

تنبيه: يشترط أن يكون الراهن مطلق التصرف كالبيع، وفي «الترغيب»: ويصح تبرعه، لأنه تبرع، وفي «المستوعب» وغيره: لولي رهنه عند أمين لمصلحة، كحل دين عليه. ولا يصح بدون إيجاب وقبول، أو ما يدل عليهما، ولا بد من معرفة قدره وصفته، وجنسه وملكه ولو منافعه بإجارة وإعارة بإذن مؤجر ومغير (لازم في حق الراهن) أي: بعد قبضه، لأن الحظ فيه لغيره، فلزم من جهته، كالضمان في حق الضامن (جائز في حق المرتهن) لأن الحظ فيه له وحده، فكان له فسخه كالمضمون له (يجوز عقده مع الحق) بأن يقول: بعثك هذا بعشرة إلى شهر ترهنني بها عبدك؛ فيقول: اشتريت منك ورهنتك عيدي، لأن الحاجة إلى أخذ الوثيقة به كالضمان، ولأنه تعالى جعل الرهن بدلاً عن الكتابة، فيكون في محلها، ومحلها بعد وجوب الحق، وتؤكد ذلك بأن ذكره بعد المدائنة بفاء التعقيب (ولا يجوز قبله) نص عليه في رواية ابن منصور، لأنه وثيقة بحق، فلم يجز قبل ثبوته كالشهادة، ولأن الرهن أيضا تابع للحق، فلا يسبقه كالثمن لا يتقدم المبيع (إلا عند أبي الخطاب) فإنه يجوز، ويحتمله كلام أحمد، قاله في «الانتصار»، لأنه وثيقة بالحق، فجاز قبله كالضمان، أو فجاز على حق يحدث في المستقبل، كضمان الدرك، ورد بالمنع، ولو سلم، فالفرق أن الضمان إلزام مال تبرعا بالقول، فجاز من غير حق ثابت، كالنذر وصورته: أن يقول: رهنتك هذا بعشرة تقرضنيها، فسلمه إليه، ثم أقرضه إياها، فهي جائزة على قوله، وظاهر المذهب بطلانها، لتعليقه بشرط.

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 213

(5/126)

تنبيه: يصح بكل دين واجب، أو مآله إليه حتى على عين مضمونة، ومقبوض بعقد فاسد، ونفع إجارة في الذمة، لا على دية على عاقلة قبل الحول، لا ما بعده وقيل: وجعل قبل العمل وجهان كدين كتابة. ولا يصح بعهد مبيع وعوض غير ثابت في الذمة، كثمن معين، وأجرة معينة في إجارة، وإجارة منافع معينة، كدار ونحوها. (ويصح رهن كل عين يجوز بيعها) لأن المقصود منه الاستيثاق بالدين، ليتوصل إلى استيفائه من ثمن الرهن عند تعذر استيفائه من الراهن، وهذا يتحقق في كل عين يجوز بيعها، ويشمل ذلك صوراً، ويستثنى منه رهن المنافع (إلا المكاتب إذا قلنا استدامة القبض شرط لم يجز رهنه) وجزم به في «الوجيز» وصححه في «المغني» و«الشرح»، لأن استدامة القبض غير ممكنة في حقه، لمنافاتها مقتضى الكتابة. وقال القاضي: قياس المذهب صحة رهنه، وهو ظاهر «المحرر» و«الفروع» لأنه يجوز بيعه، وإيفاء الدين من ثمنه، فعلى هذا لا يصح شرط منعه من التصرف، ويمكن من الكسب، وما يؤديه من النجوم رهنا معه، وإن عجز، ثبت الرهن فيه، وفي أكسابه، وإن عتق، بقي ما أداه رهنا كمن مات بعد كسبه.

(5/127)

فرع: المعلق عتقه بصفة إن كانت توجد بعد حل الدين، لم يصح، وإن كان يحل قبلها، صح لإمكان بيعه، وإن احتمل الأمران، كقدوم زيد، فقياس المذهب صحته، كالمريض والمدير. (ويجوز رهن ما يسرع إليه الفساد) كالعنب والرطب، لأنه يجوز بيعه، فيحصل المقصود (بدين مؤجل) ليس قيذا فيه، أو يصح بالحال، وإنما ذكره تنبيها على أن التأجيل لا أثر له في منع صحة ذلك، لأنه ربما توهم أن عقد الرهن يقتضي بقاء المرهون إلى الاستحقاق (وبياع) على الأصح (ويجعل ثمنه رهنا) لأن الثمن بدل العين، وبدل الشيء يقوم مقامه، وهذا إذا لم يحل الدين، فإن كان قد حل، فإنه يقضى الدين من ثمنه، صرح به في «المغني» و«الشرح» ونقل أبو طالب فيمن رهن وغاب، فخاف المرتهن فساد، أو ذهابه، فليات السلطان حتى يبيعه، كما أرسل ابن سيرين إلى إياس بن معاوية يأذن له في بيعه، فإذا باعه، حفظه حتى يجيء صاحبه، فيدفعه إليه بأمره حتى يكون صاحبه يقضيه وظاهر المتن لا فرق بين ما يمكن تجفيفه، أو لا، وفي «المغني» و«الشرح» إن أمكن تجفيفه، فعلى الراهن تجفيفه، لأنه من مؤنة حفظه وتبقيته، أشبه نفقة الحيوان، قال ابن المنجا: فيحمل كلامه هنا عليه، وفيه نظر. فعلى هذا إن شرط المرتهن بيعه، أو أذن له فيه بعد العقد، أو اتفقا على أن الراهن يبيعه، أو غيره، باعه وإلا باعه الحاكم، فإن أطلقا، فالخلاف. (ويصح رهن المشاع) في قول الجماهير، لأنه يجوز بيعه في محل الحق، أشبه المفرز. واقتضى ذلك صحة رهن بعض نصيبه من المشاع، لكن في رهن حصته من معين يمكن قسمته فيه وجهان كبيعه، وفي «الانتصار» لا يصح بيعه، نص عليه، وعلل القاضي المنع باحتمال أن يقتسم الشريكان، فيحصل الرهن في حصة شريكه (ثم إن رضي الشريك والمرتهن بكونه في يد أحدهما، أو غيرهما، جاز) لأن الحق لهما لا يتجاوزهما (وإن اختلفا جعله الحاكم في يد أمين) وقيل: من جاز توكيله جاز جعل الرهن مطلقا وفي نظر. (أمانة أو بأجرة) لأن قبض المرتهن

(5/128)

واجب، ولا يمكن ذلك منفردا، لكونه مشاعا، فتعين ما ذكرنا لكونه وسيلة إلى القبض الواجب، وفي إيجار الحاكم عليهما وجهان، ويعتبر فيمن هو عنده منع الخلوة المحرمة، وكونه مسلما إذا كان المرهون مسلما كالمصحف. (ويجوز رهن المبيع غير المكيل والموزون والمعدود والمذروع قبل قبضه) أي: على غير ثمنه، لأنه يجوز بيعه قبل قبضه، فصح رهنه كما بعد القبض، وسواء رهنه عند بائعه أو غيره (إلا على ثمنه في أحد الوجهين) فإنه لا يجوز، لأن المبيع محبوس بالثمن، فلا فائدة في صيرورته رهنا، لأن بين الرهن والبيع تنافيا، لأن حكم الرهن أن يباع في الدين عند التعذر، وحكم البيع إيفاء الثمن من غيره. والثاني: يصح وهو المنصوص، لأن الثمن صار دينا في الذمة، والمبيع صار ملكا للمشتري، فجاز رهنه بالثمن كغيره من الديوان، ومقتضاه أن المكيل والموزون والمعدود والمذروع لا يصح رهنه قبل قبضه كالمبيع (وما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه) لأن القصد من الرهن استيفاء الدين من ثمنه عند التعذر وما لا يجوز بيعه لا يمكن فيه ذلك، وهو شامل لصور أم الولد والوقف والعين المرهونة، فإن قال للمرتهن: زدني مالا يكون الذي عندك رهنا به، وبالدين الأول، لم يجز. وكذا رهن المصحف. تقل الجماعة عنه أنه قال: لا أرخص في

رهن المصحف. والمجهول، وما لا يقدر على تسليمه، والأرض الموقوفة على المسلمين، كسواد العراق، وحكم بنائها كحكمها، فإن كان من غير ترابها، أو الشجر المجدد فيها، فالمذهب صحته وقد تقدم ذلك، والمبيع في مدة الخيار إلا أن يرهنه المشتري، فالخيار له وحده، فيصح ويبطل خياره ذكره أبو بكر، ومال غيره، وخرج: بلى إن أجازته ربه، وإن بان أنه أذن فيه، أو أنه له فوجهان (إلا الثمرة قبل بدو صلاحها) والزرع الأخضر (من غير شرط القطع في أحد الوجهين) إختاره القاضي، وجزم به في «المحرر» و «الوجيز»، لأن النهي عن البيع إنما كان لعدم الأمن من العاهة، ولهذا أمر بوضع الجوائح، وذلك

(5/129)

مفقود هنا، وبتقدير تلفها لا يفوت حق المرتهن من الدين، لتعلقه بذمة الراهن، فمتى حل الحق بيع. وإن اختار المرتهن تأخير بيعه، فله ذلك. والثاني: لا يصح كالبيع، فعليه إن رهنها مع الأصل، فقولا تفريق الصفقة.  
رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 213  
ملحق: تستثنى الجارية دون ولدها وبالعكس، وبياعان، فلو رهننت الأم بمفردها قومت دونه، ثم معه، فما زاد على قيمتها، فهو قيمته، وقيل: تقوم ذات ولد، ويقوم هو معها إذا علم به المرتهن، فإن كانت حاملاً به وقت الرهن، أو حملت به، فهو رهن. ولو رهن الوارث تركة الميت، أو باعها وعلى الميت دين، صح على الأشهر. وإن رهن ثمرة إلى محل يحدث فيه أخرى لا تتميز فهو باطل، لأنه مجهول حين حلول الحق، وإن رهنها بدين حال، أو شرط قطعها عند خوف اختلاطها، جاز، لأنه لا غلغل فيه، فإن لم يقطعها حتى اختلطت لم يبطل الرهن لأنه وقع صحيحاً، لكن إن سمح الراهن ببيع الجميع، أو اتفقا على قدر ثمنه، جاز، وإن اختلفا وتشاحا، قدم قول الراهن مع يمينه، لأنه منكر (ولا يصح رهن العبد المسلم لكافر) مطلقاً، لأن مقتضى الرهن أن يكون في يد المرتهن وهو ليس بأهل لذلك ولو شرطاه في يد مسلم، لأن الكافر لا يد له على مسلم بدليل أنه يؤمر ببيع عبده إذا أسلم (إلا عند أبي الخطاب إذا شرطاً كونه في يد مسلم) عدل، لأنه مال، فجاز رهنه كسائر الأموال وبيعه الحاكم إذا امتنع مالكه، قال في «الشرح»: وهذا أولى، لأن مقصود الرهن يحصل من غير ضرر، وأطلق في «الفروع» الخلاف وهما في رهن المصحف لكافر إذا شرطاً كونه في يد مسلم، وألحقت به كتب الحديث.  
رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 213

(5/130)

فرع: لا يقرأ فيه أحد بلا إذن ربه، وقيل: بلى إن لم يضر ما ليته، وإن طلب أحد ليقراً فيه، لم يجب بذله، وقيل: بلى، وقيل عند الحاجة إليه. (ولا يلزم الرهن) في حق الراهن (إلا بالقبض) هذا هو المذهب، لقوله تعالى: {فرهان مقبوضة} ولأنه عقد إرفاق يفتقر إلى القبول، فافتقر إلى القبض كالقرض، وسواء قبضه المرتهن، أو من اتفقا عليه، وظاهره لا فرق بين المكيل والموزون وغيرهما، صرح به في «المغني» و «الشرح» وقال بعض أصحابنا: يلزم في المكيل

والموزون بالقبض وفيما عداهما روايتان كالبيع، وفي القياس نظر، لأنه يوهم أن البيع في غيرهما لا يلزم في رواية، وليس كذلك إذ لا خلاف في لزومه، وفهم منه أنه قبل القبض صحيح، وليس بلازم، لأنه يجوز للراهن فسخه، والتصرف فيه بكل نوع، فإن كان يبيع أو عتق أو نحوهما، بطل حكم الرهن لتعذر الاستيفاء من ثمنه، وإن كان بتدبير، أو إجارة، أو تزويج، فلا، لأنه لا يمنع من البيع، فلا يمنع صحة الرهن، وظاهر الخرقى، وابن أبي موسى، وابن عقيل في «التذكرة» تبعاً لشيخه القاضي أبي يعلى في «الجامع الصغير»: أن القبض شرط في صحة الرهن، وصفة قبضه كبيع، فلو رهنه داراً، وخلق بينه وبينها، وللراهن فيها قماش لم يمنع من صحة التسليم، لأن اتصالها بملك الراهن لا يمنع صحة التسليم، كالثمرة في الشجرة، ويعتبر في القبض إذن ولي الأمر في الأشهر، ويبطل إذنه بنحو إغماء وخرس، فلو رهنه ما في يده ولو غصبا فكتبه إياه، وبزول ضمانه (واستدامته شرط في اللزوم) وهو قول أكثرهم للآية الكريمة، ولأنها إحدى حالات الرهن، فكان القبض فيه شرطاً كالاتداء بخلاف الهبة، فإن القبض في ابتدائها يثبت الملك، فإذا ثبت، استغنى عن القبض، والرهن يراد للوثيقة، ليتمكن من بيعه واستيفاء دينه منه، فإذا لم يكن في يده، زال ذلك، وهذا على القول بأن ابتداء القبض شرط في اللزوم، وإن قلنا: ليس بشرط فيه، ففي الاستدامة كذلك، قاله في «الشرح» لكن لو أجره، أو

(5/131)

أعاره لمرتهن، أو غيره بإذنه، فلزومه باق على المذهب، وعنه: يزول، نصره القاضي وغيره، فعليها يعود بمضي إجارة وإعارة من مرتهن (فإن أخرج المرتهن باختياره إلى الراهن زال لزومه) لأن استدامة القبض شرط في اللزوم وقد زالت إذ المشروط ينتفي بانتفاء شرطه، وظاهره ولو كان نيابة عنه، صرح به في «الفروع» وبقي العقد كأنه لم يوجد فيه قبض، سواء أخرج بإجارة أو إعارة أو إيداع ونحوه. وقوله: باختياره يحتيز به عما لو أخرج لا باختياره كالغصب ونحوه، لأن ذلك لا يزيل اللزوم، لأن يد المرتهن ثابتة عليه حكماً (فإن رده إليه) أي: إلى المرتهن (عاد اللزوم) نص عليه، لأنه أقبضه باختياره، فلزم به كأول، ولا يحتاج إلى تجديد عقد، لأن العقد السابق لم يطرأ عليه ما يبطله، أشبه ما لو تراخى القبض عن العقد (ولو رهنه عصيراً فتخمر زال لزومه) لأن تخميره بمنزلة إخراج من يده، لأنه لا يد لمسلم على خمر، لأن صيرورته خمرًا يمنع من صحة العقد، فلأن يخرج عن اللزوم بطريق الأولى، وتجب إراقته حينئذ، فإن أريق بطل العقد فيه، ولا خيار للمرتهن، لأن التلف حصل في يده، وهذا بالنسبة إلى المسلمين (فإن تخلل عاد لزومه بحكم العقد السابق) كما لو زالت يد المرتهن عنه، ثم عادت إليه، فلو استحال خمرًا قبل قبض المرتهن، بطل العقد فيه، ولم يعد بعوده خلاً، لأنه عقد ضعيف لعدم القبض، أشبه إسلام أحد الزوجين قبل الدخول. وذكر القاضي أنه إذا استحال خمرًا بعد القبض أنه يبطل الرهن فيه، ثم إذا عاد خلاً، عاد ملكاً لصاحبه مرهوناً بالعقد السابق، لأنه يعود ملكاً بحكم الملك الأول، فيعود حكم الرهن، ورد بأن اليد لم تزل عنه حكماً بدليل ما لو غصبه منه غاصب، فتخلل في يده كان ملكاً للمغصوب منه. قال في «المغني» ولم تظهر لي فائدة الخلاف بعد اتفاقهم

على عوده رهنا باستحالته خلاً، وأرى القول ببقائه رهنا أقرب إلى الصحة، لأن العقد لو بطل، لما عاد صحيحاً من غير ابتداء عقد (وعنه أن

(5/132)

القبض واستدامته في المتعين ليس بشرط) حكاه في «التعليق» عن أصحابنا، وهو المذهب عند ابن عقيل، فيلزم بمجرد العقد كالبيع (فمتى) هذا تفريع على هذه الرواية (امتنع الراهن من تقيضه أجبر عليه) كالبيع، فإن رده المرتهن على الراهن بعارية، أو غيرها، ثم طلبه، أجبر الراهن على رده، لأن الرهن صحيح، والقبض واجب له، فيجبر عليه كبيعه.

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 213

تنبيه: إذا استعار شيئاً لرهنه، جاز إجماعاً، وسواء بين الدين أو لا، لكن لو عين المرتهن أو القدر الذي يرهنه عليه، فخالف، لم يصح، لأنه لم يؤذن له فيه، وله الرجوع فيه قبل إقباضه كقبل العقد، وقدم في «التلخيص» لا كبعده خلافاً «للانتصار» فيه وله مطالبة الراهن بفكائه، حالاً كان أو مؤجلاً في محل الحق وقبله، لأن العارية لا تلزم، فمتى حل الحق ولم يقبضه، فللمرتهن بيعه، واستيفاء دينه منه، ويرجع المعير بقيمته أو بمثله لا بما بيع، نص عليه، وقطع في «المحرر» واختاره في «الترغيب» بأكثرهما، فإن تلف ضمنه الراهن، وهو المستعير بقيمته، سواء تلف بتفريط أو لا، نص عليه، لأن العارية مضمونة وفي «الفروع»: ويتوجه في مستأجر من مستعير. وإن فك المعير الرهن بإذن الراهن، رجع، وإن كان متبرعاً، فلا، وإن قضاه بغير إذنه محتسباً بالرجوع. فروايتان (وتصرف الراهن في الرهن) اللازم بالبيع والإجارة والوقف ونحوه (لايصح) لأنه تصرف يبطل حق المرتهن من الوثيقة، وليس بمبني على السراية والتغليب، فلم يصح بغير إذن المرتهن، كفسخ الرهن، فأما انتفاعه به كاستخدام ونحوه بغير إذن المرتهن، فلا، لأنها عين محبوسة، فلم يكن للمالك الانتفاع بها كالمبيع المحبوس عند البائع على قبض ثمنه، لكن لا يمنع من سقي شجر وتلقيح وإنزاء فحل على إناث مرهونة ومداواة وفصد، بل من قطع سلعة فيها خطر. وحينئذ إن لم يتفقا على المنافع، لم يجز الانتفاع وكانت معطلة، وإن اتفقا على الإجارة، أو الإعارة،

(5/133)

جاز في ظاهر قول الخرقي، والأجرة رهن. وذكر أبو بكر في «الخلاف» أنها تعطل مطلقاً، ورد بأنه تضييع للمال، وهو منهي عنه شرعاً. وقال ابن حمدان: للراهن الانتفاع بما لا ينقص قيمته، ولا يضره كركوب وسكنى، فإن أراد غرس الأرض - والدين حال - منع، وإن كان مؤجلاً فاحتمالان (إلا العتق فإنه) يحرم على الأصح، لما فيه من إبطال حق المرتهن من الوثيقة و(ينفذ) نص عليه وهو قول شريك والحسن بن صالح «لأنه إعتاق من مالك تام الملك فنفذ، كعتق المستأجر، ولأن الرهن عين محبوسة لاستيفاء الحق، فنفذ فيها عتق المالك، كالمبيع في يد بائه، والعتق مبني على السراية والتغليب بدليل أنه ينفذ في ملك الغير، ففي ملكه بطريق الأولى، فعلى هذا إن كان موسراً (تؤخذ منه

قيمته) لأنه أبطل حق المرتهن من الوثيقة، أشبه ما لو أتلفه، ويعتبر حال الإعتاق، لأنه وقت الإيتلاف، فجعلت (رهنا مكانه) لأنها نائبة عن العين، أو بدل عنها، وكذا  
رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 213

(5/134)

حكم ما لو قتله بقصاص استحقه عليه، أو أحبل الأمة بلا إذن المرتهن، أو أقر بالعق، وكذبه، فعليه القيمة تكون رهنا، وإن كان معسرا، فهي في ذمته، فإن أيسر قبل حلول الحق، أخذت منه، فجعلت رهنا إلا أن يختار تعجيل الحق، فيقضيه وإن أيسر بعد حلول الحق، طوّل بالدين خاصة، لأن ذمته تبراؤه من الحقين معا (وعنه: لا ينفذ المعسر) اختاره أبو محمد الجوزي، وذكرها أبو الخطاب في «الهداية» احتمالا وفي «المحرر» تخريجا، لأن نفوذ عتقه يسقط الوثيقة، وبدلها، فلم ينفذ لما فيه من الإضرار بالمرتهن، وكما لو أعتق شركا له في عبد وهو معسر. وفي طريقة بعض أصحابنا إن كان معسرا يستسعي العبد بقدر قيمته تجعل رهنا. وفيه نظر، لأن إيجاب الكسب على العبد ولا صنع ولا جناية منه، فكان إلزام العرم للمتلّف أولى، وقيل: ولا ينفذ عتق غيره، وذكره في «المبهبج» رواية. وإذا لم نقل بالنفوذ، فظاهر كلامهم أنه لا ينفذ بعد زوال الرهن، وفيه احتمال، وهذا إذا لم يأذن المرتهن، فإن أذن، صح العتق، وسقط حقه من الوثيقة، ولا قيمة له. وإن كان رجع بعد الإذن، وعلم الراهن به، بطل، وإلا فوجهان. وكذا يصح رجوعه في كل تصرف أذن فيه قبل وقوعه، فإن اختلفا، قدم قول المرتهن، ووارثه في نفي الإذن، لأنه الأصل إلا أن الوارث يمينه علي نفي العلم ومن نكل قضي عليه، وألحق بعض أصحابنا الوقف بالعق، لأن فيه حق الله تعالى (وقال القاضي) وجماعة من أصحابنا، وذكره أبو بكر رواية (له تزويج الأمة) المرهونة، لأن محل عقد النكاح غير محل عقد الرهن بدليل صحة رهن الأمة المزوجة، لأن الرهن لا يزيل الملك، فلم يمنع التزويج كالإجارة (ويمنع) المرتهن (الزوج من وطئها) وهو مراد من عبر بقوله: دون تسليمها، لئلا تحبل فتنقص قيمتها، وتقل الرغبة فيها، وربما تلفت بسبب الحمل (ومهرها رهن معها) لأنه من نماء الرهن، فكان رهنا (والأول أصح 4 وهو قول الأكثر، لأن التزويج يذهب رغبات المشترين فيها، فيوجب

(5/135)

نقصان قيمتها فلم يملكه الراهن، كفسخ العقد، ولا نسلم تغاير المحلين، بل محلها واحد، وتتناول الجملة، وإنما صح رهن المزوجة، لبقاء معظم المنفعة فيها وبقائها محلا للبيع، كما يصح رهن المستاجر، والرهن يفارق الإجارة من حيث إن التزويج لا يؤثر في مقصود الإجارة ولا يمنع المستاجر من استيفاء المنفعة المستحقة له، ويؤثر في مقصود الرهن، هو استيفاء الدين من ثمنها، لأن تزويجها إنما يمنع البيع، أو ينقص الثمن، فيتعذر استيفاء الدين كاملا (وإن وطئ) الراهن (الجارية) المرهونة، فقد ركب محرما في قول الأكثر، وحكاه ابن المنذر إجماعا، لأن من يحرم وطؤها لا فرق فيه بين الأيسة والصغيرة

كالمعتدة، ولأن الوقت الذي تحبل فيه يختلف، فمنع منه جملة، لكن لا حد عليه، لأنها ملكه، ولا مهر عليه إن كانت ثيبا كالأستخدام، فإن تلف جزء منها، أو نقصها، فعليه قيمة ما تلف كالجناية تجعل رهنا معها وإلا قضاء من الحق إن كان قد حل، وجزم في «الفروع» وقاله في «عيون المسائل» والشيرازي في «المنتخب»: إنه يحرم وطؤها على راهن إلا بشرط، وإن لم تحبل فأرش البكارة، فقط كجناية (فأولدها خرجت من الرهن) لأنها صارت أم ولده له وعبارة الأكثر كالمؤلف، وإن الحكم يترتب على الولادة، وليس بمراد، بل الحكم منوط بالإحبال (وأخذت منه قيمتها) حين إحبالها، لأنه فوتها على المرتهن فوجب أن يؤخذ منه بدلها كما لو أتلفها (فجعلت رهنا) لأنها بدل، والبدل يعطى حكماً مبدله، فإن كان معسراً كان في ذمته، وهذا إذا صدقه المرتهن أنها ولدته من وطئه، وإلا فالرهن بحاله، قاله في «التلخيص»، فإن كان الوطاء بإذن المرتهن خرجت من الرهن، ولا شيء للمرتهن، لأنه أذن في سبب ينافي حقه. لا يقال: إنما أذن بالوطاء، ولم يأذن في الإحبال، لإفضائه إليه، ولا يقف على اختيار، فالإذن في سببه إذن فيه.  
رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 213

(5/136)

مسألة: إذا أقر بالوطاء حال العقد، أو قبل لزومه، فحكمهما واحد، ويصح الرهن، لأن الأصل عدم الحمل، أما إذا أقر به بعد لزومه، فيقبل في حقه فقط، لأن إقرار الإنسان على غيره لا يقبل، ويحتمل قبوله في حق المرتهن أيضاً، لأنه أقر في ملكه بما لا تهمه فيه (وإن أذن له المرتهن في بيع الرهن أو هبته ونحو ذلك) كوقفه (ففعل صح) لأن المنع كان لحقه، فإذا أذن زال (ويبطل الرهن) لأن هذا تصرف ينافي الرهن، فلا يجتمع مع ما ينافيه (إلا أن يأذن له في بيعه بشرط أن يجعل ثمنه رهناً) مكانه (أو يجعل دينه من ثمنه) فإنه يصح البيع والشروط، ويلزم ذلك. لأنه لو شرط ذلك بعد حلول الحق، جاز، فكذا قبله، وحاصله إن كان الدين حالاً، أخذه من الثمن، وإلا بقي رهناً، وإن شرط تعجيل الدين من ثمنه، صح البيع، ولغا الشرط، ويكون الثمن رهناً، وفي «المحرر»: وإن باعه بإذن شرط فيه أن يعجل له دينه المؤجل من ثمنه، لم يصح البيع، وهو رهن بحاله، وفيل: يصح، وفي كون الثمن رهناً وجهان، ويلغو شرط التعجيل قولاً واحداً.

(5/137)

فرع: إذا اختلفا في الإذن، قبل قول المرتهن، لأنه منكر، فلو اتفقا عليه، واختلفا في الشرط، قبل قول الراهن في الأصح، لأن الأصل عدمه. (ونماء الرهن وكسبه وأرش الجناية عليه من الرهن) أي: يكون في يده، كالأصل بمعنى أنه إذا احتيج إلى بيعه في وفاء الدين، بيع مع الأصل، لأن الرهن عقد على العين، فيدخل فيه ما ذكر، كالبيع والهبة، وفي الجناية عليه، لأنها بدل جزء، فكانت من الرهن كقيمتها إذا أتلفه إنسان. ولا فرق في النماء بين المتصل، كالسمن، وتعلم صنعة، والمنفصل، كالكسب، والأجرة، والولد والثمرة

والصوف (ومؤنته على الراهن) لما روى سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أن النبي قال: «لا يغلِق الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه وعليه غرمه» رواه الشافعي، والدارقطني، وقال: إسناد حسن متصل، ولأنه ملك للراهن، فكان عليه الإنفاق كالطعام، وهو شامل لما إذا احتاج إلى مداواة لمرض، أو جرح، وأجرة من يردّه إذا أبق ومؤنة جنابة، وأجرة تسوية وجداد وتجفيف ونحوه، فإن كان ماشية تحتاج إلى إطراق فحل، لم يجبر الراهن عليه، لأنه ليس عليه ما يتضمن زيادة في الرهن، وليس ذلك مما يحتاج إليه لبقائها، ولا يمنع منه، لكونه زيادة فيها من غير ضرر على المرتهن (وكفنه إن مات) كبقية مؤنة تجهيزه، لأن ذلك تابع لمؤنته، وهو من جملة غرمه (وأجرة مخزنه إن كان مخزوناً) كأجرة حافظه (وهو أمانة في يد المرتهن) للخبر، ولأنه لو ضمن لامتنع الناس من فعله خوفاً من الضمان، وذلك وسيلة إلى تعطيل المداينات والقروض وفيه ضرر عظيم، وهو منفي شرعاً، ولأنه وثيقة بالدين، فلا يضمن كالزيادة على قدر الدين. وظاهره ولو قبل عقد الرهن، نقله ابن منصور، كبعد الوفاء (إن تلف بغير تعد منه، فلا شيء عليه) قاله علي رضي الله عنه، لأنه أمانة في يده، فلم يكن في تلفه شيء، كالوديعة، وعنه: يضمنه المرتهن، كما لو أعاره، أو ملكه، أو استعمله، نص عليه. وتأولها القاضي على المتعدي، وامتنع من ذلك ابن

(5/138)

عقيل، فأجراها على ظاهرها، لما روى عطاء أن رجلاً رهن فرساً، فنفق عند المرتهن، ف جاء إلى النبي فأخبره بذلك، فقال: «ذهب حَقُّك»، ولأنها عين مقبوضة للاستيفاء فيضمنها من قبضها لذلك. وجوابه: بأنها مقبوضة بعقد بعضه أمانة، فكان جميعه أمانة، كالوديعة، وحديث عطاء كان يفتي بخلافه مع أن الدارقطني قال: يرويه إسماعيل بن أمية، وكان كذاباً، وقيل: مصعب بن ثابت، وهو ضعيف ولو سلم، فهو محمول على أنه ذهب حَقُّك من الوثيقة بدليل أنه لم يسأل عن قدر الدين أو قيمته، وظاهره أنه إذا تعدى أو فرط أنه يضمن كالوديعة. وفي بقاء الرهنية - لأنه يجمع أمانة، واستيثاقاً، فبقي أحدهما - وجهان (ولا يسقط بهلاكه شيء من دينه) نص عليه لأنه كان ثابتاً في ذمة الراهن قبل التلف، ولم يوجد ما يسقطه، فبقي بحاله، وكما لو دفع إليه عبداً يبيعه، ويأخذ حقه من ثمنه، وكحبس عين مؤجرة بعد الفسخ على الأجرة بخلاف حبس البائع المشتري على ثمنه، فإنه يسقط في رواية بتلفه، لأنه عوضه، والرهن ليس بعوض الدين، لأن الدين لا يسقط بتفاسخهما ذكره في «الانتصار» و «عيون المسائل» (وإن تلف بعضه فباقيه رهن بجميع الدين) لأن الدين كله يتعلق بجميع أجزاء الرهن.

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 213

(5/139)

فرع: إذا قبض الرهن، فوجده مستحقاً، لزمه رده على مالكه، والرهن باطل من أصله، فإن أمسكه مع عمله حتى تلف، استقر الضمان عليه، وللمالك تضمين أيهما شاء، فإن ضمن الراهن، لم يرجع على أحد، وإن ضمن المرتهن،



رجع عليه، وإن لم يعلم بالغصب حتى تلف، فالحكم على ما ذكرنا، وإن تلف  
 بغير تفريطه، فثالثها للمالك تضمين أيهما شاء، ويستقر الضمان على الغاصب  
 (ولا ينفك شيء من الرهن حتى يقضي جميع الدين) حكاه ابن المنذر إجماع  
 من يحفظ عنه، لأن حق الوثيقة يتعلق بجميع الرهن، فيصير محبوسا بكل  
 الحق، وبكل جزء منه لا ينفك منه شيء حتى يقضي جميعه، سواء كان مما  
 يمكن قسمته أو لا، وكالضمان والشهادة.  
 تنبيه: يقبل قول المرتهن في التلف، وقيل: والرد. قال أحمد في مرتهن ادعى  
 ضياعه: إن اتهمه، أحلفه وإلا لم يحلفه، وكذا إن ادعاه بحادث ظاهر، وشهدت  
 بينة بالحادث، قبل قوله فيه، وكذا وكيل وسيأتي (وإن رهنه عند رجلين فوفى  
 أحدهما انفك في نصيبه) لأن عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة عقدين، فكأنه رهن  
 كل واحد منهما النصف منفردا، وقال أبو الخطاب: يكون رهنا عند الآخر حتى  
 يوفيه نظرا إلى أن العقد واحد، وحمله في «المغني» و «الشرح» على أنه  
 ليس للراهن مقاسمة المرتهن لما عليه فيه من الضرر، فصار جميعه رهنا.  
 وعلى الأول لو طلب المقاسمة، فإن كان مما لا تنقصه القسمة كالمكيل  
 والموزون أوجب إليها، وإلا فلا، لما فيه من الضرر على المرتهن، ويبقى في  
 يده، بعضه رهن، وبعضه وديعة. (وإن رهنه رجلان شيئا، فوفاه أحدهما، انفك  
 في نصيبه) لأن الراهن متعدد، فتعلق ما على كل منهما بنصيبه، لأن الرهن لا  
 يتعلق بملك الغير إلا إذا كان مأذونا فيه، ولم يوجد. ونقل مهنا خلافه، فلو رهن  
 اثنان عبدا لهما عند اثنين بالف، فهذه أربعة عقود، ويصير كل ربع منه رهنا  
 بمائتين وخمسين، فمتى قضى في شيء، انفك من الرهن بقدر ذلك. ذكلاه  
 القاضي.

(5/140)

فرع: إذا قضى بعض دينه، أو أبرىء منه وبيعه رهن أو كفيل، فعما نواه، فإن  
 أطلق ولم ينبو، فله صرفه إلى أيهما شاء، وقيل: يوزع بينهما بالحصص (وإذا  
 حل الدين) لزم الراهن الإيفاء، لأنه دين حال، فلزم إبقاؤه، كالذي لا رهن به  
 (وامتنع من وفائه، فإن كان الراهن أذن للمرتهن، أو للعدل في بيعه باعه) نص  
 عليه، لأنه مأذون له فيه. وفي بيعه بقيمته وجهان بإذن مرتهن، لأن البيع لحقه،  
 فلم يجز حتى يأذن فيه، ولا يحتاج إلى تجديد إذن من الراهن في ظاهر كلام  
 أحمد، وقيل: بلى، حكاه القاضي، لأنه قد يكون له عرض في قضاء الحق من  
 غيره (ووفي الدين) لأنه هو المقصود بالبيع، وما فضل من ثمنه لمالكه، وإن  
 بقي من الدين شيء فعلى الراهن (وإلا) أي: إذا لم يأذن في البيع ولم يوف  
 (رفع الأمر إلى الحاكم فيجبره على وفاء الدين أو بيع الرهن) لأن هذا شأن  
 الحاكم، فإن امتنع، حبسه أو عزره حتى يفعل ما يأمره به (فإن لم يفعل) أي:  
 أصر على المنع، أو كان غائبا، أو تغيب، قاله في «الرعاية الكبرى» (باعه  
 الحاكم) عليه، نص عليه، لأنه تعين طريقا إلى أداء الواجب أدائه (وقضى دينه)  
 لأنه حق تعين عليه، فإذا امتنع من أدائه، قام الحاكم مقامه فيه، كالإيفاء من  
 جنس الدين، وظاهره أنه ليس للمرتهن بيعه بغير إذن ربه، أو إذن حاكم وقيل:  
 بلى، فإن لم يأذن المرتهن في بيعه، قال له الحاكم: إنذن فيه، وخذ دينك من  
 ثمنه، أو أبرئه منه.

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 213

فرع: إذا جهل رب الرهن، وأيس من معرفته، فللمرتهن بيعه، والصدقة به بشرط ضمانه، نص عليه، وفي إذن حاكم في بيعه مع القدرة، وأخذ حقه من ثمنه مع عدمه روايتان، كشراء وكيل.  
رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 213  
فصل

(5/141)

وإذا شرط في الرهن جعله على يد عدل، صح) لأنه قبض في عقد، فجاز التوكيل فيه، كقبض الموهوب (وقام قبضه مقام قبض المرتهن) في قول أكثر العلماء، وخالف فيه الحكم وغيره، لأن القبض من تمام العقد، فتعلق بالمتعاقدين، كالإيجاب والقبول. وجوابه ما سبق، وبأنه وكيل، وقبضه كقبض الموكل مع أنه لو وكل في الإيجاب والقبول، صح وما ذكروه ينتقض بالقبض في البيع فيما يعتبر فيه القبض، وظاهره يقتضي جواز جعل الرهن على يد من يجوز توكيله وهو الجائر التصرف. فلا يجوز أن يكون صبيًا، ولا عبداً بغير إذن سيده، لأن منافعه لسيده، فلا يجوز تضييعها في الحفظ بغير إذنه، ولا مكاتباً بغير جعل، لأنه ليس له التبرع بمنافعه (وإن شرط جعله في يد اثنين لم يكن لأحدهما الانفراد بحفظه) لأن المتراهنين لم يرضيا إلا بحفظهما معاً، فلا يجوز لأدهما الانفراد كالوصيين، فعلى هذا يجعل في مخزن عليه لكل واحد منهما قفل، وإن سلمه أحدهما إلى الآخر، فعليه ضمان النصف، لأن القدر الذي تعدي فيه. (وليس للراهن ولا للمرتهن إذا لم يتفقا ولا للحاكم نقله عن يد العدل) لأن العدل ما دام بحاله، لم يتغير عن الأمانة، قال في «الشرح» وغيره: ولا حدث بينه وبين أحدهما عداوة، فليس لأحدهم نقله عن يده، لأنهما رضيا به في الابتداء، ولأنهما إذا لم يملكاه، فالحاكم أولي. وظاهره أنهما إذا اتفقا على نقله، جاز، صرح به في «المغني» و «الشرح» لأن الحق لهما لا يعدوهما (إلا أن يتغير حاله) بفسق أو ضعفه عن الحفظ، أو عداوة، فلكل منهما نقله عن يده، لأن في مقامه في يده ضرراً على الطالب، فإذا اتفقا على شخص بصفاته، جاز، فإن اختلفا، وضعه الحاكم عند عدل، فلو اختلفا في تغير حاله، بحث الحاكم، وعمل بما ظهر له، وكذا لو كان عند المرتهن، فتغير حاله، فللراهن رفع الأمر إلى الحاكم ليضعه عند عدل، فإن مات هو، أو العدل، لم يكن لورثتهما إمساكه إلا برضاها (وله) أي: للعدل (رده إليهما) وعليهما قبوله،

(5/142)

لأنه أمين مقطوع بالحفظ، فلم يلزمه المقام عليه كسائر الأمانات، فإن امتنع، أجزرها الحاكم، وينصب أميناً يقبضه لهما إذا تغيبا، ون له ولاية على الممتنع من الحق، فدل على أنه إذا دفعه إلى أمين غير امتناعهما أنه يضمن، صرح به جماعة، وكذا لو تركه العدل عند آخر مع وجودهما، فإن امتنع ولم يجد حاكماً، فتركه عند عدل، لم يضمن، فإن امتنع  
رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 230  
أحدهما، لم يكن له دفعه إلى الآخر، فإن فعل، ضمن، والفرق أن العدل يمسكه

لهما، وأحدهما يمسكه لنفسه، هذا إذا كانا حاضرين، فإن كانا غائبين، نظرت، فإن كان للعدل عذر رفعه إلى الحاكم يقبضه منه، أو نصب عدلاً يقبضه لهما، فإن لم يجد حاكماً أودعه ثقة، وإن لم يكن عذر، والغيبة بعيدة، قبضه الحاكم، فإن لم يجده، فثقة، وإن كانت قريبة، فكالحاضرين، وإن كان أحدهما حاضراً، فكالغائبين (ولا يملك رده إلى أحدهما) لأن للآخر حظاً في إمساكه في يده، وفي رده إلى أحدهما تضييع. وظاهره ولو كان أحدهما حاضراً، والآخر مسافراً صرح به في «الشرح» وغيره (فإن فعل فعليه رده إلى يده) أي: إلى يد نفسه، لأن في ذلك عودة للحق إلى مستحقه (وإن لم يفعل ضمن حق الآخر) لأنه فوت عليه ما استحقه بعقد الرهن، أشبه ما لو أتلفه (فإن أذنا له) أي: للعدل (في البيع لم يبع إلا بنقد البلد) لأن الحظ في ذلك للزوج فيه (فإن كان فيه نقود، باع بجنس الدين) لأنه أقرب إلى وفاء الحق (فإن لم يكن فيها جنس الدين باع بما يرى أنه أصلح) لأن عليه الاحتياط فيما هو متوليه كالحاكم، والمذهب أنه يبيع بأغلب نقوده إذا تعددت، فإن تساوت، فبجنس الدين، فإن عدم، فيما ظنه أصلح فإن تساوت، عين حاكم، قاله في «المغني» و «الشرح»، ورجحه ابن المنجا، لأنه أعرف بالأحظ، وأبعد من التهمة، فإن عينا نقداً، تعين، ولم تجز مخالفتها لأن الحق لهما، فإن اختلفا، لم يقبل قول واحد منهما. فعلى هذا يرفع إلى

(5/143)

الحاكم ويأمر ببيعه بنقد البلد، سواء كان من جنس الحق، أو لم يكن، وافق قول أحدهما أو لم يوافق، لأن الحظ في ذلك. قال المؤلف: والأولى أنه يبيعه بما فيه الحظ. (وإن) باع بإذنهما ثم (قبض الثمن فتلف في يده) من غير تفريط (فهو من ضمان الراهن) لأن الثمن في يد العدل أمانة، فهو كالوكيل، فإن اختلفا في قبضه من المشتري، فوجهان، أحدهما: لا يقبل، لأنه إبراء للمشتري من الثمن، كما لو أبرأه من غيره. والثاني: بلى، لأنه أمين (وإن استحق المبيع رجع المشتري على الراهن) لأن المبيع له، فالعهدة عليه، كما لو باع بنفسه، وحينئذ لا رجوع له على العدل، ومحلّه إذا علم المشتري أنه وكيل، قاله في «المغني» و «الشرح» لا يقال: يرجع المشتري على العدل، لكونه قبض الثمن بغير حق، لأنه سلمه إليه على أنه أمين في قبضه يسلمه إلى المرتهن، فإن كان الراهن مفلساً أو ميتاً، فالمرتهن والمشتري أسوة الغرماء، لأنهم تساوا في ثبوت حقوقهم في رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 230

(5/144)

الذمة، ويستثنى من ذلك لو بان مستحقاً بعد دفع الثمن إلى المرتهن، رجع المشتري على المرتهن، لأنه صار إليه بغير حق، فكان رجوعه عليه، كما لو قبضه منه. فلو رده المشتري بغيره، رجع على الراهن، أو الوكيل إن لم يعلم أنه وكيل. (وإن ادعى) أي: العدل (دفع الثمن إلى المرتهن فأنكر ولم يكن قضاة بينة، ضمن وعنه: لا يضمن إلا أن يكون أمر بالإشهاد فلم يفعل) وجملته

أن العدل إذا ادعى دفع الثمن إلى المرتهن، وأنكر، ولا بينة للعدل، فعلى ضريبن أحدهما: أن يكون أمر بالإشهاد، ولم يشهد، فيضمن لتفريطه ومخالفة أمر موكله إلا أن يقضيه بحضرة الموكل. الثاني: مطلق، وفيه روايتان، إحداهما وهي المذهب: أنه يضمن، لأنه فرط حيث لم يشهد، ولأنه إنما أذن له في قضاء مبريء ولم يحصل، وحينئذ، فيرجع المرتهن على راهنه، ثم هو على العدل، ومحلّه ما إذا كان القضاء بغير بينة، فإن كان بها، لم يضمن لعدم تفريطه، سواء كانت البينة قائمة أو معدومة، وشرطه عدالتهم. وأن لا يكون بحضرة الموكل، صرح به جماعة، لأنه لا يعد مفرطاً. والثانية: لا يضمن، اختاره ابن عقيل، لأنه أمين وفي «الشرح» وغيره: إذا ادعى دفع الثمن إلى المرتهن وجهان، أحدهما: يقبل على الراهن لا المرتهن، ذكره القاضي، لأنه وكيل الراهن في دفع الثمن، ووكيل المرتهن في الحفظ، فلم يقبل قوله في حقه. والثاني: يقبل قوله على المرتهن في إسقاطه الضمان عن نفسه، ولا يقبل في نفي الضمان عن غيره، ذكره الشريف أبو جعفر، لأنه أمين، فعليه إذا حلف العدل، سقط الضمان عنه، ولم يثبت على المرتهن أنه قبضه (وهكذا الحكم في الوكيل) فيما ذكرنا، لأنه في معناه. (وإن شرط أن يبيعه المرتهن أو العدل، صح) لأن كلا منهما أهل للوكالة فصح كالأجنبي، ويصح بيعه، لأنه شرط فيه مصلحة للمرتهن لا ينافي مقتضى الرهن، فصح كما لو شرط صفة فيه (وإن عزلها، صح عزله) في المنصوص كسائر الوكالات، وحينئذ لا يملك البيع، وقال ابن أبي موسى: يتوجه

(5/145)

لنا أنه لا ينزل، فإن أحمد منع الحيلة، وهذا يفتح باب الحيلة للراهن، فإنه بشرط ذلك للمرتهن، فيجيبه إليه، ثم يعزله، ولأن وكالته صارت من حقوق الرهن، فلم يكن للراهن إسقاطه كسائر حقوقه، ورد بأنه لا يمنع جوازه، كما لو شرط الرهن في البيع، فإنه لا يصير لازماً. (وإن شرط أن لا يبيعه عند الحلول) أي: حلول الحق فهو شرط فاسد، لأنه ينافي مقتضى العقد، ومثله إذا شرط أن لا يستوفي الدين من ثمنه، أو لا يباع ما خيف تلفه، أو يبيع الرهن بأي ثمن كان، أو لا يبيعه إلا بما يرضيه، أو شرط الخيار للراهن، أو أن لا يكون العقد لازماً في حقه، أو بوقت الرهن. (وإن جاءه بحقه وإلا فالرهن له) أي: بالدين، أو فهو مبيع بالدين الذي عليك (لم يصح الشرط) بغير خلاف نعلمه، لما روي عبد الله بن جعفر أن رسول الله قال: «لا يعلق الرهن» رواه الأثرم. قلت لأحمد ما معنى «لا يعلق الرهن» قال: لا يدفع رهنا إلى رجل، ويقول: إن جئتك بالدراهم إلى كذا، وإلا فالرهن لك، ولأنه علق البيع على شرط، لأنه جعله مبيعا بشرط أن لا يوفيه الحق في محله، والبيع المعلق بشرط لا يصح (وفي صحة الرهن روايتان) مبنيتان على الروايتين في البيع، قاله في «الفروع» وغيره إحداهما: لا يصح، جزم به في «الوجيز»، وقدمه في «الشرح» ونصره، لأنه رهن بشرط فاسد، فأفسده، كما لو شرط توفيته. والثانية: لا، نصرها أبو الخطاب في «رؤوس المسائل» واستدل بالخير، فنفي علق الرهن دون أصله، فدل على صحته، لأن فيه شرطا فاسدا، ولم يحكم بفساده. وقيل: ما ينقص بفساده حق على المرتهن يبطله وجها واحدا، وما لا فوجهان، وقيل: إن شرط رهنا موقتا، أو شرطه يوما ويوما لا، فسد الرهن، وهل يفسد بسايرها؟ على وجهين. بناء على الشروط الفاسدة في البيع، وحكى في «المغني» عن

القاضي أنه قال: يحتمل فساد الرهن بالشرط الفاسد بكل حال، لأن العاقد إنما بذل ملكه بهذا الشرط، فإذا لم يسلم له، أفضى إلى أخذ ماله بغير رضاه، والقياس

(5/146)

يقتضي ذلك في البيع، لكن ترك فيه للأثر، ثم إذا بطل وكان في بيع، ففي بطلانه لأخذه خطأ من الثمن أم لانفراده عنه كمهر في نكاح احتمالان. رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 230  
فرع: إذا تبايعا بشرط أن يكون المبيع رهناً على ثمنه، لم يصح، قاله ابن حامد، لأن المبيع حين شرطه رهنه، لم يكن ملكاً له، وسواء شرط أنه يقبضه ثم يرهنه، أو شرط رهنه قبل قبضه، وعنه: إذا حبس المبيع ببقية الثمن فهو غاصب، ولا يكون رهناً إلا أن يكون شرط عليه قي نفس البيع، وهذا يدل على صحة الشرط، وحملها القاضي على أنه شرط عليه في البيع رهناً غير المبيع فيكون له حبس المبيع حتى يقبض الرهن، فإن لم يف له، وإلا فسخ البيع. رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 230  
فصل

(إذا اختلفا في قدر الدين) بأن قال المرتهن: لي عليك ألف رهنتني عليها عبدك فلانا، فقال الراهن: بل هي مائة (أو الراهن) بأن قال المرتهن: هذا العبد والأمة، فقال الراهن: بل أحدهما، قدم قوله، لأنه منكر، والقول قوله في أصل العقد، فكذا في صفته (أو رده) بأن قال المرتهن: رددته إليك، وقال الراهن: لم أقبضه، قبل قوله، لأن الأصل معه، والمرتهن قبض العين لمنفعته، فلم يقبل قوله في الرد كالمستأجر، وقيل: يقبل قول المرتهن، لأنه أمين. وفي «التذكرة» أن منة قيل قوله من الأمانة في الرد لم يحلف، فلو طلب منه الرد، وقبل قوله، فهل له تأخيره ليشهد؟ فيه وجهان، إن حلف، وإلا فلا (أو قال: أقبضتك عصيراً قال) المرتهن: (بل خمرًا) في عقد مشروط فيه الرهن (فالقول قول الراهن) نص عليه، لأنهما اختلفا فيما يفسد به العقد، فقبل قوله من ينفيه أولاً، لأن المرتهن معترف بعقد وقبض ويدعي فساده، والأصل السلامة.

(5/147)

فرع: إذا قال: أرسلت وكيلك، فرهنتني عبدك هذا على عشرين قبضها قال: ما أمرته إلا بعشرة، وصارت إلي سئل الرسول، فإن صدق الراهن، فعليه اليمين دون الراهن، لأن الدعوى على غيره، فإذا حلف الوكيل، برئاً معاً، وإن نكل، فعليه العشرة المختلف فيها، ولا يرجع بها على أحد، وإن صدق المرتهن، وادعى أنه سلم العشرين إلى الراهن، قبل قول الراهن مع يمينه، وإن نكل، قضى عليه بالعشرة، ويدفع إلى المرتهن، وإن حلف، برئاً، وعلى الوكيل غرامة العشرة للمرتهن. (وإن أقر الراهن أنه أعتق العبد قبل رهنه، عتق) لأن السيد غير متهم في الإقرار بعتقه، لأنه لو أنشأ ذلك، عتق، فكذا إذا أخبر، لأن كل من صح منه إنشاء عقد، صح منه الأقرار به، وقيل: لا يقبل منه، كما لو أقر

به بعد بيعه (و) على الأول (أخذت منه قيمته فجعلت رهنا) مكانه، لأنه فوت عليه الوثيقة بالعتق، فلزمته القيمة تجعل رهنا جيرا لما فاته من الوثيقة هذا إذا كان موسرا، فإن كان معسرا فعلى ما سبق. وشرطه أن يكذبه المرتهن في ذلك (وإن أقر أنه كان جنيا، أو أنه باعه، أو غصبه قبل على نفسه) لأنه مقر على نفسه، فقبل كما لو أقر له الدين (ولم يقبل على المرتهن) أي: مع تكذيبه إياه، لأنه متهم في حقه، وقول الغير على غيره غير مقبول. فعلى هذا إذا كذبه المرتهن، وولي الجناية، لم يسمع قوله، وإن صدقه ولي الجناية، لزمه أرشها إن كان موسرا، لأنه حال بين المجني عليه، وبين رقبة الجاني بفعله، أشبه ما لو قتل، وإن كان معسرا تعلق حق المجني عليه برقبته إذا انفك الرهن. وحينئذ فيستحق المشتري والمغصوب منه الرهن إذا انفك منه، لأن اعترافه مقتضى لذلك حالاً ومالاً، خولف في الحال لأجل حق المرتهن، فمتى زال، عمل المقتضى عمله وفي «الشرح» يلزمه قيمته للمغصوب منه، لأنه حال بينه وبينه برهنه، وفيه شيء، لكن على المرتهن اليمين أنه لا يعلم ذلك (إلا أن يصدقه) فإنه يبطل الرهن، لوجود المقتضى السالم عن المعارض، وقيل: إن

(5/148)

أقر ببيعته، أو غصبه، أو جنائته، وهو موسر كإقراره بنسب مطلقا، صح، ولزمته قيمته رهنا كالعتق، وقيل: يبطل إقراره مجانا، ويحلف على البيت.  
رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 236  
فصل

(وإذا كان الرهن مركوبا أو مخلوبا، فللمرتهن أن يركب ويحلب بقدر نفقته) وجملته أن الرهن ينقسم إلى حيوان وغيره، والأول نوعان أحدهما: إذا كان مركوبا أو مخلوبا، فنص أحمد في رواية محمد بن الحكم، وأحمد بن القاسم أن للمرتهن أن يركب ويحلب بقدر نفقته (متحريا للعدل في ذلك) هذا هو المشهور، لما روى أبو هريرة أن النبي قال: «الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا، ولبن الدر بنفقته إذا كان مرهونا، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة» رواه البخاري، ولأن الحيوان نفقته واجبة، وللمرتهن فيه حق، وقد أمكنه استيفاء حقه فجاز كما يجوز للمرأة أخذ مؤنتها من مال زوجها عند عدم الأنفاق عليها. لا يقال: من منافعه مع بقاء عينه، المراد به أن الراهن ينفق وينتفع، لأنه مدفوع بما روي «إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها» فجعل المرتهن هو المنفق، فيكون هو المنتفع، وقوله: «بنفقته» أي: بسببها، إذ الانتفاع عوض النفقة، وذلك إنما يتأتى من المرتهن أما الراهن فإنفاقه، وانتفاعه ليسا بسبب الركوب. ولو تركت، لذهبت مجانا، وكذا اللبن لو ترك، لفسد، وبيعه أولاً فأولاً متعذر، والحيوان لا بد له من نفقة، فقد يتعذر من المالك وبيع بعض الرهن فيها قد يفوت الحق بالكلية، وهذا فيما إذا أنفق محتسبا بالرجوع، فإن كان متبرعا، لم ينتفع رواية واحدة، ثم إن فضل من اللبن شيء، ولم يمكن بقاءه إلى حلول الدين، فله بيعه بإذن مالكة، وإلا باعه الحاكم. وعنه: لا يحتسب له بما أنفق، ولا ينتفع من الرهن بشيء، وهو قول أكثر العلماء، لقوله عليه السلام: «لا يغلق الرهن من راهنه، له غنمه وعليه غريمه» رواه الشافعي، والدارقطني، وحسن إسناده من حديث أبي هريرة، ولأنه ملك غيره لم يأذن

له في ذلك، فلم يكن له كغير الرهن، والأولى أصح، ويدخل في المحلوب ما إذا كانت أمة مرضعة، فله أن يسترضعها بقدر نفقتها ذكره أبو بكر، ونص عليه ابن حمدان وعلى ما ذكره المؤلف لا فرق بين أن ينفق مع تعذر النفقة من الراهن لغيبه، أو امتناع. أو مع القدرة على أخذها منه أو استئذانه، صرح به في «المغني» و «الشرح» وذكر جماعة: مع غيبه ربه، زاد ابن حمدان: أو امتناعه. النوع الثاني: الحيوان غير المركوب والمحلوب، كالعبد والأمة، فليس للمرتهن أن ينفق عليه، ويستخدمه بقدرها في ظاهر المذهب قصراً للنص على مورده. والثانية: بلى لفهم العلة، وهو ذهاب المنفعة، ونقل حنبل: يستخدم العبد، وفي «الكافي» إنه قد خالف الجماعة وهذا كله إذا كان الدين غير قرض، فإن كان قرضاً، لم يجر، نص عليه حذاراً من قرض جر منفعة. القسم الثاني: غير ذلك وهو مما لا يحتاج إلى مؤنة، كالدار والمتاع، فلا يجوز لمرتته الانتفاع بشيء منه بغير خلاف نعلمه، لأن نماء الرهن يسلك به مسلكه نعم إن أذن له الراهن في الانتفاع، ولم يكن الدين عن قرض، جاز لوجود طيب النفس. (وإن أنفق على الرهن) أي: الحيوان (بغير إذن الراهن مع إمكانه، فهو متبرع) أي: لا يرجع بشيء، صرح به أبو الخطاب وغيره، لأنه تصدق به، فلم يرجع بعوضه كالصدقة على مسكين، أو لأنه مفطر حيث لم يستأذن المالك إذ الرجوع فيه معنى المعاوضة، فافتقر إلى الإذن والرضى، كسائر المعاوضات. وظاهره ولو نوى الرجوع، وصرح به في «الفروع» واقتضى أنه إذا أنفق بإذن المالك أنه يرجع، لأنه ناب عنه في الإنفاق، أشبه ما لو وكله فيه (وإن عجز عن استئذانه ولم يستأذن الحاكم فعلى روايتين) إحداهما: يرجع، جزم بها في «الوجيز»، لأنه أنفق عليه عند العجز عن استئذانه. وهو محتاج إليه لحراسة حقه، أشبه ما لو عجز عن استئذان الحاكم. والثانية: لا يرجع بشيء، لأن النفقة معاوضة، فافتقرت إلى رضى المالك، أو من يقوم مقامه كسائر المعاوضات. ومقتضاه:

إنه إذا عجز عن استئذانه، واستأذن الحاكم أنه يرجع، لأنه يقوم مقام المالك. وفي «الفروع» إذا تعذر، رجع إن أشهد بالأقل مما أنفق، أو نفقة مثله، وإلا فروايتان (وكذلك الحكم في الوديعة، وفي نفقة الجمال إذا هرب الجمال وتركها في يد المكتري) لأنها أمانة، أشبهت الرهن، وذكر الجمال على سبيل ضرب المثال، لأن حكم كل حيوان مؤجر كذلك (وإن انهدمت الدار فعمرها المرتهن بغير إذن الراهن لم يرجع به رواية واحدة) لأن عمارتها ليست بواجبة على الراهن، فلم يكن لغيره أن ينوب عنه فيما لا يلزمه بخلاف نفقة الحيوان لحرمة في نفسه، وحينئذ ليس له الانتفاع بها بقدر عمارتها، وله الرجوع بآلته فقط على المذهب. وقيل: وبما يحفظ به مالية الدار، وأطلق في «النوادر» أنه يرجع، وقاله الشيخ تقي الدين: فيمن عمر وقفاً بالمعروف، ليأخذ عوضه، أخذه من مغلته.

(5/151)

(وإذا جنى الرهن) كالعبد (جناية موجبة للمال) سواء كانت على إنسان أو ماله (تعلق أريشها برقبته) أي: برقبة الجاني، وقدمت على حق المرتهن بغير خلاف نعلمه، لأنها مقدمة على حق المالك، والمالك أقوى من الرهن، فأولى أن يقدم على الرهن. لا يقال: حق المرتهن يقدم أيضاً على حق المالك، لأن حق المرتهن ثبت من جهة المالك بعقده بخلاف حق الجناية، فإنه ثبت بغير اختياره مقدماً على حقه، فيقدم على ما ثبت بعقده، لأن حق الجناية يختص بالعين، فيسقط بفواتها، وحق المرتهن لا يسقط بفوات العين، ولا يختص بها، فكان تعلقه بها أخف وأدنى (ولسيده فداؤه بالأقل من قيمته أو أريش جنايته) على الأصح، لأنه إن كان الأريش أقل، فالمجني عليه لا يستحق أكثر من أريش جنايته، وإن كانت القيمة أقل، فلا يلزم السيد أكثر منها، لأن ما يدفعه عوض عن العبد، فلا يلزمه أكثر من قيمته، كما لو أتلفه (أو يبيعه في الجناية، أو يسلمه إلى ولي الجناية فيملكه) لأن حق المجني عليه في قيمته، لا في عينه، فيثبت التخير في هذه الأمور (وعنه: إن اختار فداءه، لزمه جميع الأريش) بالغاً ما بلغ، لأنه ربما رغب فيه راعب، فيشتريه بأكثر من قيمته (فإن فداه، فهو رهن بحاله) لأن حق المرتهن قائم لوجوده سببه، فلم يبطل الرهن، وإنما قدم حق المجني عليه، لقوته، فإذا زال، ظهر حق المرتهن (وإن سلمه) في الجناية أو باعه (بطل الرهن) لأن الجناية تعلقت بالعبد وبالتسليم استقر كونه عوضاً عنها، فبطل كونه محلاً للرهن، أشبه ما لو، تلف، أو ظهر مستحقاً لغيره (فإن لم يستغرق الأريش قيمته) أي قيمة العبد (بيع منه بقدره) على المذهب، لأن بيعه إنما جاز ضرورة، فتتقدر بقدر الحق (وباقيه رهن) لزوال المعارض، لكن إن تعذر بيع بعضه، بيع كله للضرورة المقتضية لبيعه، ويكون باقي ثمنه رهناً، وصرح به في «الكافي» (وقيل: يباع جميعه) قدمه في «المحرر» لأن بيع البعض تشقيص له، وهو عيب ينقص به الثمن، وفيه ضرر بالملك

(5/152)

والمرتهن، وهو مدفوع لقوله عليه السلام: «لا ضرر ولا إضرار» (و) حينئذ (يكون باقي ثمنه) بعد دفع أريش الجناية (رهناً) لأنه بدل عن الرهن، وعوض عنه، فتعلق به ما كان متعلقاً بمبدله، وأطلق في «البلغة» و «الفروع» الوجهين كأبي الخطاب، فإن امتنع السيد من ذلك، فالمرتهن مخير بين فداؤه وتسليمه. (وإن اختار المرتهن فداءه) في كم يفديه (ففداه بإذن رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 241

الراهن، رجع به) لأنه أدى بإذن مالكة، فوجب أن يستحق الرجوع به عليه، كقضاء دينه بإذنه. (وإن فداه بغير إذنه، فهل يرجع به؟ على روايتين) بناء على ما لو قضى دينه بغير إذنه، ومحل الرجوع ما إذا كان يعتقده، وتركه المؤلف لظهوره، لأن المتبرع لا رجوع له، لكن لو زاد في الفداء على الواجب، لم يرجع



به وجهها واحدا، فلو بذل المرتهن الفداء لتكون العين رهنا عليه، وعلى الدين الأول، فقال القاضي: يجوز، لأن المجني عليه يملك بيع الرهن، وإبطاله، فصار بمنزلة الرهن الجائز قبل قبضه، والزيادة فيه قبل لزومه جائزة، وفيه وجه بالمنع، لأن العبد رهن بدين، فلم يجر رهنه بدين آخر كغيره. (وإن جنى عليه جناية موجبة للقصاص) فالخصم في ذلك سيده، لأنه المالك والأرش الواجب بالجناية ملكه، وإنما للمرتهن فيه حق الوثيقة، أشبه العبد المستاجر، وقال أبو الخطاب: ليس له القصاص بغير رضى المرتهن، لما فيه من إسقاط حقه من الوثيقة. وجوابه: بإيجاب القيمة تجعل رهنا، فلم يسقط حقه من الوثيقة. وعلى المذهب لو ترك السيد المطالبة، أو أخرجها لغيبه، أو له عذر يمنعه، فللمرتهن المطالبة بها، لأن حقه متعلق بموجيها، كما لو كان الجاني سيده (فإن اقتصر، فعليه قيمة أقلهما قيمة تجعل مكانه) نص عليه، لأنه أتلّف مالاّ استحق بسبب إتلاف الرهن، فغرم قيمته، كما لو كانت الجناية موجبة للمال، وإنما وجب أقلّ القيمتين، لأن حق المرتهن متعلق بالمالية، والواجب من المال هو أقلّ القيمتين،

(5/153)

فعلى هذا لو كان الرهن يساوي عشرة والجاني خمسة، أو بالعكس لم يكن عليه إلا الخمسة، لأنه في الأولى لم يفوت على المرتهن إلا بذلك القدر، وفي الثانية: لم يكن حق المرتهن متعلقا إلا بذلك القدر. وفي «المغني» إن اقتصر منه، أخذت قيمته، فجعلت رهنا. وظاهره أنه يجب على الراهن جميع قيمة الجاني. قال ابن المنجا: وهو متجه، لأنه بدل عن الرهن، فكان كله رهنا وفيه شيء، فإنه صرح بخلافه، وقيل: لا يجب شيء، قال في «المحرر»: وهو أصح عندي، لأنه لم يجب بالجناية مال، ولا استحق بحال، وليس على الراهن أن يستسعي للمرتهن في اكتساب مال. وعلى الأول فيما إذا كان القصاص قتلا، فإن كان جرحا، أو قلع سن ونحوه، فالواجب بالعفو أقلّ الأمرين من أرش الجراح، أو قيمة الجاني، وإن عفا مطلقا، أنبنى على موجب العمد (وكذلك إن جنى على سيده فاقتص منه هو أو ورثته) لأنه في الحكم كما إذا جنى عليه أجني، فاقتص الراهن منه، لأنهما يستويان معنى، فوجب تساويهما حكما. (وإن عفا السيد على مال أو كانت موجبة للمال) فإنه يتعلق به حق الراهن والمرتهن، ويجب من غالب نقد البلد، كقيم المتلفات، فلو أراد الراهن أن يصلح عنها، أو يأخذ عنها عرضا، لم يجر إلا بإذن المرتهن، فإن أذن، جاز، لأن الحق لهما (فما قبض منه جعل مكانه) لأنه بدل عنه، فيعطى حكمه (وإن عفا السيد عن المال، صح في حقه) فيسقط حقه، قاله القاضي (ولم يصح في حق المرتهن)، لأن عفوه صادف حقا له، وحقا لغيره، فصح في حقه، لأنه لا مانع منه بخلاف المرتهن، لما فيه من إبطال حقه، فتؤخذ القيمة من الجاني تكون رهنا (فإذا انفك الرهن رد إلى الجاني) لزوال المانع، وكما لو أقر أن الرهن مغصوب أو جان، فإن استوفى الدين من الأرش، ففي «الشرح» احتمالان: أحدهما: يرجع الجاني على العافي، لأن ماله ذهب في قضاء دينه، فلزمته غرامته، كما لو استعاره، فرهنه. والثاني: لا رجوع له، لأنه لم يوجد في حق الجاني ما يقتضي وجوب

(5/154)

---

الضمان، فإنما استوفى بسبب منه حال ملكه، أشبه ما لو جنى إنسان على عبده، ثم رهنه لغيره، فتلف بالجناية السابقة (وقال أبو الخطاب: يصح العفو) مطلقاً، لأنه أسقط دينه عن غريمه، فصح كسائر ديونه (و) تجب (عليه قيمته) تكون رهنا لينجبر به حق المرتهن، وقال بعض أصحابنا: لا يصح مطلقاً. قال في «المغني»: وهو أصح في النظر، لأن حق المرتهن متعلق به، فلم يصح عفوّه عنه، كالرهن نفسه، فإن قال المرتهن: أسقطت حقي من ذلك، سقط، لأنه ينفع الراهن ولا يضره، وإن قال: أسقطت الأرش، أو أبرأت منه، لم يسقط، لأنه ملك الراهن، وهل يسقط حقه؟ فيه وجهان.  
رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 241

(5/155)

---

فرع: لو أقر أحد بالجناية على الرهن، وكذبا، فلا شيء لهما، وإن كذبه المرتهن، فلا شيء له، وللراهن الأرش، وإن صدقه المرتهن وحده، تعلق حقه بالأرش، وله قبضه، فإذا قضى الراهن الحق، أو أبرأ منه، رجع الأرش، إلى الجاني، فإن استوفى حقه من الأرش، لم يملك الجاني مطالبة الراهن بشيء، لأنه مقر له باستحقاقه. (وإن وطئ المرتهن الجارية من غير شبهة) فهو حرام إجماعاً (فعليه الحد) أي: إذا كان عالماً بالتحريم، لأنه لا شبهة له فيه، فإن الرهن وثيقة بالدين، ولا يدخل ذلك في إباحة الوطاء مع أن وطء المستأجرة يوجب الحد مع ملكه لمنافعها، فهذا أولى. وعنه: لا حد، والمذهب خلافها (والمهر) لأنه استوفى المنفعة المملوكة لسيدها بغير إذنه، فكان عليه عوضها، كآرش بكارتها. وظاهره يجب عليه، سواء أكرهها أو طاوعته، اعتقد الحل أو لا، أو ادعى شبهة، أو لم يدعها، لأن المهر حق آدمي، فلا يسقط بالشبهات (وولده رقيق) لأنه لا ملك له فيها، ولا شبهة ملك، أشبه الأجنبي. وإن وطئها بإذن الراهن (وإدعى الجهالة) بالتحريم (وكان مثله جهل ذلك) كالناشئ ببادية، أو حديث عهد بالإسلام (فلا حد عليه) لأن ذلك شبهة، والحد يدرأ بها (ولا مهر) لأنه يجب للسيد بسبب الوطاء وقد أذن فيه، أشبه ما لو أتلّفها بإذنه، ولأن المالك إذن في استيفاء المنفعة، فلم يجب عوضها كالحرّة المطاوعة (وولده الحر) لأنه وطئها معتقداً بإباحة وطئها، فهو كما لو وطئها يظنها أمته (لا تلزمه قيمته) بخلاف المغرور، لأنه حدث عن وطء مأذون فيه، فلم تلزمه قيمة الولد كالمهر، وقال ابن عقيل: لا تسقط قيمة الولد، لأنه أحال بين الولد، وبين مالكة باعتقاده، فلزمته قيمته كالمغرور، وفرق بين المهر والولد من حيث إن الإذن صريح في الوطاء الموجب للمهر، فأسقطه بخلاف الولد، فإن الإذن في الوطاء ليس بصريح في الإحبال، فلم يسقطه، قال في «النهاية»: والأول أصح، لأن الإذن في الوطاء إذن فيما يترتب عليه، فلم تلزمه

(5/156)

---

قيمه كالمهر وهذان الوجهان مع الإذن. وظاهره أنه إذا كان مثله لا يجهل ذلك، كالناشيء ببلاد الإسلام، فدعواه الجهل غير مقبولة ويكون ولده رقيقاً. مسألة: له بيع ما جهل ربه إن آيس من معرفته، والصدقة به بشرط الضمان، نص عليه، فإن عرفهم، خيرهم بين الأجر، ويغرم لهم، وفي إذن حاكم في بيعه مع القدرة، وأخذ حقه من ثمنه مع عدمه روايتان، ككشراء وكيل. رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 241

#### باب الضمان

وهو ثابت بالإجماع، وسنده قوله تعالى: {ولمن جاء به حمل يعير وأنا به زعيم} (يوسف: 72) والزعيم: الكفيل، قاله ابن عباس، ويقال فيه أيضاً: ضمين، وكفيل، وقبيل، وحميل، وصبير، وهي بمعنى. وقوله النبي: «الزعيم» رواه أبو داوود، والترمذي وحسنه. (وهو ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق) فعلى هذا الضمان مشتق من الضم، ورد بأن لام الكلمة في الضم «ميم»، وفي الضمان «نون» وشرط صحة الاشتقاق توافق الأصل والفرع في الحروف، وأجيب بأنه من الاشتقاق الأكبر، وهو المشاركة في أكثر الأصول مع ملاحظة المعنى. وقال القاضي: هو مشتق من التضمن، لأن ذمة الضامن تتضمن الحق، وقال ابن عقيل: هو مأخوذ من الضمن، فذمة الضامن في ضمن ذمة المضمون عنه، وهذا بالنسبة إلى الاشتقاق. وعرفه المجد: بأنه التزام الإنسان في ذمته دين المديون مع بقاءه عليه. وليس بمانع لدخول كل من لم يصح تبرعه فيه، ولا جامع لخروج ضمان ما لم يجب، والأعيان المضمونة، ودين الميت إن برىء بمجرد الضمان على رواية وفي «الوجيز»: التزام الرشيد مضموناً في يد غيره، أو ذمته، حالاً أو مآلاً على وجه يؤول إلى اللزوم، وهو أشمل من الذي قبله. وفي «الفروع»: وهو التزام من يصح تبرعه ما وجب على غيره مع بقاءه، وقد لا يبقى وهو دين الميت، وما قد يجب. رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 248

(5/157)

تنبيه: لا بد في الضمان من ضامن ومضمون عنه وله، ويصح بالألفاظ السابقة لا بقوله: أؤدي إليك أو أحضر، قال في «الفروع»: بل بالتزامه، وهو ظاهر كلام جماعة قال الشيخ تقي الدين: قياس المذهب يصح بكل لفظ فهم منه الضمان عرفاً. (ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما في الحياة والموت) أي لا يبرأ المضمون عنه بنفس الضمان، كما يبرأ المحيل، بل يثبت الحق في ذمتها لمنعه الزكاة عليهما، وصحة هبته لهما، ولأن الكفيل لو قال: التزمت، وتكفلت بالمطالبة دون أصل الدين، لم يصح وفاقاً. وفي «الانتصار»: لا ذمة ضامن، لأن شيئاً واحداً لا يشغل محلين، ورد بأن تعلقه بمحليين على سبيل الاستيثاق، كتعلق دين الرهن به، وبذمة الراهن كذا هنا، فعلى هذا لرّبه مطالبتهما معا وأحدهما، ذكره الشيخ تقي الدين وغيره، والمذهب حياة وموتاً، لقوله عليه السلام: «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه» ولحديث أبي قتادة: «الآن قد بردت عليه جلده» قال أحمد: يأخذ من شاء بحقه. (فإن برئت ذمة المضمون عنه) بإبراء أو قضاء أو حوالة (برىء الضامن) بغير خلاف نعلمه، لأنه تبع له، والضمان وثيقة، فإذا برىء الأصل، زالت الوثيقة كالرهن (وإن برىء

الضامن، أو أقر ببراءته، لم يبرأ المضمون عنه) لأنه أصل فلا يبرأ ببراءة التبع، وهذا إذا انفرد الضامن، فلو تعدد، صح، سواء ضمن كل واحد منهم جميع الدين أو جزءاً منه، ولم يبرأ أحد منهم بإبراء الآخر، لكن لو ضمن كل واحد منهم الجميع، برىء الكل بأداء أحدهم، وبرئوا بإبراء المضمون عنه. وإن ضمن أحد الضامنين الآخر، لم يصح، لأن الحق ثبت في ذمته بضمانه الأصل، فهو أصل، فلا يجوز أن يصير فرعاً بخلاف الكفالة، لأنها بيدنه، لا بما في ذمته، فلو سلمه أحدهما، برىء، وبرىء كفيلاً به لامن إحضار مكفول به (ولو ضمن لذمي عن ذمي آخر خمراً، فأسلم المضمون له أو المضمون عنه برىء هو والضامن معاً) إذا أسلم المضمون له برىء المضمون عنه، لأن مالية الخمر بطلت في حقه،

(5/158)

---

فلم يملك مطالبته والضامن، لأنه تبع للأصل، ويبرأ بإسلام المضمون عنه، لأنه صار مسلماً، ولا يجوز وجوب خمر على مسلم، والضامن فرعه، وذكر أبو الخطاب وجهاً أنهما لا يبران، لأن المضمون له يملك الخمر، فلا يسقط، كما لو أعاره عبداً، فرهنه على خمر، ثم أسلم المستعير، فإنه يلزمه فك الرهن، وحينئذ له قيمتها وقيل: أو يوكل ذمياً يشتريها. ولم يتعرض المؤلف لإسلام الضامن، ولا شك أنه يبرأ وحده. (ولا يصح إلا من جازر التصرف) أي: ممن يصح تصرفه في ماله، لأنه أيجاب مال بعقد، فلم يصح من غير جازر التصرف كالبيع، رجلاً كان أو امرأة، فإن كان مريضاً مخوفاً، فمن ثلثه، وإلا فهو كاصحيح، والأخرس إن فهمت إشارته، صح ضمانه (ولا يصح من صبي) غير مميز بلا خلاف، وكذا المميز. وعنه: يصح قال في «الشرح»: وخرج أصحابنا صحته على الروايتين في صحة إقراره وتصرفه بإذن وليه (ولا يصح من مجنون ولا سفیه) لعدم صحة تصرفهما، وقيل: يصح من سفیه، ويتبع به بعد فك حجره، لأن إقراره صحيح، ويتبع به بعد فك حجره كذا ضمانه، وظاهره أن المحجور عليه لفلس يصح ضمانه، وصرح به المؤلف في الحجر، لأنه من أهل التصرف، ويتبع به بعده من ماله. وعنه: لا يصح، ذكرها في «التبصرة» قال في «الفروع»: فيتوجه عليها عدم تصرفه في ذمته.  
رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 248

(5/159)

---

فرع: لو قال: ضمنت وأنا صبي، وأنكره المضمون له، قدم قوله، وذكره القاضي قياس قول أحمد، لأن معه سلامة العقد، أشبه ما لو اختلفا في شرط فاسد، وقيل: يقدم قول الضامن، لأن الأصل عدم البلوغ، وعدم وجوب الحق والحكم فيمن عرف له حال جنون كذلك، وإن لم يعرف له حال جنون، فالقول قول المضمون له، لأن الأصل عدمه (ولا من عبد بغير إذن سيده) لأنه عقد تضمن إيجاب مال، فلم يصح بغير إذن السيد كالنكاح وسواء كان مأذوناً له في التجارة أو لا، صرح به في «الشرح» وظاهره ولو مكاتباً، لأنه تبرع بالتزام مال، أشبه نذر الصدقة بمال معين (ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد العتق) هذا رواية عن أحمد، لأنه لا ضرر على السيد فيه، فصح منه، ولزمه بعد العتق، كالإقرار

بالإتلاف (وإن ضمن بإذن سيده، صح) لأنه لو أذن له في التصرف، لصح، فكذا هنا، لكن في المكاتب وجه بالمنع، لأنه ربما أدى إلى تفويت الحرية (وهل يتعلق برقبته أو ذمة سيده؟ على روايتين) كذا ذكره أبو الخطاب كاستدانتته بإذنه، قال القاضي: قياس المذهب تعلق المال برقبته، لأنه دين لزمه بفعله، فتعلق برقبته، كأرش جنايته وقال ابن عقيل: ظاهر المذهب أنه يتعلق بذمة السيد، فإن أذن له سيده في الضمان، ليكون القضاء من المال الذي في يده، صح، ويكون ما في ذمته متعلقا بالمال الذي في يد العبد، كتعلق حق الجناية برقبة الجاني، كما لو قال لحر: ضمننت لك هذا الدين على أن تأخذ من مالي هذا، صح. (ولا يصح إلا برضى الضامن) لأنه التزام حق، فاعتبر رضاه كسائر العقود التي يلزم العاقد منها حق، وظاهره أنه لا يصح ضمان المكره، صرح به في «المغني» و «الشرح»، لأنه التزام مال، فلم يصح بغير رضى الملتزم كالنذر (ولا يعتبر رضى المضمون له) لأن أبا قتادة ضمن من غير رضى المضمون له، وأقره الشارع عليه السلام، ولأنه وثيقة لا يعتبر فيها قبض الشهادة، ولأنه ضمان دين، أشبه ضمان بعض الورثة دين الميت (ولا المضمون عنه بغير خلاف نعلمه،

(5/160)

لحديث أبي قتادة، ولأنه لو قضى الدين عنه بغير إذنه ورضاه، صح، فكذا إذا ضمن عنه ولا معرفة الضامن لهما) لأنه لا يعتبر رضاهما، فكذا معرفتهما، وقال القاضي: تعتبر معرفتهما ليعلم هل المضمون عنه أهل لاصطناع المعروف إليه، أم لا، ولأنه تبرع، فلا بد من معرفة من يتبرع عنه والمضمون له، فيؤدى إليه، وذكر وجه آخر أنه يعتبر معرفة المضمون له فقط، وجوابه الخبر (ولا) يعتبر (كون الحق معلوما) لقوله تعالى: {ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم} (رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 248 يوسف: 72) وهو غير معلوم، لأنه يختلف مع أنه التزام حق في الذمة من غير معاوضة، فصح في المجهول، كالإقرار، ولأنه يصح تعليقه بغير وخطر، وهو ضمان العهدة وإذا قال: ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه، فيصح في المجهول كالعتاق والطلاق، وفي ضمان بعض الدين وجهان أصحهما، لا يصح (ولا واجبا إذا كان ماله إلى الوجوب) بل يصح ضمان ما لم يجب، إذ الآية الكريمة دلّت على ضمان حمل بعير مع أنه لم يكن وجب. لا يقال: الضمان ضم ذمة إلى ذمة، فإذا لم يكن على المضمون عنه شيء، فلا ضم، لأنه قد ضم ذمته إلى ذمة المضمون عنه في أنه يلزمه ما يلزمه ويثبت في ذمته ما يثبت فيها، وهذا كاف، وله إبطاله قبل وجوبه في الأصح. وظاهره أنه إذا لم يكن واجبا ولا ماله إلى الوجوب لا يوجد فيه ضم ذمة إلى ذمة مطلقا (ولو قال: ضمننت لك ما على فلان) مثال المجهول، ومثله ما نقله في «المغني» و «الشرح» أنا ضامن لك ما تقوم به البينة، أو ما يقر به لك، أو ما يقضى به عليه (أو ما تداينه به صح) أي: ما تعطيه في المستقبل. وإن قال: أنا وركبان السفينة ضامنون، وأطلق، ضمن وحده بالحصّة، وفي «الترغيب» وجهان بها أو الجميع وإن رضوا، لزمهم، ويتوجه الوجهان، وإن قالوا: ضمناه لك، فبالحصّة، وإن قال: كل واحد منا ضامن لك فالجميع.

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 248

تنبيه: يصح ضمان السوق وهو أن يضمن ما يلزم التاجر من دين، وما يقبضه من عين مضمونة، وتجاوز كتابته والشهادة به لمن ير جوازه، لأنه محل اجتهاد قاله الشيخ تقي الدين قال: ويصح ضمان حارس ونحوه حرب ما يذهب من البلد أو البحر، وهو شبيه بضمن ما لم يجب. (ويصح ضمان دين الضامن) نحو أن يضمن الضامن الضامن ضامن آخر، لأنه دين لازم في ذمته، فصح ضمانه، كسائر الديون. فعلى هذا يثبت الحق في ذمة الثلاثة أيهم قضاه برئت ذمهم كلها، لأنه حق واحد، فإذا سقط لم يجب مرة أخرى فبيراً الثاني بإبراء الأول ولا عكس، وإن قضى الدين الضامن الأول، رجع على المضمون عنه، وإن قضاه الثاني رجع على الأول، ثم رجع الأول على المضمون عنه إذا كان واحد أذن، وإلا ففي الرجوع له روايتان. فلو ضمن المضمون عنه الضامن، لم يصح، لأن الضمان يقتضي التزامه الحق في ذمته، والحق لازم له، فلا يتصور التزامه ثانياً، ولأنه أصل، فلا يصير فرعاً، لكن لو ضمنه في غير الدين، جاز. وعلم منه أن كل دين يصح يجوز أخذ رهن به أنه يصح ضمانه (و) يصح ضمان (دين الميت المفلس وغيره) فصح الضمان عن كل غريم وجب عليه حق، حيا كان أو ميتاً، مليئاً أو مفلساً، وهو قول أكثر العلماء، لأن أبا قتادة ضمن دين الميت. وقيد الميت بالمفلس تنبيهاً على من يمنع صحة ذلك (ولا تبرأ ذمته) أي: ذمة الميت (قبل القضاء في أصح الروايتين) جزم به في «الوجيز» وغيره لقوله عليه السلام: «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه» ولما أخبر أبو قتادة النبي بوفاء الدينارين، فقال: «الآن بردت جلده» رواه أحمد. ولأنه وثيقة بدين، فلم يسقط قبل القضاء، كالرهن. والثانية ونص عليها في رواية يوسف بن موسى: أنه يبرأ بمجرد الضمان، لما روى أبو سعيد الخدري قال: كنا مع النبي في جنازة، فلما وضعت، قال: «هل على صاحبكم من دين» قالوا: درهمان، فقال: «صلوا على صاحبكم» فقال

علي: هما عَلَيَّ يا رسول الله، وأنا لهما ضامن، فقام، فصلى عليه، ثم أقبل على علي، فقال: «جزاك الله عن الإسلام خيراً، وفك رهانك، كما فككت رهان أخيك» رواه الدار قطني. (ويصح ضمان عهدة المبيع عن البائع للمشتري) وهو أن يضمن شخص عن البائع الثمن إذا خرج المبيع مستحقاً، أو رد بعيب (وعن المشتري للبائع) وهو أن يضمن الثمن الواجب بالبائع قبل تسليمه، أو إن ظهر به عيب، أو استحق، فضمن العهدة في الموضوعين ضمان الثمن، أو بعضه عن أحدهما للآخر، وهو صحيح عند الجماهير، لأن الحاجة تدعو إلى الوثيقة، وهي ثلاثة: الشهادة، والرهن، والضمان، فالأولى لا يستوفى منها الحق، والثانية يبقى مرهونا إلى أن يؤدي، فلم يبق غير الضمان. ولأنه لو لم يصح، لامتنعت المعاملات مع من لم يعرف ذلك، وفيه ضرر عظيم رافع لأصل الحكمة التي شرع البيع من أجلها، ومثل ذلك لا يرد به الشرع. وظاهره صحة ضمان العهدة

عن البائع للمشتري قبل قبض الثمن وبعده، وقال القاضي: يصح بعده، لأنه لو خرج قبل القبض مستحقاً، لم يجب على البائع شيء، وهو مبني على ضمان ما لم يجب إذا كان مفضياً إلى الوجوب كالجعالة. وألفاظه: ضمننت عهدته، أو ثمنه، أو دركه، ويقول المشتري: ضمننت خلاصك منه، أو ثمنه، فلو ضمن له خلاص المبيع، فقال أحمد: لا يحل، واختاره أبو بكر، لأنه إذا خرج حراً أو مستحقاً، لم يستطع خلاصه. وفي دخول نقض بناء المشتري في ضمانها، ورجوعه بالدرك مع اعترافه بصحة البيع، وقيام بينة ببطلانه وجهان. وإن باعه بشرط ضمان دركه إلا من زيد، ثم ضمن دركه منه أيضاً لم يعد صحيحاً، ذكره في «الانتصار».

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 248

(5/163)

مسألة: يصح ضمان نقص صنجة، ويرجع بقوله مع يمينه (ولا يصح ضمان دين الكتابة في أصح الروايتين) وقاله أكثر العلماء، لأنه ليس بلازم، ولا ماله إلى اللزوم، لأن المكاتب له تعجيز نفسه، والامتناع من الأداء، فإذا لم يلزم الأصل، فالفرع أولى. والثانية: يصح، لأنه دين على المكاتب، فصح ضمانه كبقية الديون، والفرق ظاهر، وعلى الأولى لا فرق بين أن يضمنه حر، أو عبد، وخصها القاضي بالحر لسعة تصرفه. (ولا يصح ضمان الأمانات كالوديعة ونحوها) كاعين المؤجرة والشركة، لأنها غير مضمونة على صاحب اليد، فكذا على ضامنه. وفي «عيون المسائل» لأنه لا يلزمه إحضارها، وإنما على المالك أن يقصد الموضوع فيقبضها (إلا أن يضمن التعدي فيها) فيصح ضمانها في ظاهر كلام أحمد، لأنها مضمونة على من هي في يده، أشبهت الغصوب، وعنه: صحة ضمانها مطلقاً، وحملها الأصحاب على تعديه لتصريحه به (وأما الأعيان المضمونة كالغصوب والعواري والمقبوض على وجه السوم) من بيع وإجارة (فيصح ضمانها) جزم به الأصحاب، لأنها مضمونة على من هي في يده كالحقوق الثابتة في الذمة، وعنه: لا، لأن الأعيان غير ثابتة في الذمة والضمان لما يثبت فيها. وغايته أنه يلزمه قيمتها عند التلف، وهي مجهولة وجوابه أن الضمان في الحقيقة إنما هو ضمان استنقاذها وردّها أو قيمتها عند تلفها، فهي كعهدة المبيع، فالمقبوض على وجه السوم بأن ساومه وقطع ثمنه، أو ساومه فقط ليريه أهله إن رضوه، وإلا رده.

فروع: بصح ضمان الجعل في الجعالة والمسابقة والمفاضلة، وأرش الجناية نقداً كقيم المتلفات، أو حيواناً كالديان، ونفقة الزوج، سواء كانت يوماً أو مستقبلة، لأن نفقة اليوم واجبة، والمستقبلة مآلها إلى اللزوم. ويلزمه ما يلزم الزوج في قياس المذهب. وقال القاضي: إذا ضمن النفقة المستقبلية، لزمه نفقة المعسر، لأن الزيادة على ذلك تسقط بالإعسار، فأما الماضية، فإن كانت واجبة، صح ضمانها، وإلا فلا.

(5/164)

مسألة: للضامن مطالبة المضمون عنه بتخليصه في الأصح إذا طولب، وقيل: أولى إذا ضمنه بإذنه في الأصح. (وإن قضى الضامن الدين) أو أحال به (متبرعا لم يرجع بشيء) لأنه متطوع بذلك، أشبه الصدقة، وسواء ضمن بإذنه، أو لا (وإن نوى الرجوع) وقيل: أو أطلق وهو ظاهر نقل ابن منصور (وكان الضمان والقضاء بغير إذن المضمون عنه، فهل يرجع؟ على روايتين) إحداهما وهي المذهب: يرجع به، لأنه قضاء مبريء من دين واجب عليه، فكان من ضمان من هو عليه، كالحاكم إذا قضاه عنه عند امتناعه. والثانية: لا رجوع، لأنه بغير إذن، ولو استحق الرجوع، لاستحقه أبو قتادة، ولو استحقه، صار دينا له على الميت، ولو كان كذلك، لامتنع عن الصلاة، وكما لو علف دابته بغير إذن، وأجاب في «المغني» و «الشرح» بأنه تبرع بالضمان والقضاء قصدا لتبرئة ذمته، ليصلي عليه السلام مع علمه بأنه لم يترك وفاء، وعلم منه أنه إذا ضمن بأمره، وقضى بأمره أنه يرجع، قال في «المغني» و «الشرح»: سواء قال: اضمن عني وأدعني، أو أطلق، لأنه ضمن ودفع بأمره، أشبه ما لو كان مخالطا له. رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 248

(5/165)

فرع: حكم من أدى عن غيره دينا واجبا كذلك في الرجوع إلا فيما يفتقر إلى نية، كالزكاة ونحوها (وإن أذن في أحدهما) وهي صورتان: أحدهما أن يضمن بأمره، ويقضي بغير أمره، فله الرجوع، لأنه لما ضمن ذلك القضاء، لأنه يجب عليه الأداء، أشبه ما لو أذن فيه صريحا. والثانية عكسها وهو أن يضمن بغير إذنه، ويؤدي بأمره، فكذلك، لأنه أدى دينه بأمره، فرجع عليه، أشبه ما لو لم يكن ضامنا. وعنه: لا رجوع فيهما، اختاره أبو محمد الجوزي. قال ابن عقيل: يظهر فيها كذبح أضحية غيره بلا إذنه في الذبح. وحيث قيل به (فله الرجوع بأقل الأمرين مما قضى أو قدر الدين) لأنه إن كان الأقل الدين، لزائد لم يكن واجبا عليه، فهو متبرع بأدائه، وإن كان المقضي أقل إنما يرجع بما غرم، ولهذا لو أبرأه غريمه، لم يرجع بشيء، فإن دفع عن الدين عرضا رجع بأقل الأمرين من قيمته، أو قدر الدين.

فرع: لو تغيب مضمون عنه قادر، قاله الشيخ تقي الدين، وأطلقه في موضع آخر فأمسك الضامن، وغرم شيئا بسبب ذلك، وأنفقه في حبس، رجع به على المضمون عنه.

(5/166)

تنبيه: إذا كان على رجلين مائة على واحد منهما نصفها، وهما متضامنان، فضمن آخر عن أحدهما المائة بأمره، وقضاها، سقط الحق عن الجميع، وله الرجوع بها على الذي ضمن عنه، ولم يكن له أن يرجع على الآخر بشيء في ذمة إحدى الروايتين، لأنه لم يضمن عنه، ولا أذن له في القضاء، فإذا رجع على الذي ضمن عنه، رجع على الآخر بنصفها إن كان ضمن عنه بإذنه، لأنه ضمنها عنه بإذنه، وقضاها ضامنه. والثانية: له الرجوع على الآخر بالمائة، لأنها وجبت له على من أداها عنه، فملك الرجوع بها عليه، كالأصيل، ذكره في «المغني» و



«الشرح». (وإن أنكر المضمون له القضاء) أي: إذا ادعى الضامن أنه قضى الدين، وأنكر المضمون له ولا بينة (وحلف، لم يرجع الضامن على المضمون عنه) لأنه ما أذن للضامن إلا في قضاء مبريء ولم يوجد، وحينئذ القول قول المضمون له، لأنه منكر وله مطالبة الضامن والأصيل (سواء صدقه) المضمون عنه (أو كذبه) لأن المانع من الرجوع تفريط الضامن من حيث إنه قضى بغير بينة، وذلك مشترك بين التصديق والتكذيب، ثم اعلم: إن كان القضاء بينة عادلة حاضرة فواضح، وكذا إن كانت ميتة أو غائبة وصدقه، لأنه معترف أنه ما قضى ولا فرط، وأن كانت مردودة بأمر ظاهر كالكفر والفسق الظاهر، لم يرجع الضامن مطلقاً لتفريطه، فإن ردت بأمر خفي، كالفسق الباطن، أو لكون الشهادة مختلفاً فيها، كشهادة العبيد، فاحتمالان، وكذا شاهد واحد ودعواه موتهم، وأنكر الإشهاد وإن قضاه بغير بينة بحضرة المضمون عنه، فالأصح أنه يرجع، لأنه هو المفرط. والثاني: لا كغيبته/ رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 248

(5/167)

فرع: إذا رجع المضمون له على الضامن، فاستوفى منه مرة ثانية، رجع على المضمون عنه بما قضاه ثانياً لبراءة ذمته به ظاهراً، قاله القاضي، ورجحه في «الشرح» وفيه احتمال: يرجع بالأول للبراءة منه باطناً. (وإن اعترف) المضمون له (بالقضاء وأنكر المضمون عنه لم يسمع إنكاره) لأن ما في ذمته حق للمضمون له، فإذا اعترف بالقبض من الضامن، فقد اعترف بأن الحق الذي له صار للضامن، فيجب أن يقبل إقراره، لكونه إقراراً في حق نفسه، وفيه وجه: لا، لأن الضامن مدع لما يستحق به الرجوع على المديون، وقول المضمون له شهادة على فعل نفسه، فلا يقبل، وأجيب بالتزامه.

(5/168)

فرع: إذا قال المضمون له للضامن: برئت إلي من الدين، وقيل: أو لم يقل إلي، فهو مقر بقبضه، لا أبرأتك، فلو قال: وهبتك الحق تمليك له، فيرجع على المديون، وقيل: إبراء، فلا. (وإن قضى) الضامن الدين (المؤجل قبل أجله لم يرجع حتى يحل) لأنه لا يجب له أكثر مما كان للغريم، ولأنه متبرع بالتعجيل، فلم يرجع قبل الأجل، كما لو قضاه أكثر من الديون والحوالة به، ليقبضه، سواء قبض الغريم من المحال عليه، أو تعذر عليه الاستيفاء (وإن مات المضمون عنه أو الضامن فهل يحل الدين على روايتين) أشهرهما لا يحل، لأن التأجيل حق من حقوق الميت، فلم يبطل بموته كسائر حقوقه بشرطه قاله في «الوجيز» والثانية: يحل، لأن ذمة الميت خربت به، فلو لم يحل، لأدى إلى ضياع حقه (وأيهما حل عليه لم يحل على الآخر) أي: إذا مات المضمون عنه، وقلنا: يحل بموته لم يحل على الضامن، لأن الإنسان لا يحل عليه دين بموت غيره، بل يبقى حالاً بالنسبة إلى الأصل مؤجلاً بالنسبة إلى الفرع وكذا إذا مات الضامن لكن إذا استوفى الغريم من تركته، لم يكن لورثته مطالبة المضمون عنه حتى يحل الحق، لأنه مؤجل عليه، فلا يستحق مطالبته قبل أجله. (ويصح ضمان

الحال مؤجلاً) نص عليه، لحديث رواه ابن ماجه عن ابن عباس مرفوعاً. ولأنه ضمن مالاً بعقد مؤجل، فكان مؤجلاً، كالبيع، وحينئذ يصير حالاً علي المضمون عنه له مطالبته متى شاء مؤجلاً على الضامن. لا يقال: الحال لا يتأجل وكيف يثبت في ذمتيهما مختلفاً، لأن الحق يتأجل في ابتداء ثبوته بعقد، وهنا كذلك، لأنه لم يكن ثابتاً عليه حالاً. ويجوز تخالف ما بين الذمتين بدليل لو مات المضمون عنه والدين مؤجل، فإن قضاؤه قبل الأجل، رجع في الحال وعلى الثانية: لا يرجع به قبل الأجل، لأنه لم يأذن في القضاء قبل ذلك (وإن ضمن المؤجل حالاً) لم يصر حالاً و (لم يلزمه قبل أجله في أصح الوجهين) لأن الضامن فرع المضمون عنه، فلا يستحق مطالبته دون أصله. والثاني: يلزمه

(5/169)

قبل أجله، لأن مقتضى صحة الضمان كذلك، وقيل: لا يصح الضمان للمخالفة فعلى الأول إذا قضاؤه قبل الأجل، لم يرجع عليه حتى يحل، لأن الضمان لم يغيره عن تأجيله. في الكفالة وهي صحيحة، لقوله تعالى:  
رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 248

{ فقال لن أرسله معكم حتى تؤتوني موثقاً من الله لتأتيني به إلا أن يحاط بكم } (يوسف: 66) ولأن الحاجة داعية إلى الاستيثاق بضمان المال أو البدن، وضمان المال يمتنع منه كثير من الناس، فلو لم تجز الكفالة بالنفس، لأدى إلى الحرج، وعدم المعاملات المحتاج إليها. (وهي التزام) الرشيد (إحضار المكفول به) لأن العقد في الكفالة واقع على بدن المكفول به، فكان إحضاره هو الملتزم به كالضمان، ويعتبر رضى الكفيل، وتعيين المكفول به إذا كان عليه حق، ولا يعتبر إذنه، وتنعقد بالفاظ ضمان. (وتصح ببدن من عليه دين) لأن الدين حق مالي، فصحت الكفالة به كالضمان، سواء كان الدين معلوماً، أو مجهولاً، والحاصل أنه تصح الكفالة ببدن كل من يلزمه الحضور في مجلس الحكم بدين لازم، فتصح الكفالة بالصبي والمجنون، لأنه قد يلزم إحضارهما مجلس الحكم بدين لازم، فتصح الكفالة بالصبي والمجنون، لأنه قد يلزم إحضارهما مجلس الحكم للشهادة عليهما بالإتلاف، ويستثنى منه دين الكتابة. وتصح الكفالة بالكفيل، فإن برىء الأول، برىء الثاني من غير عكس (وبالأعيان المضمونة) لصحة ضمانها، فيرد أعيانها أو قيمتها إن تلفت، وظاهره أنه لا تصح الكفالة بالأمانات، لكن قال أبو الخطاب: وإحضاره وديعة وكفالة بزكاة وأمانة لنصه فيمن قال: ادفع ثوبك إلى هذا الرفاء، فأنا ضامنه لا يضمن حتى يثبت أنه دفعه إليه (ولا تصح ببدن من عليه حد) لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده أن النبي قال: «لا كفالة» في حد ولأنها استيثاق يلزم الكفيل ما على المكفول به عند تعذر إحضاره، والحد مبناه على الإسقاط، والدرء بالشبهة، فلا يدخل فيه الاستيثاق، ولا يمكن

(5/170)

استيفاؤه من غير الجاني. وظاهره لا فرق بين أن يكون حقا لله، كحد الزنى والسرقه، أو لآدمي كحد القذف (أو قصاص) لأنه بمنزلة من حد قال في

«المحرر» إلا لأخذ مال كالدية وغرم مالية السرقة فتصح (ولا بغير معين كأحد هذين) لأنه غير معلوم في الحال، ولا في المال، ولا يمكن تسليمه بخلاف ضمان المجهول، وفيه وجه، ولا تصح الكفالة بالزوجة أو الشاهد. (وإن كفل بجزء شائع من إنسان أو عضو أو كفل بإنسان على أنه إن جاء به وإلا فهو كفيل بأخر أو ضامن ما عليه، صح في أحد الوجهين). وفيه مسائل: الأولى: إذا كفل بجزء شائع من إنسان، كثلته، أو ربه، فهي صحيحة على المذهب، لأنه لا يمكن إحضاره ذلك إلا بإحضار الكل. الثانية: إذا كفل عضوا معيناً منه، كيدته أو رجله، فهي صحيحة، لأنه لا يمكنه إحضاره على صفته إلا بإحضار الكل. والثاني: لا يصح فيهما، لأن تسليم ذلك وحده متعذر، والسراية ممتنعة. قال القاضي: لا تصح الكفالة ببعض البدن بحال، لأن ما لا يشرى لا يصح إذا خص به عضوا كالبيع والإجارة، ذكره في المغني» و«الشرح» قال ابن المنجا: وما ذكره من التعليل لا يدل على عدم الصحة في الجزء الشائع، لأن بيع ذلك وإجارته جائزة، وفيه نظر، لأنهما خصاه بالعضو. وظاهره لا فرق في العضو بين الوجه وغيره، سواء كان مما لا يبقى البدن بدون كالأرأس، أو لا كاليد، وجزم في «الكافي» و«الشرح» أنها تصح بالوجه، لأنه يكتفى به عن الكل، فصح كيدته، وجزم في «الوجيز» بأنها تصح فيما تبقى الحياة بدون كالعكس. الثالثة: إذا كفل بإنسان على أنه إن جاء به، وإلا فهو كفيل بأخر، أو ضامن ما عليه، صح، قاله أبو الخطاب، وقدمه في «المحرر»، وجزم به في «الوجيز»، لأنه كفالة أو ضمان، فصح تعليقه على شرط، كضمان العهدة. وقال القاضي: لا يصح، لأنه تعليق عقد على آخر، فلم يصح. وهذا الخلاف جار فيما إذا علقه بغير سبب الحق والخلاف في المؤقت كالمعلق بشرطه، فلو كفله شهراً، لم

(5/171)

يصح عند القاضي، لأنه حق لآدمي، فلم يجز توقيته كالهبة، وفي «التنبيه» إذا مضت المدة، ولم يحضره، لزمه ما عليه وعند غيرهما لا يلزمه شيء بعد مضي المدة إذا لم يطالبه بإحضاره فيها.  
رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 248  
فرع: إذا قال: كفلت بدن فلان على أن يبرأ الكفيل، لم يصح في الأصح لأنه شرط شرطاً لا يلزم الوفاء به، فيفسد عقد الكفالة، وفيه وجه. وقيل: يصح الشرط، لأنه شرط تحويل الوثيقة، فعليه لا تلزمه الكفالة إلا أن يبرأ الكفيل منها. (ولا تصح إلا برضى الكفيل) لأنه لا يلزمه الحق ابتداءً إلا برضاه (وفي رضى المكفول به وجهان): أشهرهما: لا يعتبر رضاه كالضمان، والثاني: بلى، وجزم به في «الوجيز» لأن المقصود إحضاره، فإذا كفل بغير إذنه، لم يلزمه الحضور معه بخلاف الضمان، فإن الضامن يقضي الحق، ولا يحتاج إلى المضمون عنه. وظاهره أنه لا يعتبر رضى المكفول له، لأنها وثيقة لا قبض فيها، فصحت من غير رضاه كالشهادة (ومتى أحضر المكفول به) مكان العقد بعد حلول الدين (وسلمه برىء) مطلقاً إذا لم تكن يد حائلة ظالمه، قاله القاضي في «المغني» و«المستوعب» و«الشرح» وعنه: لا يبرأ حتى يقول: قد برئت لك منه، أو قد سلمته إليك، وقاله ابن أبي موسى، والأول أصح، لأنه عقد على عمل فبرىء منه بالعمل المعقود عليه، كالإجارة، فإن امتنع من تسليمه حيث لا ضرر برىء كالمسلم فيه. وقيل: إن امتنع، أشهد على امتناعه رجلين وبرىء.

وقال القاضي: يرفعه إلى الحاكم، فيسلمه إليه، فإن لم يجده أشهد (إلا أن يحضره قبل الأجل وفي قبضه ضرر) مثل أن تكون حجة الغريم غائبة، أو لم يكن يوم مجلس الحكم أو الدين مؤجل، أو هناك ظالم يمنعه منه، فلا يلزم قبوله كالمسلم فيه. وعلم منه أن الكفالة تصح مؤجلة، لكن يعتبر أن يكون معلوما فلو جعله إلى أجل مجهول، لم يصح، وإن جعله إلى الحصاد ونحوه خرج على الخلاف قال في «الشح»: والأولى صحته هنا، لأنه تبرع

(5/172)

من غير عوض، فصح كالنذر، ثم إن عين مكانا لتسليمه، تعين، ولم يبرأ بإحضاره في غيره، وإن أطلق، تعين مكان العقد، وقال القاضي: يبرأ بإحضاره بمكان آخر من البلد، وعنه: وغيره، وفيه سلطان، اختاره جماعة، وقيل: إن كان عليه ضرر في إحضاره بمكان آخر لم يبرأ، وقال الشيخ تقي الدين: إن كان المكفول به في حيس الشرع، فسلمه إليه فيه، برىء، ولا يلزمه إحضاره منه إليه عند أحد من الأئمة، ويمكنه الحاكم من إخراج، ليحاكم غريمه، ثم يرده، وإن ضمن معرفته أخذ به، نقله أبو طالب والشيخان كالكفيل. (وإن مات المكفول به أو تلفت العين بفعل الله تعالى) قبل المطالبة (أو سلم نفسه برىء الكفيل) وفيه مسائل. الأولى: إذا مات المكفول به، فإنه يبرأ الكفيل، وتسقط الكفالة في المنصوص، لأن الحضور سقط عنه، فبرىء كفيله، كما لو أبرىء من الدين، وقيل لا تسقط، ويطالب بما عليه إن لم يشترط فيها عدم ضمانه، لأن الكفيل وثيقة، فإذا مات من عليه الحق، استوفي من الوثيقة كالرهن والفرق واضح، لأن الرهن تعلق به المال، فاستوفي منه. وظاهره بقاؤها بموت الكفيل، فيؤخذ من تركته ما كفل به، فإن كان ديناً مؤجلاً فوثق ورثته وإلا حل في الأقيس، أو المكفول له. الثانية: إذا تلفت العين بفعل الله تعالى، فإنه يبرأ الكفيل، لأن تلفها بمنزلة موت المكفول به. وظاهره أنها تلفت بفعل آدمي، فإنها لا تسقط ويجب على المتلف بدلها. الثالثة: إذا سلم المكفول به نفسه بشرطه، برىء كفيله، كما لو قضى المديون عنه الدين. رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 248

(5/173)

تنبيه: إذا كفل إنساناً أو ضمنه، ثم قال: لم يكن عليه حق، قدم قول خصمه، لأن الأصل صحة الكفالة أو بقاء الدين، وعليه اليمين، فإن نكل قضى عليه. وإذا قال: برئت من الدين الذي كفلته به، لم يكن إقراراً بقبض الحق، ويبرأ الكفيل وحده. وإذا مات المديون، فأبرأه رب الدين، فلم تقبل ورثته، برىء مع كفيله. (وإن تعذر إحضاره مع بقائه، لزم الكفيل الدين، أو عوض العين) قوله عليه السلام: «الزعيم غارم» ولأنها أحد نوعي الكفالة، فوجب الغرم بها، كالكفالة بالمال. وقال ابن أبي موسى: وكفيل الوجه ضامن للمال في أحد الوجهين إلا أن يشترط لا مال عليه، فلا يلزمه قولاً. والثاني: فساده لإضافتها إلى عضو، قاله المجد، وقال ابن عقيل: قياس المذهب: لا يلزمه إن امتنع بسلطان، وألحق به معسر ومحبوس ونحوهما، لاستواء المعنى (وإن غاب) في موضع

معلوم (أمهل الكفيل) ولم يطالبه (بقدر ما يمضي فيحضره) له ليتحقق إمكان التسليم، وسواء كانت المسافة قريبة، أو بعيدة، فلو ارتد، ولحق بدار الحرب، لم يؤخذ الكفيل بالحق حتى يمضي زمن رده فإن تعذر إحضاره) أو كانت الغيبة منقطعة، ولم يعلم مكانه (ضمن ما عليه) وأخذ به، وذكر ابن حمدان أنه إذا انقطع خبره، وجهل محله، لزمه ما عليه انتهى. فلو أدى ما لزمه، ثم قدر على المكفول به، فظاهر كلامهم أنه في رجوعه عليه كضامن، وأنه لا يسلمه إلى المكفول له، ثم يسترد ما أداه بخلاف مغضوب تعذر إحضاره مع بقائه لامتناع بيعه (وإذا طالب الكفيل المكفول به بالحضور معه) ليسلمه إلى المكفول له (لزمه ذلك إن كانت الكفالة بإذنه) لأنه شغل ذمته من أجله بإذنه، فلزمه تخليصها، كما لو استعار عبده، فرهنه بإذنه، فإن عليه تخليصه إذا طلبه سيده (أو طالبه صاحب الحق بإحضاره) أي: لزمه الحضور، وظاهره وإن كانت بغير إذنه، لأن حضوره حق للمكفول له وقد استتاب الكفيل في ذلك، أشبه ما لو صرح له بالوكالة (وإلا فلا) أي: لا يلزمه ذلك إن كفل بغير

(5/174)

إذنه، أو لم يطالب صاحب الحق، لأن المكفول به لم يشغل ذمته، وإنما شغلها الكفيل باختياره ولم يوكله صاحب الحق.  
رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 248  
فرع: لو قال لآخر: اضمن عن فلان، أو اكفل بفلان ففعل، كان ذلك لازماً للمباشر لا الأمر، فلو قال: أعط فلانا كذا، ففعل، لم يرجع على الأمر بشيء إلا أن يقول: أعطه عني. (وإذا كفل اثنان برجل فسلمه أحدهما لم يبرأ الآخر) لأن إحدى الوثيقتين انحلت من غير استيفاء فلم تنحل الأخرى، كما لو أبرأ أحدهما، أو انفك أحد الرهنيين من غير قضاء بخلاف المكفول به إذا سلم نفسه، لأنه أصل فيبرأ ببراءته لأنهما فرعا، وقيل: يبرأ. اختاره صاحب «النهاية» كما لو قضى الدين أحد الضامنين، فإنه يبرأ الآخر. وأجاب في «الفصول» بأن الوثيقة برئت بقبض ما فيها فلها برئت الأخرى بخلاف هذا، وقيل: إن كفلاه معاً، أو وكل منهما الآخر في تسليمه، برىء وإلا، فلا. (وإن كفل واحد لاثنين فأبرأه أحدهما لم يبرأ من الآخر) لأن عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقدين، فقد التزم إحضاره عند كل واحد منهما، فإذا أبرأه أحدهما، بقي حق الآخر، كما لو كان في عقدين، وكما لو ضمن ديناً لاثنين، فوفى أحدهما حقه. خاتمة: إذا حال رب الحق، أو أحيل به، أو زال العقد، برىء الكفيل، وبطل الرهن، وبثبت لوارثه، وفي «الرعاية» في الصورة الأولى احتمال وجهين في بقاء الضمان، ونقل مهنا فيها يبرأ، وأنه إن عجز مكاتب، رق، وسقط الضمان، وذكر القاضي: لو أقاله في سلم به رهن، حبسه برأس ماله، ولو ضمنه اثنان، فقال كل واحد: أنا ضامن لك الدين، فهو ضمان اشتراك في انفراد، فله مطالبة كل منهما بالدين كله، وإن قالوا: ضمنا لك الدين، فهو بينهما بالحصص وفي «القواعد» أنه إذا ضمن اثنان دين رجل فيه وجهان أحدهما: أن كل واحد ضامن لجميع الدين، نص عليه في رواية مهنا. والثاني: أنه بالحصصة إلا أن يصرحوا بما يقتضي خلافه مثل أن يقولوا:

(5/175)

---

ضمنا لك، وكل واحد منا ضامن الدين، وهذا قول القاضي، وصاحب «المغني»  
وبناه القاضي على أن الصفقة تتعدد بتعدد الضامنين، فيصير الضمان موزعا  
عليهما. والله أعلم.  
رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 248

#### باب الحوالة

وهي ثابتة بالإجماع، ولا عبرة بمخالفة الأصم، وسنّده السنة الصحيحة، فمنها ما  
خرجه الشيخان عن أبي هريرة أن النبي قال: «مَطْلُ الغني ظلم، وإذا أتبع  
أحدكم على مليء فليتبّع» وفي لفظ «من أحيل بحقه على مليء، فليحتل»  
وهي بفتح الحاء وكسرهما، واشتقاقها من تحويل الحق من ذمة إلى ذمة أخرى،  
وقيل: إنها بيع دين بدين، فإن المحيل يشتري ما في ذمته بماله في ذمة الآخر  
وجاز تأخير القبض رخصة، فيدخلها خيار المجلس. وفي «المغني» و«الشرح»  
أن الصحيح أنها عقد إرفاق منفرد بنفسه ليس بمحمول على غيره، لأنها لو  
كانت بيعا لكانت بيع دين بدين، ولما جاز التفرق قبل القبض، لأنها بيع مال الربا  
بجنسه، ولأن لفظها يشعر بالتحويل، فعليه لا يدخلها خيار، وتلزم بمجرد العقد.  
وهذا أشبه بكلام أحمد وأصوله. ولا بد فيها من محيل، ومحتال، ومحال عليه.  
وتصح بلفظها أو معناها الخاص. (والحوالة تنقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة  
المحال عليه) لما بينا أنها مشتقة من التحويل، وحيث صحت الحوالة، برئت  
ذمة المحيل، وانتقل الحق إلى ذمة المحال عليه (فلا يملك المحتال الرجوع  
عليه) أي: على المحيل (بحال) لأن الحق انتقل فلا يعود بعد انتقاله. هذا إذا  
اجتمعت شروطها، ورضي بها المحتال ولم يشترط اليسار، سواء أمكن  
استيفاء الحق، أو تعذر لمطل، أو فلس، أو موت، أو جحد الحق، ولا بينة به.  
وحلف عليه في قول الجماهير. وعنه: إذا كان المحال عليه مفلسا، ولم يعلم  
المحتال به، فله الرجوع، واختاره جمع إذ الفليس عيب في المحال عليه، فكان  
له الرجوع كالبيع المعيب، والأول المذهب، لما روى سعيد بن المسيب أن  
جده حزنا كان له على علي دينا، فأحاله به، فمات المحال

(5/176)

---

عليه، فأخبره. فقال: اخترت علينا أبعذك الله، فأبعده بمجرد احتياله، ولم  
يخبره أن له الرجوع، لأنها براءة من دين ليس فيها قبض ممن هو عليه، ولا  
ممن يدفع عنه أشبه ما لو أبرأه من الدين، والحوالة بمنزلة القبض.  
رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 270  
(ولا تصح إلا بثلاثة شروط، أحدهما: أن يحيل على دين مستقر) نص عليه، لأن  
ما ليس بمستقر بعرضية السقوط، إذ مقتضاها التزام المحال عليه بالدين  
مطلقا، ولا يثبت فيما هذا صفته (فإن أحال على مال الكتابة أو السلم، أو  
الصداق قبل الإدخول، لم يصح). وهنا صور. الأولى: إذا أحال على مال الكتابة  
غير صحيح، لأنه ليس بمستقر، فإن له أن يمتنع من أدائه، ويسقط بعجزه.  
وظاهره ولو حل في المنصوص، وتصح الحوالة عليه بدين آخر، إذ حكمه حكم  
الأحرار في المديونات. الثانية: إذا أحال على مال السلم لا يصح، لأنه يتعرض

للفسخ بانقطاع المسلم فيه، لأنها لا تصح إلا فيما يجوز أخذ العوض عنه وهو ممتنع في السلم، لقوله: «من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره» لكن في صحتها في رأس ماله بعد فسخه وجهان. الثالثة: إذا أحالت بصدقها قبل الدخول، لم تصح، لأنه غير مستقر بدليل سقوطه بردتها أو نصفه بطلاقها. ومثله إذا أحال البائع بالثمن على المشتري في مدة الخيار. وظاهره أنها إذا أحالت به بعد الدخول أنه يصح، لأنه مستقر. (وإن أحال المكاتب سيده) بنجم قد حل (أو الزوج امرأته، صح) لأن له تسليمه إليها وحوالته به تقوم مقام تسليمه، وكذا إذا أحال المشتري بالثمن للبائع في مدة الخيار، وظاهره أنه لا يشترط استقرار المحال به، وهو المذهب. وقال أبو الخطاب، وجزم به الحلواني: يشترط استقراره كالمحال عليه، فعليه لا يصح في ذلك لعدم استقراره (والثاني: اتفاق الدينين) أي: تماثل الحقين (في الجنس) كذهب بذهب أو دراهم بدراهم، فإن أحال من عليه ذهب بفضة أو عكسه لم يصح (والصفة) كصحاح بصحاح، أو مضربة

(5/177)

بمثلهما، فلو اختلفا، لم يصح (والحلول) أي بأن يكونا حالين (والتأجيل) أي بأن يكونا مؤجلين، ويعتبر اتفاق الأجل، فلو كان أحدهما يحل بعد شهر، والآخر بعد شهرين، لم يصح لأنها إرفاق، كالقرض فلو جوزت مع الاختلاف، لصار المطلوب منها الفضل، فتخرج عن موضوعها. واكتفى بما ذكره عن التساوي ذكر في القدر، لأن الأجل إذا منع لكونه يقابله قسط تقديرا، فالزيادة المحققة أولى. رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 270

(5/178)

فرع: إذا صحت الحوالة، فتراضيا بأن يدفع خيرا من حقه، أو بدونه في الصفة أو تعجيله، أو تأجيله، أو عوضه، جاز ذكره في «المغني» و«الشرح» وذكر في «الترغيب» الأولية، فظاهره منع عوضه. ونقل سندي فيمن أحاله عليه بدينار، فأعطاه عشرين درهما: لا ينبغي إلا ما أعطاه. (والثالث: أن يحيل برضاه) بغير خلاف، لأن الحق عليه، فلا يلزمه أدائه من جهة الدين على المحال عليه بشرط المقاصة، وعلم المال، لأنها إن كانت بيعا، فلا تصح في مجهول، وإن كانت تحول الحق، فيعتبر فيها التسليم، والجهالة تمنع منه، فتصح في كل ما يثبت مثله في الذمة بالإتلاف من الأثمان والحبوب والأدهان، فلا تصح بما لا يصح السلم فيه، كالجوهر، وفيما يصح السلم فيه غير المثلي كالمذروع والمعدود وجهان. وفي الحوالة يابل الدية على من عليه مثلها وجهان. فإن أحال يابل الدية على إبل القرض، صح إن قيل: يرد فيه المثل، وإن قلنا برد القيمة، فلا لاختلاف الجنس، وإن كان بالعكس لم تصح مطلقا (ولا يعتبر رضی المحال عليه) لأن للمحيل أن يستوفي الحق بنفسه وبوكيله، وقد أقام المحتال مقام نفسه في القبض، فلزم المحال عليه الدفع إليه كالوكيل (ولا رضی المحتال إن كان المحال عليه مليئا) بل يجب عليه القبول نص عليه، لظاهر الأمر. وفسر المليء في رواية إسماعيل العجلي أن يكون مليئا بماله وقوله وبدنه، فماله:

القدرة على الوفاء، وقوله: أن لا يكون مماطلاً، وبدنه: إمكان حضوره مجلس الحكم، قاله الزركشي . وفي «الشرح» و «المحرر» ماله: القدرة على الوفاء، وقوله: إقرار الدين، وبدنه: الحياة، فإن امتنع من القبول، أجبر عليه في الأصح. وفي براءة ذمة المحيل قبل أن يجبره الحاكم روايتان. إحداهما: نعم نقلها الجماعة، وهي المذهب، فلو هلك المحال عليه معسرا، أو مات أو جحد، فلا شيء له. والثانية: لا يبرأ إلا أن يجبره الحاكم، لكن تنقطع المطالبة بمجرد الحوالة، ويصير بمثابة من بذل ما عليه من دين، فامتنع

(5/179)

ربه من قبضه، أجبره الحاكم على القبض، ولا تبرأ ذمة الغريم قبل ذلك (وإن ظنه مليئا، فبان مفلسا، ولم يكن رضي بالحوالة، رجع عليه) ذكره في «الوجيز» وغيره، لأن الفليس عيب، ولم يرض به، فاستحق الرجوع كالمبيع المعيب (وإلا فلا) أي: إذا رضي بالحوالة، فلا رجوع له، نص عليه لأنه مع الرضى يزول شغل الذمة، فلا يعود بعد زواله (ويحتمل أن يرجع) هذا رواية كشرطها. وفي «المغني» احتمالان، وفي «الكافي» روايتان، وظاهره أنه رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 270

(5/180)

إذا رضي المحتال بها مع علمه بفليس المحال عليه أنه لا رجوع له بغير خلاف، لرضاه بدون حقه كالمعيب. (وإذا أحال المشتري البائع بالثمن، أو أحال البائع عليه به، فبان البيع باطلاً) كما لو اشترى عبدا، فظهر حرا، أو مستحقا (فالحوالة باطلة)، لأنه بطلان البيع تبينا أن لا ثمن على المشتري، والحوالة فرع على الثمن، فإذا بطل الفرع لبطلان أصله، فيرجع المشتري على من كان له عليه الدين في مسألة حوالة، وعلى المحال عليه في مسألة الحوالة عليه، لا على البائع، لأن الحوالة لما بطلت، وجب بقاء الحق على ما كان. ويعتبر ثبوت ذلك بينة، أو اتفاقهم، فلو اتفقا على حرية العبد، وكذبهما المحتال، لم يقبل قولهما عليه، لأنهما يبطلان حقه، كما لو باع المشتري، ثم اعترف هو وبائعه أنه كان حرا، وإن أقاما بينة لم تسمع، لأنهما كذباها بدخولهما في التبائع، لكن إن أقاما العبد، قبلت، وبطلت الحوالة، وأن صدقهما المحتال، وادعى أنها بغير ثمن العبد، قبل قوله مع يمينه، وإن اتفق المحيل والمحتال على حرته، وكذبهما المحال عليه، لم يقبل قولهما عليه، لأنه إقرار على غيرهما، وتبطل الحوالة. ولو اعترف المحتال والمحال عليه بذلك، عتق لإقرار من هو في يده بحرته، وبطلت الحوالة بالنسبة إليهما، ولم يكن للمحتال الرجوع على المحيل، لأن دخوله معه في الحوالة اعتراف ببراءته. (وإن فسخ البيع بعيب أو إقالة) أو خيار، أو انفسخ النكاح ونحوه بعد الحوالة (لم تبطل الحوالة) لأن عقد البيع لم يرتفع هنا، فلم يسقط الثمن، فلم تبطل الحوالة، لانتهاء المبطل، وكما لو أخذ البائع بحقه عوضا، وحينئذ للمشتري الرجوع على البائع فيهما، لأنه لما رد العوض، استحق الرجوع بالعوض، والرجوع في عينه متعذر للزوم الحوالة، فوجب في بدله، وإذا لزم البدل وجب على البائع، لأنه هو الذي انتفع بمبدله.



(للبائع أن يحيل المشتري على من أحال المشتري عليه في الصورة الأولى  
وللمشتري أن يحيل المحتال

(5/181)

عليه على البائع في الثانية) لأن دين البائع ثابت على من أحاله المشتري عليه،  
ودين المشتري ثابت على البائع ثبوتاً مستقراً، فصحت الحوالة عليه كسائر  
الحقوق المستقرة (ويحتمل أن تبطل إن لم يكن قبضها) حكاه في «المحرر»  
و «الفروع» قولاً، وقدمه في «الكافي»، لأن الحوالة بالثمن، وقد تسقط  
بالفسخ، فوجب بطلان الحوالة لذهاب حقه من المال. كما لو ظهر المبيع  
مستحقاً. فعلى هذا في بطلان إذن المشتري للبائع وجهان. وأبطل القاضي  
الحوالة به لا عليه، لتعلق الحق بثالث. وظاهره أنها لا تبطل إذا كان المحتال  
قبضها وجهاً واحداً، لأنه قبض منه بإذنه (وإذا) أمر رجلاً بقبض دين له غريمه،  
ثم اختلفا (قال: أحلتك، قال: بل وكَلتني) في قبضه وديني باق في ذمتك (أو  
قال: وكَلتني) بلفظ الوكالة (قال: بل أحلتني) بلفظ الحوالة (فالقول قول  
مدعي الوكالة) مع يمينه، لأنه يدعي بقاء الحق على ما كان، وينكر انتقاله، فأما  
إن كان لأحدهما بينة، حكم بها، لأن اختلافهما في اللفظ وهو ما يمكن إقامة  
البينة عليه (وإن اتفقا على أنه قال: أحلتك) أو أحلتك بديني (وادعى أحدهما أنه  
أريد بها الوكالة وأنكر الآخر ففي أيهما يقبل قوله؟ وجهان) كذا في «الكافي»  
و «الفروع» أحدهما وهو المذهب: يقبل قول مدعي الوكالة، لأن الأصل بقاء  
الحق على المحال عليه، والمحتال يدعي نقله، والمحيل ينكره، والقول قول  
المنكر. والثاني: يقبل قول مدعي الحوالة، لأن الظاهر معه لموافقة دعواه  
الحقيقة، ودعوى خصمه المجاز، فعليه يحلف المحتال، ويثبت حقه في ذمة  
المحال عليه، ويستحق مطالبته، ويسقط عن المحيل، وعلى الأول يحلف  
المحيل، ويبقى حقه في ذمة المحال عليه، وعليهما إن كان المحتال قبض  
الحوالة من المحال عليه، وتلف في يده، فقد برىء كل واحد منهما من صاحبه،  
ولا ضمان عليه، سواء تلف بتفريط أو غيره، وإن لم يتلف، فوجهان. (وإن قال:  
أحلتك بدينك) باتفاقهما على ذلك ثم اختلفا (فالقول قول الحوالة وجهاً واحداً)

(5/182)

وكذا في «المحرر» لأن الحوالة بدينه لا تحتمل الوكالة، فلم يقبل قول مدعيها.  
رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 270  
تنبيهات: الأول: الحوالة على ماله من الديون إذن في الاستيفاء فقط،  
وللمحتال الرجوع، ومطالبة محيله، وإحالة من لا دين عليه على من دينه عليه  
وكالة، ومن لا دين عليه في مثله وكالة في اقتراض، وكذا مدين على بريء، فلا  
يصارفه، نص عليه وفي «الموجز» و «التبصرة»: إن رضي البريء بالحوالة،  
صار ضامناً يلزمه الأداء، ذكره في «الفروع». الثاني: من ثبت له علي غريمه  
مثل ما له عليه قدراً وصفة، تساقطاً، فإن اختلفا في القدر، سقط الأقل، ومثله  
من الأكثر، وعنه: برضاهما، وعنه: أو أحدهما وعنه: لا يتقاص الدينان، كما لو  
كان أحدهما دين سلم وفي «الفروع»: أو كانا من غير الأثمان. الثالث: إذا كان

له دين على آخر فطالبه، فقال: أحلت به فلانا الغائب، وأنكر رب المال، قبل قوله مع يمينه، ويعمل بالبينه. الرابع: إذا نوى المديون وفاء دينه، وإلا فهو متبرع، وإن وفاه حاكم قهرا، كفت نيته إن قضاه من مديون وفي لزوم رب الدين بنية قبض دينه وجهان وإن رد بدل عين، نوى، ذكره ابن عقيل .  
رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 270

(5/183)

## باب الصلح

وهو ثابت بالإجماع، وسنده عموم قوله تعالى {وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما} (الحجرات: 9) {وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يتصالحا بينهما صلحا والصلح خير} (النساء: 128) والسنة شهيرة بذلك، فمنها ما روى أبو هريرة أن النبي قال: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حلالاً أو أحل حراماً» رواه أبو داوود والترمذي، وقال: حسن صحيح، وصححه الحاكم. وهو أنواع: صلح بين المسلمين وأهل الحرب، وبين أهل العدل والبغي، وبين الزوجين إذا خيف الشقاق بينهما، وصلح بين المتخاصمين وهو المقصود هنا. ومعناه لغة: قطع المنازعة، وشرعا: معاقدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المتخاصمين. (الصلح في الأموال قسمان: أحدهما: صلح على الإقرار، وهو نوعان، أحدهما: الصلح على جنس الحق مثل أن يقر له بدين، فيضع عنه بعضه، أو بعين) كدار (فيهب له بعضها ويأخذ الباقي فيصح) لأن الإنسان لا يمنع من إسقاط بعض حقه، كما لا يمنع من استيفائه، لأنه عليه السلام كلم غرماء جابر ليضعوا عنه، وقضية كعب مع ابن أبي حدود شاهدة بذلك. قال أحمد: إذا كان لرجل على آخر دين ليس عنده وفاء. فوضع عنه بعض حقه، وأخذ منه الباقي كان ذلك جائزا لهما إذا كان بلفظ الإبراء، فإن كان بلفظ الصلح، فأشهر الروايتين أنه لا يصح، وهي الأصح، لأنه صالح عن بعض ماله ببعض، فهو هضم للحق. والثانية وهي ظاهر «الموجز» و«التبصرة» ويحتمله كلام المؤلف: يصح. وبالجملة فقد منع الخرقى، وابن أبي موسى الصلح على الإقرار، وأباه الأكثرون كما اقتضاه كلام المؤلف، فعلى الأول إن وفاه من جنس حقه، فهو وفاء من غير جنسه معاوضة، وإن أبراه من بعضه، فهو إبراء، وإن وهبه بعض العين، فهو هبة، ولا يسمى صلحا، فالخلاف إذن في التسمية، قاله في «المغني» و«الشرح» وأما المعنى، فمتفق عليه وشرطه (إن لم يكن بشرط مثل أن يقول: على أن تعطيني الباقي) في الأصح، لأنه أكل لمال الغير

(5/184)

بالباطل، وهضم للحق (أو يمنعه حقه بدونه) أي: بدون الصلح، فلا يصح قولاً واحداً (ولا يصح ذلك ممن لا يملك التبرع كالمكاتب والمأذون له وولي اليتيم) لأنه تبرع، وهؤلاء لا يملكونه (إلا في حال الإنكار وعدم البينة) فإنه يصح، ومثله ناظر الوقف، وصرح به أبو العباس ابن تيمية في شرحه على «المحرر» لأن

البعض عند العجز عن استيفاء الكل أولى من تركه، وظاهره أنه مع الإقرار، أو وجود البينة لا يملكونه، لما قلنا، ويصح عما ادعى على موليه وبه بينة، وقيل: أو لا. (ولو صالح عن المؤجل ببعضه حالاً، لم يصح) نقله الجماعة، لأنه يبذل القدر الذي يحطه عوضاً عن تعجيل ما في ذمته ومع الحلول والتأجيل لا يجوز، كما لو أعطاه عشرة حالة بعشرين مؤجلة، وفي «الإرشاد» و«المبهبج» رواية بالصحة، واختارها الشيخ تقي الدين لبراءة الذمة هنا، وكدين الكتابة، جزم به الأصحاب، ونقله ابن منصور، وقال: ليس بينه وبين سيده ربا، فدل أنه إنما جوزه على هذا الأصل، والأشهر عكسه. (وإن وضع بعض الحال وأجل باقيه) كما لو صالحه عن مائة حالة بخمسين مؤجلة (صح الإسقاط) لأنه أسقطه عن طيب نفسه، ولا مانع من صحته، لأنه ليس في مقابله تأجيل، فوجب أن يصح، كما لو أسقطه كله، وعنه: لا يصح، وصحها أبو الخطاب، لأنه هضم للحق، والأول أصح (دون التأجيل) على الأصح، لأن الحال لا يتأجل، ولأنه وعد، وكذا لو صالحه عن مائة صحاح بخمسين مكسرة هل هو إبراء من الخمسين، ووعد في الأخرى. قال في «الفروع» (وإن صالح عن الحق بأكثر منه من جنسه مثل أن يصلح عن دية الخطأ أو عن قيمة متلف بأكثر منها من جنسها، لم يصح) جزم به في «الوجيز» وصححه الشيخ تقي الدين، وإنه قياس قول أحمد، لأن الدية والقيمة تثبت في الذمة بقدره فلم يجز أن يصلح عنها بأكثر منها من جنسها كالثابتة عن قرض، إذ الزائد لا مقابل له، فيكون حراماً، لأنه من أكل

(5/185)

المال بالباطل وكالمثلي، وقيد في «الفروع» وغيره المتلف بكونه غير مثلي، ويخرج على ذلك تأجيل القيمة، قاله القاضي وغيره. وفي «المغني» و«الشرح» رواية بأنه يصح أن يصلح عن المائة الثابتة بالتلف بمائة مؤجلة، لأنه عاوض عن المتلف بمائة مؤجلة فجاز، كما لو باعه أياه. وذكر الشيخ تقي الدين رواية بتأجيل الحال في المعاوضة لا التبرع (وإن صالحه بعوض قيمته أكثر منها، صح فيهما) لأنه لا ربا بين العوض والمعوض، فصح كما لو باعه ما يساوي خمسة بدرهم. (وإن صالحه عن بيت) أي: إذا ادعى عليه بيتا فصالحه (على أن يسكنه سنة أو يبني له فوقه غرفة) أو صالحه على بعضه (لم يصح) جزم به الأصحاب، لأنه يصلح عن ملكه على ملكه، أو منفعتة، فمتى فعل ذلك، كان تبرعاً، متى شاء أخرجه منها، وإن فعله على سبيل المصالحة معتقداً إيجابه عليه بالصلح، رجع عليه بأجرة ما سكن، وأخذ ما كان في يده من الدار، لأنه أخذه بعقد فاسد (وإن قال له: أقر لي بديني وأعطيك) أو خذ (منه مائة ففعل، صح الإقرار) لأنه أقر بحق يحرم عليه إنكاره (ولم يصح الصلح) لأنه يجب عليه الإقرار بما عليه من الحق، فلم يحل له أخذ العوض عما يجب عليه، فعلى هذا يرد ما أخذ، لأنه تبين كذبه بإقراره، وإن الدين عليه، فلزمه أدائه بغير عوض (وإن صالح إنساناً) مكلفاً (ليقر له بالعبودية) أي: بأنه مملوكه (أو امرأة لتقر له بالزوجية، لم يصح) لأن ذلك صلح يحل حراماً، لأن إرهاب النفس، وبذل المرأة نفسها بعوض لا يجوز. (وإن دفع المدعى عليه العبودية إلى المدعي مالا صلحا عن دعواه، صح) لأنه يجوز أن يعتق عبده بعوض، ويشترع ذلك في حق الدافع

لقطع الخصومة المتوجهة عليه، زاد في «المغني» و «الشرح»: ويدفع اليمين الواجبة. وظاهره أن المرأة إذا دفعت إليه عوضاً عن هذه الدعوى، ليكف نفسه عنها، لم يصح وهو وجه في «المغني» وهو ظاهر «البلغة»، لأن الدفع في الإنكار لافتداء اليمين وقطع الخصومة، ولا يمين عليها، ولأن

(5/186)

---

خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له وإنما أجز الخلع لأجل الحاجة إلى افتداء نفسها. والثاني: يصح ذكره أبو الخطاب وابن عقيل، وجزم به في «الوجيز» لأن المدعي يأخذ عوضاً عن حقه في النكاح، فجاز كعرض الخلع والمرأة تبذله لقطع الخصومة وإزالة الشرور بما توجهت اليمين عليها، لكون الحاكم يرى ذلك، فلو صالحته، ثم ثبتت الزوجية، فإن قلنا: الصلح باطل، فالنكاح باق بحاله، لأنه لم يوجد من الزوج طلاق ولا خلع، وإن قلنا: هو صحيح، فوجهان، أحدهما كذلك، والثاني: تبين منه بأخذ العوض، لأنه أخذ العوض عما كان يستحقه من نكاحها، فكان خلعاً كما لو أقرت له بالزوجية، فخالعها، ولو ادعت أن زوجها طلقها ثلاثاً فصالحها على مال لتترك دعواها، لم يصح، وقيل: بلى. كما لو بذلت له عوضاً ليطبقها ثلاثاً. (النوع الثاني) من صلح الإقرار (أن يصلح عن الحق بغير جنسه فهو معاوضة) كما لو اعترف له بعين في يده، أو دين في ذمته، ثم يعوضه عنه بما يجوز تعويضه، وهو ينقسم إلى أقسام ثلثة عليها بقوله (فإن كان بأثمان عن أثمان فهو صرف) لأنه بيع أحد النقيدين بالآخر، فيشترط له القبض في المجلس ونحوه (وإن كان بغير الأثمان، فهو بيع) لأنه مبادلة المال بالمال وهو موجود هنا، وفيه شيء. ولو قال: بعرض فبيع، لكان أولى، فعلى هذا يشترط فيه العلم به كالمبيع، ويصح بلفظ الصلح في ظاهر كلامه وهو المذهب.

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 278

(5/187)

---

فرع: إذا صالح عن دين، فيجوز بغير جنسه مطلقاً ويحرم بجنسه بأكثر أو أقل على سبيل المعاوضة، وبشيء في الذمة يحرم التفريق قبل القبض (وإن كان بمنفعة كسكنى دار) أو خدمة عبد، أو يعمل له عملاً معلوماً (فهو إجارة) لأنها بيع المنافع (تبطل بتلف الدار كسائر الإجازات) فإن تلفت قبل استيفاء شيء من المنفعة، انفسخت، ورجع بما صالح عنه، وبعد استيفاء بعضها ينفسخ فيما بقي منها، ويرجع بقسط ما بقي. وقيل: تبطل بناء على تفريق الصفقة، وقيل: إن صالح عن دين أو عين، بخدمة أو سكنى، صح، فإن تلفت العين قبل الانتفاع، بطل الصلح، ورجع بمقبله، وإن كان عن إنكار، رجع بالدعوى، وإن كان عن إقرار، رجع فيما أقر له به، وإن كان استوفى البعض، رجع ببقية حقه.

(5/188)

---

مسألتان: الأولى: إذا صالحه على أن يزوجه أمته، صح بشرطه، وكان المصالح عنها صداقها، فإن انفسخ النكاح قبل الدخول بأمر يسقط الصداق، رجع الزوج بما صالح عنه، وإن طلقها قبل الدخول رجع بنصفه. الثانية: إذا صالحه بخدمة عبد سنة، صح وكانت إجارة، فإن أعتق العبد في أثناء المدة، صح عتقه، وللمصالح أن يستوفي نفعه في المدة، ولا يرجع العبد على سيده بشيء، لأنه ما أزال ملكه بالعتق إلا عن الرقبة، والمنافع حينئذ مملوكة لغيره، ولأنه أعتقه مسلوب المنفعة، فلم يرجع بشيء، كما لو أعتق زمياً أو أمة مزوجة، وقيل: يرجع على سيده بأجرة مثله. (وإن صالحت المرأة) أي: بعد اعترافها له بدين أو عين (بتزويج نفسها صح) ويكون صداقاً لها، لأن عقد التزويج يقتضي عوضاً، فإذا جعلت ذلك عوضاً عن الحق الذي عليها، صح كغيره (فإن كان الصلح عن عيب في مبيعها فتبين أنه ليس بعيب) كيباض في عين الرقيق طنه عمى وانتفاخ بطن الأمة يظنها حاملاً (رجعت بأرشه) أي: بأرش العيب، لأنه صداقها (لا بهرها) أي: مهر مثلها، وحينئذ مهرها أرشه، صرح به في «المحرر» و «الفروع» فعلى هذا إن كان موجوداً، ثم زال كمبيع كان مريضاً فعوفي لا شيء لها، لأن زوال العيب بعد ثبوته حال العقد لا يوجب بطلان الأرش لا يقال: قياس ما تقدم في المصراة أنه إذا صار لبنها عادة، وطلقت المزوجة يمتنع الرد، فإذا زال العيب، تعين لا أرش لأن الرد فسخ للملك بسبب العيب، فيستدعي مردوداً بخلاف الأرش، فإنه عوض عما فات من العيب، فلم يسقط وقت العقد بزواله بعده (وإن صالح عما في الذمة بشيء في الذمة لم يجز التفرق قبل القبض، لأنه بيع دين بدين) وهو منهي عنه شرعاً، ولأنه إذا حصل التفرق قبل القبض كان كل واحد من العوضين ديناً، لأن محله الذمة/ (ويصح الصلح عن المجهول) عينا كان أو ديناً سواء جهلاه أو جهله من عليه الحق (بمعلوم) نص عليه، بنقد ونسيئة بشرط (إذا كان مما لا يمكن معرفته) أي: يتعذر علمه قال أحمد في

(5/189)

الرجل يصلح عن الشيء: فإن علم أنه أكثر منه لم يجز إلا أن يوقفه إلا أن يكون مجهولاً لا يدري، لقوله عليه السلام الرجلين اختصما في مواريث درست بينهما: «استهما، وتوخيا الحق، وليحلل أحدكما صاحبه» رواه أحمد، وأبو داود ولأنه إسقاط حق، فصح في المجهول كالعتاق والطلاق (للحاجة) ولأنه إذا صالح مع العلم وإمكان أداء الحق بعينه، فلأن يصح مع الجهل أولى. ولو قيل بعدم جوازه، لأفضى إلى ضياع الحق، ولا نسلم أنه فرع البيع، فإن البيع يصح في المجهول عند الحاجة كأساسات الحائط، وطبي البئر. وظاهره أنه إذا كان الصلح بمجهول أنه لا يصح، لأن تسليمه واجب، والجهالة تمنعه، وإن لم يتعذر علمه، فكبراءة من مجهول، وظاهر نصوصه أنه لا يصح، وهو ظاهر ما جزم به في «الإرشاد» وقطع به الشيخان، و «الشرح» لعدم الحاجة، قال أحمد: إن صولحت المرأة من ثمنها، لم يصح الصلح، واحتج بقول شريح، ولأن المبيع للصلح الحاجة، وهي منتفية هنا، فلم يصح كالبيع، وخرج في «التعليق» و «الانتصار» في صلح المجهول و الإنكار من البراءة من المجهول عدم الصحة، وخرجه في «التبصرة» من الإبراء من عيب لم يعلم به، وقيل: لا يصح عن أعيان مجهولة لكونه إبراء وهي لا تقبل.

(5/190)

(القسم الثاني): صلح على الإنكار وهو (أن يدعي عليه عينا أو دينا فينكره) أو يسكت (ثم يصلحه على مال فيصح) في قول أكثر العلماء، لعموم ما سبق، فإن قلت: قوله عليه السلام: «إلا صلحا أحل حراما» وهذا داخل فيه، لأنه لم يكن له أن يأخذ من مال المدعي عليه، فحل بالصلح. فالجواب أنه لا يصح دخوله فيه، ولا يمكن حمل الخبر عليه لأمرين أحدهما: أن ما ذكرتم يوجد في الصلح بمعنى الهبة، فإنه يحل للموهوب ما كان حراما. الثاني: لو حل به المحرم، لكان الصلح صحيحا، فإن الصلح الفاسد لا يحل الحرام، وإنما معناه ما يتوصل به إلى تناول المحرم مع بقاءه على تحريمه، كما لو صالحه على استرقاق حر، ولأنه يصح مع الأجنبي، فصح مع الخصم كالصلح على الإقرار، وشرط صحته أن يكون المدعي يعتقد حقية ما ادعاه، والمدعي عليه عكسه، فيدفع إلى المدعي شيئا افتداء ليمينه، وقطعا للخصومة، وصيانة لنفسه عن التبذل، وحضور مجلس الحكم، فإن ذوي الأنفس الشريفة يصعب عيها ذلك، ولأن الشريعة وردت بجلب المصالح، ودرء المفاسد، وهذا كذلك، إذ المدعي يأخذ عوض حقه الثابت له في اعتقاده، سواء كان المأخوذ من جنس حقه، أو لم يكن، لكن إن أخذ من جنس حقه لم يجز بأكثر، لأن الزائد لا مقابل له، وإن كان من غير جنسه، جاز، وظاهره أنه إذا ادعى عليه وديعة، أو تفريطا فيها، أو قراضا، فأنكر، وصالحه على مال، فهو جائز، ذكره في «الشرح» وغيره (ويكون بيعا في حق المدعي) لأنه يعتقد عوضا عن حقه، فيلزمه حكم اعتقاده (حتى إن وجد بما أخذ عيبا فله رده وفسخ الصلح) كما لو اشترى شيئا فوجده معيبا (وإن كان شقفا مشفوعا ثبتت فيه الشفعة) لأنه بيع لكونه أخذه عوضا، كما لو اشتراه، فإن صالح ببعض عين المدعي، فهو فيه كمنكر، وفيه خلاف (ويكون إبراء في حق الآخر) أي: المنكر، لأنه دفع المال افتداء ليمينه، وإزالة الضرر عنه لا عوضا عن حق يعتقد (فلا يرد ما صالح عنه بعيب ولا تؤخذ به شفعة) لاعتقاده أنه

(5/191)

ليس بعوض.  
رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 285  
أصل: لم يتعرض المؤلف لحلول المأخوذ، ولا تأجيله، ولكن ذكر ابن أبي موسى في «الإرشاد» أنه يصح بنقد ونسيئة، لأن المدعي ملجأ إلى التأخير بتأخير خصمه. قال في «الترغيب»: وظاهره لا تثبت فيه أحكام البيع إلا فيما يختص البائع من شفعة عليه، وأخذ زيادة مع اتحاد الجنس، واقتصر المجد على قول أحمد إذا صالح بعض حقه بتأخير، جاز. (ومتى كان أحدهما عالما بكذب نفسه فالصلح باطل في حقه) لأنه عالم بالحق قادر على إيصاله إلى مستحقه غير معتقد أنه محق وما أخذه حرام عليه) لأنه أكل للمال بدعواه الباطلة

الكاذبة، ولا يشهد له إن علم نقله المروزي (وإن صالح عن المنكر أجنبي بغير إذنه، صح) لأنه قصد براءة ذمته، أشبه ما لو قضى دينه، اعترف للمدعي بصحة دعواه أولاً، وظاهره أنه لا فرق بين أن يكون المدعى ديناً أو عيناً وهو كذلك في الدين، لأن قضاء الدين جائز مطلقاً لقضية أبي قتادة، وجزم به الأصحاب، وفي العين إذا لم يذكر أن المنكر وكله وجهان، أحدهما: يصح وهو ظاهر المتن، و«الوجيز» افتداء ليمينه، وقطعا للخصومة. والثاني: لا يصح، جزم به في «المحرر» وظاهره: أنه يصح مع إذنه، ويرجع عليه، لأنه وكيله، فلو قال: صالحني عن الملك الذي تدعيه، ففي كونه مقراً له وجهان (ولم يرجع عليه في أصح الوجهين) لأنه أدى عنه ما لا يلزمه أدأؤه. والثاني: يرجع كالضمان، والفرق واضح، وهما إذا نوى الرجوع، وخرجه القاضي و أبو الخطاب على الروايتين فيما إذا قضى دينه الثابت بغير إذنه. وفي هذا التخريج نظر، لأن هذا لا يثبت وجوبه على المنكر، ولا يلزمه أدأؤه إلى المدعي، فكيف يلزمه أدأؤه إلى غيره (وإن صالح الأجنبي لنفسه لتكون المطالبة له غير معترف بصحة الدعوى) فالصلح باطل، لأنه يشترى منه ما لم يثبت له، ولا تتوجه إليه خصومة يفتدي منها، أشبه ما لو اشترى ملك غيره (أو معترفاً بها عالماً بعجزه عن

(5/192)

استنقاذها لم يصح) لأنه اشترى ما لا يقدر البائع على تسليمه، كشراء الآبق. وظاهره لا فرق بين أن يكون المصالح عنه ديناً أو عيناً، وفرق بينهما في «المغني» و «الشرح» فصحاها في العين، لأنه اشترى منه ملكه الذي يقدر على قبضه، ومنعاه في الدين لما ذكرنا، وحكياً عن بعض للأصحاب صحته، وفيه نظر، لأن بيع الدين المقرب به من غير من هو في ذمته لا يصح، ففي ذمة منكر معجوز عن قبضه أولى، فإن اشتراه وهو يظن أنه عاجز عن قبضه فتبين أن قبضه ممكن، صح في الأصح، ويحتمل أن يفرق بين من يعلم أن البيع يفسد بالعجز عن تسليم المبيع، وبين من لا يعلم ذلك (وإن ظن القدرة عليه صح) أي: مع الاعتراف بصحة الدعوى، لأنه اشترى منه ملكه الذي يقدر على تسليمه (ثم إن عجز عن ذلك فهو مخير بين فسخ الصلح) لأنه لم يسلم له المعقود عليه، فكان له الرجوع إلى بدله (وإمضائه) لأن الحق له كالرد بالعيب، وفي «المغني» و «الشرح» احتمال أنه إن تبين أنه لا يقدر على تسليمه، تبين أن الصلح كان فاسداً، لأن الشرط هو القدرة على قبضه، وهو معدوم حال العقد، فهو كما لو اشترى عبده، فتبين أنه كان أبقاً.

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 285

تنبيه: إذا قال أجنبي: أنا وكيل المدعي عليه في مصالحتك، وهو مقر لك في الباطن، فظاهر الخرقى أنه لا يصح، لأنه هضم للحق، وقال القاضي: يصح، ومتى صدقه المنكر ملك العين، ولزمه ما أدى عنه، وإن أنكر الوكالة، حلفه وبريء، وحكم ملكها في الباطن إن كان وكله، فلا يقدر إنكاره، وإن لم يوكله لم يملكها ويحتمل أن يقف على الإجازة، فإن قال الأجنبي للمدعي: قد عرف المدعي عليه صحة دعواك، وهو يسألك أن تصالحه عنه، وقد وكلني في المصالحة عنه، صح، وإن صالح عن المنكر بشيء، ثم أقام بينة أن المنكر أقر قبل الصلح بالملك للمدعي، لم يسمع، ولم ينقض الصلح، ولو شهدت بأصل

(5/193)

#### فصل

هذا شروع في الصلح عما ليس بمال (يصح الصلح عن القصاص) ولم يفرقوا بين إقرار وإنكار، قال في «المحرر» و «المغني»: يجوز عن قود وسكنى دار وعيب. وإن لم يجز بيع ذلك، لأنه لقطع الخصومة. وقال في «الفصول»: وإن القود له بدل وهو الدية كالمال، وذكره «المجد»، وقال: إن أراد بيعها من الغير، صح، ومنه قياس المذهب جوازه، فإنه بمعنى الصلح بلفظ البيع، وأنه يتخرج فيه كالإجارة بلفظ البيع، وأنه صرح به أصحابنا، بصحة الصلح عن المجهول بلفظ البيع في صبرة أتلغها جهلاً، ذكره القاضي (بديات) لأن الحسن والحسين وسعيد بن العاصي بذلوا للذي وجب له القصاص على هدبة بن خشرم سبع ديات، فأبى أن يقبلها، ولأن المال غير متعين، فلا يقع العوض في مقابلته (وبكل ما يثبت مهراً) قاله الأصحاب، لأنه يصح أسقاطه، فلأن يصح الصلح عليه من باب أولى، وإن جاوز الدية، ذكره في «المحرر» و «الفروع». وحاصله أنه يصح الصلح عن دم العمدة بدون دية، وأكثر إن وجب القود عينا، أو طلب الولي، وقلنا: يجب أحد شيئين، وفي «الترغيب» لا يصح على جنس الدية إن قيل: موجه أحد شيئين، ولم يختار، الولي شيئاً إلا بعد تعيين الجنس من إبل، أو غنم حذاراً من الربا، وظاهر كلامهم يصح حالاً ومؤجلاً، وذكره المجد.

(5/194)

فرع: إذا صالح عنه بعيد، فخرج مستحقاً، رجع بقيمته في قول الجميع، وكذا إن خرج حراً ومع جهالته كدار وشجرة تجب ديته، أو أرش الجرح، فإن علما بحريته أو كونه مستحقاً، رجع بالدية لبطلان الصلح بعلمهما، وإن صالح عن دار، فإن عوضه مستحقاً، رجع بها وقيل: بقيمته مع الإنكار، لأن الصلح بيع في الحقيقة بخلاف الصلح عن القصاص، فإنه ليس ببيع، وإنما يأخذ عوضاً عن القصاص. (ولو صالح سارقاً ليطلقه أو شاهداً ليكتم شهادته، أو شفيعاً عن شفيعته، أو مقذوفاً عن حده لم يصح الصلح) وفيه أمور. الأول: إذا صالح سارقاً ليطلقه، لم يصح، لأن الرفع إلى السلطان ليس حقا يجوز الاعتياض عنه، فلم يجز كسائر ما لا حق فيه، وكذا حكم الزاني والشارب. الثاني: إذا صالح ليكتم شهادته، لم يصح، لأن كتمانها حرام، لم يصح الاعتياض عنه، ويشمل صوراً منها أن يصلح على أن لا يشهد عليه بحق تلزمه الشهادة به، كدين آدمي، أو حق لله تعالى لا يسقط بالشبهة كالزكاة. ومنها أن يصلح على أن لا يشهد عليه بالزور، فهو حرام، كما لو صالحه على أن لا يقتله ولا يغصب ماله، ومنها أن يصلح على ألا يشهد عليه بما يوجب حد الزنى والسرقة، فلا يجوز الاعتياض في الكل. الثالث: إذا صالح الشفيع عن شفيعته، لم يصح، لأنها ثبتت لإزالة الضرر، فإذا رضى بالعوض تبين أن لا ضرر، فلا استحقاق، فيبطل العوض لبطلان معوضه، نقل ابن منصور: الشفيع لا تباع ولا توهب (و) حينئذ (تسقط



الشفعة) جزم به في «الوجيز» لما قلناه، وفيه وجه: لا تسقط، لأن فيها حقا لله تعالى، وأطلقهما في «المحرر» و«الفروع». الرابع: إذا صالح مقذوبا عن حده، لم يجزأ أخذ العوض عنه، كحد الزنى وإن قلنا: هو له، فليس له الاعتياض عنه، لأنه ليس بمال، ولا يؤول إليه بخلاف القصاص (وفي) سقوط (الحد) به (وجهان) مبنيان على أن حد القذف هل هو حق لله تعالى، فلا يسقط، أو له فيسقط بصلحه وإسقاطه كالقصاص، جزم به في «الوجيز».

(5/195)

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 289  
فرع: لا يصح الصلح بعوض عن خيار (وإن صالحه على أن يجري على أرضه أو سطحه ماء معلوما صح) لأن الحاجة داعية إلى ذلك، واشتراط العلم به، لأنه يختلف ضرره بكثرته وقلته، وطريق العلم إما بمشاهدة، وإما بمعرفة مساحته، فيقدر في الأرض بالفدان، وفي السطح كصغره، أو كبره، ويشترط معرفة الموضع الذي يخرج منه إلى السطح، لأن ذلك يختلف، فإن كان بعوض مع بقاء ملكه فإجارة، وإلا، فبيع. ولا يعتبر بيان عمقه، لأنه إذا ملك الموضع كان له إلى تخومه، ولا تعيين المدة، إذ العقد على المنفعة في موضع الحاجة من غير تقدير مدة جائزة كالنكاح. وفي «القواعد»: ليس بإجارة محضة لعدم تقدير المدة بل هو شبيه بالبيع. ودل على أنه لا يحدث ساقية في وقف، وذكره القاضي، وابن عقيل، لأنه لا يملكها كالمؤجرة، وجوز في «المغني» لأن الأرض له، ويتصرف فيها كيف شاء ما لم ينقل الملك، فدل أن الباب والخوخة ونحوهما لا يجوز في مؤجرة وفي موقوفة الخلاف، أو يجوز قولاً واحداً قال في «الفروع»: وهو أولى، والظاهر أنه لا تعتبر المصلحة وإذن الحاكم، بل عدم الضرر.

(5/196)

تنبيه: يحرم إجراء مائه في أرض غيره بلا إذنه، لتضرره، أو أرضه، وكزرعه في أرض غيره، وعنه: لا، لقول عمر رواه مالك والأول أقيس، لأنه موافق للأصول، وقول عمر خالفه محمد بن مسلمة. فعلى الثانية تعتبر الضرورة، جزم به في «الشرح» وقيل: مع الحاجة، ولو مع حفر، ونقل أبو الصقر: إذا أساح عينا تحت أرض، فانتهى حره إلى أرض لرجل أو دار، فليس له منعه من ظهر الأرض لا بطنها إذا لم يكن عليه مضرة، وفيه حديث الخشبة. (ويجوز أن يشتري ممرا في دار، وموضعا في حائط يفتحه بابا وبقعة يحفرها بثرا) لأن ذلك يجوز بيعها وإجارتها، فجاز الاعتياض عنها بالصلح كالدرج، وليس هذا خاصا بالدار، بل الأملاك كلها كذلك، ولو غير ممرا في ملكه لكان أولى، ويشترط أن يكون ذلك معلوما (و) يجوز أن يشتري (علو بيت يبني عليه بنيانا موصوفا) لأنه ملك للبايع، فجاز بيعه كالأرض. ومعنى «موصوفا» أي: معلوما. وظاهره أنه لا يجوز أن يحدث ذلك على الوقف. قال في «الاختيارات»: وليس لأحد أن يبني على الوقف ما يضر به اتفاقا، وكذا إن لم يضر به عند الجمهور (فإن كان البيت غير مبني، لم يجز في أحد الوجهين) ذكره القاضي وغيره لأنه بيع العلو دون القرار، فلم يجز كالمعدوم (وفي الآخر يجوز) جزم به في «المحرر» و«الوجيز»،

وصححه في «الفروع»، لأنه ملك للمصالح، فجاز له أخذ العوض عنه كالقرار. وشرطه (إذا وصف العلو والسفل) ليكون معلوما، ويصح فعل ذلك صلحا أبدا وإجارة مدة معلومة أيضا (وإن حصل في هوائه أغصان شجرة غيره فطالبه بإزالتها) أي: بإزالة أغصانها (لزمه ذلك) لأن الهواء تابع للقرار، فوجب إزالة ما يشغله من ملك غيره، كالدابة إذا دخلت ملكه، وطريقه إما القطع أوليه إلى ناحية أخرى. ولا فرق بين أن يكون خاصا به، أو له فيه شركة (فإن أبى فله) أي مالك الهواء (قطعها) ولو عبر بالإزالة كغيره لكان أولى، لأن ذلك إخلاء ملكه الواجب إخلاؤه، وظاهره أنه لا يفتقر إلى حكم بذلك، وصرح به

(5/197)

الأصحاب، لأنه أمكنه إزالتها بلا إتلاف، ولا قطع من غير سفه، ولا غرامة، فلم يجز له إتلافها كالبهيمة. فإن أتلفها في هذه الحال، غرمها، فإن لم يمكنه إزالتها إلا بالإتلاف، فله ذلك، ولا شيء عليه، لكن قيل لأحمد: يقطعه هو؟ قال: لا يقول لصاحبه حتى يقطع، ولا يجبر المالك على الإزالة، لأنه من غير فعله، فإن تلف بها شيء، لم يضمنه، قدمه في «الشرح». وذكر احتمالاً، وهو وجه: ضده (فإن صالحه عن ذلك بعوض لم يجز) قاله أبو الخطاب، سواء كان الغصن رطباً، أو يابساً، لأن الرطب يزيد ويتغير، واليابس ينقص، وربما ذهب كله، وقال القاضي، وجزم به في «الوجيز» إن كان الأغصان رطبة، لم يجز الصلح عنها لزيادتها في كل وقت بخلاف اليابسة. واشترط القاضي في اليابس أن يكون معتمداً على نفس الحائط، فإن كان في الهواء، فلا، لأنه تبع للهواء المجرد، وقال ابن حامد، وابن عقيل بجوازه مطلقاً، لأن الجهالة في المصالح عنه لا تمنع الجواز، لكونها لا تمنع التسليم بخلاف العوض، فإنه يفتقر إلى العلم به، لوجوب التسليم، وأيده في «المغني» وقال: هو اللائق بمذهب أحمد، لأن الحاجة داعية إلى ذلك لكثرتها في الأملاك المتجاورة، وفي القطع إتلاف وضرر، والزيادة المتجددة يعفى عنها كالسمن الحادث في المستاجر للركوب (وإن اتفقا على أن الثمرة له) أي: لمالك الهواء (أو بينهما جاز) لأن الصلح على الثمرة أو بعضها أسهل من القطع، ونقل المروزي واستحق أن أحمد سئل عن ذلك، فقال: لا أدري، قال في «المغني»: فيحتمل الصحة، لما روى مكحول مرفوعاً: «أبما شجرة ظلت على قوم، فهو بالخيار بين قطع ما ظلل، أو أكل ثمرها» ويحتمل عدمها، وقاله الأكثر، فإن الثمرة وجوهان مجهولان، ومن شرط الصلح العلم بالعوض (ولو يلزم) إذ لزومه يؤدي إلى ضرر مالك الشجرة، لتأبد استحقاق الثمرة عليه، أو إلى ضرر مالك الهواء، لتأبد بقاء الأغصان في ملكه.

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 289

(5/198)

فرع: ثمرة غصن في هواء طريق عام للمسلمين ذكره في «المبهبج». آخر: حكم عروق الشجرة إذا امتدت إلى أرض غيره كالغصن، سواء أثرت ضرراً لتأخرها في المصانع، وطى الآبار وأساسات الحيطان، أو لا، وقيل عنه: إنما

يثبت ذلك مع الضرر. (ولا يجوز أن يشرع إلى طريق نافذ جناحا) وهو الروشن على أطراف خشب مدفونة في الحائط (ولا ساباطا) وهو المستوفي للطريق كله على جدارين (ولا دكانا) لأنه تصرف في ملك غيره بغير إذنه كغير النافذ، ولا فرق بين أن يضر بالمارة أو لا، لأنه إذا لم يضر حالاً، فقد يضر مآلاً، أذن الإمام فيه أو لا، لأنه ليس له أن يأذن في ما لا مصلحة للمسلمين فيه لا سيما إذا احتمل أن يكون ضرارا عليهم في المال. فعلى هذا يضمن ما تلف به، والمذهب أنه يجوز ذلك في غير الدكان بإذن الإمام أو نائبه بلا ضرر، لأنه نائب عن المسلمين، فجرى إذنه مجرى إذنهم وفي «الفروع» جوزه الأكثر بإذن الإمام، وفي «الترغيب»: وأمكن عبور محمل، وقيل: ورمح قائما بيد فارس، ولم يعتبره أكثرهم، بل يكون بحيث لا يضر بالعمارات والمحامل.

(5/199)

---

فرع: حكم الميازيب والدكة كالجناح، وقد روي أن عمر اجتاز على دار العباس وقد نصب ميزابا إلى الطريق، فقلعه، فقال: تقلعه وقد نصبه رسول الله بيده فقال: والله لا ينصبه إلا على ظهري فانحنى حتى صعد على ظهره فنصبه ولأن العادة جارية به، وفي سقوط نصف الضمان بتأكل أصله وجهان. (ولا أن يفعل ذلك في ملك إنسان ولا درب غير نافذ إلا بإذن أهله) لأن المنع لحقهم، فإذا رضوا بإسقاطه، جاز، والاستثناء راجع إلى الجمل الأخيرة، لأن أهل الطريق النافذ جميع المسلمين، فالإذن من جميعهم غير متصور، فلا يجوز في الحكم عليه بالجواز (فإن صالح عن ذلك بعوض جاز في أحد الوجهين) قال أبو الخطاب، وجزم به في «الوجيز» وصححه في «الفروع» لأنه يجوز الصلح بغير عوض، فجاز أخذ عوضه كالقرار، وشرطه أن ما يخرج معلوم المقدار من الخروج والعلو. والثاني: لا يجوز، قاله القاضي، لأنه بيع للهواء، وظاهر التعميم، والمصرح به في كلام القاضي ونقله عنه في «الكافي» بأن المنع في الجناح والساباط، وأما الدكان، فلا يتأتى فيها العلة، لكونها تبنى على القرار، لا على هوائه. (وإذا كان ظهر داره في درب غير نافذ ففتح فيه بابا لغير الاستطراق جاز) لأن له رفع جميع حائطه، فبعضه أولى/ (ويحتمل أن لا يجوز) حكاة ابن عقيل لأن شكل الباب مع تقادم العهد ربما استدل به على حق الاستطراق، فيضر بأهل الدرب بخلاف رفع الحائط، فإنه لا يدل على شيء (وإن فتحه للاستطراق لم يجز) إذ لا حق له في الدرب الذي هو ملك غيره (إلا بإذنهم) لأن الحق لهم وقد رضوا بإسقاطه (في أحد الوجهين) هو متعلق بقوله: لم يجز لا المستثنى، والوجه الثاني: يجوز، لأنه يملك رفعه، والأول أولى، لأنه يجعل لنفسه حق الاستطراق في محل مملوك لغيره. وظاهره أنه يجوز فتحه في درب نافذ، لأنه يرتفق بما لم يتعين بملك أحد عليه لا يقال: فيه إضرار بأهل الطريق لجعله نافذا يستطرق إليه من الشارع، لأنه لا يصير الطريق نافذا، وإنما تصير

(5/200)

---

داره نافذة، وليس لأحد استطراقها (وإن صالحهم جاز) لأن ذلك حقهم، فجاز أخذ العوض عنه كسائر الحقوق (ولو أن بابه في آخر الدرب) أي: غير النافذ (ملك نقله إلى أوله) أي: بلا ضرر، لأنه ترك بعض حقه، لأن له الاستطراق إلى آخره. وفي «الترغيب» وقيل: لا محاذيا لباب غيره، وجزم به في «الوجيز». فعلى الأول إن أراد نقله إلى موضعه الأول كان له ذلك (ولم يملك نقله إلى داخل منه) وهو تلقاء صدر الزقاق (في أحد الوجهين) نص عليه، لأنه تقدم بابه إلى موضع الاستطراق له، ولم يأذن فيه من فوقه، وقيل: وأسفل منه، ويكون إغارة في الأشبه. وظاهر نقل يعقوب يجوز إن سد الأول، واختاره ابن أبي موسى. والثاني: الجواز، لأن له في الابتداء جعل بابه حيث شاء، فتركه له لا يسقط حقه منه.

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 289

(5/201)

فروع: الأول: إذا كان في الدرب بابان لرجلين أحدهما في أول الدرب، والآخر في داخله، فلصاحب الداخل تحويله حيث شاء، لأنه لا منازع له فيما يجاوز الباب الأول إذا قلنا ليس للقريب أن يقدمه إلى داخل، وعلى الثاني لكل منهما تقديمه، فإن كان في داخل الدرب باب لثالث، فحكم الأوسط كالأول. الثاني: إذا كان لرجل داران متلاصقتان، ظهر كل منهما إلى ظهر الأخرى بابهما في دربين مشتركين غير نافذ، جاز له رفع الحاجب بينهما، وجعلهما دارا واحدة فإن فتح بابا بينهما ليتمكن من التطرق إلى كلا الدربين، فقال القاضي: لا يجوز لأنه يثبت له حق الاستطراق في درب لا ينفذ من دار، ولم يكن فيها طريق وفي «المغني» الأشبه الجواز، لأن له رفع الحاجز فبعضه. الثالث: يحرم إحداثه في ملكه ما يضر بجاره، كحمام وتنور وكنيف، فإن فعل، فله منعه كابتداء إحيائه، وكدق وسقي يتعدى إليه بخلاف طبخه وخبزه، لأنه يسير. وعنه: ليس له منعه في ملكه المختص به ولم يتعلق به حق غيره، وكتعلية داره في ظاهر كلام المؤلف، ولو أفضى إلى سد الفضاء عن جاره، قاله الشيخ تقي الدين. وقد احتج أحمد بقوله عليه السلام: «لا ضرر ولا إضرار» فيتوجه المنع، قاله في «الفروع». (وليس له) أي: يحرم عليه أن يفتح في حائط جاره ولا الحائط المشترك روزنة ولا طاقا) لأنه انتفاع بملك غيره، وتصرف فيه بما يضره، وكذا يحرم عليه أن يغرز فيه وتدا، أو يحدث حائطا، وكذا يمنع من بناء سترة ذكره جماعة وحمل القاضي نصه: - يلزمه النفقة مع شريكه على السترة -: على سترة قديمة انهدمت، واختار في «المستوعب» وجوبها مطلقا على نصه. ويباح استناده إليه، وأسناد شيء لا يضره، لأنه لا مضرة فيه، والتحرز منه يشق، وفي «النهاية» في منعه احتمالان، وله الجلوس في ظلّه، ونظره في ضوء سراج. نقل المروزي: يستأذنه أعجب إلي، فإن منعه، حاكمه، ونقل جعفر: لا يستأذنه. قال الشيخ تقي الدين: العين والمنفعة التي لا قيمة لها

(5/202)

عادة لا يصح أن يرد عليها عقد بيع أو إجارة اتفاقاً (إلا بإذن صاحبه) لأن الحق له، فإن صالحه عن ذلك بعوض، جاز. (وليس له وضع خشبة عليه إلا عند الضرورة) فيجوز نص عليه، لما روى أبو هريرة أن النبي قال: «لا يمنعن جار جاره أن يضع خشبة على جداره» ثم يقول أبو هريرة: مالي أراكم عليها معرضين، والله لأرمنن بها بين أكتافكم. متفق عليه. وقيل: معناه: لأضعن جذوع الجيران على أكتافكم مبالغة. ولأنه انتفاع بحائط جاره على وجه لا يضر به، أشبه الاستناد إليه. وفي «المغني» و «الشرح» إنه يجوز لحاجة، نص عليه. ومحلّه ما لم يضر بالحائط، فإن أضر به، لم يجز بغير خلاف نعلمه، وإن أمكن وضعه على غيره، فقال أكثر الأصحاب: لا يجوز، وذهب ابن عقيل إلى جوازه للخبر (بأن لا يمكنه التسقيف إلا به) هذا تفسير للضرورة، وظاهره لا فرق بين أن يكون له حائط واحد أو حائطان، وصرح به في «المغني»، واشترط القاضي، و أبو الخطاب لجوازه أن يكون له حائط واحد، ولجاره ثلاثة، ورده في «المغني» و «الشرح» بأنه ليس في كلام أحمد، وإنما قال في رواية أبي داوود: لا يمنعه إذا لم يكن ضرر، وكان الحائط يبقى، ولأنه قد يمتنع التسقيف على حائطين إذا كانا غير متقاربين، أو كان البيت واسعاً يحتاج أن يجعل فيه جسراً، ثم يضع الخشب على ذلك الجسر. قال المؤلف: والأولى اعتباره بما ذكرنا، ولا فرق بين أن يكون لبالغ، أو يتيم عاقل أو مجنون. لا يقال: قياسه يجوز فتح الطاق ونحوه، لأن الخشب ينفع الحائط، ويمكنه بخلاف فتح الطاق، فإنه يضره (وعنه: ليس له وضع خشبة على جدار المسجد) نقلها أبو طالب، واختارها أبو بكر، و أبو محمد الجوزي، لأن القياس يقتضي المنع، ترك في حق الجار للخبر، فيبقى ما عداه على مقتضى القياس (وهذا تنبيه) أي خرج منها أبو الخطاب وجهاً (على أنه لا يضع على جدار جاره) لأنه إذا امتنع من وضعه على الجدار المشترك بين المسلمين وله فيه حق، فلأن يمنع من الملك المختص

(5/203)

بغيره أولى ويتأكد المنع بأن حق الله مبني على السهولة والمسامحة بخلاف حق الآدمي، فإنه مبني على الشح والضيق.  
رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 289  
مسائل: الأولى: إذا ملك وضع خشبة على حائط، فزال بسقوطه، أو قلعه، أو سقوط الحائط، ثم أعيد، فله إعادة خشبة عليه، لأن السبب المجوز لوضعه مستمر، فاستمر الاستحقاق. الثانية: إذا ملك وضع خشبة على جدار غيره لم يملك إجارته، ولا إعارته، لأنه إنما ملك ذلك للحاجة ولا حاجة هنا، فلو أراد مالك الجدار إجارته أو إعارته على وجه يمنع هذا المستحق لم يملكه، كما لو أراد هدم الحائط من غير حاجة. الثالثة: إذا أذن له المالك في وضع خشبة، أو البناء على جداره بعوض، جاز سواء كان إجارة في مدة معلومة، أو صلحا على وضعه على التأييد، ومتى زال، فله إعادته، ويحتاج أن يكون البناء معلوم العرض والطول والسّمك، والآلات من الطين واللين ونحوه. وإن كان في الموضع الذي يجوز له، لم يجز أن يأخذ عوضاً، لأنه يأخذ عوض ما يجب عليه بذله. الرابعة: إذا وجد خشبه أو بناءه أو مسيل مائه في حق غيره، فالظاهر وضعه بحق، فمتى زال، فله إعادته، لأن هذا الظاهر لا يزول حتى يعلم ما يخالفه.

(وإن كان بينهما حائط) مشترك (فانهدم فطالب أحدهما صاحبه ببنائه معه أجبر عليه) نقله الجماعة، وصححه القاضي، وقدمه في «المحرر» و «الفروع» وذكر أنه اختيار الأصحاب، لقوله عليه السلام: «لا ضرر ولا إضرار»، وكنقصه عند خوف سقوطه وكالقسمة (وعنه: لا يجبر) اختاره أبو محمد الجوزي، والمؤلف وقال: هو أقوى في النظر، لأنه ملك لا حرمة له في نفسه، فلم يجبر مالكة على الإنفاق عليه، كما لو انفرد، وفارق القسمة، لأنها لدفع الضرر عنهما بما لا ضرر فيه والبناء فيه ضرر، لما فيه من الغرامة، والضرر لا يزول بمثله، وقد يكون الممتنع لا نفع له في الحائط، أو يكون الضرر عليه أكثر من النفع، أو يكون معسراً. وجوابه بأن عدم حرمة

(5/204)

---

الملك إن لم يوجب، فحرمة شريكه الذي يتضرر بترك البناء موجب، وفارق البناء المفرد من حيث إنه لا يفوت به حق، ولا يتضرر به. وقولهم: الضرر لا يزال بالضرر مدفوع بما روى أبو حفص العكبري عن أبي هريرة مرفوعاً: «من حق الجار أن لا يرفع البنيان على جاره ليسد عليه الريح» وقولهم: قد يكون الممتنع إلى آخره ينتقض بوضع خشبه عليه. وأما المعسر، فلا قائل بإلزامه معها (لكن) عليها (ليس له منعه من بنائه) لأن له حقا في الحمل ورسمًا في الحائط، فلا يجوز منعه منه (فإن بناه بالته فهو بينهما) على الشركة كما كان، لأن الثاني إنما أنفق على الانتفاع على التأليف، وذلك أثر لا عين فملكها، وحينئذ فليس له منع شريكه من الانتفاع به قبل أخذ نصف تأليفه في الأشهر، كما ليس له نقضه، وصرح به في «النهاية» وقيل: يملك منعه حتى يؤدي ما يخصه من الغرامة، وأبداه ابن المنجا بحثاً من عنده، وحكى الأول عن الأصحاب، ثم قال: وفيه نظر، وينبغي أن يؤدي إلى آخره إذ لو لم يكن كذلك لأدى إلى ضياع حق الشريك، ولأنه إذا أجبر على العمل، فكذا يجبر على وزن أجرة البناء كما يجبره على وزن الآلات (وإن بناه بألة من عنده فهو له) لأنه ملكه (وليس للآخر الانتفاع به) قبل أداء ما وجب عليه، لأنه تصرف في ملك غيره بغير إذنه، وحينئذ، فله منعه من رسم طرح خشب حتى يدفع نصف قيمة حقه. وعنه ما يخصه من غرامة، لأنه نائبه معني، ويلزمه قبولها، فإن أراد نقضه، فليس له ذلك إذا بناه بألة فقط، وإن أراد غير الباني نقضه، ولم يملكه مطلقاً وله طلب نفقته مع الإذن. وفيه بنية رجوع على الأولى الخلاف (فإن طلب ذلك) أي: الانتفاع (خير الباني بين أخذ نصف قيمته منه) لأن في ذلك جمعا بين الحقين (وبين أخذ ألته) لما في ذلك من استيفاء الحق.

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 289

(5/205)

---

فرع: لو بنيا جدارا بينهما نصفين، والنفقة كذلك على أن ثلثه لواحد، وباقيه للآخر، وأن كلاً منهما يحمله ما احتاج، لم يصح، فلو وصفا الحمل، فوجهان، فإن لم يكن بين ملكهما حائط، فطلب أحدهما من الآخر بناء حاجز، لم يجبر الآخر عليه رواية واحدة، فإن أراد البناء وحده كان له ذلك في ملكه خاصة. (وإن كان

بينهما نهر أو بئر أو دولاب أو ناعورة أو قناة واحتاج إلى عمارة ففي إجبار الممتنع روايتان) أشهرهما الأجار، وجزم به في «الوجيز» بناء على الحائط المنهدم (وليس لأحدهما منع صاحبه من عمارته) كالحائط (وإذا عمره، فالماء بينهما على الشركة) لأن العامر ليس فيه عين، بل أثر، فيجب أن يعود بينهما على ما كان ودل ذلك على أنه إذا أنفق عليه، لم يكن له منع الآخر من نصيبه من الماء، لأنه ينبع من ملكهما، وإنما أثر أحدهما في نقل الطين منه. تنبيه: إذا كان سطح أحدهما أعلى، فليس له الصعود على سطحه على وجه يشرف على جاره، ويلزمه بناء سترة تمنع مشارفة الأسفل، نقله ابن منصور وقيل: ويشاركه كاستوائهما. وإذا اتفقا على بناء حائط بستان، فبناه أحدهما، فما تلف من الثمرة بسبب إهمال الآخر، ضمن نصيب شريكه، ذكره الشيخ تقي الدين، وفي إجبار الممتنع لبناء السفلى بطلب الآخر روايات، الثالثة وهي أشهر: ينفرد صاحبه به، وعنه: يشاركه صاحب العلو، فيجبر على مساعدته والبناء معه، وهو قول أبي الدرداء، لأنه حائط يشتركان في الانتفاع به، أشبه الحائط بين ملكهما. ومن له طبقة ثالثة في اشتراك الثلاثة في بناء السفلى، ثم الاثنان في الوسط الروايتان، فإن بناء الأعلى، ففي منعه الأسفل من الانتفاع بالعرضة قبل أخذ القيمة احتمالان.  
رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 289

(5/206)

## كتاب الحجر

هو في اللغة: المنع و التصيق، ومنه سمي الحرام حجراً، قال الله تعالى: {ويقولون حجراً محجوراً} (الفرقان: 22) أي: حراماً محرماً، وسمي العقل حجراً، لأنه يمنع صاحبه من ارتكاب ما يقيح، وتضر عاقبته. وهو في الشرع: منع خاص، أي: منع الانسان من التصرف في ماله، والأصل في مشروعيته قوله تعالى: {ولانؤتوا السفهاء أموالكم} (النساء: 5) أي: أموالهم، لكن أضيفت إلى الأولياء، لأنهم قائمون عليها مدبرون لها وقوله تعالى: {وابتلوا اليتامى} (النساء: 6) الآية، وإذا ثبت الحجر على هذين، ثبت على المجنون من باب أولى.

(وهو على ضربين حجر لحق الغير) أي: لغير المحجور عليه كالمفلس والمريض، والزوجة بما زاد على الثلث في تبرع على رواية، والعبد والمكاتب، والمشتري ماله في البلد، أو قريب منه بعد تسليمه المبيع، والراهن، والمشتري بعد طلب شفيح. وضرب لحقه، كالصغير والمجنون والسفيه (نذكر منه هاهنا الحجر على المفلس) أي: لحق الغرماء، فالمفلس: المعدم، ومنه الخبر المشهور «من تعدون المفلس فيكم؟ قالوا: من لا درهم له ولا متاع، قال: ليس ذلك المفلس، ولكن المفلس من يأتي يوم القيامة بحسنات أمثال الجبال، ويأتي وقد ظلم هذا، وأخذ من عرض هذا، فيأخذ هذا من حسناته، وهذا من حسناته، فإن بقي عليه شيء أخذ من سيئاتهم، فرد عليا، ثم طرح في النار» رواه مسلم بمعناه فقولهم ذلك إخبار عن حقيقة المفلس، لأنه عرفهم ولغتهم. وقوله: ليس ذلك المفلس يجوز لم يرد به نفي الحقيقة، بل أراد فلس الآخرة، لأنه أشد وأعظم حتى إن فلس الدنيا عنده بمنزلة الغني، ومنه قولهم:

أفلس بالحجة: إذا عدمها، وقيل: هو من قولهم: ثمر مفلس: إذا خرج منه نواه، فهو خروج الإنسان من ماله. فحجر الفليس منع حاكم من عليه دين حال يعجز عنه ماله الموجود من التصرف فيه، والمفلس: من لا مال له، ولا ما يدفع به حاجته، وعند الفقهاء من دينه أكثر من ماله.  
رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 305

(5/207)

(ومن لزمه دين مؤجل لم يطالب به قبل) حلول (أجله) لأنه لا يلزمه أداؤه قبل الأجل، ومن شرط المطالبة لزوم الأداء (ولم يحجر عليه من أجله) لأن المطالبة لا تستحق، فكذا الحجر (فإن أراد سفيراً يحل الدين قبل مدته) أي: قبل قدومه (فلغريمه منعه) لأن عليه ضرراً في تأخير حقه عن محله (إلا أن يوثقه برهن) يجوز (أو كفيل) مليء، لزوال الضرر إذن (وإن كان لا يحل قبله ففي منعه روايتان) إحداهما له منعه، قال في «المغني»: هو ظاهر كلام أحمد، وقدمه في «المحرر»، وجزم به في «الوجيز» وصححه في «الفروع» لأن قدومه عند المحل غير متيقن ولا ظاهر، فملك منعه إلا بوثيقة والثانية: لا يملك منعه، وهي ظاهر الخرقى، لأن هذا السفر ليس بأمانة على منع الحق في محله، فلم يملك منعه منه كالسفر القصير، والمذهب أنهما في غير جهاد متعين، زاد في «الشروع»: وأمر مخوف، لأن في ذلك تعريضاً لفوات النفس، فلا يأمن من فوات الحق، فلو أحرم به، لم يملك تحليله. وقال الشيخ تقي الدين: وله منع عاجز حتى يقيم كفيلاً بدينه، ووجهه في «الفروع» (وإن كان حالاً) وهو عاجز عن وفاء بعضه، حرم مطالبته والحجر عليه وملازمته (و) إن كان (له مال يفي به) أي: بدينه الحال (لم يحجر عليه) لعدم الحاجة إلى ذلك، لأن الغرماء يمكنهم المطالبة بحقوقهم في الحال (ويأمره الحاكم بوفائه) أي بعد الطلب لأن الغرماء إذا طلبوا ذلك منه، تعين عليه لما فيه من فصل القضاء المنتصب له، والمذهب يجب إذن على الفور، ويمهل بقدر ذلك اتفاقاً، لكن إن خاف غريمه منه، احتاط بملازمته أو كفيل، أو ترسيم عليه، قاله الشيخ تقي الدين (فإن أبى حبسه) لما روى لما روى عمرو بن الشريد، عن أبيه، عن النبي قال: «لي الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته» رواه أحمد، وأبو داود، وغيرهما. قال أحمد: قال وكيع: عرضه: شكواه، وعقوبته: حبسه وليس لحاكم إخراجه حتى يتبين له أمره، أو يبرئه غريمه، فإذا صح عند الحاكم عسرتة، أخرجها، ولم يسعه حبسه، فإن أصر على عدم

(5/208)

الوفاء مع القدرة، ضرب ذكره في «المنتخب» وغيره، قال في «الفصول» وغيره: يحبسه، فإن أبى عزره قال: ويكرر حبسه وتعزيره حتى يقضيه، قال الشيخ تقي الدين: لا أعلم فيه نزاعاً، لكن لايزاد كل يوم على أكثر التعزير إن قيل: يتقدر.  
فائدة: روى البخاري من حديث أبي موسى الحبس على الدين من الأمور المحدثة، وأول من حبس عليه شريح، وكان الخصمان يتلازمان قال ابن



هيرة»: فأما الحبس الآن على الدين، فلا أعرف أنه يجوز عند أحد من المسلمين، وأنا على إزالته حريص. ورد بأن الحبس عليه مذهب مالك والشافعي، والنعمان وأبي عبيد، وعبيد الله بن الحسن وغيرهم (فإن أصر) على الحبس ولم يقض الدين (باع) الحاكم (ماله وقضى دينه) لما روى كعب بن مالك أن النبي «حجر على معاذ ماله، وباعه في دين كان عليه». رواه الخلال، والدارقطني من رواية إبراهيم بن معاوية، وقد ضعف. ورواه الحاكم، وقال على شرطهما. وظاهره يجب، نقل حرب: إذا تقاعد بحقوق الناس يباع عليه، ويقضى، وقال الشيخ تقي الدين: لا يلزمه ذلك، وهو ظاهر ما قدمه في «الفروع».

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 305

(5/209)

فرع: إذا مطله بحقه أحوجه إلى الشكاية، فما غرمه بسبب ذلك فعلى المماطل (وإن ادعى الإعسار وكان دينه عن عوض كالبيع والقرض أو عرف له مال سابق) زاد جماعة: والغالب بقاءه (حبس) لأن الأصل بقاء ماله، وحبسه وسيلة إلى قضاء دينه كالمقر بيساره، وكذا إذا لزمه عن غير مال كالضمان، وأقر بالملاءة، فيقبل قول غريمه: إنه لا يعلم عسرتة بدينه (إلى أن يقيم بينة على نفاذ ماله) أي: تلفه، وتقبل البينة من أهل الخبرة الباطنة وغيرها، لأن التلف يطلع عليه (أو إعساره) لأن البينة تظهر عسرتة، فوجب اعتبارها، وحينذ لا يجوز حبسه، ويجب إنظاره، ولا تحل ملازمته، لقوله تعالى: {وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة} (البقرة: 280) وتعتبر البينة به أن يكون من أهل الخبرة الباطنة، ذكره في «المغني» و«الشرح» (وهل يحلف معها) أي: مع البينة أنه معسر (على وجهين) أحدهما: لا يحلف وهو ظاهر كلام حمد، قال القاضي: سواء شهدت بتلف المال، أو الإعسار، لأنها بينة مقبولة، فلم يستحلف معها، كما لو شهدت بأن هذا عبده. والثاني: بلى، وذكره ابن أبي موسى عن أصحابنا لاحتمال أن يكون له مال باطن خفي على البينة، والمذهب كما قطع به الشيخان، وصححه في «الرعاية» و«الفروع» أنها إن شهدت بالتلف فطلب منه اليمين على عسرتة، لزمه ذلك، لأن اليمين على أمر محتمل خلاف ما شهدت به البينة، وإن شهدت بالإعسار، فلا، لما فيه من تكذيب البينة. تنبيه: ظاهر كلامهم أنه متى توجه حبسه، حبس ولو كان أجيراً في مدة الإجارة أو امرأة مزوجة، لأن الإجارة والزوجية لا تمنع من الحبس إن قيل به. وذكر الشيخ تقي الدين فيما إذا كان المدعي امرأة على زوجها، فإذا حبس، لم يسقط من حقوقه عليها شيء قبل الحبس، بل يستحقه عليها كحبسه في دين غيره فله إلزامها بملازمة بيته، فإن خاف أن تخرج منه بلا إذنه، فله أن يسكنها حيث لا يمكنها الخروج، كما لو سافر عنها.

(5/210)

(وإن لم يكن كذلك) أي: لم يكن دينه عن عوض كأرش جناية، أو قيمة متلف، أو مهر، أو عوض خلع، أو ضمان، ولم يقر بالملاءة، ولم يعرف له مال

سابق (حلف) أنه لا مال له (وخلي سبيله) لأن الأصل عدم المال. قال ابن المنذر: الحبس عقوبة، ولا نعلم له ذنباً يعاقب به، والأصل عدم ماله بخلاف من علم له مال، فإنه يحبس حتى يعلم ذهابه. وفي «الترغيب» يحبس إلى ظهور إعساره. وفي «البلغة» إلى أن يثبت، وظاهر الخرقى يحبس في الحالين والمذهب ما تقدم.

مسألة: يحرم أن يحلف معسر لاحق عليه، ويتأول، نص عليه. ومن سئل عن غريب، وطن إعساره، شهد.

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 305

فائدة: قال أحمد: ثنا عفان، ثنا عبد الوارث، ثنا محمد بن جحادة، عن سليمان بن بريدة، عن أبيه أن النبي قال: «من أنظر معسراً، فله بكل يوم مثله صدقة قبل أن يحل الدين، فإذا حل الدين، فأنظره، فله بكل يوم مثليه صدقة» إسناده جيد (وإن كان له مال لا يفي بدينه) أي: الحال، ولا كسب له، ولا ما ينفق منه غيره أو خيف تصرفه فيه (فسأل غرماً، الحاکم الحجر عليه، لزمته إجابته)، لأنه عليه السلام حجر على معاذ لما سأله غرماً، والأصح إن طلب البعض كالكل، وظاهره أنه لا يحجر عليه من غير سؤال الغرماء، لكن لو طلبه المفلس وحده، فوجهان، المذهب لا يلزمه إجابته (ويستحب إظهاره) أي: إظهار الحجر عليه (والإشهاد عليه) لأن في ذلك إعلماً للناس بحاله، فلا يعامله أحد إلا على بصيرة، وليثبت عند حاكم آخر، فلا يحتاج إلى ابتداء حجر ثان، وهل للحاكم أن يشفع في إسقاط بعض الدين؟ على روايتين.

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 305

فصل

(5/211)

(ويتعلق بالحجر عليه أربعة أحكام: أحدها تعلق حق الغرماء بماله) لأنه لو لم يكن كذلك، لما كان في الحجر عليه فائدة، ولأنه يباع في ديونهم، فكانت حقوقهم متعلقة به كالرهن ( فلا يقبل إقراره عليه) لأن حقوق الغرماء متعلقة بأعيان ماله، فلم يقبل الإقرار عليه، كالعين المرهونة ( ولا يصح تصرفه فيه) لأنه محجور عليه بحكم الحاكم، أشبه السفينة، ومرادهم بالتصرف إذا كان مستأنفاً فإن كان غير مستأنف، كرد يعيب قبل الحجر وفسخه بالخيار المشترط قبل الحجر، نفذ، ولا يتقيد بالأحظ في أصح الوجهين، قاله في «البلغة» (إلا العتق على إحدى الروايتين) كالتيدير، اختارها أبو بكر، لأنه عتق من مالك، فنفذ كالأهنة، لأن الشارع متشوف إليه، ولذلك صح معلقه، وكمل مبعوضه زاد في «المستوعب» وصدقه بيسير، والثانية: لا ينفذ، اختارها أبو الخطاب في «رؤوس المسائل» وصحها في «المغني» و«الشرح»، وهي المذهب لأنه ممنوع من التبرع لحق الغرماء، فلم ينفذ عتقه كالمريض الذي يستغرق بدينه ماله، ولأن الحاكم لم ينشئ الحجر إلا للمنع من التصرف، وفي صحة العتق إبطال لذلك. وعلم من ذلك أن تصرفه في ملكه بالبيع ونحوه قبل الحجر عليه صحيح، نص عليه، لأنه رشيد غير محجور عليه، ولأن سبب المنع الحجر، فلا يتقدم سببه، وفيل: لا ينفذ، واختاره الشيخ تقي الدين. وعنه: له منع ابنه من تصرفه في ماله إن أضره. وعلى الأول يحرم إن أضر بغريمه ذكره الآدمي البغدادي.

فرع: لو أكرى جملًا بعينه أوداراً، لم يفسخ بالفلس، والمكثري أحق بها حتى تنقضي مدته.  
آخر: يكفر هو وسفيه بصوم، فإن فك حجره قبل تكفيره وقدر، كفر بغيره.

(5/212)

---

( وإن تصرف في ذمته بشراء أو ضمان أو إقرار، صح) لأنه أهل للتصرف،  
فالحجر متعلق بماله، لا بذمته منه، فوجب صحة تصرفه في ذمته عملاً بأهليته  
السالمة عن معارضة الحجر) ويتبع به بعد فك الحجر عنه، لأنه حق عليه لم  
يتعلق بماله قبل فك الحجر لحق الغرماء، فوجب أن يتبع به بعد فك الحجر عنه  
لزوال العارض، وليس لأرباب هذه الحقوق مشاركة الغرماء، لأن من علم  
بفلسه وعامله، فقد رضي بالتأخير، ومن لم يعلم، فقد فرط، أما إن ثبت عليه  
حق بينة شارك صاحبه الغرماء، لأنه دين ثابت قبل الحجر عليه، أشبه ماله  
شهد به قبل الحجر) وإن جنى) المفلس (شارك المجني عليه الغرماء) لأن  
حقه ثبت على الجاني بغير اختيار من له الحق، ولم يرض بتأخيره كما قبل  
الحجر عليه، وحكم الجناية إذا كانت موجبة للقصاص، وصولح على مال حكم  
الجناية الموجبة للمال ابتداء. لا يقال: أرش الجناية هنا يقدم على الغرماء، كما  
تقدم جناية العبد المرهون على حق المرتهن، لأن دين الجناية والغرماء يتعلق  
فيهما بالذمة بخلاف جناية العبد المرهون، فإنها متعلقة بالعين تفوت  
بفواتها) وإن جنى عبده قدم حق المجني عليه بثمنه) لأن حقه تعلق بالعين،  
فيقدم على من تعلق حقه بالذمة، كما يقدم حق المرتهن بثمن الرهن على  
الغرماء، ولأن حق المجني عليه يقدم على المرتهن، فأولى أن يقدم على حق  
الغرماء.

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 311

مسألة: إذا وجب له قود، فله أخذه، وتركه مجاناً، نص عليه. وما أخذه، أو عفا  
عنه، فللغرماء أخذه، وكذا لو عفا، مطلقاً، وقلنا الواجب بقتل العمدة أحد  
شئئين.

