

شبكة مشكاة الإسلامية

المجموع شرح المذهب

الإمام محيي الدين النووي

ج 15

[1]

التكملة الثانية للمجموع شرح المذهب للإمام أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي المتوفى سنة 676 هـ الجزء الخامس عشر دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع

[3]

قال المصنف رحمه الله تعالى: كتاب الاجارة يجوز عقد الاجارة على المنافع المباحة، والدليل عليه قوله تعالى (فان ارضعن لكم فأتوهن أجورهن) وروى سعيد بن المسيب عن سعد رضى الله عنه قال: كنا نكرى الارض بما على السواقي من الزرع، فنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك وامرنا ان نكرىها بذهب أو ورق. وروى أبو أمامة التيمي قال: سألت ابن عمر فقلت: إنا قوم نكرى في هذا الوجه، وإن قوما يزعمون أن لا حج لنا، فقال ابن عمر: ألستم تلبون وتطوفون بين الصفا والمروة، ان رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فسأل عما تسألونني عنه فلم يرد عليه حتى نزل (ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم) فتلاها عليه. وروى ابن عباس رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم احتجم وأعطى الحجام أجره، ولان الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الاعيان، فلما جاز عقد البيع على الاعيان وجب أن يجوز على المنافع (فصل) ولا تجوز على المنافع المحرمة لانه يحرم فلا يجوز أخذ العوض عليه كالميتة والدم. (فصل) واختلف أصحابنا في استئجار الكلب المعلم، فمنهم من قال يجوز لان فيه منفعة مباحة فجاز استئجاره كالفهد، ومنهم من قال لا يجوز، وهو الصحيح، لان اقتناءه لا يجوز إلا للحاجة. وهو الصيد وحفظ الماشية وما لا يقوم غير الكلب فيه مقامه إلا بمؤن، والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم: من اقتنى كلبا إلا كلب صيد أو ماشية نقص من أجره كل يوم فيراطان وما ابيح للحاجة لم يجز أخذ العوض عليه كالميتة، ولانه لا يضمن منفعته بالعصب فدل على أنه لا قيمة لها. (فصل) واختلفوا في استئجار الفحل للضراب، فمنهم من قال يجوز لانه

[4]

يجوز أن يستباح بالاعارة فجاز أن يستباح بالاجارة كسائر المنافع، ومنهم من قال لا يجوز، وهو الصحيح، لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن عسب الفحل، ولأن المقصود منه هو الماء الذى يخلف منه وهو محرم لا قيمة له فلم يجر أخذ العوض عليه كالميتة والدم (فصل) واختلفوا في استئجار الدراهم والدنانير ليحمل بها الدكان واستئجار الاشجار لتجفيف الثياب والاستظلال، فمنهم من قال يجوز، لانه منفعة مباحة فجاز الاستئجار لها كسائر المنافع. ومنهم من قال لا يجوز، وهو الصحيح، لان الدراهم والدنانير لا تراد للجمال ولا الاشجار لتجفيف الثياب والاستظلال، فكان بذل العوض فيه من السفه وأخذ العوض عنه من أكل المال بالباطل، ولانه لا يضمن منفعتها بالعصب فلم يضمن بالعقد (الشرح) حديث سعد بن أبى وقاص رواه أحمد وأبو داود والنسائي، وقد سكت عنه أبو داود والمندري. قال ابن حجر في فتح الباري: رجاله ثقات إلا أن محمد بن عكرمة المخزومي لم يرو عنه إلا ابراهيم بن سعد. وأما حديث أبى أمامة التيمى فاخرجه احمد وغيره، وقد مضى تخريجه وبيان ما يشتمل عليه من احكام في كتاب الحج. وأما حديث (من اقتنى كلبا إلا كلب صيد أو ماشية) فقد أخرجه أحمد في مسنده والبخاري ومسلم والترمذي عن ابن عمر. وأما حديث النهى عن ثمن عسب الفحل فقد رواه أحمد والبخاري والنسائي وأبو داود، ورواه الدارقطني عن أبى سعيد الخدرى بلفظ (نهى عن عسب الفحل وعن قفيز الطحان) وقال في مجمع الزوائد: رجال أحمد رجال الصحيح، إلا أن ابراهيم النخعي لم يسمع من أبى سعيد فيما أحسب. وأخرجه أيضا البيهقي وعبد الرزاق وأسحاق في مسنده وأبو داود في المراسيل والنسائي في الزراعة غير مرفوع والاصل في جواز الاجارة الكتاب والسنة والاجماع، فأما الكتاب فقوله تعالى (فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن) (قالت إحداهما: يا أبت استأجره

[5]

إن خير من استأجرت القوى الامين، قال إنى أريد أن أنكحك إحدى إبنتي هاتين على أن تاجرني ثمانى حجج فإن أتممت عشرا فمن عندك) وروى ابن ماجه عن عتبة بن المنذر قال: كنا عند النبي صلى الله عليه وسلم فقرا (طس) حتى إذا بلغ قصة موسى قال (إن موسى عليه السلام أجر نفسه ثمانى حجج أو عشرا على عفة فرجه وطعام بطنه) وقال تعالى (فوجد فيها جدارا يريد أن ينقض فأقامه، قال لو شئت لاتخذت عليه أجرا) وأما السنة فقد ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبا بكر استأجرا عبد الله بن الاريقط الديلى وكان خريتا - وهو الخير بمسالك الصحراء والوهاد العالم بجغرافية بلاد العرب على الطبيعة - ليكون هاديا ومرشدا لهما في هجرتهما من مكة إلى المدينة. وفى البخاري عن أبى هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بى ثم غدر، ورجل باع حرا فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يوفه أجره) والاحاديث في هذا كثيرة أما الاجماع فقد انعقد بين أهل العلم في كل عصر وكل مصر على جواز الاجارة إلا ما روى عن عبد الرحمن الاصم الذى قيل فيه: إنه عن الحق أصم من أنه لا يجوز ذلك لانه غرر، لانه يعقد على منافع لم تخلق، ولو تحقق ما يتصوره الاصم صوابا لتعطلت الصنائع والمساکن والمتاجر والموصلات بكل أنواعها لانها كلها - وهى تستغرق

مظاهر الحياة قديما وحديثا - قائمة على المؤاجرات والمعاوضات على المنافع كالمعاوضات على الاعيان سواء بسواء. بل إن المعاوضات على المنافع أوسع مدى وأكثر عددا وأشمل مرفقا، ولان المنافع المتاحة أوسع أفقا من الاعيان والعروض. فإذا ثبت هذا فإن الاجارة كالبائع تنعقد بأربعة: بمؤجر ومستأجر ومؤجر وأجرة. فالاول فهو باذل المنفعة كالبائع، والثاني طالب المنفعة كالمشتري، وكل من صح شراؤه صح استئجاره. والثالث فهو كل عين صح الانتفاع بها مع بقائها صحت إجارته كالدور والعقار إذا لم يكن المقصود من منافعها أعيانا كالنخل

[6]

والشجر، وما تم الانتفاع به مع عينه لم تصح إجارته كالدراهم والمأكول، لان منفعة الدراهم بإزالتها عن الملك، ومنفعة المأكول بالاستهلاك كاستئجار الدراهم والدنانير للجمال والزينة والطعام ليعتبر مكيلا ففيه لأصحابنا وجهان: (أحدهما) يصح لوجود المعنى وحصول الانتفاع مع بقاء العين (والوجه الثاني لا يصح لان هذا نادر من منافع ذلك، والأغلب سواه، فصار حكم الأغلب هو المذهب، ولان المنافع المضمونة بالاجارة هي المضمونة بالعصب، ومنافع الدراهم والطعام لا تضمن بالعصب كنشر الثياب فوق الشجر فلم يصح أن تضمن بالاجارة. وهكذا كل ما كانت منافعها أعيانا من النخل والشجر، لان منافعها ثمار هي أعيان يمكن العقد عليها بعد حدوثها، فلم يصح العقد عليها قبله. فإن استأجر ذلك لمنفعة تستوفى مع بقاء العين كالاستئلال بالشجر أو ربط ماشية إليها فذلك ضربان: (أحدهما) أن يكون هذا غالبا فيها ومقصودا من منافعها فتصح الاجارة عليها (والثاني) أن يكون نادرا غير مقصود في العرف، فيكون على ما مضى من الوجهين. ثم العقد وان توجه إلى العين فهو أنه ربما تناول المنفعة لان الاجارة في مقابلتها وانما توجه إلى العين لتعتبر المنفعة بها. وقال أبو إسحاق المروزي: العقد انما تناول العين دون المنفعة ليستوفى من العين مقصوده من المنفعة، لان المنافع غير موجودة حين العقد فلم يجز أن يتوجه العقد إليها. وهذا خطأ، ألا ترى أنه قد يصح العقد على منفعة مضمونة في الذمة غير مضافة إلى عين؟ كرجل استأجر من رجل عملا مضمونا في ذمته، وإذا كان كذلك فلا بد أن تكون المنفعة معلومة كما لا بد أن يكون المبيع معلوما، فإن كانت مجهولة لم تصح الاجارة، كما لو كان المبيع مجهولا، والعلم بها قد يكون من وجهين: (أحدهما) تقدير العمل مع الجهل بالمدّة (والثاني) تقدير المدّة مع الجهل بقدر العمل، وسيأتي تفصيلهما وبالله والتوفيق.

[7]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) واختلفوا في الكافر إذا استأجر مسلما إجارة معينة، فمنهم من قال فيه قولان لانه عقد يتضمن حبس المسلم فصار كبيع العبد المسلم منه. ومنهم من قال يصح قولوا واحدا لان عليا كرم الله وجهه كان يستقى الماء لامراة يهودية كل دلو بتمرة (فصل) ولا يصح إلا من جائر التصرف في المال لانه عقد يقصد به المال فلم يصح الا من جائر التصرف في المال كالبيع (فصل) وينعقد بلفظ الاجارة لانه

لفظ موضوع له، وهل ينعقد بلفظ البيع، فيه وجهان (أحدهما) ينعقد لانه صنف من البيع لانه تملك يتوسط العوض فيه على المعوض كالبيع فانعقد بلفظه (والثاني) لا ينعقد لانه يخالف البيع في الاسم والحكم فلم ينعقد بلفظه كالنكاح. (فصل) ويجوز على منفعة عين حاضرة، مثل أن يستأجر ظهرا بعينه للركوب ويجوز على منفعة عين في الذمة مثل أن يستأجر ظهرا في الذمة للركوب، ويجوز على عمل معين مثل أن يكتري رجلا ليخيط له ثوبا أو يبنى له حائطا، ويجوز على عمل في الذمة، مثل أن يكتري رجلا ليحصل له خياطة ثوب أو بناء حائط لانا بينا أن الاجارة بيع والبيع يصح في عين حاضرة وموصوفة في الذمة، فكذلك الاجارة. وفي استئجار عين لم يرها قولان (أحدهما) لا يصح (والثاني) يصح ويثبت الخيار إذا رآها كما قلنا في البيع (فصل) وتجوز على عين مفردة وعلى جزء مشاع لانا بينا أنه بيع، والبيع يصح في المفرد والمشاع فكذلك الاجارة. (فصل) ولا تجوز إلا على عين يمكن استيفاء المنفعة منها، فان استأجر أرضا للزراعة لم تصح حتى يكون لها ماء يؤمن انقطاعه، كماء العين والمد بالبصرة والثلج والمطر في الجبل لان المنفعة في الاجارة كالعين في البيع فإذا لم يحز بيع عين لا يقدر عليها لم تجز اجارة منفعة لا يقدر عليها فإن اكرت أرضا على نهر إذا زاد سقى وإذا لم يزد لم يسق، كأرض مصر والفرات وما انحدر من دجلة نظرت فان اكرتها بعد الزيادة صح العقد لانه يمكن استيفاء المعقود عليه، فهو كبيع الطير

[8]

في القفص، وإن كان قبل الزيادة لم يصح لانه لم يعلم هل يقدر على المعقود عليه أو لا يقدر فلم يصح كبيع الطير في الهواء، وان اكرت أرضا لا ماء لها ولم يذكر أنه يكتريها للزراعة ففيه وجهان، أحدهما لا يصح لان الارض لا تكتري في العادة الا للزراعة، فصار كما لو شرط أنه يكتريها للزراعة، والثاني: ان كانت الارض عالية لا يطمع في سقيها صح العقد لانه يعلم أنه لم يكتريها للزراعة. وان كانت مستغلة يطمع في سقيها بسوق الماء إليها من موضع لم يصح لانه اكرتها للزراعة مع تعذر الزراعة، فإن اكرت أرضا غرقت بالماء لزراعة ما لا يثبت في الماء كالحنطة والشعير نظرت فان كان للماء مغيض إذا فتح انحسر الماء عن الارض وقدر على الزراعة صح العقد، لانه يمكن زراعتها بفتح المغيض، كما يمكن سكنى الدار بفتح الباب، وان لم يكن له مغيض ولا يعلم أن الماء ينحسر عنها لم يصح العقد لانه لا يعلم هل يقدر على المعقود عليه أم لا يقدر فلم يصح العقد كبيع ما في يد الغاصب، فان كان يعلم أن الماء ينحسر وتنشفه الريح ففيه وجهان: أحدهما لا يصح لانه لا يمكن استيفاء المنفعة في الحال. والثاني يصح وهو قول أبي إسحاق وهو الصحيح لانه يعلم بالعادة امكان الانتفاع به، فان اكرت أرضا على ماء إذا زاد غرقت فاكرتها قبل الزيادة صح العقد لان الغرق متوهم فلا يمنع صحة العقد (الشرح) خبر على رضى الله عنه رواه أحمد وجود الحافظ بن حجر اسناده ولفظه (جعت مرة جوعا شديدا فخرجت لطلب العمل في عوالي المدينة، فإذا أنا بامرأة قد جمعت مدرا فطننتها تريد بله، فقاطعتها كل ذنوب على تمر، فمددت ستة عشر ذنوبا حتى مجلت يداي، ثم أتيتها فعدت لى ست عشرة تمر، فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرته فأكل معي منها) وقد أخرجه ابن ماجه والبيهقي عن ابن عباس أن عليا أجر نفسه من يهودى يسقى له كل دلو بتمر (وعندهما أن كل عدد التمر سبع عشرة تمر، وفي اسناده حنش راويه عن عكرمة وهو ضعيف، وقوله (ذنوبا) الدلو مطلقا أو التى فيها ماء أو الممثلة أو غير

الممتلئة وكلها في القاموس، وقوله (مجلت) بكسر الجيم أي غلظت وتنظمت وقد أمجلها العمل أو المجل أن يكون بين الجلد واللحم ماء، أو المجلة جلدة رقيقة يجتمع فيها ماء من أثر العمل.

[9]

وهذا الخبر يدل دلالة بعجز القلم عن استقصاء ما توحى به، من بيان ما كانت الصحابة عليه من الحاجة وشدة الفاقة والصبر على الجوع وبذل الوسع وإتباع النفس في تحصيل القوام من العيش للتعفف عن السؤال وتحمل المتن، وأن تأجير النفس لا يعد دناءة، وإن كان المستأجر غير شريف أو كافرا والاجر من أشرف الناس وعظمائهم، وقد أورده صاحب المنتقى ليستدل به على جواز الاجارة معاددة يعنى أن يفعل الاجير عددا معلوما من العمل بعدد معلوم من الاجرة. (فرع) الاجارة عوض في مقابلة المنفعة كالثمن في مقابلة المبيع وحكمه كحكمه في جوازه معينة وفي الذمة، قال الشافعي: فالاجارات صنف من البيوع لانها تملك من كل واحد منهما لصاحبه اه. ومن هذا اخذ الفقهاء انه عقد لازم لا يجوز فسخه إلا بعيب كالبيع، فإن كان العيب موجودا في الشيء المؤجر كالدار إذا خربت والداية إذا مرضت فللمستأجر أن يفسخ دون المؤجر كما لو وجد بالمبيع عيب كان للمشتري أن يفسخ دون البائع، وإن كان العيب موجودا في الاجرة فان كانت في الذمة أبدل المعيب بغيره ولا خيار، وان كانت معينة فللمؤجر ان يفسخ دون المستأجر كما يفسخ البائع بوجود العيب في الثمن المعين دون المشتري: ولا يجوز فسخ الاجارة بعذر يطرأ إذا لم يطرأ في المعقود عليه عيب، ومن هنا كان لاصحابنا وجهان في انعقاده بلفظ البيع، ونظرا لان عقد الاجارة كعقد النكاح يؤخذ جانب البيع فيه بمفهوم المعاوضة وليس بمنطوق التعاقد لذلك قالوا: إنه يخالف البيع في الاسم والحكم فلم ينعقد بلفظه كالنكاح، والوجه الثاني: ينعقد بلفظ البيع لانه تملك يتوسط العوض فيه على البازل كالبيع سواء بسواء. إذا ثبت هذا: فهل المعقود عليه العين لانها الموجودة فيقال: أجزتك داري أم أن العقد يتعلق بالمنفعة دون الاعيان، فيقال: أجزتك داري أو منفعة داري بكذا، أو بعتك منفعتها، وهذا الاخير هو قول مالك وأبي حنيفة وأحمد وأكثر أصحاب الشافعي، ويصح العقد على منفعة مضمونه في الذمة غير مضافه إلى عين كرجل استأجر من رجل عملا مضمونا في ذمته، وإذا كان كذلك فلا بد أن تكون

[10]

المنفعة معلومة كما لا بد ان يكون المبيع معلوما، فإن كانت مجهولة لم تصح الاجارة كما لو كان المبيع مجهولا، ومن ثم كانت الاجارة على نوعين، نوع يكون عقده على مدة معلومه: ونوع يكون على عمل معلوم فالاول كالدار والارض فلا تجوز إجارتهما إلا على مدة ومتى تقدرت المدة لم يجز تقدير العمل، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد، لان الجمع بينهما يزيدا غررا، لانه قد يفرغ من العمل قبل انقضاء المدة، فإن استعمل في بقية المدة فقد زاد على ما تعاقدنا عليه وإن لم يعمل كان تاركا للعمل في بعض المدة، وقد لا يفرغ من العمل في المدة، فإن أتمه عمل في غير

المدة، وهذا غرر أمكن التحرز منه، ولم يوجد مثله في محل الوفاق فلم يجر العقد معه، (فرع) قال الشافعي: إذا تكرر الرجل الأرض ذات الماء من العين أو النهر نيل أو غير نيل أو الغيل أو الآبار على أن يزرعها غلة الشتاء والصيف فزرعها إحدى العلتين والماء قائم ثم نصب فذهب قبل الغلة الثانية فأراد رد الأرض بذهب الماء فذلك له ويكون عليه من الكراء بحصة ما زرع إن كانت حصة الزرع الذي زرع الثلث أو النصف أو الثلثين أو أقل أو أكثر أدى ذلك وسقطت عنه حصة الزرع الثاني اه. قال النووي في المنهاج: ولا يصح استئجار أبق ومغصوب وأعمى للحفظ وأرض للزراعة لا ماء لها دائم، ولا يكفيها المطر المعتاد، ويجوز إن كان لها ماء دائم، وكذا إن كفاها ماء المطر الدائم أو الثلوج المجتمعة، والغالب حصولها في الاصح اه. قال الشرييني الخطيب في المغنى: ومجرد الامكان لا يكفي كما كان عود الأبق والمغصوب، نعم لو قال المكري أنا أحفر لك بئرا وأسقى أرضك منها أو أسوق الماء إليها من موضع آخر صحت الاجارة كما قال الروباني. أما لو استأجرها للسكنى فإنه يصح، وإن كانت بمحل لا يصلح لها كالمفازة، إلى أن قال: ويجوز استئجار أراضي مصر للزراعة بعد ريبها بالزيادة، وكذا قبله على الاصح إن كانت ترزى من الزيادة الغالبة كخمس عشرة ذراعا فما دونها كما نقله في الكفاية عن أبي الطيب وابن الصباغ واقتضاه كلام الشيخين. وقال السبكي: وما يروى من خمسة عشر كالموثوق به عادة، وما يروى من

[11]

سنة عشر وسبعة عشر غالب الحصول، وإن كان الاحتمال متطرفا إلى السنة عشر وإلى السبعة عشر كثيرا اه وتصح الأرض للزراعة قبل انحسار الماء عنها، وإن سترها عن الرؤية، لان الماء من مصلحتها كاستئجار اللوز والجوز بالقشرة، فإن قيل: ينبغى عدم الصحة لان الانتفاع عقب العقد شرط، والماء يمنعه أجب بأن الماء من مصالح الزرع، وبأن صرفه ممكن في الحال بفتح موضع ينصب إليه فيتمكن من الزرع حالا كاستئجار دار مشحونة بالامتنعة التي يمكن نقلها في زمن لا أجرة له هذا إن وثق بانحساره وقت الزراعة وإلا فلا يصح، وإن كانت الأرض على شط نهر، والظاهر أنه يجرها بقيضانه أو تنهار من أمواجه لم يصح استئجارها لعدم القدرة على تسليمها، وإن احتمله ولم يظهر جاز لان الاصل والغالب السلامة. وإن استأجر أرضا للزراعة وأطلق دخل فيها شربها ان اعتيد دخوله بعرف مطرد والشرب بكسر الشين النصيب من الماء، بخلاف مالو باعها لا يدخل، لان المنفعة هنا لا تحصل بدونه أو شرط في العقد، فإن اضطرب العرف فيه أو استثنى الشرب ولم يوجد شرب غيره لزوال المانع بالاعتناء عن شربها، والامتناع الشرعي لتسليم المنفعة كالحسى في حكمه. وقد أورد المصنف وجهين في الأرض التي يغطيها الماء وعلم انحسار أو احتمال تبخرها وجفافها، أحدهما: عدم صحة العقد لعدم امكان استيفاء المنفعة حالا، والثانى: وهو قول أبى اسحاق المروزي وهو الصحيح والذي عليه الفتوى من أئمة المذهب أنه يصح، لانه يعلم بالعادة المطردة إمكان الانتفاع والله أعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن استأجر رجلا ليعلمه بنفسه سورة وهو لا يحسنها ففيه وجهان (أحدهما) يصح كما يصح أن يشتري سلعة بدراهم، وهو لا يملكها ثم يحصلها ويسلم (والثانى) لا يصح لانه عقد على منفعة معينة لا يقدر عليها فلم يصح كما لو أجر عبد غيره. (فصل) ولا تصح الاجارة الا على منفعة معلومة القدر لانا بينا أن الاجارة

بيع والبيع لا يصح إلا في معلوم القدر فكذلك الاجارة ويعلم مقدار المنفعة بتقدير العمل أو بتقدير المدة، فإن كانت المنفعة معلومة القدر في نفسها كخياطة ثوب وبيع عبد والركوب إلى مكان قدرت بالعمل لانها معلومة في نفسها فلا تقدر بغيرها، وإن قدر بالعمل والمدة بأن استأجره يوما ليخيط له قميصا فالاجارة باطله لانه يؤدي إلى التعارض وذلك انه قد يفرغ من الخياطة في بعض اليوم فان طولب في بقية اليوم بالعمل اخل بشرط العمل وان لم يطالب اخل بشرط المدة، فان كانت المنفعة مجهولة المقدار في نفسها كالسكنى والرضاع وسقى الارض والتطيين والتجصيص قدر بالمدة لان السكنى وما يشيع به الصبي من اللبن وما تروى به الارض من السقى يختلف ولا ينضب، ومقدار التطيين والتجصيص لا ينضب لاختلافهما في الرقة والثخونة فقدر بالمدة، واختلف اصحابنا في استئجار الظهر للحرث، فمنهم من قال يجوز ان يقدر بالعمل بان يستأجره ليحرق أرضا بعينها، ويجوز ان يقدر بالمدة بان يستأجره ليحرق له شهرا، ومنهم من قال لا يجوز تقديره بالمدة والاول أظهر لانه يمكن تقديره بكل واحد منهما فجاز التقدير بكل واحد منهما (فصل) وما عقد على مدة لا يجوز الا على مدة معلومة الابتداء والانتهاء. فان قال أجرتك هذه الدار كل شهر بدينار فالاجارة باطله، وقال في الاملاء تصح في الشهر الاول وتبطل فيما زاد، لان الشهر الاول معلوم وما زاد مجهول فصح في المعلوم وبطل في المجهول، كما لو قال أجرتك هذا الشهر بدينار وما زاد بحسابه، والصحيح هو الاول لانه عقد على الشهر وما زاد من الشهور. وذلك مجهول فبطل، ويخالف هذا إذا قال أجرتك هذا الشهر بدينار وما زاد بحسابه لان هناك أفرد الشهر الاول بالعقد وههنا لم يفرد الشهر عما بعده بالعقد، فبطل بالجميع، فإن أجره سنة مطلقة حمل على سنة بالاهلة، لان السنة المعهودة في الشرع سنة الاهلة. والدليل عليه قوله عزوجل: يسألونك عن الاهلة قل هي موافيت للناس والحج. فوجب ان يحمل العقد عليه، فإن كان العقد في أول الهلال عد اثنا عشر شهرا بالاهلة، تاما كان الشهر أو ناقصا، وان كان في اثناء الشهر عد ما بقى من الشهر وعد بعده احد عشر شهرا بالاهلة ثم كمل عدد الشهر

الاول بالعدد ثلاثين يوما لانه تعذر اتمامه بالشهر الهلالي فتمم بالعدد، فان أجره سنة شمسية ففيه وجهان: (أحدهما) لا يصح لانه على حساب انسيء فيه أيام والنسيء حرام، والدليل عليه قوله تعالى، (انما النسيء زيادة في الكفر) (والثاني) انه يصح لانه وان كان النسيء حراما، الا أن المدة معلومة فجاز العقد عليها كالنيروز والمهرجان، وفي أكثر المدة التي يجوز عقد الاجارة عليه طريقان ذكرناهما في المساقاة (فصل) ولا تصح الاجارة الا على منفعة معلومة، لان الاجارة بيع والمنفعة فيها كالعين في البيع، والبيع لا يصح الا في معلوم فكذلك الاجارة، فان كان المكترى دارا لم يصح العقد عليها حتى تعرف الدار لان المنفعة تختلف باختلافها فوجب العلم بها ولا يعرف ذلك الا بالتعيين لانها لا تنضب بالصفة فافتقر إلى التعيين كالعقار والجواهر في البيع، وهل يفتقر إلى الرؤية ؟ فيه قولان بناء على

القولين في البيع، ولا يفتقر إلى ذكر السكنى ولا إلى ذكر صفاتها لان
الدار لا تكتري الا للسكنى وذلك معلوم بالعرف فاستغنى عن ذكرها كالبيع
بثمن مطلق في موضع فيه نقد معروف، وان اكتري ارضا لم يصح حتى
تعرف الارض لما ذكرناه في الدار، ولا يصح حتى يذكر ما يكتري له من
الزراعة والعراس والبناء، لان الارض تكتري لهذه المنافع وتأثيرها في
الارض يختلف فوجب بيانها. وان قال: أجرتك هذه الارض لتزرعها ما شئت
جاز، لانه جعل له زراعة أضر الاشياء، فأى صنف زرع لم يستوف به أكثر من
حقه، وان قال اجرتك لتزرع واطلق ففيه وجهان (أحدهما لا يصح لان
الزروع مختلفة في التأثير في الارض فوجب بيانها (والثاني) يصح لان
التفاوت بين الزرعين يقل وان قال اجرتك لتزرعها أو تغرسها لم يصح لانه
جعل له أحدهما ولم يعين فلم يصح، كما لو قال بعثك أحد هذين العبدین،
وان قال اجرتك لتزرعها وتغرسها ففيه وجهان (أحدهما لا يصح وهو قول
المزني وأبي العباس وأبي اسحاق لانه

[14]

لم يبين المقدار من كل واحد منهما (والثاني) يصح وله ان يزرع النصف
ويغرس النصف، وهو ظاهر النص، وهو قول أبي الطيب بن سلمة، لان
الجمع يقتضى التسوية فوجب ان يكون نصفين (الشرح) هذا الحكم في
تعليم القرآن ينبنى على ان تعليم القرآن هل يجوز بأجر أو لا ؟ فقد روى
ابن ماجه والبيهقي والرويانى في مسنده عن أبي بن كعب قال: علمت
رجلا القرآن فاهدى لى قوسا، فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم
فقال (إن أخذتها أخذت قوسا من نار) فرددها. قال البيهقي وابن عبد البر:
هو منقطع، يعنى عطية الكلاعى وأبى بن كعب وكذلك قال المزني،
وتعقبهم الحافظ بن حجر بأن عطية ولد في زمن النبي صلى الله عليه
وسلم، وأعله ابن القطان بالجهل بحال عبد الرحمن بن سلم الراوى عن
عطية، * * * وورد عن عبادة بن الصامت عند أبى داود وابن ماجه بلفظ
(علمت ناسا من أهل الصفة الكتاب والقرآن، فاهدى إلى رجل منهم قوسا
فقلت: ليست بمال وأرمى عليها في سبيل الله عزوجل، لأنين رسول الله
صلى الله عليه وسلم فلاسألته فاتيته فقلت: يا رسول الله، إنه رجل اهدى
إلى قوسا ممن كنت أعلمه الكتاب والقرآن وليست بمال وأرمى عليها في
سبيل الله، فقال: إن كنت تحب ان تطوق طوقا من نار فاقبلها) وفى
اسناده المغيرة بن زياد أبو هاشم الموصلي، وقد وثقه وكيع ويحيى بن
معين وتكلم فيه جماعة. وقال احمد: ضعيف الحديث، حدث بأحاديث مناكير
وكل حديث رفعه فهو منكر. وقال أبو زرعة الرازي لا يحتج بحديثه، ولكنه
قد روى عن عبادة من طريق اخرى عند أبى داود بلفظ (فقلت: ما ترى فيها
يا رسول الله ؟ فقال جمرة

[15]

بين كتفيك تقلدتها أو تعلقتها) وفى هذه الطريق بقية بن الوليد، وقد تكلم
فيه جماعة ووثقة الجمهور إذا روى عن الثقات، وقد أورد ابن حجر حديث
عبادة هكذا في كتاب النفقات من تخلص الحبير وتكلم عليه، وفى هذا
المعنى ورد عن معاذ عند الحاكم والبخاري بنحو حديث أبى، وعن أبى الدرداء

عند الدارمي بإسناد على شرط مسلم بنحوه أيضا. وقد استدل بهذه الاحاديث القائلون بعدم جواز الاجرة على تعليم القرآن كاحمد بن حنبل واصحابه وأبى حنيفة، وبهذا قال عطاء والضحاك بن قيس والزهرى واسحاق بن راهوية وعبد الله بن شقيق، وذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية إلى أنها تحل الاجرة على تعليم القرآن، وأجابوا عن هذه الاحاديث بأجوبة منها ان حديثى عبادة وأبى قضيتان في عين فيحتمل أن النبي صلى الله عليه وسلم علم أنهما فعلا ذلك خالصا لله فكره أخذ العوض عنه، وأما من علم القرآن على أنه لله وأن يأخذ من المتعلم ما دفعه إليه بغير سؤال ولا استئذان نفس فلا بأس به. وقد استدلوا على الجواز بحديث سهل بن سعد عند الشيخين (ان النبي صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة فقالت: يا رسول الله إني قد وهبت نفسي لك فقامت قياما طويلا، فقام رجل فقال: يا رسول الله زوجنيها ان لم يكن لك بها حاجة فقال صلى الله عليه وسلم: هل عندك من شئ تصدقها إياه؟ فقال: ما عندي الا إزارى هذه، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: إن أعطيتها إزارك، جلست لا إزار لك فالتمس شيئا فقال، ما اجد شيئا فقال: التمس ولو خاتما من حديد فالتمس فلم يجد شيئا، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: هل معك من القرآن شئ؟ فقال: نعم سورة كذا وسورة كذا يسميها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم قد زوجتكها بما معك من القرآن) وفي رواية (قد ملكتكها بما معك من القرآن) ولمسلم (زوجتكها تعلمها القرآن) وفي رواية لابي داود (علمها عشرين آية وهي امرأتك) ولاحمد (قد أنكحتكها على ما معك من القرآن)

[16]

ومن أدلة الجواز حديث عمر المتقدم في كتاب الزكاة (ان النبي صلى الله عليه وسلم قال له: ما اتاك من هذا المال من غير مسألة ولا اشراف نفس فخذ، ومن أدلة الجواز حديث الرقية المشهور الذى اخرج البخارى عن ابن عباس وفيه (ان أحق ما اخذتم عليه اجرا كتاب الله). فإذا ثبت هذا: فان كان الاجر على تعليم السورة لا يحفظها ففى صحة ذلك وجهان (احدهما) يصح كما يصح شراء مالا يملكه ثمنه على ان يحصلها ثم يدفعها (والثانى) لا يصح لان المنفعة غير مقدور عليها فلم يصح. قال العلامة الشربيني فى المغنى على المنهاج: اما إذا استأجره مدة لجميعه فانه لا يصح على الاصح فان فيه جمعا بين الزمان والعمل وحينئذ كان ينبغى ان يقول المصنف - يعنى النووي - تعليم قرآن بالتنكير، فان الشافعي رضى الله عنه فى باب التدبير نص على ان القرآن بالالف واللام لا يطلق الا على جميعه، فإذا قدر التعليم بمدة كشهر هل يدخل الجميع اولا؟ أفنى الغزالي بان ايام السبوت مستثناة فى استئجار اليهودي شهرا لاطراد العرف به. وقال البلقيني: ويقاس عليه الاحد للنصارى، والجمع فى حق المسلمين، ثم قال ويشترط على المتعاقدين بما يقع العقد على تعليمه، فان لم يعلماه وكلا من يعلم ذلك ولا يكفى ان يفتح المصحف ويقول: تعلمني من هنا إلى هنا، لان ذلك لا يفيد معرفة المشار إليه بسهولة أو صعوبة، فإذا اطلق العقد فى تعليم القرآن ولم يشترط قراءة بعينها فقد قال الماوردي والرويانى تفريعا على ذلك: يعلمه الاغلب من قراءة البلد كما لو اصدقها دراهم فانه يتعين دراهم البلد، أي فان لم يكن فيها أغلب علمه ما شاء من ذلك وهذا أوجه، فان عين له قراءة تعينت. فان أقرأه غيرها ولم يستحق اجرة فى احد وجهين يظهر ترجيحه، ولا يشترط رؤية المتعلم، ويشترط فى المتعلم أن يكون مسلما أو برحى إسلامه، فان لم يرج لم يعلم كما يباع المصحف من

الكافر. (فرع) قال الشافعي وكذلك يملك المستأجر المنفعة التي في العبد والدار والدابة إلى المدة التي اشترط حتى يكون أحق بها من مالها، ويملك بها صاحبها

[17]

العوض فهي منفعة معقولة من عين معروفة فهي كالعين المبيعة، ولو كان حكمها خلاف حكم العين لكان في حكم الدين ولم يجز أن يكتري بدين لانه حينئذ يكون ديناً بدين، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الدين بالدين، فإذا وقع ما أكره وجب له جميع الكراء كما إذا دفع ما باع وجب له جميع الثمن إلا أن يشترط أجلاً اهـ. وجملة القول في عقد الاجارة أن يتضمن تملك منافع في مقابلة أجره، فأما المنافع فلا خلاف أنها تملك بالعقد ويستقر الملك بالقبض، وأما الاجارة فلها ثلاثة أحوال. (أحدها) أن يشترطاً حلولها وتكون حالة اتعاقاً. (والثاني) أن يشترطاً تأجيلها أو تنجيمها فتكون مؤجلة أو منجمه اجماعاً (والثالث) ان يطلقها فلا يشترطاً فيها حلولاً ولا تأجيلاً، فقد اختلف الفقهاء فيها على ثلاثة مذاهب: فمذهب الشافعي منها أن الاجرة تكون حالة تملك بالعقد وتستحق بالتمكين، وقال أبو حنيفة لا يتعجل الاجرة بل تكون في مقابلة المنفعة، فكلما مضى من المنفعة جزء ملك ما في مقابلته من الاجرة، وقال مالك لا يستحق الاجرة الا بمضى جميع المدة استدلالاً بقوله تعالى، فان أرضعن لكم فأتوهن أجورهن، فاقضى أن تكون باستكمال الرضاع يستحق الاجرة، وبما روي أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه) فكان ذلك منه حثاً على تعجيلها في أول زمان استحقاقها، وذلك بعد العمل الذي يعرف به، ولان أصول العقود موضوعة على تساوي المتعاقدين فيما يملكانه بالعقد ويكون ملك العوض تالياً لملك المعوض كالبيع إذا ملك على البائع المبيع ملك به الثمن، وإذا سلم المبيع استحق قبض المنافع مؤجلاً وجب أن يكون قبض الاجرة مؤجلاً، وتحريره قياساً أنه عقد معاوضه فوجب أن يكون استحقاق العوض بعد قبض المعوض كالبيع، ولان ما استحق من الاعواض على المنافع يلزم أدائه بعد تسليم المنافع كالجعالة والقراض، ولان من ملك للاجرة يمنع من استحقاقها عليه بالعقد، وقد ثبت أن الدار المؤجرة من الاجرة فدل على أنه لم يكن مالكا للاجرة.

[18]

ودليلنا هو أن ما لزم من عقود المنافع استحق العوض فيه حالاً كالنكاح، ولان كل عوض تعجل بالشرط فإطلاقه يوجب حلوله كالثمن، ولان الاصول موضوعة على أن تسليم المعوض يوجب تسليم العوض ليستوي حكم المتعاقدين فيما يملكانه من عوض ومعوض كما هو مقرر في الاصول فلا يكون حظ أحدهما فيه أقوى من حظ الآخر كالبيع إذا سلم المبيع فيه وجب تسليم الثمن، وكالنكاح إذا حصل التمكين وجب تسليم الصداق، كذلك الاجارة إذا حصل تسليم المنفعة وجب تسليم الاجرة، والمنافع ههنا مقبوضة بالتمكين حكماً، وإن لم يكن القبض مستقراً. (فرع) قال الشافعي: وله أن يؤاجر عبده وداره ثلاثين سنة، أما عقد الاجارة على سنة واحدة فيجوز لان الغرر يسير فيها والضرورة داعية إليها فأما ما زاد على السنة

الواحدة فقد حكى مالك أنه جوزها إلى خمس سنين أو ست سنين لا غير، وللشافعي فيما زاد على السنة الواحدة قولان. (أحدهما لا تجوز الاجارة أكثر من سنة، لان الاجارة غرر لانها عقد قد تسلم وقد لا تسلم، فإذا قل الزمان قل غررها فجاز، وإذا طال الزمان كثر غررها فبطل كالخيار، ولان السنة هي المدة التي تكمل فيها منافع الزراعة في الارضين، ولا تتغير فيها غالبا الحيوانات والدور فلذلك تقدرت مدة الاجارة بها وبطلت فيما جاوزها. (والقول الثاني) وهو أصح القولين هنا، أن الاجارة تجوز أكثر من سنة ثلاثين سنة قدرها الشافعي على سبيل الكثرة، أما أدناها فأقل مدتها ما أمكن فيه استيفاء المنفعة المعقود عليها وذلك قد يختلف باختلاف المؤجر، فإن كان ذلك دارا للسكنى جازت إجارته يوما واحدا، وإن كان ذلك أرضا للزراعة فأقلها مدة زراعتها، فأما أكثر المدة فهو ما علم بقاء الشيء المؤجر فيها، فإن كان ذلك أرضا تأيد بقاؤها، وإن كان دارا روعى فيها مدة يبقى فيها بناؤها، وإن كان حيوانا روعى فيه الاغلب من مدة حياته.

[19]

(فرع) فأما إذا أجر داره كل شهر بدينار ولم يذكر عدد الشهور وغايتها لم تصح الاجارات فيما عدا الشهر الاول للجهاالة بمبلغه، فصار كقوله: أجزتها مدة، واختلف أصحابنا في صحتها ولزومها في الشهر الاول على وجهين. (أحدهما) أن الاجارة فيه صحيحة لكونه معلوما. (والوجه الثاني) وهو الاصح أنها باطله لكونه واحدا من عدد مجهول فلم يتميز في الحكم. وقال أبو حنيفة: الاجارة صحيحة وللمستأجر فسخ الاجارة في كل شهر قبل دخوله، فإذا دخل قبل فسخه لزمه وجعل إطلاق الشهور مع تسمية الاجرة لكل شهر جاريا مجرى بيع الصبرة المجهولة القدر إذا سمي ثمن كل قفين، وهذا خطأ للخطأ بما تناوله العقد من الشهور بخلاف الصبرة التي قد أشير إليها وينحصر كيلها، ولانه لا يخلو أن تصح الاجارة فلا يكون له فسخها من غير عذر أو تبطل، فلا يجوز أن يقيم عليها مع العذر، ويلزم أجرة المثل إن سكن دون المسمى. فإذا قدر المدة بسنه حملت على السنة الهلالية المعهودة شرعا فان شرط هلاله كان تأكيدا، وإن قال عدديه أو سنه بالايام كان له ثلاثمائة وستون يوما، لان الشهر العددي يكون ثلاثين يوما، وإن استأجر سنه هلاله أول الهلال عد اثني عشر شهرا بالاهلة سواء كان الشهر تاما أو ناقصا، لان الشهر الهلالي ما بين الهلالين ينقص مرة ويزيد أخرى، وإن كان العقد في أثناء شهر عد ما بقى من الشهر وعد بعده أحد عشر شهرا بالهلال ثم كمل الشهر الاول بالعدد ثلاثين يوما لانه تعذر اتمامه بالهلال فتممناه بالعدد وأمكن استيفاء ما عداه بالهلال فوجب ذلك لانه الاصل، وقد مضى في السلم بحث في الشهور العربية الهلالية والشمسية الرومية وبعد ذلك أساسا لتوقيت التعامل هنا كمثلها هناك. (فرع) قال في المنهاج: يشترط كون المنفعة معلومة ثم تارة تقدر بزمان كدار سنه، وتارة بعمل كدابه إلى مكة وكخياطه ذا الثوب فلو جمعهما فاستأجره ليخطه بياض النهار لم يصح في الاصح، ويقدر تعليم القرآن بمدة أو تعيين سور وفي البناء بين الموضع والطول والعرض والسلك وما يبنى به إن قدر بالعمل،

وإذا صلحت الارض لبناء وزراعة وغراس اشترط تعيين المنفعة، ويكفى تعيين الزراعة عن ذكر ما يزرع في الاصح، ولو قال: لتنتفع بما شئت صح، وكذا لو قال: إن شئت فازرع وإن شئت فاغرس في الاصح، وبشترط في إجارة دابة لركوب معرفة الراكب بمشاهدة أو وصف تام، وقيل لا يكفى الوصف، وكذا الحكم فيما يركب عليه من محمل وغيره إن كان له. وقال السبكي لا بد في تصوير هذه المسألة من زيادة ما شئت فيقول: إن شئت فازرع ما شئت أو اغرس ما شئت، فإن لم يزد ما ذكر عاد الخلاف في وجوب تعيين ما يزرع، اه وإذا صلحت الارض لغراس أو بناء أو زراعة أو لائتين من هذه الثلاثة اشترط تعيين المنفعة في صورتين لاختلاف الضرر اللاحق باختلاف منافع هذه الجهات، فإن أطلق لم يصح، أما إذا لم تصلح إلا لجهة واحدة فإنه يكفى الاطلاق فيها كأراضي الاحكار فإنه يغلب فيها البناء، وبعض البساتين فإنه يغلب فيها الغراس، ويكفى في أرض استؤجرت للزراعة تعيين الزراعة عن ذكر ما يزرع فيها، كقوله أجرتها للزراعة أو لتزرعها، فيصح لقلة التفاوت بين أنواع الزرع، ويزرع ما شاء للاطلاق قال الرافعي: وكان يحتمل أن ينزل على أقل الدرجات. وما قاله حكاة الخوارزمي وجهها، فيكون الوجه الثاني أنه لا يكفى لان ضرر الزرع مختلف. نعم إن أجر على غيره بولاية أو نيابة لا يكفى الاطلاق لوجوب الاحتياط. والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن استأجر ظهرا للركوب لم يصح العقد حتى يعرف جنس المركوب، لان الغرض يختلف باختلافه، ويعرف ذلك بالتعيين والوصف لانه يضبط بالصفة فجاز أن يعقد عليه بالتعيين والوصف كما قلنا في البيع، فإن كان في الجنس نوعان مختلفان في السير كالمهماج والقطوف من الخيل ففيه وجهان (أحدهما) يفتقر إلى ذكره لان سيرهما يختلف (والثاني) لا يفتقر لان التفاوت

في جنس واحد يقل ولا يصح حتى يعرف الراكب، ولا يعرف ذلك إلا بالتعيين لانه يختلف بنقله وخفته وحركته وسكونه، ولا يضبط ذلك بالوصف فوجب تعيينه، ولا يصح حتى يعرف ما يركب به من سرج وغيره، لانه يختلف ذلك على المركوب والراكب. فإن كان عماريه أو محملا ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يجوز العقد عليه بالوصف لانه يمكن وصفه فجاز العقد عليه بالصفة كالسرج والقتب، والثاني إن كانت من المحامل البغدادية الخفاف جاز العقد عليه بالصفة لانها لا تختلف وإن كانت من الخراسانية الثقال لم يجز إلا بالتعيين لانها تختلف وتتفاوت (والثالث) وهو المذهب انه لا يجوز إلا بالتعيين لانها تختلف بالصيق والسعه والنقل والخفه وذلك لا يضبط بالصفة فوجب تعيينه. واختلف أصحابنا في المعاليق كالقدر والسطيحة، فمنهم من قال لا يجوز حتى يعرف قولا واحدا لانها تختلف فوجب العلم بها. ومنهم من قال فيه قولان: (أحدهما) لا يجوز حتى يعرف لما ذكرناه (والثاني) يجوز وتحمل على ما جرت به العادة لانه تابع غير مقصود فلم تؤثر الجهالة فيه كالغطاء في الاجارة والحمل في البيع، وان كان السير في طريق فيه منازل معروفه جاز العقد عليه مطلقا لانه معلوم بالعرف فجاز العقد عليه مطلقا كالثمن في موضع فيه نقد متعارف، فان لم يكن فيه منازل معروفه لم يصح حتى يبين لانه مختلف لا عرف فيه فوجب بيانه

كالثمن في موضع لا نقد فيه. (فصل) فان استأجر ظهر الحمل متاع صح العقد من غير ذكر جنس الظهر لانه لا غرض في معرفته ولا يصح حتى يعرف جنس المتاع انه حديد أو قطن لان ذلك يختلف على البهيمه ولا يصح حتى يعرف قدره لانه يختلف، فان كان موزوناً ذكر وزنه، وان كان مكيلاً ذكر كيله، فإن ذكر الوزن فهو أولى لانه أخصر وأبعد من الغرر، فان عرف بالمشاهدة جاز كما يجوز بيع الصبرة بالمشاهدة وان لم يعرف كيلها، فان شرط أن يحمل عليها ما شاء بطل العقد لانه دخل في الشرط ما يقتل البهيمه، وذلك لا يجوز فبطل به العقد. فأما الظروف التي فيها المتاع فانه ان دخلت في وزن المتاع صح العقد لان

[22]

الغرر قد زال بالوزن وإن لم تدخل في وزن المتاع نظرت فان كانت ظروفها معروفة كالغرائر الجبلية جاز العقد عليها من غير تعيين لانها لا تتفاوت، وإن كانت غير معروفة لم يجر حتى تعين لانها تختلف ولا تصبى بالصفة فوجب تعيينه. (الشرح) المهملج. قال في القاموس: والهملجة فارسي معرب، وشاة هملج لا مخ فيها لهزالها، وأمر مهملج مذلل منقاد، والهملج بالكسر من البرادين، والقطوف الدابة ضاق مشيها، قال زهير: بارزة الفقارة لم يخنها قطاف في الركاب ولا خلاء والعمارية نسبة إلى موضع باليمامة والمحمل كمجلس اليهودج فكان منها ما يصلح للركوب، ومنها ما يصلح للحمل، والمعاليق جميع معلاق، وهو ما يعلق بعروة بلا شد ولا ربط، والسطيحة إباء مسطح من الجلد. أما الاحكام فإنه يشترط في إجارة الظهر للركوب عينا أو ذمة معرفة الراكب بمشاهدة أو وصف تام له لينتفي الغرر. وذلك بنحو ضخامة أو نحافة، كما في الحاوي الصغير خلافا للبلقيني وغيره من اعتبار الوزن، إذ أن ثقل الوزن يخل بتوازنه أو بحشمته، وإنما اعتبروا في نحو المحمل الوصف مع الوزن لانه إذا عين لا يتغير، والراكب قد يتغير بسمن أو هزال، فلم يعتبر جمعهما فيه، وقيل لا يكفي الوصف وتتعين المشاهدة لانه ليس الخبر كالعيان، ولما يأتي من عدم الاكتفاء بوصف الرضيع، وكذا الحكم فيما معه من متاع، وفيما يركب عليه من محمل وسرج وأكاف إن فحش تفاوته ولم يكن هناك عرف مطرد أو كان ذلك تحت يد المكترى ولو بعارية فيشترط معرفته بمشاهدته أو وصفه التام، فإذا كان الراكب مجرداً فلا حاجة إلى ذكر ما يركب عليه، ويركبه المؤجر على ما شاء من سرج يليق بالدابة ويناسب قوتها، فان كان هناك عرف مطرد فلا حاجة إلى ذكره أو النص عليه خلافاً للاذرعي، ولا بد في نحو المحمل من وطاء وهو ما يجلس عليه. وكذا غطاء إن شرط في العقد، فان كان ثمة عرف مطرد حمل الاطلاق عليه، ولو شرط في عقد الاجارة حمل المعاليق فسد العقد في الاصح لاختلاف الناس فيها قلة وكثرة (والثاني) يصح ويحمل على الوسط المعتاد،

[23]

وإن لم يشترطه لم يستحق حملها في الاصح، هكذا أفاده النووي والرملي وغيرهما ويقاس على هذا ما ينبغي أن تكون عليه مؤاجرة السيارات للركوب لانتقال أو ارتحال، فقد تحددت في زماننا هذا حمولة السيارات

الركوبية بعدد الراكبين وما يجوز حمله بالعرف المطرد من حقائب، وكذلك السيارات الحمولية تحددت حمولتها بالوزن ومقصد الشرع المحافظة على البهيمة من وجهين: حرمة الحياة وحرمة المال. (فرع) وأما الآلات والعربات ففيها حرمة يجب في الأجر أن يعرف المحمول وقدره وجنسه، فإذا كان في أو طبه وأجوله أو صناديق امتحنها وعرف ما فيها، فإن كانت عارية فلا كلام وإن كانت مطروقة في أكياس أو معبأة وجب امتحانها ومعرفتها جنسا ووزنا. قال الشافعي رضى الله عنه: ولا يجوز من ذلك شئ على شئ مغيب لا يجوز حتى يرى الراكب والراكبين، وطرف المحمل والوظء وكيف الظل إن شرطه لأن ذلك يختلف فيتباين أو تكون الحمولة بوزن معلوم أو كيل معلوم أو ظرف ترى أو تكون إذا شرطت عرفت مثل غرائر الحلبة وما أشبه هذا. وقال أيضا (وإذا تكارى الرجل الدابة إلى موضع فجأوزه إلى غيره فعليه كراء الموضع الذى تكارها إليه الكراء الذى تكارها به وعليه من حين تعدى إلى أن ردها كراء مثلها من ذلك الموضع، وإذا عطبت عليه لزمه الكراء إلى الموضع التى عطبت فيه وقيمتها. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) فإن استأجر ظهرا للسقى لم يصح العقد حتى يعرف الظهر، لأنه لا يجوز إلا على مدة، وذلك يختلف باختلاف الظهر فوجب العلم به على الاظهر ويجوز أن يعرف ذلك بالتعيين والصفة، لأنه يضبط بالصفة فجاز أن يعقد عليه بالتعيين والصفة، كما يجوز بيعه بالتعيين والصفة، ولا يصح حتى يعرف الدولاب لأنه يختلف، ولا يعرف ذلك إلا بالتعيين، لأنه لا يضبط بالصفة فوجب تعيينه.

[24]

(فصل) وإن استأجر ظهرا للحرث لم يصح حتى يعرف الارض، لأنه يختلف ذلك بصلاية الارض ورخاوتها، فإن كان على جريان لم يفتقر إلى العلم بالظهر لأنه لا يختلف، وإن كان على مدة وقلنا إنه يصح لم يجز حتى يعرف الظهر الذى يحرث به، لأن العمل يختلف باختلافه، ويعرف ذلك بالتعيين والصفة لما ذكرناه في السقى. (فصل) وإن استأجر ظهرا للدياس لى يصح حتى يعرف الجنس الذى يداس لأن العمل يختلف باختلافه، فإن كان على زرع معين لم يفتقر إلى ذكر الحيوان الذى يداس به، لأنه لا غرض في تعيينه، فإن كان على مدة لم يصح حتى يعرف الحيوان الذى يداس به، لأن العمل يختلف باختلافه (فصل) وإن استأجر جارحة للصيد لم يصح حتى يعرف جنس الجارحة لأن الصيد يختلف باختلافه ويعرف ذلك بالتعيين والصفة لأنه يضبط بالصفة ولا يصح حتى يعرف ما يرسله عليه من الصيد، لأن لكل صنف من الصيد تأثيرا في اتعاب الجارحة. (الشرح) يجوز اكتراء الدابة للاستقاء بالغرب وهو الدلو العظيمه ونحوه كالدولاب، فلا بد من معرفته لأنه يختلف بكبره وصغره، ويقدر بكيله متريا أو قياسه أو وزنه، ولا يجوز تقدير ذلك بحوض في الارض أو حفرة فيها للجهالة ولتسرب الماء في باطن التربة فإن قدره بعدد المرات احتاج إلى معرفة الموضع الذى يستقى منه والذى يذهب إليه، لأن ذلك يختلف بالقرب والبعد والسهولة والحزونه، وإن قدره بملء شئ معين احتاج إلى معرفته ومعرفة ما يستقى منه، هذا ما يقال في الاستيقاء. ولما كانت البهيمة تؤجر للحرث والدراس والطحن غير ما مضى من الحمل والنقل فنقول: إن جواز كراء الدابة للحمل ثابت بالكتاب (وتحمل أثقالكم إلى بلد لم تكونوا بالغيه الا بشق الانفس)

أما كراء البقر للحرث فقد ثبت بالنص والعرف قال النبي صلى الله عليه وسلم (بينما رجل يسوق بقرة أراد أن يركبها فقالت: إني لم أخلق لهذا، وإنما خلقت للحرث، رواه الشيخان، على أن هذا يحتاج إلى شرطين، معرفة الأرض وتقدير العمل، فأما الأرض فلا تعرف إلا بالمشاهدة لاختلافها صلابة ورخاوة وسعة وضيقا وقد كانت الأرض تقدر مساحتها بالجربان جمع جريب وهو ما يبلغ ستين ذراعا مربعا مهيا للزرع ولذلك كانوا يقولون فلان يملك ألف جريب وألف جريب ويعنون بالجريب غير المهيا للزراعة ويحتاج إلى اصلاح حتى يكون جريبا، ومن هنا اختلف كراء الجريب عن الخريب لان الجريب تكون مستوية السطح خالية من الحجارة والحفر بعكس الخريب لذلك وجب رؤيتها لانها لا تعرف الا بالمشاهدة وأما تقدير العمل فيجوز بأحد شيئين اما بالمدة كيوم ويومين واما بالأرض كهذه القطعة، أو من هذا المكان أو بالمساحة كقصبة أو قصبين (والقصبة 355 س م.) والقدان 333 وثلاث قصبة. أما الدراس أو الدياس والدياس جعلوها مصدرا لِداس يدوس دوسا ودياسا مثل الدراس فمن علماء اللغة من ينكر كون الدياس من كلام العرب، ومنهم من يقول: هو مجاز وكأنه مأخوذ من داس الأرض دوسا إذا شدد وطأه عليها بقدمه، والمدوس الذي تداس به الحنطة بكسر الميم لانه آلة. وأما المداس الذي ينتعله الانسان فإن صح سماعه فقياسه كسر الميم لانه آلة والا فالكسر أيضا حملا على النظائر الغالبة من العربية، ولا أدري وجه صاحب القاموس المحيط في جعله زنة سحاب قلت: أما تأجير البقر للدراس أو غير البقر فأشبهه الحرث في معرفة نوع الزرع المراد دياسه وهل بالنورج أم بدونه وعلى مدة ومعرفة الحيوان، لان الغرض يختلف باختلافه، فمن الحيوانات ما يكون نجس البول والروث فيختلط بالطعام فيحتاج إلى اختياره وتحديد نوعه وكذلك إدارة الرحي للطحن يفتقر إلى شيئين، معرفة الحجر بالمشاهدة، واما بصفة تعرف بها حالته من الثقل أو الخفة وتقدير العمل اما بالزمان كيوم ويومين ونوع المطحون فقد يكون عسير الطحن لصلابته.

(فرع) إذا استأجر جارحة للصيد لم يصح حتى يعرف جنسها لانها إذا كانت الجارحة كلبا فلا يصح استئجاره كما صح ذلك النووي، وحكى الرملي والشربيني منازعة النووي في هذا، وقال الاذرعى: المختار قول الغزالي، يعنى من حيث جواز إجارة الكلب المعلم للصيد. أما الجوارح الاخرى كالبازي والعقاب والفهد فيجوز استئجارها قولا واحدا كما يجوز استئجار السنور لصيد الغار وعلى هذا يصح استئجارها أعنى الجوارح من ذمى أو مجوسى ويجرى عليها حكم صيد المسلم بكلب النصراني واليهودى، إن قلنا بصحة استئجاره فإن صيده جائز. أما الجوارح الاخرى فإنه يصح استئجارها من يهودى أو نصراني ويصح صيدها قال العبدري: وبه قال الفقهاء كافة. وقال ابن المنذر: وبه قال سعيد بن المسيب والحكم والزهرى ومالك وأبو حنيفة وأبو نور وهو أصح الروايتين عن عطاء وممن كرهه جابر بن عبد الله والحسن البصرى وعطاء ومجاهد والنخعي والثوري وإسحاق بن راهويه، وقال أحمد: كلب النصراني واليهودى عندي أهون من المجوسى والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وان استأجر رجلا ليرعى له مدة لم يصح حتى يعرف جنس الحيوان: لان لكل جنس من

الماشية تأثيرا في اتعاب الراعى. ويجوز أن يعقد على جنس معين وعلى جنس في الذمة، فإن عقد على موصوف لم يصح حتى يذكر العدد، لان العمل يختلف باختلافه، ومن أصحابنا من قال: يجوز مطلقا ويحمل على ما جرت به العادة أن يرعاه الواحد من مائه أو أقل أو أكثر، والاول أظهر لان ذلك يختلف وليس فيه عرف واحد. (فصل) وان استأجر امرأة للرضاع لم يصح العقد حتى يعرف الصبي الذي عقد على ارضاعه، لانه يختلف الرضاع باختلافه، ولا يعرف ذلك الا بالتعيين، لانه لا يضبط بالصفة ولا يصح حتى يذكر موضع الرضاع لان الغرض يختلف باختلافه.

[27]

(فصل) وان استأجر رجلا ليحفر له بئرا أو نهرا لم يصح العقد حتى يعرف الارض لان الحفر يختلف باختلافها ولا يصح حتى يذكر الطول والعرض والعمق، لان الغرض يختلف باختلافها، وان استأجر لبناء حائط لم يصح العقد حتى يذكر الطول والعرض وما يبنى به من الأجر واللبن والجص والطين، لان الاغراض تختلف باختلافها، وان استأجره لضرب اللبن لم يصح حتى يعرف موضع الماء والتراب، ويذكر الطول والعرض والسمك والعدد، وعلى هذا جميع الاعمال التي يستأجر عليها. وان كان فيما يختلف الغرض باختلافه، رجع فيه إلى أهل الخبرة ليعقد على شرطه، كما إذا أراد أن يعقد النكاح، ولم يعرف شروط العقد رجع إلى من يعرفه ليعقد بشرطه، وان عجز عن ذلك فوضه إلى من يعرفه ليعقد بشرطه كما يوكل الاعمى في البيع والشراء من يشاهد المبيع. (فصل) وان استأجر رجلا ليلقنه سورة من القرآن لم يصح حتى يعرف السورة لان الغرض يختلف باختلافها، وان كان على تلاوة عشر آيات من القرآن لم يصح حتى يعينها لان آيات القرآن تختلف، فإن كان على عشر آيات من سورة معينة ففيه وجهان (أحدهما لا يصح، لان الاعتبار يختلف (والثانى) يصح، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال (جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فعرضت نفسها عليه، فقال لها: اجلسي بارك الله فيك، أما نحن فلا حاجة لنا فيك، ولكن تملكينا أمرك؟ قالت: نعم، فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم في وجوه القوم، فدعا رجلا منهم فقال لها: انى أريد أن أزوجك هذا ان رضيت فقالت: ما رضيت لى يا رسول الله فقد رضيت، ثم قال للرجل: هل عندك من شئ؟ قال لا والله يا رسول الله. قال: ما تحفظ من القرآن؟ قال سورة البقرة والتي تليها، قال: قم فعلمها عشرين آية وهى امرأتك) وهل يفتقر إلى تعيين الحرف؟ فيه وجهان (أحدهما لا يصح حتى يعين الحرف، لان الاغراض تختلف باختلاف الحرف (والثانى لا يحتاج إلى تعيين الحرف، لان ما بين الاحرف من الاختلاف قليل).

[28]

(فصل) وإن استأجر للحج والعمرة لم يصح حتى يذكر أنه أفراد أو قران أو تمتع، لان الاغراض تختلف باختلافها، فأما موضع الاحرام فقال في الام لا يجوز حتى يعين وقال في الاملاء: إذا استأجر أجيرا أحرم من الميقات ولم يشترط التعيين، واختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحاق المروزي: فيه قولان: (أحدهما لا يجوز حتى يعين، لان الاحرام قد يكون من الميقات، وقد

يكون من دوبرة أهله، وقد يكون من غيرهما، فإذا أطلق صار العقد على مجهول فلم يصح (والثاني) أنه يجوز من غير تعيين ويحمل على ميقات الشرع، لأن الميقات معلوم بالشرع فانصرف الاطلاق إليه كنفذ البلد في البيع ومن أصحابنا من قال: إن كان الحج عن حي لم يجز حتى يعين، لأنه يمكن الرجوع إلى معرفة غرضه، وإن كان عن ميت جاز من غير تعيين، لأنه لا يمكن الرجوع إلى معرفة غرضه، وحمل القولين على هذه الحالين. ومنهم من قال: إن كان للبلد ميقتان لم يجز حتى يبين لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر، فوجب بيانه كالتمن في موضع فيه نقدان. وإن لم يكن له إلا ميقات واحد جاز من غير تعيين، كالتمن في موضع ليس فيه إلا نقد واحد، وحمل القولين على هذين الحالين، فإن ترك التعيين وقلنا إنه لا يصح فحج الاجير، انعقد الحج للمستأجر لأنه فعله بإذنه مع فساد العقد فوقع له كما لو وكله وكالة فاسدة في بيع (الشرح) أوردنا في صدر هذا الباب آية استئجار شعيب لموسى، وقد روى أحمد والبخاري وابن ماجه أن النبي صلى الله عليه قال: ما بعث الله نبيا إلا رعى الغنم، فقال أصحابه وأنت؟ قال نعم. كنت أرها على قراريط لأهل مكة، وقال سويد بن سعيد: يعني كل شاة بقيراط. وقال ابراهيم الحربي: قراريط اسم موضع، وقد صوب ابن الجوزي وابن ناصر التفسير الذي ذكره ابراهيم الحربي: لكن الذي رجح تفسير ابن سويد أن أهل مكة لا يعرفون مكانا يقال له: قراريط وقد روى النسائي من حديث نصر بن حزن قال: افتخر أهل الابل والغنم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (بعث موسى وهو راعي غنم، وبعث داود

[29]

وهو راعي غنم وبعثت وأنا راعي غنم أهلى بجياد، وفي الحديث دليل على جواز الاجارة على رعى الغنم، ويلحق بها في الجواز غيرها من الحيوان، وهل يصح أن يرعى قطيعا بغير عدد من الغنم، أو قطيعا بغير عدد من البقر قل أو أكثر؟ قولان (أحدهما) وهو الاصح أن يذكر العدد وأن يكون الاجر مناسباً لقدر المنفعة والعمل (والثاني) إذا جرى عرف مطرد بأن يرعى القطيع من غير عدد صح عقده. (فرع) مذهب الشافعي رضى الله عنه على أنه يجوز استئجار الام لارضاع ولدها. وقال أبو حنيفة لا يجوز ما دامت في النكاح أو العدة اه. ولا يجوز استئجار امرأة حرة منكوحة لرضاع أو غيره مما يؤدي إلى خلوة محرمة إلا بإذن زوجها على الاصح، ويؤخذ من قول الاذرعى أنه يجوز لها ذلك إذا كان زوجها غائبا فأجرت نفسها لعمل مباح لا خلوة فيه بأجنبى ينقضى أجله قبل قدومه، وقد اعترض الغزى على هذا بأن المرأة ومنافعها مستحقة لزوجها بعقد النكاح. قال الرملى: وهذا الاعتراض ممنوع بأنه لا يستحقها، وإنما يستحق المنفعة منها وهى متعذرة منه، ولو اختلفت الزوجة مع زوجها حول الاذن صدق الزوج ولا كلام. على أن الاقيس على ظاهر المذهب أنه يصح لها ذلك على حد قول الاذرعى لأنه لما جاز للزوج أن يستأجر زوجته لارضاع ولده ولو كان منها فان ذلك يفيد بمفهومه ملكها المنفعة، إذا تقرر هذا فهل يجوز أن يستأجر المرضعة بطعامها وكسوتها؟ مذهب الشافعي على أن ذلك لا يجوز في الظئر ولا في غيره من أنواع الاجارات وقد اختلفت الرواية عن أحمد فيمن استأجر اجيرا بطعامه وكسوته أو جعل اجرا وشرط طعامه وكسوته فروى عنه جواز ذلك وهو مذهب مالك واسحاق وروى عن أبى بكر وعمر وأبى موسى أنهم استأجروا الاجراء بطعامهم وكسوتهم، وروى عن أحمد أن ذلك جائز في

الظئر دون غيره لقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن
بالمعروف) فأوجب لهن النفقة والكسوة

[30]

على الرضاع، ولم يفرق بين المطلقة وغيرها، بل في الآية قرينة تدل على
طلاقها لان الزوجة تجب نفقتها وكسوتها بالزوجية وإن لم ترضع، لان الله
تعالى قال (وعلى الوارث مثل ذلك) والوارث ليس بزوج، ولان المنفعة في
الحضانة والرضاع غير معلومة، فجاز أن يكون عوضها كذلك. وروى عنه
رواية ثالثة لا يجوز ذلك بحال، لا في الظئر ولا في غيرها. وبهذا قال
الشافعي وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وابن المنذر، لان ذلك يختلف اختلافا
كثيرا متباينا فيكون مجهولا، والاجر من شرطه أن يكون معلوما. إذا ثبت
هذا فهل تدخل الحضانة في الرضاع أم لا؟ على وجهين (أحدهما) لا تدخل
وهو قول أبي ثور وابن المنذر لان العقد لم يتناولها (والثاني) تدخل وهو
قول أصحاب الرأي، لان العرف جار بأن المرضعة تحصن الصبي فحمل
الاطلاق على ما جرى به العرف والعادة. وبشروط لعقد الرضاعة أربعة
شروط: 1- أن تكون مدة الرضاع معلومة، لانه لا يمكن تقديره إلا بها، فإن
السقى والعمل فيها يختلف. 2- معرفة الصبي بالمشاهدة، لان الرضاع
يختلف باختلاف الصبي في كبره وصغره ونهمته وقناعته. 3- موضع الرضاع
لانه يختلف فيشق عليها في بيته ويسهل عليها في بيتها 4- معرفة العوض
وكونه معلوما كما سبق (فرع) إذا استأجر عاملا يحفر له بئرا وحدد له مكان
البئر وسعتها وأجره، أو استأجر عاملا يضرب له لبنا وهيا له الماء والتبن
والتراب والمكان الصالح اضرب اللبن، ثم انهارت البئر أو تلف اللبن بمطر
أو داست عليه بهيمة فأتلفته فقد استحق العامل أجره، ولا ضمان عليه في
البئر ولا في اللبن (فرع) يجوز أن يأخذ الاجرة على تعليم القرآن أو سورة
منه مع تعيينها أو قدر منه مع تعيينه وتحديدته كما يجوز أن يأخذ الاجرة على
تعليم الفقه والحديث ونحوهما ان كان محتاجا وهو وجه في المذهب، ولا
يصح الاستئجار على القراءة على الموتى لنصه في الام حيث قال: إن
القراءة لا تحصل له. وقال الشرييني في المغنى: الاجارة للقرآن على
القبر مدة معلومة أو قدرا معلوما

[31]

جائزة للانتفاع بنزول الرحمة حيث يقرأ القرآن ويكون الميت كالحى
الحاضر، سواء أعقب القرآن بالدعاء أم جعل قراءته له أم لا فتعود منفعة
القرآن إلى الميت في ذلك، ولان الدعاء يلحقه وهو بعدها أقرب إلى
الاجابة وأكثر بركة، ولانه إذا جعل اجرة الحاصل بقراءة للميت فهو دعاء
بحصول الاجر فينتفع به. فقول الشافعي رضى الله عنه أن القراءة لا
تحصل له محمول على غير ذلك. وقد أفتى الشهاب الرملي بذلك وأفاده
ولده شمس الدين في نهاية المحتاج قلت: وقد أجمع أهل العلم على أن
القارئ إذا قرأ ابتغاء المال وطلبيا للنقود لا سيما في زماننا الذى عمت فيه
حرفة القراءة، وصاروا يتقاولون على القراءة ويتزيدون كما يتزيد
المتبذلون من أهل الغناء والفتنة فإنه لا ثواب له وقد يكون مأزورا إنما لانه
لا يتغى بالقرآن وجه الله، ولم يقف عند عجائبه فيحرك به قلبه، وكما

يقول أبو حامد الغزالي رحمه الله: الموعظة زكاة نصاب الاتعاط ومن لا نصاب عنده لا زكاة عليه، ففقد الاتعاط بكتاب الله ليس عنده ما يمنحه غيره من الموعظة (فرع) قال أصحابنا: أعمال الحج معروفة فإذا علمها المتعاقدان عند الاجارة صحت الاجارة، وان جهلها أحدهما لم تصح بلا خلاف، وممن صرح به امام الحرمين والبعوى والمتولي، وهل يشترط تعيين الميقات الذي يحرم منه الاجير؟ نص الشافعي في الام ومختصر المزني أنه يشترط، ونص في الاملاء أنه لا يشترط وللأصحاب أربع طرق، أصحها وبه قال أبو إسحاق المروري والاكثرون، ووافق المصنفون على تصحيحه: فيه قولان أصحهما لا يشترط، ويحمل على ميقات تلك البلدة في العادة الغالبة، لان الاجارة تقع على حج شرعي، والحج الشرعي له ميقات معقود شرعا وغيرها فانصرف الاطلاق إليه، ولانه لا فرق بين ما يقرره المتعاقدان وما تقرر في الشرع أو العرف، كما لو باع بثمن مطلق فإنه يحمل على ما تقرر في العرف، وهو النقد الغالب ويكون كما لو قرراه. وممن نص على تصحيح هذا القول الشيخ أبو حامد في تعليقه والمحاملي والبندنجي والرافعي وآخرون. والثاني: يشترط لان الاحرام قد يكون من الميقات وفوقه ودونه، والغرض يختلف بذلك فوجب بيانه

[32]

والطريق الثاني: إن كان للبلد طريقان مختلفان إلى الميقات أو طريق يغضى إلى ميقتين اشترط بيانه وإلا فلا. والطريق الثالث: إن كان الاستئجار عن حج اشترط، وإن كان عن ميت فلا لانه قد يتعلق للحج عرض فيه وهذا الطريق هو الذي حكاه المصنف هنا وحكاه الشيخ أبو حامد والمحاملي وسائر العراقيين، وضعفه الشيخ أبو حامد الاسفراييني وآخرون، وهذا والذي قبله ليس بشئ عندهم ونقله إمام الحرمين. والطريق الرابع: ما حكاه الدارمي من أنه يشترط قولاً واحداً، وعلى هذا إن شرطاه فأهملاه فسدت الاجارة، لكن يصح الحج عن المستأجر وعليه أجرة المثل، أما تعيين زمان الاحرام فليس بشرط بلا خلاف. قالوا: وإن كانت الاجارة للحج والعمرة اشترط بلا خلاف بيان أنهما أفراد أو تمتع أو قران لاختلاف الغرض بذلك، هذا وقد نقل المزني أن الشافعي نص في المنتور أنه إذا قال المعضوب: من حج عني فله مائة درهم فحج عنه انسان استحق المائة، قال المزني: ينبغي أن يستحق أجرة المثل، لان هذا اجارة فلا يصح من غير تعيين الاجر، هذا كلام الشافعي والمزني، وقد ذكر المصنف المسألة في باب الجعالة، وللأصحاب فيها ثلاثة أوجه (أصحها) صحة الحج عن المستأجر واستحقاق الاجير أجرة المثل، لانه جعالة وليس باجارة والجعالة تجوز على عمل مجهول فوقوعها عن معلوم أولى، هذا وبقيه ما يتعلق بالاجارة عن الحج من انفراد اجير أو تعدد اجراء أو حصول الاجارة بمكة أو غيرها مفصل مبسوط في كتاب الحج من المجموع فاشدد به يدك والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ولا تصح الاجارة الا على أجرة معلومة لانه عقد يقصد به العوض، فلم يصح من غير ذكر العوض كالبيع، ويجوز اجارة المنافع من جنسها ومن غير جنسها: لان المنافع في الاجارة كالأعيان في البيع، ثم الأعيان يجوز بيع بعضها ببعض فكذلك المنافع. (فصل) ولا تجوز الا بعوض معلوم لم روى أبو سعيد الخدري (رض)

أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (من استأجر أجيرا فليعلمه أجره) ولأنه عقد معاوضة فلم يجز بعوض مجهول كالبيع، وإن عقد بمال جزاف نظرت، فإن كان العقد على منفعة في الذمة ففيه قولان، لأن اجارة المنفعة في الذمة كالسلم، وفي السلم على مال جزاف قولان، فكذلك في الاجارة، فإن كان العقد على منفعة معينة ففيه طريقان، من أصحابنا من قال يجوز قولاً واحداً، لأن اجارة العين كبيع العين، وفي بيع العين يجوز أن يكون العوض جزافاً قولاً واحداً، فكذلك في الاجارة، ومنهم من قال: فيه قولان (أحدهما) يجوز (والثاني) لا يجوز، لأنه عقد على منتظر، وربما انفسخ فيحتاج إلى الرجوع إلى العوض، فكان في عوضه جزافاً قولان كالسلم. وإن كانت الاجارة على منفعة معينة جاز بأجرة حالة ومؤجلة، لأن اجارة العين كبيع العين، وبيع العين يصح بثمن حال ومؤجل، فكذلك الاجارة، فإن أطلق العقد وجبت الاجارة بالعقد، ويجب تسليمها بتسليم العين، لما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (أعطوا الاجير أجره قبل أن يحف رشحه). ولأن الاجارة كالبيع ثم في البيع يجب الثمن بنفس العقد ويجب تسليمه بتسليم العين، فكذلك في الاجارة، فإن استوفى المنفعة استقرت الاجارة لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: قال ربكم عزوجل: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، ومن كنت خصمه خصمته، رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره ولأنه قبض المعقود عليه فاستقر عليه البديل كما لو قبض المبيع، فإن سلم إليه العين التي وقع العقد على منفعتها ومضت مدة يمكن فيها الاستيفاء استقر البديل لأن المعقود عليه تلف تحت يده فاستقر عليه البديل كالمبيع إذا تلف في يد المشتري فإن عرض العين على المستأجر ومضى زمان يمكن فيه الاستيفاء استقرت الاجارة لأن المنافع تلفت باختياره فاستقر عليه ضمانها كالمشتري إذا تلف المبيع في يد البائع. فإن كان هذا في اجارة فاسدة استقر عليه اجارة المثل، لأن الاجارة كالبيع

والمنفعة كالعين، ثم البيع الفاسد كالصحيح في استقرار البديل، فكذلك في الاجارة فإن كان العقد على منفعة في الذمة لم يجز بأجره مؤجلة، لأن اجارة ما في الذمة كالسلم، ولا يجوز السلم بثمن مؤجل، فكذلك الاجارة، ولا يجوز حتى يقبض العوض في المجلس كما لا يجوز في السلم، ومن أصحابنا من قال: إن كان العقد بلفظ السلم وجب قبض العوض في المجلس لأنه سلم، وإن كان بلفظ الاجارة لم يجب لأنه اجارة والاول أظهر، لأن الحكم يتبع المعنى لا الاسم. ومعناه معنى السلم فكان حكمه كحكمه، ولا تستقر الاجارة في هذه الاجارة إلا باستيفاء المنفعة، لأن المعقود عليه في الذمة فلا يستقر بدله من غير استيفاء كالمسلم فيه: (الشرح) حديث أبي سعيد الخدري رضى الله عنه رواه أحمد ولفظه (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن استئجار الاجير حتى يبين له أجره، وعن النجش واللمس والقاء الحجر) قال في مجمع الزوائد: رجال أحمد رجال الصحيح الا أن ابراهيم النخعي لم يسمع من أبي سعيد فيما أحسب. وأخرجه أيضاً البيهقي وعبد الرزاق وإسحاق بن راهويه وأبو داود في المراسيل والنسائي في الزراعة غير مرفوع، ولفظ بعضهم (من استأجر أجيراً

فليسلم له أجرته) وفى هذا الحديث دليل على وجوب بيان قدر الاجرة، وبه قال أبو يوسف ومحمد، وقال مالك وأحمد بن حنبل وابن شبرمة لا يجب للعرف واستحسان المسلمين، قال صاحب البحر لا نسلم بل الاجماع على خلافه اه. ويؤيد قول المذهب القياس على ثمن المبيع. اما حديث أبى هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (يقول الله تعالى: ثلاثة انا خصمهم يوم القيامة، الحديث) فقد أخرج أحمد والبخاري، وأخرجه أيضا البزار وفى اسناد البزار هشام بن زياد (أبو المقدام) وهو ضعيف قال ابن التين: هو سبحانه خصم لجميع الظالمين الا أنه أراد التشديد على هؤلاء بالتصريح، والخصم يطلق على الواحد والاثنين وعلى أكثر من ذلك. وقال الهروي: الواحد بكسر أوله، قال الفراء فى الطلاق الخصم على الواحد فاكثر هو قول الفصحاء، ويجوز فى الاثنين خصمان، قلت: استعمل القرآن

[35]

فى الاثنين خصمان فى قوله تعالى (خصمان بغى بعضنا على بعض) وهو ابلغ استعمال وافصح. قوله (من كنت خصمه خصمته) هذه الزيادة ليست فى صحيح البخارى ولكنه أخرجها أحمد وابن حبان وابن خزيمة والاسماعيلي، قوله (باع حرا وأكل ثمنه) فى رواية لابي داود (ورجل اعتبد محرره) وهو أعم فى الفعل وأخص فى المفعول. قال الخطابى: اعتباد الحر يقع بأمرين، ان يعتقه ثم يكتم ذلك أو يحجده، والثانى أن يستخدمه كرها بعد العتق، والاول أشدهما. قال فى الفتح: الاول أشد لان فيه مع كتم الفعل أو حجده العمل بمقتضى ذلك من البيع وأكل الثمن فمن ثم كان الوعيد عليه أشد. وفى قضاء الاجر عند توفية العمل خلاف بين العلماء فعند أبى حنيفة وأصحابه إنما تملك بالعقد فتبعتها أحكام الملك، وعند الشافعي واصحابه أنها تستحق بالعقد وهذا فى الصحيحة، وأما الفاسدة فقال فى البحر لا تجب بالعقد إجماعا وتجب بالاستيفاء إجماعا. والاجارة أصول فى أنفسها تنوع على وجهها، وهى كالبيع سواء بسواء، قال الشافعي رضى الله عنه: البيوع الصحيحة صنفان بيع عين براها المشتري والبائع، وبيع صفة مضمونة على البائع، وبيع ثالث وهو الرجل يبيع السلعة بعينها غائبة عن البائع والمشتري، غير مضمونة على البائع إن سلمت السلعة حتى يراها المشتري كان فيها بالخيار باعه إياها على صفة وكانت على تلك الصفة التى باعه إياها، أو مخالفة لتلك الصفة، لان بيع الصفات التى تلزم المشتري ما كان مضمونا على صاحبه، ولا يتم البيع فى هذا حتى يرى المشتري السلعة فيرضها ويتفرقان بعد البيع من مقامهما الذى راه فيه، فحينئذ يتم البيع ويجب عليه الثمن كما يجب عليه الثمن فى سلعة حاضرة اشتراها حتى يتفرقا بعد البيع عن تراض ولا يجوز أن تباع هذه السلعة بعينها إلى أجل من الآجال قريب ولا بعيد من قبل أنه إنما يلزم بالاجل ويجوز فيما حل لصاحبه، وأخذه مشتريه ولزمه بكل وجه اه. ونقل السبكي فى فتاويه عن القفال قوله: أما الاجارة على الذمة فيثبت فيها خيار المجلس لا محالة بناء على أنها ملحقة بالسلم حتى يجب فيها قبض البذل فى المجلس

[36]

وقال: أما الرجل يؤجر نفسه فالاجارة تجوز معيناً، وفي الذمة، فإن أجره معيناً فلا بد أن تكون المنفعة معلومة بأحد أمرين بتقدير العمل أو المدة، والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وما عقد من الاجارة على منفعة موصوفة في الذمة يجوز حالاً ومؤجلاً في الذمة كالسلم، والسلم يجوز حالاً ومؤجلاً، وكذلك الاجارة في الذمة وإن استأجر منفعة في الذمة وأطلق وجبت المنفعة حاله، كما إذا أسلم في شئ وأطلق وجب حالاً، فإن استأجر رجلاً للحج في الذمة لزمه الحج من سنته، فإن أخره عن السنة نظرت، فإن كانت الاجارة عن حى كان له أن يفسخ، لان حقه تأخر، وله في الفسخ فائدة، وهو أن يتصرف في الاجرة، فإن كانت عن ميت لم يفسخ، لانه لا يمكن التصرف في الاجرة إذا فسخ العقد، ولا بد من استئجار غيره في السنة الثانية، فلم يكن للفسخ وجه، وما عقد على منفعة معينة لا يجوز إلا حالاً، فإن كان على مدة لم يجز إلا على مدة يتصل ابتداؤها بالعقد، وإن كان على عمل معين لم يجز إلا في الوقت الذي يمكن الشروع في العمل لان اجارة العين كبيع العين لا يجوز الا على ما يمكن الشروع في قبضها فكذلك الاجارة فإن استأجر من يحج لم يجز الا في الوقت الذي يتمكن فيه من التوجه، فإن كان في موضع قريب لم يجز قبل أشهر الحج، لانه يتأخر استيفاء المعقود عليه عن حال العقد، وإن كان في موضع بعيد لا يدرك الحج الا ان يسير قبل أشهره لم يستأجر الا في الوقت الذي يتوجه بعده لانه وقت الشروع في الاستيفاء، فإن قال أجزتك: هذه الدار شهراً لم يصح. لانه ترك تعيين المعقود عليه في عقد شرط فيه التعيين، فبطل كما لو قال: بعثك عبداً، فإن أجر داراً من رجل شهراً من وقت العقد ثم أجرها منه الشهر الذي بعده قبل انقضاء الشهر الاول، ففيه وجهان. (أحدهما) لا يصح، لانه اجارة منفعة معينة على مدة متأخرة عن العقد، فأشبهه إذا أجرها من غيره.

[37]

(والثاني) أنه يصح، وهو المنصوص، لانه ليس لغيره يد تحول بينه وبين ما استأجره. ولان أحد شهره لا ينفصل عن الآخر، فأشبهه إذا جمع بينهما في العقد. (الشرح) قال المحاملى في المجموع لا يجوز أن يستأجره في اجارة العين إلا في الوقت الذي يتمكن فيه. وقال النووي: إن كان في موضع قريب لم يجز استئجاره قبل أشهر الحج. وإن كان في موضع بعيد لم يستأجره إلا في الوقت الذي يتوجه بعده لانه وقت الشروع في الاستيفاء. وقال أبو الطيب لا يمكن اجارة إلا في وقت يمكن العمل فيه أو يحتاج فيه إلى السبب. اه ومن هنا إذا لم يشرع في الحج في السنة الاولى لعذر أو لغير عذر، فإن كانت الاجارة على العين انفسخت لفوات موضوع العقد قولاً واحداً، وإن كانت في الذمة، فإن لم تتعين السنة فهو كتعيين السنة الاولى، وعند بعض اصحابنا يجوز التأخر عن السنة الاولى ويثبت الخيار للمستأجر، وإن عيننا السنة وتأخر عنها فطريقان أصحهما: على قولين كما لو انقطع المسلم فيه عند حلول الاجل (أ) لا يفسخ العقد وهو الاظهر (ب) يفسخ قولاً واحداً، وهو مقتضى كلام المصنف هنا. وإن كان الاستئجار عن ميت فلا خيار للمستأجر، وهذا هو رأى المصنف وأصحابنا العراقيين، وقد قال إمام الحرمين: وفيما ذكروه نظر لانه لا يمنع أن يثبت للورثة الخيار ويستردون الاجرة بالفسخ، وهذا استدراك على المصنف يجعل للورثة الحق في أن يبذلوا الاجرة لاجير آخر، وهذا أجدر بحصول المقصود وقد تابع الغزالي شيخه على هذا. وقال البغوي وآخرون بوجوب مراعاة الولي المصلحة في ذلك، فإن رأى الفسخ لخوف إفلاس الاجير أو هربه وإلا تركه

وضمن، وصحح الرافعي هذا وحمل الرافعي قول المصنف وأصحابه من العراقيين على أن الميت قد أوصى بأن يحج عنه فلان فتكون الوصية مستحقة الصرف إليه. وقال أبو إسحاق المروزي: للمستأجر أن يرفع الامر إلى القاضي ليفسخ العقد

[38]

إن كانت المصلحة تقتضيه. قال الرافعي: فإن نزل ما ذكره على المعنى الأول ارتفع الخلاف، وإن على الثاني هان أمره. قوله (لانه اجارة منفعة معينة على مدة متأخرة) قال النووي في المنهاج: ولا تجوز اجارة عين لمنفعة مستقبلية. اه وذلك كاجارة هذه الدار السنة المستقبلية أو سنة أولها من غد، وكذا ان قال أولها من أمس، وكاجارة أرض مزروعة لا يمكن تفريغها الا بعد مدة لمثلها اجرة، وذلك كما لو باعه عينا على ان يسلمها له بعد ساعة بخلاف اجارة الذمة كما مر، ولو قال وقد عقد آخر النهار: أولها يوم تاريخه لم يضر لان القرينة ظاهرة في أن المراد باليوم الوقت أو في التعبير باليوم عن بعضه، ويستثنى من المنع في المستقبلية صور، كما لو أجره ليلا ليعمل نهارا. وهذا عرف شائع في ديارنا ابان الحصاد وحنى القطن ونقاوة الدودة وشتل الارز وتعفير الطماطم بالكبريت قبل جفاف الندى. ومثله اجارة دار بغير بلد المتعاقدين، كمن يستأجر عشة برأس البر ليصطاف فيها فأجرها قبل الصيف لان استيفاء العقد لا يكون الا صيفا، وإذا لم يؤجرها فاته الانتفاع بمقصوده. فلو أجر الشهر الثاني لمستأجر الشهر الأول أو السنة الثانية لمستأجر السنة الأولى قبل انقضائها جاز في الاصح لاتصال المدتين مع اتحاد المستأجر، كما لو آخر منه السنتين في عقد، ولا نظر إلى احتمال انفساخ العقد الاول لان الاصل عدمه، فان وجد ذلك لم يقدر في الثاني. (فرع) في جواز الوارث ما أجره الميت من المستأجر تردد. أفاد شمس الدين الرملي أن الاقرب منه الجواز لانه نائبه. وقال الزركشي: أنه الظاهر، وهذا إذا لم يحصل فصل بين السنين، والا فلا يصح، وهذا يشمل الطلق والوقف، نعم لو شرط الواقف أن لا يؤجر الوقف أكثر من ثلاث سنين فأجره الناظر ثلاثا في عقد آخر قبل مضي المدة فالمعتمد كما افتي به ابن الصلاح ووافقه السبكي والاذرعي وغيرهما عدم صحة العقد الثاني. وان قلنا بصحة اجارة الزمان القابل من المستأجر اتباعا لشرط الواقف، لان المدتين المتصلتين في العقدين في معنى العقد الواحد. وهذا بعينه

[39]

يقتضى المنع في هذه الصورة لوقوعه زائدا على ما شرطه الواقف، وان خالفه ابن الاستاذ وقال: ينبغي ان يصح نظرا إلى ظاهر اللفظ. (فرع) مذهبا انه لا تصح اجارة المسلم للجهاد في سبيل الله لحرب أعداء الدين، لان الجهاد فرض عليه ما دام مستطيعا، ولانه إذا حضر الصف تعين عليه القتال فريضة، ويصح للامام ان يستأجر غير المسلمين لقتال غير المسلمين من الكفار. ولا يصح استئجار المسلم لعبادة تحتاج إلى نية الا الحج وتفريقة الزكاة أو تعليم قرآن، وتصح الاجارة لتجهيز ميت ودفنه، وتصح الاجارة للصوم عن الميت، وتصح لذبح الهدى والاضاحي ونحوها.

ويصح الاستئجار لشعار غير فرض كالاذان. قال الشريبي في المعنى: ولا يصح الاستئجار للامامة ولو نافلة كالنراويح لان فادتها من تحصيل فضيلة الجماعة لا تحصل للمستاجر بل للاجير، ويصح استئجار بيت لينتخذه مصلى، وصورته كما قال صاحب الانتصار ان يستأجره للصلاة، اما إذا استأجره ليحمله مسجدا فلا يصح بلا خلاف، ولا يصح الاستئجار لزيارة قبر النبي صلى الله عليه وسلم. قال الرملي وغيره: فزيارة قبر غيره أولى. هكذا افاده الخطيب الشريبي وشمس الدين الرملي الشيراملسي في شروجه لمنهاج النووي، وعزا الرملي إلى الماوردي هذا ووافق عليه. والله اعلم قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) فإن اكرى ظهرا من رجلين يتعاقبان عليه أو اكرى من رجل عقبة ليركب في بعض الطريق دون بعض جاز. وقال المزني لا يجوز اكرى العقبة الا مضمونا لانه يتأخر حق احدهما عن العقد فلم يجر، كما لو اكراه ظهرا في مدة تتأخر عن العقد، والمذهب الاول، لان استحقاق الاستيفاء مقارن للعقد، وانما يتأخر عن القسمة وذلك لا يمنع صحة العقد، كما لو باع من رجلين صبرة فانه يصح، وان تأخر حق أحدهما عند القسمة، فان كان ذلك في طريق فيه عادة في الركوب والنزول، جاز العقد عليه مطلقا، وحملا في الركوب والنزول على العادة لانه معلوم بالعادة. فحمل الاصلاق عليه كالنقد المعروف

[40]

في البيع، وإن لم يكن فيه عادة لم يصح حتى يبين مقدار ما يركب كل واحد منهما لانه غير معلوم بالعادة، فوجب بيانه كالثمن في موضع لا نقد فيه، فان اختلفا في البادئ في الركوب أفرع بينهما، فمن خرجت عليه القرعة قدم لانهما تساويا في الملك فقدم بالقرعة. (الشرح) التعاقب التناوب، فينزل هذا نوبة وهذا نوبة. وفي الحديث (يتعاقبون فيكم ملائكة بالليل وملائكة بالنهار) والعقب بضم العين جمع عقبة، أي نوبة قال الشافعي رضى الله عنه: فان تكارى منه لعبد فآراد أن يركب الليل دون النهار بالاميال، أو آراد ذلك به الجمال فليس ذلك لواحد منهما، ويركب على ما يعرف الناس العقبة، ثم ينزل فيمشى بقدر ما يركب، ثم يركب بقدر ما مشى، فيفدحه ولا الركوب فيضرب بالبعير اه. ويفهم من كلامه ان القصد من عقد الاجارة تحقيق المنفعة للمستاجر وعدم المضارة بالبهيم لحرمة. قال النووي رضى الله عنه (ويجوز كراء العقب في الاصح) وبيان ذلك ان يؤجر دابة رجلا ليركبها بعض الطريق ويمشى بعضها أو يركبها المالك تناوبا أو يؤجرها رجلين ليركب ذا أياما وذا أياما كذلك تناوبا، أو يقول: آجرتك نصفها لمكان كذا أو كلها لتركبها نصف الطريق فيصح كبيع المشاع، ويبين البعض في الصورتين كنصف أو ربع ما لم يكن ثم عادة معروفه مضبوطة بالزمن أو المسافة ثم يقتسمان بالتراضى، فاذا تنازعا أيهما يبدأ أفرع بينهما، لانهما يملكان المنفعة معا، ويغتفر التأخير الواقع لضرورة القسمة. نعم شرط الصحة في الاولى تقدم ركوب المستاجر، وإلا بطلت لتعلقها حينئذ بزمن مستقبل، ومقابل الاصح في قول النووي أوجه أصحها المنع لانها اجارة أزمان متقطعة. وفي الروضة انه ليس لاحدهما أن يطلب المشى ثلاثا والركوب ثلاثا للمشقه. اه

[41]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وما عقد من الاجارة على مدة لا يجوز فيه شرط الخيار، لان الخيار يمنع من التصرف، فان حسب ذلك على المكري زدنا عليه المدة، وإن حسب على المكري نقصنا من المدة وهل يثبت فيه خيار المجلس؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يثبت لما ذكرناه من النقصان والزيادة في خيار الشرط. (والثاني) يثبت لانه قدر يسير، ولكل واحد منهما إسقاطه، وإن كانت الاجارة على عمل معين ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) لا يثبت فيه الخياران، لانه عقد على غرر فلا يضاف إليه غرر الخيار (والثاني) يثبت فيه الخياران، لان المنفعة المعينة كالعين في البيع، ثم العين المعينه يثبت فيها الخياران فكذلك المنفعة (والثالث) يثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط، لانه عقد على منتظر فيثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط كالسلم. وإن كانت الاجارة على منفعة في الذمه ففيه وجهان (أحدهما) لا يثبت فيه الخياران، لانه عقد على غرر فلا يضاف إليه غرر الخيار (والثاني) يثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط، لان الاجارة في الذمة كالسلم، وفي السلم يثبت خيار المجلس دون خيار الشرط، فكذلك في الاجارة. (فصل) وإذا تم العقد لزم ولم يملك واحد منهما ان ينفرد بفسخه من غير عيب لان الاجارة كالبيع، ثم البيع إذا تم لزم فكذلك الاجارة وبالله التوفيق (الشرح) مذهبنا أنه لا خيار بعد لزوم العقد. وقال أبو حنيفة: يجوز للمستأجر فسخ الاجارة بالاعذار الطاهرة مع السلامه من العيوب، ولا يجوز للمؤجر أن يفسخ بالاعذار، مثل أن يستأجر دارا ليسكنها ثم يريد النقلة عن البلد أو يستأجر حرز لمناعه ثم يريد بيعه، أو يستأجر من يطحن له برا ثم يريد بذره. إلى ما أشبه ذلك من الاعذار، فيجعل له بها فسخ الاجارة للعدر. ألا ترى أن من استؤجر لقلع فدانين من الحطب جاز للمستأجر فسخ الاجارة للعدر الطارئ ولم يجبر على قلع فدانيه، وكذا كل عدر.

[42]

ودليلنا على أبي حنيفة قوله تعالى (يا ايها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) فكان عموم هذا الامر يوجب الوفاء بكل عقد ما لم يقم دليل بتخصيصه، ولان كل عقد لزم العاقدين مع سلامة الاحوال لزمهما ما لم يحدث بالعوضين نقص كالبيع، ولان كل عقد لزم العاقد عند ارتفاع العذر لم يحدث له خيار بحدوث عدر كالزوج، ولان كل سبب لا يملك المؤجر الفسخ لم يملك المستأجر به الفسخ كالاجرة لا يكون حدوث الزيادة فيها موجبا لفسخ المؤجر كما لم يكن حدوث النقصان فيها موجبا لفسخ المستأجر، لان نقصانها في حق المستأجر كزيادتها في حق المؤجر ولانه عقد اجارة فلم يجز فسخه بعدر كالمؤجر، ولان العقود نوعان، لازمة فلا يجوز فسخها بعدر كالبيع، وغير لازمة فيجوز فسخها بغير عدر كالقراض. فلما لم يكن عقد الاجارة ملحقا بغير اللازم في جواز فسخه بغير عدر وجب أن يكون ملحقا باللازم في إبطال فسخه بعدر. فأما الجواب عن قياسه على الوكالة فهو أن الوكالة غير لازمة يجوز فسخها بعدر وغير عدر، وليس كذلك الاجارة، وأما استدلاله بأن للاعذار تأثيرا في عقود الاجارات كالضرس المستأجر على قلعه إذا برئ، فالجواب عنه هو أن من ملك منفعة بعقد اجارة فقد استحقتها، وليس يجب عليه استيفاؤها، ألا ترى أن من استأجر سكنى دار فله أن يسكنها، ولا يجبر على سكنها، فإن مكن من سكنها فلم يسكن فعلية الاجارة، هذا أصل مقرر في الاجارة، وإذا كان كذلك - فإن كان الضرس على حال مرضه وألمه - فقلعه مباح، وللمستأجر أن يأخذ الاجير بقلعه إن شاء، فإن أبى المستأجر أن يقعله من ألمه لم يجبر عليه. وقيل له: قد بذل لك الاجير القلع وأنت

ممتنع، فإذا مضت مدة يمكن فيها قلعه فقد استحق أجرته كما لو مضت مدة السكنى، وإن برئ الضرس في الحال قبل إمكان القلع بطلت الاجارة، لان قلعه قد حرم، وعقد الاجارة انما يتناول مباحا لا محظورا، فصار محل العمل معدوما، فلذلك بطلت الاجارة كما لو استأجر لخياطة ثوب فلف، إذ لا فرق بين تعذر العمل بالتلف وبين تعذره بالخطر.

[43]

فإذا تقرر أن عقد الاجارة من العقود اللازمة، وأن فسخه بالعدر غير جائز فلا يجوز اشتراط الثلاث فيه، وقال أبو حنيفة: يجوز اشتراط الخيار فيه كما يجوز في البيع لانهما معا من عقود المعاوضات. ودليلنا: هو ان ما لزم من عقود المنافع لم يصح اشتراط الخيار فيه كالنكاح ولان اشتراط الثلاثة يتضمن اتلاف بعض المعقود عليه فيما ليس متابع للمعقود عليه مع بقاء العقد في جميعه فلم يصح، كما لو شرط في ابتياع جوادين أنه ان تلف أحدهما في يد البائع لم يبطل البيع. ولان المعقود إذا لم يبق جميعه في مدة الخيار لم يصح اشتراط الخيار قياسا على بيع الطعام الرطب. فإذا صح ان خيار الشرط لا يدخله فقد اختلف أصحابنا هل يدخله خيار المجلس ام لا؟ على وجهين. (أحدهما) يدخله كالبيع لكونهما عقدي معاوضة. فعلى هذا ان آخرها المؤجر من غير المستأجر في خيار المجلس صحت الاجارة الثانية وكان ذلك فسخا للاجارة الاولى. هكذا أفاده الماوردي. وقال بعض أصحابنا: تفسخ الاجارة الاولى ولا تصح الاجارة الثانية لتقدم الفسخ. لانه لا يصير الفعل الواحد فسخا وعقدا لتنافيهما. ولهذا القول وجه فإن كان المذهب هو ان استقرار العقد الثاني يوجب فسخ العقد الاول بالتأهب الثاني. وعلى هذا الوجه لو أخره المستأجر كانت اجارته باطلة سواء قبضه أو لم يقبضه. لان خيار المؤجر يمنع من امضاء المستأجر. وعلى هذا الوجه لو افترقا عن تراض لم يكن للمستأجر أن يؤجر قبل قبضه كما ليس للمشتري بيع ما لم يقبضه (والوجه الثاني) ان خيار المجلس لا يدخله. ويصير العقد بالبذل والقبول لازما. لان خيار المجلس يفوت بعض المدة فاشبهه خيار الشرط. فعلى هذا لو أجره المؤجر قبل الافتراق أو بعده لم يجر. ولو أجره المستأجر. فان كان بعد القبض جاز. وان كان قبله؟ فعلى وجهين. (أحدهما) يجوز لمفارقته البيع في الخيار ففارقه في القبض. (الوجه الثاني) لا يجوز لكون المنفعة مضمونه على المستأجر فأشبهه ضمان

[44]

المبيع على البائع وان فارق البيع في حكم الخيار وهذان الوجهان في اجارة ما لم يقبض مبنى على اختلاف اصحابنا في عقد الاجارة هل تناول الدار المؤجرة لاستيفاء المنفعة منها أو تناول المنفعة؟ فقال أبو إسحاق المروزي: عقد الاجارة انما تناول الدار الموجودة، لان المنافع غير مخلوقة، فعلى هذا يمنع من إجارتها قبل القبض كما يمنع من البيع. (والوجه الثاني) وهو الاكثر من أصحابنا أن العقد إنما تناول المنفعة دون الرقبة لان العوض في مقابلتها، ولا يصح أن يتوجه العقد إلى ما لم يقابله العوض وتصير المنافع بتسليم الرقبة مقبوضة حكما، وإن لم يكن القبض مستقرا إلا بمضي المدة فعلى، هذا تجوز إجارتها قبل قبضها. وقال النووي لا تنفسخ

الاجارة بعذر كتعذر وقود حمام وسفر ومرض مستأجر دابة لسفر، ولو استأجر أرضا لزراعه فزرع فهلك الزرع بجائحه فليس له الفسخ، ولا حظ شئ من الاجرة، وتنفسخ بموت الدابة والاجير المعينين في المستقبل لا الماضي في الاظهر، والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى: (باب ما يلزم المتكاريين وما يجوز لهما) يجب على المكري ما يحتاج إليه المكري للتمكين من الانتفاع كمفتاح الدار وزمام الجمل والبرة التي في أنفه والحزام والقتب والسرج واللجام للفرس لان التمكين عليه ولا يحصل التمكين إلا بذلك، فان تلف شئ منه في يد المكري لم يضمه كما لا يضمن العين المستأجرة وعلى المكري بدله لان التمكين مستحق عليه إلى أن يستوفى المستأجر المنفعة وما يحتاج إليه لكمال الانتفاع كالدلو والحبل والمحمل والغطاء فهو على المكري، لان ذلك يراد لكمال الانتفاع، واختلف أصحابنا فيما يشد به أحد المحملين إلى الآخر، فمنهم من قال: هو على المكري لانه من آلة التمكين، فكان على المكري، ومنهم من قال: هو على المكري لانه بمنزلة تأليف المحمل وضم بعضه إلى بعض.

[45]

(فصل) وعلى المكري إشالة المحمل وحمله وسوق الظهر وقوده، لان العادة أنه يتولاه المكري فحمل العقد عليه، وعليه أن ينزل الراكب للطهارة وصلاة الفرض لانه لا يمكن ذلك على الظهر، ولا يجب ذلك للاكل وصلاة النفل، لانه يمكن فعله على الظهر وعليه أن يبرك الجمل للمرأة والمريض والشيوخ الضعيف، لان ذلك من مقتضى التمكين من الانتفاع، فكان عليه فأما أجرة الدليل فينظر فيه فإن كانت الاجارة على تحصيل الراكب فهو على المكري لان ذلك من مؤن التحصيل، وإن كانت الاجارة على ظهر بعينه فهو على المكري لان الذي يجب على المكري تسليم الظهر وقد فعل، وعلى المكري تسليم الدار فارغة الحش، لانه من مقتضى التمكين، فإن امتلا في يد المكري ففي كسحه وجهان: (أحدهما) أنه على المكري لانه من مقتضى التمكين فكان عليه (والثاني) أنه على المكري لانه حصل بفعله فكان تنقيته عليه كتنظيف الدار من القمامة وعلى المكري إصلاح ما تهدم من الدار وإبدال ما تكسر من الخشب، لان ذلك من مقتضى التمكين فكان عليه. واختلف أصحابنا في المستأجر على الرضاع هل يلزمها الحضانة وغسل الخرق؟ فمنهم من قال يلزمها لان الحضانة تابعة للرضاع، فاستحقت بالعقد على الرضاع ومنهم من قال لا يلزمها لانها منفعتان مقصودتان تنفرد إحداهما عن الاخرى فلا تلزم بالعقد على إحداهما الاخرى وعليها أن تأكل وتشرب ما يدر به اللبن ويصلح به، وللمستأجر أن يطالبها بذلك لانه من مقتضى التمكين من الرضاع، وفي تركه إضرار بالصبي (فصل) وعلى المكري علف الظهر وسقيه لان ذلك من مقتضى التمكين فكان عليه، فان هرب الجمال وترك الجمال فللمستأجر أن يرفع الامر إلى الحاكم ليحكم في مال الجمال بالعلف لان ذلك مستحق عليه فجاز أن يتوصل بالحكم إليه فإن أنفق المستأجر ولم يستأذن الحاكم لم يرجع لانه متطوع، وإن رفع الامر الحاكم ولم يكن للجمال مال اقترض عليه، فإن اقترض من المستأجر وقبضه منه

[46]

ثم دفعه إليه لينفق جاز، وان لم يقبض منه ولكنه أذن له في الانفاق عليها
قرضا على الجمال ففيه قولان. (أحدهما لا يجوز لانه إذا أنفق احتجنا أن
يقبل قوله في استحقاق حق له على غيره (والثاني) يجوز لانه موضع
ضرورة، لانه لا بد للجمال من علف وليس ههنا من ينفق غيره، فإن أذن له
وأنفق ثم اختلفا في قدر ما أنفق فإن كان ما يدعيه زيادة على المعروف
لم يلتفت إليه لانه ان كان كاذبا فلا حق له وان كان صادقا فهو متطوع
بالزيادة فلم تصح الدعوى، وإن كان ما يدعيه هو المعروف فالقول قوله
لانه مؤتمن في الانفاق فقبل قوله فيه، فان لم يكن حاكم فأنفق ولم
يشهد لم يرجع لانه متطوع، وإن أشهد فهل يرجع ؟ فيه وجهان (أحدهما لا
يرجع لانه ثبت حقا لنفسه على غيره من غير إذن ولا حاكم. (والثاني) يرجع
لانه حق على غائب تعذر استيفاؤه منه فجاز أن يتوصل إليه بنفسه، كما لو
كان له على رجل دين لا يقدر على أخذه منه، فان لم يجد من يشهد أنفق.
وفي الرجوع وجهان (أحدهما لا يرجع، لما ذكرناه فيه إذا أشهد، (والثاني)
يرجع، لان ترك الجمال مع العلم أنه لا بد لها من العلف إذن في الانفاق.
(الشرح) قوله (برة) محذوفة اللام، هي حلقة تجعل في أنف البعير تكون
من النحاس ونحوه، وأبريت البعير جعلت له برة، وقوله (القماش) وهو ما
على وجه الارض من فئات الاشياء، حتى يقال لردالة الناس قماش. وما
أعطاني إلا قماشاً، أي أردأ ما وجد، أفاده في القاموس. وقوله في ترجمة
الباب (ما يلزم المتكاريين) أي ما يتعين لدفع الخيار، فعلى المكري تسليم
مفتاح ضبة الدار إلى المكري لتوقف الانتفاع عليه، وهو أمانة بيده، فو
تلف ولو بتقصير فعلى المكري تحديده، فان امتنع لم يجبر ولم يآثم وينبى
على ذلك سؤال: هل تصح إجارة دار لا باب لها ؟ ففي هذه الصورة نظر وقد
توجه الصحة إن أمكن الانتفاع بها بلا باب، كأن أمكن التسلق من الجدار،
وعلى القول

[47]

بالصحة هل يثبت الخيار للجاهل، كأن رآها قبل سد بابها ثم استأجرها
اعتمادا على الرؤية السابقة ؟ قلنا يثبت له الخيار وجهها واحدا. فأما القفل
فلا يجب تسليمه فضلا عن مفتاحه لانه منقول وليس بتابع، كما أن عليه من
أسباب التمكين مبنيا على أصل المذهب إضاءة المدخل واستكمال المرافق
الصحيه، فإن لم يفعل لم يجبر، وكان المكري بالخيار والمستأجر عليه
كنس السلم والفاء لان ذلك ميسور له. قال الشافعي رضى الله عنه في
كراء الابل والدواب من الام: وعلى المكري أن يركب المرأة البعير باركا
وتنزل عنه باركا، لان ذلك ركوب النساء. اما الرجال فيركبون على الاغلب
من ركوب الناس، وعليه أن ينزله للصلوات وينتظر حتى يصلها غير معجل
له ولما لا بد له منه كالوضوء، وليس عليه أن ينتظره لغير ما لا بد له منه.
قال وليس للجمال إذا كانت القرى هي المنازل أن يتعدها إن أراد الكلا، ولا
للمكترى إذا أراد عزلة الناس، وكذلك إن اختلفا في الساعة التي يسيران
فيها، فان أراد الجمال أو المكترى ذلك في حر شديد نظر إلى مسير الناس
بقدر المرحلة التي يريدان وقال الشافعي رضى الله عنه: وعلف الدواب
والابل على الجمال أو مالك الدواب، فان تغيب واحد منهما فعلف المكترى
فهو متطوع إلا أن يرفع ذلك إلى السلطان، وينبغى للسلطان أن يوكل
رجلا من أهل الرفقة بأن يعلف ويحسب ذلك على رب الدابة والابل، وإن
صاق ذلك فلم يوجد أحد غير الراكب. فان قال قائل: يأمر الراكب أن يعلف
لان من حقه الركوب والركوب لا يصلح إلا بعلف ويحسب ذلك على صاحب
الدابة، وهذا موضع ضرورة، ولا يوجد فيه الا هذا، لانه لا بد من العلف والا

تلفت الدابة ولم يستوف المكتري الركوب كان مذهباً ثم قال الشافعي
رضى الله عنه: وفي هذا أن المكتري يكون أمين نفسه، وأن رب الدابة إن
قال لم يعلفها إلا بكذا، وقال الامين: علفتها بكذا لاكثر،

[48]

فإن قيل قول رب الدابة في ماله سقط كثير من حق العالف، وإن قيل
قول المكتري العالف كان القول قوله فيما يلزم غيره، وإن نظر إلى علف
مثلها فصدق به فيه فقد خرج مالك الدابة والمكتري من أن يكون القول
قولهما، وقد ترد أشباه من هذا في الفقه فيذهب بعض أصحابنا إلى أن لا
قياس، وأن القياس ضعيف، وقد ذكر في غير هذا الموضع، ويقولون:
يقضى بين الناس بأقرب الامور في العدل فيما يراه إذا لم يجد فيه متقدماً
من حكم يتبعه. قال الشافعي رضى الله عنه: فيعيب هذا المذهب بعض
الناس من كرهه الرأي فإن جاز أن يحكم فيه بما يكون عدلاً عند الناس فيما
يرى الحاكم فهو مذهب أصحابنا في بعض أقاويلهم، وإن لم يجز فقد يترك
أهل القياس القياس، والله تعالى أعلم. (فرع) إذا استأجر داراً فانطمت
آبارها وامتلات حشوشها فالذي عليه أصحابنا أن تنقية ذلك وتنظيفه على
المؤجر دون المستأجر من غير تفصيل لما عليه من حقوق التمكين. قال
الماوردي: والذي عندي وأراه مذهباً أن تنقية ما انطم من آبارها على
المؤجر وتنقية ما امتلا من حشوشها على المستأجر، لأن امتلاء الحشوش
من فعله فصار كتحويل القماش وليس كذلك انطمام الآبار، فلو امتنع
المستأجر من تنقية الحشوش أجبر عليه، ولو امتنع المؤجر ما يلزمه من
الآبار لم يجبر عليه، وكان المستأجر بالخيار، والله أعلم بالصواب. قال
المصنف رحمه الله: (فصل) واختلف أصحابنا في رد المستأجر بعد انقضاء
الاجارة، فمنهم من قال لا يلزمه قبل المطالبة لانه أمانة فلا يلزمه ردها
قبل الطلب كالوديعة، ومنهم من قال: يلزمه لانه بعد انقضاء الاجارة غير
مأذون له في إمساكها، فلزمه الرد كالعارية المؤقتة بعد انقضاء وقتها،
فإن قلنا لا يلزمه الرد لم يلزمه مؤنة الرد كالوديعة، وإن قلنا: يلزمه لزمه
مؤنة الرد كالعارية. (فصل) وللمستأجر أن يستوفى مثل المنفعة المعقود
عليها بالمعروف، لأن إطلاق العقد يقتضى المتعارف، والمتعارف
كالمشروط، فإن استأجر داراً للسكنى

[49]

جاز أن يطرح فيها المتاع، لأن ذلك متعارف في السكنى، ولا يجوز أن يربط
فيها الدواب ولا يقصر فيها الثياب ولا يطرح في أصول حيطانها الرماد
والتراب، لأن ذلك غير متعارف في السكنى، وهل يجوز أن يطرح فيها ما
يسرع إليه الفساد، فيه وجهان. (أحدهما) لا يجوز لأن الفأر ينقب الحيطان
للوصول إلى ذلك. (والثاني) يجوز، وهو الاظهر، لأن طرح ما يسرع إليه
الفساد من الطاهر المأكول متعارف في سكنى الدار، فلم يجز المنع منه،
وإن اکتري قميصاً للبس لم يجز أن ينام فيه بالليل، ويجوز بالنهار، لأن
العرف أن يخلع لنوم الليل دون نوم النهار. وإن استأجر طهراً للركوب ركب
عليه لا مستلقياً ولا منكباً: لأن ذلك هو المتعارف، وإن كان في طريق
العادة فيه السير في أحد الزمانين من ليل أو نهار لم يسر في الزمان

الآخر لان ذلك هو المتعارف، وان اكثرى ظهرا في طريق العادة فيه النزول للرواح ففيه وجهان. (أحدهما) يلزمه النزول، لان ذلك متعارف والمتعارف كالمشروط. (والثاني لا يلزمه، لانه عقد على الركوب في جميع الطريق فلا يلزمه تركه في بعضه، فإن اكثرى ظهرا إلى مكة لم يجر أن يحج عليه، لان ذلك زيادة على المعقود عليه، وإن اكثره للحج عليه، فله أن يركبه إلى منى ثم إلى عرفة ثم إلى المزدلفة ثم إلى منى ثم إلى مكة، وهل يجوز أن يركبه من مكة عائدا إلى منى للمبيت والرمى؟ فيه وجهان (أحدهما) له ذلك لانه من تمام الحج (والثاني) ليس له لانه قد حل من الحج. (الشرح) قد عرفنا مما سبق من الشواهد والادله والنصوص أن عقد الاجارة يصح على العين مدة تبقى بصفاتها غالبا لامكان استيفاء المعقود عليه كسنة أو عشر سنين أو ثلاثين سنة على ما يليق بكل عين مستأجرة. قال البغوي: إلا أن الحكام اصطالحوا على أن لا يؤجروا الوقف أكثر من ثلاث سنين لنلا يندرس الوقف. قال السبكي: ولعل سببه أن اجارة الوقف

[50]

تحتاج إلى أن تكون بالقيمة وتقويم المدة المستقبلية البعيدة صعب. وللمستأجر في اجارة العين أن ينتفع بها من أول العقد ويده عليها يد أمانة فيأتى فيه ما مر في الوديع مدة الاجارة ان قدرت بزمن، أو مدة امكان استيفاء المنفعة ان قدرت بمحل عمل لعدم امكان الاستيفاء للمنفعة بدون وضع يده، وبه فارق كون يده يد ضمان على طرف مبيع قبضه فيه لتمحض قبضه لغرض نفسه، ويجوز السفر للمكترى بالعين المكتراة عند انتفاء الخطر لملكه المنفعة فجاز له استيفائها حيث شاء، وظاهره عدم الفرق بين اجارة العين وهو ظاهر، والذمة وهو محتمل، نعم سفره بها كسفر الوديع فيما يظهر أخذا مما مر في الوديع. ووجه ما قررنا أنه عقد لا يقتضى الضمان لان العين أمانة في يد المستأجر ان تلفت بغير تفريط لم يضمنها، وسئل أحمد بن حنبل عن المظل والخيمة إلى مكة فتذهب من المكترى بسرق أو ذهب هل يضمن؟ قال: أرجو أن لا يضمن، وكيف يضمن؟ إذا ذهب لا يضمن. اه فإذا انقضت المدة فعليه رفع يده، وليس عليه الرد في قول غير أن عليه أن يتوقف عن الانتفاع، وفارق العارية فإنه عليه أن يردّها من حيث أخذها، ووجهه أنه عقد لا يقتضى الضمان فلا يقتضى رده ومؤنته كالوديعه وفارق العارية فإن ضمانها يجب فكذلك ردها، وعلى هذا متى انقضت المدة كانت العين في يده أمانة كالوديعه، ان تلفت من غير تفريط فلا ضمان عليه. والقول الآخر: يضمن إذا انتهت مدة الاجارة لانه بعد انقضاء الاجارة غير مأذون له في امساكها أشبه العارية المؤقتة بعد وقتها، فإن ضمن المؤجر على المستأجر ضمان العين فالشرط فاسد لانه ينافى مقتضى العقد، وهل تفسد الاجارة به؟ فيه وجهان بناء على الشروط الفاسدة في البيع. وروى عن ابن عمر أنه قال لا يصلح الكراء بالضممان. وعن فقهاء المدينة أنهم كانوا يقولون لا تكترى بضممان، إلا أنه من شرط على كراء أنه لا ينزل متاعه بطن واد أو لا يسير به ليلا مع أشباه هذه الشروط فتعدى ذلك فتلف شئ مما حمل في ذلك التعدي فهو ضامن، فأما غير ذلك فلا يصح شرط الضمان

[51]

فيه، وإن شرطه لم يصح الشرط لان ما لا يجب ضمانه لا يصير بالشرط مضمونا وما يجب ضمانه لا ينتفى ضمانه بشرط نفيه. فأما إن أكره عينا وشرط عليه أن لا يسير بها في الليل أو وقت القائلة أو لا يتأخر بها عن القافلة أو لا يجعل سيره في آخرها؟ أو لا يسلك بها الطريق الغلانية وأشباه هذا مما له فيه غرض مخالف ضمن لانه متعدد لشرط كرائه فضمن ما تلف به، كما لو شرط عليه أن لا يحمل عليها إلا قفيزا فحمل قفيزين، فإذا كانت العين دارا فلا يصح أن يقتنى فيها ما يؤدي إلى المضارة بالبناء إلى الحد الذي جعل بعض الاصحاب يمنع أن يكون في مناعه بعض المأكولات التي تحدث رائحة تجلب الفيران لما يترتب عليه من احداث شقوق في جدار البيت، وقد رد هذا القول جمهور العلماء بأن المتعارف بين الناس وما تحكم به ضرورات المعيشة أن كل مأكولات الانسان تغري الفيران وتجذبها إليها ولذا فقد عفى في الاصح عما لا يمكن التحرز منه أو الاستغناء عنه ومقتضى أصول المذهب أن كل متعارف هو كالمشروط فلا يلزمه تركه. (فرع) بشرط في اجارة الذمة أو العين للركوب بيان قدر السير كل يوم وكونه ليلا أو نهارا والنزول في عامر أو صحراء لتفاوت الاعراض بذلك، ولو أراد أحدهما مجاوزة المحل المشروط أو نقصا منه لخوف لحوق ضرر منه ولو كان ظنا جاز دون غيره كما لو استأجر مطية للذهاب والاياب فإنه لا تحسب عليه مدة اقامتها لخوف الا أن يكون بالطريق منازل مضبوطة بالعادة، فينزل عليها، فإن لم تنضبط اشترط بيان المنازل أو التقدير بالزمن وحده، والا امتنع التقدير بالسير به لعدم تعلقه بالاختيار، وحينئذ يتعذر الاستئجار في طريق مخوفة لا منازل فيها (فرع) من اكرى مطية ليحج عليها فله الركوب عليها إلى مكة ومن مكة إلى عرفة والخروج عليها إلى منى لانه من تمام الحج، وقيل ليس له الركوب إلى منى لانه بعد التحلل من الحج، والاولى له ذلك لانه من تمام الحج وتوابعه، ولذلك وجب على من وجب عليه دون غيره فدخل في قوله تعالى (ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا) ومن اكرى إلى مكة فقط فليس له الركوب

[52]

إلى الحج لانها زيادة، ويحتمل أن له ذلك لان الكراء إلى مكة عبارة عن الكراء إلى الحج لكونها لا يكثرى إليها الا للحج غالبا فكان بمنزلة المكترى للحج، هذا مذهبنا وبه قال أحمد وأصحابه. قال الشافعي رضى الله عنه: وإذا تكارى رجل محملا من المدينة إلى مكة فشرط سيرا معلوما فهو أصح، وإن لم يشترط فالذي أحفظ أن المسير معلوم وأنه المراحل فيلزمان المراحل لانها الاغلب من سير الناس، فإن قال قائل كيف لا يفسد في هذا الكراء والسير يختلف؟ قيل: ليس للافساد ههنا موضع، فان قال: فبأى شئ قسته، قيل: بنقد البلد، البلد له نقد وصنج وغلة مختلفة فيبيع الرجل بالdraهم ولا يشترط نقدا بعينه، ولا يفسد البيع، ويكون له الاغلب من نقد البلد وكذلك يلزمهما الغالب من مسير الناس اه. قال المصنف رحمه الله: (فصل) فان اكرى ليحمل له أرطالا من الزاد فهل له أن يبدل ما يأكله فيه قولان. (أحدهما) له أن يبدل وهو اختيار المزني كما أن له أن يبدل ما يشرب من الماء (والثاني) ليس له أن يبدله، لان العادة أن الزاد يشتري موضعا واحدا بخلاف الماء قال أبو إسحاق: هذا إذا لم تختلف قيمة الزاد في المنازل، فأما إذا كانت قيمته تختلف في المنازل جاز له أن يبدله قولاً واحدا لان له غرضاً أن لا يشتري موضعا واحدا. (فصل) وان اكرى ظهرا فله أن يضربه ويكبجه باللجام ويركضه بالرجل للاستصلاح لما روى جابر قال:

سافرت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فاشتري منى بعيرا وحملنى عليه إلى المدينة، وكان يسوقه وأنا راكبه وأنه ليضربه بالعصا ولا يتوصل إلى استيفاء المنفعة الا بذلك فجاز له فعله. (فصل) وللمستأجر أن يستوفى مثل المنفعة المعقود عليها وما دونها في الضرر ولا يملك أن يستوفى ما فوقها في الضرر، فإن اكرتري ظهرا ليركبه في طريق فله أن يركبه في مثله وما دونه في الخشونه ولا يركبه فيما هو أخشن منه،

[53]

فإن استأجر أرضا ليزرع فيها الحنطة فله أن يزرع مثلها وما دونها في الضرر ولا يزرع ما فوقها، لان في مثلها يستوفى قدر حقه وفيما دونها يستوفى بعض حقه، وفيما فوقها يستوفى أكثر من حقه، فان اكرتري ظهرا ليحمل عليه القطن لم يحمل عليه الحديد لانه أضر على الظهر من القطن لاجتماعه وثقله، فان اكرتراه للحديد لم يحمل عليه القطن لانه أضر من الحديد، لانه يتجافى ويقع فيه الريح فيتعب الظهر، فان اكرتراه ليركبه بسرج لم يجر أن يركبه عريا لان ركوبه عريا أضر، فان اكرتراه عريا لم يركبه بسرج لانه يحمل عليه أكثر مما عقد عليه، فان اكرتري ظهرا ليركبه لم يجر أن يحمل عليه المتاع لان الراكب يعين الظهر بحركته والمتاع لا يعينه، فان اكرتراه لحمل المتاع لم يجر أن يركبه لان الراكب أشد على الظهر لانه يقعد في موضع واحد والمتاع يتفرق على جنبه، فان اكرتري قميصا للبس لم يجر أن يتزر به، لان الاتزار أضر من اللبس، لانه يعتمد فيه على طاقين وفى اللبس يعتمد فيه على طاق واحد، وهل له أن يرتدى به فيه وجهان: (أحدهما) يجوز لانه أخف من اللبس (والثانى) لا يجوز لانه استعمال غير معروف فلا يملكه كالاتزار (فصل) وله أن يستوفى المنفعة بنفسه وبغيره، فان اكرتري دارا ليسكنها فله أن يسكنها مثله ومن هو دونه في الضرر، ولا يسكنها من هو أضر منه، فان اكرتري ظهرا ليركبه فله أن يركبه مثله ومن هو أخف منه ولا يركبه من هو أثقل منه لما ذكرناه في الفصل قبله. (الشرح) حديث جابر رواه البخاري ومسلم بلفظ (أنه كان يسير على جمل له قد أعيأ فأراد أن يسيره، قال: ولحقني النبي صلى الله عليه وسلم فدعا لى وضربه فسار سيرا لم يسر مثله فقال: بعنيه، فقلت لا، ثم قال: بعنيه فبعته واستثبت حملانه إلى أهلى، وفى لفظ لاحمد والبخاري (وشرطت ظهره إلى المدينة) وتمام الحديث في الصحيحين (فلما بلغت أئيته فنقدني ثمنه ثم رجعت فأرسل في أثرى فقال: أتراني ماكستك لا آخذ جملك، خذ جملك ودرهمك فهو لك) أما أحكام هذه الطائفة من الفصول فانه إذا اكرتري دابة في الذمة فانه لا خيار

[54]

في عقدها إذا وجد بالدابة عيبا، لان المعقود عليه في الذمة بصفة السلامة، والمعقود عليه هنا غير سليم، فإذا لم يرض به رجع إلى ما في الذمة، ولو عجز عن الابدال ثبت للمستأجر الخيار، كما ذكر ذلك الأذرعى، ويخص المكترى بما تسلمه فله إيجار، ويمتنع إبدالها بغير رضاه ويتقدم بمنفعتها على جميع الغرماء. فإذا ثبت هذا بالنسبة للدابة فانه يلزم ثبوته للطعام المحمول ليؤكل في الطريق إذا لم يتعرض في العقد لابداله ولا

لعدمه فانه يبدل إذا أكل في الاظهر عملا بمقتضى اللفظ لتناوله حمل كذا إلى كذا. وكأنهم قدموه على العادة بأنه لا يبدل لعدم اطرادها. (والثانى) لا، لان العادة عدم الابدال للزاد ولو لم يجده فيما بعد محل الفراغ بسعره فيه أبدل جزما. نعم لو شرط عدم إبداله أتبع الشرط، ولو شرط قدرا فلم يأكل منه فالظاهر كما قاله السبكي أنه ليس للمؤجر مطالبته بنقص قدر أكله اتباعا للشرط، ويحتمل أن له ذلك للعرف، لانه لم يصرح بحمل الجميع في جميع الطريق. قال: وهو الذى إليه نميل. وخرج بعض الفقهاء ما يحمل عما يؤكل، وما حمل فتلف قبل الوصول فانه يبدل قطعاً. قال الشافعي رضى الله عنه: وإن اختلفا في الرحله رجل لا مكبوا ولا مستلقيا، وإن انكسر المحمل أو الظل أبدل محملا مثله أو طلا مثله، وإن اختلفا في الزاد الذى ينفد بعضه، فقال صاحب الزاد: أبدله بوزنه فالقياس أن يبدل له حتى يستوفى الوزن وقال: ولو قال قائل: ليس له أن يبدل من قبل أنه معروف أن الزاد ينقص قليلا ولا يبدل مكانه كان مذهبا والله تعالى أعلم من مذاهب الناس. (فرع) يجوز للمستأجر ضرب الدابة بقدر ما جرت به العادة، ويكبحها باللجام وحثها على السير بحسب طبيعتها، فإن كانت من النوع الذى قال فيه علقمة: فأدرکها ثانيا من عنانه * يمر كمر الرائح المتحلب فليس له أن يضربها لادراكها المقصود مع راحة الراكب في سرعتها

[55]

وأما إن كانت غير ذلك فعلى حد قول امرئ القيس: فليساق ألهور وللسوط درة * وللزجر منه وقع أهوج منعب إلا أنه لا يجوز أن يكون أهوج منعب، وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم نخس بعير جابر وضربه، وكان أبو بكر رضى الله عنه يخرش بعيره بمحجنه. قال الشافعي رضى الله عنه: وإذا اكترى الرجل من الرجل الدابة فضربها أو نخسها بلجام أو ركضها فماتت سنل أهل العلم بالركوب، فإن كان فعل من ذلك ما تفعل العامة فلا يكون عندهم فيه خوف تلف أو فعل بالكبح والضرب مثل ما يفعله بمثلهما عندما فعله فلا أعد ذلك خرقه ولا شئ عليه، وإن فعل ذلك عند الحاجة إليه بموضع قد يكون بمثله تلف أو فعله في الموضع الذى لا يفعل في مثله ضمن في كل حال من قبل أن هذا تعد، والمستعير هكذا إن كان صاحبه لا يريد أن يضمه، فإن أراد صاحبه أن يضمه العارية فهو ضامن تعد أو لم يتعد. وأما الرائص فإن من شأن الرواض الذى يعرف به إصلاحهم للدواب الضرب على حملها من السير، والحمل عليها من الضرب أكثر ما يفعل الركاب غيرهم، فإذا فعل من ذلك ما يكون عند أهل العلم بالرياضة أصلا وتاديبا للدابة بلا إعناف بين لم يضمن إن عبت، وإن فعل خلاف هذا كان متعديا وضمن والمستعير الدابة هكذا كالمكترى في ركوبها إذا تعدى ضمن، وإذا لم يتعد لم يضمن ثم قال: والذى ناخذ به في المستعير انه يضمن تعدى أو لم يتعد، لحديث النبي صلى الله عليه وسلم (العارية مضمونه مؤداة) وهو آخر قوله صلى الله عليه وسلم اه هذا وقد سنل احمد رضى الله عنه عن ضرب الصبيان فقال: على قدر ذنوبهم ويتوقى يجهد الضرب. وإذا كان صغيرا لا يعقل فلا يضربه. ومن ضرب من هؤلاء الضرب المأذون فيه لم يضمن ما تلف. وبهذا في الدابة قال مالك والشافعي واسحاق وأبو ثور وأبو يوسف ومحمد. وقال الثوري وأبو حنيفة: يضمن لانه تلف بجنايته فضمنه كغير المستأجر، وكذلك قال الشافعي في المعلم يضرب الصبي لانه يمكنه تاديبه بغير الضرب (فرع) إذا كترى دابة إلى مسافة فسلك أشق منها فهي مثل مسالة الزرع

ولانه متعد فلرب الدابة منعه من سلوك تلك الطريق. وان اكرتري لحمل القطن فحمل بوزنه حديدا أو حديدا فحمل بوزنه قطننا فالصحيح أن عليه أجر المثل لان ضرر أحدهما مخالف لضرر الآخر، فلم يتحقق كون المحمول مشتملا على المستحق بعقد الاجارة وزيادة عليه، فإذا أكرهه لحمل قفيزين فحملها فوجدتهما ثلاثة، فان كان المكرتري تولى الكيل ولم يعلم المكرى بذلك رطل حنطة فحمل مائة شعيرا أو عكس ذلك لاجتماعهما بسبب ثقلها في محل واحد، وهو لخفته يأخذ من ظهر الدابة أكثر، فضررهما مختلف، وكذا كل مختلفي الضرر كما قلنا في الحديد والقطن. فلو اكرتري لعشرة اقفرة شعير فحمل عشرة اقفرة حنطة لانها أثقل دون عكسه بأن اكرتري لحمل عشرة اقفرة حنطة فحمل عشرة اقفرة شعيرا من غير زيادة أصلا فلا ضمان عليه لاتحاد جرمهما باتحاد كيلهما مع كون الشعير أخف، فلو اكرتري لحمل مائة فحمل مائة وعشرة لزمه مع المسمى أجرة المثل للزيادة لتعديه، وان تلفت بذلك المحمول أو بسبب آخر ضمنها ضمان يد إن لم يكن صاحبها معها لكونه غاصبا لها بحمل الزيادة. فان كان صاحبها معا وتلفت بسبب الحمل دون غيره إذ ضمانها ضمان جنابة لاسيما ومالكها معها ضمن قسط الزيادة فقط لاختصاص يده بها، ولهذا لو سخره مع دابته فتلفت لم يضمنها المسخر لتلفها في يد مالكها، وفي قول يضمن نصف القيمة توزيعا على الرأس. ولو سلم المائة والعشرة إلى المؤجر فحملها جاهلا بالزيادة، كان قال له: مائة فصدقه ضمن المكرتري القسط واجرة الزيادة على المذهب إذ المكرى لجهله صار كالآلة بتأثير تدليس المكرتري. والطريق الثاني أنه على القولين في تعارض الغرر والمباشرة، فان كان عالما كان وزن المؤجر وحمل، أو رأى المكرتري يكيل ويحمل، أو أعلمه المكرتري بحقيقة الكيل فلا أجرة للزيادة لعدم تدليس المستأجر ولا ضمان إن تلفت، وبهذا قال أحمد وأصحابه، إلا أنهم اختلفوا في أجر القدر الزائد على العقد

على وجهين (أحدهما) لا اجر له كمذهبنا (والثاني) له أجر الزائد لانهما اتفقا على حمله على سبيل الاجارة فجرى مجرى المعاطة في البيع ودخول الحمام من غير تقدير اجره. قالوا وان كاله المكرى وحمله المكرتري على الدابة عالما بذلك من غير ان يامر بحمله عليها فعليه اجر القفيز الزائد. وان امره ففي وجوب الاجر وجهان عندهم. (فرع) قال النووي (رض): وللمكرتري استيفاء المنفعة بنفسه وبغيره. قلت: وينبغي ان يكون غيره امينا، فلو شرط المكرى استيفاء المنفعة بنفسه بطل العقد، لان المكرتري يملك المنفعة فلا ينازعه فيها المكرى، ومثله كمثل من يشترط على المشتري الا يبيع ما اشتراه، وله ان يركب ويسكن من هو مثله في الضرر اللاحق بالعين ودونه بالاولى، لان ذلك استيفاء للمنفعة المستحقة من غير زيادة، ولا يسكن حدادا ولا قصارا لما يحدثه القصار من الدق والازعاج وتأثير الدق في المبنى والازعاج للجار. قال الرملي: الا إذا قال: لتسكن من شئت كازرع ما شئت، ونظر فيه الاذرعى فقال ان مثل ذلك يقصد به التوسعة دون الاذن في الاضرار، وقد رد الرملي بان الاصل خلافه، كما لا يجوز ابدال ركوب بحمل ويجوز عكسه، وان قال اهل الخبرة لا يتفاوت الضرر. وبهذا قال

احمد واصحاب الراى قال الشافعي مقررًا: وهم يزعمون ان رجلا لو تكارى من رجل بيتا لم يكن له ان يعمل فيه رحى ولا قصارة ولا عمل حدادين لان هذا مضر بالبناء، فان عمل هذا فانهدم البيت فهو ضامن لقيمة البيت، وان سلم البيت فله اجره. ويزعمون ان من تكارى قميصا فليس له ان ياتزر به، لان القميص لا يلبس هكذا، فان فعل فتحرق ضمن قيمة القميص، وان سلم كان له اجره، ويزعمون انه لو تكارى قبة لينصبها فنصبها في شمس أو مطر فقد تعدى لاضرار ذلك بها. فان عطبت ضمن وان سلمت فعليه اجرها مع اشياء من هذا الضرب يكتفى باقلها حتى يستدل على انهم قد تركوا ما قالوا ودخلوا فيما عابوا مما مضت به الآثار، ومما فيه صلاح الناس. اه

[58]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) فان استأجر عينا لمنفعة وشرط عليه ان لا يستوفى مثلها أو دونها أو لا يستوفىها لمن هو مثله أو دونه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أن الاجارة باطله لانه شرط فيها ما ينافى موجبها فبطلت (والثاني) أن الاجارة جائزة، والشرط باطل، لانه شرط لا يؤثر في حق المؤجر، فألغى وبقي العقد على مقتضاه (والثالث) أن الاجارة جائزة والشرط لازم، لان المستأجر يملك المنافع من جهة المؤجر فلا يملك ما لم يرض به. (فصل) وللمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة إذا قبضها لان الاجارة كالبيع وبيع المبيع يجوز بعد القبض فكذلك اجارة المستأجر، ويجوز من المؤجر وغيره كما يجوز بيع المبيع من البائع وغيره وهل يجوز قبل القبض فيه ثلاثة أوجه (أحدها) لا يجوز كما لا يجوز بيع المبيع قبل القبض (والثاني) يجوز لان المعقود عليه هو المنافع، والمنافع لا تصير مقبوضة بقبض العين، فلم يؤثر فيها قبض العين (والثالث) أنه يجوز اجارتها من المؤجر لانها في قبضته، ولا يجوز من غيره لانها ليست في قبضته، ويجوز أن يؤجرها برأس المال وبأقل منه وبأكثر لانا بينا أن الاجارة بيع وبيع المبيع يجوز برأس المال وبأقل منه وبأكثر منه، فكذلك الاجارة (فصل) وإن استأجر عينا لمنفعة فاستوفى أكثر منها فإن كانت زيادة تتميز بأن اكترى طهرا ليركبه إلى مكان فجاوز أو ليحمل عليه عشرة أقدرة فحمل عليه أحد عشر فغيرا لزمه المسمى لما عقد عليه وأجرة المثل لما زاد لانه استوفى المعقود عليه فاستقر عليه المسمى واستوفى زيادة فلزمه ضمان مثلها، كما لو اشترى عشرة أقدرة فقبض أحد عشر قفيزا. فان كانت الزيادة لا تتميز بأن اكترى أرضا ليزرعها حنطة فزرعها دخنا، فقد اختلف أصحابنا فيه، فذهب المزني وأبو اسحاق إلى أن المسألة على قولين (أحدهما) يلزمه أجرة المثل للجميع، لانه تعدى بالعدول عن المعقود عليه إلى غيره، فلزمه ضمان المثل كما لو اكترى أرضا للزراعة فزرع أرضا أخرى.

[59]

(والثاني) يلزمه المسمى وأجرة المثل للزيادة، لانه استوفى ما استحقه وزيادة، فأشبهه إذا استأجر طهرا إلى موضع فجاوزه، وذهب القاضي أبو حامد المرورودي إلى أن المسألة على قول واحد، وأن صاحب الارض بالخيار بين أن يأخذ المسمى وأجرة المثل للزيادة، وبين أن يأخذ أجرة

للجميع، لانه أخذ شيها ممن استأجر ظهرا إلى مكان فجاوزه، وشيها ممن
 أكثرى أرضا للزرع فزرع غيرها، فخير بين الحكمين. (فصل) وان أجره عينا
 ثم أراد أن يبدلها بغيرها لم يملك لان المستحق معين فلم يملك إبداله
 بغيره كما لو باع عينا فأراد أن يبدلها بغيرها. (الشرح) إذا اشترط ألا
 يستوفى في المنفعة مثلها أو ما دونها أو اشتراط أن لا يستوفىها بمثله أو
 من هو دونه، فعلى ثلاثة أوجه. أحدها: أن الاجارة باطله لاشتراط ما ينافى
 موجبها وقد عرفنا من الشواهد الماضية أنه لو اشترط أمرا كان قال:
 أتكارى منك محملا أو زاملة على المنصوص في الام، فإن هذا الشرط
 يبطل العقد، كما لو قال أبيعك أقل من عشرة فما دونها بكذا فان هذا البيع
 باطل، لانه ينافى موجب العقد الذى يوجب ملك المنفعة والتسلط على
 استيفائها بنفسه وبنائيه، واستيفاء بعضها بنفسه وبعضها بنائيه. والشرط
 ينافى ذلك فكان باطلا. والوجه الثانى: أن الاجارة جائزة والشرط باطل
 لانه شرط لا يؤثر في حق المستأجر من استيفاء المنفعة، وفارق البيع، لان
 البائع يده هنا على المبيع والمستأجر يده على المنفعة، وبهذا قال أحمد،
 لان المستأجر يملك المنافع من جهة المؤجر فلا يملك ما لم يرض به.
 والوجه الثالث: صحة الشرط وصحة العقد لان المستأجر يملك المنفعة من
 قبل المؤجر فليس للمستأجر أن يتعدى بامتلاك لم يرض به فلزمه الشرط
 وصحت الاجارة وقد فصلنا ذلك على أصل المذهب، ونصه في الام على ما
 سيأتى. (فرع) يجوز للمستأجر أن يؤجر العين التى استأجرها إذا قبضها،
 ونص أحمد على ذلك، وهو قول سعيد بن المسيب وابن سيرين ومجاهد
 وعكرمة

[60]

وأبى سليمان بن عبد الرحمن والنخعي والشعبي والثوري والشافعي
 وأصحاب الراى وذكر القاضى من الحنابلة فيه رواية أخرى أنه لا يجوز، لان
 النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ربح ما لم يضمن، والمنافع لم تدخل
 في ضمانه، ولانه عقد على ما لم يدخل في ضمانه فلم يجر كبيع المكمل
 والموزون قبل قبضه، والاول أصح، لان قبض العين قام مقام قبض
 المنافع بدليل أنه يجوز التصرف فيها فجاز العقد عليها كبيع الثمرة على
 الشجرة، وقياس الرواية الاخرى باطل على هذا الاصل إذا ثبت هذا: فإنه لا
 تجوز إجارته إلا لمن يقوم مقام أو دونه في الضرر لما مضى فأما إجارته
 قبل قبضها فلا تجوز من غير المؤجر في أحد الوجوه الثلاثة عندنا وأحد
 الوجهين عند الحنابلة، وهو قول أبى حنيفة، لان المنافع مملوكة بعقد
 معاوضة فاعتبر في جواز العقد عليها القبض كالاعيان. والوجه الثانى يجوز
 العين لان قبض العين لا ينتقل به الضمان إليه، فلم يقف جواز التصرف
 عليه، فأما إجارته قبل القبض من المؤجر - وهو الوجه الثالث عندنا وهو
 قول عند الحنابلة - فإذا قلنا لا يجوز من غير المؤجر كان فيه وجهان
 أحدهما لا يجوز لانه عقد عليها قبل قبضها، والثانى: يجوز لان القبض لا
 يتعذر عليه بخلاف الأجنبي، وأصلهما: بيع الطعام قبل قبضه لا يصح من غير
 بئنه رواية واحدة، وهل يصح من بئنه؟ على روايتين، فأما إجارته بعد
 قبضها من المؤجر فجائزة، وبهذا قال أحمد والشافعي رضى الله عنه.
 وقال أبو حنيفة لا يجوز لان ذلك يؤدي إلى تناقض الا حاكم، لان التسليم
 مستحق على الكراء، فإذا اكترها صار مستحقا له فيصير مستحقا لما
 يستحق عليه، وهذا تناقض. دليلنا أن كل عقد جاز مع غير العاقد جاز مع
 العاقد كالباع وما ذكره لا يصح لان التسليم قد حصل، وهذا المستحق له
 تسليم آخر يبطل بالبيع فإنه يستحق عليه تسليم العين، فإذا اشترها

استحق تسليمها، فان قال: التسليم ههنا مستحق في جميع المدة بخلاف البيع. قلنا: المستحق تسليم العين وقد حصل، وليس عليه تسليم آخر غير أن العين من ضمان المؤجر، فإذا تعذرت المنافع بتلف الدار وغصبها رجع عليه لانها بسبب كان في ضمانه.

[61]

(فرع) ويجوز للمستأجر إجارة العين بمثل الاجر وزيادة، وهذا قول أحمد والشافعي وأبي ثور وابن المنذر، وروى ذلك عن عطاء والحسن والزهرى. وفي رواية لاحمد: إن أحدث في العين زيادة جاز له أن يكرها بزيادة، والا لم تجز الزيادة، فإن فعل تصدق بالزيادة، وروى هذا عن الشعبي والثوري وأبو حنيفة لانه يربح فيما لم يضمن. وعن أحمد رواية ثالثة: إذا أذن له فيها المالك جاز، وإذا لم يأذن لم يجز، وكره ابن المسيب وأبو سلمة وابن سيرين ومجاهد وعكرمة والشعبي والنخعي الزيادة مطلقا لدخولها فيما لم يضمن، دليلنا أنه عقد يجوز برأس المال فجاز بزيادة كبيع المبيع بعد قبضه. وأما الحديث فإن المنافع قد دخلت في ضمانه من وجه، فانها لو فاتت من غير استيفائه كانت من ضمانه، ولا يصح القياس على بيع الطعام قبل قبضه. فإن البيع ممنوع منه بالكلية سواء ربح أو لم يربح، وههنا جائز في الجملة. وتعليقهم بأن الربح في مقابلة عمله ملغى بما إذا كنس الدار ونطفها، فان ذلك يزيد في أجرها في العادة. (فرع) كل عين استأجرها لمنفعة فله أن يستوفى تلك المنفعة وما دونها في الضرر. هذا ما سبق ان بيناه. وبه قال أحمد. ولا نعرف في ذلك مخالفا، ومتى فعل ما ليس له كان ضامنا، وقد ضرب المصنف مثلا بالارض يستأجرها لزرعها حنطة فزرعها دخنا. قال الماوردي في الحاوي الكبير (1) بعد ان أورد قول الشافعي رضى الله عنه في الام: ولو اكترها ليزرعها قمحا فله أن يزرعها ما لا يضر بالارض إضرار القمح، وهذا كما قال: إذا استأجر أرضا ليزرعها حنطة فله أن يزرعها الحنطة وغير الحنطة مما يكون ضرره مثل ضرر الحنطة أو أقل، وليس له

(1) الحاوي الكبير مخطوطة في دار الكتب العربية ذات أربعة وعشرين مجلدا ومن نوعها المجلد الاول في دار الكتب الازهرية والحاوي الصغير مخطوطة في دار الكتب العربية ذات أربعة عشر مجلدا. على أن نقولنا التي اعتمدها هنا في التكملة هذه من الحاوي الكبير.

[62]

أن يزرعها ما ضرره اكثر من ضرر الحنطة. وقال داود بن علي لا يجوز إذا استأجرها لزرع الحنطة أن يزرعها غير الحنطة، وان كان ضرره أقل من ضرر الحنطة استدلالا بقوله تعالى (أوفوا بالعقود) فلم يجز العدول عما تضمنه العقد قال: ولانه لما لم يجز إذا اشترى بدراهم بأعيانها أن يدفع غيرها من الدراهم وان كانت مثلها لما فيه من العدول عما اقتضاه العقد، كذلك في اجارة الارض لزرع الحنطة لا يجوز أن يعدل فيها عن زرع الحنطة. ودليلنا ان ذكر الحنطة في اجارة الارض انما هو لتقدير المنفعة به لا

لتعيين استيفائه، الا تراه لو تسلم الارض ولم يزرعها لزمته الاجرة، فإذا ثبت أن ذكر الحنطة لتقدير المنفعة فهو إذا استوفى المنفعة فقدرت به في العقد وبغيره جاز، كما لو استأجر لحمل قفيز من حنطة فحمل قفيزا غيره، وكما لو استأجر ليزرع حنطة بعينها فزرع غيرها، ولأن عقد الاجارة يتضمن اجرة يملكها المؤجر ومنفعه يملكها المستأجر، فلما جاز للمؤجر ان يستوفى حقه كيف شاء بنفسه وبوكيله وبمن يحيله جاز للمستأجر أن يستوفى حقه من المنفعة كيف شاء بزرعها الحنطة وغير الحنطة، وبإعارتها لمن يزرعها ويتركها وتعطيلها. فأما استدلاله بقوله تعالى (أوفوا بالعقود) فمثل الحنطة ما يتضمنه العقد بما دللنا. وأما الجواب عما استدل به من تعيين الاثمان بالعقد فكذا في الاجارة، فهو أن الفرق بينهما في التعيين متفق عليه، لان الدارهم تتعين بالعقد حتى لا يجوز العدول إلى جنسها والحنطة لا تتعين في عقد الاجارة وانما الخلاف في تعيين جنسها لاقراره لو استأجرها لزرع حنطة بعينها جاز له العدول إلى غيرها من الحنطة، فكذلك يجوز ان يعدل إلى غير الحنطة. اه فإذا تقرر هذا لم يخل حال المستأجر ليزرع الارض حنطة من ثلاثة اقسام: 1- أن يستأجرها لزرع الحنطة وما أشبهها، فيجوز له مع موافقة داود أن يزرعها الحنطة وغير الحنطة مما يكون ضرره مثل ضرر الحنطة أو أقل، الا أن داود يجيزه بالشرط ونحن نجيزه بالعقد والشرط تأكيدا 2- أن يستأجرها لزرع الحنطة ويغفل ذكر ما سوى الحنطة مما ضره أكثر من الحنطة أو أقل،

[63]

3- أن يستأجرها لزرع الحنطة على ان لا يزرع سواها ففيه ثلاثة أوجه حكاه ابن أبي هريرة (أحدها) أن الاجارة باطلة (والثاني) أن الاجارة جائزة والشرط باطل، وله أن يزرعها الحنطة وغير الحنطة لانه لا يؤثر في حق المؤجر ما يفى (والثالث) أن الاجارة جائزة والشرط لازم، وليس له أن يزرعها غير الحنطة لان منافع الاجارة إنما تملك بالعقد على ما سمي فيه، الا تراه لو استأجرها للزرع لم يكن له العرس فكذلك إذا استأجرها لنوع من الزرع، قال الشافعي: وان كان يضرها مثل عروق تبقى فليس ذلك له، فان فعل فهو متعد ورب الارض بالخيار ان شاء أخذ الكراء وما نقص الارض على ما ينقصها زرع القمح ويأخذ منه كراء مثلها. قال المزني: يشبه أن يكون قوله الاول أولى، لانه أخذ ما كرى وزاد على الكرى ضررا، كرجل اكترى منزلا يدخل فيه ما يحتمل سقفه فجعل فيه أكثر. إذا عرف هذا فانه إذا استأجر أرضا لزرع حنطة لم يكن له ان يزرعها ولا أن يغرستها ما هو أكثر ضررا منها لانه غير مأذون فيه فصار كالعاصب، وهل يصير بذلك ضامنا لرقبة الارض حتى يضمن قيمتها ان غصبت أو تلفت بسيل، على وجهين (أحدهما) وهو قول أبي حامد الاسفراييني أنه يضمنها لانه قد صار بالعدول عما استحقه غاصبا. والغاصب ضامن (والثاني) وهو الاصح، أنه لا يضمن رغبة الارض لان تعديه في المنفعة لا في الرقبة، فإن تمادى الامر بمستأجرها حتى حصد زرعه ثم طوّل بالاجرة فالذي نص عليه الشافعي أن رب الارض بالخيار بين أن يأخذ المسمى وما نقصت الارض وبين أن يأخذ اجرة المثل، فاختلف أصحابنا، فكان المزني وأبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة يخرجون تخير الشافعي على قولين (أحدهما) أن رب الارض يرجع بأجرة المثل دون المسمى لان تعدي الزارع بعدوله عن الحنطة إلى ما هو أضر منها كتعديه بعدوله عن الارض إلى غيرها، فلما كان بعدوله عن الارض إلى غيرها ملتزما لاجرة المثل دون المسمى فكذلك

بعدوله إلى غير الحنطة. والقول الثاني: أنه يرجع بالمسمى من الاجرة،
وينقص الضرر الزائد على

[64]

الحنطة لانه قد استوفى ما استحقه وزاد، فصار كمن استأجر بعيرا من مكة
إلى المدينة فتجاوز به إلى البصرة فعليه المسمى وأجرة المثل في
الزيارة. وقال الربيع وأبو العباس ابن سريج وأبو حامد المرورودي: إن
المسألة على قول واحد، وليس التخيير فيه اختلافا للقول فيها، فيكون
رب الارض بالخيار بين أن يرجع بالمسمى وما نقصت الارض بالزيادة
كالمجاوز بركوب الدابة وبين أن يفسخ الاجارة ويرجع بأجرة المثل لانه
عيب قد دخل عليه فجاز أن يكون مخيرا به بين المقام أو الفسخ فأما
المزني فإنه اختار أن يرجع بالمسمى وما نقصت الارض. وتابعه أبو اسحاق
المروزي واستدلا بمسألتين: (إحدهما) أن يستأجر بيتا لحمولة مسماة
فيعدل إلى غيرها فهذا أمر ينظر، فان استأجر أسفل البيت ليحرز، فيه
مائة رطل حديد فأحرز فيه مائة وخمسين رطلا، أو عدل عن الحديد إلى
القطن فلا ضمان عليه، لان سفل البيت لا تؤثر فيه هذه الزيادة ولا العدول
عن الجنس، وان كان علو البيت تكون فيه الحمولة على سقفه، فإن كانت
الاجارة لمائة رطل من حديد فوضع عليه مائة وخمسين رطلا فهذه زيادة
متميزة فيلزمه المسمى من الاجرة وأجرة مثل الزيادة. وان كان قد استأجر
لمائة رطل قطنا فوضع فيه مائة رطل من حديد فهذا ضرر لا يتميز، لان
القطن يتفرق على السقف والحديد مجتمع في موضع منه، فكان أضر
فيكون رجوع المؤجر على ما ذكرنا من اختلاف أصحابنا في القولين.
والمسألة الثانية من دليل المزني على اختيار أن يستأجر دارا للسكنى
فيسكن فيها حدادين أو قصارين أو ينصب رحى، فهذه زيادة ضرر لا تتميز،
فيكون رجوع المؤجر على ما وصفنا من اختلاف أصحابنا في القولين. قال
الماوردي: ليس للمزني من دليل فيما استشهد به من مذهب ولا حجاج.
(فرع) قوله: وان أجره عينا ثم أراد أن يبدلها الخ. قال الشافعي في الام:
وإذا تكارى ابلا بأعيانها ركبها، قال وان تكارى حمولة ولم يذكر بأعيانها
وركب ما يحملها، فان حملة على بعير غليظ فان كان ذلك ضررا متفاحشا
أمر أن يبدله، وان كان شبيها بما يركب الناس لم يجبر على ابداله. والله
أعلم بالصواب

[65]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) فإن استأجر أرضا مدة للزراعة
فأراد أن يزرع ما لا يستحصد في تلك المدة، فقد ذكر بعض أصحابنا أنه لا
يجوز، وللمؤجر أن يمنعه من زراعته فإن بادر المستأجر وزرع لم يجبر على
قلعه قبل انقضاء المدة، ويحتمل عندي أنه لا يجوز منعه من الزراعة، لانه
يستحق الزراعة إلى أن تنقضي المدة فلا يجوز منعه قبل انقضاء المدة،
ولانه لا خلاف أنه إن سبق وزرع لم يجبر على نقله، فلا يجوز منعه من
زراعته. (فصل) وإن اكرت أرضا مدة للزرع لم يخل إما أن يكون لزرع مطلق
أو لزرع معين، فان كان لزرع مطلق فزرع وانقضت المدة ولم يستحصد
الزرع نظرت، فان كان بتفريط منه بأن زرع صنفا لا يستحصد في تلك

المدة أو صنفا يستحصد في المدة إلا أنه أخرج زراعته، فللمكري أن يأخذه بنقله، لانه لم يعقد إلا على المدة فلا يلزمه الزيادة عليها لتفريط المكري، فان لم يستحصد لشدة البرد أو قلة المطر ففيه وجهان. (أحدهما) يجبر على نقله، لانه كان يمكنه أن يستظهر بالزيادة في مدة الاجارة، فإذا لم يفعل لم يلزم المكري أن يستدرك له ما تركه. (والثاني) لا يجبر وهو الصحيح، لانه تأخر من غير تفريط منه، فان قلنا يجبر على نقله وتراضيا على تركه باجارة أو إعارة جاز، لان النقل لحق المكري وقد رضى بتركه، وإن قلنا لا يجبر فعليه المسمى إلى انقضاء المدة بحكم العقد وأجرة المثل لما زاد لانه كما لا يجوز الاضرار بالمستأجر في نقل زرعه، لا يجوز الاضرار بالمؤجر في تفويت منفعة أرضه. فان كان لزرع معين لا يستحصد في المدة وانقضت المدة والزرع قائم نظرت فان شرط عليه القلع فالاجارة صحيحة لانه عقد على مدة معلومة ويجبر على قلعه لانه دخل على هذا الشرط، فان تراضيا على تركه باجاره أو إعارة جاز لما ذكرناه وإن شرط التبقي بعد المدة فالاجارة باطلة لانه شرط ينافي مقتضى العقد فأبطله فان لم يزرع كان لصاحب الارض أن يمنعه من الزراعة لانها زراعة في عقد باطل

[66]

فان بادر وزرع لم يجبر على القلع، لانه زرع مأذون فيه، وعليه أجرة المثل لانه استوفى منفعة الارض باجارة فاسدة، فان أطلق العقد ولم يشرط التبقية ولا القلع ففيه وجهان. (أحدهما) وهو قول أبي إسحاق: أنه يجبر على قلعه لان العقد إلى مدة وقد انقضت فأجبر على قلعه كالزرع المطلق. (والثاني) لا يجبر لانه دخل معه على العلم بحال الزرع وأن العادة فيه الترك إلى الحصاد، فلزمه الصبر عليه، كما لو باع ثمرة بعد بدو الصلاح وقبل الادراك ويخالف هذا إذا اكترى لزرع مطلق، لان هناك يمكنه أن يزرع ما يستحصد في المدة، فإذا ترك كان ذلك بتفريط منه فأجر على قلعه، وههنا هو زرع معنى علم المكري أنه لا يستحصد في تلك المدة، فإذا قلنا: يجبر فتراضيا على تركه باجارة أو إعارة جاز لما ذكرناه، وإن قلنا لا يجبر لزمه المسمى للمدة، وأجرة المثل للزيادة، لانه كما لا يجوز الاضرار بالمكترى في نقل زرعه لا يجوز الاضرار بالمكري في إبطال منفعة أرضه. (الشرح) قال الشافعي رضي الله عنه: وإذا تكارها سنة فزرعها فانقضت السنة والزرع فيها لم يباع أن يحصد - فان كانت السنة يمكنه أن يزرع فيها زرعا يحصد قبلها فالكراء جائز، وليس لرب الارض أن يثبت زرعه وعليه أن ينقله عن الارض إلا أن يشاء رب الارض تركه، وإذا شرط أن يزرعها صنفا من الزرع يستحصد أو يستفصل قبل السنة فأخره إلى وقت من السنة فانقضت السنة قبل بلوغه فكذلك أيضا، وإن تكارى مدة أقل من سنة وشرط أن يزرعها شيئا بعينه ويتركه حتى يحصد فكان يعلم أنه لا يمكنه أن يستحصد في مثل هذه المدة تكارها فالكراء فاسد من قبل أن أثبت بينهما شرطهما ولم أثبت على رب الارض أن يبقى زرعه فيها بعد انقضاء المدة أبطلت شرط الزارع أن يتركه حتى يستحصد، وإن أثبت له زرعه حتى يستحصد أبطلت شرط رب الارض فكان هذا كراء فاسدا ولرب الارض كراء مثل أرضه إذا زرع، وعليه تركه حتى يستحصد.

