

فتح الملك العزيز بشرح الوجيز

تأليف
علي بن اليهاتو البغدادي الحنبلي
٨٢٢ هـ - ٩٠٠ هـ

دراسة وتحقيق
أ.و. محمد المكي بته وهيس

الجزء الرابع

١٤٢٣ هـ

بجميع الحقوق محفوظة للمحقق
أ.و. جبر الطائفة به وهيس
الطبعة الاولى ١٤٢٣هـ / ٢٠٠٢م

يطلب من
مكتبة ومطبعة النهضة الحريشة
مكة المكرمة - هاتف : ٥٧٤٤٥٩٥

دار خضير

للطباعة والنشر والتوزيع

ص.ب. : ١٣/١١٤١

بغداد - لبنان



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الشركة

شركة بوزن نعمة وبوزن سرقة . زاد بعضهم: وبوزن كفرة .
وهي ثابتة بالإجماع في الجملة .

ولأن فيها مرفقاً عظيماً للناس من جهة استعانة بعضهم ببعض فكانت مشروعة كسائر المرافق.

وسنده قوله تعالى : { وإن كثيراً من الخلقاء ليبغي بعضهم على بعض } [ص: ٢٤] ، والخلقاء هم الشركاء ، ولقوله عليه الصلاة والسلام: «إن الله تعالى يقول: أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا خانه خرجت من بينهما»^(١) رواه أبو داود من حديث أبي هريرة ورواته ثقات .

قال: (وهي عبارة عن الاجتماع في استحقاق أو تصرف).

ش : والشركة على ضربين: شركة أملاك ، وشركة عقود.

أما شركة الأملاك فضربان :

أحدهما : أن يحصل بفعلهما في ملك معين مثل أن يشتريا أو يوهب لهما فيقبلا.

الثاني : بغير فعلهما مثل: أن يرثا ، وكل واحد منهما في نصيب شريكه كالأجنبي

لا يصح تصرفه فيه إلا بإذنه .

وأما شركة العقود فضربان أيضاً:

أحدهما : صحيح وهو أنواع .

والضرب الثاني : فاسد. ويأتي إن شاء الله عز وجل بيان ذلك كله ، وهي

المقصودة هنا. ويعتبر لسائر أنواعها: أن يكون جائر التصرف في المال ؛ لأنه عقد على

التصرف في المال فلم يصح من غير جائر التصرف في المال كالبيع .

قال : (فاللعان بندان عالهما الحاضرين من القتلين لا العروض وإن اختلفا جنساً

(١) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في الشركة ٢٥٦/٣ ح ٣٣٨٣.

وصفة وقفراً، فإن غي أحدهما أو تلف بعد العقد ولو قبل خلطهما، أو ما^(١) اشتراه أحدهما فلهما ومنهما.

ش : الأول : شركة العنان : سميت بذلك ؛ لأن الشريكين^(٢) فيهما يتساويان في المال والتصرف كالفارسين إذا سَوَّيا بين فرسيهما وتساويا في السير . وقال الفراء: هي مشتقة من عن الشيء إذا عرض يقال: عنت له حاجة إذا عرضت ، لأن كلاً منهما قد عنَّ له أي عرض له مشاركة صاحبه . وقيل: هي مأخوذة من عانه إذا عارضه فكل منهما عارض صاحبه بمثل ماله وعمله .

وهي جائزة إجماعاً . ذكره ابن المنذر . وإن اختلف في بعض شروطها، وسواء كانا مسلمين أو أحدهما أو أكثر من اثنين . ولا تكره مشاركة كتابي إن وليَّ المسلم التصرف نص عليه ، لـ « نهيه عليه الصلاة والسلام عن مشاركة اليهودي والنصراني إلا أن يكون الشراء والبيع بيد مسلم ». رواه الخلال بإسناده عن عطاء ، وكرهه الأزجي . وروى عن ابن عباس ولم يعرف له في الصحابة مخالفاً .

ولأن أموالهم ليست بطيبة فإنهم يبيعون الخمر ويتبايعون بالربا، وكالجوسي نص عليه .

وتكره مشاركة من في ماله حلال وحرام على الصحيح من المذهب ، اختاره جماعة ، وقدمه في الفروع ، وعنه تحرم .

جزم به في المنتخب ، وجعله الأزجي قياس المذهب ، ونقل جماعة : إن غلب الحرام حرم معاملته وإلا كرهت ، وقيل : إن جاوز الحرام الثلث حرمت معاملته وإلا كُرهت . وأما كون صفتها كما ذكر المصنف رحمه الله تعالى ، فلأنها تجمع مالاً وعملاً من كل جانب ، لأن المال لو كان من جانب والعمل من آخر لكانت مضاربة .

وأما كون شركة العنان لا تصح إلا بماليهما الحاضرين من النقدين ، فلأن الشركة بغير ذلك إما أن تقع على الأعيان ، أو على القيمة، أو على الثمن ، والأول باطل ، لأن العقد يقتضي الرجوع عند المفاضلة برأس المال ، ولا مثل له فيرجع به .

(١) في الأصل: وما. وانظر الوجيز.

(٢) في الأصل: الشريكين.

والثاني مثله؛ لأن القيمة قد تزيد بحيث تستوعب جميع الربح ، وقد تنقص بحيث يشاركه الآخر في ثمن ملكه الذي ليس بربح .

ولأن القيمة غير متحركة المقدار فيفضي إلى التنازع .

والثالث: مثله ، لأن الثمن معدوم حال العقد.

قال في الشرح : ولا خلاف في أنه يجوز أن يجعل رأس المال دراهم أو دنانير إذا كانت غير مغشوشة؛ لأنها قيم الأموال وأثمان البياعات ، والناس يشتركون بها^(١) من لدن النبي ﷺ إلى زمننا هذا من غير نكير.

وقول المصنف: «الحاضرين» ، وهذا أيضاً من شرط صحتها، وهو الصحيح من المذهب ، لتقدير العمل وتحقيق الشركة، إذن كالمضاربة، وعليه أكثر علمائنا، لأنه لا يمكن التصرف به في الحال ، وهو مقصود الشركة، ولا يجوز أن يكون رأس المال مجهولاً ولا جزافاً ، فإنه لا بد من الرجوع عند المفاضلة ولا يمكن مع الجهل ، وقيل: أو حضور مال أحدهما، اختاره القاضي في الجرد وحمله في التلخيص على شرط إحضاره .

ولا فرق بين اختلافهما جنساً بأن يكون^(٢) أحدهما ذهباً أو فضة، أو لأحدهما صحاحاً وللآخر مكسرة . قاله في الكافي كذا . أو قدراً بأن كان أحدهما عشرين ، والآخر عشرة ، لأن المحذور للتوهم من ذلك التظالم بأخذ أحدهما ربح ما لا يملكه . وهو منلغع بسلوك طريق العدل بتوزيع وتقسيط أو شرط يتراضيان عليه .

ولا يشترط لانعقاد الشركة خلط المالين ، اكتفاء بارتباط قوليهما، أحدهما بالآخر، كصحة البيع بالتواجب وإن انتفى التقابض، فلو تلف أحد المالين قبل خلطهما كان من ضمانتهما كما لو تلف بعد الخلط .

وأما كون الشركة لا يشترط فيها أن يخلط الشريكان^(٣) المالين ، فلأنها عقد يقصد به الربح فلم يشترط فيه خلط المال كالمضاربة. أو يقال عقد على التصرف فلم يكن من شرطه الخلط كالوكالة .

(١) زيادة من المغني ١٢٤/٥ .

(٢) زيادة يقتضيها السياق.

(٣) في الأصل: الشريكان.

وأما كونها لا يشترط فيها أن يكونا من جنس واحد، فلأنهما من جنس الأثمان فصحت الشركة فيهما كالواحد .

فعلى هذا يصح أن يخرج الواحد دراهم ، والآخر دنانير، وإذا أراد القسمة أخذ صاحب الدراهم دراهمه ، وصاحب الدنانير دنانيه ثم يقسمان ما فضل بشرطه .

وأما كونه إذا نَمَى أحدهما أو تلف بعد العقد، ولو قبل خلطهما فلهما ومنهما ؛ فلأنه صار في حكم مالهما بعقد الشركة يوجب أن يكون من ضمانهما كالمختلط .

وأما كون ما اشتراه أحدهما فلهما ومنهما؛ فلأنهما لو اشتريا ذلك بعد الاختلاط لكان الحكم كذلك ، فكذلك إذا لم يختلطاً.

فائدة: لفظ الشركة يعني عن إذن صريح بالتصرف على الصحيح من المذهب .
قال في الفروع: ويعني لفظ «الشركة» على الأصح، وقدمه في التلخيص والفائق .
وعنه: لا بد من لفظ يدل على الإذن نص عليه . وهو قول في التلخيص وقدمه في الرعاية الكبرى.

وأما كونها تصح بالعروض على رواية، فلأن مقصود الشركة: أن يملك كل واحد منهما نصف مال الآخر وينفذ تصرفهما فيه، وهذا موجود في العروض فوجب أن يصح فيها كالأثمان.

فعلى هذا تُقَوِّم وقت العقد وتُجعل القيمة رأس المال ليتمكن العامل من رد رأس المال عند التفاضل، واختاره أبو بكر وأبو الخطاب وغيرهما وجزم به في المنور وقدمه في المحرر والنظم، وهو قول مالك. والأول المذهب، قاله الموفق في المغني.

وفيما تقدم تنبيه على الفرق بين الأثمان والعروض ولا يصح قياسهما عليها، والأول هو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي.

وقال الشافعي: إن كانت العروض من ذوات الأمثال؛ كالحبوب والأدهان جازت الشركة في أحد الوجهين، وإن لم تكن من ذوات الأمثال لم تجز وجهاً واحداً.

وهل تصح بالمغشوش والفلوس؟ على وجهين:

أحدهما: لا تصح، سواء قلّ الغش أو كثر، وبه قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة: إن كان الغش أقل من النصف جاز وإن كثر لم يجز. لأن الاعتبار

بالغالب في كثير من الأصول اللهم إلا أن يكون الغش قليلاً لمصلحة النقد كيسير الفضة في الدنانير كالحبة ونحوها، فلا اعتبار به؛ لأنه لا يمكن التحرز منه ولا يؤثر في ربا ولا غيره.

والثاني: أن الشركة تصح بها بناء على صحة الشركة في العروض، وقد تقدم ذلك، وحكم الشركة بها كالحكم في العروض، لأن قيمتها تزيد أشبهت العروض، ولا تصح الشركة بالفلوس، وبه قال أبو حنيفة والشافعي ويتخرج الجواز إذا كانت نافقة، فإن الإمام أحمد قال: لا^(١) أرى السلم في الفلوس؛ لأنه يشبه الصرف.

فروع: كل واحد منهما يتصرف في ماله بحكم الملك، وفي حق صاحبه بحكم الأمانة، فمن تصرف منهما في مال الشركة تصرفاً يضر بهما صح في حقه دون حق صاحبه مثل: إن أبرأ من ثمن مبيع أو أجله في مدة الخيار أو نحو ذلك، لأن الإضرار من قبل الخيانة وهي تنافي الأمانة.

قال: (والوضيعة بقدر المالكين).

ش: أما كون الوضيعة بما ذكر؛ فلأن الوضيعة على قدر رأس المال وهو مختص بالقدر . فيكون النقص منه دون غيره.

قال في الشرح: قال شيخنا: لا نعلم في ذلك خلافاً. وبه يقول أبو حنيفة والشافعي وغيرهما.

وفي شركة الوجوه تكون الوضيعة على قدر ملكيها في المشتري، سواء كان الربح بينهما كذلك أو لم يكن، وسواء كانت الوضيعة لتلف أو نقصان في الثمن عما اشترياه أو غير ذلك.

والوضيعة في المضاربة على المال خاصة لا شيء على العامل ليكون نقصه من ماله دون غيره، وإنما يشتركان فيما يحصل من النماء فأشبهه المساقاة والمزارعة، فإن ربّ الأرض والشجر يشارك العامل فيما يحدث من الزرع والثمر، وإن تلف الشجر أو هلك شيء من الأرض بغرق أو غيره لم يكن على العامل شيء.

(١) زيادة من المبدع ٦/٥، والمغني ١٢٦/٥.

قال: (ولا بد من تعيين ما لكل واحد من الربح، فإن قالوا: بيننا استويا، وإن أهملناه أو شرطاً لأحدهما جزءاً مجهولاً أو دراهم معلومة أو ربح أحد الثوين والباقي لهما بطل، وكذا المساقاة والمزارعة والمضاربة).

ش: أما كونه لا بد من تعيين ما لكل واحد من الربح جزءاً مشاعاً؛ كالنصف والثلث والربيع؛ فلأنها أحد أنواع الشركة، فاشترط علم نصيب كل واحد منهما من الربح كالمضاربة. ويكون الربح بينهما على ما شرطاه، سواء شرطاً لكل واحد منهما على قدر ماله من الربح أو أقل أو أكثر؛ لأن العمل يستحق به الربح بدليل المضاربة وقد يتفاضلان فيه لقوة أحدهما وحذقه فجاز أن يجعل له حظاً من الربح كالمضارب. وبهذا قال أبو حنيفة.

وقال مالك والشافعي: من شرط صحتها كون الربح والخسران على قدر المالكين؛ لأن الربح في هذه الشركة تبع للمال، فلا يجوز تغييره بالشرط كالوضيعة. ولنا: أن العمل مما يستحق به الربح فجاز أن يتفاضلا^(١) في الربح مع وجود العمل منهما كالمضاربين لرجل واحد، وذلك لأن أحدهما قد يكون أبصر بالتجارة من الآخر وأقوى على العمل فجاز أن يشترط زيادة في الربح في مقابلة عمله، كما يشترط الربح في مقابلة عمل المضارب. وفارق الوضيعة فإنها لا تتعلق إلا بالمال بدليل المضاربة. وأما كونهما إذا قالوا: بيننا استويا؛ فلأنه أضافه إليهما إضافة واحدة من غير ترجيح فاقتضى التسوية؛ كقوله: هذا الدار بيني وبينك، وكذلك الحكم في المضاربة إذا قال: الربح بيننا.

وأما كونهما إذا أهملنا الربح لم يصح فكالمضاربة. ولأنه المقصود من الشركة فلا يجوز الإخلال به. فعلى هذا يكون الربح بينهما على قدر المالكين. وأما كونهما إذا شرطاً لأحدهما جزءاً مجهولاً يبطل؛ فلأن الجهالة تمنع تسليم الواجب.

(١) في الأصل: يتفاضلان.

ولأن الربح هو المقصود من الشركة فلم يصح مع الجهالة؛ كالثمن والأجرة في الإجارة.

وإن قال: لك مثل ما شرط لفلان وهما يعلمانه صح، وإن جهلاه^(١) أو أحدهما لم يصح كالثمن في البيع.

وأما كونهما إذا شرطاً لأحدهما في الشركة والمضاربة دراهم معلومة أو شرط مع نصيبه دراهم مثل: أن يجعل لنفسه جزءاً وعشرة دراهم بطلت الشركة، فلأن العامل ينبغي أن تكون حصته معلومة بالقدر، فإذا جُهلَّت الأجزاء فسدت الشركة.

وحكاة ابن المنذر في القراض إجماع من يحفظ عنه فيما إذا جعلاً لأحدهما دراهم معلومة. فلو قال: لك نصف الربح إلا عشرة بطلت كزيادتها. وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي.

وإنما لم يصح لأمرين:

أحدهما: أنه إذا شرط دراهم معلومة احتمل أن لا يربح غيرها فيحصل على الربح، واحتمل أن لا يربحها فيأخذ من رأس المال، وقد يربح كثيراً فيستنصر من شرطت له الدراهم.

والثاني: تقدم.

وأما كونهما إذا شرطاً ربح أحد الثوين لأحدهما والباقي لهما بطل، فالحكم كما تقدم، وكذلك ربح إحدى السفرتين أو ربح تجارته في شهر أو عام بعينه لأنه قد يربح في ذلك المعين دون غيره، وقد يربح في غيره دونه فيختص أحدهما بالربح وهو مخالف لموضوع الشركة.

قال في الشرح: ولا نعلم في هذا خلافاً وإن دفع إليه ألفاً مضاربة وقال: لك ربح نصفه لم يجوز، وبهذا قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة: يجوز كما لو قال: لك نصف ربحه؛ لأن نصف ربحه هو نصف ربحه.

(١) في الأصل: جهلا. وانظر الكافي ٢/٢٦٨.

ووجه الأول: أنه شرط لأحدهما ربح بعض المال دون بعض فلم يجوز كما لو قال: لك ربح هذه الخمسمائة.
ولأنه يمكن أن يفرد نصف المال فيربح فيه دون النصف الآخر بخلاف نصف الربح، فإنه لا يؤدي إلى انفراده بربح شيء من المال.
وأما كون حكم المساقاة والمزارعة والمضاربة حكم الشركة فيما تقدم فبالقياس عليها.

فصل [فيما للشريكين من حقوق]

قال: (ولكل واحد منهما أن يبيع حالاً ويحبل ويقبض ويرهن ويؤجر ويعكس، ويرد بالعيب، ويقرض، ويضلع ويؤدع ويقابل ويفعل المصلحة).

ش: أما كون كل واحد من الشريكين يجوز له البيع والشراء فلا أنه بالنسبة إلى شريكه وكيل فملكهما كالوكيل.

وأما كونه يجوز له الحوالة والاحتيال، فلأنهما عقدا معاوضة.

وأما كونه يجوز له القبض والإقباض، فلا أنه مؤتمن في ذلك فملكهما بخلاف الوكيل في قبض الثمن لما تقدم فإنه قد لا يأمنه، ويجوز له المطالبة بالدين والمخاصمة فيه؛ لأن من ملك قبض شيء ملك المطالبة به والمخاصمة فيه، دليله ما لو وكله في قبض دينه.

وأما كونه يجوز له أن يرهن ويرتهن ويؤجر ويستأجر من مال الشركة وهو أحد الوجهين في الرهن، وهو الصحيح من المذهب. قال في المغني والشرح: أصح الوجهين. قال في الفروع: له أن يرهن ويرتهن في الأصح؛ لأنه من عادة التجار، وقدمه في المحرر والفائق.

والثاني: المنع من ذلك، فلأن المنافع أجريت مجرى الأعيان فصار كالشراء والبيع، وله المطالبة بالأجر لهما وعليهما؛ لأن حقوق العقد لا تختص بالعقد.

وقوله: «ويعكس» يعني في الصور المتقدم ذكرها؛ لأن ما تقدم ذكره ما فيه إلا البيع والحوالة والقبض والرهن والإيجار فقط.

وأما كونه يجوز له الرد بالعيب، سواء وليه هو أو صاحبه، فلأن الوكيل يرد به، فالشريك بطريق الأولى، وظاهره ولو رضي به شريكه.

وأما كونه يجوز له الإقرار بالعيب؛ فلأن الوكيل يُقبل إقراره على موكله بذلك نص عليه، فإذا ردت عليه بعيب خيّر بين قبولها أو إعطاء أرش العيب أو يحط من ثمنه أو يؤخر عنه لأجل العيب.

وأما كون كل واحد من الشريكين له الإيداع والإبضاع؛ فلأن ذلك عادة التجار، وهذا إحدى الروايتين في الإيداع، وهو الصحيح من المذهب صححه في التصحيح والنظم.

قال في المغني والشرح: والصحيح أن الإيداع يجوز عند الحاجة. والثاني: لا يجوز. قال في المحرر والفائق: لا يملك الإيداع في أصح الوجهين، وجزم به في المنور ومنتخب الأزرعي، وأطلقهما في الهداية والمستوعب والفروع وغيرهم.

وأما الإبضاع وهو في الأصل عبارة عن طائفة من المال تبعثها للتجارة^(١)، قاله الجوهري. وهو: أن يدفع المال إلى غيره بشرط أن لا ربح للعامل، وهذا أحد الوجهين وهما روايتان صححه في التصحيح. قال الناظم: هذا أولى. والثاني: لا يجوز.

قال في الفروع: ولا يوضع في الأصح. وأطلقهما في الهداية والمستوعب والخلاصة والمغني والشرح وغيرهم، وقدمه في المحرر والفائق.

وأما كونه يجوز له المقابلة؛ فلأنها قد يكون الحظ فيها. وظاهر كلامه: أنه يجوز مطلقاً وهو الأصح. قال في^(٢) الشرح: لأنها إن كانت بيعاً فقد أذن له فيه، وإن كانت فسخاً ففسخ العيب المضر من مصلحة التجارة ملكه كالرد بالعيب.

قال في القواعد: الأكثرون على أن المضارب والشريك يملك الإقالة، سواء قلنا هي بيع أو فسخ. وقدمه في المحرر وغيره. وقيل: ليس له ذلك وأطلقهما في الهداية والمستوعب وغيرهما. وعنه: يجوز مع الإذن وإلا فلا.

(١) في الأصل: طائفة من المال تبعث للتجار. وانظر الصحاح، مادة: بضع.

(٢) زيادة يقتضيها السياق.

وقال في المغني: ويحتمل أن لا يملكها إذا قلنا هي فسخ.
وقال في الفصول: على المذهب لا يملك الإقالة، وعلى القول بأنها بيع يملكها.
وأما كونه يجوز له فعل ما هو من مصلحة التجارة، فلأن ذلك عادة التجار وقد أذن له في التجارة.

وأما بيع النساء لا يجوز، وقد تقدم ذلك في الوكالة.
وأما جواز التوكيل فيما يتولى مثله فظاهر كلام المصنف لا يجوز ويأتي قريباً.
واعلم أن في^(١) جواز التوكيل في شركة العنان والمضاربة طريقين:
أحدهما: أن حكمهما حكم توكيل الوكيل فيما يتولى مثله وهي طريقة جمهور علمائنا. قال في القواعد: هي طريقة القاضي والأكثرين. وقد علم الصحيح من المذهب أنه لا يجوز للوكيل التوكيل فيما يتولى مثله إذا لم يعجز عنه فكذا هنا.
والطريق الثاني: يجوز لهما التوكيل هنا وإن منعنا في التوكيل، وقدمه في المحرر ورجحه أبو الخطاب في رؤوس المسائل وصححه في التصحيح.
فرع: إذا ادعى هلاكه بسبب خفي صدق في الأصح، وإن كان بسبب ظاهر لم يضمه إذا أقام بينه به ويحلف معها أنه هلك به، ويصدق منكر الخيانة، وإن قال: ما بيده هذا لي أو لنا أو اشتريته منها لي أو لنا صدق مع يمينه، سواء ربح أو خسر، وإن قال: صار لي بالقسمة صدق منكرها.

تنبيه: لم يذكر المصنف السفر بالمال هنا، وذكره في الحجر.
والأصح: أنه يملكه مع الأمن، ويأتي في الفصل الذي بعده أنه إذا شرط أن لا يسافر بالمال صح، فإذا لم يشترط فظاهره أن له السفر، وفيه رواية صححها الأزجي.
وإن سافر والغالب العطب ضمن. ذكره أبو الفرج، وظاهر كلام غيره فيما ليس الغالب السلامة.

وذكر جماعة: أنه يتجر ولي اليتيم بماله موضع أمن، فإن يعلما بخوفه أو بفلس مشتر فلا ضمان. ذكره أبو يعلى الصغير.

(١) زيادة يقتضيها السياق.

فرع: فإن قال له: اعمل برأيك جاز له أن يعمل كل ما يقع في التجارة من الإبضاع والمضاربة بالمال والمشاركة به وخلطه بماله والسفر به والإيداع والبيع نساء والرهن والارتهان والإقالة ونحو ذلك؛ لأنه فوض إليه الرأي في التصرف الذي تقتضيه الشركة، فجاز له كل ما هو من التجارة.

فأما التملك بغير عوض كالهبة والخطيطة لغير فائدة والقرض والعق ومكاتبة الرقيق وتزويجهم ونحوه فليس له فعله؛ لأنه إنما فوض إليه العمل برأيه في التجارة وليس هذا منها. قاله في الشرح.

قال: (ولا يتصرف بغير إذن شريكه في هبة أو قرض ومكاتبة ومضاربة وسفينة مال ومكاتبة رقيق وتزويجهم وعقده بمال وتوكيله فيما يتولى مثله).

ش: أما كون أحد الشريكين لا يتصرف بغير إذن شريكه فيما ذكر، فلأن ذلك كله ليس بتجارة، وإنما فوض إليه العمل برأيه فيما هو من التجارة؛ لأن الإذن على هذه الصورة مع المضاربة قرينة في العمل برأيه بما هو من مصالح التجارة لا غير، فلا يجوز له فعله إلا بإذن صريح له فيه.

وأما كونه له ذلك إذا أذن شريكه له؛ فلأنه يكون بمنزلة الوكيل.

قوله: «وسفينة» بفتح السين المهملة والتاء المثناة فوق بينهما فاء ساكنة وبالجميم كتاب لصاحب المال إلى وكيله في بلد آخر لينفع إليه بدله، وفائدته السلامة من خطر الطريق ومؤنة الحمل.

وأما كونه ليس له التوكيل فهو مبني على توكيل الوكيل، وتقدم ذلك.

قال: (وإن استدان عليهما احتصى نفعه وضرره به).

ش: أما كون الشريك ليس له أن يستدين على مال الشركة إذا لم يأذن له شريكه في ذلك؛ فلأنه إذا استدان أدخل في الشركة أكثر مما رضي الشريك بالمشاركة فيه فلم يجوز، كما لو ضم إليها ألفاً من ماله، ومعناه: أن يشتري بأكثر من رأس المال أو بضمن ليس معه من جنسه، فعلى هذا ربحه له وضمانه عليه؛ لأنه لم يقع للشركة فكان ربحه له وضمانه عليه كما لو لم ينوه للشركة، هذا المذهب المنصوص عن الإمام أحمد وعليه

جماهير علمائنا.

قال في الفروع: ولا يملك الإستدانة في المنصوص، وصححه في النظم وغيره وقدمه في المغني والشرح وغيرهما.

وقيل: يجوز ذلك. قال القاضي^(١): إذا استقرض شيئاً لزمهما وربحه لهما. وأما كونه له أن يستدين على مال الشركة إذا أذن له شريكه في ذلك فلائنه مأذون له في ذلك أشبه البيع والشراء.

فعلى هذا يكون ربحه لهما وضمانه عليهما كسائر أموال الشركة.

قال: (وإن أبرأ أو أخر الدين أو أقر بمال لزمه وحده، وإن تقاسما الدين في ذمة أو ذمم لم يصح).

ش: أما كون الشريك تلزمه البراءة في حقه دون صاحبه فيما إذا أبرأ من الدين؛ فلأن شريكه إنما أذن له في التجارة وليس الإبراء داخلاً فيها.

وأما كون الشريك إذا أخر الدين الحال يجوز له أن يؤخر حقه؛ فلأنه إسقاط من المطالبة، فجاز أن ينفرد به كالإبراء، فلو قبض شريكه شيئاً مما لم يؤخر كان له مشاركته فيه. وقيل: وله تأخير حق شريكه ويضمنه إن تلف أو مات المدين.

وأما كون حكم إقراره بمال حكم إبرائه من الدين؛ فلما ذكر في الإبراء.

هذا المذهب، سواء كان بعين أو دين. جزم به في الكافي وقدمه في الهداية والشرح وغيرهما، وجزم به في المغني. وقال: إن أقر ببقية ثمن المبيع أو بجمعيه أو بأجر المنادي والحمال وأشباه هذا ينبغي أن يُقبل؛ لأنه توابع التجارة.

وقال القاضي في الخصال: يُقبل إقراره على مال الشركة، وصححه في النظم.

قال في الشرح: لأن للشريك أن يشتري من غير أن يسلم الثمن في المجلس فلو لم يقبل إقراره بالثمن لضاعت أموال وامتنعوا من معاملته.

ولأن ذلك مما يحتاج إليه في البيع أشبه الإقرار بالعيب.

وأما كون الشريكين إذا تقاسما الدين في ذمة أو ذمم وهو أن يكون على جماعة دين

(١) زيادة من المغني ١٣٠/٥.

فيتفق الشريكان على أن يكون لأحدهما ما على فلان وللآخر ما على فلان لا يصح، فلأن الذم لا تتكافأ ولا تتعادل^(١) والقسمة تقتضي التعادل، وإذا لم يحصل التعادل تكون القسمة بمنزلة البيع، وبيع الدين بالدين لا يجوز. وهذا إحدى الروايتين وهو المذهب.

قال في المغني: هذا الصحيح، وصححه في التصحيح وقدمه في الخلاصة والشرح وغيرهما.

فعلى هذا فلو تقاسما ثم توى بعض المال رجع الذي توى ماله على الذي لم يتو. والثانية: يصح. صححه في النظم واختاره أبو العباس وقدمه في الرعايتين؛ لأن الاختلاف لا يمنع القسمة كاختلاف الأعيان.

فعلى هذا لا يرجع من توى ماله على الذي لم يتو إذا أبرأ كل واحد منهما صاحبه، وهذا إذا كان في ذم، فأما إذا كان في ذمة واحدة فلا يمكن القسمة؛ لأن القسمة إفراز حق ولا يتصور ذلك في ذمة واحدة. قاله في المغني والشرح والفروع وغيرهم. وقال أبو العباس: يجوز أيضاً، ذكره عنه في الاختيارات وذكره ابن القيم رواية في أعلام الموقعين.

مسألة: أقر غريم لهما بدين عند حاكم يطلب أحدهما حبسه ومنع الآخر منه، ففي وجوب حبسه روايتان. قاله في المستوعب وغيره.

فائدتان:

الأولى: لو تكافأت الذم، فقال أبو العباس: قياس المذهب من الحوالة على مليء: وجوبه.

الثانية: إذا قبض أحد الشريكين من مال مشترك بينهما كإرث وإتلاف، قال أبو العباس: أو ضريبة سبب استحقاقها واحد فلشريكه الأخذ من الغريم، وله الأخذ من الآخر على الصحيح من المذهب.

قال في المغني والشرح: هذا ظاهر المذهب. وقدمه في الفروع وقال: حزم به الأكثر

(١) في الأصل: وتتعادل. وانظر المغني ١٩٩/٥.

ونص عليه في رواية حنبل وحرب. قال أبو بكر: العمل عليه. وعنه: لا يشاركه فيما أخذ كما لو تلف المقبوض في يد قابضه فإنه يتعين حقه فيه ولا يرجع على الغريم؛ لعدم تعديه؛ لأنه قدر حقه. وإنما شاركه لثبوته مشتركاً. مع أن الأصحاب ذكروا لو أخرجه القابض برهن، أو قضاء دين: فله أخذه من يده، كمقبوض بعقد فاسد. قال في الفروع: فيتوجه منه: تعديه في التي قبلها ويضمنه. وهو وجه في النظم، واختاره أبو العباس.

ويتوجه من عدم تعديه: صحة تصرفه. وفي التفرقة نظر ظاهر. انتهى. فإن كان القبض بإذن شريكه، أو بعد تأجيل شريكه حقه، أو كان الدين بعقد. فوجهان. وأطلقهما في الفروع والمحرر وغيرهما. والصحيح منهما: أنه كالميراث وغيره، كما تقدم. قال الموفق والشارح: هذا ظاهر المذهب، فيما إذا كان بعقد. وقال فيما إذا أجل حقه: ما قبضه الآخر لم يكن لشريكه الرجوع عليه. ذكره القاضي. قالوا: والأولى أن له الرجوع. وقال في المحرر وغيره: وإن قبضه بإذنه: فلا مخاصمة في الأصح. وجزم به ابن عبدوس في تذكرته، واختاره الناظم.

وقال في الفائق: وإن كان بعقد، فلشريكه حصته على أصح الروايتين. قال في الفروع: ونصه في شريكين ولما عقد مُدَايِنَةً لأحدهما أخذ نصيبه. وفي دين من ثمن مبيع أو قرض أو غيره وجهان وأطلقهما في الفروع. فأما في الميراث فيشاركه؛ لأنه لا يتجزأ أصله ولو أبرأ منه صح في نصيبه، ولو صالح بعض أخذ نصيبه من دينه فقط. ذكره القاضي واقتصر عليه في الفروع، وللغريم التخصيص مع تعدد سبب الاستحقاق، ولكن ليس لأحدهما إكراهه على تقديمه.

فصل فيما ينو له الشريك

قال: (وعلى كل واحد أن يتولى ما جرت العادة به، فإن استأجر من يفعل ما يلزمه

غرماً، وإن فعل ما لا يفعله مثله فلا أجر له وكذا حكم المضاربة).

ش: أما كون كل واحد من الشريكين عليه أن يتولى ما^(١) عادة الشريك أن يتولاه مثل: نشر^(٢) الثوب وطيه، وختم الكيس وإحرازه؛ فلأن ذلك هو المعتاد فحُمل الإطلاق عليه كالحرز والقبض.

وأما كون الأجرة عليه إذا استأجر من يفعل ذلك؛ فلأن العمل عليه فكذلك بدله، وما جرت العادة أن يستنيب فيه كحمل المتاع ووزن ما يثقل والنداء، فله أن يستأجر من يفعله من مال القراض؛ لأنه العرف، لكن لو استأجر أحدهما الآخر فيما لا يستحق أجرته إلا بعمل فيه كنقل طعام بنفسه أو غلامه أو دابته جاز كداره. قدمه في الفروع وقال: نقله الأكثر، وقدمه في المغني والشرح، ذكره في المضاربة.

وعنه: لا يجوز، لعدم إيقاع العمل فيه لعدم تمييز نصيهما، اختاره ابن عقيل. وأما كونه له أن يستأجر من يفعل ما جرت العادة أن يستنيب فيه كالنداء وحمل المتاع ونحوهما؛ فلأن العادة لم تجر بفعل الشريك ذلك بنفسه، ولا بد من فعله؛ لأن الحاجة تدعو إليه.

فعلى هذا إن فعله متبرعاً فلا شيء له، وإن فعله ليأخذ أجرته فلا شيء له كما لو فعله متبرعاً، وهذا أحد الوجهين أو الروايتين وهو المذهب. صححه الموفق وصاحب التصحيح والنظم.

قال في الفروع: ليس له فعله بنفسه ليأخذ الأجرة بلا شرط على الأصح، وقدمه في الخلاصة والمحرر والشرح.

والثاني: يجوز له الأخذ؛ لأنه فعل ما لا بد من فعله فاستحق الأجرة عليه كما لو دفعه إلى من يفعله.

قوله: «وكذا حكم المضاربة» يعني: فيما تقدم مما يجب على المضارب وغيره وما يجوز له فعله.

(١) زيادة يقتضيها السياق.

(٢) في الأصل: أن ينشر.

قال: (فإن شرط فيها أن لا يتجر إلا في نوع من المتاع أو بلد أو نقد معلومين، أو لا يسافر بالعين ولا يبيعها إلا من فلان صح).

ش: أما كونه إن شرط أن لا يتجر إلا في نوع من المتاع إلى آخره يصح، فلأن تصرف الشريك في مال شريكه إنما هو بطريق الوكالة، وغير ما ذكر غير موكل فيه فلم يكن شرط عدم التصرف فيه فاسداً فكان على مقتضى الإذن كالوكالة. فإن جمع بين الشراء والبيع من واحد فإنه لا يضر. ذكره في المستوعب، والمغني والشرح خلافه وهو ظاهر.

قال: (وإن شرط توقيتها أو ما يعود بحالة الربح فسد به العقد، وللعامل أجره المثل والباقي لرب المال، خسر أو كسب).

ش: أما كون توقيت الشركة لا يصح ويفسد به العقد؛ فلأنه شرط يناfi مقتضى العقد وذلك لأمر ثلاثة:

أحدها: أنه عقد يقع مطلقاً، فإذا شرط قطعه لم يصح كالنكاح.

الثاني: أنه ليس من مقتضى العقد ولا فيه له مصلحة أشبه ما إذا شرط أن لا يبيع. وبيان أنه ليس^(١) من مقتضى العقد أنه يقتضي أن يكون رأس المال ناضئاً، فإذا منعه البيع لم ينص.

الثالث: أن هذا يؤدي إلى ضرر بالعامل؛ لأنه قد يكون الربح والحظ في تبقية المتاع وبيعه بعد السنة، فيمتنع ذلك بمضيها وهذا إحدى الروايتين. جزم به في المنور واختاره أبو حفص العكبري والقاضي في التعليق الكبير، قاله في التلخيص وقدمه في الخلاصة والرعاية الصغرى والحاوي الصغير، وهو قول الشافعي ومالك.

والرواية الثانية: لا يفسد. نصره الموفق والشارح وصححه في الفروع وتصحيح المحرر وغيرهما وقدمه في الكافي، وقال: نص عليه، وهذا قول أبي حنيفة، وأطلقهما في الهداية والمستوعب والمحرر وغيرهم.

فعلى الثانية: لو قال: متى مضى الأجل فهو قرض فمضى وهو متاع فلا بأس إذا

(١) زيادة من المغني ١٨٥/٥.

باعه أن يكون قرضاً. نقله مهنا وقاله أبو بكر ومن بعده.

ويصح قوله: إذا انقضى الأجل فلا تشتت على الصحيح من المذهب وفيه احتمال، قاله في الفروع وغيره.

وأما كون ما يعود بجهالة الربح يفسد به العقد مثل: أن يشترط للمضارب جزءاً من الربح مجهولاً أو ربح أحد الكيسين أو أحد الألفين أو إحدى السفرتين أو ما يربح في هذا الشهر أو أن حق أحدهما في عبد يشتره أو يشرط لأحدهما دراهم معلومة بجميع حقه أو ببعضه، هذه شروط فاسدة، فلأنها تفضي إلى جهل حق كل واحد منهما من الربح أو إلى فواته بالكلية، ومن شرط المضاربة والشركة: كون الربح معلوماً.

وأما كون العقد إذا فسد بما ذكر من المفسدات كان ربح المضاربة كله للمالك، فلأنه ربح ماله وعليه للعامل أجره مثله؛ لأنه عمل عملاً بعوض وقد فسد العوض بفساد العقد، فرجع فيه إلى أجره المثل كما لو استأجره بخمر أو خنزير، وسواء ربح المال أو خسر؛ لأنه لا تعلق له مع الفساد بالربح، فوجود الربح وعدمه سواء، وهذا المذهب وعليه أكثر علمائنا وحزم به في الهداية والمستوعب وغيرهما وقدمه في الشرح والفروع وغيرهما.

وعنه: له الأقل من أجره المثل أو ما شرطه، واختار الشريف: أن الربح بينهما على ما شرطاه كما قال في شركة العنان.

قال: (وأما إن شرط أحدهما في مال العنان ضمانه أو توليته ما يختار منه أو ارتفاقه به فإنه يفسد به الشرط دون العقد فيقسم الربح على ما شرطاه ولا أجره).

ش: أما كون ما ذكر من الشروط يفسد به الشرط دون العقد، فلأنه عقد يصح مع جهل العوض فوجب المسمى فيه مع فساده كالنكاح، واختاره الشريف أبو جعفر وأجراها كالصحيحة.

وأما كونه لا أجره على أحد منهما؛ فلأنهما عملاً لأنفسهما فلا يرجع واحد منهما على الآخر بما لم يعمل له، وهذا أحد الوجهين وهما روايتان، واختاره الشريف أبو جعفر وأجراها مجرى الصحيحة.

والثاني: له الرجوع؛ لأنه عمل في نصيب شريكه فيرجع به؛ لأنه عقد يتغي به

الفضل في ثاني الحال فوجب أن يقابل العمل فيه عوض كالمضاربة، فيقال: كم يساوي عمله؟ فيقال: عشرة مثلاً فيرجع بخمسة، ويقال: كم يساوي عمل الآخر؟ فيقال: عشرين فيرجع بعشرة، ويقاص منها بالخمسة التي استحقها على شريكه يبقى عليه خمسة.

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

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

فروع: والشركة من العقود الجائزة تبطل بموت أحد الشريكين وجنونه والحجر عليه للسفه، وبالفسخ من أحدهما؛ لأنه عقد جائز فبطل بذلك كالوكالة.

وإن عزل أحدهما صاحبه انعزل المعزول، فلم يكن له أن يتصرف إلا في قدر نصيبه، وللعازل التصرف في الجميع؛ لأن المعزول لم يرجع عن إذنه. هذا إذا نُضَّ المال. وإن كان عرضاً فذكر القاضي: أن ظاهر كلام الإمام أحمد: أنه لا ينعزل وله التصرف حتى ينضَّ المال كالمضارب إذا عزله رب المال، وينبغي أن يكون له التصرف بالبيع دون المعاوضة بسعة أخرى أو التصرف بغير ما ينضَّ به المال.

وذكر أبو الخطاب: أنه ينعزل مطلقاً وهو مذهب الشافعي قياساً على الوكالة. فأما إن اتفقا على البيع أو القسمة فعلاً، وإن طلب أحدهما القسمة والآخر البيع قُسِّم ولم يُبَّع، فإن قيل: أليس إذا فسخ رب المال المضاربة فطلب العامل البيع أجيب إليه؟ فالجواب: أن حق العامل في الربح ولا يظهر إلا بالبيع، فاستحقه العامل لوقوف حصول حقه عليه.

وفي مسائلتنا: ما يحصل من الربح يستدركه كل واحد منهما في نصيبه من المتاع فلم يُجبر عليه.

قال الموفق: وهذا إنما يصح إذا كان الربح على قدر المالكين، أما إذا زاد ربح أحدهما عن ماله؛ لأنه لا يستدرك ربحه بالقسمة فيتعين البيع كالمضاربة.

فصل في شركة المضاربة

قال: (والمضاربة دفع ماله إلى من يتجر فيه بحره من ربحه).

ش: المضاربة وهي تسمية أهل العراق، مأخوذة من الضرب في الأرض وهو السفر فيها للتجارة. قال تعالى: {وآخرون يضرّبون في الأرض يبتغون من فضل الله} [الزمل: ٢٠]، ويحتمل أن يكون من ضرب كل منهما بسهم من الربح.

وسماه أهل الحجاز قراضاً، فقيل: هو مشتق من القطع. يقال: قرض الفأر الثوب أي قطعه، فكان صاحب المال أقطع منه قطعة وسلمها إلى العامل وأقطع له قطعة من ربحها. وقيل: هو مشتق من المساواة والموازنة. يقال: تقارض الشاعران إذا توازنا.

وهي جائزة بالإجماع، حكاه ابن المنذر. وروى حميد بن عبد الله عن أبيه عن جده «أن عمر بن الخطاب أعطاه مال يتيم مضاربة يعمل به في العراق»^(١).

وروي جوازه عن عثمان وعلي وابن مسعود وحكيم بن حزام ولم يُعرف لهم مخالف مع أن الحكمة تقتضيه؛ لأن بالناس حاجة إليها، فإن النقدين لا تنمى إلا بالتجارة، وليس كل من يملكهما يحسن التجارة ولا كل من يحسنها له مال فشرعت لدفع الحاجة. وأما قول المصنف: «دفع ماله إلى آخر» فبيان لمعنى المضاربة شرعاً.

قال: (فإن قال: والربح بيننا فنصفان. وإن قال: ولي أو لك ثلثه صح والباقي للآخر).

ش: أما كونه إذا قال: والربح بيننا يكون على السواء بينهما؛ فلأن مقتضى اللفظ استواءهما فيه بإضافته إليهما من غير ترجيح فاستويا فيه لذلك. وأما كونه إذا قال: ولي أو لك ثلثه تصح والباقي للآخر؛ فلأن الربح لهما لا

(١) ذكره ابن الملقن في البدر المنير وعزاه إلى الشافعي والبيهقي ١٠٣/٢.

يستحقه غيرهما، فإذا قَدَّر نصيب أحدهما كان الباقي للآخر؛ لأنه مفهوم اللفظ كما في قوله تعالى: {وورثه أبواه فلأمه الثلث} [النساء: ١١] فَعُلِمَ أن للأب الباقي حيث لم يذكر نصيبه.

ولأنه لو قال: أوصيت بهذه المائة^(١) لزيد وعمر، ونصيب زيد منها ثلاثون كان الباقي لعمر وكذا هاهنا، وهذا أحد الوجهين في قوله: ولي ثلث الربح ولم يذكر نصيب العامل، وهو الصحيح من المذهب. صححه الموفق والشارح وصاحب الفروع وغيرهم، وبه قال أصحاب الرأي.

والثاني: لا يصح؛ لأن العامل إنما يستحق بالشرط ولم يشترط له شيء فتكون المضاربة فاسدة، فالربح لرب المال.

قال القاضي: هذا هو المذهب؛ لأنه غناء ماله وإنما يستحق العامل بالشرط، فإذا فسدت فسد الشرط فلم يستحق شيئاً، وللعامل أجرة مثله نص عليه، لأن عمله إنما كان في مقابلة المسمى، فإذا لم تصح التسمية وجب رد عمله عليه وذلك متعذر فوجب له أجرة المثل كما لو اشترى شراً فاسداً فقبضه وتلف أحد العوضين في يد قابضه فيجب رد بدله، وسواء ظهر في المال ربح أو لا.

وعنه: له الأقل من الأجرة أو ما شَرَطَ له من الربح؛ لأنه إن كان الأقل الأجرة فهو لا يستحق غيرها لبطلان الشرط، وإن كان الأقل المشروط فهو قد رضي به.

قال: (وإن اختلفا لمن المشروط فهو للعامل).

ش: أما كون الجزء المشروط للعامل إذا اختلفا لمن هو، فلأن الشرط له؛ لأن رب المال يستحق الربح بماله والعامل بعمله، والعمل يقلّ ويكثر وإنما تتقدر حصته بالشرط فكان له.

قال: (وكذا المساقاة والمزارعة).

ش: أما كون حكم المساقاة والمزارعة حكم المضاربة؛ فلأن كل واحد من العامل في المساقاة والمزارعة والمضاربة إنما يستحق بفعله، وفي ذلك مساواة بينهم معنى فوجب أن

(١) في الأصل: المرأة.

يحصل التساوي بينهم حكماً.

فإن قيل: ما المقصود بالتشبيه هنا؟

قيل: هو أن صاحب الشجر والأرض إذا قال: الثمرة والزرع بينهما نصفين، وإذا قال: لك ثلث ذلك صح والباقي لرب الشجر والأرض، وإذا قال: ولي ثلث ذلك فعلى وجهين.

وأما كون حكم المضاربة حكم الشركة فيما تقدم ذكره؛ فلاشترأكما في التصرف بالإذن.

قال: (وإن قال: بع هذا وضارب بضمنه أو بوديعة لا بما عليك أو بدينني من فلان بعد قبضه، أو إذا قدم الحاج فضارب بهذا أو شرط عمل المالك أو غلامه مع المضارب صح).

ش: أما كون المضاربة تصح فيما إذا قال: بع هذا العرض وضارب بضمنه، فلأنه إذا باعه صار الثمن أمانة فصار كما لو قال: المال عنده وديعة. هذا المذهب نص عليه وعليه علماؤنا.

قال في الفروع: ويصح في المنصوص، وجزم به في المغني والمحرر والشرح وغيرهم. وقيل: لا يصح، وهو تخريج.

وأما كونها تصح فيما إذا قال: اقبض وديعتي وضارب بها؛ فلأن الوديعة إذا قبضها صارت أمانة في يده، فوجب أن تصح المضاربة بها كما تقدم، وكما لو قال: ضارب بهذه الألف التي في زاوية البيت.

وأما كونها لا تصح فيما إذا قال: ضارب بالذي عليك، فلأن المال الذي في يدي من عليه الدين له إنما يصير لغريمه بقبضه، ولم يوجد القبض هاهنا، نص عليه وهو قول أكثر أهل العلم.

قال ابن المنذر: أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم أنه لا يجوز أن يجعل الرجل ديناً له على رجل مضاربة ومن حفظنا عنه ذلك: عطاء إلى أن قال: ومالك وأصحاب الرأي وبه قال الشافعي. انتهى.

وقال بعض أصحابنا: يحتمل أن تصح؛ لأنه إذا اشترى شيئاً للمضاربة فقد اشتراه

يأذن رب المال، ودفع الثمن إلى من أذن له في دفع الثمن إليه فتبرأ ذمته منه، ويصير كما لو دفع إليه عرضاً وقال: بعه وضارب بثمنه. قاله في الشرح.

وأما كونها تصح فيما إذا قال: ضارب بدين من فلان بعد قبضه؛ فلأنه وكيل في القبض ومأذون له في التصرف مؤتمناً عليه، فجاز جعله مضاربة، كما لو قال: اقبضه من غلامي وضارب به.

وأما كونها تصح فيما إذا قال: إذا قدم الحاج فضارب بهذا؛ فلأنها عقد يتصرف فيه بالإذن فجاز أن يقع معلقاً كالوكالة.

فوائد:

منها: لو قال: إذا قبضت الدين الذي على زيد فقد ضاربتك به لم يصح، وله أجرة تصرفه. قال في الرعاية: قلت: يحتمل صحة المضاربة إذ يصح عندنا تعليقها على شرط.

ومنها: لو كان في يده عين مغضوبة فقال المالك: ضارب بها صح، ويزول ضمان الغصب. جزم به في التلخيص والرعاية الكبرى وقدمه في المغني والشرح والفروع وغيرهم. وقال القاضي: لا يزول ضمان الغصب بعقد المضاربة.

ومنها: لو قال: هو قرض عليك شهراً ثم هو مضاربة لم يصح. جزم به في الفائق وقدمه في الرعاية الكبرى. وقيل: يصح.

وأما كونها تصح إذا شرط عمل المالك مع المضارب؛ فلأن غير صاحب المال يستحق المشروط بعمله من الربح في مال غيره، وهذا حقيقة المضاربة وهذا المذهب نص عليه.

قال في المغني والكافي: هذا أظهر. وقدمه في الزركشي وقال: هو منصوص أحمد في رواية أبي الحارث، وقدمه في المغني والمحرر والفروع وغيرهم، وصححه الناظم. وقال القاضي: إذا شرط المضارب أن يعمل معه رب المال لم يصح. واختاره ابن حامد وجزم به في الهداية وغيرها.

وهذا مذهب مالك والشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر. قال: ولا تصح المضاربة حتى يسلم المال إلى العامل ويُخلّي بينه وبينه؛ لأن المضاربة تقتضي تسليم المال إلى

المضارب، فإذا شرط عليه العمل فيه ولم يسلمه إليه فيخالف موضوعها.

قال في الشرح: والأول أظهر؛ لأن العمل أحد ركني المضاربة، فجاز أن يتفرد به أحدهما مع وجود الأمرين من الآخر كالمال. وقولهم: إن المضاربة تقتضي تسليم المال إلى العامل ممنوع إنما تقتضي إطلاق التصرف في مال غيره بجزء مشاع من ربحه، وهذا حاصل مع اشتراكهما في العمل، وهذا لو دفع ماله إلى اثنين مضاربة صح ولم يحصل تسليمه إلى أحدهما.

وأما كونه يصح إذا شرط عمل غلامه؛ فلأن عمل الغلام يصح أن يكون تابعاً لعمل العامل بخلاف عمل سيده؛ لأن عمل الغلام مال لسيده فصح ضمه إليه، كما يصح أن يضم إليه بهيمة يحمل عليها.

وهذا أحد الوجهين وهو المذهب. صححه في التصحيح وغيره وقدمه في المغني والمحزر والشرح والفروع وغيرهم.

والثاني: لا يصح. اختاره القاضي.

قال في التلخيص: الأظهر المنع؛ لأن يد الغلام كيد سيده وعمله كعمله.

فعلى المذهب في المسألتين قال الموفق: يشترط علم عمله وأن يكون دون النصف والمذهب لا.

فائدة: وكذا حكم المساقاة والمزارعة في المسألتين.

فوائد:

منها: لا يضر عمل المالك بلا شرط نص عليه.

ومنها: لو قال رب المال: اعمل في المال فما كان من ربح فبيننا صح. نقله أبو داود.

ومنها: ما نقل أبو طالب فيمن أعطى رجلاً مضاربة على أن يخرج إلى الموصل،

فيوجه إليه بطعام فيبيعه ثم يشتري به ويوجه إليه إلى الموصل؟ قال: لا بأس إذا كانوا تراضوا على الربح.

فصل [أحكام المضارب]

قال: (وإن اشترى زوجة المالك أو زوج المالكة أو بعضهما: صح وانفسخ النكاح، ولزمه نصف المهر قبل الدخول).

ش: أما كون شراء المضارب يصح فيما ذكر؛ فلأنه اشترى ما يمكن طلب الربح فيه فصح كما لو اشترى أجنبياً، وهذا قول أبي حنيفة. وقال الشافعي: لا يصح الشراء.

وأما كون النكاح ينفسخ؛ فلأنه لا يجتمع النكاح والمملك، ويلزم العامل نصف المهر؛ لأنه سبب تقريره عليه، كما لو أفسدت امرأته نكاحها بالرضاع فإنه يرجع عليها، وهنا رجع رب المال عليه بما لزمه من الصداق ولا ضمان عليه فيما يفوت من المهر ويسقط من النفقة؛ لأن ذلك لا يعود إلى المضاربة وإنما هو بسبب آخر، ولا فرق بين شرائه في الذمة أو بعين المال.

قال: (وإن اشترى من يعتق عليهما صح وعتق وضمن الثمن، وعلى نفسه يصح، فإن ظهر ربح بقلده عتق وإلا بقسطه ويسري بشرطه ويغرم).

ش: أما كون شراء العامل من يعتق على رب المال مع الإطلاق يصح، فلأنه متقوم قابل للمعقود فصح شراء العامل له كما لو اشترى من نذر رب المال حريته إذا ملكه. وهذا المذهب، اختاره أبو بكر والقاضي وغيرهما، وجزم به في الهداية والمستوعب والخلاصة وغيرهم، وقدمه في الكافي وغيره وصححه الناظم وغيره. قال القاضي: ظاهر كلام الإمام أحمد صحة الشراء ويحتمل أن لا يصح الشراء، وهو تخريج في الكافي ووجه في الفروع وغيره.

وأطلقهما في الفروع وقال: والأشهر أنه كمن نذر عتقه وشراؤه من حلف لا يملكه، يعني كما لو اشترى المضارب من نذر رب المال عتقه أو حلف لا يملكه. ذكره في أواخر الحجر في أحكام العبد.

قال الموفق في المغني والشارح: يحتمل أن لا يصح البيع إذا كان الثمن عيناً، وإن كان

اشتره في الذمة وقع الشراء للعائد، وظاهر كلام أحمد صحة الشراء. قاله القاضي. انتهى.
وقال في الفائق: ولو اشترى في الذمة للعائد، وإن كان بالعين فباطل في أحد الوجهين.

وأما كون المشتري يعتقد؛ فلأن رب المال ملكه وذلك موجب للعتق وتنفسخ فيه المضاربة.

وأما كون العامل يضمن ثمنه، فلأن التفريط منه حصل، وظاهره يضمنه العامل مطلقاً، أعني سواء علم أنه يعتقد بالشراء أو لم يعلم؛ لأن الإلتلاف لا فرق فيه بينهما، وهو الصحيح من المذهب.

قال في الفروع: ويضمن في الأصح.

قال القاضي: ظاهر كلام الإمام أحمد في رواية ابن منصور: أنه يضمن، سواء علم أو لم يعلم، وقدمه الموفق في المغني والشرح والمستوعب وغيرهم، واختاره القاضي في المجرد. قاله في التلخيص.

وقال أبو بكر في التنبيه: إن لم يعلم لم يضمن. وجزم به في عيون المسائل وقال: لأن الأصول قد فرقت بين العلم وعدمه في باب الضمان كالمعذور، وكمن رمي إلى صف المشركين. انتهى.

واختاره القاضي في التعليق الكبير، قاله في التلخيص وقال: هذا الصحيح عندي. انتهى.

وقيل: لا يضمن ولو كان عالماً أيضاً، وهو توجيه لأبي بكر في التنبيه، وأطلقهن في القواعد.

فعلى القول يضمن، فالصحيح من المذهب والروايتين: أنه يضمن الثمن كما قاله المصنف، وقدمه في الفروع. ذكره في الحجر، وقدمه في الخلاصة وغيرها؛ لأنه تلف بفعله أشبه ما لو قتله.

وعنه: يضمن قيمته، لأن الملك ثبت فيه ثم تلف. أشبه ما لو أتلفه بفعله. وأطلقهما في الهداية والمغني وغيرهما، وهما وجهان مطلقان في القواعد.

فعلى الرواية الثانية يسقط عن العامل قسطه منها على الصحيح. قال في التلخيص:

هذا أصح. وجزم به في المغني والشرح، وفيه وجه آخر: لا يسقط. وأطلقهما في الفروع وغيره.

وأما كون شراء المضارب من يعتق عليه يصح، ولا يعتق إذا لم يظهر شيء من الربح؛ فلائنه لا يملكه، وإنما هو ملك رب المال. هذا المذهب وعليه جماهير علمائنا، وقطع به كثير منهم. وقيل: يعتق لسابقته.

وأما كونه يعتق إذا ظهر ربح بقدره وإلا بقسطه ويسري بشرطه، فلائنه دخل في ملكه بالظهور، وهذا على اختيار المصنف أنه يملك الربح بالظهور، وهذا على ما يأتي بعد إن شاء الله تعالى.

وإن لم يكن بقدره عتق منه بقدر حصته من الربح إن كان معسراً، ويُقوّم عليه باقيه إن كان موسراً، وهو الصحيح من المذهب وعليه أكثر علمائنا، وجزم به في الهداية وغيرهما، واختاره القاضي وغيره وقدمه في المستوعب والخلاصة والكافي وغيرهم.

قال الشيخ زين العابدين ابن رجب: وهو أصح؛ لأنه ملكه بفعله فعتق عليه أشبه ما لو اشتراه بماله. واختار أبو بكر: لا يعتق؛ لأن ملكه غير تام لكون الربح وقاية لرأس المال، وصححه ابن رزين في نهايته. وإن اشتراه ولم يظهر ربح ثم ظهر بعد ذلك والعبد باق في التجارة فهو كما لو كان ظاهراً.

مسألة: إذا تعدى المضارب بالشرط أو فعل ما ليس له فعله أو ترك ما يلزمه: ضمن المال، ولا أجر له وربحه للمالكه. وقيل: له أجر المثل.

وعنه: له الأقل منها أو ما سمي له من الربح. وعنه: يتصدقان.

قال ابن عقيل: هذا على سبيل الورع. وقيل: إن اشترى بعين المال بطل على المذهب والنماء للبائع.

وعنه: إن أجازه صح ومَلَكَ النماء وإلا بطل.

فائدة: ليس للمضارب أن يشتري بأكثر من رأس المال، فلو كان رأس المال ألفاً فاشترى عبداً بألف ثم اشترى عبداً آخر بعين الألف، فالشراء فاسد نص عليه.

فرعان:

الأول: ليس للمضارب وطء أمة المضاربة، سواء ظهر ربح أو لا، فإن فعل فعليه المهر والتعزير. وإن علقت منه ولم يظهر في المال ربح فالولد حر وتصير أم ولد له وعليه قيمتها.

وقال القاضي: إن لم يظهر ربح فعليه الحد؛ لأنه وطئ في غير ملك ولا شبهة ملك. والمنصوص عن الإمام أحمد: أن عليه التعزير فقط؛ لأن ظهور الربح ينبي على التقويم، وهو غير متحقق لاحتمال أن السلع تساوي أكثر مما قومت به، فيكون ذلك شبهة في درء الحد، فإنه يدرأ بالشبهات.

الثاني: وليس لرب المال وطء الأمة أيضاً؛ لأنه يُنقصها إن كانت بكراً ويعرضها للخروج من المضاربة والتلف، فإن فعل فلا حد عليه؛ لأنها ملكه، فإن أحبلها صارت أم ولد له، وولده حر لذلك وتخرج من المضاربة وتُحسب قيمتها ويضاف إليها بقية المال، فإن كان فيه ربح فللعامل حصته منه. وليس لواحد منهما تزويج الأمة؛ لأنه يُنقصها، ولا مكاتبه العبد لذلك. فإن اتفقا عليه جاز؛ لأن الحق لهما.

قال: (ولا يضارب بمال آخر إن انصرف ربح الأول ولم يرض، فإن فعل رد حصته في الشركة).

ش: أما كون المضارب لا يجوز له أن يضارب لآخر مع الضرر على الأول، فلا أن المضاربة تنعقد على الحظ والنماء، فإذا فعل ما يمنعه من ذلك لم يكن له، كما لو أراد التصرف بالعين.

وقال أكثر الفقهاء: يجوز؛ لأنه عقد لا يملك به منفعه كلها فلم يمنع من المضاربة كما لو لم يكن فيه ضرر، وكالأجير المشترك. ورُد بأنها تنعقد على الحظ والنماء، فإذا فعل ما يمنعه لم يجز له كما لو أراد التصرف بالعين، وظاهره: أنه إذا لم يكن فيها ضرر على الأول أنه لا يمنع، وكما لو أذن فيها. قال في الشرح: بغير خلاف علمناه.

وأما كونه يرد حصته في الشركة؛ فلا أنه استحق ذلك بالمنفعة التي استحققت بالعقد الأول، فينظر في المضاربة الثانية فيلغى إلى رب مالها منه نصيبه؛ لأن العدوان من المضارب

لا يسقط حق رب المال الثاني، ويأخذ المضارب نصيبه من الربح فيضمه إلى ربح المضاربة الأولى فيقتسمانه، نص عليه.

قال في المغني والشرح: النظر يقتضي أن رب المضاربة الأولى لا يستحق من ربح الثانية شيئاً؛ لأنه إنما يستحق بمال أو عمل وهما متتفیان، وتعدي المضارب بترك العمل أو اشتغاله عن المال الأول لا يوجب عوضاً كما لو اشتغل بالعمل في مال نفسه أو أجر نفسه.

قال: (ولا يشتري أحدهما من مال المضاربة شيئاً لنفسه، وإن اشترى أحد الشريكين المال صح في نصيب شريكه كإفراده).

ش: أما كون رب المال ليس له أن يشتري من مال المضاربة شيئاً لنفسه على المذهب؛ فلائنه ملكه فلم يكن له شراؤه كما لو اشترى ذلك من وكيله أو عبده المأذون الذي لا دين عليه.

وعنه: يصح. صححها الأزجي؛ لأنه قد تعلق به حق المضارب فجاز شراؤه منه كمكاتبه، والفرق ظاهر فإن السيد لا يملك ما في يد المكاتب ولا تجب زكاته عليه. وعلى الثانية: يأخذ بالشفعة. وظاهره: أن له الشراء من غير المضاربة في المنصوص.

قال الإمام أحمد: إن لم يبيعه مراجعة فهو أعجب إلي فإن المضارب له أن يشتري من مال المضاربة إذا لم يظهر ربح نص عليه، وهو قول الجمهور؛ لأنه ملك غيره فصح كسراء الوكيل من موكله، وإن ظهر ربح فلا.

وظاهر كلام المصنف: سواء ظهر ربح أو لا.

فأما إذا ظهر ربح فليس له ذلك على الصحيح من المذهب؛ لأنه كسراء أحد الشريكين من شريكه، وإن لم يظهر ربح فكذلك أيضاً لا يصح على اختيار المصنف.

وأما كون شراء أحد الشريكين المال يصح في نصيب شريكه كإفراده، ولا يصح في نصيبه؛ فلائنه ملكه. ولا يصح شراء الإنسان ذلك ونصيب شريكه؛ لأنه ملك غيره فصح شراؤه كالأجنبي، وفيه وجهان بناء على تفريق الصفقة، وقد تقدم ذلك في البيع. ويتخرج أن يصح في الجميع؛ بناء على شراء رب المال من مال المضاربة، وهذا التخريج لأبي الخطاب.

فصل [نفقة المضارب]

قال: (ولا ينفق إلا بشرط، فإن أطلقت فله نفقة مثله عرفاً طعاماً وكسوة).

ش: أما كون المضارب ليس له نفقة مع عدم الشرط؛ فلأنه دخل على أنه يستحق من الربح الجزء المسمى فلم يكن له غيره.

ولأنه لو استحق النفقة لأفضى أن يختص بالربح إذا لم يربح سوى ما أنفق.

وظاهره سواء كانت تجارته في الحضر أو السفر، وهو ظاهر مذهب الشافعي.

وقال مالك وأصحاب الرأي: ينفق من المال بالمعروف إذا شخص به عن البلد؛ لأن سفره لأجل المال فكانت نفقته فيه كأجر الحمال.

ولنا: أن نفقته تخصه فكانت عليه كنفقة الحضر وأجر الطبيب وثمان الطيب وما تقدم من التعليل، فأما إن شرط له النفقة صح وله ذلك؛ لقول رسول الله ﷺ: «المؤمنون على شروطهم»^(١). فإن قدر له ذلك فحسن؛ لأن فيه قطع المنازعة وزوال الاختلاف. قال الإمام أحمد في رواية الأثرم: أحب إلي أن يشترط نفقة محدودة وله ما قدر من مأكول وملبوس ومركوب وغيره.

وأما إذا أطلقت في الشرط من غير تقدير انصرفت إلى نفقة مثله بالمعروف، فلأن إطلاق النفقة يقتضي صرفه إلى المعهود من النفقة وهي نفقة المثل، فيكون له جميع نفقته من مأكول وملبوس؛ لأن إطلاق النفقة يقتضي جميع ما هو من ضروراته المعتادة فكان له النفقة والكسوة كالزوجة.

هذا المذهب وعليه أكثر علمائنا منهم القاضي، وجزم به في الهداية والمستوعب والخلاصة والتلخيص والحرر وغيرهم، وقدمه في الفروع.

والمنصوص عن الإمام أحمد: أنه ليس له نفقة إلا من المأكول خاصة، وقدمه في المغني والشرح والفائق.

(١) أخرجه أبو داود في الأقضية، باب في الصلح ٣/٣٠٤ ح ٣٥٩٤. والترمذي في الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس ٣/٦٣٤ ح ١٣٥٢.

وقال الموفق والشارح وصاحب الفروع وغيرهم: ظاهر كلام الإمام أحمد: إذا كان سفره طويلاً يحتاج إلى تحديد كسوة جوازها، وحزم به في الكافي. ونقل حنبل: يُنفق على معنى ما كان ينفق لنفسه غير متعد ولا مضر بالمال. وقال في الرعاية الكبرى: وقيل: كطعام الكفارة وأقل ملبوس مثله. وقيل: هذا التقدير مع التنازع.

فائدتان:

الأولى: لو لقيه ببلد أذن في سفره إليه وقد نصّ المال فأخذه ربه فللعامل نفقة رجوعه في وجه.

وفي وجه آخر: لا نفقة له. قدمه في المغني والشرح وحزم به في الرعاية. الثانية: لو كان معه مال لنفسه يبيع فيه ويشترى أو مضاربة أخرى أو بضاعة لآخر فالنفقة على قدر المالين إلا أن يكون رب المال قد شرط له النفقة من ماله مع علمه بذلك.

قال: (وإن شرط التسري فاشترى لذلك أمة ملكها وثمنها قرص).

ش: أما كون العامل إذا شرط له التسري فاشترى لنفسه من مال المضاربة جارية ملكها؛ فلأن البضع لا يباح إلا بملك أو نكاح؛ لقوله سبحانه: {إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم} [المومنون: ٦]. ولم يوجد النكاح فيتعين الملك وتخرج من المضاربة. وأما كون ثمنها يصير قرصاً؛ فلأن المال لربه، ولم يوجد منه ما يدل على تبرعه به فوجب كونه قرصاً؛ لأنه المتيقن، نص عليه.

ونقل يعقوب: اعتبار تسمية ثمنها.

وعنه: له التسري بإذنه، أي: يكون ملكاً له مجاناً. واختار أبو بكر الأول وهو عند القاضي رواية واحدة.

قال: (وإن ملك الربيع بظهوره ولا يؤخذ إلا بإذن ولا يستقر قبل وفاء رأس المال ولا يُقسم مع بقاء العقد إلا باتفاقهما).

ش: أما كون الربيع يملك بالظهور قبل القسمة؛ فلأن الشرط صحيح ويقتضي أن

يكون له جزء من الربح، فإذا وجد وجب أن يملكه بحكم الشرط كما يملك المساقى حصته من الثمرة بظهورها، وقياساً على كل شرط صحيح في عقد، وهذا إحدى الروايتين وهذا المذهب.

قال أبو الخطاب: يملكه بالظهور رواية واحدة.

قال في الفروع: والمذهب يملك حصته منه بظهوره كالمالك، وكمساقاة في الأصح. قال في القواعد الفقهية: وهذا المذهب المشهور. وقدمه في المحرر وغيره وهو قول أبي حنيفة.

والثاني: لا يملك إلا بالقسمة؛ لأنه لو ملكها بالظهور لكان ربحها له ولوجب أن يكون شريكاً لرب المال كشريكي العنان، اختاره القاضي في خلافه وغيره. وهو قول مالك، وللشافعي قولان كالروايتين.

وعن إمامنا رواية ثالثة: يملكها بالحاسبة والتنضيض والفسخ قبل القسمة والقبض. ونص عليها واختاره أبو العباس وصاحب الفائق.

وأما كون الربح لا يؤخذ إلا بإذن فثلاثة أوجه:

أحدها: أن الربح وقاية لرأس المال فلا يأمن الخسران الذي ينجبر بالربح.

وثانيها: أن رب المال شريكه فلم يكن له مقاسمة نفسه بغير إذنه.

وثالثها: أن ملكه متزلزل؛ لأنه بعرضية أن يخرج عن يده لجبران خسارة المال.

وأما كونه يؤخذ مع الإذن؛ فلأن الحق لا يخرج عن رب المال والعامل.

وأما كون الربح لا يستقر قبل وفاء رأس المال؛ فلأنه معرض للسقوط.

وعند القاضي وأصحابه: يستقر الملك فيها بالمقاسمة ولا يستقر بدونها.

ومن علمائنا من قال: يستقر بالحاسبة التامة؛ كابن أبي موسى وغيره، وبذلك جزم

أبو بكر.

قال في القواعد: وهو المنصوص صريحاً عن الإمام أحمد. وهو ظاهر كلام المصنف

من قوله: «أو خسر جبر من الربح قبل قسمته أو تنضيضه مع الحاسبة». فظاهره أن بعد

ذلك لا يجبر الخسران من الربح لكونه مستقراً.

وأما كون المال لا يُقسم مع بقاء العقد إلا باتفاقهما؛ فلأنه متى كان العقد باقياً

فتقاسما ما ظهر من الربح ثم خسر المال بعد ذلك كان على العامل رد ما أخذ؛ لأن عليه جبران الوضعية من الربح واحتسب على رب المال بما أخذ من ماله. فإذا لم يتفقا فطلب أحدهما القسمة وأبأها الآخر قُدِّم الممتنع؛ لأنه يدفع بذلك عن نفسه ضرراً، لأن العامل قد يُطالب برد ما أخذ في وقت لا يقدر عليه، ورب المال ينقص ماله، فإذا اتفقا جاز؛ لأن الحق لهما فيه دون غيرهما.

قال: (وإن تلف بعض رأس المال قبل التصرف فيه فرأس المال ما بقي، وإن تلف أو بعضه بعد التصرف أو خسر جبر من الربح قبل قسمته أو تنصيبه مع المحاسبة، وإن اشترى سلعة في الذمة فتلف المال بعد التصرف فيها لزم ثمنها رب المال والمضاربة فيه، وفيما تخلف من الأول لا ما تلف، وإن تلف قبل الشراء فكشراء فضولي).

ش: أما كون المال إذا تلف بعضه قبل التصرف فيه فرأس المال ما بقي... إلى آخره؛ فلأن تلف المال يبطل المضاربة .

ولأن المال ركنها، فإذا تلف المال بطلت كالعين المستأجرة في الإجارة، فإذا تلف بعض المال قبل التصرف بطل فيه والباقي هو رأس المال؛ لأن العقد انفسخ في التالف لتلفه قبل التصرف فلم يصادف إلا الباقي فكان هو رأس المال، وإن كان تلف المال أو بعضه بعد التصرف أو خسر المال جبر من الربح بشرطه؛ لأن المال زاد بالتصرف ووجب إكماله لاستحقاق الربح؛ لأنه مقتضى الشرط.

وإذا اشترى المضارب سلعة في الذمة فلم ينقد الثمن حتى تلف المال فالمضاربة بحالها؛ لأنه تصرف وقع والمال قائم فهو بإذن رب المال فلم تبطل بتلف المال؛ كما لو وكله في شراء شيء فاشتراه، ويلزم رب المال الثمن؛ لأنه أذن له في شراء السلعة فلزمه ثمنها كالموكل، وسواء كان التلف قبل التصرف أو بعده.

لكن متى كان التلف قبل التصرف كانت المضاربة في قدر الثمن، يعني أنه لا يُجبر التالف من الربح؛ لأن المضاربة انفسخت في التالف على ما بينا فبقي مال المضاربة ثمن ما ابتاعه بمفرده بخلاف ما إذا كان التلف بعد التصرف فإن التالف يكون مال المضاربة تلف بعد التصرف يكون جبرانه من الربح كما سبق، وإن كان المال تلف قبل الشراء فهو كشراء الفضولي؛ لأن المضاربة انفسخت بتلف المال فيبطل الإذن، فوقع المشتري بعد

الفسخ فهو غير مأذون فيه فقد اشترى لغيره ما لم يأذن فيه فيُخرَج على تصرف الفضولي وقد سبق حكمه.

فصل [إذا طلب العامل البيع]

قال: (وإن طلب العامل البيع وثم ربح أو طلبه المالك بعد الفسخ: أجر الممتنع في مقدار رأس المال خاصة^(١)).

ش: أما كون رب المال يجبر على البيع إذا طلب العامل وكان في المال ربح؛ فلأن مع الربح له فيه حقاً، فأجبر الممتنع من أدائه كسائر الحقوق، نص عليه.
وأما كونه لا يُجبر إذا لم يكن فيه ربح؛ فلأنه لا حق له فيه أشبه ما لم يضاربه.
وقيل: يُجبر مطلقاً؛ لأنه ربما زاد فيه راغب فزاد على ثمن المثل فيكون للعامل فيه حظ. ورُد بأنها حصلت بعد الفسخ فلم يستحقها العامل.
فعلى تقدير الخسارة يتجه منعه من ذلك. ذكره الأزجي.
فائدة: من جملة الربح المهر والثمرة والأجرة والأرض وكذا التاج على الصحيح.
وقال في الفروع: ويتوجه فيه وجه.

وأما إذا طلب رب المال وأبى العامل ففيه وجهان:
أحدهما: يُجبر العامل عليه، وهو قول الشافعي؛ لأن عليه رد المال ناضاً كما أخذه.
والثاني: لا يُجبر إذا لم يكن في ذلك ربح أو أسقط العامل حقه من الربح؛ لأنه بالفسخ زال تصرفه وصار أجنبياً من المال فأشبهه الوكيل إذا اشترى ما يستحق رده فزالت وكالته قبل رده.

ولو كان رأس المال دنائير فصار دراهم أو بالعكس فهو كما لو كان عرضاً على ما يأتي.

وإذا نصَّ رأس ماله جميعه لم يلزم العامل أن ينصَّ له الباقي؛ لأنه شركة بينهما فلا

(١) زيادة من الوجيز.

يلزم الشريك أن ينضّ مال شريكه؛ لأنه إنما لزمه أن ينضّ رأس المال ليرد إليه المال على صفته ولا يوجد هذا المعنى في الربح.

قال: (ويلزم العامل تقاضي الدين فيه ولو به أن يأخذ به عرضاً).

ش: أما كون العامل يلزمه تقاضي الدين؛ فلأن المضاربة تقتضي رد المال على صفته والديون لا تجري مجرى المال الناض، فلزمه أن ينضه كما يلزمه بيعه لو كان عرضاً، وسواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يلزمه إلا أن يظهر ربح؛ لأنه لا غرض له في العمل فهو كالوكيل. ولنا: ما تقدم.

ولا فرق بين كون الفسخ من العامل أو رب المال، فإن اقتضى منه قدر رأس المال أو كان الدين قدر الربح أو دونه لزم العامل تقاضيه أيضاً؛ لأنه إنما يستحق نصيبه من الربح عند وصوله إليهما على وجه يمكن قسمته ووصول كل واحد منهما إلى حقه منه ولا يحصل ذلك إلا بعد تقاضيه.

وأما كون رب المال له أن يأخذ بماله عرضاً؛ فلأن غاية ما في ذلك: أنه يحتاج إلى التقويم؛ لأن العامل يستحق الربح إلى حين الفسخ وذلك لا يضر، دليله المستعير إذا غرس أو بنى، والمشتري إذا فعل ذلك فإن المعير يأخذ ذلك بالقيمة إذا رجع، والشفيع يأخذ بها إذا طلب الشفعة.

أو يقال إذا أخذ المعير والشفيع ملك غيره بالقيمة فلأن يأخذ رب المال ماله بالقيمة بطريق الأولى وحينئذ يملكها. نص عليه، إن لم يكن حيلة فإن ارتفع السعر لم يطلب بقسطه في الأصح.

قال ابن عقيل: لو قصد رب المال الحيلة ليختص بالربح بأن كان العامل اشترى جزءاً في الصيف ليربح في الشتاء أو يرجو دخول موسم أو قفل، أن حقه يبقى في الربح. قال الأزجي: أصل المذهب أن الحيل لا أثر لها.

فائدتان:

الأولى: لا يلزم الوكيل تقاضي الدين على الصحيح من المذهب. قدمه في الفروع

وحزم به في المغني والشرح وغيرهما. وذكر أبو الفرج: يلزمه رده على حاله إن فسخ الوكالة بلا إذنه.

الثانية: لو فسخ المالك المضاربة والمال عرض انفسخت، وللمضارب بيعه بعد الفسخ على الصحيح من المذهب لتعلق حقه بربحه، ذكره القاضي في خلافه وهو ظاهر كلام الإمام أحمد في رواية ابن منصور، وقدمه في القاعدة الستين.

وذكر القاضي في المجرد وابن عقيل في باب الشركة: أن المضارب لا ينزول ما دام عرضاً بل يملك التصرف حتى يُنْضَى رأس المال، وليس للمالك عزله. وأن هذا ظاهر كلام أحمد في رواية حنبل. وذكرنا في المضاربة أن المضارب ينزل بالنسبة إلى الشراء دون البيع، وحمل صاحب المغني مطلق كلامهما في الشركة على هذا التقييد.

ولكن صرح ابن عقيل في موضع آخر: أن العامل لا يملك الفسخ حتى يُنْضَى رأس المال مراعاة لحق مالكة.

وقال في باب الجعالة: المضاربة كالجعالة لا يملك رب المال فسخها بعد تلبس العامل بالعمل وأطلق ذلك.

وقال في مفرداته: إنما يملك المضارب الفسخ بعد أن يُنْضَى رأس المال ويعلم رب المال أنه أراد الفسخ.

قال: وهو الأليق بمذهبنا وأنه لا يحل لأحد المتعاقدين في الشركة والمضاربات الفسخ مع كتم شريكه.

قال في القواعد: وهو حسن جار على قواعد المذهب في اعتبار المقاصد وسد الذرائع.

قال: (ومن مضارب أو ساقى في مرضيه بأكثر من مضاربة المثل ومساقاته لم يحتسب من الثلث ويقدم على المدين. وإن مات ولم تعين المضاربة أو الوديعة فدين على تركته).

ش: أما كون الربح لم يحتسب من ثلثه فيما ذكر؛ فلأنه عوض عن عمله. وأما كون الزيادة منه أيضاً؛ فلأن ما يحدث من الربح يحدث على ملك العامل بخلاف ما لو حايى المستأجر الأجير فإنه يحتسب بما حاباه من ثلثه، لأن الأجرة تؤخذ من ماله وكذلك المساقاة وهو احتمال.

قال في الشرح: ولو شرط في المساقاة والمزارعة أكثر من أجرة المثل احتمل أنه كالقراض؛ لأن الثمرة تخرج عن ملكيهما كالربح في المضاربة، واحتمل أن يكون من ثلثه؛ لأن الثمرة زيادة في ملكه خارجة عن عينه، والربح لا يخرج من عين المال إنما يحصل بالتقليب^(١). والله تعالى أعلم.

وأما كون العامل يقدم بذلك على سائر الغرماء؛ فلأنه يملك الربح بالظهور فكان شريكاً فيه.

ولأن حقه متعلق بعين المال دون الذمة فكان متقدماً على ما تعلق بالذمة كحق الجناية والمرتهن، أو يقال حقه متعلق بالمال قبل الموت فكان أسبق فقدم كالرهن. وأما كون مال الميت إذا لم يُعرف بعينه؛ فلأن الأصل بقاء المال في يده ولا سبيل إلى معرفة عينه فتعين جعله متعلقاً بالتركة.

وأما كون الوديعة كالمضاربة؛ فلاشتراكهما في الدليل المذكور فيها. والأصح أنها في تركته، وفيهما في التزغيب: إلا أن يموت فجأة، وزاد في التلخيص: أو يوصي إلى عدل ويذكر جنسها كقوله: «قميص» فلم يوجد. وإن مات وصي وجهل بقاء مال موليه، قال في الفروع: فيتوجه كذلك. قال شيخنا: هو في تركته.

مسألة: إذا مات رب المضاربة مُنِع المضارب من البيع والشراء إلا بإذن الوارث، نص عليه. وظاهره بقاء العامل على قراضه؛ لأنه إتمام له لا ابتداء، وحكى القاضي وجهاً^(٢) في المغني: هو أقيس بطلانه؛ لأن القراض قد بطل بالموت، وهذا ابتداء قراض على عروض نعم لو كان ناضباً كان ابتداء قراض والربح مشترك بينهما.

وقال القاضي: للعامل البيع حتى ينضّ المال ويظهر الربح إلا أن يختار رب المال تقويمه ورفع الخصومة فله ذلك، وعليه يحمل كلام الإمام أحمد.

وإن أراد المضارب والمال عرض فمضاربة مبتدأة، وإن مات العامل أو جُنّ فإن كان المال ناضباً جاز وكذا إن كان عرضاً في قول، ولو أراد المالك تقرير وارثه فمضاربة

(١) في الأصل: بالتلف. وانظر المغني ١٧٧/٥.

(٢) في الأصل: وجهين. وانظر المبدع ٣٤/٥.

مبتدأة، ولا يبيع عرضاً بلا إذنه فيبيعه حاكم ويقسم الربح.

فصل [في أحكام العامل]

قال: «ويقبل قول العامل فيما اشترى لنفسه أو للمضاربة ودعوى الطف والخسران ونفي الخيانة وقول المالك في الرد وجزء العامل».

ش: أما كون القول قول العامل فيما يدعيه من جميع ما ذكر؛ فلأن تأمينه يقتضي ذلك وهو ينكره، والقول قول المنكر مع يمينه.

ولأن الاختلاف هاهنا في نيته وهو أعلم بها لا يطلع عليها غيره فكان القول قوله فيما نواه، كما لو اختلف الزوجان في نية الزوج بكناية الطلاق.

ولأنه أمين في الشراء فكان القول قوله كالوكيل، ولو اشترى عبداً فقال رب المال: كنت نهيتك عن شرائه فأنكر العامل فالقول قوله؛ لأن الأصل عدم النهي.

قال في الشرح: ولا نعلم في هذا كله خلافاً وكذلك القول قوله في قدر رأس المال. وأما كون القول قول المالك في رده إليه؛ فلأن العامل قبض المال لمنفعة نفسه، فلم يُقبل قوله في رده كالمستعير.

وفارق المودع من حيث أن قبضه لمنفعة غيره، هذا المذهب نص عليه في رواية ابن منصور وعليه أكثر علمائنا، وجزم به غير واحد وقدمه في المغني والفروع وغيرهما. ولأصحاب الشافعي وجهان:

وقيل: يقبل قول العامل؛ لأنه أمين، ومعظم النفع لرب المال، فالعامل كالمودع وهو مبني على دعوى الوكيل بجعل. قاله في الشرح.

فائدة: لو أقام كل واحد منهما بينة بما قاله قُدِّمت بينة العامل على الصحيح من المذهب؛ لأنه خارج، وقطع به كثير من علمائنا وقدمه في الفروع.

وقيل: تقدم بينة رب المال.

ونقل مهنا: فيمن قال دفعته مضاربة قال: بل قرضاً ولهما بيتان، قال: الربح بينهما نصفان وهو معنى كلام الأرجي.

قال الأزجي: وعن الإمام أحمد في مثل هذا فيمن ادعى ما في كيس وادعى آخر نصفه روايتان:

إحداهما: أنه بينهما نصفان.

والثانية: لأحدهما ربه وللآخر ثلاثة أرباعه.

وأما كون القول قول المالك في الجزء المشروط للعامل مثل أن يقول العامل: شرطت لي النصف، فيقول المالك: بل الثلث، فلائنه ينكر الزائد والعامل يدعيه والقول قول المنكر.

هذا المذهب نص عليه في رواية ابن منصور وسندي، وقدمه في المغني والشرح والفروع وغيرهم. وبه قال أصحاب الرأي.

وعنه: القول قول العامل إذا ادعى أجرة المثل، نقله حنبل وقال ابن عقيل: أو ما يتغابن الناس به؛ لأن الظاهر صدقه وإن ادعى أكثر فالتقول قول^(١) رب المال فيما زاد على أجرة المثل كالزوجين إذا اختلفا في الصداق. وقال الشافعي: يتحالفان.

قال: (وإن قال العامل: رجعت ثم خسرت قبل، وعكسه: غلظت أو نسيت).

ش: أما كون العامل يقبل قوله في دعوى الخسارة بعد الإقرار بالربح؛ فلائنه أمين يُقبل قوله في تلف المال وخسارته، فقبل قوله في خسارة الربح لاشتراك الكل في المعنى الموجب لاشتراكه حكماً.

وأما كونه لا يقبل قوله في دعوى الغلط والنسيان؛ فلائنه مقرر، فلا يُقبل قوله في الرجوع عن إقراره كغيره من المقرين. وكذلك أو كذبت، وهو المذهب وجزم به أكثر علمائنا منهم صاحب الهداية والكافي والشرح وغيرهم، وقدمه في الفروع.

قال في الرعايتين: لم يُقبل في الأصح. وعنه: يُقبل قوله.

نقل أبو داود ومهنا: إذا أقر بربح ثم قال: إنما كنت أعطيتك من رأس مالك يصدق.

قال أبو بكر: وعليه العمل وجزم به ناظم المفردات وهو منها، وخرّج يقبل قوله

(١) زيادة يقتضيها السياق.

بيّنة.

فائدة: يقبل قول العامل في أنه ربح أم لا ، وكذا يُقبل قوله في قدر الربح على الصحيح من المذهب وعليه علماؤنا، ونقله ابن منصور، ونقل الحلواني فيه روايات كعوض كتابة، القبول وعدمه، والثالثة يتحالفان. وجزم أبو محمد الجوزي: يُقبل قول رب المال.

فصل [شركة الوجوه]

قال: (والوجوه شركتهما في ربح ما يشتركان في ذمتيهما بجاهيهما وكل منهما كسبل الآخر ووكيله والنماء بعد قضاء ذئتهما على ما شرطاه والوضيعة بقدر ملكيهما ويتصرفان كشريكي عنان).

ش: سميت به؛ لأنهما معاملان فيها بوجهيهما، والجاه والوجه واحد. يقال: فلان وجهه إذا كان ذا جاه. وهي جائزة إذ معناها وكالة كل واحد منهما صاحبه في الشراء والبيع والكفالة بالثمن، وكل ذلك صحيح؛ لاشتغالها على مصلحة من غير مضرة.

وأما قول المصنف: «والوجوه إلى... ووكيله»؛ فبيان لمعناها.

وأما كون النماء بعد قضاء ذئتهما على ما شرطاه؛ فلأن العمل منهما قد يتساويان فيه، فكان النماء بحسب الشرط كالعنان، هذا المذهب نص عليه وعليه جماهير علمائنا وقدمه في المغني والشرح والفروع وغيرهم.

فإذا كان لأحدهما ثلث الربح كان له ثلث المشتري، وإن كان له نصفه كان له نصف المشتري؛ لأن الأصل في الربح المال، فكل جزء من الربح يأزاء جزء من المال، فإذا عُلِمَ نصيب أحدهما من الربح عُلِمَ قدر ما يملكه من المال؛ لأنه تابع له.

وقال القاضي: يكون على قدر ملكيهما. وجزم به في الفصول؛ لأن الربح يستحق بالضمان إذ الشركة وقعت عليه خاصة إذ لا مال لهما، فيشتركان فيه على العمل والضمان؛ لأنه أصل فيه، فلا يجوز التفاضل في الربح.

وأما كون الوضيعة بقدر ملكيهما؛ فلأنها كذلك في شركة العنان فلتكن هاهنا

كذلك.

ولأنها في معناها.

وأما كون تصرفهما كشريكي عنان؛ فلأن كل واحد من شريكي العنان متصرف في نصيبه بطريق الأصالة وفي نصيب شريكه بطريق الوكالة، فوجب جعل تصرفهما كتصرف شريكي العنان ضرورة استوائهما في جهة التصرف.

فصل [شركة الأبدان]

قال: (والأبدان الشركة فيما يكتسبان بها، فما تقبله أحدهما من عمل يلزمهما فعله).

ش: أما قول المصنف: «فيما يكتسبان بها» فيبان لمعنى شركة الأبدان وهي صحيحة، نص عليه؛ لما روى أبو داود بإسناده عن عبد الله قال: «اشتركت أنا وسعد وعمار يوم بدر. فلم أجد أنا وعمار بشيء وجاء سعد بأسيرين»^(١).

ومثله لا يخفى عن النبي ﷺ وقد أقرهم.

وقال الإمام أحمد: أشرك بينهم النبي ﷺ. فإن قلت: المغام مشتركة بين الغامتين فكيف يصح اختصاص هؤلاء بالشركة فيها؟

وقال بعض الشافعية: غنائم بدر كانت لمن أخذها قبل أن يشرك بينهم بدليل أنه قال: «من أخذ شيئاً فهو له»^(٢) فكان من قبيل المباحات.

ويجوز أن يكون شرك بينهم فيما يگتمونه من الأسلاب والنفل. وبأن الله إنما جعل الغنيمة لنبه [بعد أن غنموا]^(٣) واختلفوا في المغام فأنزل الله تعالى: {يسألونك عن الأنفال... الآية} [الأنفال: ١].

(١) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في الشركة على غير رأس مال ٢٥٧/٣ ح ٣٣٨٨. والنسائي في البيوع، الشركة بغير مال ٣١٩/٧ ح ٤٦٩٧. وابن ماجه في التجارات، باب الشركة والمضاربة ٧٦٨/٢ ح ٢٢٨٨.

(٢) أخرجه البيهقي في قسم الفيء والغنيمة، باب الوجه الثالث من النفل ٣١٦/٦.

(٣) زيادة من المغني ١١٢/٥.

والشركة كانت قبل ذلك، وبه قال مالك. وقال أبو حنيفة: يصح في الصناعة ولا يصح في اكتساب المباح كالاكتساب والاعتنام؛ لأن الشركة مقتضاها الوكالة ولا تصح الوكالة في هذه الأشياء؛ لأن من أخذها ملكها.

وقال الشافعي: شركة الأبدان كلها فاسدة؛ لأنها شركة على غير مال فلم تصح كما لو اختلفت الصناعات.

ولنا ما تقدم من الدليل.

وأما كون ما يتقبله أحدهما من عمله يلزمهما فعله؛ فلأن شركة الأبدان لا تنعقد إلا على ذلك؛ لأنه لا شيء فيها غير ذلك تنعقد عليه.

هذا المذهب وعليه علماؤنا، وذكر الموفق وغيره عن القاضي احتمالاً لا يلزم أحدهما ما يلزم صاحبه.

وإن أقر أحدهما بما في يده قبل عليه وعلى شريكه؛ لأن اليد له فقبل إقراره بما فيها، ولا يُقبل إقراره بما في يد شريكه ولا بدّين عليه؛ لأنه لا يد له على ذلك.

قال: (وتصح مع اختلاف الصنائع واتفاقها وتملك المباح).

ش: أما كونها تصح مع اختلاف الصنائع مثل: أن يكون أحدهما خياطاً والآخر قصّاراً وما أشبه ذلك؛ فلأنهما اتفقا في مكسب مباح فصح كما لو اتفقت الصنائع وهذا أحد الوجهين وهو الصحيح من المذهب. اختاره القاضي.

قال في الفروع: ويصح مع اختلاف الصناعة في الأصح. قال الناظم: هذا أجود، وجزم به في المنور وغيره وقدمه في الكافي.

والثاني: لا يصح. قال في الهداية: وهو الأقوى عندي، وهو قول مالك. وأما مع اتفاقها فيصح رواية واحدة.

وأما كونها في تملك المباح تصح؛ فلأنه اشتراك في مكسب مباح فصح، كالاشتراك في القصارة والخياطة.

قال: «فإن مرض أحدهما فعمل الآخر لهما. وله مطالبته بمن يعمل بدله وفي فسادها تقسم أجرة ما تقبله بالسوية».

ش: أما كون عمل الآخر لهما مع مرض أحدهما؛ فلائنه لو لم يعمل معه وهو صحيح يكون الكسب لهما؛ لحديث سعد المتقدم، فمع العذر بطريق الأولى.
وأما كون الصحيح له مطالبة المريض بمن يعمل بدله؛ فلأنهما دخلا على أنهما يعملان، فإذا تعذر العمل من المريض بنفسه لزمه ما يقوم مقامه توفية للعقد ما يقتضيه.
تنبيه: مفهوم قوله: «فإن مرض أحدهما فعمل الآخر لهما» أنه لو ترك العمل لغير عذر لا يكون العمل لهما وهو أحد الوجهين، وهو احتمال للموفق.
والثاني: يكون لهما أيضاً.

قال في الفروع: والأصح ولو تركه بلا عذر فالكسب بينهما. وقدمه في المغني وغيره.

فروع: تصح شركة شهود. قاله أبو العباس ولأحدهما أن يقيم مقامه إن كان على عمل في الذمة، وإن كان الجعل على شهادته بعينه فالأصح جوازه.
وموجب العقد المطلق التساوي في العمل والأجر، ولو عمل أكثر ولم يتبرع طالبه بالزيادة، وكذا الخلاف في شركة الدلائن. وجزم في الترغيب وغيره وهو الأشهر بعدم صحتها؛ لأنه لا بد فيها من وكالة وهي على هذا الوجه لا تصح، كأجر دابتك والأجرة بيننا.

قوله: «وفي فسادها تقسم أجرة ما تقبله بالسوية» إذا فسد العقد لنوع من المفاسدات، فإن كان في شركة العنان والوجوه يُقسّم على قدر الملكين؛ لأنه ربح استحقا بماليهما، فقسّم على قدر المالين كما لو كان العمل من غيرهما. وتقدم ذلك.
وفي المضاربة: الربح كله للمالك وتقدم.

وفي شركة الأبدان: تقسم أجرة ما تقبله بينهما بالسوية.
وهل يرجع كل واحد منهما في شركة العنان والأبدان والوجوه على الآخر بأجرة نصف عمله؟ على وجهين وتقدم ذلك.

قال: «وإن اشتركا بدائتين أو أكثر لدياس أو طحن أو حمل صح والأجرة كما شرط».

وإن أخرّا عين دابتهما أو نفسيهما فلا شركة.

ش: أما كونه يصح أن يشترك الشريكان على ما ذكر لما ذكر؛ فلأن ذلك قد يكون في الذمة وهو نوع اكتساب فوجب صحة الشركة عليه كشركة الوجوه.

وأما كون الأجرة على ما شرطاً إذا تقبلاً حمل شيء معلوم إلى مكان معلوم في ذمهما ثم حملاه على ما ذكر أو على غير ما ذكر؛ فلأن تقبلهما العمل أثبت الضمان عليهما، فكانت الأجرة على ما شرطاً؛ كشريكي الوجوه. وقيل: نصفين كما لو أطلقا.

وأما إذا أخرّا عين دابتهما أو نفسيهما على حمل شيء بأجرة معلومة واشتركا على ذلك لم تصح الشركة في الأصح؛ فلأنه استحق كل منهما أجرة دابته.

ولأنه لم يجب ضمان الحمل في ذمتهما وإنما استحق المكثري منفعة البهيمة التي استأجرها، ولهذا تنفسخ الإجارة بموت الدابة المستأجرة إذ الشركة إنما تنعقد على الضمان في ذمهما أو على عملهما، وهذا ليس بواحد منهما وهي تتضمن الوكالة، وعلى هذا الوجه لا تصح، ولهذا لو قال: أجر عبدك والأجرة بيننا أو بعه والثن بيننا لم يصح.

وقيل: بلى. وحكاه في المغني احتمالاً كما لو اشتركا فيما يكتسبان بأبدانهما من المباح، فإن أعان أحدهما صاحبه في التحميل والنقل فله أجرة مثله؛ لأنها منافع وفأها بشبهة عقد.

تنبيه: لو اشترك اثنان، لأحدهما قصارة والآخر بيت يعملان بها فيه صح، ولو اشترك ثلاثة لأحدهم دابة والآخر راوية ومن الثالث العمل على ما رزق الله بينهم فهو صحيح ويعمل به على ما اتفقوا عليه.

وقال القاضي: العقد فاسد.

فعلى هذا الأجر كله للسقا وعليه لصاحبه أجرة المثل، واقتصر عليه في الفصول؛ لأن هذا ليس بشركة ولا مضاربة؛ لأنه لا يجوز أن يكون رأس ماله العروض ولا إجارة؛ لافتقارها إلى مدة معلومة وأجر معلوم.

والأول المذهب؛ لأنها عين تنمي بالعمل عليها، وكذا الخلاف لو كانوا أربعة: لأحدهم دابة والآخر رحي ولثالث دكان ومن الرابع العمل.

مسألة: قال ابن عقيل وغيره: لو دفع شبكة إلى صياد ليصيد بها السمك بينهما نصفين، فالصيد كله للصيد ولصاحب الشبكة أجرة مثلها.

وقياس قول الإمام أحمد صحتها، فما رزق الله فهو بينهما على ما شرطاه؛ لأنها عين تنمى بالعمل فصح دفعها ببعض ثنائها كالأرض وقفيز الطحان، أن يعطي أقفزه معلومة يطحنها بقفيز دقيق منها ينبي على ذلك.

فرع: دفع دابته إلى آخر يعمل عليها وما رزق الله بينهما نصفين أو ما شرطاه صح. نص عليه، لأنها عين تنمى بالعمل عليها فصحت بيع ثنائها كالنقدين، وفي الفصول: هي مضاربة على القول بصحتها في العروض وليست شركة. نص عليه.

وقيل: لا يصح، والربح كله لرب المال وللعامل أجرة مثله. وإن جمعا بين شركة العنان والأبدان والوجوه والمضاربة صح؛ لأن كل واحد منها يصح منفرداً فصح مع غيره.

قال ابن منجى: وكما لو ضم ماء ظهور إلى مثله وهذا هو أحد قسمي شركة المفاوضة.

فصل [شركة المفاوضة]

قال: (وإن فوض كل إلى صاحبه كل تصرف مالي وبندني من أنواع الشركة في كل وقت ومكان على ما يراه: صح، والربح على ما شرطاه، والوضيعة بقدر المال، فإن أدخلوا كسباً أو غرامة نادرين أو ما ثبت لهما أو عليهما صح إن عيّن الربح والا بطل).

ش: أما شركة المفاوضة فهي على ضربين:

أحدهما: أن يفوض كل منهما إلى صاحبه الشراء والبيع والمضاربة والتوكل والابتياح في الذمة والمسافرة بالمال والارتهان وضمان ما يرى من الأعمال فهذه شركة صحيحة؛ لأنها لا تخرج عن شركة العنان والوجوه والأبدان، وجميعها منصوب على صحتها، والربح على ما شرطاه والوضيعة على قدر المال. قاله علماؤنا وقطع به في الهداية

والمستوعب والتلخيص وغيرهم.

قال في الفروع: وإن اشتركا في كل ما يثبت لهما أو عليهما أو عليهما ولم يُدخلها فيها كسباً نادراً وغرامة كلقطة وضمان مال: صح.

وقال في الرعايتين والفائق وغيرهم: والمفاوضة أن يُفوض كل واحد منهما إلى الآخر كل تصرف مالي وبدني من أنواع الشركة في كل وقت ومكان على ما يرى، والربح على ما شرطاً والوضعية بقدر المال . فتكون شركة عنان أو وجوه وأبدان ومضاربة.

الثاني: أن يُدخلها في الشركة الأكساب النادرة كوجدان لقطة أو ركاز، وما يحصل لهما من ميراث وما يلزم أحدهما من ضمان غصب أو أرض جناية ونحو ذلك فهذه شركة فاسدة. قاله الموفق ونص عليه وعليه أكثر علمائنا، وجزم به في الهداية والمستوعب وغيرهما وقدمه في الفروع.

وقال في المحرر: إن اشتركا في كل ما يثبت لهما أو عليهما صح العقد دون الشرط. نص عليه وأطلق.

وذكره قولاً في الرعاية وفي طريقة بعض علمائنا: شركة المفاوضة أن يقول: «أنت شريك لي في كل ما يحصل لي بأي جهة كانت من إرث وغيره» لنا فيها روايتان، المنصور: لا تصح.

وظاهر كلام المصنف الصحة بشرطه، وأجاز أبو حنيفة شركة الأكساب، والله أعلم بالصواب.

باب المساقاة

هي مفاعلة من السقي؛ لأنه أهم أمرها، وكانت النخل بالحجاز تسقى نضحاً، أي من الآبار فيعظم أمره وتكثر مشقته.

وهي عبارة: أن يدفع إنسان شجره إلى آخر ليقوم بسقيه وما يحتاج إليه بجزء معلوم له من ثمره. قاله في المغني والشرح.

وليس بجامع لخروج ما يدفعه إليه ليغرسه ويعمل عليه ولا بمانع لدخول ما له ثمر غير

مقصود كالصنوبر.

والأصل في جوازها: السنة، فمنها ما روى ابن عمر قال: «عامل النبي ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع»^(١). متفق عليه.
وقال أبو جعفر: «عامل النبي ﷺ أهل خيبر بالشطر، ثم أبو بكر، ثم عمر، ثم عثمان، ثم علي، ثم أهلهم إلى اليوم يعطون الثلث أو الربع»^(٢)، وهذا عمل به الخلفاء الراشدون ولم ينكر فكان كالإجماع.

قال: (تصح على كل شجر له ثمر يؤكل أو يُنتفع به دون العكس، وعلى شجر يفرسه ويعمل عليه حتى يشمر، وعلى ثمر بدا ولم يكمل بجزء من ثمرة الكل بلفظها ومعناها، وهي عقد حائض).

ش: أما كون المساقاة تصح على شجر له ثمر إلى قوله: دون العكس؛ فلقول ابن عمر: «أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع» وهو عام في النخل والكرم وكل ما له ثمر.

ولأن المساقاة إنما شرعت للحاجة، وهي في الكرم والشجر أكثر؛ لأنها أحوج إلى السقي وأقل صبراً على العطش فكانت أولى بالجواز.

ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك؛ لأن كثيراً من الناس لا شجر لهم ويحتاجون إلى الثمر، ففي تجويز المساقاة دفع الحاجتين وحصول المنفعة لهما فجاز كالمضاربة، والمنفعة به كالمأكل.

ومقتضى ما ذكره: أنها لا تصح على ما لا ثمر له كالجوز، أو له ثمر غير مقصود كالصنوبر. ذكره في الشرح بغير خلاف نعلمه، إذ ليس منصوصاً عليه ولا هو في معنى المنصوص، لكن إن قصد ورقه كالتوت أو زهره كالورد، فالقياس جوازه؛ لأنه في معنى الثمرة لكونه يتكرر كل عام ويمكن أخذه. وقد يقال: إن النصوص تشملته.

المساقاة في النخل وفي كل ثمر مأكل ببعض ثمرته قول الخلفاء الراشدين رضي الله

(١) أخرجه البخاري في المزارعة، باب إذا لم يشترط السنين في المزارعة ٢/٨٢٠ ح ٢٢٠٤. ومسلم في المساقاة، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع ٣/١١٨٦ ح ١٥٥١.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في البيوع والأقضية، من لم ير بالمزارعة بالنصف والثلث والربع بأساً ٤/٣٨٢ ح ٢١٢٢٤.

عنهم، وبه قال مالك وأبو يوسف.

وقال الشافعي: لا تجوز إلا في النخل والكرم وفي سائر الشجر قولان. وقال أبو حنيفة وزفر: لا تجوز بحال.

ولنا ما تقدم من الحديث.

وأما كونها تصح على شجر يغرسه ويعمل عليه حتى يثمر فيساقه على غرسها والقيام عليها حتى تحمل، فلأنها كالبنر في المزارعة إذا سلمها صاحب الأرض إلى من يغرسها ويقوم عليها بجزء من ثمنائها.

ولأن العمل وعوضه معلومان فصحت كالمساقاة على شجر موجود.

وأما قول المصنف: «حتى يثمر» ففيه تنبيه على أنه لو ساقاه على شجر يغرسه ويعمل عليه مدة لا يثمر في مثلها لا يصح، لأن من شرط المساقاة: أن يكون للعامل نصيب من الشجر ولم يوجد.

وأما كونها تصح على ثمر بدا ولم يكمل، فلأنه إذا جاز العقد على ما لا ثمر فيه مع الغرر لعدم المعقود عليه، فمع قلة الغرر فيما قد ظهر وزيادته موجودة بالعمل أولى، وهذا إحدى الروايتين، وهي المذهب وعليها أكثر علمائنا منهم أبو بكر.