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 311

فصل

(5/213)

---

(الثاني: أن من وجد عنده عينا باعها إياه فهو أحق بها) روي عن علي وعمار  
وأبي هريرة، لحديث أبي هريرة أن النبي قال: «من أدرك متاعه عند إنسان  
أفلس، فهو أحق به» متفق عليه قال أحمد: لو أن حاكماً حكم أنه أسوة  
الغرماء، ثم رفع إلى رجل يرى العمل بالحديث، جاز له نقض حكمه ذكره في «  
المغني» و«الشرح» ويحتمل أن لا ينقض، وحينئذ البائع بالخيار بين الرجوع  
فيها، وبين أن يكون أسوة الغرماء، وسواء كانت السلعة مساوية لثمنها أو لا.  
وظاهره لا يفتقر الفسخ إلى حكم حاكم، لثبوته بالنص كفسخ المعتقة وقيل:  
بل بناء على تسويغ الاجتهاد، وهو على التراخي كالرجوع في الهبة، وقيل: على  
الفور، نصره القاضي كخيار الشفعة، وهما مبنيان على الروايتين في الرد

بالعيب قاله في «الشرح» فلو بذل الغرماء الثمن لصاحب السلعة، لم يلزمه قبوله، نص عليه، فإن دفعوا الثمن إلى المفلس، فبذله للبائع، لم يكن له الفسخ، لأنه زال العجز عن تسليم الثمن، فزال ملك الفسخ، كما لو أسقط الغرماء حقهم. وفيما إذا باعه بعد حجره في ذمته، وتعدر الاستيفاء، أقوال ثلثها: له خيار الفسخ إذا كان جاهلاً به، وهو ظاهر كلام جماعة، لأن العالم دخل على بصيرة بخراب الدّمة، كما لو اشترى معيماً يعلم عيبه، بخلاف الجاهل، ويستثنى من ذلك ما إذا كان المبيع صيداً، والبائع محرم، فإنه لا يملك الرجوع فيه، كما لو اشتراه. وظاهره اختصاص هذا الحكم بالبيع، وليس كذلك فلو اقترض مالاً، ثم أفلس، وعين المال قائمة، فله الرجوع فيها، أو أصدق امرأة عينا، ثم انفسخ نكاحها بسبب من جهتها يسقط صداقها، إن طلقها قبل الدخول، فاستحق الرجوع في نصفه وقد أفلس، ووجد عين ماله، فهو أحق به، وظاهره أنه لا رجوع لورثة البائع لظاهر الخبر، والأصح أنه يثبت لهم (بشرط أن يكون المفلس حياً) إلى أخذها، لما روى أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام أن النبي قال: «أبما رجل باع متاعاً، فأفلس الذي ابتاعه، ولم يقبض الذي باعه»

(5/214)

من ثمنه شيئاً، فوجد متاعه بعينه، فهو أحق به، وإن مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء» رواه مالك، وأبو داود مرسلًا، ورواه أبو داود مسنداً من حديث إسماعيل بن عياش، عن الزبيدي، عن الزهري، عن أبي بكر، عن أبي هريرة قال أبو داود: وحديث مالك أصح، فعلى هذا: البائع أسوة الغرماء، سواء علم بفلسه قبل الموت، فحجر عليه، ثم مات، أو مات

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 313

فتبين فلسه، ولأن الملك انتقل عن المفلس إلى الورثة، أشبه ما لو باعه، وعنه: له الرجوع، لما روى عمر بن خلدة قال: أتينا أبا هريرة في صاحب لنا قد أفلس، فقال: لأقضين فيكم بقضاء رسول الله: «من أفلس، أو مات، فوجد رجل متاعه بعينه، فهو أحق به» رواه أبو داود. وجوابه بأنه مجهول الإسناد، قاله ابن المنذر، وهذا الشرط لم يذكره في «التلخيص» و«البلغة» (ولم ينقد من ثمنها شيئاً) ولا أبريء من بعضه، فإن كان قد نقد من ثمنها، أو أبريء منه، فهو أسوة الغرماء لأن في الرجوع في قسط ما بقي تبيعاً للصفقة على المشتري، وإضراراً له. لا يقال: لا ضرر فيه، لكون مال المفلس يباع ولا يبقى، لأن الضرر متحقق مع البيع، فإنه لا يرغب فيه كالرغبة منفرداً، فينقص ثمنه، فيتضرر المفلس والغرماء، ولأنه سبب يفسخ به البيع، فلم يجز مع تشقيصه، كالرد بالعيب (والسلعة بحالها لم يتلف بعضها) للخبر، فلو ذهب بعض أطراف العبد، أو عينه، أو بعض الثوب، أو انهدم بعض الدار، أو تلفت الثمرة فيما إذا اشترى شجراً مثمراً لم تظهر ثمرته، قاله في «والشرح» فهو أسوة الغرماء، لأنه لم يجدها بعينها، إذ الشارع جعله شرطاً في الرجوع، ولا فرق بين أن يرضى بالموجود بجميع الثمن، أو يأخذه بقسطه منه، لأنه فات شرط الرجوع. فإن باع بعضه أو وهبه أو وقفه، أو خلطه بغيره على وجه لا يتميز كزيت بمثله، فهو كتلفه، وظاهره ولو كان المبيع عينين. وفيه روايتان، إحداهما ونقلها أبو طالب: لا رجوع، بل هو أسوة

الغرماء، لأنه لم يجد المبيع بعينه، والثانية: بلى، نقلها الحسن بن ثواب، وقدمها في «المحرر» لأن السالم من المبيع وجده بعينه، فيدخل في العموم. وحينئذ يأخذ الباقي بقسطه من الثمن، وعليها يفرق بينها وبين ما إذا قبض بعض الثمن لأن المقبوض من الثمن مقسط على المبيع، فيقع القبض من ثمن كل واحدة من العينين، وقبض شيء من ثمن ما يريد الرجوع فيه مبطل له بخلاف التلف، فإنه لا يلزم من تلف أحد العينين تلف شيء من العين الأخرى (ولم تتغير صفتها بما يزيل اسمها كنسج الغزل وخبز الدقيق) وجعل الزيت صابوناً، والخشبة باباً، والشريط إبراً ونحو ذلك، لأنه لم يجد متاعه بعينه فلم يكن له الرجوع كالتلف، وكما لو كان نوى، فنبت شجراً، قاله ابن المنجا وفيه شيء، فإنهم اختلفوا في الحب إذا صار زرعاً وبالعكس، والنوى إذا نبت شجراً، والبييض إذا صار فراخاً، فذهب القاضي، وصاحب «التلخيص» أنه لا يسقط الرجوع، لأن الخارج هو نفسه، والأشهر عندنا أنه لا يملك الرجوع، كما هو ظاهر كلام المؤلف، ودخل في كلامه ما لو كان المبيع أمة بكرًا، فوطئها المشتري أنه لا رجوع له، لما ذكرنا، وفيه وجه بلى كالرد بالعيب في الأصح، ووطئ غيره كهو (ولم يتعلق بها حق) للغير (من شفعة) وجزم به المحققون، لأن حقه أسبق، لكونه ثبت بالبيع، والبائع حقه ثبت بالحجر وما كان أسبق، فهو أولى. وقال ابن حامد: للبائع أخذه لعموم الخبر. وفي ثالث: إن طالب بها، فهو أحق لتأكد حقه بالمطالبة وإلا فلا (أو جناية) فإن كان المبيع عبداً، فجنى، ثم أفلس المشتري، فالمذهب أن البائع أسوة الغرماء، لأن الرهن يمنع الرجوع وحق الجناية مقدم عليه، فأولى أن يمنع. والثاني: لا يمنع، لأنه حق يمنع تصرف السيد بالبيع وغيره، فلا يمنع الرجوع، كما لو ثبت في ذمته دين. فعلى هذا يخير إن شاء رجع فيه ناقصاً بأرش الجناية، وإن شاء ضرب بثمنه مع الغرماء، وقيل: ما نقص من قيمته، رجع بقسطه من ثمنه (أو رهن) بغير خلاف

لعلمه للخبر، ولأن المفلس عقد قبل الفلاس عقداً منع نفسه من التصرف، فلم يملك الرجوع، كما لو وهبه، ولأن في الرجوع إضراراً بالمرتهن، والضرر لا يزال بمثله، فإن كان دين المرتهن دون قيمة الرهن، بيع كله، فقضى منه دينه، وباقيه يرد على مال المفلس، فإن بيع بعضه، فباقيه يشترك فيه الغرماء، وقال القاضي: يرجع فيه البائع، لأنه عين ماله، فلو كان المبيع عينين، فرهن إحداهما، فهل يملك البائع الرجوع في الأخرى؟ على وجهين بناء على الروايتين فيما إذا تلفت إحداهما (ونحوه) كالعتق.  
رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 313

مسألة: إذا أفلس بعد خروجه من ملكه بوقف ونحوه، فلا رجوع له، فإن أفلس بعد رجوعه إلى ملكه، فأوجه ثالثها إن عاد إليه بفسخ كإقالة، فله الرجوع لا إذا عاد بسبب جديد، لأنه لم يصل إليه من جهته، فلو اشتراها ثم باعها، ثم اشتراها فقيل: البائع الأول أولى لسبقه، وقيل: يقرع (ولم تزد زيادة متصلة كالسمن وتعلم صنعة) هذا اختيار الخرقى، وقاله في «الإرشاد» و«الموجز»، لأن الرجوع فسخ بسبب حادث، فلم يملك به الرجوع في عين المال الزائد زيادة متصلة، كفسخ النكاح بالإعسار، أو الرضاع. (وعنه: أن الزيادة لا تمنع الرجوع) هذا هو المنصوص عن أحمد، وهو المذهب، لعموم الخبر، ولأنه فسخ لا يمنع منه الزيادة المنفصلة، فكذا المتصلة، كالرد بالعيب، وفارق الرد هنا الرد بالفسخ بالإعسار، أو الرضاع من حيث إن الزوج يمكنه الرجوع في قيمة العين، فيحصل له حقه تاماً، وها هنا لا يمكن البائع الرجوع في جميع الثمن لمزاحمة الغرماء، فلا يحصل له حقه تاماً ونصر في «المغني» و«الشرح» الأول. (فأما الزيادة المنفصلة) كالولد والثمرة (والنقص بهزال أو نسيان صنعة فلا يمنع الرجوع) بغير خلاف بين أصحابنا، قاله في «الشرح» وفيه شيء، لأن البائع وجد عين ماله، فكان أحق به، بخلاف المتصلة، وقيل: يمنع، وحكاه في «الموجز» و«التبصرة» رواية كالمتصلة، وعلى الأول لا فرق بين أن ينقص بالزيادة أو لا إذا كان على صفته (والزيادة للمفلس) في ظاهر الخرقى، وقاله القاضي/ وابن جامد، وصححه في «المغني» و«الشرح»، وجزم به في «الوجيز»، لأنها زيادة حصلت في ملكه، فكانت له يؤيده «الخراج بالضمان» (وعنه: للبائع) نص عليه، وهو الأشهر، لأنها زيادة، فكانت للبائع كالمتصلة، وحكاه في «المغني» قولاً لأبي بكر، وأنه أخذه من قول أحمد في ولد الجارية، ونتاج الدابة وقياسهم على المتصلة غير صحيح، لأنه يتبع في الفسوخ والرد بالعيب بخلاف المنفصلة. قال في «المغني»: ولا ينبغي أن يقع في هذا خلاف لظهوره، وأما

(5/218)

نقص المال بذهاب صفة مع بقاء عينه، فلا يمنع، لأن فقد الصفة لا يخرج عن كونه عين ماله، لكن يتخير بين أخذه ناقصاً بجميع حقه، وبين أن يضرب مع الغرماء بكامل ثمنه، لأن الثمن لا يتقسط على صفة السلعة من سمن وهزال وعلم ونحوه، فيصير كنقصه لتغير الأسعار. (وإن صيغ الثوب أو قصره) أولت السوق بزيت (لم يمنع الرجوع) ذكره الأصحاب، لأن العين قائمة مشاهدة لم يتغير اسمها ولا صفتها (والزيادة للمفلس) لأنها حصلت بفعله في ملكه، فيكون شريكاً للبائع بما زاد عن قيمة الثوب والسوق، وإن حصل نقص فعلى المفلس، لكن إن نقصت قيمتهما، فيخير البائع بين أخذهما ناقصين ولا شيء له، وبين تركهما وهو أسوة الغرماء، لأن هذا نقص صفته، فهو كالهزال، وقيل: لا رجوع إن زادت القيمة، لأنه اتصل بالمبيع زيادة للمفلس فمنعت الرجوع كالسمن. وحاصله إذا قصر الثوب لم يخل من حالين: أحدهما أن لا تزيد قيمته بذلك، فللبائع الرجوع، والثاني: أن تزيد قيمته به، فظاهر الخرقى أنه لا يملك الرجوع، لأنه زاد زيادة لا تتميز فهي كالسمن، وقال القاضي وأصحابه: له الرجوع، لأنه أدرك متاعه بعينه، فعلى هذا إن كانت القسارة بفعل المفلس، أو بأجرة وفاها، فهما شريكان في الثوب، فإن اختار البائع دفع قيمة الزيادة إلى

المفلس، لزمه قبولها، لأنه يتخلص بذلك من ضرر الشركة، أشبه ما لو دفع الشفيع قيمة البناء إلى المشتري، وإن لم يختر بيع الثوب، وأخذ كل واحد بقدر حقه، فلو كان قيمة الثوب خمسة، فصار يساوي ستة، فللمفلس سدسه، وللبيع خمسة أسداسه، وإن كان العمل من صانع لم يستوف أجره، فله حبس الثوب على استيفاء أجرته اقتصر عليه في «الشرح».

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 313

(5/219)

---

(وإن غرس) المفلس الأرض (أو بني فيها فله) أي: للبايع (الرجوع) هذا هو الأصح قبل قلع غرس، أو بناء، لأنه أدرك متاعه بعينه، ومال المشتري دخل على وجه التبع كالصيغ (ودفع قيمة الغراس والبناء فيملكها) لأنهما حصلا في ملكه لغيره بحق، فكان له أخذه بقيمته كالشفيع، ويملك البائع قلعه، وضمنان نقصه كالمعير إذا رجع في أرضه غرس بعد المستعير. والثاني: لا يملك الرجوع إلا بعد القلع، لأنه غرس المفلس وبنائه، فلم يجبر على بيعه لهذا البائع، ولا على قلعه، كما لو لم يرجع في الأرض وعلى الأول لو قلعه المفلس والغرماء، لزمهم تسوية الأرض، وأرث نقصها الحاصل به، ويضرب بالنقص مع الغرماء، وعلى الثاني: لا (إلا أن يختار المفلس والغرماء القلع ومشاركته بالنقص) لأن البائع لا حق له في الغراس والبناء فلا يملك إجبار مالكهما على المعاوضة، فعلى هذا يرجع في أرضه، ويضرب مع الغرماء بأرث نقصها، لأن ذلك نقص حصل لتخليص ملك المفلس، فكان عليه، كما لو دخل فصيل داراً، فكبر، ولم يمكن إخراجه إلا بالانهدام (فإن أبو القلع وأبى البائع دفع القيمة سقط الرجوع) في الأصح لما فيه من الضرر على المشتري والغرماء والضرر لا يزال بمثله، ولأن عين مال البائع صارت مشغولة بملك غيره، فسقط حقه من الرجوع، كما لو كان مسامير، فسمر بها باباً، أو خشبة فبنى عليها داراً. وظاهره أنهم إذا امتنعوا من القلع لم يجبروا لوضعه بحق، وقال القاضي: له الرجوع، لأنه أدرك متاعه بعينه، وكالثوب إذا صبغه. وجوابه المنع، ولو سلم، فيفرق بينهما من حيث إن الصيغ يفرق في الثوب، فصار كالصفة بخلاف الغراس والبناء، فإنها أعيان متميزة وبأن الثوب لا يراد للبقاء بخلاف الأرض. فعلى قوله: إذا رجع في الأرض، بقي الغراس والبناء للمفلس، فإن اتفق الجميع على البيع، بيعت الأرض، بما فيها وأخذ كل واحد قدر حصته، وقيل: يباع الغراس مفرداً وعلى الأول يقسم الثمن على قدر القيمتين، فتقوم الأرض خالية ثم تقوم وهما

(5/220)

---

بها، فقيمة الأرض خالية للبايع، والزيادة للمفلس والغرماء. تنبيه: شرط بعض أصحابنا أيضاً أن يكون الثمن حالاً، فإن كان مؤجلاً، فلا رجوع للبايع، قاله أبو بكر، وصاحب «التلخيص» فيه لعدم تمكنه من المطالبة وظاهر كلامه هنا وقاله الأكثر أن هذا ليس بشرط، والمنصوص أنه يوقف إلى الأجل، ثم يعطاه، وقال ابن أبي موسى: له أخذه في الحال، ومحل الرجوع إذا استمر العجز عن أخذ الثمن، فإن تجدد للمفلس مال بعد الحجر وقبل الرجوع، فلا

رجوع إذن.

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 313

مسائل: الأولى: لو اشترى أرضاً، فزرعها، ثم أفلس، يقر الزرع لربه مجاناً إلى الحصاد، فإن اتفق المفلس والغرماء على الترك أو القطع، جاز، وإن اختلفوا وله قيمة بعد القطع، قدم قول من يطلبه.

الثانية: إذا اشترى نخلاً فأطلع، ثم أفلس قبل التأبير، فالطلع زيادة متصلة في الأصح، وإن كان بعده، فمفصلة، وحكم الشجر كذلك.

الثالثة: إذا اشترى غراساً، فغرسه في أرضه، ثم أفلس، ولم تزد الغراس، فله الرجوع فيه، فإن أخذه، لزمه تسوية الأرض، وأرش نقصها، فإن بذل الغرماء والمفلس له القيمة، لم يجبر على قبولها، وإن امتنع من القلع، فبدلوا القيمة له ليملكه المفلس، أو أرادوا قلعه وضمان النقص، فلهم ذلك. وكذا لو أرادوا قلعه من غير ضمان النقص في الأصح.

الرابعة: إذا اشترى أرضاً من شخص، وغراساً من آخر، وغرسه فيها، ثم أفلس، ولم يزد، فلكل الرجوع في عين ماله، ولصاحب الأرض قلع الغراس من غير ضمان، فإن قلعه بئعه، لزمه تسوية الأرض، وأرش نقصها الحاصل به، فإن بذل صاحب الغراس قيمة الأرض لصاحبها، لم يجبر على ذلك، وفي العكس إذا امتنع من القلع له ذلك في الأصح.

(5/221)

الخامسة: رجوع البائع فسخ للبيع لا يحتاج إلى معرفة المبيع، ولا إلى القدرة على تسليمه، فلو رجع بثمن أبق، صح، وصار له، فإن قدر، أخذه، وإن تلف، فمن ماله، وإن بان تلفه حين استرجعه، بطل استرجاعه، وإن رجع في مبيع اشتبه بغيره، قدم تعيين المفلس لإنكاره دعوى استحقاق البائع، وإن مات بائع مديناً، فمشتتر أحق بطعام وغيره ولو قبل قبضه، نص عليه.

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 313

فصل

( الثالث: بيع الحاكم ماله وقسم ثمنه) على الغرماء، لأنه عليه السلام لما حجر على معاذ باع ماله في دينه، وقسم ثمنه بين غرمائه ولفعل عمر، ولأنه محجور عليه يحتاج إلى قضاء دينه، فجاز بيع ماله بغير رضاه كالسفيه، ولا يباع إلا بثمن مثله المستقر في وقته، أو أكثر، لكن إن كان ماله من جنس الدين، قسمه على الغرماء من غير بيع، صرح به في «الشرح» و«الفروع» (وينبغي) أي: يستحب (أن يحضره) أي: المفلس وقت البيع لفوائد، منها أن يحضر ثمن متاعه ويضبطه، ومنها أنه أعرف بالجيد من متاعه، فإذا حضر، تكلم عليه، ومنها أنه تكثر فيه الرغبة، ومنها أنه أطيب لنفسه، وأسكن لقلبه، ووكيله كهو، قاله في «البلغة» ( ويحضر الغرماء) لأنه لهم، وربما رغبوا في شيء، فزادوا في ثمنه، وأطيب لقلوبهم، وأبعد للثمة. قال في «الشرح» وغيره: وربما يجد أحدهم عين ماله، فيأخذها.

(5/222)



( وبيع كل شيء في سوقه ) لأنه أحوط وأكثر لطلابيه، فلو باعه في غير سوقه بثمان مثله، صح، لأن الغرض تحصيل الثمن كالوكالة، وبيع بنقد البلد، لأنه أصلح، فإن كان فيه نقود، باع بأغلبها، فإن تساوت، باع بجنس الدين ( و ) يجب أن يترك له من ماله ما تدعو إليه حاجته من مسكن و خادم ) لأن ذلك مما لا غنى له عنه، فلم يبع في دينه ككتابه وقوته، لكن لو كان له داران يستغني بإحدهما، أو كانت واسعة تفضل عن مسكن مثله، يبع، وكذا الخادم إذا كان نفيساً وينفق عليه بالمعروف إلى أن يفرغ من قسمه بين غرمائه ) لقوله عليه السلام: «أبدأ بنفسك، ثم بمن تعول» لأن ملكه باق عليه قبل القسمة، وذكر في «المغني» و«الشرح» أنه ينفق عليه من ماله إن لم يكن له كسب. ولم يتعرض المؤلف لنفقة عياله وكسوتهم، ولا خلاف في وجوب نفقة زوجته، وتكون ديناً عليه وكسوتها، وكذا أولاده وأقاربه، والواجب فيهما أدنى ما ينفق على مثله، ويكسى، وتترك له آلة حرفة، أو ما يتجره إن عدمها، نص عليه. وفي «الموجز» و«التبصرة»: «وفرس يحتاج إلى ركوبها، ونقل عبد الله: يباع الكل إلا المسكن وما يواريه من ثياب، وخادماً يحتاجه ( ويبدأ ببيع ما يسرع إليه الفساد) كالفاكهة ونحوها، لأن بقاءه يتلفه بيقين ( ثم بالحيوان) لأنه معرض للإتلاف، ويحتاج إلى مؤنة في بقاءه ( ثم بالأثاث) لأنه يخاف عليه، وتنااله الأيدي ( ثم بالعقار) لأنه لا يخاف تلفه بخلاف غيره، ويقاؤه، أشهر له، وأكثر لطلابيه، والعهد على المفلس فقط إذا ظهر مستحقاً، قاله في «الشرح» ( ويعطى المنادي أجرته من المال) لأن البيع حق على المفلس، لكونه طريقاً إلى وفاء دينه، وهذا إذا لم يوجد متبرع. وقيل: أجرته من بيت المال مع إمكانه، لأنه من المصالح، فإن لم يمكن، فمن المال، وكذا الخلاف فيمن يحفظ المتاع ويحملة ونحوهما، وقيل: لا ينادي على عقار، بل يعلم به أهل البلد، وقاله القاضي وجماعة. وبشروط فيه أن يكون ثقة، فإن اتفق الكل على ثقة أمضاه الحاكم،

(5/223)

وإن كان غير ثقة، رده بخلاف المرهون إذا إتفق الراهن والمرتهن على غير ثقة لم يكن له رده، والفرق أن للحاكم هنا نظراً، فإنه قد يظهر غريم آخر، فإن اختلف المفلس في ثقة، قدم المتطوع منهما، وإلا قدم أوثقهما وأعرفهما، قاله ابن المنجا. وفي «الفروع»: «قدم من شاء منهما، والمراد مع التساوي في الصفات ( ويبدأ بالمجني عليه) أي: إذا كان عبده الجاني، لأن الحق متعلق بعينه يفوت بفواتها بخلاف بقية الغرماء، فلو كان هو الجاني، فالمجني عليه أسوة الغرماء لأن حقه متعلق بالذمة ( فيدفع إليه الأقل من الأرش أو ثمن الجاني) لأن الأقل إن كان الأرش، فهو لا يستحق إلا أرش الجناية، وإن كان ثمن الجاني، فهو لا يستحق غيره، لأن حقه متعلق بعينه. فعلى هذا إذا فضل شيء من ثمن الجاني عن أرش الجناية، قسم على بقية الغرماء ( ثم بمن له رهن) كذا أطلقه في «المحرر» و«الوجيز» والمذهب أنه مقيد باللزوم ( فيختص بثمانه) أي: يباع سواء كان بقدر دينه أو لا، ويختص المرتهن بثمانه بشرطه، وسواء كان المفلس حياً أو ميتاً، لأن حقه متعلق بعين الرهن وذمة الراهن بخلاف الغرماء. وعنه: إذا مات الراهن، أو أفلس، فالمرتهن أحق به، ولم يعتبر وجود قبضه بعد موته أو قبله، وفي «الرعاية»: يختص بثمان الرهن على الأصح.

)

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 322  
فإن فضل له فضل ضرب به مع الغرماء) لأنه ساواهم في ذلك ( وإن فضل  
منه) أي: من الرهن ( فضل رد على المال) لأنه انفك من الرهن بالوفاء، فصار  
كسائر مال المفلس.

(5/224)

أصل: لم يذكر المؤلف حكم مستأجر العين حيث أفلس المؤجر، وهو أحق بها،  
لأن حقه متعلق بالعين والمنفعة، وهي مملوكة له في هذه المدة بخلاف مالو  
استأجرها في الذمة، فإنه أسوة الغرماء، لعدم تعلق حقه بالعين ( ثم بمن له  
عين مال يأخذها) بالشروط السابقة ( ثم يقسم الباقي بين باقي الغرماء)  
لتساوي حقوقهم في تعلقها بذمة المفلس ( على قدر ديونهم) لأن فيه تسوية  
بينهم، ومراعاة لكمية حقوقهم، فلو قضى الحاكم، أو المفلس بعضهم، لم يصح  
لأنهم شركاؤه، فلم يجز اختصاصه دونهم، ولا يلزمهم بيان أن لا غريم سواهم  
بخلاف الورثة، ذكره في «الترغيب» و«الفصول» وغيرهما لئلا يأخذ أحدهم مالا  
حق له فيه ( فإن كان فيهم من له دين مؤجل لم يحل) هذا هو المذهب  
المعروف، وحكاة القاضي رواية واحدة، لأن الأجل حق للمفلس، فلا يسقط  
بفلسه كسائر حقوقه، ولأنه لا يوجب حلول ماله، فلا يوجب حلول ما عليه  
كالإغماء ( وعنه يحل) حكاة أبو الخطاب دفعا للضرر عن ربه، ولأن الإفلاس  
يتعلق به الدين بالمال، فأسقط الأجل كالموت ( ويشاركهم) كبقية الديون  
الحالة، وعنه: إن وثق، لم يحل لزوال الضرر والأجل، نقلها ابن منصور، والأول  
أصح، وقياسهم على الموت مردود بالمنع، ثم بتقدير تسليمه يفرق ذمة الميت  
خربت بخلاف المفلس. فعلى هذا لا يوقف له شيء، ولا يرجع على الغرماء إذا  
حل نعم إذا حل قبل القسمة شاركهم، وإن كان بعد قسمة البعض شاركهم في  
الباقي بجميع دينه، ويضرب باقي الغرماء ببقية ديونهم.

(5/225)

( ومن مات وعليه دين مؤجل لم يحل) هذا هو المختار لعامة الأصحاب ( إذا  
وثق الورثة) بأقل الأمرين من قيمة التركة أو الدين بكفيل مليء أو رهن لأن  
الأجل حق للميت، فورث عنه كسائر حقوقه. وظاهره أنه يحل إذا لم يوثقوا  
على الأشهر، جزم به الشيخان لغلبة الضرر ( وعنه: يحل) اختاره ابن أبي  
موسى، لأنه إما أن يبقى في ذمة الميت، أو الورثة، أو متعلق بالمال، فالأول  
منتف لخرابها وتعذر مطالبته، والثاني كذلك، لأنهم لم يلتزموا الدين، ولا رضي  
صاحب الدين بدممهم وهي مختلفة متباينة. والثالث ممنوع، لأنه لا يجوز تعليقه  
على الأعيان، وتأجيله، لأنه ضرر على الميت، لأن ذمته مرتبهة بدينه، وعلى  
صاحب المال لتأخر حقه، وقد يسقط لتلف العين، وعلى الورثة، لأنهم لا  
ينتفعون بالأعيان، ولا يتصرفون فيها. وظاهره ولو قبله ربه، وعنه: لا يحل  
مطلقا، اختاره أبو محمد الجوزي كدينه.

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 322  
مسائل: الأولى: إذا ورثه بيت المال، فوجهان، أحدهما: يحل لعدم وارث معين،

ولهذا للإمام أن يقطع الأراضي وإن كانت لجميع المسلمين. والثاني: ينتقل إلى بيت المال، وبضمن الإمام للغرماء.  
الثانية: ظاهر كلامهم أنه إذا جن، وعليه دين مؤجل أنه لا يحل، وفي «التلخيص» كما سبق، وكذا في حله بجنون.

(5/226)

الثالثة: إذا مات، وعليه دين حال، ودين مؤجل، وقلنا: لا يحل وماله بقدر الحال، فهل يترك له ما يخصه لياخذه، أو يوفى الحال، ويرجع على ورثته صاحب المؤجل بحصته إذا حل، أو لا يرجع؟ فيه وجه. الرابعة: إذا مات، وعليه دين لم يمنع نقل التركة إلى الورثة، فإن تصرفوا فيها، صح، كتصرف السيد في الجاني، فإن تعذر وفاؤه، فسخ تصرفهم، وعنه: يمنع، وفي «الانتصار» الصحيح أنه في ذمة ميت، والتركة رهن، وفي «الترغيب» الدين وإن قل يمنعه من التصرف نظراً له، فعلى ذلك لا يصح تصرف كل من الغرماء والورثة إلا بإذن الآخر، وإن ضمنه ضامن، وحل على أحدهما، لم يحل على غيره.  
( وإن ظهر غريم بعد قسم ماله) لم ينقض خلافاً لـ «لكافي» ( رجع على الغرماء بقسطه) لأنه لو كان حاضراً شاركهم، فكذا إذا ظهر. وفي «المغني» هي قسمة بان الخطأ فيها كقسمة أرضاً أو ميراثاً، ثم بان شريك، أو وارث. قال الأزجي: فلو كان له ألف اقتسمها غريماه نصفين، ثم ظهر ثالث دينه كدين أحدهما، رجع على كل واحد بثلث ما قبضه، وإن كان أحدهما قد أتلف ما قبضه، فظاهر المذهب أن الثالث يأخذ من الآخر ثلث ما قبضه من غير زيادة.  
رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 322

(5/227)

فرع: ذكر المؤلف في فتاويه لو وصل مال لغائب، فأقام رجل بينة ان له عليه ديناً، وأقام آخر بينة، إن طالبا جميعاً، اشتركا، وإن طالب أحدهما، اختص به، لاختصاصه بما يوجب التسليم، وعدم تعلق الدين بماله، قال في «الفروع»: ومراده ولم يطلب أصلاً وإلا شاركه مالم يقبضه. ( وإن بقيت على المفلس بقية) من الديون ( وله صنعة فهل يجبر علي إيجار نفسه لقضاؤها على روايتين) الأشهر أنه يجبر، لأنه عليه السلام باع سرقاً في دينه بخمسة أبعرة. رواه الدارقطني من رواية خالد بن مسلم الزنجي، وفيه ضعف، والحر لا يباع، فعلم أنه باع منافعه، إذ المنافع تجري مجرى الأعيان في صحة العقد عليها، وتحريم أخذ الزكاة، فكذا هنا، ولأن الإجارة عقد معارضة، فجاز إجباره عليها، كبيع ماله، وكوقف وأم ولد استغني عنها. والثانية: لا لقوله تعالى {وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة} ( البقرة: 280) ولقوله عليه السلام «خذوا ما وجدتم فليس لكم إلا ذلك» رواه مسلم. ولأنه تكسب للمال، فلم يجبر عليه، كقبول هبة ووصية، وتزويج أم ولد، ورد مبيع وإمضائه، وفيه وجه مع الأخط وأخذ دية عن قود، والأول أصح. والآية محمولة على من لا صنعة له، وادعاء الفسخ في الحديث بعيد، لأنه يلزم ثبوته بالاحتمال بدليل أنه لم يثبت أن بيع الحر كان جائزاً في وقت في شريعتنا، فتبين أن المراد ببيعه بيع منافعه مع أنه أحسن

من حمله النسخ، وحينئذ يبقى الحجر ببقاء دينه إلى الوفاء، ولو طلبوا إعادته لما بقي بعد فك الحاكم، لم يجيبهم ( ولا ينفك عنه الحجر إلا بحكم حاكم ) لأنه ثبت بحكمه، فلا يزول إلا به كالمحجور عليه لسفه، وقيل: يزول بقسمة ماله، لأنه حجر عليه لأجله، فإذا زال ملكه عنه، زال الحجر كزوال حجر المجنون بزوال جنونه، والفرق واضح، فإنه ثبت بنفسه، فزال بزواله بخلاف هذا، ولأن فراغ ماله يحتاج إلى معرفة وبحث، فوقف ذلك على الحاكم بخلاف الجنون ( فإذا فك عنه الحجر فلزمته ديون ) وظهر له مال ( وحجر عليه

(5/228)

---

شارك غرماء الحجر الأول غرماء الحجر الثاني) لأنهم تساوا في ثبوت حقوقهم في ذمته فوجب أن يتساوا في المشاركة، كغرماء الميت إلا أن الأولين يضربون ببقية ديونهم، والآخرين يضربون بجمعها ( فإن كان للمفلس حق له به شاهد واحد فأبي أن يحلف معه ) لم يجبر، لأننا لا نعلم صدق الشاهد ( لم يكن للغرماء أن يحلفوا ) لأنهم يثبتون ملكا لغريمهم لتعلق حقوقهم به بعد ثبوته، فلم يجز كالمرأة تحلف لإثبات ملك زوجها لتعلق نفقتها به، وكالورثة قبل موت موروثهم وعلم منه أن المفلس إذا حلف مع شاهده ثبت المال، وتعلقت به حقوق الغرماء.

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 322

فصل

( الحكم الرابع: انقطاع المطالبة عن المفلس ) للنص، ولأن قوله: { فنظرة } خبر بمعنى الأمر، أي: أنظروه إلى يساره مع قوله: « ليس لكم إلا ذلك » ( فمن أقرضه شيئاً أوباعه لم يملك مطالبته ) لتعلق حق الغرماء بعين ماله ( حتى ينفك الحجر عنه ) لأنه هو الذي أتلف ماله بمعاملة من لا شيء له، لكن إذا وجد البائع والمقرض أعيان مالهما، فهل لهما الرجوع فيها؟ على الوجهين أحدهما: لهما ذلك للخبر، والثاني: لا فسخ لهما، لأنهما دخلا على بصيرة بخراب الذمة، كمالوا اشترى معيباً يعلم به.

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 329

فصل

(5/229)

---

( الضرب الثاني: المحجور عليه لحظة ) إذ المصلحة تعود عليه بخلاف المفلس ( وهو الصبي والمجنون والسفيه ) إذ الحجر على هؤلاء حجر عام، لأنهم يمنعون التصرف في أموالهم ودممهم ( فلا يصح تصرفهم قبل الإذن ) لأن تصحيح تصرفهم يفضي إلى ضياع مالهم، وفيه ضرر عليهم ( ومن دفع إليهم ) أو إلي أحدهم ( ماله ببيع أو قرض رجع فيه ما كان باقياً ) لأنه عين ماله ( وإن تلف ) أو أتلفه ( فهو من ضمان مالكة ) لأنه سلطه عليه برضاه. وقيل: يضمن مجنون ( علم بالحجر ) لأنه فرط ( أولم يعلم ) لتفريطه، لكونه في مظنة الشهرة، وقيل: يضمن سفيه جهل حجره هذا إذا كان صاحبه سلطه عليه، فأما إن حصل في يده باختيار مالكة من غير تسليط كالوديعة والعارية، فوجهان فيه.

ومن أعطوه مالاً، ضمنه حتى يأخذه وليه، وإن أخذه ليحفظه، لم يضمنه في الأصح، وكذا إن أخذ مغصوباً ليحفظه لربه ( وإن جنوا فعليهم أرش جناباتهم) لأنه لا تفریط من المالك والإتلاف يستوي فيه الأهل وغيره، وكذا حكم المغصوب لحصوله في يده بغير اختيار المالك ( ومتى عقل المجنون وبلغ الصبي، ورشدا انفك الحجر عنهما) فإما المجنون، فبالإتفاق، لأن الحجر عليه لجنونه، فإذا زال، وجب زوال الحجر لزوال علته، وأما الصبي، فلقوله تعالى: {فإن أنستم منهم رشداً} ( النساء: 6) الآية ( بغير حكم حاكم نص عليه) وفي «المغني» و«الشرح» بغير خلاف في المجنون وفيه وجه أنه يفتقر إليه كالسفيه، لأنه موضع اجتهاد، فاحتيج في معرفة ذلك إليه، وأما الصبي، فلأن اشتراط ذلك زيادة على النص، ولأنه محجور عليه بغير حكم حاكم، فيزول بغير حكمه، كالحجر على المجنون، وفيه وجه. وسواء رشده الولي أو لا، قال الشيخ تقي الدين: فلو نوزع في الرشده، فشهد شاهدان قبل، لأنه قد يعلم بالاستفاضة، ومع عدمها له اليمين على وليه: انه لا يعلم رشده. ولو تبرع وهو تحت الحجر، فقامت بينة برشده، نفذ ( ودفع إليهما مالهما) لأن المانع من الدفع هو الحجر، وقد زال، وحكاه ابن المنذر

(5/230)

---

اتفاقاً، لأن منعه من التصرف إنما كان لعجزه عنه، وحفظاً لماله، فإذا صار أهلاً للتصرف، زال الحجر لزوال سببه ( ولا ينفك قبل ذلك بحال) ولو صار شيخاً. وروى الجوزجاني في «المترجم» قال: كان القاسم بن محمد يلي أمر شيخ من قريش ذي أهل ومال لضعف عقله، ولأن المجنون الحجر عليه لجنونه، فوجب استمراره عليه، والصبي علق الله تعالى الدفع إليه بشرطين، والحكم المعلق بهما منتف باتفء أحدهما. قال ابن المنذر: وأكثر علماء الأمصار من أهل الحجاز والشام والعراق ومصر يرون الحجر على كل مضيع لما له صغيراً كان أو كبيراً.

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 330

فرع: إذا كان لرجل مال وهو يقتر على نفسه، ويضيق على عياله، ويمنعهم من تناول الأشياء التي يتناولها أدنى الناس، فيحجر الحاكم عليه بمعنى أنه ينصب له ولياً ينفق عليه وعلى عياله بالمعروف، وفيه احتمال، وهو المذهب.

(5/231)

---

(والبلوغ يحصل بالاحتلام) وهو خروج المنى من القبل بغير خلاف، لقوله تعالى: {وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا} (النور: 59) ولقوله عليه السلام: «وعن الصبي حتى يحتلم» قال ابن المنذر: أجمعوا على أن الفرائض والأحكام تجب على المحتلم العاقل أو بلوغ خمسة عشر سنة ( أي: استكمالها، لما روى ابن عمر قال: عرضت على النبي يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة، فلم يجزني، وعرضت عليه يوم الخندق، وأنا ابن خمس عشرة سنة، فأجازني، متفق عليه، ولمسلم: فاستصغرنى، وردني مع الغلمان، فإن قلت: بين أحد والخندق سنتان. وجوابه أن عرضه يوم أحد كان في أول سنة أربع عشرة،

ويوم الخندق عند استكمال خمس عشرة سنة لا يقال: إجازته يوم الخندق لقوته لا لبلوغه، لأنه صرح به في الخبر السابق مع أن رواية البيهقي بإسناد حسن «ولم يرني بلغت» رافعة للسؤال، يؤيده ما روى الشافعي أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى عماله أن لا يفرضوا إلا لمن بلغ خمس عشرة سنة (أو نبات الشعر الخشن حول القبل) لأنه عليه السلام لما حكم سعد بن معاذ في بني قريظة، فحكم بقتلهم، وسبي ذراريهم، وأمر أن يكشف عن مؤزرهم، فمن أنبت فهو من المقاتلة، ومن لم ينبت فهو من الذرية، فبلغ ذلك النبي، فقال، «لقد حكم بحكم الله من فوق سبعة أرقعة» متفق عليه وقضية عطية القرظي شاهدة بذلك، رواه الخمسة والحاكم، وقال: على شرطهما، ولأن الإنبات يلزمه البلوغ غالباً ويستوي فيه الذكر والانثى كالاختلام، والخنثى يعتبر فيه الإنبات حول الفرجين وتقييده الشعر بالخنثى ليخرج الزغب الضعيف، فإنه ينبت للصغير (وتزيد الجارية) على الذكر (بالحيض) بغير خلاف نعلمه، لقوله عليه السلام: «لا يقبل الله صلاة حائضٍ إلا بخمار» رواه الترمذي، وحسنه. لا يحكم ببلوغها بغيره، نقلها جماعة، قال أبو بكر: هي قول أول (والحمل) لأنه دليل انزالها، ولأن الله تعالى أجرى العادة بخلق الولد من ماءيهما، لقوله تعالى: {فلينظر الإنسان مم خلق من ماء

(5/232)

---

دافق يخرج من بين الصلب والترائب { (الطارق: 5-7) فعلى هذا يحكم ببلوغها في الوقت الذي حملت فيه، قاله في «الشرح» والمذهب أنه يحكم ببلوغها إذا ولدت منذ ستة أشهر، لأنه اليقين، وفي «التلخيص» فإن كانت ممن لا يوطأ كان طلقها زوجها، وأتت بولد لأكثر مدة الحمل من حين طلاقها، فيحكم ببلوغها قبل المفارقة.

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 330

تنبيه: إذا حاض خنثى مشكل من فرجه، وأنزل من ذكره، وقيل: أو وجد أحدهما، أو وجدا من مخرج واحد، فقد بلغ، فإن أمنى وحاض من مخرج واحد، فلا ذكر ولا أنثى، وفي البلوغ وجهان. وقيل: لا يحكم بأن الخنثى ذكر بإنزاله من فرجه، ولا بأنه أنثى بحيضه، ولا ببلوغه بهما معاً، ولا بأحدهما، والصحيح أن الإنزال علامة البلوغ مطلقاً.

(5/233)

---

(والرشد: الصلاح في المال) في قول أكثر العلماء، لقوله تعالى: {فإن أنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم} (النساء: 6) قال ابن عباس: يعني صلاحاً في أموالهم، وقال مجاهد: إذا كان عاقلاً. ولأن العدالة لا تعتبر في الرشد في الدوام، فلا تعتبر في الابتداء كالزهد في الدنيا وهو مصلح لماله، أشبه العدل، فعلى هذا يدفع إليه ماله، وإن كان مفسداً لدينه، كمن يترك الصلاة ويمنع الزكاة ونحو ذلك، وقيل: والدين، اختارها ابن عقيل، وقال: هو الأليق بمذهبننا، قال في «التلخيص»: نص عليه، لأن الفاسق غير رشيد، واستدل ابن عقيل بالآية الكريمة، فإنها نكرة في سياق الامتنان، فتعم (ولا يدفع إليه ماله حتى

يختبر) لقوله تعالى: {وابتلوا اليتامى} (النساء:6) أي، اختبروهم فعلق الدفع على الاختبار، والبلوغ، وإيناس الرشد، فوجب اختباره بتفويض التصرف إليه، وهو يختلف (فإن كان من أولاد التجار، فإن يتكرر منه البيع والشراء، فلا يغبن) غالباً غبناً فاحشاً (وإن كان أولاد الرؤساء والكتاب) وهو المراد من قوله في «المغني» و«الشرح»: وإن كان من أولاد الدهاقين والكبراء الذين يسان أمثالهم عن الأسواق (فإن يستوفي على وكيله فيما وكله فيه) وزاد أبان: يدفع إليه نفقة مدة لينفقها في مصالحه، فإن صرفها في مواقعها ومصارفها فهو رشيد (والجارية بشرائها القطن واستجادته) وكذا الكتان والإبريسم (ودفعها الأجرة إلى الغزالات والاستيفاء عليهن) فإذا وجدت ضابطة لما في يدها، مستوفية من وكيلها دل على رشدها (و) يشترط مع ما ذكرنا (أن يحفظ ما في يده عن صرفه فيما لا فائدة فيه كالغناء والقمار وشراء المحرمات ونحوه) كالخمر وآلات اللهو، لأن من صرف ماله في ذلك عد سفيهاً مبذراً عرفاً، فكذا شرعاً، ولأن الشخص قد يحكم بسفاهه بصرف ماله في المباح، فلأن يحكم بسفاهه في صرف ماله في المحرم بطريق الأولى، قالها بن المنجا، وفيه نظر، فإن بن عقيل وجماعة ذكروا أن ظاهر كلام أحمد أن التبذير والإسراف ما

(5/234)

أخرجه في الحرام، لقوله: «لو أن الدنيا لقمة فوضعها الرجل في في أخيه لم يكن إسرافاً» لكن قال الشيخ تقي الدين: إذا أصرفه في مباح قدراً زائداً على المصلحة. (وقال) (ابن الجوزي): في التبذير قولان أحدهما: إنفاق المال في غير حق. والثاني: الإسراف المتلف للمال، لقوله تعالى:

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 330

{إن المبذرين كانوا إخوان الشياطين} (الإسراء:27) وظاهره أنه إذا أصرفه فيما فيه فائدة، أو ليس بحرام لا يكون قادحاً فيه. وفي «النهاية»: بقدر إذا تصدق بحيث يضر بعياله، أو كان وحده ولم يثق بإمانته (وعنه) نقلها أبو طالب عنه (لا يدفع إلى الجارية مالها بعد رشدها حتى تتزوج وتلد أو تقيم في بيت الزوج سنة) اختارها أبو بكر، والقاضي، والشيرازي، وابن عقيل، لما روى شريح قال: عهد إلي عمر بن الخطاب أن لا أجيز لجارية عطية حتى تحول في بيت زوجها حولا أو تلد. رواه سعيد في سننه، ولم نعرف له مخالفاً، والأول أشهر وأصح، وهو أنها إذا بلغت، ورشدت، دفع إليها مالها، وكالرجل، وكالتي دخل بها، وحديث عمر لم يعلم انتشاره في الصحابة، فلا يترك به عموم الكتاب مع أنه خاص في منع العطية، فلم يمنع من تسليم مالها. فعلى هذه الرواية إذا لم تتزوج، دفع إليها إذا عنست أي كبرت، وبرزت للرجال، وقيل: يدوم عليها (ووقت الاختبار قبل البلوغ) على الأصح، لقوله تعالى، {وابتلوا اليتامى} (النساء:6) الآية، فظاھرھا أن ابتلاءھم قبل البلوغ، لأنه سماهم يتامى، وإنما يكون ذلك قبل البلوغ ومد اختبارهم إلى البلوغ بلفظ حتى، فدل على أنه قبله، ولأن تأخيره إلى البلوغ يقتضي الحجر على البالغ الرشيد، لكونه ممتداً حتى يختبر، ويعلم رشده، واختباره يمنع ذلك، وقيل: يمنعه في الجارية لنقص خبرتها بالخفر، وبالجملة هو مخصوص بالمراهق الذي يعرف المعاملة والمصلحة (وعنه: بعده) فيهما أوماً إليه أحمد، لأن تصرفه قبل ذلك تصرف ممن لم يوجد فيه مظنة العقل،

وبيع الاختبار وشراؤه صحيح.  
رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 330  
فصل

(ولا تثبت الولاية على الصبي والمجنون إلا للأب) الرشيد، لأنها ولاية، فقدم فيها الأب، كولاية النكاح، ولكمال شفقتة، ولهذا يجوز أن يشتري لنفسه من مال ولده بخلاف غيره. وظاهره ولو كافراً على ولده الكافر. وتكفي العدالة، ظاهراً، لأن تفويضها إلى الفاسق تضييع للمال، فلم يجز كالسفيه، وقيل: ومستور (ثم لوصيه) ما لم يعلم فسقه، لأنه نائبه، أشبه وكيله في الحياة. وظاهره ولو بجعل، وثم متبرع، ذكره في «الخلافة» ونقل ابن منصور: لا يقبض للصبي إلا الأب، أو وصي، وقاض، فظاهره التسوية بين الأخيرين، والمذهب يقدم الوصي، وعنه: يلي الجد، ففي تقديمه على وصيه وجهان. وجوابه أن الجد لا يدلي بنفسه وإنما يدلي بالأب، فلم يل مال الصغير كالأخ (ثم للحاكم) لأن الولاية انقطعت من جهته، فثبتت للحاكم، كولاية النكاح، لأنه ولي من لا ولي له، أي: بالصفات المعبرة، فإن لم يوجد، فأمين يقوم به، اختاره الشيخ تقي الدين، وقال في حاكم عاجز كالعدم نقل ابن الحكم فيمن عنده مال تطالبه الورثة، فيخاف من أمره نرى أن يخبر الحاكم، ويرفعه إليه قال: أما حكامنا هؤلاء اليوم، فلا أرى أن يتقدم إلى أحد منهم شيئاً. وظاهره أنه لا ولاية لغير هؤلاء، لأن المال محل الخيانة، ومن سواهم قاصر عنهم غير مأمون على المال، فلم يملكه كالأجنبي، لكن سأله الأثرم عن رجل مات، وله ورثة صغار: كيف أصنع؟ فقال: إن لم يكن لهم وصي، ولهم أم مشفقة يدفع إليها.

(ولا يجوز لوليها أن يتصرف في مالهما إلا على وجه الحظ لهما) لقوله تعالى: {ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن} (الأنعام: 152) والمجنون في معناه، ولقوله عليه السلام، «لا ضرر ولا إضرار» رواه أحمد (فإن تبرع) بهبة أو صدقة (أوجابي) بزيادة أو نقصان (أو زاد على النفقة عليها، أو على من تلزمهما مؤنته بالمعروف ضمن) لأنه مفرد، فضمن، كتصرفه في مال غيرهما، ومراده والله أعلم أن يضمن القدر الزائد على الواجب لا مطلقاً (ولا يجوز أن يشتري من مالهما شيئاً لنفسه) لأنه عليه السلام نهى الوصي عن ذلك، والحاكم في معناه (ولا يبيعهما) لأنه كالشراء معنى، فيساويه حكماً (إلا الأب) فيجوز اتفاقاً، لأنه يلي بنفسه، فجاز أن يتولى طرفي العقد كالنكاح، والتهمة بين الوالد وولده منتفية إذ من طبعه الشفقة عليه، والميل إليه، وترك حظ نفسه لحظه، وبهذا فارق الوصي والحاكم (ولوليها مكاتبه رقيقهما) لأن فيه تحصيلاً لمصلحة الدنيا والآخرة، وفي «الشرح» إذا كان الحظ فيه، مثل أن تكون قيمته مائة، فيكاتبه على مائتين وفي «الترغيب» أنها تجوز لغير الحاكم (وعتقه على مال) لأنه معاوضة لليتيم فيها حظ، فملكها وليه، كالبيع، وظاهره مطلقاً، لكن في «الشرح» إذا أعتقه بمال بقدر قيمته، أو أقل، لم يجز لعدم الحظ فيه،



وظاهره أنه لا يجوز عتقه مجاناً، وعنه: بلى لمصلحة، اختاره أبو بكر بأن تكون له أمة لها ولد يساويان مجتمعين مائة، ولو أفردت، ساوت مائتين، ولا يمكن إفرادها بالبيع، فتعتق الأخرى لتكثر قيمة الباقية.  
رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 336

(5/237)

فرع: له هبة ماله بعوض قاله القاضي وجماعة (وتزوج إمامهما) إن كان فيه مصلحة، لأن فيه إعفافهن وتحصينهن عن الزنى، ووجوب نفقتهن على الأزواج، والمراد إذا طلبن منه ذلك، أو رأى المصلحة فيه، لأنه نائب عن مالكنهن، وعبر في «المحرر» و «الفروع» بالرقيق وهو أعم. وعنه: يجوز لخوف فساد، وعنه: لا يزوج أمة لتأكد حاجته إليها، فيتوجه على هذا إذا كان اليتيم مستغنياً عن خدمتها أنه يجوز تزويجها إذا كان فيه مصلحة، وفي «الرعاية» له تزويج عبده بأمته، وتزويجها بغير عبده، ولا يزوج عبده بغير أمته (والسفر بمالهما) للتجارة وغيرها في مواضع أمانة في قول الجمهور، لما روى عبد الله بن عمرو مرفوعاً: «من ولي يتيماً له مال، فليتجر به، ولا يتركه حتى تأكله الصدقة» وروى موقوفاً على عمر، وهو أصح. ولأنه أحظ للمولى عليه، لكون نفقته في ربحه كما يفعله في البالغون في أموالهم، ولا يتجر إلا في المواضع الآمنة، ومنع في «المجرد» و «المغني» و «الكافي» من السفر به إلا للضرورة (والمضاربة به والربح كله لليتيم) أي: إذا اتجر الولي بنفسه، لأنه نماء ماء اليتيم، فلا يستحقه غيره إلا يعقد، ولا يعقدها الولي لنفسه للثمة، وفيه وجه يجوز أن يأخذ مضاربة لنفسه، لأنه جاز له أن يدفعه بذلك، فجاز له أخذه.

(5/238)

(وله دفعه مضاربة بجزء من الربح) لأن عائشة أبضعت مال محمد بن أبي بكر، إذ الولي نائب عنه فيما فيه مصلحته، وهذا مصلحة لما فيه من استيقاظ ماله، وحينئذ فللمضارب ما وافقه عليه الولي من الربح في قولهم جميعاً، وقيل: أجرة مثله، وعند ابن عقيل: بأقلهما (وبيعه نساء) أي: إلى أجل إذا كان الحظ فيه، قاله في «الشرح»، لأنه قد يكون الثمن فيه أكثر، لأن الأجل يأخذ قسطاً من الثمن (وقرضه) على الأصح فيهما (برهن) لأنه أجود من إيداعه، فيه من تعريضه للتلف. وقوله: برهن، يحتمل أنه شرط فيهما، فيأخذ على الثمن في الأولى رهناً، قال في «الشرح»: أو كفيلاً موثقاً به، فيحفظ الثمن به، وفي الثانية واضح. وظاهره أنه لا يجوز بغير رهن، لأنه قد لا يأمن عوده لفلس ونحوه، وقاله أيضاً في «الترغيب» والمذهب، زاد في «المستوعب»: وإشهاد فيه روايتان، فإن أمكنه أخذ الرهن وتركه، فاحتملان، والمذهب جوازهما لمصلحة، جزم به في «المحرر» و «الوجيز» وقدمه في «الفروع» وذكر في «المغني» و «الشرح» يقرضه لحاجة سفر، أو خوف عليه، أو غيرهما، وعلى المذهب لا يقرضه إلا لمليء أمين ليأمن جوده، ويقدر على الإيفاء، ذكره في «الشرح» ولا يقرضه لمودة ومكافاة، نص عليه.  
رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 336

فرع: له إبداعه مع إمكان قرضه، ذكره في «المغني» وظاهره متى جاز إبداعه، وظاهر كلام الأكثر يجوز إبداعه لقولهم: يتصرف بالمصلحة، وقد يراه مصلحة، ولا ضمان عليه إن تلف، لعدم تفریطه، وفي «الكافي» لا يودعه إلا الحاجة، وأنه يقرضه لحظة بلا رهن ( وشراء العقار لهما) لأنه مصلحة لكونه يحصل منه المغل مع بقاء الأصل وإذا جازت المضاربة فيه، فهذا أولى ( وبنائوه) لأنه في معنى الشراء إلا أن يكون الشراء أخط، وهو ممكن، فيتعين تقديمه (بما جرت عادة أهل بلده به) وكذا في «الوجيز» لأنه العرف، وقال الأصحاب: بينه بالآجر دون اللبن، لأنه إذا هدم، فسد بخلاف الأول، ولا بالجص، لأنه يلتزق بالآجر ولو قدر، فيفضي إلى كسره. وفي «المغني»: والذي أراه أن له بناءه بما يرى الحظ فيه، وليس كل الأماكن يبنى فيها بالآجر، ولا يقدر فيها على الجيد، وإن وجد فبقيمة كثيرة جداً. فلو قيد البناء بذلك، أفضى إلى فوات الحظ، فيحمل قولهم على من عادتهم البناء به كالعراق ونحوها، ولا يصح حمله في حق غيرهم ( إذا رأى المصلحة في ذلك كله) هذا راجع إلى قوله: ولوليها إلى آخره، لأن المصلحة إذا انتفت في شيء من ذلك، لم يكن قرباناً بالتي هي أحسن، وقد نهى عنه. وظاهر «الشرح» أنه راجع إلى الشراء والبناء، وفيه شيء.

( وله شراء الأضحية لليتيم الموسر، نص عليه) لأنه يوم عيد وفرح وجبر قلبه وإلحاقه بمن له أب كالتياب الحسنة مع استحباب التوسعة في هذا اليوم، وهذا إذا كان موسراً لا يتضرر بشرائها. فعلى هذا يحرم صدقته منها. وفي «الانتصار» عن أحمد: يجب، لقوله: للوصي التضحية عن اليتيم من ماله، فدل أنها كزكاة، وعنه: لا يجوز ذلك، لأنها إخراج من ماله بغير عوض، فلم يجز كالهدية، وحمل في «المغني» كلام أحمد على حالين، فيمنع منها إذا كان الطفل لا يعقلها، ولا يفرح بها، ولا ينكسر قلبه بتركها، وعكسه بعكسه.

فائدة: ويفعل في مال اليتيم ما هو أرفق له من خلط وإفراد، فلو مات من يتجر لیتيمه ولنفسه بماله وقد اشترى شيئاً ولم يعرف لمن هو، فالمذهب أنه يقرع فمن قرع، حلف وأخذ وله الإذن لصغيرة في لعب بلعب غير مصورة، وبشراؤها بمالها نص عليهما ( وتركه في المكتب) ليتعلم الخط وما ينفعه ( وأداء الأجرة عنه) لأنه من مصلحة، أشبه نفقة مأكوله وملبوسه، وكذا مداواته بأجرة بغير إذن حاكم، نص عليه. ويجوز أن يسلمه في صناعة لمصلحته، قاله في «الشرح»: وله حمله بأجرة ليشهد الجماعة، قاله في «المجرد» و«الفصول» وإذنه في تصديقه بيسير قاله في «المذهب».

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 336

( ولا يبيع عقارهما إلا لضرورة) كحاجتهما إلى نفقة، أو كسوة، أو قضاء دين، وليس له ما يدفع به حاجته، لأن الضرورة لا بد من دفعها (أو غبطة) بأن يزداد في ثمنه زيادة على ثمن المثل قاله القاضي في الموضوعين المذكورين وذكر هذا

في «الفروع قولاً» ثم فسرهما المؤلف تبعاً لأبي الخطاب (وهو أن يزداد في ثمنه الثلث فصاعداً) لتكون المصلحة ظاهرة بينة. والمذهب أن للولي البيع للمصلحة بدون ما ذكره المؤلف، لأنه قد يكون بيعه أولى لكونه في مكان لاغلة فيه، أو فيه غلة يسيرة، أو لسوء الجار، أو ليعمر به عقاره الآخر، أو لمصلحة غير ذلك قال في «الشرح»: متى كان الحظ في بيعه، جاز، وإلا فلا، وهذا اختيار شيخنا، وهو الصحيح إن شاء الله تعالى. وحاصله أنه لا يباع إلا بثمن المثل، فلو نقص منه، لم يصح ذكره في «المغني» و«الشرح» (وإن وصى لأحدهما بمن يعتق عليه، ولا تلزمه نفقته لإعسار الموصى له، أو غير ذلك، وجب على الولي قبول الوصية) لأنه مصلحة محضة لا ضرر فيها (وإلا لم يجز له قبولها) أي: إذا لزمته النفقة، حرم على الولي قبولها، لما فيه من الضرر بتفويت ماله بالنفقة عليه.

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 336  
فصل

(5/241)

(ومن فك عنه الحجر) لرشده، أو بلوغه، ودفع إليه ماله (فعاود السفه أعيد الحجر عليه) في قول الجماهير، لما روى عروة بن الزبير أن عبد الله بن جعفر ابتاع بيعاً، فقال علي: لأتينا عثمان ليحجر عليك، فأتى عبد الله بن جعفر الزبير، فذكر ذلك له، فقال الزبير: أنا شريكك في البيع، فأتى علي عثمان، فذكر له القضية، فقال الزبير: أنا شريكه في البيع، فقال عثمان: «كيف أحرر علي رجل شريكه الزبير» رواه الشافعي، قال أحمد: لم أسمع هذا إلا من أبي يوسف القاضي. وهذه قضية أشتهرت، ولم تنكر، فكانت إجماعاً، ولأنه سفيه فيحجر عليه، كما لو بلغ سفيهاً نظراً إلى دوران الحكم مع العلم، والحاجز هنا الحاكم نقله الجماعة، وهو وليه، وقيل: أو أبوه، وقيل: إن زال الحجر برشده بلا حكم، عاد بمجرد. وجه الأول أن التذير يختلف، فيحتاج إلى الاجتهاد، وإذا افتقر السبب إلى الجنون، فإنه لا يفتقر إلى الاجتهاد بغير خلاف.

فرع: لو فسق، ولم يبذر، لم يحجر عليه وإن اعتبر في رشده إصلاح دينه، فوجهان (ولا ينظر في ماله إلا الحاكم) لأن الحجر عليه يفتقر إلى الحاكم، فكذا النظر في ماله (ولا ينفك عنه) أي: عن السفه (إلا بحكمه) على الصحيح، لأنه حجر ثبت بحكمه فلم يزل إلا به كالمفلس (وقيل: ينفك عنه بمجرد رشده) قاله أبو الخطاب، لأن سبب الحجر زال، فيزول بزواله، كما في حق الصبي والمجنون. وجوابه بأن الرشده يفتقر إلى اجتهاد في معرفته، وزوال تذييره، فكان كابتداء الحجر عليه، وفارق الصبي والمجنون، فإن الحجر عليهما بغير حكم حاكم، فيزول بغير حكمه.

فرع: الشيخ الكبير ينكر عقله يحجر عليه، قاله أحمد يعني إذا كبر واختل عقله كالمجنون، لعجزه عن التصرف في ماله، ونقل المروزي: أرى أن يحجر الابن على الأب إذا أسرف بأن يضعه في الفساد، وشراء المغنيات ونحوه.

(5/242)

(ويستحب إظهار الحجر عليه) ليظهر أمره (والإشهاد عليه) وقد صرح بالعلة، فقال (لتجنب معاملته) وقد علم منه أن الإشهاد عليه ليس بشرط، لأنه ينتشر أمره لشهرته، وإن رأى الحاكم أن ينادى عليه بذلك ليعرفه الناس، فعل، قاله في «الشرح» (ويصح تزوجه بإذن وليه) قاله أبو الخطاب، وقدمه في «الرعاية» لأنه لا يأذن إلا بما فيه مصلحة له وحاجته تدعو إليه، وليس مآله إلى التبذير، وظاهره أنه لا يصح بغير إذنه، لأنه تصرف يجب به مال، فلم يصح بغير إذن وليه كالشراء (وقال القاضي: يصح من غير إذنه) جزم به في «الوجيز» وصححه في «الفروع» لأنه عقد غير مالي، فصح منه كخلعه وطلاقه، ولزوم المال فيه بطريق الضمن، وفي إجباره وجهان، فإن أذن، ففي لزومه تعيين المرأة وجهان، ويتقيد بمهر المثل، ويحتمل لزومه زيادة إذن فيها، كتزويجه بها في وجه، فإن عضله، استقل، وإن علم أنه يطلق، اشترى له جارية، وإن خال على مال، لم يدفع إليه، وقال القاضي: بلى، فعلى الأول إذا أتلفه بعد قبضه لا ضمان عليه، ولا تبرأ المرأة بدفعه إليه، وهو من ضمانها إن أتلفه، أو تلف في يده، لأنها سلطته عليه (وهل يصح عتقه؟ على روايتين) أرجحهما، وجزم به في «الوجيز» أنه لا يصح، لأنه تبرع أشبه هبته ووقفه، ولأنه محجور عليه لحفظ ماله، فلم يصح، كعتق الصبي. والثانية بلى، لأنه عتق من مكلف تام الملك، فصح كالمفلس والراهن، ورد بأن الحجر عليهما لحق غيرهما، وفي عتقهما خلاف، وظاهره أنه يصح تدييره ووصيته، لأن ذلك محض مصلحة، لأنه تقرب إلى الله تعالى بماله بعد غناه عنه، وكذا يصح استيلائه، وتعتق الأمة بموته، لأنه إذا صح من المجنون، فمن السفية أولى.

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 342

فرع: يكفر بصوم كمفلس، وإن فك حجره قبل تكفيره، وقد، عتق، ويستقل بما لا يتعلق بالمال مقصوده.

(5/243)

( وإن أقر ) أي: المحجور عليه ( بحد ) أي: بما يوجب كالزنى ( والسرقة ) أو قصاص أو نسب أو طلق زوجته ( أخذ به ) قال ابن المنذر: هو إجماع من نحفظ عنه، لأنه غير متهم في نفسه، والحجر إنما يتعلق بماله، فنقل على نفسه إذ الحجر لا يتعلق له به، والطلاق ليس بتصرف في المال، فلا يمنع بالإقرار بالحد دليل أنه يصح من العبد بغير إذن سيده مع منعه من التصرف في المال. تنبيه: لو أقر بما يوجب قصاصاً، فعفي المقر له على مال، فوجهان ( وإن أقر بمال ) كالدين، أو ما يوجبه كجناية الخطأ، وشبه العمد، وإتلاف المال وغصبه ( لم يلزمه في حال حجره ) لأنه محجور عليه لحظة، أشبه الصبي، ولو قتلناه في الحال، لزال معنى الحجر، وظاهره أنه يلزمه ما أقر به بعد فك الحجر عنه في قول عامة الأصحاب، لأنه مكلف، فيلزمه ما أقر به عند زواله كالراهن والمفلس ( ويحتمل أن لا يلزمه مطلقاً ) اختاره المؤلف، ونصره في «الشرح»، لأن المنع من نفوذ إقراره في حال الحجر عليه حفظ ماله، ودفع الضرر عنه، ونفوده بعد فكه عنه لا يفيد إلا تأخير الضرر عليه إلى أكمل حالته، لكن إن علم صحة ما أقر به كدين جنائية ونحوه، لزمه أدائه، ذكره في «الشرح» و«الوجيز» ( وحكم تصرف وليه حكم تصرف ولي الصبي والمجنون ) على ما سلف، لأن ولايته على السفية لحظه، أشبه ولي الصبي.

(5/244)

( وللولي أن يأكل من مال المولى عليه بقدر عمله إذا احتاج إلى ذلك ) لقوله تعالى: {ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف} (النساء: 6) ولما روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده أن رجلاً أتى النبي فقال: «إني فقير، وليس لي شيء، ولي يتيم؟ فقال: كل من مال يتيمك غير مسرف» رواه أبو بكر. وروى ابن بطة عن الحسن العرفي مرفوعاً: معناه. ولأنه إنما يستحق بعمله، فتقيد بقدره، والمذهب كما جزم به الجماعة أن له الأقل من أجره مثله، أو قدر كفايته، لأنه يستحقه بالعمل والحاجة جميعاً، فلم يجز أن يأخذ إلا ما وجد فيه. وفي «الإيضاح» إذا قدره حاكم، وقيده في «الرعاية» و«الوجيز»: إن شغله ذلك عن كسب ما يقوم بكفايته، قال ابن رزين: يأير، ومن يمنعه من معاشه بمعروف، وظاهره أنه لا يحل له تناول شيء مع غناه، لقوله تعالى: {ومن كان غنياً فليستعفف} (النساء: 6) وعنه: بلى، اختاره ابن عقيل، كالعمل في الزكاة، وحمل الآية على الاستحباب. وعنه: لا يجوز للوصي أن يأكل شيئاً من مال اليتيم مطلقاً (وهل يلزمه عوضه إذا أيسر؟ على روايتين) كذا في «المحرر» الأصح أنه لا يلزمه، لأن ذلك جعل عوضاً له عن عمله، فلم يلزمه عوضه، كالأجير والمضارب، ولأنه يقال: أمر بالأكل، ولم يذكر عوضاً. والثانية: بلى، وقاله مجاهد، وعطاء، وسعيد بن جبير، لأنه استباحه بالحاجة من مال غيره، فلزمه عوضه، كالمضطر إلى طعام غيره. وجوابه بأن العوض وجب عليه في ذمته بخلافه هنا. وهذا الخلاف في غير الأب، قاله في «المغني» و«الشرح» وإذا قلنا برد البدل، فيتوجه برده إلى الحاكم، لأنه لا يبيريء نفسه بنفسه (وكذلك يخرج في الناظر في الوقف) إذا لم يشترط له شيئاً، وهذا التخرج ذكره أبو الخطاب وغيره، لأنه يساوي الوصي معني وحكماً ونص أحمد في الناظر أنه يأكل بمعروف، وظاهره ولو لم يكن محتاجاً، قاله في «القواعد» وعنه: أيضاً إذا اشترط، قيل له: فيقضي دينه؟ قال: ماسمعت. قال الشيخ تقي الدين: لا يقدم بمعلومه بلا شرط

(5/245)

إلا أن يأخذ أجره عمله مع فقره، كوصي اليتيم، وفرق القاضي بين الوصي بأنه لا يمكنه موافقته على الأجرة، والوكيل يمكنه (ومتى زال الحجر عنه فادعى على الولي تعدياً أو ما يوجب ضماناً) كدعوى النفقة وقدرها، ووجود الغبطة والضرورة والمصلحة والتلف (فالقول قول الوالي) مع يمينه، لأنه يقبل قوله في عدم التفريط، فكذا هنا، كالمودع، وهذا ما لم يخالف عادة وعرفاً، وظاهره أنه يحلف الولي، ولو كان حاكماً وهو رواية، والمذهب أنه لا يحلف الحاكم. فلو قال: أنفقت عليك منذ سنتين، فقال: منذ سنة، قدم قول الصبي، لأن الأصل يوافق، وظاهره أن الحظ والغبطة لا تفتقر إلى ثبوت ذلك عند الحاكم (وكذلك القول قوله في دفع المال إليه بعد رشده) هذا هو المذهب، لأنه أمين، أشبه

المودع، وقيل: يقبل قول الصبي، لقوله تعالى:  
رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 345

(5/246)

{فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم} (النساء: 6) فمتى ترك الإشهاد، فقد فرط، فلزمه الضمان، فعليه لا يقبل قول الولي، إلا ببينة، وكذلك الحكم في المجنون والسفيه (وهل للزوج) الرشيد قاله في «الرعاية» (أن يحجر على امرأته) أي: الرشيدة (في التبرع بما زاد على الثلث من مالها؟ على روايتين) كذا في «الرعاية» أرجحهما: ليس له منعها، وهي ظاهر الخرقى، وجزم بها في «الوجيز» وقدمها في «الفروع» لقوله تعالى: {فإن أنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم} (النساء: 6) وهي ظاهرة في فك الحجر عنهن، وإطلاقهن في التصرف بدليل قوله عليه السلام: «يا معشر النساء تصدقن ولو من حليكن» وكن يتصدقن، ويقبل منهن، ولم يستفصل ولأن من وجب دفع ماله إليه لرشده، جاز له التصرف بغير إذن، كالغلام. والثانية: يملك منعها من ذلك، أي: بزيادة على الثلث نصره القاضي وأصحابه، لما روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده أن النبي قال: «لا يجوز للمرأة عطية في مالها إلا بإذن زوجها إذ هو مالك عصمتها» رواه أبو داود ولأن حق الزوج يتعلق بمالها، وينتفع به، وإذا أعسر بالنفقة، أنظرته فجرى مجرى حقوق الورثة المتعلقة بمال المريض. وجوابه بأن شعيباً لم يدرك عبد الله بن عمرو، وليس لهم حديث يدل على تحديد المنع بالثلث، وقياسهم على المريض فاسد، لأن المريض فاسد لأن المرض سبب يفضي إلى وصول المال إليهم بالميراث، والزوجية إنما تجعله من أهل الميراث، فهي أحد وصفي العلة، فلا يثبت الحكم بمجردهما، كما لا يثبت لها الحجر على زوجها. وظاهره أنه لا يملك منعها من التبرع بما دون الثلث، وعنه: بلى، صححها في «عيون المسائل» قال: لا تهب شيئاً إلا بإذنه، ولا ينفذ عتقها إلا بإذنه لظاهر الخبر.  
رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 345  
فصل

(5/247)

في الإذن (يجوز لولي الصبي المميز أن يأذن له في التجارة في إحدى الروايتين) جزم به في «الوجيز» وهو المرجح، لقوله تعالى: {وابتلوا اليتامى} (النساء: 6) الآية أي: اختبروهم لتعلموا رشدهم، وإنما يتحقق ذلك بتفويض الأمر إليهم من البيع والشراء ونحوه، ولأنه عاقل محجور عليه، فصح تصرفه بإذن وليه كالعبد. والثانية: لا يصح حتى يبلغ، لأنه غير مكلف كغير المميز، ولأن العقل لا يمكن الوقوف منه على الحد الذي يصلح به التصرف لخفائه، فجعل الشارع له ضابطاً وهو البلوغ، فعلى المذهب لو تصرف بلا إذن، لم يصح، قيل: بلى، ويقف على الإجازة، وبناهما في «الشرح» على تصرف الفضولي (ويجوز ذلك لسيد العبد) بغير خلاف نعلمه، لأن الحجر عليه إنما كان لحق السيد، فجاز له التصرف بإذنه لزوال المانع.

( ولا ينفك عنهما الحجر إلا فيما أذن لهما فيه وفي النوع الذي أمرا به ) لأن كل واحد منهما يتصرف بالإذن من جهة آدمي، فوجب أن يختص بما أذن له فيه وأمره به دون غيره، كالوكيل والمضارب. وفي «الانتصار» رواية: إن أذن لعبده في نوع ولم ينفك عنه غيره، ملكه، أي: جاز أن يتجر في غيره، وينفك عنه الحجر مطلقاً، لأن إطلاق الإذن لا يتبعص كبلوغ الصبي. وجوابه بأنه ينتقض بما إذا أذن له في شراء ثوب يلبسه ونحوه، والرقيق سبب الحجر، وهو موجود. وظاهر كلامهم أنه كمضارب في البيع نسيئة وغيره، ودل كلامه على أنه إذا كان لاثنين، فأذن له أحدهما أنه لا يجوز له التصرف، لأنه يقع بمجموعه. ( وإن أذن له في جميع أنواع التجارة لم يحز له أن يؤجر نفسه ولا يتوكل لغيره ) لأنه عقد على نفسه، فلا يملكه إلا بإذن، كبيع نفسه وتزويجه، ولأن ذلك يشغله عن التجارة المقصودة بالإذن، وفي إيجار عبده وبهائمه خلاف في «الانتصار» وفي صحة شراء من يعتق على سيده وامراته، وزوج ربة المال وجهان أصحهما: صحته، وعليه إن صح وعليه دين، فقليل: يعتق، وقيل: يباع فيه، ومثله مضارب، والأشهر يصح، كمن نذر عتقه وشراؤه من حلف لا يملكه ( وهل له أن يوكل فيما يتولى مثله بنفسه؟ على وجهين ) أحدهما: لا يجوز، جزم به في «الوجيز»، لأنه متصرف بالإذن، فاخص بما أذن فيه، والثاني: بلى، لأنه ملك التصرف بنفسه، فملكه بنائبه، كالمالك الرشيد، ولأنه أقامه مقام نفسه ( وإن رآه سيده أو وليه يتجر، فلم ينهه، لم يصر مأذوناً له ) كتزويجه وبيعه ماله، لأنه تصرف يفتقر إلى الإذن، فلم يرقم السكوت مقامه، كمالو تصرف أحدهما في الرهن والآخر ساكت، وكتصرف الأجنبي ( وما استدان العبد ) يقال: استدان، وادان، وتدين بمعنى واحد ( فهو في رقبته ) نقله الجماعة ( يفديه سيده أو يسلمه ) كالجناية ( وعنه: يتعلق بذمته يتبع به بعد العتق ) لأن صاحب الحق رضي بتأخير حقه، لكونه عامل من لا مال له، فعلى المذهب إن أعتقه، فعلى مولاه نقله

أبو طالب ( إلا المأذون له هل يتعلق برقبته أو ذمة سيده؟ على روايتين ) وحاصله أن لتصرف العبد حاليتين، أحدهما: أن يكون غير مأذون له، ولتصرفه حالتان، أحدهما: أن يتصرف ببيع أو شراء بعين المال، فهذا لا يصح على المذهب كالغاصب، وقيل: بلى، ويقف على الإجازة كالفضولي، الثانية: أن يتصرف في ذمته وفيه وجهان، وحكاهما المجد روايتين، أحدهما: يصح تصرفه إلحاقاً له بالمفلس إذ الحجر عليه لحق السيد، والثانية: لا يصح، لأنه محجور عليه كالسفيه فعلى الأول ما اشتراه، أو اقترضه، إن وجد في يده، انتزع منه، لتحقق إفساره، قاله في «المغني» و«التلخيص» وإن أخذه سيده، لم ينتزع منه على المشهور، لأنه وجد مملوكه بحق، أشبه ماله وجد في يده صيداً ونحوه، واختار في «التلخيص» جواز الانتزاع منه، لأن الملك وقع للسيد ابتداءً، وإن تلف بيد السيد، لم يضمنه، واستقر ثمنه في رقبة العبد، أو ذمته على الخلاف، وكذا إن تلف في يد العبد. وعلى الثاني وهو فساد التصرف يرجع

مالك العين حيث وجدها، فإن كانت تالفة، فله قيمته أو مثله إن كان مثلياً، ثم إن كان التلف في يد العبد، رجع عليه. وتعلق برقبته كالجناية، وعنه: يتعلق بذمته، لعموم ما روي عن الفقهاء التابعين من أهل المدينة قال: كانوا يقولون: دين المملوك في ذمته. رواه البيهقي في سننه. وإن كان التلف بيد السيد، فكذلك على مقتضى كلام المجد، وفي «المغني» و«الشرح» و«التلخيص» أنه يرجع إن شاء على السيد، وإن شاء على العبد.  
رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 348

(5/250)

الحالة الثانية: أن يكون مأذوناً له، فما استدانه ببيع، أو قرض، فأشهر الروايات أنه يتعلق بذمة السيد، لأنه غر الناس بمعاملته، وقيده في «الوسيلة» بما إذا كان قدر قيمته، والمذهب مطلقاً، ولا فرق في الذي استدانه بين أن يكون في الذي أذن فيه أو لا بأن يأذن له في التجارة في البر، فيتجر في غيره، لأنه لا ينفك أن يظن الناس أنه مأذون له في ذلك أيضاً، وعنه: يتعلق برقبة العبد كجنايته، ولأنه قابض للمال المتصرف فيه، أشبه غير المأذون له، وعنه: يتعلق بذمة السيد، لإذنه ورقبة العبد لقبضه، وعنه: بذمته، ونقل صالح وعبد الله: يؤخذ السيد بما آدان لها أذن له فيه فقط، ونقل ابن منصور: إذا آدان، فعلى سيده وإن جنى، فعلى سيده، وفي «الروضة» إذا أذن له مطلقاً، لزمه كلما آدان وإن قيده بنوع لم يذكر فيه استدانة، فبرقبته كغير المأذون، وبنى الشيخ تقي الدين الخلاف في أن تصرفه مع الإذن هل هو لسيد، فيتعلق ما آدانه بذمته، كوكيله أو لنفسه، فيتعلق برقبته؟ فيه روايتان. ومحل الخلاف ما إذا ثبت بينة أو إقرار السيد، أما إذا أنكره السيد ولا بينة به، فإنه يتعلق بذمة العبد إن أقر به، وإلا فهو هدر، قاله الزركشي، ومقتضى كلام الأكثر جريان الخلاف.

(5/251)

( وإذا باع السيد عبده المأذون له شيئاً، لم يصح في أحد الوجهين) هذا ظاهر المذهب، لأنه مملوكه، فلا يثبت له دين في ذمته، كغير المأذون له ( وفي الآخر يصح إذا كان عليه دين بقدر قيمته) لأنه إذا قلنا: إن الدين يتعلق برقبته، فكأنه صار مستحقاً لأصحاب الديون، فيصير كعبد غيره، وقيل: يصح مطلقاً ( ويصح إقرار المأذون له في قدر ما أذن له فيه) لأن مقتضى الإقرار الصحة ترك فيما لم يأذن له فيه سيده لحق السيد، فوجب أن يبقى فيما عداه على مقتضاه، وظاهره أنه لا يصح فيما زاد لما ذكرنا ( وإن حجر عليه وفي يده مال ثم أذن له فأقر به صح) لأن المانع من صحة إقراره الحجر عليه، وقد زال، ولأن تصرفه فيه صحيح، فصح إقراره به كالحجر، وقيل: لا يصح إلا في الشيء اليسير ( ولا يبطل الإذن بالإباق) في الأصح، لأنه لا يمنع ابتداء الأذن له في التجارة، فلم يمنع استدامته، كما لو غصبه غاصب، أو حبس بدين عليه، وكتدبير واستيلاء، وقيل: يبطل به، لأنه يزيل ولاية السيد عنه في التجارة بدليل أنه لا يجوز بيعه وهبته لمن يقدر عليه، ويبطل بالمغصوب، وفيه بكتابة وحرية، وأسر خلاف في «الانتصار» وفي «الموجز» و«التبصرة» يزول ملكه بحرية وغيرها، كحجر على



سيده، وليس إباقة فرقة، نص عليه.

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 348

فرع: له معاملة عبد، ولو لم يثبت كونه مأذوناً له خلافاً «النهاية» نقل مهنا فيمن اشترى من عبد ثوباً، فوجد به عيباً، فقال العبد: أنا غير مأذون لي في التجارة، لم يقبل منه، لأنه إنما أراد أن يدفع عن نفسه، ولو أنكر سيده إذنه يتوجه الخلاف. وقال الشيخ تقي الدين: إن علم بتصرفه، لم يقبل، ولو قدر صدقه فتسليطه عدواناً منه فيضمن وفي طريقة بعض أصحابنا: التجار أتلفوا أموالهم لما لم يسألوا الولي، إذ الأصل عدم الإذن للعبد وهو ظاهر.

(5/252)

( ولا يصح تبرع المأذون له بهبة الدراهم وكسوة الثياب) ونحوه، لأن ذلك ليس من التجارة، ولا يحتاج إليه كغير المأذون له، وظاهره وإن قل ( ويجوز هديته للمأكل وإعارة دابته) وعمل دعوة ونحوه بلا إشراف، لأنه عليه السلام كان يجب دعوة المملوك، وروى أبو سعيد مولى أبي أسيد أنه تزوج، فحضر دعوته جماعة من الصحابة، منهم ابن مسعود، وأبو حذيفة، وأبو ذر، فأهمهم وهو يومئذ عبد. رواه صالح في مسائله، ولأنه مما جرت به عادة التجار فيما بينهم، فيدخل في عموم الإذن. وقال في «النهاية»: الأظهر أنه لا يجوز، لأنه تبرع بمال مولاه، فلم يجر ككناحه، وكمكاتب في الأصح ( وهل لغير المأذون الصدقة من قوته بالرغيف ونحوه إذا لم يضرب به؟ على روايتين) أصحابنا: له ذلك بما لا يضره، لأنه مما جرت العادة بالمسامحة فيه، فجاز كصدقة المرأة من بيت زوجها، والثانية: المنع منه، لأن المال لسيده، وإنما أذن له في الأكل، فلم يملك الصدقة به كالضيف لا يتصدق بما أذن له في أكله.

(5/253)

مسألة: ما كسبه العبد غير المأذون من مباح، أو قبله من هبة ووصية، فليسيده، وكذا اللقطة، وقيل: لا يقبل الكل إلا بإذنه، وإن قبل، أو التقط، وعرف بلا إذنه، فهو للعبد إن قلنا: يملك بالتمليك، ولا يصح قبول سيده عنه مطلقاً، فإن لم يملك - واختاره الأصحاب - فهو لسيده يعتقه، وليسيده أخذه منه، ولا يتصرف في ملكه إلا بإذن سيده ( وهل للمرأة الصدقة من بيت زوجها بغير إذنه بنحو ذلك؟) أي: باليسير ( على روايتين) المشهور في المذهب لها ذلك، لما روت عائشة قالت: قال رسول الله: «إذا أنفقت المرأة من طعام زوجها غير مفسدة، كان لها أجرها بما أنفقت، ولزوجها أجر ما كسب، وللخازن مثل ذلك لا ينقص بعضهم من أجر بعض شيئاً» متفق عليه. ولم يذكر إذناً إذ العادة السماح، وطيب النفس به إلا أن تضطرب العادة، ويشك في رضاه، أو يكون خيلاً، ويشك في رضاه، فلا يجوز، والثانية: لا، نقلها أبو طالب لما روى أبو أمامة الباهلي قال: سمعت رسول الله يقول: «لا تنفق المرأة شيئاً من بيتها إلا بإذن زوجها قيل يا رسول الله ولا الطعام؟ قال: ذلك أفضل أموالنا» رواه سعيد، ولأنها تبرعت بمال غيرها، فلم يجر كالصدقة بثيابه، والأول أصح، لأن أحاديثها خاصة صحيحة، فتقدم على غيرها، والإذن العرفي كالحقيقي إلا أن

يمنعها من التصرف فيه مطلقاً، وكمن يطعمها ولم يعلم رضاه، ولم يفرق  
أحمد، ويلحق بها من كان في بيته كجاريته وعبده المتصرف في بيت سيده  
لوجود المغنى فيه.  
رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 348

(5/254)

## باب الوكالة

الوكالة، بفتح الواو وكسرهما: التفويض، يقال: وكله، أي: فوض إليه، ووكلت  
أمري إلى فلان، أي: فوضت إليه، واكتفيت به، وقد تطلق ويراد بها الحفظ،  
وهي اسم مصدر بمعنى التوكّل، واصطلاحاً: التفويض في شيء خاص في  
الحياة، والأحسن فيها: أنها استنابة الجائر التصرف مثله فيما تدخله النيابة.  
وهي جائزة بالإجماع، وسنده قوله تعالى: «{فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى  
المدينة} (الكهف: 19) الآية، وقد وكل عروة بن الجعد في شراء الشاة، وأبا  
رافع في تزوج ميمونة، وعمرو بن أمية الضمري في تزوج أم حبيبة والمعنى  
شاهد بذلك، لأن الحاجة تدعو إليه، فإن كل أحد لا يمكنه فعل ما يحتاج إليه  
بنفسه.

(5/255)

( تصح الوكالة بكل قول يدل على الأذن) نص عليه نحو: افعل كذا، أو أذنت لك  
في فعله، لأنه لفظ دال على الإذن، فصح كلفظها الصريح، ونقل جعفر إذا قال:  
بع هذا، ليس بشيء حتى يقول: وكلتك، فاعتبر انعقادها بلفظها الصريح، وتأوله  
القاضي على التأكيد، لنصه على انعقاد البيع باللفظ، والمعاطاة كذا الوكالة  
قال ابن عقيل: هذا دأب شيخنا أن يحمل نادر كلام أحمد على أظهره، ويصرفه  
عن ظاهره، والواجب أن يقال: كل لفظ رواية، ويصح الصحيح. قال الأزجي:  
ينبغي أن يعول في المذهب على هذا لئلا يصير المذهب رواية واحدة وقد دل  
كلام القاضي على انعقادها بفعل دال كبيع، وهو ظاهر كلام المؤلف فيمن دفع  
ثوبه إلى قصار أو خياط، قال في «الفروع»: وهو أظهر، وكالقبول وظاهره أنها  
تصح مؤقتة ومعلقة بشرط، نص عليه كوصية وإباحة أكل، وقضاء وإمارة،  
وكتعليق تصرف. واختار في «عيون المسائل» أنه لا يصح تعليقها بشرط،  
كتعليق فسخها ( وكل قول) والأصح ( أوفعل يدل على القبول) لأن وكلاء النبي  
لم ينقل عنهم سوى امتثال أوامره، ولأنه إذن في التصرف، فجاز القبول  
بالفعل كأكل الطعام، وكذا سائر العقود الجائزة كشركة ومضاربة ومساقاة  
ونحوها ( ويصح القبول على الفور) بلا شبهة كسائر العقود ( والتراخي بأن  
يوكله في بيع شيء، فيبيعه بعد سنة، أو يبلغه أنه وكله منذ شهر فيقول: قبلت)  
لأن قبول وكلائه عليه السلام كان بفعلهم، وكان متراخياً عن توكله إياهم، ولأنه  
إذن في التصرف، والإذن قائم ما لم يرجع عنه، أشبه الإباحة وظاهره أنه يعتبر  
تعيين الوكيل، وقاله القاضي وأصحابه، وفي «الانتصار» ولو وكل زيداً وهو لا

(5/256)

( ولا يجوز التوكيل والتوكل في شيء إلا ممن يصح تصرفه فيه ) لأن من لا يصح تصرفه بنفسه، فثأبه أولى، فلو وكله في بيع ما سيملكه أو طلاق من يتزوجها، لم يصح، إذ الطلاق لا يملكه في الحال، ذكره الأزجي، وذكر غيره: إن قال: إن تزوجت هذه، فقد وكلتك في طلاقها، أو إن اشتريت هذا العبد، فقد وكلتك في عتقه، صح، إن قلنا: يصح تعليقهما على ملكهما، وإلا فلا، وكل من صح تصرفه بنفسه، صح منه ما ذكرنا، لأن كلا منهما يملك التصرف بنفسه، فجاز أن يستنيب غيره، وأن ينوب عن غيره لانتفاء المفسد، وشرطه أن يكون مما تدخله النيابة، فلا يصح توكيل فاسق في إيجاب نكاح إلا على رواية، وفي قبوله وجهان. ويصح توكيل المرأة في طلاق نفسها وغيرها، وتوكيل العبد في قبول نكاح، لأنه يجوز أن يقبله لنفسه بإذن سيده، وللمكاتب أن يوكل فيما يتصرف فيه بنفسه، وله أن يتوكل لغيره بجعل، لأنه من اكتساب المال، وليس له أن يتوكل بغير جعل إلا بإذن سيده، وصحة وكالة المميز في طلاق وغيره مبني على صحته منه، وفي «الرعاية» روايتان لنفسه، أو غيره إذن. ويصح أن يتوكل واجد للطول في قبول نكاح أمة لمباح له وغني لفقير في قبول زكاة، لأن سلبهما القدرة تنزيها، وقبول نكاح أخته ونحوها من أبيه الأجنبي، قاله في «الوجيز» وغيره.

(5/257)

( ويجوز التوكيل في كل حق آدمي من العقود ) لأنه عليه السلام وكل عروة بن الجعد في الشراء، وسائر العقود كالإجارة والقرض والمضاربة، والإبراء في معناه، لأن الحاجة تدعو إليه، لأنه قد لا يحسن البيع والشراء، أو لا يمكنه الخروج إلى السوق، أو يحط ذلك من منزلته، فأباحها الشارع دعفاً للحاجة، وتحصيلاً للمصلحة. ومقتضاه أنه يصح التوكيل في الإقرار. وقيل: التوكيل فيه إقرار، جزم به في «المحرر» وفي إثبات القصاص. وفي المطالبة بالحقوق وإثباتها والمحاکمة فيها، حاضراً كان الموكل أو غائباً صحيحاً أو مريضاً في قول الجمهور ( والفسوخ والعتق والطلاق ) لأنه يجوز التوكيل في الإنشاء، فجاز في الإزالة بطريق الأولى ( والرجعة ) لأن الحاجة تدعو إلى ذلك ( وتملك المباحات من الصيد والحشيش ونحوه ) كإحياء الموات، واستيفاء الموارث، لأنها تملك مال بسبب لا يتعين عليه، فجاز كالإتياع والأتها، وقيل: من وكل في احتشاش واحتطاب، فهل يملك الوكيل ما أخذه أو موكله؟ فيه وجهان ( إلا الظهار ) لأنه قول منكر وزور يحرم عليه فعله، فلم تجز الاستنابة فيه كالإيلاء ( واللعان والأيمان ) لأنها أيمان، فلا تدخلها النيابة كالعبادات البدنية والنذر والقسامة كذلك، ويستثنى أيضاً القسم بين الزوجات، لأنها تتعلق بالزوج لأمر يختص به والشهادة، لأنها تتعلق بالشاهد، والرضاع، لأنه يختص بالمرضعة، والالتقاط، فإذا فعل ذلك فالتقط كان أحق به من الأمر، والاعتنام، لأنه يستحق

بالحضور، والغضب والجنابة، لأنه محرم ( ويجوز أن يوكل من يقبل له النكاح )  
لفعله عليه السلام ولأن الحاجة قد تدعو إلى ذلك، فإنه ربما احتاج إلى التزوج  
من مكان بعيد لا يمكنه السفر إليه، كما تزوج عليه السلام أم حبيبة وهي بارض  
الحبشة ( ومن يزوج وليته ) لأن الحاجة تدعو إلى ذلك، أشبه البيع ( إذا كان  
الوكيل ممن يصح ذلك منه لنفسه وموليته ) يحترز به عن الصبي والمجنون،  
فإن توكيلهما غير صحيح، وعن الفاسق، فإن توكيله في

(5/258)

---

الإيجاب كذلك، لأنه لا يصح أن يتولى نكاح موليته بنفسه، إذ لا ولاية لفاسق،  
وفيه إشعار بأنه يصح أن يكون وكيلاً في القبول، وقد تقدم.  
رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 355  
( ويصح في كل حق لله تعالى تدخله النيابة من العبادات ) كتفرقة صدقة وزكاة  
ونذر وكفارة، لأنه عليه السلام كان يبعث عماله لقبض الصدقات، وتفريقها،  
وحديث معاذ شاهد بذلك، وكذا الحج والعمرة، فإنه يجوز أن يستنيب من يفعله  
بشرطه، ويجوز أن يقول لغيره: أخرج زكاة مالي من مالك، فأما العبادات  
البدنية المحضنة، كالصلاة والصوم والطهارة من الحدث، فلا يجوز التوكيل فيها،  
فإنها تتعلق ببدن من هي عليه، وكذا الصيام المنذور، فإنه يفعل عن الميت،  
وليس بتوكيل، لكن يستثنى من الصلاة ركعتا الطواف، فإنها تبع للحج ومن  
الطهارة صب الماء وإيصاله إلى الأعضاء، وتطهير البدن، والثوب من  
النجاسة ( والحدود في إثباتها واستيفائها ) لقوله عليه السلام: «واغد يا أنيس إلى  
امرأة هذا، فإن اعترفت، فارجمها» فاعترفت فأمر بها، فرجمت. متفق عليه.  
فقد وكله في الإثبات والاستيفاء جميعاً، وقال أبو الخطاب: لا يجوز في إثباتها،  
لأنها تسقط بالشبهات، وقد أمرنا بدرئها، والتوكيل يوصل إلى الإيجاب وجوابه.  
الخبر، وبأن الحاكم إذا استتاب دخل فيها الحدود، فإذا دخلت في التوكيل  
بطريق العموم، فالتخصيص بدخولها أولى، والوكيل يقوم مقام الموكل في  
درئها بالشبهات.

(5/259)

---

( ويجوز الاستيفاء في حضرة الموكل وغيبته ) نص عليه، لعموم الأدلة، ولأن ما  
جاز استيفاؤه في حضرة الموكل، جاز في غيبته كسائر الحقوق ( إلا القصاص  
وحد القذف عند بعض أصحابنا لا يجوز في غيبته )، وقد أومأ إليه أحمد، لأنه  
يحتمل أن يعفو عنه حال غيبته، فيسقط، وهذه شبهة تمنع الاستيفاء لأن العفو  
مندوب إليه، فإذا حضر الموكل، احتمل أن يرحمه، فيعفو. والمذهب له  
الاستيفاء في الغيبة مطلقاً، أما الزنى وشبهه، فظاهر، لأنه لا يحتمل العفو حتى  
يدراً بالشبهة، واحتمال العفو في غيره بعيد، لأن الظاهر أنه لو عفا، لأعلم  
وكيله به، والأصل عدمه، فلا يؤثر، ألا ترى أن قضاة رسول الله كانوا يحكمون  
في البلاد، ويقيمون الحدود التي تدرأ بالشبهات مع احتمال الفسخ. ( ولا يجوز  
للوكيل التوكيل فيما يتولى مثله بنفسه إلا بإذن الموكل ) نقله ابن منصور، لأنه  
لم ياذن له في التوكيل، ولا تضمنه إذنه، لكونه يتولى مثله، ولأنه استئمان فيما

يمكنه النهوض فيه، فلم يكن له أن يوليه من لا يأمنه عليه كالوديعة ( وعنه: يجوز) نقلها حنبل، لأن الوكيل له أن يتصرف بنفسه، فملكه نائبه كالمالك، ورد بأن المالك يتصرف في ملكه كيف شاء بخلاف الوكيل، وهذا مع الإطلاق، فلو نهاه عنه، لم يجز بغير خلاف، لأن ما نهاه عنه ليس بداخل في إذنه، فلم يجز كمالو لم يوكله، وعكسه إذا أذن له فيه، أو قال، اصنع ما شئت، فإنه يجوز بغير خلاف، لأنه عقد أذن فيه، فكان له فعله، كالتصرف المأذون فيه ( وكذلك الوصي والحاكم) أي: حكمهما حكم الوكيل، لأن كل واحد منهما متصرف بالإذن كالوكيل، لكن قال القاضي: المنصوص عن أحمد جوازه، وقدمه في «المحرر» ونقل في «المغني» عن القاضي في المصراة أنه يجوز للوصي أن يستنيب مطلقاً، وفي الوكيل روايتان، والفرق أن الوكيل يمكنه الاستئذان بخلاف الوصي، ثم قال: وقال أبو بكر: في الوصي روايتان كالوكيل قال في «المغني»: والجمع بينهما أولى، لأنه متصرف في مال غيره بالإذن،

(5/260)

---

أشبه الوكيل. وإنما يتصرف فيما اقتضته الوصية، كالوكيل إنما يتصرف فيما اقتضته الوكالة، ويلق بهذا مضارب وولي في نكاح غير مجبر، وقيل: يجوز من الولي أباً كان أو غيره، قدمه في «الشرح».

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 355

مسألة: يجوز للحاكم أن يستنيب من غير مذهبه، ذكره القاضي في «الأحكام السلطانية» و ابن حمدان في «الرعاية» وفي «الفروع»: إذا استتاب حاكم من غير أهل مذهبه إن كان لكونه أرجح، فقد أحسن، وإلا لم تصح الاستتابة إذا لم يمنع إن كان له الحكم وهو مبني على تقليد غير إمامه، وإلا انبنى هل يستنيب فيما لا يملكه، كتوكيل مسلم ذمياً في شراء خمر وأنه نائب المستنيب، أو الأول. ( ويجوز توكيله فيما لا يتولى مثله بنفسه) أي: إذا كان العمل مما يرتفع الوكيل عن مثله، كالأعمال الدينية في حق أشرف الناس المرتفعين عن فعله عادة، فإن الإذن ينصرف إلى ما جرت به العادة (أو) كان يعمله بنفسه لكنه ( يعجز عنه لكثيرته) لأن الوكالة اقتضت جواز التوكيل، فجاز في جميعه، كمالو أذن فيه لفظاً. وقال القاضي: عندي أنه يوكل فيما زاد على ما يتمكن من فعله، لأن التوكيل إنما جاز للحاجة، فاخص بها بخلاف وجود إذنه، فإنه مطلق. ولا يوكل إلا أميناً إلا أن يعين له سواه، فإنه يجوز مطلقاً، لأنه قطع نظره بتعيينه، وعلى الأول لو وكل أميناً، فصار خائناً، فله عزله، لأن تمكينه من التصرف مع الخيانة تفريط. ووكل عنك وكيل وكيله، ووكل عني، أو يطلق وكيل موكله في الأصح، ولا يوصي وكيل مطلقاً.

(5/261)

---

( ويجوز توكيل عبد غيره بإذن سيده) لأن المنع لحقه، فإذا أذن، صار كالحر وكالتصرف ( ولا يجوز بغير إذنه) لأنه محجور عليه ( فإن وكله بإذنه) وقيل أولاً ( في شراء نفسه من سيده فعلى وجهين) وفي «الفروع» روايتان: أحدهما يصح، نصرها في «الشرح»، وجزم بها في «الوجيز» وغيره، لأنه يجوز

أن يوكله في شراء عبد غيره، فجاز أن يشتري نفسه كالمراة لما جاز توكيلها في طلاق غيرها، جاز توكيلها في طلاق نفسها. والثانية: لا، لأن يد العبد كيد سيده، أشبه ماله وكله في الشراء من نفسه، ولهذا يحكم للانسان بما في يد غيره، وفي «المغني» و«الشرح» إن هذا الوجه لا يصح، لأن أكثر ما يقدر جعل توكيل العبد كتوكيل سيده، ولأن الولي في النكاح يجوز أن يتولى طرفي العقد، فكذا هنا، فلو قال العبد: اشتريت نفسي لزيد، وصدقا، صح ولزم زيد الثمن، وإن قال السيد: ما اشتريت نفسك إلا لنفسك، عتق، لإقرار السيد على نفسه بما يعتق به العبد، ويلزم العبد الثمن في ذمته لسيده، لأن الظاهر وقوع العقد له، وإن صدقه السيد، وكذب زيد، نظرت في تكذبه، فإن كذبه في الوكالة حلف، وبريء، وللسيد فسخ البيع، واسترجاع عبده، لتعذر ثمنه. وإن صدقه في الوكالة، وقال: ما اشتريت نفسك لي، قبل قول العبد، لأن الوكيل يقبل قوله في التصرف المأذون فيه.

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 355

تنبيه: لو وكل العبد في إعتاق عبيده، والمرأة في طلاق نساءه، لم يملك إعتاق نفسه، ولا هي طلاق نفسها، لأنه بإطلاقه ينصرف إلى التصرف في غيره، وقيل: بلى لأن اللفظ يعمه، فلو وكل غريمه في إبراء نفسه، صح كتوكيل العبد في إعتاق نفسه، فلو وكله في إبراء غرمائه، لم يملك إبراء نفسه في المشهور، كماله وكله في حبس غرمائه أو خصومتهم.

(5/262)

( والوكالة عقد جائز من الطرفين ) لأنها من جهة الموكل إذن، ومن جهة الوكيل بدل نفع، وكلاهما جائز ( لكل واحد منهما فسخها ) أي: متى شاء لأنها إذن في التصرف، فملكه كالإذن في أكل طعامه، وإن قال: كلما عزلتك، فقد وكلتك، انعزل بكما وكلتك، فقد عزلتك وهي الوكالة الدورية، قال في «التلخيص»: وهي على أصلنا صحيحة في صحة التعليق، وصورتها أن تقول: كلما عزلتك، فأنت وكيل، وطريقه في العزل أن يقول: كلما عدت وكيل، فقد عزلتك، وهي فسخ معلق بشرط. وقال الشيخ تقي الدين: لا يصح، لأنه يؤدي إلى أن تصير العقود الجائزة لازمة، وذلك تغيير لقاعدة الشرع، وليس مقصود المعلق إيقاع الفسخ، وإنما قصده الامتناع من التوكيل، وحله قبل وقوعه والعقود لا تفسخ قبل انعقادها ( وتبطل بالموت والجنون ) المطبق وفيه وجه، وهو ظاهر «الوجيز» ( والحجر للسفه ) لأن الوكالة تعتمد الحياة والعقل وعدم الحجر، فإذا انتفى ذلك، انتفت صحتها لانتفاء ما يعتمد عليه، وهو أهلية التصرف، وطاهره أن الحجر لفلس لا يبطلها، وصرح به في «المغني» و«الشرح» لأن الوكيل لم يخرج عن أهلية التصرف، لكن إن حجر على الموكل، فإن كانت الوكالة في أعيان ماله، بطلت لانقطاع تصرفه فيها، وإن كانت في غيرها، فلا، وتبطل أيضاً في طلاق الزوجة بوطنها، وفي عتق العبد بكتابته وتديبره، ذكره في «المحرر» ( وكذلك كل عقد جائز كالشركة والمضاربة ) لأن الكل مشترك معنى فوجب أن يساويه حكماً.

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 355

(5/263)

( ولا تبطل بالسكركر) لأنه لا يخرج عن أهلية التصرف، فإن فسق به، بطلت فيما ينافيه، كالإيجاب في النكاح لخروجه عن أهلية التصرف بخلاف الوكيل في القبول، فإنه لا ينزل بفسق موكله ولا بفسقه في الأشهر، لأنه يجوز أن يقبل لنفسه، فجاز لغيره كالعدل، لكن إن كان وكيلاً فيما تشترط فيه الأمانة كوكيل ولي اليتيم، وولي الوقف، انزل بفسقه وفسق موكله ( والإغماء) لأنه لا تثبت عليه الولاية، وكذا النوم، وإن خرج عن أهلية التصرف و( التعدي) أي: تعدي الوكيل، كلبس الثوب، وركوب الدابة، لأن الوكالة اقتضت الأمانة والإذن، فإذا زالت الأولى بالتعدي، بقي الإذن بحاله. والوجه الثاني: أنها تبطل به، لأنها عقد أمانة، فبطلت بالتعدي كالوديعة، ورد بالفرق، فإن الوديعة مجرد أمانة، فنافاها التعدي بخلاف الوكالة، فإنها إذن في التصرف، وتضمنت الأمانة، وأطلقهما في «المحرر» و«الفروع» فعلى الأول يصير ضامناً فإذا تصرف كما قال موكله، صح وبريء من ضمانه لدخوله في ملك المشتري وضمانيه ويصير الثمن في يده أمانة، فإذا اشترى شيئاً، وظهر به عيب، صار مضموناً عليه، لأن العقد المزيل للضمان، زال، فعاد مازال به ( وهل تبطل بالردة وحرية عبده على وجهين) أحدهما - وجزم به في «الوجيز»: أنها لا تبطل بالردة، لأنها لا تمنع ابتداء الوكالة، فكذا لا تمنع استدامتها كسائر الكفر، وسواء لحق بدار الحرب أولاً. والثاني: تبطل بها إذا قلنا: يزول ملكه، ويبطل تصرفه، والوكالة تصرف، وفي «المغني» إن كانت من الوكيل، لم تبطل، لأن رده لا تؤثر في تصرفه، وإنما تؤثر في ماله، وإن كانت من الموكل، فوجهان مبنيان على صحة تصرف المرتد في ماله. وفي «الشرح» إنها لا تبطل بردة الموكل فيما له التصرف فيه، فاما الوكيل في ماله، فينبني على صحة تصرف نفسه، فإن قلنا: يصح تصرفه، لم تبطل، وإن قلنا: هو موقوف، فهي كذلك، وإن قلنا: يبطل تصرفه، بطلت، فإن كانت حال رده فالأوجه.

(5/264)

الثانية: إذا وكل عبده، ثم أعتقه، لم تبطل، قدمه في «الشرح»، وصححه وجزم به في «الوجيز» لأن زوال ملكه لا يمنع ابتداء الوكالة، فلا يمنع استدامتها وكإباقه. والثاني: بلى، لأن توكيل عبده ليس بتوكيل في الحقيقة، وإنما هو استخدام بحق الملك، فيبطل بزوال الملك، وكذا الخلاف فيما إذا باعه، أو وكل عبده غيره، ثم باعه سيده، فلو اشتراه الموكل منه، لم تبطل، لأن ملكه إياه لا ينافي إذنه له في البيع والشراء، وكذا الخلاف فيما إذا وكل عبده غيره، ثم أعتقه. وفي «المغني» أنها لا تبطل وجهاً واحداً، لأن هذا توكيل في الحقيقة والعتيق غير مناف، وفي جردها من أحدهما، وقيل: عمداً وجهان، والأشهر فيهن أنها لا تبطل.

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 355

تنبيه: تبطل بتلف العين الموكل في التصرف فيها، لأن محلها قد ذهب، فلو وكله في الشراء مطلقاً، ونفذ ما دفعه إليه، بطلت، لأنه إنما وكله في الشراء به، وإن استقرضه الوكيل، فهو كتلفه، ولو عزل عوضه، لأنه لا يصير للموكل حتى يقبضه.

( وهل ينزل الوكيل بالموت والعزل قبل علمه؟ على روايتين) لا خلاف أن الوكيل إذا علم بموت الموكل أو عزله أن تصرفه باطل وإن لم يعلم، فاختار الأكثر وذكر الشيخ تقي الدين أنه الأشهر أن تصرفه غير نافذ، لأنه رفع عقد لا يفتقر إلى رضی صاحبه، فصح بغير علمه كالطلاق. والثانية، ونص عليها في رواية ابن منصور وغيره: أنه لا ينزل اعتماداً على أن الحكم لا يثبت في حقه قبل العلم بالأحكام المبتدأة، ولقوله تعالى: {فمن جاءه موعظة} (البقرة: 275) الآية وينبغي عليهما تضمينه واختار الشيخ تقي الدين أنه لا يضمن، لأنه لم يفرط، وذكر وجهاً أنه ينزل بالموت، لا بالعزل، وقاله جمع من العلماء.

(5/265)

واعلم أن القاضي والمؤلف وجماعة يجعلون الخلاف في نفس انفساخ الوكالة قبل العلم، وظاهر الخرقى و«الشرح» وكلام المجد يجعلونه في نفوذ التصرف، وهو أوفق لمنصوص أحمد، وليس بينهما فرق في «المغني» ولهذا قال الشيخ تقي الدين: هو لفظي، وذكر أنه لو باع أو تصرف، فادعى أنه عزله قبله، لم يقبل، فلو أقام بينة ببلد آخر، وحكم به حاكم، فإن لم ينزل قبل العلم، صح تصرفه، وإلا كان حكماً على الغائب. ولو حكم قبل هذا الحكم بالصحة حاكم لا يرى عزله قبل العلم، فإن كان بلغه ذلك، نفذ، والحكم الناقص له مردود، وإلا وجوده كعدمه. والحاكم الثاني إذا لم يعلم بأن العزل قبل العلم، أو علم ولم يره، أوراه ولم ير نقض الحكم المتقدم، فحكمه كعدمه. فرع: لا ينزل مودع قبل علمه خلافاً لأبي الخطاب، فما بيده أمانة ومثله مضارب.

( وإذا وكل اثنين لم يجز لأحدهما الانفراد بالتصرف) لأنه لم يرض تصرف أحدهما منفرداً بدليل إضافة الغير إليه (إلا أن يجعل ذلك) أي الانفراد بالتصرف (إليه) لأنه مأذون فيه، أشبه مالهو كان منفرداً، فلو وكلهما في حفظ ماله، حفظاه معاً في حرز لهما، لأن قوله: افعلوا كذا يقضتي اجتماعهما على فعله بخلاف بعثكما حيث كان منقسماً بينهما، لأنه لا يمكن أن يكون الملك لهما على الاجتماع فلو غاب أحدهما لم يكن للآخر أن يتصرف، ولا للحاكم ضم أمين ليتصرفا بخلاف مالهو مات أحد الوصيين، فإن للحاكم ضم أمين، والفرق أن الموكل رشيد جائز التصرف لا ولاية للحاكم عليه بخلاف الوصية، فإن له نظرافي حق الميث واليتيم، ولهذا لو لم يوص إلى أحد، أقام الحاكم أميناً في النظر لليتيم، فإن كان أحدهما غائباً، فادعى الحاضر، وأقام بينة سمعها الحاكم، وحكم بشئونها لهما فإذا حضر الغائب تصرفاً معاً، لا يقال: هو حكم للغائب، لأنه يجوز تبعاً لحق الحاضر، كما يجوز أن يحكم بالوقف لمن لم يخلق لأجل من يستحقه في الحال، فلو جردها الغائب، أو عزل نفسه، لم يكن للآخر أن يتصرف.

(5/266)

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 355  
( ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع لنفسه) على المذهب، لأن العرف في البيع



بيع الرجل من غيره، فحملت الوكالة عليه، وكما لو صرح به، ولأنه يلحقه تهمة، ويتنافى الغرضان في بيعه لنفسه، فلم يجز، كما لو نهاه، وكذا شراؤه من نفسه لكن لو أذن له، جاز، ويتولى طرفيه في الأصح فيما إذا انتفت التهمة كأب الصغير، وكذا توكيله في بيعه، وآخر في شرائه، ومثله نكاح ودعوى، فيدعي أحدهما، ويجب عن الآخر، ويقوم حجة كل واحد منهما، وقال الأزجي في الدعوى: الذي يقع الاعتماد عليه لا يصح للتضاد.

(5/267)

---

( وعنه: يجوز إذا زاد على مبلغ ثمنه في النداء أو وكل من يبيع وكان هو أحد المشترين) لأن بذلك يحصل غرض الموكل من الثمن، أشبه مالو باعه لأجنبي، وفي «الكافي» و«الشرح» أن الجواز معلق بشرطين، أحدهما: أن يزيد على مبلغ ثمنه في النداء. الثاني: أن يتولى النداء غيره، قال القاضي: يحتمل أن يكون الثاني واجباً، وهو أشبه بكلامه، ويحتمل أن يكون مستحباً. وفي «الفروع»: وعنه: يبيع من نفسه إذا زاد ثمنه في النداء، وقيل: أو وكل بائعاً وهو ظاهر رواية حنبل، وقيل: هما. وذكر الأزجي احتمالاً: لا يعتبران لأن دينه وأمانته تحمله على الحق، وربما زاد، لا يقال: كيف يوكل بالبيع وهو ممنوع منه على المشهور، لأنه يجوز التوكيل فيما لا يتولى مثله بنفسه، والنداء مما لم تجر العادة أن يتولاه أكثر الوكلاء بأنفسهم. قال ابن المنجا: وفيه نظر، لأن الوكيل إذا جاز له أن يعطي ما وكل فيه لمن ينادي عليه لما ذكر، فالعقد لا بد له من عاقد، ومثله يتولاه، فلا يجوز أن يوكل عنه غيره. ويمكن التخلص من ورود هذا الإشكال بأن يجعل بدل التوكيل في البيع التوكيل في الشراء. ( وهل يجوز أن يبيعه لولده) الكبير (أو والده أو مكاتبه؟ على وجهين) كذا أطلقهما في «المحرر» و«الفروع» أحدهما: المنع، لأنه متهم في حقهم، ويميل إلى ترك الاستقصاء عليهم في الثمن، كتهمة في حق نفسه، ولذلك لا تقبل شهادته لهم. والثاني: يجوز، لأنهم غيره، وقد امثل أمر الموكل، ووافق العرف في بيع غيره، أشبه الأجنبي. وذكر الأزجي أن الخلاف في الأخوة والأقارب كذلك.

(5/268)

---

فرع: الحاكم وأمينه، وناظر الوقف والمضارب كالوكيل. ( ولا يجوز أن يبيع نساء ولا يغير نقد البلد) على المذهب، لأن الموكل لو باع بنفسه وأطلق، انصرف إلى الحلول ونقد البلد، فكذا وكيله، فلو تصرف بغير ذلك لنفع وغرض، لم يصح، لأن عقد الوكالة لم يقتضه، وفيه احتمال وهو رواية في الموجز، وكما لو وكله في شراء بلح في الصيف، وفحم في الشتاء، فخالف، ذكره أبو الخطاب ومحلّه في الفحم في غير تجارة، فإن كان في البلد نقدان باع بأغلبهما، فإن تساويا، خير ( ويحتمل أن يجوز) هذا رواية عن أحمد لقوله: يع كيف شئت ( كالمضارب) على الأصح فيه، والفرق بينهما من حيث إن المقصود في المضاربة الربح، وهو في النساء أكثر، ولا يتعين ذلك في الوكالة، بل ربما كان المقصود تحصيل الثمن لدفع حاجته، فتفوت بتأخير الثمن، ولأن استيفاء الثمن في المضاربة على المضارب، فيعود الضرر عليه، واستيفاء الثمن في

الوكالة على الموكل فيعود ضرر الطلب عليه، وهو لم يرض به. وهذا الخلاف  
أنما هو مع الإطلاق فلو عين له شيئاً، تعين، ولم يجز مخالفته، لأنه متصرف  
بإذنه.

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 355

(5/269)

فائدة: إذا ادعى الإذن في ذلك، قبل قولهما، وقيل: قول المالك. ( وإن باع  
بدون ثمن المثل أو بأنقص مما قدره له، صح) نص عليه، وقدمه في «المحرر»  
وصححه ابن المنجا، لأن من صح بيعه بثمن المثل، صح بدون  
كالمريض (ويضمن) الوكيل (النقص) لأن فيه جمعا بين حظ المشتري بعدم  
الفسخ، وحظ البائع بوجوب التضمنين، وأما الوكيل، فلا يعتبر حظه، لأنه مفطر،  
وفي قدره وجهان. أحدهما: ما بين ثمن المثل وما باعه، والثاني: ما يتغابن  
الناس به، وما لا يتغابنون، لأن ما يتغابن الناس به عادة كدرهم في عشرة، فإنه  
يصح بيعه به، ولا ضمان عليه، لأنه لا يمكن التحرز منه. فلو حضر من يزيد على  
ثمن المثل، لم يجز أن يبيعه به، لأن عليه طلب الحظ لموكله، فلو باع به، ثم  
حضر من يزيد في مدة الخيار، لم يلزمه فسخ العقد على الأشهر، لأن الزيادة  
منهي عنها (ويحتمل أن لا يصح) هذا رواية عنه، وصحها في «المغني» وذكر  
في «الشرح» أنها أقيس، وفي «الفروع» هي أظهر، لأنه بيع غير مأذون فيه،  
أشبهه بيع الأجنبي، وقيل: هو كتصرف الفضولي، نص عليه، فإن تلف، فضمن  
الوكيل، رجع على مشتر كتلفه عنده وعلى الصحة لا يضمن عبد لسيدته، ولا  
صبي لنفسه ( وإن باع بأكثر من ثمن المثل، صح) لأنه باع المأذون، وزاده خيراً  
زيادة منفعة، ولا يضره، والعرف يقتضيه، أشبهه مالو وكله في الشراء فاشتره  
بدون ثمن المثل، أو بأنقص مما قدره له ( سواء أكانت الزيادة من جنس الثمن  
الذي أمره به) كمن أذن له بمائة درهم، فباعه بها، وبعشرة أخرى ( أولم تكن)  
كدينار وثوب، وقيل: لا يصح من غير جنس الأثمان.  
تنبيه: يجوز للوكيل البيع والشراء بشرط الخيار له، وقيل: مطلقاً وتركية بينة  
خصمه، ومخاصمة في ثمن مبيع بان مستحقاً في وجه، وإن شرط الخيار،  
فلموكله ولنفسه لهما، ولا يصح لنفسه فقط، ويختص بخيار مجلس، ويختص به  
موكله إن حضره.

(5/270)

فائدة: الوصي وناظر الوقف كالوكيل فيما إذا باع بدون ثمن المثل، أو اشترى  
بأكثر منه، ذكره الشيخ تقي الدين: وتضمنه مع اجتهاده، وعدم تفریطه  
مشكل، فإن قواعد المذهب تشهد له بروايتي فيما إذا رمى إلى صف الكفار  
يظنه كافراً، فبان مسلماً، ففي ضمان دينه روايتان ( وإن قال: بعه بدرهم  
فباعه بدينار، صح في أحد الوجهين) هذا هو الأشهر، لأنه مأذون فيه عرفاً، فإن  
من رضي بدرهم، رضي مكانه بدينار. والثاني وهو قول القاضي: لا يصح، لأنه  
خالف موكله في الجنس أشبهه مالو باعه بثوب يساوي ديناراً، أو كمالو قال: بعه  
بمائة درهم، فباعه بمائة ثوب، قيمتها أكثر من الدراهم، وأطلقهما في

«الفروع» ولو باعه بدرهم وعرض فالأصح لا تبطل في زائد بحصته. وإن اختلط الدرهم بآخر له، عمل بظنه، ويقبل قوله حكماً ذكره القاضي. رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 355 ( وإن قال: بعه بألف نساء، فباعه بألف حالة، صح) في الأصح، لأنه زاده خيراً، فهو كماله وكله في بيعه بعشرة، فباعه بأكثر منها، وظاهره أنه إذ باع حالاً بدون ثمنها نسيئه، أو بدون ما عينه له، لم ينفذ تصرفه، لأنه خالف موكله وشرط المؤلف ( إن كان لا يستتضر بحفظ الثمن في الحال) جزم به في «الوجيز» فظاهره أنه إذا استتضر بحفظ الثمن في الحال أنه لا يصح، لأن حكم الإذن إنما يثبت في المسكوت عنه، لتضمنه المصلحة، فإذا كان يتضرر به، علم انتفاؤها، فتنتفي الصحة، وحكم خوف التلف والتعدي عليه كذلك، لاشتراك الكل في «المغني» وما ذكره المؤلف هو قول، والمذهب صحته مطلقاً مالم ينهه، والثاني: لا يصح للمخالفة.

(5/271)

---

( وإن وكله في الشراء، فاشترى بأكثر من ثمن المثل، أو بأكثر مما قدره له) لم يصح، لأنه تصرف غير مأذون فيه، وهذا إذا كان مما يتغابن الناس بمثله، ذكره في «الشرح» وهذا يشكل بما سبق، والمذهب فيه، كما قدمه في «المحرر» وجزم به في «الوجيز» أنه يصح، ويضمن الزيادة هو ومضارب (أو وكله في بيع شيء، فباع نصفه، لم يصح) لأنه بيع غير مأذون فيه، ولما فيه من الضرر، أشبهه مالم وكله في شراء شيء، فاشترى بعضه، ومحل ما إذا باعه بدون ثمن المثل، فلو باعه بثمن جميعه، صح ذكره في «المغني» و«الشرح» و«الوجيز» وعلى الأول مالم يبيع الباقي، أو يكن عبيداً، أو صبرة ونحوها، فيصح مفرقاً مالم يأمره ببيعه صفقة واحدة.

(5/272)

---

( وإن اشتراه بما قدره له مؤجلاً) صح في الأصح، لأنه زاده خيراً، وقيل: إن لم يتضرر، وقيل: لا يصح للمخالفة ( أو قال: اشتر لي شاة بدينار، فاشترى له شاتين تساوي إحداهما ديناراً، أو اشترى له شاة تساوي ديناراً بأقل منه، صح) لما روى أحمد عن سفيان، عن شبيب هو ابن عرقدة سمع الحي يخبرون عن عروة بن الجعد «أن النبي بعث معه بدينار يشتري له به أضحية، وقال مرة أو شاة، فاشترى له إثنين، فباع واحدة بدينار، وأتاه بالأخرى، فدعا له بالبركة، فكان لو اشترى التراب لربح فيه.» وفي رواية قال: «هذا ديناركم، وهذه شاتكم. قال: كيف صنعت؟ فذكره.» ورواه البخاري في ضمن حديث متصل لعروة حدثنا علي بن عبد الله، ثنا سفيان. ولأنه حصل له المأذون فيه وزيادة، وفي الأخيرة حصل المقصود وزيادة، لأنه مأذون فيه عرفاً، فإن من رضي بشراء شيء بدينار يرضى بأقل منه، وكذا إذا اشترى شاتين كل منهما تساوي ديناراً، وفيه رواية في «المبهبج» كفضولي وإن أبقى ما يساويه، ففي بيع الآخر بغير إذن الموكل وجهان، أحدهما: لا يجوز، لأنه غير مأذون فيه، أشبهه ببيع الشاتين. والثاني وهو كلام أحمد: الجواز، لظاهر الخبر ( وإلا فلا) يصح إذا كانت

كل منهما تساوي أقل من دينار، لأنه لم يحصل له المقصود، فلم يقع البيع له، لكونه غير مأذون فيه لفظاً ولا عرفاً، وكذا الشاة الموكل في شرائها تساوي أقل منه، لما ذكرنا، وفي «عيون المسائل» إن ساوى كل منهما نصف دينار، صح للموكل لا للوكيل، وإن كان كل واحدة لا تساوي نصف دينار، فروايتان إحداهما: يصح، ويقف على إجازة الموكل لخبر عروة.  
رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 355

(5/273)

تنبيه: إذا وكله في شراء معين بمائة، فاشتراه بدونها، جاز ما لم ينهه عن الشراء بأقل منها لمخالفة قوله ونصه، وإن قال: اشتراه بها، ولا تشتريه بخمسين، جاز له شراؤه بما فوق الخمسين، فإن اشتراه بما دون الخمسين، جاز في وجه، ومن وكل في شراء شيء معين بثمن معلوم، فله شراؤه لنفسه بمثل ذلك الثمن وغيره.  
( وليس له شراء معيب ) أي: لا يجوز له، لأن الإطلاق يقتضي السلامة، ولذلك جاز له الرد به، ومحل ما لم يعينه له موكله، فإن فعل عالماً بعينه، لزمه إن لم يرضه موكله، ولم يرده، وكذا لا يرده الموكل، وحكاه في الحاشية قولاً وفيه نظر، فإن اشتراه بعين المال، لم يصح على المذهب ( فإن وجد بما اشترى عيباً ) أي: جهل عيبه ( فله الرد ) لأنه قائم مقام الموكل، وله أيضاً الرد لأنه ملكه، فإن حضر قبل رد الوكيل، ورضي بالعيب، لم يكن للوكيل رده، لأن الحق له بخلاف المضارب، لأن له حقاً، فلا يسقط برضاه غيره، فإن طلب البائع الإمهال حتى يحضر الموكل، لم يلزمه ذلك، لأنه لم يأمن فوات الرد، فإن أخره بناء على قول، فلم يرض به الموكل، فله الرد، وإن قلنا: هو على الفور، لأنه أخره بإذن البائع، وإن أنكر البائع أن الشراء وقع له لزم الوكيل، وقيل: الموكل وله أرشته، وذكر الأزجي: إن جهل عيبه، وقد اشترى بعين المال، فهل يقع عن الموكل؟ فيه خلاف ( فإن قال البائع: موكلك قد رضي بالعيب، فالقول قول الوكيل مع يمينه ) لأنه منكر، والقول قوله معها لأن الأصل عدم الرضى، فلا يقبل إلا ببينة، فإن لم يقمها، لم يستحلف الوكيل إلا أن يدعي علمه، فيحلف على نفي العلم، ذكره في «الشرح» ( أنه لا يعلم ذلك ) أي: لا يعلم رضى موكله، لأنه يجوز أن يعلم رضاه، وهو مسقط للردة، وإنما كانت على النفي، لأنها على فعل الغير، فإذا حلف أخذ حقه في الحال، وقيل: يقف على حلف موكله إن طلبه الخصم، وكذا قول كل غريم لوكيل غائب في قبض حقه: أبرأني موكلك، أو قبضه، ويحكم ببينة إن حكم على غائب ( فإن رده

(5/274)

فصدق الموكل في الرضى بالعيب، فهل يصح الرد؟ على وجهين) كذا في «الشرح» و«الفروع» أشهرهما: لا يصح الرد وهو باق للموكل، لأن رضى الموكل بالعيب عزل للوكيل عن الرد ومنع له بدليل أن الوكيل لو علمه لم يكن له الرد. فعلى هذا للموكل استرجاعه، وللبائع رده عليه. والثاني: يصح بناء على أن الوكيل لا ينعزل قبل العلم بعزله، فيكون الرد صادف ولاية، فعلى هذا

يجدد الموكل العقد ( وإن وكله في شراء معين فاشتراه، ووجد معيباً فهل له رده قبل إعلام الموكل؟ على وجهين) كذا في «الفروع» أحدهما: له ذلك، لأن الأمر يقتضي السلامة، أشبه مالو وكله في شراء موصوف. والثاني وهو الأشهر: لا، لأن الموكل قطع نظره بالتعيين، فربما رضيه بجميع صفاته، وعلى الأول حكمه حكم غير المعين، وإن علم عيبه قبل شرائه، فهل له شراؤه؟ فيه وجهان مبنيان على رده إذا علم عيبه بعد شرائه والمقدم له شراؤه ( فإن قال: اشتر لي بعين هذا الثمن فاشترى له في ذمته لم يلزم الموكل) لأن الثمن إذا تعين انفسخ العقد بتلفه، أو كونه مغصوباً ولم يلزمه ثمن في ذمته، وهذا غرض صحيح للموكل، فلم تجز مخالفته. وظاهره ولو نقد المعين ويقع الشراء للوكيل، وهل يقف على إجازة الموكل؟ فيه الروايتان ( فإن قال: اشتر لي في ذمتك وانقد الثمن، فاشترى بعينه، صح ولزم الموكل) ذكره أصحابنا، لأنه أذن له في عقد يلزمه به الثمن مع بقاء الدراهم وتلفها، فكان إذناً في عقد لا يلزمه الثمن إلا مع بقائها وقيل: إن رضي به، وإلا بطل، وقيل: لا يصح، لأنه قد يكون له غرض في الشراء في الذمة لشبهة فيها، أو يختار وقوع عقد لا يفسخ بتلفها، ولا تبطل بتحريمها، فلم يجز مخالفة غرضه لصحته، وإن أطلق، جاز، وليس له العقد مع فقير وقاطع طريق إلا أن يأمره، نقله الأثرم ( وإن أمره ببيعه في سوق بثمن فباعه به في آخر، صح) لأن القصد البيع بما قدره له غرض صحيح، تعين، كمالو كان السوق معروفاً بجودة النقد، أو كثرة الثمن، أو حله، أو صلاح

(5/275)

---

أهله ( وإن قال: بعه لزيد فباعه من غيره، لم يصح) بغير خلاف نعلمه، لأنه قد يقصد نفعه، فلا تجوز مخالفته. وفي «المغني» و«الشرح» إلا أن يعلم بقربنة أو صريح أنه لا غرض له في عين المشتري.  
رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 355

قاعدة: حقوق العقد وهي تسليم الثمن، وقبض المبيع، والرد بالعيب، وضمان الدرك يتعلق بالموكل، لأنه لا يعتق قريب وكيل عليه، وقال أبو حنيفة: يدخل في ملك الوكيل، ثم ينتقل عنه إلى الموكل، ورد بأنه قبل عقداً لغيره، فوجب أن ينتقل الملك إليه كالأب والوصي، وكمالو تزوج له، ويتفرع عليهما لو وكل مسلم ذمياً في شراء خمر، فاشتراه له، لم يصح على الأول، لا الثاني وإذا باع الوكيل بثمن معين، ثبت الملك للموكل في الثمن، وإن كان في الذمة، فللموكل والوكيل المطالبة به، وعنده ليس للموكل المطالبة به. وفي «المغني» و«الشرح» إن اشترى وكيل في شراء في الذمة، فكضمان. وقال الشيخ تقي الدين فيمن وكل في بيع أو استئجار: فإن لم يتم موكله في العقد، فضامن، وإلا فروايتان، وظاهر المذهب يضمه. ولو وكل رجلاً يستسلف له ألفاً في كر حنطة، ففعل، ملك الموكل ثمنها، والوكيل ضامن.

(5/276)

---

( وإن وكله في بيع ملك تسليمه) لأن إطلاق الوكالة في البيع يقتضي التسليم، لكونه من تمامه ( ولم يملك قبض ثمنه) كذا أطلقه الأكثر، لأنه قد يوكل في

البيع من لا يأمنه على قبض الثمن، والمذهب عند الشيخين أنه يقيد (إلا بقرينه) فعلى هذا إن كانت قرينه الحال تدل على القبض مثل توكيله في بيع شيء في سوق غائب عن الموكل أو بموضع يضيع الثمن بترك قبض الوكيل له كان إذناً في قبضه، فإن تركه، ضمنه، لأنه يعد مفراطاً وإن لم تدل القرينة على ذلك، لم يكن له قبضه، وقيل: يملكه مطلقاً، لأنه من موجب البيع، فملكه كتسليم المبيع، فلا يسلمه قبله، فإن فعل، ضمنه، وعلى الأول (فإن تعذر قبضه لم يلزم الوكيل شيء) كظهور مبيعه مستحقاً أو معيياً كحاكم وأمينه، ولأنه ليس بمفراط فيه، لكونه لا يملكه.

تنبيه: وكله في شراء شيء ملك تسليم ثمنه، لأنه من تتمته وحقوقه كتسليم المبيع، فإن اشترى عبداً، فنقد ثمنه، فخرج مستحقاً، فهل يملك أن يخاصم البائع في الثمن؟ على وجهين. وإن اشترى شيئاً وقبضه، وآخر تسليم ثمنه لغير عذر، فهلك في يده، ضمنه، نص عليه. وليس لوكيل في بيع تقليبه على مشتر إلا في بحضرته، وإلا ضمن ذكره في «النوادر» ويتوجه العرف. ولا يبيعه ببدل آخر في الأصح، فيضمن، ويصح ومع مؤنة نقل لا، ذكره في «الانتصار».

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 355

(5/277)

(وإن وكله في بيع فاسد) أي: لم يصح، ولم يملكه، لأن الله تعالى لم يأذن فيه، ولأن الموكل لا يملكه، فوكيله كذلك وأولى، وكشرطه على وكيل في بيع أن لا يسلمه المبيع (أو كل قليل وكثير لم يصح) ذكره الأزجي اتفاق الأصحاب، لأنه يدخل فيه كل شيء من هبة ماله، وطلاق نسائه، وإعتاق رقيقه، فيعظم الغرر والضرر، ولأن التوكيل لا بد وأن يكون في تصرف معلوم، ومثله: وكلتك في شراء ما شئت من المتاع الفلاني، فلو قال: وكلتك بما إلي من التصرف، فاحتمالان، وقيل: يصح في كل قليل وكثير، كبيع ماله أو المطالبة بحقوقه، أو الإبرار أو ما شاء منه، يؤيده قول المروزي: بعث بي أبو عبد الله في حاجة، وقال: كل شيء تقول على لساني فأنا قلته (وإن وكله في بيع ماله كله صح) لأنه يعرف ماله، فيقل الغور، وذكر الأزجي في: بع من عبيدي من شئت أن «من» للتبعيض فلا يبيعهم إلا واحداً ولا الكل لاستعمال هذا في الأقل غالباً، وقال: هذا ينبني على أصل، وهو استثناء الأكثر، وفيه نظر (وإن قال: اشتر لي ما شئت أو عبداً بما شئت، لم يصح) لأن ما يمكن شراؤه والشراء به يكثر، فيكثر فيه الغرر (حتى يذكر النوع) وعليه اقتصر القاضي، لأنه إذا ذكر نوعاً، فقد أذن في أغلاه ثمناً، فيقل الغرر فيه (وقدر الثمن) وهو رواية، لانتفاء الغرر فمن اعتبره، جوز أن يذكر أكثر الثمن وأقله وحكاه في «الفروع» قولاً، واقتصر عليه في «الشرح» وصريح كلامه أنه لا بد للصحة من اعتبار الأمرين، وقاله أبو الخطاب (وعنه: ما يدل على أنه يصح) فإنه روى عنه فيمن قال: ما اشتريت من شيء، فهو بيننا أن هذا جائز وأعجبه. وهذا توكيل في شراء كل شيء، لأنه إذن في التصرف، فجاز من غير تعيين كالإذن في التجارة، وكما لو قال: بع من مالي ما شئت، والإطلاق يقتضي شراء عبد مسلم عند ابن عقيل لجعله الكفر عيباً.

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 355

( وأن وكيله في الخصومة لم يكن وكيلاً في القبض) لأن الإذن لم يتناوله نطقاً ولا عرفاً، لأنه قد يرضى للخصومة من لا يرضاه للقبض، إذ معنى الوكالة في الخصومة الوكالة في إثبات الحق، وذكر ابن البنا في تعليقه أنه وكيل في القبض لأنه مأمور بقطع الخصومة، ولا تنقطع إلا به، وعلم منه جواز التوكيل في الخصومة، وذكر القاضي في قوله تعالى: {ولا تكن للخائنين خصيماً} (النساء: 105) أنه لا يجوز لأحد أن يخاصم عن غيره في إثبات حق، أو نفيه وهو غير عالم بحقيقة أمره، وفي «المغني» في الصلح نحوه، ولا يصح ممن علم ظلم موكله في الخصومة قاله في «الفنون» فظاهره يصح إذا لم يعلم، فلو ظن ظلمه، جاز، ويتوجه المنع ومع الشك احتمالان، وعلى ما ذكره لا يقبل إقراره على موكله بقبض ولا غيره، نص عليه. ويقبل إقراره بعيب فيما باعه، واختار جماعة: لا، وله إثبات وكالته في غيبة موكله في الأصح، وإن قال: أجب خصمي عني، احتمل لخصومه، واحتمل بطلانها، ذكره في «الفروع» ( وإن وكله في القبض كان وكيلاً في الخصومة في أحد الوجهين) جزم به في «الوجيز» وهو المذهب، لأنه لا يتوصل إلى القبض إلا بالتثبت، فكان إذا فيه عرفاً، لأن القبض لا يتم إلا به فملكه، كماله وكله في شراء شيء، ملك تسليم ثمنه. والثاني: لا يملكها، لأنهما معنيان مختلفان فالوكيل في أحدهما لا يكون وكيلاً في الآخر وكعكسه، وأطلق في «المحرر» و«الفروع» الخلاف. وقيل: إن كان الموكل عالماً بجحد من عليه الحق أو مطلقه، كان توكيلاً في الخصومة لوقوف القبض عليه، وعلى الجواز لا فرق بين كون الحق عيناً أو ديناً: ( وإن وكله في قبض الحق من إنسان لم يكن له قبضه من وارثه) لأنه لم يؤمر بذلك ولا يقتضيه العرف. ومقتضاه أن له قبضه من وكيله، وهو كذلك، لأنه قائم مقامه. فإن قلت: فالوارث نائب عن الموروث، فهو كالوكيل وجوابه أن الوكيل إذا دفع بإذنه، جرى مجرى تسليمه، وليس الوارث كذلك، فإن الحق انتقل إليهم، واستحقت

المطالبة عليهم لا بطريق النيابة عن الموروث ولهذا لو حلف لا يفعل شيئاً، حنث بفعل وكيله دون مورثه ( وإن قال: اقبض حقي الذي قبله) أو عليه ( فله القبض من وارثه) لأن الوكالة اقتضت قبض حقه مطلقاً فشمل القبض من الوارث لأنه من حقه ( وإن قال: اقبضه اليوم لم يملك قبضه غداً) لتقيدها بزمان معين لأنه قد يختص غرضه في زمن حاجته إليه ( وإن وكله في الإيداع فأودع ولم يشهد لم يضمن) إذا أنكر المودع، نقله الأصحاب، لعدم الفائدة في الإشهاد، إذ المودع يقبل قوله في الرد والتلف، فلم يكن مفراطاً في عدم الإشهاد، وفيه وجه، وذكره القاضي رواية أنه يضمن، لأن الوديعة لا تثبت إلا ببينة، فهو كماله وكله في قضاء دين، وبأن الفائدة في الإشهاد هو ثبوت الوديعة فلو مات أخذت من تركته، فإن قال الوكيل: دفعت المال إلى المودع، فأنكر

قبل قول الوكيل، لأنهما اختلفا في تصرفه فيما وكل فيه.  
رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 355

(5/280)

( وإن وكله في قضاء دين فقضاه ولم يشهد فأنكره الغريم ضمن) الوكيل، لأنه مفرط حيث لم يشهد، قال القاضي: سواء صدقة أو كذبة، لأنه إنما أذن في قضاء مبرىء ولم يوجد (إلا أن يقضيه بحضرة الموكل) فإنه لا يضمن على الأصح، لأن حضوره قرينة رضاه بالدفع بينة وقيل: لا يضمن بناء على أن الساكت لا ينسب إليه قول، وعنه: لا يرجع بشيء إلا أن يكون أمر بالإشهاد، فلم يفعل قدمه في «الفروع» لتفريطه، فعليها إن صدقه الموكل في الدفع، لم يرجع عليه بشيء، وإن كذبه، قبل قول الوكيل مع يمينه، لأنه ادعى فعل ما أمره به موكله. وعنه لا يضمن مطلقاً، اختاره ابن عقيل كقضائه بحضرته. وعلى اعتبارها إذا أشهد عدولاً فماتوا، أو غابوا، فلا ضمان لعدم تفريطه وإن أشهد بينة فيها خلاف، فوجهان، وقال ابن حمدان: إن كان لموكله الامتناع من الوفاء بدون الإشهاد، لزم الوكيل الإشهاد، فإن تركه، ضمن، وإن لم يكن لموكله الامتناع، لم يلزمه، ولا ضمان بتركه فإن قال: أشهدت، فماتوا، أو أذنت فيه بلا بينة، أو قضيت بحضرتك، صدق الموكل للأصل، ويتوجه في الأولى: لا، وإن في الثانية الخلاف، كما هو ظاهر كلام بعضهم، ذكره في «الفروع».

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 355  
فصل

(5/281)

( والوكيل أمين لا ضمان عليه فيما تلف في يده بغير تفريط) لأنه نائب المالك في اليد والتصرف، فكان الهلاك في يده كالهلاك في يد المالك كالمودع، وكذا حكم كل من في يده شيء لغيره على سبيل الأمانة كالوصي ونحوه، وظاهره سواء كان بجعل، أو لا، وأنه لا فرق بين تلف العين الموكل فيها، أو تلف ثمنها، لأنه أمين. وظاهره أنه يضمن إن فرط بأن لا يحفظ ذلك في حرز مثلها، وفي «المغني» أوبركب الدابة، أو يلبس الثوب، أو يطلب منه المال، فيمتنع من دفعه لغير عذر، لأن التعدي أبلغ من التفريط (والقول قوله مع يمينه في الهلاك ونفي التفريط) أي: إذا ادعى الموكل عليه ما يقتضي الضمان، لأنه أمين، والأصل براءة ذمته مما يدعى عليه. ولو كلف إقامة البينة على ذلك، لامتنع الناس من الدخول في الأمانات مع دعوى الحاجة إليها، والمذهب أنه إذا ادعى التلف بأمر ظاهر كحريق عام، ونهب جيش، كلف إقامة البينة عليه، ثم يقبل قوله فيه (ولو قال: بعث الثوب وقبضت الثمن فتلف فالقول قوله) ذكره ابن حامد، لأنه يملك البيع والقبض، فقبل قوله فيهما كالولي المجبر، ولأنه أمين، ويتعذر إقامة البينة على ذلك، فلا يكلفها كالمودع. وقيل: لا يقبل قوله، لأنه يقر بحق لغيره على موكله، فلم يقبل كمالو أقر بدين عليه.

(5/282)



فرع: وكله في شراء شيء، فاشتراه، واختلفا في قدر ثمنه، قبل قول الوكيل، وقال القاضي: يقبل قول الموكل ألا أن يكون عين له الشراء بما ادعاه، فقال: اشتر لي بألف، فادعى أنه اشتراه بها، قبل قوله، وإلا فالموكل، لأن من قبل قوله في أصل شيء، قبل في صفته ( وإن اختلفا في رده) سواء كان العين أو ثمنها ( إلى الموكل فالقول قوله إن كان متطوعاً) قولاً واحداً، قاله في «المحرر»، لأنه قبض المال لنفع مالكة فقط، فقبل قوله فيه كالوصي والمودع، وقيل: لا، وجزم به ابن الجوزي في قوله تعالى: { فأشهدوا عليهم} (النساء: 6) الآية، ولم يخالفه. وعلى الأول مع يمينه. وفي «التذكرة» أن من قبل قوله من الأمانة لم يحلف، والتلف كالرد ( وإن كان بجعل، فعلى وجهين) أشهرهما أنه لا يقبل إلا بيينة، لأنه قبض المال لنفع نفسه، فلم يقبل قوله في ذلك كالمستعير. والثاني: بلى، لأنه أمين ( وكذلك يخرج في الأجير والمرتهن) لاشتراك الكل في قبض العين لمنفعة القابض، ونص أحمد في المضارب أنه لا يقبل قوله كالمستعير. فلو أنكر الوكيل قبض المال، ثم ثبت، فادعى الرد أو التلف، لم يقبل لثبوت خيانتة بجحده. ولو أقام به بيينة في وجه، لأنه مكذب لها.

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 381

والثاني: يقبل، لأنه يدعي ذلك قبل وجود خيانتة.

مسألة: كل أمين قبل قوله في الرد وطلب منه، فهل له تأخيره حتى يشهد عليه؟ فيه وجهان إن قلنا: يحلف، وإلا لم يؤخره لذلك، وفيه احتمال، ومن لا يقبل قوله في الرد كالمستعير، ولا حجة عليه بالأخذ، لم يؤخر رده للإشهاد عليه، وقال ابن حمدان: بلى كمالو أخذه وفي ذمته مال لزيد، أوفي يده، لم يلزمه دفعه إلى وكيله حتى يشهد عليه بقبضه، ومن عليه دين بحجة، لم يلزمه دفعه إلى ربه إلا بيينة تشهد عليه بقبضه.

(5/283)

فرع: إذا تلف ما وكل في بيعه أو الشراء به بتعد أو تفریط، أو أتلفه هو أو غيره، لم يتصرف في بدله بحال وإن وزن من ماله بدل الثمن، واشترى بعينه لموكله ما أمره به، لم يصح. وكذا إن اشتراه في نعته، ثم نقده، وعنه: هو موقوف على إجازة موكله/( وإن قال: أذنت لي في البيع نساء، وفي الشراء بخمسة) أوقال: وكلتك في بيع هذا العبد قال: بل في بيع الأمة ( فأنكر فعلى وجهين) المذهب أنه يقبل قول الوكيل، ونص عليه في المضارب لأنه أمين في التصرف، فقبل قوله كالخياط. والثاني، وقاله القاضي، وجزم به في «الوجيز»: يقبل قول المالك، لأنه يقبل قوله في أصل الوكالة، فكذا في صفتها. فعليه: لو قال: اشتريت لك هذه الجارية، فقال: إنما أذنت في شراء غيرها، قبل المالك مع يمينه، فإذا حلف، برىء من الشراء، ثم إن كان الشراء وقع بعين المال، فهو باطل، وترد الجارية إلى بائعها إن صدقه، وإن كذبه ان الشراء لغيره أو بمال غيره، صدق البائع، لأن الظاهر أن ما في يد الإنسان له، فإن ادعى الوكيل علمه بذلك، حلف أنه لا يعلم، ولزم الوكيل غرامة الثمن للموكل، ودفع الثمن للبائع، وتبقى الجارية في يده لا تحل له، لأنه إن كان

صادقاً، فهي للموكل، وإن كان كاذباً، فهي للبائع، فإن أراد حلها، اشتراها ممن هي له في الباطن، فإن امتنع، رفع الأمر إلى الحاكم، ليرفق به لبيعه إياها ليثبت له الملك ظاهراً وباطناً، وبصير ما ثبت له في ذمته قصاصاً بالذي أخذ منه الآخر ظلماً، فإن امتنع، لم يجبر، لأنه عقد مراعاة ذكره في «المغني» و«الشرح» وإن قال بعكثها إن كانت لي، أو إن كنت أذنت لك في شرائها بكذا فقال القاضي: لا يصح لتعليقه على شرط، وقيل: بلى، لأن هذا أمر واقع يعلمان وجوده، فلا يضر جعله شرطاً كبعتك هذه الأمة إن كانت أمة.

(5/284)

---

فرع: إذا قبض الوكيل الثمن، فهو أمانة في يده لا يلزمه تسليمه قبل طلبه، ولا يضمه بتأخيره، فإن طلبه، فأخر الرد مع إمكانه، فتلغ، ضمنه، فإن وعده رده، ثم ادعى أنه كان رده، أو تلغ، فإن صدقه الموكل، فظاهر، وإن كذبه لم يقبل، وإن أقام به بينة، فوجهان.

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 381

( وإن قال: وكلتني أن أتزوج لك فلانة، ففعلت، وصدقته المرأة فانكر، فالقول قول المنكر) لأنهما اختلفا في أصل الوكالة، فقبل قول الموكل، إذ الأصل عدمها، ولم يثبت أنه أمينه، فقبل قوله عليه (بغير يمين) نص عليه، لأن الوكيل يدعي حقاً لغيره، ومقتضاه أنه يستحلف إذا ادعته المرأة، صرح به في «المغني» و«الشرح» و«الوجيز» لأنها تدعي الصداق في ذمته، فإذا حلف، لم يلزمه شيء) ( وهل يلزم الوكيل نصف الصداق؟ على وجهين) وذكر غيره روايتين، أصحهما: لا يلزمه شيء لتعلق حقوق العقد بالموكل، وهذا مالم يضمه فإن ضمنه، فلها الرجوع عليه بنصفه لضمانه عنه. والثاني: يلزم نصف الصداق لأنه ضامن للثمن في البيع، وللبائع مطالبته فكذا هنا، ولأنه فرط حيث لم يشهد على الزوج بالعقد والصداق، والأول أولى، ويفارق الشراء، لأن الثمن مقصود للبائع والعادة تعجيله بخلاف النكاح، قاله في «المغني» و«الشرح» ويلزم الموكل طلاقها في المنصوص لإزالة الاحتمال، وقيل: لا، لأنه لم يثبت في حقه نكاح ولو مات أحدهما، لم يرثه الآخر، لأنه لم يثبت صداقها، فترثه، وهو منكر أنها زوجته، فلا يرثها.

تنبيه: قد علم مما سبق أنه إذا صدق على الوكالة، فيقبل قول الوكيل، وكذا في كل تصرف وكل فيه، وهو المذهب، لأنه مأذون له أمين قادر على الإنشاء وهو أعرف، وعنه: يقبل قول موكله في النكاح، لأنه لا يتعذر إقامة البينة عليه لكونه لا ينعقد إلا بها ذكره القاضي وغيره كأصل الوكالة.

(5/285)

---

( ويجوز التوكيل بجعل) أي: معلوم، لأنه عليه السلام كان يبعث عماله لقبض الصدقات، ويجعل لهم على ذلك جعلاً، ولأنه تصرف لغيره لا يلزمه، فهو كرد الأبق، وظاهره أنه يستحق الجعل بالبيع مثلاً قبل قبض الثمن، جزم به في «المغني» و«الشرح» مالم يشرطه عليه، ويستحقه ببيعه نساء إن صح. وفي «الفروع» هل يستحقه قبل تسليم ثمنه؟ يتوجه الخلاف فإن كان الجعل

مجهولاً، فسدت، ويصح تصرفه بالإذن، وله أجر مثله (وبعيره) أي: بغير جعل بغير خلاف نعلمه، لأنه عليه السلام وكل أنيساً في إقامة الحد، وعروة في الشراء بغير جعل (فلو قال: يع ثوبي بعشرة فما زاد فلك، صح) نص عليه، روي عن ابن عباس رواه سعيد بإسناد جيد، ولم نعرف له في عصره مخالفاً، فكان بالإجماع، وكرهه الثوري وفاقاً لأبي حنيفة والشافعي، لأنه أجر مجهول يحتمل الوجود والعدم، ورد بأنها عين تنمي بالعمل عليها، فهو كدفع ماله مضاربة، وبه علل أحمد، فعلى هذا باعه بزيادة، فهي له، وإن باعه بما عينه فلا شيء له. لأنه جعل له الزيادة وهي معدومة، فهو كالمضارب إذا لم يربح.  
رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 381  
فصل

(5/286)

( وإن كان عليه حق لإنسان، فأدعى رجل أنه وكيل صاحبه في قبضه، فصدقه لم يلزمه الدفع إليه) لأن عليه فيه منعه، لجواز أن ينكر الموكل الوكالة، فيستحق الرجوع عليه اللهم إلا أن تقوم به بينة، وسواء كان الحق في ذمته، أو وديعة عنده (وإن كذبه لم يستحلف) لعدم فائدة استحلافه وهو الحكم عليه بالنكول (وإن دفعه إليه، فأنكر صاحب الحق الوكالة، حلف) أي: الموكل، لأنه يحتمل صدق الوكيل فيها (ورجع على الدافع وحده) لأن حقه في ذمته، ولم يبرأ منه بتسليمه إلى غير وكيله، ويرجع الدافع على الوكيل مع بقائه أو تعديه. وظاهره أنه صدق الوكيل، برىء الدافع (وإن كان المدفوع وديعة فوجدها) صاحبها (أخذها) لأنها عين حقه (وإن تلفت، فله تضمين من شاء منهما) أي: من الدافع والقابض، لأن الدافع ضمنها بالدفع، والقابض قبض مالا يستحقه (ولا يرجع من ضمنه على الآخر) لأن كل واحد منهما يدعي أن ما يأخذه المالك ظلم ويقر بأنه لم يوجد من صاحبه تعد، فلا يرجع على صاحبه بظلم غيره إلا أن يكون الدافع دفعها إلى الوكيل من غير تصديق، فيرجع على الوكيل ذكره الشيخ تقي الدين وفاقاً لكونه لم يقر بوكالته، ولم يثبت ببينة قال: ومجرد التسليم ليس تصديقاً. ثم قال: وإن صدقه، ضمن في أحد القولين في مذهب أحمد بل نصه، لأنه متى لم يتبين صدقه، فقد غره نقل مهنا فيمن بعث إلى من عنده ديناراً أو ثياب يأخذ ديناراً أو ثوباً، فأخذ أكثر، فالضمان على الباعث يعني الذي أعطاه ويرجع هو بالزيادة على الرسول، وهو ظاهر كلام أبي بكر.

(5/287)

( وإن كان ادعى أن صاحب الحق أحاله به، ففي وجوب الدفع إليه مع التصديق واليمين مع الإنكار وجهان) كذا في «المحرر» أحدهما وهو الأولى والأشبه: أنه لا يلزمه ذلك، لأن الدفع إليه غير مبرىء لاحتمال أن ينكر المحيل الحوالة، فهو كدعوى الوكالة والوصية. والثاني: يلزمه الدفع إليه، لأنه معترف أن الحق انتقل إليه، أشبه الوارث. ورد بأن وجوب الدفع إلى الوارث كونه مستحقاً، والدفع إليه مبرىء بخلافه هنا، فالحاقه بالوكيل أولى، ووجوب اليمين مع الإنكار وعدمه مخرج على وجوب الدفع مع التصديق، ولهذا عطفه عليه، وتقبل بينة

المحال عليه على المحيل، فلا يطالبه، وتعاد لغائب محتال بعد دعواه، فيقضي بها له إذن.

( وإن ادعى أنه مات وأنا وارثه لزمه الدفع إليه مع التصديق ) لأنه لا وارث له سواه بغير خلاف نعلمه، لأنه مقرر له بالحق، وأنه يبرأ بهذا الدفع، فلزمه كماله جاء صاحب الحق ( واليمين مع الإنكار ) أي: على نفي العلم، لأنها على نفي فعل الغير، وإنما لزمته هنا، لأن من لزمه الدفع مع الإقرار لزمه اليمين مع الإنكار، كسائر الحقوق المالية.

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 386

مسائل: الأولى: قال أحمد: إذا دفع إلى رجل ثوباً لبيعه، فوهب له المشتري مندبلاً، فالمندبيل لصاحب الثوب، وقال في رجل وكل آخر في اقتضاء دين، وغاب، فأخذ الوكيل به رهناً، فتلف الرهن في يد الوكيل، أساء في أخذه، ولا ضمان عليه، وقال في رجل أعطى آخر دراهم يشتري بها شيئاً، فخلطها بدراهمه، فضاءً: فلا شيء عليه. وقال القاضي: إن خلطها بما لا يتميز، ضمنها إن كان بغير إذنه كالوديعة.

الثانية: الوكالة والعزل لا يثبت بخبر الواحد، وقيل: بلى، فعلى الأول إن أخبر بتوكيل وطن صدقه، تصرف بشرط الضمان إن أنكر الموكل. وقال الأزجي: إذا تصرف بناء على هذا الخبر، فهل يضمن؟ فيه وجهان.

(5/288)

---

الثالثة: إذا شهد بها اثنان، ثم قال أحدهما: عزله، لم تثبت وكالته، ويتوجه: بلى، كقوله بعد الحكم بصحتها، وكقول واحد غيرهما. فلو قال: عزله، ثبت العزل، ولو أقاما الشهادة حسبة بلا دعوى الوكيل، فشهدا عند حاكم ان فلاناً الغائب وكل هذا، فإن اعترف، أو قال: ما علمت هذا وأنا أتصرف عنه، ثبتت الوكالة، وعكسه مالم أعلم صدقه، وإن أطلق، طولب بالتفسير. تم يعونه تعالى الجزء الرابع من المبدع شرح المقنع وبليه الجزء الخامس وأوله

(5/289)

---

كتاب الشركة.

رقم الجزء: 4 رقم الصفحة: 386

كتاب الشركة

شركة بوزن نعمة، وبوزن سرقة، زاد بعضهم: وبوزن تمر، وهي ثابتة بالإجماع وسنده قوله تعالى: { وإن كثيراً من الخلطاء ليبغي بعضهم على بعض } ( ص: 24 ) والخلطاء: هم الشركاء، ولقوله عليه السلام: «إن الله تعالى يقول، أنا ثالث الشريكين مالم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خانه، خرجت من بينهما» رواه أبو داود من حديث أبي هريرة، ورواته ثقات. وهي عبارة عن الاجتماع في استحقاق أو تصرف، فهي نوعان، شركة أملاك، وشركة عقود، وهي المقصود هنا.

( وهي على خمسة أضرب ) ويعتبر لسائر أنواعها أن يكون جائز التصرف، لأنه عقد على التصرف في المال، فلم يصح من غير جائز التصرف في المال كالبيع ( أحدها: شركة العنان ) سميت بذلك، لأن الشريكين فيها يتساويان في المال والتصرف، كالفارسين إذا سوبا بين فرسيهما، وتساويا في السير. وقال الفراء: هي مشتقة من: عن الشيء إذا عرض، يقال: عنت لي حاجة: إذا عرضت، لأن كلا منهما قد عن له، أي: عرض له مشاركة صاحبه بمثل ماله وعمله. وقوله في «الشرح» إنه راجع إلى قول الفراء ليس بظاهر ( وهي ) جائزة إجماعاً ذكره ابن المنذر، وإن اختلف في بعض شروطها ( أن يشترك اثنان ) فما فوقهما، سواء كانا مسلمين، أو أحدهما، ولا تكره مشاركة كتابي إن ولي مسلم التصرف، نص عليه، لنهيه عليه السلام «عن مشاركة اليهودي والنصراني إلا أن يكون الشراء والبيع بيد المسلم». رواه الخلال بإسناده عن عطاء، وكرهه الأزجي، وروي عن ابن عباس، ولم نعرف له في الصحابة مخالفاً، ولأن أموالهم ليست بطيبة، فإنهم يبيعون الخمر ويتبايعون بالربا، وكالمجوس، نص عليه ( بماليهما ) المعلومين، سواء كان المالان متساويين قدرًا وجنسًا وصفةً أولاً، ويعتبر حضور ماليهما لتقرير العمل، وتحقيق الشركة إذن كمضاربة، نص عليه، ولو اشتركا في مختلط بينهما شائعاً، صح إن علما قدر ما لكل منهما. وهذا القيد أخرج المضاربة، لأن المال فيها من جانب، والعمل من آخر بخلافها لكونها تجمع مالاً وعملاً من كل جانب بدليل قوله ( ليعملا فيه بدينهما ) والأصح أو أحدهما، لكن بشرط أن يكون له أكثر من ربح ماله ويقدره إرضاع وبدونه لا يصح، وفيه وجه ( وريجه لهما ) لأنه نماء ملكهما وعملهما متساويًا ومتفاضلاً على ما شرطاه، لأن الربح يستحق بالمال تارة وبالعمل أخرى كالمضارب.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 3

( فينفذ تصرف كل واحد منهما فيهما بحكم الملك في نصيبه ) وهو ظاهر ( والوكالة في نصيب شريكه ) لأنه متصرف بجهة الإذن، فهو كالوكالة، ودل أن لفظ الشركة يغني عن إذن صريح في التصرف، وهذا هو الأصح، والمعمول به عند أصحابنا، قاله في «الفصول» ( ولا تصح إلا بشرطين، أحدهما: أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير ) فتصح بغير خلاف إذا كانت غير مغشوشة، لأنها قيم الأموال، وأثمان البياعات، ولم يزل الناس يشتركون فيها في كل عصر من غير نكير، فلا تصح بالعروض على المذهب، لأن الشركة بها إما أن تقع على أعيانها، أو على قيمتها، أو على ثمنها، وكل ذلك لا يجوز، أما الأول، فلأن العقد يقتضي الرجوع عند المفاضلة برأس المال ولا مثل له، فيرجع به. وأما الثاني، فلأن القيمة قد تزيد بحيث يستوعب جميع الربح، وقد تنقص بحيث يشاركه الآخر في ثمن ملكه الذي ليس يربح مع أن القيمة غير متحققة المقدار، فيفضي إلى التنازع. وأما الثالث، فلأن الثمن معدوم حال

العقد، ولا يملكها لأنه إن أراد ثمنها الذي اشتراها به، فقد خرج عن ملكه، وصار للبائع، وإن أراد ثمنها الذي يبيعها به، فإنها تصير شركة معلقة على شرط وهي بيع الأعيان. (وعنه: تصح بالعروض) اختاره أبو بكر وأبو الخطاب، وقدمه في «المحرر» لأن مقصود الشركة جواز تصرفهما في المالين جميعاً، وكون الربح بينهما. وهذا يحصل في العروض من غير غرر، كما يحصل في الأثمان (ويجعل رأس المال قيمتها وقت العقد) ليتمكن العامل من رد رأس المال عند التفاضل كما أنا جعلنا نصاب زكاتها قيمتها، وسواء كانت العروض من ذوات الأمثال كالحبوب أولاً وفي «الرعاية» وعنه: يصح بكل عرض متقوم، وقيل، مثلي (وهل تصح بالمغشوش والفلوس؟ على وجهين) كذا في «المحرر» وبناهما على القول بأنها لا تصح إلا بنقد، وقيدهما في «الفروع» بالناققتين. وفي «الترغيب» في فلوس نافقة روايتان، أحدهما وهو المذهب: أنها لا تصح، لأن المغشوش لا ينضبط غشه، فلا يمكن رد مثله،

(6/3)

---

والفلوس تزيد قيمتها وتنقص، أشبهت العروض. ويستثنى منه الغش اليسير لمصلحته، كحبة فضة في دينار ذكره في «المغني» و«الشرح»، لأنه لا يمكن التحرز منه. والثاني يصح، لأن الغش يستهلك في المغشوش، والفلوس بشبهة الثمن قال أحمد: لأرى السلم في الفلوس، لأنه يشبه الصرف. وظاهره لا فرق بين أن تكون كاسدة أورابحة، لأنها إن كانت كاسدة، كان رأس المال قيمتها كالعروض، وإن كانت نافقة، كان رأس المال مثلها. وكذا المغشوش، وفي ثالث: إن كانت الفلوس نافقة، جاز، وإلا فلا لشبهها بالنقدين. رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 3

(6/4)

---

( الثاني: أن يشترطاً لكل واحد جزءاً من الربح مشاعاً معلوماً) كالثالث والرابع لأن الربح مستحق لهما بحسب الاشتراط، فلم يكن بد من اشتراطه كالمضاربة، واشترط كونه مشاعاً، لأنه لو عين دراهم معلومة، احتل أن لا يربح غيرها، فيأخذ جميع الربح، واحتل أن لا يربح، فيأخذ من رأس المال جزءاً وقد يربح كثيراً فيستتر من شرطت له، واشترط كونه معلوماً، لأن الجهل به يفضي إلى التنازع. وهو بينهما على ما شرطاه، لأن العمل يستحق به الربح كالمضاربة، وقد يتفاضلان فيه لقوة حذقه (فإن قالوا: الربح بيننا، فهو بينهما نصفين) لأنه أضافه إليهما إضافة واحدة من غير ترجيح، فاقضى التسوية، كقوله: هذه الدار بيني وبينك (فإن لم يذكر الربح) لم يصح كالمضاربة، لأنه المقصود من الشركة، فلا يجوز الإخلال به، فعلى هذا يكون الربح بينهما على قدر المالين (أوشترطاً لأحدهما جزءاً مجهولاً) فكذلك، لأن الجهالة تمنع تسليم الواجب، ولأنه هو المقصود منها فلم يصح مع الجهالة كالثمن، لكن لو قال: لك مثل ما شرط لفلان وهما يعلمانه، صح (أودراهم معلومة) لم يصح لما ذكرنا، ولأن العامل ينبغي أن تكون حصته معلومة بالقدر، فإذا جهلت الأجزاء، فسدت، وكذا لو جعل لنفسه جزءاً وعشرة دراهم، وحكاه ابن المنذر في القراض

إجماع من يحفظ عنه فيما إذا جعل، أو لأحدهما دراهم معلومة، فلو قال: لك نصف الربح إلا عشرة دراهم، بطلت لزيادتها (أوربح أحد الثوبين) أوربح إحدى السفرتين، أوربح تجارته في شهر، أو عام بعينه (لم يصح) لأنه قد يربح في ذلك المعين دون غيره، أو بالعكس، فيختص أحدهما بالربح، وهو مخالف لموضوع الشركة بغير خلاف نعلمه (وكذلك الحكم في المساقاة والمزارعة) قياساً على الشركة.

(6/5)

---

( ولا يشترط أن يخلط المالين) لأنه عقد يقصد به الربح، فلم يشترط فيه ذلك كالمضاربة، ولأنه عقد على التصرف، فلم يشترط فيه الخلط كالوكالة ( ولا أن يكونا من جنس واحد) نص عليه، فيجوز لأحدهما أن يخرج دنائير والآخر دراهم لأنهما الأثمان، فصحت الشركة فيهما كالجنس الواحد، فإذا اقتسما، رجع كل بماله، ثم يقتسمان الفضل، نص عليه، وذكره عن محمد بن الحسن، ولا يشترط تساويهما في القدر في قول الجمهور. وقال القاضي: متى تفاضلا، قوما المتاع بنقد البلد، وقوما مال الآخر به، ويكون التقويم حين صرفا الثمن فيه، ورد بأنها شركة صحيحة رأس المال فيها الأثمان، فيكون الرجوع بجنس رأس المال كمالو كان الجنس واحداً (وما يشتره كل واحد منهما بعد عقد الشركة فهو بينهما) لأن العقد وقع على ذلك، ولأنه أمينه ووكيله، وفي «الشرح» من شرط صحتها أن يأذن كل منهما لصاحبه في التصرف، والأصح لا يشترط فإن اشتراه لنفسه، فهو له، لأنه أعلم بنيته ( وإن تلف أحد المالين فهو من ضمانهما) بعد الخلط اتفاقاً، وكذا قبله على الأشهر، لأن العقد اقتضى أن يكون المالان كالمال الواحد، فكذا في الضمان، وكنمائه لصحة القسمة بالكلام كخرص ثمار، فكذا الشركة، احتج به أحمد، قاله الشيخ تقي الدين، وعنه: من ضمان صاحبه ( والوضعية) أي: الخسران ( على قدر المال) بالحساب، لأنها عبارة عن نقصان رأس المال، وهو مختص بالقدر، فيكون النقص منه دون غيره، وسواء كانت الوضعية لتلف أو نقصان في الثمن، أو غير ذلك. ومقتضاه أنه لا شيء على العامل في المضاربة، بل هي مختصة بملك ربه كالمزارعة.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 3  
فصل

(6/6)

---

( ويجوز لكل واحد منهما أن يبيع) أي: حالاً (ويشتري) مساومة ومراجعة وغيرهما، لأنه بالنسبة إلى شريكه وكيل، فملكهما كالوكيل ( ويقبض ويقبض) لأنه مؤتمن في ذلك، فملكهما بخلاف الوكيل في قبض الثمن، فإنه قد لا ياتمنه) ويطالب بالدين ويخاصم فيه) لأن من ملك قبض شيء، ملك المطالبة والمخاصمة فيه بدليل مالو وكله في قبض دينه ( ويحيل ويحتال) لأنهما عقد معاوضة وهو يملكها ( ويرد بالعيب) سواء وليه هو أو صاحبه، لأن الوكيل يرد به، فالشريك أولى، وظاهره ولو رضي به شريكه ( ويقربه) أي: بالعيب، كما يقبل

إقرار الوكيل على موكله به، نص عليه. فإذا ردت عليه بعيب، خير بين قبولها، أو إعطاء أرش العيب، أو يحط من ثمنه، أو يؤخر ثمنه لأجل العيب (ويقال) لأن الحظ قد يكون فيها، وظاهره مطلقاً وهو الأصح في «الشرح» لأنها إن كانت بيعاً، فقد أذن له فيه، وإن كانت فسخاً، ففسخ البيع المضر من مصلحة التجارة، فملكه كالرد بالعيب، وصحح في «المغني» وغيره أنها فسخ، فلا يملكها لأنه ليس من التجارة (ويفعل كل ما هو من مصلحة تجارتهما) لأن ميناها على الوكالة والأمانة، فيقبل إقراره بالثمن أو بعضه أو أجرة المنادي أو الحمال، لأن هذا عادة التجار، وله أن يستأجر من مال الشركة ويؤجر، لأن المنافع أجريت مجرى الأعيان، فصار كالشراء، والبيع، وله المطالبة بالأجر لهما وعليهما، لأن حقوق العقد لا تختص بالعاقدين (وليس له أن يكاتب الرقيق) لأنه لم يأذن فيه شريكه، والشركة تنعقد على التجارة، وليست منها (ولا يزوجه) لما ذكرنا سيما وتزويج العبد ضرر محض (ولا يعتقه بمال) ولا غيره (ولا يهب) نقل حنبلي: يتبرع ببعض الثمن لمصلحته (ولا يقرض) وظاهره ولو برهن (ولا يحابي) لأن الشركة انعقدت على التجارة، وهذه ليست منها (ولا يضارب بالمال) لأن ذلك يثبت في المال حقوقاً، ويستحق ربحه لغيره، وفيه تخريج من توكيله، ولا أجرة للثاني على ربه، وعنه: بلى، وقيل: على الأول مع جهله لدفع غاصب ومع علمه لا

(6/7)

شيء له، وربحه لربه. وعلى الأول كما لا يجوز له خلط مال الشركة بماله ولا مال غيره، لأنه يتضمن إيجاب حقوق في المال، وليس هو من التجارة المأذون فيها. وعنه: يجوز بمال نفسه، لأنه مأمور فيدخل فيما أذن فيه ذكره القاضي (ولا يأخذ به سفتجة، لأن فيها خطراً، ومعناه: أن يدفع إلى إنسان شيئاً من مال الشركة، ويأخذ منه كتاباً إلى وكيله ببلد آخر ليستوفي منه المال) ولا يعطيها) بأن يأخذ من إنسان بضاعة، ويعطيه بثلث ذلك كتاباً إلى وكيله ببلد آخر ليستوفي منه ذلك (إلا بإذن شريكه) لأنه يصير من التجارة المأذون فيها وهو راجع إلى الكتابة وما بعدها، والصواب الصحة مطلقاً فيهما لمصلحة لخوف طريق ونحوه في الأولى.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 8

فائدة: ما يخرج الشريك على المال من الشيل والحط، والعشر والخفارة، وما يتعلق بالبذرة يحتسب به على شريكه قاله في «الفصول» (وهل له أن يودع أو يبيع نساء، أو يبيع، أو يوكل فيما يتولى مثله، أو يرهن، أو يرتهن؟ على وجهين) وفيه مسائل.

الأولى: في الإبداع، وفيه روايتان إحداهما: له ذلك، جزم به في «الوجيز» وصححه في «الشرح» وزاد: عند الحاجة إليه، لأنه عادة التجار. والثانية، وهي أصح الوجهين في «المحرر»: المنع، لأنها ليست من الشركة وفيه غرر. الثانية: في البيع إلى أجل وهو يخرج على روايتين في الوكيل، وقد تقدم فإن اشترى شيئاً بنقد عنده مثله، أو نقد من غير جنسه، أو، اشترى بشيء من ذوات الأمثال وعنده مثله، جاز، وإلا فالشراء له خاصة، وربحه له، وضمائه عليه. الثالثة: في الإيضاع، وهو في الأصل عبارة عن طائفة من المال تبعت للتجارة،



قاله الجوهري، ويأتي تفسيره، والأصح أنه لا يملكه لما فيه من الغرر والثاني: بلى، وجزم به في «الوجيز» لأنه عادة التجار.

(6/8)

---

الرابعة: التوكيل فيما يتولى مثله بنفسه، وفيه وجهان مبيان على الوكيل، وقيل: يجوز للشريك التوكيل بخلاف الوكيل، لأنه يستفيد مثل عقد موكله بخلاف وكيل الشريك، فإنه لا يستفيد مثل عقد موكله، بل يستفيد ما هو أخص منه. فإن وكل، ملك الآخر عزله، ويتصرف المعزول في قدر نصيبه، وعلم منه أنه يملك التوكيل فيما لا يتولى مثله بنفسه.

الخامسة: في الرهن والارتهان، والأصح أنه يملكهما زاد في «الشرح» عند الحاجة، لأن الرهن يراد للإيفاء، والارتهان يراد للاستيفاء وهو يملكهما، فكذا ما يراد لهما، والثاني ليس له ذلك، لأن فيه خطراً، وعلى الأول لا فرق بين أن يكون ممن ولي العقد، أو ممن غيره، لكون القبض من حقوق العقد. فلو قال: إعمل برأيك، ورأى مصلحة، جاز الكل، لأنه فوض إليه الرأي في التصرف الذي تقتضيه الشركة، فجاز كل ما هو من التجارة.

تنبيه: لم يذكر المؤلف السفر بالمال، والأصح أنه يملكه مع الأمن، وفيه رواية، صححها الأزجي. وإن سافر والغالب العطب، ضمن، ذكره أبو الفرج وظاهر كلام غيره فيما ليس الغالب السلامة. وذكر جماعة أنه يتجر ولي اليتيم بماله موضع أمن، فإن لم يعلما بخوفه، أو بفلس مشتر، فلا ضمان، ذكره أبو يعلى الصغير.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 8

(6/9)

---

فرع: إذا ادعى هلاكه بسبب خفي، صدق في الأصح، وإن كان بسبب ظاهر، لم يضمنه إذا أقام بينة به، ويحلف معها أنه هلك به، ويصدق منكر الخيانة. وإن قال لما بيده: هذا لي أولنا. أو اشتريته منها لي أولنا، صدق مع يمينه، سواء ربح أو خسر، وإن قال: صار لي بالقسمة صدق منكرها/ (وليس له أن يستدين على مال الشركة) لأنه يدخل فيها أكثر مما رضي الشريك بالمشاركة فيه، فلم يجز كما لو ضم إليها ألفاً من ماله. ومعناها: أن يشتري بأكثر من رأس المال، أو يضمن ليس معه من جنسه ( فإن فعل فهو عليه وريحه له) قال أحمد في رواية صالح فيمن استدان من المال بوجهه ألفاً، فهو له وريحه له ووضيعته عليه، ومعناه: أنه يختص بنفعه وضره، لكونه لم يقع للشركة ( إلا أن يأذن شريكه) فإنه يجوز كبقية أفعال التجارة المأذون فيها. وقال القاضي: إذا استقرض شيئاً، لزمهما وريحه لهما، لأنه تمليك مال بمال، أشبه الصرف، ورد بالفرق، فإن الصرف بيع وإبدال عين بعين، فهو كبيع الثياب ( وإن أخر حقه من الدين) الحال ( جاز) لأنه أسقط حقه من المطالبة، فصح أن ينفرد به كالإبراء، فلو قبض شريكه شيئاً مما لم يؤخر، كان له مشاركته فيه، وقيل: وله تأخير حق شريكه، ويضمنه إن تلف، أو مات المدين/ ( وإن تقاسما الدين في الذمة، لم يصح في إحدى الروايتين) نص عليه في رواية حنبل، وجزم به في «الوجيز».

وصححه ابن عقيل، لأن الذمم لا تتكافأ، ولا تتعادل والقسمة تقتضيها، لأنها بغير تعديل بمنزلة البيع، ولا يجوز بيع الدين، فعليها لو تقاسما، ثم توى بعض المال، رجع الذي توى ماله على الآخر. والثانية ونقلها حرب، وقدمها في «الرعاية»: الجواز، لأن الاختلاف لا يمنع القسمة كاختلاف الأعيان، فعليها لا رجوع إذا أبرأ كل منهما صاحبه، وأطلقهما في «الفروع»: إذا كان في ذمم لا ذمة واحدة، لأنه لا تمكن القسمة، وهي إفراز، ولا يتصور فيها، فعلى الأول إن تكافأت، فقياس المذهب من الحوالة على مليء وجوبه، قاله الشيخ تقي

(6/10)

---

الدين ( وإن أبرأ من الدين ) أو أجل ثمن المبيع في مدة الخيار ( لزم في حقه ) لأنه تبرع ( دون صاحبه ) لأنه ليس من التجارة وكالصدقة ( وكذلك إن أقر بمال ) أي: يلزم المقر دون صاحبه على المذهب، سواء أقر بدين أو عين، لأن شريكه إنما أذن له في التجارة، وليس الإقرار داخلًا فيها ( وقال القاضي: يقبل إقرار على مال الشركة ) لأن له أن يشتري نساء وهو إقرار ببقاء الثمن، قال ابن المنجا، وفيه شيء، وعلله في «الشرح» بأن له أن يشتري من غير أن يسلم الثمن في المجلس، فلو لم يقبل إقراره لصاعت أموال الناس، وامتنعوا من معاملته، لأن ذلك مما يحتاج إليه كالإقرار بالغيب، وقيدته في «الرعاية» في الإقرار و«الفروع» قبل الفرقة بينهما لا بعدها.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 8

مسألة: أقر غريم لهما بدين عند حاكم، فطلب أحدهما حبسه، ومنع الآخر منه، ففي وجوب حبسه روايتان، قاله في «المستوعب» وغيره. تنبيه: إذا كان بينهما دين مشترك، بآرث أو إتلاف، قال الشيخ تقي الدين: أوضريية سبب استحقاقها واحد، فلشريكه الأخذ من الغريم، ومن القابض، جزم به الأكثر، لأنهما سواء في الملك، وظاهره ولو أخرجه القابض برهن أو قضاء دين كالمقبوض بعقد فاسد، وعنه: يختص به، وقاله جماعة، منهم أبو العالية، وابن سيرين، كمالو تلف المقبوض في يد قابضه تعين حقه فيه، ولم يرجع على الغريم، لعدم تعديده، وإن كان بعقد، أو بعد تأجيل شريكه حقه، فوجهان: أحدهما: له المشاركة كالموروث، والثاني: لا، لأنه مستقل بالعقد على نصيبه، فهو كالمفردين.

(6/11)

---

(و) يجب) على كل واحد منهما أن يتولى ما جرت العادة أن يتولاه من نشر الثوب وطيه وختم الكيس وإحرازه) وقبض النقد، لأن إطلاق الإذن يحمل على العرف. وهو يقتضي أن مثل هذه الأمور يتولاه بنفسه ( فإن استأجر من يفعل ذلك فالأجرة عليه ) في ماله، لأنه بذلها عوضاً عما يلزمه (وما جرت العادة أن يستنيب فيه) كحمل الطعام والمتاع ووزن ما ينقل والنداء ( فله أن يستأجر ) من مال الشركة ( من يفعله ) لأنه العرف ( فإن فعله ليأخذ أجرته فهل له ذلك؟ على وجهين ) هما روايتان في «المغني» و«المحرر» الأصح أنه لا شيء له، لأنه تبرع بما يلزمه، فلم يستحق شيئاً كالمراة التي تستحق خادماً إذا أخدمت

نفسها. والثاني: بلى، لأنه فعل مالا بد من فعله، فاستحق الأجرة كالأجنبي. وعلى الأول إذا شرطها استحقها. فرع: إذا استأجر أحدهما الآخر فيما لا يستحق أجرته إلا بعمل فيه، كنقل طعام بنفسه أو غلامه أو دابته، جاز، نقله الأكثر كداره، وعنه: لا لعدم إمكان إيقاع العمل فيه، لعدم تمييز نصيبهما، اختاره ابن عقيل، ويحرم على شريك في زرع فرك شيء من سنبله يأكله بلا إذن، ويتوجه عكسه. قاله في «الفروع». رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 8 فصل

(6/12)

( والشروط في الشركة ضربان) لأنهما عقد، فانقسمت شروطها إلى صحيح وفاسد كالبيع ( صحيح مثل أن يشترط أن لا يتجرأ إلا في نوع من المتاع) سواء كان مما يعم وجوده أولا، وقال في «الرعاية»: عام الوجود، والمراد به عمومه حال العقد في الموضوع المعين للتجارة، لا عمومه في سائر الأزمنة والأمكنة ( أوبلد بعينه) كمكة ونحوها ( أولا يبيع إلا بنقد معلوم أولا يسافر بالمال أولا يبيع إلا من فلان) أولا يشتري إلا من فلان، فهذا كله صحيح، سواء كان الرجل مما يكثر المتاع عنده أو يقل، لأنه عقد يصح تخصيصه برجل أوبلد معينين كالوكالة، فإن جمع البيع والشراء من واحدة، فإنه لا يضر، ذكره في «المستوعب» وفي «المغني» و«الشرح» خلافه وهو ظاهر ( وفاسد مثل أن يشترط ما يعود بجهالة الربح) كمالو شرط ربح أحد الكيسين، أو الألفين، أوجزاً مجهولاً كنصيب، لأنه يفضي إلى جهل حق كل واحد من الربح، أو إلى فواته حيث شرط دراهم معلومة ( أوضمان المال) لمنافاته مقتضى العقد ( أو أن عليه من الوضعية أكثر من قدر ماله) للمنافاة ( أو أن يوليه ما يختار من السلع) إذ لا مصلحة للعقد فيه، أشبه ماله بشرط ما ينافيه.

(6/13)

مسألة: إذا شرط أحدهما على الآخر متى باعه، فهو أحق به، فباعه من غيره، فقال أحمد: أحب إلي أن يفي بشرطه، وقال ابن عقيل، وذكره في «الشرح» وغيره: إنه شرط باطل، لأنه يقطع إطلاق تصرف الشريك الآخر، وظاهر كلام أحمد خلافه ( أوبرتفق بها) كلبسه الثوب، واستخدامه العبد ( أو لا يفسخ الشركة مدة بعينها) لأنها عقد جائز، فاشتراط لزومها ينافي مقتضاها كالوكالة مع أنه يصح توقيتها، كالوكالة، نص عليه ( فما يعود بجهالة الربح يفسد به العقد) لأن الفساد لمعنى في العوض المعقود عليه، فأفسد العقد، كمالو جعل رأس المال خمراً، ولأن الجهالة تمنع من التسليم، فيفضي إلى التنازع ( ويخرج في سائرهما) أي: باقياها ( روايتان) المنصوص عنه أن العقد صحيح، ويلغو الشرط، لأنه عقد على مجهول، فلم تبطله الشروط الفاسدة كالنكاح. والثانية: يبطل، وذكره في «المحرر» تخريباً، لأنه شرط فاسد، فأبطل العقد كالمزارعة إذا شرط البذر من العامل، وكالشروط الفاسدة في البيع، ولأنه إنما رضي بالعقد بهذا الشرط، فإذا فسد، فات الرضى به.

( وإذا فسد العقد قسم الربح على قدر المالين ) لأن التصرف صحيح، لكونه بإذن مالكة، والربح نماء المال، فربح المضاربة للمالك، وعليه أجره مثل العامل مطلقاً، والعنان والوجوه على قدر المالين، والأبدان تقسم أجره ما تحمله بالسرية والوضيعة بقدر المالين، وظاهره أنه إذا لم تفسد، فإن الربح يقسم بينهما على ما شرطاه، كرواية في الفاسد) وهل يرجع أحدهما بأجره عمله) أي: نصف عمله (على وجهين) كذا في «المحرر» أحدهما: لا رجوع، جزم به في «الوجيز» وصححه في شرح «المحرر» لأنهما عملاً لأنفسهما، فلا يرجع أحدهما على الآخر بما لم يعمل له، فعليه يقتسمان الربح على ما شرطاه، لأنه عقد يجوز أن يكون عوضه مجهولاً، فوجب المسمى في فاسده كالنكاح. والثاني: يرجع، جزم به في «الكافي» وهو الأصح، لأنه عمل في نصيب شريكه، فيرجع به، لأنه عقد ينبغي الفصل فيه في ثاني الحال، فوجب أن يقابل العمل فيه عوضاً كالمضاربة، فإن تساوى عملهما، تقاص الدينان، وإن فضل أحدهما، تقاص دين القليل بمثله، ويرجع على الآخر بالفضل، وقال ابن حمدان: إن قسم الربح على قدرهما، رجوع، وإلا فلا، وقال القاضي: إن فسد العقد لجهل الربح، فكذلك وإن فسد لغيره، وجب المسمى فيه كالصحيح، لأنه عقد يصح مع جهل العوض، فوجب المسمى فيه مع فساده كالنكاح.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 14

فرع: إذا مات أحدهما، فلوارثه إتمام الشركة، فيأذن كل منهما للآخر في التصرف، وقيل: إن كان المال عرضاً جدد عقداً، وله المطالبة بالقسمة، فإن كان على الميت دين، تعلق بتركته، وليس للوارث الشركة فيه حتى يقضي دينه، فإن قضاه من غير مال الشركة، فله إتمامها، وإن قضاه منها، بطلت في قدر ما مضى.

تنبيه: كل عقد فاسد من أمانة وتبرع بمضاربة وشركة ووكالة ووديعة، كصحيح في ضمان وعدمه، وكل عقد لازم يجب الضمان في صحيحه يجب في فاسده، كبيع وإجارة ونكاح.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 14

فرع: إذا مات أحدهما، فلوارثه إتمام الشركة، فيأذن كل منهما للآخر في التصرف، وقيل: إن كان المال عرضاً جدد عقداً، وله المطالبة بالقسمة، فإن كان على الميت دين، تعلق بتركته، وليس للوارث الشركة فيه حتى يقضي دينه، فإن قضاه من غير مال الشركة، فله إتمامها، وإن قضاه منها، بطلت في قدر ما مضى.

تنبيه: كل عقد فاسد من أمانة وتبرع بمضاربة وشركة ووكالة ووديعة، كصحيح في ضمان وعدمه، وكل عقد لازم يجب الضمان في صحيحه يجب في فاسده، كبيع وإجارة ونكاح.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 14

## فصل

( الثاني: المضاربة) وهي تسمية أهل العراق، مأخوذة من الضرب في الأرض، وهو السفر فيها للتجارة قال تعالى: {وأخرون يضربون في يبتغون من فضل الله} (المزمل:20) ويحتمل أن تكون من ضرب كل منهما بسهم من الربح وسماه أهل الحجاز قراضاً، فقيل: هو مشتق من القطع، يقال: قرض الفأر الثوب، أي: قطعه، فكان صاحب المال اقتطع منه قطعة، وسلمها إلى العامل، واقتطع له قطعة من ربحها، وقيل: هو مشتق من المساواة والموازنة، يقال: تقارض الشاعران: إذا توازنا.

وهي جائزة بالإجماع، حكاه ابن المنذر، وروى حميد بن عبد الله، عن أبيه، عن جده أن عمر بن الخطاب أعطاه مال يتيم مضاربة يعمل به في العراق، وروى جوازه عن عثمان، وعلي، وابن مسعود، وحكيم بن حازم، ولم يعرف لهم مخالف مع أن الحكمة تقتضيه، لأن بالناس حاجة إليها، فإن النقاد لا تنمي إلا بالتجارة، وليس كل من يملكها يحسن التجارة، ولا كل من يحسنها له مال، فشرعت لدفع الحاجة.

(6/16)

( وهي أن يدفع ماله إلى آخر يتجر فيه) يشترط في المال المدفوع أن يكون معلوماً، فلو دفع صبرة نقد، أو أحد كيسين، لم يصح. قوله: إلى آخر. ليس شرطاً فيه، فلو دفعه إلى اثنين فأكثر مضاربة في عقد واحد، جاز، قوله: يتجر فيه ظاهر) والربح بينهما على ما شرطاه) أي: من شرط صحتها تقدير نصيب العامل منه، لأنه لا يستحقه إلا بالشرط، فلو قال: خذ هذا المال مضاربة، ولم يذكر سهم العامل، فالربح كله لرب المال، والوضعية عليه، وللعامل أجره مثله، نص عليه، وهو قول الجمهور. فلو شرط جزءاً من الربح لعبد أحدهما، أو لعبدتهما، صح، وكان لسيدة، وإن شرطاه لأجنبي، أولولد أحدهما، أو امرأته، أو قريبه: وشرطاً عليه عملاً مع العامل، صح، وكانا عاملين، وإلا لم تصح المضاربة، كما لو قال: لك الثلثان على أن تعطي امرأتك نصفه) فإن قال: خذه، واتجر به، والربح كله لي، فهو إبطاع) أي: يصير جميع الربح لرب المال لا شيء للعامل فيه، فيصير وكيلاً متبرعاً، لأنه قرن به حكم الإبطاع، فانصرف إليه، فلو قال مع ذلك: وعليك ضمانه، لم يضمنه، لأن العقد يقتضي كونه أمانة غير مضمون، فلا يزول ذلك بشرطه) وإن قال: والربح كله لك فهو) أي: المال المدفوع) قرض) لا قراض، لأن اللفظ يصلح له وقد قرن به حكمه، فانصرف إليه كالتمليك، فإن قرن به: ولا ضمان عليك، فهو قرض شرط فيه نفي الضمان، فلم ينتف به) وإن قال: والربح بيننا فهو بينهما نصفين) لأنه أضافه إليهما إضافة واحدة، ولم يترجح فيها أحدهما على الآخر، فاقترضى التسوية كهذه الدار بيني وبينك) وإن قال: خذه مضاربة والربح كله لك أولي، لم يصح) لأن المضاربة تقتضي كون الربح بينهما، فإذا شرط اختصاص أحدهما بالربح، فقد شرط ما ينافي مقتضى العقد ففسد، كما لو شرط الربح كله في شركة العنان لأحدهما، ويفارق إذا لم يقل مضاربة، لأن اللفظ يصلح لما أثبت حكمه من الإبطاع، والقرض وينفذ تصرف العامل، لأن الإذن باق) وإن قال) خذه مضاربة) ( ولك ثلث

الريح) أوريعة، أو جزء معلوم (صح) لأن نصيب العامل معلوم (والباقى لرب المال) لأنه يستحق الربح بماله، لكونه نماؤه وفرعه، والعامل يأخذ بالشرط، فما شرط له استحققه، وما بقي، فلرب المال بحكم الأصل (وإن قال: ولي ثلث الربح) ولم يذكر نصيب العامل (فهل يصح؟ على وجهين) أصحهما: يصح، وقاله أبو ثور، لأن الربح يستحقانه، فإذا قدر نصيب أحدهما منه، فالباقى للآخر بمفهوم اللفظ كما علم أن ثلث الميراث للأب من قوله تعالى:

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 17

{وورثه أبواه فلأمه الثلث} (النساء: 61) والثاني: لا يصح، لأن العامل إنما يستحق بالشرط ولم يوجد، فتكون المضاربة فاسدة. فإن قال: لي النصف، ولك الثلث، وسكت عن الباقي، صح، وكان لرب المال، وإن قال: خذه مضاربة على الثلث، أو بالثلث صح، وكان تقديراً لنصيب العامل.

تنبيه: إذا: قال لك ثلث الربح، وثلث ما يبقى من الربح، صح، وله خمسة أتساعه، وإن قال: لك ربع الربح، وربع ما يبقى، فله ثلاثة أثمان، ونصف ثمن، سواء عرفا الحساب، أو جهلاه في الأصح.

(وإن اختلفا لمن الجزء المشروط) قليلاً كان أو كثيراً (فهو للعامل) لأنه يستحقه بالعمل، وهو يقل ويكثر، وإنما تقدر حصته بالشرط بخلاف رب المال، فإنه يستحق الربح بماله، ويحلف مدعيه، لأنه يحتمل خلاف ما قاله، فيجيب لنفي الاحتمال، فلو اختلفا في قدر الجزء بعد الربح، فقال العامل: شرطت لي النصف، وقال المالك: الثلث، قدم قوله، لأنه منكر للزيادة. وعنه يقبل قول العامل إن ادعى تسمية المثل أودونها، لأن الظاهر معه، ولو قيل بالتحالف، لم يبعد كالبيع، فإن أقام كل منهما بينة، قدمت بينة العامل (وكذلك حكم المساقاة والمزارعة) قياساً عليها، لأن العامل في كل منهما إنما يستحق بالعمل وشمل هذا التشبيه للأحكام السابقة (وحكم المضاربة حكم الشركة فيما للعامل أن يفعله، أولاً يفعله وما يلزمه فعله وفي الشروط) لاشتراكهما في التصرف بالإذن فما جاز للشريك فعله، جاز للمضارب، وما منع منه، منع منه، وما اختلف فيه، فهاهنا مثله، وما جاز أن يكون رأس مال الشركة، جاز أن يكون رأس مال المضاربة ولا يعتبر قبض رأس المال، وتكفي مباشرته، وقيل: يعتبر نطقه (وإذا فسدت) المضاربة (فالربح لرب المال) قال القاضي: هذا هو المذهب، لأنه نماء ماله، وإنما يستحق العامل بالشرط، فإذا فسدت فسد الشرط، فلم يستحق شيئاً (وللعامل الأجرة) أي: أجرة مثله، نص عليه. لأن عمله إنما كان في مقابلة المسمى، فإذا لم تصح التسمية، وجب رد عمله عليه، وذلك متعذر، فوجب له أجرة المثل، كما لو اشترى شراءً فاسداً، فقبضه، وتلف أحد العوضين في يد قابضه فيجب رد بدله، وسواء ظهر في المال ربح أولاً (وعنه: له الأقل من الأجرة أو ما شرط له من الربح) لأنه إن كان الأقل الأجرة، فهو لا يستحق غيرها لبطلان الشرط، وإن كان الأقل المشروط، فهو

قد رضي به. واختار الشريف أبو جعفر أن الربح بينهما على ما شرطاه، واحتج بأن أحمد قال: إذا اشتركا في العروض قسم الربح على ما شرطاه، فأثبت فيها ذلك مع فسادها،

(6/19)

---

ورد بأن كلامه محمول على صحة الشركة بالعروض، والتصريف فيها صحيح مستنداً إلى الإذن، كالوكيل لا يقال: لو اشترى شراءً فاسداً، ثم تصرف فيه، لم ينفذ مع أن البائع قد أذن له في التصرف، لأن المشتري يتصرف من جهة الملك، لا بالإذن.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 17

( وإن شرطاً نأقبت المضاربة) بأن يقول: ضاربتك على هذه الدراهم سنة، فإذا مضت، فلا تبع، ولا تشتري ( فهل تفسد؟ على روايتين) أصحابهما الصحة قال مهنا: سألت أحمد عن رجل أعطى آخر ألفاً مضاربة شهراً، فإذا مضى يكون قرصاً؟ قال: فإن جاء الشهر وهو متاع؟ قال: إذا باع المتاع يكون قرصاً، لأنه قد يكون لرب المال فيه غرض. والثانية: لا تصح وهي اختيار أبي حفص العكبري، لأنه عقد يقع مطلقاً، فإذا شرط قطعه، لم يصح كالنكاح ولأنه ليس من مقتضى العقد ولا مصلحته، ورد بأنه تصرف يتوقت بنوع من المتاع، فجاز توقيته بالزمان كالوكالة ( وإن قال: بع هذا العرض وضارب بتمنه) صح، لأنه وكيل في بيع العرض، فإذا باعه، صار الثمن في يده أمانة أشبه مالو كان المال عنده وديعة ( أو أقبض وديعتي وضارب بها، لأنه وكيل في قبض الوديعة ومأذون له في التصرف مؤتمناً عليه، فجاز جعله مضاربة، كمالو قال: أقبضه من غلامي، وضارب به، وكمالو كان في يد إنسان وديعة، فقال له ربها: ضارب بها) وإذا قدم الحاج فضارب بهذا صح) لأنه إذن في التصرف، فجاز تعليقه على شرط مستقبل كالوكالة.

فرع: إذا قال: ضارب بعين المال الذي غصبتة مني، صح، كالوديعة، فإذا ضارب به، سقط عنه الضمان، وقال القاضي: لا يزول ضمان الغصب إلا بدفعه ثمناً، لأن القراض لا ينافي الضمان بدليل مالو تعدى. ورد بأنه ممسك بإذن مالكة، ولا يختص بنفعه، أشبه مالو قبضه، ثم قبضه إياه.

(6/20)

---

( وإن قال: ضارب بالدين الذي عليك) أوتصدق به عني ( لم يصح) نص عليه، وهو قول أكثر العلماء، لأن المال الذي في يد من عليه الدين له، وإنما يصير لغريمه قبضه ولم يوجد. وقال بعض أصحابنا: يصح، لأنه اشترى شيئاً للمضاربة، فقد اشتراه بإذن مالكة، ودفع الثمن إلى من أذن له في دفع الثمن إليه، فتراها ذمته منه، فلو قال اعزل المال الذي عليك، وضارب به، صح، سواء اشتراه بعين المال، أو في الذمة، لأنه اشترى لغيره بمال نفسه. فرع: إذا دفع إليه ألفاً مضاربة، وقال له: أضف إليها مثلها، واتجرهما، والربح لك ثلثاه، ولي ثلثه، صح، وكان شركة ومضاربة، وإن شرط غير العامل لنفسه ثلثي الربح، لم يجز خلافاً للقاضي.

( وإن أخرج مالاً ليعمل هو فيه وآخر والربح بينهما، صح ذكره الخرقى ) نص عليه في رواية أبي الحارث، ويكون مضاربة، لأن غير صاحب المال يستحق المشروط بعمله من الربح في مال غيره، وهذا حقيقة المضاربة ( وقال القاضي ) تبعاً لابن حامد، واختاره أبو الخطاب ( إذا شرط المضارب أن يعمل معه رب المال، لم يصح ) وهو قول أكثرهم، لأن المضاربة تقتضي تسليم المال إلى المضارب، فإذا شرط عليه العمل، لم يتسلمه، لأن يده عليه. وذلك يخالف مقتضاها، وحمل القاضي كلام أحمد والخرقي على أن رب المال عمل فيه من غير شرط، والأول أظهر، لأن العمل أحد ركني المضاربة، فجاز أن ينفرد به أحدهما مع وجود الأمرين من الآخر كالمال. وقولهم: إن المضاربة تقتضي إلى آخره ممنوع، وإنما تقتضي إطلاق التصرف في مال غيره بجزء مشاع من ربحه، وهذا حاصل مع اشتراكهما في العمل ( وإن شرط عمل غلامه، فعلى وجهين ) أشهرهما: يصح، لأن عمل الغلام في مال سيده يصح ضمنه إليه، كمالو ضم إليه بهيمته يحمل عليها. والثاني: لا، لأن يد العبد كيد سيده، وعمله كعمله. رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 17 فصل

(6/21)

( وليس للعامل شراء من يعتق على رب المال ) أي: بغير إذنه، لأن فيه ضرراً، ولاحظ للتجارة فيه، إذ هي معقودة للربح حقيقة أومظنة، وهما متفتيان هنا ( فإن فعل، صح ) الشراء في ظاهر كلام أحمد. لأنه مال متقوم قابل للعقود، فصح شراء العامل له، كمالو اشترى من نذر رب المال حرته إذا ملكه ( وعق ) أي: على رب المال، لأنه ملكه، وذلك موجب للعق، وتنفسخ فيه المضاربة ( وضمن ) العامل ( ثمنه )، لأن التفريط منه ( وعنه: يضمن قيمته ) لأن الملك ثبت فيه، ثم تلف، أشبه مالو أتلفه بفعله ( علم ) أنه يعتق بالشراء ( أولم يعلم ) على المذهب، لأن الإتلاف الموجب للضمان لا فرق فيه بين العلم والجهل ( وقال أبو بكر: إن لم يعلم. لم يضمن ) لأنه معذور إذ التلّف حصل المعنى في المبيع، ولم يعلم به، فلم يضمنه، كمالو اشترى معيباً لم يعلم عيبه، فتلف به. وفي «الشرح»: ويتوجه أن لا يضمن وإن علم ( ويحتمل أن لا يصح البيع ) لأن الإذن في المضاربة إنما ينصرف إلى ما يمكن بيعه، والربح فيه، ومن يعتق على رب المال ليس كذلك. وقيد في «الشرح» إذا كان الثمن عيناً، لأن العامل اشترى ما ليس له أن يشتريه، وإن كان اشتراه بثمن في الذمة وقع الشراء للعاقِد، وليس له دفع الثمن من مال المضاربة، فإن فعل، ضمن في قول أكثر الفقهاء، فأما إذا اشتراه بإذنه، صح، لأنه يصح شراؤه بنفسه، فكذا نائبه، فإن كان على المأذون له دين يستغرق قيمته وما في يده، وقلنا: يتعلق برقبته، فعليه دفع قيمته إلى الغرماء، لأنه أتلفه عليهم بالعق، وإن نهاه عنه، فهو باطل، وإن أطلق فوجهان كشرائه امرأة رب المال ( وإن اشترى ) المضارب ( امرأته ) أو بعضها ( صح ) لأنه اشترى ما يمكن طلب الربح فيه، أشبه مالو اشترى أجنبية ( وانفسخ نكاحه ) لأنها دخلت في ملك زوجها، فإن كان قبل الدخول، فهل يلزم الزوج نصف الصداق؟ فيه وجهان. فإن قلنا: يلزمه، رجع به على العامل، لأنه سبب تقريره عليه، فيرجع عليه، كمالو أفسدت امرأته نكاحها بالرضاع،



ذكره في «المغني» و«الشرح».

