أقر لغيره بكذا كذا أشرفيا حمل على القدر المعلوم من الذهب والفضة لشمول العرف لذلك فهو مجمل فيرجع في تفسيره إلى المقر ثم إلى ورثته، فالقول قولهم بأيمانهم في أن القدر المقر به من الفضة كما أفتى بذلك الوالد رحمه الله تعالى، ودعوى أنه ينافيه قوله في محل آخر أنه موضع لضرب مخصوص من الذهب فيحمل في البيع وغيره عليه غير مسلمة، وقول المنازع بأن وضعه لمقدار معلوم من الذهب هو الأصل فيه. وأما استعماله فيما يعم الفضة أيضا فهو اصطلاح حادث. وقاعدة الباب قبول مثله متصلا لا منفصلا ممنوع بأن محل ذلك فيما للشرع فيه عرف قديم، وهذا ليس من هذا القبيل إذ الأثر في حادث، واستعماله في قدر معلوم من الذهب متجدد فجاز فيه ما تقرر. ولو قال: له علي دريهم بالتصغير أو درهم صغير لزمه صغير القدر وزنا إن كان في محل أوزانهم فيه وافية لأن الدرهم صريح في الموازن، والوصف بالصغير يجوز أن يكون في

الشكل وأن يكون بالإضافة إلي الدرهم البغلي فلا يترك الصريح بالاحتمال، فإن كان في محل أوزانهم ناقصة قبل قوله في إرادته منها ولزمه درهم ناقص ويجب عليه بقوله له علي دراهم كثيرة أو قليلة ثلاثة، ولا يشترط تساويها في الوزن بل يكفي أن تكون الجملة زنة ثلاثة دراهم وبقوله: له علي أقل عدد الدراهم لأن الواحد ليس بعدد.

(ولو) (قال: له علي من درهم إلى عشرة) (لزمه تسعة في الأصح) كما مر في الضمان بتوجيهه، وقيل عشرة إدخالاً للطرفين، وقيل ثمانية إخراجاً لهما كما لو قال: عندي أو بعثك من هذا الجدار إلى هذا الجدار فإنهما لا يدخلان، وفرق الأول بأن المقربه أو المبيع هناك الساحة وليس الجدار منها بخلاف الدراهم، وذكر الجدار كما قاله بعضهم مثال فالشجرة كذلك، وما ذكره من أنه لو قال: من هذه الدراهم إلى هذه الدراهم فكذلك فيما يظهر لأن القصد التحديد لا التقييد ممنوع بالفرق المذكور، ولا يخالف ما تقرر هنا ما في الطلاق أنه لو قال: أنت طالق من واحدة إلى ثلاث حيث وقع الثلاث لأن عدد الطلاق محصور فأدخلوا فيه الطرفين بخلافه هنا، فإن قال: له علي ما بين الدرهم والعشرة أو إلى العشرة لزمه ثمانية إخراجاً للطرفين لأن ما بينهما لا يشملهما.

(وإن) (قال): (له علي درهم في عشرة) أو درهم في دينار (فإن أراد المعية لزمه أحد عشر) أو الدرهم والدينار لمجيء " في " بمعنى مع كادخلوا في أمم: أي معهم، واستشكل الإسنوي وغيره له بجزمهم في درهم مع درهم فإنه يلزمه درهم لاحتمال إرادته مع درهم لي فلم يجب سوى واحد فالمسألتان على حد سواء، وفيه تكلف ينافيه ظاهر كلامهم في الموضوعين. أوجب عنه بأن نية المعية تجعل في عشرة بمعنى وعشرة بدليل تقديرهم جاء زيد وعمرو مع عمرو، بخلاف لفظة مع فإن غايتها المصاحبة وهي صادقة بمصاحبة درهم للمقر، وما نظر به فيه من أن الواو ليست بمعنى مع بل تحتملها وغيرها يرد يلزوم الدرهم الثاني، بل ولا إشارة إليه فلم يجب فيه إلا واحد، وأما في عشرة فهو صريح في الظرفية المقتضية للزوم واحد فقط فنية مع بها قرينة ظاهرة على أنه لم يرد ما مر مع درهم لأنه يرادفها بل ضم العشرة إلى الدرهم فوجب الأحد عشر. والحاصل أن الدرهم لازم فيهما، والدرهم الثاني في مع درهم لم تقم قرينة على لزومه والعشرة قامت قرينة على لزومها، إذ لولا أن نية المعية تفيد معنى زائداً على الظرفية التي هي صريح اللفظ لما أخرجه عن مدلوله الصريح إلى غيره، وما استشكل به أيضاً من أنه ينبغي أن العشرة

مبهمة كالآلف في ألف ودرهم بالأولى. أجاب عنه الزركشي بأن العطف في هذه يقتضي مغايرة الألف للدرهم فبقيت على إبهامها بخلافه في درهم في عشرة. وأجاب غيره بأن العشرة هنا عطفت تقديرا على مبين فتخصصت به إذ الأصل مشاركة المعطوف للمعطوف عليه وثم المبين على الألف فلم يخصها، ونظر فيه بأن قضية ألف في ألف درهم وعشرة تكون العشرة دراهم وكلامهم ياباه، فالأوجه أن يفرق بأن في الظرفية المقترنة بنية المعية إشعارا بالتجانس والاتحاد لاجتماع أمرين كل منهما مقرب لذلك، بخلاف ألف ودرهم فإن فيه مجرد العطف وهو لا يقتضي بمفرده صرف المعطوف عليه عن إبهامه الذي هو مدلول لفظه، وقد أجاب عنه السبكي بأن المراد بنيته بذلك إرادة مع عشرة دراهم له وجرى عليه غير واحد وعليه فلا يرد شيء من الإشكاليين، ولا حاجة لتلك الأجوبة لولا أن ظاهر كلامهم أنه لم يرد إلا مجرد معنى مع عشرة فعليه يرد الإشكالات ويحتاج إلى الجواب عنهما بما ذكر (أو) أراد (الحساب) وعرفه (فعشرة) لأنها موجبة، فإن لم يعرفه فدرهم وإن قصد معناه عند أهله كما في الكفاية (وإلا) بأن لم يرد المعية ولا الحساب بأن أطلق أو أراد الظرف (فدرهم) لأنه المتيقن.

(فصل)

في بيان أنواع من الإقرار وفي بيان الاستثناء

(قال له عندي سيف في غمد) بكسر المعجمة وهو غلافه (أو ثوب في صندوق) أو زيت في جرة أو ثمرة على شجرة (لا يلزمه الظرف) لمغايرته للمظروف ومعمد الإقرار على اليقين، وهكذا كل ظرف ومظروف لا يكون الإقرار بأحدهما إقرارا بالآخر (أو غمد فيه سيف أو صندوق فيه ثوب لزمه الظرف وحده) دون المظروف لما مر ومثل ذلك له عندي جارية في بطنها حمل أو خاتم فيه أو عليه فص أو دابة في حافرها نعل أو قمممة عليها عروة أو فرس عليها سرج لزمته الجارية والدابة والقمممة والفرس لا الحمل والنعل والعروة والسرج، ولو عكس انعكس الحكم، ولو قال له عندي جارية وأطلق وكانت حاملا. لم يدخل الحمل لأن الجارية لم تتناوله بخلاف البيع لأن الإقرار إخبار عن حق سابق كما مر، وربما كانت الجارية له دون الحمل بأن كان موصى به، ولهذا لو قال: هذه الدابة لفلان إلا حملها صح، ولو قال: بعثتها إلا حملها فلا والشجرة كالجارية والثمرة كالحمل فيما ذكر، ولو قال: عندي خاتم دخل في الإقرار فسه لتناول الخاتم له فلو ادعى

عدم إرادته الفص لم يقبل لأنه رجوع عن بعض ما أقرب به (أو) قال:
له عندي (عبد على رأسه عمامة) بكسر العين وضمها (لم تلزمه
العمامة على الصحيح) لما مر، والثاني تلزمه لأن العبد له على
ملبوسه يد ويده كيد سيده، ورد بأنه لو باعه لم تدخل في المبيع
فكذا الإقرار. وضابط ذلك كما قاله القفال وغيره أن كل ما دخل
في مطلق البيع دخل هنا وما لا فلا، إلا الثمرة غير المؤبرة والحمل
والجدار فيدخل ثم لأن المدار فيه على العرف لا هنا (أو) له عندي
(دابة بسرجهها) أو عبد بعمامته (أو ثوب مطرز) بالتشديد (لزمه
الجميع) إذ الباء بمعنى مع نحو اهبط بسلام أي معه، والطرار جزء
من الثوب باعتبار لفظه وإن كان في الواقع مرتبا عليه، وما بحثه
ابن الرفعة من إلحاق عليه طراز بما ذكر، والأوجه خلافه كما بحثه
ابن الملقن إذ هو عليه كعليه ثوب، ولو قال له علي ألف في هذا
الكيس لزمه ألف وإن لم يكن فيه شيء لاقتضاء على اللزوم ولا
نظر إلى ما عقب به، فإن وجد فيه دون الألف لزمه تمام الألف كما
لو لم يكن فيه شيء فيلزمه الألف، فإن قال له علي الألف الذي
في الكيس فلا تتميم لو نقص، ولا غرم لو لم يكن فيه شيء لأنه لم
يعترف بشيء في ذمته على الإطلاق، وفرق أيضا بين المنكر
والمعترف بأن الإخبار عن المنكر الموصوف في قوة خبرين فأمكن
قبول أحدهما وإلغاء الآخر، والإخبار عن المعرف الموصوف يعتمد
الصفة فإذا كانت مستحيلة بطل الخبر كله.

(ولو) (قال) ابن حازم مثلا لزيد (في ميراث أبي ألف فهو إقرار)
(على أبيه بدين) لإضافة جميع التركة المضافة إلى الأب دونه،
وهذا واضح في تعلق المال بجمعها وضعا تعلقا يمنع من تمام
التصرف فيها، ولا يكون كذلك إلا المدين فاندفع بالتعلق بالجميع
احتمال الوصية لأنها إنما تتعلق بالثلث واحتمال نحو الرهن عن دين
الغير، ووجه اندفاع هذا أن الرهن عن دين الغير لا يتصور عمومه
لها من حيث الوضع، وعلم من قولنا وضعا مفارقة ذلك قوله له في
هذا العبد ألف حيث قبل تفسيره منه بنحو جناية أو رهن؛ لأن كلام
الوارث هنا ظاهر في التعليق بجمع التركة من حيث ذاتها لا بالنظر
لزيادة ما ذكر عليها أو نقصه عنها وذلك لا يوجد إلا في نحو الدين،
بخلاف الجناية والرهن فإنه إنما يتعلق في الموجود بقدره منه،
وحينئذ فلا نظر هنا لتفسيره ما يعم الميراث ولا ثم إلى تفسيره بما
يخص البعض كله في هؤلاء ألف وفسرها بجناية أحدهم (ولو)
(قال) له (في ميراثي من أبي) ألف أو نصفه ولم يرد الإقرار ولم
يأت بنحو علي (فهو وعد هبة) بأن يهبه ألفا لإضافته الميراث
لنفسه، وهو يقتضي عرفا عدم تعلق دين بها، وما يكون مضافا له

يُمتنع الإقرار به لغيره كما مر في مالي لزيد فجعل جزءاً له منه لا يتصور إلا بالهبة كما نص عليه في المسألتين، وقول الشارح وخرج بعضهم في الثانية أنه إقرار من نصه على أن قوله له في مالي ألف إقرار ردياً به قول مرجوح، بل قال بعضهم إنه من خط الناسخ، وربما أولوه على ما إذا أتى بالتزام كعلي في مالي. ومحلّه كما بحثه ابن الرفعة وقال الإسنوي: إن في كلام الرافعي ما يشير إليه ما إذا كانت التركة دراهم وإلا فهو كله في هذا العبد ألف فيعمل بتفسيره. أما غير الحائز إذا كذبه بقية الورثة فيتعلق في الأولى بقدر حصته فقط. وأما لو أراد الإقرار في الثانية أو أتى بنحو علي كان إقراراً كما في الشرح الصغير ولو أقر في الأولى بجزء شائع صح وحمل على وصية قبلها وأجيزت إن زادت على الثلث ولا ينصرف للدين لأنه لا يتعلق ببعض التركة بل بكلها، ذكره الإسنوي ومن تبعه، وهو أوجه مما فصله السبكي بين النصف فهو وعد هبة والثلث فأقرار بوصية به.

(ولو) (قال له علي درهم درهم) (لزمه درهم) واحد وإن كرره ألوفاً في مجالس لإحتماله التأكيد مع انتفاء ما يصرفه عنه وأخذ من ذلك رد ما سيأتي في الطلاق مع رده أيضاً من تقييد إفادة التأكيد بثلاث فما دونها (فإن قال ودرهم لزمه درهمان) لأن العطف يقتضي المغايرة وثم كالواو، وأما الفاء فالنص فيها لزوم درهم ما لم يرد العطف لمجيئها كثيراً للتفريع وتزيين اللفظ ومقترنة بجزاء حذف شرطه: أي فيتفرع على ذلك درهم يلزمني له فتعين القصد فيها كسائر المشتركات، وإنما وقع في نظير ذلك من الطلاق طلقتان لأنه إنشاء، وهو أقوى مع تعلقه بالأبضاع التي ميناها على الاحتياط، والأوجه في بل اعتبار قصد الاستئناف فيها وأن مجرد إرادة العطف بها لا يلحقها بالفاء لأنها مع قصد العطف لا تنافي قولهم فيها لا يلزم معها إلا واحد لإحتمال قصده الاستدراك فيذكر أنه لا حاجة إليه فيعيد الأول (ولو) (قال): (له علي درهم ودرهم ودرهم) (لزمه بالأولين درهمان) لمكان الواو كما مر (وأما الثالث فإن أراد به التأكيد الثاني) بعاطفه (لم يجب به شيء) كمنظيره في الطلاق خلافاً لمن فرق بينهما (وإن نوى الاستئناف لزمه ثالث، وكذا إن نوى تأكيد الأول) بالثالث لمنع الفصل والعاطف منه (أو أطلق في الأصح) إذ العطف ظاهر في المغايرة ومقابل الأصح فيهما يلزمه درهمان؛ لأن الثاني في قوله درهم ودرهم معطوف على الأول فامتنع تأكيده، وهنا الثالث معطوف على الثاني على رأي فأمكن أن يؤكد الأول به، ولو عطف بـ ثم في الثالث كقوله درهم ودرهم ثم درهم لزمه ثلاثة بكل حال لأنه لا بد

من اتفاق حرف العطف في المؤكد والمؤكد، ولو قال: له علي درهم بل درهم أو لا بل درهم أو لكن درهم لزمه درهم أو درهم بل درهمان أو لا بل درهمان أو لكن درهمان لزمه درهمان، وهذا كله عند انتفاء تعيين الدرهمين ولم يختلف الجنس، فإن عينهما أو اختلف الجنس كهذا الدرهم بل هذان الدرهمان أو له علي درهم بل دينار لزمه ثلاثة دراهم في الأول ودرهم ودينار في الثاني لعدم دخول ما قبل بل فيما بعدها ولا يقبل رجوعه عنه، وكاختلاف الجنس اختلاف النوع والصفة أو له عندي درهمان بل درهم أو لا بل درهم أو درهم ودرهم بل درهم لزمه درهمان أو درهم ودرهمان فثلاثة أو درهم مع أو فوق أو تحت درهم أو معه أو فوقه أو تحته درهم فدرهم فقط ; لأنه ربما أراد مع أو فوق أو تحت درهم لي أو معه أو فوقه أو تحته درهم لي أو يريد فوقه في الجودة وتحتة في الرداءة ومعه في أحدهما ويلزمه في علي درهم قبل أو بعد درهم أو قبله أو بعده درهم درهمان لاقتضاء القبلية والبعدية المغايرة وتعذر التأكيد، وفرقوا بين الفوقية والتحتية وبين القبلية والبعدية بأنهما يرجعان إلى المكان فيتصف بهما نفس الدرهم، والقبلية والبعدية يرجعان إلى الزمان فلم يتصف بهما نفس الدرهم فلا بد من أمر يرجع إليه التقدم والتأخر وليس إلا الوجوب عليه.

(ومتى) (أقر بمبهم) ولم تمكن معرفته بغير مراجعته (كشيء وثوب وطولب بالبيان) لما أبهمه (فامتنع) (فالصحيح أنه يحبس) لامتناعه مما وجب، فإن مات قبل البيان طولب وارثه وتوقف جميع التركة ولو فيما يقبل فيه التفسير بغير المال كما مر احتياطاً لحق الغير، وسمعت الدعوى هنا بالمجهول والشهادة به للضرورة إذ لا يتوصل لمعرفة إلا بسماعها، ومن ثم لو أمكن معرفة المجهول من غيره كان أحاله على معروف كزنة هذه الصنجة أو ما باع به فلان فرسه أو ذكر ما يمكن استخراجه بالحساب وإن دق لم تسمع ولم يحبس، والأوجه إلحاق المجنون بالغائب، وقد نقل الهروي عن الشافعي فيه أن له أن يعين مقدارا ويحلف عليه وعلى أن المقر أراد بإقراره ويأخذه وقد يتوقف في اشتراط الحلف على أنه أراد بإقراره.

(ولو) (بين) المقر إقراره المبهم تبيننا صحيحا (وكذبه المقر له) في ذلك (فليبين) المقر له جنس الحق وقدره وصفته (وليدع) به إن شاء (والقول قول المقر في نفيه) أي ما ادعاه المقر له ثم إن ادعى بزائد على المبين من جنسه كان بين بمائة وادعى بمائتين فإن صدقه على إرادة المائة ثبتت وحلف المقر على نفي الزيادة،

وإن قال: بل أردت المائتين حلف على نفي إرادتهما وأنه لا يلزمه سوى مائة، فإن نكل حلف أنه يستحقهما لا أنه أرادهما لأن الإقرار لا يثبت حقا وإنما هو إخبار عن حق سابق، وبه فارق حلف الزوجة أن زوجها أراد الطلاق بالكناية لأنه إنشاء يثبت الطلاق، أو من غير جنسه كان بين مائة درهم فادعى بمائة دينار فإن صدقه على إرادة الدراهم أو كذبه في إرادتها وقال: إنما أردت المدنانير فإن وافقه على أن الدراهم عليه ثبتت لاتفاقهما عليها وإلا بطل الإقرار بها وكان مدعيا للدينير فيحلف المقر على نفيها، وكذا على نفي إرادتها في صورة التكذيب.

(ولو) (أقر بألف) في يوم (ثم أقر له بألف في يوم آخر) (لزمه ألف فقط) ولو كتب بكل وثيقة محكوما بها لأنه إخبار، ولا يلزم من تعدده تعدد المخبر عنه إلا إذا عرض ما يمنع منه، ولا يرد ذلك على قاعدة أن النكرة إذا أعيدت كانت غير الأولى لأن هذا مع كونه مختلفا فيه غير مشتهر ولا مطرد، إذ كثير ما تعاد وهي عين الأولى كما في نحو {وهو الذي في السماء إله وفي الأرض إله} فلم يعمل بقضيتها لذلك وبفرض تسليم أطرادها فصرف عن ذلك قاعدة الباب وهو الأخذ باليقين مع الاعتضاد بالأصل وهو براءة الذمة مما زاد على الواحد. (ولو) (اختلف القدر) كأن أقر له بألف في يوم وفي آخر قبله أو بعده بخمسائة (دخل الأقل في الأكثر) لاحتمال كونه قد ذكر بعض ما أقرب به (ولو وصفهما بصفتين مختلفتين) تأكيد لما قبله كمائة صحاح في مجلس ومائة مكسرة في آخر (أو أسندهما إلى جهتين) كثن من مبيع مرة وبديل قرض أخرى (أو قال: قبضت) منه (يوم السبت عشرة ثم قال قبضت يوم الأحد عشرة لزما) أي القدران في الصور الثلاث لتعذر اتخاذها، إذ اختلاف الوصف أو السبب يوجب اختلاف الموصوف أو المسبب، ومن ثم لو أطلق مرة وقيد أخرى حمل المطلق على المقيد ولم يلزمه غيره.

(ولو) (قال: له علي ألف من ثمن خمر أو كلب) مثلا (أو ألف) (قضيته لزمه الألف) ولو كافرا، جاهلا كما اقتضاه كلامهم (في الأظهر) إلغاء لآخر لفظه الرافع لما أثبتته فأشبهه علي ألف لا تلزمي، نعم لو قال: ظننته يلزمي حلف المقر له على نفيه رجاء أن ترد اليمين عليه فيحلف المقر ولا يلزمه، ولو صدقه المقر له على ذلك فلا شيء على المقر، وإن كذبه وحلف لزمه المقر به ما لم تقم بينة على المنافي فلا يلزمه، وما بحثه بعضهم وتبعه غيره في حنفي أقرب بأن لزيد عنده مائة قيمة نبيذ أتلفه عليه أنه لو رفع لشافعي وقد أقر بذلك لا يلزمه لانتفاء قصده رفع حكم الإقرار

فليس مكذبا لنفسه محل نظر، بدليل قولهم: إن العبرة بعقيدة الحاكم لا الخصم، وحيث كان كذلك فالحاكم الشافعي يحمله على تعقيب الإقرار بما يرفعه ويلزمه بذلك، ومقابل الأظهر لا يلزمه شيء لأن الكل كلام واحد فتعتبر جملته ولا يتبعض ويفصل أوله عن آخره، وعليه فللمقر له تحليفه أنه كان من ثمن خمر، ولو قال له علي من ثمن خمر مثلا كذا لم يلزمه قطعا، ولو أشهد على نفسه أنه سيقر له بما ليس عليه فأقر أن لفلان عليه كذا لزمه ولم ينفعه الإشهاد، ولو قال كان له علي ألف ولم يكن في جواب دعوى فلغو كما مر لانتفاء إقراره له حالا بشيء، ويفرق بينه وبين كان له علي ألف وقد قضيته بأن جملة قضيته وقعت حالا مقيدة لعلي فاقتضت كونه معترفا بلزومها إلى أن يثبت القضاء وإلا فيبقى اللزوم، بخلاف الأول فإنه لا إشعار فيه بلزوم شيء حالا أصلا فكان لغوا، ولو قال: له علي ألف أو لا يسكون الواو فلغو للشك، ولو شهدا عليه بألف درهم وأطلقا قبلا، ولا نظر لقوله: إنها من ثمن خمر، ولا يجاب لتحليف المدعي، وللحاكم استفسارهما على الوجه الملزم بالألف، ولو قال: له علي ألف أخذته أنا وفلان لزمه الألف، ولا ينافيه قولهم لو قال: غصنا من زيد ألفا ثم قال كنا عشرة أنفس وخالفه زيد صدق الغاصب بيمينه لأنه أتى هنا بنون الجمع الدالة على ما وصله به فلا رفع فيه (ولو) (قال) له علي الألف (من ثمن) بيع فاسد لزمه الألف أو من ثمن (عبد لم أقبضه إذا سلمه) إلي (سلمت) له الألف وأنكر المقر له البيع وطالبه بالألف (قبل) إقراره كما ذكر (على المذهب وجعل ثمنا) إذ المذكور آخر لا يرفع ما ذكر أولا، ولا بد من اتصال قوله من ثمن عبد، والأوجه إلحاق كل تقييد لمطلق أو تخصيص لعام كاتصال الاستثناء بما تقرر وإلا لبطل الاحتجاج بالإقرار بخلاف لم أقبضه، وقوله: إذا إلى آخره إيضاح لحكم لم أقبضه وكذا جعل ثمنا مع قبل. والطريق الثاني طرد القولين في المسألة قبلها لأنه يرفعه على تقدير عدم إعطاء العبد، ولو أقر بقبض ألف عن قرض أو غيره ثم ادعى عدم قبضه قبل لتحليف المقر له بخلاف ما لو قال: أقرضني ألفا ثم ادعى أنه لم يقبضه فإنه يقبل كما جرى عليه الشاشي وغيره تبعا للماوردي في الحاوي وقال في المطلب: لا أظن أن يأتي فيه خلاف، ولا فرق في القبول بين أن يقول ذلك متصلا أو منفصلا، وقد صرح به الماوردي في الحاوي وهو المعتمد خلافا لما في الشامل. ولو ادعى عليه بألف فقال: له علي ألف من ثمن مبيع لم يلزمه شيء إلا أن يقول من ثمن قبضته منه، بخلاف له علي تسليم ألف ثمن مبيع لأن علي وما بعدها هنا تقتضي أنه قبضه، ومن ثم لو ادعى

عدم قبضه لم يقبل. (ولو) (قال: له علي ألف إن شاء الله) أو إن أو إذا مثلا شاء أو قدم زيد أو إلا أن يشاء أو يقدم أو إن جاء رأس الشهر ولم يرد التأجيل (لم يلزمه شيء على المذهب) لأنه لم يجزم بالإقرار بل علقه بما هو مغيب عنا كما في نظيره من الطلاق، ومن ثم اعتبر هنا قصده التعليق قبل فراغ الصيغة كما بحثه الإسنوي وفارق من ثمن كلب بأن دخول الشرط على الجملة يصيرها جزءا من جملة الشرط فلزم تغيير أول الكلام. بخلاف من ثمن كلب لأنه غير مغير بل مبين لجهة اللزوم بما هو باطل شرعا فلم يقبل. والطريق الثاني أنه على القولين في قوله من ثمن خمر لأن آخره يرفع أوله ورد بما مر.

(ولو قال ألف لا تلزم) (لزمه) لأنه غير منتظم فلم يبطل به الإقرار (ولو) (قال: له علي ألف ثم جاء بألف وقال: أردت هذا وهو وديعة فقال المقر له لي عليك ألف آخر) غير ألف الوديعة وهو الذي أردته بإقرارك (صدق المقر في الأظهر بيمينه) أنه لا يلزمه تسليم ألف أخرى إليه وأنه لم يرد بإقراره سوى هذه لأن عليه حفظ الوديعة فصدق لفظه بها، ويحتمل أنه تعدى بها فصارت مضمومة عليه فحسن الإتيان فيها بعلي وقد تستعمل علي بمعنى عندي كما في {ولهم علي ذنب} والثاني يصدق المقر له لأن كلمة علي ظاهرة في الثبوت في الذمة الوديعة لا تثبت فيها (فإن كان قال) له ألف (في ذمتي أو دينا) ثم جاء بألف وفسر الوديعة كما تقرر (صدق المقر له) بيمينه (على المذهب) إذ العين لا تكون في الذمة ولا دينا الوديعة لا تثبت في ذمته بالتعدي بل بالتلف ولا تلف، وأفهم قوله ثم جاء أنه لو قال: علي ألف وديعة قبل، بخلاف ما لو قال: له علي ألف في ذمتي أو دينا وديعة فلا يقبل متصلا ولا منفصلا على ما قاله بعض المتأخرين فأشبهه ما لو قال: له علي ألف من ثمن خمر، لكن الأوجه قبوله متصلا لا منفصلا، وقوله وأردت هذه أنه لو جاء هنا بألف وقال: الألف التي أقررت بها كانت وديعة وتلفت وهذه بدلها قبل منه لجواز أن يكون تلف منه بتفريطه فيكون ثابتا في ذمته كما اقتضاه كلام أبي الطيب وابن الصباغ، وقال ابن الرفعة: إنه المشهور. والطريق الثاني حكاية وجهين ثانيهما القول فيه قول المقر لجواز أن يريد لزوم ذلك عند تلف الوديعة (قلت: فإذا قبلنا التفسير الوديعة فالأصح أنها أمانة فتقبل دعواه) وإن طالت المدة (التلف) الواقع (بعد) تفسير (الإقرار) بما ذكر (ودعوى الرد) الواقع بعده أيضا لأن هذا شأن الوديعة. والثاني أنها تكون مضمونة حتى لا تقبل دعواه التلف والرد نظرا إلى قوله: علي الصادق بالتعدي فيها. وأجاب الأول

بصدق وجوب حفظها وخرج بقوله بعد الإقرار الذي هو ظرف للتلّف كما تقرر ما لو قال أقررت بها ظانا بقاءها ثم بان لي أو ذكرت تلفها أو إنني رددتها قبل الإقرار فلا يقبل لأنه يخالف قوله علي كما قاله السبكي وجرى عليه الإسْنوي. (وإن قال: له عندي أو معي ألف صدق) بيمينه (في دعوى الوديعة و) دعوى (الرد والتلف) الواقعين بعد تفسير الإقرار نظير ما تقرر في علي (قطعا، والله أعلم) إذ لا إشعار لعندي ومعني بذمة ولا ضمان (ولو أقر ببيع) مثلا (أو هبة وإقباض) بعدها (ثم قال) ولو متصلا فثم لمجرد الترتيب (كان) ذلك (فاسدا وأقررت لظني الصحة لم يقبل) لأن الاسم محمول عند الإطلاق على الصحيح، ولأن الإقرار يراد به الالتزام فلم يشمل الفاسد لانتفاء الالتزام فيه. نعم لو كان مقطوعا بصدقه بمقتضى ظاهر الحال كبدوي جلف فالأوجه قبوله، واحتراز بقوله وإقباض عما لو اقتصر على الإقرار بالهبة فإنه لا يكون مقرا بالإقباض، فلو قال: وهبته له وخرجت إليه منه أو وملكه لم يكن إقرارا بالقبض لجواز إرادة الخروج إليه منه بالهبة، ويؤخذ منه أن الفقيه الذي لا يخفى عليه ذلك بوجه يكون في حقه بمنزلة الاعتراف بالإقباض وهو ظاهر، ومحل ما مر حيث لم يكن بيد المقر له وإلا فهو إقرار بالقبض (وله تحليف المقر له) على نفي كونه فاسدا لإمكان ما يدعيه وقد تخفى جهات الفساد عليه ولا تقبل منه البينة لتكذيبها بإقراره السابق (فإن نكل) عن الحلف (حلف المقر) أنه كان فاسدا وحكم به (وبرئ) لأن اليمين المردودة كالإقرار وتعبيره ببرئ صحيح لأنه وإن كان النزاع في عين فقد يترتب عليه دين كالثمن فغلب على أنه يصح أن يريد ببرئ بطل الذي بأصله. وأجاب الوالد رحمه الله تعالى بأن قوله: وبرئ أي من الدعوى فيشمل حينئذ العين والدين فلا اعتراض حينئذ على المصنف وإن كان الشارح قد سلم الاعتراض.

(ولو قال: هذه الدار) مثلا (لزيد بل) أو ثم والفاء هنا مثلها، وفيما يأتي (لعمرو أو غصبتها من زيد بل) أو ثم كما في الوسيط (من عمرو سلمت لزيد) إذ من تعلق حقه بشيء بمقتضى إقرار أحد به لم يملك رجوعه عنه سواء أقال ذلك متصلا بما قبله أم منفصلا عنه وإن طال الزمن (والأظهر أن المقر يغرم قيمتها) ولو مثلية (لعمرو) إن أخذها زيد منه جبرا بالحاكم لحيلولته بينه وبين ملكه بإقراره الأول كما يضمن قنا غصبه فأبق في يده. والثاني لا يغرم له لأن الإقرار الثاني صادف ملك الغير فلا يلزمه به شيء كما لو أقر بالدار التي بيد زيد لعمرو ويجري الخلاف في غصبتها من زيد وهو غصبتها من عمرو كما هو أوجه الوجهين ورجحه السبكي،

فإن قال: غصبتها منه والملك فيها لعمره وسلمت لزيد لأنه اعترف له باليد ولا يغرم لعمره لجواز كونها ملك عمرو وهي في يد زيد بإجارة أو وصية بمنافعها أو نحو ذلك كرهن، ولو قال عن عين في تركة مورثه هذه لزيد بل لعمره ففي غرمه له طريقان: أوجههما القطع بعدمه والفرق كونه معذورا هنا لعدم كمال اطلاعه.

ثم شرع في بيان الاستثناء وهو إخراج ما لولاه لدخل بنحو إلا فقال (ويصح الاستثناء) هنا ككل إنشاء وإخبار لوروده في الكتاب والسنة وهو مأخوذ من الثني بفتح فسكون: أي الرجوع لرجوعه عما اقتضاه لفظه (إن اتصل) بالإجماع وما حكى عن ابن عباس قيل لم يثبت عنه ولئن ثبت فهو مؤول. نعم السكوت اليسير بقدر سكتة تنفس أو عي أو تذكر أو انقطاع صوت غير مضر ويضر كلام أجنبي يسير أو سكوت طويل، فلو قال: له علي ألف الحمد لله إلا مائة أو أستغفر الله أو يا فلان ضر على ما أشار إليه في الروضة، فإنه لما نقل صحة الاستثناء مع ذلك نظر فيه، واستوضح غيره النظر في يا فلان بخلافه في أستغفر الله لقول الكافي: لا يضر لأنه لاستدراك ما سبق وأفتى به الوالد رحمه الله تعالى، ويشترط أن يقصده قبل فراغ الإقرار كما في نظيره من الطلاق ولكونه رفعا لبعض ما شمله اللفظ احتاج إلى نية ولو كان إخبارا ولا بعد فيه خلافا للزركشي (ولم يستغرق) المستثنى المستثنى منه، فإن استغرقه كخمسة إلا خمسة كان باطلا بالإجماع إلا من شذ لما في ذلك من المناقضة الصريحة، ولهذا لم يخرجوه على الجمع بين ما يجوز وما لا يجوز لانتفاء المناقضة فيه، هذا كله إن اقتصر عليه، وإلا كخمسة إلا خمسة إلا ثلاثة فهو صحيح لأنه استثنى من الخمسة خمسة إلا ثلاثة، وخمسة إلا ثلاثة اثنان أو لأن الاستثناء من النفي إثبات وعكسه كما قال (فلو) (قال له) علي (عشرة إلا تسعة) أي إلا تسعة لا تلزم (إلا ثمانية) تلزم فتضم الواحد الباقي من العشرة فلذا كان الواجب ما ذكره بقوله (لزمه تسعة) وطريق ذلك ونظائره أن تجمع كل مثبت وكل منفي وتسقط هذا من ذلك فالباقي هو الواجب، فمثبت هذه الصورة ثمانية عشر ومنفيها تسعة أسقطها منها تبقى تسعة ولو زاد عليها إلى الواحد كان مثبتها ثلاثين ومنفيها خمسة وعشرين أسقطها منها تبقى خمسة، هذا كله عند تكرره من غير عطف، وإلا كعشرة إلا خمسة وثلاثة أو إلا خمسة وإلا ثلاثة كانا مستثنين من العشرة فيلزمه درهمان، فإن كان لو جمعا استغرقا كعشرة إلا سبعة وثلاثة اختص البطلان بما به الاستغراق وهو الثلاثة فيلزمه ثلاثة، وفي ليس له علي شيء إلا خمسة يلزمه خمسة وفي ليس له علي عشرة إلا خمسة لا

يلزمه شيء لأن عشرة إلا خمسة خمسة، فكأنه قال: ليس له علي خمسة بجعل النفي موجهًا إلى كل من المستثنى والمستثنى منه وإن كان خارجًا عن القاعدة السابقة أنه من النفي إثبات احتياطيًا للإلزام، وفي ليس له علي أكثر من مائة لا تلزم المائة ولا أقل منها، ولا يجمع مفرق في المستثنى منه ولا في المستثنى ولا فيهما لاستغراق ولا لعدمه فعلي درهمان ودرهم إلا درهما مستغرق وثلاثة إلا درهمن ودرهما أو إلا درهما ودرهما ودرهما نلغي درهما لحصول الاستغراق به فيجب درهم، وكذا ثلاثة إلا درهما ودرهما يلزمه درهم لجواز الجمع هنا فلا استغراق، ولو قال: له علي شيء إلا شيئًا أو مال إلا مالا أو نحوهما فكل من المستثنى والمستثنى منه مجمل فليفسرهما، فإن فسر الثاني بأقل مما فسره الأول صح الاستثناء وإلا لغا، ولو قال: له علي ألف إلا شيئًا أو عكس فالألف والشيء مجملان فليفسرهما مع الاجتناب في تفسيره لما يقع به الاستغراق، ولو قال: له علي ألف إلا درهما فالألف مجمل فليفسره بما فوق الدرهم، فلو فسره بما قيمته درهم فما دونه كان الاستثناء لاغيا وكذا التفسير، ولو قدم المستثنى على المستثنى منه صح كما قاله الرافعي أول كتاب الأيمان.

(ويصح) الاستثناء (من غير الجنس) وهو المنقطع (كألف) درهم (إلا ثوبا) لوروده في الكتاب وغيره نحو {لا يسمعون فيها لغوا إلا سلاما} ونحو {ما لهم به من علم إلا اتباع الظن} (ويبين بثوب قيمته دون ألف) خشية الاستغراق، فإن فسره بثوب قيمته ألف بطل الاستثناء والتفسير كما مر (و) يصح أيضا (من المعين كهذه الدار له إلا هذا البيت أو هذه الدراهم له إلا هذا الدرهم) أو هذا القطيع له إلا هذه الشاة أو الثوب له إلا كفه لصحة المعنى فيه إذ هو إخراج بلفظ متصل فأشبهه التخصيص (وفي المعين وجه شاذ) أنه لا يصح الاستثناء منه إذ الإقرار بالعين يتضمن ملك جميعها فالاستثناء يكون رجوعًا بخلافه في الدين. قلت كما قال الرافعي في الشرح (لولا) (قال: هؤلاء العبيد له إلا واحدا) (قبل) والاعتبار بالجهل بالمستثنى كما لو قال إلا شيئًا (ورجع في البيان إليه) لكونه أعرف بمراده ويجبر على البيان لتعلق حق الغير به، فإن مات خلفه وارثه كما قاله القاضي الحسين (فإن ماتوا إلا واحدا وزعم أنه المستثنى صدق بيمينه) أنه الذي أراد بالاستثناء (على الصحيح، والله أعلم) لاحتمال ما ادعاه، والثاني لا يصدق للثمة ولو قتلوا قتلا مضمنا قبل قطعا لبقاء أثر الإقرار وهو القيمة، ويؤخذ منه أنه لو قال: غصبتهم إلا واحدا فماتوا وبقي واحد وزعم أنه المستثنى أنه يصدق لأن أثر الإقرار باق وهو الضمان، ولو أقر أحد

شريكين بنصف الألف المشترك بينهما لثالث تعين ما أقرب به في نصيبه وهو من أفراد قاعدة الحصر والإشاعة ولا يطلق فيها ترجيح كما قاله الزركشي، بل يختلف باختلاف الأبواب، ولو أقر لورثة أبيه بمال وكان هو أحدهم لم يدخل إذ المتكلم غير داخل في عموم كلامه ومحلله كما قاله السرخسي عند الإطلاق، فإن نص على نفسه دخل في الأوجه، ولو قال: له علي ألف إلا أن يبدو لي ففيه وجهان. قال المصنف: لعل الأصح أنه إقرار وقيل لا يلزمه شيء، ونقله الهروي عن النص كما لو قال: له علي ألف إلا أن يشاء الله والمعتمد الأول، ولو قال: غصبت داره ولو بإسكان الهاء ثم ادعى دارة الشمس أو القمر لم يقبل قوله إذ غصب ذلك محال فلم يقبل إرادته، ولو أقر أو أوصى بثياب بدنه دخل فيه كل ما يلبسه ولو فروة لا الخف لأنه ليس من مسمى الثياب.

(فصل)

في الإقرار بالنسب

وهو مع الصدق واجب ومع الكذب في ثبوته أو نفيه حرام، وما صح في الخبر من أنه كفر محمول على مستحله أو على كفر النعمة إذا (أقر) بالغ عاقل ولو سكران ذكر مختار وإن كان سفيها قنا كافرا (بنسب) (إن ألحقه بنفسه) من غير واسطة كهذا أبي أو ابني لا أمي لسهولة إقامة البينة بولادتها على ما قاله في الكفاية والأصح خلافه، ولو قال: يد فلان ابني فلغو أخذاً من قولهم كل تصرف قبل التعليق صح إضافته لبعض محله بخلاف ما لا يقبله كما هنا وهذا شامل لنحو رأسه مما لا يبقى بدونه فالتفرقة بينهما قياساً على الكفالة وهم (اشترط لصحته) أي الإلحاق (أن لا يكذبه الحسن) بأن يكون في سن يمكن كونه منه، فإن كذبه بأن كان في سن لا يتصور أن يولد لمثله مثله ولو لطرو قطع ذكره وأنثيه قبل زمن إمكان العلوق بذلك المولد كان إقراره لغوا بالنسبة للنسب لا للعتق فلو استلحق رقيقه عتق عليه ولحقه حيث كان مجهول النسب وأمكن ذلك وإلا بأن عرف نسبه من غيره عتق فقط، ولو قدمت كافرة بطفل وادعاه رجل وأمكن اجتماعهما بأن احتمل أنه خرج إليها أو أنها قدمت إليه قبل ذلك لحقه، وما زاده بعضهم من احتمال أنه أنفذ إليها ماءه فاستدخلته رأي مردود لأبي حامد غلطه فيه الماوردي وغيره لأنه إحبال بالمراسلة والجمهور على خلافه، وقولهم كافرة: أي من دار الكفر مثال فكل بلد بعيد كذلك (و) أن (لا) يكذبه (الشرع) فإن كذبه (بأن يكون معروف النسب من غيره) أو ولد على فراش نكاح صحيح لم يصح استلحاقه وإن

صدقه المستلحق لأن النسب لا يقبل النقل، وعلم مما تقرر عدم صحة استلحاق منفي بلعان ولد على فراش نكاح صحيح لما فيه من إبطال حق النافي إذ له استلحاقه، وأن هذا الولد لا يؤثر فيه قائف ولا انتساب يخالف حكم الفراش، بل لا ينتفي إلا باللعان رخصة أثبتها الشارع لرفع الأنساب الباطلة، فإن ولد على فراش وطء شبهة أو نكاح فاسد جاز للغير استلحاقه؛ لأنه لو نازعه قبل النفي سمعت دعواه، ويمتنع استلحاق ولد الزنا مطلقا. واعلم أن اشتراط عدم تكذيب المقر الحس والشرع غير مختص بما هنا، بل هو شامل لسائر الأقارير كما علم مما مر أنه يشترط في المقر له أهلية استلحاق المقر به حسا وشرعا كما أفتى بذلك الوالد رحمه الله ولا بد أن لا يكون المستلحق بفتح الحاء رقيقا للغير أو عتيقا صغيرا أو مجنونا، فإن كان لم يصح استلحاقه محافظة على حق ولاء السيد بل لا بد من بينة، فلو صدقه البالغ العاقل قبل كما رجحه ابن المقري خلافا لترجيح الأنوار نفي القبول ويبقى العبد على رقه إذ لا منافاة بين الرق والنسب لانتفاء استلزامه الحرية ولم تثبت (وأن يصدق المستلحق) بفتح الحاء (إن كان أهلا للتصديق) بأن يكون مكلفا لأن له حقا في نسبه وهو أعرف به من غيره، وخرج بالتصديق سكوته فلا يثبت معه النسب خلافا لما وقع لهما في موضع. نعم لو مات قبل تمكنه من التصديق صح، وقد يحمل كلامهما عليه (فإن كان بالغا) عاقلا (فكذبه) أو قال لا أعلم أو سكت وأصر (لم يثبت نسبه) منه (إلا بينة) أو يمين مردودة كبقية الحقوق ولو تصادقا ثم رجعا لم يبطل نسبه لأن النسب المحكوم بثبوته لا يرتفع بالاتفاق كالثابت بالافتراش (وإن استلحق صغيرا) أو مجنونا (ثبت) نسبه منه بالشروط السابقة ما سوى التصديق لعسر إقامة البينة فيترتب عليه أحكام النسب. (فلو) (بلغ) الصغير أو أفاق المجنون (وكذبه) (لم يبطل) استلحاقه بتكذيبه (في الأصح) فيهما لأن النسب يحتاط له فلا يندفع بعد ثبوته، والثاني يبطل فيهما لانا حكما به حين لم يكن أهلا للإنكار، وقد صار والأحكام تدور مع عللها وجودا وعدما، وشمل كلام المصنف ما لو استلحق أباه المجنون ثم أفاق وكذبه فلا اعتبار بتكذيبه خلافا للماوردي ومن تبعه ممن فرق بين الأب وغيره بأن استلحاق الأب على خلاف الأصل والقياس فاحتيط له أكثر.

(ويصح أن) (يستلحق ميتا) (صغيرا) ولو بعد قتله له ولا أثر لتهمة الميراث ولا لسقوط القود للاحتياط في النسب ولهذا لو نفاه في حياته أو بعد موته ثم استلحقه لحقه وورثه (وكذا كبير) ميت يصح استلحاقه (في الأصح) لأن الميت لما تعذر تصديقه كان

كالمجنون الكبير، والثاني لا يصح لفوات التصديق، وهو شرط لأن تأخير الاستلحاق إلى الموت يشعر بإنكاره لوقوعه في حياته، والوجهان جاريان فيمن جن بعد بلوغه عاقلا ولم يمت لأنه سبق له حالة يعتبر فيها تصديقه وليس الآن من أهل التصديق (ويرثه) أي المستلحق بكسر الحاء الميت الصغير والكبير لأن الإرث فرع النسب وقد ثبت ومسألة الإرث مزيدة على المحرر والروضة. (ولو) (استلحقا اثنان بالغا) عاقلا (ثبت) نسبه (لمن صدقه) منهما لاجتماع الشروط فيه دون الآخر، فلو لم يصدق واحدا منهما بأن سكت عرض على القائف كما قالاه، وما اعترض به من أن استلحاق البالغ يعتبر فيه تصديقه يرد بما يأتي أن قول القائف حكم فلا استلحاق هنا حتى يحتاج للتصديق. (وحكم) (الصغير) الذي يستلحقه اثنان واستلحاق المرأة والعبد (يأتي في اللقيط إن شاء الله تعالى) ولو اشتبه طفل مسلم بطفل نصراني وقف أمرهما نسبا وغيره إلى وجود بينة فقائف فانتساب بعد التكليف، فإن لم يوجد واحد من هذه وقف النسب ويتلطف بهما حتى يسلما باختيارهما من غير إجبار، فإن ماتا قبل الامتناع من الإسلام فكمسلمين لكن دفنهما يكون بين مقبرتي الكفار والمسلمين أو بعده فلا (ولو قال لولد أمته هذا ولدي) وإن لم يقل منها، وذكره في الروضة كالتنبيه تصوير فقط أو تقييد لمحل الخلاف (ثبت نسبه) بالشروط المتقدمة فيشترط خلوها من زوج يمكن كونه منه كما يأتي (ولا يثبت) الاستيلاد (في الأظهر) لاحتمال ملكه لها بعد علوقها من نكاح أو شبهة وإنما استقر مهر مستفرشة رجل أتت بولد يلحقه وإن أنكر الوطاء لأن هنا ظاهرا يؤيد دعواها وهو الولادة منه إذ الحمل من الاستدخال نادر وفي مسألتنا لا ظاهر على الاستيلاد، والثاني وصححه جمع يثبت حملا على أنه أولدها بالملك، والأصل عدم النكاح (وكذا لو قال) فيه (ولدي ولدته في ملكي) لما ذكر (فإن قال: علقت به في ملكي) أو استولدتها به في ملكي أو هذا ولدي منها وهي في ملكي من عشر سنين والولد ابن ستة مثلا (ثبت الاستيلاد) قطعا لانتفاء ذلك الاحتمال ولا نظر لاحتمال كونها رهنا ثم أولدها مع إعساره فبيعت في المدين ثم اشتراها لأنه نادر، وشرطه في المكاتب قبل إقراره انتفاء احتمال حملها به زمن الكتابة لأن الحمل فيها لا يفيد كما سيأتي في محله (فإن كانت) الأمة (فراشا له) بأن أقر بوطنها (لحقه) عند الإمكان (بالفراش من غير استلحاق) لخبر {الولد للفراش} وتصير أم ولد (وإن كانت مزوجة فالولد للزوج) عند إمكان كونه منه لأن الفراش له (واستلحاق السيد) له حينئذ (باطل) للحوقه بالزوج شرعا.

(وأما إذا) (ألحق النسب بغيره) ممن يتعدى النسب منه إلى نفسه بواسطة واحدة وهي الأب (كهذا أخي) وفي الروضة، وأصلها: هذا أخي ابن أبي وأمي، وفيه إشارة إلى الإلحاق بالأم وسيأتي (أو) أبي أو جدي أو (عمي) أو ابن عمي. قيل: والأوجه اشتراط ذكر بيان إخوته من أبويه أو أبيه وبنوة عمه كذلك: كما يشترط ذلك في البينة كالدعوى كما ذكره القفال وغيره وأقره الأذرعى وغيره وجرى عليه المصنف كالرافعي وأخر الباب الثالث إذ هو بعد تفسيره ينظر في المقر أهو وارث الملحق به الحائز لتركته فيصح أو لا فلا وفي الملحق به تجوز أو لا ولا يمكن ذلك إلا بعد بيان الملحق به وقد يقال ينبغي عدم اشتراط ذلك وهو الأوجه وقد يفرق بأن المقر يحتاط لنفسه فلا يقر إلا عن تحقيق، ومن ثم لو أقر بأخوة مجهول لم يقبل تفسيره بأخوة الرضاع ولا الإسلام، وسواء فيما تقرر أقال: فلان وارث وسكت أم زاد لا وارث له غيره، وتفرقة الهروي بينهما مردودة، وتبعه جمع عليه كالتاج السبكي، ويكفي في البينة أن تقول: ابن عم لأب مثلاً وإن لم تسم الوسائط بينه وبين الملحق به كما جزم به بعضهم، والأوجه فرضه في فقيهين عارفين بحكم الإلحاق بالغير، بخلاف عاميين لا يعرفان ذلك فيجب استفصالهما، وكذا يقال في المقر، ولهذا بحث الغزي في مسألتنا قبول شهادة الفقيه الموافق لمذهب القاضي ولو لم يفصل، ثم نقل عن شريح أنه لو حكم قاض بأنه وارثه لا وارث له غيره ثم حمل على الصحة ثم قيده بقاض عالم: أي ثقة أمين، قال: ويقاس به كل حكم أجمله هـ. وهي فائدة حسنة يتعين استحضارها في فروع كثيرة يأتي بعضها في القضاء وغيره (فيثبت نسبه من الملحق به) لأن الورثة يخلفون مورثهم في حقوقه والنسب من جملتها، وقيد بعضهم كلام المصنف بالذكر إذ استلحاق المرأة غير مقبول فوارثها أولى ولو رجلاً لأنه خليفتها، واستوضحه الإسنوي وجزم به ابن اللبان، لكن قول الأصحاب لا بد من موافقة جميع الورثة ولو بزوجية وولاء يشمل الزوجة والزوج، ويدل لذلك عبارة الروضة حيث قال: ويشترط موافقة الزوج والزوجة على الصحيح هـ. وصورته في الزوج أن تموت امرأة وتخلف ابناً وزوجاً فيقول الابن لشخص هذا أخي فلا بد من موافقة الزوج على الصحيح فهذا استلحاق بامرأة، وهذا كما قاله الزركشي في خادمه يرد على ابن اللبان والعمراني، فالمعتمد صحة استلحاق وارثها، وفرق الوالد رحمه الله تعالى بين استلحاق الوارث بها وبين عدم صحة استلحاقها بأن إقامة البينة تسهل عليها بخلاف الوارث لا سيما إذا تراخى النسب (بالشروط السابقة) فيما إذا ألحقه بنفسه

فيصح هنا من السفية أيضا (ويشترط) هنا زيادة على ذلك (كون الملحق به ميتا) فلا يصح الإلحاق بالحي ولو مجنونا لأنه قد يتأهل، فلو ألحق به ثم صدق فالثبوت محال على التصديق لا الإلحاق، وأما تصديق ما بينهما من الوسائط فمعتبر، قاله في المهذب وهو مقتضى كلام الحاوي، لكن قال في البيان: إن كان بينهما اثنان بأن أقر بعم فقال بعض أصحابنا: يشترط تصديق الأب والجد والذي يقتضيه المذهب أنه يكفي تصديق الجد فإنه الأصل الذي ثبت النسب به، ولو اعترف به وكذبه ابنه لم يؤثر تكذيبه فلا معنى لاشتراط تصديقه. قال الإسنوي: وما قاله صحيح لا شك فيه أهـ. وهو كما قال: ولا ينافي ما تقرر من اعتبار تصديق الوسائط كون الواسطة قد لا يكون وارثا لأنه قد يعتبر تصديق من لم يرث لأن في إثبات النسب بدونه إلحاقا به وهو أصل المقر، وبيعد إثبات نسب الأصل بقول الفرع، بخلاف ما إذا ألحق النسب بنفسه فإن فيه إلحاقا بأصوله وفروعه لكنه بطريق الفرعية عن إلحاقه بنفسه ولا يبعد تبعية الأصل للفرع (ولا يشترط أن لا يكون) الملحق به (نفاه في الأصح) فيجوز إلحاقه به كما لو استلحقه النافي. والثاني يشترط ما ذكر لما في إلحاقه من العار على الميت، والوارث لا يفعل إلا ما فيه حظ مورثه (ويشترط كون المقر وارثا) بخلاف غيره كرقيق وقاتل وأجنبي (حائزا) لتركه الملحق به حين الإقرار وإن تعدد، فلو مات وخلف ابنا واحدا فأقر بأخ آخر ثبت نسبه وورث، أو مات عن بنين وبنات اعتبر اتفاق جميعهم، وكذا موافقة الزوجة والزوج كما مر والمعتق لأنه من الورثة، وألحق بالوارث الحائز الإمام فيصح استلحاقه كما في الروضة، فيلحق حينئذ بالميت المسلم لأنه نائب الوارث وهو جهة الإسلام، ولو قاله حكما ثبت أيضا لأن له القضاء بعلمه، ولا بد أن لا يكون أيضا عليه ولاء، فلو أقر عتيق بأخ أو عم لم يقبل لإضراره بمن له الولاية الذي لا قدرة له على إسقاطه كأصله وهو ملكه أو بابت قبل لأنه قادر على استحداثه بنكاح أو ملك فلم يقدر مولاه على منعه، وقضية قولهم حين الإقرار أنه لو أقر بابت لعنه فأثبت آخر أنه ابنه لم يبطل إقراره، لكن أفتى القفال ببطلانه لأنه بان بالبينة أنه غير حائز، وعلم مما تقرر اعتبار كون المقر حائزا لميراث الملحق به لو قدر موته حين الإلحاق وهو كذلك، لكن مع اعتبار أن لا يكون بالملحق مانع من ميراث الملحق به عند موته فصح قولهم لو مات مسلم وترك ولدين مسلما وكافرا ثم مات المسلم وترك ابنا مسلما وأسلم عمه الكافر فحق الإلحاق بالجد لابن ابنه المسلم لا لابنه الذي أسلم بعد موته.

(والأصح) فيما إذا أقر أحد حائزين بثالث أو بزوجة للميت وأنكره الآخر أو سكت (أن المستلحق لا يرث) لانتفاء ثبوت نسبه، وبما قررنا به كلام المصنف تبعا للشارح وصرح به في بعض النسخ يندفع ما اعترضه به الفزاري وأطال فيه وتبعه كثير (ولا يشارك المقر في حصته) ظاهرا بل باطنا إن كان صادقا فبثلث ما بيده. والثاني يشارك المقر في حصته دون المنكر وعلى انتفاء الإرث يحرم على المقر بنت المقر به وإن لم يثبت نسبها مؤاخذاً له بإقراره كما ذكره الرافعي ويقاس بالبنت من في معناها، وفي عتق حصة المقر لو كان المقر به عبداً من التركة كان أحدهما لعبد فيها: إنه ابن أبينا وجهان أوجههما أنه يعتق لتشوف الشارع للعتق. (و) الأصح (أن) (البالغ) العاقل (من الورثة لا ينفرد بالإقرار) لأنه غير حائز للميراث فينتظر كمال الباقيين، فإن أقر فمات غير الكامل وورثه نفذ إقراره من غير تجديد كما في قوله (و) الأصح (أنه لو) (أقر أحد الوارثين) الحائزين بثالث (وأنكر الآخر) لم يرث شيئاً ولا من حصة المقر لكن ظاهراً فقط كما تقرر لأن الإرث فرع النسب ولم يثبت (و) يستمر عدم إرث المقر به إلى موت المنكر فإن (مات ولم يرثه إلا المقر ثبت النسب) بالإقرار الأول وورث لأنه صار حائزاً، وكذا لو ورثه المنكر وصدق، ومقابل الأصح في الأولى ينفرد دونه ويحكم بثبوت النسب في الحال احتياطاً للنسب، وفي الثانية لا يثبت لأن إقرار الفرع مسبوق بإنكار الأصل وهو المورث، واحترز بقوله وأنكر الآخر عما لو أقر أحد الورثة وسكت الباقي ثم مات الساكت وورثه المقر أو غيره فصدق على النسب فلا خلاف أنه يثبت ههنا النسب لأنه لم يسبقه تكذيب من أصله.

(و) الأصح (أنه لو) (أقر ابن حائز) مشهور النسب لا ولاء عليه (بأخوة مجهول فإنكر المجهول نسب المقر) بأن قال: أنا ابن الميت ولست أنت ابنة (لم يؤثر فيه) إنكاره لثبوتته وشهرته ولأنه لو أثر فيه لبطل نسب المجهول فإنه لا يثبت إلا لإرثه وحيازته، ولو بطل نسبه ثبت نسب المقر وذلك دور حكمي (ويثبت أيضاً نسب المجهول) لأن الحائز قد استلحقه فلم ينظر لإخراجه له عن أهلية الإقرار بتكذيبه. والثاني يؤثر الإنكار فيحتاج المقر إلى بينة بنسبه، وقيل لا يثبت نسب المجهول لزعمه في إرث المقر، وعلى الأول لو أقر الحائز والمجهول بنسب ثالث فإنكر الثالث نسب الثاني سقط نسبه لأنه قد ثبت نسب الثالث فاعتبرت موافقته في نسب الثاني وهذا من باب أدخلني أخرجك، ولو أقر بأخوين مجهولين معا فكذب كل منهما الآخر أو صدقه ثبت نسبهما لوجود الإقرار من

الحائز، وإن صدق أحدهما الآخر فكذبه الآخر سقط نسب المكذب بفتح الذال دون نسب المصدق إن لم يكونا توأمين، وإلا فلا أثر لتكذيب الآخر لأن المقر بأحد توأمين مقر بالآخر، ولو كان المنكر اثنين والمقر واحدا فللمقر تحليفهما، فإن نكل أحدهما لم ترد اليمين على المقر لأنه لا يثبت بها نسب ولا يستحق بها إرثا، ولو أقر الورثة بزوجة امرأة لمورثهم ورثت كإقرارهم بنسب شخص ومثله إقرارهم بزوجة للمرأة وإن أقر البعض لم يثبت لها ميراث ظاهرا كالنسب أما باطنا ففيه ما مر.

(و) الأصح (أنه إذا) (كان الوارث الظاهر يحجبه المستلحق) بفتح الحاء حجب حرمان (كأخ أقر بابن للميت) (ثبت النسب) للابن لأن الحائز ظاهرا قد استلحقه (ولا إرث) له للدور الحكمي وهو أن يلزم من إثبات الشيء رفعه، إذ لو ورث حجب الأخ فخرج عن كونه وارثا فلم يصح استلحاقه فلم يرث فأدى إرثه إلى عدم إرثه، ولو ادعى المجهول على الأخ فنكل وحلف المجهول ثبت نسبه ولا إرث إن قلنا: المردودة كالإقرار وهو الأصح، بخلاف ما لو جعلناها كالبينة وخرج بيحجبه ما لو أقرت بنت معتقة للأب بأخ لها فيثبت نسبه لكونها حائزة ويرثانه أثلاثا في أوجه الوجهين لأنه لا يحجبها حرمانا وإنما يمنعها عصوبة الولاء، ومقابل الأصح عدم ثبوتهما، أما الإرث فلما مر، وأما النسب فلأنه لو ثبت لثبت الإرث وهذا قطع للدور من أوله وعلى الأول قطع له من وسطه.

{ كتاب العارية }

بتشديد الياء وقد تخفف وفيها لغة ثالثة عارة بوزن ناقة، وهي اسم لما يعار وللعقد المتضمن لإباحة الانتفاع به مع بقاء عينه ليرده من عار إذا ذهب وجاء بسرعة، ومن التعاور: أي التناوب لا من العار لأنه يأتي وهي واوية والأصل فيها قبل الإجماع {ويمنعون الماعون} قال جمهور المفسرين: وهو ما يستعيره الجيران بعضهم من بعض {واستعارته صلى الله عليه وسلم فرسا لأبي طلحة فركبه} متفق عليه، {ودرعا من صفوان بن أمية يوم حنين فقال: أغضب يا محمد؟ فقال: لا بل عارية مضمونة} رواه أبو داود والنسائي وهي سنة وكانت أول الإسلام واجبة كما قاله الروياني وغيره، وقد تكون واجبة كإعارة نحو ثوب لدفع مؤذ كحر ومصحف على ما جزم به في العباب تبعا للكفاية، أو ثوب توقفت صحة الصلاة عليه على ما مر، والظاهر من حيث الفقه كما قاله الأذرعي وجوب إعارة كل ما فيه إحياء مهجة محترمة لا أجرة لمثله، وكذا إعارة سكين لذبح مأكول يخشى موته وكإعارة ما كتب

بنفسه أو مأذونه فيه سماع غيره أو روايته لينسخه منه كما صوبه المصنف وغيره، وتحرم كإعارة غير صغيرة من أجنبي، وتكره كإعارة مسلم لكافر، ولها أربعة أركان: معير، ومستعير، ومعار، وصيغة.

(شرط المعير) الاختيار كما يعلم من باب الطلاق فلا تصح إعارة مكره، و (صحة تبرعه) بأن يكون غير محجور لأنها تبرع بالمنافع فلا يصح إعارة محجور عليه، ويصح إعارة السفه لبدن نفسه حيث لم يكن عمله مقصودا لاستغنائه عنه بماله، ولا حاجة في الحقيقة إلى استثنائه لأن بدنه في يده فلا عارية، وكذا للمفلس إعارة عين زمتنا لا يقابل بأجرة، ولا تصح إعارة مكاتب بغير إذن سيده إلا في نظير ما مر في المفلس فيما يظهر. ويشترط ذلك في المستعير أيضا فلا تصح استعارة محجور ولو سفيها ولا استعارة وليه له إلا إن انتفى الضمان كأن استعار من نحو مستأجر، ويشترط أن يكون مختارا، وتعيينه، فلو فرش بساطه لمن لم يجلس عليه لم يكن عارية بل مجرد إباحة (وملكه للمنفعة) ولو لم يملك الرقبة، إذ الإعارة إنما ترد على المنفعة، وأخذ منه الأذرع امتناع إعارة فقيه أو صوفي سكنهما في مدرسة ورباط لأنها يملكان الانتفاع لا المنفعة. ولعل مراده أن ذلك لا يسمى عارية حقيقة، فإن أراد حرمة فممنوع حيث لم ينص الواقف على شيء ولم تكن في زمنه عادة مطردة بمنع ذلك، ويلحق بملك المنفعة اختصاصه بها لما سيذكره في الأضحية من جواز إعارة أضحية أو هدي نذره مع خروجه عن ملكه، ومثله إعارة كلب لصيد وأب لابنه الصغير ومجنون وسفيه كما ذكره الزركشي بحثا إذا كان الزمن غير مقابل بأجرة ولا يضر به لجواز استخدامه في ذلك حينئذ، وأطلق الروياني حل إعارته لخدمة من يتعلم منه لقصة أنس في الصحيح. وظاهر أن تسمية مثل هذه المذكورات عارية فيه نوع تجوز، وقول الإسنوي بإعارة الإمام مال بيت المال لأنه إذا جاز له التملك فالإعارة أولى مردود بأنه إن كان ذلك لمن له حق في بيت المال فهو إيصال حق لمستحقه فلا يسمى عارية، أو لمن لا حق له فيه لم يجز لأن الإمام فيه كالولي في مال موليه، وهو لا يجوز له إعارة شيء منه مطلقا. ومن ثم كان الصواب كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى عدم صحة بيعه لقن بيت المال من نفسه لأنه عقد عتاقة، وهو ليس من أهل العتق ولو بعوض كالكتابة لأنه بيع لبعض مال بيت المال ببعض آخر لملكه أكسابه لولا البيع، ولأنه يمتنع عليه تسليم ما باعه قبل قبض ثمنه، وهذا مثله لأن القن قبل العتق لا ملك له وبعده قد يحصل وقد لا، فالمصلحة منتفية في ذلك

لبيت المال رأسا، وأخذ من ذلك جمع متأخرون عدم وجوب مراعاة شروط أوقاف الأثرak لبقائها على ملك بيت المال لأنهم أرقاء له، فمن له فيه حق حلت له على أي وجه وصلت إليه، ومن لا حق له لا يحل له مطلقا هـ. والأوجه اتباع شروطهم حيث لم يعلم رقبهم، وفعلوا ذلك على وجه اقتضته المصلحة في نظرهم ولم يتبين خطؤهم في ذلك لإخراجهم ذلك على وجه مخصوص. ولا يلزم من تشبيه الإمام بالولي إعطاؤه أحكامه من سائر أوجهه، وقياس ذلك على إعتاق العبد من نفسه ممنوع (فيعير مستأجر) إجارة صحيحة لملكه المنفعة وموصى له بالمنفعة على ما سيأتي تحريره في بابه وموقوف عليه لم يشترط الواقف استيفاءه بنفسه لكن بإذن الناظر كما أفاده ابن الرفعة وهو ظاهر (لا مستعير) بغير إذن المالك (على الصحيح) لأنه لا يملكها وإنما أبيع له الانتفاع، ومن ثم لم يؤجر ولم تبطل عاريتة بإذن المالك له فيها ولم يبرأ من ضمانها إن لم يعين له الثاني كما أفاده الماوردي. والثاني: يعير كما أن للمستأجر أن يؤجر (وله أن يستنيب من يستوفي المنفعة له) كأن يركب مثله أو دونه لحاجته دابة استعارها للركوب. قال في المطلب: وكذا زوجته وخادمه لرجوع الانتفاع إليه أيضا. قال الأذرعى: نعم يظهر أنه إذا ذكر له أنه يركبها زوجته زينب وهي بنت المعير أو أخته أو نحوها لم يجز له إركاب ضررتها لأن الظاهر أن المعير لا يسمح بها لضررتها، ويؤخذ منه جواز إركاب ضرة المستعار لركوبها حيث كانت مثلها أو دونها ولم تقم قرينة على التخصيص ككون المسماة أجنبية من المعير.

(وشرط المستعار كونه منتفعا به) انتفاعا مباحا مقصودا فلا يعار ما لا نفع به كحمار زمن. أما ما يتوقع نفعه كجحش صغير فالأوجه صحة إعارته إن كانت العارية مطلقة أو مؤقتة زمنا يمكن الانتفاع به فيه وإلا فلا، ولا ينافي ذلك اشتراط وجود النفع حال العقد في الإجارة لمقابلتها بعوض بخلاف ما هنا، ولا قول الروياني كل ما جازت إجارته جازت إعارته وما لا فلا، واستثنى فروعا ليس هذا منها، والاستثناء معيار العموم لقبوله التخصيص بما ذكرناه ولا آلة لهو وأمة لخدمة أجنبي ونقد إذ معظم المقصود منه الإخراج. نعم لو صرح بإعارته للتزيين به أو الضرب على طبعه صح، ونية ذلك كافية عن التصريح كما بحثه الشيخ لاتخاذ هذه المنفعة مقصدا وإن ضعفت. قال في الخادم: ويؤخذ من قوله أو الضرب على طبعهما جواز استعارة الخط أو الثوب المطرز ليكتب ويخاط على صورته، وحيث لم تصح العارية فجرت ضمننت لأن للفاسد حكم الصحيح في الضمان، ويؤخذ من ذلك أنها مع اختلال شرط أو

شروط مما ذكره تكون فاسدة مضمونة، بخلاف الباطلة قبل استعمالها والمستعير أهل للتبرع وهي التي اختل فيها بعض الأركان كما يؤخذ مما يأتي في الكتابة، وقول الماوردي: إن من الفاسدة الإغارة بشرط رهن أو كفيل صحيح القول بصحتها مفرع فيما يظهر علي مقابل الأصح من صحة ضمان المدرك فيها، وإن جمع بعضهم بأن كلامه في شرط ذلك ابتداء وما هنا في شرطه دواما (مع بقاء عينه) كثوب وعبد فلا تصح إغارة طعام لأكل ونحو شمعة لوقود لأن منفعتهما باستهلاكهما ومن ثم صحت للتزيين بهما كالنقد كما بحثه الشيخ، وكون الإغارة لاستفادة المستعير محض المنفعة هو الغالب، فلا ينافيه أنه قد يستفيد عينا من المعار كإغارة شجرة أو شاة أو بئر لأخذ ثمرة ودر ونسل أو ماء، إذ الأصل في العارية أن لا يكون فيها استهلاك المعار، لا أن لا يكون المقصود فيها استثناء عين، وحقق الأشموني فقال: إن الدر والنسل ليس مستفادا بالعارية بل بالإباحة، والمستعار هو الشاة لمنفعة وهي التوصل لما أبيع وكذا الباقي، ولا يشترط تعيين المستعار فيكفي خذ ما شئت من دوابي بخلاف الإجارة لأنها معاوضة.

(وتجوز إغارة جارية لخدمة امرأة) لانتفاء المحذور وسيأتي في النكاح حرمة نظر كافرة لما لا يبدو في المهنة من مسلمة فيمتنع إعارتها لها في الحالة المذكورة (أو) ذكر (محرم) للجارية لانتفاء المحذور، ومثل المحرم مالكها بأن يستعيرها من مستاجر، وكذا من موصى له بالمنفعة إن كانت ممن لا تحبل لجواز وطئه حينئذ بخلاف من تحبل لأنها قد تلد فتكون منافع ولده للموصى له، أو زوج ويضمنها كما قاله ابن الرفعة ولو في بقية الليل إلى أن يسلمها لسيدها أو نائبه لانتفاء المحذور، بخلاف إعارتها لأجنبي ولو شيخا أو مراهقا أو خصيا لخدمته وقد تضمنت نظرا وخلوة محرمة ولو باعتبار المظنة فيما يظهر، بخلاف ما إذا لم تتضمن ذلك، وعليه يحمل كلام الروضة، وفي معنى المحرم ونحوه الممسوح قال الإسنوي وغيره: وسكتوا عن إغارة العبد للمرأة وهو كعكسه بلا شك، ولو كان المستعير أو المعار خنثى امتنع احتياطا، والمفهوم من الامتناع فيه وفي الأمة الفساد كالإجارة للمنفعة المحرمة، وهو ما بحثه في الروضة في صورة الأمة واستشهد عليه بإطلاق الجمهور نفي الجواز وهو المعتمد، وقضية كلام الروضة وجوب الأجرة في الفاسدة وهو كذلك، وقدمت في الرهن ما يعلم منه أنه لا يخالف ذلك قولهم: إن فاسد العقود كصحيحها في الضمان وعدمه، وإن زعم المخالفة بعض المتأخرين، وتجوز إغارة صغيرة وقبيحة يؤمن من الأجنبي على كل منهما لانتفاء خوف الفتنة كما

ذكره في الروضة وهو الأصح خلافا للإسنوي في الثانية، والأوجه أنه يلحق بالمشتهاة الأمرد الجميل ولو لمن لم يعرف بالفجور وإن أوهم كلام الزركشي تقييد المنع بمن عرف به، وإنما جاز إيجار حسناء لأجنبي والإيضاء له بمنفعتها لأنه يملك المنفعة فينقلها لمن شاء، والمعير لا يعير فينحصر استيفاءه بنفسه: أي أصالة حتى لا ينافي ما مر من جواز إنابته.

(وتكره) كراهة تنزيه (إعارة) وإجارة (عبد مسلم لكافر) واستعارته لأن فيها نوع امتهان له، وقيل يحرم واختاره السبكي، ويكره استعارة وإعارة فرع أصله ما لم يقصد ترفيحه فيندب، وإعارة أصل نفسه لفرعه واستعارة فرع أباه منه ليست حقيقة عارية لما مر في السفية فلا كراهة فيهما. وتحرم إعارة خيل وسلاح لحربي ونحو مصحف لكافر وإن صحت وفارقت المسلم لأنه يمكنه دفع الذل عن نفسه بخلافها.

(والأصح) في ناطق (اشتراط لفظ) يشعر بالإذن أو بطلبه إذ الانتفاع يملك الغير يتوقف على ذلك ويلحق بذلك كتابة مع نية وإشارة أخرس واللفظ المشعر بذلك (كأعرتك) هذا أو أعرتك منفعته وإن لم يصفه للعين كتنظيره في الإجارة (أو أعرتني) أو خذه لتنتفع به أو أبحتك منفعته وكأركب وأركبني، ولو شاع أعرتني في القرض كما في الحجاز كان صريحا فيه، قاله في الأنوار، وعليه فيفرق بينه وبين قولهم في الطلاق لا أثر للإشاعة في الصراحة بأنه يحتاط للأبضاع ما لا يحتاط لغيرها، وظاهر كلامهم صراحة جميع هذه الألفاظ ونحوها وأنه لا كناية للعارية، وفيه توقف ظاهر.

(ويكفي لفظ أحدهما مع فعل الآخر) وإن تأخر أحدهما عن الآخر كالوديعة فيما يظهر خلافا لمن فرق بينهما إذ ظن الرضا حاصل حينئذ، وقد يحصل من غير لفظ ضمنا كأن فرش له ثوبا ليجلس عليه على ما جرى عليه المتولي ونقله الشيخان عنه نقل الأوجه الضعيفة وجرى عليه ابن المقرئ في بعض نسخ المروض وجزم به في العباب، وهو مبني على أن العارية لا يشترط فيها لفظ والأصح خلافه وحينئذ فيكون ذلك إباحة لا عارية، ولا دليل للأول فيما يأتي فيمن أركب منقطعا دابته بلا سؤال لإمكان حمل نفي ذلك على الجهتين، أما من أحدهما فلا بد منه وأنه لا يشترط في ضمان العارية كونها بيد المستعير، وخرج منه جلوسه على مفروش للعموم فهو إباحة حتى عند المتولي وكان أذن له في حلب دابته واللبن للحالب فهي مدة الحلب عارية تحت يده، وكان سلمه البائع المبيع في ظرف فهو عارية، وكان أكل الهدية من ظرفها المعتاد أكلها منه وقبل أكلها هو أمانة، ومقابل الأصح لا

يشترط اللفظ حتى لو رآه حافيا فأعطاه نعلا أو نحو ذلك كان عارية.

(ولو) (قال أعرتكه) أي فرسي مثلا (لتعلمه) أو على أن تعلمه (أو لتعيرني فرسك) (فهو إجارة) نظرا للمعنى وهو وجود العوض (فاسدة) لجهالة المدة، والعوض مع التعليق في الثانية (توجب أجرة المثل) إذا مضى بعد قبضه زمن يقابل بأجرة ولا ضمان عليه بتلفها كالمؤجرة، وكلامهم هذا صريح في وجوب مؤنة المستعار على المعير دون المستعير، وهو كذلك سواء أكانت العارية صحيحة أم فاسدة، فإن أنفق لم يرجع إلا بإذن حاكم أو إشهاد بينة الرجوع عند فقده. أما لو عين المدة والعوض كأعرتك هذه شهرا من الآن بعشرة دراهم، أو لتعيرني ثوبك هذا شهرا من الآن فقبل فهو إجارة صحيحة كما في الأنوار وهو أصح الوجهين ولا يبرأ إلا بردها للمالك أو وكيله دون نحو ولده وزوجته فيضمنها وهو طريق. نعم يبرأ كما في الروضة بردها لما أخذها منه إن علم المالك به ولو بخبر ثقة فتركها فيه، ولو استعارها ليركبها فركبها مالكا معه ضمن نصفها فقط، ولو قال: أعطها لهذا ليجيء معي في شغلي فهو المستعير أو في شغله فالراكب إن وكله وليس طريقا كوكيل السوم وإلا فهو المستعير والقرار على الراكب.

(ومؤنة الرد) للعارية حيث كان له مؤنة أو عند الحجر عليه (على المستعير) من المالك أو نحو مستأجر رد عليه للخبر الصحيح {على اليد ما أخذت حتى تؤديه} ولأنه قبضها لغرض نفسه. أما إذا رد على المالك فالمؤنة عليه كما لو رده عليه معيره، وظاهر كلامهم عدم الفرق بين بعد دار هذا عن دار معيره وعدمه، ووجهه أنه منزل منزلة معيره، ومعيره لو كان في محله لم تلزمه مؤنة، فسقط ما للأذرعى هنا، ويجب الرد فورا عند طلب معير أو موته أو عند الحجر عليه فيرد لوليه، فإن أخر بعد علمه وتمكنه ضمن مع الأجرة ومؤنة الرد. نعم لو استعار نحو مصحف أو مسلم فارتد مالكا امتنع رده إليه بل يتعين للحاكم.

(فإن) (تلفت) العين المستعارة أو شيء من أجزائها، ومنها ما لو أركب مالكا عليها منقطعا وإن قصد به وجه الله تعالى ولم يسأله في ذلك لأنها تحت يده (لا باستعمال) مأذون فيه كسقوطها في بئر حالة سيرها، وقياسه كما قاله الغزي: إن عثورها حال الاستعمال بذلك، وظاهره عدم الفرق بين أن يعرف ذلك من طبعها أو لا، والأوجه تقييده بما إذا لم يكن العثور مما أذن في حمله عليها على أن جمعا اعترضوه بأن التعثر يعتاد كثيرا: أي ولا تقصير منه. ومحله إن لم يتولد من شدة إزعاجها وإلا فهو ضامن

لتقصيره وكأن جنى الرقيق أو صالت الدابة فقتلا للدفع ولو من مالكهما نظير قتل المالك قنه المغصوب إذا صال عليه فقصد دفعه فقط (ضمنها) بدلا أو أرشا للخبر المار بل عارية مضمونة حتى لو أعارها بشرط أن تكون أمانة لغا الشرط كما ذكرناه ولم يتعرضا لصحتها ولا فسادها، ومقتضى كلام الإسني صحتها والأوجه فسادها ولا يعتبر للضمان التفريط فيضمنها (ولو لم يفرط) وسيأتي كيفية ضمانها آخر الباب ولو استعار دابة ومعها تبع لم يضمنه لأنه إنما أخذه لعسر حبسه عن أمه، وكذا لو تبعها ولدها ولم يتعرض مالكها له بنفي ولا إثبات فهو أمانة: قاله القاضي، ولا تضمن ثياب الرقيق المستعار لأنه لم يأخذها لاستعمالها، بخلاف إكاف الدابة كما قاله البغوي في فتاويه، ولا يضمن المعير جلد الأضحية المندورة، ولا يضمنه المستعير لو تلف في يده كما قاله البلقيني لا بنتاء يده على يد من ليس بمالك، ولا المستعار للرهن لو تلف في يد المرتهن، ولا ضمان عليه ولا على المستعير نظير ما مر ولا صيدا استعاره من محرم، ولا ما قبضه من مال بيت المال من له فيه حق، لكن مر أنه ليس بعارية ولا كتابا موقوفا على المسلمين وهو أحدهم، وقد أفتى بذلك الأذرعي، ولا ما صالح به على منفعة أو جعل رأس المال منفعة أو أصدق زوجته المنفعة، فإنه إذا أعار مستحق المنفعة شخصا وتلف تحت يده فلا ضمان.

(والأصح أنه) أي المستعير (لا يضمن ما ينمحق) أي يتلف من ثوب أو نحوه (أو ينسحق) أي ينقص كما في المحرر (باستعمال) مأذون فيه لحدوثه بإذن المالك فهو كما لو قال: اقتل عبدي والثاني يضمن مطلقا لما مر (والثالث) وهو من زيادة المصنف (يضمن المنمحق) دون المنسحق، إذ مقتضى الإعارة الرد ولم يوجد في الأول، وموت الدابة كالانمحاق وتفرح ظهرها وعرجها باستعمال مأذون فيه، وكسره سيفا أعاره ليقاتل به كالانسحاق كما قاله الصيمري في الأخيرة، ومر جواز إعارة المنذور لكن يضمن كل من المعير والمستعير ما نقص منه بالاستعمال، ولو استعار رقيقا لتنظيف نحو سطح فسقط من سلمه ومات ضمنه بخلاف ما لو استأجره، ولا يشترط في ضمان المستعير كون العين في يده بل يضمن ولو كانت بيد المالك كما صرح به الأصحاب، وفي الروضة لو حمل متاع غيره على دابته بسؤال الغير كان مستعيرا لكل الدابة إن لم يكن عليها شيء لغير المستعير وإلا فبقدر متاعه، ولا يعارض ذلك قولهما نقلا عن أبي حامد وغيره: لو سخر رجلا ودابته فتلفت الدابة في يد صاحبها لم يضمنها المسخر لأنها في يد صاحبها لأن هذا من ضمان الغصب ولا بد فيه من

الاستيلاء وهو مفقود، وكلامنا هنا في ضمان العارية ولا يشترط فيها ذلك لحصولها بدونه، وهذا أولى مما أشار له القمولي من ضعف أحد الموضوعين، ولو اختلفا في حصول التلف بالاستعمال المأذون فيه أو لا صدق المستعير بيمينه كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى لعسر إقامة البينة عليه ولأن الأصل براءة ذمته، خلافا لما عزي للجلال البلقيني من تصديق المعير وما وجه به من أن الأصل في العارية الضمان حتى يثبت مسقطه غير صحيح إذ محل ضمانها أصالة بالنسبة للبد لا للذمة، وكلام البلقيني في تعلقه بالذمة وهو أمر طارئ على الأصل فافهم.

(والمستعير من مستأجر) أو موصى له أو موقوف عليه بقيديهما السابقين أو مستحق منفعة بنحو صداق أو سلم أو صلح (لا يضمن) التالف (في الأصح) لأن يده نائبة عن يد غير ضامنة، هذا إن كانت الإجارة صحيحة، فلو كانت فاسدة ضمنا معا والقرار على المستعير كما قاله البغوي في فتاويه، ولا ينافيه قولهم فاسد كل عقد كصحيحه، إذ الفاسدة ليست حكم الصحيحة في كل ما تقتضيه بل في سقوط الضمان بما تناوله الإذن لا بما اقتضاه حكمهما، والثاني يضمن كالمستعير من المالك.

(ولو) (تلفت دابته في يد وكيل) له (بعثه في شغله أو) تلفت (في يد من سلمها إليه ليروضها) أي يعلمها المشي الذي يستريح به راكبها (فلا ضمان) عليه حيث لم يفرض لأنه إنما أخذها لغرض المالك، فإن تعدى كما لو ركبها في غير الرياضة ضمن كما لو سلمه قنه ليعلمه حرفة فاستعمله في غيرها.

(وله) أي المستعير (الانتفاع) بالمعار (بحسب الإذن) لرضا المالك به دون غيره لو أعاره دابة ليركبها لمحل كذا ولم يتعرض للركوب في رجوعه جاز له الركوب فيه كما نقله وأقراه بخلاف نظيره من الإجارة، والفرق بينهما لزوم الرد للمستعير فيتناول الإذن الركوب في عوده عرفا، ولا كذلك المستأجر فلا رد عليه، ويؤخذ منه أن المستعير الذي لا يلزمه رد كالمستأجر ويحتمل خلافه، ولو جاوز المحل المشروط لزمه أجره مثل الذهاب منه والعود إليه، وله الرجوع منه راكبا كما صححه السبكي وغيره بناء على أن العارية لا تبطل بالمخالفة وهو ما صحاه (فإن أعاره لزراعة حنطة) مثلا (زرعها) لإذنه فيها (ومثلها) أو دونها بالأولى في الضرر كالفول والشعير لا أعلى منها كذرة وقطن (إن لم ينهه) فإن نهاه عن المثل والأدون امتنعا أيضا اتباعا لنهيه وعلم منه ما صرح به. أصله أنه لو عين نوعا ونهى عن غيره اتبع (أو) أعاره أرضا (لشعير) يزرعه فيها (لم يزرع فوقه) ضررا (كحنطة) بل

دونه ومثله، ونكر المصنف الحنطة والشعير وإن عرفهما في المحرر إشارة إلى عدم الفرق في التفصيل المذكور بين أعرتك لزراعة الحنطة أو حنطة، وترجيح الإسنوي أنه إذا أشار لمعين منهما وأعاره لزراعتة لا يجوز الانتقال عنه. قال: ولهذا عرفهما في المحرر فيه نظر، والصحيح في الإجارة الجواز فكذا هنا، وصرح في الشعير بما لا يجوز فقط عكس الحنطة تفننا ولدلالة كل على الآخر ففيه نوع من أنواع البديع المشهورة وحيث زرع ما ليس له زرعه فللمالك قلعه مجانا، فإن مضت مدة لمثلها أجرة لزمه جميع أجرة المثل على المعتمد كما قاله الأذرعي هو الأوجه والزركشي أنه أرجح، ويفارق نظيره في الإجارة بأن المستأجر استوفى ما كان يملكه مما لا يقبل الرد بزيادة، والمستعير لا يملك شيئا، فهو بعدوله عن الجنس كالراد لما أبيح له فلا يسقط بإزائه عنه شيء (ولو) (أطلق) المعير (الزراعة) أي الإذن فيها كأعرتك للزراعة أو لتزرعها (صح) عقد الإجارة (في الأصح ويزرع ما شاء) لإطلاق اللفظ ومحله كما قاله الأذرعي وأفتى به الوالد رحمه الله إذا كان مما يعتاد زرعه ثم ولو نادرا حملا للإطلاق على الرضا. والثاني لا يصح لتفاوت ضرر المزروع، وإنما لم يكلف الاقتصار على أخف الأنواع ضررا لأن المطلقات إنما لم تنزل على الأقل ضررا لئلا يؤدي إلى النزاع، والعقود تصان عن ذلك، قاله البلقيني جوابا عن قولهما لو قيل لا يزرع إلا أقل الأنواع ضررا لكان مذهبنا، ولو قال له: لتزرع ما شئت زرع ما شاء جزما.

(وإذا استعار لبناء أو غراس فله الزرع) إن لم ينه لأنه أخف (ولا عكس) لأن ضررهما أكثر ويقصد بهما الدوام (والصحيح أنه لا يغرس مستعير لبناء وكذا العكس) لاختلاف الضرر فإن ضرر البناء في ظاهر الأرض أكثر من باطنها، والغراس بالعكس لانتشار عروقه وكالزرع ما يغرس في عامه للنقل ويسمى الشتل. والثاني يجوز ما ذكر لأن كلا من الغراس والبناء للتأبيد، وإذا استعار لواحد مما ذكر ففعله ثم مات أو قلعه ولم يكن قد صرح له بالتجديد مرة بعد أخرى لم يجر له فعل نظيره ولا إعادته مرة ثانية إلا بإذن جديد (و) الصحيح (أنه لا تصح إعادة الأرض مطلقة بل يشترط تعيين نوع المنفعة) قياسا على الإجارة. نعم لو عمم فقال لتنتفع بها كيف شئت أو بما بدا لك صح وينتفع بما شاء كالإجارة، ومقتضى التشبيه تقييده بما كان معتادا نظير ما مر، وبه جزم ابن المقري، فالقول بأنه مبني على المرجوح المار في إطلاق الزراعة غير صحيح والثاني يصح واختاره السبكي، والأرض مثال لما ينتفع بجهتين أو أكثر كالدابة، أما ما انحصرت منفعته في جهة واحدة كبساط لا

يصلح إلا للفرش فلا يحتاج في إعارته إلى بيان الانتفاع، ويستعمل في ذلك بالمعروف قال في المطلب: وكذا لو كان الانتفاع بجهات لكن إحداها هي المقصود منه عادة اهـ.

(فصل)

في بيان جواز العارية وما للمعير وعليه بعد الرد في عارية الأرض وحكم الاختلاف

وهي من العقود الجائزة من الطرفين كالوكالة، فحينئذ (لكل منهما) أي المعير والمستعير (رد العارية) ولو مؤقتة بوقت لم ينقض أمده (متى شاء) لأنها مبررة من المعير وارتفاق من المستعير فالإلزام غير لائق بها، والرد في المعير بمعنى الاسترداد الذي عبر به أصله، ولو استعمل المستعار أو المباح له منافعه بعد الرجوع جاهلا فلا أجره عليه كما مر، فلا ينافيه قولهم إن الضمان لا يختلف بالعلم والجهل إذ محله عند عدم تسليط المالك ولم يقصر بترك إعلامه، وفارق نظيره في الوكالة بأنها عقد والإعارة إباحة، وإنما ضمن وكيل اقتص جاهلا بعفو موكله لأنه مقصر بتوكيله في القود إذ هو غير مستحب، لأن العفو مطلوب فضمن زجرا عن التوكيل فيه، ولو أعاره لحمل متاعه إلى بلد فرجع قبل وصوله لزمه لكن بالأجرة نقل متاعه إلى مأمّن، ويظهر أن مثله في ذلك نفسه إذا عجز عن المشي أو خاف وعلم من جوازها كالوكالة انفساخها بموت أحد المتعاقدين أو جنونه أو إغمائه أو الحجر عليه بسفه، وكذا بحجر فلس على المعير كما بحثه الشيخ، وحيث انفسخت أو انتهت وجب على المستعير أو ورثته إن مات ردها فورا كما مر وإن لم يطلب المعير، فإن آخر الورثة لعدم تمكنهم ضمننت في التركة ولا أجره وإلا ضمنوها مع الأجرة، ومؤنة الرد في هذه عليهم وفيما قبلها على التركة، فإن لم تكن لم يلزمهم سوى التولية، وكالورثة في ذلك وليه لو جن أو حجر عليه بسفه.

والمراد بجواز العارية جوازها أصالة وإلا فقد يعرض لها اللزوم من الجانبين أو أحدهما كما أشار إليه بقوله (إلا إذا) (أعار لدفن) ميت محترم ودفن (فلا يرجع حتى يندرس أثر المدفون) بحيث لا يبقى منه شيء فيرجع حينئذ بأن يكون قد أذن له في تكرير الدفن وإلا فالعارية انتهت وذلك لأنه دفن بحق وفي النباش هتك حرمة، ولا يرد عليه عجب الذنب فإنه وإن لم يندرس إلا أن الكلام في الأجزاء التي تحس وهو لا يحس، وحكم الورثة حكم مورثهم في عدم الرجوع، ولا أجره لذلك محافظة على حرمة الميت ولقضاء العرف بعدم الأجرة والميت لا مال له، وعلم من تعبيره بالاندراس

لزومها في دفن النبي والشهيد لعدم بلائهما، فلا يرد أن هذا كله إن رجع بعد تمام الدفن، فلو رجع بعد وضع الميت في القبر ولم يوار لم يؤثر كما اقتضاه كلام الشرح الصغير، وهو المعتمد وإن نقل في الروضة عن المتولي من غير مخالفة جوازه وللمعير سقي شجرة المقبرة إن أمن ظهور شيء من الميت وضرره، ولو أظهره السيل من قبره وجب إعادته فيه فوراً ما لم يمكن حمله إلى موضع مباح يمكن دفنه فيه من غير تأخير فلا يجوز كما بحثه ابن الرفعة، وعلى المعير لولي الميت كما في الروضة مؤنة حفر ما رجع فيه قبل الدفن لأنه المورط له، وفارق ما لو بادر إلى الأرض بعد تكريب المستعير لها فإنه لا يلزمه أجره التكريب بأن الدفن لا يمكن بدون الحفر والزرع يمكن بدون التكريب، ويؤخذ منه أنه لو أعاره لغراس أو بناء من لازمه التكريب ورجع بعده غرم له أجره الحفر وهو كذلك، وأنه لو انفسخت بنحو جنون المعير لم تلزمه مؤنة حفر القبر كما يؤخذ من التعليل، ولا يلزم الوارث طم ما حفره للإذن له فيه. وفي الروضة عن البيان: لو أعاره أرضاً لحفر بئر فيها صح، فإذا نبع الماء جاز للمستعير أخذه لأنه مباح بالإباحة وللمتولي تفصيل حاصله أن للمعير إذا رجع منعه من الاستقاء وله طمها مع غرم ما التزمه من المؤنة وتملكها بالبدل إن كان له فيها عين كأجر وخبث، وإلا فإن قلنا القسارة ونحوها كالأعيان، وهو الأصح فكذلك وإلا فلا، والتقرير بأجرة إن احتاج الاستقاء إلى نحو استطراق في ملكه وأخذها في مقابلته، فإن أخذها في مقابلة الماء فلا بد من شروط المبيع أو ترك الطم لم يجز لأن وضع الإجارة جلب النفع لا دفع الضرر، فإن كانت بئر حش أو يجتمع فيها ماء المزاريب، وأراد الطم أو التملك فكما مر، أو التقرير بعوض فكما لو صالح على إجراء الماء على سطح بمال وإلا إذا أعار كفنا وكفن فيه وإن لم يدفن فإن الأصح بقاؤه على ملكه ولا يرجع فيه حتى يندرس أيضاً، وإلا إذا قال أعيروا داري بعد موتي لزيد سنة مثلا وخرجت من الثلث فيمتنع على الوارث الرجوع، أو نذر أن يعيره مدة معلومة أو أن لا يرجع، وإلا إذا رجع معير سفينة بها أمتعة موضوعة وهي في اللجة ويستحق الأجرة من حينئذ كما بحثه ابن الرفعة كما لو رجع قبل انتهاء الزرع، وإلا إذا أعار ثوبا للستر أو الفرش على نجس في مفروضة كما بحثه الإسني لحرمة قطع الفرض، ويوافق قول البحر ليس للمعير الاسترداد ولا للمستعير الرد إلا بعد فراغ الصلاة، لكن يرد على ذلك قول المجموع: لو رجع المعير في أثناء الصلاة نزعه وبنى على صلاته ولا إعادة عليه بلا خلاف، وقياسه ذلك في المفروش على النجس إلا أن عليه

الإعادة، وعلى الأول فالأوجه لزوم الاقتصار على أقل مجزئ من واجباتها بعد الرجوع، وقد حمل الوالد رحمه الله تعالى الأول على ما إذا استعار ذلك ليصلي فيه الفرض ورجع بعد الشروع فهي لازمة من جهتهما. والثاني على ما إذا استعارها لمطلق الصلاة فتكون لازمة من جهة المستعير فقط إن أحرم بفرض، وللمعير الرجوع ونزع الثوب، ولا إعادة وجائزة من جهتهما إن أحرم بنفل، وإلا إذا أعار سترة ليستتر بها في الخلوة أو أعار دارا لسكنى معتدة فهي لازمة من جهة المستعير، وإلا إذا أعار جذعا ليسند به جدارا مائلا فيمتنع الرجوع فيما يظهر وفاقا للبحر، والأوجه ثبوت الأجرة له، وكذا لو أعار ما يدفع به عما يجب الدفع عنه كآلة لسقي محترم أو ما يقي نحو برد مهلك أو ما ينقذ به غريقا، وقياس ما مر ثبوت الأجرة أيضا.