قال في الخلاصة والفروع وغيرهما: يصح على أصح الروايتين، وصححه في تصحيح المحرر وجزم به في المنور وغيره، وقدمه في الرعاية الصغرى وغيرها، وهو قول مالك وأبي يوسف ومحمد وأحد قولي الشافعي.

وهذا إذا بقي من العمل ما يزيد به الثمرة؛ كالتأبير والسقي وإصلاح الثمرة، فإن بقي ما لا تزيد به الثمرة كالجذاذ ونحوه لم يجز بغير خلاف. قاله في الشرح.

والثانية: لا تجوز؛ لأنه ليس بمنصوص عليه، ولا هو في معنى المنصوص، صححه في

النظم.

فائدة: وكذا الحكم لو زارعه على زرع نابت ينمي بالعمل، قاله علماؤنا.

وأما قول المصنف: «بجزء من ثمرة الكل» ففيه تنبيه على أنه لا بد وأن يكون نصيب العامل من المساقى عليه، وأنه لا بد وأن يكون مشاعاً. وقد تقدم ذكر ذلك في الشركة.

فوائد:

منها: قال في الفروع: وظاهر نص الإمام أحمد جواز المساقاة على شجر يغرسه ويعمل عليه بجزء معلوم من الشجر، أو بجزء من الشجر والثمر كالملزارة وهي المغارسة والمناسبة، واختاره أبو حفص العكبري في كتابه، وصححه القاضي في التعليق أخيراً، واختاره في الفائق وأبو العباس، وذكره ظاهر المذهب .

وقال: ولو كان مغروساً ولو كان ناظر وقف وأنه لا يجوز للناظر بعده بيع نصيب الوقف من الشجر بلا حاجة، وأن للحاكم الحكم بلزومها في محل النزاع فقط. انتهى.

وهذا احتمال في المغني والشرح. وقيل: لا يصح. اختاره القاضي في المحرد والموفق والشارح، وجزم به في الرعاية الكبرى وقدمه في المغني والشرح والنظم والفائق. ومنها: لو كان الاشتراك في الغراس والأرض فسد وجهاً واحداً. قاله الموفق والشارح والناظم وغيرهم.

وقال أبو العباس: قياس المذهب صحته. قال في الفائق: قلت: وصحح المالكيون المغارسة في الأرض الملك، لا الوقف بشرط استحقاق العامل جزءاً من الأرض مع القسط من الشجر. انتهى.

ومنها: لو عملا في شجر لهما وهو بينهما نصفان وشرطا التفاضل في ثمره صح على الصحيح من المذهب. جزم به في الفروع واختاره ابن عبدوس في تذكرته وغيره، وقدمه في الفروع وغيره، وصححه في تصحيح المحرر. وقيل: لا يصح كمساقاة أحدهما الآخر بنصفه، وأطلقهما في المحرر والنظم وغيرهما.

ومنها: قال أبو العباس: ولا محذور في المغارسة إذا كان الغرس من أحدهما فالأجير يستحق جزءاً منه بالنفع الذي حصل له بإزائه، فإذا كان الغراس من العامل فقد حصل له من انتفاعه بالأرض ما يقابل النصيب الذي صار للمالك، وإن كان الغراس من المالك فقد حصل له من نفع العامل ما يقابل نصيب العامل الذي حصل له من المالك، والعامل في المغارسة يستحق نصف الشجر وعليه العمل، وإن مات قام وارثه مقامه في الملك والعمل، وإن باعه لمن يقوم مقامه جاز وللمشتري الملك وعليه العمل لا سيما ومذهب أحمد المشهور عنه جواز بيع المكاتب كما يورث، ويقوم المشتري مقام المالك فهو يملكه

ملكاً مقيداً كما كان المالك يملكه. وكذلك يجوز في أظهر قولي العلماء، وهو قول في مذهب أحمد بيع الأرض الخراجية كما تورث باتفاقهم.

وكما أن الوارث يقوم فيه بمقام موروثه فيستحق فيها ما كان يستحقه وعليه الخراج الذي كان عليه فكذلك المشتري.

وأما كون المساقاة تصح بلفظ المساقاة؛ فلأن ذلك فيها صريح فصحت كسائر العقود بصرائحها.

وأما كونها تصح بما في معنى المساقاة والمعاملة؛ كفالحتك واعمل في بستانني هذا حتى تكمل ثمرته، فلأن القصد المعنى، فإذا أتى بما يدل عليه صح كالبيع.

وأما كون المساقاة عقداً جائزاً^(١)؛ ف«لأن اليهود سألوا رسول الله ﷺ بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع، فقال رسول الله ﷺ: نقركم على ذلك ما شئنا»^(٢).

ولأنها لو كانت لا زمة لم يميز بغير تقدير مدة.

ولأنه عقد على جزء من ثمر المال فكان جائزاً كالمضاربة، هذا المذهب اختاره ابن حامد وغيره.

قال في تجريد العناية: وهي عقد جائز في الأظهر. وصححه ناظم المفردات وحزم به في منتخب الأدمي وغيره، وقدمه في المغني والشرح والفروع وغيرهم وهو من مفردات المذهب.

وقيل: هي عقد لازم، قاله القاضي واختاره أبو العباس وقدمه في الخلاصة وغيرها وأطلقهما في الهداية والمستوعب، واختار في التبصرة: أنها جائزة من جهة العامل لازمة من جهة المالك مأخوذ من الإجارة.

فعلى المذهب يبطلها ما يبطل الوكالة ولا تقتصر إلى ذكر مدة، ويصح توقيتها ولكل واحد منهما فسخها، فمتى انفسخت بعد ظهور الثمرة فهي بينهما وعليه تمام العمل، وإن فسخ العامل قبل ظهورها فلا شيء له.

(١) في الأصل: عقد جائز.

(٢) أخرجه البخاري في المزارعة، باب إذا قال رب الأرض: أترك ما أترك الله... ٨٢٤/٢ ح ٢٢١٣. ومسلم في المساقاة، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع ١١٨٧/٣ ح ١٥٥١.

وإن فسخ رب المال قال في الرعاية: أو أجنبي فعله للعامل أجره عمله.
وعلى الوجه الثاني: لا تبطل بما تبطل الوكالة، فإن جعلاً مدة لا تكمل فيها لم يصح. وهل للعامل أجره؟ على وجهين، وأطلقهما في الهداية والمستوعب والفروع وغيرهم:

أحدهما: له أجره مثله وهو الصحيح.
قال في التصحيح: أحدهما: إن عمل فيها وظهرت الثمرة فله أجره مثله وهو الصحيح، وإن لم تظهر فلا شيء له.
والثاني: لا أجره له. وقدمه ابن رزين وقال في الرعاية: قلت: إن جهل ذلك فله الأجره وإلا فلا.

فائدة: لو كان البذر من رب الأرض وفسخ قبل ظهور الزرع أو قبل البذر وبعد الحرث فقال القاضي في الأحكام السلطانية: قياس المذهب جواز بيع العمارة^(١) التي هي الإثارة ويكون شريكاً في الأرض بعمارته^(٢).

واختار ابن منصور لا، لأنه يجب له أجره عمله بيديه وما أنفق على الأرض من ماله، وحمل كلام أحمد عليه.

وأفتى أبو العباس فيمن زارع رجلاً على مزرعة بستانه ثم أجرها هل تبطل المزارعة؟ فقال: إن زارعه مزارعة لازمة لم تبطل بالإجارة، وإن لم تكن لازمة أعطى الفلاح أجره عمله، وأفتى أيضاً في رجل زرع أرضاً وكانت بوراً وحرثها، فهل له إذا خرج منها فلاحه؟ أنه إن كان له في الأرض فلاحه لم ينتفع بها فله قيمتها على من انتفع بها، فإن كان المالك انتفع بها أو أخذ عوضاً عنها من المستأجر فضمنها عليه، وإن أخذ الأجره عن الأرض وحدها فضمن الفلاحه على المستأجر المنتفع بها.

قال في القواعد: نص أحمد في رواية صالح فيمن استأجر أرضاً مفلوحة وشرط عليه أن يردها مفلوحة كما أخذها: أن له أن يردها عليه كما شرط. قال: ويتخرج مثل ذلك في المزارعة.

(١) في الأصل: العمل. وانظر الإنصاف ٥/٤٧٣.

(٢) في الأصل: بعمالة ربحه. وانظر الإنصاف ٥/٤٧٣.

قال: (إن فسخ المالك قبل ظهور الثمرة فللعامل الأجرة وإن فسخها هو فلا، وإن فسخ أحدهما بعد ظهورها فللعامل حقه).

ش: أما كون المالك إذا فسخ قبل ظهور الثمرة للعامل الأجرة؛ فلأنه منعه من إتمام عمله الذي يستحق به العوض أشبه الجاعل إذا فسخ الجعالة.

وأما كون العامل إذا فسخ قبل ظهورها لا شيء له؛ فلأنه رضي بإسقاط حقه أشبه المضارب إذا فسخ قبل ظهور الربح.

وأما كونهما إذا فسخ أحدهما بعد ظهورها للعامل حقه، فلأنها ظهرت على ملكهما.

فائدة: إذا فسخ بعد ظهور الثمرة وبعد موت العامل فهي بينهما، فإن كان بدا صلاحه خيّر المالك بين البيع والشراء، فإن اشترى نصيب العامل جاز، وإن اختار بيع نصيبه باع الحاكم نصيب العامل، وأما إذا لم يبد صلاحه فلا يصح بيعه إلا بشرط القطع، ولا يباع نصيب العامل وحده لأجنبي.

وهل يجوز للمالك شراؤه؟ على وجهين.

وكذا الحكم في بيع الزرع، فإنه إن باعه قبل ظهوره لا يصح، وإن باعه بعد اشتداد حبه صح، وفيما بينهما لغير رب الأرض باطل، وفيه له وجهان. وأطلقهما في المغني والشرح والفروع وغيرهم. قدم في الرعاية الكبرى عدم الصحة.

فصل فيما يجب على العامل

قال: (وعلى العامل موجب صلاح الثمرة من سقي وريار وتلقيح وتشميس وإصلاح موضعه وطرق الماء والحصاد والجداد).

ش: أما كون العامل يلزمه جميع ما ذكره المصنف مفصلاً، فلأن العامل إنما يراد لأجل الثمرة فاقضى أن يكون عليه ما يؤدي إلى زيادتها وصلاحها، وجميع ما ذكر يؤدي إلى ذلك ويلزمه أيضاً قطع حشيش مضر وآلة الحراثة وبقر الحرث، وهذا المذهب وعليه علماؤنا، وقال ابن رزين: في بقر الحرث روايتان. وقال ابن عقيل في الفنون: يلزم

العامل الفأس النحاس التي تقطع الدغل فلا ينبت، وهو معنى ما في المحرر وغيره. قاله في الفروع.

قوله: «والحصاد» وهو المذهب وعليه علماؤنا ونص عليه، وقدمه في الهداية والفروع وغيرهما.

وقيل: على العامل والمالك، وهو رواية في ابن رزين. وقال في الموجز: في الحصاد والدياس والتذرية وحفظه ببدره الروايتان اللتان في الجذاذ.

فائدة: اللقاط كالحصاد على الصحيح من المذهب وقطع به الجمهور. وقال في الموجز: هل هو كحصاد؟ فيه روايتان. قوله: «والجذاذ» وهو المذهب وهو إحدى الروايتين وقدمه في شرح ابن رزين والمغني والشرح ونصراه.

والثانية: أن الجذاذ عليهما بقدر حصتيهما، إلا أن يشترطه على العامل، نص عليه وعليه جماهير علمائنا وقطع به كثير منهم وهو من مفردات المذهب. فائدة: يكره الحصاد والجذاذ ليلاً. قاله علماؤنا.

قال: (وعلى رب الأصل ما يحفظه؛ كسد حائط والسياب المياه سائحتها وناضحتها).

ش: أما كون رب الأصل عليه ما ذكر؛ فلأن الأصل له، فكان ما يراد لحفظه عليه من سد الحيطان وإجراء الأنهار وحفر البئر والدولاب وما يديره، ويلزمه أيضاً شراء الماء وما يُلقح به، وهذا المذهب وعليه علماؤنا.

قال علماؤنا: بقر الدولاب على رب المال، نقله الموفق والشارح، وجزم به في الهداية والخلاصة وغيرهما، وقدمه في المستوعب والفروع.

وقال ابن أبي موسى والموفق: يلزم العامل بقر الدولاب كبقر الحرث. وقيل: ما يتكرر كل عام فهو على العامل وما لا فلا.

قال الموفق: وهذا أصح إلا ما يُلقح به فإنه على رب المال، وإن تكرر كل سنة. وذكر ابن رزين في بقر الحرث والسانية وهي البكرة وما يُلقح به روايتين.

وقال أبو العباس: السباخ^(١) على المالك وكذلك تسميد الأرض بالزبل إذا احتاجت إليه، ولكن تفريقه في الأرض على العامل.

فائدة: لو شرط على أحدهما ما يلزم الآخر لم يجوز، وفسد الشرط على الصحيح من المذهب إلا في الجداد على ما تقدم. اختاره القاضي وأبو الخطاب وغيرهما. قال في الفروع: والأشهر يفسد الشرط، وقدمه في المغني والشرح وجزم به في الرعاية الصغرى وغيرها.

وذكر أبو الفرج: يفسد بشرط خراج أو بعضه على عامل. وأخذ الموفق من الرواية التي في الجداد: إذا شرطه على العامل، وصحح الصحة هنا، لكن قال: بشرط أن يعمل العامل أكثر العمل. فعلى الأول: في بطلان العقد روايتان، وأطلقهما في المستوعب والفروع وغيرهما. إحداهما: يفسد العقد. جزم به في المغني والشرح وقدمه ابن رزين في شرحه. والثانية: لا يفسد. اختاره ابن عبدوس في تذكرته.

قال: (والعامل كالمضارب فيما يُقبل أو يُرد من قوله فإن حان فمشرف فإن تعلم حفظه استؤجر من يعمل العمل وأجرتهما من مال العامل).

ش: أما كون حكم العامل حكم المضارب فيما يُقبل قوله فيه وما يرد، فلأن العامل في المساقاة أمين رب المال، فوجب أن يكون حكمه حكم المضارب فيما ذكر لاشتراكهما في كونهما أميني رب المال.

هذا المذهب وعليه جماهير علمائنا وقطع به كثير منهم، وقدمه في الفروع وغيره.

وقال في الموجز: إن اختلفا فيما شرط له صدق في أصح الروايتين.

وقال في الرعاية الكبرى: ويصدق رب الأرض في قدر ما شرطه له وتقدم بينته.

وقيل: بل بينة العامل وهو أصح.

فائدة: ليس للمساقى أن يساقى على الشجر الذي ساقا عليه وكذا المزارع

كالمضارب، قاله في المغني وغيره.

(١) في الأصل: السباح. وانظر الإنصاف ٤٧٨/٥.

وأما كونه يضم أمين إلى العامل يُشارفه إذا ثبتت خيانتة؛ فلأنه أمكن دفع الضرر عن رب المال بذلك مع إمضاء العامل على عمله.

وأما كونه يستأجر من يعمل العمل من مال العامل إذا لم يمكن حفظه؛ فلأنه تعذر استيفاء العمل منه فاستوفي بغيره كما لو هرب، لكن إن أثهم بالخيانة ولم تثبت فقال الموفق والشارح: يحلف كالمضارب.

وقال غيرهما: للمالك ضم أمين بأجرة من نفسه. قاله في الفروع.

قال في الرعاية الكبرى: وإن لم تثبت خيانتة بذلك فمن المالك.

وقال في المنتخب: تسمع دعواه المجردة. قال: وإن لم يقع النفع به لعدم بطشه أقيم مقامه أو ضم إليه.

فروع: إذا بان الشجر مستحقاً فله أجرة مثله على غاصبه.

فصل في المزارعة

قال: (وتصح المزارعة بجزء معلوم النسبة مما يخرج من الأرض لربها أو للعامل والباقي للآخر بينهما).

ش: المزارعة هي مفاعلة وهي: دفع أرض وحب لمن يزرعه ويقوم عليه بجزء مشاع معلوم منه.

أما كون المزارعة تصح؛ فلما تقدم من «أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع»^(١). متفق عليه.

قال البخاري: قال أبو جعفر: «ما بالمدينة أهل بيتٍ إلا ويزرعون على الثلث والربع»^(٢).

وعنه قال: «عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر وعمر وعثمان

(١) سبق تخريجه ص: ٥٠.

(٢) ذكره البخاري في المزارعة، باب المزارعة بالشطر ونحوه ٨٢٠/٢، تعليقاً.

وعلي ثم أهلوههم إلى اليوم»^(١).

هذا المذهب وعليه علماؤنا قاطبة وهو قول أكثر العلماء.

قال أبو العباس: هي أحل من الإجارة؛ لاشتراكهما في المغنم والمغرم.

وحكى أبو الخطاب رواية بأنها لا تصح. ذكرها في مسألة المساقاة.

وأما ما يشترط لصحة المزارعة فأمر:

منها: كون نصيب العامل مشاعاً معلوماً، وقد تقدم ذكر دليله في الشركة ومساواة

حكم المزارعة كحكم المساقاة.

وثانيها: كون البذر من رب الأرض؛ لأن المزارعة عقد يشترك العامل ورب الأرض

في نمائه فوجب أن يكون رأس المال كله من عند أحدهما كالمساقاة والمضاربة، وهذا

إحدى الروايتين وهو الصحيح من المذهب والمشهور عن الإمام أحمد وعليه جماهير

علمائنا ونص عليه.

قال الشارح: اختاره الحنفي وعامة الأصحاب وجزم به القاضي وكثير من أصحابه،

وهو قول الشافعي.

والثانية: لا يشترط كون البذر من رب الأرض، اختاره الموفق والشارح وأبو العباس

وغيرهم، وأطلقهما في المستوعب والتلخيص وغيرهما.

فعلى المذهب لو كان البذر كله من العامل فالزرع له، وعليه أجرة الأرض لربها

وهي المخابرة.

وقيل: المخابرة: أن يختص أحدهما بما على جدول أو ساقية أو غيرهما. قال في

الرعاية: وخرج الشيخ تقي الدين وجهاً في المزارعة الفاسدة أنها تملك بالنفقة من زرع

الغاصب. قال في القاعدة التاسعة والسبعين: وقد رأيت كلام أحمد يدل عليه لا على

خلافه.

فائدة: مثل ذلك الإجارة الفاسدة.

(١) ذكر البخاري نحوه في الإجارة، باب إذا استأجر أرضاً فمات أحدهما ٧٩٨/٢.

فائدتان:

الأولى: لو رد على عامل كبدره، فروايتان في الواضح، نقله في الفروع.
الثانية: لو كان البذر من الثالث أو من أحدهما والأرض والعمل من آخر أو البقر من رابع لم يصح على الصحيح من المذهب، وذكر في المحرر ومن تابعه تخريجاً بالصحة، وذكره أبو العباس رواية واختاره، وذكر ابن رزين في مختصره أنه الأظهر.
ولو كانت البقر من واحد والأرض والبذر وسائر العمل من آخر جاز، قال في الفائق والفروع: وإن كان من أحدهما الماء ففي الصحة روايتان.

قال: (فإن شرط إحياءه أو تخصيص أحدهما بشيء منه أو تفاوتهما في السائغ والناصح، أو ما زرعه من شعير فله رבעه ومن حنطة ثلثه، أو أزارعك على هذا بالنصف على أن أزارعك على الآخر بالربع لم يصح، وكذا المساقاة والزرع لرب البذر والأجرة للآخر).

ش: أما كون المزارعة والمساقاة لا تصح بكل واحد من الشروط المذكورة، فلأن كل واحد منهما غير جائز فوجب أن لا يصح عقده، كما لو باعه شيئاً وشرط عليه أن لا يبيعه.

بيان عدم جواز كل واحد مما ذكر:

أما^(١) شرط إحياء البذر أن يأخذ رب الأرض مثل بذره؛ فلأن ذلك بمنزلة ما لو شرطه، هذا المذهب نص عليه وعليه علماؤنا.

وقال في الفروع: ويتوجه تخريج من المضاربة.

وجوّز أبو العباس أخذ البذر أو بعضه بطريق القرض. وقال: يلزم من اعتبار البذر من رب الأرض وإلا فقله فاسد.

وقال أيضاً: يجوز كالمضاربة وكاقتسامهما ما يبقى بعد الكلف.

وقال أيضاً: ويتبع في الكلف السلطانية العرف ما لم يكن شرط واشتراط عمل الآخر حتى يثمر ببعضه.

(١) في الأصل: ما.

قال: وما طلب من قرية من وظائف سلطانية ونحوها فعلى قدر الأموال، وإن وضعت على الزرع فعلى ربه أو على العقار فعلى ربه ما لم يشرطه على مستأجر، وإن وضع مطلقاً رجع إلى العادة.

وأما شرط تخصيص أحدهما بشيء منه كقفزان معلومة؛ فلأنه ربما لا يخرج من الأرض مثل ذلك فيؤدي إلى ضرر المعطي للزائد.

وأما كون المساقاة لا تصح فيما إذا شرط إن سقى سيجاً فله الربع، وإن سقى بكلفة فله النصف، وإن زرع شعيراً فله الربع وإن زرع حنطة فله النصف؛ فلأن العمل مجهول . ولأنه في معنى بيعتين في بيعة وهو قوله: بعتك بعشرة نقداً أو بعشرين، وهذا أحد الوجهين وهو المذهب، صححه في التصحيح والنظم وقدمه في الفروع وغيره.

والثاني: يصح. قال الموفق والشارح وغيرهما: بناء على قوله في الإجارة: إن خطته رومياً فلك درهم، وإن خطته فارسياً فلك نصف درهم فإنه يصح على المنصوص، وأطلقهما في المغني والشرح وشرح ابن منجي.

فائدتان:

إحدهما: لو قال: لك الخمسان إن لزمتك خسارة، ولك الربع إن لم تلزمتك خسارة لم يصح على الصحيح من المذهب، نص عليه وقال: هذا شرطان في شرط، وعليه أكثر علمائنا وقدمه في المغني والشرح والفروع وغيرهم. وقال الموفق: يُخرَج فيها مثل ما إذا قال: إن سقي سيجاً فله كذا وإن سقي بكلفة فله كذا.

الثانية: لو قال: ما زرعت من شيء فلي نصفه صح قولاً واحداً. وأما كون حكم المساقاة حكم المزارعة فيما تقدم ذكره من الجواز واللزوم وما يلزم العامل ورب الأرض وغير ذلك، فلأنهما سواء معنى فكذا يجب أن يكون حكماً. وأما كون الزرع لرب البذر مع فساد ذلك، فلأنه نماء بذره. وأما كون الأجرة للآخر؛ فلأنه دخل على أنه يأخذ ما سمي له، فإذا فات رجع إلى بدله.

ولأنه لم يرض بالعمل مجاناً.

فرعان:

الأول: إذا أجره الأرض وساقاه على الشجر فلا يخلو إما أن يكون ذلك حيلة. فإن كان غير حيلة فقال في الفروع: فكجمع بين بيع وإجارة، والصحيح من المذهب صحتها هناك فكذا هنا، وهو المذهب.

قال في الفائق: صح في أصح الوجهين، وجزم به في الفائق أيضاً في أواخر بيع الأصول والثمار، وقدمه في المغني والشرح وغيرهما. وقيل: لا يصح وهو احتمال في المغني وغيره.

وإن كان حيلة فالصحيح من المذهب: أنه لا يصح. قال في الفروع: هذا المذهب. وجزم به في المغني والشرح والفائق.

قال في الرعاية الكبرى: لم تصح المساقاة وللمستأجر فسخ الإجارة إن جمعهما في عقد واحد. وذكر القاضي في إبطال الخيل جوازه. قال في الفائق: وصححه القاضي. فعلى المذهب: إن كانت المساقاة في عقد ثاني فهل تفسد المساقاة فقط، أو تفسد هي والإجارة؟ فيه وجهان، وأطلقهما في الفروع:

أحدهما: تفسد المساقاة فقط وهو الصحيح، قدمه في الرعاية الكبرى.

والثاني: يفسدان، وهو ظاهر ما جزم به في المغني والشرح.

وإن جمع بينهما في عقد واحد فكتفريق الصنفين وللمستأجر فسخ الإجارة. وقال أبو العباس: سواء صحت أو لا، فما ذهب من الشجر ذهب ما يقابل من العوض.

الثاني: لا يجوز إجارة أرض وشجر لحملها على الصحيح من المذهب وعليه جماهير علمائنا وقطع به أكثرهم، وحكاه أبو عبيد إجماعاً.

قال الإمام أحمد: أخاف أن يكون استأجر شجراً لم يثمر، وجوز ابن عقيل تبعاً للأرض ولو كان الشجر أكثر؛ «لأن عمر رضي الله عنه ضمن حديقة أسيد بن حضير لما مات ثلاث سنين لوفاء دينه». رواه حرب وغيره.

ولأنه وضع الخراج على أرض الخراج وهو أجرة، واختاره^(١) أبو العباس وصاحب الفائق.

وقال في الفروع: وجوز شيخنا إجارة الشجر مفرداً، ويقوم عليها المستأجر كإجارة أرض للزرع، فإن تلفت الثمرة فلا أجرة، وإن نقصت عن العادة فالفسخ أو الأرض لعدم المنفعة المقصودة بالعقد وهو كجائحة.

قال: (وتصح المزارعة والمساقاة بلفظ الإجارة، وحكم الطرفين منهما حكم مالي العنان).

ش: أما كونها تصح بلفظ الإجارة فلأنه مؤد للمعنى فصح^(٢) به العقد كسائر الألفاظ المتفق عليها، وهذا أحد الوجهين.

والثاني: لا، واختاره أبو الخطاب؛ لأن الإجارة يشترط لها ما لا يشترط للمساقاة، وهما مختلفان في اللزوم والجواز فلم يصح بلفظ الإجارة كما لا يصح بلفظ البيع. وقد نص الإمام أحمد في رواية جماعة في من قال: أجرة لك هذه الأرض بثلاث ما يخرج منها أنه يصح، وهذه مزارعة بلفظ الإجارة، ذكره أبو الخطاب. فعبر بالإجارة عن المزارعة على سبيل المجاز كما يعبر عن الشجاع بالأسد.

فعلى هذا يكون نصيبه عن كراء الأرض بثلاث ما يخرج منها أنه ينصرف إلى الإجارة الحقيقية لا المزارعة.

وقال أكثر علمائنا: هي إجارة؛ لأنها مذكورة بلفظها فتكون إجارة حقيقة ويشترط فيها شروط الإجارة.

وتصح^(٣) ببعض الخارج منها كما تصح بالدرهم، ونص عليه واختاره الأكثر. وعنه: لا، اختاره أبو الخطاب والموفق.

وقيل: يكره. فإن صح إجارة أو مزارعة فلم يزرع نظر إلى معدلي المغل، فيجب القسط المسمى فيه.

(١) في الأصل: وجوز. وانظر الإنصاف ٤٨٢/٥.

(٢) في الأصل: تصح.

(٣) في الأصل: تصح. وانظر المبدع ٤٦/٥.

وحكم البذرين منهما حكم مالي العنان، وتقدم ذلك في أول الشركة مما يغني عن إعادته.

باب الإجارة

وهي مشتقة من الأجر، وهو العوض. قال الله تعالى: {لو شئت لاتخذت عليه أجراً} [الكهف: ٧٧]. ومنه سمي الثواب أجراً؛ لأنه عوض الطاعة. والأصل في جوازها: الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالى: {فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن} [الطلاق: ٦]، وقوله تعالى حكاية عن شعيب: {إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى حجج} [القصص: ٢٧].

وأما السنة: فما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «يقول الله تعالى: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً وأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره»^(١). والأخبار في هذا كثيرة. وأما الإجماع: فأجمع أهل العلم على جواز الإجارة في الجملة.

قال المصنف رحمه الله تعالى: (وهي بدل عوض معلوم في منفعة معلومة من عين معينة أو موصوفة في النعمة أو في عمل معلوم).

ش: كذا حددها في الرعاية وتبعه المصنف. قال الزركشي: وليس بمانع لدخول الممر وعلو بيت والمنافع المحرمة.

فائدة: قيل: الإجارة واردة^(٢) على خلاف القياس.

قال في الفروع: لا، لأن من لم يخصص العلة لا يُتصور عنده مخالفة قياس صحيح، ومن خصصها فإنما يكون الشيء خلاف القياس إذا كان المعنى المقتضي للحكم موجوداً

(١) أخرجه البخاري في البيوع، باب إثم من باع حراً ٧٧٦/٢ ح ٢١١٤. وابن ماجة في الرهن، باب أجر الأجراء ٨١٦/٢ ح ٢٤٤٢. وأحمد ٣٥٨/٢ ح ٨٦٧٧.

(٢) في الأصل: وارد. وانظر الإنصاف ٣/٦.

فيه وتختلف الحكم عنه. انتهى.

قال في القواعد الأصولية في آخر القاعدة الثانية والعشرين: من الرخص ما هو مباح كالعرايا والمساقاة والمزارعة والإجارة والكتابة والشفعة وغير ذلك من العقود الثابتة المستقر حكمها على خلاف القياس. هكذا يذكر أصحابنا وغيرهم.

وقال الشيخ تقي الدين: ليس شيء من العقود يأتي على خلاف القياس وقرر ذلك بأحسن تقرير وبيّنه بأحسن بيان.

قال المجد في شرحه: يثبت خيار الغبن للمشتري فقليل في الإجارة كما في البيع، إلا أنه إذا فسخ وقد مضى بعض المدة، يرجع عليه بأجرة المثل للمدة لا بقسطه من المسمى، لأنه لو رجع بذلك لم يستدرك ظلامة الغبن، وفارق ما إذا ظهر على عيب في الإجارة ففسخ فإنه يرجع عليه بقسطه من المسمى، لأنه لم يستدرك ظلامته بذلك، لأنه يرجع عليه بقسطه منها معيماً فيرتفع عنه الضرر بذلك. قال المجد: نقلته من خط القاضي على ظهر الجزء الثلاثين من تعليقه. انتهى.

قال: (تصح بثلاثة شروط: معرفة المنفعة كسكنى دار وخدمة آدمي شهراً وتعليم علم وحمل شيء معلوم إلى مكان معلوم ومعرفة مركوب).

ش: أما كون الإجارة تصح بثلاثة شروط؛ فلما يأتي في مواضعها.

وأما^(١) كون أحد شروط صحة الإجارة معرفة المنفعة؛ فلأن الإجارة بيع، والبيع لا يصح إلا بمعرفة المبيع.

وأما طريق المعرفة فأمران: أحدهما: العرف، وثانيهما: الوصف، لأن كل واحد منهما تتميز به المنفعة وذلك هو المطلوب.

وأما قول المصنف: «كسكنى دار وخدمة آدمي شهراً» فتمثيل لحصول معرفة المنفعة والعرف.

وقوله: «وحمل شيء معلوم كذا إلى مكان معلوم» لأن المعرفة لا تحصل إلا بذلك.

ولأن الغرض يختلف باختلاف ذلك فلم يكن بد من ذكره.

(١) في الأصل: أما.

وأما كونه يشترط معرفة المركوب إذا كانت الإجارة للمركوب، فلأن غرض الراكب يختلف فلم يكن بد من ذكره نفيًا للتنازع، وإذا كانت للحمل لا يحتاج إلى ذلك؛ لأن الغرض في ذلك لا يختلف، لكن لو استأجر الدار للسكنى لم يعمل فيها حداثة ولا قصارة ولا يسكنها دابة، والصحيح من المذهب: أنه لا يجعلها مخزنًا للطعام. قال في الفروع: هذا الأشهر.

وقيل: له ذلك. وقيل للإمام أحمد: يجيئه زوار عليه أن يخبر صاحب البيت؟ قال: ربما كثروا وأرى أن يخبره. وقال أيضاً: إذا كان يجيئه في الفرد ليس عليه أن يخبره. وقال علماؤنا: له إسكان ضيف وزائر.

واختار في الرعاية: يجب ذكر السكنى وصفتها وعدد من يسكنها وصفتهم إن اختلفت الأجرة. والخدمة تكون عرفاً على الصحيح من المذهب وعليه جماهير علمائنا وقطع به كثير منهم.

وقال في النواذر والرعاية: يخدم ليلاً ونهاراً، انتهى.

وأما إن استأجره للعمل فإنه يستحقه ليلاً.

وإذا استأجر للمركوب ذكر المركوب، فرساً أو بعيراً ونحوه بلا نزاع.

ويذكر أيضاً ما يركب به من سرج وغيره، ويذكر أيضاً كيفية سيره من هملاج وغيره على الصحيح من المذهب، جزم به في المغني والشرح وغيرهما وقدمه في الفروع. قال في الرعاية: ويجب ذكر سيرها في الأصح. وقدم في الترغيب: أنه لا يشترط معرفة كيفية سيره.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف: أنه لا يشترط ذكر أنوثية الدابة ولا ذكوريتهما وهو أحد الوجهين، وهو المذهب. قدمه في الكافي والمغني والشرح والفاثق.

والثاني: يشترط. اختاره القاضي في الخصال وابن عقيل في الفصول، واقتصر عليه في الترغيب وقدمه ابن رزين في شرحه، وأطلقهما في الرعاية الكبرى والفروع.

وظاهر كلام المصنف: أنه لا يشترط ذكر نوعه وهو الصحيح، قدمه في الفروع.

وفي الموجز: يشترط ذكر ذلك. وقدمه في المغني والشرح وغيرهما.

قال في الرعاية الصغرى: قلت: بل يجب ذكر جنسه ونوعه في المركوب والحمل،

وجزم به القاضي في الخصال.

وقال الموفق: متى كان الكراء إلى مكة، فالصحيح: أنه لا يحتاج إلى ذكر الجنس ولا النوع، لأن العادة أن الذي يُحمل عليه في طريق مكة الجمال العراب دون البخاتي. **فائدة:** لا بد من معرفة الراكب إما برؤية أو صفة على الصحيح من المذهب كالبيع، وقدمه في المغني والشرح وغيرهما. وقال الشريف وأبو الخطاب: لا يُجزئ فيه إلا الرؤية فلا تكفي الصفة من غير رؤية، وقدمه في الهداية وغيرها وصححه في النظم وأطلقهما في المحرر والرعاية الصغرى.

ويُشترط معرفة توابع الراكب العرفية كالزاد والأثاث من الأغذية والأوطئة إما برؤية أو صفة أو وزن، وقدمه في الفروع والرعاية الكبرى. **وقيل:** لا بد من الرؤية فلا تكفي الصفة. وقال القاضي: لا يُشترط معرفة غطاء الحمل بل يجوز إطلاقه؛ لأنه لا يختلف اختلافاً كثيراً متبايناً.

وقال في الرعاية الكبرى: ويُشترط معرفة الحمل برؤية أو صفة، **وقيل:** أو بوزنه. وإذا استأجر للحمل فلا يخلو: إما أن يكون المحمول تضره كثرة الحركة أو لا؟ فإن كان لا تضره كثرة الحركة لم يحتج إلى ذكر ما تقدم على الصحيح من المذهب. جزم به في المغني وغيره وقدمه في الفروع. **وقيل:** يحتاج إلى ذكره. وإن كان تضره كثرة الحركة؛ كالزجاج والخزف والتفاح ونحوه اشترط معرفة حامله على الصحيح من المذهب، قطع به ابن عقيل في التذكرة والموفق والشارح وغيرهم، وقدمه في الفروع. **وقيل:** لا يحتاج إلى ذكره.

قال في الفروع: ويتوجه مثله ما يدير دولاباً ورحى، واعتبره في التبصرة.

فائدة: يُشترط معرفة المتاع المحمول برؤية أو صفة وذكر جنسه وقدره بالكيل أو بالوزن على الصحيح من المذهب، قدمه في المغني والشرح والفروع. واكتفى ابن عقيل وصاحب الترغيب وغيرهما بذكر وزن المحمول وإن لم يُعرف عينه.

فصل [الشرط الثاني]

قال: (الثاني: معرفة الأجرة، وتصح في الأجير والظئر بطعامهما وكسوتهما).

ش: أما كون الثاني من شروط صحة الإجارة معرفة الأجرة، فلما يحصل به معرفة الثمن غير المستثنى، فلأن الأجرة أحد العوضين فاشتراط معرفتها لما ذكر كالعوض في البيع. وكل ما جاز أن يكون ثمنًا في البيع جاز عوضاً في الإجارة؛ لأنه عقد معاوضة أشبه البيع.

وأما كون إجارة الأجير والظئر بطعامهما وكسوتهما يصح؛ فلأن النبي ﷺ قال: «رحم الله أخي موسى آجر نفسه ثمانين سنين على طعام بطنه وعِفَّة فرجه»^(١) رواه ابن ماجة.

ولأن العادة جارية به من غير تكثير أشبه الإجماع. والظئر: وهي المرضعة كذلك؛ لأنها في معنى الأجير، بل أولى؛ لأن الحاجة تدعو إلى الرضاع أكثر من غيره، وهذا المذهب مطلقاً وعليه جماهير علمائنا.

قال في القواعد: ومن الأصحاب من لم يحك فيه خلافاً، وهو مذهب مالك. وقدمه في المحرر والفروع وغيرهما.

وعنه: لا يصح فيهما حتى يصف الطعام والكسوة.

وعنه: لا يصح في الأجير ويصح في الظئر. اختاره القاضي في بعض كتبه. قال الزركشي: أظنه في المجرد.

وهو مذهب أبي حنيفة، ومذهب الشافعي وأبي يوسف ومحمد.

فعلى المذهب لو تنازعا في قدر الطعام والكسوة رُجع فيهما إلى العرف على الصحيح من المذهب. نص عليه وجزم به في التلخيص، وجزم بمثله في المحرر في المضارب، وقدمه في الفروع.

وعنه: كالمسكين في الكفارة في الطعام والكسوة، وقدمه الطوفي في شرحه وزاد: أو

(١) أخرجه ابن ماجة في الرهون، باب إجارة الأجير على طعام بطنه ٨١٧/٢ ح ٢٤٤٤.

يرجع إلى كسوة الزوجات وأطلقهما الزركشي.
 وقيل: يرجع في الإطعام إلى إطعام المسكين في الكفارة وفي الملبوس إلى أقل ملبوس،
 قدمه في المغني والشرح والفائق وحزم به في الرعاية الكبرى.
 فرع: يُستحب أن تعطى عند الفطام عبداً أو وليدة إذا كان المسترضع موسراً.
 هذا المذهب وعليه جماهير علمائنا، وقطع به كثير منهم، وقدمه في الفروع وغيره.
 قال أبو العباس: ولعل هذا في المتبرعة بالرضاع. انتهى.
 وقال أبو بكر: يجب. قال ابن عقيل إنما حسن الرقة بالمجازاة دون غيرها؛ لأن فعلها
 من الرضاعة، والحضانة سبب حياة الولد وبقائه وحفظ رقبته، فاستحب جعل الجزاء
 هاهنا رقبة؛ لتناسب ما بين النعمة والشكر، ولهذا جعل الله تعالى المرضعة أمّاً فقال:
 {وأمهاتكم اللاتي أَرْضَعْنَكُمْ} [النساء: ٢٣].

فوائد:

منها: قال في الرعاية والنظم وغيرهما: لو كانت المرضعة أمةً استحب إعتاقها.
 ومنها: لو استؤجرت للرضاع والحضانة معاً فلا إشكال في ذلك.
 وإن استؤجرت للرضاع وأطلق فهل يلزمها الحضانة؟ فيه وجهان، ذكرهما القاضي
 ومن بعده، وأطلقهما في المغني والشرح والفروع وغيرهم.
 أحدهما: يلزمها الحضانة أيضاً.
 والثاني: لا يلزمها سوى الرضاع. قدمه ابن رزين في شرحه.
 وقيل: الحضانة تتبع الرضاع للعرف.
 وقيل: عكسه. ذكره في الفروع.
 يعني: أن الرضاع يتبع الحضانة للعرف في ذلك.
 فعلى الوجه الثاني ليس على المرضعة إلا وضع حلمة الثدي في فم الطفل وحمله
 ووضعه في حجرها، وباقي الأعمال في تعهده على الحاضنة ودخول اللبن تبعاً كنعق البئر.
 قال في الهدى عن هذا القول: الله يعلم، والعقلاء قاطبة: أن الأمر ليس كذلك وأن
 وضع الطفل في حجرها ليس مقصوداً أصلاً، ولا ورد عليه عقد الإجارة لا عرفاً ولا

حقيقة ولا شرعاً.

ولو أرضعت الطفل وهو في حجر غيرها أو في مهده لاستحققت الأجرة، ولو كان المقصود إلقاء الثدي المجرد لاستؤجر كل امرأة لها ثدي ولو لم يكن لها لبن، فهذا هو القياس الفاسد حقاً والفقه البارد. انتهى.

وإن استؤجرت للحضانة وأطلق لم يلزمها الرضاع على الصحيح من المذهب. قال في التلخيص: لم يلزمها وجهاً واحداً. وقيل: يلزمها. وأطلقهما في الفروع والرعاية الكبرى في موضع.

ومنها: المعقود عليه في الرضاع: خدمة الصبي وحمله ووضع الثدي في^(١) فيه على الصحيح من المذهب، وأما اللبن فيدخل تبعاً.

قال في الرعاية: العقد وقع على المرضعة واللبن تبع يستحق إتلافه بالرضاع، وقدمه في الشرح. قال في الفصول: الصحيح: أن العقد وقع على المنفعة ويكون اللبن تبعاً. قال القاضي في الخصال: لبن المرضعة يدخل في عقد الإجارة، وإن كان يهلك بالانتفاع، لأنه يدخل على طريق التبع.

وقيل: العقد وقع على اللبن.

قال القاضي: وهو الأشبه.

قال ابن رزين في شرحه: وهو الأصح؛ لقوله تعالى: {فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ} [الطلاق: ٦] انتهى.

وأطلق الوجهين في المغني والفروع.

ومنها: لو وقعت الإجارة على الحضانة والرضاع وانقطع اللبن: بطل العقد في الرضاع، وفي بطلان الحضانة وجهان، وأطلقهما في الرعاية الكبرى. وإذا لم تلزمها الحضانة وانقطع لبنها: ثبت الفسخ. وإن قلنا: تلزمها الحضانة لم يثبت الفسخ على الصحيح.

قال في الرعاية: لم يثبت الفسخ في الأصح، فيسقط من الأجرة بقسطه. وقيل: يثبت

(١) زيادة من الإنصاف ١٤/٦.

الفسخ، وأطلقهما في التلخيص والفائق.

ومنها: يجب على المرضعة أن تأكل وتشرب ما يدر به لبنها ويصلح به، وللمكثري مطالبتها بذلك.

ولو سقته لبناً أو أطعمته فلا أجره لها، وإن أرضعته خادمها فكذلك. قطع به في المغني والشرح.

ومنها: لا يشترط رؤية المرتضع بل تكفي صفته، جزم به في الرايتين والفائق. وقيل: يشترط رؤيته، قدمه في المغني والشرح وأطلقهما في الفروع.

ومنها: يشترط معرفة مدة الرضاع ومكانه هل هو عند المرضعة أو عند أبويه؟ قطع به الموفق والشارح وصاحب الفروع وغيرهم.

ومنها: رخص الإمام أحمد رضي الله عنه في مسلمة ترضع طفلاً لنصارى بأجرة لا مجوسي، وقدمه في الفروع.

وسوى أبو بكر وغيره بينهما لاستواء البيع والإجارة.

فائدة: لا يصح أن تستأجر الدابة بعلفها على الصحيح من المذهب. اختاره الموفق والشارح وغيرهما وقدمه في الفروع. وعنه: يصح. اختاره أبو العباس وجزم به القاضي في التعليق وقدمه في الفائق. وقال: نص عليه في رواية الكحال.

قال: (وإن دخل حتماً أو سفينة أو أعطى ثوبه قصيراً أو خياطاً بلا عقد صح بأجرة العادة).

ش: أما كون دخول الحمام والركوب في سفينة إلى آخره إلى من له عادة بأخذ الأجرة وإن لم يعقد عقد الإجارة يصح بأجرة العادة، فلأن العرف يجري مجرى الشرط. دليله ما لو باع شيئاً وأطلق الثمن ولبلد نقد واحد معروف.

ولأن شاهد الحال يقتضي أخذ الأجرة أشبه ما لو عرض له فقال: خذه وأنا أعلم أنك إنما تعمل بالأجرة. ومفهوم كلام المصنف: أن أحد هؤلاء متى لم يكن له عادة بأخذ أجرة لا يصح إلا أن يشترط له، وصرح الموفق بذلك في الخياط والقصار فقال في المغني بعد ذكر المسألة: وإن لم يكونا منتصبين لذلك لم يستحقا الأجرة إلا بالعقد أو شرط العوض أو تعويض به؛ لأنه لم يجر بذلك عرف يقوم مقام العقد.

فائدة: قال في التلخيص: ليس على الحماامي ضمان الثياب إلا أن يستحفظه إياها صريحاً بالقول، وقال أيضاً: وما يعطاه الحماامي أجرة المكان والسطل والمئزر لا ثمن الماء فإنه يدخل. انتهى.

وقال في الفروع في باب القطع في السرقة: وإن فرط في حفظ ثياب في حمام وأعدال وغزل في سوق أو خان، وما كان مشتركاً في الدخول إليه بحفاظ فنام أو اشتغل: ضمن. وقال في الترغيب: يضمن إن استحفظه ربه صريحاً، كما قال في التلخيص.

قال: (وتجوز إجارة دار بسكنى دار وخدمة عبد ونكاح امرأة).

ش: أما كون إجارة دار تجوز بسكنى دار وخدمة عبد؛ فلأن كل واحد منهما تجوز مقابلته بالعوض، فجاز أن يكون عوضاً في الإجارة كالدرهم والدنانير. ولأن ذلك يكون عوضاً في البيع والإجارة مثله؛ لأنها بيع المنافع. وأما كونها تجوز بتزويج امرأة، فلأن ما ذكر قبل يجرى فيه فوجب أن يلحق به، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة فيما حكى عنه: لا يجوز إجارة دار بسكنى دار أخرى. قال الإمام أحمد: لا بأس أن يكتري بطعام موصوف معلوم. وهو قول إسحاق وأصحاب الرأي وقياس قول الشافعي.

قال: (وإجارة حلي بأجرة من جنسه واستئجار من يلتقط ثمرته ويجد لخله ويحصد زرعه ويطحن قمحه وينسج غزله أو يُرْضِع رقيقه مدة معلومة بجزء مشاع منه).

ش: أما كون إجارة الحلي تجوز بأجرة من جنسه للبس والعارية، والمراد صحتها، فلأن الحلي عين ينتفع بها منفعة مباحة مع بقائها. أشبهت الدور والأراضي. هذا المذهب نص عليه في رواية عبدالله، وقدمه في المغني والشرح وغيرهما، وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي. وقيل: لا تصح. وهو رواية عن الإمام أحمد. اختاره ابن عبدوس في تذكرته وقدمه في الهداية والمستوعب والتلخيص وغيرهم. وأما إذا كانت الإجارة من غير جنسه فتصح قولاً واحداً.

وأما كون باقي المسائل التي ذكرها المصنف يجوز بما ذكر، فلأنه جزء من معين معلوم فجاز أن يكون أجرة كما لو كان من غيره، وقفيظ الطحان قد فسرهم قوم بأن

الاستئجار على طحن الصبرة بقفيز منها فلا يصح، لأنه لا يدري الباقي بعده فتكون المنفعة مجهولة فلا يصح، وهذا على إحدى الروايتين.

والثانية: لا يجوز؛ لأنه يلزمه منه أن الأجرة المقررة أن يكون الجزء مما ذكر، فيكون قد استحق ذلك العامل بعمله على رب المال واستحقه عليه رب المال لدخوله في جملة الصبرة أو الزرع أو الغزل، فيكون العامل مستحقاً شيئاً هو حقاً عليه بعينه.

وبهذا فسر حديث أبي سعيد عن النبي ﷺ «أنه نهى عن عسيب الفحل، وعن قفيز الطحان»^(١) رواه الدارقطني.

فقالوا: قفيز الطحان أن يطحن الطعام بجزء منه مطحوناً، فلنذكر ما ذكره علماؤنا، من ذلك: لو دفع عبده أو دابته إلى من يعمل بهما بجزء من الأجرة، أو ثوباً يخطه أو غزلاً ينسجه بجزء من ربحه أو بجزء منه جاز، نص عليه وهو المذهب. جزم به ناظم المفردات وهو منها، وجزم به في الأولتين في المحرر وغيره.

قال في القاعدة العشرين: يجوز منهما على الأصح، وقدمه في الرعاية الكبرى والفائق فيهما.

قال في الفائق: وخرّج القاضي بطلانه.

وعنه: لا يجوز، وهو قول في الرعاية اختاره ابن عقيل، فله أجرة مثله.

قال في الفروع وغيره: ومثله حصاد زرعه وطحن قمحه ورضاع رقيقه وكذا غزوه بدابة بجزء من السهم ونحوه. ونقل ابن هانئ وأبو داود: يجوز. وحمله القاضي على مدة معلومة كأرض يبيع الخراج، وهي مسألة قفيز الطحان.

وقال في الرعاية: وإن دفع إليه غزلاً لينسجه أو خشباً لينجره صح إن صحت المضاربة بالعروض.

وفي عيون المسائل: مسألة الدابة وأنه يصح على رواية المضاربة بالعروض وأنه ليس شركة. نص عليه في رواية أبي حرب وأن مثله الفرس بجزء من الغنيمة.

ونقل مهنا في الحصاد: هو أحب إليّ من المقاطعة. قال الموفق: وعلى قياس المذهب

(١) أخرجه الدارقطني في البيوع ٤٧/٣ ح ١٩٥.

دفع الشبكة للصياد.

قال في الفائق: قلت: في النحل والدجاج والحمام ونحو ذلك.

وقيل: الكل للصياد وعليه أجرة المثل للشبكة.

وقال في الرعاية الكبرى في هذا الباب: وفي الطحن بالنخالة وعمل السمسم شيرجاً بالكسب، والسلخ بالجلد، والحلج بالحب: وجهان.

وكذا قال في الصغرى في الطحن وعمل السمسم، وحكى في الطحن بالنخالة^(١) روايتين. قال في الرعاية: صح في الأصح، وصححه في النظم في الإجارة.

وقال في الصغرى: وفي استجاره لينسج غزله ثوباً أو حصاد زرعه أو طحن قفيزه بالثلث ونحوه روايتان.

وقال في الحاوي الصغير: وإن استأجر من يجد نخله أو يحصد زرعه بجزء مشاع منه جاز، نص عليه في رواية مهنا.

وعنه: لا يجوز، وللعامل أجرة مثله.

وأطلق في نسج الغزل وطحن القفيز بالثلث: الروائتين، وأطلق في الفائق في نسج الغزل وحصاد الزرع وإرضاع الرقيق بجزء: الروائتين. وبعض هذه المسائل ذكرها بعض علمائنا في المضاربة وبعضهم في الإجارة.

فصل [مسائل من الإجارة]

قال: (وإن شرط العمل في مدة معينة، أو رومياً بكذا وفارسياً بكذا: بطل العقد فيهما).

ش: أما كونه إذا شرط العمل في مدة معينة... إلى آخره مثل أن يقول له: إن خطت ثوبي اليوم فبدرهم وإن خطته غداً فبدانق، أو قال: إن خطته رومياً فبعشرة وإن خطته فارسياً فبخمسة بطل فيهما، فلأنه عقد معاوضة لم يتعين فيه العوض ولا المعوض فلم

(١) في الأصل: وحكى بالنخالة. وانظر الإنصاف ٤٥٤/٥.

يصح، كما لو قال: بعثك بدرهم نقداً أو بدرهمين نسيئة، وهذا إحدى الروايتين في المسألة الأولى وهو المذهب، صححه في التصحيح وقدمه في المحرر والفروع وهو مذهب مالك والشافعي.

والرواية الثانية: يصح، قدمه في الرعايتين، وهو قول أبي يوسف ومحمد؛ لأنه سمي لكل عمل عوضاً معلوماً، فصح، كما لو قال: كل دلو بتمرة. وقال أبو حنيفة: إن خاطه اليوم درهم، وإن خاطه غداً لم يزد على درهم ولا ينقص عن نصف درهم.

وأحد الوجهين في المسألة الثانية وهو المذهب. قال في التلخيص: والصحيح المنع، وصححه في التصحيح والنظم وقدمه في المحرر والفروع أيضاً بناء على التي قبلها، والخلاف فيها كالتى قبلها إلا أن أبا حنيفة وافق صاحبيه في التصحيح^(١) هاهنا. **فائدة:** قال في الهداية والخلاصة وغيرها: والوجهان في قوله: إن فتحت خياطاً فبكذا، وإن فتحت حداداً فبكذا.

قال في الفائق: ولو قال: ما حملت من هذه الصبرة، فكل قفيز بدرهم: لم يصح، قاله القاضي. ويحتمل عكسه، ذكره الشيخ -يعني به الموفق- ثم قال: قلت: ويتخرج الصحة من بيعه منها، وفيه وجهان^(٢) ويشهد له ما سبق من النص. انتهى. وإن قال: إن كان زرعها قمحاً فبخمسة، وإن زرعها ذرة فبعشرة لم يصح. قدمه في الرعاية الكبرى وصححه في الصغرى وأطلقهما في الحاوي الصغير.

فرع: نقل مهنا عن الإمام أحمد فيمن استأجر من جمال إلى مصر بأربعين ديناراً، فإن نزل دمشق فكراه ثلاثون ديناراً، فإن نزل الرقة فكراه عشرون. فقال: إذا اكترى إلى الرقة بعشرين واكترى إلى دمشق بعشرة وإلى مصر بعشرة جاز، ولم يكن للجمال أن يرجع، فظاهر هذا أنه لم يحكم بصحة العقد الأول؛ لأنه في معنى بيعتين في بيعة لكونه خيره بين ثلاثة عقود، ويتخرج أن يصح بناء على المسألتين قبل هذا. ونقل عن الإمام أحمد في رجل استأجر رجلاً يحمل له كتاباً إلى الكوفة وقال: إن

(١) في الأصل: صاحبه في الصحيح.

(٢) زيادة من الإنصاف ١٩/٦.

أوصلت الكتاب يوم كذا وكذا فلك عشرون، وإن تأخرت بعد ذلك فلك عشرة،
فالإجارة فاسدة وله أجرة مثله، وهذا مثل الذي قبله.

قال: (وإن اكرى لمدة غزاته يطل، فإن سمي لكل يوم درهماً أو أكره دابة خمسة أيام
بخمسة دراهم والزائد بالحساب، أو قال: إن رددتها اليوم فكراؤها درهم وإن رددتها
غداً فدرهمان جان).

ش: أما كونه يطل إذا اكرى لمدة غزاته؛ فلأن ذلك مجهول، وهذا قول أكثر أهل
العلم، منهم الشافعي وأصحاب الرأي. وقال مالك: قد عرف وجه ذلك وأرجو أن
يكون خفيفاً.

وأما كونه يجوز إن سمي لكل يوم درهماً ؛ ف « لأن علياً رضي الله عنه أجر نفسه
كل دلو بتمرة »^(١) ولم ينكره النبي ﷺ وهذا في معناه.

ولأن ما يقابل كل يوم من المدة معلوم الأجرة . أشبه ما لو قال: أجرتكها سنة كل
يوم بدرهم، أو قال: استأجرتك لنقل هذه الصبرة كل قفيز منها بدرهم. فإذا ثبت هذا
فلا بد من تعيين ما يستأجر له من ركوب أو حمل معلوم، ويستحق الأجرة المسمى لكل
يوم، سواء قامت أو سارت؛ لأن المنافع ذهبت في مدته، أشبه ما لو اكرى داراً وعلقها
ولم يسكنها.

وقال الشافعي: لا يصح، لأن مدة الإجارة مجهول.
ولنا ما تقدم.

وأما كونه إذا اكرى دابة خمسة أيام بخمسة دراهم والزائد بالحساب يجوز، فلأن
لكل عمل عوضاً معلوماً فهو كما لو استقى كل دلو بتمرة، ونقل عبدالله وابن منصور
نحوه.

وقال القاضي: تصح في الخمسة وحدها؛ لأن المؤجر الذي يقابله الخمسة معلوم دون
ما بعده، لأن مدته غير معلومة فلم يصح، كما لو قال: استأجرتك لتحمل هذه الصبرة
وهي عشرة أقفزة بدرهم وما زاد ذلك بحسابه.

(١) أخرجه أحمد ١٣٥/١ ح ١١٣٥.

وجوابه: بأنه لا نص للإمام فيها، وقياس قوله صحتها، ولو سلم فسادهما فالفقران الذي شرط حملها غير معلومة وهي مختلفة، فلم يصح العقد لجهالتها بخلاف الأيام؛ لأنها معلومة.

وأما كونه إذا اكترى دابة وقال: إن رددتها اليوم فكراؤها درهم، وإن رددتها غداً فدرهمان: يجوز، فلائنه لا يؤدي إلى التنازع.

وقال القاضي: يصح في اليوم الأول؛ لأنه معلوم دون الثاني.
قال في الشرح: والظاهر عن أحمد فساد الشرط على قياس بيعتين في بيعة، ثم قال: وقياس حديث علي والأنصاري صحته.

قال: (وإن أكراه كل شهر بدينهم صبح ما لم يفسخ أحدهما قبل دخوله، وكذا كل دلو بصره).

ش: أما كون ما ذكر يصح؛ فلما تقدم من حديث علي رضي الله عنه، وعدم إنكار النبي ﷺ. هذا المنصوص عن الإمام أحمد وهو المذهب وعليه أكثر علمائنا.

قال الزركشي: هو المنصوص واختيار القاضي وعامة أصحابه والشيخين. انتهى.
وجزم به الحرقى وصححه في تصحيح المحرر وقدمه في الكافي وغيره، وهو مذهب أصحاب الرأي. وحكي عن مالك نحو هذا. إلا أن الإجارة لا تكون عنده لازمة؛ لأن المنافع مقدرة بتقدير الأجر، فلا يحتاج إلى ذكر المدة إلا في اللزوم، واختار أبو بكر عبد العزيز وابن حامد وابن عقيل: لا يصح.

قال في الكافي: وقال أبو بكر وجماعة من أصحابنا بالبطلان، وهو رواية عن الإمام أحمد.

قال الشارح: والقياس يقتضي عدم الصحة؛ لأن العقد تناول جميع الأشهر وذلك مجهول، والصحيح من قول الشافعي وأطلقهما في المغني والشرح والمحرر والفروع. وقيل: يصح في العقد الأول لا غير.

وأما كونه يلزمهما حكم الإجارة كلما دخل شهر، فلائنه دخوله بمنزلة إيقاع العقد على عينه ابتداء، وهذا التفريع على اختيار المصنف وهو المذهب.
قال الموفق والشارح وغيرهما: يلزم الأول بالعقد وسائرهما بالتلبس به.

وأما كون كل واحد منهما له الفسخ قبل دخول الشهر، فلأن اللزوم إنما كان لأجل الدخول المنزل منزلة إيقاع العقد ابتداء، ولم يوجد بعد. وهذا اختيار أبي الخطاب والموفق والشارح وأبي العباس، وهو مقتضى كلام الخرقي وغيره. وصرح به ابن الزاغوني فقال: يلزم بقية الشهور إذا شرع في أول الجزء من ذلك الشهر. انتهى.

وقال القاضي: له الفسخ في جميع اليوم الأول في الشهر الثاني، وبه قطع المجد وأورده ابن حمدان مذهباً.

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

فصل [الشرط الثالث]

قال: (الثالث: الإباحة في العين، فلا تصح على نفع محرم؛ كالتزمر والفناء وجعل داره كنيسة أو بيت نار).

ش: أما كون الثالث من شروط صحة الإجارة الإباحة في العين، فلأن المنفعة المحرمة مطلوبة العدم، وصحة الإجارة تنافيها؛ لأنها تقتضي كثرة إيقاعها.

ولأن المنفعة المحرمة لا تجوز مقابلتها بالعوض في البيع فكذلك في الإجارة. ولأن ما لا يقصد لا يقابل بالعوض.

وأما كون الإجارة لا تصح على نفع محرم كما ذكر؛ فلأن جميع ذلك محرم. وأما كون إجارة الدار لتجعل كنيسة أو بيت نار ونحوهما لا تصح، فلأن في ذلك إعانة على المعصية. أشبه الإجارة للزنا.

قال: (وجعل مية للأكل وجرم للشرب، ويجوز لإرافتها أو رميها ولو بالظاهر منها).

ش: أما كون الإجارة لحمل ما ذكر لما ذكر لا تصح، فلأنه استئجار لفعل محرم فلم يصح كغيره من المحرمات، ويستثنى منه المضطر، قاله في الرعاية وغيرها. ويصح لإلقائها

أو إراقتها.

وفي الفروع: أن طرحها كأكلها. وعنه: تصح، لأنه لا يتعين عليه. ويكره أكل أجرته لاختلاف العلماء في حرمة.

وعنه: فيمن حمل خنزيراً لنصراني أكرهه^(١) أكل أجرته ويُقضى للحمّال بالكراء، فإن كان لمسلم فهو أشد.

قال القاضي: هذا محمول على أنه استأجره ليريقها، فأما للشرب فمحظور لا يحل أخذ الأجرة^(٢) عليه، وبعد في المغني هذا التأويل.

وفي الرعاية: هل يأكل الأجر أو يتصدق به؟ فيه وجهان.

فصل فيما تصح إجارته

قال: (وتصح إجارة حائط لوضع خشب، وحيوان للصيد لا كلب، وكتاب لقراءة لا مصحف، ولقد نلوزن والنحلي لا غير، فإن أطلق لم يصح).

ش: أما كون إجارة حائط تصح لما ذكر؛ فلأن الحائط عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها إذا كان الخشب معلوماً فجازت، كالسطح للنوم عليه. قوله: واستئجار حيوان للصيد كالشهد والبازي في مدة معلومة؛ لأن فيه نفعاً مباحاً تجوز إعارته فكذا إجارته.

وفي التبصرة: أنه يصح إجارته للصيد مع أنه ذكر في بيعها الخلاف، وعلم منه أن سباع البهائم والطير التي لا تصلح للصيد لا تجوز إجارته لعدم النفع بها. وقوله: «لا كلب» لأنه لا يجوز كالخنزير لعدم جواز البيع.

وقيل: يجوز لصيد وحراسة لوجود النفع المباح. وقوله: «واستئجار كتاب لقراءة»؛ لأن فيه نفعاً مباحاً مقصوداً يُحتاج إليه، وكذا النسخ والرواية منه ولو عبر بالانتفاع لعم.

(١) زيادة من المغني ١٣٥/٦.

(٢) في الأصل: الأجر. وانظر المغني ١٣٥/٦.

وتجوز إجارة كتاب فيه خط حسن ينقل منه ويكتب عليه على قياس ذلك، قاله في الشرح.

وقوله: «لا مصحف» ؛ لأنه لا يصح بيعه إجلالاً لكتاب الله تعالى وكلامه عن معاوضة به، فلم يجز إجارته وهذا أحد الوجهين.

والثاني: بلى، لأنه انتفاع مباح كالإعارة وسائر الكتب. ولا يلزم من عدم البيع عدم جواز الإجارة كالحرق والوقف وأم الولد.

فرع: يصح نسخ المصحف بأجرة نص عليه، فإن نسخه ذمي ولم يحمله فوجهان، ونقد للوزن والتحلي لما تقدم.

وقوله: «لا غير» من إنفاق وغيره؛ لأن فيه إذهاباً لعينه، وبقاؤها شرط.

وقوله: «فإن أطلق لم يصح» ويكون قرضاً، ذكره القاضي؛ لأن الإجارة تقتضي الانتفاع والانتفاع بالدرهم والدنانير المعتاد إنما هو أعيانها، فإذا أطلق الانتفاع حُمِلَ على العرف، وهذا أحد الوجهين، قدمه في الرعاية.

والثاني: يصح، قاله أبو الخطاب وصححه في المغني؛ لأن العقد إن أمكن حمله على الصحة كان أولى من إفساده، ويُنتفع بها في الوزن والتحلي؛ لأنهما هما اللذان حُمِلَ العقد عليهما أشبه استئجار الدار مطلقاً فإنه يصح ويُحمل على السكنى ووضع المتاع فيها.

قال: (ولا تزجر المرأة نفسها بغير إذن زوجها، وإن استأجرها هو لرضاع ولده ولو منها أو ولده لخدمته أو غيرها حان).

ش: أما كون المرأة لا تزجر نفسها بغير إذن زوجها؛ فلأن جميع الزمان مستحق عليها للزوج، فلا يبقى منه ما يقع العقد فيه لغيره، فهو كما لو كانت مستأجرة للخدمة ثم أجرت نفسها فإنه لا يصح، كذلك هاهنا.

ولأن الإجارة تفتقر إلى التسليم، والزوج يمنعها تسليم نفسها بعد نكاحه لها، فلم يمكنها تسليم المعقود عليه فلذلك لم يصح.

وأما كون استئجار امرأته لرضاع ولده ولو منها يجوز؛ فلأن الله تعالى قال: {فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن} [الطلاق: ٦]، وقوله عليه الصلاة والسلام: «لا ترضع

لكم الحمقاء»^(١) ، يدل بمفهومه على جواز استرضاع غيرها.
ولأن كل عقد يصح مع غير الزوج فيصح معه كالبيع.
ولا فرق بين أن تكون في حبال الزوج أو مطلقة في الأصح.
وقال القاضي: لا يجوز، وحمل كلام الخرقى على أنها في حبال زوج آخر، ورد
بأنها لو كانت في حبال زوج آخر لسقط حقها من الحضانة، ثم ليس لها أن ترضع إلا
بإذن زوجها، وبقية الأقارب كالأم في الجواز.
وأما كون استئجار الولد لخدمة والده يجوز، فلا أنه يجوز أن يؤجره من الأجنبي فجاز
من نفسه بالقياس عليه، وسائر الأقارب غير الأب.
وللذمي^(٢) استئجار مسلم لعمل مباح. وعنه: غير خدمة. وقيل: إن استأجره لعمل
مباح في دينه صح وإلا فلا، ويجوز استئجار ذمي لبناء مسجد وغيره.

فصل في شروط إجارة العين

قال: (ويشترط في العين معرفتها برؤية أو صفة في غير الدار والمحو).
ش: أما كونه^(٣) يشترط لصحة إجارة العين معرفة العين المستأجرة برؤية أو صفة،
فلأن الإجارة بيع المنافع فوجب أن لا يصح إلا بذلك كالبيع.
فعلى هذا لو استأجر ما لم يره لم^(٤) تصح الإجارة لفقدان الشرط.
قوله: «برؤية» يعني: إن كانت لا تنضبط بالصفات كالدار والحمام.
وقوله: «أو صفة» أي: إن كانت تنضبط بها كالبيع فيصح، وهو أحد الوجهين وهو
الأشهر وعليه الأكثر.
فلو استأجر داراً أو حماماً فلا بد من الرؤية كالمبيع؛ لأن الغرض يختلف بالصغر

(١) أخرجه البيهقي في الرضاع، باب ما ورد في اللبن يشبه عليه ٤٦٤/٧. مرسلًا.

(٢) في الأصل: وله. ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٣) في الأصل: كون.

(٤) في الأصل: فلم.

والكبر ومعرفة ما به، ومشاهدة الإيوان ومطرح الرماد وموضع الزبل ومصرف ماء الحمام، فمتى أحل بهذا أو بعضه لم يصح للجهالة بما يختلف به الغرض. وقد كره الإمام أحمد كراء الحمام؛ لأنه يدخله من يكشف عورته فيه. قال ابن حامد: هذا على طريق كراهة التنزيه دون التحريم، فأما العقد فصحيح في قول أكثر أهل العلم.

قال ابن المنذر: أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم أن كراء الحمام جائز إذا حدده وذكر جميع آله شهوراً مسماة، وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي؛ لأن المكثري إنما يأخذ عوضاً عن دخول الحمام والاغتسال بمائه، وأحوال المسلمين محمولة على السلامة وإن وقع من بعضهم فعل ما لا يجوز لم يحرم الأجر المأخوذ منه، كما لو اكترى داراً ليسكنها فشرب فيها الخمر.

قال: (والعقد على المنفعة لا الجزء والقدرة على تسليمها من مالك أو من يقوم مقامه واشتمالها على المنفعة فلا يزجر منهم لجهله وطعام لا كلة وشيع لشعله وزمن لحمله وحيوان غير ظئر للينه).

ش: أما كون العقد على المنفعة يصح لا على الجزء فيما عدا المستثنى^(١)؛ فلائن الإجارة عقد على المنافع، فإذا وقع على الجزء لم يكن إجارة. فعلى هذا لا تصح إجارة شيء مما ذكره المصنف لما ذكره؛ لأنها إجارة على جزء لا نفع.

وأما كون القدرة على تسليم العين مما ذكر شرط؛ فلائنها بيع أشبهت بيع الأعيان. وأما كون الإجارة يُشترط اشتمالها على المنفعة؛ فلائنها عقد معاوضة فاشترط اشتماله على المنفعة كالبيع، فلا تجوز إجارة المبهمة للجهالة، والطعام للأكل، والشمع للشعل، لأن هذا لا يتنفع به إلا بإتلاف عينه فلم يجز كما لو استأجر ديناراً لينفقه. فلو اكترى شمعة ليسرجها ويرد بقيتها وثن ما ذهب وأجر الباقي فهو فاسد؛ لأنه شمل بيعاً وإجارة، وما وقع عليه عقد البيع مجهول، وحيث جهل جهل الآخران.

(١) في هامش الأصل: وهو الظئر وتقدم الكلام عليه.

وأما كون إجارة الزمن للحمل لا تصح، فلأن الإجارة عقد على المنفعة، ولا يمكن تسليم هذه المنفعة في هذه العين، فلا تصح إيجارتها كالآبق.

قال في الموجز: وحمام لحمل الكتب لتعذبه، وفيه احتمال في التبصرة هو أولى.

وأما كون الحيوان لا تصح إيجارته كاستئجار الإبل والبقر والغنم ليأخذ لبنها أو ليسترضعها السخالة ونحوها، وليأخذ صوفها وشعرها ووبرها ولاستئجار شجرة ليأخذ ثمرتها أو شيئاً من عينها؛ فلما تقدم.

وجوز أبو العباس إجارة الحيوان لأخذ لبنه.

فإن قام عليها المستأجر علفها فكاستئجار الشجر، وإن علفها ربها وأخذ المشتري اللبن فبيع، وليس هذا بغرر فإنه كمنيحة الشاة^(١) وهو عاريتها للانتفاع بلبنها كما يعيره الدابة لركوبها؛ لأن هذا يحدث شيئاً فشيئاً، فهو بالمنافع أشبه، فإلحاقه بها أولى. وأما الظئر فيجوز، وقد سبق ذكرها.

قال: (ولا مشاع مفرداً لغير شريكه ولا حيواناً وداراً ونحوهما لالنين فصاعداً ولا سبعة لزراع، وحكم الآبق والشارد والمصوب هنا كالبيع).

ش: أما كون إجارة المشاع لا يجوز مفرداً لغير شريك المؤجر؛ فلائنه لا يقدر على تسليمه فلم تجز إيجارته، وإنما قلنا لا يقدر على تسليمه؛ لأنه لا يقدر على ذلك إلا بتسليم نصيب شريكه.

هذا المذهب وعليه جماهير علمائنا.

قال الموفق في المغني: قال أصحابنا: ولا يجوز إجارة المشاع لغير الشريك إلا أن يؤجر الشريكان معاً، وقدمه في الفروع وغيره.

وهذا قول أبي حنيفة وزفر.

قال في الفائق: لا يصح إجارة مشاع مفرداً لغير شريك أو معه إلا بإذن.

قال في الرعاية: لا يصح إلا لشريك بالباقي أو معه لثالث. انتهى.

وعنه: ما يدل على جوازه. اختاره أبو حفص العكبري وأبو الخطاب وصاحب

(١) في الأصل: الشارح. والصواب ما أثبتناه.

الفائق والحافظ ابن عبد الهادي في حواشيه، وقدمه في التبصرة. وهو قول مالك والشافعي وأبي يوسف ومحمد، لأنه معلوم يجوز بيعه فجازت إجارته كالمفرد وكشريكه، وكما لو أجره الشريكان معاً.

قال بعض علمائنا في طريقه: والصحيح صحة رهنه وإجارته وهبته ولا خلاف في صحة بيعه عند الأربعة. وفيه خلاف ذكره ابن حزم.

وأما كون إجارة الحيوان والدار ونحوها لاثنتين فصاعداً وهما لواحد مثل إجارة المشاع^(١)، وجعلهما في المغني والشرح وغيرهما مثله^(٢) أو يصح هنا وإن منعنا في المشاع، فيه وجهان وأطلقهما في الفروع.

وقيل: يصح هنا وإن منعنا الصحة في^(٣) المشاع.

وأما كون إجارة الأرض السبعة للزرع لا تصح؛ فلأن الإجارة عقد على المنفعة ولا يمكن تسليم هذه المنفعة في هذه العين كالأبق.

وأما كون إجارة الأبق والشارد والمغصوب لا تصح، فلأنه لا يقدر على تسليمه كما تقدم في البيع، وحكمه حكم البيع، فيصح فيما يصح ويطل فيما يطل هناك.

فصل في أحكام العين المؤجرة

قال: (وله أن يعير ما استأجره ويؤجره ولو بأزيد مثله، من مؤجر وغيره بعد القبض لا قبله، وكلما استعيره بأذن معيره مدة معينة).

ش: أما كون المستأجر له أن يعير ما استأجر ويؤجره ولو^(٤) بأزيد ... إلى قوله: لا قبله؛ فلأن قبض العين قام مقام قبض المنافع بدليل أنه يجوز التصرف فيها، فجاز العقد عليها كبيع الثمرة على الشجرة. وهو قول الشافعي وأصحاب الرأي.

(١) في الأصل: المشاع.

(٢) زيادة من الإنصاف ٣٣/٦.

(٣) زيادة من الإنصاف ٣٤/٦.

(٤) زيادة يقتضيها السياق.

فائدة: لو أعار المستأجر العين المأجورة فتلقت عند المستعير من غير تفريط: لم يضمناها على الصحيح من المذهب، واقتصر عليه في القواعد الفقهية وقدمه في الرعاية الكبرى في باب العارية.

قوله: «المثله» يعني في الانتفاع أو دونه؛ لأن المنفعة لما كانت مملوكة له جاز له أن يستوفي بنفسه ونائبه، ولا يجوز لمن هو أكثر ضرراً منه.

وذكر القاضي: أنه لا يجوز له إيجارها لنهيها عن ربح ما لم يضمن، والمنافع لم تدخل في ضمانه لعدم قبضها أشبه بيع المكيل قبل قبضه.

وجوابه: بأن قبض العين قائم مقام قبض المنافع كبيع الثمرة على الشجر.

وقوله: «لا قبله» يعني ليس له أن يؤجر العين قبل قبضها، نص عليه. وظاهره سواء كان من المؤجر أو غيره، وهو أحد الوجهين؛ لأن المنافع مملوكة بعقد معاوضة فاعتبر في جواز العقد عليها القبض كالأعيان.

والثاني: يجوز؛ لأن قبض العين لا ينتقل به الضمان إليه فلم يقف جواز التصرف عليه.

وفي الشرح: أنها إذا لم تجز من غير المؤجر فوجهان هنا:

أحدهما: لا يجوز كغيره.

والثاني: بلى، لأن القبض لا يتعذر عليه بخلاف الأجنبي، وأصلها بيع الطعام قبل قبضه هل يصح^(١) من بائعه؟ على روايتين، والمذهب عدم الجواز هناك فكذا هنا.

قوله: «من مؤجر» هذا إذا لم يكن حيلة كعينة.

وأما كون المستعير له إجارة ما استعاره إذا أذن له المعير مدة بعينها، فلأن شرط المنفعة كونها مملوكة للمؤجر ومأذوناً له فيها وذلك موجود هاهنا، وجزم به في الهداية والمستوعب والمغني وغيرهم.

وقال في الرعاية الكبرى: ولا يصح إيجار معار. وقيل: إلا أن يأذن ربه في مدة معلومة.

(١) زيادة من المغني ٥٤/٦.

قال: (وان استقل الوقف بموت مؤجره فلثان حقه ولا فسخ، وكذا إن بلغ يتم أو عتق عبد وهما مؤجران بشرط أن لا تعبر مدة إجارة النسي بلوغه والعبد تعلل عتقه).

ش: أما كون إجارة الوقف لا تنفسخ بموت مؤجره؛ فلأنه أجر ملكه في زمن ولايته فلم تنفسخ بموته، كما لو أجر ملكه المطلق، وهذا أحد الوجهين وهو المذهب كما لو عزل الولي وناظر الوقف، وصححه في التصحيح والنظم وقدمه في الفروع والرعاية الكبرى وغيرهما.

قال القاضي في المجرد: هذا قياس المذهب.

والوجه الثاني: تنفسخ. جزم به القاضي في خلافه وأبو الحسين أيضاً وحكياه عن أبي إسحاق بن شاقلا واختاره ابن عقيل وابن عبدوس في تذكرته وأبو العباس وغيرهم. وقال أيضاً: هذا أصح الوجهين. قال القاضي: هذا ظاهر كلام أحمد في رواية صالح. قال ابن رجب في قواعده: وهو المذهب الصحيح؛ لأن الطبقة الثانية تستحق العين بمنافعها تلقياً عن الواقف بانقراض الطبقة الأولى. وقدمه في الرعاية الصغرى والحاوي الصغير، وأطلقهما في الهداية والمستوعب والخلاصة والمغني وغيرهم.

وقيل: تبطل الإجارة، وهو تخريج للموفق في المغني من تفريق الصفقة.

قال في القاعدة السادسة والثلاثين: لكن الأجرة إن كانت مقسطة على أشهر مدة الإجارة أو أعوامها فهي صفقات متعددة على أصح الوجهين، فلا تبطل جميعها ببطان بعضها، وإن لم تكن مقسطة فهي صفقة واحدة فيطرد فيها الخلاف المذكور. انتهى. وقال في الفائق: قلت: وتخرج الصحة بعد الموت موقوفة لا لازمة وهو المختار.

تنبيهات:

أحدها: قال العلامة ابن رجب في قواعده: اعلم أن في ثبوت الوجه الأول نظراً، لأن القاضي إنما فرضه فيما إذا أجر الموقوف عليه لكون النظر له مشروطاً وهذا محل تردد، أعني إذا أجر بمقتضى النظر المشروط له هل يلحق بالناظر العام فلا ينفسخ بموته أم لا؟ فمن أصحابنا من المتأخرين من ألحقه بالناظر العام. انتهى.

الثاني: محل الخلاف المتقدم: إذا كان المؤجر هو الموقوف عليه بأصل الاستحقاق، فأما إن كان المؤجر هو الناظر العام أو من شرط له الواقف وكان أجنبياً لم تنفسخ الإجارة بموته قولاً واحداً. قاله الموفق والشارح وأبو العباس والشيخ زين الدين بن رجب وغيرهم.

وقال ابن رجب: أما إذا شرطه للموقوف عليه أو أتى بلفظ يدل على ذلك فأفتى بعض المتأخرين بإلحاقه بالحاكم ونحوه، وأنه لا ينفسخ قولاً واحداً، وأدخله ابن حمدان في الخلاف.

قال أبو العباس: وهو الأشبه.

الثالث: محل الخلاف أيضاً عند ابن حمدان في رعايته: إذا أجره مدة يعيش فيها غالباً، فأما إن أجره مدة لا يعيش فيها غالباً فإنها تنفسخ قولاً واحداً.

فعلى قول المصنف وهو الأول من أصل المسألة يستحق البطن الثاني حصته من الأجرة من تركة المؤجر إن كان قبضها، وإن لم يكن قبضها فعلى المستأجر.

وعلى الوجه الثاني: يرجع المستأجر على ورثة المؤجر القابض.

وقال أبو العباس: إن كان قبضها المؤجر رجع بذلك في تركته، فإن لم تكن تركة فأفتى بعض أصحابنا بأنه إذا أجر الموقوف عليه هو الناظر فمات فللبطن الثاني فسخ الإجارة والرجوع بالأجرة على من هي في يده. انتهى.

وقال أيضاً: والذي يتوجه أولاً أنه لا يجوز سلف الأجرة للموقوف عليه؛ لأنه لا يستحق المنفعة المستقبلية ولا الأجرة عليها، فالتسليف لهم قبض ما لا يستحقونه بخلاف المالك، وعلى هذا فللبطن الثاني أن يطالبوا بالأجرة المستأجر؛ لأنه لم يكن له التسليف، ولهم أن يطالبوا الناظر. انتهى.

فائدة: قال الشيخ زين الدين بن رجب بعد ذكر هذه المسألة: وهكذا حكم المقطع

إذا أجر إقطاعه ثم انتقلت عنه إلى غيره بإقطاع آخر.

فروع: إذا أجر الوقف بأجرة المثل فطلبه غير مستأجره بزيادة فلا فسخ، وكذا لو

أجره المتولي على ما هو على سبيل الخير.

وقيل: بلى. وقاله بعض الحنفية. قال في المفيد لهم: لا يعرف له وجه.

قال في التلخيص: إذا أجر الموقوف عليه الوقف فطالب بزيادة فلا فسخ، ولو أجر المتولي ما هو على سبيل الخيرات فكذلك أيضاً؛ لأن الأول صح باعتبار الغبطة المقارنة فلا نظر إلى ما طرأ، ويحتمل أن يفسخ؛ لأنه خالف الغبطة، والصحيح الأول.

وأما كون إجارة اليتيم لا تنفسخ ببلوغه والعبد بعته بشرطه؛ فلأن الإجارة عقد لازم عقد بحق الولاية في اليتيم والمملك في العبد، فلم يفسخ ببلوغ اليتيم كما لو باع داره أو زوجته، ولا يعتق العبد كما لو زوج أمته ثم باعها.

هذا المذهب نصره القاضي وأصحابه. وهذا الذي شرطه المصنف على الصحيح من المذهب قدمه في الفروع. ومثله العبد إذا علم عتقه في المدة التي وقعت عليها الإجارة، ويتصور ذلك بأن يُعلق عتقه على صفة توجد في مدة الإجارة، وصرح بذلك في الرعاية الكبرى.

وقيل: لا تنفسخ أيضاً، قدمه في القاعدة السادسة والثلاثين، وقال: هذا الأشهر واختاره القاضي وأصحابه. انتهى.

وذكر في المغني والشرح وجهاً: أنه إذا أجره مدة يعلم بلوغه فيها قطعاً لم يصح في الزائد، ويُخرَج الباقي على تفريق الصفقة.

فائدتان:

إحداهما: لو ورث المأجور أو اشترى أو أذهب أو وصى له بالعين أو أخذ صداقاً أو أخذه الزوج عوضاً عن خلع أو صلحاً أو غير ذلك فالإجارة بحالها. قطع به في القاعدة السادسة والثلاثين، وقد صرح به كثير من علمائنا حيث قالوا: ويجوز بيع العين المستأجرة ولا تنفسخ الإجارة إلا أن يشتريها المستأجر.

الثانية: يجوز إجارة الإقطاع كالوقف، قاله أبو العباس وقال: لم يزل يوجد من زمن الصحابة إلى الآن.

قال: وما علمت أحداً من علماء الإسلام الأئمة الأربعة ولا غيرهم قال: إجارة الإقطاع لا تجوز حتى حدث في زمننا فابتدع القول بعدم الجواز، واقتصر عليه في الفروع.

وقال ابن رجب في القواعد: وأما إجارة إقطاع الاستغلال التي موردها منفعة الأرض دون رقبته فلا قول فيها نعلمه، وكلام القاضي يُشعر بالمنع؛ لأنه جعل مناط صحة الإجارة للمنافع لزوم العقد، وهذا منتف في الإقطاع. انتهى.

فعلى ما قاله أبو العباس لو أجّره ثم استحققت الإقطاع لآخر فذكر في القواعد: أن حكمه حكم الوقف إذا انتقل إلى بطن ثان، وأن الصحيح تنفسخ.

فصل [شروط الإجارة]

قال: (ويشترط معرفة المدة وظن بقاء العين فيها لا فراغها، فلو أجّره سنة خمس في ثلاث أو رمضان في رجب صح، ويُستوفى في الأثناء بالعدد والباقي بالأهلة كالعدة والكفارة).

ش: أما كونه يشترط معرفة المدة كشهر وسنة؛ فلأن المدة هي الضابطة للمعقود عليه المعروف له، فوجب أن تكون معلومة كعدد المكيلات فيما بيع بالكيل.

وأما كونه يشترط كون المدة يغلب على الظن بقاء العين فيها، فلأن العين إذا كانت كذلك يتمكن المستأجر من استيفاء المقصود من الإجارة غالباً بخلاف ما إذا لم تكن كذلك، وظاهره وإن طالت المدة.

هذا المذهب وعليه جماهير علمائنا، وقدمه في الفروع وغيره وهو قول أكثر العلماء؛ لأن المصحح لها كون المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة فيها غالباً، وظاهره ولو ظن عدم العاقد ولو مدة لا يظن فناء الدنيا فيها.

وقيل: بلى تصح إلى سنة. اختارها ابن حامد.

وقيل: ثلاث. وقيل: ثلاثين.

وحكاه في الرعاية نصاً؛ لأن الغالب أن الأعيان لا تبقى إلى أكثر منها، وتغير الأسعار والأجّر، ولا فرق بين الوقف والملك.

فرع: ليس لو كيل مطلق إيجارها مدة طويلة، بل العرف كسنتين ونحوهما، قاله أبو العباس.

مسألة: لو علقها على ما يقع اسمه على شيئين كالعيد وربيع صح، وانصرف إلى الأول، قاله في المغني. وقال القاضي: لا يصح حتى يُعين ذلك على شهر مفرد فلا بد من تعيينه من أي سنة وعلى يوم بعينه من أي أسبوع.

وأما كونه لا يشترط فراغ المدة، فلأنها مدة يجوز العقد عليها مع غيرها، فجاز العقد عليها منفردة كالتي تلي العقد.

فعلى هذا يصح أن يستأجر سنة خمس في ثلاث، أو رمضان في رجب؛ لأن غاية ما يقدر في ذلك أنها مدة لا تلي العقد وذلك غير شرط.

وظاهره يصح فيما ذكر، سواء كانت العين مشغولة وقت العقد بإجارة أو رهن أو لم تكن، لأن التسليم في الحال لا يجب فلا يضر الشغل.

ولأنه إنما يشترط القدرة على التسليم عند وجوبه كالسلم، فإنه لا يشترط وجود القدرة عليه حال العقد.

وقال ابن عقيل: لا يتصرف مالك العقار في المنافع بإجارة ولا عارية إلا بعد انقضاء المدة واستيفاء المنافع المستحقة عليه بعقد الإجارة؛ لأنه ما لم تنقض المدة له حق الاستيفاء، فلا يصح تصرفات المالك في محبوس بحق؛ لأنه يتعذر التسليم المستحق بالعقد، فمراد علمائنا متفق وهو أنه يجوز إجارة المؤجر ويعتبر التسليم وقت وجوبه وأنه لا يجوز إيجاره لمن يقوم مقام المؤجر، وظاهر إطلاق كثير من علمائنا أنه لا يصح إجارة المشغول بملك غير المستأجر.

وقال أبو العباس بجوازه فيمن استأجر أرضاً من جندي وغرسها قصباً ثم انتقل الإقطاع عن الجندي: أن الثاني لا يلزمه حكم الإجارة وأنه إن شاء أن يؤجرها لمن له القصب أو لغيره. انتهى.

وقال شيخنا البعلي رحمه الله تعالى في حواشيه: ظاهر كلام الأصحاب صحة إجارة المشغول بملك لغير المستأجر من إطلاقهم جواز الإجارة المضافة، فإن عموم كلامهم يشمل المشغولة وقت الفراغ بغراس أو بناء أو غيرهما. انتهى.

وقال في الفروع: لا يجوز إيجاره لمن يقوم مقام المؤجر كما يفعل بعض الناس.

قال: وأفتى جماعة من أصحابنا وغيرهم في هذا الزمان أن هذا لا يصح، وهو واضح

ولم أجد في كلامهم ما يخالف هذا.

قال: ومن العجب قول بعضهم في هذا الزمان الذي يخطر بباله من كلام أصحابنا أن هذه الإجارة تصح كذا قال. انتهى.

وقد قال أبو العباس فيما حُكي عنه في الاختيارات: ويجوز للمؤجر إجارة العين المؤجرة من غير المستأجر في مدة الإجارة ويقوم المستأجر الثاني مقام المالك في استيفاء الأجرة من المستأجر الأول، وغلط بعض الفقهاء فأفتى في نحو ذلك بفساد الإجارة الثانية ظناً منه أن هذا كبيع المبيع وأنه تصرف فيما لا يملك، وليس كذلك بل هو تصرف فيما استحقه على المستأجر. انتهى.

وأما إن كانت مرهونة وقت عقد الإجارة ففي صحته وجهان، وأطلقهما في الفروع.

قال في الرعاية الكبرى: وإن أجره مدة لا تلي العقد صح إن أمكن التسليم في أولها. ثم قال قلت: فإن كان ما أجره مرهوناً وقت العقد لا وقت التسليم المستحق بالأجرة احتمل وجهين. انتهى.

تنبيه: إذا وقعت على مدة تلي العقد لم يُشترط ذكر ابتدائها وهي من حين العقد وإن كانت لا تليه اشترط ذلك كالانتهاء، فلو أجره شهراً أو سنة لم يصح، نص عليه، لأنه مطلق فافتقر إلى التعيين^(١). وعنه: يصح. اختارها في المغني ونصره في الشرح، وابتدأوها من حين العقد كمدة السلم وهو قول أبي حنيفة ومالك. والأول قول الشافعي.

وأما كونه إذا وقعت الإجارة في أثناء شهر يستوفى بالعدد في الشهر الأول وسائر السنة بالأهلة؛ فالأن الشهر الأول تعذر إتمامه بالهلال فوجب إتمامه بالعدد، وما عداه لا يُتعذر فوجب اعتباره بالأهلة؛ لأنها الأصل.

هذا المذهب وعليه جماهير علمائنا ونص عليه في النذر، وقدمه في المغني والشرح والمحرر والفروع وغيرهم.

(١) في الأصل: التعين.

وعنه: يُستوفى الجميع بالعدد؛ لأنها تستوفى في بعضها بالعدد فوجب استيفاء جميعها بالعدد كما لو كانت المدة شهراً واحداً.
ولأن الشهر الأول ينبغي أن يكمل من الشهر الذي يليه فيحصل ابتداء الشهر الثاني في أثنائه، وكذلك كل شهر يأتي بعده.
وأما كون الحكم في كل ما يُعتبر فيه الأشهر كما مثل المصنف رحمه الله كالحكم فيما ذكر، فلاّن الكل سواء معنى فكذلك يجب أن يكون حكماً.

فصل في الأجير الخاص

قال: (فالآدمي المؤجر نفسه مدة معلومة يسمى الخاص، ومن قدر نفعه يعمل في ذمته سمي شريكاً).

ش: أما كون الآدمي المؤجر نفسه مدة معلومة سمي الخاص؛ فلاّن نفعه مختص بالمستأجر لم يشارك فيه بخلاف الذي بعده.

وأما كون من قدر نفعه يعمل في ذمته يسمى مشتركاً؛ فلاّنه يتقبل أعمالاً لجماعة فتكون منفعته مشتركة بينهم، ثم إن كانت على مدة بعينها وعمل بعينه فواضح، وإن كانت على عمل موصوف في الذمة فتكون كالسلم لا بد أن يكون مضبوطاً بصفات السلم ليحصل العلم به، ولا يكون الأجير فيها إلا آدمياً؛ لأنها متعلقة بالذمة، ولا ذمة لغير الآدمي، ويلزمه الشروع عقب العقد.

وإن ترك ما يلزمه -قال أبو العباس:- بلا عذر فتلف بسببه ضمنه وله الاستنابة، فإن مرض أو هرب أكثرى من يعمل عليه، فإن شرط مباشرته بنفسه فلا عمل ولا استنابة إذاً.

وفي المغني: إن اختلف القصد فيه كنسخ لم يلزمه ولا المكثري قبوله، وإن تعذر فله الفسخ، وينفسخ العقد بتلف محل عمل معين.

قال: «ولا تصح إجارته على فعل القرب ويكره للحر أجرة الحمامة ويطعمهما البهائم، وإن أجر مسلم نفسه من ذمي لغير خدمته جاز».

ش: أما كون الإجارة على فعل القرب كالحج والأذان ونحوهما لا تصح، فلأن من شرط صحة هذه الأفعال كونها قربة إلى الله تعالى فلم يصح أخذ الأجرة عليها كما لو استأجر قوماً يصلون خلفه الجمعة والتراويح.

هذا المذهب وعليه جماهير علمائنا وجزم به غير واحد، وقدمه في الفروع وغيره؛ لما روى عبادة قال: «عَلِّمْتُ نَاساً مِنْ أَهْلِ الصُّفَّةِ الْقُرْآنَ. فَأَهْدَى لِي رَجُلٌ مِنْهُمْ قَوْساً. فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ: إِنْ سَرَّكَ أَنْ يُقْلِدَكَ اللَّهُ قَوْساً مِنْ نَارٍ فَاقْبَلْهَا»^(١). وعن أبي بن كعب: «أَنَّهُ عَلَّمَ رَجُلًا سُورَةَ الْقُرْآنِ فَأَهْدَى لَهُ حَمِيصَةً أَوْ ثوبًا، فَذَكَرَ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ: إِنَّكَ لَوْ لَبِسْتَهَا أَلْبَسَكَ اللَّهُ مَكَانَهَا ثوبًا مِنْ نَارٍ»^(٢). رواهما الأثرم.

وعنه: يصح؛ «لأنه عليه الصلاة والسلام زوج رجلاً بما معه من القرآن»^(٣). متفق عليه.

فإذا جاز تعليم القرآن عوضاً في النكاح وقام مقام المهر جاز أخذ الأجرة عليه. ولحديث أبي سعيد في الرقية^(٤).

ولأنه يجوز أخذ الأجرة عليه من بيت المال فجاز أخذ الأجرة عليه كبناء المساجد، مع أن الحاجة داعية إلى الاستنابة في الحج، وكمن أعطى بلا شرط، نص عليه، وكجعالة وفيها وجهان.

وفي المنتخب: الجُعْلُ في حج كأجرة، والأول أصح؛ لأن تعليم القرآن وجعله صداقاً

(١) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في كسب المعلم ٢٦٤/٣ ح ٣٤١٦. وابن ماجه في التجارات، باب الأجر على تعليم القرآن ٧٣٠/٢ ح ٢١٥٧.

(٢) أخرجه ابن ماجه في التجارات، باب الأجر على تعليم القرآن ٧٣٠/٢ ح ٢١٥٨.

(٣) أخرجه البخاري في النكاح، باب السلطان ولي ١٩٧٣/٥ ح ٤٨٤٢. ومسلم في النكاح، باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن ١٠٤٠/٢ ح ١٤٢٥.

(٤) أخرجه البخاري في فضائل القرآن، باب فضل فاتحة الكتاب ١٩١٣/٤ ح ٤٧٢١. ومسلم في السلام، باب جواز أخذ الأجرة على الرقية بالقرآن والأذكار ١٧٢٧/٤ ح ٢٢٠١.

فيه عنه اختلاف، وليس في الخبر تصريح به، فيحتمل أنه زوجه بغير صداق إكراماً له، كما زوج أبا طلحة أم سليم على إسلامه.

ولو سلم جوازه فالفرق بين المهر والأجر: أن المهر ليس بعوض محض؛ لأنه يجوز خلو العقد عن تسميته، ويصح مع فساده بخلاف الأجر.

وأما الرقية فنص الإمام أحمد على جوازه؛ لأنه مداوة، والمأخوذ عليها جُعِل. وفي حديث وفقه وجهان أشهرهما المنع، وكذا القضاء، قاله ابن حمدان. وجوز ذلك أبو العباس لحاجة. ونقل ابن حنبل: يكره للمؤذن أن يأخذ على أذانه أجراً. وأما كونه يكره للحر أجرة الحجامة؛ فلأن النبي ﷺ قال: «كسب الحمام خبيث»^(١) متفق عليه.

وأما كونه يطعمها البهائم؛ فلأن النبي ﷺ قال: «أطعمه ناضحك ورقيقك»^(٢). رواه الترمذي وقال: حديث حسن.

وأما كون إجارة المسلم نفسه من الذمي لغير الخدمة يجوز؛ ف«لأن علياً رضي الله عنه أجز نفسه من يهودي يستقي له كل دلو بتمرة»^(٣). واشترط الأنصاري «أن لا يأخذ خديرة ولا حشفة فاستقى بنحو من صاعين فجاء به النبي ﷺ»^(٤). رواهما ابن ماجة.

ولأنه يبيع منفعة فجاز من الذمي كالمسلم، وهذا إحدى الروايتين في غير الخدمة وهو المذهب، صححه الموفق والشارح وحرم به في المحرر وقدمه في الشرح وغيره. والثانية: لا يصح.

وأما إذا كان للخدمة فلا يصح على الصحيح من المذهب، ونص عليه في رواية

(١) لم أره بهذا اللفظ عند البخاري، وقد أخرج البخاري معناه عن عون بن أبي جحيفة قال: «رأيت أبي اشري حجاماً فأمر بمحاجمه فكسرت، فسألته عن ذلك قال: إن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الدم وثن الكلب، وكسب الأمة...» البيوع، باب ثمن الكلب ٧٨٠/٢ ح ٢١٢٣. ومسلم في المساقاة، باب تحريم ثمن الكلب ٣/ ١١٩٩ ح ١٥٦٨. واللفظ له.

(٢) أخرجه أبو داود في الإجارة، باب في كسب الحمام ٢٦٦/٣ ح ٣٤٢٢. والترمذي في البيوع، باب ما جاء في كسب الحمام ٤٩٢/٣ ح ١٢٧٧. وابن ماجة في التجارات، باب كسب الحمام ٧٣٢/٢ ح ٢١٦٦.

(٣) سبق تخريجه ص: ٧٦.

(٤) أخرجه ابن ماجة في الأحكام، باب الرجل يستقي كل دلو بتمرة ويشترط جلد ٨١٨/٢ ح ٢٤٤٨.

الأثرم.

قال في الفروع: ولا يجوز إجارته لخدمة على الأصح، وجزم به في المغني والشرح وغيرهما؛ لأن فيه إذلالاً للمسلم بخدمة الكافر وحسباً له على منفعته فلم يجز كالبيع. وعنه: يجوز، قدمه في المحرر وغيره وجزم به في المنور.

فصل «ضبط العمل المؤجر عليه»

قال: «ويشترط في إجارة دواب لركوب أو حمل أو حرث أو دياس أو سقي أو إجارة رحي لطحن: معرفة قدر السفر والعمل بزمان أو مكان أو منازل معلومة ومعرفة قدر الطحن والنفع المقصود وضبطه بما لا يختلف. وفي الخياط ذكر آله وطوله وعرضه وتعين الأرض المؤجرة لغرس أو زرع أو بناء يعلم».

ش: أما كونه يشترط في إجارة ما ذكر معرفة العمل وضبطه بما لا يختلف؛ فلأن العمل إذا لم يكن معروفاً مضبوطاً بما ذكر يكون مجهولاً فلا تصح الإجارة معه. ولأن العمل هو العقود عليه فاشترط معرفته وضبطه بما ذكر كالبيع. ويحتاج إلى معرفة الأرض وتقدير العمل، فأما الأرض فلا تعرف إلا بالمشاهدة فإنها تختلف فتكون صلبة تُثعب البقر والحراث، وتكون فيها حجارة تتعلق فيها السكة، وتكون رخوة سهل حرثها ولا تنضبط بالصفة فتحتاج إلى الرؤية، وأما تقدير العمل فيجوز بأحد شيئين: إما بالمدة كيوم، وإما بمعرفة الأرض كهذه القطعة أو من هاهنا إلى هاهنا، أو بالمساحة كحريب وحريين أو كذا ذراعاً في كل ذلك جائز بحصول العلم به، فإن قدره بالمدة فلا بد من معرفة البقر التي يعمل عليها؛ لأن الغرض يختلف باختلافها في القوة والضعف ويجوز أن يستأجر البقر مفردة ليتولى رب الأرض الحرث بها، ويجوز أن يستأجرها مع صاحبها، ويجوز استئجارها بآلتها وبدونها، وتكون الآلة من عند صاحب الأرض، ويجوز استئجار البقر وغيرها لدراس الزرع؛ لأنها منفعة مباحة مقصودة أشبهت

الحرث ، وتجوز على مدة أو زرع معين أو موصوف كما ذكرنا في الحرث ومتى^(١) كان على مدة احتيج إلى معرفة الحيوان؛ لأن الغرض مختلف به، فمنه ما روثه طاهر ومنه نجس ولا يحتاج إلى معرفة عين الحيوان، ويجوز أن يستأجر الحيوان بآلته وغيرها مع صاحبه ومنفرداً كما ذكرنا في الحرث.

ويجوز استئجار غنم لتدوس له طيناً أو زرعاً.

ولأصحاب الشافعي فيه وجه: أنه لا يجوز؛ لأنها منفعة غير مقصودة من هذا الحيوان.

ولنا أنها منفعة مباحة يمكن استيفائها أشبهت سائر المنافع المباحة كآلتها قبلها.

فرع: فإن اكترى حيواناً لعملٍ لم يُخلق له؛ كمن استأجر البقر للركوب والحمل، والإبل والحُمُر للحرث جاز؛ لأنها منفعة مقصودة أمكن استيفائها من الحيوان لم يرد الشرع بتحريمها فجاز كآلتها خلقت له.

ولأن مقتضى الملك جواز التصرف بكل ما يصلح له العين المملوكة ويمكن تحصيلها منها، ولا يمتنع ذلك إلا بعارض راجح أو ما ورد بتحريمه نص أو قياس صحيح أو رجحان مضرة على منفعة، ولم يوجد واحد منها وكثير من الناس يحملون على البقر ويركبنها، وفي بعض البلاد يُحرث على الإبل والبغال والحمير فيكون في معنى خلقها للحرث إن شاء الله تعالى، إنه معظم نفعها ولا يمنع ذلك الانتفاع بها في شيء آخر، كما أن الخيل خلقت للركوب والزينة وبياح أكلها، واللؤلؤ خلق للحلية ويجوز استعماله في الأدوية وغيرها.

ويجوز استئجار بهيمة لإدارة الرحى ويفتقر إلى شيئين: معرفة الحجر بالمشاهدة والصفة؛ لأن عمل البهيمة يختلف فيه بثقله وخفته فيحتاج صاحبها إلى معرفة.

الثاني: تقدير العمل بالزمان كيوم أو يومين أو بالطعام فيقول: قفيز أو قفيزين، وذكر جنس الطحن إن كان يختلف؛ لأن منه ما يسهل طحنه ومنه ما يشق، وإن اكترأها لإدارة دولا ب فلا بد من مشاهدته ومشاهدة دلائله لاختلافها وتقدير ذلك بالزمان وملء

(١) في الأصل: ومن. وانظر المغني ١٠٣/٦.

هذا الحوض، وكذلك إن اكتراها للسقي بالغرب فلا بد من معرفته لأنه يختلف بصغره وكبره ويقدر بالزمان أو بعدد الغروب أو بملء^(١) بركة. ولا يجوز تقدير ذلك بسقي أرض؛ لأن ذلك يختلف فقد تكون الأرض شديدة العطش لا يرويهما القليل، وقد تكون قريبة العهد بالماء فيكفيها اليسير، وإن قدرها بسقي ماشية احتمل أن لا يجوز لذلك ويحتمل الجواز؛ لأن شربها يتقارب في الغالب، ويجوز استئجار دابة ليسقي عليها ماء، ولا بد من معرفة الآلة التي يستقي فيها من راوية أو قرب أو جرار إما بالرؤية وإما بالصفة، ويقدر العمل بالزمان أو بالعدد أو بملء شيء معين.

فإن قدره بعدد المرات احتاج إلى معرفة المكان الذي يستقي منه والذي يذهب إليه؛ لأن ذلك يختلف بالقرب والبعد والسهولة والحزونة، وإن قدره على شيء معين احتاج إلى معرفته ومعرفة ما يستقي منه، ويجوز أن يكتري البهيمة بآلتها وبدونها مع صاحبها ووحدها، فإن اكتراها لبلّ تراب معروف جاز؛ لأنه يُعلم بالعرف. وكل موضع وقع العقد على مدة فلا بد من معرفة الظهر الذي يعمل عليه؛ لأن الغرض يختلف باختلافها بالقوة والضعف.

وإن وقع على عمل معين^(٢) لم يحتج إلى ذلك؛ لأنه لا يختلف، ويحتمل أن يحتاج إلى ذلك في استيفاء الماء عليه؛ لأن منه ما روثه وجسمه طاهر كالخيل والبقر، ومنه ما روثه نجس أو في جسمه اختلاف كالبعال والحمير فربما نجس يد المستقي أو دلوه فيتنجس الماء به، فيختلف الغرض بذلك فاحتيج إلى معرفته.