فرع: إذا اشترى زوج ربة المال، صح، وانفسخ نكاحها، ولا ضمان عليه فيما يفوت من المهر، ويسقط من النفقة، لأن ذلك لا يعود إلى المضاربة، وإنما هو بسبب آخر، ولا فرق بين شرائه في الذمة، أو بعين المال.

( وإن اشترى المضارب) من يعتق على نفسه ولم يظهر ربح لم يعتق) لأنه لا يملكه، وإنما هو ملك رب المال، وقيل: بلى لسابقته ( وإن ظهر ربح فهل يعتق؟ على وجهين) همامينيان على أن العامل متى يملك الربح، فإن قلنا: يملكه بالقسمة، لم يعتق منه شيء، لأنه لم يملكه، وإن قلنا بالظهور، فوجهان أحدهما واختاره أبو بكر: لا يعتق، لأن ملكه غير تام، لكون الربح وقاية لرأس المال. والثاني: يعتق منه بقدر حصته إن كان معسراً، ويقوم عليه باقية إن كان موسراً، وهو قول القاضي، لأنه ملكه بفعله، فعتق عليه، أشبه مالهو اشتراه بماله. وإن اشتراه ولم يظهر ربح، ثم ظهر بعد ذلك، والعبد باق في التجارة، فهو كمالو كان ظاهراً.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 23

مسألة: إذا تعدى المضارب بالشرط، أو فعل ما ليس له فعله، أو ترك ما يلزمه ضمن المال، ولا أجر له، وربحه لملكه، وقيل: له أجره لمثل. وعنه: له الأقل منها، أو ما سمي له من الربح، وعنه: يتصدقان. قال ابن عقيل: هذا على سبيل الورع. وقيل: إن اشترى بعين المال، بطل على المذهب، والنماء للبائع. وعنه: إن أجازه ربه، صح، وملك النماء وإلا بطل.

( وليس للمضارب) أن يشترى بأكثر من رأس المال، لعدم تناول الإذن له فإن فعل، صح، وكان له، وهل يقف على إجازة رب المال؟ فيه روايتان ( أن يضارب لآخر إذا كان فيه ضرر على الأول) ولم يأذن فيه، ككون المال الثاني كثيراً فيستوعب زمانه، فيشغله عن تجارة الأول. وقال أكثر الفقهاء بجوازه، لأنه عقد لا يملك به منافعه كلها، فلم يمنع من المضاربة، كمالو لم يكن فيه ضرر وكالأجير المشترك، ورد بأنها تنعقد على الحظ والنماء، فإذا فعل ما يمنعه لم يجز له، كمالو أراد التصرف بألفين، وظاهره أنه إذا لم يكن فيها ضرر على الأول أنه لا يمنع بغير خلاف نعلمه، وكمالو أذن فيها) فإن فعل نصيبه من الربح في شركة الأول) نص عليه، لأنه لستحق ذلك بالمنفعة التي استحققت بالعقد الأول، فينظر في المضاربة الثانية، فيدفع إلى رب مالها منه نصيبه، لأن العدوان من المضارب لا يسقط حق رب المال الثاني، ويأخذ المضارب نصيبه من الربح فيضمونه إلى ربح المضاربة الأولى، فيقتسمانه. قال في «المغني» و«الشرح»: النظر يقتضي أن رب المضاربة الأولى لا يستحق من ربح الثانية شيئاً، لأنه إنما يستحق بمال أو عمل، وهما منتفیان، وتعدى المضارب بترك العمل، واشتغاله عن المال الأول لا يوجب عوضاً كمالو اشتغل بالعمل في مال نفسه، أو أجز نفسه.

( وليس لرب المال أن يشتري من مال المضاربة شيئاً لنفسه ) هذا هو الراجح لأنه ملكه، فلم يصح شراؤه له كشرائه من وكيله ( وعنه: يصح ) صححها الأزجي، لأنه قد تعلق به حق المضارب فجاز شراؤه منه، كمكاتبه، والفرق ظاهر، فإن السيد لا يملك ما في يد المكاتب، ولا تجب زكاته عليه. وعلى الثانية يأخذ بالشفعة، وظاهره أن له الشراء من غير المضاربة في المنصوص. قال أحمد: إن لم يبعه مرابحه، فهو أعجب إلي، فإن المضارب له أن يشتري من مال المضاربة إذا لم يظهر ربح، نص عليه، وهو قول الجمهور، لأنه ملك غيره، فصح كشرائه الوكيل من موكله، وإن ظهر ربح فلا / ( وكذلك شراء السيد من عبده المأذون له ) وقيل: يصح إذا استغرقت الديون، لأن الغرماء يأخذون ما في يده، لأنه صار مستحقاً لهم لتعلق الدين برقبته، والأصح المنع، لأن ملك السيد لم يزل عنه، واستحقاق انتزاع ما في يده لا يوجب زوال الملك كالمفلس ( وإن اشترى أحد الشريكين نصيب شريكه، صح ) لأنه ملك لغيره، فصح شراؤه كالأجنبي إلا أن من علم مبلغ شيء لم يبعه صبرة، وإلا جاز بكيه أو وزنه. ونقل حنبل المنع في غير مكيل أو موزون، وعلله في «النهاية» بعدم التعيين فيهما ( وإن اشترى الجميع بطل في نصيبه ) لأنه ملكه ( وفي نصيب شريكه وجهان ) مبنيان على تفريق الصفقة والمذهب صحته ( ويتخرج أن يصح في الجميع ) بناء على صحة شراء رب المال من مال المضاربة.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 23

( وليس للمضارب نفقة ) لأنه دخل على أنه يستحق من الربح شيئاً فلم يستحق غيره، إذ لو استحقها لأفضى إلى اختصاصه به حيث لم يربح سوى النفقة ( إلا بشرط ) نص عليه كوكيل، وقال الشيخ تقي الدين: أو عادة، ولأن في تقديرها قطعاً للمنازعة ( فإن شرطها له ) قال أحمد في رواية الأثرم: أحب إلي أن يشترط نفقة محدودة. وله ما قدر له من مأكول وملبوس ومركوب وغيره ( وأطلق ) صح، نص عليه ( فله جميع نفقته من المأكول والملبوس بالمعروف ) لأنه كذلك تجب لمن تجب عليه نفقته، ونص أحمد أنه يستحق المأكول فقط إلا أن يطول سفره، ويحتاج إلى تجديد كسوة، فإنه يجوز، قاله في «المغني» و«الشرح» ونقل حنبل: ينفق على معنى ما كان ينفق على نفسه غير متعد بالنفقة ولا مضر بالمال ولم يذهب إلى تقديرها، لأن الأسعار تختلف ( وإن اختلفا رجع في القوت إلى الإطعام في الكفارة وفي الملبوس إلى أقل ملبوس مثله ) وقاله أبو الخطاب، لأنه العادة، فينصرف الإطلاق إليه كما انصرف إليه في الإطعام في الكفارة، والأولى أن يرجع فيهما إلى قوت مثله، وملبوس مثله، كالزوجة، جزم به في «المحرر».  
مسألة: لو كان معه مضاربة ثانية أو مال لنفسه، فالنفقة على قدر المالين إلا أن يشترط أحدهما النفقة من ماله مع علمه بذلك، فلو لقيه ببلد أذن في سفره إليه وقد نص المال، فله نفقة رجوعه في وجهه، وجزم في «الشرح» بخلافه،

لأنه إنما يستحقه ما دام في القراض وقد زال فزال.  
( وإن أذن له في التسري فاشترى ) من مال المضاربة ( جارية ملكها ) لأن رب المال قد أذن له في التسري، والإذن فيه يستدعي الإذن في الوطاء، لأن البضع لا يباح إلا بملك أونكاح ( وصار ثمنا قرصاً ) في ذمته ( نص عليه ) لأن رب المال لم يوجد منه ما يدل على تبرعه به، فوجب كونه قرصاً لأنه المتيقن ونقل يعقوب اعتبار تسمية ثمنها، وعنه: له التسري بإذنه، أي: يكون ملكاً له مجاناً واختار أبو بكر الأول، وهو عند القاضي رواية واحدة.

(6/26)

---

تنبيه: إذا وطىء جارية من المال، عزز، نص عليه، وقيل: يحد قبل الربح ذكره ابن رزين. وذكر غيره، إن ظهر ربح، عزز، ويلزمه المهر، وقيمتها إن أولدها وإلا حد عالم، ونصه يعزز، ويسقط من المهر والقيمة قدر حق العامل، وليس لرب المال وطء الأمة، ولو عدم الربح، لأنه بنقصها إن كانت بكرًا، أو يعرضها للخروج من المضاربة والتلف، فإن فعل، فلا حد عليه، فإن أحبلها، صارت أم ولد له، وهو حر، لأنها ملكه، وتخرج من المضاربة، وتحسب قيمتها ويضاف إليه بقية المال، فإن كان فيه ربح، فللعامل حصته منه.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 23

( وليس للمضارب ربح حتى يستوفي رأس المال ) بغير خلاف نعلمه يعني أنه لا يستحق أخذ شيء من الربح حتى يسلم رأس المال إلى ربه، فمتى كان فيه ربح وخسران، جبرت الوضعية من الربح، لأنه هو الفاضل عن رأس المال، ومالم يفضل، فليس بربح. فلو كان مائة، فخسر عشرة، ثم أخذ ربه نقص بها وقسطها مما خسر درهم وتسع، ويبقى رأس المال ثمانية وثمانين وثمانية أتسع درهم ولو ربح فيها عشرين، فأخذها رب المال، فقد أخذ سدسه، فنقص رأس المال سدسه، وهو ستة عشر وثلثان، وحظها من الربح ثلاثة وثلث.

(6/27)

---

فرع: يحسب من الربح المهر والثمرة والأجرة وأرش العيب، وكذا نتاج الحيوان، وفي «الفروع» ويتوجه وجه ( وإن اشترى سلعتين فربح في إحداها وخسر في الأخرى أوتلفت ) إحداها ( جبرت الوضعية من الربح ) أي: وجب جبر الخسران من الربح ولا يستحق المضارب شيئاً إلا بعد كمال رأس المال، لأنها مضاربة واحدة، ويلحق بذلك ما إذا تعيب، أو نزل سعره بعد التصرف - ونقل حنبل: وقبله - جبرت الوضعية من ربح باقيه قبل قسمته ناضاً أو تنضيضه مع محاسبته، نص عليهما. ونقل ابن منصور وحرب إذا احتسبا وعلما مالهما، واحتج به في «الانتصار» وأنه يحتمل أنه يستحق ربح ربحه ( وإن تلف بعض رأس المال قبل التصرف فيه انفسخت فيه المضاربة ) وكان رأس المال الباقي خاصة، لأنه مال هلك على جهته قبل التصرف، أشبه التالف قبل القبض، وفارق ما بعد التصرف، لأنه دار في التجارة، وشرع فيما قصد بالعقد من التصرفات المؤدية إلى الربح.

فرع: لو دفع إليه ألفين في وقتين لم يخلطهما، نص عليه، ويتوجه جوازه وإن أذن قبل تصرفه في الأول أو بعده، وقد نص المال، جاز لزوال المعنى المقتضي للمنع ( وإن تلف المال ثم اشترى سلعة للمضاربة فهي له وتمنيتها عليه ) لأنه اشترى في ذمته وليست من المضاربة لانفساخها بالتلف، واختصت به. ولو كانت للمضاربة، لكان مستديناً علي غيره والاستدانة على الغير بغير إذنه لا تجوز، وسواء علم بتلف نقد الثمن أوجهله ( إلا أن يجيزه رب المال ) فيجوز في رواية، وهو مبني على تصرف الفضولي، والمذهب أنه للعامل بكل حال، لأن هذا زيادة في مال المضاربة، فلم تجز ( وإن تلف بعد الشراء ) قبل نقد ثمنها ( فالمضاربة بحالها ) لأن الموجب لفسخها هو التلف ولم يوجد حين الشراء ولا قبله ( والتمن على رب المال ) لأن الشراء صادف المضاربة باقية بحالها، وذلك يوجب كون المشتري له، والتمن عليه، وحينئذ فلرب السلعة مطالبة كل منهما بالتمن، ويرجع به على العامل، وبصير رأس المال الثمن دون التالف، لأنه تلف قبل التصرف فيه، فهو كمالو تلف قبل قبضه.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 23  
مسألة: من أتلغه، ضمن الربح للآخر، ثم إن كان تلفه بعد التصرف، فالمضاربة بحالها وإلا فهي في قدر ثمنها.

( وإذا ظهر الربح لم يكن للعامل أخذ شيء منه ) لأمر أحدها: أن الربح وقاية لرأس المال، فلا يأمن الخسران الذي ينجر بالربح. الثاني: أن رب المال شريكه، فلم يكن له مقاسمة نفسه. الثالث: أن ملكه غير مستقر عليه، لأنه بعرضيه أن يخرج عن يده لجبران خسارة المال ( إلا بإذن رب المال ) لأن الحق لا يخرج عنهما، وظهر منه أنه يحرم قسمة الربح، والعقد باق إلا باتفاقهما ( وهل يملك العامل حصته من الربح قبل القسمة على روايتين ) إحداهما وهي المذهب، والمجزوم بها عند الأكثر: أنه يملك حصته منه بظهوره، لأن الشرط صحيح، فيثبت مقتضاه وهو أن يكون له جزء من الربح، وكما يملك الساقى حصته من الثمرة بظهوره في الأصح. والثانية: لا يملكه إلا بالقسمة، اختارها القاضي وغيره، لأنه لو ملكه به، لاختص بربحه، ولو يجب أن يكون شريكاً لرب المال كشريكي العنان، ولأنه لو اشترى عبيدين بالمال كل واحد يساويه فأعتقهما رب المال، عتقاً، ولم يضمن للعامل شيئاً ذكره الأزجي مع أنه ذكر لو اشترى قريبه، فعتق، لزمه حصته من الربح كمالو أتلغه. والثالثة: يملكه بالمحاسبة والتنضيض والفسخ. فعلى الأولى لا يستقر كشرطه ورضاه بضمانه، وفي عتق من يعتق عليه، وقيل - ولو لم يظهر ربح - وجهان.  
فرع: إتلاف المالك كالقسمة، فيغرم نصيب الآخر وكذا الأجنبي. ( وإن طلب العامل البيع فأبى رب المال أجبر ) أي: على البيع ( إن كان فيه ربح ) نص عليه، لأن حق العامل في الربح لا يظهر إلا بالبيع، فأجبر الممتنع من أدائه كسائر الحقوق ( وإلا فلا ) أي: إذا لم يظهر ربح، لم يجبر الممتنع على البيع، لأنه لا حق

للعامل فيه وقد رضيه مالكة كذلك فلم يجبر على بيعه، وقيل: يجبر مطلقاً، لأنه ربما زاد فيه راغب، فزاد على ثمن المثل، فيكون للعامل فيه حظ، ورد بأنها حصلت بعد الفسخ، فلم يستحقها العامل. فعلى تقدير الخسارة يتجه منعه من ذلك ذكره الأرجي.

(6/30)

---

فرع: للعامل شراء البعض من المالك إن لم يظهر ربح، وقيل: مطلقاً، وكذا من نفسه، ويحتمل أن لا يصح مطلقاً.  
( وإن انفسخ القراض والمال عرض فرضي رب المال أن يأخذ بماله عرضاً ) أي: فله تقويمه، ودفع حصته، لأنه أسقط البيع عن المضارب، وأخذ العروض بثمنها الذي يحصل من غيره وحينئذ يملكها، نص عليه. إن لم يكن حيلة، فإن ارتفع السعر، لم يطالبه بقسطه في الأصح، قال ابن عقيل: لو قصد رب المال الحيلة ليختص بالربح، بأن كان العامل اشترى خزانة في الصيف ليربح في الشتاء أو يرجو دخول موسم أو قفل أن حقه يبقى في الربح. قال الأرجي: أصل المذهب أن الحيل لا أثر لها (أو طلب) رب المال (البيع فله ذلك) أي: يجبر العامل على بيعه، وقبض ثمنه حيث لم يرض المالك. هذا هو الأصح، لأن عليه رد المال ناصاً كما أخذه، والثاني: لا يجبر إذا لم يكن في المال ربح أو أسقط حقه منه، لأنه بالفسخ زال تصرفه، وصار أجنياً من المال، أشبه الوكيل إذا اشترى ما يستحق الرد، فأخره حتى زالت الوكالة، وإذا لم يلزمه، ففي استقراره بالفسخ وجهان، وذكر المؤلف وغيره: يلزمه بقدر رأس المال.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 23

(6/31)

---

فرع: إذا كان رأس المال دنانير، فصار دراهم، أو بالعكس، فكعرض، ذكره، الأصحاب، وقال الأرجي: إن قلنا: هما شيء واحد وهو قيمة الأشياء، لم يلزمه، ولا فرق لقيام كل واحد مقام الآخر، وإذا نض رأس المال، لم يلزم العامل أن ينض له الباقي، لأنه شركة بينهما، ولو كان صحاحاً فنض قراضة أو مكسرة، لزم العامل ردها إلى الصحاح، فيبيعها بصحاح أو بعرض، ثم يشتريها به (وإن كان ديناً لزم العامل تقاضيه) مطلقاً، أي: إن ظهر ربح أولاً، لأن المضاربة تقتضي رد المال على صفته، والديون لا تجري مجرى الناض، فلزمه ذلك كماله ظهر ربح، وقيل: يلزمه في قدره، ولا يلزم وكيلاً، وذكر أبو الفرج: يلزمه رده على حاله إن فسح بلا إذنه، قال: وكذا شريكاً (وإن قارض في المرض) صح، لأنه عقد ينبغي فيه الفضل، أشبه المعاوضة (فالربح من رأس المال) ولا يحتسب به من ثلثه (وإن زاد على أجر المثل) لأن ذلك غير مستحق من مال رب المال، وإنما حصل بعمل المضارب فيما يوجد منه يحدث على ملك العامل ولا يزاحم به أصحاب الوصايا لأنه لو أقرض المال كان الربح كله للمقترض، فبعضه أولى بخلاف مالو حابي الأجير في الأجر، فإنه يحتسب بالمحاباة من ثلثه، لأن الأجر يؤخذ من ماله (ويقدم به علي سائر الغرماء) أي: إذا مات رب المال لأنه يملك الربح بالظهور، فكان شريكاً فيه، ولأن حقه متعلق بعين

المال، لا الذمة، فكان مقدماً على ما يتعلق بالذمة كالجناية أو يقال: حقه متعلق بالمال قبل الموت، فكان أسبق فقدم كالرهن. فرع: إذا شرط في المزارعة والمساقاة أكثر من أجر المثل، فقيل: مثلها لأن الثمرة تخرج عن ملكهما كالربح، وقيل: من ثلثه كالأجير.

(6/32)

( وإن مات المضارب) نص عليه، وعنه غير فجأة ( ولم يعرف مال المضاربة) أي جهل ( فهو دين في تركته) أي: صاحبه أسوة الغرماء عملاً بالأصل، ولأنه لما أخفاه ولم يعينه، فكانه غاصب، فيتعلق بذمته، وكما لو جن جنوناً مطبقاً ما يوساً من برئه ذكره في «الرعاية الكبرى» ( وكذلك الوديعة) لاستوائهما في المعنى، والأصح أنها في تركته، وفيها في «الترغيب»: إلا أن يموت فجأة، وزاد في «التلخيص»: أو يوصي إلى عدل. ويذكر جنسها، كقوله قميص، فلم يوجد وإن مات وصي، وجهل بقاء مال موليه، قال في «الفروع»: فيتوجه كذلك، قال شيخنا: هو في تركته.

مسألة: إذا مات رب المال، منع المضارب من البيع والشراء إلا بإذن الوارث نص عليه، وظاهره بقاء العامل على قراضه، لأنه إتمام له، لا ابتداء قراض. وحكى القاضي وجهاً - وفي «المغني» هو أقيس -: بطلانه، لأن القراض قد بطل بالموت. وهذا ابتداء قراض على عروض. نعم لو كان ناضاً، كان ابتداء قراض والربح مشترك بينهما. قال القاضي: للعامل البيع حتى ينض المال، ويظهر الربح إلا أن يختار رب المال تقويمه، ودفع الخصومة، فله ذلك، وعليه يحمل كلام أحمد. وإن أراد المضاربة، والمال عرض، فمضاربة مبتدأة. وإن مات العامل، أو جن، فإن كان المال ناضاً، جاز، وكذا إن كان عرضاً في قول. ولو أراد المالك تقرير وارثه، فمضاربة مبتدأة، ولا يبيع عرضاً بلا إذنه فيبيعه حاكم، ويقسم الربح.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 23  
فصل

(6/33)

( والعامل أمين) لأنه متصرف في مال غيره بإذنه لا لمحض منفعته، فكان أميناً كالوكيل بخلاف المستعير، فإنه قبضه لمنفعته خاصة ( والقول قوله فيما يدعيه من هلاك وخسران) لأن تأمينه يقتضي ذلك، ولأنه مدعى عليه، وهو ينيكره والقول قول المنكر مع يمينه، وكما يقبل قوله في رأس المال إجماعاً. ذكره ابن المنذر، وذكر الحلواني فيه روايات كعوض كتابة، والثالثة يتحالفان، وجزم أبو محمد الجوزي بقول رب المال ( وما يذكر أنه اشتراه لنفسه أو للقراض) لأن الاختلاف هنا في نيته وهو أعلم بها، فقيل قوله فيما نواه، كنية الزوج في كناية الطلاق، فلو اشترى شيئاً، فقال المالك: كنت نهيتك عن شرائه، فأنكره العامل، قبل قوله، لأن الأصل عدم النهي، وكما يقبل قوله، في أنه ربح أم لا ( وما يدعي عليه من خيانة) أو تفریط لما ذكرنا ( والقول قول رب المال) مع يمينه ( في رده إليه) نص عليه، لأنه قبض المال لمنفعة نفسه، فلم يقبل قوله

في الرد كالمستعير، ولأن رب المال منكر، فقدم قوله، وقيل: يقبل قول العامل، لأنه أمين، ومعظم النفع لرب المال، فالعامل كالمودع، وهو مبني على دعوى الوكيل الرد إذا كان بجعل قاله في «الشرح» (والجزء المشروط للعامل) أي: إذا اختلفا في قدر المشروط بعد الربح، قدم قول المالك، نص عليه في رواية ابن منصور، وسندي، وهو قول أكثرهم، لأنه منكر للزيادة التي ادعاها العامل، والقول قول المنكر وكقبوله في صفة خروجه عن يده ( وفي الإذن في البيع نساء أو الشراء بكذا) أي: إذا أنكر رب المال بأن قال: إنما أذنت في البيع حالاً، وفي الشراء بثلاثة، قدم قوله، وحكاه في «الشرح» قولاً، لأن الأصل عدم الإذن، والقول قوله في أصل الإذن، فكذا في صفته، والمنصوص أنه يقبل قول العامل، لأنهما اتفقا على الإذن، واختلفا في صفته، كما لو قال: نهيتك عن شراء عبد، فأنكر، وهذا هو المذهب في البيع نساء. وما جزم به المؤلف لا نعرف به رواية، ولا وجهاً غير أن صاحب «المستوعب» حكى بعد

(6/34)

---

هذا أن ابن أبي موسى قال: ويتجه أن يكون القول قول رب المال، فظن بعضهم أنه وجه، والفرق بينهما ظاهر، لأنه لم يوجد في الإذن في المقدار قرينة تدل على صدق العامل، والأصل ينفي قوله، فوجب العمل به لوجود مقتضاه بخلاف الإذن في البيع نساء، فإن فيه قرينة تدل على صدق العامل فعارضت الأصل، إذ عقد المضاربة يقتضي الربح والنساء مظنته ( وحكي عنه أن القول قول العامل إن ادعى أجره المثل) زاد في «المغني» و«الشرح» تبعاً لابن عقيل: أو ما يتغابن الناس به، لأن الظاهر صدقه، فلو ادعى أكثر، قبل قول رب المال، كالزوجين إذا اختلفا في الصداق ( وإن قال العامل: ربحت ألفاً ثم خسرتها أو هلكت، قيل قوله) لأنه أمين يقبل قوله، كالوكيل المتبرع ( وإن قال: غلطت) أو كذبت أونسييت ( لم يقبل قوله) لأنه مقر، فلا يقبل قوله في الرجوع عن قراره، كدعواه اقتراضاً تمم به رأس المال بعد إقراره به لرب المال، وعنه: يقبل لأمانته، ونقل أبو داود ومهنا: إذا أقر بربح، ثم قال: إنما كنت أعطيك من رأس مالك، يصدق، قال أبو بكر: وعليه العمل، ويتخرج أن لا يقبل إلا بيينة، لأنه مدع للغلط، فإذا قامت البيينة عليه، قبل كسائر الدعاوي.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 35

تنبيه: إذا دفع مبلغاً يتجر فيه، فربح، فقال العامل: هو قرص ربحه لي، وقال المالك: هو قرص ربحه بيننا، قبل قول المالك، لأنه ملكه، فكان القول قوله في صفة خروجه عن يده، فإذا حلف، قسم الربح بينهما، وقيل: يتحالفان، وللعامل أكثر الأمرين مما شرط له من الربح، أو أجره مثله، فإن أقام كل منهما بيينة، فنص أحمد أنهما يتعارضان، ويقسم الربح بينهما، وهو معنى كلام الأزرعي، وقدم في «الفروع» تقدم بيينة عامل، لأنه خارج، وقيل: عكسه.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 35  
فصل

(6/35)

---

( الثالث: شركة الوجوه) سميت به، لأنهما يعاملان فيها بوجههما، والجاه والوجه واحد، يقال: فلان وجيه إذا كان ذا جاه، وهي جائزة، إذ معناها وكالة كل واحد منهما صاحبه في الشراء والبيع والكفالة بالثمن، وكل ذلك صحيح لاشتمالها على مصلحة من غير مضرة ( وهي أن يشتركا على أن يشتريا بجاههما ديناً) أي: في ذممهما من غير أن يكون لهما مال ( فما ربحا فهو بينهما) على ما شرطاه، وسواء عين أحدهما لصاحبه ما يشتريه، أو قدره، أو وقت، أو لم يعين شيئاً من ذلك فلو قال كل منهما للآخر: ما اشتريت من شيء، فبيننا، صح ( وكل واحد منهما وكيل صاحبه كفيل عنه بالثمن) لأن ميناها على الوكالة والكفالة، لأن كل واحد منهما وكيل للآخر فيما يشتريه، وبيعه، كفيل عنه بالثمن ( والملك بينهما على ما شرطاه) لقوله عليه السلام «المؤمنون على شروطهم» ولأن العقد مبناه على الوكالة، فتقيد بما أذن فيه ( والوضيعة على قدر ملكيهما فيه) كشركة العنان، لأنها في معناها ( والريح على ما شرطاه) لأن العمل منهما قد يتساويان فيه، فكان الربح بحسب الشرط كالعنان، فإذا كان لأحدهما ثلث الربح، كان له ثلث المشتري، وإن كان له نصفه، كان له نصف المشتري، لأن الأصل في الربح المال، فكل جزء من الربح بإزاء جزء من المال، فإذا علم نصيب أحدهما من الربح، علم قدر ما يملكه من المال، لأنه تابع له ( ويحتمل أن يكون على قدر ملكيهما) قاله القاضي، وجزم به في الفصول، لأن الربح يستحق بالضمان إذ الشركة وقعت عليه خاصة، إذ لا مال لهما، فيشتركان فيه على العمل والضمان لا تفاضل فيه، فلا يجوز التفاضل في الربح، والأول المذهب، لأنهما شريكان في المال والعمل، فجاز تفاضلهما في الربح مع تساويهما في المال كشريكي العنان ( وهما في التصرفات كشريكي العنان) يعني فيما يجب لهما وعليهما، وفي إقرارهما وخصومتها؛ وغير ذلك على ما مر، وهل ما يشتريه أحدهما بينهما، أم تعتبر النية كوكالة؟ فيه وجهان، قال في «الفروع»:

(6/36)

ويتوجه في عنان مثله، وقطع جماعة النية.  
 فرع: إذا قضى بمال المضاربة دينه، ثم أتجر بوجهه، وأعطى رب المال نصف الربح، فنقل صالح: أما الربح، فأرجو إذا كان متفضلاً عليه.  
 رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 37

فصل

( الرابع: شركة الأبدان) وبدأ بها في «المحرر» ( وهي أن يشتركا) أي: اثنان فأكثر ( فيما يكتسبان بأبدانهما) أي: يشتركون فيما يكتسبون بأيديهم وصنائعهم، فما رزق الله، فهو بينهم، وفي «الفروع»: ( وهي أن يشتركا فيما يتقبلان في ذممهما من عمل ( فهي شركة صحيحة) نص عليه، لما روي أبو داود بإسناده عن عبد الله قال: اشتركت أنا وسعد وعمار يوم بدر فلم أجد أنا وعمار بشيء وجاء سعد بأسيرين، ومثله لا يخفى عن النبي، وقد أقرهم. وقال أحمد: أشرك بينهم النبي. فإن قلت: المغانم مشتركة بين الغانمين، فكيف يصح اختصاص هؤلاء بالشركة فيها. وقال بعض الشافعية: غنائم بدر كانت لمن أخذها قبل أن يشرك بينهم بدليل أنه يقال: من أخذ شيئاً، فهو له، فكان من قبيل المباحات. ويجوز أن يكون شرك بينهم فيما يصيبونه من الأسلاب والنفل،



وبأن الله إنما جعل الغنيمة لنيبه، واختلفوا في الغنائم، فأنزل الله تعالى: {يسألونك عن الأنفال} (الأنفال:4) الآية. والشركة كانت قبل ذلك والربح على ما شرطاه، نص عليه.

وما يتقبله أحدهما من العمل يصير في ضمانهما يطالبان به ويلزمهما عمله) لأن شركة الأبدان لا تنعقد إلا على ذلك، وذكر المؤلف عن القاضي احتمالاً: لا يلزم أحدهما ما يلزم الآخر كالوكيلين (فهل تصح مع اختلاف الصنائع) كقصار مع خياط (على وجهين) الأصح: الصحة، لأنهما اشتركا في تكسب مباح، فصح، كمالو اتفقت الصنائع. والثاني: لا يصح، اختاره أبو الخطاب، لأن مقتضاها أن ما يتقبله كل واحد من العمل يلزمهما، ويطالبان به، ولا يتأتى ذلك مع اختلاف صنائعهما، لأنه لا قدرة له عليه، ورد بأن تحصيل ذلك يمكنه بالأجرة، أو بمن يتبرع له بعمله.

(6/37)

---

تنبيه: لا يشترط محل عملهما، ولا تساويهما فيه، ولكل واحد منهما طلب الأجرة، وللمستأجر دفعها إلى أحدهما. ومن تلف بيده بغير تفريط، لم يضمن وإن فرط، أو تعدى، ضمن فقط، فإذا أقر أحدهما بما في يده قبل عليه، وعلى شريكه، لأن اليد له، ولا يقبل إقراره بما في يد شريكه، لأن لا يد له على ذلك. (وتصح في الاحتشاش) لأنه اشتراك في مكسب مباح كالقصار (والاصطيد) والتلصص على دار الحرب وسائر المباحات) كالحطب والثمار المأخوذة من الجبال والمعادن، وهذا هو الأصح فيهن، ونص أحمد في رواية أبي طالب، واحتج له بالاشتراك في الغنيمة، فقال: يشتركان فيما يصيبان من سلب المقتول، لأن القاتل يختص به دون الغانمين (فإن مرض أحدهما فالكسب بينهما) أي: إذا عمل أحدهما دون الآخر، فالكسب بينهما، نص عليه في رواية إسحاق بن ماهان قاله ابن عقيل، واحتج له الإمام بحديث سعد. وسواء ترك العمل لعذر أو غيره وهو الأصح فيه (فإن طالبه الصحيح أن يقيم مقامه لزمه ذلك) لأنهما دخلا على أن يعمل، فإذا تعذر العمل بنفسه، لزمه أن يقيم مقامه توفية للعقد ما يقتضيه، فإن امتنع، فللاخر الفسخ.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 39

فرع: تصح شركة شهود قاله الشيخ تقي الدين، ولأحدهما أن يقيم مقامه إن كان على عمل في الذمة، وإن كان الجعل على شهادته بعينه، فالأصح جوازه، وموجب العقد المطلق التساوي في العمل والأجر. ولو عمل أكثر ولم يتبرع طالب بالزيادة وكذا الخلاف في شركة الدالين، وجزم في «الترغيب» وغيره وهو الأشهر بعدم صحتها، لأنه لا بد فيها من وكالة، وهي على هذا الوجه لا تصح، كاجر دابتك، والأجرة بيننا.

(6/38)

---

( وإن اشتركا على أن يحمل على دابتهما والأجرة بينهما صح) لأن الحمل في الذمة وهو نوع اكتساب، والدابتان ألتان أشبهتا الأداة، ولو اشتركا في أجرة عين الدابتين، أو أنفسهما إجارة خاصة، لم يصح ( وإذا تقبلا حمل شيء فحملاه

عليهما) أو على غير الدابتين ( صحت الشركة ) لأن تقبلهما الحمل أثبت الضمان في ذمتهم ولهما أن يحملا بأي ظهر كان، أشبه ما لو تقبلا قسارة فقصرها بغير أداتهما ( والأجرة بينهما على ما شرطاه) كشركة الوجوه، وقيل، نصفين كمالو أطلقا) وإن أجراهما بأعيانهما، فلكل واحد منهما أجرة دابته) أي: إذا أجرا دابتيهما بأعيانهما على حمل شيء بأجرة معلومة، واشتركا على ذلك، لم تصح الشركة في الأصح، واستحق كل منهما أجرة دابته، لأنه لم يجب ضمان الحمل في ذمتهم، وإنما استحق المكتري منفعة البهيمه التي استأجرها. ولهذا تنفسخ الإجارة بموت الدابة المستأجرة إذ الشركة إنما تنعقد على الضمان في ذمهما، أو على عملهما، وهذا ليس بواحد منهما وهذا يتضمن الوكالة وعلى هذا الوجه لا تصح، ولهذا لو قال: أجر عبدك، والأجرة بيننا أربعة والثلث بيننا، لم يصح، وقيل: بلى، وحكاه في «المغني» احتمالاً، كمالو اشتركا فيما يكتسبان بأبدانهما من المباح، فإن أعان أحدهما صاحبه في التحميل والنقل، فله أجرة مثله لأنها منافع وفاها بشبهة عقد.

(6/39)

تنبيه: اشترك اثنان لأحدهما آلة قسارة، ولآخر بيت يعملان بها فيه، صح. ولو اشترك ثلاثة لأحدهم دابة، وللآخر رواية، ومن الثالث العمل على ما رزق الله بينهم، فهو صحيح، ويعمل به على ما اتفقوا عليه. وقال القاضي: العقد فاسد، فعلى هذا الأجر كله للسقاء، وعليه لصاحبيه أجرة المثل، واقتصر عليه في الفصول، لأن هذا ليس شركة ولا مضاربة، لأنه لا يجوز أن يكون رأس مالهما العروض، ولا إجارة لافتقارها إلى مدة معلومة وأجر معلوم، والأول المذهب، لأنها عين تنمي بالعمل عليها، وكذا الخلاف لو كانوا أربعة لأحدهم دابة، ولآخر رحي، ولثالث دكان، ومن الرابع العمل.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 39

مسألة: قال ابن عقيل وغيره: لو دفع شبكة إلى صياد ليصيد بها السمك بينهما نصفين، فالصيد كله للصياد، ولصاحب الشبكة أجرة مثلها. وقياس قول أحمد صحتها، فما رزق الله، فهو بينهما على ما شرطاه، لأنها عين تنمي بالعمل، فصح دفعها ببعض نمائها كالأرض، وقفيز الطحان - أن يعطى الطحان أفضرة معلومة يطحنها بقفيز دقيق منها - يبني على ذلك.

فرع: دفع دابته إلى آخر يعمل عليها، وما رزق الله بينهما نصفين، أو ما شرطاه، صح، نص عليه، لأنها عين تنمي بالعمل عليها، فصحت ببعض نمائها كالنقدين وفي «الفصول» هي مضاربة على القول بصحتها في العروض، وليست شركة، نص عليه، وقيل: لا تصح، والربح كله لرب المال، وللعامل أجرة مثله.

( وإن جمعا بين شركة العنان والأبدان والوجوه والمضاربة صح) لأن كل واحد منها يصح منفرداً، فصح مع غيره. قال ابن المنجا: وكما لو ضم ماء طهوراً إلى مثله، وهذا هو أحد قسمي شركة المفاوضة.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 39

فصل

(6/40)

( الخامس: شركة المفاوضة ) وهي مفاعلة يقال: فاضه مفاوضة، أي: جازاه، وتفاوضوا في الأمر، أي: فاض بعضهم بعضاً ( وهي أن يدخل في الشركة الأكساب النادرة كوجدان) بكسر الواو مصدر وجد) لقطه أوركاز، وما يحصل لهما من ميراث، وما يلزم أحدهما من ضمان غصب، أو أورش جناية ونحو ذلك فهذه شركة فاسدة) نص عليه، لأنه يكثر فيها الغرر، ولم تصح بين مسلم وذمي، فلم تصح بين المسلمين كسائر العقود المنهي عنها، ولأن حصول الكسب فيها وهم، ولأنها تضمنت كفالة وغيرها مما لا يقتضيه العقد، فكانت باطلة، والثاني: تفويض كل منهما إلى صاحبه شراءً وبيعاً ومضاربةً وتوكيلاً وابتاعاً في الذمة، ومسافرةً بالمال، وارتهاناً وضماناً ما يرى من الأعمال، فشركة صحيحة وكذا لو اشتركا في كل ما ثبت لهما أو عليهما إن لم يدخل فيهما كسباً نادراً وغمراً وأطلق في «المحرر» إن شرط أن يشتركا في كل ما ثبت لهما أو عليهما، كشرط فاسد وذكره في «الرعاية» قولاً، وفي طريقة بعض أصحابنا شركة المفاوضة أن يقول: أنت شريكي في كل ما يحصل لي بأي جهة كانت من إرث وغيره، وفيها روايتان المنصور: لا يصح والله أعلم.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 43

(6/41)

## باب المساقاة

هي مفاعلة من السقي، لأنه أهم أمرها وكانت النخل بالحجاز تسقى نضحاً، أي من الآبار، فيعظم أمره، وتكثر مشقته، وهي عبارة أن يدفع إنسان شجرة إلى آخر ليقوم بسقيه وما يحتاج إليه بجزء معلوم له من ثمرة، قاله في «المغني» و«الشرح» وليس بجامع لخروج ما يدفعه إليه ليغرسه ويعمل عليه، ولا بمانع لدخول ماله ثمن غير مقصود، كالصنوبر. والأصل في جوازها السنة، فمنها ما روى ابن عمر قال: «عامل النبي أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع». متفق عليه وقال أبو جعفر: «عامل النبي أهل خيبر بالشطر»، ثم أبو بكر، ثم عمر، ثم عثمان، ثم علي، ثم أهلوهم إلى اليوم يعطون الثلث أو الربع، وهذا عمل به الخلفاء الراشدون ولم ينكر، فكان كالإجماع.  
( تجوز المساقاة في النخل ) وعليه اقتصر داود ( وفي كل شجر له ثمر مأكول ) لأن الحاجة تدعو إلى ذلك، لأن كثيراً من الناس لا شجر لهم. ويحتاجون إلى الثمر، ففي تجويز المساقاة دفع الحاجتين، وحصول المنفعة لهما، فجاز كالمضاربة والمنتفع به، كالمأكل ومقتضى ما ذكره أنها لا تصح على ما لا ثمر له كالجوز، أوله ثمر غير مقصود كالصنوبر، ذكره في «المغني» و«الشرح» بغير خلاف نعلمه، إذ ليس منصوصاً عليه، ولا هو في معنى المنصوص، لكن إن قصد ورقه كالتوت، أو زهرة كالورد، فالقياس جوازه، لأنه في معنى الثمرة، لكونه يتكرر كل عام، ويمكن أخذه. وقد يقال: إن المنصوص يشمل ( بعض ثمرته ) أي بجزء مشاع كالثلث ونحوه، للخبر، لا على صاع أو أصع أو ثمرة نخلة بعينها، لما فيه من الغرر، إذ يحتمل أن لا يحصل إلا ذلك، فيتضرر المالك أو يكثر الحاصل، فيتضرر العامل، وتكون التسمية له، لأن المالك يستحق بالأصل،

ومقتضاه أن تكون من تلك الثمرة، فلو شرط له ثمر نخل غير الذي ساقاه عليه، أو ثمرة سنة غير الذي ساقاه عليها، لم يصح لمخالفة موضوعها، ولا فرق فيه بين السقي والبعل عند من يجوزها.

(6/42)

---

أصل: لا يقال: ابن عمر قد رجع عما روى، لقوله: كنا نخبر أربعين سنة حتى حدثنا رافع بن خديج «أن النبي نهى عن المخابرة»، لأنه لا يجوز حمل حديث رافع على ما يخالف الإجماع، لأنه عليه السلام لم يزل يعامل أهل خيبر حتى مات، ثم عمل به الخلفاء، ثم من بعدهم، فكيف يتصور نهيه عليه السلام عن ذلك. وقد روى طاووس أن أعلمهم يعني ابن عباس أخبر «أنه لم ينه عنه»، وقال: «لأن يمنح أحدكم أخاه أرضه خير له من أن يأخذ عليه أجراً معلوماً» متفق عليه ثم حديث رافع محمول على ما قلنا، لما روى البخاري بإسناده قال: كنا أكثر الأنصار حقلًا، فكنا نكري الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه، فربما أخرجت هذه، ولم تخرج هذه، فنهانا عنه، فأما الورق، فلم ينهنا. ورجوع ابن عمر يحتمل أنه رجع عن شيء من المعاملات الفاسدة مع أن فيه اضطراباً، قال الأثرم: سمعت أبا عبد الله يسأل عن حديث رافع، فقال: يروى فيه ضروب، كأنه يريد اختلاف الروايات عنه.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 45

(6/43)

---

(وتصح) من كل جائز التصرف (بلفظ المساقاة) لأنها موضوعها حقيقة (والمعاملة) لقوله: عامل أهل خيبر (وما في معناهما) كفالتحك، وأعمل في بستاني هذا حتى تكمل ثمرته، لأن القصد المعنى، فإذا أتى بلفظ دال عليه، صح كالبيع (وتصح) هي ومزارعة (بلفظ الإجارة في أحد الوجهين) جزم به في «الوجيز»، لأنه مؤد للمعنى، فصح به العقد كسائر الألفاظ المتفق عليها. والثاني: لا واختاره أبو الخطاب، لأن الإجارة يشترط لها ما لا يشترط للمساقاة، وهما مختلفان في اللزوم والجواز، فلم تصح بلفظ الإجارة كما لا تصح بلفظ البيع (وقد نص أحمد في رواية جماعة فيمن قال: أجرتك هذه الأرض بثلت ما يخرج منها أنه يصح وهذه مزارعة بلفظ الإجارة ذكره أبو الخطاب) فعبر بالإجارة عن المزارعة على سبيل المجاز، كما يعبر عن الشجاع بالأسد. فعلى هذا يكون نهيه عن كراء الأرض بثلت ما يخرج منها أنه ينصرف إلى الإجارة الحقيقية لا المزارعة (وقال أكثر أصحابنا هي إجارة) لأنها مذكورة بلفظها، فتكون إجارة حقيقية ويشترط فيها شروط الإجارة، وتصح ببعض الخارج منها، كما تصح بالدرهم، ونص عليه، واختاره الأكثر، وعنه: لا، اختاره أبو الخطاب، والمؤلف، وقيل: تكره، وإن صح إجارة أومزارعة، فلم يزرع نظر إلى معدل المغل، فيجب القسط المسمى فيه (والأول أقيس وأصح) دليلاً عنده إذ الخبر يدل عليه، واللفظ قد يعدل عن حقيقته إلى مجازه لدليل (وهل تصح على ثمرة موجودة؟) لم تكمل وعلى زرع نابت ينمي بالعمل (على روايتين) إحداهما: لا يجوز، لأنه عليه السلام «عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج

منها من ثمر أوزرع»، وذلك مفقود هنا، ولأن الثمرة إذا ظهرت، فقد حصل المقصود، وصار بمنزلة مضاربه على المال بعد ظهور الربح. والثانية وهي الأصح: الجواز لأنها إذا جازت في المعدوم مع كثرة الغرر فيها فمع وجودها وقلة الغرر فيها أولى. ومحلها إذا بقي من العمل ما تزيد به الثمرة، كالتأبير، والسقي، والإصلاح، فإن بقي مالا تزيد

(6/44)

---

به كالجداد، لم يجر بغير خلاف ( وإن ساقاه على شجر يغرسه ويعمل عليه حتى يثمر بجزء من الثمرة، صح) في المنصوص، قال في رواية أبي داود: إذا قال لرجل: اغرس في أرضي هذه شجراً، أو نخلاً، فما كان من غلة، فلك بعملك كذا، فإجارة، واحتج بحديث خبير، ولأن العمل وعوضه معلومان، فصحت كالمساقاة على شجر موجود. ويعتبر أن يكون الغراس من رب الأرض كالمزارعة، فإن كان من العامل، فعلى روايتين في المزارعة إذا شرط البذر من العامل. وقال القاضي: المعاملة باطلة، وصاحب الأرض مخير بين تكليفه قلعها ويضمن له نقصها وبين تركها في أرضه، ويدفع إليه قيمتها، فإن اختار العامل قلع شجره، فله ذلك سواء بذل له القيمة أولاً، لأنه ملكه، فلم يمنع من تحويله، وإن اتفقا على إبقاء الغراس ودفع أجر الأرض، جاز.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 45

تنبيه: ظاهر نصه أنها تصح بجزء من الشجر وجزء منهما كالمزارعة، وهي المغارسة والمناصبة، اختاره أبو حفص العكبري، والقاضي في «تعليقه» و الشيخ تقي الدين، وذكره ظاهر المذهب، ولو كان مغروساً، ولو كان ناظر وقف وأنه لا يجوز لناظر بعده بيع نصيب الوقف بلا حاجة، وإن لحاكم الحكم بلزومها في محل النزاع فقط، والحكم به من جهة عوض المثل، ولو لم تقم به بينة، لأنه الأصل في العقود. قال في «الفروع»: «بتوجه اعتبار بينة، وقدم في «المغني» و«الشرح» أنه لا يصح، فلو دفعها إليه على أن الأرض والشجر بينهما، فذلك فاسد بغير خلاف نعلمه.

فرع: عملاً في شجر بينهما نصفين، وشرطاً التفاضل في ثمره، صح كاشتراط العامل من كل نوع جزءاً معلوماً، وكتعدده، ويشترط لصحتها أن يكون الشجر معلوماً كالبيع، فإن ساقاه على بستان لم يره، ولم يوصف له، لم يصح كمساقاته على أحد هذين الحائطين.

(6/45)

---

( والمساقاة عقد جائز في ظاهر كلامه) وكذا المزارعة، أوماً إليه أحمد في رواية الأثرم. وقد سئل عن الأكار يخرج من الضيعة من غير أن يخرج صاحبها فلم يمنعه من ذلك، ذكره ابن حامد، وقاله بعض المحدثين، لما روى مسلم عن ابن عمر في قضية خبير، فقال رسول الله: «نقركم على ذلك ماشئنا» ولو كان لازماً، لم يجر بغير تقدير مدة، ولا أن يجعل الخيرة إليه في مدة إقرارهم، ولأنها عقد على جزء من نماء المال، فكانت جائزة كالمضاربة ( لا تفتقر إلى ذكر مدة) لأنه عليه السلام لم يضرب لأهل خبير مدة، ولا خلفاؤه من بعده، وكما لا

تفتقر إلى القبول لفظاً (ولكل واحد منهما فسخها) لأنه شأن العقود الجائزة (فمتى انفسخت بعد ظهور الثمرة فهي بينهما) على ما شرطاه، لأنها حدثت على ملكيهما ويلزم العامل تمام العمل كالمضارب (وإن فسخ العامل قبل ظهورها فلا شيء له) لأنه رضي بإسقاط حقه، فهو كعامل المضاربة والجمالة (وإن فسخ رب المال) أي: قبل ظهور الثمرة (فعليه للعامل أجره عمله) أي: أجره مثله، لأنه منعه من إتمام عمله الذي يستحق به العوض كجمالة، وفارق رب المال في المضاربة إذا فسخها قبل ظهور الربح، لأن هذا يفضي إلى ظهور الثمرة غالباً، فلولا الفسخ، لظهرت الثمرة، فملك نصيبه منها بخلاف المضاربة، فإنه لا يعلم إفضاؤها إلى الربح (وقيل: هي عقد لازم) في قول أكثر الفقهاء، لأنه عقد معاوضة، فكان لازماً كالإجارة، إذ لو كانت جائزة لملك رب المال فسخها إذا ظهرت، فيسقط سهم العامل فيتضرر (يفتقر إلى ضرب مدة يكمل فيها الثمر) لأنها أشبه بالإجارة، لكونها تقتضي العمل مع بقائها، ولا يتقدر أكثر المدة، بل يجوز ما يتفقان عليه من المدة التي يبقى فيها الشجر وإن طالت، وقيل: لا يجوز أكثر من ثلاثين سنة، رد بأنه تحكم وتوقيت لا يصار إليه إلا بدليل (وإن جعل مدة لا تكمل فيها لم تصح) لأن المقصود اشتراكهما في الثمرة، ولا توجد في أقل منها (وهل للعامل أجره؟ على وجهين) أي: إذا

(6/46)

ظهرت الثمرة ولم تكمل، فله أجره مثله، لأنه لم يرض إلا بعوض، وهو جزء من الثمرة، وهو موجود، لكن لا يمكن تسليمه، فاستحق أجره المثل كالإجارة الفاسدة. والثاني: لا شيء له، لأنه رضي بالعمل بغير عوض، فهو كالمتبرع، وكما لو لم تظهر الثمرة.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 45

(وإن جعل مدة قد تكمل فيها وقد لا تكمل) أو إلى الجداد، أو إدراكها (فهل تصح المساقاة على وجهين) أصحهما تصح، لأن الشجر يحتمل أن يحمل ويحتمل عدمه، والمساقاة جائزة فيه. والثاني: لا تصح، لأنه عقد على معدوم ليس الغالب جوده، فلم تصح كالسلم، فعلى الأول له حصته من الثمرة (فإنقلنا: لا تصح فهل للعامل أجره؟ على وجهين) أظهرهما، وذكره في «المغني» وجهاً واحداً: له أجر المثل، لأنه لم يرض بغير عوض، ولم يسلم إليه، فاستحق أجر المثل، سواء حملت، أو لا. والثاني: لا شيء له، كما لو شرطاً مدة لا يكمل فيها الشجر غالباً (وإن مات العامل) أو جن، أو حجر عليه لسفه، انفسخت على المذهب كرب المال وإن قيل بلزومها (تمم الوارث)، لأنها عقد لازم كالإجارة (فإن أبي) لم يجبر، لأن الوارث لا يلزمه من الحقوق التي على موروثه إلا ما أمكن دفعه من تركته، والعمل ليس كذلك (استؤجر) أي: استأجر الحاكم (على العمل من تركته) لأن العمل كان عليه فوجب أن يتعلق بتركته كسائر ما عليه (فإن تعذر) أي: الاستئجار بأن لا تركة له (فلرب المال الفسخ) لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه، فثبت له الفسخ، كما لو تعذر ثمن المبيع قبل قبضه (فإن فسخ بعد ظهور الثمرة فهي بينهما) لأنها حدثت على ملكيهما وكالمضاربة إذا انفسخت بعد ظهور الربح، فيباع من نصيب العامل ما يحتاج إليه لأجر ما بقي من العمل، وإن احتيج إلى بيع الجميع، بيع، ثم إن كانت الثمرة

قد بدا صلاحها، خير المالك بين البيع والشراء، فإن اشترى نصيب العامل جاز، وإن اختار باع نصيبه، والحاكم نصيب العامل وبقية العمل عليهما. وإن

(6/47)

أبى، باع الحاكم نصيب عامل فقط وما يلزمه يستأجر عنه، والباقي لورثته، وإن لم يبد صلاحها، خير المالك، فإن بيع لأجنبي، لم يبع إلا بشرط القطع، ولا يباع نصيب عامل وحده. وفي شراء المالك له واستحقاق الميت أجره وجهان، وكذا الحكم إذا انفسخت المساقاة بموت العامل إذا قلنا بجوازها، وأبى الوارث العمل، ذكره في «الشرح» وغيره. (وإن فسخ قبل ظهورها فهل له أجره؟ على وجهين) أظهرهما له الأجرة، لأن العقد يقتضي العوض المسمي، فإذا تعذر، رجع في الأجرة، كما لو فسخ بغير عذر، والثاني: لا شيء له، لأن الفسخ مستند إلى موته، أشبه ما لو فسخ هو (وكذلك إن هرب العامل فلم يوجد له ما ينفق عليها) أي: حكمه حكم ما إذا مات، لأنهما اشتركا في تعذر العمل، وتضرر المالك بتعذر الفسخ، وظاهره أنه إذا وجد له مالا، أو أمكنه الاقتراض عليه من بيت المال، أو غيره، فعل ذلك، وكذا إذا وجد من يعمل بأجرة مؤجلة إلى وقت إدراك الثمرة. والأولى أن العامل لا يستحق أجره لتركه العمل باختياره، كما لو تركه من غير هرب مع القدرة عليه (فإن عمل فيها رب المال بإذن حاكم أو إسهام رجع به) أي: بما أنفق، لأن الحاكم نائب عن الغائب، ولأنه إذا أشهد على الإنفاق مع عجزه عن إذن الحاكم، فهو مضطر، فإن أمكنه استئذان الحاكم، فأنفق بنية الرجوع ولم يستأذنه، فوجهان مبنيان على ما إذا قضى دينه بغير إذنه (وإلا فلا) أي: لا رجوع له إذا لم يوجد إذن ولا إسهام، لأنه متبرع بالإنفاق، كما لو تبرع بالصدقة وحكم ما لو استأجر أو اقترض بإذن الحاكم حكم ما لو عمل فيها بإذنه.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 45

فرع: إذا بان الشجر مستحقا، فله أجره مثله على غاصبه، واختار في «التبصرة» أنها جائزة من جهة عامل، لازمة من جهة مالك، مأخوذة من الإجارة، وفيه شيء.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 45

فصل

(6/48)

(ويلزم العامل ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها من السقي والحرث والزيار والتلقيح والتشميس وإصلاح طرق الماء وموضع التشميس ونحوه) كالة حرث وبقرة، وتفريق زبل، وقطع الحشيش المضر، وقطع الشجر اليابس، وحفظ الثمر على الشجر إلى أن يقسم وإن كان مما يشمس، فعليه تشميسه، وفي «الفنون» وغيره والفأس النحاس تقطع الدغل، لأنه يلزم العامل بإطلاق عقد المساقاة ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها، وهذا كله منه (وعلى رب المال ما فيه حفظ الأصل من سد الحيطان، وإجراء الأنهار، وحفر البئر والدولاب، وما يديره) من آلة ودابة، وجزم به الأكثر، وشراء ما يلحق به، وماء وتحصيل زبل، وذكر

المؤلف تبعاً لابن أبي موسى أن بقر الدولاب على العامل، لأنها ليست من العمل. وذكر ابن رزبن روايتين، في بقر حرث وسقاية، وما يلقح به (وقيل: كل ما يتكرر كل عام) كالحرث (فهو على العامل) قال في «المغني»: «وهذا أصح إلا في شراء ما يلقح به، فإنه على رب المال، وإن تكرر، لأنه ليس من العمل (وما لا فلا) لأن ذلك لا تعلق له بالعمل، أشبه ما فيه حفظ الأصل وفي الناطور لما بدا صلاحه وجهان. وهذا كله إذا أطلق العقد، فإن شرط أن يكون عليه ما يلزمه، فهو تأكيد، وإن شرط على أحدهما ما يلزم الآخر، فمنعه القاضي، وأبو الخطاب، ففسد المساقاة، لأنه شرط ينافي مقتضى العقد، فأفسدته كالمضاربة إذا شرط العمل فيها على رب المال، وقد نص أحمد على أن الجداد عليهما إلا أن يشترطه على العامل، فيؤخذ منه صحة شرط كل واحد ما على الآخر، أو بعضه، لكن يعتبر ما يلزم كلا منهما معلوماً وفي «المغني» وأن يعمل العامل أكثر العمل، والأشهر يفسد الشرط، وفي العقد روايتان. وذكر أبو الفرج: يفسد بشرط خراج، أو بعضه على عامل، قال الشيخ تقي الدين: والسياح على المالك، ويتبع في الكلف السلطانية العرف ما لم يكن شرطاً. (وحكم العامل حكم المضارب فيما يقبل قوله فيه وما يرد) لأن المالك قد أئتمنه، أشبه المضارب، وكذا في

(6/49)

مبطل العقد، وجزء مشروط، وفي «الموجز» إن اختلفا فيما شرط له صدق عامل في أصح الروايتين، ويحلف إن اتهم ذكره في «المغني» و «الشرح» وذكر غيرهما: للمالك ضم أمين بأجرة من نفسه (وإن ثبتت خيانتها، ضم إليه من يشاركه) لأنه أمكن دفع الضرر عن المالك بذلك مع بقاء العامل على عمله والأجرة عليه (فإن لم يمكن استؤجر من ماله من يعمل العمل) لأنه تعذر استيفاء العمل منه، فليستوف بغيره كما لو هرب، أو عجز عن العمل.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 52  
تنبيه: يملك العامل حصته من الثمرة بظهورها، فلو تلفت إلا واحدة فهي بينهما، وقيل: لا يملكه إلا بالمقاسمة كالمضاربة، ورد بأن القراض يملك الربح فيه بالظهور، ولا يجوز أن يجعل للعامل فضل دراهم زائداً على ما شرطه له من الثمرة بغير خلاف، ولا أن يساقي غيره على الأرض، أو الشجر. (وإن شرط إن سقى سيحاً) ونصبه على المصدر، أو على نزع الخافض (فله الربيع وإن سقى بكلفة، فله النصف) وإن زرعها شعيراً، فله الربيع، وإن زرعها حنطة، فله النصف (لم يصح في أحد الوجهين) هذا هو المذهب، لأن العمل مجهول والنصيب مجهول، وهو في معنى بيعتين في بيعة. والثاني: يصح بناء على قوله في الإجارة إن خطته رومياً، فلك درهم، وإن خطته فارسياً، فلك نصف درهم، قاله في «الشرح» وفيه شيء سيأتي، وكقوله: ما زرعت من شيء فلي نصفه، لقصة أهل خيبر، فإن زرعها جنسين، فأكثر، وبين قدر كل جنسين وحقه منه، صح وإلا فلا (وإن قال: ما زرعت من شعير، فلي رבעه، وما زرعت من حنطة، فلي نصفه) لم يصح، لأن ما يزرعه من كل منهما مجهول القدر، فهو كما لو شرط له في المساقاة ثلث هذا النوع، ونصف الآخر (أو ساقيتك على هذا البستان بالنصف على أن أساقيك الآخر بالربيع لم يصح وجهاً واحداً) لأنه



شرط عقدا في عقد فلم يصح كالبيع، وكذا إذا قال: لك الخمسان إن كانت عليك خسارة، وإلا فلك الربيع، نص عليه، وقيل: بلى.

(6/50)

فرع: إذا آجره الأرض، وساقاه على الشجر، فكجمع بيع وإجارة، وإن كان حيلة، فالمذهب بطلانه. وذكر القاضي في إبطال الحيل جوازه، ثم إن كانت المساقاة في عقد ثان، فهل تفسد أولاهما؟ فيه وجهان. وإن جمعهما في عقد، فكتفريق صفقة، وللمستاجر فسخ الإجارة، وقال الشيخ تقي الدين: سواء صحت الإجارة أو لا، فما ذهب من الشجر ذهب ما يقابله من العوض.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 52  
فصل في المزارعة

(6/51)

هي مفاعلة من الزرع، وهي دفع أرض وحب لمن يزرعه، ويقوم عليه بجزء مشاع معلوم منه. (تجوز المزارعة بجزء) مشاع (معلوم يجعل للعامل من الزرع) هذا قول أكثر العلماء، قال البخاري: قال أبو جعفر: ما بالمدينة أهل بيت إلا يزرعون على الثلث والربيع، وزارع علي، وابن مسعود وسعد، وعمر بن عبد العزيز، والقاسم، وعروة، وآل أبي بكر، وآل عمر ابن سيرين، وعامل عمر على أنه إن جاء بالبذر، فله الشطر، وإن جاؤوا بالبذر، فلهم كذا. وحكى أبو الخطاب في المساقاة رواية بمنعها، وعن ابن عباس الأمران، وحديث رافع وإن كان في الصحيحين، ففيه اضطراب كثير قال المنذر: وقد أنكره فقيهان من الصحابة زيد بن ثابت وابن عباس لا يقال: أحاديثكم محمولة على الأرض التي بين النخيل، وأحاديث النهي على الأرض البيضاء، لأنه بعيد من أوجه، أولاً: أنه يبعد أن تكون بلدة كبيرة يأتي منها أربعون ألف وسق ليس فيها أرض بيضاء، وتبعد معاملتهم بعضهم علي بعض، لنقل الرواة القصة على العموم، ثانياً: لا دليل على ما ذكرتم من التأويل، وما قلناه ورد مفسراً، ثالثاً: إن قولكم يفضي إلى تقييد كل من الحديثين، وما ذكرناه فيه حمل أحدهما على الآخر. رابعاً إن عمل الخلفاء والفقهاء من الصحابة وغيرهم دال على ما ذكرنا. خامساً: إن مذهبنا صار مجمعا عليه، فلا يجوز لأحد خلافه مع أن القياس يقتضيه، لأن الأرض عين تنمي بالعمل، فجازت المعاملة عليها ببعض نمائها كالمال في المضاربة، والنخل في المساقاة، والحاجة داعية إليها لكون أصحاب الأرض لا يقدرّون على زرعها، والأكثر يحتاجون إلى الزرع ولا أرض، فاقتضت الحكمة جوازها، قال الشيخ تقي الدين: هي أحل من الإجارة، لاشتراكهما في المغنم والمغرم (فإن كان في الأرض شجر فزارعه على الأرض وساقاه على الشجر صح) لأن كل واحد منهما عقد لو انفرد لصح فكذا إذا اجتمعا، وسواء قل بياض الأرض، أو كثر، نص عليه، وسواء تساوى نصيب العامل فيهما، أو اختلف، وسواء كان

(6/52)

---

بلفظ المعاملة أو المساقاة. فلو زارعه على أرض فيها شجر، لم يجز للعامل اشتراط ثمرتها، لأنه اشتراط كل الثمرة، فلم يجز كما لو كان الشجر أكثر من الثلث.

فرع: لا تجوز إجارة أرض وشجر فيها، قال أحمد: أخاف أنه استأجر شجرا لم يثمر. وذكر أبو عبيد تحريمه إجماعا، وجوزه ابن عقيل تبعا، ولو كان الشجر أكثر، لأن عمر ضمن حديقة أسيد بن حضير لما مات ثلاث سنين لوفاء دينه، رواه حرب، وغيره، ولأنه وضع الخراج على أرض الخراج، وهو أجرة وجوزه الشيخ تقي الدين إجارة الشجر مفردا، ويقوم عليها المستأجر كأرض لزرع، فإن تلفت الثمرة، فلا أجرة، وإن نقصت عن العادة، فالفسخ أو الأرش، لعدم المنفعة المقصودة بالعقد وهو كجائحة (ولا يشترط كون البذر من رب الأرض) فيجوز أن يخرج العامل في قول عمر وابن مسعود وغيرهما، ونص عليه في رواية مهنا، وصححه في «المغني» و«الشرح» واختاره أبو محمد الجوزي، و الشيخ تقي الدين، لأن الأصل المعول عليه في المزارعة قضية خبير، ولم يذكر النبي أن البذر على المسلمين (وظاهر المذهب اشتراطه) نص عليه في رواية جماعة، واختاره عامة الأصحاب، لأنهما يشتركان في نمائه، فوجب أن يكون رأس المال من أحدهما كالمضاربة، ورد بأنه قياس في مقابلة نص، ثم هو منقوض بما إذا اشترك مالان، وبدن أحدهما.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 55

(6/53)

---

تنبيه: إذا كان البذر بينهما نصفين، وشرطا المناصفة في الزرع، فهو بينهما سواء قيل بصحة المزارعة أو فسادها، فإن حكم بصحتها، لم يرجع أحدهما على الآخر بشيء، وإن حكمنا بفسادها، فعلى العامل نصف أجر الأرض، وله على ربه نصف أجر عمله، فيتقاصان بقدر الأقل منهما، ويرجع أحدهما على الآخر بالفضل، وإن شرطا التفاضل في الزرع، فظاهر على الصحة، وعلى الفساد الزرع بينهما على قدر البذر، وبتراجعان كما ذكرنا. (وإن شرط رب الأرض أن يأخذ مثل بذره ويقتسما الباقي) لم يصح كأنه اشترط لنفسه قفزان معلومة، وهو شرط فاسد تفسد به المزارعة، لأن الأرض لم تخرج إلا ذلك القدر، فيختص به المالك، وربما لا تخرجه وموضوعها على الاثتراك (أو شرطا لأحدهما قفزان معلومة) لما ذكرنا (أو دراهم معلومة) لأنه ربما لا تخرج الأرض ما يساوي ذلك، فيؤدي إلى الضرر (أو زرع ناحية معينة من الأرض فسدت المزارعة والمساقاة) بإجماع العلماء كأن يشترط ما على الجداول، قيل: وهي المخابرة، سواء كان مفردا، أو بشرطه مع نصيبه، لأن الخبر الصحيح في النهي عنه غير معارض ولا منسوخ، ولأنه ربما تلف ما عين له دون الآخر، فينفرد أحدهما بالغلة دون صاحبه (ومتى فسدت فالزرع لصاحب البذر) لأنه عين ماله ينقلب من حال إلى حال، وينمو، فهو كأغصان الشجر إذا غرس (وعليه أجرة صاحبه) لأنه دخل على أن يأخذ ما سمي له، فإذا فات، رجع إلى بدله، لكونه لم يرض بالعمل مجانا، فعلى المذهب إن كان البذر من العامل، فهو له، وعليه

أجرة مثل الأرض لربها وهي المخابرة، وإن كان البذر من رب الأرض، فهو له وعليه أجرة مثل العامل، وإن كان منهما، فالزرع بينهما، ويتراجعان بالفاضل.

(6/54)

فرع: يشترط معرفة جنس البذور ولو تعدد وقدره، فلو دفعه إلى صاحب أرض ليزرعه فيها. وما يخرج يكون بينهما، فهو فاسد، لأن البذر ليس من رب الأرض، ولا من العامل، فالزرع لمالك البذر، وعليه أجرة الأرض، والعمل، وقيل: يصح، مأخوذ من مسألة الاشتراك. (وحكم المزارعة حكم المساقاة فيما ذكرنا) أي: من الجواز واللزوم وأنها لا تجوز إلا بجزء مشاع معلوم للعامل، وما يلزمه ورب الأرض وغير ذلك من أحكامها، لأنها معاملة على الأرض ببعض نمائها (والحصاد على العامل نص عليه) لقصة خبير، ولأنه من العمل الذي لا يستغنى عنه، وقيل: عليهما للاشتراك فيه وفي «الموجز»: فيه وفي دياس وبذره وحفظه بيديره روايتا جداد، واللقاط كالحصاد ويكرهان ليلاً، نص عليه (وكذلك الجداد) أي: على العامل، لأنه من العمل، فكان عليه كالشميس (وعنه: أن الجداد عليهما) وهو الأصح بحصتهما، لأنه يوجد بعد تكامل النماء، أشبه نقله إلى منزله، ونصر في «المغني» و «الشرح» الأول، ونقض دليل الثانية بالشميس، وفارق النقل إلى المنزل، فإنه يكون بعد القسمة، وزوال العقد، أشبه المخزن (وإن قال: أنا أزرع الأرض ببذري وعواملي وتسقيها بمائك والزرع بيننا، فهل تصح؟ على روايتين) كذا في «الفروع» إحداهما لا تصح، اختارها القاضي، وصحها في «المغني» و «الشرح»، لأن موضوع المزارعة على أن يكون من أحدهما الأرض، ومن الآخر العمل، وصاحب الماء ليس منه أرض ولا عمل ولا بذر و لأن الماء لا يباع ولا يستأجر، فكيف تصح المزارعة به. والثانية: بلى، نقلها يعقوب وحرب، واختارها أبو بكر، لأن الماء من جملة ما يحتاج إليه الزرع، فجاز جعله من أحدهما كالأرض والعمل، ولأنه لما جاز إيجار الأرض ببعض ما يخرج منها، وهو مجهول، جاز أن يجعل عوض الماء كذلك، ورد بالمنع في العلة الأخيرة، وبتقدير التسليم، فما الجامع.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 55

(6/55)

فرع: آجر أرضه للزرع، فزرعها، فلم تنبت، ثم نبت في سنة أخرى، فهو للمستأجر، وعليه أجرة الأرض مدة احتسابها. (وإن زارع شريكه في نصيبه، صح) في الأصح، لأنه بمنزلة شراء الشريك نصيب شريكه، وشرطه أن يجعل له في الزرع أكثر من نصيبه مثل أن تكون الأرض بينهما نصفين، فيجعل للعامل الثلثين، فيصير السدس حصته في المزارعة فصار كأنه قال: زارعتك على نصيبي بالثلث، فصح كالأجنبي. والثاني: لا تصح لأن النصف للمزارع ولا يصح أن يزارع الإنسان لنفسه فإذا فسد في نصيبه: فسد في الجميع، كما لو جمع في البيع بين ما يجوز وما لا يجوز.

مسائل: الأولى: اشترك ثلاثة من أحدهم البذر، ومن الآخر الأرض، ومن الثالث العمل على أن ما فتح الله تعالى بينهم، فهو فاسد، نص عليه، وقاله جماهير

العلماء، لأن موضوع المزارعة أن البذر من رب الأرض أو العامل وليست شركة، و لا إجارة. فعلى هذا الزرع لصاحب البذر، وعليه لصاحبه أجره مثلهما، وفي الصحة تخريج، وذكره الشيخ تقي الدين رواية، واختاره. وفي مختصر ابن رزين أنه الأظهر، فإن كان البقر من رابع، فحديث مجاهد، وضعفه أحمد، لأنه جعل فيه الزرع لرب البذر، والنبي جعله لرب الأرض.

الثانية: اشترك ثلاثة في أرض لهم على أن يزرعوها ببذرهم ودوابهم وأعاونهم على أن ما خرج منها بينهم على قدر ما لهم، جاز بغير خلاف نعلمه.

الثالثة: ما سقط من حب وقت حصاد، فنبت عاما آخر، فلرب الأرض، نص عليه. وفي «المبهج» وجه لهما، وفي «الرعاية»: لرب الأرض مالكا، أو مستأجرا أو مستعيرا، وقيل: له حكم عارية، وقيل: غصب، وكذا نص فيمن باع قصيلا، فحصد وبقي يسير، فصار سنبلًا، فلرب الأرض.

الرابعة: لا خلاف في إباحة ما يتركه الحصاد، وكذا اللقاط، وفي «الرعاية» يحرم منعه، نقل المروذي إنما هو بمنزلة المباح، ونقل عنه: لا ينبغي أن يدخل مزرعة أحد إلا بإذنه، وقال: لم ير بأسا بدخوله يأخذ كلاً وشوكا لإباحته ظاهرا وعرفا وعادة.

(6/56)

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 55

باب الإجارة

مشتقة من الأجر وهو العوض، ومنه سمي الثواب أجرا، لأن الله تعالى يعوض العبد به على طاعته أو صبره على معصيته، وهي ثابتة بالإجماع، ولا عبرة بمخالفة عبد الرحمن الأصم، وسنده قوله تعالى: {فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن} (الطلاق: 6) {وقالت إحدهما يا أبت استأجره} (القصص: 26) الآية و {قال لو شئت لآخذت عليه أجرا} (الكهف: 77) وعن عائشة في حديث الهجرة قالت: واستأجر رسول الله، وأبو بكر رجلاً من بني الديل هاديا خريتا. والخريت: الماهر بالهداية. رواه البخاري. وعن عتبة بن الندر قال: كنا عند النبي، فقرأ (طسم) حتى بلغ قصة موسى عليه السلام، فقال: إن موسى آجر نفسه ثمان سنين أو عشر سنين على عفة فرجه، وطعام بطنه. رواه ابن ماجه من رواية مسلمة بن علي، وقد ضعفه جماعة والحاجة داعية إليها إن كل أحد لا يقدر على عقار يسكنه، ولا على حيوان يركبه ولا على صنعة يعملها، وهم لا يبذلون ذلك مجانا، فجوزت طلبا لتحصيل الرزق. وحدها في «الوجيز» بأنها عوض معلوم في منفعة معلومة من عين معينة، أو موصوفة في الذمة، أو في عمل معلوم ويرد عليه دخول الممر، وعلو بيت ونحوه، والمنافع المحرمة، وما فتح عنوة ولم يقسم فيما فعله عمر رضي الله عنه. (وهي عقد على المنافع) في قول أكثر العلماء، وذكر بعض أن المعقود عليه العين، لأنها الموجودة، والعقد يضاف إليها، فتقول: أجزتك داري. ورد بأن المعقود عليه هو المستوفى بالعقد، ذلك هو المنافع دون الأعيان، إذ الأجر في مقابلة المنفعة بدليل أنه يضمن دون العين، وإضافة العقد إلى العين، لأنها محل المنفعة، كما يضاف عقد المساقاة إلى البستان، والمعقود عليه الثمرة، فتؤخذ المنافع شيئا فشيئا، وانتفاعه تابع له. وقد قيل: هي خلاف القياس، والأصح لا، لأن من لا يخصص

العلة لا يتصور عنده مخالفة قياس صحيح، ومن خصصها فإنما يكون الشيء خلاف

(6/57)

القياس إذا كان المعنى المقتضي للحكم موجودا فيه، وتختلف الحكم عنه، وفي «البلغة» لها خمسة أركان، الصيغة والأجرة، والمتعاقدان والمنفعة. (تنعقد بلفظ الإجارة والكراء) لأنهما موضوعان لها (وما في معناهما) لحصول المقصود به إن أضافه إلى العين، فإن أضافه إلى المنفعة بأن قال: أجرتك منفعة داري شهرا، صح في الأصح (وفي لفظ البيع وجهان) كذا في «الفروع» أحدهما: تنعقد به، لأنها بيع، فانعقدت بلفظه كالصرف، والثاني: لا، لأن فيها معنى خاصا فافتقرت إلى لفظ يدل على ذلك المعنى، ولأنها تضاف إلى العين التي يضاف إليها البيع إضافة واحدة، فافتقرت إلى لفظ يفرق بينهما كالعقود المتباينة، وبناءه الشيخ تقي الدين على أن هذه المعاوضة نوع من البيع، أو شبيه به، وفي «التلخيص» مضافاً إلى النفع، كبعثك نفع هذه الدار شهرا، وإلا لم يصح نحو: بعثتها شهرا، ولا تنعقد إلا من جاز التصرف كالبيع. (ولا تصح إلا بشروط ثلاثة، أحدها: معرفة المنفعة) لأنها هي المعقود عليها، فاشتراط العلم بها كالمبيع (إما بالعرف) أي: ما يتعارفه الناس بينهم (كسكنى الدار شهرا) لأنها لا تكرر إلا لذلك، فلا يعمل فيها جدادة ولا قصارة ولا دابة، والأشهر ولا مخزنا للطعام، ويستحق ماء البئر تبعاً للدار في الأصح، قيل لأحمد [مع]: يجيء زوار عليه أن يخبر صاحب البيت بهم؟ قال: ربما كثروا، ورأى أن يخبر، وله إسكان ضيف وزائر. وفي «الرعاية» يجب ذكر السكنى وصفتها وعدد من يسكنها وصفتهم إن اختلفت الأجرة، ورد بأن التفاوت في السكنى يسير، فلم يحتج إلى ضبطه (وخدمة العبد) ولو عبر بالآدمي لعم (سنة) لأنها معلومة بالعرف، فلم يحتج إلى بيانها كالسكنى، وفي «النوادر» و «الرعاية» يخدم ليلاً، ونهاراً، فإن استأجره للعمل، استحقه ليلاً، قال أحمد: أجير المشاهرة يشهد الأعياد والجمع، قيل له: فيتطوع بالركعتين؟ قال: ما لم يضر بصاحبه، لأن الصلاة مستثناة من الخدمة. فإن استأجر حرة أو

(6/58)

أمة للخدمة، صرف وجهه عن النظر وعلم منه إباحة إجارة العقار والحيوان، حكاها ابن المنذر إجماعاً. (وإما بالوصف كحمل زبرة حديد وزنها كذا إلى موضع معين) أي: لا بد من ذكر الوزن والمكان الذي تحمل إليه، لأن المنفعة إنما تعرف بذلك، فيشترط ذلك في كل محمول. فلو كان كتاباً، فوجد المحمول إليه غائباً، فله الأجر لذهابه ورده. وفي «الرعاية» وهو ظاهر «الترغيب» إن وجده ميتاً، فالمسمى فقط ويرده (وبناء حائط يذكر طوله وعرضه وسمكه والله)، لأن المعرفة لا تحصل إلا بذلك، والغرض يختلف فلم يكن بد من ذكره فيذكر آلة البناء من حجارة، أو آجر، أو لبن، فلو عمله، ثم سقط، فله أجره، لأنه وفي عمله، وإن فرط أو بناه محلولاً، فسقط لزمه إعادته وغرامة ما تلف منه، وإن شارطه على رفعه أذرعاً معلومة، فرفع بعضه، ثم سقط، فعليه ما سقط،

وإتمام ما وقعت عليه الإجارة من الذرع.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 62  
فرع: يجوز الاستئجار لضرب اللبن، ويكون على مدة وعمل، فإن قدره بالعمل،  
احتاج إلى تعيين عدده، وذكر قالبه، وموضع الضرب، لأنه يختلف باعتبار التراب  
والماء، ولا يكتفى بمشاهدة القالب إذا لم يكن معروفاً كالسلم، ولا يلزمه  
إقامته ليحف، وقيل، بلى إن كان عرف مكانه.

(6/59)

(وإجارة أرض معينة) أي: معلومة (لغرس كذا أو زرع أو بناء معلوم) لأنها تؤجر  
لذلك كله، وضرره يختلف، فوجب بيانه ويأتي الخلاف فيما إذا أطلق. (وإن  
استأجر للركوب ذكر المركوب فرسا أو بعيراً ونحوه) لأن منافعتها تختلف،  
ويشترط معرفته برؤية أو صفة كمبيع، وما يركب به من سرج وغيره وكيفية  
سيره كقطوف ونحوه، وقدم في «الترغيب»: لا يشترط. وظاهره أنه لا يحتاج  
إلى ذكوريته وأنوثيته في الأصح، لأن التفاوت بينهما يسير، ولا بد من معرفة  
الراكب كمبيع، وقال الشريف: لا يجزىء فيه إلا الرؤية، لأن الصفة لا تأتي  
عليه، ومعرفة المحامل والأوطئة والأغطية ونحوها، إما برؤية أو صفة، أو وزن،  
وقيل: لا يجب ذكر توابع الراكب، فلو شرط حمل زاد معلوم وأطلق، فله حمل  
ما نقص كالماء، وقيل: لا يأكل معتاد، وفي وجوب تقدير الطعام في السفر  
احتمالان (وإن كان للحمل لم يحتج إلى ذكره) لأن الغرض في ذلك لا يختلف،  
لكن إن كان المحمول خزفاً أو زجاجاً، تعين معرفة الدابة في الأصح، لأن فيه  
غرضاً، وقيل: يعتبر مطلقاً، ويتوجه مثله ما يدير دولاباً أو رحى، واعتبره في  
«التبصرة» ويشترط معرفة محمول برؤية أو صفة، ويذكر جنسه من حديد  
وقطن، لأن ضرره يختلف، واكتفى ابن عقيل وصاحب «الترغيب» بالوزن.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 62  
فصل

(6/60)

(الثاني: معرفة الأجرة بما تحصل به معرفة الثمن) بغير خلاف نعلمه، لما روى  
أبو سعيد «أن النبي نهى عن استئجار الأجير حتى يبين له أجره» رواه أحمد.  
ويعتبر العلم بها مضبوطاً بالكيل أو الوزن، لأنها أحد العوضين، فاشترط  
معرفة كالعوض في البيع، فإن كان معلوماً بالمشاهدة كصبرة نقد، أو طعام،  
فوجهان، فإن كان في الذمة، فكالثمن، وإن كان معيناً، فكالبيع. فلو أجز الدار  
بعمارتها، لم تصح للجهالة، ولو أجزها بمعين على أن ما يحتاج إليه بنفقة  
المستأجر محتسباً به من الأجرة، صح، لأن الاصطلاح على المالك، وقد وكله  
فيه ولو شرط أن يكون عليه خارجاً عن الأجرة، لم يصح (إلا أنه يصح أن  
يستأجر الأجير بطعامه وكسوته) روي عن أبي بكر وعمر، وأبي موسى لما  
تقدم من قوله عليه السلام: «رحم الله أخي موسى» الخبر، وشرع من قبلنا  
شرع لنا ما لم يثبت نسخه، ولأن العادة به جارية به من غير نكير، فكان  
كالإجماع، ولأنه مقيس على الظئر المنصوص عليه، فقام العوض فيه مقام

التسمية، كنفقة الزوجة. وعنه: لا يجوز، اختاره القاضي، لأنه مجهول، وإنما جاز في الظئر للنص، وعلى الأول يكون الإطعام والكسوة عند التنازع كالزوجة. نص عليه، وعنه: كمسكين في الكفارة قال في «الشرح»: لأن للكسوة عرفاً وهي كسوة الزوجات، وللإطعام عرفاً وهو الإطعام في الكفارات، وفي الملبوس إلى أقل ملبوس مثله، لأن الإطلاق يجزيء فيه أقل ما يتناوله اللفظ كالوصية. وليس له أن يطعمه إلا ما يوافقه من الأغذية، فإن احتاج إلى دواء لمرضه، لم يلزم المستأجر لعدم شرطه، وعنه: يصح في دابة بعلفها ( وكذلك الظئر) إجماعاً لقوله تعالى: {فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن} (الطلاق: 6) واسترضع النبي لولده إبراهيم، ولأن الحاجة تدعو إليه، لأن الطفل في العادة لا يعيش إلا بالرضاع، فإن جعل الأجرة طعامها وكسوتها، جاز على المذهب، لقوله تعالى: {وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف} (البقرة: 332) وعنه: المنع

(6/61)

---

منه، لأنه يختلف، فيكون مجهولاً، فعلى الصحة لو استأجر للرضاع دون الحضانة أو بالعكس، اتبع، فإن أطلق للرضاع، دخلت الحضانة في وجه للعرف، والثاني: لا، لأن العقد لم يتناولها، إذا الحضانة عبارة عن تربية الطفل وحفظه، وجعله في سربه ودهنه وكحله، وغسل خرقه ونحوه، ويشترط لصحة العقد العلم بمدّة الرضاع، ومعرفة الطفل بالمشاهدة، قال القاضي: أو بالصفة، وموضع الرضاع، ومعرفة العوض، والمعقود عليه في الرضاع خدمة الطفل وحمله، ووضع الثدي في فيه، واللبن تبع كالصبيغ، وقيل: اللبن قال القاضي: هو أشبه، لأنه المقصود، ولهذا يستحق الأجر بالرضاع دون الخدمة، وهذا خاص بالأدميين للضرورة إلى حفظه وبقائه. رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 66

(6/62)

---

مسألة: للمرضعة أن تأكل وتشرب ما يدر لبنها، ويصلح به، وللمكثري مطالبته بذلك، فلو سقته لبن غنم، أو دفعته إلى غيرها، فلاجرة لها، لأنها لم تف بالمعقود عليه. (ويستحب أن تعطى) إذا كانت حرة (عند الفطام عبداً أو وليدة إذا كان المسترضع موسراً) لما روى أبو داود بإسناده عن حجاج بن حجاج الأسلمي، عن أبيه قال: قلت يا رسول الله ما يذهب عني مذمة الرضاع؟ قال: «الغرة: العبد أو الأمة» المذمة، بكسر الذال من الذمام، وبفتحها من الذم، ولأن ذلك سبب حياة الولد وبقائه، فاستحب للموسر جعل الجزاء رقية لتناسب ما بين النعمة والشكر، وأوجه أبو بكر لما ذكرناه، فإن كانت المرضعة أمة، سن إعتاقها، لأنه تحصل به المجازاة (وإن دفع ثوبه إلى قصار أو خياط ليعملاه) أي: بالقصر أو الخياطة (ولهما عادة بأجرة صح ولهما ذلك) أي: أجرة المثل (وإن لم يعقدا عقد إجارة) لأن العرف الجاري بذلك يقوم مقام القول، فصار كنقد البلد، وقيل: يستحق الأجرة من عرف بأخذها، وهذا إذا كانا منتصبين لذلك، وإلا لم يستحقا أجراً إلا بعقد، أو بشرط العوض أو تعريض، لأنه لم يجد

عرف يقوم مقام العقد، فهو كما لو عمل بغير إذن مالكة، وكذا لو دفع متاعه لبيعه، نص عليه. أو استعمل حمالاً، أو شاهداً أو نحوه، فله أجره مثله، ولو لم يكن له عادة بأخذ الأجرة (وكذلك دخول الحمام والركوب في سفينة الملاح) أي: يستحقان أجره المثل بدون العقد، لأن شاهد الحال يقتضيه، فصار كالتعريض، وكذا لو حلق رأسه، أو غسله، أو شرب منه ماء قاله في «الرعاية» وما يعطاه الحمامي، فهو أجره المكان والسطل، والمئزر، ويدخل الماء تبعاً، وليس عليه ضمان الثياب إلا أن يستحفظه إياها بالقول صريحاً ذكره في «التلخيص».

(6/63)

---

(وتجوز إجارة دار بسكنى دار وخدمة عبد وتزويج امرأة) لقصة شعيب، عليه السلام، لأنه جعل النكاح عوض الأجرة، ولأن كل ما جاز أن يكون ثمناً في البيع، جاز أن يكون عوضاً في الإجارة، فكما جاز أن يكون العوض عيناً، جاز أن يكون منفعة، سواء كان الجنس واحداً كالأول، أو مختلفاً كالثاني، ومنعها أبوحنيفة في المتفق دون المختلف، كسكنى دار بمنفعة بهيمة، لأن الجنس الواحد عنده يحرم فيه النساء. وجوابه بأن المنافع في الإجارة ليست في تقدير النسبة، ولو كانت نسبة ما جاز في جنسين، لأنه يكون بيع دين بدين، قاله في «المغني» و«الشرح». (وتجوز إجارة الحلبي) للبس والعارية، نص عليه، وقاله أكثر العلماء (بأجرة من جنسه) لأن الحلبي عين ينتفع بها بمنفعة مباحة مقصودة مع بقائها فجاز كالأراضي (وقيل: لا يصح) لأنها تحتك بالاستعمال، فيذهب منه أجزاء وإن كانت يسيرة، فيحصل الأجر في مقابلتها ومقابلة الانتفاع بها يفضي إلى بيع ذهب بذهب، وشيء آخر. وعنه: الوقف، قال القاضي: هذا محمول على إجارته بأجرة من جنسه، فأما بغير جنسه، فلا بأس لتصريحه بجوازه، وما ذكره أولاً هو من الأولى، لأنه لو قدر نقصها، فهو شيء يسير لا يقابل بعوض، ولا يكاد يظهر في وزن، ولو ظهر، فالأجرة في مقابلة الانتفاع، لا في مقابلة الأجر، لأن الأجر إنما هو عوض المنفعة ولو كان في مقابلة الجزء الذاهب، لما جاز إجارة أحد النقيدين بالآخر لإفضائه إلى التفرق قبل القبض.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 66

(6/64)

---

تنبيه: علم مما سبق أنه لو استأجر من يسلم له بهيمة بجلدها لم يجز، لأنه لا يعلم هل يخرج سليماً أولاً، وهل هو ثخين أو رقيق، ولأنه لا يجوز أن يكون عوضاً في البيع، فكذا هنا، فلو سلمها بذلك، فله أجر المثل، وكذا لو استأجر راعياً بثلاث درهما ونسلها وصوفها أو جميعه، نص عليه في رواية سعيد بن محمد النسائي إذ العوض معدوم مجهول لا يدرى هل يوجد أم لا، ولا يصلح ثمناً. لا يقال: قد جوزتم دفع الدابة إلى من يعمل عليها بجزء من مغلها، لأنه جاز تشبيهاً بالمضاربة، لأنها عين تنمي بالعمل، فجاز بخلافه هنا مع أن المجد حكي رواية بالجواز، وحينئذ فلا فرق. وقياس ذلك لو دفع نحله إلى من يقوم عليه بجزء من غسله أو شحمه، والمذهب لا يصح لحصول نمائه بغير عمله، واختار



الشيخ تقي الدين : الجواز، فلو اكتراه على رعيها مدة معلومة بجزء معلوم منها، صح، لأن العمل والمدة والأجر معلوم، أشبه ما لو جعله دراهم (وإن قال: إن خطت هذا الثوب اليوم، فلك درهم، وإن خطته غدا، فلك نصف درهم، فهل يصح؟ على روايتين) أصحهما، لا يصح، لأنه عقد واحد اختلف فيه العوض بالتقديم والتأخير، فلم يصح كما لو قال: بعثك بدينار نقدا بدينارين نسيئة، فعلى هذا له أجر المثل إن فعل. والثانية: يصح، قاله الحارث العكلي، لأنه سمي لكل عمل عوضا معلوما، كما لو قال: كل دلو بتمرة، وكذا الخلاف إن زرعتها برا فبخمسه، وذرة بعشرة.

(6/65)

---

(وإن قال: إن خطته روميا، فلك درهم، وإن خطته فارسيا، فلك نصف درهم فعلى وجهين) بناء على التي قبلها، والأصح أنه لا يصح، لأنه عقد معاوضة لم يتعين فيه العوض، ولا المعوض بخلاف كل دلو بتمرة من حيث إن العمل الثاني ينضم إلى الأول، ولكل عوض مقدر وعنه: فيمن استأجر رجلاً يحمل له كتابا إلى الكوفة، وقال: إن أوصلته يوم كذا، فلك عشرون، وإن تأخرت بعده، فلك عشرة أنها فاسدة، وله أجر المثل! (وإن أكراه دابة، فقال: إن رددتها اليوم، فكراؤها خمسة، وإن رددتها غدا فكراؤها عشرة فقال أحمد: لا بأس به) نقله عبد الله، وجزم به في «الوجيز» لأنه لا يؤدي إلى التنازع (وقال القاضي: يصح في اليوم الأول) لأنه معلوم (دون الثاني) قال في «الشرح»: والظاهر عن أحمد فساد العقد على قياس بيعتين في بيعة، ثم قال: وقياس حديث علي والأنصاري صحته (وإن أكراه دابة عشرة أيام بعشرة دراهم، فما زاد، فله بكل يوم درهم؛ فقال أحمد) في رواية أبي الحارث (هو جائز) لأن لكل عمل عوضا معلوما، فهو كما لو استقى كل دلو بتمرة، ونقل عبد الله وابن منصور نحوه (وقال القاضي: يصح في العشرة وحدها) لأن المؤجر الذي تقابله العشرة معلوم دون ما بعده، لأن مدته غير معلومة فلم تصح، كما لو قال: استأجرتك لتحمل هذه الصبرة وهي عشرة أفضة بدرهم، وما زاد، فلك بحسابه، وجوابه بأنه لا نص للإمام فيها، وقياس قوله صحته، ولو سلم فسادها، فالقفزان الذي شرط حملها غير معلومة وهي مختلفة فلم يصح العقد لجهالتها بخلاف الأيام، فإنها معلومة (ونص أحمد على أنه لا يجوز أن يكتري لمدة غزاة) وهو قول أكثر العلماء، لأن المدة والعمل مجهولان. فلم يجز كما لو استأجر لمدة سفره في تجارته، لاختلافها طولاً وقصراً، فإن فعل فله أجر المثل (وإن سمي لكل يوم شيئا معلوما، فجائز) لأن علي بن أبي طالب أجر نفسه كل دلو بتمرة، ولم ينكره النبي، ولأن الأجر وكل يوم معلومان، فصح كما لو أجره شهرا كل

(6/66)

---

يوم كذا، وحينئذ فلا بد من تعيين ما يستأجره له من ركوب وحمل معلوم، ويستحق الأجر المسمى، سواء أقامت، أو سارت، لأن المنافع ذهبت في مدته، كما لو استأجر دارا وأغلقها. وعنه: لا يصح، لأن المدة مجهولة.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 66

(وإن أكره كل شهر بدرهم، أو كل دلو بتمر، فالمنصوص أنه يصح) اختاره الخرقى، والقاضي، وعمامة أصحابه، والشيخان، لما روي عن علي قال: جعت مرة جوعاً شديداً، فخرجت أطلب العمل في عوالي المدينة، فإذا أنا بامرأة قد جمعت مدراً، فطننت أنها تريد به، فقاطعتها كل ذنوب بتمر، فمدرت ستة عشر ذنوباً، فعدت لي ستة عشر تمرة، فأتيت النبي، فأخبرته، فأكل معي منها. رواه أحمد ومثله إذا باعه الصيرة كل قفيز بدرهم، فالعلم بالثمن يتبع العلم بالثمن، فهنا كذلك العلم بالأجر يتبع العلم بالمنفعة. فعلى هذا تلزم الإجارة في الشهر الأول بإطلاق العقد، قاله في «المغني» و«الشرح» وما بعده يكون مراعى، ونبه عليه بقوله (وكلما دخل شهر لزمهما حكم الإجارة) وقاله أكثر الأصحاب، لأن دخوله بمنزلة إيقاع العقد على عينه ابتداءً (ولكل واحد منهما الفسخ) بأن يقول: فسخت الإجارة في الشهر الآخر، وليس بفسخ على الحقيقة، لأن العقد الثاني، قاله في «الشرح» (عند تقضي كل شهر) لأن اللزوم إنما كان لأجل الدخول المنزل إيقاع العقد ابتداءً ولم يوجد بعد، ومقتضاه أنه بمجرد دخول الشهر الآخر يلزم، ولم يملك الفسخ، قال ابن الزغواني: يلزم بقية الشهور إذا شرع في أول الجزء من ذلك الشهر، وقال القاضي: له الفسخ في جميع اليوم الأول من الشهر الثاني، وبه قطع المجد، وأورده ابن حمدان مذهباً، وهو أظهر، وفي «المغني» وفي «الشرح»: إذا ترك التلبس به، فهو كالفسخ، لا تلزمه أجره، لعدم العقد (وقال أبو بكر و ابن حامد) و ابن عقيل حكاه عنه في «الشرح» (لا يصح) العقد، وهو رواية، لأن المدة مجهولة، وحملها كلام أحمد على أنه

(6/67)

---

وقع على معينة، وليس بظاهر، أما لو قال: آجرتك داري عشرين شهراً كل شهر بدرهم، فهو جائز بغير خلاف نعلمه، لأن المدة والأجرة معلومان، وليس لواحد منهما الفسخ، لأنها مدة واحدة، أشبه ما لو قال: آجرتك عشرين شهراً بعشرين درهماً.

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

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 66  
فصل

(6/68)

---

(الثالث: أن تكون المنفعة مباحة) لغير ضرورة مقدور عليه، قاله في «المحرر» و«الفروع» كإجارة دار يجعلها مسجداً وشجر لنشر ثيابه وعوده بظله (مقصودة) فلا يجوز استئجار شمع ليتجمل به، ويرده، وطعام ليتجمل به على مائدته، ثم يرده، ولا ثوب يوضع على سرير الميت، ذكره في «المغني» و«الشرح» ولأن ما لا يقصد لا يقابل بالعوض ويعتبر فيها أن تكون متقومة، فلو استأجر تفاحة للشم، لم يصح، ومملوكة للمستأجر، فلو اكرت دابة لركوب

المؤجر، فلا، ذكره القاضي وأصحابه (فلا تجوز الإجارة على الزنى والزمير والغناء) لأن المنفعة مطلوب عدمها، وصحة الإجارة تنافيها، إذ المنفعة المحرمة لا تقابل بالعوض في البيع، فكذا في الإجارة، أشبه إجارة أمته للزنى وحكاه ابن المنذر إجماعاً في المغنية والنائحة (ولا إجارة الدار لتجعل كنيسة أو بيت نار) مع ظن الفعل سواء ذلك في العقد أو لا، والمراد بها النار التي يعبدها المجوس، أو من يعبدها أو لبيع الخمر) ولأنه فعل محرم، فلم تجز الإجارة عليه كإجارة عبده للفجور، ولما فيه من الإعانة على المعصية. (ولا يجوز الاستئجار على حمل الميتة) أي: للأكل ويستثنى منه المضطر، قاله في «الرعاية» وغيرها (والخمر) أي: للشرب، لأنه عليه السلام لعن حاملها والمحمولة إليه، ويصح لإقائها، وإراققتها، وفي «الفروع» إن طرحها كأكلها (وعنه: يصح) لأنه لا يتعين عليه (ويكره أكل أجرته) لاختلاف العلماء في حرمة، وعنه: فيمن حمل خنزيراً لذمية أو خمراً النصراني: أكره أكل أجرته، ويقضى للحمال بالكرام، فإن كان لمسلم، فهو أشد. قال القاضي: هذا محمول على أنه استأجره ليريقها، فأما للشرب، فمحذور لا يحل أخذ الأجر عليه، وبعد في «المغني»، وفي «العراية» هل يأكل الأجر أو يتصدق به؟ فيه وجهان.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 73  
فصل

(6/69)

(والإجارة على ضربين أحدهما: إجارة عين، فيجوز إجارة كل عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها) كالأرض والدور والبهائم والثياب ونحوها (فيجوز له استئجار حائط ليضع عليه أطراف خشبه) أي: إذا كان الخشب معلوماً، لأنه منفعة مباحة مقصودة مقدور على تسليمها واستيفائها، فجازت كالسطح للنوم عليه (وحيوان ليصيد به) كالفهد والبازي في مدة معلومة، لأن فيه نفعاً مباحاً تجوز إعارته له، فكذا إجارته وفي «التبصرة» أنه يصح إجارته للصيد مع أنه ذكر في بيعها الخلاف، وعلم منه أن سباع البهائم والطيور التي لا يصلح للصيد لا تجوز إجارته لعدم النفع فيها (إلا الكلب) فإنه لا يجوز كالخنزير، لعدم جواز البيع، وقيل: يجوز لصيد وحراسة لوجود النفع المباح (واستئجار كتاب) فيه علم مباح (ليقرأ فيه) لأنه نفع مقصود يحتاج إليه، وكذا النسخ والرواية منه، ولو عبر بالانتفاع، لعم، وتجوز إجارة كتاب فيه خط حسن ينقل منه، ويكتب عليه قياس ذلك قاله في «الشرح» (إلا المصحف في أحد الوجهين) جزم به في «الوجيز» لأنه لا يصح بيعه إجلالاً لكتاب الله تعالى وكلامه عن المعاوضة به، فلم تجز إجارته، والثاني: بلى، لأنه انتفاع مباح كالإعارة، وسائر الكتب. ولا يلزم من عدم البيع عدم جواز الإجارة كالحرق والوقف، وأم الولد.

(6/70)

فرع: يصح نسخ المصحف بأجرة، نص عليه، فإنه نسخه ذمي ولم يحمله، فوجهان. (واستئجار النقد للتخلي) أي: لتحلية امرأة (والوزن) لأن أمكن

الانتفاع بها مع بقاء عينها، وذكر جماعة فيه بأجرة من جنسه (لا غير) من الاتفاق ونحوه لما فيه من إذهب عينها وبقاؤها شرط (فإن أطلق الإجارة، لم تصح في أحد الوجهين) قاله القاضي، وجزم به في «الوجيز» وقدمه في «الرعاية الكبرى» لأن الإجارة تقتضي الانتفاع، وهو في النقيدين إنما هو بأعيانهما، وحينئذ يصير قرضاً، لأنه إذا أطلق الانتفاع، حمل على المعتاد (وتصح في الآخر) قاله أبو الخطاب، وصححه في «المغني» لأن العقد متى أمكن حمله على الصحة كان أولى من إفساده (وينتفع بها في ذلك) أي في الوزن والتحلي، لأنهما هما اللذان حمل العقد عليهما، أشبه استئجار الدار مطلقاً، فإنه يصح، ويحمل على السكنى، ووضع المتاع فيها.

(ويجوز استئجار ولده لخدمته) كالأجنبي وسائر الأقارب غير الأب، وله استئجار مسلم لعمل مباح، وعنه غير خدمة، وقيل: إن استأجره لعمل مباح في ذمته، صح، وإلا فلا. ويجوز استئجار ذمي لبناء مسجد ونحوه (وامرأة لرضاع وله وحصانته) لقوله تعالى (فإن أرضعن لكم) الآية، وقوله عليه السلام: «لا ترضع لكم الحمقاء» يدل بمفهومه على جواز استرضاع غيرها، ولأن كل عقد يصح مع غير الزوج، فيصح معه كالبيع، ولا فرق بين أن تكون في حبال الزوج أو مطلقة في الأصح، وقال القاضي: لا يجوز، وحمل كلام الخرقى على أنها في حبال زوج آخر، ورد بأنها لو كانت في حبال زوج آخر، لسقط حقها من الحصانة، ثم ليس لها أن ترضع إلا بإذن زوجها، وبقية الأقارب كالأم في الجواز بغير خلاف نعلمه.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 74

(6/71)

(ولا تصح إلا بشروط خمسة، أحدها: أن يعقد على نفع العين دون أجزائها) لأن الإجارة هي بيع المنافع، فلا تدخل الأجزاء فيها (فلا تصح إجارة الطعام للأكل ولا الشمع لشمعه) لأن هذا لا ينتفع به إلا بإتلاف عينه، فلم يجز، كما لو استأجر ديناراً لينفقه، فلو أكترى شمعة ليسرجها، ويرد بقيتها وثمان ما ذهب، وأجر الباقي، فهو فاسد، لأنه يشمل بيعاً وإجارة، وما وقع عليه عقد البيع مجهول، وحيث جهل جهل الآخران (ولا حيوان لياخذ لبنه) كالإبل ونحوها وأخذ الصوف والشعر والوبر، كاللبن، وجوز الشيخ تقي الدين إجارة الحيوان لأخذ لبنه، فإن قام عليها المستأجر وعلفها، فكاستئجار الشجر، وإن علفها ربها، وأخذ المشتري اللبن فبيع، وليس هذا بغرر، فإنه كمنيحة الشاة وهو عاريتها للانتفاع بلبنها كما يعبره الدابة لركوبها، لأن هذا يحدث شيئاً فشيئاً، فهو بالمنافع أشبه، فالحاقه بها أولى (إلا في الظئر) فإنه يجوز وقد تقدم (ونقع البئر) أي ماؤها المستنقع فيها، قاله ابن فارس، وعبر في «المبهبج» وغيره: وماء بئر (فإنه يدخل تبعاً) هو عائد إلى الأجير لافراده الضمير، ولا يصح عوده إلى الظئر، لأن المعقود عليه إن كان الخدمة، فلا يصح استثناؤها مما ذكر، لأنها ليست من جنس المستثنى منه، لأن خدمة المرضعة تقع مع بقاء العين، وإن كان اللبن، فلا يصح قوله يدخل تبعاً، لأنه معقود عليه، فهو أصل لاتباع بخلاف نقع البئر، فإن هواء البئر وعمقه فيه نوع انتفاع لمرور الدلو فيه، وفي «التبصرة» يعود ذلك إليهما. انتهى. وكذا حبر ناسخ، وخيوط خياط، وكحل كحال، ومرهم طيب،

ومنعه في «المغني». قال: ابن عقيل يجوز استئجار البئر ليسقى منه أياما معلوما وفي «الفصول» إنه لا يستحق بالإجارة لأنه إنما يملك بحيازته.

(6/72)

تنبيه: ذهب جمهور العلماء إلى أنه لا يجوز إجارة الفحل للضراب لنهيه عليه السلام عن عب الفحل متفق عليه. ولأن المقصود الماء وهو محرم لا قيمة له، فلم يجز أخذ العوض عنه كالميتة، وصرح أبو الخطاب وجهها بجوازه بناء على إجارة الظئر والبئر، لأن الحاجة تدعو إليه، فينبغي أن يوقع العقد على العمل، ويقدره بمرة أو مرتين، وقيل: يقدره بالمدة وهو بعيد. إلا أن يكتري فحلاً لإطراق ماشية كثيرة، والمذهب الأول، فإن احتاج إليه ولم يجد من يطرقه له، جاز أن يبذل الكراء، وليس لمطرق أخذه، فإن أطرق إنسان فحله بغير شرط فأهديت له هدية لذلك، فلا بأس، قال في «المغني» و «الشرح» ونقل ابن القاسم: لم يبلغنا أن النبي أعطى شيئاً كالحجام، فحمله القاضي على ظاهره وأنه مقتضى النظر، وحمله في «المغني» على الورع، وهو ظاهر. قال الشيخ تقي الدين: فلو أنزاه على فرسه، فنقص ضمن نقصه.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 74

(6/73)

(الثاني: معرفة العين) المؤجرة (برؤية) إن كانت لا تنضبط بالصفات كالدار والحمام (أو صفة) إن كانت تنضبط بها كالبيع (في أحد الوجهين) وهو الأشهر وعليه الأكثر، فلو استأجر داراً، أو حماماً، فلا بد من الرؤية كالمبيع، لأن الغرض يختلف بالصغر والكبير، ومعرفة مائه ومشاهدة الإيوان، ومطرح الرماد ومصرف الماء، مع أن أحمد كره كراه الحمام، لأنه يدخله من تنكشف عورته فيه، وحمله ابن حامد على التنزيه، والعقد صحيح، وحكاه ابن المنذر إجماعاً حيث حدده. وذكر جميع آله شهوراً مسماة وتصح في الآخر بدونه) كالمبيع إذا الخلاف هنا مبني على الخلاف في البيع (وللمستأجر خيار الرؤية) لأنه إذا اشترى ما لم يره ولم يوصف له الخيار، فكذا هنا. (الثالث: القدرة على التسليم) لأنها بيع المنافع، أشبهت بيع الأعيان (فلا تصح إجارة الأبق، والشارد، ولا الطير في الهواء، ولا المغضوب ممن لا يقدر على أخذه) لأنه لا يمكن تسليم المعقود عليه، فلا تصح إجارته كبيعه (ولا يجوز إجارة المشاع مفرداً لغير شريكه) جزم به في «الوجيز» وقدمه في «الفروع» ونقله في «الشرح» عن الأصحاب، لأنه لا يقدر على تسليمه إلا بتسليم نصيب شريكه، ولا ولاية له عليه، فلم يصح كالمغضوب (وعنه ما يدل على جوازه) اختاره أبو حفص العسكري، وأبو الخطاب، والحلواني والحافظ ابن عبد الهادي في حواشيه، وصاحب «الفائق» وغيرهم، وعليه العمل، لأنه معلوم يجوز بيعه فجازت إجارته، كالمفزر وكشريكه، وكما لو أجره الشريكان معاً، قال بعض أصحابنا في طريقته: والصحيح صحة رهنه وإجارته وهبته. ولا خلاف في صحة بيعه عند الأربعة، وفيه خلاف ذكره ابن حزم، وهل إيجار لاثنين وهما الواحد أو تصح؟ فيه

وجهان، وكذا وصيته بمنفعته، فلو كانت الدار لواحد فأجر نصفها، صح ثم إن أجر الآخر للأول، صح، وإن كان لغيره، فوجهان.

(6/74)

فرع: إذا استأجر ذمي مسلماً للخدمة، لم يجز، نص عليه، لأنه حبس يتضمن إذلال المسلم، فلم يصح على الأصح بخلاف ما إذا أجر نفسه في عمل معين في الذمة كالخياطة، فإنه يجوز بغير خلاف نعلمه.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 74  
فائدة: إذا استأجر ديكاً يوقظه للصلاة، لم يجز نقله إبراهيم. ( الرابع: اشتمال العين على المنفعة، فلا تجوز إجارة بهيمة زمنة للحمل ولا أرض) سبخة (لا تثبت الزرع) لأن الإجارة عقد على المنفعة، ولا يمكن تسليم هذه المنفعة في هذه العين، فلا تصح إجارتها كالأبق، قال في «الموجز»: وحمam لحمل الكتب لتعذبه، وفيه احتمال، قال في «التبصرة»: هو أولى. (الخامس: كون المنفعة مملوكة للمؤجر أو مأذوناً له فيها) لأنها بيع المنافع، فاشتراط فيها ذلك كالبيع، فلو تصرف فيما لا يملكه، ولا إذن له فيه، لم يجز كبيعه وقيل: بلى، ويقف على الإجارة كالبيع (فيجوز للمستأجر إجارة العين) أي: بعد قبضها، نص عليه، وجزم به في «الوجيز» وقاله جمع، لأن المنفعة مملوكة له، فجاز له إجارتها كبيع المبيع (لمن يقوم مقامه) أي: في الانتفاع، أو دونه، لأن المنفعة لما كانت له مملوكة له، جاز له أن يستوفيها بنفسه ونائبه، ولا يجوز لمن هو أكثر ضراً منه، وذكر القاضي أنه لا يجوز له إجارتها، لنهيه عليه السلام عن ربح ما لم يضمن، والمنافع لم تدخل في ضمانه، لعدم قبضها أشبه بيع المكيل قبل قبضه، وجوابه بأن قبض العين قائم مقام قبض المنافع كبيع الثمرة على الشجر، فأما إجارتها قبل قبضها من غير المؤجر، فوجهان أحدهما: يجوز لأن قبض العين لا ينتقل به الضمان إليه، فلم يقف جواز التصرف عليه. والثاني: المنع، لأن المنافع مملوكة بعقد معاوضة، فاعتبر في جواز العقد عليها القبض كالأعيان. (ويجوز للمؤجر) ما لم يكن حيلة كعينة، وظاهره أنه يجوز قبل القبض، وفي «الشرح» أنها إذا لم تجز من غير المؤجر، فوجهان هنا، أحدهما: لا يجوز كغيره،

(6/75)

والثاني: بلى، لأن القبض لا يتعذر عليه بخلاف الأجنبي، وأصلهما بيع الطعام قبل قبضه هل يصح من بائعه؟ على روايتين (وغيره) وقد سبق (بمثل الأجرة) فلا شبهة فيه (وزيادة) نص عليه وهو المذهب، لأن كل عقد جاز برأس المال، جاز بأكثر، كبيع المبيع بعد قبضه (وعنه: لا تجوز بزيادة) لنهيه عليه السلام عن ربح ما لم يضمن، و المنفعة في الإجارة غير مضمونة (وعنه: إن جدد فيها عمارة جازت الزيادة) لأن الربح وقع في مقابلة العمارة (وإلا فلا) أي: وإن لم يجدد فيها عمارة، لم تجز الزيادة، فلو فعل، تصدق بالزيادة، وعنه: إن أذن المؤجر فيها جازت، وإلا فلا.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 74

مسألة: سئل أحمد عن رجل يتقبل عملاً من الأعمال، فتقبله بأقل من ذلك يجوز له الفضل؟ قال: ما أدري هي مسألة فيها بعض الشيء. وقال النخعي في الخياط إذا تقبل بأجر معلوم: فإن أعان فيها، أخذ فضلاً، وإلا فله. وحمل قوله في «الشرح» على مذهبه فيمن استأجر شيئاً لا يؤجره بزيادة، وقياس المذهب جوازه، سواء أعان فيه شيء أم لا كالبيع. (وللمستعير إيجارها) لأنه لو أذن له في بيعها، لجاز، فكذا إيجارها، ولأن الحق له، فجاز بإذنه (إذا أذن له المعير مدة بعينها) لأن الإجارة عقد لازم لا تجوز إلا في مدة معينة. (وتجوز إجارة الوقف) لأن منافعه مملوكة للموقوف عليه، فجاز له إيجارها كالمستأجر (فإن مات المؤجر، فانتقل إلى من بعده، لم تنفسخ الإجارة في أحد الوجهين) ذكر القاضي في «المجرد» أنه قياس المذهب، وجزم به في «الوجيز» وقدمه في «الفروع» لأنه أجر ملكه في زمن ولايته، فلم تبطل بموته، كما لو أجر ملكه الطلق (والثاني حصته من الأجرة) أي: من حين موت الأول، فإن كان قبضها، رجع في تركته بحصته، لأنه تبين عدم استحقاقه لها، فإن تعذر أخذها، فظاهر كلامهم أنها تسقط، وإن لم يقبض، فمن مستأجر. وذكر الشيخ تقي الدين أنه ليس لناظر وقف ونحوه تعجيلها كلها إلا لحاجة ولو شرطه، لم يجز، لأن الموقوف عليه يأخذ ما لم يستحقه الآن، وعليه للبطن الثاني أن يطالبوا بالأجرة للمستأجر، لأنه لم يكن لهم التسلف، ولهم أن يطالبوا الناظر. والثاني: أنها تنفسخ فيما بقي منها، جزم به القاضي في خلافه، وقال: إنه ظاهر كلام أحمد، وابنه أبو الحسين، وابن شاقلا، وابن عقيل، لأن البطن الثاني يستحق العين بجميع منافعها تلقياً من الواقف بانقراض الأول بخلاف الطلق، فإن المالك ملك من جهة الموروث، فلا يملك إلا ما خلفه، وحق المالك لم ينقطع عن ميراثه بالكلية، بل آثاره باقية فيه، ولهذا تقضى منه ديونه، وتنفذ وصاياه، فعلي هذا يرجع مستأجر على ورثة مؤجر قابض بحصته من

الباقي، وخرج في «المغني» و «الشرح» وجهاً بطلان الإجارة من أصلها بناء على تفريق الصفقة، وحينئذ يلزم المستأجر أجر المثل، ثم إن كانت الأجرة مقسطة على أشهر الإجارة أو أعوامها، فهي صفتان في الأصح، لا تبطل جميعها ببطلان بعضها. وإن لم تكن مقسطة، فهي صفقة واحدة، فيطرد فيها الخلاف. واعلم أنها لا تنفسخ إذا كان الآجر الناظر العام، أو من شرطه له وكان أجنبياً بموته ولا عز له. فرع: إذا أجر الوقف بأجرة المثل، فطلبه غير مستأجره بزيادة، فلا فسح، وكذا لو أجره المتولي على سبيل الخير، وقيل: بلى، وقاله بعض الحنفية، قال في المفيد لهم: لا يعرف له وجه. رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 74 أصل: تجوز إجارة الإقطاع كموقوف، ذكره الشيخ تقي الدين، وخالف فيه

جمع. فلو آجره، ثم انتقل عنه إلى غيره بإقطاع آخر، فكموقوف، ذكره في «القواعد». (وإن آجر الولي اليتيم) أو ماله (أو السيد العبد) مدة (ثم بلغ الصبي) ورشد (وعتق العبد) في أثنائها (لم تنفسخ الإجارة) على المذهب، ونصره القاضي، وأصحابه، لأنه تصرف له تصرفاً لازماً، فلا تنفسخ ببلوغ الصبي، كما لو زوجه، أو باع عقاره، ولا يعتق العبد، كما لو زوج أمته، ثم باعها (ويحتمل أن تنفسخ) هذا وجه، لأنه آجره مدة لا ولاية له عليها بالكلية، أشبه إجارة الوقف، ويفترقان من حيث إنه ينبرم في الحال، وينقطع عنه نعم لو كان بلوغه في مدة الخيار، ففيه نظر، وكذلك النكاح ينبرم من حينه. ويستقر المهر فيه بالدخول بخلاف الإجارة، فإن الأجرة تقسط على المدة، ولا يستقر الملك فيها إلا باستيفاء المنافع شيئاً بعد شيء. وذكر في «المغني» و«الشرح» وجهاً أنه إذا آجره مدة يعلم بلوغه فيها قطعاً، لم يصح في الزائد، ويخرج الباقي على تفريق الصفقة.

(6/78)

تنبيه: إذا مات الولي، أو عزل، وانتقلت عنه الولاية إلى غيره، لم يبطل عقده، لأنه تصرف، وهو من أهل التصرف فيما له الولاية عليه، فلم يبطل تصرفه، كما لو مات ناظر الوقف، أو عزل، أو الحاكم.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 74

فصل

(وإجارة العين تنقسم إلى قسمين، أحدهما: أن تكون على مدة معلومة، كإجارة الدار شهراً) وهو اسم لما بين الهلالين، سواء كان تاماً أو ناقصاً (والأرض عاماً) وشاهده قوله تعالى {يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس والحج} (البقرة: 189) فلو قدرها بسنة مطلقة، حمل على الهلالية، لأنها المعهودة، فإذا وصفها به، كان تأكيداً، فإن قال: عددية، فهي ثلاثمئة وستون يوماً، فإن قال: رومية أو شمسية، أو فارسية، أو قبطية وهما يعلمان، جاز، وكان ثلاثمئة وخمسة وستون يوماً، فإن أشهر الروم منها سبعة أحد وثلاثون يوماً، وأربعة ثلاثون يوماً، وواحد ثمانية وعشرون يوماً، وهو شباط، وزاده الحساب ربعاً، وشهور القبط كلها ثلاثون ثلاثون، وزادوها خمسة لتساوي سنتهم السنة الرومية (والعبد للخدمة أو للرعى مدة معلومة) فعلم منه أن إجارة العين تارة تكون في الآدمي، وتارة في غيره من المنازل والدواب، وقد حكاه ابن المنذر إجماعاً (ويسمى الأجير فيها الأجير الخاص) لاختصاص المستأجر بمنفعته في مدة الإجارة لا يشاركه فيها غيره. (وبشترط أن تكون المدة معلومة) هذا تكرر (يغلب على الظن بقاء العين فيها) لأن المدة هي الضابطة للمعقود عليه المعرفة له، فاشتترط العلم بها كالمكيلات (وإن طالت) في قول أكثر العلماء، لأن المصحح لها كون المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة منها غالباً، وظاهره ولو ظن عدم العاقد ولو مدة لا يظن فناء الدنيا فيها، وقيل: بلى تصح إلى سنة، اختاره ابن حامد، وقيل: ثلاثين، وحكاه في «الرعاية» نصاً، لأن الغالب أن الأعيان لا تبقى، إلى أكثر منها، وتتغير الأسعار، ولا فرق بين الوقف والملك، بل الوقف أولى،

(6/79)



---

قاله في «الرعاية» وفيه نظر. والسقف والبسيط سواء.  
فرع: ليس لوكيل مطلق إيجارها مدة طويلة، بل العرف كسنتين ونحوهما، قال  
الشيخ تقي الدين .

مسألة: لو علقها على ما يقع اسمه على شيئين كالعبد وربيع، صح وانصرف  
إلى الأول، قاله في «المغني» و «الشرح» وقال القاضي : لا يصح حتى يعين  
ذلك على شهر مفرد، فلا بد من تعيينه من أي سنة وعلى يوم يبينه من أي  
أسبوع. (ولا يشترط أن تلي العقد) لأنها مدة يجوز العقد عليها مع غيرها، فجاز  
العقد عليها مفردة كالتي تلي العقد (فلو أجره سنة خمس في سنة أربع، صح  
سواء كانت العين مشغولة وقت العقد) بإجارة أو رهن إن قدر على تسليمها  
عند وجوبه (أو لم تكن) لأنه إنما تشترط القدرة على التسليم عند وجوبه  
كالسلم، فإنه لا يشترط وجود القدرة عليه حال العقد، وقال ابن عقيل: لا  
يتصرف مالك العقار في المنافع بإجارة، ولا عارية إلا بعد انقضاء المدة،  
واستيفاء المنافع المستحقة عليه بعقد الإجارة، لأنه ما لم تنقض المدة له حق  
الاستيفاء، فلا يصح تصرفات المالك في محبوس بحق، لأنه يتعذر التسليم  
المستحق بالعقد، فمراد الأصحاب متفق، وهو أنه يجوز إجارة المؤجر، ويعتبر  
التسليم وقت وجوبه وأنه لا يجوز إيجاره لمن يقوم مقام المؤجر، وظاهر  
إطلاق كثير من أصحابنا أنه لا يصح إجارة المشغول بملك غير المستأجر. وقال  
الشيخ تقي الدين بجوازه فيمن استأجر أرض من جندي، وغرسها قصباً، ثم  
انتقل الإقطاع عن الجندي أن الثاني لا يلزمه حكم الإجارة، وأنه إن شاء أن  
يؤجرها لمن له القصب أو لغيره.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 84

(6/80)

---

تنبيه: إذا وقعت على مدة تلي العقد، لم يشترط ذكر ابتدائها وهي من حين  
العقد، وإن كانت لا تليه، اشترط ذلك كالانتهاء، فلو أجره شهراً، أو سنة، لم  
يصح، نص عليه، لأنه مطلق، فافتقر إلى التعيين، وعنه: يصح، اختاره في  
«المغني»، ونصره في «الشرح» وابتدؤها من حين العقد لقصة شعيب،  
وكمدة التسليم. (وإذا أجره في أثناء شهر سنة، استوفى شهراً بالعدد) أي:  
الأول، نص عليه في نذر وصوم، لأنه تعذر استيفاءه بالهلال فتممناه بالعدد  
(وسأثرها بالأهلة) لأنه أمكن استيفائها بالأهلة، فوجب اعتباره، لأنه الأصل/  
(وعنه يستوفى الجميع بالعدد) لأن الشهر الأول ينبغي أن يكمل من الثاني،  
قيحصل ابتداء الشهر الثاني في أثناءه، وكذا في كل شهر يأتي بعده (وكذلك  
الحكم في كل ما تعتبر فيه الأشهر كعدة الوفاة وشهري صيام الكفارة) نص  
عليهما في نذر ولأنه ساوى ما تقدم معنى قال الشيخ تقي الدين : إلى مثل تلك  
الساعة.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 84

فصل

(6/81)

(القسم الثاني إجارتها) أي: العين (لعمل معلوم) لأن الإجارة عقد معاوضة فوجب أن يكون العوض فيها معلوما، لئلا يفضي إلى التنازع والاختلاف كالبيع (كإجارة الدابة للركوب إلى موضع معين أو بقر لحرث مكان) لأنها خلقت له، وقد أخرجاه في «الصحيحين»، وتعتبر معرفة الأرض بالمشاهدة لاختلافها بالصلابة والرخاوة، وتقدير العمل إما بالمدة كيوم، وإما بمعرفة الأرض كهذه، أو بالمساحة كجريب، فإن قدره بالمدة، فلا بد من معرفة البقر التي تعمل عليها، لأن الغرض يختلف باختلافها. ويجوز أن يستأجرها مفردة ليتولى رب الأرض الحرث بها ومع صاحبها بآلتها وبدونها، وتكون الآلة من عند صاحب الأرض (أو دياس زرع) لأنها منفعة مباحة مقصودة كالحرث، وليس ذلك خاصا بها، لكن إن كان على مدة، احتيج إلى معرفة الحيوان، لأن الغرض يختلف، فمنه ماروته طاهر، ومنه ما هو نجس، ولا يحتاج إلى معرفة عينه، وإن كان على زرع معين، أو موصوف، فلا كالحرث. فائدة يجوز اكتراء الحيوان لغير ما خلق له كالبقر للركوب أو الحمل، والإبل والحمر للحرث، لأنها منفعة مقصودة أمكن استيفاؤها من الحيوان، لم يرد الشرع بتحريمها، فجاز كالتى خلقت له، وقولها: إنما خلقت للحرث، أي: معظم نفعها، ولا يمنع ذلك الانتفاع بها في شيء آخر.

(أو استئجار عبد ليدله على طريق) لأن النبي وأبا بكر استأجرا عبد الله بن الأريقط هاديا خريتا - وهو الماهر بالهداية - ليدلها على الطريق إلى المدينة. ولو عبر بمن لعم (أو رحى لطحن قفزان معلومة) ويحتاج إلى معرفة جنس المطحون، لأنه يختلف، فمنه ما يسهل، ومنه ما يعسر، فلا بد من معرفته لتزول الجهالة (فيشترط معرفة العمل وضبطه بما لا يختلف) لأن العمل إذا لم يكن معروفا مضبوطا بما ذكر يكون مجهولا، فلا تصح الإجارة معه، لأن العمل هو المعقود عليه، فاشترط معرفته وضبطه بما ذكر كالمبيع.

(6/82)

مسائل: الأولى: يجوز استئجار بهيمة لإدارة الرحى، وتفتقر إلى معرفة الحجر بالمشاهدة، أو الصفة، لأن عملها فيه يختلف، وإلى تقدير العمل بالزمان كيوم أو بالطعام كقفيز، ويذكر جنسه إن اختلف، وإن أكرها لإدارة دولا، فلا بد من مشاهدته، ويقدر بالزمان وملء الحوض.

الثانية: يجوز استئجار كيال أو وزان لعمل معلوم، أو في مدة معينة بغير خلاف.

الثالثة: يجوز أن الاستئجار رجلا ليلزم غريما يستحق ملازمته، وعنه: يكره، وعنه: لا بأس به.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 87

الرابعة: يجوز الاستئجار لحفر الآبار والأنهار والفني كخدمة. ولا بد من تقدير العمل، ويفتقر إلى معرفة الأرض في الأصح، فإذا حفر بئرا، فعليه شيل التراب، فإن تهرر من جانبيه، أو سقطت بهيمة، لم يلزمه شيله، وكان على صاحب الأرض، فإن وصل إلى صخرة أو جماد يمنع الحفر، لم يلزمه، وله الفسخ، فإن فسح، فله من الأجر بقسط ما عمل، فيقسط الأجر على ما عمل، وعلى ما بقي، ولا يقسط على أذرع ونحوه، لأن أعلاه يسهل نقل التراب منه

بخلاف أسفله، ونبع الماء منه كالصخرة إذا ظهرت.  
الخامسة: يجوز أن يستأجر من يبيع له أثوابا معينة، فإن يستأجره على شراء  
ثياب معينة من رجل معين، أو على بيعها من رجل معين، ففي الصحة  
احتمالان.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 87

فصل

(6/83)

(الضرب الثاني: عقد على منفعة في الذمة مضبوطة بصفات، كالسلم،  
كخياطة ثوب وبناء دار، وحمل إلى موضع معين) نقول: يجوز للآدمي أن يؤجر  
نفسه بغير خلاف، لأن موسى عليه السلام أجر نفسه لرعاية الغنم، ولأنه ينتفع  
به مع بقاء عينه، أشبه الأرض، ثم إن كانت على مدة بعينها وعمل بعينه،  
فواضح، وإن كانت على عمل موصوف في الذمة، فيكون كالسلم، أي: لا بد أن  
يكون مضبوطا بصفات السلم ليحصل العلم به (ولا يكون الأجير فيها إلا آدميا)  
لأنها متعلقة بالذمة، ولا ذمة لغير الآدمي (جائز التصرف) لأنها معاوضة لعمل  
في الذمة، فلم يجز من غير جائز التصرف (ويسمى الأجير المشترك) لأنه  
يتقبل أعمالاً لجماعة، فتكون منفعته مشتركة بينهم، ويلزمه الشروع عقب  
العقد وإن ترك ما يلزمه - قال الشيخ تقي الدين بلا عذر - فتلف بسببه، ضمنه  
وله الاستنابة، فإن مرض، أو هرب، أكثرى من يعمله عليه، فإن شرط مباشرته  
بنفسه، فلا عمل ولا استنابة إذا وفي «المغني»: إن اختلف القصد فيه كنسج،  
لم يلزمه، ولا المكثري قبوله، وإن تعذر، فله الفسخ، وينفسخ العقد بتلف محل  
عمل معين. (ولا يجوز الجمع بين تقدير المدة والعمل كقوله: استأجرتك لتخيط  
لي هذا الثوب في يوم، لم يصح) في الأشهر، لأن الجمع بينهما يزيد الإجارة  
غررا لا حاجة إليه، لأنه قد يفرغ من العمل قبل انقضاء اليوم، فإن استعمل في  
بقيته فقد زاد على ما وقع العقد عليه، وإن لم يعمل، كان تاركا للعمل في  
بعضه، فهذا غرر يمكن التحرز منه، ولم يوجد مثله في محل الوفاق، فلم يجز  
العقد معه (ويحتمل أن يصح) هذا رواية، لأن الإجارة معقودة على العمل  
والمدة إنما ذكرت للتعجيل، فلا يفسد العقد، وكجعالة وفيها وجه قال في  
«التبصرة» وإن اشترط تعجيل العمل في أقصى ممكن، فله شرطه، وعليها  
إذا تم العمل قبل انقضاء المدة، لم يلزمه العمل في بقيتها كقضاء الدين قبل  
أجله، وإن مضت المدة قبل العمل، فللمستأجر الفسخ فإن رضي بالبقاء عليه،  
لم يكن للآخر

(6/84)

الفسخ فإن اختار إمضاء العقد، طالبه بالعمل فقط، كالمسلم إذا صبر عند  
التعذر، وإن فسح قبل العمل، سقط الأجر والعمل، وإن كان بعد عمل عمل  
بعضه، فله أجر المثل، لأن العقد انفسخ وسقط المسمى. (ولا تصح الإجارة  
على عمل يختص فاعله أن يكون من أهل القرية) أي: مسلما (كالحج) أي:  
النيابة فيه (والأذان ونحوهما) كإمامة صلاة، وتعليم قرآن في المشهور، لما

روى عبادة قال: علمت ناسا من أهل الصفة القرآن، فأهدى لى رجل منهم قوسا، فذكرت ذلك للنبي، فقال: «إن سرك أن يقلدك الله قوسا من نار فاقبلها» وعن أبي بن كعب أنه علم رجلاً سورة من القرآن، فأهدى له خميسة، أو ثوبا، فذكر ذلك للنبي، فقال: «إنك لو لبستها، ألبسك الله مكانها ثوبا من نار» رواهما الأثرم، ولأن من شرط هذه الأفعال كونها قريبة إلى الله تعالى، فلم يجر أخذ الأجرة كما لو استأجر قوما يصلون خلفه (وعنه: تصح) لأنه عليه السلام زوج رجلاً بما معه من القرآن، متفق عليه فإذا جاز تعليم القرآن عوضاً في النكاح، وقام مقام المهر، جاز أخذ الأجر عليه، ولحديث أبي سعيد في الرقية، ولأنه يجوز أخذ الرزق عليه من بيت المال، فجاز أخذ الأجر عليه، كبناء المساجد مع أن الحاجة داعية إلى الاستنابة في الحج وغيره، وكمن أعطى بلا شرط، نص عليه، وكجعالة وفيها وجهان، وفي «المنتخب» الجعل في حج كأجرة، والأول أصح، لأن تعليم القرآن وجعله صداقا فيه عنه اختلاف، وليس في الخبر تصريح به، فيحتمل أنه زوجه بغير صداق، إكراما له، كما زوج أبا طلحة أم سليم على إسلامه ولو سلم جوازه، فالفرق بين المهر والأجر أن المهر ليس بعوض محض، لأنه يجوز خلو العقد عن تسميته، ويصح مع فساده بخلاف الأجر، وأما الرقية/

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 89

(6/85)

فنص أحمد على جوازه، لأنها مداواة، والمأخوذ عليها جعل وفي حديث وفقه وجهان، أشهرها المنع، وكذا القضاء، قاله ابن حمدان، وجوز ذلك الشيخ تقي الدين لحاجة، ونقل حنبل: يكره للمؤذن أن يأخذ على أذانه أجرا، وظاهره أن ما لا يختص فاعله أن يكون من أهل القرية، فيجوز كتعليم الخط والحساب، وفي «المبهيج» لا مشاهرة، وله أخذ رزق على ما يتعدى نفعه، لا على ما لا يتعدى نفعه، كصوم وصلاة خلفه ونحوه.

(وإن استأجره ليحجمه صح) في الأصح، لما روى ابن عباس قال: احتجم النبي، وأعطى الحجام أجرة. قال ابن عباس: ولو كان حراما لم يعطه. متفق عليه، ولأنها منفعة مباحة لا يختص فاعلها أن يكون من أهل القرية، فجاز الاستئجار عليه، كالقصد والختان ونحوهما (ويكره للحر أكل أجرته) لقوله عليه السلام: «كسب الحجام خبيث» متفق عليه. ولا يلزم منه التحريم، فإنه قد سمي البصل والثوم خبيثين مع إباحتهما، وخص الحر بذلك تنزيها له، وعنه: يحرم، ومنع في «الشرح» أن يكون عن أحمد نصا بالتحريم، وإنما قال: نحن نعطيه كما أعطى النبي. وقال القاضي في «الخلافة»: يحرم على السيد خاصة دون سائر الأحرار، واستنبطه من كلام أحمد (ويطعمه الرقيق والبهايم) لقوله عليه السلام: «أطعمه ناضحك ورقيقك» رواه الترمذي وحسنه، وفي «الرعاية» مثله. وقيل: يكره وهو ظاهر، لأن الخبر يدل على إباحته، إذ غير جائز أن يطعم رقيقه ما يحرم أكله، فإن الرقيق آدمي يمنع منه ما يمنع الحر (وقال القاضي) والحلواني (لا تصح) الإجارة، نص عليه، وقدمه في «الرعاية» لظاهر الخبر، وكذا أخذه بلا شرط وجوزه في «الشرح» وبصرفه في علف دابته ومؤنة صناعته ويحل أكله وكذا جزم به الحلواني لغير حر.

(6/86)

(و للمستأجر استيفاء المنفعة بنفسه) لأن أصل العقد يراد للعاقِد، فلو شرط عليه استيفاؤها بنفسه، فقياس قول أصحابنا صحة العقد وبطلان الشرط، لأنه ينافي مقتضى العقد إذ موجه ملك المنفعة، والتسليط على استيفائها بنفسه ونائبه وقيل: يصح، لأنه قد يكون له غرض في تخصيصه (وبمثله) أي: إذا كان مثله في الضرر أو دونه، لأنه لم يزد على استيفاء حقه، فيعتبر كون راكب مثله في طول وقصر لا المعرفة بالركوب خلافاً للقاضي، لأن التفاوت في غير هذا يسير (ولا يجوز بمن هو أكثر ضرراً منه) لأن العقد اقتضى استيفاء منفعة مقدرة، فلا يجوز بأكثر منه، لأنه زائد على ما عقد عليه (ولا بمن يخالف ضرره ضرره) لأنه يستوفي أكثر من حقه أو غير ما يستحقه (وله أن يستوفي المنفعة) المعقود عليها من زرع أو بناء، لأنه هو المقصود (وما دونها في الضرر من جنسها) لأنه إذا كان له استيفاء نفس المعقود عليها، فما دونها أولى قال أحمد: إذا استأجر دابة ليحمل عليها تمرا، فحمل عليها حنطة أرجوز زرع أن لا يكون به بأس إذا كان الوزن واحداً (فإذا اُكثرت لزرع الحنطة فله زرع الشعير ونحوه) كباقلاء، لأنه دونه في الضرر، وعلم منه جواز زرع الحنطة، لأنها المعقود عليها، فلو قال: أزرع حنطة، ولا تزرع غيرها. فذكر القاضي بطلان الشرط، لأن مقتضى العقد استيفاء المنفعة كيف شاء، فلم يصح الشرط، وفيه وجه أنه لا يجوز له زرع غير ما عينه حتى لو وصف الحنطة بأنها سمراء، لم يجز أن يزرع بيضاءً لأنه عينه، فلم يجز العدول عنه كالدراهم في الثمن ورد بالفرق، والماء على رب الأرض (وليس له زرع دخن ونحوه) كقطن، لأنه فوقه في الضرر، فإن فعل، لزمه المسمى مع تفاوتهما في أجر المثل، نص عليه، وأوجب أبو بكر والمؤلف أجر المثل خاصة. ومثله لو سلك طريقاً أشق، قاله في «الشرح» و «الفروع» (ولا يملك الغرس ولا البناء) لما ذكرنا (وإن اُكترها لأحدها لم يملك الآخر) لأن ضرر كل واحد يخالف ضرر الآخر، لأن

(6/87)

الغرس يضر بباطن الأرض والبناء يضر بظاهرها (وإن اُكترها للغرس ملك الزرع) لأن ضرره أقل من ضرر الغرس وهو من جنسه، لأن كلاهما يضر بباطن الأرض، وإن اُكترها للبناء هل يملك الزرع؟ وفيه وجهان. تنبيه: إذا اُكثرت أرضاً ليزرعها أو يغرسها، لم يصح لعدم التعيين، فلو قال: لزرع ما شاء أو غرسه، أو وغرسه، صح في الأصح فيهما كزرع ما شئت، وغرس ما شئت، وإن أطلق وتصلح لزرع وغيره، صح في الأصح، وقال الشيخ تقي الدين: إن أطلق، أو قال: انتفع بها بما شئت، فله زرع وغرس وبناء.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 92

(6/88)

(وإن اكرتري دابة الركوب أو الحمل، لم يملك الآخر) لاختلاف الضرر، لأن الرأكب يعين الظهر بحركته، فلا يملك الحمل، والركوب أشد على الظهر، لأنه يقعد في مكان واحد، والمتاع يتفرق على جنبه، فلا يملك الركوب، فإذا اكرتها لحمل دقيق من طاحون، فلم يجده طحن، وجبت أجرتها، وإن اكرتها إلى بلد، فله الركوب إلى مقره، وقيل: بل إلى أول عمارته (وإن اكرتها لحمل الحديد أو القطن، لم يملك حمل الآخر) على المعروف، لأنه إذا اكرتها لحمل الحديد، لم يحمل قطناً، لأنه يتجافى، وتهب في الريح، فيتعب الظهر، وعكسه ولأن الحديد يجتمع في موضع واحد، فيثقل عليه، وقيل: بلى بوزنه، ولا يضمن الدابة (فإن فعل) كان ضامناً (وعليه أجرة المثل) لأنه عدل عن المعقود عليه إلى غيره، أشبه ما لو استأجر أرضاً، فزرع غيرها (وإن اكرتها لحمولة شيء فزاد عليه، أو إلى موضع، فجاوزه، فعليه الأجرة المذكورة) أي: المسماة لاستيفاء المعقود عليه متميزاً عن غيره (وأجرة المثل للزائد ذكره الخرقى) قال القاضي: لا يختلف فيه أصحابنا، أي: في الثانية وحكاة أبو الزناد عن الفقهاء السبعة، لأنه متعدد في ذلك، فهو كغاصب (وقال أبو بكر: عليه أجرة المثل للجميع) لأنه عدل عن المعقود عليه إلى غيره، أشبه ما لو فعل بغير إجارة، ولم يصرح به أبو بكر فيما إذا اكرتري لحمولة شيء، فزاد عليه، وإنما أخذ ذلك من قوله: إذا استأجر أرضاً لزرع شعير، فزرعها حنطة أن عليه أجرة المثل لجميع، فجمع القاضي بين مسألة الخرقى، ومسألة أبي بكر، فينقل كلا منهما إلى الأخرى لتساويهما في أن الزيادة لا تتميز، فيكون فيهما وجهان، وليس كذلك، فإنه يفرق بينهما، فإن ما حصل التعدي فيه في الحمل متميز بخلاف الزرع، فإنه متعدد به كله، أشبه الغاصب ولهذا علل أبو بكر بالعدول عن المعقود عليه، فالحاقها بما إذا اكرتري إلى موضع، فجاوزه أشد لشدة شبهها به وهو الذي قطع به في «الكافي» و«المحرر» مع أن أحمد نص في الزرع أنه

(6/89)

ينظر ما يدخل على الأرض من النقصان، فيعطاه رب الأرض، فيقال: أجرة مثلها إذا زرعتها حنطة مائة وأجرة مثلها إذا زرعتها شعيراً ثمانون، فالواجب ما بينهما وهو عشرون. ونظيره هما لو اكرتري غرفة ليجعل فيها أفقزة معلومة، فزاد عليها، ولو اكرتها ليجعل فيها قطن، قنطار فجعل قنطار حديد، ففي الأولى له المسمى، وأجراء الزيادة، وفي الثانية يخرج فيها الخلاف في مسألة الزرع (وإن تلفت ضمن قيمتها) سواء تلفت في الزيادة، أو بعد ردها إلى المسافة، لأنه متعدد، أشبه الغاصب (إلا أن تكون في يد صاحبها) ولا شيء عليها (فيضمن نصف قيمتها في أحد الوجهين) لأنه اجتمع عليها يدان: يد صاحبها ويد المستأجر، فالذي يقابله النصف، فيضمن، وكما لو زاد شوطاً في الحد. والثاني: تلزمه القيمة كلها حيث لم يرض مالكةا وهو المذهب، ونصره الأكثر إناطة بالتعدي وسكوت صاحبها لا يدل على الرضى، كما لو أبيع ملكه وهو ساكت لم يمنعه. وذكر القاضي في الشرح الصغير أنه لا ضمان لوجود يد المالك، وذكر في موضع آخر إن تلفت في يد راكمها أو له عليها حمل، ضمنها، وإن كان سلمها لمالكها ليسقيها، أو ليمسكها، فلا ضمان عليه، ووافق في

«المغني» و «الشرح» على ذلك إلا أنهما استثنيا فيما إذا تلفت في يد مالكةا بسبب تعيها من الحمل ونحوه. فالضمان على المتعدي. كما لو ألقى حجرا في سفينة موقرة، فغرقها، ولا يسقط الضمان بردها إلى المسافة.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 92

فرع: لو اكرى زورقا، فزواه مع زورق، فغرقا ضمن، لأنها مخاطرة لاحتياجهما إلى المساواة ككفة الميزان، كما لو اشترى ثورا لاستيفاء الماء، فجعل فدانا.

(6/90)

أصل: إذا اكرى لنسخ كتاب يباح ما فيه أو خياطة، أو قصارة، أو صيغ أو كحل، أو مداواة جرح، صح، ولزمه حبر وخيوط وكحل ومرهم ونحو ذلك: وقيل يلزم مستأجر وهو معنى ما في «المستوعب». وقيل: بل يتبع العرف: وقيل: الكل على الأجير إلا الخيوط، فإنها على المستأجر. وجزم في «الشرح» أنه لا يجوز اشتراط الدواء على الطبيب بخلاف الكحل للحاجة إليه. وليس له محادثته حال النسخ، وإن أخطأ الناسخ بشيء يسير، عفي عنه، وإن كثر، فلا وهو عيب يرد به.

مسألة: استأجره مدة، فكحله، فلم تبرأ عينه، استحق الأجر في قول الأكثر، فإن شارطه على البرء، فهي جعالة، فلو برأ بغير كحله، أو تعذر من جهة المستأجر، فله أجر مثله.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 92

فصل

(ويلزم المؤجر كل ما يتمكن به من النفع كزمام الجمل) وهو الذي يقوده به (ورحله وحزامه) بكسر الحاء وهو ما تحزم به البردعة ونحوها (والشد عليه) وشد الأحمال والمحامل أو الرفع والحط ولزوم البعير لينزل لصلاة الفرض) وقضاء حاجة الإنسان والطهارة، ويدع البعير واقفا حتى يقضي ذلك، وفرض الكفاية كالعين، وذكر جماعة أن نزوله لسنه راتية كفرض، فإن كان الراكب لا يقدر على الركوب، والبعير قائم، فعلى الجمال أن يترك له البعير لركوبه، وإلا لم يلزمه، فإن كان قويا حال العقد، ثم عرض الضعف، أو بالعكس، فالاعتبار بحال الركوب، لأن العقد اقتضى ركوبه بحسب العادة، قاله في «الشرح» وفي آخر: لا، فلو أراد إطالة الصلاة، فطالبه الجمال بقصرها، لم يلزمه، والمشى المعتاد قرب المنزل لا يلزم راكبا ضعيفا، أو امرأة وإن كان جلدا قويا، فاحتمالان.

(6/91)

فرع: أجرة دليل وبكرة وحبل ودلو على مكثر كمحمل وغطاء ووظاء فوق الرحل قال في «الترغيب» وعدل القماش على مكر إن كانت في الذمة (ومفاتيح الدار) أي: عليه تسليم مفاتيحها، لأن عليه التمكين من الانتفاع، وبه يحصل، وهي أمانة في يد المستأجر (وعمارتها) فلو سقط حائط أو خشبة أو أنكسرت، فعليه بناء الحائط، وإبدال الخشبة، وتبليط الحمام، وعمل الأبواب والبرك، ومجرى الماء، لأن بذلك يحصل الانتفاع، ويتمكن منه (وما جرت عادته

به) كالقرب للجمال والسرج واللجام للفرس، والبردعة والإكاف للبلع والحمار، لأن العادة جارية به، ويلزمه سائق وقائد، قاله في «الفروع». وذكر في «المغني» و «الشرح» إن كانت الإجارة على تسليم الراكب البهيمه ليركبها لنفسه، فكل ذلك عليه وقد سلمها، وتنظيف السطح من الثلج على المؤجر قاله في «التلخيص» (فأما تفريغ البالوعة والكنيف) وما في الدار من زبل وقمامة ومصارف حمام (فيلزم المستأجر) تنظيفها (إذا استلمها فارغة) من ذلك، لأنه حصل بفعل المكترى، فكان عليه تنظيفه، كما لو طرح فيها قماشاً. مسألة: إذا شرط على مكترى الحمام أو غيره أن مدة تعطيله عليه، لم يصح لأنه لا يجوز أن يؤجره مدة لا يمكن الانتفاع في بعضها، ولا يجوز أن يشترط أنه يستوفي بقدرها بعد انقضاء مدته، لأنه يؤدي إلى جهالة مدة الإجارة، فإن أطلق وتعطل، خير بين الإمساك بكل الأجر، وبين الفسخ، وقيل: له أرش العيب، فإن لم يعلم به حتى انقضت المدة، فعليه جميع الأجر. وإن شرط أن ينفق مستأجر ما يحتاجه من عمارة واجبة، لم يصح، فإن أنفق بناء على هذا الشرط، رجع به على الأجر، ويقبل قوله في قدره، لأنه منكر، وإن أنفق بغير إذنه، فلا رجوع بشيء.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 97

(6/92)

خاتمة: يصح كراء العقبة ومعناه: أن يركب في بعض الطريق، ويمشي في بعض، ولا بد من العلم به إما بالفراسخ، أو بالزمان. فإن شرط أن يركب يوماً ويمشي آخر، جاز، فإن أطلق، فاحتمالان، وإن اكرى اثناً جملًا يتعاقبان عليه، جاز. والاستيفاء بينهما بحسب الاتفاق، فإن تشاحا، قسم بينهما بالفراسخ، أو بالزمان، وإن اختلفا في البادي منهما، أفرع بينهما في الأصح.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 97

فصل

(6/93)

(والإجارة عقد لازم من الطرفين) لأنها عقد معاوضة، أشبهت البيع، ولأنها نوع من البيع، وإنما اختصت باسم كالصرف والسلم (ليس لأحدهما فسخها) للزومها إلا أن يجد العين معيبة عيباً لم يعلم به فله الفسخ بغير خلاف نعلمه، لأنه عيب في المعقود عليه، فأثبت الخيار كالعيب في المبيع والعيب الذي يرد به ما تنقص به المنفعة كالبيعير الذي يتأخر عن القافلة، وربض البهيمه بالحمل، وكونها جموحاً أو عضوضاً ونحوه، وفي المكترى للخدمة ضعف البصر والجنون، وفي الدار انهدام الحائط، والخوف من سقوطها، وانقطاع الماء من بئرها، فإن رضي بالمقام، لزمه جميع الأجر، وإن اختلفا فيه، رجع إلى أهل الخبرة. هذا إذا كان العقد على العين، فإن كانت موصوفة في الذمة، لم تنفسخ. وعلى المكري إبداله كالمسلم فيه، فإن عجز عن الإبدال، أو امتنع منه، فله الفسخ (فإن بداله قبل تقضي المدة فعليه الأجرة) لأنها عقد لازم يقتضي أن يملك المؤجر الأجر والمستأجر المنافع، وقد وجدت فترتب مقتضاها، فإن سكن



الآجر بعض المدة، فهل تلزمه أجره المثل، أو بالقسط؟ على وجهين (وإن حوله المالك قبل تقضيها) أي: تقضي المدة المعقود عليها (لم يكن له أجره لما سكن، نص عليه) وعليه الأصحاب، لأنه لم يسلم له ما تناوله عقد الإجارة، فلم يستحق شيئاً، كما لو استأجره ليحفر له عشرين ذراعاً، فحفر بعضها، وامتنع من الباقي، أو ليحمل له كتاباً إلى بلد، فحمله بعض الطريق (ويحتمل أن له من الأجرة بقسطه) وهو قول أكثر الفقهاء، لأنه استوفى ملك غيره على وجه المعاوضة، فلزمه عوضه كالمبيع إذا استوفى بعضه، ومنعه المالك بقيته، والأول أولى.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 99

(6/94)

تنبيه: إذا أبى المؤجر تسليم ما أجره، أو منع مستأجره الانتفاع به كل المدة، فله الفسخ وجهاً واحداً، ذكره في «المغني» و «الشرح» وقيل: يبطل العقد مجاناً «وكذا إذا اكترى عبده للخدمة مدة، وامتنع من تمامها، أو أجر نفسه لبناء حائط أو خياطة، وامتنع من إتمام العمل مع القدرة عليه. (وإن هرب الأجير حتى انقضت المدة انفسخت الإجارة) لأن المعقود عليه يفوت بانقضائها، أنثبه تلف العين، وظاهره أنها لا تنفسخ قبل انقضائها، وصرح به في «المغني»، لأن المدة إذا لم تنقض لم يفت المعقود عليه، وفيه شيء، فقد فات بعضه (وإن كانت على عمل في الذمة) كخياطة ثوب، وبناء حائط، أو حمل إلى موضع معلوم، استؤجر من ماله من يعمل العمل، فإن تعذر (خير المستأجر بين الفسخ والصبر) لأنه عمل في الذمة ليس له مدة يفوت بفواتها، وقيل: يبطل العقد، ولا أجره له في زمن الهرب، وقيل: ولا قبله. وحكم من أجر نفسه مدة وهرب، أو امتنع من العمل كذلك، وكذا لو أجره دابة، ثم شردت (وإن هرب الجمال، أو مات، وترك الجمال، أنفق عليها الحاكم من مال الجمال) إن كان له مال، لأن نفقة الحيوان واجبة على المالك وهو غائب، والحاكم نائبه (أو أذن للمستأجر في النفقة عليها) من ماله بالمعروف، ليكون ديناً عليه، لأنه موضع حاجة، ولأن إقامة أمين غير المستأجر تشق، وتتعدر مباشرته كل وقت، فإذا رجع، واختلفا في النفقة، فإن كان الحاكم قدرها، قبل قول المستأجر فيها، وكذا إن كانت غير مقدرة، وكانت بالمعروف لأنه أمين، فإن لم يجد حاكماً، أو عجز عن استئذانه، فله أن ينفق عليها، فإن نوى الرجوع، وأشهد، رجع وإن لم يشهد، فوجهان، وقياس المذهب أنه يرجع قياساً على نفقة الأبوق وعيال الغائب، قاله في «المغني»، فإن أنفق من غير استئذان مع القدرة عليه، وأشهد على ذلك، ففي رجوعه وجهان. فإن لم يكن مع المستأجر مال ينفق عليها، لم يجز أن يبيع منها شيئاً، لأنه إنما يكون من المالك، أو نائبه، أو من له ولاية

(6/95)

عليه (فإذا انقضت الإجارة باعها الحاكم) لما ذكرنا وكذا إن كان فيها فضلة عن الكراء (ووفى المنفق) لأن في ذلك تخليصاً لذمة الجمال، وإيفاء لحق صاحب

النفقة (وحفظ باقي ثمنها لصاحبه)، لأن الحاكم يلزمه حفظ مال الغائب، فلو هرب الجمال بجماله، ولم يجد المستأجر ما يستوفي منه حقه، فله الفسخ، لأنه تعذر عليه قبض المعقود عليه، فإن فسخ وكان الجمال قد قبض الأجر، فهو دين في ذمته. وإن اختار المقام وكانت على عمل في الذمة، فله ذلك فيطالبه متى قدر عليه، وإن كانت على مدة، وانقضت في هربه، انفسخت الإجارة، وإن كان العقد على موصوف غير معين، لم يفسخ العقد، ويرفع الأمر إلى الحاكم، فإن وجد له مالاً، اكترى به وإلا اقترض عليه ما يكتري به. فإن دفعه ليكتري لنفسه، جاز، وإن كان القرض من المكتري، جاز، وصار ديناً في ذمة الجمال، وإن كان العقد على معين، لم يجز إبداله، لأن العقد تعلق بعينه فيخير المكتري. (وتنفسخ الإجارة بتلف العين فيخبر المعقود عليها) كدابة نفقت وعيد مات، لأن المنفعة زالت بالكلية بتلف المعقود عليه، فانفسخت كتلف المبيع قبل قبضه، وله أحوال.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 99

(6/96)

أحدها: أن تتلف العين قبل قبضها، ولا خلاف في انفساخها. الثاني: أن تتلف عقب قبضها، وقبل مضي مدة لا أجر لها فتفسخ أيضاً، ويسقط الأجر عند عامة الفقهاء. الثالث: أن تتلف بعد مضي بعض المدة، فينفسخ فيما بقي من المدة خاصة في الأصح كما لو اشترى صبرتين، فقبض إحداهما، وتلفت الأخرى بأمر سماوي قبل قبضها، ثم إن كان آخر المدة متساوياً وقد استوفى نصفها، فعليه نصف الأجرة، وإن اختلف بأن يكون أجرها في الصيف أكثر من الشتاء، أو بالعكس، فإن الأجر المسمى يقسط على ذلك، فإذا قيل: أجرها في الصيف يساوي مائة، وفي الشتاء يساوي خمسين وكان قد سكن الصيف: فعليه بقدر ثلثي المسمى، وقيل: يلزمه بحصته من المسمى (وموت الصبي المرتضع) لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه، لكون غيره لا يقوم مقامه لاختلافهم في الرضاع وقد يدر اللبن على ولد دون آخر، فإن كان موته عقب العقد، زالت الإجارة من أصلها، ورجع المستأجر بالأجر كله، وإن كان بعد مضي مدة، رجع بحصة ما بقي، وكذا يفسخ بموت المرضعة لفوات المنفعة بهلاك محلها، وعنه: لا يفسخ بموتها اختاره أبو بكر، ويجب في مالها أجر من ترضعه تمام الوقت كالدين.

وجوابه: بأن المعقود عليه هلك، أشبه هلاك البهيمة المستأجرة (وموت الراكب إذا لم يكن من يقوم مقامه في استيفاء المنفعة) بأن لم يكن له وارث، أو كان غائباً، كمن يموت بطريق مكة، ويترك جملة، فظاهر كلام أحمد أنها تنفسخ فيما بقي، لأنه قد جاء أمر غالب يمنع المستأجر منفعة العين، أشبه ما لو غصبت، ولأن بقاء العقد ضرر في حقهما، وظاهره أنها لا تنفسخ إذا كان له من يقوم مقامه لأن الاستيفاء غير متعذر، وبه يحصل الجمع بين هذا، وبين قوله: ولا تنفسخ بموت المكري والمكتري (وانقلاع الضرس الذي اكترى لقلعه أو برئه) لتعذر استيفاء المعقود عليه كالموت، فإن لم يبرأ، وامتنع المستأجر من قلعه لم يجبر (ونحو هذا) كاستئجار طبيب ليداويه، فبرأ.

(6/97)

---

تنبيه: ظاهره أن المستأجر إذا أتلّف العين، فإنها يثبت فيها ما تقدم ويضمن ما أتلّف، ومثله جب المرأة زوجها، فإنها تضمن، ولها الفسخ. (وإن اكرت داراً، فانهدمت أو أرضاً للزرع، فانقطع ماؤها، انفسخت الإجارة فيما بقي من المدة في أحد الوجهين) هذا مقتضى كلام الخرقى، و«الوجيز»، وقطع به ابن أبي موسى وغيره، واختاره المؤلف، وقدمه في «الفروع» لأن المقصود بالعقد قد مات، أشبه ما لو تلف، وقيل: وتنفسخ فيما مضى (وفي الآخر يثبت للمستأجر خيار الفسخ) صححه في «التلخيص»، وقاله القاضي في الدار لإمكان الانتفاع بالعرضة بنصب خيمة، أو جمع حطب ونحو ذلك، أشبه نقص العين، أما لو زالت منافعها بالكليّة، أو الذي بقي فيها لا يباح استيفاؤه بالعقد كدابة استأجرها للركوب، فصارت لا تصلح إلا للحمل، فإنه يفسخ العقد وجهاً واحداً، وقال القاضي في الأرض والتي انقطع ماؤها: لا تنفسخ الإجارة وبخير، فإن اختار المقام، لزمه جميع الأجر، وإن لم يختر الفسخ، ولا الإمضاء، إما لجهله بأن له الفسخ، أو لغير ذلك، فله الفسخ.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 99

فرع: إذا أجره أرضاً بلا ماء، صح، فإن أطلق، فاختر المؤلف صحتها مع علمه بحالها، وقيل: لا كظنه إمكان تحصيله، وإن ظن وجوده بالأمطار وزيادة الأنهار، صح، جزم به جماعة كالعلم، وفي «الترغيب» وغيره وجهان.

(6/98)

---

(ولا تنفسخ بموت المكري والمكترى) نص عليه، وقاله أكثر العلماء لأنها عقد لازم، فلم يفسخ بموت العاقد مع سلامة المعقود عليه، وعنه: تنفسخ بموت مكتر لا قائم مقامه كبرء ضرر اكرت لقلعه، لأن استيفاء المنفعة يتعذر بموته. وجوابه: بأن المستأجر قد ملك المنافع، وإن الأجرة قد ملكت عليه كاملة وقت العقد، ويلزمهم ما لو زوج أمته، ثم مات. وفي «الرعاية» من استؤجر لحج أو عمرة، فمات، بطل العقد، وعنه: لا بل وارثه كهو، وقيل: إن مات قبل الإحرام، فلا أجرة له، وقيل: له أجرة المثل لما قطع من المسافة الواجب قطعها، وإن مات بعد الأركان، فله الأجرة، وعليه دم لما بقي. وإن عمل بعضها، فله بقدر ما عمل وعليه أجرة من يعمل الباقي (ولا) تنفسخ (بعذر لأحدهما مثل أن يكتري للحج فتضيع نفقته أو دكانا فيحترق متاعه) في قول الجماهير، لأنه عقد لا يجوز فسخه لغير عذر، فلم يجز لعذر من غير المعقود عليه كالبيع، وبفارق الإباق، فإنه عذر في المعقود عليه.

(6/99)

---

(وإن غصبت العين، خير المستأجر بين الفسخ ومطالبة الغاصب بأجرة المثل) لأن في عدم ثبوت الخيار تأخيراً لحقه، ولأن تعذر الانتفاع بذلك من غير جهته عيب في المعقود عليه، فملك الخيرة به كالعيب في المبيع. وحينئذ له الخيار بين الفسخ والرجوع بالمسمى فيما بقي من المدة، وبين البقاء على العقد،

ومطالبة الغاصب بأجرة المثل، ولم يفسخ العقد بمجرد الغصب، لأن المعقود عليه، لم يفت مطلقاً، بل فات إلي بدل، وهو القيمة، أشبه ما لو أتلقت الثمرة المبيعة أدمي قبل قطعها وخرج أبو الخطاب الانفساخ إن قيل بعدم ضمان منافع الغصب، وفي «الانتصار» تنفسخ تلك المدة والأجرة للمؤجر لاستيفاء المنافع على ملكه، فلو غصبها مالکها فلا شيء له مطلقاً، نص عليه، وقيل: بلى كغصب وغيره (فإن فسخ فعليه أجرة ما مضى) وكان الحكم فيه كما لو انفسخ العقد بتلف العين، فإن ردت في أثناء المدة، ولم يكن فسخ استوفى ما بقي منها، ويكون فيما مضى مخيراً، فإن كانت الإجارة على عين موصوفة في الذمة، لزمه بدلها، فإن تعذر، فله الفسخ وإن كانت على عين معينة لعمل، خير بين الصبر والفسخ إلى أن يقدر عليها (وقال الخرقي: وإن جاء أمر غالب يحجز المستأجر عن منفعة ما وقع عليه العقد فعليه من الأجرة بقدر مدة انتفاعه) هذا تأكيد لوجوب الأجرة فيما مضى، وقوله شامل لغصب العين وتلفها وحوادث ما يمنع من الانتفاع بها، كأنهدام دار، وغرق الأرض، وحوادث خوف عام، لأنه أمر غالب، فثبت له الخيار كغصب العين، فلو كان خاصاً بالمستأجر أقرب أعدائه، أو حلولهم في طريقه، لم يملك الفسخ كمرضه وحبسه.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 99

(6/100)

---

(ومن استؤجر لعمل شيء) في الذمة ولم يشترط عليه مباشرته (فمرض، أقيم مقامه من عمله) ليخرج من الحق الواجب في ذمته كالمسلم فيه (والأجرة عليه) أي على المريض، لأنها في مقابلة ما وجب عليه، ولا يلزم المستأجر إنظاره، لأن العقد بإطلاقه يقتضي التعجيل ما لم يختلف القصد فيه كالفسخ، فإن كانت الإجارة على عينه في مدة أو غيرها كان تخيط لي أنت هذا الثوب، لم يرق غيره مقامه كالبيع، بل يخير المستأجر بين الفسخ والصبر حتى يتبين له الحال (فإن وجد العين معينة، أو حدث بها عيب) وهو ما يظهر به تفاوت الأجر (فله الفسخ) إن لم يزل بلا ضرر يلحقه والإمضاء مجاناً، وظاهره أنها لا تنفسخ بذلك، وهو مخير بين الإمساك بكل الأجر، ذكره ابن عقيل وحزم به في «المغني» و«الشرح»، وذكر المجد والجد مع الأرش في قياسه المذهب، وبين الفسخ استدراكاً لظلامته، ولا يبطل الخيار بالتأخير (فإن فسخ، فعليه أجرة ما مضى) لأن المنافع لا يحصل قبضها إلا بالاستيفاء، فإن بادر المكري إلى إزالته من غير ضرر يلحق المستأجر كإصلاح تشعب الدار، فلا خيار له لعدم الضرر، فإن سكنها مع عيبها، علم أو لم يعلم، ولو احتاجت إلى تجديد فإن جدد، وإلا فسخ، وليس له إجبارة على التجديد في الأصح.

(6/101)

---

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

عذر، فإن أمضاه، فله الأرش كعيب الأعيان، وإن فسخ، فعليه القسط قبل القبض، ثم أجرة المثل إلى كماله، وما لم يرو من الأرض، فلا أجرة له اتفاقاً، ذكره في «الفروع». (وبجوز بيع العين المستأجرة) نص عليه، سواء باعها لمستأجرها، أو لغيره، لأنها عقد على المنافع، فلم يمنع الصحة كبيع الأمة المزوجة، ولأن يد المستأجر على المنافع والبيع على الرقبة، فلا يمنع ثبوت اليد على أحدهما تسليم الآخر وإن منعت التسليم في الحال، فلا تمنعه في الوقت الذي يجب فيه التسليم وهو عند انقضاء الإجارة، وتكفي القدرة على التسليم حينئذ كالمسلم فيه، ولمشتر الفسخ، أو الامضاء إن لم يعلم ذكره في «المغني» و «الشرح» لأن ذلك عيب، قاله أحمد، وفي «الرعاية» له الأرش مع الإمساك وإن علم ورضي، لم يتصرف في العين حتى تفرغ المدة. (ولا تنفسخ الإجارة) لأنها سابقة على عقد البيع، واللاحق لا يوجب فسخ السابق كما لو زوج أمته، ثم باعها (إلا أن يشتريها المستأجر فتفسخ في إحدى الروايتين) كذا أطلقهما في «الفروع» وحكاهما في «المغني» و «الشرح» وجهين، أحدهما: يفسخ فيما بقي من المدة، لأن ملك الرقبة لما منع ابتداء الإجارة منع استدامته، فعلى هذا يسقط عن المشتري الأجر فيما بقي، كما لو تلفت العين، وإن كان المؤجر قبض الأجر كله حسب عليه من الثمن إن كان من جنسه. والثانية وهي الأصح: لا تنفسخ، لأنه ملك المنفعة بعقد، ثم ملك الرقبة بآخر، فلم يتنافيا، كملك الثمرة، ثم الأضيل، فيجتمع على المشتري الأجر والثمن للبايع، كما لو كان المشتري غيره، ولو أجرها لمؤجرها، فإن قلنا: لا تنفسخ، صح وإلا فلا.

(6/102)

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 99  
 فرع: إذا ورث المستأجر العين المؤجرة، أو وهبت له، أو أخذها بوصية أو صداق، أو عوض في خلع، أو في صلح ونحوه، فالحكم فيه كما لو اشتراها.  
 رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 99  
 فصل

(ولا ضمان على الأجير الخاص) نص عليه (وهو الذي يسلم نفسه إلى المستأجر) أي: يقع عليه العقد مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه في جميعها سوى فعل الصلوات الخمس في أوقاتها بسننها، وصلاة جمعة وعيد ولا يستتیب، وسمي خاصاً لاختصاص المستأجر بنفعه تلك المدة، وقيل: هو من سلم نفسه لعمل معلوم مباح (فيما يتلف يده) الجار ومجروره متعلق بقوله: ولا ضمان، لأن عمله غير مضمون عليه، فلم يضمن ما تلف به كالقصاص، ولأنه نائب عنه المالك في صرف منفعه فيما أمر به، فلم يضمن كالوكيل (إلا أن يتعدى) لأنه تلف بتعديبه، أشبه الغاصب قال جماعة أو تفريط، ومثله في «الشرح» بالخبار، إذا أسرف في الوقود، أو ألزمه قبل وقته، أو بتركه بعد وقته حتى يحترق، وفيه شيء وذهب ابن أبي موسى أنه يضمن ما جنت يده. وعن أحمد: يضمن ما تلف بأمر خفي لا يعلم إلا من جهته.

(6/103)

(ويضمن الأجير المشترك) وهو من قدر نفعه بعمل كخياطة ثوب، أو بناء حائط، وسمي مشتركا، لأنه يتقبل أعمالاً لجماعة في وقت واحد يعمل لهم، فيشتركون في منفعته في منفعته كالحائك والقصار والطباخ والحمال، فكل منهم ضامن (ما جنت يده من تخريق الثوب وغلظه في تفصيله) روي ذلك عن عمر وعلي وشريح والحسن، لأن عمله مضمون عليه، لكونه لا يستحق العوض إلا بالعمل، وإن الثوب لو تلف في حرزه بعد عمله لم يكن له أجره فيما عمل فيه بخلاف الخاص وما تولد منه يجب أن يكون مضمونا كالعدوان بقطع عضو، وظاهره لا فرق بين أن يعمل في بيته، أو بيت المستأجر، وهو ظاهر كلام أحمد و الخرقى ولا أن يكون المستأجر على المتاع، وصرح به القاضي في «تعليقه» وجماعة، لأن ضمانه لجنايته، واختار القاضي في «المجرد» وأصحابه أنه يضمن إن كان عمله في بيت نفسه، فأما إن كان في ملك المستأجر من خياطة ونحوها، فلا.

(ولا ضمان عليه فيما تلف من حرزه أو بغير فعله) في ظاهر المذهب، وعليه أكثر الأصحاب، لأن العين في يده أمانة، أشبه المودع. وعنه: إن كان التلف بأمر خفي كالضياح ونحوه، ضمن للثمة (ولا أجره له فيما عمل فيه) لأنه لم يسلم عمله إلى المستأجر فلم يستحق عوضه كالمبيع من الطعام إذا تلف في يده بئعه قبل تسليمه، وظاهره مطلقا، سواء كان في بيت المستأجر أو غيره، بناء كان أو غيره، وفي «المحرر»: إلا ما عمله في بيت ربه وعنه: إن كان بناء، وعنه: ومنقول عمله في بيت ربه، وفي «الفنون» له الأجره مطلقا، لأن وضعه النفع فيها عينه له كالتسليم إليه، كدفعه إلى البائع غرارة، وقال: ضع الطعام فيها، فكاله فيها، كان ذلك قبضا، لأنها كيده (وعنه: يضمن مطلقا) لقوله عليه السلام: «وعلى اليد ما أخذت حتى تؤديه» ولأنه قبض العين لمنفعة نفسه من غير استحقاق، فلزمه ضمانها كالمستعير، قال صاحب «التلخيص»: ومحل الروايات إذا لم تكن يد المالك عليها، فإن كانت، فلا ضمان بحال.

(6/104)

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 108  
فرع: إذا استعمل مشترك خاصا، صح، ولكل منهما حكم نفسه (ولا ضمان على حجام ولا ختان ولا بزاع) وهو البيطار (ولا طبيب) خاصة كان كل منهم، أو مشتركا (إذا عرف منهم حذق الصنعة ولم تجن أيديهم) لأنه فعل فعلاً مباحاً، فلم يضمن سرايته كحد، لأنه يمكن أن يقال: أقطع قطعاً لا يسري بخلاف دق دقا لا يخرقه، واقتضى ذلك أنهم إذا لم يكن لهم حذق في الصنعة أنهم يضمنون، لأنه لا تحل لهم مباشرة القطع، فإذا قطع، فقد فعل محرماً، فيضمن سرايته، بدليل قوله عليه السلام: «من تطيب بغير علم، فهو ضامن» رواه أبو داود، فلو كان فيهم حذق الصنعة، وجنت أيديهم بأن تجاوز الختان إلى بعض الحشفة، أو تجاوز الطبيب بقطع السلعة موضعها، أو بالة كالة يكثر ألمها، وجبت، لأن الإتيان لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ، وكما لو قطعه ابتداءً، وحكى ابن أبي موسى إذا ماتت طفلة من الختان، فديتها على عاقلة خانتها، قضى به عمر بن الخطاب وأنه لو استأجر لحلق رؤوس يوماً، فجنى عليها

بجراحة، لا يضمن كجنايته في قصاره ونحوها. ويعتبر لعدم الضمان في ذلك إذن مكلف أو ولي، وإلا ضمن واختار في «الهدى»: لا يضمن لأنه محسن.

(6/105)

(ولا ضمان على الراعي إذا لم يتعد) بغير خلاف نعلمه إلا ما روي عن الشعبي فلو جاء بجلد شاة، وقال: هذا جلد شاتك، قبل قوله، وعنه: لا، والصحيح الأول، لأنه مؤتمن على الحفظ، أشبه المودع، ولأنها عين قبضت بحكم الإجارة، أشبهت العين المستأجرة، واقتضى ذلك أن ما تلف بتعديه أنه ضامن له بغير له بغير خلاف، وجواز إجارة الراعي وقصة شعيب مع موسى عليه السلام شاهدة بذلك، فإذا عقد على معينة، تعينت في الأصح فلا يبدلها، ويبطل العقد فيما تلف منها. وإن عقد على موصوف، ذكر نوعه وكبره وصغره، إلا أن تكون ثم قرينة، أو عرف صارف إلى بعضها، ولا يلزمه رعي سخالها، فإن ذكر عددا، تعين، وإن أطلق، لم يجز، وقال القاضي، يصح ويحمل على العادة (وإذا حبس الصانع الثوب على أجرته فتلف، ضمنه) لأنه لم يرهنه عنده، ولا أذن له في إمساكه، فلزمه الضمان كالغاصب، وقال ابن حمدان: إن كان صبغه منه، فله حبسه، وإن كان من رب الثوب أو قد قصره، احتمل وجهين، وفي «المنثور» إن خاطه، أو قصره وغزله، فتلف بسرقة، أو نار، فمن مالكة ولا أجره، لأن الصنعة غير متميزة، كقفيز من صبرة، ويستثنى على الأول ما إذا أفلس مستأجره، ثم جاء بئعه يطلبه فللصانع حبسه. (وإن تلف الثوب بعد عمله خير المالك) لأن الجناية على ماله، فكانت الخبرة إليه دون غيره/ (بين تضمينه إياه غير معمول ولا أجره له) لأن الأجرة إنما تجب بالتسليم ولم يوجد/ (وبين تضمينه إياه معمولاً ويدفع إليه أجرته) لأنه لو لم يدفع إليه الأجرة، لاجتمع على الأجير فوات الأجرة، وضمن ما يقابلها ولأن المالك إذا ضمنه ذلك معمولاً يكون في معنى تسليم ذلك معمولاً، فيجب أن يدفع إليه الأجرة لحصول التسليم الحكمي، ويقدم قوله في صفة عمله، ذكره ابن رزبن، ومثله تلف أجير مشترك، ذكره القاضي وغيره، وقال أبو الخطاب تلزمه قيمته موضع تلفه، وله أجرته إليه، وكذا عمله غير صفة شرطه، أي لا أجره له في الزيادة، لأنه غير

(6/106)

مأمور بها، وعليه ضمان نقص الغزل المنسوج فيها، وفي «المغني» و «الشرح»، له المسمى إن زاد الطول فقط، ولم ينقص الأصل بها، وإن زاد في العرض، فوجهان. والظاهر أنه لا أجره له، والفرق بأنه يمكن قطع الزائد في الطول، ويبقى الثوب على ما أراد بخلاف العرض، وإن نقصهما، أو أحدهما، فقيل: لا شيء له، ويضمن كنقص الأصل، وقيل: بحصته من المسمى، وقيل: لا شيء له في نقص العرض بخلاف النقص في الطول فإن له حصته من المسمى.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 108

فرع: إذا أخطأ قصار، ودفع الثوب إلى غير مالكة، ضمنه، فإن قطعه قابضه، غرم أرش قطعه كدراهم أنفقها، ويرده مقطوعاً على الأصح، فإن تلف عنده،

ضمنه، كما لو علم، وعنه: لا لعجزه عن دفعه.  
(وإذا ضرب المستأجر الدابة بقدر العادة أو كبها) أي: جذبها لتقف، وفي «الشرح» بحثها به على السير، لتلحق القافلة، ويقال بالخاء المعجمة (أو الرائض الدابة) أي: معلمها (لم يضمن ما تلف به) لأنه تلف من فعل مستحق، فلم يضمنه، كما لو تلفت تحت الحمل، وظاهره أنه يجب الضمان إذا زاد على العادة، وصرح به في «الكافي»، لأنه جناية على ملك الغير، فوجب الضمان كالعاصب وقد اقتضى ذلك جواز ضرب المستأجر الدابة للاستصلاح، لأنه عليه السلام نخس بعير جابر، وضربه، وكان أبو بكر ينخس بعيره بمحجنه. فلو أكثرها، وتركها في اصطبله، فماتت، فهدر، وإن سقط عليها، ضمنها.

(6/107)

---

تنبيه: العين المؤجرة أمانة في يد مستأجرها، إن تلفت بغير تفريط، لم يضمنها ولا فرق بين الإجارة الصحيحة والفاسدة، فإذا انقضت المدة، رفع يده عنها، ولم يلزمه الرد، وأما إليه في رواية ابن منصور، لأنه لو وجب ضمانها لوجب ردها كالعارية، وحينئذ تبقى في يده أمانة كالوديعة، وقيل: يجب ردها مع القدرة إن طلبت منه، قطع القاضي به في الخلاف، وقيل: مطلقا، وبضمنه إن تلف مع إمكان رده كعارية، ومؤنة الرد على مالكها في الأصح كمودع، فلو شرط على مستأجر ضمانها، لم يصح الشرط في الأصح، وفي العقد وجهان (وإن قال: أذنت لي في تفصيله قباء، قال: بل قميصا، فالقول قول الخياط، نص عليه) في رواية ابن منصور، لأنهما اتفقا على الإذن، واختلفا في صفته، فكان القول قول المأذون له، كالمضارب. فعلى هذا يحلف الخياط، ويسقط عنه الغرم، ويستحق أجر المثل، وقيل: يقبل قول ربه، اختاره المؤلف، لأنهما اختلفا في صفة الإذن، فيقبل قوله فيها، لأن الأصل عدم الإذن المختلف فيها، فعليها يحلف أنه ما أذن في قطعه قباء، وبغرم الأجير نقضه، ولا أجرة له. وعنه: يعمل بظاهر الحال كاختلاف الزوجين في متاع البيت، وقيل: بالتحالف كالاختلاف في ثمن المبيع. وحكم الصباغ إذا قال: أذنت في صبغه أحمر، قال: بل أصغر كذلك.

تنبيه: إذا دفع إلى خياط ثوبا، وقال: إن كان يقطع قميصا، فاقطعه، فقال: هو يقطع، فقطعه ولم يكفه، أو قال: انظر هل يكفيني قميصا؟ فقال: نعم، فقال: اقطعه، فقطعه، ولم يكفه، ضمنه فيهما، فإن قال: اقطعه قميص رجل، فقطعه قميص امرأة، غرم ما بين قيمته صحيحا ومقطوعا في الأصح. وقيل: يغرم ما بين قيمتهما، فإن أكرهه ليلبسه، لم ينم فيه ليلا، ولا وقت القيلولة ولم يأتز به، فإن ارتدى به، جاز في الأقيس.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 108

(6/108)

---

مسألة: إذا اختلفا في قدر الأجرة، تحالفا كالبيع، نص عليه، ويبدأ بيمين الآجر، وكذا إذا اختلفا في المدة، وعنه: يصدق المؤجر، وعنه: المستأجر وعلى التحالف إن كان بعد المدة فأجرة المثل لتعذر رد المنفعة، وإن كان في أثنائها



فبالقسط، فلو اختلفا في التعدي، قبل قول المستأجر، لأنه أمين، فإن قال بعد القبض: مرض العبد، أو أبق، أشردت الدابة، فلم أقدر على ردها، صدق، وحلف على الأصح. وعنه، يقبل قول المؤجر، فلو ادعى مرضه، وأصابه صحيحا، قبل قول المالك، سواء صدقه العبد، أو كذبه، نص عليه. وعنه: يقبل قول المستأجر في الإباق دون المرض، فلو اختلفا في وقت هلاك العين، قدم قول المستأجر، لأن الأصل عدم الانتفاع.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 108  
فصل

(6/109)

(وتجب الأجرة بنفس العقد) أي: إذا أطلق، وكان العقد وقع على عين كأرض ودار ونحوهما، أو ذمة، لأن المؤجر يملك الأجرة بنفس العقد كما يملك البائع الثمن بالبيع، وحينئذ تكون حالة من نقد بلد العقد إن لم يشترط غيره، وقال طائفة: لا يملكها، ولا يستحق المطالبة بها إلا يوماً بيوم إلا أن يشترط تعجيلها، لقوله تعالى: {فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن} أمر بإيتائهن بعد الرضاع، ولقوله عليه السلام: «ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه، ولم يوفه أجره» ولأنه عوض لم يملك، فلم يجب تسليمه كالعوض في العقد الفاسد. وجوابه: بأنه عوض أطلق في عقد معاوضة، فيستحق بمطلق العقد كالثمن والصداق. وله الوطاء، وأما الآية، فتحتمل أنه أراد الإيتاء عند الشروع في الرضاع أو تسليم نفسها، وتحققه أن الإيتاء في وقت لا يمنع وجوبه قبله، لقوله تعالى: {فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن} (النساء، 24) والصداق يجب قبل الاستمتاع مع أنهما إنما وردا فيمن استؤجر على عمل، فأما ما وقعت الإجارة فيه على مدة، فلا تعرض لها فيه (إلا أن يتفقا على تأخيرها) فلا يجب كما لو اتفقا على تأخير الثمن، واقتضى ذلك جواز تأجيلها، وقيل: إن لم يكن نفعا في الذمة، وقيل: يجب قبضها في المجلس كمراس مال السلم، فلا تحل مؤجلة بموت في أصح قولي العلماء، وإن حل دين به، لأن حلها مع تأخير استيفاء المنفعة ظلم، قال الشيخ تقي الدين . ( ولا يجب تسليم أجرة العمل في الذمة حتى يتسلمه) وإن وجبت بالعقد، وعلى هذا وردت النصوص، ولأن الأجير إنما يوفى أجره إذا قضى عمله، لأنه عوض، فلا يستحق تسليمه إلا مع تسليم المعوض كالصداق والثمن، وفارق الإجارة على الأعيان، لأن تسليمها مجرى تسليم نفعها. ومتى كانت على عمل في الذمة، لم يحصل تسليم المنفعة، ولا يقوم مقامها، فيتوقف استحقاق تسليم الأجر على تسليم العمل، فإن عمل بعضه، فله أجرة المثل لما عمل، وقيل: إن كان معذورا في ترك العمل وإلا احتمل وجهين.

(6/110)

وقال ابن أبي موسى: من استؤجر لعمل معلوم، استحق الأجر عند إيفاء العمل، وإن استؤجر كل يوم بأجرة معلومة، فله أجر كل يوم عند تمامه. تنبيه: يستقر الأجر كاملاً باستيفاء المنفعة، وبتسليم العين، ومضى المدة، ولا

مانع له من الانتفاع، أو بفراغ عمل بيد مستأجر، ويدفعه إليه بعد عمله، فلو بذل له تسليم العين، وامتنع المستأجر حتى انقضت المدة، استقر الأجر عليه، كما لو كانت بيده، وإن كانت على عمل، فذكر الأصحاب أنها تستقر إذا مضت مدة يمكن الاستيفاء فيها، وصحح في «المغني» أنه لا أجر عليه، لأنه عقد على ما في الذمة، فلم يستقر عوضه بذل التسليم كالمسلم فيه.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 115

(6/111)

(وإذا انقضت الإجارة وفي الأرض غراس أو بناء، لم يشترط قلعه عند انقضائها) بل أطلق، وكانت أو أجزت لذلك (خير المالك) أي: رب الأرض (بين أخذه بالقيمة) أي: بدفع قيمة الغراس أو البناء، فيملكه مع أرضه، لأن الضرر يزول بذلك، وفي «الفائق»: إذا كانت الأرض وقفا، لم يملك التملك إلا بشرط واقف، أو رضى مستحق الربيع (أو تركه بالأجرة) أي: أجرة المثل (أو قلعه وضمان نقصه) لما فيه من الجمع بين الحقين، وظاهره: لا فرق بين كون المستأجر وقف ما بناه أو لا، وهذا ما لم يقلعه ماله، ولم يكن البناء مسجدا ونحوه، فلا يهدم، اختاره في «الفنون» و الشيخ تقي الدين، فإن قلت: هلا ملك القلع من غير ضمان النقص، كما هو مذهب أبي حنيفة و مالك، لأن تقدير المدة في الإجارة يقتضي تفرغها عند انقضائها كالمستأجرة للزرع، قلت: لقوله عليه السلام: «ليس لعرق ظالم حق» فإنه يدل على أن غير الظالم له حق، وهنا كذلك، لأنه غرس بإذن المالك، ولم يشترط قلعه، فلم يجبر عليه من غير ضمان النقص، لأنه غرس بإذن المالك، ولم يشترط قلعه، فلم يجبر من غير ضمان النقص، كما لو استعارها للغرس، ثم رجع قبل انقضائها، فإن شرط فيها بقاء غرس، فهو صحيح على الأصح كإطلاقه، فإن اختار رب الأرض القلع، فهو على مستأجر وليس عليه تسوية الحفر، قاله في «التلخيص» وغيره. وإن اختاره مالكة، لزمه تسوية الحفر، قاله في «المغني» و «الشرح» وغيرهما (وإن شرط قلعه لزمه ذلك) وفاء بموجب شرطه، فإن قلت: إذا كان إطلاق العقد فيهما يقتضي التأييد فشرط القلع ينافي مقتضى العقد، فيفسده؟ قلت: اقتضاؤه التأييد إنما هو من حيث إن العادة تقيتهما، فإذا أطلقه، حمل على العادة، فإذا شرط خلافه، جاز كما لو باع بغير نقد البلد، وحينئذ لا يجب على رب الأرض غراسة، نقص. (ولم يجب تسوية الأرض) على المستأجر، لأنها دخلا على ذلك لرضاهما بالقلع (إلا بشرط) لما ذكرنا، فإن اتفقا على إبقائه بأجرة أو غيرها، جاز إذا

(6/112)

شرطا مدة معلومة، وظهر مما سبق أن للمستأجر أن يغرس ويني قبل انقضاء المدة إذا استأجرها لذلك، فإذا انقضت، فلا (وإن كان فيها زرع بقاؤه بتفريط المستأجر) مثل أن يزرع زرعاً لم تجر العادة بكماله قبل انقضاء المدة (فلمالك أخذه بالقيمة) ما لم يختار المستأجر قلع زرعه في الحال، وتفرغ الأرض، فله ذلك، ولا يلزمه، وقيل: للمالك أخذه بنفقته (أو تركه بالأجرة) أي:

بأجرة المثل لما زاد على المدة، لأنه أبقى زرعه في أرض غيره بعدوانه كالغاصب، وذكر القاضي أن على المستأجر نقل الزرع، وتفرغ الأرض. وإن اتفقا على تركه بعوض أو غيره، جاز (وإن كان بغير تفريط) مثل أن يزرع زرعا ينتهي في المدة عادة، ثم يتأخر لبرد أو غيره (لزم تركه بالأجرة) لحصول زرعه في أرض غيره بإذنه من غير تفريط، فهو كما لو أعاره أرضا، فزرعها، ثم رجع المالك قبل كمال الزرع.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 115

فرع: إذا أراد المستأجر زرع شيء لا يدرك مثله في مدة الإجارة، فللمالك منعه، فإن زرع، لم يملك مطالبته بقلعه قبل المدة، لأنه في أرض ملك فللمالك منعه، فإن زرع، لم يملك مطالبته بقلعه قبل المدة، لأنه في أرض ملك نفعها، فلو اكتراها مدة لزرع ما لا يكمل فيها، وشرط قلعه عند فراغها، صح وإن شرط البقاء حتى يكمل، أو سكت فسد العقد، فإذا فرغت المدة والزرع قائم، فهو كمفريط في الأصح.

(6/113)

(وإذا تسلم العين في الإجارة الفاسدة حتى انقضت المدة، فعليه أجرة المثل) لمدة بقائها في يده (سكن أو لم يسكن) لأن المنافع تلفت تحت يده بعوض لم يسلم له، فرجع إلى قيمتها، كما لو استوفاه، ويتخرج على قول أبي بكر أنه يضمن بالأجرة المسماة، واختاره الشيخ تقي الدين، وذكر أنه قياس المذهب أخذاً له من النكاح. وعن أحمد: لا شيء له، لأنه عقد فاسد على منافع لم يستوفها، فلم يلزمه عوضها كالنكاح الفاسد، فأما إن بذل التسليم في الإجارة الفاسدة، فلم يتسلمها، فلا أجر عليه، لأن المنافع لم تلفت تحت يده. فرع: المبيع بعقد فاسد كمستعير فقط ذكره في «المجرد» و «الفصول» و «المغني» لتضمنه إذنا، وفي «الفروع» توجيه أنه في وجه كغصب وفي «القواعد» أنه المذهب المعروف، وأنه لا ينعقد، وتترتب عليه أحكام الغصب، وخرج أبو الخطاب في «انتصاره» صحة التصرف في البيع الفاسد في النكاح، واعترضه أحمد الحربي في تعليقه. (وإذا اكترى بدراهم، وأعطاه عنها دنانير، ثم انفسخ العقد، رجع المستأجر بالدراهم) لأن العقد إذا انفسخ، رجع كل من المتعاقدين في العوض الذي بذله، وعوض العقد هو الدراهم، والمؤجر أخذ الدنانير بعقد آخر، ولم ينفسخ، أشبه ما إذا قبض الدراهم، ثم صرفها بدنانير. رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 115

باب السبق

هو مصدر سبق يسبق سبقا، والسبق بتحريك الباء: الشيء الذي يسابق عليه وبسكونها: المسابقة، وهي المجارة بين حيوان وغيره، والمناضلة: المسابقة بالرمي، والرهان في الخيل، والسباق في الخيل، والرمي. والإجماع على جوازه بغير عوض، وسنده قوله تعالى {وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة} (الأنفال: 60) الآية، وصح من حديث ابن عمر أن النبي سابق بين الخيل المضمرة من الحفيا إلى ثنية الوداع، وبين التي لم تضم من ثنية الوداع إلى مسجد بني زريق.

قال موسى بن عقبة: من الحفيا إلى ثنية الوداع: ستة أميال، أو سبعة.

وقال سفيان: من الثنية إلى مسجد بني زريق ميل أو نحوه. (تجوز المسابقة على الدواب والأقدام) لما روت عائشة قالت: سابقني النبي، فسبقته، فلما أخذني اللحم، سابقته، فسبقني، فقال: «هذه بتلك» رواه أحمد وأبو داود. وسابق سلمة بن الأكوع رجلاً من الأنصار بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم (وسائر الحيوانات) كإبل وخيل وبقر وطيور في الأصح، ومنعه الأمدى في حمام (والسفن والمزاريق) جمع مزراق وهو الرمح القصير (وغيرها) كمناجيق، ورمي أحجار بمقاليع، ورفع أحجار ليعرفوا الأشد منهم، وصراع، لأنه عليه السلام ركاة فصرعه رواه أبو داود.

فوائد: قال في «الوسيلة» يكره الرقص واللعب كله، ومجالس الشعر وذكر ابن عقيل وغيره: يكره لعبه بأرجوحة ونحوها وفي «النصيحة» من وثب وثبة مرحاً ولعباً بلا نفع، فانقلب، فذهب عقله، عصى، وقضى الصلاة ولا يجوز اللعب بالطالب والنقيلة، ذكره الشيخ تقي الدين، وقال: كل فعل أفضى إلى المحرم كثيراً حرمه الشارع إذا لم يكن فيه مصلحة راجحة، لأنه يكون سبباً للشر والفساد، وقال: ما ألهى وشغل عما أمر الله به، فهو مني عنه، وإن لم يحرم جنسه، كبيع وتجارة وغيرهما، وما روي أن عائشة وجواري معها كن يلعبن باللعب والنبي يراهن. رواه أحمد وغيره، وكانت لها أرجوحة قبل أن تتزوج. رواه أبو داود بإسناد جيد، فيرخص فيه للصغار ما لا يرخص فيه للكبار، قاله الشيخ تقي الدين في خبر ابن عمر في زمارة الراعي قال في «الفروع»: ويتوجه كذا في العيد ونحوه، لقصة أبي بكر، وقوله عليه السلام له: «دعهما فإنها أيام عيد».

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 120

(ولا يجوز بعوض إلا في الإبل والخيل والسهام) كذا في «المحرر» و«الوجيز» وأبدل في «الفروع» السهام بسلاح، وهو أولى لما روي أبو هريرة أن النبي قال: «لا سبق إلا في نصل، أو خف، أو حافر» رواه الخمسة، ولم يذكر ابن ماجه «أو نصل» وإسناده حسن، واختصت هذه الثلاثة بأخذ العوض فيها، لأنها من آلات الحرب المأمور بتعليمها وإحكامها، وذكر ابن البناء وجهاً أنه يجوز السبق بالطيور المعدة لأخبار الأعداء، وقد صارع النبي ركاة على شياه، فصرعه، فأخذها، ثم عاد مراراً فأسلم، فرد النبي غنمه. رواه أبو داود في مراسيله مع أن الصراع والسبق بالأقدام ونحوهما طاعة إذا قصد به نصر الإسلام، وأخذ السبق عليه أخذ الحق، فالمغالبة الجائزة تحل بالعوض إذا كانت مما ينفع في الدين اختاره الشيخ تقي الدين، ويجوز أخذ الرهان في العلم لقيام الدين بالجهاد والعلم، وفي «الروضة» يختص جواز السبق بأنواع الثلاثة: الحافر، فيعم كل ذي حافر والخف، فيعم كل ذي خف، فيختص النشاب والنبل، ولا يصح السبق والرمي في غير هذه الثلاثة مع الجعل وعدمه ولتعميمه وجه، وذكر ابن عبد البر تحريم الرهن في غير الثلاثة إجماعاً (بشروط خمسة:

أحدها: تعيين المركوب) برؤية (والرماة) لأن القصد معرفة جوهر الحيوان الذي سابق عليهما، وسرعة عدوهما، ومعرفة حذق الرماة، ولا يحصل إلا بالتعيين بالرؤية، فلو عقد اثنان نضالاً مع كل منهما نفر غير متعينين، لم يجز لذلك وإن عقدوا قبل التعيين على أن ينقسموا بعد العقد بالتراضي، جاز لا بقرعة وإن بان بعض الحزب كثير الإصابة أو عكسه، فادعى ظن خلافه، لم يقبل (سواء كانا اثنين أو جماعتين) لأنه عليه السلام مر على أصحاب له ينتضلون فقال: «ارموا وأنا مع ابن الأدرع» فأمسك الآخرون فقال: «ارموا وأنا معكم كلكم» صحيح ولأنه إذا جاز أن يكونوا اثنين، جاز أن يكونوا جماعتين، لأن القصد معرفة الحذق. (ولا يشترط تعيين الراكبين ولا القوسين) لأن الغرض

(6/116)

---

معرفة عدو الفرس، وحذق الرامي دون الراكب والقوس، لأنهما آلة للمقصود، فلم يشترط تعيينهما كالسرج، فكل ما تعين لا يجوز إبداله كالمتمعين في البيع، وما لا يتعين يجوز إبداله مطلقاً، فعلى هذا إن شرطاً أن لا يرمي بغير هذا القوس، ولا يغير هذا السهم، ولا يركب غير هذا الراكب، فهو فاسد، لأنه ينافي مقتضى العقد. وفي «الرعاية»: إن عقداً على قوس معينة، فانتقل إلى نوعه، جاز، وإن شرط عليه أن لا ينتقل، فوجهان. (الثاني: أن يكون المركوبان والقوسان من نوع واحد) لأن التفاوت بين النوعين معلوم بحكم العادة، أشبهها الجنسين (فلا يجوز بين عربي وهجين) وهو من عربي فقط (ولا بين قوس عربية) وهو قوس النبل (وفارسية) وهو قوس النشاب، قاله الأزهرى، نص أحمد على جواز المسابقة بالقوس الفارسية، لانعقاد الإجماع على الرمي بها، وإباحة حملها. وقال أبو بكر: يكره، لما روى ابن ماجه أن النبي رأى مع رجل قوساً فارسية، فقال: لا، ألقها، فإنها ملعونة، ولكن عليكم بالقسي العربية، وبرماح القنا، فيها يؤيد الله هذا الدين، وبها يمكن الله لكم في الأرض ورواه الأثرم. والجواب بأنه يحتمل أنه لعنها لحمل العجم لها في ذلك العصر قبل أن يسلموا، أو منع العرب من حملها لعدم معرفتهم بها (ويحتمل الجواز) وهو وجه ذكره القاضي، لأن التفاوت بينهما قريب، لاتفاق الجنس، وأطلقهما في «الفروع» وعلم منه أنه إذا كانا جنسين كالفرس والبعير أنه لا يجوز، لأنه لا يكاد يسبق الفرس، فلا يحصل الغرض. (الثالث: تجديد المسافة والغاية) أي: يكون لا ابتداء عدوهما وآخره غاية لا يختلفان فيه، لأن الغرض معرفة الأسبق، ولا يحصل إلا بتساويهما في الغاية، لأن أحدهم قد يكون مقصراً في أول عدوه، سريعاً في آخره، وبالعكس، فيحتاج إلى ذلك (ومدى الرمي) إما بالمشاهدة، أو بالذراع، لأن الإصابة تختلف بالقرب والبعد (على ما جرت به العادة) لأن الزائد على ذلك قد يؤدي إلى عدم العلم بالسابق لبعده المسافة،

(6/117)

---

فلو استبقا بغير غاية لينظر أيهما يقف أولاً، لم يجز، وكذا لو جعل مسافة بعيدة في الرمي تتعذر الإصابة في مثلها غالباً، وهو ما زاد على ثلاثمائة ذراع، لأن

الغرض يفوت بذلك ذكره في «الشرح» وغيره، وقيل: إنه ما رمى في أربعمئة ذراع إلا عقبة بن عامر الجهني. وهل المراد به ذراع اليد أم غيره؟ لم أر فيه نقلاً. (الرابع كون العوض معلوماً) بالمشاهدة، أو بالقدر، أو بالصفة، لأنه مال في عقد، فاشتراط العلم به كسائر العقود، ويشترط فيه أن يكون مباحاً، ويجوز حالاً ومؤجلاً وبعضه، كقوله: إن نضلتني، فلك دينار وقفيز حنطة بعد شهر كالبيع غير أنه يحتاج إلى صفة الحنطة بما يعلم به السلم، وهذا العوض تملك بشرط سبقه.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 120

الخامس: الخروج عن شبهة القمار) لأن القمار محرم، فشبهه مثله (بأن لا يخرج جميعهم) لأنه إذا أخرج كل واحد منهم، فهو قمار، لأنه لا يخلو إما أن يغنم أو يغرم، ومن لم يخرج بقي سالماً من الغرم (فإن كان الجعل من الإمام) صح، سواء كان من ماله، أو من بيت المال، لأن فيه مصلحة وحثاً على تعليم الجهاد، ونفعاً للمسلمين، ونص على أنه مختص به لتوليه الولايات (أو من أحد غيرهما أو من أحدهما على أن يسبق أخذ، جاز) لأنه إذا جاز من غيرهما، فلأن يجوز من أحدهما بطريق الأولى. ويشترط في غير الإمام بذل العوض من ماله، فيقول: إن سبقتني، فلك عشرة، وإن سبقتك، فلا شيء عليك (وإن جاء معاً، فلا شيء لهما) لأنه لا سابق فيهما (وإن سبق المخرج، أحرز سبقه) أي: سبق نفسه (ولم يأخذ من الآخر شيئاً) لأنه لو أخذ منه شيئاً كان قماراً (وإن سبق الآخر، أحرز سبق صاحبه) أي: سبق المخرج، لأنه سبقه، فملك المال الذي جعله عوضاً في الجعالة كالعوض المجمعول في رد الضالة، فإن كان العوض في الذمة، فهو دين يقضى به عليه، ويجبر على تسليمه إن كان موسراً، وإن أفلس ضرب به مع الغرماء.