(وإذا) (أعار للبناء أو) لغرس (الغراس ولم يذكر مدة) بأن أطلق (ثم رجع) بعد البناء والغراس (إن كان) المعير (شرط القلع مجانا) أي بلا بدل (لزمه) عملا بالشرط، فإن امتنع فللمعير القلع، ويلزم المستعير أيضا تسوية حفر إن شرطها وإلا فلا، واحترز بمجانا عما لو شرط القلع وغرم أرش النقص. فيلزمه، وإن ذهب جمع تبعا للنص والجمهور إلى أن الصواب حذف مجانا، ولو اختلفا في وقوع شرط القلع بلا أرش أو معه صدق المعير خلافا لما بحثه الأذرعي كما لو اختلفا في أصل العارية، لأن من صدق في شيء صدق في صفته، وإن ذهب بعضهم إلى تصديق المستعير لأن الأصل عدم الشرط واحترام ماله (وإلا) بأن لم يشترط عليه القلع (فإن اختار المستعير القلع) بلا أرش لأنه ملكه وقد رضي بنقصه (ولا تلزمه تسوية الأرض في الأصح) لأن الإعارة مع علم المعير بأن للمستعير أن يقلع رضا بما يحدث من القلع (قلت: الأصح تلزمه) التسوية (والله أعلم) لأنه قلع باختياره ولو امتنع منه لم يجبر عليه فيلزمه إذا قلع ردها إلى ما كانت عليه ليرد كما أخذ، وهذا هو مرادهم بالتسوية عند إطلاقها فلا يكلف ترابا آخر لو كان ترابها لا يكفيها، ومحلها كما بحثه السبكي وغيره في حفر حاصله بالقلع، بخلاف ما حصل في زمن العارية لأجل الغرس والبناء فإنها حدثت بالاستعمال وهذا ظاهر، بل قال الأذرعي: إن كلام الأصحاب مصرح بهذا التفصيل، ولو حفر زائدا على حاجة القلع لزمه الزائد جزما (وإن لم يختر) المستعير القلع (لم يقلع مجانا) لاحترامه إذ هو موضوع بحق (بل للمعير الخيار) لأنه المحسن ولأنه مالك الأرض التي هي الأصل (بين أن يبقى به بأجرة) لمثله. واستشكل مع جهالة المدة فلذا قال الإسنوي: وأقرب ما يمكن سلوكه ما مر في

بيع حق البناء دائما على الأرض بعوض حال بلفظ بيع أو إجارة فينظر لما شغل من الأرض، ثم يقال لو أجر هذا لنحو بناء دائما بحال كم يساوي؟ فإذا قيل كذا أوجبناه، وعليه فالأوجه أن له إبدال ما قلع لأنه بذلك التقدير ملك منفعة الأرض على الدوام لأن المالك لما رضي بالأجرة وأخذها كان كأنه أجره الآن إجارة مؤبدة (أو يقلع) أو يهدم البناء وإن وقف مسجدا خلافا لما نقل عن ابن الرفعة أنه يتعين إبقاؤه بالأجرة (ويضمن أرش نقصه) وهو ما بين قيمته قائما ومقلوعا كما في الكفاية، ولا بد من ملاحظة كونه مستحق الأخذ لنقص قيمته حينئذ كما ذكره العمراني، والظاهر كما قاله ابن الرفعة أن مؤنة القلع على صاحب البناء، والغراس كالإجارة حيث يجب فيها ذلك على المستأجر، أما أجرة نقل النقص فعلى مالكة قطعا، ولو أراد تملك البعض وإبقاء البعض بالأجرة أو القلع بالأرش وإبقاء البعض فالأوجه كما بحثه الزركشي عدم إجابته لكثرة الضرر على المستعير، إذ ما جاز فيه التخيير لا يجوز تبغيضه كالكفارة (قيل أو يملكه) بعقد مشتمل على إيجاب وقبول ولا يلحق بالشفيع كما قال الإسنوي إنه يؤخذ من كلام الرافعي (بقيته) حال التملك مستحق القلع وهو الأصح كنظائره من الشفعة وغيرها، ومن ثم قيل إنهما جزما به في مواضع، وجرى عليه جمع متأخرون، ولم يعتمدوا ما في الروضة هنا من تخصيص التخيير بالتملك والقلع ولا ما في الكتاب فالمعتمد تخييره بين الأمور الثلاثة، بل نقل بعضهم الاتفاق على ذلك. قال الرافعي في باب الهبة في رجوع الأب في هبته: إنه يتخير بين الأمور الثلاثة كالعارية، وأيضا فيستفاد اعتماد ذلك من مجموع ما صححه المصنف في الروضة والكتاب، وقد يتعين الأول بأن بنى أو غرس شريك بإذن شريكه ثم رجع كما نقلاه عن المتولي وأقراه، فإن لم يرض بها أعرض عنها كما يأتي خلافا لابن الصلاح، ومحل التخيير بين الثلاثة إذا لم يوقف وإلا تخير بين الأولين وامتنع الثالث. وإذا لم توقف الأرض، فإن وقفت لم يقلع بالأرش إلا إذا كان أصلح للوقف من التبقية بالأجرة ولم يملك بالقيمة إلا إذا كان الواقف شرط جواز تحصيل مثلها من ريعه، وبذلك أفتى ابن الصلاح في نظيره من الإجارة. وظاهر ما تقرر أن التبقية بالأجرة تأتي في هذه الحالة حتى على ما مر عن الشيخين. وبحث في الإسعاد أن المعير لو كان ناظرا لم يتعذر عليه التملك لنفسه، ثم بعد انتقال الاستحقاق في الأرض لغيره ممن ليس وارثا له يبقى بأجرة المثل. ويمكن رده بأن التملك بالقيمة إنما هو تبع لملك الأرض، فحيث انتفى ملكها لوقفيتها امتنع على الناظر التملك وإنما جاز التملك من ريع

الوقف لأنه يصير بذلك وقفا تبعا للأرض، وإذا لم يكن على الغراس ثمر لم يبد صلاحه وإلا لم يتخير إلا بعد الجذاذ كما في الزرع لأن له أمدا ينتظر، قاله القاضي وغيره. قال الإسنوي: لكن المنقول في نظيره من الإجارة التخبير، فإن اختار التملك ملك الثمرة أيضا إن كانت غير مؤبرة وأبقاها إلى الجذاذ إن كانت مؤبرة، وإذا اختار ما له اختياره لزم المستعير موافقته، فإن أبى كلف تفريغ الأرض مجانا لتقصيره (فإن لم يختر) المستعير شيئا مما ذكر (لم يقلع مجانا) فيمتنع عليه ذلك (إن بذل) بالمعجمة: أي أعطى (المستعير الأجرة) لانتفاء الضرر (وكذا إن لم يبذلها في الأصح) لتقصير المعير بترك الاختيار مع رضاه بإتلاف منافعه، والثاني يقلع لأنه بعد الرجوع لا يجوز الانتفاع بماله مجانا (ثم) عليه (قيل يبيع الحاكم الأرض وما فيها) من بناء وغراس (ويقسم بينهما) ويجوز بيعهما بثمن واحد للضرورة فيوزع الثمن على قيمة الأرض مشغولة بالغراس أو البناء وعلى قيمة ما فيها وحده، فحصة الأرض للمعير وحصة ما فيها للمستعير كذا جزم به ابن المقري، وجزم به صاحب الأنوار والحجازي وقدم المصنف في الروضة كلام المتولي القائل بالتوزيع كما في الرهن (والأصح أنه) أي الحاكم (يعرض عنهما حتى يختارا شيئا) أي يختار المعير ما له اختياره ويوافق عليه المستعير قطعا للنزاع بينهما، وقوله يختار؛ المحكي عن خطه هنا وعن أصله وأكثر نسخ الشارحين قد ينافيه إسقاط الألف من خطه في الروضة، وصحح عليه واستحسنه السبكي وصوبه الإسنوي لأن اختيار المعير كاف في فصل الخصومة مع أنه مع حذف الألف يصح الإسناد لأحدهما الشامل للمستعير، لأنه إذا اختار ما له اختياره كالقلع مجانا تنفصل أيضا. وأيضا فالمعير وإن كان هو الأصل لكن لا يتم الأمر عند اختيار غير الثلاث إلا بموافقة المستعير كما قررناه فصح الإسناد إليهما، ثم فرع على الإعراض عنهما حتى يختارا فقال:

(وللمعير دخولها والانتفاع بها) في مدة المنازعة لأنها ملكه، ويؤخذ من التعليل كما في الخادم أنه لو كان البناء مسطبة امتنع الجلوس عليها وهو واضح، وله الاستناد إلى بناء المستعير وغراسه والاستتلال بهما وإن منعه كما مر في الصلح، وتمحل فرق بينهما غير صحيح، وإطلاق جمع امتناع الإسناد محمول على ما يضر حالا أو مآلا وإن قل. والأوجه كما في البحر عدم لزوم الأجرة مدة التوقف لأن الخيرة في ذلك إليه خلافا للإمام (ولا يدخلها المستعير بغير إذن) من المعير (لتفرج) وغيره من الأغراض التافهة كالأجنبي وهي مولدة قيل لعلها من انفراج الهم: أي انكشافه (وبجوز)

دخوله (للسقي والإصلاح) للبناء بغير آلة أجنبية ونحوها كاجتناء الثمر (في الأصح) صيانة لملكه عن الضياع، فإن عطل منفعتها بدخوله لم يلزمه أن يمكنه من دخولها إلا بأجرة كما نقله الرافعي عن التتمة وأقره. أما إصلاح البناء بالآلة أجنبية فلا يمكن منه لأن فيه ضررا بالمعير، لأنه قد يتعين له التملك أو النقص مع الغرم فيزيد الغرم عليه من غير حاجة إليه بخلاف إصلاحه بآلته، كما أن سقي الشجر يحدث فيها زيادة عين وقيمة. والثاني لا لأنه يشغل ملك الغير إلى أن ينتهي إلى ملكه، وقد علم من جواز المدخول لما ذكرناه جوازه لأخذ الثمار بالأولى

(ولكل) منهما (بيع ملكه) من صاحبه وغيره وبثبت للمشتري من كل ما كان لبائعه أو عليه، نعم إن كان جاهلا بالحال فله الفسخ (وقيل ليس لمستعير بيعه لثالث) إذ بيعه غير مستقر لأن للمعير تملكه. ورد بأن غايته أنه كشقص مشفوع، وقيل ليس للمعير ذلك أيضا للجهل بأمر البناء والغراس، ولو اتفقا على بيع الجميع من ثالث بثمن واحد جاز للضرورة ووزع كما مر (والعارية المؤقتة) لبناء أو غراس أو غيرهما (كالمطلقة) فيما مر من الأحكام إذا انتهت المدة أو رجع قبل انقضائها إذ التأقيت وعد لا يلزم، وبيان المدة كما يحتمل كونه للقلع يحتمل كونه لمنع الإحداث أو لطلب الأجرة (وفي قول له القلع فيها) أي المؤقتة بعد المدة (مجانا إذا رجع) أي انتهت بانتهاء المدة لأن فائدة التأقيت القلع بعد المدة، وجوابه ما مر قبيله

(وإذا) (أعار) أرضا (لزراعة) مطلقا (ورجع قبل إدراك الزرع) (فالصحيح أن عليه الإبقاء إلى الحصاد) إن نقص بالقلع قبله لأنه محترم وله أمد ينتظر بخلاف البناء والغراس. ومقابل الأصح وجهان: أحدهما له القلع ويغرم أرش نقصه، وثانيهما له التملك بالقيمة في الحال. أما إذا لم ينقص بالقلع وإن لم يعتد قطعه أو اعتيد قلعه لكونه قصيلا فإنه يكلف ذلك كما بحثه ابن الرفعة لانتفاء الضرر (و) الصحيح (أن له الأجرة) أي أجرة مدة الإبقاء من وقت رجوعه إلى حصاده لانقطاع الإباحة به، فأشبه ما لو أعاره دابة ثم رجع في أثناء الطريق فإن عليه نقل متاعه إلى مأمن بأجرة المثل كما مر. والثاني لا أجرة له لأن منفعة الأرض إلى الحصاد كالمستوفاة بالزرع (فلو) (عين) المعير (مدة) للزراعة (ولم يدرك) أي الزرع (فيها لتقصيره) أي المستعير (بتأخير الزراعة) أو بنفسها كان كان على الأرض نحو ثلج أو سيل ثم زرع بعد زواله ما لا يدرك في بقية المدة أو زرع غير المعين مما يبطل أكثر منه كما في نظيره الآتي في الإجارة نبه عليه الإسنوي (قلع مجاناً) لما

تقرر من تقصيره، وعليه أيضا تسوية الأرض، فإن لم يقصر لم يقلع
مجانا كما لو أطلق سواء كان عدم الإدراك لنحو برد أم لقصر
المدة المعينة

(ولو) (حمل السيل) أو نحو الهواء (بذرا) بمعجمة: أي ما
سيصير مبدورا ولو نواة أو حبة لم يعرض عنها مالكةا (إلى أرض)
لغير مالكة (فنبت فهو) أي النبات (لصاحب البذر) لأنه عين ماله
تحول إلى صفة أخرى فلم يزل ملكه عنه، ويجب رده إليه إن حضر
وعلمه، وإلا فللحاكم لأنه مال ضائع. أما ما أعرض عنه مالكة وهو
ممن يعتد بإعراضه لا كمحجور سفه فهو لرب الأرض إن قلنا بزوال
ملك مالكة عنه بمجرد الإعراض. واعلم أنه سيعلم مما يأتي قبيل
الأضحية جواز أخذ ما يلقي مما يعرض عنه غالبا، ويؤخذ منه أن ما
هنا كذلك يملكه مالك الأرض هنا وإن لم يتحقق إعراض المالك،
وحيث فالشرط أن لا يعلم عدم إعراضه لا أن يعلم إعراضه وإن
أوهم كلامهم هنا خلاف ذلك (والأصح أنه يجبر على قلعه) لانتفاء
إذن المالك فيه فصار شبيها بما لو انتشرت أغصان شجرة غيره
إلى هواء داره فإن له قطعها، ولا أجره لمالك الأرض على مالك
البذر لمدته قبل القلع وإن كان كثيرا كما في المطلب لعدم الفعل
منه ومن ثم أجبر على تسوية الحفر الحاصلة بالقلع لأنه من فعله.
والثاني لا يجبر لأنه غير متعد به فهو كالمستعير

(ولو) (ركب دابة) لغيره (وقال لمالكها أعرتنيها، فقال) له (بل
أجرتكها) مدة كذا بكذا، ويجوز كما رجحه السبكي إطلاق الأجرة
بناء على الأصح الآتي أن الواجب أجره المثل (أو اختلف مالك
الأرض وزارعها كذلك فالمصدق المالك على المذهب) في
استحقاق الأجرة أو القيمة بتفصيلهما الآتي لا في بقاء العقد لو
بقي، إذ الغالب أنه لا يأذن في الانتفاع بملكه إلا بمقابل، فيحلف
لكل يمينا تجمع نفيا وإثباتا أنه ما أعاره بل أجره واستحق أجره
المثل إن وقع الاختلاف مع بقائها وبعد مضي مدة لها أجره، فإن
وقع قبل مضي تلك المدة صدق مدعي العارية بيمينه جزما لأنه لم
يتلف شيئا حتى يجعل مدعي لسقوط بدله أو بعد تلفها، فإن لم
تمض مدة لها أجره فذو اليد مقر بالقيمة لمنكرها، وإلا فهو مدع
للمسمى وذو اليد مقر له بأجرة المثل والقيمة، فإن لم يزد
المسمى عليهما أخذه بلا يمين وإلا حلف للزائد. والثاني يصدق
الراكب والزارع لأن المالك وافقهما على إباحة المنفعة لهما،
والأصل براءة ذمتهما من الأجرة التي يدعيها. والثالث يصدق
المالك في الأرض دون الدابة لأن الدابة تكثر فيها الإعارة بخلاف
الأرض (وكذا) يصدق المالك فيما (لو) (قال) الراكب أو الزارع

(أعرتني وقال المالك لقد غصبتك مني) وقد مضت مدة لمثلها
أجرة والعين باقية لأن الأصل عدم الإذن فيحلف ويستحق أجرة
المثل. والثاني أن القول قول المستعير لأن الظاهر أن تصرفه
بحق (فإن تلفت العين) قبل ردها تلفا تضمن به العارية (فقد اتفقا
على الضمان) لها لضمان كل من المعار والمغصوب (لكن) هي
للاستدراك ووجهه خلافا لمن زعم أنه لا وجه له أن قوله اتفقا على
الضمان يقتضي مساواة ضمان العارية لضمان الغصب الذي
سيذكره، وما قبله من ذكر الاختلاف يقتضي تخالفهما وأنه متفق
عليه، فبين تحالفهما بذكر ما تضمن به العارية هنا المخالف لما
سيذكره في الغصب وما فيها من الخلاف المشتمل على بيان
اتحادهما على وجه (الأصح أن العارية تضمن بقيمة يوم التلف)
متقومة كانت أو مثلية كما هو ظاهر كلامهم، وجرى عليه الإسنادي
وغيره وجزم به في الأنوار وأفتى به الوالد رحمه الله تعالى؛ فقد
قال الروياني في البحر: لا يضمنه بالمثل بلا خلاف، فالمذهب أنه
يضمن بالقيمة وإن كان مثليا. قلت: ويمكن توجيهه بأن رد عين
مثلها مع استعمال جزء منها متعذر فصار بمنزلة نقد المثل فيرجع
للقيمة و (لا) تضمن العارية (بأقصى القيم ولا بيوم القبض) خلافا
لمقابل الأصح، ولو أعاره شيئا على أن يضمنه إذا تلف بأكثر من
قيمه فإجارة فاسدة كما في التهذيب، وإن ذهب بعضهم إلى أن
الأقيس أنها إجارة فاسدة أو بشرط أنها أمانة أو ضمانها بقدر معين
فسد الشرط والعارية فيما يظهر خلافا لمن ذهب إلى فساده فقط
(فإن كان) (ما يدعيه المالك) بالغصب (أكثر) من قيمة يوم
التلف (حلف للزيادة) أنه يستحقها. وأما مساوئها وما دونه فيأخذه
من غير يمين لاتفاقهما عليه نظير ما مر. وذكر في الروضة أنه لو
قال المالك غصبتني وذو اليد أودعني حلف المالك على نفي
الإيداع لأنه يدعي عليه الإذن والأصل عدمه وأخذ القيمة إن تلف
والأجرة إن مضت مدة لمثلها أجرة، ومحلها حيث لا استعمال من
ذو اليد وإلا فالمصدق المالك من غير يمين. ولا يخالف ما تقرر ما
مر في الإقرار من أنه لو أقر بألف ثم فسرها الوديعة قبل: أي
سواء أقال أخذتها منه أم دفعها إلي ولم ينظر لدعوى المقر له
الغصب لأن الفرق بينهما كون الألف لم تثبت ثم إلا بإقراره
فيصدق في صفة ثبوتها. ويؤيده قولهم من كان القول قوله في
أصل الإذن كان القول قوله في صفته، ولأنه لا أصل هنا يخالف
دعواه الوديعة، بخلافه فيما نحن فيه فإنه لما علم أن يده على
العين اقتضى ذلك ضمانه إذ هو الأصل في الاستيلاء على مال الغير
فدعواه الإذن يخالف أصل الضمان الناشئ عن الاستيلاء والأصل

عدم الإذن فيصدق المالك. وبما تقرر ظهر ضعف قول البغوي لو دفع لغيره ألفا فهلك فادعى الدافع القرض والمدفوع له الوديعة صدق المدفوع له، وقد أفتى الوالد رحمه الله تعالى بتصديق المالك، ويؤيده قول الأنوار عن منهاج القضاة: لو قال بعد تلفه دفعته قرضا وقال الآخر بل وكالة صدق الدافع.

{كتاب الغصب}

(هو) لغة: أخذ الشيء ظلما، وقيل بشرط المجاهرة. وشرعا (الاستيلاء) ومداره على العرف كما يظهر بالأمثلة الآتية، فليس منه منع المالك من سقي زرعه أو ماشيته حتى تلف فلا ضمان لانتفاء الاستيلاء سواء أقصد منعه عنه أم لا على الأصح، وفارق هذا هلاك ولد شاة ذبحها بأنه ثم أتلغ غذاء الولد المتعين له بإتلاف أمه بخلافه هنا، وبهذا الفرق يتأيد ما يأتي عن ابن الصلاح وغيره قبيل والأصح أن السمن ويأتي قبيل قول المصنف: فإن أراد قوم سقي أرضهم فيمن عطل شرب ماء الغير ما يؤيد ذلك (على حق الغير) ولو كلبا وخمرا محترمين، وشمل الاختصاصات كحق متحجر ومن قعد بنحو مسجد أو شارع لا يزج عنه وجعل المصنف في دقائقه حبة البر غير مال مراده به غير متمول لما قدمه في الإقرار أنها مال، وعبر عنه أصله بالمال إذ هو المترتب عليه الضمان الآتي، وعدل عنه إلى أعم منه ليكون التعريف جامعا لأفراد الغصب المحرم الواجب فيه الرد، وأما الضمان فسيصرح بانتفائه عن غير المال بقوله ولا يضمن الخمر، فما صنعه هنا أحسن من أصله وإن عكسه بعضهم (عدوانا) أي وجه الظلم والتعدي فخرج به نحو مأخوذ بسوم وعارية وما كان أمانة شرعية كثوب طيرته الريح إلى داره أو حجره، ولا يرد على ذلك ما لو أخذ مال غيره يظنه ماله حيث ضمنه ضمان الغصب لأن الثابت في هذه الصورة حكم الغصب لا حقيقته، قاله الرافعي نظرا إلى أن المتبادر والغالب من الغصب ما يقتضي الإثم، واستحسن تعبيره في الروضة بغير حق لشمولها هذه الصورة واقتضائها أن الثابت فيها حقيقة الغصب نظرا إلى أن حقيقته صادقة مع انتفاء التعدي، إذ القصد بالحد ضبط جميع صور الغصب التي فيها إثم والتي لا إثم فيها، وما استحسنه الرافعي من زيادة قهرا لإخراج السرقة وغيرها ومن زيادة لا على وجه اختلاس أو نحوه رد بخروج الثلاثة بالاستيلاء، فإنه ينبئ عن القهر والغلبة، والتنظير فيه بادعاء أن السرقة نوع من الغصب أفرد بحكم خاص فيه نظر، وصنيعهم بإفرادها بباب مستقل وجعلها من مباحث الجنايات قاض بخلافه، وقد أفاد الوالد

رحمه الله تعالى أن الذي يتحصل من كلام الأصحاب في تعريف الغصب أنه حقيقة وإثما وضمانا الاستيلاء على مال الغير عدوانا، وضمانا الاستيلاء على مال الغير بغير حق، وإنما الاستيلاء على حق الغير عدوانا، ولو أخذ مال غيره بالحياء كان له حكم الغصب، فقد قال الغزالي: من طلب من غيره مالا في الملا فدفعه إليه لباعث الحياء فقط لم يملكه ولا يحل له التصرف فيه والأصل في الباب الكتاب والسنة وإجماع الأمة وهو كبيرة، قالوا نقلا عن الهروي إن بلغ نصابا، لكن نقل ابن عبد السلام الإجماع على أن غصب الحبة وسرقتها كبيرة، وتوقف فيه الأذرعى، ويوافقه إطلاق الماوردي الإجماع على أن فعله مع الاستحلال مما لا يخفى عليه كفر ومع عدمه فسق، ولعل هذا التفصيل إنما هو من جهة حكاية الإجماع عليه، وإلا فصريح مذهبنا أن استحلال ما تحريمه ضروري كفر وما لا فلا وإن فعله فتفطن له

(فلو) (ركب دابة) لغيره من غير إذنه وإن كان مالها حاضرا وسيرها بخلاف ما لو وضع عليها متاعا من غير إذنه بحضوره فسيرها المالك فإنه يضمن المتاع ولا يضمن مالكة الدابة إذ لا استيلاء منه عليها (أو جلس) أو تحامل برجله كما قاله البغوي (على فراش) لم تدل قرينة الحال على إباحة الجلوس مطلقا أو لناس مخصوصين كفرش مساطب التجار لمن له عندهم حاجة فغاصب وإن لم ينقله إذ غاية الاستيلاء حاصلة بذلك، وهي الانتفاع به متعديا وسواء أقصد الاستيلاء أم لا كما في الروضة وإن نظر فيه السبكي، وصوب الزركشي قول الكافي من لم يقصده لا يكون غاصبا ولا ضامنا، وأفهم كلام المصنف اعتبار النقل في كل منقول سوى الأمرين المذكورين، وهو كذلك وإن ذهب جمع إلى أنه لو رفع منقولا ككتاب من بين يدي مالك لينظره ويرده حالا من غير قصد استيلاء عليه لم يضمنه. اللهم إلا أن يحمل كلامهم على ما إذا دلت قرينة على رضا مالكة بأخذه للنظر فيه، ولا دليل لهم فيما يأتي في الدخول للتفرج، لأن الأخذ والرفع استيلاء حقيقي فلم يحتج معه إلى قصد، ولا كذلك مجرد الدخول ومحل اشتراط نقل المنقول في الاستيلاء عليه في منقول ليس بيده، فإن كان بيده كوديعة أو غيرها فنفس إنكاره غصب لا يتوقف على نقل كما قاله الأصحاب. وأفهم اشتراط النقل أنه لو أخذ بيد قن ولم يسيره لم يضمنه، وقول البغوي إنه لو بعث عبد غيره في حاجة له بغير إذن سيده لم يضمنه ما لم يكن أعجميا أو غير مميز ضعيف فقد رجح خلافه في الأنوار. ونقل عن تعليق البغوي آخر العارية ضمانه، وصرح كثير بأنه لو أخذ بيد قن غيره وخوفه بسبب تهمة ولم ينقله

من مكانه إلى آخر أو نقله لا يقصد الاستيلاء عليه: أي بناء على خلاف ما مر عن الروضة لم يضمنه، وكذا إن انتقل هو من محله باختياره أو ضرب ظالم قن غيره فأبق لأن الضرب ليس باستيلاء. نعم إن لم يهتد إلى دار سيده ضمنه، ولو زلق داخل حمام مثلا فوقع على متاع لغيره فكسره ضمنه، ولا يضمن صاحبه الزالق إلا إن وضعه بالممر بحيث لا يراه الداخل، ولو دفع قنه إلى من يعلمه حرفة كان أمانة وإن استعمله في مصالح تلك الحرفة بخلاف استعماله في غير ذلك، وأفهم أيضا عدم الفرق بين حضور المالك وغيبته، لكن نقلا عن المتولي أن محل ضمان الجميع حيث كان غائبا، فإن حضر اشترط أن يزعه أو يمنعه التصرف فيه وإلا بأن جلس أو ركب معه لم يضمن سوى النصف، ولو كان المالك ضعيفا أخذ مما يأتي في نظيره من العقار، وقول الأذرعى: إنما يكون قياس ذلك إن استولى على نصف البساط بجلوسه، فإن استولى على ثلاثة أرباعه بجلوسه وقماشه والمالك على ربعه ضمن ثلاثة أرباعه مردود بأن قياس ذلك أن الضمان نصفان مطلقا لكون يدهما معا على الفراش. ألا ترى أنهم لم يفرقوا في كونه غاصبا في الصورة الآتية بين كونه مستوليا على نصفها أو لا، ولو رفع شيئا برجله بالأرض لينظر جنسه ثم تركه فضاع لم يضمنه، قاله المتولي. وقول بعضهم إن نظيره رفع سجادة برجله ليصل مكانها محمول على رفع لم ينفصل به المرفوع عن الأرض على رجله وإلا ضمنه كما لا يخفى، إذ الأخذ بالرجل كاليد في حصول الاستيلاء؛ ولو أخذ شيئا لغيره من غاصب أو سبيع حسبة ليرده على مالكة تلف في يده قبل إمكان رده لم يضمن إن كان المأخوذ منه غير أهل للضمان كحربي وقن المالك وإلا ضمن وإن كان معرضا للتلف خلافا للسبكي. وإطلاق الماوردي وابن كج الضمان محمول على هذا التفصيل، ولا ينافيه عدم ضمان المحرم صيدا ليداويه، إذ هو حق له تعالى فسومح فيه؛ ولو غصب حيوانا فتبعه ولده المذي من شأنه أن يتبعه أو هادي الغنم فتبعه الغنم لم يضمن التابع في الأصح لانتفاء استيلائه عليه؛ وكذا لو غصب أم النحل فتبعها النحل لا يضمنه إلا إن استولى عليه خلافا لابن الرفعة

(ولو) (دخل داره) أي دار غيره (وأزعه عنها) أي أخرجه منها فغاصب ولو لم يقصد استيلاء لأن وجوده مغن عن قصده، وسواء في ذلك أكان بأهله على هيئة من يقصد السكنى أم لا، فما في الروضة تصوير لا قيد (أو أزعه) أي أخرجه عنها (وقهره على الدار) أي منعه التصرف فيها وهو ملازم للإزعاج فالتصريح به تصريح باللازم ومن ثم حذفه غيره (ولو لم يدخل فغاصب) ولو لم

يقصد الاستيلاء عليها خلافا لجمع (وفي الثانية وجه واه) أنه لا يكون غاصبا عملا بالعرف، وشمل كلامه ما في المدار من الأمتعة فيكون غاصبا لها أيضا كما ذكره الخوارزمي، وقال الأذرعي وغيره: إنه الأقرب، وفيه كما قال القمولي إشارة إلى أن المنقول لا يتوقف غصبه على نقله إذا كان تابعا، وذهب إليه القاضي

(ولو) (سكن بيتا) من الدار (ومنع المالك منه دون باقي الدار) (فغاصب للبيت فقط) لأنه الذي استولى عليه (ولو دخل بقصد الاستيلاء وليس المالك فيها) ولا من يخلفه من أهل ومستعير ومستأجر كما بحثه الأذرعي (فغاصب) وإن ضعف الداخل وقوي المالك حتى لو انهدمت حينئذ ضمنها لأن قوته إنما هي باعتبار سهولة النزع منه حالا ولا يمنع استيلاءه، أما إذا لم يقصد الاستيلاء كان دخل لتفرج لم يكن غاصبا، وإنما ضمن منقولا رفعه لا يقصد ذلك لأن يده عليه حقيقة كما مر، ويده على العقار حكمية فتوقفت على قصد الاستيلاء (وإن كان) المالك أو نحوه فيها (ولم يزعجه) عنها (فغاصب لنصف الدار) لاجتماع يدهما فيكون الاستيلاء لهما معا (إلا أن يكون ضعيفا لا يعد مستوليا على صاحب المدار) فلا يكون غاصبا لشيء منها وإن قصد الاستيلاء إذ لا عبرة بقصد ما لا يمكن تحقيقه، وأخذ السبكي منه وتبعه الإسنوي وغيره أنه لو ضعف المالك بحيث لا يعد له مع قوة الداخل استيلاء يكون غاصبا لجميعها، إذ قصد الاستيلاء عليها غير صحيح كما رده الأذرعي وتبعه الوالد رحمه الله تعالى بأن يد المالك باقية لم تنزل فهي قوية لاستنادها للملك، والمعارضة بمثله في الداخل الضعيف بقصد الاستيلاء مردودة بوضوح الفرق بأن يد المالك الحسية منتفية ثم فآثر قصد الاستيلاء وموجودة هنا فلم يؤثر قصده معها في رفعها من أصلها وإن ضعفت، وحيث لم يجعل غاصبا لم تلزمه أجره على ما أفتى به القاضي في سارق تعذر خروجه فاختبا في المدار ليلة، لكن قال الأذرعي: إنه مشكل لا يوافق عليه اهـ. فالأوجه خلافه، والأقرب فيما تقرر أنه لا فرق بين كون المالك وأهله وولده معهما في الدار أو لا، ولا بين كون الدار معروفة بصاحبها أو لا، وإن قال الأذرعي لم أر فيه شيئا فقد قال الكوهكيلوني في شرح الحاوي: إذا ساكن الداخل الساكن بالحق لا فرق بين أن يكون مع الداخل أهل مساوون لأهل الساكن أم لا حتى لو دخل غاصب ومع الساكن من أهله عشرة لزمه النصف، ولو كان الساكن بالحق اثنين كان ضامنا للثلث وإن كان معه عشرة من أهله.

(وعلى الغاصب الرد) فورا عند التمكن وإن عظمت المؤنة في رده ولو لم يكن متمولا كحبة بر أو كلب يقتنى، وسواء أكان مثليا

أم متقوما ببلد الغصب أم مستنقلا عنه ولو بنفسه أو فعل أجنبي
لخبر { على اليد ما أخذت حتى تؤديه } ولو وضع العين لا بد لها بين
يدي المالك مع علمه وتمكنه من أخذها أو في داره وعلم ولو
بإخبار ثقة كفى ويبرأ بالرد لمن غصب منه ولو نحو مودع ومستاجر
ومرتهن لا ملتقط وفي مستعير ومستام وجهان أو جههما كما
اقتضاه كلامهما أنهما كالأول لأنهما مأذون لهما من جهة المالك،
وإن كانا ضامنين ولو أخذ من رقيق شيئا ثم رده إليه فإن كان
سيده دفعه إليه كملبوس وآلات يعمل بها بريء، وكذا لو أخذ الآلة
من الأجير وردّها إليه لأن المالك رضي به قاله البيهقي في فتاويه
وقد يجب مع الرد القيمة للحيلولة، كما لو غصب أمة فحملت بحر
لتعذر بيعها، قاله المحب الطبري. وقد لا يجب الرد ككونه ملكه
بالغصب كأن غصب حربي مال حربي، أو لخوف ضرر كأن غصب
خيطا وخاط به جرحا في محترم فلا ينزع منه ما دام حيا إلا إذا لم
يخف من نزع مبيع تيمم أو لتعذر تمييز كأن خلط بالحنطة أخرى
أجود منها فإنهما يباعان ويقسم بينهما على نسبة القيمة أو لملك
الغاصب لها بفعله فيما يسري للهلاك وغرم بدلها وهي باقية، وقد
لا يجب الرد فورا كأن غصب لوحا وأدرجه في سفينة وكانت في
الماء وخيف من نزع هلاك محترم وكان آخره للإشهاد كما مر آخر
الوكالة. (فإن) (تلف عنده) المغصوب أو بعضه وهو متمول بإتلاف
أو تلف (ضمنه) إجماعا، نعم لو غصب حربي مالا محترما ثم عصم
فإن كان باقيا رده أو تالفا لم يضمنه، كقن غير مكاتب غصب مال
سيده وأتلفه، وباع أو عادل غصب شيئا وأتلفه حال القتال أو تلف
فيه بسببه، فإن كان غير متمول كحبة أتلفها لم يضمنها كاختصاص
وإن غرم المالك على نقله أجرة، واستطرد المصنف تبعا للأصحاب
هنا مسائل يقع بها الضمان بلا غصب بمباشرة أو سبب لمناسبتها
له وإن كان الأنسب بها باب الجنایات.

فقال (ولو) (أتلف مالا) محترما (في يد مالكة) (ضمنه)
بالإجماع، وقد لا يضمنه ككسر باب ونقب جدار في مسألة الظفر
وكسر إناء خمر لم يتمكن من إراقته إلا بذلك، أو قتل دابة صائل
وكسر سلاح له لم يتمكن من دفعه بدونه، وما أتلفه باع على عادل
وعكسه حال القتال وحربي على معصوم وقن غير مكاتب على
سيده ومهدر بنحو ردة، أو صيال أتلف وهو في يد مالكة وخرج
بالإتلاف التلّف فلا يضمنه، كأن سخر دابة في يد مالكة فتلفت
يضمنها كما قاله في كتاب الإجارة إلا إذا كان السبب منه، كما لو
اكترى لحمل مائة فحمل زيادة عليها وتلفت بذلك وصاحبها معها
فإنه يضمن قسط الزيادة: أما أجرة مثل ذلك العمل فلازمة،

وأفتى البغوي بضمان من سقط على مال غيره لصرع حصل له فأتلفه، كما لو سقط عليه طفل من مهده، ولا ينافيه ما في الروضة في إتلاف البهائم أنه لو سقطت الدابة ميتة لم يضمن راكبها ما تلف بها، لأن الأول إتلاف مباشرة. والثاني إتلاف سبب ويغترف فيه لضعفه ما لا يغترف في الأول لقوتها (ولو فتح رأس زق) بكسر الزاي وهو السقاء وتلف ضمن لمباشرة إتلافه، فإن كان ما فيه جامدا فخرج بتقريب غيره نارا إليه فالضمان على المقرب لقطعه أثر الأول، بخلاف ما لو خرج بريح هابة حال الفتح أو شمس مطلقا لعدم صلاحيتهما للقطع ومثلهما فعل غير العاقل كما هو ظاهر (مطروح على الأرض) مثلا (فخرج ما فيه بالفتح أو منصوب فسقط بالفتح) لتحريكه الوكاء وجذبه أو لتقاطر ما فيه حتى ابتل أسفله وسقط (وخرج ما فيه) بذلك وتلف (ضمن) لتسببه في إتلافه إذ هو ناشئ عن فعله ولو بحضرة مالكة وتمكنه من تداركه كما لو رآه يقتل قنه فلم يمنع، ودعوى أن السبب يسقط حكمه مع القدرة على منعه بخلاف المباشرة ممنوعة.

(وإن) (سقط) الزق بعد فتحه له (بعارض ريح) ونحوها كزلزلة أو وقوع طائر عليه (لم يضمن) لأن التلف لم يحصل بفعله مع عدم تحقق هبوبها، بخلاف طلوع الشمس فلم يبعد قصد الفاتح له، وأفهم كلامه أن الريح لو كانت هابة حال الفتح ضمن وهو كذلك كما يؤخذ مما مر ومن تفرقتهم بين المقارن والعارض، فيما لو أوقد نارا في أرضه فحملتها الريح إلى أرض غيره فأتلفت شيئا، نبه على ذلك الإسنوي وغيره وبه صرح الفارقي، ولو قلب المزق غير الفاتح فخرج ما فيه ضمنه لا الفاتح، ولو أزال ورق العنب ففسدت بالشمس عناقيده، أو ذبح شاة غيره أو حمامته فهلك فرخهما ضمنهما لفقد ما تحصل به الحياة، وفارق عدم الضمان فيما لو حبس المالك عن ماشيته حتى تلفت ولو ظلما حيث لم يضمنها بأن التالف هنا جزء أو كالجزء من المذبوح، بخلاف الماشية مع مالكها وبأنه هنا أتلف غذاء الولد المتعين له بإتلاف أمه بخلافه ثم ولو أراد سوق الماء إلى النخل أو المزرع فمنعه ظالم من السقي حتى فسدت لم يضمن كما في الروضة قياسا على حبس المالك عن ماشيته وإن صحح في الأنوار الضمان، ولو حل رباط سفينة فغرقت بحله ضمنها أو بعارض ريح أو نحوه فلا لما مر، فإن لم يظهر حادث فوجهان أوجههما كما أفاده الوالد رحمه الله تعالى الضمان، إذ الماء أحد المتلفات وحل رباطها ولا ريح في اللجة سبب ظاهر في إحالة الغرق على الفعل، فأشبه ما لو فتح قفصا

عن طائر وطار في الحال، بخلاف الزق فليس فتحه سببا ظاهرا لسقوطه خلافا للزر كشي ومن تبعه.

(ولو) (فتح قفصا عن طائر) أي طير، فقد قال جمهور اللغويين إن الطائر مفرد والطيير جمعه فاندفع قول من قال إن الأولى طير لا طائر لأنه في القفص لا يطير (وهيجه فطار) حالا (ضمن) هـ بالإجماع لأن إجماعه إلى الفرار كإكراه الأدمي (وإن اقتصر على الفتح فالأظهر أنه إن طار في الحال) أو كان آخر القفص مفتوحا فمشى عقب الفتح قليلا قليلا حتى طار كما قاله القاضي، قال أو كان القفص مفتوحا فمشى إنسان على بابه ففزع الطائر وخرج، أو وثبت هرة عقب الفتح فقتلته وهو مقيد كما قاله السبكي بما إذا علم بحضورها حين الفتح وإلا كانت كريح طرأت بعده (ضمن) هـ لإشعاره بتنفيره، ومحل قولهم تقدم المباشرة على السبب ما لم يكن السبب ملجئا؛ والثاني يضمنه مطلقا لأنه لو لم يفتح لم يطر، والثالث لا يضمن مطلقا لأن له قصدا واختيارا (وإن وقف ثم طار فلا) يضمنه لأن طيرانه بعد الوقوف يشعر باختياره، ويجري ذلك فيما لو حل رباط بهيمة أو فتح الباب فخرجت، ومثلها قن غير مميز ومجنون لا عاقل ولو أبقا لأنه صحيح الاختيار فخروجه عقب ما ذكر يحال عليه، وألحق جمع بفتح القفص ما لو كان بيد صبي أو مجنون طائر فأمره إنسان بإطلاقه من يده. قال الأزرعي: وهذا حيث لا تمييز وإلا ففيه نظر، إذ عمد المميز عمد ومثل غير المميز من يرى طاعة أمره، ولو حل رباطا عن علف في وعاء فأكلته في الحال بهيمة ضمن، ولا ينافيه تصريح الماوردي بأنه لو حل رباط بهيمة فأكلت علفا أو كسرت إناء لم يضمن سواء اتصل ذلك بالحل أم لا، لأن انتفاء الضمان في تلك لعدم تصرفه في التالف بل المتلف عكس ما هنا، ولو خرجت البهيمة عقب فتح الباب ليلا فأتلقت زرعا أو غيره لم يضمنه الفاتح كما جزم به ابن المقري، وإن جزم في الأنوار بخلافه إذ لا يلزمه حفظ بهيمة غيره عن ذلك، ولو وقف على جداره طائر فنفره لم يضمنه لأن له منعه من جداره، وإن رماه في الهواء ولو في هواء داره فقتله ضمنه إذ ليس له منعه من هواء داره، ولو فتح حرزا فأخذ غيره ما فيه أو دل عليه اللصوص فلا ضمان عليه لعدم ثبوت يده على المال وتسببه بالفتح في الأولى قد انقطع بالمباشرة. نعم لو أخذ غيره بأمره وهو غير مميز أو أعجمي يرى طاعة أمره ضمنه دون الآخذ، ولو بنى دارا فألقت الريح فيها ثوبا وضاع لم يضمنه لأنه لم يستول عليه.

(والأيدي المترتبة) بغير تزوج (على يد الغاصب) الضامن وإن كانت في أصلها أمانة كوكالة بأن وكله في الرد الوديعة (أيدي

ضمان وإن جهل صاحبها الغصب) لوضع يده على ملك غيره بغير إذنه وجهله إنما يسقط الإثم إذ هو من خطاب التكليف لا الضمان لأنه من خطاب الوضع فيطالب من شاء منهما. نعم الحاكم وأمينه لا يضمنان بوضع يدهما للمصلحة، واستثنى البغوي من الجهل ما لو غصب عينا ودفعها لقن الغير ليردها لمالكها فتلفت في يده، فإن جهل العبد ضمن الغاصب فقط وإلا تعلق برقبته وغرم المالك أيهما شاء، وفيه نظر، أما لو زوج الغاصب المغصوبة فتلفت عند الزوج فلا يضمنها لأن الزوجة من حيث هي زوجة لا تدخل تحت يد الزوج وبهذا اندفع إيراد هذه على المصنف، وينبغي كما قاله الزركشي تخصيصه بما إذا تلفت بغير الولادة وإلا فيضمنها، كما لو أولد أمة غيره بشبهة وماتت بالولادة فإنه يضمنها على الأصح كما قاله الرافعي في الرهن (ثم إن علم) الثاني الغصب (فغاصب من غاصب فيستقر عليه ضمان ما تلف عنده) ويطالب بكل ما يطالب به الأول لأن حد الغصب صادق عليه. نعم لا مطالبة عليه بزيادة قيمة حصلت في يد الأول فقط بل المطالب بها هو الأول، ويبرأ الأول لكونه كالضامن لتقرر الضمان على الثاني بإبراء المالك للثاني ولا عكس، قاله القفال في فتاويه، وكذا إن جهل الثاني الغصب (وكانت يده في أصلها يد ضمان كالعارية) والسوم والقرض والبيع وكذا الهبة لأنه دخل على الضمان فلا تغير من الغاصب، وفي الهبة أخذ للتملك ثم ما تقرر في الهبة هو ما جرى عليه ابن المقري بحسب تصرفه، لكن الذي في الروضة أن يده ليست يد ضمان وإن كان المرجح أن قرار الضمان عليه لما قلنا (وإن كانت يد أمانة) بغير اتهام (كوديعة) وقراض (فالقرار على الغاصب) دونه لأنه دخل على أن يده نائبة عن الغاصب، فلو غرم الغاصب لم يرجع عليه، وإن غرم هو يرجع على الغاصب، ومثله ما لو صال المغصوب على شخص فأتلفه كما مر آنفاً، ويد الالتقاط ولو للتملك قبله كيد الأمانة وبعده كيد الضمان

(ومتى) (أتلف الآخذ من الغاصب) شيئاً (مستقلاً به) أي بالإتلاف وهو أهل للضمان (فالقرار عليه مطلقاً) سواء أكانت يده يد أمانة أم ضمان لأن الإتلاف أقوى من إثبات اليد العادية، أما إذا لم يستقل بالإتلاف بأن حمله عليه الغاصب فإن كان لغرضه كذبح شاة أو قطع ثوب أمره به ففعله جاهلاً فالقرار عليه، أو لا لغرض فعلى المتلف، وكذا إن كان لغرض نفسه كما قال (وإن حمله الغاصب عليه بأن قدم له طعاماً مغصوباً ضيافة فأكله فكذا) القرار عليه (في الأظهر) لأنه المتلف وإليه عادت المنفعة. والثاني أن القرار على الغاصب لأنه غر الأكل، وعلى الأول لو قدمه لآخر وقال

له هو ملكي فالقرار على الأكل أيضا فلا يرجع بما غرمه على الغاصب لكن بهذه المقالة إن غرم الغاصب لم يرجع على الأكل لا اعترافه بأن المالك ظلمه والمظلوم لا يرجع على غير ظالمه، وتقديمه لرقيق ولو بإذن مالكة جناية يد منه يباع فيها لتعلق موجبها برقبته، فلو غرم الغاصب رجوع على قيمة الأكل، بخلاف ما لو قدمه لهيئة فأكلته وغرم الغاصب فإنه لا يرجع على المالك إن لم يأذن وإلا يرجع عليه (وعلى هذا) أي الأظهر في أكل الضيف (لو قدمه) الغاصب (لمالكة) أو لم يقدمه له (فأكله) جاهلا بأنه له (برئ الغاصب) لمباشرته إتلاف ماله مختارا، أما إذا أكله عالما فيبرأ قطعا هذا كله إن قدمه له على هيئته. أما إذا غصب جبا ولحما أو عسلا ودقيقا وصنعه هريسة أو حلواء مثلا فلا يبرأ قطعا، قاله الزبيري لأنه لما صيره كالتالف انتقل الحق لقيمته وهي لا تسقط ببذل غيرها بدون رضا مستحقها وهو لم يرض، وبيرا الغاصب أيضا بإعارته أو بيعه أو إقراضه للمالك ولو جاهلا بكونه له لأنه باشر أخذ ماله مختارا لا بإيداعه ورهنه وإجارته وتزويجه منه والقراض معه فيه جاهلا بأنه له، إذ التسليط فيها غير تام، بخلاف ما لو كان عالما، وشمل التزويج الذكر والأنثى، ومحلها فيها ما لم يستولدها، فإن استولدها وإن لم يتسلمها برئ الغاصب لحصول تسلمها بمجرد استيلادها، ولو قال الغاصب للمالك أعتقه أو أعتقه عنك فأعتقه ولو جاهلا بأنه له عتق وبرئ، فلو قال له أعتقه عني فأعتقه ولو جاهلا بأنه له عتق وبرئ الغاصب كما رجحه ابن المقري وصرح به السبكي، ويقع العتق عن المالك لا عن الغاصب على الصحيح في أصل الروضة، لكن الأوجه معنى كما قاله الشيخ وقوعه عن الغاصب، ويكون ذلك بيعا ضمينا إن ذكر عوضا وإلا فهبة بناء على صحة البيع فيما لو باع مال أبيه ظانا حياته فبان ميتا.

(فصل) في بيان حكم الغصب

وانقسام المغصوب إلى مثلي ومتقوم وبيانها وما

يضمن به المغصوب وغيره.

(تضمن نفس الرقيق) ولو مستولدة ومكاتبا (بقيمته) بالغة ما بلغت (تلف أو أتلف تحت يد عادية) بتخفيف الياء كسائر الأموال، ومراده بالعادية الضامنة وإن لم يكن صاحبها متعديا ليدخل نحو مستعير ومستام، ويخرج نحو حربي وقن للمالك وأثرها لكون الباب موضوعا للتعدي، والمراد كما يعلم مما يأتي بالقيمة في المغصوب وأبعاضه أقصاها من الغصب إلى التلف (وأبعاضه التي لا يتقدر أرشها من الحر) كهزال وزوال بكاره وجناية على نحو عنق

أو ظهر يضمن (بما نقص من قيمته) إجماعاً، فإن لم ينقص لم يلزمه شيء. أما الجناية على نحو كف مما هو مقدر منه بنظيره في الحر ففيها ما نقص من قيمته بشرط أن لا يساوي النقص مقدره كنصف القيمة في اليد، فإن ساواه نقص عنه الحاكم شيئاً باجتهاده، كذا ذكره البلقيني نقلاً عن المتولي قال: وهو تفصيل لا بد منه، وإطلاق من أطلق محمول عليه وهو ظاهر في غير الغاصب. أما هو والكلام فيه هنا فيضمن بما نقص مطلقاً لتشديدهم عليه في الضمان ما لم يشددوا على غيره، ويؤيده ما يأتي في نحو قطع يده من أنه يضمن الأكثر (وكذا المقدرة) كيد (إن تلفت) بأفة سماوية، إذ الساقط من غير جناية لا يتعلق به قصاص ولا كفارة ولا ضرب على عاقلة فأشبهه الأموال، فإن نقصت كأن سقط ذكره وأثياه لزمه ما نقص، وإن لم ينقص كما هو الغالب من عدم تنقيص القيمة لم يلزم شيء قطعاً (وإن أتلقت) بجناية (فكذا) يضمن بما نقص من قيمته (في القديم) قياساً على البهيمة (وعلى الجديد تتقدر من الرقيق) لأنه يشبه الحر في كثير من الأحكام (والقيمة فيه كالدية في الحر ففي) يديه تمام قيمته، نعم لو قطعها مشتر وهو بيد البائع لم يكن قابضاً له فلا يلزمه إلا ما نقص وإلا كان قابضاً له مع كونه بيد البائع كما حكاه الإمام عن ابن سريج وقال إنه من محاسن تفريعاته. وفي (يده) ولو مدبراً ومكاتبا وأم ولد (نصف قيمته) كما سيذكره آخر الديات. هذا إن لم يكن الجاني غاصباً، فإن كان كذلك لزمه أكثر الأمرين من نصف القيمة أو النقص على القولين لاجتماع الشبهين، فلو كان الناقص بقطعها ثلثي قيمته لزمه النصف بالقطع والسدس باليد العادية. نعم لو قطعها المالك ضمن الغاصب ما زاد على النصف فقط كما نقله الأذرعى عن الروياني، وقياسه أنه لو قطعها أجنبي استقر عليه الزائد على النصف، ولو قطع الغاصب منه أصبعا زائدة وبرئ ولم تنقص قيمته لزمه ما نقص كما قاله أبو إسحاق ويقوم قبل البرء والدم سائل للضرورة، ولو قطعت يده قصاصاً أو حداً فكالآفة كما صححه البلقيني، والمبعض يعتبر بما فيه من الرق كما ذكره الماوردي، ففي قطع يده مع ربع الدية أكثر الأمرين من ربع القيمة ونصف الأرش

(وسائر الحيوان) أي باقيه ما عدا الآدمي إلا الصيد في الحرم أو على المحرم لما مر أنه يضمن بمثله للنص تضمن نفسه (بالقيمة) أي أقصاها كما يعلم مما يأتي، وأجزاؤه بما نقص منها لأنه لا يشبه الآدمي بل الجماد، وحمل كلام المصنف على ما تقرر أولى من تخصيص الإسنوي له بالإجزاء قال: لأن ضمان نفسه بالقيمة

يشارك فيه القن. ووجه ما مر أن أجزاءه كنفسه، بخلاف القن فحمل كلامه على هذا التعميم المختص به ليفرق به بين القن أولى.

(وغيره) أي الحيوان من الأموال (مثلي ومتقوم) بكسر الواو وقيل بفتحها (والأصح أن المثلي ما حصره كيل أو وزن) إن أمكن ضبطه بأحدهما وإن لم يعتد فيه (وجاز السلم فيه) فما حصره عد أو زرع كحيوان وثياب متقوم وإن جاز السلم فيه والمعجونات والجواهر ونحوها وكل ما مر مما يمتنع السلم فيه متقوم وإن حصره وزن أو كيل، إذ المانع من ثبوته في الذمة بعقد السلم مانع من ثبوته فيها بالتعدي. ولا يرد عليه خل التمر فإنه متقوم مع حصره بأحدهما، وصحة السلم فيه لأننا نمنع حصره بذلك إذ الماء الذي به صيره مجهولا كذا قيل، والمعتمد أنه مثلي ولا يراختلط بشعير فهو مثلي مع عدم صحة السلم فيه فيجب إخراج القدر المحقق من كل منهما، فقد قال الزركشي يمنع رد مثله لأنه بالاختلاط انتقل من المثلي إلى المتقوم للجهل بقدر كل منهما. قلت: وكلامهم مصرح به حيث شرطوا في المثلي صحة السلم فيه، فعليه لا إيراد على أن إيجاب رد المثل غير مستلزم كونه مثليا كما يجب رد مثل المتقوم في القرض، ومعيب حب أو غيره تجب قيمته كما أفتى به ابن الصلاح مع صدق حد المثلي عليه. على أنه يمكن منع صدقه عليه بأنه لا يصح السلم فيه بوصف العيب لعدم انضباطه (كماء) ولو حارا كما نقل في الكفاية عن الإمام جواز بيع الماء المسخن بعضه ببعض، وإن ذهب في المطلب إلى كون الحار متقوما لدخول النار فيه. قال الأذرعي: وهذا يطرق غيره من المائعات، ولو ألقى حجرا محمى في ماء برد في الصيف فزال برده ففيه أوجه، أوجهها كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى لزوم أرش نقصه. وهو ما بين قيمته باردا وحارا حينئذ (وتراب) ورمل (ونحاس) بضم أوله أشهر من كسره وحديد وفضة (وتبر) وهو ذهب المعدن الخالص عن ترابه (ومسك) وعنبر (وكافور) وثلج وجمد (وقطن) ولو بحبه كما ذكره الرافعي ولم يستحضره ابن الرفعة فبحث خلافه وصوف وإن نقل عن الشافعي ما يوهم توقفه في مثليته حيث قال: يضمن بالمثل إن كان له مثل لإمكان حمله على فقد المثل حسا أو شرعا (وعنب) وسائر الفواكه الرطبة كما صحه في الشرح والروضة هنا وهو المعتمد وإن صحح في الزكاة نقلا عن الأكثرين تقوم العنب والرطب (ودقيق) كما في الروضة هنا ونخالة كما في فتاوى ابن الصلاح، وحبوب وأدهان وسمن ولبن ومخيض وخل وبيض وصابون وتمر وزبيب ودراهم خالصة أو

مغشوشة ومكسرة أو سبيكة (لا غالية ومعجون) لاختلاف أجزاءهما مع عدم انضباطها (فيضمن المثلي بمثله) ما لم يتراضيا على قيمته لأنه أقرب إلى حقه، فإن خرج المثلي عن القيمة كما لو أتلّف ماء بمفازة ثم اجتمعا بمحل لا قيمة للماء فيه أصلا لزمه قيمته بمحل الإتلّف، بخلاف ما إذا بقيت له قيمة ولو تافهة لأن الأصل المثل فلا يعدل عنه إلا حيث زالت ماليته من أصلها وإلا فلا، كما لا نظر عند رد العين إلى تفاوت الأسعار. ومحلّه كما يعلم مما يأتي في قوله ولو ظفر بالغاصب في غير بلد التلّف إلى آخره فيما لا مؤنة لنقله وإلا غرمه قيمته بمحل التلّف، كما لو نقل المالك برا من مصر إلى مكة ثم غصبه آخر هناك ثم طالبه مالكة به بمصر فتلزمه قيمته بمكة كما أفتي به الوالد رحمه الله تعالى، ولو صار المثلي متقوما أو مثليا آخر أو المتقوم مثليا كما لو جعل المدقيق خبزا والسّمسم شيرجا والشاة لحما ثم تلّف ضمن المثل ساوي قيمة الآخر أم لا ما لم يكن الآخر أكثر قيمة فيضمن بقيمته في الأولى والثالثة ويتخير المالك بمطالبتة بأي المثليين في الثانية، فعلم أنه لو غصب صاع بر قيمته درهم فطحنه فصارت قيمته درهما وسدسا فخبزه فصارت درهما وثلاثا وأكله لزمه درهم وثلاث، وكيفية الدعوى هنا استحق عليه قيمة خبز درهما وثلاثا، ولو أتلّف حليا ضمن الوزن بمثله والصنعة بنقد البلد كما جزم به ابن المقري وهو المعتمد، وإن ذكر في الروضة عن الجمهور ضمان الجرم والصنعة بنقد البلد ولا ربا. وإن كان من جنسه لأنه مختص بالعقود (تلّف) المغصوب لأن الكلام فيه (أو أتلّف، فإن تعذر) المثل حسبا كأن لم يوجد بمحل الغصب ولا حواليه كما مر نظيره في السلم أو شرعا (كأن لم يوجد المثل) فيما ذكر إلا أكثر من ثمن المثل (فالقيمة) هي الواجب إذ هو الآن كما لا مثل له (والأصح) فيما لو كان المثل موجودا عند التلّف فلم يسلمه حتى فقده كما صرح به أصله (أن المعتمد أقصى قيمه) أي المثل كما صححه السبكي وهو ظاهر كلام الأصحاب، وجزم به في التنبيه وجرى عليه جماعة، ويؤيده تصحيحهم أقصى القيم من الغصب إلى الإعواز، خلافا لبعض المتأخرين القائل بأن المراد المغصوب لأن المغصوب بعد تلفه لا تعتبر الزيادة الحاصلة فيه بعد التلّف (من وقت الغصب إلى تعذر المثل) لأن وجود المثل كبقاء المغصوب بعينه لكونه كان مأمورا برد المغصوب، فإن لم يفعل غرم أقصى قيمه في تلك المدة، إذ ما من حالة إلا وهو مطالب بردها فيها. أما لو كان المثل فيها مفقودا عند التلّف فيجب الأكثر من الغصب إلى التلّف ومقابل الأصح عشرة أوجه: الوجه الثاني يعتبر الأقصى من الغصب إلى

التلف. والثالث من التلف إلى التعذر. والرابع الأقصى من الغصب إلى تغريم القيمة والمطالبة بها. والخامس الأقصى من انقطاع المثل إلى المطالبة. والسادس الأقصى من التلف إلى المطالبة. والسابع الاعتبار بقيمة اليوم الذي تلف فيه المغصوب. والثامن بقيمة يوم الإعواز. والتاسع بقيمة يوم المطالبة. والعاشر إن كان منقطعاً في جميع البلاد فالاعتبار بقيمة يوم الإعواز وإن فقد في تلك البقعة فالاعتبار بيوم الحكم بالقيمة.

(ولو) (نقل المغصوب) (المثلي) أو انتقل بنفسه أو بفعل أجنبي فذكر نقله مثال واقتضاه على المثلي لأنه الذي يترتب عليه جميع التفريعات الآتية التي منها قوله طالبه بالمثل وإلا فنقل المتقوم يوجب المطالبة برده أو قيمته (إلى بلد) أو محل (آخر) ولو من بلد واحد إن تعذر إحضاره حالا كما اعتمده الأذرعى أي وإلا فلا يطالبه بالقيمة (فللمالك أن يكلفه رده) إن علم مكانه للخبر المار {على اليد ما أخذت} (وأن يطالبه) ولو مع قرب محل المغصوب وأمنه من هربه أو تواريه كما اقتضاه إطلاقهم خلافاً للماوردي ومن تبعه (بقيمته) أي بأقصى قيمه من الغصب إلى المطالبة (في الحال) أي قبل الرد لوجود الحيلولة بينه وبين ملكه، ولهذا امتنع عليه المطالبة بالمثل لثبوت التراد فقد يزيد السعر وينحط فيحصل الضرر والقيمة شيء واحد، ويملكها الآخذ ملكاً قرض لانتفاعه بها على حكم ردها أو رد بدلها عند رجوع العين. وقضيته عدم جواز أخذ أمة تحل له بدلها كما لا يحل له اقتراضها، والأوجه خلافه إذ الضرورة قد تدعوه إلى أخذها خشية من فوات حقه، والملك لا يستلزم حل الوطاء بدليل المحرم والوثنية والمجوسية بخلاف القرض، وتجب أجرة المغصوب وضمنان جنايته وزوائده وإن أبق وسلمت القيمة للحيلولة وتكون الأجرة بعد النقص أجرة ناقص. ومعنى كونها للحيلولة وقوع التراد فيها (فإذا رده) أي المغصوب أو خرج عن ملكه بعقوبته أو موت في الإيلاد، وكالإعتاق إخراجها عن ملكه بوقف أو ونحوه (ردها) إن كانت باقية وإلا رد بدلها لزوال الحيلولة وليس له مع وجودها رد بدلها قهراً ولو توافقا على ترك التراد في مقابلتها لم يكف بل لا بد من بيع بشرطه. وقضية كلام المصنف أنه ليس للغاصب حبسه لاستردادها وهو ما رجحه الرافعي، كما لا يجوز للمشتري فاسداً حبس المبيع لاسترداد ثمنه. وما فرق به غيره من أن المشتري رضي بوضع يده على الثمن بخلاف الغاصب فإنها أخذت منه قهراً، رد بأنه قهر بحق فكان كالاختيار. على أن وجوب الرد عليه فوراً يمنع الحبس مطلقاً، وله الحبس للإشهاد لما مر قبيل الإقرار.

(فإن) (تلف) المغصوب المثلي (في البلد) أو المحل (المنقول) أو المنتقل (إليه) أو عاد وتلف في بلد الغصب (طالبه بالمثل في أي البلدين) أو المحليين (شاء) لتوجه رد العين عليه فيهما، وأخذ الإسنوي منه ثبوت الطلب له في أي موضع شاء من المواضع التي وصل إليها في طريقه بين البلدين (فإن فقد المثل غرمه أكثر البلدين قيمة) لذلك، ويأتي هنا ما بحثه الإسنوي أيضا، فله مطالبته بأقصى قيم المحال التي وصل إليها المغصوب (ولو) (ظفر بالغايب في غير بلد التلف) والمغصوب مثلي والمثل موجود (فالصحيح أنه إن كان لا مؤنة لنقله كالنقد) اليسير وكان الطريق آمنا (فله مطالبته بالمثل) لعدم الضرر على واحد منهما حينئذ (وإلا) بأن كان لنقله مؤنة أو خاف الطريق (فلا مطالبة له بالمثل) وليس للغاصب تكليفه قبوله لما فيه من المؤنة والضرر. والثاني يطالبه بالمثل مطلقا. والثالث إن كانت قيمة ذلك البلد مثل قيمة بلد التلف أو أقل طالبه بالمثل وإلا فلا، ونقله الإسنوي عن جمع كثير وزعم أن حمل الإطلاق على ذلك التفصيل متعين لانتفاء المعنى وهو الضرر (بل يغرمه قيمة بلد التلف) وإن لم تكن بلد الغصب. ومحل ذلك إن كانت أكثر قيمة المحال التي وصل إليها المغصوب وإلا فقيمة الأقصى من سائر البقاع التي حل المغصوب بها والقيمة المأخوذة هنا للفيصولة، فإذا غرمها ثم اجتمعا في بلد الغصب لم يكن للمالك ردها وطلب المثل ولا للغاصب استردادها وبذل المثل.

(وأما) (المتقوم) كحيوان وأبعاضه قنا أو غيره (فيضمنه بأقصى قيمة من الغصب إلى التلف) لمطالبته في حالة زيادة القيمة بالرد إذ هو غاصب، فإذا لم يرد كان ضامنا للبدل، بخلاف ما لو رده بعد رخصه حيث لم يضمن شيئا لأنه مع بقاء العين متوقع زيادتها، على أنه لا نظر مع وجودها للقيمة أصلا، وتجب قيمته من غالب نقد بلد التلف، هذا كله إن لم ينقله، وإلا اعتبر نقد محل القيمة وهو أكثر المحال التي وصل إليها، وقد يضمن المتقوم بالمثل الصوري كما لو تلف المال الزكوي في يده بعد التمكّن لأنه لو أخرج مثله الصوري مع بقاءه جاز فمع تلفه بالأولى. (وفي الإتلاف) لمضمون بلا غصب يضمنه (بقيمة يوم التلف) إذا لم يدخل في ضمانه قبل ذلك وبعده معدوم لا وجود له، وضمان الزائد في المغصوب إنما كان بالغصب وهو مفقود هنا، هذا إن صلح المحل وإلا كمفازة فقيمة أقرب محل إليه، ولو أتلف أمة مغنية أو أمرد كذلك لم يلزمه ما زاد على قيمتهما بسبب الغناء، قال في الروضة لأنه محرم كما في كسر الملاهي وهو محمول على غناء يخاف منه

الفتنة لئلا ينافي ما في الشهادات من كراهته، بخلاف ما لم يكن الغناء محرماً فيلزمه تمام قيمته وكالأمة في ذلك العبد، ويفارق صحة بيعها فيما لو اشتراها بألفين وقيمتها ساذجة ألف بأن المبيع وقع على نفسها لا على الغناء كما لو اشترى ما يساوي درهما بألف، بخلاف المغصوب فإن الواجب رد العين وقد ردها، ولو أتلف ديك الهراش أو كبش النطاح ضمنه غير مهارش أو ناطح، والأوجه فيما لو استوى في القرب إليه محال مختلفة القيم تخير الغاصب (فإن) (جنى) عليه بتعد وهو بيد مالكة أو من يخلفه في اليد (وتلف بسراية) من تلك الجناية (فالواجب الأقصى أيضاً) من وقت الجناية إلى التلف لأن ذلك إذا وجب في اليد العادية ففي الإتلاف أولى.

(ولا تضمن الخمر) ولو محترمة لذمي لانتفاء قيمتها كسائر النجاسات، ومثل ذلك الدهن والماء فيما يظهر، ومراده بالخمر ما يشمل النبيذ. قال الماوردي: إلا أنه لا يريقه إلا بأمر حاكم مجتهد لئلا يتوجه عليه الغرم عند بعض الأئمة؛ فإنه عند أبي حنيفة مال وظاهر كما أفاده الشيخ أن الحاكم المقلد لمن يرى إراقة كالمجتهد في ذلك، ولا نظر هنا لكون من هو له يعتقد حله أو حرمة، خلافاً لما يوهمه كلام الأزرعي لأن ذلك إنما هو بالنسبة لوجوب الإنكار لما يأتي أنه إنما يكون في مجمع عليه أو ما يعتقد الفاعل تحريمه، وقد قال المصنف: الحشيشة مسكرة، فعليه يتجه إلحاقها بالخمر في عدم الضمان كما قاله الإسنوي وغيره، وما نظر به فيه من أنها طاهرة يصح بيعها فيحمل على ما إذا فوتها على مرید أكلها وانحصر تفويتها في إتلافها، يرد بأن الشارع متشوف لإتلاف المسكر فانتفى الضمان فيها حينئذ (ولا تراق) هي فبقية المسكرات (أولى على ذمي) ومثله معاهد ومؤمن فيما يظهر لأنهم مقرون على الانتفاع بها بمعنى أنهم لا يتعرض لهم فيه (إلا أن يظهر شربها أو بيعها) أو هبتها أو نحو ذلك ولو من مثله بأن يطلع عليه من غير تجسس فتراق عليه، وآلة اللهو والخنزير مثلها في ذلك. قال الإمام: وبأن يسمع الآلة من ليس في دارهم: أي محلثهم، ومحلثه حيث كانوا بين أظهرنا وإن انفردوا بمحلة من البلد، فإن انفردوا ببلد: أي بأن لم يخالطهم مسلم كما هو ظاهر لم نتعرض لهم (وترد عليه) عند أخذها ولم يظهرها (إن بقيت العين) لإقراره عليها، ومؤنة ردها على الغاصب كما في الروضة كأصلها وإن نوزع فيه (وكذا المحترمة) وهي التي عصرت لا بقصد الخمرية فشمل ما لو لم يقصد شيئاً على الأصح، أو قصد الخلية أو شرب عصيرها أو طبخه دبساً، أو انتقلت له بنحو هبة أو إرث أو وصية ممن جهل قصده، أو عصرها من لا يصح قصده في العصر

كصبي ومجنون، أو قصد الخمرية ثم مات، أو عصرها كافر للخمر ثم أسلم. والاتخاذ يكون في الابتداء بشرط أن لا يطرأ بعده قصد يفسده، فلو طرأ قصد الخمرية زال الاحترام وعكسه بالعكس. وقولهم على الغاصب إراقة الخمر محمول على ما لو كانت بقصد الخمرية لعدم احترامها وإلا فلا يجوز له إراقتها وإن قال ابن العماد: إن وجوب إراقتها ظاهر متجه، لأن العصير لما انقلب عند الغاصب لزمه مثله، وانتقل حق المالك من العصير الذي قد صار خمرا ولم يوجد من الغاصب قصد صحيح (إذا غصبت من مسلم) يجب ردها ما دامت العين باقية إذ له إمساكها لتصير خلا، أما غير المحترمة وهي ما عصر بقصد الخمرية فتراق ولا ترد عليه، ومن أظهر خمرا وزعم أنها خمر خل لم يقبل منه كما نقله الإمام عن طوائف، وإلا لاتخذ الفساق ذلك وسيلة إلى إفشاء الخمر وإظهارها. نعم لو كان معلوم الورع مشهور التقوى قبل منه، ويؤيده قول الإمام لو شهدت مخايل أنها محترمة لم يتعرض لها.

(والأصنام) والصلبان (وآلات الملاهي) كطنبور ومثلها الأواني المحرمة (لا يجب في إبطالها شيء) لأن منفعتها محرمة والمحرّم لا يقابل بشيء مع وجوب إبطالها على القادر عليه، أما آلة لهو غير محرمة كدف فيحرم كسرها ويجب أرشها (والأصح أنها لا تكسر الكسر الفاحش) لإمكان إزالة الهيئة المحرمة مع بقاء بعض المالية (بل تفصل لتعود كما قبل التأليف) لزوال اسمها وهيئتها المحرمة بذلك، فلا تكفي إزالة الأوتار مع بقاء الجلد اتفاقا لأنها مجاورة لها منفصلة. والثاني لا يجب تفصيل الجميع بل بقدر ما يصلح للاستعمال (فإن عجز المنكر عن رعاية هذا الحد) في الإنكار (لمنع صاحب المنكر) من يريد إبطاله لقوته (أبطله كيف تيسر) ولو بإحراق تعين طريقا وإلا فبكسر، فإن أحرقها ولم يتعين غرم قيمتها مكسورة بالحد المشروع لتمول رضاها واحترامه، بخلاف ما لو جاوز الحد المشروع مع إمكانه فإنه لا يلزمه سوى التفاوت بين قيمتها مكسورة بالحد المشروع وقيمتها متهيئة إلى الحد الذي أتى به، ويجري ما تقرر من الإبطال كيف تيسر كما في الإحياء فيما لو عجز عن صب الخمر لضيق رءوس أوانيتها مع خشية لحوق الفسقة له ومنعهم من ذلك أو كان يمضي في ذلك زمانه وتتعطل أشغاله: أي بحيث تمضي مدة فيه يقابل عمله فيها بأجرة غير تافهة عرفا فيما يظهر، وللولاة كسر ظروفها مطلقا زجرا وتاديبا لا الآحاد، قاله الغزالي. قال الإسنوي: وهو من النفائس المهمة، ولو اختلف المالك في أنه تمكن بدون ذلك أو لم يمكنه إلا ما فعله صدق المتلف فيما يظهر، بدليل ما سيأتي أن الزوج لو ضرب

زوجته وادعى أنه بحق وقالت بل تعديا صدق بيمينه لأن الشارع لما أباح له الضرب جعله وليا فيه فوجب تصديقه فيه، وهذا بعينه يأتي هنا، وما بحثه الزركشي من تصديق المالك لا المتلف أخذا من قول البغوي لو أراقه ثم قال كان خمرا وقال المالك بل عصيرا صدق بيمينه لأصل المالية يرد بظهور الفرق، لأننا قد تحققنا المالية هنا واختلف في زوالها فصدق مدعي بقائها لوجود الأصل معه. وأما في مسألتنا فهما متفقان على إهدار تلك الهيئة التي الأصل عدم ضمانها، فإذا اختلفا في المضمن صدق المنكر إذ الأصل عدم ضمانه، وسيأتي في كتاب السير أنه يجب إزالة المنكر، ويختص وجوبه بكل مكلف قادر ولو أنثى وقنا وفاسقا. نعم قال الإسنوي: ليس للكافر إزالته، وجزم بذلك ابن الملقن في العمدة ويشهد له قول الغزالي في الإحياء: من شروط الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أن يكون المنكر مسلما لأن ذلك نصرة للدين، فكيف يكون من غير أهله وهو جاحد لأصل الدين وعدوله. وزعم بعضهم أن ذلك مفرع على عدم مخاطبة الكافر بالفروع يرد بأننا إنما منعناه منه لأن فعله لذلك منزل منزلة استهزائه بالدين، ويثاب عليه المميز كما يثاب البالغ.

(وتضمن منفعة الدار والعبد ونحوهما) من كل منفعة يستأجر عليها (بالتفويت) بالاستعمال (والفوات) وهو ضياع المنفعة من غير انتفاع كإغلاق الدار (في يد عادية) لأن المنافع متقومة فضمنت بالغصب كالأعيان، سواء أكان مع ذلك أرش نقص أم لا كما يأتي، فلو كان للمغصوب أجره متفاوتة في المدة ضمن كل مدة بما يقابلها، ولا يتأتى هنا أقصى لانفصال واجب كل مدة باستقراره في الذمة عما قبله وما بعده بخلاف القيمة، وتوهم بعضهم استواءهما في اعتبار الأقصى، فإن كان له صنائع وجب أجره أعلاها إن لم يمكن جمعها، وإلا فأجرة الجميع كخياطة وحراسة وتعليم قرآن، أما ما لا منفعة له أو كانت مما لا يجوز استئجاره لها كحبة حنطة وكلب وآلة لهو فلا أجره له. ولو اصطاد الغاصب به فهو له كما لو اصطاد بشبكة أو قوس غصبها ونصبها لأنه آلة فقط، بخلاف ما لو غصب رقيقا واصطاد له فإنه يضمن صيده إن وضع يده عليه لأنه على ملك مالكه وأجرته أيضا إذ ربما استعمله مالكة في غير ذلك، ولو أتلف ولد دابة تحلب فانقطع لبنها بسببه لزمه مع قيمته أرش نقصها وهو ما بين قيمتها حلوبا وقيمتها ولا لبن فيها، ولو غصب برا قيمته خمسون فطحنه فصارت عشرين فخبزه فصارت خمسين فأتلفه لزمه ثمانون، ولا يجبر

النقص الحاصل بالطحن بزيادة الخبز لأن صفة الطحن غير صفة الخبز، كما لو غصب ذا حرفة فنسيها ثم علمه حرفة أخرى. (ولا تضمن منفعة البضع) وهو الفرج (إلا بتفويت) بالوطء فيضمنه بمهر مثلها على التفصيل الآتي آخر الباب لا بفوات لانتفاء ثبوت اليد عليه، ولهذا صح تزويجه لأتمته المغصوبة مطلقا لا إيجارها إن عجز كالمستأجر عن انتزاعها لحيلولة يد الغاصب. (وكذا) (منفعة بدن الحر) لا تضمن إلا بالتفويت (في الأصح) دون الفوات كأن حبسه ولو صغيرا لما سيأتي في السرقة أن الحر لا يدخل تحت اليد، ولأنه لو حمله لمسبعة فأكله سبع لم يضمنه فمنافعه تفوت تحت يده، فإن أكرهه على العمل لزمته أجرته ما لم يكن مرتدا ومات على رده بناء على زوال ملكه بالردة أو وقفه، ومنفعة المسجد والمدرسة والرباط كمنفعة الحر، فلو وضع فيه متاعا وأغلقه ضمن أجره جميعه تصرف لمصالحه، وإن لم يغلقه ضمن أجره موضع متاعه فقط وإن أبيح له وضعه أو لم يحصل به تضيق على المصلين أو كان مهجورا لا يصلي أحد فيه على ما اقتضاه إطلاقهم، وكذا الشوارع ومنى ومزدلفة وعرفة وأرض وقفت لدفن الموتى كما في التتمة، أما إغلاقه من غير وضع متاع به ومنع الناس من الصلاة فيه فلا ضمان عليه فيه لأنه لا تثبت عليه يد، ومثله في ذلك البقية، هذا. والأوجه تقييد ما ذكر في نحو المسجد بما إذا شغله بمتاع لا يعتاد الجالس فيه وضعه فيه ولا مصلحة للمسجد في وضعه فيه زمنا لمثله أجره، بخلاف متاع يحتاج نحو المصلي أو المعتكف لوضعه، وفي نحو عرفة بما إذا شغله وقت احتياج الناس له في النسك بما لا يحتاج إليه البتة حتى يضيق على الناس وأضرهم به. ويؤخذ من كلام الغزالي في غرس الشجرة في نحو المسجد حيث منع منه لزمه أجره مثلها أنه لا أجره لما أبيح وضعه وأنه تلزم الأجره لما لم يبيح وضعه سواء في ذلك المسجد وعرفة وغيرهما، ومقابل الأصح ضمانها بالفوات أيضا لأن منافعه تقوم في العقد الفاسد: أي في الإجارة فأشبهت منافع الأموال.

(وإذا) (نقص المغصوب) أو شيء من زوائده (بغير استعمال) كسقوط يد القن بأفة وعماه (وجب الأرش مع الأجره) للنقص والفوات، وتجب أجرته سليما من الغصب إلى حدوث النقص، ومعيبا من حينئذ إلى رده وإن حدثت الزوائد في يده ثم نقصت (وكذا لو) (نقص به) أي بالاستعمال (بأن بلي الثوب) باللبس (في الأصح) لأن كلا منهما يجب ضمانه عند الانفراد فكذا عند الاجتماع. والثاني يجب أكثر الأمرين من أجره المثل وأرش النقصان لأنه نشأ

من الاستعمال، وهو مقابل بالأجرة فلم يجب له ضمان آخر. ورد بأن الأجرة غير مقابلة بالاستعمال بل في مقابلة الفوات.

(فصل)

في اختلاف المالك والغاصب وضمان المغصوب وما يذكر معهما

لو (ادعى) الغاصب (تلفه وأنكر المالك) ذلك (صدق الغاصب بيمينه على الصحيح) لاحتمال كونه صادقا ويعجز عن البينة، فلو لم نصدقه لأدى إلى تخليد حبسه. والثاني يصدق المالك بيمينه لأن الأصل بقاءه، وقضية التوجيه كما قاله الزركشي تصوير ذلك بما إذا لم يذكر سببا، فإن ذكره وكان ظاهرا حبس حتى يقيم بينة به كالمودع (فإذا حلف) الغاصب (غرمه المالك) بدل المغصوب من مثل أو قيمة (في الأصح) لعجزه عن الوصول إلى عين ماله بيمين الغاصب. والثاني لا، لبقاء العين في زعمه.

(ولو اختلفا في قيمته) بعد اتفاهما عن الهلاك أو حلف الغاصب عليه. (أو) اختلفا في (الثياب التي على العبد المغصوب أو في عيب خلقي) كأن قال الغاصب ولد فاقد الرجل أو أعمى وقال المالك كان سليما وإنما حدث عندك (صدق الغاصب بيمينه) في ذلك لأن الأصل براءة ذمته في الأولى من الزيادة وعلى المالك البينة. فإن أقام المالك بينة على أن القيمة أكثر مما قاله الغاصب من غير تقدير سمعت وكلف الغاصب الزيادة على ما قاله إلى حد لا تقطع البينة بالزيادة عليه، وإن أقامها على الصفات ليقومه المقومون بها لم تقبل. نعم يستفيد المالك بإقامتها إبطال دعوى الغاصب مقدارا حقيقا لا يليق بتلك الصفات وصار كما لو أقر الغاصب بالصفات وذكر قيمة حقيرة فيؤمر بالزيادة إلى حد اللائق، وإن أقامها بقيمته قبل الغصب لم تسمع على الصحيح ولأن يد الغاصب في الثانية على العبد وما عليه. أما الحر فلا يثبت على نحو غاصبه يد كما مر، ولأن الأصل في الثالثة العدم وإقامة البينة ممكنة (وفي عيب حادث) بعد تلفه كأن قال الغاصب كان أقطع أو سارقا (يصدق المالك بيمينه) (على الصحيح) لأن الأصل والغالب السلامة، والثاني يصدق الغاصب لأن الأصل براءة ذمته. فإن رده الغاصب معيبا وقال غصبته هكذا وادعى المالك حدوثه عنده صدق الغاصب إذ الأصل براءة ذمته مما يزيد على تلك الصفة، وما قيل من عدم تقييد ذلك برد المغصوب إذ لو تلف فالحكم كذلك أخذا من التعليل المذكور ومن مسألة الطعام الآتية رد بأن الغاصب في التلف قد لزمه الغرم فضعف جانبه بخلافه بعد الرد، ولو غصب ثوبا

ثم أحضر للمالك ذلك وقال هذا الذي غصبته منك وقال المالك بل غيره جعل المغصوب كالتالف على ما اعتمده البلقيني فيلزم الغاصب القيمة، فإذا قال المالك غصبت مني ثوبا قيمته عشرة وقال الغاصب هو هذا الثوب وقيمته خمسة لزم الغاصب للمالك خمسة، هذا. والأوجه أنه مقر بثوب لمن ينكره فيبقى في يد المقر ويحلف أنه لم يأخذ سواه.

(ولو) (رده) أي المغصوب (ناقص القيمة) بسبب الرخص (لم يلزمه شيء) لبقائه بحاله والفائت رغبات الناس (ولو) (غصب ثوبا) مثلا (قيمته عشرة) مثلا (فصارت بالرخص درهما ثم لبسه) مثلا (فأبلاه فصارت نصف درهم فرده) (لزمه خمسة وهي قسط التالف من أقصى القيم) لأن الناقص باللبس نصف الثوب فيلزمه قيمته أكثر ما كانت من الغصب إلى التلف، وهو في المثال المذكور خمسة والنقصان الباقي وهو أربعة ونصف سببه الرخص وهو غير مضمون، ويجب مع الخمسة أجرة اللبس كما علم مما مر، ولو عادت العشرة باللبس إلى خمسة ثم بالغلاء إلى عشرين لزمه رد خمسة فقط، وهي الفائتة باللبس لامتناع تأثير الزيادة الحاصلة بعد التلف بدليل أنه لو تلف الثوب كله ثم زادت القيمة لم يغرم الزيادة، ولو اختلف المالك والغاصب في حدوث الغلاء قبل التلف باللبس فقال المالك حدث قبله وقال الغاصب بل بعده صدق الغاصب بيمينه لأنه الغارم (قلت: ولو غصب خفين) أي فردي خف فكل واحد يسمى خفا (قيمتهما عشرة فتلف أحدهما ورد الآخر وقيمته درهماً أو أتلف أحدهما) في يده (غصبا) له فقط فأتلف معطوف على غصب (أو في يد مالكه لزمه ثمانية في الأصح، والله أعلم) خمسة للتالف وثلاثة لأرش ما حصل من التفريق عنده فالثمانية قيمة ما تلف أو أتلفه وأرش التفريق الحاصل بذلك، والثاني يلزمه درهماً قيمة ما تلف أو أتلفه، واحتراز بقوله في يد مالكه عما لو أتلفه في يد الغاصب فلا يلزمه سوى درهمن وهما قيمته وحده، ونبه بالخفين على إجراء الخلاف في كل فردين لا يصلح أحدهما بدون الآخر كزوجي النعل ومصراعي الباب، وأجراه المدارمي في زوجي الطائر إذا كان يساوي مع زوجه أكثر، واتفقوا على أنه لا يقطع بسرقة أحدهما إذا لم يبلغ أحدهما نصاباً وإن ضمناه إياه لأنه كان نصاباً في الحرز حال الاتصال ونقص بالتفريق حال الإخراج فضمناه لأنه يضمن الأقصى مع وضع اليد ولم نقطعه اعتباراً بحالة الإخراج.

(ولو) (حدث) في المغصوب (نقص يسري إلى التلف) (بأن) بمعنى كان (جعل) الغاصب (الحنطة هريسة) أو الدقيق عصيدة أو

صب الماء في الزيت وتعذر تخليصه أو وضع الحنطة في مكان ندي فتعفت عفنا غير متناه (فكالتالف) إذ لو تركه بحاله فسد فكأنه هلك فيغرم بدل جميع المغصوب من مثل أو قيمة (وفي قول يردده مع أرش النقص) قياسا على التعيب الذي لا يسري، وقيل يتخير بين الأمرين، وعلى الأول يملك الغاصب ذلك إتماما للتشبيه بالتالف لأنه غرم للمالك ما يقوم مقام الحنطة من كل وجه كما جزم به المصنف في نكته، ورجحه ابن يونس وهو مقتضى كلام الإمام وصححه السبكي، وقيل يبقى للمالك لئلا يقطع الظلم حقه، وكما لو قتل شاة يكون المالك أحق بجلدها لكن فرق بينهما بأن المالية هنا باقية وفي مسألة جلد الشاة غير باقية، ومعنى ملك الغاصب لما ذكر أنه يملكه ملكا مراعى بمعنى أنه يمتنع عليه أن يتصرف فيه قبل غرم القيمة، وأشار المصنف بالتمثيل إلى أن صورة المسألة إذا حدث النقص بفعل الغاصب، فلو حدث في يده كما لو تعفن الطعام بنفسه أخذه المالك مع الأرش، أما ما لا يسري إلى التلف فيجب أرشه كما مر، وسيأتي الكلام على خلط مثلي بمثله.

(ولو) (جنى) الرقيق (المغصوب) في يد غاصبه (فتعلق برقبته مال) ابتداء أو للعفو عنه (لزم الغاصب تخليصه) إذ هو نقص حادث في يده فكان ضامنا له (بالأقل من قيمته والمال) الواجب بالجناية، لأن الأقل إن كان القيمة فهو الذي دخل في ضمانه أو المال فلا واجب غيره، ويجب عليه أيضا أرش ما اتصف به من العيب وهو كونه جانيا على ما ذكره الرافعي في البيع (فإن) (تلف) الجاني (في يده) أي الغاصب (غرمه المالك أقصى القيم) من الغصب إلى التلف كسائر الأعيان المغصوبة (وللمجني عليه تغريمه) أي الغاصب لأن جناية المغصوب مضمونة عليه (و) له (أن يتعلق بما أخذه المالك) من الغاصب بقدر حقه، إذ حقه كان متعلقا بالرقبة فيتعلق ببدلها، ومن ثم لو أخذ المجني عليه الأرش لم يتعلق المالك به (ثم) إذا أخذ المجني عليه من تلك القيمة حقه (يرجع المالك على الغاصب) بما أخذه منه المجني عليه لأنه أخذه منه بجناية مضمونة على الغاصب وأفهم تعبيره بتم عدم رجوعه قبل أخذ المجني عليه منه لاحتمال أنه يبرئ الغاصب وبه صرح الإمام. نعم له مطالبته بالأداء كما يطالب به الضامن المضمون قال ابن الرفعة (ولو) (رد العبد) أي القن الجاني (إلى المالك فبيع في الجناية) (رجع المالك بما أخذه المجني عليه على الغاصب) لأن الجناية حصلت حين كان مضمونا عليه، وما صوبه البلقيني من أنه لو أخذ الثمن بجملته مثلا وكان أقل من أقصى القيم رجع

المالك على الغاصب بالأقصى لا بما بيع به فقط غير ظاهر وإن بسطه واستشهد له، إذ لا نظر للأقصى عند رد العين وإنما ذاك عند تلفها في يد الغاصب ولم يوجد هنا ذلك فهو نظير ما مر في الرخص. ولا يقال: إن بيعه لسبب وجد بيد الغصب ينزل منزلة تلفه في يده للفرق الظاهر بينهما.

(ولو) (غصب أرضا فنقل ترابها) بكشط عن وجهها أو حفرها (أجبره المالك على رده) إن كان باقيا ولو غرم عليه أضعاف قيمته وإن فرض أن لا قيمة له (أو رد مثله) إن تلف لما مر من أنه مثلي، وليس له رد المثل إلا بإذن المالك لأنه في الذمة فلا بد فيه من قبض المالك له حتى يبرأ منه (و) على (إعادة الأرض كما كانت) من ارتفاع وضده لإمكانه، فإن لم يمكن إلا بإعادة تراب آخر لزمه ذلك إن أذن له المالك، فإن تعذر ذلك غرم أرش النقص وهو ما بين قيمتها بترابها وقيمتها بعد نقله عنها كما نص عليه في الأم، ومحل ما مر ما لم يكن المأخوذ من القمامات وإلا ففي المطلب أنه لا يتعلق بها ضمان عند تلفها لأنها محقرة، ومقتضى كلامه وجوب ردها ما دامت باقية وهو كذلك كما صرح به الإسنوي (وللناقل) للتراب (الرد) له (وإن لم يطالبه المالك) به بل وإن منعه كما في المطلب عن الأصحاب، وجرى عليه ابن المقري (إن) لم يتيسر نقله لموات و (كان له فيه غرض) كأن ضيق ملكه أو ملك غيره أو نقله لشارع وخشي منه ضمانا أو حصل في الأرض نقص وكان يزول بالرد ولم يبرئه منه لدفع الضرر عنه، وإنما لم يجز له رداء ثوب تخرق عنده لأنه لا يعود به كما كان، فإن تيسر نقله لنحو موات في طريقه ولم تنقص الأرض لو لم يرده أو أبرأه فلا يرده إلا بإذن، وكذا في غير طريقه ومسافته كمسافة أرض المالك أو أقل، وللمالك منعه من بسطه وإن كان في الأصل مبسوطا (وإلا) بأن لم يكن ثم غرض له بأن نقله لموات ولم يطلب المالك رده (فلا يرده إلا بإذن في الأصح) لأنه تصرف في ملك غيره بلا حاجة، فإن فعل كلفه النقل (ويقاس بما ذكرناه) (حفر البئر) الذي تعدى الغاصب به (وطمها) إذا أراد، فإن أمره المالك بالطم وجب، وإلا فإن كان له غرض فيه استقل به وإن منعه منه وإلا فلا، ومن الغرض هنا ضمان الترددي فإذا لم يكن له غرض غيره وقال له المالك رضيت باستدامة البئر امتنع عليه الطم لاندفاع الضمان عنه بذلك، وتطم بترابها إن بقي وإلا فبمثله، وما استشكل به القول بأن ما في الذمة من المثل لا يملك إلا بقبض صحيح محمول على ما لو أذن الممالك له في رده، وله نقل ما طوى به البئر ويجبره المالك عليه وإن سمح له به (وإذا) (أعاد) الغاصب (الأرض كما كانت)

(ولم يبق نقص فلا أرش) لانتفاء موجهه (لكن عليه أجرة المثل لمدة الإعادة) والحفر كما في الروضة وأصلها لوضع يده عليها مدتهما تعديا وإن كان آتيا بواجب (وإن بقي نقص) في الأرض بعد الإعادة (وجب أرشه معها) أي الأجرة لاختلاف سببهما.

(ولو) غصب زيتا ونحوه) من الأدهان (وأغلاه فنقصت عينه دون قيمته) بأن كان صاعا قيمته درهم فصار نصف صاع قيمته درهم (رده) لبقاء العين (ولزمه مثل المذهب في الأصح) لأن له بدلا مقدرا وهو المثل فأوجبناه وإن زادت القيمة بالإغلاء ; كما لو خصي العبد فإنه يضمن قيمته وإن زادت أضعافها، والثاني لا يلزمه جبر النقصان، إذ ما فيه من الزيادة والنقصان حصل من سبب واحد فينجبر النقصان بالزيادة (وإن نقصت القيمة فقط) أي دون العين (لزمه الأرش) جبرا له (إن نقصتا) أي العين والقيمة جميعا (غرم المذهب ورد الباقي) مطلقا و (مع أرشه إن كان نقص القيمة أكثر) من نقص العين كرطلين قيمتهما درهما صارا بالإغلاء رطلا قيمته نصف درهم فيرد الباقي ويرد معه رطلا ونصف درهم. أما إذا لم يكن نقص القيمة أكثر بأن لم يحصل في الباقي نقص كما لو صارا رطلا قيمته درهم أو أكثر فيغرم المذهب فقط ويرد الباقي، ولو غصب عصيرا وأغلاه فنقصت عينه دون قيمته لم يغرم مثل المذهب لأنه مائة لا قيمة له، والمذهب من الدهن دهن متقوم، ومثل ذلك الرطب يصير تمرا، وأجراه الماوردي والرويانى في اللبن إذا صار جينا ونقص كذلك، ونظر فيه ابن الرفعة بأن الجبن لا يمكن كيله حتى تعرف نسبة نقصه من عين اللبن اهـ. نعم تعرف النسبة بوزنها، ويؤخذ من التعليل بأن المذهب مما ذكر مائة لا قيمة لها أنه لو نقص منه عينه وقيمه ضمن القيمة لكن الأوجه أنه يضمن مثل المذهب كالدهن (والأصح أن السمن) الطارئ في يد الغاصب (لا يجبر نقص هزال قبله) فلو غصب سميئة فهزلت ثم سمنت ردها وأرش السمن الأول، إذ الثاني غيره، وما نشأ من فعل الغاصب لا قيمة له حتى لو زال المتجدد غرم أرشه أيضا هذا إن رجعت قيمتها إلى ما كانت وإلا غرم أرش النقص جزما. وأشار بقوله نقص هزال إلى أنه لا أثر لزوال سمن مفرط لا ينقص زواله القيمة، ولو انعكس الحال بأن سمنت في يده معتدلة سمن مفرطا نقص قيمتها ردها ولا شيء عليه لعدم نقصها حقيقة وعرفا على ما نقله في الكفاية وأقره، والأوجه كما يشير إليه كلام الإسنوي وغيره خلافه لمخالفته لقاعدة الباب من تضمين القيمة، ومقابل الأصح يجبر كما لو جنى على عين فابيضت ثم زال البياض.

(و) الأصح (أن) (تذكر صنعة نسيها) عند الغاصب (يجبر النسيان) سواء أتذكرها عند الغاصب وهو ظاهر أم عند المالك كما بحثه في المطلب، وشمله كلام المصنف لأنه عين الأول فصار كنسيانها، بخلاف السمن فإنه زيادة في الجسم محسوسة مغايرة لتلك الأجزاء الذاهبة، والثاني لا يجبر كالسمن ورد بما مر، ولو تعلم الصنعة عند الغاصب بعد نسيانها فكالتذكر كما قاله الرافعي، أو عند المالك فلا كما قاله الإسنوي إنه المتجه، وعود الحسن كعود السمن لا كتذكر الصنعة قاله الإمام، وكذا صوغ حلي انكسر، ولو تعلمت الجارية المغصوبة الغناء فزادت قيمتها به ثم نسيته لم يضمنه حيث كان محرما كما علم مما مر، ومرض القن والمغصوب أو تمعط شعره أو سقوط سنه ينجبر بعوده كما كان، ولو عاد بعد الرد للمالك بخلاف سقوط صوف الشاة أو ورق الشجرة لا ينجبر بعوده كما كان لأنه متقوم ينقص به، وصحة الرقيق وشعره وسننه غير متقومة (وتعلم صنعة لا يجبر نسيان) صنعة (أخرى قطعاً) ولو أرفع من الأولى للتغاير مع اختلاف الأغراض باختلاف الصنائع.

(ولو) (غصب عصيراً فتخمر ثم تخلل) عنده (فالأصح أن الخل للمالك) لأنه عين ماله وإنما انتقل من صفة إلى أخرى (وعلى الغاصب الأرش) لنقصه (إن كان الخل أنقص قيمة) من العصير لحصوله في يده، وإن لم تنقص قيمته اقتصر عليه. والثاني يلزمه مثل العصير لأنه بالتخمر كالتالف والخل على هذا للمالك في الأصح لأنه فرع ملكه، ويجري الخلاف فيما لو غصب بيضا فتفرخ أو حبا فنبت أو بزر قز فصار قزاً. وخرج بثم تخلل ما لو تخمر ولم يتخلل فيلزمه مثل العصير لفوات المالية وعليه إراقة الخمر إن عصرها بقصد الخمرية وإلا فلا تجوز له إراقتها لاحترامها، ولا يجب ردها للمالك لأن رد مثل العصير قائم مقامه من كل وجه، بخلاف ما مر في جلد الشاة أنفاً، كذا قاله بعض الشراح. والأوجه أنه للمغصوب منه كجلد الميتة (ولو) (غصب خمراً فتخللت) عنده (أو جلد ميتة) يطهر بالدباغ (فدبغه) (فالأصح أن الخل والجلد للمغصوب منه) لأنهما فرعاً ملكه، فإن تلف في يده ضمنهما. والثاني هما للغاصب لحصول المالية عنده، وخرج بغصب ما لو أعرض عنهما وهو ممن يعتد بإعراضه فيملكه أخذه. وقضية تعليل الأول إخراج الخمر غير المحترمة، وبه جزم الإمام وسوى المتولي بينهما. قال الشيخ: وهو الأوجه ما لم يعرض المالك عنها، فإن أعرض لم يجب ردها عليه وليس للمالك استردادها، وإعراض المالك عنها كإعراضه عن الخمر، وإذا لم يعرض عنه لزم الغاصب رده لعموم الخبر لأنه منتفع به، ولو أتلف جلدًا لم يدبغ فادعى

مالكه تذكيتيه والمتلف وعدمها صدق المتلف بيمينه لأن الأصل عدم التزكية.

(فصل)

فيما يطرأ على المغصوب من زيادة ووطء وانتقال للغير وتوابعها

(زيادة المغصوب إن كانت أثراً محضاً كقصاره) لثوب وخياطة بخيط من الثوب وطحن لبر وضرب سبيكة دراهم (فلا شيء للغاصب بسببها) لتعديه بعمله في ملك غيره، وبه فارق ما مر في المفلس من مشاركته للبائع لأنه عمل في ملك نفسه (وللمالك تكليفه رده) أي المغصوب (كما كان إن أمكن) ولو مع عسر كرد الحلي سبائك واللبن طينا إلحاقا لرد الصفة برد العين لما تقرر من تعديه، وشمل كلامه ما لو لم يكن له غرض، وهو الأوجه كما قاله الإمام وإن شرط المتولي أن يكون له غرض، فإن لم يمكن رده مما كان كالقصاره لم يكلف ذلك بل يرد به بحاله. وما اقتضاه كلام المصنف من أنه لو رضي المالك ببقائه لم يعده؛ مقيد بما لو لم يكن له غرض، فإن كان كأن ضرب الدراهم بغير إذن السلطان أو على غير عياره فله إعادته. خوفاً من التعزير (وأرشد) بالرفع عطفاً على "تكليفه" والنصب عطفاً على "رده" (النقص) لقيمته قبل الزيادة سواء حصل النقص بها من وجه آخر أم بإزالتها وعليه مع ذلك أجرة مثله لدخوله في ضمانه لا لما زاد بصنعته لأن فواته بأمر المالك بدليل أنه لو رده بغير أمره مع عدم غرض له غرم أرشيه، وعلم مما مر في رد التراب أنه لو تعين غرض الغاصب في الرد لعدم لزوم الأرش له ومنعه المالك منه وأبراه امتنع عليه وسقط الأرش عنه (وإن كانت) الزيادة التي فعلها الغاصب (عينا كبناء وغراس كلف القلع) وأرشد النقص لخبر {ليس لعرق ظالم حق} وإعادتها كما كانت وأجرة المثل إن مضت مدة لمثلها أجرة، ولو أراد المالك تملكه أو إبقاءه بأجرة لم يلزم الغاصب إجابته لإمكان القلع من غير أرشد بخلاف المستعير، ولو أراد الغاصب القلع بغير رضا المالك لم يمنع، فإن بادر أجنبي لذلك غرم الأرش لأن عدم احترامه بالنسبة إلى مستحق الأرض فقط، ولو كان البناء والغراس مغصوبين من آخر فلكل من مالكي الأرض والبناء والغراس إلزام الغاصب بالقلع، وإن كانا لصاحب الأرض ورضي به المالك امتنع على الغاصب قلعه ولا شيء عليه، وإن طالبه بقلعه؛ فإن كان له فيه غرض لزمه قلعه مع أرشد النقص، وإلا فوجهان أوجههما نعم لتعديه.

أما نماء المغصوب كما لو اتجر الغاصب في المال المغصوب فالربح له، فلو غصب دراهم واشترى شيئاً في ذمته ثم نقدها في ثمنه وربح رد مثل الدراهم عند تعذر رد عينها، فإن اشترى العين بطل، ولو غصب أرضاً وبذراً من آخر وبذره في الأرض كلفه المالك إخراج البذر منها وأرث النقص، وإن رضي المالك ببقاء البذر في الأرض امتنع على الغاصب إخراجها، ولو زوق الغاصب الدار المغصوبة بما لا يحصل منه شيء بقلعه لم يجز له قلعه إن رضي المالك ببقائه وليس له إجباره عليه كما في الروضة خلافاً للزرکشي كالثوب إذا قصره (ولو) (صبغ) الغاصب (الثوب بصبغه وأمكن فصله) منه بأن لم ينعقد الصبغ به (أجبر عليه) أي الفصل وإن خسر كثيراً أو نقصت قيمة الصبغ بالفصل (في الأصح) كالبناء والغراس، وله الفصل قهراً على المالك، وإن نقص الثوب به لأنه يغرم أرش النقص كما مر نظيره أنفاً، فإن لم يحصل به نقص فكالتزويق، وحينئذ فلا يستقل الغاصب بفصله ولا يجبره المالك عليه، ومقابل الأصح لا لما فيه من ضرر الغاصب لأنه يضيع بفصله بخلاف البناء والغراس، وخرج بصبغه صبغ المالك فالزيادة كلها له والنقص على الغاصب ويمتنع فصله بغير إذن المالك، وله إجباره عليه مع أرش النقص وصبغ مغصوب من آخر، فلكل من مالكي الثوب والصبغ تكليفه فصلاً أمكن مع أرش النقص، فإن لم يمكن فهما في الزيادة والنقص كما في قوله: (وإن لم يمكن) فصله لتعقده (فإن لم تزد قيمته) ولم تنقص بأن كان يساوي عشرة قبله وساواها بعده مع أن الصبغ قيمته خمسة لا لانخفاض سوق الثياب بل لأجل الصبغ (فلا شيء للغاصب فيه) ولا عليه، إذ غصبه كالمعدوم حينئذ (وإن نقصت) قيمته بأن صار يساوي خمسة (لزمه الأرش) لحصول النقص بفعله (وإن زادت) قيمته بسبب العمل والصنعة (اشتركا فيه) أي الثوب هذا بصبغه، وهذا بثوبه أثلاثاً، ثلاثه للمغصوب منه وثلثه للغاصب. أما إذا زاد سعر أحدهما فقط بارتفاعه فالزيادة لصاحبه، وإن نقص عن الخمسة عشر قيمتهما كأن ساوى اثني عشر؛ فإن كان النقص بسبب انخفاض سعر الثياب فهو على الثوب، أو سعر الصبغ أو بسبب الصنعة فعلى الصبغ، قاله في الشامل والتتمة، وبهذا أعني اختصاص الزيادة عن ارتفاع سعر ملكه يعلم أنه ليس معنى اشتراكهما كونه على وجه الشيوخ بل هذا بثوبه، وهذا بصبغه، ولو بذل صاحب الثوب للغاصب قيمة الصبغ لئتملكه لم يجب إليه أمكن فصله أم لا، ولو أراد أحدهما الانفراد ببيع ملكه لثالث لم يصح، إذ لا ينتفع به وحده كبيع دار لا ممر لها. نعم لو أراد المالك بيع الثوب لزم الغاصب بيع صبغه

معهُ لأنه متعد فليس له أن يضر بالمالك، بخلاف ما لو أراد الغاصب بيع صبغه لا يلزم مالك الثوب بيعه معه لئلا يستحق المتعدي بتعديه إزالة ملك غيره، ولو طيرت الريح ثوبا إلى مصبغة آخر فانصبغ فيها اشتركا في المصبوغ مثل ما مر ولم يكلف أحدهما البيع ولا الفصل ولا الأرش وإن حصل نقص إذ لا تعدي

(ولو) (خلط المغصوب) أو اختلط عنده (بغيره) كبر أبيض بأسمر أو بشعير وكغزل سدى نسجه بلحمته لنفسه، وشمل كلامهم خلطه أو اختلاطه باختصاص كتراب بزبل (وأمكن التمييز) لكله أو بعضه (لزمه وإن شق) عليه ليرده كما أخذه (فإن تعذر) التمييز كخلط زيت بمثله أو شيرج وبر أبيض بمثله، ودراهم بمثلها كما اقتضاه إطلاقهم وإن قال ابن الصباغ وغيره باشتراكهما، وما فرق به من أن كل درهم متميز في نفسه بخلاف الزيت ونحوه منتقض بالحبوب (فالمذهب أنه كالتالف فله تغريمه) بدله سواء أخلطه بمثله أم بأجود أم بأردأ لأنه لما تعذر رده أبدا أشبه التالف فيملكه الغاصب إن كان مما يقبل التملك، فإن لم يكن كتراب أرض موقوفة خلطه بزبل وجعله اجرا غرم مثله ورد الأجر للناظر، ولا نظر لما فيه من الزبل لاضمحلاله بالنار، قاله بعضهم، ومع تملكه المذكور فالأوجه كما مر أنه يحجر عليه فيه حتى يؤدي مثله لمالكة، ويكفي كما أفتى به المصنف أن يعزل من المخلوط: أي بغير الأردإ قدر حق المغصوب منه ويتصرف في الباقي كما يأتي، وبهذا مع ما يأتي أيضا سقط ما أطال به السبكي من الرد والتشنيع على القول بملكه بل هو تغليظ عليه مناسب للتعدي حيث علقنا الحق بذمته بعد خلوها عنه، وإنما قلنا بالشركة في نظيره من المفلس لئلا يحتاج للمضاربة بالثمن وهو إضرار به، وهنا الواجب المثل فلا إضرار، ومن ثم لو فرض فليس الغاصب أيضا لم يبعد كما في المطلب جعل المغصوب منه أحق بالمختلط من غيره، ولو خلط مثليا مغصوبا بمثله مغصوب برضا مالكة أولا أو انصب كذلك بنفسه فمشارك لا انتفاء التعدي كما قال البلقيني المعروف عند الشافعية أنه لا يملك منه شيئا ولا يكون كالهالك وأفتى الوالد رحمه الله تعالى وإن جزم ابن المقري بخلافه، ويؤيد الأول ما أفتى المصنف، وفرق بأنه إنما ملكه في الخلط بما له تبعاً لما له ولا تبعية هنا، ومن أنه لو غصب من جمع دراهم مثلا وخلطها خلطا لا يتميز ثم فرق عليهم المخلوط بقدر حقوقهم حل لكل منهم قدر حصته، فإن خص أحدهم بحصته لزمه أن يقسم ما أخذه عليه وعلى الباقي بالنسبة إلى قدر أموالهم؛ هذا كله عند معرفة المالك أو الملاك كما تقرر، أما مع جهلهم فإن لم يحصل اليأس من

معرفتهم وجب إعطاؤها للإمام ليمسكها أو ثمنها لوجود ملاكها وله اقتراضها لمبيت المال، وإن أيس منها: أي عادة كما هو ظاهر صارت من أموال بيت المال، فلمتوليه التصرف فيها بالبيع وإعطاؤها لمستحق شيء من بيت المال وللمستحق أخذها ظفرا ولغيره أخذها ليعطيها للمستحق كما هو ظاهر، وقد صرح ابن جماعة وغيره بذلك، وقول الإمام كغيره لو عم الحرام قطرا بحيث ندر وجود الحلال جاز أخذ المحتاج إليه وإن لم يضطر بلا تبسط محمول على توقع معرفة أهله وإلا فهو لمبيت المال فيصرف للمصالح وخرج بخلط واختلط عنده الاختلاط من غير تعدد كان سال بر على مثله فيشترك مالكاهما بحسبهما فإن استويا قيمة فبقدر كيلهما، وإن اختلفا قيمة بيعا وقسم الثمن بينهما بحسب حقهما كما يأتي في نظيره من اختلاط حمام البرجين وتمتنع قسمة الحب على قدر قيمتها للربا

ولو غصب ورقا وكتب عليه قرآنا أو غيره كان كالهالك كما قاله ابن الصباغ، واعتمده الوالد رحمه الله لأنه لا يمكن رده بحاله خلافا لمن ذهب إلى أنه كالصبيغ فيما مر، والطريق الثاني قولان: أحدهما ما مر والثاني يشتركان في المخلوط وللمغصوب منه قدر حقه من المخلوط (وللغاصب أن يعطيه) أي المالك وإن أبى (من غير المخلوط) لانتقال الحق إلى ذمته، ولما مر من أن المختلط صار كالهالك ومن المخلوط إن خلطه له أو أجود مطلقا أو بأردأ إن رضي، والقول بأن الغاصب ليس أولى من المالك بملك الكل بل الهالك أولى به لانتفاء تعديه ممنوع، إذ المغصوب لما تعذر رد عينه لمالكة بسبب يقتضي شغل ذمة الغاصب به لتعديه مع تمكين المالك من أخذ بدله حالا جعل كالهالك للضرورة، وذلك غير موجود في المالك لعدم تعدد يقتضي ضمان ما للغاصب، فلو ملك الكل لم يلزمه رد شيء وبفرض لزومه لا يلزمه الفور ففيه حيف ظاهر، وقد يوجد الملك مع انتفاء الرضا للضرورة كأخذ مضطر طعام غيره قهرا عليه لنفسه أو لدابته، وليس إباق الرقيق كالخلط حتى يملكه الغاصب لرجاء عوده فلزمه قيمته للحيلولة ولا ضرورة لكونها للفيصولة، وإنما لم يرجحوا قول الشركة لأنه صار مشاعا ففيه تملك كل حق الآخر بغير إذنه أيضا، بخلاف ما إذا علقنا حقه بالذمة فيتصرف فيه حالا بحوالة أو نحوها، ولهذا صوب الزركشي قول الهالك. قال: ويندفع المحذور بمنع الغاصب من التصرف فيه وعدم نفوذه منه. حتى يدفع البدل كما مر، وإذا كان المالك لو ملكه ذلك بعوض لم يتصرف حتى رضي بذمته، فمع عدم رضاه

بالأولى قال بعضهم: كيف يستبعد القول بالملك وهو موجود في المذاهب الأربعة بل اتسعت دائرته عند الحنفية والمالكية (ولو) (غصب خشبة) مثلا (وبنى عليها) في ملكه أو غيره ولم يخف من إخراجها تلف نحو نفس أو مال معصوم، وكلامه الآتي صالح لشموله هذه أيضا (أخرجت) ولو تلف من مال الغاصب أضعاف قيمتها لتعديه ويلزمه أجره مثلا وأرش نقصها ومحلها إن بقي لها قيمة ولو تافهة وإلا فهي هالكة فيلزمه مثلها، فإن تعذر فقيمتها، ويرجع المشتري على بائعه بأرش نقص بنائه إن كان جاهلا، ومن ثم أفتى بعضهم فيمن أكرى آخر جملا وأذن في السفر به مع الخوف وتلف فأثبته آخر له وغرمه قيمته بأنه يرجع بها على مكربه إن جهل أن الجمل لغيره (ولو) غصب خشبة و (أدرجها في سفينة) (فكذلك) تخرج ما لم تصر لا مثل لها (إلا أن يخاف تلف نفس أو مال معصومين) أو اختصاص كذلك، ولو للغاصب بأن كانت في اللجة والخشبة في أسفلها فلا تنزع إلا بعد وصولها للشط وللمالك حينئذ أخذ قيمتها للحيلولة، والمراد أقرب شط يمكن الوصول إليه والأمن فيه كما هو ظاهر لا شط مقصده وكالنفس نحو العضو وكل مبيع للميم، وقال الزركشي كغيره إلا الشين أخذا مما صرحوا به في الخيط مراده إلا الشين في حيوان غير آدمي ; لأن هذا هو الذي صرحوا به ثم حيث قالوا: وكخوف الهلاك خوف كل محذور يبيح التيمم وفاقا وخلافا، ثم قالوا: للحيوان غير المأكول حكم الآدمي إلا أنه لا اعتبار ببقاء الشين اهـ. ولو شهد بمغصوب جبيرة كان كما لو خالط به جرحه، قاله المتولي، ولا يذبح لنزعه مأكولا ولا غيره للنهي عن ذبح الحيوان لغير أكله، ويضمنه لأنه حال بينه وبين مالكه، ولو خالط به الغاصب جرحا لآدمي بإذنه فالقرار عليه وإن جهل الغصب كأكله طعاما مغصوبا وينزع الخيط المغصوب من الميت، ولو آدميا، وإنما لم ينزع منه حال الحياة لحرمة الروح، أما نفس غير معصومة كزان محصن ولو رقيقا كان زنى ذميا ثم حارب واسترق وتارك صلاة بعد أمر الإمام بها، وحربي ومرتد ومال غير معصوم كمال حربي فلا يبقى لأجلهما لإهدارهما

(ولو) (وطئ المغصوبة) الغاصب (عالما بالتحريم) ولم يكن أصلا لمالكها (حد) وإن جهلت لأنه زان (وإن جهل) تحريم الزنا مطلقا أو نشأ بعيدا عن العلماء (فلا حد) للشبهة (وفي الحالين) أي حالي علمه وجهله (يجب المهر) لأنه استوفى المنفعة وهي غير زانية، لكن في حالة الجهل يجب مهر واحد وإن تكرر الوطاء وفي حالة العلم يتعدد، وإن وطئها مرة عالما وأخرى جاهلا فمهران كما

سيأتي في الصداق (إلا أن تطاوعه) عالمة بالتحريم كما يفهم من قوله الآتي إن علمت (لا يجب) مهر (على الصحيح) لأنها زانية وقد نهى عن مهر البغي. والثاني يجب لأنه لسيدها فلم يسقط بمطاوعتها كما لو أذنت في قطع يدها. وأجاب الأول بأن المهر وإن كان للسيد فقد عهدنا تأثره بفعلها كما لو ارتدت قبل المدخول (وعليها الحد إن علمت) بالتحريم كزناها، وكالزانية مرتدة ماتت على ردتها، وتقدم أنه يجب لها هنا أرش البكارة ومهر ثيب (ووطء المشتري من الغاصب كوطئه) أي الغاصب (في الحد والمهر) وأرش البكارة أيضا إن كانت بكرا لا اشتراكهما في وضع اليد على ملك الغير بغير حق. نعم تقبل دعواه هنا الجهل مطلقا ما لم يقل: علمت الغصب فيشترط عذر من نحو قرب إسلام مع عدم مخالطتنا أو خالط وأمكن اشتباه ذلك عليه (فإن غرمه) أي المالك المشتري المهر (لم يرجع به) المشتري (على الغاصب في الأظهر) لأنه الذي انتفع وباشر الإلتاف، وكذا أرش البكارة لأنه بدل جزء منها أتلفه. والثاني يرجع إن جهل الغصب لأنه لم يدخل في العقد على ضمانه فيرجع به على البائع لأنه غره بالبيع (وإن) (أحيل) الغاصب أو المشتري منه المغصوبة (عالمًا بالتحريم) (فالولد رقيق غير نسيب) لما مر أنه زنا، فلو انفصل حيا فمضمون على الغاصب، أو ميتا بجناية فبدله للسيد، أو بغيرها ففي وجوب ضمانه على المحيل وجهان، أو جههما كما قاله أبو إسحاق وغيره عدمه ; لأن حياته غير متيقنة ويجري الوجهان في حمل بهيمة مغصوبة انفصل ميتا، واقتصار الشارح على حكاية الضمان لثبوت اليد عليه تبعا لأمه تبع فيه الرافعي هنا، وقال: إنه ظاهر النص، لكن صحح بعد ذلك بأوراق عدم الضمان، وقواه في الشرح الصغير (وإن جهل) التحريم (فحر) من أصله لأنه انعقد رقيقا ثم عتق كما قال في المطلب المشهور (نسيب) للشبهة (وعليه) إذا انفصل حيا حياة مستقرة (قيمته) بتقدير رقه لتفويته رقه بظنه، فإن انفصل ميتا بجناية فعلى الجاني ضمانه وهي عشر قيمة أمه، كما يضمن الجنين الحر بغرة عبد أو أمة كما يعلم ذلك مما يأتي في الجراح فتضمن المالك للغاصب وللمشتري منه بذلك، وسيأتي ثم إن بدل الجنين المجني عليه تحمله العاقلة ; لأننا نقدره قنا في حقه، والغرة مؤجلة فلا يغرم الواطئ حتى يأخذها، قال المتولي، وتوقف الإمام فيه أو بغير جناية فلا ضمان لانتفاء تيقن حياته، ويخالف ما لو انفصل رقيقا ميتا على القول بضمانه ; لأن الحمل لا يدخل تحت اليد فجعل تبعا للأم، ولو انفصل حيا حياة غير مستقرة ثم مات وجب ضمانه فيما يظهر من تردد للأذرع، ورجحه بعضهم

أيضا كما أفهمه تعليلهم الميت بأنا لم نتيقن حياته، واقتصاره على المشتري يفهم أن المتهم من الغاصب لا يرجع بها وهو أصح الوجهين خلافا لبعض المتأخرين، وعلم مما مر لزوم المهر وقيمة الولد للغاصب والمشتري منه، وإن أذن المالك في الوطاء وهو الأصح والعبارة بقيمته (يوم الانفصال) لتعذر التقويم قبله ويلزمه أرش نقص الولادة (ويرجع بها) أي بالقيمة (المشتري على الغاصب) لأنه غره بالبيع، وغرمها ليس من قضية الشراء، بل قضيته أن يسلم له الولد حرا من غير غرامة، وما وقع في الروضة بخط المصنف من قوله ولا يرجع نسب لسبق القلم (ولو تلف المغصوب عند المشتري) من الغاصب (وغرمه) لمالكة (لم يرجع) بما غرمه على الغاصب عالما أو جاهلا وإنما يرجع عليه بالثمن (وكذا) لا يرجع بالأرش الذي غرمه (لو تعيب عنده) بأفة (في الأظهر) تسوية بين الجملة والإجزاء. والثاني يرجع للتغريم بالبيع، أما إذا كان بفعله فلا يرجع قطعا (ولا يرجع) عليه (بغرم منفعة استوفائها) كلبس وركوب وسكنى في الأظهر لما مر (في المهر) ومقابل الراجح يقول غره بالبيع (ويرجع) عليه (بغرم ما تلف عنده) من المنافع ونحوها كثمر وتناج وكسب من غير استيفاء إذا غرمه المالك مقابلها، وشمول العبارة للعين غير مراد لتقدم حكمه، وكلامه هذا إنما هو في المنفعة والفوائد من قبيل المنفعة (وبأرش نقص) بالمهملة (بنائه وغراسه إذا نقض) بالمعجمة من جهة ملك الأرض (في الأصح) فيهما أما الأولى فلأنه لم يتلفها ولم يلتزم ضمانها بالعقد، وأما الثانية فلأنه غره بالبيع والثاني في الأولى ينزل التلف عنده منزلة إتلافه وفي الثانية يقول كأن بالبناء والغراس يتلف ماله (وكلما) أي شيء (لو غرمه المشتري رجوع به) على الغاصب كأجرة المنافع الفائتة تحت يده وقيمة الولد (لو غرمه الغاصب) ابتداء (لم يرجع به على المشتري) لأن القرار على الغاصب فقط (وما لا) أي وكلما لو غرمه المشتري لم يرجع به على الغاصب كقيمة العين والأجراء ومنافع استوفائها (فيرجع) به الغاصب إذا غرمه ابتداء على المشتري لأن القرار عليه فقط لتلفه تحت يده. نعم إن سبق من الغاصب اعتراف بالملك لم يرجع قطعا لأنه مقر بأن المغصوب منه ظالم له والمظلوم لا يرجع إلا على ظالمه، ولو غرم قيمة العين وقت الغصب لكونها أكثر لم يرجع بالزائد على الأكثر من قيمته وقت قبض المشتري إلى التلف لأنه لم يدخل في ضمان المشتري، ولا تستثنى هذه لأن المشتري لا يغرم الزائد فلا يصدق به الضابط المذكور (قلت) كما قال الرافعي في الشرح (وكل من انبت) بنونين ثانية ورابعة كما

بخطه (يده على يد الغاصب فكالمشترى) فيما مر من الرجوع وعدمه (والله أعلم) قال الإسنوي: وقد سبق أول الباب بيان ذلك فقال: والأيدي المترتبة على يد الغاصب أيدي ضمان إلى آخره، فتأمل ما قاله هناك وقيد به ما أطلقه هنا.