وإذا استأجر الرحي لطحن قفزان معلومة فلا بد من معرفة جنس المطحون بُراً أو شعيراً أو ذرة أو غيره؛ لأن ذلك يختلف، فمنه ما يسهل طحنه ومنه ما يعسر فاحتيج إلى معرفته لتزول الجهالة.

ويجوز الاستئجار لاستيفاء القصاص في النفس وما دونها، وبه قال مالك والشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يجوز في النفس؛ لأن عدد الضربات تختلف، وموضع الضربات غير متعين إذ يمكن أن يضرب مما يلي الرأس ومما يلي الكتف فكان مجهولاً.

(١) في الأصل: على. وانظر المغني ١٠٤/٦.

(٢) زيادة من المغني ١٠٤/٦.

ولنا: أنه حق يجوز التوكيل في استيفائه لا يختص فاعله أن يكون من أهل القرية، فجاز الاستئجار عليه في الطرف.

وقوله: إن عدد الضربات يختلف وهو مجهول يطل بخياطة الثوب فإن عدد الغرزات مجهول.

وقوله: «إن محله غير متعين» قلنا: هو متقارب فلا يمنع ذلك صحته كموضع الخياطة من حاشية الثوب.

ويجوز أن يستأجر سمساراً يشتري له ثياباً؛ لأنها منفعة مباحة تجوز النيابة فيها فجاز الاستئجار عليها كالبناء، وتجوز على مدة معلومة مثل: أن يستأجره عشرة أيام يشتري له فيها؛ لأن المدة معلومة والعمل معلوم فأشبهه الخياط والقصار، وإن عيّن العمل دون الزمان فجعل له من كل ألف درهم شيئاً معلوماً صح أيضاً.

وإن قال: كلما اشتريت ثوباً فلك درهم آخر وكانت الثياب معلومة بصفة أو مقدرة بثمان جاز، وإن لم يكن كذلك فظاهر كلام الإمام أحمد أنه لا يجوز؛ لأن الثياب تختلف باختلاف أثمانها، والأجر يختلف باختلافها، فإن اشترى فله أجر مثله؛ لأنه عمل عملاً بعوض لم يُسلم له فكان له أجر المثل كسائر الإجازات الفاسدة.

وإن استأجره لبيع له ثياباً بعينها صح، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يصح. وأما كونه يشترط في بناء الحائط ذكر آله وطوله وعرضه؛ فلأن المعرفة لا تحصل إلا بذلك.

ولأن الغرض يختلف باختلاف ذلك فلم يكن بد من ذكره، ويقدر البناء بالزمان والعمل، فإن قدر بالعمل فلا بد من معرفة موضعه فإنه يختلف بقرب الماء وسهولة التراب وآلة البناء من طين أو لبن أو حجارة وشيد وغير ذلك.

قال ابن أبي موسى: وإذا استأجر لبناء ألف لبنة في جدار أو استأجره ليبني له فيه يوماً فعمل ما استؤجر عليه ثم سقط الحائط فله أجره؛ لأنه وفى بالعمل.

فإن قال: ارفع لي هذا الحائط عشرة أذرع فرفع بعضه فسقط، فعليه إعادة ما سقط وإتمام ما وقعت عليه الإجارة من الذرع إذا لم يكن سقوطه في الأول لأمر من جهة العامل. فأما إن فرط أو بناه محلولاً أو نحو ذلك فسقط فعليه إعادته وغرامة ما تلف منه.

ويجوز الاستئجار لتطين^(١) السطوح والحيطان وتخصيصها، ولا يجوز على عمل معين؛ لأن الطين يختلف في الرقة والغلظ، والأرض تختلف منها العالي والنازل وكذلك الحيطان فلذلك لم يجر إلا على المدة.

وأما كونه يشترط تعيين الأرض المؤجرة لغرس أو زرع أو بناء يُعلم؛ فلأن إجارة الأرض تارة تكون لزرع وتارة لغرس وتارة لبناء فاشترط ما ذكر، لأن الغرض يختلف باختلافه فاشترط ذكره كالصفات التي يختلف الثمن بسببها في السلم.

فصل في صفة استيفاء المنفعة

قال: (ويستوفى المنفعة بنفسه وتمثله ضرراً أو دونه، فإذا أكثر لزرع المحطة زرع شعيراً أو نحو ذلك لا دخناً وقطناً، وفي الغرس يزرع ولا عكس).

ش: أما كون المستأجر له استيفاء المنفعة بنفسه؛ فلأن أصل العقد يراد للعقد، فلو شرط عليه استيفاؤها بنفسه فقياس قول علماؤنا صحة العقد وبطلان الشرط؛ لأنه يناهض مقتضى العقد، إذ موجهه ملك المنفعة والتسليط على استيفائها بنفسه ونائبه.

وقيل: يصح؛ لأنه قد يكون له غرض في تخصيصه.

وأما كونه له استيفاؤها بتمثله في الضرر أو دونه؛ فلأنه لم يزد على استيفاء حقه فيعتبر كون راكب مثله في طول وقصر، لا المعرفة بالركوب خلافاً للقاضي؛ لأن التفاوت في هذا يسير.

وأما كونه لا يجوز. بمن هو أكثر ضرراً منه؛ فلأنه يضر بالمؤجر.

ولأن المستأجر الثاني ينبغي أن يكون له ما للأول، فإذا كان الأول ضرره قليل وجب أن يكون الثاني مثله.

وأما كون المستأجر له استيفاء المنفعة المعقود عليها من زرع وبناء وغير ذلك، فلأن ذلك هو المقصود من الإجارة والمعقود من أجله.

(١) في الأصل: لتطين. وانظر المغني ٣٦/٦.

وأما كونه له استيفاء ما دون المنفعة المعقود عليها في الضرر باتحاد الجنس، فلأنه إذا كان استيفاء يقبل المنفعة المعقود عليها فما دونها أولى.

قال الإمام أحمد: إذا استأجر دابة ليحمل عليها تمراً فحمل عليها حنطة أرجو أن لا يكون به بأس إذا كان الوزن واحداً.

فعلى هذا إذا اكترى أرضاً لزراع حنطة فله زرعها بها؛ لأنها المعقود عليها، وله زرع الشعير ونحوه كباقلاء؛ لأنهما دونهما في الضرر، وليس له زرع الدخن والقطن، ولا يملك الغرس أو البناء لأن كل واحد من ذلك فوق الحنطة في الضرر.

وإن اكتراها للغرس أو البناء لم يملك الآخر؛ لأن ضرر كل واحد يخالف ضرر الآخر، وإن اكتراها للغرس ملك الزرع؛ لأنه أقل ضرراً، وإن اكتراها للبناء هل يملك الزرع؟ وفيه وجهان.

تنبيه: إذا اكترى أرضاً ليزرعها أو يغرسها لم يصح لعدم التعيين. فلو قال: لزراع^(١) ما شاء أو غرسه أو وغرسه صح في الأصح كزرع ما شئت وغرس^(٢) ما شئت وإن أطلق، وتصلح لزرع وغيره صح في الأصح.

وقال أبو العباس: إن أطلق أو قال: انتفع بها ما شئت فله زرع وغرس وبناء.

قال: (وفي الغراس أو البناء أو اكتراء دابة للركوب أو الحمل أو للحديد أو القطن لم يملك الآخر).

ش: أما كونه إذا استأجر الأرض للغراس لم يملك البناء؛ فلأن ضرره يخالف لضرره فإنه يضر بظاهر الأرض.

وأما كونه إذا اكتراها للبناء لم يكن له الغرس؛ فلأن ضرره يخالف ضرر البناء. وأما كونه إذا استأجر الدابة للركوب أو الحمل لم يملك الآخر؛ فلاختلاف الضرر؛ لأن الراكب يعين الظهر بحرسته فلا يملك الحمل، والركوب أشد على الظهر؛ لأنه يقعد في مكان واحد والمتاع يتفرق على جنبه فلا يملك الركوب، فإذا اكتراها لحمل دقيق من

(١) في الأصل: يزرع. والتصويب من المبدع ٩٤/٥.

(٢) في الأصل: وتغرس. والتصويب من المبدع ٩٤/٥.

طاحون فلم يجده طُحن وجبت أجزتها، وإن اكثرها إلى بلد فله الركوب إلى مقره. وقيل: بل إلى أول عمارته.

وأما كونه لا يملك حمل القطن إذا اكرت الدابة لحمل الحديد؛ فلأنه أضر منه لكونه يتجافى وتهب فيه الريح فيتعيب الظهر.

وأما كونه لا يملك حمل الحديد إذا اكرت لحمل القطن؛ فلأنه أضر منه لاجتماعه وثقله، وإن اكثرها ليركبها عرياً لم يكن له أن يركبها بسرج؛ لأنه يحمل عليها أكثر مما عقد عليها، وإن اكثرها ليركبها بسرج ليس له ركوبها عرياً؛ لأن الركوب بغير سرج يحمي ظهر الفرس فربما عقرها.

وإن اكثرها ليركب بسرج لم يكن له أن يركب بأثقل منه، فإن اكرت حماراً بسرج لم يجوز أن يركبه بسرج البرذون وإن كان أثقل من سرجه. وإن اكرت دابة بسرج فركبها بأثقل منه أو أضر منه لم يجوز، وإن كان أخف أو أقل ضرراً منه فلا بأس.

وإن اكرت دابة ليركبها في مسافة معينة معلومة أو يحمل عليها فيها فأراد العدول بها إلى ناحية أخرى مثلها في القدر وهي أضر منها أو تخالف ضررها بآن يكون إحداها أخطر والأخرى أحسن لم يجوز، وإن كان مثلها في الخزونة والسهولة والأمن أو التي يعدل إليها أقل ضرراً فذكر القاضي أنه يجوز. وهو قول أصحاب الشافعي، لأن المسافة عُينت ليستوفي بها المنفعة ويعلم قدرها بها فلم يتعين كنوع المحمول والراكب.

قال الموفق: ويقوى عندي أنه متى كان للمُكرّر غرض في تلك الجهة المعينة لم^(١) يجوز العدول عنها إلى غيرها مثل من يُكرّر جماله إلى مكة ليحج معها فلا يجوز له أن يذهب بها إلى غيرها.

ولو أكرها إلى بغداد لكون أهله بها أو يبلد العراق فليس له الذهاب بها إلى مصر، ولو أكرى جماله جملة إلى بلد لم يجوز التفريق بينهما بالسفر ببعضها إلى جهة وبقاها إلى غيرها، وذلك لأنه عيّن المسافة لغرض في فواته ضرر فلم يجوز تقويته كما في حق المكترى

(١) في الأصل: فلم. وانظر المغني ٥٧/٦.

فإنه لو أراد حملة إلى غير المكان الذي اكتري إليه لم يجز، وكما لو عيّن له طريقاً سهلاً أو شاقاً فأراد سلوك ما يخالف في ذلك.

فرع: إذا اكتري قميصاً ليلبسه جاز؛ لأن الانتفاع به ممكن مع بقاء عينه، ويجوز بيعه أشبه العقار ولا بد من تقدير المنفعة بالمدة، فإن كانت العادة في بلده نزع ثيابهم عند نوم الليل فعليه نزعه؛ لأن الإطلاق يُحمل على العادة، وله لبسه فيما سوى ذلك، ولا يلزمه نزعه إذا نام نهاراً؛ لأنه العرف. ويلبس القميص على ما جرت به العادة، وليس له أن يأتزر به؛ لأنه يعتمد عليه فيشقه، وفي اللبس لا يعتمد، ويجوز الإرتداء به؛ لأنه أخف من اللبس، ومن مَلَكَ شيئاً مَلَكَ ما هو أخف منه.

وقيل: لا يجوز؛ لأنه استعمال له فيما لا تجري العادة به في القميص أشبه الإرتداء^(١) به. والله أعلم.

مسألة: وإن فعل ما ليس له فعله فعليه أجره المثل؛ لأنه استوفى منفعة غير التي عقد عليها لا يجوز له استيفؤها فله أجره المثل كالغاصب.

قال: (فإن فعل غرم التفاوت من أجره المثل مع المسمى وفي زيادة الحمل أو تجاوز المسافة تلزمه أجره المثل هما، فإن تلفت ضمن قيمتها في الأولى وفي الثانية بعد تجاوز المسافة).

ش: أما كونه إذا استأجر أرضاً لزرع شيء بعينه فزرع ما فوقه مضرة غرم التفاوت من أجره المثل مع المسمى مثل: أن يستأجر لزرع الحنطة فزرع قطناً أو دخناً فعليه أجره المثل مع المسمى، فلأن الزائد من الضرر لم يدخل في العقد فهو كما لو اكتري لحمل مائة رطل فحمل مائة وعشرين، ويجب عليه المسمى وأجره المثل للزائد كأنه قيل: كم تساوي أجره هذه الأرض حنطة؟ فيقال: مثلاً عشرة ويقال: كم تساوي قطناً فيقال: خمسة عشر فيأخذ مع المسمى خمسة. وهو معنى قوله: «غرم التفاوت من أجره المثل مع المسمى» يعني: ما بين أجره المثل للحنطة وأجره المثل للزرع الذي زرعه. نص الإمام أحمد على هذا في رواية عبدالله؛ لأنه لما عيّن الحنطة لم يتعين سواها، فإذا زرع ما هو

(١) في الأصل: الارتداء. وانظر المغني ٥٨/٦.

أكثر ضرراً فقد استوفى المنفعة وزيادة عليها فكان للمؤجر المسمى المنفعة وأجرة المثل.
وأما كونه إذا استأجر الدابة لحمل شيء معين فزاد عليه أو تجاوز المسافة يلزمه أجرة المثل لهما؛ فلأنه عدل عن المعقود عليه إلى غيره أشبه ما لو فعل ذلك من غير إجارة، وهذا قول أبي بكر.

وعلى قول الخرقى: أجرة المثل للزائد. جزم به في المحرر وغيره وقطع به علماؤنا في الثانية وقدمه في المغني والشرح والفروع وغيرهم.

وأما كونه إذا تلفت الدابة في زيادة الحمل أو بعد تجاوز المسافة يضمن قيمتها فيما ذكر؛ فلأنها تلفت بتعديه فكان عليه ضمانها كالفاسد.

قال الموفق: ظاهر كلام الخرقى وجوب قيمتها إذا تلفت به، سواء تلفت في الزيادة أو بعد ردها إلى المسافة، وسواء كان صاحبها مع المكثري أو لم يكن. وقطع به في المستوعب والحاوي والشرح وغيرهم.

قال في الفروع: ويلزمه قيمة الدابة إن تلفت. قال الزركشي: لما قال الخرقى: وإن تلفت فعليه أيضاً ضمانها، يعني: إذا تلفت في مدة المجاوزة.

وظاهر كلام المصنف: ولو كانت في يد صاحبها يضمن أيضاً قيمتها كلها، وهو أحد الوجهين وهو المذهب وهو ظاهر كلام الخرقى والقاضي في التعليق والمجد وغيرهم.
قال أبو المعالي في النهاية: هذا المذهب وجزم به القاضي في المجد، وقدمه في الخلاصة والشرح والفروع وغيرهم. إناطة^(١) بالتعدي، وسكوت صاحبها لا يدل على الرضا، كما لو أبيع ملكه وهو ساكت لم يمنعه.

وذكر القاضي في الشرح الصغير: أنه لا ضمان لوجود يد المالك.

وذكر في موضع آخر: إن تلفت وهو راكبها أو له عليها حمل ضمنها وإن كان سلمها للمالكها ليسقيها أو ليمسكها فلا ضمان عليه. ووافقه في المغني والشرح على ذلك إلا أنهما استثنيا فيما إذا تلفت في يد مالكها بسبب تعبها من الحمل ونحوه فالضمان على المتعدي كما لو ألقى حجراً في سفينة موقرة فغرقها، ولا يسقط الضمان بردها إلى

(١) في الأصل: إمطة. وانظر المبدع ٩٦/٥.

المسافة.

وبه قال أبو حنيفة والشافعي وأبو يوسف. وقال محمد: يسقط.
والوجه الثاني: يضمن نصف قيمتها؛ لأنه اجتمع عليها يدان، يد صاحبها ويد
المستأجر فالذي يقابله النصف فيضمن وكما لو زاد سوطاً في الحد.
تنبيه: دخل في قوله: «زيادة الحمل» لو اكتراها ليركبها وحده فركبها معه آخر
فتلفت، وصرح به في القواعد.
فرع: لو اكترى زورقاً فزواه مع زورق فغرقا ضمن؛ لأنها مخاطرة لاحتياجها إلى
المساواة ككفة الميزان، كما لو اكترى ثوراً لاستقاء الماء فجعله فداناً.
أصل: إذا اكترى لنسخ كتاب مباح ما فيه أو خياطة^(١) أو قصارة أو صبغ أو كحل
أو مداواة جرح صحت، ولزمه حبر وخبوط وكحل ومرهم ونحو ذلك.
وقيل: يلزم مستأجر وهو معنى ما في المستوعب. وقيل: بل يتبع العرف. وقيل: الكل
على الأجير إلا الخبوط فإنها على المستأجر.
وحزم به في الشرح: أنه لا يجوز اشتراط الدواء على الطبيب بخلاف الكحل للحاجة
إليه. وليس له محادثته^(٢) حال النسخ، وإن أخطأ الناسخ بشيء يسير عُفي عنه، وإن كثر
فلا، وهو عيب يرد به.
مسألة: استأجره مدة فكحله فلم تبرأ عينه استحق الأجر في قول الأكثر، فإن
شارطه على البرء فهي جعالة، فلو برأ بغير كحله أو تعذر^(٣) من جهة المستأجر فله أجر
مثله.

فصل فيما يلزم المؤجر

قال: (وعلى المؤجر ما يتوقف نفع المؤخر عليه كالرحل والشدين، ولزوم الدابة

(١) في الأصل: خياطة. وانظر المبدع ٩٦/٥.

(٢) في الأصل: محاربتة. وانظر المبدع ٩٧/٥.

(٣) في الأصل: وتعذر. وانظر المبدع ٩٧/٥.

لفرض وعمارة المكان ونحوه.

ش: أما كون المؤجر يلزمه ما ذكر؛ فلأن ذلك يُفعل عادة فحمل مطلق العقد عليه. ولأن التمكن واجب عليه ولا يتم بدون ذلك، وما لا يتم الواجب إلا به واجب. ويلزم المؤجر كل ما يتمكن به من النفع؛ كزمام الجمل ورحله وحزامه والشد عليه وشد الأحمال والمحامل والرفع والخط، وكذا كل ما يتوقف عليه كتوطئة مركوب عادة؛ والقائد والسائق، وهذا كله بلا نزاع في الجملة.

ولا يلزم المؤجر الحمل والمظلة والوطاء فوق الرحل وحبل قران بين الحملين. قال في التزغيب: وعدل لقماش على مُكرٍ إن كانت في الذمة. وقال الموفق والشارح: إنما يلزم المكري ما تقدم ذكره إذا كان الكراء على أن يذهب معه المكترى، فأما إن كان على أن يتسلم الراكب البهيمة ليركبها بنفسه^(١) فكل ذلك عليه. انتهى.

فائدة: أجرة الدليل على المكترى على الصحيح. قدمه في المغني والشرح وهو ظاهر ما قدمه في الفروع.

وقيل: إن اكرى منه بهيمة بعينها فأجرة الدليل على المكترى، وإن كانت الإجارة على حمله إلى مكان معين في الذمة فهي على المكري، وجزم به في عيون المسائل؛ لأنه التزم أن يوصله، وجزم به في الرعاية الكبرى أيضاً.

تنبيه: مفهوم قوله: «ولزوم الدابة لفرض» أنه لا يلزمه ذلك لسنة راتبة وهو صحيح وهو المذهب، وجزم به في المغني والشرح وغيرهما وقدمه في الفروع وغيره. وقال جماعة من علمائنا: يلزمه أيضاً.

فوائد:

منها: يلزم المؤجر أيضاً لزوم الدابة إذا عرضت للمستأجر حاجة لنزوله وتبريك البعير للشيوخ الضعيف والمرأة والسامين وشبههم لركوبهم ونزولهم، ويلزمه ذلك أيضاً لمرض

(١) في الأصل: لنفسه. وانظر الإنصاف ٥٦/٦.

طارئ^(١) على الصحيح من المذهب. جزم به في المغني والشرح وغيرهما.
وقيل: لا يلزمه، وأطلقهما في الفروع.

ومنها: لا يلزم الراكب الضعيف والمرأة المشي المعتاد عند قرب المنزل، وهل يلزم
غيرهما؟ فيه وجهان وأطلقهما في المغني والشرح والفروع وغيرهم:
أحدهما: لا يلزمه، وهو ظاهر كلام كثير من علمائنا.
والثاني: يلزمه.

قال في الرعاية الكبرى: وإن جرت العادة بالنزول فيه والمشي: لزم الراكب القوي في
الأقيس.

ومنها: لو اكترى جملاً ليحج عليه فله الركوب إلى مكة ومن مكة إلى عرفة
والخروج عليه إلى منى ليالي منى لرمي الجمار. قاله الموفق والشارح وقدماه. وقالوا:
الأولى أن له ذلك، وقدمه ابن رزين في شرحه.

وقيل: ليس له الركوب إلى منى؛ لأنه بعد التحلل من الحج، وأطلقهما في الرعاية.
وأما إن اكترى إلى مكة فقط فليس له الركوب إلى الحج على الصحيح من المذهب؛
لأنها زيادة. قدمه في المغني وغيره.

ويحتمل أن له ذلك؛ لأن الكراء إلى مكة عبارة عن الكراء للحج؛ لكونها لا يكثرى
إليها إلا إلى الحج غالباً فكان بمنزلة المكثري للحج. قاله في الشرح.

قال: (وعلى المستأجر الحمل ونحوه وتفرغ البالوعة كهيئتها عند التسليم).

ش: أما كون المستأجر يلزمه تفرغ البالوعة إذا تسلمها فارغة؛ فلأن ذلك حصل
بفعله فكان عليه تنظيفه كما لو طرح فيها قماشاً.

مسألة: إذا شرط على مكثري الحمام أو غيره أن مدة تعطيله عليه لم يصح؛ لأنه لا
يجوز أن يؤجر مدة لا يمكن الانتفاع في بعضها، ولا يجوز أن يشترط^(٢) أنه يستوفي
بقدرها بعد انقضاء مدته؛ لأنه يؤدي إلى جهالة مدة الإجارة، فإن أطلق وتعطل خير بين

(١) في الأصل: طار.

(٢) في الأصل: بشرط.

الإمساك بكل الأجر وبين الفسخ.

وقيل: له أرش العيب، فإن لم يعلم حتى انقضت المدة فعليه جميع الأجر، وإن شرط أن يبي مستأجر ما يحتاجه من عمارة واجبة لم يصح، فإن أنفق بناءً على هذا الشرط رجع به على الأجر ويقبل قوله في قدره؛ لأنه منكر، وإن أنفق بغير إذنه فلا رجوع بشيء.

خاتمة: يصح كراء العقبة، ومعناه: أن يركب في بعض الطريق ويمشي في بعض ولا بد من العلم به إما بالفراسخ أو بالزمان، فإن شرطاً أن يركب يوماً ويمشي آخر جاز، فإن أطلق فاحتمالان، وإن اكترى اثنان جملاً يتعاقبان عليه جاز، والاستيفاء بينهما بحسب الاتفاق، فإن تشاحا قُسم بينهما بالفراسخ أو بالزمان، وإن اختلفا في البادئ منهما أقرع بينهما في الأصح.

فصل في لزوم عقد الإجارة

قال: (وهي عقد لازم . فإن أخره شيئاً ومنعه كل المدة أو بعضها فلا شيء له وإن بدأ للآخر قبل تقضيها فعليه الأجرة).

ش: أما كون الإجارة عقداً^(١) لازماً؛ فلأنها عقد معاوضة أشبهت البيع. ولأنها نوع من البيع وإنما اختصت باسم كما اختص الصرف والسلم فليس لأحد المتعاقدين فسخها، وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي، إلا أن يجد العين معينة عيباً لم يكن علم به فله الفسخ.

قال في الشرح: بغير خلاف نعلمه.

قال ابن المنذر: إذا اكترى دابة بعينها فوجدها جموحاً أو عضوضاً أو نفوراً أو بها عيب غير ذلك مما يفسد ركوبها فللمكترى الخيار، إن شاء ردها وفسخ الإجارة وإن شاء أخذها.

(١) في الأصل: عقد.

والعيب الذي يرد به ما تنقص به المنفعة ؛ كالبعير الذي يتأخر عن القافلة، وربض
البهيمة بالحمل وكونها جموحاً أو عضوضاً وأشباه ذلك.

وفي المكثري للخدمة ضعف ؛ البصر والجنون والجذام والبرص.

وفي الدار ؛ انهدام الحائط والخوف من سقوطها وانقطاع الماء من بئرها أو غيره
بحيث يمنع الشرب والوضوء وأشباه ذلك من النقائص، فإن رضي بالمقام ولم يفسخ لزمه
جميع الأجرة؛ لأنه رضي به ناقصاً أشبه ما لو رضي بالمعيب معيماً.

وإن اختلفا في الموجود هل هو عيب أم لا ؟ رُجع فيه إلى أهل الخبرة مثل: أن تكون
الدابة خشنه المشي ، أو أنها تُتعبُ راكبها لكونها لا تُركب كثيراً.

فإن قالوا: هو عيب فله الفسخ، وإلا فلا هذا إذا كان العقد يتعلق^(١) بعينها. فإن
كانت موصوفة في الذمة لم يفسخ العقد وعلى المكري إبداله كالمسلم فيه إذا وجده
معيماً وعلى غير صفته، فإن عجز عن إبداله أو امتنع منه فله الفسخ.

وأما كون المؤجر إذا منع المستأجر كل المدة أو بعضها فلا شيء له؛ فالأنه لم يسلم
إليه ما عقد عليه في الإجارة لغير عذر فلم يستحق شيئاً كما لو استأجره ليحمل له كتاباً
إلى الكوفة فحملة بعض الطريق، أو كما لو استأجر حفاراً ليحفر له بئراً طوله عشرون
ذراعاً فحفر له منها عشرة وامتنع من حفر الباقي.

هذا المذهب نص عليه وعليه الأصحاب، قاله الزركشي وغيره وهو من المفردات.
ويحتمل: أن له الأجرة بقسطه، وهو قول أكثر الفقهاء؛ لأنه استوفى ملك غيره على وجه
المعاوضة فلزمه عوضه كالمبيع إذا استوفى بعضه ومنعه المالك بقيته.

تنبيه: إذا أبى المؤجر تسليم ما أجّره أو منع مستأجره الانتفاع به كل المدة فله
الفسخ وجهاً واحداً، ذكره في المغني والشرح.

وقيل: يبطل العقد مجاناً وكذا إذا اكترى عبده للخدمة مدة وامتنع من تمامها أو أجّر
نفسه لبناء حائط أو خياطة وامتنع من إتمام العمل مع القدرة عليه.

وأما كون الأجرة على من بدا له قبل تقضي المدة؛ فلأن الإجارة عقد لازم يقتضي

(١) زيادة من المغني ٣١/٦.

أن يملك المالك الأجرة والمستأجر المنافع، وقد وجدت فوجب أن يلزم المستأجر الأجرة عملاً بمقتضاها، فإن سكن الآخر بعض المدة فهل يلزمه أجرة المثل أو بالقسط؟ على وجهين.

قال: (وإن هرب الأجير وعليه عمل كئنه ولحقه فسخ أو صبر، وإن كانت مدة فرغت في هربه انفسخت).

ش: أما كون الإجارة تنفسخ إذا هرب الأجير إذا فرغت في هربه؛ فلأن المعقود عليه يفوت بانقضائها أشبه تلف العين.

وفي قول المصنف رحمه الله: «وإن كانت مدة فرغت في هربه انفسخت» دليل على أنها لا تنفسخ قبل فراغها؛ لأن المدة إذا لم تفرغ لم يفوت المعقود عليه. وصرح الموفق به في المغني.

وأما كون المستأجر يخير بين الفسخ والصبر إذا كانت الإجارة على عمل في الذمة؛ فلأن ذلك عمل في الذمة، ليس له مدة يفوت بفواتها، أشبه قبل فراغ مدة الإجارة. وقيل: يبطل العقد ولا أجرة له في زمن الهرب.

وقيل: ولا قبله. وحكم من أجر نفسه مدة وهرب أو امتنع من العمل كذلك، وكذا لو أجر دابة ثم شردت.

قال: (وإن هرب عن دوابه وفرغت الإجارة باع الحاكم منها ما يرى وأعطى المستأجر نفقته وحفظ الباقي لربه أو ثمنه أو باع ما ينفقه على الباقي).

ش: أما كون المؤجر إذا هرب عن دوابه وفرغت الإجارة فعل الحاكم ما ذكر؛ فلأنه نائب عن الغائب.

ولأن نفقة الحيوان واجبة على المالك.

وظاهره أن المستأجر يعطي ما أنفق على الحيوان، ولو لم يستأذن الحاكم. وقد تقدمت المسألة في باب الرهن، وأنه يرجع بما أنفقه عليها، لأن في ذلك تخليصاً لذمة المؤجر، وإيفاء لحق صاحب النفقة ويحفظ الباقي، لأن الحاكم يلزمه حفظ مال الغائب. فلو هرب المؤجر بدوابه ولم يجد المستأجر ما يستوفي منه حقه فله الفسخ؛ لأنه تعذر عليه

قبض المعقود عليه ، فإن فسخ وكان المؤجر قد قبض الأجرة فهو دين في ذمته . وإن اختار المقام ، وكانت على عمل في الذمة فله ذلك ويطالبه متى قدر عليه ، وإن كانت على مدة وانقضت في هربه انفسخت الإجارة . وإن كان العقد على موصوف غير معين لم يفسخ العقد، ويرجع الأمر إلى الحاكم فإن وجد له مالا أكثرى به ، وإلا اقتضى عليه ما يكتري به . فإن دفعه ليكتري لنفسه جاز ، وإن كان القرض من المكتري^(١) جاز وصار ديناً في ذمة المؤجر ، وإن كان على معين لم يجوز إبداله؛ لأن العقد تعلق بعينه فيتخير المكتري .

فصل فيما تنفسخ به الإجارة

قال : (وتنفسخ بتلف العين المؤجرة، وموت المرتضع والراكب إن لم يخلف بدلاً، وانقلاع الضرس أو برؤه ونحو ذلك).

ش : أما كون الإجارة تنفسخ بتلف العين المعقود عليها؛ كمن أكثرى بغيراً بعينه فمات ، فلأن المنفعة زالت بالكلية فانفسخ العقد الواقع على عينه ، كتلف المبيع قبل قبضه . وظاهره سواء تلفت ابتداء أو في أثناء المدة، فإذا تلفت في ابتداء المدة انفسخت ، وإن تلفت في أثنائها انفسخت أيضاً فيما بقي فقط على الصحيح من المذهب . حزم به في المغني والشرح والمحرر وغيرهم ، وقدمه في الفروع وغيره .

وقيل : وتنفسخ فيما مضى ويسقط المسمى على قيمة المنفعة فيلزمه بحصته . نقل الأثرم فيمن أكثرى بغيراً بعينه فمات أو انهدمت الدار فهو عذر يعطيه بحساب ما ركب .

وقيل : يلزمه بحصته من المسمى .

وقيل : لا فسخ بهدم دار فيخير .

وأما كونها تنفسخ بموت المرتضع ، فلأن استيفاء المعقود عليه قد تعذر ، لأنه لا يمكن

(١) في الأصل: المكري. وانظر المغني ٩٧/٦.

إقامة غيره مقامه لاختلاف المرتضعين في الرضاع واختلاف اللبن باختلافهم ؛ لأن المرضعة قد تدر على ولد دون آخر. فإن كان موته عقب العقد زالت الإجارة من أصلها، ورجع المستأجر بالأجر كله . وإن كان بعد مضي مدة، رجع بحصة ما بقي ، وكذا تنفسخ بموت المرضعة لفوات المنفعة بهلاك محلها. وعنه : لا تنفسخ بموتها. اختارها أبو بكر ويجب في مالها أجر من ترضعه تمام الوقت كالدين.

وجوابه بأن المعقود عليه هلك أشبه هلاك البهيمة المستأجرة . وأما كونها تنفسخ بموت الراكب إذا لم يخلف بدلاً في استيفاء المنفعة أو كان الوارث غائباً؛ كمن يموت في طريق مكة فظاهر كلام الإمام أحمد: أن الإجارة تنفسخ فيما بقي من المدة ، فلأنه قد جاء غالب يمنع المستأجر منفعة العين ، فأشبه ما لو غصبت .

ولأن بقاء العقد ضرر في حقهما، وظاهره: أنها لا تنفسخ إذا خلف بدلاً؛ لأن الاستيفاء غير متعذر. وهذا إحدى الروايتين اختاره الموفق والشارح . وجزم به في الرعاية الصغرى وابن منجى في شرحه .

والثانية : لا تنفسخ بموت الراكب مطلقاً قدمه في الفروع . قال في المحرر وغيره : لا تنفسخ بالموت . قال الزركشي : هذا المنصوص وعليه الأصحاب إلا أبا محمد.

وأما كونها تنفسخ بانقلاع الضرر أو برئه إذا اكترى لقلعه فلتعذر استيفاء المعقود عليه ، أما تعذره بالانقلاع فأمر يحس وأما بالبرء فأمر شرعي ، لأنه لا يجوز قلع الضرر إلا لعارض الألم ، فإذا زال العارض تعذر قلعه شرعاً.

وأما قوله : «ونحو ذلك» فيدخل فيه إذا اكترى كحالا ليكحل عينه فبرأت ، أو طبيباً ليداويه فبرأ، فإن ذلك كله تنفسخ به الإجارة لتعذر استيفاء المعقود عليه .

قال : (لا يموت المتعاقدين أو أحدهما ولا بضائع نفقة المستأجر وحرق متاع دكانه ومريضه المعوق).

ش : أما كون الإجارة لا تنفسخ بموت من ذكر، فلأنها عقد لازم فلا تنفسخ بموت

من ذكر كالبيع ، وكما لو زوج أمته ثم مات . وهذا قول مالك والشافعي ، وقال أصحاب الرأي: تنفسخ الإجارة بموت أحدهما .

وأما كونها لا تنفسخ بضياح نفقة المستأجر وحريق متاع دكانه ومرضه المعوق؛ فلأنها إذا لم تنفسخ بالموت فلأن لا تنفسخ بالعدر بطريق الأولى . وبهذا قال مالك والشافعي .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : يجوز للمكترى فسخها لعذر في نفسه مثل أن يكتري جملاً ليحج عليه فيمرض فلا يتمكن من الخروج أو تضعيف نفقته أو يكتري دكاناً للبر فيحترق متاعه وما أشبه هذا .

قال : (وإن اكترى داراً فانهدمت أو أرضاً للزرع فانقطع ماؤها أو غرقت غرقاً مؤثراً انفسخت الإجارة في الباقي) .

ش : أما كون الإجارة تنفسخ فيما بقي من المدة فيما ذكر، فلأن المقصود السكنى والزرع ولا يمكن استيفاء ذلك بعد الانهدام وانقطاع الماء . وهذا أحد الوجهين ، وهو المذهب صححه في المغني والشرح والتصحيح وقدمه في الفروع وغيره .

والثاني: يثبت للمستأجر خيار الفسخ صححه في التلخيص، وقاله القاضي في الدار لإمكان الانتفاع بالعرضة بنصب خيمة أو جمع حطب ونحو ذلك . أشبه نقص العين . أما لو زالت منافعها بالكلية أو الذي بقي فيها لا يباح استيفاءه بالعقد؛ كدابة استأجرها للركوب فصارت لا تصلح إلا للحمل فإنه ينفسخ العقد وجهاً واحداً .

وقال القاضي في الأرض التي انقطع ماؤها: لا تنفسخ الإجارة ويخير، فإن اختار المقام لزمه جميع الأجر، وإن لم يختار الفسخ ولا الإمضاء إما لجهله بأن له الفسخ أو لغير ذلك فله الفسخ .

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

فصل في تعذر الاستقالة من العين

قال : (وان غصبت العين في المدة أو حال بينه وبينها خوف عدم فله الفسخ وأخذ قسط ما بقي له ، وله الإمضاء ومطالبة الغاصب بأجرة المثل ، وإن غابت وفسخ أدى أجرة الماضي) .

ش: أما كون المستأجر يُخير بين الفسخ ومطالبة الغاصب بأجرة المثل؛ فلأن في^(١) عدم ثبوت الخيار تأخيراً لحقه .

ولأن تعذر الانتفاع بذلك من غير جهته عيب في المعقود عليه ، فملك الخيرة به كالعيب في المبيع ، وإنما لم يفسخ العقد بمجرد الغصب ، لأن المعقود عليه لم يفته مطلقاً ، بل فات إلى بدل أشبه ما لو أتلف الثمرة المباعة آدمي قبل قبضها ، وخرج أبو الخطاب الانفساخ إن قيل بعدم ضمان منافع الغصب .

وفي الانتصار: تنفسخ تلك المدة، والأجرة للمؤجر لاستيفاء المنافع على ملكه ، فلو غصبها مالکها فلا شيء له مطلقاً نص عليه .

وقيل : بلى كغصب غيره ، فإن فسخ فعله أجرة ما مضى وكان الحكم كما لو انفسخ العقد بتلف العين فإن ردت في أثناء المدة ولم يكن فسخ استوفى ما بقي منها ويكون فيما مضى مخيراً فإن كانت الإجارة على عين موصوفة في الذمة لزمه بدلها فإن تعذر فله الفسخ ، وإن كانت على عين معينة لعمل خير بين الصبر والفسخ إلى أن يقدر عليها.

وقوله : «أو حال بينه وبينها» هذا تأكيد لوجوب الأجرة^(٢) فيما مضى .

وقوله: شامل لغصب العين وتلفها، وحدث ما يمنع من الانتفاع بها كأنهدام دار وغرق الأرض وحدث خوف عام ، لأنه أمر غالب فثبت له الخيار كغصب العين ، فلو كان الخوف خاصاً بالمستأجر لقرب أعدائه أو حلولهم في طريقه لم يملك الفسخ كمرضه

(١) زيادة من المبدع ١٠٥/٥ .

(٢) في الأصل: الفسخ. وانظر المبدع ١٠٥/٥ .

وحبسه .

قال: (وللأجير أن يستنيب ما لم تُشترط مباشرته ، فإن مرض استؤجر عليه من يعمل به ، ويصح رهن المؤجر وبيعه من مستأجره وغيره) .

ش : أما كون الأجير له أن يستنيب ما لم تُشترط مباشرته ، فلأن عليه تسليم العمل بنفسه ، أو بمن يقوم مقامه فيه ، لأنه إنما يستحق عليه تسليم العمل بنفسه ، أو بنائبه جازاً ؛ لأنه لا تفاوت فيه ، فإن اشترط عليه مباشرته لم يجوز أن يستنيب فيه ؛ لقوله ﷺ : « المؤمنون على شروطهم »^(١) .

ولأنه لا يقدح في العقد، فصح كما لو اشترط عليه صفة في العمل ، ومتى هرب أو مرض استؤجر عنه من يعمل به كما قلنا في المساقاة . فإن تعذر من يعمل به بأجرة فللمستأجر الفسخ ، وهكذا لو تلف محل العمل المعين ، كالثوب المستأجر لخياطته أو قصارته ، لأنه تعذر عين المعقود عليه فكان له الفسخ كما في السلم وتقدم ذلك .

وأما كون المؤجر يصح رهنه وبيعه من مستأجره وغيره نص عليه ، فلأنها عقد على المنافع ، فلم يمنع الصحة كبيع الأمة المزوجة .

ولأن يد المستأجر على المنافع والبيع على الرقبة ، فلا يمنع ثبوت اليد على أحدهما تسليم الآخر .

وإن مَنَعَتْ في الحال فلا يمنعه في الوقت الذي يجب فيه التسليم وهو عند انقضاء الإجارة ويكفي القدرة^(٢) على التسليم حينئذ كالمسلم فيه ، ولمشتر الفسخ أو الإمضاء إن لم يعلم ، ذكره في المغني والشرح ، لأن ذلك عيب ، قاله الإمام أحمد .

وفي الرعاية : له الأرض مع الإمساك ، وإن علم ورضي لم يتصرف في العين حتى تفرغ المدة .

قال في الفائق : قلت : فلو كانت الأرض مشغولة ببناء غيره أو زرعه وغراسه ، فقال شيخنا: يصح حالاً وهو المختار . انتهى .

(١) سبق تخرجه ص: ٣٣ .

(٢) في الأصل: القدر . وانظر المغني ٤٧/٦ .

فائدة: لو باع الدار التي تستحق المعتدة للوفاة سكنها وهي حامل فقال الموفق : لا يصح بيعها ؛ لأن المدة الباقية إلى حين وضع الحمل مجهولة ، وقال المجد: قياس المذهب الصحة.

وظاهره: أن الإجارة لا تنفسخ ؛ لأنها سابقة على عقد البيع ، واللاحق لا يوجب عقد السابق ، كما لو زوج أمته ثم باعها.

وظاهره أيضاً: ولو كان المشتري المستأجر، وهو إحدى الروايتين وهو المذهب صححه في التصحيح ، قال في القاعدة الخامسة والثلاثين : وهو الصحيح . اختاره القاضي وابن عقيل والأكثر .

والثانية: تنفسخ . قال في الرعاية الصغرى والحاوي الصغير: انفسخت الإجارة على الأصح ، قال في الخلاصة : انفسخت في الأصح ، وقدمه في الرعاية الكبرى وأطلقهما في المستوعب والمغني والشرح والفروع وغيرهم.

قال في الرعاية الكبرى: وعنه : تبطل الإجارة بالشراء، ويرجع المشتري بأجرة ما بقي من المدة إن كان الآجر أخذه ، وإلا سقط من الثمن بقدره بشرطه انتهى . فعلى المذهب لو أجزأها المؤجرها صح ، وعلى الثانية : لا يصح ، فعلى الأولى تكون الأجرة باقية على المشتري وعليه الثمن ، ويجتمعان للبائع، كما لو كان المشتري غيره .

فوائد:

منها : حكم ما ورثه المستأجر حكم ما اشتراه على الصحيح من المذهب وعليه أكثر علمائنا وقطعوا به . قال القاضي في الخلاف : هذا المذهب .

وقال في المجرد: وتنفسخ؛ لأن الملك بالإرث قهري وأيضاً فقد يبنني على أن المنافع المستأجرة هل تحدث على ملك المؤجر ثم تنتقل إلى ملك المستأجر؟

فإن قلنا بذلك فلا معنى لحدوثها على ملكه وانتقالها إليه . هذا إذا كان ثم وارث سواء . فأما إن لم يكن له وارث سواء فلا معنى لاستحقاقه العوض على نفسه ، إلا أن يكون على أبيه دين لغيره وقد مات مفلساً بعد أن أسلفه الأجرة، وكذلك لو أخذها بوصية أو صداق أو عوض في خلع ونحوه .

ومنها: لو ملك المستأجر العين بهبة فهو كما لو ملكها بشراء، صرح به المجدد في مسودته على الهداية . ذكره في القاعدة الخامسة والثلاثين .
ومنها: لو وهبت العين المستعارة للمستعير بطلت العارية . ذكره القاضي وابن عقيل واقتصر عليه في القواعد، لأنه عقد غير لازم .

فصل فيما يضمنه الأجير الخاص

قال: (ولا يضمن أجير خاص ما حنت يده خطأ ولا حجام وطيب ويطار لم يحن أيديهم إن عرف حذقهم ولا راع لم يتعد) .

ش : أما كون الأجير الخاص لا ضمان عليه فيما حنت يده خطأ فيما عمله؛ كرجل اكترى آخر ليستقي له ماء فانكسرت الجرة، أو ليكيل له فسقط الكيل من يده فانكسر ونحو ذلك ، فلأنه غير متعد أشبه تلف الوديعة .

وأما كون الضمان عليه مع عدم الخطأ، مثل: أن يعتمد كسر الجرة، أو يكون خبازاً فيسرف في الوقود، أو يلزقه قبل وقته ، أو يتركه أكثر من وقته حتى يحترق ، فلأنه متعد أشبه الغاصب . وهذا الصحيح من المذهب نص عليه .

قال في الفروع : لا يضمن جنايته في المنصوص . وجزم به في المغني والشرح وغيرهما . وهذا مذهب مالك وأبي حنيفة وأصحابه ، وظاهر مذهب الشافعي .

وقيل : يضمن . اختاره ابن أبي موسى في الإرشاد . وحكى فيه عن الإمام أحمد رواية بتضمنه بأمر خفي لا يعلم إلا من جهته . وقال فيه : لا يضمن ما هلك بغير فعله قولاً واحداً إذا كانت في بيت المستأجر، وقال : لا فرق بين الأجير الخاص والمشارك . فالخاص الذي يقع العقد عليه في مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه في جميعها، كمن استؤجر لخدمة أو خياطة أو رعاية شهراً أو سنة، سمي خاصاً؛ لأن المستأجر يختص بنفعه في تلك المدة دون سائر الناس .

فائدتان:

إحداهما : ليس له أن يستنيب فيما يعمله ، وله فعل الصلوات الخمس في أوقاتها

بستنتها وصلاة الجمعة والعيد.

الثانية : ليس له أن يعمل لغيره في مدة المستأجر، فإن عمل وأضر بالمستأجر فله قيمة ما فوته على الصحيح من المذهب . قدمه في الفروع والرعاية الكبرى، وقيل : يرجع بقيمة ما عمله لغيره . وقال القاضي : يرجع بالأجرة التي أخذها من غير مستأجره .

وأما كون الحجام والطبيب والبيطار لا ضمان عليهم مع معرفة الحذق منهم وعدم جناية أيديهم؛ فلأنهم فعلوا فعلاً مأذوناً فيه ، فلم يضمنوا سراية ذلك كقطع الإمام يد السارق.

وأما كونهم عليهم الضمان مع عدم معرفة الحذق منهم ، فلأنهم إذا لم يكن فيهم حذق ، لم يحل لهم مباشرة القطع ولا التداوي لما فيه من الخطر المؤدي إلى التلف ، وذلك لا يقتضي نفي الضمان بل وجوبه، دليله قوله عليه الصلاة والسلام: « من تطيب بغير علم فهو ضامن »^(١) رواه أبو داود.

وأما كونهم عليهم الضمان إذا جنت أيديهم ، كختان مجاوز القطع من الختان إلى الحشفة، وطبيب قطع سلعة فتجاوزها، أو قطع بالة كالة يكثر ألمها ونحو ذلك ، فلأن الإلتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ.

ولأن هذا فعل محرم فيضمن كالقطع ابتداء.

وكذا الحكم في البيطار والقاطع في القصاص وقطع يد السارق، وهذا مذهب الشافعي وأصحاب الرأي. قال في الشرح: ولا نعلم فيه مخالفاً .

تنبيه: ظاهر كلام المصنف وغيره من علمائنا: أنه لا ضمان عليه ، سواء كان أجيراً خاصاً أو مشتركاً وهو صحيح ، وقدمه في الفروع وغيره ، واختار ابن عقيل في الفنون : عدم الضمان في الأجير المشترك لا غير، وقال : لأنه الغالب من هؤلاء وأنه لو استؤجر لحلق رؤوس يوماً فجنى عليها بجراحة لا يضمن كجنايته في قصارة وخياطة ونجارة، واختار في الرعاية : أن كلاً من هؤلاء له حكمه إن كان خاصاً فله حكمه ، وإن كان مشتركاً فله حكمه ، وكذا قال في الراعي .

(١) أخرجه أبو داود في اللديات، باب فيمن تطيب بغير علم فأعت ٤/١٩٥ ح ٤٥٨٦ . والنسائي في القسامة، باب دية جنين المرأة ٨/٥٢٠ ح ٤٨٣٠ . وابن ماجه في الطب، باب من تطيب ولم يعلم منه طب ٢/١١٤٨ ح ٣٤٦٦ .

فائدتان:

إحداهما : يُشترط لعدم الضمان في ذلك أيضاً في قطع سلعة ونحوه إذن المكلف أو الولي فإن لم يأذنا ضمن على الصحيح من المذهب وعليه علماؤنا وقدمه في الفروع ، واختار في الهدى: عدم الضمان قال : لأنه محسن . وقال: هذا موضع نظر.

الثانية : يجوز أن يستأجر طبيباً ، ويقدر ذلك بالمدة ، لأن العمل غير مضبوط ويبين قدر ما يأتي له ، هل هو مرة أو أكثر؟ ولا يجوز التقدير بالبرء عند القاضي وجوزّه ابن أبي موسى ، واختاره الموفق ، وقال : لكن يكون جعالة لا إجارة . انتهى .

فإن استأجره مدة يكحله أو يعالجه فيها ولم يبرأ استحق الأجر ، وإن برأ في أثناء المدة انفسخت الإجارة فيما بقي ، وكذا لو مات . فإن امتنع المريض من ذلك مع بقاء المرض استحق الطبيب الأجر بمضى المدة . فأما إن شارطه على البرء فهي جعالة لا يستحق شيئاً حتى يوجد البرء ، وله أحكام الجعالة .

وأما كون الراعي لا ضمان عليه إذا لم يتعد ، فلا أنه مؤتمن على الحفظ أشبه المودع . ولأنها عين قبضت بحكم الإجارة ، أشبهت العين المستأجرة واقتضى ذلك أن ما تلف بتعديه أنه ضامن له . وجواز إجارة الراعي ، وقصة شعيب مع موسى عليهما السلام شاهدة بذلك . فإن عقد على معينة تعينت في الأصح فلا يبطل العقد فيما تلف منها ، وإن عقد على موصوف ذكر نوعه وكبره وصغره ، إلا أن تكون ثمّ قرينة ، أو عرف صارف إلى بعضها . ولا يلزمه رعي سخاها فإن ذكر عدداً تعين وإن أطلق لم يجوز .

قال القاضي : يصح ويحمل على العادة.

قال في الرعاية : وإن أخذ الحمامي أجرة حفظ ثوب وأمكنه ذلك ضمن ، وإلا فلا إلا أن يفرط أو يتعدى ، وقيل . لا يضمن ما لم يستحفظه ربه صريحاً .

تنبيه: قوله: «لم يتعد» قال في الهداية والمستوعب والفروع وغيرهم : إلا أن يتعمد . وقال جماعة من علمائنا منهم ابن حمدان في رعايته: إلا أن يتعمد أو يفرط .

قال في الشرح : فأما ما تلف بتعديه فيضمنه بغير خلاف ، مثل: أن ينام عن الماشية أو يغفل عنها ، أو يتركها تتباعد عنه أو تغيب عن نظره وحفظه ، أو يسرف في ضربها ،

أو يضرها في غير موضع الضرب ، أو من غير حاجة إليه ، أو يسلك بها موضعاً تتعرض فيه للتلف ، وأشباه هذا مما يعد تقييداً وتعدياً فتلف به ، فيضمنها ، لأنها تلفت بعدوانه فضمنها ، كالمودع إذا تعدى ، فإن اختلفا في التعدي وعدمه فالقول قول الراعي ؛ لأنه أمين ، و [إن] ^(١) فعل فعلاً اختلفا في كونه تعدياً رُجع إلى أهل الخبرة ، ولو جاء بجلد شاة وقال : ماتت قبل قوله ولم يضمن ، وعن الإمام أحمد : أنه لا يقبل قوله ويضمن .

والصحيح الأول ، لأن الأمانة يقبل قولهم كالمودع .
ولأنه يتعذر عليه إقامة البيئة في الغالب أشبه المودع ، وكذلك إذا ادعى موتها ولم يأت بجلدها .

قال : (ويضمن المشترك ما تلف بفعله كدق القصار وزلق الحمال ، وقطع الحياط ، ولا يضمن ما تلف من حرزه أو بغير فعله ولا أجرة له . وإن حبسه بعد فراغه على الأجرة فتلف أو أتلفه فلربه تضمينه إياه معمولاً وله أجرته والعكس) .

ش : أما كون الأجير المشترك يضمن ما تلف بفعله كما ذكر المصنف ؛ فلما روي عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي « أنه كان يُضمّن الصباغ والصواغ وقال : لا يصلح الناس إلا ذلك » ^(٢) .

ولأن الأجير المشترك عمله مضمون عليه ، دليله أنه لا يستحق الأجرة إلا بعمله ، فما تولد منه يجب أن يكون مضموناً كالجناية على عضو ظملاً .
ولأنه قبض العين لمنفعته فكان ضامناً لها كالمستعير .

هذا الصحيح من المذهب نص عليه في رواية ابن منصور وجزم به في المحرر والمنثور وغيرهما ، وقدمه في الكافي والمغني والشرح والفروع وغيرهم ، وصرح به القاضي في التعليق في أثناء المسألة ، وابن عقيل واختاره الموفق وغيره . وهو قول أبي حنيفة ومالك وأحد قولي الشافعي .

وقال في الآخر : لا يضمن ما لم يتعد . قال الربيع : هذا مذهب الشافعي . انتهى .

(١) زيادة من المغني ١٢٧/٦ .

(٢) أخرجه البيهقي في الإجارة ، باب ما جاء في تضمين الأجراء ١٢٢/٦ .

وقيل : لا يضمن . ما لم يتعد ، وهو تخريج لأبي الخطاب . وقيل : إن كان عمله في بيت المستأجر أو يده عليه لم يضمن ، وإلا ضمن . اختاره القاضي وأصحابه . قاله في الكافي . ونقله في القاعده الثانية والتسعين عن القاضي واقتصر عليه . وذكر القاضي أيضاً في تضمينه ثلاث روايات : الضمان وعدمه ، والثالثة : لا يضمن إذا كان غير مستطاع كزلق ونحوه .

فرع : وذكر القاضي : أنه إذا كان المستأجر على حمله عبيداً صغاراً أو كباراً فلا ضمان على المكاري فيما تلف من سوقيه وقوده . إذ لا يضمن بني آدم من جهة الإجارة ؛ لأنه عقد على منفعة .

قال في الشرح : والأولى وجوب الضمان هاهنا من جهة الجناية فوجب أن يعم بني آدم وغيرهم كسائر الحيوانات ، وما ذكره ينتقض بالطبيب والخاتن . وأما كونه لا ضمان عليه فيما تلف من حرزه أو بغير فعله ، فلأن العين في يده أمانة أشبه المودع . مراده إذا لم يتعد ، وما قاله هو المذهب .

قال في الفائق . فلا ضمان في أصح الروايتين . قال في الفروع : وما تلف بغير فعله ولا تعديه لا يضمنه في ظاهر المذهب .

قال ابن منجى في شرحه : هذا المذهب . ونصره الموفق والشارح وغيرهما . قال الزركشى : هو المشهور المنصوص عليه في رواية الجماعة ، وهو اختيار الخرقى وأبي بكر والقاضي وأصحابه والشيخين . وجزم به^(١) في المحرر وغيره . وقدمه في الهداية وغيرها ، وهو قول أبي حنيفة ، وزفر وقول الشافعي . وعن إمامنا رواية : أنه يضمن .

وعنه رواية ثالثة : إن كان التلف بأمر ظاهر كالخريق واللصوص ونحوهما فلا ضمان ، وإن كان بأمر خفي كالضياع فعليه الضمان ، وأطلقهن في المستوعب . [قال في المستوعب]^(٢) والتلخيص : محل الروايات إذا لم تكن يد المالك على المال ، أما إن كانت يده على المال فلا ضمان بحال .

(١) زيادة من الإنصاف ٧٣/٦ .

(٢) زيادة من الإنصاف ٧٣/٦ .

تنبيه: العين المؤجرة أمانة في يد مستأجرها، إن تلفت بغير تفريط لم يضمنها، ولا فرق بين الإجارة الصحيحة والفاسدة، فإذا انقضت المدة، رفع يده عنها، ولم يلزمه الرد أوماً إليه في رواية ابن منصور؛ لأنه لو وجب ضمانها لوجب ردها كالعارية، وحينئذ تبقى في يده أمانة كالوديعة، وقيل: يجب ردها مع القدرة إن طلبت منه، قطع القاضي به في الخلاف، وقيل: مطلقاً، ويضمنه إن تلف مع إمكان رده كعارية، ومؤنة الرد على مالكة في الأصح كمودع. فلو شرط على مستأجرها ضمانها لم يصح الشرط في الأصح، وفي العقد وجهان.

وأما كونه لا أجره له فيما عمله، فلا أن الأجرة لما يعملها الأجير المشترك لا تستحق إلا بالتسليم، وقد فات فيفوت ما هو مرتب عليه، وظاهره مطلقاً، سواء كان في بيت المستأجر أو غيره، بناءً كان أو غيره. وفي الحرر: إلا ما عمله في بيت ربه.

وعنه: إن كان بناءً. وعنه: ومنقول عمله في بيت ربه. وفي الفنون: له الأجرة مطلقاً، لأن وضعه النفع فيما عيَّنه له كالتسليم إليه، كدفعه إلى البائع غرارة، وقال: ضع الطعام فيها فكاله فيها، كان ذلك قبضاً، لأنها كيده.

وأما كون الصانع يضمن الثوب إذا حبسه على أجرته فتلف أو أتلفه، فلا أنه ليس له حق حبسه، لأنه لم يرهنه عنده، فوجب عليه ضمانه كالغاصب.

هذا المذهب مطلقاً وعليه أكثر علمائنا وقدمه في الفروع وغيره. وقيل: إن كان صبغه منه فله حبسه، وإن كان من ربه أو قصَّره فوجهان.

وقال في المنثور: إن خاطه أو قصره وغزله فتلف بسرقة أو نار فمن مالكة ولا أجره له، لأن الصنعة غير متميزة، كقفيز من صبرة، وإن أفلس مستأجره ثم جاء بائعته يطلبه فللصانع حبسه.

وأما كون مالك الثوب مخيراً^(١) بين ما ذكر؛ فلا أن الجناية على ماله فكانت الخيرة له لا لغيره.

وأما كونه لا أجره له إذا ضمنه إياه غير معمول؛ فلا أن الأجرة إنما تجب بالتسليم ولم

(١) في الأصل: مخير.

يوجد .

وأما كونه يدفع الأجرة إليه إذا ضمنه معمولاً؛ فلأنه لو لم يدفع إليه الأجرة لاجتماع على الأجير فوات الأجرة وضمان ما يقابلها .

ولأن المالك إذا ضمنه ذلك معمولاً يكون في معنى تسليم ذلك معمولاً فيجب أن يدفع إليه الأجرة لحصول التسليم الحكمي .

ومثله: إذا ألتفه أجير مشترك . ذكره القاضي وغيره . وقال أبو الخطاب : يلزمه قيمته موضع تلفه وله أجرته إليه ، وكذا عمله غير صفة شرطه أي الأجرة له في الزائد ، لأنه غير مأمور بها وعليه ضمان نقص الغزل المنسوج فيها .

وفي المغني والشرح : له المسمى إن زاد الطول فقط ولم ينقص الأصل بها ، وإن زاد في العرض فوجهان ، والظاهر: أنه لا أجرة له ، والفرق بأنه يمكن قطع الزائد في الطول ويبقى الثوب على ما زاد بخلاف العرض ، وإن نقصهما أو أحدهما فقليل : لا شيء له ويضمن كنقص الأصل ، وقيل : بحصته من المسمى ، وقيل : لا شيء له في نقص العرض ، بخلاف النقص في الطول فإن له حصته من المسمى .

فروع: إذا أخطأ قصار ودفع الثوب إلى غير مالكة ضمنه ، فإن قطعه قابضه غرم أرش قطعه كدراهم أنفقها ، ويرده مقطوعاً في الأصح . فإن تلف عنده ضمنه كما لو علم . وعنه : لا ، لعجزه عن دفعه .

قال: (وإن نزع المستأجر الدابة أو كبجها بلجام أو ضربها العادة لم يضمن ما تلف به كالرأض والمعلم والزوج . وإن ادعى تفصيل ما لم يلزم به قيل قول الخياط) .

ش: أما كون المستأجر إذا نزع الدابة أو كبجها أو ضربها العادة أو الرأض ، أو المعلم الصبي ليؤدبه أو ليتعلم ، أو الزوج امرأته لمصلحته ضرباً جرت العادة بمثله في مثل المضروب ، فتلف به المضروب أو شيء من أعضائه ونحو ذلك؛ فلأنه فعل ما له فعله من غير تعد منه فلم يضمن ، كالإمام إذا تلف الحدود بإقامة الحد عليه . وكما لو تلف تحت الحمل . ودليل استحقاق الضرب « أن رسول الله ﷺ ضرب جمل جابر حين

ساقه»^(١) .

ولأنه لا يمكنه استيفاء المنفعة إلا به .

وأما تقييد المصنف عدم الضمان بضربها العادة فدليل على أنه يجب عليه الضمان عند عدم ذلك . وصرح الموفق به في الكافي فقال : وإن تلفت بعدوان كضربها من غير حاجة أو لإسراف فيه ضمن ، لأنه جناية على ملك الغير ، فوجب الضمان كالغاصب . هذا المذهب نص عليه وعليه جماهير علمائنا وقطع به في المغني والشرح وغيرهما . وبهذا في الدابة قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : يضمن ؛ لأنه تلف بجنأيته فضمن كغير المستأجر . وكذلك قال الشافعي في المعلم يضرب الصبي . وأما كون القول قول الخياط إذا ادعى تفصيل ما لم يؤمر به ؛ فلأنهما اتفقا على الإذن واختلفا في صفته فكان القول قول الخياط ، كالمضارب إذا ادعى الإذن في النساء . ولأنهما اتفقا على ملك الخياط القطع ، والظاهر أنه فعل ما ملكه ، واختلفا في لزوم الغرم له ، والأصل عدمه .

وكذلك لو قال الصباغ : أمرتني بصبغه أحمر قال : بل أسود فالقول قوله ، نص عليهما في رواية ابن منصور .

وقال مالك وأبو حنيفة : القول قول صاحب الثوب .

واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من قال : له قولان كالمذهبيين ، ومنهم من قال : له قول ثالث يتحالفان كالتبايعين يختلفان في الثمن . ومنهم من قال : الصحيح أن القول قول رب الثوب .

فعلى اختيار المصنف : يحلف الخياط ، ويسقط عنه الغرم ، ويستحق أجر المثل ، وقيل : يُقبل قول ربه ، اختاره الموفق ؛ لأنهما اختلفا في صفة الإذن فيقبل قوله فيها ، لأن الأصل عدم الإذن المختلف فيها ، فعليها يحلف أنه ما أذن في قطعه قباء ويغرم الأجير نقصه ، ولا أجرة له .

وعنه يُعمل بظاهر الحال كاختلاف الزوجين في متاع البيت ، وقيل : بالتحالف

(١) أخرجه البخاري في الجهاد ، باب من ضرب دابة غيره في الغزو ٣/١٠٥٠ ح ٢٧٠٦ .

كالاختلاف في ثمن المبيع .

تنبيه: إذا دفع إلى خياط ثوباً وقال: إن قَطَعَ قميصاً فاقطعه ، فقال: هو يُقَطَّع ، فقطعه ولم يكفه . أو قال: انظر هل يكفي قميصاً؟ فقال : نعم فقال^(١): اقطعه فقطعه ولم يكفه ضمنه فيهما . فإن قال: اقطعه قميص رجل فقطعه قميص امرأة ، غرم ما بين قيمته صحيحاً ومقطوعاً على الأصح . وقيل: ما بين قيمتهما .

مسألة: إذا اختلفا في قدر الأجرة تحالفا كالبيع نص عليه ، ويبدأ بيمين الأجير وكذا إذا اختلفا في المدة .

وعنه : يصدق المؤجر.

وعنه : المستأجر.

وعلى التحالف: إن كان بعد المدة فأجرة المثل لتعذر رد المنفعة . وإن كان في أنائها فبالقسط . فلو اختلفا في التعدي قبل قول المستأجر؛ لأنه أمين .

فإن قال بعد القبض: مرض العبد أو أبق أو شردت الدابة فلم أقدر على ردها صدق وحلف على الأصح .

وعنه: يُقبل قول المؤجر.

فلو ادعى مرضه وأصابه صحيحاً قيل قول المالك ، سواء صدَّقه العبد أو كذَّبه نص عليه .

وعنه : يُقبل قول المستأجر في الإباق دون المرض ، فلو اختلفا في وقت هلاك العين قُدِّم قول المستأجر، لأن الأصل عدم الانتفاع .

فصل [منى تجب الأجرة]

قال: (وتجب الأجرة بالعقد إن لم تزحل، وتستحق بتسليم العمل الذي في الدفعة).

ش : أما كون الأجرة تجب بالعقد إذا كانت الإجارة على عين؛ كدار وأرض

(١) زيادة من المبدع ١١٤/٥.

ونحوهما أو ذمة ، فلأن المؤجر يملك الأجرة بنفس العقد، كما يملك البائع الثمن بالبيع ،
وحينئذ تكون حالة من نقد بلد العقد إن لم يشترط غيره . وبهذا قال الشافعي . وقال
أبو حنيفة ومالك: لا يملكها ولا يستحق المطالبة بها إلا يوماً بيوم، إلا أن يشترط
تعجيلها.

قال أبو حنيفة : إلا أن تكون معينة كالثوب والدار والعبد ؛ لقوله تعالى: {فإن
أرضعن لكم فآتوهن أجورهن} [الطلاق:٦] أمر بإيتائهن بعد الرضاع .
ولأنه عوض لم يملك فلم يجب تسليمه كالعوض في العقد الفاسد .
وجوابه بأنه عوض أطلق عقد معاوضة فيستحق بمطلق العقد، كالثمن والصداق وله
الوطء إن كانت الأجرة أمة.

قال في الفروع : ويتوجه فيه قبل القبض رواية يعني في عدم الجواز .
وأما الآية فيحتمل أنه أراد الإيتاء عند الشروع في الرضاع أو تسليم نفسها، وتحقيقه
أن الأمر^(١) بالإيتاء في وقت لا يمنع وجوبه قبله^(٢) ؛ لقوله تعالى: {فما استمتعتم به منهن
فآتوهن أجورهن} [النساء:٢٤] والصداق يجب قبل الاستمتاع مع أنهما إنما وردا فيمن
استؤجر على عمل .

فأما ما وقعت الإجارة فيه على مدة فلا تعرض لها فيه .
وأما كون الأجرة لا تجب بالعقد إذا اتفقا على تأجيلها، فكما لو اتفقا على تأجيل
الثمن في البيع . واقتضى ذلك جواز تأجيلها .
وقيل : إن لم تكن نفعاً في الذمة.

وقيل : يجب قبضها في المجلس كرأس مال السلم فلا تحل مؤجلة بموت في أصح
قولي العلماء، وإن حل دين به ، لأن حلها مع تأخير استيفاء المنفعة ظلم . قاله أبو
العباس .

وأما كون تسليم أجرة العمل في الذمة وإن وجبت بالعقد لا يجب قبل تسليمه وعلى
هذا وردت النصوص ، فلأن الأجير إنما يوفى أجره إذا قضى عمله ، لأنه عوض ، فلا

(١) زيادة من المغني ١٥/٦ .

(٢) مثل السابق.

يستحق تسليمه إلا مع تسليم المعوض ، كالصداق والثلث ، وفارق الإجارة على الأعيان ، لأن تسليمها أجري مجرى تسليم نفعها ، ومتى كانت على عمل في الذمة لم يحصل تسليم المنفعة ولا يقوم مقامها ، فتوقف استحقاق تسليم الأجر على تسليم العمل . فإن عمل بعضه فله أجره المثل .

وقيل : إن كان معذوراً في ترك العمل ، وإلا احتمل وجهين .

وقال ابن أبي موسى : من استؤجر لعمل معلوم استحق الأجر عند إيفاء العمل ، وإن استؤجر كل يوم بأجرة معلومة فله أجر كل يوم عند تمامه .

تنبيه : يستقر الأجر كاملاً باستيفاء المنفعة وتسليم العين ، ومضي المدة ، ولا مانع له من الانتفاع ، أو فراغ عمل بيد مستأجر وبدفعه إليه بعد عمله ، فلو بذل له تسليم العين وامتنع المستأجر حتى انقضت المدة ، استقر الأجر عليه كما لو كانت بيده .

وإن كانت على عمل فذكر علماؤنا أنها تستقر إذا مضت مدة يمكن الاستيفاء فيها . وصحح في المغني : أنه لا أجر عليه ؛ لأنه عقد على ما في الذمة فلم يستقر عوضه ببذل التسليم كالمسلم فيه .

قال : (وإن تمت المدة وفي الأرض غراس أو بناء لم يشترط في العقد قلعه عند التقضي فله المؤجر تركه بأجرته وأخذ بقيمته وقلعه وضمان نقصه ، وإن شرطه تركه بأجرته أو قلعه مجاناً ، ولا يجب نسوية الأرض بلا شرط) .

ش : أما كون المؤجر يغير بين الترك بالأجرة وبين الأخذ بالقيمة وبين القلع وضمان النقص مع عدم اشتراط القلع عند إتمام المدة ، فلا أنه لو لم يُخير لأدى إلى ضرره . ولأن في الأخذ بأحد الأمور جمعاً بين حقي الآجر والمستأجر ، وظاهره : لا فرق بين كون المستأجر وقف ما بناه أو لا ، وهذا ما لم يقلعه مالكة .

فإن قيل : هلا ملك القلع من غير ضمان النقص ؟

قيل : لأن مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : « ليس لعرق ظالم حق »^(١) يدل على

(١) أخرجه أبو داود في الخراج ، باب في إحياء الموات ١٧٨/٣ ح ٣٠٧٣ . والترمذي في الأحكام ، باب ما ذكر في إحياء الأرض الموات ٦٦٢/٣ ح ١٣٧٨ .

أن ما ليس بظالم له حق ، وهذا ليس بظالم .
ولأنه غرس بإذن المالك ، فلم يُجبر على القلع من غير ضمان النقص ، كما لو استعار منه أرضاً للغراس مدة فرجع قبل انقضائها . وبهذا قال الشافعي .
وقال أبو حنيفة ومالك : عليه القلع من غير ضمان النقص له .
وأما كونه يلزمه القلع مع الشرط ، فلما فيه من الوفاء بموجب الشرط .
فإن قلت : إذا كان إطلاق العقد فيهما يقتضي التأييد فشرط القلع ينافي مقتضى العقد فيفسده .

قيل : اقتضاؤه التأييد إنما هو من حيث أن العادة تبقيتهما ، فإذا أطلقه حمل على العادة . فإذا شرط خلافه جاز كما لو باع بغير نقد البلد ، وحينئذ لا يجب على رب الأرض غرامة نقص .
وأما كون تسوية الأرض لا تجب مع عدم الشرط ، فلائهما دخلا على ذلك لرضاهما بالقلع .

وأما كونها تجب مع الشرط ؛ فلما تقدم من الوفاء بموجب الشرط .
فإن اتفقا على إبقائه بأجرة أو غيرها جاز إذا شرطا مدة معلومة .
وظهر مما سبق أن للمستأجر أن يغرس ويبنى قبل انقضاء المدة إذا استأجرها لذلك فإذا انقضت فلا .

تنبيه : والذي قاله المصنف هو المذهب وعليه جماهير علمائنا من حيث الجملة جزم به في المغني والشرح وغيرهما وقدمه في الفروع وغيره ولم يذكر جماعة من علمائنا أخذه بالقيمة منهم صاحب الهداية وغيره .
وقال في الفائق : قلت فلو كانت الأرض وقفاً لم يجوز التملك إلا بشرط واقف أو رضى مستحق الريع .

وقال في الفروع : ولم يفرق الأصحاب بين كون المستأجر وقف ما بناه أو لا ، مع أنهم ذكروا استئجار دار يجعلها مسجداً ، فإن لم تترك بالأجرة فيتوجه أن لا يبطل الوقف مطلقاً .

وقال أبو العباس فيمن احتكر أرضاً بنى فيها مسجداً أو بناء وقفه عليه : متى فرغت

المدة وانهدم البناء زال حكم الوقف وأخذوا أرضهم فانتفعوا بها، وما دام البناء قائماً فيها فعليه أجرة المثل؛ كوقف علو ربع أو دار مسجداً. فإن وقف علو ذلك لا يسقط حق مُلاك السفلى، كذا وقف البناء لا يسقط حق ملاك الأرض، وذكر في الفنون معناه.

فوائد:

منها: لو شرط في الأرض بقاء الغرس فهو كإطلاقه على الصحيح من المذهب اختاره القاضي وغيره. وقدمه في المغني والشرح والفروع والفائق. وقيل: يبطل العقد وهو احتمال للموفق.

وقال في الفائق: قلت فلو حكم ببقائه بعد المدة قسراً بأجرة مثله لم يصادف محلاً. ومنها: لو غرس أو بنى مشتر، ثم فسخ البيع بعيب كان لرب الأرض الأخذ بالقيمة والقلع وضمان النقص وتركه بالأجرة على الصحيح من المذهب. وقدمه في الفروع وغيره.

قال في المحرر وغيره: له أخذه بقيمته أو قلعه وضمان نقصه. وقال الحلواني: ليس له قلعه، وقيل: ليس له قلعه ولا أخذه بقيمته.

ومنها: البيع بعقد فاسد إذا غرس فيه المشتري أو بنى فالصحيح من المذهب: أن حكمه حكم المستعير إذا غرس أو بنى على ما يأتي في بابه. ذكره القاضي في المجرد وابن عقيل في الفصول والموفق في المغني في الشروط في باب الرهن لتضمنه إذناً. وقدمه في الفروع.

وقال صاحب المحرر: لا أجرة.

وقال القاضي في المجرد: لو غارسه على الأرض والغرس بينهما فله أيضاً ببقيته بالأجرة.

قال في الفروع: ويتوجه في الفاسد وجه كغصب، لأنهم أحقوه به في الضمان.

قال: (ويلزم ترك الزرع بأجرته ما لم يفرض المستأجر بإبقائه وبشرطه يؤخذ بالقيمة أو يترك بالأجرة).

ش: أما كون المؤجر يلزمه ترك الزرع بالأجرة مع عدم تفريط المستأجر في إبقائه؛

فلأن الزرع حصل في أرض المالك يأذنه فلزمه تركه بأجرة مثله ، كما لو أعاره إياها وأذن له في الزرع ثم رجع المالك قبل كمال الزرع ، والمعنى بعدم التفريط أن يزرع زرعاً تنتهي مدته عند آخر المدة ثم يتأخر ذلك بسبب؛ كبرد أو غيره .

وأما كون المؤجر له أخذ ذلك بالقيمة أو الترك بالأجرة مع تفريط المستأجر في بقاءه ، فلأن المستأجر حينئذ بمنزلة الغاصب لإبقائه زرعاً في أرض غيره بغير حق . والمعنى بالتفريط: أن يزرع زرعاً لم تجر العادة بكماله قبل انقضاء المدة، ما لم يختار المستأجر قلع زرعته في الحال وتفريغ الأرض فله ذلك ولا يلزمه . وقيل : للمالك أخذه بنفقته .

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

فصل في الإجارة الفاسدة

قال: (ومن تسلم عيناً بإجارة فاسدة وفرغت المدة: لزمه أجرة المثل وإن لم يبيع ، وإذا أعطى المستأجر ذهباً عن ورق العقد ثم الفسخ رجع بالورق، وعكسه بعكسه).

ش : أما كون من تسلم ما ذكر حتى فرغت المدة لزمه أجرة المثل، سواء انتفع أو لا ، فلأن الإجارة كالبيع والمنفعة كالعين ، والبيع الفاسد كالصحيح في استقرار البدل فكذلك في الإجارة.

ولأن المنافع تلفت تحت يده بعوض لم يسلم له فرجع إلى قيمتها، كما لو استوفاه وهذا إحدى الروايتين وهو المذهب ، قدمه في الفروع وغيره ، وهو مذهب الشافعي . ويتخرج على قول أبي بكر أنه يضمن الأجرة المسماة واختاره أبو العباس وذكر أنه قياس المذهب أخذاً له من النكاح .

وعن الإمام أحمد : لا شيء له ، لأنه عقد فاسد على منافع لم يستوفها، فلم يلزمه

عوضها كالتكاح الفاسد وهو قول أبي حنيفة .
وقال القاضي في التعليق : يجب المسمى في تكاح فاسد فيجب أن نقول مثله في
الإجارة، وعلى أن القصد فيها العوض فاعتبارها في الأعيان أولى.
وقال في الروضة: هل يجب المسمى في الإجارة الفاسدة أم أجرة المثل وهي
الصحيحة؟ فيه روايتان .

فائدة: ظاهر كلام المصنف: أنه لا يلزمه أجرة، إذا لم يتسلمها ولو بذلها، وهو
صحيح ، ولا خلاف فيه؛ لأن المنافع لم تتلف تحت يده ولا في ملكه، وإن استوفى المنفعة
في العقد الفاسد فعليه أجرة المثل وبه قال مالك والشافعي . وقال أبو حنيفة: يجب أقل
الأمرين من المسمى أو أجر المثل بناءً منه على أن المنافع لا تضمن إلا بالعقد.
ولنا: أن ما يُضمن بالمسمى في العقد الصحيح ، وجب ضمانه بجميع القيمة في
الفاسد كالأعيان .

وأما كون المستأجر إذا أعطى ما ذكر إلى آخره؛ فلأن الذهب هو الأجرة الذي وقع
عليه العقد، والمستحق عند الفسخ مثل الأجرة، وأما الورق فإنما أخذ بعقد صرف
مستأنف وكذلك العكس .

باب السبق

هو مصدر سَبَقَ يسبق سَبَقًا، والسَبَقُ بتحريك الباء: الشيء الذي يسابق عليه ،
وبسكونها المسابقة، وهي المجاراة من حيوان وغيره والمفاضلة المسابقة بالرمي ، والرهان
في الخيل ، والسباق في الخيل ، والرمي ، والإجماع على جوازه بغير عوض . وسنده قوله
تعالى: {وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة... الآية} [الأنفال: ٦٠] .

وصح من حديث ابن عمر « أن النبي ﷺ سابق بين الخيل المضمرة من الحفيا إلى
ثنية الوداع وبين التي لم تضر من ثنية الوداع إلى مسجد بني زريق »^(١) قال موسى بن

(١) أخرجه البخاري في الجهاد والسير، باب غاية السبق للخيل المضمرة ١٠٥٣/٣ ح ٢٧١٥. ومسلم في الإمارة،
باب المسابقة بين الخيل وتضميرها ١٤٩٢/٣ ح ١٨٧٠.

عقبة : من الحفيا إلى ثنية الوداع ستة أميال أو سبعة .
وقال سفيان : من الثنية إلى مسجد بني زريق ميل أو نحوه .

قال: (صَحَّ عَلَى الْأَقْدَامِ وَسَائِرِ الْحَيَوَانَاتِ وَالسُّفُنِ وَالْمَزَارِيقِ ، وَلَا تَصِحُّ بِعَوْضٍ إِلَّا فِي إِبِلٍ وَخَيْلٍ وَمِهَامٍ) .

ش : أما كون السبق يصح على الأقدام ؛ فلما روي عنه عليه الصلاة والسلام « أنه كان في سفر مع عائشة فسابقها على رجلها فسبقته ، قالت: فلما حملت اللحم سابقته فسبقني فقال: هذه بتلك »^(١) رواه أحمد وأبو داود.
و « سابق سلمة بن الأكوع رجلاً من الأنصار بين يدي النبي ﷺ »^(٢) رواه مسلم .

وأما كون السبق يصح في سائر الحيوانات والسفن والمزاريق وهي جمع مزارق وهو الرمح القصير ؛ فلما تقدم من الحديث .
قال في الشرح : وأجمع المسلمون على جواز المسابقة بغير عوض ، فيجوز مطلقاً من غير تقييد بشيء معين ، كالمسابقة على الأقدام والسفن والطيور والبغال والحمير والفيلة والمزاريق .

وتجوز المصارعة ورفع الحجارة ليُعرف الأشد وغير هذا وذكر ما تقدم من الحديث ،
و « صارع النبي ﷺ ركانة فصرعه »^(٣) رواه أبو داود.
و « مرّ يقوم يربعون^(٤) حجراً - يعني يرفعونه - ليعرفوا الأشد منهم فلم ينكر »^(٥)
وسائر المسابقة تقاس على هذا. انتهى.

فائدتان:

إحدهما: في كراهة لعب غير مُعين على عدو وجهان وأطلقهما في الفروع .

(١) أخرجه أبو داود في الجهاد، باب في السبق على الرجل ٢٩/٣ ح ٢٥٧٨. وأحمد ٣٩/٦ ح ٢٤١٦٤.

(٢) أخرجه مسلم في الجهاد والسير، باب غزوة ذي قرد وغيرها ١٤٣٣/٣ ح ١٨٠٧.

(٣) أخرجه أبو داود في اللباس، باب في العمائم ٥٥/٤ ح ٤٠٧٨.

(٤) في الأصل: يرفعون. ويرفعون من الربع وهو رفع الحجر باليد امتحاناً للقوة. لسان العرب مادة: ربع.

(٥) ذكره أبو عبيد في غريبه ١٥١/١٦.

قال في المستوعب : وكل ما يسمى لعباً مكروه إلا ما كان معيناً على قتال العدو، ذكره ابن عقيل واقتصر عليه .

وذكر في الوسيلة : يكره الرقص واللعب كله ومجالس الشعر. وذكر ابن عقيل وغيره: يكره لعبه بأرجوحة ونحوها.

وقال أيضاً: لا يمكن القول بكراهة اللعب مطلقاً. وقال الآجُرِّي في النصيحة : من وَكَبَ وثبةً مَرَحًا وَلَعِبًا فانقلب فذهب عقله عصى وقضى الصلاة.

وقال أبو العباس : يجوز ما قد يكون فيه منفعة بلا مضرة .

قال في الفروع : وظاهر كلامه لا يجوز اللعب المعروف بالطاب والنقيلة .

وقال أبو العباس أيضاً: كل فعل أفضى إلى المحرم كثيراً حرمه الشارع إذا لم يكن فيه مصلحة راجحة؛ لأنه يكون سبباً للشر والفساد.

وقال أيضاً: ما ألهى وشغل عما أمر الله به فهو منهى عنه وإن لم يحرم جنسه كبيع وتجارة ونحوهما.

الثانية: يستحب اللعب بآلة الحرب . قال جماعة: والثقاف .

نقل أبو داود: لا يعجبني أن يتعلم بسيف حديد بل بسيف خشب . وليس من اللهو المحرم تأديب فرسه ، وملاعبة أهله ، ورميه عن قوسه للحديث الوارد في ذلك .

وأما كون السبق بعوض لا يصح إلا في إبل وخيل وسهام كذا في المحر وغيره . وأبدل في الفروع: السهام، بسلاح وهو أولى؛ فلما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال : «لا سبق إلا في نصل أو خف أو حافر»^(١) رواه أبو داود .

ولأن المعنى يقتضي اختصاص ذلك بالعوض؛ لأنه من آلات الحرب المأمور بتعلمها وأحكامها . قال الله تعالى: ﴿وَأَعِدُوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهَبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾ [الأنفال: ٦٠]. وقال النبي ﷺ: «ألا إن القوة الرمي ، ألا إن القوة

(١) أخرجه أبو داود في الجهاد، باب في السبق ٢٩/٣ ح ٢٥٧٤. وأخرجه الترمذي في الجهاد، باب ما جاء في الرهان والسبق ٢٥/٤ ح ١٧٠٠. والنسائي في الخيل، باب السبق ٢٢٧/٦ ح ٣٥٨٩. وابن ماجه في الجهاد، باب السبق والرهان ٩٦٠/٢ ح ٢٨٧٨.

الرمي»^(١) .

هذا المذهب وعليه جماهير علمائنا وقطع به كثير منهم ، وذكر ابن البنا وجهاً يجوز بعوض في الطير المعدة لأخبار الأعداء . انتهى .

وذكر في النظم وجهاً بعيداً يجوز بعوض في الفيلة .

و « قد صارع النبي ﷺ ركانة على شاة فصرعه ثم عاد مراراً فصرعه فأسلم فرد عليه غنمه »^(٢) رواه أبو داود في مراسيله^(٣) .

قال في الفروع: وهذا وغيره مع الكفار من جنس جهادهم ، فهو في معنى الثلاثة المذكورة، فإن جنسها جهاد، وهي مذمومة إذا أريد بها الفخر والخيلاء والظلم .

والصراع والسبق بالأقدام ونحوهما طاعة إذا قُصد بها نصر الإسلام ، وأخذ العوض عليه أخذٌ بالحق ، فالمغالبة الجائزة تحل بالعوض إذا كانت مما تعين على الدين ، كما في مراهنه أبي بكر الصديق رضي الله عنه، واختار هذا كله أبو العباس، وذكر أنه أحد الوجهين عندنا معتمداً على ما ذكر ابن البنا .

قال في الفروع: فظاهره جواز المراهنة في باب العلم لقيام الدين بالجهاد والعلم . وهذا ظاهر اختيار صاحب الفروع .

وقال في الروضة: السبق يختص بثلاثة أنواع: الحافر فيعم كل ذي حافر، والخف فيعم كل ذي خف ، والنصل فيختص الشباب والنبل، ولا يصح السبق والرمي في غيرها مع الجعل وعدمه .

قال في الفروع : كذا قال ، ولتعميمه وجه . ويتوجه عليه تعميم النصل . انتهى .

قال: (ولا بد من تعيين المراكبين واتحادهما والرماء والمسافة بقدر معتاد وقدر العوض دون الراكين والقوسين إن اتحدا جسماً فإن كان العوض من أحدهما أو غيرهما فسحق محرجه أو جاء معاً أخذه فقط وإن سقى من لم يخرج أخذه).

ش: أما كون ما ذكر يجوز بشروط:

(١) أخرجه مسلم في الإمامة، باب فضل الرمي والحث عليه ١٥٢٢/٣ ح ١٩١٧.

(٢) أخرجه أبو داود في المراسيل في الجهاد، باب في فضل الجهاد ص: ١٧٤.

(٣) في الأصل: مراسله.

أحدها: تعيين الركوبين والرماة؛ فلأن الغرض معرفة جودة العدو في الفرس ، وذلك لا يحصل مع إيهام الركوبين ، وكذلك مع إيهام الرماة؛ لأن أحدهم قد يكون أجود قوساً من غيره فيقصر رمي القليل العلم لجهله بالرمي وإن كانت فرسه جيدة .
وأما كون السبق لا يشترط فيه تعيين الراكبين والقوسين إن اتحدا جنساً، فلأن الغرض معرفة حذق الفرس والرامي ، لا معرفة الراكب والقوس ؛ لأنهما آلة للمقصود فلم تعتبر معرفتها كسرج الدابة.

الثاني: اتحاد النوع في القوسين والركوبين ولا تفاضل بين قوس عربية وهي التي سهامها النبل ، وعجمية وهي التي سهامها النشاب ، ولا بين فرس عربية وهجين ، لأن الغرض معرفة فضل أحدهما على الآخر ولا مفاضلة مع اختلاف النوع .

الثالث: تحديد المسافة بما جرت به العادة ليعلم ابتداءها، لأن الغرض معرفة السابق ، فإن لم تكن الغاية محدودة لم يعلم السابق ، لأن من الخيل ما يكون مقصراً في أول عدوه سريعاً في انتهائه ، ومنها بالعكس فاحتيج إلى أمد يجمع ذلك وهو معلوم بالعادة فحمل عليها.

الرابع : أن يكون العوض معلوماً؛ لأنه عوض في عقد فاشترط أن يكون معلوماً كسائر العقود.

الخامس: أن لا يكون منهما بل من أحدهما أو من غيرهما جعل ، لأنه جعل للسابق بشرط سبقه ، فلم يجوز أن يكون منهما؛ لأنه يكون قماراً ؛ لأن الخطر عليهما، إذا كل واحد منها لا يخلو من غنم أو غرم ، وأما إذا كان من أحدهما أو من غيرهما فهو جعل متعين من سبق أخذه . فإن سبق أحدهما أحرز السبق ؛ لأنه إن كان منه عاد إليه؛ لأن المجمعول له لم يستحقه ، وإن كان من الآخر أو من غيرهما فقد استحقه بالسبق ، وإن جاء معاً فهو للمالكة ؛ لأنه لا سبق يستحق به .

قال : (ومنهما لم يجوز إلا محلل بكافئتهما ركباً ومركوباً ولا يخرج شيئاً فإن سبقهما أحرزهما، وإن سبقاه لم يزن شيئاً ، وأحدهما يحرزهما ومع المحلل سبق الآخر وحده لهما).

ش: أما كون السبق لا يجوز إذا أخرج المتسابقان إلا محلل ، فلما تقدم من أنه لا

يجوز كون الجُعْل من جميع المتسابقين .

وأما كونه يجوز بمحلل؛ فلأن إدخاله يخرج ذلك عن شبه القمار، لأنه لا يخرج مع المتسابقين فلم يوجد الإخراج من الجميع .

وأما قول المصنف رحمه الله: يكافئهما... إلى آخره؛ فبيان لاشتراط المكافأة في المركوب والرمي.

والأصل فيه ما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: « من أدخل فرساً بين فرسين وهو لا يؤمن أن يسبق فليس بقمار . ومن أدخل فرساً بين فرسين وقد آمن أن يسبق فهو قمار »^(١) رواه أبو داود.

هذا المذهب وعليه علماؤنا . وقال أبو العباس : يجوز من غير محلل قال : وعدم المحلل أولى وأقرب إلى العدل من كون السبق من أحدهما وأبلغ في تحصيل مقصود كل منهما، وهو بيان عجز الآخر وأن الميسر والقمار منه لم يحرم بمجرد المخاطرة، بل لأنه أكلٌ للمال بالباطل والمخاطرة المتضمنة له انتهى . واختاره صاحب الفائق .

وأما كون المحلل إذا سبق يحرز سبقيهما؛ فلأنه جعل لمن سبق ، وقد سبق .
وأما كون المخرجين إذا سبقه يحرزان سبقيهما؛ فلأن المحلل لم يسبقهما حتى يستحق سبقيهما.

وأما كونه لم يزن شيئاً ؛ فلأنه لم يشترط عليه لمن سبقه شيئاً .
وأما كون المحلل إذا سبق معه سبق الآخر وحده لهما، فلأن ذلك مستحق بالسبق ، وقد اشتركا فيه فوجب أن يشتركا في عوضه .

قال : (وان قال المخرج: من سبق أو صلى فله عشرة لم يصح إذا كانا اثنين ، فإن زاد أو قال: ومن صلى فله خمسة صح).

ش: أما كون المخرج إذا قال: من سبق إلى آخره لم يصح إذا سوى بين السابق والمصلي وهو الثاني بشرطه ، فلأنه ليس فيه تحريض على السبق فيفوت المقصود من

(١) أخرجه أبو داود في الجهاد، باب في المحلل ٣/٣٠٧٩٢. وابن ماجه في الجهاد، باب السبق والرهان ٢/٩٦٠ ح ٢٨٧٦.

العقد.

وأما كونه إذا زاداً على اثنين أو قال: من صلى فله خمسة يصح؛ فلأن كل واحد منهم يجتهد أن لا يكون أخيراً فلا يفوت المقصود من العقد .

فصل [المسابقة جعالة]

قال: (وهي جعالة لكل واحد فسخها وإن فضل أحدهما اختص به، وتفسخ بموت أحد المتعاقدين والمركوبين والرامي دون تلف أحد القوسين وأحد الراكبين والوارث بدله . فإن عُدِمَ فمن تركته ياذن الحاكم) .

ش: أما كون المسابقة جعالة، والمراد بها من العقود الجائزة، فلأنها عقد على ما لا يقدر على تسليمه ، فكان جائزاً كرد الآبق ، وله الزيادة والنقصان في العوض ولم يلزم الآخر إجابته ولا يؤخذ بعوضها رهن ولا كفيل .

هذا المذهب اختاره ابن حامد وغيره وصححه في النظم وغيره وجزم به غير واحد . وقدمه في المغني والشرح والفروع وغيرهم . وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي . وقيل: هي عقد لازم ليس لأحدهما فسخها . ذكره القاضي . فهي كالإجارة لكنها تفسخ بموت أحد المركوبين والرامي وأطلقهما في الهداية وغيرها .

وفي الترغيب : احتمال بعدم لزوم في حق المحلل وحده ، لأنه مغبوط كمرتته . فعلى المذهب لكل واحد منهما فسخها إلا أن يظهر الفضل لأحدهما فيكون له الفسخ دون صاحبه ، مثل أن يسبقه في بعض المسابقة أو يصيب بسهامه أكثر منه ، لأن الحق له ، ولم يكن للآخر الفسخ ، لأنه لو جاز ذلك لفات غرض المسابقة ، لأنه متى بان له سبق صاحبه له فسخها وترك المسابقة فلا يحصل المقصود ، وتفسخ بموت أحد المتعاقدين كالوكالة والمضاربة وسائر العقود الجائزة، وتفسخ بموت أحد المركوبين والرامي ، لأن العقد تعلق بعين المركوب والرامي فانفسخ بتلفه ، كما لو تلف المعقود عليه في الإجارة، دون تلف أحد القوسين وأحد الراكبين ، لأنه غير معقود عليه فلم ينفسخ العقد بتلفه ، كموت أحد المتبايعين .

وقول المصنف: «والوارث بدله إلى قوله: بإذن الحاكم» قال الشيخ محب الدين قاضي القضاة ابن نصر الله رحمه الله: فيه نظر فإن وارث الراكب لا يقوم مقامه ، إذ ليس عليه شيء لازم ليقوم به الوارث ، فإن كان هو أحد العاقلين فقد انفسخ العقد بموته وإن كان غيره لم يلزمه شيء اللهم إلا أن يكون أجيراً كما يأتي.

وإنما قال المصنف ذلك من جهة صاحب المقنع حكى قولاً بلزوم عقد المسابقة ، وفرّع عليه فروعاً من جملتها: أن وارث الميت أي من المتعاقدين يقوم مقامه ، وفروع القول بلزوم العقد لا يليق ذكرها في هذا الكتاب فظن المصنف أن هذه المسألة ليست من فروع القول بلزوم العقد بل مفرعة على القول بجوازه ولكنه تابع في ذلك صاحب الرعاية، فإن عبارته ظاهرة في أن المراد بالوارث الراكب ، وقد صرح له المقدسي في شرحه للمقنع بأن هذه المسألة على القول بلزوم المسابقة؛ لأن الراكب ليس معقوداً عليه ، ويمكن توجيه كلام المصنف بأن يكون كلام المصنف أن الراكب مستأجر^(١) للركوب فلا يؤثر موته في عقد المسابقة ويقوم وارثه مقامه أو يقام بدله من تركته ، لكن في اشتراط إذن الحاكم نظر.

إذاً فإن الإجارة حق يتعلق بالميت ، ويؤخذ من ماله فحكمه حكم الديون التي عليه ، فيكفي في توفيتها الوارث أو الوصي، فإن تعذر أقام بها الحاكم .

فيحمل^(٢) كلام المصنف والمقنع على ما إذا لم يكن وارث ولا وصي ثم ظهر أنه يمكن كون مراد المصنف بقيام الوارث بدل مورثه فيما إذا مات أحد المتعاقدين بعد الشروع وظهور فضل أحدهما، فإن مات الفاضل فوارثه مقامه في إتمام المسابقة. وفي اختيار الشيخ: وإن مات المفضول فوارثه مقامه في الإتمام خاصة، فإن لم يكن له وارث فوصيه يقيم مقامه ، فإن لم يكن له وصي فالحاكم كما ذكره .

ويحمل^(٣) قول من قال: فإن مات أحد الراكبين على أن المراد الراكب هو العاقد كما هو الغالب وكذلك موت أحد الرماة ، لكن قول المصنف: «والوارث بدله» يقتضي

(١) في الأصل: مستأجرًا.

(٢) في الأصل: فيحمل.

(٣) في الأصل: ويحمل.

أن وارث الراكب دون العاقد، لأنه ذكره عقب قوله دون تلف أحد القوسين وأحد الراكبين ، والمراد بالراكبين اللذين لا تنفسخ المسابقة بموت أحدهما راكبان ليسا عاقلين فيعود الضمير في بدله إلى أحدهما وهو ينافي التأويل الذي أولناه عليه ، فيصح بأن الضمير في بدله ليس عائداً إلى أحد الراكبين المذكور قبله بل إلى ما دل عليه الوارث من الموروث ، ويحمل على أنه أراد به أحد العاقلين تصحيحاً للكلام انتهى .

قال: (والسبق بالرأس فيما تماثلت أعناقهما وفي مختلفي العنق والإبل بالكثف ولا جلب ولا جنب).

ش: أما كون السبق بالرأس فيما تماثلت الأعناق؛ فلأن السبق يعلم به .
وأما كون السبق بالكثف في مختلفي العنق ؛ فلأن العلم بالسبق في المختلف لا يحصل إلا بمساحة قدر الزائد وفي ذلك حرج ومشقة .
وأما كونه في الإبل بذلك ، فلأن فيها ما يرفع عنقه ومنها ما يمدده ، فربما كان الرافع لرأسه سابقاً ويسبقه الآخر برأسه لمدة إياه .
وأما كونه لا يجوز الجلب ولا جنب في وقت السباق ؛ فلقول النبي ﷺ: « لا جلب ولا جنب »^(١) رواه أبو داود وغيره بإسناد حسن .
ومعنى الجلب هو: أن يُتبع الرجل فرسه من يركض خلفه ويصيح عليه ويصيح وراءه يستحثه على العدو، وبهذا فسرهُ مالك .
ومعنى الجنب : أن يجنب السابق إلى فرسه فرساً لا راكب عليه يُحرض الذي تحته على العدو ويحثه عليه .
والجلب بفتح اللام هو: الزجر للفرس والصياح عليه حثاً له على الجري .

فصل في المناضلة

قال: (تصح المناضلة على معينين يحسنون الرمي، فيبطل في حق من لا يحسنه ويبطل

(١) أخرجه أبو داود في الجهاد، باب في الجلب على الخيل في السباق ٣/٣٥٨١. والترمذي في النكاح، باب ما جاء في النهي عن نكاح الشغار ٣/٤٣١ ح ١١٢٣. والنسائي في النكاح، باب الشغار ٦/١١١ ح ٣٣٣٦.

من الحزب الآخر مثله إن لم يفسح الباقيون).

ش: المناضلة هو مفاعلة من النضل، يقال: ناضله نضالاً ومناضلة كجادل جدالاً ومجادلة . وسمي الرمي نضالاً في السهم التام نضالاً فالرمي به عمل بالنضل وهي المسابقة بالرمي وهي ثابتة بالكتاب: {قالوا يا أبانا إنا ذهبنا نستبق} [يوسف: ١٧] وقرئ: تنتضل والسنة شهيرة بذلك .

مسألة: إذا قال: ارم هذا السهم فإن أصبت به فلك درهم صح وكان جعالة. فإن قال: إن أصبت به فلك درهم وإن أخطأت فعليك درهم لم يصح ، لأنه قمار. فإن قال: ارم عشرة أسهم فإن كان صوابك أكثر من خطئك فلك درهم صح . كما لو قال: إن كان صوابك أكثر فلك بكل سهم أصبت به درهم . أما كون المناضلة تصح على من ذكر، فلأن الغرض معرفة الحذق ، ومن لا يُحسنه لا حذق له فوجوده كعدمه ، ومن شرطها: أن تكون على من يُحسن الرمي، ومن لا يُحسن الرمي لا حذق له ولا يحصل لمن عليه ميزة .

وأما كون العقد يبطل فيمن لا يحسن الرمي، فلما تقدم من اشتراط كونه فيمن يُحسن ، لأن الفساد موجود ممن لا يُحسن دون غيره ، فوجب أن يختص البطلان به . وأما كونه يبطل من الحزب الآخر مثله ، فلأن البيع إذا بطل في البعض بطل فيما يقابله من الثمن ، فكذلك هاهنا، وهذا إن لم يفسخ الباقيون ، وظاهره أن لهم الفسخ لتبعض الصفقة في حقهم . فإن كان يحسنه لكنه قليل الإصابة فقال حزبه: ظنناه^(١) كثير الإصابة أو لم نعلم حاله لم يُسمع ، لأن شرط دخوله في العقد: أن يكون من أهل الصنعة دون الحذق .

وظاهر كلام المصنف: عدم بطلان العقد وهو الصحيح من المذهب وعليه أكثر علمائنا وصححه في النظم وغيره .

قال الموفق والشارح : وفي بطلان العقد وجهان بناء على تفريق الصفقة .

(١) في الأصل: ظننا.

فوائد:

منها: لو عقد النضال جماعة ليققسموا بعد العقد حزين برضاهم لا بقرعة صح على الصحيح من المذهب ، جزم به في الفروع وغيره . واختاره القاضي وغيره وصححه في الرعاية الكبرى . وقال الموفق والشارح : ويحتمل أن لا يصح ومالا إليه .

فعلى هذا إذا تناضلوا عقدوا النضال بعده ، وعلى المذهب يجعل لكل حزب رئيس فيختار أحدهما واحداً ثم يختار الآخر آخر حتى يفرغا ، وإن اختلفا فيمن يبدأ بالخيرة اقترعا ولا يقسمان بقرعة ، ولا يجوز جعل رئيس الحزين واحداً ، ولا الخيرة في تمييزهما إليه ، ولا السبق عليه .

ومنها: لا يشترط استواء عدد الرماة على الصحيح . صححه في النظم وجزم به ابن عبدوس في تذكرته . وقيل : يشترط وأطلقهما في الفروع وغيره .

ومنها : لا يصح شرط إصابة نادرة ذكره الموفق والشارح وغيرهما وقدمه في الفروع ، وذكر في الترغيب وغيره : أنه يعتبر فيه إصابة ممكنة في العادة .

قال : (ويشترط عدد الرشق والإصابة ووصفها وتحديد الغرض).

ش: أما كونه يشترط عدد الرشق بكسر الراء عبارة عن عدد الرمي وأهل العربية يخصصونه فيما بين العشرين والثلاثين . وفتحتها الرمي وهو مصدر رشقت الشيء رشقاً ، واشترط العلم به ، فلائنه لو كان مجهولاً أفضى إلى الاختلاف ، لأن أحدهما يريد القطع والآخر يريد الزيادة والإصابة يشترط عددها كخمسة أو ستة ، أو ما يتفقان عليه من رمي معلوم كعشرين ، فلائ الغرض معرفة الحذق ولا يحصل إلا بذلك ويشترط استوائها في عدد الرشق والإصابة وصفتها وسائر أحوال الرمي ، لأن موضوعها على المساواة فاعتبرت كالمسابقة على الحيوان لا على الأبعد ، فلو قال: السبق لأبعدنا رمياً لم يجز .

فرع: إذا عقدا النضال ولم يذكر قوساً صح في ظاهر قول القاضي واستويا في العربية والفارسية . وقيل : لا يصح حتى يذكر نوع القوس الذي يرميان عليه في الابتداء، فإن عينا نوعاً تعين .

وأما كونه يشترط معرفة الرمي هل هو مفاضلة أو مبادرة؛ فلأن غرض الرماة يختلف ، فمنهم من إصابته في الابتداء أكثر منها في الانتهاء، ومنهم من هو بالعكس ، فوجب اشتراط ذلك ليعلم ما دخل فيه وذكر الموفق في المغني عن القاضي : أنه لا يشترط ذلك ، لأن مقتضى النضال أن من بادر إلى الإصابة فقد سبق .

ويُشترط تحديد معرفة الغرض صفةً هل هو موضوع على مكان مرتفع أو على الأرض ؟ وقدراً يُعين طوله وعرضه ، فلأن الإصابة تختلف باختلاف ذلك فوجب معرفة ما لا تختلف به . والغرض ما يقصد إصابته من قرطاس أو جلد أو خشب . وسمي غرضاً ؛ لأنه يُقصد.

وقال الأزهري : ما يُنصب في الهدف فهو القرطاس وما ينصب في الهواء فهو الغرض وفسره الجوهري بالهدف .

قال: (فالمبادرة من أصاب^(١) خمساً من عشرين سابقاً وتساوياً رمياً سبق، ولم يلزم إتمامه ، والمفاضلة من سبق بخمس مع عشرين سبق . والخواصل اسم لكل إصابة، والخواصق تفتح الغرض وتثبت فيه ، والخوارق تفتح ولا تثبت والخواصر أحد حالتيه).

ش: أما ما ذكره المصنف من صفات السبق فإنه بيان لذلك فالمبادرة كما قال لأن السبق قد حصل سبقه إلى ما شرط السبق إليه، فإن رمى أحدهما عشراً فأصاب خمساً والآخر تسعاً فأصاب أربعاً لم يحكم بالسبق ولا بعده حتى يرمي العاشر، فإن أصاب به فلا سبق فيهما وإن أخطأ به فالأول سابق ، وإن لم يكن أصاب من التسعة إلا ثلاثاً فقد سبق ولا يحتاج إلى رمي العاشر، لأن أكثر ما يحتمل أن يصيب به ، ولا يُخرجه عن كونه مسبقاً. والمفاضلة كذلك .

قوله: «الخواصل» بالخاء والمعجمة والصاد المهملة. قال الأزهري : الخاصل الذي أصاب القرطاس ، وقد خصله إذا أصابه وخصلت مناضل أخصله خَصْلاً إذا نضلته وسبقته . وهذه الخواصل لكل إصابة فذكر المصنف لها صفات :

(١) في الأصل: إصابة. وانظر الوجيز.