وصورة هذه المسألة أن يستأجر الرجل أرضا مدة معلومة ليزرعها موصوفا فزرعها، ثم انقضت المدة قبل استحصاد زرعها، فلا يخلو حال المدة من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يعلم أن ذلك الزرع يستحصد في مثلها (والثانية) أن يعلم أنه لا يستحق في مثلها (والثالثة) أن يقع الشك فيه، فأما الأولى فلا تخلو من ثلاثة أقسام. (أحدها) أن تأخير استحصاده لعدوله عن الجنس الذي شرطه إلى غيره مثل أن يستأجر خمسة أشهر لزرع الباقلا فيزرعها برا فتتقضى المدة، والبر غير مستحصد فهذا يؤخذ بقلعه قبل استحصاده، لانه بعدوله عن الباقلا إلى البر يصير متعديا فلم يستحق استيفاء زرع تعدى فيه، فان تراضى المؤجر والمستأجر على تركه إلى أوان الحصاد بأجرة المثل فيما زاد على المدة أقر، وان رضى المستأجر وأبى المؤجر أو رضى المؤجر وأبى المستأجر من بذل أجرة المثل قلع. (والقسم الثاني) أن يكون تأخير استحصاده لتأخير بذره من عدول عن جنسه فهذا مفرط ويؤخذ بقلع زرعه قبل استحصاده لان تقريطه لا يلزم غيره، فان بذل أجرة مثل المدة الزائدة ورضى المؤجر بقبولها ترك والا قلع. (والقسم الثالث) أن يكون تأخير استحصاده لامر سماوي من طول برد أو تأخر مطر أو انخفاض نيل أو دوام تلج ففيه وجهان. أحدهما: يترك إلى وقت استحصاده لانه لم يكن من المستأجر عدوان ولا تقريط، فإذا ترك إلى وقت الحصاد ضمن المستأجر أجرة مثل المدة الزائدة على عقده. الوجه الثاني: أن يؤخذ بقلعه ولا يترك لانه قد كان بقدر على الاستظهار لنفسه في استزادة المدة خوفا مما عساه يحتمل من أسباب سماوية فلو لم يأخذ لنفسه فرصة صار مفرطا. أما الحال الثانية: وهو أن يعلم مجارى العادة أن مثل ذلك الزرع لا يستحصد في مثل تلك المدة، مثل أن يستأجرها أربعة أشهر لزرعها برا أو شعيرا فهذا اما: (أ) أن يشترط قلعه عند انقضاء المدة، فهذه اجارة جائزة، لانه قد يريد زرعه قصيلا ولا يريد حبا، فإذا انقضت المدة أخذ بقلع زرعه وقطعه. (ب) أن يشترط تركه إلى وقت حصاده فهذا اجارة فاسدة، لان اشتراط

استيفاء الزرع بعد مدة الاجارة ينافى موجبها فبطلت، ثم للزارع استيفاء زرعه وقت حصاده، وإن بطلت الاجارة، ولا يؤخذ بقلع زرعه لانه زرعه عن إذن اشترط فيه الترك وعليه أجرة المثل، والفرق بين هذه المسألة في استيفاء الزرع مع فساد الاجارة وبين أن يؤخذ بقلعه فيما تقدم من الاحوال والاقسام مع صحة الاجارة أن الاجارة إذا بطلت روعى الاذن دون المدة، وإذا صحت روعيت المدة (ج) أن يطلق العقد فلا يشترط فيه قلعا ولا تركا فقد اختلف أصحابنا هل إطلاقه يقتضى القلع أو الترك؟ على وجهين. (أحدهما) وهو قول أبى إسحاق المروزي: أنه يقتضى القلع اعتبارا بموجب العقد، فعلى هذا الاجارة صحيحة، ويؤخذ للمستأجر بقلع زرعه عند تقضى المدة (والثانى) وهو ظاهر كلام الشافعي أن الاطلاق يقتضى الترك إلى أوان الحصاد اعتبارا بالعرف فيه، كما أن ما لم يبد صلاحه من الثمار يقتضى إطلاق بيعه للترك إلى وقت الجداد اعتبارا بالعرف فيه، فعلى هذا تكون الاجارة فاسدة، ويكون للمستأجر ترك زرعه إلى وقت حصاده، وعليه أجرة المثل كما لو شرط الترك. الحال الثالثة: وهو أن يقع الشك في المدة هل يستحصد الزرع فيها؟ كأن استأجرها خمسة أشهر لزرع البر والشعير، فقد يجوز أن يستحصد الزرع في هذه المدة في بعض البلاد وبعض السنين،

ويجوز أن لا يستحصد فيكون حكم هذه الحال حكم ما علم أنه يستحصد فيه، على ما مضى إسقاطا للشك واعتبارا باليقين هكذا أفاده الماوردي، والله أعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن اكرت أرضا للغراس مدة لم يجز أن يغرّس بعد انقضائها، لأن العقد يقتضى الغرس في المدة فلم يملك بعدها، فإن غرس في المدة وانقضت المدة نظرت، فإن شرط عليه القلع بعد المدة أخذ بقلعه لما تقدم من شرطه ولا يبطل العقد بهذا الشرط، لأن الذي يقتضيه العقد هو الغراس في المدة، وشرط القلع بعد المدة لا يمنع ذلك، وإنما يمنع من التبقية بعد المدة، والتبقية بعد

[69]

المدة من مقتضى الاذن لا من مقتضى العقد، فلم يبطل العقد بإسقاطها، فإذا قلع لم يلزمه تسوية الارض لانه لما شرط القلع رضى بما يحصل به من الحفر، فإن أطلق العقد ولم يشترط القلع ولا التبقية لم يلزمه القلع، لأن تفريغ المستأجر على حسب العادة، ولهذا لو اكرت دارا وترك فيها متاعا وانقضت المدة لم يلزمه تفريغها إلا على حسب العادة في نقل مثله، والعادة في الغراس التبقية إلى أن يجف ويستقلع. فإن اختار المكترى القلع نظرت، فإن كان ذلك قبل انقضاء المدة ففه وجهان أحدهما: يلزمه تسوية الارض، لانه قلع الغراس من أرض غيره بغير إذنه، فلزمه تسوية الارض، والثاني لا يلزمه لانه قلع الغراس من أرض له عليها يد فإن كان ذلك بعد انقضاء المدة لزمه تسوية الارض وجها واحدا لانه قلع الغراس من أرض غيره من غير إذن ولا يد، فإن اختار التبقية نظرت، فإن أراد صاحب الارض أن يدفع إليه قيمة الغراس ويتملكه أجبر المكترى على ذلك لانه يزول عنه الضرر بدفع القيمة، فإن أراد أن يقلع نظرت، فإن كانت قيمة الغراس لا تنقص بالقلع أجبر المكترى على القلع، لانه لا ضرر عليه في القلع، فإن كانت قيمة الغراس تنقص بالقلع، فإن ضمن له أرض ما نقص بالقلع أجبر عليه، لانه لا ضرر عليه بالقلع مع دفع الارش، فإن أراد أن يقلع ولا يضمن أرش النقص لم يجبر المكترى. وقال المزني يجبر لانه لا يجوز أن ينتفع بأرض غيره من غير رضاه، وهذا خطأ، لأن في قلع ذلك من غير ضمان الارش إضراراً بالمكترى، والضرر لا يزال بالضرر. فإن اختار أن يقر الغراس في الارض وبطالب المكترى بأجرة المثل أجبر المكترى، لانه كما لا يجوز الاضرار بالمكترى بالقلع من غير ضمان، لا يجوز الاضرار بالمكترى بإبطال منفعة الارض عليه من غير أجرة، فإن أراد المكترى أن يبيع الغراس من المكترى جاز، وإن أراد بيعه من غيره ففيه وجهان، وقد بيناهما في كتاب العارية، فإن اكرت بشرط التبقية بعد المدة جاز، لأن إطلاق

[70]

العقد يقتضى التبقية فلا يبطل بشرطها، والحكم في القلع والتبقية على ما ذكرناه فيه إذا أطلق العقد. (فصل) فإن اكرت أرضا بإجارة فاسدة وعرّس كان حكمها في القلع والاقرار على ما بيناه في الاجارة الصحيحة لأن الفاسد كالصحيح فيما يقتضيه من القلع والاقرار فكان حكمهما واحداً، وبالله التوفيق (الشرح) قال الشافعي رضى الله عنه: وإن قال أعرسها وازرعها ما شئت فالكراء جائز، قال المزني: أولى بقوله ألا يجوز هذا لانه

لا يدري يغرس أكثر فيكثر الضرر على صاحبها أو لا يغرس وهذه العبارة تشتمل على ثلاث مسائل، احدها أن يقول: أجرتكها لتزرعها ان شئت أو تغرسها ان شئت فالاجارة صحيحة، وهو مخير بين زرعها ان شاء وبين غرسها، فان زرع بعضها وغرس بعضها جاز، لانه لما جاز له غرس الجميع كان غرس البعض أولى بالجواز. الثانية أن يقول: قد أجرتكها لتزرعها أو تغرسها، فالاجارة باطلة، لانه لم يجعل له الامر بين معا، ولا أحدهما معيناً، فصار ما أجره له مجهولاً الثالثة أن يقول: قد أجرتكها لتزرعها وتغرسها ففيه وجهان (أحدهما) وهو مذهب المزني أن الاجارة باطلة، لانه لما لم يخيره بين الامر بين وجمع بينهما صار ما يزرع منها ويغرس مجهولاً، وهذا قول أبي اسحاق المروزي (والثاني) وهو ظاهر كلام الشافعي. وقال ابن أبي هريرة: أن الاجارة صحيحة وله أن يزرع النصف ويغرس النصف لان جمعه بين الامر بين يقتضى التسوية بينهما، فلو زرعها جميعاً جاز، لان زرع النصف المأذون في غرسه أقل ضرراً، ولو غرسها جميعاً لم يجز لان غرس النصف المأذون في زرعه أكثر ضرراً قال الشافعي رضى الله عنه: وان انقضت سنوه لم يكن لرب الارض أن يقلع الغراس حتى يعطيه قيمته وقيمة ثمرته ان كانت فيه يوم نقله، ولرب الارض الغراس ان شاء أن نقله على أن عليه ما نقص من الارض، والغراس كالبناء إذا كان باذن مالك الارض مطلقاً.

[71]

قال المزني: القياس عندي أنه إذا حد له أجلاً يغرس فيه فانقضى الاجل وأذن له أن يبني في عرصه له، فانقضى الاجل فالارض والعرضه بعد انقضاء الاجل مردودان. وصورتها فيمن استأجر أرضاً لبني فيها ويغرس فانقضى الاجل والبناء والغراس قائم في الارض فليس له بعد انقضاء الاجل أن يحدث بناء ولا غرساً، فإن فعل كان متعدياً وأخذ بقلع ما أحدثه بعد الاجل من غرس وبناء، فأما القائم في الارض قبل انقضاء الاجل فلا يخلو حالهما فيه عند العقد من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يشترطاً قلعه عند انقضاء المدة فيؤخذ المستأجر بقلع غرسه وبنائه لما تقدم من شرطه، وليس عليه تسوية ما حدث من حفر الارض لانه مستحق بالعقد (الثانية) أن يشترطاً تركه بعد انقضاء المدة فيقرر ولا يفسد العقد بهذا الشرط لانه من موجباته لو أخل بالشرط ويصير بعد انقضاء المدة مستعيراً على مذهب الشافعي فلا يلزمه أجرة، وعلى مذهب المزني عليه الاجرة ما لم يصرح له بالعارية فإن قلع المستأجر غرسه وبنائه لزمه تسوية ما حدث في حفر الارض لانه لم يستحقه بالعقد، وإنما استحقه بالملك، وهذا قول جميع أصحابنا وإنما اختلفوا في تعليقه فقال بعضهم: العلة فيه أنه لم يستحقه بالعقد، وهو التعليل الذي ذكرناه فعلى هذا لو قلعه قبل انقضاء المدة لالزمه تسوية الارض. والحال الثالثة: أن يطلق العقد فلا يشترطاً فيه قلعه ولا تركه فينظر، فإن كانت قيمة الغرس والبناء مقلوعاً كقيمته قائماً أخذ المستأجر بقلعه لانه لا ضرر يلحقه فيه ولا نقص. وان كانت قيمته مقلوعاً أقل من قيمته قائماً وهو الاغلب نظر، فان بذل رب الارض قيمة الغرس والبناء قائماً، أو ما بين قيمته مقلوعاً لم يكن للمستأجر تركه، لان ما يدخل عليه من الضرر بقلعه يزول ببذل القيمة أو النقص، وقيل لا يجبرك على أخذ القيمة ولكن يخبرك بين أن تقلعه أو تأخذ قيمته وليس لك إقراره وتركه، وإن لم يبذل رب الارض قيمة الغرس والبناء ولا قدر النقص نظر في المستأجر، فان امتنع من بذل أجرة المثل بعد تقضى

المدة لم يكن له إقرار الغرس والبناء وأخذ بقلعه، وإن بذل له أجره المثل مع امتناع رب الارض من بذل القيمة أو النقص، فمذهب الشافعي وجمهور أصحابه أن الغرس والبناء مقرران لا يؤخذ المستأجر بقلعهما ولا يجبر رب الارض بعد انتهاء المدة على تركهما استدلالا بما ذكره المزني من قول الله تعالى (إلا أن تكون تجارة عن تراض) وليس من رب الارض رضى بالترك فلم يجبر عليه، ولأنه لما أخذ بقلع زرعه عند انقضاء المدة لم يقر إلى أوان حصاده مع أن زمان حصاده محدود، فلان يؤخذ بقلع الغرس والبناء مع الجهل بزمانهما أولى، ولان تحديد المدة يوجب اختلاف الحكم في الاستيفاء كما أوجب اختلاف الحكم في إحداث الغرس والبناء، وهذا المذهب أظهر حجاجا وأصح اجتهدا. واستدل أصحابنا على تركه وإقراره بقوله صلى الله عليه وسلم (ليس لعرق ظالم حق) رواه أبو داود والدارقطني عن عروة بن الزبير مرسلًا، فاقضى ذلك وقوع الفرق بين الظالم والمحق، فلم يجز أن يسوى بينهما في الاخذ بالقلع. قالوا ولان من أذن لغيره في إحداث حق في ملك كان محمولا فيه على العرف المعهود في مثله كمن أذن لجاره في وضع اجزاعه في جداره كان عليه تركه على الدوام، ولم يكن له اخذه بقلعها، لان العادة جارية باستدامة تركها، كذلك الغرس والبناء العادة فيهما جارية بالترك والاستبقاء دون القلع، والتناول محمول على العادة. وهذا الاستدلال يفسد بالزرع لان العادة جارية بتركه إلى أوان حصاده. ثم هي غير معتبرة حين يؤخذ بقلعه. (فرع) وإذا كانت الاجارة فاسدة فبنى المستأجر فيها وغرس أو زرع فهو في الاقرار والترك على ما ذكرنا في الاجارة الصحيحة، لان الفاسد في كل عقد حكمه حكم الصحيح في الامانة والضمان. والله تعالى أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى: (باب ما يوجب فسخ الاجارة) إذا وجد المستأجر بالعين المستأجرة عيبا جاز له أن يرد، لان الاجارة كالبيع، فإذا جاز رد المبيع بالعيب جاز رد المستأجر، وله أن يرد بما يحدث في يده من العيب، لان المستأجر في يد المبيع في يد البائع، فإذا جاز رد المبيع بما يحدث من العيب في يد البائع، جاز رد المستأجر بما يحدث من العيب في يد المستأجر. (فصل) والعيب الذي يرد به ما تنقص به المنفعة، كتعثر الظهر في المشي والعرج الذي يتأخر به عن القافلة وضعف البصر والجذام والبرص في المستأجر للخدمة، وانهدام الحائط في الدار، وانقطاع الماء في البئر والعيب والتغير الذي يمتنع به الشرب أو الوضوء وغير ذلك من العيوب التي تنقص بها المنفعة. فاما إذا اكترى ظهرا فوجده خشين المشي لم يدر، لان ذلك لا تنقص به المنفعة. وان اكترى ظهرا للحج عليه فعجز عن الخروج بالمرض أو ذهاب المال لم يجز له الرد، وان اكترى حماما فتعذر عليه ما يوقده لم يجز له الرد، لان المعقود عليه باق، وانما تعذر الانتفاع لمعنى في غيره فلم يجز له الرد، كما لو اشترى ظهرا ليحج عليه فعجز عن الحج لمرض أو ذهاب المال، وان اكترى أرضا للزراعة فزرعها ثم هلك الزرع بزيادة المطر أو شدة برد أو دوام ثلج أو أكل جراد لم يجز له الرد لان الجائحة حدثت على مال المستأجر دون منفعة الارض فلم

يجز له الرد، وان اكرتري دارا فتشعثت فبادر المكري إلى اصلاحها لم يكن للمستأجر ردها لانه لا يلحقه الضرر، فان لم يبادر ثبت له الفسخ لانه يلحقه ضرر بنقصان المنفعة، فان رضي سكنها ولم يطالب بالاصلاح فهل يلزمه جميع الاجرة ام لا ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يلزمه جميع الاجرة لانه لم يستوف جميع ما استحقه من المنفعة فلم يلزمه جميع الاجرة، كما لو اكرتري دارا سنة فسكنها بعض السنة ثم غصبت (والثانى) يلزمه جميع الاجرة لانه استوفى جميع المعقود عليه ناقصا بالعيب

[74]

فلزمه جميع البدل، كما لو اشترى عبدا فتلفت يده في يد البائع ورضى به. (فصل) ومنى رد المستأجر العين بالعيب، فان كان العقد على عينها انفسخ العقد، لانه عقد على معين فانفسخ برده، كبيع العين. وان كان العقد على موصوف في الذمة لم ينفسخ العقد برد العين، بل يطالب ببده، لان العقد على ما في الذمة، فإذا رد العين رجع إلى ما في الذمة، كما لو وجد بالمسلم فيه عيبا فرده. (فصل) وان استأجر عبدا فمات في يده، فان كان العقد على موصوف في الذمة طالب ببده لما ذكرناه في الرد بالعيب، وان كان العقد على عينه فان لم يمض من المدة ما له أجرة انفسخ العقد. وقال أبو ثور من أصحابنا لا ينفسخ، بل يلزم المستأجر الاجرة لانه هلك بعد التسليم فلم ينفسخ العقد، كما لو هلك المبيع بعد تسليم فلم ينفسخ العقد، والمذهب الاول، لان المعقود عليه هو المنافع، وقد تلفت قبل قبضها فانفسخ العقد كالمبيع إذا هلك قبل القبض. وان مضى من المدة ماله أجرة انفسخ العقد فيما بقى بتلف المعقود عليه، وفيما مضى طريقان: (أحدهما) لا ينفسخ فيه العقد قولاً واحداً (والثانى) انه على قولين بناء على الطريقين في الهلاك الطارئ في بعض المبيع قبل القبض، هل هو كالهلاك المقارن للعقد ام لا ؟ لان المنافع في الاجارة كالمبيع قبل القبض، وفي المبيع قبل القبض طريقان فكذلك الاجارة. (فصل) وان اكرتري دارا فانهدمت فقد قال في الاجارة ينفسخ العقد، وقال في المزارعة إذا اكرتري أرضاً للزراعة فانقطع ماؤها ان المكترى بالخيار بين أن يفسخ وبين أن لا يفسخ. واختلف أصحابنا فيهما على طريقين، فمنهم من نقل جواب كل واحدة من المسئلتين إلى الأخرى فخرجهما على قولين، وهو الصحيح (أحدهما) ان العقد ينفسخ فيهما، لان المنفعة المقصودة هي السكنى والزراعة وقد فانت فانفسخ العقد، كما لو اكرتري عبدا للخدمة فمات. (والثانى) لا ينفسخ لان العين باقية يمكن الانتفاع بها وانما نقصت منفعتها فثبت له الخيار كما لو حدث به عيب. ومنهم من قال إذا انهدمت الدار انفسخ

[75]

العقد، وان انقطع الماء من الارض لم ينفسخ لان الارض باقية مع انقطاع الماء والدار غير باقية مع الانهدام. (الشرح) لا ينفسخ عقد الاجارة عينية كانت أو في الذمة بنفسها ولا يفسخ احد العاقدين بالاعذار التي لا توجب خلافاً في المعقود عليه، كمن استأجر حماماً وتعذر عليه جلب الوقود له، أو استأجر سيارة وتعذر على شراء وقودها، أو مرض فحال مرضه دون السفر

عليها، أو استأجر بيتا ولم يجد أثاثا يتخذة فراشا فيها، ويقاس على هذه الامثلة كل عذر لا يلحق المعقود عليه خلل في عينه بعيب فيه، وإذا استأجر دارا فوجد ماء بئرها متغيرا، قال أبو حنيفة: إن استطيع الوضوء به فلا خيار للمستأجر. وعندنا انه ان خالف معهود الآبار في تلك الناحية فله الخيار، فان كان معهودهم الشرب من آبارهم - فإذا كان تغييره يمنع من شربه - فله الخيار، وان أمكن الوضوء منها، وان كان معهودهم الا يشربوا منها فلا خيار، وإن كان غير معهود في ذلك الوقت - فان كان مع نقصانه كافيا لما يحتاج المستأجر من شرب أو ظهور، فلا خيار له، وان كان مقصرا عن الكفاية فله الخيار. فأما رجاء الحصول على الماء إذا تغير ماؤه فلا خيار لمستأجره، ولو نقص ماؤه فله الخيار الا أن يكون معهودا في وقته فلا خيار فيه. قال الشافعي: وإذا اكترئ الرجل الارض من الرجل بالكراء الصحيح ثم أصابها عرق منعه الزرع أو ذهب بها سيل أو غصبها فحيل بينه وبينها سقط عنه الكراء من يوم أصابها ذلك، وهى مثل الدار يكتريها سنة ويقبضها فتهدم في أول السنة أو آخرها، والعبد يستأجره السنة فيموت في أول السنة أو آخرها فيكون عليه من الاجارة بقدر ما سكن واستخدم ويسقط عنه ما بقى، وان أكره أرضا بيضاء يصنع فيها ما شاء، أو لم يذكر انه اكترها للزرع ثم انحسر الماء عنها في أيام لا يدرك فيها زرعاً، فهو بالخيار بين أن يأخذ ما بقى بحصته من الكراء أو يردده لانه قد انتقص مما اكترى. وكذلك ان اكترها للزرع، وكراؤها للزرع أبين في ان له أن يرددها ان شاء، وإن كان مر بها فافسد زرعه أو أصابه

[76]

حريق أو ضرب (1) أو جراد أو غير ذلك فهذا كله جائحة على الزرع لا على الارض فالكراء له لازم، فان أحب أن يحدد زرعا جده ان كان ذلك يمكنه، وان لم يمكنه فهذا شئ أصيب به في زرعه لم تصب به الارض فالكراء له لازم، وهذا مفارق للجائحة في الثمرة يشترىها الرجل فتصيبها الجائحة في يديه قبل أن يمكنه حداثها. ومن وضع الجائحة ثم ابتغى أن لا يضعها ههنا، فان قال قائل: إذا كانتا جائحتين فما بال احدهما توضع والاخرى لا توضع، فان من وضع الجائحة الاولى فانما يضعها بالخبر، وبانه إذا كان البيع جائزا في شراء الثمرة إذا بدا صلاحها وتركها حتى تجدد فانما ينزلها بمنزلة الكراء الذى يقبض به الدار ثم تمر به أشهر ثم تلتف الدار فيسقط عنه الكراء من يوم تلف. اه وقد اختلف أصحابنا في الفساد الطارئ على المستأجر - بفتح الجيم - على حسب اختلافهم في الفساد الطارئ على بعض الصفقة، هل يكن كالفساد المقارن للعقد؟ فقال بعض أصحابنا هما سواء، فيكون بطلان الاجارة فيما مضى من المدة على قولين من تفريق الصفقة. وقال آخرون: ان الفساد الطارئ على العقد مخالف للفساد المقارن للعقد، فتكون الاجارة فيما مضى من المدة غير فاسدة قولا واحدا. فان قبل بطلان الاجارة فيما مضى من المدة لزم المستأجر اجرة المثل في الماضي دون المسمى. وان قبل بصحة الاجارة فيما مضى فقد اختلف أصحابنا هل له الخيار في فسخه أم لا؟ على وجهين (أحدهما) لا خيار له لغواته على يده، فعلى هذا ان كانت اجرة السنة كلها متساوية لتساوي العمل فيها فعليه نصف الاجارة المسماة لاستيفاء نصف العمل المستحق بنصف السنة المسماة وان كان العمل فيها مختلفا والاجارة فيه مختلفة مثل ان تكون اجرة النصف الماضي من السنة مائة درهم واجرة النصف الباقي خمسين درهما تقسطلت الاجارة على العمل المختلف دون

المدة، وكان على المستأجر ثلثي ثلثا الاجرة بمضي نصف المدة لانها تقابل ثلثي العمل

(1) الضرب يقال للثلج الدائب ولسموم الماء انشفه الارض. هكذا في القاموس

[77]

(والوجه الثاني) أن له الخيار لتفريق الصفقة عليه بين المقام على الاجارة فيما مضى وبين فسخها فيه، فان أقام على الماضي لزمه من الاجرة ما ذكرناه من الحساب والقسط، وكان بعض أصحابنا يخرج قولاً آخر أن يقيم بجميع الاجرة والافسخ، وهو قول من يجعل الفساد الطارئ كالفساد المقارن، وان فسخ الاجارة في الماضي لزمه فيه اجرة المثل، لان الفسخ قد رفع العقد فسقط حكم المسمى فيه. (فرع) وجملة بيان هذه الفصول ان من استأجر عينا مدة فحيل بينه وبين الانتفاع بها لم يخل من أقسام ثلاثة. (أحدها) ان تلتف العين كنفوق دابة فهذا على ثلاثة أضرب، أحدها: ان تلتف العين قبل قبضها، فان الاجارة تنفسخ بغير خلاف نعلمه، لان المعقود عليه تلف قبل قبضه فاشبه ما لو تلف الطعام المبيع قبل قبضه. (والثاني) أن تلتف عقيب قبضها، فان الاجارة تنفسخ ايضاً ويسقط الاجر عند عامة الفقهاء الا أبا ثور حكى عنه أنه قال: يستقر الاجر، لان المعقود عليه اتلف بعد قبضه أشبه المبيع، وهذا غلط، لان المعقود عليه المنافع، وقبضها استيفاءؤها أو التمكّن من استيفاءؤها، ولم يحصل ذلك فاشبه تلفها قبل قبض العين (والثالث) أن تلتف بعد مضي شيء من المدة، فان الاجارة تنفسخ فيما بقى من المدة دون ما مضى، ويكون للمؤجر من الاجر بقدر ما استوفى من المنفعة، هذا معنى ما نقلناه من الام قبل. وقال أحمد فيما رواه عنه ابراهيم بن الحارث: إذا اكرى بعيراً بعينه فنفق البعير يعطيه بحساب ما ركب، وذلك لما ذكرنا من ان المعقود عليه المنافع، وقد تلف بعضها قبل قبضه فيبطل العقد فيما تلف دون ما قبض، كما لو اشترى صبرتين فقبض احدهما وتلفت الاخرى قبل قبضها. فان كان المستأجر مختلف الاجر حسب اختلاف الأزمان كدار بسيف البحر ايجارها صيفاً أكثر من أجرها شتاء، أو دار بأسوان أجرها شتاء أكثر من أجرها صيفاً أو دار لها موسم كدور مكة شرفها الله رجع في تقويمه إلى أهل الخبرة

[78]

ويقسط الاجر المسمى على حسب قيمة المنفعة كقسمة الثمن على الاعيان المختلفة في البيع، وكذلك لو كان الاجر على قطع المسافة وكانت معروفة بالاميال أو الكيلو مترات. القسم الثاني: ان يحدث على العين ما يمنع نفعها كدار انهدمت وأرض عرقت أو انقطع عنها الماء فهذه ينظر فيها فان لم يبق فيها أصلاً فهي كالتالفة سواء، وان بقى فيها نفع غير ما استأجرها له انفسخت الا في انقطاع الماء لانه لم يحدث في المعقود عليه خلل يفسد العقد فاشبه ما لو نقص نفعها مع بقائه، فهو مخير بين الفسخ والامضاء، فان فسخ فعليه ما مضى من العقد، وان اختار امضاءه فعليه

جميع الاجر لان العيب إذا رضى به سقط حكمه. فإذا انهدمت الدار أو مرض الخادم، فإن الاجارة لا تنفسخ لبقاء المعقود عليه، ولكن المستأجر بالخيار لاجل العيب الحادث المؤثر في منفعته بين المقام والفسخ، والخيار فيه على التراخي لا على الفور بخلاف الخيار في البيع لانه يتحدد بمرور الاوقات لحدوث النقص فيها فان كان مرض الخادم مرضا لا يؤثر في العمل نظر فيما استؤجر له من العمل، فان كان مما لا تعاف النفس مرضه فيه كالكنس والرعى وحرث الارض فلا خيار للمستأجر، وان كان مما تعاف النفس مرضه فيه كخدمته في مأكله ومشربه وملبسه فله الخيار. وقال النووي في الدار: تنفسخ بهدمها. وقال شمس الدين الرملي: في الاصح وان كانت الاجارة في دار حرث شارعها أو دكان بطلت سوقه فلا خيار له لانه عيب حدث في غير المعقود عليه، فإذا استأجر دارا فانهدم فيها حائط أو سقط فيها سقف نظر، فان لم يمكن سكنى الدار بانهدام حائطها وسقوط سقفها كان كما لو انهدم جميعها في بطلان الاجارة فيها، وان أمكن سكنها لم تبطل الاجارة وكان مخيرا في الفسخ للعيب الحادث. وأما ان انهدم نصفها وبقي نصفها والباقي منها يمكن سكنها بطلت الاجارة في النصف المنهدم، وهي صحيحة في النصف السليم والمستأجر بالخيار، ومن جعل من أصحابنا الفساد الطارئ على بعض الصفقة كالفساد المقارن للصفقة خرج الاجارة فيما سلم من الدار على قولين.

[79]

(فرع) فإذا انهدمت الدار فبناها المؤجر لم تعد الاجارة فيها بعد فسادها الا بعقد جديد: لان بطلانه يمنع من عوده الا باستحداث عقد ولكن لو اشتركت وتشعبت فلم يختر المستأجر الفسخ حين عمرها المؤجر ففي خيار المستأجر وجهان أحدهما: قد سقط لارتفاع موجبه، والثاني: انه باق بحاله لما تقدم من استحقاقه ولكن له لو رام المؤجر ان يمنع المستأجر من الفسخ حتى يعمرها له لم يكن ذلك للمؤجر، وكان المستأجر على خيار. (فرع) قال الشافعي رضى الله عنه: ولو اكرت أرضا سنة فغصبها رجل لم يكن عليه كراه لانه لم يسلم له ما اكرت، قلت: ومن هنا نعلم أن الارض إذا غصبت من يد المستأجر فله الفسخ، وهل تبطل الاجارة بالغصب؟ على قولين. أصحهما: باطله، والمستأجر برئ من اجرة مدة الغصب، ولا يكون المستأجر خصما للغاصب فيها، لان خصم الغاصب انما هو المالك أو وكيله وليس المستأجر مالكا ولا وكيله فلم يكن خصما. والقول الثاني: ان الاجارة لا تبطل لان غاصبها ضامن لمنافعها لكن يكون المستأجر بحدوث الغصب مخيرا بين المقام أو الفسخ فان فسح سقطت عنه الاجرة ولم يكن خصما للغاصب فيها، وان أقام فعليه المسمى ويرجع باجرة المثل على الغاصب ويصير خصما له في الاجرة دون الرقبة، الا ان يبقى من مدة الاجارة شئ فيجوز أن يصير خصما في الرقبة ليستوفى حقه من المنفعة والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وان اكرى نفسه فهرب أو اكرى عينا فهرب بها نظرت، فان كانت الاجارة على موصوف في الذمة استؤجر عليه من ماله كما لو اسلم إليه في شئ فهرب، فانه يتنازع عليه المسلم فيه، وان لم يمكن الاستئجار عليه ثبت للمستأجر الخيار بين أن يفسخ وبين ان يصير، لانه تأخر حقه فيثبت له الخيار، كما لو اسلم في شئ فتعذر، وان كانت الاجارة على عين فهو بالخيار بين أن يفسخ وبين أن يصير، لانه تأخر حقه فيثبت له الخيار، كما لو ابتاع عبدا فابق قبل القبض، فان لم يفسخ نظرت، فان كانت الاجارة على مدة انفسخ العقد بمضى المدة يوما بيوم

لان المنافع تلتف بمضي الزمان فانفسخ العقد بمضيه، وان كانت على عمل معين لم ينفسخ لانه يمكن استيفاؤه إذا وجده (فصل) وان عصبت العين المستأجرة من يد المستأجر - فان كان العقد على موصوف في الذمة - طولب المؤجر باقامة عين مقامها على ما ذكرناه في هرب المكري، وان كان على العين فللمستأجر أن يفسخ العقد، لانه تأخر حقه فثبت له الفسخ، كما لو ابتاع عبدا فعصبت فان لم يفسخ - فان كانت الاجارة على عمل - لم تنفسخ لانه يمكن استيفاؤه إذا وجده، وان كانت على مدة فانقضت ففيه قولان: (أحدهما) يفسخ العقد فيرجع المستأجر على المؤجر بالمسمى، ويرجع المؤجر على الغاصب باجرة المثل (والثاني) لا يفسخ، بل يخير المستأجر بين ان يفسخ ويرجع على المؤجر بالمسمى، ثم يرجع المؤجر على الغاصب باجرة المثل، وبين ان يقر العقد ويرجع على الغاصب باجرة المثل، لان المنافع تلتفت في يد الغاصب، فصار كالمبيع إذا اتلفه الأجنبي. وفي المبيع قولان إذا اتلفه الأجنبي فكذلك ههنا. (فصل) وان مات الصبي الذي عقد الاجارة على إرضاعه فالمنصوص انه يفسخ العقد، لانه تعذر استيفاء المعقود عليه، لانه لا يمكن اقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان في الرضاع فيبطل. ومن أصحابنا من خرج فيه قولان آخر انه لا يفسخ، لان المنفعة باقية، وانما هلك المستوفى فلم يفسخ العقد، كما لو استأجر دارا فمات، فعلى هذا ان تراضيا على ارضاع صبي آخر جاز. وان تشاحا فسخ العقد، لانه تعذر امضاء العقد ففسخ. (فصل) وان استأجر رجلا ليقلع له ضرسا فسكن الوجع، أو ليكحل عينه فبرئت، أو ليقتص له فعفا عن القصاص، انفسخ العقد على المنصوص في المسألة قبلها، لانه تعذر استيفاء المعقود عليه فانفسخ، كما لو تعذر بالموت، ولا يفسخ على قول من خرج القول الآخر.

(الشرح) إذا هرب الاجير أو شردت الدابة المتأجرة أو أخذ المؤجر العين وهرب بها، أو منعه استيفاء المنفعة من غير هرب على نحو ما، لم تنفسخ الاجارة، لكن يثبت للمستأجر خيار الفسخ، فان فسح فلا كلام، وان لم يفسخ انفسخت الاجارة بمضي المدة يوما فيوما، فان عادت العين في اثناء المدة استوفى ما بقى منها، فان انقضت المدة انفسخت الاجارة لفوات المعقود عليه، وان كانت الاجارة على موصوف في الذمة، كخياطة ثوب أو بناء حائط أو حمل إلى موضع معين استؤجر من ماله من يعلمه، كما لو أسلم إليه في شئ فهرب ابتيع من ماله، فان لم يمكن ثبت للمستأجر الفسخ، فان فسح فلا كلام، وان لم يفسخ وصبر إلى ان يقدر عليه فله مطالبته بالعمل، لان ما في الذمة لا يفوت بهربه، وكل موضع امتنع الاجير من العمل فيه، أو منع المؤجر المستأجر من الانتفاع إذا كان بعد عمل البعض فلا أجر له فيه على ما سبق، الا أن يرد العين قبل انقضاء المدة أو يتم العمل - ان لم يكن على مدة - قبل فسح المستأجر، فيكون له أجر ما عمل. فأما ان شردت الدابة أو تعذر استيفاء المنفعة بغير فعل المؤجر فله من الاجر بقدر ما استوفى بكل حال، والى هذا ذهب الحنابلة (فرع) إذا عصبت العين المستأجرة من يد المستأجر ففيه قولان: أحدهما للمستأجر

الفسخ لان فيه تأخير حقه، فان فسخ فالحكم فيه كما لو انفسخ العقد بتلف العين سواء، وان لم يفسخ حتى انقضت مدة الاجارة فله الخيار بين الفسخ والرجوع بالمسمى، وبين البقاء على العقد ومطالبة الغاصب بأجرة المثل، لان المعقود عليه لم يفت مطلقا بل إلى بدل وهو القيمة، فاشبه ما لو اتلف الثمرة المبعة أدمى قبل قطعها، ويخرج انفساخ العقد بكل حال على القول بأن المنافع الغصب لا تضمن، وهو محل خلاف بين أصحابنا، وهو قول أصحاب الرأي وأصحاب أحمد. (والثاني لا تخيير، بل ينفسخ ويرجع المستأجر على المؤجر بالمسمى ويرجع المؤجر على الغاصب بأجرة المثل

[82]

وقول ثالث لم يذكره المصنف، وهو قول ابن الرفعة لا خيار ولا فسخ أخذاً من النص، وقد استشهد له الغزى. قال الرملي: فيه نظر. وقال الأذرعى هو مشكل وما أظن الاصحاب يسمحون به وان كانت الاجارة على عمل في الذمة كخياطة ثوب أو حمل شئ إلى موضع معين فغصبت الماكينة التي يخط بها، أو العربة التي يحمل عليها لم يفسخ العقد وللمستأجر مطالبة الاجير بعوض المعصوب وإقامة من يعمل العمل، لان العقد على ما في الذمة، كما لو وجد بالمسلم فيه عيباً فرده، فان تعذر البديل ثبت للمستأجر الخيار بين الفسخ أو الصبر إلى أن يقدر على العين المعصوبة فيستوفى منها (فرع) وتنفسخ الاجارة بموت الطفل، لانه يتعذر استيفاء المعقود عليه لانه لا يمكن اقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان في الرضاع واختلاف اللبن باختلافهم، فانه قد يدر على احد الوالدين دون الآخر، وهذا هو منصوص الشافعي، فإذا انفسخ العقد بطلت الاجارة من أصلها بالاجر كله. وان كان في اثناء المدة رجع بحصة ما بقى. ومن أصحابنا من خرج قولاً آخر انه لا يفسخ، لان المنفعة باقية ببقاء المرضعة وانما المستوفى هو الذى هلك والعقد باق بين المتعاقدين فإذا تراضيا على إرضاع صبي آخر جاز والا انفسخ العقد. أما إذا ماتت المرضعة فان الاجارة تنفسخ لغوات المنفعة بهلاك محلها، وحكى عن بعض أصحاب أحمد أنها لا تنفسخ، وكذلك ذهب بعض الاصحاب وقالوا: يجب في مالها أجر من ترضعه تمام الوقت لانه كالدين. (فرع) يجوز أن يستأجر طبيباً يخلع له ضرسه لانها منفعة مباحة مقصوده فجاز الاستئجار على فعلها كالختان، فإذا برأ الضرس قبل قلعه انفسخت الاجارة لان قلعه سليماً لا يجوز، وان لم يبرأ لكن امتنع المستأجر من قلعه لم يجبر عليه لان اتلاف جزء من الأدمى محرم في الاصل، وانما أبيع القلع إذا صار بقاؤه ضرراً، والأمر مفوض إلى الانسان في نفسه إذا كان أهلاً لذلك. وصاحب الضرس أعلم بمضرته ومنفعته، وكذلك. وإذا استأجر طبيباً في الرمد ليكحل عينه بالنترات والاكاسيد فلم يبرأ عينه استحق الاجر، وبه قال أكثر الفقهاء.

[83]

وقال مالك: إنه لا يستحق أجراً حتى تبرأ عينه، ولم يحك ذلك أصحابه، وهو فاسد، لان المستأجر قد وفى العمل الذى وقع العقد عليه فوجب له الاجر وإن لم يحصل الغرض، كما لو استأجره لبناء حائط يوماً أو لخياطة قميص

فلم يتمه فيه فان برئت عينه في اثناء المدة انفسخت الاجارة فيما بقى من مدة، لانه قد تعذر العمل فاشبه ما لو حجر عنه امر غالب، وكذلك لو مات، فان امتنع من العلاج فلم يستعمله مع بقاء المرض استحق الطبيب الاجر بمضي المدة، كما لو استأجره يوما للبناء فلم يستعمله فيه، فاما ان شارطه على البرء فان مذهبا ومذهب أحمد ابن حنبل ان ذلك يكون جعالة فلا يستحق شيئا حتى يتحقق البرء، سواء وجد قريبا أو بعيدا، فان برئ بغير دوائه أو تعذر علاجه لموته أو غير ذلك من الموانع التي هي من جهة المستاجر فله اجر مثله، كما لو عمل العامل في الجعالة ثم فسخ العقد، وان امتنع لامر من جهة المعالج أو غير الجاعل فلا شئ له على تفصيل سياأتي في الجعالة ان شاء الله. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وان مات الاجير في الحج قبل الاحرام نظرت، فان كان العقد على حج في الذمة استؤجر من تركته من يحج، فان لم يمكن ثبت المستاجر الخيار في فسخ العقد كما قلنا في السلم، وان كان على حجة بنفسه انفسخ العقد، لانه تلف المعقود عليه قبل القبض، فان مات بعدما أتى بجميع الاركان وقبل المبيت والرمى سقط الفرض لانه أتى بالاركان، ويجب في تركته الدم لما بقى كما يجب ذلك في حج نفسه. وان مات بعد الاحرام وقبل أن يأتي بالاركان فهل يجوز أن يبنى غيره على علمه؟ فيه قولان، قال في القديم: يجوز لانه عمل تدخله النيابة فجاز البناء عليه كسائر الاعمال. وقال في الجديد لا يجوز، وهو الصحيح، لانه عبادة يفسد أولها بفساد آخرها فلا تنادى بنفسين كالصوم والصلاة، فان قلنا لا يجوز البناء فان كانت الاجارة على عمل الاجير بنفسه بطلت، لانه فات المعقود عليه ويستاجر المستاجر من يستأنف الحج.

[84]

وان كانت الاجارة على حج في الذمة تبطل، لان المعقود عليه لم يفت بموته، فان كان وقت الوقوف باقيا استؤجر من تركته من يحج، وان فات وقت الوقوف فللمستاجر ان يفسخ لانه تأخر حقه فثبت له الفسخ. وان قلنا: يجوز البناء على فعل الاجير: فان كانت الاجارة على فعل الاجير بنفسه، بطلت لان حجه فات بموته، فان كان وقت الوقوف باقيا أقام المستاجر من يحرم بالحج ويبنى عمل الاجير، وان كان بعد فوات وقت الوقوف أقام من يحرم بالحج ويتم. وقال أبو إسحاق لا يجوز للبانى أن يحرم بالحج، لان الاحرام بالحج في غير أشهر الحج لا ينعقد، بل يحرم بالعمرة ويتم، والصحيح هو الاول لانه لا يجوز ان يطوف في العمرة ويقع عن الحج، وقوله: ان الاحرام بالحج لا ينعقد في غير أشهر الحج لا يصح، لان هذا بناء على إحرام حصل في أشهر الحج، وان كانت الاجارة على حج في الذمة استؤجر من تركه الاجير من يبنى على إحرامه على ما ذكرناه. (فصل) ومتى انفسخ العقد بالهلاك أو بالرد بالعيب أو بتعذر المنفعة بعد استيفاء بعض المنفعة قسم المسمى على ما استوفى وعلى ما بقى، فما قابل المستوفى استقر، وما قابل الباقي سقط، كما يقسم الثمن على ما هلك من المبيع وعلى ما بقى، فإذا كان ذلك مما يختلف رجح في تقويمه إلى أهل الخبرة، وان كان العقد على الحج فمات الاجير أو أحصر نظرت، فان كان بعد قطع المسافة وقبل الاحرام ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي إسحاق: انه لا يستحق شيئا من الاجرة بناء على قوله في الام: ان الاجرة لا تقابل قطع المسافة وهو الصحيح، لان الاجرة في مقابلة الحج وابتداء الحج من الاحرام وما قبله من قطع المسافة تسبب إلى الحج وليس يحج فلم يستحق في مقابلته اجرة كما لو استأجر رجلا ليخبز له فاحضر الآلة

وأوقد النار ومات قبل أن يخبز. (والثاني) وهو قول أبي سعيد الاصطخري وأبي بكر الصيرفي أنه يستحق من من الأجرة بقدر ما قطع من المسافة بناء على قوله في الاملاء أن الأجرة تقابل قطع المسافة والعمل لان الحج لا يتأدى الا بهما فقسطت الأجرة عليهما.

[85]

وان كان بعد الفراغ من الاركان وقبل الرمي والمبيت ففيه طريقان، أحدهما يلزمه أن يرد من الأجرة بقدر ما ترك قولاً واحداً لأنه ترك بعض ما استؤجر عليه فلزمه رد بدله، كما لو استؤجر على بناء عشرة أذرع فبنى تسعة، ومنهم من قال: فيه قولان (أحدهما) يلزمه لما ذكرناه (والثاني) لا يلزمه لان ما دخل على الحج من النقص بترك الرمي والمبيت جبره بالدم، فصار كما لو لم يتركه، وان كان بعد الاحرام وقبل أن يأتي بباقي الاركان ففيه قولان (أحدهما) لا يستحق شيئاً كما لو قال من رد عبدي الا بق فله دينار فرده رجل إلى باب البلد ثم هرب (والثاني) انه يستحق بقدر ما علمه وهو الصحيح، لانه عمل بعض ما استؤجر عليه فاشبه إذا استؤجر على بناء عشرة أذرع فبنى بعضها ثم مات. فإذا قلنا: انه يستحق بعض الأجرة فهل تقسط الأجرة على العمل والمسافة أو على العمل دون المسافة؟ على ما ذكرناه من القولين. (فصل) وان اجر عبداً ثم اعتقه صح العتق لانه عقد على منفعة فلم يمنع العتق كما لو زوج امته ثم اعتقها، ولا تنفسخ الأجرة كما لا يفسخ النكاح، وهل يرجع العبد على مولاه بالأجرة؟ فيه قولان، قال في الجديد لا يرجع وهو الصحيح، لانها منفعة استحققت بالعقد قبل العتق فلم يرجع ببدلها بعد العتق كما لو زوج امته ثم اعتقها، وقال في القديم: يرجع لانه فوت بالأجرة ما ملكه من منفعته بالعتق، فوجب عليه البدل. فان قلنا يرجع بالأجرة كانت نفقته على نفسه لانه ملك بدل منفعته فكانت نفقته عليه، كما لو اجر نفسه بعد العتق، وان قلنا لا يرجع بالأجرة ففي منفعته وجهان. (أحدهما) انها على المولى، لانه كالباقى على ملكه بدليل أنه يملك بدل منفعته بحق الملك، فكانت نفقته عليه. (والثاني) أنها في بيت المال لانه لا يمكن ايجابها على المولى، لانه زال ملكه عنه، ولا على العبد لانه لا يقدر عليها في مدة الأجرة، فكانت في بيت المال.

[86]

(الشرح) إذا مات الاجير في اثناء الحج فله احوال: 1 - يموت بعد الشروع في الاركان وقبل الفراغ منها. 2 - ان يموت بعد الشروع في السفر وقبل الاحرام. 3 - أن يموت بعد الفراغ من الاركان وقبل الفراغ من باقى الاعمال. فأما الاولى وهى الموت بعد الشروع وقبل الفراغ من الاركان ففي استحقاق الأجرة قولان مشهوران أوردهما المصنف هنا (أحدهما) لا يستحق شيئاً لانه لم يحصل المقصود فهو كما لو قال: من رد ضالتي فله دينار فرده إلى باب الدار ثم هربت أو ماتت فانه لا يستحق شيئاً، واصحهما عند المصنف، ووافقه النووي والاصحاب يستحق بقدر عمله، لقيامه بجزء مما استؤجر له فوجب له بقدره كمن استؤجر لقطع عشرة اميال فقطع بعضها أو بناء عشرة أذرع فبنى بعضها ثم مات فانه يستحق بقدره بخلاف الجعالة فانها ليست عقداً لازماً، ولكنها التزام بشرط فان لم يوجد الشرط

تاما فانه لا يلزمه شئ كالطلاق المعلق، ونقل النووي عن الشيخ أبى حامد والاصحاب القول الاول وهو نص الشافعي في القديم، والثانى نصه في الجديد والام وهو الاصح. وسواء مات بعد الوقوف بعرفة أو قبله ففيه القولان، هذا هو المذهب. وحكى الرافعى وجها شادا أنه يستحق بعده، ثم في استحقاقه إذا قلنا به هل يكون على الاعمال والمسافة معا أم على الاعمال فقط؟ قولان، أصحهما: على الاعمال والمسافة جميعا عند الاكثرين، وممن صححه الرافعى، وأصحهما عند المصنف وطائفة على الاعمال فقط، وفي المسألة طريق آخر ساقه النووي عن ابن سريج أنه إن قال: استأجرتك لتحج عنى قسط على العمل فقط، وإن قال: لتحج من بلد كذا قسط عليهما جميعها، وحمل القولين على هذين الحالين. وأما الحال الثانية: وهى أن يموت قبل الاحرام وبعد الشروع في السفر، ففيه وجهان مشهوران الصحيح ومنصوص الشافعي في القديم والجديد، وبه قطع الجمهور لا يستحق شيئا من الاجرة لانه لم يقم بشئ من أعمال الحج، وليست المسافة بسبب الحج من الحج كما لو أجر خبازا ليخبز له فاستحضر أدواته

[87]

وأوقد تنوره ثم مات قبل أن يخبز فلا استحقاق له: وساق النووي تعليلا لغير المصنف بأنه لم يحصل شيئا من المقصود. والوجه الثانى وهو قول أبى سعيد الاصطخرى وأبى بكر الصيرفى: يستحق من الاجرة بقدر ما قطع من المسافة. وحكى الرافعى وجها ثالثا عن أبى الفضل ابن عبدان أنه إن قال: استأجرتك لتحج من بلد كذا استحق بقسطه، ثم في البناء على فعل الاجير نظرا، إن كانت إجارة عين انفسخت ولا بناء لورثة الاجير كما لو لم يكن له أن يستنيب، وهل للمستأجر أن يستأجر من يبنى؟ فيه القولان السابقان في الفرع قبله في جواز البناء، وإن كانت الاجارة على الذمة، فإن قلنا لا يجوز البناء فلورثة الاجير أن يستأجروا من يستأنف الحج عن المستأجر، فإن أمكنهم في تلك السنة لبقاء الوقت فذاك، وإن تأخر إلى القابل ثبت الخيار في فسخ الاجارة، فإن جوزنا البناء فلورثة الاجير أن يبنوا. وأما الحال الثالثة: وهى موته قبل الفراغ من الاعمال بعد أدائه الاركان فينظر، إن كان قد فات وقتها أو لم يفت ولم تجوز البناء يجبر الباقي بالدم من مال الاجير، وفي رد شئ من الاجرة الخلاف فيمن أحرم بعد مجاوزة الميقات ولم يعد إليه وجبره بالدم، المذهب وجوب الرد وإن جوزنا البناء وكان الوقت متسعا فإن كانت الاجارة على العين انفسخت في الباقي من الاعمال، ووجب رد ما يقابلها من الاجرة، ويستأجر المستأجر من يرمى ويبيت، ولا حاجة إلى الاحرام لان الرمى والمبيت يؤديان بعد التحلل، ولا يلزم بذلك دم ولا شئ من الاجرة، هكذا ذكره المتولي وغيره، والله تعالى أعلم بالصواب. قال المصنف رحمه الله: (فصل) وإن أجر عينا ثم باعها من غير المستأجر ففيه قولان، أحدهما: أن البيع باطل لان يد المستأجر تحول دونه فلم يصح البيع، كبيع المغصوب من غير الغاصب، والمرهون من غير المرتهن، والثانى: يصح لانه عقد على المنفعة فلم يمنع صحة البيع، كما لو زوج أمته ثم باعها ولا تنفسخ الاجارة كما لا يفسخ النكاح في بيع الامة المزوجة. وإن باعها من المستأجر صح البيع قولاً واحداً

لانه في يده لا حائل دونه فصح بيعها منه، كما لو باع المغصوب من الغاصب، والمرهون من المرتهن، ولا تنفسخ الاجارة بل يستوفى المستأجر المنفعة بالاجارة لان الملك لا ينافي الاجارة، والدليل عليه أنه يجوز أن يستأجر ملكه من المستأجر، فإذا طرأ عليها لم يمنع صحتها، وإن تلفت المنافع قبل انقضاء المدة انفسخت الاجارة ورجع المشتري بالاجارة لما بقى على البائع. (فصل) فإن أجر عينا من رجل ثم مات أحدهما لم يبطل العقد، لانه عقد لازم فلا يبطل بالموت مع سلامة المعقود عليه كالبيع، فإن أجر وقفا عليه ثم مات ففيه وجهان. (أحدهما) لا يبطل لانه أجر ما يملك إجارته فلم يبطل بموته كما لو أجر ملكه ثم مات فعلى هذا يرجع البطلن الثاني في تركه المؤجر المدة الباقية لان المنافع في المدة الباقية حق له، فاستحق أجرتها. (والثاني) تبطل لان المنافع بعد الموت حق لغيره فلا ينفذ عقده عليها من غير إذن ولا ولاية، وبخالف إذا أجر ملكه ثم مات، فان الوارث يملك من جهة الموروث: فلا يملك ما خرج من ملكه بالاجارة والبطلن الثاني يملك غلة الوقف من جهة الواقف، فلم ينفذ عقد الاول عليه، وإن أجر صبيا في حجره أو أجر ماله ثم بلغ ففيه وجهان. أحدهما لا يبطل العقد لانه عقد لازم عقده بحق الولاية فلا يبطل بالبلوغ كما لو باع داره، والثاني يبطل لانه بان بالبلوغ أن تصرف الولي إلى هذا الوقت والصحيح عندي في المسائل كلها أن الاجارة لا تبطل وبالله التوفيق. (الشرح) قال الماوردي في الحاوي الكبير: فإذا بيعت الدار المستأجرة فذلك ضربان. أحدهما: أن تباع على المستأجر فالباع جازر والاجارة بحالها، ويصير جامعا بين ملك المنفعة بالاجارة والرقبة بالبيع، والفرق بنى أن يرثها المستأجر فتبطل الاجارة وبين أن يبتاعها فلا تبطل أنه بالارث صار قائما مقام المؤجر فلم يجز له عقد على نفسه، وهو بالبيع لا يقوم مقام البائع إلا فيما سمي بالعقد.

والضرب الثاني أن تباع على أجنبي غير المستأجر، ففي البيع قولان: أحدهما أنه باطل والاجارة لحالها، لان يد المستأجر ممنوعة بحق فصارت أسوأ حالا من المغصوب الذي يمنع يد المشتري منه بظلم. والقول الثاني وهو الصحيح أن البيع صحيح والاجارة لازمة لان ثبوت العقد على المنفعة لا يمنع من بيع الرقبة كالامة المزوجة، فعلى هذا ان كان المشتري عالما بالاجارة فلا خيار له والاجارة للبائع لانه قد ملكها بعقده. وان كان غير عالم فله الخيار بين المقام والفسخ. اه قلت: وقد نص أحمد رضى الله عنه على صحة البيع سواء باعها من المستأجر أو من غيره. وهو أحد قولى الشافعي رضى الله عنه. وقال في الآخر: ان باعها لغير المستأجر لم يصح البيع، لان يد المستأجر حائلة تمنع التسليم إلى المشتري فمنعت الصحة كما في المغصوب. فإذا ثبت هذا فان المشتري يملك مسلوب المنفعة إلى حين انقضاء الاجارة، ولا يستحق تسليم العين الا حينئذ، لان تسليم العين انما يراد لاستيفاء نفعها، ونفعها انما يستحقه إذا انقضت الاجارة فيصير هذا بمنزلة من اشترى عينا في مكان بعيد، فانه لا يستحق تسليمها الا بعد مضي مدة يمكن احضارها فيها، كالمسلم إلى وقت لا يستحق تسلّم المسلم فيه الا في وقته، فان لم يعلم المشتري بالاجارة فله الخيار بين الفسخ وامضاء البيع بكل الثمن. لان ذلك عيب ونقص. وعلى هذا إذا

اشتراها المستأجر صح البيع أيضا: لانه يصح بيعها لغيره فله أولى لان العين في يده، وهل تبطل الاجارة؟ لا تبطل الاجارة عندنا قولاً واحداً. وعند أحمد وأصحابه وجهان: (أحدهما) وهو المذهب عندنا عدم البطلان لانه تملك المنفعة بعقد ثم ملك الرقبة المسلوقة بعقد آخر فلم يتنافيا، كما يملك الثمرة بعقد ثم يملك الاصل بعقد آخر، ولو أجر الموصى بالمنفعة مالك الرقبة صحت الاجارة، فدل على أن ملك المنفعة لا ينافى العقد على الرقبة. وكذلك لو استأجر المالك العين المستأجرة من مستأجرها جاز فعلى هذا يكون الاجر باقيا على المشتري وعليه الثمن ويجتمعان للبائع كما لو كان المشتري غيره

[90]

والوجه الثاني: تبطل الاجارة فيما بقى من المدة لانه عقد على منفعة العين فبطل ملك العاقد للعين كالنكاح، فإنه لو تزوج أمة ثم اشتراها بطل نكاحه. قالوا ولان ملك الرقبة يمنع ابتداء الاجارة فمنع استدامتها كالنكاح، فعلى هذا يسقط عن المشتري الاجر فيما بقى من الاجارة، كما لو بطلت الاجارة بتلف العين، وإن كان المؤجر قد قبض الاجر كله حسب عليه باقى الاجر من الثمن والله تعالى أعلم. (فرع) قال المزني: قال الشافعي ولا يفسخ بموت أحدهما إذا كانت الدار قائمة وليس الوارث بأكثر من الموروث الذي عنه ورثوا. اه فإذا ثبت هذا فان عقد الاجارة لازم لا يفسخ بموت المؤجر ولا المستأجر وبه قال مالك وأحمد وإسحاق. وقال أبو حنيفة وسفيان والليث بن سعد: الاجارة تبطل بموت المؤجر والمستأجر استدلالا بأن عقود المنافع تبطل بموت العاقد كالنكاح والمضاربة والوكالة، ولان الاجارة تغتفر إلى مؤجر وموآجر فلما بطلت بتلف الموآجر بطلت بتلف المؤجر، وتحريره قياسا أنه عقد اجارة يبطل بتلف الموآجر فوجب ان يبطل بتلف المؤجر قياسا عليه إذا أجر نفسه، ولان زوال ملك المؤجر عن رقبة الموآجر يوجب فسخ الاجارة قياسا عليه إذا باع ما أجره برضى المستأجر، ولان منافع الاجارة انما تستوفى بالعقد والملك، وقد زال ملك المؤجر بالموت وان كان عاقداً. والوارث لا عقد عليه وان صار مالكا، فصارت منتقلة من العاقد إلى من ليس بعاقداً، فوجب أن يبطل لتنافي اجتماع العقد والملك. ودليلنا هو ان ما لازم من عقود المعاوضات المحضة لم تنفسخ بموت أحد المتعاقدين كالبيع، فان قيل ينتقض بموت من أجر نفسه لم يصح لان العقد انما يبطل بتلف المعقود عليه لا بموت العاقد، ألا تراه لو كان حيا فزمن بطلت الاجارة، وان كان العاقد حيا، ولان السيد قد يعاوض على بضع أمته بعقد النكاح كما يعاوض على خدمتها بعقد الاجارة. فلما لم يكن موته مبطلا للعقد على بضعها لم يبطل بالعقد على استخدامها. ويتحرر من هذا الاعتلال قياسان: (أحدهما) أنه عقد لازم على منافع ملكه فلم يبطل بموته كالنكاح على أمته

[91]

(والثاني) أنه أحد منفعتي الامة فلم يبطل بموت السيد كالمنفعة الاخرى، ولان المنافع قد تنتقل بالمعاوضة كالاعيان فجاز أن تنتقل بالارث كالاعيان. ويتحرر من هذا الاعتلال قياسان: (أحدهما) أن ما صح أن ينتقل

بعوض صح أن تنقل به المنافع في الاجارات ولان بالموت يعجز عن إقباض ما استحق تسليمه بعقد الاجارة فلم يبطل بعد العقد كالجنون والزمانة، ولانه عقد لا يبطل بالجنون فلم يبطل بالموت كالبيع، ولان منافع الاعيان مع بقاء ملكها قد يستحق بالرهن تارة وبالاجارة أخرى. فلما كان ما تستحق منفعته بارتھانه إذا انتقل ملكه بالموت لم يوجب بطلان رهنه وجب أن يكون ما استحققت منفعته بالاجارة إذا انتقل ملكه بالموت لم يوجب بطلان إجارته، وقد استدل الشافعي بهذا في الام. ولان الوارث إنما يملك بالارث ما كان يملكه الموروث، والموروث إنما كان يملك الرقبة دون المنفعة فلم يجز أن يصير الوارث مالكا للرقبة والمنفعة، ولان إجارة الوقف لا تبطل بموت موجهه بوافق أبي حنيفة. وإن قال بعض أصحابنا: تبطل، فكذلك إجارة الملك لا تبطل بموت موجهه كالوقف وأما الجواب عن قياسه على النكاح والمضاربة مع انتقاضه بالوقف فهو أنه إن رده إلى النكاح، فالنكاح لم يبطل بالموت، وانما انقضت مدته بالموت فصار كإنقضاء مدة الاجارة. وان رده إلى المضاربة والوكالة فالمعنى فيهما عدم لزومهما في حال الحياة، وجواز فسخهما بغير عذر، وليست الاجارة كذلك للزومهما في حال الحياة. وأما الجواب عن قياسه على انهدام الدار، فهو أن المعنى فيه فوات المعقود عليه قبل قبضه. وأما الجواب عن قياسه على ما إذا باع ما أجر برضى المستأجر فهو غير مسلم الاصل لان الاجارة لا تبطل بالبيع عن رضاه كما لا تبطل بالبيع عن سخطه، وإنما البيع مخطب في إبطاله ثم ينتقص على أصله بعقود العبد المواجه قد زال ملك

[92]

سيده عن رقبته مع بقاء الاجارة عليها، فكذلك إذا زال بالبيع والموت. وأما الجواب عن استدلاله بأن المنافع تستوفى بعقد وملك وهذا مفترق بالموت، فهو أن اجماعهما يعتبر عند العقد ولا يعتبر فيما بعد كما لو أعتق أو باع ولا يمتنع أن يستوفى من يد الوارث ما لم يعاقد عليه كما يستوفى منه ثمن ما اشتراه الموروث ويقبض منه أعيان ما ترك الموروث، لان الموروث قد ملك عليه ذلك بعقده فلم يملكه الوارث بموته. فأما قول الشافعي: فان قيل: فقد انتفع المكترى بالثمن قيل: كما لو أسلم في متاع لوقت فانقطع ذلك أو ابتاع متاعا غائبا ببلد ودفعت الثمن فهلك المتاع رجع بالثمن وقد انتفع به البائع فهذا سؤال أورده الشافعي، وقد اختلف أصحابنا في مراده فقال أبو إسحاق المروزي: أراد به الرد على من أجل الاجره ومنع من حلولها لئلا ينتفع المكترى بالاجرة قبل انتفاع المكترى بالمنفعة، وقد تنهدم الدار فتفوت المنفعة فقال الشافعي: مثل هذا ليس يمتنع كما أن بائع السلم قد يتعجل مقتضى الثمن وينتفع به وقد يهلك المسلم فيه عند محله فيسترجع ثمن ما انتفع به البائع دون المشتري، وكما يقبض غائب عنه فيتلف قبل قبضه فيرد ثمنه بعد الانتفاع به. وقال أبو العباس بن سريج: يحتمل أن يريد به الرد على من أبطل الاجاره بموت المؤجر لئلا ينتفع المؤجر بالاجرة ويلزم وارثه تسليم المنفعة فأجاب عنه بما ذكرنا من الجوابين. وقال أبو حامد الاسفراييني: إنما أراد به ان انهدام الدار وموت العبد في تضاعيف المدة يبطل الاجاره فيما بقى ويوجب أن يرد من الاجره بقسطها، وان انتفع المكترى بها ولم ينتفع المكترى بما قابلها فأجاب بما ذكرنا من انتفاع البائع بثمن المسلم فيه وتلف العين الغائبة. وقال المزني: هذا تحوير بيع الغائب، وعنه جوابان (أحدهما) أنه محمول على أحد قوليه (والثاني) أنه محمول على بيع غائب قدره: فإذا

ثبت أن اجارة الملك لا تبطل بموت المؤجر والمستأجر انتقل الكلام إلى اجارة الوقف، فإن أجر ولا حق له في غلته صحت اجارته ولم تبطل بموته

[93]

لانه لم يؤجل ملكه وإنما ناب عن غيره، وإن أجره من يستحق غلته ويستوجب أجرته لكونه وقفا عليه فقد اختلف أصحابنا في بطلان الاجارة بموته على وجهين (أحدهما) وهو قول أبي على بن أبي هريرة: أن الاجارة قد بطلت بموته وانتقال المنفعة إلى غيره، وفرق بين المالك والوقف بأن وارث الملك يملك عن المؤجر فلم يملك ما خرج عن ملك المؤجر، وليس كذلك الوقف، لان مؤجره يملك منفعته مدة حياته، فإذا فقد انقطع ملكه وانتقل إلى من بعده بشرط الوقف بالارث. (والوجه الثاني) وهو الاظهر: الاجارة لا تبطل لان مؤجره وال قد أجره في حق نفسه وحق من بعده بولايته، فإذا انقضى حقه بموته صحت اجارته في حق من بعده بولايته، فإذا كان قد استوفى الاجرة استرجع من تركته اجرة ما بقى من المدة بعد موته. وإذا استأجر الرجل من أبيه دارا سنة ودفع إليه الاجرة ثم مات الاب نظرت فان لم يكن له غير هذا الابن المستأجر فقد سقط حكم الاجارة لانه صار مالكا للدار والمنفعة إرثا فامتنع بقاء عقده على المنفعة، فان لم يكن على أبيه دين فقد صارت الدار مع التركة إرثا، وإن كان على أبيه دين ضرب مع الغرماء بقدر الاجرة، لانها صارت بانفساخ الاجارة بالارث دينا على الاب فساوى الغرماء فيها، فلو كان للاب ابن آخر انفسخت الاجارة في نصف الدار وهو حصة المستأجر ولزمت في حصة الابن الآخر ورجع المستأجر منهما بنصف الاجره في تركه أبيه لانها صارت دينا عليه. فإذا أجر الاب أو الوصي صبيا ثم بلغ في الصبي في مدة الاجارة رشيدا لاجارة لازمة لا تنفسخ ببلوغه والله تعالى أعلم.

[94]

قال المصنف رحمه الله تعالى: * (باب تضمين المستأجر والاجر) * إذا تلفت العين المستأجرة في يد المستأجر من غير فعله لم يلزمه الضمان، لانه عين قبضها ليستوفى منها ما ملكه، فلم يضمها بالقبض كالمرأة في يد الزوج، والنخلة التي اشترى ثمرتها، وإن تلفت بفعله نظرت فان كان بغير عدوان كضرب الدابة وكبحها باللجام للاستصلاح لم يضم لانه هلك من فعل مستحق فلم يضمه كما لو هلك تحت الحمل، وان تلفت بعدوان كالضرب من غير حاجة لزمه الضمان، لانه جناية على مال الغير لزمه ضمانه. (فصل) وان اكرى ظهرا إلى مكان فجاوز به المكان فهلك نظرت، فان لم يكن معه صاحبه لزمه قيمته أكثر ما كانت من حين جاوز به المكان إلى أن تلف لانه ضمنه باليد من حين جاوز فصار كالغاصب، وان كان صاحبه معه نظرت، فان هلك بعد نزوله وتسليمه إلى صاحبه لم يضم، لانه ضمنه باليد فبرئ بالرد كالمغصوب إذا رده إلى مالكة، وان تلف في حال السير والركوب ضمن، لانه هلك في حال العدوان، وفي قدر الضمان قولان. (أحدهما) نصف قيمته، لانه تلف من مضمون وغير مضمون، فكان الضمان بينهما نصفين، كما لو مات من جراحته وجراحة مالكة. (والثاني) أنه تقسط القيمة على المسافتين، فما قابل مسافة الاجارة سقط، وما قابل الزيادة

يجب، لانه يمكن تقسيطه على قدرهما فقط بناء على القولين في الجلاذ إذا ضرب رجلا في القذف احدى وثمانين فمات، وان تعادل اثنان ظهرا استأجراه وارترف معهما ثالث من غير اذن قتل الظهر ففيه ثلاثة اوجه. (أحدها) أنه يجب على المرتد نصف القيمة، لانه هلك من مضمون وغير مضمون. (والثاني) يجب عليه الثلث، لان الرجال لا يوزنون فقسط الضمان على عددهم.

[95]

(والثالث) أنه يقسط على أوزانهم، فيجب على المرتد ما يخصه بالوزن لانه يمكنه تقسيطه بالوزن فقسط عليه. (فصل) وان استأجر عينا واستوفى المنفعة وحبسها حتى تلفت، فإن كان حبسها لعذر لم يلزمه الضمان، لانه أمانة في يده فلم يضمن بالحبس لعذر كالوديعة وان كان لغير عذر فإن قلنا لا يجب الرد قبل الطلب لم يضمن كالوديعة قبل الطلب، وان قلنا يجب ردها ضمن كالوديعة بعد الطلب (فصل) وان تلفت العين التي استؤجر على العمل فيها نظرت، فإن كان التلف بتفريط بأن استأجره ليخبز له فأسرف في الوقود أو ألزقه قبل وقته أو تركه في النار حتى احترق ضمنه لانه هلك بعدوان فلزمه الضمان. وان استؤجر على تأديب غلام فضربه فمات ضمنه، لانه يمكن تأديبه بغير الضرب، فإذا عدل إلى الضرب كان ذلك تفريطا منه فلزمه الضمان. وان كان التلف بغير تفريط، نظرت، فإن كان العمل في ملك المستأجر بأن دعاه إلى داره ليعمل له، أو كان العمل في دكان الاجير والمستأجر حاضر، أو اكتراه ليحمل له شيئا وهو معه لم يضمن، لان يد صاحبه عليه فلم يضمن من غير جناية. وان كان العمل في يد الاجير من غير حضور المستأجر نظرت، فان كان الاجير مشتركا، وهو الذي يعمل له ولغيره، كالقصار الذي يقصر لكل أحد والملاح الذي يحمل لكل أحد ففيه قولان: (أحدهما) يجب عليه الضمان، لما روى الشعبي عن أنس رضى الله عنه قال: استحملني رجل بضاعة فصاعت من بين متاعى. فضمنها عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه. وعن خلاص بن عمرو أن عليا رضى الله عنه كان يضمن الاجير. وعن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي كرم الله وجهه أنه كان يضمن الصباغ والصواغ وقال لا يصلح الناس الا ذلك. ولانه قبض العين لمنفعته من غير استحقاق فضمنها كالمستعير، والثانى لا ضمان عليه، وهو قول المزني، وهو الصحيح.

[96]

قال الربيع: كان الشافعي رحمه الله يذهب إلى أنه لا ضمان على الاجير، ولكنه لا يفتى به لفساد الناس، والدليل عليه أنه قبض العين لمنفعته ومنفعة المالك فلم يضمنه كالمضارب. وإن كان الاجير منفردا وهو الذي يعمل له ولا يعمل لغيره، فقد اختلف أصحابنا فيه، من قال: هو كالاجير المشترك وهو المنصوص، فان الشافعي رحمه الله قال: والاجراء كلهم سواء، فيكون على قولين لانه منفرد باليد فأشبهه الاجير المشترك، ومنهم من قال لا يجب عليه الضمان قولا واحدا لانه منفرد بالعمل فأشبهه إذا كان عمله في دار المستأجر. فإن قلنا إنه أمين فتعدى فيه ثم تلف ضمنه بقيمته أكثر ما كانت من حين تعدى إلى أن تلف، لانه ضمن بالتعدى فصار

كالغاصب، وان قلنا انه ضامن لزمه قيمته أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التلف كالغاصب. ومن أصحابنا من قال: يلزمه قيمته وقت التلف كالمستعير. وليس بشئ (فصل) وان عمل الاجير بعض العمل أو جميعه ثم تلف نظرت فان كان العمل في ملك صاحبه أو بحضرته وجبت له الاجرة أنه تحت يده فكل ما عمل شيئا صار مسلما له، وان كان في يد الاجير فان قلنا انه أمين لم يستحق الاجرة لانه لم يسلم العمل، وان قلنا انه ضامن استحق الاجرة لانه يقوم عليه معمولا فيصير بالتضمن مسلما للعمل فاستحق الاجرة (فصل) وان دفع ثوبا إلى خياط وقال: ان كان يكفيني لقميص فاقطعه فقطعه ولم يكفه لزمه الضمان، لانه اذن له بشرط فقطع من غير وجود الشرط فضمنه. وان قال: أبكفيني للقميص؟ فقال نعم، فقال اقطعه فقطعه فلم يكفه لم يضمن لانه قطعه بإذن مطلق. (الشرح) الاخبار الواردة في هذه العصول كرواية الشعبي عن أنس وخير خلاص بن عمرو ففي الام. وقد روى الشافعي خبر جعفر الصادق قال: أخبرنا بذلك ابراهيم بن أبي يحيى عن جعفر بن محمد عن أبيه أن عليا ضمن الغسال

[97]

والصباغ وقال لا يصلح الناس الا بذلك. وقد أعلها الشافعي كما سيأتي في شرح الفصل. أما الاحكام، فان الدابة إذا لم يكن صاحبها معها لزم المكثري قيمتها كلها، وان كان معها فتلفت في يد صاحبها لم يضمنها المكثري لانها تلفت في يد صاحبها أشبه ما لو تلفت بعد مدة التعدي، وان تلفت بفعل تحت الراكب ففيه قولان. (أحدهما) يلزمه نصف قيمتها لانها تلفت بفعل مضمون وغير مضمون أشبه ما لو تلفت بجراحته وجراحة مالكها. (والثاني) تقسط القيمة على المسافتين، فما قابل مسافة الاجارة سقط ووجب الباقي، ونحو هذا قول أبي حنيفة فانه قال: من اكثري جملا لحمل تسعة فحمل عشرة فتلف فعلى المكثري عشر قيمته، وموضع الخلاف في لزوم كمال القيمة إذا كان صاحبها مع رايها أو تلفت في يد صاحبها. فأما إذا تلفت حال التعدي ولم يكن صاحبها مع رايها فلا خلاف في ضمانها بكمال قيمتها لانها تلفت في يد عادية فوجب ضمانها كالمخصوبة، وكذلك إذا تلفت تحت الراكب أو تحت حمله وصاحبها معها، لان اليد للراكب وصاحب الحمل، بدليل أنهما لو تنازعا دابة أحدهما رايها أو له عليها حمل والآخر أخذ بزمامها لكانت للراكب ولصاحب الحمل، ولان الراكب متعد بالزيادة وسكوت صاحبها لا يسقط الضمان. كمن جلس إلى انسان فحرق ثيابه وهو ساكت ولانها ان تلفت بسبب تعيها فالضمان على المتعدي، كمن ألقى حجرا في سفينة موقرة فغرق. فأما ان تلفت في يد صاحبها بعد نزول الراكب عنها فينظر، فان كان تلفها بسبب تعيها بالحمل والسير فهو كما لو تلفت تحت الحمل والراكب. وان تلفت بسبب آخر من افتراس سبع أو سقوط في هوة ونحو ذلك فلا ضمان فيها لانها لم تلتف في يد عادية ولا بسبب عدوان. واختلف أصحاب أحمد في الضمان فظاهر كلام الخرقى وجوب قيمتها إذا تلفت سواء تلفت في الزيادة أو بعد ردها إلى المسافة، وسواء كان صاحبها مع المكثري

[98]

أو لم يكن. وهذا ظاهر مذهب فقهاء المدينة السبعة فيما رواه الاثرم بإسناده عن أبي الزناد وقال: ربما اختلفوا في الشيء فأخذنا بقول أكثرهم وأفضلهم رأياً، فكان الذي وعيت عنهم على هذه الصفة: أن من أكثرى دابة إلى بلد ثم جاوز ذلك إلى بلد سواه، فإن الدابة إن سلمت في ذلك كله أدى كراءها وكراء ما بعدها وإن تلفت في تعديها ضمنها وأدى كراءها الذي تكارها به. وهذا هو قول الشافعي والحكم وابن شبرمة وأحمد. وقال القاضي من الحنابلة: إن كان المكتري نزل عنها وسلمها إلى صاحبها ليمسكها أو يسقيها فتلفت فلا ضمان على المكتري، وإن هلكت والمكتري راكب عليها أو حملة عليها فعليه ضمانها. وقال أبو الخطاب من الحنابلة أيضاً: إن كانت يد صاحبها عليها احتمال أن يلزم المكتري جميع قيمتها، واحتمل أن يلزمه نصف قيمتها. ولنا أن ما نقلنا عن الشافعي رضى الله عنه في ضرب الدابة ونخسها مما مضى في شرح هذه الفصول كاف في توضيح المذهب. وقال الشافعي أيضاً في اختلاف العراقيين: وإذا تكارى الرجل الدابة إلى موضع فجاوزه إلى غيره فعليه كراء الموضع الذي تكارها إليه الكراء الذي تكارها به، وعليه من حين تعدى إلى أن ردها كراء مثلها من ذلك الموضع. وإذا عطبت لزمه الكراء إلى الموضع الذي عطبت فيه وقيمتها، وهذا مكتوب في كتاب الاجارات. قال الشافعي رضى الله عنه: الاجراء كلهم سواء، فإذا تلف في أيديهم شيء من غير جنائتهم فلا يجوز أن يقال فيه الا واحد من قولين (أحدهما) أن يكون كل من أخذ الكراء على شيء كان ضامناً له يؤديه على السلامة أو يضمه أو ما نقصه. ومن قال هذا القول فينبغي أن يكون من حجة أن يقول: الامين هو من دفعت إليه راضياً بأمانته لا يعطى اجرا على شيء مما دفعت إليه، واعطائي هذا الاجر تفريق بينه وبين الامين الذي أخذ ما استؤمن عليه بلا جعل، أو يقول قائل لا ضمان على اجير بحال من قبل أنه انما يضمن من تعدى فأخذ

[99]

ما ليس له أو أخذ الشيء على منفعة له فيه، اما يتسلط على اتلافه كما يأخذ سلفاً فيكون مالا من ماله فيكون ان شاء ينفقه ويرد مثله. واما مستعير سلط على الانتفاع بما أعير فيضمن، لانه أخذ ذلك لمنفعة نفسه لا لمنفعة صاحبه فيه. وهذان معا نقص على المسلف والمعير أو غير زيادة له، والصانع والاجير من كان ليس في هذا المعنى فلا يضمن بحال الا ما جنت يده كما يضمن المودع ما جنت يده. وليس في هذا سنة أعلمها ولا أثر يصح عند أهل الحديث عن أحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم. وقد روى فيه شيء عن عمر وعلى وليس يثبت عند أهل الحديث عنهما ولو ثبت عنهما لزم من يثبته أن يضمن الاجراء من كانوا فيضمن اجير الرجل وحده والاجير المشترك والاجير على الحفظ والرعى وحمل المتاع والاجير على الشيء يصنعه لان عمر ان كان ضمن الصانع فليس في تضمينه لهم معنى الا أن يكون ضمنهم بأنهم أخذوا اجرا على ما ضمنوا فكل من كان أخذ اجرا فهو في معناهم. وان كان على رضى الله عنه ضمن القصار والصانع، فكذلك كل صانع. وكل من أخذ اجرة. وقد يقال للراعي صناعته الراعية، وللحمال صناعته الحمل للناس، ولكنه ثابت عن بعض التابعين ما قلت أولاً من التضمين أو ترك التضمين. ومن ضمن الاجير بكل حال فكان مع الاجير ما قلت مثل أن يستحمله الشيء على ظهره أو يستعمله الشيء في بيته أو غير بيته، وهو حاضر لماله أو وكيل له بحفظه فتلف ماله بأى وجه ما تلف به إذا لم يكن عليه جان فلا ضمان على الصانع ولا على الاجير. وكذلك ان جنى عليه غيره فلا ضمان عليه، والضمان على الجاني. اه كلام الشافعي رضى

الله عنه (فرع) إذا ترك الاجير ما يلزمه عمله بلا عذر فتلف ما استؤجر عليه ضمنه والاجير على ضربين: خاص ومشارك، فالخاص هو الذي يقع العقد عليه في مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه في جميعها، كرجل استؤجر لخدمة أو عمل في بناء أو خياطة أو رعاية يوما أو شهرا سمي خاصا لاختصاص المستأجر بنفعه في تلك المدة دون سائر الناس، والمشارك الذي يقع العقد معه على عمل معين كخياطة ثوب وبناء حائط وحمل شئ إلى مكان معين، أو على عمل في مدة

[100]

لا يستحق جميع نفعه فيها كالكحال والطبيب، سمي مشاركا لانه يتقبل أعمالا لاثنين أو ثلاثة أو أكثر لاشتراكهم في منفعته، فالاجير المشترك ضامن لما جنت يده إلا إذا كان المستأجر حاضرا في دكان الاجير وقت العمل كانت يده عليه فيكون كلاجير الخاص لم يضمن من غير جناية ويجب له أجر عمله، فكلما عمل شيئا صار مسلما إليه. وذهب مالك إلى ما ذهب إليه الأصحاب. وذهب أحمد إلى أنه لا فرق بين كونه في ملك نفسه أو ملك مستأجره أو كان صاحب العمل حاضرا عنده أو غائبا عنه قياسا على الطبيب والختان إذا جنت يدهما ضمنا مع حضور الطبيب والمختون فأما الاجير الخاص فهو الذي يستأجره مدة فلا ضمان عليه ما لم يتعد. قال أحمد في رواية مهنا في رجل أمر غلامه أن يكبل لرجل بزرا فسقط الرطل من يده فانكسر لا ضمان عليه، فقيل: أليس هو بمنزلة القصار؟ قال لا، القصار مشترك. قيل: فرجل أكثرى رجلا يحرق له على بقرة فكسر الذي يحرق به؟ قال لا ضمان عليه. قلت وهذا ظاهر مذهب الشافعي ومذهب مالك وأبي حنيفة وأصحابه، وللشافعي قول آخر أن جميع الاجراء يضمنون، والقول الاول أظهر. قال الربيع: هذا مذهب الشافعي وإن لم يبح به. وروى ذلك عن عطاء وطاوس وزفر لأنها عين مقبوضة بعقد الاجارة فلم تصر مضمونة كالعين المستأجرة. وما تلف بتعدى الخباز الذي يسرف في الوقود أو يلزقه قبل أو انه من حيث التخمر المطلوب عند خبزه، أو يتركه بعد وقته حتى يحترق، فانه يضمن في كل ذلك. (فرع) إذا دفع إلى خياط ثوبا فقال: إن كان يقطع قميصا فاقطعه، فقال هو يقطع، وقطعه فلم يكف فعليه ضمانه. وإن قال: انظر هذا يكفيني قميصا؟ قال نعم. قال اقطعه، فقطعه فلم يكفه لم يضمن، وبهذا قال أحمد وأصحاب الرأي. وقال أبو ثور لا ضمان عليه في المسألين لانه لو كان غره في الاولى لكان قد غره في الثانية. أفاده ابن قدامة في المعنى.

[101]

دليلنا أنه إنما أذن له في الاولى بشرط كفايته فقطعه بدون شرطه. وفي الثانية أذن له من غير شرط فافترقا، ولم يجب عليه الضمان في الاولى لتغيره، بل لعدم الاذن في قطعه، لان إذنه مقيد بشرط كفايته فلا يكون إذنا في غير ما وجد فيه الشرط بخلاف الثانية. والله أعلم بالصواب. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) واختلف أصحابنا فيما يأخذ الحمامي، هل هو ثمن الماء أو أجرة الدخول والسطل وحفظ الثياب، فمنهم من قال هو ثمن الماء وهو متطوع بحفظ الثياب ومعير للسطل، فعلى هذا لا يضمن

الثياب إذا تلفت وله عوض السطل إذا تلف. ومنهم من قال هو أجرة الدخول والسطل وحفظ الثياب، فعلى هذا لا يضمن الداخل السطل إذا هلك لأنه مستأجر، وهل يضمن الحمامى الثياب؟ فيه قولان لأنه أجير مشترك. (فصل) وإن استأجر رجلا للحج فتطيب في إحرامه أو لبس، وجبت الفدية على الأجير، لأنه جناية لم يتناولها الاذن فوجب ضمانها، كما لو استأجره ليشتري له ثوبا فاشتراه ثم خرقة. وإن أفسد الحج صار الإحرام عن نفسه، لأن الفاسد غير مأذون فيه فانهقد له كما لو وكله في شراء عبد فاشترى أمة، فإن كان العقد على حجه في هذه السنة انفسخ، لأنه فات المعقود عليه، وإن كان على حج في الذمة ثبت له الخيار، لأنه تأخر حقه، فإن استأجر للحج من ميقات فأحرم من ميقات آخر لم يلزمه شيء لأن المواقيت المنصوص عليها متساوية في الحكم، وإن كان بعضها أبعد من بعض، فإذا ترك بعضها إلى بعض لم يحصل نقص يقتضى الجبران. وإن أحرم دون الميقات لزمه دم، لأنه ترك الإحرام من موضع يلزمه الإحرام منه، فلزمه دم كما لو ترك ذلك في حجه لنفسه، فإن استأجره ليحرم من دوبرة أهله فأحرم دونه لزمه دم، لأنه وجب عليه ذلك بعقد الأجرة فصار كما لو لزمه في حجه لنفسه بالشرع أو بالنذر فتركه. وهل يلزمه أن يرد من الأجرة بقسطه؟ قال في القديم يهرق دما وحجه تام

[102]

وقال في الام: يلزمه أن يرد من الأجرة بقدر ما ترك، فمن اصحابنا من قال يلزمه قولاً واحداً، والذي قاله في القديم ليس فيه نص أنه لا يجب. ومنهم من قال فيه قولان وهو الصحيح (أحدهما) لا يلزمه لأن النقص الذي لحق الإحرام جبره بالدم فصار كما لو لم يترك (والثاني) أنه يلزمه لأن ترك بعض ما استؤجر عليه فلزمه رد بدله، كما لو استأجره لبناء عشرة أذرع فبنى تسعة، فعلى هذا يرد ما بين حجه من الميقات وبين حجه من الموضع الذي أحرمه منه فإن استأجره ليحرم بالحج من الميقات فأحرم من الميقات بعمره عن نفسه ثم أحرم بالحج عن المستأجر من مكة لزمه الدم لترك الميقات، وهل يرد من الأجرة بقدر ما ترك؟ على ما ذكرناه من الطريقتين، فإن قلنا يلزمه ففيه قولان قال في الام: يرد بقدر ما بين حجه من الميقات وحجه من مكة، لأن الحج من الإحرام وما قبله ليس من الحج. وقال في الاملاء: يلزمه أن يرد ما بين حجه من بلده وبين حجه من مكة. لأنه جعل الأجرة في مقابلة السفر والعمل وجعل سفره لنفسه، ويخالف المسألة قبلها لأن هناك سافر للمستأجر، وإنما ترك الميقات. وإن استأجره للحج فحج عنه وترك الرمي أو المبيت لزمه الدم كما يلزمه لحجه وهل يرد من الأجرة بقسطه؟ على ما ذكرناه فيمن ترك الإحرام من الميقات. (الشرح) لا تتوقف منفعة الحمام على مجرد وجود الماء، وإنما المطلوب تبليط الحمام وعمل الابواب والبزل وهي الثقوب والفتحات التي يأتي منها الماء أو النور ومجرى الماء. وما كان لاستيفاء المنافع كالحبل والدلو والبكرة فعلى المكترى. وإن احتاج المكترى للتمكن من الانتفاع إلى تنقية الكف والبالوعة فعلى المكترى، وإن امتلات بفعل المكترى فعليه تفرغها، وهذا مذهب الشافعي وأحمد رضي الله عنهما. وقال أبو ثور: هو على رب الدار، لأن به يتمكن من الانتفاع، فأشبهه مالو اكترى وهى ملاى.

وقال أبو حنيفة: القياس أنه على المكثري والاستحسان أنه على رب الدار لأن عادة الناس ذلك. وإذا انقضت الاجارة وفي الحمام قمامة من فعله فعليه رفعه. وهو مذهب الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي. قال الشمس الرملي: نعم دخول الحمام بأجرة جائز بالاجماع مع الجهل بقدر المكث وغيره، لكن الاجرة في مقابلة الآلات لا الماء، فعليه ما يعرف به الماء غير مضمون على الداخل، وثيابه غير مضمونة على الحمامي إن لم يستحفظه عليها ويحييه إلى ذلك، ولا يجب بيان ما يستأجره له في الدار لقرب التفاوت من السكنى ووضع المتاع، ومن ثم حمل العقد على المعهود في مثلها من سكانها، ولم يشترط عدد من يسكن اكتفاء بما اعتيد في مثلها (فرع) إذا استأجر رجلا للحج فارتكب ما يوجب الفدية، كمس الطيب ولبس المخيط في الاحرام، فعلى الاجير الفدية من ماله، فإن أفسد أعمال الحج انقلب الحج إليه فيلزمه الفدية في ماله والمضى في فاسده والقضاء، وهذا هو الذي قطع الجمهور بصحته وتظاهرت عليه نصوص الشافعي. وفي قول آخر أنه لا ينقلب ولا يفسد ولا يجب القضاء، بل يبقى صحيحا واقعا عن المستأجر لأن العبادة للمستأجر فلا تفسد بفعل غيره. وبهذا القول قال المزني. ولكن المذهب الاول. قال الشافعي رضى الله عنه: الواجب على الاجير ان يحرم من الميقات الواجب بالشرع أو الشرط اه. فإن أحرم منه فقد فعل واجبا، وان أحرم قبله فقد زاد خيرا كما قال أبو حامد الاسفراييني وغيره. أما إذا عدل الاجير عن الميقات المعتبر إلى طريق آخر مثل المعتبر أو أقرب إلى مكة فطريقان أصحهما وهو المنصوص في الام وبه قطع البندنجي والجمهور أنه لا شيء عليه. وحكى القاضى حسين والبعوى وغيرهما فيه وجهين ساقهما النووي في الحج أصحهما أنه لا شيء عليه لانه قائم مقام الميقات المعتبر. والثاني أنه كمن ترك الميقات وأحرم بعده. وهذا القول الثاني يعتبر الشرط في تعيين المكان.

أما إذا انفقا على تعيين موضع آخر، فإن كان أقرب إلى مكة من الشرعي فالشرط فاسد بفسد الاجارة إذ لا يجوز لمريد النسك تجاوز الميقات دون إحرام وإن كان أبعد كدويرة أهله فيلزم الاجير الاحرام منها وفاء بالشرط، فإن جاوزها ثم أحرم فهل يلزمه الدم؟ فيه وجهان (أصحهما) كما هو منصوص: عليه الدم لانه جاوز الميقات المشروط فأشبهه مجاوزة الميقات الشرعي (والثاني لا دم، فإن قلنا لا يلزمه الدم وجب حط قسط من الاجرة. قال الشيخ أبو حامد والاصحاب: إن ترك نسكا لا دم فيه كالمبيت وطواف الوداع إذا قلنا لا دم فيهما لزمه رد شيء من الاجرة بقسطه بلا خلاف فإن لزمه بفعل محذور كاللبس والقلم والطيب لم يحط عنه شيء من الاجرة بلا خلاف. نقل العزالي وغيره الاتفاق عليه فإذا استأجره للقران بين الحج والعمرة فتارة يمتثل وتارة يعدل، فإن امتثل فعلى من يجب دم القران؟ وجهان (أصحهما) على المستأجر، ولو شرطاه على الاجير فقد نص الشافعي على فساد الاجارة لجمعه بين مجهول الصفة وهو الدم، وبين الاجارة. فإذا قلنا بالاصح إنه على الاجير، فإن كان معسرا فعليه الصوم الايام الثلاثة في الحج، لان الذى في الحج منهما هو الاجير وعلى المستأجر الاجرة بكمالها. هذا وقد أفرد الامام النووي رضى الله عنه

[105]

قال المصنف رحمه الله تعالى: * (باب اختلاف المتكاريين) * إذا اختلف المتكاريان في مقدار المنفعة أو قدر الاجرة ولم تكن بينة تحالفا لانه عقد معاوضة فأشبهه البيع وإذا تحالفا كان الحكم في فسخ الاجارة كالحكم في البيع، لان الاجارة كالبيع، فكان حكمها في الفسخ كالحكم في البيع، فان اختلفا في التعدي في العين المستأجرة فادعاه المؤجر وأنكره المستأجر، فالقول قول المستأجر، لان الاصل عدم العدوان، والبراءة من الضمان، فان اختلفا في الرد فادعاه المستأجر وأنكره المؤجر، فالقول قول المؤجر أنه لم يرد عليه، لان المستأجر قبض العين لمنفعته، فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير، وان اختلف الاجير المشترك والمستأجر في رد العين فادعى الاجير انه ردها وانكر المستأجر فان قلنا: ان الاجير يضمن العين بالقبض لم يقبل قوله في الرد، لانه ضامن فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير والغاصب. وان قلنا: انه لا يضمن العين بالقبض فهل يقبل قوله في الرد؟ فيه وجهان كالوكيل يجعل: وقد مضى توجيههما في الوكالة، وان هلكت العين فادعى الاجير انها هلكت بعد العمل، وانه يستحق الاجرة وانكر المستأجر، فالقول قول المستأجر، لان الاصل عدم العمل وعدم البذل. (فصل) وان دفع ثوبا إلى خياط فقطعه قباء ثم اختلفنا فقال رب الثوب: امرتك ان تقطعه قميصا فتعديت بقطعه قباء فعليك ضمان النقص. وقال الخياط بل امرتي ان اقطعه قباء فعليك الاجرة، فقد حكى الشافعي رحمه الله في اختلاف العراقيين قول ابن ابي ليلى أن القول قول الخياط. وقول ابي حنيفة رحمه الله عليه ان القول قول رب الثوب. ثم قال: وهذا اشبه، وكلاهما مدخول. وقال في كتاب الاجير والمستأجر: إذا دفع إليه ثوبا ليصبغه احمر نصبغه اخضر فقال: امرتك ان تصبغه احمر، فقال الصباغ: بل امرتني ان اصبغه اخضر، انهما يتحالفا.

[106]

واختلف اصحابنا فيه على ثلاث طرق، فمنهم من قال: فيه ثلاثة اقوال (أحدهما) ان القول قول الخياط، لانه ما دون له في القطع فكان القول قوله في صفته (والثاني) ان القول قول رب الثوب، كما لو اختلفا في اصل الاذن (والثالث) انهما يتحالفا وهو الصحيح، لان كل واحد منهما مدع ومدعى عليه لان صاحب الثوب يدعى الارش والخياط ينكره، والخياط يدعى الاجرة وصاحب الثوب ينكره فتحالفا كالمتابعين إذا اختلفا في قدر الثمن. ومن اصحابنا من قال: المسألة على القولين المذكورين في اختلاف العراقيين وهو قول ابي العباس وأبي اسحاق وأبي علي بن ابي هريرة والقاضي ابي حامد. ومن اصحابنا من قال: هو على قول واحد انهما يتحالفا، وهو قول ابي حامد الاسفراييني لان الشافعي رحمه الله ذكر القولين الاولين، ثم قال وكلاهما مدخول فان قلنا: ان القول قول الخياط فحلف لم يلزمه ارش النفس، لانه ثبت بيمينه انه ما دون له فيه، وهل يستحق الاجرة؟ فيه وجهان. (أحدهما) وهو قول ابي اسحاق انه لا يستحق

الاجرة، لان قوله قبل في سقوط العرم لانه منكر. فاما في الاجرة فانه مدع فلم يقبل قوله. (والثانى) وهو قول أبى على بن أبى هريرة: ان له الاجرة لانا قبلنا قوله في الاذن، فعلى هذا هل يجب المسمى أو اجرة المثل فيه وجهان احدهما يجب المسمى لانا قبلنا قوله انه اذن له فوجب ما اقتضاه (والثانى) يجب له اجرة المثل لانا إذا قبلنا قوله لم نأمن ان يدعى الفا واجرة مثله درهم. (وان قلنا) ان القول قول صاحب الثوب فحلف لم تجب الاجرة لانه فعل ما لم يؤمن فيه ويلزمه ارش القطع لانه قطع ما لم يكن له قطعه. وفى قدر الارش قولان (احدهما) يلزمه ما بين قيمته مقطوعا وصحيحا لانا حكمنا انه لم يؤذن له في القطع فلزمه ارش القطع (والثانى) يلزمه ما بين قيمته مقطوعا قميصا وبين قيمته مقطوعا قباء، لانه قد اذن له في القطع، وانما حصلت المخالفة في الزيادة فلزمه ارش الزيادة، فان لم يكن بينهما تفاوت لم يلزمه شئ وإذا قلنا: انهما يتخالقان فتحالفا لم تجب الاجرة، لان التحالف يوجب رفع العقد، والخياطة من غير عقد لا توجب الاجرة وهل يجب ارش القطع فيه قولان

[107]

(احدهما) يجب، لان كل واحد منهما حلف على ما ادعاه ونفى ما ادعى عليه فبرنا كالمبتايين (والثانى) انه يجب ارش النقص لانا حكمنا بارتفاع العقد بالتحالف، فإذا ارتفع العقد حصل القطع من غير عقد فلزمه ارشه. ومتى قلنا انه يستحق الاجرة لم يرجع بالخيوط، لانه اخذ بدلها، فان قلنا لا يستحق الاجرة فله ان ياخذ خيوطه، لانه عين ماله فكان له ان ياخذه (الشرح) قال الشافعي رضى الله عنه: وإذا اختلف الرجلان في الكراء وتصادقا في العمل تحالفا، وكان للعامل اجر مثله فيما عمل، قال وإذا اختلفا في الصفة فقال: امرتك ان تصبغه اصفر أو تبيض قميصا فخطته قباء. وقال الصانع عملت ما قلت لى، تحالفا وكان على الصانع ما نقص الثوب ولا اجر له، وان زاد الصبغ فيه كان شريكا بها زاد الصبغ في الثوب، وان نقصت منه فلا ضمان عليه ولا اجره له. وقال الربيع: الذى ياخذ به الشافعي في هذا ان القول قول رب الثوب وعلى الصانع ما نقص الثوب، وان كان نقصه شيئا لانه مقر باخذ الثوب صحيحا ومدع على انه امره بقطعه أو صبغه كما وصفت فعليه البينة بما قال، فان لم يكن بينة حلف رب الثوب ولزم الصانع ما نقصته الصنعة، وان كانت زادت الصنعة فيه شيئا كان الصانع شريكا بها ان كانت عينا قائمة فيه مثل الصبغ، ولا ياخذ من الاجرة شيئا، فان لم تكن عين قائمة فلا شئ له. وقال في اختلاف العراقيين: وإذا اختلف الاجير والمستاجر في الاجرة، فان ابا حنيفة كان يقول: القول قول المستاجر مع يمينه إذا عمل العمل وبهذا ياخذ. وكان ابن أبى ليلى يقول: القول قول الاجير فيما بينه وبين اجرة مثله، الا ان يكون الذى ادعى اقل فيعطيه اياه، وان لم يكن عمل العمل تحالفا وترادا في قول أبى حنيفة. وينبغى كذلك في قول ابن أبى ليلى. وقال أبو يوسف بعد: إذا كان شيئا متفاربا قبلت قول المستاجر واحلفته، وإذا تفاوت لم أقبل وجعلت العمل اجر مثله إذا حلف.

[108]

فلو اعطاه ثوبا ليخيطه بعد قطعه فخاطه قباء وقال امرتني بقطعه قباء، فقال بل قميصا فالاطهر تصديق المالك بيمينه، لانه منكر اذنه له في قطعه قباء، إذ هو المصدق في اصل الاذن فكذا في صفته والقول الثاني: يتحالفان، وانتصر الاسنوي له نقلا ومعنى، ونبه على انهما لو اختلفا قبل القمع تحالفا اتفقا، وكل ما وجب التحالف مع بقائه وجب مع تغير احواله، فعلى هذا يبدأ بالمالك كما حكاه الرملي، ونقل عن الاستوى المنع منه بل يبدأ بالخياط لانه بائع المنفعة. قال النووي: ولا اجرة عليه - يعنى المؤجر - بعد حلفه، وعلى الخياط ارش النقص لما ثبت من عدم الاذن، والاصل الضمان، وهو ما بين قيمته مقطوعا قميصا ومقطوعا قباء كما رجه السبكي. ولان اصل القمع ما دون فيه، وان رجح الاسنوي كابن ابي عصرون. وجزم به القونوي والبارزي وغيرهما من شراح الحاوي وغيره انه ما بين قيمته صحيحا ومقطوعا لانتفاء الاذن من اصله ولا يقدر في ترجيح الاول عدم الاجرة له، إذ لا تلازم بينها وبين الضمان، وللخياط نزع خيطه، وعليه ارش نقص النزع ان حصل، كما قاله الماوردي والرويانى في البحر، وله منع المالك من شد خيط فيه بجره مكانه. هكذا افاده الشمس الرملي في النهاية. ويمكننا ان نستلخص مما مضى من اقاويل انهما إذا اختلفا في قدر الاجر فقال اجرتيها سنة بدينار، قال بل بدينارين تحالفا، ويبدأ بيمين الاجر، وهو قول الشافعي واحمد، لان الاجارة نوع من البيع، فإذا تحالفا قبل مضى شئ من المدة فسخا العقد ورجع كل واحد منهما في ماله، وان رضى احدهما بما حلف عليه الآخر قر العقد، وان فسخا العقد بعد المدة أو شئ منها سقط المسمى ووجب اجر المثل، كما لو اختلفا في المبيع بعد تلفه وهذا قول احمد واصحابه، وبه قال ابو حنيفة ان لم يكن عمل العمل، وان كان عمله فالقول قول المستاجر لانه منكر للزيادة في الاجر والقول قول المنكر فإذا عرفنا ان الاجارة نوع من المبيع عرفنا انهما يتحالفان عند اختلافهما في العوض كالبيع، وكما قبل ان يعمل العمل عند ابي حنيفة.

[109]

وقال ابن ابي موسى: القول قول المالك لقول النبي صلى الله عليه وسلم: إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع وقال الشافعي في اول اختلاف العراقيين: إذا اسلم الرجل إلى الخياطة ثوبا فخاطه قباء فقال رب الثوب: امرتك بقميص. وقال الخياط امرتني بقباء، فان ابا حنيفة رحمه الله كان يقول: القول قول الخياط في ذلك، ولو ان الثوب ضاع من عند الخياط ولم يختلف رب الثوب والخياط في عمله فان ابا حنيفة قال لا ضمان عليه ولان على القصار والصباغ، وما اشبه ذلك من العمال الا فيما جنت ايديهم، بلغنا عن علي بن ابي طالب رضى الله عنه انه قال لا ضمان عليهم، وكان ابن ابي ليلى يقول: هم ضامنون لما هلك عندهم وان لم تجن ايديهم فيه. وقال ابو يوسف: هم ضامنون الا ان يجئ شئ غالب. وقال الشافعي: وثابت عن عطاء بن ابي رباح انه قال لا ضمان على صانع ولا على اجير، فاما ما جنت ايدي الاجراء، والصناع فلا مسألة فيه فهم ضامنون كما يضمن المستودع ما جنت يده، ولان الجناية لا تبطل عن احد، وكذلك لو تعدوا ضمنوا. قال الربيع: الذي يذهب إليه الشافعي فيما رايت انه لا ضمان على الصانع الا ما جنت ايديهم، ولم يكن يبوح بذلك خوفا من الصباغ. اه، يعنى خوفا من ان يتمادى الصانع في الاهمال فيفضى ذلك إلى ضياع اموال الناس بفشو التلف بين اصحاب الحرف قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) إذا استاجر صناعا على عمل من خياطة أو صباغة فعمل فهل له ان يحبس العين على الاجرة؟ فيه وجهان (احدهما) لا يجوز لانه لم يرهن العين

عنده فلم يجز له احتباسها، كما لو استأجره ليحمل له متاعا فحملة ثم اراد ان يحبس المتاع على الاجرة (والثانى) يجوز لان عمله ملكه فجاز له حبسه على العوض كالمبيع في يد البائع.

[110]

(فصل) وإن دفع ثوبا إلى رجل فخاطه ولم يذكر له أجره فقد اختلف أصحابنا فيه أربعة أوجه. أحدها: أنه تلزمه الاجرة، وهو قول المزمي رحمه الله، لأنه استهلك عمله فلزمه أجرته. والثاني: أنه إن قال له: خطه لزمه، وإن بدأ الرجل فقال: أعطني لاخيطة لم تلزمه وهو قول أبي إسحاق لأنه إذا أمره فقد ألزمه بالامر، والعمل لا يلزم من غير أجره فلزمته، وإذا لم يأمره لم يوجد ما يوجب الاجرة فلم تلزم. والثالث: أنه إذا كان الصانع معروفا بأخذ الاجرة على الخياطة لزمه، وإذا لم يكن معروفا بذلك لم يلزمه، وهو قول أبي العباس، لأنه إذا كان معروفا بأخذ الاجرة صار العرف في حقه كالشرط، وإن لم يكن معروفا لم يوجد ما يقتضى الاجرة من جهة الشرط ولا من جهة العرف. والرابع: وهو المذهب: أنه لا يلزمه بحال، لأنه بذل ماله من غير عوض فلم يجب له العوض، كما لو بذل طعامه لمن أكله، وإن نزل رجل في سفينة ملاح بغير اذنه فحملة فيها إلى بلد لزمه الاجرة، لأنه استهلك منفعة موضعه من السفينة من غير اذن فلزمه أجرته، وإن نزل فيها عن اذنه ولم يذكر الاجرة، فعلى ما ذكرناه من الوجوه الأربعة في الخياطة، وبالله التوفيق. (الشرح) قال الماوردي في الحاوي الكبير: وليس لمؤجر الارض أن يحتبس الارض على المستأجر على دفع الاجرة، ولا للجمال أن يحبس ما استؤجر على حملة من المتاع ليأخذ الاجرة لأنه في يده أمانة وليس برهن. فأما الصانع المستأجر على عمل من خياطة أو صباغة هل له احتباس ما بيده من العمل على أجرته؟ فيه وجهان. أحدهما: ليس له ذلك قياسا على ما ذكرناه، والثاني: له ذلك لان عمله ملك له كالبائع، فإذا حبس الصانع الثوب بعد عمله على استيفاء الاجر فتلف ضمنه، لأنه لم يبرهنه عنده، ولا اذن له في امساكه، فلزمه الضمان كالغاصب، وبهذا قال أصحاب أحمد كما أفاده ابن قدامة. (فرع) إذا عمل الصانع عملا لغيره بإذنه كأن دفع ثوبا إلى قصار ليقصره

[111]

أو إلى خياط ليخيطه ففعل ولم يذكر أحدهما أجره فلا أجره له لتبرعه، ولأنه لو قال: أسكني دارك شهرا فأسكنه لم يستحق عليه أجره بالاجماع كما في البحر والوجه كما بحثه الأذرعى وجوبها في قن ومحجور سغه لانهما غير أهل للتبرع ومثلهما غير المكلف بالاولى. قال النووي: وقيل: له أجره مثله، وقيل: أن كان معروفا بذلك العمل بالاجرة فله والا فلا وقد يستحسن اه. وصورة المسألة إذا دفع ثوبه إلى خياط أو قصار ليخيطه أو يقصره من غير عقد ولا شرط ولا تعريض بأجر مثل أن يقول: خذ هذا فاعمله وأنا أعلم أنك إنما تعمل بأجر، وكان الخياط والقصار متوفرين على ذلك وقد عرف عنهما الاجر الذي يأخذانه، وكان لصاحب الدكان لافتة سجل فيها أسعار أجرته كما يفعل الكواءون والحلاقون والخياطون والساعاتيون كان ذلك يجري مجرى الافهام الذي هو شرط عندنا في صحة الاجارة. وعند

أصحاب أحمد أن العرف الجارى بذلك يقوم مقاوم القول فصار كنفد البلد، ولأن شاهد الحال يقتضيه فصار كالتعريض، إذا عرف هذا فإن في المسألة أربعة أوجه. (أحدهما) وهو قول المزني يستحق الاجر مطلقا لأنه استهلك عمله فلزمه عوضه والثاني: التفريق بين طلب رب الثوب منه أن يخيطة وبين أن يطلب من رب الثوب أن يخيطة له، فإذا قال له رب الثوب خط هذا لى فقد كلفه بعمل له ما يقابله من الاجر فيلزمه لأنه يأمره بالعمل والعمل لا يلزم بغير أجر، وإذا قال الخائط أعطني هذا الثوب لاخيطة لك لم يلزمه أجرته وهو قول أبى اسحاق المروزي، حيث لم يأمره فليس ثم ما يوجب له الاجرة (والثالث) وهو قول أبى العباس بن سريج، وهو الذى أخذ به أحمد واصحابه، وذكره النووي في المنهاج بصيغة التمريض بقوله: وقيل وهو أنه إذا كان الصانع معروفا بأخذ الاجرة على الخياطة لزمه، والا لم يلزمه لأن العرف يجرى مجرى الشرط (والرابع) وهو الظاهر من المذهب أنه لا أجره لن كمن قدم طعامه لمن يأكل فليس له أن يطلب ثمنه. وخص المصنف والاصحاب السفينة إذا نزلها أو شحن فيها متاعه بغير إذن

[112]

الملاح فإنه يلزمه عوض استهلاك منفعه من السفينة. وقال الشمس الرملي وقد يستحسن ترجيحه لوضوح مدركه وهو يقصد أن يكون الصانع معروفا بأخذ الاجرة إذ هو العرف، وهو يقوم مقام اللفظ كثيرا، ونقل عن الاكثريين، والمعتمد الاول، فإن ذكر أجره استحقتها قطعها إن صح العقد، وإلا فأجرة المثل، وأما إذا عرض كأرضيك أو لا أخيبك أو ترى ما تحبه أو يسرك أو أطعمك فتجب أجره المثل، نعم في الاخيرة يحسب على الاجير ما أطمعه إياه كما هو ظاهر، وقد تجب من غير تعريض بها كما في عامل الزكاة اكتفاه بثبوتها بالنص فكأنها مسماة شرعا، وكعامل مساقاة عمل ما ليس بلازم له بإذ المالك اكتفاء بذكر المقابل له في الجملة. قال: ولا يستثنى وجوبها على داخل الحمام أو راكب السفينة مثلا من غير إذن لاستيفائه المنفعة من غير أن يصرفها صاحبها إليه بخلافه بإذنه، وسواء في ذلك أسيسر السفينة بعلم مالكةا أم لا. وقول ابن الرفعة في المطلب لعله فيما إذا لم يعلم به مالكةا حين سيرها، وإلا فيشبه أن يكون كما لو وضع متاعه على دابة غيره فسيرها مالكةا، فإنه لا أجره على مالكة، ولا ضمان مردود، فقد فرق العراقي بينهما بأن راكب السفينة بغير إذن غاصب للبقعة التى هو فيها ولو لم يسير، بخلاف واضح مناعه على الدابة لا يصير غاصبا لها بمجرد وضع متاعه، ويفرق أيضا بأن مجرد العلم لا يسقط الاجرة ولا الضمان، فإن السكوت على إتلاف المال لا يسقط الضمان، وهو علم وزيادة، ومالك الدابة بسبيل من إلقاء المتاع قبل تسييرها بخلافه في راكب السفينة اه. قال الرملي الصغير في النهاية والله تعالى أعلم.

[113]

قال المصنف رحمه الله تعالى: * (باب الجعالة) * يجوز عقد الجعالة وهو أن يبذل الجعل لمن عمل له عملا من رد ضالة ورد أبق وبناء حائط وخياطة ثوب وكل ما يستأجر عليه من الاعمال، والدليل عيله قوله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) وروى أبو سعيد الخدرى (أن ناسا من أصحاب

رسول الله صلى الله عليه وسلم أتوا حيا من أحياء العرب فلم يقرؤهم،
 فينما هم كذلك إذ لدغ سيد أولئك فقالوا هل فيكم راق فقالوا لم تقرؤنا
 فلا نفعل أو تجعلوا لنا جعلا فجعلوا لهم قطيع شاء فجعل رجل يقرأ بام
 القرآن ويجمع بزاقة ويتفل فبيرا الرجل فاتوهم بالنشاء فقالوا لا نأخذها
 حتى نسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألوا رسول الله صلى الله
 عليه وسلم عن ذلك فضحك وقال: ما أدراك إنها رقية؟ خذوها واضربوا إلى
 فيها بسهم ولان الحاجة تدعو إلى ذلك من رد ضالة وأبق وعمل لا يقدر
 عليه فجاز كالأجارة والمضاربة. (فصل) ويجوز ان يعقد لعامل غير معين
 للآية، ولانه قد يكون له عمل ولا يعرف من يعمله، فجاز من غير تعيين،
 وروى المزني في المختصر عن الشافعي رحمه الله في المنشور انه قال
 إذا قال أول من يحج عنى فله مائة فحج عنه رجل أنه يستحق المائة. وقال
 المزني: ينبغى أن يستحق أجرة المثل لانه اجازة فلم تصح من غير تعيين،
 وهذا خطأ، لان ذلك جعالة، وقد بينا ان الجعالة تجوز من غير تعيين العامل.
 (فصل) وتجوز على عمل مجهول للآية، ولان الحاجة تدعو إلى ذلك فجاز مع
 الجهالة كالمضاربة، ولا تجوز الا بعوض معلوم، لانه عقد معاوضة فلا تجوز
 بعوض مجهول كالنكاح، فان شرط له جعلا مجهولا فعمل استحق أجرة
 المثل، لان كل عقد وجب المسمى في صحيحه وجب المثل في فاسده،
 كالبيع والنكاح.

[114]

(فصل) ولا يستحق العامل الجعل الا بإذن صاحب المال، فأما إذا عمل له
 عملا من غير إذنه بأن وجد له أبقا فجاء به، أو ضالة فردها إليه، لم يستحق
 الجعل لانه بذل منفعته من غير عوض، فلم يستحق العوض، فان عمل باده
 ولم يشترط له الجعل، فعلى الأوجه الأربعة التي ذكرناها في الاجارة، فان
 اذن له وشترط له الجعل فعمل استحق الجعل، لانه استهلك منفعته بعوض
 فاستحق العوض كالأجير، فان نادى فقال: من رد عيدي فله دينار فرده من
 لم يسمع النداء لم يستحق الجعل لانه متطوع بالرد من غير بدل، فان أبق
 عبد لرجل فنادى غيره ان من رد عبد فلان فله دينار، فرده رجل وجب
 الدينار على المنادى، لانه ضمن العوض فلزمه، فان قال في النداء: قال
 فلان: من رد عيدي فله دينار فرده رجل لم يلزمه المنادى، لانه لم يضمن.
 وانما حكى قول غيره. (فصل) ولا يستحق العامل الجعل الا بالفراغ من
 العمل، فان شرط له جعلا على رد الأبق فرده إلى باب الدار ففرد منه أو
 مات قبل ان يسلمه لم يستحق شيئا من الجعل، لان المقصود هو الرد،
 والجعل في مقابلته ولم يوجد منه شيء، وان قال: من رد عيدي الأبق من
 البصرة فله دينار وهو ببغداد فرده رجل من واسط استحق نصف الدينار،
 لانه رد من نصف الطريق، وان رده من أبعد من البصرة لم يستحق اكثر من
 الدينار، لانه لم يضمن له لما زاد شيئا. وان أبق له عبدان فقال من ردهما
 فله دينار، فرد رجل أحدهما استحق نصف الجعل، لانه عمل نصف العمل.
 وان قال: من رد عيدي فله دينار، فاشترك في رده اثنان اشتركا في
 الدينار، لانهما اشتركا في العمل فاشتركا في الجعل وان قال لرجل: ان
 رددت عبد فلك دينار، وقال لآخر: ان ردتك فلك ديناران، فاشتركا في الرد
 استحق كل واحد منهما نصف ما جعل له، وان جعل لاحدهما دينارا وللآخر
 ثوبا مجهولا فرداه استحق صاحب الدينار نصف دينار وصاحب الثوب نصف
 أجرة المثل، لان الدينار جعل صحيح، فاستحق نصفه، والثوب جعل باطل
 فاستحق نصف اجرة المثل، وان قال لرجل ان رددت عيدي فلك دينار
 فشاركه غيره في رده، فان قال: شاركته معاونة له كان الدينار للعامل

لان العمل كله له فكان الجعل كله له، وان قال شاركته لاشاركة في الجعل كان للعامل نصف الجعل، لانه عمل نصف العمل، ولا شئ للشريك لانه لم يشترط له شيئاً. (الشرح) هي بتثليث الجيم عند ابن مالك وغيره. واقتصر النووي والجوهرى والفيومى صاحب المصباح على كسرهما، وابن الرفعة في الكفاية والمطالب على فتحها، وهى لغة اسم لما يجعله الانسان لغيره على شئ يفعل، وكذا الجعل والجعيلة، وأما تعريفها شرعاً فهو التزام عوض معلوم على عمل معين معلوم أو مجهول بمعين أو مجهول. وقد أورد المصنف الجعالة عقب الاجارة، وكذلك فعل النووي في الروضة وصاحب الشرح، لان التلازم بين الاجارة والجعالة واضح، لانها عقد على عمل، إلا أن أكثر المصنفين في الفقه جعلوها بعد اللقطة، لانها طلب النقاط الدابة الضالة. وقد استدل المصنف على انها من العقود الجائزة بقوله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير) واعتبر الرملي سوجه الآية استثناساً وليس استدلالاً، وعلل ذلك التبراملسى في حاشيته على النهاية هذه العبارة بان شرع من قبلنا ليس شرعاً لنا وان ورد في شرعنا ما يقرره. اما الحديث الذى ساقه المصنف عن أبى سعيد فقد رواه البخارى ومسلم وأبو داود والترمذى وابن ماجه، وأتم هذه الطرق جميعاً رواية البخارى ولفظها (انطلق نفر من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم في سفرة سافروها حتى نزلوا على حى من احياء العرب فاستضافوهم فابوا ان يضيفوهم، فلدغ سيد ذلك الحى فسعوا له بكل شئ، لا ينفعه شئ، فقال بعضهم: لو أتيتم هؤلاء الرهط الذين نزلوا لعلهم ان يكون عندهم بعض شئ، فاتوهم فقالوا: يا ايها الرهط إن سيدنا لدغ وسعينا له بكل شئ لا ينفعه فهل عند احد منكم من شئ؟ قال بعضهم إني والله لا رقى لكن والله لقد استضيفناكم فلم تضيفونا فما انا براق لكم حتى تجعلوا لنا جعلاً، فصالحوهم على قطيع من غنم فانطلق يتفل عليه، ويقرأ الحمد لله

رب العالمين، فكانما نشط من عقال، فانطلق يمشى وما به قلبية، قال فافوهم جعلهم الذى صالحوهم عليه، فقال بعضهم: اقتسموا، فقال الذى رقى لا تفعلوا حتى نأتى النبي صلى الله عليه وسلم فنذكر له الذى كان، فننظر الذى يأمرنا، فقدموا على النبي صلى الله عليه وسلم فذكروا له ذلك فقال: وما يدريك انه رقية؟ ثم قال: قد اصبتم واضربوا إلى معكم سهماً، وضحك النبي صلى الله عليه وسلم، وقد روى البخارى رواية عن ابن عباس بلفظ (ان نفرا من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم مروا بماء فيهم لديع أو سليم فعرض لهم رجل من اهل الماء فقال: هل فيكم من راق فان الماء رجلاً لديعاً أو سليماً، فانطلق رجل منهم فقرا بغاتحة الكتاب على شاء، فجاء بالشاء إلى اصحابه فكرهوا ذلك وقالوا: اخذت على كتاب الله اجرا؟ حتى قدموا المدينة فقالوا: يا رسول الله اخذ على كتاب الله اجرا، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ان احق ما أخذتم عليه اجرا كتاب الله) قوله (فاستضافوهم) في رواية للترمذى انهم ثلاثون رجلاً. وقد روى الحاكم رواية أبى سعيد الخدرى على انه هو الرقى، وهى على شرط مسلم. قال الزركشى: ويستنبط منه جواز الجعالة على ما ينتفع به المريض

من داوء أو رقبة وان لم يذكره. وهو متجه ان حصل به تعب والا فلا اخذ
مما ياتي. على ان الاجماع منعقد على جوازها لما تدعو إليه الحاجة من
ضالة، أو عمل لا يقدر عليه ولا يجد من يتطوع به، ولا تصح الاجارة عليه
لجهالة، فجاز ان يجعل له جعلا كالاجارة والقراض. واركان الجعالة اربعة:
صيغة ومتعاقدان وعمل وعوض. ولما كان الجعل لا يستحق الا باذن صاحب
المال كالاجارة، فانه فارق الاجارة في استحاقه بالعمل، اما الاجارة فانها
تستحق بالعقد، لانه لو قال: من رد على ضالتي فله درهم قبلها بطل، هكذا
افاده الغزالي في كتاب الدور، وعدم اشتراط قبضه في المجلس مطلقا،
ويشترط في الملتزم للجعل مالكا أو غيره ان يكون مطلق التصرف كما
في الاجارة فلا يصح بالتزام الصبي أو المحجور عليه للسفه أو المجنون.
كما يشترط في العامل المعين اهلية العمل بان يكون قادرا عليه ولا

[117]

تشرط الحرية وغير المكلف، وان يقوم بالعمل باذن وبغير اذن، كما قال
ذلك السبكي خلافا لابن الرفعة في اشتراط اذن السيد، ويخرج بذلك العاجز
عن العمل كالصغير والضعيف إذا غلبهما العمل، فاشبه استئجار الاعمى
للحراسة. هكذا افاده الزركشي وابن العماد ونقل المزني ان الشافعي نص
في المنشور انه إذا قال المعضوب: من حج عنى فله مائة درهم، فحج عنه
انسان استحق المائة. قال المزني: ينبغي ان يستحق اجرة المثل، لان هذا
اجارة فلا يصح من غير تعيين الاجر. هذا كلام الشافعي والمزني، والمسألة
التي ساقها المصنف بذكر النووي رضى الله عنه ان للاصحاب فيها ثلاثة
اوجه الصحيح وقوع الحج عن المستاجر ويستحق الاجرة المسماة. وبهذا
نص الشافعي واختاره النووي، لانه جعالة وليس باجارة. والجعالة تجوز
على عمل مجهول، فمن باب اولى المعلوم، (والثاني) وهو اختيار المزني:
انه يقع عن المستاجر ويستحق الاجير اجرة المثل لا المسمى. وقد حكى
امام الحرمين ان معظم الاصحاب مالوا إلى هذا. قال النووي. وليس كما
قال. وهذا القائل يقول لا تجوز الجعالة على عمل معلوم لانه يمكن
الاستئجار عليه. (والثالث) انه يفسد الاذن ويقع الحج عن الاجير، لان الاذن
غير متوجه إلى انسان بعينه، فهو كما لو قال: وكلت من اراد بيع دارى في
بيعتها. فالوكالة باطلة ولا يصح تصرف البائع اعتمادا على هذا التوكيل. وهذا
الوجه حكاه الرافعى. وذكر امام الحرمين ان شيخ والده ابا محمد اشار إليه
فقال لا يمتنع ان يحكم بفساد الاذن، وهذا الوجه ضعيف جدا بل باطل
مخالف للنص والمذهب والدليل. فإذا قلنا بالمذهب والمنصوص. فقال من
حج عنى فله مائة درهم فسمعه رجلان واحرما عنه. قال القاضى حسين
والاصحاب: ان سبق احرام احدهما وقع عن المستاجر القائل ويستحق
السابق المائة. واحرام الثاني يقع عن نفسه لانه ليس احدهما اولى من
الآخر فصار كمن عقد نكاح اختين بعقد واحد. ولو قال من حج عنى فله مائة
دينار فحج عنه رجلان. احدهما بعد الآخر.

[118]

وقع احرام السابق بالاحرام عن المستاجر القائل وله عليه المائة. ولو
احراما معا وقع حج كل منهما عن نفسه ولا شئ لهما على القائل، لانه

ليس فيها أول. ولو كان العوض مجهولا بأن قال: من حج عني فله ثوب أو دراهم أو ناقة وقع الحج عن القائل بأجرة المثل. (فرع) استدل المصنف من قوله تعالى (ولمن جاء به) على جواز عقدها لغير المعين، كما في المثال الذي سبق فيمن يحج عنه، كما استدل بالآية أيضا على جوازها على عمل مجهول. وكذلك لو قال: من رد ضالتي من سامعي ندائي فله كذا فرده من علم ندائه ولم يسمع منه لم يستحق، هكذا أفاده الماوردي وصرح بمثله القاضي حسين. قال الأذرعى، وقول القاضي فان رده بنفسه أو بعده استحق، يفهم عدم الاستحقاق إذا استقل العبد بالرد. قال النووي، ولو قال أجنبي من رد عبد زيد فله كذا استحقه الراد على الأجنبي. قال الرملي استحقه الراد العالم به على الأجنبي لانه التزمه فصار كخلع الأجنبي، وكما لو التمس إلقاء متاع غيره في البحر لخوف الهلاك وعليه ضمانه. إذا ثبت هذا فان العامل بلا إذن لا يستحق الجعالة، لانه لو أذن لشخص فعمل غيره فلا شئ له ولو كان معروفا برد الضال بعوض لانه لم يلتزم عوضا له فوقع عمله تبرعا. وقال الشيراملى عند قوله (فلو عمل أحد بلا إذن فقال ومن ذلك ما جرت به العادة في قرى مصرنا من أن جماعة اعتادوا حراسة الجرين نهارا وجماعة اعتادوا حراسته ليلا، فان اتفقت معاقدتهم على شئ من أهل الجرين أو من بعضهم بأذن الباقيين لهم في العقد استحق الحارسون ما شرط لهم ان كانت الجعالة صحيحة وإلا فأجرة المثل وأما ان ياشروا الحراسة بلا إذن من أحد اعتمادا على ما سبق من دفع أرباب الزرع للحارس سهما معلوما عندهم لم يستحقوا شيئا. وليس كما لو التزم الثمن في شراء غيره أو الثواب في هبة غيره، لانه عوض تملك فلا يتصور وجوبه على غير من حصل له الملك، والجعل ليس عوض تملك. واستشكل ابن الرفعة هذه بأنه لا يجوز لاحد وضع يده على مال غيره بقول

[119]

الأجنبي بل يضمنه فكيف يستحق الاجرة. وأجيب بأنه لا حاجة إلى الاذن في ذلك لان المالك راض به قطعاً، أو بأن صورة ذلك أن يأذن المالك لمن شاء في الرد والتزم الأجنبي بالجعل، أو يكون للأجنبي ولاية على المالك، وقد يصور أيضا بما إذا ظنه العامل المالك أو عرفه وطن رضاه. وظاهر كلام المصنف أنه يلزمه العوض المذكور وإن لم يقل على. قال الرملي: وهو كذلك فقد قال الخوارزمي في الكافي: ولو قال الفضولي: من رد عبد فلان فله على دينار، أو قال فله دينار، فمن رده استحق على الفضولي ما سمى. وصرح به ابن يونس في شرح التعجيز، فانه صور المسألة بما إذا قال على ثم قال والحق الأئمة به قوله فله كذا. وإن لم يقل عليه، لان ظاهره التزام. ولو قال أحد الشريكين في رقيق: من رد رقيقي فله كذا فرده شريكه فيه استحق الجعل. وصورة المسألة إذا لم يكن القائل ولى المالك. فأما إذا كان ولىه وقال ذلك عن محجوره على وجه المصلحة بحيث يكون الجعل قدر أجرة مثل ذلك العمل أو أقل استحقه الراد في مال المالك بمقتضى قول ولىه، ويعلم مما تقرر أنه لا يتعين على العامل المعين العمل بنفسه. فلو قال لشخص معين: إن رددت على ضالتي فلك كذا لم يتعين عليه السعي بنفسه، بل له أن يستعين بغيره، فإذا حصل الفعل استحق الاجرة. قاله الغزالي في البسيط قال الرملي: وحاصله أن توكيل العامل المعين غيره في الرد كتوكيل الوكيل فيجوز له أن يوكله فيما يعجز عنه وعلم به القائل أو لا يلبق به كما يستعين به، وتوكيل غير المعين بعد سماعه النداء غيره، كالتوكيل في الاحتطاب والاستقاء ونحوهما فيجوز، فعلم أن العامل المعين لا يستتبع فيها إلا إن عذر وعلم

به الجاعل حال الجعالة. اه (فرع) تصح الجعالة على عمل مجهول كما ذكر ذلك المصنف لان الجهالة احتملت في القراض لحصول زيادة، فاحتمالها في رد الحاصل أولى، وهو مفيد كما أفاده جمع بما إذا عسر ضبطه لا كبناء حائط فيذكر محله وطوله وسمكه وارتفاعه وما يبنى به، وخطاطة ثوب فيصفه كالأجارة. أما صحتها على المعلوم فأولى. ومثال ذلك قوله: من رد على ضالتي من مكان كذا فله كذا، وهذا هو الاصح.

[120]

(والثاني) المنع للاستغناء عنه بالأجارة، وقد عرفت أنه لا بد من كون العمل فيه كلفة أو مؤنة، كرد أبق أو ضال، أو أداء حج أو خطاطة ثوب أو تعليم علم أو حرفة، أو إخبار فيه غرض وصدق فيه، فلو رد من هو بيده ولا كلفة فيه فلا شئ له، إذ مالا كلفة فيه لا يقابل بعوض فلو قال من دلني على مالي فله كذا فدلته غير من هو بيده استحق، لان الغالب أنه تلحقه مشقة. قال الاذرعى ويجب أن يكون هذا فيما إذا بحث عنه بعد جعل المالك. أما البحث السابق والمشقة السابقة قبل الجعل فلا عبرة بهما ويلزم عدم التوقيت في الجعالة. لانه لو قال من رد على ضالتي إلى شهر كذا فله كذا لو يصح كما في القراض، لان تقدير المدة محل بمقصود العقد، فقد لا يظفر به فيها فيضيع سعيه ولا يحصل الغرض، سواء أضم إليه من محل كذا أم لا، وغير واجب على العامل. فلو قال من دلني على مالي فله كذا فدلته من المال في يده لم يستحق شيئا لان ذلك واجب عليه شرعا، فلا يأخذ عليه عوضا. وكذا لو قال من رد مالي فله كذا فرده من هو في يده ويجب عليه رده. وقضيته أنه لو كان الدال أو الراد غير مكلف استحق. وقد أفتى الامام النووي كما حكى ذلك صاحب نهاية المحتاج فيمن حبس ظلما فبذل مالا لمن يتكلم في خلاصه بجاهه وغيره بأنها جعالة مباحة، وأخذ عوضها حلال، ونقله عن جماعه، ثم قال وفى ذلك كلفة تقابل بأجرة عرفا (قلت) فإذا كان العرف هو الذى يبنى عليه حد الاباحة والمنع في الجعالة فمقتضى العرف الذى نعلمه اليوم أن ذلك رشوة، فإذا كان صاحب جاه يستطيع أن يرفع ظلما وقع على إنسان بجاهه وجب عليه العمل على رفعه، وبذلك تبطل الجعالة، لانها لا تكون إلا عوضا عما لا يجب على العامل. ومقتضى النصيحة والعمل لاحقاق الحق الذى يلزمه كل مسلم يمنع هذه الصورة التى أفتى بها النووي رحمه الله تعالى. ولانهم قالوا إن السعي والعمل وبذلك المجهود هي مع حصول المقصود توجب

[121]

الجعالة، وجعلوا إخبار الطبيب للمريض بدوائه عملا تافها لا جهد فيه ولا سعى فلا يستحق عليه جعلا، فكيف بمن له جاه يمكن أن يؤثر به في رفع ظلم أو قضاء مصلحة بدون مشقة أو جهد أو سعى إلا أن يتفوه بكلمة هل يحل له أن يأخذ جعالة؟ إن قياس المذهب والبناء على أصله يمنع ذلك. ولا أعلم في ذلك خلاف في الاصل الذى بنينا عليه، لانه يستمد قوته من قوله صلى الله عليه وسلم (الحلال بين والحرام بين) ويشترط لصحة العقد كون الجعل مالا معلوما لانه عوض كالأجارة والمهر ولانه عقد جوز للحاجة، ولا حاجة لجهالة العوض بخلاف العمل، ولان جهالة العوض تفوت مقصود العقد

إذ لا يرغب أحد في العمل مع جهالة العوض، ويحصل العلم بالمشاهدة إن كان معينا، وبالوصف إن كان في الذمة. فلو قال: من رد ضالتي فله ما حملت، وكان ما تحمله معروفا كسرجها ولجامها أو شيئا آخر تنقله ضلت به وكان معروفا للعامل، واستشكل ابن الرقعة اعتبار الوصف في المعين لأنهم منعه في البيع والاجارة وغيرهما. قال البلقيني: ويمكن الفرق بدخول التخفيف هنا فلم يشدد فيها بخلاف نحو البيع، وقياسه صحته فله نصفه إن علم، وإن لم يعرف محله وهو أوجه الوجهين. وما قاسه عليه الرافعي من استئجار المرصعة بنصف الرضيع بعد القطام أجاز عنه في الكفاية بأن الاجرة المعينة تملك بالعقد فجعلها جزءا من الرضيع بعد القطام يقتضى تأجيل ملكه، وهنا إنما تملك بتمام فلا مخالفة لمقتضى العقد ولا عمل يقع في مشترك، كذا أفاده الرملي (فرع) إذا قال: من رد على ضالتي من بلد كذا فرده من جهه ذلك البلد لكن من أبعد منه فلا زيادة له لتبرعه بها. أما إذا قال: من رده من بلد كذا فرده من أقرب منه فلا يستحق الاقسطه من الجعل، لانه جعل كل الجعل في مقابلة العمل، فبعضه في مقابلة بعضه، فإن رده من نصف الطريق استحق نصف الجعل.

[122]

فإذا كانت الطريق غير متساوية في الحزونة والسهولة بأن كان النصف الذي قطعه يمكن أن تكون أجرته ضعف أجره النصف الآخر استحق الثلثين من الجعل، فإن كان من البلد أو من مسافة مثل مسافته ولو من جهه أخرى استحق المسمى. ولو رد من البلد المعين، ورأى المالك في نصف الطريق فدفعه إليه استحق نصف الجعل. ولو قال: من رد على ضالتي فله كذا، فرد احدهما استحق نصف الجعل، استوت قيمة الضالتين أو اختلفت. ولو قال لرجلين ان رددتما ضالتي فلكما كذا فرد احدهما احدهما استحق الربع أو كليهما استحق النصف أو رداهما استحقا المسمى. ولو قال أول من يرد ضالتي فله كذا فرداها استحقا المسمى مناصفة لوصفهما بالاوليه في الرد. ولو قال لكل واحد من ثلاثة ردها ولك دينار، فردوها جميعا استحق كل واحد منهم ثلث دينار توزيعا بالحصص على الرؤوس، هذا إذا عمل كل منهم لنفسه ليأخذ الدينار. أما لو قال: أعنت صاحبي فلا شئ له ويقتسمان في الدينار، أو قال اثنان ذلك أخذ الثالث الدينار وحده ولا شئ لهما وللآخر جميع المشروط، فان شاركهم رابع فلا شئ له. أما إذا قصد بمعاوته المالك أو أخذ الجعل منه فلكل واحد من الثلاثة ربع المشروط، فان أعانا أحدهما فلكل واحد من الاثنين ربع المشروط وللمعاون بفتح الواو النصف، فان شرط لاحدهم جعلا مجهولا، ولكل من الآخرين دينارا فردوه فله ثلث أجره المثل ولهما ثلثا المسمى. وهكذا قال النووي إذا اشترك اثنان في رده اشتركا في الجعل. ولو التزم جعلا لمعين فشاركه غيره في العمل ان قصد اعانته فله كل الجعل.

[123]

وهنا يقول صاحب النهاية: لان قصد الملتزم الرد ممن التزم له بأي وجه أمكن فلم يقصر لفظه على المخاطب وحده بخلاف ما مر فيما إذا أذن لمعين فرد نائبه مع قدرته، لان المالك لم يأذن فيه اصلا. ولا شئ للمعين إلا

إن التزم له المخاطب أجرة، ويؤخذ من كلامهم هنا، وفي المساقاة كما أفاده السبكي جواز الاستنابة في الامامة والتدريس وسائر الوظائف التي تقبل النيابة، أي ولو بدون عذر فيما يظهر، ولو لم يأذن الواقف إذا استناب مثله أو خيرا منه، ويستحق المستناب جميع المعلوم، وإن أفتى ابن عبد السلام والنووي بأنه لا يستحقه واحد منهما، إذ المستناب لم يباشر والنائب لم يأذن له الناظر، فلا ولاية له، وما نازع به الأذرعى من كون ذلك سببا لفتح باب أكل أرباب الجهالات مال الوقف دائما مما أرصد للمناصب الدينية، واستنابة من لا يصلح أو يصلح بنذر يسير. قال غيره: وهكذا جرى فلا حول ولا قوة إلا بالله مردود باشتراط كونه مثله أو خيرا منه. ولو قال لواحد: إن رددته فلك دينار. وقال لآخر: إن رددته أرضيك، أو أحلى بالحلوى فمك، فرداه، فللاول نصف الدينار، وللآخر نصف أجرة مثل عمله. وينقسم العقد باعتبار لزومه وجوازه إلى ثلاثة أقسام: (أحدها) لازم من الطرفين قطعا كالبيع والاجارة والسلم والصلح والحواله والمساقاة والهبة لغير الفروع بعد القبض والخلع، ولازم من أحدهما قطعا، ومن الآخر على الأصح وهو النكاح فإنه لازم من جهة المرأة قطعا، ومن جهة الزوج على الأصح، وقدرته على الطلاق ليست فسخا. (ثانيها) لازم من أحد الطرفين جائز من الآخر قطعا كالكتابة، والرهن وهبة الأصول للفروع بعد القبض والضمان والكفالة. (ثالثها) جائز من الطرفين كالشركة والوكالة والعارية والوديعة، وكذا الجعل له قبل فراغ العمل.

[124]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ويجوز لكل واحد منهما فسخ العقد لانه عقد على عمل مجهول بعوض، فجاز لكل واحد منهما فسخه كالمضاربة، فإن فسخ العامل لم يستحق شيئا لأن الجعل يستحق بالفراغ من العمل، وقد تركه فسقط حقه، وإن فسخ رب المال، فإن كان قبل العمل لم يلزمه شيء، لانه فسخ قبل أن يستهلك منفعة العامل فلم يلزمه شيء، كما لو فسخ المضاربة قبل العمل، وإن كان بعدما شرع في العمل لزمه أجرة المثل لما عمل، لانه استهلك منفعته بشرط العوض فلزمه أجرته، كما لو فسخ المضاربة بعد الشروع في العمل. (فصل) وتجاوز الزيادة والنقصان في الجعل قبل العمل، فإن قال: من رد عبدي فله دينار، ثم قال: من رده فله عشرة، فرده رجل استحق عشرة، وإن قال: من رد عبدي فله عشرة، ثم قال: من رده فله دينار، استحق الدينار، لانه مال بذل في مقابلة عمل في عقد جائز فجاز الزيادة والنقصان فيه قبل العمل كالربح في المضاربة. (فصل) وإن اختلف العامل ورب المال فقال العامل: شرطت لى الجعل وأنكر رب المال، فالقول قول رب المال، لان الاصل عدم الشرط وعدم الضمان، وإن اختلفا في عين العبد فقال السيد: شرطت الجعل في رد غيره. وقال العامل: بل شرطت الجعل في رده، فالقول قول المالك، لان العامل يدعى عليه شرط الجعل في عقد، الاصل عدمه، فكان القول فيه قوله، وإن اختلفا في قدر الجعل تحالفا كما قلنا في البيع، فإذا تحالفا رجع إلى أجرة المثل كما رجع في البيع بعد هلاك السلعة إلى قيمة العين. وإن اختلف العامل والعبد فقال العامل: أنا رددته. وقال العبد جئت بنفسى وصدقة المولى، فالقول قول المولى مع يمينه، لان الاصل عدم الرد، وعدم وجوب الجعل، وبالله التوفيق. (الشرح) قلنا: إن العقود منها الجائز من الطرفين كالشركة والوكالة والعارية

والوديعة (والجعالة قبل الفراغ من العمل) ومن ثم يجوز لاي منهما الفسخ قبل تمام العمل، لانه عقد جائز من الطرفين، أما من جهة الجاعل فمن حيث إنها تعلن استحقاق بشرط فأشبهت الوصية. وأما من جهة العامل فلان العمل فيها مجهول، وما كان كذلك لا يتصف باللزوم كالفراض، وإنما يتصور الفسخ من العامل في الابتداء إذا كان معيناً بخلاف غيره فلا يتصور فسخه إلا بعد شروعه في العمل، والمراد بالفسخ رفع العقد ورده، وخرج بقوله: قبل العمل، ما بعده، فإنه لا أثر للفسخ، لان الجعل قد لزم واستقر، وعلم من جوارها انفساخها بموت أحد المتعاقدين أو جنونه أو إغمائه. فلو مات المالك بعد الشروع في العمل فرده إلى وارثه استحق قسط ما عمله في الحياة من المسمى. وإن مات العامل فرده وارثه استحق القسط منه أيضاً، فإن فسخ قبل الشروع أو فسخه العامل بعد الشروع فلا شئ له، لانه لم يعمل شيئاً في الاولى، ولان الجعل إنما يستحق في الثانية بتمام العمل، وقد فوته باختياره. وان فسخ المالك بعد الشروع في العمل فعليه أجرة المثل لما مضى في الاصح لان جوارزه يقتضى التسلط على رفعه، وإذا ارتفع لم يجب المسمى كسائر الفسوخ لكن عمل العامل وقع محترماً فلا يحبط بفسخ غيره فرجع إلى بدله وهو أجرة المثل كالأجارة إذا فسخت بعيب. والثاني لا شئ للعامل كما لو فسخ بنفسه، ولا فرق على هذا القول بين أن يكون ما صدر من العامل لا يحصل به مقصود أصلاً كرد الضال إلى بعض الطريق أو يحصل به بعضه كما لو قال: ان علمت ابني القرآن فلك كذا ثم منعه من تعليمه ولا يشكل ما رجوه هنا كما يقول الرملي من استحقاق أجرة المثل بقولهم: إذا مات العامل أو المالك في أثناء العمل حيث يفسخ ويجب القسط من المسمى لان الجاعل أسقط حكم المسمى في مسئلتنا بفسخه بخلافه في تلك، وما فرق به بعض الشراح من أن العامل في الانفساخ تم العمل بعده ولم يمنعه المالك منه

بخلافه في الفسخ، محل نظر، إذ لا أثر له في الفرق بين خصوص الوجوب من المسمى تارة، ومن أجرة المثل أخرى كما هو ظاهر للمأمل. (فرع) ويجوز للمالك أن يزيد وينقص في العمل وفي الجعل ولو من غير جنسه ونوعه قبل الفراغ كالمبيع في زمن الخيار، سواء ما قبل الشروع في العمل أو بعده، لانه عقد جائز، فلو قال: من رد ضالتي فله عشرة، ثم قال من ردها فله خمسة أو عكس فالاعتبار بالآخر من قوله، أما بعد الشروع ففائدته وجوب أجرة المثل له، لان النداء الأخير فسخ للاول، والفسخ في أثناء العمل يقتضى الرجوع إلى أجرة المثل، ومحلله قبل الشروع أن يعلم العامل بالتغيير، فإن لم يعلم به فيما إذا كان معيناً ولم يعلن به الملتزم فيما إذا كان غير معين، هكذا أفاده في النهاية. وقال الغزالي في الوسيط: ينقذ أن يقال: يستحق أجرة المثل وهو الراجح وقال الماوردي والرويانى وأقره السبكي: يستحق الجعل الاول، كما أقر ذلك البلقيني وغيره، فعلى الاول لو عمل من سمع النداء الاول خاصة، ومن سمع النداء الثاني استحق الاول نصف أجرة المثل والثاني نصف المسمى الثاني، وعلى قول الماوردي والرويانى والسبكي والبلقيني للاول نصف الجعل الاول وللثاني نصف الثاني. أما التغيير بعد الفراغ فلا يؤثر، لان المال قد لزم، ويتوقف لزوم الجعل على تمام العمل، ولهذا قال النووي: ولو مات الأبى في بعض

الطريق أو هرب فلا شئ للعامل. قال الشراح: لانه لم يردده والاستحقاق معلق بالرد، ويخالف موت أجير الحج في أثناء العمل فإنه يستحق من الاجرة بقدر ما عمله في الاصح لان القصد بالحج الثواب، وقد حصل للمحجوج عنه الثواب بالبعض، والقصد هنا الرد ولم يوجد، ولو لم يجد المالك سلم المردود إلى الحاكم واستحق الجعل، فإن لم يكن حاكم أشهد واستحقه، ويجرى ذلك في سائر ما يتلف من محال الاعمال.

[127]

(فرع) إذا اختلف المالك والعامل فقد قال النووي رضى الله عنه يصدق المالك بيمينه إذا أنكر شرط الجعل أو سعى العامل اهـ. والاول كأن يقول: ما شرطت الجعل، أو شرطته في شئ آخر. والثانى كأن يقول: لم ترده أنت وانما رده غيرك، أو عادت الصالة بنفسها من غير سعى منك، لان الاصل عدم الرد والشرط وبراءة ذمته، فلو اختلفا بعد الاستحقاق في قدر الجعل أو جنسه أو صفته أو في قدر العمل كأن قال شرطت مائة على رد ضالتي فقال العامل بل على رد هذا فقط تحالفا، وللعامل اجرة المثل كما في القراض والاجارة ن كل هذا إذا اختلفا بعد الفراغ من العمل والتسليم، أو قبل الفراغ فيما إذا وجب للعامل قسطه من العمل الذى عمله وجعالة، فان كان العمل مضبوطا مقدرًا فاجارة ولو احتاج إلى تردد غير مضبوط فجعالة والمراد أنه يجوز عقد الاجارة في الشق الاول دون الثاني، ويد العامل على المأخوذ إلى رده يد أمانة. ولو رفع يده عنه وخلاه بتفريط كأن خلاه بمضيعة ضمنه لتقصيره، وان خلاه بلا تفريط كأن خلاه عند الحاكم لم يضمنه ونفقته على مالكة، فان انفق عليه مدة الرد فمتبرع الا ان أذن له الحاكم فيه أو أشهد عند فقده ليرجع، والله تعالى أعلم بالصواب.

[128]

قال المصنف رحمه الله تعالى: كتاب السبق والرمى تجوز المسابقة والمناضلة لما روى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سابق بين الخيل، المضمرة منها، من الحفيا إلى ثنية الوداع. وما لم يضم منها من ثنية الوداع إلى مسجد بنى زريق وروى أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم كانت له ناقة يقال لها العضباء لا تسبق، فجاء أعرابي على قعود له فسبقها، فشق ذلك على المسلمين، فقالوا يا رسول الله سبقت العضباء، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: إنه حق على الله أن لا يرتفع من هذه القدرة شئ إلا وضعه. وروى سلمة بن الاكوع قال: أتى علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن نترامى فقال (حسن هذا لعبا، ارموا يا بنى اسماعيل، فإن أباكم كان راميا، ارموا وأنا مع ابن الادرع، فكف القوم أيديهم وقسيهم وقالوا غلب يا رسول الله من كنت معه، قال ارموا وأنا معكم جميعا) فإن كان ذلك للجهد فهو مندوب إليه لما روى عقبة بن عامر رضى الله عنه قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول على المنبر (وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة) إلا إن القوة هي الرمي. قالها ثلاثا وروى عقبة بن عامر قال، سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول (ارموا واركبوا، ولان ترموا أحب إلى من أن تركبوا، وليس من اللهو إلا ثلاثة، ملاعبة الرجل أهله، وتأديبه فرسه، ورميه بقوسه. ومن علمه الله

الرمى فتركه رغبة عنه فنعمة كفرها، وان الله يدخل بالسهم الواحد ثلاثة الجنة صانعه المحتسب فيه الخير، والرامي، ومنبله) (فصل) ويجوز ذلك بعوض لما روى أنه سئل عثمان رضى الله عنه أكنتم تراهنون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ قال نعم. راهن رسول الله صلى الله عليه وسلم على فرس له فجاءت سابقة فهش لذلك وأعجبه، والرهن

[129]

لا يكون إلا على عوض، ولان في بذل العوض فيه تحريضا على التعلم والاستعداد للجهاد. (فصل) ويجوز أن يكون العوض منهما، ويجوز أن يكون من أحدهما ويجوز أن يبذله السلطان من بيت المال، ويجوز أن يكون من رجل من الرعية لانه إخراج مال لمصلحة الدين فجاز من الجميع كارتباط الخيل في سبيل الله، ولا يجوز إلا على عوض معلوم إما معينا أو موصوفا في الذمة، لانه عقد معاوضة فلم يجر إلا على عوض معلوم كالبيع، ويجوز على عوض حال ومؤجل لانه عوض يجوز أن يكون عينا ودينا فجاز أن يكون حالا ومؤجلا كالثمن في البيع، (فصل) فإن كان العوض من أحدهما أو من السلطان أو من رجل من الرعية فهو كالجعالة، وان كان منهما ففيه قولان (أحدهما) أنه يلزم كالأجارة وهو الصحيح لانه عقد من شرط صحته أن يكون العوض والمعوض معلومين فكان لازما كالأجارة (والثاني) أنه لا يلزم كالجعالة، لانه عقد يبذل العوض فيه على ما لا يوثق به فلم يلزم كالجعالة. فان قلنا إنه كالأجارة كان حكمهما في الرهن والضمين حكم الأجارة وحكمهما في خيار المجلس، وخيار الشرط حكم الأجارة، ولا يجوز لواحد منهما فسخه بعد تمامه، ولا الزيادة ولا النقصان بعد لزومه، كما لا يجوز ذلك في الأجارة. وإن قلنا إنه كالجعالة كان حكمه في الرهن والضمان حكم الجعالة، وقد مضى ذلك في كتاب الرهن والضمان، فأما الفسخ والزيادة والنقصان فإن كان قبل الشروع فيه أو بعد الشروع فيه وهما متكافئان فلكل واحد منهما أن يفسخ ويزيد وينقص، لانه عقد جائز لا ضرر على أحد في فسخه والزيادة والنقصان فيه. وان كانا غير متكافئين نظرت، فإن كان الذى له الفضل هو الذى يطلب الفسخ أو الزيادة جاز، لانه عقد جائز لا ضرر على صاحبه في الفسخ والزيادة فيه، فملك الفسخ والزيادة فيه. وان كان الذى عليه الفضل هو الذى يطلب الفسخ أو الزيادة ففيه وجهان

[130]

(أحدهما) له ذلك، لانه عقد جائز فملك فسخه والزيادة فيه (والثاني) ليس له لانا لو جوزنا ذلك لم يسبق أحد أحدا، لانه متى لاح له أن صاحبه يغلب فسخ أو طلب الزيادة فيبطل المقصود. (الشرح) حديث ابن عمر رضى الله عنه متفق عليه عند الشيخين، ورواه أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه بلفظ (سابق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين الخيل فأرسلت التى ضممت منها وأمدتها الحفيا إلى ثنية الوداع، والتى لم تضم أمدتها ثنية الوداع إلى مسجد بنى زريق) وزاد البخاري قال، قال سفيان (من الحفيا إلى ثنية الوداع خمسة أميال أو ستة. ومن ثنية الوداع إلى مسجد بنى زريق ميل. وروى أحمد وأبو داود وابن ماجه وصححه عن ابن عمر (أن النبي صلى الله عليه وسلم سابق بين الخيل وفضل القرع في الغاية) أما

حديث أنس بن مالك فقد رواه أحمد والبخاري بلفظ (كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم ناقة تسمى العصابة، وكانت لا تنسيق، فجاء أعرابي على قعود له فسبقها فاشتد ذلك على المسلمين وقالوا: سبقت العصابة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (إن حقا على الله أن لا يرفع شيئا من الدنيا إلا وضعه) أما حديث سلمة بن الأكوع فقد أخرجه أحمد والبخاري بلفظ (مر رسول الله صلى الله عليه وسلم على نفر من أسلم ينتصلون بالسوق فقال: ارموا يا بني اسماعيل فإن أباكم كان راميا، ارموا وأنا مع بني فلان، قال فأمسك أحد الفريقين بأيديهم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ما لكم لا ترمون؟ قالوا كيف نرمى وأنت معهم؟ فقال ارموا وأنا معكم) وفي رواية عند ابن حبان والبخاري عن أبي هريرة في مثل هذه القصة (وأنا مع ابن الأدرع وعند الطبراني من حديث حمزة بن عمرو الأسلمي (وأنا مع محجن بن الأدرع) وفي رواية (وأنا مع جماعتكم) وفي رواية للطبراني: أنهم قالوا من كنت معه فقد غلب، وكذا في رواية ابن اسحاق) أما حديث عقبه بن عامر الجهني فقد رواه أحمد ومسلم، ولفظه (سمعت

[131]

رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: واعدوا لهم ما استطعتم من قوة. إلا إن القوة الرمي، إلا إن القوة الرمي، إلا إن القوة الرمي. وفيهما عنه رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم (من علم الرمي ثم تركه فليس منا) وعنه أيضا عند أحمد وأصحاب السنن مرفوعا (إن الله يدخل بالسهم الواحد ثلاثة نفر نجر الجنة، صانعه الذي يحتسب في صنعه الخير، والذي يجهز به في سبيل الله. والذي يرمى به في سبيل الله. وقال ارموا واركبوا. فإن ترموا خير لكم من أن تركبوا. وقال كل شيء يلهو به ابن آدم باطل إلا ثلاثا: رميه عن قوسه وتناديه فرسه، وملاعبته أهله، فانهن من الحق، وفي أسناده خالد بن زيد أو ابن يزيد فيه مقال. وقال فيه ابن حجر في التقریب: خالد بن زيد أو بن يزيد الجهني عن عقبه في الرمي، مقبول من الثالثة. قلت: وبقي أسناده ثقات، وقد أخرجه الترمذي وابن ماجه من غير طريقة. وأخرجه أيضا ابن حبان، وفي رواية أبي داود زيادة (ومن ترك الرمي بعدما علمه فانها نعمة تركها) وفي هذا الأحاديث وغيرها مما سيأتى في موضعه دليل على جواز المسابقة ومشروعيتها على جعل وعلى غير جعل، فإن كان الجعل من غير المتسابقين كالإمام يجعله للسابق جائزة جاز أو من أحدهما جاز عند الجمهور. وكذا إذا كان معهما ثالث محلل بشرط أن لا يخرج من عنده شيئا ليخرج العقد عن صورة القمار وعلى تفصيل سيأتي في موضعه. وقد وقع الاتفاق على جواز المسابقة بغير عوض لكن قصرها مالك والشافعي على الخف والحافر والنصل، وخصه بعض العلماء بالخيل. وأجازة عطاء في كل شيء. وقد حكى عن أبي حنيفة أن عقد المسابقة على مال باطل. وحكى عن مالك أيضا أنه لا يجوز أن يكون العوض من غير الإمام، وحكى أيضا عن مالك وابن الصباغ وابن خيران أنه لا يصح بذل المال من جهتهما وأن دخل المحلل. وروى عن أحمد بن حنبل أنه لا يجوز السبق على الفيلة، وروى عن أصحابنا أنه يجوز

[132]

على الاقدام مع العوض. وقوله (ضمرت)) لفظ البخاري التي اضمرت والتي لم تضمر بسكون الضاد المعجمة والمراد به ان تغلف الخيل حتى تسمن وتقوى ثم يقلل علفها (بقدر القوت) وتدخل بيتا وتغشى بالجلال حتى يحمى فتعرق، فإذا جف عرقها خف لحمها وقويت على الجرى) هكذا في الفتح والنهاية. وزاد في الصحاح اربعين يوما. وقوله (الحفيا) بفتح فسكون بعد ياء ممدودة وقد تقصر. وحكى الحارمى تقديم الياء على الفاء، وحكى القاضى عياض ضم اوله وخطاه. وقوله (ثنية الوداع (1)) من منعطفات الجبال قرب المدينة، وكانوا يودعون الحاج منها. وقوله (قعود) بفتح القاف، وهو ما استحق الركوب من الابل وقال الجوهرى: هو البكر حتى يركب، وقل ذلك ان يكون ابن سنتين إلى ان يدخل في السادسة فيسمى جملا. وقال الازهرى لا يقال الا للذكر، ولا يقال للانثى قعودة، وانما يقال لها قلووس. قال وقد حكى الكسائى في النوادر قعودة للقلووس وكلام الاكثر على غيره. وقال الخليل بن احمد: القعود من الابل ما يقتعده الراعى لحمل متاعه. قوله (تسمى العضاء) بفتح العين وسكون الضاد المعجمة ومد. قوله (وكانت لا تسبق) زاد البخاري: قال حميد: أو لا تكاد تسبق. شك منه وهو موصول باسناده الحديث المذكور كما قاله ابن حجر. وقوله ان لا يرفع شيئا الخ فر رواية موسى بن اسماعيل: ان لا يرتفع. وكذلك في رواية للبخاري، وفي

(1) يزعم بعض من لم يرزق نعمة التمحيص والتحقيق أن الرسول صلى الله عليه وسلم دخل المدينة منها في الهجرة إليها، وقابله أهلها بقولهم (طلع البدر علينا من ثنيات الوداع) وهذا غير صحيح لانه صلى الله عليه وسلم إنما دخلها من ثنية بنى النجار وهذه في الجنوب وتلك في شمال المدينة. وإنما قيلت هذه الانشودة من جارية نذرت أن تضرب بين يديه فقال لها: إن كنت نذرت فافعلي، فأخذت تضرب بالدف بين يديه وهى تغنى بها. هكذا رواها أبو داود وساقها النووي في كتاب النذور من المجموع، أنها قيلت وهو عائد من غزاة تبوك. ولم يرد أنها قيلت في الهجرة من طريق معتبر.