{كتاب الشفعة}

بإسكان الفاء، وحكي ضمها. وهي لغة من الشفع ضد الوتر، فكان الشفيع يجعل نفسه شفعا بضمه نصيب شريكه إليه، أو من الشفاعة لأن الأخذ في الجاهلية كان بها: أي بالشفاعة، أو من الزيادة والتقوية ويرجعان لما قبلهما، وشرعا: حق تملك قهري ثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض بما ملك به لدفع الضرر: أي ضرر مؤنة القسمة واستحداث المرافق وغيرها كمنور ومصعد وبالوعة في الحصة الصائرة إليه، وقيل ضرر سوء المشاركة، ولكونها تؤخذ قهرا ناسب ذكرها عقب الغصب للإشارة إلى استثنائها منه، والأصل فيها الإجماع إلا من شذ، والأخبار كخبر البخاري {قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة} وفي رواية: {له في أرض أو ريع أو حائط، ولا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه}: أي لا يحل له ذلك حلا مستوي الطرفين إذ لا إثم في عدم استئذان الشريك. والريع المنزل والحائط البستان، وقوله لم يقسم ظاهر في أنه يقبل القسمة إذ الأصل فيما نفي بلم كونه في الممكن بخلاف ما نفي بلا، واستعمال أحدهما مكان الآخر تجوز، أو إجمال قاله ابن دقيق العيد، والعفو عنها أفضل ما لم يكن المشتري نادما أو مغبونا.

ولها ثلاثة أركان: أخذ، وماخوذ، وماخوذ منه، والصيغة إنما تجب في التملك كما سيأتي (لا تثبت في منقول) ابتداء كحيوان وثياب وإن بيع مع الأرض للخبر المار ولأنه لا يدوم بخلاف العقار فيتأبد فيه ضرر المشاركة، وخرج بابتداء تهدم المدار بعد ثبوت الشفعة فيؤخذ نقضها بها (بل) إنما تثبت (في أرض وما فيها من بناء) وتوابعه الداخلة في مطلق البيع كأبواب منصوبة ورفوف مسمرة ومفتاح غلق مثبت وكل منفصل توقف عليه نفع متصل (وشجر) رطب وأصل يجر مرة بعد أخرى كقت وهندبا (تبعاً) للأرض للخبر المار ; وخرج به بيع بناء وشجر في أرض محتكرة إذ هو كالمنقول، وشرط التبعية أن يباعا مع ما حولهما من الأرض، فلو باع شقفا من جدار وأسه لا غير أو من أشجار ومغارسها لا غير فلا شفعة لأن الأرض تابعة هنا. قال السبكي: وينبغي أن تكون صورة المسألة

حيث صرح بدخول الأساس والمغرس في البيع، وكانا مرئيين قبل ذلك فإنه إذا لم يرهما وصرح بدخولهما لم يصح البيع في الأصح. وفرق بينه وبين ما مر في " بعثك الجدار وأساسه " بأنه ثم يدخل مع السكوت عنه، بخلافه هنا فإنه عين منفصلة لا تدخل في البيع عند الإطلاق فاشتطت رؤيتها، وبحث أيضا أنه لو كان الجدار عريضا بحيث كانت أرضه هي المقصودة ثبتت الشفعة ؛ لأن الأرض هي المتبوعة حينئذ، وهو مرادهم بلا شك، واحترز بقوله: تبعا عما لو باع أرضا، وفيها شجرة جافة شرطا دخولها في البيع فلا تؤخذ بالشفعة لأنها لم تدخل في البيع عند الإطلاق بل بالشرط (وكذا ثمر لم يؤبر) عند البيع (في الأصح) وإن تأبر عند الأخذ سواء أكان عند البيع أم حدث بعده خلافا لابن الرفعة لتبعية الأصل في البيع فكذا في الأخذ هنا، ولا نظر لطرو تأبره لتقدم حقه وزيادته كزيادة الشجر، بل قال الماوردي: يأخذه وإن قطع. والثاني: لا لأنه لا يراد به التأيد. إما مؤبر عند البيع شرط دخوله فلا يؤخذ، وإنما تؤخذ بحصتها من الثمن لانتفاء التبعية كما مر نظيره

(ولا شفعة في حجرة) مشتركة باع أحدهما نصيبه منها، وقد (بنيت على سقف مشترك) بأن اختص به أحد الشريكين فيها أو غيرهما إذ لا قرار لها، فهي كالمنقول (وكذا مشترك في الأصح) ؛ لأن السقف الذي هو أرضها لا ثبات له فما عليه كذلك. والثاني يجعله كالأرض، ولو اشتركا في سفلى واختص أحدهما بعلوه فباع صاحب العلو علوه مع نصيبه من السفلى أخذ الشريك هذا فقط ؛ لأن العلو لا شركة فيه، وكذا لو كانت الأرض مشتركة، وفيها أشجار لأحدهما فباعه مع نصيبه منها فالشفعة له في الأرض بحصتها من الثمن لا في الشجر (وكل ما لو قسم بطلت منفعة المقصودة) منه بأن لا ينتفع به بعد القسمة من الوجه الذي كان يقصد منه قبلها (كحمام ورحى) صغيرين لا يمكن تعددهما (لا شفعة فيه في الأصح) بخلاف ما لو كانا كبيرين لأن علة ثبوتها في المنقسم كما مر دفع ضرر مؤنة القسمة والحاجة إلى أفراد الحصة الصائرة إلى الشريك بالمرافق، وهذا الضرر حاصل قبل البيع ومن حق الراغب فيه من الشريكين أن يخلص صاحبه منه بالبيع له، فلما باع لغيره سلطه الشرع على أخذه منه فعلم ثبوتها في كل ما يجبر الشريك على قسمته كما لك عشر دار صغيرة باع شريكه باقيةا، بخلاف عكسه لإجبار الأول على القسمة دون الثاني كما يعلم مما يأتي، وعدل عن تعبير أصله بطاحونة إلى رحى لأنه أخصر، ودعوى أن الطاحونة تطلق في العرف على المكان والرحى على الحجر وأنه غير مراد هنا لأنه منقول، وإنما يؤخذ تبعا للمكان فالمراد المحل

المعد للطحن، وحينئذ فتعبير المحرر أولى غير سديدة لأن هذا عرف طار والذي تقرر ترادفهما في اللغة فلا إيراد (ولا شفعة إلا لشريك) في العقار المأخوذ ولو ذميا ومكاتبا مع سيده وغير آدمي كمسجد له شقص لم يوقف فباع شريكه حصته يشفع له ناظره فلا شفعة لغير شريك، كان مات عن دار شريكه فيها وارثه فبيعت حصته في دينه فلا يشفع الوارث لأن الدين لا يمنع الإرث، وكالجار للخبر المار عن البخاري لصراحته وعدم قبوله التأويل، بخلاف أحاديث إثباتها للجار فإنه يمكن حمله على الشريك فتعين جمعا بين الأخبار، ولو قضى حنفي بها للجار لم ينقض، وحل الأخذ باطنا وإن كان الآخذ شافعيًا، ولا شفعة لصاحب شقص من أرض مشتركة موقوف عليه إذا باع شريكه الآخر نصيبه لأن الوقف لا يستحق بالشفعة فلا تستحق به الشفعة ولا لشريكه إذا باع شريك آخر نصيبه كما أفتى به البلقيني لامتناع قسمة الوقف عن الملك إذا كانت القسمة بيعا ولا انتفاء ملك الأول عن الرقبة. نعم على ما اختاره الروياني والمصنف من جواز قسمته عنه إذا كانت إفرادا لا مانع من أخذ الثاني وهو المعتمد، ولا لموصى له بالمنفعة ولو مؤبدا، وأراضي الشام غير موقوفة كما قطع به الجرجاني، قال جمع: بخلاف أراضي مصر لكونها فتحت عنوة ووقفت، وأخذ السبكي من وصية الشافعي أنه كان له بها أرض ترجيح أنها ملك، وهو يؤيد القائل بأنها فتحت صلحا كما سيأتي بسطه في السير، وقد لا يشفع الشريك لكن لعارض كولي غير أصل شريك لموليه باع شقص محجوره فلا تثبت لاتهامه بمحاباته في الثمن، وفارق ما لو وكل شريكه فباع فإنه يشفع بأن الموكل متأهل للاعتراض عليه عند تقصيره

ولو باع دارا وله شريك في ممرها فقط كدرب غير نافذ (فلا شفعة له فيها) لانتفاء الشركة فيها فأشبهه ما لو باع عقارا غير مشترك وشقصا مشتركا (والصحيح ثبوتها في الممر) بما يخصه من الثمن (إن كان للمشتري طريق آخر إلى الدار أو أمكن) من غير مؤنة لها وقع (فتح باب إلى شارع) ونحوه أو إلى ملكه لإمكان الوصول إليها من غير ضرر (وإلا) أي وإن لم يمكن شيء من ذلك (فلا) تثبت فيه لما فيه من إضرار المشتري، والشفعة تثبت لدفع الضرر فلا يزال الضرر بالضرر. والثاني تثبت فيه والمشتري هو المضر بنفسه بشرائه هذه الدار. والثالث: المنع مطلقا إذا كان في اتخاذ الممر عسر أو مؤنة لها وقع؛ لأن فيه ضررا ظاهرا، ومحل الخلاف إذا لم يتسع الممر، فإن اتسع بحيث يمكن أن يترك للمشتري منه شيء يمر فيه تثبت الشفعة في الباقي قطعاً،

ومجرى النهر كالممر فيما ذكر، ولو اشترى ذو دار لا ممر لها نصيبا في ممر ثبتت مطلقا كما هو ظاهر كلام أصل الروضة ; لأن الممر ليس من حقوق الدار هنا قبل البيع بخلافه

ثم (وإنما) (ثبت فيما ملك بمعاوضة) محضة أو غيرها بالنص في البيع وبالقياس في غيره بجامع الاشتراك في المعاوضة مع لحوق الضرر فخرج ما ملك غيرها كإرث ووصية وهبة بلا ثواب (ملكا لازما متأخرا) سببه (عن) سبب (ملك الشفيع) وسيذكر محترزات ذلك، فالمحضة (كمبيع و) غيرها نحو (مهر وعوض خلع و) عوض (صلح دم) في قتل عمد (و) عوض صلح عن (نجوم) بناء على صحة الاعتياض عنها، وهو ما نص عليه وصححه جمع، لكن الذي جزما به في بابها المنع لأنها غير مستقرة، وهو المعتمد، ويصح عطف نجوم على بيع والقول بتعين التقدير الأول فيه ; لأن عقد الكتابة بالشقص غير ممكن لعدم تصور ثبوته في الذمة، والمعين لا يملكه العبد ممنوع بل بتسليمه يمكن عطفه على خلع: أي وعوض نجوم بأن يملك شقضا ويعوضه السيد عن النجوم (وأجرة ورأس مال سلم) لحصولهما بالمعاوضة (ولو) (شرط) أو ثبت من غير شرط كخيار المجلس (في البيع الخيار لهما أو للبائع) (لم يؤخذ بالشفعة حتى ينقطع الخيار) لأن المشتري لم يملك فيهما إذ هو في الأولى موقوف وفي الثانية ملك البائع، وهذا محترز ملك كما احترز به أيضا عما جرى سبب ملكه كالجعل قبل الفراغ من العمل، وعلى القول المرجوح يملك المشتري هو محترز لازما (وإن شرط للمشتري وحده فالأظهر أنه يؤخذ) بها (إن قلنا الملك للمشتري) وهو الأصح إذ لا حق فيه لغيره، ولا يرد هذا على لازما لأنه لكونه يتول إلى اللزوم مع إفادته الملك للمشتري كاللازم أولا منه لازم من جهة البائع، فاندفع القول بأن اللزوم قيد مضر ولا يقال فيما لو كان لهما أو للبائع أنه أيل إلى اللزوم لخروج ذلك بقوله ملك إذ لا ملك للمشتري فيهما. وقال الزركشي: ينبغي أن ينتقل الخيار الثابت للمشتري إلى الشفيع ويأخذ الملك بصفته لأنه قائم مقامه كما في الوارث مع المورث ولم يذكره، والأوجه خلافه. وقياس الشفيع على الوارث ممنوع (وإلا) أي وإن قلنا: الملك للبائع أو موقوف (فلا) يؤخذ لبقاء ملك البائع أو انتظار عوده (ولو) (وجد المشتري بالشقص عيبا وأراد رده بالعيب وأراد الشفيع أخذه ويرضى بالعيب) (فالأظهر إجابة الشفيع) لأن حقه سابق على حق المشتري لثبوته بالبيع، وأما حق المشتري فبالاطلاع. والثاني إجابة المشتري لأن الشفيع إنما يأخذ إذا استقر العقد، ولأنه قد يريد استرداد عين ماله ودفع عهدة الشقص عن

نفسه، وعلى الأول لو رده المشتري قبل طلب الشفيع فله فسخ الرد. وقيل يتبين بطلانه، وعليه فالزوائد من الرد إلى رده للمشتري وكالرد بالعيب رده بالإقالة

(ولو) (اشترى اثنان) معا (دارا أو بعضها فلا شفعة لأحدهما على الآخر) لاستوائهما في وقت حصول الملك وهذا محترز متأخر إلخ. وحاصله كما أشرت إليه أنه لا بد من تأخر سبب ملك المأخوذ عنه عن سبب ملك الآخذ، فلو باع أحد شريكين نصيبه بشرط الخيار له فباع الآخر نصيبه في زمن الخيار بيع بت فالشفعة للمشتري الأول إن لم يشفع بئعه لتقدم سبب ملكه على سبب ملك الثاني، ولا شفعة للثاني، وإن تأخر عن ملكه ملك الأول لتأخر سبب ملكه عن سبب ملك الأول، وكذا لو باعا مرتبا بشرط الخيار لهما دون المشتري سواء أجازا معا أم أحدهما قبل الآخر (ولو) (كان للمشتري شرك) بكسر الشين (في الأرض) كأن كانت بين ثلاثة أثلاثا فباع أحدهم حصته لأحد شريكه (فالأصح أن الشريك لا يأخذ كل المبيع بل حصته) وهي السدس، كما لو كان المشتري أجنيا لاستوائهما في الشركة. والثاني يأخذ الجميع وهو الثلث ولا حق فيه للمشتري؛ لأن الشفعة تستحق على المشتري فلا يستحقها عن نفسه. وأجاب الأول بأننا لا نقول: إن المشتري استحقها على نفسه بل دفع الشريك عن أخذ حصته، فلو ترك المشتري حقه لم يلزم الشفيع أخذه

(ولا يشترط في) استحقاق (التملك بالشفعة حكم حاكم) لثبوته بالنص (ولا إحضار الثمن) كالبيع بجامع أنه تملك بعوض ولا ذكره (ولا حضور المشتري) ولا رضاه كما في الرد بالعيب، وما قررناه في كلامه يندفع به ما أورد أن ما هنا ينافي ما بعده أنه لا بد من أحد هذه الأمور أو ما يلزم منه أحدها. ووجه الإندفاع أن ما هنا في ثبوت التملك بالشفعة واستحقاقه، وما يأتي إنما هو في حصول الملك بعد ذلك الاستحقاق وتقرره فلا اتحاد ولا منافاة، وهو أوضح من الجواب بأن المراد هنا أن كل واحد بخصوصه على انفراده لا يشترط، ثم أنه لا بد من وجود واحد مما يأتي، وعلى عدم تقدير الاستحقاق لا منافاة أيضا لأن التملك وهو ما هنا غير حصول الملك وهو ما يأتي، إذ لا يلزم من التملك حصول الملك عقبه كالبيع بشرط الخيار، وقد أجاب الفتى بنحو ذلك غير أنه فسر التملك بأخذ الشفعة فورا: أي بطلبها فورا ثم السعي في واحد من الثلاثة، فهذا هو التملك لا مجرد طلبها فورا خلاف ما يقتضيه كلامه، ويؤيد ذلك قول بعض تلامذته: وأما الجواب عن قول الشيخين ولا يكفي أن يقول: لي حق الشفعة وأنا مطالب بها وقولهما في

الطلب أنا مطالب بها، فهو بناء على الفرق بين الطلب والتملك فكلامهما أولا في حقيقة التملك. وثانيا في مجرد طلب الشفعة هذا. والأوجه كما دل عليه كلام الرافعي وصرح به البلقيني في اللعان أنه لا بد من الفور في التملك عقب الأخذ: أي في سببه. نعم في الروضة كأصلها وإذا لم يكن الثمن حاضرا وقت التملك أمهل ثلاثة أيام، فإن انقضت ولم يحضره فسخ الحاكم تملكه، هكذا حكاه ابن سريج وساعده المعظم انتهى. ويوجه بأن غيبة الثمن عذر فأمهل لأجله مدة قريبة يتسامح بها غالبا فاندفع دعوى بنائه على مرجوح، وللشفيع إجبار المشتري على قبض الشقص حتى يأخذه منه، ولا يأخذه من البائع ويقوم قبضه مقام قبض المشتري

(ويشترط) في حصول الملك بالشفعة (لفظ) أو نحوه ككتابة وإشارة أخرس (من الشفيع كتملكت أو أخذت بالشفعة) ونحوها كاخترت الأخذ بها، بخلاف أنا مطالب بها وإن سلم الثمن؛ لأن المطالبة رغبة في التملك، وهو لا يحصل بالرغبة المجردة (ويشترط مع ذلك) اللفظ أو نحوه كون الثمن معلوما للشفيع كما يعلم مما يأتي في قوله ولو اشترى بجزاف. نعم لا يشترط علمه في الطلب ورؤية شفيع الشقص كما يذكره الآن (أما تسليم العوض إلى المشتري فإذا تسلمه أو ألزمه القاضي) لامتناعه من أخذ العوض (التسلم) بضم اللام (ملك الشفيع الشقص) لو صوله إلى حقه في الحالة الأولى وتقصيره فيما بعدها ومن ثم كفى وضعه بين يديه بحيث يتمكن من قبضه سواء الثمن المعين وما في الذمة، وقبض الحاكم عن المشتري كاف (وأما رضا المشتري بكون العوض في ذمته) أي الشفيع ولم يمنع مانع، فإن وجد كما لو باع دارا فيها ذهب يتحصل منه شيء بفضة أو عكسه فلا بد من التقابض الحقيقي كما علم من كلامه في الربا (وأما قضاء القاضي له بالشفعة) أي بثبوتها لا بالملك كما قال في المطلب (إذا حضر مجلسه وأثبت حقه) فيها وطلبه (فيملكه به في الأصح) لتأكد اختيار التملك بحكم الحاكم ولا يقوم الإشهاد على الطلب مقامه واختيار الشفعة مقامه كما أفهمه كلامه، ومحلله كما قاله ابن الرفعة عند وجود الحاكم وإلا قام كما في هرب الجمال ونظائره، لكن ظاهر كلامهم خلافه، واستظهره الشيخ في غرره وجرى عليه ابن المقري، وبفرض اعتماد ما قاله ابن الرفعة فإنما يظهر إن غلب المشتري أو امتنع من أخذ الثمن. والثاني لا يملك بذلك لأنه لم يرض بدمته، وإذا ملك الشقص بغير تسليم لم يتسلمه حتى يؤديه، فإن لم يؤده أمهل ثلاثة أيام، فإن مضت ولم يحضره فسخ

الحاكم ملكه (ولا يملك شقصا لم يره الشفيع) تنازعه الفعلان (على المذهب) بناء على بطلان بيع الغائب وليس للمشتري منع الشفيع من الرؤية. والطريق الثاني القطع بالأول ; لأن الأخذ بالشفعة قهري لا يناسبه إثبات الخيار فيه.

(فصل) في بيان بدل الشقص الذي يؤخذ به والاختلاف في قدر الثمن وكيفية أخذ الشركاء إذا تعددوا أو تعدد الشقص

(إن اشترى بمثلي) كبر ونقد (أخذه الشفيع بمثله) إن تيسر لأنه أقرب إلى حقه، فإن لم يتيسر حال الأخذ بقيمته، ولو قدر المثل بغير معياره الشرعي كقنطار حنطة أخذه بوزنه، ولو تراضيا عن دنائير حصل الأخذ بها بدراهم كان شراء مستجدا تبطل به الشفعة كما في الحاوي. قال الزركشي: وهي غريبة انتهى. والأوجه مجيء ما مر فيما لو صالح بمال عن الرد بالعيب هنا (أو بمتقوم) كعبد وثوب (بقيمته) لا قيمة الشقص لأن ما يبذله الشفيع في مقابلة ما بذله المشتري لا في مقابلة الشقص ; ولو ملك الشفيع نفس الثمن قبل الأخذ تعين أن يأخذ به لا سيما المتقوم، لأن العدول عنه إنما كان لتعذره كما بحثه ابن الرفعة واعتمده الأذرعى وغيره، ولو حط عن المشتري بعض الثمن قبل اللزوم انحط عن الشفيع أو كله فلا شفعة لانتفاء البيع. ويؤخذ من قوله الآتي: ويؤخذ الممهور إلخ أن مراده بالقيمة هنا غير ما ذكر في الغصب، فلا يرد عليه ما لو صالح عن دم العمد على شقص فإنه يأخذه بقيمة الدم، وهو الدية فيأخذه بقيمتها يوم الجناية خلافا لبعضهم، وتعتبر قيمة المتقوم في غير هذا (يوم البيع) أي وقته لأنه وقت إثبات العوض واستحقاق الشفعة، ولا اعتبار بما يحدث بعدها لحدوثه في ملك البائع، ويصدق المشتري بيمينه في قدرها حينئذ كما في البحر لما يأتي أنه أعلم بما باشره (وقيل يوم) أي وقت (استقراره بانقطاع الخيار) كما أن المعتبر في الثمن حالة اللزوم، ولما كان ما سبق شاملا للدين وغيره وكان الدين يشمل الحال والمؤجل بين أن المراد الحال بقوله (أو) اشترى (بمؤجل فالأظهر أنه يخير) وإن حل الثمن بموت المشتري أو كان منجما بأوقات مختلفة (بين أن يعجل) الثمن (ويأخذ في الحال أو يصير إلى المحل) بكسر الحاء: أي حلول الكل وليس له كلما حل نجم أن يعطيه ويأخذ بقدره لما فيه من تفريق الصفقة على المشتري، ولو رضي المشتري بدفع الشقص وتأجيل الثمن إلى محله وأبى الشفيع إلا الصبر إلى المحل بطلت شفעתه على الأصح قاله الماوردي. (ويأخذ) دفعا للضرر من

الجانبيين، ولا يسقط حقه بتأخيره لعذره إذ لو جوزنا له الأخذ بمؤجل أضررنا بالمشتري لاختلاف الذمم، وإن أئزمناه الأخذ في الحال بنظيره من الحال أضررنا بالشفيع لأن الأجل يقابله قسط من الثمن، ولا يلزمه إعلام المشتري بالطلب حيث خيرناه على ما في الشرحين، وما وقع في الروضة من اللزوم نسب لسبق القلم، والثاني يأخذه بالمؤجل تنزيلا له منزلة المشتري، فإن اختار الصبر على الأول ثم عن له أن يعجل الثمن ويأخذ قال في المطلب: فالذي يظهر أن له ذلك وجهها واحدا، قال الأذرعى وغيره: وهو ظاهر إذا لم يكن زمن نهب يخشى منه على الثمن المعجل الضياع (ولو بيع شقص وغيره) مما لا شفعة فيه كسيف (أخذه) أي الشقص لوجود سبب الأخذ دون غيره، ولا خيار للمشتري بتفريق الصفقة عليه لأنه المورط لنفسه، والتعليل بكونه دخل عالما بالحال مشعر بأن الجاهل يخير وإطلاقهم يخالفه، وبكل من التعليلين فارق هذا ما مر من امتناع أفراد المعيب بالرد ولعلمهم جروا في ذكر العلم على الغالب (بحصته) أي بقدرها (من القيمة) من الثمن باعتبار القيمة بأن يوزع الثمن عليهما باعتبار قيمتهما حال البيع ويأخذ الشقص بحصته من الثمن، فلو ساوى مائتين، والسيف مائة والثمن خمسة عشر أخذه بثلثي الثمن، وما قررنا به كلام المصنف تبعا للشارح هو مراده كما لا يخفى وبه ترد دعوى أن ذكر القيمة سبق قلم.

(ويؤخذ) الشقص (الممهور بمهر مثلها) يوم النكاح (وكذا) شقص هو (عوض خلع) فيؤخذ بمهر مثلها يوم الخلع سواء أنقص عن قيمة الشقص أم لا ; لأن البضع متقوم وقيمه مهر المثل، ولو أمهرها شقصا مجهولا وجب لها مهر المثل، ولا شفعة لبقاء الشقص على ملك الزوج نص عليه في الأم، ويجب في المتعة متعة مثلها لأنها الواجبة بالفراق، والشقص عوض عنها لا مهر مثلها، ولو اعتاض عن النجوم شقصا أخذ الشفيع بمثل النجوم أو بقيمتها بناء على ما مر من جواز الاعتياض عنها، وكلام الشارح مبني عليه (ولو) (اشترى جزاف) بثلث جيمه نقدا كان أو غيره (وتلف) الثمن قبل العلم بأخذه، أو غاب وتعذر إحضاره، أو بمتقوم كقص مجهول القيمة أو اختلط بغيره (امتنع الأخذ) لتعذر الأخذ بالمجهول، وهذا من الحيل المسقطة للشفعة وهي مكروهة كما أطلقاه: أي في غير شفعة الجوار، وقيده بعضهم بما قبل البيع أما بعده فهي حرام، وخرج بالتلف ما لو كان باقيا فيكالمثلا، ويؤخذ بقدره. نعم لا يلزم البائع إحضاره ولا الإخبار بقيمته، وفارق ما مر فيما لم يره من وجوب تمكين المشتري الشفيع من الرؤية بأنه لا

حق له على البائع بخلاف المشتري (فإن) (عين الشفيع قدرا) كاشتريته بمائة (وقال المشتري) بمائتين حلف كما يأتي بناء على مدعاه وألزم الشفيع الأخذ به، وإن قال: (لم يكن معلوم القدر حلف على نفي العلم) بقدره لأن الأصل عدم علمه به، وحينئذ تسقط الشفعة كما اقتضاه كلامه وجرى عليه في نكته ونص عليه وإن نقل عن القاضي عن النص الوقف إلى اتضاح الحال واعتمده السبكي، وليس له الحلف على أنه اشتراه بثمن مجهول لأنه قد يعلمه بعد الشراء، فإن نكل حلف الشفيع على ما عينه وأخذ به، ولو قال المشتري: لم أشتري بذلك القدر حلف كذلك وللشفيع بعد حلف المشتري أن يزيد في قدر الثمن ويحلفه ثانيا وثالثا وهكذا حتى ينكل المشتري فيستدل بنكوله فيحلف على ما عينه ويشفع لأن اليمين قد تستند إلى التخمين كما لو حلف على خط أبيه حيث سكنت نفسه إليه، ولا يكون قوله: نسيت قدر الثمن عذرا بل يطلب منه جواب كاف (وإن ادعى علمه) بقدره وطالبه ببيانه (ولم يعين قدرا) في دعواه (لم تسمع دعواه في الأصح) لأنه لم يدع حقا له. والثاني تسمع ويحلف المشتري أنه لا يعلم قدره، ولو قامت بينة بأن الثمن كان ألفا وكفا من الدراهم هو دون المائة يقينا فقال الشفيع: أنا أخذه بألف ومائة كان له الأخذ كما في فتاوى الغزالي لكنه لا يحل للمشتري قبض تمام المائة

(وإذا) (ظهر) بعد الأخذ بالشفعة (الثمن) الذي بذله مشتري الشقص نقدا أو غيره (مستحقا) بينة أو تصادق البائع والمشتري والشفيع كما قاله المتولي (فإن كان معينا) بأن وقع الشراء بعينه (بطل البيع) لأنه بغير ثمن (والشفعة) لترتيبها على البيع، ولو خرج بعضه بطل أيضا وخروج النقد نحاسا كخروجه مستحقا، فلو خرج رديئا تخير البائع بين الرضا به والاستبدال، فإن رضي به لم يلزم المشتري الرضا بمثله بل يأخذ من الشفيع الجيد قاله البغوي ونظر فيه المصنف ورده البلقيني بأنه جار على قوله فيما إذا ظهر العبد الذي باع به البائع معيبا ورضي به أن على الشفيع قيمته سليما لأنه الذي اقتضاه العقد، وقد قال الإمام: إنه غلط، وإنما عليه قيمته معيبا فالتغليظ بالمثلي أولى. قال: والصواب في كلتا المسألتين ذكر وجهين أحدهما اعتبار ما ظهر وجزم به ابن المقرئ في المعيب وهو الأوجه، وقياس ما قالوه في حط بعض الثمن من الفرق بين ما قبل اللزوم وبعده أن يقال بنظيره هنا من أن البائع إن رضي برديء أو معيب قبل اللزوم لزم لمشتري الرضا بهما من الشفيع أو بعده فلا، وحينئذ فيحتمل الالتزام ذلك لأن منة البائع ومسامحته موجودة فيهما، إلا أن يفرق بأن الرديء والمعيب غير

ما وقع به العقد بالكلية، بخلاف الثمن فإنه وقع به العقد فسرى ما وقع فيه إلى الشفيع، هذا والأوجه الفرق بين المعيب والرديء، إذ ضرر الرداءة أكثر من المعيب، إذ لا يلزم من عيبه رداءته (وإلا) بأن اشترى بثمن في ذمته ودفع عما فيها فخرج المدفوع مستحقا (أبدل) المدفوع (وبقيا) أي المبيع والشفعة لأن إعطائه عما في الذمة لم يقع الموقع فكان وجوده كعدمه، وللبائع استرداد الشقص إن لم يكن تبرع بتسليمه وحبسه إلى قبض الثمن (وإن) (دفع الشفيع مستحقا) أو نحو نحاس (لم تبطل شفيعته إن جهل) لعذره (وكذا إن علم في الأصح) لعدم تقصيره في الطلب، والشفعة لا تستحق بمال معين حتى تبطل باستحقاقه. والثاني تبطل لأنه أخذ بما لا يملك فكانه ترك الأخذ مع القدرة، فلو لم يأخذها بمعين كتملكت بعشرة دنانير ثم نقد المستحق لم تبطل قطعا، وإذا بقي حقه فهل يتبين أنه لم يملك فيحتاج لتملك جديد أو ملك، والثمن دين عليه فالفوائد له وجهان رجح الرافعي الأول، وغيره الثاني واستظهر هذا، والأوجه أن الأخذ إن كان بالعين تعين الأول أو في الذمة تعين الثاني

(وتصرف المشتري في الشقص) المشفوع (كبيع ووقف) ولو مسجدا كما قاله ابن الصباغ (وإجارة صحيح) لوقوعه في ملكه، وإن لم يلزم فكان كتصرف الولد فيما وهبه أبوه (وللشفيع نقض ما لا شفعة له فيه) ابتداء (كالوقف) والهبة والإجارة. قال الماوردي: وإذا أمضى الإجارة فالأجرة للمشتري (وأخذه) أي الشقص (ويتخير فيما فيه شفعة كبيع بين أن يأخذ بالبيع الثاني أو ينقض ويأخذ بالأول) لما مر إذ الثمن قد يكون في الأول أقل أو جنسه أيسر، وأوهنا بمعنى الواو الواجبة في حيز بين لكن الفقهاء كثيرا ما يتسامحون في ذلك، وليس المراد بالنقض الفسخ ثم الأخذ بالشفعة، بل الأخذ بها، وإن لم يتقدمه لفظ فسخ كما استنبطه في المطلب من كلامهم خلافا لما يقتضيه كلام أصل الروضة، وإنما لم يكن تصرف الأصل فيما وهبه لفرعه رجوعا بخلافه هنا لأن الأصل هناك هو الواهب فلا بد من أن يرجع عن تصرفه بخلاف الشفيع، ولو بنى المشتري أو غرس في المشفوع قبل علم الشفيع بذلك ثم علم قلع مجانا لتعدي المشتري. نعم إن فعل ذلك في نصيبه بعد القسمة ثم أخذ بالشفعة لم يقلع مجانا. فإن قيل: القسمة تتضمن رضا الشفيع بتملك المشتري غالبا رد بأن ذلك يتصور بغير صور كأن يظن المبيع هبة ثم يتيقن أنه اشتراه أو أنه اشتراه بثمن كثير ثم ظهر أنه بأقل، أو يظن الشفيع كون المشتري وكيفا للبائع، ولبناء المشتري وغراسه حينئذ حكم بناء

المستعير وغراسه إلا أن المشتري لا يكلف تسوية الأرض إذا اختار القلع لأنه كان متصرفاً في ملكه، فإن حدث في الأرض نقص أخذه الشفيع على صفته، أو يتركه ويبقى زرعه إلى أوان الحصاد من غير أجر، وللشفيع تأخير الأخذ بالشفعة إلى أوان الحصاد لعدم الانتفاع به قبل، وفي جواز التأخير إلى أوان جذاذ الثمرة فيما إذا كان في الشقص شجر عليه ثمرة لا تستحق بالشفعة وجهان أرجحهما كما قاله الزركشي المنع. والفرق أن الثمرة لا تمنع من الانتفاع بالمأخوذ بخلاف الزرع. ويمكن حمل الجواز على ما لو كانت المنفعة تنقص بها مع بقاءه والمنع على خلافه.

ولو ادعى المشتري إحداث بناء وادعى الشفيع قدمه صدق المشتري كما في الشامل وإن توقف فيه في المطلب (ولو) (اختلف المشتري والشفيع في قدر الثمن) ولا بينة أو أقاما بينتين وتعارضتا (صدق المشتري) بيمينه لأنه أعلم بما باشره من الشفيع، فإن نكل حلف الشفيع وأخذ بما حلف عليه، وما بحثه الزركشي من أنه لو كذبه الحس كأن ادعى أن الثمن ألف دينار وهو يساوي ديناراً لم يصدق فيه نظر، مأخذه ما مر من أنه لا خيار له في شراء زجاجة بألف وهي تساوي درهما، وبه يعلم أن الحس لا يكذب ذلك لأن الغبن بذلك قد يقع (وكذا لو) (أنكر المشتري) في زعم الشفيع (الشراء) وإن كان الشقص في يده (أو) أنكر (كون الطالب شريكاً) لأن الأصل عدمها ويحلف في الأولى أنه ما اشتراه، وفي الثانية على نفي العلم بشركته، فإن نكل حلف الطالب بتاً وأخذ (فإن اعترف الشريك) القديم (بالباع فالأصح ثبوت الشفعة) عملاً بإقراره وإن حضر المشتري وكذبه سواء اعترف الباع بقبض الثمن أم لا، إذ الغرض أن الشقص في يده أو يد المشتري، وقال: إنه وديعة منه أو عارية مثلاً. والثاني لا تثبت له؛ لأن الشفيع يأخذه من المشتري، فإذا لم يثبت الشراء لم يثبت ما تفرع عليه. أما لو كان في يد المشتري فادعى ملكه وأنكر الشراء لم يصدق الباع عليه لأن إقرار غير ذي اليد لا يسري على ذي اليد (وبسلم الثمن إلى الباع إن لم يعترف بقبضه) من المشتري لتلقي الملك منه فكانه المشتري منه، فلو امتنع من قبضه من الشفيع كان له مطالبة المشتري في أحد وجهين رجحه الشيخ رحمه الله وهو الأوجه، وأفتى به الوالد رحمه الله تعالى لأن ماله قد يكون أبعد عن الشبهة، وإن حلف المشتري فلا شيء عليه. فإن نكل حلف الباع وأخذ منه الثمن، وكانت عهده عليه (وإن اعترف الباع بقبضه فهل يترك الثمن في يد الشفيع) إن كان معيناً وذمته إن كان غير معين فالاعتراض عليه بأنه كان ينبغي التعبير بذمة

الشفيع غير صحيح (أم يأخذه القاضي ويحفظه) لأنه مال ضائع (فيه خلاف سبق في) أوائل (الإقرار نظيره) والأصح منه الأول، وذكر هنا المقابل دون التصحيح عكس ما ذكر ثم اكتفاء عن كل بنظيره، واعتذر للشفيع التصرف في الشقص مع بقاء الثمن في ذمته لعذره بعدم مستحق معين له، وبه يفرق بين هذا وما مر من توقف تصرفه على أداء الثمن، ويؤيد ذلك ما فرق به بعضهم بأن المشتري هناك معترف بالشراء وهنا بخلافه. نعم لو عاد وصدقه سلم إليه بغير إقرار جديد وفارق ما مر بأن ما هنا معاوضة فقوي جانبها ويكفي في سبق النظر تركه في يد المقر إتيان المصنف هنا بأم بدل أو صحيح، والقول بأنه خلاف الصواب لأن أم تكون بعد الهمة وأو بعد هل مردود بأنه أغلبي لا كلي

(ولو) (استحق الشفعة جمع) ابتداء كدار مشتركة بين جماعة باع أحدهم نصيبه أو دواما كان ورثوها عن واحد واختلف قدر أملاكهم (أخذوا بها على قدر الحصص) من الملك لأنه حق مستحق به فقسط على قدره كالأجرة وكسب القن (وفي قول على الرءوس) لأن أصل الشركة سبب الشفعة وقد تساووا فيها بدليل أن الواحد يأخذ الجميع وإن قل نصيبه، وانتصر جمع متأخرون لهذا، والأكثر على الأول

(ولو) (باع أحد شريكين نصف حصته) مثلا (لرجل) أي شخص (ثم باقيا لآخر) قبل أخذ الشريك القديم ما بيع أولا (فالشفعة في النصف الأول للشريك القديم) إذ ليس معه شريك حال البيع سوى البائع ولا يشفع فيما باعه وقد يعفو عنه (والأصح أنه إذا عفا) الشريك القديم (عن النصف الأول) بعد البيع الثاني (شاركه المشتري الأول في النصف الثاني) لأن ملكه قد سبق البيع الثاني واستقر بعفو الشريك القديم عنه فيستحق مشاركته (وإلا) بأن لم يعف الشريك القديم عن النصف الذي اشتراه بل أخذه منه (فلا) يشارك الأول القديم لزوال ملكه. والوجه الثاني يشاركه مطلقا لأنه شريكه حالة الشراء، وخرج بتم ما لو وقع البيعان معا فالشفعة فيهما معا للأول وحده، وعلم مما تقرر من كون العفو بعد البيع الثاني أنه لو عفا قبله اشتركا فيه جزما أو أخذ قبله انتفت جزما (والأصح أنه لو عفا أحد شفيعين سقط حقه) منها كسائر الحقوق المالية (وتخير الآخر بين أخذ الجميع وتركه) كالمفرد (وليس له الاقتصار على حصته) لئلا تتبعض الصفقة على المشتري والثاني يسقط حق العافي وغيره كالقصاص. وأجاب الأول بأن القصاص يستحيل تبعضه وينقل إلى بدله (و) (الأصح) أن

الواحد إذا أسقط بعض حقه سقط) حقه (كله) كالقود، والثاني لا يسقط شيء منه كعفوه عن بعض حد القذف (ولو) (حضر أحد شفيعين) وغاب الآخر (فله) أي الحاضر (أخذ الجميع في الحال) لا الاقتصار على حصته لئلا تتبعض الصفقة على المشتري لو لم يأخذ الغائب، إذ يحتمل أنه أزال ملكه بوقف أو غيره أو لا رغبة له في الأخذ، فلو رضي المشتري بأن يأخذ الحاضر حصته فقط فالمتجه كما اعتمده السبكي كابن الرفعة أنه كما لو أراد الشفيع الواحد أن يأخذ بعض حقه والأصح منعه، وإذا أخذ الحاضر الكل استمر الملك له ما لم يحضر الغائب ويأخذ (فإذا حضر الغائب شاركه) لثبوت حقه، وما استوفاه الحاضر من الفوائد قبل تملك الغائب من نحو ثمرة وأجرة لا يشاركه فيه كما أن الشفيع لا يشارك المشتري فيه (والأصح أن له تأخير الأخذ إلى قدوم الغائب) وإن كان الأخذ بها على الفور لظهور عذره؛ لأن له غرضاً في ترك أخذ ما يؤخذ منه ولا يلزمه الإعلام بالطلب كما مر والثاني لا يمكنه من الأخذ، ولو استحقها ثلاثة كدار بين أربعة بالسوية باع أحدهم حصته واستحقها الباقيون فحضر أحدهم أخذ الكل أو ترك أو آخر لحضورهما كما مر، فإن أخذ الكل وحضر الثاني ناصفه بنصف الثمن كما لو لم يكن إلا شفيعان، وإذا حضر الثالث أخذ من كل ثلث ما بيده لأنه قدر حصته، ولو أراد أخذ ثلث ما في يد أحدهما فقط جاز كما يجوز للشفيع أخذ نصيب أحد المشتريين. واعلم أن للثاني أخذ الثلث من الأول لأنه لا يفوت الحق عليه إذ الحق ثبت لهم أثلاثاً، وإن حضر الثالث وأخذ نصف ما بيد الأول أو ثلث ما بيد كل من الأول والثاني وكان الثاني في الثانية قد أخذ من الأول النصف استووا في المأخوذ، أو أخذ الثالث ثلث الثلث الذي في يد الثاني فله ضمه لما في يد الأول واقتسامه بالسوية بينهما فتصح قسمة الشقص من ثمانية عشر، فإنه يأخذ ثلث الثلث وهو واحد من تسعة يضمه إلى ستة منها فلا تصح على اثنين فتضرب اثنين في تسعة فللثاني منهما اثنان في المضروب فيها بأربعة تبقى أربعة عشر بين الأول والثالث لكل منهما سبعة، وإذا كان ربع الدار ثمانية عشر فجملتها اثنان وسبعون، وإنما كان للثالث أخذ ثلث الثلث من الثاني لأنه يقول ما من جزء إلا ولي منه ثلثه، ولو استحق الشفعة حاضر وغائب فعفا الحاضر ثم مات الغائب فورثه الحاضر أخذ الكل بها، وإن عفا أولاً لأنه الآن يأخذ بحق الإرث (ولا اشترى شقصاً للشفيع أخذ نصيبهما) وهو ظاهر (ونصيب أحدهما) لأنه لم يفرق عليه ملكه (ولو اشترى واحد من اثنين) أو وكيلهما المتحد لما مر أن العبرة هنا في التعدد، وعدمه

بالمعقود له لا العاقد (فله أخذ حصة أحد البائعين في الأصح) لتعدد الصفقة بتعدد البائعين ولوجود التفريق هنا جرى الخلاف دون ما قبله، وبهذا فارق ما مر في البيع من عكس ذلك هو تعددهما بتعدد البائع قطعا والمشتري على الأصح ويتعدد هنا بتعدد المحل أيضا، فلو باع شقصين من دارين صفقة وشفيعهما واحد فله أخذ أحدهما فقط، والثاني لا لأن المشتري ملك الجميع فلا يفرق ملكه عليه (والأظهر أن) (الشفعة) أي طلبها وإن تأخر التملك (على الفور) لخبر ضعيف فيه ولأنه خيار ثبت بنفسه لدفع الضرر فكان كالرد بالعيب، وقد لا يجب في صور علم أكثرها من كلامه كالمبيع بمؤجل، أو واحد الشريكين غائب، وكان أخبر بنحو زيادة فترك ثم بان خلافه، وكالتأخير لانتظار إدراك زرع وحصاده، أو ليعلم قدر الثمن أو ليخلص نصيبه المغصوب كما نص عليه، والأوجه أن مجله إذا لم يقدر على نزرعه إلا بمشقة أو لجهله بأن له الشفعة أو بأنها على الفور وهو ممن يخفى عليه ذلك، وكمدة خيار شرط الغير وكتأخير الولي أو عفوه فإنه لا يسقط حق المولى، ومقابل الأظهر أقوال: أحدها يمتد إلى ثلاثة أيام. وثانيها يمتد مدة تسع التأمل في مثل ذلك الشقص. وثالثها أنها على التأييد ما لم يصرح بإسقاطها أو يعرض به كبعه لمن شئت

(فإذا علم الشفيع بالبيع فليبادر) عقب علمه من غير فاصل (على العادة) ولا يكلف البدار على خلافها بعدو ونحوه بل يرجع فيه إلى العرف، فما عده توانيا وتقصيرا كان مسقطا وما لا فلا، وضابط ما هنا ما مر في الرد بالعيب وذكر كغيره بعض ذلك ثم وبعضه هنا إشارة إلى اتحاد البابين: أي غالبا لما يأتي، فإن لم يعلم كان على شفيعته وإن مضى سنون: نعم يأتي في خيار أمة عتقت أنه لا يقبل دعواها الجهل به إذا كذبتها العادة بأن كانت معه في داره وشاع عتقها فالأوجه أن يقال بمثله هنا (فإن كان مريضا) أو محبوسا ولو بحق وعجز عن الطلب بنفسه (أو غائبا عن بلد المشتري) بحيث تعد غيبته حائلة بينه وبين مباشرة الطلب كما جزم به السبكي تبعا لابن الصلاح (أو خائفا من عدو) أو إفراط ببرد أو حر (فليوكل) في الطلب (إن قدر) عليه لأنه الممكن (وإلا) بأن عجز عن التوكيل (فليشهد) رجلين أو رجلا وامرأتين أو واحدا ليحلف معه قياسا على ما مر في الرد بالعيب، وقال الزركشي: إنه الأقرب، وبه جزم ابن كج في التجريد خلافا للرويانى (على الطلب) ولو قال: أشهدت فلانا وفلانا فأنكرا لم يسقط حقه (فإن ترك المقدور عليه منهما) أي التوكيل والإشهاد المذكورين (بطل حقه في الأظهر) لتقصيره المشعر بالرضا، والثاني لا إحالة للترك

على السبب الظاهر لا سيما أن التوكيل لا بد فيه من بدل مؤنة أو تحمل منه، نعم الغائب مخير بين التوكيل والرفع إلى الحاكم كما أخذ السبكي من كلام البغوي قال: وكذا إذا حضر الشفيع وغاب المشتري، ويجوز للقادر التوكيل أيضا فغرضهم ذلك عند العجز إنما هو لتعيينه حينئذ طريقا لا لامتناعه عند القدرة على الطلب بنفسه، ولو سار عقب العلم بنفسه أو وكل لم يتعين عليه الإشهاد على الطلب حينئذ، بخلافه في نظيره من الرد بالعيب لأن الإشهاد تم على المقصود وهو الفسخ وهنا على الطلب وهو وسيلة يغتفر فيها ما لا يغتفر في المقصود وإذا كان الفور بالعادة (فلو كان في صلاة أو حمام أو طعام) أو قضاء حاجة (فله الإتمام) على العادة ولا يكلف الاقتصار على أقل مجزئ، ولو دخل وقت هذه الأمور قبل شروعه فيها فله الشروع، ولو نوى نفلا مطلقا في اقتضاره على ركعة أو ركعتين، وزيادته عليهما ما مر في المتيّم إذا رأى ماء في صلاته على ما أشار إليه الأذرعى. والأوجه أنه يغتفر له الزيادة مطلقا ما لم يزد على العادة في ذلك، ويفرق بأن الأعذار هنا أوسع منها ثم كما يعلم بتأمل البابين، وله التأخير ليلًا حتى يصبح ما لم يتمكن من الذهاب إليه ليلًا من غير ضرر، ولو آخر ثم اعتذر بمرض أو حبس أو غيبة وأنكر المشتري، فإن علم به العارض الذي يدعيه صدق الشفيع وإلا فالمشتري، ولو لقي الشفيع المشتري في غير بلد الشقص فأخذ إلى العود إلى بلد الشقص بطلت شفيعته لاستغناء الأخذ عن الحضور عند الشقص (ولو آخر الطلب) لها (وقال لم أصدق المخبر) ببيع الشريك الشقص (لم يعذر) جزما (إن أخبره عدلان) أو رجل وامرأتان بصفة العدالة لأنه كان من حقه أن يعتمد ذلك. نعم لو ادعى جهله بعدالتهما صدق فيما يظهر حيث أمكن خفاء ذلك عليه قاله ابن الرفعة، ولو كانا عدلين عنده دون الحاكم عذر على ما قاله السبكي، وهو الأوجه وإن نظر غيره فيه، ولو أخبره مستوران عذر قاله ابن الملقن بحثا، والأوجه حمل كلام السبكي على ما إذا لم يقع في قلبه صدقهما ويأتي نظيره فيما بعده، ولا ينافي الأول قول المصنف لم يعذر إن أخبره عدلان إذ ما هنا فيما إذا قال: إنهما غير عدلين عند الحاكم (وكذا ثقة في الأصح) ولو أمة لأنه إخبار وخبر الثقة مقبول. والثاني يعذر؛ لأن البيع لا يثبت بواحد ولو عدلا إلا منضمًا إلى اليمين (ويعذر إن أخبره من لا يقبل خبره) كصبي وفاسق لأنه معذور، ومحلّه ما لم يبلغ عدد التواتر وإلا بطل حقه ولو صبيانا وكفارًا وفسقة لحصول العلم بهم حينئذ هذا كله في الظاهر، أما باطنا فالعبرة بمن يقع في

نفسه صدقه وكذبه، ولو قال: أخبرني رجلان وليسا عدلين عندي وهما عدلان لم تبطل شفيعته لأن قوله محتمل (ولو) (أخبره) الشفيع (بالباع بألف) أو جنس أو نوع أو وصف أو أن المبيع قدره كذا، أو أن الباع من فلان، أو أن البائع اثنان أو واحد (فترك) الشفيع (فيان) بأقل كان بان (بخمسمائة) أو بغير الجنس أو النوع أو الوصف أو القدر الذي أخبر به، أو أن المبيع من غير فلان، أو أن البائع أكثر أو أقل مما أخبر به (بقي حقه) لأنه إنما تركه لغرض بان خلافه ولم يتركه رغبة عنه (أو بان بأكثر) من ألف (بطل) حقه لأنه إذا لم يرغب فيه بالأقل فبالأكثر أولى، وكذا لو أخبر بمؤجل فعفا عنه فبان حالا لأن عفوه يدل على عدم رغبته لما مر أن له التأخير إلى الحلول. وحاصله أنه إن أخبر بما هو الأنفع له فترك الأخذ بطل حقه وإلا فلا (ولو) (لقي) الشفيع (المشتري) فسلم عليه أو قال له (بارك الله) لك (في صفقتك) أو سأله عن الثمن (لم يبطل) حقه لأن السلام قبل الكلام سنة ولأن جاهل الثمن لا بد له من معرفته، وقد يريد العارف إقرار المشتري ولأنه يدعو بالبركة ليأخذ صفقة مباركة، وكذا لو جمع بين السلام والدعاء كما اقتضاء كلام المحاملي في التجريد، فأو في كلام المصنف بمعنى الواو (وفي الدعاء وجه) أنه يبطل به حق الشفيع لإشعاره بتقرير الشقص في يده، ومحل هذا الوجه كما قاله الإسنوي إذا زاد لفظة " لك " (ولو) (باع الشفيع حصته) كلها أو زال ملكه عنها بغير البيع كهبة (جاهلا بالشفيع) (فالأصح بطلانها) لزوال سببها وهو الشركة بخلاف بيع البعض. والثاني لا لأنه كان شريكا عند البيع ولم يرض بسقوط حقه، وخرج بالجهل ما لو علم فيبطل جزما، وإن كان إنما باع بعض حصته كما لو عفا عن البعض، وكذا لو باع بشرط الخيار حيث انتقل الملك عنه لأن ملكه العائد متأخر عن ملك المشتري، ولا يصح الصلح عن الشفيع بمال كالرد بالعيب وتبطل شفيعته إن علم بفساده، فإن صالحه عنها في الكل على أخذ البعض بطل الصلح لأن الشفيع لا تقابل بعوض، وكذا الشفيع إن علم ببطلانه وإلا فلا كما جزم به في الأنوار، وللمفلس الأخذ بالشفيع والعفو عنها، ولا يزاحم المشتري الغرماء بل يبقى ثمن ما اشتراه في ذمة الشفيع إلى أن يوسر فله الرجوع في اشتراه إن جهل فلسه، وللعامل في القراض أخذها، فإن لم يأخذها جاز للمالك أخذها، وعفو الشفيع قبل البيع وشرط الخيار وضمنان العهدة للمشتري لا يسقط كل منهما شفيعته، وإن باع شريك الميت شفيع الوارث لا ولي الحمل لعدم تيقن وجوده، فإن وجبت الشفيع للميت وورثها الحمل أخرجت لانفصاله فليس لوليه الأخذ

قبل الانفصال لذلك، ولو توكل الشفيع في بيع الشقص لم تبطل شفيعته في الأصح.

{كتاب القراض}

هو بكسر القاف لغة أهل الحجاز، مشتق من القرض: وهو القطع لأن المالك يقطع للعامل قطعة من ماله يتصرف فيها وقطعة من الربح أو المقارضة وهي المساواة لتساويهما في الربح، أو لأن المال من المالك والعمل من العامل، ويسمى عند أهل العراق مضاربة لأن كلا منهما يضرب بسهم في الربح ولما فيه غالباً من السفر وهو يسمى ضرباً، وقد جمع المصنف في كلامه بين اللغتين. والأصل فيه الإجماع. وروى أبو نعيم وغيره {أنه صلى الله عليه وسلم ضارب لخديجة رضي الله عنها قبل أن يتزوجها بنحو شهرين وسنة، وكان إذ ذاك ابن نحو خمس وعشرين سنة بمالها إلى الشام وأنفذت معه عبدها ميسرة وهو قبل النبوة} فلعل وجه الدلالة فيه أنه صلى الله عليه وسلم حكاه مقررًا له بعدها، وهو قياس المساقاة بجامع العمل في كل منهما ببعض ماله مع جهالة العوض، ولهذا اتحدًا في أكثر الأحكام ومقتضى ذلك تقديمها عليه، ولعل عكسهم لذلك إنما هو لأنه أشهر وأكثر، وأيضاً فهي شبيهة بالإجارة في اللزوم والتأقيت فوسطت بينهما إشعاراً بما فيها من الشبهين، وهو رخصة لخروجه عن قياس الإجازات كما أنها كذلك لخروجها عن بيع ما لم يخلق (القراض والمضاربة) أي موضوعهما الشرعي هو العقد المشتمل على توكيل المالك لآخر، وعلى (أن يدفع إليه مالا ليتجر فيه والربح مشترك بينهما) فخرج بقيد الدفع مقارضته على منفعة كسكنى دار أو على دين عليه أو على غيره وقوله: يع هذا وقارضتك على ثمنه واشتر شبكة واصطد بها فلا يصح. نعم المبيع صحيح وله أجره مثله والعمل إن عمل والصيد للعامل في الأخيرة، وعليه أجره مثل الشبكة إن لم يملكها كالمغصوبة، ويذكر الربح الوكيل والعبد المأذون له. وأركانها ستة: عاقدان، وعمل، وربح، ومال، وصيغة. وستعلم كلها بشروطها من كلامه.

(ويشترط لصحته كون المال دراهم أو) هي مانعة خلو لا جمع (دنائير خالصة) بإجماع الصحابة ولأنه عقد غير لعدم انضباط العمل، والوثوق بالربح جوز للحاجة فكان خاصاً بما يروج غالباً وهو النقد المضروب لأنه ثمن الأشياء، ولو أبطله السلطان جاز عقده عليه كما بحثه ابن الرفعة وتنظير الأذرع في فيه بأنه قد يعز وجوده أو يخاف عزته عند المفاصلة يرد بأن الغالب مع ذلك تيسر

الاستبدال به (فلا يجوز على تبر) وهو ذهب أو فضة لم يضرب سواء في ذلك القراضة وغيرها وتسمية الفضة به تغليب (وحلي) وسبائك لاختلاف قيمها (ومغشوش) وإن راج وعلم قدر غشه وجاز التعامل به، نعم إن استهلك غشه جاز العقد عليه كما جزم به الجرجاني وقيل إن راج واقتضى كلامهما في الشركة تصحيحه واختاره السبكي وغيره (وعروض) مثلية أو متقومة لما مر

(و) كونه (معلوما) قدرا وجنسا وصفة فلا يجوز على نقد مجهول وإن أمكن علمه حالا، ولو علم جنسه أو قدره أو صفته في المجلس لجهالة الربح وبه فارق رأس مال السلم (معينا) فلا يجوز على إحدى الصرتين. نعم لو قارضه على ألف درهم مثلا في ذمته ثم عينها في المجلس جاز كما صححه في الشرح الصغير واقتضاه كلام الروضة كأصلها خلافا لجمع كالصرف والسلم، ولو خلط ألفين له بألف لغيره ثم قال له: قارضتك على أحدهما وشاركتك في الآخر جاز، وإن لم يتعين ألف القراض وينفرد العامل بالتصرف فيه ويشتركان في التصرف في الباقي، ولو قارضه على ألفين على أن له من أحدهما نصف الربح ومن الآخر ثلثه صح إن عين كلا منهما وإلا فلا، وما في الجواهر مما يوهم التناقض محمول على هذا التفصيل (وقيل يجوز على إحدى الصرتين) بتشديد الراء كما وجد بخطه إن علم ما فيهما وتساويا جنسا وصفة وقدرا، فيتصرف العامل في أيهما شاء فيتعين للقراض، والأصح المنع لانتفاء التعيين كالبيع، ومحل المنع ما لم يعين أحدهما في المجلس والأصح حيث علم ما فيها، ويفرق بين هذا وما مر في العلم بنحو القدر في المجلس بأن الإبهام هنا أخف لتعيين الصرتين، وإنما الإبهام في المرادة منهما بخلافه فيما مر

(و) كونه (مسلمًا إلى العامل) بحيث يستقل بيده عليه لا أن المراد تسلمه وقت العقد ولا في المجلس، بل أن لا يشترط عدم تسلمه كما أفاده قوله (فلا يجوز) ولا يصح (شروط كون المال في يد المالك) أو غيره لاحتمال أن لا يجده عند الحاجة (و) لا بد أيضا من استقلال العامل بالصرف فحينئذ (لا) يجوز شرط (عمله) أي المالك، ومثله غيره (معه) لأنه ينافي مقتضاه من استقلال العامل بالعمل (ويجوز) (شروط عمل غلام المالك) أي مملوكه أو من يستحق منفعته كما بحثه الشيخ وهو ظاهر. نعم يشترط كونه معلوما بمشاهدة أو وصف (معه) سواء أكان الشارط العامل أم المالك ولم يجعل له يدا ولا تصرفا (على الصحيح) كالمساقاة لأنه من جملة ماله فجاز استتباع بقية المال لعمله والثاني لا يجوز كشرط عمل السيد ; لأن يد عبده يده. وأجاب الأول بأن عبده

وبهيمته ماله فجعل عملهما تبعاً للمال، بخلاف المالك، أما لو شرط عليه الحجر للغلام أو كون بعض المال في يده فسد جزماً، ولو شرط نفقته عليه جاز، والأوجه اشتراط تقديرها وكان العامل استأجره بها، وقد اعتبر أبو حامد ذلك في نظيره من عامل المساقاة، ولا يقاس بالحج لخروجه عن القياس فكانت الحاجة داعية إلى التوسعة في تحصيل تلك العبادة المشقة

(ووظيفة العامل التجارة) وهي الاسترباح بالبيع والشراء دون الطحن والخبز، إذ لا يسمى فاعلها تاجراً بل محترفاً (وتوابعها) مما جرت العادة أن يتولاه بنفسه (كنشر الثياب وطيبها) وذرعها وجعلها في الوعاء ووزن الخفيف وقبض الثمن وحمله لقضاء العرف بذلك (فلو) (قارضه ليشتري حنطة فيطحن ويخبز أو غزلاً) مثلاً (ينسجه ويبيعه) أي كلا منهما (فسد القراض) لأنه شرع رخصة للحاجة وهذه مضبوطة بتيسر الاستئجار عليها فلم تشملها الرخصة، ولو اشتراها وطحنها من غير شرط لم يفسخ القراض فيها، ثم إن طحن من غير إذن لم يستحق أجره له، ولو استأجر عليه لزمته الأجرة وصار ضامناً، ويغرم أرش ما نقص بالطحن، فإن باعه لم يضمن الثمن لعدم التعدي فيه، وإن ربح فهو بينهما عملاً بالشرط، ولو شرط أن يستأجر العامل من يفعل ذلك من مال القراض، وحظ العامل التصرف فقط، قال في المطلب: فالذي يظهر الجواز، ونظر فيه الأذرعى بأن الربح لم ينشأ عن تصرف العامل، وهذا أوجه، ولو قارضه على أن يشتري الحنطة ويخزنها مدة، فإذا ارتفع سعرها باعها لم يصح قتاله القاضي الحسين؛ لأن الربح غير حاصل من جهة التصرف، وفي البحر نحوه وهو ظاهر، بل لو قال: على أن تشتري حنطة وتبيعه في الحال لم يصح

(ولا يجوز أن يشترط عليه شراء) بالمد بخطه (متاع معين) كهذه الحنطة أو هذا العبد (أو) شراء (نوع يندر وجوده) كالياقوت الأحمر والخيل البلق (أو معاملة شخص) بعينه كالبيع من زيد والشراء منه لإخلاله بالمقصود بسبب التضيق، والأوجه في الأشخاص المعينين أنهم إن كانوا بحيث تقضي العادة بالربح معهم لم يضر، وإلا ضرر. وفي الحاوي: يضر تعيين حانوت كعرض معين لا سوق كنوع عام، ولا يضر تعيين غير نادر لم يدم كفاكهة رطبة، ولو نهاه عن هذه الأمور صح لتمكنه من شراء غيرها ومعاملة غير من نهاه عنه، ولو قارضه على أن يصارف مع الصيارفة فهل يتعينون عملاً بالشرط فتفسد المصارفة مع غيرهم أو لا لأن المقصود بذلك أن يكون تصرفاً لا مع قوم بأعيانهم؟ وجهان أوجههما ثانيهما، ولا يشترط تعيين ما يتصرف فيه بخلاف الوكالة، والفرق أن للعامل

حظا يحمله على بذل المجهود بخلاف الوكيل، وعليه الامتثال لما عينه إن عين كما في سائر التصرفات المستفادة بالإذن، فالإذن في البز يتناول ما يلبس من المنسوج لا الأكسية ونحوها كالبسطة عملا بالعرف

(ولا يشترط بيان) نوع هنا لما مر ولا بيان (مدة القراض) إذ ليس للربح زمن معلوم وبه فارق وجوب تعيينها في المساقاة، ولو قال: قارضتك ما شئت أو شئت جاز كما هو شأن العقد الجائز أو علقه على شرط كإذا جاء رأس الشهر فقد قارضتك، أو علق تصرفه كقارضتك الآن ولا تتصرف إلى انقضاء الشهر، أو دفع له مالا وقال: إذا مت فتصرف فيه بالبيع والشراء قراضا على أن لك نصف الربح لم يصح، ولا يجوز له التصرف بعد موته لأنه تعليق ولبطلان القراض بموته لو صح (فلو ذكر) له (مدة) على جهة تأقيته بها كسنة فسد مطلقا سواء أسكت أم منعه التصرف بعدها أم البيع أم الشراء إذ تلك المدة قد لا يروج فيها شيء، وإن ذكرها لا على وجه التأقيت (ومنعه التصرف بعدها) كقارضتك على كذا ولا تتصرف بعد سنة (فسد) لأنه قد لا يجد فيها راغبا في شراء ما عنده من العرض (وإن منعه الشراء بعدها) دون البيع (فلا) يفسد (في الأصح) لحصول الاسترباح بالبيع الذي له فعلة بعد المدة. ويؤخذ من تمثيل التنبيه بشهر أن تكون المدة يتأتى فيها الشراء لغرض الربح، بخلاف نحو ساعة، ولو كانت المدة مجهولة كمدة إقامة العسكر لم يصح في أوجه الوجهين. وعلم مما قررناه أن ذكر المدة ابتداء تأقيت مضر إن منعه بعدها متراخيا عنها، بخلاف ما لو قال: قارضتك سنة وذكر منع الشراء متصلا لضعف التأقيت حينئذ، وبهذا يجمع بين كلامي الشيخ في شرحي المنهج والروض ومراد المصنف بمنع الشراء بعدها: أي دون البيع أنه لم يمنعه منه بأن قال: ولك البيع بعدها، أو سكت عنه كما اقتضاه كلامه واختاره في المطلب في الثانية، وإن اقتضى كلام الروضة كأصلها فيها الفساد

(ويشترط اختصاصهما بالربح) فيمتنع شرط بعضه لثالث ما لم يشترط عليه العمل معه فيكون قراضا بين اثنين، نعم شرطه لقن أحدهما كشرطه لسيدته (واشترآكهما فيه) ليأخذ المالك بملكه والعامل بعمله، فلو شرط اختصاص أحدهما به لم يصح، والقول بأنه لا حاجة لهذا لأنه يلزم من اختصاصهما به مردود بمنع اللزوم لاحتمال أن يراد باختصاصهما به أن لا يخرج عنهما، وإن استأثر به أحدهما فتعين ذكر الاشتراك لزوال ذلك الإبهام (فلو) (قال): قارضتك على أن كل الربح لك) (فقراض فاسد) لمخالفته مقتضى

العقد وله أجره المثل لأنه عمل طامعا، وسواء في ذلك أكان عالما بالفساد أم لا، لأنه حينئذ طامع فيما أوجبه له الشرع من الأجرة خلافا لبعض المتأخرين (وقيل قراض صحيح) نظرا للمعنى (وإن قال) المالك (كله لي فقراض فاسد) لما مر ولا أجره له وإن ظن وجوبها (وقيل) هو (إبضاع) أي توكيل بلا جعل، والبضاعة المال المبعوث، ويجري الخلاف فيما لو قال: أبضعتك على أن نصف الربح لك أو كله لك هل يكون قراضا فاسدا أو إبضاعا، ولو قال: خذهُ وتصرف فيه والربح كله لك فقرض صحيح أو كله لي فإبضاع، وفارقت هذه ما مر قبلها بأن اللفظ فيها صريح في عقد آخر، ولو اقتصر على قوله: أبضعتك فهو بمثابة تصرف والربح كله لي فيكون إبضاعا كما اقتضاه كلامهم. قال في المطلب: وكلام الفوراني وغيره يدل عليه، ولو دفع إليه دراهم وقال: اتجر فيها لنفسك كان هبة لا قرضا في أصح الوجهين، والفرق بينه وبين ما مر في الوكالة من أنه لو قال اشتر لي عبد فلان بكذا ففعل ملكه الأمر ورجع عليه المأمور ببذل ما دفعه واضح، ولو قال: خذ المال قراضا بالنصف مثلا صح في أحد وجهين رجحه الإسنوي أخذا من كلام الرافعي، وعليه لو قال رب المال: إن النصف لي فيكون فاسدا وادعى العامل العكس صدق العامل لأن الظاهر معه (وكونه معلوما بالجزئية) كنصف أو ثلث (فلو) (قال): قارضتك (على أن لك) أو لي (فيه شركة أو نصيبا) أو جزءا أو شيئا من الربح، أو على أن يخصني دابة تشتري من رأس المال، أو تخصني بركوبها أو بربح أحد الألفين مثلا ولو مخلوطين، أو على أنك إن ربحت ألفا فلك نصفه أو ألفين فلك ربعه (فسد) القراض في جميعها للجهل بقدر الربح في الأربعة الأول وتعيينها في الأخيرة، ولأن الدابة في صورتها الثانية قد تنقص بالاستعمال ويتعذر عليه التصرف فيها، ولأنه خصيص العامل في التي تليها وفي صورتها الأولى بربح بعض المال (أو) على أن الربح (بيننا فالأصح الصحة ويكون نصفين) كما لو قال: هذا بيني وبين فلان لأن المتبادر منه حينئذ المناصفة. والثاني لا يصح لاحتمال اللفظ غير المناصفة فلا يكون الجزء معلوما كما لو قال: بعثك بألف دراهم ودنانير، ولو قال: قارضتك على أن الربح بيننا أثلاثا لم يصح كما في الأنوار للجهل بمن له الثلث ومن له الثلثان، أو قارضتك كقراض فلان صح إن علما قدر المشروط وإلا فلا، أو قارضتك ولك ربع سدس العشر صح وإن لم يعلم قدرها عند العقد لسهولة معرفته كما لو باعه مرابحة وجهلا حسابه حال العقد (ولو قال: لي النصف) مثلا وسكت عما للعامل (فسد في الأصح) لانصراف الربح للمالك

أصالة لأنه نماء ماله دون العامل فصار كله مختصا بالمالك، والثاني يصح ويكون النصف الآخر للعامل (وإن قال: لك النصف) وسكت عن جانبه (صح عن الصحيح) لانصراف ما لم يشترط للمالك بحكم الأصل المذكور وإسناد كل ما ذكر للمالك مثال، فلو صدر من العامل شرط مشتمل على شيء مما ذكر فكذلك كما لا يخفى، والثاني لا يصح كالتالي قبلها (ولو) علم لكن لا بالجزئية كأن (شرط لأحدهما عشرة) بفتح العين والشين والباقي للآخر أو بينهما كما في المحرر (أوربح صنف) كالرقيق (فسد) القراض لانتفاء العلم بالجزئية، ولأن الربح قد ينحصر فيما قدره أو في ذلك الصنف فيؤدي لاستقلال أحدهما بالربح، وهو خلاف وضع الباب.

(فصل)

في بيان الصيغة، وما يشترط في العاقدين، وذكر أحكام القراض

(يشترط) لصحة القرض أيضا (إيجاب) كقارضتك وعاملتك وضاربتك وخذ هذه الدراهم واتجر فيها أو بع واشتر على أن الربح بيننا، فلو اقتصر على بع واشتر فسد (وقبول) بلفظ متصل بالإيجاب كمنظيره في البيع، ومراده بالشرط ما لا بد منه فيشمل الركن كما هنا (وقيل يكفي القبول بالفعل) كما في الوكالة والجمالية. ورد بأنه عقد معاوضة يختص بمعين فلا يشبههما، وإطلاق المصنف هذا الوجه شامل لما إذا كان بصيغة الأمر كخذ هذا الألف مثلا واتجر فيه على أن الربح بيننا أو بغير هذه الصيغة كقارضتك وضاربتك، وحمل الشارح كأكثر الشراح ذلك على الحالة الأولى. قال الغزي. ولك أن تقول هذه طريقة تقدمت في الوكالة أنه يشترط القبول في صيغ العقود دون صيغ الأمر، وحينئذ فإطلاق الكتاب الوجه صحيح لأن هذا العقد وكالة في الابتداء قطعاً ولنا وجه في الوكالة أنه يكفي القبول بالفعل مطلقاً.

(وشرطهما) أي المالك والعامل (كوكيل وموكل) لأن المالك كالموكل والعامل كالكوكيل، فلو كان أحدهم محجوراً عليه أو مأذوناً له في التجارة ولم يأذن السيد في ذلك أو العامل أعمى لم يصح، ويجوز لولي صبي أو مجنون أو سفیه أن يقارض من يجوز إيداعه المال المدفوع إليه، وله أن يشترط له أكثر من أجره المثل إن لم يجد كافياً غيره، ومحل ما تقرر أن لا يتضمن العقد الإذن في السفر وإلا فالمتجه في المطلب أنه كإرادته السفر بنفسه، أما المحجور عليه بفلس فلا يصح أن يقارض ويجوز أن يكون عاملاً ويصح من المريض، ولا يحسب ما زاد على أجره المثل من الثلث لأن

المحسوب منه ما يفوته من ماله، والربح ليس بحاصل حتى يفوته وإنما هو شيء يتوقع حصوله، وإذا حصل كان بتصرف العامل، بخلاف مساقاته فإنه يحسب فيها ذلك من الثلث لأن الثمار فيها من عين المال بخلافه.

(ولو) (قارض العامل) شخصا (آخر بإذن المالك ليشاركه) ذلك الآخر (في العمل والربح لم يجز في الأصح) لأن القراض على خلاف القياس، وموضوعه أن يكون أحد العاقدين مالكا لا عمل له والآخر عاملا ولو متعدد لا ملك له فلا يعدل إلى أن يعقد عاملان، ومحل المنع بالنسبة للثاني. أما الأول فالقراض باق في حقه، فإن تصرف الثاني فله أجره المثل والربح كله للمالك، ولا شيء للعامل الأول حيث لم يعمل شيئا. والثاني يجوز، كما يجوز للمالك أن يقارض شخصين في الابتداء، ورد بما مر. وخرج بيشاركه ما إذا أذن له في ذلك لينسلخ من القراض ويكون وكيلًا فيه فيصح، ومحلله كما قاله ابن الرفعة إذا كان المال مما يجوز عليه القراض لأنه ابتداء قراض، فلو وقع بعد تصرفه وصيرورة المال عرضا لم يجز قال الماوردي ولا يجوز عند عدم التعيين أن يقارض إلا أمينًا، والأشبه في المطلب انعزاله بمجرد الإذن له في ذلك إن ابتدأه المالك به لا إن أجاب به سؤاله فيه. قال الأذرعي: وهذا فيما إذا أمره أمرا جازما، لا كما صوره الدارمي إن رأيت أن تقارض غيرك فافعل (وبغير إذنه فاسد) مطلقا سواء أقصد المشاركة في عمل وربح أم ربح فقط أم قصد الانسلاخ لانتفاء إذن المالك فيه وائتمانه على المال غيره، كما لو أراد الوصي أن ينزل وصيا منزلته في حياته يقيمه في كل ما هو منوط به فإنه لا يجوز كما قاله الإمام. قال السبكي: ولو أراد ناظر وقف شرط له الناظر إقامة غيره مقامه وإخراج نفسه من ذلك كما مر في الوصي. قال: ولقد وقعت لي هذه المسألة في الفتاوى ولم أتردد في أن ذلك ممنوع (فإن تصرف) العامل (الثاني) بغير إذن المالك (فتصرف غاصب) فيضمن ما تصرف فيه لأن الإذن صدر ممن ليس بمالك ولا وكيل (فإن) (اشترى) للأول (في الذمة) ونقد الثمن من مال القراض وربح (وقلنا بالجديد) المقرر في المذهب المعلوم لمن له أدنى إمام به وهو أن الربح للغاصب إذا اشترى في الذمة ونقد من المغصوب لصحة شرائه وإنما الفاسد تسليمه فيضمن ما سلمه، وبما تقرر اندفع ما قيل لم يتقدم لهذا الجديد ذكر فلا تحسن الإحالة عليه (فالربح) هنا كله (للعامل الأول في الأصح) لأن الثاني تصرف بإذنه فأشبهه الوكيل (وعليه للثاني أجرته) هو من زيادته من غير تمييز لأنه لم يعمل مجانا (وقيل هو للثاني) جميعه لأنه لم

يتصرف بإذن المالك فأشبهه الغاصب، واختاره السبكي. أما لو اشترى في الذمة لنفسه فيقع لنفسه (وإن) (اشترى بغير مال القراض) (فباطل) شراؤه لأنه شراء فضولي.

(ويجوز أن) (يقارض) المالك (الواحد اثنين) (متفاضلا) حظهما من الربح ويجب تعيين أكثرهما (ومتساويا) لأن عقده معهما كعقدين، وإن شرط على كل منهما مراجعة الآخر لم يضر كما رجه جمع. خلافا لما أطال به البلقيني لأنها بمنزلة عامل واحد فهو غير مناف لما مر من اشتراط استقلال العامل، وقولهم لو شرط عليه مشرفا لم يصح (و) يجوز أن يقارض (الاثنان واحدا) لأنه كعقدين ويشترط فيما إذا تفاوتتا فيما شرط له تعيين من له الأكثر (والربح بعد نصيب العامل بينهما بحسب المال) وإلا فسد لما فيه من شرط بعض الربح لمن ليس بمالك ولا عامل.

(وإذا فسد القراض) وبقي الإذن لنحو فوات شرط ككونه غير نقد والمقارض مالك (نفذ تصرف العامل) نظرا لبقاء الإذن كالوكالة الفاسدة، أما إذا فسد لعدم أهلية العاقد أو المقارض ولي أو وكيل فلا ينفذ تصرفه (والربح) بكماله (للمالك) لأنه نماء ملكه والخسران عليه أيضا (وعليه للعامل أجره مثل عمله) وإن لم يحصل ربح لأنه عمل طامعا في المسمى ولم يسلم فرجع إلى الأجرة وإن علم الفساد وظن أن الأجرة نظير ما مر كما أفاده السبكي (إلا إذا قال قارضتك وجميع الربح لي فلا شيء له في الأصح) لأنه عمل مجانا غير طامع في شيء. والثاني يرجع بأجرة المثل كسائر أسباب الفساد.

(ويتصرف العامل محتاطا لا بغبن) فاحش في نحو بيع أو شراء (ولا نسيئة) في ذلك للغرر ولاحتمال تلف رأس المال فتبقى العهدة متعلقة بالمالك (بلا إذن) كالوكيل، فإن أذن جاز لأن المنع لحقه وقد زال بإذنه، ويأتي في التعرض في النسيئة في قدر المدة ما مر في الوكالة كما في المطلب، ويجب الإشهاد وإلا ضمن، بخلاف الحال لأنه يحبس المبيع إلى استيفاء ثمنه، ومضى أذن في التسليم قبل قبض الثمن لم يجب إشهاد لعدم جريان العادة بالإشهاد في البيع الحال. والمراد بالإشهاد الواجب كما رجه ابن الرفعة أن لا يسلم المبيع حتى يشهد شاهدين على إقراره بالعقد. قال الإسنوي: أو واحدا ثقة أهـ. وقضية كلام ابن الرفعة أنه لا يلزمه الإشهاد على العقد، ويوجه بأنه قد تيسر له البيع بربح بدون شاهدين، ولو آخر لحضورهما فات ذلك فجاز له العقد بدونهما ولزمه الإشهاد عند التسليم.

(وله) (البيع) ومثله الشراء كما قاله جمع متقدمون (بعرض) وإن لم يأذن له المالك إذ الغرض الربح وقد يكون فيه، وبه فارق الوكيل، وقضيته أن له البيع بنقد غير البلد، لكن منعه العراقيون وجزما به في الشركة، وفرق السبكي بأن نقد غير البلد لا يروج فيها بخلاف العرض، ويؤخذ منه أنه إن راج جاز ذلك، ويؤيده كلام ابن أبي عصرون السابق (وله) بل عليه كما قاله الإسني (الرد بعيب) حال كون الرد (تقتضيه مصلحة) بناء على مذهب سيبويه وليس بضعيف وإن ادعاه بعضهم، ويصح كونه حالا من ضمير الظرف، والقول بأنه إذا تقدم لا يتحمل ضميرا مردود، ويصح كونه صفة للرد إذ تعريفه للجنس وهو كالنكرة نحو {وأية لهم الليل نسلخ منه النهار} (فإن اقتضت) المصلحة (الإمساك فلا) يردده (في الأصح) لإخلاله بمقصود العقد. والثاني نعم كالوكيل، فإن استوى الرد والإمساك كان له الرد قطعا كما في البسيط (وللمالك الرد) حيث يجوز للعامل وأولى لملكه الأصل، ثم إن كان الشراء بالعين رده على البائع ونقض البيع أو في الذمة صرفه للعامل، وفي وقوعه له ما مر من التفصيل في الوكيل بين أن يسميه في العقد ويصدقه البائع وأن لا.

(وإن) (اختلفا) أي المالك والعامل في الرد وعدمه (عمل) من جهة الحاكم (بالمصلحة) لأن لكل منهما حقا فإن استوى الأمران فيها رجع إلى اختيار العامل كما في المطلب لتمكنه من شراء المعيب بقيمته: أي فكان جانبه هنا أقوى (ولا) (يعامل المالك) بمال القراض: أي لا يبيعه إياه لأدائه إلى بيع ماله بماله، بخلاف ما لو اشترى له منه بعين أو دين يمتنع لكونه متضمنا فسخ القراض، ولهذا لو اشترى ذلك منه بشرط بقاء القراض بطل فيما يظهر وإن أوهم كلام بعضهم الصحة مطلقا، ولو كان له عاملان مستقلان فهل لأحدهما معاملة الآخر؟ وجهان: أوجهما نعم إن أثبت المالك لكل منهما الاستقلال بالتصرف أو الاجتماع فلا كالوصيين على ما قاله الأزرعي فيهما ورجحه غيره، لكن المعتمد كما في أدب القضاء للإصطخري منع بيع أحدهما من الآخر فيأتي نظير ذلك في العاملين.

(ولا يشتري للقراض بأكثر من رأس المال) والربح إلا بإذن المالك كما دل عليه كلام المصنف. على أنه يمكن رجوع بغير إذنه إلى هذه أيضا وهو ظاهر، وإن قال الأزرعي لم أره نصا وذلك لأن المالك لم يرض به، فإن فعل فسيأتي ولا بغير جنس ماله أيضا، فلو كان ذهبًا ووجد ما يباع بدراهم باع الذهب بدراهم ثم اشترى ذلك بها ولا بثمن المثل ما لا يرجو فيه ربحا: أي إلا بعد زمن طويل

لا يبقى له القراض غالبا فيما يظهر (ولا من يعتق على المالك) كأصل أو فرع، أو من أقر بحريته أو شهد بها وردت، أو مستولدة له وبيعت لنحو رهن (بغير إذنه) إذ القصد الربح وهذا خسران، فإن أذن له صح، ثم إن لم يكن في المال ربح عتق على المالك وما بقي هو رأس المال، وكذا إن كان فيه ربح فيعتق على المالك نصيب العامل من الربح، ولو أعتق المالك عبدا من مال القراض فكذلك (وكذا زوجه) أي المالك الذكر والأنثى لا يشتريه بغير إذنه (في الأصح) لتضرر المالك بانفساخ نكاحه، والثاني يجوز إذ قد يكون مربحا. وأما الضرر في حقه فمن جهة أخرى بخلاف شراء القريب لفواته بالكلية، أما لو اشترى العامل زوجه أو من يعتق عليه، فإن كان بالعين ولا ربح لم يعتق عليه ولم يفسخ نكاحه، وكذا إن كان في الذمة واشترى للقراض (ولو) (فعل) ما منع منه من نحو شراء أصله أو فرعه أو زوجه أو بأكثر من رأس المال (لم يقع للمالك ويقع للعامل إن اشترى في الذمة) وإن صرح بالسفارة لما مر في الوكالة، فإن اشترى بالعين كان باطلا من أصله.

(ولا يسافر بالمال بلا إذن) وإن قربت المسافة وأمن الطريق وانتفت المؤنة لأن السفر مظنة الخطر، فلو سافر من غير ضرورة ضمن وأثم ولم يفسخ القراض سواء أسافر بعين المال أم العروض التي اشتراها به خلافا للماوردي، وقد قال الإمام: لو خلط مال القراض بماله ضمن ولم يعزل ثم إذا باع فيما سافر إليه وهو أكثر قيمة مما سافر منه أو استويا صح البيع للقراض أو أقل قيمة مما لا يتغابن به لم يصح، أما بإذن فيجوز. نعم لا يستفيد ركوب البحر إلا بالنص عليه أو الإذن في بلد لا يسلك إليها إلا فيه، وألحق الأذرعي به الأنهار إذا زاد خطرها على خطر البر، ثم إن عين له بلدا فذاك وإلا تعين ما اعتاد أهل بلد القراض السفر إليه منه.

(ولا ينفق منه على نفسه حضرا) لاقتضاء العرف ذلك (وكذا سفرا في الأظهر) كالحضر إذ النفقة قد تستغرق الربح فيلزم انفراده به، وقد تزيد عليه فيلزم أخذه من رأس المال، وهو ينافي مقتضاه، والثاني ينفق ما يزيد بسبب السفر كالخف والإداوة وسفرة لأنه حبسه عن التكسب بالسفر لأجل القراض فأشبهه حبس الزوجة بخلاف الحضر ومراده بالنفقة ما يعم سائر المؤن، ولو شرط ذلك في العقد فسد.

(وعليه فعل ما يعتاد) عند التجار فعل التاجر له بنفسه (كطي الثوب ووزن الخفيف) ولو لم يعتد فرفعه متعين كما ضبطه الشارح إشارة لذلك (كذهب ومسك) لقتضاء العرف به (لا الأمتعة الثقيلة) فليس عليه وزنها (ونحوه) بالرفع بضبطه أي نحو وزنها

كنقلها من الخان إلى الدكان لتعارف الاستئجار لذلك. ويصح جر ما بعد لا عطفًا على الخفيف، وعلى هذا رفع نحوه أولى أيضًا وإلا أوهم عطفه على الأمتعة الثقيلة وهو فاسد إذ لا نحو لها (وما لا يلزمه) من العمل كأجرة كيل وحفظ (له الاستئجار عليه) من مال القراض لأنه من تنمة التجارة ومصالحها، ولو فعله بنفسه لم يستحق أجرة، وما يلزمه فعله لو اكترى عليه من فعله فالأجرة في ماله لا في مال القراض، ولو شرط على المالك الاستئجار عليه من مال القراض فالظاهر من وجهين حكاهما الماوردي عدم الصحة، وما يأخذه الرصدي والمكاس محسوب من مال القراض كما قاله الماوردي.

(والأظهر أن العامل يملك حصته من الربح بالقسمة لا بالظهور) للربح إذ لو ملك به لكان شريكا في المال، حتى لو هلك منه شيء كان من المالكين، والثاني يملك بالظهور قياسًا على المساقاة، وفرق الأول بأن الربح وقاية لرأس المال، بخلاف نصيب العامل من الثمار لا يجبر به نقص النخل. نعم له على الأول فيه حق مؤكد بالظهور فيورث عنه ويتقدم به على الغرماء، ويصح إعراضه عنه ويغرمه المالك بإتلافه للمال أو استرداده، ومع ملكه بالقسمة لا يستقر ملكه إلا إذا وقعت بعد الفسخ والنضوض الآتي، وإلا جبر به خسران حدث بعدها، ويستقر نصيبه أيضًا بنضوض المال بعد ارتفاع العقد من غير قسمة، ولا ترد هذه على المصنف، لأن كلامه في مجرد الملك الذي وقع الخلاف في حصوله بماذا ومر آخر زكاة التجارة حكم زكاة مال القراض (وثمار الشجر والنتاج) من أمة أو بهيمة (وكسب الرقيق) من صيد واحتطاب وقبول وصية (والمهر) على من وطئ أمة القراض بشبهة منها، أو زنا مكرهة أو مطاوعة وهي ممن لا تعتبر مطاوعتها أو نكاح، فذكرهما الأول ليس بقيد، وسائر الزوائد العينية (الحاصلة) بالرفع (من مال القراض يفوز بها المالك في الأصح) لأنها ليست من فوائد التجارة، وخرج بالحاصلة من ذلك الظاهر في حدوثها منه ما لو اشترى حيوانًا حاملًا أو شجرا عليه ثمر غير مؤبر فالأوجه أن الولد والثمرة مال قراض (وقيل) كل ما يحصل من هذه الفوائد (مال قراض) لحصولها بسبب شراء العامل الأصل ولا دليل له فيما مر في زكاة التجارة أن الثمرة والنتاج مال تجارة لأن المعتبر فيما يزكى كونه من عين النصاب وهذان كذلك، وهنا كونه بحذق العامل وهذان ونحوهما ليست كذلك، ويحرم على كل من المالك والعامل وطء جارية القراض سواء أكان في المال ربح أم لا، إذ لا يتحقق انتفاء الربح في المتقومات إلا بالتنضيف، ولا ينافي العلة ما سيأتي من أن العامل

يحد بوطئها إن كان عامداً، ولا ربح لأن المقتضي لعدم الحد عند ظهور الربح إنما هو شبهة الملك، وهي منتفية لانتفاء ظهور الربح، ولا يجوز لواحد منهما تزويجها، لأنه ينقصها فيض الآخر. فإن وطئها المالك لم يكن فسخاً للقراض، ولا موجبا لحد أو مهر، واستيلاده كإعتاقه فينفذ ويغرم للعامل حصته من الربح، فإن وطئها العامل عالماً بالتحريم ولا ربح حد لانتفاء الشبهة، وإلا فلا حد للشبهة ويكون الولد حراً وتلزمه قيمته للمالك فيما يظهر ويجب عليه المهر فيكون في مال القراض كما قاله، والقول بأنه إنما يأتي على طريقة الإمام لا على طريقة الجمهور من أن مهر الإماء يختص به المالك رده الوالد رحمه الله، وفرق بينهما بأن المهر الواجب بوطء العامل فائدة عينية حصلت بفعله فأشبهت ربح التجارة.

(والنقص الحاصل) في مال القراض (بالرخص) أو بعيب كمرض حادث (محسوب من الربح ما أمكن ومجبور به) لأنه المتعارف (وكذا لو تلف بعضه بأفة) سماوية كحرق وغرق (أو غصب أو سرقة) وتعذر أخذه أو أخذ بدله (بعد تصرف العامل في الأصح) لأنه نقص حصل فأشبهه نقص العيب والمرض. والثاني لا لأنه نقص لا تعلق له بتصرف العامل وتجارته، بخلاف الحاصل بالرخص فليس ناشئاً من نفس المال بخلاف المرض والعيب، أما لو أخذ بدل المغصوب أو المسروق فيستمر فيه القراض، وله المخاصمة فيه إن ظهر ربح في المال وخرج ببعضه، نحو تلف كله ما لم يتلفه أجنبي ويؤخذ بدله أو العامل ويقبض المالك منه بدله ويرده إليه كما بحثاه وسبقهما إليه المتولي، وقال الإمام: يرتفع مطلقاً، وعليه يفارق الأجنبي بأن للعامل الفسخ فجعل إتلافه فسخاً كالمالك بخلاف الأجنبي، وفيما إذا أتلفه المالك يفسخ مطلقاً ويستقر عليه نصيب العامل (وإن) (تلف) بعض المال (قبل تصرفه فيه) (ف) يحسب (من رأس المال في الأصح) لأن العقد لم يتأكد بالعمل. والثاني من الربح لأنه يقبض العامل صار مال قراض.

(فصل) في بيان أن القراض جائز من الطرفين والاستيفاء والاسترداد

وحكم اختلافهما وما يقبل فيه قول العامل

(لكل) من المالك والعامل (فسخه متى شاء) ولو في غيبة الآخر، ويحصل بقول المالك فسخته أو رفعته أو أبطلته أو لا تتصرف بعد هذا ونحو ذلك وبإعتاقه وإيلاده واسترجاعه المال، فإن

استرجع بعضه ففيما استرجعه وبإنكاره له حيث لا غرض وإلا فلا كالوكالة، وعليه يحمل تخالف الروضة كأصلها، ولو حبس العامل ومنعه التصرف أو باع ما اشتراه العامل للقراض لم يكن فسحا له لعدم دلالة عليه بل بيعه إعانة للعامل، بخلاف بيع الموكل ما وكل في بيعه. ويجوز للعامل بعد الفسخ بيع مال القراض عند توقعه ربحا كان ظفر بسوق ورجب ألا يشتري لارتفاع العقد مع انتفاء حظه فيه.

(ولو) (مات أحدهما أو جن أو أغمي عليه) (انفسخ) العقد كالوكالة، وللعامل الاستيفاء بعد موت المالك من غير إذن وارثه. ويمتنع ذلك على وارث عامل مات إلا بإذن المالك ولا يقرر ورثة المالك على العرض كما لا يقرر المالك ورثة العامل عليه لأن ذلك ابتداء قراض وهو ممتنع على العرض، فإن نض المال ولو من غير جنس المال جاز تقرير الجميع، فيقول وارث المالك للعامل قررتك على ما كنت عليه مع قبوله، والمالك لو ارث العامل قررتك على ما كان مورثك عليه فيقبل، وكالورثة وليهم وكالموت الجنون والإغماء، فيقرر المالك بعد الإفاقة منهما أو ولي المجنون قبل الإفاقة. ويجوز التقرير على المال الناض قبل القسمة لجواز القراض على المشاع فيختص العامل بربح نصيبه ويشتركان في ربح نصيب الآخر. مثاله المال مائة وربحها مائتان مناصفة وقرر العقد مناصفة فالعامل شريك الوارث بمائة، فإن بلغ مال القراض ستمائة فلكل منهما ثلاثمائة، إذ للعامل من الربح القديم مائة وربحها مائة ورأس المال في التقرير مائتان للوارث وربحهما مائتان مقسوم بينهما، ولو قال البائع بعد فسخ المبيع للمشتري قررتك على البيع فقبل صح بخلاف النكاح لما سيأتي من أنه لا بد فيه لفظ التزويج أو النكاح.

(ويلزم العامل) (الاستيفاء) لدين مال القراض وإن لم يكن ربح إن طلبه المالك. وصورة المسألة أن المالك أذن له في المبيع بالدين، وشمل كلامه وجوب تقاضي جميع الدين ربحا ورأس مال، وبه صرح ابن أبي عصرون وابن الرفعة وتبعه السبكي، وفرق بينه وبين التنضيض بأن القراض مستلزم لشراء العروض والمالية فيه محققة فاكتفي فيها بتنضيض قدر رأس المال فقط (إذا فسخ أحدهما) أو هما أو انفسخ لأن الدين ناقص وقد أخذ منه ملكا تاما فليرد كما أخذ، ولو رضي المالك بقبول الحوالة جاز (وتنضيض رأس المال) (إن كان) ما بيده عند الفسخ (عوضا) أو نقدا غير صفة رأس المال أي بيعه بالنأض وهو نقد البلد الموافق لرأس المال حيث طلبه المالك وإن أبطله السلطان وإلا باع بالأغبط منه

ومن جنس رأس المال فإن باع بغير جنسه حصل به جنسه، ولو قال رب المال لا أثق به جعل مع يده يد في أوجه الوجهين لأن الائتمان انقطع بالفسخ، وظاهر كلامهم أنه لا يعزل حتى ينض المال ويعلم به المالك، أما إذا لم يطلب المالك ذلك فلا يجب إلا أن يكون المال المحجور عليه وحظه في التنضيز فيجب، ولو قال له المالك لا تبع ونقسم العروض بتقويم عدلين أو قال أعطيك نصيبك من الربح ناضاً أجيب. وكذا لو رضي بأخذ العروض من العامل بالقيمة لم يزد راغب كما جزم به ابن المقري. فلو حدث بعد ذلك غلاء لم يؤثر، وخرج بقدر رأس المال الزائد عليه فلا يلزمه تنضيزه، بل هو عرض اشترك فيه اثنان لا يكلف أحدهما بيعه. نعم لو كان بيع بعضه ينقص قيمته كالعبد لزمه تنضيز الكل كما بحثه في المطلب لما في التشقيص من التنقيص، وفي كلام ابن أبي هريرة وصاحب الإفصاح ما يؤيده (وقيل لا يلزمه التنضيز إن لم يكن ربح) لأنه لا يحسن تكليفه العمل إلا لفائدة له ويرد بأنه وطن نفسه على ذلك مطلقاً.