الأولى: الخواصل .

والثانية: الخواسق بالخاء المعجمة والسين المهملة، وقد فسر المصنف . قال الأزهري والجوهري: الخازق بالخاء والزاي المعجمتين والمقرطس بمعنى الخواسق .

الثالثة: الخوارق بالخاء المعجمة والراء، وقد فسر بأنه ما خرق الغرض ولم يثبت فيه .

الرابعة: الخواصر بالخاء المعجمة والصاد والراء المهملتين ، وقد فسرهما رحمه الله . قال السامري: ومنه الخاصرة ؛ لأنها من جانبي الرجل . فإذا تقيدت بذلك وجبت ؛ لأنه وصف وقع العقد عليه فوجب أن يتقيد به ضرورة الوفاء بموجبه ، فإن شرط الخواسق والخوارق معاً صح .

قال: (وإن تشاحا فمن فرع ابتداء، ويبدأ الآخر في الوجه الثاني، ويسم غرضان يبدأ كل بغرض).

ش: أما كونه يقرع بينهما مع التشاح ؛ فلأنه بمنزلة ما أشكل .

ولأن مقتضى العقد التساوي ، والقرعة مشروعة عند ذلك ، لأن تقديم أحدهما من غير قرعة ترجيح من غير مرجح .

هذا المذهب وعليه أكثر علمائنا وجزم به غير واحد وقدمه في الفروع .

وقيل . يقدم من له مزية بإخراج السبق اختاره القاضي، واختار في الترغيب: أنه يعتبر ذكر المبتدئ منهما .

وأما كون أحدهما يبدأ في الوجه الثاني إذا بدأ صاحبه في الأول؛ فلتحصل المساواة .

وأما كون السنة أن يكون للمتناضلين غرضان يرميان إلى أحدهما ثم يمضيان فيأخذان السهام ثم يرميان إلى الغرض الآخر ؛ فلأن ذلك فعل أصحاب رسول الله ﷺ « كانوا يشتدون بين الأغراض يضحك بعضهم إلى بعض فإذا جاء الليل كانوا رهباناً »^(١) .

فإن جعلوا غرضاً واحداً جاز ؛ لأن المقصود يحصل به وهو عادة أهل عصرنا . قاله الشارح .

فرع: إذا تشاحا في الوقوف فإن كان الموضع الذي طلبه أحدهما أولى مثل: أن يكون في أحد الموقفين يستقبل الشمس أو ريحاً يؤذيه استقبالها ونحو ذلك والآخر

(١) ذكره أبو نعيم في الحلية ٢٢٤/٥ .

يستدبرها قُدم قول من طلب استدبارها؛ لأنه العرف، إلا أن يكون في شرطهما استقبال ذلك فالشرط أولى، كما لو اتفقا على الرمي ليلاً . وإن كان الموقفان سواء كان ذلك إلى الذي يبدأ فيتبعه الآخر، فإذا كان في الوجه الثاني وقف^(١) الثاني حيث شاء وتبعه الأول ، وإن قصد أحدهما التطويل منع منه .

قال : (وإن انقطع وتر أو انكسر قوس ونحوه لم يحتسب بذلك السهم وفي المطر والظلمة يجوز تأخير الرمي، ويكره مدح أحدهما).

ش : أما كونه لا يحتسب على الرامي بالسهم مع عارض؛ ككسر قوس أو قطع وتر أو اشتداد ريح؛ فلاّن الخطأ للعارض لا لسوء رمية .
ومفهوم قوله: «لم يحتسب عليه» أنه لو أصاب مع العارض حُسب لتحقيق الشرط وهو أحد الأوجه . وهو ظاهر ما قطع به في الهداية والمستوعب وغيرهما وقدمه في الفروع .

وقيل : يحتسب عليه بالسهم إن أخطأ .
وقيل : لا يحتسب عليه ولا له . اختاره القاضي وغيره .
قال في الفروع . وهذا أشهر .
وأما كونه يجوز تأخير الرمي إذا عرض مطر أو ظلمة، فلاّن ذلك عذر لا يمكن معه فعل المعقود عليه .

وأما كونه يُكره مدح أحدهما ؛ فلما فيه من كسر قلب صاحبه .
هذا المذهب وعليه جماهير علمائنا وقطع به في الهداية والمستوعب والمغني والشرح وغيرهم وقدمه في الفروع .

وقيل : يحرم . اختاره ابن عقيل .
وقال في الفروع : ويتوجه الجواز في مدح المصيب ، والكراهة في عيب غيره . قال : ويتوجه في شيخ العلم وغيره مدح المصيب من الطلبة وعيب غيره كذلك . والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

(١) زيادة من كشف القناع ٥٩/٤ .

كتاب العارية

العارية: هي بتخفيف الياء وتشديدها، وأصلها من عار إذا ذهب وجاء ، ومنه قيل للعار: بطل؛ لئزده في بطلته ، والعرب تقول: أعاره وعاره مثل: أطاعه وطاعه . والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع والمعنى .

أما الكتاب: فقوله تعالى: {وَيَعْنُونَ الْمَاعُونَ} [الماعون:٧] ، روي عن ابن عباس وابن مسعود قالوا: العواري: وفسرها ابن مسعود فقال: القدر والميزان والدلو. وأما السنة: فما روي عن النبي ﷺ قال: « العارية مُؤدَّة »^(١).

وروى صفوان بن أمية « أن النبي ﷺ استعار منه يوم حنين أدراعاً فقال: أغضباً يا محمد ؟ قال: بل عارية مضمونة »^(٢) رواه أبو داود.

وأما الإجماع: فأجمع المسلمون في الجملة على جواز العارية. وأما المعنى؛ فلأن العارية هبة المنافع وإباحتها . فوجب أن تكون جائزة؛ كهبة الأعيان وإباحة أكلها.

وهي مستحبة إجماعاً وسنده قوله تعالى: {وتعاونوا على البر والتقوى} [المائدة:٢]. وقيل: تجب العارية مع غناء ربها^(٣) اختاره أبو العباس . وقال بعضهم: كانت واجبة في أول الإسلام ثم نسخ.

قال: (وهي هبة نفع عين تبقى مع استيفائه، ويباح إعارته كل ذي نفع مباح إلا البضع وعبدًا مسلمًا لكافر وصيدًا وما يحرم استعماله في الإحرام محرم وأمة شابة لغير محرم أو امرأة).

ش: أما قول المصنف: «وهي هبة نفع عين» ؛ فبيان لمعنى العارية، وهذا أحد الوجهين جزم به في الهداية والخلاصة والكافي وغيرهم.

(١) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في تضمين العارية ٢٩٦/٣ ح ٣٥٦٥. والترمذي في الوصايا، باب ما جاء لا وصية لوارث ٤٣٣/٤ ح ٢١٢٠. وابن ماجه في الصدقات، باب العارية ٨٠٢/٢ ح ٢٣٩٩.

(٢) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في تضمين العارية ٢٩٦/٣ ح ٣٥٦٢. وأحمد ٤٦٥/٦ ح ٢٧٦٧٤.

(٣) في الأصل: ربه.

والوجه الثاني: أنها إباحة منفعة اختاره ابن عقيل وغيره ، وجزم به في المغني والشرح والتلخيص والفائق.

قال الحارثي: وهو أَمَس بالمذهب . وقال: اختاره غير واحد . وقدمه في المستوعب والرعاية الكبرى وأطلقهما في النظم والفروع.

قال الحارثي: ويدخل على الأول الوصية بالمنفعة وليس بإعارة . وقال: الفرق بين القولين أن الهبة تمليك ليستفيد به التصرف في الشيء كما يستفيدة فيه بعقد المعاوضة ، والإباحة رفع الحرج عن تناول ما ليس مملوكاً له ، فالتناول مستند إلى الإباحة وفي الأول: مستند إلى الملك.

وقال في تعليل الوجه الثاني: إن المنفعة لو مُلِكت بمجرد الإعارة لاستقل المستعير بالإجارة والإعارة كما في المنفعة المملوكة بعقد الإجارة .

ويشترط كون المعير أهلاً للتبرع شرعاً وأهلية مستعير للتبرع له ، وتنعقد بكل لفظ أو فعل يدل عليها.

وأما كون العارية تباح في كل ذي نفع مباح إلا البضع ؛ ف « لأن النبي ﷺ استعار من أبي طلحة فرساً يركبها »^(١) ، « ومن صفوان أذراعاً »^(٢) ، و « سئل عن حق الإبل فقال: إعارة دلوها وإطراق فحلها »^(٣) ، فيثبت ذلك في المنصوص . ويقاس عليه سائر المنافع ، ويدخل فيه إعارة النقدين للوزن وإن استعارها للنفقة فقرض ذكره في المغني والشرح.

وقيل: لا يجوز . نقل صالح منحة لبن هو العارية ومنحه ورق هو القرض .
وأما كونها لا تباح في منافع البضع ، فلا أن الوطاء لا يجوز إلا في عقد النكاح أو ملك يمين ، وذلك غير حاصل فلم يجز إجماعاً.

وأما كون إعارة العبد المسلم لكافر لا تباح ، فلا أنه لا يجوز له استخدامه ، فلا يجوز

(١) أخرجه البخاري في الهبة، باب من استعار من الناس الفرس ٩٢٦/٢ ح ٢٤٨٤ . ومسلم في الفضائل، باب في شجاعة النبي عليه السلام وتقدمه للحرب ١٨٠٣/٤ ح ٢٣٠٧ .

(٢) سبق ذكره وتخريجه ص: ١٤٤ .

(٣) أخرجه مسلم في الزكاة، باب إثم مانع الزكاة ٦٨٥/٢ ح ٩٨٨ . والنسائي في الزكاة، باب مانع زكاة البقر ٥/٢٧ ح ٢٤٥٤ .

إعارته له حذراً من استخدامه وقيل: هو كإجارته وقيل: بالكراهية.
وأما كون إعاره الصيد للمحرم لا تباح فلأنه لا يجوز له امساكه.
وأما كون إعاره ما يحرم استعماله في الإحرم لمحرم لا تباح ، فلأنه ممنوع منه شرعاً
فلم تجز إعارته له لأنه إعانة على ما يجوز وهذا التحريم لعارض.
فرع: يجب إعاره المصحف لمن احتاج إلى القراءة فيه ولم يجد غيره. ذكره القاضي
وغیره وخرجه في كتب المحتاج إليها من القضاة والحاكم وأهل الفتاوى وأن ذلك واجب
نقله في القاعدة التاسعة والتسعين.

وأما كون إعاره أمة شابه لغير محرم أو امرأة لا تباح فلأنه لا يؤمن عليها، ولا تجوز
له الخلوة بها ، حزم في التبصرة والكافي بتحريمه . قال ابن عقيل: لا تجوز له إعارتها من
العزاب . فإن كانت الأمة شوهاء أو كبيرة فلا بأس ، لأنه يشتهي مثلها وتجاوز إعاره
الأمة لامرأة ولذي محرما لعدم ذلك ولا يجوز إعاره العين لنفع محرم كإعاره الدار لمن
يشرب فيها الخمر أو يبيعه أو يعصي الله فيها ولا إعاره عبد للزمر أو ليستقيه الخمر أو
يحملها إليه أو يعصرها ونحو ذلك ، لأنه إعانة على الحرام.

قال: (وتكره استعارة أحد أبويه الرقيقين لخدمته).

ش: أما كون استعارة أحد أبويه لما ذكر يُكره فلأنه يكره ، استخدامهما فكره
استعارتهما لذلك.

قال: (ولا رجوع ولا أجرة لمن أعار سفينة لمتاع في اللجة وحائطاً لحشب حتى ترسي
ويسقط ولا يردان إلا يادله ، وأرضاً للدفن ميت وتزرع لا يفصل حتى يتلى
ويُحصن).

ش: أما كونه لا رجوع ولا أجرة لمن أعار ما ذكر؛ فلأن السفينة متى رجع معيها
وهي في اللجة لم يكن له ذلك ، لأنه يفضي إلى تلف مال المستعير وهو ضرر ،
وموضوع العارية انتفاع المستعير بالعين والانتفاع بها ، وضرره ينافي ذلك فلم تكن له
المطالبة بنقل متاعه ، ومثل هذا إذا أعاره حائطاً ليضع أطراف خشبه عليه فوضعها ثم
طالبه بإزالته فليس له ذلك ، لأنه لا يمكن إزالة ذلك إلا بضرره فلم يكن له ذلك ،

كالسفينة على ماسبق ، وليس له مطالبته بالأجرة ، لأنه ليس له الرجوع في عين المنفعة فلم يكن له بدلها كالمرهون ، لكن إن زال الخشب بهدم الحائط أو سقوطه أو أزيل الخشب عنه أو سقط ، لم يكن له إعادة الخشب عليه إذا أعيد إلا بإذن جديد؛ لأن حكم العارية بطل بزوال الانتفاع ، وهذا انتفاع مستأنف فلم يجوز إلا بإذن جديد، كما لو أعاره قميصاً فتلف فاشترى عوضه.

وأما كونه لا رجوع إذا أعار أرضاً للدفن ميت حتى يبلى الميت ، فلأن الرجوع هتك حرمة الميت بالنش فلم يكن له ذلك ؛ لأن العادة جارية أنه لا ينقل ولا تستعار إلا لتركة إلى حين البلا والاستحالة ، فلم يمكن منه ؛ لأنه ضرر عليه فهو كضرر الحي. وقال ابن البناء: لا يرجع حتى يصير رميماً.

وقال ابن الجوزي: يخرج عظامه ويأخذ أرضه لا أجرة . واقتضى ذلك أنه يرجع فيها قبل الدفن.

وأما كونه لا يرجع إلى الحصاد إذا كان الزرع قصيلاً مما لا يحصد قصيلاً؛ فلأن فيه ضرراً على المستعير.

وأما كونه يحصده إذا كان مما^(١) يحصد قصيلاً فلأنه أمكن الرجوع من غير ضرر ولا أجرة لتبقيّة الزرع؛ لأنه زرع مأذون في تبقيته فحكم العقد السابق أن لا أجرة عليه فيستمر حكمه لذلك كما قلنا في المسألة قبلها.

وهذا اختيار المجد ، وهو ظاهر كلام المصنف ، وهو قياس المسائل الثلاث المتقدمة قبلها.

قال في المحرر: وقال أصحابنا: له الأجرة من وقت الرجوع . وقد حكاه في المغني وقال: هو قولهم في الزرع خاصة . وأما الباقية فلم يذكره ؛ لأن الأصل في العارية جواز الرجوع ، وإنما منع من القلع ؛ لما فيه من ضرر المستعير فإذا لم يمكنه الرجوع في المنفعة رجع في بدلها وهي الأجرة بين الحقين.

قال صاحب المغني: فيخرج في سائر المسائل مثل هذا لوجود هذا المعنى فيها.

(١) في الأصل: ما.

قال: (وفي الغرس أو البناء بشرط القلع عند المدة أو رجوعه يلزمه ولا يلزم تسوية الأرض إلا بشرط كالقلع، إلا أن يضمن المعير نقصهما فإن قلع المستعير لزمه التسوية، فإن أبي القلع أخذه المعير بقيمته فإن أبا ذلك والبيع بقي مجاناً حتى ينفقا).

ش: أما كون المستعير يلزمه القلع مع الشرط ؛ فلقوله وإن كان : « المؤمنون عند شروطهم »^(١).

ولأنه رضي بالتزام الضرر الداخل عليه بالقلع ، وظاهره ليس على صاحب الأرض ضمان نقصه بغير خلاف نعلمه . قاله في الشرح.

وأما كونه لا يلزمه تسوية الأرض أي: الحفر الحاصل في هذا القلع مع عدم الشرط ؛ فلأنه رضي بعدم التسوية حيث لم يشترطها .

هذا المذهب وعليه أكثر علمائنا وجزم به في الهداية والخلاصة وغيرهما ، وقدمه في الفروع وغيره.

وقيل: يلزمه . جزم به في المستوعب وأطلقهما في الرعاية.

وأما كونه يلزمه ذلك مع الشرط ؛ فلما تقدم في القلع.

وأما كون لا يلزمه القلع عند عدم ضمان النقص ، فلأن فيه ضرراً على المستعير .

هذا المذهب وعليه أكثر علمائنا وجزم به غير واحد وقدمه في الفروع وغيره ، وعند

الحلواني: لا يضمن النقص.

وأما كونه يلزمه القلع عند ضمان النقص ؛ فلأنه رجوعٌ من غير إضرار.

وأما كونه عليه تسوية الأرض إذا قلع وليس مشروطاً عليه قلع الغرس؛ فلأن القلع

باختياره لو امتنع منه لم يجبر عليه فلزمته التسوية كالمشتري لما فيه شفعة إذا أخذ غرسه

وهذا أحد الوجوه وهو المذهب . واختاره جماعة منهم الموفق في الكافي وجزم به فيه،

وهو ظاهر ما قدمه في الفروع وقدمه في الشرح.

والوجه الثاني: لا يلزمه تسوية الأرض ، اختاره القاضي وابن عقيل ، وقطع به في

المستوعب ، وعند الموفق أيضاً: لا يلزمه تسوية الأرض إلا مع الإطلاق.

(١) سبق تخريجه ص: ٣٣.

وأما كون المعير له أخذ ذلك بقيمته إذا أبى المستعير القلع ؛ فلأن غرسه حصل في ملك غيره . أشبه الشفيع مع المشتري .

وأما كونه إذا امتنع المعير من دفع القيمة وأرشد النقص وامتنع المستعير من القلع ودفع الأجر لم يقلع ؛ فلأن العارية تقتضي الانتفاع بغير ضمان ، والإذن فيها يبقى على الدوام وتضر إزالته رضى بالإبقاء .

ولأن قول النبي ﷺ : « ليس لعرق ظالم حق »^(١) مفهومه : أن العرق الذي ليس بظالم له حق ، فعند ذلك : إن اتفقا على البيع بيعت الأرض بغراسها وبنائها ودُفع إلى كل واحد منهما قدر حقه فيقال : كم قيمة الأرض بلا غراس ولا بناء ؟ فإذا قيل : عشرة . وقلنا : كم تساوي مغروسة مبنية ؟ قالوا : خمسة عشر ، فيكون للمعير ثلثا الثمن وللمستعير ثلثه ، وإن أبايا البيع ترك بحاله مجاناً وقلنا لهما : تصرفا بلا حكم لكما عندنا . قال في الرعاية الكبرى : فإن أبياه بقي فيها مجاناً^(٢) في الأصح حتى يتفقا وقلت : بل يبيعهما الحاكم . انتهى .

قال : (ولرب الأرض التصرف بما لا يضرهما ولربها^(٣) دخولها لمصلحتها فقط ومن طلب منهما بيع الآخر معه أجبر عليه وفعله بعد المنع أو المدة غصب ، وإن حمل السيل بئراً فبنت في أرض فهو لربه حتى يكمل بأجرة مثله والغرس والنوى كغرس الغاصب) .

ش : أما كون لرب الأرض والمستعير لكل واحد منهما التصرف بما تقدم ذكره ؛ فلأن لكل واحد حاجة إلى ذلك مع عدم ضرر صاحبه .

ولأن الملك يقتضي أن يملك المعير التصرف في ملكه مطلقاً ، خولف فيما يضر المستعير للضرر ، فيبقى فيما عداه على مقتضاه ، وإذنه للمستعير في الغرس أو الزرع إذن فيما هو من ضروراته والدخول للسقي والإصلاح وأخذ الثمرة من ضرورات ذلك فملكه ؛ لشمول الإذن له عرفاً .

(١) سبق تخريجه ص : ١٢٦ .

(٢) زيادة من الإنصاف ١٠٨/٦ .

(٣) في الأصل : ولربهما . وانظر الوجيز .

وأما كون من طلب البيع من المعير والمستعير وامتنع الآخر من البيع أجبر عليه ، فلأن ذلك طريق إلى تحصيل مالية كل واحد منهما . وهذا أحد الوجهين .

قال في الرعاية والحاوي الصغير : أجبر في أصح الوجهين .

والثاني : لا يجبر ، صححه الناظم وتجريد العناية وتصحيح المحرر ، لأن جائز التصرف لا يجبر على بيع ملكه إلا في دين وأطلقهما في المحرر والفروع والفائق .

فائدة : يجوز لكل واحد منهما بيع ماله مفرداً لمن شاء على الصحيح من المذهب وعليه علماؤنا . وقيل : لا يبيع المعير لغير المستعير .

وأما كون المستعير إذا غرس أو بنى بعد المنع أو المدة يكون غصباً ، فلأنه تصرف بغير إذن المالك ، وذلك شأن الغاصب يأتي حكمه إن شاء الله تعالى في باب الغصب .

وأما كون البذر إذا حملة السيل فنبت في أرض فهو لصاحبه لا لصاحب الأرض ، فلأنه ملكه .

وأما كونه يبقى حتى يكمل ، فلأنه حصل في ملك غيره بغير تعد منه ، وفي قلعه إتلاف له ، فلم يجب عليه ، كما لو أذن له فيه ، وكما لو حصل فصيله في ملك غيره فلم يمكن إخراجه إلا بذبحه أو قلع الباب فإنه لا يجبر على ذبحه .

وأما كون صاحب الأرض له أجره المثل عليه ، فلأنه انتفع بملك غيره بغير إذنه فوجب عليه أجره المثل كالغاصب ، وكما لو انقضت مدة المستأجر وله في الأرض زرع لم يفرط في زرعه . هذا المذهب .

قال في الرعايتين والفروع : فلصاحب الأرض أجره مثله في الأصح وصححه في النظم والحاوي . ونص عليه .

وعلى قول القاضي : لا أجره له ؛ لأنه حصل بغير تفريط منه . ويحتمل أن لصاحب الأرض أخذه بقيمته .

قال في الهداية ومن تابعه : وقيل هو لصاحب الأرض وعليه قيمة البذر ، وزاد الرعايتين ، وقيل : بل بقيمته إذن . زاد في الكبرى : ويحتمل أنه كزرع غاصب .

وأما كون الغرس والنوى إذا حملة السيل كغرس الغاصب ، فلأنه ساواه في عدم الإذن وهذا أحد الوجهين .

والثاني : يكون كغرس المشتري لما فيه شفعة قدمه في الفروع وغيره وأطلقهما في المغني والشرح وعلى كل حال يلزم صاحب الغرس تسوية الحفر.

فوائد:

منها: وكذا حكم اللوز والجوز إذا حملة السيل فنبت .
ومنها: لو ترك صاحب الزرع أو الشجر لصاحب الأرض الذي انتقل إليه من ذلك لم يلزمه نقله ولا أجرة ولا غير ذلك .
ومنها: لو حمل السيل أرضاً بشجرها فنبت في أرض أخرى كما كانت فهي للمالكها يُجبر على إزالتها. ذكره في المغني والشرح والفائق.

فصل في ضمان العارية

قال: (وتضمن العارية بقيمتها يوم تلفت، ولا ينشئ ضمانها ونحوها بشرطه ولا عكسها بعكسه).

ش: أما كون العارية مضمونة بقيمتها، فلأن القيمة بدل عنها في الإلتلاف فوجب عند تلفها كالإلتلاف . نص عليه ؛ لما روى الحسن عن سمرة أن النبي ﷺ قال: « على اليد ما أخذت حتى تؤديه »^(١) رواه الخمسة وصحح الحاكم إسناده .
ولأنه أخذ ملك غيره لينفع نفسه منفرداً بنفعه من غير استحقاق ولا إذن في إلتلاف فكان مضموناً كالغصب وقاسه في المغني والشرح على المقبوض على وجه السوم .
قال في الفروع : فدل على رواية مُخرّجة . وهو متجه . والضمان قول الشافعي وإسحاق .

وقال أبو حنيفة ومالك : هي أمانة لا يجب ضمانها إلا بالتعدي؛ لما روى عمرو بن

(١) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في تضمين العارية ٣/٢٩٦ ح ٣٥٦١. والترمذي في البيوع، باب ما جاء في أن العارية موداة ٣/٤٩٢ ح ١٢٦٦. وابن ماجه في الصدقات، باب العارية ٢/٨٠٢ ح ٢٤٠٠. وأحمد ٥/٨ ح ٢٠٠٩٨.

شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : « ليس على المستعير غير المغل ضمان »^(١) .
ولأنه قبضها بإذن مالِكها فكانت أمانة كالوديعة ، وذكر الحارثي : لا يضمن .
وذكره أبو العباس عن بعض علمائنا . واختاره صاحب الهدى للحديث المتقدم . ورد
بأنه يرويه عمرو بن عبد الجبار عن عبد بن حسان وهما ضعيفان . قاله الدارقطني ، مع أنه
يحتمل أنه أراد ضمان المنافع والأجر .

وعلى المذهب : لا فرق بين أن يتعدى فيها أو لا ، ويستثنى منه ما إذا تلفت في يد
مستعير من مستأجرها أو يكون المعار وقفاً ككتب العلم ونحوها فلا يضمن فيهما إذا لم
يفرط .

وأما كون الضمان حيث وجب معتبراً بيوم التلف ، فلأنه حينئذ يتحقق فوات
العارية فوجب اعتبار الضمان به .

وأما كونها مضمونة مع شرط نفي الضمان ؛ فلما روي عن النبي ﷺ أنه قال :
« بل عارية مضمونة »^(٢) .

وروي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال : « على اليد ما أخذت حتى تؤدي »^(٣)
رواه أبو داود .

ولأن كل عقد اقتضى الضمان أو عدمه لم يُغيره الشرط كالبيع والوديعة والهبة
والشركة والمضاربة .

هذا المذهب نص عليه . وعليه جماهير علمائنا . وجزم به غير واحد . وقدمه في
الهداية والمغني والشرح والفروع وغيرهم . وبه قال الشافعي .

وعن الإمام أحمد أنه ذكر له ذلك فقال : المسلمون على شروطهم فيدل على نفي
الضمان بشرطه .

قال أبو الخطاب : أوماً إليه الإمام أحمد واختاره أبو حفص وأبو العباس ، لأنه لو أذن
في إتلافها لم يجب ضمانها فكذا إذا أسقط عنه .

(١) أخرجه الدارقطني في البيوع ٤١/٣ ح ١٦٨ .

(٢) سبق تخريجه ص : ١٤٤ .

(٣) سبق قريبا .

وعنه : إن لم يشرط نفيه جزم به في التبصرة .
قول المصنف: «ونحوها» وضمان نحوها مما هو مضمون بقبضه كالمقبوض على وجه
السوم .

وقوله : «ولا عكسها بعكسه» أي: ولا ينتفي عكس حكمها وهو عدم الضمان
فيما ليس مضموناً كالوديعة بشرط عكسه أي: عكس ذلك وهو الضمان .

قال: (ولا يضمن حمل المشقة ونحوه ولا ولد المعارة).

ش: أما كون الأجزاء لا تضمن ، فلأن الإذن في الاستعمال تضمن الإذن في
الإتلاف ، وما أذن في إتلافه لا يُضمن كالمنافع وهذا أحد الوجهين وهو الصحيح .
والثاني: بلى؛ لأنها أجزاء مضمونة لو تلفت العين قبل استعمالها، فوجب أن تضمن
بتلفها بالاستعمال كسائر الأجزاء. ورُد بالفرق ، فإنها لا تتميز من العين ، ومقتضى
ذلك: أنه إذا تلف شيء من أجزائها الذي لا يذهب بالاستعمال أنه يضمنه ، لأن ما
ضمنت جملة تضمنت أجزأؤه كالغصب ، وكذا لو تلف جزؤها باستعمالٍ غير مأذون
فيه كاستعارة ثوب في لبس فحمل فيه تراباً؛ لأنه تلف بتعديه .

أما ما تلف بطول الزمان فهو كالذي تلف بالاستعمال ، لأنه تلف بالإمساك المأذون
فيه ، أشبه تلفه بالفعل المأذون فيه ، والخلاف جار في ولد المعارة وزيادتها . والأصح: أنه
لا يضمن ، لأنه لم يدخل فيها، ولا فائدة للمستعير فيه ، وكذا يجري في ولد مؤجرة
ووديعة، ويصدق المستعير في عدم التعدي حيث لا بينة .

قال : (ويستوفي المنفعة كالمستأجر بنفسه وعليه مؤنة رد العارية لا المؤجرة ولا يعبر^(١)
فإن تلفت عند الثاني استقر عليه قيمتها وعلى معبرها أجرها).

ش: أما كون حكم المستعير في استيفاء المنفعة حكم المستأجر، فلأنه ملك التصرف
بإذن المالك ، أشبه المستأجر.

فعلى هذا إن أعاره للغراس أو البناء فله أن يزرع ما شاء ولا عكس، وإن أذن له في
زرع مرة لم يملك أخرى، وله استيفاء المنفعة بنفسه وبوكيله؛ لأنه نائب عنه .

(١) في الأصل: يعبرها. وانظر الوجيز.

وأما كون المستعير عليه مؤنة رد العارية كأجرة حَمْلِهِ ونحو ذلك ؛ فلما روى سمره عن النبي ﷺ أنه قال : « على اليد ما أخذت حتى تؤديه »^(١) رواه الخمسة إلا النسائي .
وروى أبو أمامة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول في خطبته عام حجة الوداع :
« العارية مؤداة ، والزعيم غارم ، والدين مقضي »^(٢) رواه الترمذي وقال: حديث حسن غريب .

ولأنه مقبوض لمنفعة القابض فكان عليه رده إلى صاحبه كالمقبوض على وجه السوم ومؤنة الرد من تمامه فكان عليه .

وذكر الحلواني أن نفقتها على المستعير، وإليه ميل أبي العباس وقال : لا أعرف فيها نقلاً وخرَّجها على الخلاف في نفقة الجارية الموصى بنفعها فقط .
وأما المستأجر فمؤنته على مالكة ، لأنه مقبوض لمنفعة تتعلق بالمالك فلم تكن عليه مؤنة الرد كالوكيل يجعل .

وأما كون المستعير ليس له أن يعير ما استعاره؛ فلأنها إباحة المنفعة فلم يجوز أن يبيعها غيره كإباحة الطعام. قاله في المغني والشرح .

وليس بظاهر على القول بأنها هبة منفعة بل الانتفاع بها مستفاد بالإذن لا بطريق المعاوضة وهو مختلف . وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي، وفي الآخر: له ذلك ، وهو قول أبي حنيفة؛ لأنه يملكه على حسب ما ملكه فجاز كإيجار المستأجر .
وحكاه صاحب المحرر قولاً لأحمد . قال أصحاب الرأي: إذا استعار ثوباً ليلبسه فأعطاه غيره فلبسه فهو ضامنه وإن لم يلبسه فلا ضمان عليه .

ويُحتمل أن يكون مذهباً لأحمد في العارية المؤقتة بناء على كونه إذا أعاره أرضه سنة ليبني فيها لم يحل الرجوع قبل السنة، لأنه قدر المنفعة كالمستأجر، وأطلق في الفروع الخلاف . أصلهما^(٣) هل هي هبة منفعة أو إباحة ؟ ويتوجه عليهما تعليقها بشرط . وفي المنتخب : يصح .

(١) سبق تخريجه ص: ١٥١ .

(٢) أخرجه الترمذي في الوصايا، باب ما جاء لا وصية لوارث ٤/٤٣٣ ح ٢١٢٠ .

(٣) أي الوجهان .

قال في الترغيب : يكفي ما دل على الرضى من قول أو فعل .
وقال مالك : إذا لم يعمل بها إلا الذي كان يعمل بها الذي^(١) أعيرها فلا ضمان عليه .

قال : (فإن تلفت عند الثاني استقر عليه قيمتها وعلى معيرها أجرتها ويضمن أيهما شاء ويرجع الأول على الثاني بالأجرة إن علم والا رجع الثاني عليه بها إن ضمن) .

ش : فإذا فعل ذلك فلمالك العين الرجوع بأجرة مثلها على من شاء منهما ، لأن الأول سلط غيره على أخذ مال غيره بغير إذنه ، والثاني استوفاه بغير إذنه فإن ضمن الأول رجع على الثاني ؛ لأن الاستيفاء حصل منه وإن ضمن الثاني لم يرجع على الأول ، إلا أن لا يعلم بالحال ، فإذا تلفت عند الثاني استقر عليه قيمتها إذا كان عالماً بالحال ، لأن التلف حصل في يده وإلا ضمن العين دون المنفعة ، ويستقر ضمان المنفعة على الأول ، وله تضمين من شاء منهما لتعدي كل منهما ، ويرجع الأول على الثاني بقيمة العين ، وأجرتها على الثاني ؛ لأنه^(٢) مثله في جواز تضمينه ، ويمتاز عليه باستقرار الضمان عليه لتلفها عنده ، وإن ضمن الثاني لم يرجع على الأول بشيء فقول المصنف : « بالأجرة إن علم » يوهم أنه لا يرجع بالعين ، وليس كذلك بل له الرجوع بهما على الثاني فيما إذا كان عالماً بالحال بلا خلاف كما ذكرناه فيحتمل أنه ظن أنه لا يرجع بالعين ويحتمل أنه خص الأجرة برجوع الثاني بهما عليه عند عدم العلم .

قال : (وإن لم يردها إلى صاحبها أو من عُرف بقبضها لم يبرأ وإن أركب منقطعاً للتوابع لم يضمن) .

ش : أما كونه لا يبرأ إذا لم يردها إلى من ذكره ؛ فإنه لم يجر عاداته بجران ذلك على يده .

ولأنه لم يقبضها مأذون له في القبض قولاً ولا عرفاً أشبه ما لو ردها إلى الاصطبل .
وأما كونه يبرأ إذا ردها إلى صاحبها أو إلى من جرت عاداته بما تقدم ذكره

(١) في الأصل : إلا الذي كان يعمل والذي . وانظر المغني ٣٦١/٥ .

(٢) في الأصل : لأن .

كالسائس ونحوه ، فلائن العرف قائم مقام صريح الإذن ، وخالف الحلواني فيه كالغلام ونحو من عرف كزوجته وخازن ووكيل عام في قبض حقوقه. قاله في الحرر .

قوله : «وإن أركب منقطعاً للثواب لم يضمن» هذا الصحيح من المذهب جزم به في التلخيص والرعاية الصغرى وغيرهما. وقدمه في الفروع وغيره .

وقيل : يضمن . وزاد في الرعاية : وإن استخدم عبداً مودعاً صار عارية .

وقوله : «للتواب لم يضمن» أي: فتلفت الدابة لم يضمن المنقطع .

مسألة: إذا قال: ما أركبها إلا بأجرة فقال ربها: ما أخذ لها أجرة، ولا عقد بينهما

فعارية، ورديف لا يضمن في الأشهر، وقيل : يضمن نصف القيمة.

ولو سلم شريك شريكه فتلفت بلا تفريط ولا تعد لم يضمن .

قال القاضي في المجرى: يُعتبر لقبض المشاع إذن الشريك فيه فيكون نصفه تملكاً

ونصف الشريك أمانة .

وقال في الفنون : بل عارية مضمونة. فإن ساقها فوق العادة ضمن ، قاله شيخنا.

ويتوجه كعارية إن كان عارية وإلا لم يضمن ذكره في الفروع . فعليه إن سلمها إليه

ليعلمها ويقوم بمصلحتها ونحوه لم يضمن وإن سلمها إليه لركوبها لمصالحه وقضاء

حوادثها عليها فعارية .

مسألة: ومن استعار شيئاً فانتفع به ثم ظهر مستحقاً فلمالكه أجر مثله يطالب به من

شاء منهما، فإن ضمنَّ المستعير، رجع على المعير بما غرم؛ لأنه غرّه بذلك وغرمه ، لأنه

دخل على أنه لا أجرة عليه ، وإن ضمنَّ المعير، لم يرجع على أحد، لأن الضمان استقر

عليه .

قال الإمام أحمد رحمه الله في قصار دفع ثوباً إلى غير صاحبه فلبسه فالضمان على

القصار دون اللابس .

فصل [الاختلاف في وقوعها]

قال : (إذا قال: أحرثتك قال: بل أعرتني أو بالعكس عقب العقد: قبل قول مدعي

العارية^(١)، وبعد مضي مدة قول المالك في ماضيها بأجرة المثل.

ش: أما كون القول قول مدعي الإعارة عقب العقد مع يمينه؛ فلأن الأصل عدم عقد الإجارة وحينئذ ترد العين إلى مالكيها إن كانت باقية؛ لأن الأصل براءة ذمته منها. وبعد مضي مدة قول المالك في ماضيها بأجرة المثل مع يمينه؛ لأنهما اختلفا في كيفية^(٢) انتقال المنافع إلى ملك الراكب فقدّم قول المالك، كما لو اختلفا في عين فادعى المالك بيعها والآخر هبتها، إذ المنافع تجري مجرى الأعيان، وقيل: يُقدم قول الراكب؛ لأنهما اتفقا على تلف المنافع على ملك الراكب وادعى المالك عوضاً لها، والأصل عدم وجوبه وبراءة ذمته منه. وعلى الأول إذا حلف المالك استحق الأجرة فيما مضى من المدة دون ما بقي منها فإنه يقدم قول المستعير فيها؛ لأنه بمنزلة ما لو اختلفا عقب العقد.

وأما كونه يستحق فيما يقبل قوله فيه أجرة المثل؛ فلأنه لو اتفقا على الإجارة واختلفا في قدر الأجرة وجب أجرة المثل فمع الاختلاف في الأصل بطريق الأولى وهذا أحد الوجهين وهو الصحيح من المذهب.

والثاني: يستحق المسمى إن زاد على أجر المثل، لأنه وجب بقول المالك ويمينه فوجب ما حلف عليه كالأصل ولم يقيد في الشرح وغيره بالزيادة عليها.

وقيل: يستحق أقلهما، وهو اختيار المجد؛ لأنه إن كان المسمى فقد رضي به وإن كان أكثر فليس له إلا أجر المثل، لأن الإجارة لم تثبت، ومثله لو ادعى أنه زرعها عارية وقال: إجارة. ذكره أبو العباس.

قال: (وإن قال: أعرتني أو أجرنتني قال: بل غصبتني أو قال: أعرتك قال: بل أجرنتني والبهمة تالفة أو اختلفا في الرد قبل قول المالك).

ش: أما كون القول قول المالك فيما إذا قال من العين في يده: أعرتني أو أجرنتني فقال المالك: بل غصبتني فكما لو اختلفا في ردها. قال ابن منجى: على المذهب. وقيل: قول الغاصب، لأن المالك يدعي عليه عوضاً الأصل براءة ذمته منه.

(١) في الأصل: الإعارة. وانظر الوجيز.

(٢) في الأصل: كفيه. وانظر المبدع ١٤٨/٥.

ولأن الظاهر في اليد أنها بحق فقبل قوله .

وفي الشرح : أن العارية إذا كانت قائمة لم تنقص فلا معنى للاختلاف ويأخذ المالك دابته.

وكذا إن كانت تالفة فادعى الراكب العارية، لأن القيمة تجب على المستعير كوجوبها على الغاصب ، وإن كان بعد مضي مدة لها أجرة فالاختلاف في وجوبه والقول قول المالك .

وأما كونه إذا ادعى العارية وادعى من العين في يده الإجارة والبهيمة تالفة؛ فلأنهما اختلفا في صفة القبض والأصل فيما يقبضه الإنسان من مال غيره الضمان؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: « على اليد ما أخذت حتى ترده »^(١) . ويُقبل قول الراكب في قيمتها. وإن كان بعد مضي مدة لها أجرة والأجرة^(٢) بقدر قيمتها فالقول قول المالك بغير يمين في الأصح وإن كان ما يدعيه المالك أكثر فالقول قوله ، فإذا حلف استحق ما حلف عليه .

وأما كونه إذا اختلفا في رد العارية فقال المستعير: رددتها عليك فأنكره فالقول قوله ، فلأن المستعير مُقر بالقبض مُدَّعٍ للرد ، والمعير منكر له فكان القول قوله كسائر المنكرين ويحلف لقطع الخصومة كغيره .

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

(١) سبق تخريجه ص: ١٥١ .

(٢) في الأصل: والأجر .

كتاب الغضب

هي مصدر غضب الشيء يغضبه بكسر الصاد غضباً وأغضبه يغضبه اغتصاباً.
والشيء مغضوب وغضب .
وهو في اللغة: أخذ الشيء ظلماً. قاله الجوهري وابن سيده .
وأما في الشرع فقال المصنف :

(وهو أن يستولي على حق غيره ظلماً من عتار ومنقول).

ش: وهو أعم من قول بعضهم مال ، لأن الحق أعم من المال . فلو استولى على
كلب منتفع به كان غضباً ولا مال .
والاستيلاء هو الغلبة وحق الغير احتراز من حق نفسه ، فإن استيلاءه عليه ليس
غضباً.

وقوله: «ظلماً» احتراز من الاستيلاء على حق الغير بطريق شرعي؛ كالرهن والعارية
والإجارة والحجر على من جاز الحجر عليه ، والاستيلاء على مال الكفار بالغنيمة أو
الركاز ونحو ذلك؛ لأنه ليس ظلماً.

وأما أركانه فالغاصب والمغضوب والمغضوب منه؛ لأنه متعلق بهذه الثلاث تعلقاً لا
يُتصور بدونها.

وأما حكمه فالتحريم .

وأما مستند حكمه؛ فالكتاب والسنة والإجماع والنظر.

أما الكتاب : فقوله تعالى : {وكان وراءهم ملك يأخذ كل سفينة غصبا} [الكهف:

[٧٩] .

وجه دلالة: أن هذا الكلام خرج من الخضر مخرج الحال مشيراً إلى ذم الملك
الغاصب بوصف الغضب فلو كان الغضب حقاً لما ذُم لأجله ، فهو إذاً باطل فهو حرام .
وأيضاً لو كان أخذه للسفينة غضباً حقاً لما خرقتها الخضر لأجله فهو إذاً باطل حرام .

وقال الله عز وجل: {ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل... الآية} [البقرة: ١٨٨].

والغضب من أكل المال بالباطل . وقال عز وجل: {والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما - إلى قوله عز وجل -: فمن تاب من بعد ظلمه} [المائدة: ٣٨-٣٩] سمي السرقه ظلماً وهي نوع غضب خفي .

وأما السنة : فقوله عليه الصلاة والسلام: « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس »^(١) رواه الدارقطني من حديث أنس .

وقال عليه الصلاة والسلام: « لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جاداً ولا لاعباً وإن أخذ أحدكم عصي أخيه فليردها عليه »^(٢) رواه مسلم وغيره من حديث السائب بن يزيد عن أبيه .

وقال النبي ﷺ: « لا يحل لمسلم أن يروغ مسلماً »^(٣) رواه أبو داود .

وهو عام في الترويع بأخذ المال وغيره على أن سبب الحديث يقتضي خصوص الغضب ، ويكفي من ذلك كله : قوله عليه الصلاة والسلام : « إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم »^(٤) كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم... الحديث »^(٥) وذلك يوم النحر بمكة .

وأجمع المسلمون على تحريم الغضب بل وسائر الملل والأديان إلا من خذل في عقله منهم .

وأما النظر فإنه لو جاز الغضب لاستولى الأقوياء على أخذ أموال الضعفاء فهلكوا وفسدت الأرض ولكن الله ذو فضل على العالمين . هذا تمهيد الباب . عدنا إلى مسائل الكتاب . والله أعلم بالصواب .

قوله: «من عقار» العقار بفتح العين الضيعة والنخل والأرض . قاله أبو السعادات .

(١) أخرجه الدارقطني في البيوع ٢٦٦/٣ ح ٩١ .

(٢) أخرجه أبو داود في الأدب، باب من يأخذ الشيء على المزاح ٣٠١/٤ ح ٥٠٠٣ . والترمذي في الفتن، باب ما جاء لا يحل لمسلم أن يروغ مسلماً ٤٦٢/٤ ح ٢١٦٠ . وقوله: رواه مسلم وهم . وإنما رواه أبو داود والترمذي . انظر تحفة الأشراف ١٠٦/٩ .

(٣) أخرجه أبو داود في الموضع السابق ٤ ح ٥٠٠٤ .

(٤) زيادة من الصحيح .

(٥) أخرجه مسلم في الحج، باب حجة النبي ﷺ ٨٩١/٢ ح ١٢١٨ .

أما كون العقار يضمن بالغضب ؛ فلقوله عليه الصلاة والسلام في بعض ألفاظ الحديث: « من غصب شراً من أرض طوقه الله يوم القيامة من سبع أرضين »^(١) أخبر أنه يغضب .

ولأن ما يضمن بالإتلاف يجب أن يضمن بالغضب كالمقول . هذا ظاهر مذهب الإمام أحمد وهو المنصوص عند أصحابه ، وبه قال مالك والشافعي .
وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : لا يُتصور غضبها ولا تضمّن بالغضب ، فإن أتلّفها ضمنها .

ولنا ما تقدم من الحديث .

وعن إمامنا ما يدل على أن العقار لا يضمن بالغضب، روى عنه ابن منصور فيمن غصب أرضاً فزرعها، ثم أصابها غرق من الغاصب غرم قيمة الأرض ، وإن كان سبباً من السماء لم يكن عليه شيء ، فظاهر هذا أنها لا تضمن بالغضب؛ لأنه لا يوجد فيها النقل والتحويل فلم يضمن كما لو حال بينه وبين متاعه فتلف .

ولأن الغضب إثبات اليد على المال عدواناً على وجه تزول به يد المالك ولا يمكن ذلك في العقار .

وجوابه بأنه يمكن الاستيلاء عليه على وجه يحول بينه وبين مالكة مثل: أن يسكن داراً ويمنع مالكة من دخولها، أشبه أخذ الدابة والمتاع ، وعلى الثانية لو أتلّفه ضمنه بالإتلاف .

مسألة: لو دخل داراً قهراً وأخرجه فغاصب ، وإن أخرجه قهراً ولم يدخل أو دخل مع حضور ربها وقوته فلا، وإن دخل قهراً ولم يُخرجه فقد غصب ما استولى عليه .
وقيل : بل النصف . وإن لم يرد الغصب فلا . وإن دخلها قهراً في غيبة ربها فغاصب ولو كان فيها قماشه .

وهل يشترط في غصب ما ينقل نقله ؟ فيه وجهان الأصح لا يشترط .

(١) لم أقف عليه بهذا اللفظ : « من غصب ... » لكن أخرجه البخاري في المظالم، باب إثم من ظلم شيئاً من الأرض ٢/٨٦٥ ح ٢٣٢١ . بلفظ: « من ظلم ... » ومسلم في المساقاة، باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها ٣/١٢٣١ ح ١٦١٢ .

وأما كون المنقول يُضمن بالغصب ؛ فلما تقدم من الحديث .

قال: (وإن غصب كلباً يُقتنى أو خمر ذمي ردهما ولا يرد جلد ميتة مطلقاً وإتلاف الثلاثة هدر).

ش: أما كون الغاصب يلزمه رد الكلب الذي يُقتنى، فلأنه يجوز الانتفاع به واقتناؤه ، أشبه الأموال المنتفع بها.

وأما كونه يلزمه رد خمر الذمي ، فلأنه يُقر على شربها.

ولأنها مال عنده فلزم ردها كسائر أمواله . هذا إذا كانت مستورة. قاله في الرعاية والفروع.

وأما كونه لا يلزمه رد جلد الميتة مطلقاً ، سواء كان قبل الدبغ أو بعده؛ فلأنه لا سبيل إلى إصلاحه .

وأما كون إتلاف الثلاثة هدر؛ فلما يأتي:

أما الكلب فلأنه ليس له عوض شرعي؛ لأنه لا يجوز بيعه. وفي الإيضاح: يضمّنه. وأما الخمر؛ فللخبر .

ولأن ما حرم بيعه لا لحرمته لم تجب قيمته كالميتة.

وسواء أتلّفه مسلم أو ذمي، وسواء كان لمسلم أو ذمي . نص عليه في رواية أبي الحارث : في المسلم يهريق مسكراً لمسلم أو الذمي حمراً فلا ضمان عليه وكذلك الخنزير . وبهذا قال الشافعي؛ لأن ما لم يكن مضموناً في حق المسلم لا يكون مضموناً في حق الذمي كالمرتد.

ولأنها غير متقومة .

وقال أبو حنيفة ومالك : يجب ضمان الخمر والخنزير إذا أتلّفهما على ذمي .

وقال أبو حنيفة : إن كان مسلماً بالقيمة وإن كان ذمياً بالمثل .

وعن إمامنا: يلزمه قيمة الخمر. وقيل : يغرم قيمتها الذمي دون المسلم ، فعليه لا يكون حكم بقية الكفار كذلك . وإن كانوا يعتقدون ماليتها.

وفي الانتصار: لا يردّها وأنه يلزم إراققتها إن حد وإلا لزم تركه . وعليهما يُخرج تعزيز مُريقه .

وفي عيون المسائل : لا نسلم أنهم يقرون على شربه واقتنائه؛ لأن في رواية يجب الحد عليهم بالشرب ولا يقرون ، وإن سلمنا فإننا لا نتعرض لهم . فأما أن نقرهم فلا ، ثم يبطل بالجوس يقرون^(١) على نكاح المحارم ، ولا يقضى عليهم^(٢) بمهر ونفقة وميراث . وقال هو والترغيب : يرد الخمر المحترمة . ويرد ما يتخلل بيده لا ما أريق فجمعه آخر فتخلل لزوال يده هنا.

والأشهر أن لنا خمراً محترمة وهي التي عصرت في غير قصد الخمرية أو قصد الخلية فهي على الأول محترمة دون الثاني . وظاهره ولو كانت لمسلم؛ لأن اتخاذ الخل جائز إجماعاً ولا يصير خلاً إلا بعد التخمير فلو أرقناها لتعذر اتخاذ الخل .

فرع: يجب إراقة خمر المسلم ولا غرم كما تقدم ، وإن تخللت ردها؛ لأنها صارت خلاً على حكم ملكه فإن تلفت ضمنها . وأما جلد الميتة فهو مبني على الروايتين في طهارته بالدباغ . والأشهر: لا يردده مطلقاً فعليه لو أتلفه أو أتلف ميتة بجلدها لم يضمن ، لأنه لا قيمة له بدليل أنه لا يجوز بيعه وهذا اختيار المصنف : لا يطهر بالدبغ ولا ينتفع به في الياسات .

قال في الرعاية الكبرى: وإن غصب جلد ميتة فأوجه الرد وعدمه .
والثالث : إن قلنا يطهر بدبغه أو ينتفع به في يابس رده وإلا فلا . وإن أتلفه فهدر .
وان دبغه وقلنا يطهر رده . انتهى .

قال: (والاستيلاء على الحر وثيابه التي عليه لا توجب ضماناً وإن استعمله كرهاً أو حبسه مدة فعليه أحرته).

ش: أما كون الاستيلاء على الحر لا يوجب ضماناً؛ فلائنه ليس بمال ، فعلم أنه لا يثبت الغصب فيما ليس بمال . وقيل: بلى .
وظاهره ولو كان صغيراً وهو أحد الوجهين وهو الأصح كالكبير، والثاني بلى؛ لأنه يمكن الاستيلاء عليه من غير ممانعة منه ، أشبه العبد الصغير .

(١) زيادة من الفروع ٤/٤٩٢ .

(٢) مثل السابق .

وأما كونه لا يضمن الثياب التي عليه إذا قلنا لا يضمن؛ فلأنه تبع لما لا يضمن ، فلو ضمن لرجح التابع عمل المتبوع .

وظاهره : لا فرق بين ثياب الكبير والصغير ، وهو أحد الوجهين في ثياب الصغير وهي تحت يده أشبه ثياب الكبير.

والثاني : بلى؛ لأنها مال أشبه ما لو كانت منفردة .

وأما كون استعمال الحر كرها عليه أجرته؛ فلأن منافع الحر مال بدليل صحة مقابلتها بالمال في باب الإجارة، وإذا كانت مالاً وجب أن تُضمن كسائر الأموال .

وأما كونه تلزمه أجرته إذا حبسه مدة؛ فلأنه فوّت منفعه فيها . أشبه ما لو استعمله .

هذا الصحيح من المذهب وعليه علماؤنا وهو أحد الوجهين .

والثاني : لا؛ لأنها تابعة لما لا يصح غصبه ، أشبه ثيابه إذا بليت عليه وأطرافه . فإن منعه العمل من غير حبس ولو عبداً لم يضمن منفعه وجهاً واحداً . ويتوجه بلى فيهما . قاله في الفروع .

وإن مات في حبسه فهدر، وإن صح غصبه صح أن يؤجره مستأجره وإلا فلا .
فائدة: في صحة البيع في الأرض المغصوبة روايتان . اختار ابن عقيل الصحة وحمل رواية المنع على الورع .

قال: (ويرد المغصوب إلى محله بزيادته وإن غرم أضعافه وإن خلطه بمتميز أو بنى عليه ولم يبل أو ستر به خلصه ورده).

ش: أما كون الغاصب يلزمه رد المغصوب مع القدرة على رده ، فلأن النبي ﷺ قال : « على اليد ما أخذت حتى ترده »^(١) .

ولأن حق المغصوب متعلق بعين ماله ، ولا يتحقق ذلك إلا برده .
وقد أجمع العلماء على وجوب رده إن كان بحاله لم يتغير ولم يشتغل بغيره.

(١) سبق تخريجه ص: ١٥٢.

وأما قول المصنف رحمه الله : «وإن غرم أضعافه» فتنبه على أن^(١) غرامة الغاصب على رده لا تسقط الرد؛ لأنه هو المعتدي فلم ينظر إلى مصلحته .
ولأنه هو المفطر فكان أولى بالغرامة .

وظاهره ولو بعدت المسافة؛ لأنه جنى بتعديه فكان ضرر ذلك عليه .
فإن قال الغاصب: خذ مني أجر رده وتسلمه مني هاهنا وبذل له أكثر من قيمته ولا يسترده لم يلزم المالك قبوله ، لأنها معاوضة فلم يجبر عليها كالبيع .
وإن قال المالك: دعه لي في مكانه الذي نقلته إليه لم يملك الغاصب رده . وإن قال: رده إلى بعض الطريق لزمه .

وإن قال: دعه في مكانه وأعطني أجرة رده أو طلب منه حمله إلى مكان آخر في غير طريق الرد لم يلزم الغاصب ولو كان أقرب ؛ لأنه معاوضة ومهما اتفقا عليه من ذلك جاز؛ لأن الحق لهما .

وأما كونه يلزمه تخليصه ورده إذا خلطه بما يتميز منه ، فلائنه أمكنه رد مال غيره فلزمه ذلك كما لو لم يخلطه بغيره وأجرة ذلك عليه كأجر رده . فإن أمكن تمييز بعضه ، وجب تمييز ما أمكن .

وأما كونه يلزمه رد ما بنى عليه إذا لم يكن قد بلي؛ فلائنه مغضوب يمكن رده كما لو لم يبن عليه .
وأما كونه لا يلزمه رده إذا كان قد بلي؛ فلائنه هلك فلم يلزمه ، كما لو غصب شيئاً فتلف .

وأما كونه يلزمه قلع المسامير من المسمر به فللخير ولا أثر لضرره؛ لأنه حصل بتعديه .

مسائل:

إذا غصب فصيلاً ونحوه فأدخله داره وتعذر خروجه نقض بابه مجاناً، فإن دخل الفصيل بنفسه أو أدخله ربه داراً غصبها غرم مالكه أرش نقض البناء وإصلاحه ، وإن

(١) زيادة يقتضيها السياق.

بذل له ربه عوضه لزمه قبوله . وقيل : لا .

وقيل : يُذبح إن أدخله ربه . ولو عمل فيها غاصبها تابوتاً ولم يخرج فُكِّك ولم يُنقض البناء .

وإن سقط في محبرته مال بتفريطه أُخرج ، فإن لم يمكن كُسرت له مجاناً ، وإن لم يفرط ضمن رب المال كسرها ، فإن بذل ماله وجب قبوله في الأصح .

فروع: إذا باع داره وله فيها أسيرة وتعذر الإخراج والتفكيك غرم أرش نقض البناء ، وقيل : كما لو قلع أحجاراً له فيها مدفونة ، وفصل في الشرح .

قال: (وإن بنى في الأرض أو غرس لزمه القلع والتسوية والأرض والأجرة. وإن زرع وحصده فالأجرة، وقبله يُخير مالك الأرض بين تركه إلى الحصاد بأجرته وأخذه بنفسه).

ش: أما كون الغاصب يلزمه إذا بنى في الأرض أو غرس بغير إذن إذا طلب صاحب الأرض القلع وأرش نقصها وأجرتها ؛ فلما روى سعيد بن زيد بن عمرو ابن نفيل رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «ليس لعرق ظالم حق»^(١) رواه الترمذي وقال: حديث حسن .

وروى أبو داود وأبو عبيد في الحديث أنه قال: فلقد أخبرني الذي حدثني هذا الحديث « أن رجلاً غرس في أرض رجل من الأنصار من بني بياضة فاختصما إلى النبي ﷺ فقضى للرجل بأرضه وقضى للآخر أن ينزع نخله قال: فلقد رأيتهما يُضرب في أصولها بالفؤوس وإنها لنخل عُمٌّ »^(٢) .

قال الإمام أحمد: العم الطوال .

ولأنه شغل ملك غيره بملكه الذي لا حرمة له في نفسه فلزمه تفرغه كما لو جعل فيه قماشاً ، وإذا قلعها لزمه تسوية الحفر ورد الأرض إلى ما كانت عليه ، لأنه ضرر حصل في ملك غيره بفعله فلزمته إزالته ، قال في الشرح: بغير خلاف نعلمه . وفي

(١) سبق تخريجه ص: ١٢٦ .

(٢) أخرجه أبو داود في الخراج ، باب في إحياء الموات ١٧٨/٣ ح ٣٠٧٤ .

الرعاية: إنه الأصح .

قال في القاعدة السابعة والسبعين : والمشهور عن أحمد للمالك قلعه مجاناً وعليه الأصحاب .

وعنه : لا يقلع بل يملكه بالقيمة . وعليهما لا يقلع إلا مضموناً كغرس المستعير كذلك حكاهما القاضي وابن عقيل .

وظاهر كلامهم: لا فرق في ذلك بين الشريك وغيره وصرح به الحارثي .
قال جعفر بن محمد: سمعت أبا عبد الله يُسأل عن رجل غرس نخلاً بينه وبين قوم مشاعاً قال: إن كان بغير إذنهم قلعه نخله .

وأما كونه يُؤخذ بتسوية الأرض وأرش النقص؛ فلأنه حصل بسبب تعديه .
وأما كونه يؤخذ بالأجرة أي المثل ؛ فلما تقدم .
وأما كون أجرة الأرض على زارعها غصباً إذا رد الأرض بعد حصد الزرع ، فلأنه استوفى نفعها فوجب عليه عوضه كما لو استوفاه بالأجرة .

ولأن المنفعة مال فوجب أن يضمن كالعين وعليه ضمان النقص ، ولو لم يزرعها فنقصت لترك الزراعة كأرض البصرة ضمن ذلك .

روى عنه حرب: أن له تملكه أيضاً بناء على أن الزرع نبت على ملك مالك الأرض ابتداءً . وقرر بعض علمائنا موافقته للقياس بأن المتولد بين أبوين مملوكين يكون مملوكاً لمالك الأم بالاتفاق مع كونه مخلوقاً من مائهما، وبطون الأمهات بمنزلة الأرض وماء الفحول بمنزلة البذر . والمذهب هو الأول .

وأما كون رب الأرض قبل الحصاد إذا أدرك الزرع يُخَيَّر بين ترك الزرع إلى الحصاد بالأجرة وبين أخذه بنفقته ، فلأن كل واحد منهما يحصل غرضه فملك الخيرة بينهما تحصيلاً لغرضه .

ولأن الحق له ، فإذا تركه بأجرة مثله كان رضى منه بأخذ عوضه فكان له ذلك كالأرض المستأجرة إذا انقضت الإجارة وفيها زرع فرط في إبقائه .

وإذا أخذه بعوضه كان ذلك له ؛ لما روى رافع بن خديج قال: قال رسول الله ﷺ:

« من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء وله نفقته »^(١) رواه الإمام أحمد وأبو داود والترمذي وقال: حديث حسن .

هذا الصحيح من المذهب ، نص عليه وعليه جماهير علمائنا وجزم به غير واحد وقدمه في الفروع وغيره ، وهو قول القاضي وأصحابه والشيخين وهو من مفردات المذهب وظاهره: أنه لا يملك إجبار الغاصب على قلعه خلافاً لأكثرهم ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام « ليس لعرق ظالم حق »^(٢) .

ولأنه زرع في أرض غيره ظلماً أشبه الغرس .

ولنا ما تقدم من الحديث .

ولأنه أمكن رد المغصوب إلى مالكه من غير إتلاف مال الغاصب على قرب من الزمان فلم يجز إتلافه ، كما لو غضب سفينة فحمل فيها متاعه فأدخلها لجة البحر لا يجبر على إلقائه فكذا هنا صيانة للمال عن التلف ، وفارق الشجر لطول مدته . وحديثهم محمول عليه ، وحديثنا على الزرع وبه يُجمع بينهما .

ولأنه زرع حصل في ملك غيره فلم يجز على قلعه على وجه يضر به كما لو كانت الأرض مستعارة أو مشفوعة .

وأما كون الزرع بنفقته ؛ فلما تقدم من الحديث ، وهي: ما أنفق من البذر ومؤنة الزرع من الحرث والسقي وغيرهما . وهذا إحدى الروايتين وهو ظاهر المذهب .

قال الحارثي: وهو المذهب وعليه متقدموا الأصحاب كالخرقي وأبي بكر ثم ابن أبي موسى والقاضي في كتابي المجرد ورؤوس المسائل وابن عقيل لصريح الأخبار المتقدمة فيه انتهى .

وصححه في التصحيح وقدمه في الفروع وغيره .

والرواية الثانية : يأخذه بقيمته زرعاً الآن، صححه القاضي في التعليق وجزم به في

(١) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في زرع الأرض بغير إذن صاحبها ٢٦١/٣ ح ٣٤٠٣ . والترمذي في الأحكام، باب ما جاء فيمن زرع في أرض قوم بغير إذنهم ٤٩٢/٣ ح ١٣٦٦ . وابن ماجه في الرهون، باب من زرع في أرض قوم بغير إذنهم ٨٢٤/٢ ح ٢٤٦٦ . وأحمد ١٤١/٤ ح ١٧٣٠٨ .

(٢) سبق تخريجه ص: ١٢٦ .

العمدة والمنور ومنتخب الأزجي وقدمه في المحرر والنظم وغيرهما ، لأنه بدل عن الزرع فيقدر بقيمته كما لو أتلفه .

وعليه يجب على الغاصب أجر الأرض إلى حين تسليم ذلك ، وذكر أبو يعلى الصغير لا . نقله إبراهيم بن الحارث . ويحتمل أن يكون الزرع للغاصب وعليه أجره المثل . وذكر بعض علمائنا: أن الإمام أحمد نص على مثل ذلك . وقيل : له قلعه إن ضمنه .

وقال أبو العباس فيمن زرع بلا إذن شريكه والعادة بأن من زرع فيها له نصيب معلوم ولربها نصيب قسم ما زرعه في نصيب شريكه كذلك .

فوائد:

منها: لو زرع فيها شجراً بنواه فالمنصوص عن الإمام أحمد وعليه علماؤنا أنه له كما في الغراس ، ويحتمل كونه لرب الأرض لدخوله في عموم أخبار الزرع . قاله الحارثي . ومنها: لو أثمر ما غرس الغاصب فقال في الجرد والفصول وصاحب المستوعب ونوادير المذهب: الثمر لمالك الأرض كالزرع إن أدركه أخذه ورد النفقة، وإلا فهو للغاصب واختاره القاضي ونص عليه في رواية علي بن سعيد .

قال في الفروع فيمن غرس أرضاً: الثمرة لرب الأرض وعليه النفقة . وقال الموفق في المغني والشارح وغيرهما: لو أثمر ما غرس الغاصب فإن أدركه صاحب الأرض بعد الجداد فللغاصب ، وكذلك قبله .

وعنه : لمالك الأرض وعليه النفقة . انتهوا .

قال ابن رزين عن القول بأنه لصاحب الأرض : ليس بشيء . قال الحارثي: وفيه وجه أنه للغاصب بكل حال ، وحكاه ابن الزاغوني في كتاب الشروط رواية عن الإمام أحمد قال : وهذا أصبح اعتباراً بأصله . قال : والقياس على الزرع ضعيف ، واختار^(١) الحارثي ما قدمه الموفق وقدمه في الرعايتين والحاوي الصغير . ومنها: لو حصص الدار أو زوّقها فحكمها كالبناء قاله في الكافي، ولو وهب ذلك

(١) في الأصل: فاختار . وانظر الإنصاف ٦/١٣٦ .

لمالكها ففي إجباره على قبولها وجهان كالصبغ في الثوب .
ومنها: لو غصب أرضاً فبناها داراً بتراب منها وآلاتٍ من المغصوب منه فعليه أجرتها مبنية، وإن كانت آلاتها من مال الغاصب فعليه أجره الأرض دون بنائها، لأنه إنما غصب الأرض ، والبناء له ، فلم يلزمه أجره ماله ، فلو أجزها فالأجرة لهما بقدر قيمتهما .
نقل ابن منصور فيمن بنى فيها ويؤجرها الغلة، على النصف^(١) .

ونقل ابن منصور أيضاً ويكون شريكاً بزيادة بناء .
ومنها: لو طلب أخذ البناء أو الغراس بقيمته وأبى مالكة إلا القلع : فله ذلك ولا يُجبر على أخذ القيمة، وفي البناء يُخرَج إذا بذل صاحب الأرض لصاحب القيمة أنه يُجبر على قبولها إذا لم يكن في النقض^(٢) غرض صحيح . وهو للموفق والمذهب الأول ، وذكر ابن عقيل رواية فيه : لا يلزمه ويعطيه قيمته ، ونقله ابن الحكم ، وروى الخلال فيه عن عائشة مرفوعاً: « له ما نقض »^(٣) .

قال أبو يعلى الصغير: هذا منعنا من القياس .
ونقل جعفر فيها: لرب الأرض أخذه وجزم به ابن رزين ، وزاد: وتركه بأجرة . انتهى .

ومنها: إذا اتفقا على القيمة فالواجب قيمة الغراس مقلوعاً حكاه ابن أبي موسى وغيره . وإن وهبها الغاصب لرب الأرض ليدفع عن نفسه كلفة القلع فقبله جاز وإن أبى إلا القلع وكان في قلعه غرض صحيح لم يجبر على القبول ، وإن لم يكن له في القلع غرض صحيح ففي إجباره على القبول احتمالان ، وأطلقهما في المغني والفروع وغيرهما .

ومنها: لو غصب أرضاً وغرساً من شخص واحد فغرسه فيها فالكل لمالك الأرض ، فإن طالبه رب الأرض بقلعه وله في قلعه غرض صحيح أُجبر عليه ، وعليه تسوية الأرض

(١) في الأصل: النصيب . وانظر مسائل الإمام أحمد برواية الكوسج ، المعاملات ٣٤٧/٢ .

(٢) في الأصل: النقض . وانظر الإنصاف ١٣٦/٦ .

(٣) لم أقف عليه هكذا . وقد أخرج البيهقي في العارية، باب من بنى أو غرس في أرض غيره عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ : « من بنى في ربيع قوم بإذنهم فله القيمة ومن بنى بغير إذنهم فله النقض » . ٩١/٦ .

ونقضها ونقض الغراس ، وإن لم يكن في قلعه غرض صحيح لم يُجبر على الصحيح من المذهب . قدمه في المغني والفروع وغيرهما .

وقيل : يُجبر وهو احتمال للموفق ، وإن أراد الغاصب قلعه ابتداءً فله منعه قاله الحارثي وصاحب الرعاية وغيرهما ، ويلزمه أجرته مبنياً .

ومنها : لو غرس المشتري من الغاصب ولم يعلم بالحال فقال ابن أبي موسى والقاضي في المجرد وتبعه عليه المتأخرون : للمالك قلعه مجاناً ويرجع المشتري بالنقض على من غره . قال الحارثي : الحكم كما تقدم ، قاله أصحابنا ، وقدمه في المجرد وغيره .

وقال في القاعدة السابعة والسبعين : المنصوص أنه يملكه بالقيمة ولا يُقلع مجاناً ، نقله حرب ويعقوب بن مختار . قال : ولا يثبت عن أحمد سواء وهو الصحيح . انتهى . ومنها : الرطبة ونحوها هل هي كالزراع في الأحكام المتقدمة أو كالغرس ؟ فيه احتمالان وأطلقهما في المغني والشرح والفروع وغيرهم أنه كالزراع ، قدمه ابن رزين في شرحه وقال : لأنه زرع ليس له فرع قوي فأشبهه الحنطة .

قال الزركشي : ويدخل في عموم كلام الخرقى .

والوجه الثاني : هو كالغراس .

قال الناظم : وكالفرس في الأقوى المكرر جزه .

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

قال : (وإن خاط بمغصوب جرح حيوان محترم وخيف تلفه بقلعه ولم يكن مأكولاً للغاصب فالقيمة وإلا الذكاة والقلع . وإن رقع به سفينة لم يُقلع في اللحمة .)

ش : أما كون الغاصب عليه قيمة الخيط الذي خاط به جرح محترم وخيف عليه من قلعه التلف ، فلائنه تعذر رد الحق إلى مستحقه فوجب رد بدله وهو القيمة .

وظاهره لا يلزمه القلع صرح به في المغني وغيره ، لأن الحيوان أكد حرمة من بقية المال بدليل أنه لا يجوز منع مائه منه .

وعُلم منه أن الحيوان إذا كان غير محترم كالمرتد والخنزير ونحوه وجب رده ؛ لأنه لا يتضمن تقويت ذي حرمة أشبه ما لو خاط به ثوباً إلا أن يكون الحيوان مأكولاً للغاصب

فيلزمه ذبحه؛ فلأنه يمكنه ذبح الحيوان والانتفاع بلحمه وذلك جائز وهذا أحد الوجهين وهو أشهرها صححه في التصحيح والنظم وقدمه في الكافي .

وإن حصل نقص على الغاصب فليس بمانع من وجوب رد المغصوب كنقص البناء. والثاني: لا يجب قلعه ؛ « لنهي عليه الصلاة والسلام عن ذبح الحيوان لغير أكله »^(١) .

ولأن له حرمة في نفسه . وللموفق احتمال بذبح المعد له كبهيمة الأنعام دون غيره كالخيل؛ لأنه إتلاف له فجرى مجرى ما لا يؤكل .

وظاهره أنه لا يلزمه الرد إذا كان مأكولاً لغير الغاصب . صرح به في المغني والشرح؛ لأن فيه إضراراً بصاحبه . ولا يزال الضرر بالضرر .

وإن مات الحيوان لزمه رده؛ لأن عدم الرد في الحياة إنما كان خشية التلف وقد أمن بالموت ، إلا أن يكون آدمياً فلا يلزمه الرد؛ لأن حرمة الآدمي باقية، وغيره لا يساويه فيها.

فعلى هذا يجب قيمته . وقيل : يلزمه الرد للعموم .

وأما كون المغصوب لا يقلع إذا رقع به السفينة في اللجة فلأن في قلعه إفساداً للمال الغير مع إمكان رد الحق إلى مستحقه بعد زمن يسير، ولا فرق بين أن يكون المال للغاصب أو غيره ، حيواناً محترماً أو لا .

وقال أبو الخطاب : إن كان فيها حيوان محترم أو مال لغير الغاصب لم يقلع كالخيطة والأول هو المذهب مطلقاً وعليه جماهير علمائنا، لأنه أمكن رد المغصوب من غير إتلاف كما لو كان فيها مال غيره .

واقضى ما سبق أنها لو كانت على الساحل أو كانت في اللجة والمغصوب في أعلاها بحيث لا تغرق لزمه القلع .

فوائد:

منها: حيث يتأخر القلع فللمالك القيمة، ثم إذا أمكن الرد أخذه مع الأرض إن نقص

(١) أخرجه سعيد بن منصور في الجهاد، باب ما يؤمر به الجيوش إذا خرجوا ١٨٢/٢ .

واسترد الغاصب القيمة كما لو أبق المغصوب قاله الحارثي .
ومنها: لو غصب جوهرة فابتلعها بهيمة فقال علماؤنا: حكمها حكم الخيط . قاله
الموفق والشارح والحارثي، وقال : إن كانت مأكولة دُبِحت على الأشهر.
وقال الموفق في المغني : ويُحتمل أن الجوهرة متى كانت أكثر قيمة من الحيوان دُبِح
الحيوان ورُدَّت إلى مالِكها، وضمان الحيوان على الغاصب، إلا أن يكون آدمياً .
ومنها: لو ابتلعت شاة رجل جوهرة آخر غير مغصوبة وتوقف الإخراج على الذبح
دُبِحت بقيد كون الذبح أقل ضرراً . قاله الموفق والشارح ومن تابعهما.
قال الحارثي: واختيار الأصحاب عدم القيد، وعلى مالك الجوهرة ضمان نقص
الذبح، إلا أن يفرض مالك الشاة بكون يده عليها فلا شيء له لتفريطه .
ومنها: لو أدخلت الشاة رأسها في قمقم ونحوه ولم يكن إخراجها إلا بذبحها أو
كسره فهنا حالتان :

إحدهما: أن تكون مأكولة فلعلمائنا فيها طريقتان :
أحدهما: وهو قول الأكثرين منهم القاضي وابن عقيل إن كان لا تفريط من أحد
كُسر القدر ووجب الأرش على مالك البهيمة، وإن كان بتفريط من مالِكها بأن أدخل
رأسها بيده، أو كانت يده عليها ونحوه دُبِحت من غير ضمان . وحكى غير واحد وجهاً
بعدم الذبح فيجب الكسر والضمان .
وإن كانت بتفريط مالك القدر فإن أدخله بيده أو ألقاها في الطريق كُسرت ولا
أرش . قال ذلك الحارثي .

الطريق الثاني : وهو ما قاله الموفق والشارح اعتبار أقل الضررين إن كان الكسر هو
الأقل تعيّن وإلا ذبح والعكس كذلك ، ثم التفريط من أيهما حصل كان الضمان عليه
وإن لم يحصل من واحد منهما فالضمان على مالك البهيمة إن كُسر القدر وإن ذُبِحت
البهيمة فالضمان على صاحب القدر، وإن اتفقا على ترك الحال على ما هو عليه لم يجز .
ولو قال من عليه الضمان: أنا أتلف مالي ولا أعرف شيئاً للآخر كان له ذلك .
الحالة الثانية : أن يكون غير مأكول فتكسر القدر ولا تقتل البهيمة بحال وهذا
المذهب وعليه جماهير الأصحاب .

قال الموفق : قاله الأصحاب . قال الحارثي : قاله الأكثرون .
وعلى هذا لو اتفقا على القتل لم يمكنا . وقيل : حكمه حكم المأكول على ما تقدم .
وفيه وجه ثالث : أنه تقتل إن كانت الجناية من مالها أو القتل أقل ضرراً وأطلقهن
في المغني والشرح .

فصل [إذا صاد الجارح المغصوب]

قال: (ولو غصب جارحاً أو عبداً أو فرساً فحصل بذلك صيداً أو غنيمة فلمالكه،
وعكسه الأحبولة ونحوها).

ش: أما كون الصيد والغنيمة في المسائل المذكورة لمالك الجارح والصيد والفرس؛
فلأن ذلك كله حصل بسبب ملكه فكان له ، كما لو غصب دابة فحمل عليها مال
غيره فإن الأجرة مستحقة^(١) للمالك دونه .

وقول المصنف: «وعكسه الأحبولة ونحوها» يعني : إذا غصب شبكة أو شركاً
فحصل به صيداً يكون للغاصب . وهذا أحد الوجهين .

قال في الفروع بعد أن ذكر صيد الكلب والقوس : وقيل : وكذا أحبولة وجزم به
غير واحد في كتب الخلاف ، قالوا على قياس قوله : ربح الدراهم لمالكها .
وقيل : هو للغاصب في الكل لأن الصائد والجارح آلة ، فعلى ذلك عليه أجرة ذلك
كله مدة مقامه في يده إن كان له أجرة .

وعلى الأول : لا أجرة له في وجهه ، وفي آخر عليه أجرة المثل ، لأنه استوفى منافعه
أشبه ما لم يصيد .

ولو غصب عبداً فصاد أو كسب فهو لسيده . وفي وجوب أجرة العبد على
الغاصب في مدة كسبه وصيده وجهان ، والمختار أنه لا أجرة له ، لأن منافعه في هذه
المدة مصروفة إلى مالكة فلم يستحق عوضها على غيره ، لكن لو غصب منجلاً فقطع به

(١) في الأصل: مستحقاً.

شجراً أو حشيشاً فهو للغاصب؛ لأن هذه آلة فهو كالحبل يربط به .

قال: (وإن ضرب المطبوع ونحوه ونسج الغزل وقصّر الثوب أو صبغه بغصب ونحوه الخشب وذبح الحيوان وطبخه وصار الحب زرعاً والبيض فرحاً والنوى غرساً رده وأرّش نقصه ولا شيء لغاصبه).

ش: أما كون الغاصب يلزمه رد ذلك كله بزيادته على المذهب؛ فلأن عين المال المغصوب منه فلزمه رده إليه كما لو ذبح الحيوان فقط .

ولأنه لو فعله بملكه لم يزل عنه ، فكذا إذا فعله بملكه غيره .

وأما كونه يرد أرش النقص إن نقص المغصوب بذلك؛ فلأنه حصل بفعله .

وأما كون الغاصب لا شيء له بعمله المؤدي إلى الزيادة على المذهب ، فلأنه تبرع في ملك غيره فلم يستحق لذلك عوضاً، كما لو غلى زيتاً فزادت قيمته ، لكن إن أمكنه الرد إلى الحال الأولى كحلي وأوان ودراهم ونحوها. فللمالك إجباره على الإعادة .

وعنه: يكون شريكاً بالزيادة . ذكر في المستوعب والمذهب أنها ظاهر المذهب ، لأن الزيادة حصلت بمنافعه ، والمنافع تجري مجرى الأعيان ، أشبه ما لو غصب ثوباً فصبغه. وفرق في المغني والشرح: بأن الصبغ عين مال لا يزول ملك مالكة عنه يجعله مع ملك غيره بخلاف ما ذكر .

وقال أبو بكر : يملكه الغاصب وعليه قيمته ، وهذا رواية عن الإمام أحمد . نقلها عنه محمد بن الحكم فيمن جعل حديداً^(١) سيوفاً يقوم فيعطيه الثمن على القيمة حديث النبي ﷺ في الزرع: « أعطوه ثمن بذره » . ورُد بأنه قول قديم مرجوع عنه ، وعنه : يُخير المالك بينهما ، فلو وهبه الغاصب عمله لزمه قبوله . قاله في الرعاية .

وأما كون الغاصب إذا غصب الحب فصار زرعاً والبيض إلى آخره يرد ما ذكر على المذهب؛ فلأنه عين مال مالكة .

وأما كونه لا شيء له؛ فلأنه متبرع بفعله .

هذا المذهب وعليه علماؤنا وقطع به كثير منهم . ويتخرج فيها مثل الذي قبلها. قاله

(١) زيادة من الفروع ٥٠٢/٤ .

فصل [في ضمان نقص المصوب]

قال: (ويلزمه ضمان نقصه ، فإن جنى على الرقيق غاصبه ضمنه بأكثر الأمرين ، ويؤخذ الأرض من جان غيره ، وباقي النقص من غاصبه ، أو يضمن أكثر الأمرين ويرجع هو على الجاني بأرشها فإن خصاه رده مع قيمته).

ش: أما كون الغاصب يلزمه ضمان ما نقص ولو بنبات لحية أمرد وقطع ذنب حمار القاضي بقيمته على المذهب ، فلأنه ضمان مال من غير جنابة فكان الواجب ما نقص كالبهيمة، إذ^(١) القصد بالضمان جبرُّ حق المالك بإيجاب قدر ما فُوت عليه . ولأنه لو فات الجميع لوجب قيمته فإذا فات منه شيء وجب قدره من القيمة، كغير الحيوان رقيقاً أو غيره .

هذا المذهب اختاره الموفق والشارح والمجد وغيرهم وقدمه في الحرر والفروع وغيرهما، قال الحارثي : عليه جمهور أهل المذهب . وبه قال الشافعي . وعن إمامنا: أن الرقيق يُضمن بما يُضمن به في الإتلاف ، فيجب في يده نصف قيمته وفي موضحته نصف عشر قيمته ، لأنه ضمان لأبعاضه فكان مقدراً من قيمته كأرث الجنابة .

والمذهب يضمنه مطلقاً بقيمته بالغة ما بلغت . ونقل حنبل : لا يبلغ بها دية حر، ويخرج أن يضمنه بأكثر الأمرين منهما، لأن سبب كل واحد منهما قد وجد فوجب أن يضمنه بأكثرهما كما لو غصبه وجنى عليه . تنبيه: إذا كان النقص في الرقيق مالاً مقدراً^(٢) فيه كنتقصه لكبير أو مرض فعليه ما نقص مع الرد بغير خلاف نعلمه . قاله شيخنا . فإن نقص المصوب بغير انتفاع واستعمال أو عاب وجب أرشه ، وفي أجرته

(١) في الأصل: إذا.

(٢) في الأصل: مقدر.

وجهان . فإن نقص باستعماله فكذلك .

وقيل: يجب الأكثر من أجرته وأرش نقصه ، وإن غصب ثوباً فلبسه وأبلاه فنقص نصف قيمته ثم غلت الثياب فعادت قيمته رده وأرش نقصه.

وأما كونه يضمن أكثر الأمرين إذا غصب الرقيق وجنى عليه ، فلا أنه وجد سبب ضمان كل واحد منهما فوجب اعتبار أكثرهما ترتيباً على السبب الموجب ما يقتضيه . هذا على القول بأن ضمان الغصب غير ضمان الجناية وهو الصحيح ودخل الآخر فيه ، وإن قلنا ضمان الغصب ضمان الجناية كان الواجب أرش الجناية، كما لو جنى عليه من غير غصب .

وإن جنى عليه غير الغاصب بأن قطع يده مثلاً كان للمالك تضمين من شاء منهما ؛ لأن الجاني قطع يده والغاصب حصل النقص في يده فله^(١) تضمين الغاصب أكثر الأمرين إذا قلنا أن ضمان الغصب ما نقص ، ويرجع الغاصب على الجاني بأرش الجناية وهو نصف القيمة هنا، لأنها أرش جناية فلا يجب عليه أكثر منها.

وله تضمين الجاني أرش الجناية وهو نصف القيمة لا غير، ولم يرجع على أحد، لأنه لم يضمه أكثر مما وجب عليه . وتضمن الغاصب ما بقي من النقص أي: إذا كان أكثر من نصف القيمة ولا يرجع على أحد.

وإن قلنا ضمان الغصب ضمان الجناية أو لم ينقص أكثر من قيمته لم يضمن الغاصب هاهنا شيئاً، وإن اختار تضمين الغاصب وقلنا إن ضمان الغصب كضمان الجناية ضمنه نصف القيمة ورجع بها الغاصب على الجاني؛ لأن التلف حصل بفعله .

وأما كونه يلزمه رد العبد إذا خصاه أو قطع يديه أو ذكره أو ما^(٢) تجب فيه الدية من الحر؛ فلا أنه عين ملك غيره .

وأما كونه يلزمه رد قيمته نص عليه؛ فلا أن تلف البعض لا يقف ضمانه على زوال الملك كقطع خصيتي ذكر المدبر.

ولأن المضمون هو المفوت فلا يزول الملك عن غيره بضمانه كما لو قطع تسع

(١) زيادة يقتضيها السياق.

(٢) مثل السابق.

أصابع وبه قال مالك والشافعي .

وقال أبو حنيفة: يُخير المالك بين أن يصبر وبين أخذ قيمته وبملكه الجاني .
وعن إمامنا في عين الدابة من الخيل والبغال والحمير ربع قيمتها . نصره القاضي وأصحابه ؛ لما روى زيد بن ثابت « أن النبي ﷺ قضى في عين الدابة بربع قيمتها »^(١) .
وعن عمر رضي الله عنه أنه كتب إلى شريح لما كتب إليه يسأله عن عين الدابة:
« إنا كنا ننزلها منزلة الآدمي إلا أنه أجمع رأينا أن قيمتها ربع الثمن »^(٢) وهذا إجماع فقدم على القياس ، وخص في الروضة هذه الرواية بعين الفرس وأن عين غيرها بما نقص ، لكن قال الإمام أحمد في عين الدابة كقول عمر ، والأول أصح أي: أنه يُضمن بنقصه بالقيمة ، رقيقاً كان أو غيره . وحديث زيد لا تُعرف صحته بدليل احتجاج الإمام أحمد بقول عمر دونه ، مع أن قول عمر محمول على أن ذلك كان قدر نقصها .
كما روي عنه أنه قضى في العين القائمة بخمسين ديناراً ، ولو كان تقديراً لوجب^(٣) في العين نصف الدية كعين الآدمي .

قال: (وما نقص بسعر لم يُضمن ولا يمرض عاد ببرئه وإن عاد بتعلم^(٤) صنعة ضمن النقص).

ش: أما كون الغاصب لا يضمن النقص لتغير الأسعار؛ فلائنه رد المغصوب بحاله لم ينقص منه عين ولا أثر فلم يجب عليه شيء ، كما لو لم ينقص في السوق نص عليه وهو قول جمهور العلماء .

وعنه : بلى . ذكرها ابن أبي موسى كعبد خصاه فزادت قيمته . وقيل : مع تلفه .
وأما كونه لا يلزمه نقصه لمرض ثم عادت القيمة ببرئه إذا رده؛ فلائنه لم يذهب ماله قيمة ، والعيب الذي أوجب الضمان زال في يده ، وكما لو انتلع سنه ثم عاد .

(١) أخرجه الطبراني في الكبير ١٣٩/٥ ح ٤٨٧٨ .

(٢) أخرجه عبد الرزاق في العقول نحوه ، باب عين الدابة ٤٠٠/١٠ ح ١٨٤١٨ . والبيهقي في الغصب ، باب لا يملك أحد بالجناية شيئاً ٩٨/٦ .

(٣) في الأصل: لو اوجب .

(٤) في الأصل: بتعليم . وانظر الوجيز .

ونصه : يضمن النقص، كزيادة في يده ، على الأصح .
فعلى الأول : لو رد المغصوب معيباً وزال عيبه في يد مالكه وكان أخذ الأرض لم يلزمه رده، لأنه استقر ضمانه برد المغصوب وإن لم يأخذه سقط ضمانه لذلك .
وأما كونه يضمن ما زاد من جهة أخرى كما مثل المصنف فعادت القيمة؛ فلأن الزيادة الثانية من غير جنس الأولى فلم يجبر بها .

قال: (وإن تعلم أو سمن فزادت قيمته ثم نسي أو هزل فنقصت ضمن الزيادة كما لو عادت من غير جنس الأولى ومن جنسها لم يضمن إلا أكثرهما وإن زادت قيمته بهزال رده مجاناً).

ش: أما كون الغاصب يضمن زيادة القيمة بتعلم أو سمن كغصبه عبداً قيمته مائة فزادت قيمته بما ذكر حتى صارت مائتين ثم نقصت القيمة بنقصان بدنه أو نسيان ما تعلمه حتى صارت قيمته مائة ضمن الزيادة مع رده ، فلأنها زيادة في العين المغصوبة فوجب أن يضمنها، كما لو طالبه بردها فلم يفعل ، وكما لو كانت موجودة حال الغصب .

هذا المذهب ، جزم به في الهداية والمغني والمستوعب وغيرهم ، وقدمه في الفروع .
وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة ومالك: لا يجب عليه عوض الزيادة إلا أن يطالبه بردها زائدة فلا يردّها؛ لأنه رد العين كما أخذها فلم يضمن قيمتها كنقص سعرها .
وذكر ابن أبي موسى في الإرشاد رواية : أن المغصوب إذا زادت قيمته لسمن أو تعلم صنعة ثم نقصت بزوال ذلك [فلا ضمان عليه إذا رده بعينه]^(١) .

وأما كونه إذا عاد مثل الزيادة الأولى من غير جنسها يضمنها، فلأن الثانية غير الأولى جزم به علماؤنا ، مثل ذلك: إذا غصبها وقيمتها مائة فسمنت فبلغت قيمتها ألفاً ثم تعلمت صناعة فبلغت ألفين ثم هزلت ونسيت فعادت إلى مائة ردها ورد ألفاً وتسعمائة، وإن بلغت بالسمن ألفاً ثم هزلت فعادت إلى مائة ثم تعلمت فبلغت ألفاً ثم

(١) ما بين المعكوفين زيادة من الشرح ٤٠٤/٥ .

نسيت فعادت إلى مائة ردها ورد ألفاً وثمانمائة، لأنها نقصت بالهزال تسعمائة، وبالنسيان تسعمائة، وإن سمئت فبلغت ألفاً، ثم هزلت فعادت إلى مائة ثم تعلمت فعادت إلى ألف ردها وتسعمائة؛ لأن زوال الزيادة الأولى أوجب الضمان ثم حدثت زيادة أخرى من وجه آخر على ملك المغصوب منه فلا يجبر ملك الإنسان بملكه .

وقال أبو الخطاب : متى زادت ثم نقصت ثم زاد مثل الزيادة الأولى فوجهان، سواء كانا من جنسين كالسمن والتعلم ، أو من جنس كسمن مرتين .

وأما كونه يضمن إذا عاد مثل الزيادة الأولى من جنسها، فلأن الزيادة الثانية غير الأولى . وهذا أحد الوجهين صححه ابن حمدان كما لو كانا من جنسين .

فعلى هذا لو هزلت مرة ثانية بأن كان قيمتها مائة يوم الغصب فسمئت فبلغت ألفاً ثم هزلت فعادت إلى مائة ثم سمئت فعادت إلى ألف ثم هزلت فعادت إلى مائة ضمن النقصين بألف وثمانمائة .

وقيل : يضمن أكثر السمين قيمة، جزم به المصنف فتدخل فيها الأخرى .
فائدة: من صور المسألة : لو كان الذاهب علماً أو صناعة فتعلم علماً آخر أو صناعة أخرى. قاله الحارثي.

وقال الموفق والشارح : هو كعود السمن يجري فيها الوجهان .

قال الحارثي : والصحيح الأول .

وأما كونه إذا غصب عبداً مفراطاً في السمن فهزل فزادت قيمته أو لم ينقص القيمة يرده مجاناً؛ لأنه عين ملك غيره ، ولا شيء عليه ، لأن القيمة لم تنقص فلم يجب شيء .

قال: (وتخير فيما لم يستقر نقصه بين المثل وأخذه إذا استقر مع أرش نقصه).

ش: أما كون مالك ما ذكر؛ كحنطة ابتلت وعفنت خير بين أخذ مثلها وبين تركها حتى يستقر فسادها ويأخذها وأرش نقصها، لأنه لا يمكن أن يجب له المثل لوجود عين ماله ، ولا يجب أرش العيب لعدم استقراره ، لأنه لا يمكن معرفته ولا ضبطه ، وحيث كان كذلك بقيت الخيرة إليه بين أخذ البدل لما في التأخير من الضرر، وبين الصبر حتى يستقر الفساد.

ولأنه إذا رضي بالتأخير سقط فيأخذ العين؛ لأنها ملكه ويأخذ أرش النقص من

الغاصب؛ لأنه حصل بجنايته أشبه تلف الجزء المغصوب . وهذا أحد الوجوه جزم به في الهداية والمستوعب والخلاصة وغيرهم وقدمه في الرعاية الكبرى والنظم .

قال الموفق : قول أبي الخطاب في الهداية لا بأس به . وقيل : له أرش ما نقص من غير تخيير . اختاره الموفق في المغني وقدمه في الشرح . وقيل: يضمه ببذله كما في الهالك .

قال الحارثي : وهو قول القاضي وأصحابه ، الشريف أبي جعفر وابن عقيل والقاضي يعقوب وغيرهم .

وخيرة في الترغيب بين أخذه مع أرشه وبين أخذ بذله، وأطلقهن في الفروع .
تنبيه: محل الخلاف: إذا لم يستقر العفن أما إن استقر فالأرش بغير خلاف في المذهب. قاله الحارثي.

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

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

قال: (وجناية المغصوب على غاصبه وماله هدر في غير قود وعلى غيره يلزم أرشها الغاصب وزوائد الغصب كالأصل).

ش: أما كون أرش جناية المغصوب على الغاصب ، فلأنه نقص في مالية العبد لكونه يتعلق برقبته فكان مضموناً على الغاصب كسائر النقص ، سواء جنى على سيده [أو غيره]^(١) ؛ لأنها من جملة جناياته فكان مضموناً على الغاصب كالجناية على الأجنبي ، هذا الصحيح من المذهب وعليه جماهير علمائنا، وجزم به في المغني والشرح والخلاصة وغيرهم وقدمه في الفروع .

وقيل : لا يضمن جنايته على سيده لتعلقها برقبته .

وأما كون جنايته على الغاصب وعلى ماله هدر^(٢) ؛ فلأنه إذا جنى على أجنبي

(١) زيادة يقتضيها السياق. وانظر المغني ٣٨٩/٥.

(٢) في الأصل: هدر.

وجب أرشه على الغاصب ، فلو وجب له شيء لوجب على نفسه ، ومحله في غير قود .
جزم به في المحرر والفروع أيضاً ، فلو قتل عبداً لأحدهما عمداً فله قتله به ثم يرجع السيد
بقيمته على الغاصب فيهما .

وأما كون زوائد الغصب تضمن ، فلأنها مال غيره حصلت في يده بالغصب
فضمنت بالتلف كما لو أتلّفها منفردة وقياساً على الأصل .

وأما قوله: «كالأصل» إشارة إلى أن كل ما يضمن به الأصل يُضمن به الزوائد
لينبه على ذلك ولينقل كل حكم ثابت في الأصل إلى زوائده ، وسواء تلف منفرداً أو مع
الأصل مثل: ثمرة الشجرة أو ولد الحيوان ، وبهذا قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة ومالك : لا يجب ضمان زوائد الغصب إلا أن يطالب بها فيمتنع من
أدائها؛ لأنها غير مغضوبة فلا يجب ضمانها كالوديعة .

فصل [إذا خلط المغصوب بما لا يتميز]

قال: (وإن خلطه بما لا يتميز؛ كزيت أو حنطة بمثلهما، أو صبيغ التوب أو لث سويقاً
بدهن أو عكس ولم تنقص القيمة ولم ترد فهما شريكان بقدر ملكيهما فيه، وإن
نقصت القيمة ضمنها وإن زادت فبما أحدهما فلصاحبها ولا يخرج من أبي القلع).

ش: أما كون الغاصب إذا خلط المغصوب بما ذكر بمثلهما لزمه أن يرد بقدر كيله
منه؛ فلأنه قدر على رد بعض العين ومثل الباقي فيما له مثل فوجب ، كما لو غصب
صاعاً فتلف بعضه فإنه يلزمه رد الموجود وبذل التالف كذلك هنا . وإن خلطه بخير منه ،
أو أردأ ، أو بغير جنسه فهما شريكان فيه بقدر قيمتهما فيباع ، ويُعطى كل واحد قدر
حصته ، لأنه إذا فعل ذلك وصل إلى كل واحد منهما عين ماله ، وإذا أمكن إيصال عين
المال لم يُعدل إلى البدل .

وقال القاضي: ما تعذر تمييزه^(١) كالتالف يلزمه عوضه ؛ لأنه تعذر الوصول إليه

(١) في الأصل: تمييزه . وانظر المحرر ٣٦١/١ .

فيرجع إلى بدله وهو المثل إن كان مثلياً، أو القيمة إن كان من ذوات القيم كما لو تلف .

وأما كونه إذا صبغ الثوب أو لتَّ سويقاً... إلى آخره^(١) يضمن النقص إذا نقصت قيمتهما أو قيمة أحدهما؛ فلائنه نقص حصل بتعديده فضمنه ، كما لو أتلّف بعضه ، ولا بد أن يُلاحظ أن النقص هنا بسبب العمل فإن كان بسبب تغير السعر لم يضمنه . صرح به الموفق في المغني .

وأما كونهما شريكين بقدر ملكيهما إذا لم تنقص ولم تزد أو زادت قيمتهما؛ فلائن عين الصبغ ملك الغاصب واجتماع الملكين يقتضي الاشتراك .

وأما كون الزيادة لصاحب الملك الذي زادت قيمته ؛ فلائنها تبع الأصل .

وأما كون كل واحد من الغاصب والمغصوب منه لا يُجبر على قلع الصبغ على الأول ؛ فلائن المزيد إما المغصوب منه وإما الغاصب ، فإن كان المغصوب منه لم يجبر الغاصب عليه ، لأن الصبغ يهلك بالإخراج وقد أمكن وصول الحق إلى صاحبه بدونه وهو البيع ، وإن كان الغاصب لم يُجبر المغصوب منه ؛ لأن ماله ينقص بسبب أخذه . هذا المذهب اختاره الموفق والشارح وابن عقيل وغيرهم ، وقدمه في المحرر والفروع .

قال القاضي: هذا قياس المذهب . وفيه وجه آخر: يجبر ويضمن النقص ، سواء كان الغاصب أو المغصوب منه وأطلقهما الحارثي في شرحه .

ويُحتمل أن يُجبر إذا ضمن الغاصب النقص، وهذا قدمه في الهداية والمستوعب والخلاصة وغيرهم .

قال الموفق والشارح : إذا أراد الغاصب قلع الصبغ فقال أصحابنا: له ذلك ، سواء أضر بالثوب أو لم يضر، ويضمن نقص الثوب إن نقص ولم يفرق الأصحاب بين ما يهلك صبغه بالقلع وبين ما لم يهلك .

قال الموفق : وينبغي أن ما يهلك بالقلع لا يملك قلعه .

(١) في الأصل: آخر.

فائدتان:

إحدهما: لو طلب المالك تملك الصبغ بالقيمة فقال القاضي وابن عقيل : ظاهر كلام الإمام أحمد: لا يجبر الغاصب على القبول واختاره ، قاله في القواعد. وذكر الموفق وجهاً بالإجبار قال الحارثي: وهو الصحيح .
الثانية : لو نسج الغزل المغصوب أو قصّر الثوب أو عمل الحديد إبراً أو سيوفاً ونحو ذلك ووهبه للمالكه: لزمه قبوله .
ولو سمر بمساميره باباً مغصوباً^(١) ثم وهب المسامير لرب الباب: لم يلزمه قبولها .
قطع به الأكثر منهم صاحب المستوعب والتلخيص والرعاية .
قال في الفروع: في الأصح . وقيل: يلزمه .

فصل [في وطء الغاصب]

قال: (وإن غصب جارية فوطئها أو باعها أو وهبها لعالم بالغصب فوطئها فعليه الحد والمهر والنقص والأجرة، وبأخذها السيد وولدها قيمة من تلف منهما ويضمن من شاء، ويرجع الغاصب ولا عكس).

ش: أما كون الغاصب الواطئ الجارية عليه الحد ؛ فلأنه زان فيدخل تحت الأدلة الموجبة للحد.

وأما كونه عليه المهر ، سواء كانت الموطوعة بكرًا أو ثيبًا؛ فلأن المهر يجب بالوطء في غير زوجته وأمته، دليله^(٢) وجوبه في وطء الحرة .
ولا فرق بين المطاوعة وغيرها، لأن المهر هنا للسيد فلا يسقط بطاوعتها ؛ كما لو أذنت في قطع يدها.

ولأنه حق يجب للسيد مع إكراهها فوجب مع مطاوعتها كأجرة منافعتها. وبهذا فارقت الحرة المطاوعة إذ الحق لها فسقط بما يدل على إسقاطه ؛ لأن رضاها اقترن

(١) في الأصل: بمسامير باباً معقوباً. وانظر الإنصاف ١٦٧/٦.

(٢) في الأصل: دليل.

بالسبب الموجب، وهذا المذهب مطلقاً وعليه أكثر علمائنا، وصححه الموفق والشارح .
قال الزركشي: هذا المذهب ، وجزم به غير واحد وقدمه في الفروع والنظم
والحارثي وغيرهم.

وقال الشافعي : لا مهر للمطauوعة.

وعن إمامنا: لا يلزمه مهر الثيب . اختاره أبو بكر في التنبيه والخرقي وابن عقيل وأبو
العباس ولم يوجب عليه سوى أرش البكارة . نقله عنه في الفائق .

قال الزركشي : عدم لزوم مهر الثيب بعيد . وعنه : لا يلزمه أرش البكارة ؛ لأنه
يدخل في مهرها وهو احتمال في المغني وغيره . قال الحارثي: وهو واه . وعنه : لا مهر
مع الطauوعة . ذكره الآمدي . قال الزركشي : وهو جيد.

وأما كونه عليه النقص وأرش البكارة؛ فلأنه إذهب جزء أشبه قطع يدها ونقص
الولاء.

ولأنها عين مغصوبة نقصت بفعله فضمن نقصها كما لو كانت أرضاً فنقصت
بغرسها .

فإن قيل: لم جمعتم بين المهر وأرش البكارة ؟

قيل: لأن كل واحد يُضمن منفرداً بدليل أنه لو وطئها ثيباً وجب مهرها، ولو
افتضها بإصبعه وجب أرش بكارتها، وإذا وجب ضمانهما منفردين وجب ضمانهما
مجتمعين .

وأما كونه عليه الأجرة للمدة، فلأنها عين مغصوبة فلزمته أجرتها كما لو كانت
دابة .

وأما كون السيد يأخذها؛ فلأنها ماله وهذا حكم المغصوب يجب على الغاصب رده
وإذا قدر عليه مالكة أخذه .

وأما كونه يأخذ ولدها معها ؛ فلأنهم عبيده ونماء ملكه ونسبهم غير لاحق بالواطئ
حتى يعصمهم من الرق فهم كولد الدابة .

وأما كونه له تضمين نقص العين المغصوبة وقيمة من تلف منهما، فلأن ذلك جميعه
يضمنه الغاصب لو تعدد فكذا هنا.

وأما كون المالك له تضمين من شاء من الغاصب والمشتري أو الموهوب له؛ فلأن كل واحد منهما متصرف في مال غيره بغير إذنه ، فوجب أن يملك تضمين من شاء منهما ؛ لما فيه من تحصيل حقه وزجر من يشتره من غاصبه أو يتهبه .

وأما كون الغاصب يرجع إذا ضمنه المالك ولا عكس ، فلأن النقص حصل في يده والمنفعة التي يقابلها المهر والأجرة حصلت للمشتري أو الموهوب له دون الغاصب ، والأولاد أولادهما فوجب أن يستقر ضمان ذلك عليهما .

وأما كونهما لا يرجعان على الغاصب إذا ضمن المشتري أو الموهوب له؛ فلأن الغاصب لو ضمنه المالك لرجع به ، فكيف يُرجع بذلك عليه ؟

تنبيه: قوله : «وقيمة من تلف منهما» لكن لو انفصل الولد ميتاً فلا يخلو: إما أن يكون مات بجنايته أو لا، فإن مات بجناية فلا يخلو: إما أن يكون من الغاصب أو من غيره ، فإن كانت من الغاصب فقال الموفق في المغني والشارح وغيرهما: عليه عُشر قيمة أمه . وقال الحارثي : والأولى أكثر الأمرين من قيمة الولد أو عشر قيمة أمه . وإن كانت الجناية من غير الغاصب فعليه عشر قيمة أمه بلا نزاع يرجع به على من شاء منهما، والقرار على الجاني .

وإن كان مات من غير جناية فالصحيح من المذهب: أنه لا يضمه ، قدمه في المغني والشرح والفروع والفائق واختاره القاضي وابن عقيل وصاحب التلخيص . وقيل : يضم . اختاره القاضي أبو الحسين والموفق .

قال الحارثي : وهو أصح . فعلى القول بالضمان ، فقيل: يضمه بعشر قيمة أمه . اختاره الموفق . وقيل : بقيمته لو كان حياً . اختاره القاضي أبو الحسين ، وأطلقهما في الفروع وشرح الحارثي والقواعد الأصولية، ويحتمل الضمان بأكثر الأمرين . قال الحارثي: وهذا أقيس .

فوائد:

منها: قال الحارثي: والوجهان جاريان في حمل البهيمة المغصوبة إذا انفصل كذلك . ومنها: لو ولدته حياً ثم مات ضمنه بقيمته . جزم به في المغني والشرح وغيرهما.

وظاهر كلام الناظم فيه الخلاف المتقدم .

ومنها: لو قتلها الغاصب بوطئه وجبت عليه الدية، نقله منها وحزم به في الفروع .
ومنها: هذا الحكم فيما تقدم إذا كان عالماً. فأما إن كان جاهلاً بالتحريم فالولد حر للغاصب ، نص عليه . فإن انفصل حياً فعلى الغاصب فداؤه يومئذ . وإن انفصل ميتاً من غير جناية فغير مضمون بلا خلاف .

وإن كان بجناية فعلى الجاني الضمان ، فإن كان من الغاصب فغرة مورثة عنه لا يرث الغاصب منها شيئاً، وعليه للسيد عشر قيمة الأم . وإن كان من غير الغاصب فعليه الغرة يرثها الغاصب دون أمه ، وعلى الغاصب عشر قيمة الأم للمالك .