[133]

رواية للنسائي (أن لا يرفع شئ نفسه في الدنيا) ولم اطلع على رواية في طرق الحديث فيه لفظ (القدر) والله اعلم فإذا عرف ان السبق والرمى قد ثبتا بالنسبة المستفيضة عرف ايضا انهما ثبتا بالاجماع، والسبق والرمية عنصران فارهان من عناصر مكونات المرء المسلم القوى. وقد بلغ من حرص النبي صلى الله عليه وسلم على ان يهتم اصحابه رضوان الله عليهم بهما حرصا جعله يحضر مبارياتهم ويشترك فيها ويحث على حضورها ويقول صلى الله عليه وسلم (احضروا الهدف فان الملائكة تحضره، وان بين الهدفين لروضة من رياض الجنة) قال المارودى في الحاوى الكبير: فإذا ثبت جواز السبق والرمى فهو مندوب إليه ان قصده به أهبة الجهاد، ومباح ان قصده به غيره، لانه قد يكون عدة للجهاد ويجوز أخذ العوض في المسابقة والمناضلة منهم ومن السلطان على ما سنصفه. وحكى عن ابي حنيفة انه منع من اخذ العوض عليه بكل حال، فمن متأخرى اصحابه من انكره من مذهبه وجعله موافقا. وقال مالك: ان اخرج السلطان من بيت المال جاز، وان اخرج المتسابقون المتناضلون لم يجز، استدلالا بأمرين (أحدهما) انه اخذ عوض على لعب فاشبه اخذه على اللهو والصراع (والثانى) انه اخذ مال على غير بدل فاشبه القمار. ودليلنا ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا سبق الا في خوف أو حافر أو نصل. فلما استثناه في الاباحة

دل على اختصاصه بالعوض، ولولا العوض لما احتاج إلى الاستثناء لجواز جميع الاستباق بغير عوض. اه وقول المصنف: لما روى انه سئل عثمان رضى الله عنه الخ. يؤخذ على المصنف فيه أمور: (أحدها) انه ساق الحديث بقوله روى بصيغة التمريض، والحديث رواه احمد في مسنده والدارمي في سننه والدارقطني والبيهقي، ولفظ احمد باسناده إلى انس وقيل له (أكنتم تراهنون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ أكان رسول الله

[134]

صلى الله عليه وسلم يراهن؟ قال: نعم والله لقد راهن على فرس يقال له: سبحة فسبق الناس فيهبش (1) لذلك وأعجبه) ورواية الدارمي والدارقطني والبيهقي عن ابي لييد قال: اتينا انس بن مالك وأخرج نحوه البيهقي من طريق سليمان بن حزم عن حماد بن زيد أو سعيد بن زيد عن واصل مولى ابي عتبة قال حدثنى موسى بن عبيد قال كنا في الحجر بعدما صلينا الغداة فما اسفرنا إذا فينا عبد الله بن عمر فجعل يستقر بنا رجلا رجلا ويقول: صليت يا فلان حتى قال: أين صليت يا أبا عبيد؟ فقلت: ههنا، فقال: بخ لخ، ما يعلم صلاة افضل عند الله من صلاة الصبح جماعة يوم الجمعة، فسألوه: أكنتم تراهنون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ قال: نعم، لقد راهن على فرس يقال لها سبحة فجاءت سابقة) ثانيها: انه قال سئل عثمان ورواية احمد السؤال كان موجهاً إلى انس. ورواية الدارمي والدارقطني والبيهقي من حديث ابي لييد قال: اتينا انس بن مالك، وأخرج نحوه البيهقي من طريق سليمان بن حزم التي اوردناها متصلة مسندة إلى ابن عمر وليس في شيء منها سئل عثمان رضى الله عنه. ثالثها. رواية بعض الفاظ الخبر بالمعنى كقوله. فهش لذلك بحذف الباء، وقد تكون هذه الاخيرة من أخطاء النساخ أو الطباعين. أما بعد فإذا صح جواز السبق بعوض وغير عوض فهو بغير عوض من العقود الجائزة دون اللازمة، وان كان معقوداً على عوض ففي لزومه قولان. (أحدهما) انه من العقود اللازمة كالأجارة، ليس لواحد منهما فسخه بعد تمامه الا عن تراض منهما بقسمته، ولا يدخله خيار الثلاث، وفي دخول خيار المجلس فيه وجهان كالأجارة، فان شرعا في السبق والرمى سقط خيار المجلس فيه لان الشروع في العمل رضى بالامضاء. (والقول الثاني) انه من العقود الجائزة دون اللازمة كالجعالة، وبه قال أبو حنيفة، ويكون كل واحد من المتسابقين قبل الشروع في السبق وبعد الشروع فيه بالخيار ما لم يستقر السبق وينبرم، فان شرط فيه اللزوم بطل.

(1) بهش بالباء الموحدة والشين المعجمة أي هس وفرح

[135]

فإن قيل بلزومه على القول الاول فدليله شيان. (أحدهما) أنه عقد ومن شرط صحته أن يكون معلوم العوض والمعوض، فوجب أن يكون لازما كالأجارة طردا والجمالة عكسا. (والثاني) أن ما أفضى إلى إبطال المقصود بالعقد كان ممنوعا منه في العقد، وبقاء خياره فيه مفض إلى إبطال المقصود به، لانه إذا توجه السبق على أحدهما وفسخ لم يتوصل إلى سبق ولم يستحق فيه عوض، والعقد موضوع لاستقراره واستحقاقه فناهه الخيار وضاهاه اللزوم. فإن قيل بجوازه على القول الثاني فدليله شيان أحدهما أن ما صح من عقود المعاوضات إذا قابل غير موثوق بالقدرة عليه عند استحقاقه كان من المعقود الجائزة دون اللازمة كالجعالة طردا، لانه لا يثق بالعلية في السبق والرمى كما لا يثق بوجود الضالة في الجمالة، وعكسه الاجاره، متى لم يثق بصحة العمل منه لم يصح العقد، والثاني أن ما كان إطلاق العوض فيه موجبا لتعجيل استحقاقه كان جائزا ولا يكون لازما وحاصل ذلك أن المسابقة إذا كانت بين اثنين أو فريقين لم تخل إما أن يكون العوض منهما أو من غيرهما نظرت، فان كان من الامام جاز سواء كان من ماله أو من بيت المال، لان في ذلك مصلحة وحثا على تعلم الجهاد ونفعا للمسلمين، وإن كان غير إمام جاز له بذل العوض من ماله، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد. وقال مالك لا يجوز بذل العوض من غير الامام، لان هذا مما يحتاج إليه للجهاد، فاختص به الامام كتولية الولايات وتأمير الامراء ولصحة العقد على السبق بالاعواض خمسة شروط. (أحدها) التكافؤ فيما يسبقان عليه، وفيما يتكافان به وجهان، أحدهما: وهو الظاهر من مذهب الشافعي وما عليه جمهور أصحابه، أن التكافؤ بالتجانس فيسابق بين فرسين أو بغلين أو حمارين أو بعيرين ليعلم بعد التجانس أيهما السابق ولا يجوز أن يسابق بين فرس وبغل، ولا بين حمار وبعير، لان تفاضل الاجناس

[136]

معلوم، وأنه لا يجرى البغل في شوط الفرس على ما سيأتي قريبا. والوجه الثاني وهو قول أبي إسحاق المروزي أن التكافؤ في الاستباق غير معتبر بالتجانس. (والشرط الثاني) الاستباق عليها مركوبة لتنتهي إلى غايتها بتدبير راکبها فان شرط إرسالها لتجرى مسابقة بأنفسها لم يجز ويط العقد عليها لانها تتنافر بالارسال ولا تقف على غاية السبق، وإنما يصح ذلك في الاستباق بالطيور إذا قيل بجواز الاستباق عليها لما فيه من الهداية إلى قصد الغاية، وأنها لا تتنافر في طيرانها. (والشرط الثالث) أن تكون الغاية معلومة لانها مستحقة في عقد معاوضه فان وقع العقد على إجراء الفرسين حتى يسبق أحدهما الآخر لم يجز لامرين، أحدهما: جهالة الغاية. والثاني: لانه يفضى ذلك لإجرائهما حتى يعطبا ويتلفا. (والشرط الرابع) أن تكون الغاية التي يمتد إليها شوطهما يحتملها الفرسان ولا ينقطعان فيها، فان طالت عن انتهاء الفرسين إليها الا عن انقطاع وعطب بطل العقد لتحريم ما أفضى إلى ذلك. (والشرط الخامس) أن يكون العوض فيه معلوما كالأجور والاثمان ن فان أخرجه غير المتسابقه جاز أن يتساويا فيه ويتفاضلا، لان الباذل للسبق مخير بين القليل والكثير، فجاز أن يكون مخير بين التساوي في التفضيل، ويجوز أن يتمثل جنس العوضين وان لم يختلف. قال الشافعي رضى الله عنه: والاسباق ثلاثة سبق يعطيه الوالى أو الرجل غير الوالى من ماله متطوعا به، وذلك مثل أن يسبق بين الخيل من غايه إلى غايه فيجعل للسابق شيئا معلوما وان شاء جعل للمصلى، والثالث والرابع والذي يليه بقدر ما رأى، فما جعل لهم كان على ما جعل لهم، وكان

مأجورا عليه أن يؤدي فيه وحللا لمن أخذه. قال المصنف رحمه الله تعالى:
(فصل) وتجاوز المسابقة على الخيل والابل بعوض، لما روى أبو هريرة
رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا سبق الا في نصل أو
خف أو حافر) ولان

[137]

الخيال تقاتل عليها العرب والعجم والابل تقاتل عليها العرب فجازت
المسابقة عليها بالعوض واختلف قوله في البغل والحمار، فقال في أحد
القولين تجاوز المسابقة عليهما بعوض لحديث أبي هريرة، ولانه ذو حافر
أهل فجازت المسابقة عليهما بعوض كالخيل (والثاني لا تجاوز لانه لا يصلح
للكر والفرا، فأشبه البقر واختلف أصحابنا في المسابقة على الفيل بعوض،
فمنهم من قال لا تجاوز، لانه لا يصلح للكر والفرا. ومنهم من قال: تجاوز
لحديث أبي هريرة، ولانه ذو خف يقاتل عليه فأشبه الابل. واختلفوا في
المسابقة على الحمام، فمنهم من قال لا تجاوز المسابقة عليها بعوض وهو
المنصوص لحديث أبي هريرة، ولانه ليس من آلات الحرب فلم تجز
المسابقة عليه بعوض، ومنهم من قال تجاوز لانه يستعان به على الحرب
في حمل الاخبار فجازت المسابقة عليه بعوض كالخيل. واختلفوا في سفن
الحرب كالزبازب والشذوات، فمنهم من قال تجاوز، وهو قول أبي العباس،
لانه في قتال الماء كالخيل في قتال الارض، ومنهم من قال لا تجاوز، لان
سبقها بالملاح لا بمن يقاتل فيها واختلفوا في المسابقة على الاقدام
بعوض، فمنهم من قال تجاوز لان الاقدام في قتال الرجالة كالخيل في
قتال الفرسان، ومنهم من قال لا تجاوز، وهو المنصوص لحديث أبي هريرة،
ولان المسابقة بعوض أجزت ليتعلم بها ما يستعان به في الجهاد، والمشى
بالاقدام لا يحتاج إلى التعلم واختلفوا في الصراع، فمنهم من قال يجوز
بعوض، لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم صارع يزيد بن ركانه على
شاء فصرعه، ثم عاد فصرعه، ثم عاد فصرعه، فأسلم ورد عليه الغنم.
ومنهم من قال لا يجوز. وهو المنصوص لحديث أبي هريرة، ولانه ليس من
آلات القتال. وحديث يزيد بن ركانه محمول على أنه فعل ذلك ليسلم، ولانه
لما أسلم رد عليه ما أخذ منه.

[138]

(الشرح) حديث ابى هريرة أخرجه أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن
ماجه، ولم يذكر فيه ابن ماجه: أو نصل، وأخرجه أيضا الشافعي والحاكم من
طرق وصححه ابن القطان وابن حبان وابن دقيق العيد، وحسنه الترمذي
وأعله يحيى بن سعيد القطان بالوقف، ورواه الطبراني وأبو الشيخ من
حديث ابن عباس. وأما حديث يزيد بن ركانه فقد رواه أبو داود بلفظ (عن
محمد بن علي بن ركانة أن ركانة صارع النبي صلى الله عليه وسلم فصرعه
النبي صلى الله عليه وسلم) وفي إسناده أبو الحسن العسقلاني وهو
مجهول. وأخرجه أيضا الترمذي من حديث العسقلاني أيضا عن أبي جعفر
محمد بن ركانة وقال: غريب وليس إسناده بالقائم. وروى أبو داود في
المراسيل عن سعيد بن جبير قال: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم
بالبطحاء فأتى عليه يزيد بن ركانة أو ركانة بن يزيد ومعه غير له فقال له:

يا محمد هل لك أن تصارعني ؟ فقال ما تسبقني أي ما تجعله لي من السبق قال: شاة من غنمي، فصارعه فصرعه فأخذ الشاة، فقال ركانة: هل لك في العود ؟ ففعل ذلك مرارا، فقال يا محمد ما وضع جنبى أحد إلى الارض، وما أنت بالذى تصرعنى فأسلم ورد النبي صلى الله عليه وسلم عليه غنمه قال الحافظ بن حجر: إسناده صحيح إلى سعيد بن جبير إلا أن سعيدا لم يدرك ركانة، قال البيهقي وروى موصولا وفى كتاب السبق لابي الشيخ من رواية عبيد الله بن يزيد المصرى عن حماد عن عمر بن دينار عن سعيد بن جبير عن ابن عباس مطولا. ورواه أبو نعيم في معرفة الصحابة من حديث أبي أمامة مطولا، وإسنادهما ضعيف وروى عبد الرزاق عن معمر بن يزيد بن أبى زياد، وأحسبه عن عبد الله بن الحارث قال (صارع النبي صلى الله عليه وسلم أبا ركانة في الجاهلية وكان شديدا ن فقال شاة بشاة، فصرعه النبي صلى الله عليه وسلم، فقال عاودني في اخرى، فصرعه النبي صلى الله عليه وسلم، فقال عاودني، فصرعه صلى الله عليه وسلم الثالثة، فقال أبو ركانة: ماذا أقول لاهلي ؟ شاة أكلها ذئب ! وشاة نشرت فما أقول في الثالثة ؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم: ما كنا لنجمع عليك أن نصرعك فنغرمك خذ غنمك هكذا وقع فيه: أبو ركانة والصواب ركانة.

[139]

أما ألفاظ الفصل فقوله لا سبق هو بفتح الباء. المال الذى يسابق عليه، والنصل هو السهم، والخف للابل، والحافر للفرس والبغل والحمار، الظلف لسائر البهائم، والمخلب للطير، وقله كالزبازب جمع زبب نوع من السفن منها الصغير والكبير والاول سريع خفيف، وكذك الشذوات وكلا اللفظين أعجمى أما الاحكام فقد فسر الشافعي رضى الله عنه حديث أبى هريرة بقوله: والخف الابل والحافر الخيل والنصل كل سهم أو ما يشابهه. وقال في موضع ان الحافر الخيل والبغال والحمير لانها تركب للجهاد كالابل ويلقى عليها العدو كالخيل وقد شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم حرب هوازن على بغلته الشهباء فصار في الحافر قولان. فأما النصل فالمراد به السهم المرمى به عن قوس، وان كان النصل اسما لحديدة السهم فالمراد جميع السهم، فهذه الثلاثة هي التى نص عليها النبي صلى الله عليه وسلم في جواز السبق بها، فاختلف قول الشافعي فيها فقال: يحتمل معنيين. أحدهما أنها رخصة مستثناة من جملة محظورة لانه أخرج باستثنائه ما خالف حكم أصله، فعلى هذا لا يجوز أن يقاس على هذه الثلاثة غيرها، ويكون السبق مقصورا على التى تضمنها الخبر وهى الخف، والخف الابل وحدها والحافر وفيه قولان. (أحدهما) الخيل وحدها (والثانى) الخيل والبغال والحمير، والنصل وهو السهام ويكون السبق بما عداها محظورا. والقول الثانى في المعنيين أن النص على الثلاثة أصل مبتدأ ورد الشرع ببيانه وليس بمستثنى، وان خرج مخرج الاستثناء لان المراد به التوكيد دون الاستثناء فعلى هذا يقاس على كل واحد من الثلاثة ما كان في معناها كما يقاس على الستة في الربا ما وافق معناها، وعليه يكون التفریع، فيقاس على الخف السبق بالقبيلة لانها ذوات أخفاف كالابل، وهى في ملاقات العدو أنكى من الابل. وهل يقاس عليها السبق بالسفن والطائرات البحرية التى أطلقوا عليها الزبازب والشذوات أم لا ؟ على وجهين.

(أحدهما) وهو قول ابن سريج يجوز السبق عليها لأنها معدة لجهاد العدو في البحر وحمل ثقله كالابل في البر. (والوجه الثاني لا يجوز السبق عليها لان سبقها بقوة ملاحها دون المقاتل فيها، فأما بالزواريق الكبار والمراكب الثقيل التي لم تجر العادة في لقاء العدو بمثلها فغير جائز على الوجهين معا هكذا أفاده الماوردي في الحاوي، فأما كون الحافر بالخيال والبعال والحمير نصا في أحد القولين لا نقلا من اسم الحافر عليها وقياسا في القول الثاني لأنها ذوات حوافر كالخيال وفي معناها، واختلف أصحابنا هل يقاس عليها السبق بالاقدام أم لا؟ على وجهين. (أحدهما) وبه قال أبو حنيفة: تجوز المسابقة بالاقدام بعوض وبغير عوض لان رسول الله صلى الله عليه وسلم استبق هو وعائشة على أقدامهما، ولان السعي من قتال الرجالة كالخيال في قتال الفرسان. والوجه الثاني وهو الظاهر من مذهب الشافعي أن المسابقة بالاقدام لا تجوز مطلقا عند الماوردي في الحاوي ويشمل ما كان بغير عوض أو بعوض لانه سبق على فعلها من غير آلة فاشبه الطفرة والوثبة، ولان السبق على ما يستفاد بالتعليم ليكون باعنا على معاطاته، والسعي لا يستفاد بالتعليم، وقيد المصنف عدم الجواز على المذهب والمنصوص أنه ما كان بعوض. قال الماوردي: فعلى هذا ان قيل: ان المسابقة بالاقدام لا تجوز فالمسابقة بالسباحة أولى أن لا تجوز، وان قيل بجوازها على الاقدام ففي جوازها بالسباحة وجهان (أحدهما) تجوز كالاقدام لان أحدهما على الارض والآخر في الماء. (والوجه الثاني) أنها لا تجوز بالسباحة وان جازت بالاقدام لان الماء مؤثر في السباحة والارض غير مؤثرة في السعي أه. وهذا كلام من لا يعرف قواعد السباحة وكونها علما ومهارة ولها قواعد لا تتأى الا بالتعلم والتمرس مع لياقة البدن وقوته حتى تكون المهارة والتفوق والسبق. وقد تطورت أسباب الاعداد للجهاد فكان منها الضفادع البشرية الذين يغوصون في أعماق البحار ليهدموا السفن الحربية وقلاع الثغور، وهى أنكى

على الاعداء من ركوب الخيل والحمير. ولولا مهارة عساكر الاسلام وجند القرآن في علوم البحار وأولها إتقان السباحة ما تسنى للصحابه أن ينتصروا على الروم في معركة ذات الصواري في الاسكندرية ولا طرقوا بأيديهم القوية أبواب القسطنطينية على عهد معاوية وكانت قيادة الاسطول لولده يزيد. وأما السبق بالصراع أو المصارعة فقد كانت تقوم عند السلف على قوة البدن وعلى إحسان القبض على الخصم وإلقائه أرضا وهى في زماننا هذا تقوم على أضرب منها الحرة والرومانية واليابانية، ولكل نوع منها أسلوبه في صرع الخصم، وهى تهدف جميعا إلى إحسان القبض على الخصم وإجباره على أن يتخذ وضعاً يبذنه يعجز معه عن المقاومة. وقد اختلف أصحابنا في السبق بالصراع على وجهين: (أحدهما) وهو مذهب أبى حنيفة أنه جائز لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه خرج إلى الابطح في قصة يزيد بن ركانة، وقد مضى تخريج طرقها وبيان وجه الحق فيها وهى روايات بمجموعها وإن لم يصح منها واحدة إلا أنها تنهض للاحتجاج. والوجه الثاني وهو ظاهر مذهب الشافعي، والمنصوص عنه أنه لا يجوز، فالسبق على المشابكة بالايدي لا تجوز. وإن قيل بجوازه في الصراع ففي جوازه بالمشابكة وجهان كالسباحة. ومنها اختلاف

أصحابنا في السبق بالحمام وجهان، وهو نوع من الحمام الذكى الصبور الذى يعبر البحار ويقطع الفياقى والغفار حتى يصل إلى غايته بسرعة فائقة يحمل الاخبار والكتب، وكان لامراء الاسلام وقواد الجيوش أبراج لتلقى هذه الحمام فيفضون كتبها بأنفسهم، فمن جيش يطلب النجدة إلى قائد يعلن هزيمة عدوه، فكان لهذا الحمام أثره وفعله، وهو سلاح من أسلحة الجيوش كالبرق وسلاح الاشارة، فالوجه الاول يجوز لانها تؤدي أخبار المجاهدين بسرعة. والوجه الثاني لا يجوز لانها لا تؤثر في جهاد العدو. وأما السبق بنطاح الكباش ونقار الديكة، فهو أسفه أنواع السبق وهو باطل لا يختلف أحد من أهل العلم في عدم جوازه. والله أعلم بالصواب

[142]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وتجوز المسابقة بعوض على الرمي بالنشاب والنبل، وكل ماله نصل يرمى به كالحراب والرانات لحديث أبى هريرة، ولانه يحتاج إلى تعلمه في الحرب فجاز أخذ العوض عليه، ويجوز على رمى الاحجار عن المقلاع، لانه سلاح يرمى به فهو كالنشاب وأما الرمح والسيف والعمود ففيه وجهان، أحدهما تجوز المسابقة عليها بعوض لانه سلاح يقاتل به فأشبهه النشاب، والثاني لا تجوز لان القصد بالمسابقة التحريض على تعلم ما يعد للحرب، والمسابقة بهذه الآلات محاربه لا مسابقه، فلم تجز لسبق على أن يرمى بعضهم بعضا بالسهم (فصل) وأما كرة الصولجان ومداحة الاحجار ورفعها من الارض، والمشابكة والسباحه واللعب بالخاتم والوقوف على رجل واحدة وغير ذلك من اللعب الذى لا يستعان به على الحرب، فلا تجوز المسابقة عليها بعوض، لانه لا يعد للحرب، فكان أخذ العوض فيه من أكل المال بالباطل. (فصل) وإن كانت المسابقه على مركوبين فقد اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال لا تجوز الا على مركوبين من جنس واحد كالفرسين والبعيرين، فإن سابق بين فرس وبعير أو فرس وبغل لم يجز لان تفاضل الجنسين معلوم، وأنه لا يجرى البغل في شروط الفرس كما قال الشاعر: إن المدرع لا تغنى خؤولته كالبغل يعجز عن شوط المحاضير ويجوز أن يسابق بين العتيق والهجين، لان العتيق في أول شوطه أحد وفي آخره ألين، والهجين في أول شوطه ألين وفي آخره أحد. فرما صارا عند الغاية متكافئين. ومنهم من قال، وهو قول أبى إسحاق انه يعتبر التكافؤ بالتقارب في السبق، فإن تقارب جنسان كالبغل والحمار جاز، لانه يجوز أن يكون كل واحد منهما سابقا والآخر مسبوقا، وإن تباعد نوعان من جنس كالهجين والعتيق والبختي والنجيب لم يجز، لانه يعلم أن أحدهما لا يجرى في شوط الآخر. قال الشاعر: إن البراذين إذا أجزيتها مع العتاق ساعة أعنيها، فلا معنى للعد عليه (فصل) ولا تجوز إلا على مركوبين معينين لان القصد معرفة جوهريهما، ولا يعرف ذلك إلا بالتعيين.

[143]

(الشرح) السلاح نوعان نوع يفارق اليد ونوع لا يفارق اليد، فكل سلاح فارق يد صاحبه كالسهم والحراب ومقاليع الاحجار وقسى البندق ورمصاصة فهو

جائز بالاتفاق، أما ما لا يفارق يد صاحبه من السيوف والرماح والاعمدة فقد اختلف أصحابنا فيها على وجهين. أحدهما: يجوز كالمفارق ليد، لان جهاد العدو بها. والوجه الثاني لا يجوز، لانه يكون بذلك محاربا لا مسابقا، فأما السبق بالمداحي وأكرة الصولجان وما ذكره المصنف من أنواع اللعب فعلى الوجه الذى ذكره المصنف لا وجه غيره، وفرق الماوردى بين السبق بالمداحي وهى إحداث حفرة يلقون بأحجار مستديرة فيها فمن وقع حجره فيها فقد قمر وبين الدحو بالحجر الثقيل أو رفعه من الارض لاختبار القوة والارتياض بها وهو في رياضة حمل الاثقال فيكون السبق عليه كالسبق على الصراع فيكون على وجهين. (فرع) عرفت فيما أسلفنا في الفصل قبله أن لصحة السبق على الاعواض المبدولة خمسة شروط. أحدها: التكافؤ فيما يسبقان عليه وفيما يتكافآن به وجهان، أحدهما: وهو الظاهر من المذهب وما عليه جمهور الاصحاب أن التكافؤ بالتجانس، فيسابق بين فرسين أو بغلين أو حمارين أو بعيرين ليعلم بعد التجانس أيهما السابق، ولا يجوز أن يسابق بين فرس وبغل، ولا بين حمار وبعير، لان تفاضل الاجناس معلوم، وأنه لا يجرى البغل في شوط الفرس كما قال الشاعر في البيت الذى ساقه المصنف والمدرع وهو الذى أمه أشرف من أبيه كما يقول الفرزدق: إذا باهلي عنده حنظليه * له ولد منها فذاك المدرع وإنما سمي البغل مدرعا بالعلامتين المستديرتين السوداوين في ذراعيه الاماميتين ورتهما من الحمار، والمحاضير السريعة العدو واحدها محضار، والعتيق عربي الابوين، والهجين عربي الاب اعجمى الام، والبختي إبل بطيئة العدو، والتجيب الحسن الخلق السريع وانجته استخلصته، ولكن يجوز السبق بين عناق الخيل

[144]

وهجانها لان جميعها جنس، والعتيق في أول الشوط احد من الهجين، والهجين في أول الشوط ألين وفي آخره أحد فرما صار عند الغاية متكافئين، وهذا وجه (والثاني) وهو قول أبى إسحاق المروزي: أن التكافؤ في الاستباق غير معتبر بالتجانس، وإنما هو معتبر بأن يكون كل واحد من المستبقيين يجوز أن يكون سابقا ويجوز أن يكون مسبوقا، فإن جوز ذلك بين فرس وبغل أو بين بعير وحمار جاز السبق بينهما، وإن علم يقينا أن أحدهما يسبق الآخر عند الاختيار لم يجز السبق بينهما، ولو علم ذلك بين فرسين عتيق وهجين، أو بين بعيرين عربي وبختي لم يجز السبق بينهما، وكذلك لو اتفق الفرسان في الجنس، واختلفا في القوة والضعف فيمنع من الاستباق بينهما وهما من جنس واحد، وتجوز بينهما وهما من جنسين مختلفين اعتبارا بالجواهر دون التجانس. والشروط الثاني من الشروط الخمسة: الاستباق عليها مركوبة لتنتهي إلى غايتها بتدبير راکبها، فإن شرط إرسالها لتجرى مسابقة بأنفسها لم يجز، وبطل العقد عليها لانها تتنافر بالارسال، ولا تقف على غاية السبق، وإنما يصح ذلك في الاستباق بالطيور - إذا قبل بجواز الاستباق عليها لما فيه من الهداية إلى قصد الغاية وانها لا تتنافر في طيرانها، وبقيّة الشروط مضى ذكرها إجمالا، والله تعالى أعلم بالصواب. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ولا تجوز إلا على مسافة معلومة الابتداء والانتهاء لحديث ابن عمر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم سابق بين الخيل المضمرة من الحفيا إلى ثنية الوداع وما لم يضم منها من ثنية الوداع إلى مسجد بنى زريق، ولانهما إذا تسابقا على إجراء الفرسين حتى يسبق أحدهما الآخر إلى غير غاية لم يؤمن أن لا يسبق أحدهما الآخر إلى أن يعطبا، ولا يجوز أن يكون اجراؤه الا

بتدبير الراكب لانهما إذا جريا لانفسهما تنافرا ولم يقفا على الغاية، وان تسابقا على أن من سبق صاحبه بخمسة أقدام فأكثر كان السبق له، فقد قال أبو علي الطبري في الافصاح: يجوز ذلك عندي لانهما يتحاطان ما تساويا فيه، وينفرد

[145]

أحدهما بالقدر الذي شرطه، فجاز كما يجوز في الرمي أن يتناضلا على أن يتحاطا ما تساويا فيه، ويفضل لأحدهما عدد. قال أبو علي الطبري: ورأيت من أصحابنا من منع ذلك وأبطله ولا أعرف له وجها. (فصل) وإن كان المخرج للسبق هو السلطان أو رجل من الرعية لم يخل إما أن يجعله للسابق منهم أو لبعضهم أو لجميعهم، فإن جعله للسابقه بأن قال: من سبق منكم فله عشرة جاز، لأنه يجتهد كل واحد منهم أن يكون هو السابق ليأخذ السبق فيحصل المقصود، فإن سبق واحد منهم استحق العشرة لأنه سبق، وإن سبق إثنان أو ثلاثة وجاءوا مكانا واحدا اشتركوا في العشرة لانهم اشتركوا في السبق، فإن جاءوا كلهم مكانا واحدا لم يستحق واحد منهم لأنه لم يسبق منهم أحد، وإن جعله لبعضهم بأن جعله للمجلى والمصلى ولم يجعل للباقي جاز، لان كل واحد منهم يجتهد أن يكون هو المجلى أو المصلى ليأخذ السبق فيحصل المقصود وإن جعله لجميعهم نظرت، فإن سوى بينهم بأن قال: من جاء منكم إلى الغاية فله عشرة لم يصح، لان القصد من بذلك العوض هو التحريض على المسابقة وتعلم الفروسية، فإذا سوى بين الجميع عليم كل واحد منهم أنه يستحق السبق تقدم أو تأخر فلا يجتهد في المسابقة فيبطل المقصود وإن شرط للجميع وفاضل بينهم بأن قال للمجلى وهو الاول مائة، وللمصلى وهو الثاني خمسون، وللتالى وهو الثالث أربعون، وللبارع وهو الرابع ثلاثون وللمرتاح وهو الخامس عشرون، وللحظى وهو السادس خمسة عشر، وللعاطف وهو السابع عشرة، وللرمل وهو الثامن ثمانية، وللطيم وهو التاسع خمسة. وللسكيت وهو العاشر درهم، وللفسكل وهو الذى يجئ بعد الكل نصف درهم ففيه وجهان (أحدهما يجوز لان كل واحد منهم يجتهد ليأخذ الاكثر) والثانى لا يجوز لان كل واحد منهم يعلم انه لا يخلوا من شئ تقدم أو تأخر، فلا يجتهد في المسابقة، وان جعل للاول عشرة وللثالث خمسة وللرابع اربعة ولم يجعل للثاني شيئا ففيه وجهان (أحدهما) يصح ويقوم الثالث مقام الثاني. والرابع مقام الثالث، لان الثاني بخروجه من السبق يجعل كان لم يكن (والثاني) انه يبطل، لانه فضل الثالث والرابع على من سبقهما.

[146]

(الشرح) حديث ابن عمر مضى تخريجه في اول هذه الفصول وشرحنا غريبه وطريقه. اما الاحكام فانه يشترط في المسابقة بالحيوان تحديد المسافة وان يكون لابتداء عدوهما واخره غاية لا يختلفان فيها، لان الغرض معرفة اسبقهما، ولا يعلم ذلك الا بتساويهما في الغاية، ولان احدهما قد يكون مقصرا في اول عدوه سريعا في انتهائه. وقد يكون عكس ذلك فيحتاج إلى غاية تجمع حاله أو احواله. ومن الخيل ما هو أصبر والقارح أصبر من غيره

وقد روى أبو داود في سننه عن ابن عمر رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم (سبق بين الخيل وفصل القرع في الغاية) وسبق بين الخيل المضمرة من الحفيا إلى ثنية الوداع، وذلك ستة أميال أو سبعة، وبين التي لم تضم من الثنية إلى مسجد بنى زريق، وذلك ميل أو نحوه. فان استيفاء بغير غاية لينظرا أيهما يقف أولا لم يجر، لانه يؤدي إلى أن لا يقف احدهما حتى ينقطع فرسه ويتعذر الاشهاد على السبق فيه ويشترط في المسابقة إرسال الفرسين أو البعيرين دفعة واحدة، فان ارسل احدهما قبل الاخر أو لا لم يجر هذا في المسابقة بعوض لانه قد لا يدركه مع كونه اسرع منه لبعدهما بينهما، ويكون عند اول المسافة من يشاهد ارسالهما ويرتبهما، وعند الغاية من يضبط السابق منهما لثلا يختلفا في ذلك. وقول الشافعي: الاسباق جمع سبق - بفتح الباء - وهو العوض المخرج في المسابقة - وهو باسكان الباء - مصدر سبق من المسابقة اما السبق الاول الذي يراه الشافعي، وهو الذي يخرج غير المتسابقين فيجوز، سواء اخرج الامام من بيت المال أو اخرج غير الامام من ماله. وكلام مالك من عدم جوازه لغير الامام فاسد من وجهين (أحدهما) ان ما فيه معونه على الجهاد جاز ان يفعله غير الائمة كارتباط الخيل واعداد السلاح. (والثاني) ان ما جاز أن يخرج الامام من بيت مال المسلمين جاز ان يتطوع به كل واحد من المسلمين كبناء المساجد والقناطر فإذا صح جوازه جاز أن يختص به السابق وحده دون غيره، كقول الباذل

[147]

إذا كان المتسابقون عشرة فقد جعلت للسباق منكم عشرة وهذا جائز، فايهم جاء سابقا لجماعتهم استحق العشرة كلها ولا شئ لمن بعده، وان كانوا متفاضلين، في السبق، فلو سبق اثنان من الجماعة فجاء معا وتأخر الباقيون اشترك الاثنان في العشرة لتساويهما في السبق فاستويا في الاخذ، ولو سبق خمسة اشتركوا في الاخذ كذلك. ولو سبق تسعة وتأخر واحد اشتركوا في العشرة دون المتأخر منهم، ولو جاءوا جميعا عرضا واحدا لم يتأخر عنهم واحد منهم فلا شئ لهم لانه ليس فيهم سابق ولا مسبوق. والقسم الثاني: ان يبذله لجماعة منهم ولا يبذله لجمعهم، كان بذل الاول عوضا والثاني عوضا ولكل واحد منهم في اللغة إذا تقدم على غيره خاص. فيقال للسابق الاول المجلى والثاني المصلى والثالث التالي والرابع البارخ والخامس المرتاح والسادس الحظى والسابع العاطف والثامن المؤمل والتاسع الطيم والعاشر السكيت، وليس لما بعد العاشر اسم، الا الذي يجئ آخر الخيل كلها، ويقال له الفسكل. قال الجاحظ: كانت العرب تعد السوابق ثمانية ولا تجعل لما جاوزها حظا، فأولها السابق ثم المصلى ثم المقفى ثم التالي ثم العاطف ثم المذمر ثم البارخ ثم اللطيم. قال الثعالبي: وكانت العرب تلطم الاخر ان كان له حظ. وقال أبو بكرمة: اخبرنا ابن قادم معن الفراء انه ذكر في السوابق عشرة أسماء لم يحكها احد غيره وهي: السابق ثم المصلى ثم المسلى ثم التالي ثم المرتاح ثم العاطف ثم الحظى ثم المؤمل ثم اللطيم ثم السكيت. وقد جاء في الحاوي الكبير للماوردي هذه الاسماء التي ذكرها المصنف مع جعل المؤمل بدل المرملة، وهو ما يوافق رواية الفراء هنا، فإذا بذل لبعض دون بعض فعلى ضربين: (احدهما) ان يقاضل بين السابق والمسبوق فيجعل للاول الذي هو المجلى - وقد اشفق اسمه من الجلاء - قال ابى بطلال: قال المطرزي: يحتمل ان يكون من جلاء الهموم - عشرة، ويجعل للثاني الذي هو المصلى -

لان جفته على صلى السابق وهي منخره، والصلوان عظمان عن يمين
الذنب وشماله - تسعة،

[148]

والثالث الذى هو التالى - أي التايح - خمسة والرابع الذى هو البارح - أي
الفائق كما يقال لمن فاق أصحابه في العلم: بارح - اربعة، والخامس الذى
هو المرتاح - من راح يراح راحة إذا فحلا أو إذا نشط وجف - ثلاثة، فان هذا
جائز لانه قد منع المسبوقين وفاضل بين السابقين فحصل التحريض في
طلب التفاضل وخشية المنع ويتفرع على هذا ان يجعل للسابق عشرة،
وللمصلى خمسة ولا يجعل لمن بعدهم شيئا فيكون السابق أو المجلى
خمسة والمصلى واحدا الخمسة السابقين بالعشرة لكل واحد درهما
وينفرد المصلى بالخمسة وان صار بها افضل من السابقين لانه اخذ الزيادة
لتفرده، بدرجته، ولم ياخذ لتفضيل اصل درجته، وقد كان يجوز ان يشاركه
غيره في درجته فيقل سهمه عن سهم من بعده. ثم على هذا القياس إذا
جعل للثاني شيئا ثالثا فحصل في كل درجة انفراد أو اشتراك وجب ان
يخص المنفرد بسبق درجته، وبشترك المشتركين بسبق درجتهم. والضرب
الثاني: ان يستوى فيهم بين سابق ومسبوق، كانه يجعل للسابق عشرة
وللمصلى عشرة وفاضل بين بقية الخمسة. وهذا جائز لان مقتضى
التحريض ان يفاضل بين السابق والمسبوق، فإذا تساويا فيه بطل
مقصوده فلم يجز، وكان السبق في حق المصلى الذى سوى بينه وبين
سابقه باطلا، ولم يبطل في حق الاول بطلانه في حق من عداه وجهان بناء
على اختلاف الوجهين في الذى يبطل السبق في حقه هل يستحق على
البازل اجرة مثله ام لا ؟ على وجهين (احدهما) وهو قول ابى اسحاق
المروزي انه لا اجرة له على البازل، لان منعه عائد عليه لا على البازل.
فعلى هذا يكون السبق في حق من بعده باطلا لانه يجوز ان يفضلوا به على
من سبقهم. والوجه الثاني هو قول ابى على الطبري انه له على البازل
اجرة مثله لان من استحق المسمى في العقد الصحيح استحق اجرة المثل
في العقد الفاسد اعتبارا بكل واحد من عقدي الاجارة والجعالة.

[149]

فعلى هذا يكون السبق في حق من بعده صحيحا، ولكل واحد منهم ما سمي
له، وان كان اكثر من اجرة من يبطل السبق في حقه، لانه لا يجوز ان
يفضلوا عليه إذا كان مستحقا بالعقد. وهذا مستحق بغيره ويتفرع على هذا
إذا جعل للاول عشرة ولم يجعل للثاني شيئا، وجعل للثالث خمسة وللرابع
ثلاثة ولم يجعل بعدهم شيئا، فالثاني خارج من السبق لخروجه من البازل.
وفى قيام من بعده مقامه وجهان: (احدهما) يقوم الثالث مقام الثاني،
ويقوم الرابع مقام الثالث لانه يصير وجوده بالخروج من السبق كعدمه،
فعلى هذا يصح السبق فيها بالمسمى لهما بعد الاول. والوجه الثاني: انهم
يترتبون على التسمية ولا يكون خروج الثاني منهم بالحكم مخرجا له من
البازل. فعلى هذا يكون السبق فيهما باطلا لتفضيلهما على السابق لهما،
وهل يكون لهما اجرة مثلهما ام لا ؟ على ما ذكرنا من الوجهين: والقسم
الثالث: ان يبذل العوض لجماعتهم ولا يخلى اخرهم من عوض فينظر فان

سوى فيهم بين سابق ومسبوق كان السبق باطلا. وكان الحكم فيه على ما قدمنا وان لم يساو بين السابق والمسبوق، وفضل كل سابق على كل مسبوق حتى يجعل متأخرهم اقلهم سهما ففي السبق وجهان: (احدهما) انه جائز اعتبارا بالتفضيل في السبق، فعلى هذا ياخذ كل واحد منهم ما سمي له. والوجه الثاني: ان السبق باطل لانهم قد تكافأوا في الاخذ وان تفاضلوا فيه، فعلى هذا هل يكون باطلا في حق الاخر وحده؟ فيه وجهان: (احدهما) انه باطل في حقه وحده لان بالتسمية له فسد السبق والوجه الثاني: ان يكون باطلا في حقوق جماعتهم، لان اول العقد مرتبط باخراه، وهل يستحق كل واحد منهم اجرة مثله ام لا؟ على الوجهين المذكورين فهذا حكم السبق الاول.

[150]

قال المصنف رحمه الله: (فصل) فان كان المخرج للسبق هما المتسابقان نظرت، فان كان معهما محلل وهو ثالث على فرس كفء لفرسيهما صح العقد، وان لم يكن معهما محلل فالعقد باطل لما روى أبو هريرة رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال (من ادخل فرسا بين فرسين وهو لا يامن ان يسبق فلا باس ومن ادخل فرسا بين فرسين وقد امن ان يسبق فهو قمار) ولان مع المحلل لا يكون قمارا، لان فيهم من ياخذ إذا سبق ولا يعطى إذا سبق وهو المحلل، ومع عدم المحلل ليس فيهم الا من ياخذ إذا سبق، ويعطى إذا سبق، وذلك قمار، وان كان المحلل اثنين أو اكثر جاز، لان ذلك ابعد من القمار، وان كانت المسابقة بين حزين كان حكمهما في المحلل حكم الرجلين، لان القصد من دخول المحلل الخروج من القمار، وذلك يحصل بالمحلل الواحد مع قلة العدد وكثرته. واختلف اصحابنا في دخول المحلل فذهب اكثرهم إلى ان دخول المحلل لتحليل السبق لكل من سبق منهم، وذهب أبو علي بن خيران إلى ان دخوله لتحليل السبق لنفسه وان ياخذ إذا سبق، ولا يأخذان إذا سبقا، لانا لو قلنا: انهما إذا سبقا أخذوا حصل فيهم من يأخذ مرة ويعطى مرة، وهذا قمار، والمذهب الاول لانا بينا ان بدخول المحلل خرجا من القمار، لان في القمار ليس فيهم الا من يعطى مرة ويأخذ مرة، وبدخول المحلل قد حصل فيهم من يأخذ ولا يعطى فلم يكن قمارا، فان تسابقوا نظرت فان انتهوا إلى الغاية معا احرز كل واحد منهما سبقه لانه لم يسبقه احد، ولم يكن للمحلل شئ لانه لم يسبق واحدا منهما، وان سبق المخرجان احرز كل واحد منها سبقه لانهما تساويا في السبق ولا شئ للمحلل لانه مسبوق، وان سبقهما المحلل اخذ سبقهما لانه سبقهما، وان سبق احد المخرجين وتاخر المحلل والمخرج الاخر احرز السابق سبق نفسه. وفي سبق المسبوق وجهان المذهب انه للسابق المخرج لانه انفرد بالسبق، وعلى مذهب ابن خيران يكون سبق المسبوق لنفسه لانه لا يستحقه السابق المخرج

[151]

على قوله ولا يستحقه المحلل لانه لم يسبق، وان سبق المحلل واحد المخرجين احرز السابق سبق نفسه، وفي سبق المسبوق وجهان المذهب انه بين المخرج السابق والمحلل، وعلى مذهب ابن خيران يكون سبقه

للمحلل، وان سبق احد المخرجين ثم جاء المحلل ثم جاء المخرج الاخر ففیه وجهان المذهب ان سبق المسبوق للمخرج السابق بسبقه، وعلى مذهب ابن خيران يكون للمحلل دون السابق، وان سبق احد المخرجين ثم جاء المخرج الثاني، ثم جاء المحلل ففیه وجهان المذهب ان سبق المسبوق للسابق، وعلى مذهب ابن خيران يكون للمسبوق لان المخرج السابق لا يستحقه والمحلل لم يسبق فبقى على ملك صاحبه. (فصل) وان كان المخرج للسبق احدهما جاز من غير محلل لان فيهم من ياخذ ولا يعطى وهو الذى لم يخرج فصار كما لو كان السبق منهما وبينهما محلل، فان تسابقا فسبق المخرج احرز السبق، وان سبق الاخر اخذ سبقه وان جاء معا احرز المخرج السابق لانه لم يسبقه الاخر. (الشرح) حديث ابى هريرة رواه احمد وابو داود وابن ماجه، واخرجه ايضا الحاكم وصححه والبيهقي ورواه ابن حبان باسناده وصححه. وقال الطبراني في الصغير: تفرد به سعيد بن بسير عن قتادة عن سعيد بن المسيب وتفرد به عنه الوليد وتفرد به عنه هشام بن خالد، ورواه ايضا ابو داود عن محمود بن خالد عن الوليد لكنه ابدل قتادة بالزهري، ورواه ابو داود وغيره ممن تقدم من طريق سفيان بن حسين عن الزهري وسفيان ضعيف في الزهري، وقد رواه معمر وشعيب وعقيل عن الزهري عن رجال من اهل العلم، كذا قال ابو داود وقال: هذا اصح عندنا. وقال ابو حاتم: احسن احواله ان يكون موقوفا على سعيد بن المسيب، فقد رواه يحيى بن سعيد عنه وهو كذلك في الموطأ عن سعيد من قوله، وقال ابن ابى خيثمة: سألت ابن معين فقال: هذا باطل، وضرب على ابى هريرة. وحكى ابو نعيم في الحيلة انه من حديث الوليد عن سعيد بن عبد العزيز.

[152]

قال الدار قطني: والصواب سعيد بن بشير كما عند الطبراني والحاكم. وحكى الدار قطني في العلل ان عبيد بن شريك رواه عن هشام بن عمار عن الوليد عن سعيد عن الزهري. قال الحافظ: وقد رواه عبدان عن هشام، اخرجه ابن عدى مثل ما قال عبيد وقال: انه غلط قال: فتبين بهذا ان الغلط فيه من هشام، وذلك انه تغير حفظه اما الاحكام: فقد قال الشافعي رضى الله عنه والسبق الثاني من الاساق ان يجمع شيئين وذلك مثل الرجلين يريدان ان يستبقا بفرسيهما ولا يريد كل منهما ان يسبق صاحبه ويخرجان سيقين، ولا يجوز الا بمحلل، وهو ان يجعل بينهما فرس ولايجوز حتى يكون كفوًا لفرسيهما لا يا منان ان يسبقهما. قلت: هذا هو السبق الثاني وهو ان يستبق الرجلان ويخرج كل واحد منهما سبقا من ماله ياخذه السابق منهما، وهذا لا يصح حتى يوكلا بينهما محللا لا يخرج شيئا، وياخذ ان سبق ولا يعطى ان سبق لنص ومعنى. اما النص فهو حديث ابى هريرة الذى مضى تخريجه. واما المعنى فهو ان اباحة السبق معتبرة بما خرج عن معنى القمار هو الذى لا يخلو الداخل فيه من ان يكون غانما ان اخذ او غارما ان اعطى فاذا لم يدخل بينهما محلل كانت هذه بحالها فكان قمارا، واذا دخل بينهما محلل غير مخرج ياخذ ان سبق ولا يعطى ان سبق خرج عن معنى القمار فحل، وهذا الداخل يسمى محللا، لان العقد صح به فصار حلالا ويسميه اهل السبق ميسرا، ويصح العقد به باربعة شروط. احدها: ان يكون فرسه كفوًا لفرسيهما او اكفا منهما لايمانان ان يسبقهما فان كان فرسه ادون من فرسيهما وهما يا منان ان يسبقهما لنصر الحديث، ولان دخوله مع العلم بانه لا يسبق غير مؤثر من اخذ السبق. والشرط الثاني: ان يكون المحلل غير مخرج لشيء وان قل، فان اخرج شيئا خرج من حكم المحلل وصار في

حكم المستبق. والشرط الثالث: ان ياخذ ان سبق، فان شرط ان لا يأخذ لم يصح. والشرط الرابع: ان يكون فرسه معيناً عند العقد لدخوله فيه كما يلزم تعيين

[153]

فرس المستبقين، وان كان غير معين بطل، فإذا صح العقد بالمحلل على استكمال شروطه فمذهب الشافعي وما عليه جمهور أصحابه أن المحلل دخل ليحلل العقد، ويحلل العقد الآخر فيأخذ إن سبق ويؤخذ به إن سبق. وقال أبو علي بن خيران: إن المحلل دخل للتحلل للعقد ويأخذ ولا يؤخذ به وهذا خطأ لأن التحريض المقصود باستغراء الخيل ومعاطاه الفروسية غير موجود إذا لم يؤخذ بالسبق شيء فيصير مانعاً من السبق، وإذا أخذ به صار باعثاً عليه وحافزاً له، وهذا يتضح في التفريعات الآتية، والله اعلم بالصواب. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ويطلق الفرسان من مكان واحد في وقت واحد لما روى الحسن أو خلاص عن علي كرم الله وجهه (أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعلي: يا علي قد جعلت اليك هذه السبقة بين الناس، فخرج علي كرم الله وجهه فدعا بسراقة ابن مالك فقال: يا سراقة إنني قد جعلت اليك ما جعل النبي صلى الله عليه وسلم في عنقي من هذه السبقة في عنقك، فإذا أتيت الميطان فصف الخيل ثم ناد ثلاثاً هل يصلح للجام أو حامل لغلام أو طارح لجل، فإذا لم يجبك أحد فكبر ثلاثاً ثم خلفها عند الثالثة يسعد الله بسبقه من يشاء من خلقه) فإن كان بينهما محلل وتنازعا في مكانه جعل بينهما، لأنه أعدل وأقطع للتافر وإن اختلف المتسابقان في اليمين واليسار أقرع بينهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر ولا يجلب وزوائه لما روى ابن عباس رضي الله عنه (أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: من أحلب على الخيل يوم الرهان فليس منا، قال مالك: الجلب أن يجلب وراء الفرس حين يدنو أو يحرك وراءه الشسن. ليستحث به السبق. (فصل) وأما ما يسبق به فينظر فيه فان شرط في السبق أقداماً معلومة لم يستحق السبق بما دونها لأنه شرط صحيح فتعلق الاستحقاق به وإن أطلق نظرت فان تساوى المركوبان في طول العنق اعتبر السبق بالعنق أو بالكند، فان سبق أحدهما بالعنق أو ببعضه أو بالكند أو ببعضه فقد سبق، وان اختلفا في العنق

[154]

اعتبر السبق بالكند لأنه لا يختلف، وإن سبق أطولهما عنقاً بقدر زيادة الخلقة لم يحكم له بالسبق لأنه يسبق بزيادة الخلقة لا بجودة الجري (فصل) وإن عثر أحد الفرسين أو ساخت قوائمه في الأرض أو وقف لعله أصابته فسبقه الآخر لم يحكم للسابق بالسبق لأنه لم يسبق بجودة الجري ولا تأخر المسبوق لسوء جريه. (فصل) وإن مات المركوب قبل الفراغ بطل العقد، لأن العقد تعلق بعينه وقد فات بالموت فبطل كالمبيع إذا قبل القبض. وإن مات الراكب، فان قلنا: أنه كالجعالة بطل العقد بموته، وان قلنا: إنه كالأجارة لم يبطل وقام الوارث فيه مقامه. (فصل) وإن كان العقد على الرمي لم يجز بأقل من نفسين، لأن المقصود معرفة الحدق، ولا يبين ذلك بأقل من اثنين، فان قال رجل لآخر: ارم عشراً وناضل فيها خطأك

بصوابك، فان كان صوابك أكثر فلك دينار لم يجز، لانه بذل العوض على أن يناضل نفسه. وقد بينا أن ذلك لا يجوز، وإن قال أرم عشرة فإن كان صوابك أكثر فلك دينار، ففيه وجهان: (أحدهما) يجوز لانه بذل له العوض على عمل معلوم لا يناضل فيه نفسه فجاز (والثاني) لا يجوز لانه جعل العوض في مقابلة الخطأ والصواب، والخطأ لا يستحق به بدل. (الشرح) حديث على رواه الدارقطني واخرجه البيهقي بإسناد الدارقطني وقال: هذا إسناد ضعيف ولغظه كاملاً هكذا (يا على قد جعلت اليك هذه السبقة بين الناس، فخرج على فدعا سراقه بن مالك فقال: يا سراقه إنى قد جعلت اليك ما جعل النبي صلى الله عليه وسلم في عنقي من هذه السبقة في عنقك، فإذا أتيت الميطان - قال أبو عبد الرحمن: والميطان مرسلها من الغاية - فصف الخيل ثم ناد: هل من مصلح للجام أو حامل لغلام أو طارح لجل، فإذا لم يجبك أحد فكبر ثلاثاً ثم خلفها عند الثالثة يسعد الله بسبقه من شاء من خلقه.

[155]

وكان على يقعد عند منتهى الغاية ويخط خطأ ويقيم رجلين متقابلين عند طرف الخط طرفه بين ابهامى أرجلهما وتمر الخيل بين الرجلين ويقول إذا خرج احد الفرسين على صاحبه بطرف أذنيه أو أذن أو عذار فاجعلوا السبقة له، فإن شككنا فاجعلا سبقيهما نصفين، فإذا قرنتم ثنتين فاجعلوا الغاية من غاية أصغر الثنتين ولا جلب ولا جنب ولا شعار في الاسلام). أما غريبة فقلوه (هذه السبقة) فهي بضم السين وإسكان الباء هو الشئ الذى يجعله المتسابقان بينهما يأخذه من سبق منهما. قال في القاموس: السبقة بالضم الخطر يوضع بين أهل السباق والجمع أسباق. قوله (إذا أتيت الميطان) بكسر الميم. قال في القاموس: والميطان بالكسر الغاية. قوله (فصف الخيل) هي خيل الحلبة. قال في القاموس. الحلبة بالفتح هي الدفعة من الخيل في الرهان، وخيل تجتمع للسباق من كل أوب. قوله (ثم ناد الخ) فيه استحباب الثاني قبل ارسال خيل الحلبة، وتنبههم على إصلاح ما يحتاج إلى إصلاحه، وجعل علامه على الارسال من تكبير أو غيره، وتأمير أمير يفعل ذلك. وأما حديث ابن عباس فقد أخرجه أبو يعلى بإسناد صحيح بلفظ (ليس منا من أجلب على الخيل يوم الرهان، وأخرجه الطبراني بلفظ (لا جلب في الاسلام) وفي إسناده أبو شعبة ضعيف، والمراد بالجلب في الرهان أن يأتي برجل يجلب على فرسه أي يصيح عليه يستحثه بالازعاج حتى يسبق، والجنب أن يجنب فرساً إلى فرسه حتى إذا فتر المركوب تحول إلى المجنوب. وقال ابن الأثير: له تفسيران ثم ذكر معنى في الرهان ومعنى في الزكاة، وقد مضى معناه في الزكاة من كتاب الزكاة أما الأحكام: فإن السبق يحصل في الخيل بالرأس إذا تماثلت الأعناق، فإن اختلفا في طول العنق أو كان ذلك في الأبل اعتبر السبق بالكتف لان الاعتبار بالرأس متعذر، فإن طویل العنق قد يسبق رأسه لطول عنقه لا لسرعة عدوه، وقد مضى لنا تفصيل ذلك، وهو مذهب الشافعي وأحمد. وقال الثوري: إذا سبق أحدهما بالأذن كان سابقاً ولا يصح لان أحدهما قد يرفع رأسه ويمد الآخر عنقه فيكون سابقاً بأذنه لذلك لا لسبقه، وان شرطاً

[156]

السبق بأقدام معلومة كثلاثة أو أكثر أو أقل لم يصح على أحد القولين عند أصحابنا والثاني: يصح ويتخاطان ذلك كما في الرمي. قال الماوردي في الحاوي الكبير: وإذا استقرت بينهما مع المحلل في الجري فيختار أن يكون في الموضع الذي ينتهي إليه السبق، وهو غاية المدى قصب قد عرزت في الارض يسميها العرب قصب السبق ليحرزها السابق منهم فيتلقفها حتى يعلم بسبقه الداني والقاصي فيسقط الاختلاف، وربما كر بها راجعا يستقبل بها المسبوقين إذا كان مفضلا في السبق مباها في الفروسية. (فرع) قال الشافعي رضى الله عنه: والسبق أن يسبق أحدهما صاحبه وأقل السبق أن يسبق أحدهما صاحبه بالهادي أو بعضه أو الكند أو بعضه اهـ. فالسبق ضربان. أحدهما: أن يكون معتبرا بأقدام مشروطة كاشتراطهما السبق بعشرة أقدام ولا يتم السبق الا بها ولو سبق أحدهما بتسعة أقدام لم يكن سابقا في استحقاق البدل، وان كان سابقا في العمل. والضرب الثاني: أن يكون مطلقا بغير شرط فيكون سابقا بكل قليل وكثير. قال الشافعي رضى الله عنه: أقل السبق أن يسبق بالهادي أو بعضه أو الكند أو بعضه، فأما الهادي فهو العنق، وأما الكند ويقال بفتح التاء وكسرهما والفتح أشهر، وفيه تاويلان. أحدهما: أنه الكتف. والثاني: أنه ما بين أصل العنق والظهر، وهو مجتمع الكتفين في موضع السنام من الابل، فجعل الشافعي رضى الله عنه أقل السبق السبق بالهادي والكتف. وقال الاوزاعي: أقل السبق بالرأس وقال المزني: أقل السبق بالاذن استدلالا بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: بعثت والساعة كفرنسي رهان كاد أحدهما أن يسبق الآخر بآذنه: قال الماوردي ردا على المزني: المقصود بهذا الخبر ضرب المثل على وجه المبالغة وليس بحد لسبق الرهان كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (من بنى لله بيتا ولو كمفحص قطاة بنى الله له بيتا في الجنة) وان كان بيت لا يبنى كمفحص القطاة وانما لم يعتبر بالاذن كما قال المزني، ولا بالرأس كما قال الاوزاعي، لان من الخيل ما يزجى أذنه ورأسه فيطول، ما يرفعه فتقصر، فلم يدل واحد منهما على التقديم اهـ.

[157]

وإذا سقط اعتبارهما ثبت اعتبار الهادي والكتف، ولو اعتبر السبق بأيديهما فأيهما تقدمت يده وهو السابق كان عندي أصح، لان السعي بهما والجري عليهما لكن الشافعي اعتبر بالهادي والكتف. فأما السبق بالكتف فمتحقق سواء اتفق الفرسان في الطول والقصر أو تفاضلا وأما السبق بالهادي وهو العنق فلا يخلو حال الفرسين أن يتساويا فيه أو يتفاضلا في طوله أو قصره، فإن سبق بالعنق أقصرهما عنقا، وإن سبق بالعنق أطولهما عنقا لم يكن سابقا إلا أن يتصاف السابق بكتفه، لان سبقه بعنقه إنما كان لطوله لا لزيادة جريه. فإن قيل: فإن كان السبق بالكتف صحيحا مع اختلاف الخلقه فلم اعتبر بالعنق التي يختلف حكمها باختلاف الخلقه ؟ قيل: لان السبق بالكتف يتحققه القريب دون البعيد، والسبق بالعنق يتحققه القريب والبعيد، وربما دعت الضرورة إليه لبشاهده شهود السبق فشهدوا به للسابق شهودا يستوقفون عند الغاية ليشهدوا للسابق على المسبوق، فلو سبق أحدهما عند الغاية بهاديه أو كتفه ثم جريا بعد الغاية فتقدم المسبوق بعدها على السابق بهاديه أو كتفه كان السبق لمن سبق عند الغاية دون من سبق بعدها، لان ما تجاوز الغاية غير داخل في العقد فلم يعتبر وهكذا لو سبق أحدهما قبل الغاية ثم سبقه الآخر عند الغاية كان السبق لمن سبق عند الغاية دون من سبق قبلها لاستقرار العقد على السبق إليها. (فرع) إذا عثر

أحد الفرسين أو ساخت قوائمه في الارض فسبق الاخر لم يحتسب له بالسبق، لان العثرة آخرته. ولو كان العاثر هو السابق احتسب سبقه، لانه إذا سبق مع العثرة كان بعدها أسبق، ولو وقف أحد الفرسين بعد الجرى حتى وصل الاخر إلى غايته كان مسبوqa إن وقف لغير مرض، ولا يكون مسبوqa إن وقف لمرض. فأما إن وقف قبل الجرى لم يكن مسبوqa، سواء وقف لمرض أو غير مرض لانه بعد الجرى مشارك. (فرع) قال الشافعي رضى الله عنه: والنضال فيما بين الاثنين يسبق أحدهما

[158]

الاخر. والثالث بينهما المحلل كهو في الخيل لا يختلفان في الاصل فيجوز في كل واحد منهما ما جاز في الاخر، ويرد فيهما ما يرد في الاخر ثم يتفرعان، فإذا اختلفت عليهما اختلفا. أه أما السبق فاسم يشتمل على المسابقة بالخيل حقيقة وعلى المسابقة بالرمي مجازا ولكل واحد منهما اسم خاص فتختص الخيل بالرهان ويختص الرمي بالنضال: فأما قولهم: سبق فلان بتشديد الباء فمن أسماء الاضداد يسمى به من أخرج مال السبق، ويسمى به من أحرز مال السبق. وقد مضى حكم السباق بالخيل. فأما السباق بالنضال فهما في الاباحة سواء، والخلاف فيهما واحد، وقد تقدم الدليل عليهما، وقد ذكر الشافعي ها هنا كلاما اشتمل على أربعة فصول: أحدها قوله: والنضال فيما بين الرماة كذلك في السبق والعلل، يريد بهذا أمرين (أحدهما) جواز النضال بالرمي كجواز السباق بالخيل (والثاني) اشتراكهما في التعليل لارهاب العدو بهما لقوله تعالى (وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم) والفصل الثاني: قوله يجوز في كل واحد منهما ما يجوز في الاخر، يريد بهذا أن الاسباق في النضال ثلاثة كما كانت الاسباق في الخيل ثلاثة (أحدها) أن يخرج الوالى مال السبق فيجوز كجوازه في الخيل (والثاني) أن الخيل ثلاثة: أحدهما أن يخرج الوالى مال السبق فيجوز كجوازه في الخيل. والثاني: أن يخرج المتناضلان فلا يجوز حتى يدخل بينهما محلل يكون رمية كرميهما أو أرمى منهما، كما لا يجوز في الخيل إلا محلل يكون فرسه كفؤا لفرسيهما أو أكفأ، والثالث: أن يخرج أحد المناضلين فيجوز كما يجوز في الخيل إذا أخرج أحد المتسابقين والفصل الثالث: قوله ثم يتفرعان، يريد به أمرين (أحدهما) أن الاصل في سباق الخيل الفرس والراكب تبع. والاصل في النضال الرامي والالة تبع. لان المقصود في سباق الخيل فراهة الفرس، ولو أراد أن يبدله بغيره لم يجز، ويجوز أن يبدل الراكب بغيره. والمقصود في النضال حذق الرامي، ولو أراد أن يستبدل بغيره لم يجز،

[159]

ويجوز أن يبدل آلة بغيرها. والثاني: أن في النضال من تفرع المرمى بالمبادرة والمحاطة ما لا يتفرع في سباق الخيل. والفصل الرابع قوله: فإذا اختلفت عليهما اختلفا، يريد به أنه لما كان المقصود في سباق الخيل الفرس دون الراكب لزم تعيين الفرس ولم يلزم تعيين الراكب، ومتى مات الفرس بطل السبق، ولا يبطل بموت الراكب إن لم يكن هو العاقد. وفي بطلانه بموت العاقد قولان: (أحدهما) لا يبطل بموته إذا قيل إنه كالاجارة

(والثانى) يبطل بموته إذا قيل إنه كالجعالة. ولما كان المقصود في النضال الرامى دون الالة لزم تعيين الرامى ولم يلزم تعيين الالة، وبطل النضال إذا مات الرامى، ولم يبطل إذا انكسر القوس، فقد اختلف حكمهما كما اختلفت عللهما. والله أعلم بالصواب إذا ثبت هذا فإن الرمى لا يجوز إلا بين اثنين فأكثر، فإذا قال رجل لآخر ارم هذا السهم فإن أصبت به فلك درهم، قال أحمد وأصحابه: صح ذلك جعالة ولم يصح نضالا لانه بذل مالا له في فعل له فيه غرض صحيح ولم يكن هذا نضالا لان النضال يكون بين نفسين فأكثر على أن يرموا جميعا ويكون الجعل لبعضهم إذا كان سابقا. وإن قال: إن أصبت فلك درهم وإن أخطأت فعليك درهم لم يصح لانه قمار. وإن قال: ارم عشرة إسهم فإن كان صوابك أكثر من خطئك فلك درهم ففيه وجهان (أحدهما) أنه بذل له العوض على عمل معلوم لم يناضل فيه نفسه فجاز (والثانى) أنه لا يجوز، لانه جعل العوض في مقابلة الخطأ والصواب. وقال الماوردى: إذا قال أحدهما لصاحبه أو لغيره: ارم بسهمك هذا فإن أصبت به فلك درهم جاز واستحق الدرهم إن أصاب. ولجوازه علتان (إحدهما) أنه قد أجابه إلى ما سأل فالتزم له ما بذل، وهذا قول ابن أبى هريرة (والثانية) أنه تحريض في طاعة فلزم البذل عليها كالمناضلة وقال أبو إسحاق المروزي: وهذا بذل مال على عمل وليس بنضال، لان النضال لا يكون الا بين اثنين فأكثر.

[160]

وقال الشافعي رضى الله عنه، ولو قال له: ارم عشرة أرشاق، فإن كان صوابك أكثر فلك كذا لم يجر أن يناضل نفسه. وقد اختلف أصحابنا في صورة هذه المسألة على وجهين. (أحدهما) أن المزني حذف منها ما قد ذكره الشافعي في كتاب الام فقال فيه، ولو قال له: ناضل نفسك وارم عشرة أرشاق، فإن كان صوابك أكثر من خطئك فلك كذا لم يجر أن يناضل نفسه، فحذف المزني قوله: ناضل نفسك. وأورد باقى كلامه وحكمه على هذه الصورة باطل باتفاق أصحابنا واختلفوا في تعليقه فقال أبو إسحاق، وهو الظاهر من تعليل الشافعي: انه جعله مناظلا لنفسه، والنضال لا يكون الا بين اثنين فأكثر فاستحال نضال نفسه فبطل. وقال آخرون: بل علة بطلانه أنه ناضل على خطئه لصوابه بقوله: ان كان صوابك أكثر من خطئك والخطأ لا يناضل عليه ولا به والوجه الثاني: ان المسألة مصورة على ما أورده المزني ههنا ولم يذكر فيه نضال نفسه وقال له: ارم عشرة أرشاق، فعلى هذا يكون في صحته وجهان من اختلاف العلتين: (أحدهما) انه صحيح ويستحق ما جعل له التعليل الاول، لانه بذل مال على عمل لم يناضل فيه نفسه. والوجه الثاني: أنه باطل للتعليل الثاني أنه مناضل على خطئه وصوابه ويتفرع على هاتين المسألتين ثالثة، واختلف فيها أصحابنا بأبيها تلحق؟ على وجهين، وهو أن يقول: ناضل وارم عشرة أرشاق، فإن كان صوابك أكثر فلك كذا فيوافق المسألة الاولى في قوله ناضل، وتوافق المسألة الثانية في حذف قوله: ناضل نفسك، وأحد الوجهين وهو قول أبى اسحاق المروزي أنها في حكم المسألة الاولى في البطلان لاجل قوله: ناضل، والنضال لا يكون الا بين اثنين فصار كقوله: ناضل نفسك، والوجه الثاني أنها في حكم المسألة الثانية في حمل صحته على وجهين من اختلاف العلتين إذا سقط قوله: نفسك، صار قوله ناضل، يعنى ارم على نضال، والنضال المال، فصار كالاتداء بقوله: ارم عشرة أرشاق. والله أعلم

قال المصنف رحمه الله: (فصل) ولا يجوز إخراج السبق إلا على ما ذكرناه في المسابقة من إخراج العوض منهما أو من غيرهما، وفي دخول المحلل بينهما. (فصل) ولا يصح حتى يتعين المتراميان، لأن المقصود معرفة حذقهما، ولا يعلم ذلك إلا بالتعيين، فإن كان أحدهما كثير الإصابة والآخر كثير الخطأ، ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز لأن نضل أحدهما معلوم فيكون الناضل منهما كالأخذ للمال من غير نضال وذلك من أكل المال بالباطل (والثاني) لا يجوز لأن أخذ المال منه يبعثه على معاطاة الرمي والحذق فيه. (فصل) ولا يصح إلا على التين متجانستين فإن عقد على جنسين بأن يرمى أحدهما بالنشاب والآخر بالحراش لم يجز، لأنه لا يعلم فضل أحدهما على الآخر في واحد من الجنسين، وإن عقد على نوعين من جنس بأن يرمى أحدهما بالنبل والآخر بالنشاب أو يرمى أحدهما على قوس عربي والآخر على قوس فارسي جاز، لأن النوعين من جنس واحد يتقaban، فيعرف به حذقهما، فإن أطلق العقد في موضع العرف فيه نوع واحد حمل العقد عليه، وإن لم يكن فيه عرف لم يصح حتى يبين، لأن الأغراض تختلف باختلاف النوعين، فوجب بيانه، وإن عقد على نوع فأراد أن ينتقل إلى نوع آخر لم تلزم الاجابة إليه، لأن الأغراض تختلف باختلاف الأنواع، فإن من الناس من يرمى بأحد النوعين أجود من رمية بالنوع الآخر، وإن عقد على قوس بعينها فأراد أن ينتقل إلى غيرها من نوعها جاز، لأن الأغراض لا تختلف باختلاف الأعيان، فإن شرط على أنه لا يبدل فهو على الأوجه الثلاثة فيمن استأجر ظهرا ليركبه على أن لا يركبه مثله وقد بناها في كتاب الإجارة. (فصل) ولا يجوز إلا على رشق معلوم وهو العدد الذي يرمى به لأنه إذا لم يعرف منتهى العدد لم يبين الفضل. ولم يظهر السبق. (فصل) ولا يجوز إلا على إصابة عدد معلوم، لأنه لا يبين الفضل

إلا بذلك فإن شرط إصابة عشرة من عشرة أو تسعة من عشرة ففيه وجهان. أحدهما. يصح لأنه قد يصيب ذلك فصيح العقد كما لو شرط إصابة ثمانية من عشرة والثاني لا يصح لأن إصابة ذلك تندر وتتعدر فيبطل المقصود بالعقد. (الشرح) ذكرنا فيما مضى من أحكام المسابقة أنه لا يجوز إخراج السبق إلا على ما تراضيا عليه، وكما يقول الامام الشافعي رضي الله عنه: ويخرج كل واحد منهما ما تراضيا عليه ويتواضعانه على يدى رجل يثقان به أو يعينانه، ولصحة العقد بينهما مع دخول المحلل أربعة شروط. (أحدهما) أن يكون العوض معلوما اما معينا أو موصوفا، فإن كان مجهولا لم يصح، لأن الأعواض في العقود لا تصح الا معلومة. (والشرط الثاني) أن يتساويا في جنسه ونوعه وقدره فإن تفاضلا أو اختلفا لم يصح، لأنهما لما تساويا في العقد وجب أن يتساويا في بذله. (والشرط الثالث) تعيين الفرس في السباق. والرابع أن يكون مدى سبقهما معلوما اما بالابتداء والانتهاء كالأجارة المعينه، واما مدروعا بذراع مشهور كالأجارة المضمونه. فإذا صح العقد بينهما على الشروط المعتمدة وفي المحلل الداخل بينهما لم يخل حالهما في مال السبق من ثلاثة أحوال. أحدهما: أن يتفقا على تركه في أيديهما ويثق كل واحد منهما بصاحبه فيحملان على ذلك ولا يلزم إخراج مال السبق من أحدهما إلا بعد أن يصير مسبوفا فيؤخذ باستحقاقه، والحالة الثانية: أن يتفقا على أمين فيؤخذ مال السبق منهما وبوضع على

يده ويعزل مال كل واحد منهما على حدته، فإن سبق أحدهما سلم إليه ماله ومال المسبوق، فإن سبق المحلل سلم إليه مال السبقين ولم يكن للأمين أجره على السابق ولا على المسبوق إلا عن شرط، فإن كانت له أجره في عرف المتسابقين ففي حمله على عرفهم فيه مع عدم الشرط وجهان من اختلافهم فيمن استعمل خياطا فعمل بغير شرط هل يستحق أجره مثله هل يستحق أجره مثله أم لا؟ على وجهين. (أحدهما) أن الأمين يستحق أجره مثله إذا حكم للصانع بالاجرة، ويكون

[163]

على المستبقين لا يختص بها السابق منهما لأنها أجره على حفظ المالكين، والثاني أنه لا أجره له وإن جرى العرف إلا أن يحكم للصانع بالاجرة، والحال الثالثة أن يختلفا على الأمين فيخرج الحاكم لهما أمينا يقطع تنازعهما. إذا ثبت هذا فقد قال الشافعي رضي الله عنه: ولا يجوز السبق إلا معلوما، كما يجوز في البيع. قال الماوردي: وهذا صحيح، يريد بالسبق المال المخرج في العقد فلا يصح معه العقد حتى يكون معلوما من وجهين إما بالتعيين كاستباقهما على عين مشاهد، وإما بالصفة كاستباقهما على مال في الذمة، لأنه من عقود المعاوضات كالبيع والاجارة، فإن تسابقا على ما يتفقان عليه أو على ما يحكم به زيد كان باطلا للجهاالة به عند العقد. ولو تسابقا وتناضلا على مثل ما يسابق أو يناضل به زيد وعمرو، فإن كان ذلك بعد علمهما بقدره صح، وإن كان قبل علمهما بقدره بطل، ولو كان لاحدهما في ذمة الآخر قفيز من حنطة فتناضلا عليه، فإن كان القفيز مستحقا من سلم لم يصح، لأن المعاوضة على السلم قبل قبضه لا تصح، وإن كان عن غصبه صح، لأن المعاوضة عليه قبل قبضه تصح. وإن كان من قرض فعلى وجهين من الوجهين في صحة المعاوضة عليه قبل قبضه ولو تناضلا على دينار إلا دانقا صح، ولو تناضلا على دينار إلا درهما لم يصح لأنه يكون بالاستثناء من جنسه معلوما وبالاتثناء من غير جنسه مجهولا، ولو تناضلا على دينار معجل وقفيز حنطه مؤجل صح، لأنه على عوضين: حال ومؤجل، ولو تناضلا على أن يأخذ الناضل دينارا ويعطى درهما لم يجز، لأن الناضل من شرطه أن يأخذ ولا يعطى. ولو تناضلا على دينار بذله أحدهما، فإن نضل دفعه وإن شرط لم يرم أبدا أو شهرا كان العقد فاسدا لأنه قد شرط فيه الامتناع وهو مندوب إليه فبطل، وإذا تناضلا وقد فسد العقد بما ذكرنا فنضل أحدهما، فإن كان الناضل بادل المال فلا شيء على المنضول، وإن كان الناضل غير البادل ففي استحقاقه لاجرة مثله على البادل وجهان على ما مضى.

[164]

قال الشافعي رضي الله عنه: وإذا سبق أحد الرجلين الآخر على أن يجعل بينهما قرعا معروفا خواسق أو حوابي فهو جائز. أه قلت: نعلم من اقوال الامام الشافعي رضي الله عنه أن عقد الرمي معتبر بشروط. أحدهما أن يكون الراميان متعينين، لأن العقد عليهما، والمقصود به حذفهما، فإن لم يتعينا بطل العقد، سواء وصفا أو لم يوصفا، كما لو أطلق في السبق الفرسان، فإن لم يتعينا كان باطلا، ولا يلزم تعيين الآلة، ولكل واحد منهما

ان يرمى عن أي قوس شاء، وبأى سهم أحب، فان عينت الآلة لم يتعين وبطلت في التعين. ولو قيل: ويرمى عن هذين القوسين لم يؤثر في العقد وجاز لهما الرمي عنها ولغيرهما، وان قيل: على ان لا يرمى الا عن هذين القوسين كان فاسداً لانه على الوجه الاول صفة وعلى الوجه الثاني شرط. أما قوله (ولا يصح الا على التين متجانستين) فقد قال الشافعي رضى الله عنه: ولا يصلح ان يمنع الرجل ان يرمى بأى نبل أو قوس شاء إذا كانت من صنف القوس التى سابق عليها. قلت: وأنواع القسى تختلف باختلاف أنواع الناس فللعرب قسى وسهام وللعجم قسى وسهام، وقيل إن أول من صنع القسى العربية ابراهيم الخليل عليه السلام، وأول من صنع الفارسية النمرود. وكان النبي صلى الله عليه وسلم يحب القوس العربية ويأمر بها ويكره الفارسية وينهى عنها، ورأى رجلاً يحمل قوساً فارسية فقال: ملعون حاملها عليكم بالقسى العربية وسهامها، فانه سيفتح عليكم بها. قال الماوردي: وليس هذا منه محمولاً على الحظر المانع، وفى تأويله ثلاثة أوجه (أحدها) ليحفظ به آثار العرب، ولا يعدل الناس عنها رغبة فى غيرها، فعلى هذا يكون الندب إلى تفضيل القوس العربية باقياً. والوجه الثاني: انه أمر بها لتكون شعار المسلمين حتى لا ينتشبهوا بأهل الحرب من المشركين فيقتلوا، فعلى هذا يكون الندب إلى تفضيلها مرتفعاً لانه قد فشيت فى عامة المسلمين. (والثالث) ما قاله عطاء انه لعن من قاتل المسلمين بها. فعلى هذا لا يكون

[165]

وذلك ندباً إلى تفضيل العربية عليها، ويكون نهياً عن قتال المسلمين بها وبغيرها. وخصها باللعن لانه كانت انكى فى المسلمين من غيرها، وقد روى عنها الصحابة والتابعون فى قتال المشركين، وان كان الاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم فى قوسه لمن قوى رمية عنها أحب البنا. فان كان بالفارسية أرمى كانت به أولى، ويكون الندب منهما إلى ما هو به أرمى. اه فإذا تقرر ذلك فلا يخلو حال المتناضلين فى عقد نضالهما من خمسة أحوال: أحدها أن يشترطاً فيه الرمي عن القوس العربية، فعليهما أن يتناضلا بالعربية، وليس لاحدهما العدول عنها لاجل الشرط، فان تراضيا مع العدول إلى الفارسية جاز (الثانية) أن يشترطاً فيه الرمي عن القوس الفارسية فعليهما ان يتناضلا بها وليس لاحدهما العدول إلى العربية، فان تراضيا بالعدول جاز (الثالثة) أن يشترطاً أن يرمى أحدهما عن القوس العربية ويرمى الآخر عن القوس الفارسية فهذا جائز. وان اختلفت قوساهما، لان مقصود الرمي حذق الرامى والآلة تبع. (الرابعة) أن يشترطاً ان يرمى كل واحد منهما عما شاء من قوس عربية أو فارسية، فيجوز لكل واحد ان يرمى عن أي القوسين شاء قبل الشروع فى الرمي وبعده. فان أراد أحدهما منع صاحبه من خياره لم يجز، سواء تماثلا فيها أو اختلفا (الخامسة) أن يطلقا العقد من غير شرط، فان كان للرماء عرف فى احد القوسين حمل عليه، وجرى العرف فى العقد المطلق مجرى الشرط فى العقد المقيد. وان لم يكن للرماء فيه عرف معهود فهما بالخيار فيما اتفقا عليه من أحد القوسين إذا كانا فيها متساويين، لان مطلق العقد يوجب التكافؤ، وان اختلفا لم يفرع بينهما لانه أصل فى العقد، وقيل لهما ان اتفقتما والا فسخ العقد بينكما. والشرط الثالث: أن يكون عدد الاصابة من الرشق معلوما ليعرف به الفاضل عن المفضول، وأكثر ما يجوز ان تشترط فيه ما نقص من عدد الرشق المشروط بشئ وان قل ليكون متلافياً للخطأ الذى يتعذر ان يسلم منه المتناضلان، فقد كان معروفا عندهم ان أحذق

الرماة من يصيب ثمانية من العشرة، فان شرط اصابة الجميع من الجميع بطل لتعذره غالبا، وان شرطا إصابة ثمانية من العشرة جاز

[166]

فان شرطا إصابة تسعة من العشرة ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لبقاء سهم الخطأ والوجه الثاني لا يجوز لان اصابتها نادرة. فأما أقل ما يشترط في الاصابة فهو ما يحصل فيه القاصر. وهو ما زاد على الواحد. وقد نص الشافعي رضى الله عنه على بطلان اشتراط إصابة تسعة من عشرة. واختلف أصحابنا في تأويل هذا على وجهين (أحدهما) تأويلها أن يشترطا إصابة تسعة من عشرة فيبطل على ما ذكرناه من أحد الوجهين (والثاني) تأويلها أن يشترطا أن يكون الرشق عشرة والاصابة محتسبة من تسعة دون العاشر فيبطل وجهها واحدا لاستحقاق الاصابة من جميع الرشق به، فان أغفلا عدد الاصابة وعقداه على أن يكون الناضل منهما أكثرهما إصابة ففيه وجهان (أحدهما) من التعليلين في اشتراط فعله في سباق الخيل إذا عقداه إلى غير غاية ليكون السابق من تقدم في أي غاية كانت، وهو باطل في الخيل لعلتين (إحدهما) ان من الخيل من يقوى جريه في ابتدائه ويضعف في انتهائه، ومنها ما هو بضده، فعلى هذا يكون النضال على كثرة الاصابة باطلا، لان من الرماة من تكثر إصابته في الابتداء وتقل في الانتهاء ومنهم من هو بضده. والتعليل الثاني: ان اجراء الخيل إلى غير غاية مفض إلى انقطاعها، فعلى هذا يجوز النضال على كثرة الاصابة لانه مفض إلى انقطاع الرماة. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ولا يجوز الا ان يكون مدى الغرض معلوما، لان الاصابة تختلف بالقرب والبعد، فوجب العلم به، فان كان في الموضع غرض معلوم المدى فاطلق العقد جاز وحمل عليه، كما يجوز ان يطلق الثمن في البيع في موضع فيه نقد واحد وان لم يكن فيه غرض معلوم المدى لم يجز العقد حتى يبين، فان أطلق العقد بطل كما يبطل البيع بثمن مطلق في موضع لا نقد فيه، ويجوز ان يكون مدى الغرض قدرا يصيب مثلهما في مثله في العادة، ولا يجوز ان يكون قدرا لا يصيب مثلهما في مثله، وفيما يصيب مثلهما في مثله نادرا وجهان: (أحدهما) يجوز لانه قد يصيب مثلهما في مثله، فإذا عقدا عليه بعثهما العقد

[167]

على الاجتهاد في الاصابة (والثاني) لا يجوز لان اصابتهما في مثله تندر فلا يحصل المقصود، وقدّر أصحابنا ما يصاب منه بمائتين وخمسين ذراعا، وما لا يصاب بما زاد على ثلثمائة وخمسين ذراعا، وفيما بينهما وجهان، فإن تراميا على غير غرض على أن يكون السبق لبعدهما رميا ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لانه يمتحن به قوة الساعد، ويستعان به على قتال من بعد من العدو (والثاني) لا يجوز لان الذى يقصد بالرمي هو الاصابة، فأما الابعاد فليس بمقصود فلم يجر أخذ العوض عليه. (فصل) ويجب أن يكون الغرض معلوما في نفسه فيعرف طوله وعرضه وقدر انخفاضه وارتفاعه من الارض، لان الاصابة تختلف باختلافه، فان كان العقد في موضع فيه غرض معروف فاطلق العقد حمل عليه كما يحمل البيع بثمن مطلق في موضع فيه نقد متعارف على نقد البلد، وان لم يكن فيه غرض وجب بيانه،

والمستحب أن يكون الرمي بين غرضين، لما روى عبد الدائم بن دينار قال: بلغني أن ما بين الهدفين روضة من رياض الجنة. وعن عقيه بن عامر أنه كان يرمى بين غرضين بينهما أربعمائة. وعن ابن عمر أنه كان يختفى بين الغرضين وعن أنس أنه كان يرمى بين الهدفين، ولأن ذلك أقطع للتنافر وأقل للتعيب (الشرح) خبر: ما بين الهدفين الخ سبق أن سقناه في الحث على الرمي نقلا عن المصنف وغيره من الفقهاء، كابن قدامة في المغنى، وقد أعضله ولم يوضح، وأبناء دينار ثلاثة: عبد الله. ومالك. وعمرو، وليس فيهم من اسمه عبد الدائم، بل ليس في رواية السنة من اسمه عبد الدائم فضلا عن أن يكون ابن دينار وذكر الماوردي في الحاوي الخبر مرفوعا إلى النبي صلى الله عليه وسلم من طريق ابن دينار مبهما، والخبر ساقه صاحب الترغيب والترهيب في الترغيب في الرمي. وقد أخرجه صاحب مسند الفردوس من طريق ابن أبي الدنيا بإسناده عن مكحول عن أبي هريرة يرفعه (تعلموا الرمي فإن ما بين الهدفين روضة من رياض الجنة) وفي إسناده ضعف وانقطاع.

[168]

أما خبر عقيه بن عامر فهو ثابت من سيرته أنه لم يثبت عن أحد غيره الرمي إلى أربعمائة ذراع وهو أحد ولاية مصر بعد عمرو وتوفى في آخر خلافة معاوية روى عنه من الصحابة جابر وابن عباس وأبو أمامة ومسلمة بن مخلد ورواته من التابعين لا يحصون، وقد غلط ابن الخياط عندما قال: إنه قتل شهيدا في معركة النهروان، ومعركة النهروان كانت سنة ثمان وثلاثين وقد كان بعد ذلك واليا على مصر بعد سنة خمسين: أما الأحكام: فإن الشرط الرابع من شروط الرمي أن تكون المسافة بين موقف الرامي والهدف معلومة، لأن الإصابة تكثر مع قرب المسافة وتقل مع بعدها فلزم العلم بها وأبعد ما في العرف ثلاثمائة ذراع، وأقلها ما يحتمل أن يصاب وأن لا يصاب، فإن أغفلا مسافة الرمي فلها ثلاثة أحوال. (إحداها) أن لا يكون للرمية هدف منصوب ولا لهم علف معهود فيكون العقد باطلا للجهالة. (والثانية) أن يكون للرمية الحاضرين هدف منصوب وللرمية فيه موقف معروف فيصح العقد ويكون متوجها إلى الهدف الحاضر من الموقف المشاهد، والرمية يسمون موقف الوجه. (والثالثة) أن لا يكون لهم هدف منصوب ولكن لهم عرف معهود، ففيه وجهان، أحدهما يصح العقد مع الإطلاق، ويحملان فيه على العرف المعهود كما يحمل إطلاق الاثمان على غالب النقد المعهود، والوجه الثاني: أن العقد باطل، لأن حدق الرمية يختلف باختلاف لاجله حكم الهدف فلم يصح حتى يوصف. (والشرط الخامس) الذي تضمنه هذان الفصلان من كلام المصنف أن يكون الغرض أو الهدف معلوما لأنه المقصود بالإصابة، أما الهدف فهو تراب يجمعونه أو حائط بيت، وقد قيل من صنف فقد استهدف لأنه يرمى بالاقابل من الحاسدين والناقضين وأما الغرض فهو جلد أو شن بال ينصب في الهدف ويختص بالإصابة وربما جعل في الغرض دائرة كالهلال تختص بالإصابة ممن يحمله الغرض وهي الغاية في المقصود من حدق الرمية، وإذا كان كذلك فالعلم بالغرض يكون من ثلاثة أوجه.

[169]

أحدها: موضعه من الهدف في ارتفاعه وانخفاضه لان الاصابة في المنخفض أكثر منها في المرتفع. والثاني: قدر الغرض في ضيقه وسعته، لان الاصابة في الواسع أكثر منها في الضيق، وأوسع الاغراض في عرف الرماة ذراع وأقله أربع أصابع. والثالث قدر الدارة من الغرض إن شرطت الاصابة فيها. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ويجب أن يكون موضع الاصابة معلوماً، وأن الرمي إلى الهدف وهو التراب الذي يجمع أو الحائط الذي يبنى أو إلى الغرض، وهو الذي ينصب في الهدف، أو الشن الذي في الغرض، أو الدارة التي في الشن أو الخاتم الذي في الدارة، لان الغرض يختلف باختلافها، فإن أطلق العقد حمل على الغرض، لان العرف في الرمي إصابه الغرض فحمل العقد عليه، ويجب أن تكون صفة الرمي معلومه من القرع وهو إصابه الغرض أو الخرق وهو أن يثقب الشن أو الخسق وهو الذي ينقبه، ويثبت فيه، أو المرق وهو الذي ينقذ منه، أو الخرم وهو أن يقطع طرف الشن ويكون بعض السهم في الشن وبعضه خارجاً منه، لان الحدق لا يبين إلا بذلك، فإن أطلق العقد حمل على القرع، لانه هو المتعارف فحمل مطلق العقد عليه، فإن شرط قرع عشرة من عشرين وأن يحسب خاسق كل واحد منهما بقارعين جاز لانهما يتساويان فيه، وإن أصاب أحدهما تسعة قرعا وأصاب الآخر قارعين وأربعة خواسق فقد نضله لانه استكمل العشرة بالخواسق. (فصل) واختلف أصحابنا في بيان حكم الاصابة أنه مبادرة أو محاطه أو حواشي، فمنهم من قال: يجب بيانه، فإن أطلق العقد لم يصح، لان حكمهما يختلف وأغراض الناس فيها لا تتفق فوجب بيانه، ومنهم من قال: يصح ويحمل على المبادرة لان المتعارف في الرمي هو المبادرة، واختلفوا في بيان من يبتدئ بالرمي، فمنهم من قال: يجب فإن أطلق العقد بطل، وهو المنصوص، لان ذلك موضوع على نشاط القلب وقوة النفس، ومتى قدم أحدهما انكسر قلب الآخر

[170]

وساء رميه، فلا يحصل مقصود العقد، ومنهم من قال: يصح لان ذلك من توابع العقد ويمكن تلافيه بما تزول به التهمة من العرف أو القرعة، فإذا قلنا: إنه يصح ففي البادئ وجهان. (أحدهما) إن كان السبق من أحدهما قدم، لان له مزية بالسبق، وإن كان السبق منهما أقرع بينهما لانه لا مزية لاحدهما على الآخر. (والثاني) لا يبدأ أحدهما إلا بالقرعة لان أمر المسابقة موضوع على أن لا يفضل أحدهما على الآخر بالسبق، فإن كان الرمي بين غرضين فبدأ أحدهما من أحد الغرضين بدأ الآخر من الغرض الآخر، لانه أعدل وأسهل فان كانت البداية لاحدهما فبدأ الآخر ورمى لم يحسب له إن أصاب ولا عليه ان أخطأ لانه رمى بغير عقد فلم يعتد به، وان اختلفا في موضع الوقوف كان الامر إلى من له البداية لانه لما ثبت له السبق ثبت له اختيار المكان فإذا صار الثاني إلى الغرض الثاني صار الخيار في موضع الوقوف إليه ليستويا، وان طلب أحدهما استقبال الشمس والآخر استدبارها أوجب من طلب الاستدبار لانه أوفق للرمي. (الشرح) لغات الفصل فيها قوله: الشن وهو جلد بال ينصب في الهدف. أما الدارة فهي قطعة على شكل نصف دائرة، والقرع باسكان الرء من باب نفع يقال: قرع السهم القرطاس إذا أصابه، والقرع بفتحين السبق والندب الذي يستبق عليه. وأما الاحكام: فإن المصنف ذكر هنا الشرط وهو أن يكون محل الاصابة معلوماً، هل هو في الهدف أو في الغرض أو في الدارة، لان الاصابة في الهدف أوسع، وفي الغرض أوسط وفي الدارة أضيق، وإن أغفل ذلك كان جميع الغرض محلاً للاصابة لان ما دونه تخصيص، وما زاد

عليه فهو بالعرض مخصوص، فإن كانت الاصابة مشروطة في الهدف سقط اعتبار العرض، ولزم وصف الهدف طوله وعرضه، وإن شرطت الاصابة في العرض سقط اعتبار الهدف ولزم وصف العرض، وإن شرطت الاصابة في الدارة سقط اعتبار العرض ولزم وصف الدارة.

[171]

(فرع) والشرط السابع: أن تكون الاصابة موصوفة بقرع أو خرق أو خسق فالقارع ما أصاب العرض ولم يؤثر فيه، والخارق ما ثقب العرض ولم يثبت فيه، والخاسق ما ثبت في العرض بعد أن ثقب، ولا يحتسب بالقارع في الخرق والخسق، وتحتسب بالخارق في القرع ولا يحتسب به في الخسق، ويحتسب بالخاسق في القرع والخرق وينطلق على جميع هذه الاصابات اسم الخواصل وهو جمع خصال فإن أغفل هذا الشرط كانت الاصابة محمولة على القرع لان ما عداه زيادة. (فرع) والشرط الثامن أن يكون حكم الاصابة معلوما، هل مبادرة أو محاطة لان حكم كل واحد منهما مخالف لحكم الاخر، والمبادرة أن يبادر أحدهما إلى استكمال إصابته من أقل العددين على ما سيأتي، والمحاطة أن يحط أقل الاصابتين من أكثرهما ويكون الباقي بعدها هو العدد المشروط على ما سنشرحه، فإن أغفلا ذلك ولم يشترطاه فسد العقد إن لم يكن للرماة عرف معهود، وفي فساده إن كان لهم عرف معهود وجهان على ما تقدم. (فرع) قال الشافعي رضى الله عنه: وقد رأيت من الرماة من يقول: صاحب السبق أولى أن يبدأ وللمسبق لهما أن يبدأ أيهما شاء، ولا يجوز في القياس عندي إلا أن يتشارطا. أما اشتراط الابتداء فهو معتبر في الرمي دون السبق لانهما في السبق يتساويان في الجرى معا لا يتقدم أحدهما على الاخر، وأما الرمي فلا بد أن يبتدئ به أحدهما قبل الاخر ولا يرميان معا لاختلاط رميتهما ولما يخاف من تنافرها، فان شرطنا في العقد البادى منهما بالرمي كان أحقهما بالابتداء سواء كان المبتدئ مخرج المال أو غير مخرجه، فإن أراد بعد استحقاقه التقدم أن يتأخر لم يمنع لان التقدم حق له وليس بحق عليه، وان أغفل في العقد اشتراط البادى بالرمي فعلى العقد قولان. (أحدهما) وهو اختبار الشافعي في هذا الموضوع أن العقد باطل لان للبداية تأثيرا في قوة النفس وكثرة الاصابة فصارت مقصودة فيبطل العقد باغفالها. (والقول الثاني) أن العقد صحيح، وإن أغفلت فيه البداية، وقد حكا الشافعي عن بعض فقهاء الرماة لانه من توابع الرمي الذي يمكن تلافيه بما تزول التهمة

[172]

فيه من الرجوع إلى عرف أو قرعة، فعلى هذا إن كان مخرج المال أحدهما كان هو البادى بالرمي اعتبارا بالعرف وفيه، وجه آخر أنه يقرع بينهما، فإن كانا مخرجين للمال أقرع بينهما لتكافئتهما وهل يدخل المحلل في قرعتهما أو يتأخر عنهما على وجهين (أحدهما) يتأخر ولا يدخل في القرعة إذا قيل: إن مخرج المال يستحق التقدم (والوجه الثاني) يدخل في القرعة ولا يتأخر إذا قيل: إن مخرج المال لا يتقدم إلا بالقرعة. قال الشافعي رضى الله عنه: وقد جرت الرماة أن يكون الرامى الثاني يتقدم على الاول بخطوة أو خطوتين أو ثلاث وهذا معتبر بعرف الرماة وعادتهم فإن كانت مختلفة فيه،

بفعلونه تارة ويسقطونه أخرى سقطا اعتباره ووجب التساوى فيه، وإن كانت عادتهم جارية لا يختلفون فيها ففى لزوم اعتباره بينهما وجهان. أحدهما لا يعتبر لوجوب تكافئهما في العقد فلم يجر أن يتقدم أحدهما على الآخر بشئ لأنه يصير مصيبا بتقدمه لا لحذقه. والوجه الثاني: يعتبر ذلك فيها، لان العرف في العقود كإطلاق الاعيان، فعلى هذا إن لم يختلف عرفهم في عدد الاقدام حملا على العرف في عددها ليكون القرب بالاقدام في مقابلة قوة النفس تقدم أحدهما على الآخر بما لا يستحق لم يحتسب له بصوابه واحتسب عليه بخطئه. وقال الشافعي رضى الله عنه: وأيهما بدأ من وجه بدأ صاحبه من الآخر. قال الماوردي: عادة الرماة في الهدف مختلفة على وجهين وكلاهما جائز، فمنهم من يرمى بين هدفين متقابلين فيقف أحد الحزبين في هدف يرمى منه إلى الهدف الآخر ويقف الحزب الآخر في الهدف المقابل فيرمى إلى الهدف الآخر اهـ. (قلت) والحكمة في أن يتقدم أحدهما الآخر وأن لا يرميا سويا هو أن التساوى في الرمي مقص إلى الاختلاف في الاصابة حيث لا يعرف من المصيب منهما ومن ثم توجه ما مضى من أقوال وبهذا كله أخذ أحمد وأصحابه. فإذا تشاحا في موضع الوقوف، فإن كان ما طلبه أحدهما أولى مثل أن يكون في أحد الموقفين يستقبل الشمس أو ريحا تؤذيه باستقبالها ونحو ذلك، والآخر يستديرها قدم قول من طلب استديارها لانه العرف في الرمي والله تعالى اعلم.

[173]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ويجوز أن يرميا سهما سهما وخمسا خمسا، وإن يرمى كل واحد منهما جميع الرشق، فإن شرطا شيئا من ذلك حملا عليه، وإن أطلق العقد تراسلا سهما لان العرف فيه ما ذكرناه، وإن رمى أحدهما أكثر مما له لم يحسب له أن أصاب، ولا عليه أن أخطأ لانه رمي من غير عقد فلم يعتد به. (فصل) ولا يجوز أن يتفاضلا في عدد الرشق ولا في عدد الاصابة ولا في صفة الاصابة ولا في محل الاصابة، ولا أن يحسب قرع أحدهما خسقا ولا أن يكون في يد أحدهما من السهام أكثر مما في يد الآخر في حال الرمي، ولا أن يرمى أحدهما والشمس في وجهه لان القصد أن يعرف حدقهما، وذلك لا يعرف مع الاختلاف، لانه إذا نصل أحدهما كان النصل بما شرط لا بجودة الرمي، فإن شرط شيئا من ذلك بطل العقد، لانه في أحد القولين كالأجارة، وفي الثاني كالجعالة، والجميع يبطل بالشرط الفاسد. وهل يجب للناضل في الفاسد أجرة المثل؟ فيه وجهان أحدهما لا تجب. وهو قول ابي اسحاق لانه لا يحصل المسبوق منفعة بسبق السابق فلم تلزمه أجرته (والثاني) تجب، وهو الصحيح، لان كل عقد وجب المسمى في صحيحه وجب عوض المثل في فاسده كالبيع والاجارة (فصل) وإن شرط على السابق أن يطعم أصحابه من السبق بطل الشرط لانه شرط ينافى مقتضى العقد فيبطل، وهو يبطل العقد المنصوص انه يبطل لانه تمليك مال شرط فيه يمنع كمال التصرف، فإذا بطل الشرط بطل العقد، كما لو باعه سلعة بالف على أن يتصدق بها. وقال أبو إسحاق: يحتمل قولا آخر لا يبطل، كما قال فيمن أصدق امرأته الفين على أن تعطى أباه ألفا أن الشرط باطل، ويصح الصداق، فإذا قلنا بالمنصوص سقط المستحق، وهل يرجع الساق بأجرة المثل؟ على الوجهين. (الشرح) إذا شرطا في العقد شرطا حملا فيه على موجب الشرط وأن خالف العرف لان الشرط أحق من العرف، فإن شرطا أن يرميا سهما وسهما أو شرطا

أن يرمي خمسا وخمسا، أو شرطا أن يواصل كل واحد منهما رمي جميع رشقه رمي كل واحد منهما عدد ما أوجب الشرط، فإن زاد عليه لم يحسب به مصيبا ولا مخطئا لخروجه عن موجب العقد، وإن اغفل ولم يشترط في العقد لم يبطل العقد باعفاله لامكان التكافؤ فيه واعتبر فيها عرف الرماة لانه يجرى بعد الشرط مجرى الشرط، فإن كان عرف الرماة جاريا بأحد الثلاثة المجوزة من الشرط صار كالمستحق بالشرط، وإن لم يكن للرماة عرف لاختلافه بينهم رميا سهما وسهما، ولم يزد كل واحد منهما على سهم واحد حتى يستنفدا جميع الرشق. لان قرب المعاودة إلى الرمي احفظ لحسن الصنيع، فإن رمى أحدهما أكثر من سهم فإن كان قبل استقرار هذا الترتيب كان محتسبا به مصيبا ومخطئا، وإن كان بعد استقراره لم يحتسب به مصيبا ولا مخطئا، لانه قبل الاستقرار يجوز وبعد الاستقرار ممنوع. وهذا الذي ذكرناه هو الشرط التاسع من شروط الرمي. قال في الحاوي الكبير: يذكر المبتدئ منهما بالرمي وكيفية الرمي هل يتراميان سهما وسهما أو خمسا وخمسا ليزول التنازع ويعمل كل واحد منهما على شرطه، فإن اغفل ذكر المبتدئ منهما بالرمي ففي العقد قولان (أحدهما) انه باطل (والثاني) جائز وفي المبتدئ وجهان (أحدهما) مخرج المال (والثاني) من فرع، وإن اغفل عددا يرميه كل واحد منهما في يديه فالعقد صحيح ويحملان على عرف الرماة إن لم يختلف، فإن اختلف عرفهم رميا سهما وسهما. قلت: وقد مضى ذكر الشرط العاشر، وهو المال المخرج في النضال ويسمى الحظر ويجب ذكره، فإن كان مجهلا ففي استحقاقه لأجرة مثله إذا نضل وجهان (فرع) ولا يجوز أن يتناضلا على أن تكون إصابة أحدهما قرعا وإصابة الآخر خسقا، لان المقصود بالعقد معرفة احدهما بالرمي، كما لا يجوز أن يتفاضلا على أن تكون إصابة أحدهما خمسة من عشرين وإصابة الآخر عشرة من عشرين لما فيه من التفاضل الذي لا يعلم به الا حذق قال الشافعي رضى الله عنه: وهو متطوع باطعامه إياه، وما نضله فله أن يحرزه ويتموله ويمنعه منه ومن غيره، وهو عندي كرجل كان له على رجل دينار

فاسلفه الدينار ورده عليه أو أطعمه به فعليه دينار كما هو، وقال أيضا: ومستحق سبقه يكون ملكا له يكون لقضائه عليه كالدين يلزمه إن شاء أطعم أصحابه، وإن شاء تموله. قلت: وهذا صحيح إذا نضل الرامي ملك مال النضال وكذلك في السبق وصار كسائر أمواله، فإن كان عينا استحق أخذها، وإن كان دينا استوجب قبضه ولم يلزمه أن يطعم أصحابه، من أهل النضال والسباق. وحكى الشافعي عن بعض فقهاء الرماة إن عليه أن يطعم أصحابه ولا يجوز أن يملكه، وهذا فاسد، لانه لا يخلو اما إن يكون كمال الاجارة أو مال الجعالة لان عقده متردد بين هذين العقدين، والعوض في كل واحد منهما مستحق يملكه مستحقه ولا يلزمه مشاركة غيره فبطل ما قاله المخالف فيه، فعلى هذا إن مطلق به المنضول قضى به الحاكم عليه وحسبه فيه وباع عليه ملكه. وإن مات أو أفلس ضرب به مع غرمانه ويقدم به على ورثته. وقال الشافعي رضى الله عنه: ولو شرط أن يطعم السبق أصحابه كان فاسدا. وقد ذكرنا إن مال السبق يملكه الناضل ولا يلزمه أن يطعم أصحابه، فإن شرط عليه في العقد أن يطعم أصحابه ولا يملكه كان

الشرط فاسداً، لانه ينافى موجب العقد، وفي فساد العقد وجهان (أحدهما) وهو الظاهر من المذهب ان العقد يفسد بفساد الشرط كالبيع. والوجه الثاني: وهو قول أبي اسحاق المروزي، وبه قال أبو حنيفة ان العقد صحيح لا يفسد بفساد هذا الشرط، لان نفعه لا يعود على مشترطه، وكان وجوده كعدمه قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإذا تناضلا لم يخل أما أن يكون الرمي مبادرة أو محاطة أو حوابي فإن كان مبادرة، وهو ان يعقد على اصابة عدد من الرشق وان من بدر منهما إلى ذلك مع تساويهما في الرمي كان ناضلاً، فإن كان العقد على اصابة عشرة من ثلاثين نظرت - فإن أصاب أحدهما عشرة من عشرين، وأصاب الآخر تسعة

[176]

من عشرين، فالاول ناضل لانه بادر إلى عدد الاصابة، وان أصاب كل واحد منهما عشرة من عشرين لم ينضل واحد منهما ويسقط رمي الباقي، لان الزيادة على عدد الاصابة غير معتد بها، وان أصاب الاول تسعة من عشرين وأصاب الآخر خمسة من عشرين فالنضال بحاله، لانه لم يستوف واحد منهما عدد الاصابة فيرميان، فان رمى الاول سهما وأصاب فقد فلع ويسقط رمي الباقي، وان رمى الاول خمسة فأخطأ في جميعها ورمى الثاني فأصاب في جميعها، فان الناضل هو الثاني ويسقط رمي ما بقى من الرشق، لان الاول أصاب تسعة من خمسة وعشرين. وأصاب الثاني عشرة من خمسة وعشرين. وان أصاب الاول تسعة من تسعة عشر وأصاب الآخر ثمانية من تسعة عشر فرمي البادئ سهما فأصاب فقد نضل، ولا يرمى الثاني ما بقى من رشفه لانه لا يستفيد به نضلاً ولا مساواة، لان الباقي من رشفه سهم وعليه إصابة سهمين، فإن أصاب كل واحد منهما تسعة من عشرة ثم رمى البادئ فأصاب جاز للثاني أن يرمى، لانه ربما يصيب فيساويه. (فصل) وان كان الرمي محاطة وهو ان يعقد على اصابة عدد من الرشق وان يتحاطا ما استويا فيه من عدد الاصابة ويفضل لاحدهما عدد الاصابة فيكون ناضلاً نظرت، فان كان العقد على اصابة خمسة من عشرين فأصاب كل واحد منهما خمسة من عشرة لم ينضل أحدهما الآخر، لانه لم يفضل هل عدد من الاصابة ويرميان ما تبقى من الرشق، لانه يرجو كل واحد منهما أن ينضل، فان فضل لاحدهما بعد تساويهما في الرمي واسقاط ما استويا فيه عدد الاصابة لم يخل - أما أن يكون قبل إكمال الرشق أو بعده - فان كان بعد إكمال الرشق بان رمى أحدهما عشرين وأصابها، ورمى الآخر فأصاب خمسة عشر، فالاول هو الناضل، لانه يفضل هل بعد المحاطة فيما استويا فيه عدد الاصابة، وان كان قبل كمال الرشق وطالب صاحب الاقل صاحب الاكثر برمي باقي الرشق نظرت، فان لم يكن له فائدة مثل أن يرمى الاول خمسة عشر وأصابها، ورمى الثاني خمسة عشر فأصاب خمسة، لم يكن له مطالبتة لان أكثر ما يمكن أن يصيب فيما بقى له وهو خمسة، ويبقى للاول خمسة فينضله، بها، وان كان له فيه فائدة بأن يرجو

[177]

أن ينضل بأن يرمى أحدهما أحد عشر فيصيب ستة ويرمى الآخر عشرة. فيصيب واحدا، ثم يرمى صاحب الستة فيخطئ فيما بقي له من الرشق. ويرمى صاحب الواحد فيصيب في جميع ما بقي له فينضله بخمسة أو يساويه بأن يرمى أحدهما خمسة عشر. فيصيب منها عشرة ويرمى الآخر خمسة عشر فيصيب منها خمسة. ثم يرمى صاحب العشرة فيخطئ في الجميع ويرمى صاحب الخمسة فيصيب فيساويه أو يقلل اصابته بأن يصيب أحدهما أحد عشر من خمسة عشر ويصيب الآخر سهمين من خمسة عشر ثم يرمى صاحب الاحد ما بقي له من رشفه فيخطئ في الجميع ويرمى صاحب السهمين فيصيب في الجميع فيصير له سبعة ويبقى لصاحبه أربعة. فهل لافلها إصابة مطالبة الآخر باكمال الرشق ؟ فيه وجهان (أحدهما) ليس له مطالبته لانه بدر إلى الاصابة مع تساويهما في الرمي بعد المحاطة فحكم له بالسبق (والثاني) له مطالبته لان مقتضى المحاطة إسقاط ما استويا فيه من الرشق. وقد بقي من الرشق بعضه (فصل) وإن كان العقد على حوايي وهو أن يشترطا إصابة عدد من الرشق عليه أن يسقط ما قرب من إصابة أحدهما ما بعد من إصابة الآخر: فمن فضل له بعد ذلك مما اشترطا عليه من العدد كان له السبق. فان رمى أحدهما فأصاب من الهدف موضعا بينه وبين الغرض قدر شبر حسب له، فان رمى الآخر فأصاب موضعا بينه وبين الغرض قدر أصبع حسب له وأسقط ما رماه الاول فإن عاد الاول ورمى فأصاب الغرض أسقط ما رماه صاحبه. وان أصاب أحدهما الشن وأصاب الآخر العظم الذي في الشن فقد قال الشافعي رحمه الله: من الرماة من قال: انه تسقط الاصابة من العظم ما كان أبعد منه. قال الشافعي رحمه الله: وعندني أنهما سواء. لان الغرض كله موضع الاصابة فان استوفيا الرشق ولم يفضل أحدهما صاحبه بالعدد الذي اشترطاه فقد تكافأ وان فضل أحدهما صاحبه بالعدد أخذ السبق. وحكي عن بعض الرماة أنهما إذا أصابا أعلى الغرض لم يتقايسا. قال والقياس أن يتقايسا لان أحدهما أقرب إلى الغرض من الآخر فأسقط الاقرب الالبعد. كما لو أصابا أسفل الغرض أو جنبه.

[178]

(الشرح) أما غريب هذه الفصول فقد مضى شرح المبادرة والمحاطة والحوابي أما قوله: فلج من الفلوج وبابه خرج فيقال: فلج فلوجا أي طفر بما يريد، وقوله: نضل أن فاز عليه بالمرامة أما الاحكام فقد قال الشافعي رضى الله عنه: وإن كان رميها مبادرة فبلغ تسعة عشر من عشرين رمى صاحبه بالسهم الذي يراسله ثم رمى الثاني فإن أصاب يسهمه ذلك فلج عليه، وإن لم يرم الآخر بالسهم، لان المبادرة أن يفوت أحدهما الآخر وليس كالمماثلة. قال المزني: وهذا عندي غلط لا ينضله حتى يرمى صاحبه بمثله، قد ذكرنا أن الرمي ضربان محاطة ومبادرة فالمبادرة صورتها أن يتناضلا على إصابة عشرة من ثلاثين مبادرة فيكون الرشق ثلاثين سهما والاصابة المشروطة منها عشرة أسهم فأيهما بدر إلى إصابتها من أقل العددين فيه نضل وسقط رمى الرشق، وان تكافئا في الاصابة من عدد متساو سقط رمى الثاني وليس منهما فاضل. وبيانه أن يصيب أحدهما عشرة من عشرين وقد رماها الثاني فنقص منها، ولا يرميان بقية الرشق لحصول النضل، فلو أصاب كل واحد منهما عشرة من عشرين لم يكن منهما ناضل ولا منضول وسقط رمى الباقي من الرشق، لان زيادة الاصابة فيه غير مفيدة لنضل. ولو أصاب أحدهما خمسة من عشرين وأصاب الآخر تسعة من عشرين فالنضال بحاله، لان عدد الاصابة لم يستوف، فيرميان من بقية

الرشق ما يكمل به اصابة أحدهما عشرة، فإن رمى الاول سهما فأصاب فقد فلق على الثاني ونضل وسقط رمى الثاني، ولو رمى الاول خمسة فأخطأ في جميعها ورمى الثاني خمسة فأصاب في جميعها صار الثاني ناضلا وسقط رمى الثاني من الرشق، لان الاول أصاب تسعة من خمسة وعشرين وأصاب الثاني عشرة من خمسة وعشرين ثم على هذا الاعتبار. فأما مسألة الكتاب فصورتها أن يتناضلا على اصابة عشرة من ثلاثين مبادرة فيصيب البادئ منهما تسعة من تسعة عشر ويصيب الاخر ثمانية من تسعة عشر

[179]

ثم يرمى البادئ منهما سهما آخر يستكمل به العشرين فيصيب فيصير به ناضلا، ويمنع الاخر من رمى السهم الاخر الذي رماه الثاني لانه لا يستفيد به نضالا ولا مساواة، لان الثاني له من العشرين سهم واحد وعليه إصابتان. ولو رمى فأصابه بقيت عليه اصابة يكون بها منضولا فلم يكن لرميه معنى يستحقه بالعقد. فلذلك منع منه. ولو كان كل واحد منهما قد أصاب تسعة من تسعة عشر ثم رمى المبادى وأصاب كان للمبدأ أن يرمى بجواز أن يصيب فيكافئ فأما المزني فظن أن الشافعي منع المبدأ أن يرمى بالسهم الباقي في هذه المسألة فتكلم عليه وليس كما ظن بل أراد منعه في المسألة المتقدمة للتعليل المذكور. (فرع) قال الشافعي رضي الله عنه: وإن اشترطا محاطة فكل ما أصاب أحدهما وأصاب الاخر مثله أسقطا العددين ولا شئ لواحد منهما ويستأنفان. وإن أصاب أقل من صاحبه حط مثله حتى يخلص له ذلك العدد الذي شرطه فينضله به. قد ذكرنا أن النضال على ضربين محاطة ومبادرة. فبدأ الشافعي رضي الله عنه بذكر المحاطة في الام وإن جعلها المصنف هنا بعد المبادرة، لان الغالب من النضال في زمانه كان محاطة والغالب في بلد الشيخ أبى إسحاق كان المبادرة، وقد قيل إن الشافعي كان راميا يصيب من العشرة ثمانية في الغالب، وهى عادة حذاق الرماة فإذا عقدا سبق النضال على اصابة خمسة من عشرين محاطة ورماية وجب أن يحط أقل الاصابتين من أكثرهما وينظر في الباقي بعد الحط، فإن كان خمسة فهو القدر المشروط فيصير صاحبه به ناضلا. وإن كان الباقي أقل من خمسة لم ينضل، وإن كان أكثر اصابة لنقصانه من العدد المشروط، وإذا كان كذلك لم يخل حالهما بعد الرمي من أحد أمرين: اما أن يتساويا في الاصابة أو يتفاضلا، فان تساويا في الاصابة فأصاب كل واحد منهما عشرا أو خمسا خمسا قال الشافعي فلا شئ لواحد منهما ويستأنفان. فاختلف أصحابنا في قوله: ويستأنفان على وجهين حكاهما أبو على بن أبى هريرة أحدهما يستأنفان الرمي بالعقد الاول، لان عقد المحاطة ما أوجب حط الاقل

[180]

من الاكثر وليس مع التساوى عقد حط. فخرج من عقد المحاطة. فلذلك استأنفا الرمي ليصير ما يستأنفانه من عقود المحاطة. والوجه الثاني: أن أراد بها يستأنفان عقدا مستجدا ان أحبا، لان العقد الواحد لا يلزم فيه إعادة الرمي مع التكافؤ، كما لا يلزم في الخيل إعادة الجرى مع التكافؤ. قال

الموردى: والذي أراه وهو عندي الاصح أن ينظر فان تساويا في الاصابة قبل الرشق استأنفا الرمي بالعقد الاول، وان تساويا فيه بعد استكمال الرشق استأنفا بعقد مستحذان أحبا لانها قبل استكمال الرشق في بقايا أحكام العقد، وبعد استكمالها قد نقصت جميع أحكامه. فان تفاضلا في الاصابة لم يخل تفاضلها فيها من أقسام ثلاثة: 1- أن يفضل ولا ينضل بما فضل. وهو أن يشترطا إصابة خمسة من عشرين محاطه فيصيب أحدهما عشرة أسهم ويصيب الآخر ستة أسهم، فتحط الستة من العشرة يكون الباقي منها أربعة فلا ينضل، لان شرط الاصابة خمسة وهكذا لو أصاب أحدهما خمسة عشر وأصاب الآخر أحد عشر لم ينضل الفاضل لان الباقي له بعد الحط أربعة، ثم على هذا الاعتبار ان كان الباقي أقل من خمسة. 2- أن ينضل بما فضل بعد استيفاء الرشق. وهو أن يصيب أحدهما خمسة عشر من عشرين، ويصيب الآخر عشرة من عشرين فينضل الفاضل لانك إذا أسقطت من اصابته عشرة كان الباقي بعدها خمسة، وهو عدد النضل. وهكذا لو أصاب أحدهما عشرة وأصاب الآخر خمسة كان الفاضل ناضلا، لانك إذا أسقطت الخمسة من اصابته كان الباقي بعدها خمسة، وهو عدد الاصابات. وهكذا لو كان الباقي بعد الحط أكثر من خمسة، ثم على هذا الاعتبار.

[181]

3 أن ينضل بما فضل قبل استيفاء الرشق وهو أن يصيب أحدهما عشرة من خمسة عشر، ويصيب الآخر خمسة من خمسة عشر ويكون الباقي من الاكثر خمسة، وهو عدد النضل، فهل يستقر النضال بهذا قبل استيفاء الرشق أم لا؟ على وجهين. أحدهما: يستقر النضل ويسقط باقى الرشق، لان مقصوده معرفة الاحذق وقد عرف. والوجه الثاني: وهو الاظهر، أنه لا يستقر النضل بهذه المبادرة إلى العدد حتى يرميا بقية الرشق، لان العقد قد تضمنها، وقد يجوز أن يصيب المفضول جميعها أو أكثرها ويخطئ الفاضل جميعها أو أكثرها. وعلى هذا يكون التفرع فإذا رميا بقية الرشق وهو الخمسة الباقية، فإن أصاب المفضول جميعها وأخطأ الفاضل جميعها فقد استويا ولم ينضل واحد منهما، لان إصابة كل واحد منهما عشرة، وإن أصاب الفاضل وأخطأ المفضول جميعها استقر فضل الفاضل لانه أصاب خمسة وعشرين، وأصاب المفضول خمسة من عشرين فكان الباقي بعد الحط عشرة، هي أكثر من شرطه، فلو أصاب الفاضل من الخمسة الباقية سهما وأصاب المفضول سهمين لم ينضل الفاضل لان عدد اصابته أحد عشر سهما وعدد إصابة المفضول سبعة إذا حطت من تلك الاصابة كان الباقي أربعة والشرط أن تكون خمسة، فلذلك لم ينضل وإن فضل. فلو أصاب الناضل سهمين والمنضول سهمين صار الفاضل ناضلا، لانه أصاب اثني عشرة وأصاب المنضول سبعة يبقى للفاضل بعد الحط خمسة، ولو أصاب أحدهما سبعة من عشرة وأصاب الآخر سهمين من عشرة فإذا رميا بقية السهام فإن أصاب المفضول جميعها وأخطأ الفاضل جميعها صار الاول ناضلا والثاني منضولا، لان الاول له سبعة والثاني له اثنا عشر يبقى له بعد الحط خمسة، ولو أصاب الاول جميعها وأصاب الثاني جميعها كان الاول ناضلا لان اصابته سبعة عشر وإصابة الثاني اثنا عشر، فإن أخطأ الاول في سهم من بقية الرشق لم يفضل ولم ينضل، ولو أصاب اثني عشر من خمسة عشر وأصاب الآخر سهمين من

خمسة عشر استقر النضل وسقط بقية الرشق وجها واحدا، لان المنضول لو أصاب جميع الخمسة الباقية من الرشق حتى استكمل بما تقدم سبعة كان منضولا، لان الباقي للفاضل بعد حطها خمسة فلم يستفد بقية الرمي أن يدفع عن نفسه النضل فسقط، ثم على هذا الاعتبار. (فرع) قول المصنف: وإن كان العقد على حوايى. فإن الحوايى نوع من أنواع الرمي وهم فيه أبو حامد الاسفرايينى فجعله صفة من صفات السهم وسماه حوايى بإثبات الباء فيه وحذفها وأنه السهم الواقع دون الهدف ثم يحبو إليه حتى ينضل به مأخوذاً من حبو الصبى. وهذا نوع من الرمي المزدلف يفترقان في الاسم لان المزدلف أحد والحوايى أضعف ويستويان في الحكم على ما سيأتى، والذي قاله سائر أصحابنا أن الحوايى نوع من الرمي، وأن أنواع الرمي ثلاثة: المحاطة والمبادرة والحوايى وقد ذكرنا المحاطة والمبادرة. فأما الحواب فهو أن يحتسب بالاصابة في الشن، وإن أصاب أحدهما الهدف على شبر من الشن فاحتسب به ثم أصاب الآخر الهدف فتر من الشن احتسب به وأسقط إصابة الشبر لأنها أبعد، ولو أصاب أحدهما خارج الشن واحتسب به وأصاب الآخر في الشن احتسب به وأسقط إصابة خارج الشن، ولو أصاب أحدهما الشن فاحتسب به وأصاب الآخر الدارة التي في الشن فاحتسب به وأصاب الآخر العظم الذي في دارة الشن احتسب وأسقط إصابة الدارة فيكون كل قريب مسقطا لما هو أبعد منه، فهذا نوع من الرمي ذكره الشافعي في كتاب الام وذكر مذاهب الرماة فيه وفرع عليه، ولم يذكره المزني إما لاختصاره، وإما لانه غير موافق لرأيه لضيقه وكثره خطره، لانه يثبت الاصابة بعد إثباتها، والمذهب كما ذكر المصنف جوازه لأميرين. (أحدهما) أنه نوع معهود في الرمي فأشبهه المحاطة والمبادرة. (والثانى) أنه أبعث على التمرن على الحدق، والتمرس بمعاطاة الدقة في التصويب والتسديد فصح، فإذا كان كذلك في جواز النضال على إصابة الحواب وكان عقدهما على إصابة خمسة من عشرين فلها إذا تناضلا ثلاثة أحوال.

1 - أن يقصرا عن عدد الاصابة. 2 - أن يستوفيا عدد الاصابة. 3 - أن يستوفيا أحدهما ويقصرا الآخر عنها. فأما الاول كأن يصيب كل منهما أقل من خمسة فقد ارتفع حكم العقد بنقصان الاصابة من العد والمشروط من غير أن يكون فيها ناضل أو منضول ولا اعتبار بالقرب والبعد مع نقصان العدد. وأما الثانية من استيفائهما معا عدد الاصابة فيصيب كل منهما خمسة فصاعداً، فيعتبر حينئذ حال القرب والبعد، فإنهما لا يخلو أمرهما من: (أ) أن تكون الاصابات في الهدف، وقد تساوت في القرب من الشن، وليست بعضها بأقرب إليه من بعض فقد تكافئا؛ وليس فيهما ناضل ولا منضول وهكذا لو تقدم لكل واحد منهما سهم كان أقرب إلى الشن من باقى سهامه وتساوى السهمان المتقدمان في القرب من الشن كانا سواء لا ناضل فيهما ولا منضول، فإن تقدم لاحدهما سهم وللآخر سهمان وتساوت السهام الثلاثة في قربها من الشن ففيه وجهان. أحدهما: أن المتقرب بسهمين ناضل للمتقرب بسهم لفضله في العدد. والثانى أنهما سواء لا ناضل فيهما ولا منضول، لان النضال الحواب موضوع على القرب دون زيادة العدد. (ب) أن تكون سهام أحدهما أقرب إلى الشن من سهام الآخر، فأقربهما إلى الشن

هو الناضل، وأبعدهما من الشن هو المنضول، وهكذا لو تقدم لاحدهما سهم واحد فكان أقرب إلى الشن من جميع سهام الآخر أسقط به سهام صاحبه ولم يسقط به سهام نفسه، وكان هو الناضل بسهم الاقرب. (ج) أن تكون سهام أحدهما في الهدف وسهام الآخر في الشن فيكون المصيب في الشن هو الناضل والمصيب في الهدف منضول. وهكذا لو كان لاحدهما سهم واحد في الشن وجميع سهام الآخر خارج الشن كان المصيب في الشن هو الناضل بسهمه الواحد، وقد أسقط به سهام صاحبه ولم يسقط به سهام نفسه، وإن كانت أبعد إلى الشن من سهام صاحبه

[184]

(د) أن تكون سهامهما جميعا صائبة في الشن، ولكن سهام أحدهما أو بعضهما في الدارة وسهام الآخر خارج الدارة وإن كان جميعا في الشن ففيه وجهان. (أحدهما) وقد حكاه الشافعي عن بعض الرماة أن المصيب في الدارة ناضل والمصيب خارج الدارة منضول قطب الاصابة. (والوجه الثاني) وإليه أشار الشافعي في اختياره أنهما سواء وليس منهما ناضل ولا منضول، لان جميع الشن محل الاصابة. وأما الحال الثالثة: وهو أن يستوفى أحدهما إصابة الخمس ويقصر الآخر عنها فهذا على ضربين. أحدهما: أن يكون مستوفى الاصابة أقرب سهاماً إلى الشن أو مساوياً صاحبه، فيكون ناضلاً والمقصر منضولاً. والثاني: أن يكون المقصر في الاصابة أقرب سهاماً من المستوفى لها، فليس فيهما ناضل ولا منضول، لان المستوفى قد سقطت سهامه بعدها، والمقصر قد سقطت سهامه بنقصانها، والله تعالى أعلم بالصواب. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن كان النضال بين حزبين جاز. وحكى عن أبي علي بن أبي هريرة أنه قال لا يجوز لانه يأخذ كل واحد منهم بفعل غيره، والمذهب الاول لما روينا في اول الكتاب من حديث سلمة بن الاكوع، وينصب كل واحد من الحزبين زعيماً يتوكل لهم في العقد، ولا يجوز أن يكون زعيم الحزبين واحداً، كما لا يجوز أن يكون وكيل المشتري والبائع واحداً، ولا يجوز إلا على حزبين متساويي العدد لان القصد معرفة الحدق، فإذا تفاضلا في العدد فضل أحدهما الآخر بكثرة العدد لا بالحدق وجودة الرمي، ويجب أن يتعين الرماة كما قلنا في نضال الاثنين، ولا يجوز أن يتعينوا إلا بالاختيار، فإن اقترع الزعيमान على أن من خرجت عليه قرعة أحدهما كان معه لم يجر، لانه ربما أخرجت القرعة الحداق لاحد الحزبين والضعفاء للحزب الآخر، فإن عدل بين الحزبين في القوة والضعف بالاختيار، ثم اقترع الزعيमान على أن من خرجت قرعته على أحد الحزبين كان معه لم يجر، لانه عقد معاوضة فلم يجر تعيين المعقود عليه فيه بالقرعة كالبيع.

[185]

ويجب أن يكون على عدد من الرشق معلوم، فإن كان عدد كل حزب ثلاثة اعتبر أن يكون عدد الرشق له ثلث صحيح كالثلاث والستين، وإن كانوا أربعة اعتبر أن يكون عدد الرشق له ربع صحيح كالاربعين والثمانين، لانه إذا لم يفعل ذلك بقى سهم ولا يمكن اشتراك جماعة في سهم واحد، فإن خرج في أحد الحزبين من لا يحسن الرمي بطل العقد فيه، لانه ليس بمحل في

العقد وسقط من الحزب الاخر بازائه واحد، كما إذا بطل البيع في أحد العبدین سقط ما في مقابلته من الثمن وهل يبطل العقد في الباقي من الحزبين ؟ فيه قولان بناء على تفريق الصفقة. فإن قلنا لا يبطل في الباقي ثبت للحزبين الخيار في فسخ العقد، لان الصفقة تبعضت عليهم بغير اختيارهم، فان اختاروا البقاء على العقد وتنازعا فيمن يخرج في مقابلته من الحزب الاخر فسخ العقد، لانه تعذر إمضاؤه على مقتضاه ففسخ. ومن أصحابنا من قال: يبطل في الجميع قولا واحدا، لان من في مقابلته من الحزب الاخر لا يتعين، ولا سبيل إلى تعيينه بالقرعة، فبطل في الجميع. فإن نضل أحد الحزبين الاخر ففي قسمة المال بين الناقلين وجهان. أحدهما: تقسم بينهم بالسوية كما يجب على المنضولين بينهم بالسوية، فعلى هذا إن خرج فيهم من لم يصب استحق. والثاني: تقسم بينهم على قدر إصابتهم لانهم استحقوا بالاصابة فاختلف باختلاف الاصابة، وبخالف ما لزم المنضولين، فإن ذلك وجب بالالتزام والاستحقاق بالرمي، فاعتبر بقدر الاصابة، فعلى هذا إن خرج فيهم من لم يصب لم يستحق شيئا، وبالله التوفيق. (الشرح) الاحكام: قال الشافعي رضى الله عنه: إذا اقتسموا ثلاثة وثلاثة فلا يجوز أن يقترعوا وليقسموا قسما معروفا. قلت: إذا صح هذا فالنضال ضربان: أفراد وأحزاب، فأما نضال الافراد فقد مضى في فصول الكتاب. وأما نضال الاحزاب فهو أن يناضل حزبان يدخل في كل واحد منهما جماعة يتقدم عليهم أحدهم فيعقد النضال على جميعهم فهذا يصح على شروطه، وهو منصوص الشافعي وعليه جماعة أصحابه وجمهورهم.

[186]

وحكى عن أبى على بن أبى هريرة أنه لا يصح لان كل واحد يأخذ بفعل غيره وهذا فاسد لانهم إذا اشتركوا صار فعل جميعهم واحدا فاشتركوا في موجبه لاشترآكهم في فعله مع ورود السنة عن النبي صلى الله عليه وسلم برواية أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر يقوم يرمون فقال: ارموا وأنا مع بنى الاذرع، فأمسك القوم قسيهم وقالوا: يا رسول الله من كنت معه غلب، فقال: ارموا وأنا معكم كلكم فدل على أنهم كانوا حزبين مشتركين ولان مقصود النضال التحريض على الاستعداد للحرب والجهاد، وهو بالاحزاب والمجموعات أشد تحريضا وأكثر اجتهادا، وأدعى إلى التنسيق بين افراد الجماعة وربطهم بالنظام والقيادة، وتلك لعمر الله أعظم أسباب النصر في الجهاد. فإذا ثبت جوازه في الحزبين بجوازه بين الاثنين فلصحته خمسه شروط: (أحدها) أن يتساوى عدد الحزبين، ولا يفضل أحدهما على الاخر فيكونوا ثلاثة وثلاثة، أو خمسة وخمسة أو أقل أو أكثر، فان فضل أحدهما على الاخر برجل بطل العقد لان مقصوده معرفة أحذق الحزبين، فإذا تفاضلوا تغالبوا بكثرة العدد لا بحذق الرمي. (الثاني) أن يكون العقد عليهم باذنه، فان لم ياذنوا فيه لم يصح، لانه عقد معاوضه متردد بين الاجارة والجعالة، وكل واحد منهما لا يصح إلا باذن واختيار فان عقد عليهم من لم يستأذنه بطل (والثالث) أن يعينوا على متولى العقد منهم فيكون فيه متقدما عليهم ونائبا عنهم، فان لم يعينوا واحدا منهم لم يصح العقد عليهم لانه توكيل فلم يصح إلا بالتعيين، ويختار أن يكون زعيم كل حزب أحذقهم وأطوعهم، لان صفة الزعيم في العرف أن يكون متقدما في الصناعة، مطاعا في الجماعة، فان تقدموه في الرمي وأطاعوه في الاتباع جاز، وان تقدمهم في الرمي ولم يطيعوا في الاتباع لم يجز، لان أهم خصائص الزعيم أن يكون مطاعا، فإذا

أمر ولم يتبعه أحد فلا يجوز العقد عليه. (والرابع) أن يكون زعيم كل واحد من الحزبين غير زعيم الحزب الآخر

[187]

لتصح نيابته عنهم في العقد عليهم مع الحزب الآخر، فإن كان زعيم الحزبين واحدا لم يصح كما لا يصح أن يكون الوكيل في العقد بائعا ومشتريا. والشرط الخامس وهو مسألة الكتاب أن يتعين رماة كل حزب منهما قبل العقد باتفاق ومرأضة، فإن عقده الزعيما عليهم ليقترعوا على من يكون في كل حزب لم يصح، مثال ذلك: أن يكون الحزبان ثلاثة وثلاثة، فيقول الزعيما نقترح عليهم فمن خرجت قرعتي عليه كان معي، ومن خرجت قرعتك عليه كان معك، فهذا لا يصح لامرين. أحدهما: أنهم أصل في عقد فلم يصح عقده على القرعة كابتياح أحد العينين بالقرعة والثاني: أنه ربما أخرجت القرعة حذاقهم لاحد الحزبين، وضعفاءهم للحزب الآخر، فخرج عن مقصود التحريض في التناضل، فان عدلوا بين الحزبين في الحذاق والضعف قبل العقد على أن يقترح الزعيما على كل واحد من الحزبين بعد العقد لم يصح التعليل الاول من كونهم في العقد أصلا دون التعليل الثاني من اجتماع الحذاق في أحد الحزبين، لانهم قد رفعوه بالتعديل، فإذا ثبت تعيينهم قبل العقد بغير قرعة تعينوا فيه بأحد أمرين، إما بالإشارة إليهم إذا حضروا، وإن لم يعرفوا، وإما باسمائهم إذا عرفوا، فان تنازعوا عند الاختيار قبل العقد فعدلوا إلى القرعة في التقدم بالاختيار جاز لانها قرعة في الاختيار وليست بقرعة في العقد، فإذا قرع أحد الزعيمين اختار من الستة واحدا ثم اختار الزعيم الثاني واحدا، ثم دعا الزعيم الاول فاختار ثانيا واختار الزعيم الثاني ثانيا، ثم عاد الاول فاختار ثالثا، وأخذ الآخر الثالث الباقي. ولم يجز أن يختار الاول الثلاثة في حال واحدة لانه لا يختار إلا الاحدق، فيجتمع الحذاق في حزب والضعفاء في حزب فيعدم مقصود التناضل من التحريض. (فرع) فإذا تكاملت الشروط الخمسة في عقد النضال بين الحزبين لم يخل حالهم في مال السبق من ثلاثة أقسام. أحدها: أن يخرجها أحد الحزبين دون الآخر، فهذا يصح سواء انفرد زعيم الحزب باخراجه أو اشتركوا فيه، ويكون الحزب المخرج للسبق معطيا إن كان

[188]

منضولا وغير أخذ إن كان ناضلا ن ويكون الحزب الآخر آخذا إن كان ناضلا وغير معط إن كان منضولا، وهذا يعنى عن المحلل لانه محلل. والقسم الثاني: أن يكون الحزبان مخرجين، ويختص باخراج المال زعيم الحزبين فهذا يصح ويعنى عن محلل، لان مدخل المحلل ليأخذ ولا يعطى، ورجال كل حزب يأخذون ولا يعطون، فإذا نضل أحد الحزبين أخذ زعيمهم مال نفسه، وقسم مال الحزب المنضول بين أصحابه، فان كان الزعيم راميا معهم شاركهم في مال السبق، وإن لم يرم معهم فلا حق له فيه، لانه لا يجوز أن يتملك مال النضال من لم يناضل، وصار معهم كالامين والشاهد، فان رضخوا له بشئ منه عن طيب أنفسهم جاز وكان قطوعا، فان شرط عليهم أن يأخذ معهم بطل الشرط ولم يبطل به العقد لانه ليس بينه وبين أصحابه

عقد يبطل بفساد شرطه، وإنما العقد بين الحزبين وليس لهذا الشرط تأثير فيه. والقسم الثالث: أن يخرج المال ويشترك أهل كل حزب في إخراج، فهذا لا يصح حتى يدخل بين الحزبين حزب ثالث يكون محللاً يكافئ كل حزب في العدد والرمي يأخذ ولا يعطى كما يعتبر في إخراج المتناضلين المال أن يدخل بينهما محلل ثالث يأخذ ولا يعطى. فإذا انعقد النضال بين الحزبين على ما وصفنا اشتمل الكلام بعد تمامه بالمال المسمى فيه على ثلاث مسائل. (أحدها) في حكم المال المخرج في كل حزب، ولهم فيه حالتان. أحدهما: أن لا يسموا قسط كل واحد من جماعتهم فيشتركوا في التزامه بالسوية على أعدادهم من غير تفاضل فيه لاستوائهم في التزامه، فإن كان زعيمهم رامياً معهم دخل في التزامه كأحدهم كما يدخل في الأخذ معهم، فإن لم يكن رامياً لم يلزم معهم كما لا يأخذ معهم. والثانية: أن يسموا قسط كل واحد منهم في التزام مال السبق فهو على ضربين أن يتساوى في التسمية فيصح، لأنه موافق لحكم الإطلاق. والضرب الثاني: أن يتفاضلوا فيه، ففي جوازه وجهان (أحدهما) لا يجوز لتساويهم في العقد فوجب أن يتساووا في الالتزام.

[189]

(والثاني) يجوز لانه عن اتفاق لم يتضمنه فيما بينهم عقد فاعتبر فيه التراضي فان شرطوا أن يكون المال بينهم مقسطاً على صواب كل واحد منهم وخطئه لم يجر لانه على شرط مستقبل مجهول غير معلوم فيبطل ولا يؤثر بطلانه في العقد لانه ليس فيما بينهم عقد وكانوا متساوين فيه. المسألة الثانية في حكم نضالهما وفيما يحتسب به من الصواب والخطأ، والمعتبر فيه أن يكون عدد الرشق ثلاثين أو ستين أو تسعين أو عدداً يكون له ثلث صحيح، ولا يجوز أن يكون عدد الرشق خمسين ولا سبعين ولا مائة، لانه ليس له ثلث صحيح. وان كان عدد الحزب أربعة كان عدد الرشق أربعين أو ماله ربع صحيح، ولا يجوز أن يكون عدد الرشق ما ليس له ربع صحيح، وهكذا ان كان عدد الحزب خمسة وجب أن يكون عدد الرشق ماله خمس صحيح لانه إذا لم ينقسم عدد الرشق على عدد الحزب الا بكسر يدخل عليهم لم يصح التزامهم له لان اشتراكهم في رمي السهم لا يصح، فأما عدد الاصابة المشروطة فيجوز أن لا ينقسم على عددهم لان الاعتبار فيها باصابتهم لا باشتراكهم، فإذا استقر هذا بينهم لزعيم كل حزب باصابات كل واحد من أصحابه واحتسب عليه خطأ كل واحد منهم سواء تساوى رجال الحزب في الاصابة وهو نادر أو تفاضلوا فيها وهو الغالب، فإذا جمعت الاصابتان والمشروط فيها اصابة خمسين من مائة لم يخل مجموع الاصابتين من ثلاثة أحوال. أحدها: أن يكون المجموع من اصابة كل حزب خمسين فصاعداً، فليس فيهما منضول، وان تفاضلا في النقصان من الخمسين. والحال الثانية: أن مجموع اصابة كل منهما أقل من خمسين، فليس فيهما منضول لتساويهما في النقصان. والحال الثالثة: أن يكون مجموع اصابة أحدهما خمسين فصاعداً، ومجموع اصابة الآخر أقل من خمسين فمستكمل الخمسين هو الناضل، وان كان أحدهم في

[190]

الاصابة مقلًا فالمقصود عن الخمسين هو المنضول، وإن كان أحدهم في
الاصابة أكثرًا فيصير مقلًا الاصابة أخذًا ومكثرها معطيا، لان حزب المقل
ناضل وحزب المكثر منضول. المسألة الثالثة في حكم المال إذا استحقه
الحزب الناضل. فيقسم بين جميعهم وفي قسمته بينهم وجهان: (أحدهما)
أنه مقسوم بينهم بالسوية مع تفاضلهم في الاصابة لاشتراكهم في العقد
الذي أوجب تساويهم فيه. والوجه الثاني: أنه يقسم بينهم على قدر
إصابتهم لانهم بالاصابة قد استحقوه فلا يكافئ مقل الاصابة مكثرها.
وخالف التزام المنضولين حيث تساوا فيه مع اختلافهم في الخطأ، لان
الالتزام قبل الرمي فلم يعتبر بالخطأ والاستحقاق بعد الرمي، فصار
معتبرًا بالصواب. فعلى هذا لو أخطأ واحد من أهل الحزب الناضل في جميع
سهامه ففي خروجه من الاستحقاق وجهان: (أحدهما) يستحق معهم وإن
لم يصب إذا قيل بالوجه الاول: انه مقسوم بينهم بالسوية لا على قدر
الاصابة. والوجه الثاني أنه يخرج بالخطأ من الاستحقاق ويقسم بين من
عداه إذا قيل بالوجه الثاني إنه مقسوم بينهم على قدر الاصابة ويقابل هذا
أن يكون في الحزب المنضول من أصاب بجميع سهامه. ففي خروجه من
التزام المال وجهان. (أحدهما) يخرج من التزامه إذا قيل بخروج المخطئ
من استحقاقه والوجه الثاني لا يخرج من الالتزام ويكون فيه أسوة من
أخطأ إذا قيل بدخول المخطئ في الاستحقاق، وأنه فيه أسوة من أصاب.
والله أعلم بالصواب

[191]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (باب بيان الاصابة والخطأ في الرمي) إذا
عقد على إصابة الغرض فأصاب الشن أو الجريد الذي يشد فيه الشن أو
العري وهو السير الذي يشد به الشن على الجريد، حسب له. لان ذلك كله
من الغرض، وإن أصاب العلاقة ففيه قولان (أحدهما) يحسب له، لانه من
جملة الغرض، ألا ترى أنه إذا مد امتد معه فأشبهه العري (والثاني لا يحسب
لان العلاقة ما يعلق به الغرض. فأما الغرض فهو الشن وما يحيط به، وإن
شروط اصابة الخاصرة وهو الجنب من اليمين واليسار فأصاب غيرهما لم
يحسب له. لانه لم يصب الخاصرة. وان شرط إصابة الشن فأصاب العروة -
وهو السير أو العلاقة - لم يحسب لان ذلك كله غير الشن، فإن أصاب سهمًا
في الغرض - فان كان السهم متعلقًا بصله وباقيه خارج الغرض - لم يحسب
له ولا عليه، لان بينه وبين الغرض طول السهم، ولا يدري لو لم يكن هذا
السهم هل كان يصيب الغرض أم لا يصيب؟ وان كان السهم قد غرق في
الغرض إلى فوقه حسب له، لان العقد على اصابة الغرض، ومعلوم انه لو لم
يكن هذا لكان يصيب الغرض. فان خرج السهم من القوس فهبت ريح
فنقلت الغرض إلى موضع آخر فأصاب السهم موضعه حسب له وان أصاب
الغرض في الموضع الذي انتقل إليه حسب عليه في الخطأ لانه أخطأ في
الرمي، وانما أصاب بفعل الريح لا بفعله. وان رمى وفي الجو ريح ضعيفة
فارسل السهم مفارقًا للغرض وأمال يده ليصيب مع الريح فأصاب الغرض،
أو كانت الريح خلفه فنزع نزعًا قريبًا ليصيب مع معاونة الريح فأصاب حسب
له، لانه أصاب بغرايته وحدثه، وان أخطأ حسب عليه، لانه أخطأ بسوء
رميه، ولانه لو أصاب مع الريح لحسب له، فإذا أخطأ معها حسب عليه. وان
كانت الريح قوية لا حيلة له فيها لم يحسب له إذا أصاب، لانه لم يصب
بحسن رميه، ولا يحسب عليه إذا أخطأ لانه لم يخطئ بسوء رميه، وانما
أخطأ

بالرمي في غير وقته، وان رمى من غير ريح فثارت ريح بعد خروج السهم من القوس فأخطأ لم يحسب عليه، لانه لم يخطئ بسوء رميه، وانما أخطأ بعارض الريح. وان أصاب فقد قال بعض أصحابنا: فيه وجهان بناء على القولين في إصابة السهم المزدلف، وعندني انه لا يحسب له قولا واحدا لان المزدلف انما أصاب الغرض بحدة رميه ومع الريح لا يعلم انه أصاب برمييه، وان رمى سهما فأصاب الغرض بعوقه لم يحسب له لان ذلك من أسوأ الرمي وأردنه (فصل) وان انكسر القوس أو انقطع الوتر، أو أصابت يده ريح فرمى وأصاب حسب له، لان اصابته مع اختلال الالة أدل على حذقه، فان أخطأ لم يحسب عليه في الخطأ لانه لم يخطئ بسوء رميه وانما أخطأ بعارض. وان أغرق السهم فخرج من الجانب الاخر نظرت، فان أصاب حسب له لان اصابته مع الاغراق أدل على حذقه، وان أخطأ لم يحسب عليه. ومن أصحابنا من قال: يحسب عليه في الخطأ لانه اخطأ في مد القوس، والمنصوص هو الاول، لان الاغراق ليس من سوء الرمي، وانما هو لمعنى قبل الرمي فهو كانقطاع الوتر وانكسار القوس، وان انكسر السهم بعد خروجه من القوس وسقط دون الغرض لم يحسب عليه في الخطأ لانه انما لم يصب لفساد الالة لسوء الرمي، وان أصاب بما فيه النصل حسب له لان اصابته مع فساد الالة ادل على حذقه، وان أصابه بالموضع الاخر لم يحسب له لانه لم يصب، ولم يحسب عليه لان خطأه لفساد الالة لا لسوء الرمي. (فصل) وان عرض دون الغرض عارض من انسان أو بهيمة نظرت فان رد السهم ولم يصل لم يحسب عليه لانه لم يصل للعارض لا لسوء الرمي وان نفذ السهم وأصاب حسب له، لان اصابته مع العارض أدل على حذقه. وحكى أن الكسعي كان راميا فخرج ذات ليلة فرأى ظيبا فرمى فأنفذه وخرج السهم فأصاب حجرا وقدر فيه نارا فرأى ضوء النار فظن أنه أخطأ فكسر القوس وقطع إبهامه، فلما أصبح رأى الطيبى صريعا قد نفذ فيه سهمه فندم فضربت به العرب مثلا وقال الشاعر: ندمت ندامة الكسعي لما * رأته عيناها ما صنعت يدها

وان رمى فعارضه عارض فعثر به السهم وجاوز الغرض ولم يصب ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي اسحاق انه يحسب عليه في الخطأ، لانه أخطأ بسوء الرمي لا للعارض، لانه لو كان للعارض تأثير لوقع سهمه دون الغرض فلما جاوزه ولم يصب دل على انه أخطأ بسوء رميه فحسب عليه في الخطأ. (والثاني) انه لا يحسب عليه لان العارض قد يشوش الرمي فيقصر عن الغرض وقد يجاوزه. وان رمى السهم فأصاب الارض وازدلف فأصاب الغرض ففيه قولان (أحدهما) يحسب لانه أصاب الغرض بالنزعة التي أرسلها وما عرض دونها من الارض لا يمنع الاحتساب كما لو عرض دونه شئ فهتكه وأصاب الغرض (والثاني) لا يحسب له، لان السهم خرج عن الرمي إلى غير الغرض وانما اعانته الارض حتى ازدلف عنها إلى الغرض فلم يحسب له، وان ازدلف ولم يصب الغرض ففيه وجهان (أحدهما) يحسب عليه في الخطأ لانه انما ازدلف بسوء رميه لان الحاذق لا يزدلف سهمه (والثاني) لا يحسب عليه لان الارض تشوش السهم وتزيله عن سننه فإذا

أخطأ لم يكن من سوء رميه (الشرح) قال الشافعي رضى الله عنه: ولو أغرق أحدهما السهم من يده ولم يبلغ الغرض كان له أن يعود من قبل العارض فأما إغراق السهم فهو أن يزيد في مد القوس لفضل قوته حتى يستغرق السهم فيخرج من جانب الوتر المعهود إلى جانب الآخر، فإن من أجناس القسي والسهام ما يكون مخرج السهم منها عن يمين الرامي جاريا على ابهامه فيكون اغراقه أن يخرج السهم باستيفاء المد إلى يساره على سبائه، فيكون اغراقه أن يخرج السهم باستيفاء المد إلى يساره جاريا على سبائه، ومنها ما يكون مخرجه على يسار الرامي جاريا على سبائه فيكون اغراقه أن يخرج على يمينه جاريا على ابهامه، فإذا أغرق السهم قال الشافعي: لم يكن اغراقه من سوء الرمي وإنما هو لعارض فلا يحتسب عليه أن أخطأ به، وفيه عندي نظر، لأنه إذا لم يمد القوس بحسب الحاجة حتى زاد فيه فأغرق أو نقص فقصر كان بسوء الرمي أشبه، فإذا أخطأ بالسهم المغرق لم يحتسب عليه على مذهب الشافعي، وإن أصاب به احتسب له لأن الإصابة به مع المحلل أدل على حدق الرامي من الإصابة مع الاستقامة

[194]

وقال الشافعي رضى الله عنه: ولو أرسله مفارقا للشن فهبت ريح فصرفته إليه ن أو مقصر فأسرعت به فأصاب حسب مصيبا ولا حكم للريح اه. إننا نعلم أن للريح تأثير في تغيير مجرى السهم عن جهته، وحقاق الرماة يعرفون مخرج السهم عن القوس هل هو مصيب أو مخطئ؟ فإذا خرج السهم فغيرته الريح فهو على ضربين. (أحدهما) أن يخرج مفارقا للشن فتعدل به الريح إلى الشن فيصيب أو يكون مقصرا عن الهدف فهبته الريح حتى أصاب فتعتبر حال الريح، فإن كانت ضعيفة كان محسوبا في الإصابة لأننا على يقين من تأثير الرمي وفي شك من تأثير الريح، وإن كانت الريح قوية نظر، فإن كانت موجودة عند الإرسال كان محسوبا في الإصابة لأنه قد اجتهد في التحرز من تأثير الريح وحسب حسابها بتحريف سهمه فأصاب باجتهاده ورميه، وإن حدثت الريح بعد إرسال السهم ففي الاحتساب به وجهان تخريجا من اختلاف قوله في الاحتساب بإصابة المزدلف. أحدهما: يحتسب به مصيبا إذا احتسبت إصابة المزدلف. والوجه الثاني لا يحتسب مصيبا ولا مخطئا، إذا لم يحتسب بإصابة المزدلف. (والضرب الثاني) أن يخرج السهم موافقا للهدف فتعدل به الريح حتى يخرج عن الهدف فيعتبر حال الريح، فإن كانت طارئة بعد خروج السهم عن القوس ألغى السهم ولم يحتسب به في الخطأ، لأن التحرز من حدوث الريح غير ممكن، فلم يذهب إلى سوء الرمي، وإن كانت الريح موجودة عند خروج السهم نظر فيها فإن كانت قوية لم يحتسب به في الخطأ لأنه أخطأ في اجتهاده الذي يتحرز به من الريح، ولم يخطئ في سوء الرمي. وإن كانت الريح ضعيفة ففي الاحتساب به في الخطأ وجهان. أحدهما: يكون خطأ لأننا على يقين من تأثير الرمي وفي شك من تأثير الريح. والثاني لا يكون محسوبا في الخطأ لأن الريح تفسد صنيع المحسن، وإن قلت كما تفسده إذا كثرت فإذا أزلت الريح الشن عن موضعه إلى غيره لم يخل حال السهم بعد زوال الشن من ثلاثة أحوال.

1- أن يقع في غير الشن وفي غير موضعه الذي كان فيه فيحتسب به مخطئاً لانه وقع في غير محل الاصابة قبل الريح وبعدها. 2- أن يقع في الموضع الذي كان فيه الشن في الهدف فيحتسب مصيباً لوقوعه في محل الاصابة. 3- أن يقع في الشن بعد زواله عن موضعه، فهذا على ضربين. أحدهما: أن يزول الشن عن موضعه بعد خروج السهم فتحتسب به في الخطأ لوقوعه في غير محل الاصابة عند خروج السهم. والضرب الثاني: أن يخرج السهم بعد زوال الشن عن موضعه وعلم الرامي بزواله فينظر في الموضع الذي صار فيه، فإن كان خارجاً من الهدف لم يحتسب به مصيباً ولا مخطئاً لخروجه عن محل الصواب والخطأ، وإن كان مماثلاً لموضعه من الهدف احتسب به مصيباً، لانه قد صار محلاً للاصابة، والله تعالى أعلم. (فرع) قال الشافعي رضى الله عنه: وكذلك لو انقطع وتره أو انكسر قوسه فلم يبلغ الغرض، أو عرض دابة أو إنسان فأصابه أو عرض له في يده ما لا يمر السهم معه كان له أن يعود به. قلت: إذا انقطع وتره أو انكسر قوسه فقصر وقع السهم وأخطأ لم يحتسب عليه، لانه لم يخطئ لسوء رميه، ولكن لنقص آتته، ولو أصاب به كان محسوباً من اصابته لانه أدل على حذقة، وهكذا لو عرض دون الهدف عارض من بهيمة أو إنسان وقع السهم فيه ومنع من وصوله إلى الهدف لم يحتسب عليه وأعيد السهم إليه، فإن خرق السهم الحائل ونفذ فيه حتى وصل إلى الهدف فأصاب كان محسوباً من اصابته لانه بالاصابة مع هذا العارض أشد وأرمى، ويسمى هذا السهم مارفاً. وقد كان الكسعي في العرب رامياً وقصته كما ساقها المصنف على وجهها، والكسعي هو محارب بن قيس من كسيعه، وقيل: هو من بنى محارب من قحطان واسمه عامر بن الحارث، وقد قال عن نفسه أو قيل بلسان حاله فيما جرت عليه عادة القصاص من تسجيل الاخبار بالشعر على لسان أصحابها:

ندمت ندامة لو أن نفسي * تطاوعني إذن لقطعت خمسى تبين لى سفاه
الرأى منى * لعمر أبيك حين كسرت قوسى وهكذا لو عرض للرامي علة في
يده أو أخذته ريح في يديه ضعف بها عن مد قوسه لم يحتسب عليه إن قصر
أو أخطأ، لانه لعارض يمنع وليس من سوء رمى أو قلة حذق. قال الشافعي
رضى الله عنه: فأما إن جاز السهم وأجاز من وراء الناس فهذا سوء رمى
وليس بعارض غلب عليه فلا يرد إليه. يقال: جاز السهم إذا مر في أحد
جانبي الهدف ويسمى خاصر وجمعه خواصر، لانه في أحد الجانبين مأخوذ
من الخاصرة لانها في جانبي الانسان، ويقال: أجاز السهم إذا وقع وراء
الهدف، فإذا جاز السهم وسقط في جانب الهدف أو أجاز فوقع وراء
الهدف كان محسوباً من خطئته، لانه منسوب إلى سوء رميه، وليس
بمنسوب إلى عارض في يديه أو إليه. وقال أبو على بن أبى هريرة: الجائر
أن يقع في الهدف عن أحد جانبي الشن فعلى هذا إن كانت الاصابة
مشروطة في الشن كان الجائر مخطئاً، وإن كانت مشروطة في الهدف
كان الجائر مصيباً، ويجوز أن يشترطاً أن تكون إصابة سهامها جائزة
فيحتسب بالجائر ولا يحتسب بغير الجائر. قال الشافعي رضى الله عنه: ولو
كان الشن منصوباً فمرق منه كان عندي خاسقاً، ومن الرماة من لا يحتسبه
إذا لم يثبت فيه. أما السهم المارق فهو أن ينفذ في الشن وهو منصوب

فوق الهدف ويخرج منه فيقع وراء الهدف فيحتسب به في القارع، فأما الخاسق ففي الاحتساب به قولان أحدهما: وهو منصوص الشافعي أنه يحتسب به خاسقا اعتبارا بالمعنى وأنه زائد على الخسق فيؤخذ فيه معنى الخسق. والقول الثاني حكاه الشافعي عن بعض الرماة أنه لا يحتسب به خاسقا اعتبارا بالاسم لأنه يسمى مارقا ولا يسمى خاسقا، فمن أصحابنا من أثبت هذا القول للشافعي، ومنهم من نفاه عنه، لأنه أضافه إلى غيره ولا يكون مخطئا، وإن لم يحتسب خاسقا لا يختلف فيه أصحابنا.