(وإذا) (استرد المالك بعضه) أي مال القراض (قبل ظهور ربح وخسران) (رجع رأس المال إلى الباقي) لأنه لم يترك في يده غيره فصار كما لو اقتصر في الابتداء على إعطائه له (وإن) (استرد) المالك بعضه بغير رضا العامل أو برضاه وصرحاً بالإشاعة أو أطلقاً (بعد الربح فالمسترد شائع ربحاً ورأس مال) على النسبة الحاصلة من مجموع الأصل والربح لأنه غير مميز، ويستقر ملك العامل على ما خصه من الربح فلا ينفذ تصرف المالك فيه ولا يسقط بخسر وقع بعده (مثاله رأس المال مائة) من الدراهم (والربح عشرون) منها (واسترد) المالك من ذلك (عشرين فالربح) في هذا المثال (سدس) جميع (المال) وهو مشترك بينهما (فيكون المسترد سدسه) بالرفع بخطه وهو ثلاثة دراهم وثلث (من الربح فيستقر للعامل المشروط منه) وهو درهم وثلثان إن شرط نصف الربح (وباقية من رأس المال) فيعود رأس المال إلى ثلاثة وثمانين وثلث، فلو عاد ما في يده إلى ثمانين لم تسقط حصة العامل بل يأخذ منها درهما وثلثي درهم ويرد الباقي، واستشكل الإسنوي تبعا لابن الرفعة استقلاله بأخذ ذلك بأنه يلزم من شيوع المسترد بقاء حصته فيه إن بقي وإلا ففي ذمة المالك فلا تتعلق بالمال إلا بنحو رهن ولم يوجد حتى لو أفلس المالك لم يتقدم به العامل بل يضارب مردود بأن المالك لما تسلط باسترداد ما علم للعامل فيه جزء مكن العامل من الاستقلال بأخذ مثله ليحصل التكافؤ بينهما، وخرج بقولنا بغير رضا العامل إلى آخره استرداده برضاه فإن قصد

الأخذ من رأس المال اختص به أو من الربح اختص به، وحينئذ يملك العامل مما في يده قدر حصته على الإشاعة، وإن لم يقصد شيئا حمل على الإشاعة، ونصيب العامل قرض للمالك لاهبة كما رجحه في المطلب ونقله الإسنوي وأقره (وإن استرد) المالك (بعد الخسران فالخسران موزع على المسترد والباقي فلا يلزم جبر حصة المسترد لو ربح بعد ذلك. مثاله المال مائة والخسران عشرون ثم استرد عشرين فربح العشرين حصة المسترد ويعود رأس المال إلى خمسة وسبعين) لأن الخسران إذا وزع على الثمانين خص كل عشرين خمسة فالعشرون المستردة حصتها خمسة فيبقى ما ذكر، فلو ربح بعد قسم بينهما على ما شرطاه.

(ويصدق العامل بيمينه في) (قوله لم أربح) شيئا أصلا (أو لم أربح إلا كذا) عملا بالأصل فيهما، ولو أقر بربح قدر ثم ادعى غلطا في الحساب أو كذبا لم يقبل لأنه أقر بحق لغيره فلم يقبل رجوعه عنه. نعم له تحليف المالك وإن لم يذكر شبهة ويقبل قوله بعد خسرت إن احتمل كأن عرض كساد كما قاله القاضي الحسين (أو اشترت هذا للقراض) وإن كان خاسرا (أولى) وإن كان رابحا حيث وقع العقد على ما في الذمة لأنه مأمون وهو أدري بقصده، أما لو كان الشراء بعين مال القراض فإنه يقع للقراض وإن نوى نفسه كما قاله الإمام وجزم به في المطلب. والأوجه كما قاله جمع متقدمون عدم قبول بينة المالك أنه اشتراه بمال القراض لأنه قد يشتري لنفسه بمال القراض عدوانا فلا يصح البيع (أو لم تنتهي عن شراء كذا) كأن اشترى سلعة فقال نهيتك عن شرائها فقال العامل لم تنتهي فيصدق العامل وتكون للقراض لأن الأصل عدم النهي. أما لو قال المالك لم أذنك في شراء كذا فقال العامل بل أذنت لي فالمصدق المالك (و) يصدق العامل بيمينه أيضا (في) جنس أو (قدر رأس المال) وإن كان هنا ربح لأن الأصل عدم دفع زيادة إليه. فلو قارض اثنين علي أن نصف الربح له والباقي بالسوية بينهما فربحا وأحضرا ثلاثة آلاف فقال المالك رأس المال ألفين وصدقه أحدهما وأنكر الآخر وحلف أنه ألف فله خمسمائة لأنها نصيبه بزعمه وللمالك ألفان عن رأس المال لاتفاقه مع المعترف عليه وله ثلثا خمسمائة عن الربح والباقي منها للمقر لاتفاقهم على أن ما يأخذه المالك من الربح مثلا ما يأخذه كل من العاملين وما أخذه المنكر كالتالف ولو أحضرا ألفين أخذ المنكر ربع الألف الزائد على ما أقر به لأنه نصيبه بزعمه والباقي يأخذه المالك صرح به في الروضة (و) في (دعوى التلف) على التفصيل الآتي في الوديعة لأنه أمين ومن ثم ضمن بما تضمن به كأن خلط مال القراض بما لا

يتميز به، ومع ضمانه لا ينعزل كما مر فيقسم الربح على قدر المالكين. نعم لو أخذ ما لا يمكنه القيام به فتلف بعضه ضمنه كما نص عليه البويطي واعتمده جمع متقدمون لأنه فرط بأخذه، ويتعين طرده في الوكيل والوديع والوصي وغيرهم من الأمناء كما قاله الزركشي كالأذرعى، وبحث أيضا أنه لو كان القراض لغير الدافع دخل المال في ضمان العامل بمجرد أخذه، وشمل كلام المصنف ما لو ادعى تلفه ثم اعترف ببقائه ثم ادعى تلفه، ولو ادعى المالك بعد تلف المال أنه قرض والعامل أنه قراض صدق المالك بيمينه كما جزم به ابن المقري وجرى عليه القمولي في جواهره وأفتى به الوالد رحمه الله تعالى خلافا للبغيوي وابن الصلاح إذ القاعدة أن من كان القول قوله في أصل الشيء فالقول قوله في صفته مع أن الأصل عدم الائتمان للدافع للضمان. وقال في الخادم: إنه الظاهر لأن القابض يدعي سقوط الضمان عنه مع اعترافه بأنه قبض. والأصل عدم السقوط، ويشهد لذلك قول الشيخين قبل ذلك إنه لو ادعى العامل القراض والمالك التوكيل صدق المالك بيمينه: أي ولا أجره للعامل. نعم لو أقاما بينتين فالظاهر تقدم بينة العامل لزيادة علمها. وقولهما أيضا لو اختلف مالك الدابة وراكبها فقال المالك أجرتها وقال الراكب أعرتها صدق المالك، فإن أقاما بينتين قدمت بينة المالك في أوجه الوجهين لزيادة علمها. أما لو كان المال باقيا وقال المالك دفعته قراضا فلي حصة من الربح وقال الآخذ أخذته قرضا صدق الآخذ بيمينه والربح له وبديل القرض في ذمته، ولا يقبل قوله في دفع المال لربه إلا ببينة كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى (وكذا) يصدق في (دعوى الرد) (في الأصح) لأنه أئتمنه كالوكيل، وكل أمين ادعى الرد على من أئتمنه صدق بيمينه إلا المكتري والمرتهن. والثاني لا كالمرتهن والمستأجر، وفرق الأول بأن العامل إنما أخذ العين لمنفعة المالك وانتقاعه هو بالعمل فيها لا بها بخلاف المرتهن والمستأجر.

(ولو) (اختلفا في المشروط له) أهو الربع أم الثلث مثلا (تحالفا) لاختلافهما في عوض العقد مع اتفاقهما على صحته فأشبه اختلاف المتبايعين (وله أجره المثل) لتعذر رجوع عمله إليه فوجب له قيمته وهو الأجرة وللمالك جميع الربح، ولا يفسخ العقد بالتحالف نظير ما مر في بابه، ولو كان القراض لمحجور عليه ومدعي العامل دون الأجرة فلا تحالف كتنظيره في الصداق، ولو اشترى العامل ولو ذميا ما يمتنع بيعه كخمر أو أم ولد وسلم للبائع الثمن ضمن وإن كان جاهلا أو قارضه ليحلب من بلدة إلى أخرى

لم يصح لأنه عمل زائد على التجارة، ولو اشترى بألفين لقارضين له رقيقين فاشتبهها عليه وقعا له وغرم لهما الألفين لتفريطه بعدم الأفراد لا قيمتهما، ولو دفع له مالا وقال إذا مت فتصرف فيه بالبيع والشراء قراضا على أن لك نصف الربح لغا فيمتنع تصرفه بعد موته للتعليق وارتفاع القراض بالموت لو صح، وإن مات العامل واشتبه مال القراض بغيره فكالوديعة بموت وعنده الوديعة واشتبهت بغيرها وسيأتي في بابها، وإن جنى عبد القراض فهل يفديه العامل من مال القراض كالنفقة عليه أو لا؟ وجهان أصحهما نعم.

{ كتاب المساقاة }

لما كانت شبيهة للقراض في العمل في شيء ببعض نمائه وجهالة العوض وللإجارة في اللزوم والتأقيت جعلت بينهما. وهي مأخوذة من السقي بفتح السين وسكون القاف المحتاج إليه فيها غالبا، لا سيما بالحجاز فإنهم يسقون من الآبار لأنه أنفع أعمالها وأكثرها مؤنة، وهي معاملة على تعهد شجر بجزء من ثمرته. والأصل فيها قبل الإجماع " معاملته صلى الله عليه وسلم يهود خيبر على نخلها وأرضها بشرط ما يخرج منها من ثمر أو زرع " رواه الشيخان، والحاجة داعية إليها، والإجارة فيها ضرر بتغيريم المالك حالا مع أنه قد لا يطلع شيء، وقد يتهاون الأجير في العمل لأخذ الأجرة، وبالغ ابن المنذر في رد مخالفة أبي حنيفة رضي الله عنه فيها، ومن ثم خالفه أصحابه، وزعم أن المعاملة مع الكفار تحتل الجهالات مردود بأن أهل خيبر كانوا مستأمنين.

ولها ستة أركان: عاقدان، ومورد، وعمل، وثمر، وصيغة، وكلها مع شروطها تعلم من كلامه (تصح من) مالك وعامل (جائز التصرف) لنفسه كما قاله الشارح راداه به دعوى شمول جائز التصرف للولي في مال محجوره فيكون مكررا وهو الذي لا حجر عليه المختار دون غيره كالقراض (و) تصح (لصبي ومجنون) وسفيه من وليهم (بالولاية) عليهم عند المصلحة للحاجة إلى ذلك وليت المال وفي مال من لا يعرف مالكة من الإمام وللوقف من ناظره وفي مال الغائب كما قاله الزركشي قال: ومقتضى كلام الماوردي أنه ليس لعامل القراض المساقاة، فإن عمله في حق المالك لا في حق نفسه بخلاف المساقاة، وأفتى ابن الصلاح بصحة إجارة ولي لبياض أرض موليه بأجرة هي مقدار منفعة الأرض وقيمة الثمر ثم مساقاة المستأجر بسهم للمولى عليه من ألف سهم بشرط أن لا يعد ذلك عرفا غبنا فاحشا في عقد المساقاة

بسبب انضمامه لعقد الإجارة، وكونه نقصا مجبورا بزيادة في الأجرة موثوق بها عادة. ورد البلقيني له بما حاصله أنهما صفتان متباينتان فلا تنجبر إحداهما بالأخرى مردود كما قاله الولي العراقي بأنه لم يزل يرى عدول النظار والقضاة والفقهاء، يفعلون ذلك ويحكمون به، وبأنهم اغتفروا الغبن في أحد العقدين لاستدراكه في الآخر لتعين المصلحة فيه المترتب على تركها ضياع الشجر والثمر. (وموردها النخل) ولو ذكورا كما اقتضاه إطلاقه وصرح به الخفاف. وقد ينازع فيه بأنه ليس في معنى المنصوص عليه وبأنه بناه على اختياره للقديم الآتي (والعنب) للنص في النخل، وألحق به العنب بجامع وجوب الزكاة وتأتي الخرص ولم يعبر بالكرم بدل العنب لورود النهي عن تسميته به، والأصح تفضيل الرطب على العنب خلافا للريمي في التحفة (وجوزها القديم في سائر الأشجار المثمرة) كتين وتفاح لوروده في الخبر من ثمر أو زرع ولعموم الحاجة، واختاره المصنف في تصحيح التنبيه، والجديد المنع لأنها رخصة فتختص بموردها وعليه تمتنع في المقل كما صححه المصنف، وتصح على أشجار مثمرة تبعا للنخل والعنب إذا كانت بينهما وإن كثرت، وإن قيدها الماوردي بالقليلة، وشرط الزركشي بحثا تعذر أفرادها بالسقي نظير المزارعة، وعليه فيأتي هنا جميع ما يأتي من اتحاد العامل وما بعده.

ويشترط كون المعقود عليه مرثيا معينيا فلا تصح على غير مرثي ولا منبهم كإحدى الحديقتين، ولا يأتي فيه خلاف إحدى الصرتين السابق للزوم المساقاة.

(ولا تصح المخابرة) على ما حكى من اتفاق المذاهب الأربعة (وهي عمل الأرض) أي المعاملة عليها كما في المحرر وعبر به في الروضة (ببعض ما يخرج منها والبذر من العامل ولا المزارعة، وهي المعاملة والبذر من المالك) للنهي الصحيح عنهما ولسهولة تحصيل منفعة الأرض بالإجارة، واختار جمع جوازهما وتأولوا الأخبار على ما لو شرط لواحد زرع قطعة معينة ولآخر أخرى، واستدلوا بعمل عمر رضي الله عنه وأهل المدينة. ويرد بأنها وقائع فعلية تحتل في المزارعة لكونها تبعا وفيها وفي المخابرة لكونها إحدى الطرق الآتية، ومن زارع على أرض بجزء من الغلة فعطل بعضها لزمه أجرته على ما أفتى به المصنف، لكن غلظه فيه التاج الفزاري وهو الأوجه، ولو ترك الفلاح السقي مع صحة المعاملة حتى فسد الزرع ضمنه، لأنه في يده وعليه حفظه.

(فلو كان) (بين النخل) أو العنب (بياض) أي أرض لا زرع فيها ولا شجر (صحت المزارعة عليه مع المساقاة على النخل) أو

العنب تبعا للمساقاة لعسر الأفراد وعليه حمل ما مر من معاملة أهل خيبر على شطر الثمر والزرع (بشروط اتحاد العامل) أي لا يكون من ساقاه غير من زارعه وإن كان متعددًا لأن أفرادها يعامل يخرجها عن التبعية (وعسر) هو مراد من عبر كالروضة وأصلها بالتعذر كتعبير آخرين بعدم الإمكان، ويؤيد ذلك قوله الآتي وإن كثير البياض كقليله فتعين حمل التعذر على ما قلناه (إقرار النخل بالسقي) وإفراد (البياض بالعمارة) أي الزراعة لأن التبعية إنما تتحقق حينئذ بخلاف تعسر أحدهما.

(والأصح أنه يشترط أن لا يفصل) بضم أوله وفتح ثالته بخطه أي لا يفصل العاقدان (بينهما) أي المساقاة والمزارعة التابعة بل يأتي بهما على الاتصال لتحصل التبعية، وأنه يشترط اتحاد العقد، فلو قال ساقيتك على النصف فقبل ثم زارعه على البياض لم تصح المزارعة لأن تعدده يزيل التبعية. والثاني يجوز الفصل بينهما لحصولهما لشخص واحد.

(و) الأصح أنه يشترط (أن لا) (تقدم المزارعة) على المساقاة بأن يأتي بها عقبها إذ التابع لا يتقدم على متبوعه. والثاني يجوز تقديمها وتكون موقوفة إن ساقاه بعدها بان صحتها وإلا فلا، واشترط الدارمي بيان ما يزرع لأنه شريك، وبه فارق عدم اشتراط بيانه في الإجارة (و) الأصح (أن) (كثير البياض) بأن اتسع ما بين مغارس الشجر (كقليله) لأن الغرض تعسر الأفراد، والحاجة لا تختلف، والثاني لا لأن الكثير لا يكون تابعا.

(و) الأصح (أنه لا يشترط) (تساوي الجزء المشروط من الثمر والزرع) فيجوز شرط نصف المزرع وربع الثمر مثلا للعامل، لأن الزراعة إن كانت تابعة هي في حكم عقد مستقل، وكون التفاضل يزيل التبعية من أصلها ممنوع، ويفرق بين هذا وإزالته لها في بعثك الشجرة بعشرة، والثمرة بخمسة، حتى يحتاج قبل بدو الصلاح لشرط القطع على ما مر بأن الثمرة قبل بدوه غير صالحة إجماعا لإيراد العقد عليها وحدها من غير شرط قطع، فاحتاجت لمتبوع قوي، ولا كذلك البياض هنا لما مر من جواز المزارعة مستقلة عند الأكثرين، وقضية كلامهما أن يلحق بالبياض فيما مر زرع لم يبد صلاحه. والثاني يشترط لما مر من أن التفاضل يزيل التبعية، وقد تقدم رده.

(و) الأصح (أنه لا يجوز أن يخابر تبعا للمساقاة) لعدم ورود ذلك. والثاني تجوز كالمزارعة. وأجاب الأول بأن المزارعة في معنى المساقاة من حيث إنه ليس على العامل فيها إلا العمل بخلاف المخابرة فإنه يكون عليه البذر والعمل (فإن أفردت أرض

بالزراعة فالمغل للمالك) لأنه نماء ملكه (وعليه للعامل أجره عمله ودوابه وآلاته) إن كانت له وسلم المزرع لبطلان العقد ولا يمكن إحباط عمله مجانا، أما إذا لم يسلم فلا شيء للعامل على ما أخذه من تصويب المصنف لكلام المتولي في نظيره من الشركة الفاسدة فيما إذا تلف الزرع أنه لا شيء للعامل لأنه لم يحصل للمالك شيء. ورد بأن قياسه على القراض الفاسد أقرب لاتحاد البابين في أكثر الأحكام، فالعامل هنا أشبهه في القراض من الشريك، وكان الفرق بين العامل والشريك أن الشريك يعمل في ملك نفسه فاحتيج في وجوب أجرته لوجود نفع شريكه بخلاف العامل في القراض والمساقاة، أو أفردت بالمخابرة فالمغل للعامل لأن الزرع تابع للبذر وعليه أجره مثل الأرض لمستحقها ولو كان البذر لهما فالغلة لهما، ولكل على الآخر أجره ما صرفه من منافعه على حصة صاحبه (وطريق جعل الغلة لهما ولا أجره) في أفراد المزارعة (أن يستأجره) أي المالك العامل (بنصف البذر) شائعا (ليزرع له النصف الآخر) في الأرض (وبعيه نصف الأرض) شائعا (أو يستأجره بنصف البذر ونصف منفعة الأرض) شائعا (ليزرع له النصف الآخر) من البذر (في النصف الآخر من الأرض) فيشتركان في الغلة مناصفة، ولا أجره لأحدهما على الآخر لأن العامل يستحق من منفعة الأرض بقدر نصيبه من المزرع، والمالك يستحق من منفعة العامل بقدر نصيبه من المزرع، وتفارق الأولى هذه بأن الأجره ثم عين وهنا عين ومنفعة، وتم يتمكن من الرجوع بعد الزراعة في نصف الأرض ويأخذ الأجره وهنا لا يتمكن، ولو فسد منبت الأرض في المدة لزمه قيمة نصفها هناك لا هنا لأن العارية مضمونة. ومن الطرق أيضا أن يقرضه نصف البذر ويؤجره نصف الأرض بنصف عمله ونصف منافع الله، فإن كان البذر من العامل فطريقه أن يستأجر العامل نصف الأرض بنصف البذر ونصف عمله وآلاته، ويشترط في هذه الإجراءات وجود جميع شروطها الآتية.

ولو أذن لغيره في زرع أرضه فحريتها وهياها للزراعة فزادت قيمتها بذلك فأراد رهنها وبيعها مثلا من غير إذن العامل لم يصح لتعذر الانتفاع بها بدون ذلك العمل المحترم فيها، ولأنها صارت مرهونة في ذلك العمل الذي زادت به قيمتها، وقد صرحوا بأن لنحو القصار حبس الثوب لرهنه بأجرته حتى يستوفيهما، وللغاصب إذا غرم قيمة الحيلولة ثم وجد المغصوب حبسه حتى يرد له ما غرمه على ما مر وإن كان الأصح خلافه.

(فصل)

في بيان الأركان الثلاثة الأخيرة ولزوم المساقاة وهرب العامل

(يشترط) فيه (تخصيص الثمرة بهما) أي المالك والعامل، فلو شرط شيئاً منه لثالث غير قن أحدهما فسد العقد كالقراض. نعم لو شرط نفقة قن المالك على العامل جاز، فإن قدرت فذاك وإلا نزلت على الوسط المعتاد، وتعبير المصنف بتخصيص الثمرة بهما صحيح لما مر من جواز دخول الباء على المقصور والمقصود عليه (واشتراكهما فيه) بالجزئية كما في نظيره من القراض ففي على أن الثمرة جميعها لك أو لي يفسد ولا أجره له في الثانية وإن جهل الفساد، ويفسد أيضاً إن شرط الثمر لواحد والعنب للآخر، وإنما ذكر هذا وإن فهم مما قبله لأنه قد يفهم منه أيضاً أن القصد به إخراج شرطه لثالث فيصدق بكونه لأحدهما وبما بعده ولأنه مع الاختصاص والشركة يصدق بكونه لهما على الإبهام، ولو كانت المساقاة على عينه وعامل غيره انفسحت بتركه العمل: أي بفوات العمل بمضي المدة ويعمل الثاني لا بمجرد العقد والثمرة كلها للمالك ولا شيء للعامل الأول، وللثاني عليه الأجره إن جهل الحال وإلا فلا (والعلم) منهما (بالنصيبين بالجزئية) ومنها بيننا لحمله على المناصفة (كالقراض) في جميع ما مر، ولو فوات بين النصيبين في الجزء المشروط لم يصح على ما في الروضة بل قيل إنه تحريف، ولهذا جزم ابن المقري بخلافه وخرج بالثمر الجريد والكرناف والليف فلا يكون مشتركاً بل يختص به المالك كما جزم به في المطلب تبعاً للماوردي وغيره، ولو شرط ذلك بينهما لم يجز فيما يظهر خلافاً لبعض المتأخرين لأنه ليس من معهود النماء ولا مقصوده والقنو والشماريخ بينهما، ولو شرطها للعامل بطل قطعاً، ومر أن العامل يملك حصته بظهور الثمر ومحله إن عقد قبل ظهوره وإلا ملك بالعقد.

(والأظهر صحة المساقاة بعد ظهور الثمرة) كما قبل ظهوره بل أولى لأنه أبعد عن الغرر ولوقوع الآفة فيه كثيراً نزلت منزلة المعدوم والثاني لا يصح لفوات بعض الأعمال (لكن) لا مطلقاً بل (قبل بدو الصلاح) لبقاء معظم العمل بخلافه بعده ولو في البعض كالبيع فيمتنع قطعاً بل قيل إجماعاً.

(ولو) (ساقاه على ودي) غير مغروس بفتح فكسر المهملة فتحية مشددة وهو صغار النخل (ليغرسه ويكون الشجر) أو ثمرته إذا أثمر (لهما لم يجز) لأنها رخصة ولم ترد في مثل ذلك، وحكى السبكي عن قضية المذاهب الأربعة منعها معترضاً به على حكم

قضاة الحنابلة بها، ونقل غيره إجماع الأمة على ذلك لكنه معترض بأن قضية كلام جمع من السلف جوازها والشجر لمالكه وعليه لرب الأرض أجره مثلها كما أن على رب الأرض والشجر أجره العمل والآلات، ويأتي في القلع والإبقاء هنا ما مر آخر العارية (ولو كان) الودي (مغروسا) وساقاه عليه (وشرط له جزءا من الثمر على العمل فإن قدر له) في عقدها عليه (مدة يثمر) الودي (فيها غالبا) كخمس سنين (صح) العقد وإن كان أكثرها لا ثمرة فيه لأنها حينئذ بمنزلة الشهور من السنة الواحدة، فإن لم تثمر فلا شيء له، وفي هذه الحالة لا يصح بيع الشجر لأن للعامل حقا في الثمرة المتوقعة فكان البائع استثنى بعضها (وإلا) أي وإن قدر مدة لا يثمر فيها غالبا (فلا) تصح لخلوها عن العوض سواء أعلم العدم أم غلب أم استويا أم جهل الحال. نعم له الأجرة في الأخيرتين لأنه طامع (وقيل إن تعارض الاحتمال) للإثمار وعدمه على السواء (صح) كالقراض. ورد بأن الظاهر وجود الربح بخلاف هذا، وعليه فله الأجرة وإن لم يثمر لأنه عمل طامعا.

(وله) (مساقاة شريكه في الشجر) (إذا) استقل الشريك بالعمل فيها و (شرط له) أي الشريك (زيادة) معينة (على حصته) كما إذا كان بينهما نصفين وشرط له ثلثي الثمرة، وإن شرط قدر حصته لم يصح لانتفاء العوض ولا أجره له بخلاف شرط الكل له كما مر. واستشكل هذا بأن عمل الأجير يجب كونه في خالص ملك المستأجر. أجاب عنه السبكي بأن صورة المسألة أن يقول ساقيتك على نصيبي هذا، وبهذا صور أبو الطيب كالمزني قال: لكن ظاهر كلام غيرهما كالمصنف أنه لا فرق بين ذلك وقوله على جميع هذه الحديقة هو المعتمد وعلى الأول، فيجاب بأنه يغتفر في المساقاة ما لا يغتفر في الإجارة، وبحث بعضهم أنه إن قال ساقيتك على كل الشجر لم يصح، أو على نصيبي أو أطلق صح، ولو ساقى أحد الشريكين على نصيبه أجنبيا بغير إذن شريكه لم يصح كما جرى عليه ابن المقري في شرح إرشاده وأفتى به الوالد رحمه الله تعالى خلافا لبعض المتأخرين، فإن ساقى الشريكان ثالثا لم تشترط معرفته بحصة كل منهما إلا إن تفاوتتا في المشروط له فلا بد من معرفته بحصة كل منهما.

(ويشترط) لصحة المساقاة (أن لا) (يشترط على العامل ما ليس من جنس أعمالها) التي ستذكر قريبا أنها عليه فلا اعتراض عليه، وإنما قدم في القراض ما عليه ثم ذكر حكم ما لو شرط عليه ما ليس عليه وعكس ذلك هنا لأن الأعمال قليلة ثم وليس فيها كبير تفصيل ولا خلاف فقدمت ثم ذكر حكمها، وهنا بالعكس فقدم

حكما ثم أخرجت لطول الكلام عليها، فإذا شرط عليه ذلك كبناء جدار الحديقة لم يصح العقد لأنه استئجار بلا عوض، وكذا لو شرط ما على العامل على المالك كالسقي على المشهور كما صرح به في البحر وإن نص في البويطي على أنه لا يضر شرطه على المالك، وبه جزم الدارمي.

(وأن) (ينفرد) العامل (بالعمل واليد في الحديقة) ليتمكن من العمل متى شاء، فلو شرط العمل على المالك معه ولو مع يد العامل فسد، بخلاف شرط عمل غلام المالك معه نظير ما مر في القراض بل أولى لأن بعض أعمال المساقاة على المالك (ومعرفة العمل) جملة لا تفصيلا (بتقدير المدة كسنة) أو أقل إذ أقل مدتها ما يطلع فيه الثمر ويستغنى عن العمل (أو أكثر) إلى مدة تبقى العين فيها غالبا للاستقلال فلا تصح مطلقة ولا مؤبدة لأنها عقد لازم فكانت كالإجارة، وهذا مما خالفت فيه القراض والسنة عند الإطلاق محمولة على العربية، ويصح شرط غيرها إن علماه، ولو أدركت الثمار قبل انقضاء المدة عمل بقيتها بلا أجر، وإن لم يحدث الثمر إلا بعد المدة فلا شيء للعامل. قال ابن الرفعة: وهو صحيح إن تأخر لا بسبب عارض، فإن كان بعارض سبب كبرد ولولاه لأطلع في المدة استحق حصته لقول الماوردي والرويانى: الصحيح أن العامل شريك، وإن انقضت وهو طلع أو بلح فللعامل حصته منها، وعلى المالك التعهد والتبقيّة إلى الجذاذ خلافا لما في الانتصار والمرشد من أنه عليهما، ولو كان النخل المعقود عليها مما يثمر في العام مرتين فأطلع الثمرة الأولى قبل انقضاء المدة والثانية بعدها فهل يفوز المالك بها أو يكون العامل شريكا له فيها لأنها ثمرة عام؟ فيه احتمال، والأوجه الأول.

(ولا يجوز) (التوقيت) لمدة المساقاة (بإدراك الثمر) أي جذاذه كما قاله السبكي (في الأصح) للجهل به فإنه قد يتقدم وقد يتأخر. والثاني ينظر إلى أنه المقصود.

(وصيغتها) أي المساقاة صريحة وكناية، فمن صرائحها (ساقيتك على هذا النخل) أو العنب (بكذا) من الثمرة لأنه الموضوع لها (أو سلمته إليك لتعهده) أو اعلم عليه أو تعهده بكذا لأداء كل من هذه الثلاثة معنى الأولى، ومن ثم اعتمد ابن الرفعة صراحتها وهو ظاهر كلامهم، وإن اعتمد الأذرعى والسبكي أنها كناية، وأفهم تعبيره بكذا اعتبار ذكر العوض، فلو سكت عنه لم يصح، وفي استحقاقه الأجرة وجهان أوجههما نعم، ولو ساقاه بلفظ الإجارة لم تصح على الأصح في الروضة وكذا عكسه، وقول الإسنيوي إنه مشكل مخالف للقواعد. فإن الصريح في بابه إنما يمتنع أن يكون كناية في غيره

إذا وجد نفاذا في موضوعه كقوله لزوجته أنت علي كظهر أمي ناويا الطلاق فلا تطلق ويقع الظهار، بخلاف قوله لأمته أنت طالق فهو كناية في العتق لأنه لم يجد نفاذا في موضوعه ومسألتنا من ذلك أه مردود والصواب ما صحوه. والفرق بين هذا وبين قوله لأمته أنت علي كظهر أمي هو أن الظهار لما لم يكن تصويره في حق الأمة بوجه من الوجوه حمل على الكناية بإرادة المكلف تصحيحا للفظ عن الإلغاء، وأما لفظ الإجارة فليس كذلك لأنه يمكن تصحيحه وإيقاعه إجارة بأن يذكر عوضا معلوما، فعدول المكلف عن العوض الصحيح إلى الفاسد دليل الإلغاء، ولا ضرورة بنا إلى حمله على خلاف الظاهر، واللفظ صريح في الفساد فلا يمكن إعماله في غيره مع إمكان تصحيحه إجارة. والحاصل أنه يعتبر في كون الصريح في باب كناية في غيره شرطان: أحدهما أن لا يجد نفاذا في موضوعه، والثاني أن يقبله العقد المنوي فيه (وبشترط) (القبول) باللفظ متصلا كما في البيع، ولهذا اعتبر في الصيغة هنا ما مر فيها ثم إلا عدم التأقيت، وتصح بإشارة أخرس وبكتابة بالنية (دون تفصيل الأعمال) فلا يعتبر التعرض له في العقد ولو عقدها بغير لفظ المساقاة كما صرح به ابن يونس وهو ظاهر وإن أفهم كلام الروضة أنه لا يجري إلا في لفظها (ويحمل المطلق في كل ناحية على العرف الغالب) فيها إذ المرجع فيما لا ضابط له شرعا ولا لغة إليه، هذا إن كان عرف غالب وعرفاه وإلا وجب التفصيل جزما.

(وعلى العامل) بنفسه أو نائبه عمل (ما يحتاج إليه لصلاح الثمرة واستزادته) (مما يتكرر كل سنة كسقي) إن لم يشرب بعروقه ويدخل في السقي توابعه كإصلاح طرق الماء وفتح رأس الساقية وسدها عند السقي (وتنقية نهر) أي مجرى الماء من طين وغيره (وإصلاح الأجابين) وهي الحفر حول النخل (التي يثبت فيها الماء) شبهت بالإجانة التي يغسل فيها (وتلقيح) وهو وضع بعض طلع ذكر على طلع أنثى، وقد يستغنى عنه لكونها من تحت ريح الذكور فتحمل الهواء ريح الذكور إليها (وتنحية) أي إزالة (حشيش) ولو رطباً وإطلاقه عليه لغة والأشهر أنه اليابس (وقضبان مضره) لاقتضاء العرف ذلك، وعلم من تقييدنا ما عليه بالعمل عدم وجوب عين عليه أصلا فنحو طلع يلحق به وقوصرة تحفظ العنقود عن الطير على المالك (وتعريش جرت به عادة) في ذلك المحل ليمتد عليه الكرم ووضع حشيش على العناقيد صونا لها عن الشمس عند الحاجة (وكذا حفظ الثمر) على الشجر من سراق وطيور وزنبور، فإن لم يتحفظ به لكثرة السراق أو كبر البستان فالمؤنة عليه كما

اقتضاه إطلاقهم وبحث الأذرعى عدم لزومه ذلك في ماله بل على المالك معونته عليه (وجذاذه) أي قطعه (وتجفيفه في الأصح) لأنها من مصالحه. والثاني ليس عليه لأن الحفظ خارج عن أعمالها، وكذا الجذاذ والتجفيف لأنهما بعد كمال الثمرة. نعم قيد في الروضة كأصلها وجوب التجفيف بما إذا اعتيد أو شرطاه، والأوجه ما أطلقه المصنف في الكتاب من الوجوب مطلقاً لأن مقابل الأصح لا يتأتى إلا عند انتفاء الشرط والعادة إذ لا تسعه مخالفتها، وإذا وجب لزم تسوية الجرين ونقله إليه، وكل ما وجب على العامل له استئجار المالك عليه وما وجب على المالك لو فعله العامل بإذن المالك استحق الأجرة تنزيلاً له منزلة قوله اقض ديني وبه فارق قوله له اغسل ثوبي، وظاهر كلامهم أن ما نصوا على كونه على العامل أو المالك لا يلتفت فيه إلى عادة مخالفة له كما هو ظاهر، على أن العرف الطارئ لا يعمل به إذا خالف عرفاً سابقاً له، فقول الشيخ في شرح منهجه وظاهر أنه لو جرت عادة بأن شيئاً من ذلك على المالك اتبعت يتعين حمله على ما ليس للأصحاب فيه نص بأنه على أحدهما أو بأن العرف فيه يقتضي كذا وإلا فهو غير صحيح (وما قصد به حفظ الأصل ولا يتكرر كل سنة كبناء الحيطان) ونصب نحو باب أو دولاب وفاس ومنجل ومعول وبقر تحرث أو تدير الدولاب (وحفر نهر جديد فعلى المالك) فلو شرطه على العامل في العقد بطل العقد، وكذا ما على العامل لو شرطه في العقد على المالك بطل العقد، ولا يشكل عليه اتباع العرف في نحو خيط خياط في الإجارة لأن هذا به قوام الصناعة حالاً ودواماً والطلع نفعه انعقاد الثمرة حالاً ثم يستغنى عنه، وقد ينازع فيه جعلهم ثمر الطلع كالخيط، فالأوجه أن العرف لم ينضبط هنا فعمل فيه بأصل أن العين على المالك وثم قد ينضبط وقد يضطرب فعمل به في الأول ووجب البيان في الثاني. أما وضع شوك على الجدار وترقيع يسير اتفق في الجدار فيتبع فيه العادة في الأصح من كونهما على المالك أو العامل، وما نقله السبكي عن النص من أن الثاني على المالك حمل على إطراد عادة به.

(والمساقاة لازمة) أي عقدها لازم من الجانبين كالإجارة قبل العمل وبعده لأن أعمالها في أعيان باقية بحالها فأشبهت الإجارة دون القراض فيلزمه إتمام الأعمال وإن تلفت الثمرة كلها بأفة أو نحو غصب كما يلزم عامل القراض التنضيض مع عدم الريح، ووجه لزومها ظاهر كما أفاده الوالد رحمه الله تعالى وهو مراعاة مصلحة كل منهما، إذ لو تمكن العامل من فسخه قبل تمام العمل تضرر المالك بفوات الثمرة أو بعضها بعدم العمل لكونه لا يحسنه

أو لا يتفرغ له، ولو تمكن المالك من فسخه تضرر العامل بفوات نصيبه من الثمرة لأن الغالب كونه أكثر من أجرة مثله.

(فلو) (هرب العامل) أو حبس أو مرض (قبل الفراغ) من العمل وإن لم يشرع فيه (وأتمه المالك) (متبرعا) بالعمل أو بمؤنته عن العامل (بقي استحقاق العامل) لما شرط له كما لو تبرع عنه أجنبي بذلك علم به المالك أم جهله. نعم لا يلزمه إجابة أجنبي متطوع والتبرع عنه مع حضوره كذلك والإتمام مثال، فلو تبرع عنه بجميع العمل كان كذلك، ولو عمل في مال نفسه غير متبرع عنه أو عمل الأجنبي عن المالك لا العامل استحق العامل فيما يظهر، بخلاف نظيره من الجعالة للزوم ما هنا وإن بحث السبكي التسوية بينهما في عدم الاستحقاق (وإلا) بأن لم يتبرع أحد بإتمامه ورفع الأمر للحاكم وليس له ضامن فيما لزمه من أعمال المساقاة أو كان ولم يمكن التخلص منه (استأجر الحاكم عليه من يتمه) بعد ثبوت المساقاة والهرب مثلا وتعذر إحضاره عنده لأنه واجب عليه فتاب عنه فيه، ولو امتنع مع حضوره فكذلك، واستتجاره من ماله إن وجد ولو من حصته إذا كان بعد بدو الصلاح أو رضي بأجرة مؤجلة، فإن تعذر ذلك اقترض عليه من المالك أو غيره ويوفي من حصته من الثمرة فإن تعذر اقتراضه عمل المالك بنفسه، وللمالك فعل ما ذكر بإذن الحاكم كما رجحه ابن الرفعة، وقيده السبكي بما إذا قدر الحاكم له الأجرة وعين الأجير وإلا لم يجز. ومحل ما تقرر إذا كانت واردة على الذمة، فإن كانت واردة على العين امتنع استنابة غيره عنه مطلقا كما اقتضاه كلامهما، قاله الأزرعي. وقال السبكي والنشائي وصاحب المعين: إنه لا يستأجر عنه قطعا. نعم يتخير المالك بين الفسخ والصبر (فإن لم يقدر) المالك (علي الحاكم) لكونه فوق مسافة العدو أو حاضرا ولم يجبه لما سأله أو أجابه لكن بمال يأخذه منه فيما يظهر (فليشهد على الإنفاق) لمن استأجره وأنه بذله بشرط الرجوع أو على العدل إن عمل بنفسه وأنه إنما عمل بشرط الرجوع (إن أراد الرجوع) تنزيلا للإشهاد حينئذ منزلة الحكم، ويصدق حينئذ بيمينه في قدر ما أنفقه على الوجه المعتاد كما رجحه السبكي. وسيأتي نظيره في هرب الجمال. فإن لم يشهد كما ذكره امتنع الرجوع لظهور تبرعه، فإن تعذر الإشهاد لم يرجع أيضا لندور العذر، فإن عجز عن العمل والإنفاق حينئذ ولم تظهر الثمرة فله الفسخ وللعامل أجرة عمله، وإن ظهرت فلا فسخ وهي لهما.

(ولو) (مات) العامل قبل العمل (وخلف تركة) (أتم الوارث العمل منها) كبقية ديون مورثه (وله أن يتم العمل بنفسه أو بماله)

ولا يكلف الوفاء من عين التركة، ويلزم المالك تمكينه حيث كان عارفا بالعمل ثقة، فإن امتنع بالكلية استأجر الحاكم عليه. أما إذا لم يخلف تركة فللوارث العمل ولا يجبر عليه، ومحل ذلك إذا كانت على الذمة وإلا انفسخت بموته كالأجير المعين، ولا تنفسخ بموت المالك مطلقا فيستمر العامل ويأخذ حصته، ولو ساقى البطن الأول البطن الثاني ثم مات الأول في أثناء المدة وكان الوقف وقف ترتيب فينبغي أن تنفسخ كما قاله الزركشي لأنه لا يكون عاملا لنفسه. واستثنى من ذلك الوارث إذا ساقى مورثه ثم مات المورث فتنفسخ.

(ولو) (ثبت خيانة عامل) بإقراره أو بينة أو يمين رد (ضم إليه مشرف) ولا ترتفع يده للزوم العمل عليه، ويمكن استيفاؤه منه بهذا الطريق، فتعين جمعا بين الحقين وأجرة المشرف عليه، فإن ضم إليه لريبة فقط فالأجرة على المالك (فإن لم يتحفظ) العامل (به) أي المشرف عن الخيانة (استؤجر من ماله عامل) لتعذر الاستيفاء منه، هذا إن كان العمل في الذمة وإلا تخير المالك فيما يظهر كما مر نظيره.

(ولو) (خرج الثمر مستحقا) لغير المساقى وإن لم يخرج الشجر كذلك، وقول الشارح بخروج الشجرة مستحقة جرى على الغالب (فللعامل) عند جهله بالحال (على المساقى أجرة المثل) لأنه فوت منافعه بعوض فاسد فرجع ببدلها، كما لو استأجر رجلا للعمل في مغبوب فعمل جاهلا، أما إذا كان عالما بالحال فلا شيء له جزما.

وتصح الإقالة في المساقاة كما قاله الزركشي. قال: فإن كان ثمرة لم يستحقها العامل. ولا يصح بيع شجر المساقاة من المالك قبل خروج الثمرة ويصح بعدها، والعامل مع المشتري كما كان مع البائع، وليس للبائع بيع حصته من الثمرة وحدها بشرط القطع لشيوعه إن قلنا بأن قسمة ذلك بيع، فإن قلنا إفراز وهو الأصح صح. ولو شرط المالك على العامل أعمالا تلزمه فأثمرت الأشجار والعامل لم يعمل بعض تلك الأعمال استحق جميع ما شرط له كما لو لم يعمل شيئا لأنه شريك كما قاله الماوردي وغيره، وما في فتاوى القاضي من أنه يستحق بالقسط مفرع على المرجوح القائل بأنه أجير.

{كتاب الإجارة}

بتثليث الهمزة والكسر أفصح، وهي لغة: اسم للأجرة ثم اشتهرت في العقد: وشرعا: تملك منفعة بعوض بالشروط الآتية

منها علم عوضها وقبولها للبذل والإباحة، فخرج بالأخير نحو منفعة البضع على أن الزوج لم يملكها وإنما ملك أن ينتفع بها وبالعلم المساقاة والجعالة على عمل مجهول فلا يشترط في الأول علم العوض، وإن كان قد يكون معلوماً كأن ساقاه على ثمرة موجودة، وقد تقع الثانية على عمل معلوم. والأصل فيها قبل الإجماع آيات كقوله تعالى {فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن} ومنازعة الإسنوي في الاستدلال بها مردودة، إذ مفادها وقوله الإرضاع للآباء وهو مستلزم الإذن لهن فيه بعوض وإلا كان تبرعاً، وهذا الإذن بالعوض هو العقد، وقوله أيضاً {وإن تعاسرتم} الآية، وأخبار كاستجاره صلى الله عليه وسلم والصديق رجل من بني المدليل يقال له عبد الله بن الأريقط، وأمره صلى الله عليه وسلم بالمؤاجرة، والحاجة بل الضرورة داعية إليها.

أركانها أربعة: صيغة وأجرة، ومنفعة، وعاقدة. ولكونه الأصل بدأ به فقال (شرطهما) أي المؤجر والمستأجر المدال عليهما لفظ الإجارة (كبايع ومشتري) لأنها صنف من البيع، فاشترط في عاقدها ما يشترط في عاقده مما مر كالرشد وعدم الإكراه بغير حق. نعم استتجار كافر لمسلم ولو إجارة عين صحيح لكنها مكروهة، ومن ثم أجبر فيها على إجاره لمسلم وإجار سفيه نفسه لما لا يقصد من عمله كالحج لجواز تبرعه به. ويصح بيع السيد للعبد نفسه لا إجارته إياها لإفضاء بيعه إلى عتقه فاعتفر فيه ما لم يغتفر في الإجارة لعدم أدائها إليه. ولو كان لوقف ناظران فأجر أحدهما الآخر أرضاً للوقف صح إن استقل كل منهما وإلا فلا على ما بحثه العراقي، ويأتي فيه ما مر في الوصيين والعاملين.

(والصيغة) معتبرة هنا كالبيع فيجري فيها خلاف المعاطاة. ويشترط فيها جميع ما مر في صيغة البيع إلا عدم التأقيت. وهي صريحة وكنائية، فمن الصريح (أجرتك هذا أو أكريتك) هذا أو عوضتك منفعة هذه المدار سنة بمنفعة دارك كما اقتضاه إفتاء القاضي (أو ملكتك منافعه سنة) ليس ظرفاً لأجر وما بعده لأنه إنشاء وهو ينقضي بانقضاء لفظه بل لمقدر، نحو انتقع به سنة، ونظيره قوله تعالى {فأماته الله مائة عام} أي وألبته مائة عام، ولا يقال: يصح جعله ظرفاً لمنافعه المذكورة فلا يحتاج لتقدير وليس كالأية كما هو واضح. لأننا نقول: المنافع أمر موهوم الآن والظرفية تقتضي خلاف ذلك، فكان تقدير ما ذكر أولي أو متعينا (بكذا) وإن لم يقل من الآن. وتختص إجارة الذمة بنحو ألزمت ذمتك أو سلمت إليك هذه الدراهم في خياطة هذا أو في دابة صفتها كذا أو في حملي إلى مكة (فيقول) المخاطب متصلاً (قبلت أو استأجرت أو

اكثرية) أو استكرية، ومن الكناية جعلت لك منفعة سنة بكذا أو اسكن داري شهرا بكذا. ومنها الكتابة، وتنقد باستيجاب وإيجاب وبإشارة أحرص أفهمت، وأفهم كلامه اعتبار التوقيت وذكر الأجرة لانتفاء الجهالة حينئذ، وموردها إجارة العين والذمة المنافع لأنها المقصودة لا العين عند الجمهور (والأصح انعقادها) أي الإجارة (بقوله أجزتكم) أو أكرتكم (منفعتها) أي الدار سنة بكذا، إذ المقصود منها المنفعة فذكرها تأكيد. والثاني المنع لأن لفظ الإجارة وضع مضافا للعين لأن المنفعة لا منفعة لها فكيف يضاف العقد عليها (و) الأصح (منعها) أي منع انعقادها (بقوله) (بعتمكم) أو اشترتكم (منفعتها) لأن لفظ البيع موضوع لتمليك العين فلا يستعمل في المنفعة كما لا ينعقد بلفظ الإجارة، وعلم مما تقرر أنه لا يكون كناية والقول بذلك مردود باختلال الصيغة حينئذ، إذ لفظ البيع يقتضي التأييد فينا في ذكر المدة، ولو قال في إجارة الذمة ألزمت ذمتك كذا كفاه عن لفظ الإجارة ونحوها.

(وهي قسمان): (واردة على عين كإجارة العقار) ولم يقيد به بما بعده إشارة إلى عدم تصور إجارة الذمة فيه لانتفاء ثبوته فيها (ودابة أو شخص) أي آدمي، ولكونه ضد الدابة اتضحت التثنية الغلب فيها المذكر لشرفه في قوله (معينين) فيتصور فيهما إجارة الذمة أو العين. وما بحثه الجلال البلقيني من إلحاق السفن بهما لا بالعقار أفتى الوالد رحمه الله تعالى بخلافه، وهو أنه لا تصح إجارتها، إلا إجارة عين كالعقار بدليل عدم صحة السلم في السفن والمراد بالعين هنا مقابل الذمة، وهو ما يتقيد العقد به، وفي صورة الخلاف السابقة أنفا مقابل المنفعة وهو ما يرد العقد عليه. ولو أذن أجير العين لغيره في العمل بأجرة فعمل فلا أجرة للأول مطلقا. وأما الثاني فله أجرة المثل: أي على الأذن له كما هو ظاهر (و) واردة (على الذمة كاستئجار دابة) مثلا (موصوفة) بالصفات الآتية (و) يتصور أيضا (بأن يلزم ذمته) عملا، ومنه أن يلزمه حمله إلى كذا أو (خياطة أو بناء) بشرطهما الآتي أو يسلم إليه في إحداهما أو في دابة موصوفة ليحمله إلى مكة مثلا بكذا (ولو قال استأجرتكم) أو اكرتكم (لتعمل كذا) أو لكذا أو لعمل كذا (فإجارة عين) لأن الخطاب دال على ارتباطها بعين المخاطب كاستأجرت عينك (وقيل) إجارة (ذمة) لأن القصد حصول العمل لا بالنظر لفاعله، ويرد بمنع ذلك نظرا لما دل عليه الخطاب.

(ويشترط في إجارة الذمة) إن عقدت بلفظ إجارة أو سلم، (تسليم الأجرة في المجلس) كرأس مال السلم لأنها سلم في المنافع فيمتنع فيها تأجيل الأجرة سواء أتاخر العمل فيها عن العقد

أم لا والاستبدال عنها والحوالة بها وعليها والإبراء منها. وإنما اشترطوا ذلك في العقد بلفظ الإجارة ولم يشترطوه في العقد على ما في الذمة بلفظ المبيع مع كونه سلماً في المعنى أيضاً لضعف الإجارة حيث وردت على معدوم وتعذر استيفاؤها دفعة، ولا كذلك بيع ما في الذمة فيهما فجبوا ضعفها باشتراط قبض أجرتها في المجلس (وإجارة العين) الأجرة فيها كالثمن في البيع فحينئذ (لا يشترط ذلك) أي تسليم الأجرة (فيها) في المجلس معينة أو في الذمة. نعم يتعين لتسليمها محل العقد على ما مر في السلم. (ويجوز) في الأجرة (فيها) أي إجارة العين (التعجيل والتأجيل) للأجرة (إن كانت) تلك الأجرة (في الذمة) كالثمن ويجوز الاستبدال عنها والحوالة بها وعليها والإبراء منها، فإن كانت معينة لم يجز تأجيلها لأن الأعيان لا تقبل التأجيل (وإذا أطلقت) الأجرة عن ذكر تأجيل وتعجيل (تعجلت) كثمن المبيع المطلق ولأن المؤجر يملكها بالعقد لكن لا يستحق استيفاءها إلا بتسليم العين، فإن تنازعا فيمن يبدأ به فكما مر في البيع كما قاله المتولي خلافاً للماوردي (وإن كانت) الأجرة (معينة) بأن ربطها بعين أو مطلقة أو في الذمة (ملك في الحال) بنفس العقد ولو مؤجلة كما يملك المستأجر المنفعة به في إجارة العين لكن ملكاً مراعى كلما مضى جزء من الزمان على السلامة بان أن ملك المؤجر استقر على ما يقابل ذلك وسيذكر أنها لا تستقر إلا باستيفاء المنافع أو تفويتها، ولو أجر الناظر الوقف سنين وقبض الأجرة جاز له دفع جميعها لأهل البطن الأول وإن علم موتهم قبل مضي مدتها، فلو مات القابض قبل مضي المدة لم يضمن المستأجر ولا الناظر كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى تبعاً لابن الرفعة، خلافاً للقفال لأن الموقوف عليه ملكها في الحال ظاهراً، وعدم الاستقرار لا ينافي جواز التصرف كما نصوا عليه في كتاب الزكاة فيما لو أجر داره سنين وقبض الأجرة فحكموا بالملك فيها وأوجبوا زكاتها بمجرد مضي الحول الأول على أصح الطريقتين وإن كان لا يلزمه أن يخرج إلا زكاة ما استقر على الأظهر، وكما حكموا بأن الزوجة تملك الصداق وتتصرف في جميعه قبل الدخول وكذلك في الموصي له بالمنفعة مدة حياته إذا أجر الدار وقبض أجرتها له التصرف فيها ويرجع المستحق بحصته من الأجرة المسماة في تركة القابض. وقضية ملكها في الحال ولو مؤجلة صحة الإبراء منها وإن كان في مجلس العقد لأنه لا خيار فيها فكان كالإبراء من الثمن بعد لزومه، بخلافه قبله لأن زمن الخيار كزمن العقد فكأنه باع بلا ثمن.

(ويشترط) لصحة الإجارة (كون الأجرة معلومة) جنسا وقدرا
وصفة إن كانت في الذمة وإلا كفت مشاهدتها في إجارة العين
والذمة كما مر نظيره في الثمن. ويؤخذ من تشبيهها بالثمن أنها لو
حلت وقد تغير النقد وجب من نقد يوم العقد لا يوم تمام العمل ولو
في الجعالة، إذ العبرة في الأجرة حيث كانت نقدا بنقد بلد العقد
وقته، فإن كانت ببادية اعتبر أقرب البلاد إليها كما بحثه الأزرعي.
والعبرة في أجرة المثل في الفاسدة بموضع إتلاف المنفعة نقدا
ووزنا، وجواز الحج بالرزق مستثنى توسعة في تحصيل العبادة على
أنه ليس بإجارة كما اقتضاه كلام الروضة كالشرح الصغير خلافا
للولي العراقي، بل هو نوع من التراضي والمعونة فهو جعالة اغتفر
فيها الجهل بالجعل كمسألة العلق (فلا تصح) إجارة لدار (بالعمارة)
لها (و) لا لدابة بصرف أو بفعل (العلف) لها بفتح اللام المعلوف به
وبإسكانها كما بخطه المصدر للجهل بهما وإن كان عينا كأجرتها
بدينار على أن تصرفه في عمارتها أو علفها للجهل بالصرف فتصير
الأجرة مجهولة، فإن صرف وقصد الرجوع به رجوع وإلا فلا، والأوجه
أن التعليل بالجهل جرى على الغالب، فلو كان عالما بالصرف
فالحكم كذلك كبيع زرع بشرط أن يحصده البائع. والحاصل أنه
حيث كان هناك شرط بطلت مطلقا وإلا كأجرتها بعمارتها، فإن
عينت صحت وإلا فلا. أما إذا أذن له في صرفها بعد العقد بلا شرط
فيه وتبرع المستأجر به فيجوز، واغتفر هنا اتحاد القابض والمقبض
للحاجة، على أنه في الحقيقة لا اتحاد تنزيلا للقابض من المستأجر
وإن لم يكن معينا منزلة الوكيل عن المؤجر وكالة ضمنية. ويؤخذ
من ذلك صحة ما جرت به العادة في زمننا من تسويغ الناظر
المستحق باستحقاقه على ساكن الوقف فيما يظهر ويصدق
المستأجر بيمينه في أصل الإنفاق وقدره كما رجحه السبكي لأنه
أتمنه. ومحلله إذا ادعى قدرا لائقا في العادة كما يأتي نظيره في
الوصي وأولى وإلا احتاج إلى بينة، ولا ينافيه قولهم لو قال الوكيل
أتيت بالتصرف المأذون فيه وأنكر الموكل صدق الموكل لأنه ليس
هناك شيء في الخارج يحال عليه قول الوكيل والأصل عدم ما
ادعاه وهنا العمارة موجودة في الخارج ولا تستغنى الدابة عن
العلف فصدق المستأجر، وحينئذ فلا جامع بين المسألتين ولا تكفي
شهادة الصناع له أنه صرف على أيديهم كذا لأنهم وكلاؤه كما أفتى
به الوالد رحمه الله تعالى وهو ظاهر، ولو اکتري نحو حمام مدة
يعلم عادة تعطلها فيها لنحو عمارة، فإن شرط احتساب مدة
التعطيل من الإجارة وجهلت فسدت وإلا ففيها وفيما بعدها (ولا)
الإيجار (ليسسخ) شاة مذبوحة (بالجلد وبطحن) برا (ببعض الدقيق

أو النخالة) التي تخرج منه للجهل بثخانة الجلد ورقته ونعومة الدقيق وخشونته لانتفاء القدرة عليهما حالا ولنهيته صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان، وفسر بأن يجعل أجره الطحن لحب معلوم قفيزا مطحونا. قال السبكي: ومنه ما يقع في هذه الأزمان من جعل أجره الجابي العشر مما يستخرجه. قال: فإن قيل لك نظير العشر لم تصح الإجارة أيضا، وفي صحته جعالة نظر، والأوجه فيها البطلان للجهل بالجعل.

(ولو) (استأجرها) أي امرأة مثلا (لترضع رقيقا) له أي حصته الباقية بعد ما جعله منه أجره المذكور في قوله (ببعضه) المعين كسدسه (في الحال جاز على الصحيح) للعلم بالأجرة ولا أثر لوقوع العمل المكترى له في ملك غير المكتري لوقوعه بطريق التبعية، كما لو ساقى شريكه وشرط له زيادة من الثمر وانتصر للمقابل بما يردده ما مر من التفصيل، ومن ثم اختار السبكي أنه إن استأجرها على الكل أو أطلق ولم تدل قرينة على أن المراد حصته فقط امتنع، وهو مراد النص لوقوع العمل في ملك غير المكتري قصدا أو على حصة المستأجر فقط جاز، لكن المعتمد إطلاق الصحة كما اقتضاه كلامهم، واحترز بقوله في الحال عما لو استأجرها ببعضه بعد الفطام مثلا فلا يصح قطعا لما مر أن الأجرة المعينة لا تؤجل وللجهل بها إذ ذاك، وخرج بنحو المرأة استئجار شاة مثلا لإرضاع طفل. قال البلقيني: أو سخلة فلا يصح لعدم الحاجة مع عدم قدرة المؤجر على تسليم المنفعة كالاستئجار لضراب الفحل بخلاف المرأة لإرضاع سخلة.

(و) يشترط لصحتها أيضا (كون المنفعة) معلومة كما يأتي (متقومة) أي لها قيمة ليحسن بذل المال في مقابلتها وإلا بأن كانت محرمة أو خسيصة كان بذل المال في مقابلتها سفها، وكونها واقعة للمكتري وكون العقد عليها غير متضمن لاستيفاء عين قصدا كاستئجار بستان لثمرته بخلاف نحو طفل لإرضاعه، وكونها تستوفى مع بقاء العين، وكونها مباحة مملوكة مقصودة لا كتفاحة للشم فإن كثر التفاح صحت الإجارة لأن منه ما هو أطيب من كثير من الرياحين كما ذكره الرافعي وإن نازعه السبكي وغيره، وكونها تضمن بالبدل لا ككلب وتباح بالإباحة لا كبضع وأكثر هذه القيود مأخوذة من كلامه (فلا يصح) (استئجار ببيع على كلمة) ومعلم على حروف من قرآن أو غيره (لا تتعب) قائلها عادة فيما يظهر (وإن روجت السلعة) إذ لا قيمة لها، فلو استأجر عليها مع انتفاء التعب بتردد أو كلام فلا شيء له وإلا فله أجره المثل، وما بحثه الأذرعي من أن الفرض أنه استأجره على ما لا تعب فيه فتعبه غير

معقود عليه فيكون متبرعا به مردود بأنه لا يتم عادة إلا بذلك. فكان كالمعقود عليه، وشمل كلام المصنف ما كان مستقر القيمة، وما لم يستقر خلافا لمحمد بن يحيى إلا أن يحمل كلامه على ما فيه تعب. أما ما يحصل فيه تعب من الكلمات كما في بيع المدور والرقيق ونحوهما مما يختلف ثمنه باختلاف المتعاقدين فيصح الاستئجار عليه. وفي الإحياء امتناع أخذ طيب أجره على كلمة بدواء ينفرد به لانتفاء المشقة، بخلاف ما هو عرف إزالة اعوجاج نحو سيف بضربة واحدة أي وإن لم يكن فيها مشقة، إذ هذه الصناعات يتعب في تعلمها ليكتسب بها ويخفف عن نفسه التعب، وخالفه البغوي في هذه، ورجح الأزرعي الأول، وهو الأوجه (وكذا دراهم ودنانير للتزيين) أو الوزن بها أو الضرب على سكتها (و) نحو (كلب للصيد) أو الحراسة به فإن ذلك لا يصح استئجاره (في الأصح) لأن منفعة التزيين بهما غير مقصودة غالبا بدليل عدم ضمان غاصبهما أجرتهما ونحو الكلب لا قيمة لعينه ولا لمنفعته، والثاني ينازع في ذلك. أما إذا لم يصرح بالتزيين أو لم يكن الكلب معلما فلا تصح جزما، وخرج بالكلب الخنزير فلا تصح إجارته جزما والمتولد منهما كذلك كما قاله بعضهم. وخرج بالدرهم والدنانير الحلبي فتجوز إجارته حتى بمثله من ذهب أو فضة ويعلم مما مر في الزكاة عدم صحة إجارة دنانير مثقوبة غير معارة للتزيين بها، ولو استأجر شجرة للاستئصال بظلها أو الربط بها أو طائرا للأنس بصوته كالعندليب أو لونه كالطاووس صح لأن المنافع المذكورة مقصودة متقومة. ويصح استئجار هر لدفع الفأر. وشبكة وباز وشاهين لصيد لأن منافعها متقومة.

(وكون المؤجر قادرا على تسليمها) بتسليم محلها حسا وشرعا ليتمكن المستأجر منها، والقدرة على ذلك تشمل ملك الأصل وملك المنفعة فدخل المستأجر فله إيجار ما استأجره والمقطع له إجارة ما أقطعه له الإمام كما أفتى به المصنف، لأنه مستحق لمنفعته وإن خالفه الفزاري وجماعة من علماء عصره وأفتوا بالبطلان فإن المقطع لم يملك المنفعة وإنما أبيع له الانتفاع بها كالمستعير، وفصل الزركشي بين أن يأذن الإمام له في الإيجار، أو يجري به عرف عام، كديار مصر فتصح وإلا فتمتنع اهـ. ويمكن أن يجمع بذلك بين الكلامين، وتوجه الصحة مع عدم ملكه المنفعة بأن اطراد العرف بذلك نزله منزلة إذن الإمام (فلا يصح) (استئجار) من نذر عتقه، أو شرط في بيعه، ولا استئجار (أبق ومغصوب) لغير من هو بيده، ولا قدرة له على انتزاعه عقب العقد: أي قبل مضي مدة لمثلها أجره أخذا مما يأتي في التفريغ من نحو الأمتعة وذلك

كبيعهما. ويؤخذ منه أن قدرة المؤجر على الانتزاع كذلك كافية، وألحق الجلال البلقيني بذلك ما لو تبين أن الدار مسكن الجن وأنهم يؤذون الساكن برجم أو نحوه، وهو ظاهر إن تعذر دفعهم، وعليه فطرو ذلك بعد الإجارة كطرو الغصب بعدها (و) لا استئجار (أعمى للحفظ) بالنظر وأخرس للتعليم إجارة عين لاستحالة، بخلاف الحفظ بنحويد وإجارة الذمة مطلقا لأنها سلم وعلى المسلم إليه تحصيل المسلم فيه بأي طريق كان.

(و) لا استئجار (أرض للزراعة لا ماء لها دائم) أي مستمر (ولا يكفيها المطر المعتاد) ولا ما في معناه كتلج أو نداوة، ولا تسقى بماء غالب الحصول لعدم القدرة على التسليم، ومجرد الإمكان غير كاف كما كان عود الأبق ونحوه، ولو قال المؤجر أحفر لك بئرا: أي ولو قبل العقد فيما يظهر وأسقي أرضك منها، أو أسوق الماء إليها من موضع آخر صحت الإجارة كما قاله الروياني: أي إن كان قبل مضي مدة من وقت الانتفاع بها لمثلها أجرة، إذ لا ضرر عليه حينئذ لأنه يتخير عند عدم وفائه له بذلك في فسخ العقد، وخرج بالزراعة ما لو عم كاستئجارها لما شاء أو لغير الزراعة فيصح (ويجوز) إيجارها (إن كان لها ماء دائم) من نحو نهر أو عين لسهولة الزراعة حينئذ، ويدخل شربها إن اعتيد دخوله أو شرط وإلا فلا لعدم شمول اللفظ له، ومع دخوله لا يملك المستأجر الماء بل يسقي به على ملك المؤجر كما رجحه السبكي، وبحث ابن الرفعة أن استئجار الحمام كاستئجار الأرض للزراعة (وكذا) يجوز إيجارها (إن كفاها المطر المعتاد أو ماء الثلوج المجتمعة) في نحو جبل (والغالب حصولها في الأصح) لأن الغالب حصول الغالب، والثاني لا يجوز لعدم الوثوق بحصول ما ذكر، ويجوز استئجار أراضي مصر للزراعة بعد ريبها بالزيادة وإن لم ينحسر عنها الماء حيث رجي انحساره في وقته عادة وقبله إن كان ريبها من الزيادة الغالبة، ويعتبر في كل زمن بما يناسبه، والتمثيل بخمسة عشر أو سبعة عشر باعتبار ذلك الزمن، ولو أجرها مقيلا ومراجا وللزراعة لم تصح ما لم يبين عين ما لكل، ويتجه تقييده بما إذا قصد توزيع أجرة منفعة الأرض على المنافع أخذا مما بعدها، ومن ثم قال القفال: لو أجره ليزرع النصف ويغرس النصف لم يصح إلا أن يبين عين ما لكل منهما.

(والامتناع) للتسليم (الشرعي) لتسليم المنفعة (كالحسي) في حكمه (فلا يصح) (استئجار لقلع) أو قطع ما منع الشرع قطعه أو قلعه من نحو (سن صحيحة) وعضو سليم وإن لم يكن من آدمي للعجز عنه شرعا. أما ما يجوز شرعا كسن وجعة فيصح الاستئجار

لقلعها إن صعب الألم وقال أهل الخبرة: إن قلعها يزيل الألم، ولو استحق قلعها في قصاص أو في نظير ما يأتي في السلعة فكذلك لأن الاستئجار في القصاص واستيفاء الحدود جائز، وفي البيان أن الأجرة على المقتص منه إذا لم ينصب الإمام جلادا يقيم الحدود ويرزقه من مال المصالح، ولو كان السن صحيحا ولكن انصب تحته مادة من نزلة ونحوها وقال أهل الخبرة لا تزول المادة إلا بقلعها، فالأشبه كما قاله الأذرعي جواز القلع للضرورة، واستشكاله صحتها لنحو الفصد دون كلمة البياع رد بأنه في معنى إصلاح اعوجاج السيف بنحو ضربة لا تتعب بل يمنع دعوى نفي التعب لأن تمييز العرق وإحسان ضربه لا يخلو عن تعب. ولو استأجره لقلع وجعة فبرئت لم تنفسخ بناء على جواز إبدال المستوفى به، والقول بانفساخها مبني على مقابله، فإن منعه من قلعها ولم تبرأ لم يجبر عليه ويستحق الأجرة بتسليم نفسه ومضي مدة إمكان العمل لكنها غير مستقرة حتى لو سقطت رد الأجرة كمن مكنت الزوج فلم يطاها ثم فارق، ويفارق ذلك ما لو حبس الدابة مدة إمكان السير حيث تستقر الأجرة عليه لتلف المنافع تحت يده، وما تقرر هنا لا ينافي ما نقل عن الإمام من استقرارها، إذ هو مفروض فيما إذا تبين عدم تدارك الفعل المستأجر عليه وما مر في إمكانه (ولا) استئجار (حائض) أو نفساء مسلمة (لخدمة مسجد) أو تعليم قرآن إجارة عين ولو مع أمن التلوين لاقتضاء الخدمة المكث وهي ممنوعة، بخلاف الذمية على ما مر كما قاله الأذرعي وبطرو نحو الحيض ينفسخ العقد كما يأتي، فلو دخلت ومكثت عصت ولم تستحق أجرة، وفي معنى الحائض المستحاضة ومن به سلس بول أو جراحة نضاعة يخشى منها التلوين، أما إجارة الذمة فتصح، ولا يصح الاستئجار لتعليم التوراة والإنجيل والسحر والفحش والنجوم والرمل، ولا لختان صغير لا يحتمل، ولا كبير في شدة برد أو حر، ولا لزمر ونياحة وحمل مسكر غير محترم إلا للإراقة، ولا لتصوير حيوان وسائر المحرمات، ولا يحل أخذ عوض على شيء من ذلك كبيع ميتة، وكما يحرم أخذ عوض على ذلك يحرم إعطاؤه إلا لضرورة كفك أسير وإعطاء شاعر دفعا لهجوه وظالم دفعا لظلمه. (وكذا) حرة (منكوحة لرضاع أو غيره) مما لا يؤدي إلى خلوة محرمة فلا يجوز استئجارها إجارة عين (بغير إذن الزوج على الأصح) ما لم يكن هو المستأجر لاستغراق أوقاتها بحقه. والثاني يجوز لأن محله غير محل النكاح، إذ لا حق له في لبنها وخدمتها لكن له فسخها حفظا لحقه، ويؤخذ من تعليل الأول ما بحثه الأذرعي أنه لو كان غائبا أو طفلا فأجرت نفسها لعمل ينقضي قبل قدومه أو

تأهله للتمتع جاز. واعتراض الغزي له بأن منافعها مستحقة له بعقد النكاح ممنوع بأنه لا يستحقها بل يستحق أن ينتفع وهو متعذر منه، وخرج بالحررة الأمة فليسيدها إيجارها بغير إذنه في وقت لا يلزم تسليمها له. أما مع إذنه فتصح مطلقا. نعم المكاتبه كالحررة كما قال الأذرعى لانتفاء سلطنة السيد عليها، والعتيقة الموصى بمنافعها أبدا لا يعتبر إذن الزوج في إيجارها كما قاله الزركشي وبغير المستأجر المنكوحه له فيجوز له استئجارها ولو لولده منها، ومحل ما تقرر فيمن تملك منافعها، فلو كانت مستأجرة العين لم تصح إيجارها نفسها قطعا، وقد عمت البلوى باستئجار العكامين للحج. وأفتى السبكي بمنعه لوقوع الإجارة على أعينهم للعكم فكيف يستأجرون بعد ذلك، ورد بأنه لا مزاحمة بين أعمال الحج والعكم إذ يمكنه فعلها في غير أوقاته لأنه لا يستغرق الأزمنة، وليس لمستأجر المنكوحه ولو للإرضاع منع زوجها من وطئها خوف الحبل وانقطاع اللبن كما في الروضة، والفرق بينه وبين منع الراهن من وطء المرهونة أنه هو الذي حجر على نفسه بتعاطيه عقد الرهن بخلاف الزوج، وإذنه هنا ليس كتعاطي العقد كما لا يخفى.

(ويجوز) (تأجيل المنفعة في إجارة الذمة) إلى أجل معلوم لقبول الدين التأجيل كما لو أسلم في شيء إلى أجل معلوم فإن أطلق كان حالا (كألزمت ذمتك الحمل) بكذا (إلى مكة أول شهر كذا) ومراده. بأول الشهر هنا مستهله لما مر أن التأجيل به باطل على ما نقله عن الأصحاب ومر ثم أن المعتمد ما نقله عن الإمام والبعوي أنه يصح ويحمل على الجزء الأول، وعليه فكلامه هنا على إطلاقه.

(ولا تجوز إجارة عين لمنفعة مستقبله) كإجارة هذه الدار السنة المستقبلية أو سنة أولها من غد، وكذا إن قال أولها من أمس وإجارة أرض مزروعة لا يمكن تفريغها إلا بعد مدة لمثلها أجرة، وذلك كما لو باعه عينا على أن يسلمها له بعد ساعة بخلاف إجارة الذمة كما مر، ولو قال وقد عقد آخر النهار أولها يوم تاريخه لم يضر كما هو ظاهر لأن القرينة ظاهرة في أن المراد باليوم الوقت أو في التعبير باليوم عن بعضه وكل منهما سائغ شائع ولو قال بقسطين متساويين في السنة، فإن أراد النصف في أول أو آخر نصفها الأول والنصف في أول أو آخر نصفها الثاني صح كما هو واضح أيضا لاستغراقهما السنة حينئذ مع احتمال اللفظ له وإن اختلفا بطل للجهل به إذ يصدق تساويهما بثلاثة أشهر وثلاثة أشهر مثلا من السنة وذلك مجهول، ويستثنى من المنع في المستقبلية

صور كما أجره ليلا لما يعمل نهارا وأطلق نظير ما مر في إجارة أرض للزراعة قبل ربهها، وكإجارة عين شخص للحج عند خروج قافلة بلده أو تهيئهم للخروج ولو قبل أشهره إذا لم يتأت الإتيان به من بلد العقد إلا بالسير في ذلك الوقت وفي أشهره قبل الميقات ليحرم منه وإجارة دار ببلد غير بلد العاقدين ودار مشغولة بامتعة وأرض مزروعة يتأتى تفريغها قبل مضي مدة لها أجرة، وكما في قوله (فلو) (أجر السنة الثانية لمستأجر الأولى) أو مستحقها بنحو وصية أو عدة بالأشهر (قبل انقضائها) (جاز في الأصح) لاتصال المدتين مع اتحاد المستأجر كما لو أجر منه السنتين في عقد، ولا نظر إلى احتمال انفساخ العقد الأول لأن الأصل عدمه، فإن وجد ذلك لم يقدح في الثاني كما صرح به في العزيز. والوجه الثاني لا يجوز كما لو أجرها لغيره، واحترز بقبل انقضائها عما لو قال أجرتها سنة فإذا انقضت فقد أجرتها سنة أخرى فلا يصح العقد الثاني كما لو علق بمجيء الشهر فلم ترد على كلامه، ولو استأجر سنة فللمالك أن يؤجرها السنة الأخرى من الثاني لأنه المستحق للمنفعة، وفي إيجارها من الأول وجهان أصحهما لا لأنه الآن غير مستحق للمنفعة، وبه جزم صاحب الأنوار، وهو مقتضى كلام القاضي والبعوي وإليه ميل الروضة، ويجوز للمشتري لما أجره البائع من غيره إيجار ذلك من المستأجر كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى واقتضاه كلام جمع، خلافا لابن المقري.

وفي جواز إيجار الوارث ما أجره الميت من المستأجر تردد الأقرب منه الجواز لأنه نائبه، وقال الزركشي إنه الظاهر، وهذا كله إذا لم يحصل فصل بين السنتين وإلا فلا يصح قطعاً، وكلام المصنف كغيره شامل للطلق والوقف. نعم لو شرط الواقف أن لا يؤجر الوقف أكثر من ثلاث سنين فأجره الناظر ثلاثاً في عقد وثلاثاً في عقد قبل مضي المدة فالمعتمد كما أفتى به ابن الصلاح ووافقه السبكي والأذرعي وغيرهما عدم صحة العقد الثاني، وإن قلنا بصحة إجارة الزمان القابل من المستأجر اتباعاً لشرط الواقف لأن المدتين المتصلتين في العقدين في معنى العقد الواحد، وهذا بعينه يقتضي المنع في هذه الصورة لوقوعه زائداً على ما شرطه الواقف، وإن خالفه ابن الأستاذ وقال: ينبغي أن يصح نظراً إلى ظاهر اللفظ ولو أجر عينا فأجرها المستأجر لغيره ثم تقايل المؤجر والمستأجر الأول فالظاهر كما قاله السبكي وغيره صحة الإقالة، ولا تنفسخ الإجارة الثانية.

ولو أجره حانوتاً أو نحوه لينتفع به الأيام دون الليالي أو عكسه لم يصح لعدم اتصال زمن الانتفاع ببعضه ببعض، بخلاف العبد

والدابة فتصح لأنهما عند الإطلاق للإجارة يرفعان في الليل أو غيره على العادة لعدم إطاقتهما العمل دائما وكما في قوله (ويجوز) (كراء العقب) (في الأصح) بضم العين جمع عقبة: أي نوبة لأن كلا منهما يعقب صاحبه ويركب موضعه، وأما خبر البيهقي {من مشى عن راحلته عقبة فكأنما أعتق رقبة} وفسروها بستة أميال فلعله وضعها لغة فلا يتقيد ما هنا بذلك، وخرج بإجارة العين التي الكلام فيها إجارة الذمة فتصح اتفاقا لما مر أن التأجيل فيها جائز (وهو أن يؤجر دابة رجلا) مثلا (ليركبها بعض الطريق) ويمشي بعضها أو يركبه المالك تناوبا (أو) يؤجرها (رجلين) مثلا (ليركب ذا أياما) معلومة (وذا أياما) كذلك تناوبا ومن ذلك أجرتك نصفها لمحل كذا أو كلها لتركبها نصف الطريق فيصح كبيع المشاع (وبين البعضين) في صورتين كنصف أو ربع ما لم يكن ثم عادة معروفة مضبوطة بالزمن أو المسافة كيوم ويوم أو فرسخ وفرسخ وإلا حمل عليها والمحسوب في الزمن زمن السير دون زمن النزول لعلف أو استراحة كما قاله المتولي (ثم) بعد صحة الإجارة (يقتسمان) ذلك بالتراضي، فلو تنازع في البادئ أقرع بينهما، وذلك لملكهما المنفعة معا ويغتفر التأخير الواقع لضرورة القسمة. نعم لو شرط الصحة في الأولى تقدم ركوب المستأجر، وإلا بطلت لتعلقها حينئذ بزمن مستقبل، والقن كالدابة. وقضية قوله أياما جواز جعل النوبة ثلاثة أيام فأكثر كأن يتفقا على ذلك وإن خالف العادة، أو ما اتفقا عليه في العقد وهو كذلك، حيث لا يضر بالدابة أو بالماشي، ويحمل على ذلك كلام الروضة وغيرها. ويؤخذ من نص الشافعي رضي الله عنه أنه لا بد من رضا مالك الدابة بذلك أخذا من قولهم لا يجوز النوم على الدابة في غير وقته لأن النائم يثقل، وأنه لو مات المحمول لم يجبر مالك الدابة على حمله على ما يأتي.

(فصل)

في بقية شروط المنفعة، وما تقدر به، وفي شرط الدابة المكتراة ومحمولها

(يشترط كون) المعقود عليه معلوما بالعين في إجارة العين والصفة في إجارة الذمة، وكون (المنفعة معلومة) بالتقدير الآتي كالمبيع في الكل، لكن مشاهدة محل المنفعة غير مغنية عن تقديرها، وإنما أغنت مشاهدة المعين في البيع عن معرفة قدره لأنها تحيط به، ولا كذلك المنفعة لأنها أمر اعتباري يتعلق بالاستقبال، فعلم اعتبار تحديد العقار حيث لم يشتهر بدونه، وأنه لا تصح إجارة غائب وأحد عبديه مدة مجهولة أو عمل كذلك وفيما له

منفعة واحدة كبساط يحمل عليها وغيره يعتبر بيانها. نعم دخول الحمام بأجرة جائز بالإجماع مع الجهل بقدر المكث وغيره، لكن الأجرة في مقابلة الآلات لا الماء، فعليه ما يغرف به الماء غير مضمون على الداخل، وثيابه غير مضمونة على الحمامي إن لم يستحفظه عليها ويجيبه إلى ذلك، ولا يجب بيان ما يستأجره له في الدار لقرب التفاوت من السكنى ووضع المتاع ومن ثم حمل العقد على المعهود في مثلها من سكانها، ولم يشترط عدد من يسكن اكتفاء بما اعتيد في مثلها.

(ثم) إذا توفرت الشروط في المنفعة (تارة تقدر) المنفعة (بزمان) فقط. وضابطه كل ما لا ينضبط بالعمل، وحينئذ يشترط علمه كرضاع هذا شهرا، وتطيين أو تجصيص أو اكتحال أو مداواة هذا يوما، و (كدار) وأرض وثوب وأنية ويقول في دار تؤجر للسكنى لتسكنها، فلو قال على أن تسكنها أو لتسكنها وحدك لم تصح كما في البحر في الأولى (سنة) بمائة أولها من فراغ العقد لوجوب اتصالها بالعقد، فلو لم يعلم كأجرتها كل شهر بدينار لم تصح، ولو من إمام استأجره من ماله للأذان بخلافه من بيت المال، فلو قال هذا الشهر بدينار وما زاد بحسابه صح في الأول فقط، وأقل مدة تؤجر للسكنى يوم فأكثر، قاله الماوردي مرة وتبعه الروياني، ومرة أقلها ثلاثة أيام، والأوجه كما أفاده الأذرعى جواز بعض يوم معلوم فقد يتعلق به غرض مسافر ونحوه، والضابط كون المنفعة في تلك المدة متقومة عند أهل العرف أي لذلك المحل ليحسن بذلك المال في مقابلتها وتارة تقدر (بعمل) أي بمحله كما في المحرر أو بزمن (كدابة) معينة أو موصوفة للركوب أو (لحمل شيء عليها إلى مكة) أو لتركبها شهرا حيث بين الناحية المركوب إليها، ومحل تسليمها للمؤجر أو نائبه (وكخياطة ذا الثوب) أو ثوب صفته كذا، كاستأجرتك لخياطته أو ألزمت ذمتك خياطته لتمييز هذه المنافع في نفسها من غير تقدير بمدة، وكاستأجرتك للخياطة شهرا، ويشترط في هذه بيان ما يخيطه، وفي الكل كما سيعلم من كلامه بيان كونه قميصا أو غيره وطوله وعرضه ونوع الخياطة أو هي رومية أو غيرها، ومحلّه عند اختلاف العادة وإلا حمل المطلق عليها. وبما تقرر علم أنه لا يتأتى التقدير بالزمن في إجارة الذمة، فلو قال ألزمت ذمتك عمل الخياطة شهرا لم يصح لأنه لم يعين عاملا ولا محلا للعمل، وقيده ابن الرفعة بحثا لعدم اطلاعه على كلام القفال بما إذا لم يبين صفة العمل ولا محله وإلا بأن بين محله وصفته صح، ولا فرق كما قاله القفال بين الإشارة إلى الثوب أو وصفه.

(فلو) (جمعهما) أي العمل والزمان (فاستأجره ليخيطه) أي الثوب يوما معينا أو ليحتر هذه الأرض أو يبني هذه الحائط (بياض النهار) المعين (لم يصح في الأصح) للغرر إذ قد يتقدم العمل أو يتأخر، كما لو أسلم في قفيز حنطة على أن وزنه كذا حيث لا يصح لاحتمال زيادته أو نقصه، وبه يعلم رد ما قاله السبكي من أنه لو كان الثوب صغيرا يقطع بفراغه في اليوم فإنه يصح لاحتمال عروض عائق له عن إكماله في ذلك النهار، وإن أجاب عنه بعضهم بأنه خلاف الأصل والغالب فلا يلتفت إليه لأن ذلك غفلة منه بدليل أن علة البطلان الاحتمال، فدعوى أنه خلاف الأصل مردودة نعم الأوجه أنه إن قصد التقدير بالعمل خاصة وإنما ذكر الزمان للتعجيل فقط صح، وحينئذ فالزمان غير منظور له عند المتعاقدين رأسا. والثاني يصح. واعلم أن أوقات الصلوات الخمس مستثناة من الإجارة، نعم تبطل باستثنائها من إجارة أيام معينة كما في قواعد الزركشي للجهل بمقدار الوقت المستثنى مع إخراجها عن مسمى اللفظ وإن وافق الاستثناء الشرعي وهو ظاهر، وأفتى به الشيخ رحمه الله تعالى وإن نوزع فيه.

(ويقدر تعليم) نحو (القرآن بمدة) كشهر نظير ما مر في نحو الخياطة، ولا نظر لاختلافه سهولة وصعوبة، إذ ليس عليه قدر معين حتى يتعب نفسه في تحصيله، ومحل ذلك عند عدم إرادته جميع القرآن بل ما يسمى قرآنا، فإن أراد جميعه كان من الجمع بين التقدير بالعمل والزمن، وكذا إن أطلقا لقول الشافعي إن القرآن بآل لا يطلق إلا على الكل: أي غالبا، وإلا فقد يطلق ويراد به الجنس الشامل للبعض أيضا، وفي دخول الجمع في المدة تردد كما لو استأجر ظهرا ليركبه في طريق واعتيد نزول بعضها هل يلزم للمكثري ذلك، والأوجه كما رجحه البلقيني عدم المدخول كالأحد للنصاري أخذا من إفتاء الغزالي بعد دخول السبت في استئجار اليهود شهرا لاطراد العرف به.

(أو تعيين سور) أو سورة أو آيات من سورة كذا ويذكر من أولها أو آخرها أو وسطها للتفاوت في ذلك، وشرط القاضي أن يكون في التعليم كلفة كان لا يتعلم الفاتحة مثلا إلا في نصف يوم، فإن تعلمها في مرتين لم يصح الاستئجار كما جزم به الرافعي بالنسبة للصداق، والأوجه كون المدار على الكلفة عرفا كإقراءها ولو مرة خلاف ما يوهمه قوله نصف يوم، وما جزم به الماوردي من عدم صحة الاستئجار لدون ثلاث آيات، لأن تعيين القرآن يقتضي الإعجاز ودونها لا إعجاز فيه محل النظر، والتحقيق أن ما دونها كذلك. ويمكن حمل كلامه على ما لو استأجره لتعليم قرآن مقدر بزمن

فيعتبر حينئذ ما يحصل به الإعجاز، ولا يشترط تعيين قراءة نافع مثلا لأن الأمر قريب في ذلك، فإن عين شيئا تعين، فلو أقرأه غيره اتجه عدم استحقاقه أجرة خلافا لبعضهم، ولا بد من تعيين المتعلم وإسلامه أو رجاء إسلامه، ويفارق منع بيع نحو مصحف ممن يرجى إسلامه بأن ما يترتب على خلف الرجاء فيه من الامتهان أفحش مما يترتب على التعليم هنا، ولا يشترط رؤيته ولا اختيار حفظه. نعم لو وجدته خارجا عن عادة أمثاله تخير كما بحثه ابن الرفعة ويعتبر علمهما بالمعقود عليه وإلا وكلا من يعلمه، ولا يكفي فتح المصحف وتعيينهما قدرا منه لاختلاف المشار إليه صعوبة وسهولة، وفارق الاكتفاء بمشاهدة الكفيل في البيع كما مر بأنه محض توثق للعقد لا معقود عليه فكان أمره أخف.

(وفي البناء) أي الاستئجار له على أرض أو نحو سقف (يبين الموضع) الذي يبني فيه الجدار (والطول) له وهو الامتداد من إحدى الروائتين إلى الأخرى (والعرض) وهو ما بين وجهي الجدار (والسمك) بفتح أوله وهو الارتفاع إن قدر بالعمل (وما يبني به) من حجر أو غيره وكيفية البناء أهو منضد أو مجوف أو مسقم (إن قدر بالعمل) لاختلاف الأغراض به. نعم إن كان ما يبني به حاضرا فمشاهدته تغني عن تبيينه، وفارق ما ذكر تقدير الحفر بالزمان حيث لا يشترط فيه بيان شيء من ذلك بأن الفرض في الخياطة والبناء يختلف باختلاف الحفر، ولو استأجر محلا للبناء عليه وهو نحو سقف اشترط جميع ذلك أو أرض اشترط ما سوى الارتفاع وما يبني به وصفة البناء لأنها تحمل كل شيء، ويعين في النساخة عدد الأوراق وأسطر الصفحة وقدر القطع والحواشي، ويجوز التقدير فيها بالمدة. قال الأذرعى: ولا يبعد اشتراط المستأجر خط الأجير وهو كما قال، ولم يتعرضوا لبيان دقة الخط وغلظه، والأوجه اعتباره إن اختلف به غرض وإلا فلا، ويبين في الرعي المدة وجنس الحيوان ونوعه، ويجوز العقد على قطيع معين وعلى قطيع في الذمة، ولو لم يبين فيه العدد اكتفى بالعرف كما قاله ابن الصباغ وجرى عليه ابن المقري، ويبين في الاستئجار لضرب اللبن إذا قدر بالعمل العدد والقالب بفتح اللام طولا وعرضا وسمكا إن لم يكن معروفا وإلا فلا حاجة إلى التبيين، فإن قدر بالزمان لم يحتج إلى ذكر العدد كما صرح به العمراني وغيره، فقول الشارح فإن قدر بالزمان لم يحتج إلى بيان ما ذكر: أي جميعه فلا ينافيه وجوب بيان صفته.

(وإذا صلحت) بفتح اللام وضمها (الأرض لبناء وزراعة وغراس) أو لاثين من ذلك (اشترط) في صحة إجارتها (تعيين) نوع

(المنفعة) المستأجر لها لاختلاف ضررها، فلو أطلق لم تصح. أما إذا لم تصلح إلا لجهة واحدة فإنه يكفي الإطلاق فيها كأراضي الأحكار فإنه يغلب فيها البناء وبعض البساتين فإنه يغلب فيها الغراس (ويكفي تعيين الزراعة) بأن يقول للزراعة أو لتزرعها (عن ذكر ما يزرع والأصح) فيزرع ما شاء إذ تفاوت أنواع المزرع قليل ومن ثم ينزل على أقلها ضررا وأجريا ذلك في لتغرس أو لتبني فلا يشترط بيان أفرادهما فيغرس أو يبني ما شاء، وما اعترض به من كثرة التفاوت في أنواع هذين رد بمنع ذلك، فإبهام كلام المصنف اختصاص ذلك بالزراعة ليس مرادا. والثاني لا يكفي لأن ضرر المزرع مختلف. ومحل ما تقرر فيمن أجر عن نفسه، فإن فعل عن غيره بولاية أو نيابة لم يكف الإطلاق لوجوب الاحتياط قاله الزركشي وغيره، ولو لم تصلح إلا للزراعة وغصبها غاصب في سني جذب فالأقرب لزوم أجره مثلها مدة استيلائه عليها لتمكنه من الانتفاع بها بنحو ربط دواب فيها، ولا نظر إلى أنه لا أجره لها ذلك الوقت ويلحق به فيما يظهر بيوت منى في غير أيام الموسم لأننا لا نعتبر في تغريم الغاصب أن يكون للمغصوب أجره بالفعل بل بالإمكان فحيث أمكن الانتفاع به وجبت أجرته.

(ولو) (قال) أجرتها (لتنفع بها بما شئت) صح ويفعل ما شاء لرضاه به، لكن يشترط أن ينتفع به على الوجه المعتاد كما مر نظيره في العارية وأفتى به الوالد رحمه الله تعالى وعدم الإضرار كما قاله ابن الصباغ، فعليه كما أفتى به ابن الصلاح إراحة المأجور على الوجه المعتاد كما في إراحة الدابة، ولا أثر للفرق بينهما بأن إتعاب الدابة المضر بها حرام حتى على مالكها، بخلاف الأرض لأن العادة محكمة وتعميم محمول عليها للحوق الضرر للمالك بمخالفتها، والأوجه عدم إلحاق الآدمي بهما فلا تصح إجارتها لينتفع به المؤجر ما شاء.

(وكذا) يصح (لو) (قال) له إن شئت فازرعها وإن شئت فاغرسها (في الأصح) ويتخير بينهما فيصنع ما شاء من زرع وغرس لرضاه بالأضر. والثاني لا يصح للإبهام، ولا بد كما قاله السبكي أخذا من تصوير المسألة بزيادة ما شئت بأن يقول إن شئت فازرع ما شئت أو اغرس ما شئت، فإن لم يزد ما ذكر عاد الخلاف في وجوب تعيين ما يزرع، ولو قال وأجرتها لتزرع أو تغرس أو فازرع واغرس ولم يبين القدر أو لتزرع نصفا وتغرس نصفا ولم يخص كل نصف بنوع لم يصح العقد في الثلاثة للإبهام، وصرح بالأخيرة القفال.

(ويشترط في إجارة دابة لركوب) عينا أو ذمة (معرفة الراكب بمشاهدة أو وصف تام) له لينتفي الغرر وذلك بنحو ضخامة أو نحافة كما في الحاوي الصغير خلافا للجلال البلقيني وغيره من اعتبار الوزن إذ وزنه يخل بحشمته، وإنما اعتبروا في نحو المحمل الوصف مع الوزن، لأنه إذا عين لا يتغير والراكب قد يتغير بسمن أو هزال فلم يعتبر جمعهما فيه (وقيل لا يكفي الوصف) وتتعين المشاهدة لخبر {ليس الخبر كالمعاينة} ولما يأتي من عدم الاكتفاء بوصف الرضيع (وكذا الحكم فيما) معه من زاملة ونحوها كما في المحرر، ولا ترد على المصنف وإن زعم بعضهم ورودها لأن كلامه الآتي في الحمل يفيد، وفيما (يركب عليه من محمل وغيره) كسرج أو إكاف (إن) فحش تفاوته ولم يكن هناك عرف مطرد أو (كان) ذلك (له) أي للمكثري أي تحت يده ولو بعارية فيشترط معرفته بمشاهدته أو وصفه التام، واحترز بقوله إن كان له عما لو كان الراكب مجردا ليس له ما يركب عليه فلا حاجة إلى ذكر ما يركب عليه ويركبه المؤجر على ما شاء من نحو سرج يليق بالدابة، فإن اطرد عرف لم يحتج إلى ذكره ويحمل على المعهود، وبهذا يرد قول الأذرعى بطلب الجمع بين هذا وبين قولهم الآتي يتبع في السرج العرف في الأصح، ولا بد في نحو المحمل من وطاء وهو ما يجلس عليه وكذا غطاء له إن شرط في العقد ويعرف أحدهما بأحد ذينك ما لم يكن فيه عرف مطرد فيحمل عليه الإطلاق.

(ولو) (شرط) في عقد الإجارة (حمل المعاليق) جمع معلوق بضم الميم وقيل معلاق: وهو ما يعلق على البعير كسفرة وقدر وقصعة فارغة أو فيها ماء أو زاد وصحن وإبريق وإداوة، قال الماوردي: ومضربة ومخدة (مطلقا) عن الرؤية مع الامتحان باليد وعن الوصف مع الوزن (فسد العقد في الأصح) لاختلاف الناس فيها قلة وكثرة ولا يشترط تقدير ما يأكله كل يوم. والثاني يصح ويحمل على الوسط المعتاد (وإن لم يشترطه) أي حمل المعاليق (لم يستحق) بالبناء للمفعول (حملها في الأصح) ولا حمل بعضها لاختلاف الناس فيه، وقيل يستحق لأن العادة تقتضيه وسواء أكانت خفيفة كإداوة اعتيد حملها كما اقتضاه إطلاقهم أو لا لما مر.

(ويشترط في إجارة العين) لدابة لركوب أو حمل (تعيين الدابة) أي عدم إبهامها فلا يكفي تعيين أحد هذين ولا يقدر في ذكر هذا العلم به مما مر إذ ذلك لا يمنع التصريح به (وفي اشتراط رؤيتها الخلاف في بيع الغائب) والأظهر الاشتراط، ويشترط قدرتها على

ما استؤجرت لحمله، بخلاف الذكورة والأنوثة خلافا للزر كشي لأن المشاهدة كافية.

(و) يشترط (في إجارة الذمة) للركوب (ذكر الجنس والنوع والذكورة أو الأنوثة) كعبير بختي ذكر لاختلاف الأغراض بذلك، إذ الذكر في الأخيرة أقوى والأنثى أسهل، ويشترط أيضا ذكر كيفية سيرها ككونها بحرا أو قطوفا (ويشترط فيهما) أي في كل من إجارة الذمة والعين للركوب (بيان قدر السير كل يوم) وكونه نهارا أو ليلا والنزول في عامر أو صحراء لتفاوت الأغراض بذلك، ولو أراد أحدهما مجاوزة المحل المشروط أو نقصا منه لخوف غالب على الظن لحوق ضرر منه جاز دون غيره، كما لو استأجر دابة لبلد ويعود عليها فإنه لا يحسب عليه مدة إقامتها لخوف (إلا أن يكون بالطريق منازل مضبوطة) بالعادة (فينزل) قدر السير عند الإطلاق (عليها) فإن لم ينضب اشترط بيان المنازل أو التقدير بالزمن وحده، ومحلّه عند أمن الطريق وإلا امتنع التقدير بالسير به لعدم تعلقه بالاختيار، كذا قاله جمع، قال: ومقتضاه امتناع التقدير بالزمان أيضا، وحينئذ يتعذر الاستئجار في طريق مخوفة لا منازل بها مضبوطة انتهى. وقضية كلام الشامل كما أفاده الأذرعى صحة تقديره من بلد كذا إلى بلد كذا للضرورة.

(ويجب في الإجارة للحمل) عينا أو ذمة (أن يعرف المحمول) لاختلاف تأثيره وضرره (فإن حضر رآه) إن ظهر (وامتحنه بيده إن) لم يظهر كان في ظلمة أو (كان في ظرف) وأمكن تخميننا لوزنه (وإن غاب قدر بكيل) إن كان مكيلا (أو وزن) إن كان موزونا لأن ذلك طريق لمعرفة، والوزن في كل شيء أولى لأنه أحصر وأضبط (و) أن يعرف (جنسه) أي المحمول المكيل لاختلاف تأثيره في الدابة وإن اتحد كيله كما في الملح والمذرة، أما الموزون كأجرتكها لتحمل عليها مائة رطل ولو لم يقل مما شئت كما نقله الإمام عن قطع الأصحاب فلا يشترط ذكر جنسه لأنه رضا منه بأضر الأجناس. بخلاف عشرة أقفزة مما شئت فإنه لا يغني عن ذكر الجنس لكثرة الاختلاف مع الاتحاد في الكيل، وأين ثقل الملح من ثقل الذرة وقلته مع اتحاد الوزن، ولا يصح لتحمل عليها ما شئت، بخلاف لتزرعها ما شئت إذ الأرض تحمل كل شيء ومتى قدر بوزن للمحمول كمائة رطل حنطة أو كيل لم يدخل الظرف فتشترط رؤيتها كحباله أو وصفهما ما لم يطرد العرف ثم بغرائر متماثلة: أي قريبة التماثل عرفا كما هو ظاهر، ويأتي نظير ذلك فيما لو أدخل الظرف في الحساب، ففي مائة بظرفها يعتبر ذكر جنس الظرف أو يقول مائة مما شئت، وفي مائة قدح بن بظرفها

يعتبر أن يكون مما لا يختلف عرفاً كما ذكر، أما لو قال مائة رطل فالظرف منها (لا جنس الدابة و) لا (صفتها) فلا يشترط معرفتهما في الإجارة للحمل (إن كانت إجارة ذمة) لأن المقصود مجرد نقل المتاع الملتزم في الذمة وذلك لا يختلف باختلاف الدواب (إلا أن يكون) في الطريق نحو وحل كما قاله القاضي الحسين أو يكون (المحمول) الذي شرط في العقد (زجاجاً) بتثليث أوله (ونحوه) مما يسرع انكساره كالخزف فيشترط معرفة جنس الدابة وصفتها كما في الإجارة للركوب مطلقاً لاختلاف الغرض باختلافها في ذلك، وإنما لم يشترطوا في المحمول التعرض لسير الدابة مع اختلاف الغرض به سرعة وإبطاء عن القافلة لأن المنازل تجمعهم والعادة تبين والضعف في الدابة عيب، وبحث الزركشي وجوب تعيينها في التقدير بالزمن لاختلاف السير باختلاف الدواب.

(فصل)

في منافع يمتنع الاستئجار لها، ومنافع يخفى الجواز فيها وما يعتبر فيها

(لا تصح إجارة مسلم لجهاد) ولو صبياً وعبداً وإن قصد إقامة هذا الشعار وصرف عائدته للإسلام فيما يظهر لتعيينه عليه بحضور الصف مع وقوعه عن نفسه، وبه فارق حل أخذه الأجرة على نحو تعليم تعين عليه، وأفتى البلقيني بإلحاق المرابطة عوضاً عن الجندي بالجهاد في عدم صحة الاستئجار لها، أما الذمي فتصح لكن للإمام فقط استئجاره للجهاد كما يأتي في بابه (ولا) لفعل (عبادة يجب لها) أي فيها (نية) لها أو لمتعلقها بحيث يتوقف أصل حصولها عليها، فمراده بالوجوب ما لا بد منه لأن القصد امتحان المكلف بها بكسر نفسه بالامتنال وغيره لا يقوم مقامه فيه ولا يستحق الأجير شيئاً وإن عمل طامعاً كما يدل عليه قولهم كل ما لا يصح الاستئجار له لا أجرة لفاعله وإن عمل طامعاً وألحقوا بتلك الإمامة ولو لنفل لأنه مصل لنفسه، فمن أراد اقتدى به وإن لم ينو الإمامة وتوقف فضل الجماعة على نيتها فائدة تختص به، وما جرت به العادة من جعل جامكية على ذلك فليس من باب الإجارة وإنما هو من باب الإرزاق والإحسان والمسامحة بخلاف الإجارة فإنها من باب المعاوضة، أما ما لا تجب له نية كالأذان فيصح الاستئجار عليه، والأجرة مقابلة لجميعه لا على رعاية الوقت أو رفع الصوت أو الحيعلتين، وشمل كلامه زيارة قبره صلى الله عليه وسلم فلا يصح الاستئجار عليها كما قاله الماوردي وغيره، فزيارة قبر غيره أولى بخلاف الجعالة عليه أي على الدعاء عند زيارة قبره المعظم

لدخول النيابة فيه وإن جهل، لا على مجرد الوقوف عنده ومشاهدته لأنه لا تدخله النيابة، وبخلاف السلام عليه صلى الله عليه وسلم فتدخله الإجارة والجعالة، واختار الأصححي جواز الاستئجار للزيارة، ونقل عن ابن سراحة (إلا حج) وعمرة فيجوز الاستئجار لهما ولأحدهما عن معضوب أو ميت كما مر، وتقع صلاة ركعتي الطواف تبعاً لهما لوقوعهما عن المستأجر (وتفرقة زكاة) وكفارة وأضحية وهدية وذبح وصوم عن ميت وسائر ما يقبل النيابة وإن توقف على النية لما فيها من شائبة المال.