ومنها: لو غصبها حاملاً فولدت عنده ضمن نقص الولادة كما قال الموفق . فإن مات الولد فقال الخرقى : يضمه بأكثر ما كانت قيمته . وفي المستوعب والتلخيص: هل يلزمه قيمته يوم مات أو أكثر ما كانت ؟ على روايتين .

قال الحارثي : والمذهب الاعتبار بحالة الموت . وإن انفصل ميتاً فعلى ما تقدم من التفصيل ، وإن ماتت الأم بالولادة وجب ضمانها، وكذلك لو غصبه مريضاً فمات في يده بذلك المرض . جزم به الحارثي .

قال: (وإن لم يعلميا فولدتهما حر يضمنانه^(١) بقيمته ويرجعان بها وبغيرها على الغاصب ، وإن تلفت بقيمتها يرجع بها التهب دون المشتري لكن بالثمن ويضمن الزوج قيمة الولد يرجع بها على الغاصب).

ش : أما إذا كانا عالمين بأنها مغصوبة فحكمهما حكم الغاصب فيما مر ؛ لأنهما متعديان بإقدامهما على الاستمتاع بملك الغير بغير إذنه .

ولأن يديهما مبنية على يد عادية فكان حكمهما مع العلم حكمهما.

وإن لم يكونا عالمين بالحال تعلق بذلك أحكام :

أحدها: أن أولاد المشتري من الأمة إن أولدها أحرار، لاعتقاده حریتهم بالوطء ؛ لأنه مغرور اعتقد أنه يطاء في ملكه ، وللاعتقاد تأثير في الحرية، والأصل في هذا: أن

(١) في الأصل: يضمنانه. وانظر الوجيز.

الأصل في الإنسان الحرية وأنه ينعقد حراً، وللشرع داعية إلى حريته لكونه متعلق بالطاعات والعبادات التي هي حق الشرع ، ولأجلها خلق الله عز وجل الخلق {وما خلقت الجن والإنس إلا ليعبدون} [الذاريات: ٥٦] ، فلما كان الأمر هكذا جعل اعتقاد الواطئ ونحوه من الأمور المناسبة شبهة يدرأ بها الرق، ويُرد بها الإنسان إلى أصله في الحرية، كما أنه لما كان للشرع تشوف إلى ستر الخلق ونقاء نفوسهم درأ الحدود بالشبهات ، ولما كان له تشوف إلى الإسلام رد الإنسان إليه ما ليس شبهة كاقطاع الطفل عن أبويه بإسلام أحدهما أو موته أو سبي السائب ونحو ذلك .

إذا عرف هذا وثبتت حرية أولاده فإنه يفديهم بعوض يدفعه إلى مالك الأمة، لأنه فوت عليه ماليتهم باعتقاده حريتهم ، إذ لولا اعتقاد الواطئ ذلك لانعقدوا أرقاء لمالك أمهم؛ لأنهم نماء ملكه ، ونتيجة ماله كما في وطء الغاصب والزاني ، وإذا كان الواطئ هو الذي فوت ملكهم على سيد الأمة وجب عليه تعويضه عنهم ضمان إتلاف ، لأنه أتلّف عليه ماليتهم ، أو ضمان حلولة؛ لأنه حال باعتقاد حريتهم بينه وبين رقهم ، ثم فيما يفديهم به روايات :

الأولى: يفديهم بقيمتهم يوم وضعهم يعني تقدير كونهم رقيقاً، لأنهم ليسوا من ذوات الأمثال فكان ضمانهم بالقيمة كسائر المتقومات ، وهو المذهب . اختاره الموفق والشارح وصاحب التلخيص وابن منجى في شرحه وابن الزاغوني .
قال القاضي في المجرد: وهو أشبه بقوله؛ لأنه نص على أن^(١) الحيوان لا مثل له^(٢) ، وهو مذهب الأئمة الثلاثة وجزم به غير واحد، وقدمه في الفروع وغيره .

الثانية: يفديهم بمثلهم ، والمراد مثلهم في القيمة، إذ الحيوان ليس مثلياً في نفسه ، فيقال: لو كان الغلام من ولد الجارية عبداً لكانت قيمته مائة فيفدى بعبد قيمته مائة. وإنما قلنا يفدى بمثله ، لأن المثل أضبط الأبدال ، وإنما قلنا بمثله في القيمة لما ذكرنا من تعذر المثل في الحقيقة.

ولأن القيمة بدل الحقيقة فإذا تعذرت الحقيقة صرنا إلى بدلها وهي القيمة كما نصير

(١) زيادة من الإنصاف ١٧٢/٦ .

(٢) مثل السابق.

إلى المثل في المثليات . حيث قلنا يفديهم في هذه الرواية بالمثل أو القيمة في التي قبلها يكون ذلك يوم الوضع على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير علمائنا منهم القاضي وأبو الخطاب والموفق والمجد وغيرهم وقدمه في الفروع وغيره . وعنه: يكون الفداء يوم الخصومة. وهو ظاهر إطلاق الإمام أحمد في رواية ابن منصور وجعفر.

والرواية الثالثة : يضمنهم بمثلهم في الصفة تقريباً؛ لأن الأصل في الضمان أن يكون بالمثل ، لأنه أقرب إلى العدل ، فإذا تعذر المثل في الذات اعتبر في الصفات ؛ لأنه أقرب إلى الأصل ، وإذا تعذر التحقيق اعتبر التقريب ، والأصل في ذلك المحافظة على الأصول وما كان أقرب إليها.

الرابعة: يُخير بين الفداء بالقيمة والمثل فيها . ويُحتمل التخيير بين الروايات الأربع لقيام دليل كل منهن أو شبهة دليله .

وهذا الخلاف إنما هو الواجب القاطع للتنازع عند وقوعه . أما لو اصطلحنا في الفداء على قليل أو كثير جاز ؛ لأن الحق لهما لا يخرج عنهما. ومأخذ الخلاف في الفداء أن هؤلاء الأولاد فيهم حرية حقيقة ورق تقديري فهل يفدون فداء الرقيق بالقيمة أو فداء غيره بما ذكر ؟

الثاني من الأحكام : لا حد عليه بالوطء لاعتقاده أنه وطئ ملكه فهو شبهة تدرأ الحد.

ولأن النسب لا حق في هذا الوطء ، ووجوب الحد ولحق النسب مما لا يجتمع . الثالث: لسيد الجارية أخذها ؛ لأنها ماله لم تنتقل عنه حكماً أشبه ما لو وجدها في يد الغاصب .

ولأنه لم يطب نفساً بخروجها عنه فلا تحل لغيره عملاً بالنص . الرابع : يرد المشتري معها مهر مثلها، لأنه وقع في ملك غيره فكان ضمانه عليه كالغاصب .

الخامس: أن المشتري يرجع بذلك كله على الغاصب ، يعني بمهر المثل وفداء الأولاد وأجرة الاستخدام وسائر ما يضمنه المشتري للمالك ، يرجع به على الغاصب وهو

البائع ، لأنه غره بإيهامه أن الجارية سليمة العاقبة لا درك عليه فيها، فإذا تبين الأمر بخلافه صار متسبباً إلى غرامته ، فكان له الرجوع عليه فيها كما لو باشر إتلاف ماله وكما في غرور النكاح .

واعلم أن الذي يرجع به المالك على المشتري هو المهر وفداء الأولاد والأجرة ونقص الولادة وأرش البكارة وقيمة الأمة إن تلفت عنده ، وكل ذلك يرجع به المشتري والموهوب له على الغاصب لغروره على ظاهر كلام المصنف ، إلا المشتري في قيمة الأمة لكن يرجع بالثمن ، لأن المشتري دخل في العقد على أن ضمانها عليه ، بخلاف بقية الغرامات فإنهما دخلا على أنهما يستبيحان ذلك في ملكهما من غير عهدة ولا اعتراض .

وهذا يحتاج إلى تقرير قاعدة وهي في خاتمة هذه المسألة فنقول وبالله عز وجل التوفيق : إن من قبض مغصوباً من غاصبه فيما أن يكون عالماً بالغصب ، أو لا ، فإن كان عالماً فحكمه حكم الغاصب للمالك الرجوع على من شاء منهما بالمغصوب وما يلحقه من سائر الغرامات ، سواء كان القابض من الغاصب بائعاً أو متبهاً أو مستأجراً أو مستعيراً أو غير ذلك لما سبقت الإشارة إليه وأيهما ضمنه المالك لا يرجع على الآخر. وإن لم يكن القابض عالماً بالغصب فهو كالغاصب في أن للمالك تضمينه العين والمنفعة ولو احق ذلك مما تقدم ، فإن ضمنه المالك ذلك كان له الرجوع على الغاصب بما لم يلتزم هو ضمانه بالقبض ، وذلك لأن القابض تارة يلتزم ضمان المقبوض كما في البيع والعارية، وتارة لا يلتزم كما في الهبة والوديعة، فما التزم القابض ضمانه بعقد القبض لم يرجع به إذا غرمه على الغاصب لدخوله على بصيرة من لزوم ضمانه له، وما لم يلتزم ضمانه رجع به عليه ؛ لأن الغاصب غره فيه كما مر.

إذا عرف هذا فالقابض من الغاصب إن كان مودعاً أو متبهاً فضمنه المالك قيمة العين والمنفعة رجع بهما على الغاصب ، لأن المودع والمتبهي لا يلتزم بالوديعة والهبة ضمان شيء من ذلك ، لأنه أمين أو مستفيد بلا عوض ، وإن كان مستأجراً رجع على الغاصب بقيمة العين دون المنفعة، لأنه التزم ضمان المنفعة بالأجرة ولم يلتزم ضمان العين ، إذ العين المؤجرة أمانة في يد المستأجر كالوديعة . وإن كان مشترياً أو مستعيراً

رجع على الغاصب بقيمة المنفعة دون العين عكس المستأجر، لأن المشتري والمستعير إنما التزما ضمان العين دون المنفعة، إذ المشتري يستوفي منفعة المبيع على ملكه من غير عوض بحكم البيع، والمستعير يستوفيها بحكم الهبة أو الإباحة بعقد العارية، ويسترد المشتري والمستأجر من الغاصب ما دفعوا إليه من الثمن والأجرة بكل حال، لأن ما بذلا ذلك في مقابلته من العين والمنفعة لم يسلم لهما لما ذكرناه.

فتلخص من هذا أن قابض المصوب من غاصبه كالغاصب في جواز تضمين المالك له غير أنه إن كان عالماً بالغصب لا يرجع على الغاصب، لأن قرار ما استوفاه من المصوب عليه لتعديه، وإن لم يكن عالماً رجع على الغاصب بما لم يلتزم بالقبض ضمانه؛ لأن قرار ما استوفاه من المصوب على الغاصب لغروره لا عليه هو لعدم تعديه. والله عز وجل أعلم بالصواب.

وأما كون الزوج يضمن الولد بالقيمة، فلا أنه ينعقد رقيقاً؛ لأن الواطئ لا يعتقد أنها مملوكة بخلاف المشتري الجاهل بالغصب. ومثل ذلك: أن يكون المشتري جاهلاً بغصبها فيزوجها لغير عالم بالغصب فتلد منه فهو مملوك يضمنه من هو في يده بقيمته إذا تلف.

وأما كونه يرجع بالقيمة على الغاصب، فلا أن الغاصب غره.

ولأنه دخل على أن الولد إن تلف، على مالك الجارية؛ لأنه مملوكه، وهذا إحدى الروايتين صححه في التصحيح، وهذا بناء على الروايتين في ضمان النفع إذا تلف عند المشتري. قاله الموفق والشارح.

والمذهب هناك: أنه يرجع عليه بأجرة النفع على ما تقدم فكذا هنا.

والرواية الثانية: لا يرجع بها؛ لأن التلف حصل في يده أشبه تلف الجارية.

فائدة: ذكر العلامة الشيخ زين الدين بن رجب في قواعده: أن الأيدي القابضة من

الغاصب مع عدم العلم بالحال عشرة مسائل:

الأولى: الغاصبة ويتعلق بها الضمان كأصلها ويستقر عليها مع التلف تحتها ولا

يطالب بما زاد على مدتها.

الثانية: الآخذة لمصلحة الدافع كالاستيداع والوكالة بغير جعل فالمشهور: أن

للمالك تضمينها ثم يرجع بما ضمن على الغاصب لتغريه، وفيه وجه آخر باستقرار

الضمان عليها لتلف المال تحتها من غير إذن . صرح به القاضي في المجرد في باب المضاربة وسيأتي أصله . ويتخرج وجه آخر: أنه لا يجوز تضمينها بحال من الوجه المحكي له في المرتهن ونحوه وأولى . وخرجه الشيخ تقي الدين من مودع المودع حيث لا يجوز له الإيداع فإن الضمان على الأول وحده .

كذلك قال القاضي في المجرد وابن عقيل في الفصول وذكر أنه ظاهر كلام أحمد، ومن الأصحاب من^(١) منع ظهوره ، وعلى تقدير أنه كذلك ففرقوا بين مودع المودع ، ومودع الغاصب بأن الواجب للضمان في الأول القبض وهو سبب واحد، فلا يجب به الضمان من جهتين ، بخلاف مودع الغاصب فإن قبضه صالح لتضمينه حيث كان الضمان مستقراً على الغاصب قبله ، وبأن الضمان يترتب على القبض فهو متأخر عنه ، والقبض وقع من يد أمانة ولا عدوان فيه لعدم العلم ، فاختص الضمان بالمتعدي بخلاف مودع الضمان لقبضه من يد ضامنة قبل القبض .

واعلم أن ما ذكره الأصحاب في الوكالة والرهن أن الوكيل والأمين في الرهن إذا باعا وقبضا الثمن ثم بان المبيع مستحقاً لم يلزمهما شيء لا تناقض هذه المسألة كما يتوهمه من قصر فهمه ، لأن مراد الأصحاب بقولهم لم يلزم الوكيل شيء أنه لا يطالبه المشتري بالثمن الذي أقبضه أياءه ، لأن حقوق العقد تتعلق بالموكل دون الوكيل . أما أن الوكيل لا يطالبه المستحق للعين بالضمان فهذا لم يتعرضوا إليه هاهنا البتة ، وهو بمعزل عن مسألتهم بالكلية .

الثالثة: القابضة لمصلحتها^(٢) ومصلحة الدافع؛ كالشريك والمضارب والوكيل بمُجْعَل والمرتهن فالمشهور: جواز تضمينها أيضاً وترجع بما ضمنت لدخولها على الأمانة، وذكر القاضي في المجرد وابن عقيل وصاحب المغني في الرهن احتمالين آخرين : أحدهما : أنه يستقر الضمان على القابض لتلف مال الغير تحت يده التي لم يؤذن لها في القبض فهي كالعالة بالحال . وحكوا هذا الوجه في المضارب أيضاً . والثاني: لا يجوز تضمينها بحال لدخولها على الأمانة . وينبغي أن يكون هذا هو

(١) زيادة من القواعد ص ٢١٠ .

(٢) في الأصل: لمصلحتها .

المذهب وأنه لا يجوز تضمين القابض ما لم يدخل على ضمانه في جميع هذه الأقسام ، فإن المنصوص عن أحمد فيمن اشترى أرضاً فغرس فيها ثم ظهر مستحقه أنه لا يملك المستحق قلعه إلا مع ضمان نقصه كالغراس المحترم الصادر عن إذن المالك فجعل المغرور كالمأذون له ، فلا يضمن ابتداء ما لم يلتزم ضمانه ، وكذلك نقل حرب وغيره عن أحمد في المغرور في النكاح أن فداء ولده على من غره ولم يجعل على الزوج مطالبته .
وقريب من ذلك ما نقل عنه مهنا فيمن بعث رجلاً إلى رجل له عنده مال فقال له: خذ منه ديناراً فأخذ منه أكثر ، أن الضمان على المرسل لتغيره ويرجع هو على الرسول .

وحكى القاضي وغيره في المضاربة وجهاً آخر: أن الضمان في هذه الأمانات يستقر على من ضمن منهما فأيهما ضمن لم يرجع على الآخر.

الرابعة: القابضة لمصلحتها خاصة إما باستيفاء العين كالقرض أو باستيفاء المنفعة كالعارية فهي داخلة على الضمان في العين دون المنفعة، فإذا ضمنت العين والمنفعة رجعت على الغاصب بضمان المنفعة، لأن ضمانها كان بتغيره . وفي المذهب رواية ثانية: لا يرجع بضمان المنفعة إذا تلفت بالاستيفاء ويستقر الضمان عليها في مقابلة الانتفاع لاستيفائها بدله كيلا يجتمع لها العوض والمعوض.

وأصل الروايتين الروايتان في رجوع المغرور بالقبض على من غره فإن ضمن الغاصب المنفعة ابتداء ففيه طريقتان :

أحدهما: البناء على الروايتين .

فإن قلنا: لا يرجع القابض عليه إذا ضمن ابتداء ، رجع الغاصب هنا عليه وإلا فلا، وهي طريقة^(١) أبي الخطاب ومن اتبعه والقاضي وابن عقيل في موضع آخر.

[والثاني: أنه لا يرجع الغاصب على القابض قولاً واحداً . قاله القاضي وابن عقيل في موضع آخر]^(٢).

وأما العين فلا يرجع بضمانها حيث دخلت على ضمانها، وعلى الاحتمال الأول في

(١) في الأصل: وهو طريق. وانظر القواعد ٢١١.

(٢) زيادة من القواعد ٢١١-٢١٢.

القسم الذي قبله يستقر ههنا عليه ضمان العين والمنفعة . وسواء تلفت المنفعة، باستيفاء أو تفويت . وعلى الاحتمال الآخر وهو أنه لا يجوز تضمينها بالكلية فلا تطالب هذه بضمان ما لم يلتزم ضمانه ابتداء، ويستقر عليها ضمان ما دخلت على ضمانه . ويتخرج لنا وجه آخر: أنه لا يستقر عليها ضمان شيء بحال . وسنذكر أصله في القسم الذي بعده .

الخامسة: القابضة تمليكاً بعوض مسمى عن العين بالبيع فهي داخلة على ضمان العين دون المنفعة، فإذا ضمنت قيمة العين والمنفعة لم ترجع بما ضمنت من قيمة العين لدخولها على ضمانها، ولكن يسترد الثمن من الغاصب ، لأنه لم يملكه لاتفاء صحة العقد، وسواء كانت القيمة التي ضمنت للمالك وفق الثمن أو دونه أو فوقه على ما اقتضاه كلام الأصحاب ههنا، وفي البيع الفاسد وفي ضمان المغرور والمهر وفي التلخيص احتمال إن كانت القيمة أزيد رجعت بالزيادة على الغاصب حيث لم يدخل على الضمان بأكثر من الثمن المسمى .

وبه جزم ابن المنى في خلافه . وقد سبق في قاعدة ضمان العقود الفاسدة بالمسمى أو بعوض المثل ما يشبه هذا ولو طالب المالك الغاصب بالثمن كله إذا كان أزيد من القيمة فقياس المذهب: أن له ذلك كما نص عليه أحمد في المتجر في الوديعة من غير إذن أن الربح للمالك ، ثم من الأصحاب من يبينه على القول بوقف العقود على الإجارة وهي طريقة القاضي في خلافه وابن عقيل ، ومنهم من يطلق ذلك . وكذا في المضارب إذا خالف .

وعنه رواية أخرى: يتصدق بالربح؛ لأنه ربح ما لم يضمن ، وهل للمضارب أجرة المثل ؟ على روايتين . وطردهما أبو الفتح الحلواني في الكفاية في الغاصب .

وحكى صاحب المغني في باب الرهن رواية أخرى باستقرار الضمان على الغاصب في البيع فلا يرجع على المشتري بما ضمنه ، وحكاها في الكافي في باب المضاربة وجهاً، وصرح القاضي بمثل ذلك في خلافه في مسألة رجوع المغرور بالمهر، وهو عندي قياس المذهب حيث قلنا في إحدى الروايتين برجوع المغرور بنكاح الأمة على من غره مع استيفائه منفعة البضع واستهلاكها ودخوله على ضمانها، ولهذا طرد محققوا الأصحاب

هذا الخلاف فيما إذا زوجها الغاصب ووطنها الزوج هل يرجع بالمهر على الغاصب ، سواء ضمَّنه المالك المهر أو لم يضمَّنه .

وأيضاً فإن المنصوص عن أحمد أن البائع إذا دلس العيب ثم تلف عند المشتري فله الرجوع بالثمن ، وكذلك لو نقص أو تعيب وهو موجود فإنه يردّه بغير شيء ويأخذ الثمن إلا أن يكون حصل له انتفاع بما نقصه فإنه يردّ عوضه على أحد الوجهين إلحاقاً بلبن المصرة ، مع أنه دخل على ضمان العين بالثمن ولكن سقط عنه لتدليس البائع العين وهو لا يمنع صحة العقد على الصحيح من المذهب ، فلأن لا يستقر الضمان على المشتري من^(١) الغاصب مع تدليس الغاصب عليه وعدم صحة العقد أولى .

وأما المنافع إذا ضمَّنها المالك للمشتري بناء على أن منافع المغصوب مضمونة ، وهو المذهب . فيرجع بذلك على الغاصب لدخوله على استيفائها في ملكه بغير عوض ، وسواء انتفع بها أو تلفت تحت يده .

وعن أحمد رواية أخرى: لا يرجع بما انتفع به ، لاستيفائه عوضه كما تقدم ، وهي اختيار أبي بكر وابن أبي موسى .

وحكم الثمرة والولد الحادث به من^(٢) البيع حكم المنافع إذا ضمَّنها رجع بيدها على الغاصب ، وكذلك الكسب صرح به القاضي في خلافه ، إلا أن يكون قد انتفع بشيء من ذلك فيخرج على الروايتين .

وقد أشار أحمد إلى هذا في رواية ابن منصور فيمن باع ماشية أو شاة فولدت أو نخللاً لها ثمرة فوجد بها عيباً أو استحق أخذ منه قيمة الثمرة وقيمة الولد إن كان أحدث فيها شيئاً أو كان باع أو استهلك ، فإن مات أو ذهب الربح فليس عليه شيء ، فأوجب عليه ضمان ما انتفع به من الثمرة والتتاج دون ما تلف في يده بغير فعله ولم يذكر رجوعاً على الغاصب .

وظاهر كلامه: أن ما تلف في يده من النماء فليس للمالك تضمينه^(٣) ابتداءً ، لأنه لم

(١) في الأصل: مع. وانظر القواعد ٢١٢.

(٢) في الأصل: مع. وانظر القواعد ٢١٣.

(٣) في الأصل: تضمينه. وانظر القواعد، الموضع السابق.

يدخل على ضمانه وينتفع به . وهذا يُقوي التحريم المذكور في القسم الذي قبله . وكذلك ظاهر كلام ابن أبي موسى: أنه لا يضمن المشتري إلا ما يستقر عليه ضمانه ، سواء دخل على ضمانه أو لم يدخل عليه . لكن انتفع به^(١) كالخدمة ومهر المشترة .

وأما قيمة الأولاد فيرجع بها عنده ، لأن نفعها لغيره لا له ، وأوجب على الغاصب قيمة غرس المشتري غير مقلوع إذا قلعه المالك ، ومراده فيما نقص بقلعه ، وإنما أجاز للمالك قلع الغراس من غير ضمان نقصه ؛ لأن ذلك ليس من باب تضمين القابض من الغاصب ، بل هو من باب امتناع المالك من الضمان له فإن تفريغ الأرض من الغراس الذي لم يأذن فيه ولا بد من تمكينه منه ، ولا ضمان عليه فيه حيث أمكن تضمين الغاصب لالتزامه الضمان فظهر^(٢) بهذا أن الذي يدل عليه كلام أحمد: أن القابض لا يضمن [إلا ما حصل له به نفع]^(٣) فيضمنه ، وهل يرجع به ؟ على روايتين كرجوع المغرور في النكاح بالمهر.

تنبيه: لو أقر المشتري للبائع بالملك فلا رجوع له عليه ولو أقر بصحة البيع ففي الرجوع احتمالان ذكرهما القاضي ، وقد يُخرج كذلك في الإقرار بالملك حيث عُلِمَ أن مستنده اليد وقد بان عدوانها وتعديه ، فظهر بهذا أن الذي يدل عليه كلام أحمد أن القابض لا يضمن إلا ما حصل له به نفع .

السادسة : القابضة عوضاً مستحقاً بغير عقد البيع كالصداق وعوض الخلع والعق والصلح عن دم عمد إذا كان معيناً منه^(٤) أو كان القبض وفاء لدين مستقر في الذمة في ثمن مبيع أو أجرة أو صداق أو قيمة متلف ونحوه ، فإذا تلفت هذه الأعيان في يد من قبضها ثم استحققت فللمستحق الرجوع على القابض ببذل العين والمنفعة على ما تقرر . ويتخرج وجه آخر: أن لا مطالبة له عليه ، وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى في

(١) زيادة من القواعد ٢١٣ .

(٢) زيادة يقتضيها السياق .

(٣) زيادة من القواعد لابن رجب ص ٢١٣ .

(٤) زيادة من القواعد ٢١٣ .

الصدّاق والباقي مثله وعلى القول بالتضمين فيرجع على الغاصب بما غرم من قيمة المنافع لتغريره إلا بما^(١) انتفع به فإنه يُخرج على الروايتين . وأما قيم الأعيان فمقتضى ما ذكره القاضي ومن اتبعه أنه لا يرجع بها، لأنه دخل على أنها مضمونة عليه بحقه ، وسواء كانت القيمة المضمونة وفق حقه أو دونه أو أزيد منه إلا على الوجه المذكور في البيع بالرجوع بفضل القيمة .

ثم إن كان القبض وفاء أو عن دين ثابت في الذمة فهو باق بحاله ، وإن كان عوضاً معيناً في العقد لم يفسح العقد هاهنا باستحقاقه .

ولو قلنا: إن النكاح على المغصوب لا يصح ؛ لأن القول بانتفاء الصحة مختص بحالة العلم كذلك ذكره ابن أبي موسى ويرجع على الزوج بقيمة المستحق في المنصوص وهو قول القاضي في خلافه .

وقال في المجرد: يجب مهر المثل ، وأما عوض الخلع والعق والصلح عن دم العمد ففيها وجهان:

أحدهما: يجب الرجوع فيها بقيمة العوض المستحق وهو المنصوص ، لأن هذه العقود لا تنفسخ لاستحقاق أعواضها فيجب قيمة العوض، وهو قول القاضي في أكثر كتبه وجزم به صاحب الحرر .

والثاني: تجب قيمة المستحق في الخلع والصلح عن الدم بخلاف العتق فإن الواجب فيه قيمة العبد؛ لأن العبد له قيمة في نفسه فيرجع بقيمته بخلاف البضع والدم فإن القيمة^(٢) لعوضهما لا لهما وهو قول القاضي في البيوع في خلافه . ويشبه قول أصحابنا فيما إذا جعل عتق أمته صداقها وقلنا لا ينعقد به النكاح وأبت أن تتزوجه على ذلك ، فإن عليها قيمة نفسها لا قيمة مهر مثلها. وعلى الوجه المخرج في البيع: أن المغرور يرجع بقيمة العين على الغاصب فهاهنا كذلك .

السابعة: القابضة بمعاوضة عن المنفعة وهي يد المستأجر فقال القاضي والأكثر: إذا ضمنت المنفعة لم يرجع بها، ولو زادت أجره المثل على الأجرة المسماة ففيه ما مر من

(١) في الأصل: ما . وانظر القواعد ٢١٤ .

(٢) في الأصل: القيم . وانظر القواعد ٢١٤ .

زيادة قيمة العين على الثمن وإذا ضمنت قيمة العين رجعت بها على الغاصب لتغيره.

وفي تعلية أبي البركات على الهداية : يتخرج لأصحابنا وجهان :

أحدهما: أن المستأجر لا ضمان عليه بحال كقول الجمهور .

والثاني: يضمن العين . وهل القرار عليه ؟ لنا وجهان : أحدهما: عليه ، والثاني:

على الغاصب وهو الذي ذكره القاضي في خلافه. انتهى.

والوجه الأول منزل على القول بأن المورور لا يضمن شيئاً ابتداء ولا استقراراً،

والوجه الآخر: في قرار ضمان العين عليه يتنزل على الوجه المذكور في استقرار الضمان

على المرتين ونحوه بتلف العين تحت يده .

اليد الثامنة: القابضة للشركة وهي المتصرف في المال بما ينمي به جزء من النماء

كالشريك والمضارب والمزارع والمساقى ولهم الأجرة على الغاصب لعملهم له بعوض لم

يسلم ، فأما المضارب والمزارع بالعين المغصوبة وشريك العنان فقد دخلوا على أن لا

ضمان عليهم بحال ، فإذا ضمنوا على المشهور رجعوا بما ضمنوا إلا حصتهم من الربح

فلا يرجعون بضمانها لدخولهم على ضمانها عليهم بالعمل لذلك . ذكره القاضي وابن

عقيل في المساقى، والمزارع نظيره .

أما المضارب والشريك فلا ينبغي أن يستقر عليهم ضمان شيء بدون القسمة، سواء

قلنا ملكوا الربح بالظهور أو لا ؛ لأن حصتهم وقاية لرأس المال وليس لهم الانفراد

بالقسمة فلم يتعين لهم شيء مضمون .

وحكى الأصحاب في المضارب للمضارب بغير إذن وجهاً آخر: أنه لا يرجع بما

ضمنه بناء على الوجه المذكور باستقرار الضمان على من تلف المال بيده ، ويتخرج وجه

آخر: أنه لا يملك المالك تضمينهم بحال لدخولهم على الأمانة .

وقد ذكرنا فيما تقدم حكم ضمان الشريك والمضارب للمال وإنما أعدناها هنا لذكر

النماء.

وأما المساقى إذا ظهر الشجر مستحقاً بعد تكملة العمل فللعامل أجرة المثل لعمله

على الغاصب .

وأما الثمر إذا تلف فله حالتان :

إحدهما: أن يتلف بعد القسمة فللمالك تضمين كل من الغاصب والعامل ما قبضه ، وله أن يضمن الكل للغاصب ، فإذا ضمنه الكل رجع على العامل بما قبضه لنفسه ، لأنه أخذ العوض فهو كالمشتري من الغاصب ، وفي المغني احتمال لا يرجع عليه لتغريه فأشبهه من قال لغيره: كل هذا فإنه طعامي ثم بان مستحقاً ، وهو قريب من الوجه السابق باستقرار ضمان المبيع على الغاصب بكل حال . وهل للمالك أن يُضمن العامل جميع الثمرة؟ ذكر^(١) القاضي فيه احتمالين : أحدهما: نعم ، لأن يده ثبتت على الكل مشاهدة بغير حق ثم يرجع العامل على الغاصب بما قبضه من الثمرة على المشهور، وبالكل على الاحتمال المذكور.

والثاني : لا ، لأنه لم يكن قابضاً على الحقيقة وإنما كان مراعيّاً حافظاً . ويشهد لهذا ما^(٢) قاله ابن حامد فيما إذا اختلف المساقى والمالك في قدر المشروط للعامل من الثمر وأقاما بينتين أنه تقدم بينة العامل؛ لأنه خارج والمالك هو الداخل لاتصال الثمر بملكه . ولو اشترى ثمرة شجر شراء فاسداً وخلي البائع بينه وبينه على شجره لم يضمنه بذلك لعدم ثبوت يده عليه، وذكر^(٣) بعض أصحابنا أنه محل وفاق .

الحالة الثانية: أن يتلف الثمر قبل القسمة إما على الشجر أو بعد جده ، ففي التلخيص في مطالبة العامل بالجميع احتمالان ، وكذا لو تلف بعض الشجر، وهو ملتفت إلى أن يد العامل هل تثبت على الشجر والثمر الذي عليه أم لا؟ والأظهر أن لا ، لأن الضمان عندنا لا ينتقل في الثمر المعلق على شجره بالتخلية، إلا أن يقال يده ههنا على الثمر حصلت تبعاً لثبوت يده على الشجر ويقال في ثبوت يده على الشجر ههنا تردد ذكرناه آنفاً، حتى لو تلف بعض الشجر ففي تضمينه للعامل الاحتمالان^(٤)، صرح به في التلخيص أيضاً، ولو اشترى شجره بثمرها فهل تدخل الثمرة في ضمانه تبعاً لشجره؟ قال ابن عقيل في فنونه : لا تدخل .

(١) في الأصل: ذكره. وانظر القواعد ٢١٥.

(٢) في الأصل زيادة: له.

(٣) في الأصل: ذكره. وانظر القواعد ٢١٥.

(٤) في الأصل: احتمالان. وانظر القواعد ٢١٥.

ويتخرج وجه آخر: بدخوله تبعاً، لانقطاع علق البائع عنه من السقي وغيره وبكل حال فيتوجه أن يضمن العامل الثمر التالف بعد جداده واستحقاقه^(١) بخلاف ما على الشجر.

اليد التاسعة : القابضة تملياً لا بعوض إما للعين بمنافعها بالهبة والوقف والصدقة والهدية والوصية، أو للمنفعة كالموصى^(٢) له بالمنافع ، فالمشهور أنها ترجع بما ضمنه بكل حال ، لأنها دخلت على أنها غير ضامنة لشيء فهي مغرورة إلا ما حصل لها به نفع ففي رجوعها بضمانه الروايتان ، ويتخرج وجه آخر: أنها لا تضمن ابتداء ما لا يستقر ضمانها عليه، وذكر القاضي وابن عقيل رواية أنها لا ترجع بما ضمنته بحال ، وهو منزل على القول باستقرار الضمان على من تلف تحت يده وإن كان أميناً كما سبق .

ثم اختلف الأصحاب في محل الروايتين في الرجوع بما انتفعت به على طرق ثلاثة : إحداهن: أن محلها إذا لم يقل الغاصب: هذا ملكي أو ما يدل عليه فإن قال ذلك فالقرار عليه بغير خلاف لاعتزافه باستقرار الضمان عليه ونفيه عن القابض وهي طريقة المعني .

والثانية : أن يضمن المالك للقابض ابتداء ففي رجوعه على الغاصب الروايتان مطلقاً، وإن ضمن الغاصب ابتداء فإن كان القابض قد أقر له بالملكية لم يرجع على القابض رواية واحدة، ولو قلنا إنما ينتفع به يستقر ضمانه عليه ، لأنه بإقراره بالملك معترف بأن المستحق ظالم له بالتغريم فلا يرجع بظلمه على غير ظالم وهي طريقة القاضي .

والثالثة : الخلاف في الكل من غير تفصيل وهي طريقة أبي الخطاب وجماعة .

اليد العاشرة: المتلفة للمال نيابة عن الغاصب كالذابح للحيوان والطابخ له فلا قرار عليه بحال وإنما القرار على الغاصب لوقوع الفعل له فهو كالمباشر . كذا قال القاضي وابن عقيل والأصحاب ، ويتخرج وجه آخر بالقرار عليها فيما ألتفه كالمودع إذا تلف تحت يده وأولى، لمباشرتها للإتلاف ، ويتخرج وجه آخر: لا ضمان عليها بحال من نص أحمد فيمن حفر لرجل في غير ملكه بئراً فوق فيها إنسان فقال الحافر: ظننت أنها في

(١) في الأصل: واستحقاقه. وانظر القواعد ٢١٥.

(٢) في الأصل: كالوصي. وانظر القواعد ٢١٥.

ملكه فلا شيء عليه ، وبذلك جزم القاضي وابن عقيل في كتاب الجنايات ، ومع اشتراك الحافر والآخر في التسبب وانفراد الحافر بمباشرة السبب ، وإنما سقط الضمان عنه لعدم علمه بالحال ، وهاهنا أولى لاشتراكهما في ثبوت اليد. ولو أتلفه على وجه محرم شرعاً علماً بتحريمه كالقاتلة للعبد المغصوب والحرقة للمال بإذن الغاصب ففي التلخيص يستقر عليها الضمان ، لأنها عامة بالتحريم فهي كالعامة بأنه مال الغير، ورجح الحارثي دخولها في قسم الغرور، لأنها غير عامة بالضمان فتغير الغاصب لها حاصل والله أعلم . انتهى .

فرع: ويأخذ مشتر نفقته وعمله من بائع غار . ذكره أبو العباس .

فصل [حكم تصرف المشتري في المغصوب]

قال : (وإذا قلع غرس المشتري أو بناءه^(١) لاستحقاق الأرض: رجع على بائعها بالغرامة).

ش: أما كون المشتري يرجع فيما ذكر بما غرمه على البائع مع عدم العلم بالحال ، فلأن البائع يبيعه إياها غرّه وأوهمه أنها ملكه .

والمنصوص عنه : أنه يتملك بالقيمة ولا يقطع مجاناً نقله عنه حرب ويعقوب في رجل باع أرضاً من رجل فعمل فيها وغرس ثم استحقها آخر قال : يرد عليه قيمة الغراس أو نفقته ليس هذا مثل من غرس في أرض غيره ، وكذلك نقل محمد بن أبي حرب عن أحمد فيمن اشترى أرضاً فغرس فيها وعمل ، ثم استحقها آخر أنه يرد عليه قيمة الغرس يوم يستحق ليس هذا مثل الغراس في أرض غيره فيقطع غرسه .

وحمله القاضي على من غره كما في المغرور بنكاح الأمة، فأما مالك الأرض فلا ضمان عليه؛ لأنه لم يحصل منه إذن ، وفي القواعد: أن هذا مخالف لمذلول المنصوص وكونه لم يحصل منه إذن لا ينفي كون الغراس محترماً كالسبيل إذا حمل نوى إلى أرض غيره فنبت فيها أنه كغرس المستعير في وجه .

(١) في الأصل: بناؤه.

وظاهر كلام المصنف: أن للمالك قلعه من غير ضمان النقص ولا الأخذ بالقيمة وعليه جماهير علمائنا وحزم به في الشرح وغيره . وقدمه في المحرر والفروع وشرح الحارثي وقال: هو الأصح .

وعنه : ليس للمستحق ذلك إلا أن يضمن نقصه ثم يرجع بها على الغاصب .

فائدتان:

إحدهما: لو بنى فيما يظنه ملكه جاز نقضه لتفريطه ويرجع على من غره ذكره في الانتصار في الشفيع واقتصر عليه في الفروع .

الثانية: لو أخذ منه ما اشتراه بحجة مطلقة رد بآئعه ما قبضه على الصحيح من المذهب قدمه في الفروع .

وقيل : إن سبق المالك الشراء وإلا فلا . ذكره في الرعاية في الدعوى .

قال : (وإن أطعمه لعالم بغصبه فالضمان عليه وعكسه بعكسه).

ش: أما كون الضمان يستقر على الأكل العالم بالغصب ، فلأنه أتلف مال غيره بغير إذنه عالماً من غير تغرير ، وللمالك تضمين الغاصب ، لأنه حال بينه وبين ماله والأكل ، لأن التلف حصل في يده ، فإن ضمّن الغاصب رجوع على الأكل وإن ضمن الأكل فهدر، وإن لم يعلم فالضمان على الغاصب؛ لأنه غره ، ولاعترافه بأن الضمان باق عليه وهذا الصحيح من المذهب وعليه أكثر علمائنا وحزم به في المغني والشرح وغيرهما وقدمه في الفروع والنظم . وقيل: الضمان على الأكل .

قال جماعة: وكذا إذا أطعمه لعبده أو دابته غير عالم به .

وظاهر كلام المصنف: سواء قال: هو طعامي أو لا وهو أحد الوجهين وهما

روايتان :

أحدهما: يستقر على الغاصب وهو المذهب صححه في النظم والتصحيح وقدمه في الخلاصة والفروع ، وهو ظاهر كلام الخرقى، لأنه غرّ الأكل وأطعمه على أن لا^(١) يضمنه .

(١) زيادة يقتضيها السياق.

والثاني: يستقر على آكله؛ لأنه ضمن ما أتلف فلم يرجع به على أحد كأكله بلا إذن .

مسألة: لو أباحه للغاصب فأكله قبل علمه ضمن . ذكره في الانتصار والشرح .

قال: (وان أطعمه للمالكه أو رهنه أو أودعه أو أجره إياه لم يبرأ إلا أن يعلم ويرأ بإعارته مطلقاً)

ش: أما كون من أطعم المغصوب للمالكه وهو لا يعلم لم يبرأ؛ فلأنه بالغصب أزال يد المالك وسلطته ، وبالتقديم إليه لم تعد إليه اليد والسلطة، لأنه لا يتمكن من التصرف بكل ما يريد من الأخذ والصدقة وغير ذلك فلم يزل عنه الضمان كما لو علفه لدواب المغصوب منه ، هذا المذهب جزم به في الهداية والمستوعب والخلاصة وغيرهم ، وقدمه في الكافي والمغني والشرح والنظم وغيرهم وهو من مفردات المذهب .

وقيل : يبرأ بناء على ما إذا أطعمه لأجنبي فإنه يستقر الضمان على الآكل وهذا رواية .

قال في التلخيص : فيكون في المالك روايتا المغرور كالأجنبي وأولى .
وظاهره أنه إذا علم ، فإنه يبرأ الغاصب؛ لأنه أتلف ماله برضاه علماً به . فلو وهبه للمالكه أو أهداه إليه لم يبرأ .
وعنه : بلى، جزم به بعضهم وصححه في الشرح؛ لأنه سلمه إليه تسليماً تاماً زالت به يد الغاصب .

وأما كون من رهنه عند مالكه أو أودعه أو أجره إياه لم يبرأ من الضمان؛ فلأنه لم يعد إليه سلطانه إنما قبضه على أنه أمانة إلا أن يعلم ، لأنه يتمكن من التصرف فيه على حسب اختياره . وقال جماعة من علمائنا: يبرأ مطلقاً لعوده إلى مالكه .

وأما كونه يبرأ بإعارته مطلقاً علم أو لم يعلم ، فلأنه دخل على أنه مضمون عليه ولا يتأتى وجوب الضمان على الغاصب لعدم الفائدة في الرجوع . فلو باعه إياه وسلمه إليه أو أقرضه برئ . جزم به في الشرح؛ لأنه قبضه على وجه يوجب الضمان، والأشهر خلافه .

فرع: ظاهر كلامهم: أن غير الطعام كهو في ذلك . قال في الفروع: ولا فرق . فلو

زوجه الأمة برئ من الغضب ، وقيل : إن علم ربه وإلا فلا.

فصل [عتق العبد المغصوب]

قال: (ومن أعتق عبداً فادعى رجل أن بآئعه غصبه منه فصدقه أحدهما: لم يقبل على الآخر، وتصدقهما مع العبد لا يبطل العتق ويضمن المشتري).

ش: أما كون تصديق أحد الرجلين من البائع والمشتري المدعى لا يقبل على الآخر؛ فلائنه لا يقبل إقراره في حق غيره، لكن إن أقام المدعي بينة بما ادعاه بطل البيع والعتق ويرجع المشتري على البائع بالثمن ، وإن صدّقه مع العبد لم يبطل العتق على المذهب ، لأنه حق لله تعالى بدليل أنه لو شهد به شاهدان وأنكره العبد لم يقبل منه ، وكذا إن صدّقه جميعاً دون العبد كان حراً، لأنه تعلق به حق لغيرهما، ويستقر الضمان على المشتري؛ لأن التلف حصل في يده وللمالك تضمين من شاء منهما قيمته يوم العتق ، فإن ضمّن البائع رجوع على المشتري لما ذكرنا، وإن ضمّن المشتري لم يرجع على البائع إلا بالثمن ، وإن مات العبد وخلف مالا فهو لوارثه ، فإن لم يكن فهو للمدعي لاتفاقهم على أنه له ولا ولاء عليه ؛ لأن أحداً لا يدعيه .

وإن صدّق المشتري البائع وحده رجوع عليه بقيمته ولم يرجع المشتري بالثمن . ويحتمل أن يبطل العتق إذا صدّقه كلهم ويعود العبد إلى المدعي، لأنه مجهول النسب أقرّ بالرق لمن يدعيه ، فصح كما لو لم يعتقه المشتري .

فصل [في ضمان المغصوب]

قال: (وما تلف أو تعيب من مغصوب مثلي غرم مثله إذا والا بقيمته يوم تعلق).

ش: أما كون الغاصب يضمن المغصوب المثلي بمثله ، فلائن المثل أقرب إلى الحق ، ولهذا ضمّن به في الإتلاف .

ولأن المثل طريقه المشاهدة والقيمة طريقها الظن فكان الأول أولى كالنص مع

القياس .

فإن النص يدرك بالسماع والقياس بالظن ، وقد حكاه ابن عبد البر إجماعاً في كل مأكول ومشروب أنه يجب على مستهلكه بمثله .

ومقتضاه أنه لو قدر على المثل بأكثر من قيمته لزمه شراؤه . صرح به في الكافي .
وعنه : يضمّنه بقيمته ذكره القاضي ، وذكر أيضاً القيمة في نقرة وسيكة وعنب ورطب كما فيه صناعة مباحة لا محرمة ، وينبغي أن يستثنى من الأول الماء في المفاضة فإنه يضمّنه بقيمته في البرية .

وظاهر كلام المصنف كل ما جاز السلم فيه فهو مثلي كماء وتراب .
وأما كونه عليه قيمته يوم تعذره إذا أعوز المثل في البلد أو حوله ، فلاّنه يستحق المطالبة بقيمة المثل يوم التعذر فوجب أن تعتبر القيمة حينئذ ؛ لأنه يوم وجوبها .
هذا المذهب وعليه جماهير علمائنا وجزم به في المحرر والمنور وغيرهما وقدمه في الهداية والمغني والشرح والفروع وغيرهم وهو من مفردات المذهب .
وكذا متلف بلا غضب ومقبوض بعقد فاسد وما جرى مجراه مما لم يدخل في ملك ، فلو دخل في ملك بأن أخذه معلوماً بكيال أو وزن أو حوائج من بقال ونحوه في أيام ثم يحاسبه فإنه يعطيه بسعر يوم أخذه نصاً .

وقال القاضي : يضمّنه يوم القبض أي قبض بدله وهذا رواية عن الإمام أحمد ، لأن الواجب المثل إلى حين قبض البديل ، بدليل أنه لو وُجد المثل بعد تعذره لكان الواجب هو دون القيمة .

وعنه : تلزمه قيمته يوم تلفه ، لأن القيمة ثبتت في الذمة يوم التلف فاعتبرت تلك الحالة كما لو لم تختلف القيمة ، وعنه : يلزمه يوم المحاكمة ، وقاله أكثر العلماء ، لأن القيمة لم تنتقل إلى ذمته إلا حين حكم بها الحاكم .

وعنه : يوم غضبه .

وقيل : أكثرهما من يوم الغضب إلى يوم تعذر المثل . فإن غرمها ثم قدر على المثل لم يرد القيمة على الأصح .

فلو قدر عليه قبل غرمها عاد وجوبه ؛ لأنه الأصل قدر عليه قبل أداء البديل أشبه

القدرة على الماء بعد التيمم ، ولهذا لو قدر عليه بعد المحاكمة وقبل الاستيفاء استحق المالك طلبه وأخذه .

قال: (ويضمن غير المتلي بقيمته يوم تلفه من النقدين) .

ش: أما كون الغاصب يضمن ما ذكر بقيمته يوم تلفه ؛ فلقوله عليه الصلاة والسلام : « من أعتق شركاً له في عبد قوم عليه »^(١) ، فأمر بالتقويم في حصة الشريك؛ لأنها متلفة بالعتق ، ولم يأمر بالمثل ، لأن هذه الأشياء لا تتساوى أجزاؤها وتختلف صفاتها فالقيمة فيها أعدل وأقرب إليها فكانت أولى وهذا قول الجماعة.

وأما كون القيمة معتبرة يوم تلفه في بلده من النقدين؛ فلأن ذلك زمن الضمان وموضعه .

وعنه : تعتبر القيمة ببلد تلفه، جزم به في الكافي . فإن كان في البلد نقود اعتبر أن يكون من غالبه ويتخرج أن يضمه بقيمته يوم غصبه . هذا رواية عن الإمام أحمد نقلها الثقات منهم ابن منصور إلا أنه عاوده في ذلك فجبن عنه ، لأنه الوقت الذي أزال يده فيه فلزمته القيمة كما لو أتلفه.

وعنه: أكثرهما أي من يوم غصبه إلى يوم تلفه ، اختاره الخرقى كإتلافه في الأصح ، لكن القاضي حمل كلام الخرقى على ما إذا اختلفت القيمة لتغير الأسعار، وقد علمت أن المذهب عدم الضمان حتى قال القاضي : لم أجد رواية عن أحمد أنها تضمن بأكثر القيمتين لتغير الأسعار.

ونقل ابن أبي موسى خلافة ، وعنه: يضمن المغصوب بمثله مطلقاً. قاله ابن أبي موسى واختاره أبو العباس ، واحتج بعموم قوله تعالى: {فآتوا الذين ذهبوا أزواجهم مثل ما أنفقوا} [المتحنة: ١١]، ولخير القصعة^(٢) .

(١) أخرجه البخاري في العتق، باب إذا أعتق عبداً بين اثنين أو أمة بين الشركاء ٢/٨٩٢ ح ٢٣٨٦. ومسلم في الأيمان، باب من أعتق شركاً له في عبد ٣/١٢٨٦ ح ١٥٠١.

(٢) حديث القصعة: « أن النبي ﷺ كان عند بعض نسائه فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادم بقصعة فيها طعام فضربت بيدها فكسرت القصعة فضمها وجعل فيها الطعام وقال: كلوا وحبس الرسول والقصعة حتى فرغوا فدفع القصعة الصحيحة وحبس المكسورة » أخرجه البخاري في المظالم، باب إذا كسر قصعة أو شيئاً لغيره ٢/٨٧٧ ح ٢٣٤٩.

وعنه : مع قيمته . وعنه غير حيوان بمثله . ذكره جماعة .

وفي الواضح والموجز : فينقص عشرة دراهم .

فرع: لو حكم حاكم بغير المثل^(١) في المثلي وبغير القيمة في المتقوم لم ينفذ حكمه ولم يلزم قوله . ذكره في الانتصار والمفردات .

ولو أخذ حوائج من بقال ونحوه في أيام ثم يحاسبه فإنه يعطيه بسعر يوم أخذه نص عليه . وتقدم ذلك في المسألة قبلها .

قال: (ويَقْوَمُ التبر وما أبيع من مصوغ ومحلى بنقد تخالف قيمته وزنه بغير جنسه وما حرم ضمنه بوزنه).

ش: أما كون التبر والمصوغ المذكور يقوّم بغير جنسه إذا كانت قيمته تخالف وزنه كحلي النساء؛ فلتلا يؤدي ذلك^(٢) إلى الربا ، وعُلِمَ منه إنما يجب ضمانه بقيمته ، وذكر القاضي فيه أنه يُضمن بأكثر من وزنه ، لأن الزيادة في مقابلة الصنعة فلا يؤدي إلى الربا . ومقتضاه: أن الصناعة إذا كانت محرمة أنه لم يجز ضمانه بأكثر من جنسه وجهاً واحداً، لأنه لا قيمة له شرعاً بل يضمّنه بوزنه وفيه وجه .

وقيل: إن جاز اتخاذه ضمن كالمباح .

فأما إن كانت قيمته كوزنه وجب أن^(٣) يضمّنه بها لتلا يؤدي إلى الربا أشبه غير^(٤) الأثمان .

قال: (والمحلى بهما يَقْوَمُ بأحدهما ويؤخذ بها عرض).

ش: أما كونه يقوم بأحدهما من النقيدين إذا كان محلى بها، فلأن كلاّ منهما ثمن في قيم المتلفات وأرش الجنائيات وليس أحدهما أولى من الآخر فكانت الخيرة إليه ويؤخذ بها عرض لتلا يفضي إلى الربا .

وقيل : من ألتف خلخالاً أو سواراً فهل يضمّن بوزنه من جنسه ويضمن الصنعة من

(١) في الأصل: المثلي . وانظر الفروع ٣٨١/٤ .

(٢) زيادة على الأصل .

(٣) في الأصل زيادة: لا . وهي زيادة غير مناسبة . انظر: المغني ٣٧٧/٥ .

(٤) زيادة من المبدع ١٨٣/٥ .

غيره ؟ أو يضمن الوزن والصنعة بغير جنسه ؟ أو نصفهما بجنسه ؟ فيه أوجه . وإن كسرهما ضمن النقص من غالب نقد البلد وإن كان من غير جنسه .

قال: (وإن تلف بعضه فنقص قيمة باقيه رده وقيمة التالف وأرش النقص ، فإن وجدته بعد أداء قيمته رده وأخذها، ونماؤها المنفصل للمغصوب منه وعلى الغاصب أجرة مثله إلى رده أو تلفه أو رده قيمته).

ش: أما كون الغاصب يلزمه رد المغصوب إذا تلف بعضه إلى آخره ؛ فلقوله عليه الصلاة والسلام: « على اليد ما أخذت حتى تؤديه »^(١) وهذا مال مأخوذ فكان عليه رده مع الإمكان وبدله إن تلف ، ويضمن نقصه إن تعيب ، لأنه نقص بالعيب ، وكذلك زيادته إذا تلفت أو تلف بعضها، متصلة كانت أو منفصلة؛ لأنها زيادة حدثت^(٢) في ملك المالك لا حق للغاصب فيها فضمنها إذا تلفت كالأصل .

وأما كون الغاصب عليه إذا تلف بعض المغصوب فنقصت قيمة باقيه كزوجي خف تلف أحدهما رد الباقي وقيمة التالف وأرش النقص؛ فلأنه ملك غيره .

وأما كونه عليه قيمة التالف؛ فلأن التلف حصل في يده تحت يده العادية وأرش النقص إن نقص ، نصره علماؤنا ، لأنه حصل بجنائيه فلزمه ضمانه كما لو غصب ثوباً ينقصه الشق فشقه ثم تلف .

وقيل : لا يلزمه أرش النقص ، لأن الباقي نقص فيه ، فلا يضمنه كالنقص لتغير الأسعار.

وجوابه بالفرق بينهما فإن نقص السعر لم يذهب من المغصوب عين ولا معنى وهاتنا فوّت عليه إمكان الانتفاع به فوجب ضمان نقص قيمته ، فلو كانت قيمتهما عشرين والباقي بعد التلف تساوي خمسة فعلى الأول عليه خمسة عشر وعلى الثاني عشرة .

وأما كونه إذا وجدته بعد أداء قيمته رده وأخذها... إلى آخره؛ فلأنها^(٣) إنما وجبت

(١) سبق تخريجه ص: ١٥٢.

(٢) في الأصل: حدث.

(٣) في الأصل: فلأن.

لتعذر رد العين وقد زال ذلك فيجب رد ما أخذ من أجلها إن كان باقياً بعينه بزيادته المتصلة؛ لأنها تتبع في الفسوخ وهذا فسخ ، دون المنفصلة؛ لأنها نماء ملكه ، وإن كان البديل تالفاً فعليه مثله أو قيمته إن لم يكن من ذوات الأمثال وفي جنسه ليرد القيمة وجهان ، ولا يصح الإبراء منها مع بقائها .

وأما كون الغاصب عليه أجره مثله ما عجز عن رده إلى وقت أداء القيمة ؛ فلأن منافعه هلكت تحت يده فوجب عليه ضمانها لما تقدم في تضمنه المنافع . نص عليه في رواية الأثرم ، سواء استوفي المنافع أو تركها تذهب؛ لأن كل ما ضمن بالإتلاف في العقد الفاسد جاز أن يضمه بمجرد التلف في يده كالأعيان ، لكن نص في قضايا فيها انتفاع يؤيده ما^(١) نقله ابن منصور: إن زرع بلا إذن عليه أجره الأرض بقدر ما استغلها، فظاهره أنه لا شيء عليه إذا لم يستغلها.

وعنه : لا يضمن المنافع مطلقاً ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: « الخراج بالضمان »^(٢) وضمانها على الغاصب، وكغتم أشبه ما لو زنى بامرأة مطاوعة. ورُد بأنه أتلف مالاً متقوماً فوجب ضمانه كالعين ، والخبر وارد في المبيع .

والمرأة رضيت بإتلاف منافعها بغير عوض ولا عقد فكان كالإعارة، والغنم ونحوها لا منافع لها تستحق بعوض ، وعلى الأول لو غصب جارية ومضى زمن يمكن وطؤها، لم يضمن مهرها، لأن منافع البضع لا تتلف إلا بالاستيفاء بخلاف غيرها، ولو أطرق الفحل لم يضمن بنقصه لكن عليه ضمان نقصه . ولو أخذ مالك الأرض الزرع لم يكن على الغاصب أجره إلا أن يأخذه بقيمته فيكون له الأجرة إلى وقت أخذه.

وعنه : الوقف عن ذلك . نقلها عنه محمد بن الحكم فيمن غصب داراً فسكنها عشرين سنة: لا أجرئ أن أقول عليه أجره ما سكن . فدل على توقفه عن إيجاب الأجر.

(١) زيادة يقتضيها السياق.

(٢) أخرجه أبو داود في الإجارة، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً ٢٨٤/٣ ح ٣٥١٠. والترمذي في البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد فيه عيباً ٥٨٢/٣ ح ١٢٨٦. والنسائي في البيوع، الخراج بالضمان ٢٥٤/٧ ح ٤٤٩٠. وابن ماجه في التجارات، باب الخراج بالضمان ٧٥٤/٢ ح ٢٢٤٣.

قال في المغني والشرح: والأول هو المذهب المعروف، يؤيده ما قال أبو بكر: هذا قول قديم رجع عنه ؛ لأن محمد بن الحكم مات قبل أحمد بعشرين سنة .
وأما بعد التلف لم تبق له منفعة فلم يجب ضمانها كما لو أتلفه من غير غصب ،
وفيما بعد أداء القيمة إلى رده وجهان : أحدهما لا يلزمه ، لأنه استحق الانتفاع ببذله
الذي أقيم مقامه فلم يستحق الانتفاع به وبما قام مقامه .
والثاني: بلى، لأن العين باقية على ملكه والمنفعة له .
وظاهر كلامهم: يضمن رائحة مسك ونحوه خلافاً للانتصار ، لا نقداً لتجارة .

فائدتان:

إحدهما: إذا أخذ المالك القيمة من الغاصب ملكها على الصحيح من المذهب . قاله
الموفق وغيره ، وقدمه في الفروع . قال الحارثي : قاله أصحابنا .
وقال في عيون المسائل وغيرها: لا يملكها وإنما حصل بها الانتفاع في مقابلة ما فوته
الغاصب فما اجتمع البذل والمبدل . نقله عنه في الفروع .
وقال الزركشي: وقال القاضي في التعليق: لا يملكها وإنما يباح له الانتفاع بها بإزاء
ما فاتته من منافع العين المغصوبة .
قال القاضي يعقوب في تعليقه: لا يملكها وإنما حصل الانتفاع بها عوضاً عما فوته
الغاصب .

قال الحارثي: يجب اعتبار القيمة بيوم التعذر . قال في التلخيص : ولا يُجبر المالك
على أخذها، ولا يصح الإبراء منها، ولا يتعلق الحق بالبذل ، فلا ينتقل إلى الذمة وإنما
ثبت جواز الأخذ دفعاً للضرر فتوقف على خيره .
الثانية: لا يملك الغاصب العين المغصوبة بدفع القيمة فلا يملك أكسابه ولا يعتق عليه
لو كان قريه .

ويستحقه المالك بنمائه المتصل والمنفصل وكذلك أجرة مثله إلى حين دفع البذل .

قال: (وإن تخمر فالمثل فإن انقلب حلاً رد معه نقص قيمة عصيره) .

ش: أما كون الغاصب عليه مثل العصير إذا تخمر؛ فلائنه تلف بصيرورته حمراً.

ولأن ماله زالت تحت يده العادية أشبه ما لو زالت بالإتلاف . وهذا أحد الوجهين ، وهو المذهب جزم به في المغني والشرح وغيرهما .
والثاني: عليه قيمته جزم به في الهداية والمستوعب وغيرهما وأطلقهما في الفروع .
وأما كونه يرد إلى مالكة إذا انقلب خلاً؛ فلأنه عين ملكه .
وأما كونه يرد أرش النقص معه ، فلأنه نقص تحت يده العادية، أشبه ما لو نقص منه جزء .

هذا المذهب وعليه جماهير علمائنا وجزم به في الهداية والمغني والشرح وغيرهم وقدمه في الفروع وشرح الحارثي .

وقال في عيون المسائل : لا يلزمه قيمة العصير، لأن الخل عينه كحمل صار كبشاً .
فائدة: لو غلى العصير فنقص غرم أرش نقصه وكذا يغرم نقصه على المذهب . وقاله علماؤنا . قال في الفروع : ويحتمل أنه لا يلزمه؛ لأنه ماء .

فرع: لو غصب جماعة مشاعاً فرد واحد سهم واحد إليه لم يجز له حتى يعطي شركاؤه . نص عليه ، وكذا إن صالحوه بمال عنه ، نقله حرب ، ويتوجه أنه بيع المشاع . ذكره في الفروع .

ولو شق ثوبه فلا قصاص فيه ويضمن نقصه ، ونقل جماعة: بخير، اختاره أبو العباس .

فصل [حكم تصرفات الغاصب]

قال: (وتصرفات الغاصب الحكمية باطلة).

ش: قوله: «الحكمية» احتراز من التصرفات الصورية، فالحكمية ما له حكم من صحة وفساد؛ كالبيع والهبة والوقف ونحو ذلك .

وأما الصورية؛ فكطحن الحب ونسج الغزل ونجر الخشب ونحو ذلك .

الحكمية هي بالرفع صفة لتصرفات ، والحكمية ما كان لها حكم في الصحة والفساد كما تقدم ، فالصحيح من العبادة ما أجزأ فاعله أو أسقط عنه القضاء، وفي العقود ما

ترتب أثره عليه من الانتفاع والاستمتاع في النكاح .

والفاسد وهو الباطل ما ليس كذلك كالخج وسائر العبادات كالطهارة والصلاة والزكاة، والعقود؛ كالبيع والنكاح والإجارة باطلة.

أما كون التصرفات المذكورة باطلة؛ فلأن ذلك التصرف تصرف الفضولي ، وهذا إحدى الروايتين وهي المذهب .

قال الشارح : هذا أظهر . قال الزركشي : هذا المذهب وصححه في التصحيح وغيره .

قال في التلخيص : وإن كثرت تصرفاته في أعيان المغصوبات يُحكم ببطلان الكل على الأصح ، وجزم به غير واحد، وقدمه في الفروع وغيره .

قال في الفروع : اختاره الأكثر . والأخرى: صحيحة .

وعنه : تصح موقوفة على الإجازة، وأطلقهن في الفائق وقال : وقيل : الصحة مقيدة^(١) بما لم يطله المالك من العقود. انتهى .

قال الشارح : وقد ذكر شيخنا في الكتاب المشروح رواية أنها^(٢) صحيحة . وذكرها أبو الخطاب قال : وهذا ينبغي أن يتقيد في العقود بما إذا لم يطله المالك ، فأما إن اختار المالك إبطاله فأخذ المعقود عليه فلا نعلم فيه خلافاً، وأما ما لم يدركه المالك فوجه التصحيح فيه أن الغاصب تطول مدته وتكثر تصرفاته ففي القضاء ببطلانها ضرر كثير وربما عاد الضرر على المالك . انتهى .

تنبيهان:

أحدهما: بنى الموفق في المغني وجماعة تصرف الغاصب على تصرف الفضولي وأثبت فيه ما في تصرف الفضولي من رواية الانعقاد موقفاً على إجازة المالك .

قال الحارثي : ومن متأخري الأصحاب من جعل هذه التصرفات من نفس تصرفات الفضولي. قال : وليس بشيء .

(١) في الأصل: مقيد. وانظر الإنصاف ٢٠٤/٦.

(٢) في الأصل: أنه. وانظر الإنصاف ٢٠٤/٦.

ثم قال : ولا يصح إلحاقه بالفضولي وفرق بينهما بفروق جيدة .
الثاني : هذا الخلاف المحكي في أصل المسألة من حيث الجملة وقد قسمها الموفق
قسمين عبادات وعقود ، فالعبادات فيها مسائل :
منها: الوضوء بماء مغصوب ، والوضوء من إناء مغصوب ، وغسل النجاسة بماء
مغصوب ، وستر^(١) العورة بثوب مغصوب والصلاة في موضع مغصوب . وقد تقدم
ذلك .

ومنها: الحج بمال مغصوب ، والصحيح من المذهب: أنه لا يصح ، نص عليه .
قال ابن أبي موسى: وهو الصحيح من المذهب . وجزم به غير واحد . قال في
الخلاصة : باطل على الأصح . قال الشارح : باطل على الأظهر .
قال ابن منجى في شرحه : هذا المذهب .
قال في الرعاية الصغرى والحاوي الصغير: يبطل في كل عبادة على الأصح ،
وصححه الناظم وغيره وقدمه الحارثي وغيره ، وهو من مفردات المذهب .
وقيل عنه : يجزئه مع الكراهة . قاله ابن أبي موسى ، واختاره ابن عقيل . قال
الحارثي : وهو أقوى . فيجب بدل المال ديناً في ذمته .
ومنها : الهدى المغصوب لا يجزئ ، صرح به علماؤنا ، ونص عليه في رواية علي بن
سعيد .

وعنه : الصحة موقوفة على إجازة المالك ، نص الإمام أحمد على الفرق بين أن يعلم
أنها لغيره فلا يُجزئه ، وبين أن يظن أنها لنفسه فتجزئه في رواية ابن القاسم^(٢) وسندي .
وسوى كثير من الأصحاب بينهما في حكاية الخلاف . قال في الفائدة^(٣) العشرين :
ولا يصح .

وإن كان الثمن مغصوباً لم يجزه أيضاً ، اشتراه بالعين أو في الذمة . قاله الحارثي .
ومنها: لو أوقع الطواف أو السعي أو الوقوف على الدابة المغصوبة .

(١) في الأصل: وسترة . وانظر الإنصاف ٢٠٥/٦ .

(٢) في الأصل: وفي رواية القاسم . وانظر الإنصاف ٢٠٦/٦ .

(٣) في الأصل: القاعدة . وانظر قواعد ابن رجب ٤١٨-٤١٩ . والإنصاف ٢٠٦/٦ .

ومنها: أداء المال المغصوب في الزكاة غير مجزئ.
قال الحارثي : ثم إن أبا الخطاب صرح بجريان الخلاف في الزكاة وتبعه الموفق في المغني وغيره من علمائنا.
ومنها : كل صلقة من كفارة أو نذر أو غيرهما كالزكاة سواء.
ومنها : عتق المغصوب لا ينفذ بلا خلاف في المذهب . نص عليه . قاله الحارثي.
ومنها : الوقف لا ينفذ في المغصوب قولاً واحداً، لكن لو كان ثمن المعتق أو الموقوف مغصوباً . فإن اشترى بعين المال لم ينفذ، وإن اشترى في الذمة ثم نقده ، فإن قيل بعدم إفادة الملك: لم ينفذ ، وإن قيل بالإفادة: نفذ العتق والوقف . قاله الحارثي .
وأما العقود من البيع والإجارة والنكاح ونحوها، فالعقد باطل على الصحيح من المذهب ، ونص عليه ، وعليه علمائنا . وتقدم حكاية الخلاف فيه .

فصل في الجار الغاصب

قال: (وإن اشترى بعينه أو في الذمة بنية نقده فالربح للمالكه) .

ش: أما كون ربح ما اشترى بعينه أو في الذمة بشرطه للمالكه؛ فلائنه ثناء ملكه .
فعلى هذا إذا غصب أثماناً فاتجر فيها يعني باع واشترى بعينها فربحها للمالك ، لأنه ثناء ماله والغاصب متبرع بالعمل؛ لأنه بغير إذن ، نقله الجماعة واحتج بخبر عروة بن الجعد، وهذا حيث تعذر رد المغصوب إلى مالكه ورد الثمن إلى المشتري .
قال جماعة منهم صاحب الفنون والترغيب : إن صح الشراء .
وقال الشريف وأبو الخطاب : إن كان الشراء بعين المال فعلى الأول هو له، سواء قلنا يصح الشراء أو لا، وسواء اشتراه بعين المال أو في الذمة .
ونقل حرب في خبر عروة : إنما جاز؛ لأن النبي ﷺ جَوَّزَه له ، وحيث تَعَيَّن جعل الربح للغاصب أو المغصوب منه فجعله للمالك ، لأنه في مقابلة ماله الذي فاتته بمنعه ولم يجعل للغاصب شيء منعاً للغصب .
وعنه : يتصدق به . نقلها الشريف؛ لوقوع الخلاف فيه .

وإن اشترى في ذمته ثم نقدها فإن كان اشترى بنية نقدها فكذاك وهذا إحدى الروايتين . هذا المشهور ؛ لأنه نماء ملكه ، أشبه ما لو اشتراه بعينه ، كذا قيده في المحرر والمستوعب بنية نقده الثمن من ماله الغصب ، لأن النية قامت مقام العقد ، فهو كما لو اشترى بعينها ثم أخر التسليم .

والأخرى : يكون للغاصب ، لأنه اشترى لنفسه في ذمته ولم يحصل منه سوى العزم على نقدها والعزم ليس بفعل ، وإن لم ينو ذلك فهو له ، لأنه لم يوجد منه شراء بالعين ولا عزم على النقد ، فيكون الشراء له فله الربح وعليه بدل المغصوب ، وهذا قياس قول الخرقى . فله الوطء ، نقله المروذي .

فعلى هذا إن أراد التخلص من شبهة بيده اشترى في ذمته ثم ينقد من مال الشبهة ، ولا يشتري بعين المال ، قاله القاضي وابن عقيل وذكره عن الإمام أحمد .

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

فوائد:

منها: لو اتجر بالوديعة فالربح للمالك على الصحيح من المذهب ، ونص عليه في رواية الجماعة ، ونقل حنبلي: ليس لواحد منهما ، ويتصدق به .

قال الحارثي : وهذا من الإمام أحمد مقتضى لبطلان العقد وذلك وفق المذهب المختار في تصرف الغاصب ، وهو أقوى . انتهى .

ومنها: لو قارض بالمغصوب أو الوديعة فالربح على ما تقدم ، ولا شيء للعامل على المالك ، وإن علم فلا شيء له على الغاصب أيضاً ، وإلا فله عليه أجره المثل .

ومنها : إجارة الغاصب للمغصوب وهو كالبيع كما تقدم ، والأجرة للمالك . نص عليه .

وظاهر كلام الإمام أحمد: أن المسمى هو الواجب للمالك^(١). قاله الحارثي ، وقال الموفق وغيره : إن الواجب أجر المثل . قال الحارثي: وهو أقوى .

ومنها: لو أنكح الأمة المغصوبة ففي البطلان والصحة ما تقدم .

قال الحارثي : والتصحيح لا أصل له فإنه مقتض لنفي اشتراط الولي في النكاح وهو خلاف المذهب ، لكن قد يقرب إجراؤه بجرى الفضولي فتأتي رواية الانعقاد مع الإجازة .

ومنها: لو وهب المغصوب فيه الخلاف السابق . والصحيح من المذهب: البطلان على ما تقدم .

ومنها : تذكية الغاصب الحيوان المأكول، وفي إفادتها حل الأكل روايتان:

إحدهما: هو ميتة لا يحل أكله مطلقاً . جزم به أبو بكر في التنبيه .

والثانية : يحل . قال الحارثي : وهو قول الأكثرين انتهى .

وهذا المذهب ، وهو قول غير أبي بكر من علمائنا . قاله^(٢) في القاعدة الثانية بعد المائة.

ويأتي نظير ذلك في ذبح السارق الحيوان المسروق في باب القطع في السرقة .

ومن جملة المسائل المتعلقة بذلك: التذكية بالآلة المغصوبة، وكذلك التزوج بمال مغصوب .

قال: (والقول في قيمة التالف أو قدره أو صنعته قول الغاصب، وفي رده أو عدم عيه قول ربه. وإن جهل ربه تصدق به عنه مضموناً، وإن سلمه إلى حاكم برئ).

ش: أما كون القول قول الغاصب في قيمة التالف وقدره وصنعته ؛ فلأن الأصل براءة الذمة فلا يلزمه ما لم تقم عليه حجة، كما لو ادعى عليه ديناً فأقر ببعضه .

وإن اختلفا في رده أو عيه بأن قال: كانت فيه إصبع زائدة أو نحوها فالقول قول المالك؛ لأن الأصل عدم الرد والعيب ، فلو زادت قيمة المغصوب واختلفا في وقت الزيادة

(١) في الأصل: لذلك. وانظر الإنصاف ٢١٠/٦.

(٢) في الأصل: قال. وانظر الإنصاف ٢١٠/٦.

قُدِّم قول الغاصب ، لأن الأصل براءة ذمته .

وإن شاهدت البينة المغصوب معيًّا فقال الغاصب: كان معيًّا قبل غصبه ، وقال المالك: تعيَّب عندك قُدِّم قول الغاصب؛ لأنه غارم ، وظاهره: أن صفة العبد لم تتغير.

وقيل : قول المالك كاختلاف المتبايعين في حدوث العيب .

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

وأما كون من لم يعرف رب المال الذي غصبه يتصدق به عن ربه بشرط الضمان ، فلأن جنس المغصوب في يده حرام كأصل الغصب فَتَخْلُصُهُ منه مطلوب شرعاً وصدقته بشرط الضمان طريق له فتعيّن جواز فعله لما فيه من الجمع بين مصلحته ومصلحة المالك .

هذا الصحيح من المذهب وعليه علماؤنا ، وجزم به في المغني والشرح وغيرهما . قال في القاعدة السابعة والتسعين : لم يذكر أصحابنا فيه خلافاً . وقال في القاعدة السادسة بعد المائة : يتصدق بها عنه على الصحيح . وقدمه في الفروع والفائق . وظاهره: أن الصدقة بدون ما ذكر إضاعة لمال المالك لا على وجه بدل وهو غير جائز.

وفي الغنية: عليه ذلك . ونقل أيضاً: على فقراء مكانه إن عرفه ، ونقل صالح: أو بقيمته .

وله شراء عرض بنقد ويتصدق به ، ولا يجوز محاباة قريب وغيره ، نص عليهما ، وظاهر نقل حرب في الثانية: الكراهة . قال في الفروع : وهو ظاهر^(١) كلامهم في غير موضع . انتهى .

وعنه: ليس له الصدقة بها. ذكرها القاضي في كتاب الروايتين . وهو تخريج في الشرح والفائق .

وإذا سلمه إلى حاكم برئ من عهده ويلزمه قبوله .

(١) في الأصل: وظاهر. وانظر الفروع ٥١٣/٤.

فائدتان:

إحدهما: قال الحارثي وغيره : وكذا الرهن والودائع وسائر الأمانات؛ كالأموال المحرمة فيما ذكرنا . وذكر نصوصاً في ذلك .

الثانية: لا يجوز لمن هذه الأشياء في يده ، وقلنا له الصدقة بها أن يأخذ منها لنفسه إذا كان من أهل الصدقة، نص عليه . وخرّج القاضي جواز الأكل منها إذا كان فقيراً على الروایتين في شراء الوصي من نفسه ، نقله عنه ابن عقيل في فنونه . وأفتى به أبو العباس في الغاصب إذا تاب .

تنبيه: ظاهر قوله: «جهل رب المال»: أنه لا يتصدق به إلا مع الجهل ، سواء كان قليلاً أو كثيراً وهو المذهب وقدمه في الفروع .

ونقل الأثرم وغيره : له الصدقة بها إذا علم ربها وشق دفعه إليه وهو يسير كحبة، وقطع به في القاعدة السابعة والتسعين فقال : له الصدقة به عنه . نص عليه في مواضع .

وقال الحارثي : إذا علم الغاصب المالك فهاهنا حالتان :

إحدهما: انقطاع خبره لغية: إما ظاهرها^(١) السلامة ؛ كالتجارة والسياحة ومضت مدة الإياس ولا وارث له: تصدق به كما لو جهل نص عليه . وإما ما ظاهرها الهلاك؛ كالمفقود من بين أهله أو في مهلكة أو بين الصفين ونحوه ، وكذلك أربع سنين وأربعة أشهر وعشر، ولا وارث له تصدق به أيضاً. نص عليه . وإن كان له وارث سلّم إليه .

وأنكر أبو بكر الزيادة على الأربع سنين وقال: لا معنى للأربعة أشهر في ذلك .

قال القاضي وغيره : أصل المسألة هل يقسم مال المفقود للمدة التي تباح زوجته فيها، أو لأربع سنين فقط ؟ على روايتين .

وإن لم تمض المدة المعتبرة ففي المال المحرم يتعين التسليم إلى الحاكم من غير انتظار.

وأما ما أؤتمن عليه كالوديعة والرهن فليس عليه الدفع إليه .

الحالة الثانية: أن يعلم وجوده ، فإن كان غائباً سلم إلى وكيله ، وإلا فإلى الحاكم ، وإن كان حاضراً فإليه أو إلى وكيله ، وإن علم موته فإلى ورثته ، فإن لم يكن له وارث

(١) في الأصل: ظاهره. وانظر الإنصاف ٢١٣/٦.

تصدق به ، نص عليه ، ولا يكون لبيت المال فيه شيء .

فوائد:

منها: قال في الفروع : لم يذكر الأصحاب في ذلك سوى الصدقة بها. ونقل إبراهيم بن هانئ : يتصدق بها أو يشتري بها كراعاً أو سلاحاً يوقف هو مصلحة للمسلمين . انتهى .

وقد ذكر ذلك الحارثي وقال عن ذلك : ينزل منزلة الصدقة . انتهى .

قال في الفروع : وسأله المروزي عن مات^(١) وكان يدخل في أمور تكره فيريد بعض ولده التنزه ؟ فقال: إذا دفعها إلى المساكين فأى شيء بقي عليه ، واستحسن أن يوقفها على المساكين ، ويتوجه على أفضل البر.

قال أبو العباس: تُصرف في المصالح وقاله في ودیعة وغيرها. وقال : قاله العلماء وأنه مذهبنا ومذهب أبي حنيفة ومالك وهذا مراد أصحابنا، لأن الكل صدقة.

وقال أبو العباس : من تصرف فيه بولاية شرعية لم يضمن ، وقال : ليس لصاحبه إذا عرف رد المعاوضة لثبوت الولاية عليها شرعاً للحاجة، كمن مات ولا ولي له ولا حاكم ، مع أنه ذكر أن مذهب الإمام أحمد وقف العقد للحاجة لفقد المالك ولغير حاجة الروايتان .

وقال فيمن اشترى مال مسلم من التز لما دخلوا الشام: إن لم يعرف صاحبه صرف في المصالح وأعطى مشتریه ما اشتراه به ، لأنه لم يصر لها إلا بنفقته وإن لم يقصد ذلك كما رجحه فيمن اتجر بعمال غيره وربح . ونص في ودیعة: تُنتظر كمال مفقود، وأن جائزة الإمام أحب إليه من الصدقة .

قال القاضي : إن لم يعرف أن عينه مغضوب فله قبوله ، وسوى ابن عقيل وغيره بين ودیعة وغصب وذكرهما الحلواني كرهن .

ومنها: إذا تصدق بالمال ثم حضر المالك خیر بين الأجر وبين الأخذ من المتصدق فإن اختار الأجر فذاك ، وإن اختار الأخذ فله ذلك والأجر للغارم نص عليه في الرهن .

(١) في الأصل: وسأله جعفر عن تاب. وانظر الفروع ٥١٣/٤.

قاله الحارثي .

ومنها: إذا لم يبق درهم مباح فقال في النوارد: يأكل عادته لا ما له عنه غنية؛ كحلواء وفاكهة.

فصل [إذا أتلف مالا محتماً]

قال: (ومن أتلف محترماً لمعصوم ومثله: يضمن، أو فتح قفصاً، أو باباً، أو حلّ وكاء، أو رباطاً، أو قيداً فلذهب ما فيه، أو أتلف شيئاً، أو اندفق ولو بشمس أو ريح: ضمنه).

ش: أما كون من أتلف ما ذكر لمن ذكر بغير إذنه يضمنه، قال في الشرح: لا نعلم في ذلك خلافاً، فلأنه فوته عليه فوجب عليه ضمانه؛ كما لو غصبه فتلف عنده وشرطه: أن يكون مالا احتراز عن الكلب والسرجين النجس .

«محترماً» احتراز عما ليس بمحترم وإن كان مالا كآلة اللهو، ويشترط أن يكون لغيره؛ لأنه لا يجب الضمان على من هو له .

ويشترط أن يكون معصوماً كما جزم به المصنف وصاحب الفروع ، لأن ما ليس بمعصوم لا يضمن ماله .

«ومثله يضمن» يحترز به عن الأب إذا أتلف مال ولده ، والصبي والمجنون إذا أتلّفاً مالاً دفعه مالكة إليهما بشرطه ، وما تلف بين أهل العدل والبغاة، وظاهره لا فرق فيه بين الكبير والصغير والمختار والمكره لعموم «من» .

وهو وجه في المكره ، وفي آخر: يضمنه مكرهه كدفعه مكرهاً، لأنه ليس إتلافاً، ومثل المكره المضطر، ويرجع في الأصح على من أكرهه إن جهل تحريره .

وقيل : وعلمه لإباحة إتلافه ، وهل لربه مطالبة مكرهه ؟ فيه وجهان .

فإن طالبه رجع على المتلف إن علم تحريره، وإن^(١) قلنا لا لم يرجع عليه . وقيل :

(١) في الأصل: إن.

الضمان بينهما كالعامد والساهي.

فوائد:

منها: قال في الفائق : قلت : ولو أتلّف لغيره وثيقة بمال لا يثبت إلا بها ففي إلزامه ما تضمنته احتمالان: أحدهما: يلزمه ، كقول المالكية . انتهى .

وقال في الفروع في باب القطع في السرقة : وإن سرق فردَ خُفٍ قيمة كل واحد منهما منفرداً درهماً ومعاً عشرة: ضمن ثمانية قيمة المتلف خمسة ونقص التفرقة ثلاثة. وقيل : درهمين ولا قطع .

قال : وضمان ما في وثيقة أتلّفها إن تعذر: يتوجه تخريجه عليهما. انتهى .
وقال ابن نصرالله في حواشي الفروع : وقد يخرج الضمان لوثيقة من مسألة الكفالة فإنها تقتضي إحضار المكفول أو ضمان ما عليه ، وهنا إما أن يحضر الوثيقة أو يضمن ما فيها إن تعذرت.

ومنها: لو أكره على إتلاف مال الغير . وتقدم ذلك .
ومنها: لو أذن رب المال في إتلافه فأتلّفه^(١) لم يضمن المتلف مطلقاً على الصحيح من المذهب .

وقال ابن عقيل: إن عين^(٢) الوجه المأذون فيه مع غرض صحيح لم يضمن.
وقال في الفنون : لو أذن في قتل عبده فقتله لزمه كفارة لله وأثم ، ولو أذن في إتلاف ماله سقط الضمان والإثم ولا كفارة، وقال بعد ذلك : يمنع من تضييع الحب والبذر في الأرض السبخة بما يقتضي أنه محل وفاق .

قال في الفروع : وسبق أنه يحرم في الأشهر دفن شيء مع الكفن .
وأما كون من فتح قفصاً أو باباً أو حل وكاء... إلى قوله: أو اندفق ولو بشمس أو ريح ضمنه ، فلأن ذلك كله تلف بسبب فعله فلزمه ضمانه ، كما لو باشره بالتلف .
وفي كلام المصنف حذف تقديره: وإن فتح قفصاً عن طائر فطار، أو باباً، أو حل

(١) زيادة من الإنصاف ٢١٧/٦.

(٢) في الأصل: غير. وانظر الإنصاف ٢١٧/٦.

فهرب ما فيه، أو قيد عبد فهرب، أو فرس فشرد، لأن الطائر لو بقي في القفص ولم يهرب وكذا غيره فتلف بأفة سماوية لم يجب الضمان ، لأنه لم يحصل التلف بسبب فعله . وإنما حذف المصنف ذلك اعتماداً على ظهوره .

ولأنه نبه على مثل ذلك فيما سواه ، وهو قوله: فاندفق . هذا المذهب مطلقاً وعليه جماهير علمائنا وحزم به في المغني والشرح وغيرهما وقدمه في الفروع وغيره . قال في التلخيص: قال أصحابنا: يلزمه الضمان في جميع ذلك ، سواء تعقب ذلك فعله أو تراخى^(١) عنه . قال في القواعد: ذكره القاضي والأكثر . قال الحارثي: لا يختلف فيه المذهب . وقال في الفنون : إن كان الطائر متألفاً لم يضمنه . وقال أيضاً: الصحيح التفرقة بين ما يحال الضمان على فعله كالآدمي ، وبين ما لا يحال عليه الضمان كالحیوانات والجمادات فإذا حل^(٢) قيد العبد لم يضمن ، وقيل : لا يضمن إلا إذا ذهبوا عقب الفتح والحل .

فعلى المذهب: يضمنه ، سواء ذهب عقب فعله أو متأخراً عنه، وسواء هيج الطائر والدابة حتى ذهبا أو لم يهيجهما . قاله علماؤنا .

فوائد:

منها: لو بقي الطير والفرس بحالهما حتى نفرهما آخر ضمنهما المنفر . جزم به في المغني والشرح وغيرهما .

ومنها: لو دفع مبرداً إلى عبد ففرد به قيده فهل يضمنه أم لا ؟ حكى في الفصول والحارثي وغيرهما احتمالين وحكماهما في الفروع وجهين وأطلقهما . وظاهر ما قدمه الحارثي الضمان .

ولو دفع مفتاحاً إلى لص لم يضمن .

ومنها: لو حل قيد أسير ضمن كحل قيد العبد، وكذا لو فتح الاصطبل فضاعت الدابة، وكذا لو حل رباط سفينة فغرقت ، وسواء كان لعصوف ريح أو لا على

(١) في الأصل: ترخى . وانظر الإنصاف ٢١٨/٦ .

(٢) زيادة يقتضيها السياق . وانظر القواعد ٢٠٥ .

الصحيح من المذهب ، وعلى قول القاضي: لا يضمن للعصوف .
ومنها: لو وثبت هرة على الطائر بعد الفتح ضمنه ، وكذا لو كسر الطائر في
خروجه قارورة ضمنها .

وقال القاضي : لا يضمن ما ألقته الريح وزلزلة الأرض ، لأن فعله غير ملجئ ، فلم
يتعلق به ضمان كما لو دفعه إنسان . وفيه وجه : لا يضمن فيما أذابتة الشمس ، لأن
فعله ملجئ ، مع أن قول القاضي منقوض بما إذا أذابتة الشمس ، لأنه لا قول فيه بعدم
الضمان .

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

قال: (وان ربط دابة بطريق صثق فغثرت ضمن كالكلب العقور لمن دخل بيته بأذنه
أو عقره خارج منزله).

ش: أما كون من ربط دابة فيما ذكر يضمن ما أتلفته ، فلأنه متعد بربطها ، وظاهره:
أنه يضمن ما عقر بيد أو رجل أو فم ، جزم به في المغني والشرح وشرح الحارثي
والفروع وغيرهم .

وقال ابن رزين وابن البناء: ولو كان ما أتلفته بنفح رجلها نص عليه .
ومن ضربها إذا فرسته فمات ضمنه . ذكره في الفنون .
وإن كان الطريق واسعاً فظاهر كلام المصنف: أنه لا يضمن إذا لم تكن في يده وهذا
إحدى الروایتين وقدمه في الرعايتين والحاوي الصغير .

والرواية الثانية : يضمن؛ لأن انتفاعه بالطريق مشروط بالسلامة .
قال الحارثي: وكذا أورده ابن أبي موسى وأبو الخطاب مطلقاً ونص عليه أحمد .
انتهى .

وأطلقهما في المغني والشرح والفروع وغيرهم .
فائدة: لو ترك طيناً في طريق فزلق فيه إنسان أو خشبة أو عموداً أو حجراً أو كيس
دراهم نص عليه ، أو أسند خشبة إلى حائط فتلف به شيء: ضمنه . جزم به في الفروع
وغيره .

وأما ضمان ما أتلفه الكلب العقور فينظر فيه ، فإن كان التلف في غير ملك مقتنيه وجب عليه ضمان ما أتلفه ، لأنه مفطر باقتنائه ، وإن كان التلف في ملكه نظرت ، فإن كان المعقور دخل بغير إذن فلا ضمان ، لأنه متعد في الدخول متسبب إلى إتلاف نفسه بجنائته ، وإن كان دخل بإذن فعلى مقتنيه ضمانه ، كما لو كان في داره بئر مغطاة فأذن لإنسان فدخل فوقع فيها .

ونقل حنبل : إذا كان الكلب موثقاً لم يضمن ما عقر . وظاهره : أنه إذا أتلف شيئاً بغير العقر كما لو ولغ أو بال في إناء إنسان أنه لا ضمان ؛ لأن هذا لا يختص الكلب العقور .

وقيل : في الكلب روايتان :

إحدهما : يضمن ، لأن الاقتناء سبب للعقر وأذى الناس فلزمه الضمان لما فيه من المبالغة في الزجر .

والثانية : لا ؛ لأنه لم يحصل منه جناية وكسائر البهائم ، وجوابه بأنه متسبب . وفي الرعاية : يضمن ما عقر خارج الدار إن لم يكفه ربه أو يحذر منه في الجملة ، سواء كان في منزل صاحبه ، أو خارجاً عنه ، دخل بإذن صاحب المنزل ، أو لا .
فرع : حكم أسد وغمر وذئب وهر يأكل الطيور ويقلب القدور في العادة حكم الكلب العقور . وله قتل الهر بأكل لحم ونحوه ، كالقواسق .

وفي الفصول : حين أكلها ، وفي الترغيب : إن لم تندفع إلا به كصائل .
وقال الحارثي : ذكره أصحابنا فإن لم يكن من عاداتها ذلك فلا ضمان قاله الأصحاب . ولو حصل عنده كلب عقور أو سنور ضار ، من غير اقتناء واختيار وأفسد لم يضمن .

قال : (وإن أجهج نارا في ملكه أو سقى أرضه لطف ملك غيره به ضمن إن فرط أو أسرف ، وإلا فلا) .

ش : أما كون من ذكر يضمن إذا فرط أو أسرف ، بأن أجهجها بما تسرى في العادة لكثرتها ، أو في ربح شديده تحملها ، أو فتح ماء كثيراً يتعدى ، فلأن سرايته عدوان ، فلزمه كما لو باشر ذلك بالإتلاف فلو أجهجها ثم طرأت ربح لم يضمن .

قال في عيون المسائل : لو أجهجها على سطح داره ، فهبت الريح فأطارت الشرر ، لم يضمن؛ لأنه في ملكه ، وهبوب الريح ليس من فعله ، بخلاف ما لو رمى قشر بطيخ في طريق .

وظاهر كلام المصنف والفروع: أنه يضمن حيث لم يكن ذلك في ملكه ، صرح به في الشرح لتعديه ، وإلا فلا ضمان حيث لم يوجد إفراط ولا تفريط ، لأنه غير متعد ، لأنها سراية فعل مباح فلم يضمن كسرارية القود ، وفارق ما إذا حل زقاً فاندلق ما فيه؛ لأنه متعد بمحله .

قال: (وإن حفر في حفاه بئراً لنفسه ضمن ما تلف بها وعكسه في سابلة واسعة لمصلحة عامة).

ش: أما كون صاحب الفناء وهو ما كان خارج الدار قريباً منها يضمن ما تلف بالبئر التي حفرها لنفسه ، فلائنه متسبب إلى إتلاف غيره ، فلزمه الضمان كواضع السكين ، وسواء حفرها بإذن الإمام أو غير إذنه ، وسواء كان فيها ضرر^(١) أو لا .

وقال بعض علمائنا : له حفرها لنفسه بإذن الإمام ، ذكره القاضي . فعليه لا ضمان ، لأن للإمام أن يأذن في الانتفاع بما لا ضرر فيه .

وجوابه: بأنه حفر في مكان مشترك بغير إذن أهله لغير مصلحتهم ، فضمن كما لو لم يأذن الإمام فيه ، ولا نسلم أن للإمام الإذن فيه ، فدل أنه لا يجوز لو كبل بيت المال وغيره ببيع شيء من طريق المسلمين النافذ، وأنه ليس لحاكم الحكم بصحته ، وقاله أبو العباس . وفي الفروع: يتوجه جوازه للمصلحة .

فائدة: لو حفر الحر بئراً بأجرة أو لا ، وثبت علمه أنها في ملك غيره -نص عليه- ضمن الحافر، قاله القاضي وابن عقيل والموفق وغيرهم من علمائنا. قدمه في الفروع وقال : ونصه هما: وإن جهل ضمن الأمر، وقيل: الحافر، ويرجع على الأمر .

وإن حفرها في سابلة واسعة لمصلحة عامة لينزل فيها ماء المطر أو ليشرب منها المارة لم يضمن ما تلف بها، فلائنه محسن بفعله غير متعد أشبهه باسط الحصير في المسجد ،

(١) في الأصل: ضرراً.

وعلله الإمام أحمد بأنه نفع للمسلمين . ومحله: ما لم يكن فيه ضرر وهو معنى كلام المصنف: «في سابلة واسعة لمصلحة عامة» ، وهذا إحدى الروايتين وهو المذهب بهذا الشرط. حزم بهذه الرواية ابن أبي موسى والقاضي [في الجامع]^(١) الصغير وأبو الفرج وغيرهم .

قال في الهداية والمذهب والخلاصة: لم يضمن في أصح الروايتين وصححه الموفق وغيره وقدمه في الفروع والحرر وغيرهما.

والثانية: يضمن ولم يذكر القاضي غير هذه الرواية، لأنه مأذون له في ذلك بشرط سلامة العاقبة ولم توجد.

وعنه: يضمن، إلا أن يكون بإذن حاكم . والأول أشهر ؛ لأن هذا مما تدعو الحاجة ويشق استئذان الإمام وتعم البلوى به ، ومثله لو حفرها في موات لتملك أو ارتفاق أو انتفاع عام ، نص عليه ، أو بنى فيها مسجداً أو خاناً ونحوهما لنفع المسلمين .
فرع: فِعْلُ عبده بأمره ، كفعله ، أعتقه أو لا . ويضمن سلطان أمر وحده .

تنبيه: حكم البناء في الطريق كالحفر فيه ، مسجداً كان أو غيره . نقل إسماعيل ابن سعيد: لا بأس به إذا لم يضر بالطريق ، ونقل عبدالله : أكره الصلاة فيه إلا أن يكون بإذن الإمام ، ونقل المروذي : إن هذه المساجد التي بنيت في الطريق تهدم . وسأله محمد بن يحيى الكحال : نريد في المسجد من الطريق قال: لا نصلي فيه .

وفي المغني : يحتمل أن يُعتبر إذن الإمام في البناء لنفع المسلمين دون الحفر، لدعوى الحاجة إليه لنفع الطريق وإصلاحها، وإزالة الطين والماء منها، فهو كتفتيتها وحفر هدفه^(٢) فيها، وقلع حجر يضر بالمارة ووضع الحصى في حفرة فيها ليملاها ويسقف ساقية فيها، ووضع حجر في طين ليظاً الناس عليه ، فهذا كله مباح لا يضمن ما تلف به . قال في الشرح : لا نعلم فيه خلافاً.

وكذا بناء القناطر، ويُحتمل أن يعتبر فيها إذن الإمام ، لأن مصلحته لا تعم.

(١) زيادة من الإنصاف ٢٢٥/٦.

(٢) في الأصل: هدف. وانظر الإنصاف ٢٢٧/٦.

قال بعض علمائنا في حفر البئر: ينبغي أن^(١) يتقيد سقوط الضمان إذا حفرها في مكان مائل عن القارعة وجعل عليه حاجزاً يعلم به ليتوقى .

قال : (ومن جعل قنديلًا أو حصيراً بمسجد، أو قعد في متسع فغثر بأحداهما حيوان فتلف أو مال جداره ولم يهدمه فأتلف شيئاً لم يضمن الكل بل يحتاج محدث إلى طريق بغير حق).

ش: أما كون من ذكر لا يضمن ما تلف بالقنديل أو الحصير؛ فلأنه مأذون له في ذلك شرعاً، فلم يضمن ما تولد منه كسرارية القود.

وقيل : بل المال وعاقلته الدية . وقال ابن حمدان : إن فعله بإذن الإمام أو حاجة فهدر . والأول أولى.

وقاله الأكثر كوضع حصى فيه .

ولأنه أحسن بفعله من غير تعديّة منه فلم يضمن ما تلف ، كما لو أذن الإمام أو الجيران .

وأما كونه لا يضمن بعثر الحيوان ، فلأن له أن يجلس في المسجد، وفي طريق واسع فلم يضمن لعدم تعديّه ، وهذا أحد الوجهين وهو الأصح وتقييده بالمتسع يخرج الضيق .
والثاني: يضمن ، لأن الطريق جعلت للمرور فيها والمسجد للصلاة وذكر الله تعالى وما ذكره المصنف أولى ؛ لأنه فعل فعلاً مباحاً والطريق الواسع يُجْلَس فيه عادة، والمسجد جُعِل للصلاة وانتظارها والاعتكاف في جميع الأوقات ، وبعضها لا تباح الصلاة فيه .

وأما كون مالك الحائط لا يضمن ، فلأن الميل حادث ، والسقوط ليس من فعله ، أشبه ما لو وقع قبل ميله ، وسواء أمكنه نقضه أو طوّل به ، أو لا، نص عليه وهو المذهب .

قال الحارثي في شرحه : والذي عليه متأخروا الأصحاب القاضي ومن بعده أن الأصح من المذهب عدم الضمان ، وجزم به في المنور وصححه الناظم وقدمه في المحرر

(١) زيادة من الإنصاف ٢٢٦/٦.

والشرح والفروع وغيرهم . وهو الظاهر عن الشافعي . ونحوه قول أصحاب الرأي .
وأوماً الإمام أحمد في موضع أنه إن تقدم إليه بنقضه وأشهد عليه فلم يفعل ضمن ،
لأنه مفطر ، أشبه ما لو باشر الإتلاف . وفي هذا^(١) روايتان عنه :

ففي رواية قال: إن طالبه مستحق بنقضه وأمكنه ضمن . اختاره جماعة ، وفي رواية
ابن منصور: إذا كان أشهد عليه ضمن ، وقال بعض علمائنا: يضمن مطلقاً ، وهو قول
ابن أبي ليلى وإسحاق كبنائه مائلاً .

وأما إن طولب بالنقض فلم يفعل فقد توقف الإمام أحمد في الجواب فيها . وحكى
في الشرح الضمان عن الأصحاب .

فعلى هذا المطالبة من كل مسلم وذمي توجب الضمان بشرطه ، لأن كل واحد له
حق المرور بخلاف مستأجر ومستعير ، لكن إن كان المالك محجوراً عليه لسفه ونحوه ،
فطولب ، لم يلزمه لعدم أهليته .

وإن طولب وليه أو الوصي فلم يفعل ، فالضمان على المالك .

وإن طولب أحد الشريكين ففي حصته وجهان :

أحدهما: لا شيء عليه؛ لأنه لا يمكنه النقض بدون إذن فهو كالعاجز .

والثاني : يلزمه بحصته؛ لأنه يتمكن من النقض بمطالبة شريكه وإلزامه فصار مفطراً .

فلو كان ميله إلى درب غير نافذ فالحق لأهل الدرب والمطالبة لهم . فإن تشقق

الحائط ولم يمل فإن كان طولاً فهو كالصحيح فإن كان عرضاً فهو كالمائل .

تنبيه: إذا بنى حائطاً في ملكه مستوياً أو مائلاً إلى ملكه فسقط فأتلف شيئاً فهدر .

وإن بناه مائلاً إلى ملك غيره ، أو الطريق وخيف ضرره نقضه ، فإن تركه فسقط فأتلف

نفساً أو مالا ضمن المال ، والعاقلة الدية .

أصل: إذا تقدم إلى^(٢) مالك الحائط المائل فباعه ، ثم سقط فأتلف شيئاً ، فلا ضمان

على البائع ؛ لأنه ليس بملكه ، ولا على المشتري؛ لأنه لم يُطالب بنقضه .

(١) في الأصل: وهذا.

(٢) زيادة من المبدع ١٩٦/٥ .

وإذا قيل^(١) بالضمان والمتلف آدمياً فالدية على عاقلته فإن أنكرت الحائظ لصاحبهم لم يلزمهم، إلا أن يثبت ذلك بينة، لأن الأصل عدم الوجوب. وإن أبرأه والحق له فلا ضمان .

وأما كونه يضمن ما تلف بجناح محدث إلى طريق بشرطه ، فلا أنه متعد بفعل ذلك ، فوجب عليه ضمان ما تولد منه ، كما لو جرح^(٢) إنساناً فتعدى إلى تلفه .
وأما إذا كان الطريق غير نافذ فأخرج ذلك بإذن أهله ، فإنه لا ضمان عليه لعدم تعديه .

مسائل:

إذا تلفت^(٣) حامل ، أو حملها من ريح طبخ ، وعلم أصحابه ذلك عادة ضمنوا في الأشهر .

وإن أطاررت الريح إلى داره ثوباً، لزمه حفظه ، فإن لم يعرف صاحبه فلقطة، وإن عرفه لزمه إعلامه فإن لم يفعل ضمن ، وإن دخلها طائر غيره لم يلزمه حفظه ولا إعلامه به .

وقيل : إلا أن يكون غير ممتنع فيكون كالثوب ، وإن أغلق عليه بابه ليمسكه لنفسه ضمنه وإلا فلا .

(١) في الأصل: وقيل. والزيادة من المبدع ١٩٦/٥ .

(٢) في الأصل: أخرج. وانظر المبدع. الموضع السابق.

(٣) في الأصل: تلف.

فصل في ضمان ما أتلقت البهائم

قال: (وما أتلقت البهيمة من الزرع ليلاً ضمنه^(١) صاحبها وعكسه النهار، إلا أن ترسل بقرب ما ي تلف عادة^(٢)، أو بين زرعين متقاربين).

ش: أما كون ما أتلقت البهيمة من الزرع ليلاً يضمه^(٣) صاحبها ولا يضمن ما أتلقت بالنهار بشرطه ؛ فلما روى مالك عن الزهري عن حرام بن سعد « أن ناقة للبراء دخلت حائط قوم فأفسدت ف قضى رسول الله ﷺ بأن على أهل الأموال حفظها بالنهار وما أفسدت بالليل فهو مضمون عليهم^(٤) ».

قال ابن عبد البر: هذا وإن كان مرسلأ فهو مشهور وحدث به الأئمة الثقات وتلقاه فقهاء الحجاز بالقبول .

ولأن العادة من أهل المواشي إرسالها نهارأ وحفظها ليلاً، عكس أهل الحوائط. ولهذا فرق بينهما وقضى على ما كل ما يحفظ في وقت عادته . وهذا رواية .
واقصر المصنف على الزرع فقط ، وظاهره أنها إذا أتلقت غير الزرع ليلاً لا ضمان على صاحبها وجزم به في المغني، فقال في المغني. إن أتلقت غير الزرع لم يضمن مالها، نهارأ كان أو ليلاً.

قال الحارثي وابن منجى: لم أجده لأحد غيره انتهيأ . وهو ظاهر كلام الخرقى فقال : وما أفسدت البهائم في الليل من الزرع فهو مضمون على أهلها .

قال الحارثي: وكافة الأصحاب على التعميم لكل مال بل منهم من صرح بالتسوية بين الزرع وغيره منهم القاضي في المجرد والسامري في المستوعب .

قال ابن منجى في شرحه: خص المصنف الحكم بالزرع والشجر وليس كذلك عند الأصحاب . انتهى . وقدمه في الفروع ، وقال: نص عليه جماعة . انتهى . وقدمه في

(١) في الأصل: ضمن. وانظر الوجيز.

(٢) زيادة من الوجيز.

(٣) في الأصل: يضمن.

(٤) أخرجه مالك في الأقضية، باب القضاء في الضواري والحريسة ٥٧٣/٢ ح ٣٧.

الفائق أيضاً.

قال في الواضح : يضمن ما أتلقت ليلاً من سائر المال بحيث لا ينسب واضعه إلى تفريط .

وظاهر كلام المصنف: ولو انقلبت بغير اختياره ، وقيل : لا لعدم تفريطه ولا يضمن نهائراً، قال القاضي: هذه المسألة محمولة على المواضع التي فيها مزارع أو مراعي فأما القرى العامرة التي^(١) لا مرعى فيها إلا^(٢) بين قراحين كساقية وطرف زرع فليس^(٣) له إرسالها بغير حافظ ، فإن فعل لزمه الضمان لتفريطه فأما الغاصب فيضمن ما أفسدت مطلقاً .

وظاهر كلام المصنف: أنها إذا أرسلت بقرب ما تلقت عادة يضمن صاحبها، وهو رواية جزم به في المحرر والنظم والزرکشي وغيرهم، وهو قول القاضي كما تقدم وجماعة .

والثانية : لا فرق في ذلك، وهو ظاهر كلام الموفق في المقنع والهداية والخلاصة وجماعة وقدمه في الفروع .

قال الحارثي: وهو الحق وهو ظاهر كلام الأكثرين من أهل المذهب وصرح به في المغني .