(6/118)

تنبيه: السبق، بفتح الباء، الجعل الذي يسابق عليه، يقال: سبق إذا أخذ، وأعطى فهو من الأضداد. (فإن أخرجاً معاً) أي: العوض (لم يجز) وكان قماراً (إلا أن يدخل بينهما محللاً) فإنه يجوز أن يخرجاً، سواء أخرجاه متساوياً، أو متفاوتاً، ولم يجز أن يخرج المحلل شيئاً، وهو قول سعيد بن المسيب و الزهري و الأوزاعي، لما روى أبو هريرة أن النبي قال: «من أدخل فرساً بين فرسين وهو لا يأمن أن يسبق، فليس قماراً، ومن أدخل فرساً بين فرسين وقد آمن أن يسبق، فهو قمار» رواه أبو داود. فجعله قماراً إذا آمن السبق، لأنه لا يخلو كل واحد منهما أن يغنم أو يغرم، وإذا لم يأمن أن يسبق، لم يكن قماراً، لأن كل واحد منهما يجوز أن يخلو عن ذلك ويشترط في المحلل أن (يكافئ فرسه فرسيهما أو بعيره بعيرهما، أو رميه رمييهما) للخبر السابق (فإن سبقهما أحرز سبقيهما) اتفاقاً، لأن جعل لمن سبق (وإن سبقاه، أحرز سبقيهما) لأن المحلل لم يسبقهما (ولم يأخذاً منه) أي: من المحلل (شيئاً) لأنه لم يشترط عليه لمن سبقه شيئاً (وإن سبق أحدهما، أحرز السبقين) لأنهما قد جعلاه لمن سبق وقد وجد (وإن سبق معه المحلل، فسبق الآخر بينهما) أي: بين السابق والمحلل نصفين، لأنهما قد اشتركا فيه، فوجب أن يشتركا في عوضه، وسواء كان المستبقون اثنين، أو أكثر. وظاهره أنه يكفي محلل واحد.

وقال الآمدي: لا يجوز أكثر لدفع الحاجة، وقيل: بل أكثر، وجزم به في «الشرح» واختاره الشيخ تقي الدين: لا محلل، وأنه أولى بالعدل من كون السبق من أحدهما، وأبلغ في تحصيل مقصود كل منهما، وهو بيان عجز الآخر. رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 120

(6/119)

---

(وإن قال المخرج) أي: من المتسابقين (من سبق، فله عشرة، ومن صلى، فله كذلك، لم يصح) إذا كانا اثنين، لأنه لا فائدة في طلب السبق، فلا يحصر عليه، لأنه سواء بينهما، وإن كانوا أكثر من ثلاثة، فقال ذلك، صح، لأن كل واحد منهم يطلب أن يكون سابقا أو مصليا (وإن قال: من صلى، فله خمسة، صح) لأن كلا منهما يجتهد أن يكون سابقا، ليحرز أكثر العوضين والمصلي: هو الثاني، لأن رأسه عند صلا الآخر، والصلوان هما العظمان الناتان من جانب الذنب. وفي الأثر عن علي قال: سبق أبو بكر، وصلى عمر وخبطنا فتنه. قال الشاعر) إن تبدر غاية يوما لمكرمة [ع] تلق السوابق فينا والمصلينا

فإن قال: للمجلي وهو الأول مائة، وللمصلي وهو الثاني تسعون، وللتالي وهو الثالث ثمانون وللبارع وهو الرابع سبعون، وللمرتاح وهو الخامس ستون، وللخطي وهو السادس خمسون، وللعاطف وهو السابع أربعون، وللمؤمل وهو الثامن ثلاثون، وللطيم وهو التاسع عشرون، وللسكيت وهو العاشر عشرة، وللفسكل وهو الآخر خمسة، صح لأن كل واحد يطلب السبق، أو ما يليه. وذكر الثعالبي في «فقه اللغة» أن المجلي: هو الثاني، والمصلي: هو الثالث، فلو جعل للمصلي أكثر من المجلي، أو جعل لما بعده أكثر منه، أو لم يجعل للمصلي شيئا، لم يصح، لأنه يفضي إلى أن لا يقصد السبق، بل يقصد التأخر، فيفوت المقصود.

(6/120)

---

مسألة: إذا قال لعشرة: من سبق منكم، فله عشرة، فسبق اثنان، فهي بينهما، وإن سبق تسعة وتأخر واحد، فالعشرة للتسعة، وقيل: لكل من السابقين عشرة، كما لو قال: من رد عبدي، فله عشرة، فرد كل واحد عبدا، وفارق ما لو قال: من رد عبدي، فرده تسعة، لأن كل واحد منهم لم يرده، وإنما رده حصل من الكل. (وإن شرطا أن السابق يطعم السابق أصحابه) أو بعضهم (أو غيرهم) أو إن سبقتي، فلك كذا ولا أرمي أبدا أو شهرا (لم يصح الشرط) لأنه عوض علي عمل، فلا يستحقه غير العامل، كالعوض في رد الأبق، واختار الشيخ تقي الدين صحة شرطه لاستاذة، وشراء قوس، وكراء حانوت، وإطعام الجماعة، لأنه مما يعين على الرمي (وفي صحة المسابقة وجهان) أشهرهما أنه لا يفسد، ونصره في «الشرح» لأنها عقد لا يتوقف صحتها على تسمية بدل، فلم يفسد بالشرط الفاسد كالنكاح، والثاني: يفسد، لأنه بدل العوض لهذا الغرض، فإذا لم يحصل له غرضه، لا يلزمه العوض فعليه إن كان المخرج السابق أحرز سبقه، وإن كان الآخر، قله أجر عمله، لأنه عمل بعوض، لم يسلم له، فاستحق أجر

(6/121)

(والمسابقة جعالة لكل واحد منهما فسخها) أي: قبل الشروع، لأنها عقد على ما لا يتحقق القدرة على تسليمه، فكان جائزاً، كرد الأبق، وله الزيادة والنقصان في العوض، ولم يلزم الآخر إجابته، ولا يؤخذ بعوضها رهن ولا كفيل (إلا أن يظهر الفضل لأحدهما) مثل أن يسبق بفرسه في بعض المسافة، أو يصيب بسهامه أكثر منه (فيكون له الفسخ) لأن الحق له (دون صاحبه) أي: المفضول، لأنه لو جاز له ذلك، لفاتت غرض المسابقة، فلا يحصل المقصود (وتنفسخ بموت أحد المتعاقدين) كوكالة (وقيل: هي عقد لازم) لأنه يشترط فيها كون العوض معلوماً، فكانت لازمة كالإجارة (ليس لأحدهما فسخها) لأنه شأن العقود اللازمة (لكنها تنفسخ بموت أحد المركوبين وأحد الراميين) لأن العقد تعلق بعين المركوب والرامي، فانفسخ بتلفه، كما لو تلف المعقود عليه في الإجارة، وفي «الترغيب» احتمال لا يلزم في حق المحلل، لأنه مغبوط كمرتهن (ولا تبطل بموت أحد الراكبين، ولا تلف أحد القوسين) لأنه غير معقود عليه، فلم ينفسخ العقد بتلفه، كموت أحد المتابعين (و) عليه (يقوم وارث الميت مقامه) لأنه يقوم مقامه فيما له، فكذا فيما عليه، وكما لو استأجر شيئاً، ثم مات (فإن لم يكن له وارث، أقام الحاكم مقامه من تركته) كما لو أجر نفسه لعمل معلوم، وإن قلنا: جائزة، فوجهان، وفي «الترغيب» ولا يجب تسليم عوضه في الحال، فإن قلنا بلزومه على الأصح بخلاف أجرة، بل يبدأ بتسليم عمل.

(6/122)

(والسبق في الخيل بالرأس إذا تماثلت الأعناق) أي: في الطول والارتفاع والمد (وفي مختلفي العنق والإبل بالكتف) يشترط في المسابقة بعوض إرسال الفرسين، أو البعيرين دفعة واحدة ليس لأحدهما أن يرسل قبل الآخر، ويكون عند أول المسافة من يشاهد إرسالهما، وعند الغاية من يضبط السابق، لئلا يختلفا في ذلك. والسبق بما ذكره المؤلف، لأن طویل العنق قد يسبق رأسه لمد عنقه، وفي الإبل ما يرفع رأسه، وفيه ما يمد عنقه، فلذلك اعتبر بالكتف، وفي «المحرر» الكل بالكتف، وفي «الرعاية» السبق في الخيل بالعنق، وقيل بالرأس مع تساوي الأعناق، وفي مختلفي العنق والإبل بالكتف، أو ببعضه. وقال ابن حمدان: في الكل بالأقدام، ورده في «المغني» و «الشرح»، لأنه لا ينضبط. (ولا يجوز أن يجنب أحدهما مع فرسه فرساً يحرضه على العدو، ولا يصيح به في وقت سباقه لقول النبي: «لا جلب ولا جنب») رواه أبو داود وغيره بإسناد حسن عن عمران بن حصين كذا فسره الأصحاب تبعاً لمالك، وقال أبو عبيدة: هو الصحيح، وقيل: معنى الجنب: أن يجنب مع فرسه، أو وراءه فرساً لا راكب عليه يحرضه على العدو، وبحته عليه. وقال



القاضي : معناه: أن يجنب فرسا يتحول عند الغاية عليه، لكونه أقل إعياء،  
ورده ابن المنذر . والجلب، بفتح اللام: هو الزجر للفرس، والسياح عليه حثا له  
على الجري.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 128

فصل في المناضلة

هي مفاعلة من النضل، يقال: ناضلته نضالاً ومناضلة، كجادلته جدالاً ومجادلة،  
وسمي الرمي نضالاً، لأن السهم التام يسمى نضالاً، فالرمي به عمل بالنضل  
وهي المسابقة بالرمي وهي ثابتة بالكتاب {قالوا يا أبانا إنا ذهبنا نستبق {  
(يوسف 17) وقرىء (نتنضل) والسنة شهيرة بذلك.

(6/123)

مسألة: إذا قال: ارم هذا السهم، فإن أصبت به، فلك درهم، صح، وكان جعالة،  
فإن قال: إن أصبت به، فلك درهم، وإن أخطأت، فعليك درهم، لم يصح، لأنه  
قمار، فإن قال: ارم عشرة أسهم، فإن كان صوابك أكثر من خطئك، فلك  
درهم، صح، كما لو قال: إن كان صوابك أكثر، فلك بكل سهم أصبت به درهم.  
(ويشترط لها شروط أربعة، أحدها: أن تكون على من يحسن الرمي) لأن  
الغرض معرفة الحدق، ومن لا يحسنه لا حدق له، فوجوده كعدمه (فإن كان في  
أحد الحزبين من لا يحسنه، بطل العقد فيه) أي: إذا كان كل حزب جماعة، لأن  
المفسد موجود ممن لا يحسن دون غيره، فوجب أن يختص البطلان به، وهل  
يبطل في حق من يحسنه؟ فيه وجهان مبنيان على تفريق الصفقة، ذكره في  
«المغني» و«الشرح» (وأخرج من الحزب الآخر مثله) كالبيع إذا بطل في  
البعض، بطل فيما يقابله من الثمن (ولهم) أي: لكل حزب (الفسخ إن أحبوا)  
لتعويض الصفقة في حقهم، فإن كان يحسنه، لكنه قليل الإصابة، فقال حزبه:  
ظنناه كثير الإصابة، أو لم نعلم حاله، لم يسمع، لأن شرط دخوله في العقد أن  
يكون من أهل الصنعة دون الحدق. (الثاني: معرفة عدد الرشق) بكسر الراء  
عبارة عن عدد الرمي، وأهل العربية يخصونه فيما بين العشرين والثلاثين،  
وبفتحها الرمي، وهو مصدر رشقت الشيء رشقا. واشترط العلم به، لأنه لو  
كان مجهولاً، أفضى إلى الاختلاف، لأن أحدهما يريد القطع، والآخر يريد الزيادة  
(وعدد الإصابة) كخمسة أو ستة، أو ما يتفقان عليه من رمي معلوم كعشرين،  
لأن الغرض معرفة الحدق، ولا يحصل إلا بذلك، وتعتبر إصابة ممكنة، قاله في  
«الترغيب» وغيره. فلو شرطاً إصابة نادرة كإصابة جميع الرشق، أو تسع من  
عشرة، لم يصح، ذكره في «المغني» و«الشرح» لأن الظاهر أنه لا يوجد،  
فيفوت، فيفوت الغرض. ويشترط استواءهما في عدد الرشق و الإصابة  
وصفتها وسائر أحوال الرمي، لأن موضوعها على المساواة، فاعتبرت  
كالمسابقة على الحيوان، لا على الأبعد، فلو قال: السبق

(6/124)

لأبعدنا رميا، لم يجز.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 130

فرع: اذا عقدنا النضال ولم يذكر قوسا، صح في ظاهر قول القاضي، واستوبا في العربية والفارسية، وقيل: لا يصح حتى يذكر نوع القوس الذي يرميان عليه في الابتداء، فإن عينا نوعا، تعين. (الثالث: معرفة الرمي هل هو مفاضلة أو مبادرة) لأن الرماة يختلف فمنهم من إصابته في الابتداء أكثر منها في الانتهاء، ومنهم من هو بالعكس، فوجب اشتراط ذلك ليعلم ما دخل فيه (فالمبادرة أن يقولوا: من سبق إلى خمس إصابات من عشرين رمية، فقد سبق، فأيهما سبق إليها مع تساويهما في الرمي، فهو السابق، ولا يلزم إتمام الرمي) لأن السابق قد حصل بسبقه إلي ما شرطا السبق إليه، فإن رمى أحدهما عشرا، فأصاب خمسا، والآخر تسعا، فأصاب أربعاً، لم يحكم بالسبق ولا بعدمه حتى يرمي العاشر، وإن أصاب به، فلا سابق منهما، وإن أخطأ به، فالأول سابق، وإن لم يكن أصاب من التسعة إلا ثلاثا، فقد سبق، ولا يحتاج إلى رمي العاشر، لأن أكثر ما يحتمل أن يصيب به، ولا يخرج عن كونه مسبوqa. (والمفاضلة أن يقولوا: أينا فضل صاحبه بخمس إصابات من عشرين رمية سبق فأيهما فضل بذلك، فهو السابق) لما ذكرنا. وللمناضلة صورة أخرى، ذكرها أبو الخطاب، وفي «المغني» و «الشرح» وانها تسمى محاطة، ومعناها: أن يشترط حط ما يتساويان فيه من الإصابة في رشق معلوم، فإذا فضل أحدهما بإصابة معلومة، فقد سبق صاحبه، كان يشترط الرشق عشرين، ويشترط حط ما يتساويان فيه، فإذا فضل أحدهما بعدد، فقد فضل صاحبه (وإذا أطلقا الإصابة، تناولها على أي صفة كانت) لأن أي صفة كانت تدخل تحت مسمى الإصابة. وفي «المغني» إن صفة الإصابة شرط لصحة المناضلة وفي «الرعاية» إن أطلقا العقد، كفى إصابة بعضه كيف كان، ويسن أن يوصفا الإصابة، وقيل: يجب (فإن قالوا: خواصل) بالخاء المعجمة والصاد المهملة (كان تأكيدا لأنه اسم لها كيفما كانت) قال الأزهري:

(6/125)

الخاصل الذي أصاب القرطاس، وقد خصله إذا أصابه، وخصلت مناضلي أخصله خصلاً: إذا نضله وسبقته، وتسمى القرطاسة، يقال: قرطس: إذا أصاب (وإن قالوا: خواسق) بالخاء المعجمة والسين المهملة (وهو ما خرق الغرض وثبت فيه أو خوارق) بالخاء المعجمة والراء (وهو ما خرقه ولم يثبت فيه) وضبطه بعضهم بالزاي، وفيه نظر، لأن الأزهري و الجوهري قالوا: الخارق بالراء لغة في الخاسق، فهما شيء واحد، وقد فسر الخوارق بغير ما فسر به الخواسق، فتعين أن يكون بالراء لئلا يلزم الاشتراك أو المجاز، وهما على خلاف الأصل، والأصل في الألفاظ التباين (وإن قالوا: خواصر) بالخاء المعجمة والصاد المهملتين (وهو ما وقع في أحد جانبي الغرض) ومنه قيل: الخاصرة، لأنها في جانب الإنسان (تقيدت بذلك) لأنه وصف وقع العقد عليه، فوجب أن يتقيد به ضرورة الوفاء بموجبه، فإن شرطاً الخواسق والخوارق معاً، صح (وإن شرطاً إصابة موضع من الغرض كالدائرة تقيد به) لأن الغرض يختلف باختلاف ذلك، فتعين أن تتقيد المناضلة به تحصيلاً للغرض. وبقي منها أقسام الأول: الموارق: وهو ما خرق الغرض، ونفذ منه، ذكره في «المغني» و «الكافي» وذكر الأزهري أنه يقال له: الصادر. الثاني: الخوارم، وهو ما خرم جانب الغرض. الثالث: الحوابي، وهو ما وقع بين يدي الغرض، ثم وثب إليه، ومنه يقال: حبا

الصبي، ذكرهما في «المغني» وليس الأولان من شرط صحة المناضلة ذكره السامري (الرابع: معرفة قدر الغرض طوله وعرضه وسمكه وارتفاعه من الأرض) لأن الإصابة تختلف باختلاف ذلك، فوجب العلم به، أشبه تعيين النوع. رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 130

(6/126)

والغرض: ما تقصد إصابته من قرطاس، أو جلد، أو خشب، وسمي غرض، لأنه يقصد. وقال الأزهرى: ما نصب في الهدف، فهو القرطاس، وما نصب في الهواء، فهو الغرض، وفسره الجوهري بالهدف الذي يرمى فيه وفي بعض النسخ: «وطوله» بالواو، والصواب حذفها وفي «المحرر» ولا بد من معرفة الغرض صفة وقدرًا، لأن قدر الغرض هو طوله وعرضه وسمكه (وإن تشاحا في المبتدئ بالرمي، أقرع بينهما) في قول الأكثر، لأنهما متساويان في الاستحقاق، فيصار إليهما، كما لو تنازع المتقاسمان في استحقاق سهم معين (وقيل: يقدم من له مزية بإخراج السبق) لأن له نوعًا من الترجح، فيجب أن يقدم به، فعلى هذا إن كان العوض من أحدهما، قدم صاحبه، وإن كان من أجنبي، قدم من يختاره منهما، فإن لم يختار، أقرع، وصحح صاحب «النهاية» أنه لا يبتدئ أحدهما إلا بقرعة، لأن العقد موضوع على أن لا يفضل صاحب السبق على صاحبه، واختار في «الترغيب» يعتبر ذكر المبتدئ به (وإذا بدأ أحدهما في وجه، بدأ الآخر في الثاني) تعديلًا بينهما، فإن شرطًا للبدء لأحدهما في كل الوجوه، لم يصح، فإن فعلا ذلك بغير شرط برضاها، جاز، وإن شرطًا أن يبدأ كل واحد منهما من وجهين متواليين، جاز، ويحتمل أن يكون اشتراط البدء في كل موضع غير لازم، ولا يؤثر في العقد (والسنة أن يكون لهما غرضان إذا بدأ أحدهما بغرض بدأ الآخر بالثاني) لفعل الصحابة رضي الله عنهم، وقد روي مرفوعًا: «ما بين الغرضين روضة من رياض الجنة» ويروى أن الصحابة كانوا يشددون بين الأغراض يضحك بعضهم إلى بعض، فإذا جاء الليل كانوا رهبانًا. وبكفية غرض واحد، لأن المقصود يحصل به وهو عادة أهل عصرنا.

(6/127)

فرع: إذا تشاحا في الوقوف كأن يستقبل أحدهما الشمس والآخر يستدبرها، قدم قول من يستدبرها لأنه العرف إلا أن يكون بينهما شرط، فيعمل به، ولو قصد أحدهما التطويل، منع منه ( وإذا أطارت الريح الغرض، فوقع السهم موضعه، فإن كان شرطهم خواصل، احتسب به) لأنه لو بقي الغرض موضعه لأصابه (وإن كان خواسق، لم يحتسب له به ولا عليه) في قول أبي الخطاب، لأننا لا ندري هل ثبت في الغرض لو كان موجودًا أولًا، وقال القاضي: ينظر فإن كانت صلابة الهدف كصلابة الغرض، فثبت في الهدف، احتسب له به، وإن لم يثبت فيه مع التساوي، لم يحتسب، وإن كان الهدف أصلب، فلم يثبت فيه لو كان رخوا، لم يحتسب السهم له ولا عليه، فإن وقع السهم في غير موضع الغرض، احتسب به على رامي، وكذا الحكم إذا ألقى الريح الغرض على وجهه (وإن عرض عارض من كسر قوس، أو قطع وتر، أو ريح شديدة، لم يحتسب

عليه بالسهم) لأن خطأه لعارض، لا لسوء رميه، وفيه وجه، والأشهر: ولا له،  
قاله في «المغني» تبعاً للفاضي ولو أصاب، لأن الريح الشديدة كما يجوز أن  
تصرف الرمي الشديد فيخطيء يجوز أن يصرف السهم المخطيء عن خطئه،  
فيصيب، فتكون إصابته بالريح لا بحذق رميه.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 130

(6/128)

---

فأما إن وقع السهم المخطيء من حائل، فخرقه، وأصاب الغرض حسب له،  
لأن إصابته لسداد رميه، فهو أولى، فلو كانت الريح لينة لا ترد السهم عادة لم  
تمنع، لأن الجو لا يخلو من ريح مع أنها لا تؤثر إلا في الرمي الرخو (وإن عرض  
مطر أو ظلمة، جاز تأخير الرمي)، لأن المطر يرخي الوتر والظلمة عذر لا  
يمكن معه فعل المعقود عليه، ولأن العادة الرمي نهاراً إلا أن يشترطاه ليلاً  
(ويكره للأمين والشهود مدح أحدهما) أي: مدح المصيب (لما فيه من كسر  
قلب صاحبه) أي: المخطيء، وحرمة ابن عقيل، قال في «الفروع»: ويتوجه  
يجوز مدح المصيب، ويكره عيب غيره، ويتوجه في شيخ العلم وغيره: مدح  
المصيب من الطلبة وعيب غيره كذلك.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 130

كتاب العارية

هي بتخفيف الباء وتشديدها، وأصلها من عار، إذا ذهب وجاء، ومنه قيل: للعار  
بطلال لتردده في بطالته، والعرب تقول: أعاره وعاره، كأطاعه وطاعه، قال  
الأصحاب تبعاً للجوهري: هي مشتقة من العار، وفيه شيء، لأن الشارع عليه  
السلام فعلها. وأصل المادة فيما قيل: العري الذي هو التجرد، تسمى عارية  
لتجردها عن العوض، كما تسمى النخلة الموهوبة عرية، لتعريفها عن العوض،  
وقيل: هو من التعاور، أي: التناوب، لجعله للغير نوبة في الانتفاع. وهي  
مستحبة إجماعاً، وسنده قوله تعالى: {وتعانوا على البر والتقوى} (المائدة: 2)  
وقوله تعالى: {ويمنعون الماعون} (الماعون: 7) قال ابن عباس، وابن  
مسعود: هي العواري، وقوله عليه السلام: «العارية مؤادة» والمعنى شاهد  
بذلك، فهي كهية الأعيان، وقيل: تجب مع غنى ربه، اختاره الشيخ تقي الدين،  
وقال بعضهم: كانت واجبة في أول الإسلام، ثم نسخ.

(6/129)

---

(وهي هبة منفعة) أي: مع بقاء ملك الرقبة، ذكره في «الوجيز» وغيره، ويرد  
عليه الوصية بالمنفعة، وفي «المغني» و «الشرح» إباحة الانتفاع بعين من  
أعيان المال، والأولى: إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه ليردها  
على مالكة. وبشروط كون المعير أهلاً للتبرع شرعاً، وأهلية مستعير للتبرع له.  
وتنقذ بكل لفظ أو فعل يدل عليها (تجوز في كل المنافع) المباحة كالدور  
والعيبد والدواب والثياب ونحوها، لأن النبي استعار من أبي طلحة فرساً، ومن  
صفوان أدرعاً، وسئل عن حق الإبل، فقال: «إعارة ذلولها، وإطراق فحلها»

فثبت ذلك في المنصوص عليه، والباقي قياسا. وتدخل فيه إغارة النقيدين للوزن، فإن استعارهما للنفقة، فقرض، ذكره في «المغني» و «الشرح» وقيل: لا يجوز، ونقل صالح: منحة لبن هو العارية، ومنحة ورق هو القرض (إلا منافع البضع) لأن الوطاء لا يجوز إلا في نكاح، أو ملك يمين، وكلاهما منتف، فلم يجر إجماعا.

(ولا تجوز إغارة العبد المسلم لكافر) لأنه لا يجوز له استخدامه، فكذا إغارته، وقيل: هو كإجارته، وقيل: بالكراهة. وما حرم استعماله لمحرم، وقيل: كلبا لصيدا، وفحلا لضراب.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 137

(6/130)

فرع: تجب إغارة مصحف لمن احتاج إلى القراءة فيه، ولم يجد غيره ذكره القاضي وغيره. (وتكره إغارة الأمة الشابة لرجل غير محرّمها) لأنها لا يؤمن عليها، وقيل: يحرم، وصوبه بعضهم لا سيما للشباب خصوصا الأعزب، ولا بأس بشوهاء وكبيرة لأنه لا يشتهي مثلها، وظاهره أنه لا تكره إغارتها لامرأة، ولا ذي محرم، لأنه مأمون عليها (و) تكره (استعارة والديه) إذا كانا رقيقين، أو أحدهما (للخدمة) لأنه يكره استخدامهما، فكذا استعارتهما لذلك، وعلم منه أنه لا يكره استعارة ولده لها كام ولده (وللمعير الرجوع متى شاء) لأن المنافع المستقبلية لم تحصل في يده، فلم يملكها بالإعارة، وسواء كانت مطلقة أو مؤقتة قبل الانتفاع، أو بعده. وعنه: إن عين مدة، تعينت، وعنه: ومع الإطلاق لا يرجع قبل انتفاعه، ولزمه تركها مدة ينتفع بها في مثلها. قال القاضي: القبض شرط في لزومها، وقال: يحصل بها الملك مع عدم قبضها. وأما المستعير، فيجوز له الرد بغير خلاف نعلمه (ما لم يأذن في شغله) بفتح أوله وسكون ثانيه مصدر شغل يشغل، وفيهما أربع لغات (بشيء يستضر المستعير برجوعه فيه مثل أن يعيره سفينة) فعيلة من السفن (لحمل متاعه) أو لوحا يرفع به سفينة فرقعها ولجج في البحر (فليس له الرجوع ما دامت في لجة البحر) لما فيه من الضرر، وظاهره أنها إذا رست جاز الرجوع لانتفاء الضرر (وإن أعاره أرضا للدفن، لم يرجع حتى يبلى الميت) لما فيه من هتك حرمة، وقال ابن البنا: لا يرجع حتى يصير رميما، وقال ابن الجوزي: يخرج عظامه، ويأخذ أرضه، ولا أجره لها، واقتضى ذلك أنه يرجع فيها قبل الدفن (وإن أعاره حائطا ليضع عليه أطراف خشبه) جاز كالأرض للغرس (لم يرجع ما دام عليه) لأن هذا يراد للبقاء ولما فيه من الضرر على المستعير، فإن قال: أنا أدفع إليك ما نقص بالقلع، لم يلزم المستعير ذلك، وفيه احتمال (فإن سقط عنه لهدم أو غيره، لم يملك رده) لأن الإذن تناول الحائط فلا يتعدى إلى غيره، وقال

(6/131)

القاضي والمؤلف: له إغارته، وصححه الحارثي قال: وهو اللائق بالمذهب، لأن السبب مستمر، فكان الاستحقاق مستمرا وعلى الأول سواء بنى الحائط بآلته أو غيرها، أو زالت الخشب بانهدام، أو باختيار المستعير، فإن أذن في إعادته، أو

عند الضرورة، إن لم يتضرر الحائط، جاز. (وإن أعاره أرضاً للزرع لم يرجع إلى الحصاد) لما فيه من الضرر، فإن بذل له المعير قيمة الزرع ليملكه، لم يكن له ذلك، نص عليه، لأن له وقتاً ينتهي إليه (إلا أن يكون مما يحصد قصيلاً فيحصد) لعدم الضرر فيه، ولا أجرة عليه، اختاره المجد (وإن أعارها للغرس أو البناء، وشرط عليه القلع في وقت، أو عند رجوعه، ثم رجع، لزمه القلع) مجاناً، لقوله عليه السلام: «المسلمون على شروطهم» ولأن العارية مؤقتة غير مطلقة، فلم تتناول ما عدا المقيد، ولأن المستعير دخل فيها راضياً بالتزام الضرر الداخل عليه بالقلع. وظاهره ليس على صاحب الأرض ضمان نقصه بغير خلاف نعلمه.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 137

(6/132)

(ولا يلزمه تسوية الأرض) لرضاه بضرر القلع (إلا بشرط) جزم به في «الوجيز» و «المستوعب» لما ذكرنا، وقيل: يلزمه مطلقاً (وإن لم يشترط عليه القلع، لم يلزمه) لما فيه من ضرر (إلا أن يضمن له المعير النقص) فيلزمه، لأنه رجوع في العارية من غير إضرار، وقال الحلواني: لا يلزمه (فإن قلع) المستعير وليس مشروطاً عليه (فعليه تسوية الأرض) لأن القلع باختياره، ولو امتنع منه، لم يجبر عليه، فلزمته التسوية كالمشتري لما فيه شفعة إذا أخذ غرسه. وقال القاضي وجماعة: لا يلزمه، لأن المعير رضي بذلك حيث أعاره مع علمه بأن له قلع غرسه الذي لا يمكن إلا بالحفر (وإن أبى القلع) أي: في حال لا يجبر عليه فيها (فللمعير أخذه بقيمته) ويجبر المستعير على ذلك، لأن غرسه أو بناءه حصل في ملك غيره، كالشفيع مع المشتري، والمؤجر مع المستأجر، فإن قال المستعير: أنا أدفع قيمة الأرض لتصير لي، لم يلزم المعير، لأنهما تبع للأرض بدليل دخولهما في البيع (فإن أبى ذلك) أي: إذا امتنع من القيمة وأرش النقص، وامتنع المستعير من القلع، ودفع الأجر (بيعاً) أي: الغراس والأرض (لهما) لأن ذلك طريق إلى تحصيل مالية كل واحد منهما، ولا بد أن يكون البيع باتفاقهما، ويدفع إلى كل واحد قدر حقه، فيقال: كم قيمة الأرض فارغة، فيقال: عشرة ومشغولة بخمسة عشر، فيكون للمعير ثلثا الثمن، وللمستعير ثلثه فإن طلب أحدهما البيع، أجبر الآخر عليه في الأصح، ولكل منهما بيع ماله منفرداً لمن شاء، ويكون كهو، وقيل: لا يصح بيع المستعير لغير المعير (فإن أبى البيع ترك بحاله) أي: يبقى فيها مجاناً في الأصح حتى يتفقا، لأن الحق لهما. وقال ابن حمدان: يبيعهما الحاكم.

(6/133)

تنبيه: غرس المشتري، وبنائه كذلك إذا فسح البيع بعيب أو فلس، وفيه وجه لا يأخذه، ولا يقلعه، وقيل: إن أبى المفلس والغرماء القلع ومشاركته بالنقص، وأبى دفع قيمته، رجع أيضاً. (وللمعير التصرف في أرضه) والانتفاع بها كيف شاء ودخولها، لأنها ملكه (على وجه لا يضر بالشجر) والبناء لإذنه فيهما، ولا ينتفع بهما (وللمستعير الدخول للسقي والإصلاح وأخذ الثمرة) لأن الإذن في

الشيء إذن فيما يعود بصلاحه، واقتضى أنه ليس له الدخول لغير حاجة، كالتفرج ونحوه، صرح به في «الشرح» (ولم يذكر أصحابنا عليه أجره من حين الرجوع) لأن بقاء الغراس والبناء بحكم العارية، فوجب كونه بلا أجره كالخشب على الحائط (وذكروا) أي أكثر الأصحاب (عليه أجره في الزرع) من رجوعه، لأن مقتضى رجوع المعير منع المستعير من الانتفاع ضرورة بطلان الإذن المبيح لذلك، فوجب بقاءه بأجره مثله جمعا بين الحقين (فيخرج فيهما وفي سائر المسائل) أي في كل موضع يشبهها. (وجهان) لاستوائهما في الرجوع الموجب لذلك، فخرج بعضهم من الزرع إلى الشجر والبناء، وعكس آخرون، وقيل: يجري في كل ما استعير، وجزم به في «التبصرة» في مسألة السفينة، واختاره أبو محمد الجوزي فيما سوي أرض للدفن، لأن الأصل جواز الرجوع وإنما منع من القلع لما فيه من الضرر، ففي دفع الأجرة جمع بين الحقين. والثاني: لا يجب في شيء من المواضع، لأن حكم العارية باق فيه، لكونها صارت لازمة للضرر اللاحق بفسخها، والإعارة تقتضي الانتفاع بغير عوض. (وإن غرس، أو بنى بعد الرجوع، أو بعد الوقت فهو غاصب) لأنه تصرف بغير إذن المالك، وعبارة «الوجيز» وفعله بعد المنع أو المدة غصب وهي أعم (ياتي حكمه) في الغصب.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 137

(6/134)

مسألة: استعار دابة إلى موضع، فجاوزه، فقد تعدى، وعليه أجر المثل للزائد خاصة، فإن قال مالكاها: أعرتها إلى فرسخ، فقال: إلى فرسخين، قدم قول المالك (وإن حمل السيل بذرا إلى أرض، فنبت فيها، فهو لصاحبه) لأنه نماء ملكه، ولا يجبر على قلعه. فإن أحب قلعه، فله ذلك، وعليه تسوية الحفر، وما نقصت، لأنه أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح ملكه (فيبقى إلى الحصاد بأجرة مثله) جزم به في «الوجيز» وهو الأولى، لأن إلزامه بتقية زرع ما أذن فيه في أرضه بغير أجره إضرار به، فوجب عليه أجر المثل، كما لو إنقضت مدة الإجارة وفيها زرع لم يفرط في زرعه (وقال القاضي لا أجره له) لأنه حصل فيها بغير تفريطه، أشبه بيوتة الدابة في ملك غيره بغير تفريطه (ويحتمل أن لصاحب الأرض أخذه بقيمته) كزرع الغاصب، فقيل: بذرا وقيل: بقيمته إذن، ورد بأنه حصل فيها بغير عدوان، وقد أمكن جبر حق المالك، يدفع الأجر إليه، والساقط لرب الأرض إذا نبت فيها سواء، كان مالكا أو مستعيرا، أو مستاجرا، وقيل: له حكم العارية. وفي أجرتها وجهان. (وإن حمل غرس رجل) أو نواة أو لوزا (فنبت في أرض غيره) فهو لصاحبه، لأنه نماء ملكه كالزرع لكن (فهو) يكون كغرس الشفيع) قدمه في «الفروع» وغيره لأنه ساواه في عدم التعدي، قال ابن المنجا: وفي التشبيه نظر، لأنه يوهم أن الغرس ملك الشفيع، وليس كذلك، بل الشفيع إذا أخذ بالشفعة وكان المشتري قد غرس لا يملك الشفيع قلع الغرس من غير ضمان النقص. والأولى أن يقال: كغرس المشتري لما فيه شفعة (أو كغرس الغاصب) جزم به في «الوجيز» لأنه ساواه في عدم الإذن (على وجهين) والفرق بين الغراسين أن قلع الثاني مجانا مستحق بخلاف غرس الشفيع.

فرع: لو حمل السيل أرضا بشجرها، نبت في أرض آخر، كما كانت فهي لمالكها يجبر على إزالتها؛ وفي كل ذلك لو ترك صاحب الأرض المنتقلة أو الشجر أو الزرع لصاحب الأرض المنتقل إليها، لم يلزمه نقله ولا أجرة، لأنه حصل بغير تفريطه، ولا عدوانه، وكانت الخيرة لصاحب الأرض المشغولة به إن شاء أخذه وإن شاء قلعة، ذكره في «الشرح».

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 137

فصل  
( وحكم المستعير في استيفاء المنفعة حكم المستأجر) لأنه ملك التصرف بإذن المالك، أشبه المستأجر، فعلى هذا إن أعاره للغرس، أو البناء، فله أن يزرع ما شاء ولا عكس، وإن أذن له في زرع مرة، لم يملك أخرى، وله استيفاء المنفعة بنفسه وبوكيله، لأنه تائب عنه (والعارية) المقبوضة (مضمونة) نص عليه. روي عن ابن عباس وأبي هريرة، لما روى الحسن عن سمرة أن النبي قال: «وعلى اليد ما أخذت حتى تؤديه» رواه الخمسة، وصحح الحاكم إسناده وعن صفوان أنه عليه السلام استعار منه يوم حنين أدرعا، فقال: أغصبا يا محمد؟ قال: «بل عارية مضمونة» رواه أحمد، وأبو داود. ولأنه أخذ ملك غيره لنفع نفسه منفردا بنفعه من غير استحقاق ولا إذن في إتلاف، فكان مضمونا كالغصب، وقاسه في «المغني» و «الشرح» على المقبوض» على وجه السوم. قال في «الفروع»: فدل على رواية مخرجة وهو متجه. وذكر الحارثي لا يضمن، وذكره الشيخ تقي الدين عن بعض أصحابنا، واختاره صاحب «الهدى» فيه لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده مرفوعا قال: «ليس على المستعير ضمان» ولأنه قبضها بإذن مالكها، فكانت أمانة، ورد بأنه يرويه عمرو بن عبد الجبار عن عبيد بن حسان وهما ضعيفان، قاله الدارقطني مع أنه يحتمل أنه أراد ضمان المنافع والأجرة، وعمل المذهب لا فرق بين أن يتعدى فيها أو لا. ويستثنى منه ما إذا تلفت في يد مستعير من مستأجرها، أو يكون المعار وقفا ككتب العلم ونحوها، فلا يضمن فيهما إذا لم يفرط (بقيمتها) لأنها بدل

عنها في الإتلاف، فوجب عند تلفها كالإتلاف، وإذا قلنا بضمن الأجزاء التالفة بالانتفاع فإنه يضمنها بقيمتها قبل تلف أجزائها إن كانت قيمتها أكثر، وإن كانت مثلية، ضمنها بمثلها (يوم تلفها) لأنه حينئذ يتحقق فوات العارية فوجب اعتبار الضمان به (وإن شرط نفي ضمانها) أي: لم يسقط لأن كل عقد اقتضى الضمان، لم يغيره الشرط كالمقبوض بيع.  
(وكل ما كان أمانة) كالوديعة (لا يصير مضمونا بشرطه وما كان مضمونا لا ينتفي ضمانه بشرطه) لأن العقد إذا اقتضى شيئا، فشرط غيره يكون شرطا لشيء ينافي مقتضى العقد، فلم يصح، كما لو شرط في المبيع أن لا يبيعه (وعن أحمد أنه ذكر له ذلك، فقال: «المسلمون على شروطهم» فيدل على نفي الضمان بشرطه) قال أبو الخطاب: أو ما إليه أحمد، واختاره أبو حفص، و



الشيخ تقي الدين ، لأنه لو أذن في إتلافها، لم يجب ضمانها، فكذا إذا سقط عنه ضمانها. وعنه: إن لم يشترط نفيه، جزم به في «التبصرة» (وإن تلفت أجزاءها بالاستعمال) أي، بانتفاع معروف (كحمل المنشقة، فعلى وجهين) أصحابهما: لا يضمن، لأن الإذن في الاستعمال تضمن الإذن في الإتلاف، وما أذن في إتلافه، لا يضمن كالمنافع. والثاني: بلى، لأنها أجزاء مضمونة لو تلفت العين قبل استعمالها، فوجب أن يضمن بتلفها بالاستعمال كسائر الأجزاء، ورد بالفرق، فإنها لا تتميز من العين ومقتضى ذلك أنه إذا تلف شيء من أجزائها الذي لا يذهب بالاستعمال أنه يضمنه لأن ما ضمنت جملته ضمنت أجزاءه كالمغصوب. وكذا لو تلف جزؤها باستعمال غير مأذون فيه، كاستعارة ثوب في لبس، فحمل فيه ترابا، لأنه تلف بتعديه أما ما تلف بطول الزمان، فهو كالذي تلف بالاستعمال، لأنه تلف بالإمساك المأذون فيه، أشبه تلفه بالفعل المأذون فيه. رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 143

(6/137)

---

تنبيه: الخلاف جار في ولد العارية وزيادتها، والأصح أنه لا يضمن، لأنه لم يدخل فيها، ولا فائدة للمستعير فيه، وكذا تجري في ولد مؤجرة ووديعة، ويصدق المستعير في عدم التعدي حيث لا بينة. (وليس للمستعير أن يعير) لأنها إباحة المنفعة، فلم يجز أن يبيحها غيره كإباحة الطعام، قاله في «المغني» و «الشرح» وليس بظاهر على القول بأنها هبة منفعة، بل الانتفاع بها مستفاد بالإذن، لا بطريق المعاوضة، وهو يختلف وقيل: له ذلك، لأنه يملكه على حسب ما ملكه، فجاز كإيجار المستأجر، قال في «الشرع»: «وحكاه صاحب «المحرر» قولاً لأحمد قال: ويحتمل أن يكون مذهبا لأحمد في العارية المؤقتة بناء على أنه إذا أعاره أرضه سنة ليني فيها، لم يحل له الرجوع قبل السنة، لأنه قدر المنفعة كالمستأجر، وأطلق في «الفروع» الخلاف أصلهما هل هي هبة منفعة أو إباحة، ويتوجه عليهما تعليقهما بشرط. وفي «المنتخب»: «يصح قال «في الترغيب» يكفي ما دل على الرضى من قول أو فعل (فإن فعل) فلما لكها الرجوع بأجرة مثلها على من شاء منهما، لأن الأول سلط غيره على أخذ مال غيره بغير إذنه. والثاني: استوفاه بغير إذنه، فإن ضمن الأول رجع على الثاني، لأن الاستيفاء حصل منه، وإن ضمن الثاني، لم يرجع على الأول إلا أن لا يعلم بالحال (فتلف عند الثاني فلما لك تضمين أيهما شاء) لتعدي كل منهما (ويستقر الضمان على الثاني) إذا كان عالما بالحال، لأن التلف حصل في يده، وإلا ضمن العين دون المنفعة، ويستقر ضمان المنفعة على الأول (وعلى المستعير مؤنة رد العارية) لما تقدم من قوله: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» وإذا كانت واجبة الرد، وجب أن تكون مؤنة الرد على من يجب عليه الرد، ومؤنة عينها على المعير، قاله في «شرح الهداية» و «الرعاية» وذكر الحلواني أن نفقتها على المستعير، وإليه ميل الشيخ تقي الدين، وقال: لا أعرف فيها نقلاً، وخرجها على الخلاف في نفقة الجارية الموصى بنفعها فقط، وحينئذ يجب ردها

(6/138)

---

إلى المعير، أو وكيله في قبضها (فإن رد الدابة إلى اصطلب المالك أو غلامه، لم يبرأ من الضمان) لأنه لم يردّها إلى مالكها، ولا نأبئ فيها، فلم يبرأ كالأجنبي، واختار ابن حمدان أنه يبرأ بردها إلى غلامه (إلا أن يردّها إلى من جرت العادة بجريان ذلك على يده كالسائس) لأنه مأذون فيه عرفاً، أشبه صريح الإذن، وخالف الحلواني فيه كالغلام (ونحوه) كزوجته وخازن ووكيل عام في قبض حقوقه، قاله في «المجرد».

مسألة: إذا قال: ما أركبها إلا بأجرة، فقال ربها: ما أخذها لها أجرة، ولا عقد بينهما، فعارية. ولو أركب دابته منقطعاً، لم يضمن في الأشهر، وكذا رديف وقيل: يضمن نصف القيمة، ولو سلم شريك شريكه الدابة، فتلفت بلا تفريط، ولا تعد، لم يضمن، فإن ساقها فوق العادة، ضمن، قال شيخنا. ويتوجه كعارية إن كان عارية، وإلا لم يضمن، ذكره في «الفروع» فعليه إن سلمها إليه ليعلفها ويقوم بمصلحتها ونحوه، لم يضمن، وإن سلمها إليه لركوبها لمصالحة وقضاء حوائجها عليها فعارية.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 143  
فصل

(6/139)

(إذا اختلفا، فقال: أجرتك، قال: بل أعرتني عقب العقد، فالقول قول الراكب) مع يمينه، لأن الأصل عدم عقد الإجارة، وحينئذ ترد العين إلى مالكها إن كانت باقية، لأن الأصل براءة ذمته منها، فلو عكس في الدعوى، قدم قول المالك (وإن كان بعد مضي مدة لها أجرة فالقول قول المالك) مع يمينه، لأنهما اختلفا في كيفية انتقال المنافع إلى ملك الراكب، فقدم قول المالك كما لو اختلفا في عين، فادعى المالك بيعها، والآخر هبتها، إذ المنافع تجري مجرى الأعيان، وقيل: يقدم قول الراكب، لأنهما اتفقا على تلف المنافع على ملك الراكب، وادعى المالك عوضاً لها، والأصل عدم وجوبه، وبرائة ذمته منه، وعلى الأول إذا حلف المالك استحق الأجرة (فيما مضى من المدة دون ما بقي منها) فإنه يقدم قول المستعير فيها، لأنه بمنزلة ما لو اختلفا عقب العقد (وهل يستحق أجرة المثل أو المدعى إن زاد عليها؟ على وجهين) الأصح أنه يستحق أجرة المثل، لأنهما لو اتفقا على وجوبه، واختلفا في قدره، وجب أجر المثل، فمع الاختلاف في أصله أولى. والثاني: يستحق المسمى إن زاد على أجر المثل، لأنه وجب بقول المالك ويمينه، فوجب ما حلف عليه كالأصل، ولم يقيد في «الشرح» ولا غيره بالزيادة عليها، وقيل: يستحق أقلهما وهو اختيار المجد، لأنه إن كان المسمى، فقد رضي به، وإن كان أكثر، فليس له إلا أجر المثل، لأن الإجارة لم تثبت، ومثله لو ادعى أنه زرعه عارية، وقال ربها: إجارة، ذكره الشيخ تقي الدين (وإن قال: أعرتك قال: بل أجرنتي والبهيمة تالفة، فالقول قول المالك) إذا كان مضي مدة لها أجرة، سواء ادعى الإجارة، أو الإعارة، لأنه إن ادعى الإجارة، فهو معترف للراكب ببراءة ذمته من ضمانها، فقبل على نفسه، وإن ادعى الإعارة، فهو يدعي قيمتها، والقول قوله، لأنهما اختلفا في صفة القبض، والأصل فيما يقبضه الإنسان من مال غيره الضمان للأثر. ويقبل قول الراكب في قيمتها، وإن كان بعد مضي مدة لها أجرة

والأجر بقدر قيمتها، فالقول قول المالك بغير يمين في الأصح، وإن كان ما يدعيه المالك أكثر، فالقول قوله، فإذا حلف، استحق ما حلف عليه (وإن قال: أعرتني أو أجرنتني، قال: بل غصبتني، فالقول قول المالك) كما لو اختلفا في ردها (وقبل قول الغاصب) لأن المالك يدعي عليه عوضا الأصل براءة ذمته منه، ولأن الظاهر في اليد أنها بحق، فقبل قوله. وفي «الشرح» أن الدابة إذا كانت قائمة لم تنقص، فلا معنى للاختلاف. ويأخذ المالك دابته، وكذا إن كانت تالفة، فادعى الراكب العارية، لأن القيمة تجب على المستعير كوجوبها على الغاصب، وإن كان بعد مضي مدة لها أجرة، فالاختلاف في وجوبه، والقول قول المالك.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 147  
فرع: إذا قال: أودعتني، قال: بل غصبتني، فوجهان. وإن قال: أودعتك، قال: بل أعرتني، صدق المالك إن حلف، وعليه أجرة ما انتفع به.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 147

#### كتاب الغضب

هو مصدر غضب الشيء يغضبه بكسر الصاد غصبا، واغتصبه يغتصبه اغتصابا، والشيء مغصوب وغضب، وهو في اللغة: أخذ الشيء ظلما، قاله الجوهري، وابن سيده.

وفي الشرع قال المؤلف تبعا لأبي الخطاب: (وهو الاستيلاء على مال الغير قهرا بغير حق) فـ«قهرا» زيادة في الحد، لأن الاستيلاء يدل عليه، وفيه نظر، لأنه لا يستلزمه مع أنه يخرج بقيد «القهر» المال المسروق والمنتهب والمختلس، و«بغير حق» يخرج استيلاء الولي على مال الصغير والحاكم على مال المفلس، وكذا في «المغني» وأسقط لفظة «قهرا» وليس بجامع لخروج ما عدا ذلك من الحقوق، كالكلب، وخمر الذمي السرجين، فإنها قابلة للغضب، وليست بمال، وفيه تعريف «غير» باللام، والأشهر إسقاطها فيها. وأحسنها: الاستيلاء على حق غيره قهرا ظلما. وهو محرم بالإجماع، وسنده قوله تعالى: {ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل} / البقرة: 188) وقوله عليه السلام: «فإن دماءكم، وأموالكم، وأعراضكم عليكم حرام» وقوله عليه السلام: «لا يحل حال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه» ابن ماجه، والدارقطني (وتضمن أم الولد) بالغضب في قول جماهير العلماء، لأنها تجري مجرى المال بدليل أنها تضمن بالقيمة في الإتلاف، لكونها مملوكة كالمديرة بخلاف الحرة، فإنها ليست مملوكة، فلا تضمن بالقيمة، لكن لا تثبت يد على بضع، فيصح تزويجها، ولا يضمن نفعه (والعقار) بفتح العين الضيعة والنخل والأرض قاله أبو السعادات (بالغضب) في ظاهر المذهب، لما روى سعيد ابن زيد أن النبي قال: «من اقتطع من الأرض شبرا ظلما طوقه يوم القيامة من سبع أرضين» متفق عليه،

ولأن ما يضمن في الإتلاف يجب أن يضمن في الغصب كالمنقول (وعنه: ما يدل على أن العقار لا يضمن بالغصب) روى عنه ابن منصور فيمن غصب أرضاً فزرعها، ثم أصابها غرق من الغاصب، غرم قيمة الأرض، وإن كان سبباً من السماء، لم يكن عليه شيء، فظاهر هذا أنها لا تضمن بالغصب، لأنه لا يوجد فيها النقل والتحويل، فلم يضمن، كما لو حال بينه وبين متاعه، فتلّف، ولأن الغصب إثبات اليد على المال عدواناً على وجه تزول به يد المالك، ولا يمكن ذلك في العقار، وجوابه بأنه يمكن

(6/142)

---

الاستيلاء عليه على وجه يحول بينه وبين مالكه مثل أن يسكن داراً، ويمنع مالكها من دخولها أشبه أخذ الدابة والمتاع. وعلى الثانية لو أتلفه ضمنه بالإتلاف.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 150

مسألة: لو دخل داراً قهراً، وأخرجه، فغاصب، وإن أخرجه قهراً ولم يدخل أو دخل مع حضور ربها وقوته، فلا، وإن دخل قهراً ولم يخرج، فقد غصب ما استولى عليه، وقيل: بل النصف، وإن لم يرد الغصب، فلا وإن دخلها قهراً في غيبة ربها، فغاصب، ولو كان فيها قماشه، وهل يشترط في غصب ما ينقل نقله؟ فيه وجهان الأصح أنه لا يشترط. (وإن غصب كلباً فيه نفع) أي: يقتنى (أو خمر ذمي لزمه رده) لأن الكلب يجوز الانتفاع به واقتناؤه، أشبه سائر الأبدال المنتفع بها، وفي رده صيده أو أجرته، أو هما أوجه، وأما الخمر، فلأن الذمي يقر على شربها، لكونها مالاً عنده، ومحلها ما إذا كانت مستورة، قاله في «الرعاية» و «الفروع» (وإن أتلفه لم تلزمه قيمته) لأن الكلب ليس له عوض شرعي، لأنه لا يجوز بيعه. وفي «الإفصاح» يضمنه والخمر للخبر، ولأن ما حرم بيعه لا لحرمة، لم تجب قيمته كالميتة، ولا فرق في المتلف بين أن يكون مسلماً، أو ذمياً، نص عليه، لأن ما لم يكن مضموناً في حق المسلم لا يكون مضموناً في حق الذمي كالمترد، ولأنها غير متقومة. وعنه: يلزمه قيمتها، وقيل: يغرّم قيمتها الذمي دون المسلم فعليه لا يكون حكم بقية الكفار كذلك وإن كانوا يعتقدون ماليتها وفي «الانتصار» لا يردّها، وأنه يلزم إراقتها إن جد، وإلا لزم تركه، وعليها يخرج تعزيز مربيقه وفي «عيون المسائل» لا نسلم أنهم يقرون على شربه واقتنائه، لأن في رواية يجب الحد عليهم بالشرب، ولا يقرون، وإن سلمنا، فإننا لا نتعرض لهم، وأما أن نقرهم، فلا نسلم يبطل بالمجوس يقرون على نكاح المحارم، ولا يقضي عليهم بمهر ونفقة وميراث، وقال هو و«الترغيب»: يرد الخمر المحترمة، ويرد ما تخلل بيده لا ما أريق، فجمعه آخر

(6/143)

---

لزوال يده، والأشهر أن لنا خمراً محترمة وهي التي عصرت من غير قصد الخمرية، أو بقصد الخلية، فهي على الأول محترمة دون الثاني، وظاهره ولو كانت لمسلم، لأن اتخاذ الخل جائر إجماعاً ولا يصير خلاً إلا بعد التخمر، فلو

أرقناها لتعذر اتخاذ الخل.  
 فرع: تجب إراقة خمر المسلم ولا غرم، وإن تخللت ردها، لأنها صارت خلاً على حكم ملكه، فإن تلفت، ضمنها.  
 رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 150  
 (وإن غصب جلد ميتة فهل يلزمه؟ على وجهين) هما مبنيان على الروايتين في طهارته بالدباغ، والأشهر لا يرده مطلقاً، فعليه لو أتلفه، أو أتلف ميتة بجلدها لم يضمن، لأنه لا قيمة له بدليل أنه لا يجوز بيعه (فإن دبغه) أي: غاصبه (وقلنا بطهارته، لزمه رده) كالخمر إذا تخلل، وقيل: لا يلزمه رده، لأنه صار بفعله بخلاف الخمر. وظاهره أنه إذا قلنا: لا يظهر لم يجب رده، لكونه لا يباح الانتفاع به، وقيل: يلزمه إذا قيل: ينتفع به في يابس (وإن استولى على حر) كبير (لم يضمنه بذلك) لأنه ليس بمال، فعلم أنه لا يثبت الغصب فيما ليس بمال، وقيل: بلى (إلا أن يكون صغيراً ففيه وجهان) أحدهما: لا ضمان، وهو الأصح كالكبير، والثاني: بلى، لأنه يمكن الاستيلاء عليه من غير ممانعة منه، أشبه العبد الصغير (وإن قلنا: لا يضمنه فهل يضمن ثيابه وحليه) أي: التي لم ينزعها عنه (على وجهين) أحدهما: لا يضمنه، جزم به في «الوجيز» لأنه تبع له، وهو تحت يده، أشبه ثياب الكبير. والثاني: بلى، لأنه مال، أشبه ما لو كان منفرداً (وإن استعمل الحر كرها، فعليه أجرته) لأنه استوفى منافعه، وهي متقومة، فلزمه ضمانها كمنافع العبد (وإن حبسه مدة) أي: لمثلها أجره (فهل تلزمه أجرته؟ على وجهين) أحدهما: تلزمه، جزم به في «الوجيز» لأنه فوت منفعته وهي مال يجوز أخذ العوض عنها، فضمنت بالغصب كمنافع العبد. والثاني: لا، لأنها تابعة لما لا يصح غصبه، أشبه ثيابه إذا بليت عليه وأطرافه، فإن منعه

(6/144)

العمل من غير حبس ولو عبداً، لم يضمن منافعه وجهاً واحداً. ويتوجه: بلى فيهما، قاله في «الفروع» وإن مات في حبسه، فهدر، وإن صح غصبه، صح أن يؤجره مستأجره، وإلا فلا.  
 فائدة: في صحة البيع في الأرض المغصوبة روايتان، اختار ابن عقيل الصحة وحمل رواية المنع على الورع.  
 رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 150  
 فصل

(ويلزمه رد المغصوب) إن كان باقياً، لما روى عبد الله بن السائب، عن أبيه، عن جده أن النبي قال: «لا يأخذ أحدكم متاع أخيه لاعباً ولا جاداً، ومن أخذ عصا أخيه فليردها» رواه أبو داود وقد أجمع العلماء على وجوب رده إن كان بحاله لم يتغير، ولم يشتغل بغيره، ولأنه أزال يد المالك عن ملكه بغير حق، فلزمته إعادته (إن قدر على رده وإن غرم عليه أضعاف قيمته) لأنه هو المتعدي، فلم ينظر إلى مصلحته، فكان أولى بالغرامة. وظاهره ولو بعدت المسافة، لأنه جنى بتعديه، فكان ضرر ذلك عليه، فإن قال الغاصب: خذ مني أجر رده، وتسلمه مني ها هنا، أو بذل له أكثر من قيمته ولا يسترده، لم يلزم المالك قبوله، لأنها معاوضة، فلم يجبر عليها كالبيع، وإن قال المالك: دعه لي في مكان الذي نقلته إليه، لم يملك الغاصب رده، وإن قال: رده إلى بعض الطريق، لزمه، وإن قال: دعه في مكانه، وأعطني أجره رده، أو طلب منه حمله إلى

مكان آخر في غير طريق الرد، لم يلزم الغاصب، ولو كان أقرب، لأنه معاوضة، ومهما اتفقا عليه من ذلك، جاز، لأن الحق لهما (وإن خلطه بما يتميز منه) كحنطة بشعير، وتمر بزبيب (لزمه تخليصه) أي تخليص المتميز (ورده) لأنه أمكنه رد مال غيره، فلزمه كما لو لم يخلطه بغيره، وأجرة ذلك عليه كأجر رده، فإن أمكن تمييز بعضه، وجب تمييز ما أمكن (وإن بنى عليه، لزمه رده) يعني إذا غصب شيئاً، فشغله بملكه كحجر أو خشبة بنى عليها، أو خيط خاط به ثوبا، لزمه رده، وإن انتقض البناء، وتفصل الثوب، لأنه مغصوب أمكن رده، فوجب كما لو لم يبن عليه (إلا

(6/145)

---

أن يكون قد بلي) لأنه صار هالكا فوجب قيمته كما لو أتلفه (وإن سمر بالمسامير بابا لزمه قلعها وردها) للخير ولا أثر لضرره، لأنه حصل بتعديه. مسائل: إذا غصب فصيلاً ونحوه، فأدخله داره، وتعذر خروجه، نقض بابه مجاناً، فإن دخل الفصيل بنفسه، أو أدخله ربه داراً غصبها غرم مالكة أرش نقص البناء وإصلاحه، وإن بذل له ربه عوضه، لزمه قبوله، وقيل: لا، وقيل: يذبح إن أدخله ربه. ولو عمل فيها غاصبها تابوتا، ولم يخرج، فك التابوت، ولم ينقض البناء، وإن سقط في محبرته مال بتفريطه، أخرج، فإن لم يمكن، كسرت له مجاناً، وإن لم يفرط، وضمن رب المال كسرها، فإن بذل ربه بدل ماله، وجب قبوله في الأصح.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 154

(6/146)

---

فرع: إذا باع داره وله فيها أسرة، وتعذر الإخراج والتفكيك، غرم أرش نقص البناء، وقيل: كما لو قلع أحجاراً له فيها مدفونة، وفصل في الشرح. وإن زرع الأرض وردّها بعد أخذ الزرع) فهو للغاصب بغير خلاف نعلمه، لأنه نماء ماله (فعلية أجرتها) أي أجرة مثلها إلى وقت التسليم، لأنه استوفى نفعها، فوجب عليه عوضه، كما لو استوفاه بالإجارة، ولأن المنفعة مال، فوجب أن يضمن كالعين، وعليه ضمان النقص، ولو لم يزرعها، فنقصت لترك الزراعة كأرض البصرة، ضمن ذلك، وروى عنه حرب أن له تملكه أيضاً بناء على أن الزرع يثبت على مالك الأرض ابتداءً، وقرر بعض أصحابنا موافقته للقياس بأن المتولد بين أبوين مملوكين من الأدميين يكون مملوكاً لمالك لأم بالاتفاق مع كونه مخلوقاً من مائهما، وبطون الأمهات بمنزلة الأرض وماء الفحول بمنزلة البذر، والمذهب هو الأول (وإن أدركها ربه والزرع قائم) فيها (خير بين تركه إلى الحصاد بأجرته) أي بأجرة (مثله) وأرش نقص الأرض (وبين أخذه بعوضه) هذا قول القاضي وعامة أصحابه والشيخين. وجزم به في «الوجيز» لأن كل واحد منهما يحصل به غرضه، فملك الخيرة بينهما تحصيلاً لغرضه، وظاهره أنه لا يملك اجبار الغاصب على قلعه خلافاً لأكثرهم، لقوله عليه السلام «ليس لعرق ظالم حق» ولأنه زرع في أرض غيره ظلماً، أشبه الغرس، لنا ما روى رافع بن خديج أن النبي قال: «من زرع في أرض قوم بغير إذنهم، فليس له من الزرع

شيء وله نفقته»، رواه أحمد وأبو داود، والترمذي وحسنه، ولأنه أمكن رد المغصوب إلى مالكه من غير إتلاف مال الغاصب على قرب من الزمان، فلم يجر إتلافه، كما لو غصب سفينة، فحمل فيها متاعه، فأدخلها لجة البحر لا يجبر على إلقائه، فكذا هنا، صيانة للمال عن التلف وفارق الشجر لطول مدته، وحديثهم محمول عليه. وحديثنا على الزرع، وبه يجمع بينهما، ولأنه زرع حصل في ملك غيره، فلم يجبر على قلعه على وجه يضرب به، كما لو كانت الأرض مستعارة أو مشفوعة

(6/147)

---

(وهل ذلك قيمته أو نفقته؟ على وجهين) أحدهما: ان ذلك قيمته صحه القاضي في «تعليقه» لأنه بدل عن الزرع، فيقدر بقيمته، كما لو أتلفه، وعليه يجب على الغاصب أجر الأرض إلى حين تسليم ذلك، وذكر أبو يعلى الصغير: لا، نقله إبراهيم بن الحارث. والثاني: هي نفقته، فعلى هذا يرد على الغاصب ما أنفق من البذر ومؤنة لواحقه من الحرث والسقي ونحوهما، وهذا هو المذهب قال ابن الزاغوني: أصلهما هل يضمن ولد المغرور بمثله أو قيمته، وقال أبو الحسين: فيه ثلاثة خرجها أبو القاسم أن صاحب الأرض يخير إن شاء دفع القيمة، وإن شاء النفقة، نقل مهنا: ويذكره، إن أخذه قبل وجوبها، وإلا فوجهان (ويحتمل أن يكون للغاصب) لأنه نماء ملكه (وعليه الأجرة) أي: أجرة المثل وذكر بعض أصحابنا أن أحمد نص على مثل ذلك، وقيل: له قلعه إن ضمنه، وقال الشيخ تقي الدين فيمن زرع بلا إذن شريكه، والعادة بأن من زرع فيها له نصيب معلوم، ولربها نصيب، قسم ما زرعه في نصيب شريكه كذلك؟ رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 154

(6/148)

---

تنبيه: وهل الرطبة وغيرها كزرع، أو غرس؟ فيه احتمالان، فلو غصب أرضا، فغرسها، فأثمرت، فسيأتي (وإن غرسها، أو بنى فيها، أخذ بقلع غرسه وبنائه) أي: إذا طالب مالك الأرض، لزم الغاصب ذلك بغير خلاف نعلمه للأثر الحسن ذكره في «الشرح» وفي «الرعاية» أنه الأصح وفي رواية أبي داود والدارقطني من حديث عروة بن الزبير قال: ولقد أخبرني الذي حدثني هذا الحديث أن رجلين اختصما إلى رسول الله غرس أحدهما نخلا في أرض الآخر، فقاضى لصاحب الأرض بأرضه، وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها، فلقد رأيتها وإنما لتضرب أصولها بالفؤوس، وإنما لنخل عم. قال أحمد العم: الطوال ولأنه شغل ملك غيره بملكه الذي لا حرمة له في نفسه، فلزمه تفرغه، كما لو جعل فيها قماشاً. وظاهر كلامهم لا فرق في ذلك بين الشريك وغيره، وصرح به الحارثي، قال جعفر بن محمد: سمعت أبا عبد الله يسأل عن رجل غرس نخلاً بينه وبين قوم مشاعاً، قال: إن كان بغير إذنهم، قلع نخلة (وتسوية الأرض وأرش نقصها) لأنه ضرر حصل بفعله، فلزمه إزالته كغيره (وأجرتها) أي: أجرة مثلها إلى وقت التسليم، وإن بذل ربها قيمة العيراس والبناء ليملكه، لم يلزم الغاصب قبوله، وله قلعهما، ويضمن الأرش والأجرة، وإن وهبهما لمالك الأرض

وفي الإزالة غرض صحيح لم يجبر، وإلا فوجهان. وشمل ذلك ما إذا غرسها بغراس مالکها، وحکم البناء كالغرس إلا أنه يتخرج إذا بذل مالک الأرض القيمة لصاحب البناء، فإنه يجبر على قبولها إذا لم يكن في النقص غرض صحيح، لأن النقص سفه، والأول أصح.

(6/149)

فرع: إذا غصبها، فغرسها، فأثمرت، فأدرکها ربها بعد أخذ الغاصب، فهي له، وكذا لو أدرکها والثمرة عليها، لأنها ثمرة شجره، فكانت له كأغصانها وقال القاضي: هي لمالک الأرض، قال أحمد في رواية علي بن سعيد: إذا غصب أرضاً، فغرسها، فالنماء لمالک الأرض، فعلى هذا عليه من النفقة ما أنفقه الغارس فلو غصب شجراً، فأثمر، فالثمر لمالک الشجر بغير خلاف نعلمه ذكره في «الشرح».

فرع: إذا أخذ تراب الأرض، فضربه لبنا، رده ولا شيء له إلا أن يجعل فيه تبناً، فله أن يحله ويأخذ تبنه، فإن كان لا يحصل منه شيء، فوجهان. وإن طالبه المالك بحله، لزمه إذا كان غرض صحيح، وإلا فوجهان، وإن جعله أجراً، لزمه رده، ولا أجره لعمله، وليس له كسره، ولا للمالك إجباره عليه، لأنه سفه وإتلاف للمال، فلو غصب أرضاً، وكشط ترابها، لزمه رده وفرشه كما كان، وإن لم يكن فيه غرض، فهل يجبر على فرشه؟ يحتمل وجهين.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 154

فرع: القابض بعقد فاسد من المالك إذا غرس أو بنى، فللمالك تملكه بالقيمة كغرس المستعير، ولا يقلع إلا مضموناً لاستناده إلى الإذن ذكره القاضي وابن عقيل.

(6/150)

(وإن غصب لوحاً فرقع به سفينة) وخيف من قلعه (لم يقلع حتى تُرسى) لأن في قلعه إفساداً لمال الغير مع إمكان رد الحق إلى مستحقه بعذر من يسير، ولا فرق بين أن يكون المال للغاصب، أو غيره حيواناً محترماً أو لا. وقال أبو الخطاب: إن كان فيها حيوان محترم، أو مال لغير الغاصب، لم يقلع كالخيط، والأول أولى، لأنه أمكن رد المغصوب من غير إتلاف، كما لو كان فيها مال غيره. واقتضى ما سبق أنها لو كانت على الساحل، أو كانت في اللجة واللوح في أعلاها بحيث لا تغرق، لزمه القلع (وإن غصب خيطاً فخاط به جرح حيوان محترم) (وخيف عليه من قلعه) الضرر، وقيل: التلف، جزم به في «الوجيز» (فعليه قيمته) لأنه تعذر رد الحق إلى مستحقه، فوجب رد بدله وهو القيمة، وظاهره لا يلزمه القلع، صرح به في «المغني» وغيره، لأن الحيوان أكد حرمة من بقية المال بدليل أنه لا يجوز منع نمائه منه، وعلم منه أن الحيوان إذا كان غير محترم كالمرتد والخنزير ونحوه، لأنه لا يتضمن تفويت ذي حرمة، أشبه ما لو خاط به ثوباً (إلا أن يكون الحيوان مأكولاً للغاصب، فهل يلزمه رده ويذبح الحيوان على وجهين) أشهرهما أنه يلزمه رده، لأنه يمكن ذبح الحيوان والانتفاع بلحمه، وذلك جائز وإن حصل نقص على الغاصب، فليس بمانع من وجوب رد



المغصوب كنفص البناء. والثاني: لا يجب قلعه لنهيه عليه السلام عن ذبح الحيوان لغير مأكلة، ولأن له حرمة في نفسه، وللمؤلف احتمال: يذبح المعد له كبهيمة الأنعام دون غيره كالخيل، لأنه إتلاف له، فجرى مجرى ما لا يؤكل وظاهره أنه لا يلزمه الرد إذا كان مأكولاً لغير الغاصب، صرح به في «المغني» و«الشرح» لأن فيه إضراراً بصاحبه، ولا يزال الضرر بالضرر (وإن مات الحيوان لزمه رده) لأن عدم الرد في الحياة إنما كان خشية التلف وقد أمن بالموت (إلا أن يكون آدمياً) فلا يلزمه الرد، لأن حرمة الآدمي باقية وغيره لا يساويه فيها، فعلى هذا تجب قيمته، وقيل: يلزمه الرد للعموم.

(6/151)

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 154

فصل

(وإن زاد لزمه رده بزيادته سواء كانت متصلة كالسمن، وتعلم صنعة، أو منفصلة كالولد والكسب) لأنه من نماء المغصوب وهو لمالكة، فلزمه رده كأصل (وإن غصب جارحاً، فصاد به، أو شبكة، أو شركاً، فأمسك شيئاً، أو فرساً، فصاد عليه، أو غنم، فهو لمالكة) لأن ذلك كله بسبب ملكه، فكان له كما لو غصب عبداً، فصاد، وقيل: هو للغاصب في الكل، لأنه هو الصائد، والجرح آفة، فعلى ذلك عليه أجره ذلك كله مدة مقامه في يده إن كان له أجره وعلى الأول لا أجره له في وجهه، وفي آخر عليه أجره المثل، لأنه استوفى منافعه أشبه ما لو لم يصد، ولو غصب عبداً، فصاد، أو كسب، فهو لسيدته، وفي وجوب أجره العبد على الغاصب في مدة كسبه وصيده وجهان، والمختار أنه لا أجره له، لأن منافعه في هذه المدة مصروفة إلى مالكة، فلم يستحق عوضها على غيره، لكن لو غصب منجلاً، فقطع به شجراً، أو حشيشاً، فهو للغاصب، لأن هذه آفة، فهو كالحبل يربط به (وإن غصب ثوباً، فقصره، أو غزلاً، فنسجه، أو فضة أو حديداً، فضربه، أو خشياً فنجره، أو شاة فذبحها وشواها، رد ذلك) إلى مالكة في ظاهر المذهب، لأنه عين ماله، أشبه ما لو ذبح الشاة فقط ولأنه فعله بملكه، لم يزل عنه، فكذا إذا فعله بملك غيره (بزيادته) إن زاد (وأرث نقصه) إن نقص، لكونه حصل بفعله. ولا فرق بين نقص العين أو القيمة أو هما (ولا شيء له) أي: للغاصب يعمل المؤدي إلى الزيادة، لأنه تبرع في ملك غيره، فلم يستحق لذلك عوضاً، كما لو غلى زيتاً فزادت قيمته، لكن إن أمكن الرد إلى الحالة الأولى كحلي وأوان ودراهم ونحوها، فللمالك إجباره على الإعادة (وعنه: يكون شريكاً بالزيادة) ذكر في «المستوعب» و«المذهب» لأن الزيادة حصلت بمنافعه، والمنافع تجري مجرى الأعيان، أشبه ما لو غصب ثوباً فصبغه، وفرق في «المغني» و«الشرح» بأن الصبغ عين مال لا يزول ملك مالكة عنه بجعله مع ملك غيره بخلاف

(6/152)

ما ذكره (وقال أبو بكر: يملكه) الغاصب (وعليه قيمته) قبل تغييره. هذا رواية عن أحمد، نقلها عنه محمد عبد الحكيم فيمن جعل حديداً سيوفاً، تقوم، فيعطيه

التمن على القيمة، حديث النبي في الزرع: «أعطوه ثمن بذره» ورد بأنه قول قديم مرجوع عنه، وعنه: يخير المالك بينهما. فلو وهبه الغاصب عمله، لزمه قبوله، قال في «الرعاية» [قم] (وإن غصب أرض /h/ فحفر فيها بئر /h/ ووضع ترابها في أرض مالكة، لم يملك طمها، إذا أبراه المالك من ضمان ما يتلف بها في أحد الوجهين) [قم] لأنه إتلاف لا نفع فيه، فلم يكن له فعله، كما لو غصب نقرة، فطمها دراهم، ثم أراد ردها نقرة، ومقتضاه أنه إذا طالبه المالك بطمها أنه لا يبرأ من الضمان بإبراء المالك له، لأنه إبراء مما لم يجب بعد مع أنه إبراء من حق غيره وهو الواقع فيها، ونصر في «المغني» و«الشرح» الأول بأن الضمان إنما يلزمه لوجود التعدي، فإذا رضي صاحب الأرض، زال التعدي، فيزول الضمان، وليس هذا إبراء مما لم يجب، وإنما هو إسقاط التعدي برضاه به، وهذا الخلاف جار فيما ذكره، فلو وضع التراب في غير أرض مالكة، أو لم يبرئه من الضمان، فلا، وحكم ما إذا منعه من طمها كذلك.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 160

(6/153)

---

تنبيه: إذا غصب بقرة، وأنزى عليها فحله، أو بالعكس، فالولد رب الأم ولا أجره يخير المالك بينهما. فلو وهبه الغاصب عمله، لزمه قبوله، قال في «الرعاية» [قم] (وإن غصب أرض /h/ فحفر فيها بئر /h/ ووضع ترابها في أرض مالكة، لم يملك طمها، إذا أبراه المالك من ضمان ما يتلف بها في أحد الوجهين) [قم] لأنه إتلاف لا نفع فيه، فلم يكن له فعله، كما لو غصب نقرة، فطمها دراهم، ثم أراد ردها نقرة، ومقتضاه أنه إذا طالبه المالك بطمها أنه لا يبرأ من الضمان بإبراء المالك له، لأنه إبراء مما لم يجب بعد مع أنه إبراء من حق غيره وهو الواقع فيها، ونصر في «المغني» و«الشرح» الأول بأن الضمان إنما يلزمه لوجود التعدي، فإذا رضي صاحب الأرض، زال التعدي، فيزول الضمان، وليس هذا إبراء مما لم يجب، وإنما هو إسقاط التعدي برضاه به، وهذا الخلاف جار فيما ذكره، فلو وضع التراب في غير أرض مالكة، أو لم يبرئه من الضمان، فلا، وحكم ما إذا منعه من طمها كذلك.

(6/154)

---

تنبيه: إذا غصب بقرة، وأنزى عليها فحله، أو بالعكس، فالولد رب الأم ولا أجره يخير المالك بينهما. فلو وهبه الغاصب عمله، لزمه قبوله، قال في «الرعاية» [قم] (وإن غصب أرض /h/ فحفر فيها بئر /h/ ووضع ترابها في أرض مالكة، لم يملك طمها، إذا أبراه المالك من ضمان ما يتلف بها في أحد الوجهين) [قم] لأنه إتلاف لا نفع فيه، فلم يكن له فعله، كما لو غصب نقرة، فطمها دراهم، ثم أراد ردها نقرة، ومقتضاه أنه إذا طالبه المالك بطمها أنه لا يبرأ من الضمان بإبراء المالك له، لأنه إبراء مما لم يجب بعد مع أنه إبراء من حق غيره وهو الواقع فيها، ونصر في «المغني» و«الشرح» الأول بأن الضمان إنما يلزمه لوجود التعدي، فإذا رضي صاح لفعله، ولا أرش، وعليه أرش فحل غيره إن ضره ضرابه، وأجرته إن صح إيجاره لذلك، وإذا أفرخت طيرة زيد عند

عمرو من طيره، ففرخها لزيد، نص عليه، وعليه ما أنفقه عمرو، إن نوى الرجوع به، وإلا فلا [قم] (وإن غصب حب h فزرعه، أو بيض h فصار فرخ h / أو نوى فصار غرس h) [قم] وفي «الانتصار» أو غصن h / فصار شجرة [قم] (رده) [قم] لأنه عين مال مالكة ونقصه [قم] (ولا شيء له) [قم] لأنه تبرع لفعله [قم] (ويتخرج فيه مثل الذي قبله) [قم] فيرده ونقصه، أو يملكه الغاصب، أو يكون شريك h بالزبارة على ما مر، لأنه إذا قصر الثوب ونحوه، ساوى ذلك حكم h.

[فر] فرع : إذا صار الرطب تمر h / أو السمس شيرح h / أو العنب عصير h / أخذ ربه مثل أيهما شاء.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 160  
فصل

(6/155)

---

[قم] (وإن نقص، لزمه ضمان نقصه) [قم] ولو بنبات لحية أمرد، وقطع ذنب حمار القاضي [قم] (بقيمته) [قم] على المذهب، لأنه ضمان مال من غير جناية، فكان الواجب ما نقص كالبهيمة إذ القصد بالضمان جبر حق المالك بإيجاب قدر ما فوت عليه، ولأنه لو فات الجميع، لوجبت قيمته، فإذا فات منه شيء، وجب قدره من القيمة لغير الحيوان [قم] (رقيق h كان أو غيره) [قم] لاشتراكهما في التلف [قم] (وعنه: إن الرقيق يضمن بما يضمن به في الإتلاف) [قم] فيجب في يده نصف قيمته، وفي موضحته نصف عشر قيمته، لأنه ضمان لأبعاضه، فكان مقدر h من قيمته، كأرش الجناية، والمذهب يضمنه مطلق h بقيمته بالغة ما بلغت، ونقل [قع] حنبل [قع]: لا يبلغ بها دية [قم] (ويتخرج أن يضمنه بأكثر الأمرين) [قم] لأن سبب كل واحد منهما قد وجد، فوجب أن يضمنه بأكثرهما كما لو غصبه وجنى عليه.

تنبيه: إذا كان النقص في الرقيق مما لا مقدر فيه كنقصه لكبير أو مرض، فعليه ما نقص مع الرد بغير خلاف نعلمه، فإن نقص المغصوب بغير انتفاع واستعمال أو غاب، وجب أرشته، وفي أجرته وجهان، فإن نقص باستعماله، فكذلك، وقيل: يجب الأكثر من أجرته، وأرش نقصه، وإن غصب ثوبا، فلبسه، وأبلاه، فنقص نصف قيمته، ثم غلت الثياب، فعادت قيمته، رده، وأرش نقصه.

(6/156)

---

(وإن غصبه وجنى عليه، ضمنه بأكثر الأمرين) هذا على القول بأن ضمان الغصب غير ضمان الجناية، وهو الصحيح، لأن سبب كل واحد منهما وجد، فوجب أكثرهما، ودخل الآخر فيه، وإن قلنا: ضمان الغصب ضمان الجناية، كان الواجب أرش الجناية، كما لو جنى عليه من غير غصب ( وإن جنى عليه غير الغاصب) بأن قطع يده مثلاً (فله) أي للمالك تضمين من شاء منهما، لأن الجاني قطع يده، والغاصب حصل النقص في يده (تضمين الغاصب بأكثر الأمرين) إذا قلنا: إن ضمان الغصب ما نقص (ويرجع الغاصب على الجاني بأرش الجناية) وهو نصف القيمة هنا، لأنها أرش جناية، فلا يجب عليه أكثر منها

(وله تضمين الجاني أرش الجناية) وهو نصف القيمة لا غير، ولم يرجع على أحد، لأنه لم يضمنه أكثر مما وجب عليه (وتضمن الغاصب ما بقي من النقص أي: إذا كان أكثر من نصف القيمة، ولا يرجع على أحد، وإن قلنا: ضمان الغصب ضمان الجناية، أو لم تنقص أكثر من قيمته، لم يضمنها هنا شيئاً، وإن اختار تضمين الغاصب، وقلنا: إن ضمان الغصب كضمان الجناية، ضمنه نصف القيمة، ورجع بها الغاصب على الجاني، لأن التلف حصل بفعله. (وإن غصب عبداً فخصاه) أو قطع يديه أو ذكره، أو ما تجب فيه الدية، من الحر (لزومه رده ورد قيمته) نص عليه، لأن المتلف البعض، فلا يقف ضمانه على زوال الملك، كقطع خصيتي ذكر المدبر، ولأن الخصيتين تجب فيهما كمال الدية كما تجب فيهما كمال الدية من الحر (وعنه في عين الدابة من الخيل والبالغ والحمير: ربع قيمتها) نصره القاضي وأصحابه، لما روي زيد بن ثابت أن النبي قضى في عين الدابة بربع قيمتها.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 160

(6/157)

وعن عمر أنه كتب إلى شريح لما كتب يسأله عن عين الدابة: إنا كنا ننزلها منزلة الأدمي إلا أنه أجمع رأينا أن قيمتها ربع الثمن، وهذا إجماع فقدم على القياس، وخص في «الروضة» هذه الرواية بعين الفرس، وإن عين غيرها غيرهما بما نقص، لكن قال: أحمد قاله في عين الدابة، كقول عمر (والأول أصح) أي: أنه يضمن ناقصه بالقيمة رقيقاً كان أو غيره، وحديث زيد لا يعرف صحته بدليل احتجاج أحمد بقول عمر دونه مع أن قول عمر محمول على أن ذلك كان قدر ناقصها، كما روي عنه أنه قضى في العين القائمة بخمسين ديناراً، ولو كان تقدير الواجب في العين نصف الدية كعين الأدمي. (وإن نقصت العين لتغير الأسعار، لم يضمن، نص عليه) وهو قول جمهور العلماء، لأنه رد العين بحالها لم ينقص منها عين ولا صفة، فلم يلزمه شيء كسمين هزل، فزادت، وعنه: بلى، ذكرها ابن أبي موسى، وقاله أبو ثور كعبد خصاه، فزادت قيمته، وقيل: مع تلفه (وإن نقصت القيمة لمرض أو نحوه، ثم عادت ببرئه، لم يلزمه شيء) إلا رده، لأنه لم يذهب ماله قيمة، والعيب الذي أوجب الضمان زال في يده، وكما لو انقلع سنه، ثم عاد، ونصه: يضمن النقص كزيادة في يده على الأصح. فعلى الأول لو رد المغصوب معيباً، وزال عيبه في يد مالكة، وكان أخذ الأرش، لم يلزمه رده، لأنه استقر ضمانه برد المغصوب، وإن لم يأخذه، لم يسقط ضمانه لذلك. (وإن زاد من جهة أخرى مثل أن تعلم صنعة، فعادت القيمة ضمن النقص) لأن الزيادة الثانية من غير جنس الأولى، فلم ينجبر بها (وإن زادت القيمة لسمن أو نحوه) من تعلم صنعة كغصبه عبداً قيمته مائة، فزادت قيمته بما ذكر حتى صارت مائتين (ثم نقصت) القيمة بنقصان يده، أو نسيان ما تعلمه حتى صارت قيمته مائة (ضمن الزيادة) مع رده، لأنها في نفس المغصوب، فلزم الغاصب ضمانها، كما لو طالبه بردها، فلم يفعل، وكما لو كانت موجودة حال الغصب. وعنه: لا يضمنها، ذكرها ابن أبي موسى، لأنه رد العين كما أخذها (وإن عاد مثل

(6/158)

---

الزيادة الأولى من جنسها، لم يضمنها في أحد الوجهين) ذكر في «الشرح» أنه أقيس، لأن ما ذهب عاد، فهو كما لو مرض، فنقصت قيمته، ثم برأ فعادت والثاني: يضمنها، صححه ابن حمدان، كما لو كان من جنسين، ولأن الزيادة الثانية غير الأولى، فعلى هذا لو هزلت مرة ثانية بأن كان قيمتها مائة يوم الغصب فسمنت، فبلغت ألفا، ثم هزلت، فعادت إلى مائة ثم سمنت، فعادت إلى ألف، ثم هزلت، فعادت إلى مائة، ضمن النقصين بألف وثمانمائة، وقيل: يضمن أكثر السمنين قيمة، جزم به في «الوجيز» (وإن كانت من غير جنس الأولى، لم يسقط ضمانها) جزم به أكثر الأصحاب، لأن الثانية غير الأولى. وقال أبو الخطاب: متى زادت، ثم نقصت، ثم زاد مثل الزيادة الأولى، فوجهان، سواء كانا من جنسين كالسمن والتعلم، أو من جنس كسمن مرتين (وإن غصب عبدا مفرطاً في السمن فهزل، فزادت قيمته) أو لم تنقص القيمة (رده) لأنه عين ملك غيره (ولا شيء عليه) لأن القيمة لم تنقص، فلم يجب شيء.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 160

(6/159)

---

فرع: إذا غصب داراً، فنقضها ولم بينها، فعليه أجرتها إلى حين نقضها وأجرها مهدومة من حين نقضها إلى حين ردها، وإن بناها بالة من عنده، فالحكم كذلك، وإن كان بالتها أو آلة من ترابها، أو ملك المغصوب منه، فعليه أجرتها عرصه منذ نقضها إلى أن بناها، وأجرتها داراً فيما قبل ذلك وبعده (وإن نقص المغصوب نقصاً غير مستقر كحنطة ابتلت وعفنت، خير بين أخذ مثلها) أي: أخذ بدلها (وبين تركها حتى يستقر فسادها ويأخذها وأرث تقصها) كذا قاله في «الهداية» و«الوجيز» وفي «المغني» أن هذا القول لا بأس به، لأنه يجب المثل لوجود عين ماله، ولا يجب أرش العيب لعدم استقراره، لأنه لا يمكن معرفته ولا ضبطه، وحيث كان كذلك بقيت الخيرة إليه بين أخذ البدل لما في التأخير من الضرر، وبين الصبر حتى يستقر الفساد، لأنه إذا رضي بالتأخير، سقط، فياخذ العين، لأنها ملكه، ويأخذ أرش النقص من الغاصب، لأنه حصل بجنايته، أشبه تلف الحر المغصوب. وقيل: يجب الأرش مطلقاً، وقال القاضي: عليه بدله، لأنه لا يعلم قدر نقصه، ولم يرجح في «الفروع» شيئاً.

فرع: إذا استعمل عبداً بغير إذن سيده، فهو كغصبه، وكل مغصوب زكاه مالكة حال غصبه، رجح بما غرم على غاصبه.

قال ابن حمدان: إن ضمن منفعة المغصوب، ضمن، وإلا فلا.

(6/160)

---

(وإن جنى المغصوب فعليه) أي: الغاصب (أرث جنايته) لأنه نقص في العبد الجاني، فكان عليه كسائر نقصه (سواء جنى على سيده) لأنها من جملة جناياته، فكان مضموناً على الغاصب، كالجناية على الأجنبي، وقيل: لا يضمن جنايته على سيده، لتعلقها برقبته (أو غيره) وسواء في ذلك ما يوجب القصاص

أو المال، ولا يلزمه أكثر من النقص الذي لحق العبد (وجنايته على الغاصب وعلى ماله هدر) لأنه إذا جنى على أجنبي وجب أرشه على الغاصب، فلو وجب له شيء، لوجب على نفسه ومحلّه في غير قود، جزم به في «المحرر» و «الوجيز» و «الفروع» فلو قتل عبداً لأحدهما عمداً، فله قتله به، ثم يرجع السيد بقيمته على الغاصب فيهما. (وتضمن زوائد الغصب كالولد والثمرّة إذا تلفت أو نقصت كالأصل) سواء تلف منفرداً، أو مع أصله، لأنه مال مغصوب حصل في يده، فيضمنه بالتلف كالأصل.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 160  
فصل

(وإن خلط المغصوب بماله على وجه لا يتميز مثل أن خلط حنطة، أو زيتاً بمثله، لزمه مثله) قولاً واحداً، لأنه مثلي، فيج ( )  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 163

(6/161)

---

(وإن تلف المغصوب) أو أتلفه (ضمنه) لقوله تعالى: {فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم} (بمثله إن كان مكيلاً أو موزوناً) لأنه لما تعذر رد العين، لزمه رد ما يقوم مقامها، وقد حكاه ابن عبد البر إجماعاً في كل مأكول ومشروب أنه يجب على مستهلكه مثله لا قيمته، لأن المثل أقرب إليه من القيمة، فهو مماثل له من طريق الصورة والمشاهدة والمعنى، والقيمة مماثلة له من طريق الظن والاجتهاد، والأول مقدم كالنص مع القياس، ومقتضاه أنه لو قدر على المثل بأكثر من قيمته، لزمه شراؤه، صرح به في «الكافي» وعنه: يضمنه بقيمته ذكره القاضي، وذكر أيضاً القيمة في نقرة وسبيكة، وعنب ورطب كما فيه صناعة مباحة لا محرمة، وينبغي أن يستثنى من الأول الماء في المفازة، فإنه يضمن بقيمته في البرية.

(6/162)

---

مسألة: ظاهره أن المثلي ما حصره كيل أو وزن والأولى: وجاز السلم فيه كماء وتراب (وإن أعوز المثل) في البلد أو حوله (فعليه قيمة مثله يوم إعوازه) أي: يوم تعذره، لأنه يستحق المطالبة بقيمة المثل يوم الإعواز، فوجب أن تعتبر القيمة حينئذ، لأنه يوم وجوبها (وقال القاضي: يضمنه بقيمته يوم القبض) أي: قبض بدله، وهذا رواية عن أحمد، لأن الواجب المثل إلى حين قبض البدل بدليل أنه لو وجد المثل بعد إعوازه، لكان الواجب هو دون القيمة (وعنه: يلزمه قيمته يوم تلفه) لأن القيمة تثبت في الذمة يوم التلف، فاعتبرت تلك الحالة، كما لو لم تختلف القيمة. وعنه: يلزمه يوم المحاكمة، وقاله أكثر العلماء، لأن القيمة لم تنتقل إلى ذمته إلا حين حكم بها الحاكم، وعنه: يوم غصبه، وقيل: أكثرهما من يوم الغصب إلى يوم تعذر المثل فإن غرمها، ثم قدر على المثل لم ترد القيمة على الأصح، فلو قدر عليه قبل غرمها، عاد وجوبه، لأنه الأصل قدر عليه قبل أداء البدل، أشبه القدرة على الماء بعد التيمم، ولهذا لو قدر عليه بعد المحاكمة، وقبل الاستيفاء، استحق المالك طلبه وأخذه (وإن لم يكن مثلياً)

كالثوب والعبء (ضمنه بقيمته) في قول الجماعة، لقوله عليه السلام: «من أعتق شركاً له في عبء، قوم عليه» فأمر بالتقويم في حصة الشريك، لأنها متلفة بالعتق، ولم يأمر بالمثل، لأن هذه الأشياء لا تتساوى أجزاءها، وتختلف صفاتها فالقيمة فيها أعدل، وأقرب إليها، فكانت أولى (يوم تلفه في بلده) الذي غصبه فيه، لأن ذلك زمن الضمان وموضعه، وعنه: تعتبر القيمة ببلد تلفه، جزم به في «الكافي» (من نقده) فإن كان فيه نقود، اعتبر أن يكون من غالبه (ويتخرج أن ضمنه بقيمته يوم غصبه) هذا رواية عن أحمد نقلها الثقات، منهم ابن ميثيبش، وكذا ابن منصور، إلا أنه عاوده في ذلك، فحين عنه، لأنه الوقت الذي أزال يده فيه، فلزمته القيمة، كما لو أتلفه، وعنه: أكثرهما، أي: من يوم غصبه إلى يوم تلفه، اختاره

(6/163)

---

الخرقي كإتلافه في الأصح، لكن القاضي حمل كلام الخرقي على ما إذا اختلفت القيمة لتغير الأسعار، وقد علمت أن المذهب عدم الضمان حتى قال القاضي: لم أجد رواية عن أحمد بأنها تضمن بأكثر القيمتين لتغير الأسعار، ونقل ابن أبي موسى خلفه، وعنه: يضمن المغصوب بمثله مطلقاً وقاله ابن أبي موسى، واختاره الشيخ تقي الدين، واحتج بعموم قوله تعالى {فأتوا الذين ذهب أزواجهم مثل ما أنفقوا} ولخبر القصعة، وعنه: مع قيمته، وعنه: غير حيوان بمثله ذكره جماعة. وفي «الواضح» و «الموجز» فينقص عنه عشرة دراهم.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 163

(6/164)

---

فرع: لو حكم حاكم بغير المثلي، وبغير القيمة في المتقوم، لم ينفذ حكمه، ولم يلزمه قبوله، ذكره في «الانتصار» و «المفردات». ولو أخذ حوائج من يقال ونحوه في أيام، ثم يحاسبه، فإنه يعطيه بسعر يوم أخذه، نص عليه. (وإن كان مصوغاً) مباحاً (أو تبرأ تخالف قيمته وزنه، قومه بغير جنسه) إذا كانت الصناعة فيه مباحة، كحلي النساء لئلا يؤدي إلى الربا. وعلم منه أنه يجب ضمانه بقيمته. وذكر القاضي فيه أنه يضمن بأكثر من وزنه، لأن الزيادة في مقابلة الصنعة، فلا يؤدي إلى الربا، ومقتضاه أن الصناعة إذا كانت محرمة أنه لم يجز ضمانه بأكثر من جنسه وجهاً واحداً، لأنه لا قيمة لها شرعاً، بل يضمنه بوزنه وفيه وجه، وقيل: إن جاز اتخاذه، ضمن كالمباح، فأما إن كانت قيمته كوزنه وجبت، لأن تضمينه بها لا يؤدي إلى الربا، أشبه غير الأثمان (فإن كان محلي بالنقدين معا، قومه بما شاء منهما للحاجة) أي إلى تقويمها بأحدهما، لأن كلا منهما ثمن في قيم المتلفات، وأروش الجنايات، وليس أحدهما أولى من الآخر، فكانت الخيرة إليه (وأعطاه بالقيمة عرضاً) لئلا يفضي إلى الربا، وقيل: من أتلف خلخالاً أو سواراً، فهل يضمن بوزنه من جنسه، ويضمن الصنعة من غيره، أو يضمن الوزن والصنعة بغير جنسه، أو يضمنهما بجنسه؟ فيه أوجه، وإن كسرهما ضمن النقص من غالب نقد البلد، وإن كان من غير جنسه (وإن تلف بعض المغصوب

فإنقصت قيمة باقيه كزوجي خف) أو مصراعي باب (تلف أحدهما فعليه رد الباقي) لأنه ملك غيره (وقيمة التالف) لأنه تلف تحت يده العادية (وأرش نقصه) إن نقص، نصره الأصحاب، لأنه نقص حصل بجنايته، فلزمه ضمانه، كما لو غصب ثوبا ينقصه الشق فشقه، ثم تلف (وقيل: لا يلزمه أرش النقص) لأن الباقي نقص قيمته، فلا يضمنه كالنقص لتغير الأسعار، وجوابه بالفرق بينهما، فإن نقص السعر، لم يذهب من المغصوب عين ولا معنى، وها هنا فوت عليه إمكان الانتفاع به، فوجب ضمان نقص قيمته، فلو كانت قيمتهما عشرين،

(6/165)

والباقي بعد التلف يساوي خمسة، فعلى الأول عليه خمسة عشر، وعلى الثاني عشرة (وإن غصب عبدا فأبق، أو فرسا فشرد أو شيئاً تعذر رده مع بقائه ضمن قيمته) للمالك للحيلولة لا أنه على سبيل العوض، ويملكها، وفي «عيون المسائل» وغيرها خلافه، لأنه إنما حصل بها الانتفاع في مقابلة ما فوته الغاصب (فإن قدر عليه بعد، رده) ولا يملكه الغاصب بأداء القيمة، بل يرده إذا قدر مع نمائه المنفصل، وأجر مثله إلى حين دفع بدله (وأخذ القيمة) أي: الذي أخذها المالك بدلاً عنه، لأنه أخذه بالحيلولة وقد زالت، فيجب رد ما أخذ من أجلها، إن كان باقياً بعينه بزيادته المتصلة، لأنها تتبع في الفسوخ وهذا فسوخ دون المنفصلة لأنها نماء ملكه. وإن كان البدل تالفاً، فعليه مثله أو قيمته إن لم يكن من ذوات الأمثال، وفي حبسه ليرد القيمة وجهان، ولا يصح الإبراء منها مع بقائها.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 163

(وإن غصب عصيراً فتخمر، فعليه قيمته) لأن ما ليته تحت يده، أشبه ما لو أتلّفها، وقيل: مثله من العصير، جزم به في «الشرح» و«الوجيز»، لأن ذلك يلزمه بانقلابه خمراً (فإن انقلب خلا، رده) لأنه عين ملكه (وما نقص من قيمة العصير) إن نقص، لأنه نقص تحت يده، أشبه ما لو نقص منه جزء، وفي «عيون المسائل»: لا يلزمه قيمة العصير، لأن الخل عينه كحمل صار كبشاً، ويسترجع الغاصب ما أداه بدلاً عنه. وإن غلاه، غرم أرش نقصه، وكذا نقصه، وقيل: لا، لأنه ماء.

فرع: لو غصب جماعة مشاعاً، فرد واحد منهم سهم آخر إليه، لم يجز له حتى يعطى شركاؤه، نص عليه، وكذا إن صالحوه بمال عنه، نقله حرب ويتوجه أنه بيع المشاع، ذكره في «الفروع» ولو شق ثوبه، فلا قصاص فيه، ويضمن نقصه، ونقل جماعة: يخير، اختاره الشيخ تقي الدين .

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 163

فصل

(6/166)

(وإن كانت للمغصوب أجرة) أي: مما تصح إجارتها (فعلى الغاصب أجرة مثله مدة بقائه في يده) نص عليه في رواية الأثرم، وسواء استوفى المنافع أو تركها تذهب، لأن كل ما ضمن بالإتلاف في العقد الفاسد، جاز أن يضمنه بمجرد التلف



في يده كالأعيان، لكن نص في قضايا فيها انتفاع، يؤيده ما نقله ابن منصور إن زرع بلا إذن عليه أجره الأرض بقدر ما استغلها، فظاهره أنه لا شيء عليه إذا لم يستغلها. وعنه: لا يضمن المنافع مطلقاً، لقوله عليه السلام: «الخراج بالضمنان» وضمنانها على الغاصب وكغنم، أشبه ما لو زنى بامرأة مطاوعة، ورد بأنه أتلف مالاً متقوماً، فوجب ضمانه كالعين، والخبر وارد في البيع، والمرأة رضيت بإنلاف منافعها بغير عوض ولا عقد، فكان كالإعارة والغنم ونحوها لا منافع لها تستحق بعوض، وعلى الأول لو غصب جارية ومضى زمن يمكن وطؤها، لم يضمن مهرها، لأن منافع البضع لا تتلف إلا بالاستيفاء بخلاف غيرها. ولو أطرقت الفحل، لم يضمن منفعتها، لكن عليه ضمان نقصه، ولو أخذ مالك الأرض الزرع لم يكن على الغاصب أجره إلا أن يأخذه بقيمته، فتكون له الأجرة إلى وقت أخذه (وعنه: التوقف عن ذلك) نقلها عنه محمد عبد الحكم فيمن غصب داراً، فسكنها عشرين سنة: لا أجتري أن أقول: عليه أجره ما سكن، فدل على توقفه عن إيجاب الأجر، قال في «المغني» و«الشرح» والأول هو المذهب المعروف يؤكد ما (قال أبو بكر: هذا قول قديم رجح عنه) لأن محمد عبد الحكم مات قبل أحمد بعشرين سنة. (وإن تلف المغصوب، فعليه أجرته إلى وقت تلفه) لأنه بعد التلف لم يبق له منفعة، فلم يجب ضمانها، كما لو أتلفه من غير غصب (وإن غصب شيئاً، فعجز عن رده، فأدى قيمته، فعليه أجرته إلى وقت أداء القيمة) لأن منافعها إلى وقت أدائها مملوكة لصاحبها، فلزمه ضمانها (وفيما بعده) أي: بعد أداء القيمة إلى رده (وجهان) أصحهما: لا يلزمه، لأنه استحق الانتفاع ببذله الذي أقيم مقامه، فلم يستحق الانتفاع به وبما قام مقامه،

(6/167)

والثاني: بلى، لأن العين باقية على ملكه والمنفعة له. وظاهر كلامهم يضمن رائحة مسك ونحوه خلافاً للانتصار، لا نقداً لتجارة. رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 168

فصل

(وتصرفات الغاصب الحكمية) هي بالرفع صفة لتصرفات، والحكمية: ما كان لها حكم في الصحة والفساد، فالصحيح من العبادات: ما أجزأ فاعله، أو أسقط عنه القضاء، وفي العقود: ما ترتب أثره عليه من الانتفاع في البيع، والاستمتاع في النكاح والفساد وهو الباطل: ما ليس كذلك (كالحج وسائر العبادات) كالطهارة والصلاة والزكاة (والعقود كالبيع والنكاح ونحوها) كالإجارة (باطلة في إحدى الروايتين) وهي ظاهر المذهب، لأن ذلك التصرف تصرف الفضولي، والصحيح من المذهب أنه باطل وقد تقدم (والأخرى صحيحة) مطلقاً ذكره أبو الخطاب، لأن الغاصب تطول مدته غالباً، وتكثر تصرفاته، ففي إبطالها ضرر كبير، وربما عاد بعض الضرر على المالك، فإن الحكم بصحتها يكون الربح للمالك والعوض بنمائه، وزيادته له، والحكم ببطلانها يمنع من ذلك، وقال في «الشرح»: «وينبغي أن يتقيد في العقود بما لم يبطله المالك، فأما إن اختار إبطاله بأخذ المعقود عليه فلا نعلم فيه خلافاً (وإن أضر بالدرهم) بأن غصبها، وأضر بها، أو عروضاً فباعها، وأضر بثمنها، ولو قال: بالنقد، لعم (فالربح لمالكها) نقله الجماعة واحتج بخبر عروة بن الجعد وهذا حيث تعذر رد

المغصوب إلى مالكة، ورد الثمن إلى المشتري. قال جماعة منهم صاحب «الفنون» و«الترغيب»: إن صح الشراء وقال الشريف وأبو الخطاب: إن كان الشراء بعين المال، فعلى الأول هو له، سواء قلنا: يصح الشراء أو لا، وسواء اشتراه عين المال، أو في الذمة، ونقل حرب في خبر عروة إنما جاز، لأن النبي جوزه له، وحيث تعين جعل الريح للغاصب، أو المغصوب منه، فجعله للمالك أولى، لأنه في مقابلة ماله الذي فاته بمنعه، ولم يجعل للغاصب شيء منعا للغصب، وعنه: يتصدق به، نقلها الشريف لوقوع

(6/168)

---

الخلاف فيه (وإن اشترى في ذمته ثم نقدها فكذلك) أي: فالريح لربه هذا هو المشهور، لأنه نماء ملكه، أشبه ما لو اشتراه بعينه، وفي «المحرر» و«المستوعب» بنية نقده الثمن من مال الغصب (وعنه: الريح للمشتري)، لأنه اشترى لنفسه في ذمته، فكان الشراء له، والريح له، وعليه بدل المغصوب، وهذا قياس قول الخرقي، وله الوطاء، نقله المروزي، فعلى هذا إن أراد التخلص من شبهة بيده اشترى في ذمته، ثم ينقد من مال الشبهة، ولا يشتري بعين المال، قاله القاضي، وابن عقيل، وذكره عن أحمد.

فرع: لو دفع المال مضاربة، فريحه على ما ذكرنا، وليس على المالك شيء من أجر العامل، لأنه لم يأذن فيه، ثم إن كان المضارب عالماً بالغصب، فلا أجر له لتعديه بالعمل، وإن لم يعلم، فعلى الغاصب أجر مثله، لأنه استعمله بعوض لم يسلم له، فلزمته أجرته كالعقد الفاسد.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 173

(وإن اختلفا في قيمة المغصوب أو قدره) بأن قال: غصبتك ثوبا، قال: بل ثوبين (أو صناعة فيه) بأن قال المالك: كان كاتباً أو ذا صنعة (فالقول قول الغاصب) لأن الأصل براءة الذمة، فلا يلزمه ما لم تقم عليه حجة، كما لو ادعى عليه ديناً، فأقر ببعضه (وإن اختلفا في رده أو عيب) بأن قال: كانت فيه أصبع زائدة أو نحوها (فالقول قول المالك) لأن الأصل عدم الرد والعيب فلو زادت قيمة المغصوب، واختلفا في وقت الزيادة، قدم قول الغاصب: كان معيباً قبل غصبه، وقال المالك: لأن الأصل براءة ذمته، وإن شاهدت البيعة المغصوب مجيباً فقال الغاصب: تعيب عندك، قدم قول الغصب، لأنه غارم، والظاهر أن صفة العبد لم تتغير، وقبل قول المالك كاختلاف المتبايعين في حدوث العيب.

مسألة: لو اختلفا في الثياب التي على العبد، فهي للغاصب، لأنها في يده، ولم تثبت أنها لمالك العبد.

(6/169)

---

(وإن بقيت في يده غصوب لا يعرف أربابها) فسلمها إلى حاكم، برىء من عهدتها، ويلزمه قبولها، وله أن يتصدق بها عنهم) على الأصح (بشرط الضمان كاللقطة) لأنه عاجز عن ردها إلى مالكةا، فإذا تصدق بها عنهم، كان ثوابها لأربابها، فيسقط عنه إثم غصبها، ففي ذلك جمع بين مصلحته، ومصلحة المالك لكن بشرط الضمان، لأن الصدقة بدون ما ذكر إضاعة لمال المالك، لا على

وجه بدل، وهو غير جائز وفي «الغنية» عليه ذلك ونقل أيضا على فقراء مكانه إن عرفه، لأن دية قتيل تؤخذ عليهم، ولم يذكر أصحابنا غير الصدقة، لكن نقل إبراهيم بن هانئ: يتصدق أو يشتري به كراعا أو سلاحا يوقف هو مصلحة للمسلمين وسأله جعفر عن بيده أرض، أو كرم ليس أصله طيبا، ولا يعرف ربه؟ قال: يوقفه على المساكين، وذكر في «الفروع» توجيهها على أفضل البر. وقال الشيخ تقي الدين: يصرفه في المصالح، وقاله في وديعة، ونقله عن العلماء، وعنه: لا يجوز التصديق بالمغصوب كالرواية في اللقطة، فعلى هذا له دفعه إلى نائب الإمام كالضوال، ونقل الأثرم وغيره إذا علم ربه، وشق دفعه وهو يسير كحبة، فسلمه إلى حاكم: برىء. فائدة: رهن وديعة كغصب، قاله الحارثي وغيره، وليس لمن هي عنده أخذ شيء منها ولو كان فقيرا، نص عليه. رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 173 فصل

(6/170)

(ومن أتلف مالا محترما لغيره ضمنه) إذا كان بغير إذنه بغير خلاف نعلمه، لأنه فوته عليه بالإتلاف، فضمنه، كما لو غصبه، فتلف عنده، وشرطه أن يكون «مالاً» احتراز عن الكلب والسرجين النجس «محترما» احتراز عما ليس بمحترم، وإن كان مالا كآلة اللهو. لغيره يحترز به عن نفسه، لأنه لا يجب الضمان على من هوله. ويشترط فيه أن يكون معصوما، صرح به في «الوجيز» و«الفروع»، لأن ما ليس بمعصوم لا يضمن ماله، وزاد: أو مثله يضمنه يحترز به عن الأب إذا أتلف مال ولده والصبي والمجنون إذا أتلفا مالا دفعه مالكة إليهما بشرطه، وما تلف بين أهل العدل والبلغاة. وظاهره لا فرق فيه بين الكبير والصغير، والمختار والمكروه لعموم «من» وهو وجه في المكروه، وفي آخر يضمنه مكروهه، كدفعه مكروها، لأنه ليس إتلافا، وقيل: المكروه كمضطر، ويرجع في الأصح على من أكرهه إن جهل تحريمه، وقيل: وعلمه لإباحة إتلافه، وهل لربه مطالبة مكروهه؟ فيه وجهان، فإن طالبه، رجع على المتلف إن علم تحريمه، وإن قلنا: لا، لم يرجع عليه، وقيل: الضمان بينهما، وكالعامد والساهي، وعلم منه أنه لا ضمان مع إذنه، وعين ابن عقيل الوجه المأذون فيه مع غرض صحيح (وإن فتح قفصا عن طائره) فطار (أو حل قيد عبده) فهرب (أو رباط فرسه) فشرد، ضمنه، لأنه تلف بسبب فعله، فلزمه الضمان، كما لو نفره، فلو بقي الطائر في محله وكذا الآخرين، فتلف بأفة سماوية، لم يجب الضمان، لأن التلف لم يحصل بفعله، وحذف المؤلف اعتمادا على ظهوره، فلو بقي الطائر والفرس بحالهما حتى نفرهما آخر، وذهبا، فالضمان على المنفر، لأن سببه أخص، فاخص الضمان به، كالدافع مع الحافر. وفي «الفنون» إن كان الطائر متألفا، فلا كذكاة متأنس ومتوحش، لأن المتأنس في مظنة القدرة عليه، فالقفص وعدمه سواء.

(6/171)

تنبيه: لو دفع مبردا إلى مقيد، فبرد قيده، ففي تضمين دافعه وجهان، ولا يضمن دافع مفتاح إلى لص، لأن الدافع سبب، واللص مباشر، فأحيل الحكم عليه. قال الشيخ تقي الدين: من غرم بسبب كذب عليه عند ولي أمر، فله تغريم الكاذب، وهو المشهور عن المالكية، لأن السبب يحال عليه الحكم إذا لم يمكن إحالة الحكم على المباشر كمن ألقى شخصا في زبية أسد، فقتله الأسد، أو في بحر، فابتلعه حوت (أو) حل (وكاء) بكسر الواو ممدودا ما يسد به رأس القربة (زق مائع أو جامد فأذابته الشمس أو بقي بعد حله قاعدا فألقته الريح فاندفق ضمنه) لأن فعله سبب تلفه لم يتخلل بينهما ما يمكن إحالة الحكم عليه فلزمه، كما لو جرح إنسانا، فأفضى إلى تلفه بخلاف ما لو دفعه إنسان بعد ذلك، فإنه مباشر يمكن إحالة الحكم عليه. (وقال القاضي: لا يضمن ما ألقته الريح) وزلزلة الأرض، لأن فعله غير ملجىء، فلم يتعلق به ضمان، كما لو دفعه إنسان وفيه وجه لا يضمن فيما أذابته الشمس، لأن فعله غير ملجىء مع أن قول القاضي منقوص بما إذا أذابته الشمس، لأنه لا يقول فيه بعدم الضمان. رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 180

(6/172)

---

فرع: لو حبس مالك دواب، فتلفت، لم يضمن الحابس. وقيل: بلى، وينبغي أن يفرق بين الحبس بحق أو غيره. (وإن ربط دابة في طريق فأتلفت) ضمن، لأنه متعدد بالربط، وظاهره لا فرق فيه بين الواسع وغيره، لكن في الواسع إذا لم تكن يد صاحبها عليها روايتان، وفي الضيق يضمن ولو برجلها، نص عليه، ومن ضربها إذن، فرفسته، فمات، ضمنه ذكره في «الفنون» ومثله لو ترك فيه طينا أو خشبة، أو حجرا، أو كيس دراهم، نص عليه، وبإسناد خشبة إلى حائط (أو) اقتنى كلبا عقورا فعقر أو خرق ثوبا، ضمن) نص عليه، لأنه متعدد باقتنائه (إلا أن يكون دخل منزله بغير إذن) في رواية، لأنه متعدد بالدخول، فلم يضمنه المقتني. وظاهره أنه لو دخل بإذنه، فإنه يضمنه الأذن، لأنه تسبب إلى تلفه. ونقل حنبل: إذا كان الكلب موثقا، لم يضمن ما عقر، وظاهره أنه إذا أتلف شيئا بغير العقر، كما لو ولع، أو بال في إناء إنسان انه لا ضمان، لأن هذا لا يختص الكلب العقور (وقيل: في الكلب روايتان) إحداهما: يضمن، لأن اقتنائه سبب للعقر وأذى للناس، فلزمه الضمان، لما فيه من المبالغة في الزجر. والثانية: لا، لأنه لم يحصل منه جناية، وكسائر البهائم. وجوابه بأنه متسبب وفي «الرعاية» يضمن ما عقر خارج الدار إن لم يكفه ربه، أو يحذر منه (في الجملة) سواء كان في منزل صاحبه، أو خارجا عنه، دخل بإذن صاحب المنزل أو لا.

فرع: حكم أسد ونمر وذئب وهر تأكل الطيور، وتقلب القدور في العادة حكم الكلب العقور. وله قتل الهر بأكل لحم ونحوه كالفواسق، وفي «الفصول» حين أكلها، وفي «الترغيب» إن لم يندفع إلا به كصائل.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 180

(6/173)

---

(وإن أوج ناراً في ملكه، أو سقى أرضه، فتعدى إلى ملك غيره فأتلفه، ضمن إذا أسرف فيه، أو فرط) بأن أوجها بما تسري في العادة لكثرتها، أو في ربح شديدة تحملها، أو فتح ماء كثيراً يتعدى، لأنها سرارية عدوان: فلزمه الضمان، كما لو باشر ذلك بالإتلاف، فلو أوجها، ثم طرأت ربح لم يضمن قال في «عيون المسائل»: لو أوجها على سطح داره، فهبت الريح، فأطارت الشرر، لم يضمن، لأنه في ملكه، وهبوب الريح ليس من فعله بخلاف ما لو رمى قنبر بطيخ في طريق وظاهر «الوجيز» و«الفروع» أنه يضمن حيث لم يكن ذلك في ملكه، صرح به في «الشرح» لتعديه (وإلا فلا) ضمان حيث لم يوجد إفراط ولا تفريط، لأنه غير متعد، لأنها سرارية فعل مباح، فلم يضمن كسرارية القود، وفارق ما إذا حل زقا، فاندفق ما فيه، لأنه متعد بحله (وإن حفر في فنائه) وهو ما كان خارج الدار قريبا منها (بئرا لنفسه، ضمن ما تلف بها) لأنه متنسب إلى إتلاف غيره، فلزمه الضمان، كواضع السكين، وسواء حفرها بإذن الإمام، أو غير إذنه، فيها ضرر أو لا، وقال بعض بعض أصحابنا: له حفرها لنفسه بإذن الإمام، ذكره القاضي، فعليه لا ضمان، لأن للإمام أن يأذن في الانتفاع بما لا ضرر فيه. وجوابه بأنه حفر في مكان مشترك بغير إذن أهله لغير مصلحتهم، فضمن كما لو لم يأذن الإمام فيه، ولا نسلم أن للإمام الإذن فيه، فدل أنه لا يجوز لو كبل بيت المال وغيره ببيع شيء من طريق المسلمين النافذ، وأنه ليس لحاكم الحكم بصحته، وقاله الشيخ تقي الدين. وفي «الفروع» يتوجه جوازه جوازه للمصلحة (وإن حفرها في سابلة) وهي الطريق المسلوكة السبيل: الطريق يذكر ويؤنث/ (لنفع المسلمين) لينزل فيها ماء المطر، أو ليشرب منها المارة (لم يضمن ما تلف بها في أصح الروايتين) لأنه محسن بفعله غير متعد، أشبهه باسط الحصير في المسجد، وعلله أحمد بأنه نفع للمسلمين، ومحل ما لم يكن فيه ضرر، ومعناه في «الوجيز» بأن حفرها في سابلة واسعة لمصلحة عامة.

(6/174)

---

والثانية: يضمن، واقتصر القاضي على حكايتها، لأنه مأذون له في ذلك بشرط سلامة العاقبة، ولم توجد، وعنه: يضمن إلا أن يكون بإذن حاكم، والأول أشهر، لأن هذا مما تدعو الحاجة إليه، ويشق استئذان الإمام، ونعم البلوى به، ومثله لو حفرها في موات لتملك، أو ارتفاق، أو انتفاع عام، نص عليه، أو بنى فيها مسجداً أو خاناً ونحوهما لنفع المسلمين.  
فرع: فعل عبده بأمره كفعله، أعتقه أولاً، ويضمن سلطان أمر وحده، وإن حفرها حر بأجرة أولاً، وثبت علمه أنها في ملك غيره، نص عليه، ضمن الحافر، ونصه: هما وإن جهل، فالأمر، وقيل: الحافر، ويرجع على الأمر.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 180

(6/175)

---

تنبيه: حكم البناء في الطريق كالحفر فيه، مسجداً كان، أو غيره، نقل إسماعيل بن سعيد في المسجد: لا بأس به إذا لم يضر بالطريق، ونقل عبد الله: أكره الصلاة فيه إلا أن يكون بإذن الإمام، ونقل المروزي: إن هذه المساجد التي

بنيت في الطريق تهدم، وسأله محمد بن يحيى الكحال: يزيد في المسجد من الطريق قال: لا تصلي فيه، وفي «المغني»: يحتمل أن يعتبر إذن الإمام في البناء لنفع المسلمين دون الحفر، لدعوى الحاجة إليه لنفع الطريق وإصلاحها، وإزالة الطين والماء منها، فهو كتنتقيتها، وحفر هدفه فيها، وقلع حجر يضر بالمارة، ووضع الحصى في حفرة فيها ليملاها. وتسقيف ساقية فيها، ووضع حجر في طين ليظا الناس عليه، فهذا كله مباح لا يضمن ما تلف به لا نعلم فيه خلافاً، وكذا بناء القناطر. ويحتمل أن يعتبر فيها إذن الإمام، لأن مصلحته لا تعم، قال بعض أصحابنا في حفر البئر: ينبغي أن يتقيد سقوط الضمان إذا حفرها في مكان مائل عن القارعة، وجعل عليه حاجزا يعلم به ليتوقى (وإن سقط في مسجد حصيرا، أو علق فيه قنديلاً) أو فعل فيه شيئاً ينفع الناس (لم يضمن ما تلف به) لأنه مأذون في ذلك شرعاً، فلم يضمن ما تولد منه كسرابة القود، وقيل: بل يضمن المال، وعاقلته الدية، وقال ابن حمدان: إن فعله بإذن الإمام أو حاجة، فهدر، والأول أولى، وقاله الأكثر كوضع حصى فيه، ولأنه أحسن بفعله من غير تعد منه، فلم يضمن ما تلف، كما لو أذن الإمام والجيران (وإن جلس في مسجد أو طريق واسع، فعثر به حيوان فتلف، لم يضمن في أحد الوجهين) وهو الأصح، لأنه جلس في مكان له الجلوس فيه من غير تعد على أحد، وتقبيده بالواسع يخرج الضيق. والثاني: يضمن، لأن الطريق جعلت للمرور فيها، لا الجلوس، والمسجد للصلاة، وذكر الله تعالى، وما ذكره المؤلف أولى، لأن فعل فعلاً مباحاً، والطريق الواسع يجلس فيه عادة، والمسجد جعل للصلاة وانتظارها والاعتكاف في جميع الأوقات وبعضها لا تباح الصلاة فيه. (وإن

(6/176)

---

أخرج جناحاً أو ميزاباً إلى الطريق فسقط) أو شيء منه (على شيء فأتلفه، ضمن) المخرج، لأنه متعدد بذلك، فوجب عليه ضمان ما تولد منه، كما لو جرح إنساناً فتعدى إلى قتله، وأطلق المؤلف الطريق، ويستثنى منه ما إذا كان غير نافذ، وأخرج ذلك بإذن أهله، فإنه لا ضمان عليه، لعدم تعديده. مسائل: إذا تلفت حامل، أو حملها من ربح طيبخ علم أصحابه ذلك فلو كان ميله إلى درب غير نافذ، فالحق لأهل الدرب، والمطالبة لهم، فإن تشقق الحائط، ولم يمل، فإن كان طولاً، فهو كالصحيح، وإن كان عرضاً، فهو كالمائل. رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 180 تنبيه: إذا بنى حائطاً في ملكه مستوياً أو مائلاً إلى ملكه، فسقط، فأتلف شيئاً فهدر، وإن بناه مائلاً إلى ملك غيره، أو الطريق، وخيف ضرره نقضه، فإن تركه، فسقط، فأتلف نفساً أو مالاً، ضمن المال والعاقلة الدية، وقيل: هو كما لو مال، وما بقي من حائطه الساقط في فئائه أو طريق، فهلك به أحد فهل يضمن؟ على وجهين.

(6/177)

---

أصل: إذا تقدم إلى مالك الحائط المائل، فباعه، ثم سقط، فأتلف شيئاً. فلا ضمان على البائع، لأنه ليس بملكه، ولا على المشتري، لأنه لم يطالب بنقصه

وإذا قيل بالضمان والمتلف آدمي، فالدية على عاقلته. فإن أنكرت أن الحائط لصاحبهم، لم يلزمهم إلا أن يثبت ذلك بيينة، لأن الأصل عدم الوجوب. وإن أبرأه والحق له، فلا ضمان. (وما أتلفت البهيمة، فلا ضمان على صاحبها) إذا لم تكن يد أحد عليها، لقوله عليه السلام «العجماء جبار» أي: هدر، وسواء كان المتلف صيد حرم أو غيره أطلقه أصحابنا ومرادهم إلا الضاربة والجوارح وشبهها، قال الشيخ تقي الدين، فيمن أمر رجلاً بإمساکها: ضمنه إذا لم يعلمه بها. وفي «الفصول» من أطلق كلباً عقوراً أو دابة رفوساً أو عضواً على الناس وخلاه في طرفهم ورحابهم، فأتلف شيئاً، ضمنه لتفريطه، وظاهر كلامهم، ولو كانت مغمصوبة، عادة، ضمنوا في الأشهر، وإن أطارت الريح إلى داره ثوباً، لزمه حفظه، فإن لم يعرف صاحبه، فلقطة، وإن عرفه، لزمه إعلامه، فإن لم يفعل ضمن، وإن دخلها طائر غيره، لم يلزمه حفظه، ولا إعلامه به، وقيل: إلا أن يكون غير ممتنع، فيكون كالثوب، وإن أغلق عليه بابه ليمسكه لنفسه، ضمنه وإلا فلا (وإن مال حائطه) إلى غير ملكه، وعلم به، وأسقطه في «الترغيب» (ولم يهدمه حتى أتلف شيئاً لم يضمنه، نص عليه)، لأن الميل حادث والسقوط بغير فعله، أشبه ما لو وقع قبل ميله، وسواء أمكنه نقضه، أو طولب به أو لا (وأوماً في موضع أنه إن تقدم إليه بنقضه، وأشهد عليه، فلم يفعل، ضمن) لأنه مفراط، أشبه ما لو باشر الإتلاف، وفي روايتان عنه، ففي رواية: إن طالبه مستحق بنقضه، وأمكنه، ضمن، اختاره جماعة. وفي رواية ابن منصور إذا كان أشهد عليه، ضمن، وقال بعض أصحابنا: يضمن مطلقاً وهو قول ابن أبي ليلى، وإسحاق كينائه مائلاً، وأما إن طولب بالنقض، فلم يفعل، فقد توقف أحمد في الجواب فيها، وحكى في «الشرح» الضمان عن الأصحاب، فعلى هذا المطالبة

(6/178)

من كل مسلم وذمي يوجب الضمان بشرطه، لأن كل واحد له حق المرور بخلاف مستأجر ومستعير، لكن إن كان المالك محجوراً عليه لسفه ونحوه، فطولب، لم يلزمه، لعدم أهليته. وإن طولب وليه، أو الوصي، فلم يفعل، فالضمان على المالك، وإن طولب أحد الشريكين، ففي حصته وجهان. أحدهما: لا شيء عليه، لأنه لا يمكنه النقص بدون إذن، فهو كالعاجز، والثاني: يلزمه بحصته، لأنه يتمكن من النقص بمطالبة شريكه، وإلزامه، فصار مفراطاً. لأنه لا تفريط من المالك، ولا ذمة لها، فيتعلق بها، ولا قصد، فيتعلق برقبته بخلاف العبد والطفل (إلا أن تكون في يد الراكب والسائق والقائد. فيضمن ما جنت يدها وفمها دون ما جنت رجلها) لما روى سعيد مرفوعاً «الرجل جبار» وفي رواية أبي هريرة «رجل العجماء جبار» فدل على وجوب الضمان في جناية غيرها، ولأنه يمكنه حفظها من الجناية بها بخلاف الرجل، وعنه: يضمن ما جنت برجلها، ككبحها ونحوه، ولو لمصلحة وكوطئه بها، وظاهر نقل ابن هانئ فيه لا، ونقل أبو طالب: لا يضمن ما أصابت برجلها، أو نفخت بها، لأنه لا يقدر على حبسها، وهو ظاهر كلام جماعة، وعنه: يضمن سائق جناية رجلها، وعلى المذهب: لو كان السبب من غيرهم، ضمن فاعل كنجسها وتنفيرها، ويعتبر في الركب أن يكون متصرفاً فيها. فلو كان عليها اثنان، فالضمان على الأول، لأنه قادر على كفها إلا أن يكون صغيراً أو مريضاً، وإن كان الثاني متولياً تدبيرها، فعليه الضمان. وإن اشتركا في التصرف، أو كان معها سائق، وقائد، اشتركا

في الضمان. وإن كان معهما أو مع أحدهما راكب، شارك، وقيل: راكب، لأنه أقوى، وقيل: قائد، لأنه لا حكم للراكب معه ولا ضمان بذنبها في الأصح، ويضمن جناية ولدها.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 180

(6/179)

فرع: الإبل والبغال المقطرة كالواحدة على قائدها الضمان. وإن كان معه سائق، يشاركه في ضمان الأخير فقط إن كان في آخرها فإن كان في أولها، شارك في الكل، وإن كان فيما عدا الأول، شارك في ضمان ما باشر دون ما قبله، وشارك فيما بعد، وإن انفرد راكب بالقطار وكان على أوله، ضمن جناية الجميع، قاله الحارثي. (ويضمن ما أفسدت من الزرع والشجر ليلاً، ولا يضمن ما أفسدت من ذلك نهاراً) في قول أكثرهم، لما روى مالك عن الزهري، عن حرام بن سعد أن ناقة للبراء، دخلت حائط قوم، فأفسدت، فقضى رسول الله أن على أهل الأموال حفظها بالنهار، وما أفسدت بالليل، فهو مضمون عليهم، قال ابن عبد البر: هذا وإن كان مرسلًا، فهو مشهور، وحدث به الأئمة الثقات وتلقاه فقهاء الحجاز بالقبول، ولأن العادة من أهل المواشي إرسالها نهاراً للرعي وحفظها ليلاً، عكس أهل الحوائط، ولهذا فرق بينهما، وقضى على كل ما يحفظ في وقت عادته، وهذا رواية، واقتصر في «الوجيز» على الزرع فقط، وظاهره أنها إذا أتلقت غير الزرع والشجر ليلاً، أنه لا ضمان على مالكها، صرح به في «المغني» و«الشرح» والمنصوص أنه يضمن ما أتلقت ليلاً، وجزم به جماعة، ولو انفلقت بغير اختياره، وقيل: لا، لعدم تفريطه، ولا يضمن نهاراً، قال القاضي: هذه المسألة محمولة على المواضع التي فيها مزارع، ومراعي فأما القرى العامرة التي لا مرعى فيها إلا بين فراجين كساقية وطرف زرع، فليس له إرسالها بغير حافظ. فإن فعل، لزمه الضمان لتفريطه، فأما الغاصب فيضمن ما أفسدت مطلقاً.

(6/180)

فرع: إذا طرد دابة من زرعه، لم يضمن إلا أن يدخلها مزرعة غيره، فإن اتصلت المزارع، صبر لترجع على ربها. ولو قدر أن يخرجها، وله منصرف غير المزارع فتركها، فهدر. (ومن صال عليه آدمي) مكلف (أو غيره) كبهيمة ولم يمكنه دفعها إلا به، ذكره في «الشرح» (فقتله دفعا عن نفسه، لم يضمنه) لأنه قتله بدفع جائز فلم يضمنه، لما فيه من صيانة النفس عن القتل (وان اصطدمت سفينتان فغرقتا ضمن كل واحد منهما) أي: القيمتين (سفينة الآخر وما فيها) لأن التلف حصل بسبب فعليهما، فوجب على كل منهما ضمان ما تلف بسبب فعله، كالفارسين إذا اصطدما، وهذا إذا كانا مفرطين، فإن لم يكن، فلا ضمان عليهما، لكن قطع في «المغني» و«الشرح» وغيرهما، بأن كل واحد ضامن إذا فرط، وعزاه الحارثي إلى الأصحاب، فإن اختلفا في التفريط ولا بينة، قدم قول القيم مع يمينه (وإن كانت إحداها منحدره، فعلى صاحبها ضمان المصعدة) لأنها تنحط عليها من علو، فيكون سببا لغرقها، فتنزّل المنحدرة منزلة السائرة،



والصاعدة بمنزلة الواقفة (إلا أن يكون غلبه ريح) أو الماء شديد الجربة (فلم يقدر على ضبطها) فلا ضمان عليه، لأنه لا يعد مفرطا، ولأن التلف يمكن استناده إلى الريح، فإن فرط صاحب المصعدة بأن كان يمكنه العدول بسفينته، ضمن، وإن كان إحداهما سائرة والأخرى واقفة، فلا شيء عليهما، وعلى السائرة ضمان الواقفة إن كان القيم مفرطا، وإلا فلا.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 180  
فرع: إذا كانت دابة عليها حطب، فخرق ثوب آدمي بصير عاقل يجد منحرفا فهدر، وكذا لو كان مستديرا، فصاح به منبها له، وإلا ضمن، ذكره في «الترغيب».

(6/181)

(ومن أتلف مزمارا) ويقال مزمور بضم الميم الأولى (أو طنبورا) وهو بضم الطاء وهو فارسي معرب، والطنبار لغة فيه بوزن سنجار (أو صليبا) لم يضمه في قول الجماهير ولو مع صبي، نص عليه، لأنه لا يحل بيعه، فلم يضمن كالميتة وللخبر «إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام» متفق عليه. ولو عبر بالملهي، لعم كعود وطبل ودف بصنوج أو حلق، نص عليهما، ونرد وشطرنج، أو آلة سحر، أو تنجيم ونحوه (أو كسر إناء ذهب أو فضة) لم يضمه، نص عليه، لأنه أتلف ما ليس بمباح، فلم يضمه كالميتة، وعنه: بلى حكاها أبو الخطاب، نقل مهنا فيمن هشم على غيره إبريق فضة: عليه قيمته بصوغه كما كان، فقيل: له أليس قد نهى النبي عن اتخاذها فسكت، فهذا يدل على أنه رجع عن قوله ذلك (أو إناء خمر لم يضمه) على الأصح، لما روى ابن عمر أن النبي أمره أن يأخذ مدية، ثم خرج إلى أسواق المدينة وفيها زقاق الخمر قد جلبت من الشام، فشقت بحضرته، وأمر أصحابه بذلك. رواه أحمد، وهذا إذا كان الخمر الذي فيها يؤمر بإراقته، قدر يرقها بدونه أو عجز، نقله المروذي . ونقل الأثرم وغيره: إن لم يقدر، لم يضمن على الأصح فيهن كخنزير (وعنه: أنه يضمن أنية الخمر إن كان ينتفع بها في غيره) لأنه مال يمكن الانتفاع به، وبحل بيعه، فيمنها كما لو يكن فيها خمر، ولأن جعل الخمر فيها لا يقتضي سقوط ضمانها، كمخزن الخمر، لكن نقل ابن منصور أنه لا يضمن مخزنا للخمر، واختاره ابن بطة وغيره، ونقل حنبل: بلى، وجزم به المؤلف. ولا يضمن كتابا فيه أحاديث رديئة فيه، نقله المروذي، فجعله كآلة لهو، ولا حليا محرما على الرجال لم يستعملوه يصلح للنساء.  
مسألة: إذا وقع في محبرته مال غيره بتفريطه، فلم يخرج، كسرت مجانا، وإن لم يفرط، ضمن رب المال كسرها، فإن بذل ربهها بدله، ففي وجوب قبوله وجهان.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 180

(6/182)

هي بإسكان الفاء مأخوذة من الشفاعة، أو الزيادة، أو التقوية، أو من الشفع وهو أحسنها، لأن الشفع هو الزوج، فإن الشفع كان نصيبه منفرداً في ملكه، فبالشفعة ضم المبيع إلى ملكه، وبالتالي جزم به بعض أهل اللغة، لأن نصيبه كان وتراً فصار شفعا، والشافع: هو الجاعل الوتر شفعا، والشفيع فعيل بمعنى فاعل. وهي ثابتة بالسنة، فروى جابر أن النبي «قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق، فلا شفعة» رواه أحمد والبخاري، وبالإجماع حكاه ابن المنذر، قال في «المغني»: ولا نعلم أحدا خالف فيها إلا الأصم، فإنه قال: لا يثبت لما فيه من الإضرار بأرباب الأملاك لتقاعس الناس عن الشراء حيث علموا انتزاع ما يشترونه. وجوابه بأنه يندفع ذلك بالمقاسمة، وأعقب الشفعة للغصب، فإنها تؤخذ قهراً، فكأنها مستثناة من تحريم أخذ مال الغير قهراً. (وهي استحقاق الانسان انتزاع حصة شريكه من مشتريها) هذا بيان لمعناها ولا يخفى ما فيه من الاحتراز، لكنه غير جامع لخروج الصلح بمعنى البيع والهبة بشرط الثواب، ولا مانع، لأنه يرد عليه الكافر، ولا شفعة له. وفي «المغني» استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه، وهو غير مانع لدخول ما انتقل بغير عوض، كالإرث والوصية والهبة بغير ثواب، أو بعوض غير مالي على المشهور كالخلع ونحوه، والأحسن أن يقال: هي استحقاق الشريك أخذ حصة شريكه من يد من انتقلت عنه بعوض مالي مستقر (ولا يحل الاحتيال لإسقاطها) قال الإمام أحمد: لا يجوز شيء من الحيل في إبطالها، ولا إبطال حق مسلم استدلت الأصحاب بما روى أبو هريرة عن النبي قال: «لا تتركبوا ما ارتكبت اليهود، فتستحلوا محارم الله» وقد حرم الله الحيل في مواضع من كتابه، ولأن الشفعة وضعت لدفع الضرر، فلو سقطت بالحيل، للحق الضرر، فلم تسقط، كما لو أسقطها المشتري عنه بوقف أو بيع فعلى هذا لو احتال، لم يسقط، ومعنى الحيلة: أن يظهر المتعاقدان في

(6/183)

البيع شيئاً لا يؤخذ بالشفعة معه، ويتواطؤون في الباطن على خلافه مثل أن يشتري بدنانير، ويقضيه عنها بدراهم، أو يشتري شقصاً بثلثين، ثم يبرئه من بعضه، أو يشتري جزءاً من الشقص بمائة، ثم يهب البائع باقيه، وبأخذ الجزء المبيع من الشقص بقسطه من الثمن، ويحتمل أن يأخذ الشقص كله بجميع الثمن.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 203

(ولا تثبت الايشروط خمسة: أحدها: أن يكون مبيعاً) وهو محل وفاق، والخبر وارد فيه، ولأن غير المبيع ليس منصوصاً عليه، ولا هو في معنى المنصوص، وشرطه أن يكون ثابتاً، وقيل: ولو مع خيار مجلس وشرط، وقيل شرط كمشتري (ولا شفعة فيما انتقل بغير عوض) كالهبة بغير ثواب والصدقة والوصية والإرث (بحال) في قول أكثر العلماء، لأن ذلك ليس في معنى البيع والأخذ يقتضي دفع العوض، ولم يقصد فيها المعاوضة، ويلحق به المردود بالعيب أو الفسخ (ولا فيما عوضه غير المال كالصداق وعوض الخلع والصلح عن دم العمدة في أحد الوجهين) هذا ظاهر الخرقى، واختاره أبو بكر، وذكر القاضي أنه قياس المذهب، وجزم به في «الوجيز» لأنه مملوك بغير المال، أشبه الإرث. والثاني:

يجب: اختاره ابن حامد، وقاله ابن شيرمة، وابن أبي ليلى، لأنه مملوك بعقد معاوضة، أشبه البيع، وأطلق في «الفروع» الخلاف، ثم قال: وعلى قياسه ما أخذ أجرة، أو ثمن في سلم، أو عوضاً في كتابة، فإن وجبت، فقيل: يأخذه بقيمته، وقيل: بقيمة مقابله، وعلى الأخذ لو طلق الزوج بعد الدخول بعد عفو الشفيع رجع بنصف ما أصدقها، لأنه موجود في يدها نصفه، وإن طلقها بعد أخذ الشفيع، رجع بنصف قيمته، لأن ملكها زال عنه، وإن طلق قبل علم الشفيع، ثم علم فوجهان. أحدهما: يقدم حق الشفيع، لأنه ثبت بالنكاح السابق.

(6/184)

---

والثاني: يقدم حق الزوج، لأنه ثبت بالنص والإجماع، وهما معدومان في الشفعة هنا، وفهم منه أن ما انتقل بعوض مالي كالصلح بمعنى البيع، والصلح عن الجناية الموجبة للمال، والهبة المشروط فيها ثواب معلوم، فإنها تثبت فيها، لأن ذلك يثبت فيه أحكام البيع.  
فرع: إذا جنى جنايتين عمداً، أو خطأً، فصالحه منهما على شقص، فالشفعة في نصفه فقط إن قلنا: موجب العمد القصاص عيناً وإلا وجب في الجميع.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 203  
فصل

(6/185)

---

(الثاني: أن يكون) المبيع (شقصاً) بكسر أوله قال أهل اللغة. هو من الأرض والطائفة من الشيء (مشاعاً من عقار) مرادهم بالعقار هنا الأرض دون الغراس والبناء لما يأتي وظاهر كلام أهل اللغة، بل صريحه أن النخل عقار/ (ينقسم) أي: تجب قسمته، وعنه: مطلقاً، اختاره ابن عقيل، وأبو محمد الجوزي، والشيخ تقي الدين، وعنه: وغيره إلا في منقول ينقسم فالشقص يحترز به عن الكل، لأن الأخذ به أخذ بالجوار. وبالإشاعة عن المقسوم. وبالعقار عن غيره، لأنه لا نص فيه ولا هو في معنى المنصوص. (فأما المقسوم المحدد فلا شفعة لجاره فيه) في قول عمر وعثمان وخلق، لحديث جابر، ولقوله: «الشفعة فيما لم يقسم» معناه: أن الشفعة حاصلة، أو ثابتة، أو مستقرة في كل ما لم يقسم، فما قسم لا تحصل فيه، ولا تثبت ويؤكد هذ رواية الحصر، والراوي ثقة عالم باللغة، فينقل اللفظ بمعناه، وعنه: أنها تثبت للجار، حكاها القاضي يعقوب في «التبصرة» وصحها ابن الصيرفي والحارثي، وكذا اختاره الشيخ تقي الدين مع الشركة في الطريق، لما روى جابر مرفوعاً أنه قال: «الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً» رواه الخمسة، وحسنه الترمذي، وروى أبو رافع أن النبي قال: «الجار أحق بصقبة» رواه النسائي، ولأنه اتصال ملك يدوم، ويتأبد، فتثبت فيه كالشركة، والأول أولى، لأن حديث أبي رافع ليس بصريح فيها، فإن الصقب القرب، فيحتمل أنه أحق بإحسان جاره وصلته مع أن خبرنا صريح، فيقدم على غيره، وأحاديثهم فيها مقال، ويحتمل أنه أراد بالجار الشريك، كما تسمى الصرتان جارتين، لاشتراكهما في الزوج، ولأن الشفعة تثبت في موضع الوفاق

على خلاف الأصل لمعنى معدوم في محل النزاع، فلا تثبت فيه، فعلى هذا لا فرق بين كون الطريق مفردة، أو مشتركة. وسأله أبو طالب: الشفعة لمن هي؟ قال: إذا كان طريقهما واحداً مشتركاً لم يقتسموا، فإذا صرفت الطرق، وعرفت الحدود، فلا شفعة، وإن بيعت دار

(6/186)

---

لها طريق في درب لا ينقذ، فوجهان، والأشهر يجب إن كان للمشتري طريق غيره، أو أمكن فتح بابه إلى شارع، وإن كان نصيب مشتر فوق حاجته، ففي زائد وجهان، وكذا دهليز جاره وصحته.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 205  
فرع: إذا قدم من لا يراها لجار إلى حاكم، فأنكر، لم يحلف، وإن أخرجه، خرج، نص عليه، وقال: لا يعجني الحلف على أمر اختلف فيه، قال القاضي: لأن يمينه هنا على القطع والبت، ومسائل الاجتهاد ظنية، فلا يقطع ببطلان مذهب المخالف، وحمل في «المغني» و «الشرح» على الورع، وإن حكم حنفي لشافعي بها، فله الأخذ عند ابن عقيل، ومنعه القاضي. (ولا شفعة فيما لا تجب قسمته كالحمام الصغير والبئر والطرق والعراض الضيقة) في ظاهر المذهب، لقوله عليه السلام «لا شفعة في فناء ولا طريق ولا منقبة» رواه أبو عبيد في «الغريب» المنقبة: الطريق الضيق بين دارين لا يمكن أن يسلكه أحد. والثانية: بلى، لما روى ابن عباس مرفوعاً «الشريك شفيع، والشفعة في كل شيء» رواه الترمذي والنسائي متصلًا، ومرسلًا، وهو أصح، قاله الدارقطني، والذي وصله أبو حمزة السكري، وهو مخرج عنه في «الصحيحين». ولأنه وضعت لإزالة الضرر ووجوده فيما لا يقسم أبلغ منه فيما يقسم، والأول أشهر، لأن إثبات الشفعة في هذا تضر بالبائع، لأنه لا يمكنه أن يتخلص من إثبات الشفعة في نصيبه بالقيمة، وقد يمتنع المشتري لأجل الشفيع، فيتضرر البائع، وقد يمتنع البيع، فيسقط، فيؤدي إثباتها إلى نفيها، وظاهره ان الحمام الكبير. حيث قسم، وانتفع به حماماً والبئر والعضائد متى أمكن أن يحصل من ذلك شيئان، تثبت فيه كالرحا (وما ليس بعقار كالشجر والحيوان والبناء المفرد في إحدى الروايتين) هي ظاهر المذهب، لأن من شرط وجوبها أن يكون المبيع أرضاً، ولأنها هي التي تبقى على الدوام، ويدوم ضررها، والثانية: بلى وقد سبق (إلا أن البناء والغراس يؤخذ تبعاً للأرض) إذا بيع مع الأرض بغير

(6/187)

---

خلاف في المذهب، ولا نعرف فيه خلافاً بين من أثبت من أثبت الشفعة، قاله في «الشرح» (ولا تؤخذ الثمرة) وقيدها في «المغني» و «الشرح» بالظاهرة (والزرع تبعاً) أي إذا بيع مع الأرض (في أحد الوجهين) وهو المذهب، لأن ذلك لا يدخل في البيع، فلا يدخل في الشفعة كقماش الدار، والثاني: بلى يؤخذ تبعاً كالغراس ومقتضاه أن غيرهما مما يدخل مع أنه ذكر في «المغني» إن اشتراه، وفيه: طلع لم يؤبر، فأبره، لم يأخذ الثمرة، بل الأرض والنخل بحصته كشقص

وسيف، وكذا ذكر غيره إذا لم يدخل، أخذ أوصل بحصته.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 205

(6/188)

---

(الثالث المطالبة بها على الفور) لقوله عليه السلام: «الشفعة لمن واثبها» في رواية «الشفعة كحل العقال» رواه ابن ماجه، ولأن ثبوتها على التراخي ربما أضر بالمشتري، لعدم استقرار ملكه، وحينئذ يشهد (ساعة يعلم، نص عليه) وهو المختار لعامة الأصحاب، لظاهر ما سبق. واحترز بالعلم عما إذا لم يعلم، فإنه على شفيعته، ولو مضى عليه سنوات (وقال القاضي) وأصحابه، واختاره ابن حامد، ولو وحكاية ابن الزاغوني رواية (له طلبها في المجلس وإن طال) لأن المجلس في حكم حالة العقد بدليل صحته بوجود القبض فيما يشترط قبضه فيه، وعنه واختارها القاضي يعقوب: أنها على التراخي، لأنها خيار لدفع ضرر محقق فكانت على التراخي كخيار العيب ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى، كقوله: بعني أو صالحني، أو قاسمني، لأنه حق لا ضرر في تأخيرها، أشبه القصاص (فإن أخره) عن ساعة العلم أو المجلس على الخلاف بلا عذر (سقطت شفيعته) فلو أخره لعذر مثل أن يعلم ليلاً، فيؤخره إلى الصباح، أو لحاجة أكل أو شرب، أو طهارة، أو إغلاق باب، أو خروج من حمام، أو ليأتي بالصلاة وسنتها فهو على شفيعته في أوصح، ونقل ابن منصور: لا بد من طلبه، ثم له أن يخاصم ولو بعد أيام (إلا أن يعلم وهو غائب فيشهد على الطلب بها) إذا قدر عليه، فيعلم منه أنه مطالب غير تارك (ثم إن أخر الطلب بعد الإشهاد عند إمكانه) وفيه وجهان. أحدهما: تبطل، ولأنه تارك للطلب، أشبه ما لو كان حاضراً، ولم يشهد. والثاني: لا يسقط، لأن عليه في السفر عقيب الإشهاد ضرراً لالتزامه كلفته وانقطاع حوائجه، وفي «المعني»: إن أخر القدوم بعد الإشهاد والطلب وهو صحيح، لأنه لا وجه لإسقاط الشفعة بتأخير الطلب بعد الإشهاد وهو غائب، لأن الطلب حينئذ لا يمكن بخلاف القدوم، فإنه ممكن. وتأخيرها ما يمكن لإسقاطه وجه بخلاف تأخير ما لا يمكن (أو لم يشهد ولكن سار في طلبها فعلى وجهين) أحدهما: تبطل، وهو ظاهر كلام أحمد والخرقي، لأن السير قد يكون

(6/189)

---

لطلبها أو لغيره، فوجب بيان ذلك بالإشهاد، كما لو لم يسر، والثاني: لا تسقط، لأن سيره عقيب ظاهر في طلبها، فاكتمفي به كالذي في البلد. لا قال الزركشي : وينبغي أحدهما:

أن يكون حكم سير وكيله حكم سيره، وكذلك الوجهان إن أخر الطلب بعد القدوم، والإشهاد، أو نسي المطالبة، أو البيع، أو جهلها، أو ظن المشتري زياداً فبان غيره. ولفظ الطلب: أنا طالب، أو مطالب أو أخذ بالشفعة، أو قائم عليها ونحوه. (وإن ترك الطلب والإشهاد لعجزه عنهما كالمريض) فهو على شفيعته، لأنه معذور، أشبه ما لو لم يعلم، لكن إن كان المريض لا يمنع المطالبة كالمريض اليسير والألم القليل، فهو كالصحيح، فإن كان له عذر، وقدر على التوكيل، فلم

يفعل فوجهان، أحدهما: يبطل، لأنه تارك للطلب مع إمكانه، فهو كالحاضر، والثاني: لا يسقط، لأنه إن كان يجعل، ففيه غرم، وإن كان بغيره، ففيه منة وقد لا يثق به (والمحبوس) لكن إن كان حبسه بحق يمكنه أداؤه، فأبى، سقطت شفעתه (ومن لا يجد من يشهده) بأن لا يجد شاهدي عدل، ولا مستوري الحال فإن وجد واحدا حرا عدلاً، فوجهان، أحدهما: هو على شفעתه إذ لا يثبت البيع بقول واحد.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 205

(6/190)

والثاني: يسقط، لأنه حجة مع اليمين، كالعدلين، أو رجل وامرأتين، أو لم يجد من يشهده، فهو على شفעתه للعدر (أو لإظهارهم زيادة في الثمن) ليس ذلك شرطاً فيه، بل لو أظهر المشتري زيادة في الثمن، لم تبطل، وعكسه لو أظهر أن الثمن قليل، فترك الشفعة، وكان الثمن كثيراً، سقطت، لأن من لا يرضى بالقليل لا يرضى بأكثر منه، قاله في «الكافي» (أو نقصاً في المبيع) أو أنهما تبايعا بدنانير، فبانت دراهم، أو بالعكس، لأنهما جنسان (أو أنه موهوب له) لأن من شرطه العوض (أو أن المشتري غيره) أو كان كاذباً (أو أخبره من لا يقبل خبره) كالفاسق (فلم يصدقه، فهو على شفעתه) في الصور السابقة، لأنه لم يعلم الحال على وجهه، كما لو لم يعلم، ولأن خبر من لا يقبل خبره مع عدم تصديق الشفيع له يكون وجوده كعدمه ومقتضاه أنه إذا صدقه، تسقط شفעתه، لأن تصديقه اعتراف بوقوع، وهو غير مطالب بها، فوجب سقوطها كما لو أخبره ثقة.

(6/191)

(وإن أخبره من يقبل خبره) كعدلين (فلم يصدقه) بطلت، لأن ذلك، يوجب ثبوت البيع، صدق الشفيع أو لا، وكذا إن أخبره عدل، أو مستوري الحال في الأصح، والمرأة والعبد كضدتهما، وقال القاضي: هما كالفاسق والصبي (أو قال للمشتري: بعني ما اشتريت، أو صالحني سقطت شفעתه) لأنه يدل على رضاه، فوجب أن يسقط لتأخير الطلب عن ثبوت البيع، وكذا قوله: هبه لي، أو أئمني عليه ممن شئت ونحوه (وإن دل في البيع) أي: عمل دلالاً بينهما، أو رضي به، أو ضمن ثمنه (أو توكل لأحد المتابعين) فله الشفعة في الأصح. وقال القاضي: إن كان وكيل البائع، فلا شفعة له، وقيل عكسه ومثله وصي وحاكم. وقيل إن باع شقصاً ليتم في شركته، أو اشترى له شقصاً في شركته، فلهما الشفعة، كما لو تولى العقد غيرهما، وقيل: لهما الشفعة إذا اشترياه فقط (أو جعل له الخيار، فاختر إمضاء البيع، فهو على شفעתه) لأن ذلك سبب ثبوت الشفعة، فلم تسقط به، كما لو أذن في البيع، أو عفا عنها قبل تمام البيع، ولأن المسقط لها الرضى بتركها ولم يوجد.  
فرع: لو لقيه، فسلم عليه، لم تسقط، وكذا إن قال له: بارك الله لك في صفتك، أودعا له بالمغفرة في الأصح.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 205

(وإن أسقط شفيعته قبل البيع لم تسقط) في ظاهر المذهب، وهو قول الجمهور لأنه إسقاط حق قبل وجوبه، فلم يسقط كما لو أبراه مما يجب له (ويحتمل أن تسقط) حكاة في «المغني» و «المحرر» وأطلقهما فيه لمفهوم قوله عليه السلام: «فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به» لأنه إذا باع بإذنه لاحق له فيه، وأجاب في «المغني» بأنه يحتمل أنه أراد العرض عليه لبيتاع ذلك إن أراد، لتخف عليه المؤنة، ويكفي أخذ المشتري الشقص، لا أنه يسقط حقه بإذنه (وإن ترك الولي شفيعاً للصبي فيها حظ لم تسقط) وقاله جماعة، لأنها وجبت بالبيع، وإسقاط الولي لها لا يصح، لأنه إسقاط حق للمولى عليه، ولا حظ له في إسقاطه، فلم يصح كالإبراء، وإذا ثبت أنه لا يملك الإسقاط، فتركه أولى، وعلم منه أن الشفيعه تثبت للصغير، كالبالغ، وقال ابن أبي ليلى وجمع: لا شفيعه له، ورد بأن ثبوتها لدفع ضرر المال، فاستويا، وكخيار العيب (وله الأخذ بها إذا كبر) أي: بلغ ورشد، نص عليه، لأنه الوقت الذي يتمكن فيه من الأخذ (وإن تركها لعدم الحظ فيها) أو لإعسار الصغير (سقطت ذكره ابن حامد) وتبعه القاضي، وعامة أصحابه، لأنه فعل ماله فعله، فلم يكن للصغير نقضه كالرد بالعيب (وقال القاضي: يحتمل أن لا تسقط) هذا ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور و الخرقى، وقدمه في «المحرر» و«الفروع» لأن حق الأخذ ثبت، فلا يسقط بترك غيره كوكيل الغائب. فعلى هذا هي له، سواء عفا عنها الولي أولاً، وسواء كان فيها حظ أو لا، وللولي الأخذ بها إذا كان فيها حظ، وقال في «المغني»: يجب، لأنه مصلحة من غير مفسدة، والولي عليه رعاية مصالح موليه. وإن لم يكن فيها حظ، فلا، فإن فعل، لم يصح على الأصح كمنعه من الشراء، أشبه ما لو اشترى معيياً يعلم عيبه، وقال ابن بطة: يسقط، لأنه يملك الأخذ، فملك الترك كالمالك.

فائدة: حكم المجنون المطبق والسفيه، كالصغير، والمغمى عليه كالغائب، والمفلس له الأخذ بها، والعفو عنها، وليس لغرمائه إجباره على الأخذ بها، وأما المكاتب، فله الأخذ والترك، وليس لسيدته الاعتراض.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 205  
فصل

(الرابع: أن يأخذ جميع المبيع) لأن في أخذه بعضه إضراراً بالمشتري بتبعض الصفقة عليه، والضرر لا يزال بمثله مع أنها تثبت على خلاف الأصل دفعا لضرر الشريك، فإذا أخذ البعض، لم يندفع الضرر (فإن طلب أخذ البعض سقطت شفيعته) لأنه إذا سقط بعضها، سقط كلها كالقصاص (فإن كانا شفيعين، فالشفيعه بينهما على قدر ملكيهما) في ظاهر المذهب، لأن ذلك حق يستفاد بسبب الملك، فكان على قدر الأملاك كالغلة، فدار بين ثلاثة: نصف وثلث وسدس، فباع رب الثلث، فالمسألة من ستة، والثلث يقسم على أربعة، لصاحب النصف ثلاثة ولصاحب السدس واحد (وعنه على عدد الرؤوس)

اختارها ابن عقيل ، لأن كل واحد منهما لو انفرد، استحق الجميع، فإذا اجتمعا، تساوبا كالبنين، وسراية العتق وهو ينتقض بالفرسان والرجالة في الغنيمة. فإن من انفرد منهم أخذ الكل، فإذا اجتمعوا، تفاضلوا كأصحاب الديوان، والجمع كالاثنين من غير فرق (فإذا ترك أحدهما شفيعته، لم يكن للآخر أن يأخذ إلا الكل أو يترك) إجماعا، حكاه ابن المنذر ، لأن في أخذ البعض إضرارا بالمشتري، ولو وهبها لشريكه، أو لغيره، لم يصح، فإن كان أحدهما غائبا، فليس للحاضر أن يأخذ إلا الكل، أو يترك كالعفو، نص عليه، لكن إن ترك الطلب منتظرا لشريكه، فوجهان، أحدهما: تسقط لتركه طلبها مع إمكانه، والثاني: لا، لأن له عذرا وهو الضرر الذي يلزمه بأخذ شريكه منه، فإن أخذ الجميع، ثم حضر الثاني، قاسمه، فإذا حضر الثالث قاسمهما، وما حدث من نماء منفصل في يد الأول، فهو له، لأنه حدث في ملكه (فإن كان المشتري شريكا، فالشفعة بينه وبين الآخر)، لكل واحد قدر نصيبه، لأنهما تساوبا

(6/194)

---

في الشركة، فوجب تساويهما في الشفعة، كما لو كان المشتري أجنبيا (فإن ترك) المشتري (شفيعته ليجب الكل على شريكه لم يكن له ذلك) أي: لم يلزمه ذلك، ولم يصح الإسقاط، لأن ملكه قد استقر على قدر حقه، وجرى مجرى الشفيعين إذا حضر أحدهما، فأخذ الجميع ثم حضر الآخر، وطلب حقه منهما، فقال الآخر: خذ الكل أودعه. (وإذا كانت دار بين اثنين، فباع أحدهما نصيبه لأجنبي صفقتين) بأن باعه ربعا منها بكذا، ثم باعه الربع الآخر، فقد تعدد العقد (ثم علم شريكه فله أن يأخذ بالبيعين) لأنه شفيع فيهما (وله أن يأخذ بأحدهما) لأن كل واحد منهما عقد مستقل بنفسه، وهو يستحقهما، فإذا أسقط البعض، كان له ذلك، كما لو أسقط حقه من الكل (فإن أخذ بالثاني شاركه المشتري في شفيعته) بنصيبه الأول (في أحد الوجهين) لأن الشفيع بإسقاطه حقه من البيع الأول استقر ملك المشتري، فصار شريكه، فيشاركه في البيع الثاني، والآخر لا يشاركه، لأن ملك المشتري لم يستقر على المبيع بدليل أن للشفيع أخذه بعد البيع الثاني، فلم يستحق به شفعة وفي ثالث إن عفا الشفيع عن أولهما، شاركه، وهو ظاهر، وأطلق الخلاف في «الفروع». (وإن أخذ بالأول لم يشاركه) لأنه لم يسبق له شركة (وإن أخذ بهما لم يشاركه في شفعة الأول) لما تقدم من عدم الشركة (وهل يشاركه في شفعة الثاني؟ على وجهين) وقد عرف وجههما.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 213

(6/195)

---

فرع: إذا كانت أرض بين ثلاثة، فوكل أحدهم شريكه في بيع نصيبه مع نصيبه، فباعهما لرجل آخر، فلشريكه الشفعة فيهما، وهل له أخذ أحد النصيبين دون الآخر؟ فيه وجهان، وإن وكل في شراء نصف نصيب أحد الشركاء فاشترى الشقص كله لنفسه ولموكله، فلشريكه أحد نصيب أحدهما، لأنهما مشتريان ولا يفضي إلى تبعية الصفقة على المشتري. (وإن اشترى اثنان حق واحد،



فللشفيع أخذ حق أحدهما) في قول أكثر العلماء، لأن العقد بمنزلة عقدين، ودل على أنه يأخذهما، وهو ظاهر، وقيل: بل عقد واحد يأخذ به الكل، أو يتركه، قاله في «الرعاية» (وان اشترى واحد حق اثنين) أي: صفقة واحدة، فللشفيع أخذ أحدهما، وهو المذهب، لأن تعدد البائع كتعدد المشتري، قال القاضي: لا يملك ذلك، لأن فيه تبيعاً للصفقة على المشتري، وذلك ضرر عليه (أو اشترى واحد شقطين من أرضين صفقة واحدة، فللشفيع أخذ أحدهما على أصح الوجهين) وجزم به في «الوجيز» وغيره، لأن الضرر قد يلحقه بأرض دون أرض، والثاني: ليس له ذلك، لما فيه من التبعيض على المشتري، والأول أصح، لأن كلا منهما يستحق بسبب غير الآخر، فجرى مجرى الشريكين، وقيل: بتعدد البائع، جزم به في «الفنون»، وقاسه على تعدد المشتري مما يقتضي أنه محل وفاق، وأطلق في «المحرر» و «الفروع» الخلاف.

(6/196)

---

فرع: اشترى اثنان من اثنين شقصيهما في عقد، فعقدان، وقيل: بل أربعة. اشترى وكيل اثنين من زيد شقصا في عقد، فهل يعتبر به أو بهما، أو بوكيل المشتري فقط؟ يحتمل أوجه ذكره في «الرعاية» / (وإن باع شقصا وسيفا) في عقد واحد (فللشفيع أخذ الشقص) لأنه تجب فيه الشفعة إذا بيع مفردا، فكذا إذا بيع مع غيره، وبأخذه (بحصته من الثمن) أي: فيقسم الثمن على قدر قيمتهما، نص عليه (ويحتمل أن لا يجوز) حكاه في «الفروع» قولا لأصحابنا، لأن في ذلك تبيعاً للصفقة على المشتري، وذلك ضرر به (وإن تلف بعض المبيع، فله أخذ الباقي بحصته من الثمن) في ظاهر المذهب، لأنه تعذر أخذ الكل، فجاز له أخذ الباقي، كما لو أتلفه آدمي، فلو اشترى دارا بألف تساوي ألفين، فباع بابها، أو هدمها، فبقيت بألف أخذها بخمسائة بالقيمة من الثمن، نص عليه (وقال ابن حامد: إن كان تلفها بفعل الله تعالى، فليس له أخذه إلا بجميع الثمن) لأن في أخذه بالبعث إضراراً بالمشتري، فلم يكن له ذلك، كما لو أخذ البعض مع بقاء الجميع.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 213  
فصل

(6/197)

---

(الخامس: أن يكون للشفيع ملك سابق) أي: ملك للرقبة لا المنفعة، كنصف دار موصى بنفعها، فباع الورثة نصفها، فلا شفعة للوصى له، واشتراط سبقه، لأن الشفعة ثبتت لدفع الضرر عن الشريك عن الشريك، فإذا لم يكن له ملك سابق فلا ضرر عليه، فلا شفعة (فإن اشترى اثنان دارا صفقة واحدة، فلا شفعة لأحدهما على صاحبه) لأنه لا مزية لأحدهما على صاحبه لاستوائهما، لأن شرطها سبق الملك وهو معدوم هنا (وإن ادعى كل واحد منهما السابق) ولا بينة (فتحالفا أو تعارضت بينتاهما) بأن شهدت بينة كل منهما بسبق ملكه، وتجدد ملك صاحبه (فلا شفعة لهما) لعدم سبق الملك على الشراء، وعلم منه لو كان لأحدهما بينة عمل بها، وإن أقاما بينتين، قدم أسبقهما تاريخا، فإن لم يكن

لواحد منهما بينة، سمعت دعوى السابق، وسئل خصمه، فإن أنكر، قبل قوله مع يمينه، وإن نكل عنها، قضي عليه ولم تسمع دعواه، لأن خصمه قد استحق ملكه (ولا شفعة بشركة الوقف في أحد الوجهين) ذكره القاضي ابن أبي موسى و أبو يعلى ، لأنه لا يؤخذ بالشفعة، فلا يجب به كالمجاور، وما لا ينقسم، ولأن مستحقه إما غير مالك، والشفعة لا تثبت إلا في ملك، وإما مالك، فملكه غير تام، لكونه لا يستفيد به تصرفاً في الرقبة. والثاني: تثبت كالمملك المطلق، وقال أبو الخطاب: ينبني هذا على الروايتين في ملك الوقف، واختار في «الترغيب» إن قلنا: القسمة إفراز، وجبت هي، والقسمة بينهما، فعلى هذا، الأصح يؤخذ بها موقوف جاز بيعه. قال ابن حمدان : ولا تثبت فيما فتح عنوة إذا قلنا: يصير وقفاً، ولا في عوض الكتابة في الأقيس.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 216  
فصل

(6/198)

( وإن تصرف المشتري قبل الطلب بوقف أو هبة، سقطت الشفعة نص عليه ) في رواية علي بن سعيد وبكر بن محمد، لأن الشفعة إنما تثبت في الملك وقد خرج هذا عن كونه مملوكاً، ولأن فيها هنا إضراراً بالموقوف عليه والموهوب له، لأن ملكه قد زال عنه بغير عوض، والضرر لا يزال بالضرر. قال ابن أبي موسى : من اشترى داراً، فجعلها مسجداً، فقد استهلكها ولا شفعة فيها، وكذا إذا تصرف فيها برهن أو صدقة أو إجارة لما ذكرنا (وقال أبو بكر: لا تسقط) بل للشفيع فسخ ذلك، وأخذه بالثمن الذي وقع به البيع حتى لو جعله مسجداً، وفي «الفصول»: عنه، لا، لأن شفيع يملك فسخ البيع الثاني والثالث مع إمكان الأخذ بهما، فلأن يملك فسخ عقد الأخذ به أولى، ولأن حق الشفيع أسبق، وجنبته أقوى، فلم يملك المشتري تصرفاً يبطل حقه، وفي «الفروع» توجيه أن المستأجر إذا وقف ما غرسه، أو بناه لم يبطل الوقف وهو ظاهر، وقد يفرق بينهما من حيث إن رب الأرض يأخذه من الموقوف عليه، ولا يفسخ عقد الوقف فيصير بمنزلة بيع الوقف بشرطه، فيشتري بثمنه ما يقوم مقامه وهنا يؤخذ من المشتري الذي وجبت له الشفعة، فيفسخ عقد الوقف، ويؤخذ حال كونه ملكاً له، أو وقفاً، فصار كأنه لم يوجد، ويكون الثمن لمن وجبت عليه الشفعة. وعلم منه أنه إذا تصرف المشتري بعد الطلب أنه لا يصح، لأنه يملكه بمطالبته، وقيل: وقبضه/ (وإن باع) المشتري (فللشفيع الأخذ بأي البيعين شاء) لأن سبب الشفعة الشراء، وقد وجد من كل واحد منهما، ولأنه شفيع في العقدين واقتضى ذلك صحة تصرف المشتري، لأنه ملكه، وصح قبضه. وإن كان الشفيع له أن يملكه لا يمنع من تصرفه، كما لو كان أحد العوضين في المبيع معيباً، فإنه لا يمنع التصرف في الآخر، وكالابن يتصرف في العين الموهوبة له وإن جاز وبه الرجوع فيها (فإن أخذ بالأول، رجع الثاني على الأول) لأنه لم يسلم له العوض، فإن لم يعلم حتى يبايع ثلاثة أو أكثر، فله أن يأخذ بالأول، وينفسخ العقدان

(6/199)

---

الآخران وله أن يأخذ بالثاني، وينفسخ الثالث، وله أن يأخذ بالثالث، ولا ينفسخ يشيء من العقود، وجعل ابن أبي موسى هذا الحكم إذا لم يكن الشقص في يد واحد منهم بعينه، أما إذا كان في يد أحدهم، فالمطالبة له وحده (وإن فسخ البيع بعيب) أي: في الشقص المشفوع (أو إقالة أو تحالف فللشفع أخذه) لأن حقه سابق على ذلك كله، لأنه ثبت بالبيع، وعنه: إن استقاله قبل المطالبة بها، لم تكن له شفعة وكذا إن ترادا بعيب، وظاهره أنها تثبت في صورة الإقالة مطلقاً، لأن الأخذ بالبيع لا بالإقالة. وصورته أن شخصاً حصل له نصيب في عقار بعد أن باع بعض الشركة نصيبه، ثم تقابل هو والمشتري بعد أن ملك الشخص النصيب فهنا يملك الشخص الشفعة، وأما الشريك، فملكه سابق على البيع، فينفس البيع، استحق الشفعة، لكن، إذا فسخ البائع لعيب في ثمنه المعين، فإن كان قبل الأخذ بالشفعة، فلا شفعة وإلا استقرت، وللبيع إلزام المشتري بقيمة شقصه، ويتراجع المشتري والشفيع في الأصح بما بين القيمة والتمن، فيرجع دافع الأكثر منهما بالفضل (ويأخذه في التحالف بما حلف عليه البائع) لأن البائع مقر بالبيع بالتمن الذي حلف عليه، ومقر للشفيع باستحقاق الشفعة بذلك، فإذا بطل حق المشتري بإنكاره، لم يبطل حق الشفيع بذلك، وله أن يبطل فسخهما، ويأخذ، لأن حقه أسبق.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 217

فرع: إذا وجبت له الشفعة، وقضى الحاكم بها، والشقص في يد البائع، ودفع الثمن إلى المشتري، فقال البائع للشفيع: أقلني، فأقاله، لم يصح، لأنها تكون بين المتبايعين، وليس بينهما بيع، وإنما هو مشتر من المشتري، فإن باعه إياه، صح، لأن العقار يجوز التصرف فيه قبل قبضه.

(6/200)

---

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

(6/201)

---

(وإن قاسم المشتري وكيل الشفيع) في القسمة، أو رفع الأمر إلى الحاكم، فقاسمه لغيبة الشفيع، فله ذلك في وجه، جزم به في «الكافي» وغيره (أو قاسم الشفيع لكونه أظهر له زيادة في الثمن أو نحوه) بأن الشقص موهوب، أو أن الشراء لفلان، فترك الشفعة لذلك، وكذا: إن جهل الشفيع ثبوت الشفعة له، قاله ابن الزاغوني (وغرس أو بنى) ثم أخذ الشفيع بها، فله ذلك للعمومات وعلم منه أنه لا يتصور بناء المشتري وغرسه على القول بالفورية إلا فيما ذكر (فللشفيع) الخيار بين (أن يدفع إليه قيمة الغراس والبناء فيملكه) مع الأرض، نص عليه دفعا للضرر المنفي شرعاً (أو يقلعه ويضمن النقص) أي: نقصه من القيمة، قاله القاضي وأصحابه، وهو المذهب، لزوال الضرر به، وهذا التخبير هو قول أكثر العلماء، زاد في «الانتصار»: أو أقره بأجرة، فإن أبى فلا شفعة، ونقل الجماعة له قيمة البناء ولا يقلعه، ونقل سندي: أله قيمة البناء أم قيمة النقص؟ قال: لا، قيمة البناء، قال: إنهم يقولون: قيمة النقص، فأنكره ورد، وقال: ليس هذا كغاصب.

(6/202)

---

أصل في كيفية التقويم، ذكر في «المغني» و«الشرح» أن الظاهر أن الأرض تقوم مغروسة، أو مبنية، ثم تقوم خالية منهما، فما بينهما، فهو قيمة الغراس أو البناء يدفع إلى المشتري إن أحب الشفيع، أو ما نقص منه إن اختار القلع لا قيمته مستحقاً للبقاء، لأنه لا يستحق ذلك، ولا قيمته مقلوعاً، ويحتمل أن يقوم الغرس والبناء مستحقاً للترك بالأجرة، أو لأخذه بالقيمة إذا امتنع من قلعه (فإن اختار، أخذه، فأراد المشتري قلعه، فله) أي للمشتري (ذلك) لأنه ملكه، فإذا قلعه، فليس عليه تسوية الحفر، ولا نقص الأرض، قاله الأكثر لأن النقص حدث في ملكه، فلا يقابل بعوض. فعلى هذا يخير الشفيع بين أخذه ناقصاً بكل الثمن، أو تركه، وظاهر الخرقى أن عليه ضمان النقص الحاصل بالقلع، فأما نقص الأرض الحاصل بالغرس والبناء، فلا يضمنه، ذكره في «المغني» (إذا لم يكن فيه ضرر) هذا اختيار الخرقى، و ابن عقيل و الأدمي وجزم به في «الوجيز»، لأن الضرر لا يزال بمثله. واقتصر الأكثر على القلع أضر بالأرض، أو لم يضر، لأنه عين ماله.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 217

(6/203)

---

فرع: إذا حفر فيها بئراً، أخذها، ولزمه أجرة أجرة مثلها. (وإن باع الشفيع ملكه قبل العلم) يبيع نصيب شريكه (لم تسقط شفيعته في أحد الوجهين) اختاره أبو الخطاب، وجزم به في «الوجيز»، لأنها ثبتت له ولم يوجد منه رضى بتركها، والأصل بقاؤها. والثاني: تسقط، قاله القاضي، لأنه زال السبب الذي يستحق به الشفعة، وهو الملك الذي يخاف الضرر بسببه، أشبه ما لو اشترى معيها لم يعلم عيبه حتى باعه، ومقتضاه أنه إذا باعه بعد العلم بالحال، فإنها تسقط، وإن باع بعضه، فوجهان. أحدهما: تسقط لكونها لا تتبع، والثاني بقاؤها، لأنه قد بقي من نصيبه ما يستحق به الشفعة في جميع المبيع لو انفرد (وللمشتري

الشفعة فيما باعه الشفيع في أحد الوجهين) لأن له ملكا سابقا على بيع الشفيع، فملك الأخذ به، والثاني تسقط، لأن ملكه ضعيف، لكونه بعرضية الأخذ بالشفعة (وإن مات الشفيع، بطلت شفيعته) نص عليه، لأنه نوع خيار للتملك، أشبه خيار القبول، ولأننا لا نعلم بقاءه على الشفعة لاحتمال رغبته عنها، ولا ينتقل إلى الورثة ما يشك في ثبوته، وخرج أبو الخطاب أنها لا تبطل، وتورث عنه بناء على رواية إرث الأجل، وأجيب بأنه حق فسخ ثبت لا لفوات جزء، فلم يورث كالرجوع في الهبة (إلا أن يموت بعد طلبها فتكون لوارثه) نص عليه، وهو المذهب، وحكاه أبو الخطاب قولاً واحداً، لأن الحق قد تقرر بالطلب، ولذلك لا تسقط بتأخير الأخذ بعده، أما على قول القاضي، فلأن الشقص صار ملكاً له بالمطالبة وفيه نظر، لأنه لو كان كذلك، لما صح العفو عنها بعد طلبها، كما لا يصح العفو عنها بعد الأخذ بها وأما على رأي ابن عقيل والمؤلف، فلأنه قد علم بمطالبتها بقاءه على شفيعته وهو ظاهر. وقال في رواية أبي طالب: الشفعة لا تورث، لعله لم يكن يطلبها فجعل العلة في إبطالها بالموت عدم العلم برغبة الميت. قال القاضي في التعليق: فعلى هذا لو علم الوارث أنه راغب فيها كان له المطالبة، وإن لم يطلب الميت، قال

(6/204)

الزركشي: وينبغي أن يكون القول قول الوارث مع يمينه، فإذا تقرر ذلك، انتقل الحق إلى جميع الورثة على قدر إرثهم مطلقاً، فإذا ترك بعضهم حقه، توفّر على الباقي، ولم يكن لهم الا أخذ الكل، أو الترك، كالشفعاء إذا عفا بعضهم عن حقه، وقيل: من عفا عن بعض حقه، أو لم يطلبه، لم تسقط شفيعته.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 217

فصل

(ويأخذ الشفيع بالثمن الذي وقع العقد عليه) لحديث جابر «فهو أحق به بالثمن» رواه أبو إسحق الجوزجاني في «المترجم» ولأن الشفيع إنما يستحق الشقص بالبيع، فكان مستحقاً له بالثمن، كالمشتري. ولو عبر بما استقر عليه العقد وقت لزومه، لكان أولى. لا يقال: كان ينبغي أن يأخذه بقيمته كالمضطر إلى طعام غيره، لأن المضطر استحقه بسبب حاجته، فكان المرجع في بدله إلى قيمته، والشفيع استحقه بالبيع، فوجب أن يكون بالعوض الثابت به، فإن وقع حيلة، دفع إليه ما أعطاه أو قيمة الشقص، وإن كان مجهولاً كصبرة نقد فقد تقدم، وظاهره أنه يأخذه بغير حكم حاكم، لأنه حق ثبت بالإجماع، فلم يفتقر إلى حكم، كالرد بالعيب، ولا تعتبر رؤيته إن صح بيع غائب، وإلا اعتبرت. واعتبر ابن عقيل الحكم تارة، ودفع ثمنه ما لم يضر مشتريه، فإن دفع مكيلاً بوزن أخذ مثل كيله كقرض، وقيل: يكفي وزنه، إذ المبدول في مقابلة الشقص وقدر الثمن معياره لا عوضه (وإن عجز عنه، أو عن بعضه، سقطت شفيعته) ولو اكتفى بالثاني كالوجيز، لكان أولى، لأن في أخذه بدون دفع كل الثمن إضراراً بالمشتري، والضرر لا يزال بمثله، فإن أحضر رهناً أو ضميناً، لم يلزم المشتري قبوله، لأن عليه ضرار في تأخير الثمن، وكذا لا يلزمه قبول عوض عن الثمن، لأنها معاوضة، فلم يجبر عليها، وللمشتري حبسه على ثمنه، قاله في «الترغيب» وغيره، لأن الشفعة قهري، والبيع عن رضى، فإن تعذر في

الحال، فقال في رواية حرب: يمهل الشفيع يوما أو يومين، والأشهر عنه ثلاثا، لأنها حد جمع القلة،

(6/205)

وعنه: ما رأى الحاكم.  
فرع: لو أفلس الشفيع بعد أخذ الشقص، خير المشتري بين الفسخ وبين أن يضرب مع الغرماء باليمن كالبائع إذا أفلس المشتري.  
(وما يحط من الثمن أو يزداد فيه في مدة الخيار يلحق به) لأن زمن الخيار كحالة العقد، نقل صالح: للماء حصة من الثمن. لا وفي رجوع شفيع بأرش على مشتر عفا عنه بائع وجهان (وما كان بعد ذلك لا يلحق به) لأن الزيادة حينئذ هبة يشترط لها شروطها، والنقصان إبراء، فلا يثبت شيء منهما في حق الشفيع، لكونه وجد بعد استقرار العقد، أشبه ما لو وهب أحدهما للآخر عينا أخرى (وإن كان مؤجلا أخذه الشفيع إن كان مليا وإلا) فإن كان معسرا (أقام الشفيع كفيلا مليا وأخذ به) نص عليه، لأن الشفيع يستحق الأخذ بقدر الثمن وصفته، والتأجيل من صفته. وفي كلام القاضي، وأبي الخطاب، والمؤلف اشتراط الملاءة، لأنه لو أخذ بدونها، لتضرر المشتري، والضرر لا يزال بمثله ومتى أخذه الشفيع بالأجل، فمات، أو المشتري، وقلنا: يحل الدين بالموت، حل على الميت منهما دون صاحبه، فلو لم يعلم حتى حل، فهو كالحال.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 223

(6/206)

(وإن كان الثمن عرضا، أعطاه مثله إن كان ذا مثل) كالحبوب والأدهان ونحوهما، لأنهما كالأثمان، ولأنه مثل من طريق الصورة والقيمة، فكن أولى من المماثل في أحدهما، إذ الواجب بدل الثمن، فكان مثله، كبديل العرض (وإلا) أي: إن لم يكن له يكن مثل كالثياب والحيوان فتعتبر (قيمته) في قول أكثر أهل العلم لتعذر المثل، ولأن ذلك بدله في الإتلاف، وذكر الأصحاب أنه لو باعه بصبرة نقداً وجوهرة، دفع مثله أو قيمته، فإن تعذر، فقيمة الشقص، لأن الأغلب وقوع العقد على الأشياء بقيمتها، فإن اختلفا في القيمة، رجع إلى أهل الخبرة إن كان موجودا، وإن كان معدوما، قبل قول المشتري فيها. (وإن اختلفا في قدر الثمن فالقول قول المشتري) مع يمينه ذكره المعظم، لأنه العاقد، فهو أعلم بالثمن، ولأن المبيع ملكه، فلا ينزع عنه بدعوى مختلف فيها إلا ببينة، وكما يقبل قوله في الغرس والبناء في الشقص أنه أحدثه، والشفيع ليس بغارم، لأنه لا شيء عليه، وإنما يريد تملك الشقص بثمنه بخلاف غاصب ومثلف (إلا أن يكون للشفيع بينة) فيعمل بها، لأنها تكذب المشتري، فإن أقام كل منهما بينة، احتمل تعارضهما والقرعة، وقيل: تقدم بينة شفيع، ولا تقبل شهادة البائع للشفيع، لأنه متهم، لكونه يطلب تقليل الثمن خوفا من الدرك عليه، ويقبل عدل وامرأتان، وشاهد ويمين، فإن قال المشتري: لا أعرف قدر الثمن قدم قوله، لأنه أعلم بنفسه، فإذا حلف، سقطت، لأنه لا يمكن الأخذ بغير ثمن، ولا يمكن أن يدفع إليه ما لا يدعيه إلا أن يفعل ذلك تحيلا، فإن ادعى أنك فعلته

تحيلاً على إسقاطها، قبل قوله مع يمينه، لأنه منكر. وإن ادعى جهل قيمته، فهو كما لو ادعى جهل ثمنه، قاله في «المغني» و «الشرح».

(6/207)

---

وإن قال المشتري اشتريته بألف، وأقام البائع بينة أنه باعه بألفين فللشفيع أخذه بألف) لأن المشتري مقر له باستحقاقه بألف، فلم يستحق الرجوع بأكثر (فإن قال المشتري: غلطت) أو كذبت، أو نسيت، والبينة صادقة (فهل يقبل قوله مع يمينه؟ على وجهين) أشهرهما: أنه لا يقبل، جزم به في «الكافي» لأنه رجوع عن إقراره، فلا يقبل، كما لو أقر له بدين. والثاني: يقبل، قال القاضي: وهو قياس المذهب عندي كالمراوحة، بل هنا أولى، لأن البينة قامت الكذبه، فقبل رجوعه عنه، فإن لم يكن للبائع بينة، فتحالف، فللشفيع أخذه بما حلف عليه البائع، وإن رضي المشتري، أخذه بما قال البائع، جاز وملك بشفيع أخذه بالثمن الذي حلف عليه المشتري، لأن حق البائع في الفسخ زال.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 223

(6/208)

---

فرع: إذا ادعى على إنسان شفعة في شقص اشتراه، فقال: ليس لك ملك في شركتي، فعلى الشفيع إقامة البينة بالشركة في قول الجماهير، وقال أبو يوسف: إذا كان في يده، استحق الشفعة به (وإن ادعى أنك اشتريته بألف) فلي الشفعة احتاج إلى تحرير الدعوى، فيحدد المكان الذي فيه الشقص، ويذكر قدر الشقص وثمانه، فإن اعترف، لزمه، وإن أنكر (فقال: بل اتهمته أو ورثته) فلا شفعة (فالقول قوله) أي: مدعي الهبة والإرث، لأن الأصل معه، والمثبت للشفعة البيع ولم يتحقق (مع يمينه) لاحتمال صدق خصمه، وحينئذ يبرأ فإن قال: لا تستحق على شفعة، فالقول قوله مع يمينه، وهي على حسب جوابه (فإن نكل عنها) قضي عليه، لأن النكول قائم مقام الإقرار (أو قامت بينة للشفيع، فله أخذه) لأن البيع ثبت بحقوقه، والأخذ بها من حقوقه/ (و) حينئذ يعرض عليه الثمن، فإن أخذه، دفع إليه، فإن قال: لا أستحقه فثلاثة أوجه، أحدها: (يقال للمشتري: إما أن تقبل الثمن، وأما أن تبريء منه) اختاره القاضي، لأن الثمن صار مستحقاً له، فيقال له ذلك لتحصل براءة الشفيع، وكسيد المكاتب إذا جاءه المكاتب بمال الكتابة، فادعى أنه حرام. والثاني: يقر في يد الشفيع إلى أن يدعيه المشتري، فيدفع إليه قال في «الشرح» وهو أولى إن شاء الله تعالى، والثالث: يأخذه حاكم، فيحفظه لصاحبه حتى يدعيه فمتى ادعاه المشتري، دفع إليه. وفرق في «الشرح» بين المكاتب والشفيع، لأن سيده يطالبه بالوفاء من غير هذا الذي أتاه به، فلا يلزمه ذلك بمجرد دعوى سيده تحريره، وهذا لا يطالب الشفيع بشيء، فلا ينبغي أن يكلف الإبراء مما لا يدعيه.

(6/209)

---

تنبيه: إذا ادعى عليه الشراء، فقال: اشتريته لفلان، سئل، فإن صدقه، فهو له، وإن كذبه، فهو للمشتري، ويؤخذ بالشفعة في الحالتين، وإن كان المقر له غائباً، أخذه الشفيع بإذن الحاكم والغائب على حجة إذا قدم. فإن قال: اشتريته لابني الطفل، فهو كالغائب في وجه، وفي الآخر: لا شفعة، لأن الملك ثبت للطفل، ولا يثبت في ماله حق بإقرار وليه عليه، فأما إن ادعى عليه الشفعة في شقص، فقال: هو لفلان الغائب، أو الطفل، فلا شفعة فيه، لأنه قد ثبت لهما، بإقراره بعد ذلك إقرار على غيره، فلا يقبل. (وإن كان عوضاً في الخلع أو النكاح أو عن دم عمد) وقلنا بوجوب الشفعة فيه (فقال القاضي) وهو قياس قول ابن حامد (يأخذه بقيمته) لأنه ملك الشقص القابل للشفعة ببدل ليس بمثلي، فوجب الرجوع إلى القيمة كما لو باعه سلعة لا مثل لها (وقال غيره) وهو ابن حامد وأبو الخطاب في «الانتصار» (يأخذه بالدية ومهر المثل) لأن ذلك بدل المشفوع، فوجب أن يؤخذ به، كالثمن مع أنه تقدم أن الأشهر لا شفعة في ذلك، لأن ما يقابل المبيع ليس بمال، ولأن الأخذ إما بالقيمة، وهو ممتنع، لأنه ليس بعوض للمبيع، وإما بالمهر، وفيه تقويم البضع، وإضرار بالشفيع، لأن مهر المثل يتفاوت مع المسمى، لأن المهر يسامح به في العادة به في العادة بخلاف البيع، وفيه شيء، ولا يتوهم أن القاضي يثبت الشفعة في ذلك، وإنما كلامه في صفة الأخذ مع أن المسألة فيها روايتان، وعلى قياسه ما أخذ أجرة أو ثمناً في سلم، أو عوضاً في كتابة.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 223  
فصل

(6/210)

---

(ولا شفعة في بيع الخيار قبل انقضائه نص عليه) لأن في الأخذ إلزام المشتري بالعقد قبل رضاه بالتزامه، وإيجاب العهدة عليه، وتفويت حقه من الرجوع في عين الثمن، ولا فرق فيه بين خيار المجلس، أو الشرط، وسواء كان الخيار لهما، أو لأحدهما (ويحتمل أن يجب) وحكاه أبو الخطاب تخريباً، لأن الملك انتقل، فثبت فيه الشفعة في مدة الخيار، كما بعد انقضائه، ولإزالة ضرر الشركة. وقيل: تثبت إن قلنا: الملك للمشتري، وقيل إن شرط للبائع فقط، وقلنا: الملك للمشتري، لم يجب قبل فرائغه، وإن شرط للمشتري وحده، وقلنا: الملك له، وجبت، لأن الملك انتقل إليه، ولا حق لغيره فيه، والشفيع يملك الأخذ بعد استقرار الملك، فكان له، وغاية ما تقدم ثبوت الخيار له، وذلك لا يمنع الأخذ بها، كما لو وجد به عيباً.

(6/211)

---

(وإن أقر البائع، وأنكر المشتري، فهل تجب الشفعة؟ على وجهين) كذا في «الكافي» أحدهما: لا شفعة، نصره الشريف في مسائله، ولا نص فيها للإمام أحمد، لأن الشفعة فرع البيع، فإذا لم يثبت الأصل، لم يثبت فرعه.



والثاني هو المذهب: أنها تجب، لأن البائع أقر بحقين: حق للشفيع، وحق للمشتري، فإذا سقط حقه بإنكاره، ثبت حق الآخر، كما لو أقر بدار لرجلين، فأنكر أحدهما، فعليه قبض الشفيع من البائع، ويسلم إليه الثمن، ويكون درك الشفيع على البائع، وليس له، ولا للشفيع محاكمة المشتري، فإن كان البائع مقراً بقبض الثمن من المشتري، بقي الثمن الذي على الشفيع لا يدعيه أحد، لأن البائع يقول: هو للمشتري، والمشتري يقول: لا أستحقه، فالأوجه الثلاثة (وعهدة الشفيع على المشتري وعهدة المشتري على البائع) العهدة في الأصل كتاب الشراء، والمراد هنا أن الشفيع إذا ظهر مستحقاً أو معيباً، فإن الشفيع يرجع على المشتري بالثمن، أو بأرش العيب، لأن الشفيع ملكه من جهته، فرجع عليه لكونه بائعاً، ثم يرجع المشتري على البائع لما ذكرنا، ويستثنى منه المسألة السابقة، فإن عهدة الشفيع على البائع لحصول الملك من جهته.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 229

(6/212)

(فإن أبي المشتري قبض المبيع، أجبره الحاكم) قاله القاضي، وقدمه في «الفروع»، لأن القبض واجب ليحصل حق المشتري في تسليمه، ومن شأن الحاكم أن يجبر الممتنع (وقال أبو الخطاب: قياس المذهب أن يأخذه الشفيع من يد البائع) لأن العقد يلزم في العقار من غير قبض، ويدخل في ملك المشتري بنفسه دليل صحة التصرف فيه قبل قبضه (وإذا ورث اثنان شقصاً عن أبيهما، فباع أحدهما نصيبه، فالشفعة بين أخيه و شريك أبيه) لأنهما شريكان حال ثبوت الشفعة، فكانت بينهما كما لو تملكها بسبب واحد، ولأنها تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل على شركائه بسبب شركته، وهو موجود في حق الكل (ولا شفعة لكافر على مسلم) نص عليه، وقاله الحسن، والشعبي، والنخعي، لقوله عليه السلام «لا شفعة لنصراني» رواه الدارقطني في كتاب «العلل» وأبو بكر، وفي إسنادهما نائل بن نجيح، عن سفيان الثوري، عن حميد، عن أنس ونائل ضعفه الدارقطني، وابن عدي ولأنه معنى يختص به العقار، أشبه الاستعلاء في البنيان، وقال أكثر العلماء: تثبت لأنها خيار ثبت لدفع الضرر بالشراء فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالعيب. وجوابه بأنها تثبت في محل الإجماع على خلاف الأصل رعاية لحق الشريك المسلم، وليس الذمي في معنى المسلم، فيبقى فيه على مقتضى الأصل، وظاهره أنها تثبت للمسلم على الكافر، لعموم الأدلة، ولأنها إذا تثبت على المسلم مع عظم حرمة فلأن تثبت على الذمي مع دناءته أولى، وإنها تثبت لكافر على مثله، لاستوائهما كالمسلمين قال في «الشرح»: لانعلم فيه خلافاً، وقيل: لا تثبت لهما إذا كان البائع مسلماً، فإن تباع كافران بخمر شقصاً، فلا شفعة في الأصح كخنزير بناء على قولنا: هل هي مال لهم؟ فأما أهل البدع، فتثبت الشفعة لمن حكم بإسلامه، وروى حرب عن أحمد أنه سئل عن أصحاب البدع: هل لهم شفعة؟ وذكر له عن الشافعي أنه قال: ليس للرافضة شفعة، فضحك وقال: أراد أن يخرجهم من الإسلام. فظاهره أنه أثبت لها لهم، وهو محمول

(6/213)

على غير الغلاة منهم، فأما الغلاة، كمتعقد غلط جبريل في الرسالة، ومن حكم بكفره من الدعاة بخلق القرآن، فلا شفعة لهم، وهو مقتضى كلام الأصحاب، لأنها إذا لم تثبت للذمي الذي يقر على كفره، فغيره أولى (وهل تجب الشفعة للمضارب على رب المال، أو لرب المال على المضارب فيما يشتريه للمضاربة؟ على وجهين) وفيه مسألتان: الأولى: هل تجب الشفعة للمضارب على رب المال؟ وفيها وجهان أحدهما: تجب، وصورتها بأن يكون المضارب له شقص في عقار، فاشترى بمال المضاربة بقيته، لما في ذلك من دفع ضرر الشركة، والثاني: لا شفعة، لأن له في مال المضاربة تعلقاً في الجملة، أشبه رب المال، والمذهب كما صرح به في «المغني» و«الشرح»، أنها لا تجب إن ظهر ربح، وإلا وجبت، نص عليه. قال صاحب «النهاية»: وعندني أنه لا شفعة للعامل فيما اشتراه كالوكيل والوصي. الثانية: المذهب أنها لا تجب لرب المال على المضارب، لأن الملك وقع له، فلا يستحق الشفعة على نفسه، والثاني: تجب، لأن مال المضاربة كالمنفرد بنفسه، أشبه ما إذا كان المشتري شريكاً، فلأن الشفعة بينه وبين شريكه، وهذه شفعة في الحقيقة، لم تجلب ملكاً، وإنما قررته. قال في «المغني» و«الشرح»: والوجهان مبنيان على شراء رب المال من مال المضاربة، ولا شفعة لمضارب فيما باعه من مالها، وله فيه ملك، وله الشفعة فيما بيع شركة لمال المضاربة إن كان فيها حظ، فإن أبى أخذ فيها رب المال.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 229

تذنيب: قال أحمد في رواية حنبل: لا يرى الشفعة في أرض السواد، لأن عمر وقفها، وكذا كل أرض وقفها، كالشام ومصر. قال في «المغني» و«الشرح» إلا أن يحكم ببيعها حاكم، أو يفعله الإمام، أو نائبه، فتثبت، لأنه مختلف فيه، وحكم الحاكم ينفذ فيه.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 229

(6/214)

## باب الوديعة

الوديعة: وهي فعيلة من ودع الشيء: إذا تركه، أي: هي متروكة عند المودع، وقيل: هي مشتقة من الدعة، فكانها عند المودع غير مبتذلة للانتفاع وقيل: من ودع الشيء يدع: إذا سكن، فكانها ساكنة عند المودع. وهي في الشرع: اسم لعين توضع عند آخر لحفظها، فهي وكالة في الحفظ، فيعتبر أركانها، والأحسن أنها توكيل في حفظ مملوك أو محترم على وجه مخصوص والإجماع في كل عصر على جوازها، وسنده قوله تعالى {إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها} مع السنة الشهيرة، منها قوله عليه السلام: «أد الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك» رواه أبو داود، والترمذي، وحسنه، والمعنى يقتضيها لحاجة الناس إليها، لأنه يتعذر عليهم حفظ جميع أموالهم بأنفسهم. ويستحب أخذها لمن علم أنه ثقة قادرة على حفظها، وتركه لغيره إلا برضى ربه، وتنفسخ بموت وجنون وعزل مع علمه، فإن بطلت، بقي المال في يده

أمانة يؤديه إلى مالكة، فإن تلف قبل التمكن، فهدر، وإن تلف بعده، فوجهان، ولا يصح الإيداع الاستيداع إلا من جائر التصرف في ماله وتبرعه به.

(6/215)

{وهي أمانة} لقوله تعالى {فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي أئتمن أمانته} (ولا ضمان عليه فيها) لما روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده أن النبي قال: «من أودع وديعة، فلا ضمان عليه» رواه ابن ماجه ولأن المستودع يحفظها لمالكها، فلو ضمنه، لامتنع الناس من الدخول فيها، وذلك مضر لما فيه من مسيس الحاجة إليها (إلا أن يتعدى) فيضمنها بغير خلاف علمناه، لأنه متلف لمال غيره، فضمنه، كما لو أتلفه من غير استيداع (وإن تلفت من بين ماله، لم يضمن في أصح الروايتين) وهي قول أكثر العلماء لما ذكرنا، ولأن المستودع مؤتمن، فلم يضمن ما تلف من غير تعديه ولا تفريطه، وسواء ذهب معها من ماله شيء أو لا. والثانية: يضمن إذا تلفت من بين ماله لما روى سعيد حدثنا هشيم، أنا حميد الطويل، عن أنس أن عمرو بن الخطاب ضمنه وديعة ذهبت من بين ماله، والأولى أصح، قاله القاضي لأن الضمان ينافي الأمانة، وحديث عمر محمول على التفريط من أنس في حفظها، فلا منافاة. (ويلزمه حفظها في حرز مثلها) عرفاً، كسرقة، وكما يحفظ ماله، ولأنه تعالى أمر بأدائها، ولا يمكن ذلك إلا بالحفظ. وفي «الرعاية»: من استودع شيئاً، حفظه في حرز مثله عاجلاً مع القدرة وإلا ضمن، وظاهره أنه إذا لم يحفظها في حرز مثلها أنه يضمن، لأنه مفريط، وإن وضعها في حرز، ثم نقلها عنه إلى بيت مالكها، لم يضمنها، لأن صاحبها رد حفظها إلى اجتهاده، فلو كانت العين في بيت مالكها، فقال الآخر: احفظها في موضعها، فنقلها عنه لغير خوف، ضمن، لأنه ليس بمودع، وإنما هو وكيل في حفظها في موضعها. رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 233

(6/216)

(وإن عين صاحبها حرزاً، فجعلها في دونه ضمن) سواء ردها إليه أو لا، لأنه خالفه في حفظ ماله، ومقتضاه أنه إذا حفظها فيما عينه، ولم يخشى عليها، فلا ضمان عليه بغير خلاف، لأنه ممتثل غير مفريط (وإن أحرزها بمثله أو فوقه) بلا حاجة كلبس خاتم في خنصر، فلبسه في بنصر لا عكسه (لم يضمن) على المذهب، لأن تقييده بهذا الحرز يقتضي ما هو مثله، كمن اكترى لزرع حنطة، فله زرعها وزرع مثلها في الضرر، فما فوقه من باب أولى (وقيل: يضمن) وهو ظاهر الخرقى، وحكاه في «التبصرة» رواية قال في رواية حرب: إذا خالف في الوديعة، فهو ضامن، لأنه خالف أمر صاحبها من غير حاجة، أشبه ما لو نهاه (إلا أن يفعله لحاجة) كما لو خاف عليه من سبيل أو حريق، لأنه لا يعد مفريطاً، والأولى إن نقلها إلى الأعلى، لم يضمن، لأنه زاده خيراً، لا إن نقلها إلى المساوي، لعدم الفائدة، قال في «التلخيص»: أصحابنا لم يفرقوا بين تلفها بسبب النقل وبين تلفها بغيره، قال: وعندني أنه إذا حصل التلف بسبب النقل، كأنهدام البيت المنقول إليه، ضمن (فإن نهاه عن إخراجها فأخرجها لغشيان

شيء الغالب منه التوى) أي: الهلاك (لم يضمن) لأن حفظها نقلها، وتركها  
تضييع لها. وهذا إذا وضعها في حرز مثلها، أو فوقه، فإن تعذر، وأحرزها في  
دونه فلا ضمان، ذكره في «المغني» و«الشرح» والحارثي، ومقتضاه أنه يلزمه  
إخراجها عند الخوف، لأن النهي للاحتياط عليها، وهو إذن نقلها (وإن تركها  
قتلت، ضمن) سواء تلفت بالأمر المخوف، أو بغيره، لأنه مفرد، وقيل:  
لا يضمن لامتناله أمر صاحبها (وإن أخرجها لغير خوف، ضمن) لأنه خالف نص  
صاحبها لغير فائدة، ولو أخرجها إلى مثله، أو فوقه، صرح به في «الشرح»  
وغيره، وقيل: لا يضمن، كما لو تعين له حرزاً (فإن قال: لا تخرجها وإن خفت  
عليها، فأخرجها عند الخوف أم تركها، لم يضمن) لأنه إذا أخرجها، فقد زاده  
خيراً بحفظها إذ المقصود المبالغة في حفظها، وإن تركها، فلا شيء عليه، لأن  
صاحبها صرح

(6/217)

---

له بتركها مع الخوف، فكأنه رضي بإتلافها، وقيل: إن وافقه أو خالفه، ضمن  
كإخراجها لغير خوف، وهذا جار فيما إذا قال: لا تقفل عليها قفلين، أو لاتنم  
فوقه، صرح به في «الرعاية».