(وتصح) الإجارة لكل ما لا تجب له نية كما أفهمه كلامه، ولهذا فصله عما قبله المستثنى من المنطوق فتصح لتحصيل مباح كصيد (ولتجهيز ميت ودفنه) هو من عطف الخاص على العام اهتماماً به وإن تعين عليه لوجوب مؤن ذلك في ماله بالأصالة ثم في مال ممونه ثم المياسير، فلم يقصد الأجير لنفسه حتى يقع عنه ولا يضر عروض تعينه عليه كالمضطر فإنه يتعين إطعامه مع تغريمه البذل (وتعليم القرآن) كله أو بعضه وإن تعين عليه تعليمه لخبر {إن أحق ما أخذتم عليه أجره كتاب الله} وصرح به مع علمه مما مر نظراً أو تقديراً لاستثنائه من العبادة واهتماماً به لشهرة الخلاف فيه وكثرة الأحاديث الدالة بظاهرها على امتناعه، ولو استأجره على تعليم ما نسخ حكمه فقط أو تلاوته كذلك صح فيما يظهر، ولو قال سيد رقيق صغير لمعلمه لا تمكنه من الخروج لقضاء حاجة إلا مع وكيل فوكل به صغيراً فهرب منه ضمنه لتفريطه، ولا تصح لقضاء ولا تدريس علم إلا إن عين المتعلم وما يعلمه ومثل ذلك الإعادة فيما يظهر، وينبغي مجيء مثله في الاستئجار للقضاء، وكالتدريس الإقراء لشيء من القرآن أو الأحاديث. ويجوز الاستئجار للمباحات كما جزم به الإمام، واقتضاه بناء غيره له على جواز التوكيل فيها، وتصح لقراءة القرآن عند القبر أو مع الدعاء بمثل ما حصل من الأجر له أو لغيره عقبها عين مكاناً أو زماناً أو للميت أو المستأجر أو بحضرة المستأجر، ومع ذكره في القلب حالتها كما أفاده السبكي لأن موضعها موضع بركة وتنزل رحمة والدعاء بعدها أقرب إجابة، وإحضار المستأجر في القلب سبب لشمول الرحمة له إذا تنزلت على قلب القارئ، وألحق بها الاستئجار لمحض الذكر والدعاء عقبه، وسيأتي في الوصايا ما يعلم منه أن وجود استحضاره بقلبه أو كونه بحضرته كاف وإن لم يجتمعا، وما جرت به العادة بعدها من قوله اجعل ثواب ذلك أو مثله مقدماً إلى حضرته صلى الله عليه وسلم أو زيادة في شرفه جائز، كما قاله جماعات من المتأخرين وأفتى به الوالد رحمه الله تعالى وقال: إنه

حسن مندوب إليه: خلافا لمن وهم فيه لأنه صلى الله عليه وسلم أذن لنا بأمره بنحو سؤال الوسيلة له في كل دعاء بما فيه زيادة تعظيمه، وحذف مثل في الأولى كثير شائع في اللغة والاستعمال نظير ما مر في بما باع به فلان فرسه، وليس في الدعاء بالزيادة في الشرف إيهام نقص كما أوضحت ذلك في إفتاء طويل. وفي حديث أبي المشهور {أجعل لك من صلاتي} أي دعائي أصل عظيم في الدعاء عقب القراءة وغيرها، ومن الزيادة في شرفه أن يتقبل الله عمل الداعي بذلك ويشبهه عليه، وكل من أئيب من الأمة كان له صلى الله عليه وسلم مثل ثوابه متضاعفا بعدد الوسائط التي بينه وبين كل عامل مع اعتبار زيادة مضاعفة كل مرتبة عما بعدها، ففي الأولى ثواب إبلاغ الصحابي وعمله وفي الثانية هذا وإبلاغ التابعي وعمله، وفي الثالثة ذلك كله وإبلاغ تابع التابعي وهكذا وذلك شرف لا نهاية له.

واعلم أنه لو استأجره لقراءة القرآن فقراً جنياً ولو ناسياً لم يستحق شيئاً إذ القصد بالاستئجار لها حصول ثوابها لأنه أقرب إلى نزول الرحمة وقبول الدعاء عقبها، والجنب لا ثواب له على قراءته بل على قصده في صورة النسيان، كمن صلى بنجاسة ناسياً لا يثاب على أفعال الصلاة المتوقفة على الطهارة، بل على ما لا يتوقف عليها كالقراءة والذكر والخشوع وقصده فعل العبادة مع عذره، فيحمل إطلاق إثابة الجنب الناسي على إثابته على القصد فقط. وإثابته لا تحصل غرض المستأجر المذكور، ويؤيد عدم الاعتداد بقراءته نفي سنية سجود التلاوة لها كما مر، وقولهم لو نذرها فقراً جنياً لم يجزئه إذ القصد من النذر التقرب لا المعصية: أي ولو في الصورة لتدخل قراءة الناسي فلا يتقرب بها، وبه فارق البر بقراءة الجنب سواء أنص في حلفه على القراءة وحدها أم مع الجنابة، ويلغو النذر إن نص عليها فيه مع الجنابة، والأوجه أنه لو استأجره لتعليم القرآن استحق وإن كان جنياً لأن الثواب هنا غير مقصود بالذات وإنما المقصود التعليم وهو حاصل مع الجنابة، ولو ترك من القراءة المستأجر عليها آيات فالأوجه لزوم قراءة ما تركه ولا يلزمه استئناف ما بعده، وأنه لو استأجره لقراءة على قبر لا يلزمه عند الشروع أن ينوي أن ذلك عما استؤجر عنه بل الشرط عدل الصارف، ولا ينافيه تصريحهم في النذر باشتراط نيته أنها عنه لأن هنا قرينة صارفة لوقوعها عما استؤجر له بخلاف ما ذكرتم، ويؤخذ منه أنه لو استؤجر لمطلق القراءة وصحناه احتاج إلى النية فيما يظهر.

(و) تصح الإجارة ولو من زوج كما مر لحره أو أمة وإن كانت كافرة إن أمنت فيما يظهر (لحضانة) وهي الكبرى الآتية في كلامه من الحضن وهو من الإبط إلى الكشح لأن الحضنة تضمه إليه (وإرضاع) ولو للبا (معا) وحينئذ فالمعقود عليه كلاهما لأنهما مقصودان (ولأحدهما فقط) لأن الحضانة نوع خدمة ولآية الإرضاع المتقدمة أول الباب، وتدخل الحضانة الصغرى فيه وهي وضعه في الحجر وإقامه الثدي وعصره له لتوقفه عليها، ومن ثم كانت هي المعقود عليها، واللبن تابع إذ الإجارة موضوعة للمنافع، وإنما الأعيان تتبع للضرورة، وإنما صحت له مع نفيها توسعة فيه لمزيد الحاجة إليه، ولا بد من تعيين مدة الإرضاع. ومحلله أهو بيته لأنه أحفظ، أو بيت المرضعة لأنه أسهل، فإن امتنعت من ملازمة ما عين أو سافرت تخير، ولا تستحق أجره من وقت الفسخ ومن تعيين الرضيع برؤيته أو وصفه كما في الحاوي لاختلاف شربه باختلاف سنه، وتكلف المرضعة تناول ما يكثر اللبن وترك ما يضره كوطء حليل يضر بخلاف وطاء لا ضرر فيه، ولو وجد بلبنها علة تخير به المستأجر. وشمل كلام المصنف ما لو كانت المرضعة صغيرة لم تبلغ تسع سنين خلافا لما في البيان، ولو سقته لبن غيرها في إجارة ذمة استحققت الأجرة أو عين فلا (والأصح أنه) أي الشأن (لا يستتبع أحدهما) أي الإرضاع والحضانة الكبرى (الأخر) لأنهما منفعتان مقصودتان يجوز إفراد كل منهما بالعقد فأشبهها سائر المنافع. والثاني نعم للعادة بتلازمهما (والحضانة) الكبرى (حفظ صبي) أي جنسه الصادق بالأنثى (وتعهدده بغسل رأسه وبدنه وثيابه ودهنه) بفتح الدال (وكحلله وربطه في المهد وتحريكه لينام ونحوها) لاقتضاء اسم الحضانة عرفا لذلك، أما الدهن بضم الدال فالأوجه أنه على الأب ولا تتبع فيه العادة لعدم انضباطها (ولو) (استأجر لهما) أي الحضانة الكبرى والإرضاع (فانقطع اللبن) (فالمذهب انفساخ العقد في الإرضاع) فيسقط قسطه من الأجرة (دون الحضانة) لما مر من أن كلا منهما مقصود معقود عليه، والحضانة الصغرى أن تلقمه بعد وضعه في حجرها مثلا الثدي كما مر، ولو استأجرها للإرضاع ونفي الحضانة الصغرى لم تصح (والأصح أنه لا يجب حبر) بكسر الحاء (وخيط وكحل) وصيغ وطلع (على وراق) وهو الناسخ (وخياط وكحال) وصباغ وملقح، وفي معنى ذلك قلم الناسخ وإبرة الخياط ودرور الكحال ومروده ومرهم الجرائحي وصابون وماء الغسال اقتصارا على مدلول اللفظ مع أن وضع الإجارة على عدم استحقاق عين بها وأمر اللبن على خلاف القياس للضرورة (قلت: صحح الرافعي في الشرح

الرجوع فيه) أي المذكور (إلى العادة) لعدم ورود ما يضبطه لغة وشرعا (فإن اضطربت) العادة (وجب البيان) نفيًا للغرر (وإلا) أي وإن لم يبين (فتبطل) الإجارة أي لم تصح (والله أعلم) لما فيها من الغرر المفضي إلى التنازع من غير غاية، وحيث شرطت على الأجير فلا بد من التقدير في نحو المرهم وأخواته، فإن شرطه مطلقا فسد العقد، بخلاف ما لو اقتضى العرف كونه على المستأجر أو شرطه عليه فلا يجب ذلك. وقضية كلام الإمام أن محل التردد في ذلك عند صدور العقد على الذمة. فإن كان على العين لم يجب غير نفس العمل وهذا هو الأوجه، وفي ذكر المصنف كلام الشرح إشعار بترجيح ما فيه وهو المعتمد، وإذا أوجبنا الخيط والصيغ على المؤجر فالأوجه ملك المستأجر لهما فينصرف فيه كالثوب لا أن المؤجر أتلفه على ملك نفسه، ويظهر لي إلحاق الحبر بالخيط والصيغ ولم أر فيه شيئا، ثم رأيت صاحب العباب جزم به ويقرب من ذلك ماء الأرض المستأجرة للزرع، والذي يظهر فيه كما أفاده السبكي أنه باق على ملك مالكةا ينتفع به المستأجر لنفسه، وفي اللبن والكحل كذلك، وأما الخيط والصيغ فالضرورة تحوج إلى نقل الملك، وألحقوا بما تقدم الحطب الذي يقده الخباز، ولا شك أنه يتلف على ملكه.

ولو شرط لطبيب ماهر أجره وأعطى ثمن الأدوية فعالجه بها فلم يبرأ استحق المسمى إن صحت الإجارة كما اقتضاه كلامهم وصرح به بعضهم وإلا فأجرة المثل، وليس للعليل الرجوع عليه بشيء لأن المستأجر عليه المعالجة دون الشفاء، بل إن شرطه بطلت الإجارة لأنه بيد الله تعالى. نعم إن جاعله عليه صح ولم يستحق للمسمى إلا بعد وجوده كما هو ظاهر.

(فصل)

فيما يلزم المكري أو المكثري لعقار أو دابة

(يجب) يعني يتعين لدفع الخيار الآتي على المكري (تسليم مفتاح) ضبة (الدار) معها (إلى المكثري) لتوقف الانتفاع عليه وهو أمانة بيده، فلو تلف ولو بتقصير فعلى المكثري تجديده، فإن امتنع لم يجبر ولم يأنم. نعم يتخير المكثري ويجري ذلك في جميع ما يأتي، (وقول القاضي بانفساها في مدة المنع غير ظاهر) لتقصيره بعدم الفسخ مع ثبوت الخيار له. نعم لو كان جاهلا بثبوته وهو ممن يعذر احتمال ما قاله، وخرج بالضبة القفل فلا يجب تسليمه فضلا عن مفتاحه لأنه منقول وليس بتابع (وعمارتها على المؤجر) الشاملة لنحو تطيين سطح وإعادة رخام قلعه هو أو غيره

كما هو ظاهر ولا نظر لكون الفأنت به مجرد الزينة لأنها غرض مقصود ومن ثم امتنع على المؤجر قلعه ابتداء ودواما وإن احتاجت لآلات جديدة (فإن) (بادر) أي قبل مضي مدة لمثلها أجرة (وأصلحها) أو سلم المفتاح فذاك (وإلا) بأن لم يبادر (فللمكثري) قهرا على المؤجر (الخيار) إن نقصت المنفعة بين الفسخ والإبقاء لتضرره ومن ثم زال بزواله. ولو وكف السقف تخير حالة وكفه فقط إلا أن يتولد منه نقص، وبحث الولي العراقي سقوطه بالبلاط بدل الرخام لأن التفاوت بينهما ليس له كبير وقع، وأنه لو شرط إبقاء الرخام فسخ بخلف الشرط، ومحل ما تقرر في الحادث، أما مقارنة علم المكثري به فلا خيار له، وإن علم أنه من وظيفة المكثري لتقصيره بإقدامه مع علمه به، هذا كله فيمن تصرف عن نفسه، أما المتصرف عن غيره والناظر فتجب عليه العمارة عند تمكنه منها لكن لا من حيث الإجارة، ويلزم المؤجر أيضا انتزاع العين ممن غصبها حيث قدر على تسليمها ابتداء أو دواما إن أراد دوام الإجارة، وإلا فللمكثري الخيار كدفع نحو حريق ونهب عنها، فإن قدر عليه المستأجر من غير خطر لزمه كالوديع. ويؤخذ منه أنه لو قصر ضمن وأنه لا يكلف النزع من الغاصب وإن سهل عليه كالمودع كما هو مصرح به في كلامهم (وكسح الثلج) أي كنسه (عن السطح) الذي لا ينتفع به الساكن كالجملون (على المؤجر) بالمعنى السابق (وتنظيف عرصة المدار) وسطحها الذي ينتفع ساكنها به كما بحثه ابن الرفعة (عن ثلج) وإن كثر (وكناسة) حصلا في دوام المدة وهي ما يسقط من نحو قشر وطعام. ومثلها رماد الحمام كما اعتمده ابن الرفعة ورماد غيره كذلك (على المكثري) بمعنى أنه لا يجبر عليه المكثري لتوقف كمال انتفاعه لا أصله على رفع الثلج، ولأن الكناسة من فعله، والتراب الحاصل بالريح لا يلزم واحدا منهما نقله، وبعد انقضاء المدة يجبر المكثري على نقل الكناسة، وعليه بالمعنى المار تفريغ بالوعة وحش مما حصل فيهما بفعله، ولا يجبر على ذلك بعد انقضاء المدة، وفارقا الكناسة بأنهما نشأ عما لا بد منه بخلافها، وبأن العرف فيها رفعها أولا فأولا بخلافهما، ويلزم المؤجر تسليمهما عند العقد فارغين وإلا ثبت للمكثري الخيار ولو مع علمه بامتلائهما، ويفارق ما مر من عدم خياره بالعيب المقارن بأن استيفاء منفعة السكنى تتوقف على تفريغه، بخلاف تنقية الكناسة ونحوها للتمكن من الانتفاع مع وجودهما.

(وإن) (أجر دابة لركوب) عينا أو ذمة (فعلى المؤجر) عند الإطلاق (إكاف) بكسر أوله وضمه وهو للحمار كالسرج للفرس

وكالقتب للبعير، وفسره كثير بالبرذعة، ولعله مشترك، وفي المطلب أنه يطلق في بلادنا على ما يوضع فوق البرذعة ويشد عليه الحزام اهـ. والمراد هنا ما تحت البرذعة (وبرذعة) بفتح أوله ثم زال معجمة أو مهملة وهي الحلس الذي تحت الرجل كذا في الصحاح في موضع كالمشارك. وقال في حلس: الحلس للبعير وهو كساء رقيق يكون تحت البرذعة وهي الآن ليست واحدا من هذين، بل حلس غليظ محشو ليس معه شيء آخر غالبا (وحزام) وهو ما يشد به الإكاف (وثفر) بمثابة وفاء مفتوحة وهو ما يجعل تحت ذنب الدابة (وبرة) بضم أوله وتخفيف الراء حلقة تجعل في أنف البعير (وخطام) بكسر أوله يشد في البرة ثم يشد بطرف المقود بكسر الميم لتوقف التمكين اللازم له عليها مع أطراد العرف به، فاندفع بحث الزركشي أن محل ذلك عند أطراد العرف به وإلا وجب البيان كما مر في نحو الحبر، أما إذا شرط أنه لا شيء عليه من ذلك فلا يلزمه (وعلى المكثري محمل ومظلة) أي ما يظلل به على المحمل (ووطاء) وهو ما يفرش في المحمل ليجلس عليه وغطاء بكسر أولهما (وتوابعهما) كحبل يشد به المحمل على البعير أو أحد المحملين إلى الآخر لأن ذلك يراد لكمال الانتفاع فلم يستحق بالإجارة، وقد نقل الماوردي عن اتفاقهم أن الحبل الأول على الجمال لأنه من آلة التمكين، وهو ظاهر لكونه كالحزام، وفارق الثاني بأن الثاني لإصلاح ملك المكثري (والأصح في السرج) للفرس المستأجر عند الإطلاق (اتباع العرف) قطعاً للنزاع، ومحلّه عند أطراده بمحل العقد وإلا وجب البيان كما مر. والثاني أنه على المؤجر كالإكاف. والثالث المنع لأنه ليس له عادة مطردة ولو أطرد العرف بخلاف ما نصوا عليه عمل به فيما يظهر بناء على أن الاصطلاح الخاص يرفع الاصطلاح العام كما اقتضاه كلامهم وإن اقتضى في مواضع أخرى عدمه، لأن العرف هنا مع اختلافه باختلاف المحال كثيرا هو المستقل بالحكم فوجب إناطته به مطلقا، وبه يفرق بينه وبين ما مر في المساقاة وما يأتي في الإحداد (وظرف المحمول على المؤجر في إجارة الذمة) لالتزامه النقل.

(وعلى المكثري في إجارة العين) لأنه ليس عليه سوى تسليم الدابة مع نحو إكافها وحفظ الدابة على صاحبها ما لم يسلمها له ليسافر عليها وحده فيلزمه حفظها صيانة لها لأنه كالمودع (وعلى المؤجر في إجارة الذمة الخروج مع الدابة) بنفسه أو نائبه (ليتعهدها و) عليه أيضا (إعانة الراكب في ركوبه ونزوله بحسب الحاجة) والعرف في كيفية الإعانة فينسخ البعير لنحو امرأة

وضعيف حالة الركوب وإن كان قويا عند العقد، ويقرب نحو الحمار من مرتفع ليسهل ركوبه وينزله لما لا يتأتى فعله عليها كصلاة فرض لا نحو أصل وينتظر فراغه ولا يلزمه مبالغة تخفيف ولا قصر ولا جمع، وليس له التطويل على قدر الحاجة: أي بالنسبة للوسط المعتدل من فعل نفسه فيما يظهر، فلو طول ثبت للمكري الفسخ، قاله الماوردي. وله النوم عليها وقت العادة دون غيره لثقل النائم، ولا يلزمه النزول عنها للإراحة، بل للعقبة إن كان ذكرا قويا لا وجهة ظاهرة له بحيث يخل المشي بمروءته عادة، وعليه إيصاله إلى أول البلد المكري إليها من عمرانها إن لم يكن لها سور وإلا فإلى السور دون مسكنه. قال الماوردي: إلا إن كان البلد صغيرا تتقارب أقطاره فيوصله منزله، ولو استأجره لحمل حطب إلى داره وأطلق لم يلزمه إطلاعه السقف وهل يلزمه إدخاله الدار والباب ضيق أو تفسد الإجارة قولان أصحهما أولهما، ولو ذهب مستأجر الدابة بها والطريق آمن فحدث خوف فرجع بها ضمن أو مكث هناك ينتظر الأمن لم تحسب عليه مدته، وله حينئذ حكم الوديعة في حفظها وإن قارن الخوف العقد فرجع فيه لم يضمن إن عرفه المؤجر، وإن ظن الأمن فوجهان أصحهما عدم تضمينه

(و) عليه أيضا (رفع الحمل وحطه وشد المحمل وحله) وشد أحد المحملين إلى الآخر وهما بالأرض وأجرة دليل وخفير وقائد وسائق وحافظ متاع في المنزل، وكذا نحو دلو ورشاء في استئجار لنحو الاستقاء لاقتضاء العرف جميع ذلك (وليس عليه في إجارة العين إلا التخلية بين المكثري والدابة) فلا يلزمه شيء مما مر لأنه لم يلتزم سوى التمكين منها المراد بالتخلية وليس المراد إن قبضها بالتخلية لئلا يخالف قبض المبيع فقد ذكر الرافعي هناك أنه يشترط في قبض الدابة سوقها أو قودها زاد النووي: ولا يكفي ركوبها، وتستقر الأجرة في الصحيحة دون الفاسدة بالتخلية في العقار وبالوضع بين يدي المستأجر وبالعرض عليه وامتناعه من القبض إلى انقضاء المدة، وله قبله أن يؤجرها من المؤجر كما صحه في الروضة هنا لا من غيره، وفرق الوالد رحمه الله تعالى بين عدم صحتها في نظيره من البيع بأن تسليم المعقود عليه هنا إنما يتأتى باستيفائه، وبعد الاستيفاء لا يصح إيجاره.

(وتنفسخ إجارة العين) بالنسبة للمستقبل كما يأتي، وذكر هنا لضرورة التقسيم (بتلف الدابة) المستأجرة ولا تبدل لفوات المعقود عليه وبه فارق إبدالها في إجارة الذمة، ولو كان تلفها أثناء الطريق استحق المالك لها قسط الأجرة، بخلاف ما لو تلفت العين المستأجرة لحملها أثناء الطريق كما أفتى به الوالد رحمه الله

تعالى أخذاً من قولهما لو احترق الثوب بعد خياطة بعضه بحضرة المالك أو في ملكه استحق القسط لوقوع العمل مسلماً له، ولو اكتره لحمل جرة فانكسرت في الطريق لا شيء له. والفرق أن الخياطة تظهر على الثوب فوق العمل مسلماً لظهور أثره على المحل، والحمل لا يظهر أثره على الجرة اهـ. وبما قاله علم أنه يعتبر في وجوب القسط في الإجارة وقوع العمل مسلماً وظهور أثره على المحل ولو أقر بعد دفع الأجرة بأن لا حق له على المؤجر ثم بان فساد الإجارة رجع بها لأنه إنما أقر بناء على الظاهر من صحة العقد.

(ويثبت الخيار) على التراخي على المنقول المعتمد لأن الضرر يتجدد بمرور الزمان (بعينها) المقارن للعقد حيث كان جاهلاً به والحادث لتضرره، وهو كما قاله الأذرعى وغيره ما أثر في المنفعة تأثيراً يظهر به تفاوت أجرتها لكونها تتعثر أو تتخلف عن القافلة، بخلاف خشونة مشيها كما جزماً به، لكن صوب الزركشي قول ابن الرفعة أنه عيب كصعوبة ظهرها، ولا ينافي ذلك عداهم له في المبيع عيباً، فقد أجاب الشيخ عنه بأن المعدود ليس مجرد الخشونة بل خشونة يخشى منها السقوط، وإذا علم بالعيب بعد المدة وجب له الأرش أو في أثنائها وفسخ وجب لما مضى وإن لم يفسخ لم يجب للمستقبل، وتردد السبكي فيما مضى ورجح الغزي وجوبه.

(ولا خيار في إجارة الذمة) بعيب الدابة المحضرة ولا بتلفها (بل يلزمه الإبدال) كما لو وجد بالمسلم فيه عيباً لأن المعقود عليه في الذمة بصفة السلامة وهذا غير سليم، فإذا لم يرض به رجع إلى ما في الذمة، ولو عجز عن الإبدال ثبت للمستأجر الخيار كما بحثه الأذرعى، ويختص المكثري بما تسلمه فله إيجارها، ويمنع إبدالها بغير رضاه ويتقدم بمنفعتها على جميع الغرماء (والطعام المحمول ليؤكل) في الطريق إذا لم يتعرض في العقد لإبداله ولا لعدمه (يبدل إذا أكل في الأظهر) عملاً بمقتضى اللفظ لتناوله حمل كذا إلى كذا، وكانهم إنما قدموه على العادة بأنه لا يبدل لعدم اطرادها. والثاني لأن العادة عدم إبدال الزاد ولو لم يجده فيما بعد محل الفراغ بسعره فيه أبدال جزماً. نعم لو شرط عدم إبداله اتبع الشرط، ولو شرط قدراً فلم يأكل منه فالظاهر كما قاله السبكي أنه ليس للمؤجر مطالبته بنقص قدر أكله اتباعاً للشرط، ويحتمل أن له ذلك للعرف لأنه لم يصرح بحمل الجميع في جميع الطريق. قال: وهو الذي إليه نميل، وخرج بقوله ليؤكل ما حمل ليوصل فيبدل قطعاً وبقوله إذا أكل ما تلف بسرقة أو غيرها فيبدل قطعاً

على نزاع فيه وبفرضه الكلام في المأكول المشروب فيبدل قطعاً للعرف.

(فصل)

في بيان غاية المدة التي تقدر بها المنفعة تقريباً وكون يد الأجير يد أمانة وما يتبع ذلك

(يصح عقد الإجارة) على العين (مدة تبقى فيها) تلك (العين) بصفات المقصودة كما هو ظاهر (غالباً) لإمكان استيفاء المعقود عليه حينئذ كسنة في نحو الثوب وعشر سنين في الدابة وثلاثين سنة في العبد على ما يليق بكل منها وكمئة سنة أو أكثر في الأرض طلقاً كانت أو وقفاً لم يشترط واقفه لإيجاره مدة. قال البغوي: والمتولي كالقاضي إلا أن الحكام اصطالحوا على منع إجارة الوقف أكثر من ثلاث سنين لئلا يندرس الوقف، وفي الأنوار أن ما قاله هو الاحتياط. قال الشيخان: وهذا الاصطلاح غير مطرد. قال السبكي: ولعل سببه أن إجارة الوقف تحتاج إلى أن تكون بالقيمة وتقويم المدة المستقبلية البعيدة صعب. قال: وفيه أيضاً منع الانتقال إلى البطن الثاني وقد تتلف الأجرة عليهم، ومع ذلك تدعو الحاجة إليه لعمارة ونحوها فالحاكم يجتهد في ذلك ويقصد وجه الله تعالى اهـ. وبمقتضى إطلاق الشيخين أفتى الوالد رحمه الله تعالى ويحمل قول القائل بالمنع في ذلك كالأذرع على ما إذا غلب على الظن اندراس اسم الوقف وتملك العين بسبب طول مدتها، وإذا أجر شيئاً أكثر من سنة لم يجب تقدير حصة كل سنة كما لو استأجر سنة لا يجب تقدير حصة كل شهر وتوزع الأجرة على قيمة منافع السنين ولو أجره شهراً مثلاً، وأطلق فابتدأه من وقته لأنه المفهوم المتعارف كما في الروضة، وظاهره الصحة ولو لم يقل من الآن، لكن نقل ابن الرفعة عن جزم العراقيين خلافه وقد لا يحتاج إلى تقدير المدة كما يأتي في سواد العراق، وليس مثله إيجار وكيل بيت المال أراضيه لبناء أو زرع من غير تقدير مدة بل هو باطل، إذ لا مصلحة كلية يغتفر لأجلها ذلك، وكاستئجار الإمام من بيت المال للأذان أو الذمي للجهاد، وكالاستئجار للعلو للبناء أو إجراء الماء، وسيأتي أن الولي لا يؤجر المولى عليه أو ماله إلا مدة لا يبلغ فيها بالسن وإلا بطلت في الزائد، ومر أن الراهن يمتنع عليه إجارة المرهون لغير المرتهن إلا مدة لا تجاوز حلول الدين، ونقل البدر ابن جماعة عن المحققين امتناع إجارة الإقطاع أكثر من سنة، وبحث البلقيني في منذور عتقه بعد شفاء مريضه بسنة أنه لا يجوز إيجاره أكثر منها لئلا يؤدي إلى دوامها عليه بعد عتقه لما يأتي

أنها لا تنفسخ بطرو العتق، وفي كل منهما نظر ظاهر، والأوجه فيهما صحة الإجارة فيما زاد على السنة فإذا سقط حقه من الإقطاع في الأولى بطلت، وإذا عتق في الثانية فكذلك لا سيما وقد يتأخر الشفاء عن مدة الإجارة (وفي قول لا يزداد) فيها (على سنة) مطلقا لأن الحاجة تندفع بها، وما زعمه السرخسي من أنه المذهب في الوقف شاذ بل قيل إنه غلط (وفي قول) لا تزداد على (ثلاثين) سنة لأن الغالب تغير الأشياء بعدها ورد بأن ذكرها في النص للتمثيل

(وللمكتري استيفاء المنفعة بنفسه وبغيره) الأمين لأنها ملكه، فلو شرط عليه استيفاءها بنفسه فسد العقد كما لو شرط على مشتر أن لا يبيع (فيركب ويسكن) ويلبس (مثله) في الضرر اللاحق بالعين ودونه بالأولى لأن ذلك استيفاء للمنفعة المستحقة من غير زيادة (ولا يسكن حدادا ولا قصارا) حيث لم يكن هو كذلك لزيادة الضرر. قال جمع: إلا إذا قال لتسكن من شئت كازرع ما شئت، ونظر فيه الأذرعى بأن مثل ذلك يقصد به التوسعة دون الإذن في الإضرار. ويرد بأن الأصل خلافه، ولا يجوز إبدال ركوب بحمل وحديد بقطن وقصار بحداد والعكوس وإن قال أهل الخبرة لا يتفاوت الضرر (وما يستوفى منه كدار ودابة معينة) قيد في الدابة فقط لما مر أن الدار لا تكون إلا معينة (لا يبدل) أي لا يجوز إبداله لكونه معقودا عليه، ولهذا انفسخ العقد بتلفهما وثبت الخيار بعيبهما. أما في إجارة الذمة فيبدل وجوبا لتلف أو عيب ويجوز عند عدمهما لكن برضا المكتري لأنه بالقبض اختص به كما مر.

(وما يستوفى به كثوب وصبي عين) الأول (للخياطة و) الثاني لفعل (الإرضاع) بأن التزم في ذمته خياطة أو إرضاع موصوف ثم عين، وأفرد المصنف الضمير لأن القصد التوسيع فسقط القول بأن إيقاع ضمير المفرد موقع ضمير المثني شاذ (يجوز إبداله) بمثله (في الأصح) وإن امتنع الأجير لأنه طريق للاستيفاء لا معقود عليه فأشبهه الراكب والمتاع المعين للحمل. والثاني المنع كالمستوفى منه وعزي للأكثرين والأصح الأول. ومحل الخلاف في إبداله بلا معاوضة وإلا جاز قطعاً كما يجوز لمستاجر دابة أن يعاوض عنها كسكنى دار، أما لو استأجر دابة لحمل معين فيجوز إبداله بمثله قطعاً، ولو أبدل المستوفى فيه كطريق بمثلها مسافة وسهولة وحزنا وأماناً جاز بشرط أن لا يختلف محل التسليم، إذ لا بد من بيان موضعه كما نقله القمولي، واعتمده لتصريح الأكثرين بأنه لو اكرت دابة ليركبها إلى محل ليس له ردها بل يسلمها ثم لو كبل المالك ثم الحاكم ثم الأمين، فإن لم يجده ردها للضرورة، وحينئذ

فيحمل القول بوجوب تعيين محل التسليم على ما إذا كان مقصده غير صالح لذلك بدليل قولهم إنه يسلمها لحاكم وإلا فأمين. وحاصل ما مر أنه يجوز إبدال المستوفى كالراكب والمستوفى به كالمحمول والمستوفى فيه كالطريق بمثلها ودونها ما لم يشترط عدم الإبدال في الأخيرين، بخلافه في الأول لأنه يفسد العقد كما مر، ومحل جوازه فيهما إن عينا في العقد أو بعده وبقيا، فلو عينا بعده ثم تلف وجب الإبدال برضا المكثري أو عينا فيه ثم تلفا انفسخ العقد لا المستوفى منه بتفصيله المار، ويعتبر في الاستيفاء العرف، فما استأجره للبس المطلق لا يلبسه وقت النوم ليلا وإن اطردت عادتهم بخلافه على ما اقتضاه كلامهم بخلاف ما عداه ولو وقت النوم نهارا ويلزمه نزع الأعلى في غير وقت التجمل أما الإزار فلا يلزمه نزع كما قاله ابن المقري في شرح إرشاده، ولو استأجر إزارا فله الارتداء به لا عكسه أو قميصا منع من الائتزار به وله التعميم أو للبس ثلاثة أيام دخلت الليالي أو يوما وأطلق فمن وقت العقد إلى مثله، أو يوما كاملا فمن الفجر إلى الغروب، أو نهارا فمن طلوع الفجر إلى الغروب في أوجه الوجهين، وصورة ذلك في إجارة العين أن يؤجرها من أول المدة المذكورة (ويد المكثري على الدابة والثوب) ونحوهما (يد أمانة) فيأتي فيه ما سيأتي في الوديع (مدة الإجارة) إن قدرت بزمن أو مدة إمكان استيفاء المنفعة إن قدرت بمحل عمل لعدم إمكان الاستيفاء للمنفعة بدون وضع يده، وبه فارق كون يده يد ضمان على ظرف مبيع قبضه فيه لتمحض قبضه لغرض نفسه، ويجوز السفر للمكثري بالعين المكتراة عند انتفاء الخطر لملكه المنفعة فجاز له استيفاؤها حيث شاء، وظاهره عدم الفرق بين إجارة العين وهو ظاهر والذمة وهو محتمل. نعم سفره بها بعد المدة كسفر الوديع فيما يظهر أخذا مما مر (وكذا بعدها في الأصح) إن لم يستعملها استصحابا لما كان ولأنه لا يلزمه سوى التخلية لا الرد ولا مؤنته، بل لو شرط عليه أحدهما فسدت، وما رجحه السبكي من أنها كالأمانة الشرعية فعليه إعلام مالكةا بها أو ردها فورا وإلا ضمنها غير معول عليه لظهور الفرق بأن هذا وضع يده عليه بإذن مالكة ابتداء بخلاف ذي الأمانة الشرعية، ومقابل الأصح يضمن لأن الإذن في الإمساك كان مقيدا بالعقد وقد زال ولأنه أخذه لمصلحة نفسه فأشبهه المستعير، وعلى الأول الأصح لا يلزم المكثري إعلام المكثري بتفريغ العين كما هو مقتضى كلامهم، بل الشرط أن لا يستعملها ولا يحبسها وإن لم يطلبها، فلو أغلق الدار أو الحانوت بعد تفريغه لزمته الأجرة فيما يظهر، فقد صرح البغوي بأنه لو استأجر حانوتا

شهرًا فأغلق بابه وغاب شهرين لزمه المسمى للشهر الأول وأجرة المثل للشهر الثاني. قال: وقد رأيت الشيخ القفال قال: لو استأجر دابة يوماً فإذا بقيت عنده ولم ينتفع بها ولا حبسها عن مالكها لا يلزمه أجرة المثل لليوم الثاني لأن الرد ليس واجباً عليه وإنما عليه التخلية إذا طلب مالكها، بخلاف الحانوت لأنه في حبسه وعلقته وتسليم الحانوت والدار لا يكون إلا بتسليم المفتاح أهـ. وما قاله ظاهر حتى في الحانوت والدار لأن غلقهما مستصحب لما قبل انقضاء المدة في الحيلولة بينه وبين المالك فلا يعارضه جزم الأنوار بأن مجرد غلق باب الدار لا يكون غصبا لها لوضوح الفرق، ودعوى تقصير المالك بعدم وضع يده على ذلك عقب المدة وأن المكتري محسن بالغلق لصونه به عن مفسدة ممنوعة بأن التقصير من المكتري حيث حال بين المالك وبين ملكه بغلقه ولم يبادر بعرض الأمر على المالك أو من يقوم مقامه شرعاً. وعلم مما قررناه أن الغلق مع حضوره فهو مع غيبته المصريح بها في كلام البغوي وفيما إذا انقضت والإجارة لبناء أو غراس ولم يختر المستأجر القلع يتخير المؤجر بين الثلاثة السابقة في العارية ما لم يوقف وإلا ففيما سوى التملك بالقيمة، ولو استعمل بعد المدة العين المكتراة في نحو اللبس لدفع الدود كما يعلم مما يأتي في الوديعة لزمه أجرة المثل من نقد البلد الغالب في تلك المدة، ولا نظر لما يتجدد بعدها لاستقرار الواجب بمضيها، إذ وجوب أجرة المثل يستقر قبل طلبها

(ولو) (ربط دابة أكثرها لحمل أو ركوب) مثلاً (ولم ينتفع بها) وتلفت في المدة وبعدها (لم يضمنها) إذ يده يد أمانة وتقييده بالربط ليس قيدياً في الحكم بل ليستثنى منه قوله (إلا إن انهدم عليها إصطبل في وقت) للانتفاع (لو انتفع بها) فيه (لم يصبها الهدم) لنسبته إلى تقصير حينئذ، إذ الغرض انتفاء عذره كما بحثه الأذرعى، وأخذ السبكي من تمثيلهما لما لا ينتفع بها فيه بجنح ليل شتاء تقييد ذلك بما إذا اعتيد الانتفاع بها في ذلك الوقت، لأن الربط لا يكون سبباً للتلف إلا حينئذ، والأوجه أن الحاصل بالربط ضمان جنائية لا يد فلا ضمان عليه لو لم تتلف بذلك خلافاً لما رجحه السبكي وتبعه الزركشي، ولو أكثرها ليركبها اليوم ويرجع غدا فأقامه بها ورجع في الثالث ضمنها فيه فقط لاستعماله لها فيه تعدياً، ولو أكثرى قنأ لعمل معلوم ولم يبين موضعه فذهب به من بلد العقد إلى آخر فأبق ضمنه مع الأجرة أيضاً

(ولو تلف المال في يد أجير بلا تعد كثوب استؤجر لخياطته أو صبغه) بفتح أوله كما بخطه مصدراً (لم يضمن إن لم ينفرد باليد

بأن قعد المستأجر معه) يعني كان بحضرته (أو أحضره منزله) ولو لم يقعد معه أو حمل المتاع ومشى خلفه لثبوت يد المالك عليه حكماً، وما نقل عن قضية كلامهم أنه لا يد للأجير عليه يظهر حمله على أنه لا يد له عليه مستقلة (وكذا إن انفرد) باليد بأن انتفى ما ذكر فلا يضمن أيضاً (في أظهر الأقوال) لأنه إنما أثبت يده لغرضه وغرض المالك فهو شبيه بالمستأجر وعامل القراض فإنهما لا يضمنان بالإجماع، والقول الثاني يضمن كالمستعير (والثالث) (يضمن) الأجير (المشترك) بين الناس بقيمته يوم التلف (وهو من التزم عملاً في ذمته) كخياطة سمي بذلك لأنه يمكنه الالتزام عمل على آخر وهكذا (لا المنفرد وهو من أجر نفسه) أي عينه (مدة معينة لعمل) أو أجر عينه وقدر بالعمل لاختصاص منافع هذا بالمستأجر كان كالوكيل بخلاف الأول، ولا تجري هذه الأقوال في أجير لحفظ حانوت مثلاً إذا أخذ غيره ما فيها فلا يضمنه قطعاً، قال القفال: لأنه لم يسلم إليه المتاع، وإنما هو بمنزلة حارس سكة سرق بعض بيوتها. قال الزركشي: ويعلم منه أن الخفراء لا ضمان عليهم، وهي مسألة يعز النقل فيها، وخرج بقوله بلا تعد ما لو تعدى كأن استأجره ليرعى دابته فأعطاهها آخر يرعاها فيضمنها كل منهما والقرار على من تلفت تحت يده كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى: أي حيث كان عالماً، وإلا فالقرار على الأول، وكان أسرف خباز في الوقود أو مات المتعلم من ضرب المعلم فإنه يضمن ويصدق أجير في نفي تعديه ما لم يشهد خبيران بخلافه

(ولو) عمل لغيره عملاً بإذنه كان (دفع ثوباً إلى قصار ليقصره أو) إلى (خياط ليخيطه ففعل ولم يذكر) أحدهما (أجرة) ولا ما يفهمها (فلا أجرة له) لتبرعه ولأنه لو قال أسكني دارك شهراً فأسكنه لم يستحق عليه أجرة بالإجماع كما في البحر، والأوجه كما بحثه الأذرعى وجوبها في قن ومحجور سفه لأنهما غير أهل للتبرع، ومثلهما غير المكلف بالأولى (وقيل له) أجرة مثله لاستهلاكه منفعته (وقيل إن كان معروفاً بذلك العمل) بالأجرة (فله) أجرة مثله (وإلا فلا، وقد يستحسن) ترجيحه لوضوح مدركه، إذ هو العرف وهو يقوم مقام اللفظ كثيراً، ونقل عن الأكثرين والمعتمد الأول، فإن ذكر أجرة استحقها قطعاً إن صح العقد وإلا فأجرة المثل، وأما إذا عرض بها كأرضيك أو لا أخيبك أو ترى ما تحبه، أو يسرك أو أطعمك فتجب أجرة المثل. نعم في الأخيرة يحسب على الأجير ما أطعمه إياه كما هو ظاهر، لأنه لا تبرع من المطعم وقد تجب من غير تسمية ولا تعريض بها كما في عامل الزكاة اكتفاء بشبوتها بالنص فكانها مسماة شرعاً وكعامل مساقاة عمل ما ليس

بلازم له بإذن المالك اكتفاء بذكر المقابل له في الجملة لا قاسم بأمر الحاكم فلا شراء له كما أفاده السبكي بل هو كغيره خلافا لجمع، ولا يستثنى وجوبها على داخل الحمام أو راكب السفينة مثلا من غير إذن لاستيفائه المنفعة من غير أن يصرفها صاحبها إليه بخلافه بإذنه، وسواء في ذلك أسير السفينة بعلم مالکها أم لا، وقول ابن الرفعة في المطلب لعله فيما إذا لم يعلم به مالکها حين سيرها وإلا فيشبه أن يكون كما لو وضع متاعه على دابة غيره فسيرها مالکها فإنه لا أجره على مالکة ولا ضمان مردود، فقد فرق العراقي بينهما بأن راكب السفينة بغير إذن غاصب للبقعة التي هو فيها ولو لم يسر، بخلاف واضح متاعه على الدابة لا يصير غاصبا لها بمجرد وضع متاعه. ويفرق أيضا بأن مجرد العلم لا يسقط الأجرة ولا الضمان، فإن السكوت على إتلاف المال لا يسقط الضمان وهو علم وزيادة ومالك الدابة بسبيل من إلقاء المتاع قبل تسييرها بخلافه في راكب السفينة

(ولو) (تعدي المستأجر) في ذات العين المستأجرة (بأن) أي كأن (ضرب الدابة أو كبجها) بموحدة فمهملة: أي جذبها بلجامها (فوق العادة) فيهما أي بالنسبة لمثل تلك الدابة كما لا يخفى (أو أركبها أثقل منه أو أسكن حدادا أو قصارا) دق وهما أشد ضررا مما استأجر له (ضمن العين) المؤجرة: أي دخلت في ضمانه لتعديده: أما ما هو العادة فلا يضمن به وإنما ضمن بضرب زوجته لإمكان تأديبها باللفظ وظن توقف إصلاحها على الضرب إنما يبيح الإقدام عليه خاصة، ومتى أركب أثقل منه استقر الضمان على الثاني إن علم وإلا فالأول. قال في المهمات: ومحلّه إذا كانت يد الثاني لا تقتضي ضمانا كالمستأجر، فإن اقتضته كالمستعير فالقرار عليه مطلقا، وفارق المستعير من المستأجر بأن المستأجر هنا لما تعدي بإركابه صار كالغاصب، ويؤيده قولهم لو لم يتعد بأن أركبها مثله فضررها فوق العادة ضمن الثاني فقط وخرج بذات العين منفعتها، كأن استأجرها لبر فزرع ذرة فلا يضمن الأرض لعدم تعديده في عينها، بل إنما تعدي في المنفعة فيلزمه بعد حصدها وانقضاء المدة عند تنازعهما ما يختاره المؤجر من أجره مثل زرع الذرة والمسمى مع بذل زيادة ضرر الذرة، ولو ارتدفت ثالث خلف مكترين بغير إذنهما ضمن الثالث كما في الروضة (وكذا) يضمن ولو تلفت بسبب آخر (لو) (اكترى لحمل مائة رطل حنطة فحمل مائة شعيرا أو عكس) لاجتماعها بسبب ثقلها في محل واحد وهو لخفته يأخذ من ظهر الدابة أكثر ضررها مختلف، وكذا كل مختلفي الضرر كحديد وقطن (أو) (اكترى (لعشرة أقفزة شعير) جمع قفيز مكيال

يسع اثني عشر صاعا (فحمل) عشرة أقفزة (حنطة) لأنها أثقل (دون عكسه) بأن اكتراه لحمل عشرة أقفزة حنطة فحمل عشرة أقفزة شعيرا من غير زيادة أصلا فلا ضمان عليه لاتحاد جرمهما باتحاد كيلهما مع كون الشعير أخف (ولو اكترى ل) حمل (مائة فحمل) بالتشديد (مائة وعشرة) (لزمه) مع المسمى (أجرة المثل للزيادة) لتعديه بها. وتمثيله بالعشرة لإفادة اغتفار نحو الاثني مما يقع به التفاوت بين الكيلين عادة (وإن تلفت بذلك) المحمول أو بسبب آخر (ضمنها) ضمان يد (إن لم يكن صاحبها معها) لصيرورته غاصبا لها بحمل الزيادة (فإن كان) صاحبها معها وتلفت بسبب الحمل دون غيره إذ ضمانها ضمان جنائية لا سيما ومالكها معها (ضمن قسط الزيادة فقط) لاختصاص يده بها ولهذا لو سخره مع دابته فتلفت لم يضمنها المسخر لتلفها في يد مالكها (وفي قول) يضمن (نصف القيمة) توزيعا على المرءوس كجرح من واحد وجراحات من آخر، ورد بتيسير التوزيع هنا بخلافه هناك لاختلاف نكايتهما باطنا (ولو) (سلم المائة والعشرة إلى المؤجر فحملها) بالتشديد (جاهلا) بالزيادة كأن قال له هي مائة فصدقه (ضمن المكتري) القسط نظير ما مر وأجرة الزيادة (على المذهب) إذ المكري لجهله صار كالآلة له. والطريق الثاني أنه على القولين في تعارض الغرور والمباشرة فإن كان عالما فكما في قوله (ولو) وضع المكتري ذلك بظهرها فسيرها المؤجر أو (وزن المؤجر وحمل) بالتشديد (فلا أجرة للزيادة) وإن كان غالطا وعلم بها المستأجر لأنه لم يأذن في حملها بل له مطالبة المؤجر بردها لمحلهما وليس له ردها بدون إذن وإذا تلفت ضمنها، ولو وزن المؤجر أو كال أو حمل المستأجر فكما لو كال بنفسه إن علم، وكذا إن جهل كما اقتضاه كلام المتولي

(ولا ضمان) على المستأجر (إن تلفت) الدابة لانتفاء اليد والتعدي بالنقل ولو قال له المستأجر احمل هذا الزائد فكمستعير فيضمن القسط من الدابة إن تلفت بغير المحمول دون منفعتها (ولو أعطاه ثوبا ليخيطه) بعد قطعه كما صوره بذلك بعضهم وهو ظاهر (فخاطه قباء وقال أمرتني بقطعه قباء فقال بل قميصا فالأظهر تصديق المالك بيمينه) في عدم إذنه له في قطعه قباء إذ هو المصدق في أصل الإذن فكذا في صفته. والثاني يتحالفان، وانتصر الإسنوي له نقلا ومعنى، ونبه على أنهما لو اختلفا قبل القطع تحالفا اتفقا، وكلما وجب التحالف مع بقائه وجب مع تغير أحواله انتهى. وعليه فيبدأ بالمالك كما قاله نقلا عن ابن كج، وقال الإسنوي: إنه ممنوع بل بالخياط لأنه بائع المنفعة (ولا أجرة عليه)

بعد حلفه إذ لا تجب إلا مع الإذن، وقد ثبت انتفاؤه بيمينه (وعلى الخياط أرش النقص) لما ثبت من عدم الإذن والأصل الضمان وهو ما بين قيمته مقطوعاً قميصاً ومقطوعاً قباء كما رجحه السبكي، ولأن أصل القطع مأذون فيه وإن رجح الإسنوي كابن أبي عصرون، وجزم به القونوي والبارزي وغيرهما من شراح الحاوي وغيره أنه ما بين قيمته صحيحاً ومقطوعاً لانتفاء الإذن من أصله، ولا يقدر في ترجيح الأول عدم الأجرة له إذ لا ملازمة بينها وبين الضمان، وللخياط نزع خيطه وعليه أرش نقص النزع إن حصل كما قاله الماوردي والرويانى، وله منع المالك من شد خيط فيه بجره في الدروز مكانه، ولو قال إن كان هذا يكفيني قميصاً فاقطعه فقطعه ولم يكفه ضمن الأرش لأن الشرط لم يحصل، بخلاف ما لو قال هل يكفيني فقال نعم فقال اقطع لأن الإذن مطلق، ولو اختلفا في الأجرة أو المنفعة أو المدة أو قدر المنفعة أو قدر المستأجر تحالفاً وفسخت الإجارة ووجب على المستأجر أجرة المثل لما استوفاه، ويؤخذ من هنا ومن تفصيلهم في الروضة وغيرها في المخالفة في الفسخ المستأجر له ومن قولهم لو استأجره لنسخ كتاب فغير ترتيب أبوابه، فإن أمكن البناء على بعض المكتوب كان كتب الباب الأول منفصلاً بحيث يبنى عليه استحق بقسطه من الأجرة وإلا فلا شيء له، إذ من استؤجر لتضريب ثوب بخيوط معدودة وقسمة بينة متساوية فخاطه بأنقص وأوسع في القسمة لم يستحق شيئاً لمخالفته المشروط، إلا أن يمكن من إتمامه كما شرط وأتمه فيستحق الكل أو من البناء على بعضه فيستحق بالقسط وقد أفتى بذلك الوالد رحمه الله تعالى.

(فصل)

فيما يقتضي انفساخ الإجارة والتخير في فسخها وعدمهما وما يتبع ذلك

(لا تنفسخ إجارة) عينية أو في الذمة بنفسها ولا بفسخ أحد العاقدين (بعذر) لا يوجب خلا في المعقود عليه (كتعذر وقود) بفتح الواو كما بخطه ما يوقد به وبضمها المصدر (حمام) على مستأجره، ومثله فيما يظهر ما لو عدم دخول الناس فيه لفتنة أو خراب ما حوله، كما لو خرب ما حول الدار أو الدكان أو أبطل أمير البلدة التفرج في السفن وقد اكتراها أو داراً لذلك، ومن فرق بين ذلك وبين الأول فقد أبعد ومن ثم لم يقل أحد فيمن استأجر حتى فعدم الحب لقط أنه يتخير (و) تعذر (سفر) بفتح الفاء بالدابة المستأجرة لطرو خوف مثلاً وبسكونها جمع سافر: أي رفقة يخرج

معهم ولو عطف على تعذر صح والتقدير وكسفر: أي طروه لمكتري دار مثلا (و) نحو (مرض مستأجر دابة لسفر) ومؤجرها الذي يلزمه الخروج معها لانتفاء الخلل في المعقود عليه والاستنابة ممكنة. نعم التعذر الشرعي يوجب الانفساخ كأن استأجره لقلع سن مؤلم فزال ألمه، وإمكان عوده لا أثر له لأنه خلاف الأصل وكذا الحسي إن تعلق بمصلحة عامة كأن استأجر الإمام ذميا لجهاد فصالح قبل المسير بناء فيهما على ما مر من عدم جواز إبدال المستوفى به والأصح خلافه، فإن أوجب خللا في المعقود عليه وإن كان إجارة عين وزالت المنفعة بالكلية انفسخت، وإن عيبه بحيث أثر في منفعته تأثيرا يظهر به تفاوت الأجرة ثبت للمكتري الخيار، وسيذكر أمثلة للنوعين

(ولو) (استأجر أرضا للزراعة فزرع فهلك الزرع بجائحة) كجراد أو سيل (فليس له الفسخ ولا حط شيء من الأجرة) لانتفاء خلل في منفعة الأرض كما لو احترقت أمتعة مستأجر حانوت (وتنفسخ) الإجارة بتلف مستوفى منه عين في عقدها شرعا كمسلمة استؤجرت نفسها مدة لخدمة مسجد فحاضت فيها أو حسا كالموت فتتفسخ (بموت) نحو (الدابة والأجير المعينين) ولو بفعل المستأجر لفوات المنفعة المعقود عليها قبل قبضها كالمبيع قبل قبضه وإنما استقر بإتلاف المشتري له ثمنه لأنه وارد على العين وبإتلافها صار قابضا لها بخلاف المنفعة هنا لأن الانفساخ إنما هو (في) الزمان (المستقبل) ومنافعه معدومة لا يتصور أن يرد الإتلاف عليها (لا) في الزمن (الماضي) بعد القبض الذي يقابل بأجرة فلا تنفسخ (في الأظهر) لاستقراره بالقبض ومن ثم لم يثبت فيه خيار (فيستقر قسطه من المسمى) بالنظر لأجرة المثل بأن تقوم منفعة المدة الماضية والباقية ويوزع المسمى على نسبة قيمتهما وقت العقد دون ما بعده، فلو كانت مدة الإجارة سنة ومضى نصفها وأجرة مثله مثلا أجرة النصف الباقي وجب من المسمى ثلثاه أو بالعكس فثلثه لا على نسبة المديتين لاختلافهما، إذ قد تزيد أجرة شهر على شهر، وخرج بالمستوفى منه المستوفى به وغيره مما مر فلا انفساخ بتلفه على ما مر فيه

(ولا تنفسخ) الإجارة بنوعيتها (بموت العاقدين) أو أحدهما للزومها كالمبيع، فتبقى العين بعد موت المكري عند المكتري أو وارثه ليستوفى منها المنفعة، فإن كانت في الذمة فما التزمه دين عليه، فإن كان ثم تركه استؤجر منها وإلا تخير الوارث، فإن وفى استحق الأجرة وإلا فللمستأجر الفسخ. واستثنى مسائل بعضها الانفساخ فيه لكونه مورد العقد لا لكونه عاقدا كموت الأجير

المعين، وبعضها الانفساخ فيه بغير الموت كما لو أجر من أوصى له بمنفعة دار حياته فانفساخها بموته إنما هو لفوات شرط الموصى، ولو لم يقل بمنافعه وإنما قال أن ينتفع امتنع عليه الإيجار لأنه لم يملكه المنفعة وإنما أباح له أن ينتفع كما يأتي وكأن أجر المقطع كما أفتى به المصنف: أي إقطاع إرفاق لا تمليك، وبعضها مفرع على مرجوح. (و) لا تنفسخ أيضا بموت (متولي الوقف) أي ناظره بشرط الواقف ولو بوصف كالأرشد فالأرشد من الموقوف عليهم حيث لم يقيد بما يأتي أو بغير شرطه مستحقا كان أو أجنبيا سواء أجره للمستحقين أم غيرهم لأنه لما شمل نظره جميع الموقوف عليهم ولم يختص بوصف استحقاق ولا زمنه كان بمنزلة ولي المحجور عليه. نعم لو كان هو المستحق وأجر بأقل من أجره المثل وصححناها كما صرح به الإمام وغيره انفسخت بموته في أثناء المدة كما قاله ابن الرفعة

وتقدم أنه يجوز للناظر صرف الأجرة المعجلة لأهل البطن الأول، ولا ضمان عليه لو مات الآخذ قبل انقضاء المدة وانتقل الاستحقاق لغيره، ولا ضمان على المستأجر بل يرجع أهل البطن الثاني على تركة القابض من وقت موته كما أفتى بذلك الوالد رحمه الله تعالى تبعا لابن الرفعة خلافا للقفال ومن تبعه (ولو أجر البطن الأول) مثلا أو بعضهم الوقف وقد شرط النظر له لا مطلقا بل مقيدا بنصيبه أو بمدة استحقاقه (مدة) لمستحق أو غيره (ومات قبل تمامها أو الولي صبيا) أو ماله (مدة لا يبلغ فيها بالسن فبلغ) رشيدا (باحتمام) أو غيره (فالأصح انفساخها في الوقف) لأنه لما تقيد نظره من جهة الواقف بمدة استحقاقه لم يكن له ولاية على المنافع المنتقلة لغيره، وبه فارق الناظر السابق لأنه لما كان له النظر وإن لم يستحق كانت ولايته غير مقيدة بشيء فسرى أثرها على غيره ولو بموته، وبما تقرر علم أنه لا منافاة بين هذا وما مر من عدم انفساخها بموت متولي الوقف كما أوضح ذلك الوالد رحمه الله تعالى في فتاويه، وبه يندفع ما وقع لكثير من الشراح هنا، وخرج بما ذكرناه موقوف عليه لم يشترط له نظر عام ولا خاص فلا يصح إيجاره وليس في كلامهما ما يخالفه، وما بحثه الزركشي من أنه لو أجره الناظر ولو حاكما للبطن الثاني فمات البطن الأول انفسخت لانتقال استحقاق المنافع إليهم، والشخص لا يستحق على نفسه شيئا لعله بناء على ما قاله شيخه الأذرعي تبعا للسبكي وغيره أن من استأجر من أبيه وأقبضه الأجرة ثم مات الأب والابن جائز سقط حكم الإجارة، فإن كان على أبيه دين ضارب مع الغرماء، ولو كان معه ابن آخر انفسخت الإجارة في حق

المستأجر ورجع بنصف الأجرة في تركه أبيه، ورد بأنه مبني على مرجوح. والأصح عند الشيخين هنا أن الإجارة لا تنفسخ، وقياسه في صورة الزركشي عدم الانفساخ (لا) في (الصبى) فلا تنفسخ لبناء وليه تصرفه على المصلحة مع عدم تقييد نظره، ومثل بلوغه بالإنزال إفاقة مجنون ورشد سفيه، أما إذا بلغ بالاحتلام سفيها فلا تنفسخ جزما، وأما إذا أجره مدة يبلغ فيها بالسن فتبطل في الزائد إن بلغ رشيدا، ومثل البلوغ بالاحتلام الحيض في الأنثى، ولو أجر الولي مال موليه مدة معلومة ثم مات المالك في أثناءه بطلت فيما بقي من المدة كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى، لأن ولايته مقصورة على مدة ملك موليه ولا ولاية له على من انتقل ملكها إليه ولا نيابة فأشبهه انفساخ إجارة البطن الأول بموته، وإجارة أم ولده بموته والمعلق عتقه بصفة بوجودها، وما قاله البندنجي من أنه لو مات في أثناء المدة بطلت الإجارة في نفسه دون ماله مفرع على رأي مرجوح في مسألة البلوغ بالاحتلام أن الإجارة تستمر في ماله ولا تستمر في نفسه (و) الأصح (أنها تنفسخ بانهدام الدار) كلها ولو بفعل المكثري لزوال الاسم وفوات المنفعة قبل الاستيلاء عليها إذ لا تحصل إلا شيئا فشيئا، وإنما حكمنا فيها بالقبض ليمكن المستأجر من التصرف فتتفسخ بالكلية إن وقع ذلك قبل القبض أو بعده ولم تمض مدة لمثلها أجرة وإلا ففي الباقي منها دون الماضي فيأتي فيه ما مر من التوزيع، فإن انهدم بعضها ثبت للمكثري الخيار إن لم يبادر المكثري بالإصلاح قبل مضي مدة لا أجرة لها، وعلى هذا يحمل قولهما إن تخريب المكثري يخيره، إذ مرادهما تخريب يحصل به تعيب فقط وتعطل الرحى بانقطاع مائها والحمام بنحو خلل أبنيتها أو نقص ماء بئر بها يفسخها كذا قاله، وما اعترض به من كونه مبني على الضعيف في المسألة بعده يمكن حمله على تعذر سوق ماء إليها من محل آخر كما يرشد لذلك قولهم الآتي لإمكان سقيها بماء آخر. وأما نقلهما عن إطلاق الجمهور فيما لو طرأت أثناء المدة آفة بساقية الحمام المؤجرة عطلت ماءها التخيير سواء أمضت مدة لمثلها أجرة أم لا، وعن المتولي عدمه إذا بان العيب، وقد مضت مدة لمثلها أجرة وقال إنه الوجه لأنه فسح في بعض المعقود عليه فمعترض بأن الوجه ما أطلقه الجمهور وصرحا بنظيره في مواضع تبعا لهم، منها قولهم لو عرض أثناء المدة ما ينقص المنفعة كخلل يحتاج لعمارة وحدث ثلج بسطح حدث من تركه عيب ولم يبادر المؤجر لإصلاحه تخير المستأجر، وقولهم لو اكترى أرضا فغرقت وتوقع انحسار الماء في المدة تخير المستأجر وغير ذلك مع تصريحهم بأن الخيار

على التراخي فيما لو كان العيب بحيث يرجى زواله كما في مسألتنا فهذا منهم كالصریح في التخيير وإن مضت مدة لمثلها أجرة فضلا عن إطلاقهم بل صرحا به في الكلام على فوات المنفعة على ما إذا أجر أرضا فغرقت بسيل على أن ما مر عنهما في نقص ماء بئر الحمام يقتضي الانفساخ في مسألتنا فضلا عن التخيير، فقولهما عن مقالة المتولي أنها الوجه: أي من حيث المعنى على ما فيه أيضا لا من حيث المذهب، وتوجيه ابن الرفعة بأن الأصل يقتضي منع الإجارة لأنها بيع معدوم وإنما جوزت للحاجة فاغتفر فيها الفسخ، بخلاف البيع يقال فيه أيضا الفرق بين البيع والإجارة واضح إذ العلة فيه التشقيص المؤدي إلى سوء المشاركة. نعم يحمل قولهما فالوجه إلى آخره على ما إذا كانت الأجرة عبدا أو بهيمة أو ما يؤدي إلى التشقيص (لا انقطاع ماء أرض استؤجرت لزراعة) فلا تنفسخ به لبقاء اسم الأرض مع إمكان سقيها بماء آخر ومن ثم لو غرقت هي أو بعضها بماء لم يتوقع انحساره مدة الإجارة قبل أوان المزرع انفسخت في الكل في الأولى وفي البعض في الثانية، ويتخير حينئذ على الفور لأنه خيار تفريق صفقة لا خيار عيب إجارة، كما أفتى بذلك الوالد رحمه الله تعالى وغلط من قال إنه على التراخي لاشتباه المسألة عليه، ويلحق بذلك أخذ من العلة أنه لو لم يمكن سقيها بماء أصلا انفسخت وهو ظاهر مؤيد بما مر في نقص ماء بئر الحمام (بل يثبت به الخيار) للعيب حيث لم يبادر المؤجر قبل مضي ما مر ويسوق إليها ماء يكفيها ولا يكتفي بوعده فيما يظهر، والخيار في هذا الباب حيث ثبت فهو على التراخي كما قاله الماوردي لأن سببه تعذر قبض المنفعة: أي أو بعضها وذلك يتكرر بتكرر الزمان (وغضب) غير المؤجر لنحو (الدابة وإباق العبد) في إجارة عين قدرت بمدة بلا تفريط من المكثري وكان الغضب على المالك (يثبت الخيار) إن لم يبادر بالرد كما مر وذلك لتعذر الاستيفاء، فإن فسخ فظاهر، وإن أجاز ولم يرد حتى انقضت مدتها انفسخت الإجارة فيستقر قسط ما استوفاه من المسمى، أما إجارة الذمة فيلزم المؤجر فيها الإبدال فإن امتنع استأجر الحاكم عليه، والمعين عما فيها ليس كالمعين في العقد فينفسخ بتلفه التعيين لا أصل العقد، وأما إجارة عين مقدرة بعمل فلا تنفسخ بنحو غضبه، بل يستوفيه متى قدر عليه كضمن حال آخر قبضه، وأما وقوع ذلك بتفريط المكثري فيسقط خياره ويلزمه المسمى، قاله الماوردي. ومحل الخلاف إذا غضبها من المالك، أما لو غضبها من المستأجر فلا خيار ولا فسخ على ما بحثه ابن الرفعة أخذا من النص

واستشهد له الغزي بما فيه نظر. قال الأذرعى: وهو مشكل، وما أظن الأصحاب يسمعون به، وأما غصب المؤجر لها بعد القبض أو قبله بأن امتنع من تسليمها حتى انقضت المدة فيفسخها كما يأتي، ووقع السؤال عمن اكرى لحمل مريض من نحو الطائف إلى مكة وقد عين في العقد فمات في أثناء الطريق فهل يلزمه حمله ميتا إليها؟ والأقرب أخذنا من نص للبويطي صرح فيه بأن الميت أثقل من الحي أن من استؤجر لحمل حي مسافة معلومة فمات في أثناءها وأراد وارثه نقله إليها وجوزناه كأن كان بقرب مكة وأمن تغييره أن له فسخ الإجارة لطرو ما هو كالعيب في المحمول وهو زيادة ثقله حسا أو معنى على الدابة، ويؤيده قولهم لا يجوز النوم عليها في غير وقت النوم من غير شرط لأن النائم يثقل، ولا يعارض قولهم بانفساخها بتلف المستوفى به المعين في العقد تارة على ما في الروضة وبعده أخرى، ثم إن عين فيه أو بعده وبقي أبدل جوازا، وإن عين بعده وتلف أبدل وجوبا برضا المكثري لأن هذا مفروض في التلف كما ترى، وما نحن فيه ليس منه لإمكان حمل الميت وإنما حدث فيه وصف لم يكن حال العقد فاقتضى التخيير ما لم يبدله بمن هو مثله أو دونه

(ولو) (أكرى جمالا) عينا أو ذمة (وهرب وتركها عند المكثري) فلا خيار لإمكان الاستيفاء بما في قوله (راجع) إن لم يتبرع بمؤنتها (القاضي ليمونها) بإنفاقها وأجرة متعهدتها كمتعهد إحمالها إن لزم المؤجر (من مال الجمال فإن لم يجد له مالا) بأن لم يكن له غيرها وليس فيها زيادة على حاجة المكثري وإلا باع الزائد ولا اقتراض (اقترض عليه) لأنه الممكن واستئذانه الحاكم لحرمة الحيوان، فلو وجد ثوبا ضائعا واحتاج في حفظه لمؤنة أو عبدا كذلك فله بيعه حالا وحفظ ثمنه إلى ظهور مالكة، قاله السبكي، وفي اللقطة ما يؤيده (فإن وثق) القاضي (بالمكثري دفعه) أي المقرض منه أو من غيره (إليه) ليصرفه فيما ذكر (وإلا) بأن لم يثق به (جعله عند ثقة) يصرفه كذلك، والأولى له تقدير النفقة وإن كان القول قول المنفق بيمينه عند الاحتمال (وله) أي القاضي عند تعذر الاقتراض، ومنه أن يخاف عدم التوصل له بعد إلى استيفائه (أن يبيع منها) بنفسه أو وكيله (قدر النفقة) والمؤنة للضرورة وخرج بمنها جميعها فلا يبيعه ابتداء لتعلق حق المستأجر بأعيانها ومنازعة مجلي فيه بأنه لا يفوت حقه لعدم انفساخ الإجارة به غير ظاهرة، إلا أن يحمل على ما بحثه الأذرعى من أنه لو رأى الحاكم في إجارة الذمة مصلحة في بيعها والاكتراء ببعض الثمن للمستأجر جاز له ذلك جزما حيث جاز له بيع مال الغائب بالمصلحة، والأوجه أنه لو رأى مشتريا لها

مسلوبة المنفعة مدة الإجارة لزمه أن يبيع منها ما يحتاج لبيعه مقدما له على غيره لأنه الأصلح (ولو أذن للمكثري في الإنفاق من ماله ليرجع جاز في الأظهر) لأنه محل ضرورة وقد لا يرى الاقتراض، وكلامه يفهم انتفاء رجوعه بما أنفقه بغير إذن الحاكم، وهو كذلك إن وجدته وأمكن إثبات الواقعة عنده وإلا أشهد على إنفاقه بقصد الرجوع ثم يرجع، فإن تعذر الإشهاد لم يرجع بما أنفقه فيما يظهر لندور العذر. والثاني المنع لئلا يؤدي إلي تصديقه فيما يستحقه على غيره بل يأخذ المال منه ويدفعه إلى أمين، ثم الأمين يدفعه له كل يوم بحسب الحاجة واحترز بتركها عما لو هرب بها فإن كانت إجارة عين تخير نظير ما مر في الإباق، وكما لو شردت الدابة وإن كانت في الذمة اكترى الحاكم أو اقترض نظير ما مر، ولا يفوض ذلك للمستأجر لامتناع توكله في حق نفسه

فإن تعذر الاكتراء فله الفسخ (ومتى قبض المكثري) العين المكتراة ولو حرا أجر عينه أو (الدابة) أو الدار (وأمسكها) هو زيادة إيضاح للعلم به من قوله قبض، ومثل قبضها امتناعه منه بعد عرضها عليه. قال القاضي أبو الطيب: إلا فيما يتوقف قبضه على النقل: أي فيقبضه الحاكم، فإن صمم أجره قاله في البيان، وفيه نظر لأنه حاضر ولم يتعلق بالعين حق للغير حتى يؤجرها لأجله، وإيجار الحاكم إنما يكون لغيبة أو تعلق حق، فالأوجه أنه بعد قبضها وتصميمه على الامتناع يردّها لمالكها (حتى مضت مدة الإجارة استقرت الأجرة وإن لم ينتفع) ولو لعذر منعه منه كخوف أو مرض لتلف المنافع تحت يده حقيقة أو حكما فاستقر عليه بدلها، ومتى خرج بها مع الخوف صار ضامنا لها إلا إذا ذكر ذلك حالة العقد، وليس له فسخ ولا إلزام مكر أخذها إلى الأمن لأنه يمكنه أن يسير عليها مثل تلك المسافة إلى بلد آخر، وما بحثه ابن الرفعة أنه لو عم الخوف كل الجهات وكان الغرض الأعظم ركوبها في السفر وركوبها في الحضر تافه بالنسبة إليه لم يلزم المستأجر أجرة يظهر حمله على أن مراده بذلك أنه يتخير به إذ هو نظير ما مر في نحو انقطاع ماء الأرض، ومتى انتفع بعد المدة لزمه مع المسمى المستقر عليه أجرة مثل ذلك الانتفاع (وكذا) تستقر الأجرة (لو) (اكترى دابة لركوب إلى موضع) معين (وقبضها) أو عرضت عليه (ومضت مدة إمكان السير إليه) لكونه متمكنا من الاستيفاء، وعلم من كلامه أن هذه غير الأولى لأن تلك مقدره بزمن وهذه بعمل فتستقر بمضي مدة العمل الذي ضبطت به المنفعة (وسواء فيه) أي التقدير بمدة أو عمل (إجارة العين والذمة إذا سلم) المؤجر في إجارة الذمة (الدابة) مثلا (الموصوفة) للمستأجر لتعين حقه

بالتسليم، بخلاف ما لو لم يسلمها فلا تستقر أجره عليه لبقاء المعقود عليه في الذمة وكالتسليم العرض كما مر (وتستقر في الإجارة الفاسدة أجره المثل) سواء أزدت على المسمى أم نقصت (بما يستقر به المسمى في الصحيحة) مما ذكر ولو لم ينتفع. نعم تخلية العقار والوضع بين يديه والعرض عليه وإن امتنع لا يكفي هنا بل لا بد من القبض الحقيقي (ولو) (أكرى عينا مدة ولم يسلمها) أو غصبها أو حبسها أجنبي ولو كان الحبس لقبض الأجرة (حتى مضت) تلك المدة (انفسخت) الإجارة لفوات المعقود عليه قبل قبضه، فلو حبس بعضها انفسخت فيه فقط وتخير في الباقي ولا يبذل زمان بزمان (ولو لم يقدر مدة) وإنما قدرها بعمل (كان أجر) دابة (لركوب) إلى موضع معين ولم يسلمها حتى مضت (مدة) إمكان (السير) إليه (فالأصح أنها) أي الإجارة (لا تنفسخ) ولا يخير المكري إذ هي متعلقة بالمنفعة لا الزمان ولم يتعذر استيفاؤها. والثاني تنفسخ كما لو حبسها المكري، وأجاب الأول بأنه لو لم نقرر به الأجرة لضاعت المنفعة على المكري، ولا فسخ ولا خيار بذلك في إجارة الذمة قطعاً لأنه دين ناجز تأخر وفاؤه

(ولو) (أجر عبده) أي رقيقه (ثم أعتقه) أو وقفه مثلاً أو استولد الأمة ثم مات (فالأصح أنها) أي القصة في ذلك (لا تنفسخ الإجارة) لأنه أزال ملكه عن المنافع مدتها قبل نحو عتقه فلم يصادف إلا رقبة مسلوبة المنافع خصوصاً والأصح أنها تحدث على ملك المستأجر. والثاني تنفسخ كموت البطن الأول وهو ضعيف كما صرح به في الروضة، وخرج بثم أعتقه ما لو علق عتقه بصفة ثم أجره ثم وجدت الصفة في أثناء مدة الإجارة فإنها تنفسخ لسبق استحقاق العتق على الإجارة، ومثله ما لو أجر أم ولده ثم مات كما اقتضاه كلامهما هنا واعتمده السبكي وغيره، وما لو أقر بعتق سابق على الإجارة فإنه يعتق ولا يقبل قوله في فسخها، ويغرم للعبد أجره مثله (و) (الأصح) (أنه) أي الشأن (لا خيار للعبد) بعتقه في فسخها لتصرف سيده في خالص ملكه فلم يملك نقضه. والثاني له الخيار كالأمة تحت عبد، وفرق الأول بأن سبب الخيار وهو نقضه موجود، ولا سبب للخيار هنا لما مر من كون المنافع تحدث مملوكة للمكري (والأظهر أنه لا يرجع على سيده بأجرة ما) أي المنافع التي تستوفى منه (بعد العتق) إلى انقضاء مدتها لتصرفه في منفعه حين كان مالكا لها ونفقته في بيت المال ثم على مياسير المسلمين، وأفهم فرضه الكلام فيما لو أجره ثم أعتقه أنه لا رجوع له بشيء على وارث أعتق قطعاً إذ لم ينقض ما

عقده، ولو فسخت الإجارة بعد العتق بعيب ملك منافع نفسه كما في الروضة لأنه صار مستقلا، والمتجه فيما لو أوصى بمنفعة عبد لزيد وبرقبته لآخر فرد زيد الوصية رجوع المنافع للورثة، فلو أجر داره ثم وقفها ثم فسخت الإجارة رجعت للواقف كما أفاده الوالد رحمه الله تعالى. والثاني يرجع لأن المنافع تستوفى منه قهرا فصار كما لو أكرهه سيده علي العمل

(ويصح بيع) العين (المستأجرة) حال الإجارة (للمكثري) قطعاً لانتفاء الحائل كما لو باع المغصوب من غاصبه، وإنما امتنع بيع المشتري قبل قبضه للبائع لضعف ملكه (ولا تنفسخ الإجارة في الأصح) لو ردها على المنفعة والملك على الرقبة فلا منافاة. والثاني تنفسخ لأنه إذا ملك الرقبة حدثت المنافع على ملكه فلا تستوفى الإجارة وكما لو اشترى زوجته فإنه ينفسخ النكاح، ورد بأنه إنما ينتقل إلى المشتري ما كان للبائع والبائع حين البيع ما كان يملك المنفعة، بخلاف النكاح فإن السيد يملك منفعة بضع الأمة المزوجة بدليل أنها لو وطئت بشبهة كان المهر للسيد لا للزوج (فلو) (باعها لغيره) أو وقفها أو وهبها أو أوصى بها وقد قدرت الإجارة بزمان (جاز في الأظهر) وإن لم يأذن المكثري لما مر من اختلاف الموردين، ويد المستأجر لا تعد حائلة في الرقبة لأن يده عليها يد أمانة، ومن ثم لم يمنع المشتري من تسلمها لحظة لطيفة ليستقر ملكه ثم يرجع للمستأجر ويغترف ذلك القدر اليسير للضرورة. والثاني المنع لأن يد المستأجر حائلة عن التسليم بحق لازم فكانت أولى بالمنع من الغاصب، ورد بما مر. وشمل كلامه ما لو كانت مشحونة بأمثلة كثيرة لا يمكن تفريغها إلا بعد مضي مدة لمثلها أجرة فيصح البيع فيما يظهر، وإن توقف قبضها على تفريغها على ما مر في بابه، أما إذا قدرت بعمل فكذلك خلافاً لأبي الفرج البزار وإن تبعه البلقيني (ولا تنفسخ) الإجارة قطعاً، بل تبقى في يد المكثري إلى انقضاء أمدها، فإن جهل المشتري تخير ولو في مدة الإجارة كما اقتضاه إطلاقهم، وسواء في صحة البيع ولو مع الجهل أكان جاهلاً بالمدة أم عالماً خلافاً للأذرعوي ومن تبعه، فإن أجاز لم يستحق أجرة لبقية المدة، ولو علمها وظن استحقاق الأجرة فإن انفسخت الإجارة عادت المنافع للبائع ببقية المدة كما رجحه ابن الرفعة، وهو أوجه مما رجحه السبكي أنها للمشتري، ويؤيد الأول ما قاله الجلال البلقيني بأن الموصى له بالمنفعة لو اشترى الرقبة ثم باعها انتقلت بمنافعها للمشتري، وقياسه أنه لو استأجر داراً مدة ثم اشتراها ثم باعها والمدة باقية فتنتقل بجميع منافعها للمشتري، فإن استثنى البائع المنفعة التي له بالإجارة

بطل البيع في المسألتين، ولو أجر لبناء أو غراس ثم انقضت المدة فأجر لآخر قبل وقوع التخيير السابق نظيره في العارية لم يصح فيما يضر الانتفاع به البناء أو الشجر كما هو ظاهر لبقاء احترام مال المستأجر الأول. ويصح في غير المضر سواء أخصه بالعقد أم لم يخصه، وكان التوزيع على المضر وغيره ممكنا، وعلى هذا يحمل قول بعضهم يصح إن أمكن تفريغها منه في مدة لا أجرة لمثلها ولم يسترها الغراس، وأفتى البلقيني فيمن أجر أرضه مدة بأجرة مؤجلة ثم مات المستأجر قبل أوان الزرع فاستولى آخر وزرع عدوانا بحلول الأجرة بموته وعدم انفساخ الإجارة، هذا إن لم يضع المتعدي يده وإلا ارتفع الحلول الذي سببه موت المستأجر، لأن الحلول إنما يدوم حكمه ما دامت الإجارة بحالها، فإذا مضت المدة ويد المتعدي قائمة فقد انفسخت الإجارة في الجميع وارتفع الحلول ويلزم المؤجر رد ما أخذه من تركة الميت على ورثته. قال: وهذه مسألة نفيسة لم تقع لي قط ويستحق المؤجر أجرة المثل على المتعدي وليس للورثة تعلق به أهـ. ويؤيد ما مر في الغصب ولو أجر بأجرة مقسطة فكتب الشهود الأجرة إجمالا ثم قسطت بما لا يطابق الإجمال، فإن لم يمكن الجمع تحالفا لأن تعارض دينك أوجب سقوطهما، وإن أمكن كان قالوا أربع سنين بأربعة آلاف كل شهر مائتا درهم وعشرة دراهم حمل على تقسيط المبلغ على أول المدة فيفضل بعد تسعة عشر شهرا عشرة دراهم تقسط على ما يخصصها من الشهر وهو يوم من أول الشهر العشرين وثلاثة أسباع يوم لأن حصة كل يوم سبعة، وبمعنى ذلك أفتى الوالد رحمه الله تعالى، وعن ابن الصلاح ما يوافق.

{كتاب إحياء الموات}

الأصل فيه خبر {من عمر أرضا ليست لأحد فهو أحق بها} وصح أيضا {من أحيأ أرضا ميتة فهي له} ولهذا لم يحتج في الملك هنا إلى لفظ لأنه إعطاء عام منه صلى الله عليه وسلم لأن الله أقطعه أرض الدنيا كأرض الجنة ليقطع منها من شاء ما شاء ومن ثم أفتى السبكي بكفر معارض أولاد تميم فيما أقطعه صلى الله عليه وسلم له بأرض الشام وأجمعوا عليه في الجملة. ويستحب التملك به للخبر الصحيح {من أحيأ أرضا ميتة فله فيها أجر وما أكلت العوافي} أي طلاب الرزق منها {فهو له صدقة} وهو (الأرض التي لم تعمر قط) أي لم يتيقن عمارتها في الإسلام من مسلم أو ذمي وليست من حقوق عامر ولا من حقوق المسلمين، ثم تلك الأرض (إن كانت ببلاد الإسلام فللمسلم) وإن لم يكن مكلفا كمجنون كما

صرح به الماوردي والرويانى، ومرادهما بذلك فيما لا يشترط فيه القصد كما يأتى (تملكها بالإحياء) ويستحب استئذان الإمام ولا يشترط فيه القصد، وعبر بذلك المشعر به لكونه الغالب. نعم لو حمى الإمام لنعم الصدقة موضعاً من الموات فأحياه شخص لم يملكه إلا بإذن الإمام لما فيه من الاعتراض على الأئمة، ولو تحجر مسلم مواتاً ولم يترك حقه ولم تمض مدة يسقط فيها حقه لم يحل لمسلم تملكه وإن كان لو فعل ملكه، ويحمل كلامه على الجواز لا على الصحة فلا إيراد (وليس هو) أي تملك ذلك (لذمي) ولا غيره من الكفار بالأولى، وإن أذن له الإمام لخبر الشافعي وغيره مرسلًا {عادي الأرض} أي قديمها، ونسب لعاد لقدمهم وقوتهم {لله ورسوله ثم هي لكم مني} وإنما جاز لكافر معصوم نحو احتطاب واصطياد بدارنا لأن المسامحة تغلب في ذلك (وإن كانت) تلك الأرض (ببلاد كفار فلهم إحيائها) مطلقاً لأنه من حقوق دارهم ولا ضرر علينا فيه (وكذا لمسلم إن كانت مما لا يذبون) بكسر المعجمة وضمها: أي يدفعون (المسلمين عنها) كموات دارنا بخلاف ما يذبون عنه، وقد صالحناهم على أن الأرض لهم فليس له إحيائها. أما ما كان بدار الحرب فيملك بالإحياء مطلقاً لأنه يجوز تملك عامرها فمواتها بالأولى ولو لغير قادر على الإقامة بها، وقد علم مما تقرر أنه لا يملك بالاستيلاء فقط إذ لا يمكن زيادته على موات الإسلام، فقول بعضهم ولعل ذكرهم للإحياء لكون الكلام فيه، وإلا فالقياس ملكه بمجرد الاستيلاء عليه بقصد تملكه كما هو معلوم من صريح كلامهم في السير اهـ غير سديد، فما اقتضاه كلام بعض الشراح من أنه يصير بالاستيلاء كالمتحجر غير صحيح لأن العامر إذا ملك بذلك فالموات بطريق الأولى، نبه عليه السبكي (وما) عرف أنه (كان معموراً) في الماضي وإن كان الآن خراباً من بلاد الإسلام أو غيرها وإن خصه الشارح ببلاد الإسلام (فلمالكه) إن عرف ولو ذمياً أو نحوه وإن كان وارثاً نعم ما أعرض عنه الكفار قبل القدرة عليه فإنه يملك بالإحياء كما قاله الماوردي، ولا ينافيه قولهم الأملاك لا تزول بالأعراض إذ محله في أملاك محترم. أما الحربي فملكه معرض للزوال فيزول به، وإنما لم يكن فيئاً أو غنيمة لأن محل ذلك إذا كان ملك الحربي باقياً إلى استيلائنا عليه ولا كذلك هنا (فإن لم يعرف) مالكه داراً كان أو قرية بدارنا (والعمارة إسلامية) يقينا (فمال ضائع) يرجع فيه إلى رأي الإمام من حفظه أو بيعه وحفظ ثمنه واستقراره على بيت المال إلى ظهور مالكه إن رجي وإلا كان ملكاً لبيت المال فله إقطاعه كما في البحر وجرى عليه في شرح المهذب في الزكاة فقال: للإمام

إقطاع أرض بيت المال وتمليكها: أي إذا رأى مصلحة سواء أقطع رقبتها أم منفعتها، لكنه في الشق الأخير يستحق الانتفاع بها مدة الإقطاع خاصة كما في الجواهر، وما في الأنوار مما يخالف ذلك مردود، ويؤخذ مما ذكر حكم ما عمت به البلوى من أخذ الظلمة المكوس وجلود البهائم ونحوها التي تذبج وتؤخذ من ملاكها قهرا وتعذر رد ذلك لهم للجهل بأعيانهم وهو صيرورتها لبيت المال فيحل بيعها وأكلها كما أفتى بذلك الوالد رحمه الله تعالى (وإن كانت العمارة (جاهلية) وجهل دخولها في أيدينا (فالأظهر أنه) أي المعمور (يملك بالإحياء) إذ لا حرمة لملك الجاهلية. والثاني المنع لأنها ليست بموات. نعم إن كان بدارهم وذبونا عنه، وقد صولحوا على أنه لهم لم يملك بالإحياء كما علم مما مر، ولو لم يعرف هل هي جاهلية أو إسلامية، قال بعض شراح الحاوي: ففي ظني أنه لا يدخلها الإحياء.

(ولا يملك بالإحياء حريم معمور) لأنه ملك لملك المعمور، غير أنه لا يباع وحده كما قاله أبو عاصم العبادي كما لا يباع شرب الأرض وحده، وما بحثه ابن الرفعة من الجواز ككل ما ينقص قيمة غيره فرق السبكي بينهما بأن هذا تابع فلا يفرد (وهو) أي الحريم (ما تمس الحاجة إليه لتمام الانتفاع) وإن حصل أصله بدونه (فحريم القرية) المحياة (النادي) وهو مجتمع القوم للتحديث (ومرتكض) نحو (الخيّل) وإن لم يكونوا خيالة خلافا للإمام ومن تبعه، فقد تتجدد لهم أو يسكن القرية بعدهم من له ذلك، وهو بفتح الكاف: مكان سوقها (ومناخ الإبل) وإن لم يكن لهم إبل على قياس ما مر وهو بضم أوله: ما يناخ فيه (ومطرح الرماد) والقمامات والسرجين (ونحوها) كمراح الغنم وملعب الصبيان ومسيل الماء وطرق القرية، لأن العرف مطرد بذلك وعليه العمل خلفا عن سلف، ومنه مرعى البهائم إن قرب عرفا منها واستقل كما قاله الأزرعي، وكذا إن بعد ومست حاجتهم له ولو في بعض السنة فيما يظهر، ومثله في ذلك المحتطب، وليس لأهل القرية منع المارة من رعي مواشيتهم في مراعيها المباحة وحريم النهر كالنيل ما تمس الحاجة له لتمام الانتفاع به وما يحتاج لإلقاء ما يخرج منه فيه لو أريد حفره أو تنظيفه فيمتنع البناء فيه ولو مسجدا ويهدم ما بني فيه كما نقل عن إجماع الأئمة الأربعة، ولقد عمت البلوى بذلك في عصرنا حتى ألف العلماء في ذلك وأطالوا لينزجر الناس فلم ينزجروا، ولا يغير هذا الحكم كما أفاده الوالد رحمه الله تعالى وإن بعد عنه الماء بحيث لم يصر من حريمه لاحتمال عوده إليه. ويؤخذ من ذلك أن ما كان حريما لا يزول وصفه بزوال متبوعه

ويحتمل خلافه (وحریم البئر) المحفورة (في الموات) للتملك وذكره الموات لبيان الواقع إذ لا يتصور الحریم إلا فيه كما يفهمه قوله الآتي والدار المحفوفة إلخ، ويصح أن يحترز به عن المحفورة في الملك وإن علم أنه لا يكون فيه (موقف النازح) للدلاء منها بيده وفي الموات متعلق بما قدرناه الدال عليه لفظ البئر للزومه له أو حال منها لأن المضاف كالجزء من المضاف إليه، وهل يعتبر قدر موقف النازح من سائر جوانب البئر أو من أحدها فقط؟ الأقرب اعتبار العادة في مثل ذلك المحل (والحوض) يعني مصب الماء لأنه كما يطلق على مجتمعه الآتي يطلق عرفاً أيضاً على مصبه الذي يذهب منه إلى مجتمعه، فلا تكرر في كلامه، ولا مخالفة فيه لما في الروضة كأصلها (والدولاب) بضم أوله أشهر من فتحه فاغتسل معرب قيل وهو على شكل الناعورة: أي موضعه كما في المحرر وغيره إن كان الاستقاء به، ويطلق على ما يستقي به النازح وما تستقي به الدابة (ومجتمع الماء) أي الموضع الذي يجتمع فيه لسقي الماشية والزرع من حوض ونحوه كما في الروضة كأصلها، وفي المحرر نحوه (ومتردد الدابة) إن استقى بها وملقى ما يخرج من نحو حوضها بتوقف الانتفاع بالبئر على ذلك، ولا حد لشيء مما ذكر ويأتي، بل المعول عليه في قدره على ما تمس إليه الحاجة إن امتد الموات إليه وإلا فالى انتهاء الموات (وحریم الدار) المبنية (في الموات) وفي ذكره ما مر ويصح أن يحترز به عن المحفوفة بملك، وسيأتي فناؤها وهو ما حوالي جدرها ومصب ميازيبها. قال ابن الرفعة: إن كان بمحل يكثر فيه الأمطار و (مطرح الرماد وكناسة وثلج) في بلده للحاجة إلى ذلك (وممر في صوب الباب) أي جهته، لكن لا إلى امتداد المواد، إذ لغيره إحياء ما قبالة إذا أبقى ممر له ولو مع احتياج إلى ازورار وانعطاف (وحریم أبار القناة) المحياة لا للاستقاء منها (مالو حفر فيه نقص ماؤها أو خيف الانهيار) أي السقوط، ويختلف باختلاف لين الأرض وصلابتها، وإنما لم يعتبر هنا ما مر في بئر الاستقاء لأن المدار على حفظها وحفظ مائها لا غير، ولهذا بحث الزركشي جواز البناء في حریمها بخلاف حفر البئر فيه، ولا يمنع من حفر بئر بملكه ينقص ماء بئر جاره لتصرفه في ملكه، بخلاف ذلك فإنه ابتداء تملك وأبار بهمزة بعد موحدة ساكنة كذا بخط المصنف، ويجوز تقديم الهمزة على الموحدة وقلبها ألفاً، والأول أكثر استعمالاً قاله الجاربردي (والدار المحفوفة بدور) أو شارع بأن أحييت معاً أو جهل الحال فيما يظهر (لا حریم لها) لانتفاء المرجح لها على غيرها. نعم أشار البلقيني واعتمده غيره إلى أن كل دار لها حریم:

أي في الجملة، قال وقولهم هنا لا حريم لها أرادوا به غير الحريم المستحق: أي وهو ما يتحفظ به عن يقين الضرر.

(ويتصرف كل واحد) من الملاك (في ملكه على العادة) في التصرف وإن تضرر به جاره أو أفضى لإتلاف ماله كأن سقط بسبب حفره المعتاد جدار جاره، إذ المنع من ذلك ضرر لا جابر له (فإن) (تعدي) في تصرفه بملكه العادة (ضمن) ما تولد منه قطعاً أو ظناً قوياً كأن شهد به خبيران كما هو ظاهر لتقصيره، ولهذا أفتى الوالد رحمه الله تعالى بضمان من جعل داره بين الناس معمل نشادر وشمه أطفال فماتوا بسبب ذلك لمخالفته العادة (والأصح أنه يجوز) للشخص (أن) (يتخذ داره المحفوفة بمساكن حماماً) ولفظه مذكر وطاحونة ومدبغة وفرنا (وإصطبلًا وحنوته في البزازين حانوت حداد) وقصار ونحو ذلك (إذا احتاط وأحكم الجدران) إحكاماً لائقاً بمقصده لتصرفه في خالص ملكه ولما في منعه من إضراره. والثاني المنع للإضرار، ورد بأن الضرر لا يزال بالضرر، واختار جمع المنع من كل مؤذ لم يعتد، والرويانى أنه لا يمنع إلا إن ظهر منه قصد التعنت والفساد وأجرى ذلك في نحو إطالة البناء، وأفهم كلام المصنف أنه يمنع بما الغالب فيه الإخلال بنحو حائط الجار كدق عنيف يزعجها وحبس ماء يملكه تسري ندواته إليها. قال الزركشي: والحاصل منعه مما يضر الملك لا المالك انتهى. ولا ينافيه ما مر من عدم المنع من حفر بئر بملكه لأن ذلك في حفر معتاد وما هنا في تصرفه غير معتاد. فقد نقل رحمه الله تعالى عن الأصحاب أنه يتصرف كل شخص في ملكه على العادة ولا ضمان إذا أفضى إلى تلفه، ومن قال يمنع مما يضر الملك دون المالك محله في تصرف يخالف فيه العادة لقولهم لو حفر بملكه بالوعة أفسدت ماء بئر جاره أو بئراً نقصت ماءها لم يضمن ما لم يخالف العادة في توسيع البئر أو تقريبها من الجدار أو لكون الأرض خوارة تنهار إذا لم تطو فلو لم يطوها فيضمن في هذه كلها ويمنع منها لتقصيره، وشمل كلام المصنف ما لو كان له دار في سكة غير نافذة فله جعلها مسجداً أو حانوتاً أو سبيلاً وإن لم يأذن الشركاء خلافاً لبعضهم كما علم ذلك مما مر في الصلح، ولو حفر بئراً بموات فحفر آخر بئراً بقربها فنقص ماء البئر الأولى منع الثاني منه، ووجهه أن الأول استحق حريماً لبيئره قبل حفر الثاني فمنع لوقوع حفره في حريم ملك غيره ولا كذلك فيما مر، ولو اهتز الجدار بدقه وانكسر ما علق فيه لم يضمن كما قاله القاضي سواء أسقط في حال الدق أم لا خلافاً للعراقيين.

(ويجوز) بلا خلاف (إحياء موات الحرم) بما يفيد ملكه كما يملك عامره بالبيع وغيره بل يسن، وإن قلنا بكراهة بيع عامرها (دون عرفات) وإن لم تكن منه إجماعاً فلا يجوز إحيائها ولا يملك به (في الأصح) لتعلق حق الوقوف بها كالحقوق العامة من الطرق كمصلى العيد في الصحراء أو موارد الماء، وقد عمت البلوى بالعمارة على شاطئ النيل والخلجان فيجب على ولي الأمر ومن له قدرة منع من يتعاطى ذلك. والثاني إن ضيق امتنع وإلا فلا (قلت: ومزدلفة) وإن قلنا المبيت بها سنة (ومنى كعرفة، والله أعلم) فلا يجوز إحيائها لما مر مع خبر { قيل يا رسول الله: ألا نبني لك بيتاً بمنى يظلك؟ فقال: لا، منى مناخ من سبق } ولا يلحق بهما المحصب كما أفاده الولي العراقي وإن استحسب للحاج بعد نفره المبيت به لأنه ليس من المناسك ولا يقدر في ذلك كونه تابعاً لها، وقد عمت البلوى بالبناء بمنى وصار ذلك مما لا ينكر، فيجب على ولي الأمر هدم ما فيها من البناء والمنع من البناء فيها.

(ويختلف الإحياء بحسب الغرض) المقصود (منه) والشارع أطلقه وليس له حد في اللغة، فوجب أن يرجع فيه إلى العرف كالحرز والقبض وضابطه أن يهياً كل شيء لما يقصد منه غالباً (فإن أراد مسكناً اشترط) لخصوله (تحويل البقعة) بأجر أو لبن أو قصب على عادة ذلك المكان، وقضية كلاهما الاكتفاء بالتحويل بذلك من غير بناء، لكن نص في الأم على اشتراط البناء وهو المعتمد، والأوجه الرجوع في جميع ذلك إلى العادة، ومن ثم قال المتولي وأقره ابن الرفعة والأذرعي وغيرهما: لو اعتاد نازلو الصحراء تنظيف الموضع من نحو شوك وحجر وتسويته لضرب خيمة وبناء معلف ففعلوا ذلك بقصد التملك ملكوا البقعة، وإن ارتحلوا عنها أو بقصد الارتفاق فهم أولى بها إلى الرحلة (وسقف بعضها) ليتها للسكنى ويقع عليها اسم المسكن. نعم قد يهياً موضعاً للنزهة في زمن الصيف، والعادة فيه عدم السقف فلا يشترط حينئذ (وتعليق باب) أي نصبه لأن العادة فيها ذلك (وفي الباب) أي تعليقه (وجه) أنه لا يشترط لأنه للحفظ والسكنى لا تتوقف عليه (أو زريبة دواب) مثلاً (فتحويل) ولا يكفي نصب سقف وأحجار من غير بناء (لا سقف) لأن العادة فيها عدمه (وفي) تعليق (الباب الخلاف) السابق (في المسكن) والأصح اشتراطه، ولو شرع في الإحياء لنوع فأحياه لنوع آخر كأن قصد إحياءه للزراعة بعد أن قصده للسكنى ملكه اعتباراً بالقصد الطارئ، بخلاف ما إذا قصد نوعاً وأتى بما يقصد به نوع آخر كأن حوط البقعة بحيث تصلح زريبة بقصد السكنى لم يملكها خلافاً للإمام (أو مزرعة) بتثليث

الراء والفتح أفصح (فجمع) نحو (التراب) أو الشوك (حولها) كجدار الدار (وتسوية الأرض) بطم المنخفض وكسع العالي وحرثها إن توقف زرعها عليه مع سوق ما توقف الحرث عليه (وترتيب ماء لها) بشق ساقية من نحو نهر أو بحفر قناة أو بئر أو نحو ذلك، وفهم من تعبيره بالترتيب عدم اشتراط السقي بالفعل، فإذا حفر طريقه ولم يبق إلا إجراؤه كفى، وإن لم يجر فإن هياؤه ولم يحفر طريقه كفى أيضا كما رجحه في الشرح الصغير، هذا (إن لم يكفها المطر المعتاد) فإن كفاها لم يحتج لترتيب الماء. نعم بطائح العراق يعتبر حبسه عنها عكس غيرها كما ذكره الماوردي والرويانى وغيرهما وأراضي الجبال التي لا يمكن سوق الماء إليها ولا يكفيها المطر تكفي الحراثة وجمع التراب كما اقتضاه كلام المصنف في الروضة كالرافعي، وجزم به غيرهما (لا الزراعة) فلا تشتت في إحيائها (في الأصح) كما لا تشتت سكنى الدار لأن استيفاء المنفعة خارج عن الإحياء، والثاني نعم إذ الدار لا تصير محياة حتى يصير فيها عين مال المحيي فكذا المزرعة (أو بستانا فجمع التراب) حولها إن اعتادوا ذلك بدلا عن التحويط (و) إلا اشترط (التحويط) ولو بنحو قصب (حيث جرت العادة به) إذ الإحياء لا يتم بدونه، وعبارة المصنف محمولة على التنويع لتوافق عبارة الروضة وأصلها (وتهيئة ماء له) إن لم يكفه مطر كالمزرعة (ويشترط) نصب باب و (الغرس) ولو لبعضه بحيث يسمى معه بستانا كما أفاده الأذرعى، فلا يكفي غرس الشجرة والشجرتين في المكان الواسع (على المذهب) إذ لا يتم اسمه بدونه بخلاف المزرعة بدون الزرع، ولا يشترط أن يثمر، وما يفعل عادة إلا للتملك كبناء دار لا يعتبر قصده، بخلاف ما يفعل له ولغيره كحفر بئر فإنه يتوقف ملكه على قصده، وقيل لا يشترط الغرس.

(ومن) (شرع في عمل إحياء ولم يتمه) كحفر الأساس (أو علم على بقعة بنصب أحجار أو غرز خشبا) أو جمع ترابا أو خط خطوطا (فمتحجر) عليه: أي مانع لغيره منه بما فعله بشرط كونه بقدر كفايته وقادرا على عمارته حالا (و) حينئذ (هو أحق به) من غيره اختصاصا لا ملكا، والمراد ثبوت أصل الحقية له إذ لا حق لغيره فيه ولخبر أبي داود {من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به} فإن زاد على كفايته فلغيره إحياء الزائد كما قاله المتولي، وما سواه باق تحجره فيه ولو شائعا، وأما ما لا يقدر عليه حالابل مالا فلا حق له فيه، ولما كان إطلاق الأحقية يقتضي الملك المستلزم لصحة البيع وعدم ملك الغير له استدركه بقوله (لكن الأصح أنه لا يصح بيعه) ولا هبته كما قاله الماوردي خلافا للدارمي لما مر من

أنه غير مالك وحق التملك لا يباع كحق الشفعة. والثاني يصح بيعه وكأنه باع حق الاختصاص (و) الأصح (أنه لو أحياه آخر ملكه) وإن أتم بذلك كما لو اشترى على سوم أخيه ومجمله حيث لم يعرض وإلا ملكه المحيي قطعاً، ويحرم عليه نقل آلات المتحجر مطلقاً، والثاني لا يملكه لئلا يبطل حق غيره (ولو طال مدة التحجر) عرفاً بلا عذر ولم يحي (قال له السلطان) أو نأبئه (أحي أو اترك) ما تحجرته لتضييقه على الناس في حق مشترك فمنع منه (فإن استمهل) وأبدى عذراً (أمهل مدة قريبة) بحسب رأي الإمام رفقا به ودفعاً لضرر غيره، فإن مضت ولم يفعل شيئاً بطل حقه. أما إذا لم يذكر عذراً أو علم منه الإعراض فینزعها منه جالاً ولا يمهلها كما بحثه السبكي وهو ظاهر. وقضية كلام المصنف أنه لا يبطل حقه بمضي المدة بلا مهلة، وهو ما بحثه الشيخ أبو حامد والقاضي والمتولي، وهو الأصح خلافاً لما جزم به الإمام من بطلانه بذلك لأن التحجر ذريعة إلى العمارة وهي لا تؤخر إلا بقدر تهيئة أسبابها، ولهذا لا يصح تحجر فقير لا يقدر على تهيئتها (ولو أقطعه الإمام مواتاً) يقدر عليه (صار أحق بإحيائه) بمجرد الإقطاع: أي مستحقاً له دون غيره وصار (كالمتحجر) في أحكامه المارة {لأنه صلى الله عليه وسلم أقطع الزبير رضي الله عنه أرضاً من أموال بني النضير} كما رواه الشيخان، وبحث الزركشي أن ما أقطعه صلى الله عليه وسلم لا يملكه الغير بإحيائه كما لا ينقض حماه ولا ينافي ما تقرر أن المقطع لا يملك قول الماوردي إنه يملك لأنه محمول كما في شرح المذهب على ما إذا أقطعه الأرض تمليكاً لرقبتها كما مر، وأفهم قوله مواتاً أنه ليس له إقطاع غيره ولو مندرسا وقد مر ما فيه، وحاصله أنه إن توقع ظهور ملكه حفظ له وإلا صار ملكاً لبيت المال فللإمام إقطاعه ملكاً أو ارتفاعاً بحسب ما يراه مصلحة.