فوائد:

منها: قال الحارثي: لو جرت عادة بعض النواحي بربطها^(٤) نهائراً وإرسالها وحفظ الزرع ليلاً فالحكم كذلك ، لأن هذا نادر فلا يعتبر به في التخصيص .
ومنها : إرسال المودع كإرسال المالك في انتفاء الضمان . قاله الحارثي أيضاً.
والمستعير والمستأجر كذلك ، ولو استأجر أجيراً لحفظ دوابه فأرسلها نهائراً فكذلك اللهم إلا أن يشترط الكف عن الزرع فيضمن ، فهو كاشتراط المالك على المودع ضبطها

(١) في الأصل: الذي. وانظر المبدع ١٩٩/٥.

(٢) في الأصل: لا . وانظر المبدع ، الموضع السابق.

(٣) في الأصل: فله. وانظر المبدع ، الموضع السابق.

(٤) زيادة من الإنصاف ٢٤٢/٦.

نهاراً.

ومنها: لو طرد دابة من مزرعته لم يضمن ما جنت إلا أن يدخلها مزرعة غيره فيضمن ، وإن اتصلت المزارع صير ليرجع على صاحبها ولو قدر أن يخرجها وله منصرف غير المزارع فتركها فهدر.

ومنها: الخطب الذي على الدابة إذا خرق ثوب آدمي بصير عاقل يجد منحرفاً فهو هدر، وكذا لو كان مستديراً وصاح به منبهاً له وإلا ضمنه فيهما. ذكره في الترغيب واقتصر عليه في الفروع .

ومنها: [لو أرسل طائراً فأفسد]^(١) أو لقط حياً فلا ضمان . قاله الحارثي .

قال : (وإن كانت بيد راكب أو قائد أو سائق ضمن جنايتها بمقدمها لا يؤخرها وبإقبي جنايتها هدر كقتل الصائل عليه) .

ش: أما كون البهيمة إذا كانت بيد الراكب أو القائد أو السائق فيضمن ما جنت بمقدمها دون مؤخرها ؛ فلما روى سعيد مرفوعاً: « الرجل جبار »^(٢) . وفي رواية أبي هريرة: « رجل العجماء جبار »^(٣) فدل على وجوب الضمان في جنائية غيرها .
ولأنه يمكنه حفظها من الجنائية بها بخلاف الرجل . هذا المذهب .

قال الحارثي : هذا الصحيح من المذهب ، جزم به في الهداية والمستوعب والخلاصة وغيرهم وقدمه في المغني والشرح والفروع وغيرهم وعليه جماهير علمائنا .

وعنه : يضمن ما جنت برجلها ككبحها ونحوه ، ولو لمصلحته وكوطئها بها . وظاهر نقل ابن هانئ فيه لا .

ونقل أبو طالب : لا يضمن ما أصابت برجلها أو نفحت بها ، لأنه لا يقدر على حبسها . وهو ظاهر كلام جماعة .

وعنه : يضمن سائق جنائية رجلها .

وعلى المذهب: لو كان السبب من غيرهم ضمن فاعله كنخسها وتنفيها . ويُعتبر

(١) في الأصل: إرسال طائر فاسد. وانظر الإنصاف ٢٤٢/٦ .

(٢) أخرجه أبو داود في الدييات، باب في الدابة تنفخ برجلها ١٩٦/٤ ح ٤٥٩٢ .

(٣) أخرجه الترمذي في الأحكام، باب ما جاء في العجماء جرحها جبار ٦٦١/٣ ح ١٣٧٧ .

في الراكب أن يكون متصرفاً فيها، فلو كان عليها اثنان ، فالضمان على الأول لأنه قادر على كفها، إلا أن يكون صغيراً أو مريضاً، وإن كان الثاني متولياً تدبيرها فعليه الضمان ، وإن اشتركا في التصرف أو كان معها^(١) سائق وقائد، اشتركا في الضمان ، وإن كان معهما أو مع أحدهما راكب شارك .

وقيل : راكب؛ لأنه أقوى، وقيل : قائد؛ لأنه لا حكم لراكب معه . ولا ضمان بذنبها في الأصح . ويضمن جناية ولدها.

فروع: الإبل والبغال المقطرة كالواحدة على قائدها الضمان ، وإن كان معه سائق شاركه في ضمان الأخير فقط إن كان في آخرها، فإن كان في أولها شارك في الكل ، وإن كان فيما عدا الأول شارك في ضمان ما باشر سوقه دون ما قبله وشارك فيما بعد، فإن انفرد راكب بالقطار وكان على أوله ضمن جناية الجميع . قاله الحارثي .

وأما كون باقي جنايتها هدر ؛ فلقوله عليه الصلاة والسلام : « العجماء جبار »^(٢) أي هدر وسواء كان المتلف صيد حرم أو غيره . أطلقه علماؤنا ومرادهم إلا الضارب والجوارح وشبهها.

قال أبو العباس فيمن أمر رجلاً يماسكها ضمنها إذا لم يعلمه بها.
وفى الفصول : من أطلق كلباً عقوراً أو دابة أو فرساً أو عضوياً على الناس وخلاه في طريقهم ورحابهم فأتلف شيئاً ضمنه لتفريطه .

وظاهر كلامهم: ولو كانت مغصوبة، لأنه لا تفريط من المالك ، ولا ذمة لها فيتعلق بها، ولا قصد فيتعلق^(٣) برقيبتها، بخلاف العبد والطفل .

وأما كون قاتل الصائل عليه من آدمي مكلف أو غيره ، لا يضمنه إذا قتله دفعاً عن نفسه؛ لأنه قتله بالدفع الجائر فلم يجب ضمانه ، فإن كان الصائل بهيمة فلم يمكنه دفعها إلا بقتلها، جاز له قتلها إجماعاً، ولا يضمنها إذا كانت لغيره . وهذا قول مالك

(١) في الأصل: أو معهما. وانظر المبدع ١٩٨/٥.

(٢) أخرجه البخاري في الديات، باب العجماء جبار ٦/٢٥٣٣ ح ٦٥١٥. ومسلم في الحدود، باب جرح العجماء والمعدن والبئر جبار ٣/١٣٣٤ ح ١٧١٠.

(٣) في الأصل: فتعلق. وانظر المبدع ١٩٨/٥.

والشافعي .

وقال أبو حنيفة : يضمونها ، لأنه أئلف مال غيره لإحياء نفسه ، فضمنه كالمضطر إذا أكل طعام غيره . وكذلك الخلاف في غير المكلف من الآدميين ، كالصبي والمجنون يجوز قتله ويضمنه ، لأنه لا يملك إباحة نفسه . ولذلك لو ارتد لم يقتل .

ولنا: أنه قتله بالدفع الجائر فلم يضمناه كالعبد .

ولأنه حيوان جاز إتلافه فلم يضمناه كالذمي المكلف .

ولأنه قتله بدفع شره فأشبهه العبد ، وذلك أنه إذا قتله بدفع شره كان الصائل هو القاتل لنفسه ، فأشبه ما لو نصب جرةً في طريقه فقذف نفسه عليها فمات بها ، وفارق المضطر فإن الطعام لم يلحقه إلى إتلافه ولم يصدر منه ما يزيل عصمته ، ولهذا لو قتل المحرم الصيد صائلاً عليه لم يضمناه ولو قتله لاضطراره إليه ضمنه . ولو قُتل المكلف لصياله^(١) لم يضمناه ، ولو قتله ليأكله في المحصنة وجب عليه الضمان ، وغير المكلف كالمكلف في هذا .

وقولهم: لا يملك إباحة نفسه ، قلنا: والمكلف لا يملك إباحة نفسه ، ولو قال: أبحث دمي لم يباح ، مع أنه إذا صال فقد أبيع دمه بفعله فلم يضمناه كالمكلف .
فائدة: لو حالت بهيمة بينه وبين ماله ولم يصل إليه إلا بقتلها فقتلها: فيحتمل أن يضمّن . ويحتمل أن لا يضمّن . وأطلقهما الحارثي .

قال: (وكسر الزمّار والصليب وآنية الذهب والفضة والخمر غير المحترمة) .

ش: أما كون من كسر زمّاراً أو صليباً لا يضمّنه ؛ فلأن بيع ذلك لا يحل فلم يضمّنه كالميتة . ودليل تحريم بيع ذلك كله قول النبي ﷺ: «يحق الله القينات والمعازف» .

وأما كون من كسر آنية فضة أو ذهب لم يضمّنه نص عليه ؛ فلأن اتخاذه محرم ، فلم يصادف الإتلاف شيئاً مباح البقاء ، فلم يضمّن كإتلاف الخنزير .

ولأنه أئلف ما ليس بمباح فلم يضمّنه كالميتة .

وعنه : بلى . حكاه أبو الخطاب .

(١) في الأصل: لصائله . والصواب ما أثبتناه .

نقل منها فيمن هشم على غيره إبريق فضة عليه قيمته: يصوغه كما كان . فقيل له: أليس قد نهى النبي ﷺ عن اتخاذها ؟ فسكت . فهذا يدل على أنه رجع عن قوله ذلك .
وأما كونه لا يضمن إناء الخمر إذا كسره على المذهب ؛ فلما روى أنس قال: « كنت أسقي أبا طلحة وأبي بن كعب وأبا عبيدة شرباً من فضيخ فأثانا آت فقال: إن الخمر قد حُرمت . فقال أبو طلحة: قم يا أنس إلى هذه الدنان فاكسرها »^(١) .

وهذا يدل على سقوط حرمة وإباحة إتلافه فلم يضمنه كسائر المباحات ، وهذا إذا كان الخمر الذي فيها يؤمر بإرافته قدر يريقها بدونه أو عجز . نقله المروزي .
ونقل الأثرم وغيره : إن لم يقدر لم يضمن على الأصح فيمن كخنزير .
وعنه: يضمن آنية الخمر إن كان يتنفع بها في غيره ، لأنه مال يمكن الانتفاع به ، ويحل بيعه ، فيضمنها ، كما لو لم يكن فيها خمر .

ولأن جعل الخمر فيها لا يقتضي سقوط ضمانها كمخزن الخمر ، لكن نقل ابن منصور أنه لا يضمن مخزناً للخمر واختاره ابن بطة وغيره .
هذا الصحيح من المذهب . قدمه في الفروع .
ونقل حنبل: بلى وجزم به الموفق ، ولا يضمن كتاباً فيه أحاديث رديئة . نقله المروزي فجعله كآلة لهو .

ولا حلياً محرماً على الرجال لم يستعملوه يصلح للنساء .
وقال في الهدى: يجوز تحريق أماكن المعاصي وهدمها ، كما حرق عليه أفضل الصلاة والسلام مسجد الضرار وأمر بهدمه ، ومثل إناء الخمر إذا كسر لا يضمن؛ كالعود والطبل والترد وآلة السحر والتغريم وصور خيال والأوثان والأصنام وكتب المبتدعة المضلة وكتب الكفر ونحو ذلك .

وهذا المذهب في ذلك كله وجزم به في المغني والشرح والفائق وغيرهم في كسر المزمار والطنبور والصليب وإناء فضة أو ذهب أو خمر ، وقدموه في الباقي وصححوه في الجميع .

(١) أخرجه البخاري في التمني، باب ما جاء في إجازة خير الواحد الصدوق في الأذان والصلاة ٢٦٤٩/٦ ح ٦٨٢٦ .
ومسلم في الأشربة، باب تحريم الخمر ١٥٧٢/٣ ح ١٩٨٠ .

قال ناظم المفردات: لا ضمان في المشهور وهو منها ، وقدمه في الفروع وغيره.
فائدة: قال صاحب الفروع: ظاهر كلام الأصحاب الشطرنج من آلة اللهو .
ونقل أبو داود: لا شيء عليه فيه.

قال: (ويضمن كل واحد سفينة الآخر وما فيها إذا غرقا بالمصادفة ، ويضمن المصعدة صاحب المنحدرة ما لم تغلب) .

ش: أما كون ملاحي كل سفينة يضمن السفينة وما فيها أي القيمتين ، فلأن التلف حصل بسبب فعلهما، فوجب على كل منهما ضمان ما تلف بسبب فعله ، كالفارسين^(١) إذا اصطدما، وهذا إذا كان مفرطين ، فإن لم يكن فلا ضمان عليهما، لكن قطع في المغني والشرح وغيرهما بأن كل واحد ضامن إذا فرط ، وعزاه الحارثي إلى الأصحاب ، فإن اختلفا في التفريط ولا بينة قدم قول القيم مع يمينه .

وأما كون صاحب المنحدرة عليه ضمان المصعدة إذا لم يكن غلبه الريح ، فلأنها تنحط على المصعدة من علو ، فيكون سبباً لغرقها، وتُنزل المنحدرة منزلة السائرة والمصعدة منزلة الواقعة .

وأما كونه لا يضمنه إذا غلبه الريح فلم يقدر على ضبط السفينة، فلأنه حينئذ لا يعد مفرطاً.

ولأن التلف يمكن إسناده إلى الريح ، بخلاف ما تقدم .

هذا المذهب نص عليه ، وعليه جماهير علمائنا، وقطع به في المغني والشرح وغيرهما من علمائنا.

وفي الواضح وجه: لا تضمن منحدرة . وقال في الترغيب : السفينة كدابة والملاح كراكب .

تنبيه: قال الحارثي: وسواء فرط المصعد في هذه الحالة أو لا ، على ما صرح به في الكافي وأطلقه الأصحاب وأحمد . وقال في المغني : إن فرط المصعد بأن أمكنه العدول بسفينته ، والمنحدر غير قادر ولا مفرط ، فالضمان على المصعد؛ لأنه المفرط ، قال

(١) في الأصل: كالفارسين.

الحارثي : وهذا صريح في أن المصعد يؤاخذ بتفريطه .

فائدتان:

إحدهما: لو تعمّد الصدم فشريكان في إتلاف كل منهما، ومن فيهما^(١)، فإن قتل في الغالب فالقود وإلا شبه عمد.

ولا يسقط فعل المصادم في حق نفسه مع عمد، ولو خرقها عمداً أو شبهه أو خطأ: عمِل على ذلك . قاله في الفروع .

وقال الحارثي : إن عمد ما لا يهلك غالباً فشبه عمد، وكذا ما لو قصد إصلاحها فقلع لوحاً، أو أصلح مسماراً فحرق موضعاً . حكاه القاضي وغيره .

وقال الموفق في المغني : والصحيح أنه^(٢) خطأ محض؛ لأنه قصد فعلاً مباحاً . وهل يضمن من ألقى عدلاً مملوءاً بسفينة فغرقها وما^(٣) فيها أو نصفه أو بحصته؟ قال في الرعاية وتبعه في الفروع: يحتمل أوجهاً.

وجزم في الفصول أنه يضمن جميع ما فيها. ذكره في أثناء الإجارة، وجعله أصلاً لما زاد على الحد سوطاً في وجوب الدية كاملة .

وكذلك الموفق في المغني جعلها أصلاً في وجوب ضمان الدابة كاملة إذا جاوز بها مكان الإجارة أو زاد على الحد سوطاً .

ولو أشرفت على أن تغرق فعلى الركبان إلقاء بعض الأمتعة حسب الحاجة، ويحرم إلقاء الدواب حيث أمكن التخفيف بالأمتعة، وإن أُلجأت الضرورة إلى إلقائها جاز صوتاً للآدميين، والعبيد كالأحرار .

وان تقاعدوا عن الإلقاء مع الإمكان أثموا . وهل يجب الضمان ؟ وجهان اختار الموفق وغيره عدمه .

والثاني : يضمن . وأطلقهما الحارثي .

ولو ألقى متاعه ومتاع غيره فلا ضمان على أحد، ذكره الأصحاب ، قاله الحارثي .

(١) في الأصل: فيها. وانظر الإنصاف ٢٤٥/٦.

(٢) زيادة من الإنصاف ٢٤٥/٦.

(٣) في الأصل: ما. وانظر الإنصاف ٢٤٥/٦.

وإن امتنع من إلقاء متاعه ، فللغير إلقاءه من غير رضاه دفعاً للمفسدة لكن يضمنه ،
قاله القاضي في المجرد وابن عقيل في الفصول والموفق في المغني وغيرهم .
قال الحارثي : وعن مالك : لا يضمن اعتباراً بدفع الصائل .
قال : ويتخرج لنا مثله بناء على انتفاء الضمان بما لو أرسل صيداً من يد محرم .
الثانية : لو كانت إحداهما واقفة ، والأخرى سائرة فعلى قيم السائرة ضمان الواقعة
إن فرط ، وإلا فلا . ذكره الموفق والقاضي والشارح وصاحب الفروع وغيرهم .
ويأتي في (١) كلام المصنف إن شاء الله تعالى في أوائل كتاب الديات : إذا اصطدم
عبدان فماتا فهدر . والله أعلم بالصواب .

باب الشفعة

وهي بإسكان الفاء . والنظر في لفظها وحدها وأركانها وحكمها ومستنده .
أما لفظها : فقليل هي مشتقة من الشفع وهو الزوج ضد الوتر ، لأن الشفيع يضم
نصيب شريكه إلى نصيبه فيصير شفعا . وقيل : من الزيادة ؛ لأن نصيب الشفيع يزيد بها .
قال الطوفي : ولا أعلم ما وجه هذا الاشتقاق ، إلا أن يكون من الشفاعة ، لأنها
تؤثر زيادة في حق المشفوع له ، أو من قولهم : شاة شافع إذا كان معها ولدها ، لأنه زيادة
معها ، لكن هذا يرجع إلى الأول وهو الشفيع ضد الوتر .

وأما حدها : فقال المصنف : (وهي استحقاق أخذ حق شريكه من مشتريه بشفعه الذي
استقر العقد عليه) .

ش : هذا بيان لمعناها لكنه غير جامع ، لخروج الصلح . بمعنى البيع والهبة ، بشرط
الثواب ، ولا مانع ؛ لأنه يرد عليه الكافر ولا شفعة له ، والأحسن أن يقال : هي
استحقاق الشريك أخذ حصة شريكه من يد من انتقلت عنه بعوض مالي مستقر .
وقال الطوفي : فقليل هي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد

(١) زيادة من الإنصاف ٢٤٧/٦ .

مشتريها .

قال: وفيه نظر، إذ الشفعة ليست نفس الاستحقاق المذكور، وإنما الاستحقاق أثرها، وهي سبب له ، لأننا نقول: استحق زيد انتزاع حصة شريكه بالشفعة، فلو كانت الشفعة هي الاستحقاق لاتحد السبب والمسبب ، فالأولى إذاً أن يقال : الشفعة عقد قهري يستحق به الشريك انتزاع حصة شريكه من يد مشتريها في بعض الأموال ، أو عقد قهري يقتضي استحقاق الشريك إلى آخره .

وأما أركانها: فالبائع ، والمشتري ، والشفيع ، وهو شريك البائع شركة خاصة، والمشفوع وهو المبيع ، والشفعة التي هي العقد القهري متعلق بهذه الأشياء تعلقاً لا يوجد بدونها.

وأما حكمها فالجواز من جهة الشفيع ، لأنها حقه كالمرتتهن ، والوجوب على البائع ، لأنها حق عليه كالرهن على الراهن .

وأما مستند حكمها؛ فالكتاب والسنة والإجماع والنظر.

أما الكتاب فقوله عز وجل : {والجار ذي القربى والجار الجنب والصاحب بالجنب} [النساء: ٣٦] ونحو ذلك ما تضمن الوصية بالجار وإحسان جواره من الكتاب والسنة فإن استحقاق الشفعة من حق الجوار على ما سنذكر إن شاء الله تعالى . قاله الطوفي .

وأما السنة : فما روى جابر « أن النبي ﷺ قضى بالشفعة في كل مال لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصُرِّفَ الطُّرُق فلا شفعة »^(١) رواه أحمد وأحمد والبخاري .

وأجمع العلماء على ثبوت الشفعة إلا الأصم وهو محجوج بالإجماع قبله.

وأما النظر: فإن أحد الشريكين في العقار ونحوه ، إذا باع نصيبه ، ففي دخول الأجنبي على شريكه إضرار به ، لتفاوت الناس في الأخلاق والمعاشرة والجوار، واحتياج كل واحد من الشفيع والمشتري إلى الانفراد بمرافق نصيبه ، وفيه كلفة مع أن نصيب البائع خارج عنه ولا بد، فجعل الشرع للشريك سلطان الاستحقاق لهذا النصيب ، لأنه

(١) أخرجه البخاري في البيوع، باب بيع الأرض والدور والعروض مشاعاً غير مقسوم ٧٧٠/٢ ح ٢١٠٠. وأحمد ٣/٣٩٩ ح ١٥٣٢٤.

ينتفع بذلك ولا يضر غيره ، لأنه يؤدي الثمن كما يؤديه المشتري .
وأعقب المصنف الشفعة للغصب ، فإنها تؤخذ قهراً ، فكأنها مستثناة من تحريم أخذ مال الغير قهراً .

قال: (إن انتقل بغير عوض أو كان عوضه صداقاً أو صلحاً عن دم عبد لا مالاً فلا شفعة فيه).

ش: أما قوله: «(إن انتقل إلى آخره)» ؛ فبيان لشروط الشفعة .
أحد الشروط : أن يكون المشفوع مبيعاً ، فلا أن غير المبيع ليس بمنصوص عليه ، ولا في معنى المنصوص ، وهذا محل وفاق ، والخبر وارد فيه ، وشرطه : أن يكون ثابتاً ، وقيل: ولو مع خيار مجلس وشرط ، وقيل: شرط كمشتري .
وأما كونه لا شفعة فيما انتقل بغير عوض ، كالهبة بغير ثواب ، والصدقة والوصية والإرث ، فلا أن ذلك ليس في معنى البيع ، والأخذ يقتضي دفع العوض ولم يقصد فيها المعاوضة ، ويلحق به الرد بالعيب أو الفسخ وهذا قول العلماء .
وأما كونه لا شفعة فيما عوضه غير المال كما ذكره المصنف ، فلا أنه ملك بغير مال فلم يجب فيه شفعة كالهبة والإرث وهذا أحد الوجهين ، وهو ظاهر كلام الخرقي وصححه في التصحيح والنظم ، وجزم به في العمدة والمنور وغيرهما واختاره أبو بكر ، وذكر القاضي: أنه قياس المذهب . وبه قال أصحاب الرأي .

والثاني: يجب اختاره ابن حامد . وبه قال مالك والشافعي ؛ لأنه مملوك بعقد معاوضة أشبه البيع ، وأطلق في الفروع الخلاف ثم قال : وقياسه أخذ أجره أو ثمناً في سلم أو عوضاً في كتابة ، فإن وجبت فقييل : يأخذه بقيمته ، وقيل : بقيمة مقابله . وعلى الأخذ: لو طلق الزوج بعد الدخول بعد عفو الشفيع ، رجع بنصف ما أصدقها ، لأنه موجود في يدها نصفه ، وإن طلقها بعد أخذ الشفيع ، رجع بنصف قيمته ، لأن ملكها زال عنه ، وإن طلق قبل علم الشفيع ، ثم علم فوجهان:

أحدهما: يقدم حق الشفيع ؛ لأنه ثبت بالنكاح السابق .

الثاني: يقدم حق الزوج ، لأنه ثبت بالنص الإجماع ، وهما معدومان في الشفعة هنا . وفهم منه أن ما انتقل بعوض مالي كالصلح بمعنى البيع ، والصلح عن الجناية

الموجبة للمال والهبة المشروط فيها ثواب معلوم ، فإنها تثبت فيها ، لأن ذلك ثبت فيه أحكام البيع .

فرع: إذا جنى جنائتين عمداً وخطأً ، فصالحه منهما على شقص ، فالشفعة في نصفه فقط إن قلنا موجب العمد القصاص عيناً ، وإلا وجب في الجميع .

قال: (ويحرم التحيل لإسقاطها).

ش: أما كونه يحرم ما ذكر ، فلأن الحيلة حرام؛ لما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: « لا تتركبوا^(١) ما ارتكب اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل^(٢) » . وقال ﷺ : « قاتل الله اليهود^(٣) . إن الله لما^(٤) حرم عليهم شحوم الميتة جملوه ثم باعوه وأكلوا ثمنه^(٥) » .

ولأن الله حرم الحيل في غير موضع من كتابه ، وإذا كانت حراماً وجب أن يكون وجودها كعدمها .

ولأن الشفعة وضعت للفع الضرر ، فلو سقطت بالحيل ، للحق الضرر فلم تسقط ، كما لو أراد المشتري إسقاطها بالوقف ونحوه .

هذا المذهب بلا نزاع نص عليه ، ولا تسقط بالتحيل أيضاً نص عليه .

وقد ذكر علماؤنا للحيلة في إسقاطها صوراً:

منها: أن يكون قيمة الشقص مائة، وللمشتري عرض قيمته مائة، فيبيعه العرض بمائتين ، ثم يشتري الشقص منه بمائتين فيتقاضان ، أو يتواطآن على أن يدفع إليه عشرة دنانير عن المائتين ، وهي أقل من المائتين ، فلا يُقدم الشفيع عليه لتقصان قيمته عن المائتين .

ومنها: إظهار كون الثمن مائة ويكون المدفوع عشرين فقط .

(١) في الأصل: تركبوا.

(٢) رواه ابن بطة في إبطال الحيل ٤٢ .

(٣) في الأصل: لعن اليهود . وما أثبتناه من الصحيح .

(٤) زيادة من الصحيح .

(٥) أخرجه البخاري في البيوع ، باب بيع الميتة والأصنام ٧٧٩/٢ ح ٢١٢١ . ومسلم في المساقاة ، باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام ١٢٠٧/٣ ح ١٥٨١ .

ومنها: أن يكون كذلك ويبرئه من ثمانين .

ومنها: أن يهبه الشقص ويهبه الموهوب له الثمن .

ومنها: أن يبيعه الشقص بصيرة دراهم معلومة بالمشاهدة، مجهولة المقدار، أو بجوهرة ونحوها، فالشفيع على شفيعته في جميع ذلك ، فيدفع في الأولى قيمة العرض مائة أو مثل العشرة دنانير، وفي الثانية عشرين ، وفي الثالثة كذلك ، لأن الإبراء حيلة قاله في الفائق . وقاله القاضي وابن عقيل .

قال الموفق والشارح : يأخذ الجزء المبيع من الشقص بقسطه من الثمن ، ويحتمل: أن يأخذ الشقص كله بجميع الثمن . وجزم بهذا الاحتمال في المستوعب . قال الحارثي : وهو الصحيح .

وفي الرابعة : يرجع في الثمن الموهوب له . وفي الخامسة: يدفع مثل الثمن المجهول أو قيمته إن كان باقياً، ولو تعذر بتلف أو موت دفع إليه قيمة الشقص . ذكر ذلك علماؤنا. نقله في التلخيص .

وأما إذا تعذر معرفة الثمن من غير حيلة، بأن قال المشتري: لا أعلم قدر الثمن كان القول قوله مع يمينه وأنه لم يفعله حيلة، وتسقط الشفعة .

وقال في الفائق : قلت ومن صور التحيل: أن يقفه المشتري ، أو يهبه حيلة لإسقاطها، فلا تسقط بذلك عند الأئمة الأربعة، ويغلط من يحكم بهذا ممن ينتحل من مذهب أحمد، وللشفيع الأخذ بدون حكم . انتهى . قال في القاعدة الرابعة والخمسين : هذا الأظهر .

قال: (وثبت للشريك في أرض نجب قسمتها ويتبعها الغراس والبناء، لا الثمرة والزرع ، فلا شفعة لجار ولا في حمام صغير ونر وطرق وعراض ضيقة، وحيوان وشجر وبناء مفرد).

ش: أما كون الشفعة تثبت للشريك ؛ فلما روى جابر « أن النبي ﷺ قضى بالشفعة في كل شركة ما لم يقسم ربعة أو في حائط ، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه .

فإن شاء أخذ وإن شاء ترك ، فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به »^(١) رواه مسلم والنسائي وأبو داود.

فقوله: « ما لم يقسم » يدل على أن الشركة شرط ؛ لأنه نفاها مع القسمة، وكذلك حديث جابر المتقدم .

وقوله: « فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة »^(٢) .

ولأن الشفعة تثبت للشريك المخالط على خلاف الأصل يعني ليس في غيره ، وهو الضرر الحاصل بالمخالطة كمن لا يريد مخالطته فيطلب أحدهما المقاسمة فيتضرر بنقص قيمة ملكه وما يحتاج إلى إحداثه من المرافق ، وإذا لم يكن المعنى موجوداً في غير الشريك بقي على أصله في عدم ثبوت الشفعة، لأن الأصل أن الملك لمن اشتراه ، وإذا ثبت له لم ينتقل عنه فلا تثبت الشفعة .

وأما كونه يشترط أن تكون الشفعة في الأرض؛ فلأن غير الأرض لا نص فيه ولا هو في معنى المنصوص عليه .

وأما قول من قال : إنما تثبت في عقار . قال شيخنا في حواشيه: ظاهر كلامهم أن العقار الأرض فقط، وأن الغراس والبناء ليس بعقار، لقولهم إن الغراس والبناء المفرد لا شفعة فيه فإنه ليس بعقار، وإنما يؤخذ الغراس والبناء تبعاً أي إذا بيع الغراس والبناء مع الأرض يؤخذ بالشفعة تبعاً للأرض ، وظاهر كلام أهل اللغة بل صريحه أن النخل عقار وذكره غيره .

وأما كونه يشترط أن تكون الشفعة في أرض تجب قسمتها ؛ فلأن قول جابر: « قضى بالشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة »^(٣) يدل على أن المراد بما لم تقسم الأرض ، لأن الحدود والطرق لا تكون إلا فيها.

ولأنها تبقى على الدوام ، فالضرر حاصل بها دائماً، بخلاف المنقول . والمراد فيما

(١) أخرجه مسلم في المساقاة، باب الشفعة ١٢٢٩/٣ ح ١٦٠٨. وأبو داود في البيوع، باب في الشفعة ٢٨٥/٣ ح

٣٥١٣. والنسائي في البيوع، الشركة في الرباع ٣٢٠/٧ ح ٤٧٠١.

(٢) سبق تخريجه ص: ٢٣٩.

(٣) سبق تخريجه ص: ٢٣٩.

تجب قسمته إجباراً على ما يأتي إن شاء الله تعالى في بابه .

وعنه : مطلقاً . اختاره ابن عقيل وأبو محمد الجوزي وأبو العباس .

وعنه : وغيره إلا في منقول ينقسم .

وأما المقسوم المحدود فلا شفعة للجار فيه في قول عمر وعثمان وخلق لحديث جابر، ولقوله: « الشفعة فيما لم يقسم »^(١) معناه: أن الشفعة حاصلة أو ثابتة أو مستقرة في ما لم يقسم ، فما قسم لا تحصل فيه ولا تثبت .

ويؤكد هذا روايه الحصر والراوي ثقة عالم باللغة فينقل اللفظ بمعناه .

وعنه : أنها تثبت للجار . حكاه القاضي يعقوب في التبصرة وصححها ابن الصيرفي والحارثي وكذا اختاره أبو العباس مع الشركة في الطريق ؛ لما روى جابر مرفوعاً أنه قال: « الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً »^(٢) رواه الخمسة وحسنه الترمذي .

وروى أبو رافع أن النبي ﷺ قال: « الجار أحق بصَقِّه »^(٣) رواه النسائي .

ولأنه اتصال مالك يدوم ويتأبد فيثبت فيه كالشركة.

والأول أولى، لأن حديث أبي رافع ليس بصريح فيها فالصقب القرب ، فيُحتمل أنه أحق بإحسان جاره وصلته ، مع أن خبرنا صريح فيقدم على غيره ، وأحاديثهم فيها مقال ، ويُحتمل أنه أراد بالجار الشريك كما تسمى الضرتان جارتين؛ لاشتراكها في الزوج .

ولأن الشفعة ثبتت في موضع الوفاق على خلاف الأصل لمعنى معلوم في محل النزاع ، فلا تثبت فيه .

فعلى هذا لا فرق بين كون الطريق مفردة أو مشتركة .

(١) سبق تخريجه ص: ٢٣٩.

(٢) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في الشفعة ٢٨٦/٣ ح ٣٠١٨. والتزمي في الأحكام، باب ما جاء في الشفعة ١٤٢٩٢ ح ٣٠٣/٣. وأحمد ٢٤٩٤ ح ٨٣٣/٢. وابن ماجة في الشفعة، باب الشفعة بالجار ١٣٦٩ ح ٦٥١/٣. وابن ماجة في الشفعة، باب احتيال العامل ليهدي له ٦٥٧٩ ح ٢٥٦٠/٦. واللفظ له. وأبو داود في البيوع، باب في الشفعة ٢٨٦/٣ ح ٣٠١٦. والنسائي في البيوع، ذكر الشفعة وأحكامها ٣٢٠/٧ ح ٤٧٠٢. وابن ماجة في الشفعة، باب الشفعة بالجار ٨٣٣/٢ ح ٢٤٩٥. كلهم بلفظ: « سبقه ».

وسأله أبو طالب: الشفعة لمن هي ؟ قال: إذا كان طريقهما واحداً مشتركاً لم^(١) يقتسموا، فإذا صرفت الطرق وعرفت الحدود فلا شفعة . وإن بيعت دار لها طريق في درب لا ينفذ فوجهان ، والأشهر: تجب إن كان للمشتري طريق غيره أو أمكن فتح بابه إلى شارع ، وإن كان نصيب مشتر فوق حاجته ففي زائد وجهان ، وكذا دهليز جاره وصحنه .

فرع: إذا قَدَّم من لا يرها لجار إلى حاكم فأنكر: لم يحلف ، وإن أخرجه خرج نص عليه وقال : لا يعجبني الحلف على أمر يختلف فيه . قال القاضي: لأن يمينه هذا على القطع والبت ، ومسائل الإجهاد ظنية فلا يقطع ببطلان مذهب المخالف ، وحمله في المغني والشرح على الورع . وإن حكم حنفي لشافعي بها فله الأخذ عند ابن عقيل ومنعه القاضي .

فائدة: قال الطوفي : ومأخذ الخلاف نظراً أن المعقول من إثبات الشفعة دفع الضرر، لكن هل هو الضرر الخاص فيختص بالشريك ، أو العام فيتناول أهل السكة إذا اشتركوا فيها والجار الملاصق ، وقد ثبت قوله عليه الصلاة والسلام: « جار الدار أحق بالدار من غيره »^(٢) ، « الجار أحق بصقبه ما كان »^(٣) .

وأقول: اعلم أن هذه الأحاديث إن ثبت ببطلان بعضها، تعيّن العمل بالباقي لانتفاء معارضه ، وإن صحت جميعها على وجه ، يجب العمل به وهو ظاهر الحال .

فإن ثبت أن بعضها نسخ بعضاً، عُمل بالناسخ؛ لأنه الآخر، وإن لم يثبت نسخ بعضها فإن ظهر رجحان بعضها، عُمل بالراجح وجوباً، واستحباً على حسب نظر الناظر، وإن لم يظهر فالأولى مذهب أبي حنيفة في ثبوتها للجار على تفصيل له فيه عملاً بالنص في الجار ودفعاً للضرر العام . انتهى .

وأما كون الشفعة لا تثبت فيما لا تجب قسمته على ظاهر كلام المصنف ، فلأن

(١) في الأصل: اشتركا إذا لم . وانظر المبدع ٢٠٧/٥ .

(٢) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في الشفعة ٢٨٦/٣ ح ٣٥١٧ . والترمذي في الأحكام، باب ما جاء في الشفعة ٦٥٠/٣ ح ١٣٦٨ .

(٣) سبق تخريجه ص: ٢٤٤ . ولكن بدون لفظ: « ما كان » .

ذلك مما لا يبقى على الدوام فلم تثبت فيه الشفعة كصبرة الطعام .
ولأن قوله: « الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة »^(١) مشعر بأن الشفعة إنما تكون فيما يمكن قسمته .
وأما كون الغراس والبناء يتبع الأرض ، فلأن قوله ﷺ المتقدم ذكره ، وقضائه بالشفعة في كل شركة ربعة أو حائط ، يدخل فيه الغراس والبناء .
وفي قول المصنف: « يتبع الأرض » تنبيه على أنه لا يؤخذ الغراس والبناء بالأصالة؛ لأنهما لا تجب قسمتهما عند انفردهما .
قال الحارثي: لا خلاف فيهما على كلتا الروايتين . زاد في الرعاية : مما يدخل تبعاً :
النهر والبئر والقناة والرحى والدولاب .
وأما كون الثمرة والزرع لا تتبع الأرض ، فلأن ذلك لا يدخل في البيع ، فلا يؤخذ بالشفعة، كقماش الدار، وقيدتها في المغني والشرح بالظاهرة .
وهو أحد الوجهين وهو المذهب وصححه في التصحيح والنظم ، وقدمه في الكافي والفروع وغيرهما .
والثاني : بلى يؤخذ تبعاً كالغراس والبناء .
وقال أبو الخطاب: تؤخذ الثمار، وعليه يُخرج الزرع .
قال الحارثي : واختاره القاضي قديماً في رؤوس المسائل ، وأطلقهما في الخلاصة والفتاوى وغيرهما .
وظاهر الهداية والمستوعب والحاوي الصغير: الإطلاق . وأكثرهم إنما حكى الاحتمال أو الوجه في الثمر، وخرج منه في الزرع .
وأما كون الشفعة لا تثبت للحجار ؛ فلما تقدم .
وكونها لا تثبت في حمام صغير، وبئر وطرق ، وعراض ضيقة، وحيوان ، وشجر، وبناء مفرد؛ فللقوله عليه الصلاة والسلام : « لا شفعة في فناء ولا طريق ولا منقبة »^(٢)
رواه أبو عبيد في الغريب .

(١) سبق تخريجه ص: ٢٣٩ .

(٢) أخرجه أبو عبيد في غريبه ٤٣٢/١ .

والمنقبة : الطريق الضيق العتيق بين دارين لا يمكن أن يسلكه أحد.
وروي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال : « لا شفعة في بئر ولا فحل »^(١) ، وهذا
إحدى الروايتين وهو الصحيح من المذهب وعليه جماهير علمائنا.
قال الموفق والشارح : هذا ظاهر المذهب .
قال في الفروع والمستوعب وغيرهما : لا شفعة فيه في أصح الروايتين . وصححه في
التصحيح ، وجزم به غير واحد ، وقدمه في الكافي والمحرر وغيرهما . وبه قال الشافعي .
والثانية : فيها الشفعة ، وهو قول أبي حنيفة ، وعن مالك كالروايتين .
قال الحارثي : وهو الحق . وعنه : تجب في كل مال حاشا منقولاً ينقسم .
قال في الرعاية : وقيل : تجب في زرع وثمر مفرداً .

فصل [وقت الشفعة]

قال : (وهي على الفور وقت علمه ، فإن لم يطلبها أو لم يشهد بطلبها إذاً بلا عذر بطلت .

ش : أما كون خيار الشفعة على الفور بأن يطلبها ساعة علمه ، فإن كان المشتري حاضراً طلبها منه ، وإن كان غائباً بادر بالمضي إليه إن تمكّن من ذلك ، فإن منعه عذر أشهد على نفسه بالطلب ، فلأنه خيار ثل لدفع الضرر عن المال فكان على الفور ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « الشفعة لمن وأبّها »^(٢) . وفي رواية : « الشفعة كحل العقال »^(٣) . رواه ابن ماجه .

ولأن ثبوتها على التراخي ربما أضر بالمشتري ، لعدم استقرار ملكه . نص عليه وهو المختار لعامة علمائنا لظاهر ما سبق .

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٠٥/٦ كتاب الشفعة ، باب الشفعة فيما لم يقسم .
(٢) لم أقف عليه مرفوعاً . وقد أخرجه عبد الرزاق في البيوع ، باب الشفع يأذن قبل البيع ... من قول شريح ٨٣/٨ ح ١٤٤٠٦ .
(٣) أخرجه ابن ماجه في الشفعة ، باب طلب الشفعة ٨٣٥/٢ ح ٢٥٠٠ .

واحترز بالعلم عما إذا لم يعلم ، فإنه على شفيعته ولو مضى عليه سنون .
نقل ابن منصور: لا بد من طلب حين يسمع حتى يعلم طلبه ، ثم له أن يخاصم ولو
بعد أيام ، قاله في الفروع وغيره . والشفعة على الفور به . قال أبو حنيفة والشافعي في
جديد قوله .

وعن الإمام^(١) أحمد رواية ثانية: أن الشفعة على التراخي لا تسقط ، ما لم يُوجد منه
ما يدل على الرضى من عفو، أو مطالبة بقسمة ونحوه . وهو قول مالك والشافعي، إلا
أن مالكا قال: تنقطع بمضي سنة، وعنه : بمضي مدة يعلم أنه تارك لها. وقال القاضي
وأصحابه: واختاره ابن حامد وحكاها ابن الزاغوني رواية له طلبها في المجلس ، لأن المجلس
في حكم حالة العقد، بدليل أن القبض فيه لما يشترط فيه القبض كالقبض حالة العقد.
وأما كونها تسقط إذا أخرَّ المطالبة بها عن ساعة العلم ؛ فلما تقدم من أنه يُشترط
المطالبة حال العلم على اختيار المصنف .

وأما كونها لا تسقط إذا علم وهو غائب وأشهد على الطلب بها، فلأنه لا يمكنه
المطالبة وهو غائب ، فإذا قدر على المطالبة فيعلم منه أنه مطالب غير تارك، ثم إن أخر
الطلب بعد الإشهاد عند إمكانه فيه وجهان:

أحدهما: تبطل ؛ لأنه تارك للطلب ، أشبه ما لو كان حاضراً ولم يشهد.
والثاني : لا يسقط ، لأن عليه في السفر عقيب الإشهاد ضرراً لالتزامه كلفته ، وقد
تكون له حوائج وتجارة تنقطع وتضييع لغيبته ، والتوكيل يجعل فيه غرامة، وبغيره فيه منة.
وفي المغني : إن أخر القدوم بدل الطلب ، وهو صحيح ، لأنه لا وجه لإسقاط
الشفعة بتأخير الطلب بعد الإشهاد وهو غائب ، لأن الطلب حينئذ لا يمكن بخلاف
القدوم ، فإنه ممكن وتأخير ما يمكن لإسقاطه وجه بخلاف ما لا يمكن .

وظاهره: إذا لم يُشهد بطلبها ولكن سار في طلبها تسقط ، لأن السير قد يكون
لطلبها أو لغيره ، فوجب بيان ذلك بالإشهاد، كما لو لم يسر، وهذا أحد الوجهين ،
وهو ظاهر كلام الإمام أحمد والخرقي .

(١) في الأصل: إمام.

والثاني : لا تسقط ، لأن سيره عقب علمه ظاهر في طلبها فاكُتفي به كالذي في البلد.

قال الزركشي: وينبغي أن يكون حكم سير وكيله حكم سيره . وكذلك الوجهان إن أُخّر الطلب بعد القُوم والإشهاد، أو نسي المطالبة، أو البيع ، أو ظن المشتري زبداً فبان غيره .

ولفظ الطلب: أنا طالب أو آخذ بالشفعة أو قائم عليها ونحوه .

قال: (وإن تركها عجزاً لمرض أو حبس معسر أو عدم الشهود أو لإظهار المشتري زيادة الثمن أو نقص الثمن أو هبة ونحوه).

ش: أما كون الشفيع على شفيعته مع العجز وعدم الوجدان ، فلأنه معذور في ذلك ، أشبه ما لم يعلم ، لكن إن كان المرض لا يمنع المطالبة كالمرض اليسير والألم القليل ، فهو كالصحيح . فإن كان له عذر وقدر على التوكيل فلم يفعل فوجهان : أحدهما: تبطل ؛ لأنه تارك للطلب مع إمكانه ، فهو كالحاضر.

والثاني: لا تسقط ، لأنه إن كان يجعل ففيه غرم ، وإن كان بغيره ففيه منة وقد لا يثق به ، والمحبوس لكن إن كان حبسه بحق يمكنه أدائه فأبى سقطت شفيعته . ومن لا يجد الشهود بأن لا يجد شاهدي عدل ولا مستور الحال ، فإن وجد واحداً حرّاً عدلاً فوجهان :

أحدهما: هو على شفيعته، إذ لا يثبت البيع بقول واحد.

والثاني : تسقط ، لأنه حجة مع اليمين ، كالعديلين أو رجل وامرأتين ، أو لم يجد من يشهد فهو على شفيعته .

وأما كونه على شفيعته إذا أظهر المشتري زيادة في الثمن ، أو نقص المبيع ، أو أن المبيع موهوب ، أو أن المشتري غيره ، فلأنه لم يعلم الحال أشبه ما لو لم يعلم بالمبيع .

قال: (أو أخبره غير أهل وكذبه أو ذل فيه أو وكله أو أحدهما أو في خياره فامتناه أو أمقطها قبل البيع فهو على شفيعته).

ش: أما كونه على شفيعته إذا أخبره غير أهل وكذبه ، كالفاسق ، فلأن خير من

ذكر لا يقبل ، مع عدم تصديق الشفيح له يكون وجوده كعدمه ، ومقتضاه أنه إذا لم يكذبه تسقط شفعته ، لأن تصديقه اعتراف بوقوع البيع ، وهو غير مطالب بها فوجب سقوطها كما لو أخره ثقة .

وأما كون الشفيح على شفعته فيما إذا دلّ ، أو وكله أحدهما ، أو أمضى ما جعل له الخيار فيه ، فلأن جميع ما ذكر سبب ثبوت الشفعة ، فلم تسقط به كما لو أذن في البيع ، أو عفا عن الشفعة قبل تمام البيع .

ولأن المسقط للشفعة الرضى بتركها ، وليس فيما ذكر رضى بالترك ، بل ربما كان ذلك وسيلة إلى الأخذ .

قوله : «أو دل» أي صار دلالاً وهو السفير^(١) في البيع فهو على شفعته قولاً واحداً ، أو وكله أحدهما فهو على شفعته أيضاً على الصحيح من المذهب ، جزم به في الهداية والحرر وغيرهما .

قال في الفروع : لا تسقط بتوكيله في الأصح . وقدمه في المغني والشرح ونصره ، وهو ظاهر مذهب الشافعي ، وقال القاضي : إن كان وكيل البائع فلا شفعة له ، وقيل : عكسه ، ومثله : وصي وحاكم .

وقيل : إن^(٢) باع شقصاً لليتيم في شركته^(٣) أو اشترى له شقصاً في شركته^(٤) فلهما الشفعة ، كما لو تولى العقد غيرهما^(٥) . وقيل : لهما الشفعة إذا اشترياه فقط .

فروع : لو لقيه فسلم عليه لم تسقط ، وكذا إن قال : برك الله عليك في صفقتك أو دعا له بالمغفرة في الأصح .

وأما كون الشفعة لا تسقط بإسقاطها قبل البيع ؛ فلأنه إسقاط حق قبل وجوبه ، فلم يسقط ، كما لو أبرأه مما يجب له ، أو كما لو أسقطت المرأة مهرها قبل التزويج ، وهو قول الجمهور ، ويحتمل أن تسقط وحكاه في المغني والحرر وأطلقهما فيه ؛ لمفهوم قوله

(١) في الأصل : الشفيح .

(٢) في الأصل : أو . وانظر المبدع ٢١١/٥ .

(٣) في الأصل : شركة . وانظر المبدع ، الموضع السابق .

(٤) مثل السابق .

(٥) زيادة من المبدع ٢١١/٥ .

عليه الصلاة والسلام: « فَإِنْ بَاعَ وَلَمْ يُوْذَنْهُ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ »^(١) ؛ لأنه إذا باع ياذنه لا حق له فيه .

وأجاب في المغني : بأنه يحتمل أنه أراد العرض عليه ليتاع ذلك إن أراد فتحف عليه المؤنة، ويكتفي بأخذ المشتري الشقص ، لا إسقاط حقه من شفעתه .

قال: (وإن قال للمشتري: يعني أو صالحني أو كذب العدل أو طلب أخذ البعض سقطت ، ولولي الصبي أخذها له مع الخط فإن تركها أخذها إذا كبر).

ش: أما كون الشفعة تسقط إذا قال الشفيع للمشتري: يعني أو صالحني ، فلا أنه يدل على رضاه بشرائه فوجب أن تسقط شفעתه ، لتأخيره طلبها عن ثبوت البيع ، هذا الصحيح من المذهب قطع به علماؤنا.

وكذلك إذا قال: صالحني أيضاً على الصحيح من المذهب قطع به في الهداية والمستوعب وغيرهما وقدمه في المغني والشرح ونصره هنا.

وقيل : لا تسقط اختاره القاضي وابن عقيل. قاله الحارثي وأطلقهما في المحرر والفروع وغيرهما.

فائدة: لو قال: بعه ممن شئت ، أو وله ، أو هبه له ، ونحو هذا بطلت الشفعة، وكذا لو قال: أكرني أو ساقني أو اكترى منه أو ساقاه ، وإن قال: إن باعني وإلا فلي الشفعة، فهو كما لو قال: يعني ، قدمه الحارثي . وقال : ويحتمل أنه إن لم يبعه أنها لا تسقط ، ولو قال له المشتري: بعتك ، أو وليتك فقبل سقطت .

وأما كون الشفعة تسقط إذا كذب العدل ، كرجل عدل ، فلا أن مثل ذلك يُقبل خبره ، ويُوجب ثبوت البيع ، صدق الشفيع أو لم يصدق ، وكذا إن أخبره عدل ، أو مستور الحال في الأصح ، وهو ظاهر قوله: «عدل» وجزم به في الهداية والمستوعب وغيرهما. وقدمه في المغني والشرح وغيرهما ، وقيل : لا تسقط ، وهو وجه ، ذكره الآمدي والجد وصححه الناظم وهما احتمالان للقاضي وابن عقيل .

قال في التلخيص : بناء على اختلاف الروايتين في الجرح والتعديل والرسالة هل يقبل

(١) سبق تخريجه ص: ٢٤٣.

خبر الواحد أم يحتاج إلى اثنين ؟ وأطلقهما في المحرر والفروع .
تنبيه: المرأة كالرجل والعبد كالحُر على الصحيح من المذهب ، وعليه أكثر علمائنا ،
وقال القاضي : كالفاسق وقدمه في الفائق .
قال الحارثي : وإلحاق العبد بالمرأة والصبي غلط لكونه من أهل الشهادة بغير خلاف
في المذهب . انتهى .

وإن أخبره مستور الحال سقطت ، قدمه في الفائق ، وقيل: لا تسقط ، وأطلقهما
في الفروع .

وأما كون الشفعة تسقط إذا طلب الشفيع أخذ البعض؛ فلأنها لا تتبعض ، لما
تقدم ، فإذا سقط بعضها سقط جميعها كالقصاص .

وأما كون شفعة الصبي إذا كان له حظ فيها للولي الأخذ، فلأن ذلك مصلحة من
غير مفسدة، والولي عليه رعاية مصالح موليه . وإن لم يكن فيها حظ فلا، فإن فعل لم
يصح في الأصح كمنعه من الشراء، أشبه ما لو اشترى معيماً يعلم عيه .

وأما كونها إذا تركها وليه وله فيها حظ لا تسقط ، فلأن الشفعة وجبت بالبيع ،
وإسقاط الولي لذلك لا يصح ، لأنه إسقاط حق للمولى عليه ، ولا حظ له في إسقاطه ،
فلم يصح ، كالإبراء، فإذا ثبت أنه لا يملك الإسقاط فتركه أولى . وعُلم منه أن الشفعة
تثبت للصغير كالبالغ ، لأن ثبوتها للدفع ضرر المال ، فاستويا، وكخيار العيب ، وله
الأخذ بها إذا كبر ورشد نص عليه ، لأنه الوقت الذي يتمكن فيه من الأخذ، وإن تركها
لعدم الحظ أو لاعتبار الصغر سقطت ، ذكره ابن حامد وتبعه القاضي وعامة أصحابه؛
لأنه فَعَلَ ما له فعله ، فلم يكن للصغير نقضه كالرد بالعيب ، وقال القاضي : يحتمل أن
لا تسقط .

هذا ظاهر كلام الإمام أحمد في رواية ابن منصور والخرقي وقدمه في المحرر
والفروع ؛ لأن حق الأخذ ثبت ، فلا يسقط بترك غيره ، كوكيل الغائب .

فعلى هذا هي له ، سواء عفا عنها الولي ، أو لا، وسواء كان فيها حظ ، أو لا .

وقال ابن بطة: تسقط ؛ لأنه ملك الأخذ فملك الترك كالمالك .

فوائد:

منها: لو بيع شقص في شركة حمل ، فالأخذ له متعذر، إذ لا يدخل في ملكه بذلك قاله الحارثي وقدمه . قال في القاعدة الرابعة والثمانين : منها الأخذ للحمل بالشفعة إذا مات مورثه بعد المطالبة قال الأصحاب: لا يؤخذ له .

ثم منهم من علل بأنه لا يتحقق وجوده ، ومنهم من علل بانتفاء ملكه .
قال : ويتخرج وجه آخر بالأخذ له بالشفعة، بناء على أن له حكماً وملكاً انتهى .
وقال في المغني والشرح : إذا ولد وكبر فله الأخذ، إذا لم يأخذ له الولي كالصبي .
ومنها : لو أخذ الولي بالشفعة ولا حظ فيها لم يصح الأخذ على الصحيح من المذهب والروايتين وإلا استقر أخذه .

ومنها : لو كان الأخذ أحظ للولد لزم وليه الأخذ . قاله الموفق والشارح وقطع به في الهداية والمستوعب وغيرهما. قال الحارثي : عليه الأصحاب .

ومنها : ولو تركها الولي مصلحة، إما لأن الشراء وقع بأكثر من القيمة، أو لأن الثمن يحتاج إلى إنفاقه أو صرفه فيما هو أهم ، أو لأن موضعه لا يُرغب في مثله ، أو لأن أخذه يؤدي إلى بيع ما إبقاؤه أولى أو إلى استقراض ثمنه ورهن ماله ، أو إلى ضرر فتنه ونحو ذلك فالترك متعين .

وهل يسقط به الأخذ عند البلوغ وهو مقصود المسألة؟ قال الموفق عن ابن حامد: نعم ، واختاره ابن بطة وأبو الفرج الشيرازي ومال إليه في المستوعب .

قال ابن عقيل: وهو أصح عندي ، وقال^(١) في الفروع: لم يصح في الأصح ، وقال القاضي في المجرد: ويحتمل عدم السقوط ومال إليه . وقال: هو ظاهر كلام الإمام أحمد في رواية ابن منصور واختاره الحارثي . وقال أبو بكر في التنبيه: يحكم للصغير بالشفعة إذا بلغ ونحوه عبارة ابن أبي موسى.

ومنها: لو عفى الولي عن الشفعة التي فيها حظ له ، ثم أراد أخذها فله ذلك في قياس المذهب . قاله الموفق والشارح فيعابا بها إذاً، ولو أراد الولي الأخذ في ثاني الحال ،

(١) في الأصل: قال.

وليس فيها مصلحة لم يملكه لاستمرار المانع.

وإن تجدد الحظ ، فإن قيل بعدم السقوط : أخذ ، لقيام المقتضى وانتفاء المانع ، وإن قيل بالسقوط : لم يأخذ بحال لانقطاع الحق بالترك . ذكره الموفق وغيره .

ومنها: حكم ولي المجنون المطبق والسفيه حكم ولي الصغير . قاله علماؤنا .

تنبيه: المطبق: هو الذي لا ترجى إفاقته . حكاه ابن الزاغوني . وقال: هو الأشبه

بالصحة وبأصول المذهب ، لأن شيوخنا الأوائل قالوا في المعضوب الذي يجزئ أن يحج عنه ، وهو الذي لا يرجى برؤه ، وحكى عن قوم تحديد المطبق بالحول فما زاد ، قياساً على تربص العنة . وعن قوم التحديد بالشهر وما نقص ملحق بالإغماء . ذكر ذلك الحارثي .

ومنها: حكم المغمى عليه والمجنون غير المطبق حكم المحبوس والغائب ينتظر إفاقتهما .

ومنها: للمفلس الأخذ بها ، والعفو عنها ، وليس للغرماء إجباره على الأخذ بها ، ولو

كان فيها حظ . قطع به الموفق والشارح وغيرهما .

قال الحارثي : ويتخرج من إجباره على التكسب إجباره على الأخذ إذا كان أحظ

للغرماء انتهى.

وليس لهم الأخذ بها .

ومنها: للمكاتب الأخذ والترك ، وللمأذون له من العبيد الأخذ دون الترك ، وإن

عفا السيد سقطت .

فائدة: شروط الشفعة وهي ستة :

أحدها: أن يكون الشفيع شريكاً.

الثاني: أن يكون الشريك مقاسماً ، أي: له القسمة إذا طلبها.

الثالث: أن يكون المبيع عقاراً ، وهو الأرض وما اتصل بها من جنسها.

الرابع: أن يكون الشقص مبيعاً ، فلا شفعة فيما انتقل بغير عوض.

الخامس: أن يكون للشفيع ملك سابق على ملك البائع.

السادس: أن يطالب بالشفعة على الفور . وقد تقدم ذلك .

فصل [في تعدد الشفعاء]

قال: (والشفعة لاثنتين بقدر حقيهما^(١)) فإن عفا أحدهما أخذ الآخر الكل أو ترك . فإن كان المشتري شريكاً راحم الشفع بقسطه ويحرم تركه ليوجب الكل على شريكه.

ش: أما كون الشفعة لاثنتين بقدر حقيهما^(٢)، فلأن ذلك حق يستفاد بسبب الملك، فكان على قدر الأملاك كالغلة، فدار بين ثلاثة نصف وثلث وسدس فباع رب المال الثلث فالمسألة من ستة والثلث يُقسم على أربعة، لصاحب النصف ثلاثة ولصاحب السدس واحد . هذا المذهب نص عليه في رواية ابن منصور وعليه جماهير علمائنا . قال الحارثي: المذهب عند الأصحاب جميعاً تفاوتت الشفعة بتفاوت الحصص وجزم به ابن عقيل في تذكرته وغيره وقدمه في الفروع وقال: اختاره الأكثر . وبه قال مالك وهو أحد قولي الشافعي .

وعن إمامنا رواية ثانية : على عدد الرؤوس اختارها ابن عقيل ، لأن كل واحد لو انفرد استحق الجميع ، فإذا اجتمعا تساوا كالبنين^(٣) وسراية العتق . وهو ينتقض بالفرسان والرجالة في الغنيمة، فإن من انفرد منهم أخذ الكل ، فإذا اجتمعوا تفاضلوا كأصحاب الديون والوصايا . وروى الأثرم عنه الوقف في ذلك . حكاها الحارثي.

وأما كون أحدهما إذا عفا أخذ الآخر^(٤) الكل أو ترك إجماعاً حكاها ابن المنذر ، فلأن في أخذ البعض إضراراً بالمشتري، ولو وهبها لشريكه أو لغيره لم يصح . فإن كان أحدهما غائباً، فليس للحاضر أن يأخذ إلا الكل أو يترك كالعفو، نص عليه ، لكن إن ترك الطلب منتظراً لشريكه فوجهان:

(١) في الأصل: حقيهما. وانظر الوجيز.

(٢) مثل السابق.

(٣) في الأصل: كالبنيتين . وانظر المغني ٥/٥٢٣.

(٤) زيادة يقتضيها السياق.

أحدهما: تسقط ، لترك طلبها مع إمكانه .

والثاني: لا، لأن له عنراً هو الضرر الذي يلزمه بأخذ شريكه منه فإن أخذ الجميع ثم حضر الثاني قاسمه ، فإذا حضر ثالث قاسمهما ، وما حدث من نماء منفصل في يد الأول فهو له ، لأنه حدث في ملكه .

وأما كون المشتري إذا كان شريكاً زاحم الشفع بقسطه ، فلأنهما تساويا في الشركة فوجب أن يتساويا في الشفعة، كما لو كان المشتري أجنبياً .

وأما كون المشتري يحرم تركه ليوجب الكل على شريكه ، فلأن ملكه استقر على قدر حقه ، وجرى مجرى الشفعين إذا حضر أحدهما فأخذ جميع الشقص ثم حضر الآخر فطلب حقه من الشفعة فقال الآخر: خذ الكل أو دعه .

وقول المصنف: «ويحرم تركه» عبارة موهمة أنه يأنم ويصح ، وليس كذلك بل لو ترك لم يأنم بمجرد ذلك ، إلا أن يقصد مخالفة الشرع ، ولم يصح تركه ، كما لو ترك الإنسان ملكه . قاله ابن نصر الله في حواشيه .

قال: (وإن اشترى اثنين حق واحد أو عكسه ، أو اشترى واحد شقصين من أرضين صفقة واحدة فللشفيع أخذ أحدهما)

ش: أما كون الشفع له أخذ حق أحد الشريكين المشتريين حق واحد، فلأن العقد مع الاثنين بمنزلة عقدين .

وأما كونه له أخذ أحد الحقين إذا اشترى واحد حق اثنين ، فلأن تعدد البائع كتعدد المشتري، وهذا أحد الوجهين وهو المذهب .

وقال القاضي : لا يملك ذلك؛ لأن فيه تبعضاً للصفقة على المشتري وذلك ضرر عليه .

وأما كونه له أخذ أحد الشقصين ، إذا اشترى واحد شقصين من أرضين صفقة واحدة؛ فلأن الضرر قد يلحقه بأرض دون أرض وهذا أحد الوجهين .

قال الحارثي: هذا المذهب ، وجزم به غير واحد، وصححه في الخلاصة وغيره ، وقدمه في الهداية والمستوعب وغيرهما .

والثاني : ليس له ذلك؛ لما فيه من التبعض على المشتري .

والأول أصح؛ لأن كلاهما يستحق بسبب غير الآخر، فجري مجرى الشريكين .
وقيل: يتعدد البائع جزم به في الفنون ، وقاسه على تعدد المشتري بما يقتضي محل
وفاق وأطلق في المحرر والفروع الخلاف .

فرع: اشترى اثنان من اثنين شقسيهما في عقد، فعقدان . وقيل : بل أربعة .
وإن^(١) اشترى وكيل اثنان من زيد شقصاً في عقد، فهل يعتبر به أو بهما أو بوكيل
المشتري فقط ، يحتمل أوجهاً . ذكره في الرعاية .

قال: (وإن باع شقصاً وسيفاً، أو تلف بعض المبيع فللمشتري أخذ الشقص ، والباقي
بمحضته من الثمن).

ش: أما كون الشفيع له أخذ الشقص بمحضته من الثمن ، فلا أنه تجب فيه الشفعة إذا
بيع منفرداً، فكذا إذا بيع مع غيره ، فيقسم الثمن على قدر قيمتهما . نص عليه . ويحتمل
أن لا يجوز . حكاه في الفروع قولاً لعلمائنا، لأن في ذلك تبعيضاً للصفقة على المشتري ،
وذلك ضرر به .

وأما كون الشفيع له أخذ الباقي من التالف بمحضته من الثمن على المذهب ، فلا أنه
تعذر أخذ الكل ، فجاز أخذ الباقي ، كما لو أتلفه آدمي .
فلو اشترى داراً بألف تساوي ألفين فباع بابها^(٢) أو هدمها، فبقيت بألف ، أخذها
بخمسمائة بالقيمة من الثمن نص عليه .

وقال ابن حامد: إن كان تلفها بفعل الله تعالى، فليس له أخذه إلا بجميع الثمن ، لأن في
أخذه بالبيع إضراراً بالمشتري ، فلم يكن له ذلك ، كما لو أخذ البعض مع بقاء الجميع .
فائدة: لو تعيَّب المبيع بعيب من العيوب المنقصة للثمن مع بقاء عيبه ، فليس له الأخذ
إلا بكل الثمن أو الترك ، قطع به الموفق في المغني وصاحب التلخيص والشارح وغيرهم .
وفيه وجه آخر: وله الأخذ بالحصصة، اختاره القاضي يعقوب .

قال الحارثي : وأظن أو أحزم أنه قول القاضي في التعليق قال: وهو الصحيح.

(١) زيادة من المبدع ٢١٦/٥ .

(٢) في الأصل: ما بها . وانظر المبدع ٢١٦/٥ .

قال: (ولا شفعة بشركة وقف ولا في غير ملك سابق ، ولا لكافر على مسلم ، بل في العكس ، والمساواة).

ش: أما كونه لا شفعة بشركة وقف ، فلأن مستحق الوقف ، إما غير مالك ، والشفعة لا تثبت لغير مالك ، وإما مالك ولكن ملكه غير تام ، لكونه لا يستفيد به تصرفاً في الرقبة ، والملك غير التام لا يستفاد به ملك تام .

ولأن الوقف لا يستحق فيه الشفعة ، فلم تجب به كغير المنقسم ، وهذا أحد الوجهين اختاره الموفق وغيره ، وصححه في الخلاصة والنظم وقدمه في المغني والشرح والفروع والفائق ، وهو ظاهر مذهب الشافعي .

والوجه الثاني: تثبت كالمالك المطلق .

وقال أبو الخطاب : ينبني هذا على الروايتين في ملك الوقف . واختار في الترغيب : إن قلنا القسمة إفراس وجبت هي والقسمة بينهما .

فعلى هذا: الأصح يؤخذ بها موقوف جاز بيعه .

قال ابن حمدان : ولا تثبت فيما فتح عنوة إذا قلنا يصير وقفاً ، ولا في عوض الكتابة في الأقيس .

وأما كونه لا شفعة لأحد المشتريين داراً صفقة واحدة على صاحبه ، فلأن شرط استحقاق الشفعة سبق الملك وهو معدوم هنا .

وأما كون الشفعة لا تثبت لكافر على مسلم ؛ فلما روى الدارقطني في كتاب العلل بإسناده عن أنس أن النبي ﷺ قال : « لا شفعة لنصراني »^(١) .

وقال مالك والشافعي وأصحاب الرأي: تجب له الشفعة ؛ لعموم قوله عليه الصلاة والسلام : « لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه وإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به »^(٢) .

ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر بالشراء ، فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالعيب . ولنا : ما تقدم من الحديث ، وهو يخص عموم ما احتجوا به .

(١) أخرجه البيهقي في الشفعة ، باب روايه ألفاظ منكراً يذكرها بعض الفقهاء في مسائل الشفعة ١٠٨/٦ . والطبراني في الصغير ٢٠٦/١ .

(٢) أخرجه مسلم في المساقاة ، باب الشفعة ١٢٢٩/٣ ح ١٦٠٨ .

ولأنه معنى يختص العقار، فأشبه الاستعلاء في البنيان ، بحقيقته: أن الشفعة إنما تثبت للمسلم دفعاً للضرر عن ملكه ، فُقدم دفع ضرره على دفع ضرر المشتري ، ولا يلزم من تقديم دفع ضرر المسلم على المسلم تقديم دفع ضرر الذمي ، فإن حق المسلم أرجح ورعايته أولى.

ولأن ثبوت الشفعة في محل الإجماع على خلاف الأصل رعاية لحق الشريك المسلم ، وليس الذمي في معنى المسلم فيبقى فيه على مقتضى الأصل ، وتثبت الشفعة للمسلم على الذمي لعموم الأدلة.

ولأنها إذا ثبتت للمسلم على المسلم مع عظم حرمة ، فلائ تثبت على الذمي مع دناءته أولى.

وثبتت للذمي على الذمي ؛ لأنه مساويه في الدنائة، ولما تقدم من العموم .
قال في الشرح : لا نعلم فيه خلافاً.

وقيل : لا تثبت لهما إذا كان البائع مسلماً، فإن تباع كافرين بخمر شقصاً فلا شفعة في الأصح كخنزير، بناء على قولنا هل هي مال لهم ؟

فأما أهل البدع فتثبت لمن حكمنا بإسلامه ، وروى حرب عن الإمام أحمد أنه سئل عن أصحاب البدع هل لهم شفعة ؟ وذكر له عن الشافعي أنه قال: ليس للرافضة شفعة فضحك وقال: أراد أن يخرجهم من الإسلام ، فظاھر أنه أثبتھا لهم وهو محمول على غير الغلاة منهم .

فأما الغلاة كالمعتقد أن جبريل غلط في الرسالة فجاء إلى النبي ﷺ وإنما أرسل إلى علي ونحوه ، ومن حكم بكفره من الغلاة إلى القول بخلق القرآن فلا شفعة له ، لأن الشفعة إذا لم تثبت للذمي الذي يقر على كفره فغيره أولى.

فصل [تصرف المشتري قبل طلب الشفعة]

قال: (وإن تصرف مشتريه بوقفه أو هبته أو رهنه لا يوصية: سقطت الشفعة).

ش: أما كون الشفعة تسقط بالتصرف بما ذكر غير ما استثنى، فلائ الشفعة في المملوك للمشتري، وقد خرج هذا عن كونه مملوكاً له .

ولأن فيها هاهنا إضراراً بالموقوف عليه والموهوب له ، لأن ملكه قد زال عنه بغير عوض والضرر لا يزال بالضرر نص عليه .

وقال ابن أبي موسى: من اشترى داراً فجعلها مسجداً، فقد استهلكها ولا شفعة فيها ، وكذا إذا تصرف فيها برهن أو صدقة. وجزم في الكافي والمغني كما جزم المصنف وقدمه في الرعاية.

وقدم في الفروع عدم السقوط بالرهن ، وأما الوصية بالشقص فإن أخذ الشفيع قبل القبول بطلت واستقر الأخذ، وإن طلب ولم يأخذ فقد بطلت الوصية أيضاً، ويدفع الثمن إلى الورثة، لأنه ملكهم وجزم به الموفق والشارح وغيرهما كالمصنف .

وقال أبو بكر : لا تسقط ، بل للشفيع فسخ ذلك ، وأخذه بالثمن الذي وقع به البيع ، حتى لو جعله مسجداً. وفي الفصول عنه : لا؛ لأنه شفيع .

ولأن الشفيع يملك فسخ البيع الثاني والثالث مع إمكان الأخذ بها . فبأن^(١) يملك فسخ عقد [لا يمكنه]^(٢) الأخذ به أولى .

ولأن حق الشفيع أسبق وجنبته أقوى فلم يملك المشتري تصرفاً ييطل حقه .

وفي الفروع توجيه أن المستأجر إذا وقف ما غرسه أو بناه لم ييطل الوقف ، وهو ظاهر، وقد فرّق بينهما من حيث أن رب الأرض يأخذ من الموقوف عليه ، ولا يفسخ عقد الوقف فيصير بمنزلة بيع الوقف بشرطه ، فيشتري بثمنه ما يقوم مقامه ، وهنا يؤخذ من المشتري الذي وجبت له الشفعة، فيفسخ عقد الوقف ويؤخذ حال كونه ملكاً له ، أو وقفاً، فصار كأنه لم يوجد، ويكون الثمن لمن وجبت عليه الشفعة .

قال: (وبيع بأحدهما فأول يرجع الثاني على الأول وللشفيع أحده وإن فسخ، وبأحده في التحالف مما حلف عليه بآله وبأحد الإجارة ممن استأجره).

ش: أما كون الشفيع له الأخذ بأي البيعين ؛ فلأن كل واحد منهما له ملك سابق عليه .

(١) في الأصل: ولأن. وانظر المغني ٥/٤٩٠.

(٢) زيادة من المغني. الموضع السابق.

ولأنه شفيع في العقدين ، واقتضى ذلك صحة تصرف المشتري ؛ لأنه ملكه قبضه .
وإن كان الشفيع له أن يملكه لا يمنع تصرفه ، كما لو كان أحد العوضين في المبيع
معياً فإنه لا يمنع التصرف في الآخر ، وكالابن يتصرف في العين الموهوبة له وإن جاز
لأبيه الرجوع فيها .

وأما كون الثاني يرجع على البائع الأول إذا أخذ الشفيع بالبيع الأول ، فلا أنه لم
يُسلم له المعوض ، فملك الرجوع بالعوض ، فإن لم يعلم حتى تباع ثلاثة وأكثر ، فله أن
يأخذ بالأول وينفسخ العقدان الآخران ، وله أن يأخذ بالثاني وينفسخ الثالث ، وله أن
يأخذ بالثالث ولا ينفسخ شيء من العقود ، وجعل ابن أبي موسى هذا الحكم إذا لم يكن
الشقص^(١) في يد واحد منهم بعينه . أما إذا كان في يد أحدهم فالمطالبة له وحده .
وأما كون الشفيع له أخذ ذلك مع الفسخ بما ذكر ، فلأن حقه سابق على ذلك ؛
لأنه ثبت بالبيع .

وعنه : إن استقاله قبل المطالبة بها لم يكن له شفعة ، وكذا إن ترادا بعيب ، وظاهره
أنها تثبت في صورة الإقالة مطلقاً ، لأن الأخذ بالبيع لا بالإقالة ، وصورته : أن شخصاً
حصل له نصيب في عقار بعد أن باع بعض الشركة نصيبه ثم تقايل هو والمشتري بعد أن
ملك الشخص النصيب فهنا^(٢) يملك الشخص الشفعة ، وأما الشريك فملكه سابق على
البيع ، فبنفس البيع استحق الشفعة ، لكن إذا فسخ البائع لعب في ثمنه المعين ، فإن كان
قبل الأخذ بالشفعة فلا شفعة ، وإلا استقرت .

وللبائع إلزام المشتري بقيمة شقصه ، ويتراجع المشتري والشفيع في الأصح بما بين
القيمة والثلث ، فيرجع دافع الأكثر منهما بالفضل .

وأما كونه يأخذه في التحالف بما حلف عليه البائع ؛ فلأن الإنسان لا يُجبر على نقل
ملكه بغير ثمن يرضيه ، ولهذا رد المبيع في مسألة التحالف إلى البائع .

ولأن البائع مُقر بالثمن الذي حلف عليه ، ومقر للشفيع باستحقاق الشفعة بذلك ،
فإذا بطل حق المشتري بإنكاره لم يبطل حق الشفيع بذلك . وله أن يبطل فسخهما

(١) في الأصل : الشفعة . وانظر المبدع ٢١٩/٥ .

(٢) في الأصل : فيها . وانظر المبدع . الموضع السابق .

ويأخذ، لأن حقه أسبق .

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

وأما كون الشفيع له الأخذ مع الإجارة من مستأجره؛ فلأن إجارة المشتري لا تمنع نقل الملك ، بدليل أنه يصح بيع المؤجر، وانفسخت الإجارة من حين أخذها، وله الأجرة من يوم أخذه ، لأنه صار ملكه بأخذه ، وفيها في الكافي الخلاف في هبة.

قال: (وللمشتري الغلة والنماء المفصل والزرع والثمرة الظاهرة).

ش: أما كون الغلة للمشتري ، فلأن الخراج بالضمان ، بدليل أنه لو تلف كان من ضمانه ، فكذا إذا استغله .

وأما كون الزرع والثمرة الظاهرة للمشتري، فلأن ضرره لا يبقى، ولا أجرة عليه حتى يكمل ، لأنه زرعه في ملكه .
ولأن أخذه بمنزلة شراء ثان .

وقيل : يجب في الزرع إلى حصاده ، فيخرج في الثمرة مثله . وعلم أن النماء المتصل كالشجر إذا كبر والطلع إذا لم يؤبر فإنه يتبعه في العقد والفسخ كما لو رد بعب ، لا يقال فلم لا يكون حكمه حكم الزوج إذا طلق قبل الدخول ؟ لأن الزوج يقدر على الرجوع بالقيمة، إذا فاته الرجوع في العين ، وهنا يسقط حقه منها إذا لم يرجع في الشقص فافترقا.

قال: (فإن بنى أو غرس بحيلة ونحوها فللشفيع تملكه بقيمته وقلعه وبغيره نقصه ولربه أخذه بلا ضرر).

ش: أما كون الشفيع له الخيرة بين دفع ما ذكر، وملكه له مع الأرض ، نص عليه ، دفعاً للضرر المنفي شرعاً، وبين قلعه وضمان نقصه ، فلأن ضررها لا يزول إلا بذلك .
وقد قال عليه السلام: « لا ضرر ولا ضرار »^(١) رواه ابن ماجه .

(١) أخرجه ابن ماجه في الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره ٧٨٤/٢ ح ٢٣٤١.

قوله: «ويغرم نقصه» أي نقصه من القيمة ، قاله القاضي وأصحابه وهو المذهب ، لزوال الضرر به . وهذا التخيير هو قول أكثر العلماء ، زاد في الإنتصار : أو أقره بأجرة ، فإن أبي فلا شفعة ، ونقل الجماعة : له قيمة البناء ولا يقلعه ، ونقل سندي: أله قيمة البناء أم قيمة النقص ؟ قال: لا ، قيمة البناء ، قال: إنهم يقولون قيمة النقص فأنكره وردده وقال: ليس هذا غصب .

أصل في كيفية التقويم: ذكر في المغني والشرح: أن الظاهر أن الأرض تُقَوَّمُ مغروسة أو مبنية، ثم تُقَوَّمُ خالية منهما، فما بينهما فهو قيمة الغراس أو البناء، يدفع إلى المشتري إن أحب الشفع ، أو ما نقص منه إن اختار القلع لا قيمته مستحقاً للبقاء، لأنه لا يستحق ذلك ولا قيمته مقلوعاً^(١) ويحتمل أن يقوم الغرس والبناء مستحقاً للترك بالأجرة، أو لأخذه بالقيمة إذا امتنعا من قلعه .

وأما كون المشتري له أخذه بلا ضرر، فلأن ذلك ملكه ، فإذا قلعه فليس عليه تسوية الحفر ولا نقص الأرض قاله الأكثر ؛ لأن النقص حدث في ملكه ، فلا يقابل بعوض . فعلى هذا يُخَيَّرُ الشفع بين أخذه ناقصاً بكل الثمن ، أو تركه .

وظاهر الخرقى: أن عليه ضمان النقص الحاصل بالقلع ، وأما نقص الأرض الحاصل بالغرس والبناء فلا يضمه . ذكره في المغني إذا لم يكن فيه ضرر، وهذا اختيار الخرقى وابن عقيل والآدمي كما حزم به المصنف؛ لأن الضرر لا يزال بمثله ، واقتصر الأكثر على القلع ، أضر بالأرض أو لم يضر ؛ لأنه عين ماله .
فرع: وإذا حفر فيها بئراً أخذها ولزمه أجرة مثلها.

قال: (فإن باع الشفع ملكه قبل العلم لم تسقط وللمشتري الشفعة فيه ، وإن مات الشفع قبل الطلب بطلت وبعده لوارثه).

ش: أما كون الشفع لا تسقط شفعته إذا باع ملكه قبل علمه ببيع نصيب شريكه ، فلأنها ثبتت له ، ولم يوجد منه رضی بتركها، والأصل بقاؤها، وهذا أحد الوجهين. اختاره أبو الخطاب وابن عبدوس في تذكرته .

(١) في الأصل: مقطوعاً. وانظر المبدع ٢٢١/٥. والمغني ٥٠٢/٥.

قال الحارثي : هذا أظهر الوجهين وصححه في التصحيح والنظم ، وقدمه في المستوعب والخلاصة وغيرهما.

والثاني : تسقط ، لأنه زال السبب الذي يستحق به الشفعة وهو الملك الذي يخاف الضرر بسببه ، أشبه ما^(١) لو اشترى معيماً لم^(٢) يعلم عيه حتى باعه ، اختاره القاضي في المجرد وأطلقهما في المحرر والفروع وغيرهما.

ومقتضاه : أنه إذا باعه بعد العلم بالحال فإنها تسقط وإن باع بعضه فوجهان : أحدهما : تسقط ، لكونها لا تتبع بعض .

والثاني : بقاءها ، لأنه قد بقي من نصيبه ما يستحق به الشفعة في جميع المبيع لو انفرد.

وأما كون المشتري له الشفعة فيما باعه الشفيع ، فلأن له ملكاً سابقاً على بيع الشفيع فملك الأخذ به . وهذا أحد الوجهين وهو المذهب صححه الموفق والشارح وغيرهما.

والثاني : لا شفعة ؛ لأن ملكه ضعيف لكونه بعرضية الأخذ بالشفعة .

وأما كون الشفعة تبطل بالموت نص عليه ، فلأنه نوع خيار للتملك ، أشبه خيار القبول .

ولأننا لا نعلم بقاءه على الشفعة ، لاحتمال رغبته عنها ولا ينتقل إلى الورثة ما شك في ثبوته ، وخرج أبو الخطاب أنها لا تبطل وتورث عنه بناء على رواية إرث الأجل ، وأجيب : بأنه حق فسخ ثبت لا لفوات جزء فلم يورث ، كالرجوع في الهبة إلا أن يموت بعد طلبها فتكون لوارثه نص عليه وهو المذهب ، وحكاه أبو الخطاب قولاً واحداً ، لأن الحق قد تقرر بالطلب ، ولذلك لا يسقط^(٣) بتأخير الأخذ بعده .

أما على قول القاضي ؛ فلأن الشقص صار ملكاً له بالطلب ، وفيه نظر ، لأنه لو كان كذلك ، لما صح العفو عنها بعد الأخذ بها.

(١) زيادة من المبدع ٢٢٢/٥ .

(٢) زيادة من المغني ٤٨٤/٥ .

(٣) في الأصل : تسقط .

وأما على رأي ابن عقيل والموفق ؛ فلأنه قد عُلم بالمطالبة بقاؤه على شفيعته وهو ظاهر.

وقال في رواية أبي طالب: الشفعة لا تورث لعله لم يكن طلبها، فجعل العلة في إبطالها بالموت ، عدم العلم برغبة الميت .

قال القاضي في التعليق: فعلى هذا لو علم الوارث أنه راغب فيها، كان له المطالبة وإن لم يطالب الميت . قال الزركشي : وينبغي أن يكون القول قول الوارث مع يمينه. فإذا تقرر ذلك انتقل الحق إلى جميع الورثة على قدر إرثهم مطلقاً، فإذا ترك بعضهم حقه ، توفر على الباقي ، ولم يكن لهم إلا أخذ الكل أو الترك ، كالشفعاء إذا عفا بعضهم عن حقه ، وقيل: من عفى عن بعض حقه أو لم يطلبه لم تسقط شفيعته .

فصل فيما يملك به الشقص

قال: (ويأخذه بكل الثمن ، فإن عجز عن بعضه سقطت شفيعته).

ش: أما كون الشفيع يأخذ المبيع بكل الثمن ، فلأن في حديث جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: « هو أحق به بالثمن »^(١) رواه أبو إسحاق الجوزجاني في المترجم . ولأن الشفيع إنما يستحق الشقص بالبيع ، فكان مستحقاً له بالثمن كالمشتري .

فإن قيل: ينبغي أن يأخذه بقيمته كالمضطر إلى طعام غيره ؟

قيل: المضطر استحقه بسبب حاجته ، فكان المرجع في بدله إلى قيمته ، والشفيع استحقه لأجل البيع ، ولهذا لو انتقل بهبة أو ميراث لم يستحق الشفعة، وإذا استحق ذلك بالبيع وجب أن يكون بالعوض الثابت بالبيع .

فإن وقع حيلة دفع إليه ما أعطاه ، أو قيمة الشقص . وإن كان مجهولاً كصبرة نقد فقد تقدم.

وظاهره أنه يأخذه بغير حكم حاكم ، لأنه حق ثبت بالإجماع ، فلم يفتقر إلى حكم

(١) أخرجه أحمد ٣/٣٨٢ ح ١٥١٣٥.

كالرد بالعيب . ولا يعتبر رؤيته إن صح بيع غائب وإلا اعتبرت .

واعتبر ابن عقيل الحكم تارة ودفع ثمنه ما لم يضر مشتريه ، فإن دفع مكيلاً بوزن أخذ مثله كيـله كقرض ، وقيل : يكفي وزنه ، إذ المبذول في مقابلة الشقص وقدر الثمن معياره لا عوضه .

وأما كون الشفعة تسقط عن عجز بعض الثمن ، فلأن الأخذ ببعض الثمن إضرار بالمشتري ، والضرر لا يزال بمثله ، فإن أحضر رهناً أو ضمناً لم يلزم المشتري قبوله ، لأن عليه ضرراً في تأخير الثمن ، وكذا لا يلزمه قبول عوض عن الثمن ، لأنها معاوضة فلم يجبر عليها .

وللمشتري حبسه على ثمنه ، قاله في الترغيب وغيره ، لأن الشفعة قهري والبيع عن رضا ، فإن تعذر في الحال فقال في رواية حرب : يمهـل الشفيع يوماً أو يومين ، والأشهر عنه ثلاثاً ؛ لأنها حد جمع القلة .
وعنه : ما رأى الحاكم .

فرع : لو أفلس الشفيع بعد أخذ الشقص خير المشتري بين الفسخ وبين أن يضرب مع الغرماء بالثمن كالبائع إذا أفلس المشتري .

قال : (وما يـزاد في مدة الخيار لا بعده يلحق به والمؤجل يأخذه المـلـيء به وضده بكفيل مـلـيء ويعطى عن العوض مثله إن كان مثلياً والا فقيـمته) .

ش : أما كون ما ذكر في مدة الخيار يلحق بالثمن ، فلأن زمن الخيار كحالة العقد ، وفي رجوع شفيع بأرش على مشتر عفا عنه بائع وجهان . وما يـزاد بعد مدة الخيار لا يلحق بالثمن ، لأن الزيادة حينئذ هبة يشترط لها شروطها ، والنقصان إبراء فلا يثبت شيء منهما في حق الشفيع لكونه وجد بعد استقرار العقد ، أشبه ما لو وهب أحدهما للآخر عيناً أخرى .

وأما كون الشفيع يأخذ المشفوع المبيع بثمن مؤجل بشرطه ، فلأن الشفيع يستحق الأخذ بقدر الثمن وصفته ، والتأجيل من صفته . فإن كان غير مـلـيء أقام الشفيع كفيلاً مـلـيئاً وأخذ به . نص عليه .

وفي كلام القاضي وأبي الخطاب وغيرهما : وصف الثقة مع الملاءة فلا يستحق

بدونهما ، قال الحارثي : وليس يبعد من النص ، لأنه لو أخذ بدون ذلك لتضرر المشتري ، والضرر لا يزال بمثله ، ومتى أخذ الشفيع بالأجل فمات أو المشتري وقبلنا يحل الدين بالموت ، حلّ على الميت منهما دون صاحبه ، فلو لم يعلم حتى حلّ فهو حال .
وأما كونه يعطي عن المثل إذا كان الثمن مثلياً ، كالذهب والفضة والحبوب ونحو ذلك ، فلأنه أقرب إلى مساواة ما دفعه ، ولهذا يجب المثل في الإلتلاف والقرض ونحو ذلك ، وإلا القيمة إن لم يكن له مثل ، كالثياب والحيوان فتعتبر قيمته في قول أكثر أهل العلم لتعذر المثل .

ولأن ذلك بدله في الإلتلاف .

وذكر علماؤنا : أنه لو باعه بصيرة نقداً^(١) أو جوهرة دفع مثله أو قيمته ، فإن تعذر فقيمة الشقص ، لأن الأغلب وقوع العقد على الأشياء بقيمتها . فإن اختلفا في القيمة ، رجع إلى أهل الخبرة إن كان موجوداً ، وإن كان معدوماً قبل قول المشتري . قاله الموفق وغيره .

وإن أقاما بينة بقيمته قال الحارثي : فالأظهر التعارض ، ويُحتمل : تقديم بينة الشفيع .

قال : (ويقبل في الخلف وعدم البينة قول المشتري فإن قال : اشتريته بألف أخذه الشفيع بها ولو أثبت البائع أكثر).

ش : أما كون القول قول المشتري مع يمينه ، ذكره معظم علمائنا ، فلأنه العاقد ، فهو أعرف بالثمن .

ولأن المبيع ملكه فلا ينزع عنه بدعوى مختلف فيها إلا ببينة ، وكما يُقبل قوله في الغراس والبناء في الشقص أنه أحدثه ، والشفيع ليس بغارم ، لأنه لا شيء عليه ، وإنما يريد تملك الشقص بثمنه بخلاف غاصب ومتلف ، إلا أن تكون بينة فيعمل بها ، لأنها تكذب المشتري ، فإن أقام كل منهما بينة احتمل تعارضهما والقرعة .

وقيل : تقدم بينة شفيع ، ولا تقبل شهادة البائع للشفيع ، لأنه متهم لكونه يطلب تقليل الثمن خوفاً من الدرك عليه ، ويقبل عدل وامرأتان ، وشاهد ويمين . فإن قال

(١) في الأصل : نقد . وانظر المبدع ٢٢٥/٥ .

المشتري: لا أعرف قدر الثمن ، قدم قوله ، لأنه أعلم بنفسه ، فإذا حلف سقطت ، لأنه لا يمكن الأخذ بغير ثمن ، ولا يمكن أن يدفع إليه ما لا يدعيه ، إلا أن يفعل ذلك تحيلاً . فإن ادعى أنك فعلته تحيلاً على إسقاطها قبل قوله مع يمينه ، لأنه منكر ، وإن ادعى جهل قيمته ، فهو كما لو ادعى جهل ثمنه . قاله في المغني والشرح .

وأما كون الشفيع يأخذ المشفوع بألف إذا قال المشتري: اشتريته بذلك وأقام البائع بينة بأكثر ، فلأن المشتري يقر أن البينة كاذبة ، وأنه ظلم في الألف الأخرى فلم يستحق به الرجوع .

فروع: إذا ادعى على إنسان شفعة في شقص اشتراه فقال: ليس لك^(١) ملك في شركتي ، فعلى الشفيع إقامة البينة بالشركة في قول^(٢) الجماهير ، وقال أبو يوسف: إذا كان في يده استحق الشفعة به .

قال: (وإن أقر البائع بالبائع وأنكر المشتري وجبت الشفعة).

ش: أما كون الشفعة تجب ، فلأن البائع أقر بحقين ، حق الشفيع وحق المشتري ، فإذا سقط حقه بإنكاره ثبت الآخر . كما لو أقر بدار لرجلين فأنكر أحدهما . وهذا أحد الوجهين وهو المذهب صححه في التصحيح والنظم ونصره الموفق والشارح ، وقدمه في المحرر والفروع وغيرهما . وهو قول أبي حنيفة .

فعليه يقبض الشفيع من البائع ، ويسلم إليه الثمن ، ويكون درك الشفيع على البائع ، وليس له ولا للشفيع محاكمة المشتري ، فإن كان البائع مقراً بقبض الثمن من المشتري بقي الثمن الذي على الشفيع لا يدعيه أحد ، لأن البائع يقول: هو للمشتري ، والمشتري يقول: لا أستحقه ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يقال للمشتري: إما أن تقبضه وإما أن تبرئ منه ، قياساً على نجوم الكتابة إذا قال السيد: هي غصب ، اختاره القاضي وابن عقيل وجزم به في النظم .
والثاني: يبقى في ذمة الشفيع . قدمه في الرعايتين والحاوي الصغير .

(١) زيادة من المدع ٢٢٧/٥ ، ٢٢٦ .

(٢) في الأصل: قوله .

والثالث: يأخذه الحاكم عنده . وأطلقهن في المغني وغيره .
والوجه الثاني: لا شفعة. نصره الشريف في مسائله . وهو قول مالك . ولا نص فيها للإمام أحمد؛ لأن الشفعة فرع في البيع فإذا لم يثبت الأصل لم يثبت فرعه .

قال: (وعهدة الشفيع أبداً على المشتري وفيما جحدته على البائع كعهدة المشتري مطلقاً).

ش: أما كون عهدة الشفيع على المشتري ومعناها: أن الشفيع إذا أخذ الشقص فوجده مستحقاً ، فعهدة الرجوع بالثمن على المشتري ، لا على البائع ، لأن الشفيع يملكه من جهة المشتري ، فوجب أن يرجع عليه لكونه بائعه .

ولأن الشفعة مستحقة بعد الشراء، وحصول الملك للمشتري ، ثم يزول الملك من المشتري إلى الشفيع بالثمن ، فكانت العهدة عليه كما لو أخذه منه .

وأما كون عهدة المشتري على البائع إلا ما استثنى ؛ فلأن ملكه من جهته ، فكان له الرجوع عليه ، لما ذكر في الشفيع مع المشتري .

قوله : وفيما جحدته المشتري يكون عهدة الشفيع فيه على البائع ، وصورة ذلك: إذا أقر البائع بالبيع وأنكر المشتري البيع ، فإن الشفعة تثبت في أحد الوجهين وهو اختيار المصنف والعهدة على البائع كما ذكره .

كتاب الوديعة

وهي فعيلة من وَدَعَ الشيء إذا تركه ، أي هي متروكة عند المودع . وقيل: هي مشتقة من الدَّعَة فكأنها عند المودع غير مبتدلة للانتفاع . وقيل: من وَدَعَ الشيء إذا سكن ، فكأنها ساكنة عند المودع .

وأما حدها: فهي المال المجهول عند من يؤتمن عليه لجرد حفظه . وفيه قيود لا يخفى وجه الاحتراز بها. والإيداع هو جعل المال كذلك ، والاستيداع قبول المال كذلك .
وأما أركانها فالمودع وهو المالك ، والمودَّع وهو الأمين المستودع . والمودع أيضاً بالفتح وهو المال المقصود حفظه بالإيداع ، تقول : أودعت زيدا المال فأنا^(١) مودع بالكسر وزيد والمال كلاهما مودَّع بالفتح .

وإنما استوى لفظهما ؛ لأن الفعل يتعدى إلى كل منهما بنفسه مجتمعين نحو: أودعت زيدا المال ، ومنفردين نحو أودعت زيدا ، وأودعت المال فكل منهما مودَّع^(٢) ، وقد يقال: أودعت المال عند زيد، فزيد على هذا مودَّع عنده فيتميز بحرف الجر.
وأما حكمها: فالجواز للمالك ، والاستحباب للمستودع ، لأنها إعانة تتعلق بالمال . أشبهت العارية.

وأما مستنده؛ فالكتاب والسنة والإجماع والنظر.
أما الكتاب؛ فقوله عز وجل : { فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِنَ أَمَانَتَهُ } [البقرة: ٢٨٣] ، وقوله عز وجل : { إِنْ اللَّهُ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا } [النساء: ٥٨] .

وأما السنة : فما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال : « أد الأمانة إلى من ائتمنك

(١) في الأصل: فأنا.

(٢) زيادة يقتضيها السياق.

ولا تخن من خاتك»^(١) رواه أبو داود والترمذي وقال: حديث حسن .
وأما الإجماع : فلا خلاف بين علماء كل عصر على جواز الإيداع والاستيداع واستجابته .

وأما النظر : فهو أن الحاجة تدعو إلى ذلك ، إذ ليس كل أحد يقدر على حفظ ماله بنفسه ، فيحتاج إلى الإعانة على حفظه بالإيداع فهي من مرافق الناس .
هذا تمهيد الكتاب . قاله الطوفي .

قال : (إذا تلف من بين ماله ولم يتعد لم يضمن).

ش: أما^(٢) كون المودع لا ضمان عليه فيها إذا لم يتعد، فلأن الضمان يتأفي الأمانة .
وقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: « من أودع وديعة فلا ضمان عليه »^(٣) رواه ابن ماجة .

ولأنه قول جماعة من الصحابة، منهم أبو بكر وعلى رضي الله عنهم .
ولأن المستودع إنما يحفظها لصاحبها، فلو ضمنت لامتنع الناس من قبول الودائع ،
وذلك مضر ؛ لما فيه من مسيس الحاجة إليها إلا أن يتعدى فيضمنها .
قال في الشرح : بغير خلاف علمناه ، لأنه متلف لمال غيره فضمنه ، كما لو أتلفه من غير استيداع .

وكذلك إذا تلفت من بين ماله ، وهو إحدى الروايتين وهو المذهب .
قال الحارثي : هذا اختيار أكثر الأصحاب ، وصرح الموفق في آخرين أنه أصح ،
وقدمه في المغني والشرح وغيرهما ، وهو قول أكثر العلماء لما تقدم .
ولأن المستودع مؤتمن فلم يضمن ما تلف من غير تعديه ولا تفريطه، وسواء ذهب معها من ماله شيء أو لا .

والثانية : يضمن إذا تلفت من بين ماله ، لما روى سعيد ثنا هشيم أنا حميد الطويل

(١) أخرجه أبو داود في الإجارة، باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده ٢٩٠/٣ ح ٣٥٣٥ . والترمذي في البيوع ٣/١٢٦٤ ح ٥٦٤/١٢٦٤ .

(٢) زيادة يقتضيها السياق .

(٣) أخرجه ابن ماجة في الصدقات، باب الودیعة ٨٠٢/٢ ح ٢٤٠١ .

عن أنس « أن عمر بن الخطاب ضمنه وديعة ذهب من بين ماله »^(١) .

قال القاضي : والأولى أصح ، لأن الضمان ينافي الأمانة ، وحديث عمر محمول على التفريط من أنس في حفظها فلا منافاة .

قال : (ويلزمه حفظها في حرز مثلها فإن عينه صاحبها فأحرزها بدونه ضمن ويمثله أو أحرز فلا).

ش: أما كون المودع يلزمه حفظ الوديعة في حرز مثلها ، فلأن الله أمر بأدائها ولا يمكن ذلك إلا بالحفظ عرفاً كسرقة ، وكما يحفظ ماله .

وفي الرعاية : من استودع شيئاً حفظه في حرز مثله عاجلاً مع القدرة وإلا ضمن .
وظاهره : أنه إذا لم يحفظها في حرز مثلها أنه يضمن ؛ لأنه مفرط . وإن وضعها في حرز ثم نقلها عنه إلى حرز مثلها لم يضمنها ، لأن صاحبها رد حفظها إلى اجتهداه ، فلو كانت العين في بيت مالها فقال لآخر : احفظها في موضعها ، فنقلها عنه لغير خوف ، ضمن ، لأنه ليس بمودع ، وإنما هو وكيل في حفظها في موضعها .

فإن عين صاحبها حرزاً ، فجعلها في دونه ، ضمن ، سواء ردها إليه أو لا ؛ لأنه خالفه في حفظ ماله ، ومقتضاه إذا حفظها فيما عينه ولم يخش عليها فلا ضمان عليه .
قال في الشرح : بغير خلاف ، لأنه ممثّل غير مفرط .

وإن أحرزها بمثله ، أو أحرز بلا حاجة ؛ كلبس خاتم في خنصر في بنصر لا عكسه لم يضمن على المذهب . وهذا قول القاضي . وهو مذهب الشافعي ؛ لأن تقييده بهذا الحرز يقتضي ما هو مثله ، كمن اكترى أرضاً لزرع الحنطة فله زرعها وزرع مثلها في الضرر ، فإن من رضي مثله حرزاً رضي مثله أو أحرز منه .

وقيل : يضمن وهو ظاهر الخرقى وحكاه في التبصرة رواية . قال حرب : إذا خالف في الوديعة فهو ضامن ، لأنه خالف أمر صاحبها من غير حاجة أشبه ما لو نهاه . وجزم به في المنور وقدمه في المحرر .

(١) أخرجه عبدالرزاق في البيوع ، باب الوديعة ١٨٢/٨ ح ١٤٧٩٩ . والبيهقي في الوديعة ، باب لا ضمان على مؤتمن ٢٩٠/٦ .

وقيل : يضمن إن أحرزها بمثله ، ولا يضمن إن أحرزها بأعلى منه . ذكره أبو الخطاب وغيره .

قال في الرعاية الكبرى : وهو أقيس . وأطلقهن فيها .
تنبيه : قال الحارثي : لا فرق فيما ذكر بين الجعل أو لا في غير المعين ، وبين النقل إليه . وإن فعله لحاجة كما لو خاف عليها من سيل أو حريق ؛ لأنه لا يعد مفراطاً .
والأولى إن نقلها إلى الأعلى لم يضمن ، لأنه زاده خيراً ، لا إن نقلها إلى المساوي لعدم الفائدة .

قال في التلخيص : أصحابنا لم يفرقوا بين تلفها بسبب النقل ، وبين تلفها بغيره . قال : وعندي أنه إذا حصل التلف بسبب النقل كانهدام البيت المنقول إليه ضمن .

قال : (وإن نهاه عن إخراجها فأخرجها لغير خوف ضمن ، وإن خاف هلاكها فلا ، وإن تركها ضمن ، وإن قال : لا تخرجها وإن خفت لم يضمن ، وافق أو خالف) .

ش : أما كون المودع يضمن إذا نهاه المالك عن إخراجها فأخرجها لغير خوف ، فلائنه خالف نص صاحبها لغير فائدة ، وهو ظاهر كلام الشافعي ، وسواء أخرجها إلى مثل حرزها المعين أو دونه أو أحرز منه مطلقاً .

وقيل : لا يضمن كما لو لم يُعَيَّن له حرزاً ، وهو قول القاضي .

وقال أبو حنيفة : إن نهاه عن نقلها من بيت فنقلها إلى بيت آخر من الدار ، لم يضمن ، لأن البيتين من دار واحدة ، حرز واحد وطريق أحدهما طريق الآخر ، فأشبه ما لو نقلها من زاوية إلى زاوية ، وإن نقلها من دار إلى دار أخرى ضمن .

وأما كونه إذا أخرجها لخوف هلاكها مثل : إن خاف عليها نهياً أو حريقاً لم يضمنها ؛ فلائنه غير مفراط في حفظها ؛ لأن حفظها ونقلها ، وتركها تضييع لها ، وهذا إذا وضعها في حرز مثلها أو فوقه . فإن تعذر وأحرزها في دونه فلا ضمان ، ذكره في المغني والشرح والحارثي . ومقتضاه أنه يلزمه إخراجها عند الخوف ؛ لأن النهي للاحتياط عليها وهو إذن نقلها .

وأما كونه إذا قال : لا تخرجها وإن خفت لا يضمن ، سواء تركها أو أخرجها ؛ فلائنه إذا أخرجها عند الخوف فقد زاده خيراً بحفظها ، إذ المقصود المبالغة في حفظها ، وإن

تركها فلا شيء عليه؛ لأن صاحبها صرح له بتركها مع الخوف فكأنه رضي بإتلافها.

وقيل: إن وافقه أو خالفه ضمن كإخراجها^(١) لغير خوف. وهذا جار فيما إذا قال: لا تقفل عليها قفلين أو لا تنم فوقه. صرح به في الرعاية.

فرع: إذا أخرج الوديعة المنهي عن إخراجها فتلفت، فادعى أنه أخرجها لغشيان شيء الغالب منه الهلاك، وأنكر صاحبها وجوده، فعلى المستودع البينة إن كان مالا يتعذر إقامة البينة عليه لظهوره، ويقبل قوله في التلف مع يمينه.

قال: (وإن قطع العلف عن الدابة بغير قول صاحبها فماتت ضمن).

ش: أما كون المودع يضمن إذا قطع العلف عن الدابة، إذا أودعها بغير قول صاحبها فماتت، فلائن العلف من كمال الحفظ، بل هو الحفظ بعينه، لأن العرف يقتضي علفها وسقيها، فكأنه مأمور به عرفاً.

وقيل: لا يضمن كلا تعلفها، والأول هو المشهور.

وأما إذا قال: لا تعلفها فماتت، فلا ضمان عليه، لأن صاحبها أذن في إتلافها، أشبه ما لو أمره بتلفها، لكن إذا نهاه عن علفها فتركه، أثم لحزمة الحيوان، فإن أمره به لزمه.

وقيل: يلزمه بقبوله، ويعتبر حاكم، وفي المنتخب: لا.

فرع: إذا علف الدابة أو سقاها في داره أو غيرها بنفسه أو غلامه على ما جرت به العادة، فلا ضمان عليه، لأنه مأذون فيه عرفاً والحكم^(٢) في النفقة والرجوع، كالحكم في نفقة البهيمة المرهونة، لأنها أمانة مثلها.

فائدة: لو خيف على الثوب العُث، وجب عليه نشره فإن لم يفعل، وتلف ضمن.

قال: (وإن عين جبيه فتركها في كمنه أو يده ضمن وعكسه بعكسه).

ش: أما كون المودع يضمن فيما إذا عين صاحب الوديعة الجيب فتركها المودع في

(١) في الأصل: فأخرجها. وانظر الفروع ٤/٤٧٩.

(٢) في الأصل: والحاكم.

كمه ؛ فلأن الجيب أحرز وأبعد من البط .

وأما كونه لا يضمن في العكس ، فلما تقدم من أن الجيب أحرز من الكم .

وأما كونه يضمن إذا عيّن الجيب ، فتركها في يده ، فلأن اليد يتطرق إليها الفتح بالنسيان والنوم ، وهذا أحد الوجهين وهو الأظهر .

والثاني: لا يضمن ، لأن اليد أحرز من الكم ، لأنه يتطرق إليه البط ، وكذا الخلاف إذا عيّن يده فتركها في كمه .

وقال القاضي : اليد أحرز عند المغالبة ، والكم أحرز عند عدم المغالبة . فإن تركها في يده عند المغالبة فلا ضمان عليه ، لأنه زاده خيراً ، وإلا ضمنها لنقلها إلى أدنى مما أمر به . فإن أمره بحفظها مطلقاً، فتركها في جيبه ، أو يده ، أو شدها في كمه ، أو عضده ، وقيل من جانب الجيب ، أو ترك في كمه ثقلاً^(١) بغير شد ، أو تركها في وسطه لم يضمن .

وفي الفصول : إن تركها في رأسه ، أو غرزها في عمامته ، أو تحت قلنسوته احتمل أنه أحرز .

تنبيه: إذا قال: اتركها في بيتك ، فشدها في ثيابه وأخرجها معه ضمن؛ لأن البيت أحرز .