[197]

وأما السهم المزدلف فهو أن يقع على الارض ثم يزدلف منها بحمولته وحدته فيصير في الهدف، ففي الاحتساب به مصيبا قولان. أحدهما: يحتسب به مصيبا لأنه بحدّة الرمي أصاب، والقول الثاني: ليس بمصيب لخروجه من الرامى إلى غير الهدف، وإنما أعادته الارض حين ازدلف عنها في الهدف. قال أبو إسحاق المروزي: ومن أصحابنا من لم يخرج المزدلف على قولين، وحمله على اختلاف حالين باعتبار حاله عند ملاقة الارض، فإن ضعفت حموته بعد ازدلافه ولانته كان محسوبا في الاصابة، وإن قويت وصار بعد ازدلافه أحد لم يحتسب به مصيبا، ويجوز أن يتناضلا على مروق السهم ولا يجوز أن يتناضلا على ازدلافه، لان مروق السهم من فعل الرامى، وازدلافه من تأثير الارض. فعلى هذا في الاحتساب به مخطئا إذا لم يحتسب به مصيبا وجهان. أحدهما: يكون مخطئا لأنه من سوء الرمي. والثاني لا يكون مخطئا ما أصاب ويسقط الاعتداد به مصيبا ومخطئا، والله تعالى أعلم بالصواب. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وان كان العقد على اصابة موصوفة نظرت، فإن كان على القرع فأصاب الغرض وخزق أو خسق أو مرق حسب له لان الشرط هو الاصابة ; وقد حصل ذلك في هذه الانواع. (فصل) وان كان الشرط هو الخسق نظرت، فان أصاب الغرض وثبت فيه ثم سقط حسب له، لان الخسق هو أن يثبت وقد ثبت فلم يؤثر زواله بعد ذلك كما لو ثبت ثم نزع انسان، فان ثقب الموضوع بحيث يصلح لثبوت السهم لكنه لم يثبت ففيه قولان. (أحدهما) أنه يحسب له، لان الخسق ان يثقب بحيث يصلح لثبوت السهم وقد فعل ذلك، ولعله لم يثبت لسعة الثقب أو لغلظ لقيه. (والثاني) وهو الصحيح: انه لا يحسب له لان الاصل عدم الخسق، وأنه لم يكن فيه من القوة ما يثبت فيه فلم يحسب له، وان كان الغرض ملصقا بالهدف فأصابه السهم ولم يثبت فيه، فقال الرامى: قد خسق الا أنه لم يثبت فيه لغلظ

[198]

لقيه من نواة أو حصة. وقال رسيله: لم يخسق نظرت، فإن لم يعلم موضع الاصابة من الغرض فالقول قول الرسيل، لان الاصل عدم الخسق، وهل يحلف ؟ ينظر فيه فإن فتنش الغرض فلم يكن شئ يمنع من ثبوته لم يحلف، لان ما يدعيه الرامى غير ممكن، وإن كان هناك ما يمنع من ثبوته حلف، لان ما يدعيه الرامى غير ممكن. وإن علم موضع الاصابة ولم يكن فيه ما يمنع من ثبوته فالقول قول الرسيل من غير يمين، لان ما يدعيه الرامى غير ممكن، وإن كان فيه ما يمنع الثبوت ففيه وجهان (أحدهما) أن القول قول

الرامي، لان المانع شهد له (والثاني) أن القول قول الرسيل لان الاصل عدم الخسق، والمانع لا يدل على أنه لو لم يكن لكان خاسقا، ولعله لو لم يكن مانع لكان هذا منتهى رميه فلا يحكم له بالخسق بالشك، وإن كان في الشن خرق أو موضع بال فوقه فيه السهم وثبت في الهدف نظرت، فان كان الموضع الذي ثبت فيه في صلابة الشن اعتد به، لانا نعلم أنه لو كان الشن صحيحا لثبت فيه، وإن كان دون الشن في الصلابة كالتراب والطين الرطب لم يعتد له ولا عليه، لانا لا نعلم أنه لو كان صحيحا هل كان يثبت فيه أم لا؟ فيرد إليه السهم حتى يرميه. وإن خرمه وثبت ففيه قولان (أحدهما) يعتد به لان الخسق هو أن يثبت النصل وقد ثبت (والثاني) لا يعتد به لان الخسق أن يثبت السهم في جميع الشن ولم يوجد ذلك، فان مرق السهم فقد قال الشافعي رحمه الله: هو عندي خاسق ومن الرماة من لا يحتسبه، فمن أصحابنا من قال: يحتسب له قولاً واحداً وما حكاه عن غيره ليس بقول له. لان معنى الخسق قد وجد وزيادة، ولانه لو مرق والشرط القرع حسب فكذلك إذا مرق والشرط الخسق ومن أصحابنا من قال: فيه قولان (أحدهما) يحتسب له لما ذكرناه (والثاني) لا يحتسب له لان الخسق أن يثبت، وما ثبت، ولان في الخسق زيادة حذق وصنعة من نزع القوس بمقدار الخسق، والتعليل الاول أصح، لان هذا يبطل به إذا مرق والشرط القرع، وإن أصاب السن ومرق وثبت في الهدف

[199]

ووجد على نصله قطعة من الشن والهدف دون الشن في الصلابة فقال الرامي هذا الجلد قطعة سهمي بقوته، وقال الرسيل بل كان في الشن ثقبه وهذه الجلدة كانت قد انقطعت من قبل فحصلت في السهم فالقول قول الرسيل لان الاصل عدم الخسق. (فصل) إذا مات أحد الراميين أو ذهبت يده بطل العقد، لان المقصود معرفة حذقه، وقد فات ذلك فيبطل العقد كما لو هلك المبيع، وان رمدت عينه أو مرض لم يبطل العقد لانه يمكن استيفاء المعقود عليه بعد زوال العذر، وان أراد أن يفسخ فان قلنا انه كالجعالة كان حكمه حكم الفسخ من غير عذر، وقد بيناه في اول الكتاب، وإن قلنا إنه كالأجارة جاز أن يفسخ، لانه تأخر المعقود عليه فملك الفسخ كما يملك في الاجارة، وإن أراد أحدهما أن يؤخر الرمي للدعة فان قلنا انه كالأجارة أجبر عليه كما أجبر في الاجارة، وان قلنا انه كالجعالة لم يجبر كما لا يجبر في الجعالة (الشرح) قال الشافعي رضى الله عنه: ولو تشارطا المصيب، فمن أصاب الشن ولم يخرق حسب له لانه مصيب قلت: فإذا تشارطا الاصابة احتسب كل مصيب من قارع وشارق وخاسق، لان جميعها مصيب. وهكذا لو تشارطا الاصابة قرعا احتسب بالقارع وبالمارق وبالخاسق لانه زيادة على القرع. ولو تشارطا الخواصر احتسب بكل مصيب لان اصابة الخواصر مشتمل على كل مصيب من قارع وشارق وخاسق. فأما الخواصر فهو ما أصاب جانب الشن، فان شرطا في الرمي لم يحتسب الا به، وان لم يشترطاه احتسب به مع كل مصيب في الشن إذا كانت الاصابة مشروطة في الشن. وقال الشافعي رضى الله عنه: ولو تشارطا الخواصر والشن ملصق بالهدف فأصاب ثم رجع فزعم الرامي أنه خسق ثم رجع لغلط لقيه من حصة أو غيرها وزعم المصاب عليه أنه لم يخسق، وإنما قرع ثم رجع فالقول قوله مع يمينه الا أن تقوم بينة فيؤخذ بها

واشترط الخسق إنما يكون في إصابة الشن دون الهدف، وقد ذكرنا أن الشن وهو جلد ينصب في الهدف تمت أطرافه بأوتار أو خيوط تشد في أوتاد منصوبة في الهدف المبنى، وربما كان ملصقا بحائط الهدف، وربما كان بعيدا منه بنحو من شبر أو ذراع، وهو أبعد ما ينصب، وخسق الشن إذا كان بعيدا من الهدف أوضح منه إذا كان ملصقا به. فإذا رمى والشن ملصق بالهدف فأصاب الشن ثم سقط بالاصابة خسق فزعم الرامى أنها خسق، ولقى غليظا في الهدف من حصة أو نواة فرجع وهو خاسق، وزعم المرمى عليه أنه قرع فسقط ولم يخسق فلهما ثلاثة أحوال: (أحدها) أن يعلم صدق الرامى في قوله بغير يمين، لان الحال شاهدة بصدقه والحال الثانية: أن يعلم صدق المرمى عليه في إنكاره إما بأن لا يرى في الشن خسقا، وإما بأن لا يرى في الهدف غلظا، فالقول قوله ولا يمين عليه، لان الحال شاهدة بصدقه والحال الثالثة: أن يحتمل صدق المدعى وصدق المنكر لان هل في الشن خواسق أم لا، فإن كانت بينة حمل عليها، وإن عدمت البينة فالقول قول المنكر مع يمينه ولا يحتسب به مصيبا، وفي الاحتساب به مخطئا وجهان: (أحدهما) يحتسب به في الخطأ إذا لم يحتسب به في الاصابة لوقوف الرامى بين صواب وخطأ. والوجه الثاني لا يحتسب به في الاصابة، لان الاصابة لا يحتسب بها إلا مع اليقين، وكذلك لا يحتسب بالخطأ إلا مع اليقين، فإن نكل المنكر عن اليمين أحلف الرامى. فإذا حلف احتسب بإصابته قال الشافعي رحمه الله: وإن كان الشن باليا فأصاب موضع الخسق فصار في الهدف فهو مصيب. وهذا معتبر بالشن والهدف ولهما ثلاثة أحوال (أحدهما) أن يكون الهدف أشد من الشن لانه مبنى قد قوى واشتد فإذا وصل السهم إليه من ثقب في الشن

ثبت في الهدف الذى هو أقوى من الشن كان ثبوته في الشن الاضعف أجدر. وهو الذى أراده الشافعي فيحسب به خاسقا والحال الثانية أن يكون الشن أقوى من الهدف وأشد لانه جلد متين والهدف تراب ثائر أو طين فلا يحتسب به مصيبا ولا مخطئا، أما الاصابة فلجواز أن لا يخسق الشن. وأما الخطأ فلعدم ما خسقه مع بلى الشن والحال الثالثة: أن يتساوى الشن والهدف في القوة والضعف فلا يحتسب به مخطئا، وفي الاحتساب به مصيبا وجهان: (أحدهما) يحتسب من اصابة الخسق لان ثبوته في الهدف قائم مقام ثبوته في الشن عند تساويهما. والوجه الثاني لا يحتسب في اصابة الخسق ويحتسب في اصابة القرع على الاحوال كلها. وإن صادف السهم في ثقب في الغرض قد ثبت في الهدف مع قطعة من الغرض، فقال الرامى: خسقت، وهذه الجلدة قطعها سهمي لشدة الرمية فأنكر صاحبه وقال: بل هي كانت مقطوعة، فإن علم أن الغرض كان صحيحا حكم بقول الراسل لان الاصل عدم الخسق. وقال أحمد وأصحابه القول قول الرامى إذا كان الغرض صحيحا. (فرع) قال الشافعي رضى الله عنه: وإذا أراد المستبق أن يجلس ولا يرمى وللمستبق فضل له، فسواء قد يكون له الفضل فيفضل وعليه الفضل فيفضل. إلى آخر ما قال. قلت: إذا جلس أحد المتناضلين عن الرمى فله حالتان: أحدهما أن يريد به تأخير الرمى عن وقته فلا يخلو أن يكون فيه معذورا أو غير معذور، فإن كان له عذر وطلب التأخير آخر ولم يجبر على التعجيل، سواء قيل بلزومه كالأجارة أو بجواره

كالجعالة، لانه ليس بأوكد من فرض الجمعة التي يجوز التأخر عنها بالعدر وأعداره في تأخير الرمي ما أثر في نفسه من مرض أو شدة حر أو برد أو أثر في رميه من شدة ربح أو مطر أو أثر في أهله من موت أو حادث نزل أو أثر في ماله من جائحة طرقت أو خوف طرأ.

[202]

وإن لم يكن له تأخير الرمي عذر: والتمن به الدعة إلى وقت آخر ففي إجباره على التعجيل قولان. (أحدهما) يجبر عليه إذا قيل بلزومه كالأجارة. (والثاني) لا يجبر على تعجيله إذا قيل بجوازه كالجعالة. أما الحال الثانية: كان يريد بالجلوس عن الرمي فسخ العقد فلا يخلو أن يكون معذورا في الفسخ أو غير معذور، فإن كان معذورا في الفسخ وأعدار الفسخ أضيق وأغلظ من أعدار التأخير وهي ما اختصت نفسه من العيوب المانعة من صحة رمية وهي ضربان. (أحدهما) مالا يرجى زواله كشلل يده أو ذهاب بصره فالفسخ واقع بحدوث هذا المانع وليس يحتاج إلى فسخه بالقول. (والضرب الثاني) ما يرجى زواله كمرض يده أو رمد عينيه أو علة جسده فلا يفسخ العقد بحدوث هذا المانع بخلاف الضرب الأول لامكان الرمي بعد زواله ويكون الفسخ بالقول، وذلك معتبر بحال صاحبه، فإن طلب تعجيل الرمي فله الفسخ لتعذر التعجيل عليه، ويكون استحقاق هذا الفسخ مشتركا بينه وبين صاحبه، ولكل واحد منهما فسخ العقد به. وأن أجاز صاحبه إلى الانتظار بالرمي إلى زوال المرض فهل يكون عذره في الفسخ باقيا؟ أم لا؟ على وجهين. أحدهما: يكون باقيا في استحقاق الفسخ لئلا تكون ذمته مرتبهة بالعقد. والوجه الثاني: أن عذر الفسخ قد زال بالانتظار، وليس للمنظر أن يرجع في هذا الانتظار، وإن جاز له أن يرجع في الانتظار بالديون لأن ذلك عن عيب رضى به، وجرى مجرى الانتظار بالأعسار، وإن لم يكن لطالب الفسخ عذر في الفسخ، فإن قيل بلزوم العقد كالأجارة لم يكن له الفسخ وأخذ به جبرا، فإن امتنع منه حبس عليه كما يحبس بسائر الحقوق إذا امتنع منها فإن طال به الحبس وهو على امتناعه عزر حتى يجيب. فإن قيل بجواز العقد كالجعالة فله الفسخ قبل الرمي وبعد الشروع فيه وقبل ظهور الغلبة، فإن ظهرت الغلبة لاحدهما، فإن كانت لطالب الفسخ، فله الفسخ وإن كانت لغيره ففي استحقاقه للفسخ قولان مضيا.

[203]

أحدهما لا يستحقه بعد ظهورها لتفويت الاغراض بعد ظهورها والقول الثاني - وهو الذي نص عليه الشافعي هاهنا - له الفسخ لما علل به من أنه قد يكون له الفضل فينضل، ويكون عليه الفضل فينضل. (مسألة) إذا عرفت أن الرمي مما يلزم المسلمين حذقه والتمرس عليه لقهر الأعداء وجهادهم لتكون كلمة الله هي العليا وكلمة الذين كفروا السفلى، وعرفت أن السهام والنبال من أسلحة النضال قد استحالت في أعصرنا إلى أسلحة نارية منها ما يصيب بالتوجيه كرشاش بور سعيد واللانكستر والبرتا، ومنها ما يصيب بالتسديد أو التصويب الدقيق كالبنديقية حكيم واللى أنفيلد والتوميجن، ومنها ما يعطى مخروطا ناريا باللمس الهين ويسمى آليا، ومنها ما يعطى القذيفة بالضغط بالاصبع ويسمى منفردا، وقليل من حذاق

الرمية الذين يستطيعون أن يجعلوا الآلي منفردا، وهو أمر يفتقر إلى قدرة على ضبط حركة الاصبع وسيطرة على لمس الزناد، والفرق بين هذه الآلات والآلات السابقة لا يختلف في حكمه إلا بمقدار ما يراعى من قوة الرمي وبعد ما ترميه الآلات الحديثة ومدى تأثيرها. وقد سن النبي صلى الله عليه وسلم الاخذ بالآلات غير المسلمين حين حاصر الطائف بالمجانيق، ووجه الصحابة رضوان الله عليهم إلى صناعتها وصناعة الضبور وهي نوع من المدافع البدائية التي تطورت صناعتها حتى بلغت في عصرنا هذا الصاروخ عابر القارات، ويحتسب في الرماية بتلك القذائف دورة الارض حول نفسها ودورتها السنوية وقانون الجاذبية وهو تحتاج إلى معادلات رياضية وحساب دقيق لنصل إلى أهدافها في قلاع الاعداء فتدمرها تدميرا. وقد أخرج الشيخان والحاكم وصححه والشافعي وأحمد والنسائي وابن حبان عن عبد الله بن مغفل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم (نهى عن الخذف وقال إنها لا تصيد صيدا ولا تنكأ عدوا ولكنها تكسر السن وتفقأ العين). فقد وجهنا رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى ما فيه الاثر الاقوى والاعلاط البالغ والسلاح الحاسم لارهاب العدو. فإذا ثبت هذا فان الرماية بالبندقية وغيرها من المستحدثات من فروض الكفايات التي تتأصل بها عزة الامة وتحمى بها حوزتها

[204]

وتعلى بها رابتها وعلى ولي الامر أن يحرض من وهب من قوة النبوة وخفة الحركة وحدة البصر ونور الايمان من ينهض به ويتوفر عليه حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله، والله تعالى أعلم بالصواب وهو حسينا ونعم الوكيل. قال المصنف رحمه الله تعالى: كتاب احياء الموات يستحب احياء الموات لما روى جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (من أحيأ أرضا ميتة فله فيها أجر، وما أكله العوافي منها فهو له صدقه) وتملك به الارض لما روى سعيد بن زيد رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (من أحيأ أرضا ميتة فهي له) ويجوز ذلك من غير اذن الامام للخبر، ولانه تملك مباح فلم يفتقر إلى اذن الامام كالاصلطباد. (فصل) وأما الموات الذي جرى عليه الملك وباد أهله ولم يعرف مالكة ففيه ثلاثة أوجه. (أحدها) أنه يملك بالاحياء لما روى طاوس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (عادى الارض لله ولرسوله، ثم هي لكم بعد) ولانه ان كان في دار الاسلام فهو كاللقطه التى لا يعرف مالكةا، وان كان في دار الحرب فهو كالركاز. (والثانى) لا يملك لانه ان كان في دار الاسلام فهو لمسلم أو لذمى أو لبيت المال، فلا يجوز احيائه وان كان في دار الحرب لمسلم أو لذمى أو لبيت مال أو لكافر لم تبلغه الدعوة، فلا يحل ماله، ولا يجوز تملكه. (والثالث) أنه ان كان في دار الاسلام لم يملك، وان كان في دار الحرب ملك، لان ما كان في دار الاسلام فهو في الظاهر لمن له حرمة، وما كان في دار الحرب فهو في الظاهر لمن لا حرمة له. ولهذا ما يوجد في دار الحرب يخمس وما يوجد في دار الاسلام يجب تعريفه، وان قاتل الكفار عن أرض ولم يحيوها ثم ظهر المسلمون عليها ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز أن تملك بالاحياء، بل هي

[205]

غنيمة بين الغانمين، لانهم لما منعوا عنها صاروا فيها كالمتحجرين، فلم تملك بالاحياء (والثانى) أنه يجوز أن تملك بالاحياء لانهم لم يحدثوا فيها عمارة فجاز أن تملك بالاحياء كسائر الموات. (فصل) وما يحتاج إليه المصلحة العامر من المرافق كحريم البئر وفناء الدار والطريق ومسيل الماء لا يجوز احيائه لانه تابع للعامر فلا يملك بالاحياء ولانا لو جوزنا احياءها أبطلنا الملك في العامر على أهله وكذلك ما بين العامر من الرحاب والشوارع ومقاعد الاسواق لا يجوز تملكه بالاحياء لان الشرع قد ورد بإحياء الموات وهذا من جملة العامر ولانا لو جوزنا ذلك ضيقنا على الناس في أملاكهم وطريقهم وهذا لا يجوز. (فصل) ويجوز احياء كل من يملك المال لانه فعل يملك به فجاز من كل من يملك المال كالاصطياد ولا يجوز للكافر أن يملك بالاحياء في دار الاسلام ولا للامام أن يأذن له في ذلك. لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (موتان الارض لله ولرسوله ثم هي لكم منى) فجمع الموتان وجعلها للمسلمين، فانتفى أن يكون لغيرهم، ولان موات الدار من حقوق الدار والدار للمسلمين، فكان الموات لهم كمراقف المملوك لا يجوز لغير المالك احيائه، ولا يجوز للمسلم أن يحيى الموات في بلد صولح الكفار على المقام فيه، لان الموات تابع للبلد، فإذا لم يجر تملك البلد عليهم لم يجر تملك مواته. (الشرح) حديث جابر رواه أحمد والترمذي وصححه بلفظ (من أحيأ أرضاً فهى له) وفى لفظ عند احمد وابى داود (من أحاط حائطاً على أرض فهى له) ولاحمد وابى داود والطبراني والبيهقي وصححه ابن الجارود من رواية سمرة بن جندب رواه عنه الحسن وفى سماع الحسن من سمرة خلاف معروف بين المحدثين تكلمنا عليه في غير ما موضع، وأخرجه النسائي وابن حبان بنحوه. أما حديث سعيد بن زيد فقد رواه احمد وابو داود والترمذي بلفظ (من أحيأ أرضاً ميتة فهى له، وليس لعرق ظالم حق) وأخرجه أيضا النسائي، وحسنه

[206]

الترمذي وأعله بالارسال ورجح الدارقطني إرساله وقد مضى الاختلاف في الصحابي الذي رواه غير سعيد بن زيد. أما سعيد بن زيد فهو أحد العشرة المبشرين بالجنة، كنيته أبو الأعور، وهو قرشي عدوى من السابقين الاولين البدرين، ممن رضى الله عنهم ورضوا عنه، شهد المشاهد كلها، وشهد حصار دمشق وفتحها، وأول من ولى على دمشق في الاسلام: له حديثان في الصحيحين، وانفرد البخاري له بحديث، روى عنه ابن عمر وابو الطفيل وعمرو بن حريث وعروة وأبو سلمة بن عبد الرحمن، وعبد الله بن ظالم وطائفة. وأبوه زيد بن عمر بن نفييل، مات قبل الاسلام على النجاة، لانه خرج يطلب الدين القيم حتى مات. واخبر النبي صلى الله عليه وسلم انه يبعث أمة وحده يوم القيامة. وهو ابن عم أمير المؤمنين عمر بن الخطاب وقال ابن عبد البر: هذا الحديث مسنده صحيح متلقى بالقبول عند الفقهاء في المدينة وغيرها. أما الاحكام فقد قال الشافعي رضى الله عنه: بلاد المسلمين شيئان: عامر وموات، فالعامر لاهله كل ما صلح به العامر ان كان مرفقا لاهله من طريق وفناء ومسيل ماء أو غيره فهو كالعامر في ان لا يملك على أهله الا بإذنتهم. اه والموات هو الارض الخراب الدارسة تسمى ميتة ومواتا وموتانا بفتح الواو والموتان بضم الميم وسكون الواو والموت الذريع، ورجل موتان القلب بفتح الميم وسكون الواو لا بصيرة له ولا فهم. إذا عرف هذا فان الموات شيئان: موات قد كان عامراً لاهله معروفاً في الاسلام ثم ذهبت عمارته فصار مواتاً، فذلك كالعامر لاهله لا يملك عليهم الا بإذنتهم (والثانى) ما لم يملكه احد من أهل الاسلام يعرف ولا عمارة في

الجاهلية أو لم يملك، فذلك الموات الذي قال فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم (من أحيأ مواتا فهو له) وروى وهب بن كيسان عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (من أحيأ أرضا ميتة فهي له وله فيه أجر وما أكلت العوافي منها فهو له صدقة، والعوافي جمع عاف وهو طالب الفضل.

[207]

وقد روى أحمد والبخاري عن عائشة رضی الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (من عمر أرضا ليست لاحد فهو أحق بها) وعن أسمر بن مضر قال: أتيت النبي صلى الله عليه وسلم فبايعته فقال: من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له. قال فخرج الناس يتعادون يتخاطون أي يتسابقون عدوا يخططون في الارض تمهيدا لتعميرها. وروى ابن ابي مليكة عن عروة قال: أشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن الارض أرض الله والعباد عباد الله. ومن أحيأ مواتا فهو أحق به. جاءنا بهذا عن النبي صلى الله عليه وسلم الذين جاؤوا بالصلوات عنه) والحديث بهذه المثابة لا يكون مرسلا على القول الصحيح بناء على الاصل في ان الصحابة كلهم عدول، فإذا قال التابعي الثقة أشهد انه جاءني عن النبي صلى الله عليه وسلم به الذين جاءوا بالصلوات عنه وهو يعنى الصحابة. فقد ارتفع الارسال وبقيت الجهالة، والجهالة بالصحابة لا تقدر في الحديث، اللهم الا إذا ثبت ولو مرة واحدة ان عروة التبس عليه أمر تابعي معاصر بإسلامه للنبي صلى الله عليه وسلم فظنه صحابنا، ولكن إذا عرفنا ان عروة لا يشك في تثبته وعلمه باحوال الصحابة والذي تربى في بيت النبوة والخلافة. فابوه ابن عمه النبي صلى الله عليه وسلم، وجده لأمه أبو بكر رضی الله عنه. وخالته أم المؤمنين، وأخوه أمير المؤمنين عبد الله بن الزبير. وروى الشافعي عن سفيان عن طاوس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (عمارة الارض لله ولرسوله ثم هي لكم منى) ولان ما لم يجر عليه ملك نوعان أرض وحيوان، فلما ملك الحيوان إذا ظهر عليه بالاصياد ملك موات الارض إذا ظهر عليه بالاحياء وقوله في حديث الفصل عن طاوس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (عادى الارض) نسبة إلى عاد رجل من العرب الاولى، وهم العرب البائدة، وبه سميت قبيلة قوم هود، ويقال للملك القديم عادى كانه نسبة إليه لتقدمه، وبئر عادية كذلك، وعادى الارض ما تقادم ملكه. وقد جاء حديث طاوس في الامم وعند المصنف هنا هكذا مرسلا. وقد رواه هكذا سعيد بن منصور في سننه وابو عبيد في الاموال، فإذا تقرر جواز الاحياء قال الشافعي: بلاد المسلمين شيئان عامر وموات، وانما خص بلاد المسلمين بما

[208]

ذكره من قسمي العامر والموات، وان كانت بلاد الشرك أيضا عامرا ومواتا، لما ذكره من ان عامر بلاد المسلمين لاهله لا يملك عليه الا بإذنهم. وعامر بلاد الشرك قد يملك عليهم قهرا وغلبة بغير إذنهم. وإذا كان كذلك بدأنا بذكر العامر من بلاد المسلمين ثم بمواتهم. أما العامر فلاهله الذي قد ملكوه بأحد أسباب التمليك وهي ثمانية: 1- الميراث 2- المعاوضات 3-

الهبات 4 - الوصايا 5 - الوقف 6 - الصدقات 7 - الغنيمة 8 - الاحياء. فإذا ملك عامراً من بلاد المسلمين بأحد هذه الاسباب الثمانية صار مالكه له ولحريمه ومرافقيه من بناء وطريق ومسيل ماء وغير ذلك من مرفق العامر التي لا يستغنى العامر عنها فلا يجوز ان يملك ذلك على أهل العامر باحياء ولا غيره فمن أحياه لم يملكه. وقال داود بن علي: حريم العامر كسائر الموات من أحياء فقد ملكه استدلالاً بقوله صلى الله عليه وسلم (من أحيأ أرضاً مواتاً فهي له) وهذا خطأ لان حريم العامر قد كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم على عهد خلفائه مقراً على اهله لم يتعرض أحد لحيائه عما انتهوا إليه، ولانه لو جاز احياء حريم العامر لبطل العامر على أهله وسقط الانتفاع به، لانه يفضى إلى ان يبنى الرجل داراً يسد بها باب جاره فلا يصل الجار إلى منزله. وما أدى إلى هذا من الضرر وكان ممنوعاً منه، وليس الحريم مواتاً فيصح استدلال داود عليه. وأما الموات فضربان: أحدهما ما لم يزل على قديم الدهر مواتاً لم يعمر قط. فهذا هو الموات جاء في الحديث ان من أحيأها فهي له، فان أحيأه ذمى لم يملكه وقال أبو حنيفة: يملكه الذمي بالاحياء كالمسلم، استدلالاً بعموم قوله صلى الله عليه وسلم (من أحيأ أرضاً مواتاً فهي له) ولانها أعيان مباحة فجاز أن يستوى في تملكها المسلم والذمي كالصيد والحطب، ولان من يملك بالاصطياد والاحتطاب صح أن يملك بالاحياء كالمسلم، ولانه سبب من أسباب التملك فوجب أن يستوى فيه المسلم والذمي كالبيع، ودليلنا حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم (ثم هي لكم منى) فوجه الخطاب للمسلمين وأضاف ملك الموات إليهم فدل على اختصاصهم بالحكم.

[209]

ولان النبي صلى الله عليه قال لا يجتمع في جزيرة العرب دينان) اشارة إلى إجلانهم حتى أجلاهم عمر رضى الله عنه من الحجاز، فلما أمر بإزالة أملاكهم الثابتة فأولى أن يمنعوا من أن يستيحوها أملاكاً محدثة، لان استدامة الملك أقوى من الاستحداث، فإذا لم يكن لهم الاقوى فالأضعف أولى، ولان من لم يقر في دار الاسلام الا بجزية منع من الاحياء كالمعاهد، ولان كل ما لم يملكه الكافر قبل عقد الجزية لم يملكه بعد عقد الجزية وأصله نكاح المسلمة. ولانه نوع تملك ينافية كقر الحربي فوجب أن ينافية كقر الذمي كالارث من مسلم فأما الجواب عن حديث (من أحيأ أرضاً مواتاً فهي له) فهو أن هذا الخبر وارد في بيان ما يقع به الملك. وقوله (ثم هي لكم) وارد في بيان ما يقع له الملك فصار المفسر في كل واحد منهما فيما قصد له قاضياً على صاحبه، فصار الخبران في التقدير كقوله (من أحيأ أرضاً مواتاً من المسلمين فهي له) وأما الجواب عن قياسهم على الصيد والحطب فهو أنه منتقض بالغنيمة حيث لم يستو المسلم والذمي فيها مع كونها أعياناً مباحة، ثم لو سلم من النقض لكان المعنى في الصيد والحطب أن لا ضرر على المسلم فيه إذا أخذه الكافر، وليس كذلك الاحياء. لذلك لم يمنع المعاهد من الاصطياد والاحتطاب وان منع من الاحياء، فكان المعنى الذي فرقوا به في المعاهد بين إحيائه واصطياده (وفرقتنا في الذمي بين إحيائه واصطياده، وهو الجواب عن قياسهم الثاني ويكون المعنى في المسلم فضيلته بدينه واستقراره في دار الاسلام بغير حرمة مباحة لصغار الذمة فاستعلى على من خالف الملة. وأما الجواب عن قياسهم على البيع فهو إنه منتقض بالزكاة لانها سبب من أسباب التملك الذي يختص بها المسلم دون الذمي. ولما لم يجر في الاحياء أن يملك به المعاهد لم يملك به الذمي. وقال أحمد بعدم الفرق بين المسلم والذمي وقد مضى الرد على

ذلك. والضرب الثاني من الموات ما كان عامرا ثم خرب فصار بالخراب مواتا
فذلك ضربان، أحدهما ان كان جاهليا لم يعمر في الاسلام فهذا على
ضربين أحدهما أن يكون قد خرب قبل الاسلام حتى صار مواتا مندرسا
كأرض عاد وتبع ومدن طيبة ومنف وبابل وأشور وبعبك فهذه إذا أعلن
أيلولتها إلى بيت

[210]

مال المسلمين وملكت الدولة التي من حقها أن تكون لها الولاية عليها
لعرضها للاعتبار عملا بقوله تعالى (أفلم يسيروا في الارض فينظروا كيف
كان عاقبة الذين من قبلهم، كانوا أشد منهم قوة وآثارا في الارض،
وعمروها أكثر مما عمروها) إلى آخر ما ورد في القرآن الكريم من آيات
الحث على السياحة والسير إلى الآثار للاعتبار والاتعاظ، كان إحيائها معلقا
بإذن السلطان، بل إن السلطان إذا أحيها بصيانتها وإقامة الحراس عليها
وتمهيد طرقها وتيسير سبل الوصول إليها بسبب ما تحويه من تواريخ من
كانوا يعمرونها من الدارسين والباثين كان هذا إحياء لها على هذا النحو،
وصارت ملكا عاما لا يختص به أحد، وذلك أصله قوله صلى الله عليه وسلم
(عادى الارض لله ولرسوله ثم هي لكم منى) والضرب الثاني: ما كان باقى
العمارة إلى وقت الاسلام ثم خرب وصار مواتا قبل أن يصير من بلاد
الاسلام فهذا على ثلاثة أقسام (أحدهما) أن يرفع أربابه أيديهم عنه قبل
القدرة عليه فهذا يملك بالاحياء كالذى لم يزل مواتا (والقسم الثاني) أن
يتمسكوا به إلى حين القدرة عليه فهذا يكون في حكم عامرهم لا يملك
بالاحياء. (والقسم الثالث) أن يجهل حاله فلا يعلم هل رفعوا أيديهم عنه
قبل القدرة عليه أم لا، ففي جواز تملكه بالاحياء وجهان كالذى جهل حاله
من الركاز. والضرب الثاني: ما كان في الاصل عامرا من بلاد الاسلام ثم
خرب حتى ذهبت عمارته، واندرست آثاره، فصار مواتا. فقد اختلف الفقهاء
في جواز تملكه بالاحياء على ثلاثة مذاهب، فمذهب الشافعي منها أنه لا
يجوز أن يملك بالاحياء سواء عرف أربابه أو لم يعرفوا. وقال أبو حنيفة: إن
عرف أربابه فهو على ملكهم لا يملك بالاحياء وإن لم يعرفوا ملك بالاحياء
استدلالا بعموم الحديث (من أحيأ أرضا مواتا فهي له) وحقيقة الموات ما
صار بعد الاحياء مواتا من العامر فزال عن حكم العامر كالجاهلي. ولأنه
موات فجاز احيائه كسائر الموات. وقال مالك: يصير كالموات الجاهلي
يملكه من أحيائه سواء عرف أربابه أم لم يعرفوا. ودليلنا قوله صلى الله
عليه وسلم (لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه) وهذا مال مسلم.
وروى عروة عن عائشة رضی الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم (من أحيأ أرضا ميتة ليست لاحد فهو أحق بها)

[211]

فجعل زوال الملك عن الموات شرطا في جواز ملكه بالاحياء. ودل على أن
ما جرى عليه ملك لم يجز أن يملك بالاحياء. وروى أسامة بن مضرس قال:
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم
فهو له مال، فخرج الناس يتعادون يتخاطون) وهذا نص ولأنها أرض استقر
عليها ملك أحد المسلمين فلم يجز أن تملك بالاحياء كالتى بقيت آثارها عند

مالك، وكالتى تعين أربابها عند إبي حنيفة، ولان ما صار مواتا من عامر المسلمين لم يجر إحياءه بالتملك كالأوقاف والمساجد. وأما استدلالم بقوله صلى الله عليه وسلم (من أحيا أرضا مواتا فهي له) فهو دليل عليهم، لان الاول قد إحياءها، فوجب أن يكون أحق بها من الثاني لامرين أحدهما: أنه سبق. والثانى: أن ملكه قد ثبت بانفاق. وأما الجواب عن قياسهم على الجاهلي وعلى التى لم تزل خرابا فالمعنى فيها أنها لم يجر عليها ملك مسلم. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) والاحياء الذى يملك به أن يعمر الارض لما يريد، ويرجع في ذلك إلى العرف، لان النبي صلى الله عليه وسلم أطلق الاحياء ولم يبين فحمل على المتعارف، فان كان يريد للسكنى فان بنى سور الدار من اللبن والأجر والطين والجص إن كانت عادتهم ذلك، أو القصب أو الخشب إن كانت عادتهم ذلك، ويسقف وينصب عليه الباب لانه لا يصلح للسكنى بما دون ذلك، فإن أراد مراحا للغنم أو حظيرة للشوك والحطب بنى الحائط ونصب عليه الباب، لانه لا يصير مراحا وحضيرة بما دون ذلك، وإن أراد للزراعة فان يعمل لها مسناة ويسوق الماء إليها من نهر أو بئر، فإن كانت الارض من البطائح فان يحبس عنها الماء لان إحياء البطائح أن يحبس عنها الماء كما أن إحياء اليايس بسوق الماء إليه، وبحرثها، وهو إن يصلح ترابها، وهل يشترط غير ذلك؟ فيه ثلاثة أوجه. (أحدها) أنه لا يشترط غير ذلك وهو المنصوص في الام، وهو قول أبى إسحاق، لان الاحياء قد تم وما بقى إلا الزراعة، وذلك انتفاع بالمحيا فلم يشترط كسكنى الدار.

[212]

(والثانى) وهو ظاهر ما نقله المزني: أنه لا يملك إلا بالزراعة لانها من تمام العمارة، ويخالف السكنى فإنه ليس من تمام العمارة، وإنما هو كالحصاد في الزرع، (والثالث) وهو قول أبى العباس: أنه لا يتم إلا بالزراعة والسقى، لان العمارة لا تكمل إلا بذلك، وإن أراد حفر بئر فإحياءها أن يحفر إلى أن يصل إلى الماء لانه لا يحصل البئر الا بذلك، فان كانت الارض صلبة تم الاحياء، وان كانت رخوة لم يتم الاحياء حتى تطوى البئر لانها لا تكمل الا به، (الشرح) يختلف الاحياء باختلاف المقصود منه، ولما كان الشارع قد أطلق الاحياء لم يحده، ولما كان ليس للاحياء في اللغة حد وجب الرجوع إلى العرف كالحرز والقبض وضابطه تهئية الشئ لما يقصد منه غالبا، فإن أراد مسكنا نظرت إلى العرف الشائع في المكان الذى يجرى فيه الاحياء سكنا، كتحويطه بالأجر أو اللبن أو القصب على عادة المكان، وقد رأى بعض الاصحاب الاكتفاء بالتحويط من غير بناء لكنه نص في الام على اشتراط البناء. قال الرملي: وهو المعتمد، والأوجه الرجوع في جميع ذلك إلى العادة، ومن هنا قال المتولي وأقره ابن الرفعة والأذرى وغيرهما: لو اعتاد نازلو الصحراء تنظيف الموضع من نحو شوك وحج وتسويته لضرب خيمته وبناء معلقه ففعلوا ذلك بقصد التملك ملكوا البقعة، وان ارتحلوا عنها أو بقصد الارتفاق فهم أولى بها إلى الرحلة. إذا ثبت هذا: فإن تحويط الارض احياء لها سواء أرادها للبناء أو للزرع أو حظيرة للغنم أو للخشب أو لغير ذلك، هذا مذهبنا ونص عليه أحمد في رواية على بن سعيد فقال: الاحياء أن يحوط عليها حائطا ويحفر فيها بئرا أو نهرا ولا تعتبر في ذلك تسقيف، وذلك لما روى عن الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (من أحاط حائطا على أرض فهي له) رواه أبو داود واحمد، ويروى عن جابر مثله. وقد نص الامام النووي على عدم اشتراط تعليق

الباب لان الباب لا يشترط للسكنى وانما هو للحفاظ والسكنى لا تتوقف عليه. وقد اعتبر القصد في مذهب

[213]

الشافعي رضى الله عنه ولم يعتبر القصد في مذهب أحمد رضى الله عنه، فلو أحاط مواتنا بقصد أن يكون حظيرة فاتخذة سكننا له ولم يتخذه لما قصد له ملكه عند أحمد لعدم اعتبار القصد وملكه عند الشافعي بالقصد الطارئ أما إذا حوطها لتكون حظيرة ولا تصلح للسكنى ثم سكنها فإنه لا يملك عند الشافعي ويملك عند أحمد، فلو خندق حول الارض خندقا لم يكن إحياء لانه ليس بحائط ولا عمارة، وإنما هو حفر وتخریب، وإن أحاطها بشوك وشبهه لم يكن ذلك إحياء ولو نزل منزلا فنصب به بيت شعر أو خيمة لم يكن ذلك إحياء. أما إذا فعل ذلك بحيث يريد بها مزورة فجمع التراب أو الشوك حولها وسوى الارض فطم المنخفض منها واكتسح العالي وحرثها إذا توقف زرعها على الحرث ورتب لها الماء بشق المسقاة أو حفر الساقية أو شق للماء طريقا ولم يبق الا اجراؤه كفى ذلك في تملكه، وان لم يجر الماء، فان هبأه ولم يحفر له طريقا كفى أيضا وهو المنصوص في الام، وبه قال أبو إسحاق المروزي ورجحه صاحب الشرح الصغير وتابعه الشمس الرملي. فإذا كفاها المطر لم تحتج إلى ترتيب للماء وذلك خلاف لظاهر ما نقله المزني من أنه يشترط الزراعة لتمام الملك بذلك، ويخالف السكنى، وقد زاد أبو العباس بن سريج على ذلك اشتراط السقى أيضا، وأرض الجبال التي لا يمكن سوق الماء إليها ولا يكفيها المطر تكفى الحرارة وجمع التراب كما اقتضاه كلام النووي في الروضة تبعاً للرافعي وجزم به غيرهما. ولا يشترط أن تتم الزراعة على الاصح كما لا يشترط سكنى الدار لان استيفاء المنفعة خارج عن الاحياء. والثاني لا تصير محياة الا بالزراعة كما لا تصير الدار محياة الا إذا صار فيها مال المحيى، وإذا اعتادوا أن يجمعوا ترابا حول ما يزرعونه بستانا فجمع التراب بدلا من التحويط كفى، والا اشترط التحويط حسب العادة وتهبئة ماء للبستان أن لم يكفه ماء المطر، ويشترط فيه اتخاذ الباب وغرس الاشجار ولو لبعضه بحيث يسمى بستانا كما أفاده الادريسي، فلا يكفى غرس الشجرة والشجرتين في المكان الواسع على المذهب إذ لا يتم اسم البستان بدون ذلك بخلاف المزرعة

[214]

بدون الزرع، ولا يشترط في البستان الاثمار، وما عمله مما يعود نفعه على غيره كطلى بئر، فان ملكه له يتوقف على قصده من حفر البئر، وقال الشافعي رضى الله عنه: وانما يكون الاحياء ما عرفه الناس إحياء مثل المحيا ان كان مسكنا فإن يبنى بمثل ما يبنى به مثله من بئان حجر أو لبن أو مدر يكون مثله بناء، وهكذا ما أحيا الادمى من منزل له أو لدواب من حطار أو غيره فاحياه ببناء، حجر أو مدر أو بماء لان هذه العمارة بمثل هذا، ولو جمع ترابا لحطار أو خندق لم يكن هذا إحياء. وكذلك لو بنى خياما من شعر أو جريد أو خشب لم يكن هذا إحياء تملك له الارض بالاحياء، وما كان هذا قائما لم يكن لاحد أن يزيله، فإذا أزاله صاحبه لم يملكه، وكان لغيره ان يزيله وبعمره، اه والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل)

وإذا أحيا الارض ملك الارض وما فيها من المعادن كالبلور والفيروز والحديد والرصاص لانها من اجزاء الارض فملك بملكها ويملك ما ينبع فيها من الماء والقار وغير ذلك. وقال أبو اسحاق لا يملك الماء وما ينبع فيها، وقد بينا ذلك في البيوع، ويملك ما ينبت فيها من الشجر والكلأ. وقال أبو القاسم الصيمري لا يملك الكلأ لما روى ان ابيص بن حمال سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن حمى الاراك، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا حمى في الاراك) ولانه لو فرخ في الارض طائر لم يملك، فكذلك إذا نبت فيه الكلأ، وقال أكثر أصحابنا: يملك لانه من نماء الملك فملكه بملكه كشعر الغنم. (فصل) ويملك بالاحياء ما يحتاج إليه من المرافق، كفناء الدار والطريق ومسيل الماء وحريم البئر، وهو بقدر ما يقف فيه المستقى إن كانت البئر للشرب وقدر ما يمر فيه الثور إن كانت للسقى، وحريم النهر وهو ملقى الطين وما يخرج منه من التخن، ويرجع في ذلك إلى أهل العرف في الموضوع. والدليل عليه ما روى عبد الله بن مغفل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: من احتقر بئرا فله أربعون ذراعا حولها عطن لماشيته. وروى ابن شهاب عن سعيد بن المسيب قال: من السنة أن حريم القليب

[215]

العادية خمسون ذراعا، وحريم البئر خمسة وعشرون ذراعا، وحريم بئر الزرع ثلثمائة ذراع، فان أحيا أرضا إلى جنب غيره فجعل أحدهما داره مدبغة أو مقصرة لم يكن للآخر منعه من ذلك، لانه تصرف مباح في ملكه فلم يمنع منه. وان الصق حائطه بحائطه منع من ذلك. وان طرح في أصل حائطه سرجينا منع منه لانه تصرف باشر ملك الغير بما يضر به فمنع منه، فان حفر حشا في أصل حائطه لم يمنع منه لانه تصرف في ملكه. ومن أصحابنا من قال: يمنع لانه يضر بالحاجز الذي بينهما في الارض. وان ملك بئرا بالاحياء فجاء رجل وتباعد عن حريمه وحفر بئرا فنقص ماء الاول لم يمنع منه لانه تصرف في موات لاحق لغيره فيه. (الشرح) حديث ابيص بن حمال رواه الترمذي وحسنه وابو داود بلفظ (أنه وفد إلى النبي صلى الله عليه وسلم استقطعه الملح فقطع له، فلما ان ولى قال رجل: أتدرى ما أقطعت له؟ إنما أقطعته الماء العد. فقال انتزعه منه، قال: وسألته عما يحمى من الاراك فقال: ما لم تنله خفاف الابل) وأخرجه أيضا ابن ماجه والنسائي وصححه ابن حبان وضعفه ابن القطان ولم يذكر وجه تضعيفه ولعله بسبب السبي المازنى الذى في الاسناد. وقال فيه ابن عدى: أحاديثه مظلمة منكرة. وفى رواية (ما لم تنله أخفاف الابل) قال محمد بن الحسن المخزومى: يعنى ان الابل تأكل منتهى رؤسها ويحمى ما فوق ذلك. ورواه سعيد بن منصور قال: حدثنى اسماعيل بن عياش عن عمرو بن قيس المارى عن أبيه عن ابيص بن حمال المارى قال (استقطعت رسول الله صلى الله عليه وسلم معدن الملح بمأرب فاقطعني، فقيل يا رسول الله انه بمنزلة الماء العد، يعنى انه لا ينقطع، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: فلا إذن). وأما حديث عبد الله بن مغفل رضى الله عنه فقد رواه ابن ماجه باسناد ضعيف لان فيه اسماعيل بن سلم، وقد أخرجه الطبراني من حديث أشعث عن الحسن، وأخرج حرب وعبد الله عن أحمد من حديث أبى هريرة بلفظ (من سبق

إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له، وله حريمها خمسون ذراعا من كل جانب) واختيار الخمسين هو مذهب أحمد وأصحابه، وأخرج ابن ماجه بلفظ (حريم البئر طول رشائها) أما اللغات في الفصل فالبلور كنتور وسنور وسيطر. وهو جوهر. وكذلك الفيروز، والقار نوع من القطران، والعد بكسر العين، قال أبو عبيد: العد بلغة تميم الكثير، وبلغة بكر بن وائل هو القليل، والمراد هنا في الحديث الكثير الذي لا ينقطع. وأما كلمة التقن التي جرت هنا في كلام المصنف فهي من الكلمات التي كانت شائعة عند أهل بغداد، ويريدون بها سيف النهر وما اجتمع فيه من الطين وغيره. أما الاحكام فإن المعادن إما ظاهرة، وهي التي سنتكلم عليها في الفصل التالي أما المعادن الباطنة وهي التي لا يوصل إليها الا بالعمل والمؤنة كمعادن الذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص والبلور والفيروز، فإذا كانت ظاهرة فلا تملك بالاحياء لما سيأتي، وإن لم تكن ظاهرة فحفرها إنسان لم تملك بذلك في ظاهر مذهب أحمد والشافعي، وهو قول أبي اسحاق المروري، ويحتمل أن يملكها بذاك، وهو قول للشافعي والمصنف والنووي في المنهاج. ومنع أبو القاسم الصيمري أن يملك الكلا، ولانه لو فرخ طائر في الارض لم يملك. وقول أكثر الاصحاب يملك لانه من نماء الارض كمن يملك غنما فانه يملك أصوافها وأشعارها لانه نماء في ملكه، ولانه إظهار تهيأ بالعمل والمؤنة فملك بالاحياء كالارض، ولانه بإظهاره تهيأ للانتفاع به من غير حاجة إلى تكرار ذلك العمل، فاشبه إحاطة الارض أو إجراء الماء إليها. ووجه الاول أن الاحياء الذي يملك به هو العمارة التي تهيأ بهال المحمي للانتفاع من غير تكرار عمل. وهذا حفر وتخريبه يحتاج إلى تكرار عند كل انتفاع، فإن قيل: فلو احتفر بئرا ملكها وملك حريمها، قلنا: البئر تهيأت للانتفاع بها من غير تجديد حفر ولا عمارة، وهذه المعادن تحتاج عند كل انتفاع إلى عمل وعمارة فافترقا. أما إذا ملك الارض بالاحياء فظهر أن فيها معدنا من المعادن الجامدة ظاهرا

أو باطنا فقد ملكه لانه ملك الارض بجميع أجزائها وطبقاتها وهذا منها ويفارق الكنز فانه مودع فيها وليس من أجزائها، ويفارق ما إذا كان ظاهرا قبل إحيائها لانه قطع عن المسلمين نفعا كان واصلا إليهم، ومنعهم انتفاعا كان لهم. وههنا لم يقطع عنهم شيئا لانه انما ظهر بإظهاره له، ولو تحجر الارض أو أقطعها فظهر فيها المعدن قبل إحيائها لكان له احيائها ويملكها بما فيها لانه صار أحق به بتحجره واقطاعه فلم يمنع من اتمام حقه. (فرع) يقال للبئر التي تحفر في الارض الموات: بئر عادية بتشديد الياء منسوبة إلى عاد، وليس المراد عادا بعينها، ولكن لما كانت عاد في الزمن الاول وكانت لها آثار في الارض نسب إليها كل قديم، فكل من حفر بئرا في موات التملك فله حريمها أربعون ذراعا حولها أو خمس وعشرون ذراعا من كل جانب أو خمسون ذراعا طول أبعد طرفي حريمها، ومن سبق إلى بئر عادية كان أحق بها لقوله صلى الله عليه وسلم (من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له وله حريمها خمسون ذراعا من كل جانب) وقد فرق سعيد بن المسيب بين العادي منها والبدئي، فجعل الاولى حريمها خمسون ذراعا وجعل البدئية حريمها خمسة وعشرون ذراعا. وجعل حريم بئر الزرع ثلاثمائة ذراع وقال: هذا من السنة. وإذا قال تابعي كبير كابن

المسيب (من السنة) وكذلك روى أبو عبيد عن يحيى بن سعيد الانصاري أنه قال (السنة في حريم القليب العادي خمسون ذراعا والبدئ خمس وعشرون ذراعا) وإنما يقول كل منهما - وهما تابعيان كبيران - ذلك لما صح عندهما من عمل الصحابة واتفاقهم عليه مما يجعل هذا القدر هو السنة لانه لا يخلو من هدى نبوي. وقال أصحاب أحمد منهم أبو الخطاب والقاضي: ليس هذا على طريق التحديد بل حريمها على الحقيقة ما تحتاج إليه في ترقية مائها منها، فإن كان بدولاب فقدر مد الثور أو غيره، وإن كان بساقية فبقدر طول البئر، لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم قال (حريم البئر مد رشائها) رواه ابن ماجه.

[218]

وذهب النووي إلى تحديد حريم البئر المحفورة في الموات بمقدار موقف النازح منها، قال الرملي: وهل يعتبر قدر النازح من سائر الجوانب أو من أحدها فقط الاقرب اعتبار العادة في مثل ذلك المحل اهـ. وعلى هذا يكون حريم البئر من جوانبه ما يحتاج إليه في مجال عمله، وينبغي أن يمتد حريمها إلى ما تقتضيه. وقال أبو حنيفة: حريم البئر أربعون ذراعا، وحريم العين خمسمائة ذراع، لان أبا هريرة روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال (حريم البئر أربعون ذراعا لاعطان الابل والغنم). (قلت) حديث أبي هريرة رواه احمد (حريم البئر العادي خمسون ذراعا، وحريم البئر البدئ خمسة وعشرون ذراعا) وعن الشعبي مثله. وقد روى الدارقطني والخلال بإسنادهما عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال: حريم البئر خمس وعشرون ذراعا، وحريم العادي خمسون ذراعا) وقد أعله الدارقطني بالارسال وقال: من أسنده فقد وهم، وفي سنده محمد بن يوسف المقرئ شيخ الدارقطني وهو منهم بالوضع، ورواه البيهقي من طريق يونس عن الزهري عن المسيب مرسلا وزاد فيه (وحريم بئر الزرع ثلاثمائة ذراع من نواحيها كلها) وأخرجه الحاكم من حديث أبي هريرة موصولا ومرسلا والموصول فيه عمر بن قيس وهو ضعيف: والاحاديث في مجموعها تثبت أن للبئر حرما، والمراد بالحریم ما يمنع منه المحيى والمحتفر لاضراره. وفي النهاية: سمي بالحریم لانه يحرم منع صاحبه منه، ولانه يحرم على غيره التصرف فيه. وحديث عبد الله بن مغفل الذي ساقه المصنف يجعل العلة في ذلك هي ما يحتاج إليه صاحب البئر عند سقى إبله لاجتماعها على الماء. وحديث أبي هريرة دال على أن العلة هو ما يحتاج إليه البئر لئلا تحصل المضرة عليها باقتراب الاحياء منها، ولذا وقع الاختلاف بين حالي كل من البدئ والعادي، والجمع بين الحديثين يمكن أن ينظر فيهما من وجه الحاجة فإن كانت لاجل سقى الماشية فحديث الاربعين أو الخمس والعشرين، وإن كانت لاجل البئر فخمسين وقد ذهب الشافعي وأبو حنيفة إلى أن حريم البئر أربعون، وذهب أحمد إلى أن الحريم خمسة وعشرون.

[219]

(فرع) ومن كانت له بئر فيها ماء فحاء آخر فحفر قريبا منها بئرا فليس له منعه من ذلك، وإن نقص ماء البئر الاولى أو انسرب الماء إليها لانه تصرف مباح في ملكه، ويحتمل أن يمنع من ذلك من حفر بئرا في موات إلى جوار

بئر مثلها وجعلها أعمق منها بحيث تحتذب ماء الاولي إليها، لانه ليس له أن يبتدئ ملكه على وجه يضر بالملك قبله، وهو مذهب أحمد وقول للشافعي رضى الله عنهما، والقول الاظهر وهو المذهب: له ذلك لانه تصرف مباح في ملكه فجاز له كتعليه داره. وهكذا الخلاف في كل ما يحدثه الجار مما يضر بجاره، مثل أن يجعل داره مدبغة أو حماما يضر بعقار جاره برائحته أو غيرها، أو يجعل داره مخبزا في وسط العطارين ونحو ذلك مما يؤدي الجيران فمذهب أحمد: المنع من ذلك، ومذهب الشافعي: له ذلك كله، لانه تصرف مباح في ملكه أشبه ببناء ونقصه. وأما إذا الصق الحائط بالحائط بغير مسافة ولو يسيرة منع من ذلك. أما إذا طرح في أصل حائطه فضلات عفتة تسرى في مسام الارض فتحدث في البناء العطب والتلف منع من ذلك قولاً واحداً، لانه تصرف باشر ملك غيره بما يضره. أما إذا حفر في أصل حائطه حشاً فقولان. أحدهما: لم يمنع من ذلك والثاني: يمنع لانه يضر بالحاجز الذي بينهما والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وان تحجر رجل مواتا وهو أن يشرع في إحيائه ولم يتم صار أحق به من غيره لقوله صلى الله عليه وسلم (من سبق إلى ما لم يسبق إليه فهو أحق به، وان نقله إلى غيره صار الثاني أحق به، لانه أثره صاحب الحق به، وان مات انتقل ذلك إلى وارثه، لانه حق تملك ثبت له فانتقل إلى وارثه كالشفعة، وان باعه ففيه وجهان. (أحدهما) وهو قول أبي اسحاق: أنه يصح لانه صار أحق به فملك بيعه. (والثاني) أنه لا يصح، وهو المذهب، لانه لم يملكه بعد فلم يملك بيعه كالشفيع قبل الاخذ، وان بادر غيره إلى إحيائه نظرت، فان كان ذلك قبل أن تطول المدة ففيه وجهان.

[220]

أحدهما لا يملك لان يد المتحجر أسبق. والثاني: يملك لان الاحياء يملك به والتحجر لا يملك به، فقدم ما يملك به على ما لا يملك به، وإن طالبت المدة ولم يتم قال له السلطان: إما أن تعمر وإما أن ترفع يدك، لانه ضيق على الناس في حق مشترك بينهم فلم يمكن منه كما لو وقف في طريق ضيق أو مشرعة ماء ومنع غيره منها، وإن سأل أن يمهل أمهل مدة قريبة، فان انقضت المدة ولم يحيى فبادر غيره فأحيا ملك، لانه لا حق له بعد انقضاء المدة. (فصل) ومن سبق في الموات إلى معدن ظاهر وهو الذي يوصل إلى ما فيه من غير مؤنة كالماء والنفط والمومياء والياقوت والبرام والملح والكحل كان أحق به، لقوله صلى الله عليه وسلم: من سبق إلى ما لم يسبق إليه فهو أحق به، فإن أطلال المقام فيه ففيه وجهان. (أحدهما) لا يمنع لانه سبق إليه (والثاني) يمنع لانه يصير كالمتحجر، فان سبق اثنان وضاق المكان وتشاحا، فان كانا يأخذان للتجارة، هأيا الامام بينهما فان تشاحا في السبق أقرع بينهما، لانه لا مزية لاحدهما على الاخر فقدم بالقرعة وإن كانا يأخذان للحاجة ففيه ثلاثة أوجه. أحدهما: يقرع بينهما لانه لا مزية لاحدهما على الاخر. والثاني: يقسم بينهما لانه يمكن لهما القسمة فلا يؤخر حقه. والثالث: يقدم الامام أحدهما لان للامام نظراً في ذلك فقدم من رأى تقديمه، وان كان من ذلك ما يلزم عليه مؤنة بأن يكون بقرب الساحل موضع إذا حصل فيه الماء حصل فيه ملح جاز أن يملك بالاحياء لانه يوصل إليه بالعمل والمؤنة فملك بالاحياء كالموات. (الشرح) حديث (من سبق إلى ما لم يسبق إليه أحد فهو أحق به) هذا الحديث هو الذي سبق تخريجه فقد رواه أبي داود وصححه الضياء المقدسي عن أسمر بن مضرس. وقال البغوي لا أعلم بهذا الاسناد غير هذا الحديث، التحجر أحاطة

الارض بالحجارة، أو بحائط صغير، وهو شروع في احياء الموات وليس احياء تاما، ولذلك فانه لا يملكها بذلك لان الملك لا يكون الا بالاحياء، وليس هذا

[221]

إحياء ولكن يصير أحق الناس به، لان النبي صلى الله عليه وسلم قال (من سبق إلى ما لم يسبق إليه فهو أحق به) فإن نقله إلى غيره صار الثاني بمنزلته لان صاحبه أقامه مقامه، وإن مات فوارثه أحق به لقول النبي صلى الله عليه وسلم (من ترك حقا أو مالا فهو لورثته من بعده) وهذا هو المذهب ومذهب أحمد رضى الله عنه وقال أبو إسحاق المروزي: إن حق التملك قد ثبت له فيصح له بيعه وقبض ثمنه، والمذهب أنه لا يصح له بيعه كالشفيع لا يصح له أن يبيع قبل أن يأخذ. وإن ثبت له الاختصاص وفرق بين الاختصاص والملك. والاختصاص لا يستلزم صحة البيع أو الهبة. فإن سبق غيره فأحياء ففيه وجهان (أحدهما) أنه يملكه لان الاحياء يملك به والحجر لا يملك به فثبت الملك بما لم يملك به دون ما لم يملك به كمن سبق إلى معدن أو مشرعة ماء فجاء غيره فأزاله وأخذه (والثاني) لا يملكه، لانه مفهوم قوله عليه السلام (من أحيأ أرضا ميتة ليست لأحد) وقوله (في حق غير مسلم فهي له) أنها لا تكون له إذا كان لمسلم فهو أحق، وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم (من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به) وروى سعيد بن منصور في سننه أن عمر رضى الله عنه قال (من كانت له أرض يعنى من تحجر أرضا فعطلها ثلاث سنين فجاء قوم فعمروها فهم أحق بها). هذا يدل على أن من عمرها قبل ثلاث سنين لا يملكها، وهو مذهب أحمد رضى الله عنه، ومذهب الشافعي رضى الله عنه أن المدة في التحجر إذا طالت عرفا بلا عذر، فإن السلطان يقول للمتحجر: إما أن تحببه أو تتركه ليحببه غيرك، لانه ضيق على الناس في حق مشترك بينهم فلم يمكن من ذلك كما لو وقف في طريق ضيق أو مشرعة ماء أو معدن لا ينفع ولا يدع غيره ينتفع. فإن سأل الامهال لعذر له أمهل الشهر والشهرين ونحو ذلك، فإن أحياء غيره في مدة المهلة ففيه الوجهان اللذان ذكرناهما، وان انقضت المدة ولم يعمر فلغيره أن يعمره ويملكه، لان المدة قد ضربت له لينقطع حقه بمضيها وسواء أذن له

[222]

السلطان في عمارتها أو لم يأذن له، وإن لم يكن للمتحجر عذر في ترك العمارة قيل له أما أن تعمر وأما أن ترفع يدك، فان لم يعمرها كان لغيره عمارتها. ومذهب أحمد في هذا كله نحو مذهبننا إلا في التوقيت بثلاث سنين لقول عمر رضى الله عنه لان عمر رضى الله عنه أخذ بالعرف في زمنه، وقد تكون السنين الثلاث معطلة لنفع يعود على المسلمين من إحياء الموات ونشر العمران مما يحقق مقاصد الاسلام، ويدفع المسلمين إلى التسابق في استخراج خيرات الارض واستنباط معادنها وإصلاح تربتها وتأهيل مهجورها وتعمير خرابها، وذلك صلاح للمسلمين وقوة لهم وعدة على أعدائهم ومصادر أعمال لعاطليهم وتوسيع لرقعة مساكنهم، وما نشطت شركات الكفار وتسابقت تستعمر بلاد المسلمين إلا لتعطيلهم هذه الاحكام الشريفه، وتخلفوا عن غيرهم في مجالات التعمير والبناء وهجرهم

لتعاليم النبي صلى الله عليه وسلم وصدق الله العظيم (ومن أعرض عن ذكرى فإن له معيشة ضنكا ونحشره يوم القيامة أعمى، قال: رب لم حشرتني أعمى، وقد كنت بصيرا؟ قال: كذلك أتتك آياتنا فنسيتها وكذلك اليوم تنسى). (فرع) حكم المعادن الظاهرة، قال الشافعي رضى الله عنه: ومثل هذا كل عين ظاهرة كنفط أو كبريت أو موميا (1) أو حجارة ظاهرة كموميا في غير ملك لاحد، فليس لاحد أن يتحجرها دون غيره، ولا لسلطان أن يمنعها لنفسه ولا لخاص من الناس، لان هذا كله ظاهر كالماء والكلااه. وهى التى يوصل إلى ما فيها من غير مؤنة يتنابها الناس وينتفعون بها كالمح والماء والكبريت والنفط وأحجار التلك الذى يتخذ مسحوقه لتبريد الجلد وإشبهاء ذاك لا تملك بالاحياء،

(1) الموميا لفظه يونانية الاصل وأصلها مومياى فخذفت الياء اختصارا وبقيت الالف مقصورة، وهو معدن يؤخذ منه دواء للعلاج كالتوتيا وكالجنزار من سلفات النحاس. وقال الرملي: الموميا شئ يلقى البحر في بعض السواحل فيجمد ويصير كالقار وقيل حجارة سود في اليمن، والبرام حجر يعمل منه قدور الطبخ.

[223]

ولا يجوز إقطاعها لاحد من الناس، ولا احتجازها دون المسلمين لما في ذلك من التصييق عليهم وحرمانهم خيرات ظاهرة، ولان النبي صلى الله عليه وسلم أقطع أبيض بن حمال معدن الملح في مأرب باليمن، فلما قيل له: إنه بمنزلة الماء العذ. أمر برده، فأنزل رسول الله صلى الله عليه وسلم الملح الكثير منزلة مشاريع الماء وطرقات المسلمين. قال ابن عقيل من الحنابلة: هذا من مواد الله وفيض جوده الذى لا غناء عنه فلو ملكه أحد بالاحتجاز ملك منعه فضاق على الناس، فان أخذ عنه الثمن أغلاه فخرج عن الموضوع الذى وضعه الله من تعميم ذوى الحوائج من غير كلفة. وهذا مذهب الشافعي وأحمد ولا نعلم لهما مخالفا من الائمة. قال الرملي: وللإجماع على منع إقطاع مشاريع الماء وهذا مثلها بجامع الحاجة العامة وأخذها بغير عمل، ويمتنع أيضا إقطاع وتحجر أرض لاخذ نحو حطبها وصيدها وبركة لاخذ سمكها، وظاهر كلام الاصحاب المنع من التملك والارتفاق ولكن الزركشي قيد المنع بالتملك. ويأتى بعد هذا إذا اطال من سبق إليه المقام فيه ففيه وجهان. أحدهما لا يمنع لانه سبق إليه فهو أحق به، بشرط أن لا يمنع غيره ويأخذ قدر حاجته والثانى: يمنع لانه أطال المقام والاخذ، واحتمل أن يمنع غيره لانه يصير كالمتملك له أو المتحجر. وإن استبق إليه اثنان وضاق المكان عنهما أقرع بينهما لانه لا مزية لاحدهما على صاحبه وهذا إذا كانا يأخذانه للتجارة، فإن كانا يأخذانه للحاجة ففيه ثلاثة أوجه، اما أن يقرع بينهما كالمتجرين، واما أن يقسم بينهما لامكان هذه القسمة وقد تساويا فيه كما لو تداعيا في أيديهما ولا بينة لاحدهما بها، واما أن يقدم الامام من يرى منهما لان له نظرا في ذلك، وهذه الالوجه كلها عند أحمد وأصحابه وأضاف القاضى وجها رابعا وهو أن الامام ينصب من يأخذ لهما ويقسم بينهما.

[224]

ولو كان في الموات موضع يمكن أن يحدث فيه معدن ظاهر كموضع على شاطئ البحر إذا صار فيه ماء البحر وتبخر صار ملحا ملك بالاحياء و جاز للامام اقطاعه لشركات أو أفراد، لانه لا يضيق على المسلمين باحداثه، بل يحدث نفعه بفعله، فلم يمنع منه كبقية الموات، واحياء هذا يتم بتهيئته لما يصلح من حفر ترابه وتمهيده وفتح القنوات إليه تصب الماء فيه، لانه ينهياً بهذا الانتفاع به، قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وان سبق إلى معدن باطن وهو الذي لا يوصل إليه الا بالعمل والمؤنة كمعدن الذهب والفضة والحديد والرصاص والياقوت والفيروز فوصل إلى نيله ملك ما أخذه لقوله صلى الله عليه وسلم (من سبق إلى ما لم يسبق إليه فهو أحق به) وهل يملك المعدن، فيه قولان (أحدهما) يملكه لانه موات لا يوصل إلى ما فيه الا بالعمل والانفاق، فملكه بالاحياء كموات الارض (والثاني) لا يملك وهو الصحيح، لان النبي صلى الله عليه وسلم علق الملك في الموات على الاحياء وهو العمارة، والعمل في المعدن حفر وتخریب فلا يملك به، ولانه يحتاج في كل جزء يأخذه إلى عمل فلا يملك منه الا ما أخذ، ويخالف موات الارض لانه إذا عمر انتفع به على الدوام من غير عمل مستأنف فملك به، فان قلنا انه يملك بالاحياء ملكه إلى القرار وملك مرافقه، فان تباعد انسان عن حريمه وحفر معدنا فوصل إلى العرق لم يمنع من أخذ ما فيه، لانه احياء في موات لا حق فيه لغيره، فان حفر ولم يصل إلى النيل صار أحق به كما قلنا فيمن تحجر في موات الارض. فان قلنا لا يملك كان كالمعدن الظاهر في ازالة يده إذا قال مقامه، وفي القسمة والتقديم بالقرعة وتقديم من يرى الامام تقديمه. (فصل) ويجوز الارتفاق بما بين العامر من الشوارع والرحاب والواسعة بالعود للبيع والشراء، لاتفاق أهل الامصار في جميع الاعصار على اقرار الناس على ذلك من غير انكار، ولانه ارتفاق بمباح من غير اضرار فلم يمنع منه كالاختيار، فان سبق إليه كان أحق به، لقوله صلى الله عليه وسلم (منى مناخ من سبق) وله أن يظلل بما لا ضرر به على المارة من بارية وثوب، لان الحاجة تدعو

[225]

إلى ذلك، وان أراد أن يبنى دكة منع، لانه يضيق به الطريق، ويعثر به الضرب وبالليل البصير فلم يجر، وان قام وترك المناع لم يجر لغيره أن يقعد فيه، لان يد الاول لم تزل، وان نقل مناعه كان لغيره ان يقعد فيه لانه زالت يده، وان قعد وأطال ففيه وجهان: (أحدهما) يمنع لانه يصير كالمتملك، وتملكه لا يجوز (والثاني) يجوز لانه قد ثبت له اليد بالسبق إليه، وان سبق إليه اثنان ففيه وجهان (أحدهما) يقرع بينهما لانه لا مزية لاحدهما على الآخر (والثاني) يقدم الامام أحدهما، لان للامام النظر والاجتهاد، ولا تحث القسمة لانها لا تملك فلم تقسم. (الشرح) حديث من سبق إلى ما لم يسبق إليه فهو أحق، سبق لنا تخريجه أما الاحكام فقد مضى أكثر مسائل هذين الفصلين، أما ما كان من الشوارع والطرقات والرحاب (الميادين) بين العمران فليس لطحد احياؤه، سواء كان واسعاً أو ضيقاً، وسوء ضيق على الناس أو لم يضيق، لان ذلك يشترك فيه المسلمون وتتعلق به مصالحهم فاشبه مساجدهم، ويجوز الارتفاق بالعود في الواسع من ذلك للبيع والشراء على وجه لا يضيق على أحد ولا يضر بالمارة لاتفاق أهل الامصار في جميع الاعصار على اقرار الناس على ذلك من غير انكار، ولانه ارتفاق مباح من غير اضرار فلم يمنع منه كالاختيار والعبور. وقال أحمد في السابق إلى دكاكين السوق غدوة فهو له إلى الليل، وكان هذا في سوق المدينة فيما مضى، لان النبي صلى الله عليه وسلم قال (منى مناخ من

سبق) وله أن يظلل على نفسه بما لا ضرر فيه من بارية ومظلة وكساء ونحوه لان الحاجة تدعو إليه، فإذا جرى العرف بمنعه الا بإذن السلطان لتنظيم صفوفهم وحصرهم فيما لا يخل بحرمة الطريق ومخاطر الآلات المستحدثة للركوب كالمetro والترولى والترام والباس، والسيارات العام منها والخاص، وللسلطان أن يقيد المطلق أحيانا إذا اقتضت ذلك مصلحة أرجح من الاطلاق وجميع المدن المتحضرة في العالم اليوم لا تسمح بإشغال الطريق الا في حدود metro ونحوه، وترخيص يصدر

[226]

من وزارة الاسكان والمرافق. ولو تركت الطرقات هكذا لكل من يريد أن ينصب فيها تابوتا لبضاعته في عرض الطريق لصاقت الطرقات والشوارع على المارة والمجتازين، وربما ادعى أحدهم ملكية المكان الذي يشغله على أن الفقهاء لم يرتبوا حقا للتملك لمن يجلس في الطرقات للبيع والشراء فقالوا: والسابق أحق به ما دام فيه، فإن قام وترك متاعه فيه لم يجر لغيره إزالته لان يد الاول عليه، وإن نقل متاعه كان لغيره أن يقعد فيه، لان يده قد زالت وإن قعد وأطال منع من ذلك لانه يصير كالمتملك، ويختص بنفع يساويه غيره في استحقاقه، ويحتمل أن لا يزال. وهذا وجه آخر لانه سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم. وان استبق إثنان إليه احتمل أن يقرع بينهما، واحتمل أن يقدم الامام من يرى منهما. وقال أحمد بن حنبل رضى الله عنه: ما كان ينبغي لنا أن نشترى من هؤلاء الذين يبيعون على الطريق. قلت: إن الامام أحمد رضى الله عنه يرى في وقوف مثله على قارعة الطريق للشراء ضريا من التبذل المخل بأهل الوقار والنصون: لان هؤلاء قلما براعون حقوق الطريق، فقد روى الشيخان عن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه قال قال رسول الله عليه وسلم: إياكم والجلوس في الطرقات، فقالوا يا رسول الله مالنا من مجالسنا بد نتحدث فيها، فقال: إذا أبيتم إلا الجلوس فأعطوا الطريق حقاها. قالوا: وما حق الطريق يا رسول الله؟ قال: غض البصر وكف الاذى ورد السلام والامر بالمعروف والنهي عن المنكر) هذا والله سبحانه وتعالى الموفق للصواب.

[227]

قال المصنف رحمه الله تعالى: باب الاقطاع والحمى يجوز للامام أن يقطع موات الارض لمن يملكه بالاحياء لما روى علقمة بن وائل عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطعه أرضا فارسا معه معاوية أن أعطه إياها، أو قال أعطها إياه. وروى ابن عمر (أن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع الزبير حضر فرسه فأجرى فرسه حتى قام ورمى بسوطه، فقال أعطوه من حيث وقع السوط. وروى أن أبى بكر أقطع الزبير وأقطع عمر عليا وأقطع عثمان رضى الله عنهم خمسة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم: الزبير وسعدا وابن مسعود وخبابا وأسامة بن زيد رضى الله عنهم. ومن أقطعه الامام شيئا من ذلك صار أحق به. ويصير كالمتحجر في جميع ما ذكرناه، لان بإقطاع الامام صار أحق به كالمتحجر، فكان حكمه حكم المتحجر، ولا يقطع من ذلك إلا ما يقدر على إحيائه لانه إذا أعطاه أكثر من ذلك دخل الضرر على المسلمين من غير فائدة. (فصل) وأما المعادن

فانها إن كانت من المعادن الظاهرة لم يجز إقطاعها لما روى ثابت بن سعيد عن أبيه عن جده أبيض بن حمال أنه استقطع النبي صلى الله عليه وسلم ملح المأرب فأقطعه إياه، ثم إن الأقرع بن حابس قال: يا رسول الله انى قد وردت الملح في الجاهلية، وهو بأرض ليس بها ملح، ومن ورده أخذه، وهو مثل الماء العد بأرض، فاستقال أبيض بن حمال فقال أبيض قد أقلتلك فيه على أن تجعله منى صدقة، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هو منك صدقة وهو مثل الماء العدو من ورده أخذه. وإن كانت من المعادن الباطنة فإن قلنا انها تملك بالاحياء جاز إقطاعه لانه موات يجوز أن يملك بالاحياء فجاز إقطاعه كموات الارض، وإن قلنا لا تملك بالاحياء فهل يجوز إقطاعه، فيه قولان. (أحدهما) يجوز إقطاعه لانه يفتقر الانتفاع به إلى المون فجاز إقطاعه

[228]

كموت الارض. والثانى لا يجوز لانه معدن لا يملك بالاحياء فلم يجز إقطاعه كالمعادن الظاهرة، فإذا قلنا يجوز إقطاعه لم يجز إلا ما يقوم به لما ذكرناه في إقطاع الموات. (فصل) ويجوز إقطاع ما بين العامر من الرحاب ومقاعد الاسواق للارتفاق، فمن أقطع شيئاً من ذلك صار أحق بالموضع نقل متاعه أو لم ينقل، لان للامام النظر والاجتهاد، فإذا أقطعه ثبتت يده عليه بالاقطاع فلم يكن لغيره أن يقعد فيه. (الشرح) حديث ابن عمر رواه أبو داود وفيه ضعف لان في إسناده عبد الله ابن عمر بن حفص بن عاصم بن عمر بن الخطاب الملقب بالعمري الكبير. قال ابن حجر في التقريب: ضعيف عابد. وقال الصنعاني: فيه مقال. وقال الذهبي: صدوق في حفظه شئ. وروى عن ابن معين أنه قال: ليس به بأس، يكتب حديثه، وقال الدارمي قلت لابن معين: كيف حاله في نافع؟ قال: صالح ثقة. وقال الفلاس: كان يحيى القطان لا يحدث عنه. وقال أحمد بن حنبل: صالح لا بأس به، وقال النسائي وغيره ليس بالقوى، وقال ابن عدى هو في نفسه صدوق. وقال أحمد: كان عبد الله رجلاً صالحاً، كان يسأل عن الحديث في حياة أخيه عبيد الله فيقول: أما وأبو عثمان حى فلا. وقال ابن المدينى: عبد الله ضعيف. وقال ابن حبان: كان ممن غلب عليه الصلاح والعبادة حتى غفل عن حفظ الاخبار وجودة الحفظ للأثار، فلما فحش خطؤه استحق الترك وقد أخرج الشيخان عن أسماء بنت أبى بكر في حديث ذكرته قالت (كنت أنقل النوى من أرض الزبير التى أقطعه رسول الله صلى الله عليه وسلم على رأسى وهو منى على ثلثى فرسخ) وقوله: حضر فرسه، أي قدر ارتفاع الفرس في عدوه، وفي قولها (من أرض الزبير) يحتمل أن تكون هذه الارض هي التى وردت في حديث ابن عمر وفي البخاري في آخر كتاب الخمس من حديث أسماء أن النبي صلى الله عليه وسلم

[229]

أقطع الزبير أرضاً من أموال بنى النضير. وفي سنن أبى داود عن أسماء (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطع الزبير نخلاً) والاحاديث تدل على أنه يجوز للنبي صلى الله عليه وسلم ومن بعده من الائمة إقطاع الاراضي وتخصيص بعض دون بعض لمن يأنس فيهم القدرة على القيام عليها

وإحيائها واستنباط منافعها. وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع صخر بن أبي العيلة البجلي الاحمسي ماء لبني سليم لما هربوا عن الاسلام وتركوا ذلك، ثم رده إليهم في قصة طويلة مذكورة في سنن أبي داود. ومنها ما أخرجه أبو داود عن سيرة بن معبد الجهني (أن النبي صلى الله عليه وسلم نزل في موضع المسجد تحت دومة فأقام ثلاثا ثم خرج إلى تبوك وإن جهينة لحقوه بالرحبة فقال لهم: من أهل ذى المروة؟ فقالوا: بنو رفاعة من جهينة، فقال قد أقطعها لبني رفاعة فاقسموها، فمنهم من باع ومنهم من أمسك فعمل ومنها عند أبي داود عن قيلة بنت مخرمة قالت: قدمنا على رسول الله صلى الله عليه وسلم وتقدم صاحبي يعني حريث بن حسان وأد بكر بن وائل، فبايعه على الاسلام عليه وعلى قومه، ثم قال يا رسول الله: اكتب بيننا وبين بني تميم بالدهناء أن لا يجاوزها اليانا منهم أحد إلا مسافر أو مجاور، فقال اكتب له يا غلام بالدهناء فلما رأيته قد أمر له بها شخص بي وهى وطنى ودارى، فقلت: يا رسول الله إنه لم يسألك السوية من الارض إذ سألك، انما هذه الدهناء عندك مقيد الجمل ومرعى الابل، ونساء بنى تميم وأبناؤها وراء ذلك، فقال أمسك يا غلام صدقت المسكينة، المسلم أخو المسلم يسعهما الماء والشجر ويتعاونان على الفتان) يعنى الشيطان، وأخرجه أيضا الترمذي مختصرا وقال الشافعي رضى الله عنه: والموات الذى للسلطان أن يقطعه من يعمره خاصة وأن يحمى منه ما رأى أن يحميه عاما لمنافع المسلمين، والذي عرفنا نصا ودلالة فيما حمى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه حمى البقيع، وهو بلد ليس بالواسع الرى إذا حمى ضاقت البلاد على أهل المواشى وأضر بهم

[230]

ويشتمل هذا الباب على ثلاثة أحكام تختص بالموات وهى الاحياء والاقطاع والحمى. فأما الاحياء فقد ذكرنا جوارزه ومن يجوز له. وأما الاقطاع وهو موضوع الفصل، فإنه لا يصح الا في موات لم يستقر عليه ملك وعلى هذا كان قطائع النبي صلى الله عليه وسلم حين أقطع الزبير ركض فرسه من موات البقيع فأجراه ثم رمى بسوطه رغبة في الزيادة فقال: اعطوه منتهى سوطه، وأما ورود بعض الاخبار فيما أعطاه للزبير من أرض بنى النضير أو من نخل المدينة فقد أوردها البخاري في آخر كتاب الخمس ومعنى هذا أنها عنائم زالت عنها يد الكفار وهذه قضية أخرى غير ما أقطعه من أرض البقيع مواتا لإحيائه، وهكذا كانت قطائع رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ما كان من شأن تميم الدارى وأبى ثعلبة الخشني، فإن تميما سأل النبي صلى الله عليه وسلم أن يقطعه عيون البلد الذى كان منه بالشام قبل فتحه، وأبو ثعلبة سأل النبي صلى الله عليه وسلم أن يقطعه أرضا كانت بيد الروم فأعجبه الذى قال: ألا تسمعون ما يقول؟ فقال والذي بعثك بالحق لتفتحن عليك، فكتب له كتابا. فاحتمل ذلك من فعله أن يكون أقطعهما ذلك اقطاع تقليد لا اقطاع تمليك، أو يجوز أن يكونا مخصوصين بذلك لتعلقه بتصديق أخبار وتحقيق احجار، وأما الأئمة بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فإن أبا بكر وعمر رضى الله عنهما لم يقطعا الا مواتا لم يجر عليه ملك، واصطفى عمر رضى الله عنه من أرض السواد أموال كسرى وأهل بيته وما هرب عنه أربابه أو هلكوا فكان يبلغ تسعة آلاف فكان يصرفها في مصالح المسلمين ولم يقطع شيئا، ثم ان عثمان رضى الله عنه أقطعها لانه رأى اقطاعها أوفى لغلتها من تعطيلها، وشرط على من أقطعها أن يأخذ منه الغنى، فكان ذلك منه اقطاع

اجازة لا اقطاع تمليك، وقد توفرت عليه حتى بلغت خمسين ألف ألف، ثم تناقلها الخلفاء بعده فلما كان عام الجماجم سنة اثنين وثمانين وفتنة ابن الاشعث أحرق الديوان وأخذ كل قوم ما يليهم. فإذا كان اقطاع الامام إنما يختص بالموات دون العامر فالذي يؤثره اقطاع

[231]

الاما إنما يختص بالموات دون العامر، فالذي يؤثره اقطاع الامام أن يكون المقطع أولى الناس بإحيائه ممن لم يسبق إلى إحيائه لمكان اذنه وفصل اجتهاده، فلو بادر فأحيائها غير المقطع فهي ملك للمحيى دون المقطع. وقال أبو حنيفة: ان أحيائها قبل مضي ثلاث سنوات من وقت الاقطاع فهي للمقطع، وان أحيائها بعد ثلاث سنين فهي للمحيى. وقال مالك بن أنس: ان أحيائها عالما بالاقطاع فهي للمقطع، وان أحيائها غير عالم بالاقطاع خير المقطع بين أن يعطى المحيى نفقة عمارته وتكون الارض له، وبين أن يترك عليه الارض ويأخذ قيمتها قبل العمارة استدلالا برواية معمر عن أبي نجيح عن عمرو بن سعيد عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطع أقواما فجاء آخرون في عهد عمر فأحيوها فقال لهم عمر رضى الله عنه حين فرغوا إليه: تركتموهم يعملون ويأكلون ثم جئتم تغيرون عليهم لو لا أنها قطيعة رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أعطيتكم شيئا، ثم قومها عامرة وقومها غير عامرة، ثم قال لاهل الاصل: ان شئتم فردوا عليهم ما بين ذلك وخذوا أرضكم، وان شئتم ردوا عليكم ثمن أرضكم ثم هي لهم. ودليلنا على أنها ملك المحيى بكل حال دون المقطع، قوله صلى الله عليه وسلم (من أحيأ أرضا مواتا فهي له) ولان الاقطاع لا يوجب التمليك، والاحياء يوجب التمليك، فإذا اجتمعا كان ما أو وجب التمليك أقوى حكما مما لم يوجبه. فأما حديث عمر رضى الله عنه فقد قال في قضيته: لولا أنها قطيعة رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أعطيتكم شيئا، فدل على أن من رأبه أنها للمحيى، وانما عدل عن هذا الرأي لما توجه إليها من اقطاع رسول الله صلى الله عليه وسلم فكره أن يبطله، فاستنزل الخصمين إلى ما قضى به مرضاة لا جبرا. فان كان المقطع قد حجرها وجمع ترابها حتى تميزت عن غيرها فجاء غيره فعمرها وحرتها نظر، فان كان المقطع مقيما على عمارتها حتى تغلب عليها الثاني فعمرها فهي للاول ويكون الثاني متطوعا بعمارته، وان كان المقطع قد ترك عمارتها فعمرها الثاني فهي للثاني دون الاول، وهكذا لو كان الاول قد بدأ بالعمل من غير اقطاع فهذا حكم الاقطاع.

[232]

(فرع) مضى ما سقناه من حديث أبيص بن حمال الذي وفد إلى النبي صلى الله عليه وسلم استنقلعه الملح ثم انتزعه منه لما علم أنه كالماء العذ، وفي اقطاع المعادن روى أحمد وأبو داود عن ابن عباس قال (أقطع رسول الله صلى الله عليه وسلم بلال بن الحرث المزني معادن القبيلة جلسيها وغوريها، وحيث يصلح الزرع من قدس ولم يعطه حق مسلم) وفي إسناده أبى أويس عبد الله بن عبد الله أخرج له مسلم في الشواهد وضعفه غير واحد. قال أبو عمر بن عبد البر: هو غريب من حديث ابن عباس ليس يرويه

عن أبي أويس غير ثور. وحديث عمرو بن عوف رواه أحمد وأبو داود أيضا بمعنى حديث ابن عباس، وفي إسناده ابن ابنه كثير بن عبد الله بن عمرو ابن عوف عن أبيه عن جده. والاحاديث وارده في جواز أن يقطع الامام من يأنس منه صلاحا مكانا فيه معادن غير ظاهرة حتى يعالج أمرها بالعمل والتنقيب والبحث. ومن ثم فقد انتزع ما أقطعه من أرض مارب للابيض بن جمال عندما علم أن الملح فيها كالماء الجاري ويشترط في إقطاع المعادن أن يكون في موات لا يختص به أحد. وهذا أمر متفق عليه. وقال في فتح الباري: حكى عياض أن الاقطاع تسويح الامام من مال الله شيئا لمن أهلا لذلك، وأكثر ما يستعمل في الارض وهو أن يخرج منها لمن يراه يحوزه، إما بأن يملكه إياه فيعمره، وإما بأن يجعل له غلته مدة. قال السبكي: والثاني هو الذي يسمى في زماننا هذا إقطاعا ولم أر أحدا من أصحابنا ذكره. وتخريجه على طريق فقهى مشكل. قال والذي يظهر أنه يحصل للمقطع اختصاص كاختصاص المتحجر ولكنه لا يملك الرقبة، وبهذا جزم الطبري، وادعى الادرعى نفي الخلاف في جواز تخصيص الامام بعض الجند بغلة أرضه إذا كان مستحقا لذلك. هكذا في الفتح وحكى صاحب الفتح أيضا عن ابن التين أنه إنما يسمى إقطاعا إذا كان من أرض أو عقار، وإنما يقطع من الفئ ولا يقطع من حق مسلم ولا معاهد،

[233]

قال: وقد يكون الاقطاع تمليكا وغير تمليك، وعلى الثاني يحمل إقطاعه صلى الله عليه وسلم. وذكر الخطابي وجه آخر فقال: إنما يحمى من الاراك ما بعد عن حضرة العمارة فلا تبلغه الابل الرائحة إذا أرسلت في الرعى اه إذا ثبت هذا فإنه لا يجوز للامام أن يقطع ما لا يجوز إحيائه من المعادن الظاهرة لان النبي صلى الله عليه وسلم استعاد من أبيض بن جمال ما أقطعه، لانه وإن كان فيه توسعة على المقطع له إلا أن فيه تضيقا على المسلمين فإذا رأى الامام أن مكانا نائيا عن العمران فيه من المعادن والمواد الاولية ما يدخل في منافع الناس، وهو من المعادن الظاهرة، إلا أن بعد مكانها عن العمران يجعلها في حكم المعادن الباطنة، لان حملها إلى حيث المنتفعون بها عمل يفوق أحيانا مؤنة التنقيب والحفر. وقد تكون المعادن الظاهرة هي في حقيقتها مركبة من مواد مختلفة، يحتاج فصلها بعضها عن بعض إلى مصانع ومعامل كالفوسفات والمنجنيز، وثاني أكسيد الكالسيوم الذي يستخرج من الجير وهو يمثل نسبة عالية في الجير تبلغ النصف منه قدرا ووزنا، ومع ذلك فإن الجير مع احتوائه على ثاني أكسيد الكالسيوم يباع الطن منه بقروش معدودة في حين ان ثاني أكسيد الكالسيوم يباع بالجرام والسبب في ذلك هو نفقات استخلاصه ومؤنة تميزه ومن ثم يجوز للامام أن يقطع المناجم والمحاجر المحتوية على الخامات الظاهرة إذا قصد تصنيعها واستخلاص المواد النافعة الثمينة منها، وذلك يساوى التنقيب عن المعادن الباطنة. (فرع) مضى كلامنا في أمر كان يده الفقهاء من الاقطاع وبعده المختصون في زماننا هذا باسم الترخيص، وهو إذن السلطان، فإذا إراد أحد التجار أن يشغل الطريق أمامه استأذن الحاكم فمنحه رخصة يتحدد فيها المساحة المأذون في شغلها نظير مكوس يؤديها توقف على تعبيد الطريق وتنظيفها وإنارة الشوارع وصيانتها من الروائح الكريهة والمزابل المؤذية وهي من الامور التي تناط باجتهد السلطان وبصره بالامور ونظره في صلاح رعيته، والله اعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ولا يجوز لاحد أن يحمى مواتا ليمنع الاحياء ورعى ما فيه من الكلا. لما روى الصعب بن جثامة قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا حمى إلا لله ولرسوله) فأما الرسول عليه السلام فإنه كان يجوز له أن يحمى لنفسه وللمسلمين، فأما لنفسه فإنه ما حمى ولكنه حمى للمسلمين. والدليل عليه ما روى ابن عمر رضى الله عنه (أن النبي صلى الله عليه وسلم حمى النقيع لخيـل المسلمين) وأما غيره من الأئمة فلا يجوز أن يحمى لنفسه للخير. وهل يجوز أن حمى لخيـل المجاهدين، ونعم الجزية، وإبل الصدقة وماشية من يضعف عن الابعاد في طلب النجعة؟ فيه قولان: أحدهما لا يجوز للخير. والثانى يجوز لما روى عامر بن عبد الله بن الزبير عن أبيه قال: أتى أعرابي من أهل نجد عمر فقال: يا أمير المؤمنين بلادنا قاتلنا عليها في الجاهلية وأسلمنا عليها في الاسلام، فعلام تحميها؟ فأطرق عمر رضى الله عنه وجعل ينفخ ويفتل شاربه وكان إذا كره أمرا قتل شاربه ونفخ فلما رأى الاعرابي ما به جعل يردد ذلك: فقال عمر: المال مال الله. والعباد عباد الله، فلولا ما أحمل عليه في سبيل الله ما حميت من الارض شيئا في شبر) قال مالك: نبئت أنه كان يحمل في كل عام أربعين ألفا من الظهر، وقال مرة من الخيل. وروى زيد بن أسلم عن أبيه (أن عمر رضى الله عنه استعمل مولى له يدعى هنيا على الحمى وقال له، يا هنى اضمم جناحل عن الناس، واتق دعوة المظلوم، فان دعوة المظلوم مجابة. وأدخل رب الصريمة والغنيمة. وإياك ونعم ابن عوف. وإياك ونعم ابن عفان، فإنهما ان تهلك ما شيتهما يرجعا إلى نخل وزرع وان رب الصريمة ورب الغنيمة ان تهلك ما شيتهما فيأتينني فيقولان: يا أمير المؤمنين، يا أمير المؤمنين، أفتاركهم أنا لا أبا لك، ان الماء والكلا أيسر عندي من الذهب والورق، والذي نفسي بيده لولا المال الذى أحمل عليه في سبيل الله

ما حميت عليهم من بلادهم شيئا، فإن حمى رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضا لحاجة والحاجة باقية لم يجز إحيائها. وإن زالت الحاجة ففيه وجهان: (أحدهما) يجوز لانه زال السبب. (والثانى) لا يجوز لان ما حكم به رسول الله صلى الله عليه وسلم نص، فلا يجوز نقضه بالاجتهاد، وإن حماه إمام غيره وقلناه: إنه يصح حماه فأحياه رجل. ففيه قولان (أحدهما) لا يملكه كما لا يملك ما حماه رسول الله صلى الله عليه وسلم (والثانى) يملك لان حمى الامام اجتهاد، وملك الارض بالاحياء نص، والنص لا ينقض بالاجتهاد (الشرح) حديث الصعب بن جثامة رواه أحمد وأبو داود والبخاري والنسائي ولفظ النسائي هو الذى ساقه المصنف، والفظ أحمد وأبى داود (أن النبي صلى الله عليه وسلم حمى النقيع وقال لا حمى إلا لله ولرسوله) وتتمة رواية البخاري هكذا: وقال (بلغنا أن النبي صلى الله عليه وسلم حمى النقيع وأن عمر حمى شرف والريذة) وأخرج الحديث أيضا الحاكم وقال البيهقى: ان قوله (حمى النقيع) من قول الزهري. وقد روى الحديث النسائي فذكر الموصول فقط وهو قوله لا حمى إلا لله ورسوله) ويؤيد ما قاله البيهقى أن أبا داود أخرجه من حديث ابن وهب عن يونس عن

الزهري فذكره وقال في آخره قال ابن شهاب: وبلغني أن النبي صلى الله عليه وسلم حمى النقيع. قال بعض المحدثين: وقد وهم الحاكم فزعم أن حديث لا حمى إلا لله متفق عليه. وهو من أفراد البخاري، وتبع الحاكم في وهمه أبو الفتح القشيري في الالمام وابن الرفعة في المطلب. والصعب بن جثامة بتشديد المثناة مع فتح الجيم اللبني، صحابي مات في خلافة أبي بكر على ما قيل، والاصح أنه عاش إلى خلافة عثمان رضى الله عنه. وحديث ابن عمر رواه أحمد وابن حبان. والنقيع بالنون مكان معروف. وحكى الخطابي أن بعضهم صحفه فقال بالموحدة، وهو على قدر عشرين فرسخا من المدينة ومساحته ميل في ثمانية أميال، أفاده ابن وهب في موطنه، وأهل

[236]

النقيع كل موضع فيه الماء، وهذا النقيع المذكور غير نقيع الخضعات الذي جمع فيه أسعد بن زرارة بالمدينة على المشهور. وقال ابن الجوزي: إن بعضهم قال: إنهما واحد والاول أصح وأثر عمر سقناه في الفصل قبله في الرد على مالك، وأما خبر تولية هنيئ مولى عمر فقد رواه البخاري عن أسلم مولى عمر وأخرجه عن الدراوردي عن زيد بن أسلم عن أبيه بلفظ المصنف. وأخرجه عبد الرزاق عن معمر عن الزهري مرسلًا أما الاحكام فإن الحمى هو المنع من إحياء الموات ليتوفر فيه الكلا فترعاه المواشي، لان الحمى في كلامهم هو المنع، والحمى على ثلاثة أنواع: حمى حماه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد روى أنه وقف على جبل يعمل فصلى عليه ثم قال: هذا حماي وأشار إلى النقيع وهو قدر ميل في ثمانية. وقال الماوردي ستة أميال فحماه لخيل المسلمين. ولان اجتهاد رسول الله صلى الله عليه وسلم في أمته أمضى، وقضاؤه فيهم أنفذ، وكان ما حماه لمصالحهم أولى أن يكون مقرا من إحيائهم وعمارتهم. فأما حمى الامام بعده فإن أراد أن يحمى لنفسه أو لاهله أو للاغنياء خصوصا لم يجر، وكان ما حماه مباحا لمن أحياه. وان أراد أن يحمى لخيل المجاهدين ونعم الجزية والصدقة ومواشي الفقراء نظرا، فإن كان الحمى يضر بكافة المسلمين فقرائهم وأغنيائهم لضيق الكلا عليهم فحمى أكثر مواتهم لم يجر. وان كان لا يضر بهم لانه قليل من كثير يكتفى المسلمون بما بقى من مواتهم ففيه قولان (أحدهما لا يجوز أن يحمى لرواية مجاهد عن ابن عباس قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: المسلمون شركاء في ثلاثة. الماء والغار والكلا وثمانه حرام، وسيأتى تخريجه في باب حكم المياه، وحديث الصعب بن جثامة الذي سبق.

[237]

(والقول الثاني) يجوز له أن يحيى لما فيه من صلاح المسلمين، ولما روى أن أبا بكر رضى عنه حمى الريدة لابل الصدقة واستعمل عليها مولاه أبا أسامة وتولى عليه قطبة بن مالك الثعلبي رضى الله عنه وحمى عمر رضى الله عنه الشرف فحمى منه نحو ما حمى أبو بكر بالريدة، وولى عليه مولى له يقال له: هنيئ وقال: يا هنيئ اضمم جناحك على المسلمين واتق دعوة المظلوم فإن دعوه المظلوم مستجابة وأدخل رب الصريمة وهى بالتصغير

القطعة من الابل نحو الثلاثين أو ما بين العشرة إلى الاربعين ورب الغنيمة ما بين الاربعين إلى المائة من الشاء والغنم وتفرد به راع واحد وإياى ونعم ابن عوف يعنى عبد الرحمن ونعم ابن عفان يعنى عثمان فإنهما إن تهلك ماشيتهما يرجعان إلى نخل وزرع، ورب الصريمة ورب الغنيمة إن تهلك ماشيتهما يأتيني بنيه يقول: يا أمير المؤمنين، أفتاركهم أنا لا أبالك، فالماء والكلأ أيسر من الذهب والورق وعمر بهذا يلزم نفسه ويلزم أمراء المسلمين بعده بأن عليهم عوض ما هلك من أموال الرعية بسبب تقصيرهم في حفظ أموالهم وعنده أن توفير المرعى والكلأ أيسر من توفير الذهب والفضة يبذلها في تعويض ما تلف على رب الصريمة والغنيمة ثم يقول: وايم الله إنهم ليرون أنى قد ظلمتهم، إنها لبلادهم قاتلوا عليها في الجاهلية وأسلموا عليها في الاسلام. وهكذا يعطى تقويما صحيحا وتقديرا سليما لمقومات الوطنية عند الشعب وهم الرعية ومقومات الديموقراطية والعدل عند الحاكم حين يسمح لرعيته أن يتهموه بالظلم إذا قصرت الدولة في بذل الخدمات وتأمين سلامة الرعية وهو حمى من أرضهم جزءا للمرعى فيجب ألا يسمح للاغنياء والقادرين أن يراحموهم في مراعيهم لان لهم من بساتينهم ومزارعهم غنية عن مزاحمة الفقراء. والحمى فيه نفع للفقراء والاغنياء، أما الفقراء فلانه مرعى صدقاتهم، وأما الاغنياء فلخيل المجاهدين عنهم، وأما قوله صلى الله عليه وسلم لا حمى إلا الله) فمعناه لا حمى إلا أن يقصد به وجه الله، كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم

[238]

فيسلم فيما للفقراء المسلمين ومصالحهم فخالف فيه فعل الجاهلية فإن الذى في الجاهلية كان إذا استولى على بلد أوتى بكلب فجعله على جبل أو على نشز من الارض واستعداه فحيث انتهى عواؤه حماه لنفسه، فلا يرعى فيه غيره ويشارك الناس فيما سواه، وهكذا كان كليب بن وائل إذا أعجبت روضة ألقى فيها كلبا وحمى إلى منتهى عوائه وفيه يقول معبد بن شعبة الضبى: كفعل كليب أنبئت أنه يرى * يخطط أكلاء المياه ويمنع وقال العباس بن مرداس: كما كان يبغيها كليب * لظلمه من العز حتى صاح وهو قتلها على وائل إذ بترك الكلب هائجا * وإذ يمنع الاكلاء منها حلولها وأما حمى الواحد من عوام المسلمين فمحظور وحماه مباح، ان حمى لنفسه فقد تحكم وتعدى بمنعه، وان حمى للمسلمين فليس من أهل الولاية عليهم ولا ممن يؤثر اجتهاده لهم، وقد أخرج الشيخان عن أبى هريرة رضى الله عنه مرفوعا لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به الكلأ). فلو أن رجلا من عوام المسلمين حمى مواتا ومنع الناس منه زمانا رعاه وحده، ثم ظهر الامام عليه ورفع يده عنه لم يغرمه ما رعاه لانه ليس بمالك، ولا يعزره لانه أحد مستحقه ولكن ينهاه عن مثله من التعدي. فأما أمير البلد ووالى الاقليم إذا رأى أن يحمى لمصالح المسلمين كالامام فليس له ذلك الا بإذن الامام، لان اجتهاد الامام أعم. ولكن لو أن والى الصدقات اجتمعت معه ماشية الصدقة، وقل المرعى لها وخاف عليها التلف ان لم يحم الموات لها: فإن منع الامام من الحمى كان والى الصدقات أولى، وان جوز الامام الحمى ففي جوازها لو إلى الصدقات عندما ذكرناه من حدوث الضرورة به وجهان. (أحدهما) يجوز كما يجوز عند الضرورة أن يبيع ما بيده من مال الصدقة،

وإن كان بيعها لا يجوز من غير الضرورة، فعلى هذا يتقدر الحمى بزمان الضرورة، ولا يستديم بخلاف حمى الامام. (والوجه الثاني لا يجوز أن يحمى لانه ليس له أن يرفع الضرر عن أموال الفقراء بإدخال الضرر على الاغنياء، ويكون الضرر إن كان بالفريقين معا، وهذا أصح الوجهين كما أفاده الماوردي في الحاوي الكبير. (فرع) إذا حمى الامام مواتا وصحناه وقلنا: انه كحمى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأحياه رجل من عامة المسلمين فهل يملك بإحيائه أم لا؟ قال الماوردي تبعاً للشيخ أبي إسحاق: فيه قولان. أحدهما لا يملك المحي ما أحياه من حمى الامام كما لا يملك حمى النبي صلى الله عليه وسلم لان كليهما حمى محرم. والقول الثاني: يملك بالاحياء، وان منع منه لان حمى الامام اجتهاد وملك الموات بالاحياء نص، والنص أثبت حكماً من الاجتهاد والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله: باب حكم المياه الماء اثنان، مباح وغير مباح، فأما غير المباح فهو ما ينبع في أرض مملوكة، فصاحب الارض أحق به من غيره، لانه على المنصوص: يملكه، وعلى قول أبي إسحاق لا يملكه، إلا أنه لا يجوز لغيره أن يدخل إلى ملكه بغير إذنه، فكان أحق به، وإن فضل عن حاجته واحتاج إليه الماشية للكل لا يملكه بغير عوض. وقال أبو عبيد بن حرب لا يلزمه بذله كما لا يلزمه بذل الكلا للماشية ولا بذل الدلو والحبل ليستقى به الماء للماشية، والمذهب الاول لما روى إياس بن عمرو (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع فضل الماء). وروى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (من منع فضل الماء ليمنع به فضل الكلا منعه الله فضل رحمته) ويخالف الكلا فإنه لا يستخلف عقيب أخذه، وربما احتاج إليه لماشيته قبل أن يستخلف فتهلك ماشيته

والماء يستخلف عقيب أخذه وما ينقص من الدلو والحبل لا يستخلف، فيستضر والضرر لا يزال بالضرر، ولا يلزمه بذل فضل الماء للزرع، لان الزرع لا حرمة له في نفسه، والماشية لها حرمة في نفسها، ولهذا لو كان الزرع له لم يلزمه سقيه، ولو كانت الماشية له لزمه سقيها، وان لم يفضل الماء عن حاجته لم يلزمه بذله، لان النبي صلى الله عليه وسلم علق الوعيد على منع الفضل. ولان ما لا يفضل عن حاجته يستضر ببذله، والضرر لا يزال بالضرر. (الشرح) حديث إياس بن عمرو عند أهل السنن وصححه الترمذي. وقال أبو الفتح القشيري: هو على شرط الشيخين وقد رواه مسلم في صحيحه من حديث جابر مرفوعاً. أما حديث أبي هريرة فقد وجدته عند الشيخين بلفظ لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به الكلا وللبخاري لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به فضل الكلا) وعند أحمد من حديث أبي هريرة أيضاً (ولا يمنع فضل ماء بعد أن يستغنى عنه) أما اللفظ الذي ساقه المصنف معزواً إلى أبي هريرة فإنه وجدته عند أحمد عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ولفظه (من منع فضل مائه، أو فضل كلته. منعه الله عز وجل فضله يوم القيامة) وفي اسناده محمد بن راشد الخزاعي وهو ثقة وقد ضعفه قال ابن حجر: صدوق يهمل، ورمى بالقدر، ورواه الطبراني في الصغير عن عمرو بن شعيب ورواه في الكبير من حديث وائلة بلفظ آخر واسناده ضعيف والاحاديث يشهد بعضها لبعض ويشهد لها جميعاً حديث أبي هريرة عند الشيخين وحديث عائشة عند أحمد وابن ماجه (نهى رسول الله صلى

الله عليه وسلم أن يمنع نفع البئر) وحديث جابر عند مسلم (نهى عن بيع فضل الماء) وفى مسند عبد الله بن أحمد عن عبادة بن الصامت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بين أهل المدينة في النخل أن لا يمنع نفع بئر وقضى بين أهل البادية أن لا يمنع فضل ماء ليمنع به الكلا) والنفع الماء الفاضل فيها عن حاجة صاحبها، وقوله (فضل الماء) المراد به ما زاد على الحاجة ويؤيد ذلك ما أخرجه أحمد من حديث أبى هريرة بلفظ (ولا يمنع ماء بعد أن يستغنى عنه).

[241]

قال ابن حجر في فتح الباري: وهو محمول عند الجمهور على ماء البئر المحفورة في الأرض المملوكة. وكذلك في الموات إذا كان لقصد التملك، والصحيح عند الشافعية ونص عليه في القديم وحرمله أن الحافر يملك ماءها. وأما البئر المحفورة في الموات لقصد الارتفاق لا التملك فإن الحافر لا يملك ماءها بل يكون أحق به إلى أن يرتحل. وفى صورتين يجب عليه بذل ما يفضل عن حاجته. والمراد حاجة نفسه وعياله وزرعه وماشيته، هذا هو الصحيح عند الشافعية، وخص المالكية هذا الحكم بالموات. وقالوا في البئر التى لا تملك لا يجب عليه بذل فضلها. وأما الماء المحرز في الأناء فلا يجب بذل فضله لغير المضطر على الصحيح. أه قال في البحر: والماء على أضرب، حق إجماعا كالأنهار غير المستخرجة والسيول، وملك إجماعا كماء بحرز في الجرار ونحوها، ومختلف فيه كماء الآبار والعيون والقنا المحتفورة في الملك أه قال ابن بطال لا خلاف بين العلماء أن صاحب الحق أحق بمائه حتى يروى قال الحافظ ابن حجر، وما نفاه من الخلاف هو على القول بأن الماء يملك، فكان الذين يذهبون إلى أنه يملك وهم الجمهور هم الذين لا خلاف عندهم في ذلك وقد استدل بتوجه النهى إلى الفضل على جواز بيع الماء الذى لا نضل فيه. وقد تقدم فى أبواب البيوع بحوث مستفيضة من المجموع فاشدد بها يدك. وقوله (ليمنع به الكلا) هو النبات، رطبه ويابس، والمعنى أن يكون حول البئر كلا ليس عنده ماء غيره، ولا يمكن أصحاب المواشى رعيه إلا إذا مكنوا من سقى بهائمهم من تلك لئلا يتضرروا بالعطش بعد الرعى، فيستلزم منعهم من الماء منعهم من الرعى، وإلى هذا التفسير ذهب الجمهور. وعلى هذا يختص البذل بمن له ماشية، ويلحق به الرعاة إذا احتاجوا إلى الشرب، لانه إذا منعهم من الشرب امتنعوا من الرعى هناك. ويحتمل أن يقال يمكنهم حمل الماء لانفسهم لقله ما يحتاجون إليه منه بخلاف البهائم، والصحيح الاول، ويلتحق بذلك الزرع عند مالك، والصحيح عند الشافعية وبه قالت الحنفية الاختصاص بالماشية وفرق الشافعي فيما حكاه المزني

[242]

عنه بين المواشى والزرع، بأن الماشية ذات أرواح يخشى من عطشها موتها، بخلاف الزرع، وبهذا أجاب النووي وغيره. واستدل لمالك بحديث جابر في صحيح مسلم الذى ذكرناه لاطلاقه وعدم تقييده، وتعقب بأنه يحمل على المقيد، وعلى هذا لو لم يكن هناك كلا يرعى فلا منع من لانتفاء العلة. على أنه ليس هناك صارف يصرف النهى عن معناه الحقيقي من

التحريم، لا سيما وأن النهى مصحوب في بعض روايات الحديث بالوعيد. وقال في الفتح، وظاهر الحديث وجوب بذله مجاناً وبه قال الجمهور. وقيل: لصاحبه طلب القيمة من المحتاج إليه كما في طعام المضطر وتعقب بأنه يلزم منه جواز البيع حالة امتناع المحتاج من بذل القيمة، ورد بمنع الملازمة فيجوز أن يقال يجب عليه البذل وتثبت له القيمة في ذمة المبدول له، فيكون له أخذ القيمة منه متى أمكن، ولكنه لا يخفى أن رواية لا يباع فضل الماء، ورواية النهى عن بيع فضل الماء يدلان على تحريم البيع، ولو جاز له أخذ العوض لجاز له البيع. والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى (فصل) وأما المباح فهو الماء الذي ينبع في الموات، فهو مشترك بين الناس لقوله صلى الله عليه وسلم (الناس شركاء في ثلاثة، الماء والنار والكلأ) فمن سبق منهم إلى شيء منه كان أحق به، لقوله صلى الله عليه وسلم (من سبق إلى ما لم يسبق إليه، فهو أحق به) فإن أراد أن يسقى منه أرضاً، فإن كان نهراً عظيماً كالنيل والفرات وما أشبههما من الأودية العظيمة، جاز أن يسقى منه ما شاء ومتى شاء، لانه لا ضرر فيه على أحد، وإن كان نهراً صغيراً لا يمكن سقى الأرض منه إلا أن يحبسها، فإن كانت الأرض متساوية، بدأ من أول النهر، فيحبس الماء حتى يسقى أرضه إلى أن يبلغ الماء إلى الكعب، ثم يرسله إلى من يليه، وعلى هذا إلى أن تنتهي الأراضي، لما روى عبادة بن الصامت رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم (قضى في شرب نهر من سيل أن للاعلى أن يشرب قبل الاسفل، ويجعل الماء فيه إلى الكعب، ثم يرسله إلى الاسفل الذي يليه كذلك، حتى تنتهي

[243]

(الأرضون) وروى عبد الله بن الزبير أن الزبير ورجلا من الانصار تنازعا في شراج الحرة التي يسقى بها النخل، فقال الانصاري للزبير: سرح الماء، فأبى الزبير، فاخصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للزبير (اسق أرضك ثم أرسل الماء إلى أرض جارك، فقال الانصاري: أن كان ابن عمك يا رسول الله؟ فنلون وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال يا زبير اسق أرضك واحبس الماء إلى أن يبلغ الجذر) وإن كانت الأرض بعضها أعلى من بعض ولا يقف الماء في الأرض العالية إلى الكعب حتى يقف في الأرض المستقلة إلى الوسط، فيسقى المستقلة حتى يبلغ الماء إلى الكعب، ثم يسدها ويسقى العالية حتى يبلغ الكعب، فإن أحيا جماعة أرضاً على هذا النهر وسقوا منه، ثم جاء رجل فأحيا أرضاً في أعلاه إذا سقى أرضه استضر أهل النهر، منع من ذلك، لأن من ملك أرضاً ملكها بمراقفها، والنهر من مرافق أرضهم فلا يجوز مضايقتهم فيه (الشرح) حديث (الناس شركاء) رواه أحمد وأبو داود عن أبي خراش عن بعض اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (المسلمون شركاء في ثلاثة في الماء والكلأ والنار) ورواه ابن ماجه من حديث ابن عباس وزاد فيه (وئمنه حرام) وقد رواه أبو نعيم في الصحابة في ترجمة أبي خراش، ولم يذكر الرجل، وقد سئل أبو حاتم عنه فقال أبو خراش لم يدرك النبي صلى الله عليه وسلم وقد وجدت ممن كنيته أبو خراش في الصحابة، وهو حدر بن أبي حدود الأسلمي وهو صحابي قال ابن حجر في التقریب: له حديث واحد. ووجدت هذا الحديث يذكره ابن الاثير في أسد الغابة يقول: روى جندل بن والى عن يحيى بن يحيى الأسلمي عن سعيد بن مقلص عن الوليد بن أبي الوليد عن عمران بن أبي أنس عن حدود الأسلمي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال

(هجرة الرجل أخاه سنة كسفك دمه) ووجدت أبا داود يسميه في روايته
حبان بن زيد وفي هامش فتح العلام

[244]

أبوخداش حبان بن زيد الشعري ثقة لم يعرفه ابن حزم فقال: انه مجهول.
انتهى. وقال ابن حجر في التقريب: حبان بن زيد الشرعي أبوخداش ثقة.
أخطأ من زعم أن له صحبة. وقال في بلوغ المرام: عن رجل من الصحابة
قال (غزوت مع النبي صلى الله عليه وسلم فسمعتة يقول (الناس شركاء
في ثلاثة. الكلا والماء والنار) رواه أحمد وأبو داود ورجاله ثقات. (قلت)
والجهالة بالصحابي لا تؤثر في صحة الحديث كما هو معروف عند المحدثين،
لأنهم رضوان الله عليهم عدول أجمعون. وأما رواية ابن عباس عند ابن
ماجه والتي فيها (وثنه حرام) ففيها عبد الله ابن خراش، هو متروك، وقد
صححه ابن السكن، ويشهد لرواية ابن عباس رواية أبي خراش ورواية أبي
هريرة عند ابن ماجه وعبد الله بن أحمد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال
لا يمنع الماء والنار والكلا) وأما حديث من (سبق الخ) فقد مر تخريجه في
غير موضع وحديث عبادة بن الصامت رواه ابن ماجه وعبد الله بن أحمد
والبيهقي والطبراني وفيها انقطاع بلفظ (أن النبي صلى الله عليه وسلم
قضى في شرب النخل من السيل أن الأعلى يشرب قبل الأسفل ويترك
الماء إلى الكعبين ثم يرسل الماء إلى الأسفل الذي يليه. وكذلك حتى
تنقضي الحوائط أو يفنى الماء) ورواها عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده
(أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في سيل مهزور أن يمسك حتى يبلغ
الكعبين ثم يرسل الأعلى على الأسفل) رواه أبو داود وابن ماجه، وفي
إسناده عبد الرحمن بن الحرث المخزومي المدني تكلم فيه الامام أحمد.

[245]

وقال الحافظ في الفتح: إن إسناده هذا الحديث حسن ورواه الحاكم في
المستدرک من حديث عائشة أنه قضى في سيل مهزور أن الأعلى يرسل
إلى الأسفل ويحبس قدر الكعبين. وأعله الدارقطني بالوقف وصححه
الحاكم، ورواه ابن ماجه وأبو داود من حديث ثعلبة بن أبي مالك. ورواه عبد
الرزاق في مصنفه عن أبي حاتم القرظي عن أبيه عن جده أنه سمع
كبراءهم يذكرون أن رجلا من قريش كان له سهم في بنى قريظة فخاصم
إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في مهزور السيل الذي يقسمون
مائه فقضى بينهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الماء إلى الكعبين
لا يحبس الأعلى الأسفل) ومهزور وادي بنى قريظة بالحجاز. قال ابن
الاثير: أما مهزور بتقديم الراء على الزاي فموضع سوق المدينة. وهذه
الاحاديث تدل على أن الأعلى تستحق أرضه الشرب بالسيل والنيل وماء
البيئر قبل الأرض التي تحتها، وأن الأعلى يمسك الماء حتى يبلغ الكعبين أي
كعبي رجل الانسان الواقعيين عند مفصل الساق والقدم ثم يرسله بعد
ذلك. وقال صاحب البحر: إن الماء إذا كان قليلا فحده أن يعم أرض الأعلى
إلى الكعبين في النخيل وإلى الشراك في الزرع لقضائه صلى الله عليه
وسلم بذلك في خبر عبادة بن الصامت. قال: وأما قوله صلى الله عليه
وسلم للزبير (اسق أرضك حتى يبلغ الجدر) فقيل: عقوبة لخصمه، وقيل:

بل هو المستحق، وكان أمره صلى الله عليه وسلم بالتفضيل، فإن كانت الأرض بعضها مطمئن فلا يبلغ في بعضها الكعبين إلا وهو في الم مطمئن إلى الركبتين، قدم الم مطمئن إلى الكعبين ثم حبسه وسقى باقيها. وقال أبو طالب: العبرة بالكفاية للأعلى. أما حديث الزبير فقد رواه أصحاب الكتب الستة وهو عند الخمسة من رواية عبد الله بن الزبير عن أبيه وعند النسائي من رواية عبد الله بن الزبير لم يذكر فيه عن أبيه وللبخاري في رواية قال: خاصم الزبير رجلا وذكر نحوه وزاد فيه: فاستوعى رسول الله صلى الله عليه وسلم حينئذ للزبير حقه، وكان قبل ذلك قد أشار على الزبير برأى فيه سعة له وللانصاري، فلما أحفظ الانصاري رسول الله صلى الله عليه وسلم استوعى للزبير حقه في صريح الحكم).

[246]

قال عروة: قال الزبير (فوالله ما أحسب هذه الآية نزلت الا في ذلك) فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما) رواه أحمد كذلك لكن قال، عن عروة بن الزبير أن الزبير كان يحدث أنه خاصم رجلا وذكره جعله من مسنده وزاد البخاري في رواية. قال ابن شهاب فقد رت الانصار والناس قول رسول الله صلى الله عليه وسلم (اسق يا زبير ثم احتس الماء حتى يرجع إلى الجدر) فكان ذلك إلى الكعبين، وقد جاء هذا الحديث عند المحدثين في أبواب الاقضية وأن القاضى إذا حكم وهو غضبان صح ان صادف الحق لانه صلى الله عليه وسلم قضى للزبير بعد أن أغضبه الرجل ولا يخفى أنه لا يصح الحاق غيره صلى الله عليه وسلم به لانه معصوم فلا يدل حكمه صلى الله عليه وسلم وهو غضبان على جواز ذلك للقضاء، والنبى صلى الله عليه وسلم معصوم عن الحكم بالباطل في غضبه ورضاه بخلاف غيره، ولهذا ذهب بعض الحنابلة إلى أنه لا ينفذ الحكم في حال الغضب لثبوت النهى عنه، وسيأتى مزيد ابضاح ان شاء الله تعالى في كتاب الاقضية، وقد رواه مالك في موطئه من حديث عروة عن أبيه. والرجل المبهم الذى خاصم الزبير هو ثعلبة بن حاطب، وقيل حميد، وقيل حاطب بن أبى بلتعة ولا يصح لانه ليس أنصاريًا، وقيل: انه ثابت بن قيس بن شماس، وإنما ترك النبي صلى الله عليه وسلم قتله بعد ان جاء في مقاله بما يدل على أنه صلى الله عليه وسلم جار في الحكم لاجل القرابة لان ذلك كان في أوائل الاسلام وقد كان صلى الله عليه وسلم يتالف الناس إذ ذاك ترك قتل عبد الله بن أبى بعد أن جاء بما يسوغ به قتله. وقال القرطبي: يحتمل انه لم يكن منافقا بل صدر منه ذلك عن غير قصد، كما اتفق لحاطب بن أبى بلتعة في قصة تخابره مع العدو ومسطح في قصة الافك وحمنة وغيرهم ممن بدره لسانه بدرة شيطانية. على ان الحكم في هذا الفصل ياتي هكذا: إذا كان الماء صغير المجرى بحيث يزدحم الناس فيه ويتشاحون في مائة أو سبيل يتشاح الناس من أصحاب الأرض الشاربة منه فيه، فان يبدأ بمن في أول النهر فيسقى ويحبس الماء حتى يبلغ إلى

[247]

الكعب ثم يرسل إلى الذي يليه فيصنع كذلك، وعلى هذا إلى ان تنتهى الاراضى كلها، فان لم يفضل عن الاول شئ أو عن الثاني أو عن يليم فلا شئ للباقيين، لانه ليس لهم إلا ما فضل، فهم كالعصبة في الميراث، وهذا قول الفقهاء من اهل المدينة ومالك والشافعي وأحمد ولا نعلم فيه ومخالفاً، والاصل فيه حديث الزبير، قال الزهري: نظرنا في قول النبي صلى الله عليه وسلم (ثم احبس الماء حتى يبلغ إلى الجدر) فوجدنا ذلك إلى الكعبين. قال أبو عبيد: الشراج جمع شرح، والشرح نهر صغير، والجرة أرض ملتبسة بحجارة بركانية سود، والجدر الجدار، وانما أمر النبي صلى الله عليه وسلم الزبير ان يسقى ثم يرسل الماء تسهيلا على غيره، والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وان اشترك جماعة في استنباط عين اشتركوا في مائها، فان دخولوا على أن يتساووا، وتساووا في الانفاق، وان دخولوا على أن يتفاضلوا تفاضلوا في الانفاق، ويكون الماء بينهم على قدر النفقة، لانهم استفادوا ذلك بالانفاق فكان حقهم على قدره، فإن أرادوا سقى اراضيهم بالمهاياة يوما يوما جاز، وان أرادوا قسمة الماء نصبوا خشبة مستوية قبل الاراضى وتفتح فيها كوى على قدر حقوقهم، فخرج حصة كل واحد منهم إلى أرضه، فان أراد أحدهم أن يأخذ حقه من الماء قبل المقسم في ساقية يحفرها إلى أرضه منع من ذلك، لان حريم النهر مشترك بينهم، فلا يجوز لواحد منهم ان يحفر فيه، فان أراد أن ينصب رحا قبل المقسم ويديرها بالماء منع من ذلك، لانه يتصرف في حريم مشترك، فان أراد أن يأخذ الماء ويسقى به أرضا اخرى ليس لها رسم يشرب من هذا النهر منع منه يجعل لنفسه شربا لم يكن له، كما لا يجوز لمن له داران متلاصقان في دربين أن يفتح من أحدهما بابا إلى الاخرى فيجعل لنفسه طريقا لم يكن له، والله تعالى أعلم. (الشرح) قوله: بالمهاياة أي بالمناوبة. وقوله: كوى جمع كوة بضم الكاف وتشديد الواو مثل مدي ومدى وتفتح أيضا وهى الثقب فى الحائط.

[248]

إذا كان النهر لجماعة وقد قلنا فيما مضى ان النهر المحيى في موات يكون لمحبيه حقوق الملك، وان لم يكن مالكا فهو بينهم على حسب العمل والنفقة أو على حسب اتفاقهم، لانه انما كان لهم حق الملك بالعمارة والعمارة بالنفقة، فان كفى جميعهم فلا كلام، وان لم يكفهم وتراضوا على قسمته بالمهاياة أو غيرها جاز لانه حقهم لا يخرج عنهم، وان تشاحوا في قسمته قسمة الحاكم بينهم على قدر نفقتهم، لان لكل واحد منهم من الحقوق بقدر ذلك، فتؤخذ خشبة صلبة أو حجر مستوي الطرفين والوسط فيوضع على موضع مستو من الارض في مقدم الماء فيه جزوز أو ثقوب متساوية في السعة على قدر حقوقهم يخرج من كل جزء أو ثقب إلى ساقية مفردة لكل واحد منهم، فإذا حصل الماء في ساقيته انغرد به وليس له أن يأخذ قبل القسم، كما أن ليس له أن يسقى أرضا ليس لها رسم يشرب في هذا الماء لان ذلك يدل على أن لها قسما في هذا الماء، فربما جعل سقيها منه دليلا على استحقاقها لذلك فيستضر الشركاء ويصير هذا كما لو كان له دار بابها في درب لا ينفذ ودار بابها في درب آخر ظهرها ملاصق لظهر داره الاولى، فأراد تنفيذ أحدهما إلى الاخرى لم يجز، لانه يجعل لنفسه استطارقا من كل واحدة من الدارين وان قسموا ماء النهر المشترك بالمهاياة جاز إذا تراضوا به وكان حق كل واحد منهم معلوما مثل أن يجعلوا لكل حصه يوما وليلة أو أكثر من ذلك أو أقل. وان قسموا النهار فجعلوا الواحد من طلوع الشمس إلى وقت الزوال وللآخر من الزوال إلى

الغروب ونحو ذلك جاز. وان قسموه ساعات وأمكن ضبط ذلك بشئ معلوم كطاسة منقوبة تترك في الماء وفيها علامات إذا انتهى الماء إلى علامته كانت ساعة وإذا انتهى إلى الأخرى كانت ساعتين لا يجوز في النهر المشترك ان يتصرف أحد المشتركين بعمل رحي أو دولاب أو معبر للماء لانه يتصرف في نهر مشترك وفي حريمه بغير اذن شركائه. اما الشرب لنفسه ووضوئه وغسله وغسل ثيابه والانتفاع به في أشباه ذلك فانه يجوز لكل المسلمين، ولا يحل لصاحب الماء منعه من ذلك لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (ثلاثة لا ينظر الله إليهم ولا يزكيهم ولهم عذاب اليم رجل كان يفضل ماء الطريق فمنع ابن السبيل) رواه البخاري.

[249]

وعن بهيسه عن أبيها أنه قال: يا نبي الله ما الشئ الذي لا يحل منعه ؟ قال: (الماء) قال يا نبي الله ما الشئ الذي لا يحل منعه ؟ قال (ان تفعل الخير خير لك) رواه أبو داود، ولان ذلك لا يؤثر في العادة وهو فاضل عن حاجة صاحب النهر، فاما إذا لم يفضل شئ عن حاجة ماشيته لم يلزمه. والله تعالى أعلم قال المصنف رحمه الله تعالى: كتاب اللقطة إذا وجد الحر الرشيد لقطعة يمكن حفظها وتعريفها كالذهب والفضة والجواهر والثياب - فان كان ذلك في غير الحرم - جاز التقاطه للتملك، لما روى عبد الله ابن عمرو بن العاص ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال (ما كان منها في طريق مئاء فعرفها حولا، فان جاء صاحبها والا فهى لك، وما كان منها في خراب ففيها وفي الركاز الخمس) وله ان يلتقطها للحفظ على صاحبها، لقوله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) ولما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا. كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة، والله في عون العبد ما دام العبد في عون اخيه) وان كانت في الحرم لم يمر أن يأخذها الا للحفظ على صاحبها. ومن أصحابنا من قال: يجوز التقاطها للتملك لانها أرض مباحة فجاز اخذ لقطتها للتملك كغير الحرم، والمذهب الاول، لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (إن هذا البلد حرمه الله يوم خلق السموات والأرض، فهو حرام إلى يوم القيامة، لم يحل لاحد قبلى، ولا يحل لاحد بعدى ولم يحل لى الا ساعة من نهار، وهو حرام إلى يوم القيامة لا ينفر صيدها، ولا يعصد شجرها، ولا تلتقط لقطتها الا لمعرفة) ويلزمه المقام للتعريف، وان لم يمكنه المقام دفعها إلى الحاكم ليعرفها من سهم المصالح (فصل) وهل يجب أخذها ؟ روى المزني أنه قال لا أحب تركها. وقال

[250]

في الام لا يجوز تركها. فمن أصحابنا من قال فيه قولان (أحدهما لا يجب لانها أمانة فلم يجب أخذها كالوديعة) (والثانى) يجب، لما روى ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (حرمة مال المؤمن كحرمة دمه) ولو خاف على نفسه لوجب حفظها، فكذلك إذا خاف على ماله. وقال أبو

العباس وأبو إسحاق وغيرهما (ان كانت في موضع لا يخاف عليها لامانة أهله لم يجب عليه. لان غيره يقوم مقامه في حفظها، وإن كان في موضع يخاف عليها لقلة أمانة أهله وجب، لان غيره لا يقوم مقامه، فتعين عليه، وحمل القولين على هذين الحالين، فإن تركها ولم يأخذها لم يضمن، لان المال انما يضمن باليد أو بالاتلاف. ولم يوجد شئ من ذلك، ولهذا لا يضمن الوديعه إذا ترك أخذها فكذلك اللقطة، (فصل) وان أخذها اثنان كانت بينهما، كما لو أخذها صيدا كان بينهما، فإن أخذها واحد وضاعت منه ووجدها غيره وجب عليه ردها إلى الاول لانه سبق إليها فقدم، كما لو سبق إلى موات فتحجره (الشرح) حديث عبد الله بن عمر مروى من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وقد مضى للنووي تخريجه في زكاة الركاز. وقد روى الجوزجاني والاثرم في كتابيهما قال، حدثنا أبو نعيم حدثنا هشام بن سعد قال حدثني عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده قال (أتى رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله كيف ترى من متاع يرى في الطريق الميتاء أو في قرية مسكونة ؟ فقال عرفه سنه، فإن جاء صاحبه والا فشانك به) وحديث (من كشف عن مسلم كربة الخ) سبق في غير موضع، وحديث ابن عباس مضى في الحج، وحديث ابن مسعود مضى في البيوع في غير موضع أما لغات الفصل فإن اللقطة بفتح القاف اسم للملتقط. قال الخليل بن أحمد لان ما جاء عل فعلة فهو اسم للفاعل، كقولهم همزة ولمزة وضحكة وهزأة. واللقطة بسكون القاف المال الملقوط مثل الضحكة الذي يضحك منه والهزأة

[251]

الذي يهزأ به وقال الاصمعي وابن الاعرابي والفراء: هي بفتح القاف اسم المال الملقوط أيضا وتعريفها عند الفقهاء المال الضائع من ربه يلتقطه غيره وقال الزمخشري، اللقطة بفتح القاف والعامه تسكنها وأصله من لفظ الشئ والتقطه إذا اخذه من الارض. وأصل فعله في الكلام اسم الفاعل وفعله اسم المفعول، غير أن كلام العرب جاء في اللقطة على غير قياس. أجمع اهل اللغة ورواة الاخبار على أن اللقطة الشئ الملتقط. ذكره الأزهرى. قال ابن عرفة الالتقاط وجود الشئ من غير طلب. قوله (مئتاء) أي مسلوك مفعول من الاتيان، وقد تبدل التاء دالا لمجاورة النطق فتكون مبداء، ولا يزال العامة ينطقونها محرفة فيقولون المدأ. وفي الحديث: لو لا أنه طريق مئتاء لحزنا عليك يا إبراهيم أما الاحكام فإن اللقطة إذا وجدت بمضيعة وأمن نفسه عليها أخذها. وهذا قول الشافعي رضى الله عنه. وقال أحمد رضى الله عنه: الافضل ترك الالتقاط. وروى معنى ذلك عن ابن عباس وابن عمر، وبه قال جابر وابن زيد والربيع بن خيثم وعطاء، ومر شريح بدرهم فلم يعرض له. وقال الشافعي رضى الله عنه: انه يجب أخذها لقوله تعالى (والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض) فإن كان وليه وجب عليه حفظ ماله وقال في الام في اللقطة الصغيرة في ضالة الغنم إذا وجدت في موضع مهلكة فهي لك فكلها، فإذا جاء صاحبها فاغرمها له. وقال في المال يعرفه سنة ثم يأكله ان شاء، فإن جاء صاحبه غرمها له، وقال يعرفها سنة ثم يأكلها، موسرا كان أو معسرا إن شاء، إلا أنى لا أرى له أن يخلطها بماله ولا يأكلها حتى يشهد على عددها ووزنها وطرفها وعفاصها ووكائنها فمتى جاء صاحبها غرمها له الخ. اه وممن رأى أخذها سعيد بن المسيب والحسن بن صالح وأبو حنيفة، وأخذها

أبى بن كعب وسويد بن غفلة. وقال مالك إن كان شيئاً له بال يأخذه أحب إلى ويعرفه، لأن فيه حفظ مال المسلم عليه، فكان أولى من تضييعه وتخليصه من الغرق وقال ابن قدامة من الحنابلة في المغنى: ولنا قول ابن عمر وابن عباس ولا نعرف لهما مخالفاً في الصحابة، ولأنه تعريض لنفسه لأكل الحرام، وتضييع الواجب من تعريفها وأداء الأمانة فيها، فكان تركه أولى وأسلم، كولاية مال اليتيم وتخليل الخمر. فإذا ثبت هذا فإن اللقطة والضوال مختلفات في الجنس والحكم، فالضوال الحيوان، لأنه يضل بنفسه، واللقطة غير الحيوان، سميت بذلك لالتقاط واحدتها لها، ولها حالتان. (إحدهما) أن توجد في أرض مملوكة، فلا يجوز لواجدها التعرض لآخذها وهي في الظاهر لمالك الأرض إن ادعاه، لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال ما كان منها في طريق ميناء عرفها حولاً، فإن جاء صاحبها والا فهي لك، وما كان في خراب ففيتها وفي الركاز الخمس) والحال الثانية: أن توجد في أرض غير مملوكة من مسجد أو طريق أو موات فلا يخلو ذلك من أحد أمرين: إما أن يكون بمكة أو بغير مكة، فإن كان بغير مكة من سائر البلاد فعلى ضربين، ظاهر ومدفون، فإن كان ظاهراً فعلى ضربين أحدهما ما لا يبقى كالطعام الرطب فله حكم تذكره من بعد (والثاني) أن يكون مما يبقى كالدرهم والدنانير والثياب والحلى والقماش فهذه هي اللقطة التي قال فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث زيد بن خالد قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطة الذهب والورق فقال: اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة، فإن لم تعرف فاستنفقها، ولتكن وديعة عندك فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فأدأها إليه، وسأله عن ضالة الأبل، فقال: مالك ولها دعها فإن معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها،

وسأله عن الشاة فقال: خذها فإنما هي لك أو لاختيك أو للذئب) متفق عليه. فعليه أن يقوم بشروط تعريفها ثم له بعد الحول إن لم يأت صاحبها أن يملكها وإن كان مدفوناً فضربان جاهلي وإسلامي، فإن كان إسلامياً فلقطة أيضاً وهي على ما ذكرنا، وإن كان جاهلياً فهو ركاز يملكه واجده وعليه وإخراج خمس في مصرف الزكوات للحديث (وفي الركاز الخمس). وإن كانت اللقطة بمكة فمذهب الشافعي رضي الله عنه أنه ليس لواجدها أن يملكها، وعليه إن أخذها أن يقيم بتعريفها أبداً بخلاف سائر البلاد، وقال بعض أصحابنا: مكة وغيرها سواء في اللقطة استدلالاً بعموم الخبر، وهذا خطأ لقوله صلى الله عليه وسلم (إن أبى إبراهيم حرم مكة، فلا يختلى خلاها ولا يعصد شجرها ولا ينفر صيدها ولا تحل لقطتها إلا لمنشد) وفي المنشد تأويلان: أحدهما وهو قول أبى عبيد: إنه صاحبها الطالب، والناشد هو المعرف الواجد لها. قال الشاعر: يصيح للبناء أسماعه * إصاخة الناشد للمنشد فكان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يحل أن يملكها إلا صاحبها التي هي له دون الواجد، والتأويل الثاني وهو للشافعي رضي الله عنه أن المنشد الواجد المعرف، والناشد هو المالك الطالب، وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم سمع رجلاً ينشد ضالة في المسجد فقال (أيها الناشد غيرك الواجد) يعنى لا وجدت كأنه دعا عليه، فعلى هذا التأويل معنى قوله:

لا تحل لقطتها إلا لمنشد أي لمعرف يقيم على تعريفها ولا يملكها، فكان في كلا التأويلين دليل على تحريم تملكها، ولأن مكة لما باينت غيرها في تحريم صيدها وشجرها تغليظا لحرمتها باينت غيرها في ملك اللقطة، ولأن مكة لا يعود الخارج منها غالبا الا بعد حول ان عاد، فلم ينتشر انشادها في البلاد كلها، فلذلك وجب عليه مداومة تعريفها، ولا فرق بين مكة وبين سائر الحرم لاستواء جميع ذلك في الحرمه.

[254]

فأما عرفة ومصلى ابراهيم عليه السلام ففيه وجهان. أحدهما: أنه حل تحل لقطته قياسا على جميع الحل. والثاني: أنه كالحرم لا تحل لقطته الا لمنشد لان ذلك مجمع الحاج، ثم اختلفوا في جواز انشادها في المسجد الحرام مع اتفاقهم على تحريم انشادها في غيره من المساجد على وجهين (أصحهما) جوازه اعتبارا بالعرف وأنه مجمع الناس. (فرع) إذا ضاعت اللقطة من ملتقطها بغير تعريض فلا ضمان عليه لانها أمانة في يده فأشبهت الوديعة، فإن التلقطها آخر فعرف أنها ضاعت من الاول فعليه ردها إليه لانه قد ثبت له حق التمول، وولاية التعريف والحفظ، فلا يزول ذلك بالضياغ. فإن لم يعلم الثاني بالحال حتى عرفها حولا ملكها، لان سبب الملك وجد منه من غير عدوان فثبت الملك به كالاول، ولا يملك الاول انتزاعها. لان الملك مقدم على حق التملك، وإذا جاء صاحبها فله أخذها من الثاني، وليس له مطالبة الاول لانه لم يعرط، وان علم الثاني بالاول فردها إليه فأبى أخذها وقال عرفها أنت فعرفها ملكها أيضا، لان الاول ترك حقه فسقط، وان قال: عرفها وتكون بيننا ففعل صح أيضا وكانت بينهما لانه أسقط حقه من نصفها ووكله في الباقي، وان قصد الثاني بالتعريف تملكها لنفسه دون الاول احتمل وجهين. (الاول) يملكها، لان سبب الملك وجد منه فملكها كما لو أذن له الاول في تعريفها لنفسه. (والثاني) لا يملكها لان ولاية التعريف للاول أشبه ما لو غصبها من الملتقط غاصب فعرفها، وكذلك الحكم إذا علم الثاني بالاول فرفعها ولم يعلمه بها، ويشبه هذا المتحجر في الموات إذا سبقه غيره إلى ما حجره فأحياه بغير اذنه، فأما ان غصبها غاصب من الملتقط فعرفها لم يملكها وجها واحدا، لانه معتد بأخذها ولم يوجد منه سبب تملكها، فإن الالتقاط من جملة السبب ولم يوجد منه، ويفارق هذا ما إذا التلقطها ثان فإنه وجد منه الالتقاط والتعريف. (فرع) إذا التلقطها اثنان فعرفاها حولا ملكاها جميعا، وإن قلنا بوقوف الملك على الاختيار فاختر أحدهما دون الآخر ملك المختار نصفها دون الآخر

[255]

وإن رأياها معا فبادر أحدهما فأخذها، أو رأها أحدهما فأعلم بها صاحبه فأخذها فهي لأخذها، لان استحقاق اللقطة بالاخذ لا بالرؤية كالأصطياد. وإن قال أحدهما لصاحبه: هاتها فأخذها نظرت، فان أخذها لنفسه فهي له دون الأمر، وإن أخذها للأمر فهي له كما لو وكله في الاصطياد له. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإذا أخذها عرف عفاصها، وهو الوعاء الذي تكون فيه، ووكاءها وهو الذي تشد به وجنسها وقدرها، لما روى زيد بن خالد الجهني أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال

(اعرف عفاصها ووكاءها وعرفها سنة، فان جاء من يعرفها وإلا فاخلطها بمالك) فنص على العفاص والوكاء، وقسنا عليهما الجنس والقدر، ولانه إذا عرف هذه الاشياء لم تختلط بماله، وتعرف به صدق من يدعيها، وهل يلزمه أن يشهد عليها وعلى اللقيط؟ فيه ثلاثة أوجه. (أحدهما) لا يجب لانه دخول في أمانة فلم يجب الاشهاد عليه كقبول الوديعة (والثاني) يجب لما روى عياض بن حمار رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (من التقط لقطعة فليشهد ذا عدل، أو ذوى عدل ولا يكتم ولا يغيب) ولانه إذا لم يشهد لم يؤمن أن يموت فتضيع اللقطعة أو يسترق اللقيط. (والثالث) أنه لا يجب لانه اكتساب مال فلم يجب الاشهاد عليه كالبيع، ويجب على اللقيط لانه يحفظ به النسب فوجب الاشهاد عليه كالنكاح، وإن أخذها وأراد الحفظ على صاحبها لم يلزمه التعريف، لان التعريف للتملك فإذا لم يرد التملك لم يجب التعريف. فان أراد أن يملكها نظرت، فان كان مالا له قدر يرجع من ضاع منه في طلبه لزمه أن يعرفه سنة لحديث عبد الله بن عمرو. وحديث زيد بن خالد، وهل يجوز تعريفها سنة متفرقة؟ فيه وجهان. (أحدهما) لا يجوز، ومتى قطع استأنف، لانه إذا قطع لم يظهر أمرها ولم يظهر طالبها.

[256]

(والثاني) يجوز لان اسم السنة يقع عليها، ولهذا لو نذر صوم سنة جاز أن يصوم سنة متفرقة. ويجب أن يكون التعريف في أوقات اجتماع الناس كأوقات الصلوات وغيرها، وفي المواضع التي يجتمع الناس فيها كالاسواق وأبواب المساجد لان المقصود لا يحصل إلا بذلك ويكثر منه في الموضع الذي وجدها فيه، لان من ضاع منه شيء يطلبه في الموضع الذي ضاع فيه، ولا يعرفها في المساجد، لما روى جابر قال: سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا ينشد ضالة في المسجد فقال له النبي صلى الله عليه وسلم (لا وجدت) وذلك لانه كان يكره أن ترفع فيه الاصوات، ويقول: من ضاع منه شيء، أو من ضاع منه دنائير، ولا يزيد عليها حتى لا يضبطها رجل فيدعيها، فان ذكر النوع والقدر والعفاص والوكاء، ففيه وجهان. أحدهما لا يضمن، لان بمجرد الصفة لا يجب الدفع، والثاني: يضمن لانه لا يؤمن أن يحفظ ذلك رجل ثم يرافعه إلى من يوجب الدفع بالصفة، فان لم يوجد من يتطوع بالنداء كانت الاجرة على الملتقط، لانه بتملك به، وان كانت اللقطعة مما لا يطلب كالتمر واللقمه لم تعرف، لما روى أنس قال: مر رسول الله صلى الله عليه وسلم على تمرة في الطريق مطروحة فقال (لولا أن أخشى أن تكون من الصدقة لاكلتها) وان كان مما يطلب الا أنه قليل، ففيه ثلاثة أوجه، أحدها: يعرف القليل والكثير سنة وهو ظاهر النص لعموم الاخبار. والثاني لا يعرف الدينار، لما روى أن عليا كرم الله وجهه وجد دينارا فعرفه ثلاثا فقال له النبي صلى الله عليه وسلم (كله أو شأنك به). والثالث: يعرف ما يقطع فيه السارق، ولا يعرف ما دونه، لانه تافه، ولهذا قالت عائشة رضى الله عنها: ما كانت اليد تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه. (الشرح) حديث زيد بن خالد الجهني رواه البخاري ومسلم وأحمد، واللفظ الذي ساقه المصنف أقرب إلى رواية أحمد. ولفظ الشيخين (سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطعة الذهب والورق فقال: اعرف وكائها وعفاصها ثم عرفها سنة، فإن لم تعرف فاستنقها ولتكن وديعة عندك، فإن جاء طالبها

يوما من الدهر فأدها إليه. وسأله عن ضالة الابل فقال: مالك ولها، دعها فإن معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها. وسأله عن الشاة فقال: خذها فإنما هي لك أو لاختك أو للذئب) ولم يقل فيه أحمد (الذهب أو الورق) وفي رواية لمسلم (فإن جاء صاحبها فعرف عفاصها وعددها ووكاءها فأعطها إياه وإلا فهي لك) وحديث عياض بن حمار رواه أحمد وابن ماجه وأبو داود النسائي وابن حبان، وفي لفظ للبيهقي (ثم لا يكتم وليعرف) وصححه ابن الجارود وبن حبان وقد رواه الشافعي وأورده الربيع في اختلاف مالك والشافعي في اللقطة ليلزم مالكا بما رواه فقال: أخبرنا مالك عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن عن يزيد مولى المنبعت عن زيد بن خالد الجهني الخ. أما حديث جابر فقد مضى تخريجه في كتاب الصلاة من المجموع. أما حديث أنس فقد أخرجه الشيخان. أما حديث علي فقد أخرجه أبو داود عن بلال بن يحيى العيسى عنه وفيه (أنه التقط دينارا فاشترى به دقيفا فعرفه صاحب الدقيق فرد عليه الدينار فأخذه علي فقطع منه قيراطين فاشترى به لحما. قال المنذرى: في سماع بلال بن يحيى من علي نظر. وقال الحافظ بن حجر: إسناده حسن، ورواه أبو داود أيضا عن أبي سعيد الخدري أن علي بن أبي طالب وجد ديناراً، فأتى به فاطمة عسالت عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال (هو رزق الله فأكل منه رسول الله صلى الله عليه وسلم وأكل علي وفاطمة، فلما كان بعد ذلك أتته امرأة تنشد الدينار، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: يا علي أد الدينار) وفي إسناده رجل مجهول. وأخرجه أبو داود أيضا من وجه آخر عن أبي سعيد، وذكره مطولا وفي إسناده موسى بن يعقوب الزمعي وثقه ابن معين. وقال ابن عدى لا بأس به، وقال النسائي ليس بالقوي. وروى هذا الحديث الشافعي عن الدراوردي عن بشريك بن أبي نمر عن عطاء ابن يسار عن أبي سعيد الخدري وزاد (أنه أمره أن يعرفه) ورواه عبد الرزاق

من هذا الوجه، وزاد فجعل أجل الدينار وشبهه ثلاثة أيام، وفي إسناده هذه الزيادة أبو بكر بن أبي سبرة وهو ضعيف جدا. وقد أعل البيهقي هذه الروايات لاضطرابها ولمعارضتها لاحاديث اشتراط السنة في التعريف، قال ويحتمل أن يكون إنما أباح له الاكل قبل التعريف للاضطراب، وأما خبر عائشة فقد رواه الشيخان وأحمد، وسيأتي في الحدود إن شاء الله تعالى. قولهن (فليشهد) ظاهر الامر يدل على وجوب الاشهاد، وهو أحد قولي الشافعي رضي الله عنه وبه قال أبو حنيفة، وفي كيفية الاشهاد قولان، أحدهما يشهد أنه وجد لقطة ولا يعلم بالعفاص ولا غيره لئلا يتوصل بذلك الكاذب إلى أخذها، والثاني يشهد على صفاتها كلها حتى إذا مات لم يتصرف فيها الوارث، وأشار بعض أصحابنا إلى التوسط بين الوجهين فقال لا يستوعب الصفات، ولكن يذكر بعضها، قال النووي وهو الاصح، والثاني من قولي الشافعي أنه لا يجب الاشهاد وبه قال مالك وأحمد وغيرهما، وقالوا إنما يستحب احتياطا، لان الرسول صلى الله عليه وسلم لم يأمر به في حديث زيد بن خالد، ولو كان واجبا لبينه أما العفاص بكسر العين المهملة وتخفيف الفاء، وهو الوعاء الذي تكون فيه النفقة جلدا أو غيره أخذا من العفص وهو الثني لانتثائه على ما فيه، وقد وقع في زوائد المسند لعبد الله بن احمد في حديث لابي بن كعب رضي الله عنه (أن النبي صلى

الله عليه وسلم قال عرفها فان جاء أحد يخبرك بعدتها ووعائها ووكائها وفرقتها فأعطها إياه وإلا فاستمتع بها) والعفاص يكون على رأس القارورة لسدها وأما الذي يدخل فم القارورة من جلد أو غيره فهو الصمام، فحيث يذكر الوعاء مع العفاص فالمراد الاول، وحيث يذكر العفاص مع الوعاء فالمراد الثاني، أفاده في فتح الباري قوله (ولا يكتف) يعنى لا يحل كتم اللقطة إذا جاء لها صاحبها وجاء من أوصافها ما يغلب الظن بصدقة، والمقصود من معرفة الآلات التي تحفظ فيها ويلتحق بذلك معرفة جنسها ونوعها وقدرها، فقد قال النووي: يجمع بين الروايات بأن يكون مأمورا بالمعرفة في حالتين فيعرف العلامات وقت الالتقاط

[259]

حتى يعلم صدق واصفها إذا وصفها، ثم يعرفها مرة أخرى بعد تعريفها سنة إذا أراد أن يملكها ليعلم قدرها وصفتها إذا جاء بعد ذلك فردها إليه قال الحافظ ابن حجر: ويحتمل أن تكون في الروايتين (يشير إلى رواية البخاري، عرفها سنة ثم عرف عفاصها ووكاءها) ورواية البخاري أيضا (اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة) ثم بمعنى الواو فلا تقتضي ترتيبا، فلا تقتضي تخالفا يحتاج إلى الجمع، ويقويه كون المخرج واحدا والقصة واحدة، وإنما يحسن الجمع بما تقدم لو كان المخرج مختلفا أو تعددت القصة، وليس الغرض إلا أن يقع التعرف والتعريف مع قطع النظر عن أيهما يسبق. قال واختلف العملاء في هذه المعرفة على قولين أظهرهما الوجوب لظاهر الامر. وقبل يستحب، وقال بعضهم يجب عند الالتقاط ويستحب بعده. وقال أيضا في الفتح عند قوله (ثم عرفها) محل ذلك المحافل كأبواب المساجد والاسواق ونحو ذلك. قلت: كبرامج الاذاعة المخصصة للاشياء المفقودة كبرنامج طريق السلامه الذي توفر له إذاعة القاهرة عشر دقائق من صباح كل يوم في زماننا هذا. قوله (سنه) الظاهر أن تكون متوالية ولكن على وجه لا يكون على جهة الاستيعاب، فلا يلزمه التعريف بالليل، ولا استيعاب الايام بل على المعتاد، فيعرف في الابتداء كل يوم مرتين في طرفي النهار، ثم في كل يوم مرة، ثم في كل أسبوع مرة، ثم في كل شهر مرة، ولا يشترط أن يعرفها بنفسه، بل يجوز له توكيل غيره، ويعرفها في مكان وجودها وفي غيره. كذا قال العلماء، وظاهره أن التعريف واجد لاقتضاء الامر الوجوب، لا سيما وقد وصف النبي صلى الله عليه وسلم من لم يعرفها بالضلال في حديث لزيد بن خالد عند أحمد ومسلم (قال لا يأوى الضالة إلا ضال ما لم يعرفها) هكذا جاءت لا يأوى) من الثلاثي اللازم، وقد يتعدى كما في هذا الحديث. وفي المبادرة إلى التعريف خلاف مبناه هل الامر يقتضى الفور أم على التراخي وظاهره أنه لا يجب التعريف بعد السنه، وبه قال الجمهور وادعى صاحب البحر الاجماع، على أنه وردت رواية عند البخاري عن أبي بن كعب بلفظ: وجدت

[260]

صره فيها مائة دينار، فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال (عرفها حولاً، فعرفتها فلم أجد من يعرفها، ثم أتيت ثانياً فقال عرفها حولاً فلم أجد، ثم أتيت ثالثاً فقال احفظ وعاءها وعددها ووكاءها، فإن جاء صاحبها

وإلا فاستمتع بها فاستمتعت، فلقبته بعد بمكة فقال لا أدري ثلاثة أحوال (أو حولا واحدا) وذكر البخاري الحديث في موضع آخر من صحيحه فزاد (ثم أتته الرابعة فقال: اعرف وعاءها الخ) قال في فتح الباري: القائل فلقبته بعد بمكة هو شعبة، والذي قال لا أدري هو شيخه سلمة بن كهيل وهو الراوى لهذا الحديث عن سويد عن أبي، قال شعبة فسمعت بعد عشر سنين يقول: عرفها عاما واحدا، وقد بين أبو داود الطيالسي في مسنده القائل: فلقبته والقائل لا أدري، فقال في آخر الحديث قال شعبة فلقبت سلمة بعد ذلك فقال لا أدري ثلاثة أحوال أو حولا واحدا، وبهذا يتبين بطلان قول ابن بطال أن الذي شك هو أبي بن كعب، والقائل هو سويد ابن غفلة، وقد رواه عن شعبة عن سلمة بن كهيل بغير شك جماعه، وفيه ثلاثة أحوال إلا حماد بن سلمة فإن في حديثه عامين أو ثلاثة، وجمع بعضهم بين حديث أبي هذا وحديث خالد بن زيد المذكور فيه سنة فقط بأن حديث أبي محمول على مزيد الورع عن التصرف في اللقطة والمبالغة في التعفف عنها، وحديث زيد على ما لا بد منه. وحزم ابن حزم وابن الجوزي بأن الزيادة في حديث أبي غلط. قال ابن الجوزي: والذي يظهر لى أن سلمة أخطأ فيها ثم ثبت واستمر على عام واحد، ولا يؤخذ إلا بما لم يشك فيه، لا بما يشك فيه راويه. وقال أيضا: يحتمل أن يكون صلى الهل عليه وسلم عرف أن تعريفها لم يقع على الوجه الذى ينبغى، فأمر ثانيا بإعادة التعريف، كما قال للمسئئ صلاته (ارجع فصل فإنك لم تصل) قال الحافظ بن حجر: ولا يخفى بعد هذا على مثل أبي مع كونه من فقهاء الصحابة وفضلائهم. قال المنذرى (لم يقل أحد من أئمة الفتوى أن اللقطة تعرف ثلاثة أعوام إلا شريح عن عمر أربعة أقوال يعرف بها، ثلاثة أحوال، عاما واحدا، ثلاثة أشهر، ثلاثة أيام، وزاد ابن حزم عن عمر قولا خامسا وهو أربعة أشهر.