فرع: إذا أخرج الوديعة المنهي عن إخراجها، فتلفت، فادعى أنه أخرجها  
لغشيان شيء الغالب منه الهلاك، وأنكر صاحبها وجوده، فعلى المستودع البينة  
إن كان مما لا تتعذر إقامة البينة عليه لظهوره، وبقيل قوله في التلف مع يمينه.  
(وإن أودعه بهيمة فلم يعلفها حتى ماتت، ضمن) لأن العلف من كمال الحفظ،  
بل هو الحفظ بعينه، لأن العرف يقتضي علفها وسقيها، فكأنه مأمور به عرفاً  
وقيل: لا يضمن كلا تعلقها، ولأول هو المشهور (إلا أن ينهأ المالك عن علفها)  
لأن مالكة أذن في إتلافها أشبه مالو أمره بقتلها، لكن إذا نهأه عن علفها فتركه  
أثم لحرمة الحيوان، فإن أمره به لزمه، وقيل: يلزمه بقبوله، ويعتبر حاكم، وفي  
«المنتخب»: لا.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 233

(6/218)

---

فرع: إذا علف الدابة، أو سقاها في داره، أو غيرها بنفسه، أو غلامه على ما  
جرت به العادة، فلا ضمان عليه لأنه مأذون فيه عرفاً، والحكم في النفقة  
والرجوع كالحكم في نفقة البهيمة المرهونة، لأنها أمانة مثلها. (فإن قال: أترك  
الوديعة في جيبك، فتركها في كمي) أو يده (ضمن) لأن الجيب أحرز، وربما  
نسي، فسقط منه (وإن قال: أتركها في كمي)، أو يدك / (فتركها في جيبه، لم  
يضمن) لأنه أحرز (وإن ترها في يده احتمل وجهين) كذا في «الفروع» أظهرهما  
يضمن، لأن اليد يسقط منها الشيء بالنسيان بخلاف الكم، والثاني: لا يضمن،  
لأن اليد أحرز من الكم، لأنه يتطرق إليه البط، وكذا الخلاف إذا عين يده،  
فتركها في كمي، وقال القاضي: اليد أحرز عند المغالبة، والكم أحرز عند غيرها،  
فإن تركها في يده عند المغالبة، فلا ضمان عليه، لأنه زاده خيراً، وإلا ضمنها  
لنقلها إلى أدنى مما أمر به، فإن أمره بحفظها مطلقاً، فتركها في جيبه أو يده،

أو شدتها في كفه، أو عضده. وقيل: من جانب الجيب، أو ترك في كفه ثقيلًا  
بغير شد، أو تركها في وسطه، لم يضمن، وفي «الفصول» إن تركها في رأسه،  
أو غرزها في عمامته، أو تحت قلنسوته، احتمل أنه أحرز.

(6/219)

تنبيه: إذا قال: اتركها في بيتك، فشدها في ثيابه، وأخرجها معه، ضمن، لأن  
البيت أحرز، وإن قال، لا يدخل بيت الوديعة أحدًا فخالفه، وسرقها الداخل،  
ضمن، لأنه ربما شاهدها في دخول البيت، وإن سرقها غير الداخل، فلا في  
الأصح، لأن فعله لم يكن سببًا لإتلافها، وقيل: بلى، جزم به في «الكافي»  
وغيره، لأنه ربما دل السارق عليها (وإن دفع الوديعة إلى من يحفظ ماله) أو  
مال ربها عادة) (كزوجته وعبد، لم يضمن) نص عليه، لأنه مودع، فله أن  
يحفظها بنفسه وبمن جرت العادة بحفظ ماله، وكوكيل ربها، وألحق بهما  
في «الروضة» الولد، وهو ظاهر، وكما لو دفع الماشية إلى الراعي، أو البهيمة  
إلى غلامه ليسقيها، وقيل: يضمن كما لو دفعها إلى أجنبي، وعلى الأول يصدق  
في دعوى الرد، أو التلف كالمودع. (وإن دفعها إلى أجنبي أو حاكم) لعذر لم  
يضمن، وإلا (ضمن) لأنه مودع وليس له أن يودع من غير عذر، ولعله غير ظاهر  
في الحاكم (وليس للمالك) إذا تلفت (مطالبة الأجنبي) لأن المودع ضمن بنفس  
الدفع، والإعراض عن الحفظ، فلا يجب على الثاني، لأن دفعًا واحدًا لا يوجب  
ضمانين بخلاف غاصب الغاصب، لأن يده ضامنة، فترتب عليه الضمان (وقال  
القاضي: له ذلك وهو أقرب إلى الصواب؛ لأنه قبض ما ليس له قبضه، أشبه  
المودع من الغاصب وكما لو دفعها إلى إنسان هبة، وعليه للمالك مطالبة من  
شاء منهما، ويستقر الضمان على الثاني إن علم، وإلا فعلى الأول، وجزم في  
«الوجيز» أنهما لا يطالبان إن جهلا، ويتخرج من رواية توكيل الوكيل. له الإبداع  
بلا عذر، وهو مقيد بما إذا لم ينهه.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 233

(6/220)

(وإن أراد سفيراً أو خاف عليها عنده، ردها إلى مالكةا) أو وكيله فيها، لأن في  
ذلك تخليصاً له من دركها ومقتضاه أنه إذا دفعها إلى الحاكم يضمن، لأنه لا  
ولاية له على الحاضر، وتلزمه مؤنة الرد، وفي مؤنة رد من بعد خلاف (فإن لم  
يجده حملها معه) في السفر، نص عليه، سواء كان لضرورة أو لغيرها (إن كان  
أحفظ لها) لأن المقصود الحفظ، وهو موجود هنا وزيادة. وشرطه إذا لم ينه  
عنه، ولا خوف، وفي «الميهج» و«الموجز» والغالب السلامة زاد في «عيون  
المسائل» و«الانتصار» كاب ووصي، وله ما أنفق بنية الرجوع، قاله القاضي.  
ويتوجه كنهائره، وقيل: مع غيبة ربها، أو وكيله إن كان أحرز، وإن استويا  
فوجهان (وإلا) أي: وإن لم يكن أحفظ لها، ولم ينه عنه (دفعها إلى الحاكم) لأن  
في السفر بها غرراً، لأنه بعرضية النهب وغيره إذ الحاكم يقوم مقام صاحبها عند  
غيبته، وفي لزومه قبولها وجهان. وظاهره أنه إذا أودعها مع قدرته على الحاكم  
أنه يضمنها، لأنه لا ولاية له، وقيل: لا يضمن إذا أودعها ثقة، وذكره الحلواني

رواية، لأنه قد يكون أحفظ لها وأحب إلى مالكها وكتعذر حاكم في الأصح (فإن تعذر ذلك) أي: لم يقدر على الحاكم (أو دعيها ثقة) لفعله عليه السلام لما أراد أن يهاجر أودع الودائع التي كانت عنده لأم أيمن رضي الله عنها، ولأنه موضع حاجة، وأطلق أحمد الإيداع عند غيره لخوفه عليها، وحملها القاضي على المقيم لا المسافر.

(6/221)

فرع: حكم من حضرة الموت من أراد يسفراً في دفعها إلى حاكم أو ثقة. (أو دفنها وأعلم بها ثقة يسكن تلك الدار) لأن الحفظ يحصل به (فإن دفنها ولم يعلم بها أحداً) ضمن، لأنه فرط في الحفظ، فإنه قد يموت في سفره، فلا تصل إلى صاحبها، وربما نسي موضعها، أو أصابها أفة، وكذا إن أعلم بها غير ثقة، لأنه ربما أخذها، ولم يصرح به المؤلف اكتفاء بمفهوم الأول (أو أعلم بها من لا يسكن الدار) أي: من لا يدل على المكان (ضمنها) لأنه لم يودعها إياه، ولا يقدر على الاحتفاظ بها (وإن تعدى بها، فركب الدابة لغير نفعها، ولبس الثوب، وأخرج الدراهم لينفقها ثم ردها) بنية الأمانة، ضمنها لتصرفه في مال غيره بغير إذنه، وفيه وجه، لأنه ممسك لها بإذن مالكها، أشبه ما قبل التعدي وجوابه أنه ضمنها بعدوان، فبطل الاستئمان، كما لو جردها ثم أقر بها. ويخرج منه ما إذا استعملها لنفعها، كلبس صوف ونحوه خوفاً من عث ونحوه/ (أو جردها، ثم أقر بها) لأنه بجردها خرج عن الاستئمان عنها، فلم يزل عنه الضمان بالإقرار بها، لأن يده صارت يد عدوان (أو كسر ختم كيسها) أو كانت مشدودة، فأزال الشد، أو مقفولة فأزاله، وسواء أخرج منها شيئاً أولاً لهتكه الحرز بفعل تعدى فيه، وفيه رواية: لا يضمن، فإن خرق الكيس فوق الشد فعليه ضمان ما خرق فقط، لأنه لم يهتك الحرز (أو خلطها بما لا تتميز منه) كزيت بزيت، ودراهم بدراهم (ضمنها) لأنه صيرها بحكم التالف، وفوت على نفسه ردها، أشبه ما لو ألقاها في لجة بحر، وسواء خلطها بمال أو مال غيره بمثلها، أو دونها، أو أجود ونقل عبد الله بن محمد البغوي عن أحمد في رجل أعطى آخر درهماً يشتري له به شيئاً، فخلطه مع دراهمه، فضاها قال: ليس عليه شيء، ذكره القاضي ولم يتأوله في «النوادر» وذكره الحلواني ظاهر كلام الخرقى وجزم به في «المنثور» عن أحمد قال: لأنه خلطه بماله، فإن لم يدر أيهما ضاع ضمن، نقله البغوي، وفي «الرعاية» إذا خلط إحدى وديعتي زيد بالأخرى

(6/222)

بلا إذن، وتعذر التمييز فوجهان.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 233

فرع: إذا نوى التعدي فيها، ولم يتعدى، لم يضمن، وحكى القاضي قولاً، بلي، كملتقط في وجه. (وإن خلطها بتمميز) كدراهم بدنانير، لم يضمن على الأصح، وحكاها في «الشرح» بغير خلاف نعلمه، لأنه لا يعجز بذلك عن ردها، أشبه ما لو تركها في صندوق فيه أكياس له، والثانية: يضمن للتصرف فيها، وكذا الخلاف إن خلط بيضاً بسود، وصحاحاً بمكسرة. والثالثة: يضمن إن خلط بيضاً بسود،

وجمله في «المغني» و«الشرح» على أنها تكتسب منها سواداً، ويتغير لونها (أوركب الدابة ليسقيها) أوليعلفها، لم يضمن، لأنه مأذون فيه شرعاً و عرفاً، ولهذا يضمن إذا تلفت بتركه (وإن أخذ درهماً، ثم رده، فضاع الكل، ضمنه وحده) في الأصح، لأن الضمان تعلق بالأخذ، فلم يضمن غير ماأخذه بدليل ما لو تلف في يده قبل رده (وعنه: يضمن الجميع) حكاها في «التلخيص» وغيره، لأنها وديعة قد تعدي فيها، فضمنها كمالو أخذ الجميع (وإن رد بدله متميزاً فكذلك) أي: يجري الخلاف السابق (وإن كان غير متميز، ضمن الجميع) على المذهب، وقاله القاضي لخلطه الوديعة بما لا تتميز (ويحتمل ألا يضمن غيره) وهو مقتضى كلام الخرقى، وقطع به القاضي في «التعليق»، وحكى عنه في رواية الأثرم أنه أنكر القول بتضمين الجميع، قال: وإنه قول سوء، لأن الضمان منوط بالتعدي، وهو مختص بالماخوذ، وكذا: إن أذن في أخذه منها فرد بدله بلا إذنه، وشرطها كما جزم به في «المغني» و«الشرح» إذا كانت غير مختومة، ولا مشدودة، فإن كانت كذلك، ضمن الجميع لهتك الحرز، وهذا هو الصحيح عند القاضي، وقياس قول الأصحاب.

فرع: إذا منعها بعد طلب طالبيها شرعاً والتمكن ولو كان مستأجراً لها ضمن، فإن ضمنها، فجدد له صاحبها استئماناً، أو أبرأه، برىء في الأصح كرده إليه، أو إن جئت، ثم تركت، فأنت أميني ذكره في «الانتصار» فإن ردها، فهو ابتداء استئمان.

(6/223)

---

(وإن أودعه صبي وديعة ضمنها) لأنه أخذ مال غيره بغير إذن شرعي، أشبهه مالو غصبه مالم يكن مأذوناً له في التصرف (ولم يبرأ إلا بالتسليم إلى وليه)، أي: الناظر في ماله، كمالو كان عليه دين في ذمته، وظاهره أنه لا يزول عنه الضمان بردها إلى المودع، لكن إن خاف عليها التلف إن لم يأخذها، لم يضمن، لأنه قصد تخليصها من الهلاك، جزم به في «الشرح» و«الوجيز» (وإن أودع الصبي) أوالمعتوه أوالسفيه (وديعة فتلفت بتفريطه، لم يضمن) لأن مالکها قد فرط في تسليمها إليه، وإن أتلّفها، لم يضمن، سواء أتلّفها بأكل أوغيره، لأنه سلطه بدفعها إليه (وقال القاضي: يضمن) نصره في «الشرح» وغيره، لأن ما ضمن بالإتلاف قبل الإيداع، ضمن به بعده، وقولهم: إنه سلطه عليها ليس كذلك، وإنما استحفظه إياها (وإن أودع عبداً وديعة فأتلّفها ضمنها في رقبته) لأن العبد مكلف، فصح استحفاظه، وبه تحصل التفرقة بينه وبين الصبي، وكونها في رقبته، لأن إتلافه من جنائته، وحكى في «النهاية» أن القاضي قال: فيه وجهان كوديعة الصبي إذا أتلّفها، فإن قلنا: لا يضمن الصبي كان في ذمته، وإن قلنا: يضمن كانت في رقبته، ثم قال صاحب «النهاية» والصحيح الفرق.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 233

فصل

(6/224)

---

( والمودع أمين ) لأن الله تعالى سماها أمانة بقوله: {إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها} ( والقول قوله فيما يدعيه من رد ) مع يمينه، وهو قول الثوري، لأنه لا منفعة له في قبضها، فقبل قوله بغير بينة، وعنه: يقبل قوله إن كان دفعها إليه بغير بينة، وإلا وجب عليه إقامتها، وعلى القبول ولو على يد عبده، أو زوجته، أو خازنه ( وتلف ) قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه أن المستودع إذا أحرز الوديعة، ثم ذكر أنها ضاعت، قبل قوله مع يمينه، قاله الأكثر. وعنه: يصدق في تلفها يمين. والمذهب إن ادعاه بأمر خفي، صدق مع يمينه، وإن كان بأمر ظاهر كحريق، فلا يقبل إلا ببينة تشهد بوجود السبب ولو باستفاضة.

كل مال تلف في يد أمين من غير تعد لا ضمان فيه إلا في مسألة واحدة وهي ما إذا استسلف السلطان للمساكين زكاة قبل حولها، فتلفت في يده، ضمنها للمساكين، نص عليه، قاله ابن القاص الشافعي.  
( وإذن في دفعها إلى إنسان ) بأن قال: دفعتها إلى فلان بأمرك، فأنكر مالكتها الإذن في دفعها، قبل قول المودع، نص عليه في رواية ابن منصور، أشبهه مالو ادعى ردها على مالكتها، ولو اعترف بالإذن، وأنكر الدفع، قبل قول المستودع في المنصوص، ثم ينظر في المدفوع إليه إن أقر بالقبض وكان الدفع في دين، برىء الكل، فإن أنكر، قبل قوله مع يمينه، وذكر أصحابنا أن الدافع يضمن، لكونه قضى الدين بغير بينة، ولا تجب اليمين على المالك، لأن المودع مفطر، لكونه أذن في قضاء يبرئه من الحق، ولم يبرأ بدفعه، فكان ضامناً، سواء صدقه أو كذبه، وذكر الأزجي أن الرد إلى رسول موكل ومودع، فأنكر الموكل، ضمن لتعلق الدفع بثالث، ويحتمل: لا، وإن أقر، وقال: قصرت لتترك الإشهاد، احتمل وجهين.

(6/225)

تنبيه: إذا أخرج ردها بعد طلبها بلا عذر، ضمن، ويمهل لأكل ونوم وهضم طعام بقدره وفي «الترغيب» إن أخرج لكونه في حمام، أو على طعام إلى قضاء غرض، ضمن، وإن لم ياتم على وجه، واختاره الأزجي، وإن أمره بالدفع إلى وكيله، فتمكن وأبى، ضمن، والأصح ولو لم يطلبها وكيله.  
( وإن قال: لم تودعني، ثم أقر بها أو ثبت ببينة، فادعى الرد، أو التلف لم يقبل ) في قول أكثرهم، لأنه صار ضامناً بالجحود، ومعتزلاً على نفسه بالكذب المنافي للأمانة ( وإن أقام به بينة ) لأنه مكذب لها ( ويحتمل أن تقبل بينته ) لأن صاحبها لو أقر بذلك، سقط عنه الضمان، ولعدم التهمة، والكذب الصادر منه لا يمنع من إظهار الحق، والمذهب أنه إذا أقام بينة بهما، متقدماً جحوده، لم تسمع في المنصوص، وبعده تسمع برد، لأن قصاره أن يكون عاصياً، وليس عليه أكثر من الرد، والأصح وتلف، فلو شهدت به، ولم يعين وقتاً، لم يسقط الضمان، لأن الأصل وجوبه، فلا ينبغي بأمر متردد ( وإن قال: مالك عندي شيء، قبل قوله ) مع يمينه ( في الرد والتلف ) لأن قوله لا ينافي ما شهدت به البينة ولا يكذبها، فإن من تلفت الوديعة من حرزه بغير تفریطه أوردتها لاشيء لمالكها عنده، ولا يستحق عليه شيئاً، ولو قال: لك وديعة، ثم ادعى ظن البقاء، ثم علم تلفها، فوجهان.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 242



( وإن مات المودع ) فهي دين في تركته على الأصح، وفي «المغني» أنه المذهب اعتماداً على أصل وجوب الرد ما لم يعلم ما يزيله. والثانية: لا ضمان، لأن الأصل عدم إتلافها، والتعذر فيها، فينتفي الضمان، وعلى الأول لا فرق أن يوجد جنس الوديعة في ماله أولاً ( فادعى وارثه الرد لم يقبل الا بيينة ) لأن صاحبها لم يأمنه عليها بخلاف المودع، فإنه أئتمنه. فقبل قوله بغير بيينة، وكذا لو ادعى الرد إلى الورثة، فإن ادعى الرد إلى ربها، فأنكره ورثته، فوجهان. وعلم منه إن الوديعة لا تثبت إلا بإقرار من الميت أو ورثته، أو بيينة، فلو وجد عليها مكتوباً وديعة، لم يكن حجة عليهم لجواز أن يكون الوعاء كانت فيه وديعة قبل هذه، وكذا لو وجد في برنامج أبيه: لفلان عندي وديعة، لم يلزمه ذكره في «المغني» و«الشرح» وصححه في «الفروع». وذكر أبو الحسين أنه يعمل بخط أبيه على كيس لفلان كخطة بدين له، فيحلف على استحقاقه، وفي عليه وجهان. واسناد الدار والكاتب ودفتره ونحوهما وكلاء كالأمير في هذا. غريبة: لو أودع كيساً مختوماً من عشر سنين، ثم استرده، وادعى أنه فض ختمه، وأنه خان، صدق المودع، فلو فتح، فوجد فيه دراهم من ضرب خمس سنين، فكذلك، قاله البيهقي في «فتاويه».

فائدة: إذا استعمل كاتباً خائناً، أو عاجزاً، أثم بما أذهب من حقوق الناس لتفريطه، ذكره الشيخ تقي الدين.

( وإن تلفت عنده ) أي: عند الوارث ( قبل إمكان ردها، لم يضمنها ) لأنه معذور ولا تفريط منه ( وبعده يضمنها في أحد الوجهين ) جزم به في «الوجيز» وغيره لتأخر ردها مع إمكانه لحصوله في يده من غير إيداع، أشبه ماله أطارت الريح ثوباً إلى سطح آخر، وأمكنه رده، فلم يفعل. الثاني: لا يضمنها، لأنه غير متعد في إثبات يده عليها، لكونها حصلت في يده بغير فعله، وفي ثالث إن جهلها ربها، ضمن، قطع به في «المحرر»، لأنه غير معذور ( وإن ادعى الوديعة اثتان ) أي: ادعى كل منهما أنه الذي أودعها ولا بيينة ( فأقربها لأحدهما، فهي له مع يمينه ) لأن اليد كانت للمودع، وقد نقلها إلى المدعي، فصارت اليد له، ومن كانت اليد له، قبل قوله مع يمينه ( ويحلف المودع أيضاً ) لأنه منكر لحقه، ويكون على نفي العلم، فإن حلف، برىء، وإن نكل، لزمه أن يغرم له قيمتها، لأنه فوتها عليه، وكذا لو أقربها للأول، فإنها تسلم للأول، وبغرم قيمتها للثاني، نص عليه ( وإن أقربها لهما فهي لهما ) أي: بينهما كمالو كانت بأيديهما، وتداعيا معاً ( ويحلف لكل واحد منهما ) في نصفها، فإن نكل، لزمه عوضها يقتصمانه أيضاً ( فإن قال: لا أعرف صاحبها، حلف أنه لا يعلم ) يميناً واحدة إذا أكذبا، أو أحدهما، وقيل: لا يحلف إلا أن يكون متهماً، قال الحارثي: هذا المذهب ( ويقرع بينهما ) وجوباً لتساويهما في الحق فيما ليس بأيديهما كالعتق والسفر بإحدى نسائه ( فمن قرع صاحبه حلف ) لأنه يحتمل أنها ليست له ( وأخذها ) لأن ذلك فائدة القرعة فإن قال: ليست لواحد منهما، فعن أحمد

أنه يقرع بينهما قياساً على ما إذا قال: هي لأحد هؤلاء، أولاً أعرفه عيناً، وحكى بعض أصحابنا أنه لا يقرع بينهما، وتقر بيد من هي بيده إلى أن يظهر صاحبها ذكره في «الواضح».

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 242

(6/228)

( وإن أودعه اثنان مكيلاً أو موزوناً ) ينقسم وهو معنى قول بعضهم لا ينقص بتفرقة ( فطلب أحدهما نصيبه سلمه إليه ) اختاره أبو الخطاب، وجزم به في «الوجيز»، وقدمه في «الفروع»، لأن قسمته ممكنة بغير غبن، ولا ضرر، وقيدته في «المحرر» بما إذا كان الشريك غائباً، وقال القاضي: لا يجوز إلا بإذنه، أو إذن حاكم، وظاهره أنه لا يجوز إلا في المثلي، صرح به في «النهاية» وغيرها، لأن قسمة غير ذلك بيع، وليس للمودع أن يبيع على المودع، لأن قسمة ذلك لا يؤمن فيها الحيف، لأنه يفتقر إلى التقويم، وذلك ظن وتخمين.

( وإن غصبت الوديعة، فهل للمودع المطالبة بها؟ على وجهين ) أحدهما، وجزم به في «الوجيز» وقدمه في «الفروع»: له المطالبة بها، لأنه مأمور بحفظها وذلك منه، وعبر في «الفروع» بأنه يلزمه. والثاني: لا، لأنه لم يؤمر به، لكونه ليس وكيلًا للمالك، ومثله مرتين، ومستأجر، ومضارب، وذكر المؤلف مع حضور المالك لا يلزمه. وعلى الثاني: لا ضمان عليه، سواء أخذت منه قهراً، أو أكره على تسليمها، لأن الإكراه عذر يبيح دفعها، فلم يضمنها، كما لو أخذت منه قهراً، وإن صدره سلطان، لم يضمن، قاله أبو الخطاب، وضمنه أبو الوفاء إن فرط، وإن أخذها منه قهراً، لم يضمن عند أبي الخطاب، وقال أبو الوفاء: إن ظن أخذها منه بإقرار، كان دالاً ويضمن.

أحكام: إذا استودع فضة، وأمر بصرفها بذهب، ففعل، وتلف الذهب، لم يضمنه، وإن قال: اصرف مالي عليك من قرض، ففعل، وتلف، ضمنه، ولم يبرأ من القرض. وإن استودع جارية، فولدت عنده، أمسك ولدها، وقيل: بإذن ربها، وهو أمانة، فلو سأله عن الوديعة ظالم ورى عنها، فإن ضاق النطق عنها، جردها، وتأول، وكذا: أن أحلف عليها. وإن نوى جردها، أو أمسكها لنفسه، أو التعدى فيها، لم يضمن، قاله في «الرعاية».

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 242

(6/229)

## باب إحياء الموات

الموات كسحاب والميتة، والموتان، بفتح الميم والواو: الأرض الدارسة الخراب، قاله في «المعني» و«الشرح». وعرفها الأزهرى بأنها الأرض التي ليس لها مالك، ولا بها ماء، ولا عمارة، ولا ينتفع بها، والموات مشتق من الموت، وهو عدم الحياة، والموتان، بضم الميم، وسكون الواو: الموت الذريع، ورجل موتان القلب بفتح الميم، وسكون الواو يعني أعمى القلب لا يفهم. والأصل في جوازه قبل الإجماع حديث جابر مرفوعاً «من أحيأ أرضاً ميتة فهي

له» رواه أحمد، والترمذي، وصححه، وعن سعيد بن زيد مرفوعاً مثله رواه أبو داود، والترمذي وحسنه، وعن عائشة مثله رواه مالك وأبو داود قال ابن عبد البر: هو مسند صحيح متلقى بالقبول عند فقهاء المدينة وغيرهم. وروى أبو عبيد في «الأموال» عن عائشة مرفوعاً «من أحيا أرضاً ميتة ليست لأحد، فهو أحق بها» قال عروة: قضى به عمر في خلافته. وفي الزركشي: رواه البخاري، وهو وهم، وعن عائشة مرفوعاً «العباد عباد الله، والبلاد بلاد الله، فمن أحيا من موات الأرض شيئاً، فهو له» رواه أبو داود الطيالسي.

(6/230)

---

( وهي الأرض الدائرة)، أي: الدارسة ( التي لا يعلم أنها ملكت) هذا بيان لمعنى الموات شرعاً، وكذا إن ملكها من لا حرمة له وباد، كحربي، وأثار الروم على الأصح. وحاصله أن الموات إذا لم يجر عليه ملك أحد، ولم يوجد فيه أثر عمارة، فإنه يملك بالإحياء، فإن علم أنه جرى عليه ملك بشراء أو عطية، فلا يغير خلاف نعلمه ( فإن كان فيها آثار الملك) وباد أهله ( ولا يعلم لها مالك، فعلى روايتين) كذا أطلقهما في «الكافي» إحداهما: يملك بالإحياء للخبر، ولأنه في دار الإسلام، فيملك به كاللقطة. والثانية: لا تملك به، كما لو تعين مالكه، لكن إن لم يعرف لها يومئذ مالك، وكان ملكها متقدماً مسلم، أو ذمي، أو مشكوك في عصمته، ولم يعقبوا ورثة، فالأشهر أنه لا تملك بالإحياء لظاهر خير عائشة، ولأنها فيء، فعليها للإمام إقطاعه لمن شاء، وعنه: يملك به عملاً بعموم أكثر الأحاديث، وعنه: يملك مع الشك في سابق العصمة دون المتيقن، لأن المقتضى قد وجد، وشك في المانع، اختاره في «التلخيص» واستثنى في «المغني» و«الشرح» من هذا ما به آثار ملك قديم جاهلي كأثار الروم، ومساكن ثمود ونحوهم، فإنه يملك بالإحياء في الأظهر، لما روى طاووس مرفوعاً قال: «عادي الأرض لله ولرسوله، ثم من بعد لكم» رواه سعيد في سننه، وأبو عبيد في «الأموال».

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 248

مسألة: نقل أبو الصقر في أرض بين قريتين ليس فيها مزارع، ولا عيون وأنهار تزعم كل قرية أنها لهم، فإنها ليست لهؤلاء، ولا لهؤلاء حتى يعلم أنهم أحيوها فمن أحيها، فله، ومعناه نقل ابن القاسم.

(6/231)

---

( ومن أحيا أرضاً ميتة فهي له) أي: للمحيي للأخبار ( مسلماً كان) اتفاقاً سواء كان مكلفاً أو لا، لكن شرطه أن يكون ممن يملك المال، لأنه يملكه بفعله كالاصطياد ( أو كافراً) أي: ذمياً في المنصوص، وعليه الجمهور للعموم، وقال ابن حامد: لا يملك الذمي بالإحياء، وحمل أبو الخطاب قوله على دار الإسلام قال القاضي: هو مذهب جماعة من أصحابنا، لقوله عليه السلام: «موتان الأرض لله ورسوله، ثم هي لكم» وجوابه بعد تسليم صحته أنها لكم، أي: لأهل داركم والذمي من أهل دارنا، فعلى المنصوص إذا أحيا موات عنوة لزمه عنه الخراج، وإن أحيا غيره، لا شئى عليه في الأشهر. ونقل عنه حرب: عليه عشر

ثمره وزرعه) بإذن الإمام أو غير إذنه) قاله الأصحاب ونص عليه أحمد مستدلاً بعموم الحديث، ولأنها عين مباحة، فلا يفتقر تملكها إلى إذن كأخذ المباح، وهو مبني على أن عموم الأشخاص يستلزم عموم الأحوال. وقيل: لا يجوز إلا بإذنه، وحكاه في «الواضح» رواية، لأن له مدخلاً في النظر في ذلك (في دار الإسلام وغيرها)، يعني أن جميع البلاد سواء في ذلك فتحت عنوة كأرض الشام والعراق، وما أسلم أهله عليه كالمدينة، وما صولح أهله على أهله على أن الأرض للمسلمين كخير، ويستثنى من ذلك موات الحرم وعرفات. وعنه: ليس في أرض السواد موات معللاً بأنها لجماعة، فلا يختص بها أحدهم، وحملها القاضي على العام، وأن أحمد قاله حين كان السواد عامراً في زمن عمر (الما أحياه مسلم من أرض الكفار التي صولحوا عليها) أي: لا يملك مسلم بالإحياء موات بلدة كفار صولحوا على أنها لهم، ولنا خراجها، لأنهم صولحوا في بلادهم، فلا يجوز التعرض لشيء أنها، لأن الموات تابع للبلد، ويفارق دار الحرب، لأنها على أصل الإباحة، وقيل: يملك به لعموم الخبر، ولأنها من مباحات دارهم فملك به كالمباح.

(6/232)

---

(وما قرب من العامر وتعلق بمصالحه) كطرقه وفنائ، ومسيل مائه ومرعاه ومحتطبه وحريمه (لم يملك بالإحياء) بغير خلاف نعلمه، لمفهوم قوله عليه السلام: «من أحيا أرضاً ميتة في غير حق مسلم، فهي له» ولأن ذلك من مصالح الملك، فأعطي حكمه، وذكر القاضي أن منافع المرافق لا يملكها المحيي بالإحياء، لكن هو أحق بها من غيره، وعلى الأول لا يقطع الإمام، لتعلق حقه به (وإن لم تتعلق بمصالحه، فعلى روايتين) انصهما وأشهرهما عند الأصحاب: أنه يملك بالإحياء للعموم مع انتفاء المانع، وهو التعلق بمصالح العامر والثانية: لا يملك به تنزيلاً للضرر في المال منزلة الضرر في الحال، إذ هو بصدد أن يحتاج إليه في المال، والأولى. أولى، لأنه عليه السلام أقطع بلال بن الحارث العقيق. وهو يعلم أنه من عمارة المدينة، ولأنه موات لم يتعلق به مصلحة، فجاز إحياءه كالبعيد والمرجع في القرب والبعد إلى العرف، وعليها للإمام إقطاعه.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 248

فائدة: إذا وقع في الطريق نزاع وقت الإحياء، فلها سبعة أذرع للخبر ولا تغير بعد وضعها، لأنها للمسلمين، نص عليه. وقال فيمن أخذ منها شيئاً: توبته أن يرد ما أخذ.

(6/233)

---

(ولا تملك المعادن الظاهرة كالملح والقار) وهو شيء أسود تطلى به السفن (والنفط) بفتح النون وكسرها وهو أفصح (والكحل والجص بالإحياء) لما روى عمرو بن عوف المزني، عن أبيص بن حمال «أنه وفد إلى النبي فاستقطعه الملح، فقطع له، فلما ولي، قال رجل: أتدري ما قطعت له؟ إنما قطعت له الماء العد قال: فانتزعه منه. قال: وسأله عما يحمى من الأراك؟

قال: ما لم تنله أخفاف الإبل» رواه الترمذي ولأن هذا مما تتعلق به مصالح المسلمين العامة، فلم يخز إحياءه كطرقات المسلمين، قال ابن عقيل: هذا من موارد الله الكريم، وفيض جوده العميم، فلو ملك بالاحتجار، ملك منعه، فصاق على الناس ( وليس للإمام إقطاعه ) بغير خلاف علمناه، لما ذكرنا، فأما المعادن الباطنة وهي التي لا يوصل إليها إلا بالعمل والمؤنة، فإن كانت ظاهرة، فهي كالأول، وإن لم تكن ظاهرة، فظاهر المذهب أنها كذلك، وقيل: يملك به، لأنه موات لا ينتفع به إلا بالعمل والمؤنة، فملك بالإحياء كالأرض، وعلى الأول ليس للإمام إقطاعها، وصحح في «المغني» و«الشرح» خلافه، لأنه عليه السلام أقطع بلال بن الحارث معادن القبلية.

فرع: ما نصب عنه الماء في الجزائر، فالأشهر أنه لا يملك به، لأن البناء فيها يرد الماء إلى الجانب الآخر، فيضرب بأهله.

(6/234)

---

( وإذا كان بقرب الساحل موضع إذا حصل فيه الماء، صار ملحقاً ملكاً بالإحياء ) في الأصح، لأنه لم يضيق على أحد، فلم يمنع منه كبقية الموات، وإحياءه بعمل مما يصلح له من حفر ترابه وتمهيده، وفتح قناة إليه ( وللإمام إقطاعه ) كبقية الموات ( وإذا ملك المحيا ) أي: إذا ملك الأرض بالإحياء ( ملكه بما فيه من المعادن الباطنة كمعادن الذهب والفضة ) والحديد، لأنه ملك الأرض بجميع أجزائها وطبقاتها وهذا منها بخلاف الكنز، فإنه مودع فيها، ويفارق ما إذا كان ظاهراً قبل إحيائها، لأنه قطع عن الناس نفعاً كان واصلًا إليهم. وظاهره أنه يملك المعادن الظاهرة. ولو تحجر الأرض أو أقطعها، فظهر فيها المعدن قبل إحيائها كان له إحياءها، ويملكها بما فيها، لأنه صار أحق بتحجره، وإقطاعه، فلم يمنع من إتمام حقه.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 248

(6/235)

---

( وإن ظهر فيه عين ماء، أو معدن جار، أو كلاً، أو شجر، فهو أحق به ) لقوله عليه السلام: «من سبق إلى من لم يسبق إليه مسلم، فهو له» رواه أبو داود، وفي لفظ «فهو أحق به» ولأنه لو سبق إلى المباح الذي لا يملك أرضه فهو أحق به، فهنا أولى ( وهل يملكه؟ على روايتين ) أصحابهما: لا يملكه، لقوله عليه السلام: «الناس شركاء في ثلاث في الماء والكلاً والنار» رواه ابن ماجه ولأنها ليست من أجزاء الأرض، فلم يملكها بملك الأرض كالكنز. والثانية: بلى، لأنها خارجة من أرضه، أشبه المعادن الجامدة والزرع ( وما فضل من مائه لزمه بذله لبهائم غيره ) لما روى أبو هريرة أن رسول الله قال: «لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به الكلاً» متفق عليه. وعن عمرو ابن شعيب، عن أبيه، عن جده مرفوعاً: «من منع فضل مائه أو فضل كلته منعه الله فضله يوم القيامة» رواه أحمد، ومحلّه إذا لم يجد ماء مباحاً ولم ينضربها واعتبر القاضي اتصاله بمرعى، ولا يلزمه الحبل والدلو، لأنه يتلف بالاستعمال، أشبه ببقية ماله، قاله في «الكافي» ( وهل يلزمه بذله لزرع غيره؟ على روايتين ) أصحابهما: يلزمه، لما روى إياس «أن النبي نهى

عن بيع فضل الماء» رواه أبو داود، والترمذي، وصححه قال أحمد: إلا أن يؤذيه بالدخول، أوله فيه ماء السماء، فيخاف عطشاً، فلا بأس أن يمنعه. والثانية: لا يلزمه، جزم بها في «الوجيز» لأن الزرع لا حرمة له في نفسه، فعليها يبيعه بكيل أو وزن، ويحرم مقدراً بمدة معلومة، أو بالري، أو جزافاً، قاله القاضي وغيره، قال: وإن باع أصعاً معلومة من سائح، جاز كماء عين، لا بيع كل الماء لاختلاطه بغيره.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 248  
فصل

(6/236)

( وإحياء الأرض أن يحوزها بحائط) منيع، نص عليه، جزم به القاضي وأكثر أصحابه، واقتصر عليه الخرقى، لما روى جابر أن النبي قال: «من أحاط حائطاً على أرض، فهي له» رواه أحمد، وأبو داود. ويشترط فيه أن يكون بما جرت العادة بمثله، ويختلف باختلاف البلدان. وعنه: يشترط معه إجراء ماء، وهو مقتضى كلام المؤلف، ومقتضاه أن الإحياء يحصل بالتحويط عليها، سواء أرادها للبناء، أو للزرع، أو حظيرة للدواب (أوجري لها ماء) من عين ونحوه، نص عليه، لأن نفع الأرض بالماء أكثر من الحائط، ويملكه بغرس، أو منع ماء ليزرع لا بحرث وزرع.  
( وإن حفر بئراً عادية) بتشديد الياء القديمة منسوبة إلى عاد، ولم يرد عاداً بعينه (ملك حريمها خمسين ذراعاً وإن لم تكن عادية) أي: قديمة (فحريمها خمسة وعشرون ذراعاً) من كل جانب منها، وعلم منه أنه يملك البئر مع الحريم وهو ما ذكره، نص عليه، واختاره القاضي في «التعليق» وأكثر أصحابه والشيخان، لما روى أبو عبيد في «الأموال» عن سعيد بن المسيب قال: السنة في حريم القليب العادي خمسون ذراعاً، والبديء خمسة وعشرون ذراعاً وروى الخلال، والدارقطني نحوه مرفوعاً. ولا بد أن يكون البئر فيها ماء، فإن لم يصل إلى الماء، فهو كالمحجر الشارع، وقوله: حفر بئراً عادية. محمول على البئر التي انطمت، وذهب ماؤها، فجدد حفرها وعمارتها، أو انقطع ماؤها، فاستخرجه، ليكون ذلك إحياء لها، فأما البئر التي لها ماء ينتفع به الناس، فليس لأحد احتجازه كالمعادن الظاهرة.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 254

(6/237)

فرع: إذا حفر بئراً بموات للسابلة، فهو كغيره في شرب وسقي، ويقدم آدمي ثم حيوان، وإن حفرها فيه لارتفاعه كعادة من انتجع أرضاً، فهو أحق ما أقام، وقال جماعة: يلزمه بذل فاضله لشاربه فقط وإن رحل فسابلة، فإن عاد، ففي اختصاصه وجهان، وإن حفرها تملكاً، أو يملكه الحي، ملكها وفي «الأحكام السلطانية»: لو احتاجت طياً فبعده، وتبعه في «المستوعب» و«البلغة» وكره أحمد الشرب من الآبار التي في الطريق قال ابن حمدان: إن كره حفرها (وعند القاضي) وجماعة من الأصحاب (حريمها قدر مد رشائها من كل

جانب) لما روي أن النبي قال: « حريم البئر مد رشائها» رواه ابن ماجه لأن ذلك ثبت لدفع الضرر، فقدر بمد الرشاء من كل جانب، لأن الحاجة تندفع به (وقيل: قدر ما يحتاج إليه في ترقية مائها) وهو محكي عن القاضي، اختاره أبو الخطاب في «الهداية» فإن كان بدولاب، فقدر مدار الثور، وإن كان بسانية، فبقدر طول البئر، وإن كان يستقي منها بيده فبقدر ما يحتاج إليه الواقف لأنه ثبت للحاجة، فتقدر بقدرها. ولهذا قال القاضي، وأبو الخطاب: التحديد الوارد في الخبر وكلام أحمد محمول على المجاز، وفيه نظر، لأنه خلاف الظاهر، فإنه قد يحتاج إلى حريمها لغير ترقية الماء لموقف الماشية، وعطن الإبل ونحوه، وقال في «الأحكام السلطانية» له أبعد الأمرين من الحاجة، أو قدر الأذرع مع أن أحمد توقف في التقدير في رواية حرب، فأما حريم العين المستخرجة، فهو خمسمائة ذراع، نص عليه، وظاهر كلامه في «الكافي» واختاره القاضي، وأبو الخطاب: قدر الحاجة، وحريم النهر: ما يحتاج إليه لطرح كرايته، وطريق شاوية، وما يستضر صاحبه بتمليكه عليه وإن كثر (وقيل: إحياء الأرض ما عد إحياء) وحكاه القاضي رواية، لأن الشارع أطلق الإحياء ولم يبين صفته، فوجب أن يرجع فيه إلى العرف كالقبض والحرز ( وهو عمارتها بما تتهيأ به لما يراد منها من زرع أو بناء) هذا بيان لما يعد إحياء في العرف، فإن الأرض تحيي داراً للسكنى

(6/238)

---

وحظيرة ومزرعة، فإحياء كل منها بما يناسبه، فإن كانت للسكنى، فإحياءها ببناء حيطانها، وتسقيف بعضها بما يليق به، وعنه: وقسم بيوته، وعلو أبوابه، وفي «المغني» و«الشرح» لا يعتبر نصب أبواب على البيوت، وإن كانت حظيرة فبناء حائط جرت العادة به، وإن كانت للزرع، فبان يسوق إليها ماء إن كانت تسقى، ويقلع ما بها من الأحجار إن احتاجت إلى ذلك، ويقلع ما بها من الأشجار كأرض الشعري، وبزبل عروقها المانعة من الزرع، أو يجبس الماء عنها، كأرض البطائح، لأن بذلك يتمكن من الانتفاع بها، ولا يعتبر أن يزرعها ويسقيها، ولا أن يحرثها في الأصح، وجمع بينهما في «المحرر» فقال: أن يحوطها بحائط أو يعمرها العمارة العرفية ( وقيل: ما يتكرر كل عام كالسقي والحرث، فليس بإحياء، وما لا يتكرر، فهو إحياء) لأن العرف جار بذلك، لكن إن كانت الأرض كثيرة الدغل والحشيش التي لا يمكن زرعها إلا بتكرار حرثها، وتنقية دغلها وحشيشها المانع من زرعها، كان إحياء.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 254

تنبيه: حريم شجر قدر مد أغصانها، فإن غرسها في موات، فهي له وحريمها وإن سبق إلى شجر مباح كزيتون وخروب، فسقاه وأصلحه، فهو له كالمتحجر الشارع، فإن ركبها، ملكه بذلك، وحريمه وحريم دار من موات حولها مطرح تراب وكناسة وتلج وماء ميزاب، ولا حريم لدار محفوفة بملك، ويتصرف كل منهم بحسب العادة.

(6/239)

---

( ومن تحجر مواتاً ) تحجر الموات: الشروع في إحيائه من غير أن يتمه مثل أن يحيط حول الأرض تراباً أو بجدار صغير، أو يحفر بئراً، ولم يصل ماؤها نقله حرب ( لم يملكه ) لأن الملك بالإحياء ولم يوجد ( وهو أحق به ) من سائر الناس لقوله « من سبق إلي مال م سبق إليه مسلم، فهو أحق به » ( ووارثه بعده ) لقوله: « من ترك حقاً فلورثته » ( ومن ينقله إليه ) أي: إذا نقله إلى غيره بالهبة صار الثاني أحق به، لأن صاحبه أقامه مقام نفسه ( وليس له بيعه ) لأنه لم يملكه فلم يملك بيعه كحق الشفعة قبل الأخذ، وكمن سبق إلى مباح قبل أخذه ( وقيل: له ذلك ) أي: بيعه، لأنه أحق به ( فإن لم يتم إحياءه قيل له ) أي: يقول له السلطان ونحوه إذا طال المدة: ( إما أن تحييه أو تتركه ) ليحييه غيرك، لأنه ضيق على الناس في حق مشترك بينهم، فلم يمكن منه، كمالو وقف في طريق ضيق ( فإن طلب الإمهال، أمهل الشهرين والثلاثة ) كذا في « الفروع »، لأنه يسير، واقتصر في « الكافي » وقدمه في « الرعاية » على الشهرين، وفي « الوجيز » يمهل مدة قريبة بسؤاله ( فإن ) بادر و ( أحياه غيره ) قبل فراغ تلك المدة وفي « المغني » و « الشرح » أو قبل ذلك ( فهل يملكه ؟ على وجهين ) كذا أطلقهما في « المحرر » و « الفروع » أحدهما: لا يملكه ؟ وهو الأظهر لمفهوم « من أحيأ أرضاً ميتة في غير حق مسلم فهي له » أنها لا تكون له إذا كان لمسلم فيها حق، ولأنه إحياء في حق غيره، فلم يملكه، كمالو أحيأ ما يتعلق به مصالح ملك غيره، ولأن حق المتحجر أسبق، فكان أولى كحق الشفعة يقدم على شراء المشتري. والثاني: يملكه لعموم الخبر السابق، ولأن الإحياء يملك به، فقدم على المتحجر الذي لا يملك، قال في « الفروع »: « وتوجه مثله في نزول مستحق عن وظيفة لزيد هل يتقرر فيها غيره، قال شيخنا فيمن نزل عن وظيفة الإمامة: لا يتعين المنزول له، ويولى من له الولاية من يستحق التولية شرعاً، اعترضه ابن أبي المجد، لأنه لا يخلو إما أن يكون نزوله بعوض أولاً، وعلى كل تقدير، لم يحصل

(6/240)

---

منه رغبة مطلقة عن وظيفته، ثم قال: وكلام الشيخ قضية في عين، فيحتمل أن المنزول له ليس أهلاً، ويحتمل عدمه وفيه نظر، فإن النزول يفيد الشغور، وقد سقط حقه بنزوله إذ الساقط لا يعود. وقوله: قضية في عين الأصل عدمه. ومما يشبه النزول عن الوظائف النزول عن الإقطاع، فإنه نزول عن استحقاق يختص به، لتخصيص الإمام له استغلاله أشبه مستحق الوظيفة، ومتحجر الموات، وقد يستدل بجواز أخذ العوض في ذلك كله بالخلع، فإنه يجوز أخذ العوض مع أن الزوج لم يملك البضع، وإنما ملك الإستمتاع به، فأشبه المتحجر. رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 254 فصل

(6/241)

---

( وللإمام إقطاع موات لمن يحييه ) لأنه عليه السلام أقطع بلال بن الحارث العقيق، وأقطع وائل بن حجر أرضاً، وأقطع أبو بكر وعمر وعثمان، وجمع من



الصحابة. وينبغي أن يقطع مقدار ما عينه، فإن فعل، ثم تبين عجزه عن إحيائه، استرجعه كما استرجع عمر من بلال ما عجز عن عمارته بالعقيق الذي أقطعه رسول الله ( ولا يملكه بالإقطاع ) لأنه لو ملكه به، لما جاز استرجاعه ( بل يصير كالمتحجر الشارع في الإحياء ) لأنه ترجح بالإقطاع على غيره، ويسمى تملكاً لماله إليه، وكذا للإمام إقطاع غير موات تملكاً، وانتفاعاً للمصلحة، نقل حرب: القطائع جائزة، وقال له المروزي، قال مالك: لا بأس بقطائع الأمراء، فأنكره شديداً، ونقل يعقوب قطائع الشام والجزيرة من المكروهة كانت لبني أمية، فأخذها هؤلاء، ونقل محمد بن داود: ما أدري ما هذه القطائع يخرجونها ممن شاؤوا، قال أبو بكر: لأنه يملكها من أقطعها، فكيف يخرج عنه، ولهذا عوض عمر جريراً البجلي لما رجع فيما أقطعه ( وله إقطاع الجلوس ) للبيع والشراء ( في الطريق الواسعة ورحاب المسجد ) إن قيل: إنها ليست منه إذا كانت واسعة، لأن ذلك يباح الجلوس فيه، والانتفاع به، فجاز إقطاعه كالأرض الدارسة، وتسمى إقطاع إرفاق ( ما لم يضيق على الناس ) لأنه ليس للإمام أن يأذن فيما لا مصلحة فيه فضلاً عما فيه مضرة ( ولا يملكه بالإقطاع ) لما ذكر في إقطاع الأرض ( ويكون المقطع أحق بالجلوس فيها ) بمنزلة السابق إليها من غير إقطاع، والفرق بينهما أن السابق إذا نقل متاعه عنها، فلغيره الجلوس فيها، وهذا قد استحق بإقطاع الإمام، فلا يزول حقه بنقل متاعه، ولا لغيره الجلوس فيه، بشرطه ما لم يعد فيه. ويحرم ما يضيق على المارة ولو بعوض، وحكمه في التظليل على نفسه بما ليس ببناء، ومنعه من المقام إذا أطال مقامه حكم السابق.

(6/242)

( فإن لم يقطعها فلمن سبق إليها الجلوس فيها ) على الأصح علي وجه لها لا يضيق على أحد، ولا يضر بالمارة، لاتفاق أهل الأمصار في سائر الأعصار على إقرار الناس على ذلك من غير إنكار، ولأنه ارتفاع بمباح من غير إضرار، فلم يمنع منه الاحتياز ( ويكون أحق ما لم ينقل قماشه عنها ) لسبقه إلى مباح كمار، وظاهره أنه إذا قام وترك متاعه، لم يجز لغيره إزالته، وأنه إذا نقل متاعه، كان لغيره الجلوس فيه، وقيل: إن فارق ليعود قريباً فعاد، فهو أحق به. وعنه يكون أحق به إلى الليل وفي افتقار إلى إذن فيه وجهان، لكن قال أحمد: ما كان ينبغي لنا أن نشترى من هؤلاء الذين يبيعون على الطريق، وحمله القاضي على ضيقه، أو كونه يؤدي المارة ( فإن أطال الجلوس فيها ) من غير إقطاع ( فهل يزال؟ على وجهين ) كذا في «الفروع» أشهرهما: أنه يزال، لأنه يصير كالتملك، ويختص بنفع يساويه غيره في استحقاقه، الثاني: لا يزال، جزم به في «الوجيز»، لأنه سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم، فلم يمنع من الاستدامة كالابتداء ( وإن سبق اثنان ) فأكثر وضاق المكان ( أقرع بينهما ) على المذهب، لأنهما استويا في السبق، والقرعة مميزة ( وقيل: يقدم الإمام من يرى منهما ) لأنه أعلم بالمصلحة في ذلك.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 259

(6/243)

---

( ومن سبق إلى معدن فهو أحق بما ينال منه ) للخبر، وسواء كان المعدن ظاهراً، أو باطناً إذا كان في موات ( وهل يمنع إذا طال مقامه؟ على وجهين ) كذا في «الفروع» أحدهما، وجزم به في «الوجيز»: لا يمنع للخبر، والثاني: بلى، لأنه يصير كالمتملك، وفي «الشرح» إن أخذ قدر حاجته، وأراد الإقامة ليمنع غيره، منع منه، لأنه تضيق على الناس بما لا نفع فيه، وقيل: إن أخذه لتجارة هياً الإمام بينهما، وإن أخذه لحاجة، فأوجه القرعة والمهاياة، وتقديم من يرى الإمام وينصب من يأخذه، ويقسمه بينهم، وإن سبق إليه اثنان، فأكثر، وضاق الوقت عن أخذهم جملة، أقرع ( ومن سبق إلى مباح كصيد وعنبر وحطب وثمر وما ينبذه الناس رغبة عنه ) كالذي ينثر من الثمر والزرع وما ينبع من المياه في الموات ( فهو أحق به ) لقوله عليه السلام: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم، فهو له» مع قوله لما رأى ثمرة ساقطة: «لولا أنني أخشي أن تكون من الصدقة لأكلتها» رواه البخاري. ويملكه الآخذ مسلماً كان أودمياً ( وإن سبق إليه اثنان، قسم بينهما ) جزم به الأدمي، وصاحب «الوجيز» البغداديان، لأنهما استويا في السبب، والقسمة ممكنة، وحذاراً من تأخير الحق، وهذا إذا ضاق الوقت عن أخذهم جملة، والأشهر القرعة وقيل: يقدم الإمام من شاء بالاجتهاد، وظهور الأحقية كأموال بيت المال، ولا فرق بين الحاجة وعدمها. فرع: الأسباب المقتضية للتملك: الإحياء والميراث، والمعاضات، والهبات، والوصايا، والوقف، والصدقات، والغنيمة، والاصطياد، ووقوع الثلج في المكان الذي أعده، وانقلاب الخمر، والبيضة المذرة فرخاً.

(6/244)

---

( وإذا كان الماء في نهر غير مملوك كمياء الأمطار، فلمن في أعلاه أن يسقي ويحبس الماء حتى يصل إلى كعبه، ثم يرسل إلى من يليه ) نص عليه، وجملته أن الماء لا يخلو، إما أن يكون نهراً جارياً، أو واقفاً، والجاري قسيمان: إما أن يكون في نهر غير مملوك، وهو ضربان، أحدهما: أن يكون نهراً عظيماً كالنيل والفرات الذي لا يستنصر أحد بالسقي منه، فهذا لا تزاحم فيه. رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 259

(6/245)

---

الثاني أن يكون نهراً صغيراً يزدحم الناس فيه، ويتشاحون في مائه كنهر الشام، أو مسيل يتشاح فيه أهل الأرضين الشاربة منه، فيبدأ بمن في أول النهر، فيسقي ويحبس الماء حتى يصل إلى الكعبين، ثم يرسل إلى الثاني، فيفعل كذلك حتى تنتهي الأراضي كلها فإن لم يفضل عن الأول شيء، أو عن الثاني، أو عن من يليهما، فلا شيء للباقيين، لأنه ليس لهم إلا ما فضل، فهم كالعصية، ولا نعلم فيه خلافاً، لما روى عبد الله بن الزبير أن رجلاً خصم الزبير في شراج الحرة التي يسقون بها إلى النبي، فقال النبي: «إسق يا زبير، ثم أرسل الماء إلى جارك» فغضب الأنصاري، وقال: أن كان ابن عمك، فتلون

وجه رسول الله ، ثم قال: «إسق يا زبير، ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر» فقال الزبير: والله إني لأحسب هذه الآية نزلت في ذلك فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم { (النساء: 65) الآية متفق عليه. وذكر عبد الرزاق عن معمر، عن الزهري قال: نظرنا في قول النبي ، ثم أحبس الماء حتى يرجع إلى الجدر، فكان ذلك إلى الكعبيين، وشراج الحرة: مسابيل الماء، جمع شرج، وهو النهر الصغير، والحرة أرض ملتبسة بحجارة سود، ولأن السابق في أول النهر كالسابق إلى أول المشرعة. وإن كانت أرضه مستقلة، سدها حتى يصعد إلى الثاني، قاله في «الترغيب» فإن كانت أرض الأعلى مختلفة، منها عالية، ومنها مستقلة، سقى كل واحدة على حدتها فإن استوى اثنان في القرب، اقتسما الماء على قدر الأرض إن أمكن، وإلا أقرع، فإن كان الماء لا يفضل عن أحدهما، سقى من تقع له القرعة بقدر حقه (فإن أراد إنسان إحياء أرض يسقيها منه جاز مالم يضر بأهل الأرض الشاربة منه) أي: إذا كان لجماعة رسم شرب من نهر غير مملوك، فجاء إنسان ليحيي مواتاً أقرب من رأس النهر من أرضهم، لم يكن له أن يسقى قبلهم، لأنهم أسبق إلى النهر منه، وظاهره: أنهم لا يملكون منعه من الإحياء، وفيه وجه، فعلى الأول لو سبق إلى مسيل ماء، أو نهر غير مملوك،

(6/246)

فأحيا في أسفله مواتاً، ثم آخر فوقه، ثم ثالث، سقى المحيي أولاً، ثم الثاني، ثم الثالث، لأن العبرة تقدم السبق إلى الإحياء لا إلى أول النهر. القسم الثاني: الجاري في نهر مملوك وهو ضربان، أحدهما: أن يكون الماء مباح الأصل مثل أن يحفر إنسان نهراً صغيراً يتصل بنهر كبير مباح، فما لم يتصل لا يملكه، وهو كالمتحجر، فإذا اتصل الحفر، ملكه، وإن لم يجر فيه، إذ الإحياء يحصل بتهيئته للانتفاع دون حصول المنفعة، فيصير مالكا لقراراه وحافيته وحرимه، وهو ملقى الطين من جوانبه، وقال القاضي: هو حق من حقوق الملك، وحينئذ إذا كان لجماعة، فهو بينهم على حسب العمل والنفقة، فإن لم يكفهم، وتراضوا على قسمته، جاز، وإلا قسمه حاكم عند التشاح على قدر ملكهم، فإن احتاج المشترك إلى كرى أو عمارة، كان ذلك بينهم على حسب ملكهم، فإن كان بعضهم أدنى إلى أوله من بعض، اشترك الكل إلى أن يصلوا إلى الأول، ثم لا شيء عليه إلى الثاني، ثم يشترك من بعده كذلك كلما انتهى العمل، فإذا حصل نصيب إنسان في ساقيته، سقى به ما شاء، وقال القاضي: ليس له سقى أرض ليس لها رسم شرب من هذا النهر، ولكل منهم أن يتصرف في ساقيته المختصة به بما أحب من إجراء ماء أو رحي، أو دولاب بخلاف المشترك، فإن أراد أحد الشركاء أن يأخذ من النهر قبل قسمه شيئاً، يسقى به أرضاً في أول النهر، أو غيره، لم يجز، لأن الآخذ منه ربما احتاج إلى تصرف في أول حافة النهر المملوك لغيره، ولو فاض ماء هذا النهر إلى أرض إنسان، فهو مباح كالطائر.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 259

الضرب الثاني: أن يكون منبع الماء مملوكاً بأن يشترك جمع في استنباط عين وإجرائها، فإنهم يملكونها، ويشتركون فيها وفي ساقيتها على حسب النفقة والعمل فيها.

( وللإمام أن يحمي ) بفتح أوله وضمه، أي: يمنع ( أرضاً من الموات ترعى فيها دواب المسلمين التي يقوم بحفظها ) كخيل المجاهدين، وإبل الصدقة، وضوال الناس، لما روى عمر «أن النبي، حمى النقيع لخيال المسلمين». رواه أبو عبيد. النقيع بالنون: موضع ينتقع فيه الماء، فيكثر فيه الخصب، وروى أبو عبيد أن أعرابياً أتى عمر، فقال: يا أمير المؤمنين بلادنا قاتلنا عليها في الجاهلية، وأسلمنا عليها في الإسلام علام نحميها؟ قال: فأطرق عمر، وجعل ينفخ. وبقتل شاريه، فلما رأى الأعرابي ما به، جعل يردد ذلك، فقال عمر: المال مال الله، والعياد عباد الله، والله لولا ما أحمل عليه في سبيل الله ما حميت من الأرض شبراً في شبر. قال مالك: بلغني أنه كان يحمل كل عام على أربعين ألفاً من الظهر، ولأن في ذلك مصلحة، فجاز للإمام فعلها كسائر المصالح. ( مالم يضيق على الناس ) لأن الجاهلية كانوا يحمون لأنفسهم، فكان منهم من إذا انتجع بلداً، أقام كلباً على نشز، ثم استعواه، ووقف له من كل ناحية من يسمع صوته بالعواء، فحيث انتهى صوته، حماه من كل ناحية لنفسه، ويرعى مع الناس فيما سواه، فنهى النبي عنه لما فيه من الضيق على الناس، ومنعهم من الانتفاع بشيء لهم فيه حق ( وليس ذلك لغيره ) أي لغير الإمام، فأما النبي فقد كان يحمي لنفسه وللمسلمين ولم يحم لنفسه شيئاً وإنما حمى للمسلمين، وسائر أئمة المسلمين ليس لهم أن يحموا لأنفسهم شيئاً إلا قدرأ لا يضيق به المسلمين ويضرهم.

( وما حماه النبي فليس لأحد نقضه ) أي مع الحاجة إليه، لأن ما حكم به النبي نص، فلا يجوز نقضه بالاجتهاد، فعليه من أحياء منه شيئاً لم يملكه ( وما حماه غيره من الأئمة فهل يجوز نقضه؟ على وجهين ) أصحهما لإمام غيره نقضه كهو، لأن حمى الأئمة اجتهاد، وملك الأرض بالإحياء نص، والنص مقدم. والثاني: لا يجوز نقضه، كما لا يجوز نقض حكمه، وبينني عليهما لو أحياء إنسان هل يملكه.

مسألة: قال في «الأحكام السلطانية» إذا كان الحمى لكافة الناس، تساوى فيه جميعهم، فإن خص به المسلمون، اشترك فيه غنيهم وفقيرهم، ومنع منه أهل الذمة، وإن خص به الفقراء، منع منه الأغنياء، وأهل الذمة. ولا يجوز أن يخص به الأغنياء دون الفقراء، ولا أهل الذمة، فلو اتسع الحمى المخصوص لعموم الناس، جاز أن يشتركوا فيه، لارتفاع الضرر على من يخص به، ولو ضاق الحمى العام عن جميع الناس، لم يجز أن يختص به أغنيائهم، وفي فقرائهم قول، ولا يجوز لأحد أن يأخذ من أرباب الدواب عوضاً من مرعى موات أو حمى، لأنه عليه السلام شرك الناس فيه.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 259

تذنيب: من جلس في مسجد، أو جامع لفتوى، أو لإقراء الناس، فهو أحق به مادام فيه، أو غاب لعذر، وعاد قريباً، وإن جلس فيه لصلاة، فهو أحق به فيها وإن

غاب لعذر، وعاد قريباً، فوجهان، ومن سبق إلى رباط، أنزل فقيه بمدرسة،  
أوصوفي بخانقاه، رجع به في الأقبس، ولا يبطل حقه بخروجه منه لحاجة.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 259  
باب الجعالة

(6/249)

هي بتثليث الجم كما أفاده ابن مالك ، يقال: جعلت له جعلاً: أوجبت/ ابن فارس :  
الجعل والجعالة والجعيلة: ما يعطاه الإنسان على أمر بفعله، وأوصلها قوله  
تعالى: {ولمن جاء به حمل بعير} (يوسف: 72) وكان معلوما عندهم كالوسق  
وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يكن في شرعنا ما يخالفه، وحديث اللديغ شاهد  
بذلك مع أن الحكمة تقتضيه، والحاجة تدعو إليه، فإنه قد يد لا يوجد متبرع  
فاقتضت جواز ذلك. (وهي أن يقول) المطلق التصرف (من رد عبدي أو  
لقطتي أو بنى لي هذا الحائط) وكذا سائر ما يستأجر عليه من الأعمال (فله  
كذا) وهو أكثر من دينار أو اثني عشر درهما، وإلا فله ما قدره الشارع، لأنه في  
معنى المعاوضة، وتكون عقدا جائزا لكل منهما الرجوع فيه قبل العمل،  
واقضى ذلك أن لا يكون في يده، فلو كانت اللقطة في يده، فجعل له مالها  
جعلاً ليردها لم يبح له أخذه (فمن فعله بعد أن بلغه الجعل استحقه) لأن العقد  
استقر بتمام العمل، فاستحق الجعل كالربح في المضاربة، وفي أثنائه يستحق  
حصة تمامه (وإن فعله جماعة، فهو بينهم) بالسوية، لأنهم اشتركوا في العمل  
الذي يستحق به العوض، فاشتركوا فيه كالأجر في الإجارة بخلاف ما لو قال:  
من دخل هذا الثقب، فله دينار، فدخله جماعة استحق كل واحد منهم دينارا  
كاملاً، لأنه قد دخل كل منهم دخولاً كاملاً، وهنا لم يرد واحد منهم كاملاً، ومثله  
من نقب السور، فله دينار، فنقب ثلاثة نقبا واحداً، فلو جعل لواحد في رده  
دينارا ولآخر دينارين، والثالث ثلاثة، فلكل واحد منهم ثلث ما جعل له في رده،  
فلو جعل لواحد ديناراً، ولآخرين عوضاً مجهولاً فردوه، فلصاحب الدينار ثلثه،  
وللآخرين أجرة عملهما، فإن جعل له جعلاً في رده، فرده هو وأخران معه،  
وقالا: رددناه معاونة له، استحق جميع الجعل، وإن قالوا: رددناه لناخذ العوض،  
فلا شيء لهما، وله ثلث الجعل.

(6/250)

فرع: إذا قال من رد عبدي من موضع كذا، فرده من نصف الطريق، أو قال:  
من رد عبدي، فرد أحدهما فنصفه، وإن رده من أبعد، فله المسمى ذكره في  
«التلخيص» وإن رده من غير الموضع، لم يستحق في «المغني» و«الشرح»  
كهروبه منه في نصف الطريق، أو موته. (ومن فعله قبل ذلك) أي: قبل بلوغ  
الجعل (لم يستحقه) لأن فعله وقع غير مأذون فيه، فلم يستحقه، ولأنه بدل  
منافعه جعل له، فيكون عاملاً في مال غيره بغير إذنه، وفارق الملتقط بعد  
بلوغ الجعل، فإنما بدل منافعه بعوض جعل له، فاستحقه كالأجير إذا عمل بعد  
العقد، ولا يستحق أخذ الجعل بردها لأن الرد واجب عليه (سواء أُرده قبل بلوغ  
الجعل أو بعده) لما سبق من أن الجعل بدل عن الفعل والرد، فإن قال غير

صاحب الضالة: من ردها، فله دينار فهو ضامن له، وإن أسنده إلى مالكها، فلا (وتصح على مدة مجهولة وعمل مجهول) لأنها عقد جائز، فجاز أن يكون العمل والمدة مجهولين كالشركة، ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك، لكونه لا يعلم موضع الضالة والابق (إذا كان العوض معلوما) لأنه يصير لازما بتمام العمل، وكالأجرة، لأنه في معنى المعاوضة لا تعليقا محضا، فلو قال: أنت بريء من المائة، صح، لأن تعليق الإسقاط أقوى، وفي «المغني» تخريج بجواز جهالة الجعل إن لم يمنع التسليم، لقوله: من رد ضالتي، فله ثلثها بخلاف فله شيء أخذ من قول الإمام في الغزو: من جاء بعشرة رؤوس، فله رأس.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 267

(6/251)

---

فعليه لو كانت الجهالة تمنع من التسليم، لم تصح الجعالة وجها واحداً، وحينئذ فيستحق العامل أجر المثل، لأنه عمل بعوض لم يسلم له، فاستحق أجر المثل كالإجارة وقد تضمن كلامه أموراً: منها: أنه لا يشترط العلم بالعمل والمدة بخلاف الإجارة. ومنها: أنه لو قدر المدة بأن قال: إن وجدتها في شهر، صح، لأنها إذا جازت مجهولة، فمع التقدير أولى. ومنها: لا يشترط تعيين الحاجة. ومنها أن العمل قائم مقام القبول، لأنه يدل عليه كالوكالة. ومنها: أن كلما جاز أن يكون عوض في الإجارة، جاز أن يكون عوضاً في الجعالة، وكل ما جاز أن يكون عوضاً في الإجارة، جاز أن يكون عوضاً في الجعالة، وكل ما جاز أخذ العوض عليه في الإجارة، جاز أخذه في الجعالة. (وهي عقد جائز) من الطرفين بغير خلاف نعلمه كالمضاربة (لكل واحد منهما فسخها، فمتى فسخها العامل) قبل تمام العمل (لم يستحق شيئاً) لأنه أسقط حق نفسه حيث لم يأت بما شرط عليه كعامل المضاربة (وإن فسخها الجاعل بعد الشروع، فعليه للعامل أجره عمله) أي: أجره مثله، لأنه عمل بعوض، فلم يسلم له، ولو قيل: تقسط الأجرة، لم يبعد، وظاهره أنه إذا فسخ قبل التلبس بالعمل لا شيء للعامل، فإن زاد، أو نقص في الجعل قبل الشروع في العمل، جاز لأنه عقد جائز، فجاز فيه ذلك كالمضاربة (وإن اختلفا في أصل الجعل أو قدره فالقول قول الجاعل) لأنه منكر، والأصل براءة ذمته، وكذا الحكم إذا اختلفا في المسافة، وقيل: يتحالفان إذا اختلفا في قدره والمسافة كالأجير، فإذا تحالفا، فسخ العقد، ووجب أجر المثل، لأنها عقد يجب المسمى في صحيحه، فوجبت أجره المثل في فاسدة كالإجارة، وقيل في أبق المقدر شرعاً، ولا يستحق شيئاً بلا شرط ذكره القاضي . (ومن عمل لغيره عملاً بغير جعل فلا شيء له) بغير خلاف نعلمه، لأنه بذل منفعته من غير عوض، فلم يستحقه، ولئلا يلزم الإنسان ما لم يلزمه، ولم تطب نفسه به، وهذا إذا لم يكن معدراً لأخذ الأجرة، فإن كان معدراً لها

(6/252)

---

وأذن له، فله الأجرة، لكن نص أحمد على أن من خلص متاعاً لغيره يستحق أجره مثله بخلاف اللقطة (إلا في رد الأبق) فإنه يستحق الجعل بلا شرط، روي ذلك عن عمر وعلي، وابن مسعود، وقاله شريح، وعمر بن عبد العزيز لئلا يلحق

بدار الحرب أو يشتغل بالفساد (فإن له بالشرع) أي: بشرع الشارع، للخبر الوارد فيه (دينارا أو اثني عشر درهما) جزم به في «الوجيز» وقدمه، واختاره الأكثر لما روى ابن أبي مليكة، وعمرو بن دينار، وهو قول من سميना، ولم نعرف لهم مخالفا، فكان كالإجماع بخلاف الشارد، فإنه لا يفضي إلى ذلك. ولم نعرف لهم مخالفا، فكان كالإجماع بخلاف الشارد، فإنه لا يفضي إلى ذلك. وظاهره أنه يستحقه برده سواء كان من المصّر، أو خارجه، وسواء كان الراد إماما، أو غيره وهو مقتضى كلام جماعة. ونقل حرب: لا يستحقه إمام، لأنه ينبغي له رده على مالكة، ونقل ابن منصور أن أحمد سئل عن جعل الأبق، فقال: لا أدري قد تكلم الناس فيه، لم يكن عنده فيه حديث صحيح، فظاهره أنه لا شيء له في رده، واختاره المؤلف تبعا لظاهر الخرقى، وروى عن النخعي، وابن المنذر، والحديث الأول مرسل، وفيه مقال، وكما لو ورد جملة الشارد، ولأن الأصل عدم الوجوب (وعنه: إن رده من خارج المصّر، فله أربعون درهما) روي عن ابن مسعود واختاره خلال قال أبو اسحق: أعطيت الجعل في زمن معاوية أربعين درهما. وهذا يدل على أنه مستفيض في العصر الأول، وعنه: إن رده من المصّر، فعشرة قال خلال، استقرت عليه الرواية، وجزم به في «عيون المسائل» وأن الرواية الصحيحة من خارج المصّر دينار، أو عشرة دراهم. وفي «الخصال» لابن البنا وكتاب «الروايتين» أنه عشرة دراهم مطلقا، وبالعقاصي في ذلك، فقال: إن الرواية لا تختلف فيه، ونقل ابن هانيء عن أحمد فيمن عمر قناة دون قوم أنه يرجع عليهم، ذكره القاضي في «التعليق» وعلله بأن الآبار بمنزلة الأعيان فكما يرجع بالأعيان يرجع بها، قاله الزركشي وهذا التعليل

(6/253)

يقتضي الرجوع فيما عمله بأن يزيله كما يرجع في الأعيان لا أنه يرجع ببديل ذلك على مالك العين. (ويأخذ منه ما أنفق عليه في قوته) أي: يرجع بنفقته لأنه مأذون في الإنفاق شرعا لحرمة النفس بخلاف قضاء الدين بغير إذنه، فإنه محل خلاف، وظاهره أنه يرجع ولو لم يستحق جعلاً كرده من غير بلد سماه (وإن هرب منه في طريقه) فإنها لا تسقط؛ نص عليه، لأنها وقعت مأذونا فيها شرعا، أشبه ما لو وقعت بإذن المالك، ثم هرب، وقيل: إن نوى الرجوع وفي جواز استخدامه بها روايتان في «الموجز» و«التبصرة» وظاهره يقتضي أنه لا يستحق الجعل إلا برده لا بوجدانه، وظاهر كلام جماعة أنه في مقابلة الوجدان، فعليه هي بعد الوجدان كغيرها من اللقطات لصاحبها أخذها، ولا يجب على الملتقط مؤنة ردها. وجوابه أن المراد بالوجدان الوجدان المقصود، لا مجرد الوجدان حتى لو ضاعت بعد، أو تلفت، استحق الجعل، لأن هذا غير مقصود قطعا، فإذا يرتفع الخلاف. (وإن مات السيد، استحق ذلك في تركته) والمراد به الجعل، قاله في «الشرح» وعلله بأنه عوض عن عمله، فلا يسقط بالموت كالأجرة، وسواء كان معروفا برد الأبق أو لا، والظاهر من كلام المؤلف شموله للجعل والنفقة، إذ لا مقتضى للتخصيص، لأنه حق وجب في تركته كسائر الحقوق الثابتة، وعلم منه جواز أخذ الأبق لمن وجده بخلاف الضوال التي تحفظ نفسها وهو أمانة ومن ادعاه فصدقه العبد، أخذه، فإن لم يجد سيده، دفعه إلى الإمام أو نائبه، ليحفظه لصاحبه، وله بيعه لمصلحة بغير خلاف نعلمه،

فإن قال: كنت أعتقته، فوجهان فإن قلنا: لا يقبل، فليس لسيده أخذ ثمنه،  
ويصرف لبيت المال، لأنه لا مستحق له، فإن عاد السيد، فأنكر العتق، وطلب  
المال، دفع إليه، لأنه لا منازع له، وليس للملتقط بيعه، ولا يملكه بعد تعريفه،  
لأنه يحتفظ بنفسه، فهو كضوال الإبل، فإن باعه، فهو فاسد في قول عامة  
العلماء.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 267

(6/254)

#### باب اللقطة

حكى عن الخليل: اللقطة بضم اللام، وفتح القاف: الكثير الالتقاط، وحكى عنه  
في «الشرح» أنها اسم للملتقط، لأن ما جاء على فُعلة، فهو اسم الفاعل  
كالضحكة والهمزة واللمزة، وبسكون القاف: ما يلتقط، وقال الأصمعي،  
والفراء: هي بفتح القاف: اسم للمال الملتقط، ويقال فيه أيضاً: لقاطة بضم  
اللام، ولقط بفتح اللام والقاف.  
( وهي المال الضائع من ربه ) هذا بيان لمعنى اللقطة شرعاً، قال بعضهم: وهي  
مختصة بغير الحيوان، وتسمى ضالة، والأصل فيها ما روى زيد بن خالد الجهني  
قال: سئل النبي عن لقطة الذهب والورق؟ فقال: «اعرف وكأها، وعفاصها،  
ثم عرفها سنة، فإن لم تعرف، فاستنفقها، ولتكن وديعة عندك، فإن جاء طالبها  
يوماً من الدهر، فادفعها إليه» وسأله عن ضالة الإبل، فقال: «مالك ولها، معها  
سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها» وسأله عن الشاة؟  
فقال «خذها فإنما هي لك، أو لأخيك، أو للذئب» متفق عليه.  
ولها أركان ثلاثة: أحدها: المال الضائع. الثاني: الالتقاط. الثالث: الملتقط، وهو  
كل من يصح اكتسابه بالفعل من اصطیاد ونحوه.

(6/255)

( وتنقسم إلى ثلاثة أقسام، أحدها: ما لا تتبعه الهمة ) أي: همة أوساط الناس  
ولو كثر ( كالسوط ) وهو الذي يضرب به كذا أطلقوا، وفي شرح «المهذب» هو  
فوق القضيب ودون العصا، وفي «المختار»: هو سوط لا ثمرة له ( والشسع )  
أحد سيور النعل الذي يدخل بين الأصبعين ( والرغيف، فيملك بأخذه بلا تعريف )  
ويباح الانتفاع به، لما روى جابر قال: «رخص النبي في العصا والسوط والحبل  
يلتقطه الرجل ينتفع به». رواه أبو داود. وكذا التمرة والخرقة، وما لا خطر له،  
وفي «التبصرة» صدقته به أولى، فإن التقطه وانتفع به، وتلف، فلا ضمان فيه،  
ذكره في «المستوعب» وغيره وفي «المغني» ليس عن أحمد تحديد اليسير  
الذي يباح، والمعروف في المذهب تقييده بما لا تتبعه همة أوساط الناس ولو  
كثر ونص في رواية أبي بكر بن صدقة أنه يعرف الدرهم. وقال ابن عقيل: لا  
يجب تعريف الدائق، وحمله في «التلخيص» على دائق الذهب نظراً لعرف  
العراق، وعنه: يلزمه تعريف اليسير، وقيل: مدة يظن طلب ربه له، ولا يلزمه  
دفع بدله خلافاً لـ «لتبصرة» وقيل لأحمد في الثمرة يجدها أو يلقبها عصفور:  
أياكلها؟ قال: لا، قال: يتصدق؟ قال: لا يعرض لها، نقله أبو طالب، واختاره عبد



(6/256)

( الثاني الضوال ) مفرده ضالة، وهي اسم للحيوان خاصة، ويقال لها: الهوامي، والهوامل ( التي تمتنع من صغار السباع ) وترد الماء ( كالإبل والبقر ) نص عليهما ( والخيل والبغال والظباء والطير والفهود ونحوها ) كالكلب، وجملته أن كل حيوان تقوى على الامتناع من صغار السباع، وورود الماء، سواء كان لكبر جثته كالإبل أولطيرانه كالطيور كلها، أولعدوه كالظباء، أو بنابه كالفهد والكلب ( فلا يجوز التقاطها ) لقول عمر: من أخذ الضالة، فهو ضال، أي: مخطيء، وهي تفارق الغنم لضعفها، وقلة صبرها عن الماء، والخوف عليها من الذئب ونحوه، والحرر الأهلية كذلك، قاله الأصحاب، وفي «المغني» الأولى إلحاقها بالشاة لمساواتها لها في العلة، لكن إن كانت الصيد مستوحشة بحيث إذا تركت، رجعت إلى الصحراء، وعجز عنها مالكتها، جاز التقاطها لأجل حفظها لصاحبها ويستثنى من كلامه ما إذا وجدها في موضع يخاف عليها به كارض مسبعة، أو قريباً من دار الحرب، أو بموضع يستحل أهله أموال المسلمين، أو في بركة لا ماء بها ولا مرعى، فالأولى أخذها للحفظ، ولا ضمان عليه، لأن فيه إنقاذها من الهلاك، أشبه تخليصها من حريق ( ومن أخذها ضمنها ) لأنه أخذ ملك غيره بغير إذنه، ولا إذن الشارع، فهو كالغاصب، ولا فرق بين زمن الأمن والفساد، أو غيره، وسواء كان إماماً أولاً، فإن ردها إلى موضعها، لم يبرأ منه، لكن إذا التقط ذلك غير الإمام، وكنمه، ضمنه بقيمته مرتين، نص عليه للخبر ( فإن دفعها إلى نائب الإمام، زال عنه الضمان ) لأن الإمام له نظر في ضوال الناس، فكان نائباً عن أصحابها، وعلم منه أن للإمام ونائبه أخذها للحفظ، لقول عمر: ولا يلزمه تعريفها، ولا تؤخذ منه بوصفها، فإن أخذها غيرهما ليحفظها على أصحابها لم يجز، ولزمه ضمانها، لأنه لا ولاية له على صاحبها.

فائدة: يسم الإمام ما يحصل عنده من الضوال بأنها ضالة، ويشهد عليها، قال في «الرعاية»: سمة الصدقة.

(6/257)

فرع: ما يحتفظ بنفسه من الأحجار الكبار كحجر الطاحون، والخشب الكبير، وقدور النحاس فهو كالإبل، بل أولى، قاله في «المغني» و«الشرح» وقدم في «الفروع» خلافه، ومن أخذ متاعه، وترك بدله، فلقطة، نص عليه ونقل ابن منصور: وبأخذ حقه منه بعد تعريفه.

أصل: إذا وجد في حيوان نقداً، أو درة، فهو لقطة لو وجدته، نص عليه ونقل ابن منصور لبائع ادعاه إلا أن يدعي مشتر أنه أكله عنده، فهو له، وإن وجد درة غير مثقوبة في سمكة، فهي لصياد، لأن الظاهر ابتلاعها من معدنها، فلو ترك دابة بمهلكة، أو فلاة لعجزه، أو انقطاعها، ملكها أخذها، نص عليه، وقيل: لا بل لمالكها كعبد وترك متاع عجزاً، فيرجع بنفقته، وأجرة متاع، نص عليه، وقيل: لا

نفقة، ولا أجرة، وقيل: في نفقة العبد روايتان، وكذا ما يلقي في البحر خوفاً من الغرق، فإنه يملكه أخذه. وفي «الشرح» لا أعلم لأصحابنا فيه قولاً، وقيل: لا، وله أجرة رد متاعه في الأصح، فإن انكسرت السفينة، وأخرجه قوم، فقياس قول أحمد: لمستحرجه أجرة المثل كجعل رد الآبق، وقال القاضي: يأخذ أصحاب المتاع متاعهم، ولا شيء للذين أصابوه، والأول أولى.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 273

(6/258)

( الثالث: سائر الأموال كالأثمان والمتاع والغنم والفصلان) بضم الفاء جمع فصيل، وهو ولد الناقة إذا فصل عن أمه ( والعجول) جمع عجل وهو ولد البقرة قال ابن مالك: حين يوضع، والجمع العجاجيل ( والأفلاء) قال الجوهري: الفلو بتشديد الواو: المهر، والاشئ فلو، والجمع أفلاء كأعداء قال أبو زيد: إذا فتحت الفاء، شددت، وإذا كسرت، خفت، فقلت: فلو كجرو) فمن لا يأمن نفسه عليها ليس له أخذها) لما في ذلك من تضييع مال غيره، فحرم كإتلافه، وكمالو نوى تملكها في الحال أو كتمانها ( فإن فعل ضمنها) كغاصب، سواء تلفت بتفريطه أولاً ( ولم يملكها وإن عرفها) لأن السبب المحرم لا يفيد الملك بدليل السرقة، والتقاط هذه محرم، فلا يستفاد به الملك، وقيل: تملك، لأن الملك بالتعريف والالتقاط وقد وجدا، كالاصطياد من أرض غيره ( ومن أمن نفسه عليها، وقوي على تعريفها، فله أخذها) لحديث زيد ثبت في النقيدين، وقسنا عليهما المتاع، وعلى الشاة قسنا كل حيوان لا يمتنع بنفسه من صغار السباع كابن أوى والذئب، وعن أحمد: ليس لغير الإمام التقاط الشاة ونحوها، وعنه: وعرض، ذكرها أبو الفرج، والأول أولى، لأن الشارع علل في عدم التقاط الإبل ما هو معدوم في الغنم، وفرق بينهما في خبر واحد، فلا يجوز الجمع بين ما فرق الشارع بينهما ولا قياس ما أمرنا بالتقاطه على ما منع منه، وحينئذ لا فرق بين أن يجدها في مصر، أو مهلكة، لأنه عليه السلام لم يستفصل، ولو افترق الحال، لا ستفصل وذكر القاضي، وأبو الخطاب عن أحمد أنه لا يملكها، قال في «المغني» و«الشرح»: ولعلها الرواية التي منع من التقاطها فيها ( والأفضل تركها) قاله أحمد وروي عن ابن عباس، وابن عمر، ولم يعرف لهما مخالف، فكان كالإجماع، لأنه يعرض نفسه لأكل الحرام، وتضييع الواجب في التعريف وأداء الأمانة فيها، فكان تركها أولى كولاية مال اليتيم ( وعند أبي الخطاب إن وجدها بمضيعة) وأمن نفسه عليها ( فالأفضل أخذها) لما فيه من الحفظ

(6/259)

المطلوب شرعاً كتخليصه من الغرق، ولا يجب أخذه، لأنه أمانة كالوديعة، وخرج وجوبه إذن، لأن حرمة مال المسلم كحرمة دمه.  
فرع: إن وجد عنبرة على الساحل، فهي له، والقن الصغير كالشاة، وكذا كل جارية تحرم على الملتقط، وذكر القاضي أن قياس المذهب أنه لا يملك بالتعريف.

( ومتى أخذها ثم ردها إلى موضعها أو فرط فيها، ضمنها) لأنها حصلت في يده، فلزمه حفظها كالوديعة إلا أن يأمره إمام أو نائبه بردها كمتنع، ودل على أنها إذا ضاعت عنده في حول التعريف بلا تفريط لا ضمان عليه، وإن التقطها آخر، لزمه ردها إلى الأول مع علمه، فإن لم يعلم حتى عرفها حولاً، ملكها، لأن سبب الملك وجد منه من غير عدوان، فثبت الملك له كأول، ولا يملك الأول انتزاعها منه، فإن جاء صاحبها، أخذها من الثاني، وليس له مطالبة الأول فإن علم الثاني بالأول، فردها، وأبى أخذها، وقال: عرفها أنت، فعرفها، ملكها، وإن قال: عرفها، وتكون ملكاً لي، أو بيننا، صح، وإن قصد الثاني بالتعريف تملكها لنفسه دون الأول، فوجهان، وكذا الحكم إذا علم الثاني بالأول فعرفها ولم يعلم بها. رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 273  
فرع: إذا غصبها غاصب من الملتقط فعرفها، لم يملكها وجهاً واحداً لأنه تعدى بأخذها، ولم يوجد منه سبب تملكها.

(6/260)

---

( وهي ) أي: الأموال المذكورة ( على ثلاثة أضرب: حيوان فيتخير بين ) ذبحه و ( أكله ) وفاقاً، لقوله عليه السلام: «هي لك أو لأخيك، أو للذئب» جعلها له في الحال، وسوى بينه وبين الذئب، والذئب لا يؤخر أكلها، ولأن في أكلها في الحال إغناء عن الإنفاق عليها، وحفظاً لماليتها على صاحبها. ولا فرق أن يجدها في المصر أو الصحراء ( وعليه قيمته ) قاله أصحابنا، وعليه أكثر العلماء لأنه إذا عليه قيمة ما يضطر إليه إذا كان أكله، فلأن يكون عليه قيمة ما ذكر بطريق الأولى، وتصير في ذمته، ولا يلزمه عزلها، وقال مالك: له أكل ضالة الغنم ولا غرامة عليه لصاحبها، ولا تعريف لها، قال ابن عبد البر: لم يوافق مالكا أحد العلماء، وأفتى أبو الخطاب، وابن الزاغوني بأكله بمضيعة بشرط ضمانه وإلا لم يجز تعجيل ذبحه، لأنه يطلب، وقال ابن عقيل، وأبو الحسين: لا يتصرف قبل الحول في شاة ونحوها بأكل ونحوه رواية واحدة ( وبين بيعه وحفظ ثمنه ) لأنه إذا جاز أكلها بغير إذن، فبيعها أولى، وظاهره أنه يتولى ذلك بنفسه، ويلزمه حفظ صفتها، ولم يذكر أصحابنا هنا تعريفاً، لأنه عليه السلام لم يأمر بتعريفها، ونصر في «الشرح» لزوم ذلك، لأنها لقطة لها خطر، فوجب تعريفها كالمطعموم الكثير، وإنما لم يذكره هنا، لأنه ذكره بعد ( وبين حفظه لمالكه ) ولم يتملكها ( والانفاق عليه من ماله ) لما في ذلك من حفظه على مالكه عيناً، ومالاً فلو تركها بلا نفقة، ضمنها، لأنه فرط فيها.

(6/261)

---

( وهل يرجع بذلك ) إذا نوى الرجوع به ( على وجهين ) هما روايتان، الأصح أنه يرجع، قضى به عمر بن عبد العزيز، قال في «المغني» و«الشرح» نص عليه في رواية المروزي في طيرة أفرخت عند قوم، فقضى أن الفراه لصاحب الطيرة، ويرجع بالعلف ما لم يكن متطوعاً. قال أبو بكر: هذا مع ترك التعدي، فإن تعدى، لم يحتسب له، ولأنه أنفق عليه لحفظه، فكان من مال صاحبه كمؤونة التجفيف. والثاني: لا يرجع، لأنه أنفق على مال غيره بلا إذنه، فلم

يرجع، كمالو بنى داره، وفارق التجفيف، لأنه لا تتكرر نفقته بخلاف الحيوان، فربما استغرقت ثمنه مع أن الشعبي عجب من قضاء عمر، وقيل: إن أنفق بإذن حاكم، رجع، وإلا فلا.

( الثاني: ما يخشى فساده) مما لا يمكن تجفيفه كالطبيخ، والبطيخ والخضراوات ( فيتخير بين بيعه) وحفظ ثمنه، لأن فيه إبقاء لمالته، ويتولى ذلك بنفسه ( وأكله) وتثبت القيمة في ذمته، فإن تركه حتى تلف، ضمنه، لأنه فرط في حفظه كالوديعة، ويحفظ صفاته، ثم يعرفه عاماً ولم يذكره الأكثر، فإن تلف الثمن قبل تملكه من غير تفريط، أو نقص، أو تلفت العين، أو نقصت من غير تفريط، فلا ضمان عليه ( إلا أن يمكن تجفيفه كالعنب) والرطب ( فيفعل ما يرى فيه الحظ لمالكة) لأن ذلك أمانة في يده، وفعل الأخط في الأمانة متعين، وكولي اليتيم، وهذا بخلاف الحيوان، لأن في تركه ضرراً وهو النفقة عليه، وخوف موته، قال في «المغني»: ومقتضى قول أصحابنا أن العروض لا تملك بالتعريف، وأنه لا يجوز له أكله، لكن يخير بين الصدقة به وبين بيعه ( وغرامة التجفيف منه) لأنه من مصلحته، فكان منه كمالو كان ليتيم، وله بيع بعضه، فإن أنفق من ماله، رجع به في الأصح، فإن تعذر بيعه ولم يمكن تجفيفه، تعين أكله ( وعنه: يبيع اليسير، ويرفع الكثير إلى الحاكم) لأن اليسير يتسامح به بخلاف الكثير، لأنه مال لغيره ولم يأذن فيه، فكان أمره إلى الحاكم، وعنه، مع وجوده. رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 273

(6/262)

( الثالث: سائر المال) كالأثمان والمتاع ( فيلزمه حفظها) لأنها أمانة ( ويعرف الجميع) وجوباً، لأنه عليه السلام أمر به زيد بن خالد، وأبي بن كعب، ولأنه طريق إلى وصولها إلى صاحبها، فوجب ذلك لحفظها، وظاهره ولو وجدها في دار حرب، فإن كان في جيش، فقال أحمد: يعرفها سنة في دار الإسلام، ثم يطرحها في المغنم ( بالنداء عليه) لأنه طريق إلى إيصال المال إلى مستحقه، وقد تضمن ذلك وجوبه وقدره وزمانه ومكانه، ومن يتولاه، أما وجوبه، فهو واجب على كل ملتقط، سواء أراد تملكها أو حفظها لصاحبها إلا في اليسير الذي لا تتبعه الهمة ( في مجامع الناس كالأسواق وأبواب المساجد في أوقات الصلوات) هذا مكانه، لأن المقصود إشاعة ذكرها، وإظهارها ليظهر عليها صاحبها، وذلك طريق إليه، وروي عن عمر أنه أمر واجد اللقطة بتعريفها على باب المسجد، وعلم منه أنه لا يفعل ذلك في المسجد، وإن كان مجمع الناس، بل يكره، وفي «عيون المسائل» لا يجوز، وقاله ابن بطنة، لقوله للرجل: «لا ردها الله عليك» ووقته النهار وقد يفهم هذا من قوله كالأسواق ( حوالاً كاملاً) روي عن عمر وعلي، وابن عباس، وقاله أكثر العلماء، ويكون متوالياً يلي الالتقاط، لظاهر الأمر، إذ مقتضاه الفور عندنا، ولأن صاحبها يطلبها عقيب ضياعها، فإذا عرفت إذن كان أقرب إلى وصولها إليه بخلاف مالو تأخر، ولأن السنة لا تتأخر عنها القوافل، ويمضي فيها الزمان الذي يقصد فيها البلاد من البر والبحر، فصلحت قدرأ كأجل العنين، فيكون نهاراً متوالياً في أسبوع، وفي «الترغيب» ثم مرة كل أسبوع في شهر، ثم مرة في كل شهر، ثم العادة. ولا تعرف كلاب، بل ينتفع بالمباح منها ( من ضاع) هذا بيان من يتولاه ( منه شيء أو نفقة) ولا يصفه، فإنه لا يؤمن أن يسمعه أحد، فيصفه، فيأخذه، فيفوت

على المالك، وفي «المغني» و«الشرح» يذكر جنسها، فيقول: من ضاع منه ذهب، أوفضة، ومقتضاه أنه إذا أطنب في الصفات، فهو ضامن، وظاهره أنه يلزمه تعريفها ولو مع

(6/263)

خوفه من سلطان جائر ليأخذها، أو يطالبه بأكثر، فإن آخر، لم يملكها إلا بعده ذكره جماعة.  
( وأجرة المنادي عليه) أي: على الملتقط، نص عليه، لأنه سبب. فكانت الأجرة عليه، كما لو اكرى شخصاً يقطع له مباحاً، فلو تولى ذلك بنفسه، فلا شيء له) وقال أبو الخطاب: ما لا يملك بالتعريف، وما يقصد حفظه لمالكة يرجع بالأجرة عليه) لأنه من مؤنة إيصالها إليه، فكان على مالكة كأجرة مخزنها وراعيها، ونسب في «المغني» و«الشرح» ما لا يملك بالتعريف إلى ابن عقيل، وما يقصد حفظه إلى أبي الخطاب، وعند الحلواني وابنه منها كمؤنة التجفيف وقيل: منها إن لم يملك، وذكره في «الفنون» ظاهر كلام أصحابنا.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 273

(6/264)

مسألة: إذا أخرج التعريف عن الحول الأول مع إمكانه، أثم للأمر به، وهو مقتضى الوجوب، ولأن الظاهر أنه بعد الحول يسلب عنها، ويترك طلبها، ويسقط بتأخيره عن الحول الأول، نص عليه، فإن تركه في بعض الحول، عرف بقيته، وقيل: لا يسقط بتأخيره، لأنه واجب، فلا يسقط بتأخيره عن وقته كسائر الواجبات، وعليهما لا يملكها بالتعريف فيما عدا الحول الأول، لأن شرط الملك التعريف فيه، ولم يوجد، نعم لو تركه لمرض ونسيان، ملكها بالتعريف في ثاني الحول في وجه، وفي آخر حكمه حكم من تركه لغير عذر، فلا يملكها إذ الحكم ينتفي بانتفاء سببه مطلقاً) فإن لم يعرف دخلت في ملكه بعد الحول حكماً) أي: من غير اختيار (كالميراث) نص عليه، وذكره في «عيون المسائل» الصحيح من المذهب، غنياً كان أوفقيراً، لظاهر الأحاديث «فإن لم تعرف، فاستنفقها» وفي لفظ «فهي كسبيل مالك» وفي لفظ «فانتفع بها». وفي لفظ «فشأنك بها» وفي لفظ «فاستمتع بها» ولو وقف ملكها على تملكها، لبيته له، ولم يجوز له التصرف قبيله، ولأن الالتقاط والتعريف سبب للملك، فإذا تم، وجب أن يثبت به الملك حكماً كالإحياء والاصطياد) وعند أبي الخطاب لا يملكه حتى يختار ذلك) وهو رواية في «الواضح» لأن هذا يملك بعوض، فلم يحصل إلا باختيار المالك، كالقرض فعليه لابد من لفظ، فلو التقطها اثنان، فعرفاها حولاً، ملكاها، فإن قلنا: تقف على الاختيار، فاختر أحدهما دون الآخر، ملك المختار نصفها، وإن قال: أحدهما لصاحبه: هاتها، فأخذها لنفسه، فهي له دون الأمر، وإن أخذها للأمر، فهي له، كما لو وكله في الاصطياد. وفي «الكافي» لرافعها، لأنه لا يصح التوكيل فيه (وعن أحمد: لا تملك إلا الأثمان وهي ظاهر المذهب) نقلها واختارها الأكثر، لأن الخبر ورد فيها وغيرها لا يساويها، لعدم الغرض المتعلق بها، فمثلها

يقوم مقامها من كل وجه بخلاف غيرها فدل أن العروض لا تملك، نص عليه في رواية الجماعة، وقاله أكثر الأصحاب، مع أنه ذكر

(6/265)

في «المغني» ولا أعلم بين أكثر أهل العلم فرقاً بين الأثمان والقروض، وعنه: ولا الشاة، والمذهب عند العامة أن الشاة تملك دون العروض، قاله الزركشي. (وهل له الصدقة بغيرها) أي: بعد التعريف المعتبر تباع ويتصدق بثمنها) على روايتين) أظهرهما: له الصدقة به بشرط ضمانه، روي عن ابن مسعود، ولأن الإنسان ينتفع بماله تارة لمعاشه، وتارة لمعاده، فإذا أنتفى الأول، تعين الثاني والثاني: لا يتصدق به، لأنه تصرف في مال غيره بغير إذنه، ولأنه يحتمل أن يظهر صاحبها، فيأخذها، قال الخلال: هذا قول قديم رجح عنه، فعليه يعرفها أبداً اختاره أبو بكر، و ابن عقيل، وقال القاضي في «الخصال»: يخير بين تعريفها أبداً، وبين دفعها إلى الحاكم ليرى رأيه فيها. وقال ابن عقيل في «البداية»: يدفعها إلى الحاكم، وظاهر كلام جماعة خلافه، قال في «الفروع»: وتتوجه الروايتان فيما يأخذه السلطان من اللصوص إذا لم يعرف ربه، ونقل صالح في اللقطة، يبيعه ويتصدق بثمنه بشرط ضمانه (وعنه: لا تملك لقطة الحرم بحال) بل يجوز أخذها للحفظ، اختاره الشيخ تقي الدين وغيره من المتأخرين، لقوله عليه السلام في مكة «لا تحل ساقطتها إلا لمنشد» متفق عليه، قال أبو عبيد: المنشد: المعرف، والناشد: الطالب، فيكون معناه: لا تحل لقطة مكة إلا لمن يعرفها، لأنها خصت بهذا من بين سائر البلدان، فتعرف أبداً أو يدفعها إلى حاكم، والمذهب أنه كالحل، لحديث زيد، وبأن عموم الأشخاص يتناول عموم الأحوال، إذ قوله: «من وجد لقطة» عام في كل واجد، وعموم الواجدين يستلزم عموم أحوالهم وعن أحمد: أن اللقطة لا تملك بحال، نقلها حنبل والبخاري ذكره السامري.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 273  
فصل

(6/266)

( ولا يجوز له التصرف في اللقطة حتى يعرف وعاءها) وهو العفاس الذي تكون فيه من خرقه أو غيرها، وقيل: هو صفة شده وعقده (ووكاءها) وهو ما شد به الوعاء، وهما ممدودان ( وقدرها) بالعدد أو الكيل أو الوزن أو الذرع ( وجنسها وصفتها) لحديث زيد، وفيه، «فإن جاء صاحبها، فعرف عفاصها وعددها ووكاءها فأعطها إياه، وإلا فهي لك» رواه مسلم. وفي حديث أبي بن كعب «فإن جاء أحد يخبرك بعددها ووعائها ووكائها، فأعطها إياه» ولأن دفعها إلى ربها يجب بما ذكر، فلا بد من معرفته نظراً إلى ما لا يتم الواجب إلا به واجب، ولأنه إذا عدم ذلك، لم يبق سبيل إلى معرفتها. قال القاضي: ينبغي أن يعرف جنسها ونوعها، وإن كانت ثياباً، عرف لفافتها وجنسها، ويعرف العقد عليها هل هو واحد، أو أكثر ( ويستحب ذلك عند وجدانها) لأن فيه تحصيلاً للعلم بذلك ( والإشهاد عليها) لأنه عليه السلام لم يأمر به قال أحمد: لا أحب أن

يمسها حتى يشهد عليها، فظاهره أنه مستحب، وأوجه ابن أبي موسى، وأبو بكر لقوله عليه السلام: «من وجد لقطه، فليشهد ذوي عدل» رواه أبو داود. فعليةا يضمن بتركه، وجوابه ما سبق، ولو وجب، لبينه، فإنه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة سيما وقد سئل عن حكم اللقطة، ولأنه أخذ على وجه الأمانة فلم يفتقر إلى الإشهاد كمالو دفعه الشهود عدلان فصاعداً، ولا يشهد على الصفات نص عليه، لاحتمال تنوعه، فيعتمده المدعي الكاذب، ويستحب كتب صفاتها، ليكون أثبت لها مخافة نسيانها ( فمتى جاء طالبها) ولو بعد الحول ( فوصفها) بالصفات السابقة ( لزم دفعها إليه) بلا بينة ولا يمين وإن لم يغلب على ظنه صدقه لقوله: «فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فأدأها إليه) وفي «الرعاية» يأخذها تامة مع ظن صدقه، وفي كلام أبي الفرج و«التبصرة» جاز الدفع إليه، وقال أبو حنيفة و الشافعي: لا يجبر على ذلك إلا بينة، والأول أولى، لأنه عليه السلام لم يذكر بينة، ولو كانت شرطاً، لذكرها كغيرها، ولا ينافيه قوله عليه

(6/267)

---

السلام: «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر» إذ هو مع وجود منكر وهو مفقود في صورة اللقطة، فالخبر لا يشملها، ولو سلم، فالتخصيص، ويتعذر إقامة البينة عليها غالباً لسقوطها حال الغفلة والسهو، فلو لم يجب دفعها بالصفة، لما جاز التقاطها، ومثله وصفه مغصوباً ومسروراً ذكره في «عيون المسائل» و القاضي وأصحابه ( بنمائها المتصل) لأنها نماء ملكه، ولا يمكن انفصالها، ولأنه يتبع في العقود والفسوخ ( وزيادتها المنفصلة لملكها قبل الحول) لأنها نماء ملكه ( ولواجدها بعده) أي: بعد مضي حول التعريف ( في أصح الوجهين) وهو ظاهر «الوجيز» وصححه ابن حمدان، لأنه ملكها بانفصال الحول، فالنماء إذن نماء ملكه والثاني: يأخذها ربها بها كالمتصلة وكالمفلس والولد، والصحيح منهما أن الزيادة إن حدثت في ملكه، ثم الفرق أنه في مسألتنا يضمن الملتقط النقص، فتكون الزيادة له ليكون الخراج بالضمان، ذكره في «المغني» و«الشرح».

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 284

فرع: إذا اختلف المؤجر والمستأجر في دفن في الدار، من وصفه، فهو له، وقيل: لا كوديعة وعارية ورهن، وغيره، لأن اليد دليل الملك ولا تتعذر البينة. مسألة: مؤونة الرد على ربها ذكره في «التعليق» و«الانتصار» لتبرعه وفي «الترغيب» و«الرعاية»: على الملتقط.

(6/268)

---

( وإن تلفت، أو نقصت قبل الحول لم يضمنها) لأنها أمانة في يده، فلم تضمن بغير تفريط، كالوديعة ( وإن كان بعده ضمنها) لأنها دخلت في ملكه بانقضاء الحول، وتلفت من ماله، ولا فرق بين التفريط وعدمه، لكن أختار في «المغني» أن اللقطة بعد الحول تملك بغير عوض يثبت في ملكه، وإنما يتجدد العوض بمجيء صاحبها، وعند القاضي وغيره أنه لا يملكها إلا بعوض في ذمته

لصاحبها، وعليها يزول ملك الملتقط عنها بوجود ربها إن كانت باقية، ويرد بدلها وهو مثلها أو قيمتها إن كانت تالفة لأخبار، ولأنه مال معصوم، فلم يجر إسقاط حقه منه مطلقاً، كمالوا اضطر إلى مال غيره، وعنه: لا يضمن، لحديث عياض المرفوع، «فإن جاء ربها فهو مال الله يؤتبه من يشاء» وتعتبر القيمة وقت التملك، قاله في «التلخيص» وهو ظاهر على رأي القاضي، وقال الشيخان حين وجود ربها، وقيل: يوم تصرفه، وقيل: يوم غرم بدلها، وعنه: لا يضمن قيمتها بعد ملكها، وقيل: ولا يردّها والخلاف السابق على القول بملكها بمضي الحول، فأما من قال: لا يملكها إلا بالاختيار، لم يضمنها إلا به، ومن قال: لا يملكها بحال لم يضمنها، وهو قول الحسن والنخعي وغيرهما.

(6/269)

---

تنبيه: إذا تصرف فيها الملتقط بعد الحول ببيع أو هبة أو نحوهما، صح، فإن جاء ربها بعد خروجها عنه، فليس له أخذها، وله أخذ بدلها، فإن عادت إلى الملتقط، فله أخذها كالزوج إذا طلق قبل الدخول، فوجد الصداق قد رجع إلى المرأة، فإن كان بيع خيار، فله أخذه، فإن مات الملتقط بعد أن صارت ملكاً له، ثم جاء ربها، فهو غريم بها بدلها إن اتسعت التركة، وإلا تحاص الغرماء، أي: مع التلف، ولا فرق بين أن يعلم تلفها بعد الحول أولاً وفي «المغني» احتمال لا يلزم عوضها إن لم يعلم تلفها بعد الحول لاحتمال تلفها في الحول وهي أمانة ( وإن وصفها اثنان) معاً أو وصفها الثاني قبل دفعها للأول ( قسمت بينهما في أحد الوجهين) ذكره أبو الخطاب، وقدمه في «المحرر»، لأنهما استويا في السبب الموجب للدفع، أشبه مالو كانت في أيديهما ( وفي الآخر يقرع بينهما) ذكره القاضي، وجزم به في «الوجيز» وفي «المغني» و«الشرح» إنه أشبه بأصولنا فيما إذا تداعيا عيناً في يد غيرهما، ولأنه لا مزية لأحدهما على الآخر ( فمن قرع صاحبه حلف وأخذها) لأن ذلك فائدة القرعة، ويحلف لاحتمال أنها ليست له، وكذا إن أقاماً بينتين، فلو وصفها إنسان، فأخذها، ثم جاء آخر، فوصفها لم يستحق شيئاً، وقال أبو يعلى الصغير: إن زاد في الصفة احتمال تخريجه على بينة التشاح.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 284

(6/270)

---

( وإن أقام آخر بينة أنها له أخذها من الواصف) لأن البينة أقوى من الوصف ( وإن تلفت، فله تضمين أيهما شاء) من الواصف والدافع إليه أما الأول، فلأنه أخذ مال غيره بغير إذنه وتلف عنده، وأما الثاني، فلأنه دفع المال إلى غير مالكة اختياراً منه، فضمنه كمالو دفع الوديعة إلى غير مالكة إذا على ظنه أنه مالكة، وقيل: لا ضمان عليه إذا قلنا بوجوب الدفع عليه، لأنه فعل مأمر به، ولم يفرط، وكمالو أخذت منه كرهاً ( إلا أن يدفعها بحكم حاكم فلا ضمان عليه) لأنها مأخوذة منه على سبيل القهر، فلم يضمنها كمالو غصبت منه ( ومتى ضمن الدافع رجع على الواصف) لأنه كان سبب تغريمه، والتلف حصل في يده قال في «المغني» و«الشرح»: إلا أن يكون الملتقط قد أقر



الواصف أنها ملكه، لأنه قد اعترف بأن الواصف هو المحق، وصاحب البينة قد ظلمه، وظهره أن صاحب البينة إذا ضمن الواصف لا يرجع هو على الدافع، وصرح به في «المغني» و«الشرح» لأن التلف حصل في يده، والعدوان منه. فرع: إذا مات الملتقط، قام وارثه مقامه في التعريف أو إتمامه، ويملكها بعد تمام التعريف، فإن لم يعلم تلفها، ولا وجدت في تركته، فهر غريم بها، وقيل: لا يلزم الملتقط شيء، وقيل: يلزمه إن مات بعد الحول لا قبله.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 284  
فصل

(6/271)

( ولا فرق بين كون الملتقط غنياً أو فقيراً ) روي عن عمر وعلي وابن مسعود وعائشة وخلق، للعموم، وعنه: لا يملكها إلا فقير من غير ذوي القربى، لحديث عياض، ولأنه أضاف المال فيه إلى الله تعالى، وما يضاف إليه إنما يتملكه من يستحق الصدقة، وجوابه بأن من ملك بالقرض، ملك اللقطة كالفقير، ودعواهم لا دليل عليها، بل بطلانها طاهر، فإن الأشياء كلها تضاف إلى الله خلقاً وملكاً، قال الله تعالى: {وأتوهم من مال الله الذي آتاكم} (النور:33) (مسلماً) اتفاقاً (أو كافرأ) في قول الجماهير، لأنه نوع اكتساب، فكان من أهله كالاكتساب، وقيدته في «الشرح» و«الفروع» بالذمي، ولعله مراد، وفي «الرعاية» بالكافر العدل في دارنا. وقال بعض العلماء: ليس له ذلك في دار الإسلام، لأنه ليس من أهل الأمانة، وينتقض بالصبي، قال في «الشرح»: وإن علم بها الحاكم، أقرها في يده، وضم إليه عدلاً في الحفظ والتعريف، ويحتمل أن تنتزع من يده، وتوضع على يد عدل، لأنه غير مأمون عليها (عدلاً) اتفاقاً (أو فاسقاً) على المذهب لأنها من جهات الكسب، وهو من أهله، فصح التقاضه كالعدل، وإذا صح التقاط الذمي، فالمسلم أولى، والأولى له تركها. لأنه يعرض نفسه للأمانة، وهو ليس من أهلها (وقيل: يضم إلى الفاسق أمين في تعريفها وحفظها) قدمه في «المحرر» وجزم به في «الشرح» لأنه لا يؤمن عليها، فافتقر إلى المشاركة الأمين في الحفظ، وظهره أنها لا تنتزع منه، لأن حق التملك، نعم إن لم يمكن المسرف حفظها منه. انتزعت من يده، وتركت في يد عدل، فإذا عرفها، ملكها الملتقط لوجود سبب الملك منه.

(6/272)

( وإن وجدها صبي أو سفيه ) أو مجنون قاله جماعة ( قام وليه بتعريفها ) لأن واجدها ليس من أهل التعريف، وهو مقوم في ماله، فكذا في لقتطه وحينئذ يلزم الولي أخذها منه، فإن تركها في يده فتلفت، ضمنها ( فإذا عرفها ) ولم تعرف ( فهي لواجدها ) لأن سبب الملك تم شرطه، فثبت الملك له كالصيد وعلم منه صحة التقاطهما لعموم الأخبار، ولأنه نوع كسب، فصح منه كالاكتساب، فإن تلفت بيد أحدهم، وفرط، نص عليه في صبي كإتلافه. ( وإن وجدها عبد ) عدل ( فلسيده أخذها منه ) لأنها من كسبه، وهو لسيده، فكان له انتزاعها منه ( وتركها معه يتولى تعريفها إذا كان عدلاً ) لأنه واجد، فإن

عرفها بعض الجول، عرفها السيد تمامه. وإن عرفها حولاً، صح في الأصح، لأن له قولاً صحيحاً، فصح تعريفه كالحر، فإذا تم حول التعريف ملكها سيده بشرطه، لأنها من جملة أكسابه. وظهر منه صحة التقاطه بغير إذن سيده، لأن من جاز له قبول الوديعة بغير إذن سيده، جاز له الالتقاط كالحر، وهذا إذا لم ينهه عنها، فإن نهاه عنها، لم يصح قطعاً، لا يقال: هي قبل الجول أمانة وولاية، وبعده تملك وليس من أهله، لأنه يبطل بالصبي، والعبد من أهل التملك في الجملة بدليل الاصطیاد، فإن عتق، أخذه سيده، وقيل: إن عتق بعد الجول والتعريف.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 289

(6/273)

وقلنا: يملك، فلا (فإن لم يأمن العبد سيده عليها لزمه سترها عنه) لأنه يلزمه حفظها، وذلك وسيلة إليه، ويسلمها إلى الحاكم، ثم يدفعها إلى سيده بشرط الضمان (فإن أتلّفها قبل الجول فهي في رقبته) أي: تتعلق قيمتها برقبته كالجناية، وكذا إذا تلفت بتفريطه، فلو تلفت بلا تفريط، فلا ضمان عليه كالحر) وإن أتلّفها بعده، فهي في ذمته) لأنه غير متعد في إتلافها بعد الجول بالنسبة إلى صاحبها. قال في «الشرح»: هذا إذا قلنا: يملكها العبد بعد التعريف، وإن قلنا: لا يملكها، فهو كما لو أتلّفها في حول التعريف، وبصلح أن يبنّي ذلك على استدانة العبد.

فائدة: المدبر، والمعلق عتقه بصفة، وأم الولد كالقن. (والمكاتب كالحر) لأن المال له في الحال، وأكسابه له، وهو شامل لأكسابه الصحيحة والفاسدة، فإن عجز، صار عبداً وحكم لقطته كالعبد (ومن بعضه حر، فهي بينه وبين سيده) لأنها من كسبه، وهي بينهما، فيعرفان، ويملكان بالقسط كسائر الأكساب (إلا أن تكون بينهما مهابة) بأن يتفق هو والسيد على أن المنافع يوماً لهذا ويوماً للآخر (فهل يدخل في المهابة؟ على وجهين) أصحهما لا يدخل، لأنها من الأكساب النادرة، أشبهت الميراث، فعلى هذا يكون بينهما كالعبد المشترك، والثاني: يدخل، لأنها من كسبه، أشبهت سائر الأكساب، فيكون لمن وجد في يومه، وكذا حكم نادر من كسبه كهدية وهبة ووصية ونحوها قاله في «المغني» و«الشرح».

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 289

(6/274)

باب اللقيط

هو فعيل بمعنى مفعول كقتيل وجريح، والتقاطه فرض كفاية، لقوله تعالى: {وتعاونوا على البر والتقوى} (المائدة: 2) ولأن فيه إحياء نفس، فكان واجباً كإطعامه إذا اضطر، وإنجائه من الغرق، وروى سعيد عن سفيان، عن الزهري، عن سفيان بن أبي جميلة، قال: وجدت ملقوطة، فأتيت عمر رضي الله عنه، فقال: عريفي يأمر المؤمنين إنه رجل صالح، فقال عمر: «أكذلك هو؟ قال:

نعم، قال: فاذهب، فهو حر، ولك ولاؤه، وعلينا نفقته» وفي لفظ: علينا رضاعه. ( وهو الطفل المنبوذ) من نبذ، أي طرح، سواء كان في شارع أو غيره، وليس هناك من يدعيه، وقيل: والمميز إلى البلوغ، وعلية الأكثر. قال الحلواني: يستحب لمن رآه أن يأخذه ويربیه إن كان أميناً، وإن كان سفيهاً، فللحاكم رفع يده عنه، وتسليمه إلي أمين لربيّه. وله ثلاثة أركان: اللقيط وقد عرف، والالتقاط، وفي وجوب الإشهاد عليه ما في اللقطة، وقيل: يجب قولاً واحداً، لئلا يسترقه، والملتقط، وهو كل حر مكلف رشيد وفي اعتبار العدالة وجهان.

(6/275)

( وهو حر) في جميع الأحكام إجماعاً، حكاه ابن المنذر، وقال النخعي: إن التقطه للحسبة، فهو حر، وإن التقطه للاسترقاق، فهو له، وهذا قول لا يعرج على مثله، ولا يصح في النظر، فإن الأصل في الأدميين الحرية، فإن الله تعالى خلق آدم وذريته أحراراً، وإنما الرق لعارض كوجدانه في دار حرب ( ينفق عليه من بيت المال إن لم يكن معه ما ينفق عليه) لقول عمر، ولأنه مصرف ميراثه، ولا يجب على الملتقط إجماعاً، فإن تعذر الإنفاق من بيت المال فعلى من علم حاله من المسلمين، فإن تركوه، أثموا ويسقط بفعل البعض، ثم إن كان متبرعاً، فلا شيء له، وإن كان بنية الرجوع بأمر الحاكم، لزم اللقيط ذلك إذا كانت قصداً بالمعروف، وإن كان بغير أمر من الحاكم، فقولان، وما حكى أنه لا يرجع مع إذن الحاكم سهو ( ويحكم بإسلامه) أي: هو محكوم بإسلامه، إذا وجد في دار الإسلام، وإن كان فيها أهل ذمة تغليبا للإسلام والدار، ولأن الإسلام يعلو ولا يعلو، ثم دار الإسلام قسمان: ما اختطه المسلمون، كبغداد، والبصرة، لقيطها محكوم بإسلامه قطعاً، الثاني: دار فتحها المسلمون كمدائن الشام، فإن كان فيها مسلم، حكم بإسلام لقيطها، وإن لم يكن فيها مسلم، حكم بكفره وهو داخل في قوله: ( إلا أن يوجد في بلد الكفار ولا مسلم فيه، فيكون كافراً) لأن الدار لهم وأهلها منهم، ثم بلاد الكفار قسمان أيضاً: بلد يغلب المسلمون الكفار عليه كالساحل، فإن كان فيه مسلم، حكم بإسلام لقيطه قاله في «الشرح»، وقال القاضي: يحكم بإسلامه لاحتمال أن يكون فيه مؤمن يكتم إيمانه، وبلاد لم تكن للمسلمين كالهند والروم، فلقيطها كافر، وكلام المؤلف محمول عليه ( فإن كان فيه مسلم) كتاجر وغيره ( فعلى وجهين) أحدهما وجزم به في «الوجيز» أنه محكوم بإسلامه تغليبا للإسلام، وهذا بالنسبة إلى الظاهر بدليل أنه لو أقام كافر بينة أنه ولده، ولد على فراشه، حكم له به. والثاني: يحكم بكفره تغليبا للدار، والأكثر وقد حكى ابن المنذر

(6/276)

الإجماع على أن الطفل إذا وجد في بلاد المسلمين ميتاً في أي مكان وجد أنه يجب غسله ودفنه في مقابر المسلمين، وقد منعوا أن يدفن أطفال المشركين في مقابر المسلمين وإذا وجد في قرية ليس فيها إلا مشرك، فهو على ظاهر ما حكموا به أنه كافر.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 293  
( وما وجد معه من فراش تحته أو ثياب ) فووه ( أو مال في جيبه أو تحت فراشه  
أوحياون مشدود بثيابه، فهو له ) لأن الطفل يملك، وله يد صحيحة دليل أنه  
يرث ويورث، ويصح أن يشتري له وليه ويبيع ومن له ملك صحيح، فله يد  
صحيحة كالبالغ، فعلى هذا كلما كان متصلا به، أو متعلقا بمنفعته، فهو تحت يده،  
ويثبت له الملك في الظاهر، وينفق عليه منه، وجعل في «المغني» و«الشرح»  
من ذلك ما جعل فيه كخيمة ودار، وكلام المجد يخالفه.

(6/277)

---

( وإن كان مدفونا تحته أو مطروحا قريبا منه، فعلى وجهين ): أما المدفون تحته،  
فهو له كالم متصل، ولأنه يحكم به للبالغ، فكذا للطفل، والثاني: ليس له، لأنه  
موضع لا يستحقه، لأن الظاهر أنه لو كان له، لشده واضعه في ثيابه، ليعلم به،  
وتوسط ابن عقيل والمجد، فجعله له، بشرط طراوة الدفن اعتمادا. على  
القرينة، وأما المطروح قريبا منه، فقطع المجد والمؤلف في «الكافي»  
وصححه في «المغني» و«الشرح» أنه له عملا بالظاهر، والثاني وأورده أبو  
الخطاب مذهبا: لا يكون له كالعييد، ويرجع به إلى العرف، وحيث لم يحكم له  
به، فهو لقطة أوركاز، قاله في «المغني» و«الشرح». وفي ثالث: إن وجد  
رقعة فيها أنه له، فهو له ( وأولى الناس بحضانتها وأجده إن كان أمينا ) لأن عمر  
أقر اللقيط في يد أبي جميلة، حين قال له عريفه: إنه رجل صالح، ولأنه سبق  
إليه، فكان أولى به للخبر ( وله الإنفاق عليه مما وجد معه ) من عين  
أوغیره ( بغير إذن حاكم، لأنه وليه، فلم يفتقر إلى إذن حاكم ) كولي  
اليتيم ( وعنه: ما يدل على أنه لا ينفق عليه إلا بإذنه ) لأنه إنفاق على طفل، فلم  
يجز بغير إذن الحاكم، كما لو أنفق على صغير مودع، وأصلها ما نقله عنه أبو  
الحارث في رجل أودع آخر مالا وغباب، وطالت غيبته، وله ولد، ولا نفقة له، هل  
ينفق عليه هذا المستودع من مال الغائب؟ فقال تقوم امرأته إلى الحاكم حتى  
يأمره بالإنفاق، فلم يجعل له الإنفاق من غير إذن الحاكم، وهذا مثله، وقال  
في «المغني» و«الشرح»: والصحيح أنه مخالف له من وجهين، أحدهما: أن  
الملتقط له ولاية على اللقيط وعلى ماله. والثاني: أنه ينفق على اللقيط من  
ماله، وهذا بخلافه، لأنه يشترط عنده إثبات حاجته، لعدم ماله، وعدم نفقة  
متروكة برسمه، ومتى لم يجدها حاكما، فله الإنفاق عليه بكل حال، لأنه حال  
ضرورة، وبالجملة فالمستحب استئذانه في موضع يجد حاكما، لأنه أبعد من  
التهمة والخروج من الخلاف، فإن بلغ، واختلفا في قدرها والتفريط، قبل قول  
المنفق، لأنه

(6/278)

---

أمين ( فإن كان فاسقا أو رقيقا أو كافرا واللقيط مسلم، أوبدويا ينتقل في  
المواضع أو وجد في الحضر، فأراد نقله إلى البادية، لم يقر في يده ) وفيه  
مسائل.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 293

الأولى: أنه لا يقر في يد الفاسق، لأنه ليس في حفظه إلا الولاية، ولا ولاية لفاسق، وفارق اللقطة من حيث إنها في معنى التكسب، وإنها إذا انتزعت منه، فترد إليه بعد الحول. وظاهر الخرقى أنه تقر في يده في الحضر وهو أحد الوجهين، لكونه سبق إلى مالم يسبق إليه مسلم، فيكون أحق، فإن أراد السفر به، منع، لأنه يبعده ممن يعرف حاله، فلا يؤمن أن يدعي رقه وبيعه، قال في «المغني»: فعلى قوله ينبغي أن يجب الإشهاد عليه، وبضم إليه أمين يشارفه ليؤمن التفريط فيه، وفيه وجه يقر في يده مطلقا كاللقطة. ويجاب عما ذكر بأن اللقيط ظاهر ومكشوف، لا تخفى الخيانة فيه بخلافها، ولأنه يمكن أخذ بعضها وإبدالها بخلاف اللقيط، ولأن المال محل الخيانة، والنفوس إلى أخذها داعية بخلاف النفوس، فإن كان مستور الحال، فوجهان. فرع: لا يقر في يد مبدر وإن لم يكن فاسقا، قاله في «التلخيص» فإن أراد السفر به، لم يمنع للأمن عليه، وقال ابن حمدان: السفيه كالفاسق. الثانية: أنه لا يقر في يد العبد، لأنه لا ولاية له إلا أن يأذن له سيده، لأن منافعه مملوكة له، فلا يذهبها في غير نفعه إلا بإذنه، فيصير كما لو التقطه سيده وسلمه إليه، فإذا أذن له، فليس له الرجوع، قاله ابن عقيل، والأمة كالعبد، لكن إن لم يجد أحدا يلتقطه سواه، تعين عليه كتحليصه من الغرق، ذكره في «المغني» و«الشرح».

فائدة: المدبر والمكاتب، وأم الولد والمعلق عتقه بصفة كالقن. الثالثة: أنه لا يقر في يد كافر إذا كان اللقيط مسلما، لأنه لا ولاية لكافر، ولأنه لا يؤمن أن يعلمه الكفر، بل الظاهر أنه يربيه على دينه، نعم حيث حكم بكفر اللقيط، فإنه يقر في يده، لأن بعضهم أولياء بعض.

(6/279)

الرابعة: أنه لا يقر في يد البدوي الذي ينتقل في المواضع، لأن فيه إعتابا للطفل ينتقله، فعليه يؤخذ منه، ويدفع إلى صاحب قرية، لأنه أرفه له، وأخف عليه. وفي آخر أنه يقر في يده، لأن الظاهر أنه ولد بدويين، وإقراره في يد ملتقطه أرجى لكشف نسبه، وأطلقهما في «الفروع». الخامسة: أنه لا يقر في يد من وجده في الحضر، وأراد نقله إلى البادية، لأن مقامه في الحضر أصلح له في دينه ودنياه وأرفه له، والظاهر أنه ولد فيه، فبقاؤه فيه أرجى لكشف نسبه، وظهور أهله واعترافهم به (وإن التقطه في البادية مقيم في حلة) بكسر الحاء المهملة: البيوت المجتمعة، وحينئذ يقر في يده، لأن الحلة كالقرية في كونه لا يرحل لطلب الماء والكلأ (أومن يريد نقله، إلى الحضر، أقر معه) لأنه ينقله من أرض البؤس والشقاء إلى الرفاهية والدعة والدين.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 293

( وإن التقطه في الحضر من يريد نقله إلى بلد آخر، فهل يقر في يده؟ على وجهين) أحدهما: لا يقر في يده، لأن بقاءه ببلد أرجى لكشف نسبه، والثاني: يقر، لأن ولايته ثابتة، والبلد الثاني كالأول في الرفاهية، أشبه المنتقل من أحد جانبي البلد إلى الجانب الآخر، وكذا الخلاف لو أراد نقله من قرية إلى قرية، أومن حلة إلى حلة وعلى المنع مالم يكن البلد الذي كان فيه وبيئا، كغور

بيسان، قاله الخرقى، وقيل: إن نوى الإقامة فيما انتقل به إليه من حلة وقرية وبلد، جاز، وفي «الترغيب» من وجده بفضاء خال، نقله حيث شاء.

(6/280)

( وإن التقطه اثنان ) بحيث إنهما تناولاها جميعا ( قدم الموسر على المعسر ) لأن ذلك أحظ للطفل ( والمقيم على المسافر ) لأنه أرفق بالطفل، وعلم منه أنهما لو كانا غير متصفين بما ذكرنا، فإنه ينزع من أيديهما، ويقدم الأمين على غيره، والمسلم على الكافر ولو كان المسلم فقيرا، لأن النفع الحاصل بإسلامه أعظم من النفع الحاصل بيساره وعلى قياس قولهم يقدم الجواد على البخيل، وفي «الترغيب»: يقدم بلدي على غيره، وظاهر العدالة على مستور الحال، وقيل: سواء، لأن احتمال وجود المانع لا يؤثر في المنع، فلا يؤثر في الترجيح ( فإن تساويا ) في الصفات ( وتشاحا، أقرع بينهما ) لقوله تعالى {وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم} ( آل عمران: 44 ) لأنه لا يمكن كونه عندهما في حالة واحدة، وكالقرعة في الشركة، والقسم والعنق. وظاهره ولو كان بينهما مهابة لاختلاف الأغذية والأنس والإلف، والمرأة كالرجل، وقيل: يسلمه الحاكم إلى أحدهما، أو غيرهما، فلو رضي أحدهما بتسليمه إلى الآخر، جاز، لأن الحق له، فلا يمنع من الإيثار به.

(6/281)

( وإن اختلفا في الملتقط منهما قدم من له بينة ) لأنها أقوى، فإن كان لكل منهما بينة، قدم أسبقهما تاريخا، فإن استوى تاريخهما، أو أطلقتا، أو أرخت إحداهما، وأطلقت الأخرى، تعارضتا وسقطتا في وجه، فيصير كمن لا بينة لهما، وفي الآخر يقرع بينهما، فإن كان اللقيط في يد أحدهما، فهل تقدم بينته أو بينة الخارج؟ فيه وجهان مبنيان على الخلاف في دعوى المال ( فإن لم تكن لهما بينة قدم صاحب اليد ) لأن اليد دليل استحقاق الإمساك، وظاهره أنه لا يحلف، قال القاضي: هو قياس المذهب كالطلاق، وقال أبو الخطاب، ونصره في «الشرح»: يحلف أنه التقطه ( فإن كان في أيديهما أقرع بينهما ) لاستوائهما في السبب، ولم يمكن تسليمه إليهما، فتثبت القرعة، وحينئذ يسلم إلى من تقع القرعة له مع يمينه، وعلى قول القاضي لا يمين، فإن ادعى أنه أخذه منه قهرا وسأل يمينه، حلف، وفي «المنتخب» لا كطلاق ( فإن لم تكن لهما يد فوصفه أحدهما ) بأن يقول: في ظهره شامة، أو بخده علامة ( قدم ) ذكره معظم الأصحاب كلقطة المال، ولأن الوصف يدل على القوة، فقدم به، وذكر القاضي، وصاحب «المبهيج» و«المنتخب» و«الوسيلة»: لا يقدم واصفه وذكره في «الفنون» عن أصحابنا لتأكده لكونه دعوى نسب، وللغنى بالقافة، وكمالو وصف المدعي المدعى ( وإلا ) إذا انتفى الوصف ( سلمه الحاكم إلى من يرى منهما، أو من غيرهما ) ذكره القاضي وأبو الخطاب، لأنه لا حق لهما، وقيل: لا يسلمه الحاكم، بل يقرع بينهما، وفي «المغني» هو الأولى كمالو كان في أيديهما، ولأنهما تنازعا حقا في يد غيرهما، أشبه مالو تنازعا ودبعة عند غيرهما، وظاهره أنه لا تخيير للصبي، صرح به في «الفروع».

(6/282)

( وميراث اللقيط وديته ) دية حر ( إن قتل لبيت المال ) إن لم يخلف وارثا لأنه مسلم، ولا وارث له، فكان ماله وديته لبيت المال، كغير اللقيط، وعنه: إن قتل خطأ، فديته لملتقطه، ذكره في «الرعاية»، وإن جنى خطأ، عقل عنه بيت المال، ولا ولاء عليه، وقال شريح وإسحاق: ولاءه لملتقطه، لقول عمر لأبي جميلة: فهو حر، ولك ولاءه، ولما روى وائلة بن الأسقع مرفوعا: «تحوز المرأة ثلاثة موارث: عتيقها، ولقيطها، وميراث ولدها الذي لا عنت عليه» رواه أبو داود، وحسنه الترمذي وجوابه بأنه لم يثبت عليه رق ولا على أبائه، فلم يثبت عليه ولاء كمعروف النسب، وحديث وائلة لا يثبت قاله ابن المنذر، وقال: في خبر عمر: أبو جميلة رجل مجهول لا يقوم بحديثه حجة، ولو سلم، فمعنى قوله: لك ولاءه، أي لك ولاية القيام به وحفظه ( وإن قتل عمدا فوليه الإمام إن شاء، اقتص وإن شاء، أخذ الدية ) نص عليه، أي ذلك فعل جاز إذا رآه أصلح لقوله: «السلطان ولي من لا ولي له» ومتى عفي على مال أوصالح عليه، كان لبيت المال كجناية الخطأ الموجبة للمال ( وإن قطع طرفه عمدا، انتظر بلوغه ) ورشده في الأشهر ليقص، أو يعفو، لأن مستحق الاستيفاء المجني عليه، وهو حينئذ لا يصلح، فانتظر أهليته، ليستوفي حقه، وبحسب الجاني إلى بلوغه حتى يستوفي حقه، وعنه: للإمام القصاص قبل ذلك، لأنه أحد نوعي القصاص، فكان له استيفاؤه عن اللقيط كالنفس. وجوابه أنه قصاص لم يتحتم استيفاؤه، فوقف على مستحقه، كمالو كان بالغاً غائباً، وفارق القصاص في النفس، لأن القصاص ليس له، بل لو ارثه، والإمام هو المتولي عليه ( إلا أن يكون اللقيط فقيراً، أو مجنوناً للإمام ) أي: يجب عليه ( العفو على مال ينفق عليه ) لأنه ليست له حالة معلومة تنتظر، لأن ذلك قد يدوم بخلاف العاقل، ولا بد من اجتماع الوصفين، فإن فقد أحدهما، فوجهان.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 300

(6/283)

( وإن ادعى الجاني عليه أوقاذفه رقه وكذبه اللقيط بعد بلوغه، فالقول قول اللقيط ) لأنه محكوم بحريته، فقوله موافق للظاهر بدليل أنه يجب عليه حد الحر إذا كان قاذفاً في الأصح، وحينئذ يجب القصاص، وإن كان الجاني حراً، وقيل: يقبل قول القاذف، لأنه يحتمل صحة قوله، بأن يكون ابن أمة، فيكون ذلك شبهة في إسقاط الحر، وعلم منه أنه إذا صدقه اللقيط أنه رقيق، سقط الحد لإقرار المستحق بسقوطه، ووجب على القاذف التعزير لقذفه من ليس بمحصن، والقصاص ليس بحد، وإنما وجب حقا لآدمي، ولذلك جازت المصالحة عنه، وأخذ بدله، وإن مات البالغ ممسكاً عنهما، فكسائر المسلمين في سائر أحكامه ( وإن ادعى إنسان أنه مملوكه لم يقبل ) لأن مجرد الدعوى لا تكفي في انتزاع المدعى للخبر، وفي «الشرح» أنها تسمع الدعوى، لأنها ممكنة، وإن

كانت مخالفة لظاهر الدار، وإن لم تكن له بينة، فلا شيء له، لأنها تخالف الظاهر، وتفارق دعوى النسب من وجهين أحدهما: أن دعوى النسب لا تخالف الظاهر بخلاف دعوى الرق. الثاني: أن دعوى النسب يثبت بها حقا للقيط، ودعوى الرق يثبت بها حقا عليه، فلم تقبل بمجردها (إلا بينة تشهد أن أمته ولدته في ملكه) لأنها لا تلد في ملكه إلا ملكه يحترز به عما ولدته قبل ملكه، وهذا ليس بشرط، فإنها لو شهدت بأنه عبده، أو مملوكه حكم له به، وإن لم يذكر سبب الملك، كمالو شهدت بملك دار، ذكره في «المغني» و«الشرح»/ (ويحتمل ألا يعتبر قولها في ملكه) لأن أمته ملكه، فنماؤها ملكه كسمنها، ومتى شهدت البينة باليد، فإن كان للملتقط، لم يثبت بها ملك، وإن كانت لأجنبي حكم له باليد، والقول قوله مع يمينه في الملك، وفي «الفروع»: «وإن ادعى رقه وهو طفل أو مجنون، وليس بيد غيره، بل بيده، وليس واجده، فهو له، وإن أنكر بعد بلوغه وفي «الشرح» إن كانت الدعوى بعد بلوغ اللقيط كلف إجابته، فإن أنكر، وثم بينة، حكم بها، فإن كان اللقيط تصرف قبل ذلك ببيع، أو شراء، نقصت تصرفاته) وإن أقر

(6/284)

بالرق بعد بلوغه لم يقبل) على المذهب، لأنه يبطل حق الله من الحرية المحكوم بها وهذا ظاهر فيما إذا كان قد اعترف بالحرية لنفسه قبل ذلك، وكذا إذا لم يعترف في الأصح (وعنه: يقبل) لأنه مجهول الحال، فيقبل إقراره كالحق والقصاص، وإن تضمن فوات نفسه، وبشرط في «المغني» عليها ألا يكون أقر بالحرية، فإن كان قد أقر بها لم يقبل، لأنه يكون مكذبا، لقوله كمالو أقر بدين، ثم جرده (وقال القاضي: يقبل فيما عليه رواية واحدة) وهو قول المزني، لأنه أقر بما يوجب حقا عليه، وحقا له، فوجب أن يثبت ما عليه فقط كمالو قال: لفلان عندي ألف، ولي عنده رهن (وهل يقبل في غيره؟ على روايتين) أحدهما: يقبل إقراره في الجميع، لأن هذه الأحكام تتبع الرق، فإذا ثبت الأصل بقوله، ثبت التبع، كمالو شهدت امرأة بالولادة، فإنها تثبت ويثبت النسب تبعاً، فإذا قلنا: يقبل إقراره بالرق بعد نكاحه وهو ذكر، وكان قبل الدخول، فسد النكاح في حقه، ولها عليه نصف المهر، وإن كان بعد الدخول، فسد نكاحه، وعليه المهر، وولده حر تابع لأمه، فإن كان متزوجاً بأمة، فولده لسيدها، ويتعلق المهر برفقته، وإذا قلنا: يقبل قوله في جميع الأحكام، فالنكاح فاسد، ويفرق بينهما، ولا مهر لها قبل الدخول، وبعده على الخلاف، وإن كان أنثى وقلنا: يقبل فيما عليه، فالنكاح صحيح في حقه، ولا مهر قبل الدخول، وبعده لا يسقط مهرها، ولسيدها الأقل من المسمى، أو مهر المثل، والولد حر.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 300

فرع: إذا أقر بالرق ابتداءً لإنسان، فصدقه، فهو كما لو أقر به جواباً وإن كذبه، بطل إقراره، فإن أقر به بعد ذلك لآخر، جاز، وقيل: لا يسمع إقراره الثاني، لأن إقراره الأول يتضمن الاعتراف بنفي مالك له سوى المقر له، وكمالو اعترف بالحرية، ثم أقر بالرق.

(6/285)



( وإن قال: إنه كافر) بعد البلوغ ( لم يقبل قوله) وهو مسلم، سواء كان حكم بإسلامه أو كفره، فلا يقبل إقراره بالكفر بعد ذلك، لأنه إنكار بعد إقرار فلا يقبل غيره، وإن وصف الكفر وهو ممن حكم بإسلامه بالدار، لم يقر على كفره ( وحكمه حكم المرتد) أي: إذا بلغ، استتيب ثلاثا، فإن تاب وإلا قتل ( وقيل: يقبل قوله) حكاة القاضي، أي: يقر على كفره، لأن قوله أقوى من الظاهر، فيقر بجزية، ورد بأن دليل الإسلام وجد من غير معارض، فثبت حكمه، واستقر، فلا تجوز إزالة حكمه، كمالو كان ولد مسلم ( إلا أن يكون قد نطق بالإسلام وهو يعقله) لأن إسلامه ثبت يقينا، فلا يقبل إقراره بمنافيه، وقال القاضي: إن وصف كفرا يقر عليه بالجزية، عقدت له الذمة، فإن امتنع من التزامها، أو وصف كفرا لا يقر عليه، ألحق بمأمنه، وبعده في «المغني» لأنه لا يخلو إما أن يكون ابن حربي، فهو حاصل في أيدي المسلمين بغير عهد ولا عقد، فيكون لواجده، ويكون مسلما تبعا لسابيه، أو يكون ولد ذميين، أو أحدهما، فلا يقر على الانتقال إلى غير دين أهل الكتاب أو يكون ولد مسلم أو مسلمين فيكون مسلما. قال أحمد في نصرانية ولدت من فجور: ولدها مسلم، لأن أبويه يهودانه أو ينصرانه، وهذا ليس معه إلا أمة.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 300  
فصل

(6/286)

( وإن أقر إنسان أنه ولده ألحق به) لأن الإقرار به محض مصلحة الطفل لاتصال نسبه، ولا مضرة على غيره فيه، فقبل كمالو أقر له بمال، وشرطه أن ينفرد بدعوته، وأن يمكن كونه منه، ثم إن كان المقر به ملتقطه، أقر في يده وإن كان غيره، فله أن ينتزعه من الملتقط، لأنه قد ثبت أنه أبوه، فيكون أحق به كمالو قامت به بينة ( مسلما كان) المدعي (أو كافرا) لأن الكافر يثبت له النكاح والفراش فيلحق به، كالمسلم، حرا كان أو عبدا، لأن له حرمة فيلحق به كالحر، لكن لا تثبت له حضانة، ولا تجب نفقته عليه، ولا على سيده، لأن الطفل محكوم بحريته، فعلى هذا تجب في بيت المال ( رجلا كان أو امرأة) على المذهب، لأن المرأة أحد الأبوين، فيثبت النسب بدعواها كالأب، وإذن يلحقها نسبه دون زوجها، وكذا إذا ادعى الرجل نسبه، لم يلحق بزوجه، وقيل: لا يثبت النسب بدعوتها بحال، وحكاة ابن المنذر إجماع من يحفظه عنه من أهل العلم. وجوابه بأنها تدعي حقا لا منازع فيه، ولا مضرة على أحد، فقبل كدعوى المال ( حيا كان الملتقط أوميتا) لأنهما سواء معنى، فوجب استواءهما حكما ( ولا يتبع الكافر في دينه إلا أن يقيم بينة تشهد أنه ولد على فراشه) ذكره بعض أصحابنا، لأن اللقيط محكوم بإسلامه بظاهر الدار، فلا يقبل قول الكافر في كفره بغير بينة، كمالو كان معروف النسب، ولأنها دعوى تخالف الظاهر، فلم تقبل بمجرد دعاها، كدعوى الرقي، وإذا قبل في النسب لعدم الضرر والكفر بخلافه، فإن فيه ضررا عظيما، لأنه سبب الخزي في الدنيا والآخرة، فإذا أقام بينة بما ذكر، لحقه نسبا ودينا، لتحقق الولادة والولد المحقق يتبع مطلقا، وقياس المذهب أنه لا يلحقه في الدين إلا أن تشهد البينة أنه ولد كافرين حيين،

لأن الطفل يحكم بإسلامه بإسلام أحد أبويه أو مومه ( وعنه: لا يلحق بامرأة ذات زوج) لإفضائه إلى إلحاق النسب بزوجها بغير إقراره ولا رضاه، وظاهره أنها إذا لم تكن ذات زوج أنه يلحقها لعدم الضرر ( وعنه: إن كان لها

(6/287)

إخوة أو نسب معروف، لم يلحق بها) نقلها الكوسج، لأنه يلزم من لحوق النسب بها لحوق النسب بالأخوة والنسب المعروف، ولأنه إذا كان لها أهل ونسب معروف لم تخف ولادتها عليهم، ويتضررون بإلحاق النسب بها لما فيه من تعبيرهم بولادتها من غير زوجها ( وإلا أي: إذا لم يكن كذلك ( لحق) لعدم الضرر ( وإن ادعاه اثنان أو أكثر) سمعت، لأن كل واحد لو انفرد، صحت دعوته، فإذا تنازعا تساوا في الدعوى، ولا فرق بين المسلم والكافر، والحر والعبد ( لأحدهم بينة، قدم بها) لأنها تظهر الحق وتثبتته ( فإن تساوا في البينة) أقام كل منهما بينة، تعارضتا وسقطتا، لأنه لا يمكن استعمالهما هنا بخلاف المال فإنه يقسم بينهما، وأبالقرعة، والقرعة لا تثبت النسب لا يقال: إنما يثبت هنا بالبينة لا بالقرعة، وإنما هي مرجحة، لأنه يلزم إذا اشترك رجلان في وطء امرأة، وأتت بولد أن يقرع بينهما، ويكون لحوقه بالوطء، لا بالقرعة ( أو عدمها) أي: لم يكن لهما بينة ( عرض معهما) أي: مع المدعين ( على القافة) وهم قوم يعرفون الأنساب بالشبه، ولا يختص ذلك بقبيلة معينة، بل من عرف منه المعرفة بذلك، وتكررت منه الإصابة، فهو قائف، وقيل: أكثر ما يكون في بني مدلج رهط مجزر، وكان إياس بن معاوية قائفا، وكذا شريح ( أومع أقاربهما) وفي «الكافي» و«الشرح» عصبتهما ( إن ماتا فإن الحقته بأحدهما لحق به) في قول الجماهير، وقال أصحاب الرأي: لا حكم للقافة ويلحق بالمدعين جميعا، لأن الحكم بها مبني على الشبه والظن، فإن الشبه يوجد بين الأجانب، وينتفي بين الأقارب، وبدليل الرجل الذي ولد له غلام أسود، وقوله عليه السلام: «لعله نزع عرق» ولو كان الشبه كافيا، لاكتفى به في ولد الملاعنة، وحدثنا ما رواه الشيخان عن عائشة أن النبي دخل عليها تبرق أساربر وجهه، فقال ألم تري أن مجززا المدلجي نظر أنفا إلى زيد وأسامة وقد غطيا رؤوسهما، وبدت أقدامهما، فقال: «إن هذه الأقدام بعضها من بعض» وقضى به عمر بحضرة

(6/288)

الصحابة، فكان إجماعا، ولأنه يرجع لقولها كالبينة، وبدل عليه قوله عليه السلام في ولد الملاعنة: «لولا الأيمان، لكان لي ولها شأن» فحكم عليه السلام به للذي أشبهه منهما، وحينئذ فإن انتفى المانع، وجب العمل به، لوجود مقتضيه ( وإن الحقته بهما لحق بهما) لما روى سعيد، ثنا سفيان، عن يحيى بن سعيد، عن سليمان بن يسار، عن عمر في امرأة وظئها رجلان في طهر، فقال القائف: قد اشتركا فيه جميعا، فجعله بينهما، وبإسناده عن الشعبي قال: وعلي يقول: هو ابنهما، وهما أبواه يرثهما ويرثانه، ورواه الزبير ابن بكار عن عمر، فعلى هذا يرثهما ميراث ابن، ويرثانه جميعا ميراث أب واحد، وإن مات أحدهما، فله إرث أب كامل، ونسبه من الأول قائم، نص عليه، كما أن الجدة إذا انفردت

أخذت ما تأخذه الجدات، والزوجة كالزوجات.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 305

فرع: إذا ألحقته القافة بكافر، أو أمة، لم يحكم برقه ولا كفره، لأنه ثبت إسلامه وحرته بظاهر الدار، فلا يزول ذلك بظن ولا شبهة. ( ولا يلحق بأكثر من أم واحدة) يعني إذا ادعت امرأتان نسب اللقيط، فهو مبني على قبول الدعوى منهما، فإن كانت إحداهما ممن تقبل دعواها دون الأخرى، فهو ابنها كالمنفردة، وإن كانتا ممن لا تقبل دعواهما، فوجودهما كعدمهما، وإن كانتا جميعاً ممن تسمع دعواهما، فهما كالرجلين، لكن لا يلحق بأكثر من أم واحدة، فإن ألحقته بأمين، سقط قولها.

(6/289)

---

فرع: إذا ادعى نسبه رجل وامرأة، فلا تنافي بينهما لإمكان كونه منهما بنكاح أو وطاء شبهة فيلحق بهما جميعاً، ويكون ابنهما بمجرد دعواهما كالانفراد ( وإن ادعاه أكثر من اثنين فالحق بهم لحق بهم وإن كثروا) نص عليه في رواية مهنا أنه يلحق بثلاثة، لأن المعنى الذي لأجله ألحق باثنين موجود فيما زاد عليه قياساً، وقولهم: إن إلحاقه باثنين على خلاف الأصل ممنوع، وإن سلمناه، لكن ثبت لمعنى موجود في غيره، فيجب تعديدة الحكم به، كإباحة الميئة في المخصصة أبيع على خلاف الأصل، ويقاس عليه مال الغير. وقال القاضي: لا يلحق بأكثر من ثلاثة، ورد بأنه تحكم، فإنه لم يقتصر على المنصوص، ولا عدى الحكم إلى ما في معناه ( وقال ابن حامد: لا يلحق بأكثر من اثنين) للأثر فيقتصر عليه، فعلى هذا يكون كمن ادعاه اثنان ولا قافة ( وإن نفته القافة عنهم أو أشكل عليهم أولم توجد قافة ضاع نسبه في أحد الوجهين) وهو قول أبي بكر، وجزم به في «الوجيز» وفي «المغني» أنه أقرب، لأنه لا دليل لأحدهم، أشبه من لم يدع نسبه، فعلى هذا لا يرجح أحدهم بذكر علامة في جسده، لأنه لا يرجح به في سائر الدعاوى سوى الالتقاط في المال، وكذا إذا اختلف قائفان أو اثنان أو ثلاثة، وإن اتفق اثنان، وخالفوا ثالثاً، أخذ بقولهما، نص عليه. ومثله ببطاران وطيبان في عيب ولو رجعا ( وفي الآخر) وهو قول ابن حامد ( يترك حتى يبلغ فينتسب إلى ما شاء منهما) لأن الإنسان يميل طبعه إلى قريبه دون غيره، ولأنه مجهول النسب أقرب به من هو أهل الإقرار فيثبت نسبه كما لو انفرد ( أو ما إليه أحمد) حكاه القاضي عنه في رجلين وقعا على امرأة في طهر واحد، فعلى قوله: لو انتسب إلى أحدهما، ثم عاد، فانتسب إلى الآخر، أو نفى نسبه من الأول ولم ينتسب إلى الآخر، لم يقبل منه، لأنه قد ثبت نسبه، فلا يقبل رجوعه عنه فلو ألحقته القافة بغير من انتسب إليه، بطل انتسابه، لأنها أقوى كالبينة مع القافة ( وكذلك الحكم إن وطىء اثنان امرأة بشبهة

(6/290)

---

أوجارية مشتركة بينهما في طهر واحد، أو وطئت زوجة رجل أو أم ولده بشبهة وأنت بولد يمكن أن يكون منه فادعى الزوج أنه من الواطىء أرى القافة (معهما) كاللقيط، فالحق بمن ألحقه به منهما، سواء ادعياه، أو وجداه،

وأحدهما. وقد ثبت الفراش، ذكره القاضي وشرط أبو الخطاب في وطء الزوجة أن يدعي الزوج أنه من الشبهة. فعلى قوله إن ادعاه لنفسه، اختص به لقوة جانبه، ذكره في «المحرر» وفي ثالث يكون صاحب الفراش أولى به عند عدم القافة، لثبوت فراشه، ذكره في «الواضح» وكذلك إن تزوجها كل منهما تزويجا فاسدا، أو كان أحدهما صحيحا، والآخر فاسدا، أو بيع أمته فوطئها المشتري قبل الاستبراء، لكن متى ألحق بالقافة أو الانتساب، وهو ينكره، فهل له نفيه باللعان؟ على روايتين.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 305

(6/291)

( ولا يقبل قول القائف إلا أن يكون ذكرا عدلا مجربا في الإصابة) كذا في «المحرر» و«الوجيز»، لأن قوله حكم، فاعتبرت له هذه الشروط، وظاهره أنه لا تعتبر الحرية وهو وجه، واعتبرها في «الشرح» وغيره ولا الإسلام وفي «المستوعب» لم أجد أحدا من أصحابنا اشترط إسلام القائف وعندي أنه يشترط، ويكفي قائف واحد، نص عليه كحاكم، فيكفي مجرد خبره لقصة مجرز، وعنه: يعتبر اثنان، ولفظ الشهادة منهما، اختاره جمع، فإن ألحقته بواحد ثم جاءت أخرى، فألحقته بأخر، كان للأول، لأن قول القائف جرى مجرى الحكم، فلم ينقض بمخالفة غيره، وكذا لو ألحقته بواحد، ثم عادت فألحقته بغيره فإن أقام الآخر بينة، أنه ولده: حكم به، وسقط قول القائف، وقوله: مجربا في الإصابة، أي كثير الإصابة، فمن عرف مولودا بين نسوة ليس فيهن أمه، ثم وهي فيهن، فأصاب كل مرة، فقائف، وقال القاضي: يترك الصبي بين عشرة رجال غير مدعيه، فإن ألحقه بأحدهم، سقط قوله، وإن نفاه عنهم، ترك مع عشرين منهم مدعيه، فإن ألحقه به، علمت أصابته، وإلا فلا، وقضية إياس بن معاوية في ولد الشريف من جارية شاهدة بذلك.  
ملحق: إذا كان لامرأتين ابن وبنات، فادعت كل واحدة منهما أنها أم الابن عرض معهما على القافة، وذهب بعضهم أنه يعرض أنه لبنهما على أهل الطب والمعرفة فإن لبن الذكر يخالف لبن الأنثى في طبعه ووزنه، وقيل: لبنها خفيف دون لبنه لأنه ثقيل، وعلى الأول إن لم توجد قافة اعتبر باللبن خاصة.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 305

(6/292)

## كتاب الوقف

وهو مصدر وقف يقال: وقف الشيء، وأوقفه، وحبسه، وأحبسه وسبَّله، كله بمعنى واحد، لكن أوقف لغة شاذة عكس أحبسه. وهو مما اختص به المسلمون، قال الشافعي: لم يحبس أهل الجاهلية، وإنما حبس أهل الإسلام، وهو من القرب المندوب إليها، والأصل فيه ما روى عبد الله بن عمر قال: أصاب عمر أرضاً بخيبر، فأتى النبي يستأمره فيها، فقال: يارسول الله إني أصبت مالا بخيبر لم أصب قط مالا أنفسي عندي منه، فما تأمرني فيه؟

قال: «إن شئت حبست أصلها، وتصدقت بها غير أنه لا يباع أصلها، ولا توهب، ولا تورث» قال: فتصدق بها عمر في الفقراء وفي القريب والرقاب، وفي سبيل الله وابن السبيل والضيف ولا جناح على من وليها أن يأكل بالمعروف، أو يطعم صديقاً غير متمول فيه، وفي لفظ: غير متائل. متفق عليه. وقال جابر: لم يكن أحد من أصحاب النبي ذو مقدرة إلا وقف، ولم يره شريح، وقال: لا حبس عن فرائض الله، قال أحمد: هذا مذهب أهل الكوفة، ولعله في غير المساجد ونحوها.

(6/293)

---

قال القرطبي: لا خلاف بين الأئمة في تحبیس القناطر والمساجد، واختلفوا في غير ذلك، والأول قول أكثر العلماء سلفاً وخلفاً، قال أحمد: من يرد الوقف إنما يرد السنة التي أجازها النبي، وفعّلها أصحابه، ومن الغرائب ما حكاه صاحب «المبسوط» أن لزوم الوقف من الأنبياء عليهم السلام خاصة، وجوابه بأن الوقف قرينة مندوب إليها لقوله تعالى: {وافعلوا الخير} (وهو تحبیس الأصل وتسهيل المنفعة) كذا في «التلخيص» و«الوجيز» ومرادهم بتسهيل المنفعة أن يكون على بر أو قرينة، وأحسنه حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، ممنوع من التصرف في عينه بلا عذر، مصروف منافعه في البر تقرباً إلى الله تعالى وله أربعة أركان: الواقف وبشرطه أن يكون جازئ التصرف، والموقوف عليه، وما ينعقد به، وسمي وقفاً، لأن العين موقوفة، وحبساً، لأن العين محبوسة ( وفيه روايتان إحداهما: أنه يحصل بالقول والفعل الدال عليه) عرفاً) مثل أن يبني مسجداً ويأذن للناس في الصلاة فيه أو يجعل أرضه مقبرة، ويأذن لهم في الدفن فيها) هذه الرواية ظاهر المذهب، نص عليها في رواية جماعة، لأن العرف جارٍ بذلك، وفيه دلالة على الوقف، فجاز أن يحصل به، كالقول، قال الشيخ تقي الدين: أوأذن فيه، وأقام، نقله أبو طالب وجعفر، ولو نوى خلافه ( أوسقاية وبشرعها لهم) أي للناس، والمراد به البيت المبنى لقضاء حاجة الناس، وليس منصوصاً عليه في كتب اللغة والغريب، وإنما المذكور أن فيها السقاية بكسر السين: الموضوع الذي يتخذ فيه الشراب في المواسم وغيرها) والأخرى لا يصح إلا بالقول) ذكرها القاضي، اختارها أبو محمد الجوزي. وقد سأله الأثرم عن رجل أحاط حائطاً على أرض ليجعلها مقبرة، ونوى بقلبه، ثم بدا له العود؟ فقال: إن كان جعلها لله، فلا يرجع، ولأن هذا تحبیس على وجه القرينة، فوجب أن يتعين باللفظ كالوقف على الفقراء، لكن قال في «المغني»: وهذه لا تنافي الأولى فإنه إن أراد بقوله: إن كان جعلها لله، أي: نوى

(6/294)

---

بتحويطها جعلها لله فهذا تأكيد للأولى وزيادة عليها، إذ منعه من الرجوع بمجرد التحويط مع النية، وإن أراد بقوله: جعلها لله، أي اقترنت بفعله قرائن دالة على ذلك من إذنه للناس في الدفن فيها، فهي عين الأولى، وإن أراد أنه وقفها بقوله، فيدل بمفهومه على أن الوقف لا يحصل بمجرد التحويط والنية، وهذا لا ينافي الأولى، لأنه فيها يضم إلى فعله إذنه للناس في الدفن، ولم يوجد هنا

فانتفت هذه الرواية للاحتتمالات، وصار المذهب رواية واحدة، فصار بمنزلة من قدم إلى ضيفه طعاماً كان إذناً في أكله ومن ملاً خابية ماء كان سبيلاً له، وكالبيع والهبة، وأما الوقف على المساكين، فلم تجربه عادة بغير لفظ.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 312

فرع: الأخرس يصح وقفه بالإشارة المفهمة كغيره.

( وصرّحه: وقفت) لأنه موضوع له، وكلفظة التطبيق في الطلاق ( وحبست وسلبت) لأنه ثبت لهما عوض في الشرع، فمتى أتى بواحد منها، صار وقفاً من غير انضمام أمر زائد، ولو عبر بـ«أو» كـ«الوجيز» و«الفروع» لكان أولى، وفي كلام بعضهم أن الصريح لا ينحصر في الثلاثة، وفي «المغني» و«الكافي» إذا جعل علو موضع أوسفله مسجداً، صح، وكذا وسطه. وإن لم يذكر استطرافاً كبيعه فيتوجه منه الاكتفاء بلفظ يشعر بالمقصود وهو أظهر على أصلنا، فيصح: جعلت هذا للمسجد أوفيه ونحوه، وهو ظاهر نصوصه، فيكون تمليكاً للمسجد، جزم به الحارثي، أي: للمسلمين لنفعمهم به، وظاهر كلام المؤلف لا يكون تمليكاً، لأنهم ذكروا في الإقرار له وجهين كالحمل.

(6/295)

( وكنايته: تصدقت وحرمت وأبدت) لأنه لم يثبت لها عرف لغوي ولا شرعي لأن الصدقة تستعمل في الزكاة وهي ظاهرة في صدقة التطوع، والتحريم يستعمل في الظهار، والتأييد يحتمل تأييد التحريم، أو تأييد الوقف ( فلا يصح الوقف بالكناية) مجردة فعلى هذا لا بد من انضمام شيء آخر إليها ليجرح إفادتها للوقف وأشار إليه بقوله ( إلا أن ينويه) فيصح، ويكون على ما نوى إلا أن النية تجعله وقفاً في الباطن دون الظاهر ( أو يقرن بها أحد الألفاظ الباقية) من الصرائح والكناية، وهي خمسة علم ذلك من تمثيله، لأن اللفظ يترجح بذلك لإرادة الوقف (أو) يقرن به ( حكم الوقف فيقول: تصدقت صدقة موقوفة أو محبسة أو مسبلة أو محرمة أو مؤبدة) هذا مثال للأول ( ولا تباع ولا توهب ولا تورث) هذا مثال للثاني، لأن هذه القرينة تزيل الاشتراك، وذكر أبو الفرج أن أبدت صريح، وأن صدقة موقوفة أو مؤبدة أو لا تباع كناية. (ولا يصح إلا بشروط أربعة) لم يتعرض المؤلف للواقف لظهوره، وشرطه أن يكون مالكاً جائز التصرف، وهو في الصحة من رأس المال، وفي مرض الموت أو ما نزل منزلته من الثلث.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 312

(6/296)

( أحدها: أن يكون في عين يجوز بيعها ويمكن الانتفاع بها دائماً مع بقاء عينها) قال أبو محمد الجوزي: بقاء متطاولاً أدناه عمر الحيوان ( كالعقار) لحديث عمر قال أحمد في رواية الأثرم: إنما الوقف في الدور والأرضين على ما وقف أصحاب النبي، قال ابن عقيل: وظاهر هذا حصره على العقار، لأنه هو الذي يتأبد حقيقة بخلاف غيره ( والحيوان) لما روى أبو هريرة مرفوعاً: «من احتبس فرساً في سبيل الله إيماناً واحتساباً، فإن شبعه وروثه وبوله في ميزانه يوم

القيامه حسنات» رواه البخاري، ولأنه يحصل تحييس الأصل وتسهيل المنفعة، فصح وقفه كالعقار ( والأثاث والسلاح) لقوله عليه السلام: «أما خالد فقد احتبس أدراعه وأعتاده في سبيل الله» متفق عليه، وفي لفظ للبخاري «وأعتده» قال الخطابي: الأعتاد: ما يعده الرجل من مركوب وسلاح وآلة الجهاد، ونقل المروزي: لا يجوز وقف سلاح ذكره أبو بكر، وعنه: ولا منقول، لأنها أعيان لا تبقى على التأيد، فلم يجوز وقفها كالطعام، ورد بالفرق قوله في «عين» يحترز به عن الموصى بمنفعته، فلا يصح وقفه من مالك المنفعة. قوله: «يجوز بيعها» يحترز به عن الحر، فإنه لا يصح أن يقف نفسه، وأرض السواد قال الإمام أحمد: القطائع ترجع إلى الأصل إذا جعلها للمساكين فظاهره أنه يصح وقفها، وهي في الأصل وقف، ومعناه: أن وقفها يطابق الأصل لا أنها تصير وقفاً بهذا القول قاله في «الشرح» ويستثنى منه وقف المصحف، فإنه يصح رواية واحدة، قاله في «الوسيلة» والماء قال الفضل: سألت أحمد عن وقف الماء، فقال: إن كان شيئاً استجاروه بينهم، جاز، وحمله القاضي وغيره على وقف مكانه، وهو بعيد، لأن وقف مكان الماء لا تتوقف صحته على استجارتهم له ومقتضاه: أن النص شاهد بصحة الوقف لنفس الماء قال الحارثي: وهو مشكل من وجهين، أحدهما: إثبات الوقف فيما لم يملكه، فإن الماء يتجدد شيئاً فشيئاً.

(6/297)

---

والثاني: ذهاب العين بالانتفاع، والوقف يستدعي بقاء أصل ينتفع به على ممر الزمان، ولكن قد يقال: مادة الحصول من غير تأثير بالانتفاع تنزل منزلة بقاء العين مع الانتفاع، وتأتي تنمة ذلك ( ويصح وقف المشاع) في قول أكثر الفقهاء لما روى ابن عمر أن عمر قال: إن المائة سهم التي بخير لم أصب مالاً قط أعجب إلي منها، فأردت أن أتصدق بها، فقال النبي، «احبس أصلها، وسبل ثمرتها» رواه النسائي، وابن ماجه، ولأنه عقد يجوز على بعض الجملة مفرزاً، فجاز عليه مشاعاً كالبيع، ويعتبر أن يقول كذا سهماً من كذا سهماً قاله أحمد، قال في «الفروع»: ثم يتوجه أن المشاع لو وقف مسجداً أثبت حكم المسجد في الحال، فيمنع منه الجنب، ثم القسمة متعينة هنا كتعيينها طريقاً للانتفاع بالموقوف. وفي «الرعاية الكبرى» لو وقف نصف عبده، صح ولم يسر إلى بقيته، وإن كان لغيره، فإن أعتق ما وقفه منه، أو أعتقه الموقوف عليه، لم يصح، ولم يسر، وإن أعتق الواقف بقيته، وإن كان لغيره، فإن أعتق ما وقفه منه، أو أعتقه الموقوف عليه، لم يصح، ولم يسر، وإن أعتق الواقف بقيته، أو أعتقه شريكه فيه، عتق بقيته، ولم يسر إلى الموقوف، وإن علق عتقه بصفة، ثم وقفه قبلها، صح وقفه.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 312

(6/298)

---

( ويصح وقف الحلي على اللبس والعارية) لما روى نافع أن حفصة ابتاعت حلياً بعشرين ألفاً حبسته على نساء آل الخطاب، فكانت لا تخرج زكاته، رواه

الخلال، ولوجود الضابط، ولأن فيه نفعاً مباحاً مقصوداً، فجاز أخذ الأجرة عليه،  
وصح وقفه كوقف السلاح في سبيل الله (وعنه: لا يصح) نقلها الأثرم و حنبل  
قال في «المغني» و«الشرح»: وأنكر حديث حفصة، لأن التحلي ليس هو  
المقصود الأصلي من الأثمان، فلم يصح وقفها كالدنانير، ورد بأن المفسد فيها  
عدم الانتفاع بعينها وهذا في الحلبي معدوم، قال في «التلخيص»: وهو محمول  
على رواية منع وقف المنقول، وذكر القاضي في «تعليقه» رواية الأثرم و  
حنبل، ولفظها: لا أعرف الوقف في المال، فإن لم يكن في الرواية غير هذا،  
ففي أخذ المنع منه نظر، قاله الزركشي.

(6/299)

( ولا يصح الوقف في الذمة كعبد ودار) لأنه نقل الملك على وجه القرية، فلم  
يصح في غير معين كالهبة ( ولا) وقف ( غير معين كأحد هذين) العبدین لما  
ذكرنا وفيه احتمال في العتق، فيخرج المبهم منهما بالقرعة) ولا وقف مالا  
يجوز بيعه كأم الولد) لأنه نقل للملك فيها في الحياة، فلم يجز كالبيع، وفيه  
وجه، وقيده ابن حمدان إن صح بيعها) والكلب) لأن الوقف تحبیس الأصل،  
وتسبیل المنفعة، والكلب أبيع الانتفاع به على خلاف الأصل للضرورة، فلم يجز  
التوسع فيها، وكذا لا يصح وقف الحمل منفرداً) ولا) يصح وقف ( مالا ينتفع به  
مع بقائه دائماً كالأثمان) وهي الدنانير والدرهم) والمطعوم والرياحين) في  
قول عامة العلماء، لأن مالا ينتفع به إلا بالإتلاف، لا يصح وقفه كالشمع ليشعله،  
وقيل: يصح في الأثمان بناء على إجارته، ورد لأن تلك المنفعة ليست  
المقصودة التي خلقت له الأثمان، فلم يجز الوقف له كوقف الشجر على نشر  
الثياب، ويستثنى منه لو وقف فرساً بسرج ولجام مفضضين، فإنه يصح ويدخل  
تبعاً، نص عليه، أما لو وقفهما للتحلي والوزن، فاختر صاحب «التلخيص»  
الصحة كإجارتها لذلك واختار المؤلف وجمع ضدها، لأن ذلك ليس من المرافق  
العامة، فإن أطلق، بطل، وقيل: يصح ويحمل عليهما.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 312

(6/300)

مسألة: لا يصح وقف قنديل نقد على مسجد، ويذكيه ربه، وقيل: يصح فيكسر،  
ويصرف لمصلحته، وقال ابن المنجا: تمثله بالمطعوم والرياحين فيه نظر من  
جهة أنهما لا يبقيان، فيحذفان، ويقتصر على التمثيل بالأثمان، أو يبقيان مع  
حذف «مع بقائه» فإنه يصح أن يقال: إنهما لا ينتفع بهما دائماً، لأن نفعهما  
يحصل في بعض الزمن، وعلم منه أن وقف مالا منفعة فيه كالعين المؤجرة لا  
يصح، لعدم وجود المعنى، نعم إن وقفها مدة الإجارة إذا انقضت، صح إن قيل:  
يصح تعليق الوقف على شرط ( الثاني: أن يكون على بر) ومعروف إذا كان  
الوقف على جهة عامة، لأن المقصود منه التقرب إلى الله تعالى، وإذا لم يكن  
على بر لم يحصل المقصود ( كالمساكين والمساجد) فإذا قال: جعلت ملكي  
للمسجد، صار حقاً من حقوقه، ولا يعتبر قبول ناظره لتعذره بالقبول كحالة  
وقف المسجد، فإنه لا يشترط قبوله، لأن الناظر لا يكون إلا بعد الوقف.



( والقناطر) والسقايات والمقابر، وكتب العلم ( والأقارب مسلمين كانوا أو من أهل الذمة) نص عليه لأن القريب الذمي موضع القرية بدليل جواز الصدقة عليه، ويصح الوقف على أهل الذمة، جزم به الأكثر، لأن صفة وقفت على أخ لها يهودي، ولأنهم يملكون ملكاً محترماً، ولأن من جاز أن يقف عليه الذمي جاز أن يقف المسلم عليه كالمسلم، وصح الحلواني على فقرائهم، وصححه في «الواضح» من ذمي عليهم وعلى بيعه وكنيسة، ومقتضى كلام صاحب «التلخيص» و«المحرر» أنه لا يصح الوقف عليهم، لأن الجهة معصية بخلاف أقاربه. وإن وقف ذمي على ذمي شيئاً، وشرط أنه يستحقه ما دام ذمياً فأسلم، فله أخذه أيضاً، لأن الواقف عينه له، ويلغو شرطه، ورده في «الفنون» وقيل: يشترط أن لا يكون معصية، فيصح في المباح، كالوقف على الأغنياء، وقيل: ومكروه.

(6/301)

---

فائدة: يصح الوقف على الصوفية وهم المشتغلون بالعبادات في غالب الأوقات، المعرضون عن الدنيا. قال الشيخ تقي الدين: فمن كان منهم جماعاً للمال، أولم يتخلق بالأخلاق المحمودة، ولا تأدب بالآداب الشرعية غالباً، أو فاسقاً، لم يستحق، ولم يعتبر الحارثي الفقير، قال في «الفروع»: ويتوجه احتمال لا يصح عليهم، ولهذا قال الإمام: ما رأيت صوفياً إلا سلماً الخواص، قاله أبو محمد الجويني، إذ ليس له حد يعرف به.  
( ولا يصح على الكنائس وبيوت النار) والبيع، لأن ذلك معصية، لكون أن هذه المواضع بيت للكفر والمسلم والذمي سواء، قال أحمد في نصارى وقفوا على البيعة ضياعاً، وماتوا، ولهم أبناء نصارى، فأسلموا والضياع بيد النصارى، فلهم أخذها، وللمسلمين عونهم حتى يستخرجوها من أيديهم، وحكم الوقف على قناديل البيعة ومن يخدمها ويعمرها كالوقف عليها، قاله في «المغني» و«الشرح» وإن قال: أنت حر بشرط أن تخدم الكنيسة سنة موتي وهما نصرانيان، فأسلم العبد قبل تمامها، عتق في الحال، وعنه: تلزمه القيمة لبقية الخدمة، وعنه لا، وهي أصح، وأوفق لأصوله ( وكتابة التوراة والإنجيل) للإعانة على المعصية فإنها منسوخة، وقد بدل بعضها، غضب النبي حين رأى مع عمر شيئاً استكتبه منها، قال: «أفي شك أنت يا ابن الخطاب ألم أت بها بيضاء نقية ولو كان أخي موسى حياً ما وسعه إلا اتباعي»، وكتب الزندقة من باب أولى ( ولا على جربي ولا مرتد) لأن أموالهما مباحة في الأصل تجوز إزالتها، فيما يتجدد لهم أولى، ولانتفاء الدوام، لأنهما مقتولان عن قرب.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 312

(6/302)

---

تنبيه: لا يصح الوقف على قطاع الطريق، ولا على المغاني، ولا التنوير على قبر وتبخيره، ولا على من يقيم عنده أو يخدمه، ولا وقف ستور لغير الكعبة وصححه ابن الزاغوني فيصرف لمصلحته، ذكره ابن الصيرفي ( ولا يصح على نفسه في إحدى الروايتين) قال في رواية أبي طالب: لا أعرف الوقف إلا ما أخرجه لله

تعالى، أوفي سبيله، فإن وقفه عليه حتى يموت، فلا أعرفه، فعليها يكون باطلاً،  
وجزم به الأكثر، وقدمه في «الفروع»، لأن الوقف إما للرقبة أو للمنفعة،  
وكلاهما لا يصح، لأن الإنسان لا يجوز له أن يملك نفسه من نفسه، كما لا يجوز  
أن يبيع ماله من نفسه، والأصح أنه يصرف لمن بعده في الحال. والثانية: يصح،  
ذكره في «المذهب» ظاهر المذهب، واختاره ابن أبي موسى، وابن عقيل،  
وأبو المعالي، والشيخ تقي الدين، لأنه يصح أن يقف وقفاً فينتفع به، كذلك إذا  
خص نفسه بانتفاعه، وكشروط غلته له، ومتى حكم به حاكم حيث يجوز له  
الحكم وظاهر كلامهم ينفذ حكمه ظاهراً، ونها مسألة اجتهادية، وهل ينفذ  
باطناً؟ فيه خلاف.

( وإن وقف على غيره واستثنى) كل الغلة أو بعضها له أولولده (الأكل منه مدة  
حياته) أو مدة معلومة (صح) الوقف والشرط، نص عليه، واحتج بأنه قال:  
سمعت ابن عيينة عن ابن طاوس عن أبيه، عن حجر المدري أن في صدقة  
رسول الله أن يأكل أهله منها بالمعروف، وشرط عمر أكل الوالي عليها، وكان  
هو الوالي عليها، وفعله جماعة من الصحابة، وقيل: لا يصح الوقف، لأنه إزالة  
ملك، فلم يجز اشتراط نفعه لنفسه كالبيع، وقيل: لا يصح شرطه، فإن صح،  
فمات في أثناء المدة، كان لورثته، ويصح إجارتها.

(6/303)

---

( الثالث: أن يقف على معين يملك) لأن الوقف تمليك، فلم يصح على غير  
معين كالهبة ( ولا يصح على مجهول كرجل ومسجد) لما ذكرنا، ولا على أحد  
هذين، وفيه وجه بناء على أنه لا يفتقر إلى قبول، ولا على معدوم أصلاً، كوقفه  
على من سيولد لي أولفان، وصححه فيه في «المغني»، لأنه يراد الدوام  
بخلاف الوصية، وفي «الترغيب» هو منقطع الأول، ولم يعتبر الحارثي أن يملك  
لحصول معناه، فيصح لعبد وبهيمة ينفقه عليهما ( ولا على حيوان لا يملك  
كالعبد) قال أحمد فيمن وقف على ممالكيه: لا يصح الوقف حتى يعتقهم،  
وظاهره ولو قلنا: إنه يملك بالتمليك، لأن ملكه كالعدم، وقيل: يصح إن قلنا:  
يملك به، ويكون لسيدته، والمدبر وأم الولد كالقن، وكذا المكاتب في الأصح،  
لأن ملكه غير مستقر لا يقال: الوقف على المساجد صحيح، وهي لا تملك،  
فينبغي أن يصح هنا، لأن الوقف على المسلمين إلا أنه عين في نفع خاص لهم،  
فيرد أنه يصح على الكنائس، ويكون الوقف على أهل الذمة، وجوابه أن الجهة  
التي عين صرف الوقف فيها ليست نفعاً، بل هي معصية محرمة يزدادون بها  
عقاباً بخلاف المساجد (والحمل) لما ذكرنا، وصححه ابن عقيل، والحارثي  
كوصية قال في «الفروع»: ويتوجه في الوقف على حمل صحة الهبة له، وأولى  
لصحتها لعبد، وعلى الأول يصح تبعاً كعلى أولادي، وأولاد فلان، وفيهم حمل  
مستحق هو وكل حمل من أهل الوقف بالوضع من ثمر وزرع ما يستحقه  
مشتر، نص عليه ( والملك والبهيمة) لعدم ملكها والجن والميت كذلك.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 312

(6/304)

---

( الرابع: أن يقف ناجزاً ) كوقفت داري على كذا، ولا خلاف في صحته بشرطه، لأنه نقل للملك، أشبه البيع ( فإن علقه بشرط، لم يصح ) لأنه نقل للملك فيما لم بين على التغليب والسراية، فلم يجز تعليقه على شرط في الحياة كالهبة، وفيه وجه، وقيل: إن قلنا: هو لله تعالى، وظاهره شامل لما إذا شرط شرطاً فاسداً كخيار فيه، وتحويله، وتغيير شرط، وخرج من البيع صحته، وفي «الشرح» إذا شرط أن يبيعه متى شاء، أو يهبه، أو يرجع فيه، بطل الوقف والشرط، لا نعلم في بطلان الشرط خلافاً، لأنه ينافي مقتضى العقد، وقيل: يصح الوقف بناء على الشروط الفاسدة في البيع ( إلا أن يقول: هو وقف بعد موتي فيصح في قول الخرقى ) أي: يصح تعليق الوقف المعلق بالموت، واختاره أبو الخطاب في خلافه، ونصره في «المغني» و«الشرح» وذكر أنه ظاهر كلام أحمد، وقدمه في «الفروع»، واحتج أحمد بأن عمر أوصى، فكان في وصيته: هذا ما أوصى به عبد الله أمير المؤمنين إن حدث به حادث أن ثمناً صدقة والعبد الذي فيه، والسهم الذي بخير، ورقيقه الذي فيه. رواه أبو داود ولأن هذا تبرع معلق بالموت، فصح كالهبة والصدقة. فعلى هذا ينفذ من الثلث فما دون، ويقف الباقي على إجازة الورثة كالتدبير ( وقال أبو الخطاب ) والقاضي وابن البنا في الخصال ( لا يصح ) لأنه تعليق للوقف على شرط، فلم يصح، كماله علقه على شرط في الحياة، وحمل القاضي كلام الخرقى على أنه قال: قفوا بعد موتي. هذا وصية بالوقف لا إيقاف، وفي «الشرح» سوى المتأخرون من أصحابنا بين تعليقه بالموت، وبين تعليقه بشرط في الحياة، ولا يصح، لما بينهما من الفرق لأن هذا وصية، وهي أوسع من التصرف في الحياة بدليل جوازها بالمجهول وللمجهول والحمل، وكما لو قال: إذا مت فداري لفلان، أو أبراته من ديني الذي عليه.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 312  
فصل

(6/305)

( ولا يشترط القبول ) إذا كان على غير معين، كالمساكين، أو من لا يتصور منه القبول كالمسجد والقناطر، لأنه لو اشترط، لامتنع صحة الوقف فيه، ويلزم بمجرد الإيجاب، وذكر صاحب النظم احتمالاً: يقبله نائب الإمام ( إلا أن يكون على آدمي معين، ففيه وجهان، أحدهما: يشترط ذلك ) صححه صاحب «النهاية» لأنه تبرع، فكان من شرطه القبول كهبة ووصية ولو على التراخي، وقال الشيخ تقي الدين: وأخذ ريعه قبول. والثاني: وهو المذهب، واختاره القاضي، وجزم به في «الوجيز»: أنه لا يشترط ذلك، لأنه إزالة ملك يمنع البيع، فلم يعتبر فيه القبول كالعتق. والفرق أن الوقف لا يختص المعين، بل يتعلق به حق من يأتي من البطون في المستقبل، فيكون الوقف على جميعهم إلا أنه مرتب، فصار كالوقف على الفقراء، قال ابن المنجا: وهذا الفرق موجود بعينه في الهبة. والأشبه أنه ينبني ذلك على الملك هل ينتقل إلى الموقوف عليه أم لا؟ فعلى هذا لا يبطل بالرد كالعتق، وعلى الأول ( فإن لم يقبله أورده، بطل في حقه ) لأنه تملك لم يوجد شرطه، أشبه الهبة، لكن اختلفوا فيما إذا رد، ثم قبل هل يعود أم لا، قاله الشيخ تقي الدين ( دون من بعده ) لأن المبطل وجد في الأول، فاخص به، وصار كالوقف المنقطع الابتداء يخرج في صحته في حق من

سواه وبطلانه وجهان مبنيان على تفريق الصفقة، والأصح صحته، لتعذر استحقاقه لفوت وصف فيه، وأشار إليه بقوله ( وكان كمالو وقف على من لا يجوز) كالمجهول ( ثم على من يجوز) كالمساكين ( يصرف في الحال إلى من بعده) لأن الواقف قصد صيرورة الوقف إليه في الجملة ولا حالة يمكن انتظارها، فوجب الصرف إليه، لئلا يفوت عرض الواقف، ولئلا تبطل فائدة الصحة ( وفيه وجه آخر) قال ابن حمدان: وهو أصح وأشهر ( إن كان من لا يجوز الوقف عليه يعرف انقراضه كرجل معين) أي: كعبيده، وأم ولده، لأنه أحد نوعي الوقف ( يصرف إلى مصرف الوقف المنقطع إلى أن ينقرض) لأنها إحدى حالتها الانقطاع، أشبه الأخرى ( ثم يصرف

(6/306)

---

إلى من بعده) أي: من يجوز عليه الوقف، لأنه مرتب ( وإن وقف على جهة تنقطع) كأولاده، لأنه بحكم العادة يمكن انقراضهم ( ولم يذكر مالا) المال بهمزة مفتوحة بعد الميم المفتوحة: المرجع ( أو على من يجوز) الوقف كأولاده ( ثم على من يجوز) كالكنائس ( أوقال: وقفت وسكت، انصرف بعد انقراض من يجوز الوقف عليه) قد تضمن هذا صحة الوقف قال في «الرعاية»: في الأصح وقال محمد بن الحسن: لا يصح، لأن الوقف مقتضاه التأييد، فإذا كان منقطعاً، صار وقفاً على مجهول، وجوابه أنه معلوم المصرف، فصح كمالو صرح بمصرفه، إذ المطلق يحمل على العرف كنفد البلد، وحينئذ يصرف ( إلى ورثة الواقف) نسباً قاله في «الوجيز» و«الفروع» بقدر إرثهم ( وقفاً عليهم في إحدى الروايتين) وفي «الكافي» هي ظاهر المذهب، وجزم بها في «الوجيز»، وقدمها في «الفروع»، لأن الوقف مصرفه البر، وأقاربه أولى الناس ببره، لقوله عليه السلام: «إنك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس» ولأنهم أولى الناس بصدقاته النوافل والمفروضات، فكذا صدقته المنقولة ( والأخرى) يصرف ( إلى أقرب عصبته) لأنهم أحق أقاربه ببره، لقوله عليه السلام: «ابدأ بمن تعول، أمك وأباك وأختك وأخاك، ثم أدناك أدناك» رواه النسائي فيحتمل أن يكون ملكاً لهم، وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى، وظاهر الخرقى عكسه، والمذهب أنه يكون وقفاً عليهم، لأن الملك زال عنه بالوقف، فلا يعود ملكاً لهم، وعنه ملكاً، ويحتمله كلام الخرقى في الورثة ( وهل يختص به فقراؤهم على وجهين) أحدهما وهو ظاهر كلام الإمام والخرقى والمجد: أنه لا يختص بهم بل يشمل الفقير والغني منهما، لأنه لو وقف على أولاده، شملها، فكذا هنا، والثاني: واختاره القاضي في الروايتين: أنه يختص الفقراء منهم، إذ القصد بالوقف البر والصلة والفقراء أولى بهذا المعنى من غيرهم، نص على أنه يصرف في مصالح المسلمين ( وقال القاضي في موضع) وهو «الجامع الصغير»، والشريف أبو جعفر، وإليه

(6/307)

---

ميل المؤلف، وهو رواية ( يكون وقفاً على المساكين) قال في «الشرح»: وهو أعدل الأقوال، لأنهم أعم جهات الخير، ومصرف الصدقات وحقوق الله تعالى

من الكفارات ونحوها، فإن كان للواقف أقارب مساكين كانوا أولى به استحباباً كصلاته. وحيث قلنا: يصرف إلى الأقارب فانقرضوا، أولم يوجد له قريب، فإنه يصرف لبيت المال، نص عليه في رواية أبي طالب، وقطع به أبو الخطاب والمجد، لأنه مال لا مستحق له، وقال الأكثر: يرجع إلى الفقراء والمساكين، إذ القصد بالوقف الصدقة الدائمة، لقوله عليه السلام: «أوصدقة جارية» وقال ابن أبي موسى: يباع ويجعل ثمنه للمساكين، ونقل حرب عنه مثله وعنه: يرجع إلى ملك واقفه الحي، قال ابن الزاغوني في «الواضح»: الخلاف في الرجوع إلى الأقارب، أو إلى بيت المال، أو إلى المساكين مختص بما إذا مات الواقف، أما إن كان حياً، فانقطعت الجهة، فهل يعود الوقف إلى ملكه أو إلى عصبته؟ فيه روايتان، وظاهر المتن أن المسائل الثلاث على سنن واحد، وأن الخلاف فيها، وفي «الشرح» إذا قال: وقفت هذا وسكت، أو صدقة موقوفة أنه لا نص فيها، وقال ابن حامد: يصح، وهو قياس قول أحمد في النذر المطلق فإنه ينعقد موجباً للكفارة، وفي «الفروع» وكذا إذا قال: وقفه ولم يزد، وقال القاضي وأصحابه: إنه يصرف في وجوه البر، وفي «عيون المسائل» فيها وفي: تصدقت به لجماعة المسلمين، وفي «الروضة» إن قال: وقفته، صح في الصحيح عندنا.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 324

تنبيه: للوقف أربعة أحوال: متصل الابتدء والانتهاء، ولا إشكال في صحته، ومنقطع الانتهاء، وهو صحيح في الأصح، ومنقطع الابتدء متصل الانتهاء، ومتصل الابتدء والانتهاء، منقطع الوسط، والمذهب صحتهما، وقيل: بالبطلان بناء على تفريق الصفة.

(6/308)

مسألة: لو وقف على الفقراء، ثم على ولده، صح لهم دونه، وقيل: وعليه كمالو وقف على فقراء بلد معين (وإذا قال: وقفت داري سنة، لم يصح) لأن مقتضى الوقف التأييد، وهذا ينافيه، فلو قال: وقفت هذا على ولدي سنة، ثم على المساكين، صح (ويحتمل أن يصح) لأنه منقطع الانتهاء وقد بينا صحته (و حينئذ يصرف بعدها) أي: بعد السنة (مصرف المنقطع) أي: منقطع الانتهاء) ولا يشترط إخراج الوقف عن يده في إحدى الروايتين) في ظاهر المذهب، لأن الوقف يزول به ملك الواقف، ويلزم بمجرد اللفظ، لحديث عمر السابق ولأنه تبرع يمنع البيع والهبة، فيلزم بمجرد كالعق. والثانية: لا يلزم إلا بالقبض وإخراج الوقف عن يده، اختارها ابن أبي موسى، وقاله محمد بن الحسن، لأنه تبرع بمال لم يخرج عن المالية، فلم يلزم بمجرد كالهبة، فلو شرط نظره له، سلمه ليد غيره، ثم ارتجعه، واجيب بالفرق، فإنها تمليك مطلق، والوقف تحبيس الأصل، وتسبيل المنفعة، فهو بالعق أشبه، فالحاقه به أولى، وعلم منه أن الخلاف في لزوم الوقف وهو ظاهر كلام الأكثر، وصرح في «الهداية» أنه في الصحة، ولعله ظاهر المتن.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 324

فصل

(6/309)

( ويملك الموقوف عليه الوقف) في ظاهر المذهب، لأنه سبب يزيل التصرف في الرقبة، فملكه المنتقل إليه كالهبة إلا أن يكون مما لا يملك كالمسجد ونحوه، فإن الملك فيه ينتقل إلى الله تعالى (وعنه: لا يملكه) الموقوف عليه، ويكون تمليكا لله تعالى، وهو اختيار ابن أبي موسى، لأنه إزالة ملك عن العين والمنفعة على وجه القرية بتمليك المنفعة، فلم ينتقل إلى صاحبها كالعتق، ولأنه لو انتقل إليه، لافتقر إلى قبوله كسائر الأملاك، وعنه: انه باق على ملك الواقف، لقوله: «إن شئت حبست أصلها، وتصدقت بها» ولأن لا يوجب زوال الملك عنه، فتلزمه الخصومة فيه، والأول أولى، لأنه سبب لم يخرج به الملك عن المالية فوجب أن ينتقل إليه كالهبة والبيع، وفارق العتق من حيث إنه إخراج عن حكم المالية، ولأنه لو كان تمليكا للمنفعة المجردة، لم يلزم كالعارية والسكنى، وقول أحمد: إنهم لا يملكون التصرف في الرقبة، جمعا بينهما. لا يقال: عدم ملكه التصرف فيها يدل على عدم ملكه لها، لأنه ليس بلازم بدليل أم الولد، فإنه يملكها، ولا يملك التصرف في رقبته (ويملك صوفه ولبنه وثمرته ونفعه) بغير خلاف نعلمه، لأنه نماء ملكه، قاله في «الشرح»: ومقتضاه أنه مبني على الملك وفيه شيء، ويستوفيه بنفسه وبالإجارة والإعارة ونحوها إلا أن يعين في الوقف غير ذلك، وينبني على الخلاف ما إذا كان الموقوف ماسية، فإنه لا تجب زكاتها على الثانية والثالثة لضعف الملك أو انتفائه، ووجبت على الموقوف عليه في ظاهر كلامه واختاره القاضي في «التعليق» والمجد، وقيل: لا تجب لضعف الملك، واختاره في «التلخيص» والأصح يخرج المعين فطرته على الأولى كعبد اشترى من غلة الوقف لخدمة الوقف لتمام التصرف فيه ذكره أبو المعالي والخلاف فيما يقصد به تملك الربع، أما المسجد والمقبرة، فلا خلاف أنه ينقطع عنه اختصاص الآدمي، ويشبه ذلك ربط والمدارس.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 328

(6/310)

( وليس له وطء الجارية) لأن ملكه ناقص. ولا يؤمن حبلها فتنقص، أو تلتف، أو تخرج من الوقف بأن تبقى أم ولد (فإن فعل، فلا حد عليه) للشبهة (ولا مهر) عليه، لأنه لو وجب لوجب له، ولا يجب للإنسان شيء على نفسه (وإن أتت بولد، فهو حر) لأنه من وطء شبهة (وعليه) أي: على الواطئ (قيمه) يوم الوضع (ويشتري بها ما يقوم مقامه) أي: عبد مكانه، لأنه فوت رقه، ولأن القيمة بدل عن الوقف، فوجب أن ترد في مثله (وتصير أم ولد له) لأنه أحبلها بحر في ملكه، وإن قلنا: لا يملكها، لم تصر أم ولد، له صرح به في «المغني» و«الشرح»، لأنها أجنبية (وتعتق بموته) كأم الولد (وتجب قيمتها في تركته) لأنه ألتفها على من بعده من البطون (يشتري بها مثلها وتكون وقفا) لينجبر على البطن الثاني ما فاتهم، وقيل: يصرف إلى البطن الثاني إن تلقى الوقف من واقفه، وهو ظاهر كلام جماعة، فلهم اليمين مع شاهدهم، لثبوت الوقف مع امتناع بعض البطن الأول منها، فإن كان النصف طلقاً، فأعتقه مالكة لم يسر إلى الوقف، لأنه لم يعتق بالباشرة فبالسراية أولى (وإن وطئها أجنبي بشبهة فأنت بولد فالولد حر) لاعتقاده أنه وطئ في ملك، وإن كان عبداً وظاهره أنه

إذا وطئها مكرهة أو مطاوعة، فعليه الحد لانتفاء الشبهة ( وعليه المهر لأهل الوقف) لأنه وطئ جاريتهم في غير ملك، أشبه الأمة المطلقة، ولأنه عوض المنفعة، وهي مستحقة لهم (و) عليه (قيمة الولد) لأن رقه فات بسبب من جهة، وهو اعتقاد الحرية، وتعتبر قيمته يوم تضعه حياً، لأنه لا يمكن تقويمه قبل ذلك، ويكون الولد وقفاً معها تبعاً لها (وإن تلفت فعليه) أي: المتلف سواء كان أجنبياً أو الواقف (قيمتها) لأنه إتلاف حصل في مستحق الغير فوجبت القيمة، كمالو أتلف غير الوقف، وكذا إن كان المتلف الموقوف عليه، لأنه لا يملك التصرف في الرقبة، إنما له المنفعة (يشترى بها مثلها) لأنه أقرب إلى الوفاء بشرط الواقف، يصير وقفاً بالشراء (ويحتمل أن يملك) الموقوف

(6/311)

---

عليه (قيمة الولد) لأنه يملك النماء وهو منه (هاهنا) يعني إذا وطئها أجنبي بشبهة (ولا يلزمه قيمة الولد إن أولدها) لأن ما تملك قيمته لا تلزمه قيمته. (وله) أي: للموقوف عليه (تزويج الجارية) في الأصح، لأنه عقد على منفعتها، أشبه الإجارة، والثاني: لا يجوز تزويجها، لأنه عقد على منفعتها في العمر، فيفضي إلى تفويت منفعتها في حق من يأتي من البطون، وهذا الخلاف مبني على الملك، وحينئذ ليس له أن يتزوجها، وإن قلنا: هو ملك لله، فيزوجها حاكم، ويتزوجها (وأخذ مهرها) لأنه بدل المنفعة وهل يستحقها كالأجرة (وولدها وقف معها) أي: إذا ولدت من زوج أوزني، لأن ولد كل ذات رحم حكمه حكمها كام الولد والمكاتب (ويحتمل أن يملكه) لأنه من نمائها كثمرة الشجرة.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 328

فرع: إذا طلبت التزويج، لزمه إجابتها، لأنه حق لها طلبته، فتعينت الإجابة، وما فات من الحق به يفوت نفعاً، فلا يصلح أن يكون مانعاً كغير الموقوفة. (وإن جنى الوقف) جناية موجبة للمال (خطأ فالأرش على الموقوف عليه) جزم به الشيخان في «الوجيز»: ومرادهم إذا كان معيناً، لأنه ملكه، فكانت عليه كجناية أم الولد، ولم يتعلق أرشها برقبة الوقف، لأنه لا يمكن بيعه ولا يلزمه أكثر من قيمته كام الولد (ويحتمل أن يكون في كسبه) كمالو لم يكن معيناً كالوقف على المساكين، لأنه ليس له مستحق معين يمكن إيجاب الأرش عليه والمذهب إن قلنا: هو ملك لله، فالأرش في كسبه، لتعذر تعلقه برقبته، لكونه لا يباع، وبالموقوف عليه، لكونه لا يملكه، وقيل: هو في بيت المال، وحكاه في «التبصرة» رواية كآرش جناية المعسر، وضعفه في «المغني» بأن الجناية إنما تكون في بيت المال في صورة تحملها العاقلة عند عدمها، وجناية العبد لا تحملها.

(6/312)

---

تنبيه: لم يتعرض المؤلف إذا جنى جناية موجبة للقود والقطع أنه يجب، فإن قتل يبطل الوقف لا بقطعه، ويكون باقيه وقفاً كتلفه بفعل الله تعالى، فإن قتل: فالظاهر لا يجب القود، كعبد مشترك، وتجب القيمة، وليس للموقوف عليه العفو عنها، لأنه لا يختص بها، ويشترى بها مثلها يكون وقفاً. ويتوجه

اختصاص الموقوف عليه بها إن قلنا: يملكه، وإن قطع طرفه، فللعبد القود، وإن عفا، فأرشه يصرف في مثله، وفي «الترغيب» احتمال كنفه كجناية بلا تلف طرف، ويعاها بمملوك لا مالك له، وهو عبد وقف على خدمة الكعبة قاله ابن عقيل في «المنثور».