(ولا يقطع الإمام) أي لا يجوز له أن يقطع (إلا قادراً على الإحياء) حساً وشرعاً دون ذمي بدارنا (وقدرا يقدر عليه) أي على إحيائه لأنه اللائق بفعله المنوط بالمصلحة (وكذا المتحجر) لا ينبغي أن يقطع من مريده إلا فيما يقدر على إحيائه، وإلا فغيره إحياء الزائد كما مر، والأوجه حرمة تحجير زائد على ما يقدر عليه لأن فيه منعاً لمريد الإحياء بلا حاجة، ولو قال المتحجر لغيره أترتك به أو أقمته مقامي صار الثاني أحق به. قال الماوردي: وليس ذلك هبة بل تولية وإيثار (والأظهر أن للإمام) ونائبه ولو والى ناحية (أن يحمي) بفتح أوله: أي يمنع، وبضمه: أي يجعل حمى (بقعة موات لرعي) خيل جهاد و (نعم جزية) وفيء (وصدقة و) نعم (ضالة و)

نعم إنسان (ضعيف عن النجعة) بضم النون وهو الإبعاد في الذهاب لطلب الرعي لأنه صلى الله عليه وسلم حمى النقيع بالنون وقيل بالباء لخیل المسلمين، وهو بقرب وادي العقيق على عشرين ميلا من المدينة، وقيل على عشرين فرسخا، ومعنى خبر البخاري {لا حمى إلا لله ورسوله} لا حمى إلا مثل حماه صلى الله عليه وسلم بأن يكون لما ذكر، ومع كثرة المرعى بحيث يكفي المسلمين ما بقي وإن احتاجوا للتباعد للرعي، وذكر النعم فيما عدا الصدقة للغالب، والمراد مطلق الماشية. ويحرم على الإمام أخذ عوض ممن يرعى في حمى أو موات، ويحرم عليه أن يحمي الماء العد بكسر أوله، وهو الذي له مادة لا تنقطع كماء عين أو بئر لشرب خيل الجهاد وإبل الصدقة والجزية وغيرهما (و) الأظهر (أن له) أي الإمام (نقض حماه) وحمى غيره إذا كان النقض (للحاجة) بأن ظهرت المصلحة فيه بعد ظهورها في الحمى رعاية للمصلحة، وليس هذا من نقض الاجتهاد. والثاني المنع لتعيينه لتلك الجهة كما لو عين بقعة لمسجد أو مقبرة. أما ما حماه عليه الصلاة والسلام فلا ينقض ولا يغير بحال لأنه نص بخلاف حمى غيره ولو الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم (ولا يحمي) الإمام ونائبه (لنفسه) قطعاً لأن ذلك من خصوصياته صلى الله عليه وسلم ولم يقع ذلك منه، وليس للإمام أن يدخل مواشيه ما حماه للمسلمين لأنه قوي، ويندب له نصب أمين يدخل دواب الضعفاء ويمنع دواب الأقوياء، فإن رعاه قوي منع منه، ولا يغرم شيئاً ولا يخالفه ما مر في الحج من أن من أتلف شيئاً من نبات البقيع ضمنه على الأصح، لأن ما هنا في الرعي فهو من جنس ما حمى به، وما هناك في الإتلاف بغيره ولا يعزر أيضاً، وحمله ابن الرفعة على جاهل التحريم. قال وإلا فلا ريب في التعزير انتهى. ويرد بأنه لا يلزم من منعه من ذلك حرمة الرعي، وعلى التنزل فقد ينتفي التعزير في المحرم لعارض، ولعلمهم سامحوا فيه كمسامحتهم في الغرم.

(فصل)

في حكم المنافع المشتركة

(منفعة الشارع) الأصلية (المرور) فيه لأنه وضع لذلك، وهذا علم مما مر في الصلح وذكره توطئة لما بعده. أما غير الأصلية فأشار له بقوله (ويجوز الجلوس به) ولو بوسطه (لاستراحة ومعاملة ونحوهما) كانتظار رفيق وسؤال، وله الوقوف فيه أيضاً. نعم في الشامل أن للإمام مطالبة الواقف بقضاء حاجته والانصراف وهو متجه إن تولد من قوله ضرر ولو على ندور، هذا

كله (إذا لم يضيق على المارة) فيه لخبر {لا ضرر ولا ضرار في الإسلام وإن تقادم العهد} (ولا يشترط إذن الإمام) وشمل كلامه الذمي فيثبت له ذلك كما قاله ابن الرفعة، وتبعه السبكي، وليس للإمام ولا لغيره من الولاة أخذ عوض ممن يرتفق بالجلوس فيه سواء أكان ببيع أم لا، وإن فعله وكلاء بيت المال زاعمين أنه فاضل عن حاجة المسلمين لاستدعاء البيع تقدم الملك وهو منتف، ولو جاز ذلك لجاز بيع الموات ولا قائل به، قاله السبكي كابن الرفعة. قال: ولا أدري بأي وجه يلقي الله من يفعل ذلك. قال الأذرعي: وفي معناه الرحاب الواسعة بين الدور (وله) أي الجالس في الشارع (تظليل مقعده) أي موضع قعوده في الشارع (ببارية) بتشديد التحتية كما في الدقائق، وحكي تخفيفها: نوع ينسج من قصب كالحصير (وغيرها) مما لا يضر المارة عرفا فيما يظهر كثوب وعباءة لجريان العادة به، فلو كان مثبنا ببناء كالدكة امتنع، وله وضع سرير اعتيد وضعه فيه فيما يظهر من تردد فيه، ويختص الجالس بمحله ومحل أمتعته ومعاملته، وليس لغيره أن يضيق عليه فيه بحيث يضربه في الكيل أو الوزن والعطاء، وله منع واقف بقربه إن منع رؤية أو وصول معاملته إليه لا من قعد لبيع مثل متاعه ولم يزاحمه فيما يختص به من المرافق المذكورة، وللإمام أو نائبه أن يقطع بقعة من الشارع لمن يرتفق فيها بالمعاملة لأن له نظرا واجتهاده في أن الجلوس فيها مضر أو لا وهذا يزعم من يرى جلوسه مضرا.

(ولو) (سبق إليه) أي موضع من الشارع (اثنان) وتنازعا ولم يسعهما معا كما هو ظاهر (أقرع) بينهما وجوبا لانتفاء المرجح، ولهذا لو كان أحدهما مسلما قدم قاله الدارمي، لأن انتفاع الذمي بدارنا إنما هو بطريق التبعية لنا، وإن ترتبا قدم السابق (وقيل يقدم الإمام) أحدهما (برأيه) أي اجتهاده كمال بيت المال (ولو جلس) في الشارع لنحو استراحة بطل حقه بمجرد مفارقتة وإن نوى العود أو (لمعاملة) أو صناعة محل وإن ألفه (ثم فارقه تاركا الحرفة أو منتقلا إلى غيره بطل حقه) منه ولو مقطعا كما بحثه الأذرعي (وإن فارقه) أي محل جلوسه الذي ألفه ولو بلا عذر (ليعود) إليه، ويلحق به ما لو فارقه لا بقصد العود (لم يبطل حقه) لخبر مسلم {إذا قام أحدكم من مجلسه ثم رجع إليه فهو أحق به} ويجري هذا في السوق الذي يقام في كل شهر أو سنة مرة مثلا (إلا أن تطول مفارقتة) ولو لعذر، وإن ترك فيه متاعه (بحيث ينقطع معاملوه عنه ويألفون غيره) هو لازم لما قبله فيبطل حقه حينئذ ولو مقطعا كما في أصل الروضة وإن أطال جمع في رده

لانتفاء تعين غرض الموضوع من كونه يعرف فيعامل وخرج يجلس لمعاملة ما لو جلس لاستراحة أو نحوها فيبطل حقه بمفارقته كما مر. وكذا لو كان جوالا يقعد كل يوم في موضع من السوق. ويكره الجلوس في الشارع لحديث أو نحوه إن لم يعطه حقه من غرض بصر وكف أذى ورد سلام وأمر بمعروف ونهي عن منكر.

(ومن ألف من المسجد) وإن لم يكن من المساجد العظام خلافا للأذرعى، ومثله المدرسة (موضعا يفتى فيه) الناس (أو يقرأ) فيه قرآنا أو علما شرعيا أو آلة له، أو لتعلم ما ذكر كسماع درس بين يدي مدرس لكن بشرط أن يفيد أو يستفيد كما قاله الأذرعى، وإلا فلا يستحق شيئا (كالجالس في شارع لمعاملة) فيأتي فيه التفصيل المار بل أولى لأن له غرضا في ملازمة ذلك الموضوع ليألفه الناس، وحديث النهي عن اتخاذ المساجد وطنا يستحق مخصوص بما عدا ذلك، وأفهم كلام المصنف عدم اشتراط إذن الإمام، وهو كذلك ولو لمسجد كبير أو جامع اعتيد الجلوس فيه بإذنه في أوجه الوجهين لقوله تعالى {وأن المساجد لله فلا تدعوا مع الله أحدا} ولغيره الجلوس في مقعده، ومحل تدريسه مدة غيبته التي لا يبطل حقه بها لئلا تتعطل منفعة الموضوع في الحال، وكذا حال جلوسه لغير الإقراء أو الإفتاء فيما يظهر لأنه إنما استحق الجلوس فيه لذلك لا مطلقا وما ذكره المصنف في المسجد هو المنقول في الروضة وأصلها عن العبادي والغزالي، وقال الشيخان: إنه أشبه بماخذ الباب، ونقله في شرح مسلم عن الأصحاب، وهو المعتمد وإن نوزع فيه (ولو جلس فيه) أي المسجد (لصلاة) وإن لم يدخل وقتها أو كان الجالس صبيا في الصف الأول فيما يظهر أو استماع حديث أو وعظ، سواء أكان له عادة بالجلوس بقرب كبير المجلس وانتفع الحاضرون بقربه منه لعلمه ونحوه أم لا كما رجه في الروضة (لم يصير أحق به في غيرها) أي الصلاة ونحوها مما مر لأن لزوم بقعة معينة للصلاة غير مطلوب بل ورد النهي عنه، وحينئذ فلا نظر لأفضلية القرب من الإمام أو جهة اليمين وإن انحصر في موضع بعينه لما تقرر من النهي الشامل لهذه الصورة فزال اختصاصه عنها بمفارقتها بعد الصلاة حتى لا يألّفها فيقع في رياء ونحوه، وفارق مقاعد الأسواق بأن غرض المعاملة يختلف باختلافها، والصلاة ببقاع المسجد لا تختلف، واعتراض الرافعي بأن ثوابها في الصف الأول أكثر رد بأنه لو ترك له موضعه منه وأقيمت لزم عدم اتصال الصف المستلزم لنقصها فإن تسويته من تمامها ومجيئه في أثنائها لا يجبر الخلل الواقع في أولها وبأن الصف الأول لا يتعين له محل من المسجد بل هو ما يلي

الإمام في أي محل كان منه، فتوابه غير مختلف باختلاف بقاعه، بخلاف مقاعد الأسواق فإنها مختلفة في ذاتها من حيث اختصاص بعضها بكثرة الواردين فيه وبالوقاية من نحو حر وبرد، وهذا أولى من الجواب الأول لأنه يلزم قائله التفرقة بين مجيئه قبل فيبقى حقه وبين أن يتأخر عن الإقامة فيبطل حقه، وهم لم يقولوا بذلك. وفارق أيضا بيت المدرسة إذا فارق ساكنه بأن المسجد لا يقصد السكنى فيه، وإنما تؤلف بقاعه لأجل الصلاة فيها، بخلاف بيوت المدارس تقصد السكنى بها فاعتبر ما يشعر بالإعراض عنها وهو الغيبة الطويلة (فلو فارقه) ولو قبل دخول الوقت فيما يظهر (لحاجة) كقضاء حاجة ورعاف وتجديد وضوء وإجابة داع (ليعود لم يبطل اختصاصه في تلك الصلاة) وما ألحق بها (في الأصح) فيحرم على غيره العالم به الجلوس فيه بغير إذنه وظن رضاه كما هو ظاهر (وإن لم يترك إزاره فيه) لخبر مسلم السابق أنفا، والثاني يبطل غيرها من الصلوات. نعم إن أقيمت الصلاة فاتصلت الصفوف فالوجه كما بحثه الأذرعى سد الصف مكانه، وما استثناه الزركشي من حق السابق، وهو أنه لو قعد خلف الإمام وليس أهلا للاستخلاف أو كان ثم من هو أحق منه بالإمامة فيؤخر ويتقدم الأحق بموضعه لخبر " ليليني منكم أولو الأحلام والنهي " مردود، إذ الاستخلاف نادر ولا يختص بمن هو خلفه، وكيف يترك حق ثابت لمتوهم على أن عموم كلامهم صريح في رده، ولا شاهد له في الخبر ولا غيره كما أفهمه كلام المصنف بفرش سجادة له قبل حضوره فللغير تنحيته برجله من غير أن يرفعها بها عن الأرض لئلا تدخل في ضمانه ولو قيل بحرمة فرشها كما يفعل بالروضة الشريفة وخلف مقام سيدنا إبراهيم صلى الله عليه وسلم وعلى نبينا لم يبعد لما فيه من التضييق على الناس وتحجير المسجد، ولا نظر لتمكنهم من تنحيته لأن أكثرهم يهاب ذلك فهو قياس حرمة صوم المرأة بحضرة زوجها وإن كان له قطعه لأنه يهابه على أنه يترتب عليه من المفاسد ما لا يخفى، وخرج بالصلاة جلوسه لا اعتكاف، فإن لم ينو مدة بطل حقه بخروجه ولو لحاجة وإلا لم يبطل حقه بخروجه أثناءها لحاجة كما لو خرج لغيرها ناسيا كما بحثه الشيخ رحمه الله تعالى، ويسن منع من جلس فيه لمبايعة أو حرفة ويمنع من هو بحرime إن أضر بأهله، ويندب منع الناس من استطرار حلق القراء والفقهاء في الجوامع وغيرها توقيرا لهم. (ولو) (سبق رجل إلى موضع من رباط مسبل) وفيه شرط من يدخله وكذا الباقي (أو فقيه إلى مدرسة) أو متعلم قرآن إلى ما بني له (أو صوفي إلى خانقاه لم يزعم ولم يبطل حقه) منه

(بخروجه لشراء حاجة ونحوه) من الأعذار ولو لم يترك متاعا ولا نائبا وبإذن الإمام لعموم خبر مسلم، وقيده ابن الرفعة بما إذا لم يكن لذلك ناظر أو استأذنه وإلا فلا حق له، ويوافقه اعتبار المصنف كابن الصلاح إذنه في سكنى بيوت المدرسة ولم يعتبر المتولي إذنه في ذلك، ويمكن حمله على ما إذا اعتيد عدم اعتباره، ومتى عين الواقف مدة لم يزد عليها إذا لم يوجد في اليد من هو صفته لأن العرف يشهد بأن الواقف لم يرد شغور مدرسته، وكذا كل شرط شهد العرف بتخصيصه كما قاله ابن عبد السلام، وعند الإطلاق ينظر إلى الغرض المبني له ويعمل بالمعتاد المطرد في مثله حالة الوقف لأن العادة المطردة في زمن الواقف إذا علم بها تنزل منزلة شرطه فيزجج فقيه ترك التعلم وصوفي ترك التعبد، ولا يزداد في رباط مارة على ثلاثة أيام ما لم يعرض نحو ثلج أو خوف فيقيم إلى انقضائه ولغير أهل المدرسة ما اعتيد فيها من نحو نوم بها وطهر وشرب من مائها ما لم ينقص الماء من حاجة أهلها فيما يظهر، وأفهم ما ذكره في العادة أن بطالة الأزمنة المعهودة الآن في المدارس تمنع استحقاق معلومها حيث لم يعلم شرط واقفها ولا ما يقوم مقامه مما مر، أما خروجه لغير عذر فيبطل به حقه كما لو كان بعذر وطالت غيبته عرفا، ولغيره الجلوس في زمن غيبته التي يبقى حقه معها على نظير ما مر.

(فصل)

في بيان حكم الأعيان المشتركة المستفادة من الأرض

(المعدن) هو حقيقة البقعة التي أودعها الله تعالى جواهر ظاهرا وباطنا، سميت بذلك لعدون: أي إقامة ما أثبتته الله فيها، والمراد ما فيها (الظاهر وهو ما يخرج) جوهره (بلا علاج) في بروزه، وإنما العلاج في تحصيله (كنفط) بكسر أوله ويجوز فتحه دهن معروف (وكبريت) بكسر أوله أصله عين تجري فإذا جمد ماؤها صار كبريتا وأعزه الأحمر، ويقال إنه من الجواهر ولهذا يضيء في معدنه (وقار) أي زفت (وموميا) بضم أوله وبالمد وحكي القصر: شيء يلقيه الماء في بعض السواحل فيجمد ويصير كالقار، وقيل حجارة سود باليمن ويؤخذ من عظام موتى الكفار شيء يسمى بذلك وهو نجس أي متنجس (وبرام) بكسر أوله جمع برمة بضمها: حجر يعمل منه قدور الطبخ (وأحجار رحي) ونورة ومدر وملح مائي أو جبلي إن لم يحوج إلى حفر وتعب أو الحق به قطعة نحو ذهب أظهرها السيل من معدن (لا يملك) بقعة ونيلا بالإحياء لمن علمه قبل إحيائه (ولا يثبت فيه اختصاص بتحجر ولا

إقطاع) بالرفع من نحو سلطان بل هو مشترك بين الناس مسلمهم وكافرهم كالماء والكلأ لما صح {أنه صلى الله عليه وسلم أقطع رجلا ملح مأرب} أي مدينة قرب صنعاء كانت بها بلقيس {فقال رجل: يا رسول الله إنه كالماء العد، قال: فلا إذن} وللإجماع على منع إقطاع مشارع الماء وهذا مثلها بجامع الحاجة العامة وأخذها بغير عمل، ويمتنع أيضا إقطاع وتحجر أرض لأخذ نحو حطبها وصيدها وبركة لأخذ سمكها، وظاهر كلامه نفي إقطاع التملك والارتفاق وهو كذلك وإن قيد الزركشي المنع بالأول، وذكر في الأنوار أن من المشترك بين الناس الممتنع على الإمام إقطاعه الأيكة وثمارها وصيد البر والبحر وجواهره، قال غيره: ومنه ما يلقيه البحر من العنبر فهو لأخذه، وما ذكره في الأيكة وثمارها يخالفه ما في التنبيه من أن من أحيأ مواتا ملك ما فيه من النخل وإن كثر. ويمكن الجمع بحمل الأول على قصد الأيكة دون محلها، والثاني على قصد إحياء الأرض المشتملة على ذلك فيدخل تبعها، وعلم من ذلك أن من ملك أرضا بالإحياء ملك ما فيها حتى الكلأ، وإطلاقهما أنه لا يملك يمكن حمله على ما ليس في مملوك وعلى عدم ملكه هو أحق به، أما إذا لم يعلم إلا بعد الإحياء فيملكه بقعة ونيلًا إجماعًا على ما حكاه الإمام، وأما ما فيه علاج كما لو كان بقرب الساحل بقعة لو حفرت وسيق الماء إليها ظهر الملح فيملك بالإحياء وللإمام إقطاعها (فإن ضاق نيله) أي الحاصل منه عن اثنين تسابقا إليه، ومثله في هذا الباطن الآتي (قدم السابق) منهما لسبقه، وإنما يقدم (بقدر حاجته) عرفا فله أخذ ما تقتضيه عادة أمثاله، ويبطل حقه بانصرافه وإن لم يأخذ شيئا (فإن طلب زيادة) على حاجته (فالأصح إزعاجه) إن زوحم على الزيادة، لأن عكوفه عليه كالتحجر، والثاني يأخذ منه ما شاء لسبقه، وفارق ما مر في نحو مقاعد الأسواق بشدة الحاجة إلى المعادن، ومحل الخلاف عند انتفاء إضرار الغير، وإلا أزعج جزما (فلو جاء) إليه (معا) أو جهل السابق ولم يكفهما الحاصل منه لحاجتهما، أو تنازعا في الابتداء (أقرع بينهما في الأصح) لانتفاء المرجح، فإن وسدعهما اجتماعا، وليس لأحد أخذ أكثر من الآخر برضاه قاله في الجواهر، وهو محمول على أخذ الأكثر من البقعة لا النيل إذ له أخذ الأكثر منه، ولا فرق كما هو ظاهر كلام المصنف بين أخذ أحدهما للتجارة والآخر للحاجة أو لا. نعم لو كان أحدهما مسلما والآخر ذميا قدم المسلم كما بحثه الأذرعي في نظير ما مر في مقاعد الأسواق، ومقابل الأصح يجتهد الإمام ويقدم من يراه أحوج، وقيل ينصب من يقسم الحاصل بينهما (والمعدن الباطن وهو ما لا يخرج إلا بعلاج كذهب

وفضة وحديد ونحاس) ورصاص وفيروزج وعقيق وسائر الجواهر المبتوثة في الأرض، وعد في التنبيه الياقوت من المعادن الظاهرة، وجرى عليه الدميري، والمجزوم به في الروضة وأصلها أنه من الباطنة (لا يملك) محله (بالحفر والعمل) مطلقا ولا بالإحياء في موات على ما يأتي (في الأظهر كالظاهر). والثاني يملك بذلك إذا قصد التملك كالموات، وفرق الأول بأن الموات يملك بالعمارة وحفر المعدن تخريب، ولأن الموات إذا ملك يستغني المحيي عن العمل والنيل ميثوث في طبقات الأرض يحوج كل يوم إلى حفر وعمل وخرج بمحله نيله فيملك من غير إذن الإمام بالأخذ قطعاً لا قبل الأخذ على الأصح، وأفهم سكوته هنا عن الإقطاع جوازه وهو كذلك للاتباع بالنسبة للإرفاق لا للتملك. نعم لا يثبت فيه اختصاص بتحجر كالظاهر.

(ومن أحياء مواتا فظهر فيه معدن باطن ملكه) بقعة ونيل لكونه من أجزاء الأرض المملوكة بالإحياء، وقول بعضهم هنا بخلاف الركاز ليس في محله ومع ملكه للبقعة يملك ما فيها قبل أخذه كما اقتضاه كلام السبكي، وهو الأوجه خلافا للجوجري، وخرج بقوله فظهر المشعر بعدم علمه به حال إحيائه ما لو علمه وبنى عليه دارا مثلا فلا يملك شيئا في أرجح الطريقتين لفساد القصد خلافا لما في الكفاية، وخرج بالظاهر الباطن فلا يملكه بالإحياء كما علم مما مر إن علمه، فإن لم يعلمه ملكه. والحاصل أن المعدنين حكمهما واحد وبقعتهما لا يملكها بالإحياء مع علمه، إذ المعدن لا يتخذ دارا ولا مزرعة ولا بستانا، وتخصيص المصنف المعدن بالذكر لكون الكلام فيه، وإلا فمن ملك أرضا ملك طبقاتها حتى الأرض السابعة. (والمياه المباحة) بأن لم تملك (من الأودية) كالنيل والفرات ودجلة (والعيون) الكائنة (في الجبال) ونحوها من الموات وسيول الأمطار (يستوي الناس فيها) لخبر {الناس شركاء في ثلاث: الماء، والكلاً، والنار} وصح {ثلاثة لا يمنع: الماء والكلاً والنار} فلا يجوز لأحد تحجرها ولا للإمام إقطاعها بالإجماع وعند الازدحام مع ضيق الماء أو مشرعه يقدم الأسبق وإلا أقرع بينهما، وليس للقارع تقديم دوابه على الأدميين، إذ الضامئ مقدم على غيره وطالب الشرب على طالب السقي، وما جهل أصله وهو تحت يد واحد أو جماعة لا يحكم عليه بالإباحة لأن اليد دليل الملك. ومحله كما قاله الأذرعي إذا كان منبعه من مملوك لهم، بخلاف ما منبعه بموات أو يخرج من نهر عام كدجلة فإنه باق على إباحته، ويعمل فيما جهل قدره ووقته وكيفيته في المشارب والمساقى وغيرها بالعادة المطردة لأنها محكمة في هذا وأمثاله، والأوجه أن من كان لأرضه

شرب من ماء مباح فعطله آخر بأن أحدث ما ينحدر به الماء عنه تأثيم فاعله، ولا يلزمه أجرة منفعة الأرض مدة تعطيلها لو سقيت بذلك الماء أخذا مما مر في المساقاة، وقد جرى جمع متأخرون على أنه لو كان لثلاثة ثلاث مساق من ماء مباح أعلى وأوسط وأسفل فأراد ذو الأعلى أن يسقي من الأوسط برضا صاحبه كان لذي الأسفل منعه لئلا يتقادم ذلك فيستدل به على أن له شربا من الأوسط، وأنه لو كان له أرضان عليا فوسطى وبسفلى لآخر شرب من مباح كذلك فأراد أن يجعل للثانية شربا مستقلا ليشربا معا ثم يرسل لمن هو أسفل منه وأراد هذا منعه أنه ليس له منعه إذ لا ضرر عليه وليس فيه تأخير لسقي أرضه، بل ربما يكون وصول الماء إليه إذا شربا معا أسرع منه إذا شربا مرتبا (فإن أراد قوم سقي أرضهم) بفتح الراء بلا ألف (منها) أي المياه المباحة (فضاق سقي الأعلى) وإن زاد على مرة لأن الماء ما لم يجاوز أرضه هو أحق به ما دامت له به حاجة (فالأعلى) وإن هلك زرع الأسفل قبل انتهاء النوبة إليه فإن اتسع سقى من شاء ما شاء، هذا كله إن أحيوا معا أو جهل الحال. أما لو كان الأسفل أسبق إحياء فهو المقدم، بل له منع من أراد إحياء أقرب منه إلى النهر وسقيه منه عند الضيق كما اقتضاه كلام الروضة وصرح به جمع لئلا يستدل بقربه بعد على أنه مقدم عليه ثم من وليه في الإحياء وهكذا، ولا عبرة حينئذ بالقرب من النهر، وعلم من ذلك أن مرادهم بالأعلى المحيي قبل الثاني وهكذا لا الأقرب إلى النهر، وعبروا بذلك جريا على الغالب من أن من أحيى يتحرى قربها من الماء ما أمكن لما فيه من سهولة السقي وخفة المؤنة وقرب عروق الغراس من الماء، ولو استوت أرضون في القرب للنهر وجهل المحيي أو لا أقرع للتقدم (وحبس كل واحد الماء حتى يبلغ الكعبين) لقضائه صلى الله عليه وسلم بذلك، والمراد بما ذكر كما بحثه الأذرعي جانب الكعب الأسفل ومخالفة غيره له محتجا بأية الوضوء مردودة بأن المدال على دخول المغيا في تلك خارجي وجد ثم لا هنا، والتقدير بهما هو ما عليه الجمهور وما اعترض به من كون الوجه الرجوع في السقي للعادة والحاجة لاختلافهما زمنا ومكانا، فاعتبرت في حق أهل كل محل بما هو المتعارف عندهم، والخبر جار على عادة الحجاز، فقد قيل إن النخل إن أفردت كل بحوض فالعادة ملؤه وإلا اتبعت عادة تلك الأرض، يقال عليه لا حاجة لهذا التفصيل لأن كلا من قسميه لم يخرج عن العادة في مثله فكلامهم شامل له (فإن كان في الأرض) الواحدة (ارتفاع) من طرف (وانخفاض) من طرف (أفرد كل طرف بسقي) لئلا يزيد الماء في

المخفضة على الكعبين لو سقيا معا فيسقى أحدهما حتى يبلغهما ثم يسد عنها ويرسله إلى الآخر، والظاهر كما قاله السبكي أنه لا يتعين البداءة بالأسفل بل لو عكس جاز، ومرادهم أن لا تزيد المستقلة على الكعبين كما مر وهو واضح (وما أخذ من هذا الماء) المباح (في إناء ملك على الصحيح) بل حكى ابن المنذر فيه الإجماع، ولا يصير بإعادته إليه شريكا باتفاق الأصحاب، والأوجه عدم حرمة صبه عليه، والفرق بينه وبين رمي المال فيه ظاهر، وكالأخذ في إناء سوقه لنحو بركة أو حوض مسدود، وكذا دخوله في كيزان دولابه كما أفتى به ابن الصلاح. والثاني لا يملك الماء بحال بل يكون بإحرازه أولى به من غيره، وخرج بما تقرر دخوله في ملكه بنحو سيل ولو بحفر نهر حتى دخل فلا يملكه بدخوله. نعم هو أحق به من غيره، بل جريا في موضع على أنه يملكه، ويمكن حمله على ما إذا أحرز محله بالقفل عليه ونحوه (وحافر بئر بموات الارتفاق) لنفسه بشربه أو شرب دوابه منه لا للتملك (أولى بمائها) من غيره فيما يحتاجه منه ولو لسقي زرعه (حتى يرتحل) لسبقه إليه، فإن ارتحل بطلت أحقيته وإن عاد. ومحله كما قاله الأذرعى ما لم يرتحل بنية العود ولم تطل غيبته. وأما حفرها لارتفاق المارة أو لا بقصد نفسه ولا المارة فهو كأحدهم فيشترك الناس فيها ولو مع عدم تلفظه بوقفها كما صرح به الصيمري والماوردي، ويمتنع عليه سدها وإن حفرها لنفسه لتعلق حق الناس بها فلا يملك إبطاله (والمحفورة) في الموات (للملك) أو المحفورة بل والتابعة بدون حفر (في ملك يملك) حفرها وملك محلها (مائها في الأصح) إذ هو نماء ملكه كالثمرة واللبن والشجر النابت في ملكه، والثاني لا يملكه للخبر المار ويجري الخلاف كما قاله الماوردي في كل ما ينبع في ملكه من نפט وملح كما علم مما مر، وإنما جاز لمكتري دار الانتفاع بماء بئرها لأن عقد الإجارة قد يملك به عين تبعا كاللبن (وسواء ملكه أم لا لا يلزمه بدل ما فضل عن حاجته) ولو لزرعه (لزرع) وشجر لغيره، أما على الملك فكسائر المملوكات، وأما على مقابله فلأنه أولى به لسبقه (ويجب) بذل الفاضل عن حاجته الناجزة كما قيد به الماوردي. قال الأذرعى: ومحله إن كان ما يستخلف منه يكفيه لما يطرأ بلا عوض قبل أخذه في نحو إناء (لماشية) إذا كان بقربه كالأرباح ولم يجد صاحبها ماء آخر مباحا (على الصحيح) بأن يمكنه من سقيها منه حيث لم يضر زرعه ولا ماشيته، وإلا فمن أخذه أو سوقه إليها حيث لا ضرر فيما يظهر لحرمة الروح ومحله عند انتفاء الاضطرار، وإلا وجب بذله لذي روح محترمة كأدمي وإن احتاجه لماشية وماشيته

وإن احتاجه لزرع وقيل يجب للزرع كالماشية وقيل لا يجب للماشية كالماء المحرز ولا يجب بذل فاضل الكلاً لأنه لا يستخلف في الحال ويتمول في العادة وزمن رعيه يطول بخلاف الماء، وحيث وجب البذل لم يجز أخذ عوض عليه، ولا يجب على من وجب عليه البذل إغارة آلة الاستقاء، ويشترط في بيع الماء تقديره بكيل أو وزن لا بري الماشية والزرع، والفرق بينه وبين جواز الشرب من ماء السقاء بعوض أن الاختلاف في شرب الآدمي أهون منه في شرب الماشية والزرع، وجوز ابن عبد السلام الشرب وسقي الدواب من نحو جدول مملوك لم يضر بمالكة إقامة للإذن العرفي مقام اللفظي ثم توقف فيما إذا كان لنحويتيم أو وقف عام، ثم قال ولا أرى جواز ورود ألف إبل جدولاً ماؤه يسير انتهى. والظاهر الجواز للعلم به من قوله أولاً لم يضر بمالكة.

(والقناة) أو العين (المشتركة) بين جماعة لا يقدم فيها أعلى على أسفل ولا عكسه بل (يقسم ماؤها) المملوك الجاري من بئر أو نهر قهراً عليهم إن تنازعوا وضاق، لكن على وجه لا يتقدم شريك على شريك، وإنما يحصل ذلك (بنصب خشبة) مثلاً متساو أعلاها وأسفلها بمحل مستو، وألحق بالخشبة ونحوها بناء جدار به ثقب محكمة بالجص (في عرض النهر) أي فم المجرى فيها ثقب (متساوية أو متفاوتة على قدر الحصص) من القناة ونحوها لأنه طريق على استيفاء كل واحد حصته، وعند تساوي الثقب وتفاوت الحقوق أو عكسه يأخذ كل بقدر حصته، فإن جهل قدر الحصص قسم على قدر الأراضي لأن الظاهر أن الشركة بحسب الملك، وقيل يقسم بينهم سواء، هذا إن اتفقوا على ملك كل منهم، وإلا رجح بالقرينة والعادة المطردة في ذلك كما مر، ولا ينافي ما رجحه المصنف ما ذكره في مكاتيب خسيس ونفيس كوتبا على نجوم متفاوتة بحسب قيمتهما فأحضرا مالا وادعى الخسيس أنه بينهما والنفيس أنه متفاوت على قدر النجوم صدق الخسيس عملاً باليد لإمكان الفرق إذ المدار هناك على اليد وهي متساوية وفي مسألتنا على الأرض المسقية وهي متفاوتة فعمل في كل من المحليين بما يناسبه. وفي الروضة وأصلها كل أرض أمكن سقيها من هذا النهر إذا رأينا لها ساقية منه ولم نجد لها شرباً من موضع آخر حكمنا عند التنازع بأن لها شرباً منه اهـ. وأفهم كلامهما أن ما عد لإجراء الماء فيه عند وجوده إلى أرض مملوكة دال على أن اليد فيه لصاحب الأرض التي يمكن سقيها منها سواء اتسع المجرى وقلت الأرض أو عكسه، وسواء المرتفع والمنخفض، وليس لأحدهم أن يسقي بمائه أرضاً له أخرى لا شرب لها منه سواء أحيها أم لا لأنه يجعل لها

رسم شرب لم يكن كما في الروضة، ولو زاد نصيب أحدهم من الماء على ري أرضه لم يلزمه بذله لشركائه، بل له التصرف فيه كيف شاء (ولهم) أي الشركاء (القسمة مهايأة) مياومة مثلا كأن يسقي كل منهم يوما كسائر المشتركة، ولا نظر لزيادة الماء ونقصه مع التراضي، على أن لهم الرجوع عن ذلك، فإن رجع وقد أخذ نوبته قبل أن يأخذها الآخر نوبته فعليه أجره نوبته من النهر للمدة الذي أخذ نوبته فيها. قال الزركشي: ويتعين الطريق الثاني إذا تعذر ما مر لبعده أرض بعضهم عن المقسم، ويتعين الطريق الأول فيما إذا كانت القناة تارة يكثر ماؤها وتارة يقل فتمتنع المهايأة حينئذ كما منعوا في لبون ليحلب هذا يوما وهذا يوما لما فيه من التفاوت الظاهر اهـ. وليس لأحدهم توسيع فم النهر ولا تضيقه ولا تقديم رأس الساقية التي يجري فيها الماء ولا تأخيره ولا غرس شجرة على حافته بدون رضا الباقيين كسائر الأموال المشتركة وعمارته بحسب الملك ولا يصح بيع ماء البئر والقناة منفردا عنهما، لأنه يزيد شيئا فشيئا ويختلط المبيع بغيره فيتعذر التسليم، فإن باعه بشرط أخذه الآن صح، ولو باع صاعا من ماء راكد صح لعدم زيادته، ولو باع ماء القناة مع قراره والماء جار لم يصح البيع في الجميع للجهالة، وإن أفهم كلام الروضة البطلان في الماء فقط عملا بتفريق الصفقة، فإن اشترى البئر وماءها الظاهر أو جزأها شائعا وقد عرف عمقها فيهما صح، وما ينبع في الثانية مشترك بينهما كالظاهر، بخلاف ما لو اشتراها أو جزأها الشائع دون الماء أو أطلق فلا يصح لئلا يختلط الماءان، ولو سقى زرعه بماء مغصوب ضمن الماء ببذله والغلة له لأنه المالك للبذر، فإن غرم البذل وتحلل من صاحب الماء كانت الغلة أطيب له مما لو غرم البذل فقط، ولو أشعل نارا في حطب مباح لم يمنع أحدا الانتفاع بها ولا الاستصباح منها، فإن كان الحطب له فله المنع من الأخذ منها لا الاصطلاء بها ولا الاستصباح منها. ومهايأة في كلامه منصوب إما على الحال من المبتدأ وهو القسمة بناء على صحة الحال منه كما ذهب إليه سيبويه وغيره، أو على أنها مفعول بفعل محذوف، ويجوز كون القسمة فاعلة بالظرف بناء على من جوز عمل الجار بلا اعتماد وهم الكوفيون، وعليه فنصب مهايأة على الحال من الفاعل.

{ كتاب الوقف }

هو لغة: الحبس، ويرادفه التحيس والتسبيل، وأوقف لغة رديئة، وأحبس أفصح من حبس على ما نقل، لكن حبس هي

الواردة في الأخبار الصحيحة، وشرعا: حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبتة على مصرف مباح موجود. والأصل فيه قوله تعالى {لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون} ولما سمعها أبو طلحة بادر إلى وقف أحب أمواله بيرحا حديقة مشهورة، وقوله {وما يفعلوا من خير فلن يكفروه} وخبر مسلم {إذا مات المسلم انقطع عمله إلا من ثلاث صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح أي مسلم يدعو له} وحمل العلماء الصدقة الجارية على الوقف دون نحو الوصية بالمنافع المباحة لندرتها. {ووقف عمر رضي الله عنه أرضا أصابها بخير بأمره صلى الله عليه وسلم وشرط فيها بشروطا: منها أنه لا يباع أصلها ولا يورث ولا يوهب وأن من وليها يأكل منها بالمعروف أو يطعم صديقا غير متمول فيه}، رواه الشيخان. وهو أول وقف وقف في الإسلام، وقيل: بل {وقفه صلى الله عليه وسلم أموال مخيريق التي أوصى بها له في السنة الثالثة}. وجاء عن جابر: ما بقي أحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم له مقدرة حتى وقف. وأشار الشافعي رضي الله عنه إلى أن هذا الوقف المعروف حقيقة شرعية لم تعرفه الجاهلية. وعن أبي يوسف أنه لما سمع خبر عمر أنه لا يباع أصلها رجع عن قول أبي حنيفة رضي الله عنه ببيع الوقف وقال: لو سمعه لقال به

وأركانه أربعة: موقوف، وموقوف عليه، وصيغة، وواقف. وبدأ به لكونه الأصل فقال (شرط الواقف صحة عبارته) ولو كافرا لما لا يعتقد قربة كمسجد فخرج الصبي والمجنون (وأهلية التبرع) في الحياة كما هو المتبادر وهذا أخص مما قبله فجمعه بينهما للإيضاح، فلا يصح من محجور عليه بسفه وصحة نحو وصيته ولو بوقف داره لارتفاع الحجر عنه بموته ومكره فلا يرد عليه لأنه في حالة الإكراه ليس صحيح العبارة ولا أهلا للتبرع ولا لغيره إذ ما يقوله أو يفعله لأجل الإكراه لغو منه، ومكاتب ومفلس وولي ويصح من بعض وممن لم ير ولا خيار له إذا رأى، ومن الأعمى قياسا على ما قبله كما هو مقتضى كلامهم وإن لم أر التصريح به

(و) شرط (الموقوف) كونه عينا معينة مملوكة ملكا يقبل النقل يحصل منها مع بقاء عينها فائدة أو منفعة تصح إجارتها كما يشير لذلك كلامه الآتي بذكره بعض محترزات ما ذكر كالمنفعة وإن ملكها مؤبدا بالوصية والملتزم في الذمة وأحد عبديه وما لا يملك ككلب. نعم يصح وقف الإمام نحو أراضي بيت المال على جهة ومعين على المنقول المعمول به بشرط ظهور المصلحة في ذلك إذ تصرفه فيه منوط بها كولي اليتيم ومن ثم لو رأى تملك ذلك

لهم جاز، وأم ولد ومكاتب وحمل منفرد وذو منفعة لا يستأجر لها كالة لهو وطعام، أما لو وقف حاملا صح فيه تبعا لأمه كما صرح به الشيخ. نعم يصح وقف فحل للضراب وإن لم تجز إجارته لأنه يغتفر في القرية ما لا يغتفر في المعاوضة و (دوام الانتفاع) المذكور (به) المقصود بأن تحصل منه فائدة مع بقاءه مدة كما عبر عنه بذلك جماعة، وضابط المنفعة المقصودة ما يصح استئجاره على شرط ثبوت حق الملك في الرقبة، وعلم بذلك أن ما أفاده كلام القاضي أبي الطيب من أنه لا يكفي بقاءه نحو ثلاثة أيام محمول على ما لا تقصد إجارته في تلك المدة، وشمل كلام المصنف وقف الموصى بعينه مدة والمأجور وإن طال مدتهما، ونحو الجحش الصغير، والدرهم لتصاغ حليا فإنه يصح وإن لم تكن له منفعة حالا كالمغصوب ولو من عاجز عن انتزاعه، وكذا وقف المدبر والمعلق عتقه بصفة فإنهما وإن عتقا بالموت ووجود الصفة وبطل الوقف لكن فيهما دوام نسبي أخذا مما مر، ومن ثم صح وقف بناء وغراس في أرض مستأجرة لهما، وإن استحقا القلع بعد انقضاء مدة الإجارة وفارق صحة بيعهما وعدم عتقهما مطلقا بأنه هنا استحق عليه حقان متجانسان فقدمنا أقواهما مع سبق مقتضية، وبه فارق ما لو أولد الواقف الموقوفة حيث لم تصر أم ولد وخرج ما لا يقصد كنقد للتزوين به أو الاتجار فيه وصرف ربحه للفقراء، وكذا الوصية به كما يأتي وما لا يفيد نفعاً كزمن غير مرجو برؤه (لا مطعوم) بالرفع أي وقفه إذ نفعه بإهلاكه (وريجان) محصور لسرعة فساده، أما مزروع فيصح وقفه للشتم لبقائه مدة كما قاله المصنف وغيره، وفيه نفع آخر وهو التنزه، ولهذا قال الخوارزمي وابن الصلاح: يصح وقف المشموم الدائم النفع كالعنبر والمسك بخلاف عود البخور لأنه لا ينتفع به إلا باستهلاكه، فالحاق جمع العود بالعنبر محمول على عود ينتفع به بدوام شمه

(ويصح وقف عقار) بالإجماع (ومنقول) للخبر الصحيح فيه (ومشاع) وإن جهل قدر حصته أو صفتها لأن وقف عمر السابق كان مشاعاً، ولا يسري للباقي، وشمل كلامه ما لو وقف المشاع مسجداً، وهو كذلك كما صرح به ابن الصلاح قال: ويحرم على الجنب المكث فيه وتجب قسمته لتعينيها طريقاً وما نوزع به مردود، وتجوز الزركشي المهايأة هنا بعيد إذ لا نظير لكونه مسجداً في يوم وغير مسجد في آخر، ولا فرق فيما مر بين أن يكون الموقوف مسجداً هو الأقل أو الأكثر خلافاً للزركشي ومن تبعه، ويفرق بينه وبين حمل تفسير فيه قرآن بأن المسجدية هنا شائعة في جميع أجزاء الأرض غير متميزة في شيء منها فلم يمكن تبعية الأقل

للأكثر إذ لا تبعية إلا مع التمييز، بخلاف القرآن فإنه متميز عن التفسير، فاعتبر الأكثر ليكون الباقي تابعاً له. أما جعل المنقول مسجداً كفرشٍ وثيابٍ فموضع توقف لأنه لم ينقل عن السلف مثله، وكتب الأصحاب ساكتة عن تنصيص بجواز أو منع، وإن فهم من إطلاقهم الجواز فالأحوط المنع كما جرى عليه بعض شراح الحاوي، وما نسب للشيخ رحمه الله تعالى من إفتائه بالجواز فلم يثبت عنه (لا) وقف (عبد وثوب في الذمة) لأن حقيقته إزالة ملك عن عين، نعم يجوز التزامه فيها بالنذر (ولا وقف حر نفسه) لأن رقبته غير مملوكة له (وكذا مستولدة) لعدم قبولها للنقل كالحرق ومثلها المكاتب، أي كتابة صحيحة على الأوجه، بخلاف ذي الكتابة الفاسدة إذ المذهب فيه التعليق، ومر في المعلق صحة وقفه (وكلب معلم) أو غير معلم لأنه لا يملك وتقييده بالمعلم لأجل الخلاف (وأحد عبديه في الأصح) كالبيع، ومقابل الأصح فيه يقيس الوقف على العتق، وفيما قبله يقيس وقفه على إجارته: أي على وجه ضعيف فيها، وفارق العتق بأنه أقوى وأنفذ لسرايته وقبوله التعليق

(ولو) (وقف بناء أو غراساً في أرض مستأجرة) إجارة صحيحة أو فاسدة أو مستعارة مثلاً (لهما) ثناه مع أن العطف بأو لأنها بين ضدين فلا اعتراض عليه (فالأصح جوازه) لأنه مملوك ينتفع به في الجملة مع بقاء عينه. والثاني المنع إذ لملك الأرض قلعهما فلا يدوم الانتفاع بهما. قلنا يكفي دوامه إلى القلع بعد مدة الإجارة، فلو قلع ذلك وبقي منتفعا به فهو وقف كما كان وإن لم يبق فهو يصير ملكاً للموقوف عليه، أو يرجع للواقف وجهان أصحهما أولهما، وقول الجمال الإسنوي إن الصحيح غيرهما وهو شراء عقار أو جزء من عقار وهو قياس النظائر في آخر الباب، ونقل نحوه الأذرعي فقال: ويقرب أن يقال يباع ويشترى بثمنه من جنسه ما يوقف مكانه محمول على إمكان الشراء المذكور، وكلام الشيخين الأول محمول على عدمه ويلزمه بالقلع أرش نقصه يصرف على الحكم المذكور، وخرج بنحو المستأجرة المغصوبة فلا يصح وقف ما فيها لعدم دوامه مع بقاء عينه، وهذا مستحق الإزالة كما أفتى بذلك الوالد رحمه الله تعالى. لا يقال: غاية أمره أن يكون مقلوعاً وهو يصح وقفه لأننا نقول: وقفه في أرض مغصوبة ملاحظ فيه كونه غراساً قائماً، بخلاف المقلوع فغير ملاحظ فيه ذلك، وإنما هو وقف منقول، ويصح شرط الواقف صرف أجره الأرض المستأجرة لهما من ريعهما إن لم تلزم ذمته الأجرة. بخلاف ما لزم ذلك بعقد إجارة

أو بدونه فلا يصح شرط صرفه منه لأنه دين عليه، وعلى هاتين
الحالتين يحمل الكلامان المختلفان
(فإن وقف) على جهة فسيأتي أو (على معين واحد أو جمع) هو
بمعنى قول أصله جماعة، وحصول الجماعة باثنين كما مر في بابها
اصطلاح يخص ذلك الباب لصحة الخبر به، وحكم الاثنين يعلم من
مقابلة الجمع بالواحد الصادق مجازاً بقريضة المقابلة بالاثنتين
(اشترط) عدم المعصية وتعيينه كما أفاده قوله معين و (إمكان
تمليكه) من الواقف في الخارج بأن يوجد خارجاً متأهلاً للملك لأن
الوقف تملك المنفعة (فلا يصح) الوقف على معدوم كعلى مسجد
سبيني، أو على ولده ولا ولد له، أو على فقراء أولاده وليس فيهم
فقير، أو على القراءة على رأس قبره أو قبر أبيه الحي. فإن كان
له ولد وفيهم فقير صح وصرف للحادث وجوده في الأولى أو فقره
في الثانية لصحته على المعدوم تبعاً كوقفته على ولدي ثم على
ولد ولدي ولا ولد له كعلى مسجد كذا وكل مسجد سبيني في
تلك المحلة، وسيذكر في نحو الحربي ما يعلم منه أن الشرط
بقاؤه فلا يرد عليه هنا إيهامه الصحة عليه لإمكان تملكه ولا
(على) أحد هذين ولا على عمارة المسجد إذا لم يبينه، بخلاف داري
على من أراد سكنها من المسلمين ولا على ميت ولا علي (جنين)
لأن الوقف تسليط في الحال بخلاف الوصية، ولا يدخل أيضاً في
الوقف على أولاده إذ لا يسمى ولداً وإن كان تابعاً لغيره. نعم إن
انفصل استحق معهم قطعاً إلا أن يكون الواقف قد سمي
الموجودين أو ذكر عددهم فلا يدخل كما أشار إليه الأذرعى وهو
ظاهر، ويدخل الحمل الحادث علوقه بعد الوقف، فإذا انفصل
استحق من غلة ما بعد انفصاله كما مر. وأما إطلاق السبكي بحثاً
أنه لا يدخل فيصرف لغيره حتى ينفصل فمعترض بأن المتبادر أن
الواقع من الربيع يوقف لانفصاله وبنو زيد لا يشمل بناته، بخلاف
بني تميم لأنه اسم للقبيلة (ولا على العبد) ولو مدبراً أو أم ولد
(لنفسه) لأنه غير أهل للملك. نعم إن وقف على جهة قرابة كخدمة
مسجد أو رباط صح الوقف عليه لأن القصد تلك الجهة، أما
المبعض فالظاهر كما أفاده الشيخ أنه إن كانت مهياةً وصدر
الوقف عليه يوم نوبته فكالحر، أو يوم نوبة سيده فكالعبد وإن لم
تكن مهياةً وزع على الرق والحرية، وعلى هذا يحمل إطلاق ابن
خيران صحة الوقف عليه. قال الزركشي: فلو أراد مالك البعض أن
يقف نصفه الرقيق على نصفه الحر فالظاهر الصحة كما لو أوصى
به لنصفه الحر، ويؤخذ من العلة أن الأوجه صحته على مكاتب غيره
كتابة صحيحة لأنه يملك كما نقله في الروضة عن المتولي وإن نقل

خلافه عن الشيخ أبي حامد ثم لم يقيد بالكتابة صرف له بعد العتق أيضا، وإلا فهو منقطع الآخر فيبطل استحقاقه وينتقل الوقف إلى من بعده، هذا إن لم يعجز وإلا بان بطلانه لكونه منقطع الأول فيرجع عليه بما أخذه من غلته، أما مكاتب نفسه فلا يصح وقفه عليه كما لو وقف على نفسه كما جزم به الماوردي وغيره، وهو نظير ما سيأتي في إعطاء الزكاة له (فإن أطلق الوقف عليه فهو وقف على سيده) كما لو وهب منه أو أوصى له ويقبل هو إن شرطناه وهو الأصح الآتي وإن نهاه، سيده عنه دون السيد إن امتنع كما يأتي نظيره في الوصية

(ولو) (أطلق الوقف على بهيمة) مملوكة (لغا) لاستحالة ملكها (وقيل هو وقف على مال كها) كالعبد، والفرق أن العبد قابل لأن يملك بخلافها، وخرج بأطلق الوقف على علفها أو عليها بقصد مال كها وبالمملوكة المسبلة في ثغر أو نحوه فيصح بخلاف غير المسبلة ومن ثم نقلا عن المتبولي عدم صحته على الوحوش والطيور المباحة، وما نوزعا به مستدلين بما يأتي أن الشرط في الجهة عدم المعصية يرد بأن هذه الجهة لا يقصد الوقف عليها عرفا ومن ثم لما قصد حمام مكة بالوقف عليه عرفا كان المعتمد كما قاله الغزالي صحته عليه. أما المباحة المعينة فلا يصح عليه جزما على نزاع فيه

(ويصح) الوقف ولو من مسلم (على ذمي) معين متحد أو متعدد كما يجوز التصدق عليه. نعم لو ظهر في تعيينه قصد معصية كالوقف على خادم كنيسة للتعبد لغا كالوقف على ترميمها أو وقودها أو حصرها، وكذا لو وقف عليه ما لا يملكه كقن مسلم ونحو مصحف فلو حارب ذمي موقوف عليه صار الوقف كمنقطع الوسط أو الآخر كما بحثه بعض الشراح وهو ظاهر، وعليه فالفرق بينه وبين المكاتب إذا رُق ظاهر (لا مرتد وحربي) لأن الوقف صدقة جارية ولا بقاء لهما ويفرق بينهما وبين نحو الزاني المحصن وإن كانا دونه في الإهدار إذ لا تمكن عصمته بحال بخلافهما بأن في الوقف عليهما منابذة لعزة الإسلام لتمام معاندتهما له من كل وجه بخلافه لا سيما والارتداد ينافي الملك والحراية سبب زواله فلا يناسبهما التحصيل، أما المعاهد والمؤمن فيلحقان بالحربي على ما جزم به الدميري. وقال غيره: إنه المفهوم من كلامهم، ورجح الغزي إلحاقهما بالذمي وهو الأوجه إن حل بدارنا ما دام فيها، فإذا رجع صرف لمن بعده، وخص المصنف في نكت التنبيه الخلاف بقوله وقفت على زيد الحربي والمرتد كما يشير إليه كلام اللباب،

أما إذا وقف على الحربيين أو المرتدين فلا يصح قطعاً، ورجح السبكي فيمن تحتم قتله بالمحاربة أنه كالزاني المحصن (ونفسه في الأصح) لتعذر تملك الإنسان ملكه أو منافع ملكه لنفسه لأنه حاصل، ويمتنع تحصيل الحاصل واختلاف الجهة إذ استحقاقه وقفاً غيره ملكاً الذي نظر له مقابل الأصح، واختاره جمع، ومنه أن يشترط نحو قضاء دينه مما وقفه، أو انتقاعه به، أو شربه منه، أو مطالعته في الكتاب، أو طبخه في القدر، أو استعماله من بئر أو كوز وقف ذلك على نحو الفقراء، فيبطل الوقف بذلك خلافاً لما وقع لبعض الشراح هنا، وكأنه توهم جواز ذلك من قول عثمان في وقفه لبئر رومة دلوي فيها كدلاء المسلمين وليس بصحيح، فقد أجابوا عنه بأنه لم يقل ذلك على سبيل الشرط بل الإخبار بأن للواقف الانتفاع بوقفه العام كالصلاة بمسجد وقفه والشرب من بئر وقفها. نعم لو شرط أن يضحى عنه صح أخذاً من قول الماوردي وغيره بصحة شرط أن يحج عنه منه: أي لأنه لا يرجع له من ذلك سوى الثواب وهو لا يضربل هو المقصود من الوقف، ولو وقف على الفقراء مثلاً ثم صار فقيراً جاز له الأخذ منه: وكذا لو كان فقيراً حال الوقف كما في الكافي واعتمده السبكي وغيره، ويصح شرطه النظر لنفسه ولو بمقابل إن كان بقدر أجره المثل فأقل كما قيده بذلك ابن الصلاح. ومن الحيل في الوقف على النفس أن يقف على أولاد أبيه ويذكر صفات نفسه فيصح كما قاله جمع من المتأخرين واعتمده ابن الرفعة وعمل به في حق نفسه فوقف على الأفقه من بني الرفعة وكان يتناوله، وهو الأوجه، وإن خالف فيه الإسنوي وغيره تبعاً للغزالي والخوارزمي فأبطلوه إن انحصرت الصفة فيه وإلا صح، قال: وهو أقرب لبعده عن قصد الجهة وأن يؤجره مدة طويلة ثم يقفه على الفقراء مثلاً ثم يتصرف في الأجرة أو يستأجره من المستأجر وهو الأحوط لينفرد باليد ويأمن خطر الدين على المستأجر وأن يستحكم فيه من يراه، ولو أقر من وقف على نفسه ثم على جهات مفصلة بأن حاكم يراه حكم به ويلزومه وأخذناه بإقراره ونقض الوقف في حق غيره على ما أفتى به البرهان المراغي، والأوجه ما أفتى به التاج الفزاري من قبول إقراره عليه وعلى من يتلقى منه، كما لو قال هذا وقف علي وسيأتي ما له تعلق بذلك، وأفتى ابن الصلاح وتبعه جمع بأن حكم الحنفي بصحة الوقف على النفس لا يمنع الشافعي باطنا من بيعه وسائر التصرفات فيه، قال: لأن حكم الحاكم لا يمنع ما في نفس الأمر، وإنما منع منه في الظاهر سياسة شرعية، ويلحق بهذا ما في

معناه، لكن رده جمع بأنه مفرع على مرجوح وهو أن حكم الحاكم في محل اختلاف المجتهدين لا ينفذ باطنا كما صرح به تعليقه، والأصح كما في الروضة في مواضع نفوذه باطنا، ولا معنى له إلا ترتب الآثار عليه من حل وحرمة ونحوهما. وصرح الأصحاب بأن حكم الحاكم في المسائل الخلافية برفع الخلاف وبصير الأمر متفقا عليه

(وإن) (وقف) مسلم أو ذمي (على جهة معصية كعمارة) نحو (الكنائس) المقصودة، للتعبد وترميمها وإن مكناهم منه كما قاله السبكي والأذرعي وغيرهما أو قناديلها أو كتابة نحو التوراة (فباطل) لكونه إعانة على معصية. نعم ما فعله ذمي لا يبطله إلا إن ترافعوا إلينا وإن قضى به حاكمهم لا ما وقفوه قبل المبعث على كنائسهم القديمة فلا يبطله بل نقره حيث نقرها، أما نحو كنيسة لنزول المارة أو لسكنى قوم منهم دون غيرهم فيما يظهر فيصح الوقف عليها وعلى نحو قناديلها وإسراجها وإطعام من يأتي إليها منهم لانتقاء المعصية لأنها حينئذ رباط لا كنيسة كما في الوصية، ومن ثم جرى هنا جميع ما يأتي ثم، ومما تعم به البلوى أنه يقف ما له على ذكور أولاده وأولاد أولاده حال صحته قاصدا بذلك حرمان إناثهم، والأوجه الصحة وإن نقل عن بعضهم القول ببطلانه (أو) على (جهة قرية كالفقراء) والمراد بهم هنا فقراء الزكاة كما هو ظاهر كلام الرافعي في قسم الصدقات. نعم المكتسب كفايته ولا مال له يأخذها (والعلماء) وهم عند الإطلاق أصحاب علوم الشرع كالوصية والمدارس والكعبة والقناطر وتجهيز الموتى فيختص به من لا تركة له ولا منفق (صح) لعموم أدلة الوقف ولا نظر لكونه على جماد لأن نفع ذلك راجع على المسلمين، ولا لانقطاع العلماء دون الفقراء لأن الدوام في كل شيء بحسبه هذا كله عند إمكان حصر الجهة، فلو لم يمكن ذلك كالوقف على جميع الناس صح كذلك أيضا كما أفاده الوالد رحمه الله تعالى تبعا للسبكي خلافا للماوردي والرويانى (أو) على (جهة لا تظهر فيها القرية) بين به أن المراد بجهة القرية ما ظهر فيه قصدها وإلا فالوقف كله قرية (كالأغنياء صح في الأصح) كما يجوز بل تسن الصدقة عليهم، فالمراعى انعقاد المعصية عن الجهة فقط نظرا إلى أن الوقف تمليك كالوصية، ومن ثم استحسنا بطلانه على أهل الذمة والفساق لأنه إعانة على معصية، وهو مردود نقلا ومعنى، وتمثيل المصنف صحيح، ومن زعم عدم صحته مع سن الصدقة على الأغنياء فكيف لا يظهر فيهم قصد القرية فقد وهم لوضوح الفرق بين ما لا يظهر ولا يوجد، ولو حصرهم كأغنياء أقاربه صح

جزما كما بحثه ابن الرفعة وغيره، والغني هنا من تحرم عليه الزكاة، قاله الزبيلي، وبحث الأزرعي اعتبار العرف ثم تشكك فيه (ولا يصح) الوقف من ناطق لا يحسن الكتابة (إلا بلفظ) ولا يأتي فيه خلاف المعاطاة وفارق نحو البيع بأنها عهدت فيه جاهلية فأمكن تنزيل النص عليها، ولا كذلك الوقف، فلو بنى بناء على هيئة مسجد أو مقبرة وأذن في إقامة الصلاة أو الدفن فيه لم يخرج بذلك عن ملكه. نعم بناء المسجد في الموات تكفي النية فيه لأنه ليس فيه إخراج الأرض المقصودة بالذات عن ملكه لا حقيقة ولا تقديرا حتى يحتاج إلى لفظ قوي يخرج عنه كما قاله في الكفاية تبعا للماوردي، ويزول ملكه عن الآلة باستقرارها في محلها من البناء لا قبله، إلا أن يقول؛ هي للمسجد، ويقبل ناظره له ذلك ويقبضه كما قاله القمولي والبلقيني، وقول الروياني: لو عمر مسجدا خرابا ولم يقف الآلة كانت عارية يرجع فيها متى شاء، يمكن حمله على ما إذا لم يبين بقصد المسجد والقول بخلافه على ما إذا بنى بقصد ذلك، وفي كلام البغوي ما يرد كلام الروياني، وألحق الإسنوي أخذا من كلام الرافعي بالمسجد في ذلك المدارس والربط والبلقيني أخذا منه أيضا البئر المحفورة للسبيل والبقعة المحيطة بمقبرة. قال الشيخ أبو محمد: وكذا لو أخذ من الناس شيئا ليبنى به زاوية أو رباطا فيصير كذلك بمجرد بنائه أما الأخرس فيصح بإشارته وأما الكاتب فبكتابته مع النية (وصريحه) ما اشتق من لفظ الوقف، نحو (وقفت كذا) على كذا (أو أرضي) أو أملاكي (موقوفة) أو وقف (عليه والتسبيل والتحبس) أي ما اشتق منهما كأملأكي حبس عليه (صريحان على الصحيح) فيهما لاشتبهارهما شرعا وعرفا فيه. والثاني أنهما كنايةان لعدم اشتبهارهما كاشتبهار الوقف، وقيل الأول كناية والثاني صريح (ولو قال تصدقت بكذا صدقة محرمة) أو مؤبدة (أو موقوفة) ولا يشكل ذكر الخلاف في هذه مع صراحة أرضي موقوفة بلا خلاف لأن فيها خلافا أيضا، وعلى عدمه فموقوفة في الأولى وقعت مقصودة، وفي الثانية وقعت تابعة فضعفت صراحتها أو مسبلة أو محبسة أو صدقة حبس أو حبس محرمة أو صدقة ثابتة أو بتلة كما قاله ابن خيران أو لا تورث (أو لا تباع ولا توهب) الواو هنا بمعنى أو، إذ أحدهما كاف كما صححه في البحر، وجزم به ابن خيران وابن الرفعة وإن نازع فيه السبكي (فصريح في الأصح) لأن لفظ التصدق مع هذه القرائن لا يحتمل سوى الوقف، ومن ثم كان هذا صريحا وغيره، وإنما لم يكن قوله لزوجته أنت بائن مني بينونة محرمة لا تحلين لي بعدها أبدا صريحا لاحتماله غير الطلاق

كالتحريم بالفسخ بنحو رضاع، والثاني كناية لاحتمال تأكيد ملك المتصدق عليه. وقيل لا تكفي صدقة محرمة حتى يقول لا تباع ولا توهب (وقوله تصدقت فقط ليس بصريح) في الوقف ولا كناية فلا يحصل وقف به (وإن نواه) لتردده بين صدقة الفرض والنقل والوقف (إلا أن يضيقه إلى جهة عامة) كتصدقت به على الفقراء (وينوي الوقف) فيصير كناية كما هو ظاهر الروضة كأصلها وصوبه الزركشي، ويحصل الوقف به لظهور اللفظ حينئذ فيه بخلافه في المضاف إلى معين ولو جماعة لا يكون كناية في الوقف وإن نواه، إذ هو صريح في التملك بلا عوض، فإن قبل وقبضه ملكه وإلا فلا، ونقل الزركشي عن جمع أنه متى نوى به الوقف كان وقفا فيما بينه وبين الله تعالى (والأصح أن قوله حرمة أو أبدته ليس بصريح) لعدم استعماله مستقلا بل مؤكدا كما مر فيكون كناية لاحتماله وإتيانه بأو لدفع إيهام أن أحدهما ليس بكناية. والثاني أنهما صريحان لإفادتهما الغرض كالتحسيس والتسبيل (و) الأصح وإن نازع فيه الإسنوي (أن قوله جعلت البقعة مسجدا) من غير نية صريح حينئذ (تصير به مسجدا) ولو لم يأت بشيء مما مر لأن المسجد لا يكون إلا وقفا. والثاني لا تصير لأنه وصفها بما وصفها الشارع بقوله {جعلت لي الأرض مسجدا وطهورا} والخلاف عند الإطلاق، فلو نوى به الوقف أو زاد لله صار مسجدا قطعاً، والظاهر كما أفاده الشيخ أنه لو قال أذنت في الاعتكاف فيه صار مسجداً لأن الاعتكاف لا يصح إلا في مسجد بخلاف الصلاة، وينبغي أن صيرورته مسجداً بذلك إنما هو لتضمن كلامه الإقرار به لا لكون ذلك صيغة إنشاء لوقفه حتى لو لم يوجد منه صيغة لذلك لم يكن وقفاً باطنا (و) الأصح (أن) (الوقف على معين) واحد أو أكثر (يشترط فيه قبوله) إن كان أهلاً، وإلا فقبول وليه عقب الإيجاب أو بلوغ الخبر كالهبة والوصية، إذ دخول عين أو منفعة في ملكه قهراً بغير الإرث بعيد، وهذا هو الذي صححه الإمام وأتباعه وعزاه الرافعي في الشرحين للإمام وآخرين، وصححه في المحرر، ونقله في زيادة الروضة عنه مقتصراً عليه، وهو المعتمد وإن رجح في الروضة في السرقة عدم الاشتراط نظراً إلى أنه بالقرب أشبه منه بالعقود، ونقله في شرح الوسيط عن النص، وانتصر له جمع بأنه هو الذي عليه الأكثرين واعتمدوه، وعلى الأول لا يشترط قبول من بعد البطن الأول بل الشرط عدم الرد وإن كان الأصح أنهم يتلقون من الواقف، فإن ردوا فمقطع الوسط، فإن رد الأول بطل الوقف، ولو رجع بعد الرد لم يعد له، وعلم منه أنه لو رد بعد قبوله لم يؤثر، ولو وقف على ولده فلان ومن يحدث له من الأولاد ولم يقبل الولد لم

يصح الوقف خلافا لبعضهم، ولا يشترط قبول ورثة حائزين وقف عليهم مورثهم ما يفي به الثلث على قدر أنصائبهم فيصح، ويلزم من جهتهم بمجرد اللفظ قهرا عليهم لأن القصد من الوقف دوام الثواب للواقف فلم يملك الوارث رده، إذ لا ضرر عليه فيه. ولأنه يملك إخراج الثلث عن الوارث بالكلية فوقه عليه أولى، ولو وقف جميع أملاكه كذلك ولم يجيزوه نفذ في ثلث التركة قهرا عليهم كما مر، وأفتى ابن الصلاح بأنه لو وقف على من يقرأ على قبره بعد موته فمات ولم يعرف له قبر بطل وقفه، وخرج بالمعين الجهة العامة وجهة التحرير كالمسجد فلا قبول فيه جزما ولم ينب الإمام عن المسلمين فيه بخلافه في نحو القود لأن هذا لا بد له من مباشر، ولو وقف على مسجد لم يشترط قبول ناظره بخلاف ما وهب له (ولو رد) الموقوف عليهم أو بعضهم الوقف (بطل حقه) منه (شرطنا القبول أم لا) كالوصية. نعم لو وقف على ولده الحائز ما يخرج من الثلث لزم ولم يبطل حقه برده كما مر ولما تمم الكلام على أركانه الأربعة شرع في ذكر شروطه. وهي: التأييد، والتنجز وبيان المصرف، والإلزام، فقال (ولو قال وقفت هذا) على الفقراء أو على مسجد مثلا (سنة) مثلا (فباطل) وقفه لفساد الصيغة، إذ وضعه على التأييد وسواء في ذلك طویل المدة وقصيرها. نعم ينبغي أن يقال لو وقفه على الفقراء ألف سنة أو نحوها مما يبعد بقاء الدنيا إليه صح كما بحثه الزركشي كأذرعى لأن القصد منه التأييد دون حقيقة التأقيت، ولا أثر لتأقيت الاستحقاق كعلى زيد سنة ثم على الفقراء. أو إلا أن يولد لي ولد كما نقله البلقيني عن الخوارزمي، وجزم به ابن الصباغ وجرى عليه في الأنوار. ولا للتأقيت الضمني في منقطع الآخر المذكور في قوله (ولو قال وقفت على أولادي أو على زيد ثم نسله) أو نحوهما مما لا يدوم ولم يزد على ذلك (فالأظهر صحة الوقف) لأن مقصوده القرية والدوام فإذا بين مصرفه ابتداء سهل إدامته على سبيل الخير (فإذا انقرض المذكور) أو لم تعرف أرباب الوقف (فالأظهر أنه يبقى وقفا) لأن وضع الوقف الدوام كالعق ولأنه صرفه عنه فلا يعود كما لو نذر هديا إلى مكة فرده فقراؤها. والثاني يرتفع الوقف ويعود ملكا للواقف أو إلى ورثته إن كان مات، لأن بقاء الوقف بلا مصرف متعذر، وإثبات مصرف لم يذكره الواقف بعيد فتعين ارتفاعه (و) الأظهر (أن مصرفه أقرب الناس) رحما لا إرثا فيقدم وجوبا ابن بنت على ابن عم. ويؤخذ منه صحة ما أفتى به العراقي أن المراد بما في كتب الأوقاف ثم الأقرب إلى الواقف أو المتوفى قرب الدرجة والرحم لا قرب الإرث والعصوبة

فلا ترجيح بهما في مستويين في القرب من حيث الرحم والدرجة، ومن ثم قال: لم يرجح عم على خالة بل هما مستويان ويعتبر فيهم الفقر، ولا يفضل الذكر على غيره فيما يظهر (إلى الواقف) بنفسه (يوم انقراض المذكور) لأن الصدقة على الأقارب أفضل القربات، فإذا تعذر الرد للواقف تعين أقربهم إليه لأن الأقارب مما حث الشرع عليهم في جنس الوقف لخبر أبي طلحة {أرى أن تجعلها في الأقربين} وبه فارق عدم تعينهم في نحو الزكاة على أن لهذه مصرفاً عينه الشارع بخلاف الوقف، ولو فقدت أقاربه أو كانوا كلهم أغنياء صرف الربيع لمصالح المسلمين كما نص عليه البويطي في الأولى، أو إلى الفقراء والمساكين على ما قاله سليم الرازي وابن الصباغ والمتولي وغيرهم، أو قال ليصرف من غلته لفلان كذا وسكت عن باقيها فكذلك، وصرح في الأنوار بعدم اختصاصه بفقراء بلد الوقف بخلاف الزكاة، أما الإمام إذا وقف منقطع الآخر فيصرف للمصالح لا لأقاربه كما أفاده الزركشي وهو ظاهر (ولو كان) (الوقف منقطع الأول كوقفته على من سيولد لي) أو على مسجد سيبنى ثم على الفقراء مثلاً (فالمذهب بطلانه) لتعذر الصرف إليه حالاً ومن بعده فرعه. والطريق الثاني فيه قولان: أحدهما الصحة، وصححه المصنف في تصحيح التنبيه، ولو لم يذكر بعد الأول مصرفاً بطل قطعاً لأنه منقطع الأول والآخر، ولو قال وقفت على أولادي ومن سيولد لي على ما أفصله ففصله على الموجودين وجعل نصيب من مات منهم بلا عقب لمن سيولد له صح، ولا يؤثر فيه قوله وقفت على أولادي ومن سيولد لي لأن التفصيل بعده بيان له (أو) كان الوقف (منقطع الوسط) بالتحريك (كوقفته على أولادي ثم) على (رجل) مبهم، وبه يعلم أنه لا يضر تردد في صفة أو شرط أو مصرف دلت قرينة قبله أو بعده على تعينه إذ لا يتحقق الانقطاع إلا مع الإبهام من كل وجه (ثم الفقراء فالمذهب صحته) لوجود المصرف حالاً ومالاً، ومصرفاً عند الانقطاع كمصرف منقطع الآخر، لكن محله إن عرف أمد انقطاعه، فإن لم يعرف كرجل صرف بعد موت الأول لمن بعد المتوسط كالفقراء كما أفاده ابن المقري، وإطلاق الشارح ككثير محمول على ذلك (ولو اقتصر على) قوله (وقفت) كذا ولم يذكر مصرفاً أو ذكر مصرفاً متعذراً كوقف كذا على جماعة (فالأظهر بطلانه) وإن قال لله لأن الوقف يقتضي تمليك المنافع فإذا لم يعين متملكاً بطل كالبيع ولأن جهالة المصرف كعلي من شئت ولم يعينه عند الوقف أو من شاء الله يبطله فعدمه بالأولى، وإنما صح أوصيت بثلاثي ولم يذكر مصرفاً حيث يصرف للمساكين القائل به

مقابل الأظهر هنا لأن غالب الوصايا لهم فحمل الإطلاق عليه، ولأنها أوسع لصحتها بالمجهول والنجس، وما بحثه الأذرعى من أنه لو نوى المصرف واعترف به صح مردود كما قاله الغزى بأنه لو قال طالق ونوى زوجته لم يصح لأن النية إنما تؤثر مع لفظ يحتملها ولا لفظ هنا يدل على المصرف أصلاً، ويؤخذ منه أنه لو قال فى جماعة أو واحد نويت معيناً لا يصح قيل وهو متجه (ولا يجوز) أي لا يحل ولا يصح (تعليقه) فيما لا يضاهاى التحرير (كقوله إذا جاء زيد فقد وقفت) كذا على كذا لأنه عقد يقتضى نقلاً لله تعالى أو للموقوف عليه حالاً كالبيع والهبة، أما ما يضاهايه كجعلته مسجداً إذا جاء رمضان فالظاهر صحته كما ذكره ابن الرفعة، ومحل ذلك ما لم يعلقه بالموت، فإن علقه به كوقفت دارى بعد موتى على الفقراء فإنه يصح، قاله الشيخان، وكأنه وصية لقول القفال لو عرضها للبيع كان رجوعاً، ويفرق بينه وبين المدير بأن الحق المتعلق به وهو العتق أقوى، فلم يجز الرجوع عنه إلا بنحو البيع دون نحو العرض عليه، ونقل الزركشى عن القاضى أنه لو نجزه وعلق إعطائه للموقوف عليه بالموت جاز كالوكالة، وعليه فهو كالوصية أيضاً فيما يظهر (ولو وقف) شيئاً (بشرط الخيار) له فى الرجوع عنه، أو فى بيعه متى شاء، أو فى تغيير شيء منه بوصف، أو زيادة أو نقص، أو نحو ذلك (بطل) الوقف (على الصحيح) لما مر أنه كالبيع والهبة، وفارق العتق حيث لم يفسد بالشروط الفاسدة، كما قاله القفال واعتمده السبكي، بل قال إن خلافه غير معروف بأنه مبني على السراية لتشوف الشارع إليه، ومقابل الصحيح يصح الوقف ويلغو الشرط كما لو طلق على أن لا رجعة له (والأصح أنه إذا وقف بشرط أن لا يؤجر) أصلاً أو سنة أو لا يؤجر من ذي شوكة كما قاله الأذرعى، أو أن الموقوف عليه يسكن فيه بنفسه (اتبع) فى غير حالة الضرورة (شرطه) كسائر شروطه المتى لا تخالف الشرع وذلك لما فيه من وجود المصلحة. والثانى لا يتبع شرطه لأنه حجر على المستحق فى المنفعة، وخرج بغير حالة الضرورة ما لو لم يوجد إلا من لا يرغب فيه إلا على وجه مخالف لذلك فيجوز لأن الظاهر أنه لا يريد تعطيل وقفه، ولو انهدمت الدار المشروط عدم إجارتها إلا مقدار كذا ولم تمكن عمارتها إلا بإجارتها أكثر من ذلك أوجرت بقدر ما يفي بالعمارة فقط مراعيًا مصلحة الواقف لا مصلحة المستحق، ويجب أن يعدد العقود فى منع أكثر من سنة مثلاً وإن شرط منع الاستئناف كذا أفتى به ابن الصلاح، وخالفه تلميذه ابن رزىن وأئمة عصره فجوزوا ذلك فى عقد واحد، وقول بعض الشراح لا تجوز إجارته مدة طويلة لأجل عمارته لأن بها

ينفسخ الوقف بالكلية كما يقع بمكة غير معول عليه، لأن غرض
الواقف بقاء عينه وإن تملك ظاهراً بقاء الثواب له (و) الأصح (أنه
إذا شرط في وقف المسجد اختصاصه بطائفة كالشافعية) وزاد إن
انقرضوا فللمسلمين مثلاً أو لم يزد شيئاً (اختص بهم) أي اتبع
شرطه كما في المحرر وغيره فلا يصلي ولا يعتكف به غيرهم
رعاية لغرضه وإن كره هذا الشرط والثاني لا يختص المسجد بهم
لأن جعل البقعة مسجداً كالتحرير فلا معنى لاختصاصه بجماعة ولو
خص المقبرة بطائفة اختصت بهم عند الأكثرين كما قاله الإمام،
ولو شغله شخص بمتاعه لزمته أجرته وهل تكون لهم الأقرب لا
لأنهم ملكوا الانتفاع به لا المنفعة، ولو انقرض من ذكرهم ولم يذكر
أحداً بعدهم، فالأوجه كما بحثه الإسنوي انتفاع سائر المسلمين به
لأن الواقف لا يريد تعطل وقفه وليس أحد من المسلمين أولى به
من أحد (كالمدرسة والرباط) والمقبرة إذا خصها بطائفة فإنها
تختص بهم قطعاً لأن النفع هنا عائد إليهم، بخلافه ثم فإن صلاتهم
في ذلك المسجد كفعلها في مسجد آخر (ولو وقف على شخصين)
كهذين (ثم الفقراء) مثلاً (فمات أحدهما فالأصح المنصوص أن
نصيبه يصرف إلى الآخر) لأن شرط الانتقال إلى الفقراء
انقراضهما جميعاً ولم يوجدوا إذا امتنع الصرف إليهم، فالصرف
لمن ذكره الواقف أولى. والثاني يصرف إلى الفقراء كما يصرف
إليهم إذا ماتا، ومحل الخلاف ما لم يفصل، وإلا بأن قال وقفت على
كل منهما نصف هذا فهما وقفان كما ذكره السبكي فلا يكون
نصيب الميت منهما للآخر بل الأقرب انتقاله للفقراء إن قال ثم
على الفقراء، فإن قال ثم من بعدهما على الفقراء فالأقرب انتقاله
للأقرب إلى الواقف، ولو وقف عليهما وسكت عمن يصرف له
بعدهما فهل نصيبه للآخر أو لأقرباء الواقف؟ وجهان أوجههما كما
أفاده الشيخ الأول وصححه الأذرعى، ولو رد أحدهما أو بان ميتاً
فالقياس على الأصح صرفه للآخر، ولو وقف على زيد ثم عمرو ثم
بكر ثم الفقراء فمات عمرو قبل زيد ثم مات زيد قال الماوردي
والرويانى: لا شيء لبكر وينتقل الوقف من زيد إلى الفقراء لأنه
رتبه بعد عمرو وعمرو بموته أولاً لم يستحق شيئاً فلم يجر أن
يتملك بكر عنه شيئاً وقال القاضي في فتاويه: الأظهر أنه يصرف
إلى بكر لأن استحقاق الفقراء مشروط بانقراضه، كما لو وقف
على ولده ثم ولد ولده ثم الفقراء فمات ولد الولد ثم الولد يرجع
للفقراء، ويوافق فتوى البغوي في مسألة حاصلها أنه إذا مات
واحد من ذرية الواقف في وقف المترتب قبل استحقاقه للوقف
لحجبه بمن فوقه يشارك ولده من بعده عند استحقاقه، قال

الزركشي: وهذا هو الأقرب، ولو وقف على أولاده فإذا انقرض أولادهم فعلى الفقراء فالأوجه كما صححه الشيخ أبو حامد أنه منقطع الوسط لأن أولاد الأولاد لم يشترط لهم شيئاً وإنما شرط انقراضهم لاستحقاق غيرهم، واختار ابن أبي عصرون دخولهم وجعل ذكرهم قرينة على استحقاقهم واختاره الأذرعى.

(فصل)

في أحكام الوقف اللفظية

(قوله وقفت على أولادي وأولاد أولادي يقتضي التسوية بين الكل) في الإعطاء وقدر المعطى لأن الواو لمطلق الجمع لا للترتيب خلافاً للعبادي وإن نقله الماوردي عن أكثر الأصحاب، ورد بأنه شاذ ويفرض ثبوته فمحله في واو لمجرد العطف، أما الواردة للتشريك كما في {إنما الصدقات للفقراء والمساكين} فلا خلاف أنها ليست للترتيب (وكذا) يسوي بين الجميع (لو زاد ما تناسلوا أو بطناً بعد بطن) أو نسلاً بعد نسل لاقتضائه التشريك لأنه لمزيد التعميم، وهذا ما صححه في الروضة تبعاً للبغيوي وهو المعتمد، ومثله ما تناسلوا بطناً بعد بطن خلافاً للسبكي وقيل المزيد فيه بطناً بعد بطن للترتيب، وعلى الأول ففارق ما هنا ما يأتي في الطلاق أن طليقة بعد أو بعدها طليقة أو قبل أو قبلها طليقة تقع به واحدة في غير موطوءة وثنان متعاقبتان في موطوءة بأن ما هنا تقدم عليه ما هو صريح في التسوية والعقوبة بالبعديّة ليس صريحاً في الترتيب لما مر أنها تأتي للاستمرار وعدم الانقطاع، وأما ثم فليس قبلها ما يفيد تسوية فعمل بما هو المتبادر من بعد، وبهذا فارقت الأعلى فالأعلى؛ لأنه صريح في الترتيب (ولو قال) وقفته (على أولادي ثم أولاد أولادي ثم أولادهم ما تناسلوا أو) قال وقفته (على أولادي وأولاد أولادي الأعلى فالأعلى أو) الأقرب فالأقرب أو (الأول فالأول) بالجر كما بخطه بدلاً مما قبله (فهو للترتيب) لدلالة ثم عليه ولتصريحه به في الثانية وعملاً به فيما لم يذكره في الأولى، لأن ما تناسلوا يقتضي التعميم بالصفة المتقدمة وهي عدم الصرف لبطن وهناك أحد من بطن أقرب منه كما صرح به البغيوي وغيره، وظاهر كلام المصنف كالروضة وأصلها أن ما تناسلوا قيد في الأولى خاصة، والأوجه كما صرح به جمع أنه قيد في الثانية أيضاً، فإن حذفه من أحدهما اقتضى الترتيب بين البطنين المذكورتين فقط ويكون بعدهما منقطع الآخر حيث لم يذكر مصرفاً، وبحث السبكي أنه لو وقف على ولده ثم ولد أخيه ثم ولد بنته فمات ولده ولا ولد لأخيه ثم حدث لأخيه ولد استحق، ولو اختلف أهل

البطن الأول والثاني مثلا في أنه وقف ترتيب أو تشريك أو في المقادير حلفوا، ثم إن كان في أيديهم أو يد غيرهم قسم بينهم بالسوية، أو في يد بعضهم فالقول قوله، وكذا الناظر إن كان في يده، وأفتى البلقيني فيمن وقف على مصاريف ثم الفقراء واحتاج الوقف إلى عمارة فعمره وبقيت فضلا بأنها تصرف لمن تجمد له تلك المصاريف، لأن الواقف قدمها على الفقراء.

(ولا يدخل) الأرقاء في الوقف على الأولاد لانتفاء ملكهم، ويدخل فيهم الكفار ولو أهل حرابة كما هو ظاهر. نعم الأوجه في المرتد وقف دخوله على إسلامه ولا (أولاد الأولاد) ذكورا أو إناثا (في الوقف على الأولاد) والنوعان موجودان (في الأصح) لأنه لا يسمى ولدا حقيقة، ولهذا صح أن يقال ما هو ولده بل ولد ولده، وعدم حملهم اللفظ على حقيقته ومجازته لأن شرطه إرادة المتكلم له ولم يعلم هنا ومن ثم لو علمت فالأوجه دخولهم كما قطع به ابن خيران، وعلى فرض تسليم عدم الاعتبار بإرادته فهنا مرجح وهو أقرية الولد المرعية في الأوقاف غالبا فرجته وبه فارق ما يأتي في الوقف على الموالي. والثاني يدخلون لقوله تعالى {يا بني آدم} وخبر {ارموا يا بني إسماعيل فإن أباكم كان راميا}، أما إذا لم يكن حال الوقف على الولد إلا ولد الولد حمل عليه قطعاً صيانة للفظ عن الإلغاء، فلو حدث له ولد فالظاهر الصرف له لوجود الحقيقة وأنه يصرف له معه كالأولاد في الوقف عليهم، ويحتمل خلافه واستبعاد بعضهم الأول مردود، وما بحثه الأذرعى مع أنه لو قال: على أولادي وليس له إلا ولد وولد ولد أنه يدخل لقريئة الجمع غير ظاهر، والأقرب ما يصرح به إطلاقهم أنه يختص به الولد وقريئة الجمع يحتمل أنها لشمول من يحدث له من الأولاد، ولا يدخل الولد المنفي بلعان إلا أن يستلحقه فيستحق حينئذ من الربع الحاصل قبل استلحاقه وبعده حتى يرجع بما يخصه في مدة النفي كما استظهره الشيخ رحمه الله.

(وتدخل أولاد البنات) قريتهم وبعيدهم (في الوقف على الذرية والنسل والعقب وأولاد الأولاد) وإن بعدوا في غير الأخيرة لصدق كل من هذه الأربعة بهم (إلا أن يقول) الرجل (على من ينسب إلى منهم) لأنهم لا ينسبون إليه بل إلى آبائهم لقوله تعالى {ادعوهم لأبائهم} وأما خبر {ابني هذا سيد} في حق الحسن بن علي. فجوابه أنه من الخصائص كما ذكره في النكاح، فإن كان الواقف امرأة دخل أولاد بناتها لأن ذكر الانتساب في حقها لبيان الواقع لا للإخراج، فلا ينافيه قولهم في النكاح وغيره إنه لا مشاركة بين الأم وابنها في النسب إذ لو لم يصر كذلك لزم إلغاء الوقف أصلا.

فالعبارة فيها بالنسبة اللغوية لا الشرعية، ويكون كلام الفقهاء محمولا على وقف الرجل كما قدرناه في كلامه. نعم لو قال الواقف على الذين ينسبون إلي بأمهاتهم لم يكن لأولاد البنين فيه شيء. واعلم أنه يقع في كتب الأوقاف، ومن مات انتقل نصيبه إلى من في درجته من أهل الوقف المستحقين، وظاهره أن المستحقين تأسيس لا تأكيد، فيحمل على وضعه المعروف في اسم الفاعل من الاتصاف حقيقة بالاستحقاق من الوقف حال موت من ينتقل إليه نصيبه، ولا يصح حمله على المجاز أيضا بأن يراد الاستحقاق ولو في المستقبل كما أفاد ذلك السبكي وأفتى به الوالد رحمه الله تعالى، لأن قوله من أهل الوقف كاف في إفادة هذا فيلزم عليه إلغاء قوله المستحقين لأنه لمجرد التأكيد والتأسيس خير منه فوجب العمل به، ولو وقف على أولاده أو بنيه وبناته دخل الخنثى لعدم خروجه عنهم. نعم يتجه أنه إنما يعطي المتيقن إذا فاضل بين البنين والبنات ويوقف الباقي إلى البيان، ولا يدخل في الوقف على أحدهما لاحتمال أنه من الصنف الآخر. قال الإسنوي: وهذا يوهم أن المال يصرف إلى من عينه من البنين أو البنات، وهو غير مستقيم لأننا لا نتيقن استحقاقهم لنصيب الخنثى بل يوقف نصيبه إلى البيان كما في الميراث، وقد صرح به ابن المسلم وورده الوالد رحمه الله تعالى بأن كلام الشيخين هو المستقيم لأن سبب الاستحقاق مشكوك فيه وفيمن عداه موجود وشككنا في مزاحمة الخنثى له والأصل عدمه، فأشبهه ما لو أسلم على ثمان كتابيات فأسلم منهن أربع أو كان تحته أربع كتابيات وأربع وثنيات فأسلم معه الوثنيات ومات قبل الاختيار، أو طلق المسلم إحدى زوجتيه المسلمة والكتابية ومات قبل البيان فإن الأصح المنصوص أنه لا يوقف شيء للزوجات بل تقسم كل التركة بين باقي الورثة لأن استحقاق الزوجات غير معلوم.

(ولو) (وقف على مواليه) أو مولاه فيما يظهر (وله معتق) بكسر التاء (ومعتق) بفتحها تبرعا أو وجوبا أو قرعة صح كما صرح به القاضي أبو الطيب وابن الصباغ و (قسم بينهما) على عدد الرءوس كما أفهمه كلام المعتمد للبندنجي لا على الجهتين من المناصفة لتناول الاسم لهما. نعم لا يدخل مدبر وأم ولد لأنهما ليسا من الموالي حال الوقف ولا حال الموت (وقيل يبطل) لاحتماله بناء على أن المشترك مجمل وهو ضعيف أيضا، والأصح أنه كالعام فيحمل على معنیه أو معانيه بقريئة، وكذا عند عدمها عموما أو احتياطا كما قيل بكل منهما ولو لم يوجد سوى أحدهما حمل عليه قطعاً، فإذا طرأ الآخر شاركه على ما بحثه ابن النقيب وقاسه على

ما لو وقف على إخوته فحدث آخر وهو ممنوع كما أفاده الولي العراقي بأن إطلاق المولى على كل منهما اشتراك لفظي، وقد دلت القرينة على إرادة أحد معنويه وهي الانحصار في الموجود فصار المعنى الآخر غير مراد. وأما الإخوة فحقيقة واحدة وإطلاقها على كل من المتواطئ فيصدق على من طرأ، وما نوزع به من أن إطلاق المولى عليهما لا على جهة التواطؤ أيضا والموالة شيء واحد لا اشتراك فيه لاتحاد المعنى مردود بمنع اتحاده، ولأن الولاء بالنسبة للسيد من حيث كونه منعما وبالنسبة للعقيق من حيث كونه منعما عليه وهذان متغايران بلا شك، ولو وقف على مواليه من أسفل دخل أولادهم ومواليهم، وقاس عليه الإسنوي ما لو وقف على مواليه من أعلى، ورد بأن يصرف نعمة ولاء العتق تشمل فروع العتق فسموا موالي، بخلاف نعمة الإعتاق فإنها تختص بالمعتق بخلاف فروعه، ويرد بأن قوله صلى الله عليه وسلم {الولاء لحمة كلحمة النسب} صريح في شمول الولاء لعصبة السيد بل المصرح به في كلامه كما سيأتي أن الولاء يثبت لهم في حياته.

(والصفة) وليس المراد بها هنا النحوية بل ما يفيد قيادا في غيره (المتقدمة على جمل) أو مفردات ومثلوا بها لبيان أن المراد بالجمل ما يعمها (معطوفة) لم يتخلل بينها كلام طويل (تعتبر في الكل كوقفت على محتاجي أولادي وأحفادي) وهم أولاد الأولاد (وإخوتي وكذا المتأخرة عليها) أي عنها (و) كذا (الاستثناء إذا عطف) في الكل (بواو كقوله: على أولادي وأحفادي وإخوتي المحتاجين أو إلى أن يفسق بعضهم) لأن الأصل اشتراك المتعاطفين في جميع المتعلقات من صفة أو حال أو شرط والاستثناء في ذلك مثلها يجامع عدم الاستقلال ومثل الإمام للجمل بوقفت على أولادي داري وحسبت على أقاربي ضيعتي وسبلت على خدمي بيتي المحتاجين أو إلا أن يفسق أحد: أي وإن احتاجوا، واستبعاد الإسنوي رجوع الصفة للكل لأن كل جملة مستقلة بالصيغة فالصفة مع الأولى خاصة مردود بأنها حينئذ كالصفة المتوسطة فإنها ترجع للكل على المنقول المعتمد لأنها متقدمة بالنسبة لما تأخر عنها متأخرة بالنسبة لما تقدمها، وإدعاء ابن العماد أن ما مثل به الإمام خارج عن صورة المسألة لأنه وقوف متعددة، والكلام في وقف واحد ممنوع إذ ملحظ الرجوع للكل موجود فيه أيضا. نعم رده بقول الإسنوي إن ما قالاه هنا في الاستثناء مخالف لما ذكرناه في الطلاق ظاهر لإمكان الفرق بين ما ذكر في المتوسطة وما اقتضاه كلامهما في عبدي حر إن شاء الله

وامرأتي طالق أنه إذا لم ينو عوده للأخير لا يعود إليه بأن العصمة هنا محققة فلا يزيلها إلا مزيل قوي ومع الاحتمال لا قوة، وهنا الأصل عدم الاستحقاق فيكفي فيه أدنى دال على أنه سيأتي أن كلامهما ثم محمول على ما إذا قصد بها تخصيص واحد بعينه دون غيره، وتمثيله أولاً بالواو وباشتراطها فيما بعده ليس للتقييد بها، فالمذهب كما قاله جمع متأخرون أن الفاء وثم كالواو بجامع أن كلا جامع وضعا فيرجع للجميع بخلاف بل ولكن، وخرج بعدم تخلل كلام طويل ما لو تخلل كوقفت على أولادي على أن من مات منهم وأعقب فنصيبه بين أولاده للذكر مثل حظ الأنثيين وإلا فنصيبه لمن في درجته، فإذا انقضوا صرف إلى إختوتى المحتاجين أو إلا أن يفسق أحد منهم فيختص الأخير، وكلامهما في الطلاق دال على عدم الفرق بين الجمل المتعاطفة وغيرها وإن بحث بعض الشراح الفرق بينهما، وعلم مما قررناه أن كلا من الصفة والاستثناء راجع للجميع تقدم أو تأخر أو توسط، والذي يظهر أن المراد بالفسق هنا ارتكاب كبيرة أو إصرار على صغيرة أو صفائر ولم تغلب طاعته معاصيه وبالعدالة انتفاء ذلك وإن ردت شهادته لخرم مروءة أو تغفل أو نحوهما، ولو وقف على إختوته لم تدخل أخواته أو زوجته أو أم ولده ما لم تتزوج بطل حقه بتزوجها ولا يعود بعد ذلك وإن تعزبت، بخلاف نظيره في ابنته الأرملة لأنه أناط استحقاقها بصفة وبالتعزب وجدت وتلك بعدم التزوج وبالتعزب لم ينتف ذلك ولأن له غرضاً. في أن لا تحتاج ابنته وأن لا يخلفه أحد على حليلته. وأخذ الإسنوي من كلام الرافعي في الطلاق أنه لو وقف على ولده ما دام فقيراً فاستغنى ثم افتقر لا يستحق لانقطاع الديمومة وهو كذلك، وما نظر به من الفرق بينهما بأن المدار ثم على الوضع اللغوي الناظر لانقطاع الديمومة وهنا لا تأثير له بل لا بد من النظر في مقاصد الواقفين كما مر، ومقصود الواقف هنا ربط الاستحقاق بالفقر وإن تخلله شيء بنفيه غير مسلم لأن المحكوم عليه مدلول الألفاظ لا على المقاصد لعدم اطلاعنا عليها ما لم تقم قرينة تدل على ذلك فالعمل عليها، ولو وقف أو أوصى للضيف، صرف للوارد على ما يقتضيه العرف ولا يزداد على ثلاثة أيام مطلقاً، والأوجه عدم اشتراط الفقر فيه أو وقف جميع أملاكه على كذا، فالأوجه شموله لجميع ما في ملكه مما يصح وقفه، وإن أفتى الغزالي باختصاصه بالعقار لأنه المتبادر للذهن.

(فصل)

في أحكام الوقف المعنوية

(الأظهر أن) (الملك في رقبة الموقوف) على معين أو جهة (ينتقل إلى الله تعالى) (أي) تفسير لمعنى الانتقال إليه تعالى، وإلا فكل الموجودات بأثرها ملك له. في جميع الحالات بطريق الحقيقة، وغيره إن سمي مالكا فإنما هو بطريق التوسع (ينفك عن اختصاص الأدميين) كالعتق وإنما ثبت بشاهد ويمين دون بقية حقوقه تعالى لأن المقصود ريعه وهو حق آدمي (فلا يكون للواقف) وفي قول يملكه لأنه إنما أزال ملكه عن فوائده (ولا للموقوف عليه) وقيل يملكه كالصدقة، ومحل الخلاف فيما يقصد به تملك ريعه، بخلاف ما هو تحرير نص كالمسجد والمقبرة وكذا الربط والمدارس، ولو شغل المسجد بامتعته وجبت الأجرة له، وإفتاء ابن رزين بأنها لمصالح المسلمين مردود كما مر.

(ومنافعه ملك للموقوف عليه) لأن ذلك مقصوده (يستوفيهما بنفسه وبغيره بإعارة وإجارة) إن كان ناظرا وإلا امتنع عليه نحو الإجارة لتعلقها بالناظر أو نائبه، وذلك كسائر الأملاك، ومحلّه إن لم يشترط ما يخالف ذلك، ومنه وقف داره على أن يسكنها معلم الصبيان أو الموقوف عليهم فيمتنع غير سكناه، وما نقل عن المصنف من أنه لما ولي دار الحديث وبها قاعة للشيخ أسكنها غيره اختيار له، أو لعله لم يثبت عنده أن الواقف نص على سكنى الشيخ، ولو خربت ولم يعمرها الموقوف عليه أو جرت للضرورة بما تعمر به، إذ الفرض أنه ليس للوقف ما يعمر به سوى الأجرة المعجلة، وذكر ابن الرفعة أنه يلزم الموقوف عليه ما نقصه الانتفاع من عين الموقوف كرصاص الحمام فيشتري من أجرته بدل ما فات. قال الدميري: وعليه عمل الناس. قال الزركشي وفي كونه يملكها في هذه الحالة نظر. ولو وقف أرضا غير مغروسة على معين امتنع عليه غرسها إلا إن نص الواقف عليه أو شرط له جميع الانتفاعات كما رجحه السبكي، ومثل الغرس البناء، ولا يبني ما كان مغروسا وعكسه، وضابطه أنه يمتنع كل ما غير الوقف بالكلية عن اسمه الذي كان عليه حال الوقف، بخلاف ما يبقى الاسم معه. نعم إن تعذر المشروط جاز إبداله كما سيأتي، وأفتى المولى العراقي في علو وقف أراد الناظر هدم واجهته وإخراج رواشن له في هواء الشارع بامتناع ذلك إن كانت الواجهة صحيحة أو غيرها وأضر بجدار الوقف، وإلا جاز بشرط أن لا يصرف عليه من ريع الوقف إلا ما يصرف في إعادته على ما كان عليه وما زاد في ماله، وإنما لم تمتنع الزيادة مطلقا لأنها لا تغير معالم الوقف (ويملك الأجرة) لأنها بدل المنافع المملوكة له. وقضيته أنه يعطي جميع الأجرة المعجلة ولو لمدة لا يحتمل بقاؤه إلى

انقضائها، وهو كذلك كما مر في الإجارة (و) يملك (فوائده) أي الموقوف (كثمرة) ومن ثم لزمه زكاتها كما مر بقيده في بابها، ومثلها غصن وورق توت اعتيد قطعهما أو شرط ولم يؤد قطعه لموت أصله، والثمرة الموجودة حال الوقف للواقف إن كانت مؤبرة، وإلا فقولان أرجحهما أنها موقوفة كالحمل المقارن. وذكر القاضي في فتاويه أنه لو مات الموقوف عليه وقد برزت ثمرة النخل فهي ملكه، أو وقد حملت الموقوفة فالحمل له، أو وقد زرعت الأرض فالزرع لذي البذر، فإن كان البذر له فهو لورثته ولمن بعده أجره بقاءه في الأرض، وأفتى جمع متأخرون في نخل وقف مع أرضه ثم حدث منها ودي بأن تلك الودية خارجة من أصل النخل جزء منها فلها حكم أغصانها، وسبقهم لنحو ذلك السبكي فإنه أفتى في أرض وقف وبها شجر موز فزال بعد أن نبت من أصولها فراخ، وفي السنة الثانية كذلك وهكذا بأن الوقف ينسحب على كل ما نبت من تلك الفراخ المتكررة من غير احتياج إلى إنشائه، وإنما احتيج له في بدل عبد قتل لفوات الموقوف بالكلية (وصوف) وشعر ووبر وريش وبيض (ولبن وكذا الولد) الحادث بعد الوقف من مأكول وغيره كولد أمة من نكاح أو زنا (في الأصح) كالثمرة. أما إذا كان حملا حال الوقف فهو وقف كما مر وولد الأمة من شبهة حر فعلى أبيه قيمته ويملكها الموقوف عليه (والثاني يكون وقفا) تبعا لأمه كولد الأضحية ومحلها في غير ما حبس في سبيل الله أما هو فولده وقف كأصله هذا إن أطلق أو شرط ذلك للموقوف عليه فالموقوفة على ركوب إنسان فوائدها للواقف كما رجحاه وإن نوزعا فيه.

(ولو) (ماتت البهيمة) الموقوفة (اختص بجلدها) لكونه أولى به من غيره ومحلها ما لم يدبغ ولو بنفسه كما بحثه الشيخ وإلا عاد وقفا، ولو أشرفت مأكولة على الموت فإن قطع بموتها جاز ذبحها للضرورة، وهل يفعل الحاكم بلحمها ما يراه مصلحة أو يباع ويشترى بثمنه دابة من جنسها وتوقف؟ وجهان رجح ابن المقري أولهما، وخير صاحب الأنوار بينهما. قال الشيخ: والأول أولى بالترجيح إذ ليس تخيير الحاكم تخيير تشبه وإنما هو بحسب ما يراه مصلحة، وإن لم يقطع بموتها لم يجز ذبحها وإن خرجت عن الانتفاع كما لا يجوز إعتاق العبد الموقوف. وقضية كلام الروضة أنه لا يجوز بيعها حية وهو كذلك كما صححه المحاملي والجرجاني، وذهب الماوردي إلى الجواز، ويجمع بينهما بحمل كل منهما على ما إذا اقتضته المصلحة، فلو تعذر جميع ذلك صرف للموقوف عليه فيما يظهر.