[261]

قال في الفتح: ويحمل ذلك على عظم اللقطة وحقارتها. وأما قوله في الحديث (فإن لم تعرف فاستنفقها) فقد قال يحيى بن سعيد الانصاري لا أدري هذا في الحديث أم هو شئ من عند يزيد مولى المنبعت (وهو الراوى عن زيد بن خالد) كما حكى البخاري ذلك عن يحيى، وتعقب ابن حجر هذا في الفتح فقال: شك يحيى هل قوله (ولتكن وديعة عنده) مرفوع أم لا، وهو القدر المشار إليه بهذا دون ما قبله لثبوت ما قبله في أكثر الروايات، وخلوها عن ذكر الوديعة، وقد حزم يحيى بن سعيد برفعه مرة أخرى كما في صحيح مسلم بلفظ (فاستنفقها ولتكن وديعة عندك) وكذلك حزم برفها خالد بن مخلد عن سليمان عن ربيعة عن مسلم، وقد أشار البخاري إلى رجحان رفعها فترجم باب إذا جاء صاحب اللقطة ردها عليه لأنها وديعة عنده، والمراد بكونها وديعة أنه يجب ردها فتجوز بذكر الوديعة عن وجوب رد بدلها بعد الاستنفاق، لا أنها وديعة حقيقة يجب رد عينها، لان المأذون في استنفاقه لا تبقى عينه، كذا أفاده ابن دقيق العيد قال: ويحتمل أن تكون الواو في قوله (ولتكن وديعة) بمعنى أو، أي إما أن تستنفقها وتغرم بدلها، وإما أن تتركها عندك على سبيل الوديعة حتى يحى صاحبها فتعطياها إياه ويستفاد من تسميتها وديعة أنها لو تلفت لم يكن عليه ضمانها، وهو اختيار البخاري تبعا لجماعة من السلف. (فرع) رويانا عن أحمد وأبى داود عن جابر بن عبد الله قال (رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم في العصا والحبل وأشباهه يلتقطه الرجل ينتفع به) وفى إسناده المغيرة بن زياد، قال المنذرى. تكل فيه غير واحد، وفى التقريب: صدوق له أوهام وفى الخلاصة: وثقة وكيع وابن عدى وغيرهم. وقال أبو حاتم: شيخ لا يحتج

أعطيك البدل، لم يجبر المالك على قبوله، لانه يمكنه الرجوع إلى عين ماله، فلا يجبر على قبول البدل، وإن حضر وقد باعها الملتقط وبينهما خيار ففيه وجهان. (أحدهما) يفسخ البيع، ويأخذ لانه يستحق العين والعين باقية. (والثاني) لا يجوز له أن يفسخ، لان الفسخ حق للعاقد، فلا يجوز لغيره من غير إذنه، وإن حضر وقد زادت العين، فان كانت زيادة متصلة رجع فيها مع الزيادة، وان كانت زيادة منفصلة رجع فيها دون الزيادة، لانه فسخ ملك فاختلفت فيه الزيادة المتصلة والمنفصلة كالرد بالعيب (الشرح) الاحاديث المذكورة في هذين الفصلين سبق استيفاء الكلام عليها في الفصل قبلهما. أما الاحكام: فقد قال الشافعي رضى الله عنه: وبأكل اللقطة الغنى والفقير ومن تحل له الصدقة وتحرم عليه. وهذا كما قال: يجوز لواحد اللقطة بعد تعريفها حولا أن يملكها ويأكلها غنيا كان أو فقيرا. وقال أبو حنيفة: يجوز ذلك ان كان فقيرا، ولا يجوز إن كان غنيا أن يملكها، ويكون مخيرا بين أمرين: إما أن تكون في يده أمانة لصاحبها أبدا كالوديعة، وإما أن يتصدق بها، فان جاء صاحبها وأمضى صدقته فله ثوابها ولا غرم على الواجد، وإن لم يمض الصدقة فثوابها للواجد وعليه غرمها استدلالا بما رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: فان جاء صاحبنا وإلا تصدق بها، وهو حديث في إسناده عمر بن عبد الله

[264]

ابن بعلى، قال أبو حنيفة وهذا نص، ولانه مال يعتبر فيه الحول فوجب أن يختلف فيه حال الغنى والفقير كالزكاة، ولانه مال مسلم فوجب أن لا يحل إلا لمضطر قياسا على غير اللقطة. ودليلنا عموم قوله صلى الله عليه وسلم (فان جاء صاحبها وإلا فشأنك بها) وهو يقتضى التسوية بين الغنى والفقير، وروى أن أبى بن كعب وجد صرة فيها ثمانون دينارا أو مائة دينار فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يعرفها حولا (فان جاء صاحبها وإلا فاستمتع بها). قال الشافعي رضى الله عنه: وأبى من أيسر أهل المدينة أو كأيسرهم، ولو لم يكن موسرا لصار بعشرين دينارا منها موسرا على قول أبى حنيفة. فدل على أن الفقير غير معتبر فيها وأن الغنى لا يمنع منها. وروى عن عطاء بن يسار عن أبى سعيد الخدرى أن على بن أبى طالب وجد دينارا فأتى به النبي صلى الله عليه وسلم فأمره أن يعرف به ثلاثا فعرفه فلم يجد من يعرفه، فرجع به إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأخبره فقال: كله حتى إذا أكله جاء صاحب الدينار يتعرفه فقال على رضى الله عنه: قد أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم بأكله فانطلق صاحب الدينار وكان يهوديا إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال له النبي صلى الله عليه وسلم إذا جاءنا شئ أديناه اليك. قال الشافعي رضى الله عنه: وعلى ممن يحرم عليهم الصدقة، لانه من طينة بنى هاشم، فلو كانت اللقطة تستباح بالفقير دون الغنى لحظرها عليه، ولان كل من كان من أهل الالتقاط جاز أن يرتفق بالكل والتملق كالفقير، ولان ما ثبت للفقير في اللقطة ثبت للغنى كالنسك والصدقة، ولان كل مال استباح الفقير اتلافه بشرط الضمان استباح الغنى اتلافه بشرط الضمان كالقرض، ولا يدخل عليه طعام المضطر لاستوائهما فيه، وقد يجعل المضطر أصلا فيقول: كل ارتفاق بمال الغير إذا كان مضمونا استوى فيه الغنى والفقير كأكل مال الغير المضطر، ولانه استباحه اتلاف مال لغيره لمعنى في المال فوجب أن يستوى فيه حكم الغنى والفقير كالفحل الصائل، ولان كل ما استباح تناوله عند الاياس من مالكة في الاغلب استوى فيه حكم الغنى والفقير كالركاز، ولان حال اللقطة في يد واجدها لا يخلو

من أن تكون في حكم المغصوب فيجب انتزاعها قبل الحول وبعده من مال الغنى والفقير، أو في حكم الودائع فلا يجوز أن يملكها فقير ولا أن يتصدق بها غنى أو في حكم الكسب فيجوز أن يملكها الغنى والفقير. ومذهب أبى حنيفة مخالف لاصول هذه الاحكام الثلاثة فكان فاسدا: ثم يقال لابي حنيفة الثواب إنما يستحق على المقاصد بالاعمال لا على أعيان الافعال لان صورها في الطاعة والمعصية على سواء كالمراثي بصلاته، ثم لا يصح أن يكون ثواب العمل موقوفا على غير العامل في استحقاقه أو إحباطه فأما الجواب عن قوله صلى الله عليه وسلم تصدق بها فمحمول على فرض صحة الرواية على أن الواجد سأله عن ذلك فأذن له فيه، وأما الزكاة فلا معنى للجمع بينها وبين اللقطة، لان الزكاة تملك غير مضمون ببدل، واللقطة تؤخذ مضمونه ببدل فكان الغنى أحق بتملكها، لانه أوفى ذمة، وأما ما ذكروه من المضطر فقد جعلناه أصلا. (مسألة) قال الشافعي رضى الله عنه ولا أحب لاحد ترك اللقطة إذا وجدها وكان أمينا عليها، وظاهر قوله يقتضى استحباب أخذها دون إيجابه، وقال أيضا ولا يجوز لاحد ترك اللقطة إذا وجدها، فكان ظاهر هذا القول يدل على إيجاب أخذها، فاختلف أصحابنا لاختلاف هذين الظاهرين، فكان أبو الحسن بن القبطان وطائفة يخرجون ذلك على اختلاف قولين (أحدهما) أن أخذها استحباب وليس بواجب على ظاهر ما نص عليه في هذا الموضوع لانه غير مؤتمن عليها ولا مستودع لها. (والقول الثاني) أن أخذها واجب وتركها مأم، لانه لما وجب عليه حراسة نفس أخيه المسلم وجب عليه حراسة مال أخيه المسلم وقال جمهور أصحابنا، ليس ذلك على قولين، انما هو على اختلاف حالين، فالموضع الذى لا يأخذها إذا كانت يؤمن عليها وبأخذها غيره ممن يؤدى الامانة فيها، والموضع الذى أوجب عليه أخذها إذا كانت في موضع لا يؤمن عليها وبأخذها غيره ممن لا يؤدى الامانة فيها، لما في ذلك من التعاون، وعلى كلتا

الحالتين لا يكره له أخذها إذا كان أمينا عليها، بل يدور أخذها بين الاستحباب والوجوب. وحكى عن ابن عباس وابن عمر أنهما كرها أخذها. وروى أن شريحا مر بدرهم فلم يعرض له. وفى هذا القول إبطال التعاون وقطع المعروف. وقد أخذ أبى الصرة وأخذ على الدينار. وأخبر النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينكر ذلك عليهما ولا كرهه لهما، ويجوز أن يكون المحكى عن ابن عباس وابن عمر فيمن كان غير مأمون عليها، أو ضعيفا عن القيام بها. ونحن نكره لغير الامين عليها والضعيف عن القيام بها أن يتعرف لأخذها، وإنما يؤمر به من كان أمينا قويا، فلو تركها القوى الامين حتى هلكت فلا ضمان عليه وإن أساء. وإن أخذها لزمه القيام بها، وإن تركها بعد الاخذ لزمه الضمان. ولو ردها على الحاكم فلا ضمان عليه بخلاف الضوال في أحد الوجهين لانه ممنوع من أخذ الضوال فضمنها. وغير ممنوع من أخذ اللقطة فلم يضمنها وقد اختلف العلماء فيما إذا تصرف الملتقط في اللقطة بعد تعريفها سنة ثم جاء صاحبها هل يضمنها له أم لا؟ فذهب الجمهور إلى وجوب الرد إن كانت العين موجودة أو البديل إن كانت قد

استهلكت. وخالف في ذلك الكرابيسى صاحب الشافعي ووافق صاحباه البخاري وداود بن علي الطاهري إمام المذهب المعروف لكن وافق داود الجمهور إذا كانت العين قائمة. ومن أدلة الجمهور مما تقدم من الاحاديث (ولتكن وديعة عندك فإن جاء طالبها) وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم (فإن جاء صاحبها فلا تكتم فهو أحق بها) وفي رواية للبخاري (فاعرف عفاصها ووكاءها ثم كلها، فإن جاء صاحبها فأدها إليه) أي بدلها لان العين لا تبقى بعد أكلها. وفي رواية لابي داود (فإن جاء باغيها فأدها إليه، والا فاعرف عفاصها ووكاءها ثم كلها، فإن جاء باغيرها فأدها إليه) فأمر بأدائها قبل الاذن في أكلها وبعده. قال الماوردي في الحاوي الكبير: أن الواجد لو منع بعد الحول من تملكها أدى ذلك إلى أحد أمرين، أما أن لا يرغب الواجد في أخذها، وأما أن تدخل

[267]

المشقة عليه في استدامة امساكها، فكان اباحة التملك لها بعد التعريف أحت على أخذها وأحفظ لها على مالكة لثبوت غرمها في ذمته، فلا تكون معرضة للتلف، وليكون ارتفاع الواجد بمنفعتها في مقابلة ما عاناه في حفظها وتعريفها وهذه كلها معان استوى فيها الغنى والفقير، ثم مذهب الشافعي لا فرق بين المسلم والذمي في أخذها للتعريف، وتملكها بعد الحول، لأنها كسب يستوى فيه المسلم والذمي. فإذا ثبت جواز تملكها بعد الحول لكل واحد من غنى أو فقير فقد اختلف أصحابنا بماذا يصير مالكا؟ على ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يصير مالكا لها بمضي الحول وحده إلا أن يختار أن تكون أمانة فلا تدخل في ملكه. وهذا قول أبي حفص بن الوكيل لأنه كسب على غير بدل فأشبه الركاز والاصطياد والوجه الثاني: أنه يملكها بعد مضي الحول باختيار التملك، فإن لم يختار التملك لم يملك. وهذا قول أبي إسحاق المروزي، لان النبي صلى الله عليه وسلم قال (فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها) فرد أمرها إلى اختياره، ولأنه أبيع له التملك بعد الحول بعد أن كان مؤتمنا. فاقضى أن لا ينتقل عما كان عليه الا باختيار ما أبيع له والوجه الثالث: أنه لا يملكها بعد مضي الحول الا بالاختيار والتصرف، وهو ما لم يتصرف غير مالك، لان التصرف منه كالقبض فأشبه الهبة. فإذا صار مالكة بما ذكرنا فقد ضمنها لصاحبها فمن جاء طالبا لها رجع بها ان كانت باقية، وليس للمتملك أن يعدل به مع بقائها إلى بدلها، فإن كانت ذا مثل رجع بمثلها، وان كانت غير ذي مثل رجع لقيمتها حين تملكها، لأنه إذ ذاك صار ضمنا لها. فإن اختلفا في القيمة فالقول قول متملكها لأنه غارم، فلو كانت عند مجئ صاحبها باقية لكن حدث منها نماء منفصل رجع بالاصل دون النماء لحدوث النماء بعد ملك الواجد فلو عرف الواجد صاحبها وجب عليه اعلامه بها. ثم ينظر فإن كان ذلك قبل أن يملكها الواجد فمؤنة ردها على صاحبها دون الواجد كالوديعة، وفي هذه

[268]

الحال ترد بنمائها متصلا ومنفصلا لان ذلك قبل زمن التملك. وان كان بعد تملكها فمؤنة ردها على الواجد دون صاحبها لبقائها على ملكه. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن جاء من يدعيها ووصفها، فإن غلب

على ظنه أنها له جاز له أن يدفع إليه ولا يلزمه الدفع لانه مال للغير فلا يجب تسليمه بالوصف كالوديعة فإن دفع إليه بالوصف ثم جاء غيره وأقام البينة أنها له قضى بالبينة لانها حجة توجب الدفع فقدمت على الوصف، فان كانت باقية ردت على صاحب البينة، وان كانت تالفة فله أن يضمن الملتقط لانه دفع ماله بغير حق وله أن يضمن الآخذ لانه أخذ ماله بغير حق، فان ضمن الآخذ لم يرجع على الملتقط، لانه إن كان مستحقا عليه فقد دفع ما وجب عليه فلم يرجع، وإن كان مظلوما لم يجز أن يرجع على غير من ظلمه. وإن ضمن الملتقط نظرت فان كان قد أقر للآخذ بالملك بأن قال هي لك لم يرجع عليه، لانه اعترف أنه أخذ ماله وأن صاحب البينة ظلمه فلا يرجع على من لم يظلمه، وإن لم يقر له ولكنه قال يغلب على ظني أنها لك فله الرجوع لانه بان أنه لم يكن له، وقد تلف في يده فاستقر الضمان عليه. (الشرح) قال الشافعي رضى الله عنه: إذا التقط الرجل اللقطة مما لا روح له ما يحمل ويحول، فإذا التقط الرجل لقطه قلت أو كثرت عرفها سنة، ويعرفها على أبواب المساجد والاسواق ومواضع العامة، ويكون أكثر تعريفه إياها في الجماعة التي أصابها فيها، ويعرف عفاصها ووكاءها وعددها ووزنها وحليتها ويكتب ويشهد عليه، فإن جاء صاحبها وإلا فهي له بعد سنة. على أن صاحبها متى جاء غرمها، وإن لم يأت فهي مال من ماله. وإن جاء بعد السنة وقد استهلكها والملتقط حتى أو ميت فهو غريم من الغرماء يحاص الغرماء

[269]

فإن جاء ووقع في نفسه أنه لم يدع باطلا أن يعطيه ولا أجبره في الحكم إلا ببينة تقوم عليها كما تقوم على الحقوق، فإن ادعاها واحد أو اثنان فسواء لا يجبر على دفعها إليهم إلا ببينة يقيمونها عليه. وقال أيضا: ونفتى الملتقط إذا عرف الرجل العفاص والوكاء والعدد والوزن، ووقع في نفسه أنه صادق أن يعطيه، ولا أجبره عليه إلا ببينة لانه قد يصيب الصفة بأن يسمع الملتقط يصفها. قلت: وصورتها في رجل ادعى لقطه في يد واجدها، فان أقام البينة العادلة على ملكها وجب تسليمها، وإن لم يقم ببينة لكن وصفها فان أخطأ في صفتها لم يجز دفعها إليه، وإن أصاب في جميع صفاتها من العفاص والوكاء والجنس والنعث والعدد والوزن، فان لم يقع في نفسه صدقه لم يدفعها إليه، وان وقع في نفسه أنه صادق وأفتياه بدفعها إليه جوارا لا واجبا فان امتنع من الدفع لم يجبر عليه، وبه قال أبو حنيفة. وقال مالك وأحمد: يجبر على دفعها إليه بالصفة استدلالا بقوله صلى الله عليه وسلم اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة. فان جاء طالبها فادفعها إليه) فلما أخبر بمعرفة العفاص والوكاء دل على أنه كالبينة في الاستحقاق. وروى سويد بن غفله أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (فان جاء باغيها فعرفك عفاصها ووكاءها فادفعها إليه) وهذا نص. قالوا: ولان كل إمارة غلب بها في الشرع صدق المدعى جاز أن يوجب قبول قوله كالبينات. قالوا: ولان البينات في الاصول مختلفه، وما تعذر منها في الغائب يخفف كالنساء المنفردات في الولادة وإقامه البينة على اللقطة متعذر لا سيما على الدنانير والدراهم التي لا تضبط أعيانها فجاز أن تكون الصفة التي هي غاية الاحوال الممكنة أن يكون بينة فيها. ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم، لو أعطى الناس بدعاوهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم، لكن البينة على المدعى، واليمين على المدعى عليه. فلم يجعل الدعوى حجة، ولا جعل مجرد القول حجة ببينة، ولان الصفة للمطلوب من

تمام الدعوى، فلم يجر أن تكون بينة للطالب قياسا على الطلب. قال الشافعي رضى الله عنه محتجا عليهم. رأيت لو وصفها عشرة أعطونها،

[270]

ونحن نعلم أن كلهم كذبة إلا واحدة بغير عينه، فرد عليه ابن داود فقال: كما لو ادعاه عشرة واقام كل واحد منهم بينة عليها، قسمتها بينهم، وإن صدق جميعهم مستحيلا، كذلك إذا وصفوها كلهم. والجواب عن هذا من وجهين: أحدهما: أن كذب المدعى أسقط الدعوى من كذب الشهود، ألا ترى أن إكذاب المدعى لنفسه مبطل للدعوى وإكذاب الشهود لانفسهم غير مبطل للدعوى. والثاني أن البينة هي أقصى ما يقدر عليه المدعى وأقوى ما يحكم به الحاكم، فدعت ضرورة الحاكم في البينة إلى ما لم يدعه من الصفة. وأما الجواب عن قولهم: اعرف عفاصها ووكاءها فهو أن ذلك منه لا لدفعها بصفة العفاص والوكاء ووجوب رده معه، ولكن لمعان هي أخص بمقصود اللقط، منها أن بينته بحفظ العفاص والوكاء ووجوب رده مع قلته ونزارته على حفظ ما فيه ووجوده مع كثرته. ومنها أن يتميز بذلك عن ماله ومنها جواز دفعها بالصفة، وإن لم يجب، وعلى هذا المعنى نحمل حديث سويد بن غفلة الذي جعلوه نضا. وأما استدلالهم فنحن ما جعلنا الامارة على الصدق حجة في قبول الدعوى وإنما جعلنا الايمان بعدها حجة، وأما استدلالهم بأن البينات في الاصول مختلفة فصحيح، وليس في جميعها بينة تكون بمجرد الصفة، ولا يكون تعذر البينة موجبا ان تكون الصفة بينة. الا ترى أن السارق تتعذر إقامة البينة عليه، ولا يكون صفة ما بيده لمدعى سرقته حجة. فإذا ثبت أن دفعها بالصفة لا يجب فدفعها بالصفة وسعه ذلك إذا لم يقع في نفسه كذبه، فإن أقام غيره البينة عليها بشاهدين أو شاهد وإمرأتين أو شاهد ويمين كان مقيم البينة أحق بها من الآخذ لها بالصفة، فإن كانت باقية في يد الواصف انتزعت منه لمقيم البينة، وإن كان قد استهلكها نظر في الدافع لها فإن كان قد دفعها بحكم حاكم فصاحب البينة الخيار في الرجوع بغرمها على الآخذ لها بالصفة، وإن كان قد دفعها بغير حكم حاكم فصاحب البينة الخيار في الرجوع

[271]

بغرمها على من شاء من الدافع الملتقط أو الآخذ الوصف، فإن رجع بها على الآخذ لها بالصفة فله ذلك لزمانه لها باليد، واستحقاق غرمها بالاتلاف، وقد برئ الدافع لها من الضمان لوصول الغرم إلى مستحقه، وليس للغارم أن يرجع بما غرمه على الدافع، لأنه إن كان مستحقا عليه فمن وجب عليه حق لم يرجع به على أحد، وإن كان مظلوما به فالمظلوم بالشئ لا يجوز أن يرجع به على غير ظالمه. وإن رجع مقيم البينة بغرمها على الدافع الملتقط نظر في الدافع، فإن كان قد صدق الواصف لها على ملكها وأكذب الشهود لصاحب البينة عليها فليس له الرجوع بغرمها على الآخذ لها بالصفة، لأنه مقر أنه مظلوم بالماخوذ منه، فلا يرجع به على غير من ظلمه، وإن لم يكن قد صدق الواصف ولا أكذب الشهود فله الرجوع بالغرم على الآخذ لها بالصفة لزمانه لها بالاستهلاك وتكون البينة موجبة عليه وله، والله تعالى أعلم بالصواب. قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل) وان وجد ضالة لم يخل اما أن تكون في برية أو بلد، فان كانت في برية نظرت، فان كانت مما يمتنع على صغار السباع بقوته كالابل والبقر والخيول والبغال والحمير، أو بعد أثره لسرعته كالظباء والارانب، أو بجناحه كالحمام والدراج، لم يجر التقاطه للتملك، لما روى زيد بن خالد الجهني قال (سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ضالة الابل فعصب واحمرت عيناه. وقال مالك ولها معها الحذاء وللشقاء، تأكل من الشجر وترد الماء حتى يأتي ربها، وسئل عن ضالة الغنم فقال: خذها هي لك أو لآخيك أو للذئب) وهل يجوز أخذها للحفظ؟ ينظر فيه، فان كان الواجد هو السلطان جاز، لان للسلطان ولاية في حفظ أموال المسلمين، ولهذا روى أنه كان لعمر حظيرة يجمع فيها الضوال، فان كان له حمى تركها في الحمى وأشهد عليها وبسمها بسمة الضوال لتتميز عن غيرها من الاموال، وان لم يكن له حمى، فان كان يطمع في مجئ صاحبها، بان يعرف أنها من نعم قوم يعرفهم، حفظها اليومين والثلاثة، وان لم يعرف أو عرف

[272]

ولم يجئ صاحبها باعها وحفظ ثمنها، لانه إذا تركها احتاجت إلى نفقة، وفي ذلك إضرار. وإن كان الواجد لها من الرعية ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لانه يأخذها للحفظ على صاحبها فجاز كالسلطان (والثاني) لا يجوز لانه لا ولاية له على صاحبها بخلاف السلطان، فإن أخذها للتملك أو للحفظ وقلنا: إنه لا يجوز ضمنها لانه تعدى بأخذها فضمنها كالغاصب، وان دفعها إلى السلطان ففيه وجهان. (أحدهما) لا يبرأ من الضمان لانه لا ولاية للسلطان على رشيد. (والثاني) يبرأ، وهو المذهب، لان للسلطان ولاية على الغائب في حفظ ما يخاف عليه من ماله، ولهذا لو وجدها السلطان جاز له أخذها للحفظ على مالكها، فإذا أخذها غيره وسلمها إليه برئ من الضمان، وإن كان مما لا يمتنع من صغار السباع كالغنم وصغار الابل والبقر أخذها، لحديث زيد بن خالد الجهني أن رسول الله صلى الله عليه قال في ضالة الغنم (خذها هي لك أو لآخيك أو للذئب) ولانه إذا تركها أخذها غيره أو أكلها الذئب، فكان أخذها أحوط لصاحبها، وإذا أخذها فهو بالخيار بين أن يمسكها ويتطوع بالانفاق عليها ويعرفها حولا ثم يملكها وبين أن يبيعها ويحفظ ثمنها ويعرفها ثم يملك الثمن، وبين أن يأكلها ويغرم بدلها ويعرفها، لانه إذا لم يفعل ذلك احتاج إلى نفقة دائمه، وفي ذلك إضرار بصاحبها، والامسك أولى من البيع والاكل لانه يحفظ العين على صاحبها ويجرى فيها على سنة الالتقاط في التعريف والتملك، والبيع أولى من الاكل، لانه إذا أكل استباحها قبل الحول، وإذا باع لم يملك الثمن إلا بعد الحول، فكان البيع أشبه بأحكام اللقطة، فإن أراد البيع ولم يقدر على الحاكم باعها بنفسه، لانه موضع ضرورة، وإن قدر على الحاكم ففيه وجهان. أحدهما لا يبيع إلا بإذنه، لان الحاكم له ولاية ن ولا ولاية للملتقط. والثاني: يبيع من غير اذنه لانه قد قام مقام المالك فقام مقامه في البيع، وان أكل فهل يلزمه أن يعزل البدل مدة التعريف؟ فيه وجهان. (أحدهما) لا يلزمه، لان كل حالة جاز أن يستيح أكل اللقطة لم يلزمه عزل

[273]

البذل كما بعد الحول، ولانه إذا لم يعزل كان البذل قرصا في ذمته، وإذا عزله كان أمانة والقرض أحوط من الامانة. (والثانى) يلزمه عزل البذل لانه أشبه بأحكام اللقطة، فإن من حكم اللقطة أن تكون أمانة قبل الحول، وقرصا بعد الحول، فيصير البذل كاللقطة ان شاء حفظها له وان شاء عرفها ثم تملك. وان أفلس الملتقط كان صاحبها أحق بها من سائر الغرماء، وان وجد ذلك في بلد. فقد روى المزني أن الصغار والكبار في البلد لقطه، فمن أصحابنا من قال: المذهب ما رواه المزني، لان النبي صلى الله عليه وسلم انما فرق بين الصغار والكبار في البرية، لان الكبار لا يخاف عليها لانها ترد الماء وترعى الشجر وتتحفظ بنفسها، والصغار يخاف عليها لانها لا ترد الماء والشجر فتهلك، وأما في البلد فالكبار كالصغار في الخوف عليها، فكان الجميع لقطه. ومن أصحابنا من قال: فيه قول آخر أن البلد كالبرية، فالصغار فيه لقطه، والكبار ليست بلقطه لعموم الخبر، فإن قلنا: ان البلد كالبرية فالحكم فيه على ما ذكرناه الا في الاكل، فله أن يأكل الصغار في البرية، وليس له أكلها في البلد، لان في البرية إذا لم يأكل الصغار هلك، لانه لا يمكن بيعها، وفي البلد يمكن بيعها، فلم يجز الاكل، وان قلنا: ان الجميع في البلد لقطه فالحكم في الكبار كالحكم في الصغار في البرية الا في الاكل، فإن لا يأكل في البلد ويأكل الصغار في البرية لما ذكرناه. (فصل) وان وجد عبدا صغيرا لا تمييز له أن يلتقطه، لانه كالغنم يعرفه حولا ثم يملكه، وان وجد جاريه صغيرة لا تمييز لها، فان كان لا يحل له وطؤها جاز له أن يلتقطها للتملك، كما يجوز أن يقترضها، وان كانت تحل له لم يجز أن يلتقطها للتملك كما لا يجوز أن يقترضها. (الشرح) حديث زيد بن خالد الجعفي منفق عليه، وقد مضى الكلام عليه في الفصل قبله. أما الاحكام: فان ضوال الحيون إذا وجدت لم يخل حالها من أحد أمرين، اما أن توجد في صحراء أو في مصر، فان وجدت في صحراء فعلى ضربين:

[274]

(أحدهما) أن يكون مما يصل بنفسه إلى الماء والرعى، ويدفع عن نفسه صغار السباع، اما لقوة جسمه كالابل والبقر والخيول والبعال والحمير. واما لبعده أثره كالغزال والارنب والطير، فهذا الانواع كلها لا يجوز لواجدها أن يتعرض لآخذها إذا لم يعرف مالكة لقوله صلى الله عليه وسلم في ضوال الابل: مالك ولها معها حذاؤها، أي خفها الذي يقيها العثرات وتعتمد عليه في السعي إلى المرعى بدون أن يتجشم أحد تقديم الطعام إليها، ومعها سقاؤها، إشارة إلى طول عنقها، فتد عنقها إلى الماء فلا تحتاج إلى من يقدمه لها. ولذا قال: ترد الماء وتأكل الشجر حتى يأتي ربها ولانها تحفظ نفسها فلم يكن لصاحبها حظ في آخذها فإن آخذها لم يخل من أحد أمرين، أما أن يأخذها لقطه ليتملكها ان لم يأت صاحبها، فهما متعد وعلى ضمانها، فإن أرسلها لم يسقط الضمان. وقال أبو حنيفة ومالك: قد سقط الضمان عنه بالارسال بناء على أن من تعدى في ودیعة ثم كف عن التعدي فعندهما يسقط عنه الضمان. وعند الشافعي وأصحابه لا يسقط، فان لم يرسلها ودفعها إلى مالكة فقد سقط عنه ضمانها بأدائها إلى مستحقها، وان دفعها إلى الحاكم عند تعذر المالك ففي سقوط الضمان وجهان: (أحدهما) قد سقط لان الحاكم نائب عن غاب (والثانى) لا يسقط لانها قد تكون لحاضر لا يولى عليه. والامر الثاني: أن لا يأخذها لقطه ولكن يأخذها حفظا لها على مالكة، فان كان عارفا بمالكة لم يضمن ويده يد أمانة حتى تصل إلى المالك. وان كان غير عارف للمالك ففي وجوب الضمان وجهان (أحدهما) لا ضمان لانه من التعاون على البر والتقوى (والوجه الثاني) عليه

الضمان لانه لا ولاية له على غائب، فان كان واليا كالامام أو الحاكم فلا ضمان عليه، فقد روى أن عمر رضى الله عنه كانت له حظيرة يحظر فيها ضوال المسلمين. فهذا حكم أحد الضربين والضرب الثاني: ما لا يدفع عن نفسه ويعجز عن الوصول إلى الماء والرعى كالغنم والدجاج، فلو أخذه وأكله في الحال من غير تعريف، غنيا كان أو فقيرا

[275]

فعليه غرمه لمالكة إذا وجدته، وبه قال أبو حنيفة. وقال مالك وداود: هو غير مضمون عليه ويأكله إباحة ولا غرم عليه في استهلاكه استدلالا بأن النبي صلى الله عليه وسلم قال (هي لك أو لاختك أو للذئب) ومعلوم أن ما استهلكه الذئب هدر لا يضمن، وإنما أراد بيان حكم الأخذ في سقوط الضمان، ولأن ما استباح أخذه من غير ضرورة إذا لم يلزمه تعريفه لم يلزمه غرمه كالدرهم ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه) ولانها لقطة يلزمه ردها مع بقائها، فوجب أن يلزمه غرمها عند استهلاكها قياسا على اللقطة في الاموال، ولانها ضالة فوجب أن تضمن بالاستهلاك كالابل. فأما الجواب عن قوله صلى الله عليه وسلم (هي لك أو لاختك أو للذئب) فهو أنه نبه بذلك على إباحة الأخذ وجواز الأكل دون الغرم. وأما الركاز فإنه لا يلزم رده فلذلك سقط غرمه، وليس كذلك الشاة، لان ردها واجب فصار غرمها واجبا. فإذا ثبت جواز أخذ الشاة وما لا يدل عن نفسه وإباحة أكله ووجوب غرمه فكذلك صغار الابل والبقر، لانها لا تمنع عن أنفسها كالغنم ثم لا يخلو حال واحد الشاة وما في معناها من أربعة أحوال (أحدها) أن يأكلها فيلزمه غرم قيمتها قبل الذبح عند الأخذ في استهلاكها ويكون ذلك مباحا لا يثم به وان غرم (والحال الثانية) أن يملكها ليستبقها حية لدر أو نسل فذلك له، لانه لما استباح تملكها مع استهلاكها فأولى أن يستبىح تملكها مع استبقائها ثم في صحة ضمانها وجهان كالعارية مخرجا. وفي الاختلاف قولين في ضمان الصداق، أحدهما أنه ضامن لقيمها أكثر ما كانت من حين وقت التملك إلى وقت التلف، فإن جاء صاحبها وهى باقية وقد أخذ الواجد درهما ونشلها كان الدر والنسل للواجد لحدوته على ملكه، وللمالك أن يرجع بها دون قيمتها، فإن بذلك له الواجد قيمتها لم يجبر على أخذها مع بقاء عينها إلا أن يتراضيا على ذلك فيجوز، فلو كانت

[276]

الشاة حين رجع بها المالك زائدة في بدنها أو قيمتها لم يكن للواجد حق في الزيادة وكانت للمالك تبعا للاصل، ولو كانت ناقصة رجع المالك بنقصها على الواجد لانها مضمونة بالتلف فكانت مضمونة بالنقص. والحال الثالثة: أن يستبقها في يديه أمانة لصاحبها فذلك له، لانه لما جاز أن يملكها على صاحبها فأولى أن يحفظها لصاحبها. ولا يلزمه تعريفها، لان ما جاز تملكه سقط تعريفه، ولا يلزمه إخبار الحاكم بها ولا الاشهاد عليها، بل إذا وجد صاحبها سلمها إليه، ولا ضمان عليه مدة إمساكها لصاحبها لو تلفت أو نقصت لان يده يد أمانة كالمعرف. وقال بعض أصحابنا وجها آخر أنه يضمنها لان إباحة أخذها مقصور على الأكل الموجب للضمان دون الائتمان. وهكذا

القول فيما حدث من درها ونسلها على المذهب لا يضمنه. وعلى هذا الوجه يضمنه، فإن أنفق عليها أكثر من مؤنة علوفتها، فإن كان ذلك منه مع وجود حمى للمسلمين ترعى فيه فهو متطوع بالنفقة وليس له الرجوع بها، وإن كان مع عدم الحمى، فإن كان عن إذن الحاكم رجح بما أتفق، وإن كان عن غير إذنه، فإن كان قادرا على استئذانه لم يرجع بها وإن لم يقدر على استئذانه، فإن لم يشهد لم يرجع. وإن أشهد ففي رجوعه بها وجهان (أحدهما) يرجع للضرورة (والثاني) لا يرجع لئلا يكون حاكم نفسه فلو أراد بعد امساكها أمانة، أن يملكها ففي جوازها وجهان (أحدهما) له ذلك كالابتداء (والثاني) ليس له ذلك لاستقرار حكمها فأما إن أراد أن يملك درها وتسلمها من غير أن يملك أصلها لم يكن له ذلك وجه واحد، لأنه فرع يتبع أصله، فلو أرسلها بعد امساكها أمانة لزمه الضمان إلا أن يرفعها إلى حاكم فلا يضمن. ولو نوى تملكها ثم أراد أن يرفع ملكه عنها لتكون أمانة لصاحبها لم يسقط عنه ضمانها. وفي ارتفاع ملكه عنها وجهان (أحدهما) لا يرتفع ملكه لأن الملك لا يزول إلا بقبول الممتلك، فعلى هذا يكون مالكا لما حدث من درها ونسلها لبقائها على ملكه.

[277]

والوجه الثاني: يرتفع ملكه عنها مع بقاء ضمانها وذلك أحوط لمالكها، ووجه ذلك أنه لما جاز أن يملكها من غير بذل مالكا جاز أن يزول ملكه عنها من غير قبول ممتلكها، فعلى هذا يكون الحادث من درها ونسلها ملكا لربها تبعا لأصلها وعليه ضمانها كالأصل. والحال الرابعة: أن يريد بيعها فلا يخلو ذلك من أحد أمرين: إما أن يبيعها قبل أن يملكها فذلك له ويكون ضامنا بقيمتها دون ثمنها. وفي هذه الحال تفصيل مضمي للمصنف في فصل مضمي. قال المزني فيما وصفه بخطه: إذا وجد الشاة أو البعير أو الدابة ما كانت في المصر أو في قرية فهي لقطة يعرفها سنة. قد مضى حكم ضوال الابل والغنم إذا وجدها في الصحراء، فأما إذا وجدها في البلد أو المصر فالذي حكاه المزني فيما وجدته بخط الشافعي أنها لقطة له أخذها وعليه تعريفها حولا وحكى عن الشافعي في الام أنها في المصر والصحراء سواء، يأكل الغنم ولا ولا يعرض للابل، فاختلف أصحابنا فمنهم من خرج ذلك على قولين (أحدهما) أن المصر كالبادية يأكل الغنم ولا يعرض للابل، وهي المحكى في الام لعموم قوله صلى الله عليه وسلم (ضالة المؤمن حرق النار) أخرجه أحمد وابن ماجه وابن حبان والطبراني والطحطاوى من حديث عبد الله بن الشخير والقول الثاني: أنها لقطة يأخذها الغنم والابل جميعا، ويعرفها كسائر اللقطة حولا كاملا، وهو الذي حكاه المزني عنه فيما لم يسمع منه، لأن قوله صلى الله عليه وسلم في ضوال الابل: معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وتأكل الشجر يختص بالبادية التي يكون فيها الماء والشجر دون المصر، وهي تمنع صغار السباع عن أنفسها في البادية، ولا يقدر على منع الناس في المصر، والشاة تؤكل في البادية لأن الذئب يأكلها وهو لا يأكلها في المصر، فاختلف معناهما في البادية والمصر فاختلف حكمهما. ومن أصحابنا من يحمل جواز أحدهما على تسليمها إلى الامام وحمل المنع من أخذها على سبيل التملك. هذا وبقية ما جاء في الفصل على وجهه. والله أعلم.

قال المصنف رحمه الله تعالى (فصل) وإن وجد كلب صيد لم يجز أن ينتفع به قبل الحول فإن عرفه حولا ولم يجد صاحبه جاز له أن ينتفع به: لأن الانتفاع بالكلب كالتصرف في المال والتصرف في المال يقف على التعريف في الحول، فكذلك الانتفاع بالكلب. (فصل) وإن وجد ما لا يبقى كالشواء والطبخ والخيار والبطيخ فهو بالخيار بين أن يأكله ويغرم البدل، وبين أن يبيعه ويحفظ الثمن على ما ذكرناه في الغنم في بيعه وحفظ ثمنه وأكله وعزل بدله، وخرج المزني فيه قولا آخر أنه يلزمه البيع، ولا يجوز الأكل، والمذهب الأول، لأنه معرض للهلاك فخير فيه بين البيع والأكل كالغنم، وإن وجد ما لا يبقى ولكن يمكن التوصل إلى حفظه كالرطب والعنب - فإن كان الانفع لصاحبه أن يباع - بيع، وإن كان الانفع أن يحفف جفف، وإن احتاج إلى مؤنة في تحفيفه ولم يوجد من يتطوع ببيع بعضه وأنفق عليه. (فصل) وإن وجد خمرا أراقها صاحبها لم يلزمه تعريفها، لأن أراقها مستحقة فلم يجز التعريف، فإن صارت عنده خلا فيه وجهان. أحدهما: أنها لمن أراقها لأنها عادت إلى الملك السابق، والملك السابق الذي أراق، فعاد إليه كما لو غصبه من رجل فصار في يده خلا. والثاني: أنه للملتقط لأن الأول أسقط حقه منها فصارت في يد الثاني، وبخالف المغصوبة لأنها أخذت بغير رضاه فوجب ردها إليه. (فصل) فاما العبد إذا وجد لقطه ففيه قولان (أحدهما) له أن يلتقط لأنه كسب بفعل فجاز للعبد كالأصطياد (والثاني) لا يجوز لأن الالتقاط يقتضى ولاية قبل الحول وضمانا بعد الحول والعبد ليس من أهل الولاية ولا له ذمة يستوفى منها الحق إلى أن يعتق ويوسر، فإن قلنا: أنه يجوز أن يلتقط فالتقط فهلك في يده من غير تفريط لم يضمن، وإن هلك بتفريط ضمنها في رقبته فتباع فيها، وإن عرفها صح تعريفه ولا يملك به لأنه في أحد القولين لا يملك المال،

وفي الثاني: يملك إذا ملكه السيد، وههنا لم يملكه السيد، فإن قلنا: إن الملتقط يملك بالتعريف من غير اختيار التملك دخل في ملك السيد كما يدخل في ملكه ما التقطه وعرفه، وإن قلنا لا يملك إلا باختيار التملك وقف على اختياره، فإن تملكها العبد وتصرف فيها ففيه وجهان. (أحدهما) يضمنها في ذمته ويتبع بها إذا عتق كما لو اقترض شيئا. (والثاني) يضمنها في رقبته لأنه مال لزمه بغير رضا من له الحق، فتعلق برقبته كأرش الجنابة. وإن علم السيد نظرت فإن لم يكن عرفها العبد عرفها السيد حولا ثم تملك وإن عرفها العبد تملكها السيد في الحال لأن تعريف العبد كتعريفه فإن عرفها العبد بعض الحول عرفها السيد ما بقي ثم تملك، وإن أقرها في يد العبد نظرت، فإن كان العبد أمينا لم يضمن كما لا يضمن ما التقطه بنفسه وسلمه إلى عبده، وإن كان خائنا ضمنها كما لو التقطها بنفسه وسلمها إليه وهو خائن. وإن قلنا: أنه لا يجوز أن يلتقط فالتقط ضمنها في رقبته لأنه أخذ مال غيره بغير حق فأشبهه إذا غصبه، وإن عرفها لم يصح تعريفه لأنها ليست في يده بحكم اللقطة، فإن علم السيد نظرت، فإن أخذها صارت في يده أمانة لأنه أخذ ما يجوز له أخذه بحكم الالتقاط فصار كما لو وجد لقطه فالتقطها وبيراً العبد من الضمان لأنه دفعها إلى من يجوز الدفع إليه فبرئ من الضمان كما لو دفعها إلى الحاكم. وإن أراد أن يملك ابتداء التعريف ثم يملك، فإن أقرها في يد العبد ليعرفها فإن كان

أamina لم يضمن كما لو استعان به في تعريف ما التقطه بنفسه وان لم يأخذها ولا أقرها في يده ولكنه أهملها، فقد روى المزني أنه يضمنها في رقية العبد. وروى الربيع أنه يضمنها في ذمته ورقبه العبد، فمن أصحابنا من قال: الصحيح. ما رواه المزني أنه يختص برقبته لان الذي أخذ هو العبد فاخص الضمان برقبته فعلى هذا ان تلف العبد سقط الضمان. وقال أبو إسحاق: الصحيح ما رواه الربيع وأنه يتعلق بذمة السيد ورقبة العبد لان العبد تعدى بالاخذ والسيد تعدى بالترك فاشتركا في الضمان، فعلى هذا ان

[280]

تلف العبد لم يسقط الضمان وان التقط العبد لقطعة ولم يعلم السيد بها حتى أعنته، فعلى القولين، إن قلنا: أنه يجوز للعبد أن يلتقط. كان للسيد أن يأخذها منه لانه كسب له حصل له في حال الرق فكان للسيد كسائر أكسابه، وان قلنا لا يجوز له أن يلتقط لم يكن للسيد أن يأخذها منه لانه لم يثبت للعبد عليه يد الالتقاط، فعلى هذا يكون العبد أحق بها لانها في يده وهو من أهل الالتقاط (1)، ويحتمل أن لا يكون أحق بها لان يده يد ضمان فلا تصير يد أمانة. (فصل) وإن وجد المكاتب لقطعة فالمنصوص أنه كالحر، واختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: انه كالحر قولا واحدا لانه يملك التصرف في المال وله ذمة يستوفى منها الحق فهو كالحر، ومنهم من قال: هو كالعبد لانه ناقص بالرق كالعبد فيكون في التقاطه قولان، فان قلنا: أنه كالحر أو قلنا أنه كالعبد وجوزنا التقاطه صح تعريفه فإذا عرفها ملكها لانه من أهل الملك، وإذا قلنا أنه كالعبد ولم نجوز التقاطه صار ضامنا لانه تعدى بالاخذ ويجب أن يسلمها إلى السلطان لانه لا يمكن اقرارها في يده لانها في يده بغير حق ولا يمكن تسليمها إلى السيد لانه لا حق له في أكسابه فوجب تسليمها إلى السلطان فان أخذها السلطان برئ المكاتب من الضمان فتكون في يد السلطان أبدا إلى أن يجد صاحبها. (فصل) وان وجد اللقطة من نصفه حر ونصفه عبد فالمنصوص أنه كالحر فمن أصحابنا من قال: هو كالحر قولا واحدا لانه تملك ملكا تاما وله ذمة صحيحة فهو كالحر، ومنهم من قال هو كالعبد القن لما فيه من نقص الرق فيكون على قولين فإذا قلنا: انه كالحر نظرت، فإن لم يكن بينه وبين السيد مهابة كانا شريكين فيها كسائر أكسابه، وان كان بينهما مهابة، فإن قلنا: ان الكسب النادر لا يدخل في المهابة كانت اللقطة بينهما لانه بمنزلة ما لم يكن بينهما مهابة، وان قلنا: ان الكسب النادر يدخل في المهابة كانت اللقطة لمن وجدها في يومه. (فصل) وإن وجد المحجور عليه لسفه أو جنونه أو صغر لقطعة صح التقاطه

(1) هكذا بالاصل ولينظر فيه فانه جعله من غير أهل الالتقاط اه مصححه

[281]

لانه كسب بفعل فصح من المحجور عليه كالاصطياد وعلى الناظر أمره أن ينتزعها منه ويعرفها لان اللقطة في مدة التعريف أمانة والمحجور عليه

ليس من أهل الامانة فان كان ممن يجوز الاقتراض عليه تملكها له، وإن كان ممن لا يجوز الاقتراض عليه لم يملك له لان التملك بالالتقاط كالتملك بالاقتراض في ضمان البدل. (فصل) وان وجد الفاسق لقطه لم يأخذها لانه لا يؤمن أن لا يؤدى الامانة فيها فان التقطها ففيه قولان. (أحدهما) لا تقر في يده وهو الصحيح لان الملتقط قبل الحول كالموالي في حق الصغير. والفاسق ليس من أهل الولاية في المال (والثاني) تقر في يده لانه كسب بفعل فاجر في يده كالصيد، فعلى هذا يضم إليه من يشرف عليه وهل يجوز أن ينفرد بالتعريف فيه قولان (أحدهما) يجوز لان التعريف لا يفتقر إلى الامانة (والثاني) لا يجوز حتى يكون معه من يشرف عليه لانه لا يؤمن أن يفرط في التعريف فإذا عرفه ملكه لانه من أهل التملك. (فصل) وان التقط كافر لقطه في دار الاسلام ففيه وجهان (أحدهما) يملك بالتعريف لانه كسب بالفعل فاستوى فيه الكافر والمسلم كالصيد (والثاني) لا يملك لان تصرفه بالحفظ والتعريف بالولاية. والكافر لا ولاية له على المسلم (الشرح) قال الشافعي رضى الله عنه: فإن كانت اللقطة طعاما رطباً لا يبقى فله أن يأكله إذا خاف فساده ويغرمه لربه. وقال فيما وضع خطه لا أعلمه سمع منه إذا خاف فساده أحببت أن يبيعه ويقيم على تعريفه. قال المزني: هذا أولى القولين به اه. قلت: أما الطعام الرطب فضربان: أحدهما أن يكون مما يبس فيبقى كالرطب الذي يصير تمراً، والعنب الذي يصير زبيباً فهذا حكمه حكم غير الطعام في وجب تعريفه واستيفائه، فإن احتاج تجفيفه إلى مؤنة كانت على مالكه، ويفعل الحاكم أحفظ الامرين للمالك من يبيعه أو الانفاق عليه. (والضرب الثاني) أن يكون مما لا يبقى كالطعام الذي يفسد بالامساك كالهريسة والفواكه والبقول التي لا تبقى على الايام، فقد حكى المزني عن الشافعي ههنا أنه

[282]

قال في موضع: يألكه الواجد، وقال في موضع آخر: أحببت أن يبيعه، فاختلف أصحابنا فكان أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة وطائفة من أصحابنا يخرجون على قولين. (أحدهما) لوأجده أكله كالشاة التي لما تعذر استيفاؤها أبيع لوأجدها أكلها (والقول الثاني) ليس لوأجده أكله بخلاف الشاة لا يجب تعريفها فأبيع له أكلها، والطعام وان كان رطباً يجب تعريفه فلم يستبح وأجده أكله. وحكى أبو علي بن أبي هريرة أن ذلك على اختلاف حالين ان كان الحاكم موجوداً يقدر على بيعه لم يكن لوأجده أكله، وان كان معدوماً جاز أكله. وكان أبو القاسم الصيمري يقول: اختلاف حاله في إباحة أكله معتبر بحال وأجده، فإن كان فقيراً محتاجاً استباح أكله، وان كان غنياً لم يستبحه، فإن قلنا بجواز أكله فأكله صار ضامناً لقيمته وعليه تعريف الطعام حولا، وهل يلزمه عزل قيمته من ماله عند أكله أم لا؟ على قولين. (أحدهما) يلزمه عزل القيمة لئلا يصير متملك اللقطة. (والقول الثاني) لا يجب عليه عزلها لانه لو عزلها فهلكت كانت من ماله، فكانت ذمته أحط لها، ولم يكن عزلها مفيداً، ومن قال بالاول جعل فائدة عزلها أنه لو أفلس بعد عزل قيمتها ثم حضر المالك كان أولى بالمعزول من قيمتها من جميع الغرماء، وزعم أن تلفها من يده بعد وجوب عزلها لا يوجب عليه غرمها فصار في ضمانه للثمن أن تلف بعد وجوب عزله وجهين. أحدهما - وهو قول ابن أبي هريرة انه يكون مضموناً عليه. والثاني وهو الاشبه: أنه لا ضمان عليه لان الثمن مع وجوب عزله يقوم مقام الاصل مع بقائه. وإذا قلنا لا يجوز له أكله فعليه ان يأتي الحاكم حتى يأذن له في بيعه، ولا يجوز أن يتولى بنفسه مع القدرة على استئذان الحاكم بخلاف

الشاة إذا وجدها وأراد بيعها لان يده على الشاة اقوى لما استحقه عاجلا من أكلها ويده على الطعام أضعف لما وجب عليه من تعريفه، فان أعوزه اذن الحاكم جاز بيعه فلو باعه باذن الحاكم كان الثمن في يده امانة، وعليه تعريف الطعام حولا،

[283]

فان جاء صاحبه فليس له الا الثمن دون القيمة، ولو لم يأت صاحبه فللواحد أن يملك الثمن. ولو هلك الثمن في يده قبل الحول أو بعده وقبل التملك له كان تالفا من مال ربه ولا ضمان على الملتقط، وهكذا حكم الثمن لو كان الواحد هو البائع عند إعواز الحاكم. فاما ان باعه مع وجود الحاكم في يده باطل وللمالك القيمة دون الثمن لفساد العقد، فان تلف الثمن من يد الواحد قبل الحول عليه غرمه لتعديه بقبضه مع فساد بيعه، فان حضر المالك والثمن بقدر القيمة من غير زيادة ولا نقص أخذه وهو مبلغ حقه، وان كان أقل فله المطالبة بتمام القيمة ويرجع على المشتري لان المشتري اشترى شراء فاسدا فكان ضامنا للقيمة دون المسمى الا أن يشاء. المالك ان يسامح بفاضل القيمة ويكون الباقي منه مردودا على المشتري، إذ ليس يلزمه الا القيمة. وما ساقه المصنف من مسائل فعلى وجهه، هذا وما ذكر في الفصل من كلب الصيد إذا التقط فقد وفاه في المجموع في الصيد فاشدد به يدك (فرع) مذهبنا لا فرق بين المسلم والذمي في أخذها للتعريف والتملك بعد الحول لانها كسب يستوى فيه المسلم والذمي. وقال بعض أصحابنا: لاحق للذمي فيها وهو ممنوع من أخذها وتملكها لانه ليس من أهل التعريف لعدم ولايته على مسلم، ولا ممن يملك مرافق دار الاسلام كإحياء الموات. ولاحمد وأصحابه انه كالصبي والمجنون فانه يصح التقاطهما مع عدم الامانة، فإذا التقطها الذمي وعرفها حولا ملكها كالمسلم، وإن علم بها الحاكم أو السلطان اقرها في يده وضم إليه مشرفا عدلا (حارسا) يشرف عليه ويعرفها قالوا لاننا لا نأمن الكافر على تعريفها ولانا منه ان يخل في التعريف بشئ من الواجب عليه فيه. ويحتمل عندهم أن تنزع من يد الذمي وتوضع على يد عدل، لانه غير مأمون عليها، والله تعالى أعلم

[284]

قال المصنف رحمه الله تعالى: كتاب اللقيط التقاط المنبوذ فرض على الكفاية لقوله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) ولانه تخليص آدمي له حرمة من الهلاك فكان فرضا كبذل الطعام للمضطر. قال (اخذت منبوذا على عقد عمر رضى الله عنه فذكره عريفي لعمر رضى الله عنه فارسل إلى فدعاني والعريف عنده، فملما رأني قال: عسى الغوير ابؤسا، فقال عريفي انه لا يتهم، فقال عمر: ما حملك على ما صنعت؟ قلت: وجدت نفسا بمضيعة فأحببت أن يأجرني الله فيه، فقال هو حر وولاؤه لك وعلينا رضاعه. ولان الاصل في الناس الحرية، فان كان عليه ثياب أو حلى أو تحته فراش أو في يده دارهم أو عنان فرس، أو كان في دار ليس فيها غيره فهي له، لانه حر، فكان ما في يده له كالبالغ. وان كان على بعد منه مال مطروح أو فرس مربوط لم يكن له لانه لا يد له عليه. وان كان بالقرب منه

وليس هناك غيره ففيه وجهان (أحدهما) ليس له لانه لا يد له عليه (والثانى) له لان الافسان قد يترك ماله بقربه فإذا لم يكن هناك غيره فالظاهر انه له، وان كان تحته مال مدفون لم يكن له لان البالغ لو جلس على الارض وتحته دفين لم يكن له ذلك فكذلك اللقيط. (فصل) وان وجد في بلد من بلاد المسلمين وفيه مسلم فهو مسلم، لانه اجتمع له حكم الدار واسلام من فيها، وان كان في بلد الكفار ولا مسلم فيه، فهو كافر، لان الظاهر انه ولد بين كافرين. وان كان فيه مسلم ففيه وجهان. (أحدهما) انه كافر تغليبا لحكم الدار (والثانى) انه مسلم تغليبا لاسلام المسلم الذى فيه. وان التقطه حر مسلم أمين مقيم موسر أقر في يده، لما ذكرناه من حديث عمر رضى الله عنه، ولانه لا بد من ان يكون في يد من يكفله، فكان الملتقط أحق به لحق السبق

[285]

(الشرح) اثر عمر وسنين ابى جميلة رواه سعيد بن منصور عن سفيان عن الزهري سمع سنينا أبا جميلة بهذا. وقال الامير ابن مأكولا في كتاب الاكمال: سنين بنونين بينهما ياء حج من النبي صلى الله عليه وسلم حجة الوداع، وروى عن أبى بكر وعمر رضى الله عنهما، وروى عنه الزهري. قال أبو موسى: سنين بن فرقد. أما غريب الخير ف قوله (قد كره عريفي) العريف رجل يكون رئيسا على نفر يعرف أمورهم ويجمعهم عند الغزو، وهو فعيل بمعنى فاعل وقوله (عسى الغوير أبؤسا) الغوير ماء لبنى كلب وهذا مثل، أول من تكلم به الزباء ملكة تدمر حين رأت الأبل عليها الصناديق فاستنكرت شأن قصير إذ أخذ على غير الطريق أرادت عسى أن يأتي بذلك الطريق بشر، والابؤس جمع بأس وانتصابه بعسى على أنه خبره على ما عليه أصل القياس. وقال الاصمعي: أصله أنه كان غار فيه ناس فانهار عليهم أو أنهم فيه عدو فقتلهم فصار مثلا لكل شئ يخاف أن يأتي منه شر. وقوله بمضيعه على وزن معيشة أي مهلكة من ضاع الشئ أي هلك، وقد أتى على هذا الوزن في قول قيس بن ذريح: بدار مضيعه تركتك لبنى كذلك الحين يهدى للمضاع هكذا أفاده ابن بطال في شرح غريب المهدب، وللقيط فعيل بمعنى مفعول وهو الملقوط، وهو يطلق على الطفعل المنبوذ والتقاطه واجب لقوله تعالى (تعاونوا على البر والتقوى) ولان فيه إحياء نفس فكان واجبا كاطعام المضطر وإنجائه من الغرق، وكذلك قوله تعالى (ومن أحيائها فكأنما أحيى الناس جميعا، على أن تسميته منبوزا بعد أخذه والتقاطه أو تسميته لقيطا قبل أخذه فهذا وان كان مجازا لكنه صار حقيقة شرعية فهو بعد أخذه يبقى مجازا بناء على زوال الحقيقة بزوال المعنى المشتق منه. وحكمه شرعا فرض كفاية إذا علم به جماعة وأداه بعضهم سقط عن الباقيين،

[286]

فان تركه الجمعة أثموا جميعا إذا علموا فتركوه مع إمكان أخذه. على أن اللقيط حر في قول عامة أهل العلم الا النخعي. قال ابن المذر: أجمع عوام أهل العلم أن اللقيط حر، روى هذا عن عمر وعلى رضى الله عنهما، وبه قال عمر بن عبد العزيز والشعبي والحكم وحماد ومالك والثوري

والشافعي واسحاق وأحمد بن حنبل وأصحاب الرأي ومن بتعهم. وقال النخعي: إن النقطة للحبسة فهو حر، وإن كان أراد أن يسترقه فذلك له، وذلك قول شذ فيه عن الخلفاء والعلماء، ولا يصح في النظر، فإن الاصل في الادميين الحرية، فإن الله تعالى خلق آدم وذريته أحرارا، وإنما الرق للعارض فإذا لم يعلم ذلك العارض فله حكم الاصل. واللقيط أما أن يوجد في دار الاسلام أو في دار الكفر: فالاولى ضربان، دار اختطها المسلمون وأحدثوا مبانيها ابتداء أو أعادوا بناءها بعد أن كانت لغيرهم لعلية الاسلام عليها وأصطبأها بصبغة الاسلام فلا يوجد فيها من غير المسلمين إلا قليل فلقيط هذه البلاد يحكم باسلامه، وإن كان فيها أهل ذمة تغلبوا للاسلام ولطاهر الدار، ولان الاسلام يعلو ولا يعلو ولا يعلو، فمثل التي أنشأها المسلمون الكوفة والبصرة وبغداد والقاهرة والفسطاط وتونس والرباط، ومثل التي أعادها المسلمون الاسكندرية ودمشق ودمنهور والقدس صانها الله وطهرها من رجس اعدائه اليهود، وقد مضى عام بتمامه منذ غزاها اليهود إلى ساعة كتابة هذا الفصل وحسبنا الله ونعم الوكيل. (الضرب الثاني) بلاد فتحها المسلمون وبقى أهلها على دينهم فإذا وجد فيها مسلم واحد كان لقيطها مسلما تغلبا لحكم الاسلام ووجود مسلم فيها. وأما بلد الكفار فضربان ايضا، بلد كان للمسلمين فغلب الكفار عليه كبلاد فلسطين فهذا كالضرب الذي قبله ان كان فيه مسلم حكم باسلام لقيطه: الثاني بلد لم يفتح المسلمون من قبل أو فتحوه وغلب الكفار عليه واستأصلوا منه شأفة المسلمين كبلاد الاندلس (لهفى على قرطبه ومرسية وقشتالة وغرناطة ومجريط (مدريد) وميورقه كلهفى على ربوع المسجد الاقصى وما حوله من المباركات)

[287]

ففى لقيطها مع وجود مسلم فيها وجهان (أحدهما) ان يحكم بكفره تغلبا للدار. والوجه الثاني أنه مسلم تغلبا للاسلام بوجود مسلم فيه، وهذا التفصيل كله مذهب أحمد بن حنبل أيضا. والضرب الثاني: دار لم تكن للمسلمين أصلا كأكثر بلاد أوروبا وأمريكا. فهذه البلاد إن لم يكن فيها مسلم فلقيطها كافر قال ابن المنذر: أجمع عوام أهل العلم على أن الطفل إذا وجد في بلاد المسلمين ميتا في أي مكان وجد وجب غسله وكفنه ودفنه في مقابر المسلمين، وقد منعوا أن يدفن أطفال المشركين في مقابر المسلمين. قال: إذا وجد لقيط في قرية ليس فيها الا مشرك فهو على ظاهر ما حكموا به انه كافر. هذا قول الشافعي وأحمد وأصحاب الرأي. قالوا وفى الموضوع الذى حكمنا باسلامه إنما يثبت ذلك ظاهرا لا يقينا، لانه يحتمل ان يكون ولد كافر، فلو أقام كافر بينة أنه ولد على فراشه حكمنا له به. وإذا بلغ اللقيط حدا يصح فيه اسلامه وردته فوصف الاسلام فهو مسلم، سواء ممن حكم باسلامه أو كفره، وان وصف الكفر وهو ممن حكم باسلامه فهل هو مرتد لا يقر على كفره؟ نص الشافعي في الام انه يقر على كفره ولا يكون مرتدا. وقال أبو حنيفة هو مرتد لا يقر على كفره، وعند الحنابلة وجهان كقولي أبى حنيفة والشافعي. دليلنا أنه وصف الكفر بقوله، وقوله اقوى من ظاهر الدار. اللهم الا أن يقال: الاحتياط للاسلام يلغى قوله المانع له لاحتمال أن يكون كذبا. هكذا أفاده الرملي. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) فان كان له مال كانت نفقته في ماله كالبالغ، ولا يجوز للملتقط أن ينفق عليه من ماله بغير اذان الحاكم، فان أنفق عليه من غير اذنه ضمنه لانه لا ولاية له عليه الا في الكفالة فلم يملك الانفاق بنفسه

كلام، وان فوض إليه الحاكم أن ينفق عليه مما وجده معه فقد قال في كتاب اللقيط يجوز.

[288]

وقال في كتاب اللقطة: إذا انفق الواحد على الضالة ليرجع به لم يجر حتى يدفع إلى الحاكم ثم يدفع الحاكم إليه ما ينفق عليه، فمن أصحابنا من نقل جواب كل واحدة من المسئلتين إلى الأخرى، وجعلهما على قولين (أحدهما) لا يجوز لأنه لا يلي بنفسه فلم يجر ان يكون وكيلًا لغيره في القبض له من نفسه، كما لو كان عليه دين ففوض إليه صاحب الدين قبض ماله عليه من نفسه (والثاني) يجوز لأنه جعل أمينًا على الطفل فجاز أن ينفق عليه مما له في يده كالوصي. ومنهم من قال: يجوز في اللقيط ولا يجوز في الضالة، لأن اللقيط لا ولي له في الظاهر، فجاز أن يجعل الواحد وليًا والضالة لها مالك هو ولي عليها فلا يجوز أن يجعل الواحد وليًا عليها. وإن لم يكن حاكم فانفق من غير اشهاد ضمن، وإن أشهد ففيه قولان (أحدهما) يضمن لأنه لا ولاية لفضمن، كما لو كان الحاكم موجودًا (والثاني) لا يضمن لأنه موضع ضرورة، وإن لم يكن له مال وجب على السلطان القيام بنفقته لأنه آدمى له حرمة يخشى هلاكه، فوجب على السلطان القيام بحفظه، كالفقير الذي لا كسب له. ومن أين تجب النفقة؟ فيه قولان (أحدهما) من بيت المال، لما روى عن عمر رضي الله عنه أنه استشار الصحابة في نفقة اللقيط فقالوا من بيت المال، ولأن من لزم حفظه الانفاق ولم يكن له مال وجبت نفقته من بيت المال، كالفقير الذي لا كسب. فعلى هذا لا يرجع على أحد بما انفق عليه، والقول الثاني لا يجب من بيت المال، لأن مال بيت المال لا يصرف إلا فيما لا وجه له غيره واللقيط يجوز أن يكون عبدا فنفقته على مولاه، أو حرا له مال أو فقيرا له من تلزمه نفقته، فلم يلزم من بيت المال. فعلى هذا يجب على الإمام أن يقترض له ما ينفق عليه من بيت المال أو من رجل من المسلمين، فإن لم يكن في بيت المال ولا وجد من يقرضه جمع الإمام من له مكنة وعد نفسه فيهم وقسط عليهم نفقته، فإن بان أنه عبد رجع على مولاه. وإن بان أن له أبا موسرا رجع عليه بما اقترض له، فإن لم يكن له أحد وله كسب رجع في كسبه. وإن لم يكن له كسب قضى من سهم من يرى من المساكين أو الغارمين. (فصل) وأما إذا التقطه عبد فإن كان باذن السيد وهو من أهل الالتقاط جاز

[289]

لأن الملتقط هو السيد، والعبد نائب عنه وإن كان بغير اذنه لم يقر في يده لأنه لا يقدر على حضنته مع خدمة السيد، وإن علم به السيد وأقره في يده كان ذلك التقاطا من السيد، والعبد نائب عنه (الشرح) إذا وجد مع اللقيط شيء فهو له وينفق عليه منه، وإلى هذا ذهب الشافعي وأحمد وأصحاب الرأي، وذلك الطفل يملك وله يد صحيحة، بدليل أنه يرث ويورث ويصح أن يشتري له وليه ويبيع، ومن له ملك صحيح فله يد صحيحة كالبالغ فإذا ثبت هذا: فكل ما كان متصلا به أو متعلقا بمنفعة فهو تحت يده ويثبت بذلك ملكا له في الظاهر، فمن ذلك ما كان لابسا له أو مشدودا في ملبوسه أو في يديه أو مجعولا فيه كالسرير والسفط وما فيه من فرش أو دراهم، والثياب

التي تحته والتي عليه، وان كان مشدودا على دابة، أو كانت مشدودة في ثيابه أو كان في خيمة أو في دار فهي له. وأما المنفصل عنه فان كان بعيدا منه فليس في يده، وان كان قريبا منه كثوب موضوع إلى جانبه ففيه وجهان. أحدهما: ليس هو له لانه منفصل عنه فهو كالبعيد. والثاني: هو له، وهو أصح لان الظاهر انه ترك له فهو بمنزلة ما هو تحته، ولا القريب من البالغ يكون في يده، الا ترى ان البائع الجائل يقعد في السوق ومتاعه بقربه ويحكم بأنه في يده؟ والحمال إذا جلس لاستراحة ترك حملة قريبا منه فاما المدفون تحته فقد قال بعض الفقهاء: ان كان الحفر طريا فهو له، والا فلا، لان الظاهر أنه إذا كان طريا فواضع اللقيط حفره، وإذا لم يكن طريا كان مدفونا قبل وضعه، وقيل: ليس هو له بحال، لانه بموضع لا يستحقه إذا لم يكن الحفر طريا، فلم يكن له إذا كان طريا كالبعيد منه، ولان الظاهر انه لو كان له لشده واضعه في ثيابه ليعلم به، ولم يتركه في مكان لا يطلع عليه، وكل ما حكمنا بأنه ليس له فحكمه حكم اللقطة، وما هو له انفق عليه منه، فان كان كفايته لم يجز نفقته على أحد لانه ذو مال فاشبهه غيره من الناس. فإذا ثبت هذا: فان لملتقطه الانفاق عليه بإذن الحاكم، وقال أصحاب أحمد: ينفق عليه بغير اذن الحاكم ذكره أبو عبد الله بن حامد من الحنابلة.

[290]

قال ابن قدامة: لانه ولى له فلم يعتبر في الانفاق عليه في حقه إذن الحاكم كوصي اليتيم، ولان هذا من الامر بالمعروف فاستوى فيه الامام وغيره كتبديد الخمر. وروى أبو الحارث عن احمد رضى الله عنه في رجل أودع رجلا مالا وغاب وطالت غيبته وله ولد ولا نفقة له، هل ينفق عليهم؟ فلم يجعل له الانفاق عليهم من غير إذن الحاكم، فقال بعض أصحاب أحمد: هذا مثله. وقال بعضهم وهو الصحيح عندهم: إن هذا مخالف بناء على ان الملتقط له ولاية على اللقيط عندهم فيكون له ولاية أخذه وحفظه. ولنا أن اللقيط ينبغي أن يتولى الحاكم أمره فقد يعين له من هو أوفر خبرة وأكثر صيانة والحاكم مجتهد له بصره النافذ ورأيه الصائب وهو ولى من لا ولى له فإذا أنفق عليه الملتقط من ماله الذي وجده ضمنه لانه لا حق له في الانفاق إلا بإذن الحاكم فقد قال الشافعي رضى الله عنه في رواية الربيع بن سليمان في المنبوذ هو حر ولا ولاء له، وانما يرثه المسلمون بأنهم خولوا كل مال لا مالك له، الا ترى أنهم يأخذون مال لنصراني ولا وارث له؟ ولو كانوا أعتقوه لم يأخذوا ماله بالولاء، ولكنهم خولوا مالا مالك له من الاموال اه. وقال في اللقطة ما يفيد عدم جواز الانفاق على الضاله بقصد الرجوع به على ربها الا باذن الحاكم، ثم يدفع الحاكم إليه ما ينفق عليه، ففي النص الاول جعل للمسلمين جميعا حق الولاية والارث على اللقيط وماله، وفي النص الثاني جعل ذلك باذن الحاكم، فمن أصحابنا من نقل جواب كل مسألة إلى الاخرى فجعل في اللقطة قولين وفي اللقيط قولين، فالقول بجواز اللقطة يمنعه في اللقيط، والقول بجوازه في اللقيط يمنعه في اللقطة. فإذا لم يجد الحاكم فأشهد رجلين أو رجلا وامرأتين أو أربع نسوة ففي ضمانه قولان. أما إذا لم يكن له مال لم يلزم الملتقط الانفاق عليه في قول عامة أهل العلم قال ابن المنذر: أجمع كل من حفظ عنه من أهل العلم على أن نفقة اللقيط غير واجبه على الملتقط كوجوب نفقة الولد، وذلك لان أسباب وجوب النفقة من

القرابة والزوجية والملك والولاء منتفية، والالتقاط إنما هو تخلص له من الهلاك، وتبرع بحفظه فلا يوجب ذلك نفقة كما لو فعله بغير اللقيط، فإذا عرف هذا وكان نسمة يجب تعهدها بالتربية والانفاق انصرف هذا الواجب إلى بيت مال المسلمين، لقول عمر رضى الله عنه: هو حر لك ولاؤه وعلينا نفقته، وذلك لانه كالفقير الذى لا كسب فان نفقته واجبة له في بيت مال المسلمين، وذلك لان بيت المال وارثه، وماله مصروف إليه فتكون نفقته عليه كقرايته ومولاته. فان تعذر الانفاق عليه لعدم وجود مال في بيت المال أو كان اللقيط في مكان لا تقوم فيه حكومه تنفذ شريعة الله وترعى العجزة والفقراء واللقطاء فعلى من علم حاله أن يتولى الانفاق عليه. ويحتمل أن يقال: إنه لا يجب الانفاق عليه من بيت المال ولو كان موجودا وفيه مال، لان بيت المال إنما ينفق منه في الوجوه التى توفر على الانفاق عليها، وقد تكون أهم من هذا، واللقيط يحتمل أن يكون غنيا، ويحتمل أن يكون له أب موسر، ويحتمل أن له سيد تجب عليه نفقته. فإذا قلنا: إنه لا يجب الانفاق عليه من بيت المال وجب على الامام أن ينظم جماعة يكون هو أحد أفرادها تتولى الانفاق عليه على سبيل الاقراض، حتى إذا ظهر له مال أو ولى شرعى موسر، أو استطاع الكسب أمكن رد ما أنفق عليه، فان لم يكن يستطيع الكسب ولم يكن له ولى موسر قضى من سهم المساكين أو الغارمين، ويجرى هذا كله على اللقيط ولو حكم بكفره. قال في النهاية: خلافا لما في الكفاية تبعا للماوردي. فإذا امتنع أهل القرية أو البلدة عن أن ينفقوا على اللقيط وجب على الامام قتالهم، ويفرق هنا بين كونها فرضا وفى بيت المال مجانا، بأن وضع بيت المال الانفاق على المحتاجين فلهم فيه حق مؤكد دون مال المياسير، وإذا لزمهم وزعها الامام على مياسير بلده، فان شق ذلك فعلى من يراه الامام منهم، فان استووا في نظره تخير، وهذا إن لم يبلغ اللقيط، فان بلغ فمن سهم الفقراء أو المساكين أو الغارمين كما قررنا، فان ظهر له سيد أو قريب رجح عليه وقد ضعف هذا النووي في الروضة وخالفه الشمس الرملي في النهاية.

وجملة هذا أن من أنفق متبرعا فلا شئ له سواء كان الملتقط أو غيره، وإن تبرع بالانفاق عليه فأنفق عليه الملتقط أو غيره محتسبا بالرجوع عليه إذا أيسر وكان ذلك بأمر الحاكم لزم اللقيط ذلك إذا كانت النفقة قصدا بالمعروف، وبهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي وإن أنفق بغير أمر الحاكم محتسبا بالرجوع عليه فقد قال الشافعي ومالك والثوري والاوزاعي وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن والشعبي وابن المنذر: هو متبرع. وقال أحمد بن حنبل: تؤدى النفقة من بيت المال، وقال شريح والنخعي يرجع عليه بالنفقة إذا أشهد عليه. وقال بن عبد العزيز: يحلف ما أنفق احتسابا، فإن حلف استسعى والاصل عند القائلين بالرجوع أنه أدى ما وجب على غيره فكان له الرجوع على من كان الوجوب عليه كالضامن إذا قضى عن المضمون عنه. هذا وما بقى من كلام المصنف فعلى وجهه والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن التقطه كافر نظرت، فإن كان اللقيط محكوما بإسلامه لم يقر في يده، لان الكفالة ولاية، ولا ولاية للكافر على المسلم، ولانه لا يؤمن أن يفتنه عن دينه، وإن كان محكوما بكفره أقر في يده لانه على دينه، وإن التقطه فاسق لم يقر

في يده، لانه لا يؤمن أن يسترقه، وأن يسئ في تربته، ولان الكفالة ولاية والفاسق ليس من أهل الولاية (فصل) وان التقطه طاعن يريد أن يسافر به نظرت، فان لم تختبر أمانته في الباطن، يقر في يده، لانه لا يؤمن أن يسترقه إذا غاب، وان اختبرت أمانته في الباطن، فان كان اللقيط في الحضر والملتقط من أهل البدو ويريد أن يخرج به إلى البدو منع منه، لانه ينقله من العيش في الرخاء إلى العيش في الشقاء، ومن طيب المنشأ إلى موضع الجفاء. وفي الخبر (من بدا فقد جفا) وان أراد أن يخرج به إلى بلد آخر ففيه وجهان (أحدهما) يجوز، وهو ظاهر النص، لان البلد كالبلد (والثاني) لا يجوز، لان البلد الذي وجد فيه أرجى لظهور نسبه فيه.

[293]

وان كان الملتقط في بدو، فإن كان الملتقط من أهل الحضر وأراد أن يخرج به إلى الحضر جاز، لان الحضر أرفق به وأنفع له، وإن كان من البادية فإن كانت حلته في مكان لا ينتقل عنه أقر في يده، لان الحلة كالقربة، وإن كان يطعن في طلب الماء والكلا ففيه وجهان (أحدهما) يقر في يده لانه أرجى لظهور نسبه. (والثاني) لا يقر في يده لانه يشقى بالتنقل في البدو. (فصل) وإن التقطه فقير ففيه وجهان (أحدهما) لا يقر في يده لانه لا يقدر على القيام بحضانتها، وفي ذلك إضرار باللقيط (والثاني) يقر في يده لان الله تعالى يقوم بكفاية الجميع. (الشرح) حديث (من بدا فقد جفا) رواه أحمد في المسند عن البراء بن عازب بلفظ (من بدا جفا) ورواه الطبراني في الكبير عن عبد الله بن مسعود بلفظ (من بدا جفا، ومن اتبع الصيد غفل، ومن أتى أبواب السلطان افتتن) وإسناد أحمد صحيح، وفي إسناد الطبراني نظر أما اللغات فقوله: طاعن فاعل طعن وبابه نفع، أي ارتحل ويتعدى بالهمزة وبالحرَف، فيقال أظعنته وطمعنت به، فهو طاعن للفاعل ومطمعون للمفعول، والاصل مطعون به ولكن حذف الصلته لكثرة الاستعمال، وباسم المفعول سمى الرجل، ويقال للمرأة طعينة فعيلة بمعنى مفعولة، لان زوجها يطعن بها، ويقال الطعينة اليهودج، وسواء كان فيه امرأة أم لا، والجمع طعائن وطمعن بضمين. ويقال الضعينة في الاصل وصف المرأة في هودجها، سميت بهذا الاسم وإن كانت في بيتها. قال تعالى (ويوم طعنكم ويوم إقامتكم) قوله: ومن طيب المنشأ إلى موضع الجفاء. المنشأ بالهمز مقصور، وهو موضع النشوء وزمان الحدائث، يقال نشأت في بني فلان إذا شببت فيهم، مأخوذ من أنشاء الله له، أي ابتداء خلقه. وقوله صلى الله عليه وسلم (من بدأ جفا) أي من نزل البادية صار فيه جفاء الاعراب، والجفاء ممدود وهو ضد البر، يقال جفوت الرجل أجفوه، ولا يقال جفيت. وهو مأخوذ من جفاء السيل، وهو ما نفاه السيل، والحلة المنزل ينزله القوم وحيث يحلون.

[294]

أما الاحكام فإنه ليس لكافر التقاط مسلم لانه لا ولاية لكافر على مسلم، ولانه لا يؤمن أن يفتنه ويلقنه الكفر، بل الظاهر أنه يربيه على ملته وينشأ على ذلك كولد، فإن التقطه فلا يقر في يده، وإن كان الطفل محكوما بكفره فله التقاطه لان الدين كفروا بعضهم أولياء بعض. أما إذا التقطه من

هو مستور الحال لم تعرف منه حقيقة العدالة ولا الخيانة أقر اللقيط في يديه، لان حكمه العدل في لقطة المال والولاية في النكاح والشهادة فيه وفي أكثر الاحكام، ولان الاصل في المسلم العدالة، ولذلك قال عمر رضى الله عنه: المسلمون عدول بعضهم على بعض، فان أراد أن يسافر بلقطته فانه لا يقر في يديه، وهذا هو مذهبنا، لانه لم تتحقق أمانته فلم تؤمن خيانتة، وهذا أحد الوجهين عند الحنابلة. والوجه الثاني عندهم يقر فأما من عرفت عدالته واتضحت أمانته، فيقر اللقيط في يده في سفره وحضره لانه مأمون عليه إذا كان سفره لغير النقلة، فإذا كان سفر الامين باللقيط إلى مكان يقيم به نظرت فان كان النقطة من الحضر فأراد النقل به إلى البادية لم يقر في يده لوجهين: (أحدهما) أن مقامه في الحضر أصلح له في دينه ودنياه وأرشفه له (والثاني) أنه إذا وجد في الحضر فالظاهر أنه ولد فيه فبقاؤه فيه أرجى لكشف نسبه وظهور أهله واعترافهم به، النقلة به من بلد الحضر ففيه وجهان (أحدهما) وهو المنصوص، وهو أحد الوجهين عند الحنابلة: يقر في يده لان ولايته ثابتة، والبلد الثاني كالبلد الاول في الرفاهية فيقر في يده، كما لو انتقل من أحد أقسام البلد إلى قسم آخر، وفارق المنتقل به إلى البادية لانه يضره بتفويت الرفاهية عليه وان النقطة من البادية فله نقله إلى الحضر لانه ينقله من أرض البؤس والشقاء إلى الرفاهية والدعة والدين (الثاني) لا يقر في يده، ولان بقاءه في بلده أرجى لكشف نسبه فلم يقر في يد المنتقل عنه قياسا على المنتقل به إلى البادية، وان أقام به في حلة يستوطنها، فله ذلك، وان كان ينتقل به إلى المواضع أحتمل أن يقر في يديه، لان الظاهر

[295]

أنه ابن بدويين وإقراره في يدي ملتقطه أرجى لكشف نسبه، ويحتمل أن يؤخذ منه فيدفع إلى صاحب قرية لانه أرشفه له وأخف عليه وكل موضع قلنا ينزع من ملتقطه فإنما يكون ذلك إذا وجد من يدفع إليه ممن هو أولى به، فإن لم يوجد من يقوم به أقر في يدي ملتقطه، لان إقراره في يديه مع قصوره أولى من إهلاكه، وإن لم يوجد إلا مثل ملتقطه فملتقطه أولى به. إذ لا فائدة في نزعه من يده، ودفعه إلى مثله. (فرع) إذا التقطه فقير فإن قلنا إنه لا يقدر على حضانتة من حيث ضعف الامكانيات اللازمة لحياة الطفل من الامور التي تخرج من الانفاق، إذ أن الانفاق لا يلزم الملتقط كما قررنا قبل، كان كان مسكنه غير صحي لا تتوفر فيه وسائل التهوية ولا أسباب الوقاية والنظافة، فعلى هذا الوجه لا يقر في يده، وإن قلنا بأن الامور تجري بضمان الله وكفالتة، وأن الله تعالى تكفل بحفظه إذا شاء، وأن الاسباب الضرورية للحياة التي ينشأ عليها ابناء الفقراء مألوفة عندهم ويشبون عليها وتبنى فيها اجسامهم كأقوى ما تبنى الاجسام، وقد رأينا بالحس والمشاهدة ما يتمتع به أبناء الفقراء من مناعة ضد الامراض مع الكفاف في العيش، وذلك من رعاية الله تعالى لخلقه، فعلى هذا الوجه يقر في يده والله أعلم قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن تنازع في كفالتة نفسان من أهل الكفالة قبل أن يأخذه، أخذه السلطان وجعله في يد من يرى منهما أو من غيرهما، لانه لا حق لهما قبل الاخذ ولا مزبة لهما على غيرهما، فكان الامر فيه إلى السلطان. وإن التقطاه وتشاحا أقرع بينهما، فمن خرجت عليه القرعة أقر في يده. وقال أبو على بن خيران لا يقرع بينهما، بل يجتهد الحاكم فيقره في يد من هو أحظ له، والمنصوص هو الاول لقوله تعالى (وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم) ولانه لا يمكن أن يجعل في أيديهما، لانه لا يمكن اجتماعهما على الحضنة،

ولا يمكن أن يجعل بينهما مهاياة، لانه تختلف عليه الاخلاق والاعذية
فيستضر، ولا يمكن أن يقدم أحدهما لانهما متساويان في

[296]

سبب الاستحقاق، ولا يمكن أن يسلم إلى غيرهما، لانه قد ثبت لهما حق
الالتقاط فلا يجوز اخراجه عنهما فأقرع بينهما. كما لو أراد أن يسافر
بإحدى نسائه، وان ترك أحدهما حقه من الحضانة ففيه وجهان (أحدهما)
يدفع إلى السلطان فيقره في يد من يرى، لان الملتقط لا يملك غير
الحفظ. فأما إقرار اللقيط في يد غيره فليس ذلك إليه، ولهذا لو انفرد
بالالتقاط لم يملك أن ينقله إلى غيره. (والثاني) وهو المذهب أنه يقر في
يد الآخر من غير اذن السلطان، لان الحضانة بحكم الالتقاط لا تنقل إلى
اذن السلطان، ولهذا لو انفرد كل واحد منهما بالالتقاط ثبت له الحضانة من
غير اذن، فإذا اجتمعا وترك أحدهما حقه ثبت للآخر كالشفعة بين شفيعين.
(فصل) فأما إذا اختلفا في الالتقاط فادعى كل واحد منهما انه الملتقط
ولم تكن بينة، فان لم يكن لاحدهما عليه يد أقره السلطان في يد من يرى
منهما أو من غيرهما، لانه لاحق لهما، وان كان في يد احدهما فالقول قوله
مع يمينه لان اليد تشهد له. وان كان في يدهما تحالفا، فان حلفا أو نكلا
صارا كالملتقطين يقرع بينهما على المذهب، وعلى قول أبي علي بن
خبران يقره الحاكم في يد من هو أخط له، فان كان لاحدهما بينة قضى له،
لان البينة أقوى من اليد والدعوى، وان كان لكل واحد منهما بينة، فان
كانت بينة أحدهما أقدم تاريخا قضى له، لانه قد ثبت له السبق إلى
الالتقاط، وان لم تكن بينة أحدهما أقدم تاريخا فقد تعارضت البيتان، ففي
أحد القولين تسقطان فيصيران كما لو لم تكن بينة، وقد بيناه، وفي القول
الثاني تستعملان، وفي الاستعمال ثلاثة أقوال (أحدها) القسمة (والثاني)
القرعة (والثالث) الوقف. ولا يجئ ههنا الا القرعة لانه لا يمكن قسمة
اللقيط بينهما. ولا يمكن الوقف، لان فيه اضرارا باللقيط فوجبت القرعة.

[297]

(الشرح) الاحكام: إذا تنازع كفالته اثنان من غير أهل الكفالة لفسقهما أو
رقهما مع كونهما غير مأذونين من سيديهما فانه لا يقر في يدي واحد
منهما: وينزع منهما ويسلم إلى غيرهما: فإذا كانا من أهل الكفالة، وان كل
واحد منهما ممن يقر في يده لو انفرد، الا أن أحدهما احظ للقيط من
الآخر، مثل أن يكون احدهما موسرا والآخر معسرا فالموسر أحق لان ذلك
أخط للطفل، وان التقط مسلم وكافر طفلا محكوما بكفره، فقد قال
أصحابنا وأصحاب أحمد: هما سواء، لان للكافر ولاية على الكافر، ويقر في
يده إذا انفرد بالتقاطه، فساوى المسلم في ذلك، ولا بن قدامة الحنبلي
رأى في مخالفته مذهبه بقوله: ان دفعه إلى المسلم احظ له، لانه يصير
مسلمًا فيسعد في الدنيا والآخره، وينجو من النار، ويتخلص من الجزية
والصغار، فالترجيح بهذا أولى من الترجيح باليسار الذي انما يتعلق به
توسعة عليه في الانفاق، وقد يكون الموسر بخيلا فلا تحصل التوسعة، فان
تعارض الترجيحان فكان المسلم فقيرا والكافر موسرا فالمسلم أولى، لان
النفق الحاصل له باسلامه أعظم من النفق الحاصل بيساره مع كفره. قال:

وعلى قياس قولهم في تقديم الموسر ينبغي أن يقدم الجواد على البخيل، لان حظ الطفل عنده اكثر من الجهة التي يحصل له الحظ فيها باليسار، وربما تخلق باخلاقه وتعلم من جوده. فإذا تساوبا في كونهما مسلمين عدلين حريين مقيمين فهما سواء فيه فان ضى احدهما باسقاط حقه وتسليمه إلى صاحبه جاز، لان الحق له فلا يمنع من الايثار به، وان تشاحا أقرع بينهما لقول الله تعالى (وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم) ولانه لا يمكن كونه عندهما، لانه لا يمكن ان يكون عندهما في حاله واحدة، وان تهاياة فجعل عندكل واحد يوما أو اكثر من ذلك اضر بالطفل لانه تختلف عليه الاغذية والانس والالف، ولا يمكن دفعه إلى احدهما دون الاخر بغير قرعة لان حقهما متساو، فتعيين احدهما بالتحكم لا يجوز فتعين الاقراع بينهما، كما يقرع بين الشركاء في تعيين السهام في القسمة وبين النساء في البداية بالقسمة وبين العبيد في الاعناق، والرجل مقدم على المرأة عندنا على الاصح

[298]

وهما سواء عند احمد وأصحابه، ولا ترجح المرأة هنا كما ترجح في حضانه ولدها على ابيه لانها رجحت هناك لشفقتها على ولدها وتوليها لحضانه بنفسها، والاب يحضنه باجنيبية، فكانت أمه أحظ له وأرفق به، أما ههنا فانها اجنبية من اللقيط والرجل يحضنه باجنيبية فاستويا على القول بالتساوي، أو رجح الرجل على الاصح فان كان احدهما مستور الحال والاخر ظاهر العدالة رجح السلطان العدل على المستور، لان المانع من الالتقاط منتف في حقه والاخر مشكوك فيه، فيكون الحظ للطفل في تسليمه إليه أتم، ويحتمل أن يساوي السلطان بينهما بالقرعة لان احتمال وجود المانع لا يؤثر في المنع فلا يؤثر في الترجيح، والامر متروك إلى اجتهاد الحاكم الذي ليس له أن يسلم إلى ثالث لم يثبت له حق الالتقاط. وقال أبو على بن خيران: يجتهد الحاكم في اختيار الاحظ للطفل والاجدى عليه والاحفظ وليس له أن يقرع بينهما وليس هذا بالمذهب بل المذهب الاقراع (فرع) وان رأياه جميعا فسبق احدهما فأخذه أو وضع يده عليه فهو أحق به لقوله صلى الله عليه وسلم (من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به) وان رآه احدهما قبل صاحبه فسبق إلى أخذه الآخر، فالسابق إلى أخذه أحق، لان الالتقاط هو الاخذ لا الرؤية، ولو قال احدهما لصاحبه: ناولنيه، فأخذه الآخر نظرت إلى نيته، فان نوى أخذه لنفسه فهو أحق به، كما لو لم يأمره الاخر بمناولته أياه، وان نوى مناولته فهو للأمر لانه فعل ذلك بنية النيابة عنه، فأشبه ما لو توكل له في تحصيل مباح. فان اختلفا فقال كل واحد منهما: أنا التقطته ولا بينة لاحدهما، وكان في يد احدهما، فالقول قوله مع يمينه أنه التقطه، وهذا هو المذهب عند أصحاب أحمد كما ذكره أبو الخطاب، وقد خالفه القاضى وجعل قياس مذهب أحمد أنه لا يحلف كما في الطلاق والنكاح. ولنا قوله صلى الله عليه وسلم (لو يعطى الناس بدعواهم لا دعى قوم دماء قوم وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه) رواه مسلم، فان كان في يديهما تحالفا فان حلفا أو نكلا صارا كالملتقطين ويقرع السلطان بينهما على المذهب.

[299]

وقال أبو علي بن خيران مقالته في الفرع قبله لا قرعة بينهما بل يجتهد الحاكم في اختيار أحدهما ممن هو أحظ للطفل، فإن كان لأحدهما بينة قضى له، وإن كان لكل منهما بينة نظرت في أقدم البينتين تاريخاً وقصبت لصاحبها، فإذا استوى تاريخهما أو أطلقنا معاً، أو أرخت إحداهما وأطلقت الأخرى فقد تعارضنا، وهل تسقطان؟ أو تستعملان؟ فيه قولان عندنا وجهان عند أصحاب أحمد، (أحدهما) تسقطان فيصيران كمن لا بينة لهما فيقرع بينهما. (والثاني) تستعملان، وفي الاستعمال ثلاثة أقوال. أحدها: القسمة واستعمال القسمة بين المتداعيين إذا جاز في المال فلا سبيل إليه ههنا. والثاني: الاقراع بينهما. والثالث: الوقف وفي الوقف إضرار باللقيط، وليس اللقيط مما يجوز وقفه فلا مناص من الاقراع فوجبت القرعة بينهما، والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى (فصل) وإن ادعى حر مسلم نسبه لحق به وتبعه في الإسلام، لأنه يقر له بحق لا ضرر فيه على أحد فقبل كما لو أقر له بمال، وله أن يأخذه من الملتقط لأن الوالد أحق بكفالة الولد من الملتقط، وإن كان الذي أقر بالنسب هو الملتقط فالمستحق أن يقال له: من أين صار ابنك؟ لأنه ربما اعتقد أنه بالالتقاط صار أباه، وإن ادعى نسبه عبد لحق به لأن العبد كالحرة في السبب الذي يلحق به النسب، ولا يدفع إليه لأنه لا يقدر على حضنته لاشتغاله بخدمة مولاه، وإن ادعى نسبه كافر لحق به، لأن الكافر كالمسلم في سبب النسب، وهل يصير اللقيط كافراً؟ قال في اللقيط: أحببت أن أجعله مسلماً. وقال في الدعوى والبيئات: أجعله مسلماً، فمن أصحابنا من قال: إن أقام البينة حكم بكفره قولان واحداً، وإن لم تقم البينة ففيه قولان. (أحدهما) يحكم بكفره لانا لما حكمنا بثبوت نسبه فقد حكمنا بأنه ولد على فراشه (والقول الثاني) يحكم بإسلامه لأنه محكوم بإسلامه بالدار فلا يحكم بكفره بقول كافر. وقال أبو إسحاق: الذي قال في اللقيط أراد به إذا ادعاه وأقام البينة

[300]

عليه، لأنه قد ثبت بالبينة أنه ولد على فراش كافر، والذي قال في الدعوى والبيئات أراد إذا ادعاه من غير بيته لأنه محكوم بإسلامه بظاهر الدار، فلا يصير كافراً بدعوى الكافر، وهذا الطريق هو الصحيح لأنه نص عليه في الأملاء. وإذا قلنا أنه يتبع الأب في الكفر فالمستحق أن يسلم إلى مسلم إلى أن يبلغ احتياطاً للإسلام، فإن بلغ ووصف الكفر أقرناه على كفره، وإن وصف الإسلام حكمنا بإسلامه من وقته. (فصل) وإن ادعت امرأة نسبه ففيه ثلاثة أوجه. أحدها: يقبل لأنها أحد الأبوين، فقبل إقرارها بالنسب كالأب. والثاني لا يقبل وهو الظاهر النص لأنه يمكن إقامة البينة على ولادتها من طريق المشاهدة، فلا يحكم فيها بالدعوى بخلاف الأب، فإنه لا يمكن إقامة البينة على ولادته من طريق المشاهدة، فقبلت فيه دعواه، ولهذا قلنا: إنه إذا قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق، لم يقبل قولها في دخول الدار إلا بينه، ولو قال لها: إن حصت فأنت طالق، قبل قولها في الحيض من غير بيته، لما ذكرناه من الفرق، فكذلك ههنا. والثالث: أن كانت فراشاً لرجل لم يقبل قولها، لأن إقرارها يتضمن الحاق النسب بالرجل وإن لم تكن فراشاً قيل لأنه لا يتضمن الحاق النسب بغيرها. (الشرح) اللغة: الدعوى، ودعواه ودعواها كلها بكسر الدال. قال الأزهري: الدعوة بالكسر ادعاء الولد الدعوى غير أبيه، يقال: الدعوى بين الدعوة بالتكسر إذا كان يدعى إلى غير أبيه أو يدعيه غير أبيه فهو بمعنى فاعل من الأول وبمعنى مفعول من الثاني. وعن الكسائي: لى في القوم دعوة أي

قرايه واخاه، والدعوة بالفتح في الطعام اسم من دعوت الناس إذا طلبتهم ليأكلوا عندك، يقال: نحن في دعوة فلان ومدعائه ودعائه بمعنى. قال أبو عبيد: وهذا كلام أكثر العرب إلا عدى الرباب فانهم يعكسون ويجعلون الفتح في النسب والكسر في الطعام، ودعوى فلان كذا أي قوله: وادعيت الشيء تمنيته، وادعيت طلبته لنفسه والاسم الدعوى. أما الأحكام: فإنه إذا ادعى نسبه فلا تخلو دعوى النسب من قسمين.

[301]

أحدهما: أن يدعيه واحد ينفرد بدعواه فينظر، فإن كان المدعى رجلا مسلما حرا لحق نسبه به بغير خلاف بين أهل العلم إذا أمكن أن يكون منه، لأن الإقرار محض نفع للطفل لاتصال نسبه، ولا مضرة على غيره فيه، فقبل كما لو أقر له بمال ثم إن كان المقر به ملتطه أقر في يده، إلا أن المستحق أن يناقش كيف صار ابنك لأنه قد يعتقد أنه بالالتقاط يصير أباه له، والله يقول (فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم). (فرع) قال الشافعي رضي الله عنه. وإذا التقط مسلم لقيطا فهو حر مسلم ما لم يعلم لابويه دين غير دين الاسلام، فإذا أقر به نصراني ألحقناه به وجعلناه مسلما لأن إقراره به ليس يعلم منا أنه كما قال، فلا نغير الاسلام إذا لم نعلم الكفر. اهـ من الدعوى والبيئات من الام. وقال في كتاب اللقيط من الام. سئل أبو حنيفة رحمه الله عن الصبي يسبي وأبوه كافر وقعا في سهم رجل ثم مات أبوه وهو كافر ثم مات الغلام قبل أن يتكلم بالاسلام فقال لا يصلى عليه، وهو على دين أبيه لأنه لا يقر بالاسلام. وقال الاوزاعي: مولاه أولى من أبيه يصلى عليه. وقال لو لم يكن معه أبوه ن وخرج أبوه مستأمنا لكان لمولاه أن يبيعه من أبيه. وقال أبو يوسف إذا لم يسب معه أبوه صار مسلما، ليس لمولاه أن يبيعه من أبيه إذا دخل بأمان، وهو ينقض قول الاوزاعي: انه لا بأس أن يبتاع السبي ويرد إلى دار الحرب في مسألة قبل هذا، فالقول في هذا ما قال أبو حنيفة إذا كان معه أبواه أو أحدهما فهو مسلم اهـ (قلت) إذا ادعى نسبه اثنان فصاعدا نظرت، فإذا ادعاه مسلم وكافر أو حر وعبد فهما سواء، وهذا هو مذهب الشافعي وأحمد رضي الله عنهما. وقال أبو حنيفة المسلم أولى من الذمي والحر أولى من العبد، لأن على اللقيط ضررا إذا ألحق بالعبد والذمي، فكان الحاقه بالحر المسلم أولى، كما لو تنازعا في الحضانة. ولنا أن كل واحد لو انفرد صحت دعواه، فإذا تنازعا تساوا في الدعوى كالأحرار المسلمين، وما ذكروه من الضرر لا يتحقق، فإنا لا نحكم برقه

[302]

ولا كفره، ولا يشبه النسب الحضانة، بدليل أننا نقدم في الحضانة الموسر والحضري ولا نقدمهما في دعوى النسب. وجعل الامام الشافعي رضي الله عنه التسليم للنصراني بدعواه بنوة اللقيط لا يعد تسليما للقيط بالكفر، بل نجعله مسلما حتى نعلم الكفر. وهذا احد قوله فمن أصحابنا من قال: إن أقام الذمي البينة حكما بكفره قولا واحدا، كقوله في الاخذ بقول أبي حنيفة مما سقناه عنه. وإن لم تقم بينة ففيه قولان (أحدهما) إن الحكم بثبوت النسب من الكافر حكم بكفره على طريق التبع والضمن، لأنه ولد

على فراشه. (والثاني) لان غلبة دار الاسلام أقوى من دعوى النسب التي يدعيها الكافر وكل لقيط في دار الاسلام هو مسلم، فلا يحكم بكفره بقول كافر. وذهب أبو إسحاق المروزي في قولي الشافعي إلى تخريجهما وجهين للمسألة لا قولين، بأن الكفر بكفره يتبع البيعة للذي ادعاه من الكفار، فإذا ثبت أنه ولد على فراش الكفر قضينا بكفره والحقناه بصاحب البيعة، وأنه إذا لم يقيم بيعة حكمنا بإسلامه وهذا هو توجيه ما في الدعوى والبيئات من الام، وفي هذا التخريج ما يؤيده من قوله في الاملاء قال النووي في المنهاج: ومن حكم بإسلامه بالدار فأقام ذمى بيعة بنسبه لحقه وتبعه في الكفر. وقال الزركشي: وكذلك المعاهد والمؤمن. وقال الرملي: فارتفع ما ظنناه من إسلامه، لان الدار حكم باليد، والبيعة أقوى من اليد المجردة وتصور علوقه من مسلم بوطئ شبهة أمر نادر لا يعول عليه مع البيعة. قال وإن اقتصر الكافر على الدعوى بأنه ابنه ولا حجة له فالمذهب أنه لا يتبعه في الكفر وإن لحقه في النسب، لانا حكمنا بإسلامه فلا غيره بدعوى كافر مع إمكان تلك الشبهة النادرة. والطريق الثاني: فيه قولان ثانيهما يتبعه في الكفر كالنسب، وجعل الماوردي محل الخلاف ما إذا استلحقه قبل أن يصدر منه صلاة أو صوم، فإن صدر منه ذلك لم يغير عن حكم الاسلام قطعاً، وسواء اقلنا بتبعيته في الكفر أم لا يحال بينهما كما يحال بين أبوي مميز وصف الاسلام وبينه

[303]

قال في الكفاية وقضية اطلاقهم وجوب الحيلولة بينهما إن قلنا بعدم تبعيته له في الكفر، لكن في المذهب انه يستحق تسلميه لمسلم، فإذا بلغ ووصف الكفر، فان قلنا بالتبعية قرر لكن هذا التقرير يهدده لعله يسلم ن وإلا ففي تقريره ما سبق من الخلاف. (فرع) إذا كان المدعى امرأة ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) وهو أحد الروايات عن أحمد رضى الله عنه أن دعواها تقبل ويلحقها نسبه لانها أحد الابوين، فيثبت النسب بدعواها كالأب، ولانه يمكن أن يكون منها كما يكون ولد الرجل بل أكثر، لانها تأتي به من زوج ووطئ بشبهة ويلحقها ولدها من الزنا دون الرجل، ولان في قصة داود وسليمان في المرأتين كان لهما بنان فذهب الذئب بأحدهما فادعت كل واحدة منهما أن الباقي ابنها وأن الذي أخذه الذئب ابن الاخرى فحكم به داود للكبرى وحكم به سليمان للاخرى بمجرد الدعوى منهما فعلى هذا الوجه يلحق بها دون زوجها، لانه لا يجوز أن يلحقه نسب ولد لم يقر به، وكذلك إذا ادعى الرجل نسبه لم يلحق بزوجه. فان قيل الرجل يمكن أن يكون له ولد من امرأة أخرى أو من أمته، والمرأة لا يحل لها نكاح غير زوجها ولا يحل وطؤها لغيره، قلنا يمكن أن تلد من وطئ شبهة أو غيره، وإن كان الولد يحتمل أن يكون موجودا قبل أن يتزوجها هذا الزوج أمكن أن يكون من زوج آخر. فان قيل إنما قبل الاقرار بالنسب من الزوج لما فيه من المصلحة بدفع العار عن الصبي وصيانتته عن النسبة إلى كونه ولد زنا، ولا يحصل هذا بالحاق نسبه بالمرأة، بل الحاقه بها دون زوجها تطرق للعار إليه واليه. قلنا بل قبلنا دعواه لانه يدعى حقا لا منازع له فيه، ولا مضرة على أحد فيه فقبل قوله فيه كدعوى المال، وهذا متحقق في دعوى المرأة. والوجه الثاني وهو رواية ثانيه عن أحمد رضى الله عنه نقلها الكوسج عنه في امرأة ادعت ولدا، ان كان لها اخوة أو نسب معروف لا تصدق الا بيئته وان لم يكن لها دافع لم يحل بينها وبينه، لانه إذا كان لها أهل وتسبب معروف لم تخف ولادتها عليهم، يتضررون بالحاق النسب بها لما في من تعبيرهم

بولادتها من غير زوجها، وليس كذلك إذا لم يكن لها أهل، ويحتمل أن لا يثبت النسب بدعواها بحال، وهذا قول الثوري والشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي. قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن النسب لا يثبت بدعوى المرأة، لأنها يمكنها إقامة البينة على الولادة، فلا يقبل قولها بجرده، كما لو علق زوجها طلاقها بولادتها. أما كيف تكون البينة؟ فقد قال الشافعي رضى الله عنه لا يجوز على الولادة ولا شئ مما تجوز فيه شهادة النساء مما يغيب عن الرجال إلا أربع نسوة عدول من قبل أن الله عزوجل حيث أجاز الشهادة انتهى بأقلها إلى شاهدين أو شاهد وامرأتين، فأقام الثنتين من النساء مقام رجل حيث أجازهما، فإذا أجاز المسلمون شهادة النساء فيما يغيب عن الرجال لم يجز والله أعلم أن يجزوا إلا على أصل حكم الله عزوجل في الشهادات، فيجعلون كل امرأتين يقومان مقام رجل، وإذا فعلوا لم يجز إلا أربع. وهكذا المعنى في كتاب الله عزوجل وما أجمع عليه المسلمون. أخبرنا مسلم عن ابن جريح عن عطاء أنه قال في شهادة النساء على الشئ من أمر النساء لا يجوز فيه أقل من أربع. وقد قال غيرنا تجوز فيه واحدة لأنه من موضع الاخبار كما تجوز الواحدة في الخبر، لأنه من موضع الشهادة، ولو كان من موضع الشهادات ما جاز عدد من النساء وإن كثرن على شئ إلى أن قال قال: فإننا روينا عن علي رضى الله عنه أنه أجاز شهادة القابلة وحدها. قلت: لو ثبت هذا عن علي صرنا إليه إن شاء الله تعالى، ولكنه لا يثبت عندكم ولا عندنا عنه. وهذا لا من جهة ما قلنا من القياس على حكم الله ولا من جهة قبول خبر المرأة، ولا أعرف له معنى. قلت إذا ثبت هذا في وجب البينة لما يمكن أن تقوم عليه بينة كالولادة للقيط المدعى أو للمعلق طلاقها على دخول الدار في المحن بينة على دخول الدار، وفارق الحيض فإنه من الاعراض الخفية التي يقبل فيها الاقرار ولا يطالب فيها بالبينة لنعذرها أو استحالتها. والوجه الثالث وهو الرواية الثالثة عن أحمد رضى الله عنه أنها ان كان لها زوج لم يثبت النسب بدعواها لافضائه إلى إلحاق النسب بزوجها

بغير إقراره ولا رضاه، أو إلى أن امرأته وطئت بزنا أو شبهة وفي ذلك ضرر عليه فلا يقبل قولها فيما يلحق الضرر به، وان لم يكن لها زوج قبلت دعواها لعدم هذا الضرر. والله تعالى أعلم بالصواب. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن تداعى نسبه رجلان لم يجز إلحاقه بهما، لأن الولد لا ينعقد من اثنين، والدليل عليه قوله تعالى (إنا خلقناكم من ذكر وأنثى) فإن لم يكن لواحد منهما بينة عرض الولد على القافة، وهم قوم من بنى مدلج من كنانة، فإن ألحقته بإحدهما لحق به لما روت عائشة رضى الله عنها قالت (دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم أعرف السرور في وجهه فقال: ألم ترى إلى مجزر المدلجى نظر إلى أسامة وزيد وقد غطيا رؤسهما، وقد بدت أقدامهما فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض) فلو لم يكن ذلك حقا لما سر به رسول الله صلى الله عليه وسلم، وهل يجوز أن يكون من غير بنى مدلج؟ فيه وجهان. (أحدهما) لا يجوز لأن ذلك ثبت

بالشرع، ولم يرد الشرع إلا في بنى مدلج (والثاني) أنه يجوز وهو الصحيح،
لانه علم يتعلم ويتعاطى، فلم تختص به قبيلة كالعلم بالاحكام، وهل يجوز
أن يكون واحدا؟ فيه وجهان. أحدهما: أنه يجوز لان النبي صلى الله عليه
وسلم سر بقول مجزز المدلجى وحده ولانه بمنزلة الحاكم لانه يجتهد
ويحكم كما يجتهد الحاكم ثم يحكم. والثاني لا يجوز أقل من اثنين لانه حكم
بالشبهه في الخلقة فلم يقبل من واحد كالحكم في المثل في جزاء الصيد.
ولا يجوز أن يكون امرأة ولا عبدا كما لا يجوز أن يكون الحاكم امرأة ولا عبدا
ولا يقبل الا قول من حرب وعرف بالقيافة حذقه كما لا يقبل في الفتيا الا
قول من عرف في العلم حذقه، وان ألحقته بهما أو نفته عنهما أو أشكل
الامر عليها أو لم تكن قافه ترك حتى يبلغ، ويؤخذان بالنفقة عليه، لان كل
واحد منهما يقول: أنا الاب وعلى نفقته، فإذا بلغ أمرناه أن ينتسب إلى من
يميل طبعه إليه لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال للغلام الذي
ألحقته القافة بهما: وال أيهما شئت، ولان الولد يجد لوالده ما لا يجد لغيره،
فإذا تعذر العمل بقول القافة رجع إلى اختيار الولد، وهل يصح أن ينتسب
إذا صار مميزا ولم يبلغ؟ فيه وجهان

[306]

(أحدهما) يصح كما يصح أن يختار الكون مع أحد الابوين إذا صار مميزا.
(والثاني) لا يصح لانه قول يتعين به النسب ويلزم الاحكام به، فلا يقبل من
الصبي، ويخالف اختيار الكون مع أحد الابوين، لان ذلك غير لازم، ولهذا لم
اختر أحدهما ثم انتقل إلى الاخر جاز، ولا يجوز ذلك في النسب، وان كان
لاحدهما بينه قدمت على القافة، لان البينة تخبر عن سماع أو مشاهدة
والقافة تخبر عن اجتهاد، فان كان لكل واحد منهما بينه فهما متعارضتان
لانه لا يجوز أن يكون الولد من اثنين، ففي أحد القولين يسقطان ويكون
كما لو لم تكن بينة، وقد بيناه، وفي الثاني تستعملان، فعلى هذا هل يفرع
بينهما، فيه وجهان. أحدهما: يفرع بينهما، فمن خرجت له القرعة قضى له،
لانه لا يمكن قسمة الولد بينهما، ولا يمكن الوقف، لان فيه اضرارا باللقيط
فوجب القرعة. والثاني لا يفرع، لان معنا ما هو أقوى من القرعة وهو
القافة، فعلى هذا يصير كما لو لم يكن لهما بينة، وليس في موضع تسقط
الاقوال الثلاثة في استعمال البينتين الا في هذا الموضع على هذا المذهب.
وان تداعت امرأتان نسبه وقلنا: انه يصح دعوى المرأة ولم تكن بينة، فهل
يعرض على القافة، فيه وجهان (أحدهما) يعرض، لان الولد يأخذ الشبهه من
الام كما يأخذ من الاب، فإذا جاز الرجوع إلى القافة في تمييز الاب من
غيره بالشبهه جاز في تمييز الام من غيرها (والثاني) لا يعرض لان الولد
يمكن معرفة أمه يقينا فلم يرجع فيه إلى القافة بخلاف الاب فانه لا يمكن
معرفة الاظنا فجاز أن يرجع فيه إلى الشبهه. (فصل) وان ادعى رجل رق
اللقيط لم يقبل الا بينه، لان الاصل هو الحرية فان شهدت له البينة
نظرت، فان شهدت له بأنه ولدته أمته فقد قال في اللقيط: جعلته له. وقال
في الدعوى والبيئات: أن شهدت له بأنه ولدته أمته في في ملكه جعلته له،
فمن أصحابنا من قال يجعل له قولا واحدا، وان لم تقل ولدته في ملكه،
وما قال في الدعوى والبيئات ذكره تأكيدا لا شرطا لان ما تأتى به أمته من
غيره لا يكون الا مملوكا له.

ومنهم من قال: فيه قولان (أحدهما) يجعل له لما بيناه (والثاني) لا يجعل له لأنه يحتمل أن تكون الأمة ولدته قبل أن يملكها ثم ملكها فلم يملك ولدها وإن شهدت له البينة بالملك ولم تذكر سبب الملك، ففيه قولان. أحدهما: يحكم له كما يحكم له إذا شهدت له بملك مال، وإن لم تذكر سببه. والثاني: لا يحكم لان البينة قد تراه في يده فتشهد بأنه عبده بثبوت يده عليه بالالتقاط أو غيره، وإن شهدت البينة له باليد، فإن كان المدعى هو الملتقط لم يحكم له لأنه قد عرف سبب يده وهو الالتقاط، ويد الالتقاط لا تدل على الملك. فلم يكن للشهادة تأثير. وإن كان المدعى غيره، ففيه قولان. (أحدهما) يحكم له مع اليمين لان اليد قد ثبتت، فإذا حلف حكم له كما لو كان في يده مال فحلف عليه (والثاني) لا يحكم له لان ثبوت اليد على اللقيط لا تدل على الملك لان الظاهر الحرية. (الشرح) حديث عائشة رضی الله عنها متفق عليه بلفظ (دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم مسرورا تبرق أسارير وجهه فقال: ألم ترى إلى مجزر المدلجى نظر أنفا إلى زيد بن حارثة وأسامة بن زيد فقال: هذه الاقدام بعضها من بعض) وفي رواية للبخاري (ألم ترى أن مجزرا المدلجى دخل فرأى أسامة وزيدا وعليهما قطيفة قد غطيا رؤسهما ومدت أقدامهما فقال: ان هذه الاقدام بعضها من بعض) ومجزر بضم الميم وفتح الجيم ثم زاي مشددة مكسورة ثم زاي أخرى اسم فاعل لانه كان في الجاهلية إذا أسر أسيرا جز ناصيته وأطلقه وقد كان الكفار يقدحون في نسب أسامه لكونه كان أسود شديد السواد، وكان زيد أبيض كذا قاله أبو داود. وأم أيمن هي أم أيمن بركة الحبشية مولاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ورثها عن أبيه حيث كانت وصيفته، ويقال: كانت من سبى الحبشة الذين قدموا زمن الفيل فصارت لعبد المطلب فوهبها لعبد الله والذ النبي صلى الله عليه وسلم، وتزوجت قبل زيد عبدا الحبشى فولدت له أيمن فكنت به والقافة جمع قائف كقافة جمع قائف وسادة جمع سائد، والقائف هو الذى يتتبع الاثر ويعرف شبه الرجل بأبيه وأخيه.

أما الاحكام: فقد قال الشافعي رضى الله عنه في الدعوى والبيئات من الام وإذا تداعى الحر والعبد المسلمان والذمى الحر والعبد مولودا وجد لقيطا فلا فرق بين أحد منهم كما لا يكون بينهم فرق فيما تداعوا فيه مما يملكون: فتراه القافة، فإن الحقوه بأحدهم فهو ابنه ليس له أن ينفيه ولا للمولود أن ينتقى منه بحال أبدا وإن ألحقته القافة باثنين فأكثر أو لم تكن قافة، أو كانت فلم تعرف، لم يكن ابن واحد منهم حتى يبلغ فينتسب إلى أيهم شاء، فإذا فعل ذلك انقطعت دعوى الآخرين، ولم يكن للذى انتسب إليه أن ينفيه وهو حر في كل حالته بأيهم لحق لان اللقيط حر، وإنما جعلناه حرا إذا غاب عنا معناه، لان أصل الناس الحرية حتى يعلم أنهم غير أحرار ولو أن أحدهم قال: هو ابني من أمة نكحتها لم يكن بهذا رقيقا لرب الأمة حتى يعلم أن الأمة ولدته، ولا يجعل اقرار غيره لازما له، ويكفى القائف الواحد لان هذا موضع حكم يعلم لا موضع شهادة، ولو كان، إنما حكمه حكم الشهادات ما أجزنا غير اثنين ولا أجزنا شهادة اثنين يشهدان على ما لم يحضرا ولم يريا، ولكنه كاجتهاد العالم ينفذه هذا، ولا يحتاج معه إلى ثان ولا يقبل القائف الواحد حتى يكون أمينا ولا أكثر منه حتى يكونوا

أمناء أو بعضهم، فإذا أحضرنا القائف والامتداعيين للولد أو ذوى أرحامهم ان كان المدعون له موتى أو كان بعض المدعين له ميتا، فأحضرنا ذوى رحمه أحضرنا احتياطا أقرب الناس نسبا وشبها في الخلق والسن والبلد والمدعين له، ثم فرقنا بين الامتداعيين منهم، ثم أمرنا القائف يلحقه بأبيه أو أقرب الناس بأبيه ان لم يكن له أب. وان كانت معه أم أحضرنا لها نسبا في القرب منها كما وصفت ثم بدأنا فأمرنا القائف أن يلحقه بأمه لان للقائف في الام معنى، ولكي يستدل به على صوابه في الاب ان أصاب فيها ويستدل على غيره ان أخطأ فيها، فخالقنا بعض الناس في القافة فقال القافة باطل، فذكرنا له أن النبي صلى الله عليه وسلم سمع مجزرا المدلجى ونظر إلى أقدام أسامه وأبيه زيد وقد غطيا وجوههما فقال: ان هذه الاقدام بعضها من بعض فحكى ذلك النبي صلى الله عليه وسلم لعائشه مسرورا به، فقال:

[309]

ليس في هذا حكم. فقنا انه وان لم يكن فيه حكم فإن فيه دلالة على أن النبي صلى الله عليه وسلم رضيه ورآه علما، لانه لو كان مما لا يجوز أن يكون حكما ما سره ما سمع منه ان شاء الله تعالى، ولنهاه أن يعود له. فقال انك وان أصبت في هذا فقد تخطئ في غيره. فقال فهل في هذا غيره؟ قلنا نعم، أخبرنا ابن عليه عن حميد عن أنس أنه شك في ابن له فدعا القافة. أخبرنا أنس بن عياض عن هشام عن أبيه عن يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب أن رجلين تداعيا ولدا، فدعا له عمر القافة، فقالوا قد اشتركا فيه، فقال له عمر وال أيهما شئت. أخبرنا مالك عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن عمر مثل معناه، أخبرنا مطرف بن مازن عن معمر عن الزهري عن عروة عن عمر بن الخطاب مثل معناه قال فإننا لا نقول بهذا ونزعم أن عمر قال هو ابنكما ترثانه ويرثكما، وهو للباقي منكما. قلت فقد رويت عن عمر أنه دعا القافة، فزعمت أنك لا تدعو القافة، فلو لم يكن في هذا حجة عليك في شئ مما وصفنا، الا أنك رويت عن عمر شيئا فخالفته فيه كانت عليك قال، قد رويت عنه أنه ابنهما، وهذا خلاف ما رويتم، قلنا وأنت تخالف أيضا هذا، قال فكيف لم تصيروا إلى القول به؟ قلنا هو لا يثبت عن عمر لان اسناد حديث هشام متصل، والمتصل أثبت عندنا وعندك من المنقطع، وانما هذا حديث منقطع وسليمان بن يسار وعروة أحسن مرسلا عن عمر ممن رويت عنه، قال فأنت تخالف عمر فيما قضى به من أن يكون ابن اثنين؟ قلت فإنك زعمت أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قضى به إذ كان في أيديهما قضاء الاموال قال كذلك قلت اه قلت ووجه دلالة ما علم من أن التقرير منه صلى الله عليه وسلم حجة، لانه أحد أقسام السنة، وحقيقة التقرير أن يرى النبي صلى الله عليه وسلم فعلا من أحد أو يسمع قوله أو يعلم به وكان ذلك الفعل من الافعال التي لا يعلم تقدم انكاره لها، دل ذلك على جوازه، فان اسبتشر به فأوضح كما في هذه القصة، والحكم بالقافة إذا لم تكن بينة أو تعارضت به بينتان وسقطتا إذا أحقوه، فلحقه بمن أحقوه

[310]

وهذا قول أنس وعطاء ويزيد بن عبد الملك والاوزاعي والليث وأبى ثور والشافعي ومالك وأحمد بن حنبل. وقال أصحاب الرأي لا حكم للقافة، ويلحق بالمدعين جميعا تعويل على مجرد الشبه والظن والتخمين، فإن الشبه يوجد بين الاجانب، وينتفى بين الاقارب ولهذا روى الشيخان أن رجلا أتى النبي فقال: يا رسول الله إن امرأتي ولدت غلاما أسود فقال: هل لك من ابل، قال نعم، قال: فما ألوانها، قال حمر. قال: فهل فيها من أورك، قال نعم، قال أنى أتاه ذلك، قال لعل عرقا نزع، قال: وهذا لعل عرقا نزع) قالوا ولو كان الشبه كافيا لاكتفى به في ولد الملاعنة، وفيما إذا أقر أحد الورثة بأخ فأنكره الباقون. وديننا عليهم غير حديث مجرز قول النبي صلى الله عليه وسلم في ولد الملاعنة (انظروها فان جاءت به أحمش الساقين كأنه وجرة فلا أراه الا قد كذب عليها وان جاءت به أكحل جعدا جماليا سابع الاليتين خدلج الساقين فهو للذي رميت به، فأنت به على النعت المكروه، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لولا الايمان لكان لى ولها شأن (فقد حكم به النبي صلى الله عليه وسلم للذي أشبهه منهما، وقوله لولا الايمان لكان لى ولها شأن، يدل على أنه لم يمنع من العمل بالشبه الا الايمان فإذا انتفى المانع يجب العمل به لوجود مقتضيه. وكذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم في ابن زمعة حين رأى به شيها بينا بعته بن أبى وقاص (احتجبي منه يا سودة) فعمل بالشبه في حجب سودة عنه. فان قيل: فالحديثان حجة عليكم إذ لم يحكم النبي صلى الله عليه وسلم بالشبه فيهما بل الحق الولد بزمعة، وقال لعبد بن زمعه هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش وللعاهر الحجر. ولم يعمل بشبه ولد الملاعنة في اقامة الحد عليها لشبه بالمقدوف، قلنا انما لم يعمل في ابن زمعه لان الفراش أقوى، وترك العمل بالبينه لمعارضة ما هو أقوى منه لا يوجب الاعراض عنه، إذا خلت عن المعارض وكذلك ترك اقامة الحد عليها من أجل ايمانها على ضعف الشبه عن اقامة الحد لا يوجب ضعفه عن الحاق النسب، فان الحد في الزنا لا يثبت الا بأقوى البيئات

[311]

وأكثرها عددا وأقوى الاقرار حتى يعتبر فيه تكراره أربع مرات، ويدراً الشبه عن نفي النسب لا يلزم منه ضعفه عن إثباته، فإن النسب يحتاط لإثباته، ويثبت بأدنى دليل، وأنه لا ينتفى إلا بأقوى الأدلة، كما أن الحد لما انتفى بالشبه لم يثبت إلا بأقوى دليل، فلا يلزم حينئذ من المنع من نفيه بالشبه في الخبر المذكور أن لا يثبت به النسب في مسألتنا. والقافة قوم يعرفون الانسان بالشبه. ولا يختص ذلك بقبيلة معينة على الصحيح من المذهب، وبه قال أحمد رضى الله عنه وأصحابه، بل هو علم يتعلم بقواعده وأصوله التي كانت عند العرب، وكان أكثر ما يكون في بنى مدلج رهط مجرز الذي رأى أسامة وأباه زيدا، وان إياس بن معاوية المزني قائفا. وكذلك قيل في شريح. ولا يقبل قول القائف إلا أن يكون عدلا مجربا في الاصابة، حرا لان قوله حكم. وقد كان بعض العرب يستدل من اختلاف أحد الابناء عن إخوته على أسباب الشك التي تساوره، فقد عاد أحدهم إلى امرأته من سفر فوجدها قد ولدت له ولدا، فقال لها لا تمشطى رأسي ولا تغليني * وحاذري ذا الريق في يمينى واقتربى منى أخبريني * ما له أسود كالهجين خالف ألوان بنى الجون على أن أسباب المعرفة في زماننا هذا قد اتسعت آفاقها واستقرت قواعدها على أسباب أدق ومبادئ أضبط، وإن كانت غير قطعية في أكثر أحوالها، وقد يأخذ العلم الحديث بالقيافة حيث يعجز التحليل الطبى، والقيافة أحد فروع الطب الشرعي أو هي الاساس الفعلى

للطب الشرعي، ومن قرأ كتب الطب الشرعي العربية أو الاجنبية يتضح له صحة هذا الحكم. وقد جاء في كتاب الطب الشرعي الجنائي للدكاترة شريف وسيف النصر ومشالي أن فصائل الدم تنقسم في جميع الشعوب إلى أربعة أقسام، قسمان كبيران ويمكن إطلاق معنى السائدة عليهما ويرمز اليهما بألف وباء، ونوع يتكون منهما

[312]

ويرمز إليه بألف باء، ونوع نادر ويسمى (أ) فإذا كان الرجل من فصيلة (أ) والمرأة من فصيلة (ب) أمكن أن يكون الولد أ أو ب أو (ا ب) ويلاحظ أن قيافة الدم هنا وإن كانت قائمة على أساس علمي إلا أنها سلبية وليست إيجابية، فهي تقول بأن هذا ليس أبا ولا تستطيع أن تقول هذا أب، لأنه قد يكون الأب شخصا له فصيلة المدعى، ولكن يمكن أن ينفي فيقول إذا كانت فصيلة دم الابن أو كانت فصيلة الاب المدعى ا ب والام ب حكموا بالقطع بأن هذا ليس أباه، ولكن لو كانت فصيلته من فصيلة الطفل قالوا يحتمل أن يكون أباه ويحتمل أن يكون أبوه غيره، على أن أحسن القيافة التعرف عن طريق الاطراف كالأيدى والارجل وملامح الوجه. وهل يقبل قول واحد أو لا يقبل الا قول اثنين وجهان (أحدهما) أنه حكم بالاجتهاد فيصح من واحد (والثاني لا يجوز بأقل من اثنين كالحكم بالمثل في جزاء الصيد في قوله تعالى (يحكم به ذوا عدل منكم) ولأنه حكم بالشبه في الخلقة فأشبه الحكم في المثل في جزاء الصيد (فجزاء مثل ما قتل من النعم) وبهذا الوجه قال أحمد رضى الله عنه في ظاهر رواية الاثرم عنه أنه قيل له: إذا قال أحد القافة هو لهذا، وقال الآخر هو لهذا. قال لا يقبل واحد منهما حتى يجتمع اثنان فيكونان شاهدين، فإذا شهد اثنان من القافة أنه لهذا فهو لهذا، لأنه قول يثبت به النسب فأشبه الشهادة. وقال القاضى من الحنابلة، يقبل قول الواحد لأنه حكم، ويقبل في الحكم قول واحد. وحمل كلام أحمد على ما إذا تعارض قول القائفين فقال (إذا خالف القائف غيره تعارضا وسقطا، فان قال اثنان قولا وخالفهما واحد فقولهما أولى لانهما شاهدان فقولهما أولى لأنه أقوى من قول واحد. وان عارض قول اثنين قول اثنين سقط قول الجميع. وان عارض قول الاثنين قول ثلاثة أو أكثر لم يرجح وسقط الجميع، فأما إن ألحقته القافة بواحد ثم جاءت قافة أخرى فألحقته بأخر كان لاحقا بالاول، لان القائف جرى مجرى حكم الحاكم، ومتى حكم الحاكم حكما لم ينقض بمخالفة وغيره له، وإن ألحقته القافة بكافر أو رقيق لم يحكم

[313]

بكفره ولا رقه لان الحرية والاسلام ثبتا له بظاهر الدار فلا يزول ذلك بمجرد الشبه والظن كما لم يزل ذلك بمجرد الدعوى من المنفرد. ولو ادعى نسب اللقيط إنسان فألحق نسبه به لانفراده بالدعوى ثم جاء آخر فادعاه لم يزل نسبه عن الاول لأنه حكم له به فلم يزل بمجرد الدعوى، فإن ألحقته به القافة لحق به وانقطع عن الاول، لأنها بينة في إلحاق النسب، ويحول بها الحكم الثابت بمجرد الدعوى كالشهادة. (فرع) إذا ادعاه اثنان فألحقته القافة بهما لحق بهما في النفقة. وكان أحمد رضى الله عنه يقول: إنه

ابنهما يرثهما ميراث ابن وورثانه جميعا ميراث أب واحد وهذا يروى عن عمر بن الخطاب وعلى بن أبي طالب رضى الله عنهما وهو قول أبى ثور. وقال أصحاب الرأي يلحق بهما بمجرد الدعوى. وقال الشافعي لا يلحق بأكثر من واحد، فإذا ألحقته بهما سقط قولهما ولم يحكم لهما، واحتج برواية عمر رضى الله عنه أن القافه قالت (قد اشتركا فيه، فقال عمر وال أيهما شئت) ولانه لا يتصور كونه من رجلين، فإذا ألحقته القافله بهما تبينا كذبهما فسقط قولهما كما لو ألحقته بامين، ولان المدعين لو اتفقا على ذلك لم يثبت، ولو ادعاه كل واحد منهما وأقام بينة سقطتا، ولو جاز أن يلحق بهما لثبت باتفاقهما وألحق بهما عند تعارض بينتهما، هذا وما لم نتناول من مسائل الفصل فعلى وجهه من تقرير المصنف. والله أعلم قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ومن حكم بإسلامه أو بأحد أبويه أو بالسابي فحكمه قبل البلوغ حكم سائر المسلمين في الغسل والصلاة والميراث والقصاص والدية. لان السبب الذى أوجب الحكم بإسلامه لم يزل فأشبهه من أسلم بنفسه وبقي على إسلامه، فان بلغ ووصف الكفر بالمنصوص أنه مرتد، فان تاب وإلا قتل لانه محكوم بإسلامه قطعاً فأشبهه من أسلم بنفسه ثم ارتد. ومن أصحابنا من قال فيه قولان (أحدهما) ما ذكرناه (والثانى) أنه يقر على الكفر لانه لما بلغ زال حكم التبع فاعتبر بنفسه، فان بلغ ولم يصف الاسلام ولا الكفر فقتله قاتل المنصوص أنه لا قود على قاتله.

[314]

ومن أصحابنا من قال: يجب القود لانه محكوم بإسلامه فأشبهه ما قبل البلوغ، وهذا خطأ لانه يحتمل أن يكون غير راض بالاسلام، والقصاص يسقط بالشبهة فسقط، ويخالف ما قبل البلوغ فإن إسلامه قائم قطعاً وبعد البلوغ لا نعلم بقاء الاسلام، فأما من حكم بإسلامه بالدار فانه قبل البلوغ كالمحكوم بإسلامه بأبويه أو بالسابي، فإن بلغ ووصف الكفر فإنه يفرغ ويهدد على الكفر احتياطاً، فإن أقام على الكفر أقر عليه. ومن أصحابنا من قال: هو كالمحكوم بإسلامه بأبويه لانه محكوم بإسلامه بغيره فصار كالمسلم بأبويه، ولمنصوص أنه يقر على الكفر لانه محكوم بإسلامه من جهة الظاهر، ولهذا لو ادعاه ذمى وأقام البينة حكم بكفره. (فصل) وإن بلغ اللقيط وقذفه رجل وادعى أنه عبد. وقال اللقيط: بل أنا حر ففيه قولان (أحدهما) أن القول قول اللقيط لان الظاهر من حاله الحرية (والثانى) أن القول قول القاذف لانه يحتمل أن يكون عبداً، والاصل براءة ذمة القاذف من الحد وان قطع حر طرفه وادعى انه عبد. وقال اللقيط: بل أنا حر فالمنصوص أن القول قول اللقيط، فمن أصحابنا من قال: فيه قولان كالقذف، ومنهم من قال: ان القول قول اللقيط قولاً واحداً وفرق بينه وبين القذف بأن القصاص قد وجب في الظاهر ووجوب القيمة مشكوك فيه فإذا أسقطنا القصاص انتقلنا من الظاهر إلى الشك فلم يجز وفى القذف قد وجب الحد فى الظاهر ووجوب التعزير يقين لانه بعض الحد، فإذا أسقطنا الحد انتقلنا من الظاهر إلى اليقين فجاز. (فصل) إذا بلغ اللقيط وهب وأقبض وباع وأبتاع ونكح وأصدق وجنى، وجنى عليه ثم قامت البينة على رقة كان حكمه فى التصرفات كلها حكم العبد القن يمضى ما يمضى من تصرفه، وينقض ما ينقض من تصرفه فيما يضره ويضر غيره، لانه قد ثبت بالبينة أنه مملوك فكان حكمه حكم المملوك، فان أقر على نفسه بالرق لرجل فصدقه نظرت، فان كان قد تقدم منه إقرار بحريته لم يقبل إقراره بالرق، لانه باقراره بالحرية أحكام الاحرار فى العبادات والمعاملات لم يقبل

إقراره في إسقاطها، وإن لم يتقدم منه إقرار بالحربة ففيه طريقان من أصحابنا من قال: فيه قولان. (أحدهما) لا يقبل إقراره بالرق، لانه محكوم بحريته فلم يقبل إقراره بالرق كما لو أقر بالحربة، ثم أقر بالرق. (والثاني) يقبل لانا حكمنا بحريته في الظاهر، وما ثبت بالظاهر يجوز إبطاله بالإقرار، ولهذا لو ثبت إسلامه بظاهر الدار وبلغ وأقر بالكفر قبل منه، فكذلك ههنا، ومنهم من قال: يقبل إقراره بالرق قولاً واحداً لما ذكرناه، ويكون حكمه في المستقبل حكم الرقيق، فأما تصرفه بعد البلوغ وقبل الحكم برقه فعلى قولين (أحدهما) يقبل إقراره في جميعه، لان الرق هو الاصل وقد ثبت فوجب أن تثبت أحكامه كما لو ثبت بالبينة (والثاني) يقبل فيما يضره ولا يقبل فيما يضر غيره، لان إقراره يتضمن ما يضره ويضر غيره فقبل فيما يضره، ولم يقبل فيما يضر غيره، كما لو أقر بمال عليه وعلى غيره، وهذا الطريق هو الصحيح وعليه التفريع فان باع واشترى فان قلنا: يقبل إقراره في الجميع، وقلنا: ان عقود العبد من غير إذن المولى لا تصح كانت عقود فاسدة فان كانت الاعيان باقية وجب ردها، وان كانت تالفة وجب بدلها في ذمته يتبع به إذا عتق. وان قلنا: يقبل فيما يضره، ولا يقبل فيما يضر غيره، لم يقبل قوله في افساد العقود، ويلزمه اعواضها، فان كان في يده مال استوفى منه، فان فضل في يده شئ كان لمولاه. وان كان اللقيط جارية فزوجهها الحاكم ثم أقرت بالرق فان قلنا: يقبل إقرارها في الجميع فالنكاح باطل، لانه عقد بغير إذن المولى، فان كان قبل الدخول لم يجب على الزوج شئ، وان كان بعد الدخول وجب عليه مهر المثل لانه وطئ في نكاح فاسد، وان أتت بولد فهو حر لانه دخل على أنه حر وعليه قيمته ويجب عليها عدة أمة وهي قرءان. وان قلنا لا يقبل فيما يضر غيره لم يبطل النكاح، لان فيه اضراماً بالزوج ولكنه في حق الزوج في حكم الصحيح، وفي حقها في حكم الفاسد، فان كان قبل الدخول لم يجب لها مهر، لانها لا تدعيه، وان كان بعد الدخول وجب لها أقل

الامرین من مهر المثل أو المسمى، لانه إن كان المهر أقل لم يجب ما زاد لان فيه إضراراً بالزوج، وإن أتت منه بولد فهو حر ولا قيمة عليه لانا لا نقبل قولها فيما يضره، ونقول للزوج قد ثبت أن زوجتك أمة، فان اخترت إمساكها كان ما تلده مملوكاً للسيد لانك تطؤها على علم أنها أمة، وإن طلقها اعتدت عدة حرة وهو ثلاثة أقراء وله فيها الرجعة لانا لا نقبل قولها عليه فيما يضره، وإن مات عنها لزمها عدة أمة وهي شهران وخمس ليال. لان عدة الوفاة تجب لحق الله تعالى لا حق له فيها، ولهذا تجب من غير وطئ. وقول اللقيط يقبل فيما يسقط حق الله تعالى من العبادات، وان كان اللقيط غلاماً فتزوج ثم أقر بالرق. فإن قلنا: يقبل إقراره في الجميع: بطل النكاح من أصله لانه بغير إذن المولى فإن لم يدخل بها لم يلزمه شئ، وان دخل بها لزمه أقل الامرین من المسمى أو مهر المثل. لانه ان كان المسمى أقل لم يجب ما زاد لانها لا تدعيه، وان كان مهر المثل أقل لم يجب ما زاد لان قوله مقبول، وان ضر غيره. وان قلنا لا يقبل قوله فيما يضر غيره لم يقبل قوله: ان النكاح باطل، لانه يضرها، ولكن يحكم

بانفساخه في الحال لانه أقر بتحريمها، فإن كان قبل الدخول نصف المسمى وان دخل بها لزمه جميعه لانه لا يقبل قوله في اسقاط المسمى. (الشرح) من حكم باسلامه أو باسلام أحد أبويه، وان علا وقت العلوق ولو أنثى غير وارثه، ولو كان حدوث الولد بعد موت أصله فهو مسلم بالاجماع بشرط نسبته إليه نسبة تقتضي التوارث فلا يرد آدم أبو البشر عليه السلام، ولو ارتد بعد البلوغ بأن وصف كفرا أي أعرب به عن نفسه فمرتد لانه مسلم ظاهرا وباطنا، ولو علق بين كافرين ثم أسلم أحدهما، وان علا قبل بلوغه ولو بعد تمييزه حكم باسلامه اجماعا كما في اسلام الاب والخبر (الاسلام يعلو ولا يعلى عليه) ولو أمكن احتلامه فادعاه قبل اسلامه أصله فظاهر اطلاقهم قبول قوله فيه لزمنا مكانه قال الرملي: وما بحثه الولي العراقى من عدم قبول قوله الا أن ينبت على عانته شعر خشن، غير ظاهر اللهم الا أن يقال: الاحتياط للاسلام يلغى قوله المانع له لاحتمال كذبه، ولاصل بقاء الصغر، فان بلغ ووصف كفرا فمرتد لسبق الحكم

[317]

باسلامه ظاهرا وباطنا، وفي قول كافر أصلى، لان تبعيته أزاله الحكم بكفره، وقد زالت باستقلاله فعاد لما كان عليه أولا، وبنى عليه أنه يلزمه التلغظ بالاسلام بعد البلوغ بخلافه على الاول، ومن ثم لو مات قبل التلغظ جهز كمسلم. بل قال امام الحرمين وصوبه في الروضه هو كذلك على الثاني أيضا لان هذا الامور مبنية على الظاهر، وظاهره الاسلام. وما ذكره بعضهم من أن المسلم باسلام أحد أبويه لا يغنى عنه اسلامه شيئا ما لم يسلم بنفسه فغريب أو سبق فلم على ما قرره الاذرعى أو مفرغ على وجوب التلغظ ولو تلفظ ثم ارتد فمرتد قطعاً، ولا ينقض ما جرى عليه من أحكام الاسلام قبل رده على الاصح. ولو سبى مسلم طفلاً تبع هذا الطفل ساويه في الاسلام ظاهرا وباطنا ان لم يكن معه أحد أبويه بالاجماع، ولا اعتبار بمن شذ، ولانه صار تحت ولايته كالأبوين، وقضية الحكم باسلامه باطنا أنه لو بلغ ووصف الكفر كان مرتداً أما إذا كان معه أحد أبويه وان علا بأن كان في جيش واحد وغنيمه واحدة، وان لم يتحد المالك وقد سبىها معا وان أطلق القاضى في تعليقه أنه إذا سبق سبى أحدهما سبى الآخر تبع السابى، فلا يحكم باسلامه، لان تبعيتهما أقوى من تبعية السابى وان ماتا بعد، لان التبعية انما تثبت في ابتداء السبى، ولو سباه ذمى قاطن ببلادنا على حد قول امام الحرمين أو دخل به دارنا كما قال البيهقي، أو سباه في جيشنا، وكل ذلك انما هو قبل للخلاف في قولهم: لم يحكم بالامه في الاصح. والثانى: يحكم باسلامه تبعاً للدار والاوجه أنه لو سبى أبواه ثم أسلما صار مسلماً باسلامهما خلافاً للحليمي ومن تبعه، ولو سباه مسلم وذمى حكم باسلامه تغليبا لحكم الاسلام، ولو سبى الذمى صبياً أو مجنوناً وباعه لمسلم أو باعه المسلم السابى له مع أحد أبويه في جيش واحد ولو دون أبويه من مسلم لم يتبع المشتري لفوات وقت التبعية، لانها انما تثبت ابتداء وما جاء من قتله فسياتي في الاقضية ان شاء الله تعالى. (فرع) إذا ادعى رق اللقيط مدع بعد بلوغه كلف اجابته، فان أنكر ولا بينة

[318]

لم تقبل دعواه، وإن كانت له بينة حكم له بها، فإن كان اللقيط قد تصرف قبل ذلك ببيع أو شراء نقضت تصرفاته لتصرفه بغير إذن، وإن لم تكن بينة فأقر بالرق نظرنا، فإن كان اعترف لنفسه بالحرية قبل ذلك لم يقبل إقراره بالرق لأنه اعترف بالحرية وهى حق الله تعالى فلا يبطل برجوعه. فإن قلنا: يقبل إقراره كأحد الوجهين عند الشافعي صارت أحكامه أحكام العبيد فيما عليه دون ماله، وبهذا قال أبو حنيفة ولمزني وأحمد، وهو أحد قولى الشافعي رضى الله عنه، لأنه أقر بما يوجب حقا له وحقا عليه، فوجب أن يثبت ما عليه دون ماله كما لو قال: لفلان على ألف درهم ولى عنده رهن. ويحتمل أن يقبل إقراره في الجميع، وهو القول الثاني للشافعي لأنه ثبت ما عليه فيثبت ماله كالبينة، فإن قلنا إقراره بالرق لم يخل من أن يكون ذكرا أو أنثى. فإن كان اللقيط أنثى فالنكاح صحيح في حقاها، فإن كان قبل الدخول فلا جهر لها، وإن كان دخل بها لم يسقط مهرها وأما أولادها فأحرار ولا يثبت الرق في حق أولادها بإقرارها فأما بقاء النكاح فيقال للزوج: قد ثبت أنها أمة، فإن اخترت المقام على ذلك فأقم، وإن شئت ففارقها، وسواء كان ممن يجوز له نكاح الاماء أو لم يكن لاننا لو اعتبرنا ذلك وأفسدنا نكاحه لكان إفسادا للعقد جميعه بقولها، لان شروط نكاح الامه لا تعتبر في استدامة العقد انما تعتبر في ابتدائه. فإن قيل: قد قبلتم قولها لى أنها أمة في المستقبل وفيه ضرر على الزوج. قلنا لم يقبل قولها في إيجاب حق لم يدخل في العقد عليه، فأما الحكم في المستقبل فيمكن إيفاء حقه وحق من يثبت له الرق عليها بأن يطلقها فلا يلزمه ما لم يدخل عليها أو يقيم على نكاحها فلا يسقط حق سيدها، فإن طلقها اعتدت عدة الحرة، لان عدة الطلاق حق للزوج عند أحمد والشافعي ثلاثة قروء، وإن مات اعتدت عدة الامه وهى شهران وخمس ليال لأنه وطئ في نكاح فاسد، والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وان جنى عمدا على عبد ثم أقر بالرق وجب عليه القصاص على

[319]

القولين وان جنى خطأ وجب الارش في رقبته على القولين لان وجوب القصاص ووجوب الارش في رقبته يضره ولا يضر غيره فقبل قوله فيه، وإن جنى عليه حر عمدا لم يجب القود على الجاني لان ذلك مما يضره ولا يضر غيره فقبل قوله فيه، وإن جنى عليه خطأ بأن قعع يده، فإن الجاني يقر بنصف الدية واللقيط يدعى نصف القيمة، فإن كان نصف القيمة أكثر من نصف الدية وجب نصف القيمة، لان ما زاد عليه لا يدعيه. وإن كان أكثر من نصف الدية فعلى القولين إن قلنا يقبل قوله في الجميع وجب على الجاني نصف القيمة، وإن قلنا لا يقبل فيما يضر غيره وجب نصف الدية لان فيما زاد إضرارا بالجاني (فصل) وإن أقر اللقيط أنه عبد لرجل وكذبه الرجل سقط إقراره، كما لو أقر له بدار فكذبه، وإن أقر اللقيط بعد التكذيب بالرق لآخر لم يقبل. وقال أبو العباس يقبل كما لو أقر لرجل بدار فكذبه ثم أقر بها لآخر، والمذهب الاول لان بإقراره الاول قد أخبر أنه لم يملكه غيره، فإذا كذبه المقر له رجع إلى الاصل، وهو انه حر فلم يقبل إقراره بالرق بعده، ويخالف الدار لانه إذا كذبه الاول رجع إلى الاصل وهى مملوكة فقبل الاقرار بها لغيره. (فصل) وإن بلغ اللقيط فادعى عليه رجل أنه عبده فأنكره فالقول قوله لان الاصل الحرية، وإن طلب المدعى يمينه فهل يحلف؟ يبنى على القولين في إقراره بالرق، فان قلنا يقبل حلف لانه ربما خاف من اليمين فأقر له بالرق، وإن قلنا لا يقبل لم يحلف، لان اليمين انما تعرض ليخاف فيقر، ولو أقر لم يقبل فلم يكن في عرض

اليمين فائدة وبالله التوفيق. (الشرح) إذا جنى جناية موجبة للقصاص فعليه القود حرا كان المجني عليه أو عبدا، لأن إقراره بالرق يقتضى وجوب القود عليه فيما إذا كان المجني عليه عبدا أو حرا فقبل إقراره فيه. وإن كانت الجناية خطأ تعلق أرشها برفقته، لأن ذلك مضر به، فإن كان أرشها أكثر من قيمته وكان في يده مال استوفى منه وإن كان مما تحمله العاقلة لم يقبل قوله في إسقاط الزيادة، لأن ذلك يضر بالمجنى عليه فلا يقبل قوله فيه.

[320]

وقيل تجب الزيادة في بيت المال لأن ذلك كان واجبا للمجنى عليه فلا يقبل قوله في إسقاطه. وإن جنى عليه جناية موجبة للقود وكان الجاني حرا سقط، لأن الحر لا يقاد منه للعبد، وقد أقر المجنى عليه بما يسقط القصاص، وإذا ادعى رق اللقيط مدع سمعت دعواه لأنها ممكنة وإن كانت مخالفة لظاهر الدار، فإن لم يكن له بينة فلا شيء له، أما إذا ادعاه بعد بلوغه فأنكر اللقيط فالقول قوله لاستصحاب الاصل وهو الحرية، وهى حق لله تعالى، والله تعالى أعلم بالصواب قال المصنف رحمه الله تعالى كتاب الوقف الوقف قرية مندوب إليها لما روى عبد الله بن عمر أن عمر رضى الله عنه (أتى النبي صلى الله عليه وسلم وكان قد ملك مائة سهم من خبير، فقال: قد أصبت مالا لم أصب مثله، وقد أردت أن أتقرب به إلى الله تعالى، فقال: حبس الاصل وسبل الثمرة) (فصل) ويجوز وقف كل عين ينتفع بها على الدوام كالعقار والحيوان والاثاث والسلاح، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه (أنه ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم أنه منع ابن جميل وخالد بن الوليد والعباس بن عبد المطلب يعنى الصدقة، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ما نقم ابن جميل الا أنه كان فقيرا فأعناه الله ورسوله. فأما خالد فانكم تظلمون خالدا، ان خالدا قد حبس أدرعه وأعتده معا في سبيل الله) ولانه لما أمر عمر رضى الله عنه بتحييس الاصل وتسبيل الثمرة، دل ذلك على جواز وقف كل ما يبقى وينتفع به. وأما مالا ينتفع به على الدوام كالطعام وما يشم من الريحان وما تحطم وتكسر من الحيوان فلا يجوز وقفه لانه لا يمكن الانتفاع به على الدوام، ويجوز وقف الصغير من الرقيق والحيوان، لانه يرجى الانتفاع به على الدوام، ولا يجوز وقف الحمل لانه تمليك منجز فلم يصح في الحمل وحده كالبيع

[321]

(فصل) واختلف أصحابنا في الدراهم والدنانير، فمن أجاز إجارتها أجاز وقفها، ومن لم يجز إجارتها لم يجز وقفها، واختلفوا في الكلب فمنهم من قال لا يجوز وقفه لأن الوقف تمليك والكلب لا يملك. ومنهم من قال يجوز الوقف لأن القصد من الوقف المنفعة وفى الكلب منفعة فجاز وقفه، واختلفوا في أم الولد فمنهم من قال يجوز وقفها لانه ينتفع بها على الدوام فهى كالامة القنة، ومنهم من قال لا يجوز لانها لا تملك (فصل) ولا يصح الوقف إلا في عين معينة، فإن وقف عبدا غير معين أو فرسا غير معين فالوقف باطل لانه إزالة ملك على وجه القرية فلم يصح في عين في الذمة كالعتق والصدقة. (الشرح) حديث ابن عمر رواه البخاري ومسلم

وأحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه بلفظ (أن عمر أصاب أرضاً من أرض خيبر فقال: يا رسول الله أصبت أرضاً بخيبر لم أصب مالا قط أنفوس عندي منه فما تأمرني؟ فقال: إن شئت حبست أصلها، وتصدقت بها، فتصدق بها عمر على أن لا تباع ولا توهب ولا تورث في الفقراء وذوي القربى والرقاب والضيف وابن السبيل، لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متمول) وفي لفظ (غير متأثر مالا) وفي حديث عمرو بن دينار عند البخاري قال في صدقة عمر (ليس على الولي جناح أن يأكل صديقاً له غير متأثر) قال (وكان ابن عمر هو يلي صدقة عمر ويهدى لناس من أهل مكة كان ينزل عليهم) وللحديث روايات للبيهقي والطحاوي والدارقطني. وروى النسائي وابن ماجه والشافعي عن ابن عمر، وهو متفق عليه من حديث أبي هريرة رضى الله عنه، قال عمر للنبي صلى الله عليه وسلم (إن المائة سهم التي لى بخيبر لم أصب مالا قط أعجب إلى منها، وقد أردت أن أتصدق بها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: احبس أصلها وسبل ثمرتها)

[322]

وأما حديث أبي هريرة فقد رواه أحمد ومسلم بلفظ (بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عمر على الصدقة فقيل: منع ابن جميل وخالد بن الوليد وعباس عم النبي صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ما ينعم ابن جميل إلا أنه كان فقيراً فأغناه الله، وأما خالد فإنكم تظلمون خالداً، قد احتبس أدراعه وأغناه في سبيل الله تعالى، وأما العباس فهي على ومثلها معها. ثم قال: يا عمر أما شعرت أن عم الرجل صنو أبيه) وأخرجه البخاري وليس فيه ذكر عمر ولا ما قيل له في العباس. وأخرجه أبو داود الطيالسي من حديث أبي رافع وفيه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعمر (إننا كنا نعجلنا صدقة مال العباس عام الأول) وأخرجه الطبراني والبخاري وفي إسناده محمد بن ذكوان، وهو ضعيف. ورواه البزار من حديث موسى بن طلحة عن أبيه نحوه. وفي إسناده الحسن بن عماره وهو متروك. ورواه الدارقطني من حديث ابن عباس، وفي إسناده مندل بن علي والعزمي وهما ضعيفان. أما اللغات فالوقف مصدر وقف يقف، ووقفته أنا يتعدى ويلزم، ووقفت الدار حبستها في سبيل الله، وشئ موقوف ووقف تسمية بالمصدر، والجمع أوقاف، كثوب وأثواب، ولا يقال أوقفت إلا في الكلام، فتقول فأوقفت عن الكلام. وقوله (حبس الأصل وسبل الثمرة) الحبس ضد الإطلاق، أي اجعله محبوساً لا يباع ولا يوهب. وسبل الثمرة، أي اجعل لها سبيلاً، أي طريقاً لمصرفها، والأثاث متاع البيت، قال الله تعالى (أثأنا ومتاعاً إلى حين) وقوله (ما تقم ابن جميل) نغم من باب ضرب نغما ونغوماً، وفي لغة من باب تعب، ومعناه كره الشئ وعابه أشد العيب، وفي التنزيل (وما تنقم منا) على اللغة الأولى، أي وما تطعن فينا ونقدح، وقيل ليس لك عندنا ذنب ولا ركبتنا مكروهاً.

[323]

والاعتدة جمع عناد وهو أهبة الحرب من السلاح والذخيرة وغيرها يقال: أخذ للامر عدته وعتاده أي أهبته وآلته. أما الاحكام: فقد استدل المصنف

بحديث ابن عمر علب صحة وقف المشاع وهو مذهب الشافعي وأبى يوسف ومالك، لان عمر وقف مائة سهم بخير ولم تكن مقسومة، وقد عارض وقف المشاع بعض الفقهاء وأوضح ما احتجوا به أن كل جزء من المشترك محكوم عليه بالمملوكية للشريكين فيلزم مع وقف أحد الشريكين أن عليه بحكمين مختلفين متضادين مثل صحة البيع بالنسبة إلى كونه مملوكا وعدم الصحة بالنسبة إلى كونه موقوفا، فيتصف كل جزء بالصحة وعدمها وأجيب عن هذا بأنه نظير العتق المشاع كحديث الستة الاعد كما صح هنا، وإذا صح من جهة الشارع بطل هذا الاستدلال. وقد استدل البخاري على صحة وقف المشارع بحديث أنس في قصة بناء المسجد وأن النبي صلى الله عليه وسلم قال (ثامنوني حائطكم، قالوا لا نطلب ثمنه إلا إلى الله عزوجل) وهذا ظاهر في جواز وقف المشارع ولو كان غير جائز لانكر عليهم النبي صلى الله عليه وسلم قولهم هذا وبين لهم الحكم. على أن الوقف عند أكثر أهل العلم من السلف ومن بعدهم على القول بصحة قال جابر رضى الله عنه لم يكن أحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ذو مقدرة إلا وقف ولم ير شريح الوقف وقال لا حبس عن فرائض الله، وقال أحمد: وهذا مذهب أهل الكوفة، وذهب أبو حنيفة إلى أن الوقف لا يلزم بمجردة، وللواقف الرجوع فيه إلا أن يوص به بعد موته فيلزم أو يحكم بلزومه حاكم، وحكاه بعضهم عن علي وابن مسعود وابن عباس، وخالفه أصحابه فقالوا كقول سائر أهل العلم. واحتج بعضهم بما روى أن عبد الله بن زيد صاحب الأذان جعل حائطه صدقة وجعله إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء أبواه إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالا: يا رسول الله لم يكن لنا عيش إلا هذا الحائط، فرده النبي صلى الله عليه وسلم ثم ماتا فورثهما. رواه المحاملى في أماليه، ولأنه أخرج ماله على وجه القرية

[324]

من ملكه فلا يلزم بمجرد القول كالصدقة، وهذا القول يخالف السنة الثابتة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وإجماع الصحابة رضى الله عنهم فإنه صلى الله عليه قال لعمر في وقفه لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يوهب ولا يورث) قال الترمذي العمل على هذا الحديث عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم، لا نعلم بين أحد من المتقدمين منهم في ذلك اختلافا. قال الحميدى شيخ البخاري: تصدق أبو بكر رضى الله عنه بداره على ولده، وعمر بربعه عند المروة على ولده، وعثمان برومة، وتصدق على بأرضه بينع، وتصدق الزبير بداره بمكة وداره بمصر وأمواله بالمدينة على ولده، وعمرو بن العاص بالوهط، وداره بمكة على ولده، وحكيم بن حزام بداره بمكة والمدينة على ولده قال: فذلك كله إلى اليوم اه. فإن الذى قدر منهم على الوقف وقف واشتهر فلم ينكره أحد فكان إجماعا، ولأنه إزالة ملك يلزم بالوصية، فإذا انجزه حال الحياة لزم من غير حكم كالعتق، وأجيب عن حديث عبد الله بن زيد بأنه إن ثبت فليس فيه ذكر للوقف والظاهر أنه جعله صدقة غير موقوف، استتاب فيها النبي صلى الله عليه وسلم فرأى والديه أحق الناس بصرفها اليهما ولذلك لم يردّها عليه، إنما دفعها اليهما، ويحتمل أن الحائط كان لهما، وكان هو يتصرف فيه بحكم النيابة عنهما فتصرف بهذا التصرف بغير إذنهما فلم ينفذاه، وأتيا النبي صلى الله عليه وسلم فرده اليهما والقياس على الصدقة لا يصح لانها تلزم في الحياة بغير حكم حاكم، وإنما تفتقر إلى القبض، والوقف لا يفتقر إليه فافترقا، فإذا صح الوقف فقد زال به ملك الواقف على المشهور من مذهبنا. والصحيح من مذهب أحمد، وكذلك المشهور من مذهب أبى حنيفة.

وعن مالك لا يزول ملكه، وهو قول لاحمد. وحكى قولاً للشافعي لقول النبي صلى الله عليه وسلم (حبس الاصل وسبل الثمرة). واجيب على القول ببقاء الملك بان الوقف سبب يزيل التصرف في الرقبة والمنفعة، فزال الملك كالعق، ولانه لو كان ملكه لرجعت إليه قيمته كالمملك المطلق، واما الخبر فالمراد به ان يكون محبوسا، لا يباع ولا يوهب ولا يورث،

[325]

وفائدة الخلاف أنا إذا حكمنا ببقاء ملكه لزمته مراعاته والخصومة فيه، ويحتمل أن يلزمه أرش جنايته كما يفدى أم الولد سيدها لما تعذر تسليمه بخلاف غير المالك إذا صح هذا فما ينتفع به باتلافه كالمطعم والمشروب والمشموم فوقفه غير جائز، وكذلك الشمع، وكذلك كل ما يسرع إليه الفساد وكل ما لا يمكن الانتفاع به على الداوم وقد ألحق الحنابلة، الدراهم والدنانير بالمأكول والمشروب، ويحكى شئ عن مالك والاوزاعي في وقف الطعام انه يجوز، ولم يحكه أصحاب مالك، وهذا غير صحيح، لان الوقف تحبىس الاصل وتسبيل الثمرة وملا ينتفع به الا بالاتلاف لا يصح فيه ذلك ولا يصح في المشموم مقطوفا ويصح فيه مزروعا لبقائه مدة كما قاله النووي وغيره، ولهذا قال ابن الصلاح والخوارزمي يصح وقف المشموم كالريحان وغيره وكالعنبر والمسك بخلاف عود البخور لاستهلاكه بالمنفعة وقد اختلف اصحابنا في الدراهم والدنانير فمن قال يجوز ان تكون لها ثمره دائمة كالاجارة اجاز وقفها، ومن قال بعد جواز الاجارة، قال بعدم جواز الوقف فيها، لان تلك المنفعة ليست المقصود الذي خلقت له الاثمان، ولهذا لا تضمن في الغصب فلم يجز الوقف له واجاز الاصحاب وقف الدراهم والدنانير حليا وللعارية لما روى نافع قال: ابتاعت حفصة حليا بعشرين الفا فحبسته على نساء آل الخطاب فكانت لا تخرج زكاته، رواه الخلال باسناده، ولانه عين يمكن الانتفاع بها مع بقائها دائما تصح وقفها كالعقار، ولانه يصح تحبىس اصلها وتسبيل الثمرة فصح وقفها كالعقار، والى هذا ذهب أصحاب أحمد. وروى عن أحمد أنه لا يصح وقفها، وأنكر الحديث عن حفصة في وقفه، وذكره ابن أبى موسى، ووجه هذه الرواية أن التحلى ليس هو المقصود الاصلى من الاثمان فلم يصح وقفها عليه كما لو وقف الدنانير والدراهم. قال ابن قدامة: والاول هو المذهب، والتحلى من المقاصد المهمة، والعادة جارية به وقد اعتبره الشرع في إسقاط الزكاة عن متخذه وجوز اجارته لذلك، ويفارق الدارهم والدنانير، فان العادة لم تجر بالتحلى به ولا اعتبره الشرع في اسقاط زكاته ولا ضمان نفعه في الغصب بخلاف مسألتنا.

[326]

(فرع لا يجوز وقف ما لا يجوز امتلاكه كالكلب ولو كلب صيد وكذلك الخنزير كما لا يجوز وقف أدوات اللهو والمعارف، والكلب إنما ابيح الانتفاع به على خلاف الاصل للقدرة فلا يجوز التوسع فيها. هذا هو الاصح كما قرره النووي في المنهاج وتابعه جميع الشراح. كما لا يجوز الوقف الا على عين معينة مملوكة ملكا يقبل النقل يحصل منها مع بقاء عينها فائدة أو منفعة وضابط المنفعة المقصودة ما يصح استئجاره، على شرط ثبوت حق الملك في

الرقبه وشمل كلام النووي في المنهاج وقف الموصى بعينه مدة والمأجور، وان طالت مدتهما ونحو الجحش الصغير وان لم تكن لأولئك منفعة حالا، ولا يصح وقف حيوان أو متاع أو ثياب في الذمه لان حقيقته إزالة ملك عن عين، نعم يجوز التزامه فيها بالنذر وبهذا كله قال أحمد وأصحابه. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وما جاز وقفه جاز وقف جزء منه مشاع لان عمر رضى الله عنه وقف مائة سهم من خيبر باذن رسول الله صلى الله عليه وسلم، لان القصد بالوقف حبس الاصل وتسييل المنفعة، والمشاع كالمقسوم في ذلك، ويجوز وقف علو الدار دون سفليها دون علوها، لانهما عينان يجوز وقفهما، فجاز وقف أحدهما دون الآخر كالعبدین. (فصل) ولا يصح الوقف الا على بر ومعروف كالقناطر والمساجد والفقراء والاقارب، فان وقف على ما لا قرينة فيه كالبيع والكنائس وكتب التوراة والانجيل، وعلى من يقطع الطريق أو يرتد عن الدين لم يصح، لان القصد بالوقف القرينة، وفيما ذكرناه إعانة على المعصية، وان وقف على ذمى جاز لانه في موضع القرينة، ولهذا يجوز التصديق عليه فجاز الوقف عليه، وفي الوقف على المرتد والحربي وجهان. (أحدهما) يجوز لانه يجوز تملكه فجاز الوقف عليه كالذمي. (والثاني) لا يجوز، لان القصد بالوقف نفع الموقوف عليه، والمرتد والحربي مأمور بقتلها فلا معنى للوقف عليهما، وان وقف على دابة رجل،

[327]

ففيه وجهان، أحدهما لا يجوز، لان مؤنتها على صاحبها، والثاني: يجوز لانه كالوقف على مالكة. (فصل) ولا يجوز ان يقف على نفسه، ولا ان يشترط لنفسه منه شيئا. وقال أبو عبد الله الزبيرى (1): يجوز لان عثمان رضى الله عنه وقف بئر رومة وقال (دلوى فيها كدلاء المسلمين) وهذا خطأ لان الوقف يقتضى حبس العين وتمليك المنفعة والعين محبوسة عليه ومنفعتها مملوكة له فلم يكن للوقف معنى، ويخالف وقف عثمان رضى الله عنه لان ذلك وقف عام ويجوز ان يدخل في العام ما لا يدخل في الخاص، والدليل عليه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلى في المساجد وهى وقف على المسلمين، وان كان لا يجوز ان يخص بالصدقة ولان في الوقف العام يدخل فيه من غير شرط ولا يدخل في الوقف الخاص فدل على الفرق بينهما. (فصل) ولا يجوز الوقف على من لا يملك كالعبد والحمل لانه تملك منجز فلم يصح على من لا يملك كالهبة والصدقة. (فصل) ولا يصح الوقف على مجهول كالوقف على رجل غير معين والوقف على من يختاره فلان لانه تملك منجز فلم يصح في مجهول كالبيع والهبة. (الشرح) خبر عمر رضى الله عنه مضى تخريجه وبعض فقهه ولما تكلم المصنف عن منع وقف غير المعين ناسب ان يردفه بحكم المشارع، ويجوازه قال مالك والشافعي وأبو يوسف وأحمد، وقال محمد بن الحسن، لا يصح، وبناء على اصله في ان القبض شرط، وان القبض لا يصح في المشاع، وخبر عمر هو أول وقف شرع في الاسلام حيث لم يكن وقف في الجاهلية. وقال الشافعي رضى الله عنه ان هذا الوقف المعروف حقيقة شرعية لم تعرفه الجاهلية. وقيل ان أول وقف ما وقفه رسول الله صلى الله عليه وسلم من أموال مخيريق التى أوصى بها له في السنة الثالثة.