( وإذا وقف على ثلاثة) كزيد وعمر وبكر ( ثم على المساكين فمن مات منهم) أورد ( رجع نصيبه إلى الآخرين) لأنهما من الموقوف عليهم أولاً، وعوده إلى المساكين مشروط بانقراضهم، إذ استحقاق المساكين مرتب ثم، فإذا مات الثلاثة أوردوا، فللمساكين عملاً بشرطه فلو وقف على ثلاثة ولم يذكر له مآلاً، فمن مات منهم، فحكم نصيبه حكم المنقطع، كما لو ماتوا جميعاً قاله الحارثي، واختار في «القواعد» أنه يصرف إلى الباقي وهو أظهر.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 328

فصل

(6/313)

( ويرجع إلى شرط الواقف) لأن عمر وقف وقفاً، وشرط فيه شروطاً، ولو لم يجب لتبايع شرطه، لم يكن في اشتراطه فائدة، ولأن ابن الزبير وقف على ولده وجعل للمردودة من بنائه أن تسكن غير مضرّة ولا مضر بها، فإذا استغنت بزوج فلا حق لها فيه، ولأن الوقف متلقى من جهته، فاتبع شرطه ونصه كنص الشارع قال الشيخ تقي الدين: يعني في الفهم، والدلالة في وجوب العمل مع أن التحقيق أن لفظه ولفظ الموصي والحالف والناذر وكل عاقد يحمل على عادته في خطابه ولغته التي يتكلم بها وافقت لغة العرب والشارع أولاً، فلو تعقب شرطه جملاً عاد إلى الكل، واستثناء كشرط، نص عليه، وكذا مخصص من صفة، وعطف بيان، وتوكيد، وبدل، ونحوه، وجار ومجرور نحو: وعلى أنه، وبشرط أنه ونحوه ( في قسمة على الموقوف عليه) أي: على أن للأثني سهماً، وللذكر سهمين أو بالعكس والمستحب أن يقسمه على أولاده على حسب قسمة الله تعالى في الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين، وقال القاضي: المستحب التسوية بينهم، لأن القصد القرية على وجه الدوام، وقد استنوا في القرابة. ورد بأنه اتصال المال إليهم، فينبغي أن يكون على حسب الميراث كالعطية والذكر في مظنة الحاجة غالباً بوجوب حقوق تترتب عليه بخلاف الأثني ( وفي التقديم) بأن يقف على أولاده مثلاً يقدم الأفقة أو الأدين أو المريض ونحوه، قال في رواية محمد بن الحكم فيما إذا خص بعضهم بالوقف: إن كان على طريق الأثرة فأكرهه، وإن كان على أن بعضهم له عيال، وبه حاجة، فلا بأس ( والتأخير) بأن يقف على ولد فلان بعد بني فلان (والجمع) بأن يقف على أولاده وأولاد أولاده ونسله وعقبه ( والترتيب) بأن يقف على أولاده، ثم أولادهم، ثم يقف على أولاده، وإن نزلوا، الأعلأ فالأعلأ أو الأقرب فالأقرب، أو على أولاده، فإذا انقرضوا، فعلى أولاد أولاده، فالتقديم بقاء أصل الاستحقاق للمؤخر على صفة أن له ما فضل، وإلا سقط، والترتيب عدم استحقاق المؤخر مع وجود المقدم ( والتسوية) بأن يقف على

(6/314)



طائفة بينهم بالتسوية، وقيل: يمنع تسوية بين فقهاء كمسابقة ( والتفضيل) بأن يقول: لواحد الثلث، وللآخر الثلثان ( وإخراج من شاء بصفة وإدخاله بصفة) لقضية ابن الزبير في بناته، وليس هو تعليق للوقف بصفة، بل وقف مطلق، والاستحقاق له صفة، فلو شرط أن يخرج من شاء منهم، ويدخل من شاء من غيرهم، لم يصح، لمنافاته مقتضاه، لا قوله: يعطي من شاء، لتعليقه استحقاقه بصفة، كماله وقفه على المشتغلين بالعلم من ولده، فإنه يستحقه المشتغل دون غيره فمن ترك الاشتغال، زال استحقاقه، فإن عاد إليه، عاد استحقاقه، ذكره في «المغني» و«الشرح» وقال الحارثي: بالفرق لا يتجه، وقال: الشيخ تقي الدين: كل متصرف بولاية إذا قيل: يفعل ما شاء، فإنما هو لمصلحة شرعية حتى لو صرح الواقف بما يهواه، أو يراه مطلقاً، فشرط باطل لمخالفة الشرع، وكشرطه تغيير شرط ( و) في ( الناظر فيه) بأن يقول: الناظر فلان، فإن مات فلان، لأن عمر جعل وقفه إلى حفصة تليه ما عاشت، ثم يليه ذو الرأي من أهلها، ولأن مصرف الوقف يتبع فيه شرط الواقف، فكذا في نظره، وشرطه أن يكون مكلفاً ثقة، كافياً في ذلك، خبيراً به، قوياً عليه، فإن جعله لغيره لم يعزله بلا شرط، وإن شرطه لنفسه، ثم لغيره، صح في الأصح، وإن فوضه لغيره، أو أسنده، فله عزله، قاله ابن حمدان والحارثي، وقيل: لا واختاره جمع، وللناظر التقرير في الوظائف وفي «الأحكام السلطانية»: يقرر في الجوامع الكبار الإمام ولا يتوقف الاستحقاق على نصيبه إلا بشرط، ولا نظر لغيره معه، أطلقه الأصحاب في «الفروع» ويتوجه مع حضوره، فيقرر حاكم في وظيفة خلت في غيبته، ولو سبق توليه ناظر غائب، قدمت، والناظر منفذ لما شرطه الواقف ( والإنفاق عليه) بأن يقول: يعمر الوقف من المكان الفلاني مثلاً ( وسائر أحواله) لأنه ثبت بوقفه، فوجب أن يتبع فيه شرطه ولأن ابتداء الوقف مفوض إليه، فكذا في تفاصيله، فلو شرط أن لا يؤجر، أو قدرها بمدة اتبع، وأن لا ينزل فاسق وشريب

(6/315)

ومتجوه ونحوه، عمل به قال في «الفروع»: وإلا توجه أن لا يعتبر في فقهاء ونحوهم، وفي إمام ومؤذن الخلاف. وقال الشيخ تقي الدين: لا يجوز أن ينزل فاسق في جهة دينه كمدرسة وغيرها مطلقاً لأنه يجب الإنكار وعقوبته، فكيف ينزل؟ وإن نزل مستحق تنزلاً شرعياً، لم يجز صرفه بلا موجب شرعي.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 333

تنبيه: للحاكم النظر العام، فيعترض عليه إن فعل ما لا يسوغ، وله ضم أمين مع تفريطه أو تهمة، وكذا مع ضعفه، ومن ثبت فسقه، أو أمر متصرفاً بخلاف الشرط الصحيح عالماً بتحريمه، قدح فيه، فإما أن يعزل، أو يعزل، أو يضم إليه أمين على الخلاف، ثم صار هو والوصي أهلاً، كماله صرح به وكالموصوف ذكره الشيخ تقي الدين، وذكر الجدفي النكت أنه لو عزل من وظيفته للفسق، ثم تاب، لم يعد إليها، وإذا فرط سقط ماله بقدر ما فوته من الواجب وإذا أطلق النظر لحاكم المسلمين، شمل أي حاكم، وأفتى جماعة من ذوي المذاهب أنه عند التعدد يكون للسلطان توليه من شاء، ولو فوضه حاكم، لم يجز لآخر

نقضه، ولو ولى كل منهما شخصاً، قدم ولي الأمر أحقهم.  
فرع: إذا جهل شرط الواقف، تساوى فيه المستحقون، لأن الشركة ثبتت ولم  
يثبت التفضيل، فوجبت التسوية، كمالو شرك بينهم بلفظه، ذكره في «الكافي»  
وغيره، وقيده الشيخ تقي الدين بما إذا لم يكن عادة قال: لأن العادة المستمرة  
والعرف المستقر في الوقف يدل على شرط الواقف أكثر مما يدل لفظ  
الاستفاضة.

(6/316)

---

( فإن لم يشترط ناظراً) أو شرطه لانسان فمات ( فالنظر للموقوف عليه)  
على المذهب، لأنه ملكه وغلته له، فكان نظره إليه كملكه المطلق، فإن كان  
واحدًا، استقل به مطلقاً، وقيل: يضم إلى الفاسق أمين حفظاً لأصل الوقف  
عن التصبيع، وإن كان مولى عليه، قام وليه مقامه، وإن كانوا جماعة، فهو بينهم  
على قدر حصصهم، ويستثنى منه ما إذا كان الوقف على مسجد، أو من لا  
يمكن حصرهم، فإنه للحاكم، لأن ليس له مالك معين، وله أن يستتبع  
فيه ( وقيل: للحاكم) أي: حاكم البلد، اختاره ابن أبي موسى، لأنه يتعلق به حق  
الموجودين، وحق من يأتي من البطون، وبناه المؤلف - وهو ظاهر  
في «المحرر» و«الفروع» - على الملك، فإن قلنا: هو للموقوف عليه، فالنظر  
له لأنه يملك عينه ونفعه، وإن قلنا: هو لله تعالى، فالحاكم يتولاه، وبصرفه في  
مصرفه كالوقف على المساكين. والحاصل إن كان النظر لغير موقوف عليه،  
وكانت ولايته من حاكم أو ناظر، فلا بد فيه من شرط العدالة، وإن كانت ولايته  
من واقف وهو فاسق أو عدل، ففسق، صح، وضم إليه أمين ووظيفته ناظر  
حفظ وقف وعمارة وإيجار، وزراعة ومخاضة فيه، وتحصيل ريعه من أجرة  
وزرع وثمره، وصرفه في جهاته من عمارة وإصلاح وإعطاء مستحق ونحوه.  
فرع: إذا شرط النظر لاثنين، فأكثر، لم يصح تصرف أحدهما بلا شرط، وإن  
شرط لكل منهما إلا واحد، ضم إليه أمين، لأن الواقف لم يرض بنظر واحد  
ذكره في «الكافي» وكذا لو جعله لاثنين، فمات أحدهما أو انعزل.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 333

(6/317)

---

( وينفق عليه) أي: على الوقف ( من غلته) إن لم يعين واقف من غيره، لأن  
الوقف تحبب الأصل وتسبيل المنفعة، ولا يحصل ذلك إلا بالإنفاق عليه، فكان  
من ضرورته، فإن لم يكن له غلة، فالنفقة على موقوف عليه معين إن كان  
الوقف ذا روح، فإن تعذر الإنفاق، بيع وصرف الثمن في عين أخرى تكون وقفاً  
لمحل الضرورة، وإن كان على غير معين كالمساكين، فالنفقة من بيت المال،  
وإن تعذر، بيع، ثم إن كان الوقف عقاراً، لم تجب عمارته من غير شرطه، فإن  
كان بشرطه، عمل به، وقال الشيخ تقي الدين: تجب عمارته بحسب البطون،  
وتقدم عمارته على أرباب الوظائف، قال الشيخ تقي الدين: الجمع بينهما  
حسب الإمكان أولى، بل قد يجب، ولو احتاج خان مسبل، أودار موقوفة  
لسكنى حاج أو غزاة ونحوهم إلى مرمة أو جرم منه بقدر ذلك.

فرع: للناظر الاستدانة عليه بلا إذن حاكم، كشرائه الوقف بنسيئة أو بنقد لم يعينه، قال في «الفروع»: ويتوجه في قرضه مالاً لولي.

(6/318)

( وإن وقف على ولده) أو أولاده، أو على أولاد فلان ( ثم على المساكين، فهو لولده الذكور والإناث) والخناثي، لأن اللفظ يشملهم ( بالسوية) لأنه شرك بينهم، وإطلاقها يقتضي التسوية، كما لو أقر لهم بشيء، وكولد الأم في الميراث ولا يدخل فيه الولد المنفي باللعان، لأنه لا يسمى ولداً، ولا يستحق منه حمل إلا بعد انفصاله، لأنه لا يسمى ولداً قبل انفصاله، فيستحق من ثمر وزرع كمشتر نقله المروذي، وقطع به في «المغني» وغيره، ونقل جعفر: يستحق من زرع قبل بلوغه الحصاد قطع به في «المبهبج» وقال الشيخ تقي الدين: الثمرة للموجود عند التأبير، وبدو الصلاح، ويشبه الحمل إن قدم إلى ثغر موقوف عليه فيه، وأخرج منه إلى بلد موقوف عليه فيه، نقله يعقوب، وقياسه من نزل في مدرسة ونحوه، واختار شيخنا، يستحق بحصته من مغله، وإن من جعله كالولد، فقد أخطأ ذكره في «الفروع» ( ولا يدخل فيه ولد البنات) بغير خلاف قاله في «المغني» و«الشرح» لعدم دخولهم في قوله تعالى: {يوصيكم الله في أولادكم} (النساء: 11) ولقول الشاعر:  
بنونا بنوا أبناءنا وبنائنا [ع]  
بنوهن أبناء الرجال الأبعد

(6/319)

لأن ولد الهاشمية ليس بهاشمي، ولا ينسب إلى أبيها شرعاً ولا عرفاً، وبهذا علل أحمد، فقال: لأنهم من رجل آخر، وقيل: شملهم لدخولهم في مسمى الأولاد ( وهل يدخل ولد البنين على روايتين) كذا في «المحرر» و«الفروع» أحدهما وحزم بها في «الوجيز»: يدخلون، لدخولهم في قوله تعالى: {يوصيكم الله في أولادكم} وحينئذ يشمل ولد البنين وإن سفلوا، لأنه ولد، لقوله تعالى: {يابني آدم} (الأعراف: 26) {يابني إسرائيل} (البقرة: 40) ولقوله عليه السلام: «أرموا بني إسماعيل، فإن أباكم كان رامياً» ولأنه لو وقف على ولد فلان وهم قبيلة دخل فيه ولد البنين، فكذا إذا لم يكونوا قبيلة، وحينئذ يستحقون في الوقف بعد آبائهم مرتباً، وظاهره يشمل الموجودين ومن سيوجد، وفيه رواية. وهذا ما لم تكن قرينة تصرفه عن ذلك، والثانية: لا يدخلون، اختارها القاضي وأصحابه، لأن ولده حقيقة ولد صلبه، والكلام لحقيقته، وإنما يسمى ولد الولد ولداً مجازاً بدليل صحة النفي إلا أن يقترن به ما يدل على إدخالهم، كقوله: وقفت على أولادي، لولد الذكور الثلثان، ولولد الإناث الثلث، وآية الميراث دلت قرينة على إرادة الولد وإن سفل، فحمل اللفظ على حقيقته ومجازه.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 333

(6/320)

( وإن وقف علي عقبه أوولد ولده أوذريته أو نسله دخل فيه ولد البنين) بغير خلاف علمناه، لأنه ولد ولده حقيقة وانتساباً (ونقل عنه لا يدخل فيه ولد البنات) لأنه قال فيمن وقف على ولده: ما كان من ولد البنات، فليس لهم شيء، فهذا النص يحتمل تعديته إلى هذه المسألة، ويحتمل أن يكون مقصوراً على من وقف على ولده ولم يذكر ولد ولده والمنع، اختاره القاضي في «التعليق» و«الجامع»، والشيرازي وأبو الخطاب في «خلافه» الصغير وفي «الفروع» اختاره الأكثر، كمن ينسب إلي، ونص عليها في ولد ولدي الصلبي إلا بقريئة تدل على دخولهم (ونقل عنه في الوصية: يدخلون فيه وذهب إليه بعض أصحابنا وهذا مثله) لأنه حكم الوقف والوصية واحد، والقول بدخولهم هو رواية ثابتة عن أحمد، قدمها في «المحرر» و«الرعاية» واختارها أبو الخطاب في «الهداية» لأن البنات أولاده فأولاده أولاد أولاده حقيقة، لقوله تعالى: {ومن ذريته داود} (الأنعام: 84 و 85) وهو ولد بنته، وقال النبي على المنبر: «إن ابني هذا سيد، ولعل الله أن يصلح به بين فئتين عظيمتين من المسلمين» يعني الحسن. رواه البخاري، قال في «الشرح»: والقول بدخولهم أصح وأقوى دليلاً (وقال أبو بكر وابن حامد: يدخلون فيه) هذا رواية، لأن ولد البنت يدخل في التحريم الدال عليه قوله تعالى: {حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم} (النساء: 23) (إلا أن يقول على ولد ولدي لصلبي فلا يدخلون) لأنه ليس من صلبيه وفي الروايتين للقاضي وتبعه في «المغني» أنهما اختارا الدخول مطلقاً، وفي «الخصال» لابن البناء أن ابن حامد اختار الدخول وأبا بكر ما ذكره هنا، وهو في «المغني» القديم، وقيل: إن قال ولد ولدي لصلبي شمل ولد بنيه لصلبيه، وفي «التبصرة» يشمل في الذرية، وإن الخلاف في ولد ولده، ومحل الخلاف مع عدم القرينة، أما مع القرينة، فالعمل بها، ولهذا قيل في عيسى والحسن: إنهما إنما دخلا مع الذكر والكلام مع الإطلاق، وأجاب في «المغني» و«الشرح»: عن قضية عيسى بأنه لم

(6/321)

يكن له نسب ينتسب إليه، فنسب إلى أمه، والحسن بأنه مجاز اتفاقاً بدليل قوله تعالى: {ما كان محمد أباً أحد من رجالكم} (الأحزاب: 40). مسألة: إذا قال: على ولدي، ثم على ولد ولدي، ثم الفقراء، لم يشمل البطن الثالث ومن بعده في الأشهر، فإن قال: على ولدي، فإذا انقرض ولد ولدي، فعلى الفقراء، شمل ولد ولده، وقيل: لا، كما لو قال: على ولدي لصلبي، فلو وقف على ولده فلان وفلان، ثم على ولد ولده، منع، جزم به في «المغني» وغيره، وقال القاضي: لا ونقله حرب، لأن قوله: على ولدي يستغرق الجنس، فيعم، والتخصيص بقوله: فلان وفلان تأكيد للبعض، فلا يوجب إخراج البقية كالعطف في قوله تعالى: {من كان عدواً} (البقرة: 97) الآية وعلى الأول فيقصر الوقف على المسلمين وأولادهم، وأولاد الثالث جعلاً لتسميتها بدلاً للبعض من الكل، فاخص الحكم به، ويجوز أن يكون بدل الكل من الكل لانطلاق لفظ الولد على الاثنين، كانطلاقه على الجميع. رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 333

فرع: إذا قال: على أولادي، ثم أولادهم، ثم الفقراء. فترتب جملة، وقيل: أفراد، وفي الانتصار: إذا قوبل جمع بجمع، اقتضى مقابلة الفرد منه بالفرد من مقابلة لغة، فعلى هذا قال في «الفروع»: الأظهر استحقاق الولد، وإن لم يستحق أبوه شيئاً قاله شيخنا. ومن ظن أن الوقف كالإرث لم يدر ما يقول، ولهذا لو انتفت الشروط في الطبقة الأولى أو بعضهم: لم تحرم الثانية مع وجود الشروط فيه إجماعاً. وقول الواقف: من مات فنصيبه لولده يعم ما استحقه، وما يستحقه مع صفة الاستحقاق، استحقه أولاً تكثيراً للفائدة، ولصدق الإضافة بأدنى ملابسة.

(6/322)

---

تنبيه: إذا قال: من مات عن غير ولد، فنصيبه لمن في درجته، والوقف مرتب، فهو لأهل البطن الذي هو منهم من أهل الوقف، وكذا إن كان مشتركاً بين البطون، فإن لم يوجد في درجته أحد، بطل هذا الشرط، وكان الحكم فيه كمالو لم يذكره، وإن كان الوقف على البطن الأول على أن نصيب من مات منهم عن غير ولد من في درجته، فخلافاً، والأشهر أنه يستوي في ذلك إخوته وبنو عمه وبنو عم أبيه ونحوهم إلا أن يقول: يقدم الأقرب فالأقرب إلى المتوفى ونحوه، فيختص بهم، وليس من الدرجة من هو أعلا منه أو أنزل، وإن شرط أن نصيب المتوفى عن غير ولد لمن في درجته استحقه أهل الدرجة وقت وفاته، وكذا من سيولد منهم، أفتي به الشارح، وصاحب «الفائق» وابن رجب قال: وعلى هذا لو حدث من هو أعلا من الموجودين. وكان في الوقف استحقاق الأعلا فالأعلا، أخذه منهم. وقوله من مات، فنصيبه لولده يشمل الأصل والعائد، واختار الشيخ تقي الدين الأصل فقط.

تتمة: لو قال: هو وقف على أولادي، ثم أولادهم الذكور والإناث، ثم أولادهم الذكور من ولد الظهر فقط، ثم نسلهم وعقبهم، ثم الفقراء على أنه من مات منهم، وترك ولداً وإن سفل، فنصيبه له، فمات أحد الطبقة الأولى، وترك بنتاً، فماتت ولها أولاد، فقال شيخنا: ما استحقه قبل موتها لهم، ويتوجه لا، ولو قال: من مات عن غير ولد وإن سفل، فنصيبه لإخوته، ثم نسلهم وعقبهم، عم من أعقب، ومن لم يعقب، ومن أعقب، ثم انقطع عقبه، لأنه لا يقصد غيره، واللفظ يحتمل، فوجب الحمل عليه قطعاً، ذكره شيخنا، ويتوجه نفوذ حكم بخلافه ذكره في «الفروع».

(6/323)

---

( وإن وقف على بنيه، أو بني فلان، فهو للذكور خاصة) في قول الجمهور، لأن لفظ البنين وضع لذلك حقيقة، لقوله تعالى: {أصطفى البنات على البنين} (الصفات:53) و{زين للناس حب الشهوات من النساء والبنين} (آل عمران:14) و{المال والبنون زينة الحياة الدنيا} (الكهف:46) ولا يدخل فيه الخنثى، لأنه لا يعلم كونه ذكراً، وعكسه لو وقف على بناته اختص بهن، ولا شيء للذكور، ولا للخنثى، لأنه لا يعلم كونه أنثى، لانعلم فيه خلافاً (إلا أن يكونوا قبيلة) كبيرة قاله في «الرعاية» كني هاشم وتميم وقضاة ( فيدخل فيه

(النساء) لقوله تعالى: {ولقد كرمتنا بني آدم} (الاسراف:70) ولأن اسم القبيلة يشمل ذكرها وأثاها، وروي أن جوارى من بني النجار قلن:  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 333  
نحن جوار من بني النجار[ع]  
ياحبذا محمد من جار

(6/324)

ويقال: امرأة من بني هاشم (دون أولادهم من غيرهم) وحكاه في «الرعاية» قولاً، لأنهم لا ينتسبون إلى القبيلة الموقوف عليها، بل إلى غيرها، وكما لو قال: المنتسبين إلي، واقتضى ذلك دخول أولادهم منهم، وهو ظاهر لدخول الانتساب حقيقة، ولا يشمل مواليهم، وعلى الأول يكفي واحد منهم، وقيل: بل ثلاثة، وبأخذ كل واحد ما رآه الناظر، وقيل: بل قدر حقه من الزكاة مع فقره كالوقف على الفقراء) وإن وقف على قرابته أو قرابة فلان، فهو للذكور والإناث من أولاده وأولاد أبيه وجده وجد أبيه، لأن النبي لم يجاوز بني هاشم بسبهم ذوي القربى) لقوله تعالى: {ما آفأ الله على رسوله من أهل القرى فله وللرسول ولذي القربى} (الحشر:7) فأعطى النبي أولاده وأولاد عبد المطلب وأولاد هاشم ذكرهم واثاها، ولم يعط من هو أبعد، كبني عبد شمس، وبني نوفل شيئاً، لا يقال: هما كبني المطلب، لأنه علل عليه السلام بأنهم لم يفارقوه في جاهلية ولا إسلام، ولم يعط قرابة أمه وهم بنو زهرة شيئاً، وجعل هاشماً الأب الرابع، ولا يتصور أن يكون رابعاً إلا أن يعد النبي أباً، وظاهره أنه يستوي فيه الذكر والأنثى، والكبير والصغير، والقريب والبعيد، والغني والفقير لشمول اللفظ لهم، ولا يدخل الكافر، لأنه لم يدخل في المستحق من قربي النبي، وعنه: يجاوز بها أربعة آباء، فعليها يعطى كل من يعرف بقرابته من قبل أبيه وأمه الذين ينتسبون إلى الأب الأدنى، لأنهم قرابتهم، فيتناولهم من اللفظ، وعنه: ثلاثة آباء) وعنه: إن كان يصل قرابته من قبل أمه في حياته) كإخوته أمه وأخواله وخالاته/( صرف إليهم) لأن صلته إياهم في حياته قرينة تدل على إرادتهم بصلته هذه/ ( وإلا فلا) أي: وإن لم يصلهم في حياته، فلا يصرف إليهم لما ذكرنا وهذه الرواية نقلها صالح وعبد الله وابن هانئ، وصححها القاضي وجماعة، ونقل صالح إن وصل أغنياءهم، أعطوا، وإلا الفقراء أولى، وأخذ منه الحارثي عدم دخولهم في كل لفظ عام.

(6/325)

والأول أولى وأصح، لأن هذا عرف في الشرع فيجب حمله عليه، وتقديمه على العرف اللغوي كالوضوء، ولا وجه لتخصيصه بذوي الرحم المحرم، وهذا مع الإطلاق، فأما وجدت قرينة لفظية، أو حالية تدل على إرادتهم، أو حرمانهم، عمل بها.

فرع: قرابة أمه كذلك، وعنه: إن وصلهم شملهم، ومثله قرابة غيره أو الفقهاء، ويصل بعضهم ذكره القاضي.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 333

تنبيه: إذا وقف على أقرب قرابته، وأقرب الناس إليه، قدم الأقرب نسباً وإراثاً، وإبنة كأبويه، وقيل: يقدم عليها، وأخوه لأبيه أو أبويه كجد أب، وقيل: عكسه، وأخوه لأبيه كامه، إن شمل قرابته، وكذا أبناؤهما وولد أبويه أولى منهما، قال في «الفروع»: ويتوجه رواية كآخيه لأبيه لسقوط الأمومة في النكاح، وجزم به في «التبصرة» وأبوه أولى من ابن ابنه، وفي الترغيب عكسه، ويستوي جداه وعماه كأبويه (وأهل بيته بمنزلة قرابته) نص عليه في رواية عبد الله فيمن أوصى بثلث ماله لأهل بيته قال: هو بمنزلة قوله: لقرابتي، حكاة ابن المنذر عنه، واحتج بقول عليه السلام «لا تحل الصدقة لي، ولا لأهل بيتي» فجعل سهم ذوي القربى عوضاً لهم من الصدقة التي حرمت عليهم، فكان ذوي القربى الذين سماهم الله تعالى هم أهل بيته الذين حرمت عليهم الصدقة وهم آل علي وآل عقيل، وآل جعفر، وآل عباس، وحكى القاضي عن ثعلب أن أهل البيت عند العرب آباء الرجل وأولادهم، كالأجداد والأعمام وأولادهم، ويستوي فيه الذكر والأنثى، وقال القاضي: ولد الرجل لا يدخل في اسم القرابة ولا أهل بيته وفيه شيء، فإن ولد النبي من أهل بيته. وأقاربه الذين حرّموا الصدقة، وأعطوا من سهم ذوي القربى، بل هو أقرب قرابته (وقال الخرقى: يعطى من قبل أبيه وأمه) لأن أمه من أهل بيته، فكذا أقاربها من أولادها وأبويها وإخوتها وأخواتها، ونقل صالح يختص من يصله من قبل أبيه وأمه، ولو جاوز أربعة آباء وأن القرابة تعطى أربعة آباء فمن دون، واختار أبو

(6/326)

محمد الجوزي أن قومه وأهل بيته كقرابة أبويه، وأن القرابة قرابة أبيه إلى أربعة آباء، وعنه: أزواجه من أهله، ومن أهل بيته، ذكرها الشيخ تقي الدين، وقال: في دخولهن في آله وأهل بيته روايتان، اختار الدخول وهو قول الشريف.

فرع: أهل الوقف هم المتنازلون له. (وقومه ونسبائه كقرابته) نص عليه لأن قوم الرجل قبيلته، وهم نسبائه، وقيل: كذي رحمه، وقال أبو بكر: هو بمثابة أهل بيته، لأن أهل بيته أقاربه وأقاربه هم قومه ونسبائه، وقال القاضي: إذا قال: لرحمي، أو لأرحامي، أو لنسبائي، صرف إلى قرابته من قبل أبيه وأمه، ويتعدى ولد الأب الخامس، فعليه يدفع إلى كل من يرثه بفرض أو تعصيب، أو بالرحم في حال، قال في «المغني»: وقول أبو بكر في المتناسبين أولى من قول القاضي، لأن ذلك في العرف على من كان من العشيرة التي ينسبان إليها، وإذا كان من العشيرة التي ينسبان إليها، وإذا كان كل واحد منهما ينسب إلى قبيلة غير قبيلة صاحبه، فليس بمناسب لها.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 333

فائدة: القوم للرجال دون النساء، لقوله تعالى: {لا يسخر قوم من قوم} (الحجرات: 11) الآية سموا به لقيامهم بالأمر، ذكره ابن الجوزي.

(والعتره هم العشيرة) الأذنون هذا أصح وأشهر في عرف الناس، وبذلك فسره ابن قتيبة لقول أبي بكر في محفل من الصحابة: نحن عتره رسول الله، ولم ينكر أحد، وهم أهل اللسان، فلا يعول على خلافه، لكن توقف أحمد في ذلك، وقيل: ذريته، وقيل: ولده وولد ولده (وذوو رحمه كل قرابة له من جهة الآباء والأمهات) والأولاد، لأن الرحم تشملهم وهي في القرابة من جهة الأم

أكثر استعمالاً، فإذا لم يجعل ذلك مرجحاً، فلا يجعل ذلك مانعاً. وذكر القاضي مجاوزته للأب الخامس.

(6/327)

---

تذنيب: إذا وقف على جماعة أوجع من الأقرب إليه فثلاثة، فإن لم يكن يتمم العوز من الأبعد، ويشمل أهل الدرجة ولو كثروا، وفي «الفروع» ويتوجه في جماعة اثنان، لأنه لفظ مفرد، وقال المجد: أقل الجمع مماله تثنية خاصة ثلاثة، ويتوجه وجه في لفظ الجمع اثنان، ولفظ النساء ثلاثة، والرهط لغة: ما دون العشرة من الرجال خاصة، وفي «كشف المشكل»: هو ما بين الثلاثة إلى العشرة.

( والأيامي والغراب: من لا زوج له من الرجال والنساء) ذكره أصحابنا، لما روي عن سعيد بن المسيب قال: أيمت حنة من زوجها، وأيم عثمان من رقية، يقال: رجل عذب، وامرأة عذبة، قاله ثعلب، وإنما سمي عذبا لانفراده، ولا يقال: أعذب، ورد بأنها لغة، حكاهما الأزهري عن أبي حاتم، وفي صحيح البخاري عن ابن عمر: وكنت شاباً أعذب. وسواء تزوج الرجل أولا، والمرأة سواء كانت بكراً أو ثيباً، وقيل: لا يكون الأيم إلا بكراً (ويحتمل أن يختص الأيامى بالنساء والعزاب بالرجال) لقوله تعالى: {وأنكحوا الأيامى منكم} (النور: 32) وفي الخبر: «أعوذ بالله من سرار الأيم» إنما أراد به النساء، لأن العرف اختصاصهن بهذا الاسم العرفي يقال: امرأة أيم بغير هاء، ولو كان الرجل مشاركاً لها، ل قيل: أيم، وأيمة كقائم وقائمة، وحكى أبو عبيد أيمة، ولأن العرف أن العذب يختص بالرجل (فأما الأرامل فهن النساء اللاتي فارقهن أزواجهن) يموت أو غيره، قال أحمد في رواية حرب وقد سئل عن رجل وصى لأرامل بني فلان، فقال: قد اختلف الناس فيها، فقال قوم: هو للرجل والنساء، والذي يعرف في كلام الناس أن الأرامل النساء لأنه هو المعروف، فيحمل المطلق عليه ( وقيل: هو للرجال والنساء) وقاله الشعبي وإسحاق وأنشد:

هذي الأرامل قد قضيت حاجتها [ع]

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 333

فمن لحاجة هذا الأرملة الذكر

(6/328)

---

فيقال: رجل أرملة، وامرأة أرملة، والأول أولى، لأن الأرامل جمع أرملة، فلا يكون جمعاً للمذكر، لأن اختلاف المفرد يقتضي اختلاف الجمع، والشعر لا دلالة فيه، لأنه لو شمل لفظ الأرامل للمذكر والمؤنث، لقال حاجتهم، لأن تذكير الضمير عند اجتماع النوعين لازم، وسمى نفسه أرملاً تجوزاً بدليل أنه وصف نفسه بأنه مذكر، ولو ثبت في الحقيقة أنه لهما، لكن خصه أهل العرف بالنساء، فهجرت الحقيقة وصارت مغمورة.

فرع: إخوته وعمومته، وبكر وثيب وعانس لذكر وأنثى.

(وإن وقف على أهل قريته لم يدخل فيهم) أي: في الموقوف عليهم (من يخالف دينه) على المذهب، لأن الظاهر من حال الواقف أنه لم يرد من يخالف



دينه لما بينهما من المقابلة، فيكون ذلك قرينة صارفة للفظ عن شموله بدليل أنه تبارك وتعالى لما أطلق آية الميراث لم يشمل المخالف، فكذا هنا، فعلى هذا لو كان الواقف مسلماً، لم يدخل الكافر، وكذا عكسه، فإن صرح بهم، دخلوا لأن إخراجهم يترك به صريح المقال، وهو أقوى من قرينة الحال، وكذا إن وجدت قرينة دالة على إرادتهم، فلو كان أهل القرية والأقارب كلهم كفاراً، دخلوا لأن إخراجهم يؤدي إلى رفع اللفظ بالكلية، فإن كان فيهم مسلم واحد والباقي كفار دخلوا أيضاً، لأن إخراجهم بالتخصيص بعيد، وفيه مخالفة الظاهر، وإن كان الأكثر كفاراً، فهو للمسلمين في ظاهر قول الخرقى، لأنه أمكن حمل اللفظ عليهم، والتخصيص يصح بإخراج الأكثر، وقيل: يدخل الكفار، لأن التخصيص في مثل هذا بعيد، وإن تخصيص الصورة النادرة قريب، وتخصيص الأكثر بعيد يحتاج إلى دليل.

(6/329)

---

فائدة: حكم سائر كالأخوة والأعمام واليتامى والمساكين حكم أهل قرينته ( وفيه وجه آخر أن المسلم يدخل فيه وإن كان الواقف كافراً) لأن اللفظ عام وحاصله أن الواقف إن كان كافراً، تناول أهل دينه، لأن لفظه يتناولهم والقرينة دالة على إرادتهم، وهل يدخل فيه المسلم؟ ينظر، فإن وجدت قرينة على دخولهم كما إذا لم يكن إلا مسلمون، وإن انتفت القرائن، فوجهان، وإن كان في القرية كافر من غير دين أهل الواقف، لم يدخل، لأن قرينة الحال تخرجه، وقيل بدخوله بناء على توريث الكفار بعضهم من بعض. ملحق: الصبي والغلام من لم يبلغ، واليتيم: من لا أب له، ولو جهل بقاء أبيه، فالأصل بقاءه، وقال الشيخ تقي الدين: يعطى من ليس له ببلد الإسلام أب يعرف، فإن بلغ، خرج من حد اليتيم، والشاب والفتى: من بلغ إلى الثلاثين، وقيل: وخمسة، والكهل منها إلى الخمسين، والشيخ منها إلى السبعين، وفي «الكافي» و«الترغيب» إلى آخر العمر، ثم الهرم. والأشراف أهل بيت النبي ذكره الشيخ تقي الدين، قال: وأهل العراق كانوا لا يسمون شريفاً إلا من كان من بني العباس، وكثير من أهل الشام وغيرهم لا يسمون إلا من كان علوياً، والشريف في اللغة: خلاف الوضع والضعيف، ولما كان أهل بيت النبي أحق البيوت بالتنشريف، صار من كان من أهل بيته شريفاً، فلو وصى لبيني هاشم، لم يدخل مواليهم، نص عليه.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 333

(6/330)

---

( وإن وقف على مواليه وله موال من فوقه ومن أسفل تناول جميعهم ) ويستوون فيه، لأن الاسم يشملهم جميعاً، قال ابن أبي موسى: من وقف على مواليه المعتقدين، جاز، وكان بينهم على ما شرط، فإن ماتوا ولهم أولاد، صار ما كان وقفاً عليهم وقفاً على أولادهم ( وقال ابن حامد: يختص الموالى من فوق ) لأنهم أقوى عصبة بدليل ثبوت الميراث لهم ولا يستحق مولى أبيه مع وجود مواليه، فإن لم يكن له موال، فقال الشريف: هو لمولى أمه، لأن الاسم يتناوله

مجازاً وقد تعذرت الحقيقة، فإن كان له موالى أب حين الوقف، ثم انقرض مواليه، لم يكن لموالى الأب في ظاهر ما ذكروا، لأن الاسم تناول غيرهم، فلا يعود إليهم إلا بعقد ولم يوجد.

(6/331)

( وإن وقف على جماعة يمكن حصرهم واستيعابهم) كبنى فلان الذين ليسوا بقبيلة ( وجب تعميمهم والتسوية بينهم) لأن اللفظ يقتضي ذلك وقد أمكن الوفاء به، فوجب العمل بمقتضاه، أشبه ما لو أقر لهم، وقوله تعالى: {فهم شركاء في الثلث} (النساء:12) يوضحه، فإن كان الوقف في ابتدائه على من يمكن استيعابه، فصار مما لا يمكن استيعابه، كوقف علي رضي الله عنه، وجب تعميم من أمكن منهم والتسوية بينهم، لأن التعميم والتسوية كان واجبا، فإذا تعذر، وجب ما أمكن كالواجب الذي يعجز عن بعضه ( وإلا أي: وإن لم يمكن حصرهم واستيعابهم كبنى هاشم وبنى تميم، لم يجب تعميمهم إجماعاً، لأنه غير ممكن و) (جاز تفضيل بعضهم على بعض) لأنه إذا جاز حرمانه، جاز تفضيل غيره عليه) (والاقتصار على واحد منهم) على المذهب، لأن مقصود الواقف مجاوزة الجنس، وذلك يحصل بالدفع إلى واحد منهم) (ويحتمل أن لا يجزئه أقل من ثلاثة) هذا رواية عن أحمد لأنها أقل الجمع، قال في «الخلافة» وقد سئل أحمد عن رجل أوصى بثلثه في أبواب البر، قال: يجزأ ثلاثة أجزاء. فعلى هذا الفرق أن الوصية يعتبر فيها لفظ الموصي، وأمر الله يعتبر فيها المقصود بدلالة أن الموصى للمساكين لا يعدل إلى غيرهم، والإطعام في الكفارة يجوز صرفها إلى غير المساكين، وإن كان منصوفاً عليهم، ومقتضى ذلك صحة الوقف على من لا يمكن حصرهم، ولا استيعابهم كالمساكين.

(6/332)

( ولا يدفع إلى واحد منهم أكثر من القدر الذي يدفع إليه في الزكاة) أي: إذا كان الوقف على الأصناف الذين يأخذون الصدقات أو بعضهم، صرف إليهم، ويعطى كل واحد منهم من الوقف مثل القدر الذي يعطى من الزكاة، لأن المطلق من كلام الأدمي يحمل على المعهود في الشرع. فعلى هذا إذا كان الموقوف عليه الفقراء، لم يدفع إلى واحد منهم زيادة على خمسين درهماً أو قيمتها من الذهب، لأنه القدر الذي يحصل به الغني، واختار أبو الخطاب وابن عقيل زيادة المسكين على الخمسين، وقد أوماً إليه أحمد، وقيل: لكل صنف ثمن. وإن وقف على الفقراء أو المساكين، أعطى الآخر، وفيه وجه ( والوصية كالوقف في هذا الفصل) لأن ميناها على لفظ الموصي، أشبهت الوقف، فإن وصى أن يفرق في فقراء مكة، فقال أحمد في رواية أحمد بن الحسين بن حسان: هل يفرق على قوم دون قوم؟ فقال: ينظر إلى أحوجهم. قال القاضي: فظاهره أنه يعتبر العدد.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 333

تذنيب: إذا وقف مدرسة، أو رباطاً أو خانقاة أو نحو ذلك على طائفة، اختصت بهم، وإن وقف عليها مسجداً، أو مقبرة، فوجهان، والأشبه اختصاص من عينهم،

ولا يختص أحد بالصلاة اتفاقاً، وإن عين إماماً، أو ناظراً تعين، وقيل: إن وقف مسجداً على الفقراء، وشرطه لهم اختصاصاً به إمامة، ونظراً وعنه على ما جرت به العادة وكذا إن وقفه على أهل مذهب في الأشبه.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 333  
فصل

(6/333)

( والوقف عقد لازم) أي؛ يلزم بمجرد القول، لأنه تبرع يمنع البيع والهبة، فلزم بمجرد كالعقود وقال في «التلخيص» وغيره: وحكمه اللزوم في الحال، أخرجه مخرج الوصية، أولم يخرج، حكم به حاكم أولاً، لقوله عليه السلام: «لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث» قال الترمذي: العمل على هذا الحديث عند أهل العلم وإجماع الصحابة على ذلك، ولأنه إزالة ملك يلزم بالوصية، فإذا نجزه في الحياة، لزم من غير حكم كالعقود، وذهب أبو حنيفة رضي الله عنه أنه لا يلزم بمجرد، وللواقف الرجوع فيه إلا أن يوصي به بعد موته، أو يحكم بلزومه حاكم وحكاه بعضهم عن علي، وابن مسعود، وابن عباس، واحتج له بما رواه الحاملي عن عبد الله بن صاحب الأذان أنه جعل حائطه صدقة، وجعله لرسول الله، فجاء أبواه إلى النبي، فقالا: لم يكن لنا عيش إلا هذا الحائط، فرده رسول الله، ثم ماتا فورتهما. ولأنه إخراج مال على وجه القرية، فلم يلزم بمجرد كالصدقة. وجوابه السنة الثانية مع أن هذا الخبر ليس فيه ذكر الوقف، والظاهر أنه جعله صدقة غير موقوف، فرأى النبي والديه أحق بصرفها إليهما بدليل أنه لم يردّها إليهما، ويحتمل أن الحائط كان لهما، وتصرفه فيه بحكم النيابة عنهما، ولم يجيزاه، ثم القياس على الصدقة ليس بظاهر، فإنها تلزم في الحياة بغير حكم حاكم، وإنما يفتقر إلى القبول، والوقف لا يفتقر إليه فافتقرا ( ولا يجوز فسخه بإقالة ولا غيرها) لأن ذلك شأن العقود المقتضية للتأبيد ( ولا يجوز بيعه) ولا المناقلة به ( إلا أن تعطل منافعه) بالكلية كدار انهدمت، أو أرض خربت، وعادت مواتاً، ولم تمكن عمارتها نقل علي ابن سعيد: لا يستبدل به ولا يبيعه إلا أن يكون بحال لا ينتفع به، ونقل أبو طالب: لا يغير عن حاله، ولا يباع إلا أن لا ينتفع منه بشيء، وقاله الأصحاب، وفي «المغني» و«الشرح»: إلا أن يقل، فلا يعد نفعاً، ونقل مهنا: أو ذهب أكثر نفعه ( فيباع) لما روي أن عمر كتب إلى سعد لما بلغه أن بيت المال

(6/334)

الذي بالكوفة نقب: ان نقل المسجد الذي بالتمارين، واجعل بيت المال في قبلة المسجد، فإنه لن يزال في المسجد مصل، وكان هذا بمشهد من الصحابة، ولم يظهر خلافه، فكان كالإجماع، وحكى في «التلخيص» عن أبي الخطاب أنه لا يجوز بيعه وهو غريب لا يعرف في كتبه، لأن ما لا يجوز بيعه مع بقاء منافعه لا يجوز مع تعطلها كالعقود.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 352

وجوابه بأن فيما ذكرناه استبقاء للوقف عند تعذر إبقائه بصورته، فوجب ذلك،

كمالو استولد الجارية، أوقتلها، أوقتلها غيره، وقال ابن عقيل: الوقف مؤبد، فإذا لم يكن تأييده على وجه تخصيصه، استبقينا الغرض وهو الانتفاع على الدوام في عين أخرى، واتصال الأبدال جرى مجرى الأعيان، وجمودنا على العين مع تعطلها تضييع للغرض. قولهم: يباع، أي يجوز بيعه، نقله وذكره جماعة، وظاهر رواية الميموني: يجب، لأن الولي يلزمه فعل المصلحة، ولأنه استبقاء للوقف بمعناه، فوجب كإيلاد أمة موقوفة. وقال الشيخ تقي الدين: مع الحاجة تجب المثل، وبلا حاجة يجوز بخير منه، لظهور المصلحة، ولا يجوز بمثله لفوات التعيين بلا حاجة، فإن أمكن بيع بعضه، ليعمر به الباقي، جاز، وإن لم يمكن الانتفاع بشيء منه، بيع جميعه ذكره في «المغني» و«الشرح» قال في «الفروع»: والمراد مع اتحاد الواقف كالجبهة، ثم إن كان المراد عينين كدارين، فظاهر، وكذا عيناً واحدة، ولم تنقص القيمة بالتشقيص، فإن نقصت توجه البيع في قياس المذهب، كبيع وصي لدين أو حاجة صغير، بل هذا أسهل لجواز تغيير صفاته لمصلحة، وذكر الحافظ ابن رجب أن عبادة من أصحابنا أفتى في أوقاف وقفها جماعة على جهة واحدة من جهات البر إذا خرب بعضها للمباشر أن يعمره من الأجرة، ووافق طائفة من الحنفية.

(6/335)

---

تنبيه: لم يتعرض المؤلف للمتولي لبيعه، والأشهر أنه الحاكم، قدمه في «الفروع» وفي «التلخيص»: ويكون البائع الإمام أونائبه، نص عليه، وكذلك الشراء بثمنه، وهو ظاهر ما في «المغني» و«الشرح»، لأنه فسح لعقد لازم مختلف فيه اختلافاً قوياً، فيتوقف فسحه على الحاكم، كما قيل في الفسوخ المختلف فيها، ولكونه بيعاً على الغائبين وهم الذين يستحقونه بعد انقراض الموجودين، وجزم في «المحرر» و«الرعاية» و«الفائق» أنه ناظره، وقيل: بل يفعله الموقوف عليه إن قلنا: يملكه.

فرع: لو شرط الواقف أنه لا يباع، فخرّب، يباع وشرطه إذن فاسد، نص عليه، قال حرب: قلت لأحمد: رجل وقف ضيعة، فخرّب، وقال في الشرط: لا يباع، فباعوا منها سهماً، وأنفقوه على البقية ليعمروها، قال: لا بأس بذلك إذا كان كذلك، لأنه اضطرار ومنفعة لهم.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 352

(6/336)

---

( ويصرف ثمنه في مثله) كذا في «المحرر» و«الوجيز» و«الفروع» وزاد: أو بعض مثله، قاله أحمد، لأنه أقرب إلى غرض الواقف وكجهته، وظاهر الخرقى أنه لا يتعين المثل، واقتصر عليه في «المغني» و«الشرح» إذ القصد النفع، لكن يتعين صرف المنفعة في المصلحة التي كانت الأولى تصرف إليها، لأن تغيير المصرف مع إمكان المحافظة عليه لا يجوز كما لا يغير الوقف بالبيع مع إمكان الانتفاع به، وقوة كلامه، وهو ظاهر الخرقى، أنه لا بد من إيقاف الناظر له، وصرح في «الرعاية» أنه يصير وقفاً بمجرد الشراء، وجوزهما الشيخ تقي الدين لمصلحة، وأنه قياس الهدى، وذكره وجهاً في المناقلة، وأوماً إليه

أحمد) وكذلك الفرس الحبيس إذا لم يصلح للغزو) بأن ينحطم (بيع) كالوقف إذا تعطلت منافعه ( واشترى بثمنه ما يصلح للجهاد) نص عليه محافظة على غرض الواقف، وعنه: يصرفه على الدواب الحبيس، أو يصرف ثمنه في مثله، وظاهره التخيير، وعلى الأول إن لم يكن ثمنه ثمن فرس أخرى أعين به في شراء فرس حبيس، نص عليه، ذكره في «المغني» و«الشرح»، لأن المقصود استيفاء منفعة الوقف الممكن استيفاؤه وصيانتها عن الضياع ( وكذلك المسجد إذا لم ينتفع به في موضعه) فإنه يباع إذا خربت محلته، نقله عبد الله، ذكره جماعة. وفي رواية صالح يحول المسجد خوفاً من اللصوص، وإذا كان في موضعه قدر، وقال القاضي: يعني إذا كان ذلك يمنع من الصلاة فيه، ونص على جواز بيع عرصته، وتكون الشهادة على الإمام ( وعنه: لا تباع المساجد) نقلها علي بن سعيد، لأنها أكد من غيرها ( لكن تنقل إليها إلى مسجد آخر) اختاره أبو محمد الجوزي، لأنه أقرب إلى غرض الواقف، لكن نقل جعفر فيمن جعل خاناً في السبيل وبنى بجانبه مسجداً، فضايق أيزاد منه في المسجد؟ قال: لا، قيل فإنه ترك ليس ينزل فيه، فقد عطل، قال: يترك على ما صير إليه، ولا يجوز نقله مع إمكان عمارته، قاله في «الفنون» وإن جماعة أفتوا بخلافه وغلطهم.

(6/337)

( ويجوز بيع بعض آتته وصرفها في عمارته) نقل أبو داود إذا كان في المسجد خشبتان لهما قيمة تشعث، وخافوا سقوطه، جاز بيعهما، وصرف ثمنها عليه، لأنه إذا جاز بيع الكل عند الحاجة، فبيع بعضه مع بقاء البعض أولى، وقاسه في «الشرح» على بيع بعض الفرس الحبيس عند تعذر الانتفاع به، ويجوز نقض منارته، وبناء حائطه لتحسينه من الكلاب، نص عليه في رواية محمد بن الحكم للمصلحة.

( وما فضل من حصره وزيته) وقصبه ونفقته وعبارة «الوجيز» و«الفروع»: وما فضل عن حاجته وهي أولى ( عن حاجته، جاز صرفه إلى مسجد آخر) قاله أحمد، لأنه انتفاع في جنس ما وقف له، فكان مصروفاً له في مثله وكالهدية ( والصدقة به على فقراء المسلمين) نص عليه في رواية المروزي، واحتج بأن شيبه بن عثمان الحجبي كان يتصدق بخلق الكعبة، وروى الخلال بإسناده أن عائشة أمرته بذلك، وهذه قضية انتشرت، ولم تنكر، فكان كالإجماع، ولأنه مال لله تعالى لم يبق له مصرف، فصرف إلى المساكين، ولأن نفع المسجد عام، والفقراء كذلك، وخصه أبو الخطاب والمجد بفقراء جيرانه، لأنهم أحق بمعروفه، وعنه: لا يصرف لهما، وعنه: بلى لمثله، واختاره الشيخ تقي الدين، وقال أيضاً: وفي سائر المصالح وبناء مساكن لمستحق ريعه القائم بمصلحته، قال: وإن علم أن ريعه يفضل عنه دائماً وجب صرفه، لأن بقاءه فساد وإعطاؤه فوق ما قدره الواقف، لأن تقديره لا يمنع استحقاقه كغير مسجده، وقال: ومثله وقف غيره، ولا يجوز لغير الناظر صرف الفاضل. رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 352

فرع: فضل غلة موقوف على معين استحقاقه مقدر يتعين إرضاده، ذكره أبو الحسين والحارثي، ونقل حرب فيمن وقف على قنطرة، فأنحرف الماء يرصد لعله يرجع، وإن وقف على ثغر، فاختل، صرف في ثغر مثله، وعلى قياسه مسجد ورباط ونحوهما.

( ولا يجوز غرس شجرة في المسجد ) نص عليه، وقال: تعلق غرسته بغير حق، لأن المسجد لم يبن لذلك، وإنما بني لقراءة القرآن والصلاة، وذكر الله تعالى، ولما يحصل بها من الأذى، وفي «الإرشاد» و«المبهج»: يكره غرسها فيه وقيل: يكره إن لم يضق، وإلا حرم، فإن غرست فيه وأثمرت، فقال أحمد: لا أحب الأكل منها، وقيل: تباح لفقراء الدرب، وقيل: مع غنى المسجد عنها، وظاهر النص و«المحرر» أنه لا يختص قلعها بواحد، وفي «المستوعب» و«الشرح» أنه للإمام ( فإن كانت مغروسة ) بأن وقف وهي ( فيه ) فإن عين مصرفها أتبع وإلا صارت كالوقف المنقطع ( جاز الأكل منها ) لأنها تبع للمسجد وهو لكل من المسلمين الانتفاع به، فكذا الأكل منها، وظاهره مطلقاً، وهو قول ( قال أبو الخطاب: إذا لم يكن بالمسجد حاجة إلى ثمنها ) اقتصر في «المحرر» على هذا، لأن حاجة المسجد مقدمة على غيره ( فإن احتاج ذلك صرف في عمارته ) لأنها مقدمة على غيرها، وقول أبي الخطاب تقييد لما أطلق، لعدم ذكره بواو العطف، وذكر جماعة أنه يصرف في مصالحه، فإن فضل، فلجاره كلها، نص عليه، قال جماعة: ولغيره، وقيل: للفقير منهم.

فرع: لا يجوز حفر بئر في المسجد، ولا يغطي بالمغتسل، لأنه للموتى، ونقل المروزي أنها تطم وفي «الرعاية» أن أحمد لم يكره حفرها فيه، ثم قال: بلى إن كره الوضوء فيه.

مسألة: إذا غرس الناظر، أو بنى فيه، فهو له إن أشهد، وإلا للوقف، قال في «الفروع»: ويتوجه في أجنبي للوقف بنيته، وقال شيخنا: يد الواقف ثابتة على المتصل به ما لم تأت حجة يدفع موجبها، كمعرفة كون الغارس غرسها بماله بحكم إجارة أو إعارة، أو على المنفعة، فليس له دعوى البناء بلا حجة، ويد أهل العرصة المشتركة ثابتة على ما فيها بحكم الاشتراك إلا مع بينة باختصاصه ببناء ونحوه.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 352

## باب الهبة والعطية

أصلها من هبوب الريح، أي: مروره، يقال: وهبت له شيئاً وهباً، بإسكان الهاء وفتحها، وهبة، والاسم الموهب والموهبة بكسر الهاء فيهما، والاتهاب: قبول الهبة، والاستيهاب: سؤال الهبة، وتواهب القوم، أي: وهب بعضهم بعضاً، ووهبته كذا لغة قليلة، والعطية، قال الجوهري: هي الشيء المعطى والجمع العطايا، والعطية هنا: الهبة في مرض الموت، فذكر الهبة في الصحة والمرض وأحكامهما. قاله في «المطلع» ( وهي تمليك في حياته بغير عوض ) فخرج بالأول: ما ليس بتمليك، كالعربة فإنها إباحة، والثاني: الوصية، والثالث: عقود المعاوضات، كالبيع والإجارة والمراد به ماله المعلوم الموجود، صرح به في «الوجيز» بما يعدُّ هبة عرفاً، ويعتبر فيه أن يكون من جائز التصرف ( وإن

شرط فيها عوضاً معلوماً) صح نص عليه ( وصارت بيعاً) لأنه تمليك بعوض معلوم، أشبه البيع، ومعناه: أنه يثبت فيه الخيار والشفعة، وحكى في «الفروع» قولاً أنها تصح بقيمتها، فعليه يلغو الثواب المشروط، ويرجع إلى قيمتها، والظاهر أنه يرجع إلى ذلك إذا جعل الثواب مجهولاً، ونبه عليه في «الفائق» وقيل: لا يصح، لأنه شرط في الهبة ما ينافي مقتضاها ولنفي الثمن، ورد بأنه تمليك بعوض، فصح كغيره ( وعنه: يغلب فيها حكم الهبة) ذكرها أبو الخطاب، لأنه وجد لفظها الصريح فكان المغلب فيها الهبة، كما لو لم يشترط عوضاً، وحينئذ لا يثبت فيها أحكام البيع المختصة به، وظاهره أن الهبة المطلقة لا تقتضي عوضاً، سواء كانت لمثله أو دونه، أو أعلا منه، وقال ابن حمدان: هي من الأدنى تقتضي عوضاً هو القيمة لقول عمر: من وهب هبة أراد بها الثواب، فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها وجوابه بأنها عطية على وجه التبرع، فلم يقتض ثواباً كهية المثل والوصية أو قول عمر خالفه ابنه، وابن عباس، وقيل: يقتضي عوضاً مع عرف، فلو أعطاه ليعاوضه، أوليقتضي له حاجة، فلم يف، فكالشرط، واختاره الشيخ تقي الدين، فعلى ما ذكره لو عوضه عن الهبة كانت هبة

(6/340)

---

مبتدأة لا عوضاً أيهما أصاب عيباً لم يكن له الرد، وإن خرجت مستحقة، أخذها صاحبها ولم يرجع الموهوب له بدلها.  
( وإن شرط ثواباً) أي: عوضاً (مجهولاً لم تصح) الهبة، لأنه عوض مجهول في معاوضة، فلم يصح كالبيع، وحينئذ حكمها حكم البيع الفاسد، فيردها الموهوب له بزيادتها مطلقاً، لأنها نماء ملك الواهب، وإن كانت تالفة، رد قيمتها) وعنه: أنه قال: يرضيه بشيء) أي: هو صحيح، وذكره الشيخ تقي الدين ظاهر المذهب، فإذا أعطاه عنها عوضاً رضيه، لزم العقد، لأنها تصح بغير عوض، فلأن تصح بعوض مجهول من باب أولى، قال أحمد في رواية محمد بن الحكم: هذا لك على أن تشيني، فله أن يرجع إذا لم يثبه، لأنه شرط، ونص على معناه في رواية إسماعيل بن سعيد، ولا يجوز أن يكافئه بالشكر والثناء، نص عليه ( فعلى هذا لم يرض، فله الرجوع فيها، أوفي عوضها إن كانت تالفة) لأنه عقد معاوضة فاسد، فيلزمه ضمان العين إذا تلفت كالبيع الفاسد، وقيل: يعطيه قدر قيمتها، والأول أصح، لأن هذا بيع، فيعتبر التراضي، ومقتضاه: أنه يرجع في العين مع بقائها مطلقاً، لكن إن تغيرت بزيادة أو نقصان، ولم يثبه منها، فقال أحمد: لا أرى عليه نقصان عنده إذا رده إلى صاحبه إلا أن يكون ثوباً لبسه، أو جارية استخدمها، فأما غير ذلك إذا نقص فلا شيء عليه كالرهن.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 360  
فرع: إذا ادعى ربه شرط العوض، أو قال: رهنتني ما بيدي، فقال: بل بعثتك، فأيهما يصدق إذا حلف؟ فيه وجهان، وجزم في «الكافي» في الأولى أنه يقبل قول المنكر.

(6/341)

---

( وتحصل الهبة بما يتعارفه الناس هبة من الإيجاب) بأن يقول: وهبتك، وأهديت إليك، وأعطيتك ونحوه كهذا لك (والقبول) بأن يقول: قبلت أورشيت (والمعاطاة المقترنة بما يدل عليه) اختاره ابن عقيل، وهو الصحيح، لأنه عليه السلام كان يهدي ويهدى إليه، ويعطي ويعطى، ويفرق الصدقات 4 ويأمر سعاته بأخذها وتفريقها، وكان أصحابه يفعلون ذلك، ولم ينقل عنهم إيجاب ولا قبول، ولو كان شرطاً، لنقل عنهم نقلاً متواتراً أو مشتهراً، وكالبيع وذكر القاضي وأبو الخطاب أنها لا تصح إلا بالإيجاب والقبول، ولا تصح بدونه وسواء وجد قبض أم لا، لأنها عقد تمليك، فافتقر إلى ذلك كالنكاح، وفي «المستوعب» و«المغني» أنها لا تصح إلا بلفظ الهبة والعفو والتمليك، وفي «الرعاية» في عفو وجهان، وما ورد في الأخبار دال على خلافه، قال ابن عقيل: إنما يشترط الإيجاب والقبول مع الإطلاق، وعدم العرف، ولأنه يكتفي بها في المعاوضات، فالهبة أولى، والنكاح يشترط فيه الإشهاد وغيره، ولا يقع إلا قليلاً، فلا يشق فيه ذلك بخلاف الهبة (وتلزم بالقبض) بإذن وأهب بلاشبه، لما روى مالك عن عائشة أنا أبا بكر نحلها جداد عشرين وسقاً من ماله بالعالية، فلما مرض قال: يا بنية كنت نحلته جداد عشرين وسقاً، ولو كنت جدتيه، واحترتيه كان لك، وإنما هو اليوم مال وارث، فاقسموه على كتاب الله تعالى. رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 360

(6/342)

روى ابن عيينة عن عمر نحوه، ولم نعرف لهما في الصحابة مخالفاً، ولأنها هبة غير مقبوضة فلم تلزم كالطعام المأذون في أكله (وعنه: تلزم في غير المكمل والموزون) والمعدود والمزروع (بمجرد الهبة) أي: إذا كان متميزاً، فإنه يلزم بمجرد العقد، اختاره الأكثر. قال ابن عقيل: هي المذهب، لعموم قوله عليه السلام: «العائد في هبته كالكلب يقيء»، ثم يعود في قيئه» ولأنه إزالة لملك بغير عوض، فلزم بمجرد العقد كالوقوف والعتق، ولأنه تبرع، فلا يعتبر فيه القبض كالوصية، ولأنه عقد لازم ينقل الملك، فلم يقف لزومه على القبض، كالبيع، وحديث أبي بكر محمول على أنه أراد به عشرين وسقاً مجدودة، فيكون مكياً غير معين، ولا تصح الهبة فيه قبل تعيينه، فيكون معناه: وعدتك بالنحلة، لكنه خلاف الظاهر وأجابوا عن الوقف والوصية، والعتق بالفرق، فإن الوقف إخراج ملك الله تعالى فخالف التمليكات، والوصية تلزم في حق الوارث، والعتق إسقاط حق، وليس بتمليك وإذا قلنا: الهبة تملك بالعقد بمجرد، فيصح التصرف فيها قبل القبض، نص عليه، لأن حق الواهب انقطع عنها بمجرد انتقال ملكه، وليست في ضمانه، ولا محذور في التصرف فيها بوجه. وظاهره أن الهبة حيث افتقرت إلى القبض، فإنها تصح بالعقد، واختار الخرقى وجمع عكسه. قال المروزي: اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلي أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة، والأشهر الأول، وهل يملكها به؟ فيه وجهان، وعليهما يخرج النماء قال جماعة: إن اتصل القبض. (ولا يصح القبض) إذا قيل: يلزم به (إلا بإذن الواهب) لأنه قبض غير مستحق عليه، فلم يصح، إلا بإذنه كأصل العقد وكالرهن (إلا ما كان في يد المتهم) كالوديعة والمغصوب (فيكفي مضي زمن يتأتى قبضه فيه) هذا رواية، واختارها القاضي، لأنه مقبوض، فلا معنى لتجديد الإذن فيه، وقولابن المنجاء نه



المذهب فيه نظر، فإن ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور أنها تلزم من غير مضي مدة يتأتى فيها القبض، قدمه في «المحرر» و«الفروع» وصححه في

(6/343)

«المغني» و«الشرح» لأن قبضه مستدام، فأغنى عن الابتداء كما لو باعه سلعة وبنى على الخلاف الرجوع والنماء، وفي «الرعاية» الزيادة قبل القبض للمتهب إذا قبض ما يعتبر قبضه، وقيل: للواهب وهو أقيس، والأصح أنه إذا أذن في القبض، ثم رجع عن الإذن، أو في الهبة، صح رجوعه (وعنه: لا يصح حتى يأذن في القبض) كما لو لم يكن في يده. (وإن مات الواهب قام وارثه مقامه في الإذن والرجوع) في الأصح، لأنه عقد ماله إلى اللزوم، فلم يفسخ بالموت كالبيع في مدة الخيار، وكما لو مات المتهب بعد القبول، وقال القاضي وقدمه في «الشرح»: إنها تطل، سواء كان قبل الإذن في القبض أو بعده، لأنه عقد جائز، فبطل بموت أحد المتعاقدين كالوكالة وظاهره أن ورثه المتهب لا تقوم مقامه، بل تبطل الهبة بموته في الأصح».

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 360

فرع: يقبض أب لطفل من نفسه، والأصح لا يحتاج قبولاً ويقبل ويقبض للطفل والمجنون وليهما، وقيل: وغيره ممن يقوم بمصلحتها إذا عدم، وأمين الحاكم كهو.

(6/344)

أصل: يصح قبل المميز وقبوله بلا إذن وليه، وقيل: يتوقف صحة قبضه فقط على إذنه، ولا يصح هبة من صغير وسفيه، ولو بإذن وليهما، وتصح الهبة من العبد، وقيل بأذن سيده، وما اتهمه عبد غير مكاتب وقبله، فهو لسيدته، ويصح قبوله بلا إذن سيده، نص عليه، وقيل: لا يقبله إلا بإذنه، فإن قبله وقلنا: يملكه، فهو له دون سيده، وإلا فلا ذكره في «الرعاية» (وإن أبا الغريم غريمه من دينه) ولو اعتقد، أنه ليس له عنده شيء، ولو قبل حلوله خلافاً للحلواني وغيره (أو وهبه له، أو أحله) أو أسقطه عنه، أو تركه أو ملكه، أو تصدق به عليه، أو عفا عنه (برئت ذمته وإن رد ذلك ولم يقبله في المنصوص لأنه إسقاط حق، فلم يفتقر إلى القبول كالعتق والطلاق والشفعة، وبهذا فارق هبة المعين، لأنه تمليك وفي «المغني» في إبرائها له من المهر هل هو إسقاط، أو تمليك؟ فيتوجه منه احتمال لا يصح، وإن صح اعتبر قبوله، وفي «الموجز» و«الإيضاح» لا تصح هبة إلا في معين، وفي «المغني» وإن حلف لايهبه، فأبرأه، لم يحنث، لأن الهبة تمليك، وعلى النص يصح، ولو كان المبرأ منه مجهولاً، وفيه خلاف، لكن لو جهله ربه، وكتمه المدين خوفاً من أنه لو علمه لم يبره، لم تصح البراءة، ومن صور البراءة من المجهول لو أبرأه من أحدهما، ويؤخذ بالبيان، والمذهب لا يصح مع إبهام المحل كأبرأت أحد غريمي، ولو أبرأه من مائة وهو يعتقد أنه لاشيء له عليه وكانت عليه، ففي صحة البراءة وجهان، أصلهما مالو باع مالاً كان لمورثه يعتقد أنه باق لمورثه، وكان قد مات، وانتقل إليه.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 360

(وتصح هبة المشاع) جزم به الأكثر لما في الصحيح أن وفد هوازن لما جاؤوا يطلبون من رسول الله صلى عليه وسلم أن يرد عليهم ما غنم منهم، فقال رسول الله: «ما كان لي ولبنني عبد المطلب، فهو لكم» ولأنه يجوز بيعه، وظاهره سواء أمكن قسمته أولاً، لكن يعتبر لقبضه إذن الشريك، قاله في «المجرد»، فيكون نصفه مقبوضاً تملكاً، ونصف الشريك أمانة، وقال في «الفنون»: بل عارية مضمونة، وفي «الرعاية»: من اتهب مبهماً، أو مشاعاً من منقول أو غيره، فأذن له شريكه في القبض كان سهمه أمانة مع المتهب، أو يوكل المتهب شريكه في قبض سهمه منه، ويكون بيده أمانة، وإن تنازعا قبض لهما وكيلهما، أو أمين الحاكم، والأشهر إن أذن له في التصرف مجاناً، فكعارية، وإن كان بأجره، فكما جور (و) تصح ( هبة كل ما يجوز بيعه ) لأنه تملك في الحياة، فصح كالبيع، وظاهره أن مالاً يجوز بيعه لاتجوز هبته، وفي أم الولد أوجه، وفي الكلب المعلم، والصوف على الظهر وجهان، وفي «المغني» و«الشرح» و«الوجيز» تصح هبته. ونجاسة يباح نفعها كالوصية، نقل حنبل فيمن أهدى إلى رجل كلب صيد ترى له أن يشب عليه؟، قال: هذا خلاف الثمن، هذا عوض من شيء، فأما الثمن، فلا/ (ولا تصح هبة المجهول) كالحمل في البطن، واللبن في الصرع، نص عليه في رواية أبي داود وحرب، لأنه تملك، فلم يصح في المجهول كالبيع، وشرطه إلا ما تعذر علمه كالصلح، صرح به الأئمة، وقيل: لا يصح إن كان الواهب دون المتهب، لانتفاء العلة. وعلم منه أنه لا تصح هبة المعدوم كالتي تحمل أمته أو شجرته من باب أولى (وما لا يقدر على تسليمه) كالآبق والشارد والمغصوب لغير غاصبه، لأنه عقد يفتقر إلى القبض، أشبه البيع، وظاهره أنه إذا وهبه لغاصبه، أو لمن يتمكن من أخذه، صح لإمكان قبضه، وليس لغير الغاصب القبض إلا بإذن الواهب، فإن وكل المالك الغاصب في تقبضه، صح، وإن وكل المتهب الغاصب في القبض له، فقبل ومضى زمن يمكن قبضه فيه، صار مقبوضاً وملكه المتهب، وبريء

الغاصب من ضمانه، ذكره في «الشرح» وقيل: تصح هبة غير مقدور عليه، وقاله أبو ثور، لأنه تملك بلا عوض كالوصية، قال في «الفرع»: ويتوجه منه هبة معدوم غيره. (ولا يجوز تعليقها على شرط) جزم به أكثر الأصحاب، لأنها تملك لمعين في الحياة، فلم يجز تعليقها على شرط كالبيع، وما روي أن النبي قال: «إن رجعت هديتنا إلى النجاشي، فهي للكم» وعد، لاهبة، واستثنى في «الفروع» وسبقه إليه ابن شهاب، والقاضي: غير الموت، أي: موت المبريء.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 360

تنبية: لا يصح تعليق الإبراء بشرط، نص عليه فيمن قال: إن مت، فأنت في حل، لأنه إن كان تملكاً، فكتعليق الهبة، وإلا فقد يقال: هو تملك من وجه، والتعليق مشروع في الإسقاط المحض فقط، فإن ضم التاء، فوصية) وعن

أحمد: أنه جعل رجلاً في حل من عيبه بشرط أن لا يعود قال: ما أحسن الشرط، فيتوجه فيهما روايتان، وذكر الحلواني صحة الإبراء بشرط، واحتج بنصه المذكور.

(6/347)

(ولا شرط ما ينافي مقتضاها نحو أن لا يبيعها ولا يهبها) أو بشرط أن يبيعها، أو يهبها، أو يهب فلاناشيئاً، لم يصح الشرط رواية واحدة، وكذا الهبة، وفيها وجه بناء على الشروط الفاسدة في البيع، وإن وهب أمة، واستثنى حملها، صح في قياس قوله في العتق، وفيه تخريج (ولا توقيتها) خلافاً للحارثي (كقوله: وهبتك هذا سنة) لأنه تعليق لانتهاه الهبة، وقيل: يلغو توقيته، وتصح الهبة مطلقاً (إلا في العمري) والرقبي، فإنهما نوعان من الهبة، ويصح توقيتهما، سميت عمري لتقيدها بالعمري، وسميت رقبى، لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه (وهو أن يقول: أعمرتك هذه الدار) أو أعطيتك (أو أرقبتكها) قال ابن القطاع: أرقبتك أو أعطيتك وهي هبة ترجع إلى المرقب إن مات المرقب، وقد نهى عنه والفاعل منهما معمر، ومرقب بكسر الميم الثانية والقاف والمفعول بفتحها، وقال أبو السعادات: يقال: أعمرتك الدار، أي: جعلتها له يسكنها مدة عمره، فإذا مات، عادت إلى، كذا كانوا يفعلونه في الجاهلية، فأبطل ذلك الشرع، وأعلمهم أن من أعمر شيئاً، أو أرقبه في حياته، فهو له ولورثته من بعده (أو جعلتها لك عمرك) أو عمري (أو حياتك) أو ما بقيت (فإنه) أي: ذلك وهو العمري والرقبي (يصح) في قول أكثر العلماء، وحكي عن بعضهم ضده، لقوله عليه السلام: «لا تعمروا ولا ترقبوا» هذا نهى وهو يقتضي الفساد، وجوابه ما روى جابر أن النبي ق قال: «العمري جائزة لأهلها، والرقبي جائزة لأهلها» رواه أبو داود والترمذي وحسنه، والنهي ورد على وجه الإعلام لهم أنكم إن أعمرتم أو أرقبتم نفذ للمعمر والمرقب، ولم يعد إليكم منه شيء بدليل حديث جابر مرفوعاً: «من أعمر عمري، فهي لمن أعمرها حياً وميتاً ولعقبه» رواه مسلم، ولو أريد به حقيقة، لم يمنع صحته كطلاق الحائض، وصحة العمري ضرر على المعمر، فإن ملكه يزول بغير عوض، قال في «المغني» و«الشرح» (وتكون للمعمر) بفتح الميم ملكاً في قول جماعة من الصحابة ومن بعدهم، لما روى جابر قال: قضى

(6/348)

النبي بالعمري لمن وهبت له. متفق عليه ورواه مالك في «الموطأ» (ولورثته من بعده) لما روى زيد بن ثابت أن النبي جعل العمري للوارث، لأن الأملأ المستقرة كلها مقدره بحياة المالك، وتنتقل إلى الورثة، فلم يكن تقديره بحياته منافياً لحكم الأملأ، فإن عدموا، فليت المال دون ربها، نص عليه، ومقتضاه أنه إذا أضافها إلى عمر غيره أنها لا تصح، وعنه: يرجع بعد موت المعمر إلى المعمر، وقاله الليث، لقول جابر: إنما العمري التي أجازها النبي أن يقول «هي لك، ولعقبك» أما إذا قال: هي لك ما عشت، فإنها ترجع إلى صاحبها، وليس بظاهر مع أنه حمل قوله على تملك المنافع. وجوابه بأنه قضى بها طارق بالمدينة بأمر عبد الملك بن مروان وقول بعضهم: إنها تملك المنافع لا يضرب إذا

نقلها الشارع إلى تملك الرقبة كالمقولات الشرعية، أما لو قال: أعمرتك هذه الدار ولعقبك، فلا خلاف عندنا في الصحة، كما اقتضاه كلامه في «الكافي» وذكر العقب تأكيد.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 360

(6/349)

تنبيه: ليس ذلك خاصا بالعقار، بل يجري فيه وفي الحيوان والثياب، نقل يعقوب وابن هانئ من يعمر الجارية أيضاً؟ قال: لأراه، وحمله القاضي على الورع، لأن بعضهم جعلها تملك المنافع، وروى سعيد بإسناده عن الحسن أن رجلاً أعمر فرساً حياته فخاصمه، بعد ذلك إلى النبي، فقال عليه السلام: «من ملك شيئاً حياته، فهو لورثته بعده» والإنسان إنما يملك الشيء عمره، فقد وقته بما هو مؤقت به في الحقيقة، فصار كالمطلق. (وإن شرط رجوعها إلى المعمر عند موته) إن مات قبله، أو إلى غيره وتسمى الرقبي، أو رجوعها مطلقاً إليه، أو إلى ورثته (أوقال: هي لآخرنا موتاً، صح الشرط) كالعقد على الأصح، لقوله عليه السلام: «المسلمون على شروطهم» قال القاسم: ما أدركت الناس إلا على شروطهم، وحينئذ يعمل بالشرط (وعنه: لا يصح) الشرط، نص عليه في رواية أبي طالب، وفي «المغني» هو ظاهر المذهب، وقدمه في «المحرر» و«الفروع» لما روى أحمد بإسناده مرفوعاً قال: «لا عمري ولا رقبى، فمن أعمر شيئاً أو أرقبه، فهو له حياته وموته» وهذا صريح في إبطال الشرط، لأن الرقبي يشترط فيها عودها إلى المرقب إن مات الآخر قبله (وتكون للمعمر ولورثته من بعده) لقوله عليه السلام: «من ملك شيئاً حياته، فلورثته بعد موته» وعنه: بطلانها كالبيع.

فرع: إذا قال سكناه لك عمرك، أو غلته، أو خدمته لك، أو منحتك، فهو عارية، نقله الجماعة، لأنه في التحقيق هبة المنافع، والمنافع إنما تستوفي بمضي الزمان شيئاً فشيئاً، وتبطل بموت أحدهما.  
تنبيه: إذا وهب أو باع فاسداً، ثم تصرف في العين بعقد صحيح مع علمه بفساد الأول، صح الثاني، لأنه تصرف في ملكه عالماً بأنه ملكه، وإن اعتقد صحة الأول، ففي الثاني وجهان، كما لو تصرف في عين يعتقد أنها لأبيه فإن أنه قد مات وملكها، قال القاضي: أصلها من باشر بالطلاق امرأة يعتقد أنها أجنبية، فبانت امرأة، أو باشر بالعتق من يعتقد أنها حرة، فبانت أمته، ففي وقوعهما روايتان.

(6/350)

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 360  
فصل

(والمشروع في عطية الأولاد القسمة بينهم على قدر ميراثهم) أي: يجب التعديل في عطية أولادك للذكر مثل حظ الأنثيين اقتداء بقسمة الله تعالى، وقياساً لحال الحياة على حال الموت، قال عطاء: ما كانوا يقتسمون إلا على كتاب الله تعالى، وقاله عطاء وشريح وإسحاق، وقيل: لصلبه، وذكره الحارثي،

لا ولد بنيه وبناته للحقيقة، وعنه: يستحب ذكر كَأَنَّى، وقاله أكثر العلماء، لقوله عليه السلام لبشير بن سعد «سَوِّ بينهم» وكالنفقة وجوابه أن الذكر أحوج منها من جهة أن الصداق والنفقة عليه بخلافها، وحديث بشير قضية في عين، وحكاية حال لا عموم لها، إنما يثبت حكمها في مثلها، ولا يعلم حال أولاد بشير هل كان فيهم أنثى أولا، ثم تحمل التسوية على القسمة على كتاب الله تعالى، ويحتمل أنه أراد التسوية في أصل العطاء. وعنه: لا يجب التعديل في النفقة كشيء تافه، نص عليه، وقال أبو يعلى الصغير: كشيء يسير، وعنه: بلى مع تساوي فقر أو غنى، نقل أبو طالب: لا ينبغي أن يفضل أحداً من ولده في طعام وغيره. قال إبراهيم: كانوا يستحبون التسوية بينهم حتى في القبل، فدخل فيه نظر وقف وظاهره أنه لا يجب التعديل بين غيرهم، بل ذلك مخصوص بالأولاد فقط، جزم به المؤلف في كتبه، وزعم الحارثي أنه المذهب، وأن عليه المتقدمين من أصحابنا، قال في «الفروع»: وهو سهو، إذ الأصل تصرف الإنسان في ماله كيف شاء، خرج منه الأولاد للخبر، مع أنه عليه السلام لم يسأل بشيراً هل لك وارث غير ولدك، أم لا، واختار الأكثر أن بقية الأقارب كالأولاد، نص عليه، وهو المذهب، لأن المنع من ذلك كان خوف قطيعة الرحم والتباغض، وهو موجود في الأقارب، والأم كالأب فيما ذكرنا، لأنها أحد الأبوين، أشبهت الأب، ولو جود المعنى المقتضي للمنع (فإن خص بعضهم أوفضله، فعليه التسوية بالرجوع أو إعطاء الآخر حتى يستووا) نص عليه، وجزم به الأصحاب، لما روى النعمان بن

(6/351)

بشير قال: تصدق عليّ أبي ببعض ماله، فقالت أمي عمرة بنت رواحة: لا أرضي حتى تشهد عليها رسول الله، فجاء أبي إلى رسول الله ليشهده، فقال: «أكل ولدك أعطيت مثله» قال: لا، قال: «اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم» قال: فرجع أبي، فرد تلك الصدقة، وفي لفظ: «فاردده» وفي لفظ: «فارجه» وفي لفظ: «لاتشدني على جور» وفي لفظ: «فأشهد على هذا غيري» وفي لفظ: «سَوِّ بينهم» متفق عليه. وذلك يدل على التحريم، لأنه سمارة جوراً، أو أمر بردة، وامتنع من الشهادة عليه، ولا شك أن الجور حرام، والأمر يقتضي الوجوب وهو يورث العداوة والبغضاء وقطيعة الرحم، فمنع منه كتزويج المرأة على عمتها. وقيل: يجوز تفضيل أحدهم، واختصاصه لمعنى فيه، ويكره إن كان على سبيل الأثرة اختاره المؤلف، ونصره في «الشرح» وقال الليث والثلاثة: يجوز ذلك مطلقاً، لأن أبا بكر نحل عائشة جداد عشرين وسقاً دون سائر ولده، واحتج الشافعي بقوله: «أشهد على هذا غيري» فأمره بتأكيدها دون الرجوع فيها، لأنه عطية تلزم بموت المعطي كالتسوية، وجوابه بأن فعل أبي بكر لا يعارض ما تقدم، وبأنه نحلها لمعنى فيها لا يوجد في غيرها من أولاده، أو كان قاصداً بأن ينحل غيرها، فادركته الوفاة، وبأن قوله: أشهد، إلى آخره ليس بأمر، لأن أدنى أحواله الاستحباب، ولا خلاف في كراهته مع أنه لو كان أمراً، لبادر إلى امتثاله وإنما هو تهديد، وظاهره أنه إذا خص بعضهم بأن الباقي، أو كان لمعنى كزمانة أو عمى أو طلب علم، جاز، وأنه لا فرق في ذلك بين الصحة والمرض وعنه: لا ينفذ في مرضه، ونقل الميموني معناه، قال أبو الفرج: يؤمر برده (فإن مات) الواهب (قبل ذلك ثبت للمعطي) ولزم، وليس

لبقية الورثة الرجوع، نص عليه، واختاره الخلال وصاحبه والخرقي، وأكثر العلماء، لقول أبي بكر لعائشة رضي الله عنها: وددت أنك حزتيه، فدل أنها لو كانت حازته لم يكن له الرجوع، ولقول عمر، ولأنها عطية لولده، فلزمت بالموت، كما

(6/352)

انفرد، فإن كان في المرض، فقد خالف، ويقف على إجازة بقية الورثة، لكن إن كانت العطية في المرض ليسوي بينهم، فقد توقف أحمد، والأشهر الجواز، لأنه طريق لفعل الواجب ( وعنه: لا يثبت، وللباقي الرجوع، اختاره أبو عبد الله بن بطة) وأبو حفص والشيخ تقي الدين، قال أحمد: عروة قد روى حديث عمر وعثمان وعائشة وتركها، وذهب إلى حديث النبي ترد في حياة الرجل وبعد موته، ولأنه عليه السلام سمى ذلك جوراً، وفي رواية لمسلم: «إني لا أشهد إلا على حق» وغير الحق لا يجوز، والجور لا يحل فعله، ولا يختلف بالحياة والموت، ولا يطيب أكله، ويتعين رده، وعنه: أنها باطلة، واختارها الحارثي، وقال أبو يعلى الصغير: قولهم: لو حرم، لفسد، والتحريم يقتضي الفساد في رواية لا في أخرى بدليل قوله في الصلاة في دار غضب، فدل على الخلاف.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 371

(6/353)

أصل: لا يكره للحي قسم ماله بين أولاده نقله الأكثر، وعنه: بلى، ونقل ابن الحاكم: لا يعجيني، فإن حدث له وراث، سوى ندياً، قدمه جماعة، وقيل: وجوباً، قال أحمد أعجب إلي يسوي، اقتصر عليه في «المغني» ( وإن سوى بينهم في الوقف ) ذكر كآثي، جاز، قاله القاضي، وقدمه في «الفروع» لأن القصد القرية على وجه الدوام، وقد استووا في القرابة، نقل ابن الحكم: لا بأس، قيل: فإن فضل، قال: لا يعجيني على وجه الأثرة إلا لعيال بقدرهم أو حاجة، لأن الزبير خص المردودة من بناته دون المستغنية منهن بصدقته، واختار المؤلف أنه يستحب أن يقسم بينهم كقسمة الميراث، لأنه إيصال المال إليهم فيكون على حسب الميراث، وذكر أن قول القاضي، لأصل له، وهو ملغى بالعطية والهبة، لأن الوقف لا ينقل الرقبة، أو ينقلها على وجه من القصور بخلاف الهبة) أو وقف ثلثه في مرضه) أو وصي بوقفه ( علي بعضهم، جاز، نص عليه) اختاره القاضي، والأكثر، واحتج الإمام بأن عمر جعل أمر وقفه إلى حفصة تأكل منه وتشترى رقيقاً، ولأن الوقف ليس في معنى المال، فهو كعتق الوارث، وكالوقف على الأجنب، وعلل في رواية الميموني بأن الوقف غير الوصية، لأنه لا يباع ولا يورث، ولا يصير ملكاً للورثة ينتفعون بغلتها ( وقياس المذهب لا يجوز ) ظاهره أنه لا ينقل فيها عن الإمام، لكن نص في رواية إسحاق بن إبراهيم فيمن وصى لأولاد بنته بأرض توقف، فقال: إن لم يرثوه، فجائز، وظاهره أنه لا يجوز الوقف على وارث في المرض، اختارها أبو حفص، وابن عقيل، ذكرها أبو الخطاب، ورجحها في «المغني» و«الشرح»، لأنه تخصيص لبعض ورثته بماله في مرضه، فمنع منه، كالوصية وإلحاقاً له بالهبة، وحديث عمر ليس فيه

تخصيص لبعض الورثة بالوقف، لأنه جعل الولاية إليها وليس ذلك وقفاً عليها،  
وكونه انتفاعاً بالغلة لا يقتضي جوار التخصيص، كما لو أوصى لوارث بمنفعة  
عبد، وحمل كلامه على أنه وقف على الورثة، فعنه، كهبة، فتصح بالإجازة وعنه  
لا إن قيل:

(6/354)

---

هبة، وعنه: يلزم في ثلثه، وهي أشهر.  
تنبيه: إذا وقف داره في مرض موته وهي تخرج من ثلثه على ابنه وبنته نصفين،  
جاز على المنصوص، ولزم، لأنه لما كان له تخصيص البنت بها، فبنصفها أولى  
وعلى المنصور في «المغني» وغيره إن أجاز الابن، جاز، وإن رده، بطل الوقف  
فيما زاد على نصيب الابن وهو السدس، ويرجع إلى الابن ملكاً، فيكون له  
النصف وقفاً، والسدس ملكاً، والثلث للبنت جميعه وقفاً، وقيل: يبطل الوقف  
في نصف ما وقف على البنت وهو الربع، ويبقى ثلثه أرباعها وقفاً، نصفها  
للابن، وربعا للبنت، والربع الذي بطل الوقف فيه بينهما أثلاثاً، وتصح من اثني  
عشر لابن ستة أسهم، وقف، وسهمان ملك، وللبنت ثلاثة أسهم وقف، وسهم  
ملك، ولو كان لا يملك غيرها، وقلنا: يلزم في الثلث فرداً، فثلثها وقف بينهما  
بالتسوية، وثلثها ميراثاً، وإن رد ابنه، فله ثلثا الثلثين إرثاً ولبنته ثلثها وقفاً وإن  
ردت، فلها ثلث الثلثين إرثاً، ولابنه نصفها وقفاً وسدسها إرثاً كرد الموقوف  
عليه.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 371

(6/355)

---

فرع: لا يصح وقف زائد على الثلث على أجنبي، جزم به المؤلف وجماعة،  
وأطلق بعضهم وجهين، وكذا على وارث ولو حيلة كوقف مريض ونحوه على  
نفسه ثم عليه. ( ولا يجوز ) أي: لا يحل ( لو اهب أن يرجع في هبته ) اللازمة كذا  
في «الرعاية» و«الوجيز» لما روى ابن عباس أن النبي قال: « العائد في هبته  
كالكلب يقيء، ثم يعود قيئه » متفق عليه، ولأحمد والبخاري: « ليس لنا مثل  
السوء » وفي رواية لأحمد، قال قتادة: ولا أعلم القياء إلا حراماً. وكالقيمة،  
وظاهره وإن لم يثبت عليها، صرح به في «المحرر» وكذا حكم الهدية (إلا  
الأب) فله الرجوع في أظهر الروايات عنه، وصححه ابن حمدان وهو المذهب  
عند الشيخين، لما روى عمر، وابن عباس مرفوعاً: « لا يحل للرجل أن يعطي  
العطية، فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده » رواة الخمسة، وصححه  
الترمذي، وسواء قصد برجوعه التسوية بين أولاده أو لا، وظاهره لافرق فيه  
بين المسلم والكافر في ظاهر كلامهم، وفي «الاختيارات» منع الأب الكافر أن  
يرجع فيما أعطى ولده الكافر، ثم أسلم، فإن كان في حال إسلام الولد، ففيه  
نظر، ومقتضاه أن الأم لا رجوع لها، وهو ظاهر كلام أحمد قال في رواية الأثرم:  
ليست هي عندي كالرجل، لأن له أن يأخذ من مال ولده بخلاف الأم، ولولايته  
وحيازته جميع المال، وقيل: بلى، وهو ظاهر الخرقى، وصححه في «المغني»  
و«الشرح»: لقوله عليه السلام: « سووا بين أولادكم » ولا للمرأة فيما تهب

زوجها وهو إحدى الروايات، لقوله تعالى: {إلا أن يعفون} الآية وعنه: لها الرجوع مطلقاً، نقلها الأثرم، وحكاها الزهري عن القضاة، وأطلقها في «المحرر» و«الفروع»: وقيداه بمسألته وسيأتي ( وعنه: ليس له الرجوع) كالجد لعموم ما سبق، وفيه وجه ذكره ابن رزين.

(6/356)

وجوابه بأنه عليه السلام قال لبشير: «فارجه» وفي رواية: «فاردده» رواه مالك عن الزهري، عن حميد، عن النعمان، وأقل أحوال الأمر الجواز (وعنه: له الرجوع إلا أن يتعلق به حق أو رغبة) لغير الولد مثل أن يهب ابنه شيئاً، فيرغب الناس في معاملته، فيداينوه، أو في مناكحته، فيزوجوه، أو يهب ابنته شيئاً فتزوج، وقد نبه عليه بقوله: (مثل أن يتزوج الولد أو يفلس) لأنه تعلق بها حق غير الابن، ففي الرجوع إبطال حقه يؤيده قوله عليه السلام: «لا ضرر ولا إضرار» والرجوع ضرر، وفيه تحيل على إلحاق الضرر بالمسلمين، زاد في «الفروع» تبعا لـ «الرعاية» و«الوجيز» أو ما يمنع تصرف المتهم مؤبداً، أو مؤقتاً، كالرهن ونحوه، فلا رجوع.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 371  
فرع: إذا أسقط حقه من الرجوع، فاحتمالان في «الانتصار»، وإن علق الرجوع بشرط، لم يصح.

تنبيه: يحصل الرجوع في الهبة بالألفاظ الدالة عليه، علم الولد أولاً، ولا يفتقر إلى الحكم حاكم في الأصح، فإن أخذ ما وهبه لولده، ونوى به الرجوع كان رجوع، ويقبل قوله في نيته، فإن مات الأب، ولم يعلم هل نوى الرجوع ولم توجد قرينة، لم يحكم بأنه رجوع، وإن حفت به قرائن دالة على الرجوع، فوجهان وفي «المغني» يبنى هذا على نفس العقد، فمن أوجب الإيجاب في القبول، فليس برجوع، وإلا فهو رجوع، فإن نوى الرجوع من غير قول ولا فعل، لم يحصل الرجوع وجهاً واحداً.

(6/357)

( وإن نقصت العين) أو تلف بعضها، لم يمنع الرجوع، ولا ضمان على الولد فيما تلف منها، لأنه تلف على ملكه، سواء تلف بفعله أو لا، إن جنى العبد جناية تعلق أرشها برقبته، فهو كنقصانه بذهاب بعض أجزائه، فإن رجع الأب فيه، ضمن أرش الجناية، وإن كانت على العبد، فرجع الأب، فأرش الجناية عليه للابن كالزيادة المنفصلة (أو زادت زيادة منفصلة) كالولد والثمرة وكسب العبد ( لم تمنع الرجوع) بغير خلاف نعلمه، قال في «الشرح» لأن الرجوع في الأصل دون النماء ممكن، وفيه في «الموجز» رواية (والزيادة للابن) لأنها حادثة في ملكه، ولا يتبع في الفسوخ، وكذا هنا، وكولد الأمة منه ( ويحتمل أنها للأب) ذكره القاضي كالرد بالعيب، ولأنها زيادة في الموهوب، فملكها الأب كالمتمصلة لكن إن كانت الزيادة ولد أمة لا يجوز التفريق بينهما، منع من الرجوع، إلا أن يقول: المنفصلة للأب، فيرجع فيهما جميعاً، أو يرجع ف يالأم، ويمتلك الولد مت مال ولده قاله في «الشرح» وفيه شيء، وإن اختلفا في حدوث زيادة، ففي



أيهما يقبل قوله؟ ( وهل تمنع الزيادة ( المتصلة ) كالسمن في العين، وتعلم صنعة في المعاني ( الرجوع ) إذا زادت بها القيمة، قاله في « الشرح » ( على روايتين ) كذا في « الكافي » و « المحرر » إحداهما: لا تمنع، لأنها زيادة في الموهوب، فلم يمنع الرجوع كالزيادة قبل القبض والمنفصلة، والثانية، وهي أشهر، ورجحها في « الشرح، يمنع، لأن الزيادة للموهوب له، لكونها نماء ملكه، ولم ينتقل إليه من جهة أبيه. فلم يملك الرجوع فيها، وحينئذ يمتنع الرجوع في الأصل، لئلا يفضي إلى سوء المشاركة وضرر التشقيص، لأنه استرجاع للمال بفسخ النكاح، بخلاف الرد بالعيب من جهة أن الرد من المشتري، وقد رضي ببذل الزيادة، وعلى المنع فلا لب أخذها بطريق التملك بشرطه، وقصر العين وتفضيلها زيادة متصلة يجري فيها الخلاف.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 371

(6/358)

---

فرع: إذا وهب حاملاً من غيره، فولدت في يده، فهبة متصلة، وقيل منفصلة، إن قلنا: لاحكم للجمل، وإن رجع فيها حاملاً، جاز وإن لم تزد قيمتها، وإن زادت قيمتها، فمتصلة، ولو وهبه نخلة، فحملت، فهي قبل التأبير زيادة متصلة، وبعده منفصلة ( وإن باعه المتهب ) أو وهبه لم يملك الواهب الرجوع قوةً واحداً ( ثم الرجوع إليه بفسخ أو إقالة ) أو فليس المشتري ( فهل له الرجوع على وجهين ) كذا أطلقهما في «المحرر» و«الفروع» واقتصر على ذكر الفسخ فقط، وهو مغن، أحدهما: وجزم به في «الوجيز» لا يملك الرجوع، لأن الملك عاد إليه بعد استقرار ملك من انتقل إليه عادة، أشبه ما لو عاد بالهبة، أما لو عاد إليه بخيار المجلس، أو الشرط، فله الرجوع لأن الملك لم يستقر عليه، والثاني: يملكه، لأن السبب المزيل ارتفع، وعاد الملك بالسبب الأول، أشبه فسخ البيع بالخيار (وإن رجع إليه ببيع أو وهبه لم يملك الرجوع) لأنه عاد إليه بملك جديد، لم يستفده من قبل أبيه، فلم يملك فسخه وإزالته كالذي لم يكن موهوباً. (وإن وهبه المتهب لابنه، لم يملك أبوه الرجوع) كما لو وهبه لغير ابنه، ولأن في رجوعه إبطالاً لملك غير ابنه، وقيل: له أن يرجع، وإن لم يرجع ابنه (إلا أن يرجع هو) لأن المانع من الرجوع زوال ملك الابن وقد عاد إليه. وقيل: لا يملكه، لأنه عاد إليه بعد استقرار ملك غيره عليه، أشبه ما لو وهبه ابن الابن لأبيه (وإن كاتبه، أو رهنه، لم يملك الرجوع) لأن حق المرتهن والمكاتب تعلق به، والرجوع يبطله، فلم يجز لما فيه من الضرر بالغير، وهذا عند من لا يرى بيع المكاتب، وقاله جماعة، فأما من أجاز بيعه، فحكمه عنده كالعين المستأجرة (إلا أن ينفك الرهن أو تنفسخ الكتابة) لزوال المانع والتزويج لا يمنع الرجوع، والمعلق عتقه بصفة كذلك، وإذا رجع وكان التصرف لازماً كالإجارة والتزويج، فهو باق بحاله، وإن كان جائزاً كالوصية، بطل، والصحيح في التدبير أنه لا يمنع الرجوع.

(6/359)

---

فرع: إذا قال أبوه: وهبتك هذا العبد وهو سمين أو كبير، فلي الرجوع، فقال ابنه: وهو مهزول، فسمن، أو صغير، فكبر، فلا رجوع لك، فوجهان، فلو قال: وهبتك هذا الذهب مصوغاً، فقال ابنه: أنا صغته، صدق الواهب (وعن أحمد في المرأة تهب زوجها مهرها إن كان سألها ذلك رده إليها رضيت أو كرهت) نقلها أبو طالب، ثم ذكر العلة، فقال (لأنها لاتهب له إلا مخافة غضبه، أو إضراراً بها بأن يتزوج عليها) لأن شاهد الحال يدل على أنها لم تطب به، والله تعالى إنما أباحه عند طيب نفسها بقوله تعالى: (فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً) (النساء: 4) وظاهره إن لم يكن سألها، فهو جائز، وقيل: يرجع إن وهبته لدفع ضرر، فلم يندفع أو عوض أو شرط، فلم يحصل، وعنه: يرد عليها الصداق مطلقاً، ولو قال: هي طالق ثلاثاً إن لم تبرئني، فأبرأته، صح، وهل ترجع ثالثها: ترجع إن طلقها، ذكره الشيخ تقي الدين وغيره.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 371  
فصل

(6/360)

(ولأب أن يأخذ من مال ولده) قال في «المستوعب»: لاختلف الرواية أن مال الولد ملك له دون أبيه (ما شاء) من ماله (ويملكه) لأن من جاز له أخذ شيء جاز له أن يملكه بدليل الأشياء المباحة، ولهذا قال أحمد: ليس بين الرجل وبين ولده ربا، وقال: لا يمنع الابن الأب ما أراد من ماله، فهو له، ويستثنى من ذلك سريته ولو لم تكن أم ولد (مع حاجته) أي: الوالد (وعدمها في صغره) أي: الولد (وكبره) لما روى سعيد والترمذي وحسنه عن عائشة، قالت: قال: «إن أطيب ما أكلتم من كسبكم وإن أولادكم من كسبكم» وروى الطبراني في «معجمه» عن عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده قال: جاء رجل إلى النبي قال: إن أبي احتاج مالي، فقال: «أنت ومالك لأبيك» ولأن الولد موهوب لأبيه بالنص القاطع وما كان موهوباً له كان له أخذ ماله كعبد، يؤيده أن سفيان بن عينية، قال في قوله تعالى: {ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم} (النور: 61) الآية ذكر الأقارب دون الأولاد لدخولهم في قوله تعالى: {من بيوتكم} لأن بيوت أولادهم كبيوتهم، ولأن الرجل يلي مال ولده من غير تولية، فكان له التصرف كمال نفسه وشرطه (إذا لم تتعلق حاجة الابن به) وما لا يضره، نص عليه، وجزم بها في «الوجيز» لأن حاجة الإنسان مقدمة على دينه، فلأن تقدم على أبيه يطريق الأولى، وشرط في «الكافي» و«الشرح» و«الوجيز» ما لم يعطه ولداً آخر، نص عليه، لأن تفضيل أحد الولدين غير جائز، فمع تخصيص الآخر بالأخذ منه أولى، وعنه: له أن يملك ما لا يحجب به، جزم به في «الكافي» وذكر في «الشرح» أن لا يحجب بالابن ولا يضر به، ولا يأخذ شيئاً تعلق به حاجته، وعنه: له كتملكه كله، ويرى أن مسروقاً زوج ابنته بصداق عشرة آلاف درهم، فأخذها، فأنفقها في سبيل الله، وقال للزوج: جهز امرأتك، واستدل ابن عقيل بقوله عليه السلام: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه» رواه الدارقطني، ولأن ملك الولد تام على مال نفسه، فلم يجز انتزاعه منه

(6/361)

---

كالذي تعلقت به حاجته، وجوابه بأنه مخصوص بما سبق، فلا تنافي بينهما. وظاهره لا فرق الولد بين الذكر والأنثى، وأن الجد لا يكون كذلك، وفيه رواية مخرجة من ولايته وإجباره أنه كالأب في كل شيء ما لم يخالف الإجماع كالعمريتين، وفي الأم قول ( وإن تصرف فيه قبل تملكه ببيع أو عتق أو إبراء، لم يصح تصرفه) على الأصح، لأن ملك الولد على مال نفسه تام، فصح تصرفه فيه، ولو كان للغير أو مشتركاً، لم يجز ذلك. وقال الشيخ تقي الدين: ويقدر في أهليته لأجل الأذى سيما بالحبس، وعنه: له أن يبرىء من مال ولده، ويتسرى منه، وما فعل فيه، فهو جائز، وفيه بعد، لأنه تصرف في ملك غيره بما لاحظ فيه خصوصاً مع صغر الولد، إذ ليس من الحظ إسقاط دينه، وعتق عبده، وهبة ماله.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 381

تنبيه: يحصل التملك بقبضه، نص عليه مع قول أو نية، قال في «الفروع»: ويتوجه: أو قرينة، وفي «المبهبج» في تصرفه في غير مكيل و موزون روايتان، بناء على حصول ملكه قبل قبضه، ويصح بعده، ولو أراد أخذه مع غناه، فليس له أن يأبى عليه، نقل الأثرم، ولو كنت أنا، لجبرته على دفعه إليه على حديث النبي «أنت ومالك لأبيك».

(6/362)

---

(وإن وطىء جارية ابنه) أي: قبل تملكها، فقد وطئها، وليست بزوجة ولاملك يمين، وهو حرام (فأحبها صارت أم ولد له) لأن إحيال الأب لها يوجب نقل الملك إليه، وحينئذ يكون الوطاء مصادفاً للملك، وذلك يقتضي صيرورتها أم ولد ضرورة مصادفة الوطاء الملك، ومقتضاه: أنها إذا لم تحبل منه أنها باقية على ملك الولد (وولده حر) لأنه من وطء شبهة (لا تلزمه قيمته، ولا مهر) ولا قيمتها، إذ ليس له مطالبة الأب بشيء من ذلك (ولاحد عليه) على الأصح للشبهة (وفي التعزيز وجهان) أشهرهما التعزيز، وذكره القاضي رواية واحدة، لأنه وطىء وطاً محرماً كوطء المشتركة، والثاني: لا، لأنه لا يقتص منه بالجناية على ولده، فلا يعزر بالتصرف في ماله، والفرق أن التعزير هنا حق لله تعالى بخلاف الجناية على ولده. قال بعضهم: فيضرب مائة إلا سوطاً.

(6/363)

---

فرع: إذا تملكها، فليس له وطؤها حتى يستبرئها، فإن كان الإبن وطئها لم تحل له بحال، فإن وطئها بعد وطء الإبن، فروايتان، كوطء ذات محرّم بملك يمين، ولا ينتقل الملك فيها إن كان الإبن استولدها، فإن وطئها الأب و الإبن في طهر واحد، وأنت بولد، عرض على القافة، ويحد الإبن لوطئه جارية أبيه، ولم يلحقه الولد، ويكون ملكاً لأبيه، وقد أوجب أحمدان يعتقه الأب، لكونه جزءاً من ابنه (وليس للإبن مطالبة أبيه، بدين ولا قيمة متلف ولا أربش جناية ولا غير ذلك) قالها الزبير بن بكار، وسفيان بن عيينة، لما روي إن رجلاً جاء إلى النبي بأبيه

يقتضيه ديناً عليه، فقال: «أنت ومالك لأبيك» رواه الخلال، ولأن المال أحد نوعي الحقوق، فلم يملك مطالبه أبيه به، كحقوق الأبدان، وظاهره: أنه لا يطالبه بنفقته، والمذهب أنه يطالبه بها، وجزم به في «الوجيز» وغيره، وعين بمال له في يده، قاله في «الرعاية» وقيل: له أن يطالبه بماله في ذمته مع حاجته إليه وعنَى والده عنه، وقيل: يثبت له في ذمته مطلقاً، فعلى هذا ففي ملكه إبراء نفسه نظر، قاله القاضي وذكر غيره لا يملكه كإبرائه لغريمه ولا طلب له في حياة والده، فإن مات الإبن فليس لورثته مطالبة الأب في الأشهر كمورثهم، وإن مات الأب، بطل دين الإبن قاله أحمد. وقيل: يرجع في تركة الأب، لأن دينه لم يسقط عن الأب، وإنما تأخرت المطالبة، وحمله بعضهم على ما أخذ على سبيل التملك.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 381

مسألة: إذا مات، فوجد ما اشتراه منه بعينه قال في «المبهبج» أو بعضه، ولم ينقد ثمنه أو وجد ما أقرضه، فهل يأخذه، أو يكون إرثاً؟ فيه روايتان، وما قضاه في مرضه، أو أوصى بقضائه، فمن رأس ماله، وإلا لم يسقط بموته. ولو أقر بقبض دينه، فأنكر، رجع على غريمه وهو على الأب، نقله مهنا، فظاهره أنه لا يرجع إن أقر الإبن.

(6/364)

---

(والهدية والصدقة نوعان من الهبة) أي: نوعا الجنس كالإنسان والفرس مع الحيوان، وحاصله إن قصد بإعطائه ثواب الآخرة، فصدقة، وإن قصد إكراماً وتودداً ونحوه، فهدية وإلا فهبة وعطية ونحلة، وهما كهبة فيما تقدم، لكن نقل المروزي وحنبل: لارجوع في الصدقة، وفي «عيون المسائل» و«المستوعب»: لا يعتبر في الهدية قبول للعرف، ومن أهدى إليه ليهدى له أكثر، فلا بأس به لغير النبي، نقله أحمد عن الضحاك، ونقل أبو الحارث فيمن سأل الحاجة، فسعا معه فيها، فيهدى إليه إن علم أنه لأداء الأمانة لم يقبل إلا أن يكافئه، ونقل يعقوب: لا ينبغي للخاطب إذا خطب لقوم أن يقبل لهم هدية فهاتان روايتان، واختار الشيخ تقي الدين التحريم، ونقله عن السلف، ورخص فيه بعض التأخرين.

فرع: وعاء هدية كهي مع عرف.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 381

فصل

(6/365)

---

في عطية المريض (أما المريض غير مرض الموت أو مرض غير مخوف كالرمد) وهو ورم حار في الملتحم عن مادة في العين، ويعرف بتقدم الصداع، وقد يكون من الحجاب الداخل، وقد يكون من الخارج (ووجع الضرس والصداع) اليسير وهو وجع الرأس (ونحوه) كحمى يوم، قاله في «الرعاية» وقيل: ساعة، قاله في «الشرح»: وإسهال يسير من غير دم (فعطاياه كعطايا الصحيح سواء) لأنه في حكم الصحيح، لكونه لا يخاف منه في العادة يصح في جميع ماله) ولو

اتصل به الموت للأدلة، وكما لو كان مريضاً، فبرأ (وإن كان مرض الموت) القاطع بصاحبه (المخوف) أي: مرضاً مخوفاً اتصل به الموت (كاليرسام) وهو بخار يرتقي إلى الرأس، ويؤثر في الدماغ، فيحيل عقل صاحبه، وقال عياض: هو ورم في الدماغ يتغير منه عقل الإنسان ويهذي، ويقال فيه يرسام (وذاً الجنب) وهو قرح يبطن الجنب، ووجع القلب والرئة ولا تسكن حركتها، وقيل: هو دمل كبيرة تخرج ببطن الجنب، وتفتح إلى داخل (والرعاف الدائم) فإنه يصفى الدم، فيذهب القوة (والقيام المتدارك) هو المبطون الذي أصابه الإسهال ولا يمكنه إمساكه، فإن كان يجري تارة، وينقطع أخرى، فإن كان يوماً أو يومين فليس بمخوف، لأنه قد يكون من فضلة الطعام إلا أن يكون معه زحير وتقطع فيكون مخوفاً، لأنه يضعف البدن (والفالج في ابتدائه) وهو داء معروف يرخي بعض البدن، قال ابن القطاع: فلج فالجاً: بطل نصفه أو عضو منه (والسل في انتهائه) هو بكسر السين داء معروف، وقد سل وأسله الله تعالى، فهو مسلول على غير قياس، ومثله القولنج، وهو أن ينعقد الطعام في بعض الأعضاء، ولا ينزل عنه، فهذه الأشياء مخوفة وإن لم يكن معها حمى وهي مع الحمى أشد خوفاً، وإن بادره الدم، واجتمع في عضو، كان مخوفاً، لأنه من الحرارة المفرطة، وإن هاجت به الصفراء، فهي مخوفة، لأنها تورثت يبوسة، وكذلك البلغم إذا هاج، لأنه من شدة البرودة، وقد يغلب على الحرارة الغزيرة فيطفئها ذكره، في «المغني» و«الشرح» (وما قال عدلان)

(6/366)

أي: مسلمان (من أهل الطب) أي عند الشك فيه (أنه مخوف) فيرجع إلى قولهما، لأنهما من أهل الخبرة، كذا جزم به الأصحاب، فظاهره أنه لا يقبل فيه قول واحد، لأنه يتعلق به حق الوارث والعطايا، وقيل: يقبل لعدم، وذكر ابن رزين المخوف عرفاً، أو يقول عدلين (فعطاياه) صحيحة، لأن عمرو أوصى حين جرح، وسقي لبنا، وخرج من جرحه، واتفق الصحابة على نفوذ عهده (كالوصية في أنها لاتصح لو ارث، ولا لأجنبي بزيادة على الثلث إلا بإجازة الورثة كالهبة) المقبوضة (والعتق والكتابة والمحاباة) والصدقة والوقف والإبراء من الدين، والعفو عن الجناية الموجبة للمال، لما روى أبو هريرة أن النبي قال: «إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم رواه ابن ماجه، فمفهومه ليس له أكثر من الثلث، يؤيده ما روى عمران بن حصين أن رجلاً أعتق في مرضه ستة أعيد لم يكن له مال غيرهم، فاستدعاهم النبي، «فجزأهم ثلاثة أجزاء، فأقرع بينهم، فأعتق اثنين، وأرق أربعة» رواه مسلم. وإذا لم ينفذ العتق مع سرايته، فغيره أولى، ولأن هذه الحال الظاهر منها الموت، فكانت عطيته فيها في حق ورثته لا تتجاوز الثلث كالوصية وعلم منه أن هذه العطايا إذا وجدت في الصحة، فهي من رأس المال بغير خلاف نعلمه.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 385

تنبيه: حكم العطية في مرض الموت حكم الوصية في أشياء منها: أنه يقف نفوذها على خروجها من الثلث أو إجازة الورثة. ومنها: أنها لاتصح لو ارث إلا بإجازة الورثة. ومنها: أن فضيلتهما ناقصة عن فضيلة الصدقة في الصحة.

ومنها: أنها تزاحم في الثلث إذا وقعت دفعة واحدة كتزاحم الوصايا. ومنها: أن خروجها من الثلث يعتبر حال الموت لها قبله ولا بعده.

(6/367)

(فأما الأمراض الممتدة كالسبل والجذام والفالج في دوامه) وحمى الريح (فإن صار صاحبها صاحب فراش) أي: لزم الفراش (فهي مخوفة) أي: عطيته من الثلث، لأنه مريض صاحب فراش يخشى منه التلف، أشبه الحمى المطبقة/ (وإلا فلا) أي: إن لم يصر صاحبها صاحب فراش، فليست مخوفة، وعطيته حينئذ من رأس المال. قالالقااضي: إذا كان يذهب ويجي، فعطاياه من جميع المال. هذا تحقيق المذهب، لأنه لا يخاف تعجيل الموت منه، وإن كان لا يبرأ منه فهو كالهرم (وقال أبو بكر: فيه وجه آخر أن عطيته من الثلث) مطلقاً، لأنها مخوفة في الجملة، فوجب إلحاقها به من غير تفصيل، وهو رواية نقل حرب في وصية المجذوم والمفلوج من الثلث، فالمجد أثبتها، وجعلها ثابتة، وصاحب «الشرح» حملها على الأول، وذكر أبو بكر وجهاً آخر أن عطايا هؤلاء من المال كله، وقول ابن المنجا: إنه يلزم منه التناقض على قول أبي بكر ليس بظاهر، فغايته أنه حكى وجهين (ومن كان بين الصفيين عند التحام الحرب) بأن اختلطت الطائفتان للقتال، وكانت كل منهما مكافئة للأخرة أو مقهورة، ولا فرق بين كونهما متفقين في الدين، لأن توقع التلف هنا كتوقع المريض أو أكثر، فوجب أن يلحق به، فأما القاهرة بعد ظهورها فليس بمخوف (أو في لجة البحر عند هيجانه) أي: إذا اضطرب، وهبت الريح العاصف، لأن الله تعالى وصفهم بشدة الخوف في قوله تعالى {هو الذي يسيركم في البر والبحر} (يونس: 22) الآية وظاهره أنه إذا ركب وهو ساكن، فليس بمخوف. (أو وقع الطاعون) قالأبو السعادات: هو المرض العام، والوباء الذي يفسد له الهواء، فتفسد به الأمزجة والأبدان، وقال عياض: هو قروح تخرج في المغابن وغيرها لا يلبث صاحبها ويغم إذا ظهرت. وفي شرح مسلم: وأما الطاعون، فوباء معروف، وهو بثر و ورم مؤلم جداً يخرج مع لهب ويسود ما حوله ويخضر، ويحمر حمرة بنفسجية، ويحصل معه خفقان للقلب (ببلدة) لأنه مخوف إذا كان فيه (أو قدم ليقترض منه) لأنه إذا حكم للمريض وحاضر الحرب بالخوف مع

(6/368)

ظهور السلام، فمع ظهور التلف وقرية أولى، ولا عبرة بصحة البدل، ولو عبر بالقتل كغيره، لعم، سواء كان قصاصاً أو كغيره كالرجم، وكذا إذا حبس للقتل ذكره في «الكافي» و«الفروع» وأسير عند من عادتهم القتل. رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 385  
مسألة: إذا كان المريض يتحقق تعجيل موته، فإن كان عقله قد اختل كمن ذبح أو أبيت حشوته، فلا حكم لعطيته ولا كلامه، وإن كان ثابت العقل كمن خرقت حشوته، أو اشتد مرضه، ولم يتغير عقله، صح تصرفه، وذكر في «المغني» و«الشرح»: وكمن جرح جرحاً موحياً مع ثبات عقله، وفي «الترغيب»: من قطع بموته كقطع حشوته وغريق ومعاين كमित (والحامل عند المخاض) أي:

عند الطلق كذا ذكره معظم الأصحاب (فهو كالمريض) مرضاً مخوفاً، لأنه يحصل لها ألم شديد يخاف منه التلف (وقال الخرقى: وكذلك الحامل إذا صار لها ستة أشهر) هو رواية عن أحمد، أي: عطيتها من الثلث كمريض حتى تنجو من نفاسها، لأنه وقت تمكن الولادة فيه، وهو من أسباب التلف والأشهر مع ألم، وقال اسحاق: إذا ثقلت لا يجوز لها إلا الثلث، ولم يحد حداً وحكاه ابن المنذر عن أحمد (وقيل عن أحمد ما يدل على أن عطايا هؤلاء من المال كله) حكاه أبو بكر، لأنه لا مرض بهم، فهم كالصحيح.

تنبيه: إذا ولدت المرأة، فإن بقيت المشيمة معها، أو مات معها، فهو مخوف، فإن خرجا، فحصل ثم ورم أو ضربان شديد، فكذلك وإن لم يكن شيء من ذلك، فقد روي عن أحمد في النفساء إذا كانت ترى الدم، فعطيتها من الثلث، والسقط كالولد التام، لامضة أو علقة إلا أن يكون ألم، قاله في «المغني» و«الشرح».

(6/369)

---

(وإن عجز الثلث عن التبرعات المنجزة) يحترز به عن الوصية، فالتبرع عبارة عن إزالة ملكه فيما ليس بواجب بغير عوض (بدىء بالأول فالأول منها) لأن السابق استحق الثلث، فلم يسقط بما بعده، وسواء كان السابق عتقاً أو غيره، وعنه: يقسم بين الكل بالحصص، وعنه: يقدم العتق، وعلم منه أن التبرعات إذا كانت عطايا ووصايا، تقدم العطايا، لأنها أسبق (وإن تساوت) أي: وقعت دفعة، بأن وكل جماعة فيها، فأوقعوها دفعة واحدة (قسم بين الجميع بالحصص) على المذهب، لأنهم تساوا في الاستحقاق، فيقسم بينهم على قدر حقوقهم كغرماء المفلس (وعنه: يقدم العتق) لأنه أكد، لكونه مبنياً على السراية والتغليب، وإن كانت كلها عتقاً، أقرعنا بينهم، فيكمل العتق في بعضهم.

أصل: إذا قضى المريض بعض غرمائه، ووفت تركته بالكل، صح، وإن لم يف، فوجهان أشهرهما - وهو قياس قول أحمد -: إنهم لا يملكون الاعتراض عليه، لأنه أدى واجباً عليه كأداء ثمن المبيع، والثاني عكسه، لأن حقهم تعلق بماله بمرضه، فمنع تصرفه فيه كالتبرع، وما لزمه في مرضه من حق لا يمكنه دفعه وإسقاطه، فهو من رأس ماله، فلو تبرع، أو أعتق، ثم أقر بدين، لم يبطل تبرعه، نص عليه في العتق، لأن الحق ثبت بالتبرع في الظاهر.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 385

(6/370)

---

(وأما معاوضة المريض بثمن المثل، فيصح من رأس المال) ذكره الأصحاب لأنه إنما يعتبر من الثلث التبرع، وليس هذا تبرعاً (وإن كانت مع وارث) لأنه لا تبرع فيها ولا تهمة، فصحت كالأجنبي (ويحتمل أن لا يصح لو ارث) هذا رواية، لأنه خصه بعين المال، أشبه ما لو حاباه، ومعناه: أنها لا تصح معه إلا بإجازة، اختاره في «الانتصار» لفوات حقه في المعين (وإن حابا وارثه، فقال القاضي: يبطل في قدر ما حاباه) لأن المحاباة كالوصية وهي لو ارث باطلة، فكذا المحاباة (وتصح فيما عداه) لأن المانع من صحة البيع المحاباة وهي هنا

مفقودة، فعلى هذا لو باع شيئاً بنصف ثمنه، فله نصفه بجميع الثمن، لأنه تبرع له بنصف الثمن، فبطل التصرف فيما تبرع به، وعنه: يبطل بيع الكل وعلى الأول محله بدون إجازة الوارث، وتعتبر إجازة المجنون في مرضه من ثلثه، وقال ابن حمدان: إن جعلت عطية، وإلا فمِن كُله (وللمشتري الخيار، لأن الصفقة تبعضت في حقه) فشرع ذلك دفعاً للضرر، فإن فسخ وطلب قدر المحاباة، أو طلب الإمضاء في الكل، وتكميل حق الورثة من الثمن، لم يكن له ذلك، وعنه: يصح في العين كلها، ويرد الوارث المشتري تمام قيمتها أو يفسخ (فإن كان له شفع، فله أخذه) لأنها تجب بالبيع الصحيح وقد وجد (فإن أخذه فلا خيار للمشتري) لزوال الضرر عنه، لأنه لو فسخ المبيع، رجع بالثمن، وقد حصل له الثمن من الشفع.

فرع: إذا أجر نفسه، وحابا المستاجر، صح مجاناً.

(6/371)

---

(وإن باع المريض أجنبياً وحاباه) لم يمنع ذلك من صحة العقد في قول الجمهور، لأنه تصرف صدر من أهله في محله، فصح كغير المريض، فعليه لو باع عبداً لا يملك غيره قيمته ثلاثون بعشرة، فقد حابا المشتري بثلثي ماله، وليس له المحاباة بأكثر من الثلث، فإن أجاز الورثة ذلك، لزم البيع، وإن ردوا، فاختار المشتري فسخ البيع، فله ذلك، وإن اختار إمضاءه، فعن أحمد: يأخذ نصف المبيع بنصف الثمن، ويفسخ البيع في الباقي، وصححه الشيخان، وطريقه أن يسقط الثمن وهو عشرة من قيمة العبد، وهو ثلاثون، ثم يأخذ ثلث المبيع وهو عشرة، فينسبه من الباقي وهو عشرون، فما خرج بالنسبة، صح البيع في مقدار تلك النسبة، فيصح البيع في نصف المبيع بنصف الثمن، وعلى قولالقااضي ينسب الثمن، وثلث المبيع من قيمة المبيع، فيصح في مقدار تلك النسبة بالثمن كله، وهو قول أهل العراق، فلو باعه بخمسة عشر وهو يساوي ثلاثين، صح البيع في ثلثه بثلثي الثمن على الأول، وعلى الثاني للمشتري خمسة أسداسه (وكان شفيعه وارثاً، فله الأخذ بالشفعة) في الأصح (لأن المحاباة لغيره) كما لو وصى لغيره وارثه وهذا إذا لم يكن حيلة، ولأنه إنما منع منها في حق الوارث، لما فيها من التهمة من إيصال المال إلى بعض الورثة المنهي عنه شرعاً، وهذا معدوم فيما إذا أخذ بالشفعة ما وقعت فيه المحاباة، وقيل: لا يملك الوارث الشفعة لإفضائه إلى إثبات حق وارثه.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 385

(6/372)

---

فرع: لا يصح تعليق عطية منجزة ونحوها في مرض مخوف على شرط إلا في العتق، فلو علق صحيح عتق عبده، فوجد شرطه في مرضه، فمن ثلثه في الأصح (ويعتبر الثلث عند الموت) لأنه وقت لزوم الوصايا واستحقاقها، وبثبت له ولاية القبول والرد، فإن ضاق ثلثه عن العطية، والوصية، قدمت العطية في قول جمهور الفقهاء، لأنها لازمة، فقدمت على الوصية كعطية الصحة، وعنه: هما سواء، وتعتبر قيمة المنجز وقبوله حين نجزه، ونماؤه من حينه إلى الموت



تبع له، فمن جعل عطيته من ثلثه فحمل ما نجزه، فكسبه له، وإلا فله منه بقدر ما خرج من أصله من الثلث، وليس بشركة، قاله في «الرعاية» (فلو أعتق عبداً لا يملك غيره، ثم ملك مالا يخرج من ثلثه تبيناً أنه عتق كله) لخروجه من الثلث عند الموت (وإن صار عليه دين يستغرقه لم يعتق منه شيء) نص عليه، لأن الدين مقدم على الوصية بدليل قول علي: قضى رسول الله بالدين قبل الوصية، وعنه: يعتق الثلث، لأن تصرف المريض من الثلث كتصرف الصحيح في الجميع، فإن مات قبل سيده، مات حراً، وقيل: بل ثلثه. فرع: هبته كعتقه.

فائدة: للمريض لبس ناعم، وأكل طيب لحاجته، وإن فعله لتفويت حق الورثة، منع، قاله في «الانتصار». وفيه: يمنعه إلا بقدر حاجته وعادته، وسلمه أيضاً، لأنه لا يستدرك كإتلافه، وجزم به الحلواني وغيره، لأن حق وارثه لم يتعلق بعين ماله.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 385  
فصل

(6/373)

(وتفارق العطية الوصية في أربعة أشياء، أحدها: أنه يبدأ بالأول فالأول منها) لوقوعها لزماً (والوصايا يسوى بين المتقدم والمتأخر منها) لأنها تبرع بعد الموت، فوجد دفعة واحدة (والثاني: أنه لا يملك الرجوع في العطية) لأنها تقع لازمة في حق المعطي ينتقل إلى المعطى في الحياة إذا اتصل بها القبول والقبض ولو كثرت، وإنما منع من التبرع بزيادة على الثلث لحق الورثة (بخلاف الوصية) فإنه يملك الرجوع فيها، لأن التبرع فيها مشروط بالموت، فقبل الموت لم يوجد فهي كالهبة قبل القبول (والثالث: أنه يعتبر قبوله للعطية عند وجودها) لأنها تملك في الحال (بخلاف الوصية) فإنها تملك بعد الموت، فاعتبر عند وجوده (والرابع: أن الملك يثبت في العطية من حينها) بشروطها، لأنها إن كانت هبة، فمقتضاها تملكه الموهوب في الحال، فيعتبر قبولها في المجلس كعطية الصحة وكذا إن كانت محاباة أو إعتاقاً (ويكون مراعى) لأننا لا نعلم هل هو مرض الموت أو لا، ولا نعلم هل يستفيد مالا أو يتلف شيء من ماله، فتوقفنا لنعلم عاقبة أمره، ليعمل بها، فإذا انكشف الحال، علمنا حينئذ ما ثبت حال العقد كإسلام أحد الزوجين (فإذا خرج من الثلث تبين أن الملك كان ثابتاً من حينه) أي: من حين العطية، لأن المانع من ثبوته كونه زائداً على الثلث، وقد تبين خلافه (فلو أعتق في مرضه عبداً، أو وهبه لإنسان، ثم كسب في حياة سيده شيئاً، ثم مات سيده، فخرج من الثلث، كان كسبه له إن كان معتقاً) لأن الكسب تابع لملك الرقبة (وللموهوب له إن كان موهوباً)، لما ذكرنا وعلم منه أن العتق والهبة نافذان فيه إذا خرج من الثلث، فتعين كون الكسب للمعتق والموهوب له للتبعية (وإن خرج بعضه) من الثلث (فلهما) أي: للمعتق والموهوب له (من كسبه بقدر ذلك) أي: بمقدار نسبة ذلك البعض إليه.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 394

(6/374)

(فلو أعتق عبداً لا مال له سواه، فكسب مثل قيمته قبل موت سيده فقد عتق منه شيء له من كسبه شيء) لأن الكسب يتبع ما تنفذ فيه العطية دون غيره، فيلزم الدور، لأن للعبد من كسبه بقدر ما عتق، وباقيه لسيده، فيزداد به مال السيد، وتزداد الحرية كذلك، ويزداد حقه من كسبه، فينقص به حق السيد من كسبه، وينقص بذلك قدر المعتقد منه، ونبه عليه بقوله (ولورثة سيده شيان فصار العبد وكسبه نصفين) أي: صار مقسوماً نصفين، لأن العبد لما استحق بعته شيئاً، وبكسبه شيئاً، كان له في الجملة شيان، وللورثة شيان (فيعتق منه نصفه وله نصف كسبه وللورثة نصفهما) أي: نصف العبد، ونصف الكسب فإذا كان العبد قيمته مائة مثلاً، وكسب مائة، قسمت ذلك على أربعة أشياء، فيكون الشيء خمسين، وهو أولى من ضم الأشياء، ثم يقسم نصفين، لأن بالأول تبين مقدار الشيء، فيعلم مقدار العتق بخلاف القسمة نصفين، فإنه يحتاج إلى نظر لتبين مقدار العتق (وإن كسب مثلي قيمته، صار له شيان وعتق منه شيء وللورثة شيان فيعتق ثلاثة أخماسه، وله ثلاثة أخماس كسبه والباقي للورثة) ففي مسألتنا إذا كسب مائتين، قسمت المجموع وهو ثلاثمائة على خمسة أشياء: ثلاثة للعبد، وشيئان للورثة، وجدت كل شيء يعدل شيئين، وذلك ثلاثة أخماس العبد (وإن كسب نصف قيمته، عتق منه شيء وله نصف من كسبه وللورثة شيان) فالجميع ثلاثة أشياء ونصف شيء، فابسطها، تصر سبعة، له ثلاثة أسباعها (فيعتق ثلاثة أسباعه وله ثلاثة أسباع كسبه والباقي للورثة) في الصور كلها، لأنه ملكهم، وضابط ذلك أن تقول: عتق منه شيء، وللورثة مثلاً ما عتق منه وهو شيان، وله من كسبه شيء إن كسب مثل قيمته، وشيئان إن كسب مثلاً قيمته، وثلاثة أشياء إن كسب ثلاثة أمثال قيمته، ونصف شيء إن كسب مثل نصف قيمته، وعلى هذا أبداً ثم تجمع الأشياء، فتقسم قيمة العبد وكسبه عليها، فما خرج، فهو الشيء، فلو أعتق عبداً لا مال له سواه، قيمته مائة، فكسب ثلاثة أمثال قيمته، فقد

(6/375)

عتق منه شيء، ولورثة سيده شيان، وله من كسبه ثلاثة أشياء، فتجمع الأشياء، فتصير ستة، فاقسم عليها قيمة العبد وكسبه، وذلك أربعمائة، يخرج الشيء ستة وستين وثلثين، فقد عتق منه شيء، وهو ثلثا قيمته، ولورثة سيده شيان مثلاً ما عتق منه، وله من كسبه ثلاثة أشياء مائتان وهي من كسبه.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 394

فرع: أعتق عبداً قيمته عشرون، ثم آخر قيمته عشرة، فكسب كل منهما قدر قيمته، فكملة الحرية في العبد الأول، فيعتق منه شيء، وله من كسبه شيء، وللورثة شيان، فتقسم العبدين وكسبهما على الأشياء الأربعة، فيخرج لكل شيء خمسة عشر، فيعتق منه بقدر ذلك، وهو ثلاثة أرباعه، وله ثلاثة أرباع كسبه، والباقي للورثة، وإن بدأ بعتق الأدنى، عتق كله، وأخذ كسبه ويستحق الورثة من العبد الآخر وكسبه مثلي العبد الذي عتق وهو نصفه ونصف كسبه، ويبقى نصفه ونصف كسبه بينهما نصفين، فيعتق ربعه، وله ربع كسبه ويرق ثلاثة أرباعه، ويتبعه ثلاثة أرباع كسبه، وذلك مثلاً ما عتق منهما، فإن أعتقهما

معاً، أقرعنا بينهما فمن خرجت له قرعة الحرية، فهو كما لو بدأ بإعتاقه فلو كانا متساوي القيمة، فأعتقهما بكلمة واحدة، ولا مال له سواهما، فمات أحدهما في حياته، أقرع بين الحي والميت، فإن وقعت على الميت، فالحي رقيق ويتبين أن الميت نصفه حر، لأن مع الورثة مثل نصفه وإن وقعت على الحي عتق ثلثيه، ولا يحسب الميت على الورثة، لأنه لم يصل إليهم. (وإن كان موهوباً لإنسان، فله) أي: للموهوب له (بقدر ما عتق منه) لأن القدر الموهوب يعدل القدر المعتق (وبقدره من كسبه) لأن الكسب يتبع الملك، يلزم أن يملك من الكسب بقدر ما ملك من العبد، فإن كانت قيمته مائة، فكسب تسعة، فاجعل له كل دينار شيئاً، فقد عتق منه مائة، وله من كسبه تسعة أشياء، ولهم مائتا شيء، فيعتق منه مائة جزء وتسعة أجزاء من ثلاثمائة وتسعة، له من كسبه مثل ذلك، ولهم مائتا جزء من

(6/376)

---

نفسه، ومائتا جزء من كسبه، فإن كان على السيد دين يستغرق قيمته وقيمة كسبه صرفاً في الدين، ولم يعتق منه شيء، لأن الدين مقدم على التبرع، وإن لم يستغرق قيمته وقيمة كسبه، صرف من العبد وكسبهما يقضي منه الدين، وما بقي منهما يقسم على ما يعمل في العبد الكامل وكسبه.

رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 394

(وإن أعتق جارية) لآمال له غيرها (ثم وطئها ومهر مثلها نصف قيمتها فهو كما لو كسب نصف قيمتها يعتق منها ثلاثة أسباعها) لأنها لو كسبت نصف قيمتها، لعتق منها ثلاثة أسباعها: سبع بملكها له من نفسها بحقها من مهرها، ولا ولاء عليها لأحد، وسبعان بإعتاق الميت، لكن في التشبيه نظر من حيث إن الكسب يزيد به ملك السيد، وذلك يقتضي الزيادة في العتق والمهر ينقصه، وذلك يقتضي نقصان العتق (ولو وهبها مريضاً آخر لا مال له أيضاً، فوهبها الثاني للأول) وماتاً جميعاً (صحت هبة الأول في شيء، وعاد إليه بالهبة الثانية ثلثه بقي لورثة الآخر ثلثا شيء وللأول) أي: لورثة الأول (شيئان) فاضربها في ثلاثة ليزول الكسر، تكن ثمانية أشياء تعدل الأمة الموهوبة (فلهم) أي: لورثة الأول (ثلاثة أرباعها) ستة (ولورثة الثاني ربعها) شيئان، وإن شئت قلت: المسألة من ثلاثة، لأن الهبة صحت من ثلث المال، وهبة الثاني صحت في ثلث الثلث، فتكون من ثلاثة اضربها في أصل المسألة تكن تسعة، أسقط السهم الذي صحت فيه الهبة الثانية، بقيت المسألة من ثمانية (وإن باع مريض قفيراً لا يملك غيره يساوي ثلاثين بقفيز يساوي عشرة) وهما من جنس واحد، فيحتاج إلى تصحيح البيع في جزء منه مع التخلص من الربا لكونه يحرم التفاضل بينهما، فأشار إلى الطريقة، فقال (فأسقط قيمة الرديء من قيمة الجيد ثم انسب الثلث إلى ما بقي وهو عشرة من عشرين تجده نصفها، فيصح البيع في نصف الجيد بنصف الرديء) لأن ذلك يقابله بعض المبيع بقسطه من الثمن عند تعذر أخذ جميعه بجميع الثمن أشبه ما لو اشترى

(6/377)

---

سلعتين بثمان، فانفسخ البيع في أحدهما بعيب أو غيره (ويبطل فيما بقي) لانتفاء المقتضي للصحة، لا يقال: فلا يصح في الجيد بقدر قيمة الرديء ويبطل في غيره، لأنه يفضي إلى الربا، لكونه عقداً يصح في ثلث الجيد بكل الرديء وذلك ربا، ولأن المحاباة في البيع وصية وفيما ذكر إبطالها، لأنه لا يحصل لها شيء وطريق الجبر أن يقال: يصح البيع في شيء من الأرفع بشيء من الأدنى وقيمة ثلث شيء، فتكون المحاباة بثلثي شيء ألقها من الأرفع يبقى قفيزاً إلا ثلثي شيء يعدل ثلثي المحاباة، وذلك شيء وثلث شيء، فإذا جبرته، عدل شيئين فالشئ نصف القفيز، وإن كان الأدنى يساوي عشرين، صحت في جميع الجيد بجميع الرديء، وإن كان الأدنى يساوي خمسة عشر، فاعمل بالطريقين الأولين، ولك طريق آخر وهو أن تضرب ما حاباه به في ثلاثة تبلغ خمسة وثلاثين، أنسب قيمة الجيد إليها بثلاثها، فيصح بيع ثلثي الجيد بثلثي الرديء، وبطل فيما عداه.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 394

(6/378)

فرع: لو حابا في إقالة في سلم كمن أسلف عشرة في كر حنطة، ثم أقاله في مرضه وقيمه ثلاثون، تعين الحكم كما لو ذكره لإمضاء الإقالة في السلم بزيادة وهو ممتنع. (وإن أصدق امرأة عشرة لآمال له غيرها وصادق مثلها خمسة فماتت قبله ثم مات) فيدخلها الدور، فنقول: (لها خمسة بالصادق) لأنها مهر مثلها (وشيء بالمحاباة) لأنها كالوصية، ويبقى لورثة الزوج خمسة الأشياء (رجع إليه نصف ذلك بموتها) لأن الزوج يرث نصف ما لامرأته إذا لم يكن لها ولد (صار له سبعة ونصف إلا نصف شيء) لأنه كان له خمسة الأشياء، وورث اثنين، ونصف شيء (يعدل شيئين) لأنه مثلا ما استحقته المرأة بالمحاباة، وذلك شيء (اجبرها بنصف شيء) لتعلم (وقابل) أي: يزداد على الشيئين نصف شيء، فليقابل ذلك النصف المراد، أي: يبقى سبعة ونصف يعدل شيئين ونصف (يخرج الشيء ثلاثة، فلورثته ستة) لأن لهم شيئين (ولورثتها أربعة) لأنه كان لها خمسة وشيء وذلك ثمانية، رجع إلى ورثته نصفها وهي أربعة، والطريقة في هذا أن ننظر ما بقي في يد ورثة الزوج، فخمسة هو الشيء الذي صحت المحاباة فيه، وذلك لأنه بعد الجبر يعدل شيئين ونصفاً، والشيء هو خمساها، وإن شئت، أسقطت خمسه، وأخذت نصف ما بقي (وإن مات قبلها ورثته) لأنها زوجته (وسقطت المحاباة) نص عليه، لأن حكمها في المرض حكم الوصية في أنها لا تصح لو ارث، فعليه لو كانت غير وارثة كالكافرة، لم تسقط المحاباة لعدم الإرث، وحينئذ فلها مهرها وثلث ما حاباها به (وعنه: تعتبر المحاباة من الثلث) لأنها محاباة لمن يجوز عليها الصدقة، فاعتبرت من الثلث كمحابة الأجنبي (قال أبو بكر: هذا قول قديم رجح عنه) وقيل: تسقط المحاباة إن لم يجزها بقية الورثة، وقيل: يسقط المسمى، ويجب مهر المثل، وقيل: مهرها وربع الباقي، وقيل: بل ثلث المحاباة وكذا الخلاف فيمن تزوج فيمن يرثه في مرضه بأكثر من مهر المثل، ولو تزوج مريضة بدون مهرها، فهل لها ما نقص؟ فيه وجهان.

(6/379)

(ولو ملك ابن عمه، فأقر في مرضه أنه أعتقه في صحته، عتق) من رأس المال لأن إقرار المريض بذلك كالصحيح (ولم يرثه ذكره أبو الخطاب) وفي «الرعاية» أنه أقيس (لأنه لو ورثه كان إقراره لو ارث) فيبطل عتقه، لأنه مرتب على صحة الإقرار وهو لا يصح لو ارث، وعللها الخبري بأن عتقهم وصية، فلا يجمع لهم بين الأمرين، لأنهم إذا ورثوا، بطلت الوصية، وإذا بطلت الوصية، بطل العتق، فيؤدي توريتهم إلى إسقاط توريتهم، وقيل: يرث، لأنه حين الإقرار لم يكن وارثاً، فوجب أن يرث كماله لم يصر وارثاً (وكذلك على قياسه لو اشترى ذا رحمه المحرم) أي: من يعتق عليه بالشراء (في مرضه هو وارثه أو وصى له به، أو وهب له قبله في مرضه) أي: يعتق ولا يرث، لما ذكرناه (وقال القاضي: يعتق ويرث) وهو المنصوص، وقدمه في «المحرر» و«الفروع»، وحاصله أنه إذا ملك من يعتق عليه بهبة أو وصية، أو أقر أنه أعتق ابن عمه، عتقا من رأس المال وورثاً، لأنه حين موته موروثه ليس بقاتل، ولا مخالف لدينه، ولا يكون عتقهم وصية، وقيل: يعتق من ثلثه، وإلا عتق منه بقدر الثلث، فلو دبر ابن عمه، عتق، ولم يرث، نص عليه، وإن قال: أنت حر في آخر حياتي، عتق، والأشهر يرث، وليس عتقه وصية، ولو علق عتق عبده بموت قريبه، لم يرثه، ذكره جماعة، قال القاضي: لأنه لا حق له فيه، قال في «الفروع»: ويتوجه الخلاف.

(6/380)

مسألة: إذا اشترى مريض من يعتق على وارثه، صح وعتق على الوارث قولاً واحداً، وإن وصى بعتق بعض عبداً أو أعتقه، أو دبره وبقيته له أو لغيره وثلثه يحمل كله، كمل عتقه، وأخذ الشريك حقه، وعنه: لاسراية فيهن وهو أولى، وفي استسعائه للشريك روايتان، وعنه: السراية في المنجز فقط، قال ابن حمدان: وإن اشترى المديون ذا رحمه المحرم، لم يصح، وقيل: بلى وبيع في الدين، ولو اتهب عبد من يعتق على سيده، وقلنا: يصح قبوله بدون إذنه، عتق على سيده (ولو أعتق أمته وتزوجها في مرضه لم ترثه على قياس الأول) لأن إرثها يفضي إلى بطلان عتقها، لأنه وصية وإبطال عتقها يبطل توريتها (وقال القاضي: يرثه) نص عليه في رواية المروزي، وهو المذهب، لأن العتق في هذه الحال وصية بما لا يلحقه الفسخ، فيجب تصحيحه للوارث كالعفو عن العمد في مرضه، فإنه لا يسقط ميراثه، ولا تبطل الوصية، ومحل ما إذا خرجت من الثلث كما لو أعتق ابن عمه، أو اشترى ذا رحم يعتق عليه ممن يرث. ولو أعتقها في صحته وتزوجها في مرضه، فإنه يصح وترثه بغير خلاف علمناه (ولو أعتقها وقيمتها مائة ثم تزوجها وأصدقها ما تئين لامال له سواهما وهي مهر مثلها، ثم مات صح العتق) والنكاح، لأنه صدر من أهله في مجله (ولم يستحق الصداق لثلا يفضي إلى بطلان عتقها ثم يبطل صداقها) ووجه أنها إذا استحققت الصداق لم يبق شيء سوى قيمة الأمة المقدر بقاؤها، فلا ينفذ العتق في كلها، لكون الإنسان محجوراً عليه في التصرف في مرضه في جميع ماله، وإذا بطل العتق

في البعض، بطل النكاح، وإذا بطل النكاح، بطل الصداق (وقال القاضي: تستحق المائتين) وتعتق، لأن العتق وصية لها، وهي غير وارثه، والصداق استحقته بعقد المعاوضة، وهي تنفذ من رأس المال، فهو كما لو تزوج أجنبية، وأصدقها المائتين، وفي إرثها الخلاف، قال في «المغني»: والأول أولى من القول بصحة العتق واستحقاق الصداق جميعاً لإفضائه إلى القول بصحة العتق في مرض الموت من جميع

(6/381)

المال، ولا خلاف في فساد ذلك فلو أصدق المائتين أجنبية، صح وبطل العتق في ثلثي الأمة، لأن الخروج من الثلث معتبر بحالة الموت وحالة الموت لم يبق له مال، وكذا لو تلفت المائتان قبل موته، عتق منها الثلث فقط. رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 401  
فرع: لو أعتق أمة لا يملك غيرها، ثم تزوجها، فالنكاح صحيح في الظاهر فإن مات، ولم يملك شيئاً آخر، تبين أن النكاح باطل، ويسقط مهرها إن كان لم يدخل بها، وإن كان دخل بها ومهرها نصف قيمتها، عتق منها ثلاثة أسباعها، وبرق أربعة أسباعها وحسابها أن نقول: عتق منها شيء، ولها بصداقها نصف شيء، وللورثة شيئان، فتجمعه ثلاثة أشياء ونصفاً، تبسطها، تكن سبعة. مسألة: مريضة أعتقت عبداً لها قيمته عشرة، وتزوجها بعشرة في ذمته، ثم ماتت وخلفت مائة، فمقتضى قول الأصحاب أن تضم العشرة إلى المائة، فتكون التركة وبرت نصف ذلك، والباقي للورثة، وقال أبو يوسف ومحمد: يحسب عليه قيمته أيضاً، ويضم إلى التركة، ويبقى للورثة ستون، وقال الشافعي: لا يرث شيئاً، وعليه أداء العشرة التي في ذمته، لئلا يكون إعتاقه وصية لو ارث، وهو مقضي قول الخرقى .  
فائدة: وهب أمة، حرم على المتهب وطؤها حتى تبرأ أو تموت وفي « الخلاف »: له التصرف وفي « الانصار » والوطء.

(6/382)

( وإن تبرع بثلث ماله ) في مرضه ( ثم اشترى أباه من الثلثين ) وله ابن ( فقال القاضي ومتابعوه ( يصح الشراء ولا يعتق ) الأب في الحال إذا اعتبرنا عتقه من الثلث، لكونه اشتراه بمال هو مستحق للورثة بتقدير موته، ولأن تبرع المريض إنما ينفذ من الثلث، ويقدم الأول فالأول، فإذا قدم التبرع، لم يبق من الثلث، شيء، ولو اشترى أباه بماله وهو تسعة دنانير وقيمته ستة، فقال المجد: عندي تنفذ المحاباة، لسبقها العتق، ولا يعتق، عليه كالتالي قبلها، وقال ( القاضي ( يتحصان هنا، فينفذ ثلث الثلث للبائع محاباة، وثلثاه للمشتري عتقاً، فيعتق به ثلث رقبته، ويرد البائع دينارين، ويكون ثلثا المشتري مع الدينارين ميراثاً ( فإذا مات ( المشتري ( عتق على الوارث ) لأنه ملك من يعتق عليه ( إن كانوا ممن يعتق عليهم ) كأولاد مثلاً، لأن الجد يعتق على أولاد ابنه ( ولا يرث لأنه لم يعتق في حياته ) إذا شرط الإرث أن يكون حراً عند الموت ولم يوجد. وعلى قول غير القاضي وهو من يقول: إن الشراء ليس بوصية، يعتق الأب، وينفذ من

التبرع قدر ثلث المال حال الموت، وما بقي، فلأب سدسه، وباقيه للوارث.  
فرع: من وهب له أبوه، استحبه له قبوله، وقيل: يجب، فإن، قبله، عتق عليه  
بالملك، وورث، وإن وهب لمكاتبه أبوه، فله قبوله، ويعتق بعنقه.  
رقم الجزء: 5 رقم الصفحة: 401  
المبدع فى شرح المقنع

(6/383)

### كتاب الوصايا

وهى جمع وصية كالعطايا جمع عطية، والعرايا جمع عرية، فالوصية فعيلة،  
والتاء الساكنة بعد الصاد زائدة للمد، والياء المتحركة بعدها لام الكلمة،  
وأدغمت، والتاء للتأنيث، وأصله وصائي بهمزة مكسورة بعد المد تليها ياء  
متحركة هى لام الكلمة، فتحت هذه الهمزة العارضة فى الجمع، وقلبت الياء  
ألفا لتحركها وانفتاح ما قبلها، فصار وصاء، فكرهوا اجتماع ألفين بينهما همزة،  
فقلبوها ياء، فصار وصايا. ولو قيل: إن وزنه فعالي، وإن جمع المعتل خلاف  
جمع الصحيح، لكان حسنا، وهى فى الأصل مأخوذة من وصيت الشيء: إذا  
وصلته، فالموصي وصل ما كان له فى حياته بما بعد موته، والإجماع على  
مشروعيتها، وسنده قوله تعالى {كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت} (البقرة: 108)  
(من بعد وصية يوصى بها أو دين) وقوله: «ما حق امرئ مسلم له شيء يوصى به يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه» متفق  
عليه من حديث ابن عمر، وعن أبى الدرداء مرفوعا «إن الله تصدق عليكم  
بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة فى حسناتكم، ليجعلها لكم زيادة فى  
أعمالكم» رواه الدار قطنى.

(6/384)

(وهى الأمر بالتصرف بعد الموت) فهى لغة عبارة عن الأمر، لقوله تعالى  
{ووصى بها إبراهيم بنيه ويعقوب} (البقرة: 123)، {ذلكم وصاكم به}  
(الأنعام: 151) ومنه قول الخطيب: أوصيكم بتقوى الله، أى: أمركم. فقوله:  
هى الأمر بالتصرف إلى آخره بيان لأحد نوعى الوصية، وهى أن يوصى إلى  
إنسان أن يتكلم على أولاده الصغار، أو يفرق ثلث ماله، والقيد الأخير أخرج  
الوكالة. وقد أوصى أبو بكر بالخلافة لعمر، ووصى بها إلى أهل الشورى، ولم  
ينكر، وقد روى سفيان بن عيينة عن هشام بن عروة قال: أوصى إلى الزبير  
سبعة من الصحابة، فكان يحفظ عليهم أموالهم، وينفق على أيتامهم من  
ماله (والوصية بالمال: هى التبرع به بعد الموت) هذا بيان النوع الثانى منها،  
والقيد الأخير أخرج الهبة، وقال أبو الخطاب: هى التبرع بمال يقف نفوذه على  
خروجه من الثلث. فعلى هذا تكون العطية فى مرض الموت وصية، والصحيح  
أنها ليست وصية لمخالفتها لها فى الاسم والحكم، قال فى «المستوعب»:  
وفى حده اختلال من أوجه، وقد يعترض أيضا بأنها قد تكون بحق كجلد الميتة  
ونحوه، وليس بمال. قوله بالمال، أى بجزء منه، وقد تكون بكله، ويجيزه  
الوارث.

ولها أربعة أركان: الموصى، والموصى له، والموصى به، والصيغة، وهي الإيجاب والقبول. فلو قال: هذا لفلان، فهو إقرار، وليس بوصية إلا أن يتوافقا على إرادة الوصية، فيصح، ولو قال: هذا من مالى لفلان، فهو وصية يعتبر القبول ممن يتصور منه مع التعيين، فلو أوصى لمسجد أو لغير معين كالفقراء، لم يحتج إلى قبول.  
رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 3

(6/385)

---

(وتصح) الوصية بالمال (من البالغ الرشيد، عدلاً كان، أو فاسقاً، رجلاً أو امرأة، مسلماً أو كافراً) لأن هيتهم صحيحة، فالوصية أولى. وحاصله أن من جاز تصرفه فى ماله، جازت وصيته، والمراد ما لم يعاين الموت قاله فى «الكافى» لأنه لا قول له، والوصية قول، وظاهره فى الكافر لا فرق بين الذمي والحربي، وفيه احتمال، لأنه لآحرمة له، ولا لماله. ومقتضاه أنها تصح وصية العبد إن قلنا: يملك أو عتق، ثم مات بعدها. والحاصل أنها تصح من البالغ العاقل مطلقاً، قال فى «المستوعب»: لا يختلف المذهب فى هذا، والضعيف فى عقله إن منع ذلك رشده فى ماله، فهو كالسفيه وإلا فكالعاقل ذكره فى «الشرح» (و) تصح (من السفيه) بمال لا على أولاده (فى أصح الوجهين) وهو قياس قول أحمد، قال الخبري: هو قول الأكثرين، لأنه إنما حجر عليه لحفظ ماله، وليس فيها إضاعة لماله، لأنه إن عاش كان ماله له، وإن مات، فله ثوابه، وهو أحوج إليه من غيره. والثاني: لا تصح، لأنه محجور عليه فى تصرفاته، فلم تصح منه كالهبة، والأول نصره فى «الشرح» بأنه عاقل مكلف، فصحت منه كعبادته.  
(ومن الصبي العاقل إذا جاوز العشر) نقله صالح وحنبل، قال أبو بكر: لا يختلف المذهب فى صحتها، لما روى سعيد أن صبياً من غسان له عشر سنين أوصى لأخوال له، فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب، فأجاز وصيته، وروى مالك فى «موطأه» بإسناده عنه نحوه. وانتشر، ولم ينكر، ولأنه تصرف تمحض نفعاً فصح منه كالإسلام والصلاة ولأنه لا يلحقه ضرر فى عاجل دنياه ولا أخراه بخلاف الهبة والعتق المنجز، فإنه تفويت لماله، وقيد الخرقى إذا وافق الحق وهو مراد فى جميع الوصايا.

(6/386)

---

(ولا تصح ممن له دون السبع) قال أبو بكر: لا يختلف المذهب فيه، لأنه لآتمييز له، ولا تصح عبادته ولا إسلامه، وعنه: تصح لسبع كعبادته (وفيما بينهما) أي؛ بين السبع والعشر روايتان أقيسهما: أنها تصح، لأنه عاقل فيصح إسلامه، ويؤمر بالصلاة، وتصح منه، كمن جاوز العشر. والثانية: لا تصح وهي ظاهر «الوجيز» لأنه ضعيف الرأي، أشبه من له دون السبع، ومن الأصحاب كالقاضي وأبي الخطاب، وهو ظاهر نقل الميموني أنه لا يقيد بسن، بل إذا عقل تصح منه، وعلم منه أنه إذا جاوز العشر قبل البلوغ أنها تصح فى المنصوص، وعنه: إذا بلغ ثنتي عشرة سنة حكاه ابن المنذر، وهي قول إسحاق، وفيه وجه أنها لا تصح منه حتى يبلغ تبعا ل ابن عباس والحسن ومجاهد، لأنه تبرع بالمال، فلم تصح



منه كالهبة، والفرق واضح، وهذا في الصبي، وأما الجارية، فقد نص في رواية حنبل أنها إذا بلغت تسع سنين.  
رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 3  
(ولا تصح من غير عاقل كالطفل) وهو من له ست سنين فما دونها (والمجنون والمبرسم) وهو قول الأكثر فيهما، وفي «المغني»: لا نعلم أحدا قال بخلافه إلا إياس بن معاوية، فإنه أجاز وصية الصبي والمجنون إذا وافقت الحق، وفيه نظر، لأنه لا حكم لكلامهما ولا تصرفهما، فالوصية كذلك، بل أولى، فإنه إذا لم يصح إسلامه وصلاته التي هي محض نفع لا ضرر فيها، فأولى أن لا يصح بذله لمال يتضرر به وارثه، لكن إن كان يجن في الأحيان، فأوصى حال إفاقته، فإنها تصح، لأنه في حكم العقلاء في شهادته، ووجوب العبادة عليه، والمغمی عليه كذلك في السكران وجهان اصحهما: لا تصح لأنه غير عاقل، أشبه المجنون، وطلاقه إنما وقع تغليظا عليه، لارتكابه المعصية. والثاني: يصح بناء على طلاقه.

(6/387)

(وتصح وصية الأخرس بالإشارة) أي: إذا فهمت، لأنها أقيمت مقام نطقه في طلاقه ولعانه وغيرهما، فإن لم تفهم، فلا حكم لها (ولا تصح وصية من اعتقل لسانه بها) أي: بالإشارة المفهومة إذا لم يكن ما يوسا من نطقه ذكره القاضي وابن عقيل، وقاله الثوري، الأوزاعي لأنه غير قابوس من نطقه وكالقادر على الكلام ويحتمل أن يصح) كالأخرس، واختاره ابن المنذر، واحتج بأنه صلى وهو قاعد، وأشار إليهم أن يقعدوا. رواه البخاري. وأخرجها ابن عقيل وجها إذا اتصل باعتقال لسانه الموت، والأول أشهر، والفرق واضح (وإن وجدت وصيته بخطه) الثابت بإقرار وارثه أو بيينة (صحت) نص عليه في رواية إسحاق بن إبراهيم، وفيه: وعرف خطه، وكان مشهور الخط يقبل ما فيها، لقوله: «ما حق امرئ» الخبر فلم يذكر شهادة، ولأن الوصية يتسامح فيها، ويصح تعليقها على الخطر والغرر وغيره، فجاز أن يتسامح فيها بقبول الخط كرواية الحديث، وكتابة الطلاق ويحتمل أن لا تصح حتى يشهد عليه بما فيها هذا رواية عن أحمد، وهي قول الحسن، و أبي ثور، لأن الحكم لا يجوز برؤية خط الشاهد بالشهادة فكذا هنا، وأبلغ منه الحاكم، فلو كتبها وختمها، وأشهد عليه بما فيها، لم يصح على المذهب، لأن الشاهد لا يعلم ما فيها، فلم يجز أن يشهد عليه ككتاب القاضي إلى القاضي، وفيها رواية ذكرها الخرقى وهي قول جماعة من التابعين ومن بعدهم، وعليه فقهاء البصرة وقضاتها، واحتج أبو عبيد بكتب رسول الله إلى عماله وأمرائه في أمر ولايته وأحكامه وسننه، ثم عمل به الخلفاء إلى عمالهم بالأحكام التي فيها الدماء والفروج والأموال مختومة لا يعلم حاملها ما فيها، وأمضوها وجهها، وذا أولى من المنع لظهور دليله. ومن الأصحاب من خرج في كل مسألة رواية من الأخرى، وهذا إذا لم يعلم رجوعه عنها، وإن طالبت مدته، وتغيرت أحوال الموصي، لأن الأصل بقائه، فلا يزول حكمه بمجرد الاحتمال كسائر الأحكام.  
رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 3

(6/388)

فائدة: يستحب أن يكتب وصيته، ويشهد عليها، لأنه أحوط لها، وأحفظ لما فيها، وقد روى سعيد عن فضيل بن عياض، عن هشام بن حسان، عن هشام بن حسان، عن ابن سيرين، عن أنس قال: كانوا يكتبون في صدور وصاياهم: بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما أوصى به فلان أنه يشهد أن لا إله إلا الله، وحده لا شريك له، وأن محمدا عبده ورسوله، وأن الساعة آتية لا ريب فيها، وأن الله يبعث من في القبور أوصى من ترك من أهله أن يتقوا الله، ويصلحوا ذات بينهم، ويطيع الله ورسوله إن كانوا مؤمنين، وأوصاهم بما أوصى به إبراهيم بنه ويعقوب: { إن الله اصطفى لكم الدين فلا تموتن إلا وأنتم مسلمون } . (البقرة: 132)

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 3  
فصل

(6/389)

(والوصية) لا فرق فيها بين الصحة والمرض، وعنه في الصحة من رأس المال، وفي المرض من الثلث، وعلى الأول هي العطية المنجزة تنفذ من جميع المال، ذكر ابن أبي موسى أن المدير في الصحة يقدم على المدير في المرض إذا لم يحملهما الثلث، وذكر القاضي أن الوصية عطية بعد الموت، فلا يجوز فيها إلا الثلث علي كل حال وهي (مستحبة لمن ترك خيرا) لقوله تعالى: { كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية } (البقرة: 108) نسخ الوجوب وهو المنع من الترك بقي الرجحان، وهو الاستحياب، يؤيده ما روى ابن ماجة عن ابن عمر مرفوعا: «يقول الله: يا ابن آدم جعلت لك نصيبا من مالك حين أخذت بكظمك لأطهرك وأزكيك» لكنها تجب على من عليه دين، أو واجب غيره، وعنه: تجب لكل قريب غير وارث، وهذا قول أبي بكر، وفي «التبصرة» عنه: وللمساكين، ووجه البر، وظاهره أنها لا تستحب لمن لم يترك خيرا، لأنه تعالى شرط ترك الخير، والمعلق بشرط ينتفي عند انتفائه، ولقوله: «إنك أن تذر ورتك أغنياء» الخبر (وهو المال الكثير) واختلف في مقداره، فعن أحمد إذا ترك دون ألف لا تستحب له الوصية، فعلم أنه إذا ترك ألف درهم فصاعدا أنها تسن وجزم بها في «الوجيز» وعنه: على أربعمئة دينار. وعن ابن عباس: إذا ترك سبعمائة درهم لا يوصي، وقال: من ترك ستين دينارا ما ترك خيرا. وعن طاوس: هو ثمانون دينارا، وعن النخعي ألف إلى خمسمائة، وفي «المغني» و«الشرح» أنه متى كان المتروك لا يفضل عن غنى الورثة لم تستحب الوصية، لما علل به النبي، فعليه يختلف الحال باختلاف الورثة في كثرتهم وقلتهم، وغناهم وحاجتهم، فلا يتقيد بقدر من المال، والأشهر أنها تستحب مع غناه عرفا، وقيل: الغني عرفا: من له أكثر من ثلاثة آلاف درهم، والمتوسط من له ثلاثة آلاف درهم، واودنى: من له دونها (بخمسة ماله) روي عن أبي بكر و علي، وهو ظاهر قول السلف، قال أبو بكر: رضيت بما رضي الله به لنفسه يعني في قوله تعالى: { واعلموا أنما

(6/390)

غنمتم من شيء فإن لله خمسه { ( الأنفال: 41 ) وقال العلاء بن زياد: أوصي إلي أن أسأل العلماء: أي الوصية أعدل، فما تتابعوا عليه، فهو وصية، فتتابعوا على الخمس، وقيل: بالثلث للخير وفي «الإفصاح»: يستحب بدونه، وذكر جماعة بخمسه المتوسط، وذكر آخرون أن من ملك فوق ألف إلى ثلاثة، ونقل أبو طالب: إن لم يكن له مال كثير، ألفان وثلاثة أوصى بالخمس ولم يضيق على ورثتهوان لم يكن له مال كثير فبالربع والثلث، والأفضل أن يجعل وصيته لأقاربه الذي لا يرثون إذا كانوا فقراء بلا خلاف، قاله ابن عبد البر، فإن وصى غيرهم وتركهم، صحت في قول الجماهير (وبكره لغيره) أي، لغير من ترك خيرر وهو الفقير (إن كان له ورثه) محاويج كذا قيده جماعة. قال في «التبصرة»: رواه ابن منصور، لأنه عدل عن أقاربه المحاويج إلى الأجانب. قال الشعبي: ما من مال أعظم أجرا من مال يتركه الرجل لولده يغنيهم به عن الناس. وأطلق في «الغنية» استحباب الوصية بالثلث لقريب فقير لا يرث، فإن كان غنيا، فلمسكين وعالم ودّين قطعه عن السبب العذر، وكذا قيد في «المغني» استحبابها لقريب بفقّره ( فأما من لا وارث له فتجوز وصيته بجميع ماله ) وروي عن ابن مسعود ، وقاله أهل العراق، لأن المنع من الزيادة على الثلث لحق الوارث، فإذا عدم، وجب أن يزول المنع لزوال علته، أشبه حال الصحة ( وعنه: لا يجوز إلا الثلث ) وهو قول الأوزاعي ، لأن له من يعقل عنه، فلم تنفذ وصيته بأكثر من الثلث، كما لو كان له وارث مع أن المسلمين يرثونه وهو بيت المال، فعلى الأول لو ورثه زوج أو ولد زوج أو زوجة ورد، بطلت بقدر فرضه من ثلثيه، فيأخذ الوصي الثلث، ثم ذو الفرض من ثلثيه، ثم تتم الوصية منهما، وقيل: لا تتم كوارث بفرض ورد، وعليها بيت المال جهة مصلحة لا وارث، ولو وصى أحدهما لآخر، فعلى الأولى كله إرثا ووصية، وقيل: لا تصح، وعلى الثانية: ثلثه وصية، ثم فرضه، والبقية لبيت المال.

(6/391)

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 8  
تنبية: ظاهر كلام أحمد أنه إذا خلف ذا رحم أنه لا يمنع الوصية بجميع ماله، لقوله: ومن أوصى بجميع ماله، ولا عصبه ولا مولى، فجائز، وذلك لأن ذا الرحم إرثه كالفضلة أو الصلة بدليل أنها لا تجب نفقتهم على الصحيح. وظاهر كلام المؤلف أنها لا تنفذ فيما زاد على الثلث، لأن له وارثا في الجملة، فيدخل في عموم النص كذي الفرض الذي يحجب بعضهم بعضا.  
( ولا تجوز لمن له وارث بزيادة على الثلث لأجنبي، ولا لو ارثه بشيء إلا بإجازة الورثة ) وجملته أن الوصية لغير وارث تلزم في الثلث من غير إجازة، وما زاد عليه يتوقف على إجازة الورثة في قول أكثر العلماء، يقول النبي ل سعد حين قال: أوصي بمالي كله قال: « لا » قال: فالشطر؟ قال: لا، قال: «الثلث والثلث كثير إنك أن تذر ورثتك أغنياء» خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس» متفق عليه. وحديث عمران في المملوكين الستة الذين أعتقهم المريض، وليس له مال سواهم يدل على أنه لا يصح تصرفه فيما زاد على الثلث إذا لم يجز الورثة، وتجوز بإجازتهم، لأن الحق لهم، وأما الوصية للوارث،

فكالوصية لغيره بزيادة على الثلث في أنها تصح بالإجازة، وتبطل بالرد بغير خلاف قاله ابن المنذر و ابن عبد البر، لما روى أبو إمامة قال: سمعت رسول الله يقول: « إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث » رواه أحمد ، و أبو داود والترمذي وحسنه، وعن عمرو بن شعيب ، عن أبيه، عن جده مرفوعا قال: « لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة » رواه الدار قطني . وقال بعض أصحابنا: الوصية باطلة، وإن أجازها الوارث إلا أن يعطوه عطية مبتدأة أخذاً من ظاهر قول أحمد في رواية حنبل: لا وصية لوارث، وقاله المزني وغيره لظاهر خبر أبي أمامة، والأكثر على صحتها في نفسها، لأنه تصرف صدر من أهله في محله، فصح كالأجنبي، والخبر قد خص بخبر عمر، وإن الاستثناء من النفي إثبات، فيكون دليلاً على الصحة عند

(6/392)

---

الإجازة، ولو خلا من الاستثناء جاز أن يكون معناه: لا وصية نافذة أو لازمة ونحوهما، أو يقدر: لا وصية لوارث عند عدم الإجازة. وفائدة الخلاف أنها إن كانت صحيحة، فإجازتهم تنفيذ وإلا هبة مبتدأة، ويستثنى من ذلك إذا أوصى بوقف ثلثه على بعض الورثة، فإنه يصح، نص عليه. وحاصله أنها تكره لغير وارث بأكثر من الثلث، وتصح وتلزم بالإجازة، وعنه: تحرم الزيادة عليه، فتبطل وحدها، ولا يجوز لوارث بثلثه، نص عليه وفي «التبصرة» تكره، وتصح على أوصح بالإجازة (إلا أن يوصي لكل وارث بمعين بقدر ميراث) كمن خلف ابناً وبناتاً وعبيداً قيمته مائة وأمة قيمتها خمسون، فأوصى للابن بالعبد، وللبنات بالأمة (فهل تصح؟ على وجهين) كذا أطلقهما جماعة أشهرهما: أنها تصح، لأن حق الوارث في القدر لا في العين بدليل ما لو عارض المريض بعض ورثته أو أجنبياً، فإنه يصح إذا كان يثمن المثل، وإن تضمن فوات عين المال، والثاني: لا يصح إلا بإجازة كل منهما للآخر، لأن في الأعيان غرضاً صحيحاً، فلا يجوز إبطال حقه منها كما لا يجوز إبطاله من القدر، وكذا وقفه بالإجازة ولو كان الوارث واحداً وإن لم يف الثلث بالوصايا، تحاصوا فيه، وأدخل النقص على كل واحد بقدر وصيته لأنهم تساووا في الأصل، وتفاوتوا في المقدار، فوجب أن يكون كذلك كمسائل العول، ولا فرق فيه بين العتق وغيره، فلو وصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بمائة، والثالث بمعين قيمته خمسون، ولفداء أسير بثلاثين، ولعمارة مسجد بعشرين وثلث ماله مائة، فجمعت الوصايا كلها، فبلغت ثلاثمائة، فنسبت منها الثلث، فكان ثلثها، فيعطى كل واحد ثلث وصيته (وعنه: يقدم العتق) وما فضل يقسم بين سائر الوصايا على قدرها، وهي قول عمر و شريح و الثوري، لأن فيه حقا لله تعالى وللأدعي، فكان أكد، لأنه لا يلحقه فسح وهو أقوى بدليل سرايته ونفوذه من المراهق المفلس، والعطايا المعلقة بالموت كالوصايا في هذا.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 8

(6/393)

---

فرع: إذا أوصى بعق عبد بعينه، لزم الوارث إعتاقه ولم يعتق إلا بإعتاقه، فإن امتنع، أجبره الحاكم، فإن أعتقه، أو الحاكم، فهو حر من حين أعتقه، وولأوه للموصي، لأنه السبب، وكسبه بين الموت والعتق إرث، وذكر جماعة له، وفي «الفروع»: ويتوجه مثله في موصى يوقفه. وفي «الروضة» الموصى بعتقه ليس بمدبر، وله حكم المدبر في كل أحكامه.

مسألة: إذا أسقط عن وارثه ديناً، أو وصى بقضاء دينه، أو أسقطت صداقها عن زوجها، أو عفا عن جناية موجبة للمال، فهو كالوصية، وإن وصى لغريم الوارث، أو وهب له هبة: صح كما لو أوصى لولد الوارث، فإن قصد نفع الوارث، لم يجز فيما بينه وبين الله تعالى.

(وإن أجاز الورثة الوصية) بعد موت الموصي، وعنه: وقيله في مرضه، خرجها القاضي أبو حازم من أذن الشفيع في الشراء، ذكره في «النوادر» واختاره ابن حمدان، و الشيخ تقي الدين (جازت) بغير خلاف، لأن الحق لهم، فجازت بإجازتهم، كما تبطل بردهم، وسواء كانت الوصية لوارث أو بزيادة على الثلث لأجنبي وفيه رواية أنها لا تجوز لوارث (وإجازتهم تنفيذ في الصحيح من المذهب) لأنها إمضاء لقول الموروث، ولا معنى للتنفيذ إلا ذلك فيكفي لفظها وهو أجزت وكذا أمضيت، أو نفذت، فإذا وجد شيء نها، لزم الوصية، وإن لم يقبل الموصى له في المجلس (لا تفتقر إلى شروط الهبة ولا تثبت أحكامها فيها) أي: أحكام الهبة، لأنها ليست بهبة (فلو كان المجيز أبا للمجاز له) كمن أوصى لولد ولده مع وجوده (لم يكن له) أي: للأب (الرجوع فيه) لأن الأب إنما يرجع فيما وهب، لا فيما وهبه غيره (ولو كان المجاز عتقا) بأن أعتق عبداً لا مال له سواه أو أوصى بعتقه، فأعتقوه، نفذ العتق في ثلثه، ووقف عتق الباقي على إجازتهم فإن أجازوه، عتق جميعه (وكان الولاء للموصي) لأنه هو الذي أعتقه (يختص به عصيته) كما لو أعتقه في صحته ولو كان وقفاً على المجيزين كالوقف على أولاده (صح) أي: الوقف رواية واحدة، لأن الواقف عليهم أبوهم.

(6/394)

(وعنه: ما يدل على أن الإجازة هبة) أخذاً من إطلاقه في رواية حنبل: لا وصية لوارث. وظاهره نفي الوصية مطلقاً، فتكون إجازتهم ابتداء عطية، وأطلقهما أبو الفرج، وخصها في «الانتصار» بالوارث (فتنعكس هذه الأحكام) فيفتقر إلى شروط الهبة من القبض ونحوه، وللأب الرجوع في جميع ما وصى به لابنه، ويكون الولاء مشتركاً بين العصبه وغيرهم من الورثة، والوقف ينبي على صحة وقف الإنسان على نفسه، وكلام القاضي يقتضي أن في صحتها بلفظ الإجازة إذا قلنا: هي هبة وجهين، قال المجد: والصحة ظاهر المذهب، وهذا إنما يظهر في الزائد على الثلث ولهذا قيل: الخلاف مبني على أن الوصية بالزائد على الثلث هل هو باطل أو موقوف على الإجازة؟ وقيل: الخلاف مبني على القول بالصحة، وأما على البطلان، فلا معنى للتنفيذ، وهو أشبه، وقرر الشيخ تقي الدين أن الوارث إذا أسقط حقه قبل القسمة، فإنه يسقط، وطرد هذا في الأعيان المشاعة، كالغانم إذا أسقط حقه في الغنيمة، والموقوف عليه إذا أسقط حقه في الوقف، والمضارب إذا أسقط حقه في الربح.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 8

فوائد أخرى منها: إذا أوصى بمجهول، فأجازه الوارث، فإن قلنا: هي تنفيذ

صحت، وإلا فوجهان.  
ومنها: لو حلف لا يهب، فأجاز، فإن قلنا: هي عطية حنث، وإلا فلا.  
ومنها إجازة المفلس، فقال في «المغني»: إنها نافذة وهو منزل على القول  
بالتنفيذ، ويخرج على قول القاضي خلافه، لأنه ليس من أهل التبرع.

(6/395)

ومنها: ان ما جاوز الثلث من الوصايا إذا أجزه هل يزاحم بالزائد ما لم يجاوزه  
هو مبني على هذا الاختلاف ذكره المجد. قال الشيخ زين الدين ابن رجب:  
وأشكل توجيهه على الأصحاب وهو واضح، فإنه إذا كانت معنا وصيتان، إحداهما  
مجاوزه للثلث، والأخرى لاتجاوزه كنصف وثلث، فأجاز الورثة الوصية المجاوزة  
لثلث خاصة، فإن قلنا: الإجازة تنفيذ، زاحم صاحب النصف صاحب الثلث  
بنصف كامل، فيقسم الثلث بينهما على خمسة لصاحب النصف ثلاثة أخماسه،  
وللآخر خمساه، ثم يكمل لصاحب النصف نصفه بالإجازة، وإن قلنا: هي عطية،  
فإنما يزاحمه بثلث خاصة إذ الزيادة عليه عطية محضة من الورثة، لم تتلق من  
الميت، فلا تزاحم به الوصايا فيقسم الثلث بينهما نصفين، ثم يكمل لصاحب  
النصف ثلثه بإجازة.

(ومن أوصى له وهو في الظاهر وارث) كمن أوصى لأحد إخوته (فصار عند  
الموت غير وارث) بسبب تجدد ابن للموصي (صحت الوصية له) لأن الأخ عند  
الموت ليس بوارث، والاعتبار في الوصية بالموت، لأنه الحال الذي يحصل به  
الانتقال إلى الوارث والموصى له، ومعناه أنها صحيحة في الثلث، وما زاد عليه  
موقوف على الإجازة (وإن أوصى له وهو غير وارث) كمن أوصى لأخيه مع  
وجود ابنه (فصار عند الموت وارثاً بطلت) وحكاه في «الرعاية» قولاً،  
والمذهب أنها لا تصح إلا بإجازة بقية الورثة (لأن اعتبار الوصية بالموت) بغير  
خلاف نعلمه، فلو وصى لثلاثة إخوة له مفترقين ولا ولد له، ومات، لم تصح  
الوصية لغير الأخ من الأب إلا بإجازة الورثة، وإن ولد له ابن، صحت الوصية  
للجميع من غير إجازة إذا لم تتجاوز الثلث، وإن ولد له بنت، جازت الوصية بغير  
الأخ من الأبوين، فيكون لهما ثلثا الموصى بينهما.

(6/396)

فرع: لو وصى لامرأة أجنبية، وأوصت له، ثم تزوجها، لم تجز وصيتهما إلا  
بالإجازة، وإن أوصى أحدهما للآخر، ثم طلقه، جازت الوصية، لأنه صار غير  
وارث إلا أنه إن طلقها في مرض موته، فقياسه المذهب أنها لا تعطى أكثر من  
ميراثها، لأنه متهم أنه طلقها ليوصل إليها ماله بالوصية، فلم ينفذ، كما لو طلقها  
في مرض موته، وأوصى لها بأكثر من ميراثها.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 8

(ولا تصح إجازتهم وردهم إلا بعد موت الموصي) نص عليه، لأنه حق لهم حينئذ،  
فتصح منهم الإجازة والرد، كسائر الحقوق (وما قبل ذلك لا عبرة به) هذا زيادة  
إيضاح، فدل على أن الحق لم يملكوه، فلم يصح منهم ما ذكر كالمراة تسقط  
مهرها قبل النكاح، والشفيع يسقط شفعته قبل البيع وقد سبق.

فرع: لا تصح الإجازة والرد إلا من جائز التصرف، وتقدم الخلاف في المفلس والسفيه (ومن أجاز الوصية) كما إذا كانت بجزء مشاع زائد على الثلث ( ثم قال: إنما أجزت، لأنني ظننت المال قليلاً) كما إذا أوصى بنصف ماله، فأجازه الوارث وكان المال ستة آلاف، فقال: ظننته ثلاثة آلاف (فالقول قوله) لأن الإجازة إما تنفيذ أو هبة، وكلاهما لا يجوز في المجهول (مع يمينه) لأنه يحتمل كذبه (وله الرجوع بما زاد على ظنه في أظهر الوجهين) جزم به في «الوجيز» فعلى هذا يرجع بخمسمئة، لأنه رضي بإجازة الوصية على الزائد على الثلث خمسمئة، فكانت ألفاً، فيرجع بخمسمئة فيحصل للموصى له ألفان وخمسمئة. والثاني: أنه لا يقبل قوله، لأنه أجاز عقداً له الخيار في فسخه، فبطل خياره، كما لو أجاز البيع من له الخيار في فسخه بعيب، أو خيار (إلا أن تقوم به بينة) تشهد باعترافه بقدره، أو يكون المال ظاهراً لا يخفى عليه، لم يقبل قوله إذا قلنا: الإجازة تنفيذ، وإن قلنا: هي هبة، فله الرجوع فيما يجوز الرجوع في الهبة في مثله، ومن الأصحاب كـ القاضي، والمجد، بنى هذه المسألة على أنه يعتبر أن يكون المجاز معلوماً للمجيز أم لا، فذكر المجد أنه لو أجاز قدراً مستوير من المال، ثم قال: ظننت المال قليلاً أنه لا يقبل قوله، ولا تنافي بينهما لوجهين، أحدهما: أن صحة إجازة المجهول لاتنافية ثبوت الرجوع فيه إذا تبين فيه ضرر على المجيز لم يعلم استدراكاً لظلامته كما نقول فيمن أسقط شفيعته لمعنى، ثم بان بخلافه، فإن له العود إليها، فكذلك هنا إذا أجاز الجزء الموصى به يظنه قليلاً، فبان كثيراً، فله الرجوع بما زاد على ظنه. والثاني: أنه إذا اعتقد أن النصف الموصى به مثلاً مئة وخمسون درهماً، ثم بان ألفاً، فهو إنما أجاز خمسين، لم يجز أكثر منها، فلا يجوز أكثر منها، فلا تنفذ إجازته في غيرها، وهذا بخلاف ما إذا جاز النصف (وإن كان المجاز عيناً) كعبد تزيد قيمته على الثلث (فقال: ظننت باقي

المال كثيراً، لم يقبل قوله في أظهر الوجهين) لأن العبد معلوم لا جهالة فيه. والثاني: أنه يملك الفسخ، لأنه قد يسمح بذلك ظناً منه أنه يبقى له من المال ما يكفيه فإذا بان خلاف ذلك، لحقه الضرر في الإجازة، فملك الفسخ كالأولى، وقيل: يصح وجهاً واحداً، لأن المجاز معلوم، وكذا الخلاف فيما إذا كان المجاز مبلغاً معلوماً، فلو كان العبد قيمته ستمئة، فيجوز الوصية بناءً على أن المال ألف مثلاً، ثم تبين أنه ستمئة فيدعي أنه إنما أجاز بناءً على ذلك، فعلى الأول والثالث جميع العبد للموصى له، وعلى الثاني: ثلثا العبد وتسعه، لأن ثلث المال بالأصل وهو أربعمئة، وقد أجاز له ستة وستين وثلثين، لأن ذلك هو ما بين الألف وستمئة المظنونة قيمة العبد. قال الشيخ تقي الدين: فإن قال: ظننت أن قيمته ألف، فبان أكثر، قبل وليس نقضاً لصحة الإجازة بينة أو إقرار، قال: وإن أجاز، وقال: أردت أصل الوصية، قبل.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 8

(ولا يثبت الملك للموصى له إلا بالقبول بعد الموت) أي: إذا كانت لمعين يمكن القبول منه في قول جمهور الفقهاء، لأنه تملك مال، فاعتبر قبوله كالهبة. قال أحمد: الهبة والوصية واحدة، ولا يتعين القبول باللفظ، بل يحصل به، وبما قام مقامه كالهبة والبيع، ويجوز القبول على التراخي كالفور، وحينئذ الملك له شرطان الأول: القبول، الثاني: أن يكون القبول بعد موت الموصي، لأنه قبل ذلك لم يثبت له حق، فأما إن كانت لغير معين كالفقراء، أو لا يمكن حصرهم كبنى تميم أو على مصلحة مسجد أو حج، لم يفتقر إلى قبول، ولزمت بمجرد الموت، لأن اعتبار القبول منهم متعذر، فسقط اعتباره كالوقف عليهم، ولا يتعين واحد منهم، فيكتفى به، ولو كان فيهم ذو رحم من الموصى له، كمن أوصى بعبد للفقراء وأبوه منهم، لم يعتق عليه، لأن الملك لا يثبت لكل منهم إلا بالقبض (فأما قبوله ورده قبل الموت، فلا عبرة به) لأنه لم يثبت له حق (فإن مات الموصى له قبل موت الموصي، بطلت الوصية) في قول أكثر العلماء لأنها عطية صادفت المعطي ميتا، فلم تصح كما لو وهب ميتا إلا أن يكون أوصى بقضاء دينه، فلا تبطل، قاله الحارثي وغيره (وإن ردها بعده، بطلت أيضا) للرد أحوال:

منها: أن يرددها قبل موت الموصي، فلا يصح الرد وقد ذكره، لأن الوصية لم تقع بعد، أشبه رد المبيع قبل إيجاب البيع، ولأنه ليس بمحل للقبول. ومنها: أن يرددها بعد الموت وقبل القبول وهي مسألة المتن، فيصح الرد، وتبطل الوصية بغير خلاف نعلمه، لأنه أسقط حقه في حالة يملك قبوله وأخذه، أشبه عفو الشفيع عنها بعد البيع. ومنها أن يرد بعد القبول والقبض، فلا يصح الرد، لأنه ملكه قد استقر عليه، أشبه رده كسائر أملاكه إلا أن ترضى الورثة بذلك، فتكون هبة منه يفتقر إلى شروطها.

ومنها: أن يرد بعد القبول وقبل القبض، فلا يصح الرد، لأن الملك يحصل فيه بالقبول من غير قبض، وقيل: يصح فيما كيل أو وزن دون المعين في الأشهر فيهما، وقيل: يصح مطلقا بناء على أن القبض معتبر فيه، فإن لم يقبل، فكمتحجر مواتا، أي: للورثة مطالبته بأحدهما، فإن امتنع، حكم عليه بالرد، وسقط حقه منها، وكل موضع صح الرد قبل القبول، أو القبض، فالمراد إرث، وليس له رده إذن إلى بعض الورثة ولا إلى غيرهم، وإذا امتنع الرد بعد القبول والقبض، فله هبته وتمليكه لو ارث وغيره. فرع: يحصل الرد بقوله: رددت الوصية وكذا لأقبلها، قال أحمد: إذا أوصى لرجل بألف، فقال: لا أقبلها، فهي لورثته. رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 8



---

(وإن مات بعده وقبل الرد والقبول، أقامه وارثه مقامه ذكره الخرقى) قدمه في «الفروع» وجزم به في «الوجيز» لأنه حق ثبت للموروث، فينتقل إلى الوارث بعد موته، لقوله: «من ترك حقا، فلورثته» وكخيار العيب. ثم إن كان الوارث جماعة، اعتبر القبول، والرد من جميعهم، وإن رد بعض، وقبل آخر، وترتب على كل حكمه، فإن كان فيهم موليا عليه، تقيد وليه بفعل الأخط (وقال القاضي: تبطل الوصية) وهو رواية، لأنهل تفتقر إلى القبول، فإذا مات قبله، بطلت كالهبة (في قياس قوله) أي الإمام، لأنه خيار لا يعترض عنه، فبطل كخيار المجلس والشرط والشفعة، نص عليه، وهذا مثله، وحكى في «المغني» و«الشرح» البطلان عن ابن حامد، وإن القاضي قال له: هو قياس المذهب (وإن قبلها بعد الموت، ثبت الملك) للموصى له (حين القبول في الصحيح) من المذهب، أو ما إليه أحمد وهو قول أهل العراق، لأنه تمليك عين لمعين تفتقر إلى القبول، فلم يسبق الملك القبول كسائر العقود، والقبول من تمام السبب، والحكم لا يتقدم سببه ولا شرطه، وفيه وجه آخر ذكره أبو الخطاب، وقدمه في «الرعاية» أنه إذا قبل، تبين أن الملك ثبت حين موت الموصي، لأن ما وجب انتقاله بالقبول، وجب انتقاله من جهة الموجب عند الإيجاب كالهبة، واختار أبو بكر أن الملك يقف مراعى، وعلى الأول هل هي قبل القبول على ملك الميت أو الورثة؟ فيه وجهان، ونص أحمد في مواضع أنه لا يعتبر له القبول، فيملكه قهرا كالميراث، وحكاه الحلواني عن الأصحاب، ولهذا الاختلاف فوائدها. المؤلف على بعضها.

(6/402)

---

(فما حدث قبله) أي: قبل القبول (من نماء منفصل) كالولد والثمرة (فهو لورثته) لأنه ملكهم، فعلى هذا يزكونه، وقيل: للميت، وقيل: منذ مات الوصي فيزيكه، وفي «القواعد» أن النماء المنفصل إن قلنا: هو على ملك الورثة، فنماؤه لهم خاصة، وذكر القاضي في خلافه أن ملك الموصى له لا يتقدم القبول، وأن النماء قبله للورثة مع أن العين باقية على حكم مال الميت، فلا يتوفر به الثلث، لأنه لم يكن ملكا له حين الموت (وإن كان متصلا، تبعها) كما يتبع في العقود والفسوخ (وإن كانت الوصية بأمة فوطئها الوارث قبل القبول) أي: قبول الموصى له (فأولدها صارت أم ولد له) لأنه وطئ مملوكته (ولا مهر علي) لأن الإنسان لا يجب عليه مهر من وطئ مملوكته (وولده حر) لأنه وطئها في ملكه (لا يلزمه قيمته) لأنه لا حق فيه لأحد، بل انعقد حرا وعليه قيمتها للموصي) إذا قبلها، لأنه فوتها عليه، أشبه ما لو أتلفها، لا يقال: كيف قضيت هنا بعقها، وهي لا تعتق بإعتاقه، لأن الاستيلاد أقوى بدليل نفوذه من المجنون والمراهق، والشريك المعسر، وإن لم ينفذ إعتاقهم، لكن إذا وطئها الموصى له قبل قبولها، كان ذلك قبولا لها، ويثبت الملك له كوطء من له الخيار. رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 8

(6/403)

---

(وإن وصى له بزوجته، فأولدها قبل القبول، لم تصر أم ولد له) لأنها لم تصر ملكا له بعد (وولده رقيق) لأنه من وطء في ملك غيره (ومن أوصى له بأبيه فمات) الموصى له (قبل القبول، فقبل ابنه) صح و (عتق الموصى به) وهو الجد (حينئذ) أي: حين القبول (ولم يرث) من ابنه (شيئا) لأن حرته إنما حدث حين القبول بعد أن صار الميراث لغيره (ويحتمل أن يثبت الملك حين الموت) كالبيع (فتنعكس هذه الأحكام) فيكون النماء المنفصل للموصى له كالمتمصل، لأنه نماء ملكه، وفي الثانية أنها لا تصير أم ولد له، لأنه وطئ مملوكة غيره، وولده رقيق لما ذكرنا. وفي الثالثة يكون حر الأصل، ولا ولاء عليه، وأم أم ولد، لأنها علفت منه بحر في ملكه، وفي الرابعة تثبت حرته من حين موت الموصي، ويرث من ابنه السدس، وللخلاف فوائد أخرى. منها: لو أوصى بأمة لزوجها، فلم يعلم حتى أولدها، ثم قبلها، فإن قيل: يملكها بالموت، فولده حر وهي أم ولده، ويبطل نكاحه بالموت، وإن قيل: لا يملكها إلا بعد القبول، فنكاحه باق قبل القبول، وولده رقيق للوارث. ومنه: لو زوج أمته بابنه، ثم أوصى بها لآخر وهي تخرج من الثلث، لم يفسخ نكاح الابن، وعلى الثاني عكسه. ومنها: لو وصى لرجل بأرض، فبنى الوارث فيها، أو غرس قبل القبول ثم قبل، ففي «الإرشاد» إن كان الوارث عالما بالوصية قلع غرسه وبنائه مجانا، وإن كان جاهلا، فوجهان قال في «القواعد»: وهذا متوجه على القول بالملك بالموت أما إن قيل: إنها قبل القبول على ملك الوارث، فهو كبناء مشتري الشقص المشفوع وغرسه، فيكون محترما يتملك بقيمته. ومنها: لو بيع شقص في تركة الورثة والموصى له قبل قبوله، فإن قلنا: الملك له من حين الموت، فهو شريك للورثة في الشفعة، وإلا فلا حق له فيها.

(6/404)

ومنها: جريانه من حين الموت في حول الزكاة، فإن قلنا: يملكه الموصى له جرى في حوله، فإن قلنا: للورثة، فهل يجري في حولهم حتى لو تأخر القبول سنة كانت زكاتهم عليهم، أم لا لضعف ملكهم فيه، وتزلزله، وتعلق حق الموصى له به فهو كمال المكاتب؟ فيه تردد. ومنها: لو نقص الموصى به في سعر أو صفة، فذكر جماعة أنه يقوم بسعره وقت الموت وفي «المحرر» إن قلنا: يملكه بالموت، اعتبرت قيمته من التركة بسعره يوم الموت على أدنى صفاته من يوم الموت إلى القبول، لأن الزيادة حصلت في ملكه، فلا تحسب عليه، والنقص لم يدخل في ضمانه، وإن قلنا: يملكه من حين القبول، اعتبرت قيمته يوم القبول سعرا وصفة، لأنه لم يملكه قبل ذلك، وذكر الخرقى، ونص عليه أنه تعتبر قيمته يوم الوصية، ولم يحك في «المغني» خلافا، فظاهره أنه يعتبر سعره بيوم الموت على الوجوه كلها، لأن حقه تعلق بالموصى به تعلقا قطع تصرف الورثة به، فيكون ضمانه عليه كالعبد الجاني.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 8  
فصل

(6/405)

(ويجوز الرجوع في الوصية) لقول عمر : يغير الرجل ما شاء في وصيته، وهو اتفاق في غير الوصية بالعتق، ولأنها عطية تنتجز بالموت، فجاز له الرجوع عنها قبل تنجزها كهبة ما يفتقر إلى القبض قبل قبضه. وقال الشعبي وغيره: يغير ما شاء منها إلا العتق، لأنه أعتق بعد الموت، فلم يملك تغييره كالتدبير. وجوابه بالمنع، ولو سلم، فالوصية تفارق التدبير، فإنه تعليق على شرط، فلم يملك تغييره كتعليقه على صفة في الحياة (فإذا قال: قد رجعت في وصيتي، أو أبطلتها، أو نحو ذلك) كغيرتها، أو فسختها (بطلت) لأنه صريح في الرجوع (فإن قال الموصى به: هذا لورثتي) لأن ذلك ينافي كونه وصية (أو) قال (ما أوصيت به لفلان كان رجوعاً) بغير خلاف نعلمه لرجوعه عن الأول وصرفه إلى الثاني، أشبه ما لو صرح بالرجوع (وإن أوصى به لآخر ولم يقل ذلك، فهو بينهما) في قول الجمهور، لتعلق حق كل واحد منهما على السواء، فوجب أن يشتركا فيه لو قال: هو بينهما، وقيل؛ للثاني، ونقل الأثرم : يؤخذ بآخر الوصية، وهو قول عطاء و طاووس ، لأن الثانية تنافي الأولى، فإذا أتى بها، كان رجوعاً، كما لو قال: هذا لورثتي، ورد بالفرق، وفي «التبصرة» للأول، وأيهما مات، فهو للآخر، لأنه اشتراك تزامم.

فرع: ولو وصى بثلثه لرجل، ثم بثلثه لآخر، فمتغايران، وفي الرد يقسم بينهما، ولو وصى بجميع ماله لرجل، ثم وصى به لآخر، فهو بينهما.

(6/406)

(وإن باعه أو وهبه أو رهنه، كان رجوعاً) لأنه أزال ملكه عنه، وذلك ينافي الوصية، والرهن يراد للبيع، أشبهه ما لو باعه، ولأن الوصية تنقل الملك حين الموت، وذلك بقيمة القابلية له، والقابلية للنقل غير موجودة فيما رهنه، وكذا إن كان ثوباً ففصله ولبسه، أو جارية، فأحبلها، أو ولدها (وإن كاتبه أو دبره أو جحد الوصية) أو أوجهه في بيع هبة، فلم يقبل، أو عرضه في بيع أو رهن، أو وصى ببيعه، أو هبته (فعلى وجهين) أصحابهما: أنه رجوع، لأن الكتابة والتدبير أقوى من الوضعية لأنه ينتجز بالموت فيسبق أخذ الموصى له وجحدها ظاهر في الرجوع وفي الباقي يدل على اختياره الرجوع والثاني: لا يكون رجوعاً، لأن الكتابة والتدبير لا يخرج بهما عن ملكه، والوصية عقد فلا تبطل بالجحود كسائر العقود، وكإيجاره وتزويجه ولبسه وسكنانه، وهذا كله إذا كانت بمعين، فإذا كانت بثلث ماله، فيتلف أو يبيعه، ثم يملك ما لا آخر، فهي باقية وليس برجوع.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 25

(وإن خلطه بغيره على وجه لا يتميز) ولا ينفصل عنه غالباً قاله في «الرعاية» (أو أزال اسمه فطحن الحنطة، أو خبز الدقيق، أو جعل الخبز فتيتاً، أو نسج الغزل، أو نجر الخشبة باباً ونحوه، أو انهدمت الدار وزال اسمها، فقال القاضي: هو رجوع) صححه في «المحرر» وجزم به في «الوجيز» لأنه أزال اسمه، وأخرجه عند دخوله في الاسم الدال على الموصى به (وذكر الخطاب فيه وجهين) أحدهما: أنه رجوع، وقاله أكثر العلماء، ونصره في «الشرح» والثاني: واختاره أبو الخطاب: إنه ليس برجوع، لأن الموصى به باق، أشبه

غسل الثوب وهو لا يسمى غزلاً، كما لا يسمى الغزل كنانا، وكذا الخلاف إذا ضرب البقرة أو ذبح شاة، أو بنى، أو عرس، ذكرهما ابن رزين في وطئه.

(6/407)

فرع: إذا حدث بالموصى به ما يزيل اسمه من غير فعل الموصي، كالحب إذا سقط، وصار زرعاً، والدار إذا انهدمت، وصارت فضاء، فوجهان، أشهرهما: البطلان، لأن الباقي لا يتناوله الاسم .  
(وإذا وصى له بقفيز من صبرة، ثم خلط الصبرة بأخرى لم يكن رجوعاً) لأنه كان مشاعاً، وبقي على إشاعته وسواء خلطها بمثلها أو دونها، أو خير منها وقيل: إن خلطها بخير منها، كان رجوعاً، وقدمه في « الفروع »، لأنه لا يمكنه تسليم الموصى به إلا بتسليم خير منه، ولا يجب على الوارث تسليم خير منه، فصار متعذر التسليم (فإن زاد) الموصي (في الدار عمارة، أو انهدم بعضها) في حياة الموصي (فهل يستحقه الموصى له؟ على وجهين) كذا أطلقهما في « الفروع » في الزيادة لم تتناولها الوصية، والأنقاض لا تدخل في مسمى الدار في الوصية ما يتبعها البيع، والثاني: يستحقهما قدمه في الحاشية، لأن الزيادة تابعة كالسمن، والمنهدم قد دخل في الوصية، فتبقى الوصية ببقائها، والمذهب أن زيادة الموصى فيها للورثة دون المنهدم، وقال ابن حمدان: الأنقاض أو العمارة إرث، وقيل: إن صارت فضاء في حياة الموصي، بطلت الوصية، وإن بقي اسمها، أخذها لا ما انفصل منها .  
فرع: إذا بنى فيها الوارث وقد خرجت من الثلث، رجع على الموصى له بقيمة البناء، وقيل: لا يرجع وعليه أرش ما نقص من الدار عما كانت عليه قبل عمارته، وإن جهل الوصية، فله قيمة بنائه غير مقلوع.  
فائدة: نقل الحسن بن ثواب عن أحمد بن محمد/قم في رجل قال: ثلثي لفلان و يعطى فلان منه مائة في كل شهر إلى أن يموت، فهو للأخر منهما، و يعطى هذا مئة في كل شهر، فإن مات وفضل شيء، رد إلى صاحب الثلث، فحكم بصحة الوصية و إنفاذها على ما أمر به الموصي.  
رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 25

(6/408)

(وإن وصى لرجل بمعين ثم قال: إن قدم فلان، فهو له، فقدم في حياة الموصي، فهو له) لأنه جعله له بشرط قدومه وقد وجد (وإن قدم بعد موته، فهو للأول في أحد الوجهين) جزم به في « الوجيز » وهو ظاهر « الفروع » و صحه ابن المنجا، لأنه لما مات قبل قدومه، انتقل إلى الأول لعدم الشرط في الثاني، وقدوم الثاني بعد ملك الأول له، وانقطاع حق الموصي منه، فبقي للأول (وفي الآخر، فهو للقادم) لأنه مشروط له بقدومه وقد وجد، أشبه مالو قال: إن حملت نخلتي بعد موتي، فهو لفلان، فحملت بعد موته، فإنه يستحق حملها بعد ملك الورثة لأصلها.  
رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 25  
فصل

(ويخرج الواجبات) كقضاء الدين والزكاة والحج (من رأس المال أوصى بها أو لم يوص) لقوله تعالى {من بعد وصية يوصى بها أو دين} (النساء: 11) ولقول علي: قضى رسول الله بالدين قبل الوصية. رواه الترمذي، ولأن حق الورثة إنما هو بعد أداء الدين، وقد حكى القرطبي الإجماع على تقديم الدين على الوصية إلا ما حكى عن أبي ثور أنه قدمها عليه، حكاه العبدري والحكمة في تقديمها في الآية أن الوصية لما أشبهت الميراث في كونها بلا عوض، فكان إخراجها مشقة على الوارث، فقدمت حثا على إخراجها، قال الزمخشري: ولذلك جيء بكلمة «أو» التي للتسوية، أي: فيستويان في الاهتمام، وعدم التصنيع، وإن كان مقدما عليها، وقال السهيلي: لما كانت الوصية طاعة وخيرا والدين غالباً بالمنفعة، وهو مذموم في غالب أحواله، وقد تعود منه عليه السلام، فبدأ بالأفضل، وقال ابن عطية: الوصية غالباً تكون للضعاف فقوي جانبها بالتقديم في الذكر، لئلا يطمع ويتساهل فيها بخلاف الدين، وحينئذ إن كان له وصي، قام بإخراج ذلك ونفاذه، وإلا فالوارث، نص عليه، وقيل: يتولاه الحاكم كما لو كان الوارث صغيراً ولا وصي له.