(وله) (مهر الجارية) الموقوفة عليه بكرة أو ثيبا (إذا وطئت) من غير الموقوف عليه (بشبهة) منها كأن كانت مكرهة أو مطاوعة لا يعتد بفعلها لصغر أو اعتقاد حل وعذرت (أو نكاح) لأنه من جملة الفوائد، هذا (إن صحناه) أي نكاحها (وهو الأصح) لأنه عقد على منفعة فلم يمنعه الوقف كالإجارة، وكذا إن لم نصحه لأنه وطء شبهة هنا أيضا، والمزوج لها الحاكم بإذن الموقوف عليه ومن ثم لو وقفت عليه زوجته انفسخ نكاحه وخرج بالمهر أرش البكارة فهو كأرش طرفها، ولا يحل للواقف ولا للموقوف عليه وطؤها، ويحد الأول به كما حكى عن الأصحاب، وكذا الثاني كما رجاه هنا وهو المعتمد، وسيأتي في الوصية الفرق بينه وبين الموصى له، ومن خرج وجوب الحد على أقوال الملك فقد شذ. أما المطاوعة إذا زنى بها وهي مميزة فلا مهر لها (والمذهب أنه) أي الموقوف عليه (لا يملك قيمة العبد) مثلا الموقوف (إذا أتلف) من واقف أو أجنبي وكذا موقوف عليه تعدى كأن استعمله في غير ما وقف له أو تلف تحت يد ضامنة له، أما إذا لم يتعد بإتلاف الموقوف عليه فلا يكون ضامنا كما لو وقع منه كوز سبيل على حوض فانكسر من غير قصير (بل يشتري بها عبد ليكون وقفا مكانه) مراعاة لغرض الواقف وبقية البطون والمشتري لذلك هو الحاكم وإن كان للوقف ناظر خاص خلافا للزركشي بناء على أن الموقوف ملك لله تعالى، أما ما اشتراه الناظر من ماله أو من ريع الوقف أو يعمره منهما أو من أحدهما لجهة الوقف فالمنشئ لوقفه هو الناظر كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى، والفرق بينه وبين بدل الموقوف واضح، وما ذكره في شرح المنهج إنما هو في بدل الموقوف وهو المعتمد فيه لا ما ذكره صاحب الأنوار، وأما ما يبينه من ماله أو من ريع الوقف في الجدران الموقوفة فإنه يصير وقفا بالبناء لجهة الوقف، والفرق بينه وبين بدل الرقيق الموقوف أن الرقيق قد فات بالكلية والأرض الموقوفة باقية، والطوب والحجر المبني بهما كالوصف التابع لها، ولا بد من إنشاء وقفه من جهة مشتريه فيتعين أحد ألفاظ الوقف المارة، وقول القاضي أقمته مقامه محل نظر، وفارق هذا صيرورة القيمة رهنا في ذمة الجاني كما مر بأنه يصح رهنها دون وقفها، وعدم اشتراط جعل بدل الأضحية أضحية إذا اشترى بعين القيمة أو في الذمة ونوى بأن القيمة هناك ملك الفقراء والمشتري نائب عنهم فوقع الشراء لهم بالغين أو مع النية، وأما القيمة هنا فليست ملك أحد فاحتيج لإنشاء وقف ما يشتري بها حتى ينتقل إلى الله تعالى، وأفهم قوله عبد عدم جواز شراء أمة بقيمة عبد وعكسه، بل لا يجوز شراء صغير بقيمة كبير وعكسه بأن

الغرض يختلف بذلك، وما فضل من القيمة يشتري به شقص، بخلاف نظيره الآتي في الوصية لتعذر الرقبة المصرح بها فيها، فإن لم يمكن شراء شقص بالفاضل صرف للموقوف عليه فيما يظهر كما مر نظيره، بل لنا وجه بصرف جميع ما أوجبه الجناية إليه، ولو أوجبت قودا استوفاه الحاكم كما قالاه وإن نوزعا فيه (فإن تعذر) شراء عبد بها (فبعض عبد) يشتري بها لكونه أقرب إلى مقصوده كنظيره من الأضحية على الراجح الآتي في بابها، ووجه الخلاف فيها أن الشقص من حيث هو يقبل الوقف بخلاف الأضحية، ولو جنى الموقوف جناية أوجبت قصاصا اقتص منه وفات الوقف أو مالا أو قصاصا وعفا على المال فداه الواقف بأقل الأمرين، وله إن تكررت الجناية منه حكم أم الولد في عدم تكرر الفداء وسائر أحكامها، فإن مات الواقف ثم جنى فمن بيت المال كالحر المعسر كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى لا من كسب الرقيق ولا من تركه الواقف ولو مات الجاني بعد الجناية لم يسقط الفداء.

(ولو) (جفت الشجرة) الموقوفة أو قلعتها نحو ربح أو زمنت الدابة (لم ينقطع الوقف على المذهب) وإن امتنع وقفها ابتداء لقوة الدوام (بل ينتفع بها جذعا) بإجارة وغيرها (وقيل تباع) لتعذر الانتفاع على وفق شرط الواقف (والثمن) الذي بيعت به على هذا الوجه (كقيمة العبد) فيأتي فيه ما مر، فلو لم يكن الانتفاع بها إلا باستهلاكها بإحراق ونحوه صارت ملكا للموقوف عليه كما صحه ابن الرفعة والقمولي وجرى عليه ابن المقري في روضه، لكنها لا تباع ولا توهب بل ينتفع بعينها كأم الولد ولحم الأضحية، لكن اقتصر المصنف على ما ذكره كالحاوي الصغير يقتضي أنها لا تصير ملكا بحال، واعتمده الشيخ رحمه الله تعالى وقال: إنه الموافق للدليل وكلام الجمهور، ولا يلزم عليه تناف بسبب القول بعدم بطلان الوقف مع كونه ملكا لأن معنى عوده ملكا أنه ينتفع به ولو باستهلاك عينه كالإحراق، ومعنى عدم بطلان الوقف أنه ما دام باقيا لا يفعل به ما يفعل بسائر الأملاك من بيع ونحوه كما مر، ولو كان البناء والغراس موقوفًا في أرض مستأجرة وصار الربيع لا يفي بالأجرة أو يفي بها فقط أفتى ابن الأستاذ بأنه لا يلتحق بما لا ينتفع به إلا باستهلاكه: أي بإحراق ونحوه فيقلع وينتفع بعينه إن أمكن وإلا صرف للموقوف عليه وهو مؤبد لما مر. نعم قوله وإن كان الغراس مما لا ينتفع بعينه بعد القلع وانتهت مدة الإجارة واختار المؤجر قلعه فيظهر عدم صحة الوقف ابتداء ممنوع لما مر من صحة وقف الرياحين المغرسة وعلل بكونه يبقى مدة.

(والأصح جواز) (بيع حصر المسجد إذا بليت وجذوعه إذا انكسرت) أو أشرفت على الانكسار (ولم تصلح إلا للإحراق) لئلا تضيع فتحصيل يسير من ثمنها يعود على الوقف أولى من ضياعها واستثنت من بيع الوقف لصيرورتها كالمعدومة، ويصرف لمصالح المسجد ثمنها إن لم يمكن شراء حصير أو جذع به ومقابله أنها تبقى أبدا، وانتصير له جمع نقلا ومعنى، ومحل الخلاف في الموقوفة ولو بان اشتراها الناظر ووقفها، بخلاف المملوكة للمسجد بنحو شراء فإنها تباع جزما، وخرج بقوله ولم تصلح إلى آخره ما لو أمكن اتخاذ نحو ألواح منه فلا تباع قطعاً بل يجتهد الحاكم ويستعمله فيما هو أقرب لمقصود الواقف، حتى لو أمكن استعماله بإدراج في آلات العمارة امتنع ببعه فيما يظهر، وقد تقوم قطعة جذع مقام آجرة والنحاتة مقام التراب وتختلط به: أي فيقوم مقام التبن الذي يخلط الطين به كما أفاده الأذرعى وأجريا الخلاف في دار منهمة أو مشرفة على الانهدام ولم تصلح للسكنى، وفرق بعضهم بين الموقوفة على المسجد والتي على غيره، وأفتى الوالد رحمه الله تعالى بأن الراجح مع بيعها سواء أوقفت على المسجد أم على غيره. قال السبكي وغيره: إن منع بيعها هو الحق، ولأن جوازه يؤدي إلى موافقة القائلين بالاستبدال، ويمكن حمل القائل بالجواز على البناء خاصة كما أشار إليه ابن المقرئ في روضه بقوله وجدار داره المنهدم وهذا الحمل أسهل من تضعيفه (ولو) (انهدم مسجدا وتعذرت إعادته) (لم يبيع بحال) لإمكان الانتفاع به حالا بالصلاة في أرضه، وبه فارق ما لو وقف فرس على الغزو فكبر ولم يصلح حيث جاز ببعه. نعم لو خيف على نقضه نقض وحفظ ليعمر به مسجداً آخر إن رآه الحاكم، والأقرب أولى لا نحو بئر ورباط ما لم يتعذر نقله لمسجد آخر، وبحث الأذرعى تعين مسجد خص بطائفة خص بها المنهدم إن وجد وإن بعد، أما ربيع المسجد المنهدم فقال الوالد رحمه الله تعالى: إنه إن توقع عوده حفظ له، وهو ما قاله الإمام، وإلا فإن أمكن صرفه إلى مسجد آخر صرف إليه، وبه جزم في الأنوار، وإلا فمقطع الآخر فيصرف لأقرب الناس إلى الواقف، فإن لم يكونوا صرف إلى الفقراء والمساكين أو مصالح المسلمين. أما غير المنهدم فما فضل من غلة الموقوف على مصالحه يشتري بها عقار ويوقف عليه، بخلاف الموقوف على عمارته يجب ادخاره لأجلها: أي إن توقعت عن قرب كما أشار إليه السبكي وإلا لم يعد منه شيء لأجلها لأنه يعرض للضياع أو لظالم يأخذه ولو وقف أرضاً للزراعة فتعذرت وانحصر النقع في الغرس أو البناء فعل الناظر أحدهما أو أجرها

كذلك، وقد أفتى البلقيني في أرض موقوفة لتزرع حناء فأجرها الناظر لتغرس كرما بأنه يجوز إذا ظهرت المصلحة ولم يخالف شرط الواقف انتهى. لا يقال: هذا مخالف لشرط الواقف، فإن قوله لتزرع حناء متضمن لاشتراط أن لا يزرع غيره، لأن من المعلوم أنه يغتفر في الضمني ما لا يغتفر في المنطوق، على أن الفرض في مسألتنا أن الضرورة ألجأت إلى الغرس أو البناء ومع الضرورة مخالفة شرط الواقف جائزة إذ من المعلوم أنه لا يقصد تعطيل وقفه وثوابه، ومسألة البلقيني ليس فيها ضرورة فاحتاج إلى التقييد بعدم مخالفة شرط الواقف، وعمارة الوقف مقدمة على الموقوف عليه، وبصرف ريع ما وقف على المسجد وقفا مطلقا أو على عمارته في بناء وتخصيص محكم وسلم وبواري للتظليل بها ومكانس ومساحي لنقل التراب وظلة تمنع إفساد خشب باب ونحوه بمطر ونحوه إن لم يضر بالمارة وأجرة قيم لا مؤذن وإمام وحصر ودهن؛ لأن القيم يحفظ العمارة، بخلاف الباقي فلو كان الوقف لمصالحه صرف من ريعه لمن ذكر لا في تزويق ونقش بل لو وقف عليها لم يصح. وهذا المذكور من عدم صرف ذلك للمؤذن والإمام في الوقف المطلق هو مقتضى ما نقله في الروضة عن البغوي، لكنه نقل بعده عن فتاوى الغزالي أنه يصرف لهما كما في الوقف على مصالحه وكما في نظيره من الوصية للمسجد، وهذا هو الأصح، ويتجه إلحاق الحصر والدهن بهما في ذلك، ولأهل الوقف المهياة لا قسمته ولو إفرازا ولا تغييره كجعل البستان دارا وعكسه ما لم يشرط الواقف العمل بالمصلحة فيجوز تغييره بحسبها، قال السبكي: والذي أراه تغييره في غيره ولكن بثلاثة شروط: أن يكون يسيرا لا يغير مسماه، وأن لا يزيل شيئا من عينه بل ينقله من جانب إلى آخر، وأن يكون مصلحة وقف. وعليه ففتح شباك الطيرسية في جدار الجامع الأزهر لا يجوز إذ لا مصلحة للجامع فيه.

(فصل)

في بيان النظر على الوقف وشرطه ووظيفة الناظر

(إن) كان الوقف للاستغلال لم يتصرف فيه سواء ناظره الخاص أو العام أو لينتفع به الموقوف عليه وأطلق أو قال: كيف شاء فله استيفاء المنفعة بنفسه وبغيره بأن يركبه الدابة مثلا ليقضي له عليها حاجة فلا ينافي ذلك ما مر أنفا في قول المصنف بإعارة وإجارة وما قيدناه به، ثم إن (شرط الواقف النظر لنفسه أو غيره) (اتبع) كبقية شروطه لما روي أن عمر رضي الله عنه ولى أمر

صدقته ثم جعل لحفصة ما عاشت ثم لأولي الرأي من أهلها، وقبول من شرط له النظر كقبول الوكيل فيما يظهر لا الموقوف عليه ما لم يشرط له شيء من ريع الوقف على ما بحثه بعضهم ودعوى السبكي أنه بالإباحة أشبه فلا يرتد بالرد بعيد بل لو قبله ثم أسقط حقه منه سقط، إلا أن يشترط نظره حال الوقف فلا ينعزل بعزل نفسه على الراجح خلافا لمن زعم خلافه. نعم يقيم الحاكم متكلما غيره مدة إعراضه، فلو أراد العود لم يحتج إلى تولية جديدة (وإلا) أي وإن لم يشرطه لأحد (فالنظر للقاضي) أي قاضي بلد الموقوف عليه مر نظيره في مال اليتيم (على المذهب) إذ نظره عام فهو أولى من غيره ولو واقفا وموقوفا عليه وإن كان معينا وما جزم به الماوردي من ثبوته للواقف بلا شرط في مسجد المحلة والخوارزمي في سائر المساجد وزاد أن ذريته مثله مردود. والطريق الثاني ينبنى على أقوال الملك.

(وشرط الناظر العدالة) الباطنة مطلقا كما رجحه الأذرعي خلافا لاكتفاء السبكي في منصوب الواقف بالظاهرة فينعزل بالفسق المحقق بخلاف غيره نحو كذب أمكن كونه معذورا فيه كما هو ظاهر، وسواء في الناظر أكان هو الواقف أم غيره، ومتى انعزل بالفسق فالنظر للحاكم كما يأتي. وقياس ما يأتي في الوصية والنكاح صحة شرط ذمي النظر لذمي عدل في دينه لكن يرد باشتراط العدالة الحقيقية هنا، والفرق بين هذا وصحة تزويج الذمي موليته واضح (والكفاية) لما تولاه من نظر عام أو خاص وهي (الاهتداء إلى التصرف) الذي فوض له قياسا على الوصي والقيم لأنها ولاية على الغير، وعند زوال الأهلية يكون النظر للحاكم كما رجحه السبكي لا لمن بعد من الأهل بشرط الواقف خلافا لابن الرفعة لأنه لم يجعل للمتأخر نظرا إلا بعد فقد المتقدم فلا سبب لنظره غير فقده، وبهذا فارق انتقال ولاية النكاح للأبعد بفسق الأقرب لوجود السبب فيه وهو القرابة، ولا يعود النظر بعود الأهلية ما لم يكن نظره بشرط الواقف كما أفتى به المصنف لقوته إذ ليس لأحد عزله ولا الاستبدال به، والعارض مانع من تصرفه لا سالب لولايته كما مر، ولو كان له النظر على مواضع فأثبت أهليته في مكان ثبتت في بقية الأماكن من حيث الأمانة لا من حيث الكفاية، إلا أن يثبت أهليته في سائر الأوقاف كما قاله ابن الصلاح، وهو ظاهر كما قاله الدميري إذا كان الباقي فوق ما أثبتت فيه أهليته أو مثله مع كثرة مصارفه وأعماله فإن كان أقل فلا. (ووظيفته) عند الإطلاق حفظ الأصول والغلات على وجه الاحتياط كولي اليتيم و (الإجارة والعمارة) وكذا الاقتراض على

الوقف عند الحاجة إن شرطه له الواقف أو أذنه فيه الحاكم كما في الروضة وغيرها خلافا للبلقيني ومن تبعه سواء في ذلك مال نفسه وغيره (وتحصيل الغلة وقسمتها) على مستحقيها لأنها المعهودة في مثله ويلزمه رعاية زمن عينه الواقف، وإنما جاز تقدم تفرقة المنذور على الزمن المعين لشبهه بالزكاة المعجلة، ولو كان له وظيفة فاستتاب فيها فالأجرة عليه لا على الوقف كما هو ظاهر، ونقل الأذرعي عمن لا يحصى وقال: إن الذي نعتقده أن الحاكم لا ينظر له معه ولا تصرف بل ينظره معه نظر إحاطة ورعاية، ثم حمل إفتاء ابن عبد السلام بأن المدرس هو الذي ينزل الطلبة ويقدر لهم جوامكهم، على أنه كان عرف زمنه المطرد، وإلا فمجرد كونه مدرسا لا يوجب له تولية ولا عزلا ولا تقدير معلوم. انتهى. ولا يعترض بكون الناظر قد لا يميز بين فقيه وفقه لأنه قائم مقام الواقف وهو الذي يولي المدرس، فكيف قال بتقدمه عليه وهو فرعه، وكونه لا يميز لا أثر له لتمكنه من معرفة مراتبهم بالسؤال، والأوجه عدم وجوب تفريق معلوم الطلبة في محل الدرس خلافا لابن عبد السلام لعدم كونه مألوفاً في زمننا، ولأن اللائق بمحاسن الشريعة تنزيه مواضع العلم والمذكر عن الأمور الدنيوية كالبيع واستيفاء الحق، والأقرب أن المراد بالمعيد من يعيد للطلبة المدرس الذي قرأه المدرس ليستوضحوا أو يتفهموا ما أشكل، ومحل ما مر إن أطلق نظره كما مر، ومثله بالأولى ما لو فوض له جميع ذلك (فإن فوض إليه بعض هذه الأمور لم يتعدده) اتباعاً للشرط ويستحق الناظر ما شرط من الأجرة وإن زادت على أجرة مثله ما لم يكن هو الواقف كما مر، فلو لم يشترط له شيء لم يستحق أجرة. نعم له رفع الأمر إلى الحاكم ليقرر له أجرة، قاله البلقيني. قال تلميذه العراقي في تحريره: ومقتضاه أنه يأخذ مع الحاجة إما قدر النفقة له كما رجحه الرافعي ثم أو الأقل من نفقته وأجرة مثله كما رجحه النووي. قال الشيخ: وقد يقال التشبيه بالولي إنما وقع في حكم الرفع إلى الحاكم لا مطلقاً فلا يقتضي ما قاله، وكان مرادهم أنه يأخذ بتقرير الحاكم، على أن الظاهر هنا أنه يستحق أن يقرر له أجرة المثل وإن كان أكثر من النفقة، وإنما اعتبرت النفقة ثم لوجوبها على فرعه سواء أكان ولياً على ماله أم لا، بخلاف الناظر، ولو جعل النظر لعدلين من أولاده وليس فيهم سوى عدل نصب الحاكم آخر، وإن جعله للأرشد من أولاده فالأرشد فأثبت كل منهم أنه أرشد اشتركوا في النظر بلا استقلال إن وجدت الأهلية فيهم لأن الأرشدية قد سقطت بتعارض البنات فيها ويبقى أصل الرشد، وإن وجدت في بعض منهم اختص بالنظر

عملا بالبينة، فلو حدث منهم أرشد منه لم ينتقل إليه، ولو تغير حال الأرشد حين الاستحقاق فصار مفضولا انتقل النظر إلى من هو أرشد منه، ويدخل في الأرشد من أولاد أولاده الأرشد من أولاد البنات لصدقه به.

(وللواقف عزل من ولاة) نائبا عنه إن شرط النظر لنفسه (ونصب غيره) كالوكيل، وأفتى المصنف بأنه لو شرط النظر لإنسان وجعل له أن يسنده لمن شاء فأسنده لآخر لم يكن له عزله ولا مشاركته، ولا يعود النظر إليه بعد موته، وبنظير ذلك أفتى فقهاء الشام وعللوه بأن التفويض بمثابة التملك، وخالفهم السبكي فقال: بل كالتوكيل، وأفتى السبكي بأن للواقف والناظر من جهته عزل المدرس ونحوه إن لم يكن مشروطا في الوقف ولو لغير مصلحة، وهو مردود بما في الروضة أنه لا يجوز للإمام إسقاط بعض الأجناد المثبتين في الديوان بغير سبب فالناظر الخاص أولى، ولا أثر للفرق بأن هؤلاء ربطوا أنفسهم للجهد الذي هو فرض، ومن ربط نفسه لا يجوز إخراجه بلا سبب، بخلاف الوقف فإنه خارج عن فروض الكفايات، بل يرد بأن التدريس فرض أيضا وكذا قراءة القرآن، فمن ربط نفسه بهما فحكمه كذلك على تسليم ما ذكر من أن الربط به كالتلبس به وإلا فشتان ما بينهما، ومن ثم اعتمد البلقيني أن عزله من غير مسوغ لا ينفذ بل هو قاذح في نظره، وفرق في الخادم بينه وبين نفوذ عزل الإمام للقاضي تهورا بأن هذه لخشية الفتنة وهو مفقود في الناظر الخاص. وقال في شرح المنهاج في الكلام على عزل القاضي بلا سبب ونفوذ العزل في الأمر العام: أما الوظائف الخاصة كأذان وإمامة وتدريس وطلب ونحوه فلا ينعزل أربابها بالعزل من غير سبب، كما أفتى به كثير من المتأخرين منهم ابن رزين فقال: من تولى تدريسا لم يجز عزله بمثله ولا بدونه ولا ينعزل بذلك انتهى، وهذا هو المعتمد، وإذا قلنا لا ينفذ عزله إلا بسبب فهل يلزمه بيان مستنده؟ أفتى جمع متأخرون بعدمه، وقيده بعضهم بما إذا وثق بعلمه ودينه، وزيفه التاج السبكي بأنه لا حاصل له. ثم بحث أنه ينبغي وجوب بيان مستنده مطلقا أخذا من قولهم لا يقبل دعواه الصنف لمستحقين معينين بل القول قولهم ولهم مطالبته بالحساب، وادعى الولي العراقي أن الحق التقيد وله حاصل لأن عدالته غير مقطوع بها فيجوز أن يختل وأن يظن ما ليس بقاذح قاذحا، بخلاف من تمكن علما ودينا زيادة على ما يعتبر في الناظر من تمييز ما يقدر وما لا يقدر، ومن ورع وتقوى يحولان بينه وبين متابعة الهوى، ولو طلب المستحقون من الناظر كتاب الوقف

ليكتبوا منه نسخة حفظا لاستحقاقهم لزمه تمكينهم كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى أخذاً من إفتاء جماعة أنه يجب على صاحب كتب الحديث إذا كتب فيها سماع غيره معه لها أن يعيره إياها ليكتب سماعه منها، ولو تغيرت المعاملة وجب ما شرطه الواقف مما كان يتعامل به حال الوقف زاد سعره أم نقص سهل تحصيله أم لا؟ فإن فقد اعتبرت قيمته يوم المطالبة إن لم يكن له مثل حينئذ وإلا وجب مثله، ويقع في كثير من كتب الأوقاف القديمة شرط قدر من الدراهم النقرة. قال الوالد رحمه الله تعالى: قد قيل إنها حررت فوجد كل درهم منها يساوي ستة عشر درهماً من الدراهم الفلوس المتعامل بها الآن (إلا أن يشترط نظره) أو تدريسه مثلاً (حال الوقف) بأن يقول: وقفت هذا مدرسة بشرط أن فلانا ناظرها أو مدرستها وإن نازع فيه الإسئوي فليس له كغيره عزله من غير سبب يخل بنظره لأنه لا نظر له بعد شرطه لغيره، ومن ثم لو عزل المشروط له نفسه لم ينصب بدله سوى الحاكم كما مر، أما لو قال وقفته وفوضت ذلك إليه فليس كالشرط، وتردد السبكي فيما إذا شهدت بينة بأرشدية زيد ثم أخرى بأرشدية عمرو وقصر الزمن بينهما بحيث لا يمكن صدقهما فإنهما يتعارضان، ثم هل يسقطان أم يشترط زيد وعمرو، وبالثاني أفتى ابن الصلاح، أما إذا طال الزمن بينهما فمقتضى المذهب على ما قاله السبكي الحكم بالثانية إن صرحت بأن هذا أمر متجدد، واعترضه الشيخ بمنع أن مقتضاه ذلك وإنما مقتضاه ما صرح به الماوردي وغيره أنا إنما نحكم بالثانية إذا تغير حال الأرشد الأول.

(وإذا) (أجر الناظر) الوقف على معين أو جهة إجارة صحيحة (فزادت الأجرة في المدة أو ظهر طالب بالزيادة) (لم يفسخ العقد في الأصح) لوقوعه بالغبطة في وقته فأشبه ارتفاع القيمة أو الأجرة بعد بيع أو إجارة مال المحجور. والثاني تنفسخ إذا كان للزيادة وقع والطالب ثقة لتبين وقوعه على خلاف المصلحة، ومحل الخلاف كما قاله الإمام إذا كثر الطالب بها وإلا لم يعتبر جزماً. ومر أنه لو كان المؤجر المستحق أو مأذونه جاز إيجاره بأقل من أجرة مثله، وعليه فالأوجه انفساخها بانتقالها لغيره ممن لم يأذن له في ذلك، وأفتى ابن الصلاح فيما إذا أجر بأجرة معلومة شهد اثنان بأنها أجرة المثل حالة العقد ثم تغيرت الأحوال فزادت أجرة المثل بأنه يتبين بطلانها وخطئهما، لأن تقويم المنافع المستقبلية إنما يصح حيث استمرت حالة العقد، بخلاف ما لو طرأ عليها أحوال تختلف بها قيمة المنفعة فإنه بان أن المقوم لها لم يوافق تقويمه الصواب انتهى. ويعلم مما سيأتي آخر المدعوى

والبيانات أن كلامه مفروض فيما إذا كانت العين باقية بحالها بحيث يقطع بكذب تلك البينة الأولى، فإن لم يكن كذلك لم يعتد بالبينة الثانية واستمر الحكم بالأول، وبما قررناه اندفع كلام الأذرعى أن إفتاءه مشكل جدا لأنه يؤدي إلى سد باب إجارة الأوقاف إذ طرق التغيير الذي ذكره كثيرة، والذي يقع في النفس أنا ننظر إلى أجرة المثل التي تنتهي إليها الرغبات حالة العقد في جميع المدة المعقود عليها مع قطع النظر عما عساه يتجدد، ولو حكم حاكم بصحة إجارة وقف وأن الأجرة أجرة المثل، فإن ثبت بالتواتر أنها دونها تبين بطلان الحكم والإجارة، وإلا فلا كما يأتي بسطه آخر الدعاوى، وأفتى الولي العراقي فيمن استأجر وقفا بشرط وحكم له حاكم شافعي بموجبه وبعدم انفساخها بموت أحدهما وزيادة راغب أثناء المدة بأن هذا إفتاء لا حكم لأن الحكم بالشيء قبل وقوعه لا معنى له، كيف والموت أو الزيادة قد يوجدان وقد لا فلن رفع له الحكم بمذهبه انتهى. وما علل به ممنوع كما تقدم نظيره في باب الرهن، وسيأتي فيه مزيد تحقيق في الباب الآتي إن شاء الله تعالى.

{كتاب الهبة}

من هب: مر لمرورها من يد إلى أخرى أو استيقظ لتيقظ فاعلها للإحسان والأصل في جوازها بل نديها بسائر أنواعها الآتي قبل الإجماع الكتاب والسنة، وورد {تهادوا تحابوا} أي بالتشديد من المحبة وقيل بالتخفيف من المحابة وصح {تهادوا فإن الهدية تذهب بالضغائن} وفي رواية {فإن الهدية تذهب وحر الصدر} وهو بفتح المهملتين ما فيه من نحو حقد وغيظ، وسيأتي في كتاب القضاء حكم هدية أرباب الولايات والعمال وما يتعلق بها، ويحرم الإهداء على من غلب على ظنه صرف ما يأخذه في معصية (التمليك) لعين أو دين بتفصيله الآتي أو منفعة على ما يأتي (بلا عوض هبة) بالمعنى الأعم الشامل للهدية والصدقة وقسيمهما ومن ثم قدم الحد على خلاف الغالب، وهذا هو الذي ينصرف إليه لفظ الهبة عند الإطلاق، ويعلم مما يأتي في الأيمان عند التأمل عدم منافاته لما ذكر هنا فخرج بالتمليك الضيافة والعارية فإنهما إباحة والملك يحصل بعده، والوقف فإنه تمليك منفعة لا عين على ما قيل، والأوجه أنه لا تمليك فيه وإنما هو بمنزلة الإباحة كما صرح بذلك السبكي فقال لا حاجة للاحتراز عن الوقف فإن المنافع لم يملكها الموقوف عليه بتمليك الواقف بل بتسليمه من جهة الله تعالى، ولا تخرج الهدية من الأضحية لغني فإنه فيه تمليكا، وإنما

الممتنع عليه نحو المبيع كالهبة بثواب وزيد في الحد في الحياة لإخراج نحو الوصية فإن التملك فيها إنما يتم بالقبول وهو بعد الموت، وما اعترض به بعض الشراح ممنوع، وتطوعا لإخراج نحو الكفارة والنذر والزكاة، ويرد بمنع التملك فيها بل هي كوفاء الديون (فإن) (ملك) شيئا بلا عوض (محتاجا) ولو لم يقصد ثواب الآخرة أو غنيا (لثواب الآخرة) أي لأجله (فصدقة) أيضا وهي أفضل الثلاثة (فإن) وفي نسخ متعددة وإن، وهي أولى له لدفعها ما اعترض به على الفاء من أن الهدية قسم من الصدقة. نعم إيهامه أنه إذا اجتمع النقل والقصد كان صدقة وهدية صحيح (نقله) أي المملك بلا عوض (إلى مكان الموهوب له إكراما) ليس بقيد كما قاله السبكي، وإنما ذكر لأنه يلزم غالبا من النقل إلى ذلك، وقد يقال كما قاله الزركشي احتزبه عن الرشوة (فهدية) أيضا فلا دخل لها فيما لا ينقل، ولا يعارضه صحة نذر إهدائه لأن المهدي اصطلاحا غير الهدية وإن زعم بعضهم ترادفهما.

(وشرط الهبة) بمعنى ما لا بد منه في تحقق وجودها في الخارج فيشمل الركن كما هنا، وركنها الثاني العاقدان، والثالث الموهوب (إيجاب) كوهبتك وملكتك ومنحتك وأكرمتك وعظمتك ونحلتك وكذا أطعمتك ولو في غير طعام كما نص عليه (وقبول) كقبلت ورضيت واتهبت (لفظا) في حق الناطق وإشارة الأخرس في حقه لأنها تملك في الحياة كالبيع ولهذا انعقدت بالكناية مع النية كلك كذا وكسوتك هذا وبالمعاطاة على القول بها، واشترط هنا في الأركان الثلاثة جميع ما مر فيها، ومنه أن يكون القبول مطابقا للإيجاب خلافا لمن زعم عدم اشتراطها هنا، ومنه أيضا اعتبار الفور في الصيغة وأنه لا يضر الفصل إلا بأجنبي، والأوجه كما رجحه الأذرعى اغتفار قوله بعد وهبتك وسلطتك على قبضه فلا يكون فاصلا مضرا لتعلقه بالعقد. نعم في الاكتفاء بالإذن قبل وجود القبول نظر. وقياس ما مر في مزج الرهن الاكتفاء به، وقد لا تشترط صيغة كما لو كانت ضمنية كأعتق عبدك عني فأعتقه وإن لم يكن مجانا، وما قاله القفال وأقره جمع من أنه لو زين ولده الصغير بحلي كان تملكها له بخلاف زوجته فإنه قادر على تملكه بتولي الطرفين مردود بأن كلامهما يخالفه حيث اشترطا في هبة الأصل تولي الطرفين بإيجاب وقبول وهبة ولي غيره: أي غير الأصل قبولها من الحاكم أو نائبه. ونقل جمع أيضا عن العبادي وأقروه أنه لو غرس أشجارا وقال عند الغرس أغرسها لابني مثلا لم يكن إقرارا، بخلاف ما لو قال لعين في يده اشتريتها لابني أو لفلان الأجنبي فإنه يكون إقرارا، ولو قال جعلت هذا لابني لم يملكه

إلا أن قبل وقبض له اهـ. والفرق بأن الحلبي صار في يد الصبي دون الغرس غير كاف لأن صيرورته في يده بدون لفظ مملك لا يفيد شيئاً، على أن كون هذه الصيرورة مفيدة للملك هو محل النزاع، فلا فرق لا سيما وقد قال الأذرعي: إنه لا يتمشى على المذهب، وضعف السبكي وغيره قول الخوارزمي وغيره أن إلباس الأب الصغير حلياً يملكه إياه، وقد نقل آخرون عن القفال نفسه أنه لو جهز ابنته بأمّعة من غير تمليك صدق بيمينه في عدم تملكها ذلك إن ادعته، وهو صريح في رد ما سبق عنه، وأفتى القاضي فيمن بعث بنته وجهازها إلى دار الزوج بأنه إن قال هذا جهاز بنتي فهو ملك لها وإلا فهو عارية ويصدق بيمينه، وكخلع الملوك لا اعتياد عدم اللفظ فيها كما بحثه بعض المتأخرين ولا قبول كهبة النوبة لضررتها.

(ولا يشترطان) أي الإيجاب والقبول في الصدقة بل يكفي الإعطاء والأخذ ولا (في الهدية) وإن لم يكن مأكولاً (على الصحيح بل يكفي البعث من هذا) ويكون كالإيجاب (والقبض من ذلك) ويكون كالقبول لجريان عادة السلف بل الصحابة مع النبي صلى الله عليه وسلم بذلك، ومع ذلك كانوا يتصرفون فيه تصرف الملاك فسقط ما يتوهم منه أنه كان إباحة. والثاني يشترطان كالهبة، ويشترط في الواهب كونه أهلاً للتبرع وفي المتهب أهلية الملك فلا تصح هبة ولي ولا مكاتب لم يأذن له سيده في ذلك، ولا تصح الهبة بأنواعها مع شرط مفسد كان لا يزال ملكه عنه، ولا مؤقتة ولا معلقة إلا في مسائل العمرى والرقيى كما قال (ولو) قال (أعمرت هذه الدار) أو هذا الحيوان مثلاً أي جعلتها لك عمرتك (فإذا دمت فهي لورثتك) أو لعقبك (فهي) أي الصيغة المذكورة (هبة) أي صيغة هبة طول فيها العبارة فيعتبر فيها القبول وتلزم بالقبض وتكون لورثته ولا تختص بعقبه إلغاءً لظاهر لفظه عملاً بالخبر الآتي، ولا تعود للواهب بحال لخبر مسلم {أيما رجل أعمر عمرى فإنها للذي أعطيتها لا ترجع إلى الذي أعطاه} وظاهر عبارة المصنف كغيره عدم الفرق في هذه الألفاظ بين العالم بمعناها والجاهل به، واستشكله الأذرعي قال: وفي الروضة في الكتابة عن المروزي أن قريب الإسلام وجاهل الأحكام لا يصح تدبيره بلفظه حتى ينضم إليه نية أو زيادة لفظ اهـ. والأقرب أخذاً من قولهم في الطلاق لا بد من قصد اللفظ لمعناه أنه لا بد من معرفة اللفظ ولم يوجد حتى يقصده. نعم من أتى بلفظ صريح وادعى جهله بمعناه لم يصدق إلا إن دلت قرينة حاله على ذلك لعدم مخالطته لمن يعرف كما صرح به الأذرعي (ولو اقتصر على

أعمرتك) كذا ولم يتعرض لما بعد موته (فكذا) هو هبة (في الجديد) لخبر الشيخين {العمرى ميراث لأهلها} وجعلها له مدة حياته لا ينافي انتقالها لورثته فإن الأملاك كلها مقدره بحياة المالك، وكأنهم إنما لم يأخذوا بقول جابر رضي الله عنه: إنما العمرى التي أجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقول هي لك ولعقبك، فإذا قال: هي لك ما عشت فإنها ترجع إلى صاحبها لأنه قال بحسب اجتهاده، والقديم بطلانه كما لو قال أعمرتك سنة (ولو قال) أعمرتك هذه أو جعلتها لك عمرك، وألحق به السبكي وهبتك هذه عمرك (فإذا مت عادت إلي) أو إلى ورثتي إن كنت مت (فكذا) هو هبة (في الأصح) إلغاء للشرط الفاسد وإن ظن لزومه لإطلاق الأخبار الصحيحة ولهذا عدلوا به عن قياس سائر الشروط الفاسدة، إذ ليس لنا موضع يصح فيه العقد مع وجود الشرط المنافي لمقتضاه إلا هذا. والثاني يبطل العقد لفساد الشرط، وخرج بعمرك عمري أو عمر زيد فيبطل لأنه تأقيت إذ قد يموت هذا أو الأجنبي أولاً (ولو) (قال أرقبتك) هذه من الرقوب لأن كل واحد يرقب موت صاحبه (أو جعلتها لك رقبتي) واقتصر على ذلك أو ضم إليه ما بعد أي التفسيرية في قوله (أي إن مت قبلي عادت إلي وإن مت قبلك استقرت لك فالمذهب طرد القولين القديم والجديد) فعلى الجديد الأصح يصح وبلغو الشرط الفاسد فيشترط قبولها والقبض، وذلك لخبر أبي داود والنسائي {لا تعمروا ولا ترقبوا، فمن أرقب شيئاً أو أعمره فهو لورثته} أي لا ترقبوا ولا تعمروا طمعاً في أن يعود إليكم فإن سبيله الميراث، ومقابل المذهب القطع بالبطلان.

(وما جاز بيعه) من الأعيان (جاز) لم يؤنثه ليشاكل ما قبله لأن تأنيثه غير حقيقي (هبتة) بالأولى لأنها أوسع. أما المنافع فيصح بيعها بالإجارة. وفي هبتها وجهان: أحدهما: أنها ليست بتملك بناء على أن ما وهبت منافعه عارية، وقضية كلامهما على ما قاله الإسنوي ترجيحه، وبه جزم الماوردي وغيره ورجحه الزركشي. ثانيهما: أنها تملك بناء على أن ما وهبت منافعه أمانة، ورجحه جمع. منهم ابن الرفعة والسبكي والبلقيني، وأفتى به الوالد رحمه الله، وعليه فلا يلزم إلا بالقبض وهو بالاستيفاء لا بقبض العين، وفارقت الإجارة بالاحتياج فيها لتقرر الأجرة والتصرف في المنفعة. لا يقال يلزم على ما تقرر أنها على الوجهين لا تلزم بقبض الدار اتحادهما وأن الخلاف إنما هو في التسمية لا في الحكم وهو اللزوم وعدمه لأنها لا تلزم على كل من الوجهين لأننا نمنع لزوم اتحادهما، بل للخلاف فوائد: منها أن المدار تكون مضمونة على

المتهب على الأول بخلافها على الثاني، ومن ثم قال البلقيني: فائدة كونها عارية أنها لو انهدمت ضمنها المتهب، بخلاف ما إذا قلنا بأنها غير عارية، ولا تصح هبة ما في الذمة بخلاف بيعه فوهبتك ألف درهم مثلا في ذمتي غير صحيح وإن عينه في المجلس وقبضه، والمريض يصح بيعه لو ارثه بثمن المثل لا هبته بل يكون وصية، والولي والمكاتب يجوز بيعهما لا هبتهما، والمرهونة إذا أعتقها معسرا واستولدها يجوز بيعها للضرورة لا هبتها ولو من المرتهن. والأوجه عدم استثناء شيء من ذلك لأن المانع من الهبة أمر خارجي في العاقد وطرا في المعقود عليه فلا إيراد، كما لا يرد أيضا ما لو أعطى لبن شاة مجعولة أضحية أو صوفها لآخر أو ترك له حق التحجر أو أعطاه جلد ميتة قبل الدباغ أو دهنا نجسا للاستصباح به أو تركت إحدى الضرتين نوبتها للأخرى أو أعطى الطعام المغنوم في دار الحرب لمثله، فإن ذلك ليس فيه هبة تمليك وإنما هو نقل يد أو حق إلى غيره من غير تمليك، ومن سماها هبة أراد أنه على صورتها، والثمر ونحوه قبل بدو صلاحه تصح هبته من غير شرط قطع وهبة أرض مع بذر أو زرع لا يفرد بالبيع، صحيحة في الأرض لانتفاء المبطل للبيع فيهما من الجهل بما يخصهما من الثمن عند التوزيع، فالقول بأن ذلك وارد على الضابط لجواز هبته دون بيعه مردود.

(وما لا) يجوز بيعه (كمجهول ومغصوب) لمن لا يقدر على انتزاعه (وضال) وأبق (فلا) يجوز هبته بجامع أن كلا منهما تمليك في الحياة ولا ينافيه خبر {زن وأرجح} لأن الرجحان المجهول وقع تابعا لمعلوم، على أن الأوجه كون المراد " بأرجح " تحقق الحق حذرا من التساهل فيه، ولا {قوله صلى الله عليه وسلم للعباس رضي الله عنه في المال الذي جاء من البحرين خذ منه} الحديث، لأن الظاهر أن ما ذكر في المجهول إنما هو بالمعنى الأخص، بخلاف هديته وصدقته فيصحان فيما يظهر، وإعطاء العباس الظاهر أنه صدقة لا هبة لكونه من جملة المستحقين (إلا حيتي الحنطة ونحوها) من المحقرات فإنه يمتنع بيعها لا هبتها اتفاقا كما في الدقائق، فبحث الرافعي عدم صحة هبتها مردود وإن سبقه إليه الإمام لانتفاء المحذور في تصدق الإنسان بالمحقر كما ورد في الخبر، وإلا في مال وقف بين جمع للجهل بمستحقه فيجوز الصلح بينهم على تساو أو تفاوت للضرورة: قال الإمام: ولا بد أن يجري بينهم تواهب، ولبعضهم إخراج نفسه من البين، لكن إن وهب لهم حصته جاز على ما قاله الإمام أيضا، بخلاف إعراض الغانم: أي لأنه لم يملك، ولا على احتمال بخلاف هذا ولولي محجور عليه الصلح له

بشرط أن لا ينقص عما بيده كما يعلم مما يأتي قبيل خيار النكاح، وإلا فيما لو خلط متاعه بمتاع غيره فوهب أحدهما نصيبه لصاحبه فيصح مع جهل قدره وصفته للضرورة، وإلا فيما لو قال لغيره: أنت في حل مما تأخذ أو تعطي أو تأكل من مالي فله الأكل فقط لأنه إباحة وهي صحيحة بالمجهول بخلاف الأخذ والإعطاء. قاله العبادي. قال: وفي خذ من عنب كرمي ما شئت لا يزيد على عنقود لأنه أقل ما يقع عليه الاسم، وما استشكل به يرد بأن الاحتياط المبني عليه حق الغير أوجب ذلك التقدير، وأفتى القفال في أبحت لك من ثمار بستاني ما شئت بأنه إباحة، وظاهره أن له أخذ ما شاء، وما قاله العبادي أحوط. وفي الأنوار لو قال: أبحت لك ما في داري أو ما في كرمي من العنب فله أكله دون بيعه وحمله وإطعامه لغيره، وتقتصر الإباحة على الموجود: أي عندها في الدار أو الكرم، ولو قال: أبحت لك جميع ما في داري أكلا واستعمالا ولم يعلم المبيع الجميع لم تحصل الإباحة اهـ. وبعض ما ذكره في فتاوى البغوي وقوله ويقتصر إلى آخره موافق لكلام القفال لا العبادي، وما ذكره أخرا غير مناف ما مر من صحة الإباحة بالمجهول لأن هذا في مجهول من كل وجه بخلاف ذاك، والأوجه كما جزم به بعضهم عدم ارتداد الإباحة بالرد.

(وهبة الدين) المستقر (للمدين) أو التصديق به عليه (إبراء) فلا يحتاج إلى قبول نظرا للمعنى وهذا صريح فيه خلافا لما في الذخائر من أنه كناية. نعم ترك الدين للمدين كناية إبراء (و) هبته (لغيره) أي المدين (باطلة في الأصح) لأنه غير مقدور على تسليمه؛ لأن ما يقبض من المدين عين لا دين، وظاهر كلام جماعة واعتمده الوالد رحمه الله تعالى بطلان ذلك، وإن قلنا بما مر من صحة بيعه لغير من هو عليه بشروطه السابقة وهو كذلك، ويؤيده ما مر من صحة بيع الموصوف دون هبته والدين مثله بل أولى، ويفرق بين صحة بيعه وعدم صحة هبته بأن بيع ما في الذمة التزام لتحصيل المبيع في مقابلة الثمن الذي استحقه، والالتزام فيها صحيح بخلاف هبته فإنما لا يتضمن الالتزام، إذ لا مقابل فيها فكانت بالوعد أشبه فلم يصح، وبتأمل هذا يندفع ما في شرح المنهج والإسعاد وغيرهما من تخريج هذا على ذاك والحكم بصحة هبته بالأولى إن قلنا بصحة بيعه. ولا يصح تملك مستحق دينا عليه أو على غيره عن الزكاة لأن ذلك فيما عليه إبدال وفيما على غيره تملك، وهو لا يجوز أيضا كما يأتي، ومقابل الأصح أنها صحيحة، ونقل عن نص الإمام وصححه جمع: ولو تبرع موقوف عليه بخصته من الأجرة لآخر لم يصح لأنها قبل قبضها إما غير مملوكة أو مجهولة، فإن قبض هو أو

وكيله منها شيئاً قبل التبرع وعرف حصته منها ورآه هو أو وكيله وأذن له في قبضه وقبضه صح وإلا فلا، ولا يصح إذنه لجابي الوقف أنه إذا قبضه يعطيه للمتبرع عليه لأنه توكل قبل الملك في مجهول، وإنما صح تبرع أحد الورثة بحصته لأن محله في أعيان رآها وعرف حصته منها.

(ولا يملك) في غير الهبة الضمنية (موهوب) بالمعنى الأعم الشامل لجميع ما مر ولو من أب لولده الصغير، وما نقله ابن عبد البر من إجماع الفقهاء من الاكتفاء بالإشهاد هنا مراده به فقهاء مذهبه فيما يظهر (إلا بقبض) كقبض المبيع فيما مر بتفصيله. نعم لا يكفي هنا الإتلاف ولا الوضع بين يديه من غير إذن لأن قبضه غير مستحق كالوديعة فاشترط تحققه بخلاف المبيع، والأوجه اعتبار ذلك في الهدية خلافاً لما بحثه بعضهم فيها وإن سُمح فيها بعدم الصيغة للخبر الصحيح {أنه صلى الله عليه وسلم أهدى إلى النجاشي ثلاثين أوقية مسكا فمات قبل أن تصل إليه، فقسمه صلى الله عليه وسلم بين نسائه} ويقاس بالهدية الباقي، وقال به كثير من الصحابة ولا يعرف لهم مخالف، والهبة الفاسدة المقبوضة كالصحيحة في عدم الضمان لا الملك وإنما يكون القبض معتداً به إذا كان بإقباض من الواهب أو (بإذن الواهب) أو وكيله فيه أو فيما يتضمنه كالإعتاق ولو كان بيد المتهم، فلو قبضه بغير إذن ضمنه، ولو أذن له ورجع عن الإذن أو جن أو أغمي عليه أو حجر عليه كما بحثه الزركشي أو مات أحدهما قبل القبض بطل الإذن، ولو قبضه فقال الواهب: رجعت عن الإذن قبله وقال المتهم بعده صدق المتهم لأن الأصل عدم الرجوع قبله، خلافاً لما استظهره الأذرعى من تصديق الواهب، ولو أقبضه وقال قصدت به الإيداع أو العارية وأنكر المتهم صدق الواهب كما في الاستقصاء، ويكفي الإقرار بالقبض كأن قيل له: وهبت من فلان كذا وأقبضته فقال نعم، والإقرار والشهادة بمجرد الهبة لا يستلزم القبض، وليس للحاكم أن يسأل الشاهد عنه كما بحثه بعضهم لئلا يتنبه له. والهبة ذات الثواب بيع، فإذا أقبض الثواب أو كان مؤجلاً استقل بالقبض (فلو مات أحدهما) أي الواهب أو المتهم بالمعنى الأعم الشامل للهدية والصدقة فيما يظهر (قام وارثه مقامه) في القبض والإقباض لأنه خليفته فلا يفسخ العقد بذلك (وقيل يفسخ العقد بالموت لجوازه كالشركة وفرق الأول بأنها تتول إلى اللزوم بخلاف نحو الشركة، ويؤخذ منه ضعف ما ذكره الجرجاني في تحريره من انفساخ الهدية بالموت قولاً واحداً لعدم القبول، ووجه ضعفه أن المدار ليس على القبول بل على الأيلولة للزوم وهو جار في

الهدية والصدقة أيضا، ويجري الخلاف في الجنون والإغماء ولولي المجنون قبضها قبل الإفاقة.

(ويسن للوالد) أي الأصل وإن علا (العدل في عطية أولاده) أي فروعه وإن سفلوا ولو أحفادا مع وجود الأولاد فيما يظهر كما رجه جمع وإن خصه آخرون بالأولاد سواء أكانت تلك العطية هبة أم هدية أم صدقة أم وقفا أم تبرعا آخر، فإن ترك العدل بلا عذر كره عند أكثر العلماء خلافا لمن ذهب إلى حرمة. والأصل في ذلك خبر البخاري {اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم} وخبر أحمد {أنه صلى الله عليه وسلم قال لمن أراد أن يشهده علي عطية لبعض أولاده: لا تشهدي علي جور، لبنيك عليك من الحق أن تعدل بينهم} وفي رواية لمسلم {أشهد علي هذا غيري، ثم قال: أيسرك أن يكونوا لك في البر سواء؟ قال: بلى قال: فلا إذن} فأمره بإشهاد غيره صريح في الجواز، وتسميته جورا باعتبار ما فيه من انتفاء العدل المطلوب، فإن فضل البعض أعطى بقيتهم ما يحصل به العدل وإلا رجع ندبا للأمر به في رواية. نعم يظهر أنه لو علم من المحروم الرضا وظن عقوق غيره لفقره ورقة دينه لم يستحب الرجوع ولم يكره التفضيل كما لو أحرم فاسقا لئلا يصرفه في معصية أو عاقا أو زاد أو أثر الأوج أو المتميز بنحو فضل كما فعله الصديق مع عائشة رضي الله عنهما، والأوجه أن حكم تخصيص بعضهم بالرجوع في هبته حكم ما لو خصه بالهبة فيما مر، وأفهم قوله عطية عدم طلب التسوية في غيرها كتودد بكلام أو غيره، لكن ذكر الدميري في بعض نسخه أنه لا خلاف في طلب التسوية بينهم حتى في الكلام، وهو متجه، إذ كثيرا ما يترتب على التفاوت في ذلك ما مر في الإعطاء، ومن ثم ينبغي أن يأتي هنا أيضا استثناء التمييز لعذر، ويسن للولد العدل أيضا في عطية أصوله، فإن فضل كره خلافا لبعضهم، وحينئذ فالأم أولى به كما في الروضة عن الدارمي وأقره لخبر {إن لها ثلثي البر} وعليه يحمل ما في شرح مسلم عن المحاسبي من الإجماع على تفضيلها في البر على الأب، والأوجه استحباب العدل بين نحو الأخوة أيضا. نعم هو دون طلبه في الأولاد، وروى البيهقي خبر {حق كبير الأخوة على صغيرهم كحق الوالد على ولده} وفي رواية {الأكبر من الأخوة بمنزلة الأب} وإنما يحصل العدل بين ما ذكر (بأن يسوي بين الذكر والأنثى) لرواية ظاهرة في ذلك في الخبر المار ولخبر ضعيف وقيل الصحيح إرساله {سواء بين أولادكم في العطية، ولو كنت مفضلا أحدا لفضلت النساء} (وقيل كقسمة الإرث) وفرق الأول بأن ملحظ هذا العصوبة وهي مختلفة مع عدم تهمة فيه

وملاحظ ذلك الرحم وهما فيه سواء مع التهمة فيه، وعلى هذا وما مر في إعطاء أولاد الأولاد مع الأولاد تتصور التسوية بأن يفرض الأسفلون في درجة الأعلين نظير ما يأتي في ميراث الأرحام على قول.

(ولأب الرجوع في هبة ولده) عينا بالمعنى الأعم الشامل للهدية والصدقة على الراجح، بل يوجد التصريح بذلك في بعض النسخ، ولا يتعين الفور بل له ذلك متى شاء وإن لم يحكم به حاكم أو كان الولد فقيرا صغيرا مخالفا دينا لخبر {لا يحل لرجل أن يعطي عطية، أو يهب هبة فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده} واختص بذلك لانتفاء التهمة فيه، إذ ما طبع عليه من إثاره لولده على نفسه يقضي بأنه إنما رجح حاجة أو مصلحة، ويكره الرجوع من غير عذر، فإن وجد ككون الولد عاقا، أو يصرفه في معصية أنذره به، فإن أصر لم يكره كما قاله، وبحث الإسنوي ندبه في العاصي، وكراهته في العاق إن زاد عقوقه، وندبه إن أزاله، وإباحته إن لم يفد شيئا. والأذرعى عدم كراهته إن احتاج الأب لنفقة أو دين، بل ندبه حيث كان الولد غير محتاج له، ووجوبه في العاصي إن غلب على الظن تعيينه طريقا إلى كفه عن المعصية. ويمتنع الرجوع كما بحثه البلقيني في صدقة واجبة كنذر وزكاة وكفارة، وكذا في لحم الأضحية تطوع، لأنه إنما يرجع ليستقل بالتصرف وهو ممتنع هنا، وقد جرى على ذلك جمع ممن سبقه وتأخر عنه، وردوا على من أفتى بجواز الرجوع في النذر بما في الروضة وغيرها، ولا حاجة إلى زيادة قول من قيد ذلك بما إذا وجدت صيغة نذر صحيحة، إذ النذر عند الإطلاق منصرف لذلك، ولا نظر لكونه تمليكا محضا لأن الشرع أوجب الوفاء به على العموم من غير مخصص، وقياس الواجب على التبرع غير سديد، ولا رجوع في هبة بثواب بخلافها من غير ثواب وإن أثابه عليها كما قاله القاضي، وله الرجوع في بعض الموهوب ولا يسقط بالإسقاط، وله الرجوع فيما أقر بأنه لفرعه كما أفتى به المصنف وهو المعتمد، ومحل كما أفاده الجلال البلقيني عن أبيه فيما إذا فسره بالهبة، ولو وهبه وأقبضه ومات فادعى الوارث صدوره في المرض والمتهب كونه في الصحة صدق الثاني بيمينه، ولو أقاما بينتين قدمت بينة الوارث لأن معها زيادة علم، ثم محل ما تقرر إذا كان الولد حرا، فإن كان رقيقا فالهبة لسيدته كما علم مما مر ولو أبرأه من دين كان له عليه امتنع الرجوع جزما سواء أقلنا إنه تمليك أم إسقاط، إذ لا بقاء للدين فأشبه ما لو وهبه شيئا فتلف (وكذا لسائر الأصول) من الجهتين وإن علوا الرجوع كالأب فيما ذكر (على المشهور) كما في نفقتهم

وعتقهم وسقوط القود عنهم وخرج بهم الفروع والحواشي كما يأتي وأفهم كلامه اختصاص الرجوع بالواهب، فلا يجوز ذلك لأبيه لو مات ولم يرثه فرعه الموهوب له لمانع قام به وورثه جده، لأن الحقوق لا تورث وحدها إنما تورث بتبعية المال وهو لا يرثه، ومقابل المشهور لا رجوع لغير الأب قصرا للولد في الخير المار على الأب، والأول عممه، وعبد الولد غير المكاتب كالولد لأن الهبة لعبد هبة له، بخلاف عبده المكاتب لاستقلاله، فإن انفسخت الكتابة تبينا أن الملك للولد وهبته لمكاتب نفسه كالأجنبي.

(وشرط رجوعه) أي الأب بالمعنى المار (بقاء الموهوب في سلطنة المتهب) أي استيلائه ليشمل ما يأتي في التخمر، ثم التخلل غير متعلق به حق لازم يمنع البيع وإن طرأ عليه حجر سفه (فيمتنع) الرجوع (ببيعه) كله أو بعضه بالنسبة لما باعه. نعم لو كان في زمن خيار لم ينقل الملك عنه اتجه الرجوع وشمل كلامه ما لو كان البيع من الأصل الواهب فيمتنع الرجوع، ولو وهبه مشاعا فاقسمه ثم رجع فيما خص ولده بالقسمة جاز إن كانت إفرزا وإلا لم يرجع إلا فيما لم يخرج عن ملكه، فلو كانت الشركة بالنصف رجع في نصفه فقط ولا تنقض القسمة (ووقفه) مع القبول حيث اشترط فيما يظهر؛ لأنه قبله لم يوجد عقد زال به ملكه، وبه يفرق بينه وبين البيع في زمن الخيار الثابت للمشتري وحده، ويمتنع أيضا بتعلق أرش جناية برقبته إن لم يؤدها الراجع، وإنما لم يجب لأداء قيمة الرهن الناقصة عن الدين حتى يرجع فيه لأن أداؤها يبطل تعلق حق المرتهن به لو خرجت مستحقة به فيتضرر، وأداء الأرش لا يبطل تعلق المجني عليه به لو بان مستحقا، والفرق أن الرهن عقد وفسخه لا يقبل وقفا، بخلاف أرش الجناية فإنه يقبله، ويحجر الحاكم على المتهب بالإفلاس ما لم ينفك الحجر والعين باقية، ويتخمر عصير ما لم يتخلل لأن ملك الخل سببه ملك العصير وألحق به الأذرعى دبع جلد الميتة، فلو زرع الحب أو تفرخ البيض امتنع الرجوع كما جزم به ابن المقري في روضه تبعا لصاحب الحاوي الصغير وغيره، ويفرق بينه وبين غيره في الغصب حيث يرجع المالك فيه، وإن تفرخ ونبت بأن استهلاك الموهوب يسقط به حق الواهب بالكلية، واستهلاك المغصوب ونحوه لا يسقط به حق مالكه، ويمتنع أيضا بكتابته: أي الصحيحة لما يأتي في تعليق العتق ما لم يعجز، وبإيلاده وبرده الواهب ما لم يسلم لأن ماله موقوف والرجوع لا يوقف ولا يعلق واستثناء الدميري من الرجوع ما لو وهبه صيدا فأحرم الفرع ولم يرسله حتى تحلل ممنوع لزوال ملك الفرع عنه بالإحرام ولم يعد بالتحلل إذ يجب عليه إرساله بعد تحلله

على الأصح المنصوص، ولو حكم شافعي بموجب الهبة ثم رجع الأصل فيها والعين باقية في يده فرفع الأمر لحنفي فحكم ببطلان الرجوع زاعما أن موجبها خروج العين من ملك الواهب ودخوله في ملك الموهوب، وأما الرجوع فحادثة مستقلة وجدت بعد حكم الشافعي فكيف تدخل في حكمه، وكيف يعقل أن يسبق السيل المطر والحصاد الزراعة والولادة الإحبال، فهي واقعة فتوى كان حكمه باطلا كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى لمخالفته لما حكم به الشافعي، إذ قوله بموجبه من قوله حكمت بموجبه مفرد مضاف لمعرفة فهو عام ومدلوله كلية فكأنه قال حكمت بانتقال الملك وبصحة الرجوع عند وقوعه وهكذا إلى آخر مقتضياته سواء فيها ما وقع وما لم يقع بعد، وقد قال أئمتنا: الفرق بين الحكم بالصحة والحكم بالموجب من أوجه: الأول: أن العقد الصادر إذا كان صحيحا بالاتفاق ووقع الخلاف في موجبه فالحكم بصحته لا يمنع من العمل بموجبه عند غير من حكم بها، ولو حكم الأول بالموجب امتنع الحكم بموجبه عند غيره، مثاله التدبير صحيح بالاتفاق، وموجبه إذا كان تدبيرا مطلقا عند الحنفية منع البيع، فلو حكم حنفي بصحة التدبير المذكور لم يكن ذلك مانعا من بيعه عند من يرى صحة بيع المدبر ولو حكم حنفي بموجب التدبير امتنع البيع، وإذا حكم المالكي بصحة البيع لم يمنع ذلك إثبات خيار المجلس ولا فسخ العاقدين أو أحدهما بذلك بسبب ذلك الحكم لأن الحكم بالصحة يجامع ذلك ولو حكم بموجب البيع امتنع على الشافعي تمكين المتعاقدين أو أحدهما من الفسخ بخيار المجلس، وليس للمتعاقدين أو لأحدهما الانفراد بذلك لأنه يؤدي إلى نقض حكم الحاكم في المحل الذي حكم به وهو الإيجاب إن قلنا بعدم النقض في هذه الصورة، وسيأتي في القضاء ترجيح خلافه، ولو حكم الشافعي بصحة البيع لم يكن مانعا للحنفي من تمكين الجار من أخذ العقار المبيع بالشفعة ولو حكم بموجبه امتنع عليه ذلك، ولو حكم المالكي بصحة القرض لم يمتنع على المقرض الرجوع عند حاكم شافعي إذ هو قرض صحيح ويصح الرجوع فيه فلا ينافي الحكم بالصحة الرجوع في القرض، وإن حكم بموجبه امتنع عليه الرجوع في عينه لأن موجب القرض عند الحاكم المذكور امتناع الرجوع، ولو حكم الشافعي بصحة الرهن لم يكن ذلك مانعا لمن يرى فسخ الرهن بالعود إلى الراهن على وجه مخصوص وهو أن يعيده باختياره ويفوت الحق فيه بإعتاق الراهن. مثلا أن يفسخه لأن الحكم بالصحة ليس منافيا للفسخ بما ذكر، بخلاف ما لو حكم بموجبه فإنه يمتنع على الحاكم المالكي أن يفسخه بما مر لأن

موجبه عند الشافعي دوام الحق فيه للمرتهن مع العود مطلقا،
فالحكم بالفسخ لأجل العود المذكور مناف لحكم الشافعي بموجبه
عنده، وإنما أطلنا الكلام على هذه المسألة ليعلم منها فساد ما
أفتي به بعض من أدركناه من علماء عصرنا تبعا للعراقي في
مسألة إن تزوجت فلانة فهي طالق، وحكم بموجبه مالكي بأن
للشافعي الحكم بصحة تزويجها، وأن ما مر خرج مخرج الإفتاء من
الحاكم الأول زاعما أن السرخسي من الحنفية نقل الإجماع عن
ذلك، إذ يجوز أن يكون مراده إجماع أهل مذهبه على أنه ليس أهلا
لنقل الإجماع وإلا فما ذكرناه من النقول صريح في رد دعواه (لا
برهنه وهبته قبل القبض) فيهما لبقاء السلطنة بخلافهما بعده،
والمرتهن غير الواهب كما هو ظاهر لزوالها وإن كانت الهيئة من
الابن لأبيه أو لأخيه أو لابنه لأن الملك غير مستفاد من الجد أو الأب
ولا بنحو غصبه أو إباقة ولو مرض الابن ورجع الأب ثم مات الابن
أتجه صحة رجوعه كما صرح به الأذرعي، ولا يقدر فيه كونه صار
محجورا عليه في مرضه إذ ذلك خاص بالتبرعات ونحوها، ويفرق
بينه وبين حجر الفليس بأنه أقوى لمنعه التصرف وإيثار بعض
الغرماء والمرض إنما يمنع المحايأة ولا يمنع الإيثار (ولا بنحو
تعليق عتقه) وتدبيره والوصية به (وتزويجها وزراعتها) لبقاء
السلطنة (وكذا الإجارة على المذهب) لبقاء العين بحالها ومورد
الإجارة المنفعة فيستوفيهما المستأجر، ومقابل المذهب قول الإمام
إن لم يصح بيع المؤجر ففي الرجوع تردد، وفارق ما هنا رجوع
البائع بعد التحالف بأن الفسخ ثم قوي ولذا جرى وجه أن الفسخ ثم
يرفع العقد من أصله ولا كذلك هنا.

(ولو) (زال ملكه) أي الفرع عن الموهوب (وعاد) إليه ولو بإرث
أو إقالة أو رد بعيب (لم يرجع) لأصل الواهب له (في الأصح) لأن
الملك غير مستفاد منه حينئذ. نعم قد يزول ويرجع كما مر في نحو
تخمر العصير، الثاني يرجع نظرا لملكه السابق وخرج بزوال ما لو
لم يزل وإن أشرف على الزوال كما لو ضاع فالتقطه ملتقط
وعرفه سنة ولم يملكه فحضر المالك وسلم له فلأبيه الرجوع فيه،
ولو وهبه الفرع لفرعه وأقبضه ثم رجع فيه فالأوجه من وجهين:
عدم الرجوع لزوال ملكه، ثم عوده سواء أجعلنا الرجوع إبطالا
للبهة أم لا، إذ القائل بالإبطال لم يرد به حقيقته وإلا لرجع في
الزيادة المنفصلة (ولو زاد رجع فيه بزيادته المتصلة) لتبعيتها كتعلم
صنعة وحرفة لا بتعليم الفرع فيما يظهر أخذا من نظيره في
الفلس وحرث أرض وإن زادت بها القيمة، بخلاف حمل عند
الرجوع حدث بيده وإن كان له الرجوع حالا قبل الوضع كما صححه

القاضي وأجاب به ابن الصباغ وغيره وهو المعتمد، ومثله طلع حدث ولم يتأبر على ما في الحاوي، لكن رد بأن كلامهما في التفليس نقلًا عن الشيخ أبي حامد يخالفه، والأوجه الأول (لا المنفصلة) كأجرة وكسب فلا يرجع فيها لحدوثها في ملك المتهب وليس منها حمل عند القبض وإن انفصل في يده وسكت عن النقص وحكمه عدم الرجوع بأرشه مطلقًا ويبقى غراس متهب وبنائوه أو يقلع بالأرث أو يتملك بالقيمة وزرعه إلى الحصاد مجانًا لاحترامه بوضعه له حال ملكه الأرض، ولو عمل فيه نحو قصارة أو صيغ فإن زادت به قيمته شارك بالزائد وإلا فلا شيء له (ويحصل الرجوع برجعت فيما وهبت أو استرجعته أو رددته إلى ملكي أو نقضت الهبة) أو فسختها أو أبطلتها لأنها تفيد المقصود لصراحتها فيه فلو قال: أخذته أو قبضته ونوى حصل أيضًا، وكل ما يحصل به رجوع البائع عند فسخ المشتري يحصل به الرجوع هنا، والموهوب بعده وقبل استرداده أمانة في يد الفرع، بخلاف المبيع في يد المشتري بعد فسخ البيع لأن المشتري أخذه بحكم الضمان، ولا يصح الرجوع إلا منجزًا، ولو وهبه وأقبضه في صحة فشهدت بينة أنه رجع فيما وهب ولم تذكر ما رجع فيه لغت شهادتها، فلو ثبت إقرار الولد بأن الأب لم يهبه شيئًا غير هذه ثبت الرجوع (لا بييعه ووقفه وهبته) بعد القبض (وإعتاقه ووطئها) الذي لم تحمل منه (في الأصح) لكمال ملك الفرع فلم يقو الفعل على إزالته به، وبه فارق انفساخ البيع فيها في زمن الخيار المذاهب إلى مساواته له مقابل الأصح، أما هبته قبل القبض فلا تؤثر رجوعًا قطعًا، وعليه باستيلاها قيمتها وبالوطاء مهر مثلها وهو حرام، وإن قصد به الرجوع، ولو تفاسخ المتواهبان الهبة أو تقايلا حيث لا رجوع لم تنفسخ كما جزم به في الأنوار.

(ولا رجوع لغير الأصول في هبة) مطلقة أو (مقيدة بنفي الثواب) أي العوض للخبر المار ولقوة شفقة الأصل، ولهذا كان أفضل البربر الوالدين بالإحسان لهما وفعل ما يسرهما مما ليس بمنهي عنه، وعقوقهما كبيرة وهو إيذاؤهما بما ليس هينا ما لم يكن ما أذاهما به واجبا. قال الغزالي: فلو كان في مال أحدهما شبهة ودعاه للأكل منه تلتطف في الامتناع فإن عجز فليأكل ويصغر اللقمة ويطول المضغ، وكذا لو ألبسه ثوبا من شبهة وكان يتأذى برده فليقبله وليلبسه بين يديه وينزعه إذا غاب ويجتهد أن لا يصلي فيه إلا بحضرته، وتسن صلة القرابة وتحصل بالمال وقضاء الحوائج والزيارة والمكاتبة والمراسلة بالسلام ونحو ذلك، ويتأكد استحباب الوفاء بالعهد كما يتأكد كراهة خلافه، ويكره شراء ما وهبه من

الموهوب له. قال في الإحياء: لو طلب من غيره هبة شيء في ملاء من الناس فوهبه منه استحياء منهم ولو كان خاليا ما أعطاه حرم كالمصادر، وكذا كل من وهب له شيء لاتقاء شره أو سعائته (ومتى وهب مطلقا) بأن لم يقيد بثواب ولا نفيه (فلا ثواب) أي عوض (إن وهب له لدونه) في المرتبة الدنيوية إذ لا يقتضيه لفظ ولا عادة (وكذا) لا ثواب له وإن نواه إن وهب (لأعلى منه) في ذلك (في الأظهر) كما لو أعاره داره إلحاقا للأعيان بالمنافع ولأن العادة ليس لها قوة الشرط في المعاوضات والثاني يجب الثواب لاطراد العادة بذلك (و) كذا لا ثواب له وإن نواه إن وهب (لنظيره على المذهب) لأن القصد من مثله الصلة وتأكيد الصداقة والطريق الثاني طرد القولين السابقين، والهدية في ذلك كالهبة كما قاله المصنف تفقها ونقله في الكفاية عن تصريح البندنجي، ومثل ذلك الصدقة، وإن اختار الأذرعى دليلا أن العادة متى اقتضت الثواب وجب هو أو رد الهدية، والأوجه كما بحثه أيضا أن محل التردد ما إذا لم يظهر حالة الإهداء قرينة حالية أو لفظية دالة على طلب الثواب، وإلا وجب هو أو الرد لا محالة، ولو قال وهبتك ببدل فقال بل بلا بدل صدق المتهدب بيمينه لأن الأصل عدم البدل، ولو أهدى له شيئا على أن يقضي له حاجة فلم يفعل لزمه رده إن بقي، وإلا فبدله كما قاله الإصطخري، فإن كان فعلها حل: أي وإن تعين عليه تخليصه بناء على الأصح أنه يجوز أخذ العوض عن الواجب العيني إذا كان فيه كلفة خلافا لما يوهمه كلام الأذرعى وغيره هنا (فإن وجب) الثواب على مقابل المذهب أو على البحث المار لتلف الهدية أو عدم إرادة المتهدب ردها (فهو قيمة الموهوب) أي قدرها يوم قبضه ولو مثليا (في الأصح) فلا يتعين للثواب جنس من الأموال بل الخيرة فيه للمتهدب. والثاني يلزمه ما يعد ثوابا لمثله عادة، وقيل إلى أن يرضى ولو بأضعاف قيمته (فإن) قلنا بوجوب إثابته و (لم يشبه) هو ولا غيره (فله الرجوع) في هبته إن بقيت وبدلها إن تلفت.

(ولو) (وهب بشرط ثواب معلوم) عليه كوهبتك هذا على أن تثبني كذا فقبل (فالأظهر صحة العقد) نظرا للمعنى إذ هو معارضة بمال معلوم فصح كما لو قال بعتك، والثاني بطلانه نظرا إلى اللفظ لتناقضه فإن لفظ الهبة يقتضي التبرع (و) من ثم (يكون بيعا على الصحيح) فيجري فيه عقب العقد أحكامه كالخيارين كما مر بما فيه والشفعة وعدم توقف الملك على القبض، والثاني يكون هبة نظرا للفظ فلا تلزم قبل القبض (أو) بشرط ثواب (مجهول فالمذهب بطلانه) لتعذر صحته بيعا لجهالة

العوض وهبة لذكر الثواب بناء على الأصح أنها لا تقتضيه، وقيل: تصح هبة بناء على أنها تقتضيه.

(ولو بعث هدية) لم يعده بالباء لجواز الأمرين كما قاله أبو علي خلافا لتصويب الحريري تعين تعديته بها (في ظرف) أو وهب شيئاً في ظرف من غير بعث (فإن لم تجر العادة برده كقوصرة) بتشديد الراء في الأفصح (تمر) أي وعائه الذي يكثر فيه من، نحو خوص ولا يسمى بذلك إلا وهو فيه وإلا فزنبيل وكعلبة حلوى (فهو هدية) أو هبة (أيضا) تحكيما للعرف المضطرد، وكتاب الرسالة يملكه المكتوب إليه إن لم تدل قرينة على عوده. قاله المتولي، وهو أوجه من قول غيره هو باق على ملك الكاتب ويملك المكتوب له الانتفاع به على وجه الإباحة (وإلا) بأن اعتيد رده أو اضطربت العادة كما اقتضاه كلام ابن المقري (فلا) يكون هدية بل أمانة في يده كالوديعة (ويحرم استعماله) لأنه انتفاع بملك غيره بغير إذنه (إلا في أكل الهدية منه إن اقتضته العادة) عملا بها ويكون عارية حينئذ، ويسن رد الوعاء حالا لخبر فيه، قال الأزرعي: وهذا في مأكول، أما غيره فيختلف رد طرفه باختلاف عادة النواحي فيتجه في كل ناحية بعرفهم وفي كل قوم عرفهم باختلاف طبقاتهم، ولو ختن ولده وحملت له هدايا ملكها الأب، وقال جمع للابن فيلزم الأب قبولها: أي عند انتفاء المحذور كما لا يخفى، ومنه قصد التقرب للأب وهو نحو قاض فيمتنع عليه القبول كما بحثه بعض الشراح وهو ظاهر ومحل الخلاف حيث لم يقصد المهدي واحدا منهما وإلا فهي لمن قصده بالاتفاق، ويجري ذلك فيما يعطاه خادم الصوفية فيكون له عند الإطلاق أو قصده ولهم عند قصدهم وله ولهم عند قصدهما: أي فيكون له النصف فيما يظهر أخذا مما يأتي في الوصية لزيد الكاتب والفقراء مثلا. وقضية ذلك أن ما جرت به عادة بعض أهل البلاد من وضع طاسة بين يدي صاحب الفرح ليضع الناس فيها دراهم ثم يقسم على المزين ونحوه يجري فيه ذلك التفصيل، فإن قصد المزين وحده أو مع نظرائه معاونين له عمل بالقصد، وإن أطلق كان ملكا لصاحب الفرح يعطيه لمن يشاء، وبهذا يعلم عدم اعتبار العرف هنا، أما مع قصد خلافه فظاهر، وأما مع الإطلاق فلأن حمله على من ذكر من الأب والخادم وصاحب الفرح نظرا للغالب أن كلا من هؤلاء هو المقصود هو عرف الشرع فيقدم على العرف المخالف له، بخلاف ما لا عرف للشرع فيه فيحكم بالعادة فيه، ولهذا لو نذر لولي ميت بمال فإن قصد تملكه لغا أو أطلق وكان على قبره ما يحتاج للصرف في مصالحه صرف لها، وإلا فإن كان عنده قوم اعتيد قصدهم بالنذر للولي صرف لهم.

{كتاب اللقطة}

بضم اللام وفتح القاف وقد تسكن، وهي لغة: الشيء الملقوط، وشرعا: مال أو اختصاص محترم ضاع بنحو غفلة بمحل غير مملوك لم يجز ولا عرف الواجد مستحقه ولا امتنع بقوته، فما وجد في مملوك فلذي اليد، فإن لم يدعه فلمن قبله إلى المحيي ثم يكون لقطعة. نعم ما وجد بدار حرب ليس بها مسلم وقد دخلها بغير أمان غنيمة، أو به فلقطة، وما ألقاه نحو ريح أو هارب لا يعرفه بنحو داره أو حجره وودائع مات عنها مورثه ولا يعرف مالکها مال ضائع لا لقطعة، خلافا لما وقع في المجموع في الأولى أمره إلى الإمام فيحفظه أو ثمنه إن رأى يبعه أو يقرضه لمبيت المال إلى ظهور مالکة إن توقعه وإلا صرف لمصارف بيت المال، فإن لم يكن حاكم أو كان جائرا فلمن هي بيده ذلك كما مر نظيره، ولو وجد لؤلؤ بالبحر خارج صدفة فلقطة، قاله الماوردي، لأنه لا يوجد خلقة في البحر إلا داخل صدفة، وظاهره عدم الفرق بين المثقوب وغيره، لكن قال الروياني في غير المثقوب إنه لو وجد، ولو وجد قطعة عنبر في معدنه كالبحر وقربه، وسمكة أخذت منه فهو له، وإلا فلقطة وما أعرض عنه من حب في أرض الغير فنبت يملكه مالکها، قاله جمع. ومن اللقطة أن يبدل نعله بغيره فيأخذها ولا يحل له استعمالها إلا بعد تعريفها بشرطه أو تحقق إعراض المالك عنها، فإن علم أن صاحبها تعمد أخذ نعله جاز له بيع ذلك ظفرا بشرطه وأجمعوا على جواز أخذها في الجملة لأحاديث فيها يأتي بعضها مع أن الآيات الشاملة للبر والإحسان تشملها، وعقبها للهبة لأن كلا تملك بلا عوض وغيره لإحياء الموات لأن كلا تملك من الشارع، ويصح تعقيبها للقرض لأن تملكها اقتراض من الشارع. وأركانها: لاقط، وملقوط، ولقط. وستعلم من كلامه وفي اللقط معنى الأمانة، إذ لا يضمنها، والولاية على حفظها كالولي في مال المحجور والاكْتساب بتملكها بشرطه، وهو الم أغلب فيها.

(يستحب الالتقاط لوائح بأمانة نفسه) لما فيه من البر، بل قال جمع يكره تركه لئلا تقع في يد خائن (وقيل يجب) حفظ المال الآدمي كنفسه. ورد بأنها أمانة أو كسب وكل منهما غير واجب ابتداء، وما ذكره بعضهم من وجوبها حيث لم يكن ثم غيره، ولو تركها تلفت صحيح قياسا على ما سيأتي في الوديعة بل أولى لأن مالکها موجود ينظر لها بخلاف ما هنا، ولا ينافيه ما فيها أن شرط وجوبها أن يبذل لها المالك أجره عمله وحرزه مع أنه لا يتأتى هنا لأن امتناع المالك من بذل ذلك مع حضوره يعد به مضيعا لماله

فانتفى الحرج عن غيره حينئذ بخلاف مسألتنا، ويؤيد ما قلناه ما سيأتي في الجعالة فيما لو مات رفيقه وترك مالا وتعين حمله طريقا لحفظه، وزعم بعضهم تفريعه على قول الوجوب مطلقا وهم، إذ فرق بعيد بين قولهم لا يجب أخذها وإن خاف ضياعها وقولنا تعين أخذها طريقا لحفظها. نعم خص الغزالي الوجوب بما إذا لم يكن عليه تعب في حفظها ولا يضمن وإن أثم بالترك (ولا يستحب لغير واثق بأمانة نفسه) مع عدم فسقه خشية الضياع أو طرو الخيانة، وقول ابن الرفعة: إن التعبير بخائف على نفسه يفارق هذا لأن الخوف أقوى في التوقع، رده السبكي بأنه لا يفارق بينهما: أي من حيث إن المدار كما هو ظاهر على أن يكون أو يطرأ عليه ما يتولد عنه عن قرب ولو احتمالا ضياعها (ويجوز له) مع ذلك الالتقاط (في الأصح) لأن خيانتها لم تتحقق وعليه الاحتراز، أما إذا علم من نفسه الخيانة فيحرم عليه قبولها كالوديعة، وقد صرح بذلك ابن سراقه. والثاني لا يجوز خشية استهلاكها.

(ويكره) تنزيها لا تحريما الالتقاط (لفاسق) لأنه قد يخون فيها (والمذهب أنه لا يجب الإشهاد على الالتقاط) كالوديعة إذا قبلها. نعم يستحب ولو لعدل لأنه يمتنع به من الخيانة ووارثه من أخذها اعتمادا لظاهر اليد، ولأنه صلى الله عليه وسلم لم يأمر به في خبر زيد، وأمره به في خبر غيره محمول على الندب، والقول بعدم المناقاة بينهما لأنها زيادة ثقة، والأصل في الأمر الوجوب، يرد بأن القياس على الوديعة أوجب حمله على الندب، لا سيما وصرفه على الوجوب ما صح من قوله صلى الله عليه وسلم {من التقط لقطة فليشهد عليها ذا عدل أو ذوي عدل} فالتخير بين العدل والعدلين يقتضي عدم الوجوب وإلا لم يكف العدل. والطريق الثاني القطع بأنه لا يجب ويذكر في الإشهاد بعض صفاتها ولا يستوعبها فإن خالف كره كما جزم به في الأنوار. ولو خاف عليها منه علم ظالم بها وأخذها لها امتنع، وإنما وجب في اللقيط لأن أمر النسب أهم، ويسن الكتابة عليها أنها لقطة (و) المذهب (أنه يصح) (التقاط الفاسق) والمرتد إن قلنا: لا يزول ملكه وهو الأصح والسفيه، وليس في كلامه تكرار مع ما مر في وقوله ويكره لفاسق إذ مراده بالصحة هنا أن أحكام اللقطة هل تثبت له وإن منعناه الأخذ، قاله الزركشي.

(و) التقاط (الصبي) والمجنون حيث كان لهما تمييز كما بحثه بعضهم في الثاني، وهو ظاهر لأن المذهب فيها الاكتساب لا الأمانة والولاية، وبهذا يتبين رد قول الأذرعى المراد بالفاسق من لا يوجب فسقه حجرا عليه في ماله. (و) التقاط (الذمي) والمعاهد

والمؤمن كما بحثه الزركشي (في دار الإسلام) وإن لم يكن عدلا في دينه فيما يظهر. والطريق الثاني تخريجه على أن المقلب فيها الاكتساب فيصح أو الأمانة والولاية فلا، وخرج بدار الإسلام دار الحرب ففيها تفصيل مر (ثم الأظهر) بناء على صحة التقاط الفاسق، ومثله فيما يأتي الكافر. قال الأذرعى: إلا العدل في دينه (أنه ينزع) الملتقط (من الفاسق) وإن لم يخش ذهابه منه (ويوضع عند عدل) لأنه لا تقر يده على مال ولده فمال غيره أولى والمتولي للنزع والوضع الحاكم كما هو ظاهر. والثاني لا ينزع ولكن يضم إليه عدل مشرف (و) الأظهر له (أنه لا يعتد بتعريفه) كالكافر (بل يضم إليه) عدل (رقيب) عند تعريفه لئلا يخون فيه والثاني يعتد من غير رقيب، ثم إذا أتم التعريف فله التملك. قال الماوردي: وأشهد عليه الحاكم بغرمها إذا جاء مالها ومؤنته عليه، وكذا أجرة المضمون إليه حيث لم يكن في بيت المال شيء، ولو ضعف الأمين عنها عضده الحاكم بأمين يقوى به على حفظها وتعريفها ولا ينزعها منه.

(وينزع) حتما (الولي لقطة الصبي) والمجنون والمحجور عليه بالسفه حفظا لحقه وحق المالك وتكون يده نائبة عنه، ويستقل بذلك ويعرف ويراجع الحاكم في مؤنة التعريف ليقترض أو يبيع له جزءا منها، ويفارق هذا ما يأتي من كون مؤنة التعريف على المتملك بوجوب الاحتياط لمال نحو الصبي ما أمكن ولا يعتد بتعريف الصبي والمجنون. نعم صرح المدارمي بصحة تعريف الصبي بحضرة الولي، وهو قياس ما مر في الفاسق مع المشرف، وما بحثه الأذرعى من صحة تعريف المراهق الذي لم يعرف كذبه مخالف لكلامهم، بخلاف السفیه فإنه يصح تعريفه لأنه يوثق بقوله دونهما (ويتملكها للصبي) أو نحوه (إذا رأى ذلك) مصلحة له وذلك (حيث يجوز الاقتراض له) لأن تملكه إياها في معنى الاقتراض له فإن لم ير ذلك حفظها أو سلمها للحاكم وللولي وغيره أخذها من غير مميز على وجه الالتقاط ليعرفها ويتملكها ويبرأ الصبي حينئذ من الضمان (ويضمن) في مال نفسه ولو حاكما فيما يظهر خلافا للزركشي ومن تبعه (إن قصر في انتزاعه) أي الملتقط من المحجور (حتى تلف) أو أ تلف (في يد الصبي) أو نحوه لتقصيره كما لو قصر في حفظ ما احتطبه ثم يعرف التالف، فإن لم يقصر بأن لم يعلم بها الولي فأتلفها نحو الصبي ضمنها في ماله دون الولي، وإن لم يتلفها لم يضمنها أحد، وإن تلفت بتقصير ولو لم يعلم الولي بها حتى كمل الأخذ فهو كما لو أخذها حال كماله سواء

استأذن الحاكم فأقرها في يده أم لا كما هو أحد وجهين للصيمري
يتجه ترجيحه.

(والأظهر بطلان) (التقاط العبد) أي القن إن لم يأذن له سيده
ولم ينهه، وإن نوى سيده لأنه يعرضه للمطالبة بدلها لوقوع الملك
له ولأن فيه شائبة ولاية وتملك وليس من أهلها، وبه يفرق بينه
وبين نحو الفاسق، فإنه وإن انتفت عنه الشائبة الأولى فيه أهلية
الشائبة الثانية على أن المقلب معنى الاكتساب، ومثله ما لو قال
له التقط عن نفسك فيما يظهر، والثاني صحته ويكون لسيده. أما
إذا أذن له ولو في مطلق الاكتساب فيصح وإن نهاه لم يصح قطعاً
(ولا يعتد بتعريفه) إذا بطل التقاطه لأن يده ضامنة، وحينئذ لا يصح
تملكه ولو لسيده بإذنه وإذا لم يصح التقاطه فهو مال ضائع (فلو
أخذه) أي الملتقط (سيده) أو غيره منه (كان التقاطاً) من الآخذ
فيعرفه ويتملكه ويسقط عن العبد الضمان وللسيد أن يقره في
يده ويستحفظه إياه إن كان أميناً وإلا ضمنه لتعديده بإقراره معه
فكأنه أخذه منه ورده إليه، ويتعلق الضمان بسائر أمواله، ومنها
رقبة العبد فيقدم صاحبها برقبته، فإن لم يعلم تعلق برقبة العبد
فقط، ولو عتق قبل أن يأخذها منه جاز له تملكها إن بطل الالتقاط
وإلا فهو كسب قنه فله أخذه ثم تعريفه ثم تملكه (قلت: المذهب
صحة التقاط المكاتب كتابة صحيحة) لأنه كالحر في الملك
والتصرف فيعرف ويتملك ما لم يعجز قبل التملك وإلا أخذها
الحاكم لا السيد وحفظها لمالكها، أما المكاتب كتابة فاسدة
فكالقن، والقول الثاني لا يصح لما فيه من التبرع والحفظ وليس
هو من أهله فهو كالقن. والطريق الثاني القطع بالصحة كالحر ولو
عرفها ثم تملكها وتلفت فبدلها في كسبه وهل يقدم بها مالها
على الغرماء وجهان: أوجهها لا، وأجراهما الزركشي في الحر
المفلس أو الميت.

(و) المذهب صحة التقاط (من بعضه حر) لأنه كالحر فيما ذكر
(وهي) أي اللقطة (له ولسيده) يعرفانها ويتملكانها بحسب الرق
والحرية إن لم تكن بينهما مهياة (فإن كانت) بينهما (مهياة)
بالهمز: أي مناوبة (فلصاحب النوبة) منهما التي وجدت اللقطة
فيها بعد تعريفها وتملكها (في الأظهر) بناء على دخول الكسب
النادر في المهياة وهو الأصح. والثاني تكون بينهما بناء على عدم
دخوله فيها، ولو تخلل مدة تعريف المبعوض نوبة السيد ولم يأذن
فيه أناب من يعرف عنه فيما يظهر، فإن تنازعا فيمن وجدت في
يده صدق من هي بيده كما دل عليه النص، فإن لم تكن بيد واحد
منهما فهي بينهما فيما يظهر بعد أن يحلف كل للآخر، وظاهر

كلامهم أنه في يوم نوبة سيده كالقن فيحتاج إلى إذنه وفي نوبة نفسه كالحر، فإن لم تكن مهابة اتجه عدم الاحتياج إلى إذن تغليبا للحرية (وكذا حكم سائر النادر) أي باقيه (من الأكساب) الحاصلة للمبعض كالهبة بأنواعها والوصية والركاز والصدقة وزكاة الفطر على الأصح، لأن مقصود المهابة اختصاص كل بما وقع في نوبته (و) من (المؤن) كأجرة حجام وطبيب إلحاقا للغرم بالغنم والأوجه أن العبرة في الكسب والمؤن بوقت الاحتياج للمؤن وإن وجد سببها في نوبة الآخر، وإن كان ظاهر كلام بعض الشراح أن العبرة في الكسب بوقت وجوده وفي المؤن بوقت وجود سببها كالمرض (إلا أُرش الجناية) منه أو عليه الواقعة في نوبة أحدهما (والله أعلم) فلا تدخل لتعلقه بالرقبة وهي مشتركة، واعتراض بعضهم حمل كلام المصنف هنا على الثانية بأنها مبحوثة لمن بعده فكيف تدخل في كلامه مردود بأن كلامه حيث صلح لها تبين أنها غير مبحوثة وإن لم توجد في كلام غيره.

(فصل)

في بيان لقط الحيوان وغيره وتعريفها

(الحيوان المملوك) ويعرف ذلك بكونه موسوما أو مقرطا مثلا (الممتنع من صغار السباع) كنمر وفهد وذئب وما نوزع به من كون هذه من كبارها. وأجيب عنه بحملها على صغارها أخذا من كلام ابن الرفعة مردود بأن الصغر من الأمور النسبية، فهذه وإن كبرت في نفسها هي صغيرة بالنسبة إلى الأسد ونحوه (بقوة كبعير وفرس) وحمار وبغل وبقر (أو بعدو كآرنب وظبي أو طيران كحمام) وهو كل ما عب وهدر كقمري ويمام (إن وجد بمفازة) ولو أمانة، وهي المهلكة. سميت بذلك على القلب تفاؤلا كما قيل، وقال ابن القطاع. بل من فاز هلك ونجا فهو ضد فهي مفعلة من الهلاك (فللقاضي) أو نائبه (التقاطه للحفظ) لأن له ولاية على أموال الغائبين، ولا يلزمه وإن خشي ضياعه كما اقتضاه كلامه، بل قال السبكي: إذا لم يخش ضياعه لا ينبغي أن يتعرض له، والأذرعى يجب الجزم بتركه عند اكتفائه بالرعي والأمن عليه ولو أخذه احتاج للإنفاق عليه قرضا على مالكه واحتاج مالكه لإثبات ملكه وقد يتعذر عليه ذلك، فإن لم يكن ثم حمى، قال القاضي: باعه وحفظ ثمنه لأنه الأنفع، نعم ينتظر صاحبه يوما أو يومين إن جوز حضوره، والأوجه تخير الحاكم بين الثلاثة مع رعاية الأصلح أخذا من إلزامه بالعمل به في مال الغائب (وكذا لغيره) من الأحاد أخذه للحفظ من المفازة (في الأصح) صيانة له من أخذ خائن، ومن ثم جاز له

ذلك في زمن الخوف قطعاً. والثاني لا إذ لا ولاية للآحاد على مال الغير. أما إذا أمن عليه: أي يقينا امتنع أخذه قطعاً كما في الوسيط، ومحلّه كما اعتمده في الكفاية إن لم يعرف صاحبه وإلا جاز له أخذه قطعاً ويكون أمانة في يده (ويحرم) على الكل (التقاطه) زمن الأمن من المفازة (للملك) للنهي عنه في ضالة الإبل، وقيس بها غيرها بجامع إمكان عيشها من غير راع إلى وجود مالكها لها لتطلبه ذلك، فإن أخذ ضمنه ولم يبرأ إلا برده للحاكم. أما زمن النهب فيجوز التقاطه للملك قطعاً في الصحراء وغيرها. وتقييد بعضهم ذلك بما إذا لم تكن عليه أمتعة والثقل، وهو الأوجه مخالفاً لكلامهم إذ لا تلازم بين أخذها وأخذها، ولا يلزم من أخذها وهي عليه وضع يده عليه فيتخير في أخذها بين التملك والحفظ وهو لا يأخذها إلا للحفظ، ودعوى أن وجودها ثقيلة عليه صيره كغير الممتنع ممنوعة، وخرج بالمملوك غيره ككلب يقتنى فيحل التقاطه، وله الاختصاص والانتفاع به بعد تعريفه سنة، والبعير المقلد تقليد الهدي يأخذه واجده في أيام منى ويعرفه، فإن خاف خروج وقت النحر نحره وفرقه. ويستحب استئذان الحاكم، ولعل وجه تجويزهم ذلك في مال الغير بمجرد التقليد مع كون الملك لا يزول به مع قوة القرينة المغلبة على الظن أنه هدي مع التوسعة على الفقراء وعدم تهمة الواجد فإن المصلحة لهم لا له فاندفع ما لبعض الشراح هنا، وظاهر أنه لو ظهر مالكة وأنكر كونه هدياً صدق بيمينه، وحينئذ فالقياس أنه يستقر على الذابح ما بين قيمته حياً ومذبوحاً لأنه هو الذي فوته بذبحه ويستقر على الآكلين بدل اللحم والذابح طريق، والأوجه جواز تملك منفعة موقوف لم يعلم مستحقها بعد تعريفها لأنها مملوكة للموقوف عليه فهي من حيز الأموال المملوكة، وجواز تملك منفعة موصى بها كذلك كرقبته لأنها مملوكان، الرقبة للوارث والمنفعة للموصى له وإن رجح الزركشي من تردد له عدم جواز تملكهما (وإن وجدته) أي الحيوان المذكور (بقرية) مثلاً أو ما يقاربها عرفاً بحيث لا يعد في مهلكة فيما يظهر (فالأصح جواز التقاطه) في غير الحرم والأخذ بقصد الخيانة (للملك) لتطرق أيدي المجتازين عليه هنا دون المفازة لندرة طروقها ولاعتياد إرسالها فيها بلا راع فلا يكون ضالة، بخلاف العمران. والثاني المنع كالمفازة لإطلاق الخبر، ورد بأن سياقه يقتضي المفازة بدليل "دعها ترد الماء وترعى الشجر"، وقد يمتنع

التملك كالبعير المقلد وكما لو دفعها للقاضي معرضا عنها ثم عاد لإعراضه المسقط لحقه (وما لا يمتنع منها) أي صغار السباع (كشاة) وعجل وفصيل وكثير إبل وخيل (يجوز التقاطه) للحفظ و (للملك في القرية) ونحوها (والمفازة) زمن أمن ونهب ولو لغير القاضي كما اقتضاه إطلاق الخبر وصونا له عن الضياع (ويتخير أخذه) أي المأكل للتملك (من مفازة) بين أمور ثلاثة (فإن شاء عرفه) وينفق عليه (وتملكه) بعد التعريف كغيره (أو باعه) بإذن الحاكم إن وجده (وحفظ ثمنه) كالأكل بل أولى (وعرفها) أي اللقطة التي باعها لا الثمن ولذا أنت الضمير هنا لئلا يوهم عوده إلى الثمن وذكره في أكله لعدم الإيهام فيه (ثم تملكه) أي الثمن (أو) تملكه حالا ثم (أكله) إن شاء إجماعا، ولا يجوز له أكله قبل تملكه نظير ما يأتي فيما يسرع فساده (وغرم قيمته) يوم تملكه لا أكله كما سيصرح به آخر الباب (إن ظهر مالكة) ولا يجب في هذه الخصلة تعريفه على الظاهر عند الإمام، وسيأتي عنه نظيره بما فيه، وعلل ذلك بأن التعريف إنما يراد للتملك وقد وقع قبل الأكل واستقر به بدله في الذمة، ومن ثم لم يلزمه إفرازه بل لا يعتد به لأن بقاءه بذمته أحفظ، وليس له بيع بعضه للإنفاق لئلا تستغرق النفقة باقيه ولا الاستقراض على المالك لذلك، والفرق بينه وبين ما مر في هرب الجمال أنه ثم يتعذر بيع العين ابتداء لتعلق الإجارة بها وعدم الرغبة فيها غالبا حينئذ ولا كذلك اللقطة، ولا يرجع بما أنفق إلا إذا أذن له الحاكم عند إمكان مراجعته، وإلا كان خاف عليه أو على ماله فيما يظهر أشهد على أنه ينفق بنية الرجوع والأولى أولى لحفظ العين بها على مالكة، ثم الثانية لتوقف استباحة الثمن على التعريف، ومحل ذلك ما لم يكن أحدها أحظ للمالك وإلا تعين كما قاله المالك ويؤيده ما يأتي، وزاد أيضا رابعة وهي تملكها حالا ليستبقها حية لدر ونسل لأنه أولى من الأكل وله إبقاؤه لمالكة أمانة إن تبرع بإنفاقه ولو أعيأ بعير مثلا فتركه فقام به غيره حتى عاد كحاله لم يملكه، ولا رجوع له بشيء إلا إن استأذن الحاكم في الإنفاق، أو أشهد عند فقدته أنه ينفق بنية الرجوع، خلافا لأحمد والليث في كونه يملكه ولمالك في الرجوع بما صرفه، ومن أخرج متاعا غرق لم يملكه، وما نقل عن الحسن البصري من ملكه له رد بأن الإجماع على خلافه (فإن أخذه من العمران) أو لم يكن مأكولا (فه الخصلتان الأوليان لا الثالثة) وهي الأكل (في الأصح) لسهولة البيع هنا لا ثم والمشقة نقلها إلى العمران، وقضيته امتناع الأكل فيما مر لو نقلها إلى العمران. والثاني له الأكل أيضا كما في الصحراء. وأجاب الأول بأنه إنما أبيح له الأكل في الصحراء لأنه قد

لا يجد فيها من يشتريه بخلاف العمران، ومراده بالعمران الشارع والمساجد ونحوها لأنها مع الموات محال اللقطة.

(ويجوز أن يلتقط) في زمن الأمن والخوف ولو للتملك (عبدا) أي قنا (لا يميز) ومميزا في زمن الخوف لا الأمن لأنه يستدل على سيده. نعم لو كانت أمة يحل له التمتع بها امتنع التقاطها للتملك ويجوز للحفظ، فإن لم تحل له لنحو تمجس أو محرمة جاز مطلقا، وحيث جاز التقاط القن ففيه الخصلتان الأوليان، وينفق من كسبه إن كان وإلا فكما مر وصور الفارقي معرفة رقه دون مالكة بأن يكون به علامة دالة على الرق كعلامة الحبشة والزنج، ونظر فيه غيره ثم صوره بما إذا عرف رقه أولا وجهل مالكة ثم وجده ضالا، ولو تملكه ثم تصرف فيه فظهر مالكة وادعى عتقه أو نحو بيعه قبله صدق بيمينه وبطل التصرف.

(ويلتقط غير الحيوان) من الجماد كالنقد وغيره حتى الاختصاص كما مر (فإن كان يسرع فساده كهريسة) ورطب لا يتتمر وعنب لا يتزيب تخير بين خصلتين فقط (فإن شاء باعه) بإذن الحاكم إن وجده ولم يخف منه وإلا استقل به فيما يظهر (وعرفه) بعد بيعه لا ثمنه (ليتملك الثمن) وهذه أولى مما ذكره في قوله (وإن شاء تملكه) باللفظ لا النية هنا وفيما مر كما يعلم مما يأتي (في الحال وأكله) لأنه معرض للهلاك، وتعين فعل الأخط منهما نظير ما يأتي، والأقرب كما قاله الأذرعى أنه لا يستقل بعمل الأخط في ظنه بل يراجع الحاكم ويمتنع إمساكه لتعذره (وقيل إن وجده في عمران وجب البيع) لتيسره وامتنع الأكل نظير ما مر، وفرق الأول بأن هذا يفسد قبل وجود مشتر، وإذا أكل لزمه تعريف المأكول إن وجده بعمران لا صحراء أخذا مما مر خلافا للأذرعى، ولا يجب إفراز القيمة المغرومة من ماله. نعم لا بد من إفرازها عند تملكها لأن تملك الدين لا يصح، قاله القاضي (وإن أمكن بقاؤه بعلاج كرطب يتجفف) أي يمكن تجفيفه ولبن يصير أقطا وحب رعاية الأغبط للمالك (فإن كانت الغبطة في بيعه بيع) جميعه بإذن الحاكم بالقيد المار (أو) كانت الغبطة (في تجفيفه) أو استوى الأمران كما بحثه بعض المتأخرين (وتبرع به الواجد) أو غيره (جففه وإلا) بأن لم يتبرع به أحد (بيع بعضه) بقدر ما يساوي التجفيف (لتجفيف الباقي) طلبا للأخط كولي اليتيم وإنما باع كل الحيوان لئلا يأكل كله كما مر.