(1) في نسخ المهذب المتداولة الزبيدي وصوابه الزبيرى. المطيعى

وصح أصحابنا وقف المشاع وان جهل قدر حصته أو صفتها، لان وقف عمر كان مشاعا، ولانه عقد يجوز على بعض الجملة مفرزا فجاز عليه مشاعا كالبيع، أو عرصة يجوز بيعها فجاز وقفها كالمفرزة، ولان الوقف تحييس الاصل وتسييل المنفعة، وهذا يحصل في المشاع كحصوله في المفرز، ولا نسلم اعتبار القبض. إذا ثبت هذا فانه يجوز ان يوقف جزءا من داره أو علوبها أو سفليها. وكذلك إذا وقف داره على جهتين مختلفتين، مثل أن يقفها على أولاده وعلى المساكين أو على جهة أخرى سواهم، لانه إذا جاز وقف الجزء مفردا جاز وقف الجزين. (فرع) إذا لم يكن الوقف على بر أو معروف فهو باطل، وبيان ذلك أنه لا يصح الا على ولده وأقاربه ورجل معين، أو بناء المساجد والجسور والقناطر وكتب الفقه والعم والقرآن والمقابر والسقايات ولا يصلح على غير معين كرجل وامرأة، لان الوقف تملك للعين أو للمنفعة فلا يصح على غير معين كالبيع والاجارة، ولا على معصية كبيت النار لعبدتها والبيع والكنائس وكتب التوراة والانجيل لان ذلك معصية، فان هذه المواضع بنيت للكفر، وهذه الكتب مبدلة منسوخة. ولذلك غضب النبي صلى الله عليه وسلم حين رأى مع عمر صحيفة فيها شيء من التوراة وقال (أفى شك أنت يابن الخطاب؟) وفى رواية (أمتهوكون أتم؟ لو كان موسى أخى حيا ما وسعه الا اتباعى) وفى رواية (الم أت بها بيضاء نقية؟ لو كان موسى أخى حيا ما وسعه الا اتباعى) فلو لا ان ذلك معصية ما غضب صلى الله عليه وسلم منه. والوقف على قناديل البيعة أو معابد البوذيين أو دور الهندوك أو محافل البهائيين أو القاديانيين أو أي معبد يقوم على غير أصل الاسلام وخلوص الوجدانية من شوائب الزيغ باطل. وقال احمد بن حنبل في نصارى وقفوا على البيعة ضياغا كثيرة وماتوا ولهم أبناء نصارى فاسلموا والضياغ بيد النصارى، فلهم اخذها وللمسلمين عونهم حتى يستخرجوها من أيديهم.

وهذا هو مذهب الشافعي رضى الله عنه ولا نعلم فيه خلافا، ولان ما لا يصح من المسلم الوقف عليه لا يصح من الذمي كالوقف على غير معين. فان قيل: فقد قلت إن أهل الكتاب إذا عقدوا عقودا فاسدة وتقاوضوا ثم أسلموا وترافعوا اليها لم ننقض ما فعلوه، فكيف أجزتم الرجوع فيما وقفوه على كنائسهم؟ قلنا الوقف ليس بعقد معاوضة، وانما هو ازالة للملك في الموقوف على وجه القرية، فإذا لم يقع صحيحا لم يزل الملك فيبقى بحاله كالعتق، وقد أفنى أحمد رضى الله عنه في نصراني أشهد في وصيته أن غلامه فلانا يخدم البيعة خمس سنين ثم هو حر، ثم مات مولاه وخدم سنة ثم أسلم ما عليه؟ قال هو حر ويرجع على الغلام بأجره خدمة مبلغ أربع سنين. وروى عنه قال: هو حر ساعة مات مولاه لان هذه معصية. وظاهر كلام المصنف التفريق بين الذمي ومعابد الكفار، حيث يقول: وان وقف على ذمي جاز الخ. قلت هذا مبنى على أصل أن الوقف لا يصح على من لا يملك، كالوقف على القن وأم الولد والجن والملائكة ولانه يجوز التصديق عليه أما الوقف على المرتد والحربي في صفوف الأعداء فوجهان. فمن جعله كالذمي أجاز الوقف عليه. ومن قال أن القصد من الوقف نفع

الموقوف عليه ونحن مأمورون بقتل المرتد والحربي، وهذا أقصى درجات الحرمان وهو فقد الحياة، فكيف يجوز إيصال المنفعة إليه ؟ ولأن أموال المرتدين والمحاربين مباحة في الأصل، ويجوز أخذها بالقهر والغلبة، فما يتجدد لهم أولى على أن الوقف لا يجوز أن يكون مباح الأخذ لأنه تحبب الأصل وفارق أهل الذمة فإنه يصح الوقف عليهم لأنهم يملكون ملكاً محترماً، ولأن صفيه أم المؤمنين وفتت على أخ لها يهودى، ولأن من جاز أن يقف الذمي عليه جاز أن يقف عليه المسلم كالمسلم، ولو وقف على من ينزل كنائسهم وبيعهم من المارة والمجتازين صح أيضاً لأن الوقف عليهم لا على الموضع (فرع) لا يجوز أن يخص نفسه بالوقف وكذلك إذا جعله عاماً وجعل لنفسه شيئاً منه فإنه لا يجوز وقيل يجوز، واستدل القائلون بجوازه، ومنهم أبو عبد الله

[330]

الزبيرى وابن حجر العسقلاني في الباري بحديث بئر رومة، وهو عن عثمان رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قدم المدينة ولبس بها ماء يستعذب غير بئر رومة فقال (من يشترى بئر رومة فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين بخير له منها في الجنة، فاشتريتها من صلب مالى) رواه النسائي والترمذي وقال: حديث حسن، وفيه جواز انتفاع الواقف بوقفه. وفي رواية للبخاري في كتاب الصحابة من طريق بشر بن بشير الاسلمي عن ابيه انها كانت لرجل من بنى غفار عين يقال لها رومة. وكان يبيع منها القرية بمد فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: تبعتها بعين في الجنة؟ فقال يا رسول الله ليس لى ولا لعيالى غيرها، فبلغ ذلك عثمان فاشتراها بخمسة وثلاثين الف درهم. ثم اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: أتجعل لى ما جعلت له؟ قال نعم قال قد جعلتها للمسلمين. وللنسائي من طريق الاحنف عن عثمان قال: اجعلها سقاية للمسلمين واجرها لك، وزاد أيضاً في رواية من هذه الطريق ان عثمان قال ذلك وهو محصور وصدقة جماعة منهم على بن أبى طالب وطلحة والزبير وسعد بن ابى وقاص وفي قوله: فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين، الدليل على جواز أن يجعل الواقف لنفسه نصيباً في الوقف، قالوا ويؤيده جعل عمر لمن ولى وقفه أن يأكل منه بالمعروف، وظاهره عدم الفرق بين أن يكون هو الناظر أو غيره. هكذا قالوا. قال ابن حجر في فتح الباري: ويستنبط منه صحة الوقف على النفس وهو قول ابن أبى ليلى وأبى يوسف وأحمد في الأرحح عنه. وقال به ابن شعبان من المالكية، وجمهورهم على المنع إلا إذا استثنى لنفسه شيئاً يسيراً بحيث لا يتهم انه قصد حرمان ورثته. ومن الشافعية أبو العباس بن سريج وطائفة. وصنف فيه محمد بن عبد الله الانصاري شيخ البخاري جزءاً ضخماً، واستدل له بقصة عمر هذه، وبقصة راكب البدنة، وبحديث أنس في أنه صلى الله عليه وسلم أعتق صفية وجعل عتقها صداقها، ووجه الاستدلال به انه أخرجها عن ملكه بالعتق وردها إليه بالشرط. اه وقد حكى جواز الوقف على النفس ابن شبرمة والزبيرى. وعن الشافعي

[331]

ومحمد بن الحسن انه لا يصح الوقف على النفس، قالوا لانه تملك فلا يصح أن يملكه لنفسه من نفسه كالبيع والهبة، ولقوله صلى الله عليه وسلم (سبل الثمرة) وتسبيلها تملكها للغير. قال ابن حجر: وتعقب بان امتناع ذلك غير مستحيل، ومنعه تملكه لنفسه إنما هو لعدم الفائدة. والفائدة في الوقف حاصلة لان استحقاقه إياه وقفا. أه قلت: وقد استدل القائلون بصحة الوقف على النفس بحديث الرجل الذي قال للنبي صلى الله عليه وسلم (عندي دينار، فقال تصدق به على نفسك) رواه أبو داود والنسائي. وقال ابن قدامة: قال الاثرم: قيل لابي عبد الله - يعنى أحمد بن حنبل - يشترط في القوف انى أنفق على نفسي وأهل منه؟ قال نعم. واحتج قال: سمعت ابن عيينة عن ابن طاوس عن ابيه عن حجر المدري ان في صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأكل منها أهله بالمعروف غير المنكر. أه. ودليل المانعين وهم مالك والشافعي ومحمد بن الحسن انه إزالة ملك فلم يجز اشتراط نفعه لنفسه كالبيع والهبة، وكما لو اعتق عبدا بشرط ان يخدمه، ولان ما ينفقه على نفسه مجهول، فلم يصح اشتراطه كما لو باع شيئا واشترط ان ينتفع به. وقال النووي في المنهاج (ويصح على ذمى لا مرتد وحربي ونفسه في الاصح) وقد فهم بعض الشراح كما يقول الرملي من هذا ان النووي صحح الوقف لنفسه، والذي يتبادر إلى الفهم من كلام النووي ان عطف نفسه يرجع على المعطوف عليه وهو ذمى المقول بصحة الوقف عليه، ولكن الرملي رحمه الله قال: لتعذر تملك الانسان ملكه أو منافع ملكه لنفسه لانه حاصل، ويمتنع تحصيل الحاصل واختلاف الجهة، إذ استحقاقه وقفا غيره ملكا الذي نظر له مقابل الاصح. واختاره جمع، ومنه ان يشترط نحو قضاء دينه مما وقفه، أو انتفاعه به أو شربه منه أو مطالعته في الكتاب، أو طبخه في القدر أو استعماله من بئر أو كوز وقف ذلك على الفقراء؟ فيبطل الوقف بذلك، خلافا لبعض الشراح هنا، وكأنه توهم جواز ذلك من قول عثمان في وقفه لبئر رومة دلوى فيها كدلاء المسلمين.

[332]

قال: وليس بصحيح فقد أجابوا عنه بانه لم يقل ذلك على سبيل الشرط، بل الاخبار بأن للواقف الانتفاع بوقفه العام، كالصلاة بمسجد وقفه والشرب من بئر وقفها. نعم، لو شرط ان يضحى عنه صح أخذنا من قول الماوردي وغيره بصحة شرط ان يحج عنه منه، أي لانه لا يرجع له من ذلك سوى الثواب وهو لا يضرب، بل هو المقصود من الوقف، ولو وقف على الفقراء مثلا ثم صار فقيرا أجاز له الاخذ منه. وكذا لو كان فقيرا حال الوقف، كما في الكافي واعتمده السبكي وغيره، ويصح شرطه النظر لنفسه ولو بمقابل ان كان بقدر أجرة المثل فأقل كما قيده بذلك ابن الصلاح ومن حيل الفقهاء الذين يمنعون الوقف بهذه الصورة أن ابن الرفعة وهو من كبار الفقهاء وقف على الافقه من بنى الرفعة، فعنى بذلك نفسه، أو يأتي آخر ويقف على أولاد أبيه الذين من صفاتهم كيت وكيت ويضفى صفات نفسه على المنتفع من الوقف فينصرف ذلك إلى نفسه، وقد صح هذه الحيلة الرملي وقال: وهو الاوجه وان خالف في الاسنوى وغيره تبعنا للغزالي والخوارزمي فابطلوه إن انحصرت الصفة فيه وإلا صح. (فرع) إذا وقف على من لا يصح تملكه أو غير مؤهل للملك، لان الوقف تملك منفعة، وضرب مثلا بالعبد والحمل، لان الجنين لا يملك شيئا، كما لا يصح الوقف على مجهول أو معدوم كعلى مسجد سبيني أو على ولده ولا ولد له أو على فقراء أولاده وليس فيهم فقير. ولا على عمارة المسجد إذا لم يبينه بموضعه ولا على ميت لان الوقف تسليط في الحال بخلاف الوصية، كما لا

يصح الوقف على بهيمة مجهولة بأن أطلق بغير تعيين، وقيل هو وقف على مالكها، ومن ثم لا يصح على الوحوش ولا على الطيور المباحة، ولو كانت معينة على نزع في الحزم به. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ولا يصح تعليقه على شرط مستقبل لانه عقد يبطل بالجهالة فلم يصح تعليقه على شرط مستقبل كالبيع ولا يصح بشرط الخيار وبشرط أن

[333]

يرجع فيه إذا شاء أو يبيعه إذا احتاج أو يدخل فيه من شاء أو يخرج منه من شاء لانه إخراج مال على وجه القرية فلم يصح مع هذه الشروط كالصدقة. (فصل) ولا يجوز إلى مدة لانه إخراج مال على وجه القرية فلم يجر إلى مدة كالعتق والصدقة (الشرح) الاحكام لا يجوز تعليق ابتداء الوقف على شرط في الحياة، مثل أن يقول: إذا جاء رأس الشهر فدارى وقف أو فرسى حبس، أو إذا ولد لى ولد أو إذا قدم لى غائبي ونحو ذلك. ولا نعلم في هذا خلافا، لانه نقل للملك فيما لم بين على التغليب والسراية، فلم يجر تعليقه بالموت، وتعليقه بشرط في الحياة ولا يصح لما ذكرنا من الفرق بينهما فيما قبل هذا. وان علق انتهاءه على شرط نحو قوله: دارى وقف إلى سنة أو إلى أن يقدم الحاج لم يصح، وهو أحد الوجهين عند الحنابلة، لانه ينافى مقتضى الوقف، فان مقتضاه التأييد. والوجه الآخر عندهم يصح لانه منقطع الانتفاء فاشبهه مالو وقفه على منقطع الانتفاء، فان حكما بصحته ههنا فحكمه حكم منقطع الانتفاء. وان شرط ان يبيعه متى شاء أو يهبه أو يرجع فيه لم يصح الشرط ولا الوقف لا نعلم فيه خلافا، لانه ينافى مقتضى الوقف. ويحتمل أن يفسد الشرط ويصح الوقف بناء على الشروط الفاسدة في البيع، وان شرط الخيار في الوف فسد. هكذا قال الشافعي ونص عليه أحمد وقال أبو يوسف في رواية عند يصح، لان الوقف تملك المنافع فجاز شرط الخيار فيه كالأجارة. ولنا أنه شرط ينافى مقتضى العقد فلم يصح، كما لو شرط أن له يبيعه متى شاء، ولانه إزالة ملك لله تعالى فلم يصح الخيار فيه كالعتق، ولانه ليس بعقد معاوضة فلم يصح اشتراط الخيار فيه كالهبة، ويفارق الأجارة فإنها عقد معاوضة وهى نوع من البيع، ولان الخيار إذا دخل في العقد منع ثبوت حكمه قبل انقضاء الخيار

[334]

أو التصرف، وههنا أو ثبت الخيار لثبت مع ثبوت حكم الوقف ولم يمنع التصرف فافترقا. وان شرط في الوقف ان يخرج من شاء من اهل الوقف ويدخل من شاء من غيرهم، لانه شرط ينافى مقتضى الوقف فافسده كما لو شرط ان لا ينتفع. إذا ثبت هذا فإنه لا يجوز ان يقول: وقفت هذا على الفقراء أو على مسجد مثلا سنة مثلا، وبطلانه من فساد صيغته، إذ ان وضع الوقف على التأييد فإذا جعله إلى مدة كان باطلا كالعتق والصدقة، وسواء في ذلك طويل المدة وقصيرها وقد بحث الأذرعى كما فعل الزركشي جواره إذا وقفه على الفقراء ألف سنة أو نحوها مما يبعد البقاء إليه، كما تقرر أنه لا أثر لتوقيت الاستحقاق، كقوله وقفته على زيد سنة ثم على الفقراء، أو إلا أن يولد لى ولد، كما نقله البلقيني عن الخوارزمي وحزم به ابن الصباغ وجرى عليه في الانوار والله أعلم قال المصنف رحمه الله

تعالى: (فصل) ولا يجوز إلا على سبيل لا ينقطع، وذلك من وجهين:
(أحدهما) أن يقف على من لا ينقرض كالفقراء والمجاهدين وطلبة العلم
وما أشبهها (والثاني) أن يقف على من ينقرض ثم من بعده على من لا
ينقرض، مثل أن يقف على رجل بعينه، ثم على الفقراء أو على رجل ثم
على عقبه ثم على الفقراء، فأما إذا وقف وقفاً منقطع الابتداء والانتهاء
كالوقف على عبده أو على ولده ولا ولد له فالوقف باطل لان العبد لا يملك
والولد الذي لم يخلق لا يملك فلا يفيد الوقف عليهما شيئاً. وإن وقف وقفاً
متصل الابتداء منقطع الانتهاء بأن وقف على رجل بعينه ولم يزد عليه، أو
على رجل بعينه ثم على عقبه ولم يزد عليه ففيه قولان (أحدهما) أن
الوقف باطل، لان القصد بالوقف أن يتصل الثواب على الدوام، وهذا لا
يوجد في هذا الوقف، لانه قد يموت الرجل وينقطع عقبه. (والثاني) أنه
يصح ويصرف بعد انقراض الموقوف عليه إلى أقرب الناس إلى الواقف، لان
مقتضى الوقف الثواب على التأيد، فحمل فيما سماه على ما شرطه

[335]

وفيما سكت عنه على مقتضاه، وبصير كأنه وقف مؤبد. ويقدم المسمى
على غيره فإذا انقرض المسمى صرف إلى أقرب الناس إلى الواقف، لانه
من أعظم جهات الثواب، والدليل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم أنه
قال (لا صدقة وذو رحم محتاج) وروى سلمان بن عامر عن النبي صلى الله
عليه وسلم قال (صدقتك على المساكين صدقة، وعلى ذى الرحم اثنتان،
صدقة وصلية) وهل يختص به فقراؤهم أو يشترك فيه الفقراء والاعنياء ؟
فيه قولان (أحدهما) يختص به الفقراء، لان مصرف الصدقات إلى الفقراء.
(والثاني) يشترك فيه الفقراء والاعنياء: لان في الوقف العنى والفقير
سواء، وإن وقف وقفاً منقطع الابتداء متصل الانتهاء بأن وقف على عبد ثم
على الفقراء، أو على رجل غير معين ثم على الفقراء، ففيه طريقان. من
أصحابنا من قال: يبطل قولاً واحداً لان الاول باطل والثاني فرع لاصل
باطل فكان باطلاً. ومنهم من قال فيه قولان: (أحدهما) أنه باطل لما ذكرناه
(والثاني) أنه يصح لانه لما بطل الاول صار كأن لم يكن. وصار الثاني أصلاً.
فإذا قلنا إنه يصح فإن كان الاول لا يمكن اعتبار انقراضه كرجل غير معين
صرف إلى من بعده وهم الفقراء، لانه لا يمكن اعتبار انقراضه فسقط
حكمه، وإن كان يمكن اعتبار انقراضه كالعبد ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) ينقل
في الحال إلى من بعده، لان الذى وقف عليه في الابتداء لم يصح الوقف
عليه، فصار كالمعدوم (والثاني) وهو المنصوص: أنه للواقف ثم لو ارثه إلى
أن ينقرض الموقوف عليه، ثم يجعل لمن بعده لانه لم يوجد شرط الانتقال
إلى الفقراء، فيبقى على ملكه. (والثالث) أن يكون لاقرباء الواقف إلى أن
ينقرض الموقوف عليه ثم يجعل للفقراء، لانه لا يمكن تركه عليه الواقف
لانه أزال الملك فيه، ولا يمكن أن يجعل للفقراء لانه لم يوجد شرط
الانتقال إليهم فكان أقرباء الواقف أحق وهل يختص به فقراؤهم ؟ أو
يشترك فيه الفقراء والاعنياء ؟ على ما ذكرنا من القولين.

[336]

(فصل) وإن وقف وقفاً مطلقاً ولم يذكر سبيله ففيه قولان: (أحدهما) أن الوقف باطل لأنه تملك فلا يصح مطلقاً، كما لو قال: بعثت دارى ووهبت مالى. (والثانى) يصح وهو الصحيح لأنه إزالة ملك على وجه القرية فصح مطلقاً كالأضحية، فعلى هذا يكون حكمه حكم الوقف المتصل بالابتداء المنقطع بالانتهاء، وقد بيناه (الشرح) الحديث الاول جزء من حديث طويل عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (والذى بعثنى بالحق لا يعذب الله يوم القيامة من رحم اليتيم ولأن له فى الكلام ورحم يئمه وضعفه ولم يتناول على جاره بفضل ما أتاه الله. وقال: يا أمة محمد والذى بعثنى بالحق لا يقبل الله صدقة من رجل وله قرابة محتاجون إلى صلته وبصرفها إلى غيرهم، والذى نفسى بيده لا ينظر الله إليه يوم القيامة) رواه الطبرانى فى الاوسط. قال الهيثمى فى مجمع الزوائد: وفيه عبد الله بن عامر الأسلمى، وهو ضعيف. وقال أبو حاتم ليس بالمتروك. أما بقية رجاله فثقات. أما حديث سلمان بن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم بلفظ (الصدقة على المسلمين صدقة، وهى على ذى الرحم نثنان صدقة وصله) رواه أحمد وابن ماجه والترمذى والنسائى وابن حبان والدارقطنى والحاكم وحسنه الترمذى أما الاحكام: فإنه لا يجوز إلا على سبيل مراد للتأبيد لا للانقطاع ولا يتحقق هذا إلا إذا جعل وقفه لفئة أو طائفة لا تنقرض، فإذا وقف على قوم ونسلهم ثم على المساكين فانقرض القوم ونسلهم فلم يبق منهم أحد رجع إلى المساكين ولم ينتقل إليهم مادام أحد من القوم أو من نسلهم باقياً، لأنه رتبة للمساكين بعدهم والمساكين من الزكاة والفقراء يدخلون فيهم. وكذلك لفظ الفقراء يدخل فيه المساكين لأن كل واحد من اللفظين يطلق عليهما، والمعنى الذى يسميان به شامل لهما وهو الحاجة والفاقة، ولهذا لما سمي الله عزوجل المساكين فى مصرف كفارة اليمين وكفارة الظهار وفدية الاذى تناولهما جميعاً، وجاز الصرف إلى كل

[337]

واحد منهما. فإذا وقفه وقفاً متصل بالابتداء منقطع بالانتهاء، كعلى رجل، أو رجل ونسله ففيه وجهان: (أحدهما) البطلان لأنه منقطع. وهو لا يجوز إلا على الدوام. (والثانى) أنه يجوز لامكان صرفه إلى أقرب الناس إلى الوقف وإن كانوا أغنياء. وهذا هو أحد القولين عندنا وبه قال أحمد وأصحابه. والثانى يقدم الفقراء منهم وأكثرهم حاجة. ويحتمل أن يجزأ الوقف ثلاثة أجزاء. فجزء يصرف إلى الغزاة فى سبيل الله وجزء يصرف إلى أقرب الناس إليه من الفقراء لأنهم أكثر الجهات ثواباً، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال (صدقتك على ذى القرابة صدقة وصله) والثالث يصرف إلى من يأخذ الزكاة لحاجته. وهم خمسة أصناف لأنهم أهل حاجة منصوص عليهم فى القرآن، فكان من نص الله تعالى عليه فى كتابه أولى من غيره وإن ساواه فى الحاجة. (فرع) سبق أن قررنا أن الوقف على من لا يملك باطل، فإذا وقف وقفاً متصل غير منقطع فى دوامه واستمراره إلا أنه منقطع فى ابتدائه بأن وقفه على عبد أو جنين فى بطن أمه على أن يؤول بعد ذلك إلى الفقراء فلاصحابنا طريقان، الاول يبطل لبطلان أوله قولاً واحداً. والثانى يصح لصحة استمراره ودوامه فيصير أوله كأن لم يكن ويصرف الوقف على وجهه الصحيح وقد بحث الرملى فى شرحه على المنهاج المسألة فقال: ولو قال وقفت على أولادى أو على زيد ثم نسله أو نحوهما مما لا يدوم ولم يزد على ذلك فالظاهر صحة الوقف، لأن مقصوده القرية والدوام، فإذا بين مصرفه ابتداء سهل إدامته على سبيل الخير، فإذا

انقرض الذكور أو لم تعرف أرباب الوقف فالأظهر أنه يبقى وقفا، لان وضع الوقف الدوام كالعنق، ولانه صرفه عنه فلا يعود، كما لو نذر هديا إلى مكة فرده فقراؤها. (والثاني) يرتفع الوقف ويعود ملكا للواقف أو إلى ورثته إن كان مات، لان بقاء الوقف بلا مصرف متعذر، وإثبات مصرف لم يذكره الواقف بعيد

[338]

فتعين ارتفاعه، والأظهر ما أفتى به الزين العراقي أن المراد بما في كتب الاوقاف ثم الاقرب إلى الواقف أو المتوفى قرب الدرجة والرحم لا قرب الارث والعصوبة فلا ترجيح بهما في مستويين في القرب من حيث الرحم والدرجة. ومن ثم قال لا يرجح عم على خالة بل هما مستويان ويعتبر فيهم الفقير، ولا يفضل الذكر على غيره فيما يظهر ولكن بالقرب إلى الواقف، لان الصدقة على الاقارب أفضل القربات ن فإذا تعذر الرد للواقف تعين أقربهم إليه، لان الاقارب مما حث الشرع عليهم في جنس الوقف لخبر أبي طلحة: أرى أن تجعلها في الاقربين. وبه فارق عدم تعيينهم في نحو الزكاة، على أن لهذه مصرفا عينه الشارع بخلاف الوقف، ولو فقدت أقرابه أو كانوا كلهم أغنياء صرف الربح لصالح المسلمين، كما نص عليه البويطي في الاولى، أو إلى الفقراء والمساكين على ما قاله سليم الرازي وابن الصباغ والمتولي وغيرهم، أو قال: ليصرف من غلته لفلان كذا، وسكت عن باقيها فكذلك. وصرح في الانوار بعدم اختصاصه بفقراء بلد الوقف بخلاف الزكاة. أما الامام إذا وقف منقطع الآخر فيصرف للمصالح لا لأقاربه، كما أفاده الزركشي، وهو ظاهر. ولو كان الوقف منقطع الاول كوقفته على من سيولد لي، أو على مسجد سيني ثم على الفقراء مثلا فالمذهب بطلانه لتعذر الصرف إليه حالا ومن بعده (مرعه؟) والطريق الثاني فيه قولان: أحدهما الصحة، وصححه المصنف في تصحيح التنبيه ولو لم يذكر بعد الاول مصرفا بطل قطعا ن لانه منقطع الاول والآخر. ولو قال وقفت على أولادي ومن سيولد لي على ما افصله، ففصله على الموجودين وجعل نصيب من مات منهم بلا عقب لمن سيولد له صح، ولا يؤثر فيه قوله: وقفت على أولادي ومن سيولد لي، لان التفصيل بعده بيان له، أو كان الوقف مقطوع الوسط كوقفته على أولادي ثم على رجل، وأبهم لانه لا يضر تردد في صفة أو شرط أو مصرف دلت قرينة قبله أو بعده على تعيينه، إذ لا يتحقق الانقطاع الامع الابهام من كل وجه. ثم قال: ثم على الفقراء، فالمذهب صحته لوجود المصرف حالا ومالا.

[339]

ولو اقتصر على قوله: وقفت كذا ولم يذكر مصرفا، أو ذكر مصرفا متعذرا كوقف كذا على جماعة فالأظهر بطلانه. ولو وقف على شخصين ثم الفقراء مثلا فمات احدهما فالاصح المنصوص أن نصيبه يصرف إلى الآخر، لان شرط الانتقال إلى الفقراء انقراضهما جميعا ولم يوجدوا إذا امتنع الصرف إليهم فالمصرف لمن ذكره الواقف أولى. والثاني: يصرف إلى الفقراء كما يصرف إليهم إذا ماتا، ومحل الخلاف ما لم يفصل، وإلا بأن قال: وقفت على كل منهما نصف هذا وقفا كما ذكره السبكي فلا

يكون نصيب الميت منهما للآخر انتقاله للاقرب إلى الواقف ولو وقف عليهما وسكت عن مصرف له بعدهما فهل نصيبه للآخر أو لاقرباء الواقف؟ وجهان أوجههما كما أفاده الرملي الأول وصححه الأذرعى، ولو رد أحدهما أو بان ميتا فالقياس على الأصح صرفه للآخر. ولو وقف على زيد ثم عمرو ثم بكر ثم للفقراء، فمات عمرو قبل زيد ثم مات زيد، قال الماوردي والرويانى لا شئ ليكر وينتقل الوقف من زيد إلى الفقراء، لانه رتبه بعد عمرو، وعمرو بموته أولا لم يستحق شيئا فلم يجز أن يملك بكر عنه شيئا. وقال القاضي أبو الطيب: الاظهر أنه يصرف إلى بكر لان استحقاق الفقراء مشروط بانقراضه، كما لو وقف على ولده ثم ولد ولده ثم الفقراء، فمات ولد الولد ثم الولد يرجع للفقراء. ويوافق فتوى البغوي في مسألة حاصلها أنه إذا مات واحد من ذرية الواقف في وقف الترتيب قبل استحقاقه للوقف لحجبه بمن فوقه يشارك ولده من بعده عند استحقاقه. قال الزركشي وهذا هو الاقرب. ولو وقف على أولاده فإذا انقرض أولادهم فعلى الفقراء، فالوجه كما صححه الشيخ أبو حامد أنه منقطع الوسط، لان أولاد الاولاد لم يشترط لهم شيئا وإنما بشرط انقراضهم لاستحقاق غيرهم. واختار ابن أبى عمرون دخولهم، وجعل ذكرهم قرينة على استحقاقهم وفيما ذكرنا كله مذهب أحمد وأصحابه في الوجه والاقوال وطرق الترجيح (فرع) إذا أطلق ولم يعين مصرف الوقف فالصحيح أنه يصح، لانه إزالة

[340]

ملك على وجه التقرب إلى الله تعالى، وما أطلق من كلام الآدميين محمول على المعهود في الشرع، فعلى هذا يكون حكمه حكم الوقف المتصل بالابتداء المنقطع الانتهاء فيصرف إلى أقرب الناس إليه، والله تعالى أعلم بالصواب قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ولا يصح الوقف الا بالقول، فإن بنى مسجدا وصلى فيه أو أذن للناس بالصلاة فيه لم يصر وقفا، لانه إزالة ملك على وجه القرية فلم يصح من غير قول مع القدرة كالعتق، وألفاظه ستة: وقفت. وحبست. وسلبت. وتصدقت وأبدت وحرمت. فأما الوقف والحبس والتسبيل فهي صريحة فيه، لان الوقف موضوع له ومعروف به، والتحبس والتسبيل ثبت لهما عرف الشرع فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعمر رضى الله عنه: حبس الاصل وسبل الثمرة. وأما التصديق فهم كناية فيه لانه مشترك بين الوقف وصدقة التطوع فلم يصح الوقف بمجرد، فإن اقترنت به نية الواقف أو لفظ من الالفاظ الخمسة بأن يقول: تصدقت به صدقة موقوفة أو محبوسة أو مسبلة أو مؤبدة أو محرمة، أو حكم الوقف بأن يقول: صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث صار وقفا، لانه مع هذه القرائن لا يحتمل غير الوقف، وأما قوله: حرمت وأبدت ففيه وجهان (أحدهما) أنه كناية فلا يصح به الوقف الا بإحدى القرائن التى ذكرنا، لانه لم يثبت له عرف الشرع ولا عرف اللغة فلم يصح الوقف بمجرد كالتصدق (والثانى) أنه صريح لان التأيد والتحریم في غير الابضاع لا يكون الا بالوقف فحمل عليه (فصل) وإذا صح الوقف لزم وانقطع تصرف الواقف فيه، لما روى ابن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعمر رضى الله عنه: ان شئت حبست أصلها وتصدقت بها لا تباع ولا توهب ولا تورث. ويحول ملكه عن العين. ومن أصحابنا من خرج فيه قولا آخر أنه لا يزول ملكه عن العين، لان

الوقف حبس العين وتسهيل المنفعة، وذلك لا يوجب زوال الملك. والصحيح هو الاول، لانه سبب يزيل ملكه عن التصرف في العين والمنفعة فأزال الملك كالعق. واختلف أصحابنا فيمن ينتقل الملك إليه، فمنهم من قال: ينتقل إلى الله تعالى قولاً واحداً، لانه حبس عين وتسهيل منفعة على وجه القرية فأزال الملك إلى الله تعالى كالعق ومنهم من قال فيه قولان (أحدهما) أنه ينتقل إلى الله تعالى وهو الصحيح لما ذكرنا (والثاني) أنه ينتقل إلى الموقوف عليه لان ما أزال المالك عن العين لم يزل المالية تنقل إلى الأدمى كالصدقة (فصل) ويملك الموقوف عليه غلة الوقف، فإن كان الموقوف شجرة ملك ثمرتها وتجب عليه زكاتها، لانه يملكها ملكاً تاماً فوجب زكاتها عليه، فإن كان حيواناً ملك صوفه ولبنه، لان ذلك من غلة الوقف وفوائده فهو كالثمرة، وهل يملك ما تلده؟ فيه وجهان (أحدهما) يملكه لانه نماء الوقف فأشبهه الثمرة وكسب العبد (والثاني) أنه موقوف كالام لان كل حكم ثبت للام يتبعها فيه الولد كحرمة الاستيلاء في أم الولد، وإن كان جارية ملك مهرها لانه بدل منفعتها ولا يملك وطأها، لان في أحد القولين لا يملكها، وفي الثاني يملكها ملكاً ضعيفاً فلم يملك به الوطن، فإن وطئها لم يلزمه الحد لانه في أحد القولين يملكها، وفي الثاني له شبهة ملك. وفي تزويجها وجهان (أحدهما) لا يجوز، لانه ينقص قيمتها وربما تلفت من الولادة فيدخل الضرر على من بعده من أهل الوقف (والثاني) يجوز لانه عقد على منفعتها فأشبهه الاجارة. فإن قلنا إنها للموقوف عليه كان تزويجها إليه، وإن قلنا إنها تنتقل إلى الله تعالى كان تزويجها إلى الحاكم كالحرية التي لا ولي لها ولا بزوجه الحاكم إلا بإذن الموقوف عليه، لان له حقاً في منافعتها فلم يملك التصرف فيها وبغير اذنه، فإن أتت ولد مملوك كان الحكم فيه كالحكم فيما تلد البهيمة (فصل) وان أتلفه الواقف أو أجنبي فقد اختلف أصحابنا فيه على طريقين فمنهم من قال يبني على القولين، فإن قلنا انه للموقوف عليه وجبت القيمة له لانه

بدل ملكه، وان قلنا: انه لله تعالى اشترى به مثله ليكون وقفاً مكانه. وقال الشيخ أبو حامد الاسفرايني: يشترى بها مثله ليكون وقفاً وكأنه قولاً واحداً لانا وان قلنا انه ينتقل إلى الموقوف عليه الا أنه لا يملك الانتفاع برفقته، وانما يملك الانتفاع بمنفعته، ولان في ذلك ابطال حق البطن الثاني من الوقف، وان أتلفه الموقوف عليه - فإن قلنا انه إذا أتلفه غيره كانت القيمة له - لم تجب عليه، لانها تجب له ن وان قلنا يشترى بها ما يكون وقفاً مكانه أخذت القيمة منه واشترى بها ما يكون مكانه. وان كان الوقف جارية فوطنها رجل بشبهة فانت منه بولد ففي قيمة الولد ما ذكرناه من الطريقين في قيمة الوقف إذا أتلف، وان كان الوقف عبداً فحني جناية توجب المال لم يتعلق برفقته، لانها ليست بمحل للبيع، فان قلنا انه للموقوف عليه وجب الضمان عليين. وأن قلنا: انه لله تعالى ففيه ثلاثة أوجه. (أحدها) يلزم الواقف، وهو قول أبي اسحاق وهو الصحيح، لانه منع من بيعه ولم يبلغ به حالة يتعلق الارش بذمته فلزمه أن يفديه كأم الولد (والثاني) أنه يجب في بيت المال لانه لا يمكن ايجابه على الواقف لانه لا يملكه ولا على الموقوف عليه لانه لا يملكه، فلم يبق الا بيت المال، والثالث

أنه يجب في كسبه لانه كان محله الرقية ولا يمكن تعليقه عليها فتعلق بكسبه لانه مستفاد من الرقية، ويجب أقل الامرين من قيمته أو أرش الجنابة لانه لا يمكن بيعه كام الولد. (الشرح) خبر عمر معروف ومضى الكلام عليه وافيا ان شاء الله، أما مقاصد الفصل، فإن الوقف لا ينعقد الا بالقول لانه طريقنا إلى العلم بمراده كالعتق، وألفاظ الوقف ستة، ثلاثة صريحة وثلاثة كناية، فالصريحة وقفت وحسبت وسلبت، متى أتى بواحدة من هذه الثلاث صار وقفا من غير انضمام أمر زائد، لان هذه الالفاظ ثبت لها حكم الاستعمال عرفا بين الناس وشرعا بالاخبار الصحيحة بقول النبي صلى الله عليه وسلم لعمر (ان شئت حبست أصلها وسلبت ثمرتها) أو (حبس الاصل وسبل الثمرة) على أي من الروايتين فصارت هذه الالفاظ في الوقف كلفظ التطلق في الطلاق

[343]

وأما الكناية فهي: تصدقت وحرمت وأبدت فليست صريحة، لان لفظة الصدقة والتحریم مشتركة ن فإن الصدقة تستعمل في الزكاة والهبات، والتحریم يستعمل في الظهار والایمان، ويكون تحریماً على نفسه وعلى غيره، والتأييد يحتمل تأييد التحريم وتأييد الوقف، ولم يثبت لهذه الالفاظ عرف الاستعمال، فلا يحصل الوقف بمجرد ككنايات الطلاق فيه. فإن انضم إليها احد ثلاثة أشياء حصل الوقف بها. (أحدها) أن ينضم إليها لفظة أخرى تخلصها من الالفاظ الخمسة فيقول: صدقة محبوسة أو موقوفة أو مسبلة أو محرمة أو مؤبدة، أو يقول هذه محرمة موقوفة أو محبوسة أو مسبلة أو مؤبدة. (الثاني) أن يصفها بصفات الوقف فيقول: صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث، لان هذه القرينة تزيل الاشتراك. (الثالث) أن ينوي الوقف فيكون على ما نوى، إلا أن النية تجعله وقفا في الباطن دون الظاهر لعدم الاطلاق على ما في الضمان، فان اعترف بما نواه لزم في الحكم لظهوره. وإن قال: ما أردت الوقف فالقول قوله لانه أعلم بما نوى، قال في النهاية (ولا يصح الوقف من ناطق لا يحسن الكتابة إلا بلفظ) أما الاخرس فيصح بإشارته. وأما الكاتب فيكتابه مع النية. فلو أنه بنى مسجداً وأذن فيه وصلى فيه، أو مقبرة وأذن في الدفن فيها، فمذهب الشافعي لا يكون ذلك وقفاً إلا إذا اقترن باللفظ صريحاً أو كناية مقترنة بما يزيل لبسها. وقال أحمد في رواية أبي داود وأبي طالب فيمن دخل بيتاً في المسجد وأذن فيه: لم يرجع فيه، وكذلك إذا اتخذ المقابر وأذن للناس فيها فليس له الرجوع. وهذا قول أبي حنيفة رضى الله عنه. وذكر ابن قدامة رواية أخرى عن أحمد أنه لا يصير وقفاً إلا بالقول، وقد اجتهد ابن قدامة في الجمع بين الروايتين وجعلهما قولاً واحداً وهو الاخذ باللفظ، فإذا ثبت هذا فإنه متى صح وقفه فقد زالت يده عنه زوال ملك وانقطع بذلك تصرفه. فإذا قلنا بزوال ملكه عن العين وهو الصحيح من المذهب وبه قال

[344]

أحمد وأصحابه، فهل ينتقل الملك إلى الموقوف عليهم؟ فمن أصحابنا من قال: ينتقل الملك إلى الموقوف عليهم، وهو ظاهر مذهب أحمد حيث يقول: إذا وقف داره على ولد أخيه صارت لهم. وهذا يدل على أنهم ملكوه.

وروى عن أحمد أنه لا يملك، فان جماعة نقلوا عنه فيمن وقف على ورثته في مرضه يجوز، لانه لا يباع ولا يورث ولا يصير ملكا للورثة، وانما ينتفعون بغلتها، وهذا يدل بظاهره على أنهم لا يملكون، ويحتمل أن يريد بوقله لا يملكون، أي لا يملكون التصرف في الرقبة، فان فائدة الملك وأثاره ثابتة في الوقف وقال أبو حنيفة لا ينتقل الملك في الوقف اللازم، بل يكون حقا لله تعالى لانه ازالة ملك عن العين والمنفعة على وجه القرية بتملك المنفعة، فانتقل الملك إلى الله تعالى كالعق. وبهذا قال بعض أصحابنا، وهو الصحيح من المذهب عندنا. والقول الآخر أن الوقف سبب يزيل ملك الواقف وجه إلى من يصح تملكه على وجه لا يخرج المال عن ماليته فوجب أن ينقل الملك إليه كالهبة والبيع ولانه لا وكان تملك المنفعة المجردة لميلزم كالعارية والسكنى ولم يزل الواقف عنه كالعارية. ويفارق العتق فانه أخرجه عن ماليته، وامتناع التصرف في الرقبة لا يمنع الملك كأم الولد، وعلى أن الاظهر أن الملك في رقبة الموقوف ينتقل إلى الله تعالى فلا يكون للواقف ولا للموقوف عليه. على أن الذي لا نزاع فيه أن الموقوف عليه يملك غلة الوقف ومنافعه لان ذلك مقصوده، والمنتفع يستوفيه بنفسه وبغيره باعارة واجارة ان كان ناظرا. والا امتنع عليه نحو الاجارة لتعلقها بالناظر أو نائبه وذلك كسائر الاملاك، ومحلها ان لم بشرط ما يخالف ذلك. ولو خربت ولم يعمرها الموقوف عليه أجزت للضرورة بما تعمر به، إذ الفرض أنه ليس للوقف ما يعمر به سوى الاجرة المعجلة، وذكر ابن الرفعة أنه يلزم الموقوف عليه ما نقصه الانتفاع من عين الموقوف. ورجح السبكي أنه ان وقف أرضا غير مغروسة على معين امتنع عليه غرسها الا إذا نص الواقف عليه أو شرط له جميع الانتفاعات، ومثل الغرس البناء،

[345]

ولا يبنى ما كان مغروسا وعكسه. وضابطه أنه يمتنع كل ما غير الوقف بالكلية عن اسمه الذي كان عليه حال الوقف، بخلاف ما يبقى الاسم معه، نعم إن تعذر المشروط جاز إبداله، وأفتى الولي العراقي في علو وقف أراد الناظر هدم واجهته وإخراجه رواش له في هواء الشارع بامتناع ذلك إن كانت الواجهة صحيحة أو غيرها واضر بجدار الوقف. وإلا جاز بشرط أن لا يصرف عليه من ريع الوقف إلا ما يصرف في إعادته على ما كان عليه وما زاد في ماله، وإنما لم تمتنع الزيادة مطلقا لانه لا تغير معالم الوقف، ويملك الاجرة لانها بدل المنافع المملوكة له، وقضيته أنه يعطى جميع الاجرة المعجلة، ولو لمدة لا يحتمل بقاؤه إلى انقضائها، كما مر في الاجارة، ويملك فوائد الموقوف كثمره. ومن ثم لزمه زكاتها، وهو قول مالك والشافعي وأحمد. وروى عن طاوس ومكحول أنه لا زكاة فيه لان الارض ليست مملوكة لهم فلم تجب الزكاة في الخارج منها عليهم كالمساكين. على أن الثمرة الموجودة حال الوقف للواقف إن كانت مؤبرة، وإلا فقولان ارجحهما أنها موقوفة كالحمل المقارن. وذكر القاضي في فتاواه أنه لو مات الموقوف عليه وقد برزت ثمرة النخل فهي ملكه، أو وقد حملت الموقوفة فالحمل له ن أو قد زرعت الارض فالزرع الذي بذر، فإن كان البذر له فهو لورثته ولمن بعده أجره بقائه في الارض وأفتى جمع من المتأخرين في نخل وقف مع أرضه ثم حدث منه ودى بأن تلك الودية الخارجة من أصل النخل جزء منها فلها حكم أغصانها، وسبقهم لنحو ذلك السبكي فإنه أفتى في أرض وقف وبها شجر موز فزال بعد أن نبت من أصولها فراخ. وفي السنة الثانية كذلك وهكذا بأن الوقف ينسحب على كل ما نبت من تلك الفراخ المتكررة من غير احتياج إلى إنشائه. ولو ماتت

البهيمة اختص بجلدها لكونه أولى به من غيره ومحلّه ما لم يدبّع ولو بنفسه وإلا عاد وقفاً، وله مهر الجارية الموقوفة عليه بكراً أو ثيباً إذا وطئت من غير الموقوف عليه بشبهة منها، كأن كانت مكرهة أو مطاوعة لا يعتد بفعلها لصغر أو اعتقاد حل وعذرت أو نكاح ان صحناه لانه عقد على منفعة فلم يمنع الوقف كالأجارة. وكذا إن لم نصحه لانه وطئ شبهة هنا أيضاً.

[346]

والمزوج لها الحاكم بإذن الموقوف عليه، ومن ثم لو وقفت عليه زوجته انفسخ نكاحه، وخرج بالمهر أرش البكارة فهو كآرش طرفها، ولا يحل للواقف ولا للموقوف عليه وطؤها ويحد الاول به كما حكى عن الاصحاب. قال الرملي: وكذا الثاني كما رجناه هنا وهو المعتمد أما المطاوعة إذا زنى بها وهى مميزة فلا مهر لها. قال النووي في المنهاج: والمذهب أنه لا يملك قيمة العبد إذا أتلف. ومعنى هذا أن الموقوف عليه لا يملك قيمة الموقوف إذا أتلف من واقف أو أجنبي أو موقوف عليه تعدى باستعماله في غير ما وقف له أو تلف تحت يد ضامنة له. أما إذا لم يتعد باتلاف الموقوف عليه فلا يكون ضامناً، كما لو وقع منه صنوبر على حوض سبيل فانكسر من غير تقصير ن وفى حال التعدي يشتري الحاكم أو الناظر في الوقف بقيمة التالف بدله. ولا بد من إنشاء وقفه من جهة مشتريه فيتعين أحد ألقاظ الوقف المارة. قال الرملي: وقول القاضى اقمته مقامه محل نظر، وفارق هذا صيرورة القيمة رهناً في ذمة الجاني بأنه يصح رهنها دون وقفها، وعدم اشتراط جعل بدل الاضحية أضحية إذا اشترى بعين القيمة أو في الذمة، ونوى بأن القيمة هناك ملك الفقراء والمشتري نائب عنهم، فاحتيج لانشاء وقف ما يشتري بها حتى ينتقل إلى الله تعالى، ولا يجوز شراء أنثى مكان ذكر إذا كان الموقوف ذكراً، كما لا يجوز أن يشتري صغيراً مكان كبير إذا كان الموقوف كبيراً وعكسه، لان الغرض يختلف بذلك وما فضل من القيمة يشتري به شقص بخلاف نظيره الذى سيأتي في الوصيه ان شاء الله تعالى لتعذر الرقبة المصرح بها فيها. فان لم يمكن شراء شقص بالفاضل صرف للموقوف عليه فيما يظهر، كما مر نظيره، بل لنا وجه بصرف جميع ما اوجبه الجنايه إليه. ولو اوجبت قودا استوفاه الحاكم، فان تعذر شراء بدل الموقوف بها فبعض بدله يشتري بها لكونه أقرب إلى مقصوده كنظيره من الاضحية على الراجح ووجه الخلاف أن الشقص من حيث هو يقبل الوقف بخلاف الاضحية،

[347]

ولو جنى الموقوف جناية أو جبت قصاصاً اقتص منه وفات الوقف، أو قصاصاً أو مالا وعفى على المال فداه الواقف بأقل الامرين. وله إن تكررت الجناية حكم أم الولد في عدم تكرار الفداء وسائر أحكامها، فان مات الوقف ثم جنى الموقوف فمن بيت المال كالحر المعسر، كما أفتى بذلك الشهاب الرملي. ولو مات الجاني بعد الجناية لم يسقط الفداء. هكذا أفاده الشمس الرملي ولو جفت الشجرة الموقوفة أو قلعها ريح أو زمنت الدابة

لم ينقطع الوقف على المذهب، وان امتنع وقفها ابتداء لقوة الدوام، بل ينتفع بها جذعا باجارة ويحتمل أن تباع لتعذر الانتفاع بها على وفق شرط الوقف والتمن الذي بيعت به على هذا الوجه، كقيمة العبد، فيأتي فيه ما مر، فلو لم يمكن الانتفاع بها الا باستهلاكها باحراق ونحوه صارت ملكا للموقوف عليه كما صححه ابن الرفعة والقمولي وجرى عليه ابن المقرئ في روضه لكنها لا تباع ولا توهب بل ينتفع بعينها كأم الولد ولحم الاضحية فإذا ثبت هذا فانها لا تصير ملكا لان معنى عودة ملكا انه ينتفع به ولو باستهلاك عينه كالأحراق. ومعنى عدم بطلان الوقف الذي قررناه انه مادام باقيا لا يفعل به ما يفعل بسائر الاملاك من بيع ونحوه قال النووي: والاصح جواز بيع حصر المسجد إذا بليت وجدوعه إذا انكسرت ولم تصلح الا للاحراق اه. وذلك لثلا تضيغ وادراك اليسير من ثمنها يعود على الوقف اولى من ضياعها. واستثنيت من بيع الوقف لصيرورتها كالمعدومة ويصرف ثمنها لمصالح المسجد ان لم يمكن شراء حصير أو جذع. والله تعالى أعلم بالصواب. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وتصرف الغلة على شرط الواقف من الاثرة والتسوية والتفضيل والتقديم والتاخير والجمع والترتيب، وادخال من شاء بصفة واخرجه بصفة، لان الصحابة رضى الله عنهم وقفوا وكتبوا شروطهم، فكتب عمر بن الخطاب رضى الله عنه صدقة للسائل والمحروم، والضيف ولذي القربى وابن السبيل،

[348]

وفى سبيل الله، وكتب على كرم الله وجهه بصدقته (ابتغاء مرضاة الله ليولجنى الجنة، ويصرف النار عن وجهي ويصرفني عن النار، في سبيل الله وذى الرحم والقريب والبعيد، لا يباع ولا يورث) وكتبت فاطمة رضى الله عنها بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم: لنساء رسول الله صلى الله عليه وسلم وفقراء بنى هاشم وبنى المطلب (فصل) فان قال وقفت على اولادي دخل فيه الذكر والانثى والخنى، لان الجميع اولاده، ولا يدخل فيه ولد الولد، لان ولده حقيقة ولده من صلبه، فان كان له حمل لم يدخل فيه حتى يفصل، فإذا انفصل استحق ما يحدث من الغلة بعد الانفصال دون ما كان حدث قبل الانفصال، لانه قبل الانفصال لا يسمى ولدا، وان وقف على ولده وله ولد فنفاه باللعان لم يدخل فيه. وقال أبو اسحاق يدخل فيه لان اللعان يسقط النسب في حق الزوج، ولا يتعلق به حكم سواه، ولهذا تنقضي به العدة، والمذهب الاول لان الوقف على ولده وباللعان قد بان انه ليس بولده، فلم يدخل فيه، وان وقف على اولاد اولاده دخل فيه اولاد البنين وأولاد البنات، لان الجميع اولاد اولاده، فان قال علي نسلى أو عقبي أو ذريتي دخل فيه اولاد البنين وأولاد البنات، قربوا أو بعدوا، لان الجميع من نسله وعقبه وذريته، ولهذا قال الله تعالى (ومن ذريته داود وسليمان وأيوب ويوسف وموسى وهارون وكذلك نجزي المحسنين، وزكريا ويحيى وعيسى) فجعل هؤلاء كلهم من ذريته على البعد، وجعل عيسى من ذريته وهو ينسب إليه بالام، فان وقف على عترته فقد قال ابن الاعرابي وتعلب هم ذريته. وقال القتيبي: هم عشيرته. وان وقف على من ينسب إليه لم يدخل فيه اولاد البنات، لانهم لا ينسبون إليه. ولهذا قال الشاعر: بنونا بنو أبائنا، وبناتنا * بنوهن أبناء الرجال الاجانب وان وقف على البنين لم يدخل فيه الخنى المشكل، لانا لا نعلم انه من البنين فان وقف على البنات لم يدخل فيه، لانا لا نعلم انه من البنات، فان وقف على

البنين والبنات ففيه وجهان (أحدهما) انه لا يدخل فيه، لانه ليس من البنين ولا من البنات (والثاني) انه يدخل لانه لا يخلو من أن يكون ابنا أو بنتا. وان أشكل علينا - فان وقف على بنى زيد - لم يدخل بناته، فان وقف على بنى تميم وقلنا ان الوقف صحيح ففيه وجهان (أحدهما) لا يدخل فيه البنات لان البنين اسم للذكور حقيقة (والثاني) يدخلن فيه، لانه إذا اطلق اسم القبيلة دخل فيه كل من ينسب إليها من الرجال والنساء. (فصل) وان قال وقفت على أولادي فان انقرض أولادي وأولاد أولادي فعلى الفقهاء لم يدخل فيه ولد الولد ويكون هذا وقفا منقطع الوسط فيكون على قولين كالوقف المنقطع الانتهاء. ومن أصحابنا من قال يدخل فيه أولاد الاولاد بعد انقرض ولد الصلب لانه لما شرط انقراضهم دل على انه يستحقون كولد الصلب، والصحيح هو الاول، لانه لم يشترط شيئا، وانما شرط انقراضهم لاستحقاق غيرهم. (الشرح) قوله الاثره وهى أن يخص قوما دون قوم، مثل ان يقف على اولاده فيخص الذكور دون الاناث أو العكس. واما التقديم والتأخير فيتحقق بأمرين بالمفاضلة، مثل أن يقول وقفت على اولادي للذكر مثل حظ الانثيين أو على أن للانثى الثلثين والذكر الثلث مثلا. والثاني أن يقول على أن البطن الاعلى يقدم على البطن الثاني. واما النسوية فان يسوى بين الغنى والفقير أو بين الذكور والاناث والاطلاق، يقتضى ذلك. واما اخراج من شاء بصفة فمثل أن يقول وقفت على أولادي على أن من اشتغلت ممثلة فلا حق لها، أو من استغنى من أولادي فلا حق له فيه، ويمكن أن يقول: إذا رجعت عن التمثيل أو افتقر فيرد إليه. واما كتاب عمر رضى الله عنه فقد أخرجه أبو داود، ولغظه حدثنا سليمان المهري قال: اخبرنا ابن وهب قال: اخبرني الليث عن يحيى بن سعيد عن صدقة عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال: نسخها لى عبد الحميد بن عبد الله ابن عمر بن الخطاب:

بسم الله الرحمن الرحيم. هذا ما كتب عبد الله عمر في ثمغ فقص من خبره نحو حديث نافع قال: غير متائل مالا، فما عفا عنه من ثمره فهو للسائل والمحروم قال وساق القصة قال: وان شاء ولى ثمغ اشترى من ثمره رقيقا لعمله وكتب معيقب، وشهد عبد الله بن الارقم. بسم الله الرحمن الرحيم. هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين إن حدث به حدث، أن ثمغا وصرمة بن الاكوع والعبد الذى فيه، والمائة سهم التى بخير، ورقيقه الذى فيه، والمائة التى أطعمه محمد صلى الله عليه وسلم بالوادي، تليه حفصة ما عاشت، ثم يليه ذو الرأى من أهلها أن لا يباع ولا يشتري، ينفقه حيث رأى من السائل والمحروم وذى القربى ولا حرج على من وليه ان أكل أو أكل أو اشترى رقيقا منه) وبعد، فان هذا الفصل يشتمل على أحكام نحتها مستعينين بالله مستمدين منه التوفيق والسداد فنقول: إذا وقف على ولده لا يدخل فيه ولد الولد بحال، سواء في ذلك ولد البنين وولد البنات، لان الولد حقيقة وعرفا انما هو ولده لصلبه، وانما يسمى ولد الولد ولد مجازا، ولهذا يصح نفيه. فيقال ما هذا ولدى إنما هو ولد ولدى. وان قال على ولدى لصلبي فهو أكد. وان قال على ولدى وولد ولدى ثم على المساكين، دخل فيه البطن الاول والثاني ولم يدخل فيه البطن الثالث. وان قال على ولدى وولد ولدى وولد ولدى دخل فيه ثلاث بطون دون

من بعدهم، وموضع الخلاف الاطلاق. فأما مع وجود دلالة تصرف إلى أحد المحملين فإنه يصرف إليه بغير الخلاف كان يقول: على ولد فلان وهم قبيلة ليس فيهم ولد من صلبه فإنه يصرف إلى أولاد الاولاد باتفاق. وكذلك ان قال: على أولادي أو ولدي وليس له ولد من صلبه، أو قال ويفضل ولد الأكبر أو الاعلم على غيرهم. أو قال: فإذا خلت الارض من عقبى عاد إلى المساكين. وان اقترنت به قرينة تقتضي تخصيص أولاده لصلبه بالوقف مثل ان يقول: على ولدي لصلبي أو الذين يلوننى ونحو هذا فإنه يختص بالبطن الاول دون غيرهم.

[351]

وقال أحمد في روراية المروذي، قلت لابي عبد الله ما تقول في رجل وقف صبعة على ولده فمات الاولاد وتركوا النسوة حوامل؟ فقال كل ما كان من أولاده الذكور بنات كن أو بنين فالصبة موقوفه عليهم، وما كان من أولاد البنات فليس لهم فيه شئ لانهم من رجل آخر. وقال أيضا فيمن وقف على ولد على بن اسماعيل ولم يقل ان مات ولد على ابن اسماعيل دفع إلى ولد ولده، فمات ولد على بن اسماعيل: دفع إلى ولد ولده أيضا لان هذا من ولد على بن اسماعيل، ووجه ذلك قوله تعالى (يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين) فدخل فيه ولد البنين وان سفلوا، ولما قال (ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد) فتناول ولد البنين، وخالف القاضي وأصحابه من الحنابلة ووافقوا مذهب الشافعي رضى الله عنه فيها. (فرع) إذا قال وقفت هذا على ولدي وولد ولدي ما تناسلوا وتعاقبوا الأعلى فالأعلى أو الأقرب فالأقرب أو الأول فالأول أو البطن الأول ثم البطن الثاني أو قال على أولادي ثم على أولاد أولادي، أو قال على أولادي فان انقرضوا على أولاد أولادي، فكل هذا على الترتيب فيكون على ما شرط، ولا يستحق البطن الثاني شيئا حتى ينقرض البطن كله، ولو بقى واحد من البطن الأول كان الجميع له، لان الوقف ثبت بقوله فيتبع فيه مقتضى كلامه فان قال على أولادي وأولادهم ما تناسلوا وتعاقبوا على أنه من مات منهم عن ولد كان ما كان جاريا عليه جاريا على ولده، كان ذلك دليلا على الترتيب، لانه لو اقتضى التشريك لاقتضى التسوية، ولو جعلنا لولد الولد سهمًا مثل سهم أبيه ثم دفعنا إليه سهم أبيه صار له سهمان ولغيره سهم، وهذا يناقض التسوية، ولانه يفضى إلى تفضيل ولد الابن على الابن، وهذا يخالف أرادة الواقف فان قال وقفت على ولدي وولد ولدي ثم على أولادهم، أو على أولادي ثم على أولاد أولادي وأولادهم ما تناسلوا، أو قال على أولادي وأولاد أولادي ثم على أولاد أولادهم ما تناسلوا فهو على ما قال، يشترك فيه من شرك بينهم بواو العطف المقتضية للاشتراك بين ما بعدها في الحكم مع ما قبلها

[352]

ففي الصورة الاولى يشترك الولد وولد الولد ثم إذا انقرضوا صار لمن بعدهم وفي الثانية يختص به الولد، فإذا انقرضوا صار مشتركًا بين من بعدهم، وفي الثالثة يشترك فيه البطنان الاولان دون غيرهم، فإذا انقرضوا اشترك فيه من بعدهم. ومن وقف على أولاده أو أولاد غيره وفيهم حمل لم

يستحق شيئاً قبل انفصاله لانه لم تثبت له أحكام الدنيا قبل انفصاله. و يروى عن جعفر بن محمد فيمن وقف نخلا على قوم وما توادوا ثم ولد مولود، فإن كانت النخل قد أبرت فليس له فيه شيء، وإن لم تكن قد أبرت فهو معهم. وهذا الحكم راجع إلى اتباع الاصل في البيع، وهذا المولود يستحق نصيبه من الاصل، وبعد التأبير لا تتبع الاصل، ويستحقها من كان له الاصل فكانت للمولود قبل التأبير لان الاصل كان له فاستحق ثمرته، كما لو باع هذا النصيب منها، ولم يستحق المولود لا يستحق منه شيئاً كالمشترى. وهذا الحكم في سائر ثمر الشجر الظاهر، فإن المولود لا يستحق منه شيئاً ويستحق مما ظهر بعد ولادته. (فرع) إذا وقف على قوم وأولادهم وذريتهم دخل في الوقف ولد البنين بغير خلاف عمله. فأما ولد البنات فمذهب الشافعي رضي الله عنه أنهم يدخلون وقال الخرقي من أصحاب أحمد لا يدخلون. وقال أحمد فيمن وقف على ولده ما كان من ولد البنات فليس لهم فيه شيء قال ابن قدامة: وهذا النص يحتمل أن يعدى إلى هذه المسألة ويحتمل أن يكون مقصوراً على من وقف على ولده ولم يذكر ولد ولده. وممن قال لا يدخل ولد البنات في الوقف الذي على أولاده وأولاد أولاده مالك ومحمد بن الحسن. وهكذا إذا قال: على ذريتهم أو نسلهم أو عقبه، وقال أبو بكر وعبد الله بن حامد من الحنابلة: يدخل فيه ولد البنات، وهو مذهب أبي يوسف، لان البنات أولاده، فأولادهن أولاد حقيقة، فيجب أن يدخلوا في الوقت لتناول اللفظ لهم. وقد دل على صحة هذا قول الله تعالى (ونوحاً هدينا من قبل، ومن ذريته داود وسليمان إلى قوله تعالى وعيسى) وهو من ولد بنته فجعله من ذريته وكذلك ذكر الله تعالى قصة عيسى وإبراهيم وموسى واسماعيل وإدريس ثم قال

[353]

(أولئك الذين أنعم الله عليهم من النبيين من ذرية آدم وممن حملنا مع نوح ومن ذرية إبراهيم وإسرائيل) وعيسى فيهم. وقال النبي صلى الله عليه وسلم على المنبر (إن ابني هذا سيد يصلح الله على يديه بين فئتين عظيمتين من المسلمين) يعنى الحسن بن علي رواه أحمد والبخاري والترمذي عن أبي بكره رضي الله عنه. وعن أنس قال (بلغ صفية أن حفصة قالت بنت يهودى فبكت فدخل عليها النبي صلى الله عليه وسلم وهي تبكي وقالت: قالت لى حفصة: أنت ابنة يهودى. فقال النبي صلى الله عليه وسلم: إنك لابنة نبي، وإن عمك لنبي وإنك لتحت نبي فيم تفتخر عليك؟ ثم قال: اتقى الله يا حفصة) رواه أحمد والترمذي وصححه والنسائي. وفي حديث عن أسامة بن زيد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعلي: وأما أنت يا علي فختني وأبو ولدي) رواه أحمد وعن أسامة بن زيد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال وحسن وحسين علي وركيه (هذان إبناي وإبنا ابنتي، اللهم إني أحبهما وأحب من يحبهما) رواه الترمذي وقال: حديث حسن غريب. وأخرج نحوه الترمذي من حديث البراء بن عازب بدون قوله: هذان إبناي ولفظه (أبصر حسنا وحسنا فقال: اللهم إني أحبهما فأحبهما) وللشيوخين من حديث البراء أيضاً بنحوه ولما قال الله تعالى (وحلائل إبنائكم الذين من أصلابكم) دخل التحريم حلائل أبناء البنات، ولما حرم الله تعالى البنات دخل في التحريم بناتهن، فإن وقف على عترته فقد قال في المصباح: العترة نسل الانسان، قال الازهرى: وروى ثعلب عن ابن الاعرابي أن العترة ولد الرجل وذريته وعقبه من صلبه، ولا تعرف العرب من العترة غير ذلك، ويقال: رهطه الادنون، ويقال: أقرباؤه. ومنه قول أبي بكر رضي الله عنه: نحن عترة رسول الله صلى الله عليه وسلم التي خرج منها،

وبيضته التي تفقات عنه. وعليه قول ابن السكيت: العترة والرهط بمعنى. ورهط الرجل قومه وقبيلته الاقربون. وان وقف على من ينسب إليه لم يدخل فيه اولاد البنات لانهم لا ينسبون إليه. قال الشاعر: بنونا بنو آبائنا وبناتنا * بنوهن أبناء الرجال الابعاد

[354]

وقد أورد المصنف البيت بإبدال القافية ولمحفوظ هو ما أثبتناه (فرع لا يدخل الولد المنفى بلعان إلا أن يستلحقه فيستحق حينئذ من الربع الحاصل قبل استلحاقه وبعده حتى يرجع بما يخصه في مدة النفي وينتفى الولد بقوله: أشهد بالله لقد زنت وما هذا ولدى، فينتفى بلعان الزوج وحده خلافا للحنابله، فإنهم لا يعتبرون نفي الزوج وحده، وانما يعتبرون النفي باللعان التام، وهو أن يوجد اللعان بينهما جميعا فلا ينتفى بلعان الزوج وحده. والله تعالى أعلم قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وان وقف على أقاربه دخل فيه كل من تعرف قرابته، فإن كان للواقف أب يعرف به وينسب إليه دخل في وقفه كل من ينسب إلى ذلك الاب ولا يدخل فيه من ينسب إلى أخی الاب أو أبيه، فإن وقف الشافعي رحمه الله لا قاربه دخل فيه كل من ينسب إلى شافع بن السائب لانهم يعرفون بقرابته، ولا يدخل فيه من ينسب إلى علي وعباس بن السائب ولا من ينسب إلى السائب لانهم لا يعرفون بقرابته، ويستوى فيه من قرب وبعد من أقاربه، ويستوى فيه الذكر والانثى تساوي الجميع في القرابة، فان حدث قريب بعد الوقف دخل فيه. وذكر البويطى أنه لا يدخل فيه، وهذا غلط من البويطى لانه لا خلاف أنه إذا وقف على أولاده دخل فيه من يحدث من أولاده. (فصل) وان وقف على أقرب الناس إليه ولم يكن له أبوان صرف إلى الولد ذكرا كان أو أنثى لانه أقرب من غيره، لانه جزء منه، فان لم يكن له ولد قال ولد الولد من البنين والبنات، فان لم يكن ولد ولا ولد وله أحد الابوين صرف إليه لانهما أقرب من غيرهما، فان اجتمعا استويا، فان لم يكون صرف إلى أبيهما الاقرب فالاقرب، فان كان له أب وابن ففيه وجهان (أحدهما) أنهما سواء لانهما في درجة واحدة في القرب (والثاني) يقدم الابن لانه أقوى تعصيا من الاب، فان قلنا انهما سواء قدم الاب على ابن الابن لانه اقرب منه، وان قلنا يقدم الابن قدم ابن الابن على الاب لانه أقوى تعصيا منه، فان لم يكن أبوان ولا ولد وله اخوة صرف إليهم

[355]

لانهم أقرب من غيرهم، فإن اجتمع أخ من اب وأخ من أم استويا، وإن كان أحدهما من الاب والام والأخر من أحدهما قدم الذي من الاب والام لانه أقرب، فان لم يكن إخوة صرف إلى بنى الاخوة على ترتيب آبائهم. فإن كان له جد وأخ ففيه قولان (أحدهما) أنهما سواء لتساويهما في القرب، ولهذا سوينا بينهما في الارث. (والثاني) يقدم الاخ لان تعصيه تعصيب الاولاد، فإذا قلنا إنهما سواء قدم الجد على ابن الاخ، وان قلنا يقدم الاخ فابن الاخ وإن سفل أولى من الجد، فان لم يكن إخوة وله أعمام صرف إليهم ثم إلى اولادهم على ترتيب الاخوة واولادهم، فان كان له عم وأبوجد فعلى القولين في الجد والاخ، وان كان له عم وخال أو عمه وخالة أو ولدهما

فهما سواء، فان كان له جدتان إحداهما تدلى بقرابتين والآخرى بقراية،
فالتى تدلى بقرابتين أولى لانها أقرب، ومن أصحابنا من قال: ان قلنا ان
السدس بينهما في الميراث استويا في الوقف (فصل) وان وقف على
جماعة من أقرب الناس إليه صرف إلى ثلاثة من أقرب الاقارب، فان وجد
بعض الثلاثة في درجة والباقي في درجة أبعد استوفى ما أمكن من العدد
من الاقرب وتمم الباقي من الدرجة الابدع، لانه شرط الاقرب والعدد
فوجب اعتبارهما. (فصل) وان وقف على مواليه وله مولى من أعلى
ومولى من أسفل ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يصرف اليهما لان الاسم
يتناولهما (والثاني) يصرف إلى المولى من أعلى، لان له مزية بالعتق
والتعصيب (والثالث) ان الوقف باطل لانه ليس حمله على أحدهما بأولى
من حمله على الآخر، ولا يجوز الحمل عليهما لان المولى في أحدهما
بمعنى وفى الآخر بمعنى آخر، فلا تصح ارادتهما بلفظ واحد فيبطل.
(الشرح) الاحكام: الوقف على الاقارب من القرب إلى الله تعالى، يتألف
من صلة الرحم والاحسان والبر، فقد أخرج البخاري ومسلم وأحمد عن
أنس ان

[356]

أبا طلحة قال (يا رسول الله ان الله يقول: لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما
تحبون، وان أموالى ببرحاء وانها صدقة لله أرجو برها وذخرها عند الله
فضعها يا رسول الله حيث أراك الله. فقال: بخ بخ، ذلك مال رابح مرتين
وقد سمعت: أرى أن تجعلها في الاقربين، فقال أبو طلحة: أفعل يا رسول
الله: فقسمهما أبو طلحة في أقاربه وبنى عمه) وفى رواية عند أحمد
ومسلم (لما نزلت هذه الآية: لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون. قال أبو
طلحة: يا رسول الله أرى ربنا يسألنا من أموالنا فأشهدك أنى جعلت أرضى
ببرحاء لله، فقال اجعفها في قرابتك. قال فجعلها في حسان بن ثابت
وأبى بن كعب) وللبخاري معناه وقال فيه (اجعلها لفقراء قرابتك) قال
محمد بن عبد الله الانصاري: أبو طلحة زيد بن سهل بن الاسود بن حرام بن
عمرو بن زيد مناة بن عدى بن عمرو بن مالك بن النجار. وحسان بن ثابت
بن المنذر بن حرام يجتمعان إلى حرام، وهو الاب الثالث. وأبى بن كعب ابن
قيس بن عيك بن زيد بن معاوية بن عمرو بن مالك بن النجار، فعمرو يجمع
حسانا وأبا طلحة وأبى، وبين أبى وأبا طلحة ستة آباء. وأخرج الشيخان عن
أبى هريرة واللفظ لمسلم (لما نزلت هذه الآية: وأنذر عشيرتكم الاقربين،
دعا رسول الله صلى الله عليه وسلم قريشا فاجتمعوا فعم وخص فقار: يا
بنى كعب بن لؤى أنقذوا أنفسكم من النار، يا بنى مرة بن كعب أنقذوا
أنفسكم من النار، يا بنى هاشم أنقذوا أنفسكم من النار، يا بنى عبد مناف
أنقذوا أنفسكم من النار، يا بنى هاشم أنقذوا أنفسكم من النار، يا بنى عبد
المطلب أنقذوا أنفسكم من النار، يا فاطمة أنقذي نفسك من النار فانى لا
أملك لكم من الله شيئا غير أن لكم رحما سألها ببلاها) وفى هذا دليل
على أن كل من ناداهم النبي صلى الله عليه وسلم يطلق عليهم لفظ
الاقربين، لانه صلى الله عليه وسلم فعل ذلك ممثلا لقوله تعالى: وأنذر

[357]

عشيرتك الاقربين، وهو دليل على صحة ما ذهب إليه الشافعي رضى الله عنه من دخول النساء لذكره فاطمة، ودخول الكفار وقد اختلف العلماء في الاقارب، فقال أبو حنيفة: القرابة كل ذى رحم محرم من قبل الاب أو الام، ولكن يبدأ بقرابة الاب قبل الام. وقال أبو يوسف ومحمد. من جمعهم أب منذ الهجرة من قبل أب وأم من تفصيل زاد زفر ويقدم من قرب. وهو رواية عن ابى حنيفة، وأقل من يدفع له ثلاثة، وعند محمد اثنان وعند أبى يوسف واحد، ولا يصرف للاغنياء عندهم إلا إن شرط ذلك. وقال أصحابنا: القريب من اجتمع سواء قرب أم بعد، مسلما كان أو كافرا، غنيا أو فقيرا، ذكرا أو أنثى، وارثا أو غير وارث محرما أو غير محرم. واختلفوا في الاصول والفروع على وجهين. وقالوا: إن وجد جمع محصورون أكثر من ثلاثة استوعبوا. وقيل يقتصر على ثلاثة وإن كانوا غير محصورين. فنقل عن الطحاوي الاتفاق على البطلان. قال الحافظ ابن حجر: وفى نظر، لان الشافعية عندهم وجه بالجواز، ويصرف منهم لثلاثة ولا يجب التسوية. وقال أحمد في القرابة كالشافعي إلا أنه أخرج الكافر، وفى رواية عنه: القرابة كل من جمعه، والموصى الاب الرابع إلى ما هو أسفل منه. وقال مالك: يختص بالعصبة سواء كان برئه أو لا، ويبدأ بفقرائهم حتى يغنوا، ثم يعطى الاغنياء وقد تمسك برواية (فجعلها في حسان بن ثابت وأبى كعب) من قال: أقل من يعطى من الاقارب إذا لم يكونوا منحصرين اثنان، وفيه نظر لانه وقع في رواية البخاري فجعلها أبو طلحة في ذوى رحمه، وكان منهم حسان وأبى بن كعب، فدل ذلك على أنه أعطى غيرهما معهما وفى مرسل أبى بكر بن حزم: فرده على أقاربه أبى بن كعب وحسان بن ثابت وأخيه وابن أخيه شداد بن أوس ونبيط بن جابر، فتقاوموه فباع حسان حصته من معاوية بمائة ألف درهم. إذا ثبت هذا فإنه إذا وقف على أقاربه دخل فيه كل من تعرف قرابته منتسبا إلى أبيه، ولا يدخل فيه من ينسب إلى عمه، فإذا وقف الامام الشافعي رضى الله عنه

[358]

لاقاربه دخل فيه كل من ينسب إلى شافع بن السائب لانه أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن السائب بن عبد الله بن يزيد بن هاشم ابن المطلب بن عبد مناف بن قصى القرشى، وقد أعقب السائب بن عبد الله شافعا وعليها وعباسا، ومن ثم فإن أبناءهم لا يدخلون في وقف الشافعي لاقاربه فإن أعقبوا بعد الوقف دخل عقبيهم مثلهم أيضا، ولا خلاف أن ما يحدث من أولادهم بعد استحقاقهم يدخل معهم في الاستحقاق خلافا للبويطى فان وقف لاقاربه وكان له أولاد قدموا على غيرهم ثم على أولادهم. وان قال من مات منهم عن ولد فنصيبه لولده، ومن مات عن غير ولد فنصيبه لاهل الوقف. وكان له ثلاثة بنين فمات أحدهما عن ابنين انتقل نصيبه اليهما ثم مات الثاني عن غير ولد فنصيبه لاهل الوقف، وكان له ثلاثة بنين فمات أحدهما عن ابنين انتقل نصيبه اليهما، ثم مات الثاني عن غير ولد فنصيبه لاهل الوقف لان نصيبه لاهل الوقف، ثم ان مات أحد ابني الابن عن غير ولد انتقل نصيبه إلى أخيه وعمه لانهما أهل الوقف. وإن مات أحد البنين الثلاثة عن غير ولد وخلف أخويه وابنى أخ له فنصيبه لأخويه دون ابني أخيه لانهما ليسا من أهل الوقف ما دام أبويهما حيا، فإذا مات أبوهما فنصيبه لهما، فإذا مات الثالث كان نصيبه لابنى أخيه بالسوية إن لم يخلف ولدا، وإن خلف ابنا واحدا فله نصيب أبيه وهو النصف ولابنى عمه النصف لكل واحد الربع وإن قال: من مات منهم من غير ولد كان جاريا عليه جاريا على من هو في درجته، فان

كان الوقف مرتبا بطنا بعد بطن كان نصيب الميت عن غير ولد لاهل البطن الذى هو منه. وإن كان مشتركا بين البطنون كلها احتمل أن يكون نصيبه بين أهل الوقف كلهم لانهم في استحقاق الوقف سواء فكانوا في درجته من هذه الدرجة. وإن كان الوقف على البطن الاول على أنه من مات منهم عن ولد انتقل نصيبه إلى ولده، ومن مات عن غير ولد انتقل نصيبه إلى من هو في درجته ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أن يكون نصيبه بين أهل الوقف كلهم يتساوون فيه. سواء كان

[359]

من بطن واحد أو من بطون، وسواء تساويا أنصباؤهم في الوقف أو اختلفت لما ذكرنا (والثاني) أن يكون لاهل بطن، سواء كانوا من أهل الوقف أو لم يكونوا مثل أن يكون البطن الاول ثلاثة فمات أحدهما عن ابن ثم مات الثاني عن ابنين فمات أحد الابنين وترك أخاه وعمه وابن عمه وابنا لعمه الحي، فيكون نصيبه بين أخيه وإبنى عمه (والثالث) أن يكون لاهل بطنه من أهل الوقف، فيكون نصيبه على هذا لآخيه وابن عمه الذى مات أبوه، فإن كان في درجته في النسب من ليس من أهل الاستحقاق بحال، كرجل له أربعة بنين وقف على ثلاثة منهم على هذا الوجه وترك الرابع فمات أحد الثلاثة عن غير ولد لم يكن للرابع فيه شئ لانه ليس من أهل الاستحقاق فأشبه ابن عمهم. وقد اختلفت الرواية عن أحمد فيمن يستحق الوقف من أقرباء الواقف، ففي إحدى الروايتين يرجع إلى الورثة منهم لانهم الذى صرف الله تعالى إليهم ماله بعد موته واستغنائه عنه، فكذلك يصرف إليهم من صدقته ما لم يذكر له مصرفا، ولان النبي صلى الله عليه وسلم قال (إنك إن ترك ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس) فعلى هذا يكون بينهم على حسب ميراثهم ويكون وقفا عليهم، وعلى هذا ذكر أصحاب أحمد أن المقصود بالوقف هو التابيد، وإنما صرفناه إلى هؤلاء لانهم أحق الناس بصدقته فصرف إليهم مع بقائه صدقة، ويحتمل كلام الخرقى منهم أن يصرف إليهم على سبيل الارث ويبطل الوقف فيه، فعلى هذا يكوم قوله متفقا مع قول أبى يوسف. والرواية الثانية عن أحمد يكون وقفا على أقرب عصبة الواقف دون بقية الورثة من أصحاب الغروض، ودون البعيد من العصبات فيقدم الاقرب فالاقرب على حسب استحقاقهم لولاء الموالى لانهم خصوا بالعقل عنه وبميراث مواليه فخصوا بهذا أيضا.

[360]

ونازعه في هذا ابن قدامة في مغنية وقال لا دليل على ذلك من كتاب ولا سنة والاولى صرفه إلى المساكين وفي نزاعه نظر قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن وقف على زيد وعمرو وبكر ثم على الفقراء فمات زيد صرف إلى من بقى من أهل الوقف، فإذا انقرضوا صرف إلى الفقراء فمات زيد صرف إلى من بقى من أهل الوقف، فإذا انقرضوا صرف إلى الفقراء. وقال أبو على الطبري: يرجع إلى الفقراء، لانه لما جعل إذا انقرضوا وجب أن تكون حصة كل واحد منهم لهم إذا انقرض، والمنصوص في حرملة هو الاول لانه لا يمكن نقله إلى الفقراء، لانه قبل انقرضهم لم

يوجد شرط النقل إلى الفقراء، ولا يمكن رده إلى الواقف لأنه أزال ملكه عنه فكان أهل الوقف أحق به. (فصل) وإن وقف مسجدا فخرّب المكان وانقطعت الصلاة فيه، لم يعد إلى الملك، ولم يجز له التصرف فيه، لأن ما زال الملك فيه لحق الله تعالى لا يعود إلى الملك بالاختلال كما لو أعتق عبدا ثم زمن، وإن وقف نخلة فجفت أو بهيمة فزمنت أو جدوعا على مسجد فتكسرت ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز بيعه لما ذكرناه في المسجد (والثاني) يجوز بيعه لأنه لا يرجى منفعته فكان بيعه أولى من تركه بخلاف المسجد، فإن المسجد يمكن الصلاة فيه مع خرابه، وقد يعمر الموضع فيصلى فيه، فإن قلنا تباع كان الحكم في ثمنه حكم القيمة التي توجد من متلف الوقف وقد بناه. وإن وقف شيئا على ثغر فيبطل الثغر كطرسوس أو على مسجد فاختل المكان حفظ الارتفاع، ولا يصرف إلى غيره لجواز أن يرجع كما كان. (فصل) وإن احتاج الوقف إلى نفقة أنفق عليه من حيث شرط الواقف لأنه لما اعتبر شرطه في سبيله اعتبر شرطه في نفقته كالمالك في أمواله، وإن لم يشترط أنفق عليه من غلته، لأنه لا يمكن الانتفاع به إلا بالنفقة، فحمل الوقف عليه، وإن لم يكن له غلة فهو على القولين إن قلنا إنه لله تعالى كانت نفقته في بيت المال كالحجر المعسر الذي لا كسب له، وإن قلنا للموقوف عليه كانت نفقته عليه (فصل) والنظر في الوقف إلى من شرطه الواقف، لأن الصحابة

[361]

رضى الله عنهم وقفوا وشرطوا من ينظر، فجعل عمر رضي الله عنه إلى حفصة رضي الله عنها، وإذا توفيت فإنه إلى ذوى الرأي من أهلها، وإن سبيله إلى شرطه فكان النظر إلى من شرطه. وإن وقف ولم يشترط الناظر ففيه ثلاثة أوجه (أحدهما) أنه إلى الواقف لأنه كان النظر إليه، فإذا لم يشترطه بقى على نظره (والثاني) أنه للموقوف عليه، لأن الغلة له فكان النظر إليه (والثالث) إلى الحاكم لأنه يتعلق به حق الموقوف عليه وحق من ينتقل إليه فكان الحاكم أولى، فإن جعل الواقف النظر إلى اثنين من أفاضل ولده ولم يوجد فيهم فاضل إلا واحد ضم الحاكم إليه آخر لأن الواقف لم يرض فيه بنظر واحد. (فصل) إذا اختلف أرباب الوقف في شروط الوقف وسبيله ولا بينة جعل بينهم بالسوية، فإن كان الواقف حيا رجع إلى قوله، لأنه ثبت بقوله فرجع إليه. (الشرح) بعض هذه الفصول مضى ذكر أحكامها. أما المسجد فإنه إذا انهدم وتعذرت اعادته فإنه لا يباع بحال لامكان الانتفاع به حالا بالصلاة في أرضه، وبهذا قال مالك رضي الله عنه. وقال الرملي: وبه فارق ما لو وقف فرس على الغزو فكبر ولم يصلح حيث جاز بيعه. نعم لو خيف على نقضه نقص وحفظ ليعمر به مسجد آخر إن رأى الحاكم ذلك، وإن توقع عوده حفظ له، والا فإن أمكن صرفه إلى مسجد آخر صرف إليه، والا فمقطع الآخر فيصرف لأقرب الناس إلى الواقف، فإن لم يكونوا صرف إلى الفقراء والمساكين أو مصالح المسلمين. أما غير المنهدم فما فضل من غلة الموقوف على مصالحه يشتري به عقار وبوقف عليه بخلاف الموقوف على عمارته يجب ادخاره لاجلها لأنه يعرض للضياع أو لطالم يأخذه. ولو وقف أرضا للزراعة فتعذرت وانحصر النفع في العرس أو البناء فعل الناظر أحدهما أو أجرها كذلك، وقد أفتى البلقيني في أرض موقوفة لتزرع حناء

فأجرها لتغرس كرما، فإن قوله لتزرع حناء متضمن لاشرط أن لا يزرع غيره لان من المعلوم أنه يعتقر في الضمنى مالا يعتقر في المنطوق، على أن الفرض في مسألتنا أن لا يقصد تعطيل وقفه وثوابه، ومسألة البلقينى ليس فيها ضرورة فاحتاج إلى التقييد. وقال أصحاب أحمد: إذا تعطلت منافع الوقف كدار انهدمت أو أرض عادت مواتا أو مسجد انصرف أهل القرية عنه وصار في موضع لا يصلى فيه أو ضاق بأهله ولم يمكن توسيعه في موضعه، أو تشعب جميعه فلم تمكن عمارته ولا عمارة بعضه الا بيع بعضه، جاز بيع بعضه لتعمر به بقيته، وان لم يمكن الانتفاع بشئ منه بيع جميعه. وقال أحمد في رواية أبى داود صاحب السنن: إذا كان في المسجد خشبتان لهما قيمة جاز بيعهما وصرف ثمنهما عليه. وقال في رواية صالح: يحول المسجد خوفا من اللصوص، وإذا كان موضعه قدرا، يعنى إذا كان ذلك يمنع من الصلاة فيه، ونص في رواية عبد الله على جواز بيع عرصته وتكون الشهادة في ذلك على الامام. وقد روى على بن سعيد أن المساجد لا تباع انما تنقل ألتها. وقال محمد بن الحسن: إذا خرب المسجد أو الوقوف عاد إلى ملك واقفه، لان الوقف انما هو تسهيل المنفعة، فإذا زالت منفعته زال حق الموقوف عليه منه فزال ملكه عنه. دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم لا يباع أصلها ولا تباع ولا توهب ولا تورث) ولان ما لا يجوز بيعه مع بقاء منافعه لا يجوز بيعه مع بقاء تعطيلها كالمعتق، والمسجد أشبه الاشياء بالمعتق (فائدة)، لا يصح عندنا وقف لاجل نقش مسجد أو زخرفته، أما دهانه وملاطه وتحصينه فجاز، لقول عمر رضى الله عنه (أكن الناس من المطر واياك أن تحمر أو تصفر فتفتن الناس) أفاده الشمس الرملي في النهاية (فرع) إذا كان الوقف للاستغلال لم يتصرف فيه سواء ناظره الخاص أو العام أو لينتفع به الموقوف عليه، وأطلق أو قال: كيف شاء، فله استيفاء المنفعة بنفسه وبغيره بأن يركبه الدابة مثلا ليقضى له عليها حاجة فلا ينافى ذلك ما قيل في الاعارة والاجارة وما قيدناه به.

ثم إن شرط الواقف النظر لنفسه أو غيره اتبع كبقية شروطه، لما روى أن عمر (رض) ولى أمر صدقته لحفصة ما عاشت، ثم لاولى الراى من أهلها، وقبول من شرط له النظر كقبول الوكيل فيما يظهر لا الموقوف عليه ما لم يشترط له شئ من ريع الوقف ن ودعوى السبكي أنه بالاباحة أشبه فلا يرتد بالرد بعيد، بل لو قبله ثم أسقط حقه منه سقط إلا أن يشترط نظره حال الوقف، فلا ينزل بعزل نفسه على الراجح خلافا لمن زعم خلافه. قال الرملي: نعم يقيم الحاكم متكلما غيره مدة إعراضه، فلو أراد العود لم يحتج إلى تولية جديدة، فإذا لم يشترط الواقف النظر لاجد فالنظر للقاضى الموجود ببلد الموقوف عليه كما مر بنظيره في مال اليتيم، إذ نظره عام فهو اولى من غيره، ولو كان واقفا أو موقوفا عليه. وما حزم به الماوردى من ثبوته للواقف بلا شرط في مسجد المحلة، والخوارزمي في سائر المساجد، وزاد أن ذريته مثله مردود. هكذا أفده الرملي وشرط الناظر العدالة الباطنة مطلقا كما رجحه الادرعى خلافا لاكفاء السبكي بالعدالة الظاهرة، ومن ثم ينزل بالفسق المحقق بخلاف غيره بخلاف الكذب الذى يمكن أن يكون معذورا فيه. وسواء في الناظر أكان هو الواقف أم غيره، ومتى انزل بالفسق فالنظر للحاكم، كما تشترط الكفاية لما تولاه من

نظر عام أو خاص وهي الاهتداء إلى التصرف الذي فوض له قياسا على الوصي والقيم، لأنها ولاية على غيره، وعند زوال الاهلية يكون النظر للحاكم، هكذا رجح السبكي وقد أفتى النووي بعدم عود النظر بعود الاهلية ما لم يكن نظره بشرط الواقف، لقوته بالشرط، إذ ليس لاحد عزله ولا الاستبدال به، وعارض فقد الاهلية مانع من تصرفه لا سالب لولايته. ولو كان له النظر على مواضع فأثبت أهليته في مكان ثبتت في بقية الاماكن من حيث الامانة لا من حيث الكفاية إلا ان ثبت أهليته في سائر الاوقاف كما قرره ابن الصلاح. ووظيفة الناظر حفظ الاصول وثمرتها على وجه الاحتياط كولى اليتيم،

[364]

كما يتولى الاجارة والعمارة والاقتراض على الوقف عند الحاجة إن شرطه له الواقف أو أذن له فيه الحاكم كما في الروضة وغيرها، خلافا للبلقيني، سواء في ذلك مال نفسه وغيره، كما انه منوط به تحصيل الغله وقسمتها على مستحقيها، ويلزمه رعاية زمن عينه الواقف، ويجوز تقديم تفرقة المنذور على الزمن المعين لشبهه بالزكاة المعجله، ولو كان له وظيفه فاستتاب فيها فالاجرة عليه لا على الوقف وقال الاذرعى: إن الذي نعتقده أن الحاكم لا ينظر له معه ولا تصرف، بل نظره معه نظر إحاطه ورعاية. فإن فوض الواقف إليه بعض هذه الامور لم يتعده اتباعا للشرط، ويستحق الناظر ما شرط من الاجرة، كما يجوز له رفع الامر إلى الحاكم ليقرر له أجره قال العراقي في تحريره: ومقتضاه أنه يأخذ مع الحاجة إما قدر النفقة كما رجح الرافعي أو الاقل من نفقته وأجرة مثله كما رجح النووي، وقد رجح بعض المتأخرين من أصحابنا أن الظاهر هنا أنه يستحق أن يقرر له أجره المثل، وإن كان أكثر من النفقة، وانما اعتبرت النفقة هنا لوجوبها على فرعه سواء أكان وليا على ماله أم لا، بخلاف الناظر ولو جعل النظر لعدلين من أولاده وليس فيهم سوى عدل نصب الحاكم آخر، وأن جعله للارشاد من أولاده فالارشاد، فأثبت كل منهم أنه ارشاد اشتركوا في النظر بلا استقلال ان وجدت الاهلية فيهم، لان الارشادية قد سقطت بتعارض البنات فيها ويبقى أصل الرشاد، ولو تغير حال الارشاد حين الاستحقاق فصار مفضولا انتقل النظر إلى من هو ارشاد منه، ويدخل في الارشاد من أولاد أولاده الارشاد من أولاد البنات، وللواقف عزل من ولاه نائبا عنه ان شرط النظر لنفسه ونصب غيره كالوكيل. وأفتى النووي بأنه لو شرط النظر لانسان، وجعل له أن يسنده لمن شاء فأسنده لآخر، لم يكن له عزله ولا مشاركته، ولا يعود النظر إليه بعد موته. قال الرملي: بنظير ذلك أفتى فقهاء الشام وعللوه بأن التفويض بمثابة التملك، وخالفهم السبكي فقال: بل كالتوكيل، وأفتى السبكي بأن للناظر والواقف من جهته عزل المدرس ونحوه ان لم يكن مشروطا في الوقف ولو لغير مصلحه، وهو مردود بما في الروضة للنووي أنه لا يجوز للامام اسقاط بعض الاجناد المثبتين

[365]

في الدبوان بغير سبب، فالناظر الخاص أولى، ولا اثر للفرق بأن هؤلاء ربطوا أنفسهم للجهاد الذي هو فرض، ومن ربط نفسه لا يجوز إخراج بلا سبب بخلاف الوقف فإنه خارج عن فروض الكفايات، بل يرد بان التدريس فرض أيضا، وكذلك قراءة القرآن، فمن ربط نفسه بهما فحكمه كذلك على تسليم ما ذكر من أن الربط به كالتلبس به، وإلا فشتان ما بينهما، ومن ثم اعتمد البلقيني أن عزله من غير مسوع لا ينفذ، بل هو قاذح في نظره، وفي شرح المنهاج في الكلام على عزل القاضى بلا سبب ونفوذ العزل في الامر العام: أما الوظائف كأذان وإقامة وتدريس وطلب ونحوه فلا ينعزل أربابها بالعزل من غير سبب كما أفتى به كثير من المتأخرين، منهم ابن رزين فقال: من تولى تدريسا لم يجز عزله بمثله ولا بدونه ولا ينعزل بذلك، قال الرملي: وهذا هو المعتمد. وإذا قلنا لا ينفذ عزره الا بسبب فهل يلزمه بيان مستنده؟ الفتوى أكثر المتأخرين بعدمه وقيدته بعضهم بما إذا وثق بعلمه ودينه، وزيفه التاج السبكي بأنه لا حاصل له. ثم بحث أنه ينبغي وجوب بيان مستنده مطلقا أخذا من قولهم لا يقبل دعواه الصرف لمستحقين معينين، بل القول قولهم ولهم مطالبته بالحساب وادعى الولي العراقى أن الحق التقييد وله حاصل لان عدالته غير مقطوع بها، فيجوز أن يختل وأن يظن ما ليس بقاذح قاذحا بخلاف من تمكن علما ودينا زيادة على ما يعتبر في الناظر من تمييز ما يقدم وما لا يقدر، ومن ورع وتقوى يحولان بينه وبين متابعة الهوى. ولو طلب المستحقون من الواقف كتاب الوقف ليكتبوا منه نسخة حفظا لاستحقاقهم لزمه تمكينهم وذلك أخذا من افناء جماعة أنه يجب على صاحب كتب الحديث إذا كتب فيها سماع غيره معه لها أن يعيره اياها ليكتب سماعه منها ولو تغيرت المعاملة وجب ما شرطه الواقف مما كان يتعامل به حال الوقف، زاد سعره أم نقص سهل تحصيله أم لا، فإن فقد اعتبرت قيمته يوم المطالبة ان لم يكن له مثل حينئذ والا وجب مثله. وإذا أجر الناظر الوقف على معين أو جهة اجارة صحيحة فزادت الاجرة

[366]

في المدة أو ظهر بالزيادة لم يفسخ العقد في الاصح لوقوعه بالغبطة في وقته فأشبه ارتفاع القيمة أو الاجرة بعد بيع أو اجارة مال المحجور. والثاني: تنفسخ إذا كان للزيادة وقع، والطالب ثقة لتبين وقوعه على خلاف المصلحة، وقد مر في الاجارة أنه لو كان المؤجر المستحق أو مأذونه جاز اجارته بأقل من اجرة مثله وعليه فالوجه انفساخه بانتقالها لغيره ممن لم ياذن له في ذلك. وأفتى ابن الصلاح فيما إذا أجر بأجرة معلومة شهد اثنان بأنها اجرة المثل حال العقد ثم تغيرت الاحوال فزادت اجرة المثل بأنه يتبين بطلانها وخطؤها لان تقويم المنافع المستقبله انما يصح حيث استمرت حالة العقد بخلاف ما لو طرأ عليها احوال تختلف بها قيمة المنفعة فإنه بان أن المقوم لم يوافق تقويمه الصواب ولو حكم حاكم بصحة اجارة وقف، وان الاجرة وقف، وأن الاجرة اجرة المثل، فإن ثبت بالتواتر أنها دونها تبين بطلان الحكم والاجارة. (فرع) نفقة الوقف من حيث شرط الواقف لانه لما اتبع شرطه في سبيله وجب اتباع شرطه في نفقته، فإن لم يمكن فمن غلته، لان الوقف اقتضى تحييس أصله وتسييل منفعته، ولا يحصل ذلك الا بالاتفاق عليه، فكان ذلك من ضرورته، وان تعطلت منافع الحيوان الموقوف فنفقتهن على الموقوف عليه لانه ملكه، ويحتمل وجوبها في بيت المال، والله تعالى أعلم بالصواب.

قال المصنف رحمه الله تعالى: كتاب الهبات الهبة مندوب إليها لما روت عائشة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (تهادوا تحابوا) وللأقارب أفضل لما روى عبد الله بن عمر رضى الله عنهما قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (الراحمون يرحمهم الله، ارحموا من في الأرض يرحمكم من في السماء، الرحم شجنة من الرحمن، فمن وصلها وصله الله، ومن قطعها قطعها الله) وفى الهبة صلة الرحم، والمستحب أن لا يفضل بعض أولاده على بعض في الهبة لما روى النعمان بن بشير قال (أعطاني أبى عطية فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله إنى أعطيت ابني عطية وإن أمه قالت لا أرضى حتى تشهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهل أعطيت كل ولدك مثل ذلك؟ قال لا. قال رسول الله اتقوا الله وأعدلوا بين أولادكم، أليس يسرك أن تكونوا في البر سواء؟ قال بلى قال فلا إذا) قال الشافعي رحمه الله: ولأنه يقع في نفس المفضل ما يمنعه من بره، ولأن الأقارب ينفس بعضها بعضاً ما لا ينفس العدى، فإن فضل بعضهم بعطية صحت العطية، لما روى في حديث النعمان أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (أشهد على هذا غيرى) فلو لم يصح لبين له ولم يأمره أن يشهد عليه غيره، ولا يستنكف أن يهب القليل ولا أن يتهب القليل، لما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (لو دعيت إلى كراع لاجبت. ولو أهدى إلى كراع أو ذراع لقبلت) (الشرح، الحديث الأول أخرجه البخاري في الأدب المفرد والبيهقي وابن طاهر في مسند الشهاب من حديث محمد بن بكير عن ضمام بن اسماعيل عن موسى

ابن وردان عن أبى هريرة عنه صلى الله عليه وسلم (تهادوا تحابوا) قال الحافظ ابن حجر وإسناده حسن، وقد اختلف فيه على ضمام. قال الذهبي: لينه بعضهم بلا حجة. وقال أحمد بن حنبل: صالح الحديث. وسرد له ابن عدى في كامله أحاديث حسنة، ولما كان ضمام ختن أبى قبيل على ابنته فقد اختلف عليه، فقيل عنه: عن أبى قبيل عن عبد الله بن عمر أورده ابن طاهر ورواه في مسند الشهاب من حديث عائشة بلفظ (تهادوا تزدادوا حبا) وفى إسناده محمد بن سليمان. قال ابن طاهر لا اعرفه، وأورده أيضاً من وجه آخر عن أم حكيم بنت وداع الخزاعية وقال: إسناده غريب وليس بحجة. وروى مالك في الموطأ عن عطاء الخراساني رفعه (تصافحوا يذهب الغل، وتهادوا تحابوا وتذهب الشحناء) وفى الأوسط للطبراني من حديث عائشة (تهادوا تحابوا وهاجروا تورثوا أولادكم مجداً وأقبلوا الكرام عثراتهم) قال الحافظ بن حجر: وفى إسناده نظر وأخرج في الشهاب عن عائشة (تهادوا فان الهدية تذهب الضغائن) ومداره على محمد بن عبد النور عن أبى يوسف الأعمش عن هشام عن أبيه عنها. والراوي له عن محمد هو أحمد بن الحسن المقرئ. قال الدارقطني: ليس بثقة، وقال ابن طاهر لا أصل له عن هشام. ورواه ابن حبان في الضعفاء من طريق بكر بن بكار عن عائذ بن شريح عن أنس بلفظ (تهادوا فان الهدية قلت أو كثرت تذهب السخيمة) وضعفه بعائذ. قال أبو حاتم: فى حديثه ضعف. وقال ابن طاهر: ليس بشئ وقد رواه عنه

جماعة. قال ورواه كوثر بن حكيم عن مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلًا. وكوثر متروك. وروى الترمذي من حديث أبي هريرة (تهادوا فان الهدية تذهب وجر الصدر) وفي اسناده أبو معشر المدني تفرد به وهو ضعيف. ورواه ابن طاهر في احاديث الشهاب من طريق عصمة بن مالك بلفظ (الهدية تذهب بالسمع والبصر) ورواه ابن حبان في الضعفاء من حديث ابن عمر بلفظ (تهادوا فان الهدية تذهب الغل) رواه محمد بن عيزرة قال لا يجوز الاحتجاج به وقال فيه البخاري منكر الحديث وروى أبو موسى المدني في الذيل في ترجمة زعبل، بالزاي والعين المهملة والباء

[369]

الموحدة، يرفعه (تزاوروا وتهادوا فان الزيارة تثبت الوداد، والهدية تذهب السخيمة. قال ابن حجر: وهو مرسل وليس لزعل صحبة اما حديث عبد الله بن عمر رواه احمد في مسنده والطبراني باسناده صحيح عن عبد الله بن عمرو، ورواه مسلم عن عائشة، ورواه البخاري عن ابي هريرة بلفظ الرحم شجنة من الرحمن، قال الله: من وصلته ومن قطعته. اما حديث النعمان بن بشير عند البخاري ومسلم واحمد بلفظ (ان اباه أتى به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: انى نحلتي ابني هذا غلاما كان لى، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أكل ولدك نحلته مثل هذا ؟ فقال: لا، فقال: فارجه) ولفظ مسلم (نصدق على ابي بعض ماله، فقالت امى عمرة بنت رواحة لا ارضى حتى تشهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فانطلق ابي إليه يشهده على صدقتي، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: افعلت هذا بولدك كلهم ؟ قال لا فقال: اتقوا الله واعدلوا في اولادكم، فرجع ابي في تلك الصدقة) وللبخاري مثله لكن ذكره بلفظ العطية لا بلفظ الصدقة. وقد روى احمد وابو داود والنسائي والمنذري عن النعمان بن بشير قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم (اعدلوا بين ابنائكم، اعدلوا بين ابنائكم، اعدلوا بين ابنائكم) وهذا الحديث سكت عنه أبو داود والمنذري ورجاله ثقات الا المفضل ابن المهلب بن ابي صفرة، وقد اختلف فيه وهو صدوق، وفي رواية لمسلم بلفظ (ايسرك ان يكونوا في البر سواء ؟ قال: بلى، قال: فلا اذن وفي باب عن ابن عباس عند الطبراني والبيهقي وسعيد بن منصور بلفظ (سووا بين اولادكم في العطية، ولو كنت مفضلا احدا لفضلت النساء) وفي اسناده سعيد ابن يوسف وهو ضعيف، وذكر ابن عدى في الكامل انه لم ير له انكر من هذا وقد حسن ابن حجر في الفتح اسناده. أما حديث ابي هريرة فقد اخرج البخاري بلفظ (ذلود دعيت إلى كراع أو ذراع لاجبت، ولو اهدى إلى ذراع أو كراع لقبلت) ورواه احمد والترمذي وصححه من حديث انس بلفظ (لو اهدى إلى كراع لقبلت، ولو دعيت عليه لاجبت) وفي باب عن أم حكم الخزاعية عند الطبراني قالت (قلت: يا رسول الله

[370]

تكره اللطف ؟ قال: ما أقبحه، لو اهدى إلى كراع لقبلت) قوله: اللطف بالتحريك: اليسير من الطعام. أما الهبة بكسر الهاء وتخفيف الباء الموحدة. قال في الفتح: تطلق بالمعنى الاعم على انواع الابرار، وهو هبة الدين ممن هو عليه، والصدقة وهى هبة ما يتمخص به طلب ثواب الآخرة، والهدية

وهي ما يلزم به الموهوب له عوضه، ومن خصها بالحياة اخرج الوصية، وهي تكون أيضا بالانواع الثلاثة، وتطلق الهبة بالمعنى الاخص على ما لا يقصد له بدل، وعليه ينطبق قول من عرف الهبة بانها تملك بلا عوض اه والهبة والعطية والهدية والصدقة معانيها متقاربة وكلها تملك في الحياة بغير عوض، واسم العطية شامل لجميعها، وكذلك الهبة والصدقة والهدية متغايران، فان النبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة. وقال في اللحم الذي تصدق به على بريرة (هو عليها صدقة ولنا هدية) فالظاهر ان من أعطى شيئا يتقرب به إلى الله تعالى للمحتاج فهو صدقة. ومن دفع إلى انسان شيئا يتقرب به إليه محبة له فهو هدية، وجميع ذلك مندوب إليه ومحثوث عليه لقوله صلى الله عليه وسلم (تهادوا تحابوا) وأما الصدقة فما ورد في فضلها أكثر من ان يمكننا حصره، وقد قال الله تعالى (ان تبدوا الصدقات فنعمما هي، وان تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم ويكفر عنكم سيئاتكم) إذا ثبت هذا فان المكمل والموزون لا تلزم فيه الصدقة والهبة الا بالقبض، وهو قول اكبر الفقهاء، منهم النخعي والثوري والحسن بن صالح وابو حنيفة والشافعي واحمد. وقال مالك وابو ثور: يلزم ذلك بمجرد العقد لعموم قوله عليه الصلاة والسلام (العائد في هبته كالعائد في قبئه) ولانه ازالة ملك بغير عوض فلزم بمجرد العقد كالوقوف والعتق. وربما قالوا: تبرع فلا يعتبر فيه القبض كالوصية والوقف، ولانه عقد لازم ينقل الملك فلم يقف لزومه على القبض كالبيع، وتطلق الهبة على الشئ الموهوب واحاديث النعمان بن بشير تمسك بها من اوجب التسوية بين الاولاد في

[371]

العطية، وبه صرح البخاري، وهو قول طاوس والثوري واحمد واسحاق وبعض المالكية، قال في الفتح: والمشهور عن هؤلاء انها باطلة. وعن احمد تصح، ويجب ان يرجع. وعنه يجوز التفاضل ان كان له سبب، كان يحتاج الولد لزمانته أو دينه أو نحو ذلك دون الباقيين. وقال أبو يوسف تجب التسوية ان قصد بالتفصيل الاضرار. وذهب الجمهور إلى ان التسوية مستحبة، فان فضل بعضا صح وكره، وحملوا الامر على الندب وكذلك حملوا النهي الثابت في رواية لمسلم بلفظ (ابسرك ان يكونوا لك في البر سواء؟ قال بلى. قال فلا اذن) على التنزيه. واجابوا عن حديث النعمان باجوبة عشرة جاءت في فتح الباري، اختصرها الشوكاني ووضع عليها زيادات مفيدة (احدها) ان الموهوب للنعمان كان جميع مال والده حكاه ابن عبد البر، وتعقبه بان كثيرا من طرق الحديث مصرحة بالبعضيه، كما في حديث جابر وغيره ان الموهوب كان غلاما، وكما في لفظ مسلم عن النعمان (تصدق على ابي بعض ماله) (الجواب الثاني) ان العطية المذكورة لم ينجز، وانما جاء بشير يستشير النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك فاشار عليه بان لا يفعل فترك، حكاه الطبري ويجاب عنه بان امره صلى الله عليه وسلم له بالارتجاع يشعر بالنجيز. وكذلك قول عمره (لا ارضى حتى تشهد) الخ (الجواب الثالث) ان النعمان كان كبيرا ولم يكن قبض الموهوب فجاز لابي الرجوع. ذكره الطحاوي. قال الحافظ وهو خلاف ما في أكثر طرق الحديث خصوصا قوله (ارجعه) فانه يدل على تقدم وقوع القبض، والذي تضافرت عليه الروايات انه كان صغيرا وكان ابوه قابضا له لصغره فأمره برد العطية المذكورة بعدما كانت في حكم المقبوضة. (الرابع) ان قوله (ارجعه) دليل على الصحة، ولو لم تصح الهبة لم يصح الرجوع، وانما امره بالرجوع لان للوالد ان يرجع فيما وهب لولده، وان كان الافضل خلاف ذلك، لكن

استحباب التسوية رجع على ذلك فلذلك امره به. وفي الاحتجاج بذلك نظراً،
والذي يظهر ان معنى قوله ارجعه، أي لا تمض الهبة

[372]

المذكورة، ولا يلزم من ذلك تقدم صحة الهبة (الخامس) أن قوله: أشهد
على هذا غيري، إذن بالاشهاد على ذلك، وإنما امتنع من ذلك لكونه الامام،
وكانه قال لا أشهد لان الامام ليس من شأنه أن يشهد وإنما من شأنه أن
يحكم، حكاة الطحاوي وارتضاه ابن القصار، وتعقب بأنه لا يلزم من كون
الامام ليس من شأنه أن يشهد أن يمتنع من تحمل الشهادة ولا من أدائها
إذا تعينت عليه، والاذن المذكور مراد به التويخ لما تدل عليه بقية ألفاظ
الحديث، وبذلك صرح الجمهور في هذا الموضوع وقال ابن حبان: قوله
(أشهد) صيغة أمر والمراد به نفي الجواز وهي كقوله لعائشة: اشترطي
لهم الولاء اه. ويؤيد هذا الوجه تسميته صلى الله عليه وسلم لذلك جوراً كما
في بعض الروايات المذكورة. (السادس) التمسك بقوله: ألا سويت بينهم،
على أن المراد بالامر الاستحباب وبالنهى التنزيه. قال ابن حجر: وهذا جيد
لولا ورود تلك الالفاظ الزائدة على هذه اللفظة ولا سيما رواية (سو بينهم)
(السابع) قالوا المحفوظ في حديث النعمان (قاربوا بين اولادكم لا سووا،
وتعقب بانكم لا توجبون المقاربة كما لا توجبون التسوية) (الثامن) في
التشبيه الواقع بينهم في التسوية، بالتسوية بينهم، بالتسوية فيهم في
البر قرينة تدل على أن الامر للندب، ورد بأن إطلاق الجور على عدم
التسوية والنهاى عن التفضيل يدلان على الوجوب فلا تصلح تلك القرينة
لصرفهما وإن صلحت لنفس الامر (التاسع) ما سيأتي في الفصل الذي بعد
هذا من منحة أبى بكر لعائشة. وقوله لها فلو كنت احترته، وكذلك ما رواه
الطحاوي عن عمر أنه نحل ابنه عاصماً دون سائر ولده، ولو كان التفضيل
غير جائز لما وقع من الخليفتين، وقال في الفتح وقد أجاب ابن عمر عن
قصة عائشة بأن اخوتها كانوا راضين، ويحجب بمثل ذلك عن قصة عاصم. ولا
حجة في فعلهما لا سيما إذا عارض المرفوع (العاشر) أن الاجماع انعقد
على جواز عطية الرجل ماله لغير ولده، فإذا جاز له أن يخرج جميع ولده من
ماله لتمليك الغير جاز له أن يخرج بعض ولده

[373]

بالتملك لبعضهم. ذكره ابن عبد البر. قال الحافظ ابن حجر ولا يخفى
ضعفه لانه قياس مع وجود النص، وقد رأى الشوكاني أن التسوية واجبة
وأن التفضيل محرم واختلف الموجبون للتسوية في كيفيةها فقال محمد
بن الحسن وأحمد وإسحاق وبعض الشافعية والمالكية العدل أن يعطي
الذكر حظين كالميراث، واحتجوا بان ذلك حظه من المال لو مات عنه
الواهب. وقال غيرهم لا فرقة بين الذكر والانثى، وظاهر الامر بالتسوية
معهم. على أن حديث النعمان بن بشير رواه عنه عدد كثير من التابعين،
منهم عروة ابن الزبير عند مسلم والنسائي وأبى داود، وأبو الضحى عند
النسائي وابن حبان وأحمد والطحاوي، والمفضل بن المهلب عند أحمد
وأبى داود والنسائي، وعبد الله بن عتبة بن مسعود عند أحمد، وعون بن
عبد الله عند أبى عوانة والشعبي عند الشيخين وأبى داود وأحمد والنسائي

وابن ماجه وابن حبان وغيرهم وقد رواه النسائي من مسند بشير والد النعمان فشد بذلك. والله تعالى أعلم قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وما جاز بيعه من الاعيان جاز هبته لانه عقد يقصد به ملك العين فملك به ما يملك بالبيع وما جاز هبته جاز هبة جزء منه مشاع لما روى عمر بن سلمة الضمرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج من المدينة حتى أتى الروحاء فإذا حمار عقير، فقيل يا رسول الله هذا حمار عقير، فقال دعوه فانه سيطلبه صاحبه، فجاء رجل من فهر فقال يا رسول الله انى أصبت هذا فشانكم به، فأمر النبي صلى الله عليه وسلم أبا بكر بقسم لحمه بين الرفاق، ولان القصد منه التملك والمشاع كالمقسوم في ذلك. (فصل) وما لا يجوز بيعه من المجهول وما لا يقدر على تسليمه وما لم يتم ملكه عليه كالمبيع قبل القبض لا تجوز هبته لانه عقد يقصد به تملك المال في حال الحياة فلم يجز فيما ذكرناه كالبيع (فصل) ولا يجوز تعليقها على شرط مستقبل لانه عقد يبطل بالجهالة فلم يجز تعليقه على شرط مستقبل كالبيع

[374]

(الشرح) حديث عمرو بن سلمة الضمرى كذا في نسخ المهذب وفي مواطن مختلفة من فصول المهذب وصوابه عمير بن سلمة الضمرى بالتصغير. قال الحافظ ابن حجر في التهذيب: له صحة وحديث، وهذا الحديث أخرجه أحمد والنسائي ومالك في الموطأ وصححه ابن خزيمة وغيره عن عمير بن سلمة الضمرى عن رجل من بهز (أنه خرج مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يريد مكة حتى إذا كانوا في بطن واد الروحاء وجد الناس حمار وحش عقيرا فذكروه للنبي صلى الله عليه وسلم فقال: أقروه حتى يأتي صاحبه فأتى البهري وكان صاحبه فقال: يا رسول الله شأنكم هذا الحمار فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بكر فقسمه في الرفاق، وهم محرمون، قال: ثم مررنا حتى إذا كنا بالاثاية إذا نحن بطيبي حاقف في ظل فيه سهم فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا أن يقف عنده حتى يخير الناس عنه). ولاحمد والبخاري ومسلم من حديث قتادة قال (كنت يوما جالسا مع رجال من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم في منزل في طريق مكة ورسول الله صلى الله عليه وسلم أمامنا والقوم محرمون وأنا غير محرم عام الحديبية فأبصروا حمارا وحشيا وأنا مشغول أخصف نعلي فلم تؤذونني، وأحبوا لو أنى أبصرته فالتفت فأبصرته فقامت إلى الفرس فأسرجته ثم ركبت ونسيت السوط والرمح فقلت: لهم ناولوني السوط والرمح، فقالوا: لا والله لا نعيناك عليه، فعضبت فنزلت فأخذتهما ثم ركبت فشددت على الحمار فعقرته ثم جئت به وقد مات فوقعوا فيه ياكلونه، ثم إنهم شكوا في أكلهم إياه وهم حرم، فرحنا وخبات العضد معي فأدركنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألناه عن ذلك فقال: هل معكم منه شيء فقلت: نعم، فناولته العضد فأكلها وهو محرم) ولمسلم (هل أشار إليه إنسان أو أمره بشيء قالوا: لا، قال: فكاوه) والبخاري (قال منكم أحد أمره أن يحمل عليها أو أشار إليها؟ قالوا: لا، قال: فكلوا ما بقى من لحمها) قلت. وهذا الخبر صريح في صحة هبة المشاع، وبه قال مالك والشافعي وأحمد، سواء في ذلك ما أمكن قسمته أو لم يمكن

وقال أصحاب الرأي لا تصح هبة المشاع الذي يمكن قسمته لان القبض شرط في الهبة، ووجوب القسمة يمنع صحة القبض وتمامه، فإن كان مما لا يمكن قسمته صحت هبته لعدم ذلك فيه، وإن وهب وأحد اثنين شيئاً مما ينقسم لم يجر عند أبي حنيفة، وجاز عند صاحبيه، وإن وهب اثنان اثنين شيئاً مما ينقسم لم يصح في قياس قولهم، لان كل واحد من المتهبين قد وهب له جزء مشاع. ولنا حديث عمرو بن سلمة في الفصل، ولانه يجوز بيعه فجازت هبته كالذي لا ينقسم، ولانه مشاع فاشبه ما لا ينقسم. وقولهم: إن وجوب القسمة يمنع صحة القبض لا يصح، فإنه لم يمنع صحته في البيع فكذا ههنا، ومتى كانت الهبة لاثنين فقبضاه بإذنه ثبت ملكهما فيه، وإن قبضه أحدهما ثبت الملك في نصيبه أما قوله ما جاز بيعه من الاعيان جاز هبته، فظاهر في عموم ثبوت الملك بالقبض بالهبة فيما يجوز امتلاكه بالعوض، والجواز هنا اعتبار الشئ في حق حكمه، وأما صحته بانعقاد اللفظ بحيث إذا انضم إليه القبض اعتبر، وبثبت حكمه وفي معنى البيع، قال الشافعي رضى الله عنه ولو تغيرت عند الموهوب له بزيادة كان له أخذها وكان كالرجل يبيع الشئ وله فيه الخيار. ولما كانت الهبة تملكاً لمعين في الحياة لم يجر تعليقها على شرط كالبيع، فان علقها على شرط كقول النبي صلى الله عليه وسلم لام سلمة (إن رجعت هديتنا إلى النجاشي فهي لك) كان وعداً، وإن شرط في الهبة شروطاً تنافى مقتضاها نحو أن يقول وهبتك هذا بشرط أم لا، تهبه أو لا تبعه أو بشرط أن تهبه أو تبعه أو بشرط أن تهب فلانا شيئاً لم يصح. وفي حصة الهبة وجهان على الشروط الفاسدة في البيع، وإن وقت الهبة، فقال وهبتك هذا سنة ثم يعود إلى لم يصح، لانه عقد تملك لعين فلم يصح مؤقتاً. وجملة ذلك أن التملك إذا كان لعين بغير عوض عن غير احتياج كان هبة، فإن كان عن احتياج فصدقة، فإن كان للمنفعة بغير عوض فعارية أو بعوض فأجارة وإن كان للعين بعوض فبيع. (فرع لا يجوز هبة المجهول أو غير المملوك أو جعله في الذمة. قال النووي

وما لا يجوز بيعه كمجهول ومغضوب لمن لا يقدر على انتزاعه، وضال وأبق فلا يجوز هبته. قال الرملي: بجامع أن كلا منهما تملك في الحياة ولا ينافيه خير: زن وأرجح، لان الرجحان المجهول وقع تابعا لمعلوم، عل أن الأوجه كون المراد بأرجح تحقق الحق حذرا من التساهل فيه، ولا قوله صلى الله عليه وسلم للعباس رضى الله عنه في المال الذي جاء من البحرين: خذ منه - الحديث، لان الظاهر أن ما ذكر في المجهول إنما هو بالمعنى الاخص بخلاف هديته وصدقته فيصحان فيما يظهر، واعطاء العباس الظاهر صدقة لا هبة، لكونه من جملة المستحقين. وقد اختلف الفقهاء في ترك الدين المستقر الذي في الذمة للمدين، فقال أبو حنيفة والثوري وإسحاق: إن وهب الدين لغير من هو في ذمته أو باعه إياه لم يصح. وقال أحمد: إذا كان لك على رجل طعام قرضا فبعه من الذي هو عليه بنقد، ولا تبعه من غيره عرضا بمالك عليه. وقال الشافعي: إن كان الدين على معسر أو مماطل أو جاحد له لم يصح البيع لانه معجوز عن تسليمه، وإن كان على ملئ باذل له ففيه قولان. (أحدهما) يصح لانه ابتاع بمال ثابت في الذمة فصح، كما لو اشترى في ذمته ويشترط أن يشتره بعين أو يتقاضان في المجلس لئلا

يكون بيع دين بدين. (والثاني لا يصح. وفي نهاية المحتاج بحث حول ترك الدين المستقر الذي في الذمة المدين لغيره هل يعد هبة أم يعد إبراء فحسب بأنه لا يعد هبة في الاصح لانه غير مقدور على تسليمه، فإن قلنا: بصحة بيعه لغير من هو عليه قياسا على بيع الموصوف فإنه لا يوهب والدين مثله بلى أولى، وفرق ما بين صحة بيعه وعدم صحة هبته بأن بيع ما في الذمة التزام لتحصيل المبيع في مقابلة الثمن الذي استحقه والالتزام فيها صحيح بخلاف هبته فإنها لا تتضمن الالتزام إذ لا مقابل فيها، فكانت بالوعد أشبه فلم يصح. ووارد على ما لا يجوز بيعه من المجهول أنه إذا خلط متاعه بمتاع غيره فوهب أحدهما نصيبه لصاحبه فيصح مع جهل قدره وصفته للضرورة، وكذلك لو قال:

[377]

أنت في حل مما تأخذ أو تعطى أو تأكل من مالى فله الاكل فقط لانه إباحة وهى صحيحة بالمجهول بخلاف الاخذ والاعطاء قاله العبادي، قال: وفي خذ من عنب كرمى ما شئت لا يزيد على عنقود لانه أقل ما يقع عليه الاسم، وما استشكل به يرد بأن الاحتياط المبنى عليه حق أوجب ذلك التقدير، وأفتى القفال في: أبحت لك من ثمار بستاني ما شئت بأنه إباحة، وظاهرة أن له أخذ ما شاء، وما قاله العبادي أحوط. وفي الانوار: لو قال أبحت لك جميع مافى دارى أو مافى كرمى من العنب: فله اكله دون بيعه وحمله وإطعامه لغيره. وتقتصر الإباحة على الموجود في الدار أو في الكرم. ولو قال أبحت لك جميع مافى دارى اكلا واستعمالا ولم يعلم المبيع لم تحصل الإباحة اه. ومتى قلنا لا تصح الهبة في غير مقدور عليه أو فيما لا يمكن تسليمه كالعبد الابق والجمل الشارد والمغصوب لغير غاصبه ممن لا يقدر على اخذه بهذا قال ابو حنيفة والشافعي واحمد رضى الله عنهم لانه عقد يفتقر إلى القبض فلم يصح في ذلك كالبيع والله تعالى اعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ولا تصح الا بالايجاب والقبول لانه تملك ادمى لادمى فافتقر إلى الايجاب والقبول كالبيع والنكاح ولا يصح القبول الا على الفور. وقال ابو العباس يصح على التراخي، والصحيح هو الاول، لانه تملك مال في حال الحياة فكان القبول فيه على الفور كالبيع، (فصل) ولا يملك الموهوب منه الهبة من غير قبض، لما روت عائشة رضى الله عنها (ان اباهما نحلها جذاذ عشرين وسقا من ماله فلما حضرته الوفاة قال يا بنية ان أحب الناس غنى بعدى لانت وان أعز الناس على فقرا بعدى لانت، وأنى كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقا من مالى ووددت انك جذتته وجزته وانما هو اليوم مال الوارث وانما هما اخواك واختاك. قالت هذان اخواى فمن أختاى، قال ذو بطن بنت خارجه، فانى اظنها جاربه، فان مات قبل القبض قام وارثه مقامه،

[378]

ان شاء قبض وان شاء لم يقبض، ومن اصحابنا من قال. يبطل العقد بالموت، لانه غير لازم فيبطل بالموت كالعقود الجائزة، والمنصوص انه لا يبطل لانه عقد يؤل إلى اللزوم فلم يبطل بالموت كالبيع بشرط الخيار، فإذا قبض ملك بالقبض ومن اصحابنا من قال يتبين انه ملك بالعقد، فان

حدث منه نماء قبل القبض كان للموهوب له، لان الشافعي رضى الله عنه قال فيمن وهب له عبد قبل ان يهل عليه هلال شوال، وقبض بعدما اهل ان فطرة العبد على الموهوب له والمذهب الاول، وما قال في زكاة الفطر فرعه على قول مالك رحمه الله. (الشرح) خبر عائشة رضى الله عنها، رواه مالك في الموطأ من طريق ابن شهاب عن عروة عنها، وروى البيهقي من طريق ابن وهب عن مالك وغيره عن ابن شهاب. وعن حنظلة بن ابي سفيا عن القاسم بن محمد نحوه قال الشافعي رضى الله عنه في الام بلغنا عن ابي بكر رضى الله عنه انه نحل عائشة أم المؤمنين جداد عشرين وسقا من نخل له بالعالية فلما حضره الموت قال لعائشة (انك لم تكوني قبضتني، وانما هو مال الوارث) فصار بين الورثة لانها لم تكن قبضتني. اما لغات الفصل: فان قوله نحل عائشة أي اعطاها والنحلة العطية، والوسق ستون صاعا، وحزته أي قبضته، ولو قال: حزته لكان جائزا ولكن الحذف اوضح، واما قوله ذو بطن بنت خارجه. فان ذو تأتي بمعنى الاسم الموصول في لغة طئ قال شاعرهم: قالوا جنت فقلت كلا * وربى ما جنت ولا انتشيت ولكني ظلمت فكدت أبكى * من الظلم المبين أو بكيت فان الماء ماء ابي وجدى * ويثري ذو حفرت وذو طويت وقد تزوج أبو بكر رضى الله عنه ذو بطن بنت خارجة بن ابي زهير بالسج في بنى الحارث من الخزرج قريب المدينة واسمها حبيبة وبنتها ام كلثوم بنت ابي بكر رضى الله عنه. أما الاحكام: فان الهبة لا تصح الا باذن الواهب لانه بالخيار قبل القبض

[379]

ان شاء أقبضها وامضاها وان شاء رجع فيها ومنعها، فان قبضها الموهوب له قبل اذنه لم تتم الهبة ولم يصح القبض. وحكى عن ابي حنيفة انه إذا قبضها في المجلس صح، وان لم ياذن له، لان الهبة قامت مقام الاذن في القبض لكونها دالة على رضاه بالتمليك الذي لا يتم الا بالقبض. ومذهب الشافعي واحمد رضى الله عنهما انه قبض الهبة بغير اذن الواهب فلم يصح كما بعد في المجلس، أو كما لو نهاه عن قبضها، ولان التسليم غير مستحق على الواهب فلا يصح التسليم الا باذنه، كما لو اخذ المشتري المبيع من البائع قبل تسليم ثمنه، ولا يصح جعل الهبة ادنا في القبض بدليل ما بعد المجلس، ولو اذن الواهب في القبض ثم رجع عن الاذن أو رجع في الهبة صح رجوعه لان ذلك ليس بقبض. وان رجع بعد القبض لم ينفع رجوعه، لان الهبة قد تمت إذا عرف هذا عرف ان شرط الهبة الايجاب، كوهبتك وملكتك ومنحتك وأكرمتك وعظمتك ونحلتك، وكذا أطعمتك ولو في غير طعام كما نص عليه، وقبول، كقبيلت ورضيت واتهبت متلفظا باحدب هذه الكلمات أو بإشارة من اخرس مفهومه في حقه بالقبول، لان القبول ينعقد بالكناية. ومن أركانها ان يكون القبول مطابقا للايجاب، ومن أركانها اعتبار الفور في الصيغة، ولا يضر الفصل. نعم في الاكتفاء بالاذن قبل وجود القبول نظر، لاننا إذا تصورنا ان الواهب لا يفترق عن الراهن عند تقديمه المعين إلى المتهب الا في الصيغة، تبين لنا أهمية الصيغة وضرورتها عند العقد واعتبار القبول على الفور لفظا، ولا يكفي لفظ يحتمل القبول والرفض الا إذا اقترن اللفظ بالقبض وتسليم اليد، كقوله شكرا فانه لفظ يحتمل الاعتذار عن قبول الهبة ويحتمل القبول وأفتى بعض الاصحاب فيمن بعث بنته وجهازها إلى دار الزوج بأنه ان قال هذا جهاز بنتى فهو ملك لها، والا فهو عارية ويصدق بيمينه ولا يشترط الايجاب والقبول في الصدقة بل يكفي الاعطاء والاخذ، ولا في الهدية بل يكفي البعث من هذا ويكون

كالايجاب والقبض من ذلك، ويكون كالقبول لجريان عادة السلف بل الصحابة مع النبي صلى الله عليه وسلم بذلك، ومع ذلك كانوا يتصرفون فيه

[380]

تصرف الملاك فسقط ما يتوهم منه انه كان اباحة. هذا هو الصحيح. والثاني يشترطان كالهبة. وفرق هنا بين التملك وبين نقل الحق أو اليد إلى غيره، كلين شاه الاصلية أو صوفها أو تنازل إحدى الصرتين عن نوبتها للاخرى (فرع لا يملك الموهوب الهبة الا بقبضها، فقد روى عروة عن عائشة رضى الله عنه ان ابا بكر رضى الله عنه نحلها جذاذ عشرين وسقا من ماله بالعالية فلما مرض قال: يا بنية ما أحد أحب إلى غنى بعدى منك، ولا أحد أعز على فقرا منك، وكنت نحلتك جذاذ عشرين وسقا وددت انك حزتيه أو قبضتيه، وهو اليوم مال الوارث اخواك واختاك، فاقنسموا على كتاب الله عزوجل. وروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال: ما أبال أقولام ينحلون أولادهم، فإذا مات أحدهم قال: مالى وفى يدي. وإذا مات هو قال: كنت نحلته ولدى، لا نحلة الا نحلة يحرز الولد دون الوالد فان مات ورثه) فإذا مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض، فان قلنا بانه عقد يؤول إلى اللزوم لم يبطل بموت احد المتعاقدين بل يقوم ورثته مقامه، وهذا قول أكثر اصحابنا، وهو قول أبى الخطاب من الحنابلة حيث يقول: إذا مات الواهب قام وارثه مقامه في الاذن في القبض والفسخ. وان قلنا بقول بعض الاصحاب بانه من العقود الجائزة يبطل بموت أحد المتعاقدين كالوكالة والشركة، وهو قول الامام أحمد حيث قال في رواية أبى طالب وأبى الحارث في رجل اهدى هدية فلم تصل إلى المهدي حتى مات، فانها تعود إلى اصحابها ما لم يقبضها. وروى باسناده عن ام كلثوم بنت سلمة قالت (لما تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم أم سلمة قال لها (انى قد اهديت إلى النجاشي حلة وأواقى مسك، ولا أرى النجاشي الا قد مات، ولا أرى هديتي الا مردودة على، فان ردت فهي لك. قالت فكان ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ورددت عليه هديته، فاعطى كل امرأة من نسائه أوقية من مسك وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة) ووجه ضعف القول بانفساخ العقد بموت أحدهما أن ليس المدار على القبول

[381]

بل على الايلولة للزوم كما قررنا، وهو جار في الهدية والصدقة أيضا، ويجرى الخلاف في الجنون والاعماء، ولولى المجنون قبضها قبل الافاقه وفرق الحنابلة بين المكيل والموزون وغيرهما، فالمكيل والموزون لا يصح التملك بغير قبض أما في غيرهما يصح بغير القبض لما روى عن على وابن مسعود رضى الله عنهما أنهما قالوا: الهبة جائزة إذا كانت معلومة قبضت أو لم تقبض، وهو قول مالك وأبى ثور. وعن أحمد رواية اخرى لا تلزم الهبة في الجميع لا بالقبض، وهو قول أكثر أهل العلم. قال المروزي: اتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلى، على ان الهبة لا تجوز الا مقبوضة، وبروى ذلك عن النخعي والثوري والحسن بن صالح والعنبري والشافعي واصحاب الرأي لما ذكرنا ومن اصحابنا من قال: انما يستغنى عن القبض إذا تحقق الايجاب والقبول واستقر العقد بينهما، ولانه عقد تملك فافتقر إلى

الايحاب والقبول كالنكاح، وعلى هذا القول إذا حدث نماء في الهبة قبل القبض كانت للموهوب له، والمنصوص ان النماء بعد القبض كان للموهوب قال في الام: وإذا وهب الرجل للرجل جارية أو دار، فزادت الجارية في يديه، أو بنى الدار فليس للواهب الذي ذكر انه وهب للثواب ولم يشترط ذلك ان يرجع في الجارية، أي حال ما كانت زادت خيرا أو نقصت، كما لا يكون له إذا صدق المرأة جاريه فزادت في يديها ثم طلقها ان يرجع بنصفها زائدة. اه قلت: وليست الفطرة التي لزمتم الموهوب له منفعة تعود عليه، وانما هي قرينة صادفت محلها فلا شبه بينها وبين النماء عائد، والفطرة بذل واخراج والله تعالى أعلم بالصواب. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) فان وهب لغير الولد وولد شيئا وأقبضه لم يملك الرجوع فيه، لما روى ابن عمر وابن عباس رضى الله عنهما رفعاه إلى النبي صلى الله عليه وسلم لا يحل للرجل ان يعطى العطية فيرجع فيها الا الوالد فيما أعطى ولده)

[382]

وان وهب للولد أو ولد الولد وان سفل جاز له أن يرجع للخبر، ولان الاب لا يتهم في رجوعه، لانه لا يرجع الا لضرورة أو لاصلاح الولد، وان تصدق عليه فالمنصوص ان له أن يرجع كالهبة. ومن أصحابنا من قال لا يرجع، لان القصد بالصدقة طلب الثواب وإصلاح حاله مع الله عزوجل، فلا يجوز ان يتغير رأيه في ذلك، والقصد من الهبة إصلاح حال الولد، وربما كان الصلاح في استرجاعه فجاز له الرجوع. وإن تداعى نسب مولود ووهبا له مالا لم يجر لواحد منهما أن يرجع لانه لم يثبت له بنوته، فإن لحق بأحدهما ففيه وجهان (أحدهما) أنه يجوز لانه ثبت أنه ولده (والثاني) لا يجوز لانه لم يثبت له الرجوع في حال العقد، وإن وهب لولده ووهب الولد لولده ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لانه في ملك من يجوز له الرجوع في هبته (والثاني) لا يجوز لانه رجوع على غير من وهب له فلم يجر، وإن وهب لولده شيئا فأفلس الولد وحجر عليه ففيه وجهان (أحدهما) يرجع لانه حقه سابق لحقوق الغرماء. (والثاني) لانه تعلق به حق الغرماء فلم يجر له الرجوع كما لو رهنه (فصل) وإن زاد الموهوب في ملك الولد أو زال الملك فيه ثم عاد إليه فالحكم فيه كالحكم في المبيع إذا زاد في يد المشتري أو زال الملك فيه ثم عاد إليه ثم أفلس في رجوع البائع، وقد بيناه في التفليس (الشرح) حديث ابن عمر وابن عباس رواه طاوس أن ابن عمر وابن عباس رفعاه إلى النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يحل للرجل ان يعطى العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطى ولده، ومثل الرجل يعطى العطية ثم ايرجع فيها إلا الوالد فيما يعطى ولده. ومثل الرجل يعطى العطية ثم يرجع فيها كمثل المكلب أكل حتى إذا شبع قاء ثم رجع في قيئه) أخرجه أحمد والبخاري ومسلم وأبو داود والترمذي وصححه، وكذلك ابن حبان والحاكم وصحاه وقد استدلل بالحديث على تحريم الرجوع في الهبة، لان القئ حرام فالمشبه به مثله، ووقع في رواية أخرى للبخاري وغيره: كالكلب يرجع في قيئه، وهي

[383]

تدل على عدم التحريم، لان الكلب غير متعبد فالقئ ليس حراما عليه، وهكذا قوله: كمثل الكلب الخ، وتعقب بأن ذلك للمبالغة في الزجر كقوله صلى الله عليه وسلم فيمن لعب بالنردشير (فكأنما غمس يده في لحم خنزير) وأيضا الرواية الدالة على التحريم غير منافية للرواية الدالة على الكراهة على تسليم دلالتها على الكراهة فقط، لان الدال على التحريم قد دل على الكراهة وزيادة، وقد قدمنا في باب نهى المتصدق أن يشتري ما تصدق به من كتاب الزكاة عن القرطبي أن التحريم هو الظاهر من سياق الحديث. وقد مننا أيضا أن الأكثر حملوه على التنفير خاصة لكون القئ مما يستغذر. ويؤيد القول بالتحريم قوله صلى الله عليه وسلم (وليس لنا مثل السوء) في حديث ابن عباس عند أحمد والبخاري. وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل للرجل. قال في الفتح: وإلى القول بتحريم الرجوع في الهبة بعد أن تقبض ذهب جمهور العلماء إلا هبة الوالد لولده، وذهب الحنفية والزيدية إلى حل الرجوع في الهبة دون الصدقة، إلا إذا حصل مانع من الرجوع، كالهبة لذي رحم ونحو ذلك من الموانع. وقال الطحاوي: ان قوله لا يحل لا يستلزم التحريم. قال وهو كقوله صلى الله عليه وسلم لا تحل الصدقة لغنى) وإنما معناه لا تحل له من حيث تحل لغيره من ذوى الحاجة، وأراد بذلك التغليظ في الكراهة وقال الطبري: يخص من عموم هذا الحديث من وهب بشرط الثواب ومن كان والدا والموهوب له ولده والهبة لم تقبض، والتي ردها الميراث إلى الواهب لثبوت الاخبار باستثناء كل ذلك. وأما ما عدا ذلك كالغنى يثيب الفقير ونحو من يصل رحمه فلا رجوع. قال: ومما لا رجوع فيه مطلقا الصدقة يراد بها ثواب الآخرة. قال ابن حجر: انفقوا على أنه لا يجوز الرجوع في الصدقة بعد القبض وقد أخرج مالك عن عمر أنه قال: من وهب هبة يرجو ثوابها فهي رد على صاحبها ما لم يثب منها. ورواه البيهقي عن ابن عمر مرفوعا وصححه الحاكم. قال ابن حجر: والمحفوظ من رواية ابن عمر عن عمر ورواه عبد الله بن موسى مرفوعا، قيل وهو وهم وصححه الحاكم وابن حزم، ورواه ابن حزم أيضا عن

[384]

أبى هريرة مرفوعا بلفظ (الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها) وأخرجه أيضا ابن ماجه والدارقطني ورواه الحاكم من حديث الحسن عن سمرة مرفوعا بلفظ (إذا كانت الهبة لذي رحم لم يرجع. ورواه الدارقطني من حديث ابن عباس. قال ابن حجر وسنده ضعيف. وقال ابن الجوزي: أحاديث ابن عمر وأبى هريرة وسمرة ضعيفة وليس منها ما يصح. وأخرج الطبراني في الكبير عن ابن عباس مرفوعا (من وهب هبة فهو أحق بها حتى يثاب عليها، فان رجع في هبته فهو كالذي يقئ ويأكل منه) فان صحت هذه الاحاديث كانت مخصصة لعموم حديث طاوس الا أنها لم تثبت، كما رأيت من كلام ابن الجوزي وابن حجر وغيرهما من فقهاء المحدثين. وقد استدلل الجمهور بحديث الفصل على أن للاب أن يرجع فيما وهب لابنه، وقال أحمد لا يحل للواهب أن يرجع في هبته مطلقا) ويؤيد ما ذهب إليه الجمهور حديث عائشة عند أحمد والبخاري ومسلم وأبى داود والترمذي مرفوعا (ان أطيب ما أكلتم من كسبكم، وان أولادكم من كسبكم) وفي لفظ (ولد الرجل من أطيب كسبه فكلوا من أموالهم هنيئا) رواه أحمد وحديث جابر أن رجلا قال: يا رسول الله ان لى مالا وولدا وان أبى يريد أن يجتاح مالى، فقال (أنت ومالك لابيك) رواه ابن ماجه وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن أعرابيا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال (ان أبى يريد أن يجتاح مالى، فقال أنت ومالك لوالدك، ان أطيب ما أكلتم من كسبكم، وان أولادكم من

كسبكم، فكلوه هنيئا) رواه أحمد وأبو داود. وقال الشافعي رضى الله عنه وأبو حنيفة ومالك: ومالك: ليس للوالد أن يأخذ من مال ولده الا بقدر حاجته، لحديث (ان دماءكم وأموالكم عليكم حرام، الخ. الحديث متفق عليه وقال النووي في المنهاج وللاب الرجوع في هبة ولده وكذا لسائر الاصول على المشهور، قال الرملي، بالمعنى الاعم الشامل للهدية والصدقة على الراجح،

[385]

بل يوجد التصريح بذلك في بعض النسخ، ولا يتعين الفور، بل له ذلك متى شاء وإن لم يحكم به حاكم، أو كان الولد صغيرا فقيرا مخالفا دينا للخير وساقه. واختص بذلك لانتفاء التهمة فيه، إذ ما طبع عليه من إثارة لولده على نفسه يقضى بأبه إنما رجح لحاجة أو مصلحة، ويكره الرجوع من غير عذر، فإن وجد ككون الولد عاقا، أو يصرفه في معصية أنذره به فإن أصر لم يكره. وبحث الاسنوي نذبه في العاصي وكراهته في العاق إن زاد عقوقه ونذبه ان أزاله وإباحته إن لم يفد شيئا، والاذرعى ذهب إلى عدم كراهته إن احتاج الاب لنفقة أو دين، بل نذبه حيث كان الولد غير محتاج له، ووجوبه في العاصي إن غلب على الظن تعيينه طريقا إلى كفه عن المعصية، وبمتمنع الرجوع كما يحته البلقينى في صدقة واجبة كنذر وزكاة وكفارة، وكذا في لحم اضحية تطوع، لانه انما يرجع ليستقل بالتصرف وهو ممتنع هنا. وكذا له الرجوع لسائر الاصول وان علوا أو سفلوا على المشهور، وأفهم كلامه اختصاص الرجوع بالواهب فلا يجوز ذلك لابي له لو مات ولم يرثه فرعه الموهوب له لمانع قام به وورثه. جده، لان الحقوق لا تورث وحدها انما تورث بتعبية المال وهو لا يرثه. ولا يملك الوالد الرجوع الا إذا كانت باقيه في ملك الابن، فان فان خرجت عن ملكه لم يكن له الرجوع فيها لانه ابطال لغير ملك الابن فإن عادت إليه بسبب جديد كبيع أو ارث أو وصية لم يملك الرجوع أيضا لان ملكها لم يستفده من جهة ابيه، أما ان عادت بفسخ أو اقالة فله الرجوع على أحد الوجهين. (فرع) إذا تداعى رجلان نسب مولود ووهب له كل منهما مالا فليس لواحد منهما أن يرجع في هبته لان نسبه لم يثبت لواحد منهما، أما إذا لحق بأحدهما ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لثبوت النبوة (والثاني) لا يجوز لانه لم يكن ثبت له الرجوع في حال العقد والله تعالى أعلم بالصواب قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) فان وهب شيئا لمن هو دونه لم يلزمه أن يشبه بعوض، لان

[386]

القصد من هبته الصلة فلم تجب المكافأة فيه بعوض كالصدقه. وان وهب لمن هو مثله لم يلزمه أيضا أن يشبهه، لان القصد من اكتساب المحبة وتأكيد الصداقه، وان وهب لمن هو أعلى منه ففيه قولان، قال في القديم: لم يلزمه أن يشبهه عليه بعوض، لان العرف في هبة الادنى للاعلى أن يلتمس به العوض فيصير ذلك كالمشروط. وقال في الجديد لا يجب لانه تملك بغير عوض فلا يوجب المكافأة بعوض كهبة انظير للنظير فان قلنا لا يجب فشرط فيه ثوابا معلوما ففيه قولان (أحدهما) يصح لانه تملك مال بمال فجاز كالبيع، فعلى هذا يكون كبيع بلفظ الهبة في الربا والخيار وجميع

أحكامه. (والثاني) أنه باطل، لأنه عقد لا يقتضى العوض فبطل شرط العوض كالرهن، فعى هذا حكمه حكم البيع الفاسد في جميع أحكامه، وإن شرط فيه ثوابا مجهولا بطل قولاً واحداً لأنه شرط العوض، ولأنه شرط عوضاً مجهولاً وإن قلنا أنه يجب العوض فعى قدره ثلاثة أقوال (أحدها) أنه يلزمه أنه يعطيه إلى أن يرضى، لما روى ابن عباس رضى الله عنه (أن أعرابياً وهب للنبي صلى الله عليه وسلم هبة فأثابه عليها. قال أرضيت قال لا، فزاده وقال أرضيت؟ فقال نعم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لقد هممت أن لا أتهدب إلا من قرشي أو أنصاري أو ثقيفي) (والثاني) يلزمه قدر قيمته لأنه عقد يوجب العوض، فإذا لم يكن مسمى وجب عوض المثل كالنكاح. (والثالث) يلزمه ما جرت العادة في ثواب مثله، لأن العوض وجب بالعرف فوجب مقداره في العرف، فإن قلنا أنه يجب العوض فلم يعطه ثبت له الرجوع، فإن تلفت العين رجع بقيمتها، لأن كل عين ثبت له الرجوع بها إذا تلفت وجب الرجوع إلى بدلها كالمبيع. ومن أصحابنا من قال لا يجب لأن حق الواهب في العين، وإن نقصت العين رجع فيها، وهل يرجع بأرش ما نقص؟ فيه وجهان كالوجهين في رد القيمة إذا تلفت. وإن شرط عوضاً مجهولاً لم تبطل، لأنه شرط ما يقتضيه العقد، لأن العقد

[387]

على هذا القول يقتضى عوضاً مجهولاً، وإن لم يدفع إليه العوض وتلف الموهوب ضمن العوض بلا خلاف، وإن شرط عوضاً معلوماً ففيه قولان (أحدهما) أن العقد يبطل، لأن العقد يقتضى عوضاً غير مقدر فبطل بالتقدير (والثاني) يصح لأنه إذا صح بعوض مجهول فلان يصح بعوض معلوم أولى (فصل) وإن اختلف الواهب والموهوب له، فقال الواهب وهبتك بديل وقال الموهوب له: وهبتي على غير بدل. ففيه وجهان، أحدهما أن القول قول الواهب، لأن لم يفر لخروج الشيء من ملكه إلا على بدل. والثاني أن القول قول الموهوب له، لأن الواهب أقر له بالهبة وادعى بدلاً الاصل عدمه. (الشرح) حديث ابن عباس رواه أحمد وابن حبان. وقال الهيثمي: رجال أحمد رجال الصحيح، وأخرجه أبو داود والنسائي من حديث أبي هريرة بنحوه، وطوله الترمذي ورواه من وجه آخر، وبين أن الثواب كان ست بكرات، وكذا رواه الحاكم وصححه على شرط مسلم. وقد روى أحمد والبخاري وأبو داود والترمذي من حديث عائشة رضى الله عنها قالت (كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل الهدية ويثيب عليها) أي يعطى المهدي بدلها. والمراد بالثواب المجازات وأقله ما يساوى قيمة الهدية، ولفظ ابن أبي شيبه ويثيب ما هو خير منها. وقد أعل حديث عائشة بالارسال. قال البخاري: لم يذكر وكيع ومحاضر عن هشام عن أبيه عن جده عن عائشة، وقد استدل بعض المالكية به على وجوب المكافأة على الهدية إذا أطلق المهدي وكانت ممن مثله يطلب الثواب، كالفقير للغنى بخلاف ما يهبه الأعلى للادنى ووجه الدلالة منه مواظبته صلى الله عليه وسلم، ومن حيث المعنى أن الذى أهدي قصد أن يعطى أكثر مما أهدي، فلا أقل من أن يعوض بنظير هديته، وبه قال الشافعي في القديم، ويجاب بأن مجرد الفعل لا يدل على الوجوب، ولو وقعت المواهبه كما تقرر في الأصول وذهبت الحنفية والشافعي في الجديد أن الهبة للثواب باطلة لا تنعقد لأنها بيع

مجهول، ولان موضع الهبة التبرع. وفي رواية الفصل (إلا من قرشي الخ) وفي رواية أبي داود (وإيم الله لا أقبل هدية بعد يومى هذا من أحد إلا أن يكون مهاجريا أو قرشيا أو أنصاريا أو دوسيا أو ثقفيا) وسبب همه صلى الله عليه وسلم بذلك ما رواه الترمذي من حديث أبي هريرة قال (أهدى رجل من فزارة إلى النبي صلى الله عليه وسلم ناقة من إبله فعوضه منها بعض العوض فتنسخه، فسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول على المنبر (إن رجالا من العرب يهدى أحدهم الهدية فأعوضه عنها بقدر ما عندي فيبطل بسخط علي) الحديث. وقد كان ابن رسلان يحكى أن بعض أهل العلم والفصل يمتنع هو وأصحابه من قبول الهدية من أحد أصلا لا من صديق ولا من قريب ولا غيرهما. وذلك لفساد النيات في هذا الزمان. أما أحكام الفصل فقد قال النووي في المنهاج: ولا رجوع لغير الاصول في هبة مقيدة بنفى الثواب. ومنى وهب مطلقا فلا ثواب إن وهب لدونه وكذا لا على منه في الاظهر. قال في النهاية: كما لو أعاره داره إلحاقا للأعيان بالمنافع. ولان العادة ليس لها قوة الشرط في المعارضات (والثاني) يجب الثواب لا طراد العادة بذلك، وكذلك لا ثواب له وإن نواه إن وهب لنظيره على المذهب، لان القصد من مثله الصلة وتأكيد الصداقه والطريق الثاني: طرد القولين السابقين، والهدية في ذلك كالهبة كما قاله النووي تفقها ونقله في الكفاية عن تصريح البندنجي ومثل ذلك الصدقة. وان اختار الأذرعى دليلا أن العادة متى اقتضت الثواب وجب هو أو رد الهدية والأوجه كما بحثه أيضا أن التردد ما إذا لم يظهر حالة الأهداء قريبة حاله أو لفظيه دالة على طلب الثواب، والأوجه هو أو الرد لا محالة ولو قال. وهبتك ببدل. فقال بل بلا بدل، صدق المتهب بيمينه، لان الاصل عدم البدل. ولو أهدى له شيئا على أن يقضى له حاجة فلم يفعل لزمه رده ان بقى والا فبدله كما قاله الاصلحى، فإن كان فعلها حل، أي وإن تعين عليه تخلصه بناء على الاصح أنه يجوز أخذ العوض على الواجب إذا كان فيه كلفة، خلافا لما يوهمه كلام الأذرعى وغيره هنا

فإن وجب الثواب على مقابل المذهب أو على البحث المار لتلف الهدية أو عدم إرادة المتهب ردها فهو قيمة الموهوب، أي قدرها يوم قبضه، ولو مثلها في الاصح، فلا يتعين للثواب جنس من الاموال بل الخيرة فيه للمتهب، والثاني يلزمه ما يعد ثوابا لمثله عادة، وقيل إلى أن يرضى ولو بإضعاف قيمته، فإن قلنا بوجوب إنابته ولم يشبه هو ولا غيره فله الرجوع في هبته ان بقيت وبدلها ان تلفت ولو وهب بشرط ثواب معلوم عليه، كوهبتك هذا على أن تثبيني كذا فقبل فالأظهر صحة العقد نظرا للمعنى إذ هو معاوضة بمال معلوم نصح، كما لو قال بعثك، والثاني بطلانه نظرا إلى اللفظ لتناقضه، فإن لفظ الهبة يقتضى التبرع، ومن ثم يكون بيعا على الصحيح، فيجرى فيه عقب العقد أحكامه كالخيارين كما مر بما فيه، والشفعة وعدم توقف الملك على القبض، والثاني يكون هبه نظرا للفظ فلا تلزم قبل القبض أو بشرط ثواب مجهول فالمذهب بطلانه لتعذر صحته بيعا لجهالة العوض، وهبه لذكر الثواب بناء على الاصح أنها لا تقتضيه، وقيل نصح هبة بناء على أنها تقتضيه ولو بعث هدية لم يعده بالباء لجواز الامرين كما قاله أبو على خلافا لتصويب الحريري تعين تعديته بها في ظرف، أو

وهب شيئاً في طرف من غير بعث، فإن لم يجر العادة برده، كقوصرة تمر (وهي الوعاء الذي يكثر فيه من نحو خوص ولا يسمى بذلك الا وهو فيه، والا فرنيل) وكعلبة حلوى فهو هدية أو هبه أيضاً تحكيماً للعرف المطرد وكتاب الرسالة يملكه الكتوب إليه ان لم تدل قرينة على عودة، قاله المتولي وهو أوجه من قول غيره أنه باق على ملك الكاتب ويملك المكتوب له الانتفاع به على وجه الاباحة، والا ان اعتيد رده أو اضطربت العادة كما اقتضاه ابن المقرئ فلا يكون هديه، بل أمانه في يده كالوديعة، ويحرم استعماله لانه انتفاع بملك غيره بغير اذنه الا في أكل الهدية منه ان اقتضته العادة عملاً بها، ويكون عاربه حينئذ ويسن رد الوعاء حالا، قال الأزرعي: وهذا في مأكول، أما غيره فيختلف رد طرفه باختلاف عادة النواحي، فيتجه في كل ناحية بعرفهم وفي كل قوم عرفهم باختلاف طبقاتهم، ولو ختن ولده وحملت له هدايا ملكها الاب.

[390]

وقضية ذلك أن ما جرت به عادة بعض أهل البلاد من وضع طاسة (صينية) بين يدي صاحب الفرح ليضع الناس فيها دراهم: وفي الاسكندرية رأيت الناس يكتبون قائمة بأسماء الواهبين ومقدار ما دفعوه في الطاسة وهم حريصون على رد ما يأخذونه في أفراح من أعطوهم وربما زاد بعضهم على ما أخذ، وفي القاهرة تغشوا هذه العادة إلا أن الحرص على الرد أقل من الاسكندرية. قال الرملي: ثم يقسم على المزين ونحوه يجري في ذلك التفصيل، فإن قصد المزين وحده أو مع نظرائه المعاوين له عمل بالقصد، وان أطلق كان ملكاً لصاحب الفرح يعطيه لمن يشاء، وبهذا يعلم عدم اعتبار العرف هنا، أما مع قصد خلافه فظاهر، وأما مع الاطلاق فلان حمله على من ذكر من الاب والخادم وصاحب الفرح نظراً للغالب أن كلا من هؤلاء هو المقصود هو عرف الشرع، فيقدم على العرف المخالف له بخلاف ما لا عرف للشرع فيه فيحكم بالعادة فيه. قال الشافعي رضي الله عنه: إذا هب الرجل شقاً من دار فقبضه ثم عوضه الموهوب له شيئاً فقبضه الواهب سئل الواهب، فإن قال: وهبتها للثواب كان فيها شفعة، وإن قال: وهبتها لغير الثواب لم يكن فيها شفعة، وكانت المكافأة كابتداء الهبة، وهذا كله في قول من قال: للواهب الثواب إذا قال أردته فأما من قال لا ثواب للواهب إن لم يشترطه في الهبة فليس له الرجوع في شيء وهبه ولا الثواب منه، قال الربيع وفيه قول آخر، وإذا هب واشترط الثواب فالهبة باطلة من قبل أنه اشترط عوضاً مجهولاً، وإذا هب لغير الثواب وقبضه الموهوب فليس له أن يرجع في شيء وهبه، وهو معنى قول الشافعي: وإذا هب الرجل للرجل هبه فلم يقبضها الموهبة له حتى مات، فإن أبا حنيفة كما يقول: الهبة في هذا باطل لا تجوز وبه يأخذ، ولا يكون له وصيه إلا أن يكون ذلك في ذكر وصيه، وكان ابن ليلى يقول: هي جائزة من الثلث اه. (فرع) إذا اختلف الواهب ولموهوب فقال الواهب: ببدل، وقال الموهوب له على غير بدل فوجهان. أحدهما: القول قول الواهب لانه منكر لخروج الشيء من ملكه بغير بدل

[391]

والثاني: القول قول الموهوب، لان المقر بالهبة والاصل فيها عدم البذل. وقد ادعاه الواهب وأنكره الموهوب فالقول قول المنكر. ولو وهبه وأقبضه ومات ادعاه الوارث صدوره في المرض، وادعى المتهم كونه في الصحة صدق المتهم بيمينه، ولو أقاماً بينتين قدمت بينة الوارث لان معها زيادة علم، ثم محل ما تقرر إن كان الولد حراً، ولو أبراه من دين له عليه لم يملك الرجوع سواء أقلنا: إنه تمليك أم إسقاط، إذ لا بقاء للدين فأشبه ما لو وهبه شيئاً فتلف، والله تعالى أعلم بالصواب. قال المصنف رحمه الله تعالى باب العمري والرقبي العمري هو أن يقول: أعمرتك هذه الدار حياتك، أو جعلتها لك عمرك وفيها ثلاث مسائل (إحداها) أن يقول: أعمرتك هذه الدار حياتك ولعقبك بعدك، فهذه عطية صحيحة، تصح بالايجاب والقبول، وبملك فيها بالقبض، والدليل عليه ما روى جابر رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فإنها للذي أعطيتها لا ترجع إلى الذي أعطها لأنه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث، والثانية أن يقول: أعمرتك هذه الدار حياتك، ولم بشرط شيئاً ففيه قولان. قال في القديم هو باطل لانه تمليك عين قدر بمدة فأشبه إذا قال أعمرتك سنة أو أعمرتك حياة زيد. وقال في الجديد: هو عطية صحيحة، ويكون للمعمر في حياته ولورثته بعده وهو الصحيح، لما روى جابر رضى الله عنه قال (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: من أعمر عمرى حياته فهي له ولعقبه من بعده يرثها من يرثه من بعده) ولان الاملاك المستقرة كلها مقدره بحياة المالك، وتنتقل إلى الورثة، فلم يكن ما جعله له في حياته منافياً لحكم الاملاك (والثالثة) أن يقول: أعمرتك حياتك، فإن مت عادت إلى إن كنت حياً وإلى ورثتي إن كنت ميتاً فهي كالمسألة الثانية، فتكون على قولين.