(6/409)

فرع: إذا أخرج أجنبي عن ميت زكاة تلزمه بإذن وصيه، أو وارثه أجزاء، وإلا فوجهان، وكذا لو أخرجها الوارث، ثم أجنبي أخرجها ولم يعلمه، وكذا الحج والكفارة .

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 28

(وإن وصى معها) أي مع الواجبات (ببترع اعتبر الثلث الباقي) أي: بعد إخراج الواجب، فلو كانت تركته أربعين، فيوصي بثلث ماله، وعليه دين عشرة، فتدفع أولاً، ويدفع إلى الموصى له بالثلث عشرة، وهو ثلث الباقي بعد الدين (فإن قال: أخرجوا الواجب من ثلثي) أخرج الثلث، وتمم من رأس المال ما قال الموصي، كأنه قصد إرفاق ورثته بذلك، فإن كان وصى معها ببترع (فقال القاضي: يبدأ به) قدمه في «المحرر» و «الفروع» وجزم به في «الوجيز» (فإن فضل من الثلث شيء، فهو لصاحب التبرع) لأن الدين تجب البداءة به قبل الميراث والتبرع، فإن عينه في الثلث، وجبت البداءة به، وما فضل للتبرع (وإلا بطلت الوصية) أي: إن لم يفضل شيء للتبرع، سقط، لأنه لم يوصى له بشيء إلا أن يجيز الورثة، فيعطى ما أوصى له به (وقال أبو الخطاب: تراحم به أصحاب الوصايا) فيحتمل كما قال القاضي وغيره (ويحتمل) ما قاله المؤلف هنا وهو (أن يقسم الثلث بينهما) على قدر حقيهما كالموصي لهما (ويتمم الواجب من رأس المال) لأنه لا بد من وفائه، ولم يبق من الثلث ما هو محل له (فيدخل الدور) لأنه لا يعلم قدر الثلث حتى يعلم ما هو الواجب، ولا يعلم تتمته حتى يعلم ما يستحقه بالمزاحمة ولا يعلم ما يستحق بالمزاحمة حتى يعلم الثلث. فعلى هذا يحتاج إلى العمل بطريق الجبر (فلو كان المال ثلاثين والواجب عشرة والوصية عشرة جعلت تنمة الواجب شيئاً) ونكر، لأنه غير معلوم حالاً مالا (يكن الثلث عشرة إلا ثلث شيء) لأنك إذا أسقطت شيئاً من ثلثين يكن ثلثها ذلك (بينها) أي: الواجب والوصية لتساويهما في القدر (للوأجب خمسة إلا سدس شيء) لأنه نصف ما ذكر (فضم إليه شيئاً) لأنه تتمته (تكن عشرة) لأن الشيء ستة خرج

منه سدس جبرا للخمسة، فبقى خمسة، وخمسة أسداس تعدل عشرة (فتجبر الخمسة بسدس شيء من الشيء) ليخرج بلا كسر (فيبقى خمسة أسداس شيء تعدل خمسة فالشيء ستة) لأن الخمسة إذا عدلت خمسة أسداس كان كل سدس يعدل واحدا (ويحصل للوصي الآخر) وهو صاحب التبرع (أربعة، وفي عملها طريق آخر، وهو أن يقسم الثلث بكامله بين الوصايا بالقسط) ثم ما بقي من الواجب أخذته من الورثة، وصاحب التبرع بالقسط، فيحصل الواجب خمسة يبقى له خمسة، يأخذ من صاحب التبرع دينارا لأنك نسبت ما لصاحب التبرع وهو خمسة من خمسة وعشرين، فكان الخمس، ويأخذ من الورثة أربعة.

فرع: إذا أوصى بالواجب، وقرن به الوصية بتبرع مثل: حجوا عني، وأدوا ديني، وتصدقوا عني، فوجهان أصحهما: أن الواجب من رأس المال، لأن الاقتران في اللفظ لا يدل على التساوي في الحكم، لقوله تعالى {كلوا من ثمره} (6:41) الآية. والثاني: أنه من الثلث، لأنه قرن به ما يخرج من الثلث، ومن مات بطريق مكة، لزمه أن يوصي بحجة الإسلام، قال في «الروضة» وكذا كل واجب عليه.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 28

#### باب الموصى له

هذا هو الركن الثاني (تصح الوصية لكل من يصح تملكه من مسلم وذمي) بغير خلاف نعلمه، لقوله تعالى: {الا أن تفعلوا إلى أوليائكم معروفًا} (الاحزاب: 6) قال محمد بن الحنفية: هو وصية المسلم لليهودي والنصراني، لأن الهبة تصح لهم، فصحت لهم الوصية كالمسلم، وعلم منه صحتها من الذمي للمسلم من باب أولى، ويستثنى من الوصية لكافر ما إذا أوصى له بمصحف، أو عبد مسلم، أو سلاح، أو حد قذف، فإنه لا يصح (ومرتد) كالهبة ذكره أبو الخطاب، ولكن إن ضاق الثلث وعن وصيته، بدىء بعقده (وحربي) وظاهره ولو كان في دار الحرب، نص عليه، وقال أكثر العلماء، وقيل: لا يصح، لقوله تعالى: {إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين وأخرجوكم من دياركم} (المتحنة: 9) الآية، فدل على أن من قاتلنا لا يحل بره، وجوابه بأنه قد حصل الإجماع على صحة الهبة له، والوصية في معناه، وقضية عمر شاهدة بذلك ومحل الخلاف فيه إذا أوصى له بغير السلاح والخيل، فإنه كانت بشيء منهما، فيتوجه أنه كبيع منه.

فرع: إذا أوصى لحربي بعبد كافر، فأسلم قبل موت الوصي، بطلت، وإن أسلم بعده قبل القبول، فوجهان، وقيل: إن ملكت بالقبول بطلت، وإن ملكه بالموت، فلا، وقيل: بلى وهو أولى (وقال ابن أبي موسى: لا تصح لمرتد) لأن ملكه غير مستقر، ولا يرث، ولا يورث، فهو كالميت، ولأن ملكه يزول عن ماله برده في

قول أبي بكر وجماعة، فلا يثبت الملك له بالوصية، وقال ابن حمدان: إن بقي ملكه، صح الإيضاء له كالهبة له مطلقا، وإن زال ملكه في الحال، فلا، وإن وقف أمر ماله على إسلامه، فأسلم، احتمل وجهين، ولو عبر بقوله في الأصح فيهما، لكان أولى إذ الخلاف فيهما معا.

(6/412)

---

تنبيه: يعتبر تعيين الموصى له، فلو قال: ثلثي لأحد هذين، أو لجاره، أو لقربائه محمد باسم مشترك، لم يصح، وعنه: بلى، كقوله: أعطوا ثلث أحدهما في الأصح، فقيل: يعينه الوارث، وقيل: بقرعة، وجزم ابن رزين [قع] بصحتها بمجهول ومعدوم، فعلى الأول لو قال: عدي غانم حر بعد موتي، وله عبدان بهذا الاسم، عتق أحدهما بقرعة، ولا شيء له، نقله يعقوب، وعلى الثانية هي له من ثلثه، اختاره أبو بكر.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 32

(وتصح لمكاتبه) لأنه معه كالأجنبي في المعاملات، فكذا في الوصية، ولأنه يملك المال بالعقد، فصحت الوصية له كالحر، وتصح لمكاتب وارثه، ومكاتب أجنبي سواء أوصى بجزء شائع أو معين، لأن الورثة لا يستحقون المكاتب، ولا يملكون ماله، فإن قل: ضعوا عن مكاتبه بعض كتابته، وضعوا ما شاؤوا، وإن قال: ضعوا نجما، فلهم وضع أي نجم شاؤوا، سواء اتفقت، أو اختلفت، فإن قال: ضعوا عنه أكثر نجومه، وضعوا عنه أكثر من نصفها، وإن قال: للأوسط، تعين، وإن كانت خمسة، تعين الثالث، أو سبعة، تعين الرابع، وإن اختلفت، رجع إلى قول الورثة (ومدبره) لأنه يصير حرا حين لزوم الوصية، فصحت كأم الولد، فإن لم يخرج من الثلث هو والوصية، قدم عتقه على الوصية، لأنه أنفع له، وقال القاضي: يعتق بعضه، ويملك منها بقدر ما عتق منه. وجوابه بأنه وصى لعبده وصية صحيحة، فيقدم عتقه على ما يحصل له من المال، كما أوصى لعيده القن بمشاع من ماله (وأم ولده) لما روى سعيد أن عمر أوصى لأمهات أولاده لكل واحدة بأربعة آلاف، وروى عن عمران بن حصين وغيره من التابعين، وغيرهم لأنها حرة حين لزوم الوصية، وكوصيته أن ثلث فرسه وقف عليها ما دامت على ولدها نقله المروذي، وإن شرط عدم تزويجها، ففعلت، وأخذت الوصية، ثم تزوجت فقيل: تبطل، وقيل: لا كوصيته بعنق أمته على شرطه.

(6/413)

---

(وتصح لعبده غيره) لأنه يصح اكتسابه، فصحت الوصية كالحر، إن قلنا: يملك صرح به في «الفروع» وفي «الواضح» - وهو ظاهر كلام جماعة - خلافة، وهذا بشرط أن لا يكون عبيد وارثه ولا قاتله إن لم يصير حرا وقت نقل الملك (فإذا قبلها، فهي لسيدته) لأنه من كسب عبده وكسبه للسيد ما لم يكن حرا وقت موت موص، وإن عتق عبده وقبل القبول، فالخلاف، وظاهره أن قبول العبد لا يفتقر إلى إذن السيد، لأنه كسب كالاختطاب، وفيه وجه، لأنه تصرف من العبد، فهو كبيعته، ورد بأن تحصيل مال بغير عوض، فلم يفتقر إلى إذنه كالمباح.

(وتصح لعبده بمشاع كثلث ماله) لأنها وصية تضمنت العتق بثلث ماله، فصحت كما لو صرح بذلك (فإذا أوصى بثلثه عتق) كما إذا كان ثلثه مائة وقيمة العبد مائة أو دونها، عتق، لأنه ملك من كل جزء من المال ثلثه مشاعا، ومن جملة نفسه، فيملك ثلثها، وإذن يعتق ذلك الجزء، لتعذر ملك نفسه، ويسري إلى بقيته، كما لو أعتق بعض عبده بل أولى (وأخذ فاضل الثلث) لأنه صار حرا (وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث) ولا يعتق منه أكثر من ذلك، لأن الوصية لا تنفذ في الزائد على الثلث إلا بإجازة الوارث ولم يوجد، وعلم مما سبق أنه إذا أوصى له بنفسه أو رقبته أنه يصح ويعتق بقبوله إن خرج من ثلثه، وإلا عتق منه بقدره، وإن وصى له ببعض رقبته، فخرج من الثلث، عتق ما وصى له به، وفي بقيته روايتان.  
رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 32

(6/414)

---

(وإن وصى له بمعين) كدار وثوب (أو بمائة لم يصح) في قول الأكثر، لأنه يصير ملكا للورثة، فما وصى له به، فهو لهم، فكأنه وصى لورثته بما يرثونه، فلا فائدة فيه، وعنه: يصح كالمشاع وعليها ما ذكره في «الكافي» أنه يشتري العبد من الوصية، فيعتق، وما بقي، فهو له، قال الزركشي: محافظة على تصحيح كلام المكلف ما أمكن، إذ تصحيح الوصية يستلزم ذلك، وبنى الشيرازي الخلاف على تمليكه، ثم قال: وعلى رواية الصحة تدفع المائة إليه، فإن باعه الورثة بعد ذلك، فالمائة لهم، قال في «الرعاية»: إذا لم يشترطها المبتاع، وعنه: يصح، ويعطى ثلث المعين إن خرج معه من الثلث، وعنه: منعها، كقن زمنها ذكره ابن عقيل، وعنه: كما له (وحكي عنه: أنه يصح وتصح للحمل) بغير خلاف نعلمه، لأن الوصية تجري مجرى الميراث في الانتقال بعد الموت، وقد سمي الله تعالى الميراث وصية بقوله: {يوصيكم الله} الآيات، والحمل يرث، فصحت الوصية له مع أنها أوسع من الميراث، لأنها تصح للمخالف في الدين والعبد، فالوصية له أولى، لكن إن انفصل ميتا، بطلت، لأنه لا يرث، لاحتمال أن لا يكون حيا حين الوصية، فلا يثبتان بالشك، سواء مات لعارض من ضرب بطن أو غيره، فإن وضعته حيا، صحت (إذا علم أنه كان موجودا حال الوصية) لتحقق الشرط (بأن تضعه لأقل من ستة أشهر) من حين الوصية (وإن كانت ذات زوج أو سيد يطؤها) أو بائنا للعلم بوجوده حال الوصية، إذ التملك لا يصح لمعدوم وفي «المغني» أن تضعه لستة أشهر، احتمال حدوثه حال الوصية، فلم يصادف موجودا يقينا، وقد وهم ابن المنجا، فقال: لا بد من ذكر ستة أشهر لأنها وضعت لذلك علم أنه كان موجودا حال الوصية، ويقدم رده، ومقتضاه أنها إذا وضعت لأكثر من ذلك أنها لا تصح الوصية لاحتمال حدوثه بعدها. وعلى الأول: لو كانت فراشا لهما وما وطئا لبعده، أو مرض، أو حبس، صحت الوصية في ظاهر كلامهم (أو لأقل من أربع سنين إن لم يكن كذلك) أي: لا حق لأبيه، والثاني: لا تصح

(6/415)

---



الوصية، لأنه مشكوك في وجوده، فلم يصح مع الشك فيه، ولا يلزم من لحوق النسب، صحت الوصية، فإن النسب يثبت بالاحتمال، وفيه وجه آخر أنه إذا أتت به لأكثر من سنتين إذا كانت بائناً لا تثبت له الوصية بناء على أن أكثر مدة الحمل سنتان.

(وإن وصى لمن تحمل هذه المرأة، لم تصح) في قول الأكثر، لأن الوصية تمليك، فلا تصح للمعدوم بخلاف الموصى به، فإنه تمليك، فلم يعتبر وجوده، ولأن الوصية أجريت مجرى الميراث، وقيل: تصح كما تصح بما تحمل هذه الجارية، وكما لو وقف على من يحدث من ولده أو ولد ولده، ورد بالفرق بينهما، لأنها تجري مجرى الميراث، ولا تحصل إلا لموجود، والوقف يراد للدوام، ومن ضرورته إثباته للمعدوم.  
رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 32

(6/416)

---

(ولو قتل الوصي الموصي) ولو خطأً (بطلت الوصية) قاله الثوري، واختاره أبو بكر، ونص عليه في المدبر، لأن القتل يمنع الميراث الذي هو أكد منها، فالوصية أولى، ولأنه عومل بنقيض قصده. وقال ابن حامد: تجوز الوصية له، واحتج بقول أحمد: من جرح رجلاً خطأً، فعفى المجرع، فقال: يعتبر من ثلثه، وهذه وصية لقاتل، لأن الهبة له تصح، فكذا الوصية (وإن جرحه، ثم أوصى له، فمات من الجرح، لم تبطل في ظاهر كلامه) لأنها بعد الجرح صدرت من أهلها في محلها لم يطرأ عليها ما يبطلها بخلاف ما إذا تقدمت، فإن القتل طرأ عليها فأبطلها، فيبطل ما هو أكد منها، ولهذا جمع أبو الخطاب بين نصي الإمام (وقال أصحابنا: في الوصية للقاتل روايتان) إحداهما: لا تصح سواء وصى له، ثم قتله، أو جرحه جرحاً صالحاً للزهوق، ثم وصى له، لأنه قاتل، فبطلت كالميراث، والثانية: بلى، لأنها تمليك بعقد، فضاهت الهبة، والأولى ما ذكره المؤلف، وجزم به في «الوجيز»، وقدمه في «المحرر» و«الفروع». (وإن وصى لصنف من أصناف الزكاة) كالفقراء (أو لجميع الأصناف، صح) لأنهم من أبواب البر، ولأنهم يملكون بدليل الزكاة والوقف (ويعطي كل واحد منهم القدر الذي يعطاه من الزكاة) لأن المطلق في كلام الأدميين، يحمل على المقيد في كلام الله تعالى، قال في «المغني»: وينبغي أن يجعل لكل صنف حيث أوصى لجميعهم ثمن الوصية، كما لو أوصى لثمان قبائل، والفرق بينهما حيث يجوز الاقتصار على صنف واحد أن الزكاة أريد بها من يجوز الدفع إليه، والوصية أريد بها بيان من يجب الدفع إليه انتهى. ويجوز الاقتصار من كل صنف على واحد في ظاهر المذهب، وعنه: يتقيد بثلثه من كل صنف، ولا يصرف إلا على المستحق من أهل بلده.

(6/417)

---

فرع: إذا وصى بشيء لزيد، وبشيء للفقراء ولجيرانه، وزيد منهم، لم يشاركهم، نص عليهما، ولو وصى لقرابته بشيء، وللفقراء كذلك، فلقرابته فقير سهران، ذكره أبو المعالي. قال في «الفروع»: ويتوجه تخريج حكم كل صورة

إلى الأخرى. قال شيخنا: قد يفرق بينهما بأن زيدا يتعين، والقراءة لفظ عام يدخل فيه الفقراء وغيرهم، فصلح كل من وصفه سببا لاستتاقه به، فإنه علق استتاقه بوصفه وهو القراءة، فإذا كان فيه وصفان، صار استتاقه بهما بخلاف زيد، فإنه علق استتاقه بعينه، وعينه لا تتعدد.

(وإن وصى لكتب القرآن أو العلم أو لمسجد أو لفرس حبيس ينفق عليه صح) لأن ذلك قرينة، فصح بذل المال فيه كالوصية للفقير، وللموصى به للمسجد يصرف في مصالحه عملا بالعرف، ويصرفه الناظر إلى الأهم والأصلح باجتهاده، فلو قال: إن مت، فبيني للمسجد، أو فأعطوه ماله من مالي، توجه صحته، ولو أراد تمليك الفرس أو المسجد، لم يصح (فإن مات الفرس، رد الموصى به أو باقيه) إن كان أنفق بعضه (إلى الورثة) لأنه لما بطل محل الوصية، وجب الرد إلى الورثة كوصيته بعق عبد زيد، فتعذر، أو بشراء عبد بألف، أو عبد زيد بها في المنصوص فيه، فاشتروه بدونها، ومقتضاه: أنه لا يصرف إلى فرس آخر حبيس في المنصوص.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 32

مسائل: إذا أوصى بخدمة عبده سنة، ثم هو حر، صحت الوصية، فلو ردها أو وهب الخدمة، عتق في الحال، وفي «المغني» و «الشرح» خلافه، وإن أوصى بعق نسمة بألف، فأعتقوا نسمة بخمسمئة، لزمهم عتق أخرى بخمسمئة في الأصح. وإن قال: أربعة بكذا، جاز الفصل بينهما ما لم يسم ثمنا معلوما، نص عليه. ولو وصى أن يشتري فرسا للغزو بمعين، فاشتراه بأقل منه، فباقيه نفقة لا إرب في المنصوص.

(6/418)

(وإن وصى في أبواب البر صرفه في القرب) كلها، اختاره المؤلف، وجزم به في «الوجيز» لأن اللفظ للعموم، فيجب الحمل عليه، ولا يجوز التخصيص إلا بدليل (وقيل عنه) أي: عن الإمام أحمد (يصرف في أربع جهات في الأقارب والمساكين والحج والجهاد) قال ابن المنجا: وهي المذهب، لأن أبواب البر وإن كانت عامة إلا أن الظاهر من حال الموصي أنه أراد المشهور منها، والجهات الأربع هي أشهر القرب، لأن الصدقة على الأقارب صدقة وصلة، والمساكين مصاريف الصدقات، والحج والجهاد من أكبر شعائر الإسلام، وظاهره أنها سواء، لكن الغزو أفضلها، فيبدأ به، نص عليه في رواية حرب، وهو قول أبي الدرداء (وعنه فداء الأسرى مكان الحج) لأن فداءهم من أعظم القربات لما فيه من تخليص رقبة مؤمنة من أيدي الكفار، وهو يتضمن منفعة المخلص ونفع نفسه بخلاف الحج، ونقل المروذي عنه فيمن أوصى بثلثة في أبواب البر جزأ ثلاثة أجزاء في الجهاد والأقارب والحج، قال في «المغني»: وهذا ليس على سبيل اللزوم والتحديد، بل يجوز صرفها في الجهات كلها للعموم، ولأنه ربما كان غير هذه الجهات من تكفين ميت، وإصلاح طريق، وإعتاق رقبة، وإغاثة ملهوف أحوج من بعضها وأحق.

فرع: إذا قال: ضع ثلثي حيث أراك الله، فله صرفه في أي جهة من جهات القرب عملاً بمقتضى وصيته، وقال القاضي: يجب صرفه إلى الفقراء والمساكين، والأفضل صرفه إلى فقراء أقاربه، فإن لم يجد، فإلى محارمه من الرضاع، فإن لم يكن، فإلى جيرانه.

(وإن وصى) أي: من لاجح عليه، قاله في «الوجيز» و«الفروع». (أن يحج عنه بألف صرف) من ثلثه (في حجه) أي مؤنة حجه أمانة أو جعالة أو إجارة إن صح الإيجار عليه من محل وصيته كحجه بنفسه، وقيل: أو من الميقات وهو أولى (بعد أخرى) راكبا أو راجلاً، نص عليه (حتى ينفذ) لأنه وصى بها في جهة قريبة، فوجب صرفها فيها كالوصية في سبيل الله، وعنه: لا يصرف منها سوى مؤنة حجة واحدة، والبقية إرث، وعنه: بعد حجه للحج، أو سبيل الله، فلو لم تكف الألف أو البقية، حج من حيث يبلغ في ظاهر نصوصه. وعنه: يعان به في حج، قال القاضي: وحكاه العنبري عن سوار القاضي، ونقل أبو داود: يخير بينهما (ويدفع) [قم الوصي (إلى كل واحد قدر ما يحج به) من غير زيادة على نفقة المثل، لأنه أطلق له التصرف في المعاوضة، فاقترضى عرض المثل، كالتوكيل في البيع، ثم إن كان الموصى به لا يحمل الثلث، لم يخل من أن يكون الحج فرضاً أو نفلاً، فإن كان فرضاً، أخذ أكثر الأمرين من الثلث، أو القدر الكافي لحج الفرض إذا كان قد أوصى بالثلث، فإن كان الثلث أكثر، أخذه، وصرف في الغرض قدر ما يكفيه، وباقيه في حجة أخرى حتى ينفذ، وإن كان الثلث أقل، تم قدر ما يكفي الحج في قول الجمهور، وإن كان تطوعاً، أخذ الثلث لا غير إذا لم يجز الورثة، ويحج به على ما وصفنا.  
رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 32

(وإن قال: يحج عني حجة بألف، دفع الكل إلى من يحج) لأنه أوصى بها في حجة واحدة، فوجب أن يعمل بها، فإن فضل منها فضل، فهو لمن يحج، لأنه قصد إرفاقه، فكان صرح به. وقيل: إرث، جزم به في «التبصرة» ولا يدفعها إلى وارث، نص عليه، زاد في «الشرح» وغيره حيث أن فيها فضل إلا بإذن الورثة، واختار جماعة للوارث أن يحج عنه إذا عينه، ولم يزد على نفقة المثل، وفي «الفصول»: إن لم يعينه، جاز، وقيل له في رواية أبي داود: أوصى أن يحج عنه؟ قال: لا، كأنه وصية لوارث (فإن عينه، فقال: يحج عني فلان بألف) صرف ذلك إليه (فإن أبي الحج، وقال: اصرفوا لي الفضل لم يعطه) لأنه إنما وصى له بالزيادة بشرط الحج ولم يوجد (وبطلت الوصية) حكاه في «الفروع» قولاً، لأن الموصى له لم يقبلها بامتناعه من فعلها، أشبه ما لو أوصى له بمل، فرده، وقيل: في حقه، وقد زاده بعض من أذن له المؤلف في الإصلاح، لأن الوصية فيها حق للحج، وحق للموصى له، فإذا رده، بطل في حقه دون غيره، لقوله: بيعوا عبدي لفلان، وتصدقوا بثمه، فلم يقبله، وكما لو لم يقدر الموصى له بفرض في السبيل على الخروج، نقله أبو طالب، ويحج عنه بأقل ما يمكن من نفقة أو أجرة، والبقية إرث كالفرض.  
فرع: إذا قال: حجوا عني حجة، ولم يذكر قدراً من المال، فإنه لا يدفع على من يحج إلا قدر نفقة المثل، والباقي للورثة، قال في «الشرح»: وهذا ينبنى على أنه لا يجوز الاستجار عليه، فإن قلنا بجوازه، فلا يستأجر إلا نفسه بأقل ما

يمكن، وما فضل، فهو للأجير، لأنه ملك ما أعطي بعقد الإجارة، وعن تلف المال في الطريق، فهو من ماله، ويلزمه إتمام العمل، فلو وصى بثلاث حجج إلى ثلاثة نفر، صح صرفها في عام واحد، وجزم به في «الوجيز» وفي «الرعاية» عكسه.

(6/421)

---

تنبيه: إذا أوصى أن يحج عنه بالنفقة، صح، واختار أبو محمد الجوزي: إن وصى بألف يحج بها، صرف في كل حجة قدر نفقته حتى ينفذ، وإن قال: حجوا عني بألف، فما فضل للورثة، ولو قال: يحج عني بألف. فما فضل وصية له أن يحج، وله تأخير لعذر، ولا يعطى إلى أيام الحج، قالها أحمد. نقل أبو طالب: اشترى به متاعا يتجر به؟ قال: لا يجوز قد خالف، لم يقل، اتجر به، ولا يصح أن يحج وصي بإخراجها، نص عليه، لأنه منفذ، كقوله: تصدق عني، لا يأخذ منه، وكما لا يحج على دابة موصى بها في السبيل.  
رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 32

(6/422)

---

(وإن وصى لأهل سكتته، فهو لأهل دربه) لأن السكة الطريق، والدرب طريق مضاف إليه، وحينئذ يعطى من كان ساكنا وقت الوصية، أو طرأ إليه بعدها، وجزم في «المستوعب» بالأول، ونص عليه، وقيل: أهل دربه وسكته أهل المحلة الذين طريقهم في دربه (وإن أوصى لجيرانه تناول أربعين دارا من كل جانب) نص عليه، وهو قول الأوزاعي، لما روى أبو هريرة أن النبي قال: «الجار أربعون دارا هكذا وهكذا وهكذا» رواه أحمد، وهذا نص لا يجوز العدول عنه إن صح، وإلا فالجار المقارب، ويرجع فيه إلى العرف، قاله في «الشرح» وحكاه في «الفروع» قولا، ونقل ابن منصور: ينبغي أن لا يعطى إلا الجار الملاصق، لأنه مشتق من المجاورة، ومقتضاه أن المجموع مائة وستون، وفيه نظر، فإن دار الموصي قد تكون كبيرة في التربع، فيسامتها من كل جهة أكثر من دار لصغر المسامت لها، أو يساومنها داران يخرج من كل منها شيء عنها، فيزيد على العدد، ويقسم المال على عدد الدور، وكل حصة دار تقسم على سكانها وجيران المسجد من يسمع النداء منه، وقال أبو يوسف: الجيران أهل المحلة إن جمعهم مسجد، فإن تفرق أهلها في مسجدين صغيرين متقاربين، فكذلك، وإن كانا عظيمين، فكل أهل مجد جيران (وقال أبو بكر: مستدار أربعين دارا) وهو رواية عن أحمد، لأن الخبر يحتمل وعنه: ثلاثين دارا من كل جانب، ذكرها ابن هبيرة وابن الزاغوني، قال: واحتج لذلك بحديث رواه عن النبي .

(6/423)

---

(وإن وصى لأقرب قرابته) أو لأقرب الناس إليه أو أقربهم به رحماً (وله أب وابن فهما سواء) لأن كل واحد منهما يدلي بنفسه من غير واسطة، فإن كان أحدهما، تعين بلا شك (والجد والأخ سواء) لأن كل واحد منهما يدلي بالأب من غير واسطة (ويحتمل) وحكاه في «المستوعب» وجهاً (تقديم الابن على الأب) لأنه يسقط تعصبيه، ورد بأن إسقاط تعصبيه لا يمنع مساواته في القرب، ولا كونه أقرب منه، يدل على ابن الابن، يسقط تعصبيه من بعده (والأخ على الجد) لأنه يدلي ببنوة الأب، والجد يدلي بالأبوة، فهما كالأب والابن، ورد بأنه لا يصح قياس الأخ على الابن لأنه يسقط تعصيب الجد بخلاف الابن. وعلم منه تقديم الابن على الجد والابن على ابن الابن.

تنبيه: البنت كالابن، والجد أبو الأب، وأبو الأم، وأم الأب، وأم الأم، كلهم سواء، ذكره في «المغني» ويحتمل تقديم أبي الأب على أبي الأم، لأنه يسقطه، ثم بعد الأولاد أولاد البنين، وإن سفلوا الأقرب فالأقرب الذكور والإناث، وفي أولاد البنات وجهان بناء على الوقف، ثم بعد الأولاد الأجداد الأقرب منهم فالأقرب، لأنهم العمود الثاني، ثم الإخوة والأخوات، ثم ولدهم وإن سفلوا ولا شيء لولد الأخوات إذا قلنا بعدم دخول ولد البنات، والعم من الأب، والعم من الأم سواء، وفيه احتمال وكذلك أبناؤهما على الترتيب ذكره القاضي (والأخ من الأب والأخ من الأم سواء) لأنهما في درجة واحدة لا يقال: كيف سوى الأمور بينهما، إذ لو أوصى لقرابته، لم يدخل فيها ولد الأم على المذهب. ومن لا يدخل في القرابة، لا يدخل في أقرب القرابة، لأن ذلك مخرج على الرواية الأخرى كما ذكره في «المغني» لا على المذهب (والأخ من الأبوين أحق منهما) لأن له قرابتين، فهو أقرب ممن له قرابة واحدة، فلو أوصى لعصبته، فهو أقرب ممن له قرابة واحدة، فلو أوصى لعصبته، فهو لمن يرثه بالتعصيب، سواء كان ممن يرثه في الحال أو لا، ويستوي فيه قريبهم وبعيدهم.

(6/424)

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 32  
 فرع: لم يتعرض المؤلف لذوي الأرحام، فإن قلنا بالرواية التي تجعل القرابة كل من يقع عليه اسم القرابة كان حكمهم كما سلف، وإن قلنا: القرابة تختص بمن كان من أولاد الآباء، فلا تدخل فيهم الأم ولا أقاربها.  
 مسألة: أوصى لجماعة من أقرب الناس إليه، اعطى ثلاثة فإن كانوا أكثر في درجة واحدة كالإخوة، فهو لجميعهم، لأن الاسم يشملهم، وإن لم يوجد ثلاثة في درجة واحدة، كملت من الثانية، وإن لم تكمل منها، فمن الثالثة.  
 فوائد: أوصى بإحراق ثلث ماله، صح، وصرف في تجمير الكعبة، وتنوير المساجد، ذكره ابن عقيل وفي التراب يصرف في تكفين الموتى، وفي الماء يصرف في عمل سفن للجهاد، وفي الهواء قال شيخنا محب الدين بن نصر الله: يتوجه أن يعمل به بأذهن لمسجد ينتفع به المصلون، وفيه شيء. ولو وصى بكتب العلم لآخر، لم يدخل فيها كتب الكلام، لأنها ليست من العلم. ولو أوصى بدفنها لم تدفن قاله أحمد ونقل الأثرم: لا بأس، وقال الخلال: الأحوط دفنها.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 32

فصل

(ولا تصح الوصية لكنيسة ولا لبيت نار) ولا لعمارتها والإنفاق عليهما، لأن ذلك

معصية، وسواء كان الموصي مسلماً أو ذمياً (ولا لكتب التوراة والإنجيل) على الأصح قاله في «الرعاية» لأنها كتب منسوخة، والاشتغال بها غير جائز، لما فيها من التبديل والتغيير، وذكر القاضي: لو أوصى بحصر لبيع وقناديلها لا على قصد تعظيمها، فهو جائز، لأن الوصية في الحقيقة لأهل الذمة لكونهم ينتفعون بها، والأصح أنها لا تصح، لأن ذلك إغانة لهم على معصيتهم وتعظيم كنائسهم، وعن أحمد: صحتها من الذمي لخدمة الكنيسة.

(6/425)

---

فرع: أوصى ببناء بيت يسكنه المجتازون من أهل الذمة والحرب، صح، لأن بناء مساكنهم ليس بمعصية، ولا تصح لكافر بمصحف كعبد مسلم بدليل البيع والهبة، وإن وصى له بعبد كافر، فأسلم في حياة الموصي، بطلت، وإن أسلم بعد الموت وقبل القبول، ابتني على الخلاف (ولا لملك ولا لميت ولا لبهيمة) ولا لجني، لأنه تمليك، فلم تصح لهم كالهبة.

فرع: تصح وصية لحبيس وفرس زيد، ولو لم يقبله، ويصرفه في علفه، فإن مات، فالباقي للورثة.

(وإن وصى) بثلته أو مائة (لحي وميت يعلم موته، فالكل للحي) اختاره أبو الخطاب، وجزم به في «الوجيز» وذكر ابن المنجا أنه المذهب، لأنه لما أوصى بذلك مع علمه بموته، فكأنه قصد الوصية للحي وحده، كما لو صرح به إلا أن يقول: هو بينهما كالمنصوص في له ولجبريل أو الحائط (ويحتمل أن لا يكون له إلا النصف) هذا الاحتمال هو المذهب، وقدمه الأشياخ، لأنه أضاف الوصية إليهما، فإذا لم يكن أحدهما محلاً للتمليك، بطل في نصيبه، وبقي النصيب للحي وهو النصف (وإن لم يعلم موته، فللحي نصف الموصي به) وجهاً واحداً، لأنه أضاف الوصية إليهما ولا قرينة تدل على عدم إرادة الآخر، فوجب أن يكون له النصف عملاً بالمقتضى السالم عن المعارض، وكما لو أوصى لحيين، فمات أحدهما بغير خلاف نعلمه.

فرع: أوصى لله ولزيد بشيء، فنصفان، وجزم في «الكافي» وغيره بأن جميعه لزيد، لأن ذكر الله تعالى للتبرك، وإن وصى الرسول، ولزيد، صح، ونصف الرسول يصرف في المصالح.  
رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 45

(6/426)

---

(وإن وصى لوارثه وأجنبي بثلاث ماله) فأجاز الورثة بينهما، فالثلث بينهما وفي الرد أشار إليه بقوله: (فرد الورثة، فللأجنبي السدس) في قول أكثر العلماء، لأن كلا منهما له السدس، فصح للأجنبي، إذ لا اعتراض للورثة عليه، وبطل سدس الوارث، لأن الوصية له لا تصح إلا بإجازة الوارث. وفي «الرعاية» إذا أوصى لوارث وغيره بثلته اشتركا مع الإجازة، ومع الرد على الوارث للآخر الثالث، وقيل: نصفه، كما لو أوصى لهما بثلته، فرد عليهما أو على الوارث فقط، وإن رد الزائد على الثلث دون وصيته عينا، فهو لهما، وقيل للأجنبي، وقيل: له السدس، وبطل الباقي، ولو أجزى للوارث وحده، فله الثلث، وكذا

أوجنبي إذن، وقيل: السدس (وإن وصى لهما) أي للوارث وأجنبي (بثلي ماله فكذلك عند القاضي) أي: إذا أبطل الورثة الزائد على الثلث من غير تعيين نصيب أحدهما، فالثلث بينهما نقل واحد منهما السدس واختاره في الوجيز لأن الوارث يزاحم الأجنبي مع الإجازة فإذا ارادوا تعيين أن يكون الباقي بينهما كما لو تلف بغير رد (وعند أبي الخطاب له الثلث) لأنهم لا يقدرّون على إبطال ما زاد على السدس، وكما لو خصوا الوارث بالإبطال، فإن قالوا: أجزنا وصية الوارث، ورددنا نصف وصية الأجنبي، صح، واتبع كالعكس، وإن أجازوا أن ينقصوا الأجنبي عن نصف وصيته، لم يملكوا ذلك مطلقاً، فإن ردوا جميع وصية الوارث، ونصف وصية الأجنبي، فلهم ذلك على قول القاضي، وعلى قول أبي الخطاب يتوفر الثلث كله للأجنبي.

(6/427)

---

(وإن وصى بماله لابنيه وأجنبي فردا وصيته، فله التسع عند القاضي) لأنه بالرد رجعت الوصية إلى الثلث، والموصى له ابنان وأجنبي، فيكون للأجنبي التسع، لأنه ثلث الثلث/ (وعند أبي الخطاب له الثلث) لأن الأجنبي موصى له بالثلث، وبالرد بطلت وصية الوارث، فوجب أن يكون له الثلث عملاً بالوصية السالمة عن المزاحم (وإن وصى لزيد وللفقراء والمساكين بثلثه، فلزيد التسع) هذا هو المذهب، لأنه وصى لثلاث جهات، فوجب التسوية، كما لو وصى لزيد وبكر وخالد، وقال محمد بن الحسن: له الخمس، وللفقراء خمسان وللمساكين خمسان، لأن أقل الجمع اثنان. وقال ابن حمدان: ويحتمل أن له السدس، لأنهما هنا صنف، وظاهره: أنه إذا كان زيد مسكيناً أنه لا يدفع إليه من سهمهم، إذ العطف يقتضي المغايرة، فلو كانت الوصية لقوم يمكن حصرهم كزيد وإخوته، فهو كأحدهم في وجه، وفي آخر كالتي قبلها، فلو وصى بثلث لزيد، وللفقراء فنصفان، وقيل: كأحدهم.

تنبيه: لو أوصى مسلم لأهل قريته، وقيل: أو لقرايته بلفظ عام، لم يعم كافرهم إلا بذكره في الأشهر، وإن كان الموصى كافراً، عم مسلمهم بدون ذكره في الأصح، وقيل: إن كان أهل القرية، أو الأقارب كلهم كفاراً والموصى مسلماً عمهم كما لو كان فيهم مسلم، وإن كان أكثرهم كفاراً، لم يعمهم، وفيه احتمال.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 45

مسألة: أوصى بثلثه للمساكين وله أقارب محايج، ولم يوص لهم بشيء، ولم يرثوه، فإنهم أحق به، ولو أوصى نصراني بثلثه لفقراء المسلمين، وله إخوة فقراء، أعطى كل واحد خمسين فقط، نص عليهما. ولو وصى لولد زيد، وليس له إلا ولد ولد، دخلوا فيها، ويحتمل دخول ولد البنين فقط.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 45

(6/428)

---

باب الموصى به

هذا هو الركن الثالث منها (تصح الوصية بما لا يقدر على تسليمه كالآبق) في الرقيق (والشارد) من الدواب والطير في الهواء، والحمل في البطن، واللبن (في الضرع) لأنها إذا صحت بالمعدوم، فهذا أولى، ولأنها أجريت مجرى الميراث وهذا يورث، فيوصى به، وللوصي السعي في تحصيله، فإن قدر عليه، أخذه إذا خرج من الثلث. ولا فرق في الحمل بين أن يكون رقيقاً، أو حمل بهيمة مملوكة له، لأن الغرر لا يمنع الصحة، فجرى مجرى إعتاقه، فإن انفصل ميتاً، بطلت، وإن خرج حياً وعلمنا وجوده حال الوصية، أو حكمنا بوجوده، صحت، وإن لم يكن كذلك، فلا، لاحتمال حدوثه، ويعتبر إمكان الموصى به، فلو وصى بما تحمل أمته العقيم، أو بألف قنطار من شجرة معينة من سنة معينة، قال في «الترغيب» وغيره: واختصاصه به، فلو وصى بمال غيره، لم يصح، ولو ملكه بعد، لأن الوصية لم تنعقد (وبالمعدوم لأنه يجوز أن يملك بالسلم والمساقاة، فجاز أن يملك بالوصية كالذي تحمل أمته أو شجرته أبداً) أي: يكون ذلك للموصى له على التأييد (أو في مدة معينة) كسنة دون ما عداها معرفاً أو منكرًا، ولا يلزم الوارث السقي، لأنه لم يضمن تسليمها بخلاف مشترك (فإن حصل منه شيء، فهو له) أي: للموصى له بمقتضى الوصية (وإلا بطلت) لأنها لم تصادف محلاً كالوصية بثلثه، ولم تخلف شيئاً.

فرع: تصح الوصية بإناء ذهب أو فضة، ومزوجته أي: له أمة، فيوصى بها لزوجها، وينفسخ نكاحه وقت ثبوت ملكه لها.

(6/429)

(وإن وصى له بمائة لا يملكها، صح) إذ غايته أنها معدومة، والوصية به صحيحة (فإن قدر عليها عند الموت أو على شيء منها) صحت، وإن أمكن نفوذها (وإلا بطلت) لما ذكرنا (وتصح بما فيه نفع مباح من غير المال كالكلب) المعلم، لأنه يباح اقتناؤه للصيد والماشية والحراث، وقيل: وحفظ البيوت، لأن فيه نفعاً مباحاً، وتقر اليد عليه، والوصية تبرع، فصحت في غير المال كالمال، ولصحة هبته، فإن كان مما لا يباح اقتناؤه، لم يصح، سواء قال: من كلابي، أو من مالي، لأنه لا يصح شراء الكلب، لأنه لا قيمة له بخلاف ما إذا أوصى بشاة ولا شاة له، فإنه يمكن تحصيلها بالشراء، وظاهره أنها لا تصح بالجرو الصغير وهو وجه، والأصح صحتها بتربيته لأحدها، وفي «الفروع»: وإن لم يصد به، أو يصيد إن احتاجه، أو لحفظ ماشية أو زرع، فإن حصل، فخلاف، وفي «الواضح»: الكلب ليس مما يملكه (والزيت النجس) إذا جاز الاستصباح به قاله في «الشرح»، وإلا لم يصح، إذ ليس فيه نفع مباح كالخنزير وسائر سباع البهائم التي لا تصلح للصيد (فإن لم يكن للموصى مال) سواء (فللموصى له ثلث ذلك) لأن الوصية تنفذ في الثلث (وإن كان له مال) غير الموصى به (فجميع ذلك للموصى له، وإن قل المال في أحد الوجهين) جزم به في «الوجيز» لأن قليل المال خير من الكلب، لكونه لا قيمة له، فالثلث أكثر منه حينئذ (وفي الآخر له ثلثه) وإن كثر المال، لأن موضوع الوصية على أن يسلم ثلثا التركة للورثة وليس في التركة شيء من جنس الموصى به.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 49

(6/430)



---

تنبيه: أوصى لرجل بكلابه، ولآخر بثلاث ماله، فله الثلث، وللأول ثلث الكلاب وجهها واحدا، لأن ما حصل الورثة من ثلثي المال، قد جازت الوصية فيمل يقابله من حق الموصى له وهو ثلث المال، ولم يحتسب على الورثة بالكلاب، من حق الموصى له وهو ثلث المال، ولم يحتسب على الورثة بالكلاب، لأنها ليست بمال، وإذا قسمت الكلاب بين الوارث والموصى له قسمت على عددها، وإن تشاحوا، أقرع (إئن لم يكن له كلب، لم تصح الوصية) لأنها لم تصادف محلاً يثبت الحق فيه، فإن تجدد له كلب، فيتوجه الصحة نظراً إلى حالة الموت لا الوصية (ولا تصح الوصية بما لانفع فيه كالخمر والميتة ونحوهما) لأن الوصية تمليك، فلا تصح بذلك كالهبة، وقد حث الشارع على إراقة الخمر وإعدامه، فلم يناسب صحة الوصية، وظاهره: ولو قلنا: يطهر جلد الميتة بالدباغ ويتوجه عكسه.

(6/431)

---

(وتصح الوصية كعبد وشاة) لأنها إذا صحت بالمعدوم، فالمجهول أولى، ولأنه ينتقل إلى الوارث، فصحت الوصية به كالمعلوم (ويعطى) أي: يعطيه الوارث (ما يقع عليه الاسم) لأنه اليقين، كما لو أقر له بعبد، قال القاضي: يعطيه الورثة ما شاؤوا من ذكر أو أنثى، وصح في «المغني»: أنه لا يعطي إلا ذكراً، لأنه سبحانه وتعالى فرق بين العبيد والإماء بقوله: {وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم} (23: 42) وهو يقتضي المغايرة، ولأنه العرف، وبديل الوكالة وعكسه، وليس لها أن يعطيه خنثى، فلو أوصى له بواحد من رقيقه، شمل الكل (وإن اختلف الاسم بالحقيقة والعرف كالشاة في العرف وللأنثى، والبعير والثور هو - في العرف - للذكر وحده، وفي الحقيقة للذكر والأنثى، غلب العرف) في اختيار المؤلف، وجزم به في «الوجيز»، «التبصرة» لأن الظاهر أن المتكلم إنما يتكلم بعرفه، ولأنه المتبادر إلى الفهم (وقال أصحابنا: تغلب الحقيقة) لأنها الأصل، ولهذا يحمل عليه كلام الله تعالى، وكلام رسوله، فعلى هذا إذا أوصى له بشاة يتناول الذكر، والأنثى، والضأن، والمعز، والكبيرة والصغيرة، لأن اسم الشاة يتناول ذلك كله بدليل قوله: «في أربعين شاة شاة» وقال المؤلف: لا يتناول إلا أنثى كبيرة، إلا أن يكون في بلد، عرفهم يتناول ذلك، وفي «الخلاف»: البشاه: اسم لجنس الغنم يتناول الصغار والكبار، والكبش: الذكر الكبير من الضأن، والتيس: الذكر الكبير من المعز، والجمل الذكر، والناقة الأنثى، ولو قال: عشرة من إبلي، وقع على الذكر والأنثى، وقيل: إن قال عشرة بالهاء، فهو للذكور، وإن قال: بغير هاء، فهو للإناث، وكذلك الغنم، وفي البعير وجهان، حكاهما في «الشرح» وهم مبنيان على الخلاف، والثور الذكر، والبقرة للأنثى والدابة اسم للذكر والأنثى من الخيل والبغال والحمير) قاله الأصحاب، لأن ذلك هو المتعارف، فإن قرن به ما صرفه إلى أحدها، كقوله: دابة يقاتل عليها، انصرف إلى الخيل،

(6/432)

---

فإن قال: دابة ينتفع بظهرها ونسلها، خرج منه البغال، وخرج منه الذكر، ذكره في «الشرح»، وحكاه في «الرعاية» قولاً، وقيل: يعتبر عرف البلد، وفي «التمهيد»: في الحقيقة العرفية الدابة للفرس عرفاً، والإطلاق ينصرف إليه، وقاله في «الفنون» عن أصولي يعني نفسه، قال: لنوع قوة في الدبيب، لأنه ذو كر وفر انتهى. والفرس للذكر والأنثى، والحصان للذكر، وعكسه الحجر، والحمار للذكر، والأتان للأنثى.  
رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 49  
فرع: لا يستحق للدابة سرجاً، ولا للبعير رحلاً.

(6/433)

(وإن وصى له بغير معين كعبد من عبده) وشاة من غنمه (صح) لأن الجهالة هنا أقل من الجهالة في عبد، وقد صحت فيه، فلأن تصح هنا من باب أولى (ويعطيه الورثة ما شاؤوا منهم في ظاهر كلامه) نقله ابن منصور، واختاره أبو الخطاب والشريف في خلافيهما، وجزم به في «الوجيز» لأن لفظه تناول واحداً، والأقل هو اليقين، فيكون هو الواجب، فعلى هذا ما يدفعه الوارث من صحيح أو معيب جيد أو رديء، يلزم قبوله لتناول الاسم له (وقال الخرقى: يعطي واحداً بالقرعة) هذا رواية، وختارها ابن أبي موسى، لأن الجميع شراء بالنسبة إلى الاستحقاق، فكان له أحدهم بالقرعة كالعتق، ولم يرجح في «الفروع» شيئاً. وفي «التبصرة» هما في لفظ احتمل معنيين قال: ويحتمل حمله على ظاهرهما/ (فإن لم يكن له عبد، لم تصح الوصية في أحد الوجهين) جزم به في «الوجيز»، وقدمه في «الفروع» لأن الوصية تقتضي عبداً من الموجودين حال الوصية، أشبه ما لو أوصى له بما في الكيس ولا شيء فيه، أو بداره، ولا دار له (وتصح في الآخر) لأنه لما تعذرت الصفة، بقي أصل الوصية، أشبه ما لو أوصى له بألف لا يملكها، ثم ملكها (وبشترى له ما يسمى عبداً) لأن الاسم يتناول، فيخرج به عن عهدة الوصية، وكقوله: عبد من مالي، ونقل ابن منصور فيمن قال: أعطوه مائة من أحد كيسي، فلم يوجد فيهما شيء يعطى مائة، لأنه قصد إعطاءه، وإن ملكه قبل موته، فوجهان/ (فإن كان له عبد فماتوا إلا واحداً) أو لم يكن له إلا عبداً واحداً (تعينت الوصية في) لأنه لم يبق غيره، وقد تعذر تسليم الباقي، وهذا إن حمله الثلث، قاله في «الرعاية» وقيل: يقرع بين الحي والميت وإن تلف رقيقه جميعهم قبل موت الموصي، أو بعده بغير تفريط من الوارث، بطلت، لأن التركة غير مضمونة عليهم لحصولها في أيديهم بغير فعلهم.

(6/434)

فرع: أوصى بعتق أحد عبده الموجودين، صح، وأجزأ عتق ما يسمى عبداً، وقيل: ما يجزىء في كفارة، وهل يعنيه الوارث أو بقرعة؟ فيه وجهان، وقال في «المستوعب»: للعبيد تعيين عتق أحدهم.  
(وإن قتلوا كلهم فله قيمة أحدهم) إما باختيار الورثة أو بالقرعة على الخلاف على قاتله) لأن حقه في واحد منهم، وقد قتلهم كلهم، فوجب عليه ضمانه، كما

لو قتل واحد عبد غيره، وهذا إذا قتلوا بعد موت الموصي.  
فرع: لا تصح الوصية بأمر ولده، نص عليه، وقيل: بلى، وقال ابن حمدان: إن جاز بيعها ولم تعتق بموته وإلا فلا.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 49

(وإن وصى له بقوس) صح، لأن فيه منفعة مباحة، فإن كان (له أقواس للرمي والبندق والندف فله قوس النشاب) في ظاهر المذهب (لأنه أظهرها) ويسمى الفارسي، وقوس النبل يسمى العربي (إلا أن تقترن به قرينة) كما لو كان الموصى له ندافاً، أو بندقانيا، أو غازياً، فإنه (تصرف إلى غيره) لأن القرينة كالصريح، وهذا إذا أطلق، فإن وصفها بصفة أو كان له قوس واحد تعينت وعند أبي الخطاب: له غير قوس بندق، وقيل ما يرمي به عادة. وظاهره: أنه لا يستحق وترها، لأنه منفصل عنها، وقيل: بلى، جزم به في «الترغيب» لأنه لا ينتفع بها إلا به فكان كجزء من أجزائها.

(6/435)

---

(وإن وصى له بكلب أو طبل، وله منها مباح) ككلب الصيد، وطبل الحرب (ومحرم) كضدهما وكالأسود البهيم (انصرف إلى المباح) لأن فيه منفعة مباحة، ووجود المحرم كعدمه شرعاً، فلا يشمل اللفظ عند الإطلاق، وقيل: لا تصح الوصية بهما معا (فإن لم يكن له إلا محرم، لم تصح الوصي) لأن الوصية بالمحرم معصية، فلم تصح كالكنيسة، فلو كان طبل إذا فصل صلح للحرب، لم يصح، ويلحق طبل المزمار والطنبور وعود اللهو، لأنها محرمة، سواء كانت فيه الأوتار أو لا، لأنه منهي لفعل المعصية، وتباح الوصية بالدف المباح للخبر وتنفيذ الوصية فيما علم من ماله) اتفقا (وما لم يعلم) أي: تنفذ وصيته في ثلث الموجود وإن جهله، وعنه: إن علم به، وحكي ذلك عن أبان بن عثمان، و عمر بن عبد العزيز و ربيعة، إلا في المدبر، فإنه يدخل في كل شيء، والأول أشهر، لأن الوصية بجزء من ماله لفظ عام، فيدخل فيه ما لا يعلم به من ماله، كما لو نذر الصدقة بثلثه.

(6/436)

---

(وإذا أوصى بثلثه، فاستحدث مالا) قبل موته (دخل ثلثه في الوصية) في قول أكثر العلماء، ولا فرق عندهم بين التلاد والمستفاد، لأن الحادث من ماله يرثه ورثته، وتقضى منه ديونه، أشبه ما لو ملكه قبل الوصية، وعنه: يعم المتجدد مع علمه به، أو قوله بثلثي يوم أموت (وإن قتل) عمداً أو خطأ وأخذت ديته، فهل تدخل الدية في الوصية؟ على روايتين) إحداهما وهي المذهب، وجزم بها في «الوجيز»، وقدمها في «الفروع»: تدخل ديته مطلقاً لأنها تجب للميت بدل نفسه، ونفسه له، فكذا بدلها، قال أحمد: قضى النبي، أن الدية ميراث، فتقضي منها ديونه وتجزئه، وإنه إنما يجوز ورثته من أملاكه ما استغنى عنه، بدليل أنه يجوز أن يتجدد له ملك بعد موته كصيد وقع في أحبولة، نصبها خلافاً للانتصار وغيره، وإن تلف بها شيء، فيتوجه في ضمان الميت الخلاف، قاله في «الفروع» وروي عن علي مثل ذلك في دية الخط. والثانية: لا تدخل في وصيته

نقلها ابن منصور ، لأن الدية تجب للورثة بعد موت الموصي، لأعنها سببها الموت، فلا يجوز وجوبها قبله، لأن الحكم لا يتقدم سببه إذ بالموت تزول أملاكه (فإن وصى بمعين بقدر نصف الدية، فهل تحسب الدية على الورثة من الثلثين؟ على وجهين) هما مبنيان على الروايتين، فعلى الأولى تحسب الدية من ماله، فإن كانت وصيته بقدر نصف الدية، أو أقل منه، نفذت الوصية وإلا أخرج منه قدر ثلثها. وعلى الثانية: لا تحسب الدية، وتخرج الوصية من تلامه بناء على أن الدية، ليست من ماله، فيختص بها الورثة.  
رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 49  
فصل «

(6/437)

---

(وتصح الوصية بالمنفعة المفردة) في قول الأكثر، لأنه يصح تمليكها بعقد المعاوضة، فتصح الوصية بها كالأعيان، ولأنها هبة المنفعة بعد الموت، فصحت في الحياة كالمقارنة، وسواء وصى بها أبداً، أو مدة معينة، لكن يعتبر خروج ذلك من ثلث المال، نص عليه في سكنى الدار، وهو قول من قال بصحة الوصية بها وإن لم يخرج من الثلث، أجز منها بقدر الثلث، وقال: إذا أوصى بخدمة عبده سنة، لم يخرج من الثلث، خير الورثة بين تسليم خدمته سنة، وبين ثلث المال. وقال الحنفية: يخدم الموصى له يوماً والورثة يومين، حتى يستكمل منه، فإن أريد تقويمها وكانت الوصية مقيدة بمدة، قوم الموصى بمنفعته مسلوب المنفعة تلك المدة، ثم تقوم المنفعة في تلك المدة. فرع: للموصى له بنفع العبد، أو الدار إجارتها تلك المدة، وله إخراج العبد عن البلد، لأنه مالك لنفعه، فملك إخراجها، وإجارتها كالمستأجر.

(6/438)

---

(فلو وصى لرجل بمنافع أمته أبداً أو مدة معينة، صح) لأنها وصية بمنفعة، وهي صحيحة بها (فإذا أوصى بها أبداً فللورثة عتقها) لأنها مملوكة لهم، ومنافعها للموصى له، ولا يرجع على المعتق بشيء. وظاهره أنه إذا أعتقها صاحب المنفعة لم يعتق، لأن العتق للرقبة، وهو لا يملكها، فإن وهب صاحب المنفعة للعبد أو أسقطها عنه، صح، وللورثة الانتفاع به، لأن ما يوهب للعبد، يكون لسيدته (و) لهم (بيعها) لأنها مملوكة، تصح الوصية بها، فصح بيعها لغيرها، وتباع مسلوبة المنفعة، ويقوم المشتري مقام البائع فيما له وعليه، وقيل: لا تباع، لأن ما لا نفع فيه لا يصح بيعه كالحشرات، ورد بأنه يمكن إعتاقها، وتحصيل ولايتها وثواب عتقها بخلاف الحشرات (وقيل: لا يصح بيعها إلا لمالك نفعها) لأنه يجتمع له الرقبة والمنفعة، فينتفع بذلك بخلاف غيره بدليل جواز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لمالك الشجر، وبيع الزرع لمالك الأرض دون غيرها، وفي كتابتها الخلاف / (ولهم ولاية تزويجها) أي: بإذن صاحب المنفعة، وليس لواحد مهما الانفراد بتزويجها، لأن مالك المنفعة، لا يملك رقبته، وصاحب المنفعة يتضرر به، فإن اتفقا على ذلك، جاز، وإن طلبت التزويج وجب، لأنه لحقها وهو مقدم عليها، ووليها مالك الرقبة، وقيل: هما (و) لهم (أخذ مهرها في كل موضع وجب)

في اختيار المؤلف، وصاحب «الوجيز» (لأن منافع البضع لا تصح الوصية بها) مفردة، ولا مع غيرها، وإنما هي تابعة للرقبة، فتكون لصاحبها (وقال أصحابنا: مهرها للوصي) لأنه من منافعها.  
رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 57

(6/439)

(وإن وطئت بشبهة فالولد حر) لأن وطء الشبهة، يكون الولد حراً لا اعتقاد الواطيء أنه وطئ في ملك، كالمغرور بأمة/ (وللورثة قيمة ولدها) لأنه امتنع رقه، فوجب جبر ما فات من رقه (عند الوضع) لأنه حينئذ وجد، ولأنه قبل الوضع لا تعلم قيمته، فوجب اعتبار حالة يعلم بها (على الواطيء) لأنه يفوت رقه (وإن قتلت فلهم قيمتها في أحد الوجهين) لأن الإتلاف صادف الرقبة وهو مالكوها، وفوات المنفعة حصل ضمناً. وتبطل وصيته كالإجارة (وفي الآخر يشترى بها ما يقوم مقامها) لأن كل حق تعلق بالعين، تعلق بدلها إذا لم يبطل سبب استحقاقها، ويفارق الزوجة، والعين المستأجرة، لأن سبب الاستحقاق يبذل بتلفها، ويحتمل أن ذلك لمالك النفع (وللوصي) أي لمالك نفعها (استخدامها) حضراً وسفراً (وإجارتها وإعارتها) لأن الوصية له بنفعها وهذا منه، فإن قتلها وارثها، فعليه قيمة المنفعة، قاله في «الانتصار» وفي «التبصرة»: إن قتلت، فرقبة بثمنها مقامها، وقيل: لمالك نفعها، قال: وهو أولى (وليس لواحد منهما وطؤها) لأن مالك المنفعة ليس بزوجه، ولا مالك للرقبة، والوطء لا يباح بغيرهما، ومالك الرقبة لا يملكها ملكاً تاماً، ولا يأمن أن تحمل منه، وربما أفضى إلى هلاكها، لكن أيهما وطئها، فلا حد عليه، لأنه وطء شبهة لوجود الملك لكل منهما، فإن ولدت، فهو حر، فإن كان الواطيء صاحب المنفعة لم تصر أم ولد له، لأنه لا يملكها، وعليه قيمة ولدها عند الوضع كما تقدم، وإن كان مالك الرقبة صارت أم ولد له، لأنها علققت منه بحر في ملكه، وفي وجوب قيمته عليه وجهان، ولا مهر عليه في اختيار المؤلف، وله المهر على صاحب المنفعة إن كان هو الواطيء، وعند أصحابنا: تنعكس الأحكام، وقيل: يجب الحد على صاحب المنفعة، إذا وطئ كالمستأجر، وعلى هذا يكون ولده مملوكاً.  
رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 57

(6/440)

(وإن ولدت من زوج أو زنى، فحكمها) لأن الولد يتبع الأم في حكمها كولد المكاتب والمذبرة، وقيل: هو لمالك الرقبة، لأنه ليس من النفع الموصى به، ولا هو من الرقبة الموصى بنفعها (وفي نفقتها ثلاثة أوجه أحدها: أنه في كسبها) لأنه يتعذر إجباها على مالك الرقبة لكونه لا نفع له، وعلى مالك المنفعة، لكونه لا رقبة له، فلم يبق إلا إجباها في كسبها، قال في «الشرح»: وهذا راجع إلى إجباها على صاحب المنفعة، لأن كسبها من منافعها، فعليه إن لم يكن لها كسب، فقيل: تجب في بيت المال والثاني: على مالكه) أي: مالك الرقبة، ذكره الشريف أبو جعفر مذهباً لـ أحمد، وقاله أبو ثور، لأن النفقة على الرقبة، فكانت على مالكوها، كنفقة المستأجر، وكما لو لم يكن له منفعة، ولأن الفطرة تتبع

النفقة، ووجوب التابع يدل على وجوب المتبوع عليه؟ والثالث: على الوصي أي: صاحب المنفعة، صححه في «المغني» و «الشرح» وجزم به في «الوجيز»، لأنه يملك نفعها فكانت النفقة عليه كالزوج، وهذا ليس خاصا بالأمة، بل حكم سائر الحيوانات الموصى بنفعها كذلك، قياسا عليها، ونفعها بعد الوصي لورثته، قطع به في «الانتصار»، وأنه يحتمل مثله في هبة نفع داره وسكنائها شهرا وتسليمها، وقيل لورثة الموصي/ (وفي اعتبارها من الثلث وجهان) لأن المنفعة مجهولة لا يمكن تقويمها، فوجب اعتبار جميعها (أحدهما: يعتبر جميعها من الثلث) يعني يقوم بمنفعتها، ويعتبر خروج ثمنها من الثلث، وإن أمة لا منفعة لها لا قيمة لها غالبا (والثاني تقوم بمنفعتها ثم تقوم مسلوبة المنفعة فيعتبر ما بينهما) فإذا كانت قيمتها بمنفعتها مائة، ومسلوبة المنفعة عشرة علمنا أن قيمة المنفعة تسعون، وكذا إذا أوصى بنفعها وقتا مقدرا معرفا أو منكرا وقيل: يعتبر وحده من الثلث لإمكان تقويمه مفردا، ويصح بيعها. وإن أطلق فمع الرقبة، قال في «المستوعب»: وهو الصحيح عندي، وقال ابن حمدان: بل يقسطه من الرتبة، ولا يقوم على أحدهما.

(6/441)

(وإن وصى لرجل برقبته ولاحر بمنفعتها، صح) لأن الأول ينتفع بعقبتها وولائها وبيعها في الجملة، والثاني ظاهر/ (وصاحب الرقبة كالوارث فيما ذكرنا) لأن كل واحد منهما مال كها.

تنبيه: أوصى بثمر شجرة لزيد، وبرقبته لعمر، لم يملك أحدهما إجبار الآخر على سقيها، ولا منعه منه إذا لم يضره، وإن يبست الشجرة، أو بعضها، فهو لعمر، وإن وصى بثمرتها أو حمل أمته أو شاته، فلم تحمل تلك المدة، فلا شيء لزيد وإن قال: لك ثمرتها، أو حمل الحيوان أول عام بثمر أو بحمل، صح، ويقوم الموصى به دون العين، وإن وصى لزيد بلبن شاته وصوفها، أو بأحدهما، صح، ويقوم الموصى به دون العين، وإن وصى لرجل بحب زرعه، ولاحر بنيته، صح، والنفقة بينهما، وينبغي أن يكون على قدر قيمة حق كل واحد منهما، فإن امتنع أحدهما من الإنفاق، ففي إجباره وجهان مبنيان على الحائط المشترك إذا أنهدم، وإن وصى لرجل بخاتم، ولاحر بفصه، صح، وليس وحدهما الانتفاع به إلا بإذن الآخر، وأيهما طلب قلع الفص منه، أجيب إليه، ويجبر الآخر على ذلك، فإن اتفقا على بيعه أو لبسه، جاز (وإن وصى لرجل بمكاتبه، صح) إن صح بيعه لأنه مملوك كالقن (ويكون كما لو اشتراه) لأن الوصية تمليك، أشبهت الشراء فإن أدى، عتق، والولاء له كالمشتري، وإن عجز، عاد رقيقا له، فإن عجز في حياة الموصي، لم تبطل الوصية، لأن رقه لا ينافيها، وإن أدى إليه بطلت، فإن قال: إن عجز ورق، فهو لك بعد موتي، فعجز في حياة الموصي، صحت وإن عجز بعد موته، بطلت، وإن قال: إن عجز بعد موتي، فهو لك، ففيه وجهان مبنيان على ما إذا قال: إن دخلت الدار بعد موتي، فانت حر.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 57

(6/442)

(وإن وصى له بمال الكتابة أو بنجم منها، صح) لأنها تصح بما ليس مستقرا كما تصح بما لا يملكه في الحال كجمل الجارية، وحينئذ للموصى له استيفاء المال عند حلوله وإبراء منه، ويعتق بأحدهما، والولاء لسيدته، لأنه المنعم عليه، وفي «الخلافة»: لاتصح الوصية بمال الكتابة والعقل، لأنه غير مستقر، وعلى الأول إذا عجز، فأراد الوارث تعجيزه، وأراد الوصي إنظاره أو بالعكس، قدم قول الوارث، وامتى عجز، فهو عبد للوارث، وإن وصى بما يعجله المكاتب، صح فإن عجل شيئا، فهو للوصي، وإن لم يعجل شيئا حتى حلت نجومه، بطلت / (وإن وصى برقبتة لرجل، وبما عليه لآخر، صح) لأن كلاً من الرقبة والدين مملوك للموصي، فصح كغيره، ولا أثر لكونه غير مستقر، لأنها تصح بالمعدوم (فإن أدى) أو أبرأه منه (عتق) لأن هذا شأن الكاتب، وتبطل وصية صاحب الرقبة، قاله الأصحاب، وقيل: لا تبطل، ويكون الولاء له، لأنه أقامه مقام نفسه (وإن عجز فهو) قن (لصاحب الرقبة) حيث فسخها لأنه موصى له برقبتة، وإنما عتق بالأداء، لأن العتق مقدم على حق الموصي، فأولى أن يقدم على الموصى له (وبطلت وصية صاحب المال فيما بقي عليه) لأن الباقي لم يصادف محلاً، فإن كان صاحب المال، قبض من مال الكتابة شيئا، فهو له، فإن اختلفا في فسخ الكتابة بعد العجز، قدم قول صاحب الرقبة كالوارث، فإن كانت الكتابة فاسدة، فأوصى بما في ذمته، لم يصح، لأنه لا شيء في ذمته، ويصح بما إذا قال: بما أقبضه من مال الكتابة، ويصح فيها برقبة المكاتب كالصحيحة.

(6/443)

---

فرع: أوصى بعتق مكاتبه أو الإبراء من دينه، اعتبر من الثلث أقل الأمرين من قيمته مكاتباً، أو مال الكتابة، لأن العتق إبراء وبالعكس، فاعتبر أقلهما، فإن احتمله الثلث، عتق وبريء، وإن احتمل بعضه كنصفه، عتق منه نصفه، وبقي نصفه مكاتباً، ويعتق ثلثه في الحال، إن احتمل بعضه كنصفه، عتق منه نصفه، وبقي نصفه مكاتباً، ويعتق ثلثه في الحال، إن لم يكن له مال سواه، والباقي على الكتابة، فإن قال: صنعوا نجماً بما شاء الورثة، وإن قال: أكثر ما يكون عليه، وضع فوق نصفه، كضعوا عنه أكثر نجومه، وأكبرها أكثرها مالاً، وأوسطها الثاني: إن كانت ثلاثة، والثالث: إن كانت خمسة. وإن قل: ما شاء فالكل، وقيل: لا كما شاء من مالها.

مسألة: فإن قال: اشتروا بثلثي رقابا وأعتقوهم، لم يصرف في المكاتبين، فإن اتسع الثلث لثلاثة، لم يجز أن يشتري أقل منها، فإن قدر أن يشتري أكثر من ثلاثة، فهو أفضل، وإن أمكن أن يشتري ثلاثة رخيصة، وحصه من أربع فالثلاثة الغالية أولى، ويقدم من به ترجيح من عفة ودين وصلاح، ولايجزىء إلا رقبة مسلمة سالمة من العيوب كالكفارة، وإن وصى بكفارة أيمان فأقله ثلاثة، نقله حنبل.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 57

فصل

(6/444)

---

(ومن أوصى له بشيء بعينه) الباء زائدة كقولك: مررت بأخيك بزيد، لا يجوز أن يكون بعينه توكيدا، لأن شيئا نكرة غير محدودة (فتلف قبل موت الموصي أو بعده) قبل القبول (بطلت الوصية) حكاه ابن المنذر إجماع من يحفظ عنه أهل العلم، لأن الموصى له، إنما يستحق المعين فإذا ذهب، زال حقه، كما لو تلف في يده، والتركة في يد الورثة غير مضمونة عليهم، لأنها حصلت في أيديهم بغير فعلهم، ولا تفريط منهم، فلم يضمنوا شيئا (وإن تلف المال كله غيره) أي: غير المعين (بعد موت الموصي، فهو للموصى له) لأن حقوق الورثة لم تتعلق به لتعيينه للموصى له بدليل أنه يملك أخذه بغير رضاهم، فتعين حقه فيه دون سائر ماله، قال أحمد: فيمن خلف مائتي دينار وعبدا، قيمته مائة دينار، ووصى لرجل بالعبد، فسرق العبد بعد الموت، فالعبد للموصى له، وفي «الرعاية»: إن تلفت التركة قبل القبول غير الموصى به معيناً، فللموصى له ثلثه، إن ملكه عند القبول، وإلا كله، وقال ابن حمدان: إن كان عند الموت قدر الثلث أو أقل، وإلا ملك منه بقدر الثلث.

(6/445)

---

(وإن لم يأخذ زمانا قوم وقت الموت) لان الاعتبار في قيمة الوصية بخروجها من الثلث، وعدم خروجها بحالة الموت، لأنها حالة لزوم الوصية، فتعتبر قيمة المال فيها بغير خلاف نعلمه (لا وقت الأخذ) هو تأكيد فينظر كم كان الموصى به وقت الموت، فإن كان ثلث التركة أو دونه استحقه الموصى له، وإن زادت قيمته حتى صار مثل المال أو أكثر، أو هلك المال اختص به، ولا شيء للورثة، وإن كان حين الموت زائدا على الثلث، فللموصى له قدر الثلث، وإن كان نصف المال فله ثلثاه، وإن كان ثلثه فله نصفه، وإن كان نصف المال وثلثه فله خمساه، ولا عبرة بالزيادة أو النقصان بعد ذلك، فلو وصى بعق عبد، قيمته مائة، وله مائتان، فزادت قيمته بعد الموت، فصار يساوي مائتين، فهو للموصى له، وإن كانت قيمته حين الموت مائتين، فللموصى له ثلثاه، لأنهما ثلث المال، وإن نقصت قيمته بعد الموت، فصارت مائة، لم يزد حق الموصى له إلا بالإجازة، وإن كانت قيمته أربعمائة، فللموصى له النصف لا يزداد حقه عن ذلك، سواء نقص العبد أو زاد.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 63

(6/446)

---

(وإن لم يكن له سوى العين إلا مال غائب أو دين في ذمة موسر أو معسر فلموصى به) في الأصح، لأن حقه في الثلث متيقن، فوجب تسليم ثلث المعين إليه، وليس له أخذ المعين قبل قدوم الغائب وقبض الدين، لأنه ربما تلف، فلا تنفذ الوصية في المعين كله، وكما لو لم يحلف غير المعين، وقيل: لا يدفع إليه شيء، لأن الورثة شركاؤه في التركة، فلا يحصل له شيء ما لم يحصل للورثة مثله (وكلما اقتضى من الدين شيء أو حضر من الغائب شيء ملك من الموصى به قدر ثلث حتى يملكه كله) لأنه موصى له به، فخرج من ثلثه، وإنما منع قبل ذلك لأجل حق الورثة وقد زال. ولو خلف ابنا وتسعة عينا أوصى بها



لشخص، وعشرين ديناراً ديناً، فللوصي ثلثها ثلاثة، فإذا اقتضى ثلاثة، فله من التسعة واحداً حتى يقتضي ثمانية عشرة، فتكمل له التسعة، وإن تعذر استيفاء الدين، فللابن الستة الباقية ولو كان الدين تسعة، فالابن يأخذ ثلث العين والوصي ثلثها، ويبقى ثلثها موقوفاً كلما استوفى من الدين شيء، فللوصي من العين قدر ثلثه، فإذا استوفى الدين، كمل للوصي سنة وهي ثلث الجميع، وإن كانت الوصية بنصف العين أخذ الوصي ثلثها والابن نصفها، ويبقى سدسها موقوفاً، فمتى اقتضى من الدين ثلثه، كملت وصيته (وكذلك الحكم في المدبر) ذكره أصحابنا أي: يعتق في الحال ثلثه، وكلما اقتضى من الدين شيء، أو حضر من الغائب، عتق منه بقدر ثلثه حتى يعتق جميعه إن خرج من الثلث، وفي «الترغيب» فيه نظر، فإنه من تنجيز عتق ثلثه تسليم ثلثه إلى الورثة، وتسليطهم عليهما مع توقع عتقهما بحضور المال، وهذا سهو منه قال: وكذا إذا كان الدين على أحد أخوي الميت ولا مال له غيره، فهل يبرأ عن نصيب نفسه قبل تسليم نصيب أخيه على الوجهين.

فرع: إذا كان الدين مساوياً للعين، وأوصى لشخص بثلث ماله، فلا شيء له قبل استيفائه، فكلما اقتضى منه شيء، فله ثلثه، وللابن ثلثاه، وقال أهل العراق: هو أحق بما يخرج من الدين حتى يستوفي وصيته.

(6/447)

---

(وإن وصى له بثلث عبد، فاستحق ثلثاه، فله الثلث الباقي) أي: إذا أوصى له بمعين، فاستحق بعضه، فله ما بقي منه إن حمله الثلث، لأن الباقي كله موصى به وقد خرج من الثلث، فاستحقه كما لو كان معيناً، وقيل له ثلث الباقي كقوله (وإن وصى له بثلث ثلاثة أعبد، فاستحق اثنان منهم، أو ماتا، فله ثلث الباقي) في قول أكثرهم، لأنه لم يوص له من الباقي بأكثر من ثلثه وقد شرك بينه وبين ورثته في استحقاقه، وقيل: له الباقي ما لم يعبر ثلث قيمتهم، كما لو أوصى له بثلث صبرة مكيل أو موزون، فتلف ثلثها، وقيل: ثلثها.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 63

(6/448)

---

(وإن وصى له بعبد لا يملك غيره قيمته مئة، ولآخر بجزء مشاع منه كثلثه، فأجيز لهما، انفرد صاحب المشاع بوصيته من غير المعين، ثم شارك صاحب المعين فيه، فيقسم بينهما على قدر حقهما فيه، ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر وصيته كمسائل العول، وقد نبه عليه المؤلف بقوله (فأجاز الورثة للموصى له بالثلث ثلث المائتين) وهو ستة وثلاثين لا يزاحمه الآخر فيها (وربع العبد) أي يشتركان فيه لهذا ثلثه، وللآخر جميعه، فابسطه من جنس الكسبر، وهو الثلث يصير العبد ثلثه، واطمأنت إليها الثلث الذي للآخر تصير أربعة، ثم أقسم على أربعة أسهم، يصير الثلث ربعاً كمسائل العول، فيخرج لصاحب الثلث ما ذكره (وللموصى له بالعبد ثلاثة أرباعه) ثم انتقل إلى حالة الرد، فقال (وإن ردوا، فقال الخرقى) وهو المذهب (للموصى له بالثلث سدس المائتين وسدس العبد وللموصى له بالعبد نصفه) وطريقه أن ترد وصيتهما إلى ثلث المال وهو

نصف وصيتهما فيرجع كل واحد إلى نصف وصيته، فيرجع صاحب الثلث إلى سدس الجميع ويرجع صاحب العبد إلى نصفه (وعندي) وهو قول أبي ليلي، وحكاة المجد تخريجا (أنه يقسم الثلث بينهما على حسب مالهما في حال الإجازة) كسائر الوصايا (لصاحب الثلث خمس المائتين وعشر العبد ونصف عشرة ولصاحب العبد ربه وخمسه) وطريقه أن تضرب مخرج الثلث في مخرج أربع تكن اثني عشر، ثم في ثلاثة تكن ستة وثلاثين، لصاحب الثلث ثلث المائتين وهو ثمانية وربع العبد، وهو ثلاثة أسهم، صار له أحد عشر، ولصاحب العبد ثلاثة أرباعه، وذلك تسعة، فتضمها إلى سهام صاحب الثلث تصير عشرين سهما، ففي الرد يجعل الثلث عشرين سهما، فيصير المال ستين، ولصاحب العبد تسعة من العبد وهو ربه وخمسه ولصاحب الثلث ثمانية من المائتين وهو خمسا وثلثه من العبد، وذلك عشره ونصف عشره، وأوضح منه أن نقول: حصل لهما في الإجازة مائة وستة وستون وثلثان ونسبة الثلث إلى ذلك ثلاثة أخماس، فيرجع كل منهما إلى ثلاثة أخماسه، فيحصل

(6/449)

---

للموصى له بالثلث أربعون وهو خمس المائتين، ومن العبد خمسة عشر وهو عشره ونصف عشره، وللموصى له بالعبد خمسة وأربعون، وهي ربه وخمسه.

تنبيه: إذا كانت الوصية في حال الرد لا تجاوز الثلث، فهي كحالة الإجازة رجل خلف خمسمئة وعيدا قيمته مائة، ووصى بسدس ماله لشخص وللآخر بالعبد، فلا أثر للرد هنا، ويأخذ صاحب المشاع سدس المال وسبع العبد، وللآخر ستة أسباعه، وإن جاوزت الثلث كما ذكره المؤلف، رددت وصيتهما إلى الثلث وقسمته بينهما على قدر وصيتهما أن صاحب المعين يأخذ نصيبه من المعين، والآخر يأخذ حقه من جميع المال هذا قول الخرقي، وعامة الأصحاب، فعليه يأخذ سدس جميع المال، لأنه وصى له بثلث الجميع، وعلى قول المؤلف: وصية صاحب العبد دون وصية صاحب الثلث، لأنه وصى له بشيء شرك معه غيره، وصاحب الثلث أفرد به شيء لم يشاركه فيه غيره، فوجب أن يقسم الثلث بينهما حالة الرد على حسب مالهما في حالة الإجازة كسائر الوصايا.  
رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 63

(6/450)

---

(وإن كانت الوصية بالنصف مكان الثلث فأجازوا، فله مائة) لأنه لا مزاحم له فيها (وثلث العبد) لأنه موصى له بنصفه، وللآخر ب كله، وذلك نصفان ونصف، فيرجع إلى الثلث (ولصاحب العبد ثلثاه) لرجوع كل نصف إلى ثلث (وإن ردوا، فلصاحب النصف ربع المائتين وسدس العبد، ولصاحب العبد ثلثه) لأن من له شيء فيرد إلى نصفه (وقال أبو الخطاب) وهو المذهب (لصاحب النصف خمس المائتين وخمس العبد، ولصاحب العبد خمسا) لأن الوصية هنا بمائتين وخمسين بالعبد وقيمته مائة ونصف المال وهو مائة وخمسون ونسبة الثلث إليهما بالنصف، فلكل واحد منهما نصف ما حصل لهما في الإجازة، وقد كان

لصاحب النصف من المائتين نصفها، فله ربعها، وكان له من العبد ثلثه، فصار له سدسه، وكان لصاحب العبد ثلثاه (وعلى قول الخرقى) والأصحاب (ينسب الثلث إلى وصيتهما جميعا ويعطى كل واحد مما له في الإجازة مثل تلك النسبة) لأنه نسبة الثلث إلى وصيتهما بالخمسين، لأن النصف والثلث مائتان وخمسون، فالثلث خمساها، فلصاحب العبد خمساها، لأنه وصيته، ولصاحب النصف الخمس لأن خمسا وصيته، فإن كانت المسألة بحالها وملكه غير العبد ثلثمائة، ففي الإجازة لصاحب النصف مائة وخمسون وثلث العبد، ولصاحب العبد ثلثاه، وفي الرد لصاحب النصف تسعا بالمال كله، ولصاحب العبد أربعة أتساعه، وعلى قول المؤلف لصاحب العبد ثلثه وخمسين تسعه، وللآخر تسعه، وثلث خمسه، ومن المال ثمانون وهو ربعها وسدس عشرها، فإن وصى له بجميع ماله وللآخر بالعبد، ففي الإجازة لصاحب العبد نصفه، والباقي كله للآخر، وفي الرد يقسم الثلث بينهما على خمسة، لصاحب العبد خمسه وهو ربع العبد وسدس عشره، وللآخر أربعة أخماسه (وإن وصى لرجل بثلث ماله وللآخر بمائة وثلث بتمام الثلث على المائة، فلم يزد الثلث على المائة) كما إذا كان المال ثلاثمئة (بطلت وصية صاحب التمام) لأنه لم يوص له بشيء، أشبه ما لو أوصى له بدار ولا دار له، ويقسم الثلث في حال

(6/451)

الرد بينهما على قدر وصيتهما، وإن زاد) الثلث (عن المائة) بأن كان المال ستمائة (فأجاز الورثة، نفذت الوصية على ما قاله الموصي) فيأخذ صاحب الثلث مائتين وكل من الوصيين مائة (وإن ردوا، فلكل واحد نصف وصيته عندي) جزم به في «الوجيز»، لأن الوصايا رجعت إلى نصفها، فدخل النقص على كل واحد بقدر ماله في الوصية كسائر الوصايا (وقال القاضي: ليس لصاحب التمام شيء حتى تكمل المائة لصاحبها ويكن له ما فضل عنها) لأنه إنما يستحق بعد تمام المائة لصاحبها، ولم يفضل هنا له شيء. فعلى قوله: لصاحب الثلث نصفه، ولصاحب المائة مائة، ولصاحب التمام نصف ما فوق المائتين، قال في «المحرر»: وهو الصحيح فإن كان المال تسعمئة ورد الورثة، فعلى الأول لصاحب الثلث مائة وخمسون، ولصاحب المائة خمسون، ولصاحب التمام مائة، لأن الوصية كانت بالثلثين، فرجعت إلى الثلث، فرددنا كل واحد مهم إلى نصف وصيته، وعلى الثاني لصاحب المائة مائة لا ينقص منها شيء، ولصاحب التمام خمسون (ويجوز أن يزاحم به) هذا من تمام قول القاضي وهو أن يعاد به (ولا يعطيه شيئا كولد الأب مع ولد الأبوين في مزاحمة الجد) أي: يزاحم الجد بالأخ من الأب ولا يعطيه شيئا، واختار المجد أنها تبطل وصية صاحب التمام هنا، ويقسم الآخر أن الثلث كان لا وصية لغيرهما كما إذا لم يجاوز الثلث مائة.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 63

مسائل: الأولى: ترك ستمئة، ووصى لرجل بمائة، وللآخر بتمام الثلث، استحق كل منهما مائة، وإن رد الأول وصيته، فللآخر مائة، وإن وصى للأول بمائتين، وللآخر ببقية الثلث، فلا شيء للثاني، سواء ردت وصية الأول، أو أحجازها، وقال أهل العراق: إن رد الأول، فللثاني مائتين في المسألتين، وهو احتمال لنا.

الثانية: أوصى لشخص بعبد، وللآخر بتمام الثلث، فمات العبد قبل الموصي قومت التركة بدونه، ثم أقيت قيمته من ثلثها، ثم البقية لوصية التمام، وإن رد صاحب وصيته بعد موت الموصي، أو مات قبله، أو مات العبد بعد موته، بقيت وصية الآخر.

الثالثة: أوصى لشخص بثلث ماله ويعطي زيدا منه كل شهر مائة حتى يموت، صح، فإن مات وبقي شيء، فهو للأول، نص عليه.

الرابعة: أوصى لوارث وغيره بثلثي ماله اشتركا مع الإجازة، ومع الرد للآخر الثلث وقيل: نصفه كوصيته لهما بثلثه، والرد على الوارث. وإن ردوا ما جاوز الثلث لا وصية عينا، فالثلث بينهما، وقيل: للآخر، وقيل: له السدس وإن أجزى للوارث، فله الثلث، وكذا الأجنبي، وقيل: السدس.  
رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 63

#### باب الوصية بالانصاء والاجزاء

الأنصاء جمع نصيب كصديق وأصدقاء، والأجزاء جمع جزء، والفرق بينهما ظاهر (إذا أوصى له بمثل نصيب وارث معين، فله مثل نصيبه) من غير زيادة ولا نقصان (مضموما إلى المسألة) أي: يؤخذ مثل نصيب المعين، ويزاد على ما تص منه مسألة الورثة في قول أكثر العلماء، وقال مالك وزفر: لا يعطى مثل نصيب المعين أو مثل نصيب أحدهم إن كانوا يتساوون في أصل المسألة غير مزيد، ويقسم الباقي بين الورثة، إلا أن نصيب الوارث قبل الوصية من أصل المال، فلو وصى بمثل نصيب ابنه، وله ابن، فالوصية بجميع المال، وإن كانوا اثنان، فالوصية بالنصف، ثم قال مالك: وإن كانوا يتفاضلون نظرا إلى عدد رؤوسهم، فأعطي سهما من عددهم، لأنه لا يمكن اعتبار أنصائبهم لتفاضلهم، وأجيب بأنه جعل وارثه أصلا، وقاعدة، حل عليه نصيب الموصى له، وجعل مثلاً له، وهذا يقتضي مساواتهما، فلو أعطي من أصل المال، لم يعط مثل نصيبه، ولا حصلت التسوية (فإن وصى بمثل نصيب ابنه وله ابنان، فله الثلث) لأن ذلك مثل ما يحصل لابنه، لأن الثلث إذا خرج بقي ثلثا المال، لكل ابن ثلث/ (وإن كانوا ثلاثة، فله الربع) لما ذكرنا/ (فإن كان معهم بنت، فله التسعان) لأن المسألة من سبعة لكل ابن سهمان، وللأنثى سهم، ويزاد عليها مثل نصيب ابن، فتصير تسعة، فالابنان منها تسعان. وعلم منه أنه لا بد أن يكون الموصى له بمثل نصيبه وارثا، فلو كان رقيقا، أو قاتلاً، أو مخالفا لدينه، أو محجوبا، لم يصح، وفي «الفصول» احتمال (وإن وصى له بنصيب ابنه فكذلك في أحد الوجهين) هذا هو المذهب، وقاله أهل المدينة والبصرة والكوفة، لأنه أمكن تصحيح كلامه بحمله على مجازة، فصح كالطلاق والعتق بالكتابة ولأنه أوصى بجميع ماله، صح مع تضمنه الوصية بنصيب ورثته كلهم (والثاني: لا يصح) ذكره القاضي لأنه

أوصى بما هو حق للابن، كما قال: بدار ابني، أو ما يأخذه من وارثه، وإنما يصح في التولية نحو: بعته بما اشترته للعرف، قال في «الفروع»: فيتوجه

(6/454)

الخلاف في: بعته بما باع به فلان عبده ويعلمانه، فقالوا يصح، وظاهره يصح البيع، ولو كان الثمن عرضاً.  
رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 73  
(وإن وصى بضعف نصيب ابنه، أو بضعفيه، فله مثله مرتين، وإن وصى بثلاثة أضعافه، فله ثلاثة هذا هو الصحيح عندي) وهو قول أبي عبيد و الجوهري، لقوله تعالى: {إذا لأذقناك ضعف الحياة و ضعف الممات} [71: 75] وقوله تعالى: {فأولئك لهم جزاء الضعف بما عملوا} [37: 43] وقد صح أن عمر أضعف الزكاة على نصارى بني تغلب، فكان يأخذ من المائتين عشرة، فدل ما ذكرنا أن الضعف مثلان، قال الأزهرى: الضعف: المثل، فما فوقه، فاما قوله إن الضعفين المثلان، فقد روى ابن الأنباري عن هشام بن معاوية النحوي قال: العرب تتكلم الضعف مثني، فتقول: إن أعطيتني درهماً فلك ضعفاه، أي: مثلاه، وإفراده لا بأس به، لأن التثنية أحسن يعني أن المفرد والمثنى هنا بمعنى واحد، وكلاهما يراد به المثلان، وإذا استعملوه على هذا الوجه، وجب اتباعهم فيه، وإن خالفتا القياس (وقال أصحابنا) وهو المذهب: (ضعفاه ثلاثة أمثاله وثلاثة أضعافه أربعة أمثاله) وهو قول أبي عبيدة معمر بن المثنى (كلما زاد ضعفاً زاد مرة واحدة) لأن الزيادة لا بد لها من أثر، وأقل الأعداد المرة، وأجاب في «المغني» و «الشرح» عن ذلك بقوله تعالى: {فاتت أكلها ضعفين} (2: 263) قال العكرمة: تحمل في كل عام مرتين، وإنه لا خلاف بين المفسرين في قوله تعالى: {بضاعف لها العذاب ضعفين} [30: 33] أن المراد «مرتين»، وقد دل عليه قوله تعالى: {نؤتها أجرها مرتين} (13: 33) ومحال أن تجعل أجرها على العمل الصالح مرتين، وعذابها على الفاحشة ثلاث مرات، فإن الله تعالى إنما يريد تضعيف الحسنات على السيئات هذا هو المعهود من فضله وكرمه، وقول أبي عبيدة خالفه غيره، قال ابن عرفة: لا أحب قوله، ورده بالآية الكريمة، وحينئذ الضعف محل وفاق (وإن وصى بمثل نصيب أحد ورثته ولم يسمعه، كان

(6/455)

له مثل ما لأقلهم نصيباً) في قول أكثر العلماء، لأنه اليقين، وما زاد مشكوك فيه، ولو خصه به، فهو له كما لو أطلق، وكان تأكيداً (فلو كانوا ابناً وأربع زوجات، صحت من اثنين وثلاثين) لأن أصل المسألة من ثمانية للزوجات سهم لا يصح عليهن ولا يوافق، فاضرب عددن في ثمانية، تبلغ اثنين وثلاثين (لكل امرأة سهم) وللبن ثمانية وعشرون (وللوصي سهم يزداد عليها، فتصير من ثلاثة وثلاثين) ولو وصى بمثل نصيب ولده وله ابن و بنت، فله مثل نصيب البنت، نص عليه. ولو وصى بمثل أكثرهم، أو أعظمهم نصيباً، فله ذلك مضافاً إلى

المسألة، فيكون له في مسألة المؤلف ثمانية وعشرون، فتصير ستين سهماً.  
رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 73

(6/456)

(وإن وصى له بمثل نصيب وارث لو كان، فله مثل ماله لو كانت الوصية وهو موجود) أي: يقدر الوارث موجوداً، وانظر ما للموصي له مع وجوده، فهو له مع عدمه. وطريقه أن تنظر: كم تصح مسألتهم مع عدم الوارث ثم كم تصح مع وجوده، ثم تضرب إحداهما في الأخرى، ثم تقسم ما ارتفع على مسألة الوجود، فما خرج بالقسمة، أضفته إلى ما ارتفع من الضرب وهو للموصى له، واقسم ما ارتفع بين الورثة (فإذا كان الوارث أربعة بنين فللوصي السدس) لأن المسألة مع عدم الخامس المقدر وجوده من، أربعة ومع وجوده من خمسة، فتضرب إحداهما في الأخرى، تكن عشرين تقسيمها على خمسة يخرج لكل سهم أربعة، فتضيفها إلى العشرين تصر أربعة وعشرين، للموصي له أربعة وهي السدس، ولكل ابن خمسة وهي ثمن ونصف سدس (ولو كانوا ثلاثة، فله الخمس) ولو كانوا اثنين، فله الربع لما ذكرناه، فلو خلفت امرأة زوجاً، وأختاً، وأوصت بمثل نصيب خامس لو كان، فللموصي له الخمس، لأن للام الربع لو كانت، فتجعل له سهم يضاف إلى أربعة يكن خمساً (ولو كانوا أربعة فأوصى بمثل نصيب خامس لو كان الأمثل نصيب سادس لو كان فقد أوصى له بالخمس إلا السدس بعد الوصية) لأنه استثنى السدس من الخمس، وطريقها أن تضرب إحداهما في الأخرى تكن ثلاثين خمسها ستة، وسدسها خمسة، فإذا استثنيت الخمسة من الستة بقي سهم للموصي له فرده على الثلاثين، وهو المراد بقوله (فيكون له سهم يزداد على الثلاثين سهماً) فتصير أحداً وثلاثين، أعط الموصى له سهماً يبقى ثلاثون على أربعة لا تنقسم وتوافق سهمين للموصى له، وهو المراد بقوله (وتصح من اثنين وستين، له منها سهمان، ولكل ابن خمسة عشر) وبالجبر تجعل المال أربعة وشيئاً تدفعه إلى الموصى له يبقى أربعة تقسمها على خمسة يخرج أربعة أخماس، وتقسيمها على ستة يخرج ثلثان، فتسقط الثلثان من أربعة الأخماس يبقى سهمان من خمسة عشر، ثم تضرب الأربعة في الخمسة عشر، لأنها مخرج الثلث والخمس تكن ستين تزيد عليها

(6/457)

السهمين للموصى له، فقد حصل له خمس الستين إلا سدسها، فخمسة اثنا عشر وسدسها عشرة وفي بعض النسخ، المقروءة على المؤلف: ولو كانوا أربعة، فأوصى بمثل نصيب أحدهم إلا مثل نصيب ابن خامس لو كان، فقد أوصى بالخمس إلا السدس بعد الوصية، وهذه هي الصحيحة المعتمدة في المذهب الموافقة لطريقة الأصحاب، وعلى ما ذكره هنا هي مشكلة على طريقة الأصحاب، ولكن معناها لأبي الخطاب، والمجد، وابن حمدان، وأجاب الحارثي عنها بأن قولهم: أوصى له بالخمس إلا السدس صحيح باعتبار أن له نصيب الخامس المقدر غير مضموم وإن النصيب هو المستثنى انتهى. وقال

الناظم: وقرىء عليه في نسخه أخرى، وصى بمثل نصيب أحدهم إلا مثل نصيب ابن سادس لو كان، فعلى هذا يصح أنه أوصى له بالخمس إلا السدس. رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 73

فرع: إذا خلف بنتاً واحدة، ووصى بمثل نصيبها، فهو كما وصى بنصيب ابن عندنا، لأنها تستوعب المال بالفرض والرد، وعند من لا يرى يقتضي أن يكون له الثلث، ولها نصف الباقي، والفاضل لبيت المال، فإن خلف أختين ووصى بمثل نصيب إحداهما، فهي من ثلثه بنين، ووصى لثلاثة بمثل أنصبتهم، فالمال بينهم على ستة مع الإجازة، وفي الرد على ستة مع الإجازة، وفي الرد على تسعة، للموصي له ثلاثة، والباقي لهم. رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 73 فصل في الوصية بالأجزاء

(6/458)

---

(إذا أوصى له بجزء أو حظ أو شيء أو نصيب) أو قسط (فللورثة أن يعطوه ما شاؤوا) بغير خلاف نعلمه، لأن ما يعطونه يقع عليه الاسم، كقوله: أعطوه فلاناً من مالي لكونه لا حد له في اللغة، ولا في الشرع، فكان على إطلاقه لكن شرطه أن يكون ما يتمول قاله في «الرعاية» و«الوجيز» و«الفروع» فلو أوصى بثلثه إلا حظاً، أعطي ما يصح استثناءه (وإن وصى له بسهم من ماله ففيها ثلاثة روايات إحداهن: له السدس بمنزلة سدس مفروض) نقله ابن منصور، واختاره القاضي وأصحابه، وقدمه في «الفروع» وجزم به في «الوجيز» لما روى ابن مسعود أن رجلاً أوصى لآخر بسهم من المال، فأعطاه النبي السدس، وهو قول علي، وابن مسعود، ولا مخالف لهما في الصحابة، ولأن السهم في كلام العرب السدس قاله إياس بن معاوية، فتنصرف الوصية إليه كما لو لفظ به (إن لم تكمل فروض المسألة)، كبنت وبنت ابن / (أو كانوا عصبه) كالبنين أو الإخوة (أعطي سدساً كاملاً)، لأنه موصي به / (وإن كملت فروضها، أعيلت به، وإن عالت، أعيل معها) كمسائل العول، وقيل: له سدسه كله أطلقه في رواية حرب، وأطلقه في «المحرر» و«الروضة» ولعل مرادهم ما ذكره المؤلف من التفصيل / (والثانية له سهم مما تصح منه المسألة) مضافاً إليها، وهي ظاهر كلامه في رواية الأثرم وأبي طالب، لأن سهماً ينصرف إلى سهام فريضته، أشبه ما لو قال: فريضتي، أو كذا سهماً لك منه أسهم: قال القاضي وتبعه المؤلف: (ما لم يزد على السدس) فإنزاد عليه، فله السدس، لأنه متحقق، والثالثة: (له مثل نصيب أقل الورثة) مضموماً إليها، اختاره الخلال وصاحبه، لأن السهم يطلق، ويراد به النصيب، والنصيب هنا هو نصيب الورثة، والأقل منها هو المتيقن (ما لم يزد على السدس) كذا قيده تبعاً للقاضي وجمع، فإن زاد عليه، رد إليه، لأنه أقل سهم يرثه ذوا قرابة والمجد وجماعة أجروا هاتين الروایتين على إطلاقها نظراً لإطلاق الإمام.

(6/459)

---

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 78

مسائل توضح ما ذكر رجل خلف أما وبنيتين، وأوصى بسهم من ماله، فعلى الأولى تكمل به السدس، إذ مسألتهن من ستة ترجع بالرد إلى خمسة، فيزداد عليها السهم الموصي به «فتصير من ستة، وكذا على الآخرين، ولو كانت أما وأختاً، فيضاف إليها السدس على الأولى والثانية وعلى الثالثة يضاف إليها مثل نصيب الأم، لأنه أقل نصيب وارث فتصير من سبعة، وعلى ما قيده المؤلف تبعاً للقاضي له السدس، لأن النصيب زاد عليه ولو كانت ابنتان وأبوان، فهي من ستة، وتعول بالسهم الموصي به إلى سبعة على الروايات. ولو كانت لأبوين وأختان لأم، وأم، فهي من ستة، وتعول إلى سبعة، على الروايات. ولو كانت لأبوين وأختان لأم، وأم، فهي من ستة، وتعول إلى سبعة، وتعول بالسهم الموصي به إلى ثمانية على الروايات أيضاً، ولو كان ثلاث أخوات لأبوين وأخوان وأختان لأم وأم، فهي من ستة، وتعول إلى سبعة. وبالسهم الموصي به على الأولى إلى ثمانية وتصح من ثمانية وأربعين، وعلى الثانية: تصح من اثنين وأربعين يراد إليها السهم فتصير من ثلاثة وأربعين، وعلى الثالثة تصح من اثنين وأربعين، ويزاد عليها أقل أنصبا الورثة، وهو ثلاثة أسهم، فتصير من خمسة وأربعين ولو كان زوجاً وأختاً كان له السبع، كما لو كان معهما جدة على الروايات، وذكر في «المغني» و«الشرح» الذي يقتضيه القياس فيما إذا أوصى بسهم من ماله إن صح أن السهم في لسان العرب أو صح الحديث السابق، فهو كما لو أوصى بسدس ماله وإلا فهو كما لو أوصى بجزء من ماله على ما اختاره الشافعي، خلف زوجة وأماً وابناً وأوصى لآخر بسهم من ماله، فذكر أبو الخطاب أنها تصح على الأولى من أربعة وعشرين وعلى الثانية من خمسة وعشرين، قال في «المستوعب» أما حكمه في هذه المسألة صحيح على الثالثة، وفي حكمه على الروايتين الأوليتين سهو منه، لأنه أعطى الزوجة والأم فرضهما قبل الوصية، وذلك بخلاف نص

(6/460)

القرآن والإجماع، ثم صحها على الأولى على الأولى من مائة وأربعة وأربعين، وعلى الآخري من سبعة وعشرين.  
فرع: خلف أبوين وابنتين، ووصى لشخص بسدس من ماله، ولآخر بسهم منه، جعلت ذا السهم كأحد أبويه، وأعطيت صاحب السدس سدساً كاملاً، وقسمت الباقي بين الورثة والوصي على سبعة، وتصح من اثنين وأربعين، لصاحب السدس سبعة، ولصاحب السهم سهم على الروايات، ويحتمل أن يعطي الموصي له بالسهم السبع كاملاً، كما لو أوصى له به من غير وصية أخرى، فتكون له ستة ويبقى تسعة وعشرون على ستة لا تنقسم، فتضربها في اثنين وأربعين تكن مائتين واثنين وخمسين.  
رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 78

(6/461)



(وإن وصى له بجزء معلوم كثلث أو ربع، أخذته من مخرجه) فيكون ذلك صحيحاً، فالثلث مخرجه من ثلاثة، والربع من أربعة (فدفعته إليه) أي: إلى الموصي له، لأنه موصى له به (وقسمت الباقي على مسألة الورثة) لأنه حقهم، فلو كان له ابنان، والوصية بالثلث، صحت من أربعة (إلا أن يزيد على الثلث ولا يجزوا له) أي: للموصي له (فتفرض له الثلث، وتقسم الثلثين عليها) أي: على مسألة الورثة، فإن انقسمت، فظاهر، وإن لم تنقسم، ضربت المسألة أو وفقها في مخرج الوصية، فما بلغ، فمنه تصح وظاهره أنهم إذا أجازوا، فإنها تنفذ في الموصي به مطلقاً (وإن وصى بجزئين أو أكثر أخذتها من مخرجها وقسمت الباقي على المسألة) أي: مسألة الورثة (فإن زادت على الثلث، ورد الورثة، جعلت السهام الحاصلة للأوصياء ثلث المال) ليقسم ذلك بين الأوصياء بلا كسر ودفعت الثلثين إلى الورثة) لأنه حقهم (فلو وصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بربعه، وخلف ابنين، أخذت الثلث والربع من مخرجها سبعة من اثني عشر) لأن مخرج الثلث من ثلاثة، والربع من أربعة، فإذا ضربت أحدهما في الآخر، كانت اثني عشر، فثلثها وربعها سبعة (تبقى خمسة للابنين إن أجازا) وتصح من أربعة وعشرين، لصاحب الثلث ثمانية، ولصاحب الربع ستة يبقى عشرة للابنين (وإن ردا، جعلت السبعة ثلث المال) مقسومة بينهما على قدر وصيتهما، لصاحب الثلث أربعة، ولصاحب الربع ثلاثة (فتكون المسألة من أحد وعشرين) يبقى أربعة عشر للابنين نصفين (وإن أجاز لأحدهما دون الآخر أو أجاز له أحدهما لهما دون الآخر، أو أجاز كل واحد لواحد) فوافق بين مسألة الإجازة ومسألة الرد وهما تتفقان بالإثلاث/ (فاضرب وفق مسألة الإجازة وهو ثمانية في مسألة الرد، تكن مائة وثمانية وستين للذي أجاز له سهمه من مسألة الإجازة مضروب في مسألة الرد) فإن كانت الإجازة لصاحب الثلث وحده، فسهمه من مسألة الإجازة ثمانية مضروب في وفق مسألة الرد، وهو سبعة تكن ستة وخمسين، ولصاحب الربع

(6/462)

نصيبه من مسألة الرد ثلاثة في وفق مسألة الإجازة ثمانية، تكن أربعة وعشرين، فصار المجموع للوصيين ثمانين سهماً، والباقي وهو ثمانية وثمانون بين الابنين، لكل ابن أربعة وأربعون سهماً، وإن أجازا لصاحب الربع وحده، أخذت سهمه من مسألة الإجازة ستة مضروبة في وفق مسألة الرد وهو سبعة تكن اثنين وأربعين يدفعها إليه، ولصاحب الثلث سهمه من مسألة الرد أربعة، تضربها في وفق مسألة الإجازة وهو ثمانية، تكن اثنين وثلاثين، فصار المجموع أربعة وسبعين يبقى أربعة وتسعون للابنين. وإن أجاز أحد الابنين لهما دون الآخر، فللذي أجاز لهما سهمه من مسألة الإجازة خمسة مضروبة في وفق مسألة الرد سبعة، تكن خمسة وثلاثين، وللذي رد سهمه في مسألة الرد سبعة مضروب في وفق مسألة الإجازة وهو ثمانية تكن ستة وخمسين تضمها إلى خمسة وثلاثين تكن إحداً وتسعين، يبقى للوصيين سبعة وسبعون بينهما على سبعة، لصاحب الثلث أربعة وأربعون، ولصاحب الربع ثلاثة وثلاثون وهو المراد بقوله:

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 78

(وللذي رد عليه سهمه من مسألة الرد في وفق مسألة الإجازة والباقي للورثة وللذي أجاز لهما نصيبه من مسألة الإجازة في وفق مسألة الرد، وللآخر سهمه من مسألة الرد في وفق مسألة الإجازة، والباقي بين الوصيين على سبعة) لم يذكر المؤلف ما للمجاز له والمردود عليه، وما للمجيز، فنقول: إذا أجاز الابنان لصاحب الثلث، كان له ستة وخمسون، وإذا ردا عليه، كان له اثنان وثلاثون، فقد نقصه ردهما أربعة وعشرين، وإن أجاز لصاحب الربع كان له اثنان وأربعون، وإن رداً عليه، كان له أربعة وعشرون، فنقصه رد أحدهما تسعة يبقى له ثلاثون وثلاثون، وأما الابنان، فالذي أجاز لصاحب الثلث إذا أجاز لهما، كان له خمسة وثلاثون، وإذا رد عليهما، كان له ستة وخمسون، فنقصه الإجازة لهما أحداً وعشرين، لصاحب الثلث منها اثنا عشر يبقى له أربعة وأربعون، والذي أجاز لصاحب الربع إذا أجاز لهما كان له خمسة وثلاثون، وإذا رد عليهما، كان له ستة وخمسون، فنقصه الإجازة لهما أحداً وعشرين، منها تسعة لصاحب الربع بقي له سبعة وأربعون، وللوصيين سبعة وسبعون، لصاحب الثلث أربعة وأربعون، ولصاحب الربع ثلاثة وثلاثون، فصار المجموع لهما وللابنين مائة وأربعون، ولصاحب الربع ثلاثة وثلاثون، فصار المجموع لهما وللابنين مائة وثمانية وستين.

مسألة: أوصي لشخص بنصف ماله، ولآخر بربعه، فالأول نصف المال، وللآخر ربه مع الإجازة، وإن رد الورثة، قسمت الثلث بينهما على قدر سهامهما، لصاحب النصف ثلثاه، وللآخر ثلثه، وقسمت الثلثين على الورثة، هذا قول الجمهور.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 78  
فصل

(وإن زادت الوصايا على المال، عملت فيها عملك في مسائل العول) نص عليه، أي: تجعل وصاياهم كالفروض التي فرضها الله تعالى للورثة إذا زادت على المال (فإذا وصى بنصف وثلث وربع وسدس أخذتها من) مخرجها (اثنى عشر وعالت إلى خمسة عشر، فتقسم المال بينهم) أي: بين أصحاب الوصايا (كذلك) أي: على خمسة عشر (إن أجز لهم والثلث إن رد عليهم) فتصح مسألة الرد من خمسة وأربعين، وأصله ما روى سعيد بن منصور، ثنا أبو معاوية، ثنا أبو عاصم الثقفي قال: قال لي إبراهيم النخعي: ما تقول في رجل أوصى بنصف وثلث ماله وربع ماله؟ قلت: لا يجوز، قال: قد أجازوا، قلت: لا أدري، قال: أمسك اثنى عشر، فأخرج نصفها ستة، وثلثها أربعة، وربعها ثلاثة، فاقسم المال على ثلاثة عشر، وكان أبو حنيفة يقول: يأخذ أكثرهم وصية ما يفضل به على من دونه ثم يقتسم الباقي إن أجازوا، وفي الرد لا يعزل لأحد بأكثر من الثلث وإن نقص بعضهم عن الثلث، أخذ أكثرهم وصية ما يفضل به على من دونه كرجل أوصى بثلثي ماله ونصفه، فالمال بينهم على تسعة مع

الإجازة والثلث يسنهم كذلك في الرد كمسألة فيها زوج وأختان لأب، وأختان  
لأم.  
وجوابه: أن نظير الأول مسائل العول في الفرائض والديون، وما ذكره لا نظير  
له مع أن فرض الله تعالى من فرض الموصي ووصية، ثم إن صاحب الفرض  
المفروض لا ينفرد بفضله، فكذا في الوصايا.

(6/465)

---

(وإن وصي لرجل بجميع ماله، ولآخر بنصفه وخلف ابنين، فالمال بينهم على  
ثلاثة إن أجاز لهما والثلث على ثلاثة مع الرد) نص عليه، وجزم به الأكثر لأنك إذا  
بسطت المال من جنس الكسر، كان نصفين، فإذا ضمنت إليهما النصف الآخر،  
صارت ثلاثة، فيقسم المال على ثلاثة، ويصير النصف ثلثاً كزوج وأم، وثلث  
أخوات مفترقات، وإن ردوا، فالثلث بينهما على ثلاثة لصاحب المال سهماً،  
ولصاحب النصف سهم، وفي «الترغيب» وجه فيمن أوصي بماله لوارثه ولآخر  
بثلثه، وأجاز، فللأجنبي ثلثه، ومع الرد هل الثلث بينهما على أربعة أو ثلاثة، أو  
للأجنبي؟ فيه خلاف (وإن أجاز لصاحب المال وحده، فلصاحب النصف التسع)  
لأن الثلث بينهما على ثلاثة، لصاحب النصف ثلثه وهو التسع (والباقي) وهو  
ثمانية أتساع المال (لصاحب المال في أحد الوجهين) لأنه موصى له بالمال  
كله، وإنما منع من ذلك في حال الإجازة لهما لمزاحمة صاحبه له، فإذا زالت  
المزاحمة في الباقي كان له (و) في (الآخر ليس له إلا ثلثا المال التي كانت له  
في حال الإجازة لهما) إذ الإجازة له وحده بمنزلة الإجازة لهما (ويبقى التسعان  
للورثة) إذ لا مزاحمة لهم فيهما ضرورة أخذ كل واحد من الموصي له ما وصى  
له به (وإن أجازوا لصاحب النصف وحده، فله النصف في الوجه الأول) لأنه  
موصى له به وإنما منع منه في حال الإجازة للمزاحمة (وفي الآخر له الثلث)  
الذي كان في حال الإجازة لهما، لأن ما زاد على ذلك إنما كان حقاً لصاحب  
المال أخذه الورثة منه بالرد، فيأخذه الوارث (ولصاحب المال التسعان) أي:  
على الوجهين، لأن له ثلثي الثلث، وهما ذلك (وإن أجاز أحد الابنين لهما،  
فسهمه بينهما على ثلاثة) وحينئذ فلا شيء للمجيز، وللابن الآخر الثلث والثلثان  
بين الوصيين على ثلاثة، فيأخذ مالاً له ثلث مقسوم يكن ثلاثة وهو تسعة،  
للموصي لهما ثلاثة في الأصل يبقى ستة، لكل ابن ثلاثة، ثم يقسم نصيب  
المجيز لهما، فيصير لهما ستة مقسومة بينهما أثلاثاً، لصاحب المال

(6/466)

---

أربعة، ولصاحب النصف سهماً، ويبقى للراد ثلاثة أسهم يختص بها.  
رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 84  
(وإن أجاز) أحدهما (لصاحب المال دفع إليه كل ما في يده أو ثلثيه على اختلاف  
الوجهين) وقد سبق، فيكون للآخر التسع، وللابن الآخر الثلث، والباقي لصاحب  
المال في وجه، وفي آخر له أربعة أتساع، والتسع الباقي للمجيز (وإن أجاز  
لصاحب النصف، دفع نصف ما في يده ونصف سدسه أو ثلثه) على الوجه الأول  
وهو أن يكون له النصف، فيدفع إليه نصف ما يتم به النصف وهو تسع ونصف

سدس في وجه، وهو ثلث ما في يده ورבעه، وفي آخر: يدفع ثلث ما في يده، فيصير له تسعان، ولصاحب المال تسعان، وللمجيز تسعان والثلث للذي لم يجز، وعلى الأول تصح من ستنة وثلاثين للذي لم يجز اثنا عشر، وللمجيز خمسة، ولصاحب النصف أحد عشر، ولصاحب المال ثمانية، وذلك لأن مسألة الرد من تسعة، لصاحب النصف منها سهم، فلو أجاز له الابنان، كان له من تمام النصف ثلاثة ونصف، فإذا أجاز له أحدهما، لزمه نصف ذلك سهم ونصف ورعب، فتضرب مخرج الربع في تسعة، تكن ستة وثلاثين. واعلم أن صاحب «المحرر» و«الفروع» فرضا ذلك فيما أوصى لزيد بماله، ولعمرو بثلثه، وله ابنان، فأجازا، فالمال أرباعاً لزيد ثلاثة أرباعه، ولعمرو رבעه، وإن ردا فالثلث بينهما كذلك، ولكل ابن أربعة، وأن أجازوا لزيد، فلعمرو ربع الثلث، والبقية لزيد أعطي له وصيته، أو الممكن منهما، وقيل: ثلاثة أرباعه كالإجازة لهما، وإن أجازا لعمرو، فله تنمة الثلث، وقيل: تنمة الربع، ولزيد ثلاثة أرباع الثلث، وإن أجاز ابن لهما أخذ ما معه أرباعاً، وإن أجاز لزيد، أخذ ما معه، وقيل: ثلاثة أرباعه، وإن أجاز لعمرو، أخذ نصف تنمة الثلث وقيل: نصف تنمة الربع، وقيل: الثلث أو الربع. رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 84

فصل في الجمع بين الوصية بالأجزاء والأنصاء

(6/467)

(إذا خلف ابنين ووصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بمثل نصيب ابن، ففيها وجهها) كذا أطلقهما في «الكافي» و«الفرع» وغيرهما (أحدهما) وجزم به في «الوجيز» (لصاحب النصيب ثلث المال عند الإجازة) كما لو لم يكن معه وصي آخر، وللآخر الثلث (وعند الرد يقسم الثلث بين الوصيين نصفين) لأنه موصي لهما بثلثي ماله وقد رجعت وصيتهما بالرد إلى نصفها، وتصح من ستة (والثاني: لصاحب النصيب مثل ما يحصل لابن) لأنه لو كان أكثر من ذلك لأخذ أكثر من الابن، والموصي قد سوى بينهما (وهو ثلث الباقي وذلك التسعان عند الإجازة) لأن للموصي له بالثلث ثلث المال يبقى سهمان بين الموصي له بالنصيب وبين الابنين على ثلاثة، فتضربها في ثلاثة تكن تسعة، لصاحب الثلث ثلاثة، ولكل ابن سهمان، وللموصي له بالنصيب سهمان وهي تسعان (وعند الرد يقسم) الثلث (بينهما على خمسة) التي كانت لهما في حال الإجازة، لصاحب الثلث ثلاثة، ولصاحب النصيب سهمان، ولكل ابن خمسة (وإن كان الجزء الموصي به النصف) صحت على الأول من اثني عشر في حال الإجازة، وفي الرد من خمسة عشر، وعلى الثاني تصح من ستة في حال الإجازة، وفي الرد من اثني عشر ويزيد بوجه آخر وهو قوله (خرج فيها وجه ثالث وهو أن يكون لصاحب النصيب في حال الإجازة ثلث الثلثين) لأن الثلثين حق الورثة وهو شريكهم، فيكون له ثلث ذلك (وفي الرد يقسم الثالث بينهما على ثلاثة عشر لصاحب النصف تسعة ولصاحب النصيب أربعة) بيانه أن الورثة لا تلتزمهم إجازة أكثر من ثلث المال، فإذا أجازوه حسب من نصيبهم، لأنهم تبرعوا به، ويبقى نصيب الموصي له بالنصيب على حاله كأنه لم يخرج من المال إلا الثلث، فيبقى الثلثان بينه وبين الابنين على ثلاثة، لأن له مثل نصيب أحدهم، فتجعل المسألة

من ثمانية عشر، لأنها أقل عدد له نصف ولثلاثة ثلث، لصاحب النصف تسعة، لأنه مجاز له، ويعطي صاحب النصيب ثلث الثلثين أربعة، صار

(6/468)

المجموع ثلاثة عشر يبقى خمسة للابنين لا تصح عليهما، فتضرب عددهما في ثمانية عشر، تكن ستة وثلثين، لصاحب النصف ثمانية عشر، وللآخر ثمانية يبقى عشرة للابنين، وإن ردا قسمت الثلث بينهما على ثلاثة عشر، فتصح من تسعة وثلثين، وإن كان الجزء الموصى به الثلثين، فعلى الأول للموصى له بالنصيب الثلث في حال الإجازة من ثلاثة، وتصح من ثلاثة، وفي الرد تقسم الثلث على ثلاثة وتصح من تسعة، وعلى الثاني للموصى له بالنصيب التسع، وللآخر الثلثان في حال الإجازة وتصح من تسعة أيضاً، وفي الرد يقسم الثلث بينهما على سبعة، وتصح من من أحد وعشرين، وعلى الثالث لصاحب النصيب ثلث الثلثين، وللآخر الثلثان، فهي من تسعة، وتصح من ثمانية عشر في حال الإجازة لصاحب الثلثين اثنا عشر، ولصاحب النصيب أربعة، يبقى سهمان للابنين وفي الرد يقسم الثلث بينهما على ستة عشر، وتصح من ثمانية وأربعين، وإن كان الجزء الموصى به جميع المال، فعلى الأول يقسم المال بينهما على أربعة، وعلى الثاني لا يحصل لصاحب النصيب شيء، لأنه لا يحصل للابن شيء، وهذا مما يوهن هذا الوجه لعدم اطراده، ويكون الكل لصاحب المال في حال الإجازة. وفي الرد يأخذ صاحب المال الثلث، ويبقى الثلثان بين صاحب النصيب، وبين الابنين على ثلاثة، وتصح من تسعة، وعلى الثالث، لصاحب النصيب ثلث الثلثين اثنان من تسعة، ولصاحب المال تسعة، فتصح من أحد عشر، وفي الرد من ثلاثة وثلثين لصاحب المال تسعة، ولصاحب النصيب اثنان، ولكل ابن أحد عشر.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 87

(6/469)

(وإن وصى لرجل بمثل نصيب أحدهما، وللآخر بثلث باقي المال، فعلى الوجه الأول، لصاحب النصيب ثلث المال، وللآخر ثلث الباقي تسعان، والباقي للورثة) وتصح من تسعة هذا مع الإجازة، ومع الرد الثلث بينهما على خمسة، وتصح من خمسة عشر (وعلى الثاني يدخلها الدور) لتوقف معرفة كل من ثلث الباقي ونصيب ابن على الآخر (ولعملهما طرق) لأنه تارة بعمل المجهول، وتارة بالجبر، وتارة بالمنكوس (أحدهما: أن يجعل المال ثلاثة أسهم) وإنما جعل ثلاثة أسهم ليكون للباقي بعد النصيب ثلث (ونصيباً يدفع النصيب إلى الموصى له بنصيب ابن) لأنه موصى له بذلك (وللآخر ثلث الباقي سهم، يبقى سهمان، لكل ابن سهم وذلك) أي: السهم (هو النصيب) لأنه الذي جعل لكل ابن (فصحت من أربعة) وعملها بطريق الباب أن تضرب مخرج كل وصية في الأخرى تكن تسعة، ألق منها واحداً دائماً من مخرج الوصية بالجزء والنصيب سهمان، وتصح من ثمانية وفي «الشرح» وتضرب ثلاثة في ثلاثة، وهي عدد البنين مع الوصي تكن تسعة أنقص منها واحداً تبقى ثمانية، ومنها تصح، وكذا تعمل بما يرد عليك

من هذه المسائل (وبالجبر) سمي به، لأن الكسر الذي فوق السهام ينجر (تأخذ مالا) أي: مجهولاً لأن العلم به ابتداء لا يمكن (تلقي منه نصيباً) وهو وصية صاحب النصيب (وثالث الباقي) وهو وصية الآخر من المال، وإنما فعل ذلك ليعلم الباقي حتى يقسم على الورثة (يبقى ثلثا مال إلا ثلثي نصيب) لأنك لما أسقطت النصيب، ثم أردت أن تسقط ثلث الباقي، وهو ثلث، المال إلا ثلث نصيب، فيحتاج إلى جبر النصيب، فإذا جبر، وأسقط من المال ثلث بقي ثلثا مال إلا ثلثي نصيب (يعدل نصيبين) لأن ذلك حق جميع الورثة وهم اثنان (اجبرها بثلثي نصيب ليبقى بلا كسر (وزد مثل ذلك على النصيبين) ليقابل ذلك الكسر المجبور به) (يبقى ثلثا مال يعدل نصيبين وثلثين) لأنه حق الورثة (ابسط الكل أثلاثاً من جنس الكسر) ليصير بلا كسر (يصر مالين يعدل ثمانية أنصباء) لأن ثلثي المال

(6/470)

---

إذا بسط أثلاثاً، صاروا مالين والنصيبين والثلثين إذا بسطاً أثلاثاً صاروا ثمانية أنصباء (أقلب فاجعل المال ثمانية والنصيب اثنين) وترجع بالإختصار إلى أربعة (وإن شئت) هذا بيان طريق المنكوس (قلت: للابنين سهمان) لأن ذلك أقل ما يمكن من عدد صحيح وهو مال (ثم تقول: هذا بقية مال ذهب ثلثه، فزد عليه مثل نصفه) سهماً (يصر ثلاثة، ثم زد مثل نصيب ابن تصر أربعة) للموصى له بالنصيب سهم، وللآخر سهم، وإن شئت ضربت ثلاثة وهو مخرج الثلث في ثلاثة وهو عدد البنين مع الوصي، تكن تسعة، أنقص منها واحداً يبقى ثمانية، ومنها تصح، وتسمى طريق الباب، فلو كانت الوصية بربع الباقي، قلت: هذا بقية مال ذهب ربعه، فزد عليه مثل ثلثه، وإن كانت بخمس الباقي، قلت: هذا بقية مال ذهب خمسه، فزد عليه مثل ربعه.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 87

مسألة: إذا خلف ثلاثة بنين، ووصى لرجل بمثل نصيب أحدهم، ولآخر بنصف باقي المال، ففيه أوجه، أحدهما: يعطى صاحب النصيب مثل نصيب ابن إذا لم يكن ثم وصية أخرى. والثاني: يعطى نصيبه من ثلثي المال، والثالث: يعطى مثل نصيب ابن بعد أخذ صاحب النصف وصيته فيدخلها الدور ولها طرق. أحدهما: أن تأخذ مخرج النصف، فتسقط منه سهماً يبقى سهم، فهو النصيب، فزد على عدد البنين واحداً، تكن أربعة، فتضربها في المخرج، تكن ثمانية تنقصها سهماً يبقى سبعة، فهي المال، للموصى له بالنصيب سهم، وللآخر نصف الباقي ثلاثة ولكل ابن سهم. الثاني: أن تزيد سهام البنين نصف سهم، وتضربها في المخرج تكن سبعة. الثالث: طريق المنكوس، وهو أن تأخذ سهام البنين وهي ثلاثة، فتقول: هذا بقية مال ذهب نصفه، فإذا أردت تكميله، زدت عليه مثله، ثم زد عليه مثل نصيب ابن، تكن سبعة.

(6/471)

---

الرابع: أن تجعل المال سهمين ونصيباً تدفع النصيب إلى الموصى له به يبقى سهم للنين يعدل ثلاثة أنصباء، فالمال كله سبعة، وبالجبر تأخذ مالاً، وتلقي منه نصيباً يبقى مال الأنصباء، تدفع نصيب الباقي إلى الوصي الآخر يبقى نصف مال إلا نصف نصيب يعدل ثلاثة أنصباء، اجبره بنصف نصيب، وزده عليه يبقى نصيباً كاملاً يعدل ثلاثة ونصفاً، فالمال سبعة/ (وإن كانت وصية الثاني بثلاث ما يبقى من النصف فبالطريق الأول) وهي أن تعمل بالمجهول (تجعل المال ستة ونصيبين) ليكون الباقي من النصف بعد النصيب له ثلث صحيح يأخذه الموصى له (يدفع النصيب إلى الموصى له وإلى الآخر ثلث بقية النصف سهمًا) لأنه موصى لهما بذلك (وإلى أحد الإبنين نصيباً) لأنه يستحق مثل ما يستحق صاحب النصيب (بقي خمسة للإبن الآخر) لأنه لم يبق حق لغيره لغيره (فالنصيب خمسة) لأنه مثل ما أخذ الابن (والمال ستة عشر) للموصى له بثلاث باقي النصف سهم يبقى خمسة عشر للموصى له بالنصيب خمسة، ولكل ابن خمسة، وعلى الوجه الأول تصح من ثمانية عشر لصاحب النصف ستة، وللآخر ثلث ما يبقى من النصف سهم يبقى أحد عشر للإبنين، وتصح من ستة وثلاثين لصاحب النصيب اثنا عشر، ولصاحب الثلث سهمان، ولكل ابن أحد عشر هذا مع الإجازة، وفي الرد تصح من أحد وعشرين، للأول ستة أسهم وللآخر سهم، ولكل ابن سبعة (وبالجبر تأخذ مالاً، وتلقي منه نصيباً وثلث باقي النصف يبقى خمسة أسداس مال إلا ثلثي نصيب) لأنه الباقي بعد الإلقاء (يعدل نصيبين وثلثين) وجبرانه ليزول الكسر (ابسط الكل أسداساً من جنس الكسر واقلب وجول) أي: بأن تجعل أجزاء النصيب المال (يصير المال ستة عشر) لأن النصيبين وثلثين ستة عشر (والنصيب خمسة) لأن ما تقدم خمسة أسداس، وإن شئت، أخذت نصف مال القيت منه نصيباً يبقى نصف مال إلا نصيباً ألق ثلثه يبقى ثلث مال إلا ثلثي نصيب ضمه إلى نصف المال تصير خمسة أسداس إلا ثلثي نصيب تعدل نصيبين، اجبر وقابل تصير خمسة أسداس مال يعدل

(6/472)

نصيبين وثلثين، ابسط الكل أسداساً من جنس الكسر، واقلب، يكن المال ستة عشر والنصيب.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 87

(وإن خلف أما وبنات وأختاً، وأوصى بمثل نصيب الأم وسبع ما بقي، ولآخر بمثل نصيب الأخت وربيع ما بقي، ولآخر بمثل نصيب البنت وثلث ما بقي فقل مسألة الورثة من ستة) لأن فيها سدساً ونصفاً وما بقي (وهي) أي: الستة (بقية مال ذهب ثلثه، فزد عليه مثل نصفه ثلاثة) تكن تسعة (ثم زد مثل نصيب البنت) وهو ثلاثة (يكن اثني عشر، فهي بقية مال ذهب ربعه، فزد عليه ثلثه) وهو أربعة (ومثل نصيب الأخت صارت ثمانية عشر، وهي بقية مال ذهب سبعة، فزد عليه مثل سدسه، ومثل نصيب الأم تكن اثنين وعشرين) هذا طريق المنكوس، فتدفع إلى الموصى له بمثل نصيب الأم سهمًا وسبع ما بقي ثلثه يبقى ثمانية عشر تدفع إلى الموصى له بمثل نصيب الأخت سهمين، وربيع الباقي أربعة، فيحصل له ستة، ويبقى اثني عشر تدفع إلى الموصى له بمثل نصيب البنت ثلثه يبقى تسعة تدفع إليه ثلثها ثلاثة يصير له ستة، ويبقى ستة للورثة هذا مع الإجازة ومع الرد تجعل الثلث ستة عشر، وتصح من ثمانية وأربعين للموصى له

بمثل نصيب الأم أربعة، ولكل واحد من الوصيين الآخرين ستة، وللورثة اثنان وثلاثون لاتنقسم على مسألتهم، وتوافقها بالأنصاف، فتضرب وفق أحدهما في الآخر، تكن مائة وأربعة وأربعين، وبطريق الباب تضرب المخارج بعضها في بعض تكن أربعاً وثمانين، فتنقص منها سبعة وثلاثها يبقى ثلاث وعشرون فهو النصيب، ثم تقول: المسألة من ستة، فزد مثل نصيب الأم سهم، ثم انقص منه سبعة يبقى ستة أسباع، ثم مثل نصيب الأخت سهمين، ثم انقص منها ربعها يبقى سهم ونصف، ثم زد مثل نصيب البنت ثلاثة، ثم انقص منها ثلثها يبقى سهمان، فيجمع ذلك أربعة وسبعين ونصف سبع تضيفها إلى المسألة وهي ستة تكن عشرة وسبعين، ونصف سبع، تضربها في أربع وثمانين تبلغ ثمانمائة وسبعين للموصى له بمثل نصيب الأم ثلاثة

(6/473)

---

وعشرون يبقى ثمانمائة وسبعة وأربعون، أعطه سبعة مائة وإحداً وعشرين، وللموصى له بمثل نصيب الأخت سهمان، وهو ستة وأربعون يبقى ثمانمائة وأربعة وعشرون، أعطه ربعها مائتين وستة، وللموصى له بمثل نصيب البنت ثلاثة وهو تسعة وستون يبقى ثمانمائة واحد، أعطها ثلثها مائتين وسبعة وستين، وبالجزر تأخذ مالاً، وتلقي منه مثل نصيب البنت ثلاثة أنصباء وثلث الباقي يبقى ثلثا مال إلا نصيبين ألق منها مثل نصيب الأخت نصيبين وربع الباقي يبقى نصف المال إلا ثلاثة أنصباء ألق منها مثل نصيب الأم يبقى نصف مال إلا أربعة أنصباء، ألق سبعة وهو نصف سبع مال، وأربعة أسباع نصيب يبقى ثلاثة أسباع مال إلا ثلاثة أنصباء، وثلاثة أسباع نصيب تعدل أنصباء الورثة ستة أجبرها بثلاثة أنصباء، وثلاثة أسباع نصيب، أبسط الكل أسباعاً من جنس الكسر يصير النصيب ستة وستين، والمال ثلاثة، اقلب، فاجعل النصيب ثلاثة، والمال ستة وستين، ادفع إلى الموصى له بمثل نصيب الأم نصيباً وهو ثلاثة أسهم والسبع الباقي تسعة يبقى أربعة وخمسون ادفع إلى الموصى له بمثل نصيب الأخت نصيبين ستة أسهم وربع الباقي، وهو اثنا عشر يبقى ستة وثلاثون، ادفع إلى الموصى له بمثل نصيب البنت ثلاثة أنصباء وهي تسعة وثلث الباقي تسعة أيضاً يبقى ثمانية عشر للورثة، للأم ثلاثة، وللأخت ستة، وللبنات تسعة وهذا مع الإجازة، وترجع بالإختصار إلى اثنين وعشرين، ومع الرد يقسم الثلث بينه على ثمانية وأربعين، وتصح من مائة وأربعة وأربعين، والأحسن في أن تقول: مسألة الورثة من ستة يعطى الموصى له بمثل نصيب البنت ثلاثة وثلث ما بقي من الستة سهم، وللموصى له بمثل نصيب الأخت سهمان، وربع ما بقي وهو سهم، والموصى له بمثل نصيب الأم سهم وسبع ما بقي وهو خمسة أسباع سهم، فيكون المجموع ثمانية أسهم وخمسة أسباع سهم يضاف إلى مسألة الورثة وهي ستة تكن أربعة عشر سهماً وخمسة أسباع سهم تضربها في سبعة ليخرج الكسر صحيحاً تكن مائة وثلاثة.

(6/474)

---



فمن له منها شيء، فمضروب في سبعة، فللبنت أحد وعشرون، وللأخت أربعة عشر وللأم سبعة وللموصى له بمثل نصيب البنت وثلث ما بقي ثمانية وعشرون، وللموصى له بمثل نصيب الأخت، وربع ما بقي أحد وعشرون، وللموصى له بمثل نصيب الأم اثنا عشر وهذه طريقة صحيحة وتعمل كلما ورد عليك كذلك.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 87

مسألة: خلفت زوجا وأما وأختا، وأوصت بمثل نصيب الأم، وثلث ما بقي، وللآخر بمثل نصيب الزوج ونصف ما بقي، فمسألة الورثة من ثمانية، وهي مال ذهب نصفه، فزد عليه مثله، تكن ستة عشر، ومثل نصيب الزوج ثلاثة يصير تسعة عشر وهي بقية مال ذهب ثلثه، فزد عليه نصفه، صار ثمانية وعشرين ونصفا، فزد عليه مثل نصيب الأخت سهمين تكن ثلاثين ونصفا، أبسطها من جنس الكسر إحدا وستين، للموصى له بمثل نصيب الأم أربعة يبقى سبعة وخمسون ادفع إليه ثلثها تسعة عشر يبقى ثمانية وثلثون ادفع إلى الموصى له بمثل نصيب الزوج ستة يبقى اثنان وثلثون، ادفع إليه نصفها يبقى ستة عشر، للزوج ستة وللأم أربعة، وللأخت ستة هذا مع الإجازة، ومع الرد تجعل السهام الحاصلة للأوصياء ثلث المال وهي خمسة وأربعون، فيكون مجموع المسألة من ثمانية وخمسة وثلثين.

(6/475)

---

(وإن خلف ثلاثة بنين ووصى لرجل بمثل نصيب أحدهم إلا ربع المال، فخذ مخرج الكسر من أربعة وزد عليه ربه) لأنه مستثنى (تكن خمسة، فهو نصيب كل ابن وزد على عدد البنين واحدا) تكن أربعة (واضربه في مخرج الكسر) أربعة (تكن ستة عشر أعط الموصى له نصيبا وهو خمسة، واستثن منه ربع المال أربعة يبقى له سهم، ولكل ابن خمسة) وإن شئت خصصت كل ابن بربع، وقسمت الربع الباقي بينه وبينهم على أربعة (وإن قال إلا ربع الباقي بعد النصيب، فزد على عدد البنين سهما وربعاً) لأن ذلك طريق إلى معرفة الموصى به (واضربه في المخرج) أي: في مخرج الكسر (تكن سبعة عشر، له سهمان، ولكل ابن خمسة) لأن النصيب خمسة، فإذا سقط من سبعة عشر، بقي اثنا عشر، فإذا سقط منها ربع وهو ثلثه، بقي من النصيب سهمان هما للموصى له ولكل ابن خمسة، وبالجبر تأخذ مالا، وتدفع منه نصيبا إلى الموصى، ويستثنى منه ربع الباقي، وهو ربع مال إلا ربع نصيب، صار مال وربع إلا نصيبا وربعاً يعدل أنصباء البنين، وهم ثلاثة، اجبر وقابل يخرج النصيب خمسة، والمال سبعة عشر، وطريق آخر وهو أن يفرض المال أربعة ونصيبا، خذ منه أحدا، زده على الأربعة، فلكل ابن أحد وثلثان وهو النصيب، أبسط الكل أثلاثا تبلغ سبعة عشر، للموصى به النصيب اثنان، ولكل ابن خمسة.

(6/476)

---

(وإن قال إلا ربع المال بعد الوصية جعلت المخرج ثلاثة، وزدت عليه واحدا تكن أربعة، فهو النصيب، وزدت على عدد البنين سهما وثلثا) لأن ذلك طريق إلى

معرفة الموصى به (واضره في المخرج يكن ثلاثة عشر له سهم) لأنه موصى له بنصيب وقد تبين أنه أربعة إلا ربع الباقي بعد الوصية، وقد تبين أنه ثلاثة فبقي له سهم (ولكل ابن أربعة) وإن شئت قلت: المال كله ثلاثة أنصاء ووصية، الوصية هي نصيب إلا ربع الباقي، وذلك ثلاثة أرباع نصيب، فبقي ربع نصيب، فهو الوصية، والمال كله ثلاثة وربع، أبسطها تكن ثلاثة عشر وإن شئت، وإن شئت أنقص الجزاء المستثنى أحدا يبقى ثلاثة، زدها نصيبا، وزد منه أحدا عليها فالأربع للبنين، لكل ابن سهم وثلث، وهو النصيب وبالبسط تبلغ ثلاثة عشر (ولا يليق بهذا الكتاب التطويل بأكثر من هذا) لأنه مختصر.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 87

مسائل: الأولى: خلف ثلاثة بنين ووصى لعمه بمثل نصيب أحدهم إلا ثلث وصية خاله، ولخاله بمثل نصيب أحدهم إلا ربع نصيب عمه، فاضرب مخرج الثلث في مخرج الربع، يكن اثني عشر، أنقصها سهما يبقى أحد عشرة، فهي نصيب ابن، أنقصها سهمين يبقى تسعة، فهي وصية الخال، وإن نقصها ثلاثة، فهي ثمانية وهي وصية العم، وبالجبر تجعل مع العم أربعة دراهم، ومع الخال ثلاثة دنانير، ثم تزيد على الدراهم ديناراً، وعلى الدنانير درهما يبلغ كل واحد منهما نصيباً، اجبر وقابل، وأسقط المشترك يبقى معك ديناران تعدل ثلاثة دراهم، فاقبل وحول تصر الدراهم ثمانية والدنانير تسعة.

(6/477)

الثانية: أوصى لعمه بعشرة إلا ربع وصية خاله، ولخاله بعشرة إلا خمس وصية عمه، فاضرب المخارج تكن عشريين، أنقصها سهما تكن تسعة عشر، فهي المقسوم عليه، ثم اجعل مع المال أربعة، أنقصها سهما يبقى ثلاثة، أضربها في العشرة، ثم فيما مع العم وهو خمسة، تكن مائة وخمسين، اقسّمها على تسعة عشر، فهي وصية عمه، يخرج سبعة وسبعة عشر جزءاً من تسعة عشر جزءاً، فهي وصية عمه، واجعل مع العم خمسة، وأنقصها سهما، واضربها في عشرة، ثم في أربعة تكن مائة وستين، اقسّمها على مائة وثمانية أجزاء، فهي وصية خاله.

الثالثة: إذا أوصى لرجل بمثل نصيب أحد بنيه، وهم ثلاثة، ولآخر بثلث ما يبقى من الثلث، ولآخر بدرهم، فاجعل المال تسعة دراهم وثلاثة أنصاء، وإلى الثاني والثالث درهمن بقي سبعة ونصيبان، ادفع نصيبين إلى ابنين، فيبقى سبعة للابن الثالث، فالنصيب سبعة، والمال ثلاثون، فإن كانت الوصية الثالثة بدرهمن، فالنصيب سبعة، والمال ثلاثون، فإن كانت الوصية الثالثة بدرهمن، فالنصيب ستة، والمال سبعة وعشرون. والله أعلم بالصواب.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 87

باب الموصى إليه

لا بأس بالدخول في الوصية لفعل الصحابة، فروي عن أبي عبيدة أنه لما عبر الفرات أوصى إلى عمر، وأوصى إلى الزبير ستة من الصحابة، منهم: عثمان، و ابن مسعود، و عبد الرحمن بن عوف، ولأنها وكالة أشبهت الوديعة، وقياس قول أحمد أن عدم الدخول فيها أولى لما فيها من الخطر، وهو لا يعدل بالسلام

شيئاً كما كان يرى عدم الالتقاط وترك الإحرام قبل الميقات، وحديث أبي ذر شاهد بذلك.

(6/478)

(تصح وصية المسلم إلى كل مسلم عاقل عدل) مكلف رشيد إجماعاً، ولو مستوراً أو عاجزاً، ويضم إليه أمين (وإن كان عبداً) لأنه يصح استنابته في الحياة، فصح أن يوصي إليه كالحرة، وظاهره: لا فرق بين أن يكون عبداً للموصي أو لغيره، ذكره ابن حامد، لكن إن كان لغيره، اشترط إذن سيده، وخصه الأوزاعي، والنخعي بعبده، وقال أبو يوسف ومحمد وفاقاً للشافعي: لا تصح إلى عبد بحال، لأنه لا يكون ولياً على ابنه بالكسب، فلا يكون أن يلي الوصية كالمجنون. وجوابه: بأنه ينتقض بالمرأة والمكاتب والمدبر، والمعتق بعضه كالعبد (أو مراهقاً) بكسر الهاء، وهو القريب من الأحتلام، فظاهره: أن البلوغ ليس بشرط في صحتها لأن المراهق كالبالغ في إمكان التصرف، فصحت إليه كالبالغ، وهذا رواية، وفي أخرى: تصح إلى مميز، وقال القاضي: هو قياس المذهب، لأن أحمد نص على صحة وكالته، فيعتبر على هذا مجاوزة العشر، وفي «المغني»: لا أعلم فيه نصاً عن أحمد، والمذهب اشترط البلوغ، جزم به الأكثر، لأنه ليس من أهل الشهادة والإقرار، وهو مولي عليه، فلم يكن من أهل الولاية كالطفل (أو امرأة) في قول جمهور العلماء، ولم يجزه عطاء، لأنها لا تكون قاضية، وجوابه: بأن عمر أوصى إلى حفصة، ولأنها من أهل الشهادات، أشبهت الرجل، وتخالف القضاء، فإنه يعتبر له الكمال في الخلقة، والاجتهاد (أو أم ولد) نص عليه، لأنها تكون حرة من أصل المال عند نفوذ الوصية (ولا تصح إلى غيرهم) كالطفل والمجنون، لأنهما ليسا من أهل التصرف في أموالهما، فلا يليان على غيرهما، والكافر لأنه ليس من أهل الولاية على المسلم، فلم تصح إليه بغير خلاف نعلمه، والفاسق لأنه ليس بأمين ولا من أهل الشهادة كالمجنون، وكذا لا تصح إلى من لا يهتدي إلى التصرف لسفه أو مرض أو هرم ونحوه (وعنه: تصح إلى الفاسق ويضم الحاكم إليه أميناً) اختاره الخرقى جمعاً بين نظر الموصي، وحفظ المال، وشرطه: إن أمكن الحفظ به، صرح به في «الفروع» وغيره،

(6/479)

وعنه تصح إليه مطلقاً، أي: لا يفتقر إلى أمين حكاها أبو الخطاب في خلافه، وأخذها في «المغني» من رواية ابن منصور إذا كان متهماً، لم يخرج من يده، ولأنه أهل الأئتمان في الجملة بدليل جواز إيداعه، لكن تنمة رواية ابن منصور، ويجعل معه آخر، كرواية يوسف ابن موسى، إن كان متهماً، ضم إليه أمين يعلم ما جرى، ولا تنزع منه، وذكرها جماعة في فسق طارئ فقط، وقيل: عكسه، وترجمة الخلال: هل للورثة ضم أمين مع الوصي المتهم، ثم إن ضمه بأجرة من الوصية، توجه جوازه ومن الوصي، فيه نظر بخلاف ضمه مع الفسق، وعلم منه أنه لا نظر لحاكم مع وصي خاص كفاء قال الشيخ تقي الدين فيمن أوصي إليه بإخراج حجة: ولاية الدفع والتعيين للناظر الخاص، وإنما للولي العام الاعتراض

لعدم أهليته أو فعله محرماً، فظاهراً: أنه لا نظر ولا ضم مع وصي غير متهم، وذكر جماعة (وإن كانوا على غير هذه الصفات ثم وجدت بعد الموت فهل تصح؟ على وجهين) أحدهما - وهو الأصح - أنه يعتبر وجود هذه الشروط في الوصي عند الوصية والموت، لأنها شروط العقد، فيعتبر حال وجوده كسائر العقود. والثاني: أنها تعتبر حالة الوت حسب، كالوصية له، ولأن شروط الشهادة تعتبر حالة التحمل، لا الأداء، ورد بأن الوصية صحيحة، وإن كانت لوارث، وإنما يعتبر عدم الإرث وخروجها من الثلث للنفوذ واللزوم، فاعتبر بحالته بخلاف مسألتنا، فإنها شروط لصحة العقد، فاعتبر بحالة العقد، ولا ينفع وجودها بعده، وقيل: يعتبر ما بينهما.)

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 100

(6/480)

وإذا أوصى إلى واحد، وبعده إلى آخر، فهما وصيان) نص عليه، كما لو أوصى إليهما جمعياً (إلا أن يقول: قد أخرجت) أو عزلت (الأول) فإنها تبطل وصيته، لأنه قد صرح بعزله، فانعزل كما لو وكله، ثم عزله (وليس لأحدهما) أي: الوصيتين، سواء أوصى إليهما معاً أو على التعاقب (الانفراد بالتصرف) لأنه لم يرض بنظره وحده كالوكيلين (إلا أن يجعل ذلك إليه) فإنه ينفرد بالتصرف، نص عليه، كما لو كان منفرداً وعلى الأول متى تعذر اجتماعهما أقام الحاكم مكان الغائب أميناً، ذكره في «المغني» و «الشرح» فلو اختلفا في جعل المال عند من يكون منهما، جعل في مكان، يكون تحت أيديهما جميعاً، وقال مالك: يجعل عند أحدهما، وقال أصحاب الرأي: وهو المنصوص عند الشافعي (وإن مات أحدهما) أو وجد منه ما يوجب عزله (أقام الحاكم مكانه أميناً) لزوماً، لأن الموصي لم يرض بنظره وحده، فلو أراد الحاكم أن يكتفي بالثاني لم يجز، وإن وجد منهما ما يقتضي المنع، فللحاكم أن ينصب مكانهما، وفي الاكتفاء بواحد وجهان، كذا في «الشرح» و «الفروع»، ومحل ما ذكره المؤلف ما إذا أطلق، فإن جعل لكل منهما التصرف، لم يجز للحاكم إقامة اثنين، وفي «الرعاية»: إذا مات أحدهما، أو جن، وعجز الآخر عنها، أو فسق أقام اثنين، كما لو عجز أو فسقا، وقيل: يكفي واحد (وكذلك إن فسق) أي: يقيم الحاكم مقامه أميناً (وعنه: يضم إليه أمين) تقدم الكلام في صحة الوصية إلى الفاسق، والكلام الآن على الفسق الطارئ، فعند المؤلف: هو مبني على الروايتين في صحة الوصية إليه ابتداء، واختار القاضي وغيره البطلان، ويقيم الحاكم مقامه أميناً وهو قول الثوري، وإسحاق، وحمل كلام أحمد، والخرقى على الفسق الطارئ بعد الموت، وعند المجد يبدل بأمين بلا نزاع نظراً إلى أن الوصي في الابتداء قد رضيه، واختاره، والظاهر: أنه إنما فعل ذلك لمعنى راه فيه، إما لزيادة حفظه أو إحكام تصرفه ونحوه مما يربوا على ما فيه من الخيانة بخلاف ما

(6/481)

لو طرأ فسقه، فحال الموصي يقتضي أنه إنما رضي بعدل ولا عدل، وذكر في «الشرح»: أن التفريق بين الفسق المقارن والطارىء بعيد، فإن الشروط تعتبر في الدوام، كاعتبارها في الابتداء، سيما إذا كانت لمعنى يحتاج إليه في الدوام، وإذا لم يكن بد من التفريق، فاعتبار العدالة في الدوام أولى من قبل أن الفسق إذا كان موجوداً حال الوصية، فقد رضي به الموصي مع علمه بحاله، وأوصى إليه راضياً بتصرفه مع فسقه، فيشعر ذلك أنه علم أن عنده من الشفقة على اليتيم ما يمنعه من التفريط فيه وخيانتته في ماله بخلاف ما إذا طرأ فسقه، فإنه لم يرض به على تلك الحال، والاعتبار برضاه.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 100

(ويصح قبوله للوصية في حياة الموصي) لأنه إذن في التصرف، فصح قبوله بعد العقد كالوكالة بخلاف الوصية له، فإنها تمليك في وقت، فلم يصح القبول قبل الوقت (وبعد موته) لأنها نوع وصية، فصح قبولها كالوصية، ومتى قبل صار وصياً.

فرع: يجوز أن يجعل للموصي جعلاً كالوكالة ومقاسمة الوصي الموصى له جائزة على الورثة، لأنه نائب عنهم، فمقاسمته للورثة على الموصى له غير جائزة، لأنه ليس بنائب عنهم (وله عزل نفسه متى شاء) لأنه متصرف بالإذن كالوكيل، وظاهره مع القدرة في حياة الموصي وضدها (وعنه: ليس له ذلك بعد موته) ذكرها ابن أبي موسى، وقاله أبو حنيفة، وزاد: وعنه لا يجوز في حياته إلا بحضرتة، لأنه غره بالتزام وصيته، ومنعه بذلك الإيضاء إلى غيره، ونقل الأثرم وحنبل: له عزل نفسه إن وجد حاكماً، قدمه في «المحرر» وعنه: ليس له ذلك قبل موته إذا لم يعلمه، قيل لأحمد: إن قبلها، ثم غير الوصية فيها، قال: لا يلزمه قبولها إذا لم يعلمه، قيل لأحمد: إن قبلها، ثم غير الوصية فيها، قال: لا يلزمه قبولها إذا غير فيها.

(6/482)

---

مسألة: ما أنفقه وصي متبرع بمعروف في ثبوتها، فمن مال يتيم، ذكره الشيخ تقي الدين. (وللموصي عزله متى يشاء) كالموكل (وليس للموصي أن يوصي) أي: إذا أطلق على المذهب، لأنه قصر في توليته، فلم يكن له التفويض كالوكيل (إلا أن يجعل ذلك إليه) بأن يقول: أذنت لك أن توصي إلى ما شئت، أوكل من أوصيت إليه، فقد أوصيت إليه، أو هو وصي، فإنه يصح في قول أكثر العلماء كالوكيل إذا أمر بالتوكيل (وعنه: له ذلك) مطلقاً، لأن الأب أقامه مقام نفسه، فملك الوصية كالأب، والفرق واضح، فإن الأب يلي من غير تولية أحد، وحكى في «الرعاية» قولاً: أن الرواتين فيما يتولى مثله، ويصح فيما لا يتولاه مثله، وقيل: إن أذن له في الوصية إلى شخص معين، جاز، وإلا فلا.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 100

(6/483)

---

تنبيه: إذا قال: أوصيت إلى زيد، فإن مات، فعمرو، مع رواية واحدة، ويكون كل منهما وصياً إلا أن عمراً بعد زيد، ومثله أوصى إليه، ثم قال: إن ناب ابني عن

فسقه، أو قدم من غيبته، أو صح من مرضه، أو رشد صار الثاني وصياً عند الشرط، ذكره الأصحاب، أو هو وصي سنة، ثم عمرو للخير «أميركم زيد» والوصية كالتأشير قال في «الفروع»: «ويتوجه لا، لأن الوصية استنابة بعد الموت، فهي كالوكالة في الحياة، ولهذا هل للوصي أن يوصي، ويعزل من وصى إليه، ولا يصح إلا في معلوم، وللموصي عزله، وغير ذلك كالوكيل فهذا لا يعارض ذلك، ما ذكره القاضي وجماعة، إذا قال الخليفة: الإمام بعدي فلان، فإن مات فلان في حياتي، أو تغير حاله، فالخليفة فلان، صح، وكذا في الثالث، والرابع، وإن قال: فلان ولي عهدي، فإن ولي، ثم مات فلان بعده، لم يصح الثاني، وعللوه بأنه إذا ولي، صار إماماً، وصار التصرف والنظر والاختيار إليه، فكان العهد إليه فيمن يراه، وفي التي قبلها جعل العهد إلي غيره عند موته، وتعتبر صفاته في الحالة التي لم تثبت للمعهود إليه إمامة، وظاهر هذا أنه لو علق ولي الأمر ولاية الحكم، أو وظيفة بشرط شغورها، أو بشرط، فوجد الشرط بعد موت ولي الأمر والقيام مقامه، أن ولايته تبطل، وأن النظر والاختيار لمن قام مقامه، يؤيده أن الأصحاب اعتبروا ولاية الحكم بالوكالة في مسائل، فإنه لو علق عتقاً أو غيره بشرط، بطل موته لزوال ملكه، فتبطل تصرفاته انتهى، وذكر بعض المحققين أن في اعتبار ولاية بالوكالة نظر، لأن تعليق الوكالة بالموت لا تصح بخلاف الولاية، كما إذا عهد الإمام لآخر بعده، فإنه يصح، فالأولى اعتبار ولاية بالوصية، لأنها تتعلق بالموت لا الحياة بخلاف الوكالة، فإنها لا تتعلق بالموت إجماعاً، وتبطل به، فهي ضد الوكالة بصحتها بعد الموت خاصة، والوكالة لا تصح إلا في الحياة، فهما متضادتان، فلا يلزم من صحتها بعد الموت صحتها في الحياة، فإذا انقطعت ولاية

(6/484)

العاهد قبل موته بعزله أو جنونه ينبغي أن يبطل عهده، كما لو زال ملك الموصي عن العين الموصى بها قبل موته. (ولا تصح الوصية إلا في) تصرف (معلوم) ليلعم الموصى إليه ما وصى به إليه ليحفظه، ويتصرف فيه (يملك الموصي فعله كقضاء الدين وتفريق الوصية والنظر في أمر الأطفال) لأن الوصي يتصرف بالإذن، فلم يجز إلا في معلوم يملكه الموصي كالوكالة، وليس هذا خاصاً بالأطفال، بل ذو ولاية إذا أوصى إلى من ينظر في أمر أولاده المجانين، ومن لم يؤنس منهم رشد، صح بأن يحفظ مالهم، ويتصرف فيه بالأحظ، فأما من لا ولاية له عليهم كالعقلاء الراشدين وغير أولاده من الأخوة والأعمام، فلا تصح الوصية لعدم الولاية في الحياة.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 100

فرع: تصح الوصية بحد، يستوفيه له، لا للموصى له (وإذا أوصى إليه بشيء لم يصر وصياً في غيره) لأنه استفاد التصرف بالإذن من جهته، فكان مقصوراً على ما أذن فيه كالوكيل، وقال أبو حنيفة: يملك الكل، لأنها ولاية تنتقل من الأب، فلا تتبع كولاية الحد، واجيب بمنع ولايته، ولو سلم فاستفادها بالقرابة وهي لا تتبع، والإذن يتبع، فافترقا، فإن وصى إليه في تركته وأن يقوم مقامه، فهذا وصي في جميع أموره، يبيع ويشترى إذا كان نظراً لهم.

(وإذا أوصى إليه بتفريق ثلثه فأبى الورثة إخراج ثلث ما في أيدهم أخرج كله مما في يده) نقله أبو طالب، لأن حق الموصى له يتعلق بأجزاء التركة، فجاز أن يدفع إليه مما في يده، كما يدفع إلى بعض الورثة (وعنه: يخرج ثلث ما في يده) لأنه موصى به، ولا حق للورثة فيه، وثلاثه ليس كذلك (ويحس باقيه حتى يخرجوا) لأن إخراج بقية الثلث واجب، وهذا وسيلة إليه، وفي «الفروع» في جواز قضائه باطناً، وتكميل ثلثه من بقية ماله روايتان، وحملها في «المغني» و«الشرح» على حالتين: فالأولى: محمولة على ما إذا كان المال جنساً واحداً، لأنه له فائدة في انتظار إخراجهم، والثانية: محمولة على ما إذا كان أجناساً، لأنها تتعلق بثلث كل جنس، فلم يجز أن يخرج عوضاً عن ثلث ما في أيدهم مما في يده، لأنها معارضة تتعلق بتراضيتهم، وحكى ذلك في «الرعاية» قولاً عن أحمد يردده عليهم ويطلبهم بالثلث، فإن فرقه، ثم ظهر دين مستغرق، أو جهل موصى له، فتصدق هو أو حاكم، لم يضمن على الأصح، وقال ابن حمدان بل يرجع به كوفاء الدين.

(وإن أوصاه بقضاء دين معين فأبى الورثة) أو جحدوا، وتعذر ثبوت (ذلك قضاء بغير علمهم) أي: باطناً، جزم به في «الوجيز» و المذهب، لأنه واجب، سواء رضوا به، أو أبوه، ولأنه لا حق لهم إلا بعد وفاء الدين، والثانية: المنع، لأنه لا يأمن رجوعهم عليه، وقيل: له في رواية أبي داود مع عدم البيينة في الدين: أيحل له إن لم ينفذه؟ قال: لا، وعنه: إن إذن فيه حاكم، جاز، قيل لأحمد: فإن علم الموصى أن لرجل عليه حقاً فجاء الغريم يطالب الوصي، وقدمه إلى القاضي بالقضية، فإن أعطاه القاضي، فهو أعلم، أي: يقيم القاضي ثبوته، ويشهد بما أمر به، فلو صدقه وارث، لزمه منه بقدر حقه، نص عليه، فإن كان ثم بينة، ففي لزوم قضائه نقلاً حاكم، ففي «المغني» و«الشرح» في جوازه روايتان، ما لا يصدق وارثه المكلف، لأنه إقرار منهم على أنفسهم.

مسألة: يسن الإيصال بقضاء الدين، لأنه إذا شره له الوصية في حق غيره، فحاجة نفسه أولى، وهذا في الدين الذي لا يعجز عن وفائه في الحال، فأما الذي يعجز عن وفاته في الحال فالوصاية به واجبة، قاله بعضهم.  
رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 100  
(وعنه: فيمن عليه دين لميت وعلى الميت دين أنه يقضي دين الميت إن لم يخف تبعه) يعني إذا خاف أن يطلبه الورثة بما عليه، وينكروا الدين على مورثهم، فلا يقضيه، لأنه لا يأمن رجوعهم عليه، وإن لم يخف ذلك قضى دين الميت بما عليه الروايتان، فإن كان عليه دين لميت، ووصى به لزيد، فله دفعه إليه، أو إلى وصي الميت، وإن لم يوص به، ولا يقضيه عيناً، لم يبره بدفعه إلا إلى الوراث والوصي جميعاً، وقيل: يبرأ بدفعه إلى الوصي.  
فرع: صرف أجنبي الموصى به لمعين، وقيل: أو لغيره في جته، لم يضمنه، وإن وصاه بإعطاء مدع ديناً بيمينه، نقده من رأس ماله، قال الشيخ تقي الدين،

ونقل ابن هانئ: بينة، ونقل عبد الله يقبل مع صدق المدعي، ونقل ابن هانئ: فيمن وصاه بدفع مهر امرأته لم يدفعه في غيبة الورثة. (وتصح وصية الكافر إلى المسلم) لقبول شهادته عليه، وعلى غيره، ومحلها ما لم تكن التركة خمراً أو خنزيراً أو نحوهما (وإلى من كان عدلاً في دينه) في الأشهر، لأنه يلي النسب، قيل: بالوصية كالمسلم. والثاني: لا يصح وهو قول أبي ثور، لأنه أسوأ حالاً من الفاسق، وعلى الأول: إذا لم يكن عدلاً في دينه، لا يصح لأنه عدم العدالة في المسلم تمنع الصحة، فالكافر أولى.

(6/487)

---

(وإذا قال: ضع ثلثي حيث شئت أو أعطه) أو تصدق به (على من شئت لم يجز له أخذه) في المنصوص لأنه تمليك ملكه بالإذن، فلا يكون قابلاً له لو كيل، وقيل: يعمل بالقرينة (ولا دفعه إلى ولده) لأنه متهم في حقه كهو، وأباحه الشيخان، وذكر جماعة: مع أبيه، وذكره آخرون وأبيه، ولم يزيدوا، ولا يجوز دفعه إلى القاضي؟ قال: إذا كانت له بينة (ويحتمل أنه ليس له البيع على الكبار) لأنه لا يجب على الإنسان بيع ملكه ليزداد من ملك غيره، كما لو كان شريكه غير وارث (قال: وهو أقيس) وصححه في «الشرح» و «المغني» وقال ابن أبي ليلى: يجوز له البيع على الكل فيما لا يد منه. فرع: إذا مات في موضع لا حاكم فيه ولا وصياً، فلمن حضره من المسلمين حوز تركته، ويبيع ما يراه، وقيل: إلا الإماء، قال أحمد في الجوارى: أحب أن يتولى بيعهن الحاكم، قال في «الشرح»: وإنما توقف عن بيعهن على طريق الاختيار احتياطاً، لأنه بيعهن يتضمن إباحة فروجهن، وعلى المذهب يجوز، لأنه موضع ضرورة، ويكفته منها، ثم من عنده، ويرجع عليها أو عل أمن تلزمه نفقته إن نواه ولا حاكم، فإن تعذر الإذن، رجع، وقيل: فيه وجهان كما مكانه، ولم يستأذنه أو لم ينو مع أذنه، والله - تعالى - أعلم.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 100

وارثه، سواء كان غنياً أو فقيراً، نص عليه، وذكر ابن رزين: في منع من يمونه وجهاً (ويحتمل جواز لتناول اللفظ له) ولأنه يجوز دفعه إلى الأجنبي، فكذا ما ذكر، وقيل: له إعطاء ولده، وسائر أقاربه إذا كانوا مستحقين له دون نفسه، لأنه مأمور بالتفريق وقد وجد.

(6/488)

---

مسائل: إذا قال: تصدق من مالي، احتتمل ما تناوله لاسم، واحتمل ما قل وكثر، لأنه لو أراد معيناً، عينه، ذكر في «التمهيد»: من أوصى إليه بحفر بئر في طريق مكة، أو في السبيل، فقال: لا أقدر، فقال الموصي: افعل ما ترى، لم يجز حفرها بدار قوم لا بئر لهم، لما فيه من تخصيصهم، نقله ابن هانئ، ولو أمره ببناء مسجد، فلم يجد عرصه، لم يجزه شراء عرصه يزيد لها في مسجد صغير، نص عليه، ولو قال: ادفع هذا إلى يتامى فلان، فأقرار بقرينة وإلا وصية، ذكره الشيخ تقي الدين.

(وإن دعت الحاجة إلى بيع بعض العقار لقضاء دين الميت، أو حاجة الصغار



وفي بيع بعضه نقص) أي ضرر (فله البيع على الكبار) إذا امتنعوا أو غابوا (والصغار) نص عليه، لأن الموصي يملك بيع التركة، فملك جميعها، كما لو كان الورثة صغاراً، أو التركة مستغرقة، وكالعين المرهونة، وظاهره: أنه إذا لم يكن فيه ضرر، فليس له البيع على الكبار، لأنه إنما جاز أولاً لدفع الضرر، وقيل: ببيع بقدر دين ووصية وحصّة صغار، وقيل لأحمد: ببيع الوصي الدور على الصغار يجوز؟ قال: إذا كان نظراً لهم لا على كبار يؤنس فيهم رشد، هو كالأب في كل شيء إلا في النكاح، قيل له: وإن لم يكن أثبت وصيته عنده رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 100

(6/489)

### كتاب الفرائض

جمع فريضة: وهي في الأصل اسم مصدر من فرض وأفرض، وسمي البعير المأخوذ في الزكاة فريضة، فعيلة بمعنى مفعولة مشتق من الفرض، وهو التقدير، لقوله تعالى {فنصف ما فرضتم} (2:732) أي: قدرتم، ويأتي بمعنى القطع، لقوله تعالى {نصيباً مفروضاً} (4:7) أي: مقطوعاً، وبمعنى الحز، يقال: فرض القوس، وفرضته الذي فيه وتر، وفرضه النهر، أي: ثلمته، وبمعنى التبين لقوله تعالى: {فرض الله لكم تحلة أيمانكم} (66:2) أي: بين وبمعنى الإنزال، لقوله تعالى: {إن الذي الذي فرض عليك القرآن} (82:58) أي: أنزل، بمعنى الإحلال، لقوله تعالى: {ما كان على النبي من حرج فيما فرض الله له} (33:83) أي: أحل، وبمعنى العطاء، تقول العرب: ما أصبت منه فرضاً.

ولما كان علم الفرائض مشتقاً على هذه المعالي لما فيه من السهام المقدره، والمقادير المتقطعة، والعطاء المجر، وقد بين لكل وارث نصيبه، وأحله له سمي بذلك، ويقال للعامل به: فرضي وفارض وفريض كعالم وعليم، حكاة المبرد.

(6/490)

وقد ورد التحريض على تعلمها وتعليمها، فعن ابن مسعود أن النبي قال: «تعلموا الفرائض وعلموها الناس، فإني امرؤ مقبوض، وإن العلم سيقبض، وتظهر الفتن حتى يختلف اثنان في الفريضة، فلا يجدان من يفصل بينهما» رواه أحمد، والترمذي، والحاكم، ولفظه له. وعن أبي هريرة مرفوعاً: «تعلموا الفرائض، وعلموها، فإنها نصف العلم، وهو ينسى، وهو أول علم ينزع من أمتي» رواه ابن ماجه، ووالدارقطني من رواية حفص بن عمر، وقد ضعفه جماعة، واختلف في معناه، فقال أهل السلامة: لا تتكلم فيه، بل يجب علينا اتباعه، وقيل: علم معناه باعتبار الحال، فإن حال الناس اثنان: حياة ووفاء، فالفرائض تتعلق بالثاني، وسائر العلوم بالأول، وقيل: هو نصف باعتبار الثواب لأنه يستحق بتعلم مسألة واحدة من الفرائض مائة حسنة، وبغيرها من العلوم عشر حسنات، وقيل: باعتبار المشقة، وهما ضعيفان، وأحسنها، أن أسباب

الملك اختياري واضطراري، فالاختياري إن شاء دخلت في ملكه، وإن شاء رد كالشراء والهبة ونحوهما، والاضطراري يدخل في ملكه اجباراً، ورد، وقال عمر: إذا تحدثتم فتحدثوا في الفرائض، وإذا لهوتم، فالهوا بالمري، وكان لا يولي أحداً حتى يسأله عن قسمة الموارث، وحكي أن الوليد بن مسلم رأى في منامه أنه دخل بستاناً، فأكل من جميع ثمره إلا العنب الأبيض، فقصة على شيخه الأوزاعي، فقال: نصيب من العلوم كلها إلا الفرائض، فإنها جوهر العلم، كما أن العنب الأبيض جوهر العنب.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 112

(وهي قسمة الموارث) فظاهرة أن الفرائض هي نفس القسمة، والظاهر أنه على حذف مضاف تقديره وهي العلم بقسمة الموارث، وصرح به في «الكافي» وهو جمع ميراث، وهو المال المخلف عن الميت، أصله موراث انقلبت الواو ياء لسكونها وانكسار ما قبلها. ويقال له: التراث.

(6/491)

(وأسباب التوارث ثلاثة: رحم) وهو القرابة من جهة البنوة والأبوة ونحوهما، إذ بها يرث بعضهم بعضاً، لقوله تعالى {وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله} [الأحزاب:6] (ونكاح) وهو عقد الزوجية وإن عري عن الوطاء لقوله تعالى: {ولكم نصف ما ترك أزواجكم} [4:21] الآية (وولاء) وهو الإنعام عليه بالعتق، لقوله: «الولاء لمن أعتق» متفق عليه، وروى ابن عمر مرفوعاً «الولاء لحمة كلحمة النسب» والنسب يورث به، فكذا الولاء. ومقتضاه: أن العتيق لا يرث معتقه وهو قول الأكثر، وقيل: بلى عند عدم، وقاله الحسن بن زياد، نقله الطبري، ونقل ابن الحكم: لا أدري، وفي «الفروع»: يتوجه منه ينفق على المنعم، واختاره شيخنا، ويشهد له ما روى الطبراني من حديث عوسجة مولى ابن عباس عنه أن رجلاً مات ولم يترك وارثاً إلا عبداً أعتقه، فأعطاه النبي ميراثه. وعوسجة وثقه أبو زرعة، لكن قال البخاري: لا يصح حديثه، ولو سلمت صحته، فهو محمول على أنه أعطاه على جهة المصلحة لا ميراثاً (لا غير) لأن الشرع ورد بالتوارث بها إلا النبي، فكانت تركته صدقة لم تورث (وعنه: أنه يثبت) مع عدمهن (بالموالة) وهي المؤاخاة (والمعاقدة) وهي المحالفة، لقوله تعالى: {والذين عاقدت أيمانكم فاتوهم نصيبهم} [4:33] وكان في ابتداء الإسلام يقول الرجل: دمي دمك، ومالي مالك، تنصرتني أنصرك، وترثني وأرثك (وإسلامه على يديه) لما روى أبو أمامة أن النبي قال: «من أسلم على يديه رجل، فهو مولاه يرثه» رواه سعيد في سننه وكذا التقاطه (وكونهما من أهل الديوان) أي: مكتوبين في ديوان واحد، قاله في «المطلع» واختاره الشيخ تقي الدين، وحكاه في «الشرح» قولاً وظاهر المتن أنه من جملة الرواية، وفي شرح «المحرر»: أو من قبيلة واحدة، ولا عمل عليه، لأن ما ذكر كان في بدء الإسلام، بدليل ما روى ابن عباس أن النبي أختى بين أصحابه، فكانوا يتوارثون بذلك، فنزلت {وأولوا الأرحام} (8:57) الآية، فتوارثوا بالنسب.

(6/492)

رواه الدار قطني، وفي إسناده مقال.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 112

(والمجمع على توريثهم من الذكور عشرة: الابن، وابنه وإن نزل) لقوله تعالى: {يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ} (4:11) الآية، وابن الابن ابن، لقوله تعالى: {يَا بَنِي آدَمَ} (7:13) {يَا بَنِي إِسْرَائِيلَ} (2:04) (وَالْأَبُ وَأَبُوهُ وَإِنْ عَلَا) لقوله تعالى: {وَلِأَبْوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ} (4:11) والجد تناوله النص لدخول ولد الابن في عموم الأولاد، وقيل: ثبت فرضه بالسنة، لأنه عليه السلام أعطاه السدس (والأخ من كل جهة) فالأخ من الأم ثبت بقوله تعالى: {وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس} (4:21) ومن الأبوين أو الأب بقوله: «ألحقوا الفرائض بأهلها، فما أبقت الفروض، فلأولى رجل ذكر» (وابن الأخ إلا من الأم) فإنه من ذوي الأرحام (والعم وابنه كذلك) أي: من الأبوين أو الأب، وعم الأب كذلك، ولا يدخل فيه العم من الأم، ولا ابنه، لأنهما ليسا من العصابات (والزوج) لقوله تعالى: {ولكم نصف ما ترك أزواجكم} (4:21) الآية (والمولى المنعم) أي: المعتقد سموا به، لأنه أنعم على العبد بعنقه وتخليصه من أسر الرق ثبت بالسنة والذكور كلهم عصابات إلا الزوج، والأخ من الأم والأب وأبوه مع الابن (ومن الإناث سبع: البنت وبنت الابن والأم والجدة والأخت والمرأة ومولاة النعمة) لما ذكرنا، والإناث كلهن إذا انفردن عن أخواتهن ذوات فرض إلا المعتقة، والأخوات مع البنات.

(6/493)

أصل: إذا اجتمع الوارثون من الرجال لم يرث منهم إلا الأب والابن والزوج وإذا اجتمعت الوارثات من النساء، ورث منهن خمسة، البنت وبنت الابن والأم والزوجة والأخت من الأبوين، أو الأب، والذي يمكن اجتماعهم من الصنفين وارثا: الأبوان والابن والبنت وأحد الزوجين (والوارث ثلاثة: ذو فرض، وعصابات) إجماعاً (وذو رحم) على الأصح فيه وسيأتي، فإن مات، ولا وارث له من هؤلاء، فماله لبيت المال، قاله ابن هبيرة، وهو على وجه المصلحة قاله أحمد كالمال الضائع، لأنه لا يخلو عن ابن عم، وإن بعد غالباً، وقد نص عليه الشافعي في «الأم»، وعنه: ينتقل عليه على وجه الإرث كما يتحمل عنه الدية، لقوله عليه السلام: «أنا وارث من لا وارث له، اعقل عنه وأرثه» صححه ابن حبان والحاكم وهو - عليه السلام - لا يرث لنفسه، وإنما يصرف ذلك في مصالح المسلمين، فهم الوارثون وأجابوا عن الأول بأنه لا يلزم من وجود ابن عم أن يكون وارثاً لاحتمال مانع وأيضاً وجود ابن عم ليس بلازم، وإن ابن الزنى والمنفي بلعان قد يكون الميت من أحد القسمين، وهذا إذا انتظم أمر بيت المال، فإن لم ينتظم، فاختر ابن كج: أنه يصرف لذوي الأرحام، ونقله الأئمة من الشافعية.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 112

باب ميراث ذوي الفروض

بدأ المؤلف، لأنهم الأصل، ولهم فروض لا تسقط.

(وهم عشرة: الزوجان، والأبوان، والجد، والجدة، والبنات، وبنات الابن، والأخت من كل جهة) أي: من الأبوين أو الأب أو الأم (والأخ من الأم) فالأخوة والأخوات لأم يسمون بني الأخياف، والأخياف: الأخطاط فهم من أخطاط الرجال، وليسوا هم من رجل واحد، وللأب يسمون بني العلات، لأن أم كل واحد منهم لم تسقه لبن رضاعها، والأبوين يسمون بني الأعيان، سموا به، لأنهم من عين واحد، ومنه قوله عليه السلام: «أعيان بني الأعيان يتوارثون» (قللزوج الربع إذا كان لها ولد) ذكراً كان، أو أنثى (أو ولد ابن) يحترز به عن ولد البنت، فإنه لا اعتبار به، وإن ورتنا ذوي الأرحام.

(والنصف مع عدمهما) وهذا بالإجماع وسنده النص، لأنه تعالى نص على الولد، وولده ملحق به بالإجماع، لكن اختلفوا هل حجه بالاسم أو النفي أو المعنى، فقيل: بالاسم وهو ظاهر قول الأصحاب، لأنه يسمى ولداً، فتدل الآية عليه، وقيل: بالمعنى، لأن الولد حقيقة ولد الصلب إلا أنهم أجمعوا على أن ولد الابن يقوم مقام الولد في الحجب إلا ما حكى عن مجاهد إنه لا يحتجب وهو مدفوع بالإجماع، فإن قلت: هلا بدأ بالأولاد كما في القرآن؟ قيل: بدأ الله تعالى بهم لأنهم أهم عند الآدمي، وهو أكد، ومراد الفرضين التعليم والتقريب على الأفهام، والكلام على الزوجين أقل منه على غيرها.

(وللمرأة الثمن إذا كان له ولد أو ولد ابن، والربع مع عدمهما) إجماعاً، وسنده {ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد} (4:21) الآية والزوجات كالزوجة، وإنما جعل لهن ذلك، لأنه لو جعل لكل واحدة الربع وهن أربع، لأخذن جميع المال، وزاد فرضهن على فرض الزوجات، ومثلهن الجدات، فأما سائر الأقارب كالبنات وبنات الابن والأخوات المفترقات، فإن لكل جماعة منهن مثل ما للابنتين وزدن على فرض الواحدة، لأن الذكر الذي يرث في درجتهم لا فرض له إلا ولد الأم، فإن ذكرهم وأثاهم سواء، لأنهم يرثون بالرحم وقرابة الأم المجردة.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 117

فصل

(وللأب ثلاثة أحوال: حال يرث فيها السدس بالفرض وهي مع ذكور الولد أو ولد الابن) للنص السابق والمراد بولد الابن هنا الذكر.

(وحال يرث فيها بلا تعصيب وهي مع عدم الولد وولد الابن) لقوله تعالى: {فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث} (4:11) أضاف الميرث لهما وجعل لها الثلث، فكان الباقي للأب، وهذا شأن التعصيب، وهذه الحال مما امتاز بها الأب والجد.

(وحال يجتمع له الفرض والتعصيب وهي مع إناث الولد أو ولد الابن) للنص وقد سأل الحجاج الشعبي عن مات عن أب وبنات، فقال: للبنات النصف، والباقي للأب، فقال له الحجاج: أصبت في المعنى، وأخطأت في اللفظ، هلاً قلت:

للأب السدس، وللبنت النصف، والباقي للأب، فقال: أخطأت وأصاب الأمير.  
مسألة: يقع الإرث بالفرض والتعصيب في صور كزوج معتق، وزوجة معتقة،  
وأخ لأم، هو ابن وهو بسببين مختلفين، فأما الجمع بينهما بسبب واحد، وهو  
الأبوة، فقد تقدم.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 118

فصل

(وللجد هذه الأحوال الثلاثة) أي: لأنه أب لقوله تعالى: {ملة أبيكم إبراهيم} (22:87) وقول يوسف: {واتبعت ملة أبائي إبراهيم} (21:83) الآية، وقوله عليه السلام: «ارموا بني إسماعيل، فإن أبائكم كان رامياً» ولأنه لا يقتل بقتل ابن ابنه، ولا يحد بقذفه، ولا يقطع بسرقة ماله، وتجب عليه نفقته، ويمنع من دفع زكاته إليه كالأب، وقد أعطاه النبي السدس، رواه سعيد بن منصور، لكنه يسقط بالأب، وينقص عن رتبته في إحدى العمرتين، فإن للأم مع الجد ثلث جميع المال.

(6/496)

(و حال رابع وهي مع الأخوة والأخوات من الأبوين أو الأب، فإنه يقاسمهم كأخ) وهو قول علي وابن مسعود و زيد، لأن الأخ ذكر يعصب أخته فلم يسقطه الجد كالابن، ولاستوائهما في سبب الاستحقاق، لأن كلا منهما يدلي بالأب الجد والأخ بالنبوة، وقرابة النبوة لا تنقص عن قرابة الأبوة، بل ربما كانت أقوى منها فإن الابن يسقط تعصيب الأب، ولذلك مثله علي رضي الله عنه بشجرة أنبتت غصناً، فانفرك منه غصنان، كل منهما أقرب منه إلى أصل الشجرة، ومثله زيد رضي الله عنه بواد خرج منه نهر انفرك منه جزء، ولأن كلا منهما إلى الآخر أقرب منه إلى الوادي (إلا أن يكون الثلث خيراً له فيأخذه، والباقي لهم) للذكر مثل حظ الأنثيين، وقد يستوي الأمران، والضابط: أن الإخوة والأخوات إن كانوا مثليه، فالمقاسمة، والثلث سياتن، وذلك في مسائل: جد وأخوان، جد وأخ وأختان، جد وأربع أخوات، وإن كانوا دون مثليه، فالمقاسمة خير له، وذلك في مسائل: جد وأخ، جد وأختان، جد وأخ وأخت، جد وثلاث أخوات، جد وأخت وأن كانوا فوق المثلين، فالثلث خير له، ووجهه بأن الجد والأم إذا اجتمعا أخذ الجد مثلي ما تأخذ الأم، لأنه لا تأخذ إلا الثلث، والإخوة لا ينقصون الأم من السدس، فوجب أن لا ينقصوا الجد من ضعف السدس، وعنه: أن الجد يسقط الإخوة، كما يسقطهم الأب، اختارها أبو حفص العكبري والآجري، وهو مذهب الصديق وعثمان وعائشة وابن عباس، وابن الزبير، وقالها المزني، وابن سريج، وابن اللبان، لأنه أب بالنصوص السابقة، قال ابن عباس: ألا يتقي الله زيد يجعل ابن الابن ابناً، ولا يجعل أبا الأب أباً، ولأنه أولى من الأخ، لأن له إيلاداً، ولو ازدحمت الفروض، سقط الأخ دونه، لكن ما ذكره المؤلف من كيفية إرثه معهم، هو قول زيد، وإعتمد عليه أحمد، لما روي أنس مرفوعاً قال: «أرحم أمتي بأمتي أبو بكر، وأشدّها في دين الله عمر، وأصدقها حياء عثمان، وأعلمها بالحلال والحرام معاذ، وأقرؤها لكتاب الله أبي، وأعلمها

(6/497)

بالفرائض زيد، ولكل أمة أمين، وأمين هذه الأمة أبو عبيدة بن الجراح» رواه أحمد والنسائي والترمذي، وصححه، والحاكم، وقال: على شرط الشيخين، وصحح جماعة إرساله (فإن كان معهم ذو فرض أخذ فرضه) للنص. رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 119

(ثم للجد الأخط من المقاسمة كأخ) لأنها له مع عدم الفروض، فكذا مع وجودها (وثالث الباقي) لأن ما أخذ بالفرض كأنه معدوم قد ذهب من المال، فصارت ثلث الباقي بمنزلة ثلث الجميع (أو سدس جميع المال) لأنه يأخذه مع الولد الذي هو أقوى، فمع غيره من باب أولى، وضابطه أنه متى زاد الإخوة عن اثنين، أو من يعد لهم من الأناث، فلاحظ له في المقاسمة، وإن نقصوا عن ذلك فلاحظ له في ثلث الباقي. ومتى زادت الفروض عن النصف، فلاحظ له في ثلث الباقي. ومتى زادت الفروض عن النصف، فلاحظ له في ثلث الباقي، وأن نقصت عن النصف، فلاحظ له في السدس، وإن كان الفرض النصف، فقد استوى السدس وثلث الباقي، وإن كان الإخوة اثنين، والفرض النصف، استوت الأحوال كلها (فإن لم يفضل عن الفرض إلا السدس فهو له) لأنه - عليه السلام - أطعمه السدس، ولا ينقص عنه في قول العامة، وحكى الشعبي عن ابن عباس أنه كأخ مطلقاً، فقال في سبعة إخوة وجد: الجد ثامنهم (وسقط من معه منهم) أي: من الإخوة والأخوات كأم وابنتين وجد وأخت أو أخ (إلا في الأكدرية) قيل: سميت به لتكدير أصول زيد في الأشهر عنه، لكونه لا يفرض للأخت مع الجد إلا فيها، ولا يعيل مسائل الجد وأعالها، وأيضاً فإنه جمع سهام الفرض وقسمها على التعصيب، وقيل: إن زيدا كدر على الأخت ميراثها، فأعطاه النصف، ثم استرجعه منها، وقيل: إن عبد الملك ابن مروان سأل عنها رجلاً اسمه أكر، فأخطأ فيها. وقيل: اسم المرأة أكدرة، وقيل: اسم زوجها، وقيل: اسم السائل، وقيل: لتكدر أقوال الصحابة كثرة اختلافهم (وهي زوج وأم وأخت وجد) فأصلها من ستة، وتعول إلى تسعة، فعالت بمثل نصفها (فللزوجة)

(6/498)

النصف وللأم الثلث وللجد السدس وللأخت النصف ثم يقسم نصف الأخت وسدس الجد) وهما أربعة (بينهما على ثلاثة) لا تصح ولا توافق (فتضربها في المسألة وعولها تكن سبعة وعشرين) ومنها تصح، فكل من له شيء من أصل المسألة مضروب في ثلاثة (للزوج تسعة وللأم ستة) يبقى اثنا عشر بين الجد والأخت (وللجد ثمانية وللأخت أربعة) وبعاياها، فيقال: أربعة ورثوا مال ميت، فأحدهم أخذ ثلثه، والثاني ثلث ما بقي، والثالث ثلث ما بقي، والرابع ما بقي، ونظمها بعضهم فقال:

ما فرض أربعة توزع بينهم [ع]  
ميراث ميتهم بفرض واقع  
فلواحد ثلث الجميع وثلث ما [ع]  
يبقى لثانيهم بحكم جامع  
ولثالث من بعدهم ثلث الذي [ع]  
يبقى، وما يبقى نصيب الرابع

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 119

وإن شئت قلت: أخذ أحدهم جزءاً من المال، وأخذ الثاني نصف ذلك الجزء، وأخذ الثالث نصف الجزئين، وأخذ الرابع نصف الأجزاء، فإن الجد أخذ ثمانية، والأخت أربعة، والأم ستة وهي نصف ما حصل لهما، والزوج تسعة وهو نصف ما حصل لهم (ولا يعول من مسائل الجد غيرها ولا يفرض لأخت مع جد إلا فيها) هذا مذهب زيد، وقيل: إنه لم يصرح به، وإنما أصحابه قاسوها على أصوله، لأنه لو لم يفرض لها، لسقطت، وليس في الفريضة من يسقطها. ومذهب الصديق وموافقه إسقاط الأخت، فيكون للزوج النصف، وللأم الثلث، وللجد السدس، وهو قول حكاه في «الرعاية» ومذهب عمر وابن مسعود للزوج النصف، وللأخت النصف، وللجد السدس، وللأم السدس، فتعول إلى ثمانية، وجعلا للأم السدس لكيلا تفضل على الجد، ومذهب علي كزيد غير أن زيدا ضم نصف الأخت إلى سدس الجد، وقسمه بينهما أثلاثاً.

(6/499)

---

(وإن لم يكن فيها زوج، فللأم الثلث والباقي بين الجد والأخت على ثلاثة) فأصلها من ثلاثة، للأم واحد يبقى اثنان على ثلاثة لا يصح، فتضربها في أصل المسألة (فتصح من تسعة) هذا قول زيد ووافقته الأكثر (وتسمى الخرقاء لكثرة اختلاف الصحابة فيها) كأن الأقوال خرقتها بكثرتها، وتسمى المسبعة، لأن فيها سبعة أقوال، والمسدسة، لأن أقوال الصحابة ترجع فيها إلى ستة، والمثلثة لأن عثمان ومن وافقه جعل للأم الثلث، والباقي بين الجد والأخت نصفان، ويقال لها: العثمانية والمربعة، لأن ابن مسعود في إحدى الروايتين عنه جعلها من اثنين، وتصح من أربعة للأخت النصف، والباقي بينهما نصفين، والرواية الثانية عنه كقول عمر، وهو أنه جعلها من ستة، للأخت ثلاثة، وللأم سهم، ويعبر عنه بثلاث ما يبقى، ولا يعبر عنه السدس تأدياً، وللجد سهمان، والخمسة، لأنه اختلف فيها خمسة من الصحابة عثمان وعلي وابن عثمان وابن مسعود وزيد وابن عثمان على خمسة أقوال وكان الشعبي لا يثبت الرواية عن غير هؤلاء، والشعبية والحجاجية، لأن الحجاج امتحن فيها الشعبي، فأصاب، فعفا عنه، فإن عدم الجد سميت المباهلة، لقول ابن عباس: من باهلني باهلتة إن الله تعالى لم يجعل في مال واحد نصفاً ونصفاً وثلاثاً.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 119

(6/500)

---

(وولد الأب كولد الأبوين في مقاسمة الجد إذا انفردوا) لأنهم يشاركونهم في بنوة الأب التي ساروا بها الجد (فإن اجتمعوا، عاد ولد الأبوين الجد بولد الأب) أي: زاحم به وتسمى المعادة (ثم أخذوا منهم ما حصل لهم) لأن الجد والد، فإذا حجب أخوان وارثان، جاز أن يحجبه أخ وارث وأخ غير وارث وأخ غير وارث كالأم، وإن ولد الأب يحجبونه إذا انفردوا، فيحجبونه مع غيرهم كالأم، ويفارق ولد الأم، فإن الجد يحجبهم، فلا ينبغي أن يحجبوه بخلاف ولد الأب، فإن الجد لا يحجبهم، وأما الأخ من الأبوين، فإنه أقوى تعصياً من الأخ للأب، فلا يرث معه

شيئاً، كما لو انفرد عن الجد، فيأخذ ميراثه، كما لو اجتمع ابن وابن ابن، لا يقال: الجد يحجب ولد الأم، ولا يأخذ شيئاً إنه هو والإخوة يحجبون الأم، ولم يأخذوا ميراثها، لأن الجد وولد الأم سبب استحقاقهم في الميراث مختلف، وكذلك سائر من يحجب، ولا يأخذ ميراث المحجوب، وها هنا سبب استحقاق الإخوة الميراث: الأخوة والعصوبة، فأيهما قوي، حجب الآخر، وأخذ ميراثه، والمعادة إنما تكون إذا احتج إليها، فلو استغنى عنها، فلا معادة، كجد وأخوين من أبوين وأخ من أب (إلا أن يكون ولد الأبوين أختاً واحدة فتأخذ تمام النصف) لأن فرضها لا يزيد على نصف (وما فضل لهم) أي: لولد الأب لأنه إنما يؤخذ منه لكون ولد الأبوين أولى، وقد زالت أولويته باستكمال حقه (ولا ينفق هذا في مسألة فيها فرض غير السدس) لأن أدنى ما يأخذ الجد الثلث من الباقي، والأخت: النصف، والباقي بعدهما السدس، ولا يلزم أن يفضل لهم شيء، كمسألة فيها أم وجد وأخت لأبوين وأخ أو أخت لأب (فإذا كان جد وأخت من أبوين وأخت من أب، فالمال بينهم على أربعة) لأن المقاسمة خير له، فتجعل كأختين (للجد سهمان، ولكل أخت سهم، ثم رجعت الأخت من الأبوين فأخذت ما في يد أختها كله) لتستكمل النصف

(7/1)

---

(وإن كان معهم أخ من أب، فللجد الثلث) لأنه أحظ له (وللأخت النصف) لأنها أخت لأبوين (يبقى للأخ وأخته السدس) فأصلها من ستة بينهما (على ثلاثة) للعصوبة، فتضربها في ستة (فتصح من ثمانية عشر) للأخت تسعة، وللجد ستة، وتستوي هنا المقاسمة، وثالث جميع المال، وللأخ سهمان وأخته سهم/ (فإن كان معهم أم فلها السدس) لأن ذلك فرضها مع الأخوة (وللجد ثلث الباقي) لأنه أحظ له، قال ابن المنجا: وفيه نظر، لأنه يستوي له المقاسمة، وثالث الباقي (وللأخت النصف) لأنه فرضها (والباقي لهم) أي: لولد الأب، لأنهم عصبه، فتضرب ثلاثة في ثمانية عشر (وتصح من أربعة وخمسين) وإن قاسم الإخوة، أعطيت الأم السدس يبقى خمسة مقسومة على الجد والأخ وأختين على ستة، فتضربها بها في أصل المسألة تكن ستة وثلاثين، للأم ستة، وللجد عشرة، وللأخت من الأبوين ثمانية عشر يبقى سهمان على الأخ من الأب وأخته لا تصح، فاضرب ثلاثة في ستة وثلاثين تكن مائة وثمانية، وترجع بالاختصار إلى نصفها أربعة وخمسين، لأنها تتفق بالنصف، فلهذا قال (وتسمى مختصرة زيد، فإن كان معهم أخ آخر) فللأم السدس: ثلاثة، وللجد ثلث الباقي خمسة، وللأخت من الأبوين النصف: يبقى سهم لأولاد الأب على خمسة لا يصح عليهم، فاضربها في ثمانية عشر (صحت من تسعين) فكل من له شيء من ثمانية عشر مضروب في خمسة (وتسمى تسعينية زيد) وهذا التفرع كله على مذهب زيد، لأنه يورث الإخوة مع الجد، وقد نص أحمد على بعض ذلك، وعلى معناه تبعاً له.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 119

(7/2)

---



مسائل: أم وأختان وجد المقاسمة خير له يبقى خمسة على أربعة، وتصح من أربعة وعشرين بنت وأخ وجد للبنت النصف، والباقي بينهما نصفين، فإن كان معهما أخته، فالباقي بينهم على خمسة، بنتان أو أكثر أو بنت وبنت ابن وأخت وجد لابنتين الثلثان، والباقي بينهما على ثلاثة، وتصح من تسعة، وإن كان مكانها أخ، فالباقي بينهما نصفين، وتصح من ستة، وإن كان أختان، صحت من اثني عشر ويستوي السدس والمقاسمة، زوجة وبنت وأخت، وجد الباقي بين الأخت والجد على ثلاثة، وتصح من ثمانية، فإن كان مكان الأخت أخ أو أختان، فالباقي بينهم، وتصح مع الأخ من ستة عشر، ومع الأختين من اثنين وثلاثين، وإن زادوا، فرض للجد السدس، فانتقلت إلى أربعة وعشرين، ثم تصح على المنكسر عليهم، وإن كان مع الزوجة ابنتان، أو أكثر أو بنت وبنت ابن أو بنت وأم وجد، فرضت للجد السدس، يبقى للإخوة والأخوات سهم، وتصح من أربعة وعشرين.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 119  
فصل

(7/3)

(وللأم أربعة أحوال: حال لها السدس، وهي مع وجود الولد أو ولد الابن) لقوله تعالى {ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد} [4:11] وولد الولد ولد حقيقة أو مجازاً، قال الماوردي: انعقد الإجماع في ولد الولد، ولم يخالف فيه إلا مجاهد (أو الاثني من الإخوة والأخوات) كاملي الحرية في قول الجمهور، وقال ابن عباس: لا يحجبها عن الثلث إلى السدس إلا ثلاثة، وحكي عن معاذ لقوله تعالى: {فإن كان له إخوة فلأمه السدس} (4:21) وأقل الجمع ثلاثة، وجوابه، بأن الجمع قد يعبر به عن الاثنين قال الزمخشري: لفظ الإخوة هنا يتناول الأخوين، لأن المقصود الجمعية المطلقة من غير كمية، وفي صحيح الحاكم وقال: صحيح الإسناد - إن ابن عباس احتج على عثمان، وقال: كيف تردّها إلى السدس بالأخوين، وليس بإخوة؟ فقال عثمان: لا أستطيع رد شيء كان قبلي ومضى في البلدان، وتوارث الناس به. فهذا يدل على الإجماع قبل مخالفة ابن عباس، وروي أنه قال: حجبها قومك يا غلام ولأنه حجب يتعلق بتعدد، فكان الاثنان أوله، كحجب البنات لبنات الابن يؤبده قوله تعالى {وإن كانوا إخوة رجالاً ونساءً} (4:671) الآية، وهذا الحكم ثابت في أخ وأخت، وقد أكد ذلك بأن جماعة من أهل اللغة جعلوا الاثنين جمعاً حقيقة وقد أغرب الحسن البصري، فقال: لا يحجبها إلا ثلاثة أخوة ذكور، وعندنا لا فرق في حجبها بين الذكر والأنثى، ولو كانا غير وارثين، لسقوطهما بالأب لا بمانع قام بهما.

(7/4)

(وحال لها الثلث وهي مع عدم هؤلاء) أي: مع عدم من ذكر من الولد أو ولد ابنه أو اثنين من الإخوة والأخوات من أي الجهات كانوا، لا نعلم فيه خلافاً، وسنده قوله تعالى: {فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث} [4:11] (وحال لها

ثلث الباقي وهي من زوج وأبوين وامرأة وأبوين لها ثلث الباقي بعد فرض الزوجين) وهاتان المسألتان تسميان العمريتين، لأن عمر رضي الله عنه قضى بذلك، ووافقه عثمان، وزيد بن ثابت، وابن مسعود، وروي عن علي، وقاله الحسن والثوري، وقال بن عباس: لها ثلث المال كله فيهما، لأن الله فرض لها الثلث عند عدم الولد والإخوة، ويروي عن علي، قال أحمد: وهو ظاهر القرآن، واختاره ابن اللبان، وقاله ابن سريج: في زوج وأبوين، وفصل ابن سيرين، فقال كقول الجماعة في زوج وأبوين، وكقول ابن عباس في امرأة وأبوين، وقاله أبو ثور، وأنا لو فرضنا لها ثلث المال في الأولى، لفضلناها على الأب، وهو ممتنع، وفي مسألة الزوجة لا يتأتى ذلك، قال المؤلف: والحجة مع ابن عباس لولا انعقاد الإجماع من الصحابة على خلافه، لأن الفريضة إذا جمعت أبوين وذا فرض، كان للأم ثلث الباقي، كما لو كان معهما بنت، وبخالف الأب الجد، لأن الأب في درجتها، والجد أعلى منها، ولأن ميراثها هو ما سوى ميراث الزوجين، فلم يجر أن يزداد على ثلث ما ورثه الأبوان، ولأن ما يأخذه أحد الزوجين إنما يأخذ بالسبب، وما يؤخذ بالسبب، كالطاريء على التركة، فإذا الباقي بعده يكون بين الأبوين، فعلى هذا تكون المسألة الأولى من اثنتين، وتصح من ستة، والثانية تصح من أربعة، وإنما قالوا: لها ثلث الباقي، ولم يقولوا: سُدس المال من الأولى، وربعه من الثانية محافظة على الأدب في موافقة القرآن، وعبر به في «الوجيز» اعتباراً بالحاصل، وما ذهب إليه ابن سيرين تفريق في موضع أجمع الصحابة على التسوية فيه، ثم إنه مع الزوج يأخذ مثل ما أخذت الأم كذلك مع المرأة قياساً عليه.

(7/5)

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 127  
(وحال رابع وهي إذا لم يكن لولدها أب لكونه ولد زنى) لأنه لا ينسب إلى الزاني (أو منقياً بلعان فإنه ينقطع تعصبيه من جهة من نفاه) أي: إذا لاعن الرجل امرأته، وانتفى من ولدها، وفرق الحاكم بينهما، انتفى ولدها عنه، وانقطع تعصبيه من جهة الملاعن (فلا يرثه هو لا أحد من عصابته، وترث أمه وذوو الفروض منه فروضهم) وينقطع التوارث بين الزوجين، لا نعلم فيه خلافاً، فإن مات أحدهما قبل تمام اللعان، ورثه الآخر في قول الجمهور، فإن تم اللعان بينهما، فمات أحدهما قبل تفريق الحاكم، لم يتوارثا في الأشهر، لأن اللعان يقتضي التحريم المؤبد، فلم يعتبر فيه التفريق كالرضاع. والثانية: يتوارثان، لأنه - عليه السلام - فرق بينهما ولو حصل التفريق باللعان، لم يحتج إلى تفريقه، لكن لو فرق بينهما قبل تمامه، لم تقع الفرقة، ولم ينقطع التوارث في قول الجماعة، وهذا في توارث الزوجين، فأما الولد، فالأصح أنه ينتفي عن الملاعن إذا تم اللعان بينهما من غير اعتبار تفريق الحاكم، فإن لم يكن ذكره في اللعان، لم ينتف عن الملاعن، ولم ينقطع التوارث بينهما، وقال أبو بكر: ينتفي بزوال الفراش، لأنه عليه السلام نفى الولد عن الملاعن، وألحقه بأمه، ولم يذكره في لعانه، لأنه كان حملاً في البطن، وفي «الرعاية» إن قذفها ولاعنها في مرض موته، وورثته، وقيل: لا، وإن قذفها في صحته، ولاعنها في مرض موته، وافترقا فمات، فروايتان، وإن أكذب نفسه، لم يرثه، فإن نفى في لعانه ولدها، انقطع نسبه عنه، ولم يتوارثا، فإن استلحقه بعد، لحقه وتوارثا.