وإن قال: لا تدخل بيت الوديعة أحداً، فخالفه ، وسرقها الداخل ، ضمن ؛ لأنه ربما شاهدها في دخول البيت ، وإن سرقها غير الداخل فلا في الأصح ، لأن فعله لم يكن سبباً في إتلافها، وقيل: بلى . جزم به في الكافي وغيره ، لأنه ربما دل السارق عليها .

قال : (وإن دفعها إلى من يحفظ ماله ، أو مال ربه ، لم يضمن وعكسه الأجنبي والحاكم ولا يطالبان إن جهلا).

ش: أما كون المودع لا يضمن فيما إذا دفع الوديعة إلى من يحفظ ماله أو مال ربه عادة كزوجته وعبد . نص عليه ، فلأنه مودع ، فله أن يحفظها بنفسه ، ومن جرت العادة بحفظ ماله ، وكوكيل ربه ، وألحق بهما في الروضة : الولد وهو ظاهر .

(١) في الأصل: ثقيلًا . وانظر الإنصاف ٣٢٣/٦ .

وكما لو دفع الماشية إلى الراعي ، أو البهيمة إلى غلامه ليستقيها .
وقيل : يضمن كما لو دفعها إلى أجنبي . وعلى الأول يصدق في دعوى الرد أو التلف كالمودع .

وأما كونه يضمن فيما إذا دفعها إلى أجنبي ، أو حاكم ، فلائنه مودع ، فليس له أن يودع من غير عذر ، ولعله غير ظاهر في الحاكم .

وليس للمالك إذا تلفت المطالبة لمن ذكرنا إن جهلا ، لأن المودع ضمن بنفس الدفع والإعراض عن الحفظ ، فلا يجب على الثاني ، لأن دفعاً واحداً ، لا يوجب ضمانين ، بخلاف غاصب الغاصب ؛ لأن يده^(١) ضامنة فترتب عليه الضمان .

وقال القاضي : له ذلك ، وهو أقرب إلى الصواب ، لأنه قبض ما ليس له قبضه ، أشبه المودع من الغاصب ، وكما لو دفعها إلى إنسان هبة . وعليه للمالك مطالبة من شاء منهما ويستقر الضمان على الثاني إن علم ، وإلا فعلى الأول ، كما جزم به المصنف بشرط الجهل .

ويتخرج في رواية توكيل الوكيل : له الإيداع بلا عذر ، وهو مقيد بما إذا لم ينهه .

قال : (وإن حدث خوف أو سفر ردها على ربها ، فإن غاب حملها إن كان أحرز ، وإلا أودعها حاكماً ، فإن تعلز فشقة ، فإن دفنها وكنمها ، أو أعلم بها من لا يسكن مكانها ضمن) .

ش : أما كون المودع يرد الوديعة على ربها ، أو وكيله فيها ، إذا حدث خوف أو سفر ، فلائن في ذلك تخليصاً له من دركها ، ومقتضاه : أنه إذا دفعها إلى الحاكم يضمن ، لأنه لا ولاية له على الحاضر ، ويلزمه مؤنة الرد ، وفي مؤنة رد من بعد خلاف . فإن غاب حملها معه في السفر نص عليه . سواء كان لضرورة أو لغيرها ، إن كان أحرز ، لأن المقصود الحفظ ، وهو موجود هنا وزيادة ، وشرطه إذا لم ينه عنه ولا خوف .

وفي المبهم والموجز : والغالب السلامة ، زاد في عيون المسائل والانتصار : كتاب ووصي . وله ما أنفق بنية الرجوع ، قاله القاضي ، ويتوجه : كنظائره .

(١) في الأصل : لأنه . وانظر المبدع ٢٣٨/٥ .

وقيل : مع غيبة ربها، أو وكيله إن كان أحرز، وإن استويا فوجهان ، أي إن لم يكن أحرز لها ولم ينه عنه وإلا أودعها حاكماً ، لأن في السفر بها غرراً ، لأنه بعرضية النهب وغيره، إذ الحاكم يقوم مقام صاحبها عند غيبته . وفي لزوم قبولها وجهان . وظاهره: أنه إذا أودعها مع قدرته على الحاكم ، أنه يضمنها، لأنه لا ولاية له . وقيل : لا يضمن إذا أودعها ثقة، وذكره الحلواني رواية ؛ لأنه قد يكون أحفظ لها، وأحب إلى مالكها، وكتعذر حاكم في الأصح .

«فإن تعذر» أي: لم يقدر على الحاكم أودعها ثقة ؛ لفعله عليه الصلاة والسلام لما أراد أن يهاجر أودع الودائع التي كانت عنده لأمن رضي الله عنها.

ولأنه موضع حاجة .

وأطلق الإمام أحمد الإيداع عند غيره لخوف عليها، وحملها القاضي على المقيم لا المسافرين .

فروع: حكم من حضره الموت حكم من أراد سفرأ في دفعها إلى حاكم أو ثقة. [فإن تعذر ذلك أودعها ثقة أو دفنها وأعلم]^(١) بها ثقة يسكن تلك الدار؛ لأن الحفظ يحصل به . فإن دفنها، ولم يعلم بها أحداً ضمن ، لأنه فرط في الحفظ ، فإنه قد يموت في سفره فلا تصل إلى صاحبها، وربما نسي موضعها أو أصابها آفة، وكذا إن أعلم بها غير ثقة، لأنه ربما أخذها، ولم يُصرح به المصنف اكتفاء بمفهوم الأول ، أو أعلم بها من لا يسكن مكانها، ضمن ، لأنه لم يودعها إياه ، ولا يقدر على الاحتفاظ بها.

فصل في تعدي المودع

قال: (ومن أودع دابة فركبها لغير نفعها، أو ثوباً فليسسه، أو دراهم فأخرجها من محرز ثم ردها، أو رفع الختم ونحوه عنها، أو خلطها بغير متميز فصاع الكل: ضمن)

ش: أما قول المصنف: من أودع دابة فركبها، فتمثيل للتعدي ، وذلك يحصل

بأشياء:

(١) في الأصل: فإن دفنها وكنمها أو أعلم. وانظر المبدع ٢٣٩/٥.

منها: ركوب الدابة لغير نفعها، ولبس الثوب، وذلك أمانة ضمنها لتصرفه في مال غيره بغير إذنه.

وفيه وجه: لا، لأنه ممسك لها بإذن مالِكها أشبه ما قبل التعدي .
وجوابه: أنه ضمنها بعدوان فبطل الاستئمان، كما لو جحدّها ثم أقرَّ بها.
ويخرج منه ما إذا استعملها لنفعها؛ كلبس صوف ونحوه خوفاً من عث ونحوه .
ومنها: إخراج الدراهم من محرز ثم ردها؛ لأنه تصرف أيضاً في مال المالك بغير إذنه .

ومنها: رفع الختم ونحوه عنها، لأنه يزيل عنها أحد أسباب حفظها، وهو مأمور بتحصيله، أو كانت مشدودة فأزال الشد، وسواء أخرج منها شيئاً أو لا، لهتكه الحرز بفعل تعدى به .

وفيه رواية: لا يضمن . فإن خرق الكيس فوق الشد فعليه ضمان ما خرق فقط؛ لأنه لم يهتك الحرز .

ومنها: خلطها بما لا تتميز منه، لأنه يتعذر بذلك ردها بعينها إلى صاحبها، وهو مأمور به، كزيت بزيت، ودراهم بدراهم، ضمنها، لأنه صيرها في حكم التالف، وفوت على نفسه ردها، أشبه ما لو ألقاها في لجة بحر، وسواء خلطها بماله أو مال غيره، بمثلها أو دونها أو أجود .

ونقل عبدالله بن محمد في رجل أعطى آخر درهماً يشتري له به شيئاً، فجعله مع دراهمه فضاع، قال: ليس عليه شيء . ذكره القاضي ولم يتأوله في النوادر، وذكره الحلواني ظاهر كلام الخراقي، وجزم به في المنور عن الإمام أحمد، قال: لأنه خلطه بماله فإن لم يدر أيهما ضاع ضمن. نقله البغوي .

وفي الرعاية: إذا خلط إحدى وديعتي زيد بالأخرى بلا إذن، وتعذر التمييز فوجهان.

فروع: إذا نوى التعدي فيها ولم يتعد لم يضمن، وحكى القاضي قولاً: بلى كملتقط في وجه .

وإذا خلطها بمتميز كدراهم بدنانير لم يضمن على الأصح وحكاها في الشرح بغير

خلاف تعلمه ، لأنه لا يعجز بذلك عن ردها، أشبه ما لو تركها في صندوق فيه أكياس له .

والثانية: يضمن للتصرف فيها. وكذا الخلاف إن خلط بيضاً بسود، وصحاحاً بمكسرة.

والثالثة: يضمن إن خلط بيضاً بسود، وحمله في المغني والشرح على أنها تكسب منها سواداً ويتغير لونها .

قال: (وإن أخذ درهماً من غير محرز ثم رده ضمنه وحده) .

ش: أما كون المودع يضمن ، إذا أخذ الدرهم وحده ، ثم رده فضاع الكل ، على المذهب؛ فلأن الضمان تعلق بالآخذ، فلم يضمن غير ما أخذه، بدليل ما لو تلف في يده قبل رده .

وعنه: يضمن الجميع . حكاهما في التلخيص وغيره ، لأنها ودیعة قد تعدى فيها فضمنها كما لو أخذ الجميع.

وإن رد بدله متميزاً فكذلك يجري فيه الخلاف السابق ، وإن كان غير متميز ضمن الجميع على المذهب . وقاله القاضي ، كخلطه الودیعة بما لا يتميز . ويحتمل أن لا يضمن غيره وهو مقتضى كلام الخرقي ، وقطع به القاضي في التعليق ، وحكي عنه في رواية الأثرم أنه أنكر القول بتضمين الجميع .

قال: وإنه قول سوء، لأن الضمان منوط بالتعدي ، وهو مختص بالمأخوذ . وظاهر كلام المصنف: أنه لا يضمن إلا الدرهم وحده إذا رده مطلقاً. وكذا إن أذن في أخذه منها فرد بدله بلا إذنه ، وشرطها كما جزم بها في المغني والشرح إذا كانت غير مختومة ولا مشددة، فإن كانت كذلك ضمن الجميع لهتك الحرز وهذا هو الصحيح عند القاضي وقياس قول الأصحاب .

فرع: إذا منعها بعد طلب^(١) طالبها شرعاً والتمكين ولو كان مستأجراً لها ضمن. فإن ضمنها فجدد له صاحبها استئماناً، أو أبرأه ، برئ في الأصح كرده إليه ، أو إن

(١) زيادة من الفروع ٤/٤٨٢.

جئت ثم تركت فأنت أميني. ذكره في الانتصار. فإن ردها فهو ابتداء^(١) استئمان .

قال: (وإن أودع مكلف شيئاً مالا فتلف لم يتضمنه وعكسه بعكسه إن لم يرده إلى وليه أو يأخذه لحظه).

ش: أما كون الصبي لا يضمن الوديعة إذا تلفت ، فلأن المالك فرط في تسليمها إليه ، سواء أتلّفها بأكل أو غيره ، لأنه سلطه على إتلافها بدفعها إليه ، وكذلك المعتوه . وقال القاضي : يضمنها إذا فرط . نصره في الشرح وغيره ، لأن ما ضمن بالإتلاف قبل الإيداع ضمن به بعده .

وقولهم: إنه سلطه عليها ليس كذلك وإنما استحفظه إياها .

فائدة: المجنون كالصبي ، وكذا السفهية عند الموفق والشارح وجماعة ففيه الخلاف .

وقيل: إتلافه موجب للضمان ، كالرشيد قطع به القاضي في المجرد وصاحب التلخيص .

قال الحارثي : وإلحاقه بالرشيد أقرب .

وأما العبد إذا أودع شيئاً فقد ذكره المصنف في آخر الحجر إذا أتلّف الوديعة أنه يتعلق برقبته ، وهو المذهب جزم به في الهداية وغيرها ، وقدمه في المستوعب والتلخيص . قال الحارثي : وبه قال الأكثرون .

والوجه الثاني: يضمنها في ذمته وأطلقهما في المغني والمحرر والشرح والفروع . ولنا وجه في المذهب ذكره القاضي في المجرد وغيره بعدم الضمان مطلقاً تخريجاً من مثله في الصبي ، ورده الحارثي .

وأما كون الصبي إذا أودع المكلف مالا فتلف يضمنه ، فلأنه أخذ مال غيره بغير إذن شرعي ، أشبه ما لو غصبه ما لم يكن مأذوناً له في التصرف .

وأما كونه لا يبرأ إلا برده إلى وليه ، أي الناظر في ماله ، كما لو كان عليه دين؛ فلأن الوديعة صارت مضمونة في يده ، فلم يبرأ إلا بما ذكر .

وظاهره : أنه لا يزول عنه الضمان بردها إلى المودع ، لكن إن خاف عليها التلف

(١) في الأصل: أحد. وانظر المبدع ٢٤١/٥.

إن لم يأخذها لم يضمن، لأنه قصد تخليصها من الهلاك وحزم به في الشرح كما قاله المصنف .

وقال في التلخيص : يحتمل أن لا يضمن ، كالمملك الضائع إذا حفظه لصاحبه وهو الأصح . ويحتمل: أن يضمن ، لأنه لا ولاية له عليه .

قال: وهكذا يخرج إذا أخذ المال من الغاصب ، تخليصاً ليرده إلى مالكه . انتهى .
واقصر الحارثي على حكاية كلامه ، وقدم ما صححه في التلخيص في الرعاية وقطع به في الكافي .

فصل [المودع أمين]

قال: (يقبل قول المودع في ردها إلى ربها أو غيره بإذنه وتلفها وعدم التفريط . فإن قال: لم تودعني ثم ثبت بيينة أو إقرار ثم ادعى رداً أو تلقاً سابقين لحجوده لم يقبل ولو بيينة بل في قوله: ما لك عندي شيء ونحوه [أو بعده بها]^(١)).

ش : أما كون المودع يقبل قوله فيما ذكر؛ فلأن ذلك شأن الأمين من رد الودیعة إلى ربها مع يمينه ، لأنه لا منفعة له في قبضها . هذا المذهب وعليه جماهير علمائنا، وقطع به كثير منهم . وقدمه في الفروع . قال في التلخيص وغيره : هذا المذهب .

وعنه : إن دفعها المودع إلى المودع بيينة لم تقبل دعوى الرد إلا بيينة نص عليه في رواية أبي طالب وابن منصور .

وعلى القبول ولو على يد عبده أو زوجته أو خازنه ، وتلف .

قال ابن المنذر: أجمع كل من يحفظ عنه أن المستودع إذا أحرز الودیعة ثم ذكر أنها ضاعت قبل قوله مع يمينه . قاله الأكثر .

وعنه: يُصدَّق في تلفها بغير يمين .

والمذهب: إن ادعاه بأمر خفي صدَّق مع يمينه ، وإن كان بأمر ظاهر كحريق فلا يقبل إلا بيينة تشهد بوجود السبب ولو باستفاضة .

(١) زيادة من الوجيز .

وكذلك يُقبل قوله في ردها إلى غيره بإذنه ، بأن قال: دفعتها إلى إنسان بأمرك ، فأنكر مالکها الإذن في دفعها، قبل قول المودع . نص عليه في رواية ابن منصور أشبه ما لو ادعى ردها إلى مالکها. ولو اعترف بالإذن وأنكر الدفع قبل قول المستودع في المنصوص ، ثم ينظر في المدفوع إليه ، إن أقر بالقبض ، وكان الدفع في دين ، برئ الكل ، فإن أنكر، قبل قوله مع يمينه ، وذكر علمائنا أن الدافع يضمن لكونه قضى الدين بغير بينة.

ولا تجب اليمين على المالك ، لأن المودع مفرط لكونه^(١) أذن له في قضاء يبرئه من الحق ولم يبرأ بدفعه ، فكان ضامناً، سواء صدقه أو كذبه .

وذكر الأزجي: إن ادعى^(٢) الرد إلى رسول موكل ومودع ، فأنكر الموكل : ضمن لتعلق الدفع بثالث ، ويحتمل لا. وإن أقر وقال: قصرت لترك الإشهاد احتمل وجهين . تنبيه: إذا أخر ردها بعد طلبها بلا عذر ضمن ، ويمهل لأكل ونوم وهضم طعام بقدره . وفي الترغيب: إن أخر كونه في حمام أو على طعام إلى قضاء غرض ضمن ، وإن لم^(٣) يأت على وجه ، واختاره الأزجي .

وإن أمره بالدفع إلى وكيله فتمكن وأبى ضمن في الأصح ، ولو لم يطلبها وكيله . وأما كون المدعي المذكور لا يُقبل قوله إذا ادعى الرد والتلف بعد قوله: لم تودعني؛ فلأنه خرج بالإنكار عن الأمانة، وإن أقام به بينة، لأنه مكذب لها، ويحتمل أن يقبل بينة، لأن صاحبها لو أقر بذلك سقط عنه الضمان ، ولعدم التهمة، والكذب الصادر منه لا يمنع من إظهار الحق ، والمذهب أنه إذا أقام بينة بهما متقدماً جحوده لم تسمع في المنصوص ، وبعده تسمع برد، لأن قصاره أن يكون عاصياً، وليس عليه أكثر من الرد، والأصح وتلف ، فلو شهدت به ولم يعين وقتاً، لم يسقط الضمان ، لأن الأصل وجوبه ، فلا ينتفي بأمر متردد.

قوله: «أو بعده بها» : الضمير في قوله: بعده يعود إلى الجحود، والضمير بها يعود

(١) في الأصل: كدين. وانظر المبدع ٢٤٣/٥.

(٢) زيادة من الفروع ٤٨٥/٤، والإنصاف ٣٣٩/٦.

(٣) في الأصل: ولم. وانظر المبدع ٢٤٤/٥، والفروع ٤٩٠/٤.

إلى البينة، ومعنى ذلك: إذا قال: لم يودعني ثم ثبتت عليه بإقرار أو بينة، فادعى أنه ردها إليه، أو ادعى تلفها وأقام بذلك بينة. فإن كان ادعى أنه ردها بعد زمن الجحود، وشهدت البينة بذلك قبل، مثل أن يكون الجحود في أول الحرم، ويكون الرد والتلف في صفر. وإن كان زمن الرد والتلف قبل زمن الجحود، لم يقبل، مثل أن يكون الجحود في الحرم ويكون الرد والتلف في ذي الحجة.

وإن قال: ما لك عندي شيء ونحوه، قبل قوله مع يمينه في الرد والتلف؛ لأن قوله لا ينافي ما شهدت به البينة ولا مكذبها، فإن من تلفت الوديعة من حرزه، بغير تفريطه، لا شيء للمالكها عنده، ولا يستحق عليه شيئاً، ولو قال: لك وديعة ثم ادعى ظن البقاء على علم تلفها فوجهان.

قال: (وإن ادعى وارثه الرد منه أو من موروثه لم يقبل بغير بينة وإن تلفت عنده بعد إمكان ردها لا قبله صمن).

ش: أما كون وارث المودع لا يقبل دعواه في الرد إذا لم تكن بينة، فلأن دعوى الرد من المودع إنما قبل لكونه أمين المودع، وهذا مفقود في وارثه، لأن المالك لم يأمنه عليها بخلاف المودع، فإنه ائتمنه فقبل بغير بينة.

وكذا لو ادعى الرد إلى الورثة. فإن ادعى الرد إلى^(١) ربها فأنكر ورثته فوجهان. وعلم منه أن الوديعة لا تثبت إلا بإقرار من الميت أو ورثته أو بينة، فلو وجد عليها مكتوباً وديعة لم تكن حجة عليهم، لجواز أن يكون الوعاء كانت فيه وديعة قبل هذه.

فائدة: وإن وجد خط مورثه: لفلان عندي وديعة، أو على كيس هذا لفلان عمل به وجوباً على الصحيح من المذهب.

قال في الفروع: ويُعمل به على الأصح. قال الحارثي: هذا المذهب نص عليه من رواية إسحاق بن إبراهيم في الوصية ونصره ورد غيره، وقال: قاله^(٢) القاضي أبو الحسين وأبو الحسن^(٣) بن بكروس وقدمه في المستوعب والتلخيص، وهو الذي ذكره

(١) زيادة تقتضي السياق.

(٢) في الأصل: قال. وانظر الإنصاف ٣٤٥/٦.

(٣) في الأصل: وأبو الحسين. وانظر الإنصاف، الموضع السابق.

القاضي في الخلاف ، وقيل: لا يُعمل به ويكون تركة، اختاره القاضي في المجرد وابن عقيل والموفق وقدمه في الشرح ونصره وجزم به في الحاوي الصغير والنظم .

وإن وجد خطه بدين له على فلان ، حلف الوارث ودُفع إليه . قطع به في المغني والشرح والفروع وشرح الحارثي وأعلام الموقعين .

فإن وجد خطه بدين عليه فقيل: لا يعمل به ، ويكون تركة مقسومة، اختاره القاضي في المجرد وجزم به في الفصول والمذهب ، وقدمه في المغني والشرح وقيل: يُعمل به ويُنفع إلى من هو مكتوب باسمه .

قال القاضي أبو الحسين : المذهب وجوب الدفع إلى من هو مكتوب باسمه ، أوماً إليه ، وجزم به في المستوعب ، وهذا الذي ذكره القاضي في الخلاف . وهو ظاهر ما قطع به في أعلام الموقعين وقدمه في التلخيص وصححه في النظم ، وهو المذهب عند الحارثي فإنه قال: والكتابة بالديون عليه كالكتابة بالوديعة كما قدمناه ، حكاه غير واحد منهم السامري وصاحب التلخيص . انتهى .

وقد تقدم كلامه في المسألة الأولى ، وأطلقهما في الفروع والرعاية .

وأما كون الوديعة إذا تلفت بعد موت المودع ، ولم يمكن الوارث ردها لم يضمنها ؛ فلأنه معذور . قال الله تعالى: { لا يكلف الله نفساً إلا وسعها } [البقرة: ٢٨٦] .

وأما كونه يضمنها بعد الإمكان ، فلتأخير ردها مع إمكانه ، لحصوله في يده من غير إيداع ، أشبه ما لو أطارت الريح ثوباً إلى سطح آخر وأمكنه رده فلم يفعل ، وهذا أحد الوجهين وهو المذهب صححه في التصحيح والنظم وشرح الحارثي .

والثاني: لا يضمنها ؛ لأنه غير متعد في إثبات يده عليها، لكونها حصلت في يده بغير فعله ، وأطلقهما في المغني والشرح .

وقيل : يضمنهما إن لم يعلم بها صاحبها، جزم به في المحرر وتذكرة ابن عبدوس .

قال في الرعاية الصغرى : وهو أولى . وأطلقهن في الفروع والفائق .

فائدة: إذا حصل في يده أمانة بدون رضی صاحبها: وجبت المبادرة إلى ردها مع العلم بصاحبها والتمكن منه ، ودخل في ذلك اللقطة .

وكذا الوديعة والمضاربة والدين ونحوها: إذا^(١) مات المؤمن وانتقلت إلى وارثه .
وكذا لو أطارت الريح ثوباً إلى داره لغيره . ثم إن كثيراً من الأصحاب قالوا هنا:
الواجب الرد، وصرح كثير منهم أن الواجب أحد شيئين: إما الرد أو الإعلام، كما في
المستوعب والمغني والمحرر والشرح . وذكر نحوه ابن عقيل وهو مراد غيرهم .
ثم إن الثوب هل حصل في يده بسقوطه في داره من غير إمساك أم لا ؟
قال القاضي: لا يحصل في يده بذلك ، وخالف ابن عقيل .

والخلاف هنا مُنزَّل على الخلاف فيما إذا حصل في أرضه من المباحات هل يملكها
بذلك أم لا ؟ على ما تقدم في كتاب البيع .

وكذا حكم الأمانات إذا فسخها المالك كالوديعة والوكالة والشركة والمضاربة يجب
الرد على الفور، لزوال الائتمان ، صرح به القاضي في خلافه ، وسواء كان الفسخ في
حضرة الأمين ، أو غيبته ، وظاهر كلامه: أنه يجب فعل الرد .

وعلى قياس ذلك: الرهن بعد استيفاء الدين والعين المؤجرة بعد انقضاء المدة .
وذكر طائفة من الأصحاب في العين المؤجرة: لا يجب على المستأجر فعل الرد،
ومنهم من ذكر في الرهن كذلك . ذكر معنى ذلك في القاعدة الثانية والأربعين .
وأما إذا مات المودع ولم يُبين الوديعة، ولم تُعلم : فهي دين في تركته . تقدم ذلك
في كلام المصنف في أواخر المضاربة .

قال: **روان ادعاهما اثنان فأقر بها لأحدهما فهي له مع يمينه ، ويحلف المودع أيضاً، وإن
أقر لهما حلف لهما وانقسمهما، ويحلف مع الإنكار ثم من قرع حلف وأحدهما.**

ش: أما كون الوديعة للمقر له وحده ، فلا إن إقراره له يبين أن يده ثابتة عن يد
المدعي، واليد دليل الملك ، ومن كانت اليد له قبل قوله مع يمينه ، ويحلف المودع أيضاً،
لأنه منكر حقه ، وتكون على نفي العلم ، فإن حلف برئ وإن نكل لزمه أن يغرم له
قيمتها، لأنه فوتها عليه .

وكذا لو أقر له بها بعد أن أقر بها للأول فإنها تُسَلَّم للأول ويغرم^(٢) قيمتها للثاني

(١) في الأصل: فإذا. وانظر الإنصاف ٣٤٤/٦.

(٢) في الأصل: يغرم.

نص عليه .

وإن أقر لهما فهي بينهما، كما لو كانت بأيديهما وتداعيا معاً، ويحلف لكل واحد منهما في نصفها، فإن نكل لزمه عوضها يقتسمانه أيضاً. فإن قال: لا أعرف صاحبها حلف أنه لا يعلم عيناً واحدة إذا كذباه أو أحدهما.

وقيل : لا يحلف إلا أن يكون متهماً. قال الحارثي: هذا المذهب . ثم [يقرع بينهما]^(١) وجوباً لتساويهما في الحق فيها ليس بأيديهما، كالتق والسر يأخذى نسائه ، فمن قرع صاحبه حلف ، لأنه يحتمل أنها ليست له وأخذها، لأن ذلك فائدة القرعة. فإن قال: ليست لواحد منهما، فنص الإمام أحمد أنه يقرع بينهما قياساً على ما إذا قال: هي لأحدهما، أو لا أعرفه عيناً، وحكى بعض علمائنا: أنه لا يقرع بينهما ويُقر بيد من هي بيده ، إلى أن يظهر صاحبها . ذكره في الواضح .

قال: (فإن طلب أحد المودعين نصيبه من مكيل أو موزون يتقسم أحده).

ش: أما كون أحد المودعين يأخذ نصيبه فيما ذكر بشرطه؛ فلأنه حق مشترك يمكن تمييز أحدهما من الآخر من غير حيف محقق ، ولا موهوم ، فغيبية أحد الشريكين لا يمنع تمييز نصيب الحاضر، دليله الدين المشترك ، قدمه في الفروع؛ لأن قسمته ممكنة بغير غبن ولا ضرر .

وقيده في المحرر بما إذا كان الشريك غائباً .

قال القاضي : لا يجوز إلا بإذنه أو إذن حاكم . وظاهره: أنه لا يجوز إلا في المثلي صرح به في النهاية وغيرها ، لأن قسمة غير ذلك بيع ، وليس للمودع أن يبيع على المودع .

ولأن قسمة ذلك لا يؤمن فيها الحيف ، لأنه يفتقر إلى التقويم ، وذلك ظن وتخمين .

قال: (وللمستودع والمضارب والمرتهن والمستأجر مطالبة غاصب العين).

ش: أما كون المستودع له مطالبة الغاصب بالعين إذا غصب ، فلأنه مأمور بحفظها

(١) في الأصل: من قرع منهما. والصواب ما أثبتناه.

وذلك منه ، وهذا أحد الوجهين . قدمه في الفروع وعبر فيه بأنه يلزمه .
والثاني : لا؛ لأنه لم يؤمر به ، لكونه ليس وكيلاً للمالك . ومثله مضارب ومرتهن
ومستأجر كما جزم به المصنف وقاله أكثر علمائنا . وقدم في الخلاصة أنه ليس له المطالبة
في الوديعة، وجزم بالجواز في المرتهن والمستأجر ومال إليه الحارثي .
وقال الموفق في المضارب : لا يلزمه المطالبة مع حضور رب المال .
وعلى الثاني: لا ضمان عليه ، سواء أخذت منه قهراً أو أكرهه على تسليمها؛ لأن
الإكراه عذر يُبيح دفعها، فلم يضمنها، كما لو أخذت منه قهراً . وإن صادره سلطان لم
يضمن ، قاله أبو الخطاب . وضمنه أبو الوفاء إن فرط . وإن أخذها منه قهراً لم يضمن
عند أبي الخطاب ، وقال أبو الوفاء: إن ظن أخذها منه بإقراره كان دالاً ويضمن .

أحكام:

إذا استودع فضة وأمر بصرفها بنذهب ففعل ، وتلف الذهب ، لم يضمنه ، وإن قال:
أصرف ما لي عليك من قرض ففعل وتلف ، ضمنه ، ولم يبرأ من القرض .
وإن استودع جارية فولدت عنده أمسك ولدها . وقيل: بإذن ربها وهو أمانة.
فلو سأله عن الوديعة ظالم ورى عنها . فإن ضاق النطق عنها جحدها وتأول، فكذا
إن أحلف عليها، وإن نوى جحدها أو إمساكها لنفسه أو التعدي فيها لم يضمن . قاله
في الترغيب وتقدم ذلك.

باب إحياء الموات

الموات والميتة والموتان بفتح الميم . والمراد: الأرض الدائرة الخراب . قاله في المغني
والشرح .

وعرفها الأزهرى : بأنها الأرض التي ليس لها مالك ولا بها ماء ولا عمارة ولا ينتفع
بها . والموات مشتق من الموت وهو عدم الحياة . والموتان بضم الميم وسكون الواو:
الموت الذريع . ورجل موتان القلب بفتح الميم وسكون الواو . بمعنى عَمِيَ القلب لا
يفهم . وكل ما لا روح فيه فهو موات ، يقال: أرض ميتة وميتة وموتان . واستعمال

الحياة والموت وما تصرف منهما في الأرض مجاز وحقيقته في الحيوان ، غير أن أنس الأبدان لما كان بالحياة، ووحشتها بالموت ، وكانت الأرض آنسة مع العمارة موحشة قبيحة مع عدمها، أطلق عليها لفظ الحياة والموت بجامع هذا المعنى وقد كثر هذا الاستعمال في القرآن نحو: {اعلموا أن الله يحيي الأرض بعد موتها} [الحديد: ١٧] ، {وأحيينا به بلدة ميتاً} [ق: ١١] ونحو ذلك .

وحدثنا المصنف فقال: (وهي الأرض الدائرة التي لا يعلم أنها ملكت أو فيها أثر ملك وجعل ربه، أو كان مالكة غير معصوم).

ش: الدائرة هي الخراب التي ليس بها آثار الملك .

وقوله: «لا يعلم أنها ملكت» احتراز مما ملك ، فإنه لا يملك بالإحياء، وقد خص منه ملك غير المعصوم بقوله: «أو كان مالكة غير معصوم» فيملك بالإحياء؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «عادي الأرض لله ولرسوله ثم هو بعد لكم»^(١) . رواه سعيد في سننه وأبو عبيد في الأموال من رواية طاووس عن النبي ﷺ.

فإن لم يعرف للأرض عند إرادة إحيائها مالك ، وقد كان ملكها قديماً مسلم أو ذمي أو مشكوك في عصمته ، كخراب باد أهله ولم يعقبوا ليستدل بعقبهم على عصمتهم ، أو عدمها ففيه روايات :

إحدهن: لا يملك بالإحياء، لسبق الملك ، والأصل عدم جواز الإحياء. والثانية: يملك نظراً إلى عدم معرفة المالك في الحال ، والأصل عدم العصمة في صورة الشك فيها.

والثالثة: يملك بالاحياء ما شك في عصمة مالكة ، لأن الأصل عدمها، ولا يملك ما علمت عصمة مالكة ، كالمسلم والذمي كما لو عرف في الحال .

وأما مستنده فالكتاب والسنة وقول أهل العلم والنظر.

أما الكتاب ؛ فقوله عز وجل: {إن الأرض لله يورثها من يشاء من عباده} [الأعراف: ١٢٨] ومن أحيا أرضاً بشروطه فقد أورثه الله عز وجل إياها ، ومن أورثه الله شيئاً ملكه

(١) أخرجه أبو عبيد في الأموال، في أحكام الأرضين في إقطاعها، باب الإقطاع (٦٧٦) ص: ٢٥٣.

كسائر الأموال .

وأما السنة: فما روى جابر أن النبي ﷺ قال : « من أحيأ أرضاً ميتة فهي له »^(١) رواه أحمد والترمذي وصححه .

وعن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ : « من عَمَرَ أرضاً ليست لأحد فهو أحقُّ بها »^(٢) رواه أحمد والبخاري .

وإحياء الموات هو قول عامة فقهاء الأمصار في الجملة .

وأما النظر؛ فلأن الموات الذي يجوز إحياءه هو من الأشياء المباحة الأصل التي يجوز لكل أحد حيازتها والاختصاص بها كالماء والنار والكأ .

قال : (فمن أحيأها ملكها من مسلم وكافر يادن الإمام وعلمه في دار الإسلام وغيرها إلا ما أحيأه مسلم من موات بلدة كثار صولحوا على أنها لهم وموات العنوة كعمرة).

ش: أما كون من أحيأ أرضاً ميتة غير ما استثنى ملكها المحيي ، فلما تقدم من الأحاديث .

«من مسلم» اتفاقاً، سواء كان مكلفاً أو لا، لكن شرطه أن يكون ممن يملك المال؛ لأنه يملكه بفعله كالاصطياد .

«وكافر» : أي ذمياً في المنصوص ، وعليه الجمهور للعموم ، وبه قال أبو حنيفة . وقال ابن حامد: لا يملك الذمي بالإحياء، وحمل أبو الخطاب قوله على دار الإسلام .

قال القاضي: هو مذهب جماعة من أصحابنا ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: « موتان الأرض لله ورسوله ثم هي لكم »^(٣) وبه قال مالك.

وجوابه بعد تسليم صحته : أنها لكم ، أي: لأهل داركم والذمي من أهل دارنا. فعلى المنصوص : إذا أحيأ موات عنوة لزمه عنه الخراج . وإن أحيأه غيره فلا شيء

(١) أخرجه الترمذي في الأحكام، باب ما ذكر في إحياء أرض الموات ٦٦٢/٣ ح ١٣٧٨ . وأحمد ٣٣٨/٣ ح ١٤٦٧٧ .

(٢) أخرجه البخاري في المزارعة، باب من أحيأ أرضاً مواتاً ٨٢٣/٢ ح ٢٢١٠ . وأحمد ١٢٠/٦ ح ٢٤٩٢٧ .

(٣) أخرجه البيهقي في إحياء الموات، باب لا يترك ذمي يحيي... ١٤٣/٦ من حديث ابن عباس رضي الله عنه .

عليه في الأشهر، ونقل عنه حرب: عليه عشر ثمره وزرعه.
«يأذن الإمام وعدمه»: قاله علماؤنا ونص عليه الإمام أحمد مستدلاً بعموم الحديث .
ولأنها عين مباحة فلا يفتقر بملكها إلى إذن كأخذ المباح . وهو مبني على أن عموم
الأشخاص مستلزم عموم الأحوال . وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد .
وقيل: لا يجوز إلا بإذنه وحكاه في الواضح رواية ؛ لأن له مدخلاً في النظر في
ذلك .

«في دار الإسلام وغيرها» يعني: أن جميع البلاد، سواء في ذلك فتحت عنوة كأرض
الشام والعراق ، وما أسلم أهلها عليه؛ كالمدينة، وما صولح أهلها على أن الأرض
للمسلمين؛ كخير . ويستثنى من ذلك: موات الحرم وعرفات.
وعنه : ليس في أرض السواد موات معللاً بأنها لجماعة فلا يختص بها أحدهم ،
وحملها القاضي على العامر وأن الإمام أحمد قاله حين كان السواد عامراً في زمن عمر.
«إلا ما أحياء مسلم من موات بلدة كفار صولحوا على أنها لهم» أي لا يملك مسلم
بالأحياء موات بلدة كفار صولحوا على أنها لهم ولنا خراجها في بلادهم ، فلا يجوز
التعرض لشيء منها، لأن الموات تابع للبلد، ويفارق دار الحرب ؛ لأنها على أصل
الإباحة.

وقيل : يملك به؛ لعموم الخبر.

ولأنها من مباحات دارهم فملك به كالمباح .

قوله: «والعنوة كغيره» فالأرض أرضان صلح وعنوة، فالصلح: ما أخذ من يد
المشركين بغير قتال ، والعنوة: ما أخذ بالقتال ، فإذا أحياء أرضاً ميتة في أرض الصلح فإن
كان أهلها صالحوا على أن تقر في أيديهم وهي لهم فقد ذكر حكمه . وإن كانوا صالحوا
على أنها لنا، وثقروا في أيديهم بالخراج فحكم مواتها حكم العنوة سيجيء.

وإن كان الموات في أرض العنوة فهي لمن أحياء ، يملكه بذلك ، وليس فيه إلا العشر
فلا خراج عليه ، لأنه ملكه بالأحياء فهو كالبلاد التي أسلم أهلها عليها، وإذا ملكه لم
يجب عليه الخراج ، لأنه أجرة، والأجرة لا تجب على ملك الإنسان .

وعنه رواية أخرى : أنه لا يملكه ، لأن له مالكا وهم المسلمون ، ملكوه بغلبتهم

عليه ، فليس لواحد منهم أن يختص به لكن يُقر في يد من أحياء ؛ لما روى أسمر بن مضر قال: « أتيت النبي ﷺ فبايعته فقال: من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له قال: فخرج الناس يَتَعَادُونَ يَتَخَاطُونَ »^(١) رواه أبو داود .

ولأنه سبق إلى مباح ، فكان أولى له ، كالحشيش والكأل ، يقر في يده بالخراج ؛ لأنه جمع بين حقه بإقراره في يده ، وبين حق المسلمين بالخراج يؤخذ منه .

قال: (وَيْسَلِّكَ بِالْأَحْيَاءِ مَا قَرَّبَ مِنْ عَامِرٍ إِنْ لَمْ يَتَّعَلَقَ بِمَصْلَحَتِهِ).

ش: أما كونه يُملك بالأحياء ما ذكر بشرطه ، فلعوم الأدلة المقتضية لذلك ، وهذا إحدى الروايتين وهي أنصهما وأشهرهما عند علمائنا.

والثانية : لا يملك به ، تنزيلاً للضرر في المال منزلة الضرر في الحال ، إذ هو بصدد أن يحتاج إليه في المال .

والأولى أولى ؛ « لأنه عليه الصلاة والسلام أقطع بلال بن الحارث العقيق »^(٢) وهو يعلم أنه من عمارة المدينة.

ولأنه موات لم يتعلق به مصلحة فجاز إحياءه كالبعيد، والمرجع في القرب والبعد إلى العرف وعليها للإمام إقطاعه .

وأما ما تعلق بمصالح العامر من طرقه ومسيل مائه ، ومطرح قمامته ، وملقى ترابه وآلته ، لا يجوز إحياءه ، قال في الشرح : بغير خلاف في المذهب . وكذلك ما تعلق بمصالح القرية كفنائها، ومرعى ماشيتها، ومختطبها، وطرقها، ومسيل مياهها، لا يملك بالأحياء.

قال في الشرح: ولا نعلم فيه خلافاً بين أهل العلم ، وكذلك حريم البئر والنهر والعين ، وكل مملوك لا يجوز إحياء ما تعلق بمصالحه ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « من أحيأ أرضاً ميتة في غير حق مسلم فهي له »^(٣) . مفهومه: أن ما تعلق به حق مسلم لا

(١) أخرجه أبو داود في الخراج والإمارة والفيء، باب في إقطاع الأرضين ١٧٧/٣ ح ٣٠٧١.

(٢) أخرجه أبو عبيد في الأموال، في أحكام الأرضين، باب الإقطاع (٦٧٩) ص: ٢٥٣.

(٣) ذكره البخاري في المزارعة تعليقا، باب من أحيأ أرضاً مواتاً ٨٢٣/٢. وأخرجه البيهقي في إحياء الموات، باب ما يكون إحياء وما يرجى فيه من الأجر ١٤٧/٦.

يملك بالإحياء.

ولأنه تابع للمملوك .

ولو جوزنا إحياءه ، لبطل الملك في العامر على أهله .

وذكر القاضي أن هذه المرافق لا يملكها المحيي بالإحياء ، لكن هو أحق بها من

غيره ، لأن الإحياء الذي هو سبب للملك لم يوجد فيها .

فائدة: إذا وقع في الطريق نزاع وقت الإحياء فلها سبعة أذرع للخبر . ولا تغير بعد

وضعها ؛ لأنها للمسلمين . نص عليه . وقال فيمن أخذ منها شيئاً: توبته أن يرد ما

أخذ .

فصل [حكم المعادن الظاهرة]

قال: (فأما المعادن الظاهرة وما حفره إنسان فإظهاره فلا يملك ولا يقطع).

ش: أما كون المعادن الظاهرة؛ كالمالح والقار والنفط والكحل والجص لا تملك

بالإحياء ؛ فلما روى عمرو بن عوف المزني عن أبيض بن حمّال « أنه وفد إلى النبي ﷺ

فاستقطعه الملح فقطع له . فلما ولي قال رجل : أتدري ما اقتطعت له ؟ إنما اقتطعت له

الماء العِدّ . قال : فنزعه منه . قال : وسأله عما يُحمى من الأراك ؟ قال : ما لم تنلّه

خِفافُ الإبل »^(١) رواه الترمذي .

ولأن هذا مما تتعلق به مصالح المسلمين العامة، فلم يجز إحياءه كطرقات المسلمين .

قال ابن عقيل : هذا من مواد^(٢) الله الكريم ، وفيض جوده العميم ، فلو ملك

بالاحتجاز، ملك منعه ، فضايق على الناس .

قال في الشرح : وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه مخالفاً .

وأما المعادن الباطنة، وهي التي لا يوصل إليها إلا بالعمل والمؤنة ، فإن كانت ظاهرة

(١) أخرجه أبو داود في الخراج والإمارة والفيء، باب في إقطاع الأرضين ١٧٤/٣ ح ٣٠٦٤. والترمذي في

الأحكام، باب ما جاء في القطائع ٦٦٤/٣ ح ١٣٨٠.

(٢) في الأصل: مواد . وانظر المغني ١٥٧/٦.

فهي كالأولى، وإن لم تكن ظاهرة، فظاهر المذهب: أنها كذلك .
وقيل: يملك به ، لأنه موات لا ينتفع به إلا بالعمل والمؤنة، فملك بالإحياء
كالأرض .

وعلى الأول ليس للإمام إقطاعها . وصحح في المغني والشرح خلافه ، « لأنه عليه
الصلاة والسلام أقطع بلال بن الحارث معادن^(١) القبيلة^(٢) » .
فرع: ما نَصَبَ عنه الماء^(٣) في الجزائر، فالأشهر: أنه لا يملك به ، لأن البناء فيها يرد
الماء إلى الجانب الآخر، فيضر بأهله .

قال: (رواذا ملك الحيا وظهر فيه معدن ملكه ظاهراً كان أو باطناً إذا كان جامعاً ولا
يملك الحيا منها والكلا ونحوه بل هو أحق به . وما فضل من مائه لزمه بدله ليهاتم
غيره دون زرعه).

ش: أما كون الحيا إذا ملك أي الأرض ، ملك ما ظهر فيه كمعادن الذهب والفضة
والحديد، فلأنه ملك الأرض بجميع أجزائها وطبقاتها، وهذا منها، بخلاف الكنز فإنه
مودع فيها .

ويفارق ما إذا كان ظاهراً قبل إحيائها ؛ لأنه قطع عن الناس نفعاً كان واصلاً
إليهم . وظاهره أنه يملك المعادن الظاهرة .

ولو تحجر الأرض أو أقطعها فظهر فيها المعدن قبل إحيائها كان له إحيائها، ويملكها
بما فيها، لأنه صار أحق بتحجره وإقطاعه ، فلم يمنع من إتمام حقه .

وإن ظهر فيه عين ماء أو معدن جارٍ أو كلاً فهو أحق به ؛ لقوله عليه الصلاة
والسلام: « من سبق إلى من لم يسبق إليه مسلم فهو له »^(٤) رواه أبو داود .
وفي لفظ: « فهو أحق به »^(٥) .

ولأنه لو سبق إلى المباح الذي لا يملك أرضه فهو أحق به ، فهنا أولى، ولا يملكه ؛

(١) في الأصل: معان .

(٢) أخرجه أبو داود في الخراج والإمارة والفني، باب في إقطاع الأرضين ١٧٣/٣ ح ٣٠٦٢ .

(٣) زيادة من المبدع ٢٥٢/٥ .

(٤) سبق تخريجه ص: ٢٩١ .

(٥) سبق تخريجه ص: ٢٨٩ .

لقوله عليه الصلاة والسلام: « الناس شركاء في ثلاث: في الماء والكلا والنار »^(١) رواه ابن ماجة .

ولأنها ليست من أجزاء الأرض فلم يملكها بملك الأرض كالكنز، وهذا إحدى الروايتين وهي أصحهما.

والثانية: بلى ؛ لأنها خارجة من أرضه ، أشبه المعادن الجامدة والزرع .
وأما كون ما فضل من ماء الشخص يلزمه بذله لبهائم غيره ؛ فلما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: « من منع فضل الماء وفضل الكلا منعه الله فضل رحمته يوم القيامة »^(٢) .

ومحله: إذا لم يجد ماء مباحاً ولم يضر بها . واعتبر القاضي اتصاله بمصرعى ولا يلزمه الحبل والدلو، لأنه يتلف بالاستعمال أشبه بقية ماله . قاله في الكافي . وهو من مفردات المذهب .

وأما كونه لا يلزمه بذل ذلك لزرع غيره ، فلأن الزرع لا حرمة له ، وهذا إحدى الروايتين صححه في التصحيح ، والقاضي في الأحكام السلطانية وابن عقيل .
قال الحارثي : ومال إليه المصنف يعني الموفق . وقدمه في الرعايتين والحاوي الصغير والفائق . والثانية: يلزمه .

قال في الفروع: يلزمه على الأصح . قال الإمام أحمد: إلا أن يؤذيه بالدخول ، أو له فيه ماء السماء، فيخاف عطشاً فلا بأس أن يمنعه . وقدمه في الهداية والمستوعب .
قال الحارثي : هذا الصحيح واختيار أكثر الأصحاب وهو من المفردات .
قال الإمام أحمد: ليس له أن يمنع فضل ماء يمنع به الكلا للخير . وقال في الروضة: يكره منعه فضل مائه ليسقي به للخير .

فوائد:

منها: حيث قلنا لا يلزمه بذله جاز له بيعه بكيل أو وزن معلوم ، ويحرم بيعه مقدراً بمدة معلومة خلافاً للمالك . ويحرم أيضاً بيعه مقدراً بالري أو جزافاً، قاله القاضي وغيره ،

(١) أخرجه ابن ماجة في الرهون، باب المسلمون شركاء في ثلاث ٨٢٦/٢ ح ٢٤٧٢ .

(٢) أخرجه الشافعي في البيوع، باب فيما نهى عنه من البيوع وأحكام آخر ١٥٣/٢ ح ٥٣٠ .

واقصر فی الفروع علیه .

قال القاضي: وإن باع أصعاً معلومة من سائح جاز، كماء عين، لأنه معلوم. وإن باع كل الماء لم يجز لاختلاطه بغيره.

ومنها: إذا حفر بئراً بموات للسابلة فالناس مشتركون في مائها، والخافر كأحدهم في السقي والزرع والشرب، قاله علماؤنا، ومع الضيق^(١) يُقَدَّم الآدمي ثم الحيوان. قاله علماؤنا منهم صاحب الرعايتين والفروع والفائق وغيرهم، زاد في الفائق: ثم الزرع وهو مراد غيره.

ومنها: لو حفرها ارتفاقاً كحفر السفارة في بعض المنازل، وكالأعراب والتركمان ينتجعون أرضاً فيحتفرون لشربهم، وشرب دوابهم، فالبئر ملك لهم ذكره أبو الخطاب. وقدمه الحارثي وقال: هو أصح.

وقال القاضي وابن عقيل والموفق وجماعة: لا يملكونها.

قال في الفروع: فهم أحق بها ما أقاموا.

وفي الأحكام السلطانية: وعليهم بذل الفاضل لشاربه فقط، وتبعه في المستوعب والتلخيص وغيرهما. وبعد رحيلهم تكون سابلة للمسلمين.

فإن عاد المرتفقون إليها فهل يختصون بها أم هم كغيرهم؟ فيه وجهان. وأطلقهما في التلخيص والفروع والحارثي في شرحه:

أحدهما: هم كغيرهم. اختاره القاضي في الأحكام السلطانية.

والثاني: هم أحق بها من غيرهم. اختاره أبو الخطاب.

قال في الرعاية الصغرى والحاوي الصغير: فهم أولى بها في أصح الوجهين.

ومنها: لو حفر تملكاً، أو بملكه الحي فنفس البئر ملك له. جزم به الحارثي وغيره وقدمه في الفروع وغيره.

قال في الرعاية: ملكها في الأقيس. قال في الأحكام السلطانية: إن احتاجت طياً ملكها بعده. وتبعه في المستوعب. وقال هو وصاحب التلخيص: وإن حفرها لنفسه تملكاً فما لم يخرج الماء فهو كالشارع في الإحياء، وإن خرج الماء استقر ملكه، إلا أن

(١) في الأصل: المضيق. وانظر الإنصاف ٣٦٦/٦.

يحتاج إلى طي فتمام الإحياء بطيها . انتهى .

فصل [ما ينحَقُّ به إحياء الأرض]

قال: (ومن أحاط مواتاً، أو أخرج له ماء، أو أجرأه إليه من عين ونحوها، أو حبسه عنه ليرع: أحياء).

ش: أما كون إحياء الأرض يحصل بحائط منيع نص عليه ، جزم به القاضي وأكثر أصحابه واقتصر عليه الخرقى ؛ فلما روى جابر أن النبي ﷺ قال: « من أحاط حائطاً على أرض فهي له »^(١) رواه الإمام أحمد وأبو داود .

ويُشترط فيه: أن يكون بما جرت العادة بمثله ويختلف باختلاف البلدان .

وعنه: مع إجراء ماء . ومقتضاه أن الإحياء يحصل بالتحويط عليها ، سواء أَرادها للبناء أو الزرع أو حظيرة للدواب .

ويحصل الإحياء بإخراج الماء أو إجرائه إليه من عين ونحوها نص عليه ، لأن نفع الأرض بالماء، أكثر من الحائط إن كانت لا تزرع إلا بالماء . ويحصل الإحياء بحبس الماء عنها كأرض البطائح ، فإحيائها بسد الماء عنها، وجعلها بحال يمكن زرعها، لأن بذلك يمكن الانتفاع بها فيما أَرادها له من غير حاجة إلى تكرار ذلك في كل عام فكان إحياءً، كسوق الماء إلى أرض لا ماء لها . ويملكه بغرس لا بجرث وزرع .

قال: (وحريم البئر العادية خمسون ذراعاً والبدئي النصف) .

ش: أما كون حافر البئر العادية يملك حريمها خمسين ذراعاً . وحريمها إذا لم تكن عادية النصف ؛ فلما روى سعيد بن المسيب أنه قال : « السنة في حريم القلب العادي خمسون ذراعاً والبدئي خمس وعشرون ذراعاً »^(٢) رواه أبو عبيد في الأموال .

(١) أخرجه أبو داود في الخراج والإمارة والفيء، باب في إحياء الموات ١٧٩/٣ ح ٣٠٧٧ عن سمره . وأحمد ٣٨١/٣ ح ١٥١٢٩ .

(٢) أخرجه أبو عبيد في الأموال، في أحكام الأرضين، باب إحياء الأرضين... (٧٢٢) ص: ٢٦٩ .

وروي عن النبي ﷺ نحوه^(١). رواه الخلال والدارقطني .

«العادية» بتشديد الياء: القديمة، منسوبة إلى عاد ولم يرد عاداً بعينه ، خمسون ذراعاً من كل جانب منها، وعُلِمَ منه أنه يملك البئر مع الحريم وهو ما ذكر، نص عليه واختاره القاضي في التعليق أكثر أصحابه والشيخان .

وعند القاضي وجماعة من علمائنا قدر مد رشائها من كل جانب ؛ لما روي أن النبي ﷺ قال: « حَرِيمُ الْبَيْرِ مَدُّ رِشَائِهَا »^(٢) رواه ابن ماجه .

لأن ذلك ثبت للفع الضرر فقدر بمد الرشاء من كل جانب ؛ لأن الحاجة تنلغ به .
وقيل : قدر ما يحتاج إليه في ترقية مائها. وهو محكي عن القاضي واختاره أبو الخطاب في الهداية .

فإن كان بدولاب فقدر مدار الثور، وإن كان بساقية فقدر طول البئر، وإن كان يستقي منها بيده فقدر ما يحتاج إليه الواقف ، لأنه ثبت للحاجة فيقدر بقدرها. ولهذا قال القاضي وأبو الخطاب: التحديد الوارد في الخبر، وكلام الإمام أحمد محمول على المجاز ، وفيه نظر، لأنه خلاف الظاهر، فإنه قد يحتاج إلى حريمها لغير ترقية الماء لموقف الماشية وعطن^(٣) الإبل ونحوه .

وقال في الأحكام السلطانية: له أبعد الأمرين من الحاجة أو قدر الأذرع ، مع أن أحمد توقف في التقدير في رواية حرب .

فأما حريم العين المستخرجة فهو خمسمائة ذراع نص عليه . وظاهر كلامه في الكافي واختاره القاضي وأبو الخطاب : قدر الحاجة .

وحريم النهر ما يحتاج إليه لطرح كرايته وطريق شاويه وما يستضر صاحبه بتملكه عليه وإن كثر .

وقيل : إحياء الأرض ما عد إحياء ، وحكاه القاضي رواية، لأن الشارع أطلق الإحياء ولم يبين صفته ، فوجب أن^(٤) يرجع فيه إلى العرف ، كالقبض والحرز، وهو

(١) أخرجه الدارقطني في الأقضية والأحكام ٢٢٠/٤ ح ٦٣.

(٢) أخرجه ابن ماجه في الأحكام، باب حريم البئر ٨٣١/٢ ح ٢٤٨٧.

(٣) في الأصل: وعطني. وانظر المبدع ٢٥٦/٥.

(٤) في الأصل: إلى ما.

عمارتهما بما تنهياً به لما يراد منها، من زرع أو بناء.
فإن كانت الأرض تحيا داراً للسكنى ، وحظيرة، ومزرعة، فأحياء كل منها بما يناسب فإن كانت للسكنى فأحيائها ببناء حيطانها وتسقيف بعضها بما يليق به . وعنه :
وقسم بيوته وعلو أبوابه.

وفي المغني والشرح: لا يعتبر نصب أبوابه على البيوت . وإن كانت حظيرة فبناء حائط جرت العادة به ، وإن كانت للزرع فبأن يسوق إليها ماءً إن كانت تسقى، ويقلع ما بها من الأحجار إن احتاجت إلى ذلك ، ويقلع ما بها من الأشجار كأرض الشعري ، ويزيل عروقها المانعة من الزرع ، ولا يعتبر أن يزرعها ويسقيها ولا أن يحرثها في الأصح .

وجمع بينهما في المحرر فقال: أن يحوطها أو يعمرها العمارة العرفية. وقيل: ما يتكرر كل عام كالسقي والحراث فليس بإحياء، وما لا يتكرر فهو إحياء ، لأن العرف جار بذلك ، لكن إن كانت الأرض كثيرة الدغل والحشيش التي لا يمكن زرعها إلا بتكرار حرثها وتنقية دغلها وحشيشها المانع من زرعها كان إحياء.

تنبيه: حريم شجر قدر مدّ أغصانها فإن غرسها في موات فهي له وحريمها.
وإن سبق إلى شجر مباح كزيتون وخروب فسقاه وأصلحه فهو له كالمتحجر الشارع فإن طعمه ملكه^(١) بذلك وحريمه . وحريم دار من موات حولها مطرح تراب ، وكناسة وتلج وماء ميزاب ، ولا حريم لدار مخفوفة بملك ويتصرف كل منهم بحسب العادة.

قال: (ومن تحجره لم يملكه وهو ووارثه أو من ينقله إليه أحق به ، وليس له بيعه فإن لم يبعه أمر به أو يتركه ويهمل مدة قريبة يسأله فإن أحياء غيره بعده لا قبلها ملكها^(٢)).

ش: تحجر الموات: الشروع في إحيائه من غير أن يتمه ، مثل: أن يحيط حول الأرض تراباً، أو بجدار صغير، أو يخفر بتراً ولم يصل مأوها. نقله حرب .
أما كون من تحجر مواتاً لا يملكه ؛ فلائن سبب الملك الإحياء ولم يوجد، وهو أحق

(١) في الأصل: ركه ملك. وانظر المغني ١٨٢/٦.

(٢) في الوجيز: ملكه.

به من سائر الناس ؛ لقوله: « من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به »^(١) ، ووارثه من بعده ؛ لقوله: « من ترك حقاً فلورثته »^(٢) . ومن ينقله إليه إذا نقله إلى غيره بالهبة صار الثاني أحق به ، لأن صاحبه أقامه مقام نفسه ، وليس له بيعه ؛ لأنه لم يملكه فلم يملك بيعه كحق الشفعة قبل الأخذ ، وكمن سبق إلى مباح قبل أخذه .

وقيل : له بيعه ؛ لأنه أحق به . فإن لم يُتم إحياءه يقول له السلطان ونحوه إذا طالّت المدة: إما أن تحييه أو تتركه ليحييه غيرك ، لأنه ضيق على الناس في حق مشترك بينهم فلم يلزمه ، كما لو وقف في طريق ضيق ، فإن طلب الإمهال مدة قرينة أمهل .

وقال في الفروع : الشهرين والثلاثة . واقتصر في الكافي ، وقدمه في الرعاية على الشهرين ، لأنه يسير . فإن بادر وأحياه غيره قبل فراغ المدة لم يملكه ، وهذا أحد الوجهين ، صححه في المذهب والنظم والتصحيح لمفهوم: « من أحيا أرضاً ميتة في غير حق مسلم فهي له »^(٣) أنها لا تكون له إذا كان لمسلم فيها حق .

ولأنه أحيا في حق غيره فلم يملكه ، كما لو أحيا ما تتعلق به مصالح ملك غيره .

ولأن حق المتحجر أسبق ، فكان أولى ، كحق الشفيع يقدم على شراء المشتري .

والثاني: يملكه . اختاره القاضي وابن عقيل .

قال الناظم: وهو بعيد . وأطلقهما في الهداية والمغني والمحرر والفروع وغيرهم ،

ويتوجه: يملكه ؛ لعموم الخبر السابق .

ولأن الإحياء يملك به فقدّم^(٤) على المتحجر الذي لا يملك .

قال في الفروع: ويتوجه مثله في نزول مستحق عن وظيفة لزيد هل يتقرر فيها

غيره ؟ قال شيخنا فيمن نزل عن وظيفة الإمامة: لا يتعين المنزول له ويولى من له الولاية من يستحق التولية شرعاً .

(١) سبق تخريجه ص: ٢٩١ .

(٢) أخرجه البخاري في الاستقراض ، باب الصلاة على من ترك ديناً ٨٤٥/٢ ح ٢٢٦٨ . ولفظه: عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: « من ترك مالا فلورثته » . ومسلم في الفرائض ، باب من ترك مالا فلورثته ٣ / ١٢٣٧ ح ١٦١٩ . مثله .

(٣) سبق تخريجه ص: ٢٩١ .

(٤) في الأصل: يقدم . وانظر المبدع ٢٥٨/٥ .

اعترضه ابن أبي المجد؛ لأنه لا يخلو : إما أن يكون نزوله بعوض أو لا ، وعلى كل تقدير لم يحصل منه رغبة مطلقة عن وظيفته ، ثم قال: وكلام الشيخ قضية في عين ، فيحتمل أن المنزل له ليس أهلاً، ويُحتمل عدمه ، وفيه نظر، فإن النزول يفيد الشغور، وقد سقط حقه لنزوله ، إذ الساقط لا يعود.

وقوله: قضية في عين ، الأصل عدمه ومما يشبه النزول عن الوظائف النزول عن الإقطاع ، فإنه نزول عن استحقاق يختص به ، لتخصيص الإمام له استغلاله ، أشبه مستحق الوظيفة ومتحجر الموات ، وقد يستدل بجواز أخذ العوض في ذلك كله بالخلع ، فإنه يجوز أخذ العوض ، مع أن الزوج لم يملك البضع وإنما يملك الاستمتاع به ، فأشبه المتحجر.

وقال ابن نصر الله في حواشيه: وفي بيعه وجهان أشهرهما لا يصح بيعه ، وأظهرهما يصح أخذ العوض عنه كعوض الخلع . وفي تسمية ذلك بيعاً تردّد، والظاهر أنه في معنى البيع وعليه يقاس بيع الوظائف ونحوها.

فصل في إقطاع الإمام

قال: (ولالإمام إقطاع موات لمن يحييه ، ولا يملك به بل يصير كالميت).

ش: أما كون الإمام له إقطاع موات لمن يحييه ؛ فلما روى وائل بن حجر « أن رسول الله ﷺ أقطعه أرضاً فأرسل إلى معاوية أعطها إياه أو أعلمها إياه »^(١). حديث صحيح .

وأقطع أبو بكر وعمر وعثمان وجمع من الصحابة .
وينبغي أن يقطع بمقدار ما يحييه ، فإن فعل ثم تبين عجزه عن إحيائه استرجعه ، كما استرجع عمر من بلال ما عجز عن عمارته بالعقيق الذي أقطعه رسول الله ﷺ ، ولا يملك بالإقطاع؛ لأنه لو ملكه به لما جاز استرجاعه ، بل يصير كالميتحجر الشارع في

(١) أخرجه أبو داود في الخراج، باب في إقطاع الأرضين ١٧٣/٣ ح ٣٠٥٨. والترمذي في الأحكام، باب ما جاء في القوائم ٦٦٥/٣ ح ١٣٨١.

الإحياء، لأنه يرجح بالإقطاع على غيره ، ويسمى تملكاً لماله إليه .
وكذا للإمام إقطاع غير موات تملكاً وانتفاعاً للمصلحة . نقل حرب: القطائع
جائزة^(١) ، وقال له المروذي: قال مالك : لا بأس بقطائع الأمراء، فأنكره شديداً، ونقل
يعقوب: قطائع الشام والجزيرة من المكروهة كانت لبني أمية فأخذها هؤلاء.
ونقل محمد بن داود : ما أدري ما هذه القطائع يخرجونها ممن شاعوا إلى من شاعوا،
قال أبو بكر: لأنه يملكها من أقطعها فكيف تخرج عنه ، ولهذا عوض عمر جريراً البجلي
لما رجع فيما أقطعه.

قال: (ويقطع الجلوس في الطرق الواسعة ما لم يضر بالناس ، ويكون أحق بالجلوسها،
ومن غير إقطاع لمن سبق الجلوس ما بقي قماشه فيها وإن طال ، وإن سبق الثمان
أقترعاً).

ش: أما كون الإمام له إقطاع ما ذكر ما لم يضر بالناس ، فلأن ذلك يباح الجلوس
فيه والانتفاع به ، فجاز للإمام إقطاعه كالأرض الميتة، ويسمى إقطاع إرفاق ما لم يضر
بالناس ، لأنه ليس للإمام أن يأذن فيما لا مصلحة فيه فضلاً عما فيه مضرة، ولا يملك
ذلك بالإقطاع ، لما ذكر في إقطاع الأرض ، ويكون المقطع أحق بالجلوس فيها بمنزلة
السابق إليها من غير إقطاع .

والفرق بينهما أن السابق إذا نقل متاعه عنها فلغيره الجلوس فيها، وهذا قد استحق
بإقطاع الإمام ، فلا يزول حقه بنقل متاعه ، ولا لغيره الجلوس فيه ، وشرطه ما لم يعد
فيه ويحرم ما يضيق على المارة ولو بعوض ، وحكمه في التظليل على نفسه بما ليس ببناء،
ومنه من البناء ، ومنعه إذا أطل مقامه حكم السابق ، ومن غير إقطاع فلمن سبق إليها
الجلوس فيها على وجه لا يضيق على أحد، ولا يضر بالمارة، لاتفاق أهل الأمصار في
سائر الأعصار على إقرار الناس على ذلك من غير إنكار.

ولأنه ارتفاق مباح من غير إضرار، فلم يمنع منه كالاجتياز .
قال في الفروع: ومع عدم إقطاع ، للسابق الجلوس على الأصح . وجزم به في المغني

(١) في الأصل: جائز. وانظر الفروع ٥٥٩/٤.

والشرح وغيرهما .

وعنه : ليس له ذلك . وعنه : له ذلك إلى الليل . ويكون أحق بها ما بقي قماشه فيها لسبقه إلى مباح كمار .
وظاهره أنه إذا قام^(١) وترك متاعه لم يجز لغيره إزالته ، وأنه إذا نقل متاعه كان لغيره الجلوس فيه .

وقيل : إن فارق ليعود قريباً ، فعاد فهو أحق به .

وعنه : يكون أحق به إلى الليل . وفي افتقاره إلى إذن فيه وجهان ، لكن قال الإمام أحمد : ما كان ينبغي لنا أن نشترى من هؤلاء الذين يبيعون على الطريق ، وحمله القاضي على ضيقه أو كونه يؤذي المارة .

وإن أطل الجلوس من غير إقطاع لا يزال ، لأنه سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فلم يمنع من الاستدامة كالابتداء ، وهذا أحد الوجهين ، صححه في التصحيح والنظم ، وهو ظاهر ما جزم به في المنور .

قال الحارثي : وهذا اللائق بأصول الأصحاب حيث قالوا بالإقطاع . والثاني : يزال ، لأنه يصير كالمتملك ، وتملكه لا يجوز .

قال الحارثي : هذا أظهرهما عندهم . قال في الخلاصة وغيرها : منع منه في أصح الوجهين ، وقدمه في الهداية وغيرها ، وأطلقتهما في المغني والحرر والفروع وغيرهم .
فائدة : لو أجلس غلامه أو أجنبياً ليجلس هو إذا عاد إليه ، فهو كما لو ترك المتاع فيه ، لاستمرار يده بمن هو في جهته . ولو أثر به رجلاً فهل للغير السابق إليه ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا ، اختاره الموفق .

والثاني : نعم . قال الحارثي . وهو الأظهر .

وإن سبق اثنان فأكثر وضاق المكان ، اقتزعا على المذهب ، لأنهما استويا في السابق ، والقرعة تميزه .

وقيل : يُقدّم الإمام من يرى منهما ، لأنه أعلم بالمصلحة في ذلك . وكذا الحكم لو

(١) في الأصل : أقام . وانظر كشف القناع ٤/١٩٦ .

استبقا إلى موضع في رباط مسبل أو خان ، أو استبق فقيهان إلى مدرسة، أو صوفيان إلى خانكاه^(١) . ذكره الحارثي ، وتبعه في القواعد عليه . وقال: هذا يتوجه على أحد الاحتمالين اللذين ذكرهما في المدارس والخوانق المختصة بوصف معين أنه لا يتوقف الاستحقاق فيها^(٢) على^(٣) تنزيل ناظرها.

فأما على الوجه الآخر -وهو توقف الاستحقاق على تنزيله- فليس إلا ترجيحه له بنوع من الترجيحات ، وقد يقال: إنه يرجح بالقرعة مع التساوي . انتهى .

فصل [مسائل من إحياء الموات]

قال: (ومن سبق إلى معدن غير مملوك فهو أحق بما يأخذه منه وإن طال).

ش: أما كون من سبق أحق بما يأخذه منه ؛ فلقوله ﷺ : « من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به »^(٤) ، وسواء كان المعدن ظاهراً أو باطناً بشرطه ، وإن طال مقامه لا يمنع منه للخبر، وهذا أحد الوجهين وهو المذهب .

قال في المستوعب والتلخيص: والصحيح أنه لا يمنع ما دام آخذاً. قال الحارثي : أصحهما لا يمنع ، وصححه في التصحيح.

والثاني : بلى، لأنه يصير كالمتملك .

وفي الشرح: إن أخذ قدر حاجته ، وأراد الإقامة فيه بحيث يمنع غيره من ذلك ، لأنه يضيق على الناس بما لا نفع له .

وقيل : إن أخذه لتجارة هائلاً الإمام بينهما، وإن أخذه لحاجة فأوجه: القرعة، والمهاياة، ويُقدّم من يرى الإمام ، وأن ينصب من يأخذه ، ويقسمه بينهم . وإن سبق إليه اثنان فأكثر وضاق الوقت عن أخذهم جملة أقرع .

(١) أصل الخانقاه: بقعة يسكنها أهل الصلاح والخير والصوفية. هامش القاموس المحيط، مادة: خنق.

(٢) في الأصل: فيهما. وانظر الإنصاف ٦/٣٨٠.

(٣) زيادة من القواعد ٣٥٠، والإنصاف الموضع السابق.

(٤) سبق تخريجه ص: ٢٩١.

قال: (وان سبق إلى مباح ، أو مبيد رغبة عنه ، فهو أحق به واثنان يقتسمانها).

ش: أما كون من سبق إلى ما ذكر أحق به من غيره ؛ فلما تقدم من قوله ﷺ: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به»^(١) مع قوله لما رأى تمره ساقطة: «لولا أخشى أن تكون من الصدقة لأكلتها»^(٢) رواه البخاري .
وعلكه الآخذ، مسلماً كان أو ذمياً.

وإن سبق إليه اثنان ، قسّم بينهما، لأنهما استويا في السبب ، والقسمة ممكنة، وحذاراً من تأخير الحق وهذا إذا ضاق الوقت عن أحدهم جملة، وهذا المذهب جزم به الآدمي.

قال في الفروع : وهو الأصح . وجزم به في المغني وغيره . قال في القواعد الفقهية : فأما إن وقعت أيديهما على المباح فهو بينهما بغير خلاف .
وقيل: القرعة، قدمه في الفروع .

وقيل: يقدم الإمام من شاء بالاجتهاد وظهور الأحقية، كأموال بيت المال ، ولا فرق بين الحاجة وعدمها.

فروع: الأسباب المقتضية للملك: الإحياء والميراث والمعاوضات والهبات والوصايا والوقف والصدقات والغنيمة والاصطياد والثلج في المكان الذي أعد وانقلاب الخمر والبيضة المذرة فرحاً.

قال: (ولمن في أعلى الماء المباح السقي إلى أن يصل إلى كعبه ثم يرسله إلى من يليه ، وإن أراد إنسان أن يحبس به أرضه لم يضر بالأعلى حان).

ش: أما كون الأعلى له السقي وحبس الماء حتى يصل إلى الكعب ؛ فلما روى عبادة « أن رسول الله ﷺ قضى من شرب من نهر من مسيل أن الأعلى يسقي قبل الأسفل »^(٣) رواه ابن ماجه بمعناه . نص عليه .

(١) سبق تخريجه ص: ٢٩١.

(٢) أخرجه البخاري في اللقطة، باب إذا وجد تمر في الطريق ٨٥٧/٢ ح ٢٢٩٩. ومسلم في الزكاة، باب تحريم الزكاة على رسول الله ﷺ ٧٥٢/٢ ح ١٠٧١.

(٣) أخرجه ابن ماجه في الرهون، باب الشرب من الأودية ومقدار حبس الماء ٨٣٠/٢ ح ٢٤٨٣.

وجملته: أن الماء لا یخلو: إما أن یكون نهراً جارياً، أو واقفاً، والجاري قسمان: إما أن یكون فی نهر غیر مملوك وهو ضربان :

أحدهما: أن یكون نهراً عظيماً؛ كالنیل والفرات الذي لا یستضر أحد بالسقي منه ، فهذا لا تراحم فيه .

الثاني: أن یكون نهراً صغيراً یزدحم الناس فيه ویتشاحون فی مائه؛ كنهر الشام ، أو مسیل یتشاح فيه أهل الأرضین الشاربة منه ، فیدأبمن فی أول النهر فیسقي ویحبس الماء حتی یصل إلى الکعب ، ثم یرسل إلى الثاني فیفعل كذلك ، حتی تنتهي الأراضي كلها، فإن لم یفضل عن الأول شيء أو عن الثاني أو عن من یليهما فلا شيء للباقيين ، لأنه لیس لهم إلا ما فضل، فهم كالعصبة فی الميراث . وهذا قول فقهاء المدينة ومالك والشافعي ، ولا نعلم فيه مخالفاً . قاله فی الشرح ؛ لما روى عبدالله بن الزبیر « أن رجلاً خاصم الزبیر فی شراج الحرة التي یسقون بها إلى النبی ﷺ . فقال النبی ﷺ: اسق یا زبیر ثم أرسل الماء إلى جارك فغضب الأنصاري وقال: إن كان ابن عمتك ، فتلون وجه رسول الله ﷺ ثم قال: اسق یا زبیر ثم احبس الماء حتی یرجع إلى الجدر فقال الزبیر: والله إني لأحسب هذه الآية نزلت فی ذلك: {فلا وربك لا يؤمنون حتی یحكموك فیما شجر بینهم... الآية} [النساء: ٦٥]»^(١) متفق علیه.

وذكر عبد الرزاق عن معمر عن الزهري قال: « نظرنا فی قول النبی ﷺ: ثم احبس الماء حتی یرجع فكان ذلك إلى الکعبین»^(٢).

وشراج الحرة : مسائل الماء جمع شرج وهو النهر الصغير، والحرة: هي أرض ملتبسة بحجارة سود .

ولأن السابق فی أول النهر كالسابق إلى أول المشرعة. وإن كانت أرض صاحب الأعلى مختلفة منها ما هو مستعل ومنها ما هو مستفل سقى كل واحدة منهما على حدتها. قاله فی المغني والشرح وشرح الحارثي وغيرهم وقطعوا به.

(١) أخرجه البخاري فی المساقاة، باب شرب الأعلى إلى الکعبین ٨٣٢/٢ ح ٢٢٣٣. ومسلم فی الفضائل، باب وجوب اتباعه ﷺ ١٨٢٩/٤ ح ٢٣٥٧.

(٢) راجع التحریج السابق.

وقال في الترغيب: إن كانت الأرض العليا مستغلة سدها إذا سقى حتى يصعد إلى الثاني .

فإن استوى اثنان في القرب ، اقتسما الماء على قدر الأرض إن أمكن ، وإلا أقرع ، فإن كان الماء لا يفضل عن أحدهما سقى من تقع له القرعة بقدر حقه .

وأما كون من أراد إحياء أرض يسقيها من ذلك يجوز ما لم يضر بالأعلى ، فلائنه مباح لا ضرر على غيره ، فجاز له ذلك كما لو سبق . مثل ذلك: إذا كان لجماعة رَسْمُ شرب من نهر غير مملوك ، فجاء إنسان ليحيي مواتاً أقرب من رأس النهر من أرضهم ، لم يكن له أن يسقي قبلهم ، لأنهم أسبق إلى النهر منه .

وظاهره: أنهم لا يملكون منعه من الإحياء، وفيه وجه ، فعلى الأول لو سبق إلى مسيل ماء أو نهر غير مملوك فأحيا في أسفله مواتاً ثم آخر فوقه ، ثم ثالث ، سقى المحيي أولاً ، ثم الثاني ، ثم الثالث ، لأن العبرة بِقَدَمِ السبق إلى الإحياء، لا إلى النهر.

القسم الثاني: الجاري في نهر مملوك وهو ضربان :

أحدهما: أن يكون الماء مباح الأصل ، مثل: أن يحفر إنسان نهراً صغيراً يتصل بنهر كبير مباح ، فما لم يتصل لا يملكه ، وهو كالمتحجر ، فإذا اتصل الحفر ملكه وإن لم يجر فيه ، إذ الإحياء يحصل بتهيئته للانتفاع ، دون حصول المنفعة ، فيصير مالكاً لقراره ، وحافتيه ، وحرابه وهو ملقى الطين من جوانبه .

وقال القاضي: هو حق من حقوق الملك ، وحينئذ إذا كان لجماعة فهو بينهم على حسب العمل والنفقة، فإن لم يكفهم وتراضوا على قسمته جاز، وإلا قسمه حاكم عند التشاح على قدر ملكهم ، فإن احتاج المشترك إلى كراء أو عمارة ، كان ذلك بينهم على حسب ملكهم ، فإن كان بعضهم أدنى إلى أوله من بعض ، اشترك الكل في إصلاحه وإكراهه إلى أن يصلوا إلى الأول ، ثم لا شيء عليه إلى الثاني ، ثم اشترك من بعده كذلك كلما انتهى العمل ، فإذا حصل نصيب إنسان في ساقية سقى به ما شاء.

وقال القاضي: ليس له سقي أرض ليس لها رسم شرب من هذا النهر، ولكل واحد منهم أن يتصرف في ساقيته المختصة به بما أحب ، من إجراء ماء، أو رحي، أو دولاب ، بخلاف المشترك ، فإن أراد أحد الشركاء أن يأخذ من النهر قبل قَسْمِهِ شيئاً يسقي أرضاً

في أول النهر أو غيره لم يجوز، لأن الأخذ منه ربما احتاج إلى تصرف في حافة النهر المملوك لغيره . ولو فاض ماء هذا النهر إلى أرض إنسان فهو مباح كالطائر.

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

قال الحارثي: ولو جرى من النهر الكبير في بركته أو ساقيته المتخذة في أرضه ففي المغني يكون أحق به من غيره كقطع البئر، ويجري فيه من الخلاف ما في النقع .

قال: (وللإمام دون غيره حمى مرعى لدواب المسلمين ما لم يضرهم ، ويجوز لمن بعده من الأئمة تغييره ، وما حماه محمد ﷺ لا يقض أبداً).

ش: أما كون الإمام له أن يحمي أرضاً من الموات ترعى فيها دواب المسلمين التي يقوم بحفظها، كخيل المجاهدين ، وإبل الصدقة وضوالي الناس ؛ فلما روى عمر رضي الله عنه « أن النبي ﷺ حمى النقيع لخيل المسلمين »^(١) رواه أبو عبيد.

النقيع بالنون : موضع ينتقع فيه الماء فيكثر فيه الخصب .

وروى أبو عبيد: « أن أعرابياً أتى عمر فقال: يا أمير المؤمنين بلادنا قاتلنا عليها في الجاهلية وأسلمنا عليها في الإسلام على ما تحمها ؟ قال: فأطرق عمر وجعل ينفخ ويفتل شاربته فلما رأى الأعرابي ما به جعل يُردد ذلك فقال عمر: المال مال الله والعباد عباد الله والله لولا ما أحمل عليه في سبيل الله ما حميت من الأرض شبراً في شبر »^(٢).

قال مالك: « بلغني أنه كان يحمل كل عام على أربعين ألفاً من الظهر »^(٣).

ولأن في ذلك مصلحة، فجاز للإمام فعلها، كسائر المصالح ما لم يضر المسلمين ، لأن الجاهلية كانوا يحمون لأنفسهم ، فكان منهم من إذا انتجع بلداً أقام كلباً على نشز ثم استعواه ووقف له من كل ناحية من يسمع صوته بالعواء فحيث انتهى صوته حماه لنفسه ، ويرعى مع الناس فيما سواه ، فنهى النبي ﷺ عنه ، لما فيه من الضيق على

(١) أخرجه أبو عبيد في الأموال، في أحكام الأرضين، باب حمى الأرض ذات الكلاً (٧٤٠) ص: ٢٧٤. عن ابن عمر.

(٢) أخرجه أبو عبيد في الموضوع السابق (٧٤٢) ص: ٢٧٥.

(٣) أخرجه أبو عبيد في الموضوع السابق (٧٤٣).

الناس ، ومنعهم من الانتفاع بشيء لهم فيه حق وليس ذلك لغير الإمام .
فأما النبي ﷺ فقد يحمي لنفسه وللمسلمين ولم يحم لنفسه شيئاً ، وإنما حمى
للمسلمين ، وسائر أئمة المسلمين ليس لهم أن يحموا لأنفسهم شيئاً إلا قدرأ لا يضيق به
على المسلمين ويضرهم .

وأما كون ما حماه غير النبي ﷺ يجوز تغييره لمن بعده من الأئمة ، فلأن حمى الأئمة
اجتهاد ، وملك الأرض بالإحياء نص ، والنص مقدم . وكذلك هو ، وهذا أحد الوجهين
وهو الصحيح من المذهب ، صححه في التصحيح ، وجزم به غير واحد ، وقدمه في المحرر
والفروع .

والثاني: لا يجوز نقض حكمه . وينبني عليهما لو أحياه إنسان فهل يملكه ؟
وما حماه محمد ﷺ لا ينقض أبداً ، لأن ما حكم به النبي ﷺ نص ، فلا يجوز نقضه
بالاجتهاد ، سواء مع الحاجة أو عدمها ، فعليه من أحياء منه شيئاً لم يملكه .

مسألة: قال في الأحكام السلطانية: إذا كان الحمى لكافة الناس تساوى فيه
جميعهم ، فإن خص به المسلمون اشترك فيه غنيهم وفقيرهم ، ومنع منه أهل الذمة ، وإن
خص به الفقراء منع منه الأغنياء وأهل الذمة ، ولا يجوز أن يخص به الأغنياء دون الفقراء ،
ولا أهل الذمة . فلو اتسع الحمى المخصوص لعموم الناس جاز أن يشتركوا فيه لارتفاع
الضرر على من خص به ، ولو ضاق الحمى العام عن جميع الناس لم يجوز أن يخص به
أغنيائهم ، وفي فقرائهم قول .

ولا يجوز أن يأخذ من أرباب الدواب عوضاً من مرعى موات أو حمى ؛ لأنه عليه
الصلاة والسلام شرك الناس فيه .

تلخيص: من جلس في مسجد أو جامع لفتوى ، أو لإقراء الناس ، فهو أحق به ما دام
فيه أو غاب لعذر وعاد قريباً ، وإن جلس فيه لصلاة فهو أحق به فيها ، وإن غاب لعذر
وعاد قريباً فوجهان .

باب الجعالة

هي بثليث الجليم ، كما أفاده ابن مالك ، يقال: جعلت له جُعلاً أو جبت .
وقال ابن فارس: الجُعْل والجعالة والجعيلة : ما يعطاه الإنسان على أمر يفعله.
وأصلها قوله تعالى: {ولمن جاء به حمل بعير} [يوسف: ٧٢] وكان معلوماً عندهم
كالوسق ، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يكن في شرعنا ما يخالفه . وحديث اللديغ
شاهد بذلك . مع أن الحكمة تقتضيه والحاجة تدعو إليه فإنه قد لا يوجد متبرع^(١)
فاقتضت جواز ذلك .

قال: (وهي أن يجعل شيئاً معلوماً لمن يعمل له عملاً معلوماً أو مجهولاً مدة مجهولة أو
معلومة كرد عبد ولقطة وخياطة وبناء حائط ، فمن فعله بعد علمه بقوله استحقه ،
والجماعة يقتسمونه ، وفي آثانه يأخذ قسط قمامه ، وقيله يحرم؛ كمن وجد الصالة أو
اللقطة ثم علم بالجعل قبل الرد أو بعده).

ش: أما كون الجعالة تصح على عمل، معلوماً كان أو مجهولاً، ومدة مجهولة كانت
أو معلومة إذا كان العوض معلوماً ؛ فلأن الله تعالى قال: {ولمن جاء به حمل بعير}
[يوسف: ٧٢] ولم يذكر العمل ولا المدة.

ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك ، فجاز مع الجهالة كالمضاربة .
وأما قول المصنف: «أن يجعل له شيئاً معلوماً» فمشعر بأنه لا تصح الجعالة إذا كان
العوض مجهولاً وهو صحيح ، لأنه يجب تسليم العوض ، وذلك متعذر في الجهول .
وأما قول المصنف: «كرد عبد ولقطة إلى آخره» ؛ فبيان لماهية الجعالة.
وأما كون من فعل ذلك بعد علمه بالجعل يستحقه ، فلأن العقد استقر بتمام العمل
فاستحق الجعل كالربح في المضاربة .

وأما كون الجعل بين الجماعة الفاعلين لذلك يقتسمونه؛ فلأن ذلك مستحق
بالعمل ، وهو مشترك بين الجماعة، فكذلك ما يستحق به ، بخلاف ما لو قال: من دخل

(١) في الأصل: متبرعاً.

هذا الثقب فله دينار، فدخله جماعة استحق كل واحد منهم ديناراً كاملاً، لأنه قد دخل كل منهم دخولاً كاملاً، وهنا لم يرده واحد منهم كاملاً، ومثله من ثقب السور فله دينار، فنقبه ثلاثة نقباً واحداً، فلو جعل لواحد في رده ديناراً ولآخر دينارين ولثالث ثلاثة، فلكل واحد منهم ثلث ما جعل له في رده، فلو جعل لواحد ديناراً ولآخرين عوضاً مجهولاً فردوه، فلصاحب الدينار ثلثه وللآخرين أجرة عملهما. فإن جعل له جعلاً في رده، فردوه هو وآخرون معه، وقالوا: ردناه معاونة له استحق جميع الجعل. وإن قالوا: ردناه لنأخذ العوض فلا شيء لهما وله ثلث الجعل.

فروع: إذا قال: من رد عبدي من موضع كذا فردته من نصف الطريق، أو قال: من رد عبدي فرد أحدهما فنصفه، وإن رده من أبعد فله المسمى. ذكره في التلخيص. وإن رده من غير الموضع لم يستحق شيئاً، ذكره في المغني والشرح كهروبه منه في نصف الطريق أو موته.

وأما كونه في أثناء العمل يأخذ قسط تمامه؛ فلأنه عمل البعض استحق بقسطه، كمن قال: من رد عبدي من بلد كذا فله دينار، فردته إنسان من نصف طريق ذلك البلد، استحق نصف الجعل، لأنه عمل نصف العمل.

وأما كون من فعل ذلك قبل علمه بالجعل يحرم أخذه؛ فلأن فعله وقع غير مأذون فيه فلم يستحقه.

ولأنه بذل منافعه بغير عوض جعل له، فيكون عاملاً في مال غيره بغير إذنه، وفارق الملتقط بعد بلوغ الجعل، فإنما بذل منافعه بعوض جعل له استحقه، كالأجير إذا عمل بعد العقد، ولا يستحق أخذ الجعل بردها، لأن الرد واجب عليه، سواء رده قبل العلم بالجعل، قبل الرد أو بعده، لما سبق من أن الجعل بدل عن الفعل والرد.

فإن قال غير صاحب الضالة: من ردها فله دينار فهو ضامن له، وإن أسنده إلى مالكة فلا.

قال: (ولكل فسخها فمن العامل لا يستحق شيئاً، ومن الجاعل بعد الشروع للعامل أجرة عمله، ومع الاختلاف في أصله وفنونه يُقبل قول الجاعل).

ش: أما كون كل واحد من الجاعل والمجول له فسخها؛ فلأن ذلك شأن كل عقد

جائر، فإن فسخها العامل قبل تمام العمل لم يستحق شيئاً، لأنه أسقط حق نفسه حيث لم يأت بما شرط عليه كعامل المضاربة، وإن فسخها الجاعل بعد الشروع، فعليه للعامل أجره مثله، لأنه عمل بعوض فلم يسلم له، ولو قيل: تقسط الأجرة، لم يبعد، وظاهره: أنه إذا فسخ قبل التلبس بالعمل لا شيء للعامل، فإن زاد أو نقص في الجعل قبل الشروع جاز؛ لأنه عقد جائز فجاز فيه كالمضاربة.

وإن اختلفا في أصل الجعل وقدره يُقبل قول الجاعل؛ لأنه منكر، والأصل براءة ذمته، وكذا الحكم إذا اختلفا في المسافة، وقيل: يتحالفان في قدره والمسافة كالأجير، فإذا تحالفا فسخ العقد ووجب أجره المثل، لأنها عقد يجب المسمى في صحيحه، فوجب أجره المثل في فاسده كالإجارة.

وقيل: في آبق المقدر شرعاً ولا يستحق شيئاً بلا شرط، ذكره القاضي.

قال: (ومن رد لقطعة أو ضالة أو عمل لغيره عملاً بغير جعل لم يستحق عوضاً إلا ديناراً أو اثني عشر درهماً عن رد الآبق، ويرجع بنفسه أيضاً).

ش: أما كون من رد لقطعة إلى آخره إلا ما استثنى لا يستحق عوضاً؛ فلأنه بذل منفعته من غير عوض، فلم يستحقه، ولئلا يلزم الإنسان ما لم يلزمه ولم تطب نفسه به. وهذا إن لم يكن معداً لأخذ الأجرة، فإن كان معداً لها وأذن له فله الأجرة، لكن نص الإمام أحمد على أن من خلص متاعاً لغيره يستحق أجره مثله بخلاف اللقطة. إلا في رد الآبق فإنه يستحق الجعل بلا شرط. وهو قول مالك وأصحاب الرأي؛ لئلا يلحق بدار الحرب أو يشتغل بالفساد.

وأما الدينار، فلأنه يروى عن ابن مسعود.

وأما الاثنا عشر درهماً، فلأن الدينار مقدر في الشرع بذلك في كثير من المواضع، فليكن كذلك هاهنا، واختاره الأكثر؛ لما روى ابن أبي مليكة وعمرو ابن دينار «أن النبي ﷺ جعل في رد الآبق إذا جاء به خارجاً من الحرم ديناراً»^(١).

وظاهره أنه يستحقه برده، سواء كان من المصر أو خارجه، وسواء كان الراد إماماً

(١) أخرجه البيهقي في اللقطة، باب الجعالة ٦/٢٠٠.

أو غيره ، وهو مقتضى كلام جماعة .

ونقل حرب: لا يستحقه إمام؛ لأنه ينبغي له رده على مالكة .

ونقل ابن منصور: أن الإمام أحمد سئل عن جعل الآبق ؟ فقال: لا أدري قد تكلم الناس فيه . لم يكن عنده فيه حديث صحيح ، فظاهره أنه لا شيء في رده . واختاره الموفق تبعاً لظاهر الخرقى .

وعنه: إن رده من خارج المصر فله أربعون درهماً ، واختاره الخلال .

قال أبو إسحاق: أعطيت الجعل في زمن معاوية أربعين درهماً .

وهذا يدل على أنه مستفيض في العصر الأول .

وعنه: إن رده من المصر فعشرة .

قال الخلال: استقرت عليه الرواية . وجزم به في عيون المسائل ، وأن الرواية

الصحيحة: من خارج المصر دينار أو عشرة دراهم .

وفي الخصال لابن البناء ، وكتاب الروايتين : أنه عشرة دراهم مطلقاً . وبالحق القاضي

في ذلك فقال: إن الرواية لا تختلف فيه .

ونقل ابن هانئ عن الإمام أحمد فيمن عمر قناة دون قوم أنه يرجع عليهم . ذكره

القاضي في التعليق ، وعلمه بأن الآثار بمنزلة الأعيان فكما يرجع بالأعيان يرجع بها ، قاله

الزركشي ، وهذا التعليق يقتضي الرجوع فيما عمله ، بأن يزيله ، كما يرجع في

الأعيان ، لا أنه يرجع ببذل ذلك على مالك العين .

وأما كون الراد يرجع بنفقة الآبق ، فلأنه مأذون له في الإنفاق شرعاً لحرمة النفس ،

بخلاف قضاء الدين بغير إذنه ، فإنه محل خلاف . وظاهره أنه يرجع ولو لم يستحق

جعلاً كرده من غير بلد سماه .

هذا المذهب نص عليه وقدمه في الفروع وغيره .

قال في القواعد: وجزم به الأكثرون من غير خلاف . قال الزركشي: هذا المشهور .

وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يرجع ، لأنه أنفق بغير إذن سيده ، أشبه غير الآبق ،

وخرج الموفق قولاً بأنه لا يرجع .

وقيل: لا يرجع إلا إذا أنفق بنية الرجوع .

واشترط أبو الخطاب ، والمجد في الحرر: العجز عن استئذان المالك . وضعفه الموفق .
ولا يتوقف الرجوع على تسليمه ، بل لو أبق قبل ذلك فله الرجوع بما أنفق نص
عليه .

فوائد:

منها: علف الدابة كالنفقة .

ومنها: لو أراد استخدامه بدل النفقة، ففي جوازه روايتان حكاها أبو الفتح
الحلواني في الكفاية، كالعبد المرهون ، وذكرهما في الموجز والتبصرة. والصحيح من
المذهب: أنه لا يجوز ذلك في العبد المرهون فكذا هنا بطريق أولى . والله أعلم .

تنبيه: ظاهر كلام المصنف: جواز أخذ الآبق لمن وجدته ، وهو صحيح؛ لأنه لا يؤمن
عليه أن يلحق بدار الحرب ويرتد، أو يشتغل بالفساد في البلاد بخلاف الضوالي التي
تحفظ نفسها، وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي .

قال في الشرح: ولا نعلم فيه خلافاً فإذا أخذه فهو أمانة في يده إن تلف بغير تفريط
فلا ضمان عليه ، وإن وجد صاحبه دفعه إليه إذا اعترف العبد أنه سيده ، أو أقام له بينة،
فإذا لم يجد سيده ، دفعه إلى الإمام أو نائبه ، فيحفظه لصاحبه ، أو يبيعه إن رأى المصلحة
فيه ، ونحوه قول مالك وأصحاب الرأي .

قال في الشرح : ولا نعلم لهم مخالفاً . وليس للملتقط بيعه ، ولا يملكه بعد تعريفه ،
لأن العبد ينحفظ بنفسه فهو كضوالي الإبل.

فإن باعه فالباع فاسد، في قول عامة أهل العلم ، منهم أبو حنيفة والشافعي.
وإن باعه الإمام لمصلحة رآها في بيعه ، فجاء سيده فاعترف أنه كان أعتقه ، قبل
منه ، لأنه لا يجر إلى نفسه نفعاً، ولا يدفع عنها ضرراً. ويحتمل أن لا يقبل ، فعليه ليس
لسيده أخذ ثمنه ، ويصرف لبيت المال ، لأنه لا مستحق له .

فإن عاد السيد فأنكر العتق ، وطلب المال ، دفع إليه ، لأنه لا منازع له .
ومنها: لو مات السيد استحق الجعل في تركته . قاله في الشرح ، وعلمه بأنه عوض
عن عمله فلا يسقط بالموت ، كالأجر في الإجارة، وبه قال أبو حنيفة . وسواء كان
معروفاً برد الآبق أو لا، والظاهر من كلام المصنف: شموله الجعل والنفقة ، إذ لا مقتضى

للتخصيص ، لأنه حق وجب في تركته كسائر الحقوق الثابتة .

ومنها: أم الولد والمذبر كالقن فيما تقدم ، إذا جاء بهما إلى السيد، فإن مات قبل وصولهما إليه فلا جُعل ، لأنهما يعتقان بالموت ، فالعمل لم يتم ، بخلاف النفقة، فإنه يرجع بما أنفق حال الحياة. والله أعلم بالصواب .

باب اللقطة

حكى عن الخليل اللقطة بضم اللام وفتح القاف: الكثير الالتقاط .

وحكى عنه في الشرح أنها اسم للملتقط ، لأن ما جاء على فُعْلة فهو اسم الفاعل كالضحكة والهُمزة واللُّمزة، وبسكون القاف ما يلتقط .

وقال الأصمعي والفراء: هي بفتح القاف اسم للمال الملتقط . ويقال فيه أيضاً: لقطة بضم اللام . ولَقَطَ بفتح اللام والقاف.

وفي الشرع: هي المال الضائع من ربه .

قال بعضهم: وهي مختصة بغير الحيوان وتسمى ضالة .

والأصل فيها: ما روى زيد بن خالد الجهني قال: « سئل النبي ﷺ عن لقطة الذهب والورق فقال: اعرف وكائها وعفاصها ثم عرّفها سنة فإن لم تُعرف فاستنفقها ولتكن ودیعة عندك فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فادفعها إليه ، وسأله عن ضالة الإبل فقال: ما لك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها، وسأله عن الشاة فقال: خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب »^(١) متفق عليه .

ولها أركان ثلاثة :

أحدها: المال الضائع .

الثاني: الالتقاط .

الثالث: الملتقط .

وهو كل من يصح اكتسابه بالفعل من اصطیاد ونحوه .

(١) أخرجه البخاري في اللقطة، باب ضالة الغنم ٨٥٦/٢ ح ٢٢٩٦. ومسلم في اللقطة ١٣٤٩/٣ ح ١٧٢٢.

قال: (وهي كل مال ضل عن ربه وتتبعه همة أوساط الناس . فأما الرغيف والسوط ونحوهما فيملك بلا تعريف).

ش: أما قول المصنف: «وهي كل مال إلى آخره» ؛ فبيان لماهية اللقطة شرعاً .
وأما كون ما تتبعه همة أوساط الناس لا يملك بلا تعريف ، فلأن النبي ﷺ قال لزيد بن خالد الجهني... الحديث .

وأما كون ما لا تتبعه الهمة كما مثل المصنف يملك بأخذه بلا تعريف؛ فلما روى جابر رضي الله عنه قال : « رخص لنا رسول الله ﷺ في العصي والسوط والحبل وأشباهه يلتقطه الرجل ينتفع به »^(١) رواه أبو داود .
وكذا التمرة والخرقه وما لا خطر له .

وفي التبصرة: صدقته به أولى . فإن التقطه وانتفع به وتلف فلا ضمان فيه . ذكره في المستوعب وغيره .

وفي المغني : ليس^(٢) عن أحمد تحديد اليسير الذي يباح .
 والمعروف في المذهب: تقييده بما لا تتبعه همة أوساط الناس ولو كثر .
 ونص في رواية أبي بكر بن صدقة: أنه يعرف الدرهم .
 وقال ابن عقيل : لا يجب تعريف الدائق وحمله في التلخيص على دائق الذهب ؛ نظراً لعرف العراق .
 وعنه : يلزمه تعريف اليسير . وقيل: مدة يظن طلب ربه له . ولا يلزمه دفع بدله خلافاً للتبصرة .

وقيل لأحمد في التمرة يجدها أو يلقيها عصفور أياكلها ؟ قال: لا ، قال: أيطعمها صبيّاً أو يتصدق ؟ قال: لا يعرض لها . نقله أبو طالب واختاره عبد الوهاب الوراق .

قال: (وما امتنع عن سبع صغير؛ كثور وحمل وظبي وطير وفرس حرّم أخذه لغير نائب الإمام وإن أخذه غيره ولم يردده إليه وكنمه ضمنه بقسمته مرتين).

ش: أما كون ما ذكر يحرم أخذه لغير المستثنى ؛ فلقول عمر رضي الله عنه: « من

(١) أخرجه أبو داود في اللقطة، باب في الشح ١٣٨/٢ ح ١٧١٧ .

(٢) في الأصل: لنص . وانظر المبدع ٢٧٤/٥ . وانظر المغني ٣٢٣/٦ .

أخذ الضالة فهو ضال»^(١) أي: مخطئ .

وجملته: أن كل حيوان يقوى على الامتناع من صغار السباع وورود الماء ، سواء كان الكبر جنسه كالإبل ، أو لطيرانه كالطيور كلها ، أو لعدوه كالظباء ، أو بنابه كالفهد والكلب ، وهي^(٢) تفارق الغنم لضعفها ولقلة صبرها عن الماء ، والخوف عليها من الذئب ونحوه ، والحرر الأهلية كذلك . قاله علماؤنا .

وفي المغني: الأولى إلحاقها بالشاة لمساواتها لها في العلة . لكن إن كانت الصيد مستوحشة بحيث إذا تركت رجعت إلى الصحراء ، وعجز عنها مالكتها جاز التقاطها لأجل حفظها لصاحبها . ويستثنى من كلامه: ما إذا وجدها في موضع يخاف عليها به كأرض مسبعة ، أو قريباً من دار الحرب ، أو بموضع يستحل أهله أموال المسلمين ، أو في برية لا ماء بها ولا مرعى فالأولى أخذها للحفظ ولا ضمان عليه ، لأن فيه إنقاذها من الهلاك أشبه تخليصها من حريق . ومن أخذها ضمنه ، لأنه أخذ ملك غيره بغير إذنه ، ولا إذن الشارع ، فهو كالغاصب ، ولا فرق بين زمن الأمن والفساد أو غيره ، وسواء كان إماماً أو لا ، وإن ردها إلى موضعها لم يبرأ منه ، لكن إذا التقط غير الإمام وكتمه ضمنه بقيمته مرتين نص عليه للخبر ، وإن رده إلى نائب الإمام زال عنه الضمان ، لأن الإمام له نظر في ضوالي الناس ، فكان نائباً عن أصحابها ، وعُلم منه أن للإمام ونائبه أخذها للحفظ لقول عمر ، ولا يلزمه تعريفها فلا تؤخذ منه بوصفها . فإن أخذها غيرهما ليحفظها على أصحابها لم يجز ، ولزمه ضمانها ، لأنه لا ولاية له على صاحبها .

فائدة: يسم الإمام ما يحصل عنده من الضوال بأنها ضالة ويشهد عليها .

قال في الرعاية: سمة^(٣) الصلقة .

فرع: ما يتحفظ بنفسه من الأحجار الكبار؛ كحجر الطاحون والخشب الكبير وقدر النحاس^(٤) فهو كالإبل بل أولى . قاله في المغني والشرح . وقدم في الفروع

(١) أخرجه مالك في الأفضية، باب القضاء في الضوال ٥٨١/٢ ح ٥٠ . والبيهقي في اللقطة، باب ما يجوز له أخذه وما لا يجوز مما يجده ١٩١/٦ .

(٢) في الأصل زيادة: من، وهي زيادة غير مناسبة . انظر المبدع ٢٧٤/٥ .

(٣) في الأصل: من . انظر المبدع ٢٧٥/٥ ، والرعاية الكبرى ١٧٧/٢ .

(٤) في الأصل: القماش . وانظر المغني ٣٦٨/٦ .

خلافه . ومن أخذ متاعه وترك^(١) بدله فلقطة نص عليه كما يأتي إن شاء الله تعالى في آخر الباب .

أصل: إذا وجد في حيوان نقداً أو درة فهو لقطة لواجده ، نص عليه . ونقل ابن منصور لبائع ادعاه ، إلا أن يدعي مشتر أنه أكله عنده فهو له ، وإن وجد درة غير مثقوبة في سمكة فهي لصياد ، لأن الظاهر ابتلاعها من معدنها^(٢) .

قال: «وله التقاط غير ذلك من حيوان وغيره حتى عبد وأمة صغيرين ، ويملكه إن أمن نفسه على ذلك ، وإلا فهو كغاصب ، والأفضل تركها . فإن أخذها ثم تركها أو فرط ضمها» .

ش: أما كون الملتقط له التقاط ما ذكر غير ما يمتنع من صغار السباع من الغنم والفصلا ن وأولاد النياق والعجاجيل والرقيق الصغير والنقد والمتاع يجوز التقاطه؛ فلأنه عليه السلام في حديث زيد بن خالد أجاز التقاط الذهب والفضة والغنم ، ومنع من الإبل ، فدل على أن العرف بين ما يجوز التقاطه ، وما لا يجوز هو الامتناع فمنع في الممتنع وجاز في غيره .

وإنما يجوز بشرطين :

أحدهما: أن يأمن الملتقط نفسه عليه بمجده ، لأنه متى لم يأمن نفسه فقد تعرض لما لا يحل فلا يجوز .

الثاني: أن يكون قوياً على تعريفه ؛ لأنه إنما يأخذه ليعيده إلى صاحبه ويحفظه له ، فمتى لم يكن قوياً على تعريفه ترك التعريف الواجب فضا ن من صاحبه فلم يحز ، كما لو كتمه ، فإن لم يوجد هذان الشرطان وأخذه فهو كالغاصب ، لأنه أخذ مال غيره بغير إذنه ، ولا إذن الشرع فهو كالغاصب يكون في ضمانه .

قوله: «حتى عبد وأمة صغيرين» ذكر القاضي فيما إذا التقط عبداً أو جارية أن قياس المذهب: أنه لا يملك بالتعريف .

قال الشافعي: يملك العبد دون الجارية ، لأن التملك بالتعريف عنده اقتراض ،

(١) في الأصل: وبدل . وانظر الفروع ٥٧٢/٤ .

(٢) في الأصل زيادة: فلو .

والجارية لا تملك بالقرض .

قال شيخنا: وهذه المسألة فيها نظر، فإن اللقيط محكوم بحريته ، وإن كان مما لا يعبر عن نفسه ، فأقر أنه مملوك ، لم يقبل إقراره ، لأن الطفل لا قول له ، ولو اعتبر قوله في ذلك ، لا اعتبر في تعريفه سيده . قاله في الشرح .

وعن إمامنا: ليس لغير الإمام التقاط الشياه ونحوه .

وعنه : وعرض . ذكرها أبو الفرج . والأول أولى ، لأن الشارع علل في عدم التقاط الإبل ما هو معدوم في الغنم ، وفرق بينهما في خبر واحد، فلا يجوز الجمع بين ما فرق الشارع بينهما، ولا قياس ما أمرنا بالتقاطه على ما منع منه ، وحينئذ لا فرق بين أن يجدها في مصر أو مهلكة، لأنه عليه الصلاة والسلام لم يستفصل ، ولو افترق الحال لاستفصل .