[392]

أحدهما: تبطل. والثاني تصح لانه شرط أن تعود إليه بعد ما زال ملكه أو إلى وارثه، وشرطه بعد زوال الملك لا يؤثر في حق المعمر فيصير وجوده كعدمه. (فصل) وأما الرقبى فهو أن يقول: أرقبتك هذه الدار أو دارى لك رقبى ومعناه وهبت لك وكل واحد منا يرقب صاحب، فإن مت قبلى عادت إلى، وإن مت قبلك فهي لك، فتكون كالمسألة الثالثة من العمري، وقد بينا أن الثالثة كالثانية فتكون على قولين، وقال المزني: الرقبى أن يجعلها لآخرهما موتاً وهذا خطأ، لما روى عبد الله بن الزبير رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من (أعمر عمرى أو أرقب رقبى فهي للمعمر يرثها من يرثه). (فصل) ومن وجب له على رجل دين جاز له أن يبرئه من غير رضاه، ومن أصحابنا من قال لا يجوز الا بقبول من عليه الدين لانه تبرع يفتقر إلى تعيين المتبرع عليه فافتقر إلى قبوله كالوصية والهبة، ولان فيه التزاماً منه فلم يملك من غير قبوله كالهبة، والمذهب الاول، لانه إسقاط حق ليس فيه تمليك مال فلم يعتبر فيه القبول كالعتق والطلاق، والعفو عن الشفعة والقصاص، ولا يصح الابراء من دين مجهول لانه ازالة ملك لا يجوز تعليقه على الشرط فلم يجز مع الجهالة كالبيع والهبة. (الشرح) حديثاً جابر أخرجهما أحمد والبخاري ومسلم بلفظ (قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالعمري لمن وهبت له) وفى لفظ عند أحمد ومسلم (قال: أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها، فمن أعمر عمرى فهي الذى أعمر حياً وميتاً ولعقبه) وفى رواية عند أحمد والبخاري ومسلم وأبى داود والترمذي (العمري جائزة لاهلها والرقبى جائزة لاهلها). وفى رواية لاحمد ومسلم والنسائي وابن ماجه (من أعمر رجلاً عمرى له ولعقبه فقد قطع قوله حقه فيها، وهى لمن أعمر وعقبه) وفى رواية لابي داود

والنسائي والترمذي وصححه (أيما رجل اعلم عمرى له ولعقبه فإنها للذى يعطاها لا ترجع إلى من أعطها لأنه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث) وفى رواية عند

[393]

أحمد ومسلم (إنما العمرى التى أجازها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقول هي لك ولعقبك، فأما إذا قال: هي لك ما عشت فإنها ترجع إلى صاحبها) وفى رواية عند النسائي (أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالعمرى أن يهب الرجل للرجل ولعقبه الهبة ويستثنى إن حدث بك حدث ولعقبك فهي إلى وإلى عقبى إنها لمن أعطيتها ولعقبه) ورواه الشافعي عن ابن عيينة عن عمرو بن دينار عن طاوس عن جسر المدري عن زيد بن ثابت أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل العمرى للوارث، ورواه عن سفيان عن ابن جريج عن عطاء عن جابر مرفوعا (لا تعمروا ولا ترقبوا فمن أعمار شيئا أو أرقبه فهو سبيل الميراث). أما حديث عبد الله بن الزبير فقد رأيت نظيره عن أبى هريرة وزيد بن ثابت وفيه النهى عن الرقبى (لا ترقبوا. من أرقب شيئا فهو سبيل الميراث) وفى لفظ (الرقبى جائزة) وهى عند أحمد وأبى داود والنسائي، وفى لفظ عند أحمد (جعل الرقبى للوارث) ورواه أحمد والنسائي عن ابن عباس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (لا تعمروا ولا ترقبوا فمن أعمار شيئا أو أرقبه فهو له حياته ومماته). قال الربيع: سألت الشافعي عن عمر عمرى له ولعقبه فقال: هي للذى يعطاها لا ترجع إلى الذى أعطها فقلت: ما الحجة فى ذلك، قال: السنة ثابتة من حديث الناس، وحديث مالك رضى الله عنه: أخبرنا مالك عن ابن شهاب عن أبى سلمة بن عبد الرحمن عن جابر مرفوعا (أيما رجل أعمار عمرى له ولعقبه فإنها للذى يعطاها لا ترجع إلى الذى أعطها لأنه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث). قال الشافعي: وبهذا تأخذ ويأخذ عامة أهل العلم فى جميع الامصار بغير المدينة وأكابر أهل المدينة. وقد روى هذا مع جابر زيد بن ثابت عنه صلى الله عليه وسلم فقلت للشافعي فإننا نخالف هذا فقال تخالفونه وأنتم تروونه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت: إن حجتنا فيه أن مالكا قال. أخبرني يحيى بن سعيد عن عبد الرحمن بن القاسم أنه سمع مكحولا الدمشقي يسأل القاسم بن محمد عن العمرى وما يقول الناس فيها فقال له القاسم ما أدركت إلا وهم على شروطهم فى أموالهم وفيما أعطوا

[394]

إلى أن قال الشافعي بعد حوار وحجاج. وكذلك علمنا قول النبي صلى الله عليه وسلم فى العمرى بخبر ابن شهاب عن أبى سلمة عن جابر وغيره عن النبي صلى الله عليه وسلم فإذا قبلنا خبر الصادقين فمن روى هذا عن النبي صلى الله عليه وسلم أرجح مما روى هذا عن القاسم لا يشك عالم أن ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أولى أن يقال به مما قاله ناس بعده، قد يمكن فيهم أن لا يكونوا سمعوا من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا بلغهم عنه شئ، وأنهم أناس لا نعرفهم، فلان قال قائل لا يقول القاسم قال الناس إلا لجماعة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه

وسلم أو من أهل العلم لا يجهلون للنبي صلى الله عليه وسلم سنة ولا يجتمعون أبدا من جهة الرأي ولا يجتمعون الا من جهة السنة. (قوله) العمرى يضم وسكون الميم مع القصر. قال في الفتح: وحكى ضم الميم مع ضم أوله. وحكى فتح أوله مع السكون وهى مأخوذة من العمر وهو الحياة سميت بذلك لانهم كانوا في الجاهلية يعطى الرجل الرجل الدار ويقول له أعمرتك إياها، أي أبحثها لك مدة عمرك وحياتك فقبل لها عمرى لذلك. والرقبى بوزنها مأخوذة من الرقبة، لان منهما يرقب الآخر متى يموت لترجع إليه، وكذا ورثته يقومون مقامه. هذا أصلها لغة قال ابن حجر: ذهب الجمهور إلى أن العمرى إذا وقعت كانت ملكا للآخر، ولا ترجع إلى الاول الا إذا صرح باشتراط ذلك، والى أنها صحيحة جائزة. وحكى الطبري عن بعض الناس والماوردي عن داود وطائفة وصاحب البحر عن قوم من الفقهاء أنها غير مشروعة، ثم اختلف القائلون بصحتها إلى ما يتوجه التملك، فالجمهور أنه يتوجه إلى الرقباء كسائر الهبات حتى لو كان المعمر عبدا فأعتقه الموهوب له نفذ، بخلاف الواهب أو يتوجه إلى المنفعة دون الرقبة، وهو قول مالك والشافعي في القديم، وهل يسلك بها مسلك العارية أو الوقف؟ روايتان عند المالكية، وعند الحنفية التملك في العمرى يتوجه إلى الرقبة، وفى الرقبى إلى المنفعة، وعنهم أنها باطلة.

[395]

وقد حصل من مجموع الروايات ثلاثة أحوال (الاول) أن يقول أعمرتتها ويطلق. فهذا تصريح بأنها للموهوب له، وحكمها حكم المؤبدة لا ترجع إلى الواهب. وبذلك قالت الحنفية. لان المطلقة عندهم حكمها حكم المؤبدة. وهو أحد قولى الشافعي رضى الله عنه والجمهور. وله قول آخر أنها تكون عارية ترجع بعد الموت إلى الملك. وقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بأن المطلقة للمعمر والوثنة من بعده كما تغيبه الاحاديث التى مضى ذكرها الحال الثاني: أن يقول هي لك ما عشت، فإذا مت رجعت إلى هذه عارية مؤقتة ترجع إلى المعير عند موت المعمر. وبه قال أكثر العلماء، ورجحة جماعة من أصحابنا، والاصح عند أكثرهم لا ترجع إلى الواهب. واحتجوا بأنه شرط فاسد فيلغى. واحتجوا بحديث جابر، فإن النبي صلى الله عليه وسلم حكم على الانصاري الذي أعطى أمه الحديقة حياتها أن لا ترجع إليه، بل تكون لورثتها ونصه: أن رجلا من الانصار أعطى أمه حديقة من نخيل حياتها فماتت فجاء إخوته فقالوا نحن فيه شرع سواء. قال فأبى، فاختصموا إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقسمها بينهم ميراثا رواه أحمد ويؤيده حديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في العمرى مع الاستثناء بأنها لمن أعطيتها، ويعارض ذلك ما في حديث جابر أيضا بلفظ (فأما إذا قلت: هي لك ما عشت فإنها ترجع إلى صاحبها) ولكنه قال معمر كان الزهري يفتى به الحال الثالث: أن يقول هي لك ولعقبك من بعدك، أو يأتي بلفظ يشعر بالتأبيد، فهذا حكمها حكم الهبة عند الجمهور: وروى عن مالك أنه يكون حكمها حكم الوقف إذا انقرض المعمر وعقبه رجعت إلى الواهب، والاحاديث القاضية بأنها ملك للموهوب ولسقبه ترد عليه وقد ورد عن علي رضى الله عنه أن العمرى والرقبى سواء. وقال طاووس: من أرقب شيئا فهو على سبيل الميراث. وقال الزهري: الرقبى وصية يعنى إذا أنا فهذا لك وقال الحسن

ومالك وأبو حنيفة: الرقبى باطلة، لما روى أنه صلى الله عليه وسلم أجاز العمري وأبطل الرقبى. وقال أحمد: هذا حديث لا نعرفه، ولا نسلم أن معناها ما ذكروه. والخلاصة: إذا شرط في العمري أنها للمعمر وعقبه فهذا تأكيد لحكمها وتكون للمعمر وورثته، وهذا قول جميع القائلين بها، وإذا أطلقها فهي للمعمر وورثته أيضا لأنها تملك للرقبة فأشبهت الهبة، شرط أنك إذا مت فهي لى، فعن أحمد في إحدى الروايتين عنه والشافعي في القديم والقاسم بن محمد وزيد بن قسط والزهرى ومالك وأبو سلمة بن عبد الرحمن وابن أبي ذئب وأبى ثور وداود: صحة العقد والشرط، ومتى مات المعمر رجعت إلى المعمر وعن أحمد في الرواية الأخرى عنه، وهو ظاهر مذهبه، والشافعي في الجديد وأبى حنيفة أنها تكون للمعمر إذا ثبت هذا فان العمري يصح في العقار وغيره من الحيوان والثياب لأنها نوع هبة فصحت في ذلك كسائر الهبات ومن ثم إذا قال: سكنى هذه الدار لك عمرك أو أسكنها عمرك أو نحو ذلك فليس ذلك بعقد لازم لأنه في التحقيق هبة المنافع، ولمنافع إنما تستوفى بمضي الزمان شيئا فشيئا، فلا تلزم إلا في قدر ما قبضه منها واستوفاه بالسكنى، وللمسكن الرجوع متى شاء، وأيهما مات بطلت الأباحه، وبهذا قال أكثر العلماء وجماعة أهل الفتوى، ومنهم الشعبي والثوري والنخعي والشافعي واسحاق وأحمد وأصحاب الرأي، وروى معنى ذلك عن حفصه رضى الله عنها، والله تعالى أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى: كتاب الوصايا من ثبتت له الخلافة على الأمة جاز له أن يوصى بها إلى من يصلح لها، لأن أبا بكر رضى الله عنه وصى إلى عمر ووصى عمر رضى الله عنه إلى أهل الشورى رضى الله عنهم ورضيت الصحابة رضى الله عنهم بذلك (فصل) ومن ثبتت له الولاية في مال ولده ولم يكن له ولي بعده جاز له أن يوصى إلى من ينظر في ماله لما روى سفيان بن عيينة رضى الله عنه عن هشام بن عروة قال: أوصى إلى الزبير تسعة من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم، منهم عثمان أموالهم والمقداد وعبد الرحمن بن عوف وابن مسعود رضى الله عنهم فكان يحفظ عليهم أموالهم وينفق على أبنائهم من ماله، وإن كان له جد لم يجز أن يوصى إلى غيره لأن ولاية الجد مستحقة بالشرع فلا يجوز نقلها عنه بالوصية (الشرح) الوصايا جمع وصية كعطايا وعطية مأخوذة من قولهم: وصيت الشيء أصيبه من باب وعد وصلته، ووصيت إلى فلان توصية وأوصيت إليه ايضاء، وفي السبعة (فمن خاف من موص) بالتخفيف والتثقيب، والاسم الوصاية بالكسر والفتح لغة، وهو وصى فعيل بمعنى مفعول والجمع الاوصياء، وأوصيت إليه بمال جعلته له، وأوصيته عليه وهذا المعنى لا يقتضى الايجاب، وأوصيته بالصلاة أمرته بها. قال تعالى (ذلكم وصاكم به لعلكم تتقون) وقوله (يوصيكم الله في أولادكم). وفي حديث خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم فأوصى بتقوى الله، أي أمر فيعم الامر بأى لفظ كان، وهى في الشرع عهد خاص مضاف إلى ما بعد الموت والوصية في الخلافة أن يعهد لمن يصلح لها من بعده بتوليها. والوصية بالمال التبرع به بعد الموت، والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع. وأما الزبير فإنه ابن عمه رسول الله صلى الله عليه وسلم وأحد العشرة

المبشرين بالجنة، وأحد الستة الذين مات رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو عنهم راض، وكان مع النبي صلى الله عليه وسلم على حراء فتحرك فقال اسكن حراء فما عليك الا نبى أو صديق أو شهيد، وكان عليه أبو بكر وعمر وعثمان وطلحة والزبير.

[398]

وخبر ابن عيينة الذى ساقه المصنف رويناه في مسند أحمد عن سفيان بن عيينة عن هشام بن عروة عن أبيه قال: أوصى إلى الزبير سبعة من الصحابة، منهم عثمان وابن مسعود وعبد الرحمن، فكان ينفق على الورثة من ماله، ويحفظ أموالهم ومناقب الزبير أجل من أن تحصى، ساق الذهبي بعضها في سير أعلام النبلاء. قال تعالى (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية) إلخ. الآية، قال مجاهد: الخير في القرآن كله المال (وانه لحب الخير لشديد) (إنى أحببت حب الخير عن ذكر ربي) (فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا) وقال شعيب (إنى أراكم بخير) أي بغنى وأوجه ما قيل في الخير في القرآن ما قاله الشافعي رضى الله عنه: الخير كلمة يراد ما أريد بها بالمخاطبة بها. قال تعالى (أولئك هم خير البرية) فقلنا: إنهم خير البرية بالايمان وعمل الصالحات لا بالمال، وقال تعالى (أولئك لهم خير) فقلنا: ان الخير المنفعة بالاجر لا ان لهم مالا، وقال (ان ترك خيرا الوصية) فقلنا: ان ترك مالا، لان المال هو المتروك. وفي الوصية للاقربين ثلاثة تأويلات. (أحدهما) انهم الاولاد الذين لا يسقطون في الميراث دون غيرهم من الاقارب الذين يسقطون (والثاني) انهم الورثة من الاقارب كلهم. (والثالث) انهم كل الاقارب من وارث وغير وارث، فدل ذلك على وجوب الوصية للوالدين والاقربين حقا واجبا وفرضا لازما، فلما نزلت آية الموارث فسح فيها الوصية للوالدين وكل وارث وبقي فرض الوصية لغير الورثة من الاقربين على حاله، وهو قول طاوس وقتادة والحسن البصري وجابر بن زيد. واختلف في القدر الذى يجب عليه ان يوصى منه على أقاويل. (أحدها) انه الف درهم، وهو قول علي بن ابي طالب (والثاني) خمسمائة وهذا قول النخعي (والثالث) تجب في قليل المال وكثيره، وهذا قول الزهري

[399]

فهذا قول من جعل حكم الآية ثابتا، وذهب الفقهاء وجمهور أهل التفسير إلى نسخها بالموارث، واختلفوا بأى آية نسخت، فقال ابن عباس نسخت بأية الوصايا بقوله تعالى (للرجال نصيب مما ترك) الخ وقال آخرون نسخت بقوله تعالى (وأولو الارحام بعضهم اولى ببعض) الآية. والوصية على ثلاثة اقسام قسم لا يجوز وقسم يجوز ولا يجب وقسم مختلف في وجوبه فما التى لا يجوز فالوصية للوارث لحديث شر حبيل بن مسلم عن ابي امامه سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول (ان الله تعالى قد أعطى كل ذى حق حقه فلا وصيه لوارث) وأما التى تجوز ولا تجب فالوصية للاجانب وهذا مجمع عليه، وقد أوصى البراء بن معرور للنبي صلى الله عليه وسلم بثلاث ماله فقبله ثم رده على ورثته. وأما التى اختلف فيها فالوصية للاقارب، وذهب أهل الظاهر مع من قدمنا ذكره في تفسير الآيه إلى

وجوبها للاقارب تعالقا بظاهر قوله تعالى (الوصية للوالدين والاقربين بالمعروف حقا على المتقين) وبما ورد عنه صلى الله عليه وسلم انه قال من مات من غير وصية مات ميتة جاهلية، والدليل على انها غير واجبه للاقارب والاجانب، ما روى ابن عباس وعائشة وابن ابي اوفى رضى الله عنهم ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يوص، وحديث سعد بن ابي وقاص الذى فيه (انك ان تدع ورثتك اغنياء خيرا من ان تدعهم فقراء يتكفون الناس) فاقصر صلى الله على وسلم في الوصية على ما جعله خارجا مخرج الجواز لا مخرج الايجاب ثم بين ان غنى الورثة بعده اولى من فقرهم إلى الصدقة، ولان الوصية لو وجبت لاجبر عليها ولاخذت من ماله عند موته ان امتنع منها كالديون والزكوات. ولان الوصايا عطايا فأشبهت الهبات، فاما الآية فمنع الوالدين من الوصية مع تقديم ذكرهما فيه دليل على نسخها. وأما قوله صلى الله على وسلم من مات من غير وصية مات ميتة جاهلية، فمحمول على أحد أمرين: أما وجوبها قبل النسخ، وأما على من كانت عليه ديون وحقوق لا يوصل إلى أربابها الا بالوصية، فتصير بذكرها وادائها واجبه ويجوز الوصية بتعيين الناظر في ماله بعد موته، فان كان له أب أو جد لم يجر أن يوصى إلى غيره بالنظر، لان ولاية الجد مستحقة بالشرع.

[400]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) ومن ثبت له الولاية في تزويج ابنته لم يجر ان يوصى إلى من يزوجه، وقال أبو ثور: يجوز كما يجوز ان يوصى إلى من ينظر في ماله، وهذا خطأ لما روى ابن عمر قال (زوجنى قدامة بن مظعون ابنة اخيه عثمان بن مظعون فأتى قدامة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: انا عمها ووصى ابنيها، وقد زوجتها من عبد الله بن عمر، فقال صلى الله عليه وسلم: انها يتيممة لا تنكح الا بإذنها، ولان ولاية النكاح لها من يستحقها بالشرع فلا يجوز نقلها بالوصية كالوصية بالنظر في المال مع وجود الجد. (فصل) ومن عليه حق يدخله النيابة من دين آدمي أو حج أو زكاة أو ورد وديعه جاز ان يوصى إلى من يؤدي عنه، لان إذا جاز ان يوصى في حق غيره فلان يجوز في خاصة نفسه أولى. (الشرح) حديث ابن عمر رواه أحمد والدارقطني واورده الحافظ ابن حجر في التلخيص وسكت عنه، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد: ورجال أحمد ثقات ويؤخذ من الحديث الذى نسوقه كاملا أن النبي صلى الله عليه وسلم أبطل وصية عثمان بن مظعون لآخيه قدامة في ابنته. قال ابن عمر: توفى عثمان بن مظعون وترك ابنته له من خولة بنت حكيم بن أمية بن حارثة بن الاوقصى وأوصى إلى اخيه قدامة بن مظعون. قال عبد الله: وهما خالاي، فخطبت إلى قدامة بن مظعون ابنة عثمان بن مظعون فزوجنيها، ودخل المغيرة بن شعبه يعنى إلى امها فارغبها في المال، فخطبت إليه وخطبت الجارية إلى هوى أمها فأبنا حتى ارتفع أمرهما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قدامة بن مظعون: يا رسول الله ابنة أختي أوصى بها إلى فزوجتها ابن عمتها فلم أقصر بها في الصلاح ولا في الكفاءة ولكنها امرأة وانما خطبت إلى هوى أمها قال: فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: هي يتيممة ولا تنكح الا بإذنها، قال: فانتزعت والله منى بعد أن ملكتها فزوجوها (المغيرة بن شعبه) والحديث

دليل على ان الولي لا يجوز له ان يوصى إلى أخ له أو غيره لتزويجها خلافا لابي ثور الذي جعل الوصية إلى من ينظر في تزويجها كالوصية إلى من ينظر في مالها، والحديث صريح وقول أبي ثور خطأ، ولان استحقاق الولاية في النكاح لا يتأسس بوصية، وسيأتى تفصيل ذلك في أبواب المناكحات ان شاء الله. (فرع) إذا كان عليه دين دينوى من حقوق الادميين أو دين أخرى من حقوق الله تعالى فانه يجوز له ان يوصى إلى من يتولى الاداء عنه لانه إذا كان يجوز له ان يوصى في اداء حقوق غيره فلان يوصى لمن يؤدي ما يتعلق بخاصة نفسه أولى. وقال بعض الاصحاب: بوجوب الوصية في مثل من عليه دين أو عنده وديعه أو عليه واجب يوصى بالخروج منه، فان الله تعالى فرض اداء الامانات، وطريقه في هذا الباب الوصية فتكون فرضا عليه، وأما الوصية بجزء من ماله فليست بواجبه على أحد في قول الجمهور، وبذلك قال الشعبي والنخعي والثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم. وقال ابن عبد البر: أجمعوا على أن الوصية غير واجبة الا على من عليه حقوق بغير بينة، وأمانه بغير اشهاد الا طائفة شذت فأوجبتها والله تعالى أعلم، قال المصنف رحمه الله: (فصل) ومن ملك التصرف في ماله بالبيع والهبة مالك الوصية بثلثا في وجوه البر، لما روى عامر بن سعد عن ابيه قال: مرضت مرضا أشرفت منه على الموت فأتاني رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني فقلت: يا رسول الله لى مال كثير وليس يرثنى الا ابنتى أفأصدق بمالى كله قال: لا، قلت: أنصدق بثلثى مالى قال: لا، قلت أنصدق بالشرط قال: لا، قلت أنصدق بالثلث قال: الثلث، والثلث كثير انك أن تترك ورثتك أغنياء خير من ان تتركهم عالة يتكففون الناس ولا يجب ذلك لقوله تعالى (وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله من المؤمنين والمهاجرين، الا أن تفعلوا إلى أوليائكم معروفا) وفسر بالوصية، فجعل ذلك

إليهم فد على انها لا تجب، ولانه عطيه لا تلزم في حياته فلم تلزم الوصية به قياسا على ما زاد على الثلث. (فصل) وان كانت ورثته فقراء فالمستحب ان لا يستوفى الثلث لقوله صلى الله عليه وسلم (الثلث كثير انك إن تترك ورثتك أغنياء خير من ان تتركهم عالة يتكففون الناس) فاستكثر الثلث وكره ان يترك ورثته فقراء فدل على ان المستحب ان لا يستوفى الثلث. وعن على رضى الله عنه أنه قال (لان أوصى بالخمسة أحب إلى من أن أوصى بالثلث) وإن كان الورثة أغنياء فالمستحب ان يستوفى الثلث لانه لما كره الثلث إذا كانوا فقراء دل على أنه يستحب إذا كانوا أغنياء ان يستوفيه. (الشرح) حديث عامر بن سعد بن أبى وقاص رواه الستة وأحمد في مسنده بلفظ (جاءني رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودني من وجع اشتد بى فقلت: يا رسول الله إني قد بلغ بى من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثنى الا ابنة لى أفأصدق بثلثى مالى ؟ قال: لا، قلت: فالشطر يا رسول الله ؟ قال: لا، قلت: فالثلث ؟ قال: الثلث، والثلث كثير أو كبير، انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس). وفى رواية أكثرهم (جاءني يعودني في حجة الوداع) وفى لفظ (عادني رسول الله صلى الله عليه وسلم في مرضى فقال: أوصيت ؟ قلت: نعم، قال: بكم قلت: بمالى كله في سبيل الله، قال: فما تركت لولدك ؟ قلت: هم أغنياء، قال: أوصى

بالعشر، فما زال يقول واقول حتى قال: أوصى بالثلث، والثلث كثير أو كبير) رواه النسائي وأحمد بمعناه إلا أنه قال (قلت: نعم جعلت مالى كله في الفقراء والمساكين وابن السبيل) ورواه الشافعي عن سفيان عن الزهري عن عامر بن سعد عن أبيه بلفظ: مرضت عام الفتح، وساق الحديث. أما قوله تعالى (وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض) الآية. قيل إنه أراد بالمؤمنين الأنصار والمهاجرين قريضا، وفيه قولان (أحدهما) إنه ناسخ للتوارث بالهجرة. حكى سعيد عن قتادة قال: كان نزل

[403]

في سورة الأنفال (والذين آمنوا ولم يهاجروا مالكم من ولايتهم من شيء حتى يهاجروا) فتوارث المسلمون بالهجرة، فكان لا يرث الأعرابي المسلم من قريبه المسلم شيئا حتى يهاجر، ثم نسخ ذلك. وفي هذه الآية (وأولوا الأرحام الخ) (الثاني) أن ذلك ناسخ لتوارث بالحلف والمؤاخاة في الدين، روى هشام ابن عروة عن أبيه عن جده وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله وذلك أنا معشر قريش لما قدمنا المدينة قدمنا ولا أموال لنا، فوجدنا الأنصار نعم الإخوان فأخيناهم فأورثونا وأورثناهم، فأخى أبو بكر خارج بن زيد. وأخيت أنا كعب بن مالك، فجنئت فوجدت السلاح قد أثقله، فوالله لقد مات عن الدنيا ما ورثه غيري حتى أنزل الله هذه الآية فرجعنا موارثنا وثبت عن عروة أن النبي صلى الله عليه وسلم أخى بين الزبير وبين كعب بن مالك فأرثت كعب يوم أحد، فجاء الزبير يقوده بزمام راحلته، فلو مات يومئذ كعب عن الضح والريح لورثه الزبير، فأنزل الله تعالى الآية، فبين تعالى أن القرابة أولى من الحلف، فترك الوراثة بالحلف وورثوا بالقرابة قال ابن العربي: وأولوا الأرحام بالأجماع لأن ذلك يوجب تخصيصا لبعض المؤمنين، ولا خلاف في عمومها، وهذا حل إشكالها وأما أثر على كرم الله وجهه فإنه يفيد استحباب النقص عن الثلث وهو من فقهه الذي لا يخلو من أثر عن النبي صلى الله عليه وسلم، وبهذا الفقه أخذ الشافعي رضى الله عنه من قوله صلى الله عليه وسلم (الثلث والثلث كثير) ولحديث ابن عباس قال (لو أن الناس غصوا من الثلث إلى الربع فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: الثلث والثلث كثير) رواه أحمد والبخاري ومسلم، وقد أخذ ذلك من وصفه صلى الله عليه وسلم للثلث بالكثرة، ويبدو أن (أو) التي جاءت بين كثير وكبير جاءت من الراوى بعد عهد الترقيم لأن ورود (كبير) هكذا بغير أعجام تقرأ كبير وتقرأ كثير فخروجا من حرج أن اللفظ النبوي أحدهما وضع اللفظان مفصولين بأو. أما الأحكام: فإن كل ما جاز الانتفاع به من مال ومنفعة جازت الوصية به

[404]

وسواء كان المال عينا أو دينا حاضرا أو غائبا معلوما أو مجهولا مشاعا أو محورا وتقدر الوصية بالثلث، وليس للوصي الزيادة عليه لحديث سعد (الثلث والثلث كثير) وإن نقص من الثلث جاز، وأولى الأمرين به أن يعتبر حال الورثة، فإن كانوا فقراء كان النقصان من الثلث أولى به من استيعاب الثلث لقول على كرم الله وجهه (لأن أوصى بالخمسة أحب إلى من أن أوصى بالثلث) وقد أورده الماوردي في الحاوي الكبير عن رواية أخرى (لأن

أوصى بالسدس أحب إلى من أن أوصى بالربع، وبالربع أحب إلى من الثلث) وأن كان وراثته أغنياء وكان في ماله سعة فاستبغاء الثلث أولى به. وقد قال عمر رضي الله عنه: الثلث وسط، لا بخس ولا شطط. ولو استوعب الثلث من قليل المال وكثيره، ومع فقر الورثة وغناهم، وصغيرهم وكبيرهم، كانت وصيته ممضاة له. فأما الزيادة على الثلث فهو ممنوع منها في قليل المال وكثيره، لأن النبي صلى الله عليه وسلم منع سعدة من الزيادة عليه، فإن وصى بأكثر من الثلث أو بجميع ماله نظرت فإن كان له وارث كانت الوصية موقوفة على إجازته ورده. فإن ردها رجعت الوصية إلى الثلث، وإن أجازها صحت. ثم فيها قولان (أحدهما) إن إجازة الورثة ابتداء عطية منه لا تتم إلا بالقبض، وله فيها ما لم يقبض، وإن كانت قبل القبض بطلت كالهبات قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وينبغي لمن رأى المريض يجنف في الوصية أن ينهاه لقوله تعالى (وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافا خافوا عليهم فليتقوا الله وليقولوا قولا سديدا) قال أهل التفسير: إذا رأى المريض يجنف على ولده أن يقول اتق الله ولا توص بمالك كله، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى سعدة عن الزيادة على الثلث. (فصل) والافضل أن يقدم ما يوصى به من البر في حياته لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال: سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أي الصدقة أفضل؟ قال

[405]

أن تصدق وأنت صحيح صحيح شحيح تأمل العنى وتخشى الفقر ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا ولفلان كذا، ولأنه لا يأمن إذا وصى به أن يفرط به بعد موته فإن اختار أن يوصى فالمستحب أن لا يؤخر الوصية لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (ما حق امرئ مسلم عنده شئ يوصى ببيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده) ولأنه إذا أحر لم يأمن أن يموت فجأة فتقوته. (فصل) وأما من لا يجوز تصرفه في المال - فإن كان ممن لا يميز كالمعتوه والمبرسم ومن عاين الموت - لم تصح وصيته لأن الوصية تتعلق بصحتها بالقول ولا قول لمن لا يميز، ولهذا لا يصح أسلامه ولا توبته فلم تصح وصيته، فإن كان صبيا مميزا أو بالغاً مبذرا ففيه قولان (أحدهما) لا تصح وصيته، لأنه تصرف في المال فلم يصح من الصبي والمبذر كالهبة (والثاني) تصح، لأنه إنما منع من التصرف خوفا من اضاعة المال ليس في الوصية اضاعة المال، لأنه إن عاش فهو على ملكه، وإن مات لم يحتج إلى غير الثواب، وقد حصل له ذلك بالوصية. (الشرح) قوله تعالى (وليخش الذين لو تركوا من خلفهم) الآية. في هذه الآية وجهان كل وجه لا يطرد في كل الناس، لأن الناس منهم من يصلح لهم أن يكون معنى الآية ما روى عن سعيد بن جبیر: إذا حضر الرجل الوصية فلا ينبغي أن يقول أوصى بمالك، فإن الله تعالى رزاق ولدك، ولكن يقول قدم لنفسك واترك لولدك، فذلك قوله تعالى (فليتقوا الله) ومنهم من يصلح له ما قال مقسم وحضرمي: نزلت في عكس هذا، وهو أن يقول للمحتضر من حضره: أمسك على وراثتك، وابق لولدك، فليس أحد أحق بمالك من أولادك، وينهاه عن الوصية فيتضرر بذلك ذوا القربى وكل من يستحق أن يوصى له، فقيل لهم، كما تخشون على ذريبتكم وتسرون بأن يحسن إليهم فكذلك سدوا القول في جهة المساكين واليتامى، واتقوا الله في ضررهم وهذان القولان مبنيان على وقت وجوب الوصية قبل نزول آية الموارث

وأحسن ما قيل فيها ما حكاه الشيباني قال: كنا على قسطنطينية في عسكر مسلمة ابن عبد الملك فجلسنا يوماً في جماعة من أهل العلم فيهم ابن الديلمي فتذاكروا ما يكون من أهوال آخر الزمان. فقلت له: يا أبا بشر، ودي الا يكون لي ولد. فقال لي: ما عليك، ما من نسمة قضى الله بخروجها من رجل الا خرجت أحب أو كره، ولكن ان أردت أن تأمن عليهم فأتق الله في غيرهم، ثم تلا الآية. وقوله (يجنف) من جنف يجنف كسمع يسمع إذا جاز والاسم منه جنف وجانف. قال الاعشى تجانف عن حجر اليمامة ناقتي * وما قصدت من أهلها لسوائكا ومنه قوله تعالى (فمن خاف من موص جنفا) قال الشاعرهم المولى وان جنفوا علينا * وأنا من لقائهم لزور وقال لبيد: إني امرؤ منعت أرومة عامر * صيمي وقد جنفت على خصومي وقال تعالى (فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لاثم) أي مائل إليه روى أبو داود عن أبي هريرة رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال (ان الرجل أو المرأة ليعمل بطاعة الله ستين سنة ثم يحضرهما الموت فيضاران في الوصية فتجب لهما النار) وترجم النسائي الصلاة على من جنف في وصيته اخبرنا علي بن حجر أنبأنا هشيم عن منصور - وهو زاذان - عن الحسن ابن سمرة عن عمران بن حصين رضى الله عنه ان رجلا اعتق ستة مملوكين له عند موته ولم يكن له مال غيرهم، فلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فغضب من ذلك وقال (لقد هممت ألا أصلى عليه) ثم دعا مملوكيه فجزاهم ثلاثة اجزاء ثم أقرع بينهم فاعتق اثنين وارق أربعة، واخرجه مسلم بمعناه الا انه قال في آخره وقال قولاً شديداً بدل قوله (لقد هممت ألا أصلى عليه) قال الماوردي في تأويل قوله تعالى، جنفا أو إثماً ثلاثة أقاويل (أحدهما) ان الجنف الميل، والاثم أن يأنم في أثرة بعضهم على بعض. وهذا قول عطاء وابن زيد (والثاني) ان الجنف الخطأ والاثم العمد، وهذا قول السدي (والثالث) انه

الرجل يوصى لولد بنيه وهو يريد بنيه. وهذا قول طاووس. فالاضرار في الوصية ان يوص بأكثر من الثلث، والاضرار في الدين أن يبيع بأقل من ثمن المثل ويشترى بأكثر منه. وقد روى عكرمة عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال: الاضرار في الوصية من الكبائر، وقال تعالى (ووصى بها ابراهيم بنيه) الآية والافضل أن يقدم ما يوصى به حال حياته، لحديث أبي هريرة الذي ساقه المصنف قال (سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أي الصدقة افضل؟ قال: ان تتصدق وانت صحيح شحيح تأمل الغنى وتخشى الفقر، ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم قلت لفلان كذا ولفلان كذا) وقد أخرج هذا الحديث الشيخان وأصحاب السنن الا الترمذي، ورواه أحمد في مسنده ولفظه في كثرتها (جاء رجل فقال يا رسول الله: أي الصدقة افضل أو أعظم أجراً؟ قال: أما وأبيك لفتان أن تصدق وأنت شحيح صحيح تخشى الفقر وتأمل البقاء، ولا تمهل حتى إذا بلغت الروح الحلقوم قلت لفلان كذا، ولفلان كذا، وقد كان لفلان) وقوله (لفتان بالبناء لما لم يسم فاعله من الفتيا. وفي نسخة لتبان من النبا وقوله (أن تصدق بتخفيف الصاد على حذف إحدى التاءين، وأصله أن تتصدق والتشديد على الادغام. قوله (شحيح) قال صاحب المنتهى: الشح بخل مع حرص، قال الخطابي فيه ان المرض يقصر يد المالك عن بعض ملكه، وأن سخاوته

بالمال في مرضه لا تمحو عنه سمة البخل، فلذلك شرط صحة البدن في الشح بالمال لانه في الحالتين يجد للمال وقعا في قلبه لما يأمله من البقاء فيخذر معه الفقر قال ابن بطال وغيره، لما كان الشح غالبا في الصحة فالسماح فيه بالصدقة أصدق في النية وأعظم للاجر بخلاف من يتس من الحياة ورأى مصير المال لغيره وقوله (حتى إذا بلغت الروح الحلقوم) أي قاربت بلوغه، إذ لو بلغت حقيقة لم يصح شئ من تصرفاته، والحلقوم مجرى النفس

[408]

قوله (قلت لفلان كذا) قال ابن حجر: الظاهر أن هذا المذكور على سبيل المثال، وقال الخطابين: فلان الاول والثاني الموصى له، وفلان الاخير الوارث لانه إن شاء أبطله وإن شاء أجازه، والمقصود أن الحديث يدل على أن تنجيز وفاء الدين والتصديق في حال الصحة أفضل منه حال المرض لانه في حال الصحة يصعب عليه إخراج المال غالبا لما يخوفه به الشيطان ويزينه له من الامل في الحياة والحاجة إلى المال، قال تعالى (الشيطان يعدكم الفقر ويأمركم بالفحشاء، والله يعدكم مغفرة منه وفضلا) وفي معنى الحديث قوله تعالى (وأنفقوا مما رزقناكم من قبل أن يأتي أحدكم الموت) الآية، وفي معنى الحديث أيضا ما أخرجه الترمذي بإسناد حسن وصححه ابن حبان عن أبي الدرداء مرفوعا (مثل الذي يعتق ويتصدق عنه موته، مثل الذي يهدى إذا شيع). وأما حديث ابن عمر فقد أخرجه اصحاب الكتب الستة وأحمد في مسنده بلفظ (ما حق إمري مسلم بيت ليلتين وله شئ يريد أن يوصى فيه إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه) ورواه الشافعي بلفظ (ما حق إمري يؤمن بالوصية) أي يؤمن بأنها حق كما حكاه ابن عبد البر عن ابن عيينة، ورواه ابن عبد البر والطحاوي بلفظ (لا يحل لامرئ مسلم له مال) وقال الشافعي: معنى الحديث ما الحزم والاحتياط للمسلم إلا أن تكون وصيته مكتوبة عنده، وكذا قال الخطابي، قوله: مسلم. قال ابن حجر في فتح الباري: هذا الوصف خرج مخرج الغالب فلا مفهوم له أو ذكر للتنهيح لتقع المبادرة إلى الامتنال لما يشعر به من نفى الاسلام عن تارك ذلك، وصية الكافر جائزة في الجملة. وحكى ابن المنذر فيه الاجماع. قوله بيت صفة لمسلم. قوله ليلتين في رواية البيهقي وأبى عوانه. ليلة أو ليلتين، ولمسلم والنسائي ثلاث ليال، واختلاف الروايات في هذا يدل على أنه للتقريب لا للتحديد، والمعنى لا يمضى عليه زمان وإن كان قليلا إلا ووصيته مكتوبة، وفيه إشارة إلى اغتفار الزمن اليسير، وكان الثلاث غاية الاخير، ولذلك قال ابن عمر رضى الله عنه لم أبت ليلة منذ سمعت

[409]

رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ذلك إلا ووصيتي عندي، وفي تخصيص الليلتين والثلاث بالذكر تسامح في إرادة المبالغة، أي لا ينبغي أن يبيت زما ما وقد سامحناه في الليلتين والثلاث، فلا ينبغي له أن يتجاوز ذلك. أما قوله المبرسم وهو الذي أصيب بعله الورم في الدماغ يصاب صاحبه بصداع وكراهية للضوء وزوال للعقل، وقيل انه الموت لان بر بالسربانية الابن والسام الموت، ومنه حديث شفاء من كل داء الا السام.

قيل وما السام، قال الموت. إذا ثبت هذا: فإن الوصايا تشتمل على أربعة شروط وهى موصى وموصى له وموصى به وموصى إليه، فأما الفصل الاول وهو الموصى فمن شرطه أن يكون مميزاً حراً، فإذا اجتمع فيه هذان الشرطان صحت وصيته في ماله مسلماً كان أو كافراً، فأما المجنون فلا تصح وصيته لانه غير مميز. وأما الصبي فإن كان طفلاً غير مميز فوصيته باطلة، وإن كان مراهقاً ففي جواز وصيته قولان. (أحدهما لا تجوز، وبه قال أبو حنيفة، واختاره المزني لارتفاع القلم عنه كالمجنون، لان الوصية عقد فأشبهت سائر العقود. والقول الثاني) وبه قال مالك ان وصيته جائزة لرواية عمرو بن سليم الزرقى قال سئل عمر بن الخطاب ورضى الله عنه عن غلام يافع من غسان وصى ل بنت عمه وله عشر سنين، وله وارث ببلد آخر، فأجاز عمر رضى الله عنه وصيته، ولان المعنى الذى لاجله منعت عقوده هو المعنى الذى أمضيت وصيته لان الحظ له في منع العقود لانه لا يتعجل بها نفعاً، ولا يقدر على استدراكها إذا بلغ والحظ له في امضاء الوصية، لانه ان مات فله ثوابها وذلك أحط له من تركه عل ورثته، وان عاش وبلغ قدر على استدراكها والرجوع فيها، فعلى هذا لو أعتق في مرضه أو حابى أو وهب ففي صحة ذلك وجهان. (أحدهما) صحيح ممضى لان ذلك وصيه يعتبر من الثلث. (والوجه الثاني) أنه باطل مردود لان الوصيه بقدر على الرجوع فيها ان صح، والعتق والهبة لا يقدر على الرجوع فيها ان صح. فأما وصية المحجور عليه بالسفاهة. فإن قيل يجوز وصية الصبي فوصية

[410]

السفيه أجوز، وإن قيل ببطلان وصية الصبي بابطال عقوده بطلت وصية السفيه لبطلان عقوده وأما المحجور عليه بالفلس فإن ردها الغرماء بطلت، وإن أمضوها جازت، فإن قلنا: حجر الفليس كحجر المرض صحت، وإن قلنا: إنه كحجر السفه كان على وجهين، فأما العبد فوصيته باطلة، وكذلك المدير وأم الولد والمكاتب لان السيد أملك منهم لما في أيديهم. فأما الكافر فوصيته جائزة ذمياً كان أو حربياً إذا أوصى بمثل ما يوصى به المسلم. قال المصنف رحمه الله: (فصل) وأما إذا أوصى بما زاد على الثلث، فإن لم يكن له وارث بطلت الوصية فيما زاد على الثلث، لان ماله ميراث للمسلمين، ولا مجيز له منهم فبطلت فإن كان له وارث ففيه قولان. (أحدهما) أن الوصية تبطل بما زاد على الثلث لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى سعداً عن الوصية بما زاد على الثلث، والنهي يقتضى الفساد، وليست الزيادة مالا للوارث فلم تصح وصيته به كما لو أوصى بمال للوارث من غير الميراث. (والثاني) أنها تصح وتقف على اجازة الوارث، فإن أجاز نفذت، وإن ردها بطلت، لان الوصية صادفت ملكه، وإنما يتعلق بها حق الوارث في الثاني فصحت ووقفت الاجازة كما لو باع ما فيه شفعه، فإن قلنا: على أنها باطلة كانت الاجازة هبة مبتدأة يعتبر فيها الايجاب والقبول باللفظ الذى تنعقد به الهبة، ويعتبر في لزومها القبض، وإن كان الوصية عتقا لم يصح الا بلفظ العتق، ويكون الولاء فيه للوارث، وإن قلنا انها تصح كانت الاجازة امضاء لما وصى به الموصى وتصح بلفظ الاجازة كما يصح العفو عن الشفعة بلفظ العفو، فإن كانت الوصية عتقا كان الولاء للموصى، ولا يصح الرد والاجازة الا بعد الموت لانه لا حق له قبل الموت فلم يصح اسقاطه كالعفو عن الشفعة قبل البيع. (فصل) فإن أجاز الوارث ما زاد على الثلث، ثم قال أجزت لاني طئنت أن المال قليل وأن ثلثه قليل، وقد بان أنه كثير لزمته الاجازة فيما علم والقول

قوله فيما لم يعلم مع يمينه فإذا حلف لم يلزمه الاجازة في أحد القولين هبة، وفي الثاني إسقاط والجميع لا يصح مع الجهل به وان وصى بعيد فأجازه الوارث ثم قال أجزت لاني طننت أن المال كثير، وقد بان أنه قليل ففيه قولان. (أحدهما) أن القول قوله كالمسألة قبلها (والثاني) أنه يلزمه الوصية لانه عرف ما أجازه ويخالف المسألة قبلها فان هناك لم يعلم ما أجازه. (الشرح) الاحكام: الزيادة على الثلث ممنوع منها في قليل المال وكثيره لحديث سعد الذي مضى تخريجه وبيان طرقه الذي منع سعدا من الزيادة عليه، فإن وصى بأكثر من الثلث أو بجميع ماله نظر، فان كان له وارث كانت الوصية موقوفة على إجازته وورده، فان ردها رجعت الوصية إلى الثلث، وان أجازها صحت، ثم فيها قولان. (أحدهما) أن اجازة الورثة ابتداء عطية منه لا تتم الا بالقبض وله الرجوع فيها ما لم يقبض، وان كانت قبل القبض بطلت كالهبات. فان لم يكن للميت وارث فأوصى بجميع ماله ردت وصيته إلى الثلث في حق بيت المال. وقال أبو حنيفة: وصيته إذا لم يكن له وارث نافذة في جميع ماله استدلالا بأن النبي صلى الله عليه وسلم لما منع سعدا من الزيادة على الثلث قال: لان تدع ورثتك أغنياء خيرا من أن تدعهم عالة يتكففون الناس فجعل المنع من الزيادة حقا للورثة، فإذا لم يكن له وارث سقط المنع، وبما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه قال لا وارث لمن وضع ماله حيث شاء، ولانه لما كانت الصدقة بجميع ماله جازت وصيته بجميع ماله. ودليلنا ما روى عن أبي الدرداء رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال (ان الله تصدق عليكم بثلت أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم) رواه الدارقطني ورواه أحمد والبيهقي والبخاري وابن ماجه من حديث أبي هريرة بلفظ (ان الله تصدق عليكم عند موتكم بثل أموالكم زيادة لكم في أعمالكم) وقد ضعف الحافظ ابن حجر اسناده وأخرجه أيضا

الدارقطني والبيهقي من حديث أبي أمامة بلفظ (أن الله تصدق عليكم بثلت أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعل لكم زكاة في أموالكم) وفي اسناده اسماعيل ابن عياش وشيخه عتبه بن حميد. ولان الانصاري أعتق ستة مملوكين له لا مال له غيرهم فجزأهم النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثة أجزاء على ما مضى ذكره، ولان مال من لا وارث له يصير إلى بيت المال إرثا لامرين. أحدهما: أنه يخلف الورثة في الاستحقاق لماله. والثاني: أنه يعقل عنه كورثته، فلما ردت الوصية إلى الثلث مع الوارث ردت إلى الثلث مع بيت المال لانه وارث، وقد يتحرر منه قياسان (أحدهما) أن كل جهة استحققت التركة بالوفاة منعت من الوصية بالجميع كالورثة (والثاني) أن ما منع من الوصايا مع الورثة منع منها مع بيت المال كالديون. فأما الجواب عن قوله صلى الله عليه وسلم: لان تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة فهو أنه لم يجعل ذلك تعليلا لرد الزيادة على الثلث، ولو كان ذلك تعليلا لجازت الزيادة على الثلث مع غناهم إذا لم يصيروا عالة يتكففون الناس، وإنما قاله صلة في الكلام وتنبهها على الخط. وأما قول ابن مسعود يضع ماله حيث يشاء، فماله الثلث وحده، وله وضعه حيث شاء، وأما الصدقة

فهى كالوصية إن كانت فى الصحة أمضيت مع وجود الوارث وعدمه، وإن كانت فى المرض ردت إلى الثلث مع وجود الوارث وعدمه والله تعالى أعلم بالصواب. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) واختلف أصحابنا فى الوقت الذى يعتبر فيه قدر المال لأخراج الثلث، فمنهم من قال الاعتبار بقدر المال فى حال الوصية لأنه عقد يقتضى اعتبار قدر المال، فكان الاعتبار فيه بحال العقد، كما لو نذر أن يتصدق بثلاث ماله، فعلى هذا لو أوصى وثلاث ماله ألف فصار عند الوفاة ألفين لم تلزم الوصية فى الزيادة، فإن وصى بألف ولا مال له ثم استفاد مالا لم تتعلق به الوصية وإن

[413]

وصى وله مال فهلك ماله بطلت الوصية، ومنهم من قال: الاعتبار بقدر المال عند الموت وهو المذهب، لأنه وقت لزوم الوصية واستحقاقها، ولأنه لو وصى بثلاث ماله ثم باع جميعه تعلق الوصية بالثمن، فلو كان الاعتبار بحال الوصية لم تتعلق بالثمن، لأنه لم يكن حال الوصية فعلى هذا لو وصى بثلاث ماله وماله ألف فصار ألفين لزم الوصية فى ثلاث الألفين، فإن وصى بمال ولا مال له ثم استفاد مالا تعلق به الوصية، فإن وصى بثلاثة ماله ثم تلف ماله تبطل الوصية. (الشرح) الأحكام: تجوز الوصية بثلاث ماله وإن لم يعلم قدره، واختلف أصحابنا هل يراعى بثلاث ماله وقت الوصية أو عند الوفاة على وجهين (أحدهما) وهو قول مالك وأكثر البغداديين أنه يراعى ثلثه وقت الوصية، ولا يدخل فيها ما حدث بعده من زيادة لأنها عقد، والعقود لا يعتبر فيها ما بعدها. (والوجه الثانى) وهو قول أبى حنيفة وأكثر البصريين أنه يراعى ثلث ماله وقت الموت ويدخل فيه ما حدث قبله من زيادة، لأن الوصايا تملك بالموت، فاعتبر بها وقت ملكها، فعلى هذين الوجهين إن وصى بثلاث ماله ولا مال له ثم أفاد مالا فعلى الوجه الأول تكون الوصية باطلة اعتبارا بحال الوصية، وعلى الوجه الثانى تكون الوصية جائزة اعتبارا بحال الموت. وعلى هذا لو وصى بفرس من خيله وهو لا يملك فرسا ولا خيلا ثم ملك قبل الموت خيولا صحت الوصية إن اعتبر بها حال الموت، وبطلت إن اعتبر بها حال القول، وعلى هذا القول لو وصى بثلاث ماله وله مال فهلك ماله وأفاد غيره صحت الوصية فى المال المستفاد إن اعتبر بها حال الموت، وبطلت إن اعتبر بها حال الوصية. قال المصنف رحمه الله. (فصل) وأما الوصية بما لا قرينة فيه كالوصية للكنيسة والوصية بالسلاح لأهل الحرب فهى باطلة لأن الوصية إنما جعلت له ليدرك بها ما فات ويزيد بها الحسنات ولهذا روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (إن الله تعالى أعطاكم ثلث

[414]

أموالكم فى آخر آجالكم زيادة فى حسناتكم) وما ذكرناه ليس من الحسنات فلم تصح فيه الوصية، فإن وصى ببيع ماله من رجل من غير محاباة ففيه وجهان (أحدهما) يصح لأنه قصد تخصيصه بالتمليك (والثانى) لا يصح لأن البيع من غير محاباة ليس بقربة، فلم تصح الوصية به، وإن وصى لذمى جاز، لما روى أن صفية وصت لأخيها بثلاثين ألفا وكان يهوديا، ولأن الذمى موضع للقربة، ولهذا يجوز التصديق عليه بصدقة التطوع فجازت له

الوصية، فإن وصى لحربي ففيه وجهان: (أحدهما) أنه لا تصح الوصية، وهو قول أبي العباس بن القاسم، لأن القصد بالوصية نفع الموصى له، وقد أمرنا بقتل الحربي وأخذ ماله فلا معنى للوصية له (والثاني) يصح وهو المذهب لأنه تملك يصح للذمي فصح للحربي كالبيع. (فصل) واختلف قول الشافعي رحمه الله تعالى فيمن وصى لقائله فقال في أحد القولين لا يجوز لأنه مال يستحق بالموت فمنع القتل منه كالميراث، وقال في الثاني يجوز لأنه تملك يفترق إلى القبول فلم يمنع القتل منه كالبيع، فإن قتلت أم الولد مولاه عتقت لأن عتقها ليس بوصية، بدليل أنه لا يعتبر من الثلث فلم يمنع القتل منه. فإن قتل المدبر مولاه فإن قلنا إن التدبير عتق بالصفة عتق لأنه ليس بوصية، وإنما هو عتق بصفة وقد وجدت الصفة فعتق، وإن قلنا إنه وصية وقلنا إن الوصية للقاتل لا تجوز لم يعتق، وإن قلنا أنها تجوز عتق من الثلث فإن كان على رجل دين مؤجل فقتله صاحب الدين حل الدين، لأن الأجل حق للمقتول لا حظ له في بقائه، بل الحظ في إسقاطه ليحل الدين ويقضى فيتخلص منه (الشرح) حديث إن الله تعالى أعطاكم الخ. فقد رواه الدارقطني عن أبي الدرداء وسكت ولم يتكلم عليه الحافظ بن حجر، ورواه وأخرجه أيضا أحمد وكذلك البيهقي وابن ماجه والبخاري من حديث أبي هريرة. قال الحافظ بن حجر وإسناده ضعيف، ورواه الدارقطني والبيهقي عن أبي أمامة، وفي إسناده اسماعيل بن عياش، وهو ثقة في الشاميين ضعيف في غيرهم، وهو رواه عن شيخه عنه

[415]

ابن حميد الضبي صدوق له أوهام. ورواه العقيلي في الضعفاء عن أبي بكر الصديق وفي إسناده حفص بن عمرو بن ميمون وهو متروك. وعن خالد بن عبد الله السلمى عند ابن عاصم وابن السكن وابن قانع وأبي نعيم والطبراني وهو مختلف في صحته، ورواه عنه ابنه الحارث وهو مجهول وأما وصية أم المؤمنين صفية رضي الله عنها فقد مضى تخريج الخبر في كتاب الوصي فلا ضرورة لاعادته. أما الأحكام فإن الوصية للبيع والكنائس باطلة لأنها مجمع معاصيهم وممتدى تأليهم للبشر، ومبادأة التثليث والتجسيد. وكذلك الوصية لكتب التوراة والانجيل لتبديلها وتغييرها، وسواء كان الموصى مسلما أو كافرا. وأجازها أبو حنيفة من الكافر دون المسلم، وهكذا أجاز وصيته بالخمير والخنزير يتصدق بها على أهل الذمة. وهذا فاسد لقوله تعالى (وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم) وخالف أبو حنيفة أصحابه في الكنيسة ووافقنا فيما عداها. فأما الوصية للكافر فحائزة ذميا كان أو حربيا، وقال أبو حنيفة: الوصية للحربي باطلة لأن الله تعالى أباح للمسلمين أموال المشركين فلم يجز أن يبيح للمشركين أموال المسلمين وهذا فاسد من وجهين (أحدهما) أنه لما لم يمنع شرك الذمي لم يمنع شرك الحربي من الوصية كالنكاح (والثاني) أنه لما جازت الهبة للحربي وهي أمضى عطية من الوصية كان أولى أن تجوز له الوصية، وسواء كان الموصى مسلما أو كافرا. فأما الوصية للمرتد فعلى ثلاثة أقسام ذكرناها في كتاب الوقف (أحدهما) أن يوصى لمن يرغب عن الاسلام فالوصية باطلة لعقدها على معصية (الثاني) أن يوصى بها لمسلم فيرتد عن الاسلام بعد الوصية له فالوصية جائزة لأنها وصية صادقة حال الاسلام (والثالث) أن يوصى بها لمرتد معين ففي الوصية وجهان، أحدهما باطلة. والثاني: جائزة. أما المحاباة في المرض، وهي أن يعاوض بماله ويسمع لمن عاوضه ببعض عوضه وهي أقسام (أحدها) المحاباة في البيع والشراء، ولا يمنع ذلك صحة في

قول جمهور الفقهاء. وقال أصحاب داود بن علي: العقد باطل. وعموم قوله تعالى: وأحل الله البيع دليل على صحة قول الجمهور، ولأنه تصرف صدر من أهله في محله فصح كغير المريض، فلو باع في مرضه فرسا قيمته خمسون بعشرين فقد جابى المشتري بثلاثة أخماسه، وليس له المحاباة بأكثر من الثلث، فإن أجاز الورثة ذلك لزم البيع وإن لم يجزوا واختار المشتري فسخ البيع فله ذلك لأن الصفقة تبعضت عليه وإن اختار إمضاء البيع فالصحيح عند أصحاب أحمد وهو اختيار ابن قدامة في المغنى أنه يأخذ النصف للبيع بنصف الثمن ويفسخ البيع في الباقي. وهذا أحد الوجهين عند أصحاب الشافعي. والوجه الثاني أنه يأخذ ثلثي المبيع بالثمن كله، لأنه يستحق الثلث بالمحاباة والثلث الآخر بالثمن. وعند مالك له أن يفسخ ويأخذ ثلث المبيع بالمحاباة ويسمى أصحابه خلع الثلث ولاصحابنا كما ساق المصنف ذلك إذا وصى ببيع ماله من رجل من غير محاباة. فإذا قلنا إن مجرد التخصيص بالتمليك يقوم مقام المحاباة صحت الوصية على هذا الوجه. وإن قلنا إن البيع من غير محاباة ليس قرينة والمراعى في الوصية التقرب إلى الله تعالى لحديث أبي الدرداء لم تصح الوصية (فرع) تصح الوصية للذمي باتفاق أهل العلم لا نعلم في ذلك خلافاً، ولأن الصدقة عليه جائزة فجازت الوصية. أما الحربى ففيه لأصحابنا وجهان (أحدهما) وهو المذهب وبه قال أحمد في المنصوص عنه وهو قول مالك أن الوصية للحربى تصح وهو دار الحرب (والثاني) لا تصح وهو قول أبي حنيفة لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم إلى قوله تعالى إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين) الآية: فيدل ذلك على أن من قاتلنا لا يحل بره، وهو قول أبي العباس بن القاسم من أصحابنا، لأن القصد من الوصية القرينة إلى الله بنفع يعود إلى الموصى له، وقد أمرنا بقتل الحربى وأخذ سلبه، فلا معنى للوصية مع قيام هذا كله.

دلينا: أنه تملك يصح للذمي فصح للحربى، ولما كانت تصح هبته فقد صحت الوصية له كالذمي، وقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى عمر حلة من حرير فقال (يا رسول الله كسوتنيها وقد قلت في حلة عطار ما قلت، فقال: إني لم أعطيكها لتلبسها، فكساها عمر أخا مشركا له بمكة). وعن أسماء بنت أبي بكر قالت (أتنتى أمي وهي راغبة تعنى عن الإسلام فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أتنتى أمي وهي راغبة فأصلها، قال: نعم وهذان الخبران فيهما صلة أهل الحرب وبرهم، والآية حجة لنا فيمن لم يقاتل، فأما المقاتل فقد نهى عن قوله لا عن بره والوصية له، وقد رأينا كيف أن صلاح الدين الأيوبي كان يبر المقاتلة من الصليبيين حتى كان مضرب المثل في المروءة وعلو الهمة فكان يداوى مرضاهم ويأسو جراحهم، بيد أنه لم يعف عمن طغى وتجبر وقطع طريق الحاج فأقسم لئن أظفره الله به ليضربن عنقه بيده، وعندما وقع في الأسر مع غيره من ملوك أوربة عفا عنهم جميعاً إلا ذلك فقتله بيده، برا بقسمه رغم ما عرضه الفرنجة عليه من فداء سخى بالمال بالغاً ما بلغ قدره، فهذا هو طريق

الشرع، وإن احتج بالمفهوم فإنه لا يراه حجة ثم قد حصل الاجماع على جواز الهبة. والوصية في معناها، فأما المرتد فعند أبي الخطاب من أصحاب الامام أحمد تصح الوصية له كما تصح قبته. وقال ابن أبي موسى لا تصح لان ملكه غير مستقر ولا يرث ولا يورث فهو كالميت، ولان ملكه يزول عن ماله برده في قول جماعه منهم فلا يثبت له الملك بالوصية، وقد مضى مذهبنا فيه في الوقف. (فرع) الوصية للقاتل فيها قولان. أحدهما - وهو مذهب مالك رضى الله عنه تجوز الوصية، وإن لم يرث كما تجوز الوصية للكافر، وإن لم يرث، ولانه تمليك يراعى فيه القبول فلم يمنع منه القتل كالبيع، وهذا أحد الاوجه الثلاثة عند الحنابلة حيث قال ابن حامد: تجوز الوصية له. وهو قول أبي ثور وابن المنذر أيضا. والقول الثاني وهو قول أبي حنيفة رضى الله عنه وأحد الاوجه الثلاثة

[418]

عند الحنابلة لا تصح الوصية له. لان أحمد رضى الله عنه نص على أن المدير إذا قتل سيده بطل تدييره، وعندنا أنه يبطل إذا اعتبر التدبير وصية، أما إذا اعتبر صفة فإن التدبير ماض ويعتق بموت سيده ولو قتل وهذا أيضا قول الثوري وأصحاب الرأي لان القتل يمنع الميراث الذي هو أكد من الوصية فالوصية أولى، ولان الوصية أجريت مجرى الميراث فيمنعها ما يمنع، لان الميراث أقوى التمليكات فلما منع منه القتل كان أولى أن يمنع من الوصية. فإذا تقرر هذان القولان فلا فرق بين أن يوصى له بعد جرحه إياه وجنائه عليه، وبين أن يوصى له قبل الجناية ثم يجنى عليه فيقتله في أن الوصية على قولين ولكن لو قال الموصى وليس بمجروح: قد وصيت بثلاثي لمن يقتلني فقتله رجل لم تصح الوصية له قولا واحدا لامرين. (أحدهما) أنها وصية عقدت على معصية. (والثاني) أن فيها إغراء بقتله، فلو وصى بثلثه لقاتل زيد، فإن كان قبل القتل لم يجز لما ذكرنا، وإن كان بعد قتله جاز، وكان القتل تعريفا، وهكذا لو وهب في مرضه لقاتله هبة أو حابه في بيع أو أبراه من حق فكل ذلك على قولين لانها وصية له تعتبر في الثلث، وهكذا لو أعتق في مرضه عبدا فقتل العبد سيده كان في عنقه قولان لانها وصية له، ولكن لو وهب هبة في صحته أو أبرأ من حق أو حابه في بيع أو أعتق عبدا، ثم إن الموهوب له قتل الواهب أو المبرأ قتل المبرئ أو المحابي قتل المحابي والعبد قتل السيد كان ذلك كله نافذا ماضيا، لان فعله في الصحة جرى مجرى الوصايا، ولو جرح رجل رجلا ثم إن المجروح وصى للجرح بوصية ثم جنى على الموصى آخر فذبحه جازت الوصية للجرح الاول، لان الذابح صار قاتلا، ولو لم يكن الثاني قد ذبحه ولكن لو جرحه صار الثاني والاول قاتلين، فردت الوصية للاول في أحد القولين، وهذا هو قول مالك وأبي ثور وابن المنذر وأحد القولين عند أحمد، وأظهر القولين للشافعي لان الهبة تصح فصحت الوصية له كالذمي، وقال القاضي أبو بكر من الحنابلة لا تصح الوصية له وهذا هو قول الثوري وأصحاب الرأي وأحد قولى الشافعي.

[419]

قال الماوردي في حاويه: وإذا قتل المدبر سيده فإن قيل: إن الدبير عتق بصفة لم يبطل عتقه، وإن قيل: إن التدبير وصيه ففي بطلان عتقه قولان لانه يعتق في الثلث، ولو قتلت أم الولد سيدها بعد عتقها صح عتقها قولاً واحداً لامرين. أحدهما: أن عتقها مستحق من رأس المال. والثاني: أن في استبقائها على حالها إضراراً بالورثة لانهم لا يقدرون على بيعها، وخالف استبقاء رق المدبر للقدرة على بيعه ثم ينظر في أم الولد إذا كان قتلها عمداً - فإن لم يكن ولدها باقياً قتلت قوداً، وإن كان باقياً سقط القود عنها لان ولدها شريك للورثة في القود فيها ن وهو لا يستحق القود من أمه فسقط حقه، وإذا سقط القود عنها في حق بعض الورثة سقط في حق الجميع اهـ. ولو أن رجلاً وصى لابن قاتله أو لابه أو لزوجته صحت الوصية لان القاتل غير الموصى له، ولو أوصى لعبد القاتل لم تجز في أحد القولين لانها وصية للقاتل، ولو أقر رجل لقاتله بدين كان إقراره نافذاً قولاً واحداً لان الدين لازم وهو من رأس المال فخالف الوصايا، ولو كان للقاتل على المقتول دين مؤجل حل بموت المقتول ولا يبقى إلى أجله، لان الاجل حق لمن عليه الدين لا يورث عنه، وليس كالمال الموروث إذا منع القاتل منه صار إلى الورثة، وسواء كان القتل في الوصية عمداً أو خطأ كما أن الميراث يمنع منه قيل العمد والخطأ، فلو أجاز الورثة الوصية للقاتل، وقد منع منها في أحد القولين كان في إمضائها بإجازته وجهان من اختلاف قولين في إمضائها للوصية للوارث. فإن قلنا: إن الوصية للوارث مردودة ولا تمضى بإجازتهم ردت الوصية للقاتل ولم تمض بإجازتهم، وإن قلنا إنه يمضى الوصية للوارث بإجازتهم أمضيت الوصية للقاتل بإجازهم، والاصح إمضاء الوصية للوارث بالاجازة، ورد الوصية للقاتل مع الاجازة، لان حق الرد في الوصية للقاتل انما هو للمقتول لما فيه من حسم الذرائع المفصية إلى قتل نفسه فلم تصح الوصية له. بإجازتهم،

[420]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) واختلف قوله في الوصية فقال في أحد القولين لا تصح لما روى جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (لا وصية لوارث) ولانها وصية لا تلزم لحق الوارث فلم تصح، كما لو أوصى بمال لهم من غير الميراث فعلى هذا الاجازة هبة مبتدأة يعتبر فيها ما يعتبر في الهبة. والثاني تصح لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تجوز لوارث وصية إلا ان شاء الورثة، فدل على أنهم إذا شاءوا كانت وصية، وليست الوصية في ملكه وإنما يتعلق بها حق الورثة في الثاني فلم يمنع صحتها كبيع ما فيه شفعة، فعلى هذا إذا أجاز الورثة نفذت الوصية (فصل) ولا تصح الوصية لمن لا يملك فإن وصى لميت لم تصح الوصية لانه تمليك فلم يصح للميت كالهبة، وإن وصى لحمل يتقن وجوده حال الوصية بأن وضعته لدون ستة أشهر من حين الوصية أو لسته أشهر وليست بفراش صحت الوصية لانه يملك بالارث فملك بالوصية، وان وضعته لسته أشهر وهى فراش لم تصح الوصية لانه يجوز أن يكون حدث بعد الوصية فلم تصح الوصية بالشك فإن القتل ميتاً لم تصح الوصية لانه لا يتقن حياته حال الوصية، ولهذا لا يحكم له بالارث فلم يحكم له بالملك بالوصية، فإن وصى لما تحمل هذه المرأة لم تصح الوصية. وقال أبو إسحاق تصح والمذهب الاول لانه تمليك لمن لا يملك فلم يصح (فصل) فإن قال وصيت بهذا العبد لاحد هذين الرجلين لم يصح لانه تمليك لغير معين، فإن قال أعطوا هذا العبد أحد هذين الرجلين جاز لانه ليس بتمليك وانما هو وصية بالتمليك، ولهذا لو قال بعث هذا العبد من أحد هذين

الرجلين لم يصح ولو قال لوكيله بع هذا العبد أحد هذين الرجلين جاز (فصل)
فإن أوصى لعبده كانت الوصية لوارثه، لأن العبد لا يملك فكانت الوصية
للوارث، وقد بيناه، فإن وصى لمكاتبه صحت الوصية، لأن المكاتب يملك
المال بالعقد فصحت له الوصية، فإن وصى لام ولده صحت لأنها حرة عند
الاستحقاق، فإن وصى لمديره وعق من الثلث صحت له الوصية

[421]

لأنه حر عند الموت فهو كأم الولد، فإن لم يعتق كانت الوصية للوارث وقد
بيناه فإن وصى لعبد غيره كانت الوصية لمولاه، وهل يصح قبوله من غير
إذن المولى فيه؟ وجهان (أحدهما) وهو الصحيح أنه يصح ويملك به المولى
يملك ما يصطاده بغير إذنه (والثاني) وهو قول أبي سعيد الأصبخري أنه لا
يصح لأنه تمليك للسيد يعقد فلم يصح القبول فيه من غير إذنه، وهل يصح
قبول السيد؟ فيه وجهان. (أحدهما) لا يصح لأن الإيجاب للعبد فلم يصح
قبول السيد كالإيجاب في البيع (والثاني) يصح لأن القبول في الوصية يصح
لغير من أوجب له وهو الوارث بخلاف البيع. (الشرح) حديث جابر أخرجه
الدارقطني وصوب إرساله، ويبدو أن المصنف ساقه لاحتجاج الشافعي به
في أحد قوليه، وإلا فحديث عمرو بن خارجه رواه البخاري ومسلم وأحمد
والنسائي والترمذي وصححه والدارقطني والبيهقي (أن النبي صلى الله
عليه وسلم خطب على ناقته وأنا تحت جرائنها وهي تقصع بجرتها، وإن
لغامها يسيل بين كنفى فسمعتة يقول: إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه
فلا وصية لوارث) وعن أبي أمامة عند أحمد والبخاري ومسلم وأبي داود
والترمذي قال (سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: إن الله
تعالى قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث) وأخرجه الدارقطني عن
ابن عباس قال (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تجوز وصية لوارث
إلا أن يشاء الورثة) وعن عمر وبن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى
الله عليه وسلم قال لا وصية لوارث إلا أن يجيز الورثة) رواه الدارقطني.
وهذا الحديث قال فيه الشافعي رضى الله عنه: إن هذا المتن متواتر. قال
وجدنا أهل الفتيا ومن حفظنا عنهم من أهل العلم بالمغازي من قريش
وغيرهم لا يختلفون في أن النبي صلى الله عليه وسلم قال عام الفتح لا
وصية لوارث، وبأثره عمن يحفظونه عنه ممن لقوه من أهل العلم، فكان
نقل كافة عن كافة فهو أقوى من نقل واحد

[422]

قلت: وقد ضعف الحافظ بن حجر جميع طرقه وقال لا يخلو واحد منها من
مقال ولكنه يسلم بأنها في مجموعها تصل إلى درجة الاحتجاج بها وقد عدّه
السيوطي في الأحاديث المتواترة في كتابه الموسوم بالازهار المتناثرة
في الأحاديث المتواترة. وهو مروى عن أبي أمامة وعمرو بن خارجه وعلى
وابن عباس وعمرو بن دينار وأبي جعفر وجابر بن الله وعمرو بن شعيب
عن أبيه عن جده وزيد بن أرقم والبراء بن عازب. وقد نازع الفخر الرازي
في كون هذا الحديث متواترا. قال وعلى تقدير تسليم ذلك فالمشهور من
مذهب الشافعي أن القرآن لا ينسخ بالسنة قال الحافظ بن حجر: لكن
الحجة في هذا إجماع العلماء على مقتضاه، كما صرح به الشافعي وغيره.

ثم قال والمراد بعدم صحة وصية الوارث عدم اللزوم، لان الاكثر على أنها موقوفة على إجازة الورثة. وقال الصنعاني في سبيل السلام: الاقرب وجوب العمل به لتعدد طرقه، وإن نازع الفخر في تواتره، ولا يضر ذلك بشوته. وقيل إنها لا تصح الوصية لوارث أصلاً، وهو الظاهر لان النفي إما أن يتوجه إلى الذات، والمراد لا وصية شرعية. وإما إلى ما هو أقرب إلى الذات وهو الصحة، ولا يصح أن يتوجه هاهنا إلى الكمال الذي هو أبعد المجازين. وقد اختلف في تعيين ناسخ آية الوصية للوالدين، فقيل آية الفرائض، وقيل الاحاديث المذكورة في الباب. وقيل دل الاجماع على ذلك وإن لم يتعين دليله أما الاحكام فقد قال الشافعي رضى الله عنه: أخبرنا ابن عيينه عن سليمان الاحول عن مجاهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا وصية لوارث) وما وصفت من أن الوصية للوارث منسوخة بأى الموارث وأن لا وصية لوارث مما لا أعرف عن احد ممن لقيت خلافاً.

[423]

وإذا كانت الوصايا لمن أمر الله تعالى ذكره بالوصية منسوخة بأى الموارث وكانت السنه تدل على أنها لا تجوز لوارث، وتدل على أنها تجوز لغير قرابة دل ذلك على نسخ الوصية للورثة، وأشبه أن يدل على نسخ الوصايا لغيرهم قال ودل على أن الوصايا للوالدين وغيرهما ممن يرث بكل حال إذا كان في معنى غير وارث فالوصية له جائزة ومن قبل أنها إنما بطلت وصيته إذا كان وارثاً، فإذا لم يكن وارثاً فليس يبطل للوصية. وإذا كان الموصى يتناول من شاء بوصيته كان والده دون قرابته إذا كانوا غير ورثه في معنى من لا يرث، ولهم حق القرابة وصله الرحم. وقال الشافعي رضى الله عنه في باب الوصية للوارث من الام: ورأيت متظاهراً عند عامة من لقيت من أهل العلم بالمغازي (1) أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في خطبته عام الفتح لا وصية لوارث) فحكم الوصية لوارث حكم ما لم يكن، فمضى أوصى رجل لوارث وقفنا الوصية، فان مات الموصى والموصى له وارث، فلا وصية له، وإن حدث للموصى وارث يحجبه أو خرج الموصى له من أن يكون يوم يموت وارثاً له، بأن يكون أوصى صحيحاً لامرأته ثم طلقها ثلاثاً ثم مات مكانه، فالوصية لها جائزة لانها غير وارثه، وإنما ترد الوصية وتجوز إذا كان لها حكم، ولا يكون لها حكم الا بعد موت الموصى حتى تجب أو تبطل. ولو أوصى لرجل وله دونه وارث يحجبه فمات الوارث قبل الموصى فصار الموصى له وارثاً، أو لامرأة ثم نكحها ومات وهى زوجته بطلت الوصية لهما معاً، لانها صارت وصية لوارث

(1) لما كان أظهر ما في التاريخ من المحولات الاجتماعية والسياسية هو المغازي فقد كان المؤرخون يسمون (أهل العلم بالمغازي)

[424]

ولو أوصى لوارث وأجنبي بعيد أو دار أو ثوب أو مال مسمى بطل نصيب الوارث وجاز للأجنبي ما يصيبه وهو النصف من جميع ما أوصى به للوارث

والاجنبى، ولكن لو قال: أوصيت بكذا لفلان وفلان فإن كان سمي للوارث ثلثا ولاجنبى ثلثى ما أوصى به جاز للاجنبى ما سمي له، ورد عن الوارث ما سمي له، ولو كان له ابن يرثه ولابنه أم ولدته أو حضنته، أو أرضعته أو أب أرضعه أو زوجه أو ولد لا يرثه أو خادم أو غير فأوصى لهؤلاء كلهم أو لبعضهم جازت الوصية لهم لان كل هؤلاء غير وارث وكل هؤلاء مالك لما أوصى له به لملكه لماله إن شاء منعه ابنه وإن شاء أعطاه إياه. وقال الصنعانى في سبل السلام: وذهب الهادى وجماعة إلى جوازها مستدلين بقوله تعالى (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت) الآية، قالوا: ونسخ الوجوب لا ينافى بقاء الجواز، قلنا: نعم لو لم يرد هذا الحديث، فإنه ناف لجوازها إذ وجوبها قد علم نسخه من آية الموارث كما قال ابن عباس: كان المال للولد والوصية للوالدين، فنسخ الله سبحانه من ذلك ما أحب، فجعل للذكر مثل حظ الانثيين، وجعل للابوين لكل واحد منهما السدس وجعل للمرأة الثمن والربع وللزوج الشطر والربع. وقوله في الحديث: إلا ان يشاء الورثة، دليل على صحة الوصية ونفاذها للوارث إن أجازها الورثة، لانهم قد أسقطوا حقهم. وهو قول جمهور الفقهاء ما عدا المزني من أصحاب الشافعي وداود بن علي الظاهري وأصحابه وبعض الحنابلة حيث قالوا لا أثر لأجازتهم، والظاهر أن لهم أثرا في جوازها، لانه صلى الله عليه وسلم لما نهى عن الوصية للوارث قيدها بقوله إلا ان يشاء الورثة وأطلق لما منع الوصية عن الزائد عن الثلث، وليس لنا تقييد ما أطلقه ومن قيد هنالك قال: إنه يؤخذ القيد من التعليل بقوله (انك ان تدر.. الخ) فإنه دل على أن المنع من الزيادة على الثلث كان مراعاة لحق الورثة، فان أجازوا سقط حقهم ولا يخلو عن قوة. هذا في الوصية للوارث، واختلفوا إذا أقر المريض للوارث بشئ من ماله فأجازه الاوزاعي وجماعة مطلقا.

[425]

وقال أحمد لا يجوز اقرار المريض لوارثه مطلقا، واحتج بأنه لا يؤمن بعد المنع من الوصية لوارثه أن يجعلها اقرارا، واحتج الاول بما يتضمن الجواب عن هذه الحجة فقال ان التهمة في حق المحتضر بعيدة وبانه وقع الاتفاق أنه لو أقر بوارث آخر صح اقراره مع أنه يتضمن الاقرار بالمال وبأن مدار الاحكام على الظاهر فلا يترك اقراره للظن المحتمل فإن أمره إلى الله. (قلت) وهذا القول أقوى دليلا، واستثنى مالك ما إذا أقر لابنته ومعها من يشاركها من غير الولد، كابن العم قال: لانه يتهم في أنه يزيد لابنته، وينقص ابن العم، وكذلك استثنى ما إذا أقر لزوجته المعروف بمحبته لها وميله إليها، وكان بينه وبين ولده من غيرها تباعد لا سيما إذا كان له منها ولد في تلك الحال. قلت: والاحسن ما قيل عن بعض المالكيين واختاره الرويانى في بحر المذهب من أصحابنا: ان مدار الامر على التهمة وعدمها، فإن فقدت جاز والا فلا، وهى تعرف بقرائن الاحوال وغيرها. وعن بعض الفقهاء: أنه لا يصح اقراره الا للزوجة بمهرها، وسياتى مزيد ايضاح ان شاء الله. وفائدة الخلاف أن الوصية إذا كانت صحيحة فاجازة الورثة تنفيذ، فإذا أجازها الورثة لزم الوصية، وان كانت باطله كانت هبة مبتداه تفتقر إلى شروط الهبة من اللفظ والقبول والقبض، ولو رجح المجيز قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض صح رجوعه. وأما بقية الفصول من الوصية للعبد والمكاتب وأم الولد وعبد غيره فعلى وجهها. ولا تفتقر إلى مزيد والله تعالى أعلم بالصواب. قال المصنف رحمه الله: (فصل) وتجوز الوصية بالمشاع والمقسوم لانه تمليك جزء من ماله فجاز في المشاع والمقسوم كالبيع، ويجوز بالمجهول كالحمل في البطن واللبن في الصرع وعبد من

عبيد وبما لا يقدر على تسليمه كالطير الطائر والعبد الآبق لان الموصى له يخلف الميت في ثلثه كما يخلفه الوارث في ثلثه فلما جاز أن يخلف الوارث الميت

[426]

في هذه الاشياء جاز أن يخلفه الموصى له، فان وصى بمال الكتابة جاز ذكرناه فان وصى برقبته فهو على القولين في بيعه. (فصل) فان وصى بما تحمله الجارية أو الشجرة صحت الوصية لان المعدوم يجوز أن يملك بالسلم والمساقاة، فجاز أن يملك بالوصية، ومن أصحابنا من قال: إذا قلنا: ان الاعتبار بحال الوصية لم تصح لانه لا يملك في الحال ما وصى به. (فصل) وتجاوز الوصية بالمنافع لانها كالأعيان في الملك بالعقد والارث فكانت كالأعيان في الوصية ويجوز بالعين دون المنفعة وبالعين لواحد وبالمنفعة لآخر لان المنفعة والعين كالعين فجاز فيهما ما جاز في العينين ويجوز بمنفعة مقدره بالمدة وبمنفعة مؤبدة لان المقدره كالعين المعلومة والمؤبدة كالعين المجهولة فصحت الوصية بالجمع. (فصل) وتجاوز الوصية بما يجوز الانتفاع به من النجاسات كالسماد والزيت النجس والكلب وجلد الميت لانه يحل اقتناؤها للانتفاع بها فجاز نقل اليد فيها بالوصية، ولا يجوز بما لا يحل الانتفاع به كالخمر والخنزير والكلب العقور لانه لا يحل الانتفاع بها ولا تفر اليد عليها فلم تجز الوصية بها. (الشرح) إذا أوصى لرجل بمعين من ماله، ولآخر بجزء مشاع منه كثلث المال ورבעه فأجيز لهما، انفرد صاحب المشاع بوصيته من غير المعين ثم يشارك صاحب المعين فيه فيقتسمانه بينهما على قدر حقيهما فيه، ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية كمسائل العول وكما لو أوصى لرجل بماله ولاخر بجزء منه، فأما في حال الرد فان كانت وصيتهما لا تجاوز الثلث مثل أن يوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بمعين قيمته سدس المال، فهي بحال الاجارة سواء إذ لا أثر للرد، وان جاوزت ثلثه رددنا وصيتهما إلى الثلث وقسمناه بينهما على قدر وصيتهما الا أن صاحب المعين يأخذ نصيبه من المعين والاخر يأخذ حقه من جميع المال، وقد رجح ابن قدامه من الجنابله أنهما يفتسمان الثلث على حسب مالهما في الاجارة وهذا قول ابن أبي ليلى وقال أبو حنيفة ومالك في الرد: يأخذ صاحب المعين نصيبه منه ويضم الاخر

[427]

سهامه إلى سهام الورثة ويقتسمون الباقي على خمسة في مثل مسألة الخرقى لان له السدس، وللورثة أربعة أسداس وهو مثل كلام الخرقى من الجنابله إلا أن الخرقى يعطيه السدس من جميع المال وعندهما أنه يأخذ خمس المائتين وعشر المعين. وانفقوا على أن كل واحد من الوصيين يرجع إلى نصف وصيته، لان كل واحد منهما قد أوصى له بثلث المال وقد رجح إلى الوصيان إلى الثلث وهو نصف الوصيتين فيرجع كل واحد إلى نصف وصيته، ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر ماله في الوصية. قال الشافعي: ولو أوصى له بالثلث من دار أو أرض فأذهب السيل ثلثها وبقي ثلثها، فالثلث الباقي للموصى له إذا خرج من الثلث، فسوى الشافعي

رضى الله عنه بين استحقاق الثلثين مشاعا وبين ذهاب ثلثها بالسييل محوزا في أن الوصية تكون بالثلث الباقي بعد الاستحقاق والتلف بالسييل، والذي أراه الفرق بين المسألتين من أن استحقاقه لا يمنع من إمضاء الوصية بالثلث الباقي كله وذهاب الثلثين منها للسييل يمنع أن تكون الوصية بجميع الثلث الباقي، ويوجب أن تكون الوصية بثلث الثلث الباقي، فإذا استحق ثلثها لم يمنع أن يكون الثلث الباقي شائعا في جميعها فصحت الوصية في جميعه، فوجبت الوصية في ثلث ما بقى وثلث ما هلك يكون كحم الاشاعة في الجميع باقيا. ألا ترى لو أن رجلا اشترى من رجل نصف دار جميعها بيده، ثم استحق بعد الشراء نصفها كان النصف الباقي هو المبيع منها. (فإن قيل) أفليس لو أوصى له برأس من غنمه فهلك جميعها إلا رأسا منها بقى، فإن الوصية تتعين فيه ولا يكون الهالك وإن كان متميزا من الوصية وغيرها فهلا كان ما هلك بالسييل كذلك. قيل الوصية برأس من غنمه يوجب الاشاعة في كل رأس منها؟ وإنما جعل إلى الوارث أن يعينه فيما شاء من ميراثه، وليس كذلك الوصية بثلث الدار لأن الثلث شائع في جميعها فافترقا فإذا تقرر ما وصفته من مذهب الشافعي في التسوية بين الاستحقاق والتلف وما رأيته من افتراق بين الاستحقاق والتلف ففرع على ذلك ما صح به الجواب.

[428]

(فرع) إذا أوصى بشجرة مدة أو بما تثمر أبدا صحت لجواز ملك المعدوم ومن ثم لم يملك واحد من الموصى له أو الوارث إجبار الآخر على سقيها لانه لا يجبر على سقى ملكه ولا سقى ملك غيره، وإذا أراد أحدهما سقى الشجرة على وجه لا يضر بصاحبه لم يملك الآخر منعه، وإذا يبست الشجرة كان حطبها للوارث، لان الموصى له ليس له منها إلا الثمرة، وان وصى له بثمرتها سنة بعينها لم يتحمل تلك السنة فلا شئ للموصى له. وان قال: لك ثمرتها أول العام الذي تثمر فيه صح وله ثمرتها أول عام تثمر وكذلك إذا أوصى له بما تحمل شاته، وان أوصى لرجل بشجرة ولآخر بثمرتها صح وكان صاحب الرقبة قائما مقام الوارث وله ماله، وان وصى بلبن شاة وصوفها صح كما تصح الوصية بثمره الشجرة، وكذلك ان وصى بلبن شاة أو صوفها خاصة صح، ويقوم الموصى به دون العين. (فرع) تجوز الوصية بالمنافع فقد قال الشافعي رضى الله عنه: ولو أوصى بخدمة عبده أو بغلة داره وثمره بستانه والثلث يحتمله جاز ذلك اه. قلت: ان الوصايا بمنافع الاعيان جائزة كالوصايا بالاعيان لانه لما صح عقد الاجارة عليها صح بالاولى الوصية بها، وسواء قدرت بمدة أو جعلت مؤبدة، وقال ابن ابي ليلى: ان قدرت بمدة تصح فيها الاجارة صحت، وان لم تقدر بمدة تصح فيها الاجارة بطلت، حملا للوصية على الاجارة. وذهب الشافعي وأبو حنيفة وجمهور الفقهاء إلى جواز الوصية بها على التأيد بخلاف الاجارة لان الوصايا تجوز مع الجهالة فإذا صح جوازها مقدرة ومؤبدة فقد ذكر الشافعي رضى الله عنه الوصية بخدمة العبد وغلة الدار وثمره البستان، فأما الوصية بخدمة العبد فله أن يؤجره وله أن يستخدمه كما يجوز له أن يوصى لفلان بفرسه ولآخر بركوبها فيكون لاحدهما عينها وللآخر منفعتها على ما سيأتي ان شاء الله تعالى. (فرع) الوصية بالميتة جائزة لانه قد يدبغ جلدها ويطعم بزاته لحمها، وكذلك الوصية بالروث والزبل، لانه قد ينتفع به في تسميد الارض واخصابها للغرس والزرع، ولاشك أن الشرع الحكيم بسماحته واحاطته بمصالح البشر لم يقف من

النجاسات موقف العداء المطلق، فإنه متى ثبت أن لها فائدة ما في حياة الناس فلا بد أن تقتنص هذه الفائدة، وإنما في عصر تقدمت فيه العلوم الكيماوية حتى صنعت المواد السمادية من الهواء، فإنه يكتف بأجهزة التكييف وستخرج منه أثقل الاجسام صلابه وثقلا كسلفات النشادر، ومع التطور العظيم في علوم الكيمياء والاسمدة، فإن الاجماع بين المتخصصين منعقد على أن أعلى أنواع السماد وأسلمها للارض وأعظمها إخصابا للتربة هو الاسمدة العضوية كالروث والبراز الحيواني والآدمي لهذا أجاز الوصية بكل نافع ولو كان نجسا. أما الوصية بالخمير والخنيزير والكلب العقور فباطله، لان الانتفاع بها محرم فلو أنه أوصى بجرة فيها خمير قال الشافعي رضى الله عنه: اريق الخمر ودفعت إليه الجرة، لان الجرة مباحة والخمر حرام. فاما الوصية بالحيات والعقارب وحشرات الارض والسباع والذئاب فباطله لانه لا منفعة فيهما جميعا. فاما الوصية بالغيل فإن كان منتفعا به فجائز لجواز ان يبيعه ويقوم في التركة ويعتبر من الثلث، وإن كان غير منتفع به فالوصية باطلة. فاما الفهد والنمر والشاهين والصقر فالوصية بذلك جائزة لانها جوارح ينتفع بها للصيد وتقوم في التركة لجواز بيعها وتعتبر في الثلث، وأما الوصية بما تصيده الكلاب فباطلة لان الصيد لمن صاده قال المصنف رحمه الله تعالى (فصل) ويجوز تعليق الوصية على شرط في الحياة لانها تجوز في المجهول فجاز تعليقها بالشرط كالطلاق والعتاق، ويجوز تعليقها على شرط بعد الموت لان ما بعد الموت في الوصية كحال الحياة، فإذا جاز تعليقها على شرط في الحياة جاز بعد الموت. (فصل) وإن كانت الوصية لغير معين كالفقراء لزمتم بالموت لانه لا يمكن اعتبار القبول فلم يعتبر، وإن كانت لمعين لم تلزم إلا بالقبول لانه تمليك لمعين

فلم يلزم من غير قبول كالبيع، ولا يصح القبول إلا بعد الموت، لان الايجاب بعد الموت فكان القبول بعده. فان قبل حكم له بالملك. وفي وقت الملك قولان منصوصان. (أحدهما) تمليك بالموت والقبول، لانه تمليك يفترق إلى القبول فلم يقع الملك قبله كالهبة. (والثاني) أنه موقوف، فان قبل حكما بأنه ملك من حين الموت، لانه لا يجوز أن يكون للموصى لان الميت لا يملك، ولا يجوز أن يكون للوارث لان الوارث لا يملك إلا بعد الدين والوصية، ولا يجوز أن يكون للموصى له لانه لو انتقل إليه لم يملك رده كالميراث، فثبت أنه موقوف. وروى ابن عبد الحكم قولاً ثالثاً أنه يملك بالموت ووجهه أنه مال مستحق بالموت فانتقل به كالميراث. (فصل) وإن رد نظرت، فان كان في حياة الموصى لم يصح الرد لانه لا حق له في حياته فلم يملك اسقاطه كالشفيع إذا عفا عن الشفيع قبل البيع، وان رد بعد الموت وقبل القبول صح الرد لانه يثبت له الحق فملك اسقاطه كالشفيع إذا عفا عن الشفيع بعد البيع وان رد بعد القبول وقبل القبض ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح الرد لانه ملكه ملكاً تاماً فلم يصح رده، كما لو قبضه (والثاني) أنه يصح الرد، وهو المنصوص لانه تمليك من جهة الآدمي من غير بدل فصح رده قبل القبض كالوقف، وان لم يقبل ولم يرد كان للورثة المطالبة بالقبول أو الرد، فان

امتنع من القبول والرد حكم عليه بالرد، لان الملك متردد بينه وبين الورثة، كما لو تحجر أرضا فامتنع من احيائها أو وقف في مشرعة ماء فلم يأخذ ولم ينصرف. (فصل) وان مات الموص له قبل الموصى بطلت الوصية ولا يقوم وارثه مقامه لانه مات قبل استحقاق الوصية، وان مات بعد موته وقبل القبول قام وارثه مقامه في القبول والرد لانه خيار ثابت في تملك المال، فقام الوراثة مقامه كخيار الشفعة.

[431]

(الشرح) تصح الوصية مطلقة ومقيدة فالمطلقة أن يقول: إن مت فتلني للمساكين أو لفلان، والمقيدة أن يقول: إن مت من مرضى هذا أو في هذه البلدة أو في سفري هذا فتلني للمساكين، فإن برأ من مرضه أو قدم من سفره أو خرج من البدة ثم مات بعد ذلك فليس له وصية، وبهذا قال الحسن والثوري والشافعي وأحمد وأبو ثور وأصحاب الرأي. وقال مالك: إن قال قولا ولم يكتب كتابا فهو كذلك، وإن كتب كتابا ثم صح من مرضه وأقر الكتاب فوصيته بحالها ما لم ينقضها. ولنا أنها وصية بشرط لم يوجد شرطها فبطلت: كما لو لم يكتب كتابا أو كما لو وصى لقوم فماتوا قبله، ولانه قيد وصيته بقيد فلا يتعداه كما ذكرنا، وإن قال لاحد عبديه: أنت حر بعد موتى، وقال للآخر: أنت حر إن مت في مرضى هذا فمات في مرضه فالعبدان سواء في التدبير. وإن برأ من مرضه ذلك بطل تدبير المقيد وبقي تدبير المطلق بحاله، ولو وصى لرجل بثلثه وقال: ان مت قبلى فهو لعمرى وصحت وصيته على حسب ما شرطه له، وكذلك في سائر الشروط فان النبي صلى الله عليه وسلم قال (المسلمون على شروطهم). (فرع) ولا يملك الموصى له الوصية الا بالقبول في قول جمهور الفقهاء إذا كانت لمعين يمكن القبول منه لانه تمليك مال لمن هو من أهل الملك متعين، فاعتبر قبوله كالهبة والبيع، فأما ان كانت لغيره معين كالفقراء والمساكين ومن لا يمكن حصرهم كبنى هاشم وتميم أو على مصلحة كمسجد ومستشفى ومدرسة أو حج لم يفتقر إلى قبول ولزمت بمجرد الموت لان اعتبار القبول من جميعهم منعد، فيسقط اعتباره كالوقف عليهم، ولا يتعين واحد منهم فيكتفى بقبوله، وذلك لو كان فيهم ذورحم من الموصى به مثل ان يوصى بعبد للفقراء وأبوه فقير لم يعتق عليه، ولان الملك لا يثبت الموصى لهم بدليل ما ذكرنا من المسألة وإنما ثبت لكل واحد منهم بالقبول فيقوم قبضه مقام قبوله. اما الادمى المعين فيثبت له الملك فيعتبر قبوله لكن لا يعين القبول باللفظ بل يجرى ما قام مقامه من الاخذ والفعل الدال على الرضى كقولنا في الهبة والبيع

[432]

فإذا ثبت هذا: فان الوصية تشتمل على أمرين. أحدهما: العطية، والثانى الولاية، فاما العطية فهو ما يوصى به الرجل من أمواله لمن أحب، فالوقت الذى يصح فيه قبول ذلك ودره بعد موت الموصى، فان قبل أو رد بعد موته صح، وكان على ما مضى من حكم القبول والرد، فأما في حياة الموصى فلم يصح قبوله ولا رده. وقال أبو حنيفة: يصح الرد ولا يصح القبول، لان الرد أوسع حكما من القبول، وهذا فاسد لامور، منها ان الرد في مقابلة

القبول لانهما معا يرجعان إلى الوصية، فلما امتنع أن يكون ما قبل الموت زمانا للقبول، امتنع أن يكون زمانا للرد وصار كزمان ما قبل الوصية الذي لا يصح فيه قبول ولا رد، وعكسه ما بعد الموت لما صح فيه القبول صح فيه الرد، ومنها أن الرد في حال الحياة عرف، وقيل: وقت الاستحقاق، فجرى مجرى العفو عن القصاص قبل وجوبه، وعن الشفعة قبل استحقاقها، ومنها انه قبل الموت مردود عن الوصية فلم يكن رده لها مخالفا لحكمها. وأما الوصية بالولاية على مال طفل أو تفريق ثلثه أو تنفيذ وصية فيصح قبولها وردها في حياة الموصى وبعد موته بخلاف وصايا العطايا، وكان قبوله في حياة العاقد أصح، وذلك عطية تقبل في زمان التملك، ولو رد الوصية في حياة الموصى لم يكن له قبلوها بعد موته ولا في حياته، ولو قبلها في حياة الموصى صحت وكان له المقام عليها إن شاء والخروج منها إذا شاء في حياة الموصى وبعد موته. وقال أبو حنيفة. ليس له الخروج من الوصية بعد موت الموصى، ويجوز له الخروج منها في حياته إذا كان حاضرا، وإن غاب لم يجز وهذا فاسد من وجهين (أحدهما) أن ما كان لازما من العقود استوى حكمه في الحياة وبعد الموت وما كان غير لازم بطل، فالموت والوصية ان خرجت عن أحدهما صارت أصلا يفتقر إلى دليل (والثاني) لو كان حضور إلى شرطا في الخروج من الوصية لكان رضاه معتبرا، وفي إجماعهم على أن رضاه، وإن كان حاضرا غير معتبر دليل على أن الحضور غير معتبر، ولا يخلو إذا رد الوصية من خمسة أحوال،

[433]

أ - أن يردّها قبل موت الموصى، فلا يصح الرد لعدم وقوع الوصية فأشبهه رد المبيع قبل إيجاب البيع، ولأنه ليس بمحل للقبول فلا يكون محلا للرد كما قبل الوصية ب - أن يردّها بعد الموت وقبل القبول، فيصح الرد وتبطل الوصية لا نعلم فيه خلافا لأنه أسقط حقه في حال يملك قبوله واخذه فأشبهه عفو الشفيع عن الشفعة بعد البيع. ج - أن يرد بعد القبول والقبض فلا يصح الرد لأن ملكه قد استقر فأشبهه رده لسائر ملكه إلا أن يرضى الورثة بذلك فتكون هبة منه لهم تفتقر إلى شروط الهبة. د - أن يرد بعد القبول وقبل القبض وفيه وجهان (أحدهما) يصح الرد لأنهم لما ملكوا الرد من غير قبول ملكوا الرد من غير قبض، ولأن ملك الوصي لم يستقر عليه قبل القبض فصح رده كما قبل القبول (والثاني) لا يصح الرد لأن الملك يحصل بالقبول من غير قبض. ه - أن يمتنع عن القبول والرد وهذا يكون حكمه حكم الرد، لأن الملك متردد بينه وبين الورثة، ومثاله من تجر أرضا ثم امتنع من إحيائها. أو وقف على جدول ماء فلم يأخذ ولم ينصرف وعطل مرور الماء على من ينتفعون به لارواء إنسان أو حيوان أو نبات، وفرق الحنابلة في (ج) بين المكيل والموزون وغيرهما وقد اختلف أصحابنا فيما قبل القبول وبعد الموت متى يحصل ملك الوصية للموصى له، وهل تكون باقية على ملك الموصى أو داخله في ملك الورثة على وجهين. أحدهما وهو قول ابن سريج وأكثر البصريين أن ملك الوصية منتقل عن الميت إلى ورثته ثم بالقبول تدخل في ملك الموصى له لزوال ملك الموصى بالموت. والوجه الثاني وهو قول أبي إسحاق المروزي وأكثر البغداديين أن الوصية باقية على ملك الموصى بعد موته حتى يقبلها الموصى له فتدخل في ملكه بقبوله وتنتقل إليه عن الموصى لأن الوصية تملك عنه كالميراث، ووجه هذا القول أن الوصية تملك بالقبول فلم يجز أن يتقدم الملك على قبولها كالهبات. قال الشافعي: وهذا قول ينكسر، والقول الثاني وهو أصحها أن القبول يدل على حصول الملك بالموت فيكون الملك موقوفا مراعى، فإن

قبل دل على تقدم ملكه، وان لم يقبل دل على عدم ملكه، ووجه هذا القول انه لما امتنع ان يقضى للميت ملك وان الوارث لا يملك الارث اقتضى ان يكون الملك موقوفا على

[434]

قبول الموصى له ورده، وحقه في القبول باق ما لم يعلم، فإذا علم فان كان عند انفاذ الوصايا وقسمة التركة فقبوله على الفور، فان قبل والا بطل حقه في الوصية، فاما بعد علمه وقبل انفاذ الوصايا وقسمة التركة، فمذهب الشافعي وقول جمهور أصحابه أن القول فيه على التراخي لا على الفور فيكون ممتدا ما لم يصرح بالرد حتى تنفذ الوصايا وتقسم التركة، وحكى أبو القاسم بن كج عن بعض أصحابنا ان القبول بعد علمه على الفور لانها عطية كالهبات، وحكى ابن عبد الحكم عن الشافعي قولا ثالثا ان الوصية تدخل في ملك الموصى له بغير قبول ولا اختيار كالميراث، فاختلف أصحابنا في تخرجه قولا ثالثا للشافعي فخرجه أبو علي بن أبي هريرة وأكثر متأخري المتقدمين من أصحابنا قولا ثالثا تعليلا بالميراث، وامتنع أبو اسحاق المروري واكثر قدامى المتقدمين من أصحابنا من تخرجه قولا ثالثا، وتأولوا رواية ابن عبد الحكم بأحد تأويلين، إما حكاية عن مذهب غيره، وإما على معنى أن بالقبول يعلم دخولها بالموت في ملكه، وفي طبيعة الوصية والفرق بينها وبين الميراث بأن الميراث عطية من الله تعالى فلم يراع فيه القبول، والوصية عطية من آدمى فروعي فيها القبول (فرع) قال الشافعي: ولو مات قبل أن يقبل أو بعد موته، فإن مات الموصى له في حياة الموصى فالذي عليه جمهور الفقهاء أن الوصية له قد بطلت وليس لوارثه قبولها بعد موت الموصى. وحكى عن الحسن البصري أن الوصية لا تبطل بموته، ولورثته قبولها. قال الماوردي: وهذا فاسد من وجهين، أن الوصية في غير حياة الموصى غير لازمة، وما ليس بلازم من العقود يبطل بالموت، ولأن الوصية له لا لورثته، وهو لا يملك الوصية في حياة الموصى. وإن مات الموصى له بعد موت الموصى لم يخل حال الموصى له قبل موته من ثلاثة أحوال، أحدها: أن يكون قد قبلها قبل موته وبعد موت الموصى فقد بطلت برده وليس لوارثه قبولها بعد موته إجماعا. والحال الثانية: أن يكون قد قبلها قبل موته وبعد موت الموصى فقد ملكها أو انتقلت بموته إلى وارثه، وسواء

[435]

قبضها الموصى له في حياته أم لا، لان القبض ليس بشرط في تملك الوصية، والحال الثالثة: أن يموت قبل قبوله ورده فعلى مذهب الشافعي يقوم وارثه مقامه في القبول والرد ولا تبطل الوصية بموته قبل القبول. وقال أبو حنيفة: إذا مات قبل القبول بطلت الوصية له كالهبة، وهذا فاسد، لان ما استحقه في التركة لم يسقط بالموت كالدين، ولان كل سبب استحق به تملك عين بغير اختيار مالكة لم تبطل بموته قبل تملكها كالرد بالعيب، وفارقت الوصية الهبة من حيث إن الهبة قبل القبض غير لازمة فجاز أن تبطل بموت الموصى له قبل القبول لازمة فلم تبطل بالموت، فإذا ثبت أن الوصية لا تبطل بموت الموصى له قبل الرد والقبول فورثته

يقومون مقامه في القبول والرد، ولهم ثلاثة أحوال، حال يقبل جميعهم الوصية، وحال يرد جميعهم الوصية، وحال يقبلها بعضهم ويردها بعضهم، فإن قبلوها جميعا فعلى القول الذي يجعل القبول دالا على عدم الملك بالموت، فالمالك للوصية بقبول الورثة هو الموصى له لا الورثة. فأما على القول الذي يجعل القبول ملكا، فقد اختلف أصحابنا هل تدخل الوصية في ملك الموصى له بقبول ورثته أم لا، على وجهين. (أحدهما) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة وأبي المروودي: أن الوصية يملكها الورثة دون الموصى له لحدوث الملك بقبولهم. (والوجه الثاني) وهو الظاهر من المذهب، وبه قال أكثر البصريين وحكاه أبو القاسم بن كج عن شيوخه أن الوصية يملكها الموصى له بقبول ورثته، وإن كان القبول مملكا، لأنها لو لم تدخل في ملكه لبطلت، لأن الورثة غير موصى لهم، فلم يجز أن يملك الوصية من لم يوصى له، ولو ورد الورثة بأجمعهم الوصية بطلت بردهم لها، والله أعلم وهو الموفق للصواب.

[436]

قال المصنف رحمه الله تعالى: باب ما يعتبر من الثلث ما وصى به من التبرعات كالعتق والهبة والصدقة والمحاباة في البيع يعتبر من الثلث، سواء كانت في حال الصحة أو في حال المرض، أو بعضها في لصحة وبعضها في المرض، لأن الزوم الجميع عند الموت، فأما الواجبات من ديون الأدميين وحقوق الله تعالى كالحج والزكاة فإنه إن لم يوص بها وتحب قضاؤها من رأس المال دون الثلث، لأنه إنما منع من الزيادة على الثلث لحق الورثة، ولا حق للورثة مع الديون، فلم تعتبر من الثلث وإن وصى أن يؤدي ذلك من الثلث اعتبر من الثلث، لأنها في الاصل من رأس المال فلما جعلها من الثلث علم أنه قصد التوفير على الورثة فاعتبرت من الثلث، وإن وصى بها ولم يقل إنها من الثلث، ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه تعتبر من الثلث وهو ظاهر النص، لأنها من رأس المال، فلما وصى بها علم أنه قصد أن يجعلها من جملة الوصايا فجعل سبيلها سبيل الوصايا. (والثاني) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة إنه إن لم يقرن بها ما يعتبر من الثلث اعتبر من رأس المال، وإن قرن بها ما يعتبر من الثلث اعتبر من الثلث، لأنها في الاصل من رأس المال، فإذا عريت عن القرينة بقيت على أصلها، وإن قرن بها ما يعتبر من الثلث علم أنه قصد أن يكون مصرفهما واحدا. (والثالث) أنه تعتبر من رأس المال وهو الصحيح. لأنها في الاصل من رأس المال والوصية بها تقتضي التأكيد والتذكير بها، والقرينة تقتضي التسوية بينهما في الفعل، لا في السبيل، فبقيت على أصلها. (فصل) وأما ما تبرع به في حياته ينظر فيه فإن كان في حال الصحة لم يعتبر من الثلث لأنه مطلق التصرف في ماله لا حق لاحد في ماله فاعتبر من رأس المال، وإن كان ذلك في مرض غير مخوف لم يعتبر من الثلث، لأن الانسان لا يخلو من عوارض فكان حكمه حكم الصحيح، وإن كان ذلك في مرض مخوف

[437]

واتصل به الموت اعتبر من الثلث، لما روى عمران ابن الحصين (أن رجلا أعتق ستة أعبد له عند موته لم يكن له مال غيرهم، فبلغ ذلك رسول الله

صلى الله عليه وسلم فقال للرجل قولاً شديداً ثم دعاهم فجزأهم فأفرع بينهم، فأعتق اثنين وأرق أربعة، ولأنه في هذا الحالة لا يأمن الموت فجعل كحال الموت، وإن برئ من المرض لم يعتبر من الثلث لأنه قد بان أنه لم يكن في ماله حق أحد، وإن وهب في الصحة وأقبض في المرض اعتبر من الثلث لأنه لم يلزم إلا بالقبض وقد وجد ذلك منه في المرض. (فصل) وإن باع في المرض بثمن المثل أو تزوج امرأة بمهر المثل صح العقد ولم يعتبر العوض من الثلث لأنه ليس بوصية، لأن الوصية أن يخرج ولم يخرج ههنا شيئاً من غير عوض وإن كاتب عبداً اعتبر من الثلث، لأن ما يأخذ من العوض من كسب عبده وهو مال له فيصير كالعتق بغير عوض. وإن وهب له من يعتق عليه في المرض المخوف قبله اعتبر عتقه من الثلث فإذا مات لم يرثه. وقال أبو العباس: يعتبر عتقه من رأس المال ويرثه، لأنه ليس بوصية، لأنه لم يخرج من ملكه شيئاً بغير عوض، والمذهب الأول، لأنه ملكه بالقبول وعتق عليه، والعتق في المرض وصية، والميراث والوصية لا يجتمعان، فلو ورثناه بطل عتقه، وإذا بطل العتق بطل الإرث فأثبتنا العتق وأبطلنا الإرث (فصل) والمرضى المخوف كالطاعون والقولنج وذات الجنب والرعاف الدائم والاسهال المتواتر، وقيام الدم والسل في انتهائه، والفالج الحادث في ابتدائه، والحمى المطبقة، لأن هذه الأمراض لا يؤمن معها معالجة الموت فجعل كحال الموت. فأما غير المخوف فهو كالجرب ووجع الضرس والصداع اليسير وحمى يوم أو يومين، واسهال يوم أو يومين من غير دم، والسل قبل انتهائه، والفالج إذا طال، لأن هذه الأمراض يؤمن معها معالجة الموت فإذا اتصل بها الموت علم أنه لم يكن موته من هذه الأمراض، وإن أشكل شيء من هذه الأمراض رجع فيه إلى نفسين من أطباء المسلمين، ولا يقبل فيه قول الكافر، وإن ضرب الحامل الطلق

[438]

فهو مخوف لأنه منه الموت، وفيه قول آخر أنه مخوف لأن السلامة منه أكثر (الشرح) حديث عمران بن حصين رواه أحمد ومسلم وأصحاب الأربعة بلفظ المصنف، وفي رواية لأحمد (أن رجلاً أعتق عند موته ستة رجلة له فجاء ورثته من الأعراب، فأخبروا رسول الله صلى الله عليه وسلم بما صنع. قال أو فعل ذلك لو علمنا أن شاء الله ما صلبنا، فأقرع بينهم فأعتق منهم اثنين وأرق أربعة) ورواه أحمد وأبو داود عن أبي زيد الأنصاري (أن رجلاً أعتق ستة أعبد عند موته ليس له مال غيرهم فأعتق اثنين وأرق أربعة) وفي رواية أبي داود (لو شهدته قبل أن يدفن لم يدفن في مقابر المسلمين) وهذا النص تفسير للقول الشديد الذي أبهم في رواية عمران، وفيه تغليص وذم بالغان، لأن الله تعالى لم يأذن للمريض بالتصرف إلا بالثلث، فإذا تصرف في أكثر منه كان مخالفاً لحكمه تعالى ومشابهاً لمن وهب غير ماله: والحديثان يدلان على أن تصرفات المريض إنما تنفذ من الثلث ولو كانت منجزة في الحال، ولم تصرف إلى بعد الموت، وقد أسلفنا القول بالاجماع على عدم جواز الوصية بأكثر من الثلث لمن كان له وارث، على أن التنجيز حال المرض المخوف حكمه حكم الوصية. واختلف الفقهاء هل تعتبر الثلث من التركة حال الوصية أو حال الموت، وهما وجهان لأصحابنا أصحابهما الموت، وبه قال أبو حنيفة وأحمد وهو قول على كرم الله وجهه وجماعة من التابعين، وقال بحال الوصية مالك وأكثر العراقيين والنخعي وعمر بن عبد العزيز، وتمسكوا بأن الوصية عقد والعقود تعتبر بأولها، وبأنه لو نذر أن يتصدق بثلث ماله اعتبر ذلك حال النذر اتفاقاً، وأجيب بأن الوصية ليست عقداً من كل وجه، ولذلك لا يعتبر فيها الفورية ولا القبول، وبالفرق بين

النذر والوصية بأنها يصح الرجوع فيها والنذر يلزم، وثمره هذا الخلاف تظهر فيما لو حدث له مال بعد الوصية، واختلقوا أيضا هل يحسب الثلث من جميع المال، أو يتقيد بما علمه الموصى دون ما خفى عليه أو تحدد له ولم يعلم به وبالأول قال الجمهور وبالثاني قال مالك، وحججه الجمهور أنه لا يشترط أن يستحضر مقدار المال حال الوصية اتفاقا، ولو كان عالما بجنسه فلو كان العلم به شرطا لما جاز ذلك.

[439]

والكلام على الاحكام أن ما وصى به من التبرعات والهبات والصدقات والمحاباة في البيع بأن يكون المبيع مقوما بعشرة فيوصى ببيعه بخمسة مثلا بعد موته، فإن الخمسة الباقية وهى قدر المحاباة تحسب من الثلث الذى أجاز الله له التصرف فيه بالوصية سواء وقعت الوصية في حال الصحة أم في حال المرض وكذلك إن أسقط عن وارثه ديناً أو وصى بقضاء دينه أو أسقطت المرأة صداقها عن زوجها أو عفا عن جناية موجبها المال فهو كالوصية. وإن عفا عن القصاص وقلنا: الواجب القصاص عينا سقط إلى غير بدل وإن قلنا: الواجب أحد شيئين سقط القصاص ووجب المال، وإن عفا عن حد القذف سقط مطلقا، وإن وصى الغريم وارثه صحت الوصية، وكذلك إن وهب له، وبهذا قال أحمد والشافعي وأبو حنيفة. وقال أبو يوسف: هو وصية للوارث، لأن الوارث ينتفع بهذه الوصية وتستوفى ديونه منها. ولنا أنه وصى لاجنبي فصح كما لو وصى لمن عادته الاحسان إلى وارثه، وإن وصى لوالد وارثه صح، فإن كان يقصد بذلك نفع الوارث لم يجز فيما بينه وبين الله تعالى. قال طاوس في قوله تعالى: فمن خاف من موص جنفا، قال أن يوصى لولد ابنته وهو يريد نفع ابنته (فرع) قال الشافعي: ويجوز نكاح المريض. قلت: إذا تزوج امرأة صح نكاحها ولها الميراث والصداق إن لم يزد على صداق مثلها، فإن زاد ردت الزيادة إن كانت وارثة، وأمضيت إن كانت غير وارثة وهكذا المريضة إذا نكحت رجلا صح نكاحها وورثها الزوج، وعليه صداقتها إن كان مهر المثل فما زاد، فإن نكحته بأقل من صداق مثلها، فالمحابة بالنقصان وصية له فترد إن كان الزوج وارثا وتمضى في الثلث إن كان غير وارث. وقال مالك: نكاح المريض فاسد لا يستحق به ميراثا. ولا يجب فيه صداق إلا أن يكون راضيا به، فيلزمه مهر المثل من الثلث مقدم على الوصايا، وكذلك نكاح المريض فاسد ولا ميراث للزوجة. وقال ابن أبي ليلى: النكاح في المرض جائز والميراث من الثلث.

[440]

وقال ابن أبي هريرة: النكاح في المرض جائز ولا ميراث. وقال الحسن البصري: إن ظهر منه الاضرار في تزويجه لم يجز، وإن لم يضر منه الاضرار، وظهر منه الحاجة إليه في خدمة أو غيرها جاز. ودليلنا عموم قوله تعالى: فانكحوا ما طاب لكم من النساء، ولم يفرق بين صحيح ومريض، وقال معاذ بن جبل في مرضه: زوجوني حتى لا ألقى الله عزبا. وقال عبد الله بن مسعود: لو لم يبق من أجلى الا عشرة أيام ما أوجبت إلا أن يكون لى زوجة، وروى هشام بن عروة عن أبيه أن الزبير رضى الله عنه دخل

على قدامة يعوده فبشر عنده بجارية فقال قدامة زوجوني بها فقال: ما تصنع بها وأنت على هذه الحال، فقال ان أنا عشت نسبت الزبير، وان مت فهم أحق من يرثنى، ولانه فراش لا يمنع منه الصحيح فوجب أن لا يمنع منه المريض، ولانه عقد فلم يمنع منه المرض كالبيع والشراء، ولانه لا يخلو عمله أن يكون لحاجة أو شهوة، فإن كان لحاجة لم يجر منعه، وان كان لشهوة فهي مباحة له كما أبيح له أن يلتذ بما شاء من أكل أو لبس. فإذا ثبت إباحة النكاح في المرض فله أن يتزوج ما أباحه الله تعالى من واحدة إلى أربع كهو في الصحة ولهن الميراث ان مات من ذلك المرض أو غيره. وأما الصداق فإن كان أمهرهن صداق أمثالهن فلهن الصداق مع الميراث، وان كانت عليه ديون شاركن الغرماء في التركة وضربن معهم بالحصص، وان تزوجهن أو واحدة منهن بأكثر من صداق مثلها كانت الزيادة على صداق المثل وصيه في الثلث فإن كانت الزوجة وارثة ردت الوصية لانه لا وصية لوارث، وان كانت غير وارثة لرق أو كفر دفعت الزيادة إليها ان احتملها الثلث، أو ما احتمله منها يتقدم على الوصايا كلها لانها عطية في الحياة، وهكذا لو كانت الزوجة حرة مسلمة فماتت قبله صحت لها الزيادة ان احتملها الثلث لانها بالموت قبله غير وارثة فلو كانت حين نكاحها في المرض أمة أو ذمية فأعتقت الامه أو أسلمت الذمية صارت وارثة ومنعت من الزيادة على صداق مثلها، ولو صح المريض من مرضه ثم مات من غيره أو لم يمت صحت الزيادة على صداق المثل من رأس المال لو ارثه

[441]

وغير وارثه، فعلى هذا لو تزوج في مرضه على صداق ألف درهم وصداق مثلها خمسمائة ومات ولا مال له غير الالف التي هي صداقها أعيت من الالف ستمائة وستة وستين درهما وثلثا، لان لها خمسمائة من المال، وتبقى خمسمائة هي جميع التركة وهي وصية لها فأعطيت ثلثها وذلك مائة درهم وستة وستون درهما وثلث درهم تأخذها مع صداق مثلها، ولو خلف مع الصداق خمسمائة صارت التركة بعد صداق المثل ألف درهم فلها ثلثها ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون درهما وثلث، ولو خلف مع الصداق ألف درهم خرجت الزيادة على صداق المثل من الثلث وأخذت الالف كلها. إذا ثبت هذا: فإن التبرعات المنجزة كالعتق والمحابة والهبة المقبوضة والصدقة والوقف والابراء من الدين والعفو عن الجناية الموجه للمال إذا كانت هذه كلها في الصحة فهي من رأس المال لا تعلم في هذا خلافا، وإن كانت في مرض مخوف اتصل به الموت فهي من ثلث المال في قول جمهور العلماء. وحكى عن أهل الظاهر في الهبة المقبوضة أنها من رأس المال، وليس بصحيح لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال: رسول الله صلى الله عليه وسلم (إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم) رواه ابن ماجه وغيره، وهذا يدل بمفهومه على أنه ليس له أكثر من الثلث، وقد أسلفنا القول في بسط ما يكون من رأس المال وما يكون من الثلث فاسدد به يدك. وحكم العطايا في مرض الموت المخوف حكم في خمسة أشياء. (أحدها) أن يقف نفوذها على خروجها من الثلث أو إجازة الورثة. (الثاني) أنها لا تصح لو ارث إلا بإجازة بقيه الورثة. (الثالث) أن فضيلتها ناقصه عن فضيلة الصدقة في الصحة. (الرابع) أن يزاحم بها الوصايا في الثلث. (الخامس) أن خروجها من الثلث معتبر حال الموت لا قبله ولا بعده، ويفارق الوصية في ستة أشياء. أحدها: أنها لازمه في حق المعطى ليس له الرجوع فيها وان كثرت، ولان

المنع على الزيادة من الثلث إنما كان لحق الورثة لا لحقه فلم يملك إجازتها ولا ردها، وإنما كان له الرجوع في الوصية لان التبرع بها مشروط بالموت فلم يملك إجازتها ولا ردها، وإنما كان له الرجوع في الوصية، لان التبرع مشروط بالموت فقيما قبل الموت لم يوجد التبرع ولا العطية بخلاف العطية في المرض، فانه قد وجدت العطية منه والقبول من المعطى والقبض فلزمت الوصية إذا قبلت بعد الموت وقبضت. (الثاني) أن قبولها على الفور في حال حياة المعطى وكذلك ردها. والوصايا لا حكم لقبولها ولا ردها إلا بالموت. فتعتبر شروطه وقت وجوده والوصية تبرع بعد الموت فتعتبر شروطه بعد الموت (الثالث) أن العطية تفتقر إلى شروطها المشروطة لها في الصحة من العلم وكونها لا يصح تعليقها على شرط وعرر في غير العتق، والوصية بخلافه (الرابع) أنها تقدم على الوصية. وهذا قول أحمد والشافعي وجمهور العلماء، وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف وزفر إلا في العتق فانه حكى عنهم تقديمه، لان العتق يتعلق به حق الله تعالى ويسرى وقفه وينفذ في ملك الغير فيجب تقديمه (الخامس) العطايا إذا عجز العتق عن جميعها بدئ بالاول فالاول سواء كان الاول عتيقا أو غيره وبهذا قال أحمد والشافعي. وقال أبو حنيفة رضى الله عنه: الجميع سواء إذا كانت من جنس واحد. وإن كانت من أجناس وكانت المحاباة متقدمة قدمت وان تأخرت سوى بينها وبين العتق. وإنما كان كذلك لان المحاباة حق آدمى على وجه المعاوضة فقدمت إذا تقدمت كقضاء الدين، وإذا تساوى جنسها سوى بينها لانها عطايا من جنس واحد تعتبر من الثلث فسوى بينها كالوصية وقال أبو يوسف ومحمد: يقدم العتق تقدم أو تأخر. (السادس) أن الواهب إذا مات قبل القبض للهبه المنجزة كانت الخيرة للورثة ان شاء واقبضوا وان شاء وامنعوا، والوصية تلزم بالقبول بعد الموت بغير رضاهم، وما لزم المريض في مرضه من حق لا يمكنه دفعه واسقاطه كأرش الجنابة وما عاوض عليه بثمن المثل. وما يتعابن الناس بمثله فهو من رأس المال لا نعلم فيه خلافا، وهذا عند الشافعي وأصحاب الرأي وأحمد بن حنبل، وكذلك النكاح بمهر المثل جائز من رأس المال لانه صرف لماله حاجة في نفسه

فيقدم بذلك على وارثه. ويعتبر في المريض الذي هذه أحكامه شرطان أحدهما: أن يتصل بمرضه الموت ولو صح في مرضه الذي أعطى فيه ثم مات بعد ذلك فحكم عطيته حكم عطية الصحيح، لانه ليس بمرض الموت. (الثاني) أن يكون مخوفا، والامراض على ثلاثة أقسام غير مخوف كوجع الضرس والعين والاطراف والصداع وارتفاع الحرارة الطارئ فهذا حكمه حكم الصحيح لانه لا يخاف منه في العادة. (والثاني) الامراض المزمنة كالجدام والربو والقالج والذبحة الصدرية والسل فهذا الضرب ان أضنى صاحبه على فراشه فهو مخوف، وقال الاوزاعي والثوري ومالك وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور وأحمد: ان وصية المجذوم والمفلوج من الثلث لانه محمول على أنهما صاحبي فراش، ومذهب الشافعي. أنه لا يخاف تعجيل الموت فيه، وان كان لا يبرأ فهو كالمهرم لا سيما القالج إذا أزم (الثالث)

من تحقق تعجيل موته فينظر فيه فان كان عقله قد اختل مثل نزيه المخ أو الحمى الشوكية أما من اشتد مرضه وصح عقله صح تبرعه عند أصحاب أحمد، وحمله ما مضى أن العطايا في المرض مقدمة على الوصايا إذا ضاق الثلث عنها لان تلك ناجزة وهذه موقوفة، فلو ضاق الثلث عن العطايا للمريض قدم الاسبق فالاسبق، ولو ضاق الثلث عن الوصايا لم يقدم الاسبق لان عطايا المرض تملك بالقبض المترتب فثبت حكم المتقدم. والوصايا كلها تملك بالموت فاستوى حكم المتقدم والمتأخر إلا أن يرتبها المريض فتمضى على ترتيبه ما لم يتخلل الوصايا عتق، فان تخللها عتق فان كان واجبا في كفارة أو نذر قدم على وصايا التطوع، وان كان تطوفا ففيه قولان أحدهما أن العتق مقدم على جميع الوصايا لقوته بالبراءة في غير الملك وبه قال من الصحابة ابن عمر ومن التابعين شريح والحسن ومن الفقهاء مالك والشورى، والقول الثاني أن العتق والوصايا كلها سواء في مزاحمة الثلث لان جميعها تطوع، وبه قال من التابعين ابن سيرين والشعبي ومن الفقهاء أبو ثور، على أن المريض مرض الموت إذا أشكل أمره رجع في ذلك إلى طبيين مسلمين، لان الامراض في زماننا هذا قد تشعبت أصنافها وتعددت اختصاصات العالمين من الاطباء بها، فقد يكون المرض في رأى أحدهم

[444]

مخالف لرأى الآخر، فإذا اجتمعا وتشاورا أمكن اتفاقهما على حكم يؤخذ في الوصية به. وبأحدا لو تفقه أطباء المسلمين في أحكام الدين المتصلة بعلمهم ومهنتهم إذن لكانت منهم أمه هاديه ناصحه راشدة. قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن كان في الحرب وقد التحمت طائفتان متكافئتان، أو كان في البحر وتموج، أو في كفار يرون قتل الاسارى، أو قدم للقتل في المحاربة، أو الرجم في الزنا، ففيه قولان. (أحدهما) أنه كالمرض المخوف يعتبر تبرعاته فيه من الثلث، لانه لا يأمن الموت كما لا يأمن في المرض المخوف (والثاني) أنه كالصحيح لانه لم يحدث في جسمه ما يخاف منه الموت فإن قدم لقتل القصاص فالمنصوص إنه لا تعتبر عطيته من الثلث ما لم يجرح. واختلف أصحابنا فيه على طريقتين، فقال أبو إسحاق: هي على قولين قياسا على الاسير في يد كفار يرون قتل الاسارى، ومن أصحابنا من قال لا تعتبر عطيته من الثلث لانه غير مخوف لان الغالب من حال المسلم أنه إذا قدر رحم وعفا، فصار كالاسير في يد من لا يرى قتل الاسارى. (الشرح) الاحكام: يحصل التخويف بغير ما ذكرناه في مواضع خمسة تقوم مقام المرض. 1 - إذا التحم الجيشان واختلط، فأما الفئة الغالبة منهما فليست حائفة بعد ظهورها، وكذلك إذا لم يلتحما بل كانت كل منهما متميزة، سواء كان بينهما تبادل بالرماية أو لم يكن فليست هذه بحالة خوف، ولا فرق بين كون الطائفتين متفقتين في الدين أو مفترقتين فعن الشافعي رضى الله عنه قولان. أحدهما: هذا، وبه قال مالك والاوزاعي والثوري، وأحمد، ونحوه عن مكحول، والثاني: ليس بخوف. ليس بمريض.

[445]

2 - إذا قدم ليقتل قصاصا أو غيره أو كمن قدم ليرجم في حد الزنا فقولان أيضا أحدهما: أنه مخوف. والثاني: إن حرج فهو مخوف، وإلا فلا، لأنه صحيح البدن، والظاهر العفو عنه، وبالأول قال أحمد، لأن التهديد بالقتل جعل إكراهها يمنع وقوع الطلاق وصحة البيع، ويبيح كثيرا من المحرمات ولو لا الخوف لم تثبت هذه الأحكام. 3 - إذا ركب البحر، فإن كان ساكنا فليس بمخوف، وإن تموج واضطرب وهبت الريح العاصف فهو مخوف، فإن الله تعالى وصفهم بشدة الخوف بقوله تعالى (هو الذي يسيركم في البحر حتى إذا كنتم في الفلك وجرين بهم بريح طيبة وفرحوا بها جاءتها ريح عاصف، وجاءهم الموج من كل مكان وظنوا أنهم أحيط بهم دعوا الله مخلصين له الدين لئن أنجيتنا من هذه لنكونن من الشاكرين). 4 - الأسير والمحبوس إذا كان من عاداته القتل فهو خائف عطيته من الثلث وإلا فلا. وهذا أحد قولى الشافعي، وبه قال أبو حنيفة ومالك وابن أبي ليلى وأحمد بن حنبل. وقال الحسن: لما حبس الحجاج إياس ليس له من ماله إلا الثلث، وقال القاضي أبو بكر: عطية الأسير من الثلث، ولم يفرق، وبه قال الزهري والثوري وإسحاق وحكاه ابن المنذر عن أحمد. وقال الشعبي ومال: الغازى عطيته من الثلث. وقال مسروق: إذا وضع رجله في الغرز. وقال الأوزاعي: المحصور في سبيل الله والمحبس ينتظر القتل أو تفتأ عيناه هو في ثلثه، والصحيح إن شاء الله ما ذكرنا من التفضيل، لأن مجرد الحبس والأسر من غير خوف القتل ليس بمرض ولا هو في معنى المرض في الخوف فلم يجز إلحاقه به، وإذا كان المريض الذي لا يخاف التلف عطيته من رأس ماله فغيره أولى. هذا إذا كان مأسورا لطائفة من المسلمين فإن المذهب أنه ليس مخوفا، لأن المسلمين لا يقتلون أسراهم من الكفار إلا بشروط فما بالك إذا كان الأسير مسلما 5 - وقوع الطاعون في بلد فعن أحمد أنه مخوف، والمذهب عندنا أنه ليس بمرض، وإنما يخالف المرض والله تعالى أعلم بالصواب.

[446]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن عجز الثلث عن التبرعات لم يخل إما أن يكون في التبرعات المنجزة في المرض أو في الوصايا، فإن كان في التبرعات المنجزة في المرض، فإن كانت في وقت واحد نظرت، فإن كانت هبات أو محاباة قسم الثلث بين الجميع لتساويهما في اللزوم، فإن كانت متفاضلة المقدار قسم الثلث عليها على التفاضل، وإن كانت متساوية قسم بينها على التساوي كما يفعل في الديون وإن كان عتقا في عبيد أقرع بينهم لما ذكرناه من حديث عمران بن الحصين، ولأن القصد من العتق تكميل الأحكام، ولا يحصل ذلك إلا بما ذكرناه، فإن وقعت متفرقة قدم الأول فالأول عتقا كان أو غيره، لأن الأول سبق فاستحق به الثلث فلم يجر إسقاطه بما بعده، فإن كان له عبدان سالم وغانم فقال لسالم إن أعتقت غانما فأنت حر، ثم أعتق غانما قدم عتق غانم لأن عتقه سابق. فإن قال إن أعتقت غانما فأنت حر حال عتق غانم ثم أعتق غانما فقد قال بعض أصحابنا: يعتق غانم، لأن عتقه غير متعلق بعتق غيره، وعتق سالم متعلق بعتق غيره، فإذا أعتقناهما في وقت واحد احتجنا أن نقرع بينهما فربما خرجت القرعة على سالم فيبطل عتق غانم، وإذا بطل عتقه بطل عتق سالم فيؤدي إثباته إلى نفيه فسقط ويبقى عتق غانم لأنه أصل، ويحتمل عندي أن لا يعتق واحد منهما، لأنه جعل عتقهما في وقت واحد، ولا يمكن أن يقرع بينهما لما ذكرناه، ولا يمكن تقديم عتق أحدهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر بالسبق فوجب أن يسقطا وإن كانت التبرعات وصايا

وعجز الثلث عنها لم يقدم بعضها على بعض بالسبق لان ما تقدم وما تأخر يلزم في وقت واحد وهو بعد الموت، فان كانت كلها هبات أو كلها محاباة أو بعضها هبات وبعضها محاباة قسم الثلث بين الجميع على التفاضل إن تفاضلت وعلى التساوي إن تساوت. وإن كان الجميع عتقا أقرع بين العبيد لما ذكرناه في القسم قبله. وإن كان بعضها عتقا وبعضها محاباة أو هبات ففيه قولان (أحدهما) أن الثلث يقسم بين الجميع، لان الجميع يعتبر من الثلث، ويلزم

[447]

في وقت واحد (والثاني) يقدم العتق بماله من القوة، وان كان بعضها كتابة وبعضها هبات ففيه طريقان (أحدهما) أنه لا تقدم الكتابة أنه ليس له قوة وسراية فلم تقدم كالهبات (والثاني) أنها على قولين لأنها تتضمن العتق فكانت كالعتق. (فصل) وإن وصى أن يحج عنه حجة الاسلام من الثلث أو يقضى دينه من الثلث ووصى معها بتبرعات، ففيه وجهان (أحدهما) يقسط الثلث على الجميع لان الجميع يعتبر من الثلث، فان كان ما يخص الحج أو الدين من الثلث لا يكفي تتم من رأس المال، لانه في الاصل من رأس المال، وانما اعتبر من الثلث بالوصية، فإذا عجز الثلث عنه وجب أن يتم من أصل المال (والثاني) يقدم الحج والدين، لانه واجب ثم يصرف ما فضل في الوصايا (فصل) وان وصى لرجل بمال وله مال حاضر ومال غائب أو له عين ودين دفع إلى الموصى له ثلث الحاضر وثلث العين. وإلى الورثة الثلثان، وكل ما حضر من الغائب أو نص من الدين شيء قسم بين الورثة والموصى له، لان الموصى له شريك الورثة بالثلث فصار كالشريك في المال. وان وصى لرجل بمائة دينار وله مائة حاضرة وله ألف غائبة فللموصى له ثلث الحاضرة ويوقف الثلثان، لان الموصى له شريك الوارث في المال، فصار كالشريك في المال. وان أراد الموصى له التصرف في ثلث المائة الحاضرة ففيه وجهان (أحدهما) تجوز لان الوصية في ثلث الحاضرة ماضية، فممكن من التصرف فيه (والثاني) لا يجوز لانا منعنا الورثة من التصرف في الثلثين الموقوفين. فوجب أن تمنع الموصى له من التصرف في الثلث، وان دبر عبدا قيمته مائة وله مائتان غائبة، ففيه وجهان (أحدهما) يعتق ثلث العبد، لان عتق ثلثه مستحق بكل حال (والثاني) وهو ظاهر المذهب أنه لا يعتق، لانا لو أعتقنا الثلث حصل للموصى له الثلث، ولم يحصل للورثة مثلاه. وهذا لا يجوز

[448]

(الشرح) قال الشافعي: ولو أوصى بعلامه وهو يساوي خمسمائة وبيداهه لآخر وهي تساوي ألفا وخمسمائة لآخر والثلث ألف درهم، دخل على كل واحد منهم عول نصف فصار للذي له الغلام نصفه، وللذي له الدار نصفها، وللذي له الخمسمائة نصفها. قلت: إذا ضاق الثلث عن الوصايا فللورثة حالتان: حالة يجيزون، وحالة يردون، فإن ردوا قسم الثلث بين أهل الوصايا بالحصص، وتسوى منه الوصية بالمعين والمقدر. وحكى عن أبي حنيفة أن الوصية بالمعين مقدمة على الوصية بالمقدر. استدلالا بأن المقدر يتعلق بالذمة. فإذا ضاق الثلث فيها زال تعلقها بالذمة. وهذا غير صحيح، لان محل

الوصايا في التركة سواء ضاق الثلث أو اتسع لها فاقضى ان يستوى المعين والمقدر مع ضيق الثلث كما يستويان مع اتساعه، ولان الوصية بالمقدر أثبت من الوصية بالمعين، لان المعين إن تلف بطلت الوصية به، والمقدر إن تلف بعض المال لم تبطل الوصية فإذا تقرر استواء المعين والمقدر مع ضيق الثلث عنها وجب أن يكون عجز الثلث داخلا على أهل الوصايا بالحصص، فإذا أوصى بسيارته لرجل وقيمتها خمسمائة، وبقاره لآخر وقيمتها الف وخمسمائة لآخر، فوصايا الثلاثة كلها تكون ألفين، فان كان الثلث ألفين فصاعدا فلا عجز. وهي ممضاة، وإن كان الثلث ألفا فقد عجز الثلث عن نصفها فوجب أن يدخل العجز على جميعها. ويأخذ كل موصى له بشئ نصفه فيعطى الموصى له بالسيارة نصفها، وذلك مائتان وخمسون ويعطى الموصى له بالدار نصفها وذلك خمسمائة. ويعطى الموصى له بالخمسمائة نصفها وذلك مائتان وخمسون وعلى قول أبى حنيفة تسقط الوصية بالخمسمائة المقدرة، ويجعل الثلث بين الموصى له بالسيارة والدار، فيأخذ كل واحد منهما ثلثى وصيته لدخول العجز بالثلث منها، فلو كان الثلث في هذه الوصايا خمسمائة فهو ربع الوصايا الثلاثة فيعطى كل واحد ربع ما جعل له، ولو كان الثلث ألفا وخمسمائة فيجعل لكل واحد منهم ثلاثة أرباع وصيته ثم على هذا القياس

[449]

وإن أجازوا الوصايا كلها مع ضيق الثلث عنها ودخول العجز بالنصف عليها ففي إجازتهم قولان. (أحدهما) أن إجازتهم ابتداء عطية منهم لامرين. أحدهما: أن ما زاد على الثلث منهي عنه، والنهي يقتضى فساد المنهي عنه. (والثاني) أنهم لما كانوا بالمنع مالكين لما منعه وجب أن يكون بالاجارة معطين لما أجازوه فعلى هذا قد ملك أهل الوصايا نصفها بالوصية لاحتمال الثلث لها ولا يفتقر بملكهم لها إلى قبض ونصفها بالعطية لعجز الثلث عنها، ولا يتم ملكهم إلا بقبضه. والثاني: وهو أصح، وبه قال أبو حنيفة: إن إجازة الورثة تنفيذ أو إمضاء لفعل الميت، وإن ذلك مملوك بالوصية دون العطية لامرين (أحدهما) أن ما استحقوه من الخيار في عقود الميت لا يكونون بالامضاء عاقدين لها كالمشترى سلعة إذا وجد وارثه به عيبا فأمضى الشراء ولم ينسخه كان تنفيذا ولم يكن عقدا فكذلك خياره في إجازة الوصية (والثاني) أن لهم رد ما زاد على الثلث في حقوق القسمة، فإذا أجازوه سقطت حقوقهم منه، فصار الثلث وما زاد عليه سواء في لزومه لهم، فإذا استوى الحكم في الجميع مع اللزوم اقتضى أن يكون جميعه وصية لا عطية فعلى هذا يلزمهم نصف الوصايا بالوصية من غير إجازة لاحتمال الثلث لها، ونصف بالاجازة بعد الوصية من غير قبض تعيين، ولا رجوع يسوغ (فرع) قد أسلفنا القول في عطايا المرض وتقدمها على الوصايا إذا ضاق الثلث عنها، وقلنا عن ترتيب المريض لها ما لم يتخلل الوصايا عتق، وأقوال الفقهاء الوارد عليه، أما إذا أوصى أن يحج عنه حجة الاسلام المكتوبة من الثلث أو يقضى دينه من الثلث فقال الشافعي رضى الله عنه: ولو أوصى أن يحج عنه ولم يحج حجة الاسلام فإن بلغ ثلثه حجته من بلده أحج عنه من بلده، وإن لم يبلغ أحج عنه من حيث بلغ. قال المزني: والذي يشبه قوله أن يحج عنه من رأس ماله لانه في قوله دين عليه وجملة ذلك أن للمستدل في الحج عنه حالتان، حالة يوصى به وحاله لا يوصى به، فإن لم يوص به فلا يخلو حاله من أحد أمرين اما أن يكون عليه حج واجب

أولا حج عليه، فإن لم يكن عليه حج لم يجز أن يتطوع عنه بالحج، وإن كان عليه حجة الاسلام فمات من غير أن يوصى بها فواجب أن يحج عنه من رأس ماله بأقل ما يوجد من ميقات بلده، وكذلك يخرج عنه من رأس ماله ما وجب عليه من زكوات وكفارات، وإن لم يوص بها. وقال أبو حنيفة لا يصح الحج عنه ولا الزكاة ولا الكفارة الا بوصية منه وهذا فاسد بما ذكره النووي في الحج بأقوى حجاج، ولأن ما تعلق وجوبه بالمال ازم أدأؤه وإن لم يوص به كالديون. وإذا لزم أدأؤه عنه فمن رأس المال كالديون وتخرج منه أجرة المثل من الميقات لا من بلده، وإن كانت استطاعته من بلده شرطا وجوب حجه، لانه إذا كان حيا لزمه أدأؤه بنفسه فصار نفقة معتبرة في استطاعته، وإذا مات لم يتعين الثلث عنه أن يكون في بلده، وإنما لزم أن يؤتى بالحج من ميقات بلده فلذلك اعتبر أجرة المثل من ميقات بلده. (فرع) إذا أوصى أن يحج عنه، فإن كان عليه حج فلا يخلو حاله من ثلاثة أقسام. أحدها: أن يجعل الحج من رأس ماله، فهذا على ضربين. أحدهما: أن يذكر قدر ما يحج به عنه، والثاني: أن لا يذكر، فإن لم يذكر أخرج عنه من رأس ماله قدر أجرة المثل من ميقات بلده، ولا يستفاد بوصية الا التذكير والتأكيد، وسواء ذكر القدر أم لم يذكر، فإن أجرة المثل أتم إذا كانت من الميقات وخروجها من رأس المال. والقسم الثاني: أن يوصى بالحج من ثلثه فهذا على ضربين. (أحدهما) أن يجعل كل الثلث مصروفا إلى الحجة الواجبة عليه فهذا الحج عنه بالثلث من بلده أن أمكن، ولا يجوز أن يدفع إلى وارثه إن زاد على أجرة المثل، ويجوز أن يدفع إليه إن لم يزد، فإن عجز الثلث عن الحج من بلده أحج به عنه من حيث أمكن من طريقه فان عجز الا من ميقات البلد أحج به عنه من ميقات البلد، فان عجز عنه وجب اتمام أجرة المثل من ميقات بلده من رأس المال وصار فيها دور، لان ما يتمم به أجرة المثل من رأس ماله يقتضى نقصان رأس المال. (والضرب الثاني) أن لا يجعل كل الثلث مصروفا إلى الحج بل يقول: أحجوا

عنى من ثلثي، فهذا إما أن يذكر قدرا فلا يزداد عليه إن وجد ويستاجر من يؤديه من بلده أو من الميقات فإن لم يوجد من يحج بها من ميقاته وجب إتمامها من رأس المال لا من ثلثه لان القدر الذي حدده من الثلث لا يزداد عليه منه وإنما تؤخذ الزيادة من رأس المال، وإما أن لا يذكر القدر فيخرج من ثلثه قدر أجرة المثل ثم فيها وجهان أحدهما وهو قول أبى اسحق المروزي: الطاهر من كلام الشافعي أجرة المثل من بلد الموصى لان الوصية في الثلث تقتضي الكمال. والوجه الثاني: أجرة مثل الميقات كما لو جعله من رأس المال وما زاد عليه تطوع لا يخرج إلا بالنص، فإن عجز الثلث عن جميع الاجرة تتم الجميع مثل أجرة الميقات من رأس المال. فلو كان في الثلث مع الحج وصايا وعطايا ففي تقديم الحج على الوصايا وجهان حكاهما أبو إسحق المروزي. أحدهما، يقدم الحج على جميع الوصايا في الثلث لانه مصروف في فرض ثم يصرف ما فضل بعد الحج في أهل الوصايا، والوجه الثاني أنه يسقط الثلث على الحج والوصايا بالحصص لان الحج وإن وجب فله محل غير الثلث تساوى في الثلث أهل الوصايا ثم تتم

أجرة المثل من رأس المال، وعلى هذين الوجهين لو كانت عليه ديون واجبة أوصى بقضائها من ثلثه أحدهما يتقدمون بها على أهل الوصايا. والثاني: يخاصونهم ثم يستكملون ديونهم من رأس المال فهذا حكم القسم الثاني إذا جعله من ثلثه. القسم الثالث: أن يطلق الوصية فلا يجعله من الثلث ولا من رأس المال فالذي نص عليه الشافعي في الجديد في مناسك الحج أنه يحج عنه من رأس المال، وقال في الوصايا: يحج عنه من ثلثه، فاختلف أصحابنا فكان أبو الطيب بن سلمة وأبو حفص بن الوكيل يخرجان ذلك على قولين أحدهما: يكون من رأس المال كما لو لم يوص به لوجوبه كالديون، والقول الثاني: أن يكون من الثلث ليستفاد بالوصية ما لم يكن مستفادا غيرها. وقال أبو علي بن خيران: ليس هذا على اختلاف قولين وإنما هو تبعيض الحكم على حالين فالذين جعله في الثلث هو أجرة

[452]

مثل المسير من بلده إلى الميقات، والذي جعله من رأس المال هو أجرة المثل من الميقات. وقال أبو إسحق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة: يكون ذلك من رأس المال قولاً واحداً، والذي قاله ههنا أنه يكون في الثلث إذا خرج بأنه في الثلث توفيراً على ورثته، ألا تراه قال: فإن لم يبلغ تمام من رأس المال. وإذا وصى بالحج تطوعاً عنه بمال ففيه قولان أحدهما: أن الوصية باطلة والثاني: جائزة وقد بسط النووي توجيهها في كتاب الحج. (فرع) قال مالك بن أنس رضي الله عنه: إذا أوصى لرجل بمائة دينار له حاضرة وترك غيرها ألف دينار ديناً غائبة فالورثة بالخيار بين امضاء الوصية بالمائة كلها عاجلاً، سواء حل الدين وسلم الغائب أم لا، وبين أن يسلموا ثلث المائة الحاضرة وثلث الدين من المال الغائب ويصير الموصى له بالمائة شريكاً بالثلث في كل التركة، وإن كثرت وسمى ذلك خلع الثلث، استدلالاً بأن للموصى ثلث مائة، فإذا غير الوصية بالثلث في بعضه فقد أدخل الضرر عليهم بتعيينه، فصار لهم الخيار بين التزام الضرر بالتعيين وبين العدول إلى ما كان يستحقه الموصى، فهذا دليل مالك، وما عليه في هذا القول. واستدل اسماعيل بن اسحق بأن تعيين الموصى للمائة الحاضرة من جملة التركة الغائبة بمنزلة العبد الجاني إذا تعلقت الجناية في رقبته فسيده بالخيار بين اقتدائه بأرش جنابته أو تسليمه، فهذا مذهب مالك ودليلاً. ومذهب الشافعي رضي الله عنه أن الموصى له ثلث المائة الحاضرة، وثلثاها الباقي موقوف على قبض الدين أو من الغائب ما يخرج المائة كلها من ثلثه أمضيت الوصية بجميع المائة، وإن وكل ما يخرج بعضها أمضى قدر ما احتمله الثلث منها، فإن برئ الدين وتلف الغائب استقرت الوصية في ثلث المائة الحاضرة وتصرف الورثة في ثلثها، لأنها صارت جميع التركة.

[453]

واختلف أصحابنا إذا انتظر بالوصية قبض الدين ووصول الغائب هل يمكن الموصى له من ثلث المائة؟ على وجهين. (أحدهما) يمكن من التصرف فيها لأنه ثلث ممضى. (والوجه الثاني) يمنع من التصرف فيها لأنه لا يجوز أن يتصرف الموصى له فيما لا يتصرف الورثة في مثليه، وقد منع الورثة من

التصرف في ثلثي المائة الموقوف، فوجب أن يمنع الموصى له من التصرف في الثلث الممضى، والدليل على فساد ما ذهب إليه مالك أنه يؤول إلى أحد أمرين يمنع الوصية منهما، لانه إذا أجزر الورثة بين التزام الوصية في ثلث كل التركة أو إمضاء الوصية في كل المائة فكل واحد من الأمرين خارج عن حكم الوصية لانهم اختاروا منعه من كل المائة فقد ألزمهم ثلث كل التركة، وذلك غير موصى به. وإن اختاروا أن لا يعطوا ثلث التركة فقط ألزمهم إمضاء الوصية بكل المائة فعلم فساد مذهبه بما يؤول إليه حال كل واحد من الخيارين، فإذا جعلتم تعيين الوصية بالمائة الحاضرة إدخال ضرر أو جنايه فالضرر قد رفعناه يوقف الثلثين على قبض الدين ووصول الغائب، فصار الضرر بذلك مرتفعا، وإذا زال الضرر ارتفعت الجناية منه فبطل الخيار فيه. فإذا تقرر ما وصفنا تفرع على ذلك أن يوصى بمائة دينار حاضرة وباقي تركته التي تخرج كل المائة من ثلثها دين أو غائب، فيخرج ثلث المائة ويوقف ثلثها على قبض الدين ووصول الغائب، فإذا قبض ووصل منهما أو أحدهما ما يخرج كل المائة من ثلثه خرج جميعها. وهل يمكن الورثة في حال وقف الثلثين على قبض الدين ووصول الغائب من استخدام فرس إن كان الموصى به فرسا أو سيارة إن كانت وصيه أو غير ذلك، فتركب ويتصرف في منفعتها أم لا، على وجهين. (أحدهما) يمكن ذلك لئلا يلزمهم إمضاء الوصية بما لم ينتفعوا بثليته، وهذا على الوجه الذي يقول: إن الموصى له بالمائة إذا وقف ثلثها منع من التصرف في ثلثها اعتبارا بالتسوية، فعلى هذا ان برئ الدين وتلف الغائب استقر ملكهم على ما وقف من ثلثها وكان لهم التصرف في الثلثين أو بيع ثلثي الفرس أو السيارة

[454]

وان اقتضى من الدين أو قدم من الغائب ما يخرج جميعه من ثلثه رجع الموصى له بالفرس أو السيارة عليهم بما أخذوه من كسبهما أو أجرة، وليس للورثة أن يرجعوا على الموصى له بما اتفقوا على الفرس أو السيارة من نفقات السياسة أو الصياغة، وقد كان لهم اجازة الوصية فصاروا متطوعين بالنفقة. (والوجه الثاني) أنهم يمنعون من ذلك كما يمنعون من التصرف بالبيع، لان الظاهر نفوذ الوصية بعته، وعلى هذا الوجه الذي يجوز للموصى له التصرف في ثلث المائة، وان منع الورثة من التصرف في ثلثها، فعلى هذا ان برئ الدين وتلف الغائب ولم يتصرف الورثة في استغلال الموصى به أدى الموصى له ثلثي غلة كسب الموصى به أو أجره مثله للورثة لانه لا يستحق في الوصية الا ثلثها والباقي للورثة، وقد فوت عليهم منافع ثلثي المال والله أعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى (فصل) وان وصى له بثلث عبد فاستحق ثلثاه وثلث ماله يحتمل الثلث الباقي من العبد نفذت الوصية فيه على المنصوص، وقال أبو ثور وأبو العباس لا تنفذ الوصية الا في ثلث الباقي كما لو وصى بثلث ماله ثم استحق من ماله الثلثان والمذهب الاول، لان ثلث العبد ملكه، وثلث ماله يحتمله، فنفذت الوصية فيه كما لو وصى له بعبد يحتمله الثلث، ويخالف هذا إذا وصى بثلث ماله ثم استحق ثلثاه، لان الوصية هناك بثلث ماله، وماله هو الباقي بعد الاستحقاق، وليس كذلك ههنا لانه يملك الباقي وله مال غيره يخرج الباقي من ثلثه. (فصل) وان وصى له بمنفعة عبد سنه، ففي اعتبارها من الثلث وجهان. أحدهما: يقوم العبد كامل المنفعة، ويقوم مسلوب النفعه في مدة سنه، ويعتبر ما بينهما من الثلث. والثاني: تقوم المنفعة سنه، فيعتبر قدرها من الثلث. ولا تقوم الرقبة لان الموصى به هو

المنفعة، فلا يقوم غيرها، وان وصى له بمنفعة عبد على التأبيد ففي اعتبار منفعته من الثلث ثلاثة أوجه. أحدهما: تقوم المنفعة في حق الموصى له والرقبة مسلوبة المنفعة في حق

[455]

الوارث، لان الموصى له ملك المنفعة، والوارث ملك الرقبة، وينظر كم قدر التركة مع قيمة الرقبة مسلوبة المنفعة، وينظر قيمة المنفعة فتعتبر من الثلث. والثاني: تقوم المنفعة في حق الموصى له لانه ملكها بالوصية، ولا تقوم الرقبة في حق الموصى له، لانه لم يملكها ولا في حق الوارث لانها مسلوبة المنفعة في حقه لا فائدة له فيها، فعلى هذا ينظر كم قدر التركة وقيمة المنفعة، فتعتبر من الثلث، والثالث وهو المنصوص: تقوم الرقبة بمنافعها في حق الموصى له، لان المقصود من الرقبة منفعتها، فصار كما لو كانت الرقبة له فقومت في حقه، وينظر قدر التركة فتعتبر قيمه الرقبة من ثلثها، وإن وصى بالرقبة لواحد وبالمنفعة لواحد قومت الرقبة في حق من وصى له بها، والمنفعة في حق من اوصى له بها، لان كل واحد منهما يملك ما وصى له به فاعتبر قيمتها من الثلث. (الشرح) قال الشافعي رضى الله عنه: ولو اوصى له بشئ بعينه فاستحق ثلثه كان له الثلث الباقي إذا احتمله الثلث، وإذا اوصى له بتلت دار هو في الظاهر مالك لجميعها فاستحق ثلثا الدار وبقي على ملك الموصى ثلثها، فالتلت كله للموصى له إذا احتمله الثلث، وهو قول الجمهور. وقال أبو ثور: يكون له تلت الثلث استدلالا بأنه لما اوصى له بتلتها، وهو في الظاهر مالك لجميعها تناولت الوصية ثلث ملكه منها، فإذا بان ان ملكه منها الثلث وجب ان تكون الوصية بتلت الثلث، لانه كان ملكه منها كمن اوصى بتلت ماله وهو ثلثه الاف درهم فاستحق منها الفان كانت الوصية بتلت الالف الباقيه هكذا قال أبو ثور من الفهاء وابو العباس بن سريج من اصحابنا، وهو فاسد من وجهين، احدهما: ان ما طرأ من استحقاق التلتين ليس بأكثر من أن يكون عند الوصية غير مالك للتنتين، وقد ثبت انه لو اوصى له بتلت دار هو قدر ملكه منها كان له جميع الثلث إذا احتمله الثلث، كذلك إذا اوصى له بتلتها فاستحق ما زاد على الثلث منها. والثاني: هو ان رفع يده بالاستحقاق كزوال ملكه بالبيع، وقد ثبت انه لو

[456]

باع بعد الوصية بالثلث منها ما بقي من ثلثها صحت الوصية بكل الثلث الباقي بعد البيع، فكذلك تصح بالثلث الباقي بعد المستحق، وليس بما ذكرناه من استدلال بثلت المال وجه، لان الوصية لم تعتبر الا في ثلث ملكه، وملكه هو الباقي بعد الاستحقاق، ولو فعل مثل ذلك في الوصية بالدار فقال قد اوصيت لك بثلت ملكي من هذه الدار فاستحق ثلثاها كان له ثلث ثلثها الباقي (مسألة) إذا ابتداء الوصية بتلت ماله لرجل، اوصى ان يحج عنه رجل بمائة درهم، ثم اوصى بالباقي من تلت المال لآخر، فقد اختلف اصحابنا في الموصى له بالباقي في هذه المسألة إذا قدم الوصية بالثلث على وجهين (أحدهما) وهو قول أبي اسحاق المروزي: انها باطلة لان تقديم الوصية بالثلث يمنع من ان يبقى شئ من الثلث، فجعل نصف اجار

الورثة الوصية بالتلت وبالمائة امضيا وان لم يجزوها ردا إلى التلت، فجعل نصف التلت لصاحب التلت، وكان النصف الاخر بين الموصى له بالمائة وبين الموصى له بالباقي على ما مضى من الوجهين (فرع) الوصية بالمنفعة كما اسلفنا القول كالوصية بالعين، فلما كان لموصى له بالرقبة يجوز له المعاوضة عليها لانه قد ملكها بالوصية كان الموصى له بالخدمة ايضا يجوز له المعاوضة عليها لانه قد ملكها بالوصية، فإذا ثبت هذا فالوصية بالمنفعة ضربان مقدره بمقدرة بمدة ومؤبدة. فان قدرت بمدة كان قال: قد اوصيت لزيد بخدمة عبي سنة فالوصية جائزة له بخدمة سنة، والمعتبر في التلت منفعة السنة دون الرقبه. وفي كيفية اعتبارها وجهان (أحدهما) وهو قول أبى العباس بن سريج انه يقوم العبد كامل المنفعة في زمانه كله. فإذا قيل مائة دينار قوم وهو مسلوب المنفعة سنة. فإذا قيل ثمانون دينارا فالوصية بعشرين دينارا. وهى خارجة من التلت ان لم يكن على الموصى دين والوجه الثاني: وهو الذى اراه مذهبنا انه يقوم خدمة مثله سنة فتعتبر من التلت، ولا تقوم الرقبه لان المنافع المستهلكة في العقود والعصوب هي المقومه دون الاعيان، فلو اراد ان يستاجر دكانا فان ذلك يعد معاوضة على المنفعة فلا تقوم العين على حدة والمنفعة على حدة، وانما العقد لا يكون الا على المنفعة فكذلك في الوصايا، فإذا علم القدر الذى تقومت به خدمة السنة اما من العين

[457]

على الوجه الاول أو من المنافع على الوجه الثاني نظر، فان خرج جميعه من التلت صحت الوصية له بخدمة جميع السنة. وان خرج ثلثه من التلت رجعت الوصية إلى ثلثها واستخدمه ثلث السنة فإذا تقرر انه على هذه العبرة استحق استخدامه جميع السنة، فلا يخلو ان يكون في التركة مال غير العبد أم لا. فان كان في التركة مال غيره إذا امكن الموصى من استخدامه سنة امكن الورثة ان يتصرفوا من التركة في تلك السنة بما يقابل مثل العبد، فللموصى له ان يستخدم جميع العبد سنة متوالية حتى يستوفى جميع وصيته، والورثة لا يمنعون من التصرف في رقبه العبد حتى تمضى السنة فإن باعوا الموصى بمنافعه عبدا كان أو فرسا أو سيارة أو بيئا قبل مضى السنة كان في بيعه قولان كالعبد المؤاجر. وان لم يكن في التركة مال غير الموصى بمنافعه ولا خلف الموصى سواه ففي كيفية انتفاع الموصى له سنة ثلاثة اوجه حكاه ابن سريج. احدها انه ينتفع به سنة متوالية ويمنع الورثة من استخدامه والتصرف فيه حتى يستكمل الموصى له سنة وصيته، ثم حينئذ يخلص للورثة بعد انقضائها. والوجه الثاني: انه يستخدم ثلث الموصى به ثلاث سنين، ويستخدم الورثة ثلثه حتى يستوفى الموصى له سنة وصيته في ثلاث سنين لثلا يختص الموصى له بما لم يحصل للورثة مثلاه. والوجه الثالث: ان يتهايا عليه الموصى له والورثة، فيستخدمه الموصى له يوما والورثة يومين حتى يستوفى سنة وصيته في ثلاث سنين. والوجه الاول اصح لانهم قد صاروا إلى ملك الرقبه فلم يلزم ان يقابلوا الموصى له بمثل المنفعة لان حق الموصى له في استخدام الموصى به جميعه، فلم يجز ان يجعل في ثلثه، ولان حقه مفضل ومعدل فلم يجز ان يجعل مرجا أو مفرفا وإذا كانت الوصية بالمنفعة على التابيد، كان قال اوصيت لزيد باستخدام سيارتي أبدا فالوصية جائزة إذا حملها التلت واختلف اصحابنا في الذى يعتبر قيمته في التلت على وجهين (أحدهما) قاله الشافعي رضى الله عنه في اختلاف العراقيين، وهو اختيار

ابى العباس بن سريج انه تقوم جميع الرقبة في التلت، وان اختصت الوصية بالمنفعة كما تقوم رقبة الوقف في التلت.