(ومن أخذ لقطة للحفظ أبدا) وهو أهل للتقاط لذلك كما أفاده الزركشي أي بأن كان ثقة (فهى) كدرها ونسلها (أمانة بيده) لأنه يحفظها لمالكها فأشبه المودع ومن ثم ضمنها لو قصر كأن ترك

تعريفها على ما يأتي ومحلّه كما بحثه الأذرعى، وسيأتى عن النكت وغيرها ما يصرح به حيث لم يكن له عذر معتبر في تركه: أي كأن خشي من ظالم أخذها أو جهل وجوبه وعذر فيما يظهر (فإن دفعها إلى القاضي لزمه القبول) حفظا لها على صاحبها لأنه ينقلها إلى أمانة أقوى، وإنما لم يلزمه قبول الوديعة عند انتفاء الضرر لإمكان ردها لمالكها مع التزامه الحفظ، وكذا لو أخذها للتملك ثم تركه وردها يلزمه القبول ومعلوم عدم جواز دفعها لقاض غير أمين وأنه لا يلزمه القبول وأن الدافع له يضمنها كما صرح به القفال (ولم يوجب الأكثرون التعريف) في غير لقطة الحرم (والحالة هذه) أي كونه أخذها للحفظ لأن الشرع إما أوجبه لأجل أن له التملك بعده، وقال الأقلون يجب: أي حيث لم يخف أخذ ظالم لها كما يعلم مما يأتي لئلا يفوت حق المالك بكتمها، ورجحه الإمام والغزالي وقواه، واختاره في الروضة وصححه في شرح مسلم، وهو المعتمد كما قاله الأذرعى لأن المالك قد لا يمكنه إنشادها لنحو سفر أو مرض، ويمكن الملتقط التخلص عن الوجوب بالدفع للقاضي الأمين فيضمن بترك التعريف ولا يرتفع به ضمانها لو بدا له بعد، قال: ولا يلزمه مؤنة التعريف في ماله على القولين وإن نقل الغزالي أن المؤنة تابعة للوجوب، ولو بدا له قصد التملك أو الاختصاص عرفها سنة من حينئذ ولا يعتد بما عرفه قبله. أما إذا أخذها للتملك أو الاختصاص فيلزمه التعريف جزما (فلو قصد بعد ذلك) أي أخذها للحفظ وكذا بعد أخذها للتملك (خيانة لم يكن ضامنا) بمجرد القصد (في الأصح) فإن انضم لذلك القصد استعمال أو نقل من محل لآخر ضمن كالمودع فيهما. والثاني يصير ضامنا بذلك، وإذا ضمن في الأثناء بخيانة ثم أقلع وأراد أن يعرف ويتملك جاز وخرج بالأثناء ما في قوله (وإن أخذ بقصد خيانة فضامن) لقصده المقارن لأخذه وبيراً بالدفع لحاكم أمين (وليس له بعد أن يعرف ويتملك) أو يختص بعد التعريف (على المذهب) نظرا للابتداء كالغاصب، وفي وجه من الطريق الثاني له ذلك نظرا لوجود صورة الالتقاط (وإن أخذ ليعرف ويتملك) بعد التعريف (فأمانة) بيده (مدة التعريف) وكذا بعدها ما لم يختر التملك في الأصح) كما قبل مدة التعريف. والثاني وبه قال الإمام والغزالي تصير مضمونة عليه إذا كان عزم التملك مطردا كالمستام، وفرق الأول بأن المستام مأخوذ لحظ أخذه حال الأخذ بخلاف اللقطة، ولو أخذه لا بقصد حفظ ولا تملك أو لا بقصد خيانة ولا أمانة أو بقصد أحدهما ونسيه فأمانة وله تملكها بشرطه اتفاقا، ومعلوم أنه يكون في الاختصاص أمينا ما لم يتلف بنفسه أو بغيره، فإن تلف فلا ضمان أخذا مما مر في الغصب

(و) عقب الأخذ كما قاله المتولي وغيره (يعرف) بفتح أوله ندبا كما قاله الأذرعي وغيره خلافا لابن الرفعة محل التقاطها و (جنسها ووصفتها) الشامل لنوعها (وقدرها) بعد أو وزن أو كيل أو ذرع (وعفاصها) أي وعاءها توسعا إذ أصله جلد يلبس رأس القارورة، كذا قاله بعضهم تبعا للخطابي، لكن عبارة القاموس مصرحة بكونه مشتركا بين الوعاء الذي فيه النفقة جلدا أو خرقة وغلاف القارورة والجلد الذي يغطى رأسها به (ووكاءها) بكسر أوله وبالمد: أي خيطها المشدود به لأمره صلى الله عليه وسلم بمعرفة هذين وقيس بهما غيرهما لئلا تختلط بغيرها وليعرف صدق واصفها، ويستحب تقييدها بالكتابة كما مر خوف النسيان، أما عند تملكها فالأوجه وجوب معرفة ذلك ليعلم ما يرد له لملكها لو ظهر (ثم) بعد معرفته ذلك (يعرفها) بضم أوله وجوبا وإن لم يقصد تملكها كما مر بنفسه أو نائبه من غير أن يسلمها له، ويكون المعرف عاقلا غير مشهور بالخلاعة والمجون، وإن لم يكن عدلا كما قاله ابن الرفعة إن وثق بقوله ولو محجورا عليه بالسفه كما علم مما مر، وأفهم قولهم ثم عدم وجوب فورية التعريف وهو ما صححاه، لكن ذهب القاضي أبو الطيب إلى وجوب الفورية واعتمده الغزالي. قيل: ومقتضى كلام الشيخين جواز التعريف بعد زمن طويل كعشرين سنة وهو في غاية البعد، والظاهر أن مراده بذلك عدم الفورية المتصلة بالالتقاط انتهى. والأوجه ما توسطه الأذرعي وهو عدم جواز تأخيره عن زمن تطلب فيه عادة ويختلف بقلتها وكثرتها، ووافق البلقيني فقال: يجوز التأخير ما لم يغلب على ظنه فوات معرفة المالك به ولم يتعرضوا له انتهى. وقد تعرض له في النهاية بما يفيد ذلك، وفي نكت المصنف كالجيلي أنه لو غلب على ظنه أخذ ظالم لها حرم التعريف وكانت أمانة بيده أبدا: أي فلا يملكها بعد السنة كما أفتى به الغزالي، وهو أوجه مما أفتى به ابن الصباغ أنه لو خشى من التعريف استئصال ماله عذر في تركه وله تملكها بعد السنة (في الأسواق) عند قيامها (وأبواب المساجد) عند خروج الناس منها لأنه أقرب إلى وجدانها، ويكره تنزيلها كما في المجموع لا تحريما خلافا لجمع مع رفع الصوت بمسجد كإنشادها فيه إلا المسجد الحرام كما قاله الماوردي والشاشي لأنه لا يمكن تملك لقطعة الحرم، فالتعريف فيه محض عبادة، بخلاف غيره فإن المعرف فيه متهم بقصد التملك، وبه يرد على من ألحق به مسجد المدينة والأقصى وعلى تنظير الأذرعي في تعميم ذلك لغير أيام الموسم (ونحوها) من المحافل والمجامع ومحال الرجال وليكن أكثره بمحل وجودها ولا يجوز له المسافرة بها بل يدفعها لمن

يعرفها بإذن الحاكم وإلا ضمن. نعم لمن وجدها بالصحراء تعريفها لمقصده قرب أم بعد استمر أم تغير، وقيل: يتعين أقرب البلاد لمحلها واختير وإن جازت به قافلة تبعها وعرفها، ولو وجد بيته درهما مثلا وجوز كونه لمن يدخله عرفه لهم للمقر، قاله القفال. ويجب في غير الحقير الذي لا يفسد بالتأخير أن يعرف (سنة) من وقت التعريف تحديدا للخبر الصحيح فيه لأن السنة لا تتأخر فيها القوافل غالبا كالذمي فيها الفصول الأربعة، ولأنه لو لم يعرف سنة لضاعت الأموال على أربابها، ولو جعل التعريف أبدا لامتنع من التقاطها فكانت السنة مصلحة للفريقين، ولو التقط اثنان لقطعة عرفها كل واحد نصف سنة لأن قسمتها إنما تكون عند التملك لا قبله كما قال السبكي إنه الأشبه، وإن قال ابن الرفعة يعرفها كل سنة لأنه في النصف كلقطة كاملة، وقد يجب التعريف على كل واحد سنتين بأن يعرف سنة قاصدا حفظها بناء على أن التعريف حينئذ واجب ثم يريد التملك فيلزمه من حينئذ سنة أخرى، ولا يشترط استيعاب السنة بل يكون (على العادة) زمنا ومحلا وقدرا (يعرف أولا كل يوم مرتين طرفي النهار) أسبوعا (ثم كل يوم مرة) طرفه إلى أن يتم أسبوعا آخر (ثم كل أسبوع) مرة أو مرتين: أي إلى أن يتم سبعة أسابيع أخذا مما قبله (ثم) في كل (شهر) مرة بحيث لا ينسى أن الأخير تكرر للأول وزيد في الأزمنة الأول؛ لأن تطلب المالك فيها أكثر وتحديد المرتين وما بعدهما بما ذكر أوجه من قول بعض الشراح، مرادهم أنه في ثلاثة أشهر يعرف كل يوم مرتين وفي مثلها كل يوم مرة وفي مثلها كل أسبوع مرة وفي مثلها كل شهر مرة، والأقرب أن هذا التحديد كله للاستحباب لا الوجوب كما يفهمه ما يأتي أنه تكفي سنة مفرقة على أي وجه كان التفريق بقيد الآتي (ولا تكفي سنة متفرقة) كأن يعرف اثني عشر شهرا من اثني عشر عاما (في الأصح) لأن المفهوم من السنة في الخبر التوالي، وكما لو حلف لا يكلم زيدا سنة (قلت: الأصح يكفي، والله أعلم) لإطلاق الخبر، وكما لو نذر صوم سنة، ويفرق بين هذا والحلف بأن القصد به الامتناع والزجر ولا يتم ذلك بدون التوالي، ومحل هذا كما بحثه الأذرعي أن لا يفحش التأخير بحيث ينسى التعريف الأول وإلا وجب الاستئناف واعتبر الإمام وجوب بيان محل وجدانها في التعريف كما مر، ولو مات الملتقط أثناء التعريف بنى وارثه كما قاله الزركشي والعراقي رادا قول شيخه إن الأقرب الاستئناف، كما لا يبني على حول مورثه في الزكاة بحصول المقصود هنا لا ثم لانقطاع حول استرقه بخروج الملك عنه بموته فيستأنف الوارث حول لابتداء ملكه (ويذكر) ندبا (بعض أوصافها)

في التعريف جنسها أو عفاصها أو وكائها، ويحرم عليه استيعابها كما صرح به الأذرعى لئلا يعتمدها كاذب، فإن فعل ضمن كما صحه في الروضة لاحتمال رفعه إلى حاكم يلزم الدفع بالصفات ويفارق جواز استيفائها في الإشهاد بحصر الشهود وعدم تهمتهم (ولا يلزم مؤنة التعريف إن أخذ لحفظ) أو لا لحفظ ولا لتملك أو اختصاص لأن المصلحة للمالك (بل يرتبها القاضي من بيت المال) قرضا كما قاله ابن الرفعة، لكن مقتضى كلامهما أنه تبرع، واعتمده الأذرعى ويدل عليه قوله (أو يقترض) من الملتقط أو غيره (على المالك) أو يأمر الملتقط به ليرجع على المالك أو يبيع جزءا منها إن رآه نظير ما مر في هرب الجمال فيجتهد، ويلزمه فعل الأحظ للمالك من هذه الأربعة فإن أنفق على وجه غير ما ذكر فمتبرع، وسواء في ذلك أوجبنا التعريف أم لا على ما اعتمده السبكي والعراقي ونقله عن جمع، لكن الذي في الروضة كأصلها إن أوجبناه فعليه المؤنة وإلا فلا (وإن أخذها) غير محجور عليه (للملك) أو الاختصاص ابتداء أو في الأثناء ولو بعد لقطه لحفظ (لزمه) مؤنة التعريف وإن لم يملك بعد ذلك لأن الحفظ له في ظنه وقت التعريف (وقيل إن لم يملك فعلى المالك) لعود الفائدة له، وعبر عن حكاية هذا في الروضة بقوله وقيل: إن ظهر المالك فعليه وهو الأولى ليشمل ظهوره بعد التملك، أما المحجور عليه فلا يخرج وليه مؤنته من ماله وإن رأى التملك يسترقه له بل يرفع الأمر إلى الحاكم لبيع جزءا منها لمؤنته وإن نازع الأذرعى فيه (والأصح أن الحقير) قيل هو دينار وقيل درهم وقيل وزنه وقيل دون نصاب السرقة والأصح عندهما عدم تقريره بل ما يظن أن صاحبه لا يكثر أسفه عليه ولا يطول طلبه له غالبا (لا يعرف سنة) لأن فاقده لا يتأسف عليه سنة. والثاني يعرف سنة لعموم الأخبار، وأطال جمع في ترجيحه بأن الذي عليه الأكثرون وهو الموافق لقولهما بتعريف الاختصاص سنة ثم يختص به، ودفع بأن الكلام كما هو واضح في اختصاص عظيم المنفعة يكثر أسف فاقده عليه سنة غالبا (بل) الأصح أنه لا يلزمه أن يعرفه إلا (زمننا يظن أن فاقده يعرض عنه) بعده (غالبا) ويختلف باختلافه فدائق الفضة حالا والذهب نحو ثلاثة أيام، وبما قررنا به كلامه الدال عليه السياق اندفع ما قيل الأولى أن يقول لا يعرض عنه أو إلى زمن يظن أن فاقده يعرض عنه فيجعل ذلك الزمن غاية لترك التعريف لا ظرفا للتعريف، ولهذا أشار الشارح لرده بقوله بعد ذلك الزمن ومحل ما تقرر في المتمول، أما غيره كحبة زبيب فإنه يستبد واجده به ولو في حرم مكة كما هو ظاهر، فقد سمع عمر رضي الله عنه من

ينشد في الطواف زبيبة: فقال: إن من الورع ما يمقته الله، ورأى {تمرّة في الطريق فقال لولا أخشى أن تكون صدقة لأكلتها} ولا يشكل ذلك بكون الإمام يلزمه أخذ المال الضائع لحفظه لأن ذلك يقتضي إعراض مالها عنها وخروجها عن ملكه فهي الآن مباحة فتركها لمن يريد تملكها مشيرا به إلى ذلك، ويجوز أخذ سنابل الحصادين التي اعتيد الإعراض عنها، وقول الزركشي: ينبغي تخصيصه بما لا زكاة فيه أو لمن يحل له كالفقير مردود بأن الأوجه اغتفار ذلك كما جرى عليه السلف والخلف، وما بحثه بعضهم من تقييده بما ليس فيه حق لمن لا يعبر عن نفسه اعترضه البلقيني بأن ذلك إنما يظهر في نحو الكسر مما قد يقصد وسبقت اليد إليه بخلاف السنابل، وألحق بها أخذ ماء مملوك أبقا به عادة كما مر.

(فصل)

في تملكها وغرمها وما يتبعها

(إذا عرف اللقطة) بعد قصده تملكها (سنة) أو دونها في الحقير جاز له تملكها ولو هاشميا أو فقيرا إلا في صور مرت كان أخذ للخيانة أو أعرض عنه أو كانت أمة تحل له، وقول الزركشي: ينبغي أن يعرفها ثم تباع ويتملك ثمنها نظير ما مر فيما يتسارع فساده مردود، إذ الفرق بينهما أن هذا مانعه عرضي وهي مانعها ذاتي يتعلق بالبضع فاخص بمزيد احتياط وإذا أراده (لم يملكها حتى يختاره بلفظ) من ناطق صريح فيه (كتملك) أو كناية مع النية كما هو قياس سائر الأبواب (ونحوه) كأخذته أو إشارة أخرس مفهومة كما قاله الزركشي، وبحث النجم ابن الرفعة أنه لا بد في الاختصاص الذي كان لغيره أن ينقله لنفسه (وقيل: تكفي النية) أي تجديد قصد التملك لانتفاء المعاوضة والإيجاب (وقيل يملكها بمضي السنة) بعد التعريف اكتفاء بقصد التملك السابق، وقول الشارح فمن التقط للحفظ دائما وقلنا بوجوب التعريف وعرف سنة فبدأ له التملك لا يأتي فيه هذا الوجه كما صرح به الإمام والغزالي في البسيط، وإن لم توجب التعريف عليه فعرف ثم بدأ له قصد التملك لا يعتد بما عرف من قبل يقتضي بظاهره أنه لو عرفه مدة قبل قصد تملكه ثم قصده اعتد بما مضى، وبنى عليه على القول الراجح وهو وجوب التعريف والمعتمد الاستئناف فيه أيضا (فإن تملكها) أي اللقطة ولم يظهر مالها فلا مطالبة بها في الآخرة لأنها من كسبه كما في شرح مسلم أو (فظهر المالك) وهي باقية بحالها (واتفقا على رد عينها) أو بدلها (فذاك) ظاهر إذ الحق لهما لا يعدوهما، ويجب على الملتقط ردها لمالكها إذا علمه ولما يتعلق بها

حق لازم قبل طلبه كما قاله الرافعي في باب الوديعة ومؤنة الرد عليه، فإن ردها قبل تملكها فمؤنته على مالکها كما قاله. الماوردي، ويردها بزيادتها المتصلة لا المنفصلة إن حدثت بعد التملك، وإلا رجع فيها لحدوثها بملكه (وإن أرادها المالك وأراد الملتقط العدول إلى بدلها أجيب المالك في الأصح) كالقرض، ومن ثم لو تعلق بها حق لازم تعين البدل، فإن لم يتنازعا وردها سليمة لزمه القبول. والثاني يجاب الملتقط لأنه ملكها كما قيل به في القرض، فلو ظهر مالکها بعد بيع الملتقط لها وقبل لزوم العقد بأن كان في زمن خيار لم يختص بالمشتري فله الفسخ وأخذها كما جزم به ابن المقري، ويوافقه قول الماوردي للبائع الرجوع في المبيع (إذا باعه المشتري وحجر عليه أبقى في زمن الخيار)، والفرق بينهما بأن الحجر ثم مقتض للتفويت بخلافه هنا غير مؤثر، والأوجه أن الملتقط لا يجبر على الفسخ لكن قضية كلام الرافعي ترجيح انفساخه إن لم يفسخه.

(وإن) (تلفت) اللقطة حسا أو شرعا بعد تملكها (غرم مثلها) إن كانت مثلية (أو قيمتها) إن كانت متقومة، وما بحثه ابن الرفعة أخذا من تشبيهها بالقرض أنه يجب فيما له مثل صوري رد المثل الصوري رده الأذرعى بأنه لا يبعد الفرق وهو كذلك، لأن ذاك يملك برضا المالك واختياره فروعى وهذا قهري عليه، فكان بضمان اليد أشبه أما المختصة فلا بدل لها ولا لمنفعتها كالكلب (يوم التملك) أي وقته لأنه وقت دخولها في ضمانه (وإن نقصت بعيب) أو نحوه طرأ بعد التملك (فله) بل عليه لو طلب مالکها بدلها والملتقط ردها مع أرشها (أخذها مع الأرش في الأصح) إذ القاعدة أن ما طلقت جميعه عند التلف طلقت بعرضه عند النقص إلا ما استثنى وهو المعجل فإنه لا يجب أرشه كما مر، والثاني لا أرش له، وله على الوجهين الرجوع إلى بدلها سليمة.

(وإذا ادعاها رجل) مثلا (ولم يصفها) بصفات السابقة (ولا بينة) له بما يثبت بها الملك ولم يعلم الملتقط أنها له (لم تدفع إليه) أي لم يجر دفعها إليه لخبر {لو يعطى الناس بدعواهم} ولا يكفي إخبار البينة له بل لا بد من سماع الحاكم لها وقضائه على الملتقط بالدفع كما في الكفاية: نعم لو خشى منه انتزاعها لشدة جوره، فيحتمل الاكتفاء بإخبارها للملتقط، ويحتمل أنهما يحكمان من يسمعها ويقضى للمالك بها، إذ الحاكم حينئذ كالعدم وهو أوجه (وإن وصفها) وصفا أحاط بجميع صفاتها (وظن) الملتقط (صدقه جاز الدفع) إليه قطعا عملا بظنه بل نص الشافعي على استحبابه: أي إن اتحد الواصف، وإلا بأن ادعاها كل لنفسه ووصفها لم تسلم لأحد

إلا بحجة كبينة سليمة من المعارض (ولا يجب على المذهب) لأنه مدع فيحتاج إلى بينة كغيره، وفي وجه من الطريق الثاني يجب لأن إقامة البينة عليها قد تعسر، أما عند عدم ظن صدقه فيمتنع دفعها له، فإن قال مدعيها إنك تعلم كونها لي حلفه على نفي علمه بذلك أو يلزمك تسليمها إلي حلف أنه لا يلزمه ذلك، وقيده بعض الشراح بمن لم يعتقد وجوب الدفع بالوصف وإلا فلا يلزمه ذلك، فإن نكل ولم يكن تملكها فهل ترد هذه اليمين كغيرها أو لا لأن الرد كالإقرار، وإقرار الملتقط غير مقبول على مالکها بفرض أنه غير الواصف، كل محتمل والأول أقرب، ولو تلفت فشهدت البينة بوصفها ثبتت ولزمه بدلها كما في البحر عن النص، وظاهر أن محله إن ثبت بإقراره أو غيره أن ما شهدت به البينة من الوصف هو وصفها.

(فإن) (دفع) الملتقط اللقطة لشخص بالوصف من غير إجبار حاكم يراه (وأقام آخر بينة بها) أي بأنها ملكه وأنها لا يعلم انتقالها منه كما قاله الشيخ أبو حامد وغيره (حولت) من الأول (إليه) لأن الحجة توجب الدفع بخلاف الوصف المجرد (فإن تلفت عنده) أي الواصف المدفوع إليه (فله تضمين الملتقط) لأنه بان أنه سلم ما ليس له تسليمه إلا أن يلزمه حاكم بالدفع يرى وجوبه بالوصف فلا ضمان عليه لانتفاء تقصيره (والمدفوع إليه) لأنه بان أنه أخذ ملك غيره وخرج بدفع اللقطة ما لو تلفت عنده بعد تملكها ثم غرم للواصف قيمتها فليس للمالك تغريمه لأن ما أخذه مال الملتقط لا المدعي (والقرار عليه) أي المدفوع إليه لتلفه في يده فيرجع الملتقط عليه بما غرمه إن لم يقر له بالملك لأنه حينئذ يزعم أن الظالم هو ذو البينة وفارق ما لو اعترف المشتري للبائع بالملك ثم استحق المبيع فإنه يرجع عليه بالثمن لأنه إنما اعترف له بالملك لظاهر اليد بان اليد دليل الملك شرفاً فعذر بالاعتراف المستند إليها، بخلاف الوصف فكان مقصراً بالاعتراف المستند إليه (قلت: لا تحل) (لقطة الحرم) المكي (للملك) ولو بلا قصد تملك ولا حفظ (على الصحيح) بل لا تحل إلا للحفظ أبداً لخبر {لا تحل لقطته إلا لمنشد} أي لمعرف على الدوام وإلا فسائر البلاد كذلك فلا فائدة في التخصيص، وادعاء أنها دفع إيهام الاكتفاء بتعريفها في الموسم بمنعه أنه لو كان هو المراد لبينه، وإلا فإيهام ما قلناه المتبادر منه أشد ولكثرة تكرار عود الناس له فربما عاد مالکها أو نائبه فغلظ على أخذها بتعين حفظها كما غلظ على القاتل فيه خطأ بتغليظ الدية عليه مع عدم إساءته. والثاني تحل والمراد بالخبر تأكيد التعريف لها سنة، وخرج بالحرم الحل ولو عرفة ومصلى إبراهيم كما صححه في الانتصار لأن ذلك من خصائص الحرم

وبالمكي حرم المدينة الشريفة فليس له حكمه في ذلك ما اقتضاه كلام الجمهور وصرح به الدارمي والرويانى خلافا للبلقيني (ويجب تعريفها) أي اللقطة فيه للحفظ (قطعا، والله أعلم) للخبر فتلزمه الإقامة له أو دفعها للحاكم: أي إن كان أمينا، فإن أراد سفرا ولا حاكم أمين فالأوجه جواز دفعها لأمين، ولو التقط مالا ثم ادعى أنه ملكه صدق بيمينه كما في الكفاية، وقيده الغزي بما إذا لم يكن منازع، بخلاف ما لو التقط صغيرا ثم ادعى ملكه لا يقبل قوله فيه، ولو التقط اثنان ثم ترك أحدهما حقه منه للآخر لم يسقط وإن أقام كل منهما بينة بأنه الملتقط، ولا تاريخ تعارضتا وتساقطتا، ولو سقطت من ملتقطها فالتقطها آخر فالأول أولى بها منه لسبقه، ولو أمر آخر بالتقاط شيء رآه فأخذه فهو للأمر إن قصده الآخر، وإن قصد الأمر ونفسه فلهما، ولا ينافيه ما مر من عدم صحة التوكيل في الالتقاط لأن ذاك في عمومه، وهذا في خصوص لقطة، وإن رآها مطروحة على الأرض فدفعها برجله وتركها حتى ضاعت لم يضمنها.

{ كتاب اللقيط }

فعليل بمعنى مفعول وهو من يأتي، سمي لقيطا وملقوطا باعتبار أنه يلقط، ومنبوزا باعتبار أنه ينبذ وتسميته بذينك قبل أخذه وإن كان مجازا لكنه صار حقيقة شرعية، وكذا تسميته منبوزا بعد أخذه بناء على زوال الحقيقة بزوال المعنى المشتق منه، ويسمى أيضا دعيا وهو شرعا طفل ينبذ بنحو شارع لا يعرف له مدع فهو من مجاز الأول وذكر الطفل للغالب. والأصل فيه قوله تعالى {ومن أحيها فكانما أحيها الناس جميعا} وقوله {وافعلوا الخير} وأركانها لاقط ولقيط ولقط، وستعلم من كلامه (التقاط المنبوز) أي المطروح والتعبير به للغالب أيضا كما علم (فرض كفاية) حفظا للنفس المحترمة عن الهلاك هذا إن علم متعدد ولو مرتبا على الأصح كما قال السبكي: إنه الذي يجب القطع به وإلا ففرض عين، وفارق ما مر في اللقطة بأن الم أغلب فيها معنى الاكتساب التي جبلت النفوس على حبه كالوطء في النكاح (ويجب الإشهاد عليه) أي الالتقاط وإن كان الملتقط مشهور العدالة (في الأصح) لئلا يسترق ويضيع نسبه المبني على الاحتياط له أكثر من المال، وإنما وجب على ما معه بطريق التبعية له فلا ينافيه ما مر في اللقطة. والثاني لا يجب اعتمادا على الأمانة للمقر ودفع بما مر، ومتى ترك الإشهاد عند وجوبه لم يثبت له عليه ولاية الحضانة ما لم يتب ويشهد فيكون التقاطا جديدا من حينئذ كما بحثه السبكي مصرحا

بأن ترك الإشهاد فسق، ومحل وجوبه كما قاله الماوردي وغيره ما لم يسلمه له الحاكم فإن سلمه له سن ولم يجب. نعم تعليقه بأن تسليمه حكم فأغنى عن الإشهاد مفرع على أن تصرف الحاكم حكم، والأصح خلافه، فالوجه تعليقه بأن تسليم الحاكم فيه معنى الإشهاد فأغنى عنه.

(ويجوز) (التقاط) الصبي (المميز) لأن فيه حفظا له وقيامًا بتربيته، بل لو خاف ضياعه لم يبعد وجوب التقاطه، ويجب رد من له كافل كوصي وقاض وملتقط لكافله، وخرج بالصبي البالغ لاستغنائه عن الحفظ. نعم المجنون كالصبي، وتعبيرهم به جرى على الغالب كما قاله السبكي وغيره.

(وإنما ثبت) (ولاية الالتقاط) (لمكلف حر) غني أو فقير (مسلم) إن حكم بإسلام اللقيط تبعا للدار، وإلا فللكافر العدل في دينه التقاطه، والأوجه كما بحثه ابن الرفعة واقتضاه كلامهم جواز التقاط اليهودي للنصراني وعكسه كالتوارث خلافا للأذرعى (عدل) ظاهرا فشمّل المستور وسيصرح بأهليته. نعم يوكل به الحاكم من يراقبه خفية لئلا يتأذى، فإذا وثق به صار كمعلوم العدالة (رشيد) ولو أنثى، ومقتضى كلامه وجوب العدالة مع عدم الرشد، ولا ينافيه خلافا لمن توهمه اشتراطهم في قبول الشهادة السلامة من الحجر لأن العدالة السلامة من الفسق وإن لم تقبل معها الشهادة، والسفيه قد لا يفسق، والأوجه كما بحثه الأذرعى اعتبار البصر وعدم نحو برص إذا كان الملتقط يتعاهده بنفسه كما في الحاضنة.

(ولو) (التقط عبد) أي قن ولو مكاتبا ومبعضا ولو في نوبته كما رجحه الأذرعى وغيره (بغير إذن سيده) (انتزع) اللقيط (منه) لأنه ولاية وتبرع وهو غير أهل لهما (فإن علم به) أي السيد (فأقره عنده) أو التقط، بإذنه (فالسيد الملتقط) والعبد نائبه في الأخذ والتربية، ومحل ذلك في غير المكاتب، أما هو فلا يكون نائبا عنه عند أمره بمطلق الالتقاط لاستقلاله ولا لاقطا لنقصه، ولا يكون السيد لاقطا إلا إن قال له التقط لي، ولو أذن لمبعض ولا مهابة أو كانت والتقط في نوبة السيد فكالغن أو في نوبة المبعض فباطل في أوجه الوجهين.

(ولو) (التقط صبي) أو مجنون (أو فاسق أو محجور عليه) بسفه ولو كافرا (أو كافر مسلما) (انتزع) أي انتزعه الحاكم منه كما قاله شارح التعجيز وجوبا لعدم أهليتهم، أما المحكوم بكفره بالدار فيقر بيد الكافر كما مر (ولو ازدحم اثنان على أخذه) وأراده كل منهما وهما أهل (جعله الحاكم عند من يراه منهما أو من غيرهما) إذ لا حق لهما قبل أخذه فلزمه رعاية الأخط له (وإن سبق

واحد فالتقطه منع الآخر من مزاحمته) لخبر {من سبق إلى ما لم يسبق إليه فهو أحق به} أما لو لم يلتقطه فلا حق له وإن وقف عند رأسه (وإن التقطاه معا وهما أهل) لحفظه وحفظ ماله (فالأصح أنه يقدم غني) والأوجه ضبطه بغنى الزكاة بدليل مقابله بالفقير (على فقير) لأنه أرفق به غالبا وقد يواسيه بماله، ويقول غالباً اندفع ما للأذرعى وغيره هنا ولا عبرة بتفاوتهما في الغنى إلا أن يتميز أحدهما بنحو سخاء وحسن خلق كما بحثه بعضهم، وظاهر أنه يقدم الغني على الفقير وإن كان الأول بخيلاً والثاني يستوي فيه الغني والفقير لأن نفقة اللقيط لا تجب على ملتقطه (وعدل) باطنا (على مستور) احتياطاً للقيط، ولا يقدم مسلم على كافر في محكوم بكفره، ولا امرأة على رجل وإن كانت أصبر على التربية منه إلا مرضعة في رضيع كما بحثه الأذرعى، وإلا خلية فتقدم على المتزوجة كما بحثه الزركشي وما بحثه أيضاً من تقديم بصير على أعمى، وسليم على مجزوم أو أبرص صحيح حيث ثبتت لهم الولاية بالشرط المار (فإن استويا) في الصفات المعتبرة وتشاحا (أقرع) بينهما لانتفاء المرجح ولعدم ميله إليهما طبعاً لم يخير المميز واجتماعهما مشق كالمهاياة بينهما، وليس للقارع ترك حقه كالمنفرد بخلافه قبل القرعة.

(وإذا وجد بلدي) أو قروي أو بدوي (لقيطاً ببلد) أو قرية (فليس له نقله إلى بادية) لخشونة عيشها وفوات العلم والدين والصناعة فيها، وسواء أكان السفر به للنقلة أم غيرها كما قاله المتولي وأقراه. نعم لو قربت البادية من البلد أو القرية بحيث يحصل ذلك المراد منها: أي من غير مشقة كبيرة فيما يظهر جاز النقل إليها لانتفاء العلة، قاله في الروضة. ويمتنع أيضاً نقله من بلدة إلى قرية لما مر، والبادية خلاف الحاضرة وهي العمارة، فإن قلت فقرية أو كبرت فبلد أو عظمت فمدينة، أو كانت ذات زرع وخصب فريف (والأصح أن له) أي الملتقط (نقله) أي اللقيط من بلد وجد فيه (إلى بلد آخر) ولو للنقلة كما اقتضاه إطلاقه وصرح به المتولي لانتفاء المحذور المار لكن يشترط تواصل الأخبار وأمن الطريق وإلا امتنع ولو له لدون مسافة القصر. والثاني يمتنع بناء على العلة الثانية، ولم يفرق الجمهور في جريان الخلاف بين مسافة القصر ودونها وهو كذلك خلافاً لما قطع به الماوردي من الجواز فيما دونها (و) الأصح (أن للغريب إذا التقط ببلد أن ينقله إلى بلده) بالشرطين المذكورين فيما يظهر لما مر. والثاني المنع للمعنى الثاني وهو ضياع النسب. ومحل الخلاف في المختبر فإن جهل حاله لم يقر قطعاً وحيث منع نزع من يده لئلا يسافر به بغتة ومن

ثم بحث الأذرعى أنه لو التزم الإقامة ووثق منه بها أقر بيده، وهذه مغايرة للتي قبلها لإفادة هذه أنه غريب بأحدهما فقط، وصدق الأولى بما لو كان مقيما بهما أو بأحدهما أو غريبا عنهما وإن توهم بعضهم اتحادهما. نعم لو قال أولا ولو غريبا أفاد ذلك مع الاختصار (وإن وجده) بلدي (ببادية آمنة فله نقله إلى بلد) وإلى قرية لأنه أرفق به. أما غير آمنة فيجب نقله إلى مآمن وإن بعد (وإن وجده بدوي) وهو ساكن البدو (ببلد فكالحضري) فإن أقام به فذاك، وإلا لم ينقله لأدون من محل وجوده بل لمثله أو أعلى بالشرطين السابقين (أو) وجده بدوي (ببادية أقر بيده) لكن يلزمه نقل من غير آمنة إليها (وقيل إن كانوا ينتقلون للنجعة) بضم فسكون: (أي لطلب الرعي أو غيره لم يقر) بيده لأن فيه تضييعا لنسيه، والأصح أنه يقر لأن أطراف البادية من البلدة، وعلم مما تقرر أن له نقله من بلد أو قرية أو بادية لمثله ولأعلى منه لا لدونه وإن شرط جواز النقل مطلقا إن أمن الطريق والمقصد وتواصل الأخبار واختبار أمانة الملتقط (ونفقته في ماله) كغيره (العام كوقف على اللقطاء) وموصى به لهم وإنما صح الوقف عليهم مع عدم تحقق وجودهم لأن الجهة لا يشترط فيها تحقق الوجود بل يكفي إمكانه كما دل عليه كلامهم في الوقف، ونبه عليه الزركشي، وإضافة المال العام إليه لاستحقاقه الصرف عليه منه وإلا فهو تجوز، إذ هو حقيقة للجهة العامة وليس مملوكا له، وأفاد السبكي عدم الصرف له من وقف الفقراء لأن وصفه بالفقر غير محقق فيه، لكن خالفه الأذرعى اكتفاء بظاهر الحال من كونه فقيرا، وهو أوجه (أو الخاص، وهو ما اختص به كتياب ملفوفة عليه) فملبوسه الذي صرح به في المحرر أولى ولهذا أسقطه المصنف (ومفروشه تحته) ومغطى بها ودابة عنانها بيده أو مشدودة بوسطه أو راكبا عليها (وما في جيبه من دراهم وغيرها ومهده) الذي هو فيه (ودنانير منثورة فوقه وتحته) بالإجماع لأن له يدا واختصاصا كالبالغ، والأصل الحرية ما لم يعرف غيرها. وقضية كلامه التخيير بين العام والخاص، والأوجه كما أفاده بعض المتأخرين تقديم الثاني على الأول، فإن حملت أو في كلامه على التنوع لم يرد ذلك (وإن وجد) وحده (في دار) مثلا أو حانوت لا يعلم لغيره (فهي) أي المدار ونحوها (له) لليد من غير مزاحم، فإن وجد فيها غيره كلقيطين أو لقيط وغيره فلهما كما لو كانا على دابة، فلو ركبها أحدهما وقادها الآخر فلأول فقط لتمام الاستيلاء وما في الروضة عن ابن كج من أنها بينهما وجه كما قاله الأذرعى، والصحيح أنها للراكب، وألحق بذلك الأذرعى أيضا ما لو كانت الدابة مربوطة بوسطه وعليها راكب معترضا بذلك قول

الشيخين إنها بينهما. وقد يجاب بأن العادة جارية بأن السائق يكون آلة للراكب ومعينا له فلا يد له معه بخلاف ما هنا، فإن ربطها بوسط الطفل قرينة ظاهرة على أن له فيها يدا، ويد الراكب ليست معاوضة لها فقسمت بينهما، هذا والأوجه فيها أيضا أن اليد للراكب كالتى قبلها، ولو كان على الدابة المحكوم بكونها له شيء فله أيضا، ولا يحكم له ببستان وجد فيه في أوجه الوجهين كما رجه بعض المتأخرين، بخلاف الدار لأن سكنها تصرف والحصول في البستان ليس تصرفا ولا سكنى. وقضية التعليل أنه لو كان يسكن عادة فهو كالدار، وهو كذلك ولا بضیعة وجد فيها كما قال في الروضة ينبغي القطع بأنه لا يحكم له بها، وأخذ الأذرعى من كلام الإمام أن المراد به المزرعة المتى لم تجر عادة بسكنائها، والمراد كما نبه عليه الزركشى بكون ما ذكر له صلاحته للتصرف فيه ودفق المنازع له، لا أنه طريق للحكم بصحة ملكه ابتداء فلا يسوغ للحاكم بمجرد ذلك أن يقول ثبت عندي أنه ملكه ويتردد النظر فيما لو وجد على عتبة الدار لكنه في هوائها، والأقرب لا أنه لا يسمى فيها عرفا سيما إن كان بابها مقفولا، بخلاف وجوده بسطحها الذي لا مصعد له منها لأن هذا يسمى فيها عرفا (وليس له مال مدفون تحته) بمحل لم يحكم بملكه له ككبير جلس على أرض تحتها دفين وإن كان بها ورقة متصلة به أنه له. نعم بحث الأذرعى أنه لو اتصل خيط بالدفين وربط بنحو ثوبه قضى له به لا سيما إن انضمت الرقعة إليه. أما ما وجد بمكان حكم بأنه له فهو له تبعاً للمكان كما صرح به المدارمي وغيره (وكذا ثياب) ودواب (وأمتعة موضوعة بقربه) في غير ملكه إن لم تكن تحت يده (في الأصح) كما لو بعدت عنه، وفارق البالغ حيث حكم له بأمتعة موضوعة بقربه عرفا كما قاله السبكي بأن له رعاية. والثاني أنها له عملا بالظاهر وعلى الأول لو حكم بأن المكان له كان له ذلك أيضا أخذا مما مر، وصرح به المصنف في نكته، وخرج بقربه البعيد فلا يكون له جزما (فإن لم يعرف له مال) خاص ولا عام (فالأظهر أنه ينفق عليه) ولو محكوما بكفره خلافا لما في الكفاية تبعاً للماوردي لأن فيه مصلحة للمسلمين إذا بلغ بالجزية (من بيت المال) من سهم المصالح مجانا كما أجمع عليه الصحابة وقياسا على البالغ المعسر بل أولى، والثاني المنع بل يقتض على من بيت المال أو غيره لجواز أن يظهر له مال (فإن لم يكن) في بيت المال شيء أو كان وثم ما هو أهم منه أو منع متوليه الأخذ منه ظلما اقتضى عليه الحاكم إن رآه وإلا (قام المسلمون) أي مياسيرهم، والأوجه ضبطهم بمن يأتي في نفقة الزوجة فلا يعتبر

قدرته بالكسب (بكفايته) وجوبا (قرضا) بالقاف أي على جهته كما يلزمهم إطعام المضطر بالعوض (وفي قول نفقة) لعجزه، فإن امتنعوا كلهم قاتلهم الإمام، ويفرق بين كونها هنا قرضا وفي بيت المال مجانا بأن وضع بيت المال الإنفاق على المحتاجين فلهم فيه حق مؤكد دون مال المياسير، وإذا لزمهم وزعها الإمام على مياسير بلده، فإن شق فعلى من يراه الإمام منهم، فإن استنوا في نظره تخير، وهذا إن لم يبلغ اللقيط، فإن بلغ فمن سهم الفقراء أو المساكين أو الغارمين، فإن ظهر له سيد أو قريب رجع عليه وإن ضعفه في الروضة، وما نوزع به من سقوط نفقة القريب ونحوه بمضي الزمان يرد بما سيأتي أنها تصير دينا بالاقتراض (وللملتقط الاستقلال بحفظ ماله في الأصح) لأنه يستقل بحفظ المالك فماله أولى، وقيده الأذرع بحثا بعدل يجوز إيداع مال اليتيم عنده. والثاني يحتاج إلى إذن القاضي، وعلى الأول ليس له مخاصمة من نازعه فيه إلا بولاية من الحاكم وللقاضي نزعه منه وتسليمه لأمين غيره يباشر الإنفاق عليه بالمعروف اللائق به أو يسلمه للملتقط يوما بيوم (ولا ينفق عليه منه إلا بإذن القاضي قطعا) أي الأصح ومقابله لأن ولاية التصرف في المال لا تثبت إلا لأصل أو وصي أو حاكم أو أمينه، فإن أنفق بغير إذنه كان ضامنا: أي حيث أمكنت مراجعته وإلا أنفق وأشهد وجوبا، وقول ابن الرفعة كل مرة فيه حرج، والأوجه عدم تكليفه ذلك كل مرة ولا ضمان عليه حينئذ.

(فصل)

في الحكم بإسلام اللقيط وغيره وكفرهما بالتبعية للدار أو غيرها

(إذا وجد لقيط بدار الإسلام) ومنها ما علم كونه مسكنا للمسلمين ولو في زمن قديم فغلب عليه الكفار كقرطبة نظرا لاستيلائنا القديم، لكن نقل الرافعي عن بعض المتأخرين أن محله إن لم يمنعونا منها وإلا فهي دار كفر، وأجاب عنه السبكي بأنه يصح أن يقال: إنها صارت دار كفر صورة لا حكما (و) إن كان (فيها أهل ذمة) أو عهد كما قاله الماوردي وغيره (أو) وجد (بدار فتحوها) أي المسلمون (وأقروها بيد كفار صلحا) أي على وجه الصلح (أو) أقروها بيدهم (بعد ملكها بجزية وفيها) أي المدار في المسائل الثلاث حتى في الأولى كما قاله المدارمي وإن نظر فيه غيره، والأخيرتان دار الإسلام كما قاله وإن نظر السبكي في الثانية (مسلم) يمكن كونه منه ولو مجتازا (حكم بإسلام اللقيط) تغليباً لدار الإسلام لخبر أحمد وغيره {الإسلام يعملوا ولا يعلى عليه}

وحيث لا ذمي ثم فمسلم باطنا وإلا فظاهرا فقط، قاله الماوردي. أما إذا لم يكن ثم مسلم يمكن كونه منه فهو كافر، واكتفي هنا بالمجتاز تغليبا لحرمة دارنا بخلافه في قوله (وإن وجد بدار كفار فكافر إن لم يسكنها مسلم) فاجتيازه فيها لا اعتبار به (وإن سكنها مسلم) يمكن أن يكون منه (كأسير) منتشر (وتاجر فمسلم في الأصح) تغليبا للإسلام، فلو أنكره ذلك المسلم قبل في نفي نسبه دون إسلامه، والثاني كافر تغليبا للدار، والمراد بالسكنى هنا ما يقطع حكم السفر، قاله الأذرعى بحثا، قال: بل ينبغي الاكتفاء بلبث يمكن فيه الوقاع وأن ذلك الولد منه، بخلاف من ولد بعد طروقه بنحو شهر لاستحالة كونه منه، قال: وقضية إطلاقهم أنه لو كان مسلم واحد بمصر عظيم بدار حرب ووجد فيه كل يوم ألف لقيط مثلا حكم بإسلامهم، وهذا إذا كان لأجل تبعية الإسلام كالسابي فذاك أو لإمكان كونه منه ولو على بعد وهو الظاهر ففيه نظر، لا سيما إذا كان المسلم الموجود امرأة أهـ. واعلم أنه يؤخذ من اكتفائهم في دارنا بالمجتاز، وفي دارهم بالسكنى أنه لا يكتفي في دارهم إلا بالإمكان القريب عادة، وحينئذ فالأوجه أنه متى أمكن كونه منه إمكانا قريبا عادة فمسلم وإلا فلا، أما أسير محبوس في مطمورة قال الإمام: فيتجه أنه لا أثر له كما لا أثر للمجتاز انتهى. وهو ظاهر كما قاله بعض المتأخرين إذا لم يكن في المحبوسين امرأة، ولو وجد اللقيط بيرية فمسلم حكاه شارح التعجيز عن جده وهو ظاهر إن كانت بيرية دارنا أو لا يد لأحد عليها، فإن كانت بيرية دار حرب لا يطرقتها مسلم فلا وولد الذمية من الزنا بمسلم كافر كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى لأنه مقطوع النسب عنه خلافا لابن حزم ومن تبعه (ومن حكم بإسلامه بالدار فأقام ذمي) أو معاهد أو مؤمن كما قاله الزركشي (بينه بنسبه لحقه) لأنه كالمسلم في النسب (وتبعه في الكفر) فارتفع ما ظنناه من إسلامه لأن الدار حكم باليد والبينة أقوى من اليد المجردة، وتصور علوقه من مسلم بوطء شبهة أمر نادر لا يعول عليه مع البينة، وشمل كلامه ما لو تمحضت البينة نسوة وهو الأوجه من وجهين حكاهما الدارمي، والأقرب اعتبار إلحاق القائف؛ لأنه حكم فهو كالبينة بل أقوى، وفي النسوة أنه إن ثبت بهن النسب تبعه في الكفر وإلا فلا (وإن اقتصر) الكافر (على المدعى) بأنه ابنه ولا حجة له (فالمذهب أنه لا يتبعه في الكفر) وإن لحقه في النسب لانا حكمنا بإسلامه فلا نغيره بمجرد دعوى كافر مع إمكان تلك الشبهة النادرة. والطريق الثاني فيه قولان ثانيهما يتبعه في الكفر كالنسب، وجعل الماوردي محل الخلاف ما إذا استلحقه قبل أن

يصدر منه صلاة أو صوم، فإن صدر منه ذلك لم يغير عن حكم الإسلام قطعا، وسواء أقلنا بتبعيته في الكفر أم لا يحال، بينهما كما يحال بين أبوي مميز وصف الإسلام وبينه، قال في الكفاية: وقضية إطلاقهم وجوب الحيلولة بينهما إن قلنا بعدم تبعيته له في الكفر، لكن في المذهب أنه يستحب تسليمه لمسلم فإذا بلغ ووصف الكفر فإن قلنا بالتبعية قرر لكنه يهدد لعله يسلم وإلا ففي تقريره ما سبق من الخلاف (ويحكم بإسلام الصبي بجهتين أخريين لا يفرضان في لقيط) وإنما ذكرنا في باب استطرادا (إحداهما الولادة فإذا كان أحد أبويه مسلما وقت العلوق) وإن علا ولو أثنى غير وارثة أو قنا قبل الظفر به أو بعده كما سيأتي مبسوطا في السير، وشمل ذلك ما لو كان حدوث الولد بعد موت أصله وهو الأوجه من تردد فيه ولو مع وجود حي أقرب منه بشرط نسبه إليه نسبة تقتضي التوارث ولو بالرحم فلا يرد آدم أبو البشر صلى الله عليه وسلم (فهو مسلم) بالإجماع وإن ارتد بعد العلوق (فإن بلغ ووصف كفرا) أي أعرب به عن نفسه كما في المحرر (فمرتد) لأنه مسلم ظاهرا وباطنا (ولو علق بين كافرين ثم أسلم أحدهما) وإن علا كما ذكر قبل بلوغه ولو بعد تمييزه (حكم بإسلامه) إجماعا كما في إسلام الأب ولخبر {الإسلام يعلو ولا يعلى عليه} ولو أمكن احتلامه فادعاه قبل إسلام أصله فظاهر إطلاقهم قبول قوله فيه لزم إن إمكانه قبوله هنا فلا يحكم بإسلامه، وما بحثه المولي العراقي من عدم قبول قوله إلا أن يثبت على عانته شعر خشن غير ظاهر، اللهم إلا أن يقال: الاحتياط للإسلام يلغي قوله المانع لاحتمال كذبه فيه ولأصل بقاء الصغر وكالصبي فيما ذكر المجنون ولو بعد بلوغه المحكوم بكفره (فإن بلغ ووصف كفرا فمرتد) لسبق الحكم بإسلامه ظاهرا وباطنا (وفي قول) هو (كافر أصلي) بأن تبعيته أزال الحكم بكفره وقد زالت باستقلاله فعاد لما كان عليه أولا، وبني عليه أنه يلزمه التلفظ بالإسلام بعد البلوغ بخلافه على الأول، ومن ثم لو مات قبل التلفظ جهز كمسلم، بل قال الإمام وصوبه في الروضة هو كذلك على الثاني أيضا لأن هذه الأمور مبنية على الظواهر وظاهره الإسلام انتهى. ولعلمهم لم ينظروا لوجوب التلفظ عليه على الثاني إذ تركه يوجب إثمه دون كفره كما لا يخفي، وما ذكره في الإحياء كالحليمي من أن المسلم بإسلام أحد أبويه لا يغني عنه إسلامه شيئا ما لم يسلم بنفسه غريب أو سبق قلم على ما قاله الأذرعي أو مفرع على وجوب التلفظ، ولو تلفظ ثم ارتد فمرتد قطعا، ولا ينقض ما جرى عليه من أحكام الإسلام قبل رده على الأصح. الجهة (الثانية إذا سبى مسلم) ولو صبيا مجنونا وإن

كان معه كافر كامل (طفلاً) ومجنونا ومراده به الجنس الشامل لذكر كل وأثاه متحدا ومتعددا (تبع السابي في الإسلام) ظاهرا وباطنا (إن لم يكن معه أحد أبويه) بالإجماع ولا اعتبار بمن شذ ولأنه صار تحت ولايته كالأبوين، وقضية الحكم بإسلامه باطنا أنه لو بلغ ووصف كفرا كان مرتدا وهو كذلك كما صرحوا به وإن أوهم كلام بعض الشراح أنه كافر أصلي، أما إذا كان معه أحدهما وإن علا كما أشار إليه الأذرعى بأن كانا في جيش واحد وغنيمة واحدة وإن لم يتحد المالك وقد سببا معا أو تقدم الأب فيما يظهر وإن أطلق القاضي في تعليقه أنه إذا سبق سبي أحدهما سبي الآخر تبع السابي فلا يحكم بإسلامه لأن تبعيتهما أقوى من تبعية السابي وإن ماتا بعد لأن التبعية إنما تثبت في ابتداء السبي (ولو سباه ذمي) قال الإمام قاطن ببلادنا، والبغوي ودخل به دارنا، والدارمي وسباه في جيشنا، وكل إنما هو قيد للخلاف في قولهم (لم يحكم بإسلامه) بل بكونه على دين سبابه كما ذكره الماوردي وغيره لا أبويه (في الأصح) لأن كونه من أهل دار الإسلام لم يؤثر فيه ولا في أولاده فكيف يؤثر في مسبيه، ولأن تبعية الدار إنما تؤثر في حق من لا يعرف حاله ولا نسبه. والثاني يحكم بإسلامه تبعا للدار، والأوجه أنه لو سبي أبواه ثم أسلما صار مسلما بإسلامهما خلافا للحليمي ومن تبعه، ويقاس به ما لو أسلما بأنفسهما في دار الحرب أو خرجا إلينا وأسلما وهو الأصح وخرج بسباه في جيشنا نحو سرقته له، فإن قلنا يملكه كله فكذلك، أو غنيمة وهو الأصح فهو مسلم لأن بعضه للمسلمين، وبحث السبكي ومن تبعه أنه لو أسلم سبابه الذمي أو قهر حربي صغيرا حربيا وملكه ثم أسلم تبعه لأن له عليه ولاية وملكا وذلك علة الإسلام في السابي المسلم. وفي فتاوى البغوي إبداء الوجهين في كافر اشترى صغيرا ثم أسلم هل يتبعه، وأوجهها عدم التبعية بل وكذا فيما قبله، ولا يلحق بالسبي غيره لأنه مع كونه أقوى في القهر إنما يؤثر ابتداء فلا يقاس به غيره في الأثناء، وتصريح الشيخين بأن التبعية إنما تثبت في ابتداء السبي يؤيد ما ذكرناه، والمستأمن كالذمي ولو سباه مسلم وذمي حكم بإسلامه تغليباً لحكم الإسلام كما ذكره القاضي وغيره، ولو سبى الذمي صبياً أو مجنوناً وباعه لمسلم أو باعه المسلم السابي له مع أحد أبويه في جيش واحد ولو دون أبويه من مسلم لم يتبع المشتري لفوات وقت التبعية لأنها إنما تثبت ابتداءً، ولو جنى اللقيط المحكوم بإسلامه خطأ أو شبه عمد فموجبها في بيت المال إذ ليس له عاقلة خاصة، أو عمداً وهو بالغ عاقل اقتص منه وإلا فالدية مغلظة في ماله كضمان متلفه، فإن لم يكن له مال ففي

ذمته، وإن قتل خطأ أو شبه عمد ففيه دية كاملة بظاهر الحرية
توضع في بيت المال وأرش طرفه له، وإن قتل عمدا فللإمام العفو
على مال لا مجانا لأنه خلاف مصلحة المسلمين أو يقتص لا بعد
البلوغ وقبل الإفصاح بالإسلام بل تجب ديته كما صححه المصنف
في تصحيحه وصوبه في المهمات، ويقتص لنفسه في الطرف إن
أفصح بالإسلام بعد بلوغه فيحبس قاطعه قبل البلوغ له إلى بلوغه
وإفاقته، ويأخذ الولي ولو حاكما دون الوصي الأرش لمجنون فقير
لا لغني ولا لصبي غني أو فقير، فلو أفاق المجنون وأراد رد الأرش
ليقتص منع (ولا يصح) بالنسبة لأحكام الدنيا (إسلام صبي مميز
استقلالا) (على الصحيح) كغير المميز بجامع انتفاء التكليف، ولأن
نطقه بالشهادتين خبر وخبره غير مقبول أو إنشاء فهو كعقوده.
والثاني يصح إسلامه حتى يرث من قريبه، وعلى الأول تستحب
الحيلولة بينه وبين أبويه لئلا يفتناه وقيل تجب ونقله الإمام عن
إجماع الأصحاب، وانتصر لصحة إسلامه جمع مستدلين له بصحة
إسلام علي رضي الله عنه قبل بلوغه، ورده أحمد بمنع كونه قبل
بلوغه والبيهقي وغيره بأن الأحكام إذ ذاك كانت منوطة بالتمييز
إلى عام الخندق، وفارق نحو صلاته بأنه لا ينتقل به، أما بالنسبة
لأحكام الآخرة فيصح ويكون من الفائزين اتفقا، ولا تلازم بين
الأحكام كما فيمن لم تبلغه الدعوة وكأطفال المشركين..

(فصل)

في بيان حرية اللقيط ورقه واستلحاقه وتوابع ذلك

(إذا لم يقر اللقيط برق فهو حر) إجماعا لأن الغالب على الناس
الحرية، واستثنى البلقيني ما إذا وجد في دار الحرب التي لا مسلم
فيها ولا ذمي، قال فإنه رقيق لأنه محكوم بكفره ودار الحرب
تقتضي استرقاق الصبيان والنساء، ويحمل كلامهم. على دار
الإسلام. قال: ولم أر من تعرض له ورده الشيخ بأن دار الحرب
إنما تقتضي استرقاق هؤلاء بالأسر ومجرد اللقط لا يقتضيه (إلا أن
يقيم أحد بينة برقه) فيعمل بها كما يأتي (وإن) (أقر) اللقيط
المكلف وإن لم يكن رشيدا كما هو ظاهر كلامهم وإن نقل ابن عبد
السلام ما يقتضي اعتبار رشده أيضا (به) أي المرق (لشخص
فصدقه) ولو بسكوته عن تصديق وتكذيب لأنه لم يكذبه (قبل إن
لم يسبق) منه (إقراره) أي اللقيط، ويصح عوده على كل منه ومن
المقر له، إذ لو أقر إنسان بحريته فأقر اللقيط له به لم يقبل وإن
صدقه كما هو ظاهر (بحرية) كبقية الأقارير، بخلاف ما إذا كذبه،
وإن صدقه بعد أو سبق إقراره بالحرية وهو مكلف لأنه به المتزم

أحكام الأحرار المتعلقة بحقوق الله تعالى والعباد فلم يملك إسقاطها، وإنما قبل إقرارها بالرجعة بعد إنكارها لأن الأصل عدم انقضاء العدة مع تفويض الشارع أمر انقضائها إليها، والإقرار بالرق مخالف لأصل الحرية الموافق للإقرار السابق ولا يرد على المصنف ما لو أقر لزيد فكذبه فأقر به لعمرو فصدقه فلا يقبل، وإن لم يسبق منه إقرار بحريته لتضمن إقراره الأول نفي الملك لغيره، وقد بطل ملكه برده فصار حر الأصل، والحرية يتعذر إسقاطها لما مر ولو أنكر رقه بعد الدعوى عليه به وحلف ثم عاد واعترف له به، فإن كانت صيغة إنكاره لست برقيق لك قبل أو لست برقيق فلا لتضمنه الإقرار بحرية الأصل، ولو أقر بالرق لمعين ثم ادعى حرية الأصل لم تسمع (والمذهب أنه لا يشترط) في صحة الإقرار بالرق (أن لا يسبق منه تصرف يقتضي نفوذه) بمعجمة بخطه (حرية كبيع ونكاح) وغيرهما (بل يقبل إقراره في أصل الرق وأحكامه) الماضية المضرة به و (المستقبلة) في ماله كما يقبل إقرار المرأة بالنكاح وإن تضمن ثبوت حق لها وعليها سائر الأقارير، وفي قول من الطريق الثاني لا يقبل فيبقى على أحكام الحرية. نعم لو أقرت بالرق متزوجة والزوج ممن لا تحل له الأمة لم يفسخ نكاحه ولكن يتخير بين بقاء النكاح وفسخه حيث شرط حربتها، فإن فسخ بعد الدخول بها لزمه للمقر له الأقل من مهر المثل والمسمى وإن أجاز لزمه المسمى وإن كان قد سلمه إليها أجزاء فلو طلقها قبل الدخول سقط المسمى، وتسلم له ليلا ونهارا ويسافر بها من غير إذن، وتعتد عدة الحرائر لنحو طلاق وعدة الإماء بموت وولدها قبل إقرارها حر وبعده رقيق، وذلك لأن النكاح كالمقبوض المستوفي ولهذا لا يفسخ نكاح أمة بنحو طرو يساره، ولو كان المقر بالرق ذكرا انفسخ نكاحه إذ لا ضرر على الزوجة ولزمه المسمى إن دخل بها ونصفه إن لم يدخل، ويؤدى مما في يده أو من كسبه حالا ومآلا، فإن لم يوجد ففي ذمته إلى عتقه، ولو جنى على غيره عمدا ثم أقر بالرق اقتص منه حرا كان المجنى عليه أو رقيقا، أو خطأ أو شبه عمد قضى مما في يده، ولا ينافيه كون الأرش لا يتعلق بما في يد الجاني حرا كان أو رقيقا لأن الرق لما أوجب الحجر اقتضى التعلق بما في يده، كالحر إذا حجر عليه بالفلس فإن لم يكن معه شيء تعلق الأرش برقبته، وإن أقر بالرق بعده ما قطعت يده مثلا عمدا اقتص من الرقيق دون الحر لأن قوله مقبول فيما يضره أو بعد ما قطعت خطأ وجب الأقل من نصفي القيمة والدية لأن قبول قوله في الزائد يضر بالجاني (لا) في الأحكام (الماضية المضرة بغيره) فلا يقبل إقراره بالنسبة إليها

(في الأظهر) كما لا يقبل الإقرار على الغير بدين مثلا وتقبل البينة برقه مطلقا والثاني يقبل لأنه يتجزأ ويصير كقيام البينة وعلى الأول (فلو لزمه) أي اللقيط (دين فأقر برق وفي يده مال قضي منه) ثم إن فضل منه شيء فللمقر له، وإن بقي عليه شيء اتبع به في عتقه (ولو ادعى رقه من ليس في يده بلا بينة لم يقبل) جزما إذ الأصل والظاهر الحرية فلا يترك إلا بحجة، بخلاف النسب احتياطا لمصلحة الصبي لئلا يضيع حقه (وكذا إن ادعاه الملتقط) بلا بينة فلا يقبل (في الأظهر) لما ذكر. والثاني يقبل ويحكم له بالرق كما لو التقط مالا وادعاه ولا منازع له، وفرق الأول أن المال مملوك وليس في دعواه تغيير صفة له واللقيط حر ظاهرا وفي دعواه تغيير صفته، ثم يستمر بيده كما قاله المزني وهو الأوجه، وإن جرى الماوردي على وجوب انتزاعه منها لخروجه بدعوى رقه عن الأمانة وربما استرقه بعده، وأيد الأذرع بقول العبادي لو ادعى الوصي دينا على الميت أخرجت الوصية عن يده لئلا يأخذها ما لم يبرئ، وتنظير الزركشي في تعليل الماوردي بأنه لم يتحقق كذبه حتى يخرج عن الأمانة يرد بأن اتهامه صيره كغير الأمين لأن يده صارت مظنة للإضرار باللقيط. نعم قياس قول العبادي أنه لو أشهد أنه حر الأصل بقي بيده (ولو رأينا صغيرا مميزا أو غير مميز في يد من يسترقه) أي يستخدمه مدعيا رقه (ولم يعرف استنادها إلى التقاط حكم له بالرق) بعد حلف ذي اليد والدعوى عملا باليد والتصرف بلا معارض (فإن بلغ) الصغير الذي استرقه صغيرا سواء ادعى رقه حينئذ أم بعد البلوغ (وقال: أنا حر الأصل لم يقبل قوله في الأصح إلا بيينة) بالحرية لأنه حكم برقه في صغره فلم يزل إلا بحجة. نعم له تحليفه كما نقله عن البغوي وأقره وفارق ما لو رأينا صغيرة بيد من يدعي نكاحها فبلغت وأنكرت فإن على المدعي البينة، وكذا لو ادعى عليه حسبة وهي صغيرة بأن اليد دليل الملك في الجملة، ويجوز أن يولد وهو مملوك ولا كذلك في النكاح فاحتاج للبينة. والثاني يقبل قوله لأنه الآن من أهل القول إلا أن يقيم المدعي بينة برقه (ومن أقام بينة برقه) بعد الاحتياج إليها لا إن لم يحتج إليها كبينة داخل قبل أن تشرف يده على الزوال (عمل بها). ولو لخارج غير ملتقط (ويشترط أن تتعرض البينة) في اللقيط (لسبب الملك) من نحو شراء وإرث لئلا تعتمد ظاهر اليد، وقضيته أن بينة غير الملتقط لا تحتاج لذلك ويكفي قولها ولو أربع نسوة لأن شهادتهن بالولادة تثبت الملك كالنسب في الشهادة بالولادة أنه ولد أمته وإن لم تتعرض للملك خلافا لما في تصحيح التنبيه لأن الغالب أن ولد أمته ملكه (وفي قول يكفي مطلق الملك) كسائر الأموال وفرق

الأول بأن اللقيط محكوم بحريته بظاهر اليد فلا يزال ذلك الظاهر إلا عن تحقيق. وطريقة الجمهور كما في الكفاية جريان الخلاف في الملتقط وغيره، وعبارة المصنف محتملة لذلك، لكن سياقه يخصه بالملتقط وفرقهم هذا وتعليهم الذي قضيته ما مر ظاهراً فيه (ولو استلحق اللقيط) يعني الصغير المحكوم بإسلامه ولو غير لقيط (حر مسلم) ذكر ولو غير ملتقط (لحقه) بشروطه المتقدمة في الإقرار إجماعاً؛ لأنه أقر له بحق لا ضرر فيه على غيره فأشبهه ما لو أقر له بمال سواً أكان سفيهاً أم رشيداً، ولا يلحق بزوجه إلا بيينة كما يعلم مما يأتي. واستحبوا للقاضي أن يقول للملتقط من أين هو ولدك له من زوجتك أو أمتك أو شبهة لأنه قد يظن أن الالتقاط يفيد النسب، وبحث الزركشي وجوبه إذا كان ممن يجهل ذلك احتياطاً للنسب ويأتي في الشهادات ما يؤيده، وتعبيره بالمسلم مثال إذ الكافر يستلحق من حكم بكفره وكذا من حكم بإسلامه كما مر لكن لا يتبعه في الكفر (وصار أولى بتربيته) من غيره لثبوت أبوته له فأولى ليست على بابها كقولك فلان أحق بماله. نعم لو كان كافراً واللقيط مسلم بالدار لم يسلم إليه وعلم أن قوله حر مثال كما أشار لذلك فقال (وإن استلحقه عبد) بشروطه (لحقه) في النسب دون المرق لإمكان حصوله منه من نكاح أو شبهة لكن يقر في يد الملتقط وينفق عليه من بيت المال وفصله عن الحر لقوله (وفي قول يشترط تصديق سيده) له لأنه يقطع إرثه بفرض عتقه. وأجاب عنه الأول بأن هذا غير منظور له لصحة استلحاقه ابناً مع وجود أخ (وإن استلحقته امرأة لم يلحقها في الأصح) لإمكان إقامة البيينة بمشاهدة الولادة بخلاف الرجل، وإذا أقامتها لحقها وإن كانت أمة، ولا يثبت رقه لمولاها ولا يلحق زوجها إلا إن أمكن وشهدت بالولادة على فراشه وحينئذ لا ينتفي عنه إلا باللعان. والثاني يلحقها لأنها أحد أبوين فصارت كالرجل (أو) استلحقه (إثنان لم يقدم مسلم وحر على ذمي) وحرابي (وعبد) إذ استلحاق كل منهم صحيح ويد الملتقط غير صالحة للترجيح هنا (فإن) كان لأحدهما بيينة سليمة من المعارض عمل بها فإن (لم يكن) لواحد منها (بيينة) أو كان لكل بيينة وتعارضتا، فإن سبق استلحاق أحدهما وبده عن غير التقاط قدم لثبوت النسب منه مع اعتضاده باليد فهي عاضدة غير مرجحة، وإن لم يسبق أحدهما كذلك كأن استلحقه لاقطه ثم ادعاه آخر (عرض على القائف) الآتي قبيل العتق (فيلحق من الحق به) لما يأتي ثم ولا يقبل منه بعد إلحاقه بواحد إلحاقه بآخر إذ الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، ومن ثم لو تعارض قائفان كان الحكم للسابق وتقدم

عليه البينة ولو تأخرت كما يقدم هو على مجرد الانتساب لأنه بمنزلة الحكم فكان أقوى (فإن لم يكن قائف) بالبلد أو بدون مسافة القصر منه كما ذكره الماوردي وحكاه الرافعي في العدد عن الروباني وقيل بالدنيا وقيل بمسافة العدو (أو) وجد ولكن (تحير أو نفاه عنهما أو ألحقه بهما) وقف الأمر إلى بلوغه و (أمر بالانتساب) قهرا عليه كما صرح به الصيمري، زاد غيره: وحبس إن امتنع وقد ظهر له ميل وإلا وقف الأمر (بعد بلوغه إلى من يميل طبعه إليه منهما) لما صح عن عمر رضي الله عنه من أمره بذلك، ويحرم عليه الانتساب بالتشهي بل لا بد من ميل جبلي كميل القريب لقريبه، وشرط فيه الماوردي أن يعرف حالهما ويراهما قبل البلوغ وأن تستقيم طبيعته ويتضح ذكاؤه، وأقره ابن الرفعة وأيده الزركشي بقولهم: إن الميل بالاجتهاد: أي وهو يستدعي تلك المقدمات ولو انتسب لغيرهما وصدقه ثبت نسبه، ولا يخير المميز كما يأتي في الحضانة لأن رجوعه معمول به ثم، لا هنا، فقوله ملزم والصبي من أهل الإلزام وينفقانه مدة الانتظار ثم يرجع الآخر على من ثبت له بما أنفق إن أذنه فيه الحاكم أو أشهد على الرجوع عند فقده على قياس نظائره، وإلا فمتبرع، ولو تداعاه امرأتان أنفقتا ولا رجوع مطلقا (ولو أقاما بينتين) على النسب (متعارضتين) كان اختلف تاريخهما (سقطتا في الأظهر) لانتفاء المرجح فيرجع للقائف، واليد هنا لا ترجيح بها لأنها لا تثبت النسب بخلاف الملك. والثاني لا يسقطان وترجح إحداهما بقول القائف. قال الرافعي: ولا يختلف المقصود على الوجهين وهما مفرعان على قول التساقط في التعارض في الأموال، ولو تداعيا مولودا فادعى أحدهما ذكوره والآخر أنوثته فبان ذكرا لم تسمع دعوى من ادعى الأنوثة في أوجه احتمالين لأنه قد عين غيره، ولو استرضع ابنه يهودية ثم غاب وعاد فوجدها ميتة ولم يعرف ابنه من ابنها وقف الأمر كما أفتى به المصنف إلى تبين الحال ببينة أو قائف أو بلوغهما وانتسابهما انتسابا مختلفا، ويوضعان في الحال في يد مسلم، فإن لم يوجد شيء مما مر دام الوقف فيما يرجع للنسب ويتلطف بهما ليسلما، فإن أصرا على الامتناع لم يكرها عليه، وإذا ماتا دفنا بين مقابر المسلمين والكفار، وتجب الصلاة عليهما وينوبها على المسلم منهما إن صلى عليهما معا، وإلا فعليه إن كان مسلما كما علم مما مر في كتاب الجنائز، وخالف التاج الفزاري المصنف، والأول أصح.

{كتاب الجعالة}

هي بتثليث الجيم كما قاله ابن مالك وغيره، واقتصر المصنف والجوهري وغيرهما على كسرهما، وابن الرفعة في الكفاية والمطلب على فتحها، وهي لغة اسم لما يجعله الإنسان لغيره على شيء يفعله، وكذا الجعل والجعيلة. وشرعا: التزام عوض معلوم على عمل معين معلوم أو مجهول بمعين أو مجهول. وذكرها بعض الأصحاب كصاحب المهذب والشرح والروضة عقب الإجارة لأنها عقد على عمل، وأوردها الجمهور هنا لأنها طلب التقاط الدابة الضالة. والأصل فيها الإجماع، واستأنسوا لها بقوله تعالى {ولمن جاء به حمل بعير} وكان معلوما عندهم كالوسق، وقد ورد في شرعنا تقريره بخبر الذي رقاہ الصحابي بالفاتحة على قطيع من الغنم كما في الصحيحين عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه وهو الراقي كما رواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم، والقطيع ثلاثون رأسا من الغنم قال الزركشي: ويستتبط منه جواز الجعالة على ما ينتفع به المريض من دواء أو رقية وإن لم يذكره، وهو متجه إن حصل به تعب وإلا فلا أخذا مما يأتي، ولأن الحاجة تدعو إليها في رد ضالة وأبق وعمل لا يقدر عليه ولا يجد من يتطوع به، ولا تصح الإجارة عليه للجهالة فجازت كالإجارة والقراض. وأركانها أربعة: صيغة، ومتعاقدان وعمل، وعوض، كما علمت من شروطها من كلامه هنا وفيما يأتي (هي كقوله) أي مطلق التصرف المختار (من رد أبق) أو أبق زيد كما يصرح به (فله كذا) وإن لم يكن فيه خطاب لمعين للآية، واحتمل إبهام العامل لأنه قد لا يهتدي إلى الراغب في العمل، وإذا صح مع إبهام العامل فمع تعيينه أولى كقوله إن رددت عبدي فلك كذا، وهي تفارق الإجارة من أوجه جوازها على عمل مجهول، وصحتها مع غير معين وعدم اشتراط قبول العامل وكونها جائزة لا لازمة، وعدم استحقاق العامل الجعل إلا بالفراغ من العمل، فلو شرط تعجيل الجعل فسد العقد واستحق أجره المثل، فإن سلمه بلا شرط امتنع تصرفه فيه فيما يظهر، ويفرق بينه وبين الإجارة بأنه ثم ملكه بالعقد وهنا لا يملكه إلا بالعمل، ولو قال من رد عبدي فله درهم قبله بطل، قاله الغزالي في كتاب المدور، وعدم اشتراط قبضه في المجلس مطلقا، ويشترط في الملتزم للجعل مالكا أو غيره كونه مطلق التصرف كما في الإجارة، فلا يصح بالتزام صبي أو مجنون أو محجور عليه بسفه، وفي العامل المعين أهلية العمل بأن يكون قادرا عليه فيدخل فيه العبد، وغير المكلف بإذن وغيره كما قاله السبكي وغيره خلافا لابن الرفعة إذا لم يأذن له سيده، ويخرج عنه

العاجز عن العمل كصغير لا يقدر عليه وضعيف يغلبه العمل على نفسه لأن منفعته معدومة فأشبهه استئجار الأعمى للحفظ، كذا قاله جماعة كالزركشي وابن العماد. وقال الأذرعي: كان المراد أهلية التزامه، ويحتمل أنه أراد مكانه. وقال في المهمات: كأنه يشير بذلك إلى اشتراط بلوغه وتمييزه، أما إذا كان مبهما فيكفي علمه بالنداء. قال الماوردي هنا: لو قال من جاء به استحق من رجل أو امرأة أو صبي أو عبد عاقل أو مجنون إذا سمع النداء أو علم به لدخولهم في عموم من جاء وخالف في السير فقال: لا يستحق الصبي ولا العبد إذا قام به بغير إذن سيده، والصيغة التي ذكرها المصنف تدل على الإذن عرفا لأن الترغيب في الشيء يدل على طلبه، وقضية الحد صحتها في إن حفظت مالي من متعد عليه فلك كذا، وهو ظاهر إن عين له قدر المال وزمن الحفظ، وإلا فلا لأن الظاهر أن المالك يريد الحفظ على الدوام وهذا لا غاية له فلم يبعد فساده بالنسبة للمسمى فيجب له أجره المثل لما حفظه (و) علم من مثاله الذي دل به عليه حدها كما تقرر أنه (يشترط) فيها للتحقق (صيغة) من الناطق الذي لم يرد إتيانه بكتابة (تدل على العمل) أي الإذن فيه كما بأصله (بعوض) معلوم مقصود (ملتزم) لأنها معاوضة فافتقرت إلى صيغة تدل على المطلوب وقدر المبدول كالإجارة والكتابة وإشارة الأخرس المفهمة تقوم مقام الصيغة والكتابة كناية إن نواه بها صح وإلا فلا (فلو عمل) أحد (بلا إذن) أو بإذن من غير ذكر عوض أو بعد الإذن لكنه لم يعلم به سواء المعين وقاصد العوض وغيرهما (أو أذن لشخص فعمل غيره فلا شيء له) وإن كان معروفا برد الضوال بعوض لأنه لم يلتزم عوضا له فوقع عمله: تبرعا. نعم لو رده قن المقول له استحق سيده الجعل لأن يدقنه كيدته كذا قاله. قال السبكي: وهو ظاهر إذا استعان به سيده، وإلا ففيه نظر لأنه لم يدخل في اللفظ لا سيما إذا لم يكن علم النداء، وقد قال الماوردي: لو قال من رد عبدي من سامعي ندائي فله كذا فرده من علم نداءه ولم يسمعه لم يستحق، وصح بمثله القاضي الحسين انتهى. قال الأذرعي: وقول القاضي. فإن رده بنفسه أو بعبده استحق يفهم عدم الاستحقاق إذا استقل العبد بالرد (ولو قال أجنبي) مطلق التصرف مختار (من رد عبد زيد فله كذا استحقه المراد) العالم به (على الأجنبي) لأنه التزمه فصار كخلع الأجنبي، وكما لو التمس إلقاء متاع الغير في البحر لخوف الهلاك وعليه ضمانه، وليس، كما لو التزم الثمن في شراء غيره أو الثواب في هبة غيره لأنه عوض تملك فلا يتصور وجوبه على غير من حصل له الملك والجعل ليس

عوض تمليك، واستشكل ابن الرفعة هذه بأنه لا يجوز لأحد وضع يده على مال غيره بقول الأجنبي بل بضمنه فكيف يستحق الأجرة. وأجيب بأنه لا حاجة إلى الإذن في ذلك لأن المالك راض به قطعاً، أو بأن صورة ذلك أن يأذن المالك لمن شاء في الرد والمتزم الأجنبي بالجعل أو يكون للأجنبي ولاية على المالك، وقد يصور أيضاً بما إذا ظنه العامل المالك أو عرفه وظن رضاه، وظاهر كلام المصنف أنه يلزمه العوض المذكور وإن لم يقل علي وهو كذلك، فقد قال الخوارزمي في الكافي: ولو قال الفضولي من رد عبد فلان فله علي دينار، أو قال فله دينار فمن رده استحق على الفضولي ما سمى انتهى. وصرح به ابن يونس في شرح التعجيز فإنه صور المسألة بما إذا قال له علي ثم قال وألحق الأئمة به قوله فله كذا وإن لم يقل علي لأن ظاهره التزام، ولو قال أحد شريكين في رقيق من رد رقيقي فله كذا فرده شريكه فيه استحق الجعل، وصورة المسألة إذا لم يكن القائل ولي المالك، فأما إذا كان وليه وقال ذلك عن محجوره علي وجه المصلحة بحيث يكون الجعل قدر أجرة مثل ذلك العمل أو أقل استحقه المراد في مال المالك بمقتضى قول وليه وتعبيرهم بالأجنبي يشير إليه، وعلم مما مر أنه لا يتعين على العامل المعين العمل بنفسه، فلو قال لشخص معين إن رددت عبدي الآبق فلك كذا لم يتعين عليه بنفسه بل له الاستعانة بغيره فإذا حصل العمل استحق الأجرة. قاله الغزالي في البسيط. قال الأذرعى وهو ملخص من النهاية انتهى. ولم يقف الشيخان على ذلك فذكراه بحثاً. وحاصله أن توكيل العامل المعين غيره في الرد كتوكيل الوكيل، فيجوز له أن يوكله فيما يعجز عنه وعلم به القائل أو لا يليق به كما يستعين به، وتوكيل غير المعين بعد سماعه النداء غيره كالتوكيل في الاحتطاب والاستقاء ونحوهما فيجوز، فعلم أن العامل المعين لا يستنيب فيها إلا إن عذر وعلم به الجاعل حال الجعالة.

(وإن) (قال) الأجنبي (قال زيد من رد عبدي فله كذا وكان كاذباً) (لم يستحق) الراد (عليه) لعدم التزامه (ولا على زيد) إن كذبه لأنه لم يلتزم له شيئاً فلو شهد المخبر على المالك بأنه قاله لم تقبل شهادته لأنه متهم في ترويح قوله وإن صدق زيد المخبر، فإن كان ممن يعتمد قوله استحقه على المالك، وإلا فكأن لا خبر فلا يستحق على أحد ويظهر أن محل وإلا إلخ ما إذا لم يصدقه العامل وإلا استحق على المالك المصدق (ولا يشترط قبول العامل) لفظاً لما دل عليه لفظ الجاعل (وإن عينه) بل يكفي العمل كالوكيل ومن ثم لو رده ثم عمل لم يستحق إلا بإذن جديد

وفي الروضة وأصلها إذا لم يعين العامل لا يتصور قبول العقد وظاهره ينافي المتن. ويجاب بأن معنى عدم تصور ذلك بعده بالنظر للمخاطبات العادية ومعنى تصوره الذي أفهمه الكتاب أنه من حيث دلالة اللفظ على كل سامع مطابقة لعمومه صار كل سامع كأنه مخاطب فتصور قبوله ولا يشترط المطابقة، فلو قال: إن رددت آبقي فلك دينار فقال أرده بنصف دينار استحق الدينار، فإن القبول لا أثر له، قاله الإمام وذكره القمولي نحوه، ولا يعارضه قولهم في طلقني بألف فقال بمائة طلقت بها كالجعالة ولا قولهم في اغسل ثوبي وأرضيك فقال لا أريد شيئاً لم يجب شيء لأن الطلاق لما توقف على لفظ الزوج أدير الأمر عليه، ويؤخذ من كلام الإمام والقمولي أنها لا ترد بالرد، ودعوي أنه إن رد الجعل من أصله أثر أو بعضه فلا لا أثر لها. وقال في الأنوار: ولورده الصبي أو السفية استحق أجره المثل لا المسمى ورد المجنون كرد الجاهل بالنداء. وقال السبكي: الذي يظهر وجوب المسمى في هذه المسائل كلها، وجزم بذلك البلقيني في الصغير والمجنون ولم يقيده بشيء.

(وتصح) الجعالة (على عمل مجهول) كما علم من تمثيله أول الباب وذكره هنا لضرورة التقسيم لأن الجهالة احتملت في القراض لحصول زيادة فاحتمالها في رد الحاصل أولى وهو مقيد كما أفاده جمع بما إذا عسر ضبطه لا كبناء حائط فيذكر محله وطوله وسمكه وارتفاعه وما يبنى به وخياطة ثوب فيصفه كالإجارة (وكذا معلوم) كمن رده من موضع كذا (في الأصح) لأنها إذا جازت مع الجهل فمع العلم أولى والثاني المنع للاستغناء عنه بالإجارة، ومر أنه لا بد من كون العمل فيه كلفة أو مؤنة كرد أبق أو ضال أو حج أو خياطة أو تعليم علم أو حرفة أو إخبار فيه غرض وصدق فيه، فلو رد من هو بيده ولا كلفة فيه كدينار فلا شيء له إذ ما لا كلفة فيه لا يقابل بعوض أو عبداً أبقا استحق، ولو قال من دلني على مالي فله كذا فدلته غير من هو بيده استحق لأن الغالب أنه تلحقه مشقة بالبحث عنه، كذا قاله. قال الأزرعي: ويجب أن يكون هذا فيما إذا بحث عنه بعد جعل المالك، أما البحث السابق والمشقة السابقة قبل الجعل فلا عبرة بهما وعدم تأقيته، فلو قال من رد عبدي إلى شهر فله كذا لم يصح كما في القراض لأن تقدير المدة مخل بمقصود العقد فقد لا يظفر به فيها فيضيع سعيه ولا يحصل الغرض سواء أضم إليه من محل كذا أم لا وغير واجب على العامل، فلو قال من دلني على مالي فله كذا فدلته من المال في يده لم يستحق شيئاً لأن ذلك واجب عليه شرعاً فلا يأخذ عليه

عوضاً، وكذا لو قال من رد مالي فله كذا فرده من هو في يده ويجب عليه رده، وقضيته أنه لو كان المدال أو الراد غير مكلف استحق. ويجاب بأن الخطاب متعلق بوليّه لتعذر تعلقه به فلا يستحق شيئاً، وأفتى المصنف فيمن حبس ظلماً فبذل مالا لمن يتكلم في خلاصه بجاهه أو غيره بأنها جعالة مباحة وأخذ عوضها حلال ونقله عن جماعة: أي وفي ذلك كلفة تقابل بأجرة عرفاً (وبشترط) لصحة العقد (كون الجعل) مالا (معلوماً) لأنه عوض كالأجرة والمهر ولأنه عقد جوز للحاجة ولا حاجة لجهالة العوض بخلاف العمل، ولأن جهالة العوض تفوت مقصود العقد إذ لا يرغب أحد في العمل مع جهالة العوض ويحصل العلم بالمشاهدة إن كان معيناً وبالوصف إن كان في الذمة فلو قال من رد عبدي فله سلبه أو ثيابه فإن كانت معلومة أو وصفها بما يفيد العلم استحق المشروط وإلا فأجرة المثل كما نقلاه وأقراه، واستشكل في المهمات تبعا لابن الرفعة اعتبار الوصف في المعين فإنهم منعه في البيع والإجارة وغيرهما. قال البلقيني: ويمكن الفرق بدخول التخفيف هنا فلم يشدد فيها، بخلاف نحو البيع وقياسه صحته فله نصفه إن علم وإن لم يعرف محله وهو أوجه الوجهين، وما قاسه عليه الرافعي من استئجار المرضعة بنصف الرضيع بعد الفطام أجاب عنه في الكفاية بأن الأجرة المعينة تملك بالعقد فجعلها جزءاً من الرضيع بعد الفطام يقتضي تأجيل ملكه، وهنا إنما تملك بتمام العمل فلا مخالفة لمقتضى العقد ولا عمل يقع في مشترك (ولو) (قال من رده فله ثوب) أو دابة (أو أرضيه) أو أعطيه خمرا أو خنزيرا أو مغصوبا (فسد العقد) لجهالة العوض أو نجاسة عينه أو عدم القدرة على تسليمه كما في الإجارة (وللراد أجرة مثله) كالإجارة الفاسدة. ويستثنى من اشتراط العلم بالجعل ما لو جعل الإمام لمن يدل على قلعة للكفار جعلاً كجارية منها فإنه يجوز مع جهالة العوض للحاجة وما لو قال حج عني وأعطيك نفقتك فيجوز كما جزم به الرافعي في الشرح الصغير والمصنف في الروضة ونقله في الكبير عن صاحب العدة، ورد بأن هذه لا تستثنى لأن هذا إرفاق لا جعالة، وإنما يكون جعالة إذا جعله عوضاً فقال: حج عني بنفقتك، وقد صرح الماوردي في هذه بأنها جعالة فاسدة، ونص عليه في الأم (ولو) (قال) من رده (من بلد كذا فرده) من تلك الجهة لكن (من) أبعد منه فلا زيادة له لتبرعه بها أو من (أقرب منه فله قسطه من الجعل) لأنه جعل كل الجعل في مقابلة العمل فبعضه في مقابلة بعضه، فإن رد من نصف الطريق استحق نصف الجعل أو من ثلثه استحق ثلثه. ومحله إذا تساوت الطريق سهولة

وصعوبة وإلا كان كانت أجرة النصف ضعف أجرة النصف الآخر استحق ثلثي الجعل، أو من ذلك البلد، أو من مسافة مثل مسافته ولو من جهة أخرى استحق المسمى، ولو رده من أبعد من المعين فلا شيء للزيادة لعدم التزام، ولو رده من المعين ورأى المالك في نصف الطريق فدفعه إليه استحق نصف الجعل، ولو قال من رد عبدي فله كذا فرد أحدهما استحق نصف الجعل استوت قيمتهما أو اختلفت، ولو قال إن رددت ما عبدي فلكما كذا فرد أحدهما استحق النصف لأنه لم يلتزم له أكثر من ذلك، ولو قال إن رددت ما عبدي فلكما كذا فرد أحدهما استحق الربع أو كليهما استحق النصف أو رداهما استحقا المسمى، ولو قال أول من يرد عبدي فله دينار فرده اثنان اقتسماه لأنهما يوصفان بالأولية في الرد، ولو قال لكل من ثلاثة رده ولك دينار فردوه فلكل منهم ثلثه توزيعا على الرءوس، هذا إذا عمل كل منهم لنفسه. أما لو قال أحدهم أعنت صاحبي فلا شيء له ولكل منهما نصف ما شرط له، أو اثنان منهم أعنا صاحبا فلا شيء لهما وله جميع المشروط، فإن شاركهم رابع فلا شيء له، ثم إن قصد بعمله المالك أو قصد أخذ الجعل منه فلكل من الثلاثة ربع المشروط، فإن أعان أحدهم فللمعاون بفتح الواو النصف وللآخرين النصف لكل واحد منهما الربع، أو أعان اثنين منهم فلكل منهما ربع وثمان من المشروط وللثالث ربعه، وإن أعان الجميع فلكل منهم الثلث كما لو لم يكن معهم غيرهم، فإن شرط لأحدهم جعلاً مجهولاً ولكل من الآخرين دينارا فردوه فله ثلث أجرة المثل ولهما ثلثا المسمى، ولو قال أي رجل رد عبدي فله درهم فرده اثنان قسط الدرهم بينهما، ولو كان عبد بينهما أثلاثا فأبق فجعلاً لمن رده دينارا لزمهما بنسبة ملكيهما (ولو اشترى اثنان) فأكثر (في رده اشتركا في الجعل) لحصول الرد منهما والاشتراك في الجعل على عدد الرءوس وإن تفاوت عملهم لأنه لا ينضبط حتى يوزع عليه. وصورة المسألة إذا عمم النداء كقوله من رده فله كذا، ويخالف ما لو قال من دخل داري فأعطه درهما فدخلها جمع استحق كل واحد درهما لأن كل واحد داخل وليس كل واحد براد للعبد بل الكل رده.

(ولو) (التزما جعلاً لمعين) كأن رددت أبقى فلك دينار (فشاركه غيره في العمل) (إن قصد إعانته) مجاناً أو بعوض عنه (فله) أي لذلك المعين (كل الجعل) لأن قصد الملتزم الرد ممن التزم له بأي وجه أمكن فلم يقصر لفظه على المخاطب وحده، بخلاف ما مر فيما إذا أذن لمعين فرد نائبه مع قدرته لأن المالك لم يأذن فيه أصلاً، ولا شيء للمعين إلا إن التزم له المخاطب أجرة، ويؤخذ من

كلامهم هنا وفي المساقاة كما أفاده السبكي جواز الاستنابة في الإمامة والتدريس وسائر الوظائف التي تقبل النيابة: أي ولو بدون عذر فيما يظهر ولو لم يأذن الواقف إذا استناب مثله أو خيرا منه ويستحق المستناب جميع المعلوم وإن أفتى ابن عبد السلام والمصنف بأنه لا يستحقه واحد منهما إذ المستناب لم يباشر والنائب لم يأذن له الناظر فلا ولاية له، وما نازع به الأذرع من كون ذلك سببا لفتح باب أكل أرباب الجهالات مال الوقف دائما مما أرصد للمناصب الدينية واستنابة من لا يصلح أو يصلح بنزير يسير قال غيره: وهكذا جرى فلا حول ولا قوة إلا بالله مردود باشتراط كونه مثله أو خيرا منه والزرکشي بأن الربيع ليس من قبيل الإجارة ولا الجعالة إذ لا يمكن وقوع العمل مسلما للمستاجر أو الجاعل وإنما هو إباحة بشرط الحضور ولم يوجد فلا يصح أخذه المذكور. وقضيته أنه لا شيء للمستناب ولو بعذر ولو لمن هو خير منه، وقضية كلام الأذرع خلافه وهو الأوجه عملا بالعرف المطرد بالمسامحة حينئذ (وإن قصد) المشارك (العمل للمالك) الملتزم يعني بجعل أو بدونه أو لنفسه أو للعامل أو للجميع أو لاثنين منهم أو لم يقصد شيئا (فالأول قسطه) من الجعل وهو النصف منه إن شاركه من ابتداء العمل سواء قصد نفسه أو الملتزم أم هما أم العامل والملتزم أم الجميع أم أطلق، وثلاثة أرباعه إن قصد نفسه والعامل أو العامل والملتزم وثلثاه إن قصد الجميع (ولا شيء للمشارك بحال) أي في حال مما ذكر لتبرعه ولو قال الواحد إن رددته فلك دينار ولآخر إن رددته أرضيك فرداه فلأول نصف الدينار ولآخر نصف أجره مثل عمله، ولو قال إن رددت عبدي فلك كذا فأمر رقيقه برده ثم أعتقه في أثناء العمل استحق كل الجعل كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى لإنابته إياه في العمل المذكور ولا يؤثر طريان حرته كما لو أعانته أجنبي فيه ولم يقصد المالك، وأفتى أيضا في ولد قرأ عند فقيه مدة ثم نقل إلى فقيه آخر فطلع عنده سورة يعمل لها سرور كأصاريث مثلا وحصل له فتوح بأنه للثاني ولا يشاركه فيه الأول، وينقسم العقد باعتبار لزومه وجوازه إلى ثلاثة أقسام: أحدها لازم من الطرفين قطعا كالبيع والإجارة والسلم والصلح والحوالة والمساقاة والهبة لغير الفروع بعد القبض والخلع، ولازم من أحدهما قطعا ومن الآخر على الأصح وهو النكاح فإنه لازم من جهة المرأة قطعا ومن جهة الزوج على الأصح وقدرته على الطلاق ليست فسحا. ثانيها لازم من أحد الطرفين جائز من الآخر قطعا كالكتابة، وكذا الرهن وهبة الأصول للفروع بعد القبض والضمان والكفالة ثالثها جائز من الطرفين كالشركة

والوكالة والعارية الوديعة، وكذا الجعل له قبل فراغ العمل ولهذا قال (ولكل منهما) أي من الجاعل والعامل (الفسخ قبل تمام العمل) لأنه عقد جائز من الطرفين. أما من جهة الجاعل فمن حيث إنها تعليق استحقاق بشرط فأشبهت الوصية. وأما من جهة العامل فلأن العمل فيها مجهول وما كان كذلك لا يتصف باللزوم كالقراض وإنما يتصور الفسخ من العامل في الابتداء إذا كان معينا بخلاف غيره فلا يتصور فسخه إلا بعد شروعه في العمل، والمراد بالفسخ رفع العقد ورده، وخرج بقوله قبل تمام العمل ما بعده فإنه لا أثر للفسخ لأن الجعل قد لزم واستقر وعلم من جوازها انفساخها بموت أحد المتعاقدين أو جنونه أو إغمائه، فلو مات المالك بعد الشروع في العمل فرده إلى وارثه استحق قسط ما عمله في الحياة من المسمى، وإن مات العامل فرده وارثه استحق القسط منه أيضا (فإن فسخ) بينائه للمفعول: أي فسخه الجاعل أو العامل (قبل الشروع) في العمل (أو فسخه العامل بعد الشروع) فيه (فلا شيء له) لأنه لم يعمل شيئا في الأولى ولأن الجعل إنما يستحق في الثانية بتمام العمل وقد فوته باختياره ولم يحصل غرض المالك سواء أوقع ما عمله مسلما وظهر أثره على المحل أم لا، وشمل كلامهم الصبي، ويستثنى ما إذا زاد الجاعل في العمل ولم يرض العامل بالزيادة ففسخ لذلك فله أجره المثل لأن الجاعل هو الذي ألجأه إلى ذلك. قال في المهمات: وقياسه كذلك إذا نقص من الجعل، ورد أن النقص فسخ كما يأتي وهو فسخ من المالك لا من العامل، ولو عمل العامل، بعد فسخ المالك شيئا عالما به فلا شيء له، أو جاهلا به فكذلك على الأصح وإن صرح الماوردي والرويانى بأن له المسمى إذا كان جاهلا به واستحسنه البلقيني (وإن فسخ المالك) يعني الملتزم ولو بإعتاق المردود مثلا كذا قاله الشيخ في شرح منهجه، والأقرب خلافه فلا يستحق العامل حيث أعتق المالك المردود شيئا لخروجه عن قبضته فلم يقع العمل مسلما له (بعد الشروع) في العمل (فعليه أجره المثل) لما مضى (في الأصح) لأن جواز العقد يقتضي التسليط على رفعه، وإذا ارتفع لم يجب المسمى كسائر الفسوخ، لكن عمل العامل وقع محترما فلا يحبط بفسخ غيره فرجع إلى بدله وهو أجره المثل كالإجارة إذا فسخت بغيب. والثاني لا شيء للعامل كما لو فسخ بنفسه، ولا فرق بين أن يكون ما صدر من العامل لا يحصل به مقصود أصلا كرد الأبق إلى بعض الطريق أو يحصل به بعضه كما لو قال إن علمت ابني القرآن فلك كذا ثم منعه من تعليمه، ولا يشكل ما رجحوه هنا من استحقاق أجره المثل بقولهم إذا مات العامل أو

المالك في أثناء العمل حيث يفسخ ويجب القسط من المسمى لأن الجاعل أسقط حكم المسمى في مسألتنا بفسخه بخلافه في تلك، وما فرق به بعض الشراح من أن العامل في الانفساخ تمم العمل بعده ولم يمنعه المالك منه بخلافه في الفسخ محل نظر، إذ لا أثر في الفرق بين خصوص الوجوب من المسمى تارة ومن أجرة المثل أخرى كما هو ظاهر للمتأمل (وللمالك) يعني الملتزم (أن يزيد وينقص في) العمل وفي (الجعل) ولو من غير جنسه ونوعه كما فهم بالأولى (قبل الفراغ) كالمبيع في زمن الخيار سواء ما قبل الشروع وما بعده لأنه عقد جائز، فلو قال من رد عبدي فله عشرة ثم قال من رده فله خمسة أو بالعكس فالاعتبار بالأخير (وفائدته بعد الشروع وجوب أجرة المثل له) لأن النداء الأخير فسخ للأول، والفسخ في أثناء العمل يقتضي الرجوع إلى أجرة المثل، ومحلها فيما قبل الشروع أن يعلم العامل بالتغيير، فإن لم يعلم به فيما إذا كان معيناً ولم يعلن به الملتزم فيما إذا كان غير معين. قال الغزالي في وسيطه: ينقذ أن يقال يستحق أجرة المثل وهو الراجح كما اقتضاه كلامهما، وقال الماوردي والرويانى: يستحق الجعل الأول، وأقره السبكي والبلقيني وغيرهما، فعلى الأول لو عمل من سمع النداء الأول خاصة ومن سمع النداء الثاني استحق الأول نصف أجرة المثل والثاني نصف المسمى الثاني، وعلى قول الماوردي للأول نصف الجعل الأول والثاني نصف الثاني، أما التغيير بعد الفراغ فلا يؤثر لأن المال قد لزم ويتوقف لزوم الجعل على تمام العمل ولهذا قال (ولو مات الأبق) أو تلف المردود (في بعض الطريق) أو بباب المالك قبل تسلمه (أو هرب) كذلك أو غصب أو ترك العامل ورجع بنفسه (فلا شيء للعامل) لأنه لم يردده والاستحقاق معلق بالرد، ويخالف موت أجير الحج في أثناء العمل فإنه يستحق من الأجرة بقدر ما عمله في الأصح لأن القصد بالحج الثواب، وقد حصل للمحجوج عنه الثواب بالبعض والقصد هنا الرد ولم يوجد، ولو لم يجد العامل المالك سلم المردود إلى الحاكم واستحق الجعل، فإن لم يكن حاكم أشهد واستحقه: أي وإن مات أو هرب بعد ذلك، ويجري ذلك في تلف سائر مجال الأعمال، وفهم من تمثيل المصنف تصوير المسألة بما إذا لم يقع العمل مسلماً للجاعل ليخرج ما لو مات الصبي في أثناء التعلم فإنه يستحق أجرة ما علمه لوقوعه مسلماً بالتعليم كذا ذكره، ومحلها إذا كان حراً كما قيده به في الكفاية، فإن كان عبداً لم يستحق إلا إذا سلمه لسيده أو حصل التعليم بحضرتة أو في ملكه، قاله البلقيني والزرکشي. وفي الشامل أنه لو خاط نصف الثوب

ثم احترق وهو في يد المالك استحق نصف المشروط انتهى.
وقياسه في مسألة الصبي أن يكون له أجره ما عمله من
المسمى، ولو خاط نصف الثوب واحترق أو بنى بعض الحائط
فانهدم فلا شيء له، ذكره في الروضة عن الأصحاب، ومحلّه إذا لم
يقع العمل مسلماً لما ذكره في مسألة الصبي المارة، ولقول
القمولي: لو تلف الثوب الذي خاط بعضه أو الجدار الذي بنى بعضه
بعد تسليمه إلى المالك استحق أجره ما عمل: أي بقسطه من
المسمى، وكذا يقدر في مسألة الصبي ليوافق قول ابن الصباغ
والمتولي في مسألة القمولي استحق من المسمى بقدر ما عمل
وقول الشيخين لو قطع العامل بعض المسافة لرد الأبق ثم مات
المالك فردّه إلى الموارث استحق من المسمى بقدر عمله في
الحياة، وقولهما في الإجارة في موضع، لو خاط بعض الثوب
واحترق وكان بحضرة المالك أو في ملكه استحق أجره ما عمل
بقسطه من المسمى لوقوع العمل مسلماً، وفي موضع آخر: لو
اكتراه لخيطة ثوب فخاط بعضه واحترق، وقلنا يفسخ العقد: أي
من أصله فله أجره مثل ما عمله وإلا فقسطه من المسمى، أو
لحمل جرة فزلق في الطريق فانكسرت فلا شيء له، والفرق أن
الخيطة تظهر على الثوب فوق العمل مسلماً لظهور أثره على
المحل والحمل لا يظهر أثره على الجرة، وبما قاله علم أنه يعتبر
في وجوب القسط في الإجارة وقوع العمل مسلماً وظهور أثره
على المحل ومثلها الجعالة، ومن ثم لو نهب الحمل أو غرق في
أثناء الطريق لم يجب القسط لأن العمل لم يقع مسلماً للمالك ولا
ظهر أثره على المحل، بخلاف ما لو ماتت الجمال مثلاً أو انكسرت
السفينة مع سلامة المحمول كما أفتى بذلك الوالد رحمه الله
تعالى (وإذا رده فليس له حبسه لقبض الجعل) لأن الاستحقاق
بالتسليم ولا حبس قبل الاستحقاق، وكذلك ليس له حبسه إذا أنفق
عليه بالإذن بالأولى (ويصدق) بيمينه الجاعل سواء (المالك) وغيره
إذا أنكر (شرط الجعل) كان قال ما شرطت الجعل أو شرطته في
عبد آخر (أو سعيه) أي العامل (في رده) كأن قال لم ترده وإنما
رده غيرك أو رجع بنفسه لأن الأصل عدم الرد والشرط وبرائة
ذمته، فلو اختلفا في بلوغه النداء فالقول قول الراد بيمينه كما لو
اختلفا في سماع ندائه.

(فإن) (اختلفا) أي الجاعل والعامل بعد الاستحقاق (في قدر
الجعل) أو جنسه أو صفته ككونه درهماً أو درهمين أو في قدر
العمل كأن قال شرطت مائة على رد عبيد فقال العامل بل على
رد هذا فقط (تحالفا) وللعامل أجره المثل كما في القراض

والإجارة، وهذا إذا وقع الاختلاف بعد فراغ العمل والتسليم أو قبل الفراغ فيما إذا وجب للعامل قسط ما عمله، ولو قال: بع عبدي هذا أو اعمل كذا ولك عشرة وأتيا بما يصلح أن يكون إجارة وجعالة فإن كان العمل مضبوطا مقدرًا فإجارة، ولو احتاج إلى تردد غير مضبوط فجعالة كذا نقلاه، والمراد أنه يجوز عقد الإجارة في الشق الأول دون الثاني ويد العامل على المأخوذ إلى رده يد أمانة، ولو رفع يده عنه وخلاه بتفريط كان خلاه بمضيعة ضمنه لتقصيره، وإن خلاه بلا تفريط كان خلاه عند الحاكم لم يضمنه ونفقته على مالكه، فإن أنفق عليه مدة الرد فتبرع إلا إن أذن له الحاكم فيه أو أشهد عند فقده ليرجع، ولو كان رجلاً ببادية ونحوها فمرض أحدهما أو غشي عليه وعجز عن السير وجب على الآخر المقام معه إلا إن خاف على نفسه أو نحوها فلا يلزمه ذلك، وإذا أقام معه فلا أجر له فإن مات وجب عليه أخذ ماله وإيصاله إلى ورثته إن كان ثقة ولا ضمان عليه إن لم يأخذه، وإن لم يكن ثقة لم يجب عليه الأخذ وإن جاز له ولا يضمنه في الحالين والحاكم يحبس الأبق إذا وجدته انتظاراً لسيده، فإن أبطأ سيده باعه الحاكم وحفظ ثمنه، فإذا جاء سيده فليس له غير الثمن، وإن سرق الأبق قطع كغيره، ولو عمل لغيره عملاً من غير استئجار ولا جعالة فدفع إليه مالا على ظن وجوبه عليه لم يحل للعامل، وعليه أن يعلمه أولاً أنه يجب عليه البذل ثم المقبول هبة لو أراد الدافع أن يهبه منه، ولو علم أنه لا يجب عليه البذل ودفعه إليه هدية حل، ولو أكره مستحق على عدم مباشرة وظيفته استحق المعلوم كما أفتى به التاج الفزاري، واعتراض الزركشي له بأنه لم يباشر ما شرط عليه فكيف يستحق حينئذ يرد بأنه مستثنى شرعاً وعرفاً من تناول الشرط له لعذره، ونظير ذلك ما عمت به البلوى من مدرس يحضر موضع الدرس ولا يحضر أحد من الطلبة أو يعلم أنه لو حضر لا يحضرون بل يظهر الجزم بالاستحقاق هنا لأن المكروه يمكنه الاستنابة فيحصل غرض الواقف بخلاف المدرس فيما ذكر. نعم إن أمكنه إعلام الناظر بهم وعلم أنه يجبرهم على الحضور فالظاهر وجوبه عليه لأنه من باب الأمر بالمعروف، وقد أفاد الولي العراقي ذلك أيضاً بل جعله أصلاً مقيساً عليه، وهو أن الإمام أو المدرس لو حضر ولم يحضر أحد استحق لأن قصد المصلي والمعلم ليس في وسعه وإنما عليه الانتصاب لذلك وأفتى أيضاً فيمن شرط الواقف قطعه عن وظيفته إن غاب فغاب لعذر كخوف طريق بعدم سقوط حقه بغيبته. قال ولذلك شواهد كثيرة وأفتى الوالد رحمه الله تعالى بحل النزول عن الوظائف بالمال أي لأنه من أقسام الجعالة فيستحقه النازل

ويسقط حقه وإن لم يقرر الناظر المنزول له لأنه بالخيار بينه وبين غيره ولو قال اقترض لي مائة ولاك عشرة فهو جعالة ذكره الماوردي والرويانى. والله تعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب وله الحمد ظاهرا وباطنا أولا وآخرا.

وقد تم النصف الأول من " شرح المنهاج " على يد مؤلفه، غفر الله له ذنبه وستر عيبه (محمد بن أحمد الرملي الأنصاري الشافعي) حامدا ومصليا ومسلما ومحسبلا ومحوقلا في ثامن عشر جمادى الآخرة سنة سبع وستين وتسعمائة وأسأله الإعانة على الإتمام بجاه محمد سيد الأنام ومصباح الظلام، وهو حسبي ونعم الوكيل، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم أمين.

**تم الجزء الخامس
ويليه
الجزء السادس، وأوله: كتاب الفرائض**