تنبيه: إذا ادعت امرأة دون زوجها، وألحق بها، فهو كولد الملاعنة، وكذا لو ادعاء الزاني، وقوة اللعان والزنى وفروعها ولداه، ولا يورثون بأخوة الأب على المذهب.

(7/6)

---

(وعصبتها) بعد ذكور ولده وإن نزل (عصبة أمه) في الإرث، نقله الأثرم وحنبل، وروي عن علي، و ابن عباس، و ابن عمر، وقاله جمع، لقوله عليه السلام: «ألحقوا الفرائض بأهلها» الخبر وأولى الرجال به أقارب أمه ولو كانت عصبة كأبيه لحجبت الإخوة، ولأن مولاهم مولى أولادها، فيجب أن يكون عصبتها عصبة كالأب، فإن كانت أمة مولاة، فما بقي، فلمولاهم، وإلا جعل لبيت المال، وروي عن ابن عباس نحوه، وقاله جمع من التابعين وأهل المدينة (وعنه: أنها هي عصبتها، فإن لم تكن، فعصبتها عصبة) نقلها أبو الحارث و مهنا، وهو قول ابن مسعود، اختارها أبو بكر، و الشيخ تقي الدين، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جده مرفوعاً: أنه جعل ميراث ابن الملاعنة لأمه ولورثتها من بعدها. رواه أبو داود، وعن واثلة بن الأسقع، عن النبي قال: «تحوز المرأة ثلاثة موارد، عتيقها ولقيطها وميراث ولدها التي لا عنت عليه» رواه أبو داود والترمذي، وقال: حسن غريب، ولأنها قامت مقام الأب في انتسابه إليها، فقامت مقامه في حيازة ميراثه، ولأنهم عصبات أدلوا بها، فلم يرثوا معها كأقارب الأب معه، وعنه: إن كان لهما ذو فرض، رد عليهم، فإن عدم، فصعبتها عصبة، فعلى الأولى يرث أخه لأمه مع بنته لا أخته، ويعاها بها. ولو خلف خالاً وخالة، أو خالاً ومولى أم، فالمال للخال رواية واحدة، فإذا مات عتيق ابن الملاعنة عن الملاعنة وعصبتها، فليل: المال لعصبتها على الروايات، والأصح أنه مبني على القول بتعصبتها، فإن لم يترك ابن الملاعنة ذا سهم، فالمال لعصبة أمه في قول الجماعة، ونقل الخلال في جامعه: أنهم يعقلون عنه. رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 127

(7/7)

---

(فإذا خلف أمّاً وخالاً، فلأمه الثلث) لأنه فرضها (وباقية للخال) أي: على الرواية الأولى، لأنه عصبتها (وعلى الرواية الأخرى الكل للأم) لأنها عصبة وعلى الثالثة يستوعب المال بالفرض والرد، وهي قول ابن مسعود، ومذهب زيد الباقي لبيت المال (فإن كان معهم أخ لأم، فله السدس) لأنه فرضه (والباقي له) أي: للأخ من الأم، لأنه عصبتها دون الخال، لأنه محجوب (أو للأم على الرواية الثانية) وهذا كله بعد أخذ الأم الثلث، والأخ السدس، لأنه لو لم يكن كذلك، لما كان للأم شيء على الرواية الأولى، وليس كذلك وفاقاً، فإن كان معهما مولى أم، فلا شيء له عندنا، وقال زيد وموافقوه: له الباقي وإن لم يكن لأمه عصبة إلا مولاهم، فالباقي له إذا قلنا: عصبتها عصبة، وعلى الأخرى: هو للأم، وقاله ابن مسعود، لأنها عصبة ابنها (وإذا مات ابن ابن ملاعنه، وخلف أمه وجدته) أم أبيه الملاعنة (فلأمه الثلث) لأنه فرضها (وباقية للجدّة على إحدى الروايتين) وهي قول ابن مسعود، لأنها هي الملاعنة، فهي عصبة، فيكون لها الباقي

(وهذه جدة ورثت مع أم أكثر منها) فيعابا بها، لأنها ورثت الثلثين مع إرث الأم الثلث، فهو مثلاً نصيبها، لأنها عصبية على رواية، فيكون لها الباقي وعلى الأخرى الكل للأم الثلث بالفرض، والباقي بالرد، وهو قول علي، فإذا مات ابن الملاعنة عن عمه وعم أبيه، فالمال لعمه، وقال بعض العلماء: عم الأب أولى، لأنه ابن الملاعنة، ورد بأن العصابات إنما يعتبر أقربهم من الميت، لا من أبائه، فأما ولد بنت الملاعنة، فليست الملاعنة عصبية لهم في قول الجميع، وإن مات ابن الملاعنة، وخلف ابنه، وإن نزل وأمه فلأمه السدس، والباقي لابن علي الروايات. كلها.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 127  
فصل

(7/8)

(وللجدات السدس واحدة كانت أو أكثر) وقد حكاها ابن المنذر إجماعاً وحكى غيره رواية شاذة، أنها بمنزلة الأم، لأنها تدلي بها، فقامت مقامها عند عدمها كالجد، وأجيب بما روى قبيصة بن دؤيب قال: جاءت الجدة إلى أبي بكر تسأله ميراثها، فقال: مالك في كتاب الله شيء وما علمت لك في سنة رسول الله شيئاً، فارجعي حتى أسأل الناس، فسأل الناس، فقال المغيرة ابن شعبة: حضرت رسول الله وأعطاه السدس، فقال: هل معك غيرك؟ فقام محمد بن مسلمة الأنصاري، فشهد مثله، فأنفذه لها، ثم جاءت الثانية إلى عمر بن الخطاب، فسألته ميراثها، فقال: مالك في كتاب الله شيء، لكن هو ذاك السدس، فإذا اجتمعتما، فهو بينكما، وأيكما خلت به، فهو لها، رواه الخمسة إلا النسائي، وصححه الترمذي، وعلم منه أنهم لا يزدن على السدس فرضاً، لما روى سعيد: ثنا هشيم عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد قال: جاءت الجدة إلى أبي بكر، فأعطى أم الأم دون الأب، فقال له عبد الرحمن بن سهيل: - وكان شهد بديراً - يا خليفة رسول الله أعطيت التي إن ماتت لم يرثها، ومنعت التي لو ماتت ورثها، فجعل أبو بكر السدس بينهما، وهذا إجماع، وبشرطه إذا تحاذين، لأنه إذا كان بعضهن أقرب كان الميراث لها، ولا خلاف في توريث جدتين: أم الأم وأم الأب، وكذا إن علتنا، وكانتا في القرب سواء، كام أم أم، وأم أم أب.

(7/9)

(فإن كان بعضهن أقرب من بعضهن، فالميراث لأقربهن) سواء كانا من جهة واحدة، فهو للقربى إجماعاً، وكذا إن كانا من جهتين، والقربى من جهة الأم فبالاتفاق أن الميراث لها دون البعدي، إذ الأقرب يحجب الأبعد كالآباء والأبناء. وظاهره أن القربى من جهة الأب تحجب البعدي من جهة الأم، وهو أشهر الروايتين، ونصره في «المغني» و«الشرح» وغيرهما، وهو وقل أهل العراق (وعنه: أن القربى من جهة الأب لا تحجب البعدي من جهة الأم) بل تشاركها، وبه قطع القاضي في «جامعه»، وصححه ابن عقيل، وهي المنصوصة حتى إن القاضي في الروايتين لم يحك الأولى إلا عن الخرقى، لأن الأب التي تدلي به

الجدة لا يحجب الجدة من قبل الأم، فالتى تدلي به أولى أن لا يحجبها، وبهذا  
فأرقت القربى من قبل الأم، فإنها تدلي بالأم، وهي تحجب جميع الجدات،  
وأجيب بأن قولهم: الأب لا يسقطها، قلنا: لأنهن لا يرثن ميراثه، وإنما يرثن  
بميراث الأمهات، لكونهن أمهات، ولذلك أسقطتهن الأم أم أم أم أم أب  
الميراث للأولى بلا نزاع، أم أب، وأم أم أم الميراث للأولى على الأولى، وعلى  
الثانية، هو مشترك بينهما.  
رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 132

(7/10)

---

(ولا يرث أكثر من ثلاث جدات) قاله أحمد من غير زيادة، روي عن علي وابن  
مسعود وزيد، لما روى سعيد عن ابن سفيان بن عيينة، عن منصور، عن إبراهيم  
أنَّ النبي ورث ثلاث جدات: ثنتين من قبل الأب، وواحدة من قبل الأم/ وأخرجه  
أبو عبدة، والدارقطني، وأشار إليهم المؤلف بقوله (أم الأم وأم الأب وأم  
الجد، ومن كان من أمهاتهن، وإن علت درجاتهن) يؤيده ما روى سعيد بإسناده  
عن إبراهيم قال: كانوا يورثون من الجدات ثلاثاً: ثنتين من قبل الأب، وواحدة  
من قبل الأم، وقال جماعة من العلماء: لا يرث أكثر من جدتين، وحكاة الزهري  
عن العلماء، وعن ابن عباس أنه ورث الجدات، وإن كثرن إذا كن في درجة  
واحدة إلا من أدلت بأب غير وارث كأم أبي الأم، قال ابن سراقه: وبهذا قال  
عامة الصحابة، وهو رواية المزني عن الشافعي، ويحتمله كلام الخرقى، فعلى  
ما ذكره المؤلف يرثن، وإن علون أمومة، وقيل: وأبوه.

(7/11)

---

(فأما أم أبي الأم وأم أبي الجد، فلا ميراث لهما) وكذا كل جدة تدلي بغير  
وارث، وهذا إجماع إلا ما حكى عن ابن عباس وجابر بن زيد ومجاهد وابن  
سبيرين فإنهم قالوا: ترث، وهو قول شاذ لأنها تدلي بغير وارث فلم ترث  
كالأجانب، ولأنهما من ذوي الأرحام، والمراد نفي ميراث الجدة المستحقة  
بنفسها لا تسبب آخر (والجدات المتحاذيات) أي: المتساويات في الدرجة  
بحيث لا تكون واحدة أعلى من الأخرى ولا أنزل منها، لأن الجدات إنما يرثن  
كلهن إذا كن في درجة واحدة، فمتى كان بعضهن أقرب كان الميراث لها، ثم  
مثل المتحاذيات (أم أم أم وأم أم أبي أب) فهم متساوون في الدرجة  
وهو متصور في الثلاث وأما في الأربع فأم أم أم، وأم أم أم أب، وأم أبي أبي  
أب وفي الخامسة خمسا وفي السادسة ستا، فإذا أردت تنزيل الجدات  
الوارثات وغيرهن فاعلم أن للميت في الدرجة الأولى جدتين: أم أمه وأم أبيه،  
وفي الثانية أربع لأن لكل واحد من أبويه جدتين، فهما أربع بالنسبة إليه، وفي  
الثالثة ثمان، لأن لكل واحد من أبويه أربعاً على هذا الوجه، ويكون لوالدهما  
ثمان، وعلى هذا كلما علون تضاعف عددهن وهذا ظاهر الخرقى مع أن قوله:  
وإن كثرن يحتمل أن لا يزي، د فرضهن على السدس (وترث الجدة وابنها حي)  
في ظاهر المذهب وهو قول عمر، وابن مسعود، وأبي موسى، وعمران بن  
حصين، لما روى ابن مسعود قال: أول جدة أطعمها رسول الله السدس أم أب

مع ابنها، وابنها حي. رواه سعيد والترمذي، ولأن الجدات أمهات يرثن ميراث الأم لا ميراث الأب، فلا يحجب به كأمهات الأم (وعنه: لا ترث) بل هي محجوبة بابنها وهي قول زيد لأنها تدلي به، فلا ترث معه كالجد مع الأب وأم الأم مع الابن وهذا خلاف فيما إذا كانت أم الأب أو الجد أما لو كان ابنها عمًا للميت أو عم أب، فلا خلاف في توريثها، قاله ابن عقيل، وتبعه في الشرح لأنها لا تدلي به.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 132

(7/12)

مسائل: أم أب وأب لها السدس على الأولى، وباقي له، وعلى الثانية الكل له. أم أب وأم أم أب، فعلى الأولى السدس بينهما، وعلى الثانية هو لأم الأم، وقيل: نصفه معادة، والباقي له. أم أب، وأم أم أب وأب السدس لأم الأب، ومن حجب الجدة بابنها، أسقط أم الأب، ثم اختلف القائلون بذلك فقيل: السدس كله لأم أم الأم، لأن التي كانت تحجبها أو تزاحمها قد سقط حكمها، فصارت كالمعدمة وقيل: بل لها نصف السدس، وقيل: لا شيء لها، لأنها انحجبت بأم الأب، ثم انحجبت أم الأب بالأب، فصار المال كله للأب.

(وإذا اجتمعت جدة ذات قرابتين) كما لو تزوج ابن ابن المرأة بنت بنتها، فولد لهما ولد، فتكون المرأة أم أب وأم أبي أبيه (مع أخرى، فلها) أي: فلذات القرابتين (ثلثا السدس في قياس قوله) أي: قول أحمد (وللأخرى ثلثه) كذلك قاله أبو الحسن التميمي، وأبو عبد الله الولي، فيحتمل أنهما أخذتا ذلك من قوله في المجوس، أنهم يرثون بجميع قرابتهم، ويحتمل أنهما أراداه بذلك قياسه على قوله في ابن العم إذا كان زوجاً أو أماً، لأنها شخص ذات قرابتين ترث بكل منهما منفردة، فوجب أن يرث بهما عند الاجتماع، وقال بعض العلماء: السدس بينهما نصفان، لأن القاربتين إذا كانتا من جهة واحدة، لم ترث بهما جميعاً كالأخ من الأب والأم، وجوابه الفرق، فإن الأخ من الأبوين ترجح بقربته على الأخ من الأب وعنه: بأقواهما فلو تزوج بنت عمته، فجده أم أم أم ولدتهما، وأم أبي أبيه، بنت خالته فجده أم أم وأم أم أب، فإن أدلت الجدة بثلاث جهات ترث بها لم يكن أن تجمع معها جدة أخرى وارثة عند من لا يرث أكثر من ثلاثة.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 132  
فصل

(7/13)

(وللبنت الواحدة) من الصلب (النصف) بغير خلاف، وسنده قوله تعالى: {فإن كانت واحدة فلها النصف} [النساء: 11] وقضاؤه عليه الصلاة والسلام: «فإن كانتا اثنتين فصاعدا فلهن الثلثان» لقوله تعالى: {فإن كن نساءً فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك} وهو إجماع إلا رواية شذت عن ابن عباس أن اثنتين فرضهما النصف أخذاً بالمفهوم، والآية ظاهرة الدلالة على ما زاد على اثنتين، ووجه دلالتها عليهما أن الآية وردت على سبب خاص، وهو ما رواه جابر قال:

جاءت امرأة سعد بن الربيع بابتيتها إلى رسول الله ، فقالت: هاتان ابنتا سعد قتل أبوهما معك يوم أحد، وابن عمهما أخذ مالهما، فلم يدع لهما شيئاً من مال، قال: «يقضي الله في ذلك» فنزلت آية المواريث، فدعا النبي ابن عمهما، فقال: «أعط ابنتي سعد الثلثين، وأعط أمهما الثمن، وما بقي فهو لك» رواه أبو داود وصححه الترمذي والحاكم، ووقع في «المغني» و «الشرح» أنه قال لأخي سعد، فدللت الآية على فرض ما زاد على الاثنتين، ودلت السنة على فرض الاثنتين، فهذا من السنة بيان ونسخ لما كان عليه أمر الجاهلية من توريث الذكور دون الإناث، و (فوق) في الآية الكريمة، ادعى زيادتها كقوله تعالى: {فاضربوا فوق الأعناق} أي: اضربوا الأعناق، ورده ابن عطية وجماعة، إذ الأسماء لا تجوز زيادتها لغير معنى، و (فوق) في قوله تعالى: {فاضربوا فوق الأعناق} غير زائدة، لأن الضرب يكون في أعلا العنق في المفصل، وقيل: المعنى اثنتين فما فوق، ولأن الأخوات أضعف من البنات، وقد جعل للأختين الثلثين أيضاً مع بعد الدرجة، فللبنتين الثلثان مع قرب الدرجة من باب أولى، واختلف فيما ثبت به فرض الاثنتين، فقيل: بالقران، لأنه تعالى ذكر حكم البنت وحكم الثلاث بنات دون حكم البنتين، وذكر حكم الأخت والأختين دون ما زاد، فوجب حمل كل من الآيتين على الأخرى لظهور المعنى، ورد بان ذلك لا يخرج عن القياس، وقيل: بالسنة، وقيل: بالبينة، وقيل: بالإجماع، وقيل: بالقياس،

(7/14)

وما روي عن ابن عباس رجه ابن حزم في بعض كتبه، لكن قال الشريف الأموري: صح عن ابن عباس عن ذلك، وصار إجماعاً، إذ الإجماع بعد الاختلاف حجة. ومما يؤكد أن للبنتين الثلثين أن الله تعالى قال: {للذكر مثل حظ الأنثيين} وهو لو كان مع واحدة كان حظها الثلث، فأولى وأحرى أن يجب لها مع أختها.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 137

(وبنات الابن بمنزلة البنات إذا لم يكن بنات) بالإجماع، لأن بنت الابن بنته كما أن ابن الابن ابنه، ولدخوله في المنصوص، سواء كانت بنات الابن من أب واحد أو اباء، فإنهن يشتركن في الثلثين، وكان ينبغي أن يقول: إذا لم يكن بنتان، لأن بنات الابن لا يرثن مع البنتين شيئاً (فإن كانت بنت وبنات ابن فللبنت النصف، ولبنات الابن واحدة كانت أو أكثر من ذلك السدس تكملة الثلثين) بالإجماع، واختصت البنت بالنصف، لأنه مفروض لها، والاسم يتناولها حقيقة، فبقي السدس لبنات الابن تمام الثلثين، وعن هزيل بن شرحبيل قال: سئل أبو موسى عن ابنة وابنة ابن وأخت، فقال: للبنت النصف، وللأخت النصف، وأنت ابن مسعود فسيتابعني، فسأل ابن مسعود، وأخبر بقول أبي موسى، فقال: لقد ضللت إذن وما أنا من المهتدين، أقضي فيها بما قضى رسول الله للابنة النصف، ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين، وما بقي، فللأخت، فأتينا أبا موسى، فأخبرناه بقول ابن مسعود، فقال: لا تسألوني مادام هذا الخبر فيكم. رواه البخاري (إلا أن يكون معهن) أي: مع بنات الابن (ذكر) في درجتهن (فيعصبن فيما بقي للذكر مثل حظ الأنثيين) في قول جمهور من الصحابة ومن بعدهم، لقوله تعالى: {يؤصيكم الله في أولادكم} الآية، وانفرد ابن مسعود، فقال: لبنات الابن الأضرهين من المقاسمة أو السدس، وذلك مبني

على أصله، وهو أن بنت الابن لا يعصبها أخوها، إذا استكمل البنات الثلثين، وقد ناقض في المقاسمة إذا كان يضر بهن، وكان ينبغي أن يعطينهن السدس على كل حال.

(7/15)

وإن استكمل البنات الثلثين سقط بنات الابن) بالإجماع، لأنه تعالى لم يفرض للأولاد إذا كانوا نساء إلا الثلثين، قليلا كن أو كثيرات، وهؤلاء لم يخرجن عن كونهن نساء من الأولاد، وقد ذهب الثلثان، والمشاركة ممتنعة، لأنهن دون درجتهم (إلا أن يكون معهن ذكر) كأخيهن أو ابن عمهن أو أنزل منهن) كابن أخيهن، أو ابن عمهن، أو ابن ابن عمهن (فيعصبهن فيما بقي) للذكر مثل حظ الإثنتين هذا قول علي وزيد وسائر الفقهاء غير ابن مسعود ومن وافقه، فإنه خالف الصحابة في ست مسائل، هذه إحداهن، فجعل الباقي للذكر دون أخواته، وقاله أبو ثور، لأن النساء لا يرثن أكثر من الثلثين بدليل ما لو انفردن. وجوابه بأنه قد دخلن في عموم قوله تعالى: {يوصيكم الله في أولادكم} بدليل تناول اللفظ لهن، لو لم يكن بنات، وعدم البنات لا يوجب لهن هذا الاسم، ولأن كل ذكر وأنثى يقتسمون المال، إذا لم يكن معهم ذو فرض يجب أن يقسمها الفاضل عنه كأولاد الصلب، والإخوة مع الأخوات.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 137  
فصل

(7/16)

{وفرض الأخوات من الأبوين مثل فرض البنات سواء} إجماعاً، لقوله تعالى: {فإن كان له أخت، فلها النصف مما ترك، وهو يرثها إن لم يكن لها ولد فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك} وهذا مما لا خلاف فيه (والأخوات من الأب معهن كبنات الابن مع البنات سواء) فأخت لأبوين لها النصف وأخت أو أخوات من أب لهن السدس تكملة الثلثين، فإن استكمل الأخوات شيء (إلا أنهن لا يعصبهن إلا أخوهن) للذكر مثل حظ الإثنتين خلافاً لابن مسعود وأتباعه، فقال: إذا استكمل الأخوات من الأبوين الثلثين، فالباقي للذكور من ولد الأب دون الإناث، وجعل لهن الأضر بهن من المقاسم أو السدس، والباقي للذكور كما فعل في ولد الابن مع البنات وهنا لا يعصبها إلا أخوها، فلو استكمل الأخوات من الأبوين الثلثين، وثم أخوات لأب وابن أخ لهن لم يكن للأخوات شيء، وكان الباقي لابن أخ بخلاف ما سبق، فإن ابن الابن ابن، وإن نزل، وابن الأخ ليس بأخ (والأخوات) من الأبوين أو الأب (مع البنات عصبة يرثن ما فضل كالإخوة) في قول عامة الفقهاء وقال ابن عباس: لا شيء للأخوات، وقال في بنت وأخت: للبنت النصف، ولا شيء للأخت، ف قيل له: إن عمر رضي الله عنه قضى بخلاف ذلك، فقال ابن عباس: أنتم أعلم أم الله؟ يريد قوله تعالى: {إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك} فجعل لها النصف مع الولد، وهذا لا يدل على ما ذهب إليه، بل يدل على أن الأخت لا يفرض لها النصف مع الولد، ونحن نقول به، وإنما يأخذه بالتعصيب كالأخ (وليست لهن معهن فريضة



مسماة) وقد وافق ابن عباس على ثبوت ميراث الأخ مع الولد مع قوله تعالى: {وهو يرثها إن لم يكن لها ولد} وعلى قياس قوله: ينبغي أن يسقط الأخ لاشتراطه في توريثها منها عدم الولد، وهو خلاف الإجماع، والمبين لكلام الله تعالى رسوله، وقد جعل للأخت مع البنت وبنت الابن الباقي عن فرضهما وهو الثلث.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 140  
فصل

(7/17)

{وللواحد من ولد الأم السدس ذكراً كان أو أنثى} بغير خلاف، لقوله تعالى: {وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس} والمراد به ولد الأم بالإجماع وفي قراءة عبد الله وسعد (وله أخ أو أخت من أم) (فإن كانا اثنتين فصاعداً فلهم الثلث) لقوله تعالى: {فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث} (بينهم بالسوية) إذ الشركة من غير تفصيل تقتضي التسوية بينهم كما لو وصى أو أقر لهم، ولا نعلم فيه خلافاً إلا رواية شذت عن ابن عباس أنه فضل الذكر على الأنثى، لقوله تعالى: {فإن كانوا إخوة رجالاً ونساء} الآية وجوابه أن المراد بها ولد الأبوين، أو الأب قال في «المغني» و«الشرح» وهذا مجمع عليه، ولا عبرة بقول شاذ.

تنبيه: الكلالة اسم للورثة ما عدا الوالدين والمولودين، نص عليه، روي عن الصديق، وقاله زيد وابن عباس وجابر بن زيد، وأهل المدينة، والبصرة، والكوفة واحتجوا بقول الفرزدق في بني أمية.  
ورثتم قناة المجد لا عن كلالة  
عن ابني مناف عبد شمس وهاشم  
واشتقاقه من الإكليل الذي يحيط بالرأس، ولا يعلو عليه، فكأن الورثة ما عدا الوالد والولد، قد أحاطوا بالميت من حوله، لا من طرفه أعلاه وأسفله كإحاطة الإكليل بالرأس، فأما الولد والوالد، فهما طرفا الرجل، فإذا ذهب كان بقية النسب كلالة، وقالت طائفة: الكلالة الميت نفسه الذي لا ولد له ولا والد، وقيل: الكلالة قرابة الأم، وروي عن الزهري أنه قال: الميت الذي لا ولد له ولا والد كلالة، ويسمى وارثه كلالة، ولا خلاف أن اسم الكلالة يقع على الإخوة من الجهات كلها.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 141  
فصل في الحجب

(7/18)

الحجب مأخوذ من الحجاب، وهو المنع من الميراث بوجود وارث أقرب منه يمنع من كل الميراث أو بعضه، ومنه سمي حاجب السلطان، لأنه يمنع من أراد الدخول إليه، وهو ضربان: حجب نقصان كحجب الزوج من النصف إلى الربع بالولد والزوجة من الربع إلى الثمن به، والأم من الثلث إلى السدس، وحجب حرمان وهو أن يسقط الشخص غيره بالكلية وهو المراد هنا (يسقط

الجد بالأب) حكاه ابن المنذر إجماع الصحابة ومن بعدهم، لأنه يدلي به، ومن أدلى بشخص لا يرث مع وجوده إلا ولد الأم (وكل جد) يسقط (بمن هو أقرب منه) لأنه يدلي به، فهو كإسقاط الجد بالأب (والجدات بالأم) سواء كن من جهة الأب أو الأم بلا خلاف، حكاه ابن المنذر والماوردي، لأن الجدات يرثن بالولادة فكانت الأم أولى منهن لمباشرتها الولادة (وولد الابن بالابن) بالإجماع لقربه، لأنه إن كان أباً، فهو يدلي به، فسقط به كما يسقط الأب الجد، وإن كان عمه، فهو أقرب منه، فيسقط به، لقوله عليه السلام: «ألحقوا...» الخبر (وولد الأبوين بثلاثة بالابن وابنه والأب) حكاه ابن المنذر إجماعاً، لأن الله تعالى جعل إرثهم في الكلالة، وهي اسم لما عدا الولد والوالد.

(ويسقط ولد الأب بهؤلاء الثلاثة) لأنهم إذا حبوا الشقيق، فهو أولى (وبالأخ من الأبوين) لقوته بزيادة القرب، وعن علي أن النبي «قضى بالدين قبل الوصية، وإن أعيان بني الأم يتوارثون دون بني العلات يرث الرجل أخاه لأبيه وأمه دون أخيه لأبيه» رواه أحمد والترمذي من رواية الحارث عن علي. وعن أحمد: يسقط ولد الأبوين، والأب بجد، قال في «الفروع»: وهو أظهر» واختاره شيخنا قال: وهو قول طائفة من أصحاب أحمد كأبي حفص البرمكي والآجري، لكن نقل أبو طالب: ليس الجد أباً في قول زيد، واحتج بقوله عليه السلام: «أفرضكم زيد» إسناده ثقات.

(7/19)

(ويسقط ولد الأم بأربعة بالولد ذكراً كان أو أنثى، وولد الابن، والأب والجد) لقوله تعالى: { وإن كان رجل يورث كلالة } وقد سئل النبي عنها، فقال: «أما سمعت الآية التي أنزلت في الصيف»: { يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة } «وهي من لم يترك ولداً ولا والداً» رواه الحاكم في «المستدرک» من حديث أبي هريرة، ثم قال: صحيح على شرط مسلم، فدل على أنه إنما يرث عند عدمهما، والجد أب وولد الابن ابن، وقد روي عن ابن عباس في أبوين وأخوين لأم: للأم الثلث وللأخوين الثلث، وقيل عنه: لهما ثلث الباقي وهذا بعيد جداً، قاله في «المغني» و «الشرح» فإنه يسقط الإخوة كلهم بالجد فكيف يورثهم مع الأب.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 142

فرع: من لا يرث لا يحجب، نقل أبو الحارث في أخ مملوك وابن أخ حر: المال لابن أخيه، روي عن عمر وعلي.

أصل: من الورثة من لا يسقط بحال وهو الزوجان والأبوان والابن والبنت، لأنه لا حاجب لهم، يمنعهم من الإرث، والضابط في ذلك أن كل من لا يتوسط بينه وبين الميت لا يسقط إرثه بحال.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 142

باب العصبات

وهو جمع عصب، مأخوذ من العصب؛ وهو المنع، سميت الورثة بذلك، لتقوي بعضهم ببعض بحيث يحصل منهم منعة بالآخر، وقيل: العصب مأخوذة من العصابة وهي العمامة، لأنها تحيط بجميع الرأس، كذلك العصبية يحيطون بالميت من الجوانب كلها، وقيل: أصلها الشدة والقوة، ومنه عصب الحيوان،

لأنه معين له على القوة والمدافعة، وفي الاصطلاح: هو الوارث بغير تقدير، أو من يحرز المال إذا لم يكن معه صاحب فرض، وهم ثلاثة أنواع: عصبة بنفسه كالمعتق، وكل ذكر بسبب ليس بينه وبين الميت أنثى كالابن، وعصبة بغيره كالبنات، وبنات الابن والأخت الشقيقة والأخت للأب، كل بأخيها، وعصبة مع غيره كالأخوات مع البنات.

(7/20)

---

(وهم عشرة الابن وابنه والأب وأبوه والأخ وابنه إلا من الأم) لأن الأخ من الأم صاحب فرض، وابن الأخ من الأم من ذوي الأرحام (والعم وابنه كذلك) أي: من الأبوين أو الأب، وأما العم من الأم وابن العم من الأم، فليسا عصبة، لأنهما من ذوي الأرحام (ومولي النعمة) أي: المعتق (ومولاة النعمة) أي: المعتقة (وأحقهم بالميراث أقربهم ويسقط به) أي: بالأقرب (من بعد) وهذا ظاهر (وأقربهم الابن ثم ابنه وإن نزل) لقوله تعالى {يوصيكم الله في أولادكم} والعرب تبدأ بالأهم فالأهم فالأهم، إذ الفرع أقرب من الأصل لأن الفرع جزء الميت، وجزء الشيء أقرب إلى ذلك الشيء من أصله، واعتبر بالجزء المتصل، فإن أصبعك جزؤك المتصل، فهو أقرب إليك من أصلك بالجنس فكذلك جزؤك المنفصل، لأن المتصل والمنفصل من حيث إنهما جزء واحد لا فرق بينهما، فإذا علمت أن الجزء المتصل أقرب إليه من أصله، فالجزء المنفصل كذلك، وابن الابن ملحق به إجماعاً، وإن قلنا: لفظ الولد يصدق عليه حقيقة أو مجازاً فالآية دالة عليه (ثم الأب) لأن سائر العصابات يدلون به (ثم الجد) لأنه أب وله إيلاد وتعصيب (وإن علا) ما لم يكن إخوة لأبوين، أو لأب، فإن اجتمعوا فلهم حكم ما تقدم.

تنبيه: الجد يفارق الأب في مسائل: الأب يسقط الإخوة والأخوات، والجد يقاسمهم، الأب يرد الأم في العمرتين من الثلث إلى ثلث الباقي، ولا يردها الجد، لأنه لا يساويها في الدرجة، الأب يسقط الجد، ولا يسقط هو بحال (ثم الأخ من الأبوين) لأنه جزء أبيه وهو مقدم على الأخ من الأب، لأنه ساواه في قرابة الأب، وترجح بقرابة الأم (ثم من الأب) لما ذكرناه (ثم من ابن الأخ من الأبوين) لأنه يدلي بأبيه، واقتضى ذلك تقديم الأخ من الأب عليه (ثم ابن الأخ من الأب ثم أبناؤهم وإن نزلوا) لأنهم يدلون بهم، وقدموا على الأعمام لأن الإخوة وأولادهم من ولد الأب والأعمام من ولد الجد.  
رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 145

(7/21)

---

(ثم الأعمام ثم أبناؤهم كذلك) أي: الأعمام من الأبوين يقدمون على الأعمام من الأب، وابن العم من الأبوين مقدم على العم من الأب، لأنه يدلي بمن هو أولى به (ثم أعمام الأب ثم أبناؤهم) لما ذكرناه (ثم أعمام الجد ثم أبناؤهم كذلك) لا يرث بنو أب أعلا مع بني أب أقرب منه وإن (نزلت درجتهم) نص عليه لما روى ابن عباس، أن النبي قال: «ألحقوا الفرائض بأهلها، فما بقي، فلاولى رجل ذكر» متفق عليه، وروي: «مأبقت الفروض، فلاولى رجل ذكر» وأولى

هنا بمعنى أقرب، ولا يمكن أن يكون بمعنى أحق، لما يلزم من الإبهام والجهالة، فإنه لا يدري من هو الأحق، وقوله: «ذكر» هو تأكيد، أو احتراز من الخشي، أو اختصاص الرجال بالتعصيب، فمن نكح امرأة، وأبوه ابنتها، فولد الأب عم، وولد الابن خال، فيرثه الخال دون العم، ولو خلف أخاً وابن ابنه هذا، وهو أخو زوجته، ورثه دون أخيه، ويعايبها، ويقال أيضاً: ورثت زوجة ثمن التركة، وأخوها الباقي، فلو كان الإخوة سبعة، ورثوه، سواء، ولو كان الأب نكح الأم، فولده عم ولد الابن وخاله، ولو نكح رجلان كل منهم أم الآخر، فهما القائلتان: مرحباً بابنينا و زوجينا وابني زوجينا، وولد كل منهما عم الآخر.

(7/22)

---

(وأولى ولد كل أب أقربهم إليه) حتى في أخت لأب، وابن أخ مع بنت، نص عليه (فإن استووا، فأولاهم من كان لأبوين) وهذا كله مجمع عليه ونص عليه في أخت لأبوين، وأخ من أب مع بنت (وإذا انقرض العصبة من النسب ورث المولي المنعم) لقوله عليه السلام «: الولاء لحمة كلحمة النسب» وروي أن رجلاً أعتق عبداً، فقال للنبي: ما ترى في ماله؟ فقال: «: إذا لم يدع وارثاً، فهو لك» (ثم عصبته من بعده) لأنهم يدلون به، الأقرب فالأقرب، لأن الولاء مشبه بالنسب، ثم مولاه، ولا شيء لموالي أبيه بحال، لأنه عتق مباشرة وولاء المباشرة أقوى، ثم الرد، ثم الرحم وعنه: تقديمها على الولاء، وعنه: الرد بعد الرحم، ثم بيت المال بعدها (وأربعة من الذكور يعصبون أخواتهم ويمنعونهن الفرض، ويقتسمون ما ورثوا للذكر مثل حظ الأنثيين، وهم الابن) لقوله تعالى: {يوصيكم الله في أولادكم} الآية، فجعل الميراث عند اجتماعهما للذكر مثلي الأنثى من غير فرض لها، ولو كانت وحدها، لفرض لها، ولو فرض لها معه، لأدى إلى تفضيلها عليه، أو المساواة أو الإسقاط، فكانت المقاسمة أعدل (وابنه) لأنه بمنزلته (والأخ من الأبوين والأخ من الأب) لقوله تعالى: {وإن كانوا إخوة رجالاً ونساءً فللذكر مثل حظ الأنثيين} ( رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 145

(7/23)

---

ولو كانت منفردة، لفرض لها، ولما ذكرناه (ومن عداهم من العصبية ينفرد الذكور بالميراث دون الإناث) أي: لا حق لهن فيه معهم (وهو بنو الإخوة والأعمام وبنوهم) لأن أخواتهم من ذوي الأرحام لأنهن لسن بذوات فرض، ولا يرثن منفردات، فلا يرثن مع إخوتهن شيئاً، وهذا مما لا خلاف فيه (وابن الابن يعصب من بإزائه من أخواته وبنات عمه) لأنه ذكر، فيدخل في قوله تعالى {للذكر مثل حظ الأنثيين} (ويعصب من أعلى منه من عماته وبنات عم أبيه إذا لم يكن لهن فرض) فإنه لا يعصبهن، بل يكون باقي المال له، ولا يشارك أهل الفرض في فرضه، لما فيه من الإضرار بصاحب الفرض (ولا يعصب من أنزل منه) لأنه لو عصبه، لاقتضي مشاركته، وإلا بعد لا يشارك الأقرب (وكلما نزلت درجته، زاد في من يعصبه قبيل) هو الجماعة تكون من الثلاثة فصاعداً، والجمع قبل، قاله الجوهري (آخر) لأنه يعصب من بإزائه فيزداد القبيل الذي بإزائه، فإذا

خلف خمس بنات ابن، بعضهن أنزل من بعض لا ذكر معهن كان للعليا النصف، وللثانية السدس، وسقط سائرهن، والباقي للعصبة فإن كان مع العليا أخوها أو ابن عمها، فالمال بينهما على ثلاثة، وسقط سائرهن، وإن كان مع الثانية عصبتها، كان الباقي وهو النصف بينهما على ثلاثة، وعن كان مع الثالثة، فالباقي، وهو الثلث بينهما على ثلاثة، وإن كان مع الرابعة، فالباقي بينه وبين الثالثة والرابعة على أربعة، وإن كان مع الخامسة، فالباقي بعد فرض الأولى، والثانية بينهم على خمسة، وتصح من ثلاثين، وإن كان أنزل من الخامسة فكذلك، قال في «المغني»: ولا أعلم في هذا اختلافاً بتوريث بنات الابن مع بني الابن بعد استكمال الثلثين.

(7/24)

---

مسألة: ليس في الفرائض من يعصب أخته وعمته وعمة أبيه وجدته وبنات أعمامه، وبنات أعمام أبيه وجدته إلا المستقل من أولاد الابن (ومتى كان بعض بني الأعمام زوجاً أو أماً، أخذ فرضه، وشارك الباقيين في تعصيبهم) في قول عمر وعلي وزيد وابن عباس وجمهور الفقهاء، وقال ابن مسعود وجمع: المال للأخ من الأم، لأنهما استويا في قرابة الأم وفضله بأم، فصارا كأخوين، أو عمين، أحدهما لأبوين والآخر لأب، وجوابه أن الإخوة من الأم يفرض لها بهذا الرحم، فإذا أخذ ذلك الفرض، سقط هذا الرحم، وصار بمنزلة ابن العم الآخر، فلهما ما بقي من المال بعد الفروض، فلو كان أبناء عم، أحدهما زوج، فله النصف، والباقي بينهما نصفان عند الجميع، فإن كان الآخر أماً، فللزوجة النصف، وللأخ السدس، والباقي بينهما، فأصلهما من ستة، للزوج أربعة، وللأخ سهمان، وترجع إلى ثلاثة، وعند ابن مسعود الباقي للأخ، فتكون من اثنين، فإن كانا ابني عم أحدهما ابن أخ لأم، أو ابن أخت لأم، المال بينهما نصفان، وليس لهذا الذي هو ابن أخ أو ابن أخت لأم مزية على الآخر.  
رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 145

(7/25)

---

فإن قلت: ليس لو كان أحدهما ابن عم لأبوين، كان أولى من الآخر، وإذا كان ابن عم لأب وأم، ليس فيه إلا أنه أدلى برحم جدة الميت أم أبيه، وهذا الذي هو ابن أخ يدلى برحم أم الميت وأم الميت أولى من جدته، فهلا كان الذي يدلى برحمها أولى ممن يدلى برحم الجدة؟ فالجواب: إنما يفضل بعض بني الأب على سائرهم إذا أدلى بأم هي نظيرة للأب الذي أدلى بعضهم برحم أم غير تلك الأم، لم يكن له بذلك مزية، ألا ترى أنا نقول في ابن عم لأب: هو خال من أم، ليس بأولى من بني العم من الأب، وإن كان يدلى بجدة الميت، لأنه يدلى برحم أم الأم، وهي غير الأم التي في حد جهة الجد أبي الأب، فلم يكن له بذلك مزية، ولو كان لذلك مزية، لقلنا في ابن عم لأب وأم وابن عم لأب: هو ابن خال من أم المال بينهما نصفان، لأنهما يديان بجد وجدة، فلما لم يقل ذلك، علم الفرق بين أن يدلى بأم هي نظيرة الأب المدلي به وبين أن يدلى بأم هي غيرها وإن كانت أقرب منها إلى الميت ذكره الوني. ومحل هذا إذا لم يكن فيها من يسقط

الأخ من الأم، وإن كانا ابني عم، أحدهما أخ لأم وبننت، أو بنت ابن، فلبنت، أو لبنت الابن النصف، والباقي بينهما نصفان، وسقط الإخوة من الأم. (وإذا اجتمع ذو فرض وعصبة، بديء بذي الفرض، فأخذ فرضه وما بقي للعصبة) لخبر «ألحقوا الفرائض بأهلها» (وإن استغرقت الفروض المال، فلا

(7/26)

شياء للعصبة) لأن العاصب يرث الفاضل، ولا فاضل هنا (كزوج وأم) وإخوة لأم وإخوة لأبوين أو لأب المسألة من ستة، للزوج النصف، وللأم السدس/ ( وللإخوة من الأم الثلث وسقط سائرهم) أي: باقيهم، لأنهم عصبة في قول علي وابن مسعود، وأبي بن كعب، وابن عباس، وقاله جمع من التابعين وغيرهم. ونقل حرب: الكل يشتركون في الثلث، ويقسم بينهم سوية، وروي عن عمر وعثمان وزيد، لأنهم ساووا ولد الأم في القرابة، وقرابتهم من جهة الأب إن لم يزددهم قريباً واستحقاقاً، فلا ينبغي أن يسقطهم (وتسمى المشتركة) أي: بفتح الراء، لأنه روي عنه التشريك (والحمارية إذا كان فيها إخوة لأبوين) لأن ولد الأبوين لما أسقطوا، قال بعضهم أو بعض الصحابة لعمر: هب أن أباهم كان حماراً، فما زدهم ذلك إلا قريباً فشرك بينهم، قال العنبري: القياس ما قال علي، والاستحسان ما قال عمر قال الخبيري: وهذه وساطة مليحة، وعبرة صحيحة، إلا أن الاستحسان المجرد ليس بحجة، قال في «المغني»: ومن العجب ذهب الشافعي إليه ها هنا مع تخطئه للذاهبين إليه في غير هذا الموضوع مع قوله: من استحسِن فقد شرع (ولو كان مكانهم) أي: مكان الإخوة من الأبوين (أخوات لأبوين أو لأب عالت إلى عشرة) أصلها من ستة، للزوج النصف، وللأم السدس، وللإخوة من الأم الثلث، وللأخوات من الأبوين، أو للأب الثلثان من أربعة، فتصير عشرة (وسميت ذات الفروخ) لأنها عالت بمثلي ثلثها، وهي أكثر ما تعول إليه الفرائض، سميت الأربعة الزائدة بالفروخ، والستة بالأم، وتسمى الشريحية، لأن رجلاً أتى شريحاً وهو قاض بالبصرة، فقال: ما نصيب الزوج من زوجته؟ قال: النصف مع غير الولد، والربع معه، فقال: امرأتي ماتت، وخلفتني وأمها وأختيها من أمها، وأختيها لأبيها وأمها، فقال: لك - إذن - ثلاثة من عشرة، فخرج الرجل من عنده، وهو يقول: لم أركقاضيكم لم يعطني نصفاً ولا ربعاً، فكان شريح إذا لقيه يقول: إنك تراني حاكماً ظالماً، وأراك فاسقاً فاجراً،

(7/27)

لأنك تكتم القضية وتشيع الفاحشة.  
رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 145  
مسائل: الأولى: أم الأرامل وهي ثلاث زوجات وجدتان، وأربع أخوات لأم، وثمان أخوات لأب وأم، سميت بذلك، لأن الورثة كلهن إناث، وتسمى المسبعة والدينارية، لأنه يقال في المعاياة: مات ميت، وخلف ورثة وسبعة عشر ديناراً، صار لكل امرأة دينار واحد، فأصلها من اثني عشر، وتعول إلى سبعة عشر، ومنها تصح، ويعاها بها قال في «عيون المسائل» ونظمها بعضهم فقال:

قل لمن يقسم الفرائض وإسأل[ع] إن سألت الشيوخ والأحداثا مات ميت عن سبع عشرة أنثى[ع] من وجوه شتى فحزن التراثا أخذت هذه كما أخذت تل[ع] لك عقاراً ودرهماً واثناً الثانية: الدينارية هي امرأة وأم وبنتان، واثنا عشر أختاً وأختاً لأب وأم، روي أن امرأة قالت لعلي: إن أخي من أبي وأمي مات وترك ستمائة دينار، وأصابني منه دينار واحد، فقال: لعل أخاك خلف من الورثة كذا وكذا، قالت: نعم، قال: قد استوفيت حقي، فأصلها من أربعة وعشرين، وتصح من ستمائة وذكر الشيخ نصر المقدسي أنها تسمى العامرية، فإن الأخت سألت عامراً الشعبي فأجاب بما تقدم.

الثالثة: مسألة الامتحان، وهي أربع نسوة، وخمس جدات، وسبع بنات وتسعة إخوة سميت بذلك، لأنه يقال في المعاينة: مات رجل، وخلف ورثة عدد كل فريق منهم أقل من عشرة، فلم تصح مسألتهم إلا من ثلاثين ألفاً ومائتين وأربعين سهماً، وجزء السهم فيها ألف ومائتان وستون. الرابعة: ثلاثة إخوة لأبوين، أصغرهم زوج له ثلثان، ولهما ثلث ونظمها بعضهم فقال:

ثلاثة إخوة لأب وأم[ع] وكلهم إلى خير فقير  
فحاز الأكبران هناك ثلثاً[ع] وباقي المال أحرزه الصغير

(7/28)

الخامسة: امرأة ولدت من زوج وولداً، ثم تزوجت بأخيه لأبيه، وله خمسة ذكور، فولدت منه مثلهم، ثم تزوجت بأجنبي، فولدت منه مثلهم، ثم مات ولدها الأول، ورث خمسة نصفاً وخمسة ثلثاً، وخمسة سدساً، ويعاين بها، لانه يقال: خمسة عشرة ذكوراً ورثوا مال ميت لذلك، فأولاد الزوج الثاني منها هم إخوة لأم، وأولاد عمه وأولاده من غيرها أولاد عم فقط، وأولادها من الاجنبي إخوة لأم فقط، وتصح من ثلاثين.  
رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 145

#### باب أصول المسائل

ومعنى أصول المسائل: المخارج التي تخرج منها فروضها، والمسائل جمع مسألة، وهو مصدر سأل سؤالاً ومسألة، فهو من إطلاق المصدر على المفعول بمعنى مسألة، أي: مسؤولة بمعنى سأل عنها، وفيه العول أيضاً، يقال: عالت، أي ارتفعت، وهو ازدحام الفرائض بحيث لا يتسع لها المال، فيدخل النقص عليهم كلهم، ويقسم المال بينهم على قدر فروضهم، كما يقسم مال المفلس بين غرمائه بالحصص، وقال ابن عباس، و محمد بن الحنفية، و محمد بن علي بن الحسين و عطاء: لا تعول المسائل، ويلزمه مسألة فيها زوج وأم وأخوان من أم، فإن حجب الأم إلى السدس، خالف مذهبه، فإنه لا يحجبها بأقل من ثلاثة إخوة، وإن نقص الإخوة من الأم، رد النقص على من لم يهبطه الله تعالى من فرض إلى ما بقي، وإن أعال المسألة رجع إلى قول الجماعة، وترك مذهبه، قال في «المعني» و«الشرح»: ولا نعلم اليوم قائلاً بمذهبه.

(7/29)

(الفروض) المقدره في كتاب الله تعالى (سته وهي نوعان: نصف) بدأ الفرضيون به لكونه مفرداً قاله السيكي، قال: وكنت أود لو بدؤوا بالثلثين، لأن الله تعالى بدأ به حتى رأيت ابن المنجا و الحسين بن محمد الوني بدأ به، فأعجبني ذلك، وهو فرض خمسة (وربع) وهو فرض اثنين (وثن) وهو فرض واحد (وثلاثان) وهو فرض أربعة (وثلاث) وهو فرض اثنين (وسدس) وهو فرض سبعة (وهي تخرج من سبعة أصول: أربعة لا تعول، وثلاثة تعول) لأن كل مسألة فيها فرض مفرد، فأصلها من مخرجه، وإن اجتمع معه فرض من نوعه، فأصلها من مخرج أقلهما، لأن مخرج الكبير داخل في مخرج الصغير (فالتى لا تعول، هي ما كان فيها فرض) وما بقي (أو فرضان من نوع واحد) كنصفين في مسألة، وهي زوج، وأخت لأبوين، أو لأب، وتسمى اليتيمتين، لأنهما فرضان متساويان، ورث بهما المال، ولا ثالث لهما (فالنصف وحده من اثنين والثلث وحده أو مع الثلثين من ثلاثة، والرابع وحده أو مع النصف من أربعة، والثلث وحده أو مع النصف من ثمانية، فهذه التي لا تعول) لأن العول ازدحام الفروض ولا يوجد ذلك هنا.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 154

(7/30)

(وأما التي تعول، فهي التي يجتمع فيها فرض أو فرضان من نوعين، فإذا اجتمع مع النصف سدس أو ثلث أو ثلثان، فهي من ستة) لأن مخرج النصف من اثنين، والسدس من ستة، فهو داخل فيه، فيكتفى به، ومخرج الثلث من ثلاثة، والنصف من اثنين، فتضرب إحداهما في الأخرى تكن ستة، وذلك أصل المسألة، وهو مخرج السدس. زوج وأم وأخت لأم، أبوان وابنتان (وتعول) وهو زيادة في السهام نقص في أنصباء الورثة إلى سبعة كزوج وأختين لأبوين أو لأب أو إحداهما من أبوين، والأخرى من أب، وإلى ثمانية كزوج وأخت من أبوين وأم، وتسمى المباهلة، لأن عمر شاور الصحابة فيها، فأشار العباس بالعول، وانفقت الصحابة عليه إلا ابن عباس، لكن لم يظهر النكير في حياته، فلما مات عمر، دعا إلى المباهلة، وقال: من شاء باهله أن الذي أحصى رمل عالج عدداً، لم يجعل في المال نصفاً ونصفاً وثلاثاً إذا ذهب النصفان، فأين محل الثلث وإيم الله لو قدموا من قدم الله، وأخروا من أخر الله، ما عالت مسألة قط، فقبل له، لم لا أظهرت هذا زمن عمر، قال: كان مهيباً، فهبته. وإلى تسعة كزوج وأم وثلاث أخوات مفترقات، ويسمى عولها الغراء، لأنها حدثت بعد المباهلة واشتهر القول بها (إلى عشرة) كزوج وأم وأختين من أبوين وأختين من أم وهي أم الفروخ ومن عالت مسألته إلى ثمانية أو تسعة أو عشرة لم يكن الميت إلا امرأة، لأنه لا بد فيها من زوج (ولا تعول إلى أكثر من ذلك) لأنه لا يجتمع في مسألة أكثر من نصف ونصف وثلثين (وإن اجتمع مع الربع أحد الثلاثة) أي الثلثان أو الثلث أو السدس (فهي من اثني عشر) لأن مخرج الثلث والربع لا موافقة بينهما، فاضرب أحدهما في الآخر والربع والسدس بينهما موافقة بالأنصاف، فاضرب وفق أحدهما في الآخر يبلغ ذلك، ولا بد في هذا الأصل من أحد الزوجين لأجل فرض الربع، ولا يكون لغيرهما كزوج وأبوين وخمسة بنين.



(7/31)

---

(وتعول على الأفراد إلى سبعة عشر) فعول ثلاثة عشر منها إذا كان من الورثة من له ربع ونصف وثلث كزوجة وأخت لابوين وأخوين لأم. ومنها: أن يكون في الورثة من له ربع وسدس وثلثان، كزوجة وجدة وأختين من أبوين.

ومنها: أن يكون فيهم من له ربع، ونصف، وسدسان، كزوج، و بنت، و بنت ابن، وأم، وعول خمسة عشر كزوج وأبوين وابنتين، وعول سبعة عشرة اثنتان كثلاث نسوة وجدتين، وأربع أخوات لأم، وثمانية أخوات لأبوين، أو لأب، وتسمى أم الأرامل، ومتى عالت إلى سبعة عشر، لم يكن الميت فيها إلا رجلاً، وإنما كان عول هذا الأصل على الأفراد، لأن فيها فرضاً يباين سائر فروضها وهو الربع، فإنه ثلاثة وهو فرد، وسائر فروضها أزواج، فإذا علمت ذلك، علمت أن الاثني عشر تعول مرات أوتاراً، الأول بمثل نصف سدسها، وفي الثانية بمثل ربعها وسدسها، قال السهيلي: وليس في العدد الأصم ما يكون أصلاً للمسألة، وتنقسم منه إلا ثلاثة عشر، وسبعة عشر، لأنه أصل في سائر العول. رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 154

(ولا تعول إلي أكثر من ذلك) بالسبر (وإن اجتمع مع الثمن سدس أو ثلثان فاجعلها من أربعة وعشرين) فإنك تضرب مخرج الثمن في مخرج الثلثين، أو في وفق مخرج السدس تبلغ ذلك، وإنما لم نذكر الثلث، لأنه لا يجتمع مع الثمن، لكونه فرض الزوجة مع الولد، ولا يكون الثلث في مسألة فيها ولد، لأنه لا يكون إلا لولد الأم، والولد يسقطهم، وللأم بشرط عدم الولد زوجة وأم وابنتان، وما بقي ثلاث نسوة وأربع جدات، وستة عشر بنتاً وأخت.

(7/32)

---

(وتعول إلى سبعة وعشرين) وهو أن يكون في الورثة من له ثمن، ونصف وثلثة أسداس كزوجة و بنت، و بنت ابن وأبوين، وأن يكون فيهم من له ثمن سدسان وثلثان كزوجة وأبوين وابنتين، ولا يكون الميت في هذا الأصل إلا رجلاً، بل لا تكون المسألة من أربعة وعشرين إلا وهو رجل (ولا تعول إلى أكثر منها) بالسبر وفي «التبصرة» رواية إلى أحد وثلثين، وهو قول ابن مسعود، لأنه يحجب الزوجين بالولد الكافر والقاتل والرقيق ولا يورثهم، فعلى قوله: إذا كانت امرأة وأم وست أخوات مفترقات، وولد كافر، فلأخوات الثلث والثلثان، وللأم والمرأة السدس والثمن سبعة، وتعول إلى أحد وثلثين (وتسمى البخيلة لقلة عولها) لأنها أقل الأصول عولاً، ولم تغل إلا بمثل ثمنها (والمنبرية لأن علياً رضي الله عنه سئل عنها على المنبر، فقال: صار ثمنها تسعاً) ومضى في خطبته يعني أن المرأة كان لها الثمن ثلاثة من أربعة وعشرين، فصار لها بالعول ثلاثة من سبعة وعشرين وهو التسع.

(7/33)

---

تنبيه: إنما اختصت هذه الثلاثة بالعول دون الأربعة لوجهين، الأول: أن العول إنما يتحقق إذا كثرت الفرائض فزادت الأجزاء على المخرج، وهو لا يتحقق في غير الثلاثة، وأما الاثنان، فلأنه متى كان المخرج اثنين، لا تكون المسألة إلنصفين أو نصفاً، وما بقي، ولا يجتمع في فريضة ثلاثة أنصاف، ليحصل العول وأما الثلاثة، فلأنه لا يجتمع في مسألة ثلثان وثلثان، ولا ثلث وثلثان، وأما الأربعة، فلأنه لا يجتمع في مسألة مخرجها من أربعة أكثر من نصف وربع وأما الثمانية، فلأنه لا يجتمع في مسألة مخرجها من ثمانية أكثر من نصف وثمان، ويبين ذلك أن المسألة إذا كانت من اثنين لابد فيها من عصابة يأخذ ما بقي إلا في زوج وأخت إذ لا تراحم، وإذا كانت من اثنين، فكذلك إلا في اختين لأب وأختين لأم، وكذا إذا كانت من أربعة أو ثمانية بخلاف الثلاثة الأخيرة، فإنه لا يتصور فيها وجود عاصب، فلهذا قبلت العول. الثاني أن الأصول قسيمان: تام وناقص، فالتام: هو الذي إذا جمعت أجزاءه الصحيحة كانت مثله أو أزيد، فالسنة تامة، لان لها سدساً وثلثاً ونصفاً، فتساوت والاثنا عشر لها سدس وربع وثلث ونصف، فزادت والأربعة والعشرون لها ثمن وسدس وربع وثلث ونصف، فالمجموع ثلاثة وثلثون، فهذه تعول، والناقص هو الذي إذا جمعت أجزاءه كانت أقل منه كالاثنين ليس لها جزء صحيح إلا النصف، وهو واحد، والثلاثة ثلث واحد، والثلثان تضعيف الثلث، والأربعة ليس لها إلا ربع ونصف وهما ثلاثة، والثمانية ليس لها إلا ثمن وربع ونصف، فهذه لا تعول لانك إذا جمعت سهامها الصحيحة، نقصت عنها.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 154

فائدة: المسائل على ثلاثة أضرب: عادلة وهي التي يستوي مالها وفروضها، وعائلة، وهي التي تزيد فروضها عن مالها، ومردودة وهي التي يفضل مالها عن فروضها ولا عصابة فيها، وشرع في شأنها فقال:

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 154

(7/34)

فصل في الرد

(وإذا لم يستوعب الفروض المال) كما إذا خلف بنات وأخوات ( ولم يكن عصابة، رد الفاضل على ذوي الفروض بقدر فروضهم) كالغرماء يقتسمون مال المفلس بقدر ديونهم (إلا الزوج والزوجة) في قول عمر وعلي وابن مسعود، وقاله الحسن، وابن سيرين وجماعة من التابعين وغيرهم، قال ابن سراقه: العمل عليه اليوم في الأمصار، وعن أحمد لا يرد على ولد الأم مع الأم، ولا جدة مع ذي سهم، وروي عن ابن مسعود، وقال زيد: الفاضل عن ذوي الفروض لبيت المال، لا يعطى أحد فوق فرضه، وهو رواية عن أحمد وفقاً لمالك و الشافعي، لقوله تعالى: {فلها نصف ما ترك} (4:11) ومن رد عليها أعطاهما الكل، ولأنها ذات فرض مسمى، فلا يرد عليها كالزوج، وجوابه قوله تعالى: {وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله} (8:57) وقد رجحوا بالقرب إلى الميت، فكان أولى من بيت المال يؤيده قوله عليه السلام: «من ترك مالا فلورثته» ولحديث واثلة «تحوز المرأة ثلاثة مواريث» وقوله تعالى: {فلها نصف ما ترك} (4:11) لا ينبغي أن يكون لها زيادة عليه بسبب آخر، والزوجان ليسا من ذوي الأرحام، فإنه لا يرد عليهما اتفاقاً، إلا أنه روي عن

عثمان أنه رد على زوج، ولعله كان عصبة أو ذا رحم، فأعطاه كذلك ( فإن كان المردود عليه واحداً) كأم أو جدة أو أخت أو بنت ( أخذ المال كله) بالفرض والرد إذ لا مزاحم له (وإن كان فريقاً من جنس واحد كبنات أو أخوات اقتسموه) لأنهم استووا فيه (كالعصبة) من البنين والاختوة، فإن انكسر عليهم، ضربت عددهم في مسألة الرد (فإن اختلفت أجناسهم، فخذ عدد سهامهم من أصل ستة) أبداً، لأن الفروض كلها تخرج من ستة إلا الربع والثلث، فإنهما فرضا الزوجين، وليسا من أهل الرد (واجعله أصل مسألتهم) فينقسم المال عليها، وينحصر ذلك في أربعة أصول ( فإن كانا سدسین كجدة وأخ من أم، فهي من اثنتين) للجدة السدس، والأخ من الأم السدس أصلها اثنان، ثم يقسم المال بينهما، لكل واحد نصف المال،

(7/35)

---

لأن كلا منهما يدلي بمثل ما يدلي به الآخر (وإن كان مكان الجدة أم، فهي من ثلاثة) للأم الثلث، وللأخ من الأم السدس، ثم يقسم المال بينهما على ثلاثة: للأم سهمان لأنها تدلي بمثلي الأخ وللآخر سهم ( وإن كان مكانها أخت لأبوين، فهي من أربعة) للأخت النصف، وللأخ من الأم السدس، والمال مقسوم بينهما على أربعة، لأن الأخت تدلي بثلاثة أمثال الأخ (وإن كان معها أخت لأب، فهي من خمسة) للأخت من الأبوين النصف، وهو ثلاثة أسداس، وللأخت من الأب السدس، وللأخ من الأم السدس، وكذا ثلاث أخوات مفترقات، وأم وأخت من أبوين، وأخت وأم وبناتان وجدة (ولا تزيد على هذا، أبداً، لأنها لو زادت سدساً آخر لكمل المال) ولم يبق منه شيء يرد (فإن انكسر على فريق منهم، ضربته) أي: ضربت عدد الفريق المنكسر عليهم (في عدد سهامهم) أي: سهام الورثة جميعهم (لأنه أصل مسألتهم) كما صارت السهام في العول، هي المسألة التي يضرب فيها العدد بيان ذلك في أصل اثنتين أربع جدات، وأخ من أم، للجدات سهم لا ينقسم عليهن، فتضرب عددهن في أصل المسألة، وهو اثنان تكن ثمانية، للأخ أربعة، ولكل واحد سهم. رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 159 أصل ثلاثة: أم وثلاث أخوات من أم، للإخوة سهمان لا يصح عليهن، فاضرب عددهم في أصل المسألة، وهو ثلاثة تكن تسعة، ومنها تصح.

(7/36)

---

أصل: أربعة: أخت لأبوين، وأربع أخوات لأب، لهن سهم لا ينقسم عليهن، فاضرب عددهن في أصل المسألة وهو أربعة تكن ستة عشر، ومنها تصح. أصل: خمسة: أم وأخت لأبوين وأربع أخوات لأب، فاضرب عددهن في أصل المسألة تكن عشرين، ومنها تصح (فإن كان معهم أحد الزوجين، فأعطه فرضه من أصل مسألتهم، واقسم الباقي على مسألة الرد، وهو ينقسم إذا كانت زوجة ومسألة الرد من ثلاثة) كأم وأخ من أم، وأم وأخوين من أم (فللزوجة الربع والباقي لهم) فللأم من الأولى سهمان، وللأخ سهم، ومن الثانية للأم سهم، وللأخوين سهمان (وتصير المسألة من أربعة) أي: فتصح المسألتان من أربعة،

فإن انكسر على عدد منهم كأربع زوجات وأم وأخ من أم، ضربت أربعة في مسألة الزوجة، تكن ستة عشر، ومنها تصح، وإن لم ينقسم فاضل الزوج على مسألة الرد، لم يمكن أن يوافقها، لأنه إن كانت مسألة الزوج من اثنين، فالباقي بعد نصيبه سهم لا يوافق شيئاً، وإن كانت من أربعة، فالباقي بعد فرضه ثلاثة ومن ضرورة كون زوج له الربع أن يكون للميتة ولد، ولا يمكن أن تكون مسألة الرد مع الولد من ثلاثة، وإن كان الزوج امرأة، فالباقي بعد الثمن سبعة ولا توافق السبعة عدداً أقل منها، ولا يمكن أن تكون مسألة الرد لا تزيد على خمسة أبداً، ولهذا قال المؤلف: (وفي غير هذا تضرب مسألة الرد في مسألة الزوج فما بلغ فإليه تنتقل المسألة، وإذا أردت القسمة، فلأحد الزوجين فرضه، ولكل واحد من أهل الرد سهامه من مسأله مضروب في الفاضل عن فريضة الزوج، فما بلغ، فهو له، إن كان واحداً، وإن كانوا جماعة قسمته عليهم، وإن لم ينقسم، ضربته أو وفقه فيما انتقلت إليه المسألة، وتصح على ما ذكره في باب التصحيح، وينحصر ذلك في خمسة أصول ذكرها المؤلف.

(7/37)

---

(فإذا كان زوج وجدة وأخ من أم، فمسألة الزوج من اثنين) لأن فرضه النصف، ومخرجه من اثنين (ومسألة الرد من اثنين) فسهم على اثنين لا يصح ولا يوافق (تضرب إحداهما في الأخرى تكن أربعة) / (وإن كان مكان الزوج زوجة) بأن كانت زوجة وجدة وأخاً لأم (ضربت مسألة الرد في أربعة تكن ثمانية) ولا يكون الكسر في هذا الأصل إلا على الجدات (وإن كان مكان الجدة أخت لأبوين) بأن كان معها زوجة وأخ من أم (انتقلت إلى ستة عشر) فللزوجة الربع واحد، بقي ثلاثة على مسألة الرد، وهي أربعة لا تنقسم ولا توافق، فاضرب إحداهما في الأخرى، تكن ستة عشر، للزوجة أربعة، وللأخت من الأبوين تسعة وللأخ من الأم ثلاثة.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 159

(وإن كان مع الزوجة بنت وبنيت ابن، انتقلت إلى اثنين وثلاثين) للزوجة الثمن واحد، يبقى سبعة على مسألة الرد، وهي أربعة لا توافق، فاضرب إحداهما في الأخرى تكن اثنين وثلاثين، للزوجة أربعة، وللبنت أحد وعشرون، ولبنيت الابن سبعة (وإن كان معهم جدة) فإن كانت زوجة وبنيتاً وبنيت ابن وجدة، فللزوجة الثمن واحد، بقي سبعة على مسألة الرد وهي خمسة فاضرب إحداهما في الأخرى (صارت من أربعين) للزوجة خمسة، وللبنت أحد وعشرون، ولبنيت الابن سبعة وللجدة سبعة، فإن كان الوارث مع أحد الزوجين ممن يأخذ الفاضل، فلا تنتقل المسألة كزوجة وبنيت، للزوجة الثمن والباقي للبنيت بالفرض والرد (ثم تصح بعد ذلك على ما ذكرنا) أي في جميع الصور إذا انكسر سهم فريق منهم عليهم، ضربته فيما انتقلت إليه المسألة كأربع زوجات وإحدى وعشرين بنتاً، وأربع عشرة جدة.

(7/38)

---

مسألة الزوجات من ثمانية، فتضرب فيها فريضة الرد وهو خمسة تكن أربعين للزوجات خمسة لا تصح عليهن، و لا توافق يبقى خمسة وثلاثون، للجدات خمسها سبعة على أربعة عشرة، توافق بالأسباع، فيرجعن إلى اثنين، ويبقى للبنات ثمانية وعشرون توافق بالأسباع، فيرجعن إلى ثلاثة، والاثنتان يدخلان في عدد الزوجات، فتضرب ثلاثة في أربعة تكن اثني عشر، ثم في أربعين تكن أربعمئة وثمانين، ثم كل من له شيء من أربعين مضروب في اثني عشر الذي هو جزء السهم، وإن شئت صحح مسألة الرد، ثم رد عليها كفرض الزوجية النصف مثلاً، وللربع ثلثاً، وللثمن سبعا، وبسط من مخرج الكسر ليزول.

مسألة: أبوان وابنتان من ستة، ثم ماتت إحدى البنات، وخلفت من خلفت، فإن كان الميت ذكراً، فقد خلفت أختاً وجداً، وجدة من ثمانية عشر توافق ما ماتت عنه الأخت بالأنصاف، فتضرب نصف إحداهما في الأخرى أربعة وخمسين، ثم من له شيء من الأولى مضروب في وفق الثانية تسعة، ومن الثانية مضروب في وفق ما ماتت عنه، وهو سهم، وإن كان الميت أنثى، فقد خلفت أختاً وجدة وجد الأم ساقط، وتصح من أربعة توافق ما ماتت عنه بالأنصاف، فتضرب نصف إحداهما في الأخرى، تكن اثني عشر، ومنه تصح المسألتان، وتسمى المأمونية، لأن المأمون سأل عنها يحيى بن أكنم لما أراد أن يوليه القضاء، فقال له في الجواب: الميت الأول ذكر أو أنثى. فعلم أنه عرفها، فقال له: كم سنك؟ ففطن يحيى أنه استصغره، فقال: سن معاذ لما ولاه النبي اليمن وسن عتاب ابن أسيد لما ولاه مكة، فاستحسن جوابه وولاه القضاء.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 159

(7/39)

(وإن كان مع الزوجة بنت و بنت ابن، انتقلت إلى اثنين وثلاثين) للزوجة الثمن واحد، يبقى سبعة على مسألة الرد، وهي أربعة لا توافق، فاضرب إحداهما في الأخرى تكن اثنين وثلاثين، للزوجة أربعة، وللبنت أحد وعشرون، ولبنت الابن سبعة (وإن كان معهم جدة) فإن كانت زوجة و بنتاً و بنت ابن وجدة، فللزوجة الثمن واحد، بقي سبعة على مسألة الرد وهي خمسة فاضرب إحداهما في الأخرى (صارت من أربعين) للزوجة خمسة، وللبنت أحد وعشرون، ولبنت الابن سبعة وللجدة سبعة، فإن كان الوارث مع أحد الزوجين ممن يأخذ الفاضل، فلا تنتقل المسألة كزوجة و بنت، للزوجة الثمن والباقي للبنت بالفرض والرد (ثم تصح بعد ذلك على ما ذكرنا) أي في جميع الصور إذا انكسر سهم فريق منهم عليهم، ضربته فيما انتقلت إليه المسألة كأربع زوجات وإحدى وعشرين بنتاً، وأربع عشرة جدة.

مسألة الزوجات من ثمانية، فتضرب فيها فريضة الرد وهو خمسة تكن أربعين للزوجات خمسة لا تصح عليهن، و لا توافق يبقى خمسة وثلاثون، للجدات خمسها سبعة على أربعة عشرة، توافق بالأسباع، فيرجعن إلى اثنين، ويبقى للبنات ثمانية وعشرون توافق بالأسباع، فيرجعن إلى ثلاثة، والاثنتان يدخلان في عدد الزوجات، فتضرب ثلاثة في أربعة تكن اثني عشر، ثم في أربعين تكن أربعمئة وثمانين، ثم كل من له شيء من أربعين مضروب في اثني عشر الذي هو جزء السهم، وإن شئت صحح مسألة الرد، ثم رد عليها كفرض الزوجية النصف مثلاً، وللربع ثلثاً، وللثمن سبعا، وبسط من مخرج الكسر ليزول.

مسألة: أبوان وابنتان من ستة، ثم ماتت إحدى البنات، وخلفت من خلفت، فإن كان الميت ذكراً، فقد خلفت أختاً وجداً، وجدة من ثمانية عشر توافق ما ماتت عنه الأخت بالأنصاف، فتضرب نصف إحداهما في الأخرى أربعة وخمسين، ثم من له شيء من الأولى مضروب في وفق الثانية تسعة، ومن الثانية مضروب في وفق ما ماتت عنه، وهو سهم، وإن كان الميت أنثى، فقد خلفت أختاً وجدة وجد الأم ساقط، وتصح من أربعة توافق ما ماتت عنه بالأنصاف، فتضرب نصف إحداهما في الأخرى، تكن اثني عشر، ومنه تصح المسألتان، وتسمى المأمونية، لأن المأمون سأل عنها يحيى بن أكنم لما أراد أن يوليه القضاء، فقال له في الجواب: الميت الأول ذكر أو أنثى. فعلم أنه عرفها، فقال له: كم سنك؟ ففطن يحيى أنه استصغره، فقال: سن معاذ لما ولاه النبي اليمن وسن عتاب ابن أسيد لما ولاه مكة، فاستحسن جوابه وولاه القضاء.  
رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 159

باب تصحيح المسائل  
لما فرغ من بيان أصول المسائل، شرع في بيان تصحيحها ومعنى التصحيح أن يحصل عدداً إذا قسم على الورثة على قدر إرثهم، خرج نصيب كل فرد سهم صحيح بلا كسر بحيث لا يحصل هذا الفرض من عدد دونه، ومعرفة ذلك تتوقف على أمرين: أحدهما: الفاضل، والثاني: معرفة جزء السهم وهو يتوقف على مقابلتين: إحداهما: مقابلة السهام من مسألة التأصيل، ورؤوس أصحابها، والثاني: مقابلة رؤوس كل نوع من الورثة بنوع آخر حيث لا يصح انقسام سهام النوع عليه، سواء بقي أو رجع إلى وفق، وعلم منه أنه إذا انقسمت سهام كل وفق عليهم، فلا يحتاج إلى الضرب بأن يترك الميت زوجة وثلاثة إخوة، فالمسألة من أربعة، للمرأة الربع سهم، والباقي للإخوة، لكل واحد سهم، ومثله كثير.

(إذا لم ينقسم سهم فريق عليهم قسمة صحيحة) أي: بلا كسر (فاضرب عددهم) أي: عدد رؤوس المنكسر عليهم (في أصل المسألة) كزوج وأم، وثلاثة أخوة، أصلها من ستة، للزوج النصف ثلاثة، وللأم السدس سهم، وللإخوة سهمان لا تصح، ولا توافق، فاضرب عددهم وهو ثلاثة في أصل المسألة وهو ستة تكن ثمانية عشر (وعولها) أي: تضرب عددهم في أصل المسألة وعولها (إن كانت عائلة) كزوج وأم وخمسة بنات، أصلها من اثني عشر، وتعمل إلى ثلاثة عشر، للزوج الربع ثلاثة، وللأم السدس اثنان، وللبنات الثلثان الثلثان ثمانية، لا تنقسم على عددهن، ولا توافق، فاضرب خمسة في ثلاثة عشر، تكن خمسة وستين (ثم يصير لكل واحد من الفريق مثل ما كان لجماعتهم) ففي الأولى لكل أخ سهمان، وفي الثانية لكل بنت ثمانية (إلا أن يوافق عددهم سهامهم بنصف أو ثلث أو غير ذلك من الأجزاء) كما لو كان الإخوة أربعة، فإن

سهامهم توافقهم بالنصف وهو اثنان (فجزيك ضرب وفق عددهم ثم يصير لكل واحد وفق ما كان لجماعتهم) فزوجة وأربعة عشر ابناً، للزوجة الثمن، والباقي، وهو سبعة للبنين لا تصح، وتوافق بالأسباع، فاضرب وفق البنين، وهو سهمان في ثمانية تكن ستة عشر، للزوجة سهم في اثنين باثنين، وللبنين سبعة في اثنين بأربعة عشر، لكل ابن سهم، وهو وفق ما كان لجماعتهم لأن الذي كان لجماعتهم سبعة ووفقها هذا سهم، لأن الموافقة بالأسباع.  
رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 165

(7/42)

(وإن انكسر على فريقين أو أكثر) لم يخل من أربعة أقسام: إما المماثلة، أو المناسبة، أو التباين، أو الموافقة: وأشار إلى كل منهما، فقال في الأول: (وكانت متماثلة كثلاثة وثلاثة، اجتزأت بأحدها) وطريق قسمتها كطريق القسمة فيما إذا كان الكسر على فريق واحد كثلاثة إخوة لأم وثلاثة إخوة لأب، لولد الأم الثلث، والباقي لولد الأب، أصلها من ثلاثة، سهم كل فريق منهم لا ينقسم، ولا يوافق فيكتفى بأحد العددين، وهو ثلاثة، فاضربها في أصل المسألة تكن تسعة، لولد الأم سهم في ثلاثة بثلاثة، لكل واحد سهم، ولولد الأب اثنان في ثلاثة بستة، لكل واحد سهمان مثل ما كان لجماعتهم، ولو كان ولد الأب ستة، وافقت سهامهم بالنصف، فيرجع عددهم إلى ثلاثة، وكان العمل كما ذكرنا (وإن كانت متناسبة وهو أن تنسب الأقل إلى الأكثر بجزء من أجزائه كنصفه أو ثلثه أو ربه، اجتزأت بأكثرها، وضربته في المسألة وعولها) إن كانت عائلة كجنتين وأربعة إخوة لأب، للجنتين السدس، وللإخوة ما بقي، أصلها من ستة، وعددهم لا يوافق سهامهم، وعدد الجدات نصف عدد الإخوة، فاجتزىء بالأكثر، وهو أربعة، واضربه في أصل المسألة تكن أربعة وعشرين، للجندات سهم في أربعة بأربعة، وللإخوة خمسة في أربعة بعشرين، لكل واحد خمسة، ولو كان عدد الإخوة عشرين لوافقتهم سهامهم بالأخماس، فيرجع عددهم إلى أربعة، والعمل كذلك، ومسألة العول اثنا عشر أختاً لأب، وثلاث أخوات لأم، وست جدات، المسألة من ستة، وتعول إلى سبعة، والثلاث ربع الاثني عشر، والست نصفها، فاضرب اثني عشر في سبعة تكن أربعة وثمانين.  
رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 165

(7/43)

(وإن كانت متباينة) أي: لا يماثل أحدهما صاحبه، ولا يناسبه، ولا يوافقه (ضربت بعضها في بعض، فما بلغ) فهو جزء السهم (ضربته في المسألة) فما بلغ، فمنه تصح أم وثلاثة إخوة لأم وأربعة لأب، أصلها من ستة، لولد الأم سهمان لا يوافقهم، ولولد الأب ثلاثة لا توافقهم، والعددان متباينان، فاضرب أحدهما في الآخر، تكن اثني عشر، وهو جزء السهم، فاضربه في أصل المسألة تكن اثنين وسبعين، ومنها تصح، للام سهم في اثني عشر بمثلها، ولولد الأم سهمان في اثني عشر بأربعة وعشرين، لكل واحد ثمانية، ولولد الأب ثلاثة في اثني عشر بستة وثلاثين، لكل واحد تسعة، فإن أردت أن تعرف ما لأحدهم قبل التصحيح،

فاضرب سهام فريق في الفريق الآخر، فما خرج فهو له، فإن أردت أن تعلم ما لكل واحد من ولد الأم، فللفريق من أصل المسألة سهامان اضربها في عدد الفريق الآخر، وهو أربعة تكن ثمانية، فهي لكل واحد من ولد الأم، وللفريق ولد الأب ثلاثة، اضربها في عدد ولد الأم تكن تسعة، فهي ما لكل واحد منهم (وعولها) إن كانت عائلة كخمس أخوات لأب، ثلاث أخوات لأم وجدة، أصل المسألة من ستة، وتعدل إلى سبعة والعددان متباينان، فاضرب ثلاثة في خمسة، تكن خمسة عشر، اضربها في سبعة، تكن مائة وخمسة (وإن كانت متوافقة) بجزء من الأجزاء الطبيعية (كأربعة وستة وعشرة) فإنها توافق بالأنصاف (ضربت وفق أحدهما في) جميع (الأخر ثم وافقت بين ما بلغ وبين الثالث) أي: الموقوف (وضربت وفق أحدهما في الآخر ثم اضرب ما معك في أصل المسألة وعولها إن كانت عائلة فما بلغ، فمنه تصح) ست جدات، وتسع بنات، وخمسة عشر أخاً، أصلها من ستة، والأعداد متوافقة بالأثلاث، فتوقف الخمسة عشر مثلاً، ثم اضرب وفق الجدات، وهو اثنان في جميع الآخر، وهو تسعة، تكن ثمانية عشر، فبينها وبين الموقوف موافقة، فاضرب وفقها، وهو ستة في خمسة عشر تبلغ تسعين، هي جزء السهم، فاضربها في أصل المسألة، تبلغ خمسمئة وأربعين، هذا إذا كانت الأعداد

(7/44)

ثلاثة فما فوق، فإن كان عددان متوافقان فإنك ترد أحدهما إلى وفقه، وتضربه في جميع الآخر، فما بلغ، ضربته في المسألة كزوج وست جدات وتسع أخوات، فيتفقان بالأثلاث، فتزد الجدات إلى ثلثهن، وتضربها في عدد الأخوات، تكن ثمانية عشر، وهي جزء السهم، ثم تضرب ذلك في أصل المسألة، تكن مائة وثمانية، ومنها تصح.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 165

تنبيه: إذا كان الكسر على ثلاثة أحياء، نظرت، فإن كانت متماثلة كثلاث جدات، وثلاث بنات، وثلاثة أعمام، ضربت أحدهما في المسألة، فما بلغ، فمنه تصح، ولكل واحد بعد التصحيح مثل ما كان لجماعتهم، وإن كانت متناسبة كجدتين، وخمسين بنات، وعشرة أعمام اجتزأت بأكثرها، وهي العشرة، وضربتها في المسألة تكن ستين، ومنها تصح، وإن كانت متباينة، كما إذا كان الأعمام ثلاثة ضربت بعضها في بعض تبلغ ثلاثين، وهي جزء السهم، ثم تضربها في المسألة تكن مائة وثمانين، وإن كانت متوافقة، فعلت كما سبق، فإن تماثل اثنان منها وباينها الثالث، أو وافقهما، ضربت أحد المتماثلين في الثالث أو في وفقه إن وافق، فما بلغ، فهو جزء السهم، تضربه في المسألة، وإن تناسب اثنان، وباينهما الثالث، ضربت أكثرهما في جميع الثالث، أو في وفقه إن كان موافقاً، ثم في المسألة، وإن توافق اثنان، وباينهما الثالث، ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر، ثم في الثالث وإن تباين اثنان، ووافقهما الثالث، كأربعة أعمام، وسبع جدات، وتسع بنات أجزاء ضرب أحد المتباينين في الآخر، ثم تضربه في المسألة، ويسمى هذا الموقوف المقيد، لأنك إذا أردت وفق أحدهما، لم تقف إلا الستة، فلو وقفت التسعة مثلاً، ورددت الستة إلى اثنين، لدخلا في الأربعة وأجزاء ضرب الأربعة في التسعة ولو وقفت الأربعة ورددت الستة إلى ثلاثة



دخلت في التسعة، وكفاك ضرب الأربعة في التسعة، فأما إن كانت الأعداد الثلاثة متوافقة، فإنه يسمى الموقوف المطلق، وفي عملها طريقان: أحدهما:

(7/45)

ما ذكره المؤلف، وهو طريق الكوفيين، والثاني: طريق البصريين وهو أن تقف أحد الثلاثة وتوافق بينه وبين الآخرين، وتردهما إلى وفقهما، ثم تنظر في الوفيين، فإن كانا متماثلين، ضربت أحدهما في الموقوف، وإن كانا متناسبين ضربت أكثرهما فيه، وإن كانا متباينين ضربت أحدهما في الآخر، ثم في الموقوف، وإن كانا متوافقين ضربت وفق أحدهما في الآخر، ثم في الموقوف، فما بلغ، ضربته في المسألة كعشر جدات، وأثنى عشر عمًا، وخمسة عشر بنتًا، نصف العشرة توافقها الاثنى عشر بالنصف، فترجع إلى ستة، وتوافقها الخمسة عشر بالأخماس، فترجع إلى ثلاثة، وهي داخلة في الستة، فتضربها في العشرة تكن ستين، ثم في المسألة تكن ثلاثمائة وستين، وإن وقفت الاثنى عشر، رجعت العشر إلى نصفها خمسة، والخمسة عشر إلى ثلثها خمسة، وهما متماثلان، فتضرب إحدهما في الاثنى عشر، تكن ستين، وإن وقفت الخمسة عشر، رجعت العشرة إلى اثنين، والاثني عشر إلى أربعة، ودخل الاثنان في الأربعة، فتضربها في الخمسة عشر، تكن ستين، ثم في المسألة.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 165

(7/46)

فائدة: الطريق في معرفة الموافقة والمناسبة والمباينة أن تلقي أحد العددين من أكثرهما مرة بعد أخرى، فإن فني، فالعددان متناسبان، وإن لم يفن، ولكن بقيت منه بقية، ألقها من العدد الأقل، فإن بقيت منه بقية، ألقها من البقية الأولى ولا تزال كذلك، تلقي كل بقية من التي قبلها حتى تصل إلى عدد يغني الملقى منه غير الواحد، فأبقيت فني منها غير الواحد، فالموافقة بين العددين بجزء تلك البقية إن كانت اثنين، فبالأنصاف، وإن كانت فبالأثلاث، وإن كانت أربعة فبالأرباع، وإن كانت بأحد عشر، أو اثني عشر، أو ثلاثة عشر، فبجزء ذلك، وإن بقي واحد، فالعددان متباينان، ومما يدل على تناسب العددين أنك إذا زدت على الأقل مثله أبدأ ساوي الأكثر، ومتى قسمت الأكثر على الأقل، انقسمت قسمة صحيحة، ومتى نسبت الأقل إلى الأكثر، نسبت إليه بجزء واحد، ولا يكون ذلك إلا في النصف فما دونه.

(فإذا أردت القسمة، فكل من له شيء من أصل المسألة مضروب في العدد الذي ضربته في المسألة) وهو الذي يسمى جزء السهم (فما بلغ، فهو له، وإن كان واحداً وإن كانوا جماعة قسمته عليهم) وصار لكل واحد منهم مثل ما كان لجماعتهم.

قاعدة: اعلم أن الحساب أربع منازل: آحاد وعشرات ومئين وألوف، فالآحاد من واحد إلى تسعة، وليس الواحد بعدد، وإنما هو ابتداءؤه، والعشرات من عشرة إلى تسعين، والمئون من مائة إلى تسعمائة، والألوف من ألف إلى تسعة آلاف وكل مرتبة من هذه المراتب لها تسعة عقود، فالآحاد عقودها واحد،

اثنان إلى تسعة، والعشرات عقودها عشرة عشرون وكذا إلى تسعين، والمئات عقودها مائة، مائتان إلى تسعمائة، والألوف عقودها ألف ألفان إلى تسعة آلاف.

(7/47)

والضرب ينقسم إلى مفرد ومركب، فالأول: ما كان من ضرب مرتبة في مرتبة وهو عشرة أنواع، والضرب عبارة عن تضعيف أحد المضروبين بعدد آحاد الآخر فمعنى قوله: خمسة في ستة، أي: كم تضعيف الخمسة ست مرات، والستة خمس مرات. والآحاد في أي مرتبة ضربت، كان للواحد ما يرتفع به، وأخذ من تلك المرتبة من غير تجاوز لها، فإذا قال: اضرب ثلاثة في خمسة، فهي خمسة عشر أحداً، فإن قال: في خمسين، فاجعلها خمسة، واضرب ثلاثة في خمسة، تكن خمسة عشر، لكل واحد عشرة، تكن مائة وخمسين، فإن قال: في خمسمائة، فخذ لكل واحد مائة، تكن ألفاً وخمسمائة، فإن قال: في خمسة آلاف، فخذ لكل واحد ألفاً.

والعشرات في مثلها مئات لكل واحد مائة، ولكل عشرة ألفاً، وفي المئات ألوف لكل واحد ألف، ولكل عشرة عشرة آلاف، وفي الألوف عشرات ألوف لكل واحد عشرة آلاف، ولكل عشرة مائة ألف، مثاله: ثلاثون في أربعين، اضرب ثلاثة في أربعة تكن اثني عشر، خذ لكل واحد مائة تكن ألفاً ومائتين، فإن قال: في أربعمائة، كانت اثني عشر ألفاً، فإن قال: في أربعة آلاف، كانت مائة وعشرين ألفاً، والمئات في مثلها عشرات ألوف، وفي الألوف مئات ألوف، مثاله: أربعمائة في ستمائة تضرب أربعة في ستة تكن أربعة وعشرين فتكون مائتي ألف وأربعين ألفاً، فإن قال: في خمسة آلاف، كانت ألفي ألف وأربعمائة ألف.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 165

(7/48)

والألوف في مثلها ألوف ألوف، مثاله: أربعة آلاف في خمسة آلاف، تكن عشرين ألف ألف، فإذا تكررت لفظات الألوف، فأسقطها من الخمسين واحفظ عددها، ثم اضرب الباقي بعد إلقائها على ما قدمنا، فما بلغ، أضفت إليه لفظات الألوف المحفوظة، مثاله: ثلاثون ألف ألف في ستمائة ألف ألف تحفظ لفظات الألوف، وهي خمس، ثم تضرب ثلاثين في ستمائة بأن تضرب ثلاثة في ستة تكن ثمانية عشر، تأخذ لكل واحد ألفاً، لأن عشرة في مائة ألف، تكن ثمانية عشر ألفاً، وتضيف إليها لفظات الألوف الخمس، فتكون ثمانية عشر ألف ألف ألف ألف ألف. نوع منه في المركب، إذا قال: اضرب خمسة عشر في ستة عشر، فالباب في هذا ونحوه من أحد عشر إلى تسعة عشر أن تضم أحد العددين إلى الآخر جميعه، تكن أحداً وعشرين، تأخذ لكل واحد عشرة، وتضم إليه ضرب الآحاد في الآحاد، تكن مائتين وأربعين، فإن قال: ثلاثة وعشرين في سبعة وعشرين، ضممت الآحاد أحدهما إلى الآخر، تكن ثلاثين وتضعفها لأجل العشرين تكن ستين، تأخذ لكل واحد عشرة، تكن

ستمائة. وتضم إليها سبعة في ثلاثة يكن الجميع ستمائة وأحداً وعشرين، وكذلك ما زاد على هذا إلى تسعة وتسعين إذا تساوت العشرات في المضروبين، تضعفه بعدها مثل خمسة وثلاثين في ستة وثلاثين تضم أحاد أحدهما إلى الآخر، تكن أحداً وأربعين فتضعفها ثلاث مرات، لأن العشرات ثلاث، تكن مائة وثلاثة وعشرين، تأخذ لكل واحد عشرة، فتكون ألفاً ومائتين وثلاثين، وتضم إليه مضروب خمسة في ستة تكن ألفاً ومائتين وستين، فإن اختلف عقود العشرات فيهما، فكرر أحد المضروبين بعدد عشرات الآخر. وكرر أحاد الآخر بعدد عشرات المكرر فما بلغ، فخذ لكل واحد عشرة، وضم إليه المرتفع من ضرب الأحاد في الأحاد، مثاله: ثلاثة وثلاثين في أربعة وأربعين، فكرر الأربعة والأربعين ثلاث مرات، تكن مائة واثنين وثلاثين، وكرر الثلاثة أربع مرات، تكن اثني عشر مائة وأربعة وأربعين، فتأخذ لكل واحد عشرة،

(7/49)

---

وتضيف إليه مضروب ثلاثة في أربعة، تكن ألفاً وأربعمائة واثنين وخمسين. قاعدة نافعة في الضرب وهي إذا كان أحد المضروبين ينسب إلى مرتبة فوقه، أو ينقسم على مرتبة دونه، فانظر أيهما أوضح نسبة إلى مرتبة فوقه أو دونه، واعرف نسبة ذلك أنه النصف، أو الخمس، أو العشر، أو غير ذلك، ثم خذ بقدر تلك النسبة من العدد الآخر، ثم إن كنت نسبت العدد الأول إلى العشر، فخذ لكل واحد عشرة، وإن نسبته إلى مائة، فخذ لكل واحد مائة، وإن نسبته إلى الألف، فخذ لكل واحد ألفاً، ويتضح ذلك في ثلاثة فصول: الأول: في النسبة إلى العشرة ثلاثة وثلاث في تسعة وستين نسبة المضروب إلى العشرة بالثلث، فخذ ثلث المضروب فيه، وهو ثلاثة وعشرون، وخذ لكل واحد عشرة تكن مائتين وثلاثين وهكذا إلى آخره.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 165

الثاني: في النسبة إلى المائة اثني عشر ونصف في أربعة وستين المضروب ثمن المائة، فخذ ثمن المضروب فيه، وهو ثمانية، وخذ لكل واحد مائة، تكن ثمانمئة، وهكذا إلى آخره.

(7/50)

---

الثالث: في النسبة إلى الألف مائة وخمسة وعشرون في مائتين وأربعين نسبة المضروب إلى الألف بالثمن، فخذ ثمن المضروب فيه، وهو ثلاثون، وخذ لكل واحد ألفاً، تكن ثلاثين ألفاً، وإن قال: مائة وثلاثة وعشرين في مائتين واثنين وخمسين، إن شئت، نقصت الاثنين، وأخذت ربع المائة والثلاثة وعشرين، وأخذت لكل واحد ألفاً، ثم ضربت اثنين في مائة وثلاثة وعشرين، وزدته عليها وإن شئت زدت اثنين على المائة والثلاثة وعشرين، ليكون ثمن الألف، وأخذت ثمن المائتين واثنين وخمسين، وجعلت لكل واحد ألفاً، ثم ضربت الاثنين في مائتين واثنين وخمسين، ونقصته من المبلغ، وأيهما فعلت، خرج الجواب ثلاثين ألفاً وتسعمائة وستة وتسعين، وإن قال: اضرب مائة واثنين في ثمانية وتسعين ضربت مائة في مائة تكن عشرة آلاف، ونقصت من ذلك ضرب اثنين في اثنين،

لأن الناقص في الزائد ناقص، والزائد في الزائد، والناقص في الناقص زائدان.  
رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 165  
فصل

واعتبر صحة ضربك بالميزان، وهو أن تأخذ عدد عقود المضروب، وعدد عقود المضروب فيه، فإن كان أكثر من تسعة، ألقيت منه تسعة أبداً، وضربت الباقي بعضه في بعض، فما بلغ أخذت عقودَه وحفظتها إن كانت أقل من تسعة، وإن كانت أكثر من تسعة، أسقطت منها تسعة أبداً، وحفظت الباقي، ثم أخذت عقود ما ارتفع معك من الضرب على هذا التقدير، فإن تساويا، فحسابك صحيح، وإن زاد ونقص، فالحساب خطأ، فإذا قال: اضرب خمسة وثلاثين في ثمانية وأربعين، فالجواب ألف وستمئة وثمانون، واعتبار صحة ذلك أن تأخذ عقود المضروب، وهي ثمانية، وعقود المضروب فيه وهي اثنا عشر، فتلقي منها تسعة يبقى ثلاثة، تضربها في ثمانية تكن أربعة وعشرين، تأخذ عقودها تكن ستة، وهي الميزان، فقابل بها عقود جوابك، وهي خمسة عشر تلقي منها تسعة يبقى ستة، فقد صح الحساب.  
رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 175  
فصل

(7/51)

في ضرب الكسور في الكسور وهو نسبة، فقولك: كم ثلث في سبعة، فمعناه: كم ثلث السبعة، وقولك: ربع في ربع، جوابه ربع ربع، ويعبر عنه بنصف ثمن، وإذا قيل: سبع في تسع، فجوابه: سبع تسع، وكذا ثمن في عشر، جوابه ثمن عشر، والأصل في ذلك أن تضرب أحد الكسرين في الآخر، وتنسب منه ما يكون من ضرب الكسر في الكسر، مثاله: ربع في سدس تضرب أربعة في ستة، تكن أربعة وعشرين، وتضرب واحداً في واحد، وتنسبه من أربعة وعشرين تكن ثلث ثمن، فإن قال: كم خمسان في ثلاثة أسباع، فاضرب خمسة في سبعة تكن خمسة وثلاثين، واضرب اثنين في ثلاثة تكن ستة، انسبها من المبلغ يكن سبعاً وخمس سبع، فإن قال: اضرب ثلاثة أخماس في عشرين ضربت عدد الكسور، وهي ثلاثة في عشرين تكن ستين، اقسّمها على مخرج الكسر، وهو خمسة، تكن اثني عشر، وهو الجواب، فإن قال: خمسة أسباع في مائة ضربت خمسة في مائة، وقسمت المرتفع على سبعة، تخرج أحداً وسبعين وثلاثة أسباع، فإن قال: ثلاثة أجزاء من ثلاثة عشر في خمسة عشر، ضربت ثلاثة في خمسة عشر، تكن خمسة وأربعين تقسمها على ثلاثة عشر، تخرج ثلاثة وستة أجزاء من ثلاثة عشر، فإن قال: ثلث وربع في خمسة أجزاء من سبعة عشر، أخذت مخرج الثلث والربع، وهو اثنا عشر وضربته في سبعة عشر تكن مائتين وأربعة، ثم تضرب الثلث والربع، وهو سبعة في خمسة تكن خمسة وثلاثين، تنسبه من المبلغ بالأجزاء، وإن شئت قلت: أربع وثلاثون، هي سدس، ويبقى جزء، فيكون الجواب سدساً وجزءاً من مائتين وأربعة.  
رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 175

باب المناسخات  
النسخ- لغة- إبطال الشيء وإزالته، يقال: نسخت الشمسُ الظل إذا أذهبته

وحلت محلها، وسميت مناسخة الفرائض- وهو موت ورثة بعد ورثة قبل قسمة التركة- بذلك، لزوال حكم الأول ورفعها، وقيل: لأن المال تناسخته الأيدي، وهو من عويص الفرائض، ويجري مجرى التصحيح في المعنى.

(7/52)

(ومعناها أن يموت بعض ورثة الميت قبل قسم تركته) هذا بيان لمعنى المناسخات اصطلاحاً (ولها ثلاثة أحوال) معلومة بالحصص. (أحدها: أن يكون ورثة الثاني يرثونه على حسب ميراثهم من الأول مثل أن يكونوا عصبة لهم، فاقسم المال بين من بقي منهم ولا تنظر إلى الميت الأول) كأربعة بنين وثلاث بنات ماتت بنت، ثم ابن، ثم بنت، ثم ابن، بقي ابنان وبنت، فاقسم المال على خمسة ولا يحتاج إلى عمل، وكذا تقول في أبوين، وزوجة وابنين وبنيتين ماتت بنت، ثم الزوجة، ثم ابن، ثم الأب، ثم الأم، فقد صارت الموارث كلها بين الابن والبنت الباقيين أثلاثاً، واستغنت عن عمل المسائل، وربما اختصرت المسائل بعد التصحيح بالموافقة بين السهام، فإذا صحت المسألة، نظرت فيها، فإن كان لجمعها كسر يتفق فيه جميع السهام، رددت المسألة إلى ذلك الكسر، ورددت سهام كل وارث إليه، ليكون أسهل في العمل كزوجة، وبنت وابن، ماتت البنت، فتصح المسألتان من اثنتين وسبعين، للزوجة بحقها ستة عشر، وللابن ستة وخمسون تنفق سهامها بالأثمان، فتردها إلى ثمنها تسعة، للزوجة سهمان، وللابن سبعة.

(7/53)

(الثاني: أن يكون ما بعد الميت الأول من الموتى لا يرث بعضهم بعضاً كإخوة خلف كل واحد منهم بنيه) كرجل توفي وترك أربعة بنين، فمات أحدهم عن اثنين، والثاني عن ثلاثة، والثالث عن أربعة، والرابع عن ستة، فالأولى من أربعة، والثانية من اثنين، والثالثة من ثلاثة، والرابعة من أربعة، والخامسة من ستة (فاجعل مسائلهم كعدد انكسرت عليهم سهامهم) لأن كل مسألة لمستحقها فهي كالعدد المذكور (وصحح على ما ذكرنا في باب التصحيح) لأن المسائل كالأعداد أربعة، فالاثنتان يدخلان في الأربعة والثلاثة في الستة، والأربعة توافق الستة بالأنصاف، فتضرب نصف إحداهما في الأخرى تكن اثني عشر، ثم تضربها في المسألة الأولى تكن ثمانية وأربعين لورثة كل ابن اثنا عشر، فلكل واحد من ابني الأول ستة، ولكل واحد من بني الثاني أربعة، ولكل واحد من بني الثالث ثلاثة، ولكل واحد من بني الرابع سهمان، وإن كانت متباينة، ضربت بعضها في بعض، فما بلغ، ضربته في الأولى كما لو خلف أحد الإخوة ابنين، والآخر ثلاثة والآخر خمسة، وإن كان متماثلة اجتزأت بأحدها، كما لو خلف كل واحد ابنين.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 177

(7/54)

(الثالث: ما عدا ذلك) وهو ثلاثة أقسام، أحدها: أن ينقسم سهام الميت الثاني على مسألته، الثاني: أن لا ينقسم عليها، بل يوافقها، الثالث: أن لا ينقسم عليها ولا يوافقها/ (فصح مسألة الأول، وانظر ما صار للثاني منها، فاقسمه على مسألته) بعد أن تصححها (فإن انقسم، صحت المسألتان مما صحت منه الأولى كرجل خلف امرأة وبنثاً وأخاً) هي من ثمانية ( ثم ماتت البنت، وخلفت زوجاً وبنثاً وعمها، فإن لها) من الأولى (أربعة ومسألتها من أربعة) للزوج الربع سهم، وللبنت النصف سهمان، والباقي وهو سهم للعم (فصحت المسألتان من ثمانية، وصار للأخ أربعة) من أخيه ثلاثة، ومن بنت أخيه سهم، من ذلك أم وعم، مات العم عن بنت وعصبة الأولى من ثلاثة، والثانية من اثنتين، فصحت المسألتان من ثلاثة ثلاث أخوات متفرقات ماتت الأخت من الأبوين عن ابنتين، ومن خلفت صحت المسألتان من خمسة. بنت وبنث ابن وأخ، ماتت البنت عن ابنتين وعمها فصحت المسألتان من ستة، وصار للأخ ثلاثة (وإن لم تنقسم وافقت بين سهامه ومسألته، ثم ضربت وفق مسألته في المسألة الأولى ليخرج بلا كسر) ثم كل من له شيء من الأولى مضروب في وفق الثانية، ومن له شيء من الثانية مضروب في وفق سهام الميت الثاني) لأن به يعلم قدر ما لكل واحد (مثل أن تكون الزوجة أما للبنت في مسألتنا) أي: في المسألة الأولى (فإن مسألتها من اثني عشر) لأن فيها نصفاً وربعاً وسدساً (توافق سهامها بالربع) لأن لها من الأولى أربعة بينها وبين الاثني عشر موافقة بالأربع (فترجع إلى ربعها ثلاثة) لأنها وفقها (تضربها في الأولى) وهي ثمانية (تكن أربعة وعشرين) للمرأة من الأولى سهم في ثلاثة بثلاثة، وللأخ ثلاثة في ثلاثة بتسعة، وللزوج من الثانية ثلاثة مضروبة في واحد، لأنه الوفق بثلاثة، وللبنت ستة في واحد بستة، وللأم سهمان في واحد بسهمين، وللعلم سهم، ومن ذلك زوج وأم وست أخوات متفرقات ماتت إحدى لأختين من الأم، وخلفت من خلفت، فالأولى

(7/55)

من عشرة، والثانية من ستة، لأنها خلفت أما وأختين لأبوين وأختين من أب تضربها في الأولى، ومنها تصح.  
(وإن لم توافق سهامه مسألته ضربت الثانية في الأولى، وكل من له شيء من الأولى مضروب في الثانية، ومن له شيء من الثانية مضروب في سهام الميت الثاني مثل أن تخلف البنت بنتين) فيكون ترك امرأة وبنثاً وأخاً، ثم ماتت البنت عن أربعة، وخلفت زوجاً وأماً وابنتين (فإن مسألتها) من اثني عشر (تعديل إلى ثلاثة عشر) لا تنقسم عليها سهامها ولا يوافقها (تضربها في الأولى) وهي ثمانية (تكن مائة وأربعة وتعمل على ما ذكرنا) للمرأة من الأولى سهم في ثلاثة عشر بثلاثة عشر، وللأخ ثلاثة في ثلاثة عشر بتسعة وثلاثين، وللزوج من الثانية ثلاثة في أربعة باثني عشر، وللبنتين ثمانية في أربعة باثني وثلاثين، وللأم سهمان في أربعة بثمانية.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 177

(فإن مات ثالث، جمعت سهامه مما صحت منه الأوليان، وعملت فيها عملك

في مسألة الثاني مع الأول) أي: فانظر نصيبه من المسألتين، فإن انقسم على مسألتيه، فذاك، وإن لم ينقسم ووافق، فاضرب وفق المسألة الثالثة في الأوليين، وإن لم توافق، فاضرب جميع المسألة في المسألتين، مثاله: زوج وأم وثلاث أخوات متفرقات، فالأولى من خمسة عشر ماتت الأخت من الأبوين، وخلفت زوجاً ومن خلفت، فمسألتها من ثمانية، وسهامها ستة تتفقان بالنصف، فتضرب نصف مسألتها في الأولى، تكن ستين، ثم ماتت الأولى، وخلفت زوجاً وأختاً وبنتها وهي الأخت من الأم فمسألتها من أربعة، ولها من المسألتين أحد عشر سهماً لا توافق، فتضرب مسألتها في الأوليين تكن مائة وأربعين، ومنها تصح الثلاث.

(7/56)

(وكذلك تصنع في الرابع) أي: كما فعل في الثالث، كرجل خلف زوجة وأبوين وابنتين، ثم مات الأب، وترك أختاً لأبوين ومن خلفت، ثم ماتت الأم، وخلفت أما وعماً، ومن خلفت، ثم ماتت إحدى البنيتين، وخلفت زوجاً، ومن خلفت، تصح الأولى من سبعة وعشرين، والثانية من أربعة وعشرين توافق تركة الأب بالأربع، ثم ماتت الأم عن سبعة وعشرين، وخلفت أما وبنتي ابن وعماً، فمسألتها من ستة، وتركتهما توافقها بالأثلاث، ثم ماتت إحدى البنيتين عن مائة وثلاثين، وترك زوجاً وأختاً، فمسألتها من ثمانية، وتركتهما توافقها بالانصاف، فتصح المسائل الأربع من ألف ومائتين، وستة وتسعين، للزوجة من الأولى والرابعة مائتان وأربعة وسبعون، وللبنت الباقية من المسائل الأربع، سبعمائة وخمسة عشر، ولأخي الميت الثاني أربعون، ولأم الثالثة ستة وثلاثون، ولعمها كذلك، ولزوج الرابعة مائة وخمسة وتسعون، فالقيراط فيها بأربعة وخمسين (و) تصنع في (من بعده) من خامس، أو سادس، كامراً ماتت عن زوج وأربع أخوات من أبوين وأختين من أم وأم، ثم ماتت الأم عن زوج وأخت ومن خلفت، ثم ماتت إحدى أخوات الأبوين عن ثلاث بنين وبنيتين، ثم ماتت أخرى عن ابن في المسألة وهم أختان لأبوين، وأختان من أم، ثم ماتت أخرى عن زوج وبنيتين وابن، المسألة الأولى من ستة، وتعول إلى عشرة. ماتت الأم عن زوج وست بنات وأخت، مسألتها من اثني عشر، وتصح من ستة وثلاثين، وما في يدها سهم لا تصح، ولا توافق، فاضرب ستة وثلاثين في عشرة، تبلغ ثلاثمائة وستين، ومنها تصح المسألتان، للزوج من الأولى ثلاثة مضروبة في ستة وثلاثين، تبلغ مائة وثمانية، وللأخوات من الأبوين من الأولى أربعة مضروبة في ستة وثلاثين، تبلغ مائة وأربعة وأربعين، وللأختين من الأم سهمان مضروبة فيها، تبلغ اثنتين وسبعين، ولزوج الأم من الثانية تسعة مضروبة في نصيب الأم، وهو سهم بتسعة، وللبنات أربعة وعشرون مضروبة فيه تكن كذلك، وللأخت ثلاثة مضروبة في سهم تكن

(7/57)

ثلاثة، ثم ماتت الأخت من الأبوين، وحصتها من المسألتين أربعون. ومسألتها من ثمانية، فنصيبها صحيح على مسألتها، لكل ابن عشرة، ولكل بنت خمسة،

ثم ماتت الأخت الأخرى عن أربعين سهماً، ومسألتها من ثلاثة، وتصح من ستة،  
 وحينئذ لا تصح، وتوافق بالأنصاف، فاضرب نصف مسألتها، وهو ثلاثة في  
 ثلاثمائة وستين، تبلغ ألفاً وثمانين لزوج الميئة الأولى مائة وثمانية مضروبة في  
 ثلاثة، تكن ثلاثمائة وأربعة وعشرين للأختين من الأبوين من الأوليين ثمانون  
 مضروبة في ثلاثة، تكن مائتين وأربعين، لكل أخت مائة وعشرون، وللأختين من  
 الأم من الأوليين كذلك، ولزوج الأم تسعة مضروبة في ثلاثة، تبلغ سبعة  
 وعشرين، وللبنين والبنات من الثالثة أربعون سهماً مضروبة في ثلاثة، ثمانية  
 وعشرين، لكل ابن ثلاثون، ولكل بنت خمسة عشر، وللأختين من الأبوين من  
 الرابعة أربعة مضروبة في وفق ما في يد الميئة، وهو عشرون، تكن ثمانين،  
 لكل أخت أربعون، وللأختين من الأم سهران مضروبان في عشرين تكن  
 أربعين، لكل أخت عشرون، ثم ماتت الأخت الأخرى من الأبوين عن مائة  
 وستين سهماً، ومسألتها تصح من ستة عشر، فتركتها صحيحة على مسألتها،  
 لزوجها أربعون، ولكل ابن ستون، ولكل بنت ثلاثون، قيراطها بخمسة وأربعين،  
 والله أعلم.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 177

(7/58)

## باب قسم التركات

اعلم أن القسمة والنسبة مما يستعان بهما في تصحيح المسائل والمناسخات،  
 فالقسمة هي معرفة نصيب الواحد من المقسوم عليه، وإن شئت قلت: هو  
 سؤال عن عدد ما في المقسوم من أمثال المقسوم عليه، ولهذا إذا ضربت  
 الخارج بالقسمة من المقسوم عليه، ساوى المقسوم، فمعنى قوله: اقسام  
 ستة وثلاثين على تسعة، أي: كم نصيب الواحد من التسعة، أو كم في الستة  
 والثلاثين مثل التسعة وإذا ضربت الخارج بالقسمة وهو أربعة في التسعة، كان  
 مثل المقسوم، والنسبة معرفة قدر المنسوب من المنسوب إليه، والعدد  
 ينقسم إلى ثلاثة أقسام، أول وثاني ومشترك، فالأول ما لا يصح له كسر كأحد  
 عشر، وثلاثة عشر، فالنسبة إلى هذا النوع بالأجزاء، والثاني هو كل عدد له  
 كسر دون العشرة، مثل ثمانية وأربعين التي سدسها ثمانية، وثمانها ستة، ومثل  
 مائة التي نصف عشرها خمسة ونحو ذلك، فهذا ينسب إليه بالفاظ الكسور  
 التسعة وما تركيب منها، والمشترك هو الذي يكون له كسر فوق العشرة، وهو  
 ما تركيب من الأجزاء الصم كاثنتين وخمسين التي ربعها ثلاثة عشر، ومائة واثنين  
 وثلاثين التي نصف سدسها أحد عشر، والنسبة إلى هذا العدد بالأجزاء والكسور  
 معاً، فإن أردت أن تنسب إلى عدد، استخرجت منه كل كسر يصح منه، بأن  
 تنظر ما تركيب منه العدد من الأعداد دون العشرة إذا أردت من كم يتركب  
 العدد بأن تقسمه على عشرة وعلى تسعة، ثم إلى الاثنتين فعلى أي شيء  
 انقسم، فاعلم أنه يتركب منه كمائة وعشرين، هي تضعيف ثلاثة بأربعة بعشرة،  
 فالواحد منها ثلث ريع عشر، والأربعة ثلث عشر تستخرج النسبة من ألفاظ  
 الأعداد المترتبة منها، فإذا أضعفت عددين منها أحدهما بالآخر، كانت نسبته  
 بلفظ الثالث، ألا ترى أنك إذا أضعفت الثلاثة بالأربعة، كانت اثني عشر، وذلك  
 العشر وهو مخرج لفظ العدد الثالث، وإن أضعفت الأربعة بالعشرة، كان الثلث،



(7/59)

(إذا خلف تركة معلومة، فأمكنك نسبة نصيب كل وارث من المسألة فأعطه مثل تلك النسبة من التركة) كامرأة ماتت عن زوج وأبوين وابنتين، المسألة من خمسة عشر والتركة أربعون ديناراً، فللزوجة ثلاثة، وهي خمس المسألة، فله خمس التركة، ثمانية دنانير، ولكل واحد من الأبوين ثلثاً خمس المسألة، فله ثلثا الثمانية، وذلك خمسة دنانير وثلث دينار، ولكل واحدة من البنيتين مثل ما للأبوين كليهما، وذلك عشرة وثلثان ( وإن شئت قسمت التركة على المسألة وضربت الخارج بالقسم في نصيب كل وارث، فما اجتمع فهو نصيبه)، ففي مسألتنا إذا قسمتها على المسألة، كان الخارج دينارين وثلثين، فإذا ضربتها في نصيب الزوج وهو ثلاثة، كانت ثمانية دنانير، وإذا ضربتها في نصيب كل واحد من الأبوين، كانت خمسة وثلثان، وإذا ضربتها في نصيب كل واحدة من البنيتين، كانت عشرة دنانير وثلثين (وإن شئت ضربت سهامه في التركة وقسمتها على المسألة فما خرج، فهو نصيبه) فإذا ضربت نصيب الزوج، وهو ثلاثة في التركة، كانت مائة وعشرين، فإذا قسمتها على المسألة وهي خمسة عشر، خرج بالقسم ثمانية، وإذا ضربت نصيب أحد الأبوين فيها، كان ثمانين، فإذا قسمتها على المسألة، خرج خمسة وثلث، وإذا ضربت نصيب كل واحدة من البنيتين فيها، كانت مائة وستين، فإذا قسمتها على المسألة، خرج بالقسمة عشرة وثلثان، لكن إن كانت المسألة من الأعداد الصم، لم يمكن العمل بالطريق الأولى، لأنه لا نسبة فيها كزوج وأم وابنتين، والتركة خمسون ديناراً، المسألة من ثلاثة عشر إذا قسمت عليها التركة، خرج بالقسم لكل منهم ثلاثة دنانير، وأحد عشر جزءاً من ثلاثة عشر جزءاً من دينار، تضرب ذلك في سهام الزوج، وهي ثلاثة، يجتمع له أحد عشر ديناراً وسبعة أجزاء، وتضرب نصيب الأم يكن سبعة دنانير وتسعة أجزاء، ولكل بنت ضعف ذلك، وإن ضربت سهام كل وارث في الخمسين، وقسمتها على المسألة خرج ما ذكرنا (وإن شئت في مسائل المناسخات قسمت التركة على المسألة

(7/60)

الأولى، ثم أخذت نصيب الثاني، فقسّمته على مسألته وكذلك الثالث) كرجل توفي، وخلف أربع بنين، وأربعين ديناراً، فإذا قسمتها عليهم خرج لكل واحد عشرة، ثم مات أحدهم عن زوجة وإخوته، فمسألته من أربعة، فإذا قسمت عليها العشرة، كان للزوجة ديناران ونصف، ولكل أخ كذلك، ثم مات أحدهم عن زوجة وإخوته، فهي من أربعة، وتصح من ثمانية، فإذا قسمت مجموع ماله منهما، وهو اثنا عشر ونصف، كان للزوجة ثلاثة دنانير وثمانين، ولكل أخ أربعة ونصف، وثمانين مجموع ما حصل للأخوين الباقيين من الأولى والثانية والثالثة سبعة عشر ديناراً، وثمان دينار ونصف ثمن.  
رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 184

(وإن كان بين المسألة والتركة موافقة فوافق بينهما، واقسم وفق التركة على وفق المسألة) مثاله: زوجة وأم وثلاث أخوات مفترقات، المسألة من خمسة عشر، والتركة عشرون ديناراً ماتت الأم، وخلفت أبوين ومن خلفت، فهي من ستة للأم من الأولي سهمان لا تنقسم على الستة، وتوافقها بالنصف، فتضرب نصف الستة في الأولى تكن خمسة وأربعين، وإن شئت، نسبت كل وارث، وأعطيته من التركة مثلي تلك النسبة، فللمرأة تسعة، وهي خمس المسألة، فلها خمس التركة أربعة دنانير، للأخت من الأم ثمانية، وهي ثمانية أتساع الخمس، فلها من التركة ثمانية أتساع خمسها وهي ثلاثة دنانير وخمسة أتساع دينار، وللأخت من الأبوين عشرون، وهي أربعة أتساع المسألة، فلها أربعة أتساع التركة وهي ثمانية دنانير، وثمانية أتساع دينار، وللأخت من الأب ستة، وهي تسع المسألة، وخمس تسعها، فلها من التركة ديناران وثلثان، وإن شئت، قسمت العشرين على خمسة وأربعين، وضربت الخارج بالقسم في نصيب كل وارث، فيخرج ما ذكرنا، وإن شئت، ضربت سهام كل وارث في التركة، وقسمت ما بلغ على المسألة، فما خرج فهو نصيب، وإن شئت وافقت بين التركة والمسألة، وهي هنا توافق بالأخماس، فتد المسألة إلى تسعة، والتركة إلى أربعة، وتضرب سهام كل وارث في أربعة، وتقسمه على تسعة يخرج ما ذكرنا.

(وإن أردت القسمة على قراريط الدينار) وهي أربعة وعشرون قرارطاً في عرف بلدنا (فاجعل عدد القراريط كالتركة المعلومة واعمل على ما ذكرنا) من قبل، فإذا أردت قسمة السهام الكثيرة على ذلك، فاجعل التركة كلها قراريط، فإذا كانت التركة دينارين وقرارطين، فابسط الكل قراريط تكن خمسين، ثم اعلم على نحو ما إذا كانت التركة كلها دنانير، فإن كانت السهام كثيرة، وأردت أن تعلم سهم القراريط. فانظر ما يتركب منه العدد، فإنه لا بد أن يتركب من ضرب عدد في عدد، فانسب أحدهما إلى أربعة وعشرين إن كان أقل منها، وخذ من العدد الآخر مثل تلك النسبة، فما كان، فهو لكل قراريط، وإن كان أكثر من أربعة وعشرين، قسمته عليها، فما خرج بالقسم، فاضربه في العدد الآخر، فما بلغ، فهو نصيب القراريط كستمائة، فإنها متركة من ضرب عشرين في ثلاثين، فانسب العشرين إلى أربعة وعشرين، تكن نصفها وثلثها، فخذ نصف الثلاثين وثلثها خمسة وعشرين، فهي سهم القراريط، وإن شئت قسمت الثلاثين على أربعة وعشرين، فيخرج بالقسم سهم وربع، فاضربها في العشرين تكن عشرين، وهي سهم القراريط فإن كان في سهم القراريط كسر، بسطتها من جنس الكسر، ونسبتها منها، مثاله: زوج وأبوان وابنتان، ماتت الأم وخلفت أماً وزوجاً وأختاً من أبوين وأختين من أم، فالأولى من خمسة عشر، والثانية من عشرين، فتضرب وفق أحدهما في الأخرى تكن مائة وخمسين، وسهم القراريط ستة وربع، ابسطها أربعاً، تكن خمسة وعشرين،

فهذه سهم القيراط، فللبنيت من الأولى أربعة في عشرة تكن أربعين، فلها بخمسة وعشرين أربع قراريط تبقى خمسة عشر، اضربها في مخرج الكسر تكن ستة، اقسّمها على خمسة وعشرين، تكن اثنين وخمسين، فصار لها ستة وخمسان، وللأب من الأولى والثانية ستة وعشرون، فله بخمسة وعشرين أربعة، وابسط السهم الباقي أربعاً، تكن أربعة أخماس خمس، ولزوج الأولى ثلاثون، فله بخمسة وعشرين أربعة قراريط، وابسط الخمسة الباقية تكن عشرين

(7/63)

---

وهي أربعة أخماس قيراط، ولأم الثانية سهمان ابسطها أربعاً، تكن خمسة قراريط وثلاثة أخماس خمس قيراط، وكذلك لكل أخت من أم وللأختين للأب مثل ذلك، وللأخت من الأبوين ستة ابسطها أربعاً، تكن أربعة أخماس قيراط، وأربعة أخماس خمس.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 184

تنبيه: اعلم أن أهل بغداد وما ضاهاها من الأمصار، جعلوا الدرهم ثمانية وأربعين حبة، والدانق ثمان حبات، لأن الدرهم ستة دوانيق في سائر الأمصار، وصيروا الدرهم اثني عشر قيراطاً، والقيراط أربع حبات، وجعلوا الدرهم أربعة وعشرين طسوجاً، والطسوج حينئذ حبتان، والدينار ستين حبة، وليس بين الناس اختلاف أن عشرة دراهم وزنها سبعة مثاقيل، والمثقال: درهم وثلاثة أسباع درهم، لأنك إذا قسمت العشرة على السبعة خرج واحد وثلاثة أسباع، فيكون الدرهم نصف مثقال وخمسة، لأن السبعة من العشرة نصفها وخمسة، وأما الدينار، فهو ثمان دوانيق، وأربعة أسباع دانق من دوانيق الدراهم، لأن الدرهم ستة دوانيق، فإذا زدت علي ستة ثلاثة أسباعها، صار ثمانية وأربعة أسباع، والدينار سبعة عشر قيراطاً وسبع قيراط من قراريط الدرهم، وهو أربعة وثلاثون طسوجاً وسبع طسوج، وهو ثمانية وستون حبة وأربعة أسباع حبة من حبات الدرهم، وهو أربعة عشر قيراطاً، لأن الدرهم نصف المثقال وخمسة، والمثقال عشرون قيراطاً، فنصفها وخمسة أربعة عشر، ونصف الدرهم سبعة قراريط، وثلاث الدرهم أربعة قراريط وثلاث قيراط من قراريط الدينار، وهو أربعة قراريط وحبّتين، لأن القيراط ثلاث حبات.

(7/64)

---

(فإن كانت التركة سهاماً من عقار كثلث وربع ونحو ذلك) فلك في عملها طريقان، وهو المنبه عليه بقوله: (فإن شئت أن تجمعها من قراريط الدينار) وهو أربعة وعشرون قيراطاً في عرفنا (وتقسمها على ما قلنا) فعلى هذا إذا جمعته على ما قلنا من قراريط الدينار، كانت أربعة عشر قيراطاً، وجعلتها كأنها دنانير، ثم قسمت ذلك على المسألة، فزوج وأم وأخت من أبوين، المسألة من ثمانية، للزوج ثلاثة، هي ربعها وثمانها، فله ربع أربعة عشر قيراطاً، وثمانها وهو خمسة قراريط وربع، وللأم سهمان، هي ربع التركة، فلها ربع القراريط المذكورة، وهو ثلاثة ونصف، وللأخت مثل الزوج، فانقسمت بغير

ضرب ( وإن شئت وافقت بينها وبين المسألة) أي إن: لم ينقسم (وضربت المسألة، أو وفقها في مخرج سهام العقار، ثم كل من له شيء من المسألة، مضروب في السهام الموروثة من العقار، أو في وفقها، فما كان، فانسبه من المبلغ، فما خرج فهو نصيبه) مثاله: زوج، وأبوان، وابنتان، والتركة ربع دار، وخمسها، المسألة من خمسة عشر، توافق السهام الموروثة في العقار بالثلث، فإنها تسعة، فتزد المسألة إلى خمسة، ثم تضربها في مخرج سهام العقار، وهي عشرون، تكن مائة، فللزوجة من المسألة الخمس، ثلاثة في وفق سهام العقار، ثلاثة تسعة من مائة، وهي نصف عشر الدار، وخمس خمسها، ولكل واحد من الأبوين سهمان في ثلاثة ستة، وهي ثلاثة أخماس عشر الدار، ولكل بنت ضعف ذلك، وهو عشر، وخمس عشر، وإن شئت نسبت سهام كل وارث من المسألة، فما بلغ أعطيته منها بقدر نسبة السهام إلى سهام العقار، فللزوجة من المسألة الخمس، فله خمس التركة، وكذلك نفعل في البواقي، وإن لم توافق السهام الموروثة، المسألة ضربت المسألة جميعها في مخرج سهام العقار، فما بلغ فمنه تصح. وكل من له شيء من المسألة مضروب في السهام، فما بلغ، فانسبه من العدد المجتمع، فما خرج بالنسبة، فله مثل تلك النسبة من الدينار.

(7/65)

---

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 184  
حساب المجهولات: زوج، وأم، وأختان، لاب وأم: أخذ الزوج بميراثه خمسة وأربعين ديناراً، كم التركة؟ فالطريق في ذلك، أن تقسم ما أخذه على سهامه، فيخرج خمسة عشر، فاضربها في سهام لمسألة، وهي ثمانية، تكن مائة وعشرين، وهي التركة، وإن شئت ضربت ما أخذه في سهام المسألة، تكن ثلاثمائة وستين، وقسمت ذلك على سهام الزوج، يخرج ما ذكرناه، وإن شئت ضربت ما أخذه في سهام باقي الورثة، وقسمت ذلك على سهامه، فما خرج، فهو باقي التركة، وإن شئت قلت: سهام من بقي مثل سهامه مرة وثلاثين، فيجب أن يكون الباقي خمسة وسبعين، فإن أخذ وارث بدينه وإرثه جزءاً من التركة كنصف وثلث، صحت المسألة، وأسقطت منها سهمه، وضربت ما بقي في مخرج الجزء الذي أخذه، فما ارتفع منها منزلة، ثم أسقط من المخرج ما أخذه، واضرب ما بقي مما صحت منه المسألة، فما بلغ فإرث، وباقي التركة دين.

فائدة: قال الإمام أحمد في قوله تعالى: {وإذا حضر القسمة} (4: 8) الآية، وذلك إذا قسم القوم الميراث، فقال خطاب بن عبد الله: قسم لي أبو موسى بهذه الآية، وفعل ذلك غيره، والآية محكمة، وقال ابن المسيب: إنها منسوخة كانت قبل الفرائض.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 184

(7/66)

---

## باب ذوي الأرحام

هذا الباب معقود لبيان ذوي الأرحام، وبيان ميراثهم، والأرحام جمع رحم بوزن كتف، وفيه اللغات الأربع في الفخذ، وهو بيت منبت الولد، ووعاؤه في البطن، وقال الجوهري: الرحم رحم الأنثى، وهي مؤنثة، والرحم: القرابة، وقال صاحب «المطالع»: هي معنى من المعاني، وهو النسب، والاتصال الذي يجمع والده، فسمي المعنى باسم ذلك المحل تقريباً للأفهام، ثم يطلق الرحم على كل قرابة، والمراد هنا قرابة مخصوصة، بدليل قوله: (وهم كل قرابة ليس بذي فرض، ولا عصة) وهم أحد الأقسام المذكورين في آخر كتاب الفرائض، ثم شرع في بيان تعدادهم فقال: (وهم أحد عشر صنفاً: ولد البنات، وولد الأخوات، وبنات الإخوة، وبنات الأعمام، وبنو الإخوة من الأم، والعم من الأم، والعمات، والأخوال، والخالات، وأبو الأم، وكل جدة أدلت بأب بين أمين، أو بأب أعلا من الجد ومن أدلى بهم) فهؤلاء يسمون ذوي الأرحام، وهم وارثون، حيث لم تكن عصة، ولا ذو فرض من أهل الرد، روي ذلك عن عمر، وعلي، وأبي عبيدة، ومعاذ، وأبي الدرداء، وقاله شريح و طاووس و عطاء و علقمة و مسروق، وعمر بن عبد العزيز، وحكاه الخبري عن أبي هريرة، وعائشة، وسائر الفقهاء، وكان زيد لا يورثهم، ويجعل الباقي لبيت المال، وعن أبي بكر وابن عباس وغيرهما نحوه، وقاله الزهري، و الأوزاعي، و مالك و الشافعي، لما روى عطاء بن يسار أن «رسول الله ركب إلى قباء يستخير الله تعالى في العمرة، والخالة، فأنزل الله أن لا ميراث لهما». رواه سعيد في سننه، و الدارقطني، ولأن العمرة، و بنت الأخ لا يرثان مع إختوتهما، فلا يرثان منفردتين كالأجنبيات، ولأن انضمام الأخ إليهما يقويهما، بدليل أن بنات الابن، والأخوات من الأب يعصبن أخوهن، فإذا لم ترث هاتان مع أخيها، فمع عدمه أولى، ولأن المواريث إنما ثبتت بالنص، وهو منتف هنا، وجوابه: قوله تعالى: {وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله} (8: 57) أي: أحق بالتوارث في حكم الله تعالى، قال

(7/67)

العلماء: كان التوارث في ابتداء الإسلام بالحلف، فكان الرجل يقول للرجل: دمي دمك، ومالي مالك، تنصرني وأنصرك، وترثني وأرثك، فيتعاقدان الحلف بينهما علي ذلك، فيتوارثان به دون القرابة، لقوله تعالى: {والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم} (4: 33) ثم نسخ ذلك، وصار التوارث بالإسلام والهجرة، فإذا كان له ولد ولم يهاجر ورثه المهاجرون دونه، لقوله تعالى: رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 192

{والذين آمنوا ولم يهاجروا مالكم من ولايتهم من شيء حتى يهاجروا} (8: 27) ثم نسخ بقوله تعالى: {وأولوا الأرحام} (8: 57) الآية. وعن المقداد أن النبي قال: «الخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه»، رواه الشافعي، و أحمد، وغيرهما، ورجاله ثقات، وروى أحمد و ابن ماجه و الترمذي وحسنه نحو هذا من حديث أبي أمامة، قال الترمذي: وإلى هذا الحديث ذهب أكثر أهل العلم، وروى الترمذي و الدارقطني من حديث عائشة نحوه، ورجاله ثقات، وتكلم فيه بعضهم. لا يقال: المراد أن من ليس له إلا خال، فلا وارث له، كما

يقال: الجوع زاد من لا زاد له، والماء طيب من لا طيب له، والصبر حيلة من لا حيلة له، أو أنه أراد بالخال السلطان، لأنه قال: يرث ماله، ويرثه، وأن الصحابة فهموا ذلك، وأنه سماه وارثاً، والأصل الحقيقة، وما ذكر من أنه يستعمل النفي معارض بأنه يستعمل للإثبات، كقولهم: ياعماد من لا عماد له، وياسند من لا سند له، ولأنه ذو قرابة، فيرث كذوي الفرض، ولأنه ساوي الناس في الاسلام، وزاد عليهم بالقرابة، فكان أولى بماله منهم، ولهذا كان أحق في الحياة بصدقته وصلته، وبعد الموت بوصيته مع أن حديثهم مرسل، ثم يحتمل أنه لا ميراث له مع ذوي الفرض، والعصبات. وقوله: لا يرثان مع إخوتهما، لأنهما أقوى، وقولهم: إنه إنما يثبت بالنص، ولا نص هنا مردود بالنصوص الواردة فيه، والإرث بالرد مقدم عليهم. قال الخبيري: لم يختلفوا فيه إلا ما روي عن سعيد بن المسيب، وعمر

(7/68)

---

ابن عبد العزيز أنهما ورثا الخال مع البنت، فيحتمل أنه عصبه، أو مولى، لثلا يخالف الإجماع. (ويرثون بالتنزيل) في قول الأكثر وعنه أنهم يرثون على ترتيب العصبات، وهو قول أبي حنيفة، وأصحابه، فجعلوا أولادهم أولاد البنات، ثم أولاد الأخوات، ثم الأخوال، والخالات، والعمات، وأولاهم من كان لأبوين، ثم لأب، ثم لأم، واختلفوا في تفصيله، نبه على ذلك الخبيري، ثم قال: ويسمى مذهبهم قول أهل القرابة، وأما باقي المورثين لهم، فيسمون بالمنزليين، وهم فيه على مذاهب، وإنما القول على قول الجم الغفير من المنزليين، وبه يفتي أكثر أصحابنا اليوم لعدم بيت المال. رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 192

(7/69)

---

(وهو أن يجعل كل شخص بمنزلة من أدلى به) لأنهم نزلوا كل فريق منهم، منزلة الوارث الذي يدلي به، وقسموا نصيب الوارث بين المدلين به على قدر ميراثهم منه، فإن بعدوا، نزلوا درجة حتى يصلوا إلى من يمتون به، فيأخذون ميراثه (فيجعل ولد البنات والأخوات كامهاتهم، وبنات الإخوة، والأعمام، وولد الإخوة من الأم كأبائهم، والأخوال، والخالات، الأم كالأم، والعمات، والعم من الأم كالأب) روي عن عمر، وعلي، وابن مسعود، وهذا هو الصحيح في تنزيل العمه أباً، والخالة أمّاً، لما روي الزهري وفي ابن المنجا عن أنس أن رسول الله قال: «العمه بمنزلة الأب، إذا لم يكن بينهما أب، والخالة بمنزلة الأم، إذا لم يكن بينهما أم» رواه أحمد، ولأن الأب أقوى جهات العمه، والأم أقوى جهات الخالة، فتعين تنزيلهما بهما دون غيرهما كبنات الأخ، وبنات العم، فإنهما ينزلان منزلة أبويهما دون أخويهما، ولأنه إذا اجتمع لهما قرابات، ولم يمكن توريثهما بجميعة، ورثناها بالأقوى، كالمجوس عند من لا يورثهم بجميع قراباتهم، وكالأخ من الأبوين، فإننا نورثه بالتعصيب، وهي جهة أبيه دون قرابة أمه (وعنه) أن العمه والعم من الأم (كالعم) روي عن علي، وقاله

علقمة، و مسروق، فعلى هذه يجعلهن كلهن بمنزلة العم من الأبوين، لأنه أقواهم، وعنه: العممة لأبوين، أو لأب كجد، فعلى هذه العممة لأم، والعم لأم، كالجدة أمهما، وهل عممة الأب لأبوين، أو لأب كالجدة، أو كعم الأب من الأبوين، أو كأبي الجد؟ مبني على الروايات، لأنها تدلي بالجد، أو بأخيه، أو بأمه، وهل عم الأب من الأم، وعممة الأب لأم كالجدة، أو كعم الأب من أبوين، أو كأم الجد؟ مبني على الخلاف، وليس كأبي الجد، لأنه أجنبي منهما.  
رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 192

(7/70)

مسائل: بنت بنت، وبنت بنت ابن المال بينهما على أربعة، فإن كان معهما بنت أخ، فالباقي لها، وتصح من ستة، فإن كان معهما خالة، فلبنت البنت النصف، ولبنت بنت الابن السدس تكملة الثلثين، وللخالة السدس، والباقي لبنت الأخ، فإن كان مكان الخالة عممة، حجت بنت الأخ، وأخذت الباقي، لأن العممة كالأب، فيسقط من هو بمنزلة الأخ، ومن نزلها عمًا، جعل الباقي لبنت الأخ، وأسقط بها العممة، ومن نزلها جدًا، قاسم بها ابنة الأخ، الثلث الباقي بينهما نصفين، ومن نزلها جدة، جعل لها السدس، ولبنت الأخ الباقي، وفي قول أهل القرابة، لا ترث بنت الأخ مع بنت البنت، ولا مع بنت بنت البنت شيئًا. (ثم يجعل نصيب كل وارث لمن أدلى به) كما ذكرنا (فإن أدلى جماعة بواحد، واستوت منازلهم منه) بأن كانوا في درجة واحدة (فنصيبه بينهم بالسوية) كإرثهم منه (ذكرهم وأنتاهم سواء) نقله الأثرم، وحنبل، و إبراهيم بن الحارث في الخال والخالة يعطون بالسوية، وهذا قول أبي عبيد، وإسحاق، قال في «المستوعب»: وعليه جمهور أصحابنا، وجزم به في «الوجيز» قدمه في «الفروع»، لأنهم يرثون بالرحم المجردة، فاستوى ذكرهم وأنتاهم، كولد الأم (وعنه: للذكر مثل حظ الأنثيين) نقله المروزي، وعليه أهل العراق، وعامة المنزلين، كالأولاد، ولأن ميراثهم معتبر بغيرهم، ولا يجوز حملهم على ذوي الفروض لاستيعابهم المال به، ولا على العصة البعيد، لانفراد الذكر به، فوجب اعتبارهم بالقرب من العصات (إلا ولد الأم) وهذا متفق عليه بين الجميع، لأن أباهم يسوي ذكرهم وأنتاهم، وغايته أن يثبت للفرع ما للأصل، إلا في قول من أمات السبب، فإن عنده للذكر مثل حظ الأنثيين (وقال الخرقى: يسوي بينهم، إلا الخال، والخالة) هذا رواية، اختارها الشيرازي، وابن عقيل في «التذكرة» وقال: استحساناً، يعني أن مقتضى الدليل التسوية، خرج منه الخال والخالة على سبيل الاستحسان، وذكر بعضهم أنه روي عن النبي قال: «الخال والد إذا لم

(7/71)

يكن دونه أم، والخالة أم، إذا لم يكن دونه أم» فإن صح، فيعكّر عليه تنزيل الخال بمنزلة الأم، لكن قال في «المغني»: لا أعلم له موافقاً على هذا القول، ولا علمت وجهه، قال القاضي: لم أجد هذا بعينه عن أحمد، والخلاف إنما هو في ذكر وأنتى أبوهما وأمهما واحد، فأما إذا اختلفت آباؤهم، وأمهااتهم، كالأحوال، والخالات المفترقين، والعمات المفترقات، أو إذا أدلى كل واحد

منهم بغير من أدلى به الآخر، كابن بنت، وبنيت بنت أخرى، فله موضع يذكر فيه، مثاله: ابن أخت معه أخته، أو ابن بنت معه أخته، المال بينهما نصفان على المذهب، وأثلاثاً على الثانية، بنت بنت، وبنيت بنت ابن، هي من أربعة، عند المنزليين جميعهم. وعند أهل القرابة، المال لبنت البنت، لأنها أقرب، فإن كان معهما بنتا بنت ابن أخرى، فكأنهم بنتا ابن وبنيت، فمسألتهم من ثمانية، وتصح من ستة عشر.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 192  
(وإذا كان ابن، وبنيت أخت، وبنيت أخت أخرى، فلبنت الأخت وحدها النصف) لأنه حق أمها (وللأخرى وأخيها، النصف بينهما) يحتمل أن يكون بينهما نصفان، وهو قول الجمهور، فعلى هذا تصح من أربعة، ويحتمل يكون بينهما أثلاثاً، وهو الرواية الأخرى، فتصح من ستة، والأول أظهر، قال في «الشرح»: لا اختلاف بين المنزليين في أن لولد كل أخت ميراثها، وهو النصف، فمن سوى، جعل النصف بينهما نصفين، والنصف الآخر للأخرى، ومن فصل، جعله بينهما أثلاثاً، وقال أبو يوسف: للابن النصف، ولكل بنت الربع، وتصح من أربعة، وقال محمد: لولد الأخت الأولى، الثلثان، بينهما على ثلاثة، وللأخرى الثلث، وتصح من تسعة.

(7/72)

(وإن اختلفت منازلهم من المدلى به، جعلته كالبيت) لأن جهة اختلاف المنازل تظهر بذلك (وقسمت نصيبه بينهم على ذلك) لأنه يجعل كالبيت، والبيت يقسم نصيبه على ورثته، بحسب منازلهم منه، ثم بين ذلك بقوله: (كثلاث حالات مفترقات، وثلاث عمات مفترقات، فالثالث بين الخالات على خمسة أسهم) لأنهن يدين بالأم (والثلثان بين العمات كذلك) لأنهن يدين بالأب على المذهب، ومنازلهم منه مختلفة، فكان الميت ظنه أباً وأماً، فما صار للأم بين إختها على خمسة، وكذلك في العمات، فصار الكسر في الموضوعين على خمسة/ (فاجتزىء بإحداهما) أي: أحدهما يجزىء عن الآخر (وأضربها في ثلاثة) لأن فيها ثلثاً، وكل من القبيلين مسألته من ستة، فترجع بالرد إلى خمسة، وسهم كل قبيل لا ينقسم على مسألة، ولا يوافق، فاكتف بأحدهما لتمائله، وأضربه (تكن خمسة عشر) فللخالات سهم في خمسة مقسومة بينهن (للخالة التي من قبل الأب والأم ثلاثة أسهم، وللتي من قبل الأب سهم، وللتي من قبل الأم سهم) لأن الثلث قد صار للأم، فيقسم نصيبها بين إختهم على ما ذكر، لأنهن أخوات لها مفترقات، فيقسم نصيبها بينهن بالفرض والرد (وللعمة التي من قبل الأب، والأم ستة أسهم، وللتي من قبل الأب سهمان، وللتي من قبل الأم سهمان)، وهذا قول عامة المنزليين، وعند أهل القرابة، للعمة من الأبوين الثلثان، وللخالة من الأبوين الثلث، وسقط سائرهم، وقال نعيم وإسحاق: الخالات كلهن سواء، فيكون نصيبهن بينهن على ثلاثة، وكذلك نصيب العمات بينهن على ثلاثة، يتساوون فيه، فتكون المسألة من تسعة، فعلى ما ذكره المؤلف، إن كان مع الخالات خال من أم، ومع العمات عم من أم، فسهم كل واحد من الفريقين بينهم، على ستة، وتصح من ثمانية عشر عند المنزليين (وإن خلف ثلاثة أحوال مفترقين، فللخال من الأم السدس، والباقي للخال من الأبوين)، كما لو خلف ثلاثة إخوة مفترقين، فإنه يسقط الأخ من الأب، بالأخ من الأبوين، كسقوط الخال من الأب به، فعلى هذا تصح



(7/73)

---

المسألة من ستة (فإن كان معهم) أي: مع الأخوال (أبو أم أسقطهم، كما يسقط الأب الإخوة) لأن حكم من يدلي، مثل حكم المدلى به، والأب المدلى به يسقط الإخوة، فكذا أبو الأم المدلى به يسقطهم، قال في «الفنون»: خالة الأب، كأختها الجدة أم الأب، وتقدم: هل العمة كأب، أم لا؟ ولما أسقطت الأم أمهات الأب كأمهاتها؟ علم أن كلهن يدلين بالأمومة، مع جهة الأبوة، والعجب من هاتين المسألتين: أن قرابتي الأب من جانبي أبيه وأمه، كجهتين، وجهة الأمومة مع جهة الأبوة كجهة، ذكره في «الفروع».

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 192

مسألة: ثلاثة أخوال مفترقين، معهم أخواتهم، وعم، وعمة من أم، الثلث بين الأخوال والخالات على ستة، للخال والخالة من الأم، الثلث بينهما بالسوية، وثلاثه للخال والخالة من الأبوين بينهما على ثلاثة، عند من فصل، وهو إحدى الروايتين، وقول أكثر المنزليين، والثانية بينهما سواء فيهما.

(7/74)

---

(وإن خلف ثلاث بنات عمومة مفترقين فالمال لبنت العم من الأبوين وحدها) نص عليه، لأنهن أقمن مقام آبائهن، فبنت العم من الأبوين بمنزلة أبيها، وبنت العم من الأب بمنزلة أبيها، وبنت العم من الأم بمنزلة أمها، ولو مات شخص، وخلف ثلاثة أعمام مفترقين، كان الميراث للعم من الأبوين، لسقوط العم من الأب به، والآخر من ذوي الأرحام، وهذا قول أهل القرابة، وأكثر أهل التنزيل، وقال الثوري: المال بين بنت العم من الأبوين، وبنت العم من الأم على أربعة، وقال أبو عبيد: لبنت العم من الأم السدس، والباقي لبنت العم من الأبوين، كبنات الإخوة، وردة في «المغني» بأنهن بمنزلة آبائهن، وفارق بنات الإخوة، لأن آباءهن يكون المال بينهم على ستة، ويرث الأخ من الأم مع الأخ من الأبوين بخلاف العمومة. وقيل: على قياس قول محمد بن سالم: المال لبنت العم من الأم، لأنها بعد درجتين بمنزلة الأب، فيسقط به العم، قال الخيري: وليس بشيء، وقال أبو الخطاب قولاً من رأيه يفضي إلى هذا، فإنه ذكر الأبوة جهة، والعمومة جهة أخرى، قال في «المغني» و«الشرح» ولو علم إفشاء هذا القول إلى هذا، لم يذهب إليه، لما فيه من مخالفة الإجماع ومقتضى الدليل، وإسقاط القوي بالضعيف، والقريب بالبعيد، قال في «المغني»: ولا يختلف المذهب أن الحكم في هذه المسألة على ما ذكرنا، وهذا إيماء إلى أن العمومة، ليست جهة منفردة، وإنما هي من جهة الأب، وكذا الخلاف إن كان معهن بنت عمه، ولو كان مع الجميع بنت أخ الأبوين، أو لأب، فالكل لها على المذهب.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 192

(7/75)

---

(وإن أدلى جماعة منهم بجماعة، قسمت المال بين المدلى بهم، كأنهم أحياء) لأنهم أصل من أدلى بهم (فما صار لكل وارث فهو لمن أدلى به) إذا لم يسبق بعضهم بعضاً، لأنهم وراثته، فإذا خلف ثلاث بنات أخت لأبوين، وثلاث بنات أخت لأب، وثلاث بنات أخت لأم، وثلاث بنات عم، أقسم لمال بين المدلى به، فلبنات الأخت من الأبوين النصف، ولبنات الأخت من الأب السدس، وللآخرين كذلك، والباقي هو سهم للعم، ثم أقسم نصيب كل وارث على وراثته، فنصيب الأخت للأبوين على بناتها، صحيح عليهن، ونصيب الأخت للأب على بناتها، لا يصح ولا يوافق، وكذا نصيب الأخت للأم، والأعداد متماثلة، فاجتزىء ببعضها، واضربه في أصل المسألة، تكن ثمانية عشر لبنات الأخت للأبوين تسعة، لكل واحدة ثلاثة، ولبنات الأخت للأب ثلاثة، لكل واحدة سهم، ولبنات الأخت للأم كذلك، ولبنات العم مثلهن (وإن أسقط بعضهم بعضاً، عملت على ذلك) كأبي أم، والاقوال، فأسقط الاقوال، لأن الاب يسقط الإخوة والاقوات وثلاث بنات إخوة مفترقين، لبنت الاخ للأم السدس، والباقي التي من الأبوين كأبائهن (وإن كان بعضهم أقرب من بعض، فمن سبق إلى الوارث ورث) ولو بعد عن الميت (وأسقط غيره) إذا كانا من جهة واحدة، كبنت بنت، وبنت بنت بنت، المال للأول، لأن القريب يرث، ويسقط البعيد، وكخالة، وأم أبي أم، الميراث للخالة، لأنها تلقى الأم بأول درجة (إلا أن يكونا من جهتين، فينزل البعيد حتى يلحق بوارثه) فيأخذ (سواء سقط به القريب أو لا) عند المنزليين في ذلك (كبنت بنت، وبنت أخ الأم، المال لبنت بنت البنت) لأن جدتها وهي البنت تسقط الأخ من الأم، ومن ورث الأقرب، جعله لبنت الأخ، وحكى هذا في «الترغيب» رواية، فقال: الإرث للجهة القربى مطلقاً، وفي «الروضة»: ابن بنت، وابن أخت لأم، له السدس، ولابن البنت النصف، والمال بينهما على أربعة، والقول الاول ظاهر كلام أحمد، نقل عنه جماعة في خالة وبنت خالة، وبنت ابن عم، للخالة الثلث، ولابنة

(7/76)

ابن العم الثلثان، ولا تعطى بنت الخالة شيئاً، ونقل عنه حنبل أنه قال: قال سفيان قولاً حسناً، إذا كانت خالة، وبنت ابن عم، تعطى الخالة الثلث، وبنت ابن العم الثلثين. فرع: إذا انفرد واحد من ذوي الأرحام، أخذ المال كله، وإن كانوا جماعة، فأدلووا بشخص واحد، كخالة، وأم أبي أم، وابن خال، فالمال للخالة، لأنها تلقى الأم بأول درجة في قول عامة المنزليين، إلا أنه حكى عن النخعي وشريك في قرابة الأم خاصة، فإنهم أماتوا الأم، وجعلوا نصيبها لورثتها ويسمى قولهم قول من أمات السبب، واستعمله بعض الفرضيين في جميع ذوي الأرحام. رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 192

(7/77)

(والجهات) التي يرث بها ذوو الأرحام (أربع: الأبوة، والامومة والبنوة، والاقوة) لأن المدلى به لا يخرج عن ذلك والمجزوم به في «الوجيز» وقدمه في



فضل، جعل له النصف والثلث، ولأخته السدس، هذا قول أكثر المنزليين. بنتا أخت من أم، إحداهما بنت أخ من أب، وبنت أخ من الأبوين، هي من اثني عشر، ستة لبنت الأخت من الأبوين وأربعة لذات القرايتين من جهة أبيها، ولها سهم من جهة أمها، وللأخرى سهم عمتان من أب، إحداهما خالة من أم، وخالة من أبوين، هي من اثني عشر، لذات القرايتين خمسة، وللعمة الأخرى أربعة، وللخالة من الأبوين ثلاثة، فإن كان معهم عم من أم، هو خال من أب، صحت من تسعين (فإن كان معهم أحد الزوجين، أعطيته فرضه) للآيتين السابقتين/ (غير محجوب ولا معاول) قال في «المغني»: لا أعلم خلافاً بين من ورثهم أنهم يرثون معه أحد الزوجين ما فضل عن ميراثه من غير حجب ولا معادلة، لأن الله تعالى فرض للزوج والزوجة، ونص عليهما، ولا يحجبان بذوي الأرحام وهم غير منصوص عليهما، انتهى، ولأن ذا الرحم لا يرث مع ذي فرض، وإنما ورث معه هنا، لكون أن أحد الزوجين لا يرد عليه (وقسمت الباقي بينهم كما لو انفردوا) قاله إمامنا، وأبو عبيد، وعمامة من ورثهم، لأن صاحب الفرض أخذ فرضه، كان الميت لم يخلف إلا ذلك (ويحتمل أن يقسم الفاضل عن الزوج بينهم، كما يقسم بين من أدلوا به) وهو قول يحيى بن آدم وضار، ظاهر الخرق، وذكره في التعليق والواضح لأنه الأصل الذي وقع به إرثهم، وهذا الخلاف، إنما يقع في مسألة، فيها من يدلي بذوي فرض، ومن يدلي بعصبة، فأما إن أدلى جميعهم بذوي

(7/80)

فرض، أو عصبة، فلا خلاف فيه، قاله في «المغني» و«الشرح» (فإذا خلفت زوجاً، وبنت بنت، وبنت أخت) لأبوين، أو لأب (فللزوج النصف، والباقي بينهما نصفين على الوجه الأول) وهو المذهب، وتصح من أربعة (وعلى الآخر يقسم بينهما على ثلاثة، لبنت البنت سهمان، ولبنت الأخت سهم) وتصح من ثمانية، وعلى الثاني البقية بينهما على سبعة، لبنت البنت أربعة، وللأخرى ثلاثة، وتصح من ثمانية وعشرين، فتضرب سبعة في أربعة.

مسألة: زوجة، وابنتا ابنتين، وابنتا أختين، للزوجة الربع، ولبنتي البنيتين ثلثا الباقي، وهو النصف ولبنتي الأختين الباقي، وهو الربع، وتصح من ثمانية، وعلى الآخر تفرض المسألة من ثمانية، للزوجة الثمن، وللبنتين الثلثان، وليس لها ثلثان، فتضربها في ثلاثة تكن أربعة وعشرين، للزوجة الثمن، وللبنتين ستة عشر، ولبنتي الأختين الباقي، وهو خمسة، ثم تعطي الزوجة الربع، وتقسم الباقي على أحد وعشرين سهماً، للبنيتين ستة عشر، ولبنتي الأختين خمسة، والاحد وعشرون ثلاثة أرباع تكملها، بأن تزيد عليها سبعة، تكن ثمانية وعشرين، للزوجة سبعة، وللبنتين ستة عشر، ولبنتي الأختين خمسة، لا تنقسم عليها، فتضربها في اثنين، تكن ستة وخمسين ومنها تصح.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 192

(ولا يعول من مسائل ذوي الأرحام إلا مسألة واحدة، وشبهها) وهي أصل ستة (وهي خالة، وست بنات: ست أخوات متفرقات) للخالة السدس: لأنها تدلي بالأم، ولبنتي الأخت من الأم الثلث، ولبنتي الأختين من الأبوين الثلثان أربعة (تعول إلى سبعة) لأن العول الزائد على هذا لا يكون إلا لاحد الزوجين، وليس ذلك في ذوي الأرحام وقوله: وشبهها، أي: ليس العول مختصاً بعين هذه

المسألة، بل يجري فيها، وفي كل مسألة فيها من يقوم مقام الأم، أو الجدة، ومن يقوم مقام الأخوات المفترقات ممن يأخذ المال كله بالفرض، كخالة أو أبي أم، وبنات أخ لأم، وثلاث بنات ثلاث أخوات متفرقات.

(7/81)

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 192

باب ميراث الحمل

الحمل - بفتح الحاء - ما في بطن الحبل، وبكسرهما، ما يحمل على ظهر، أو رأس، وفي حمل الشجرة قولان حكاهما ابن دريد، ويقال: امرأة حامل، وحاملة، إذا كانت حبل، فإذا حملت شيئاً على ظهرها، أو رأسها، فهي حاملة لا غير.

(إذا مات عن حمل يرثه) وقف الامر حتى يتبين، فإن امتنعوا (وطالب بقية الورثة بالقسمة) أجبوا إليها، ولم يعطوا كل المال بغير خلاف، فيدفع إلى من لا ينقصه الحمل كمال ميراثه، وإلي من ينقصه أقل ميراثه، ولا يدفع إلى من يسقط شيء، فأما من يشاركه، فأكثر أهل العلم قالوا: يوقف للحمل شيء ويدفع إلى شركائه الباقي. نادرة، حكى الماوردي فقال: أخبرني رجل من أهل اليمن ورد طالباً العلم، وكان من أهل الدين والفضل، أن امرأة باليمن وضعت شيئاً كالكرش، فظن أن لا ولد فيه، فألقي على قارعة الطريق، فلما طلعت الشمس، وحمي، تحرك، فأخذ، فشق فخرج منه سبعة أولاد ذكور، وعاشراً جميعاً، وكانوا خلقاً سوياً، إلا أنه كان في أعضادهم قصر، قال: وصارعني أحدهم، فصارعني، فكنت أعير به، ويقال: صرعتك سبع رجل، قال المؤلف: وأخبرني من أتق به سنة ثمان أو تسع وستمئة، عن رجلٍ ضرير بدمشق أنه قال: ولدت امرأتي سبعة في بطن واحد، ذكوراً وإناثاً، وأجيب بأن هذا نادر، فلا يعول عليه، ولا يجوز منع الميراث من أجله، كما لو لم يكن بالمرأة حمل (وقفت نصيب ذكرين) لأن ولادة التوأمين كثير معتاد، فلم يجز النقصان عنه لأنه معتاد ولا الزيادة عليه، لأنه نادر (إن كان نصيبهما أكثر) كرجل مات عن امرأة، وابن، وحمل، فمسألته من ثمانية وتصح من أربعة وعشرين للذكرين أربعة عشر، وهو أكثر من نصيب ابنتين (وإلا وقفت نصيب ابنتين) أي: إن كان نصيبهما أكثر، كرجل مات عن امرأة، وأبوين، وحمل: فمسألته من أربعة وعشرين وتصح من سبعة وعشرين للابنتين، منها ستة عشر، وهو أكثر من نصيب ذكرين وضابطه، أن الفروض

(7/82)

متى زادت على ثلث المال، فميراث الإناث أكثر، وهذا هو المروي عن أحمد، وقاله محمد ابن الحسن، و اللؤلؤي، وقال شريك ووافق جماعه: إنه يوقف نصيب أربعة: وقال الليث، و أبو يوسف، ويوقف نصيب غلام، ويؤخذ ضمن من الورث، وعلى المذهب يشترط لوقف النصيب المذكور كونه وارثاً وأن يطلب بقية الورثة القسمة وقد ذكره المؤلف، فإن لم يطلبوها، بقي الأمر على حاله،

إلى الوضع، وهذا ظاهر (ودفعت إلى من لا يحجبه الحمل أقل ميراثه) لأنه اليقين، وما زاد مشكوك فيه، كرجل مات عن امرأة، وحمل، فيتقدير خروجه حياً، لها الثمن، ويتقدير خروجه ميتاً، لها الربع، فيدفع إليها الثمن، لأنه أقل (ولا يدفع إلى من يسقطه شيئاً) لأن الظاهر خروج الحمل حياً وهو يسقط الموجود، فلم يدفع إليه مع الشك في استحقاقه، كرجل خلف امرأة، وحملًا، وثلاث أخوات مفترقات، فالولد الذكر يسقط الاخوات من كل جانب، وهو يحتمل أن يكون ذكراً.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 208

(فإذا وضع الحمل دفعت إليه نصيبه) لأنه حقه (وردت الباقي إلى مستحقه) لأن ذلك حقهم، لكن إن كان يرث الموقوف كله، كما في المسألتين أخذه كله، وإن أعوز شيئاً، رجع على من في يده، وهل يجري في حول الزكاة كما قاله ابن حمدان من موته، لحكمنا له بالملك ظاهراً حتى منعنا باقي الورثة، أو الآن كما هو ظاهر كلام الأكثر، وجزم به المجد في زكاة مال الصبي؟ فيه وجهان، ذكرهما أبو المعالي قال: ولو وصى لحمل ومات، فوضعت لدون ستة أشهر، وقبل وليه، ملك المال، وهل ينعقد حوله من الموت، أو القبول؟ فيه خلاف في حصول الملك، وإن لم تكن توطأ، فوضعت لمضي أربع سنين، وقلنا: تصح الوصية له، ففي وجوب زكاة ما مضى من المدة قبل الوضع وجهان.

(7/83)

تنبيه: اعلم أنه ربما يكون الحمل لا يرث إلا إذا كان ذكراً، مثل أن يكون من جد الميت، أو عمه، أو أخيه، كبننت، وعم وامرأة أخ حامل، للبننت النصف، والباقي موقوف في قولهم جميعاً، وربما كان الحمل لا يرث، إلا إذا كان أنثى، كزوج، وأخت لأبوين، وامرأة أب حامل، يوقف سهمه من سبعة، فإن ولدت أنثى أخذته، وإن ولدت ذكراً، أو ذكرين، أو ذكراً وأنثى، اقتسمه الزوج والأخت، وكذلك إن تركت أختاً لأب، لم يدفع إليها شيء لجواز أن تلد ذكراً فيسقطها.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 208

فصل

(وإذا استهل المولود صارخاً) سمي الصراخ استهلالاً تجوزاً، وأصله أن الناس إذا رأوا الهلال، صاحوا عند رؤيته، واجتمعوا، فأراه بعضهم بعضاً، فسمي الصوت عند استهلال الهلال استهلالاً، ثم سمي الصوت من المولود استهلالاً، لأنه صوت عند وجود شيء يجتمع له، ويفرح به، وفسر الجوهري الاستهلال بالصراخ، وكذا المؤلف، لينبه بذلك على حياته، وفيه شيء، لأنه إن جعل حالاً كان فيه إشعار بانفكاك الاستهلال عنه، وكذا إن جعل تمييزاً، لأنه لا يأتي إلا بعد ما يحتمل الأمرين، والتفسير ياباه، والأظهر أنه حال مؤكدة كقوله تعالى: {ولا تعثوا في الأرض مفسدين} (2: ) (وَرِثَ وَوُزِرَتْ) نقله أبو طالب وفي «الروضة»، وهو الصحيح عندنا، وهو قول ابن عباس والحسن و ابن سيرين لما روى أبو هريرة مرفوعاً قال: «إذا استهل المولود ورث» رواه أبو داود وعن جابر نحوه رواه ابن ماجه، فدل أنه لا يرث بغير الاستهلال، وفي لفظ ذكره ابن سراقه، ان النبي قال في الصبي: «إذا وقع صارخاً فاستهل ورث وتمت ديتته، وسمي، وصلي عليه، وإن وقع حياً ولم يستهل، لم تتم ديتته، وفيه غرة على العاقلة».

(وفي معناه العطاس والتنفس والارتضاع) وكذا في «المحرر» و«الوجيز» وزاد البكاء، روى يوسف بن موسى عن أحمد أنه قال: يرث السقط ويورث إذا استهل، فقيل له: ما الاستهلال؟ قال: إذا صاح أو عطس أو بكى، فعلى هذا، كل صوت يوجد منه تعلم به حياته، فهو استهلال، وقاله الزهري والقاسم لأنه صوت علمت به حياته، أشبه الصراخ، وعنه، إذا علمت حياته بصوت أو حركة أو رضاع أو غيره ورث، وثبت له أحكام المستهل، وقاله الثوري وغيره، ولأن ما ذكر في معنى الاستهلال، فثبت له حكمه (وما يدل على الحياة) كالبكاء والحركة الطويلة، ولو قال: وإذا استهل المولود «كالكافي»، لكان أولى لكن خصه طائفة بأنه لا يرث إلا إذا استهل صارخاً، وذلك مفيد بأمرين: أحدهما: أن يعلم أنه كان موجوداً حال الموت، وهو أن تأتي به لأقل من ستة أشهر، فإن أتت به لأكثر وكان لها زوج أو سيد يطؤها، لم يرث إلا أن يقر الورثة به، الثاني: أن تضعه حياً، فإن وضعته ميتاً لم يرث إجماعاً (وأما الحركة) اليسيرة (والاختلاج فلا تدل على الحياة)، فإن اللحم يختلج لا سيما إذا خرج من مكان ضيق فتضامت أجزاؤه، ثم خرج إلى مكان فسيح، فإنه يتحرك وإن لم تكن فيه حياة ثم إن كانت فيه حياة، فلا يعلم كونها مستقرة لاحتمال أن تكون كحركة المذبوح، فإن غالب الحيوانات تتحرك بعد الذبح حركة شديدة، وهو في حكم الميت، قاله في «المغني» و«الشرح» ونقل ابن الحكم: إذا تحرك ففيه الدية كاملة، ولا يرث ولا يورث حتى يستهل.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 211

(وإن ظهر بعضه، فاستهل ثم انفصل ميتاً لم يرث) في ظاهر المذهب، لأنه لم يثبت له أحكام الدنيا، وهو حي أشبه ما لو مات في بطن أمه (وعنه: يرث) لما تقدم، ولأنه علمت حياته (وإن ولدت توأمين، فاستهل أحدهما وأشكل، أقرع بينهما فمن خرجت قرعته، فهو المستهل) قاله القاضي وهو المذهب، لأنه لا مزية لأحدهما، فتعينت القرعة، كطلاق إحدى نسائه والسفر بها والبداءة بالقسم لها، وفي الخبري: ليس في هذا عن السلف نص، وقال الفرضيون: تعمل المسألة على الحاليين ويعطى كل وارث اليقين، ويوقف الباقي حتى يصطلحوا عليه، وقيل: يقسم بينهم على حسب الاحتمال، وعلى الأول محله ما اختلف إذا ميراثهما بأن كان ذكراً وأنثى، فإن كانا ذكراً أو عكسه، فلا فرق، تمام: رجل خلف أمه وأخاه وأم ولد حاملاً منه، فولدت توأمين ذكراً وأنثى، فاستهل أحدهما، ولم يعلم فالجواب: إن كان الابن المستهل، فللأم السدس، والباقي له ترث أمه الثلث والباقي للعم، فعلى هذا تضرب ثلاثة في ستة تكن ثمانية عشرة، ثلاثة لأم الميت ولأم الولد خمسة، والعم عشرة، وإن كانت البنت، فهي من ستة، وتموت عن ثلاثة: لأمها سهم، ولعمها سهمان، والستة تدخل في الثمانية عشر، فمن له شيء من ثمانية عشر مضروب في ثلاثة فسدس الأم لا يتغير، وللعلم من الستة أربعة في ثلاثة اثني عشر، وله من

الثمانية عشر عشرة في واحد، فهذا اليقين فيأخذه، ولأم الولد خمسة في سهم وسهم في ثلاثة، فتأخذها وتقف سهمين بين الاخ وأم الولد حتى يصطلحا عليهما.

فرع: إذا مات كافر عن حمل منه، لم يرثه، نص عليه لحكمه بإسلامه قبل وضعه، وقيل: يرثه وهو أظهر لعدم تقدم الإسلام واختلاف الدين ليس من جهته كالطلاق في المرض، ولأنه يرث إجماعاً، فلا يسقط بمختلف فيه، وهو الإسلام، وكذا إن كان من كافر غيره، فأسلمت أمه قبل وضعه مثل أن يخلف أمه حاملاً من غير أبيه. وفي «الرعاية» احتمال بأنه يرث حيث ثبت النسب.

(7/86)

فائدة: إذا زوج أمته بحر فأحبلها، فقال السيد: إن كان حملك ذكراً فأنت وهو قنان، وإلا جران، فهي القائلة: إن ألد ذكراً، لم أرث ولم ترث، وإلا ورثنا، ومن خلفت زوجاً وأماً وإخوة لأم وامراً أب حاملاً، فهي القائلة: إن ألد أنثى، ورثت لا ذكراً.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 211

باب ميراث المفقود

هو اسم مفعول من: فقدت الشيء أفقده فقداً وفقداناً بكسر الفاء وضمها. (وإذا انقطع خبره) أي: لم يعلم (لغيبه ظاهرها السلامة كالتجارة ونحوها) كالسياحة وطلب العلم والأسر (انتظر به تمام) أي: تتمة (تسعين سنة من يوم ولد) هذا أشهر الروايتين، قاله في «المستوعب» وهو قول عبد الملك بن الماجشون، لأن الأصل الحياة والقبال أن لا يعيش أكثر منها (وعنه: ينتظر أبدأً) فلا يقسم ماله، ولا تتزوج امرأته حتى يعلم موته، أو تمضي مدة لا يعيش في مثلها فيجتهد الحاكم، وقاله أكثر العلماء، لأن التقدير لا يصار إليه إلا بنص، وهو منتف هنا وكغيبه ابن تسعين سنة، ذكره في «الترغيب» وعنه: ينتظر أبدأً حتى يتيقن موته، وعنه: زمناً لا يعيش مثله غالباً، اختاره أبو بكر وغيره، وقال عبدالله بن الحكم، ينتظر به تمام سبعين سنة مع سنة يوم فقد لأثر وقال ابن رزين يحتمل عندي أربع سنين لقضاء عمر، وفيه شيء لأنه إنما هو في مهلكة، وقال ابن عقيل، مائة وعشرين سنة منذ ولد وهو قول الحسن بن زياد، فلو فقد وهو ابن ستين، ولم يقسم ماله حتى تمضي عليه ستون سنة أخرى فيقسم حينئذ بين ورثته إن كانوا أحياء، وإن مات بعضهم قبل مضي مائة وعشرين سنة، وخلف ورثة، لم يكن له شيء من مال المفقود، وكان ماله للأحياء منهم، فإن مضت المدة، ولم يعلم خبر المفقود، رد الموقوف إلى ورثة المفقود، ولم يكن لورثة المفقود، وحكى الخبري: أنه الصحيح عنده، والذي ذكرناه حكاه ابن اللبان عن اللؤلؤي (وإن كان ظاهرها الهلاك كالذي يفقد من بين أهله) كمن يخرج إلى الصلاة، أو في حاجة

(7/87)



قريبة، فلا يعود (أو في مفازة) هي واحدة المفاوز، قال ابن الأعرابي: سميت به تفاؤلاً بالسلامة، ويجوز أن يكون سميت مفازة من فاز يفوز، إذا مات، حكاها ابن القطاع، فيكون من الاضداد (مهلكة) بفتح الميم واللام، ويجوز كسرهما حكاها أبو السعادات، ويجوز ضم الميم مع كسر اللام اسم فاعل من أهلكت، فهي مهلكة وهي أرض يكثر فيها الهلاك (كالحجاز، أو بين الصفين حال الحرب، أو في البحر، إذا غرقت سفينته) فسلم قوم دون آخرين (انتظر به تمام أربع سنين) لأنها أكثر مدة الحمل (ثم يقسم ماله) على المذهب، نص عليه واختاره الأكثر، لأن الصحابة اتفقوا على اعتداد امرأته، وحلها للأزواج، وإذا ثبت ذلك في النكاح مع الاحتياط للأبضاع، ففي المال أولى، لأن الظاهر هلاكه، أشبه ما لو مضت مدة لا يعيش مثلها، وعنه: مع أربعة أشهر وعشراً، لأنه الوقت الذي يباح لامرأة التزوج فيه، ذكره القاضي، وعنه: هو كالقسم قبله، وفي «الواضح» وعنه: زمناً لا يجوز مثله، وقيل تسعين، والأول أصح، وظاهره: لا فرق في ذلك بين الحر والعبد، يؤيده ما نقل الميموني في عبد مفقود، الظاهر أنه كالحر ونقل مهنا و أبو طالب: هو على النصف.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 215

فرع يزكى المال قبل قسمه بين الورثة لما مضى نص عليه.  
(وعنه التوقف) في أمره، وقال: قد هبت الجواب فيها، وكأني أحب السلامة، ولأن حياته وموته متعارضان. فوجب التوقف، والمذهب الأول، ولم يفرق سائر أهل العلم بين صور فقدان.

(7/88)

(فإن مات موروثه في مدة التريص، دفع إلى كل وارث اليقين) هذا مذهب أحمد، وأكثر العلماء، لأنه مستحق له على كل تقدير (ووقف الباقي) حتى يتبين أمره، أو تمضي مدة الانتظار، لأنه لا يعلم مستحقه، أشبه بالذي ينقص نصيبه بالحمل، فتعمل المسألة بأنه حي، ثم يأتيه ميت ثم اضرب أحدهما، أو وفقها في الأخرى، واجتزىء بإحدهما إن كان ثلثاً، أو بأكثرهما إن تناسبا، ويأخذ اليقين الوارث منهما ومن كان ساقطاً في أحدهما لم يأخذ شيئاً.  
زوج وأم، وأخت، وجد، وأخ مفقود، مسألة الموت من سبعة وعشرين الأكدرية، ومسألة الحياة من ثمانية عشر، وهما يتفقان بالاتساع، فتبلغ بالضرب أربعة وخمسين، للزوج النصف من مسألة الحياة، والثلث من مسألة الموت، فيعطي الثلث، وللأم التسعان من مسألة الموت، والسدس من مسألة الحياة، فتعطي السدس، وللجد ستة عشر سهماً من مسألة الموت، وتسعة من مسألة الحياة، فيعطي التسعة، وللأخت ثمانية من مسألة الموت، وثلاثة من مسألة الحياة، تبقى خمسة عشر موقوفة، أخذت الأم ثلاثة، والأخت خمسة، والجد سبعة على رواية رد الموقوف إلى ورثة الأول، وعلى رواية قصة نصيبه مما وقف على ورثته وهي ستة، لأنه ورث مثلاً الأخت يبقى تسعة، والمعروف أنهما وجهان، وقيل - وهو الأصح عند المجد، وظاهر قول الووني: أن تعمل المسألة على تقدير حياته فقط، وتقف نصيبه إن ورث، وفي أخذ ضمير ممن معه زيادة وجهان.

(7/89)

(فإن قدم، أخذ نصيبه) لأنه وقف من أجله، وهو المستحق له فوجب أن يأخذه كما لو كان غير مفقود (وإن لم يأت، فحكمه حكم ماله) لأنه محكوم له به، أشبه سائر ماله؟ والحاصل: أنه متى بان المفقود حياً يوم موت موروثه، فله حقه والباقي لمستحقه، وإن بان ميتاً فالموقوف لورثة الميت وفي «المغني» وغيره وكذا إن جهل وقت موته، وإن انقضت مدة تربص، ولم يتبين شيء، قسم ما وقف للمفقود على ورثته يومئذ كسائر ماله، لأنه محكوم بحياته، جزم به في «الكافي» و«الوجيز» وصححه في «المحرر» وقيل: يرد إلى ورثة الأول جزم به صاحب «المجرد» و«التهذيب» و«الفصول» و«المستوعب» و«المغني»، لأنه مشكوك في حياته حين مات موروثه فلا يثبت بالشك، كالجنين، فعلى هذا لا يجوز في مدة التربص أن يقضي منه دينه ولا ينفق على زوجته أو بهيمته، وعلى الأول: يجوز كسائر ماله (ولباقي الورثة أن يصطلحوا على ما زاد عن نصيبه فيقسموه) اختاره ابن اللبان وهو الصحيح، لأنه حقهم لا يخرج عنهم، وأنكر ذلك النوني، وقال: لا فائدة أن ينقص بعض الورثة عما يستحقه في مسألة الحياة وهي متيقنة، ثم يقال له: لك أن تصالح على بعضه، بل إن جاز ذلك، فالأولى: أن تقسم المسألة على تقدير الحياة، وتقف نصيب المفقود لا غير وإن لم يرتضه المؤلف، لأن إباحة الصلح عليه لا تمنع وجوب وقفه، ووجوب وقفه لا يمنع الصلح عليه كذلك، ولأن تجويز أخذ الإنسان حق غيره يرضاه وصلحه، لا يلزم منه جواز أخذه بغير إذنه وحينئذ لهم أن يصطلحوا على كل الموقوف إن حجب أحداً ولم يرث، أو كان أخاً لأب عصب أخته مع زوج وأخت لأبوين.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 215

(7/90)

تنبيه: إذا قسم ماله، ثم قدم، أخذ ما وجده بعينه، والتالف ليس بمضمون. نص عليه في رواية ابن منصور وقدمها في «الرعاية» واجتازه جمع، لأنه إنما قسم بحق لهم وعنه: مضمون، صححها ابن عقيل وغيره وجزم به المؤلف وإن حصل لأسير من وقف تسلمه وحفظه وكيله ومن ينتقل إليه بعد جميعاً واختار في «الفروع» يكفي وكيله، وهو ظاهر، ومن أشكل نسبه فكمفقود، ومفقودان فأكثر كخنثي في تنزيل.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 215

باب ميراث الخنثى

وجمعه: الخنثى كالحبالي. (وهو الذي له ذكر وفرج امرأة) وكذا قاله الجوهري وفي «المغني» و«الشرح»: أوله ثقب في مكان الفرج يخرج منه البول (فيعتبر بماله) قال ابن المنذر: وهو إجماع من يحفظ عنه من أهل العلم، فإن بال من حيث تبول الرجل، فهو رجل، وإن بال من حيث يبول المرأة، فهو امرأة، وفيه حديث مرفوع رواه الكلبي عن أبي صالح، عن ابن عباس، ولأن خروج البول أعم العلامات لوجودها في الصغير والكبير، وسائر العلامات إنما

توجد بعد الكبر كنبات اللحية، وخروج المنى والحيض، وأول من قضى فيه بذلك عامر بن ظرب العدواني.

(7/91)

---

(فإن بال أو سبق بوله من ذكره فهو رجل، وإن سبق من فرجه فهو امرأة) نص عليه أي: إذا بال من أحدهما، أو سبق بوله منه، فالحكم له (وإن خرجا معاً، اعتبر أكثرهما) في الأصح قال ابن حمدان: قدرأً وعدداً لأن له تأثيراً والثاني: لا يعتبر أكثرهما، ونقله ابن هانئ، وهو ظاهر كلام أبي الفرج وغيره لأن الخرق الذي يكون في مجرى البول قد يكون متسعاً بحيث لا يتجاوزوه إلا يسيراً، وهل يعتبر السبق في الانقطاع؟ فيه روايتان، وفي «التبصرة» يعتبر أطولهما خروجاً، ونقله أبو طالب لأن بوله يمتد، وبولها يسيل، وقدم ابن عقيل للكثرة على السبق، وقال هو والقاضي: إن خرجا معاً، حكم للمتأخر، أي لآخرهما انقطاعاً وقال جابر بن زيد: يوقف إلى جانب حائط، فإن بال عليه فهو رجل، وإن سلسل بين فخذه فهو امرأة، والمذهب، لأن الكثرة مزية لإحدى العلامتين، فيعتبر بها كالسبق.  
رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 220

(7/92)

---

(فإن استويا) في وجود البول منهما وعدم سبقه وكثرته في أحدهما (فهو مشكل) لأنه لا مزية لأحد أمره على الآخر (فإن كان يرجى انكشاف حاله وهو الصغير) واحتيج إلى قسم تركة من يرثه (أعطي هو ومن معه اليقين) أي: يعطى من يرث على تقدير ذكوريته وأنوثيته الأقل مما يرث فيهما، ولا يعطى من يسقطه في أحد الحالين شيئاً ومن لا يختلف ميراثه منهما، يعطى حقه كاملاً (ووقف الباقي حتى يبلغ) في قول الجمهور، فيعمل بما ظهر من علامة رجل أو امرأة وهو يحصل بالسن أو الإنبات، وبه ينكشف الأمر (فيظهر فيه علامات الرجال من نبات لحيته وخروج المنى من ذكره أو علامات النساء من الحيض ونحوه) كتفلك ثدييه أو سقوطهما، قال في «الفروع»: وكذا إن حاض من فرجه، وأنزل من ذكره، فإن وجد أحدهما، فوجهان، وإن وجداً من مخرج واحد، فلا ذكر ولا أنثى، وفي الجامع لا في إرث ودية، لأن للغير حقاً وقيل: أو انتشر بوله على كتيب رمل، أو انتهى النساء، فذكر، والعكس بالعكس، وقال علي والحسن البصري: تعد أضلاعه فإن كانت ستة عشر، فرجل، وإن كانت سبعة عشر، فأنثى، لأن أضلاعها أكثر بواحد، واختاره ابن أبي موسى قال ابن اللبان والأصحاب: لو صح هذا لما وقع في الخنثى إشكال (وإن يئس منه ذلك بموته أو عدم العلامات بعد بلوغه) أي: لم يظهر فيه شيء من العلامات المذكورة أو اختلطت، فأمنى من كل من الفرجين، فيسمى مشكلاً وحينئذ (أعطي نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى)، نص عليه وهو قول ابن عباس، ولم يعرف له في الصحابة منكر، أو أهل مكة والمدينة واللؤلؤي وخليق، لأن حالته تساوت، فوجب التسوية بين حكمهما، كما لو تداعى نفسان داراً بأيديهما ولا بينة لهما وليس نورته بأسوأ حاله، ولا سبيل إلى الوقف، لأنه لا

غاية له ينتظر، وفيه تضييع مع تعيين استحقاق الورثة له، فيعطى هو نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى، ويعطى من معه نصف ماله حالة الذكورية، ونصف ماله حالة الأنوثة، إلا أن يرث بأحدهما، فيعطى

(7/93)

نصفه، وسواء كان الخنثى ومن معه يتزاحمان من جهتين مختلفتين كولد خنثى وعم، يزاحم العم في تعصيبه بينوته، فيمنعه من أخذ الباقي، والعم يزاحمه بعمومته في الزائد على فرض البنت، أو كولد خنثى وأب، أو من جهة واحدة كالأولاد والإخوة المتفقين.

(فإذا كان مع الخنثى بنت وابن، جعلت للبنت أقل عدد له نصف، وهو سهمان وللذكر أربعة وللخنثى ثلاثة) وهذا قول الثوري و اللؤلؤي في هذه المسألة، وفي كل مسألة فيها ولد إذا كان فيهم خنثى، قال المؤلف: وهذا قول لا بأس به لكن قال في «المستوعب»: هذا لا يصح على أصلنا، فإن كان الابن أخ أو غيره من العصبات، فله السدس، والباقي الخنثى والبنت على خمسة ( وقال أصحابنا) ويسمى مذهب المنزليين (تعمل المسألة على أنه ذكر ثم على أنه أنثى) لأن له حالين، فلم يكن بد من اعتبارهما ( ثم تضرب إحداهما) إن تباينت (أو وفقها في الأخرى إن اتفقتا وتجزىء بإحداهما إن تمثلتا أو بأكثرهما إن تناسبتا وتضربها في اثنين، ثم من له شيء من إحدى المسألتين مضروب في الأخرى أو في وفقها) ففي المتباين وهي مسألة المتن.  
رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 220

(7/94)

مسألة: الذكورة من خمسة والأنوثة من أربعة، فاضرب إحداهما في الأخرى تكن عشرين، ثم في اثنين تكن أربعين، للبنت سهم في خمسة، وسهم في أربعة: تسعة، وللذكر ثمانية عشر، وللخنثى سهم في خمسة، وسهمان في أربعة: ثلاث عشر، وهي دون ثلث الأربعين، وعلى قول الثوري وهو يوافق قول الأصحاب في بعض المواضع، وبخالف في بعضها، فعلى قوله: تكون المسألة من تسعة، للخنثى الثلث، وهو ثلاثة، وعلى قول من ورثه بالدعوى فيما بقي بعد اليقين، فوافق قول المنزليين في أكثر المواضع، فإنه يقول في هذه المسألة: للذكر الخمسان بيقين، وذلك ستة عشر من أربعين، وهو يدعي النصف عشرين، وللبنات الخمس بيقين ثمانية، وهي تدعي الربع، وللخنثى الربع بيقين، وهي يدعي الخمسين ستة عشر، والمختلف فيه ستة أسهم يدعيها الخنثى كلها، فيعطيه نصفها ثلاثة مع العشرة التي معه، صار له ثلاثة عشر، والابن يدعي أربعة، فيعطيه نصفها اثنين، صار له ثمانية عشر، والبنت تدعي سهمين، فتدفع إليها سهمًا صار لها تسعة، ومن ورثه بالدعوى من أصل المال، فعلى قولهم يكون الميراث في هذه المسألة من ثلاثة وعشرين، لأن المدعي هنا نصف وربع وخمسان، مخرجهما من عشرين يعطى الابن النصف عشرة، والبنت خمسة، والخنثى ثمانية تكن ثلاثة وعشرين، وفي التوافق زوج، وأم وولد أب خنثى، فالذكورية من ستة والأنوثة من ثمانية وبينهما موافقة فاضرب

نصف أحدهما في الآخر تكن أربعة وعشرين ثم في اثنين تكن ثمانية وأربعين وفي التماثل زوجة وولد خنشى وعم فالذكورية من ثمانية والأنوثة كذلك، فاجتزىء بإحدهما، واضربها في حالين تكن ستة عشر، وفي التناسب أم وبنت وولد خنشى وعم، فالذكورية من ستة، وتصح من ثمانية عشر والأنوثة من ستة، وتصح منها وهي تناسب الأولى بالثلث، فاجتزىء بأكثرهما وهو ثمانية عشر، فاضربها في حالين تكن ستة وثلاثين وتجمع.

(7/95)

(أو تجمع ماله منهما إن تمثلتا) فإن كان الخنشى يرث في حال دون حال كزوج وأخت لأبوين وولد أب خنشى، فمقتضى قول الثوري أن يجعل للخنشى نصف ما يرثه في حال إرثه، وهو نصف سهم، فتضمه إلى سهام الباقيين، وهي ستة ثم تبسطها أيضاً، ليزول الكسر، فيصير له ثلاثة عشر له منها سهم، والباقي بين الزوج والأخت نصفين، وقد عملها أبو الخطاب في الهداية على ذلك وأما في التنزيل فتصح من ثمانية وعشرين: للخنشى سهمان وهي نصف سبع، ولكل واحد من الآخرين ثلاثة عشر.

فائدة: الخنثى من الورثة ستة مسألة الولد وولد الابن والأخ، وولده والعم، وولده، فالزوجان والأبوان والجدان، يتصور فيهم، والخلاف يقع في ثلاثة الولد وولد الابن فالأخ، وأما الباقي فليس للإناث منهم ميراث، فيكون للخنشى منهم نصف ميراث ذكر بلا خلاف قاله الخبري.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 220

(وإن كانا خنثيين أو أكثر نزلهم بعدد أحوالهم) هذا هو المذهب، وعليه أكثر الأصحاب، وهو قول ابن أبي ليلى وضرار ويحيى بن آدم كما أعطاهم اليقين قبل البلوغ فعلى هذا تجعل ثلاثين أربعة أحوال، لأنه يحتمل أن يكون كل منهم ذكراً وأن يكون كل منهم أنثى ويحتمل أن يكونوا ذكوراً وأن يكونوا إناثاً، والثلاثة ثمانية أو للأربعة ستة عشر، وللخمسة اثنين وثلاثين ثم تجمع ما لهم في الأحوال كلها فتقسمه على عدد أحوالهم، فما خرج بالقسم، فهو لهم إن كانوا من جهة واحدة وإن كانوا من جهات جمعت ما لكل واحد منهم في الأحوال، وقسمته على عدد الأحوال كلها، فالخارج بالقسم هو نصيبه (وقال أبو الخطاب) وفاقاً لأبي يوسف (تنزلهم حالين مرة ذكوراً ومرة إناثاً) كما تصنع بالواحد (والأول أولى) لأنه يعطى كل واحد منهم بحسب ما فيه من الاحتمال، فيعدل بينهم وعلى الثاني يعطى ببعض الاحتمالات دون بعض وهذا تحكم لا دليل عليه.

(7/96)

ابن وخنثيان: مسألة الذكورية من ثلاثة، والأنوثة من أربعة، وذكورية أحدهما، وأنوثة الآخر من خمسة للمقدر ولورثته سهمان، وللآخر سهم، فاجتزىء بأحدهما لتماثلها، واضرب بقية الأحوال بعضها في بعض لتباينها تكن ستين، ثم في الأحوال مائتين وأربعين فلهما في حال الذكورية ثلثا المال، وهو أربعون، وفي حال الأنوثة نصفه، وهو ثلاثون، وفي حال ذكورية أحدهما وأنوثة الآخر

ثلاثة أخماسه، وهو ستة وثلاثون وفي الحال الآخر كذلك، فإذا جمعت ذلك كان ما ذكرنا، فاقسمه على أربعة تكن خمسة وثلاثين ونصفاً لكل واحد سبعة عشر ونصف وربع، ثم اضرب نصيب كل واحد في أربعة يصح لكل خنثى أحد وسبعون، وللابن ثمانية وتسعون، وعلى هذا فقس، وإذا كان ولد خنثى وولد أخ خنثى وعم، فإن كانا ذكراً، فالمال للولد، وإن كانا اثنتين، فللبنت النصف والباقي للعم، فهي من أربعة عند من نزلهم حالين، للولد ثلاثة أرباع المال، وللعلم ربعه، ومن نزلهم أخوالاً كانت من ثمانية، للولد المال في حالين والنصف في حالين، فله ربع ذلك، وهو ثلاثة أرباع المال، ولولد الأخ نصف المال في حال، فله ربعه وهو الثمن، وللعلم مثل ذلك، وهذا أعدل، ومن قال بالدعوى فيما زاد علي اليقين قال: للولد النصف يقيناً والنصف الآخر يتداعونه، فيكون المال بينهم أثلاثاً، وتصح من ستة، وقد ذكر في «المحرر» حكم الخنثى، وبينه بأحسن طريق وفصله أبلغ تفصيل فليراجع هناك.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 220  
فصل

(7/97)

---

قال المؤلف: وجدنا- في عصرنا شبيهاً بالخنثى لم يذكره الفرضيون- شخصين ليس لهما في قبلهما مخرج ولا ذكر ولا فرج، أما أحدهما فذكروا أنه ليس له في قبله إلا لحمه نابتة كالربوة يرشح منها البول رشحاً على الدوام، وأرسل إلينا فسألنا عن الصلاة والتحرز من النجاسة، والثاني: ليس له إلا مخرج واحد فيما بين المخرجين منه يتغوط ومنه يبول، وأخبرت عنه أنه يلبس لباس النساء ويخالطهن، ويغزل معهن، وبعد نفسه امرأة قال: وحدثت أن في بعض بلاد العجم شخصاً ليس له قبل ولا دبر، وإنما يتقياً ما يأكله ويشربه فهذا وما أشبهه في معنى الخنثى، لأنه لا يمكن اعتباره بماله، وإن لم يكن له علامة أخرى، فهو مشكل ينبغي أن يثبت له حكمه في ميراثه.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 226

باب ميراث الغرقى ومن عمي موته  
أي: خفي ولم يعلم وكان ينبغي للمؤلف أن يذكر هذا الباب عقب المفقود، لأنه جهل يوجب التوقف في الإرث، وهنا يوجب حرمانه في بعض الصور.

(7/98)

---

(إذا مات متوارثان فجهل أولهما موتاً كالغرقى) هو جمع غريق كقتيل وجريح (والهدمى) يجوز أن يكون جمع هديم بمعنى مهذوم كجريح بمعنى مجروح قال ابن أبي الفتح ولم أر هذا منقولاً (واختلف وراثتهما في السابق منهما) أي: ادعى ورثة كل ميت سبق الآخر ولا بينة، أو تعارضت البينة، ولم يتوارثا، نص عليه واختاره الأكثر، وقال جماعة: بلى وخرجوا منها المنع في جهلهم الحال، اختاره الشيخ تقي الدين (فقد نقل عن أحمد في امرأة وابنها ماتا فقال زوجها: ماتت فورثناها ثم مات ابني فورثته، وقال أخوها: مات ابنها فورثته لما ماتت

فورثناها: أنه يحلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه) لأن كل واحد منهما ينكر ما ادعى به عليه، والمنكر عليه اليمين وهذا إذا لم تكن بينه (ويكون ميراث الابن لأبيه) لأنه وارثه الحي المتيقن، وغيره مشكوك فيه (وميراث المرأة وزوجها نصفين) لأنهما اللذان يرثانها يقيناً، وغيرهما مشكوك فيه (ذكرها الخرقى) في الدعاوى وهو قول الصديق وزيد وابن عباس والحسن بن علي وعمر بن عبد العزيز و الأوزاعي و الزهري وأكثر العلماء، وهو المنصوص/ (وهذا يدل على أنه يقسم ميراث كل ميت على الأحياء من ورثته دون من مات معه) وظاهره: أنه إذا مات المتوارثان معاً، وعلم الورثة ذلك، فلا ارث، صرح به في «المحرر» و «الفروع» لأن من شرط تورثه كونه حياً حين موت الآخر (وظاهر المذهب) وقد نص عليه، واختاره الأكثر (أن كل واحد من الموتى يرث صاحبه من تلاد ماله) أي: ماله القديم الأصل (دون ما ورثه من الميت معه) وهو المستحدث ويقال له: الطارف والطريف، وسواء جهل الورثة كيف مات أو تحققوا السابق، وجهلوا عينه (ثم يقدر أحدهما مات أولاً وبورث الآخر منه ثم يقسم ما ورثه منه على الأحياء من ورثته، ثم يصنع بالثاني كذلك) فيقدر أن المرأة ماتت أولاً فورثها زوجها وابنها أرباعاً، ثم يأخذ ما ورثه الابن، فيدفع لورثته الأحياء، وهم الأب فيجتمع له جميع ماله، ثم يقدر أن

(7/99)

الابن مات أولاً، فورثه أبواه أثلاثاً ثم يأخذ ثلث الام فيقسمه بين ورثتها الأحياء، وهم أخوها وزوجها نصفين، فيحصل للأخ السدس من مال الابن قال أحمد، أذهب إلى قول عمر وعلي و شريح و ابراهيم و الشعبي وحكاه في «المغني» و«الشرح» عن جمع من التابعين ومن بعدهم قال الشعبي: وقع الطاعون بالشام عام عمواس، فجعل أهل البيت يموتون عن آخرهم، فكتب في ذلك إلى عمر، فأمر عمر أن يورثوا بعضهم من بعض وروي عن إياس المزني، أن النبي سئل عن قوم وقع عليهم بيت، فقال: «يرث بعضهم بعضاً» وحمل بعض الأصحاب نص أحمد الذي حكاه الخرقى اختصاصه بما إذا ادعى وارث كل ميت بأن موروثه كان آخرهما موتاً فأما مع الجهل، فيورث كل واحد منهما من الآخر، لأن مع التداعي يتوجه اليمين على المدعى عليه بخلاف ما إذا اتفقوا على الجهل، لكونها لا تشرع حينئذ واحتج في «المغني» و«الشرح» للرواية الأولى بما روى سعيد في سننه: وحدثنا إسماعيل بن عويس عن يحيى بن سعيد أن قتلى اليمامة وصفين والحرة لم يرث بعضهم من بعض، ورثوا عصبتهم الأحياء، وقال: ثنا عبد العزيز بن محمد عن جعفر بن محمد عن أبيهم أن أم كلثوم بنت علي توفيت هي وابنها زيد بن عمار فلم يدر أيهما مات قبل صاحبه، فلم ترثه، ولم يرثها، ولأن شرط التوارث حياة الوارث بعد موت الموروث، وليس بمعلوم، فلا يثبت مع الشك في شرطه، ولأنه مشكوك في حياته حين يرث موروثه، فلا يرثه كالحمل إذا وضعته ميتاً، ولا تورث كل واحد منهما خطأ قطعاً، لأنه لا يخلو من أن يكون موتها معاً، أو يسبق أحدهما وتورث السابق بالموت خطأ يقيناً مخالف للإجماع، فكيف يعمل به، وقال أبو ثور و ابن سريج وطائفة، يعطى كل وارث اليقين، ويوقف المشكوك فيه حتى يتبين الأمر أو يصلحوا وحكاه في «الرعاية» قولاً وقال أبو بكر: المال بينهما نصفان، وأبطله في

«المغني» بأن يقتضي إلى أن يعطي الأخ ما لا يدعيه ولا يستحقه يقيناً لأنه لا يدعي من مال الابن أكثر من

(7/100)

---

سدسه، ولا يمكن أن يستحق أكثر منه.

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 227

فرع: لو علم السابق ثم نسي فالحكم فيه كما لو جهل، وقيل، بالقرعة قال الأزجي: وإنما لم تجر القرعة لعدم دخولها في النسب وقال الوني: يعمل باليقين، ويوقف مع الشك.

(فعلى هذا لو غرق أخوان: أحدهما: مولى زيد والآخر مولى عمرو وصار مال كل واحد لمولى الآخر) لأنه إذا قدر موت مولى زيد أولاً استحق ميراثه أخوه، ثم يدفع إلى ورثته الأحياء وهو مولاة صار مال مولى زيد لعمرو، ثم هكذا بقدر في مولى عمرو (وعلى القول الآخر) وهو من لم يورث أحدهما من صاحبه (يصير مال كل واحد منهما لمولاة، وهو أحسن إن شاء الله تعالى) لما تقدم، ومن قال بالوقف وقف مالهما وإن ادعى كل منهما أن مولاة آخرهما موتاً حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه، وأخذ مال مولاة على ما ذكره الخرقى، وإن كان لهما أخت، فمن ورث كل واحد منهما من صاحبه، جعل لها الثلثين من مال كل واحد منهما والنصف على القول الآخر، وإن خلف كل واحد منهما زوجة وبناتاً فمن لم يورث بعضهم من بعض، صححها من ثمانية، لامراته الثمن ولابنته النصف والباقي لمولاة ومن ورثهم جعل الباقي لأخيه ثم قسمه بين ورثه أخيه على ثمانية، ثم ضربها في الثمانية الأولى، فصحت من أربعة وستين لامراته ثمانية، ولابنته اثنان وثلاثون، ولامرأة أخيه ثمن الباقي ثلاثة، ولابنته اثنا عشر ولمولاة الباقي تسعة.

مسألة: لو عين الورثة وقت موت أحدهما، وشكوا هل مات الآخر قبله أو بعده؟ ورث من شك في موته من الآخر إذ الأصل بقاءه، وقيل: لا توارث بينهما بحال، وهو بعيد ولو مات أخوان عند الزوال أحدهما بالمشرق والآخر بالمغرب، ورث الذي مات بالمغرب من الذي مات بالمشرق لموته قبله بناء على اختلاف الزوال قاله في «الفائق».

رقم الجزء: 6 رقم الصفحة: 227

باب ميراث أهل الملل

(7/101)

---

وهو جمع ملة بكسر الميم إفراداً وجمعاً وهي الدين والشريعة. (لا يرث المسلم الكافر) قال أحمد: ليس بين الناس اختلاف فيه وهو قول جمهور الصحابة والتابعين ومن بعدهم، وروي عن عمر ومعاذ ومعاوية خلافة، والعمل على الأول، ولا فرق فيه بين أن يكون من نسب أو نكاح، وصرح به في «الوجيز»، وقيد الكافر بالأصلي، وهو مراد (ولا الكافر المسلم) إجماعاً وسنده: ما روى أسامة بن زيد مرفوعاً «لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم»، متفق عليه. ولأن الولاية بينهما منقطعة، فلم يتوارثا (إلا أن يسلم



قبل قسم ميراثه فيرثه) نقله الأثرم و محمد بن الحكم، واختاره الشريف، و أبو الخطاب في خلافيهما لما روى سعيد في سننه من طريقين عن عروة وابن أبي مليكة: أن النبي قال: «من أسلم على شيء، فهو له» وعن ابن عباس أن النبي قال: «كل قسم قسم في الجاهلية، فهو على ما قسم، وكل قسم أدركه قسم الإسلام، فإنه على قسم الإسلام»، رواه أبو داود و ابن ماجه، وقضى به عمر وعثمان، ورواه ابن عبد البر في التمهيد، ولم ينكر، فكان إجماعاً والحكمة فيه الترغيب في الإسلام، والحث عليه، فعلى هذا: إن أسلم قبل قسم البعض، ورث ما بقي، فإن كان الوارث واحداً، فتصرفه في التركة وحيازتها كقسمتها، ذكره في «المغني» و«الشرح» وظاهره. أنه إذا قسمت التركة، وتعين حق كل وارث، ثم أسلم، فلا شيء له، واستثنى الخرقى و المجد والجد الميراث بالولاء وهو: ما إذا اعتق الكافر مسلماً، أو بالعكس، فإنه يرثه بالولاء على المذهب لثبوته (وعنه: لا يرث) نقلها أبو طالب، وصحها جماعة، وقاله أكثر العلماء لقوله عليه السلام: «لا يرث المسلم الكافر» الخبر؛ ولأن الملك قد انتقل عنه بالموت، فلم يشاركهم من أسلم كما لو اقتسموا أو كان رقيقاً، فأعتق، فعليها يرث عصبة سيده الموافق لدينه وورث الشيخ تقي الدين المسلم من ذمي لئلا يمتنع قريبه من الإسلام، ولوجوب نصرهم، ولا ينصروننا.

(7/102)

---