[458]

وان ملك الموقوف عليه المنفعة فعلى هذا هل يصير الموصى له مالكا، وان منع من بيعها أم لا. على وجهين (أحدهما) لا يملكها لاختصاص الوصية بمنافعها (والثاني) يملكها كما يملك أم الولد. وان كان ممنوعا من بيعها لتقومها عليه في التلت، وهذا قول ابى حامد المروروذى. هذا إذا قيل ان الرقبة هي المقرمة والوجه الثاني: انه يقوم منافع الموصى به في التلت دون الرقبة، لان التقويم انما يختص بما تضمنته الوصية، ولا يجوز ان يتجاوز بالتقويم إلى غيره ولانه لو اوصى بالمنفعة لرجل وبالرقبة لرجل لم يقوم في حق صاحب المنفعة الا المنفعة دون الرقبة. كذلك إذا استبقى الرقبة على ملك الورثة واعتبار ذلك ان يقوم: كم قيمة الموصى به بمنافعه. فإذا قيل مائة دينار، قيل: وكم قيمته مسلوب المنافع، فذا قيل عشرون دينارا علم ان قيمة منافعه ثمانون دينارا فتكون هي القدر المعتبر من التلت. فعلى هذا هل يحتسب الباقي من قيمة الرقبة وهو عشرون دينارا على الورثة في ثلثهم أم لا. على وجهين (أحدهما) يحتسب به عليهم، لانه قد دخل ملكهم وهذا قول ابى اسحاق المروزي (والوجه الثاني) لا يحتسب به عليهم لان ما زالت عنه المنفعة زال عنه التقويم. فإذا ثبت ما ذكرناه وخرج القدر الذي اعتبرناه من التلت صحت الوصية بجميع المنفعة، وكان للموصى له استخدامه أبدا ما كان حيا وأخذ جميع أكسابه المألوفة، وهل يملك ما كان غير مألوف منها، على وجهين: أصحهما يملكه. وفي نفقته ثلاثة أوجه (أحدها) وهو قول ابى سعيد الاصطخرى انها على الموصى له بالمنفعة، لان النفقة تختص بالكسب (والثاني) وهو قول ابى على بن ابى هريرة انها على الورثة لوجوبها بحق الملك (والثالث) وهو ما حكاه أبو حامد الاسفرايينى تجب في بيت المال لان كل واحد من مالكي المنفعة والرقبة لم يكمل فيه استحقاق وجوبها عليه فعدل بها إلى بيت المال، فان مات الموصى له فهل تنتقل المنفعة إلى وارثه املا، على وجهين حكاهما أبو على الطبري في الافصاح (أحدهما) ان المنفعة تنتقل إلى ورثته لتقومها على الابد في حقه، فعلى هذا تكون المنفعة مقدرة بحياة العين.

[459]

والوجه الثاني: قد انقطعت الوصية بموت الموصى له لانه وصى له في عينه بالخدمة لا لغيره. فعلى هذا تكون المنفعة مقدرة بحياة الموصى له ثم تعود بعد موته إلى ورثة الموصى فاما بيع الموصى بمنفعته، فان أراد الموصى له بالمنفعة بيعه لم يجز سواء ملك جميع المنفعة أو بعضها، وسواء قيل انه مالك أو غير مالك. وان أراد ورثة الموصى بيعه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يجوز لثبوت الملك (والثاني) لا يجوز لعدم المنفعة (والثالث) يجوز بيعه من الموصى له بالمنفعة ولا يجوز من غيره، لان الموصى له ينتفع به دون غيره. والله تعالى أعلم بالصواب قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وان وصى له بثمرة بستانه، فان كانت موجودة اعتبرت

قيمتها من الثلث، وان لم تخلق - فان كانت على التأبید - ففي التقويم وجهان: (أحدهما) يقوم جميع البستان (والثاني) يقوم كامل المنفعة، ثم يقوم مسلوب المنفعة، ويعتبر ما بينهما من الثلث، فان احتمله الثلث نفذت الوصية فيما بقي من البستان. وان احتمل بعضها كان للموصى له قدر ما احتمله الثلث يشاركه فيه الورثة، فان كان الذي يحتمله النصف كان للموصى له من ثمرة كل عام النصف وللورثة النصف والله أعلم. (الشرح) الاحكام: إذا أوصى له بثمره فذلك ضربان: ان تكون الثمرة موجودة فالوصية جائزة وتعتبر قيمتها من الثلث عند موت الموصى لا حين الوصية فان خرجت من الثلث فهي للموصى له، وان خرج بعضها كان له منها قدر ما احتمله الثلث، وكان الورثة شركاءه فيها بما لم يحتمله الثلث منها والضرب الثاني ان يوصى بثمره لم تخلق فهذا على ضربين (أحدهما) أن يوصى بثمرته على الابد فالوصية جائزة، وفيما يقوم في الثلث وجهان. احدهما: جميع البستان. والثاني يقوم كامل المنفعة، ثم يقوم مسلوب المنفعة ثم يعتبر ما بين القيمتين من الثلث، فان احتمله نفذت الوصية بجميع الثمرة أبدا ما بقي البستان، وان احتمل بعضه كان للموصى له قدر ما احتمله الثلث يشارك فيه الورثة، مثل ان يحتمل

[460]

النصف فيكون للموصى له النصف من ثمره كل عام وللورثة النصف الباقي، وإذا احتمل الثلث جميع القيمة وصارت الثمرة كلها للموصى له فاحتاجت إلى سقى فلا يجب على الورثة السقى بخلاف بائع الثمرة حيث وجب عليه سقيها للمشتري إذا احتاجت إلى السقى، لان البائع عليه تسليم ما تضمنه العقد كاملا والسقى من كماله وليس كذلك الوصية لان الثمرة تحدث على ملك الموصى له ولا يجب على الموصى له سقيها، لانها بخلاف البيهية الموصى بخدمتها في الحرث والسقى، لان نفقة البيهية مستحقة لحرمة نفسها ووجوب حفظها بخلاف الثمرة، وكذلك لو احتاجت النخل إلى سقى لم يلزم واحدا منهما، وأيهما تطوع به لم يرجع به على صاحبه، فان مات النخل استقطع جذاعه للورثة دون الموصى له، وليس للموصى له أن يغرس مكانه ولا أن عرس الورثة مكانه نخيلا كان له فيه حق، لان حقه كان في النخل الموصى له به دن غيره والضرب الثاني: ان يوصى بثمره مدة مقدره، كان اوصى له بثمره عشر سنين، فمن أصحابنا من ذهب إلى بطلان الوصية مع التقدير بالمدة بخلاف المنفعة لان تقويم المنفعة المقدره ممكن، وتقويم الثمار المقدره المدة غير ممكن. وذهب سائر اصحابنا إلى جوازها كالمنفعة، وفيما تقدم في الثلث وجهان احدهما: انه يقوم البستان كامل المنفعة، ويقوم مسلوب المنفعة، ثم يعتبر ما بين القيمتين في الثلث. والوجه الثاني: ان ينظر اوسط ما تثمره النخل غالبا في كل عام ثم تعتبر قيمة الغالب من قيمة الثمرة في أول عام، ولا اعتبار بما حدث بعده من زيادة ونقص. فان خرج جميعه من الثلث فقد استحق جميع الثمرة في تلك المدة، وان خرج نصفه فله النصف من ثمرة كل عام إلى انقضاء تلك المدة، وليس له ان يستكمل هذه كل عام في نصف تلك المدة، لانه قد تختلف ثمرة كل عام في المقادير والاثمان. فخالف منافع العبد والبيهية والدار. ومثل الوصية بثمره البستان ان تكون الماشية فيوصى له بدرها ونسلها، وتجب نفقة الماشية كما أسلفنا والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى: باب جامع الوصايا إذا وصى لجيرانه صرف إلى أربعين داراً من كل جانب، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (حق الجوار أربعون داراً هكذا وهكذا وهكذا وهكذا، يمينا وشمالاً وقداماً وخلفاً). (فصل) وان وصى لقراء القرآن صرف إلى من يقرأ جميع القرآن، وهل يدخل فيه من لا يحفظ جميعه، في وجهان. (أحدهما) يدخل فيه لعموم اللفظ. (والثاني) لا يدخل فيه، لأنه لا يطلق هذا الاسم في العرف الا على من يحفظه، وان وصى للعلماء صرف إلى علماء الشرع، لأنه لا يطلق هذا الاسم في العرف الا عليهم، ولا يدخل فيه من يسمع الحديث ولا يعرف طريقه، لان سماع الحديث من غير علم بطريقه ليس بعلم. (الشرح) حديث ابي هريرة مرفوعاً (حق الجار أربعون داراً هكذا وهكذا وهكذا يمينا وشمالاً وقدام وخلف) هكذا ورد بغير تنوين قدام وخلف وقد سافها المصنف منونا لهما والحديث اخرجه أبو يعلى عن شيخه محمد بن جامع العطار، وهو ضعيف هكذا افاده الهيثمي في مجمع الروايد على أن القول بهذا الحديث لم ينهض الحديث حجة له يجوز على قول من يقول بتقديم الحديث الضعيف على الاجتهاد، وبه قال احمد وغيره من الفقهاء، على أن المعروف من مذهب الشافعي وبناء على اصله (إذا صح الحديث فهو مذهبي) انه لا عبرة بحديث لم يصح سنده في الاصول ولا في الفروع، والعبرة في هذا بالعرف فهو يقوم مقام النص عند عدمه، الا أن الماوردي قال في حاويه في الغارمين. قال الشافعي: ويعطى من له الدين عليهم أحب للبر، ولو أعطوه في دينهم رجوت أن يتبع، فان ضمنه في اثنين ضمن حصة الثالث، وفيه وجهان.

(أحدهما) يضمن ثلث الثلث. (والثاني) انه يضمن اقل ما يجزئ ان يعطيه ثالثاً ويخص به غارماً في بلد المال، ومن كان منهم ذا رحم أولى لما في صلتها من زيادة الثواب، فان لم يكونوا فجيران المال لقوله تعالى (والجار ذي القربى والجار الجنب والصاحب بالجنب) ولقوله صلى الله عليه وسلم (ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت انه سيورثه) قال الشافعي: واقصى الجوار منهم أربعون داراً من كل ناحية، وهكذا لو أوصى لجيران كان جيرانه منتهى أربعين داراً من كل ناحية، وقال قتادة. الجار الدار والداران، وقال سعيد بن جبیر: هم الذين يسمعون الاقامة، وقال أبو يوسف هم أهل المسجد. ودليلنا ما روى أن رجالاً كان نازلاً بين قوم فأتى للنبي صلى الله عليه وسلم يشكوهم، فبعث النبي صلى الله عليه وسلم أبا بكر وعمر وعلياً رضي الله عنهم وقال: اخرجوا إلى باب المسجد وقولوا: الا أن الجوار أربعون داراً. قلت: فإذا صح ما استدلل به الماوردي من بعث الصحابة الثلاثة ليبلغوا عنه صلى الله عليه وسلم هذا كان دليلاً مستنداً للمذهب والا كان تحديد الاربعون اجتهاداً وعرفاً يصار اليهما على انه قد استغل بعض السفهاء من واضعي الحديث حث القرآن والسنة على حسن الجوار فجعلوه مرتعاً لاحاديث غير شريفة، من ذلك ما روى عن جابر رضي الله عنه مرفوعاً (الجيران ثلاثة: جار له حق واحد وهو ادنى الجيران وجار له حقان وجار له ثلاثة حقوق، فاما الذي له حق واحد فجار مشرك لا رحم له، له حق الجوار، واما الذي له الحقان فجار مسلم له حق الاسلام وحق الجوار، واما الذي له ثلاثة حقوق فجار مسلم ذو رحم له حق الاسلام وحق

الجوار وحق الرحم، وهذا الحديث رواه البزار عن شيخه محمد الحارثي وهو وضاع، وفيما روى من الاحاديث الصحيحة غنى، الا ان الحديث الذي ساقه الماوردي قد رواه الطبراني عن كعب بن مالك ولفظه، اتى النبي صلى الله عليه وسلم رجل فقال: يا رسول الله انى نزلت في محلة بنى فلان، وان أشدهم لى اذى اقربهم لى جوارا فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم ابا بكر وعمر وعلياً

[463]

يأتون باب المسجد فيقولون على بابه فيصيحون: الا ان أربعين دارا جار، ولا يدخل الجنة من خاف جاره بوائقه. وفى إسناده يوسف بن السفر، أبو الفيض الدمشقي كاتب الاوزاعي وراويها كما روى عن مالك. قال النسائي: ليس بثقة. وقال الدارقطني متروك يكذب. وقال ابن عدى: روى بواطيل، وقال البيهقي: هو في عداد من يضع الحديث، وقال أبو زرعة وغيره متروك فإذا وصى لقراءة القرآن وكان المضاف إليه معروفاً بال وهو يقتضى إما العهد أو الاستغراق، فان قلنا بالاول، فعلى الوجه الذى يجعل الوصية لمن يحفظ القرآن كله ويخرج بذلك من لا يحفظه جميعاً، وان قلنا بالثاني فكل ما قرئ من القرآن فهو قرآن دخل من لا يحفظه كله لاشتماله لفظه عليه، فإذا وصى وقال لقراء القرآن، شمل من يحفظه كله ومن يحفظ آية واحدة قولاً واحداً. فان وصى للعلماء صرف إلى علماء وفقهاء الاحكام، ودارسي الفروع، لانه لا يطلق عرفاً عند من يوصون للقربة الا عليهم ولا يدخل فيهم صغار المتعلمين الحديث لانهم يسمعون الحديث، ولا يشتغلون باختلاف اسانيدهم، واسماء رواته، ومعرفة الثقة العدل الضابط منهم والمجروح بدلس أو سوء حفظ أو تصديق لكل ما يسمع، أو شذوذ أو نكارة أو وضع أو صاحب مقالة في الاسلام أو غلو في مذهب يخرج به عن حد العدالة إلى غير ذلك مما ينبغى العلم به وارتشاف مورده، وبذل الوسع في خدمته، لان الحديث أشرف علوم الدين واعظمها مرتقى، وأرجاها عاقبة، والله تعالى اعلم بالصواب. قال المصنف رحمه الله: (فصل) فإن وصى للايتام لم يدخل فيه من له اب، لان اليتيم في بنى آدم فقد الاب، ولا يدخل فيه بالغ، لقوله صلى الله عليه وسلم (لا يتم بعد الحلم) وهل يدخل فيه الغنى، فيه وجهان. (أحدهما) يدخل فيه، لانه يتم بفقد الاب. (الثاني) لا يدخل فيه، لانه لا يطلق هذا الاسم في العرف على غنى، فإن وصى للارامل دخل فيه من لا زوج لها من النساء، وهل يدخل فيه من

[464]

لا زوجة له من الرجال، فيه وجهان (أحدهما) لا يدخل فيه، لانه لا يطلق هذا الاسم في العرف على الرجال (والثاني) يدخل فيه لانه قد يسمى الرجل أرملاً كما قال الشاعر: كل الارامل قد قضيت حاجتهم * فمن لحاجة هذا الارمل الذكر وهل يدخل فيه من لها مال، على وجهين كما قلنا في الايتام. (فصل) وان وصى للشيوخ أعطى من جاوز الاربعين، وان وصى للفتيان والشباب أعطى من جاوز البلوغ إلى الثلاثين، وان وصى للغلمان والصبيان أعطى من لم يبلغ. لان هذه الاسماء لا تطلق في العرف الا على ما ذكرناه. (الشرح) حديث (لا يتم بعد الحلم) رواه أبو داود عن علي كرم الله وجهه قال

(حفظت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد احتلام ولا صمات يوم إلى الليل) وفى إسناده يحيى بن محمد المدني الجارى، نسبة إلى الجار بلدة على الساحل بالقرب من المدينة المنورة، قال البخاري: يتكلمون فيه، وقال ابن حبان: يجب التنكب عما انفرد به من الروايات. وقال العقيلي لا يتابع يحيى المذكور على هذا الحديث، وفى الخلاصة ان العجلي وابن عدى وثقاه. قال المنذرى: وقد روى هذا الحديث من رواية جابر بن عبد الله وانس بن مالك وليس فيها شئ يثبت، وقد أعل هذا الحديث ايضا عبد الحق وابن القطان وغيرهما، وحسنه النووي فيما سلف من أجزاء المجموع متمسكا بسكوت ابى داود عليه، ورواه الطبراني بسند آخر عن على، ورواه أبو داود الطيالسي في مسنده واخرج نحوه ايضا ابن عدى عن جابر، وهذه الروايات يقوى بعضها بعضا فترقى بالحديث إلى درجة الحسن. وقد استدل بالحديث على ان الاحتلام من علامات البلوغ، وتعقب بانه بيان لغاية مدة اليتيم، وارتفاع اليتيم لا يستلزم البلوغ الذى هو مناط التكليف، إنما يكون عند إدراكه لمصالح آخرته، ويؤيد مفهومه عند القائلين بان الاحتلام من علامات البلوغ روايه احمد وابى داود والحاكم من حديث على رضى الله عنه وفيه (وعن الصبى حتى يحتلم) وقد اسلفنا القول في ابواب الحجر في تعريف اليتيم

[465]

ما ينفع في هذا فليراجع. على انه إذا اوصى للايتام ووجد من الايتام الفقراء من يفيدون من وصيته بما لا يبقى منه فضل كانوا أولى من اليتيم الغنى وإن شمله التعريف. فإن وصى للارامل فهو للنساء اللاتي فارقهن ازواجهن يموت أو غيره، وهو من أرمل المكان إذا صار ذا رمل، وأرمل الرجل إذا صار بغير زاد لنفاده وافتقاره. وارملت المرأة فهي أرملة، وهى التى لا زوج لها لافتقارها إلى من ينفق عليها. قال الازهرى لا يقال لها أرملة الا إذا كانت فقيرة، فإذا كانت موسرة فليست بأرمله، والجمع أرامل حتى قيل: رجل ارمل إذا لم يكن له زوج وهو قليل، لا يذهب زاده بفقد امراته لانها ام تكن قيمة عليه. قال ابن السكيت والارامل المساكين رجلا كانوا أو نساء وقال احمد بن حنبل في رواية حرب، وقد سئل عن رجل اوصى لارامل بنى فلان فقال: قد اختلف الناس فيها، فقال قوم هو للرجال والنساء، والذي يعرف في كلام الناس ان الارامل النساء. وقال الشعبى واسحاق: هو للرجال والنساء. وانشد احدهما: هذى الارامل قد قضيت حاجتها * فمن لحاجة هذا الارمل الذكر وقال الاخر: أحب أن أصطاد طيبا سخيلاً * رعى الربيع والشتاء أرملا فعلى الوجه بانه لا يدخل في الوصية أرامل الرجال ان المعروف في كلام الناس انه النساء فلا يحمل لفظ الموصى الا عليه، ولان الارامل جمع ارملة فلا يكون جمعا للذكر، لان ما يختلف لفظ الذكر والانثى في واحده يختلف في جمعه، وقد أنكر ابن الانباري على قائل القول الاخر وخطأه، والشعر الذى احتج به حجة عليه بالرواية التى سقناها، اما على الرواية التى ساقها المصنف: كل الارامل قد قضيت حاجتهم فانه يدل على شمول الارامل للذكر والانثى إذ لا خلاف بين أهل اللسان في أن اللفظ متى كان للذكر والانثى ثم رد عليه ضمير غلب فيه لفظ التذكير وضميره، وهذا يؤيد الوجه القائل بشمول الوصية

لارامل الرجال. فيكون ارامل جمع ارملة كأكابر وأعظم وأصاغر وأسافل جمع أكبر وأعظم وأصغر وأسفل على ان هناك الفاظا مشتركة بين الرجال والنساء غلب استعمالها للنساء لكثرة شيوعها فيهن وقتها بين الرجال، فالإمامي من قوله تعالى (وانكحوا الايامى منكم) وفي الحديث: أعوذ بالله من بوار الايم. قالوا يطلق ذلك على الرجال والنساء الذين لا أزواج لهم لما روى عن سعيد بن المسيب قال: أمت حفصة بنت عمر من زوجها. وأم عثمان من رقية. والعزاب للرجال والنساء، والثيب للرجال والنساء والبكر للرجال والنساء. فإذا أوصى للارامل فهل يدخل فيه من لها مال. على الخلاف الذى مضى فى اليتيم اما إذا وصى الشيوخ أعطى من جاوز الاربعين لان ما دون الاربعين كهولة وما دون الكهولة فتوة أو شباب وما دون ذلك يفاعه، وما دونه صبي وما دونه طفل، فهو إلى السابعة طفل. ثم إلى العاشرة صبي. ثم إلى الخامسة عشرة يافع ثم إلى الثلاثين شاب أو فتى، ثم إلى الاربعين كهل، ثم بعد الاربعين شيخ، ثم بعد الستين هرم قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وان وصى لفقراء جاز ان يدفع إلى الفقراء والمساكين، وان وصى للمساكين جاز ان يدفع إلى المساكين والفقراء، لان كل واحد من الاسمين يطلق على الفريقين، وان وصى للفقراء والمساكين جمع بين الفريقين فى العطية، لان الجمع بينهما يقتضى الجمع فى العطية كما قلنا فى آية الصدقات، وان وصى لسبيل الله تعالى دفع إلى الغزاة من اهل الصدقات، لانه قد ثبت لهم هذا الاسم فى عرف الشرع. فان وصى للرقاب دفع إلى المكاتبين، لان الرقاب فى عرف الشرع اسم للمكاتبين. وان وصى لاحد هذه الاصناف دفع إلى ثلاثة منهم، لانه قد ثبت لهذه الالفاظ عرف الشرع فى ثلاثة، وهو فى الزكاة، فحملت الوصية عليها، فان وصى لزيد والفقراء فقد قال الشافعي رحمه الله: هو كأحدهم. فمن اصحابنا من قال: هو بظاهره انه يكون كأحدهم يدفع إليه ما يدفع إلى أحدهم، لانه أضاف

إليه واليهم فوجب ان يكون كأحدهم. ومنهم من قال: يصرف إلى زيد نصف الثلث ويصرف النصف إلى الفقراء، لانه أضاف إليه واليهم، فوجب ان يساويهم. ومنهم من قال: يصرف إليه الربع ويصرف ثلاثة أرباعه إلى الفقراء لان اقل الفقراء ثلاثة، فكانه وصى لاربعة، فكان حق كل واحد منهم الربع وان وصى لزيد بدينار وبثلثه للفقراء - وزيد فقير - لم يعط غير الدينار، لانه قطع الاجتهاد فى الدفع بتقدير حقه فى الدينار (فصل) وان وصى لقبيلة عظيمة كالعلويين والهاشميين وطى وتميم ففيه قولان (أحدهما) ان الوصية تصرح وتصرف إلى ثلاثة منهم، كما قلنا فى الوصية للفقراء (والثانى) ان الوصية باطله، لانه لا يمكن ان يعطى الجميع ولا عرف لهذا اللفظ فى بعضهم فبطل بخلاف الفقراء، فانه قد ثبت لهذا اللفظ عرف وهو فى ثلاثة فى الزكاة. (الشرح) قال الامام الشافعي: وإذا أوصى الرجل فقال: ثلث مالى فى المساكين فكل من لا مال له ولا كسب يغنيه داخل فى هذا المعنى وهو للاحرار دون المماليك ممن لم يتم عتقه. قال وينظر اين كان ماله فيخرج ثلثه فى مساكين أهل ذلك البلد الذى به ماله دون غيرهم، كثر حتى يغنيهم نقل إلى أقرب البلدان له، ثم كان هكذا حيث كان له مال صنع به هذا. وهكذا لو قال: ثلث مالى فى الفقراء كان

مثل المساكين يدخل فيه الفقير والمسكين، لان المسكين فقير، وللفقير مسكين إذا افر الموصي القول هكذا. ولو قال ثلث مالى في الفقراء والمساكين، علمنا انه أراد التمييز بين الفقراء والمسكنة، فالفقير الذى لا مال له ولا كسب يقع منه موقعا والمساكين من له مال أو كسب يقع منه موقعا ولا يعنيه، فيجعل الثلث بينهم نصفين، ونعنى به مساكين أهل البلد الذى بين اظهرهم ماله، وفقراءهم وان قل. ومن اعطى في فقراء أو مساكين فانما اعطى لمعنى فقر، فينظر في المساكين فان كان فيهم من يخرج من المسكنه مائة واخر يخرج من المسكنه خمسون، اعطى الذى يخرج من المسكنه مائه سهمين، والذى يخرج خمسون سهما وهكذا يصنع في الفقراء

[468]

على هذا الحساب، ولا يدخل فيهم، ولا يفضل ذو قرابة على غيره إلا بما وصفت في غيره من قدر مسكنته أو فقره، لان العطية له صدقة وصله، وما جمع ثوابين كان أفضل من التفرد بأحدهما، فان صرف الثلث في أقل من ثلاثة من الفقراء والمساكين ضمن، فان صرفه في اثنين كان في قدر ما يضمن وجهان (أحدهما) وهو الذى نص عليه الشافعي في الام انه يضمن ثلث الثلث، لان أهل الاجزاء ثلاثة. والظاهر تساويهم فيه والوجه الثاني: انه يضمن من الثلث قدر ماله دفعه إلى ثلاثة أجزاء، ولا ينحصر بالثلث لان له التسوية بينهم والتفضيل، ولو كان اقتصر على واحد فاحد الوجهين ان يضمن ثلثي الثلث. والوجه الثاني انه يضمن ما يجزئه من دفعه اليهما فلو أوصى بثلث ماله للفقراء أو المساكين صرف الثلث في الصنفين بالسوية ودفع السدس إلى الفقراء وأقلهم ثلاثة، ودفع السدس الاخر إلى المساكين وأقلهم ثلاثة. فان صرفه في أحد الصنفين ضمن السدس للصنف الاخر وجهها واحدا، ثم عليه صرف الثلث في فقراء البلد الذى فيه المال دون المالك كالزكاة، فان تفرق ماله اخرج في كل بلد ثلث ما فيه، فان لم يوجدوا فيه نقل إلى أقرب البلاد به كما سلف القول في زكاة المال من المجموع فأما زكاة الفطر ففيها وجهان: (أحدهما) تخرج في بلد المال دون المالك كزكاة المال (والثاني) تخرج في بلد المالك دون المال لانها عن فطر بدنه وطهرة لصومه فان نقل الزكاة من بلد المال إلى غيره كان في الاجزاء قولان فاما نقل الوصية فقد اختلف أصحابنا في اخراجه على قولين كالزكاة، ومنهم من قال يجزئ قولاً واحداً وان أساء، لان الوصية عطية من آدمى قد كان له ان يضعها حيث شاء.

[469]

فان وصى في سبيل الله صرف في العزاة لما قلناه في الزكاة ويصرف ذلك في ثلاثة فصاعداً من عزاة البلد ومحاربه أغنى بلد المال على حسب منازلهم في القرب والبعد ومن كان فيهم فداًياً أو نظامياً، طياراً أو آلياً أو من المشاة أو الفرسان فان لم يوجدوا في البلد نقل إلى أقرب البلاد به. (فرع) إذا أوصى بثلثه في الرقاب صرف في المكاتبين، وبه قال أبو حنيفة وقال مالك: يشتري به رقاب يعتقون، وأصل هذا اختلافهم في سهم الرقاب في الزكاة، هل ينصرف في العتق أو في المكاتبين، والدليل على

ذلك قوله تعالى (إنما الصدقات للفقراء) فأثبت ذلك لهم بلام الملك والعبد لا يملك فيصرف إليه والمكاتب يملك فوجب صرفه إليه، ولأنه مصروف في ذوى الحاجات، ولأن مال الزكاة مصروف لغير نفع يعود إلى ربه، فلو صرف في العتق لعاد إليه الولاء فإذا تقرر أن سهم الرقاب في الزكاة مصروف في المكاتبين، وجب أن يكون سهم الرقاب في الوصايا مصروفًا في المكاتبين، لأن مطلق الاسماء المشتركة محمولة على عرف الشرع. (فرع) إذا أوصى بشئ لزيد وللمساكين فقال الشافعي رضى الله عنه: يكون كأحدهم أن عمهم أعطاه كواحد منهم، ومن أصحابنا من قال: يصرف إليه ربع الوصية وثلاثة أرباعها للفقراء، ومنهم من قال: يصرف لزيد نصف الوصية والباقي للفقراء، لأنه جعل الوصية لجهتين فوجبت القسمة بينهما وبهذا قال أحمد وأصحابه وأبو حنيفة ومحمد. وعن محمد قول آخر: لزيد ثلثه وللمساكين ثلثاه، لأن أقل الجمع اثنان، فإن كان أوصى لزيد بدينار وثلثيه للفقراء، وزيد فقير لم يدفع إليه من سهم الفقراء شئ، وليس له غير الدينار، وبه قال الحسن البصري وإسحاق بن راهويه، لأن عطفهم عليه يدل على المغايرة بينهما، إذ الظاهر المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه، ولأن تجويز ذلك يفضى إلى تجويز دفع الجميع إليه، ولفظه يقتضى خلاف ذلك. (فرع) وقوله: فإن وصى لقبيلة عظيمة كالعلويين هم أبناء على كرم الله وجهه

[470]

وهم يطلقون هذا على من كان من ولد محمد بن الحنفية، ولذلك أطلق بعض من يريد كمال الشرف منهم لقب الفاطميين على انفسهم حتى ينفوا عنهم من أبناء ابن الحنفية فكل فاطمي علوي وليس العكس. أما الهاشميون فهم بنو هاشم بن عبد مناف واسمه عمرو وسمى هاشمًا لهشمة الثريد أيام المجاعة. عمرو الذي هشم الثريد لقومه ورجال مكة مستنون عجاف وولده عبد المطلب بن هاشم وكان لعبد المطلب اثنا عشر ولدًا، عبد الله أبو النبي صلى الله عليه وسلم، وأبو طالب، والزبير، وعبد الكعبة، والعباس وشرار، وحمزة، وحجل، وأبو لهب، وقتم، والغيداق المقب بالمقوم، والحارث أعمام النبي صلى الله عليه وسلم. والعقب منهم لسته حمزه والعباس وأبو لهب والحارث وأبو طالب وعبد الله وقد ذكر ابن حزم وغيره أن حمزة انقرض عقبه. أما طئ بفتح الطاء وتشديد الياء بهمزة في الآخر أخذًا من الطائة على وزن الطاعة، وهى الايغال في المرعى وهم بنو طئ بن زيد بن يشجب بن عريب بن زيد بن كهلان، وإليهم ينسب حاتم الطائى المشهور بالكرم، وأبو تمام الطائى الشاعر المشهور وهم من العرب العاربة من حمير، كانت منازلهم باليمن ثم افترقوا بعد سيل العرم فنزلوا بنجد والحجاز، ثم غلبوا بنى أسد على جبلى أجا وسلمى من بلاد نجد فنزلوهما فعرفا بجبلى طئ ثم افترقوا في أول الاسلام زمن الفتوحات في الاقطار، ومنهم بنو ثعل وزيد الخيل، وبنو تميم من العرب المستعربة وكانت منازلهم بأرض نجد ومن بطونهم طانجه ومن بطونها مزينة وهم بنو عثمان وأوس ابني عمر بن أد بن طانجه ومزينة أمهما عرفوا بها وهى بنت وبرة، ومنهم كعب ابن زهير المزني صاحب قصيدة بانث سعاد التى ألقاها أمام النبي صلى الله عليه وسلم ومنهم الامام إسماعيل بن ابراهيم المزني صاحب الامام الشافعي رضى الله عنه. أما الاحكام: فانه إن وصى لبنى فلان وهم قبيلة ويدخل فيهم الذكر والانثى والخنثى ففى جواز الوصيه قولان.

(أحدهما) تصح وتصرف إلى ثلاثة منهم فما فوق كما قلنا في الفقراء
 وبصحتها قال أحمد بن حنبل وقال لا يدخل ولد البنات فيهم لانهم لا
 ينتسبون إلى القبيلة (والقول الثاني لا تصح الوصية لعدم إمكان إعطاء
 الجميع ولا يطلق اللفظ في العرف على فخذ منهم بحيث لو أوصى لبنى
 طئ فلا يخص بنى مزينة، ولو أوصى لبنى هاشم فلا يخص بنى أبى طالب،
 فكان باطلا وبخالف الفقراء فإنه ينطبق عرفا على ثلاثة منهم، والله تعالى
 أعلم بالصواب. قال المصنف رحمه الله: (فصل) وإن أوصى أن يضع ثلثه
 حيث يرى لم يجر أن يضعه في نفسه لانه تمليك ملكه بالاذن فلم يملك من
 نفسه كما لو وكله في البيع، والمستحب أن يصرفه إلى من لا يرث
 الموصى من أقاربه، فإن لم يكن له أقارب صرف إلى أقاربه من الرضاع،
 فإن لم يكونوا صرف إلى جيرانه لانه قائم مقام الموصى، ولمستحب
 للموصى أن يضع فيما ذكرناه فكذلك الوصي. (فصل) وإن وصى بالثلث لزيد
 ولجبريل، كان لزيد نصف الثلث وتبطل في الباقي، فإن وصى لزيد وللرياح
 ففيه وجهان. أحدهما: أن الجميع لزيد، لان ذكر الرياح لغو. والثاني: أن لزيد
 النصف وتبطل الوصية في الباقي كالمسألة قبلها، فإن قال: ثلثي لله
 ولزيد ففيه وجهان (أحدهما) أن الجميع لزيد، وذكر الله تعالى للتبرك كقوله
 تعالى: فإن لله خمس وللرسول (والثاني) أنه يدفع إلى زيد نصفه والباقي
 للفقراء لان عامة ما يجب لله تعالى يصرف إلى الفقراء. (فصل) وإن وصى
 لحمل امرأة فولدت ذكرا وأنثى صرف اليهما وسوى بينهما، لان ذلك عطية
 فاستوى فيه الذكر والانثى، وإن وصى إن ولدت ذكرا فله ألف، إن ولدت
 أنثى فله مائة فولدت ذكرا وأنثى استحق الذكر الالف والانثى المائة، فإن
 ولدت خنثى دفع إليه المائة لانه يقين ويترك الباقي إلى أن يتبين فإن
 ولدت ذكرا أو أنثى ففيه ثلاثة أوجه. أحدها: أن الوارث يدفع الالف إلى
 من يشاء من الذكراين والمائة إلى من

يشاء من الانثيين لان الوصية لاحدهما فلا تدفع اليهما، والاجتهاد في ذلك
 إلى الوارث كما لو أوصى لرجل بأحد عبديه. والثاني: أنه يشترط الذكراين
 في الالف والانثيين في المائة، لانه ليس أحدهما بأولى من الآخر فسوى
 بينهما، وبخالف العبد فإنه جعله إلى الوارث، وههنا لم يجعله إلى الوارث.
 الثالث: أنه يوقف الالف بين الذكراين والمائة بين الانثيين إلى أن يبلغا
 وبصطلحا، لان الوصية لاحدهما فلا يجوز أن تجعل لهما ولا خيار للوارث،
 فوجب التوقف، فإن قال: ما في بطنك ذكرا فله ألف، وإن كان أنثى فله
 مائة، فولدت ذكرا وأنثى لم يستحق واحد منهما شيئا لانه شرط أن يكون
 جميع ما في البطن ذكرا أو جميعه أنثى، ولم يوجد واحد منهما. (الشرح)
 الاحكام: إذا أوصى بثلث ماله إلى رجل يضعه حيث يشاء هو أن يضعه أو
 حيث أراه الله لم يكن له أن يأخذ منه لنفسه شيئا، وإن كان محتاجا لانه
 أمره بصرفه لا بأخذه ولم يكن له أن يصرفه إلى وارث الموصى، وإن كان
 محتاجا لان الوارث ممنوع من الوصية وليس له أن يودعه عند نفسه ولا أن
 يودعه غيره، قال الشافعي رضى الله عنه: واختار له أن يعطيه أهل الحاجة
 من قرابة الميت حتى يغنيهم دون غيرهم، وليس الرضاع قرابة، فإن لم

يكن له قرابة من قبل الاب والام وكان له رضعاء أحببت أن يعطيهم، فان لم يكن له رضيع أحببت أن يعطى جيرانه الاقرب منهم فالاقرب، وأقصى الجوار منتهى أربعين دارا من كل ناحية وأحب أن يعطيه أفقر من يجده وأشدهم تعففا واستئارا، ولا يبقى في يده شيئا يمكن به أن يخرج من ساعته. (فرع) ان وصى بالثلث لله ولزيد فقد كان لاصحابنا فيه وجهان. أحدهما: أن الثلث لزيد واسم الله تعالى في الوصية ورد التبرك. والثاني أن يصرف لزيد نصفه وبصرف النصف الباقي للفقراء، فعلى هذا الوجه إذا صرف إلى زيد الثلث كله ضمن نصفه.

[473]

ولو قال: اصرفوا ثلثي الخير أو في سبيل البر أو في سبيل الثواب قال الشافعي رضى الله عنه: جزئ أجزاء فأعطى ذو قرابته فقراء كانوا أو أغنياء، الفقراء والمساكين، وفي الرقاب والغارمين وابن السبيل والحاج، ويدخل الضيف والسائل والمعتز منهم، فان لم يفعل الموصى ضمن سهم من منعه إذا كان موجودا. (فرع) قال الشافعي رضى الله عنه: تجوز الوصية لما في البطن وبما في البطن إذا كان يخرج لاقل من ستة أشهر فان خرجوا عددا ذكورا وإناثا فالوصية بينهم سواء وهم لمن أوصى بهم له، وهذه المسألة مشتملة على فصلين. أحدهما: الوصية للمحمل. والثاني: الوصية بالحمل، فأما الوصية بالحمل ف جائزة، لانه لما ملك بالارث وهو أضيق ملك بالوصية التي هي أوسع، فلو أقر للحمل إقرارا مطلقا بطل في أحد القولين، والفرق بينهما أن الوصية أحمل للجهاالة له من الاقرار، ألا ترى لو أوصى لمن في هذه الدار صح، ولو أقر له يصح، فإذا قال: قد أوصيت لحمل هذه المرأة بألف نظر حالها إذا ولدت، فان وضعته لاقل من ستة أشهر من حين تكلم بالوصية لا من حين الموت صحت له الوصية لعلمنا أن الحمل كان موجودا وقت الوصية، وان وضعته لاكثر من أربع سنين من حين الوصية فالوصية باطلة لحدوثه بعدها وأنه لم يكن موجودا وقت التكلم بها، وان وضعته لاكثر من ستة أشهر وقت الوصية ولاقل من أربع سنين، فان كانت ذات زوج يمكن أن يطلأ فيحدث ذلك منه فالوصية باطلة لامكان حدوثه فلم يستحق بالشك وان غير ذات زوج يطلأ فالوصية جائزة لان الظاهر تقدمه، والحمل يجرى عليه حكم الظاهر في اللحوق فكذلك في الوصية فإذا صحت الوصية له فان وضعت ذكرا أو انثى فالوصية له وان وضعت ذكر أو أنثى كانت الوصية بينهما نصفين لانها هبه لا ميراث الا إذا فضل الموصى الذكر على الانثى أو العكس فيحمل على تفضيله، فلو قال إذا ولدت غلاما فله ألف، وان ولدت جارية فله مائة فولدت غلاما استحق ألفا أو جارية استحق مائة، وان ولدت غلاما وجارية استحق الغلام ألفا والجارية مائة،

[474]

وان ولدت خنثى دفع إليه مائة لانها يقين ووقف تمام الالف حتى يتبين، وهكذا لو قال: إن كان في بطنك غلام فله ألف، وإن كان في بطنك جارية فله مائة، فإن ولدت غلامين أو جارين صحت الوصية. وفيها ثلاثة أوجه حكاه ابن سريج (أحدها) أن للورثة أن يدفع الالف إلى أي الغلامين شاءوا

والمائة إلى أي الجاريتين شاءوا لأنها فلم تدفع اليهما، ورجع فيها إلى بيان الوارث كالوصية بأحد عبديه (والوجه الثاني) أنه يشترك الغلامان في الألف والجاريتان في المائة، لأنها وصية لسلام وجاريه، وليس أحد الغلامين أولى من الآخر، فشارك بينهما ولم يرجع فيه إلى خيار الوارث بخلاف الوصية بأحد العبدتين اللذين يملكهما الوارث فجاز أن يرجع إلى خياره فيهما. (والوجه الثالث) أن الألف موقوفه بين الغلامين، والمائة موقوفة بين الجاريتين حتى يصطلحا عليهما بعد البلوغ، لأن الوصية لواحد فلم يشرك فيها بين اثنين، وليس للوارث فيها خيار فلزم فيها الوقف فلو قال: إن كان الذي في بطنك جاريه فلها مائة، فولدت غلاما وجاريه فلا شيء لواحد منهما، بخلاف قوله إن كان في بطنك غلام فله الألف، لأنه إذا قال إن كان الذي في بطنك غلام فقد جعل كون الحمل غلاما شرطا في الحمل والوصية معاً، فإذا كان الحمل غلاما وجاريه لم يوجد الشرط كاملاً فلم تصح الوصية. وإذا قال إن كان في بطنك غلام فلم يجعل ذلك شرطا في الحمل، وإنما جعله شرطا في الوصية فصحت الوصية. وهكذا لو قال: إن كان ما في بطنك غلاما، فهو كقوله: إن كان الذي في بطنك جاريه، فإذا وضعت غلاما وجاريه فلا وصية. وكذلك لو قال: إن كان الذي في بطنك غلاما فله ألف فولدت غلامين ففي الوصية وجهان (أحدهما) باطل كما لو ولدت غلاما وجاريه لأنه لم يكن كل حملها غلاما. والوجه الثاني أنها جائزة لأن كل واحد منهما غلام فاشتركا في الصفة ولم تضر الزيادة، فعلى هذا يكون على الوجوه الثلاثة التي حكاه ابن سريج من قبل أنها

[475]

ترجع إلى بيان الورثة في دفع الألف إلى أحدهما، والثاني يشتركان جميعاً فيها. والثالث توقف الألف بينهما حتى يصطلحا عليهما. (مسألة) لو قال قد أوصيت لحمل هذه المرأة من زوجها فجاءت بولد نفاه زوجها باللعان، ففي الوصية وجهان (أحدهما) وهو قول ابن سريج أن الوصية باطلة لأن لعانه قد نفى أن يكون منه (والوجه الثاني) وهو قول أبي إسحاق المروزي أن الوصية له جائزة، لأن لعان الزوج إنما يختص بنفس النسب دون غيره من أحكام الأولاد. ألا ترى أنها تعتد به. ولو قد ذفها به قاذف حدث له. ولو عاد واعترف به لحق به. ولكن لو وضعت بعد أن طلقها ذلك الزوج ثلاثاً ولاكثر من أربع سنين من وقت الطلاق ولاقل من ستة أشهر من حين الوصية فلا وصية لعلمنا أنه ليس منه. وبخلاف الملاءن الذي يجوز أن يكون الولد منه. (مسألة أخرى) إذا وضعت الموصى بحملها ولداً ميتاً فلا وصية كما لا ميراث له، ولو وضعته حياً فماتت صحت الوصية وكان لوارث الحمل كالميراث. ولو ضرب ضارب بطنها فألقت جنيناً ميتاً كان فيه على الضارب قود، ولا وصية له كما لا ميراث له. والله أعلم قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) فإن أوصى لرجل بسهم أو بسقط أو بنصيب أو بجزء من ماله فالخيار إلى الوارث في القليل والكثير، لأن هذه الألفاظ تستعمل في القليل والكثير. (فصل) فإن أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته أعطى مثل نصيب أقلهم نصيباً لأنه نصيب أحدهم، فإن وصى له بمثل نصيب ابنه وله ابن كان ذلك وصية بنصف المال، لأنه يحتمل أن يكون قد جعل له الكل، ويحتمل أنه جعله مع ابنه فلا يلزمه إلا اليقين، ولأنه قصد التسوية بينه وبين ابنه ولا توجد التسوية إلا فيما ذكرناه، فإن كان له ابنان فوصى له بمثل نصيب أحد ابنيه جعل له الثلث، وإن وصى له بنصيب ابنه بطلت الوصية، لأن نصيب الابن للابن فلا تصح الوصية به كما لو أوصى له بمال ابنه من غير الميراث.

ومن أصحابنا من قال: يصح ويجعل المال بينهما، كما أوصى له بمثل نصيب ابنه، فإن وصى له بمثل نصيب ابنه وله ابن كافر أو قاتل فالوصية باطله، لانه وصى بمثل نصيب من لا نصيب له، فأشبهه إذا وصى بمثل نصيب أخيه وله ابن. (الشرح) قال الشافعي رضى الله عنه: ولو قال لفلان نصيب أو حظ أو قليل أو كثير من مالي، فما أعرف لكثير حدا الاحكام: إذا أوصى لرجل بنصيب من ماله أو حظ أو قليل أو كثير ولم يحد ذلك بشئ فالوصية جائزة ويرجع في بيانها إلى الورثة، فما بينوه من شئ كان قولهم فيه مقبولا، فإن ادعى الموصى له أكثر لان هذه الاسماء كلها لا تختص في اللغة ولا في الشرع ولا في العرف بمقدار معلوم لاستعمالها في القليل والكثير ولان القليل والكثير حد، لان الشئ قد يكون قليلا إذا أضيف إلى ما هو أكثر منه، ويكون كثيرا إذا أضيف إلى ما هو أقل منه وحكى عنه عطاء وعكرمة أن الوصية بما ليس بمعلوم من الحظ والنصيب باطلة للجهل بها. وهذا فاسد لان الجهل بالوصايا لا يمنع من جوازها، ألا ترى أنه لو أوصى بثلث ماله وهو لا يعلم قدره جازت الوصية مع الجهل بها، وقد أوصى أنس بن مالك لثابت البناني بمثل نصيب أحد ولده أما إذا أوصى له بسهم من ماله فقد اختلف الناس فيه، فحكى عن عبد الله ابن مسعود رضى الله عنه والحسن البصري وإياس بن معاوية وسفيان الثوري وأحمد بن حنبل أن له سدس المال. وقال شريح بدفع له بينهم واحد من سهام الفريضة. وقال أبو حنيفة يدفع إليه مثل نصيب أقل الورثة نصيبا ما لم يجاوز الثلث، فإن جاوزه أعطى الثلث. وقال أبو ثور أعطيه سهما من أربعة وعشرين سهما وقال أبو يوسف ومحمد يعطى مثل نصيب أقلهم نصيبا ما لم يجاوز الثلث فإن جاوزه أعطى الثلث وقال الشافعي السهم اسم عام لا يختص بقدر محدود لانطلاقه على القليل والكثير كالحظ والنصيب فيرجع فيه إلى بيان الوارث، فان قيل روى ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم فرض لرجل أوصى له سهما سدسا. قيل هي قضية

في عين يحتمل أن تكون البينة قائمة، فأمر بالسدس أو اعترف به الورثة، فإذا ثبت أنه يرجع فيه إلى بيان الورثة قبل منهم ما بينوه من قليل وكثير، فان نوزعوا أحلفوا، فلو لم يبينوا لم تخل حالهم من أن يكون عندهم بيان أو لا يكون، فان لم يكن عندهم بيان رجع إلى بيان الموصى له، فان نوزع أحلف، وان لم يكن عند الموصى له بيان فأبوا أن يبينوا ففيه وجهان من اختلاف قولين فيمن أقر بمجمل وامتنع أن يبين أحدهما يحبس الوارث حتى يبين، والثاني يرجع إلى بيان الموصى له (فرع) إذا أوصى بمثل نصيب أحد ورثته ولم يسمه قال الشافعي رضى الله عنه (أعطيته مثل أقلهم نصيبا) (قلت) لان الوصايا لا يستحق فيها الا اليقين والاقل، فلا تعين الزيادة على شك، فان كان سهم الزوجة أقل أعطيته مثل سهمها، وان كان سهم غيرها من البنات أو بنات الابن أقل أعطيته مثله، واعتبار ذلك باعتبار سهام كل واحد من الورثة من أصل فريضتهم، فتجعل للموصى له مثل سهام أقلهم، وتضمه إلى أهل الفريضة، ثم يقسم المال بين الموصى له والورثة على ما اجتمع معك من العددين وقد بيناه. ولو وصى إليه بمثل

أكثرهم نصيبا اعتبرته زودته على سهام الفريضة ثم قسمت ما اجتمع من
العددين على ما وصفناه، فعلى هذا لو اختلف الورثة فقال بعضهم أراد
مثل أقلنا نصيبا، وقال بعضهم بل أراد مثل أكثرنا نصيبا أعطيته من نصيب
كل واحد من الفريقين حصة مما اعترف بها ومثاله أن يكون الورثة ابنين
وبنتين فيكون لكل ابن سهمان ولكل بنت سهم وللموصى له بمثل نصيب
الذكر، ولو أراد أنثى لكان المال مقسوما على سبعة اسم فريضة ابنين
وثلاثة بنات ولو ترك ابنا وبنتا وأوصى لرجل بمثل نصيب البنت فذلك
ضربان (أحدهما) أن يريد بمثل نصيب البنت قبل دخول الوصية عليها. فعلى
هذا يكون الموصى له بمثل نصيب الابن خمس المال وللموصى له بمثل
نصيب البنت ربع المال، فيصير بالوصيتين بخمس المال وربعه فيوقف
على اجازتهما.

[478]

والضرب الثاني: أن يريد بمثل نصيب البنت بعد دخول الوصية عليها فعلى
هذا يكون الموصى له بمثل نصيب الابن خمس المال، وللموصى له بمثل
نصيب البنت سدس المال فتصير الوصيتان بخمس المال وسدسه فتوقف
على اجازتهما فلو ابتداء فوصى لرجل بمثل نصيب البنت ولآخر بمثل نصيب
الابن كان للموصى له بمثل نصيب البنت ربع المال، فأما الموصى له بمثل
نصيب الابن، فإن أراد قبل دخول الوصية عليه كان له ثلث المال ثم على
هذا القياس. ولو ترك بنتا وأخا وأوصى لرجل بمثل نصيب البنت فقد اختلف
أصحابنا في قدر ما يستحقه الموصى له على وجهين. (أحدهما) له الربع
نصف حصة البنت، لأنه لما استحق مع البنت الواحدة الربع لأنه نصف
نصيبها. (والوجه الثاني) وهو اصح، له الثلث لأنه يصير مع البنت الواحدة
كبنت ثانية كما يصير مع الابن الواحد كابن ثان، وللواحدة من البنيتين الثلث
فكذلك للموصى له مثل نصيب البنت الواحدة الثلث، وهكذا لو وصى بمثل
نصيب أخت مع عم كان فيما يستحقه بالوصية وجهان. أحدهما: الربع،
والثاني الثلث وهكذا لو لم يرث مع البنت والاخت غيرهما، لأن لكل واحدة
منهما إذا انفردت النصف، والباقي لبيت المال، فعلى هذا لو وصى بمثل
نصيب أخ لام فله في أحد الوجهين نصف السدس، وفي الآخر السدس.
وجملة ذلك أن الموصى جعل وارثه أصلا وقاعدة حمل عليها نصيب
الموصى له وجعله مثلا له، وهذا يقتضى أن لا يزداد عليه، فإن كان الورثة
يتساوون في الميراث كالبنين مثلا فله نصيب أحدهم إذا كانت الوصية بمثل
نصيب أحد ورثته فإن تفاضلوا فله مثل نصيب أقلهم ميراثا يزداد على
الفريضة، فإن أوصى بنصيب وارث معين فله مثل نصيبه مزادا على
الفريضة، وبهذا قال الجمهور، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأحمد. وقال
مالك وابن أبي ليلى وزفر وداود: يعطى مثل نصيب المعين أو مثل نصيب
أحدهم إذا كانوا يتساوون من أصل المال غير مزيد، ويقسم الباقي بين
الورثة

[479]

لأن نصيب الوارث قبل الوصية من أصل المال، فلو أوصى بمثل نصيب
ابنه، وله ابن واحد فالوصية بجميع المال، وإن كان له ابنان فالوصية

بالنصف، وان كانوا ثلاثة فالوصية بالثلث. وقال مالك: إن كانوا بتفاضلون نظر إلى عددهم فأعطى سهما من عددهم لانه لا يمكن اعتبار أنصباهم لتفاضلهم فاعتبر عدد رؤوسهم، وقد أوضحنا أن الموصى جعل وارثه أصلا وقاعدة، وهذا يدل على فساد ما خالفه، لان قاعدة الجمهور تقتضي أن لا يزداد أحدهما على صاحبه، ومتى أعطى من أصل المال فما أعطى نصيبه ولا حصلت له التسوية، والعبادة تقتضي التسوية، وإنما جعل مثل أقلهم نصيبا لانه اليقين، وما زاد فمشكوك فيه فلا يثبت مع الشك. (فرع) قال الشافعي رضى الله عنه: إذا أوصى بمثل نصب ابنه ولا ابن له غيره فله النصف، فإن لم يجر الابن فله الثلث. قلت وهذا قول أبى حنيفة وصاحبه: فإن أجازها الابن وإلا ردت على الثلث وقال الك زفر بن الهذيل وداود بن علي: هي وصية بجميع المال، استدلالا بأن نصيب ابنه إذا لم يكن له غيره الجميع فاقضى أن تكون الوصية بمثل نصيبه وصية بجميع المال، ولانه لو كان وصى له بمثل ما كان نصيب ابنه كانت وصية بجميع المال إجماعا وجب إذا وصى له بمثل نصيب ابنه ان تكون وصيته بجميع المال حجاجا، وهذا فاسد من ثلاثة أوجه. أحدها: ان نصيب الابن اصل والوصية بمثله فرع فلم يجر أن يكون الفرع رافعا لحكم الاصل. والثاني: أنه لو جعلت الوصية بكل المال لخرج أن يكون للابن نصيب، وإذا لم يكن للابن نصيب بطلت الوصية التي هي مثله. والثالث: أن الوصية بمثل نصيب ابنه توجب التسوية بين الموصى له وبين ابنه، فإذا وجب ذلك كانا نصفيين ن وفى إعطائه اجميع إبطال للتسوية بينهما كما قررنا، وأما قولهم. إن نصيب الابن كل المال، فالجواب: أن له الجميع مع عدم الوصية، فأما مع الوصية فلا يستحق الجميع.

[480]

وأما قوله: وصيت لك بمثل ما كان نصيب ابني فالفرق بينهما أنه لم يجعل له مع الوصية نصيبا فلذلك كانت بكل المال. فعلى هذا لو قال: وصيت لك بنصيب ابني فالذي عليه الجمهور من أصحابنا أن الوصية باطلة، وهو قول أبى حنيفة وأحمد لانها وصية بما لا يملك، لان نصيب الابن ملكه لا ملك أبيه. وقال بعض أصحابنا الوصية جائزة، وهو قول مالك ويجريها مجرى قوله: بمثل نصيب ابنه فيجعلها وصية بالنصف وعند مالك بالكل ولو أوصى بمثل نصيب ابنه ولا ابن له كانت الوصية باطلة، وكذلك لو كان له ابن كافر أو قاتل لانه لا نصيب له. (فرع) قال الشافعي رضى الله عنه: ولو قال: بمثل نصيب أحد ولدى فله مع الابنين الثلث ومع الثلاثة الربع حتى يكون كأحدهم. قلت: وإلى هذا ذهب أحمد وأصحابه. وقال مالك: يكون له مع الاثنين النصف ومع الثلاثة الثلث ومع الاربعة الربع، وقد ذكرنا وجه فساده لما فيه من تفضيل الموصى له على ابنه. (قلت) ولو قال: بمثل نصيب ابني وله ولدان فالوصية باطلة، لانه يوصى بنصيب ابنه الذى هو ملك للابن فلا يملك الاب الوصية به كما لو أوصى بما يملكه ولده من كسبه لا من ميراثه، ومن أصحابنا من صحح الوصية وجعلها كقوله: بمثل نصيب أحد ابني، والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله تعالى (فصل) فإن وصى بضعف نصيب أحد أولاده دفع إليه مثلا نصيب أحدهم لان الضعف عبارة عن الشئ ومثله، ولهذا يروى أن عمر رضى الله عنه أضعف الصدقة على نصارى بني تغلب، أي أخذ مثلى ما يوخذ من المسلمين فان وصى له بضعفى نصيب أحدهم أعطى ثلاثة أمثال نصيب أحدهم. وقال أبو ثور يعطى أربعة أمثاله وهذا غلط، لان الضعف عبارة عن الشئ ومثله فوجب أن يكون الضعفان عبارة

[481]

المال بينهما على خمسة. للموصى له بالثلث سهمان، وللموصى له النصف ثلاثة أسهم فإن لم يجز واقسم الثلث بينهما على خمسة على ما ذكرناه لان ما قسم على التفاضل عند اتساع المال قسم على التفاضل عند ضيق المال كالموارث، والمال بين الغرماء فإن أوصى لرجل بجميع ماله ولآخر بثلثه وأجاز الورثة. قسم المال بينهما على أربعة، للموصى له بجميع ثلاثة أسهم، وللموصى له بالثلث سهم، لان السهام في الوصايا كالسهام في الموارث، ثم السهام في الموارث إذا زادت على قدر المال أعطيت الفريضة بالسهم الزائد، وكذلك في الوصية، فان لم يجز واقسم الثلث بينهما على ما قسم الجميع. (الشرح) قال الشافعي رضى الله عنه: ولو قال: ضعف ما يصيب أكثر ولدي نصيبا أعطيته مثله مرتين، ولو قال: ضعفين، فان كان نصيبه مائة أعطيته ثلاثمائة، فأكون قد أضعفت المائة التي نصيبه بميراثه مرة فلذاك ضعفان، وهكذا إن قال ثلاثة أضعاف وأربعة، ولم أزد على أن أنظر أصل الميراث فأضعفه له مرة بعد مرة حتى يستكمل ما أوصى له به أه اللغات: إذا أوصى لرجل بمثل ضعف نصيب أحد أولاده كان الضعف مثلى النصيب، فان كان نصيب الابن مائة كان للموصى له بالضعف مائتين، وبه قال جمهور الفقهاء. وقال أبو عبيدة القاسم بن سلام الضعف المثل، واستدل بقوله تعالى (يضاعف لها العذاب ضعفين) أي مثلين، وقوله تعالى (فأتت أكلها ضعفين) وإذا كان الضعفان مثلين فالواحد مثل. ولنا ان الضعف مثلان بديل قوله تعالى (إذن لاذقناك ضعف الحياة وضعف الممات) وقال (فأولئك لهم جزاء الضعف بما عملوا) ويروى عن عمر انه اضعف الزكاة على نصارى بنى تغلب فكان يأخذ من المائتين عشرة، وقال لحذيفة وعثمان بن حنيفة لعلكما حملتما الارض مالا تطيق؟ فقال عثمان لو أضعفت عليها لاحتملت، قال الازهرى الضعف المثل فما فوقه. قال الماوردى في حاوية، والدليل عل ان الضعف مثلان هو ان اختلاف الاسماء يوجب اختلاف المسمى إلا ما خص بدليل. ولان الضعف اعم في اللغة

[482]

من المثل فلم يجر أن يسوى بينه وبين المثل، ولان انشقاق الضعف من المضاعفة والتنية من قولهم: أضعف الثوب إذا طويته بطاقيين فأما الآية ففيها جوابان (أحدهما) ما حكاه أبو العباس عن الاثرم عن بعض المفسرين أنه جعل عذابهن إذا أتين بفاحشة ثلاثة أمثال عذاب غيرهن فلم يكن فيه دليل (والثاني) أن الضعف قد يستعمل في موضع المثل مجازا إذا صرفه الدليل عن حقيقته، وليست الاحكام تتعلق بالمجاز، وانما تتعلق بالحقائق فأما بيان الاحكام فإنه إذا أوصى له بضعفي نصيب ابنه فقد اختلفوا فيه على ثلاثة مذاهب (أحدها) وهو مذهب مالك أن له مثلى نصيبه لانه جعل الضعف مثلا فجعل الضعفين مثلين والمذهب الثاني وهو مذهب أبى ثور أن له أربعة أمثال نصيبه، لانه لما استحق بالضعف مثلين استحق بالضعفين

أربعة أمثال والمذهب الثالث وهو مذهب الشافعي رضى الله عنه وجمهور الفقهاء أن له بالضعفين ثلاثة أمثال نصيبه، فإن كان الابن نصيبه مائة استحق بالضعفين ثلاثمائة، لأنه لما أخذ بالضعف سهم الابن ومثله حتى استحق مثلين. وجب أن يأخذ بالضعفين لسهم الابن ومثليه يستحق به ثلاثة أمثاله. فعلى هذا لو أوصى له بثلاثة أضعاف نصيب ابنه استحق أربعة أمثاله، وبأربعة أضعاف خمسة أمثاله وكذلك فيما زاد (فرع) قال الشافعي رضى الله عنه: ولو أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بنصفه ولآخر بربعه فقد عالت وصاياه كل ماله، فلا يخلو حال وورثته من ثلاثة أحوال: إما أن يجيزوا جميعا أو يردوا جميعا، أو يجيزوا بعضها ويردوا بعضها، فإن أجازوا جميعها قسم المال بينهم على قدر وصاياهم وأصلها من إثني عشر لاجتماع الثلث والرابع ويعول بسهم، وتصح من ثلثه عشر، لصاحب النصف ستة أسهم، ولصاحب الثلث أربعة أسهم، ولصاحب الربع ثلاثة أسهم، وكان النقص بسهم العول داخلا على جميعهم كالمواريث. وهذا متفق عليه ولم يخالف فيه أبو حنيفة ولا غيره

[483]

(فصل) فإن قال أعطوه رأسا من رقيقى ولا رقيق له، أو قال أعطوه عبدي الحبشى وله عبد سندی أو عبدي الحبشى وسماه باسمه ووصفه صفة من بياض أو سواد وعنده حبشى يسمى بذلك الاسم ومخالف له في الصفة فالوصية باطلة لأنه وصى له بما لا يملكه، فإن كان له رقيق أعطى منه واحدا، سلیمان كان أو معيبا لأنه لا عرف في هبة الرقيق فحمل على ما يقع عليه الاسلام، فإن مات ماله من الرقيق بطلت الوصية لأنه فات ما تعلقت به الوصية من غير تغريط، فإن قتلوا فإن كان قبل موت الموصى بطلت الوصية لأنه جاء وقت الوجوب ولا رقيق له ن فإن قتلوا بعد موته وجبت له قيمة واحد منهم لأنه يدل ما وجب له. (فصل) فإن وصى بعتق عبد أعتق عنه ما يقع عليه الاسم لعموم اللفظ. ومن أصحابنا من قال لا يجزى إلا ما يجزى في الكفارة لان العتق في الشرع له عرف وهو ما يجزى في الكفارة فحملت الوصية عليه، فإن وصى أن يعتق عنه رقبة فعجز الثلث عنها ولم تجز الورثة أعتق قدر الثلث من الرقبة لان الوصية تعلقت بجميعها، فإذا تعذر الجميع بقى في قدر الثلث، فان وصى أن يعتق عنه رقاب ثلاثة لان الرقاب جمع وأقله ثلاثة، فان عجز الثلث عن الثلاثة أعتق عنه ما أمكن، فان اتسع الثلث لرقتين وتفضل شئ، فان لم يمكن أن يشتري بالفضل بعض الثالثة زيد في ثمن الرقتين، وإن أمكن أن يشتري به بعض الثالثة ففيه وجهان. (أحدهما) يزداد في ثمن الرقتين لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن أفضل الرقاب فقال (أكثرها ثمنا وأنفسها عند أهلها) (والثاني) أنه يشتري به بعض الثالثة لقوله صلى الله عليه وسلم (من أعتق رقبة أعتق الله بكل عضو منها عضوا منه من النار) ولان ذلك أقرب إلى العدد الموصى به. (فصل) فان قال أعتقوا عبدا من عبدي وله خنثى حكم له بأنه رجل، ففيه وجهان. أحدهما أنه يجوز لأنه محكوم بأنه عبد. الثاني لا يجوز لان اسم العبد لا ينصرف إليه، فإن قال أعتقوا أحد رقيقى وفيهم خنثى مشكل فقد روى الربيع فيمن وصى بكتابة أحد رقيقه أنه لا يجوز الخنثى المشكل. وروى المزني أنه يجوز

فمن أصحابنا من قال: يجوز كما نقله المزني، لانه من الرقيق، ومنهم من قال لا يجوز كما نقله الربيع لان إطلاق اسم الرقيق لا ينصرف إلى الخنثى المشكل (فصل) فان قال أعطوه شاة جاز أن يدفع إليه الصغير والكبير والضأن والمعز، لان اسم الشاة يقع عليه ولا يدفع إليه تيس ولا كبش على المنصوص ومن أصحابنا من قال يجوز الذكر والانثى، لان الشاة اسم للجنس يقع على الذكر والانثى كالانسان، يقع على الرجل والمرأة فان قال أعطوه شاة من غنمي والغنم إناث لم يدفع إليه ذكر، فان كانت ذكورا لم يدفع إليه أنثى لانه أضاف إلى المال وليس في المال غيره، فان كانت غنمه ذكورا وإناثا فعلى ما ذكرنا من الخلاف فيه إذا أوصى بشاة ولم يصف إلى المال. فان قال أعطوه ثورا لم يعط بقرة، فان قال أعطوه جملا لم يعط ناقة، فان قال أعطوه بعيرا فالمنصوص أنه لا يعطى ناقة. ومن أصحابنا من قال يعطى لان البعير كالانسان يقع على الذكر والانثى، فان قال أعطوه رأسا من الابل أو رأسا من البقر أو رأسا من الغنم جاز الذكر والانثى، لان ذلك اسم للجنس (فصل) فان قال أعطوه دابة فالمنصوص أنه يعطى فرسا أو بغلا أو حمارا واختلف أصحابنا فيه فقال أبو العباس: هذا قاله على عادة أهل مصر، فان الدواب في عرفهم الاجناس الثلاثة، فان كان الموصى بمصر أعطى واحدا من الثلاثة. وان كان في غيرها لم يعط إلا الفرس، لانه لا تطلق الدابة في سائر البلاد إلا على الفرس. وقال أبو إسحاق وأبو علي بن أبي هريرة: يعطى وحدا من الثلاثة في جميع البلاد، لان اسم الدواب يطلق على الجميع، فان قال: أعطوه دابة من دوابي، وليس عنده إلا واحد من الثلاثة أعطى منه، لانه أضاف إلى ماله وليس له غيره فان قال أعطوه دابة ليقاتل عليه العدو لم يعط إلا فرسا. فان قال ليحمل عليه لم يعط إلا بغلا أو حمارا، فان قال لينتفع بنسله لم يعط إلا فرسا أو حمارا لان القرينة دلت على ما ذكرناه. (الشرح) حديث (سئل عن أفضل الرقاب) رواه أحمد والبخاري ومسلم

من حديث أبي ذر رضى الله عنه، وحديث (من أعتق رقبة) رواه ثلاثهم أيضا عن أبي هريرة رضى الله عنه. أما قوله: فإن قال (أعطوه شاة من غنمي الخ) فهو كما قال الشافعي رضى الله عنه: ولو أوصى بشاة من ماله، كان قيل للورثة أعطوه أو اشتروها له، صغيرة كانت أو كبيرة، ضانا أو معزا. اهـ قلت: ومعنى هذا أن الوصية جائزة ترك غنما أو لم يترك، لانه جعلها في ماله ويعطيه الورثة ما شاءوا، ضانا أو معزا كبيرا أو صغيرا سميئا أو هزيبا. وفي استحقاق الانثى وجهان (أحدهما) وهو الظاهر من نص الشافعي أنه لا يعطى إلا أنثى لان الهاء موضوعة للتأنيث (والوجه الثاني) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أن للورثة الخيار في إعطئه ذكرا أو أنثى، لان الهاء من أصل الكلمة في اسم الجنس فاستوى فيه الذكر والانثى، ولكن لو قال شاة من غنمي وكانت غنمه كلها إناثا لم يعطى إلا أنثى. وكذلك لو كانت كلها ذكورا لم يعط لا ذكرا منها. وهكذا لو دل كلامه على المراد منها حمل عليه. مثل قوله شاة ينتفع بدها ونسلها لم يعط إلا كبيرة أنثى لتكون ذات در ونسل، وسواء كانت ضانية أو معزية. فان قال شاة ينتفع بصوفها لم يعط إلا من الضأن. ولو قال ينتفع بشعرها لم يعط إلا من المعز، ولا يجوز إذا أوصى بشاة من ماله أن يعطى غزالا ولا ظبيا وان انطلق عليه اسم الشاة

مجازا. ولكن لو قال شاة من شياهي ولم يكن في ماله إلا ظبي ففيه وجهان (أحدهما) أن الوصية باطلة، لان اسم الشاة يتناول الغنم، وليس بتركته فبطت (والوجه الثاني) أنها تصح لانه لما اضاف ذلك إلى شائه وليس في ماله إلا ما ينطلق عليه مجاز الاسم دون الحقيقة حمل عليه، وانصرفت وصيته إلى الطيبى الموجود في تركته حتى لا تبطل وصيته (فرع) قال الشافعي رضى الله عنه: ولو قال: بعيرا أو ثورا لم يكن لهم أن يعطوه ناقة ولا بقرة ولو قال: عشر أنيق وعشر بقرات لم يكن لهم أن يعطوه ذكرا. ولو قال عشرة أجمال أو أنوار لم يكن لهم أن يعطوه أنثى، ولو قال: عشرة من إبلى أعطوه ما شاءوا

[486]

قلت: وبهذا نعلم أنه إذا أوصى بثور لم يعط إلا ذكرا. ولو قال بقرة لم يعط إلا أنثى وكان بعض أصحابنا يخرج في البقرة وجهها آخر أنه يجوز أن يعطى ذكرا أو أنثى كالشاة لان الهاء من أصل اسم الجنس ولا يجوز أن يعدل في الوصية بالنور والبقرة إلى الجواميس بخلاف الشياى التى ينطلق عليها اسم الضأن والمعز إلا ان يكون في كلامه ما يدل عليه. أو يقول بقرة من بقرى وليس له إلا الجواميس فتتصرف إلى الجواميس، وان كان اسم البقر يتناولها مجازا. لان إضافة الوصية إلى التركة قد صرف الاسم عن حقيقته إلى مجازه. ولا يجوز أن يعدل به إلى بقر الوحش، فان اضاف الوصية إلى بقره ولم يكن له إلا بقر الوحش فعلى ما ذكرنا من الوجهين فأما إذا أوصى ببعين فمذهب الشافعي يانه لا يعطى إلا ذكرا، لان الاسم بالذكور أخص. وقال بعض أصحابنا هو اسم للجنس فيعطى ما شاء الوارث من ذكر أو أنثى. فأما إذا أوصى له بحمل لم يعط إلا ذكرا لاختصاص هذا الاسم بالذكور. ولو أوصى بعشر من إبلى اعطاه ما شاء الوارث من ذكور وإناث، وسواء أثبت الهاء في العدد أو أسقطها. ومن أصحابنا من قال: إذا أثبت الهاء في العدد فقال عشرة من إبلى لم يعط إلا من الذكور لان عددها بإثبات الهاء كما هو معروف في قواعد النحو في العدد وان أسقط الهاء في العدد فقال: عشر من إبلى لم يعط إلا من الإناث، لان عددها بإسقاط الهاء لقوله تعالى (سبع ليال وثمانية أيام حسوما) وقوله (سبع سموات طباقا) وقوله (سبع بقرات سمان يأكلن سبع عجاف) وكما نقول عشر نسوة وعشرة رجال. وهذا لا وجه له لان اسم الإبل إذا كان يتناول الذكور والإناث تناولا واحدا صار العدد فيها محمولا على القدر دون النوع وأما إذا قال اعطوه مطية أو راحلة فذلك يتناول الذكور والإناث فيعطيه ما شاء الوارث منها.

[487]

فأما إذا قال اعطوه دابة فقال الشافعي رضى الله عنه: أعطى من الخيل والبغال والحمير ذكرا أو أنثى صحيحا صغيرا أو كبيرا، أعجف أو سميئا. (قلت) لان اسم الدواب يطلق على كل ما دب على الارض اشتقاقا من ديبه غير أنه في العرف مختص ببعضها، فان قال: اعطوه دابة من دوابى فقد اختلف أصحابنا في قول الشافع: أعطى من الخيل والبغال والحمير الخ، فقال أبو العباس ابن سريج يحمل ذلك على عرف الناس بمصر حيث قال ذلك فيهم، وذكره لهم اعتبارا بعرفهم. أما بالعراق والحجاز فلا ينطلق إلا

على الخيل وحدها ولا يتناول غيرها إلا مجازا يعرف بقربنته، فإن كان الموصى بمصر خير وورثته بين الأصناف الثلاثة، وإن كان بالعراق لم يعطوه إلا من الخيل. وقال أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة: بل الجواب محمول على ظاهره في كل البلاد، بأن اسم الدواب ينطلق على هذه الأجناس الثلاثة، فإن شذ بعض البلاد بتخصيص بعضها بالاسم لم يعتبر به حكم العرف العام، فلو قرن ذلك بما يدل على التخصيص حمل على قربنته، كقوله: أعطوه دابة يقاتل عليها فلا يعطى إلا من الخيل عتيقا أو هجينا ذكرا أو أنثى ولا يعطى صغيرا ولا مما لا يطبق الركوب، ولو قال: دابة يحمل عليها أعطى من البغال والحمير دون الخيل، ولو قال ينتفع بنتاجها يعطى من الخيل والحمير ولا يعطى من البغال والله تعالى أعلم. قال المصنف رحمه الله: (فصل) فإن وصى بكلب ولا كلب له فالوصية باطلة، لأنه ليس عنده كلب ولا يمكن أن يشتري، فبطلت الوصية، فإن قال: أعطوه كلبا من كلابي وعنده كلاب لا ينتفع بها بطلت الوصية، لأن مالا منفعة فيه من الكلاب لا يحل اقتناؤه فإن كان ينتفع بها أعطى واحدا منها إلا أن يقرن به قربنة من صيد أو حفظ زرع فيدفع إليه ما دلت عليه القربنة، فإن كان له ثلاثة كلاب ولا مال له فأوصى بجمعها ولم تجز الوثة ردت إلى الثلث وفي كيفية الرد وجهان. (أحدهما) يدفع إليه من كل كلب ثلثه كسائر الأعيان (والثاني) يدفع إليه

[488]

أحدها وتخالف سائر الأعيان لأن الأعيان تقوم وتختلف أثمانها والكلاب لا تقوم فاستوى جميعها وفيما يأخذ وجهان. (أحدهما) وهو قول أبي إسحاق أنه يأخذ واحدا منها بالقرعة. (والثاني) يعطيه الوارث ما شاء منها فإن كان له كلب واحد فوصى به ولم تجز الورثة ولم يكن له مال أعطى ثلثه، فإن كان له مال ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة إنه يدفع الجميع إلى الموصى له لأن أقل المال خير من من الكلب فأوصيت الوصية فيه كما لو أوصى له بشاة وله مال تخرج الشاة من ثلثه (والثاني) وهو قول أبي سعيد الاصطخري أنه يدفع إليه ثلث الكلب لأنه لا يجوز أن يحصل للموصى له شيء إلا ويحصل للورثة مثلاه ولا يمكن اعتبار الكلب من ثلث المال لأنه لا قيمة له فاعتبر بنفسه. (فصل) وإن وصى له بطبل من طبلوله وليس له الا طبلول الحرب أعطى واحدا منها وإن لم يكن له إلا طبلول اللهو نظرت، فإن لم يصلح وهو طبلول لغير اللهو، وإن فصل لمباح لم يقع عليه اسم الطبلول فالوصية باطلة لأنه وصية بمحرم وإن كان يصلح لمنفعة مباحه مع بقاء الاسم جازت الوصية لأنه يمكن الانتفاع به في مباح، وإن كان له طبلول حرب وطبلول لهو ولم يصلح طبلول لغير اللهو أعطى طبلول الحرب لأن طبلول اللهو لا تصح الوصية به فيصير كالمعدوم، وإن كان يصلح لمنفعة مباحه أعطاه الوارث ما شاء منهما. (فصل) فإن وصى بعود من عيدانه وعنده عود اللهو وعود القوس وعود البناء كانت الوصية بعود اللهو، لأن إطلاق الاسم ينصرف إليه، فإن كان عود اللهو يصلح لمنفعة مباحه دفع إليه ولا يدفع معه الوتر والمضرب لأن اسم العود يقع من غير وتر ولا مضرب، وإن كان لا يصلح لغير اللهو فالوصية باطلة لأنه وصية بمحرم. ومن أصحابنا من قال: يعطى من عود القوس والبناء لأن المحرم كالمعدوم كما قلنا فيمن وصى بطبلول من طبلوله، وعنده طبلول حرب وطبلول لهو أنه تجعل الوصية في طبلول الحرب ويجعل طبلول اللهو كالمعدوم. والمذهب أنه لا يعطى شيئا

لان العود لا يطلع إلا على عود اللهو. والطبل يطلق على طبل اللهو وطبل الحرب فإذا بطل في طبل اللهو حمل على طبل الحرب، فان قال أعطوه عوداً من عيداني وليس عنده إلا عود القوس أو عود البناء أعطى منها لانه أضاف إلى ما عنده وليس عندها سواه. (فصل) فان وصى له بقوس كانت الوصية بالقوس الذي يرمى عنه النبل والنشاب دون قوس الندف والجلاهق وهو قوس البندق، لان اطلاق الاسم ينصر إلى ما يرمى عنه ولا يعطى معه الوتر. ومن أصحابنا من قال: يعطى معه الوتر لانه لا ينتفع به إلا مع الوتر، والصحيح أنه لا يعطى لان الاسم يقع عليه من غير وتر، فان قال: أعطوه قوساً من قسى وليس عنده الا قوس الندف أو قوس البندق أعطى مما عنده لانه أضاف إلى ما عنده وليس عنده سواه، وان كان عنده قوس البندق وقوس الندف أعطى قوس البندق لان الاسم إليه أسبق. (فصل) فان وصى بعق مكاتبه أو بالابراء مما عليه من الثلث أقل الامرين من قيمته أو مال الكناية لان الابراء عتق، والعتق إبراء فاعتبر أقلهما وألغى الاخر فان احتملها الثلث عتق وبرئ من المال، وان لم يحتمل شيئاً منه لديون عليه بطلت الوصية وأخذ المكاتب بأداء جميع ما عليه فان أدى عتق وإن عجز رق وتعلق به حق الغرماء والورثة، فان احتمل الثلث بعض ذلك مثل أن يحتمل النصف من أقل الامرين عتق ونصفه وبقي نصفه على الكناية فان أددى عتق وان عجز رق، وان احتمل الثلث أحدهما دون الآخر اعتبر الأقل فعتق به فان لم يكن له مال غير العبد نظر، فان كان قد حل عليه مال الكناية عتق ثلثه في الحال وبقي الباقي على الكناية ان أدى عتق وان عجز رق، وان لم يحل عليه مال الكناية ففيه وجهان. (أحدهما) لا يتعجل عتق شئ منه لانه يحصل للموصى له الثلث ولم يحصل للورثة مثلاه وهذا لا يجوز كما لو أوصى بالثلث وله مال حاضر ومال غائب فانه لا تمضى الوصية في شئ حتى يحصل للورثة مثلاه.

(والثاني) وهو ظاهر المذهب أنه يتعجل عتق ثلثه ويقف الثلثان على العتق بالاداء أو الرق بالعجز لان الورثة على يقين من الثلثين اما بالاداء واما بالعجز بخلاف ما لو كان له مال حاضر ومال غائب لانه ليس على يقين من سلامة الغائب (فصل) فان قال: ضعوا عن مكاني أكثر ما عليه وضع عنه النصف وشئ لانه هو الاكثر، فان قال: ضعوا عنه ما شاء من كتابته فشاء الجميع فقد روى الربيع رحمه الله أنه يوضع عنه الجميع الا شيئاً، وروى المزني أنه إذا قال ضعوا عنه ما شاء فشاءها كلها وضع الجميع لا شيئاً، فمن أصحابنا من قال الصحيح ما رواه الربيع، لان قوله من كتابته يقتضى التبعض وما رواه المزني خطأ في النقف والذي يقتضيه ان يوضع عنه الكل إذا شاء لان قوله ما شاء علم في الكل والبعض، وقال أبو إسحاق ما نقله الربيع صحيح على ما ذكرناه وما نقله المزني أيضاً صحيح فانه يقتضى أن يبقى من الكل شئ، لانه لو أراد وضع الجميع لقال ضعوا عنه مال الكتابة فلما علقه على ما شاء دل على أنه لم يرد الكل. فإن قال: ضعوا عنه ما قل وما كثر وضع الوارث عنه ما شاء من قليل وكثير لانه ما من قدر الا وهو قليل بالاضافة إلى ما هو أكثر وكثير بالاضافة إلى ما هو أقل منه. فإن

قال: ضعوا عنه أكثر نجومه وضع عنه أكثرها مالا لان اطلاق الاكثر ينصرف إلى كثرة المال دون طول المدة. فإن قال ضعوا عنه أوسط النجوم واجتمع في نجومه أوسط في القدر وأوسط في المدة وأوسط في العدد كان للوارث أن يضع أي الثلاثة شاء لان الوسيط يقع على الثلاثة فإن استوى الجميع في المدة والقدر وضع عنه الاوسط في العدد، فان كانت النجوم ثلاثة وضع عنه الثاني، فان كانت أربعة وضع عنه الثاني والثالث، فان كانت خمسة وضع عنه الثالث وعلى هذا القياس. (فصل) وان كاتب عبده كتابة فاسدة ثم أوصى لرجل بما في ذمته لم تصح الوصية لانه لا شئ له في ذمته فصار كما لو وصى بماله في ذمة حر ولا شئ له في ذمته، وان وصى له بما يقبضه منه صحت الوصية لانه أضاف إلى حال يملكه فصار كما لو وصى له برقبة مكاتب إذا عجزه وفى هذا عندي نظر لانه لا يملكه

[491]

بالقبض وانما يعتق بحكم الصفة كما يعتق بقبض الخمر إذا كاتبه عليه ثم لا يملكه، وان وصى برقبته والكتابة فاسدة نظرت فان لم يعلم بفساد الكتابة ففيه قولان، (أحدهما) أن الوصية جائزة لانها صادفت ملكه. (والثاني) أنها باطلة لانه وصى وهو يعتقد أنه يملك الوصية وان وصى بها وهو يعلم أن الكتابة فاسدة صحت الوصية قولا واحدا كما لو باع من رجل شيئا بيعا فاسدا ثم باعه من غيره وهو يعلم فساد البيع الاول، ومن أصحابنا من قال: القولان في الجميع وبخالف البيع فان فاسده لا يجرى مجرى الصحيح في الملك وفى الكتابة الفاسدة كالصحيح في العتق والصحيح هو الطريقة الاولى. (فصل) وان وصى بحج فرض من رأس المال حج عنه من الميقات لان الحج من الميقات. وما قبله تسبب إليه فان وصى به من الثلث، ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى اسحاق أنه يحج عنه من بلده، فان عجز الثلث عنه تمم من رأس المال لانه يجب عليه الحج من بلده. (والثاني) وهو قول أكثر أصحابنا أنه من الميقات لان الحج يجب بالشرع من الميقات فحملت الوصية عليه، وان أوصى أن يجعل جميع الثلث في حج الفرض حج عنه من بلده، وان عجز الثلث عن ذلك حج عنه من حيث أمكن من طريقه، وان عجز عن الحج من الميقات تمم من رأس المال ما يحج به من الميقات لان الحج من الميقات مستحق من رأس المال وانما جعله من الثلث توفيرا على الورثة فإذا لم يف الثلث بالجميع بقى فيما لم يف من رأس المال. (فصل) وان أوصى بحج التطوع، وقلنا انه تدخله النيابة نظرت، فان قال أحجوا بمائه من ثلثي حج عنه من حيث أمكن، وان لم يوجد من يحج بهذا القدر بطلت الوصية وعاد المال إلى الورثة لانها تعذرت فبطلت كما لو أوصى لرجل بمال فرده، وان قال: أحجوا عنى بثلثي صرف الثلث فيما أمكن من عدد الحجج فان اتسع المال لحجة أو حجتين وفضل ما لا يكفى لحجة أخرى من بلده حج من حيث أمكن من دون بلده إلى الميقات، فان عجز الفصل عن حجة من الميقات رد الفصل إلى الورثة، وان أمكن أن يعتمر به لم يفعل لان الموصى له هو الحج

[492]

دون العمرة، فإن قال أحجوا عنى حج عنه بأجرة المثل من حيث أمكن من بلده إلى الميقات، فإن عجز الثلث عن حجة من الميقات بطلت الوصية لما ذكرناه. (فصل) وإن وصى أن يحج عنه رجل بمائة ويدفع ما يبقى من الثلث إلى آخر وأوصى بالثلث لثالث فقد وصى بثلثي ماله، فإن كان الثلث مائة سقطت وصيته للموصى له بالباقي لأن وصيته فيما يبقى بعد المائة ولم يبق شيء، فإن أجاز الورثة دفع إلى الموصى له بالثلث ثلثه وهو مائة وإلى الموصى له بالمائة مائة وإن لم يجزوا قسم الثلث بين الموصى له بالثلث وبين الموصى له بالمائة نصفين لأنهما اتفقا في قدر ما يستحقان وهو المائة، فإن كان الثلث أكثر من مائة وأجاز الورثة دفع الثلث إلى الموصى له بالثلث ودفع مائة إلى الموصى له بالمائة ودفع ما بقى إلى الموصى له بالباقي، وإن لم يجزوا ما زاد على الثلث ردت الوصية إلى نصفها وهو الثلث، فيدفع إلى الموصى له بالثلث نصف الثلث، وفي النصف الآخر وجهان: (أحدهما) يقدم فيه الموصى له بالمائة ولا يدفع إلى الموصى له بالباقي شيء حتى يأخذ الموصى له بالمائة حقه لأنه وإن كان قد اعتد به مع الموصى له بالمائة في إحراز الثلث إلا أن حقه فيما يبقى بعد المائة فلا يأخذ شيئاً قبل أن يستوفى الموصى له بالمائة حقه كما اعتد بالأخ من الأب مع الأخ من الأب والأم على الجد في إحراز ثلثي المال ثم لا يأخذ شيئاً مع الأخ من الأب والأم، فإن كان النصف مائة أو أقل أخذه الموصى له بالمائة، وإن كان أكثر أخذ الموصى له بالمائة مائة وأخذ الموصى له بالباقي ما يبقى. (والوجه الثاني) أن الموصى له بالمائة والموصى له بالباقي يقسمان النصف على قدر وصيتهما من الثلث، فإن كان الثلث مائتين اقتسما المائة نصفين لكل واحد منهما خمسون وإن كان مائة وخمسين اقتسما الخمسة والسبعين اثلاثاً، الموصى له بالمائة خمسون، وللموصى له بالباقي خمسة وعشرون، وعلى هذا القياس، لأنه إنما أوصى له بالمائة من كل الثلث لا من بعضه فلم يجز أن يأخذ

[493]

من نصف الثلث ما كان يأخذ من جميعه، كأصحاب المواريث إذا زاحمهم من له فرض أو وصية. (فصل) وإن بدأ فوصى بثلث ماله لرجل ثم وصى لمن يحج عنه بمائة ووصى لآخر بما يبقى من الثلث ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي إسحاق أن الوصية بالباقي بعد المائة باطلة لأن الوصية بالثلث تمنع من أن يبقى شيء من الثلث فعلى هذا إن أجاز الورثة نقدت الوصيتان، وإن لم يجز وارتدت الوصية إلى الثلث، فإن كان الثلث مائة استوت وصيتهما فيقتسمان الثلث بينهما نصفين، وإن كان الثلث خمسمائة قسم الثلث بينهما على ستة أسهم للموصى له بالثلث خمسة أسهم وللموصى له بالمائة سهم، فإن كان الثلث ألفاً قسم على أحد عشر سهماً للموصى له بالثلث عشرة أسهم وللموصى له بالمائة سهم. والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة إن الحكم في هذه المسألة كالحكم في المسألة قبلها لأنه إذا أوصى بالمائة بعد الثلث علم أنه لم يرد ذلك الثلث لأن الوصية الأولى قد استوعبته وإنما أراد ثلثاً ثانياً، فإذا أوصى بعد المائة بما يبقى من الثلث دل على أنه أراد ما يبقى من الثلث الثاني، فصار موصياً بثلثي ماله كالمسألة قبلها. (فصل) وإن وصى لرجل بعبد ولاخر بما يبقى من الثلث قوم العبد مع التركة بعد موت الموصى، فإن خرج من الثلث دفع إلى الموصى له فإن بقى من الثلث شيء دفع إلى الآخر وإن لم يبق شيء بطلت الوصية بالباقي لأن وصيته فيما في، وإن أصاب العبد عيب بعد موت الموصى قوم سليماً ودفع إلى الموصى له الباقي لأنه وصى له بالباقي من

قيمته وهو سليم. وإن مات العبد بعد موت الموصى بطلت الوصية فيه وقوم وقت الموت مع التركة ودفع إلى الموصى له الباقي من الثلث لانهما وصيتان فلا تبطل إحداهما ببطلان الأخرى، كما لو وصى لرجلين فرد أحدهما. (فصل) فان وصى له بمنفعة عبد ملك الموصى له منافعه واكتسابه، فان كان

[494]

جارية ملك مهرها لانه بدل منفعتها، ولا يجوز للمالك وطؤها لانه تملك الرقبه من غير منفعه ولا الموصى له وطؤها لانه تملك المنفعة من غير الرقبه والوطئ لا يجوز إلا في ملك تام ويجوز تزويجها لاكتساب المهر وفيمن يملك العقد ثلاثة أوجه (أحدها) يملكه الموصى له بالمنفعة لان المهر له (والثاني) يملكه المالك لانه يملك رقبته (والثالث) لا يصح العقد إلا باتفاقهما لان لكل واحد منهما حقا فلا ينفرد به أحدهما دون الآخر، فان أتت بولد مملوك ففيه وجهان (أحدهما) أنه للموصى له لانه من جملة فوائدها فصار كالكسب (والثاني) أنه كالام رقبته للمالك ومنفعته للموصى له لانه جزء من الام فكان حكمه حكم الام، فان قتل ففي قيمته وجهان (أحدهما) أنها للمالك لانها بدله فكانت له (والثاني) وهو الصحيح أنه يشتري به مثله للمالك رقبته وللموصى له منفعته لانه قائم مقام الاصل فكان حكمه حكم الاصل، فان جنى على طرفه ففي أرشه وجهان (أحدهما) أنه للمالك لانه يدل ملكه (والثاني) وهو الصحيح أن ما قابل منه ما نقص من قيمة الرقبه للمالك وما قابل منه ما نقص من المنفعة للموصى له لانه دخل النقص عليهما فقسط الارش عليهما، فان احتاج العبد إلى نفقة ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) وهو قول أبي سعيد الاصطخري أن النفقة على الموصى له بالمنفعة لان الكسب له. (والثاني) أنها على المالك، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة لان النفقة على الرقبه فكانت على مالكة (والثالث) أنها في كسبه فان لم يف الكسب ففي بيت المال لانه لا يمكن ايجابها على المالك لانه لا يملك الانتفاع ولا على الموصى له لانه لا يملك الرقبه فلم يبق الا ما قلناه، فان احتاج البستان الموصى بثمرته إلى سقى أو الدار الموصى بمنفعتها إلى عمارة لم يجب على واحد منهما، لانه لو انفرد كل واحد منهما بملك الجميع لم يجبر على الانتفاع فإذا اشتركا لم يجب (فصل) فان أراد المالك بيع الرقبه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يجوز لانه يملكها ملكا تاما (والثاني) أنه لا يجوز لانها عين مسلوية بالمنفعة فلم يجر

[495]

بيعها كالأعيان التي لا منفعه فيها (والثالث) يجوز بيعها من الموصى له لانه يمكنه الانتفاع بها ولا يجوز من غيره لانه لا يمكنه الانتفاع بها فان أراد أن يعتقه جاز لانه يملكه ملكا تاما وللموصى له أن يستوفى المنفعة بعد العتق لانه تصرف في الرقبه فلم يبطل به حق الموصى له من المنفعة ولا يرجع العبد على المالك بأجرته كما يرجع العبد المستأجر على مولاه بعد العتق في أحد القولين لان هناك ملك المولى بدل منفعته ولم يملك المولى ههنا بدل المنفعة (الشرح) قال الشافعي رضى الله عنه: ولو قال أعطوه كلبا

من كلابي أعطاه الوارث أيها شاء وهذا كما قال، فإن الوصية بالكلب المنتفع به جائزة، لأنه لما جاز إقراره في يد صاحبه، وحرّم انتزاعه من يد صاحبه جاز أن يكون وصيه وميراثا فإذا أوصى له بكلب ولا كلاب له فالوصية باطلة، لأنه لا يصح أن يشتري ولا يلزم أن يستوهب، وإن كان له كلاب فضربان: منتفع به وغير منتفع، فإن كانت كلابه كلها غير منتفع بها فالوصية باطلة لحظر اقتنائه وتحريم إمساكه، وإن كانت كلها منتفعا بها فكان له كلب حرث وكلب ماشية وكلب صيد نظرت، فإن كان الموصى له صاحب حرث وماشية وصيد فالوارث بالخيار في إعطائه أي كلب شاء من حرث أو ماشية أو صيد. وإن كان الموصى له ليس بصاحب حرث ولا ماشية ولا صيد ففي الوصية وجهان. أحدهما الوصية باطلة باعتبارها بالموصى له وأنه غير منتفع به، وإن كان الموصى له ممن ينتفع بأخذها بأن كان صاحب حرث لا غير أو صاحب صيد لا غير فالوصية جائزة، وفيها وجهان. أحدهما: يلزم الوارث أن يعطيه الكلب الذي يختص بالانتفاع به دون غيره اعتبارا بالموصى له. والثاني أن للوارث الخيار في إعطائه أي الكلاب شاء اعتبارا بالموصى به. فأما الوصية بالجرو الصغير المعد للتعليم ففي جوازها وجهان من اختلاف الوجهين في اقتنائه. أحدهما: أن اقتنائه غير جائز والوصية به باطلة لأنه غير منتفع به في الحال. والثاني أن اقتنائه جائز والوصية به جائزة لأنه سينتفع به في ثانی حال، ولأن تعليمه منفعة في الحال.

[496]

ولو كان لرجل ثلاثة كلاب ولم يترك شيئا سواها فأوصى بجميعها لرجل، فإن أجازها الورثة له وإلا ردت الوصية إلى الثلث، ثم في كيفية رجوعها إلى الثلث وجهان. أحدهما أن تستحق من كل كلب ثلثه فيحصل له ثلث الثلاثة، ولا يستحق واحدا بكامله إلا عن مرضاته، والوجه الثاني: أنه قد استحق بالوصية أحدها بخلاف الاموال، لأن الاموال مقومه تختلف اثمانها، وليس كالكلاب التي لا تقوم، فاستوى فيه حكم جميعها، فعلى هذا فيه وجهان، أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروري أنه يأخذ أحدها بالقرعة. الثاني أن للورثة أن يعطوه أيها شاءوا فأما إن كان له كلب واحد ولا مال له غيره فأوصى به لرجل فهو كمن أوصى بجميع ماله، فإن أجازته الورثة وإلا كان للموصى له ثلثه وللورثة ثلثاه، ويكون بينهما على المهياة. وإن ملك مالا فأوصى بهذا الكلب الذي ليس له كلب سواه ففي الوصية وجهان. أحدهما وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أن الوصية جائزة في الكلب كله للموصى به له، لأن قليل المال خير من الكلب الذي ليس بمال. والوجه الثاني - وهو قول أبي سعيد الاصطخري - أن للموصى له ثلث الكلب إذا منع الورثة من جميعه. وإن كثر مال التركة لأنه ممالا يمكن أن يشتري فيساويه الورثة فيما صار إليهم من المال، فاختص الكلب بحكمه وصار كأنه جميع التركة، فلو ترك ثلاثة كلاب ومالا، وأوصى بجميع كلابه الثلاثة، فعلى قول أبي علي بن أبي هريرة: الوصية بجميع الكلاب الثلاثة ممضاه وإن قل مال التركة وعلى قول أبي سعيد الاصطخري تصح الوصية في أحدها إذا منع الورثة من جميعها (فرع) قال الشافعي رضى الله عنه: ولو قال أعطوه طيلا من طيولي وله طيلان للحرب واللهم أعطاه أيهما شاء، فإن لم يصلح الذي للهِو إلا للطرب لم يكن لهم أن يعطوا إلا الذي للحرب وأصل هذه المسائل أن الوصية بما لا منفعة فيه باطلة والوصية بما فيه منفعة مباحة ومنفعة محظورة ومنفعة مشتركة بين الحظر والاباحه ن فإن كانت المنفعة مباحة جاز بيع ذلك والوصية به، وإن كانت المنفعة محظورة لم يجز

بيعه ولا الوصية به وان كانت مشتركة جاز بيعه والوصية به لاجل الاباحه
ونهى عن استعماله في الحظر

[497]

فإذا ثبت هذا: وأوصى له بطبل من طبوله، فإن لم يكن له إلا طبول الحرب فالوصية به جائزة، لان طبل الحرب مباح، ثم ينظر، فإن كان اسم الطبل يطلق عليه بغير جلد دفع إليه الطبل بغير جلد، وإن كان لا يطلق عليه الاسم الا بالجلد دفع إليه مع جلده، وإن كانت طبوله كلها طبول اللهو فإن كانت لا تصلح إلا للهو فالوصية باطله لان طبول اللهو محظورة، وإن كانت تصلح لغير اللهو في غير المنافع المباحة جازت الوصية بها. وإن كانت طبوله نوعين طبول حرب وطبول لهو فإن كانت طبول اللهو لا تصلح لغير اللهو لم يعط إلا طبل الحرب، وإن كانت طبول اللهو تصلح لغيره من المباحات كان الوارث بالخيار في اعطائه ما شاء من طبل لهو أو حرب لانطلاق الاسم عليه، إلا أن يدل كلامه على أحدهما فيحمل عليه، كقوله: أعطوه طبلًا للجهاد أو الارهاب فلا يعطى إلا طبل الحرب، وإن قال: طبلًا للفرح والسرور لم يعط إلا طبل اللهو. فأما الوصية بالدف العربي فجائزة لورود الشرع باباحة الضرب به في المناكح (مسألة) قال الشافعي رضى الله عنه: ولو قال: عودا من عيداني، وله عيدان يعزف بها وعيدان قسى وعصى وغيرها، فالعود إذا وجه به المتكلم للعود الذى يضرب به دون ما سواه مما يقع عليه اسم عود، فإن كان العود يصلح لغير الضرب جازت الوصية ولم يكن عليه إلا اقل ما يقع عليه اسم عود وأصغره بلا وتر، وإن كان لا يصلح لغير الضرب بطلت عندي الوصية. ومعنى كلام الشافعي أنه إذا قال: أعطوه عودا من عيداني فمطلق هذا الاسم يتناول عيدان الضرب والعزف واللهو دون عيدان القسى والعصى، فإن كان عود الضرب لا يصلح لغير الضرب واللهو فالوصية باطله، وإن كان يصلح لغير اللهو فالوصية جائزة، ويعطاه بغير وتر لانطلاق الاسم عليه، وإن لم يكن عليه وتر ينظر فإن كان لا يصلح لغير اللهو الا بعد تفصيله وتخليعه فصل وخلع ثم دفع إليه، وإن كان يصلح لغير اللهو لم يفصل ودفع إليه غير مفصل. (مسألة) قال الشافعي رضى الله عنه (وكذلك المزمار) يعنى أنه ان كان

[498]

لا يصلح الا للهو فالوصية باطله، وإن كان يصلح لغير اللهو فالوصية به جائزة، ثم الكلام في التفصيل على ما مضى. فأما الشبابة التى ينفخ فيها مع طبل الحرب وفى الاسفار، فالوصية بها جائزة. وقال الشافعي رضى الله عنه: ولو قال: أعطوه قوسا من قسى وله قسى معموله، وقسى غير معموله أو ليس منها شئ فقال: أعطوه عودا من القسى كان عليهم أن يعطوه قوسا معموله أي قوس شاءوا - صغيرة أو كبيرة. عربية أو أي عمل شاءوا - إذا وقع عليه اسم قوس ترمى بالنبل أو النشاب أو الحسيان ومعنى هذا الكلام أنه إذا أوصى بقوس من القسى فمطلق القوس يتناول قوس السهام والحربة دون قوس النداف والجلاهق الذى هي منها البندق، فلا يعطى الا قوس السهام الحربية سواء أعطاه قوس نشاب وهى الفارسية، أو قوس نبل وهى العربية أو قوس حسيان، والخيار فيها إلى

الوارث لاشتراك الاسم في جميعها، ولا يلزم أن يدفع الوتر معه، لانه يسمى قوسا بغير وتر، وهكذا لو أوصى له بداية لم يعط سرجها. فأما أن قال: أعطوه قوسا من قسى وله قوس نداف وقوس جلاهدق أعطى قوس الجلاهدق التي يرمى عنها لانها أخص بالاسم، فان لم يكن له الا قوس نداف دفع إليه، ولو اقترن بكلامه ما يدل على مراده عمل على ما دل عليه كلامه من القسى الثلاث. أما بقية الفصول فقد مضى الكلام على بعضها، ومنها ما هو على وجهه من كلام المصنف، والله تعالى أعلم.

[499]

قال المصنف رحمه الله تعالى باب الرجوع في الوصية يجوز الرجوع في الوصية لانها عطية لم تزل الملك فجاز الرجوع فيها كالهبة قبل القبض، ويجوز الرجوع بالقول والتصرف لانه فسخ عقدا قبل تمامه فجاز بالقول والتصرف كفسخ البيع في مدة الخيار، وفسخ الهبة قبل القبض، وإن قال هو حرام عليه فهو رجوع لانه لا يجوز أن يكون وصية له وهو محرم عليه، فان قال: لو ارثي فهو رجوع لانه لا يجوز أن يكون للوارث وللموصى له، وإن قال هو تركتي ففيه وجهان. أحدهما: أنه رجوع لان التركة للورثة، والثاني: أنه ليس برجوع لان الوصية من جملة التركة. (فصل) وإن وصى لرجل بعبد ثم وصى به لآخر لم يكن ذلك رجوعا لامكان أن يكون نسي الاول أو قصد الجمع بينهما، فان قال ما وصيت به لفلان فقد وصيت به لآخر فهو رجوع، ومن أصحابنا من قال: ليس برجوع كالمسألة قبلها والمذهب الاول لانه صرح بالرجوع. (فصل) وإن باعه أو وهبه وأقبض أو أعتقه أو كاتبه أو أوصى أن يباع أو يوهب ويقبض أو يعتق أو يكاتب فهو رجوع، لانه صرفه عن الموصى له، وإن عرضه للبيع أو رهنه في دين أو وهبه ولم يقبضه فهو رجوع، لان تعريضه لزوال الملك صرف عن الموصى له. ومن أصحابنا من قال: إنه ليس برجوع لانه لم يزل الملك، وليس بشئ، وإن وصى بثلاث ماله ثم باع ماله لم يكن ذلك رجوعا لان الوصية بثلاث المال عند الموت لا بثلاث ما باعه، فإن وصى بعبد ثم دبره - فإن قلنا: ان التدبير عتق بصفة - كان ذلك رجوعا، لانه عرضه لزوال الملك، وإن قلنا: إنه وصية وقلنا في أحد القولين: إن العتق يقدم على سائر الوصايا - كان ذلك رجوعا لانه أقوى من الوصية فأبطلها، وان قلنا: إن العتق كسائر الوصايا ففيه وجهان

[500]

(أحدهما) أنه ليس برجوع، فيكون نصفه مديرا ونصفه موصى به، كما لو أوصى به لرجل ثم وصى به لآخر (والثاني) أنه رجوع، لان التدبير أقوى، لانه يتجز من غير قبول، والوصية لا تتم إلا بالقبول، فقدم التدبير كما يقدم ما تنجز في حياته من التبرعات على الوصية. (فصل) وان وصى له بعبد ثم زوجه أو أجره أو علمه صنعة أو ختنه لم يكن ذلك رجوعا، لان هذه التصرفات لا تنافى الوصية، فإن كانت جارية فوطنها لم يكن ذلك رجوعا لانه استيفاء منفعة فلم يكن رجوعا كالاستخدام. وقال أبو بكر بن الحداد المصري: ان عزل عنها لم يكن رجوعا، وان لم يعزل عنها كان رجوعا لانه قصد التنسرى بها. (فصل) وان وصى بطعام معين فخلطه بغيره كان ذلك رجوعا لانه جعله على صفة لا يمكن تسليمه، فإن وصى بقبض من صبرة ثم

خلط الصبرة بمثلها لم يكن ذلك رجوعا، لان الوصية مختلطة بمثلها، والذي خلطه به مثله، فلم يكن رجوعا، فإن خلطه بأجود منه كان رجوعا، لانه أحدث فيه بالخلط زيادة لم يرض بتملكها، فان خلطه بما دونه ففيه وجهان. (أحدهما) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: انه ليس برجوع، لانه نقص أحدثه فيه فلم يكن رجوعا كما لو أتلف بعضه. (والثاني) انه رجوع لانه يتغير بما دونه كما يتغير بما هو أجود منه، فان نقله إلى بلد أبعد من بلد الموصى له ففيه وجهان (أحدهما) انه رجوع لانه لو لم يرد الرجوع لما أبعد عنه (والثاني) انه ليس برجوع لانه باق على صفته. (فصل) فان وصى بحنطة فقلاها أو بذرها كان ذلك رجوعا، لانه جعله كالمستهلك، وان وصى بحنطة فطحنها أو بدقيق فعجنه، أو بعجين فخبزه، كان ذلك رجوعا، لانه أزال عنه الاسم، ولانه جعله للاستهلاك، وان وصى له بخبز فجعله فتيتا ففيه وجهان. (أحدهما) انه رجوع لانه أزال عنه اطلاق اسم الخبز، فأشبهه إذا ثرده. (والثاني) ليس برجوع، لان الاسم باق عليه، لانه يقال خبز مدقوق،

[501]

وان وصى برطب فجعله تمرا ففيه وجهان. أحدهما: انه رجوع لانه أزال عنه اسم الرطب. والثاني: ليس برجوع لانه أبقى له وأحفظ على الموصى له. (الشرح) قال الشافعي رضى الله عنه: وللرجل إذا أوصى بوصية تطوع بها أن ينقضها كلها أو يبدل منها ما شاء التدبير أو غيره ما لم يمت، وإن كان في وصيته إقرار بدين أو غيره أو أعتق بثأث فذلك شئ واجب عليه أوجه على نفسه في حياته لا بعد موته، فليس له أن يرجع من ذلك في شئ. ثم قال في باب ما يكون رجوعا في الوصية وتغييرا لها وما لا يكون رجوعا ولا تغييرا: وإذا أوصى رجل بعبد بعينه لرجل ثم أوصى بذلك العبد بعينه لرجل فالعبد بينهما نصفان، ولو قال: العبد الذي أوصيت به لفلان لفلان، أو قد أوصيت بالذى أوصيت به لفلان لفلان كان هذا ردا للوصية الاولى، وكانت وصيته للأخر منهما، ولو أوصى لرجل بعبد ثم أوصى أن يباع ذلك العبد كان هذا دليلا على إبطال وصيته به للاول، ولو أوصى لرجل بعبد ثم باعه أو كاتبه أو دبره أو وهبه كان هذا كله ابطالا للوصية فيه. ثم قال: ولو أوصى به لرجل ثم أذن له في التجارة أو بعثه تاجرا إلى بلد أو أجره أو علمه كتابا أو قرأنا أو علما أو صناعة أو كساه أو وهب له مالا أو زوجه لم يكن شئ من هذا رجوعا في الوصية، ولو كان الموصى به طعاما فباعه أو وهبه أو أكله أو كان حنطة فطحنها أو دقيقا فعجنه أو خبزه، أو حنطة فجعلها سويقا كان هذا كله كنقض الوصية، ولو أوصى له بما في هذا البيت من الحنطة ثم خلطها بحنطة غيرها كان هذا ابطالا للوصية، ولو أوصى له بما في البيت بمكيلة حنطة ثم خلطها بحنطة مثلها لم يكن هذا ابطالا للوصية وكانت له المكيلة التى أوصى بها له. اه قلت: ما أورد الشافعي في هذا الكلام صور لما يمكن أن يكون رجوعا بالصراف وابطالا، أو تصرفا لا بعد رجوعا ولا يؤثر في صحتها، وبيان هذا انه إذا أوصى لرجل بمعين من ماله ثم وصى به لآخر أو وصى بثله له ثم وصى لآخر بثلته أو وصى بجميع ماله لرجل ثم وصى به لآخر فهو بينهما، ولا يكون ذلك رجوعا

[502]

في الوصية الاولى، وبهذا قال ربيعة ومالك والشورى والشافعي وإسحاق وأحمد ابن حنبل وابن المنذر وأصحاب الرأي. وقال جابر بن زيد والحسن وعطاء وطاوس وداود بن علي وصيته للأخر منهما، لانه وصى للثاني بما وصى به للاول فكان رجوعا، كما لو قال: ما وصيت به لبشر فهو لبكر، ولان الثانية تنافى الاولى، فإذا أتى بها كان رجوعا، كما لو قال: هذا لورثتي ولنا أنه وصى لهما فاستويا فيها، كما لو قال لهما: وصيت لكما بسيارتي، وما قاسوا عليه صرح فيه بالرجوع عن وصيته. وفي مسألتنا يحتمل أنه قصد التشريك فلم تبطل وصية أحدهما بالشك. وإن قال: ما أوصيت به لبشر فهو لبكر كان ذلك رجوعا في الوصية لبشر. وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي، وهو أيضا مذهب الحسن وعطاء وطاوس ولا نعلم فيه مخالفا، لانه صرح بالرجوع عن الاول بذكره أن ما أوصى به مردود إلى الثاني، فأشبهه ما لو قال رجعت عن وصيتي لبشر وأوصيت بها لبكر بخلاف ما إذا أوصى بشئ واحد لرجلين أحدهما بعد الآخر، فانه يحتمل أنه قصد التشريك بينهما، وقد ثبتت وصية الاول يقينا فلا تزول بالشك وإن قال ما أوصيت به لفلان فنصفه أو ثلثه كان رجوعا في القدر الذي وصى به للثاني خاصة وباقية للاول. وأجمع أهل العلم على أن للوصي أن يرجع في جميع ما أوصى به وفي بعضه الا الوصية بالاعتاق، وبعضهم على جواز الرجوع في الوصية به أيضا. وروى عن عمر رضي الله عنه أنه قال: يغير الرجل ما شاء من وصيته، وبه قال عطاء وجابر بن زيد والزهرى وقتادة ومالك والشافعي وأحمد وإسحاق وأبو ثور. وقال الشعبي وابن سيرين وشبرمة والنخعي: يغير منها ما شاء الا العتق، لانه اعتاق بعد الموت فلم يملك تغييره كالتدبير. ولنا أنها وصية فملك الرجوع عنها كغير العتق، ولانها عطية تنجز بالموت فجاز له الرجوع عنها قبل تنجزها، كهبة ما يفتقر إلى القبض قبل قبضه، وفارق التدبير فانه تعليق على شرط فلم يملك تغييره كتعليقه على صفة الحياة

[503]

ويحصل الرجوع بقوله: رجعت في وصيتي أو أبطلتها أو غيرتها أو ما أوصيت به لفلان فهو لفلان أو فهو لورثتي أو في ميراثي، وإن أكله أو أطعمه أو أتلفه أو وهبه أو تصدق به أو باعه، أو كان ثوبا غير مفصل ففصله ولبسه، أو جارية فأحبها أو ما أشبه ذلك فهو رجوع ولا يعد من الرجوع جماع الجارية بخلاف ما لو أحبها. قال ابن المنذر: أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم أنه إذا أوصى لرجل بطعام فأكله أو بشئ فأتلفه أو تصدق به أو وهبه أو بجارية فأحبها أو أولادها أنه يكون رجوعا. وحكى عن أصحاب الرأي أن بيعة ليس برجوع لانه أخذ بدله بخلاف الهبة، ولانه أزال ملكه عنه فكان رجوعا كما لو وهبه، وإن عرضه على البيع أو وصى ببيعه أو أوجب الهبة فلم يقبلها الموهوب له أو كاتبه أو وصى بإعتاقه أو دبره كان رجوعا، لانه يدل على اختياره للرجوع بعرضه على البيع وإيجابه للهبة ووصيته ببيعه أو إعتاقه لكونه وصى بما ينافى الوصية الاولى، والكتابة، بيع والتدبير أقوى من الوصية لانه ينجز بالموت فيسبق أخذ الموصى له وإن رهنه كان رجوعا لانه علق به حقا يجوز بيعه فكان أعظم من عرضه على البيع، وفيه وجه آخر أنه ليس برجوع، وهو وجه لأصحاب أحمد لانه لا يزيل الملك فأشبهه إجارته، وكذلك الحكم في الكتابة. (فرع) وإن وصى بحب ثم طحنه أو بدقيق فعجنه أو بعجين فخبزه أو بخبز ففته كان رجوعا، لانه أزال اسمه وعرضه للاستعمال، فدل على رجوعه، وبهذا قال أحمد وأصحابه. أما تغيته ودقه فقد قال أصحاب أحمد: يعد رجوعا ولا صحابنا فيه وجهان حكاهما المصنف.

وإن وصى بشئ معين ثم خلطه بغيره على وجه لا يتميز منه كان رجوعاً لانه يتعذر بذلك تسليمه. وإن وصى بققيز قمح من صبرة ثم خلطها بغيرها نظرت فإن كان بخير منها كان ذلك رجوعاً لانه أحدث فيه زيادة ليست من الوصية. أما إذا خلطه بما دونه ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي علي بن أبي هريرة ان ذلك ليس رجوعاً قياساً على ما إذا تلف بعضه فصار الباقي على وصته.

[504]

(والثاني) انه رجوع، وقد ذهب احمد واصحابه إلى ان الخلط بما هو خير منه أو بما دونه أو بمثله لا يعد رجوعاً لانه كان مشاعاً وبقي مشاعاً وعندهم وجه ضعيف فيما خلط بخير منه انه يكون رجوعاً، لانه لا يمكنه تسليم الموصى به إلا بتسليم خير منه، ولا يجب على الوارث تسليم خير منه فصار متعذر التسليم بخلاف ما إذا خلطه بمثله أو دونه، والله تعالى أعلم بالصواب قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وإن وصى بقطن فغزله أو بغزل فنسجه كان ذلك رجوعاً، لانه أزال عنه الاسم، وإن وصى بقطن فغزله أو فحشى به فراشا ففيه وجهان (أحدهما) انه رجوع لانه جعله للاستهلاك (والثاني) ليس برجوع لان الاسم باق عليه. (فصل) وإن وصى له بثوب فقطعه أو بشاة فذبحها، كان رجوعاً، لانه أزال عنه الاسم، ولانه جعله للاستهلاك، وإن وصى له بحلم فطبخه أو شواه كان ذلك رجوعاً، لانه جعله للاكل، وإن قدده ففيه وجهان كما قلنا في الرطب إذا جعله تمرًا. (فصل) وإن وصى له بثوب فقطعه قميصاً أو بساج فجعله باباً ففيه وجهان (أحدهما) انه رجوع، لانه أزال عنه اطلاق اسم الثوب والساج. ولانه جعله للاستعمال. (والثاني) انه ليس برجوع، لان اسم الثوب والساج باق عليه (فصل) وإن وصى بدار فهدمها كان رجوعاً لانه تصرف ازال به الاسم فكان رجوعاً، كما لو وصى بحنطة فطحنها، وإن تهدمت نظرت لان لم يزل عنها اسم الدار فالوصية باقية فيما بقي. وأما ما انفصل عنها فالمنصوص انه خارج من الوصية لانه انفصل عن الموصى به في حياة الموصى. وحكى القاضى أبو القاسم ابن كج رحمه الله وجهان آخر: انه للموصى له لانه تناولته الوصية فلم يخرج منها بالانفصال، وإن زال عنها اسم الدار ففي الباقي من العرصة وجهان (أحدهما) انه تبطل فيه الوصية لانه أزال عنها اسم الدار (والثاني) لا تبطل لانه لم يوجد من جهته ما يدل على الرجوع.

[505]

(فصل) وإن وصى له بأرض فزرعها لم يكن ذلك رجوعاً، لانه لا يراد للبقاء، وقد يحصل قبل الموت فلم يكن رجوعاً، وإن غرسها أو بنى فيها ففيه وجهان (أحدهما) أنه رجوع لانه جعلها لمنفعة مؤبدة، فدل على الرجوع، (والثاني) ليس برجوع لانه استيفاء منفعة فهو كالزراعة، فعلى هذا في موضع الاساس وقرار الغراس وجهان. (أحدهما) أنه لا تبطل فيه الوصية كالبياض الذي بينهما فإذا مات الغراس أو زال البناء عاد إلى الموصى له. (والثاني) أنه تبطل الوصية فيه لانه جعله تابعاً لما عليه. (فصل) وإن وصى له بسكنى دار سنة فأجرها دون السنة لم يكن ذلك رجوعاً، لانه قد تنقضي الاجارة قبل الموت، فإن مات قبل انقضاء الاجارة ففيه وجهان (أحدهما)

يسكن مدة الوصية بعد انقضاء الاجارة (والثانى) انه تبطل الوصية بقدر ما بقى من مدة الاجارة وتبقى في مدة الباقي. (الشرح) إذا وصى بكتان أو قطن فغزله أو وصى بغزل فنسجه أو بثوب فقطعه أو بسبيكة فصاعها أو شاة فذبحها كان ذلك رجوعا، وبهذا قال اصحاب الراى والشافعي في ظاهر المذهب وهو الراجع من أحمد، واختار أبو الخطاب من الحنابلة انه ليس برجوع، وهو قول أبي ثور لانه لا يزال الاسم. دلينا: انه عرضة للاستعمال فصار رجوعا كالمسائل قبله، ولا يصح قوله انه لا يزال الاسم، فان الثوب لا يسمى غزلا، والغزل لا يسمى كتابا. (فرع) قال الشافعي رضى الله عنه: ولو اوصى له بدار وقيل كانت له وما ثبت فيها من ابوابها وغيرها دون ما فيها. قلت لان الوصية إذا كانت بالدار دخل فيها كل ما كان من الدار ولها ولم يدخل في الوصية كل ما كان في الدار إذا لم يكن منها، فالداخل في الوصية حيطانها وسقوفها وابوابها المنصوبة عليها، وما كان متصلا بها من زخرفها ودرجها، ولم يخل فيها ما انفصل عنها من ابوابها ورفوفها وسلايمها المنفصلة عنها. وجملة ذلك ان كل ما جعلناه داخلا في البيع معها دخل في الوصية بها، وكل

[506]

ما لم نجعله داخلا في البيع لم يدخل في الوصية، فلو كان الموصى به أرضا دخل في الوصية نخلها وشجرها، ولم يدخل فيه زرعها، ولو كان نخلها عند الوصية مثمرا لم يدخل ثمرها في الوصية إن كان مؤبرا، وفي دخوله فيها إن كان غير مؤبر وجهان (أحدهما) يدخل كالبيع (والثانى) لا يدخل لخروجه عن الاسم، وان كان متصلا، وهذان الوجهان مخرجان من اختلاف قوله في دخوله في الرهن. إذا ثبت هذا فقد قال الشافعي رضى الله عنه: ولو انهدمت في حياة الموصى كانت له إلا ما انهدم منها فصار غير ثابت فيها، وصورتها في رجل أوصى لرجل بدار فانهدمت فلا يخلو انهدامها من ثلاثة أحوال. (أحدهما) أن تنهدم في حياة الموصى. (والثانى) بعد موته وبعد قبول الموصى له. (والثالث) بعد موته وقيل قبول الموصى، فان انهدمت في حياة الموصى، فهذا على ضربين. أحدهما: أن يزول اسم الدار عنها بالانهدام. والثانى: أن لا يزول، فان لم يزل اسم الدار عنها لبقاء بنيان فيها تسمى دارا، فالوصية جائزة وله ما كان ثابتا فيها من بنيانها، فأما المنفصل عنها بالهدم فالذي نص عليه الشافعي ان يكون خارجا من الوصية، فذهب الجمهور من أصحابنا إلى حمل ذلك على ظاهره، وأنه خارج من الوصية، لان ما انفصل عنه لا يسمى دارا، فلم يكن للموصى له بالدار فيها حق. وحكى أبو القاسم بن كج وجه آخر عن بعض أصحابنا أن نص الشافعي على خروج ما نهدم من الوصية محمول على انه هدمه بنفسه فصار بذلك رجوعا فيه، ولو انهدمت بسبب من السماء لا ينسب لفعل الموصى كان للموصى له باقى الدار لانه منهما وانما بان عنها بعد أن تناولته الوصية، وان كانت الدار بعد انهدامها لا تسمى دارا لانها صارت عرضة لا بناء فيها ففى بطلان الوصية وجهان. (أحدهما) لا تبطل وهذا قول من جعل الالة بعد انفصالها ملكا للموصى له (والوجه الثانى) أن الوصية بها باطلة وهو الاصح، لانها إذا كانت عرضة لم تسم دارا، ألا ترى لو حلف لا يدخلها لم يحث بدخول عرضتها بعد ذهاب

بنائها، وهذا قول من جعل ما انفصل عنها غير داخل في الوصية، فأما إن كان انهدامها بعد موت الموصى وبعد قبول الموصى له فالوصية بهما ممضأة، وجميع ما انفصل عنها من البناء كالمتمصل يكون ملكا للموصى له لاستقرار ملكه عليها بالقبول. فأما إن كان انهدامها بعد موت الموصى وقبل قبول الموصى له، فإن لم يزل اسم الدار عنها فالوصية بحالها، فإذا قبلها الموصى له، فإن قيل: إن القبول يبنى عن تقدم الملك بموت الموصى وكل ذلك ملك للموصى له المنفصل منه والمتصل فإن قيل: إن القبول هو المملك فله الدار وما اتصل بها من البناء. وفي المنفصل وجهان (أحدهما) للموصى له (والثاني) للورثة، وإن لم تسم الدار بعد انهدامها دارا. (فإن قلنا) إن القبول يبنى عن تقدم الملك، فالوصية جائزة وجهان واحدا وله العرصه وجميع ما فيها من منفصل أو متصل، إذا كان عند الموت متصلا، وإن قيل: إن القبول هو المملك مع بطلان الوصية بانهدامها على مضي من الوجهين (أحدهما) باطله (والثاني) جائزة وله ما اتصل بها. وفي المنفصل وجهان: وما بقى من كلام المصنف فعلى وجهه وليس فيه أقاويل تذكر، والله تعالى أعلم بالصواب.

قال المصنف رحمه الله تعالى: باب الاوصياء لا تجوز الوصية الا إلى بالغ عاقل حر عدل، فأما الصبي والمجنون والعبد والفاسق فلا تجوز الوصية إليهم، لانه لاحظ للميت ولا للطفل في نظر هؤلاء ولهذا لم تثبت لهم الولاية، وأما الكافر فلا تجوز الوصية إليه في حق المسلم، لقوله عز وجل لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خبالا، ودوا ما عنتم) ولانه غير مأمون على المسلم، ولهذا قال الله تعالى لا يرقبون في مؤمن إلا ولا ذمه) وفي جواز الوصية إليه في حق الكافر وجهان (أحدهما) أنه يجوز لانه يجوز أن يكون وليا له فجاز أن يكون وصيا له كالمسلم (والثاني) لا يجوز كما لا تقبل شهادته للكافر والمسلم. (فصل) وتجوز الوصية إلى المرأة لما روى أن عمر رضى الله عنه وصى إلى ابنته حفصة في صدقته ما عاشت، فإذا ماتت فهو إلى ذوى الرأي من أهلها، ولانها من أهل الشهادة فجازت الوصية إليها كالرجل. واختلف أصحابنا في الاعمى فمنهم من قال: تجوز الوصية إليه لانه الشهادة فجازت الوصية إليه كالصير، ومنهم من قال لا تجوز الوصية لانه تفتقر الوصية إلى عقود لا تصح من الاعمى، وفضل نظر لا يدرك الا بالعين. (الشرح) تصح الوصية إلى الرجل العاقل المسلم الحر العدل اجماعا، ولا تصح إلى مجنون ولا طفل ولا وصية مسلم إلى كافر بغير خلاف نعلمه، لان المجنون والطفل ليسا من أهل التصرف في أموالهما، فلا يليان على غيرهما، والكافر ليس من أهل الولاية عن مسلم، لقوله تعالى لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خبالا ودوا ما عنتم قد بدت البغضاء من أفواههم وما تخفى صدورهم أكبر). قال ابن أبي حاتم حدثنا أبي حدثنا أبو أيوب محمد بن الوزان حدثنا عيسى ابن يونس عن أبي حيان التيمى عن أبي النباع عن ابن أبي الدهقانة قال: قيل

لعمري بن الخطاب رضى الله عنه: إن ههنا غلاما من أهل الحيرة حافظ كاتب فلو اتخذته كتابا؟ فقال: قد اتخذت إذن بطانة من دون المؤمنين. فعلى هذا الاثر مع هذه الآية دليل على أن أهل الذمة لا يجوز استعمالهم في الكتابة التي فيها استتالة على المسلمين واطلاع على دواخل أمورهم التي يخشى أن يفشوها إلى الأعداء من أهل الحرب، ولهذا قال تعالى لا يألونكم خبالا ودوا ما عنتم) وما هنا مصدرية فيكون المصدر الصريح المفعول لودوا (عنتم). وقال الحافظ أبو يعلى: حدثنا إسحاق بن إسرائيل حدثنا هشيم حدثنا العوام عن الأزهر بن راشد قال: كانوا أنسا فإذا حدثهم بحديث لا يدرون ما هو أتوا الحسن البصري فيفسره لهم قال: فحدث ذات يوم عن النبي صلى الله عليه وسلم لا تستصنوا بنار المشركين ولا تنقشوا في خواتيمكم عربيا) فأتوا الحسن ففسر لهم الاستصناء لا تستشيروا المشركين في شئونكم تصديق ذلك في كتاب الله وتلا الآية، ويقول الشافعي رضى الله عنه في الام في باب الاوصياء ولا تجوز الوصية الا إلى بالغ مسلم عدل. وروى ابن اسحاق وغيره عن ابن عباس قال: كان رجال من المسلمين يواصلون رجالا من اليهود، لما كان بينهم من الجوار والحلف في الجاهلية، فانزال الله تعالى فيهم ينهاهم عن مباطلتهم تخوف الفتنة عليهم هذه الآية، وأخرج عبد بن حميد انها نزلت في المنافقين من أهل المدينة، هي المؤمنون ان يتولوهم ومن ثم فلا تصح وصية مسلم إليه لانه لا يلي على مسلم، ولانه ليس من أهل الشهادة ولا العدالة فلم تصح الوصية إليه كالمجنون والفاسق، وأما وصية الكافر إليه، فان لم يكن عدلا في دينه لم تصح الوصية إليه، لان عدم العدالة في المسلم يمنع صحة الوصية إليه فمع الكفر أولى، وان كان عدلا في دينه ففيه وجهان. أحدهما: تصح الوصية إليه، وهو قول أصحاب الرأي لانه يلي بالنسب فيلى الوصية كالمسلم. والثاني لا تصح، وهو قول أبي ثور لانه فاسق فلم تصح الوصية إليه كفاسق المسلمين. ولأصحاب أحمد وجهان كهذين، وأما وصية الكافر إلى المسلم الا أن تكون تركته خمرا أو خنزيرا.

أما الوصية إلى المرأة فإنها تصح في قول أكثر أهل العلم، وروى ذلك عن شريح. وبه قال مالك الثوري والأوزاعي والحسن بن صالح واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وأحمد بن حنبل، ولم يحزه عطاء، لانها لا تكون قاضية فلا تكون وصية. دليلنا أن عمر رضى الله عنه أوصى إلى حفصة، ولانها من أهل الشهادة فاشبهت الرجل، وتخالف القضاء، فان المعتبر له الكمال في الخلقة والاجتهاد بخلاف الوصية، وتصح الوصية للاعمى في أحد الوجهين لانه من أهل الشهادة وهو قول أحمد وأصحابه، ولم يسلم القائلون بالجواز لمخالفتهم حكمهم، لانه يمكنه التوكيل فيما يحتاج إلى نظر، ثم انه من أهل الشهادة والولاية في النكاح، والولاية على أولاده الصغار، فصحت الوصية إليه كالصير. وعلى الوجه الآخر عند أصحابنا انه لا تصح الوصية إليه بناء على انه لا يصح بيعه ولا شراؤه فلا يوجد فيه معنى الولاية، وقد مضى في البيوع وفي السلم وفي غيرها مزيد بيان. أما الصبي العاقل فلا تصح الوصية إليه لانه ليس من أهل الشهادة والاقرار، ولا يصح تصرفه الا بإذن، فلم يكن من أهل الولاية بطريق الاولى، ولانه مولى عليه، فلا يكون واليا كالطفل والمجنون وهو الصحيح من مذهب الحنابلة وليس عندهم نص عن

أحمد فيه، وإنما رجح أكثرهم مذهبنا في الصبي الا القاضى فقد قال:
قياس المذهب صحة الوصية إليه، لان احمد قد نص على صحة وكالته وأما
الفاسق فان الوصيه إليه لا تصح في قول مالك والشافعي واحمد. وفي
رواية عن احمد صحة الوصية إليه في رواية ابن منصور عنه وعند الخرقى
من الحنابلة إذا كان خائفا ضم إليه أمين وقال ابن قدامه: وهذا يدل على
صحة الوصية إليه وبضم الحاكم إليه امينا. وقال أبو حنيفة تصح الوصية إليه
وينفذ تصرفه وعلى الحاكم عزله لانه بالغ عاقل فصحت الوصيه إليه
كالعدل، وبهذا يكون على قول أصحاب الحمد عدم جواز إفراده بالوصية.
وعند ابى حنيفة لا يجوز إقراره على الوصيه. والله تعالى اعلم

[511]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) واختلف أصحابنا في الوقت الذى
تعتبر فيه الشروط التى تصح بها الوصية إليه، فمنهم من قال يعتبر ذلك
عند الوفاة، فإن وصى إلى صبي فبلغ أو كافر فاسلم أو فاسق فصار عدلا
قبل الوفاة صحت الوصية، لان التصرف بعد الموت فاعتبرت الشروط عنده
كما تعتبر عدالة الشهود عند الاداء أو الحكم دون التحمل، ومنهم من قال:
تعتبر عند العقد وعند الموت، ولا تعتبر فيما بينهما، لان حال العقد حال
الايجاب، وحال الموت حال التصرف فاعتبر فيهما. ومنهم من قال: تعتبر
في حال الوصية وفيما بعدها، لان كل وقت من ذلك يجوز ان يستحق فيه
التصرف بان يموت، فاعتبرت الشروط في الجميع. (فصل) وإن وصى إلى
رجل فتغير حاله بعد موت الموصى - فإن كان لضعف - ضم إليه معين أمين،
وإن تغير بفسق أو جنون بطلت الوصية إليه ويقم الحاكم من يقوم مقامه.
(فصل) ويجوز ان يوصى إلى نفسين. لما روى ان فاطمة بنت رسول الله
صلى الله عليه وسلم جعلت النظر في وقفها إلى على كرم الله وجهه،
فإن حدث به حدث رفعه إلى ابنيها فيليانها، ويجوز ان يجعل اليهما والى
كل واحد منهما لانه تصرف مستفاد بالاذن، فكان على حسب الاذن، فإن
جعل إلى كل واحد منهما جاز لكل واحد منهما ان ينفرد بالتصرف، فان
ضعف احدهما أو فسق أو مات جاز للآخر ان ينصرف ولا يقام مقام الآخر
غيره لان الموصى رضى بنصر كل واحد منهما وحده، فان وصى اليهما لم
يجز لاحدهما ان ينفرد بالتصرف لانه لم يرض بأحدهما، فان ضعف احدهما
ضم إليه من يعينه، فان فسق أحدهما أو مات أقام الحاكم من يقوم مقامه
لان الموصى لم يرض بنظره وحده، فان اراد الحاكم ان يفوض الجميع إلى
الثاني لم يجز لانه لم يرضى الموصى باجتهاده وحده فان ماتا أو فسقا
فهل للحاكم ان يفوض إلى واحد. فيه وجهان (أحدهما) يجوز، لانه سقط
حكم الوصية بموتها وفسقهما فكان الامر فيه إلى الحاكم (والثاني) لا
يجوز لانه لم يرضى بنظر واحد، وان اختلف

[512]

الوصيان في حفظ المال جعل بينهما نصفين، فإذا بلغا إلى التصرف - فان
كان التصرف إلى كل واحد منهما - تصرف كل واحد منهما في الجميع، وان
كان اليهما لم يجز لاحدهما ان ينفرد بالتصرف دون الآخر. (فصل) ومن
وصى إليه في شئ لم يصر وصيا في غيره ومن وصى إليه إلى مدة لم يصر

وصيا بعد المدة لانه تصرف بالاذن فكان على حسب الاذن. (الشرح)
الشروط التى اسلفنا تقريرها هل تعتبر في الوصي حال العقد أو حال
الموت أو حال العقد والموت ؟ على اختلاف بين اصحابنا، والى اعتبارها
حال العقد ذهب أحمد وأصحابه في أحد الوجهين عندهم، لانها شروط لعقد
فتعتبر حال وجوده كسائر العقود فلا ينفع وجودها بعده، وعلى الوجه
الثاني لو كانت الشروط كلها منتفية أو بعضها حال العقد ثم وجدت حالة
الموت لصحت الوصية إليه، وهو الوجه الثاني عند أصحاب أحمد. والوجه
الثالث: ان تعتبر حال صدور العقد عند الوفاة، ولا تعتبر حالة فيما بينهما
من الزمن كما سيأتى. (فرع) الوصية ولاية وامانة والفاسق ليس من
اهلها، فعلى هذا إذا كان الوصي فاسقا فحكمه حكم من لا وصى له عند
أصحاب أحمد، وينظر الحاكم في ماله، وعند أحمد أن الوصية باطلة ابتداء
كالذى طرا عليه فسقه بعد الوصية نزول ولايته ويقوم الحاكم مقامه امينا،
وهذا هو قول الثوري والشافعي واسحاق واحمد ابن حنبل. وعلى قول
بعض الحنابلة كالخرقي تصح الوصية ويضم إليه امين ينظر معه، وروى ذلك
عن الحسن وابن سيرين لانه امكن حفظ المال بالامين، تعين ازالة يد
الفاسق الخائن وقطع تصرفه، لان حفظ المال على اليتيم اولى من رعاية
قول الموصى الفاسد. واما العدل الذى يعجز عن النظر لعله أو ضعف طرا،
فان الحاكم يضم إليه امينا، ولا تزول يده عن المال ولا نظره ويكون الاول
هو الوصي دون الثاني، وهذا معاون له، لان ولاية الحاكم انما تكون عند
عدم الوصي، وهذا قول الشافعي وابى يوسف واحمد بن حنبل ولا اعلم
لهم مخالفا.

[513]

اما إذا تغير حال الوصي بجنون أو كفر أو سفه أو فسق زالت ولايته وصار
كانه لم يوص إليه، ويرجع الامر إلى الحاكم فيقيم امينا ناظرا الميت في
امره وامر اولاده من بعده كما لو لم يخلف وصيا اما إذا تغيرت حالته بعد
الوصية وقبل الموت ثم عاد فكان عند الموت جامعا لشروط الوصية صحت
الوصية إليه. لان الشروط موجودة حال العقد والموت فصحت الوصية كما
لو لم تتغير حاله. هذا وجه ووجه آخر تبطل لان كل حالة منها حالة للقبول
والرد فاعتبرت الشروط فيها. فاما ان زالت بعد الموت وانعزل ثم عاد
فكامل الشروط لم تعد وصيته لانها زالت فلا تعود الا بعقد جديد. إذا ثبت هذا
فانه يجوز للرجل الوصية إلى اثنين. فمتى اوصى اليهما مطلقا لم يجر
لواحد منهما الانفراد بالتصرف، فان مات احدهما أو جن أو وجد منه ما
يوجب عزله اقام الحاكم مقامه امينا، لان الموصى لم يرض بنظر هذا
الباقي منهما وحده، فان اراد الحاكم رد الباقي منهما فوجهان: احدهما لا
يجوز. والثانى: يجوز. لان النظر لو كان له لموت الموصى عن غير وصية
كان له رده إلى واحد كذلك ههنا، فيكون ناظرا بالوصية من الموصى
والامانة من جهة الحاكم. ولنا ان الموصى لم يرض بتصرف هذا وحده
فوجب ضم غيره إليه، لان الوصية مقدمة على نظر الحاكم واجتهاده. فان
كانت الوصية بالاذن لكل واحد منهما ان يتصرف منفردا، فإذا مات احدهما
أو جن أو ارتد أو فسق جاز للاخر ان يتصرف ولا يقام مقام الاخر غيره لان
تصرف الباقي منهما على حسب الاذن مستفاد منه، ولانه رضى بنظر كل
واحد منهما وحده، فلا سبيل إلى اقامه بديل لمن بطل عقده. وان تغيرت
حالهما جميعا بموت أو غيره فهل للحاكم ان ينصب مكانهما واحدا ؟ فيه
وجهان احدهما له ذلك، لانه لما عدم الوصيان صار الامر إلى الحاكم بمنزلة

ما لم يوص، ولو لم يوص لاكتفى بواحد، كذا ههنا، ويفارق ما إذا كان احدهما حيا لان الموصى بين انه لا يرضى بهذا وحده بخلاف ما إذا ماتا معا

[514]

والثاني لا يجوز ان ينصب الا اثنين لان الموصى لم يرض بواحد فلم يقتنع به كما لو كان احدهما حيا فاما ان جعل لكل واحد منهما التصرف منفردا فمات احدهما أو خرج من الوصية لم يكن للحاكم ان يقيم مقامه امينا لان الباقي منهما له النظر بالوصية فلا حاجة إلى غيره، وان ماتا معا أو خرجا عن الوصية فللحاكم ان يقيم واحدا يتصرف، وان تغيرت حال احد الوصيين تغييرا لا يزيله عن الوصية كالعجز عنها لضعف أو علة ونحو ذلك، وكان لكل واحد منهما التصرف منفردا، فليس للحاكم ان يضم اليهما امينا، لان الباقي منهما يكفي، الا ان يكون الباقي منهما يعجز عن التصرف وحده لكثرة العمل ونحوه، فله ان يقيم امينا، وان كانا ممن ليس لاحدهما التصرف على الانفراد فعلى الحاكم ان يقيم مقام من ضعف منهما عنها امينا يتصرف معه على كل حال فيصيرون ثلاثة: الوصيان والامين معهما. وليس لواحد منهم التصرف وحده (فرع) قوله: ومن وصى إليه في شئ لم يصر وصيا في غيره الخ. وهذا صحيح لانه يجوز ان يوصى إلى رجل بشئ دون شئ، مثل ان يوصى إلى انسان بتفريق وصيته دون غيرها أو بقبض معاشه أو بقضاء ديونه، أو بالنظر في امر أطفاله فحسب، فلا يكون له غير ما جعل إليه ويجوز ان يوصى إلى انسان بقبض معاشه لصغره، وبآخر للانفاق عليهم من هذا المعاش، والى آخر بقضاء ديونه، والى آخر بالانفاق على أطفاله، فلا يكون لكل واحد منهم الا ما جعل له دون غيره، ومتى اوصى إليه بشئ لم يصر وصيا في غيره. وبهذا قال الشافعي واحمد بن حنبل وقال أبو حنيفة: يصير وصيا في كل ما يملكه الوصي، لان هذه ولاية تنقل من الاب بموته، فلا تتبع كولاية الجد ولنا انه استفاد التصرف بالاذن من جهة انسان، فكان مقصورا على ما اذن فيه كالوكيل. وولاية الجد ممنوعة ثم ولاية الجد استفادها بقربته وهي لا تتبع والاذن يتبع فافترقا. وكذلك إذا اوصى له إلى زمن معين موصوف، كان إذا بلغ الصبي أو قدم

[515]

المسافر، أو معين كقوله إلى سنة ثمان وثمانين وثلاثمائة بعد الاف، وهو العام الذي نخط فيه هذا الشرح، فانه لا يجوز ان يتجاوزه لان الاذن موقت بالعام المذكور. والله اعلم قال المصنف رحمه الله تعالى: (فصل) وللوصي ان يوكل فيما لم تجر به العادة ان يتولاه بنفسه كما قلنا في الوكيل، ولا يجوز ان يوصى إلى غيره، لانه يتصرف بالاذن فلم يملك الوصية كالوكيل، فان قال اوصيت اليك: فان مت فقد اوصيت إلى فلان صح، لان عمر رضى الله عنه وصى إلى حفصة، فإذا ماتت فالى ذوى الراى من اهلها، ووصت فاطمة رضى الله عنها إلى على كرم الله وجهه، فإذا مات فالى ابنائها، ولانه علق وصية التالى على شرط، فصار كما لو قال وصيت اليك شهرا ثم قال إلى فلان، فان اوصى إليه واذن له ان يوصى إلى من يرى فقد قال في الوصايا لا يجوز. وقال في اختلاف العراقيين يجوز. فمن

اصحابنا من قال يجوز قولاً واحداً لانه ملك الوصية والتصرف في المال، فإذا جاز ان ينقل التصرف في المال إلى الوصي جاز ان ينقل الوصية إليه، وما قال في الوصايا اراد إذا اطلق الوصية ومنهم من قال فيه قولان (أحدهما) يجوز لما ذكرناه (والثاني) لا يجوز لانه يعقد الوصية عن الموصى في حال لا ولاية له فيه. وان وصى إليه واذن له ان يوصى بعد موته إلى رجل بعينه ففيه وجهان (أحدها) يجوز لانه قطع اجتهاده فيه بالتعيين (والثاني) انه كالمسالة الاولى لان علة المسالتين واحدة (فصل) ولا تتم الوصية إليه الا بالقبول لانه وصية فلا تتم الا باقبال كالوصية له. وفي وقت القبول وجهان (أحدهما) يصح القبول في الحال لانه اذن له في التصرف فصح القبول في الحال كالوكالة (والثاني) لا يصح الا بعد الموت كالقبول في الوصية له. (فصل) وللموصى ان يعزل الوصي إذا شاء، وللوصي ان يعزل

[516]

نفسه متى شاء، لانه تصرف بالاذن فجاز لكل واحد منهم فسخه كالوكالة. (فصل) إذا بلغ الصبي واختلف هو والوصي في الفقه، فقال الوصي انفقت عليك، وقال الصبي لم تنفق علي، فالقول قول الوصي لانه امين وتتعدر عليه إقامة البينة على النفقة، فإن اختلفا في قدر النفقة فقال: انفقت عليك في كل سنة مائة دينار. وقال الصبي بل انفقت على خمسين ديناراً، فان كان ما يدعيه الوصي النفقة بالمعروف فالقول قوله لانه امين، وان كان اكثر من النفقة بالمعروف فعليه الضمان لانه فرط في الزيادة وان اختلفا في المدة فقال الوصي: انفقت عشر سنين، وقال الصبي خمس سنين، ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول ابي سعيد الاصطخري ان القول قول الوصي، كما لو اختلفا في قدر النفقة (والثاني) وهو قول اكثر اصحابنا ان القول قول الصبي، لانه اختلاف في مدة، الاصل عدمها (فصل) وان اختلفا في دفع المال إليه فادعى الوصي انه دفعه إليه وانكر الصبي، ففيه وجهان (أحدهما) وهو المنصوص ان القول قول الصبي لانه لم ياتمه على حفظ المال فلم يقبل قوله عليه، كالمودع إذا ادعى دفع الوديعة إلى وارث المودوع، والملتقط إذا ادعى دفع اللقطة إلى مالكها (والثاني) ان القول قول الوصي كما قلنا في النفقة. (الشرح) الاحكام: إذا اوصى له في شيء لا يحسن القيام به بنفسه جاز له ان يوكل عنه من يتولاه، كان كان ما عهد إليه بالوصية فيه كثير الجوانب متعدد الجهات بحيث يحتاج الوصي إلى من يعينه على ادائه وكذلك لو كان العمل شاقاً لا يقدر مثله على القيام به ويحتاج إلى شخص قوي يؤديه، أو كان اعمل يفتر إلى مهارة أو فن خاص له دارسوه والمتخصصون فيه كالهندسة ونحوها جاز له

[517]

توكيل غيره ممن يمثل هذه الامور، وكذلك لو كان العمل سهلاً ولكن من الاعمال التي يترفع الوصي في العادة عن مثلها لدناءتها جاز له ان يوكل من يقوم بها أما الوصية إلى غيره بغيره اذن من الموصى فانه لا يصح ذلك منه قولاً واحداً. أما إذا قال: اوصيت اليك ومن بعدك إلى فلان، فان ذلك جائز ولا كلام لما روينا عن عمر انه وصى إلى حفصة، فإذا ماتت فالى ذوى

الرأى من قومها، ولذا جاز أن وصى إلى من يخلفه بالتعيين كأوصيت إلى فلان فإذا مات فالأى فلان كما أوصيت فاطمة إلى على ومن بعده إلى ولديها السبطين رضى الله عنهما، كما يجوز أن يوصى إلى من يخلفه بالوصف كقول عمر: فالى ذوى الرأى من قومها، وتجرى هذه الوصية مجرى المعلق على شرط كالوصية إلى أجل معين أو موصوف على ما مضى في الفصل قبله. أما إذا أوصى إليه ثم أذن له أن يوصى إلى من يرى أو إلى من يشاء، أو كل من أوصيت إليه فقد أوصيت إليه أو فهو وصى فقد قال الشافعي رضى الله عنه في الوصايا من الام: ولو أوصى رجل إلى رجل فمات الموصى إليه وأوصى بما أوصى به إلى رجل لم يكن وصى الموصى وصيا للميت الاول، لان الميت الاول لم يرص الموصى الآخر. ولو قال: أوصيت إلى فلان فان حدث به حدث فقد أوصيت إلى من وصى إليه لم يجز ذلك لانه انما أوصى بمال غيره. وقال في اختلاف العراقيين في نسخة السراج البلقيني باب الوصي من اختلاف العراقيين، وهى بعد وصية الامام الشافعي رضى الله عنه التى كتبها قبل موته قال الشافعي رحمه الله تعالى: ولو أن رجلا أوصى إلى رجل فمات الموصى إليه فأوصى إلى آخر، فان أبا حنيفة كان يقول: هذا الآخر وصى الرجلين جميعا وبهذا يأخذ، وكذلك بلغنا عن ابراهيم، وكان ابن أبى ليلى يقول: هذا الآخر وصى الذى أوصى إليه، ولا يكون وصيا للاول الا أن يقول الثانى: قد أوصيت اليك في كل شئ، أو يذكر وصية الآخر. فمن أصحابنا من قال بالجواز قولاً واحداً لانه ملك الوصية والتصرف في المال

[518]

ورضى الموصى باجتهاده واجتهاد من براه فصح كما لو وصى اليهما معا، وهذا قول أكثر أهل العلم، واليه ذهب أحمد وأصحابه. وقالوا لانه ما دون له في الاذن في التصرف فجاز له أن يأذن لغيره كالوكيل إذا أمر بالتوكيل، وما قال الشافعي في الوصايا أراد إذا أطلق الوصية. ومن أصحابنا من قال: فيه قولان. أحدهما: يجوز لما أثبتناه، والثانى لا يجوز لانه ليس له أن يوصى لانه بتوليئه فلا يصح أن يولى فيما لا ولاية له فيه. أما إذا وصى له وأذن له في أن يوصى إلى فلان بعده بعينه ففيه وجهان (أحدهما) يجوز، لانه لم يترك له اعمال الوصع ولا بذل الجهد في تعيينه فقد أذن له أن يوصى إليه معيناً باسمه فصح كما لو أوصى له ثم من بعده إلى فلان، والثانى: انه كالمسأله قبلها لانه كان بوسعها أن يوصى إليه من بعده، ولكنه أذن له في الوصية فكانه جعل الوصية من شأنه. وجمله ذلك أنه لا يجوز للموصى أن يوصى إلى غيره، وهو قول الشافعي واسحاق وأحد قولى أحمد. والظاهر من مذهب الخرقى من الحنابلة لقوله في ذلك في الوكيل لانه يتصرف بتوليئه فلم يكن له التقويض كالوكيل. وقال مالك وأبو حنيفة والثوري وأبو يوسف وأحمد في أحد قوليه له أن يوصى إلى غيره. (فرع) يصح قبول الوصية وردّها في حياة الموصى، لانها اذن في التصرف فصح قبوله بعد العقد كالوكيل، وهى لا تتم الا بالقبول كالوصية له، والفرق بينهما أن الاولى اذن له في التصرف والثانية تملك في وقت فلم يصح القبول قبل الوقت، هذا وجه والوجه الآخر أنه يجوز تأخير القبول إلى ما بعد الموت لانها نوع وصية فصح قبولها بعد الموت كالوصية له، ومتى قبل صار وصيا وله عزل نفسه متى شاء مع القدرة والعجز في حياة الموصى، وبعد موته بمشهد منه وفى غيبته، وبهذا قال الشافعي وأحمد. وقال أبو حنيفة لا يجوز له ذلك بعد الموت بحال ولا يجوز في حياته الا بحضورته: لانه غره بالتزام وصيته ومنعه بذلك الايضاء إلى غيره، وذكر ابن أبى موسى

رواية عن أحمد: ليس له عزل نفسه بعد الموت لذلك، وهذا فاسد لانه
متصرف باذن فكان له عزل

[519]

نفسه كلوكيل، فأما اختلاف الوصي والوصى فقد مضى كلامنا فيه في
الحجر وفي الوكالة، وبعض صورته في الوديعة، والله تعالى أعلم بالصواب.
قال المصنف رحمه الله: (فصل) ولا يلحق الميت مما يفعل عنه بعد موته
بغير إذانه إلا دين يقضى عنه أو صدقة يتصدق بها عنه أو دعاء يدعى له، أ
فأما الدين فالدليل عليه ما روى أن امرأة من خثعم (سألت رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن الحج عن أبيها فأذن لها، فقالت: أينفعه ذلك؟
قال نعم كما لو كان على أبيك دين فقضيته نفعه) وأما الصدقة فالدليل
عليها ما روى ابن عباس (أن رجلاً قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم:
إن أمة توفيت أفينفعها أن أتصدق عنها؟ فقال: فإن لى مخرفاً فأشهدك
أبى قد تصدقت به عنها): وأما الدعاء فالدليل عليه قوله عزوجل (والذين
جاءوا من بعدهم يقولون: ربنا اغفر لنا ولاخواننا الذين سبقونا بالايمان)
فأثنى الله عزوجل عليهم بالدعاء لآخوانهم من الموتى، وأما ما سوى ذلك
من القرب كقراءة القرآن وغيرها فلا يلحق الميت ثوابها. لما روى أبو
هريرة رضى الله عنه (أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: إذا مات الانسان
انقطع عنه عمله إلا من ثلاث، صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح
يدعوه له) واختلف أصحابنا فيمن مات وعليه كفارة يمين فأعتق عنه، فمنهم
من قال لا يقع العتق عن الميت بل يكون للعتق لان العتق غير متحتم على
الميت لانه كان يجوز له تركه إلى غيره فلم يقع عنه، كما لو تطوع بالعتق
عنه في غير الكفارة، ومنهم من قال: يقع عنه لانه لو أعتق في حياته
سقط به الفرض، وبالله التوفيق. (الشرح) حديث المرأة الخثعمية رواه
أصحاب الكتب الستة وأحمد في مسنده عن ابن عباس، وأخرجه أحمد
والترمذي وصححه والبيهقي من حديث علي بن أبي طالب رضى الله عنه.
وعن عبد الله بن الزبير قال: جاء رجل من خثعم إلى رسول الله صلى لله
عليه وسلم فقال: إن أبى أدركه الاسلام وهو شيخ كبير

[520]

لا يستطيع ركوب الرجل والحج مكتوب عليه أفأحج عنه؟ قال أنت أكبر
ولده؟ قال نعم. قال رأيت لو كان على أبيك دين فقضيته عنه أكان يجزى
ذلك عنه؟ قال نعم قال فأحج عنه) رواه أحمد ولنسائي بمعناه ووقال
الحافظ ابن حجر سنده صالح. وعن ابن عباس أيضاً أن امرأة من جهينة
جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: إن أمي نذرت أن تحج فلم
تحج حتى ماتت أفأحج عنها؟ قال نعم حجي عنها. رأيت لو كان على أمك
دين أكنت قاضيته، اقضوا الله فالله أحق بالوفاء. رواه البخاري والنسائي
بمعناه. وعند أحمد ورواية أخرى للبخاري بنحو ذلك وفيها قال: جاء رجل
فقال إن أختي نذرت أن تحج، وهو يدل على صحة الحج عن الميت من
الوارث وغيره حيث لم يستغضله أو ارث هو أم لا، وشبهه بالدين وروى
الدارقطني عن ابن عباس أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال:
إن أبى مات وعليه حجة الاسلام أفأحج عنه؟ (الحديث) أما حديث ابن عباس

أن رجلا قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم (إن أمتي توفيت أينفعها إن تصدقت عنها؟ قال نعم قال: فإن لى مخرقا فأنا أشهدك أنى قد تصدقت به عنها) فقد رواه البخاري والترمذي وأبو داود والنسائي وقد ورد اسم الرجل الذى سأل النبي صلى الله عليه وسلم في رواية البخاري أنه سعد ابن عبادة، وبؤيد ذلك أن احمد والنسائي أخرجا حديثا عن الحسن عن سعد بن عبادة أن أمه ماتت فقال (يا رسول الله إن أمتي ماتت أفأتصدق عنها؟ قال نعم قلت: فأى الصدقة أفضل؟ قال سقى الماء، قال الحسن: فتلك سقاية آل سعد بالمدينة) أما حديث (إذا مات ابن آدم) فقد رواه مسلم وأصحاب السنن من حديث أبى هريرة رضى الله عنه. لفظ مسلم (إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له) أما قوله تعالى من سورة الحشر (والذين جاءوا من بعدهم يقولون ربنا اغفر لنا ولاخواننا الذين سبقونا بالايمان) فقد روى عن سعد بن أبى وقاص قال: الناس على ثلاث منازل قد مضت منزلتان يعنى قوله تعالى (للفقراء المهاجرين الذى أخرجوا من ديارهم وأموالهم يبتغون فضلا من الله ورضوانا وينصرون

[521]

الله ورسوله أولئك الصادقون، والذين تبوءوا الدار والايمان من قبلهم يحبون من هاجر إليهم ولا يجدون في صدورهم حاجة مما أوتوا إلى قوله تعالى (المفلحون) ثم قال: وبقيت منزلة، فأحسن ما أنتم كاثنون عليه أن تكونوا بهذه المنزلة التى بقيت، ثم قرأ: والذين جاءوا من بعدهم. الآية أما اللغات فقوله: فإن لى مخرقا. في رواية مخرفا، والمخرف والمخرف الحديقة من النخل أو العنب أما أحاديث الفصل فإنها تدل على ان الصدقة من الولد تلحق الوالدين بعد موتهم بدون وصية منهما، ويصل اليهما ثوابها فيخصص العام من قوله تعالى (وأن ليس للانسان إلا ما سعى) اخبرنا الربيع بن سليمان قال حدثنا الشافعي إملاء قال: يلحق الميت من فعل غيره وعمله ثلاث: حج يؤدي عنه، ومال يتصدق به عنه أو يقضى، ودعاء. فأما ما سوى ذلك من صلاة أو صيام فهو لفاعله دون الميت، وإنما قلنا بهذا دون ما سواه استدلالا بالسنة في الحج خاصة قياسا. وذلك الواجب دون التطوع ولا يحج احد عن احد تطوعا لانه عمل على البدن. فأما المال فإن الرجل يجب عليه فيما له الحق من الزكاة وغيرها فيجزيه ان يؤدي عنه بأمره لانه إنما اريد بالفرض فيه تأديته إلى اهله لا عمل البدن، فإذا عمل امرؤ عنى ما فرض من مالى فقد ادى الفرض عنى. واما الدعاء فإن الله عزوجل ندب العباد إليه. وأمر رسوله صلى الله عليه وسلم به فإذا جاز ان يدعى للاخ حيا جاز ان يدعى له ميتا، ولحقه ان شاء الله تعالى بركة ذلك، مع ان الله عز ذكره واسع لان يوفى الحى اجره ويدخل على الميت منفعتة. وكذلك كلما تطوع رجل عن رجل صدقة تطوع اه وقال شيخنا النووي في كتاب الاذكار في باب ما ينفع الميت من قول وغيره اجمع العلماء على ان الدعاء للاموات ينفعهم ويصلهم ثوابه: واحتجوا بقول الله تعالى (والذين جاءوا من بعدهم) الآية وغير ذلك من الآيات المشهورة بمعناها. وفى الاحاديث المشهورة كقوله صلى الله عليه وسلم: اللهم اغفر لاهل بقيع الغرقد، وكقوله صلى الله عليه وسلم: اللهم اغفر لحينا وميتنا وغير ذلك. واختلف العلماء في وصول ثواب قراءة القران، فالمشهور من مذهب الشافعي

وجماعة أنه لا يصل. وذهب أحمد بن حنبل وجماعة من العلماء وجماعة من أصحاب الشافعي إلى أنه يصل، والمختار أن يقول بعد القراءة: اللهم أوصل ثواب ما قرأته، والله أعلم اه وقال ابن النحوي في شرح المنهاج لا يصل إلى الميت عندنا ثواب القراءة على المشهور. والمختار الوصول إذا سأل الله إيصال ثواب قراءته، وينبغي الجزم به لأنه دعاء، فإذا جاز الدعاء للميت بما ليس للداعي، فلان يجوز بما هو له أولى، ويبقى الأمر فيه موقوفا على استجابة الدعاء، وهذا المعنى لا يخص بالقراء بل جرى في سائر الاعمال، والظاهر أن الدعاء متفق عليه انه ينفع الميت والحي القريب والبعيد بوصية وغيرها. وعلى ذلك أحاديث كثيرة، بل كان أفضل الدعاء ان يدعو لآخيه بظهر الغيب وقد حكى النووي في شرح مسلم الاجماع على وصول الدعاء إلى الميت، وكذا حكى أيضا الاجماع على أن الصدقة تقع عن الميت ويصل ثوابها ولم يقيد ذلك بالولد. وحكى الاجماع على لحوق قضاء الدين، والحق أنه يخص عموم الآية بالصدقة من الولد كما في أحاديث الفصل وبالحج من الولد كما في حديث الخثعمية ومن غير الولد أيضا كما في حديث المحرم عن أخيه شبرمة. وقد نشرت مطبعة الامام رسالة في هذا الموضوع مستوفاة اسمها (تفسير سورة يس) للسيد صديق حسن خان وجعلت في آخرها ما يتعلق بهذا الموضوع وهو يغنى عن التطويل هنا. تم الجزء الخامس عشر ويليه الجزء السادس عشر وأوله كتاب العتق