وذكر القاضي وأبو الخطاب عن الإمام أحمد: أنه لا يملكها.

قال في المغني والشرح: ولعلها الرواية التي منع من التقاطها فيها . والأفضل تركها قاله الإمام أحمد. وروي عن ابن عباس وابن عمر ولم يعرف لهما مخالف فكان كالإجماع .

ولأنه يعرض نفسه لأكل الحرام ، وتضييع الواجب في التعريف وأدائه الأمانة فيها، فكان تركها أولى كولاية مال اليتيم .

وعند أبي الخطاب: إن وجدها بمضيعة وأمن نفسه عليها فالأفضل أخذها، لما فيه من الحفاظ المطلوب شرعاً، كتخليصه^(١) من الغرق ، ولا يجب أخذه؛ لأنه أمانة كالوديعة.

وخرج وجوبه إذاً ، لأن حرمة مال المسلم كحرمة دمه . ومتى أخذها ثم تركها أو فرط ضمنها، لأنها جعلت في يده ، فلزمه حفظها كالوديعة، إلا أن يأمره إمام أو نائبه بردها، كمتنع ، ودل على أنها إذا ضاعت عنده في حول التعريف بلا تفریط لا ضمان عليه ، وإن التقطها آخر لزمه ردها إلى الأول مع علمه ، فإن لم يعلم حتى عرفها حولاً ملكها، لأن سبب الملك وجد منه من غير عدوان ، فثبت الملك له كالأول ، ولا يملك الأول انتزاعها منه ، فإن جاء صاحبها أخذها من الثاني ، وليس له مطالبة الأول ، فإن

(١) في الأصل: كتخليصه. وانظر المبدع ٢٧٧/٥.

علم الثاني بالأول فردها وأبى أخذها وقال: عرفها أنت فعرفها ملكها، وإن قال: عرفها ويكون ملكاً لي، أو بيننا صح، وإن قصد الثاني بالتعريف تملكها لنفسه دون الأول وجهان، وكذا الحكم إذا علم الثاني بالأول فعرفها ولم يعلمه بها .
 فرع: إذا غصبها غاصب من الملتقط فعرفها، لم يملكها وجهاً واحداً، لأنه تعدى بأخذها ولم يوجد منه سبب تملكها .

فصل فيما يفعل الملتقط

قال: (ويخير في الحيوان وفيما يخشى فسادَه بتركه، بين أكله بقيمته وبيعه وحفظ ثمنه، وما أمكن تخفيفه فعل الأحرط ماله، وله أن يحفظ الحيوان ويرجع بما أنفق عليه كغرامة التخفيف، ويحفظ باقي المال).

ش: أما كون الملتقط يُخير في الحيوان بين أكله في الحال وعليه قيمته، وبين بيعه وحفظ ثمنه وفقاً؛ فلقوله عليه الصلاة والسلام: «هي لك أو لأخيك أو للذئب»^(١) جعلها له في الحال، وسوى بينه وبين الذئب، والذئب لا يدخر أكلها.
 ولأن أكلها في الحال اغتناء عن الإنفاق عليها، وحفظاً للماليتها على صاحبها، ولا فرق بين أن يجدها في المصر أو الصحراء، وعليه قيمته، قاله علماؤنا وعليه أكثر العلماء، لأنه إذا كان عليه قيمة ما يضطر إليه إذا أكله، فلا أن يكون^(٢) عليه قيمة ما ذكر بطريق الأولى، ويصير في ذمته ولم يلزمه عزلها.

وقال مالك: له أكل ضالة الغنم، ولا غرامة عليه لصاحبه، ولا تعريف لها.
 قال ابن عبد البر: لم يوافق مالكا أحد من العلماء. وأفتى أبو الخطاب وابن الزاغوني بأكله بمضيعة بشرط ضمانه، وإلا لم يجز تعجيل ذبحه؛ لأنه يُطلب .
 وقال ابن عقيل وأبو الحسين: لا يتصرف قبل الحول في شاة ونحوها بأكل ونحوه رواية واحدة. وبين بيعه وحفظ ثمنه؛ لأنه إذا جاز أكلها بغير إذن فبيعها أولى، فظاهره أنه

(١) سبق تحريره ص: ٣١٤.

(٢) في الأصل: يكن.

يتولى ذلك بنفسه، ويلزمه حفظ صفتها، ولم يذكر علماؤنا هنا تعريفاً، لأنه عليه الصلاة والسلام لم يأمر بتعريفها .

ونصر في الشرح لزوم ذلك ؛ لأنها لقطة لها خطر، فوجب تعريفها كالمطعم الكثير. وإنما لم يذكره المصنف هنا ؛ لأنه ذكره بعده .

وأما ما يُخشى فساد ما لا يمكن تجفيفه؛ كالطبيخ والبطيخ والخضروات ، فيُخير بين بيعه وحفظ ثمنه ؛ لأنه فيه إبقاء لمالته ، ويتولى ذلك بنفسه ، وبين أكله وتثبيت القيمة في ذمته ، فإن تركه حتى تلف ، ضمنه ، لأنه فرط في حفظه كالوديعة ، ويحفظ صفاته ثم يُعرفه عاماً، ولم يذكره الأكثر، فإن تلف الثمن قبل تملكه من غير تفريط أو نقص ، أو تلفت العين ، أو نقصت من غير تفريط فلا ضمان عليه ، إلا أن يمكن تجفيفه كالعنب والرطب، فيفعل ما يرى الحظ فيه للمالكه ، لأن ذلك أمانة في يده ، وفعل الأخط في الأمانة يتعين ، وكولي اليتيم ، وهذا بخلاف الحيوان ، لأن في تركه ضرراً وهو النفقة عليه وخوف موته .

قال في المغني : يقتضي قول أصحابنا أن العروض لا تملك بالتعريف ، وأنه لا يجوز له أكله ، لكن يخير بين الصلقة به وبين بيعه . وغرامة التجفيف على ربه ، لأنه من مصلحته ، فكان منه ، كما لو كان ليتيم ، وله بيع بعضه . فإن أنفق من ماله رجع به في الأصح . فإن تعذر بيعه ، ولم يمكن تجفيفه تعين أكله .

وعنه : يبيع اليسير ويرفع الكثير إلى الحاكم ، لأن اليسير يتسامح به ، بخلاف الكثير، لأنه مال لغيره ولم يأذن فيه ، فكان أمره إلى الحاكم ، وعنه: مع وجوده . وأما كونه له أن يحفظ الحيوان ، ويرجع بما أنفق عليه كغرامة التجفيف ، فلأن في ذلك حفظها على صاحبها عيناً ومالاً.

ولأنه أنفق على اللقطة ناوياً للرجوع لحفظها، فكان من مال صاحبها، كمؤنة تجفيف الرطب والعنب . وقد روي عن عمر بن عبد العزيز « أنه قضى فيمن وجد ضالة فأنفق عليها، وجاء ربها بأنه يغرم له ما أنفق »^(١) .

وأما قول المصنف رحمه الله: «يحفظ باقي المال» ، فيشتمل على ما عدا ما تقدم

(١) أخرجه بن أبي شبة في البيوع، في الرجل يأخذ البعير الضال فينفق عليه ٤/٣٧٤ ح ٢١١٣٦ .

ذكره؛ كالأثمان والمتاع وغيرهما.

وأما كون الملتقط يلزمه حفظ ذلك ، فلائنه أمانة في يده ، فلزمه حفظه كالودعة .

قال: (وعرف الجميع بالنداء في مجامع الناس حولاً: من ضاع منه شيء ونحوه وبذلك بعده حكماً).

ش: أما كون الملتقط يعرف الجميع بالنداء في مجامع الناس ، كالأسواق وأبواب المساجد، في أوقات الصلوات حولاً كاملاً من ضاع منه شيء ونحوه ، فلأن النبي ﷺ أمر به زيد بن خالد وأبي بن كعب .
ولأن إيصال اللقطة إلى صاحبها مع القدرة عليه واجب ، وما لا يتم الواجب إلا به واجب .

وأما كون التعريف كما ذكر، فلائنه طريق إلى إيصال الحق إلى مستحقه ، وفيه تنبيه على أنه يشتمل على أربعة أضرب، مكانه وزمانه ومدته وكيفيته .

أما مكانه: كما تقدم ذكره من الأسواق وأبواب المساجد ؛ لأن المقصود إشاعة ذكرها، وذلك طريق إليه ، وقد روي عن عمر رضي الله عنه « أنه أمر واجد اللقطة بتعريفها على باب المسجد »^(١) ، ولا يكون التعريف في المسجد وإن كان مجمع الناس ، لأن المسجد لم يبين لذلك ، وروى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ: « من سمع رجلاً ينشد ضالة في المسجد فليقل: لا ردها الله إليك فإن المساجد لم تُبَن لهذا »^(٢) رواه مسلم .

وأما زمانه: فأوقات الصلوات ، والمعتبر فيه النهار دون الليل ، لأن النهار مجمع الناس وتيقظهم فيه دون الليل .

وأما مدته فسنه، لأن النبي ﷺ قال لزيد بن خالد: «عرفها سنة»^(٣) .

ولأن السنة لا تتأخر عنها القوافل غالباً، ويمضي فيها الأوقات المشتملة على الحر والبرد والاعتدال ، فصلحت مدة كمدة أجل العنين . وبه قال مالك والشافعي

(١) أخرجه عبد الرزاق في اللقطة ١٠/١٣٦ ح ١٨٦٢٠ .

(٢) أخرجه مسلم في المساجد ومواضع الصلاة، باب النهي عن نشد الضالة في المسجد... ٣٩٧/١ ح ٥٦٨ .

(٣) سبق تخريجه ص: ٣١٤ .

وأصحاب الرأي .

وأما كيفيته : قال في المغني : يذكر جنسها ، فيقول : من ضاع منه ذهب أو فضة أو دنانير أو دراهم ، ولا يذكر الوصف ، فإنه لا يأمن أن يسمعه أحد فيعرف صفتها التي يجب دفعها بها فيأخذها ، فتفوت على مالكةا .

وأما كون ما لم يُعرف يدخل في ملك الملتقط بعد الحول حكماً كالميراث ، فلأن النبي ﷺ حكم بكونها له فقال في حديث زيد بن خالد : « فإن لم تُعرف فاستنفقها »^(١) ، وفي لفظ : « فهي كسبيل مالك »^(٢) وفي لفظ : « فانتفع بها »^(٣) وفي لفظ : « فشأنك بها »^(٤) هذا المذهب وعليه جماهير علمائنا .

قال في عيون المسائل : هذا الصحيح من المذهب وصححه في النظم واختاره الجمهور .

قال الحارثي : المذهب : أن الملك قهري يثبت عند انتضاء الحول كالإرث ، وقدمه في الكافي والفروع وغيرهما وحزم به في العمدة والمنور وغيرهما . وعند أبي الخطاب : لا يملكه حتى يختار ، وهو رواية ذكرها في الواضح فيتوقف على الرضى كالشراء .

وعنه : لا تملك لقطه الحرم بحال ، اختاره أبو العباس وغيره من المتأخرين . قال في الفائق : وهو المختار . قال الحارثي : قال في الانتصار : ونقل عنه ما يدل على أن اللقطة لا تملك مطلقاً .

قال الزركشي : قلت : وهو غريب لا تقرع عليه ولا عمل .

وعنه : يتملكها فقير غير ذوي القربى .

قال في الفائق : وعنه : لا يملك ، لكن يأكله بعد الحول مع فقره ، نقله حنبل وأكرهه الخلال .

(١) سبق تخريجه ص : ٣١٤ .

(٢) أخرجه ابن ماجة في اللقطة ، باب اللقطة ٨٣٧/٢ ح ٢٥٠٦ .

(٣) ذكره الزيلعي في نصب الراية ٤٦٩/٣ .

(٤) أخرجه البخاري في المساقاة ، باب شرب الناس والدواب من الأنهار ٨٣٦/٢ ح ٢٢٤٣ . ومسلم في اللقطة ٣/

١٧٢٢ ح ١٣٤٧ .

تنبيه: ظاهر كلام المصنف: أن غير الأئمان كالأئمان وهو إحدى الروايتين . قال في عيون المسائل: هذا الصحيح من المذهب . وصححه الناظم واختاره ابن أبي موسى والموفق وغيرهما.

قال في الفائق: وهو المختار . قال ابن رزين: هذا الأظهر، وقدمه في المحرر والشرح والفروع وغيرهم وجزم به في العمدة والنور.

وعنه : لا تملك إلا^(١) الأئمان . قال في الرعاية الكبرى: هذا أشهر.

قال في الخلاصة والرعاية الصغرى: وتملك الأئمان ولا تملك العروض على الأصح . انتهى.

وأجرة المنادي على الملتقط نص عليه ، لأنه سبب فكانت الأجرة عليه ، كما لو اكترى شخصاً يقطع له مباحاً، فلو تولى ذلك بنفسه فلا شيء له .

مسألة: إذا أخرج التعريف عن الحول الأول مع إمكانه أثم للأمر به ، وهو يقتضي الوجوب .

ولأن الظاهر أنه بعد الحول يسلب عنها ويترك طلبها، ويسقط بتأخيرها عن الحول الأول نص عليه . فإن تركه في بعض الحول عرّف بقيته .

وقيل : لا يسقط بتأخيرها ، لأنه واجب ، فلا يسقط بتأخيرها عن وقته ، كسائر الواجبات ، وعليهما: لا يملكها بالتعريف فيما عدا الحول الأول ، لأن شرط الملك التعريف فيه ، ولم يوجد، نعم لو تركه لمرض ونسيان ، ملكها بالتعريف من ثاني الحول في وجهه ، وفي آخر حكمه حكم من تركه لغير عذر فلا يملكها، إذ الحكم ينتفي بانتفاء سببه مطلقاً.

فائدتان:

إحدهما: لو التقط اثنان وعرفا ملكاها، وعلى القول بالاختيار: لو اختار أحدهما فقط ملك النصف ولا شيء لصاحبه .

الثانية : لو رأى اللقطة اثنان فقال أحدهما للآخر: هاتها، فأخذها لنفسه فهي

(١) زيادة من الرعاية الكبرى ١٧٨/٢، والإنصاف ٤١٤/٦.

للاخذ، وإن أخذها للآمر فهي له أعني الأمر، كما في التوكيل في الاصطيداء. ذكر ذلك الموفق وغيره .

فصل [شروط النصرف في اللقطة]

قال: (ولا يتصرف فيها قبل معرفة جنسها وصفتها وقدرها ووعالها ونحوه ، ويُسن عند وجودها، واشهاد عدلين عليه ، فمن وصفها دفعت إليه بزيادتها قبل الحول ولا يضمن واحد إذا نقصها ، والنقص له بعد الحول ويضمن نقصها).

ش: أما كون الملتقط لا يجوز له التصرف في اللقطة قبل معرفة جنسها وصفتها وقدرها؛ فلأن النبي ﷺ أمر بذلك كله ، فقال لزيد بن خالد: « اعرف وكائها وعفاصها »^(١) وفي حديث أبي بن كعب: « اعرف وعائها ووكائها وعددها »^(٢) .
ولأن دفعها إلى ربها يجب بما ذكر، فلا بد من معرفته نظراً إلى أن^(٣) ما لا يتم الواجب إلا به واجب .

ولأنه إذا عدم ذلك لم يبق سبيل إلى معرفتها.
قال القاضي: ينبغي أن يعرف جنسها ونوعها ، وإن كانت ثياباً عرف لفافتها وجنسها، ويعرف قدرها بالكيل والوزن والعدد أو الذرع ، ويعرف العقد عليها هل هو عقد واحد أو أكثر؟

ويُسن أن يشهد عليها حين يجدها. قال الإمام أحمد : لا أحب أن يمسه حتى يُشهد عليها، فظاهر هذا أنه مستحب غير واجب ، وأنه لا ضمان عليه إذا لم يشهد. وهو قول مالك والشافعي .

وقال أبو حنيفة: يضمنها إذا لم يشهد، وأوجه ابن أبي موسى وأبو بكر ؛ لقوله

(١) سبق تخريجه ص: ٣١٤.

(٢) أخرجه البخاري في اللقطة، باب وإذا أخبره رب اللقطة بالعلامة دفع إليه ٨٥٥/٢ ح ٢٢٩٤. ومسلم في اللقطة ١٧٢٣ ح ١٣٥٠/٣.

(٣) زيادة يقتضيها السياق. وانظر شرح الزركشي ٣٣٤/٤.

عليه الصلاة والسلام : « من وجد لقطة فليشهد ذوي عدل »^(١) رواه أبو داود .
فعليها فيضمن بتركه ، وجوابه ما سبق ولو وجب لبينه ، فلا يجوز تأخير البيان عن
وقته للحاجة ، لا سيما وقد سئل عن حكم اللقطة .

ولأنه أخذ على وجه الأمانة ، فلم يفتقر إلى الإشهاد ، كالوديعة .
والشهود عدلان فصاعداً ، ولا يشهد على الصفات نص عليه ، لاحتمال شيوعه ،
فيعتمده الداعي الكاذب .

ويستحب كتب صفاتها ، ليكون أثبت لها ، مخافة نسيانها .
وأما كون الملتقط يلزمه دفع اللقطة إلى صاحبها الواصف لها ، فلأن النبي ﷺ قال :
« فإن جاءك أحد يخبرك بعددها ووعائها ووكائنها فادفعها إليه »^(٢) .

قال ابن المنذر : هذا الثابت عن رسول الله ﷺ . والدفع من غير بينة ولا يمين ،
وسواء غلب على ظنه صدقه ، أو لا ، على الصحيح من المذهب نص عليه ، وحزم به
في المغني والشرح وغيرهما وقدمه في الفروع .

وقيل : لا يدفعها إليه إذا وصفها إلا مع ظن صدقه ، قدمه في الرعاية الكبرى
بزيادتها المتصلة ؛ لأنها نماء ملكه ، ولا يمكن انفصالها .

ولأنه يتبع في العقود والفسوخ ، وزياتها المنفصلة لملكها قبل الحول ، لأنها نماء
ملكه ، وبعد مضي الحول لواجلها ، وهو أحد الوجهين وهو الصحيح من المذهب .
صححه في المغني والشرح وغيرهما ، لأنه ملكها بانفصال الحول ، فالنماء إذا نماء ملكه .
والثاني : يأخذها ربها بها كالمتصلة ، وكالمفلس والولد .

والصحيح فيهما : أن الزيادة لمن^(٣) حدثت في ملكه ، ثم الفرق أنه في مسألتنا يضمن
الملتقط النقص ، فتكون الزيادة له ، ليكون الخراج بالضمان ، ذكره في المغني والشرح .

فرع : إذا اختلف المؤجر والمستأجر في دفن في الدار من وصفه فهو له ، وقيل : لا
كوديعة وعارية ورهن وغيره ، لأن اليد دليل الملك ولا تتعذر البيئة .

(١) أخرجه أبو داود في اللقطة ، باب في الشح ١٣٦/٢ ح ١٧٠٩ . وابن ماجه في اللقطة ، باب اللقطة ٨٣٧/٢ ح ٢٥٠٥ .

(٢) أخرجه الترمذي في الأحكام ، باب ما جاء في اللقطة وضالة الإبل والغنم ٦٥٨/٣ ح ١٣٧٤ .

(٣) في الأصل : أن . وانظر المغني ٣٤١/٦ .

مسألة: مؤنة الرد على ربها، ذكره في التعليق والانتصار، لتبرعه ، وفي الترغيب والرعاية: على الملتقط.

وإن تلفت أو نقصت قبل الحول لم يضمناها، لأنه أمانة في يده ، فلم يضمّن بغير تفريط ، كالوديعة، وإن كان بعد الحول ضمناها، لأنها دخلت في ملكه بانقضاء الحول ، وتلفت من ماله ، ولا فرق بين التفريط وعدمه ، لكن اختار في المغني : أن اللقطة بعد الحول ملك بغير عوض يثبت في ذمته وإنما يتجدد العوض بمجيء صاحبها.

وعند القاضي وغيره: أنه لا يملكها إلا بعوض في ذمته لصاحبها، وعليهما : يزول ملك الملتقط عنها بوجود ربها إن كانت باقية، ويرد بدلها، وهو مثلها، أو قيمتها إن كانت تالفة لأخبار.

ولأنه مال معصوم ، فلم يجز إسقاط حقه منه مطلقاً، كما لو اضطر إلى مال غيره . وعنه لا يضمّن ؛ لحديث عياض المرفوع: « فإن جاء ربها وإلا فهو مال الله يؤتیه من يشاء »^(١) . وتعتبر القيمة وقت التملك قاله في التلخيص ، وهو ظاهر على رأي القاضي.

وقال الشيخان: حين وجود ربها . وقيل : يوم تصرفه . وقيل: يوم غرم بدلها. وعنه: لا يضمّن قيمتها بعد ملكها، وقيل : ولا يردّها. والخلاف السابق على القول بملكها بمضي الحول.

فأما من قال: لا يملكها إلا بالاختیار لم يضمناها إلا به ، ومن قال: لا يملكها بحال لم يضمناها، وهو قول الحسن والنخعي وغيرهما.

تنبيه: إذا تصرف فيها الملتقط بعد الحول بيع أو هبة أو نحوهما، صح ، فإن جاء ربها بعد خروجها عنه ، فليس له أخذها، وله أخذ بدلها، فإن عادت إلى الملتقط فله أخذها، كالزواج إذا طلق قبل الدخول فوجد الصداق قد رجع إلى المرأة، بأن كان بيع خيار فله أخذه .

فإن مات الملتقط بعد أن صارت ملكاً له ، ثم جاء ربها فهو غريم بها، يرجع بيدها

(١) أخرجه أبو داود في اللقطة، باب في الشح ١٣٦/٢ ح ١٧٠٩. وابن ماجه في اللقطة، باب اللقطة ٨٣٧/٢ ح ٢٥٠٥.

إن اتسعت التركة وإلا تحاص الغرماء، أو مع التلف ، ولا فرق بین أن یعلم تلفها بعد الحول أو لا.

وفي المغني احتمال: لا يلزم عوضها إن لم یعلم تلفها بعد الحول ، لاحتمال تلفها في الحول وهي أمانة .

قال: (وإن وصفها الثمان أو أقاما بينتين فمن قرع حلف وأخذها، وبأخذ صاحب البينة ممن وصف وإن ألتفها ضمنه أو الدافع ، ويستقر على الواصف ما لم يصدق الدافع مع غرمه ، وإن دفع بحكم لم يضمن).

ش: أما كون الواصفين للقطعة يقرع بينهما، فلا أنه لا مزية لأحدهما على الآخر، وهذا أحد الوجهين وهو المذهب .

قال الحارثي: والمذهب القرعة ودفعها إلى القارع مع يمينه نص عليه . ذكره الموفق في كتابيه ، وبه جزم القاضي وابن عقيل كما في تداعي الودیعة .

قال الشارح : وهذا أشبه بأصولنا فيما إذا تداعيا عينا في يد غيرهما . وقدمه في الكافي والمغني وصححه ابن رزين في شرحه .

والثاني: قسمت بينهما، ذكره أبو الخطاب وقدمه في المحرر ، لأنهما استويا في السبب الموجب للدفع ، أشبه ما لو كانت في أيديهما.

فعلى الأول فمن قرع أخذها مع يمينه ؛ لأن ذلك فائدة القرعة، ويحلف لاحتمال أنها ليست له ، وكذا إن أقاما بينتين . فلو وصفها إنسان فأخذها، ثم جاء آخر فوصفها لم يستحق شيئا .

وقال أبو يعلى الصغير: إن زاد في الصفة احتمال تخريجه على بينة التناج والنساج ، فإن رجحنا به هناك رجحنا به هنا . وإن أقام آخر بينة أنها له أخذها من الواصف ، لأن البينة أقوى من الوصف . وإن تلفت فله تضمين أيهما شاء من الواصف والدافع إليه : أما الأول؛ فلا أنه أخذ مال غيره بغير إذنه وتلف عنده ، وأما الثاني؛ فلا أنه دفع المال إلى غير مالكة اختياراً منه فضمنه ، كما لو دفع الودیعة إلى غير مالكة إذا غلب ظنه أنه مالكة.

وقيل: لا ضمان عليه ، إذا قلنا بوجوب الدفع عليه ، لأنه فعّل ما أمر به ولم يفرط ،

كما لو أخذت منه كُرْهاً، إلا أن يدفعها بحكم حاكم فلا ضمان عليه ، لأنها مأخوذة منه على سبيل القهر، فلم يضمناها كما لو غصبت منه ، ومتى ضمن الدافع رجوع على الواصف ، لأنه كان سبب تغريمه ، والتلف حصل في يده .

قال في المغني والشرح: إلا أن يكون الملتقط قد أقر للواصف أنها ملكه ، لأنه قد اعترف بأن الواصف هو الحق وصاحب البينة قد ظلمه ، وهو معنى قول المصنف: «إلا أن يصدق الدافع مع غرمه» ، وظاهره: أن صاحب البينة إذا ضمن الواصف ، لا يرجع هو على الدافع ، وصرح به في المغني والشرح ، لأن التلف حصل من يده ، والعدوان منه .

فرع: إذا مات الملتقط قام وارثه مقامه في التعريف أو إتمامه ، ويملكها بعد تمام التعريف ، فإن لم يعلم تلفها، ولا وجدت في تركته فهو غريم بها، وقيل: لا يلزم الملتقط شيء .

وقيل: يلزمه إن مات بعد الحول لا قبله .

فصل في صفة الملتقط

قال: (وإن كان الملتقط غنياً أو حراً، مسلماً أو عبداً، أو صديقه: جاز. والسفيه والصبي يعرف لقطتهما وليهما وهي ههما).

ش: أما كون الملتقط لا فرق أن يكون غنياً أو فقيراً؛ فللعوم .

وعنه : لا يملكها إلا فقير من غير ذوي القربى، لحديث عياض .

ولأنه أضاف المال فيه إلى الله تعالى، وما يضاف إليه إنما يملكه من يستحق الصدقة.

وجوابه : بأن من ملك بالفرض ، ملك باللقطة^(١)، كالفقير، ودعواهم لا دليل

عليها، بل بطلانها ظاهر، فإن الأشياء كلها تضاف إلى الله تعالى خلقاً وملكاً قال الله

تعالى: ﴿وآتوهم من مال الله الذي آتاكم﴾ [النور: ٣٣]. ولا فرق بين الحر والعبد ، أو

المسلم اتفاقاً، أو الكافر في قول الجماهير ، لأنه نوع اكتساب فكان من أهله

(١) في الأصل: اللقطة. وانظر المغني ٨/٦.

كالاختطاب ، وقیده فی الشرح بالذمی ولعله مراد .

وفی الرعاۃ: بالكافر الذی فی دارنا .

وقال بعض العلماء: لیس له ذلك فی دار الإسلام ، لأنه لیس من أهل الأمانة،

ویبطل بالصبی.

قال فی الشرح: وإن علم بها الحاکم أقرها فی یده ، وضم إليه عدلاً فی الحفظ

والتعریف ، ویحتمل أن تنزع من ید الذمی وتوضع علی ید عدل ، لأنه غیر مأمون علیها .

«أو عدلاً» اتفاقاً، أو فاسقاً، لأنها من جهات الکسب ، وهو من أهله فصح

التقاطه ، كالعدل ، وإذا صح التقاط الذمی فالمسلم أولى.

والأولی له ترکها ؛ لأنه یرض نفسه للأمانة، وهو لیس من أهلها .

وقیل : یضم إلى الفاسق أمين فی تعریفها، قدمه فی الحرر وجزم به فی الشرح ، لأنه

لا یؤمن علیها، فافتقر إلى مشاركة الأمين فی الحفظ ، وظهره أنها لا تنزع منه ، لأن له

حق التملك ، نعم إن لم یمكن المشرف حفظها منه انتزعت من یده ، وترکت فی ید

عدل ، فإذا عرفها ملکها الملتقط لوجود سبب الملك به .

وإن وجدها صبی أو سفیه أو مجنون قاله جماعة قام ولیه بتعریفها، لأن واجدها لیس

من أهل التعریف ، وهو مقدم فی ماله فكذا لقطته ، ویلزم الولی أخذها منه . فإن ترکها

فی یده فتلفت ضمنها، فإذا عرفها ولم تعرف ، فهي لواجدها، لأن سبب الملك تم

بشرطه ، فثبت الملك له كالصيد، وعلم منه صحة التقاطهما؛ لعموم الأخبار.

ولأنه نوع کسب ، فصح فیہ کالاحتشاش ، فإذا تلفت بیدهم وفرط ضمن^(١)

نص علیه فی صبی ، کإتلافه .

(١) زیادة من الفروع ٥٧٠/٤.

قال: (وبأخذها السيد من عبده أو يوليه تعريفها إن أمن عبده ، وفي العكس يسرها عن سيده ، وضمائها قبل الحول في رقبته ، وبعده في ذمته ، والمكاتب كحر ، ومن بعضه حر ولا مهايأة فبقسطه).

ش: هنا مسألتان :

الأولى: للعبد أن يلتقط وإن لم يأذن سيده ، لأنه اكتساب مال فجاز ، كالاختطاب والاحتشاش .

ولأنه جاز له الاستيداع ، فجاز له اللقطة كالحر . فإن كان السيد غير أمين لم يجوز له إعلامه به ، لأنه تعريض له للتلف فلم يجوز ، كما لو دفعه إليه . وإن كان أميناً فله إعلامه بها ، لأنه لا يخاف منه عليها .

ولأن مالها بعد التعريف إليه ، وإذا علم السيد بالتقاط عبده فإن لم يكن أميناً كان عليه انتزاع الملتقط منه ، ويقوم هو بتعريفه ، كما لو التقطه ، لأن يد العبد كيده ، والتقاطه كالتقاطه ، فإذا تركها في يده كان مفراطاً ، لأنه لا يأمن أن يتلفها ، وإن كان أميناً تركها في يده .

ولأن يده كيده ، ويكون مستعيناً^(١) به في تعريفها ، وله انتزاعها منه ، لأنها من كسبه فله انتزاعها منه ، كسائر أكسابه .

وإن لم يعلم حتى عرّف الملتقط واستهلكه فهل تثبت في ذمته ، أو في رقبته إن جاء مالها بعد ذلك ؟ ينبغي على ملك العبد .

فعلى رواية الملك تثبت في ذمته يُتبع به بعد العتق ، لأنه صار بملكه له ديناً في ذمته كالقرض ، وهذا ظاهر كلام المصنف ، وعلى رواية عدم الملك: تكون في رقبته كغير اللقطة ، وكذلك إذا أتلّفه قبل الحول فإنه يتعلق برقبته قولاً واحداً ، لأننا إذا قلنا بعدم الملك فظاهر ، وإن قلنا بملكه ؛ فلأن سبب الملك لم ينعقد فهو كما لو أتلّف غير اللقطة .

الثانية: الحر والمكاتب سواء ، لأن المكاتب في زمن كتابته كالحر في جميع تصرفاته ، لأن ماله وأكسابه له ، واللقطة من أكسابه ، ولقطة المعتق بعضه ، بينه وبين سيده ، لأنها من كسبه ، والكسب بينهما ، ف كذلك اللقطة ، ويكون في حول التعريف بينهما

(١) في الأصل: مستعيناً . وانظر المعني ٣٦١/٦ .

كالحرين إذا التقطا، وسواء كان بينهما مهايأة، بأن يتفق هو والسيد على أن المنافع يوماً لهذا ويوماً للآخر، أو لم يكن، لأنها كسب نادر لا يعلم وجوده ولا يظن، فلم تتضمنه المهايأة.

وقيل: إن كان بينهما مهايأة فهي لمن وجدت في يومه يعني إن كانت في يوم الملتقط فهي له، وإن كانت في يوم السيد فهي له، وهذا اختيار المصنف، وإلا فهي بينهما، لأنها من كسبه، فأشبهت سائر أكسابه، وكذلك الخلاف في سائر أكسابه النادرة كالركاز والهدية^(١) ونحوهما لما ذكر.

قال: (ومن ترك حيواناً بفلاة لا يقطعه، أو عجز ربه عنه ملكه أخذه، ومن أخذ ثوبه، أو نعله، ووجد موضعه غيره فلقطه).

ش: إذا ترك الحيوان فيما ذكر من أجل ما ذكر ملكه أخذه نص عليه.
وقيل: لا، بل للملكه، كعبدته وترك متاعه عجزاً، فيرجع بنفقته وأجرة متاعه نص عليه.

وقيل: لا نفقة ولا أجرة، وقيل: في نفقة العبد روايتان. وكذا ما يلقي من البحر خوفاً من الغرق فإنه يملكه أخذه.

وفي الشرح: لا أعلم لأصحابنا قولاً. وقيل: لا، وله أجرة رد متاعه. فإن انكسرت السفينة فأخرجته قوم فقياس قول أحمد: لمستخرجه أجرة المثل، كجعل رد الآبق، وقال القاضي: يأخذ أصحاب المتاع متاعهم، ولا شيء للذين أصابوه. والأول أولى.

ومن أخذ ثوبه في حمام ووجد بدله، أو أخذ نعله وترك له بدله، لم يملكه بذلك، قال أبو عبدالله فيمن سرقت ثيابه ووجد غيرها: لم يأخذها، فإن أخذها عرفها سنة ثم تصدق بها. إنما قال ذلك؛ لأن أخذ الثياب لم يقع بينه وبين مالكة معاوضة تقتضي زوال ملكه عن ثيابه، فإذا أخذها فقد أخذ مال غيره لا يعرف صاحبه فيعرفه ويتصدق به كالصدقة في اللقطة.

قال شيخنا: ويحتمل أن ينظر في هذا فإن بانت^(٢) قرينة تدل على السرقة، بأن تكون

(١) في الأصل: والهدنة. وانظر المحرر ٣٧٢/١.

(٢) في المغني: كانت ٣٤٦/٦.

ثيابه أو مداسه خيراً من المتروك له ، أو كانت مما لا تشبهه على الآخذ بثيابه ومداسه ، فلا حاجة إلى التعريف ، لأن التعريف إنما جعل على المال الضائع عن ربه ، ليعلم به ويأخذه ، وتارك هذا عالم به راضٍ ببدله عوضاً عما أخذه ، ولا يعترف أنه له ، فلا يحصل من تعريفه فائدة ، فإذا ليس هو بمنصوص عليه ، ولا هو في معنى المنصوص ، وفيما يصنع به ثلاثة أوجه :

أحدها: أنه يتصدق بها على ما ذكرنا.

الثاني: أنه يباح له أخذه ، لأن صاحبها في الظاهر تركها باذلاً إياها عوضاً عما أخذه ، فصار كالمبيع له أخذها بلسانه ، فصار كمن قهر إنساناً على أخذ ثوبه ، ودفع إليه درهماً.

الثالث: أنه يرفعها إلى الحاكم لبيعها ، ويدفع إليه ثمنها عوضاً عن ماله .

والوجه الثاني أقرب إلى الرفق بالناس ، لأن فيه نفعاً ، كمن سرت ثيابه بحصول عوض عنها ، ونفعاً للسارق بالتخفيف عنه من الإثم ، وحفظاً لهذه الثياب المتروكة من الضياع ، وقد أباح بعض أهل العلم فيمن له على إنسان حق من دين أو غصب ، أن يأخذ من ماله بقدر حقه ، إذا عجز عن استيفائه بغير ذلك ، فهاهنا مع رضى من عليه الحق بأخذه أولى ، وإن كانت ثم قرينة دالة على أن الآخذ للثياب إنما أخذها ظناً منه أنها ثيابه ، مثل: أن تكون المتروكة مثل المأخوذة ، أو خيراً منها ، وهي تشبه بها ، فينبغي أن يعرفها هاهنا ، لأن صاحبها لم يتركها عمداً ، فهي بمنزلة الضائعة ، والظاهر أنه إذا علم بها أخذها ورد ما^(١) كان أخذه ، فتصير كاللقطة في المعنى ، وبعد التعريف إذا لم تُعرف ، ففيها الأوجه الثلاثة المذكورة ، إلا أننا إذا قلنا يأخذها ويبيعها الحاكم ويدفع إليه ثمنها ، فإنما يأخذ بقدر قيمة ثيابه من غير زيادة ، لأن الزائد فاضل عما يستحقه ، ولم يرض صاحبها بتركها عوضاً عما أخذه ، فإنه لم يأخذ غيرها اختياراً منه لتركها ، ولا رضي بالمعاوضة بها ، وإذا قلنا: أنه يدفعها إلى الحاكم لبيعها ، ويدفع إليه ثمنها ، فله أن يشتريها عما في ذمته ، ويسقط عنه من ثمنها ما قابل ثيابه ، ويتصدق بالباقي . ذكر هذا كله في الشرح .

(١) في الأصل: وردها . وانظر المغني ٣٤٧/٦ .

باب اللقيط

هو فعيل بمعنى مفعول كقتيل وجريح .

قال: (وهو كل طفل بُذِرَ أو ضلَّ ، ولا كافل له ، وأخذَه فرض كفاية فإن لم يوجد غيره بُعِنَ عليه ، وهو حر ، وما وجد تحته ظاهراً أو مدفوناً طرباً أو فوقه متصلاً به كحيوان وغيره أو قريباً منه فله ، يتفق عليه منه ، وإلا من بيت المال).

ش: أما قول المصنف: «وهو كل طفل بُذِرَ إلى آخره» ؛ فبيان لماهية اللقيط ، والمنبؤ الذي بُذِرَ أي طرح ، والتقاطه فرض كفاية ؛ لقوله تعالى: {وتعاونوا على البر والتقوى} [المائدة: ٢] .

ولأن فيه إحياء نفس فكان واجباً، كإطعامه إذا اضطر وإنجائه من الغرق .
وروى سعيد عن سفيان عن الزهري عن سنين أبي جميلة قال: « وجدت ملقوفاً فأُتيت به عمر رضي الله عنه ، فقال: عريفي يا أمير المؤمنين إنه رجل صالح فقال عمر: أكذلك هو ؟ قال: نعم ، قال: فاذهب فهو حر ، ولك ولاؤه وعلينا نفقته »^(١) .
وفي لفظ: « وعلينا رضاعه »^(٢) ، فإن لم يوجد غيره ، تُعَيَّن عليه أخذه ، لأن فرض الكفاية هذا سبيله إذا قام به بعض الناس سقط عن الباقي ، لأن الغرض يحصل بذلك .
وأما كون اللقيط حراً ، فقال ابن المنذر: أجمع عوام أهل العلم على أن اللقيط حر .
ولأن الأصل في الآدمي الحرية ، لأن الله تعالى خلق آدم وذريته أحراراً ، وإنما يحصل الرق بعارض ، فإذا لم يُعلم ذلك العارض بقي على حكم الأصل .
وأما كون ما وجد مع اللقيط تحته ظاهراً إلى قوله: أو قريباً منه فله ؛ فلأن الطفل يملك ، وله يد صحيحة ، بدليل أنه يرث ويورث ، ويصح أن يشتري له وليه ، ويبيع ، ومن له ملك صحيح فله يد صحيحة كالبائع .

(١) أخرجه الشافعي في اللقطة ، باب ما جاء في اللقيط ١٣٨/٢ ح ٤٥٦ . ومالك في الأقضية ، باب القضاء في المنبؤ

١٩٦٦/٢ ح ١٩ . والبيهقي في اللقطة ، باب التقاط المنبؤ وأن لا يجوز تركه ضائعاً ٢٠٢/٦ .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في الفرائض ، اللقيط لمن ولاؤه ٢٩٨/٦ ح ٣١٥٦ .

فعلى هذا كل ما كان متصلاً به ، أو متعلقاً بنفعه^(١) فهو تحت يده ، ويثبت له الملك في الظاهر وينفق عليه منه ، وجعل في المغني والشرح من ذلك ما جعل فيه؛ كخيمة ودار، وكلام المجد يخالفه ، وفي المدفون تحته أو مطروحاً قريباً منه في أحد الوجهين بشرطه ، وهذا المذهب صححه في التصحيح وقطع ابن عقيل وصاحب المحرر والمنور وغيرهم في المدفون .

والوجه الثاني: لا يكون له ، قدمه في الهداية والمستوعب والكافي وغيرهم . وحكى في الرعايتين وغيرهما وجهاً: أنه لو لم يكن الدفن طرياً .
والمذهب أيضاً في المطروح قريباً منه ، وهو الصحيح ، صححه في المغني والشرح وغيرهما، وحزم به في المحرر والمنور وغيرهما.

والوجه الثاني : لا يكون له ، قدمه في الهداية والمستوعب وغيرهما .
ولنا قول ثالث في أصل المدفون والمطروح : بالفرق بين الملقى قريباً منه ، وبين المدفون تحته ، فيكون الملقى القريب له ، دون المدفون تحته ، قاله القاضي في المجرد وقطع به .

وُرجع في القرب إلى العرف ، وحيث لم يحكم له به فهو لقطة أو ركاز . قاله في المغني والشرح .

وأما كونه يُنفق عليه من بيت المال إن لم يكن معه ما ينفق عليه ، فلا ن ميراثه مصروف إليه ، فكانت نفقته فيه كالوارث .

وروي عن عمر رضي الله عنه في اللقيط أنه قال: «علينا نفقته»^(٢) ، وفي رواية: «من بيت المال»^(٣).

قال: (وهو مسلم ولو وجد ببلدة كفار فيها مسلم ، وإلا فكافر، وحصانته لو وجده الأيمن ، وينفق بهر إذن حاكم).

ش : أما كون اللقيط يحكم بإسلامه إذا وجد في دار الإسلام وإن كان فيها أهل

(١) في الأصل: بنفسه.

(٢) سبق قريباً.

(٣) أخرجه عبد الرزاق في الطلاق، باب اللقيط ٤٤٩/٧ ح ١٣٨٣٨.

ذهة، فلظاهر الدار .

ولأن الإسلام يعلو ولا يعلى ، ثم دار الإسلام قسمان : ما اختطه المسلمون؛ كبغداد والبصرة، فلقيطها محكوم بإسلامه قطعاً.

الثاني : دار فتحها المسلمون؛ كمدائن الشام ، فإن كان فيه مسلم حكم بإسلام لقيطها، وإن لم يكن فيها مسلم حكم بكفره ، وهو داخل في كلام المصنف ، لأن الدار لهم وأهلها منهم ، ثم بلاد الكفار قسمان أيضاً : بلد تغلب المسلمون الكفار عليه كالساحل ، فإن كان فيه مسلم حكم بإسلام لقيطه ، وإن لم يكن فيه مسلم فهو كافر. قاله في الشرح .

وقال القاضي : يحكم بإسلامه أيضاً ، لأنه يحتمل أن يكون مؤمن يكتم إيمانه ، وبلاد لم تكن للمسلمين؛ كالهند والروم فلقيطها كافر، وإن كان فيها مسلم كتاجر وغيره حكم بإسلامه . وهذا أحد الوجهين تغليياً للإسلام ، وهذا بالنسبة إلى الظاهر، بدليل أنه لو أقام كافر بينة أنه ولده وُلد على فراشه حكم به.

والثاني : يحكم بكفره تغليياً للدار والظاهر ، وقد حكى ابن المنذر الإجماع على أن الطفل إذا وجد في بلاد المسلمين ميتاً في أي مكان وجد، أنه يجب غسله ودفنه في مقابر المسلمين . وقد منعوا أن يدفن أطفال المشركين في مقابر المسلمين . وإذا وجد في قرية ليس فيها إلا مشرك ، فهو على ظاهر ما حكموا به أنه كافر.

وأما كون حضانة اللقيط لواجده الأمين ، فلأن عمر رضي الله عنه أقر اللقيط في يد واجده .

ولأنه سَبَقَ إليه فكان أولى ؛ لقوله ﷺ : « من سبق إلى ما لم يسبق إليه فهو أحق به »^(١). وله الإنفاق عليه مما وجد معه من عين أو غيره بغير إذن حاكم ، لأنه وليه ، فلم يفتقر إلى إذن حاكم كولي اليتيم .

وعنه: ما يدل على أنه لا ينفق عليه إلا بإذنه ، لأنه إنفاق على طفل ، فلم يجوز بغير إذن الحاكم ، كما لو أنفق على صغير مودع ، وأصلها ما نقله عنه أبو الحارث في رجل أودع آخر مالاً وغاب وطالت غيبته وله ولد ولا نفقة له هل ينفق عليه هذا المستودع

(١) سبق ترجمه ص: ٢٨٩.

من مال الغائب؟ فقال: تقوم امرأته إلى الحاكم حتى يأمره بالإتفاق ، فلم يجعل له الإتفاق من غير إذن الحاكم ، وهذا مثله .

قال في المغني والشرح: والصحيح أنه مخالف له من وجهين :
أحدهما : أن الملتقط له ولاية على اللقيط وعلى ماله .

والثاني : أنه ينفق على اللقيط من ماله ، وهذا بخلافه ، لأنه يشترط عنده إثبات حاجته لعدم ماله ، وعدم نفقة متروكة يرسمه ، ومتى لم يجد حاكماً فله الإتفاق عليه بكل حال ، لأنه حالة ضرورة ، وبالجملة فالمستحب استئذانه في موضع يجد حاكماً ، لأنه أبعد من التهمة ، والخروج من الخلاف ، فإن بلغ واختلفا في قدرها والتفريط ، قبل قول المنفق؛ لأنه أمين .

قال: (ولا يُقر بيد كافر وفاسق ورقيق واللقيط مسلماً، ولا بدوي يستقل به وواحد في حضر ينقله إلى بادية، ويقر في العكس).

ش: أما كون اللقيط لا يُقر بيد كافر إذا كان اللقيط مسلماً، فلأن الكافر لا ولاية له على مسلم .

ولأنه لا يؤمن أن يفتن المسلم عن دينه .

وفي كلام المصنف رحمه الله تعالى إشعار بأن اللقيط إذا كان كافراً يُقر في يده ، وصرح في المغني به ، لأن الولاية تثبت لبعض الكفار على بعض .

وأما كونه لا يُقر بيد فاسق؛ فلأنه ليس في حفظ اللقيط إلا الولاية، ولا ولاية لفاسق ، وفارق اللقطة، من حيث أنها في معنى التكسب ، وأنها إذا انتزعت منه فترد إليه بعد الحول .

وأما كونه لا يُقر بيد رقيق ، فلأنه مستحق الخدمة والمنفعة لسيده ، ولا ولاية له ، إلا أن يأذن له سيده ، فيصير كما لو التقطه سيده وسلمه إليه ، فإذا أذن له فليس له الرجوع ، قاله ابن عقيل ، والأمة كالعبد، فأما إذا لم يجد أحداً يلتقطه سواه ، وجب التقاطه ، لأنه تخليص له من الهلاك ، فهو كتخليصه من الغرق ، والمدبر وأم الولد والمعلق عتقه بصفة كالقن ، وكذلك المكاتب ، لأنه ليس له التبرع بماله ولا بمنافعه ، إلا أن يأذن له سيده في ذلك .

وأما كونه لا يُقر بيد بدوي ينتقل في المواضع؛ فلأن فيه إعتاباً للصبي بتنقله .
 وأما كونه لا يُقر بيد من وجده في الحضر فأراد نقله إلى البادية؛ فلأنه ينقل اللقيط
 إلى شدة العيش وجفائه ، وفي الأثر: « من بدأ فقد جَفَا »^(١).
 ولأن فيه تعسراً لمداواته ، ومراجعة الطبيب ، وانقطاع النسب ، وتقويت التأديب
 والعلم .
 وأما كونه يُقر بيد من يريد نقله إلى الحضر، فلأنه أنفع له ، ويحصل له من الفوائد ما
 تقدم ذكره .

قال: (ويقدم الموسر والمقيم على ضدهما، والقرعة في التساوي ، والتقديم لصاحب
 البينة، وإلا فاليد، والقرعة في اليدين ، ويُقدَّم الواصف مع عدمهما، وإلا سلمه
 الحاكم إلى من يرى).

ش: أما كونه يقدم الموسر من الملتقطين على المعسر، والمقيم على المسافر ، فلأن
 ذلك أحظ للقيط ، وأعود لمصلحته ، وعُلم منه أنهما لو كانا غير متصفين بما ذكرنا،
 فإنه يُنزع من أيديهما، ويُقدَّم الأمين على غيره ، والمسلم على الكافر، ولو كان المسلم
 فقيراً، لأن النفع الحاصل بإسلامه أعظم من النفع الحاصل بيساره . وعلى قياس قولهم
 يقدم الجواد على البخيل .

وفي الترغيب : يقدم بلدي على غيره . ويقدم ظاهر العدالة على مستور الحال ،
 وقيل: سواء، لأن احتمال وجود المانع لا يؤثر في المنع فلا يؤثر في الترجيح . فإن تساويا
 في الصفات وتشاحا أقرع بينهما ؛ لقوله تعالى: ﴿وما كنت لديهم إذ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ
 أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾ [آل عمران: ٤٤] ؛ لأنه لا يمكن كونه عندهما في حالة واحدة،
 وكالقرعة في الشركة، والقسم والعق .

وظاهره ولو كان بينهما مهايأة؛ لاختلاف الأغذية والأنس والألف ، والمرأة
 كالرجل ، وقيل: يسلمه الحاكم إلى أحدهما، أو غيرهما ، فلو رَضِيَ أحدهما بتسليمه
 إلى الآخر جاز، لأن الحق له فلا يمنع من الإيثار به .

(١) أخرجه أحمد ٤٤٠/٢ ح ٩٦٨١.

وإن اختلفا في الملتقط منهما، قُدِّم من له بينة، لأنها أقوى، فإذا كان لكل منهما بينة، قدم أسبقهما تاريخاً. فإن استوى تاريخهما، أو أطلقتا، أو أرخت إحداهما وأطلقت الأخرى تعارضتا وسقطتا في وجهه، فيصير كمن لا بينة لهما، وفي الآخر يقرع بينهما .
فإن كان الطفل في يد أحدهما فهل تقدم بيته أو بينة الخارج ؟ فيه وجهان مبینان على الخلاف في دعوى المال .

وإن لم يكن لهما بينة، قدم صاحب اليد، لأن اليد دليل استحقاق الإمساك ، وظاهره: أنه لا يحلف .

قال القاضي: هو قياس المذهب كالطلاق . وقال أبو الخطاب ونصره في الشرح: ويحلف أنه التقطه .

فإن كان في أيديهما أقرع بينهما؛ لاستوائهما في السبب ، ولم يمكن تسليمه إليهما، فتثبت القرعة ، وتسلم^(١) إلى من تقع القرعة له مع يمينه . وعلى قول القاضي: لا يمين . فإن ادعى أنه أخذه منه قهراً وسأل يمينه حلفه .

وفي المنتخب : لا كطلاق . فإن لم يكن لهما يد فوصفه أحدهما بأن يقول: في ظهره شامة ، أو يجسده علامة قُدِّم ، ذكره معظم علمائنا كلقطة المال .
ولأن الوصف دليل على قوة اليد فقدِّم به ، وذكر القاضي وصاحب المبهج والمنتخب والوسيلة: لا يقدم واصفه ، وذكره في الفنون عن أصحابنا .

فائدة: لو وصفاه جميعاً أقرع بينهما، قاله في التلخيص ، واقتصر عليه الحارثي .
وإذا انتفى الوصف ، سلّمه الحاكم إلى من يرى منهما، أو من غيرهما . ذكره القاضي وأبو الخطاب ، لأنه لا حق لهما .

وقيل: لا يسلمه الحاكم ، بل يقرع بينهما . وفي المغني : هو أولى كما لو كان في أيديهما .

ولأنهما تنازعا حقاً في يد غيرهما، أشبه ما لو تنازعا ودیعة عند غيرهما . وظاهره: أنه لا تخيير للصبي . صرح به في الفروع .

(١) في الأصل: وفي تسليم . وانظر المبدع: ٣٠٠/٥ .

فصل فی میراث اللقیط

قال: (ومیراثه وديته لبيت المال ، ووليه في العمد الإمام، يخبر بين القصاص والمدينة).

ش: أما كون ميراث اللقيط وديته دية حر إن قتل لبيت المال ، فلأنه مسلم ، لا عصة له ولا ذا فرض ، فكان ماله وديته لبيت المال ، كغير اللقيط .

وعنه: إن قتل خطأ فديته للملتقط ، ذكره في الرعاية .

وإن جنى خطأ عقل عنه بيت المال ، ولا ولاية عليه .

وإن قتل عمداً فوليه الإمام إن شاء اقتص ، وإن شاء أخذ الدية نص عليه ، أي ذلك

فعل جاز ، إذا رآه أصلح ؛ لقوله: « السلطان ولي من لا ولي له »^(١) ومتى عفا على مال أو صالح عليه كان لبيت المال ؛ كجناية الخطأ الموجبة للمال .

قال: (وإن ادعى الجاني والقاذف رقه وكذب اللقيط بعد بلوغه صدق ، وإن أقام إنسان بينة بملكه صار رقيقاً وإلا فلا).

ش: أما كون القول قول اللقيط في نفي الرق ، فلأنه محكوم بحريته .

ولأن قوله يعضده الأصل ، إذ الأصل عدم رقه ، بدليل أنه يجب عليه حد الحر إذا

كان قاذفاً في الأصح ، وعلم منه أنه إذا صدقه اللقيط أنه رقيق سقط الحد لإقرار

المستحق سقوطه ، ووجب على القاذف التعزيز لقذفه من ليس بمحصن ، والقصاص

ليس بمحد ، وإنما وجب حقاً لآدمي ، ولذلك جازت المصالحة عنه وأخذ بدله .

وإن مات البالغ ممسكاً عنهما ، فكسائر المسلمين في سائر أحكامه .

وإن ادعى إنسان أنه مملوكه لم يقبل ؛ لأن مجرد الدعوى لا يكفي في انتزاع المدعى

للخير .

وفي الشرح : أنها تسمع الدعوى ، لأنها ممكنة وإن كانت مخالفة لظاهر الدار ، وإن

لم تكن له بينة فلا شيء له ، لأنها تخالف الظاهر . ويفارق دعوى النسب من وجهين :

(١) أخرجه أبو داود في النكاح ، باب في الولي ٢٢٩/٢ ح ٢٠٨٣ . وابن ماجه في النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي ١ / ٦٠٥ ح ١٨٧٩ .

أحدهما: أن دعوى النسب لا تخالف الظاهر، بخلاف دعوى الرق .
 الثاني: أن دعوى النسب يُثبتُ بها حقاً للقيط ، ودعوى الرق يُثبتُ بها حقاً عليه ، فلم تقبل بمجردها، إلا ببينة تشهد أن أمته ولدته [في ملكه]^(١)؛ لأنها لا تلد في ملكه إلا ملكه، يحترز به عما ولدته قبل ملكه ، وهذا ليس بشرط ، فإنها لو شهدت بأنه عبده أو مملوكه ، حكم له به ، وإن لم تذكر سبب الملك ، كما لو شهدت بملك دار . ذكره في المغني.

ويحتمل أن لا يعتبر قولها في ملكه ، لأن أمته ملكه ، فمأواها ملكه كتنقصها، ومتى شهدت البينة باليد فإن كانت للمتقלט لم يثبت بها ملك ، وإن كانت لأجنبي حكم له باليد، والقول قوله مع يمينه في الملك .

وفي الفروع: وإن ادعى رقه وهو طفل أو مجنون ليس بيده غيره بل يده وليس واحده فهو له ، ولو أنكر بعد بلوغه .

وفي الشرح: إن كانت الدعوى بعد بلوغ اللقيط كلف إجابته ، فإن أنكر وثم بينة حُكم بها، فإن كان اللقيط تصرف قبل ذلك يبيع أو شراء نقضت^(٢) تصرفاته .

قال: (وإن اعترف بالرق مع سبق مضاف ، أو قال: إني كافر لم يقبل منه).

ش: أما كون اللقيط لا يقبل إقراره بالرق بشرطه ، فلأنه يُبطل حق الله تعالى من الحرية المحكوم بها، وهذا ظاهر فيما إذا كان قد اعترف بالحرية لنفسه قبل ذلك . وكذا إذا لم يعترف في الأصح ، وعنه : يقبل؛ لأنه مجهول الحال ، فيقبل إقراره به كالحل والقصاص وإن تضمن فوات نفسه ، وشرط في المغني عليها أن لا يكون أقر بالحرية .

فإن كان قد أقر بها لم يقبل ، لأنه يكون مكذباً لقوله كما لو أقر بدين ثم جحده ، وقال القاضي: يقبل فيما عليه رواية واحدة، لأنه أقر بما يوجب حقاً عليه وحقاً له ، فوجب أن يثبت ما عليه فقط، كما لو قال: لفلان عندي ألف ولي عنده رهن . وهل يقبل في غيره ؟ على روايتين ، إحداهما: يقبل إقراره في الجميع ، لأن هذه الأحكام تتبع

(١) زيادة من المغني ٤٠٧/٦ .

(٢) في الأصل: مضت . وانظر المغني ٤٠٨/٦ .

الرق ، فإذا ثبت الأصل بقوله ثبت التبع^(١) ، كما لو شهدت امرأة بالولادة فإنها تثبت ، ويثبت النسب تبعاً . فإذا قلنا: يُقبل إقراره بالرق بعد نكاحه وهو ذكر، وكان قبل الدخول ، فسد النكاح في حقه ، ولها عليه نصف المهر، وإن كان بعد الدخول ، فسد نكاحه ، وعليه المهر، وولده حر تابع لأمه ، فإن كان متزوجاً بأمة فولده لسيدها، ويتعلق المهر برقبته. وإذا قلنا يقبل في جميع الأحكام ، فالنكاح فاسد، ويفرق بينهما، ولا مهر لها قبل الدخول ، وبعده على الخلاف.

وإن كان أنثى وقلنا يُقبل فيما عليه ، فالنكاح صحيح في حقه ، ولا مهر قبل الدخول ، وبعده لا يسقط مهرها، ولسيدها الأقل من المسمى أو مهر المثل ، والولد حر .

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

وأما كون قول القائل أنه كافر لم يُقبل قوله في ذلك ، فلأنه محكوم بإسلامه ، وحكمه حكم المرتد، وهو الصحيح من المذهب ، قال الحارثي: هذا الصحيح ، وجزم به غير واحد، وقدمه في المحرر والشرح والفروع. وبه قال أبو حنيفة . وذكر القاضي وجهاً أنه يقر على كفره بشرطه ، وهو منصوص الشافعي .

وقال في المغني : وهذا بعيد جداً، فإن هذا اللقيط لا يخلو من أن يكون ابن حربي فهو حاصل في أيدي المسلمين بغير عهد ولا عقد فيكون لواجده ، ويصير مسلماً بإسلام سايه ، أو يكون ابن ذميين ، أو أحدهما ذمي ، فلا يقر على الانتقال إلى غير دين أهل الكتاب ، أو يكون ابن مسلم أو مُسْلِمَيْن فيكون مسلماً. وقد قال الإمام أحمد في أمة نصرانية ولدت من فجور: ولدها مسلم ، لأن أبويه يهودانه وينصرانه ، وهذا ليس معه إلا أمه . وإذا لم يكن لهذا الولد حال يُقر فيها على دين لا يُقر أهله عليه ، فكيف يُرد إلى دار الحرب ؟

(١) في الأصل: البيع. وانظر المغني ٤٠٩/٦.

قال: (وإن أقر رجل مسلم أو ضدهم أنه ولده لحق به في حياة اللقيط وموته).

ش: أما كون الولد المقر به يُلحق بالمقر، فلأن الإقرار به محض مصلحة للطفل لاتصال نسبه، ولا مضرة على غيره فيه، فقل، كما لو أقر بمال. فإن كان المقر به ملتقطه، أقر في يده، وإن كان غيره، فله أن ينتزعه من الملتقط، لأنه قد ثبت أنه أبوه، فيكون أحق به، كما لو قامت به بينة، مسلماً كان المدعي أو كافراً، لأن الكافر ثبت له النكاح والفراش، فيلحق به، كالمسلم، حراً كان أو عبداً؛ لأن له حرمة فيلحق به، كالحر، لكن لا تثبت له حضانة ولا نفقة عليه، ولا على سيده، لأن الطفل محكوم بحريته.

فعلى هذا تجب في بيت المال، رجلاً كان أو امرأة على المذهب، لأن المرأة أحد الأبوين، فيثبت النسب بدعواها كالأب، وإذا يلحقها نسبه دون زوجها، وكذا إذا ادعى الرجل نسبه لم يلحق بزوجه، وقيل: لا يثبت النسب بدعواها بحال، وحكاها ابن المنذر إجماع من يحفظ عنه من أهل العلم. وجوابه بأنها تدعي حقاً لا تنازع فيه، ولا مضرة على أحد فقبل، كدعوى المال، حياً كان اللقيط أو ميتاً؛ لأنهما سواء معنى، فوجب استواءهما حكماً.

قال: (ولا يصح الرقيق في رقه والكافر في دينه إلا بينة الفرائش).

ش: أما كونه لا يتبع الرقيق في رقه، فلأنه محكوم بحريته وتقدم ذلك. وأما كون اللقيط لا يتبع الكافر في دينه، إذا لم يُقم بينة أنه ولد على فراشه، فلأن اللقيط محكوم بإسلامه بظاهر الدار، فلا يقبل قول الكافر في كفره بغير بينة، كما لو كان معروف النسب.

ولأنها دعوى تخالف الظاهر، فلم يُقبل بمجردها، كدعوى الرق، وإذا قبل في النسب لعدم الضرر، والكفر بخلافه، فإن فيه ضرراً عظيماً، لأنه سبب الخزي في الدنيا والآخرة، فإذا أقام بينة بما ذكر، لحقه نسباً ودينياً، لتحقق الولادة، والولد المتحقق يتبع مطلقاً، وقياس المذهب: أنه لا يلحقه في الدين، إلا أن تشهد البينة أنه ولد كافرين حين، لأن الطفل يحكم بإسلامه، بإسلام أحد أبويه أو موته.

وعنه: لا يلحق بامرأة ذات زوج، لإفضائه إلى إلحاق النسب بزوجه بغير إقراره

ولا رضاه. وظاهره أنها إذا لم تكن ذات زوج أنه يلحقها لعدم الضرر.
وعنه : إن كان لها إخوة أو نسب معروف لم يلحقها، نقلها الكوسج ، لأنه يلزم
من حقوق النسب بها، لحوق النسب بالإخوة، والنسب المعروف .
ولأنه إذا كان لها أصل ونسب معروف ، لم تَخَفَ ولادتها عليهم ، ويتضررون
بإلحاق النسب بها، لما فيه من تعييرهم بولادتها من غير زوجها، وإذا لم يكن كذلك لحق
لعدم الضرر.

قال: (وإن ادعاه جماعة قُدِّمَ ذو البينة، فإن تساوا وجوداً وعدمًا فألحقته القافة بكلهم
أو بأحدهم أو أحد النساء أو وارث الحق).

ش: أما كونه يُقَدَّم من له بينة من المدعين ، فلأن البينة تُظهر أنه صاحب الحق ، ولا
فرق بين المسلم والكافر، والحر والعبد. فإن تساوا بأن أقام كل واحد بينة سقطت
البينة، لأنه لا يمكن استعمال البيّنات هنا، بخلاف المال ، فإنه يُقسم بينهم بالقسمة^(١) أو
بالقرعة، والقرعة لا تثبت النسب ، لا يقال إنما ثبت هنا بالبينة لا بالقرعة، وإنما هي
مرجحة، لأنه يلزم إذا اشترك رجلان في وطء امرأة، وأتت بولد أن يُقرع بينهما، ويكون
لحوقه بالوطء لا بالقرعة. وعدمها إن لم يكن لهم بينة عرض مع المدعين فألحقته القافة،
وهم قوم يعرفون الأنساب بالشبه ، ولا يختص ذلك بقبيلة معينة، بل من عُرف منه
المعرفة بذلك ، وتكررت منه الإصابة فهو قائف.

وقيل: أكثر ما يكون في بني مدلج رهط مجز، وكان إياس بن معاوية قائفًا وكذا
شريح .

وأما كونه يلحق بمن ذكر إذا ألحقته القافة به ، فلأنه يرجح بقولهما أشبه من قامت
به بينة، وإن كثروا . هذا المذهب وعليه جماهير علمائنا نص عليه في رواية جماعة، وقدمه
في المغني والشرح وشرح الحارثي ونصروه والمحرم والفروع ، وهو من مفردات المذهب .
وقال الحارثي : قال أبو حنيفة : يلحق بأكثر من اثنين ، لكن عنده لا يلحق بأكثر
من خمسة. وقال ابن حامد: لا يلحق بأكثر من اثنين . وعنه : يلحق بثلاثة فقط نص

(١) في الأصل: بالقرعة. وانظر المغني ٣٩٥/٦.

عليه في رواية مهنا واختاره القاضي وغيره ، وذكر في المستوعب وجهاً: أنهم إذا ألحقوه بأكثر من ثلاثة لا يلحق بواحد منهم لظهور خطئهم .

فائدتان:

إحدهما: يرث من كل من لحق به ميراث ولد كامل ، ويرثونه ميراث أب واحدٍ ، ولهذا لو أوصي له ، قبلوا له جميعاً ليحصل له ، وإن مات وخلف أحدهم فله ميراث أب كامل ؛ لأن نسبه كامل من الميت نص عليه ، ولأُمِّي أبويه اللذين لحق بهما مع أم أم نصف السدس ، ولأم الأم نصفه.

الثانية: امرأة ولدت ذكراً وأخرى أنثى وادعت كل واحدة أن الذكر ولدها دون الأنثى فقال في المغني والشرح : يحتمل وجهين : أحدهما: العرض على القافة مع الولدين .

قال الحارثي : قلت : وهذا المذهب على ما مر من رواية ابن الحكم . والوجه الثاني : عرض لبيئهما^(١) على أهل الطب والمعرفة، فإن لبن الذكر يخالف لبن الأنثى في طبعه وزنته .

وقيل: لبن الذكر ثقيل ، ولبن الأنثى خفيف . فيعتبران بطبعهما وزنتهما، وما يختلفان به عند أهل المعرفة .

قال الحارثي : وهذا الاعتبار -إن كان مُطرداً في العادة غير مختلف- إن شاء الله أظهر من الأول ، فإن أصول الشبه^(٢) قد تخفى على القائف .

قال في المغني: فإن لم يوجد قافة اعتبر باللبن خاصة، وإن كان الولدان ذكراً أو أنثيين وادعنا أحدهما، تعين العرض على القافة .

قال: فإن عُدِمَ القائف أو نفاه أو أشكل عليه ضاع نسبه ، وكذا إن وطئت امرأة بشبهة أو اشتركت في ظهر واحد، وتشترط ذكرورية القائف وعدالته وكثرة إصابته.

ش: أما إذا عُدِمَ القائف ، أو نفاه أو أشكل عليه ضاع نسبه ، وهو أحد الوجهين

(١) في الأصل: لبنها.

(٢) في الأصل: السنة. ولعل الصواب كما أثبتناه.

وهو قول أبي بكر .

وفي المغني : أنه أقرب ، لأنه لا دليل لأحدهم ، أشبه من لم يدع نسبه .
فعلى هذا لا يُرجح أحدهم بذكر علامة في جسده ، لأنه لا يُرجح به في سائر
الدعوى سوى الالتقاط في المال .

وكذا إذا اختلف قاتنان أو اثنان وثلاثة ، وإن اتفق اثنان وخالف^(١) ثالثاً أخذ بقولهما
نص عليه ، ومثله بيطاران وطيبان في عيب ولو رجعا .

وفي الآخر وهو قول ابن حامد: يُترك حتى يبلغ فينسب إلى من شاء منهما ؛ لأن
الإنسان ميل طبعه إلى قريبه دون غيره ، لأنه مجهول النسب أقرّ به من هو أهلٌ للإقرار
فينسب إليه ، كما لو انفرد ، أو ما إليه الإمام أحمد ، حكاه القاضي عنه في رجلين وقعا
على امرأة في طهر واحد .

ف قيل قوله: لو انتسب إلى أحدهما ، ثم عاد فانتسب إلى الآخر ، أو نفى نسبه من
الأول ولم ينتسب إلى الآخر ، لم يُقبل منه ، لأنه قد ثبت نسبه فلا يقبل رجوعه عنه . فلو
ألحقته القافة بغير من انتسب إليه بطل انتسابه ؛ لأنها أقوى كالبينة مع القافة .

وكذلك إن وطئت امرأة بشبهة أو اشتراك في طهر واحد ، فأتت بولد يمكن أن
يكون منه ، فادعاه أحد الواطئين أرى القافة معهم كاللقيط فألحق بمن ألحقوه به ، سواء
ادعياه أو جحداه أو أحدهما وقد ثبت الفراش . ذكره القاضي ، وشرط أبو الخطاب في
وطء الزوچه أن يدعي الزوج أنه من الشبهة .

فعلى قوله: إن ادعاه لنفسه اختص به لقوة جانبه . ذكره في المحرر .

وفي ثالث : يكون صاحب القرائن أولى به عند عدم القافة لثبوت فراشه . ذكره في
الواضح .

وكذلك إن تزوجها كل منهما تزويجاً فاسداً أو كان أحدهما صحيحاً والآخر
فاسداً ، أو يبيع أمته فوطئها المشتري قبل الاستبراء ، لكن متى ألحق بالقافة أو الانتساب
وهو ينكره فهل له نفيه باللعان ؟ على روايتين ولا يقبل .

وأما كون القائف يُشترط ذكوريته وعدالته وكثره إصابته ، فلأن ذلك يجري مجرى

(١) في الأصل: وخالفان .

الحكم ، فاعتبر ذلك كالحاكم .

ولأن ذلك يفتقر إلى نظر واجتهاد والمرأة قاصرة عنهما ، والفاسق لا يقبل خبره ، ومن لم يكن مجرباً في الإصابة لم يغلب على الظن صدقه ، فلم تطمئن النفس إلى قوله .
وظاهره : أنه لا تعتبر الحرية وهو وجه ، واعتبرها في الشرح وغيره ، ولا الإسلام ، وفي المستوعب : لم أجد أحداً من أصحابنا اشترط إسلام القائف ، وعندني : أنه يشترط ، ويكفي قائف واحد نص عليه كحاكم ، فيكفي مجرد خبره لقصة مجرز .

وعنه : يعتبر اثنان ولفظ الشهادة منهما اختاره جمع ، فإن ألحقته بواحد ، ثم جاءت أخرى فألحقته بآخر ، كان للأول ، لأن قول القائف جرى مجرى حكم الحاكم ، إذا حكم حكماً لم يُنقض بمخالفة غيره له ، وكذلك لو ألحقته بواحد ، ثم عادت فألحقته بغيره كذلك ، وإن أقام الآخر بينة أنه ولده حكم له به ، وسقط قول القائف ، لأنه بدل ، فسقط بوجود الأصل كالتيميم مع الماء .

فمن عرّف مولوداً بين نسوة ليس فيهن أمه ، ثم وهي فيهن ، فأصاب كل مرة فقائف ، وقال القاضي : يُترك بين عشرة رجال غير مدعيه ، فإن ألحقته بأحدهم سقط قوله ، وإن نفاه عنهم فترك مع عشرين منهم مدعيه فإن ألحقته به عُلمت إصابته وإلا فلا .

وقصة إياس بن معاوية في ولد الشريف من جارية شاهدة بذلك .

تنبيه : كون القائف يكتفي بواحد أو اثنين ، وهذا الخلاف مبني عند كثير من علمائنا على أنه هل هو شاهد أو حاكم ؟ فإن قلنا هو شاهد اعتبرنا العدد ، وإن قلنا هو حاكم فلا .

وقال جماعة من علمائنا : ليس الخلاف مبنياً على ذلك ، بل الخلاف جار ، سواء قلنا القائف حاكم أو شاهد ، لأننا إن قلنا هو حاكم فلا يمتنع التعدد في الحاكم ، كما يعتبر حاكماً^(١) في جزاء الصيد ، وإن قلنا شاهد فلا يمتنع شهادة الواحد كما في المرأة حيث قبلنا شهادتها ، والطبيب والبيطار .

وقالت طائفة من علمائنا : هذا الخلاف مبني على أنه شاهد أو مخبر ، فإن جعلناه

(١) في الأصل : حاكمين .

شاهداً اعتبرنا التعدد، وإن جعلناه مخبراً لم يعتبر التعدد كالخبر في الأمور الدينية .
فائدة: نفقة المولود على الواطنين ، فإذا ألحق بأحدهما رجع على الآخر بنفقته .
ونقل صالح وحنبل: أرى القرعة والحكم بها. يروى عنه عليه أفضل الصلاة والسلام أنه
أقرع في خمسة^(١) مواضع فذكر منها إقراع علي في الولد بين الثلاثة الذين وقعوا على
الامة في طهر واحد^(٢).

ولم ير هذا في رواية الجماعة لاضطرابه .
وقال ابن القيم في الهدى: القرعة تستعمل عند فقدان مرجح سواها من بينة وإقرار
أو قافة، قال: وليس يبعد تعيين المستحق في هذه الحال بالقرعة، لأنها غاية المقدور عليه
من ترجيح الدعوى، ولها دخول في دعوى الأملاك التي لا تثبت بقرينة ولا أمانة،
فدخولها في النسب الذي يثبت لمجرد الشبه الخفي المستند إلى قول قائف أولى .

(١) في الأصل: خمس.

(٢) أخرجه أبو داود في الطلاق، باب من قال بالقرعة إذا تنازعا في الولد ٢٨١/٢ ح ٢٢٦٩. والنسائي في الطلاق
باب القرعة في الولد إذا تنازعا فيه ١٨٢/٦ ح ٣٤٨٨.

كتاب الوقف

الوقف: مصدر وقف ، يقال وقفت وقفاً ولا يُقال: أوقفتُ إلا في لغة شاذة. وهو من القربِ المندوبِ إليها .

والأصل فيه: ما روى عبدالله بن عمر رضي الله عنهما قال: « أصابَ عمرُ أرضاً بخير . فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها . فقال: يا رسول الله! إني أصبتُ أرضاً بخير لم أصبُ مالا قط أنفسَ عندي منه، فما تأمرني فيها ؟ قال: إن شئتَ حبَّستَ أصلها وتصدقتَ بثمرتها ، غير أنه لا يباعُ أصلها ولا يوهبُ ولا يورثُ . قال: فتصدقَ بها عمر في الفقراء ، وذوي القربى ، والرقاب ، وابن السبيل ، والضييف . لا جناحَ على من وليها أن يأكلَ منها ، أو يُطعمَ صديقاً بالمعروفِ غير مُتأنِّلٍ فيه ، أو غيرَ متمولٍ فيه »^(١) . متفق عليه.

وعن النبي ﷺ : « إذا ماتَ الإنسان انقطعَ عمله إلا من ثلاث : صدقةٍ جارية ، أو علمٍ ينتفعُ به من بعده ، أو ولدٍ صالح يدعُو له »^(٢).

وعن جابر: « لم يكن أحد من أصحاب رسول الله ﷺ ذو مقدرة إلا وقف » . ولم يره شريح وقال : لا حبس غير فرائض الله . قال الإمام أحمد : هذا مذهب أهل الكوفة ، ولعله غير المساجد ونحوها . قال القرطبي : لا خلاف بين الأئمة في تحبيس القناطر والمساجد ، واختلفوا في غير ذلك .

والأول قول أكثر العلماء سلفاً وخلفاً . قال الإمام أحمد: من يرُدُّ الوقف إنما يرُدُّ السنة التي أجازها النبي ﷺ ، وفعلها أصحابه .

ومن الغرائب ما حكاه صاحب المبسوط: أن لزوم الوقف من الأنبياء عليهم السلام

(١) أخرجه البخاري في الشروط، باب الشروط في الوقف ٩٨٢/٢ ح ٢٥٨٦ . ومسلم في الوصية، باب الوقف ٣/ ١٢٥٥ ح ١٦٣٢ .

(٢) أخرجه مسلم في الوصية، باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته ١٢٥٥/٣ ح ١٦٣١ . وأبو داود في الوصايا، باب ما جاء في الصدقة عن الميت ١١٧/٣ ح ٢٨٨٠ . والترمذي في الأحكام، باب في الوقف ٣/ ٦٦٠ ح ١٣٧٦ . والنسائي في الوصايا، فضل الصدقة عن الميت ٢٥١/٦ ح ٣٦٥١ .

خاصة .

وجوابه: بأن الوقف قربة مندوب إليها ؛ لقوله تعالى: {وافعلوا الخير} [الحج: ٧٧].

قال: (وهو تحبيس الأصل ، وتسبيل المنفعة . ويصح بالقول أو الفعل الدال عليه ؛ كمن جعل أرضه مسجداً أو مقبرة وأذن فيهما).

ش: أما قول المصنف رحمه الله تعالى: «وهو تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة» ؛ فبيان لماهية الوقف شرعاً . وقد دل عليه قوله ﷺ: « إن شئت حبست أصلها وتصدقت بثمرتها »^(١).

وكذا حده في التلخيص والخلاصة وغيرهما .

ومرادهم بتسبيل المنفعة: أن يكون على برٍّ أو قربة .

وأحسنه حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، ممنوع من التصرف في عينه بلا عذر، مصروف منافعه في البرِّ تقريباً إلى الله تعالى .

وله أربعة أركان: الواقف، وشرطه: أن يكون جائر التصرف . والموقوف، والموقوف عليه ، وما ينعقد به.

وسمي وقفاً؛ لأن العين موقوفة ، وحبساً ؛ لأن العين محبوسة .

وأما ما يحصل الوقف به فعلى ضربين:

أحدهما: متفق عليه ، وهو القول ؛ لأنه صريح فيه . فحصل به كحصول سائر العقود بصرائحها.

وثانيهما: الفعل ، وفي حصول الوقف به روايتان:

إحدهما: يحصل ؛ لأن العرف جارٍ بذلك، وفيه دلالة على الوقف . فجاز أن يحصل به كالقول.

وهذا المذهب . قال الموفق والشارح وغيرهما: هذا ظاهر المذهب . قال الحارثي: مذهب أبي عبدالله انعقاد الوقف به وعليه الأصحاب . انتهى .
وهذا قول أبي حنيفة.

(١) سبق تخريجه قريباً.

والأخرى: لا يصح إلا بالقول، ذكرها القاضي ، وهو مذهب الشافعي ، واختاره أبو محمد الجوزي . ومنع الموفق دلالتها وجعل المذهب رواية واحدة وكذلك الحارثي .
فرع: الآخرس يصح وقفه بالإشارة المفهمة كغيره.

قال: (وصريحه: وقفت أو سبّلت أو حبّست. وكناياته: تصدّقت أو حرّمت أو أبّدت ، والنية، أو اقتران أحد الألفاظ الخمسة ، أو حكم الوقف شرط في أحد الكنايات).

ش: أما كون الصريح ثلاثة ألفاظ: وقفت وسبّلت وحبّست ؛ فلأن هذه الثلاثة ثبت لها حكم الاستعمال بين الناس، ويُفهم الوقف منها عند الإطلاق، فصارت صريحة في الوقف ، كلفظ الطلاق في التطليق.

وفي كلام بعضهم: أن الصريح لا ينحصر في الثلاثة .

وفي المغني والكافي: إذا جعل علوّ موضع أو سفله مسجداً صح ، وكذا سطحه . وإن لم يذكر استطرافاً كبيعته، فيتوجه منه الاكتفاء بلفظ يشعر بالمقصود، وهو أظهر على أصلها، فيصح: جعلت هذا للمسجد أو فيه ونحوه، وهو ظاهر نصوصه، فيكون تمليكاً للمسجد، جزم به الحارثي أي للمسلمين لنفعهم به.

وأما كون تصدّقت وحرّمت وأبّدت كناية ؛ فلأنها لم يثبت لها عُرف الاستعمال. ولأن الصدقة تستعمل في الزكاة ، والتحريم يستعمل في الظهار والأيمان، والتأييد يحتمل تأييد التحريم وتأييد الوقف.

فعلى هذا لا بد من انضمام شيء إليها لترجّح إفادتها للوقف . وذلك أشياء:

أحدها: النية ؛ لأنها تميّز المراد من غيره.

ولأن كناية الطلاق مع نيته تكون موجبةً لوقوع الطلاق . فيصح ويكون على ما نوى، إلا أن النية تجعله وقفاً في الباطن دون الظاهر ، فكذلك كناية الوقف مع نيته تكون موجبةً لحصول الوقف.

وثانيها: أن يقرن به أحد الألفاظ الباقية من الصرائح وهي خمسة ؛ لأن اللفظ ترجح بذلك لإرادة الوقف. أو يقرن به حكم الوقف فيقول: صدقةً موقوفةً ، أو محبسةً ، أو مُسَبَّلةً ، أو محرمةً ، أو مؤبّدةً . هذا مثال الأول . أو لا يُياع ، ولا يُوهب ، ولا يُورث.

هذا مثال لحكم الوقف ؛ لأن هذه القرينة تُزيل الاشتراك.
وذكر أبو الفرج : أن أبدت : صريح ، وأن صدقة موقوفة أو مؤبدة أو لا يباع :
كناية .

فائدتان:

إحدهما: إذا قال: تصدقت بأرضي على فلان -وذكر معيناً أو معينين- والنظر لي أيام حياتي، أو لفلان ثم من بعده لفلان: كان مفيداً للوقف.
وكذا لو قال: تصدقت به على فلان، ثم من بعده على ولده أو على فلان ، أو تصدقت على قبيلة كذا أو طائفة كذا: كان مفيداً للوقف؛ لأن ذلك لا يستعمل فيما عداه، فالشركة منتفية.

الثانية: لو قال: تصدقت بداري على فلان، ثم قال بعد ذلك: أردت الوقف، ولم يصدقه فلان: لم يقبل قول المتصدق في الحكم ؛ لأنه مخالف للظاهر.

قال: (ويشترط فيه المنفعة دائماً من معين يتطوع به مع بقاء عينه؛ كعقار وحيوان، وأثاث، وحلي للباس، وإعارة، وأن يكون على بر؛ كالساجد، والقاطر، والمساكين، والأقارب، من مسلم، وذمي، دون حربي وكنيسة ونسخ الكتابين وكتب زائدة).

ش: أما كون الوقف يشترط فيه شروط لا يصح إلا بها ؛ فلما يُذكر فيها.
لم يتعرض المؤلف للواقف لظهوره ، وشروطه: أن يكون مالكاً جائز التصرف، وهو في الصحة من رأس المال، وفي مرض الموت أو ما نزل منزلته من الثلث.
أحدها: أن يكون من عين يجوز بيعها ، ويمكن الانتفاع بها دائماً مع بقاء عينها .
قال أبو محمد الجوزي: بقاء متطاولاً أَدْنَاهُ عمر الحيوان ؛ كالعقار لحديث عمر^(١) .
قال الإمام أحمد في رواية الأثرم: إنما الوقف في الدور والأرضين على ما وَقَفَ أصحاب النبي ﷺ .

قال ابن عقيل: وظاهر هذا حصره على العقار؛ لأنه هو الذي يتأبد حقيقة بخلاف غيره.

(١) سبق تخريجه ص: ٣٤٨.

والحيوان ؛ لما روى أبو هريرة مرفوعاً : « من أحبس فرساً في سبيل الله إيماناً واحتساباً فإن شبعه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة حسنات »^(١) . رواه البخاري .

ولأنه يحصل فيه تحبيس الأصل وتسييل المنفعة . فصح وقفه ؛ كالعقار .

وأما كونه يصح وقف الحلبي للبس وإعارة ؛ فلما روى نافع : « أن حفصة ابتاعت حلياً بعشرين ألفاً حبسته على نساء آل الخطاب . فكانت لا تخرج زكاته » . رواه الخلال .

ولوجود الضابط .

ولأنه فيه نفعاً مباحاً مقصوداً ، فجاز أخذ الأجرة عليه وصح وقفه ، كوقف السلاح في سبيل الله .

وأما قول المصنف رحمه الله : « كالعقار ... إلى آخره » ؛ فتمثيل لما يصح وقفه .

أما وقف غير المنقول فيصح بلا نزاع . وأما وقف المنقول ؛ كالحيوان والأثاث والسلاح ونحوها ، فالصحيح من المذهب : صحة وقفها ، وعليه علماؤنا ونص عليه ، وهذا قول الشافعي .

وقال أبو يوسف : لا يجوز وقف الحيوان ولا الرقيق ولا العروض ولا الكراع والسلاح والغلمان والبقر . والآلة في الأرض الموقوفة تبعاً لها .

ولنا أن النبي ﷺ قال : « أما خالد فإنه قد احتبس أدرعه وأعتاده في سبيل الله »^(٢) . متفق عليه . وفي رواية : « وأعبده »^(٣) أخرجه البخاري .

قال الخطابي : الأعتاد : ما يعده الرجل من مركوب ، وسلاح ، وآلة جهاد .

ولأنه يحصل فيه تحبيس الأصل وتسييل المنفعة ، فصح وقفه ، كالعقار .

وعن إمامنا : لا يصح وقف غير العقار . نص عليه في رواية الأثرم وحنبلي .

ومنع الحارثي دلالة هذه الرواية وجعل المذهب رواية واحدة .

(١) أخرجه البخاري في الجهاد والسير ، باب من احتبس فرساً ١٠٤٨/٣ ح ٢٦٩٨ .

(٢) أخرجه البخاري في الزكاة ، باب قول الله تعالى : { وفي الرقاب ... } ٥٣٤/٢ ح ١٣٩٩ . ومسلم في الزكاة ، باب

في تقديم الزكاة ومنعها ٦٦٦/٢ ح ٩٨٣ .

(٣) قال ابن حجر في الفتح : قيل إن لبعض رواة البخاري « وأعبده » بالوحدة جمع عبد حكاه عياض ، والأول هو المشهور ٣٣٣/٣ .

ونقل المروذي: لا يجوز وقف السلاح . ذكره أبو بكر.

وقال في الإرشاد: لا يصح وقف الثياب.

وأما كونه يشترط أن يكون على برّ كما مثل المصنف ؛ فلأن المقصود من الوقف التقرب إلى الله عز وجل، فإذا لم يكن الموقوف برّاً لم يحصل المقصود من الوقف ؛ كالمساجد والقناطر والمساكين .

فإذا قال: جعلت ملكي للمسجد صار حقاً من حقوقه، ولا يعتبر قبول ناظره لتعذره بالقبول، كحالة وقف المسجد فإنه لا يشترط قبوله ؛ لأن الناظر لا يكون إلا بعد الوقف.

والقناطر وكتب العلم والقرآن والسقايات، والأقارب مسلمين كانوا أو من أهل الذمة نص عليه ؛ لأن القريب الذمي موضع القرية، بدليل جواز الصدقة عليه .

تنبيه: مفهوم كلام المصنف: «والأقارب من مسلم وذمي» أنه لا يصح الوقف على ذمي غير قرابة، وهو أحد الوجهين، وهو مفهوم كلام جماعة منهم صاحب التلخيص، وقدمه في الرعايتين، ومال إليه الزركشي .

وقيل: يصح على الذمي وإن كان أجنبياً من الواقف. جزم به في المغني والمحرر والشرح وغيرهم.

قال في الفائق: ويصح على ذمي من أقاربه. نص عليه وعلى غيره من معين في أصح الوجهين دون الجهة . انتهى.

وقال الحلواني: يصح على الفقراء منهم دون غيرهم . وصحح في الواضح صحة الوقف من ذمي عليهم دون غيرهم .

وإن وقف ذمي على ذمي شيئاً، وشرط أنه يستحقه ما دام ذمياً فأسلم: فله أخذه أيضاً ؛ لأن الواقف عينه له. ويلغو شرطه، ورده في الفنون .

وقيل: يشترط أن لا يكون معصية، فيصح في المباح؛ كالوقف على الأغنياء. وقيل: ومكروه .

قال أبو العباس: وإذا أوصى أو وقف على معين وكان كافراً أو فاسقاً: لم يكن الكفر والفسوق هو سبب الاستحقاق ولا شرطاً فيه، بل هو يستحق ما أعطاه وإن كان

قد صار مسلماً عدلاً فكانت المعصية عديمة التأثير، بخلاف ما لو جعلها شرطاً في ذلك الوقف على جهة الكفار أو الفساق أو على الطائفة الفلانية بشرط أن يكونوا كفاراً أو فساقاً، فهذا الذي لا ريب في بطلانه عند العلماء . انتهى.

فوائد:

منها: يصح الوقف على الصوفية. وهم المشتغلون بالعبادات في غالب الأوقات المعرضون عن الدنيا .

قال أبو العباس: من كان منهم جماعاً للمال ، أو لم يتخلق بالأخلاق المحمودة، ولا تأدب بالآداب الشرعية غالباً ، أو فاسقاً : لم يستحق . ولم يعتبر الحارثي الفقر .

قال في الفروع : ويتوجه احتمال : لا يصح عليهم . ولهذا قال الشافعي قال: ما رأيت صوفياً عاقلاً^(١) إلا سلمان الخواص . وقاله أبو محمد الجويني إذ ليس له حد يعرف به.

ومنها: أبطل ابن عقيل وقف الستور لغير الكعبة ؛ لأنه بدعة ، وصححه ابن الزاغوني فيصرف لمصلحته . نقله ابن الصيرفي عنهما . وفي فتاوى ابن الزاغوني: أنه معصية لا ينعقد ، وأفتى أبو الخطاب بصحته وينفق ثمنها على عمارته ولا يستز؛ لأن الكعبة خصت بذلك كالطواف .

ومنها: يصح وقف عبده على حجرة النبي ﷺ لإخراج ترابها وإشعال قناديلها وإصلاحها ، لا لإشعالها وحده ، وتعليق ستورها الحرير ، والتعليق^(٢) ، وكنس الحائط ، ونحو ذلك. ذكره في الرعاية .

وأما كونه لا يصح على الحربي ومثله المرتد ؛ فلأن أموالهم مباحة في الأصل، ويجوز أخذها منهم بالقهر والغلبة ، فما تجدد لهم أولى. والوقف لا يجوز أن يكون مباح الأخذ ؛ لأنه تحبيس الأصل.

تنبيه: لا يصح الوقف على قطاع الطريق، ولا على المغاني، ولا التنوير على قبر

(١) زيادة من الفروع ٥٨٨/٤ .

(٢) في الأصل: والتعلق. وانظر الإنصاف ١٣/٧ .

وتبخيره، ولا على من يقيم عنده أو يخدمه .
وأما كونه لا يصح على الكنائس ومثلها بيوت النار والبيع ؛ فلأن ذلك معصية،
لكون أن هذه المواضع بُنيت للكفر .

والمسلم والذمي سواء. قال الإمام أحمد في نصارى وقفوا على البيعة ضياعاً وماتوا،
ولهم أبناء نصارى فأسلموا والضياع بيد النصارى: فلهم أخذها وللمسلمين عونهم حتى
يستخرجوها من أيديهم، وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً .

وحكم الوقف على قناديل البيعة ومن يخدمها ويعمرها كالوقف عليها . قاله في
المغني والشرح.

وإن قال: أنت حرّ بشرط أن تخدم البيعة سنة بعد موتي -وهما نصرانيان- فأسلم
العبد قبل تمامها: عتق في الحال.
وعنه: يلزمه القيمة لبقية الخدمة.

وعنه: لا، وهي أصح وأوفق لأصوله .

وأما كونه لا يصح على نسخ الكتائب ؛ فلأنها كتب مبدلة منسوخة، وإعانة على
المعصية . و « قد غضب النبي ﷺ حين رأى مع عمر شيئاً استكتبه منها وقال: في شئك
أنت يا ابن الخطاب ؟! ألم أت بها بيضاء نقية؟ ولو كان أخي موسى حياً ما وسعته إلا
اتباعي »^(١).

وكتب الزندقة من باب أولى .

فائدتان:

إحداهما: الوصية كالوقف في ذلك كله . على الصحيح من المذهب . قدمه في
الفروع .

وقيل: من كافر.

وقال في الانتصار: لو نذر الصدقة على ذمية لزمه.

وذكر في المذهب وغيره: يصح للكل . وذكره جماعة رواية.

(١) أخرجه أحمد ٣/٣٨٧ ح ١٥١٩٥.

وذكر القاضي صحتها بحصير وقناديل . وقال في التبصرة: إن وصى لما لا معروف فيه ولا بر ككنيسة أو كُتِب التوراة لم يصح ، وعنه: يصح.

قال: (ولا يصح على نفسه وإن وقف على غيره، واستثنى الأكل منه أو غلته مدة حياته: صح).

ش: أما كون وقف الشخص على نفسه لا يصح ؛ فلأن الوقف تملك إما للرقبة أو المنفعة، وكلاهما لا يصح ؛ لأن الإنسان لا يجوز له أن يملك نفسه من نفسه ، كما لا يجوز أن يبيع ماله من نفسه.

والأصح أنه مصروف لمن بعده في الحال . وهذه إحدى الروايتين، وجزم به الأكثر، وقدمه في الفروع، وهذا مذهب الشافعي .

والثانية: يصح . ذكره في المذهب ظاهر المذهب ، واختاره ابن أبي موسى وابن عقيل وأبو المعالي وأبو العباس .

وفي المغني: قال ابن عقيل: هي أصح ؛ لأنه يصح أن يقف وقفاً عاماً^(١) فينتفع به، كذلك إذا خص نفسه بانتفاعه ، وكشروط غلته له.

ومتى حكم به حاكم^(٢) حيث يجوز له الحكم فظاهر كلامهم: ينفذ حكمه ظاهراً ؛ لأنها مسألة اجتهادية، وهل ينفذ باطنياً؟ فيه خلاف .

وإن وقف على غيره واستثنى كل الغلة أو بعضها، له أو لولده الأكل منه مدة حياته أو مدة معلومة: صح الوقف والشرط . نص عليه واحتج بأنه قال: سمعت ابن عيينة عن ابن طاووس عن أبيه عن حجر المدري: « أن في صدقة رسول الله ﷺ أن يأكل أهله منها بالمعروف » .

وشرط عمر أكل الوالي عليها، وكان هو الوالي عليها ، وفعله جماعة من الصحابة . قال القاضي: يصح الوقف رواية واحدة ؛ لأن أحمد نص عليها في رواية جماعة ، وبذلك قال أبو يوسف .

وقيل: لا يصح الوقف ؛ لأنه إزالة ملك، فلم يجز اشتراط نفعه لنفسه كالبيع. وبه

(١) زيادة من المغني ١٩٧/٦ .

(٢) زيادة من الإنصاف ١٨/٧ .

قال مالك والشافعي .

وقيل: لا يصح شرطه . فإن صح فمات^(١) في أثناء المدة كان لورثته ويصح إيجارها .

فائدة: لو وقف على الفقراء ثم افتقر: أبيع له التناول على الصحيح من المذهب ونص عليه في رواية المروزي . قال الحارثي: هذا الصحيح . قال في الفروع: شمله في الأصح .

وقيل: لا يباح له ذلك، وهو احتمال في التلخيص .

قال في القواعد الأصولية: والظاهر أن محل الخلاف في دخوله إذا افتقر، على قولنا أن الوقف على النفس يصح .

وأما على القول بأنه لا يصح فلا يدخل في العموم إذا^(٢) افتقر جزماً ؛ لأنه لا يتناول بالخصوص، فلا يتناول بالعموم بطريق الأولى.

وأما إذا وقف داره مسجداً، أو أرضه مقبرة، أو بئر^(٣) ليستقي منها المسلمون، أو بنى مدرسة لعموم الفقهاء أو لطائفة منهم ، أو رباطاً للصوفية ونحو ذلك مما يعمّ: فله الانتفاع كغيره.

قال الحارثي: له ذلك من غير خلاف.

فصل [شروط الموقوف عليه]

قال: (ويشترط في غير الجهة: أن يكون على معين يملك، لا ملك وحيوان وقف وحمل).

ش: أما كون الوقف يشترط لصحته في غير الجهة: أن يكون على معين يملك ؛ فلأن الوقف تمليك للعين أو المنفعة. فلا يصح على مجهول، كرجل ومسجد؛ لأنه تمليك أشبه

(١) في الأصل: كان. وانظر المبدع ٣٢٢/٥.

(٢) في الأصل: إذ. وانظر الإنصاف ١٩/٧.

(٣) في الأصل: بئراً. وانظر الإنصاف ، الموضع السابق.

البيع، ولا على مَلَك وحيوان وقن وحمل لعدم ملكهم. والجن والميت كذلك .
ولا يصح الوقف على العبد وهو القن على الصحيح من المذهب مطلقاً، نص عليه
وعليه جماهير علمائنا . قال في القواعد الفقهية: الأكثرون على أنه لا يصح الوقف على
العبد على الروایتين لضعف ملكه . وجزم به في المغني وغيره وقدمه في الفروع وغيره.
وقيل: يصح إذا قلنا يملك .

ولا يصح الوقف على أم الولد على الصحيح من المذهب وعليه علمائنا . واختار
الحارثي الصحة . وقال أبو العباس: يصح الوقف على أم ولده بعد موته. وإن وقف على
غيرها على أن ينفق عليها مدة حياته ، أو يكون الربع لها مدة حياته: صح، فإن استثناء
المنفعة لأم ولده كاستثنائها لنفسه.

ولا يصح الوقف على المكاتب على الصحيح من المذهب، وعليه أكثر علمائنا وقطع
به في المغني والشرح وغيرهما . وقيل: يصح ، واختاره الحارثي، وأطلقهما في الحرر
والفروع وغيرهما .

ولا يصح على الحمل وهو المذهب، وعليه جماهير علمائنا، وقطع به كثير منهم ،
منهم صاحب الهداية والمستوعب وغيرهما . وصحح ابن عقيل جواز الوقف على الحمل
ابتداء ، واختاره الحارثي.

قال في الفروع: ولا يصح على حمل بناء على أنه يملك إذنٌ أو أنه لا يملك. وفيهما
نزاع.

تنبيه: إيراد المصنف في منع الوقف على الحمل: يختص بما إذا كان الحمل أصلاً في
الوقف. أما إذا كان تبعاً بأن وقف على أولاده ، أو أولاد فلان وفيهم حمل ، أو انتقل
إلى بطن وفيهم حمل فيصح بلا نزاع . لكن لا يشاركونهم قبل ولادته على الصحيح من
المذهب نص عليه. قال في القاعدة الرابعة والثمانين: هو قول القاضي والأكثرين ، وجزم
به الحارثي وغيره.

وقال ابن عقيل: يثبت له استحقاق الوقف في حال كونه حملاً، حتى^(١) صح
الوقف على الحمل ابتداء كما تقدم. وأفتى أبو العباس باستحقاق الحمل من الوقف

(١) في الأصل: حين، وانظر القواعد ١٨٣، والإنصاف ٢٢/٧.

أيضاً.

فائدة: لو قال: وقفت على من سيولد لي ، أو من سيولد لفلان لم يصح على الصحيح من المذهب وعليه جماهير علمائنا . وجزم به القاضي في خلافه وغيره، وقدمه في الفروع وغيره، وصححه الموفق في المغني وغيره. ذكره الموفق في مسألة الوصية لمن^(١) تحمل هذه المرأة . وقال الجحد: ظاهر كلام أحمد صحته ورده ابن رزين .

تنبيه: قول المصنف: «وقن» والذي رأيته في النسخ كلها: «وقير» بقاف وباء وراء، ولعله سبق قلم . ولم أر أحداً قال كما في النسخ والذي رأيته في الرعاية الصغرى «قن» . وقال في الفائق في الوقف: ولا تصح على قطاع الطريق ولا حمل ولا قن . نص عليه .

وقال في باب الموصى له: الوصية لمسجد أو مكان بني أو عالم أو صالح أو طريق أو نهر أو فرس حبيس صحيحة مصروفة في مصالح ذلك .

وقال في الرعاية: وإن وصى لمسجد أو مكان بني أو عالم أو صالح أو نهر أو طريق أو فرس حبيس أو كلب صيد ونحوه صرفه الحاكم في مصالحها.

قال: (ولا يشترط قبوله ولا إخراج عنه يده).

ش: أما كون القبول في الوقف لا يشترط إذا كان على آدمي معين - كزيد وعمرو وما أشبههما - ؛ فلأنه أحد أنواع الوقف، فلم يشترط فيه القبول ، كما لو وقف على غير معين .

ولأنه إزالة ملك لا يباع ولا يوهب . فلم يشترط فيه القبول ؛ كالتعق. وهذا أحد الوجهين صححه في التصحيح، وجزم به في المنور، وقدمه في الكافي والمحرر والفروع.

والثاني: يشترط . قال في المذهب والخلاصة: يشترط في الأصح . قال الناظم: هذا

أقوى . وقدمه في الهداية والمستوعب وغيرهما . قال أبو العباس: أخذ الرّيع قبول .

وأما إذا كان على غير آدمي معين؛ كالمساجد والقناطر وما أشبه ذلك فلا^(٢)

يشترط ؛ لأن القبول لا يتصور في ذلك . ولو اشترط القبول لامتنع صحة الوقف فيه.

(١) في الأصل: فيمن. وانظر الإنصاف ٢٣/٧.

(٢) في الأصل: لا.

فعلى الأول والفرق: أن الوقف لا يختص المعين، بل يتعلق به حق من يأتي من البطون في المستقبل، فيكون الوقف على جميعهم، إلا أنه مرتب فصار كالوقف على الفقراء .

قال ابن منجى: وهذا الفرق موجود بعينه في الهبة . والأشبه: أن يبنى ذلك على الملك هل ينتقل إلى الموقوف عليه أم لا؟ فعلى هذا لا يبطل بالرد كالتعق .

وعلى الثاني فإن لم يقبله أو رده بطل في حقه ؛ لأنه تمليك لم يوجد شرطه أشبه الهبة ، لكن اختلفوا فيما إذا ردّ ثم قبل، هل يعود أم لا ؟ قاله أبو العباس . ولا يبطل في حق غيره ؛ لأن المبطل وجد في الأول فاخص به وصار كالوقف المنقطع الابتداء، يخرج في صحته في حق من سواه وبطلانه^(١) وجهان مبنيان على تفريق الصفة، والأصح صحته لتعذر استحقاقه .

وأما كون الوقف لا يشترط إخراجه عن يد الواقف ؛ فلأن الوقف تبرع بمنع البيع والهبة والميراث . فلزم بمجرده ؛ كالتعق .

فعلى هذا إذا تلفّظ بالوقف بشرطه لزم وإن لم يُخرجه عن يده . وهذا إحدى الروايتين، وهو المذهب وعليه الجمهور . قال الموفق وغيره: هذا ظاهر المذهب ، واختاره القاضي وأصحابه، وجزم به في الخلاصة، وقدمه في المحرر والفروع وغيرهما .

والثانية: لا يلزم إلا بالقبض وإخراج الوقف عن يده . اختارها ابن أبي موسى . وقاله محمد بن الحسين ؛ لأنه تبرع بمال، لم يُخرجه عن المالية، فلم يلزم بمجرده كالهبة . فلو شرط نظره له سلمه ليد غيره ثم ارتجعه . وأجيب بالفرق فإنها تمليك مطلق، والوقف تحييس الأصل وتسبيل المنفعة، فهو بالتعق أشبه فألحاقه به أولى .

وعلم منه أن الخلاف في لزوم الوقف وظاهر كلام الأكثر وصرح في الهداية أنه في الصحة ، ولعله ظاهر المتن للموفق في المقنع .

(١) في الأصل: وبطلانه . وانظر المبدع ٣٢٥/٥ .

قال: (ولا يصح توقيته، ولا تعليقه على شرط).

ش: أما كون الوقف لا يصح توقيته بأن يجعل له مدة كقوله: وقفت هذه الدار سنة ونحو ذلك ؛ فلأنه إخراج مال على سبيل القرية، فلم يصح مؤقتاً كالتعق. هذا المذهب . قال ابن منجي: هذا المذهب، وصححه في النظم والتلخيص وقدمه في الفروع وغيره . ويحتمل أن يصح، ويصرف بعدها مصرف المنقطع -يعني منقطع الانتهاء- وهو وجه . ذكره أبو الخطاب وغيره.

وأطلقهما في المحرر والشرح وغيرهما .

وقيل: يصح ويلغو توقيته .

فائدة: لو وقف على ولده سنة ، ثم على زيد سنة ، ثم على عمرو سنة ، ثم على المساكين: صح؛ لاتصاله ابتداء وانتهاء.

وكذا لو قال: وقفت على ولدي مدة حياتي ، ثم على زيد ، ثم على المساكين: صح.

وأما كونه إذا علق الوقف على شرط؛ مثل أن يقول: إذا قدم فلان فداري وقف: لا يصح ؛ فلأنه عقد يبطل بالجهالة، فلم يصح تعليقه على شرط مستقبل كالبيع. وهذا أحد الوجهين.

والثاني: يصح ؛ لأنه إخراج مال على سبيل القرية، فصح معلقاً بشرط كالتمديد . فإذا علق الوقف على الموت فهل يصح على الأول ؟ فيه وجهان : أحدهما: يصح في الثلث كالوصية به. ذكره الخرقى ؛ لأنه تبرع مشروط بالموت فكان وصية، كما لو قال: إذا مت فهذا صدقة للمساكين وجعله القاضي وأبو الخطاب كالتعليق على شرط في الحياة ؛ لأنه تعليق فيهما بصورة واحدة فلا فرق .

قال: (وإن وقف على جهة تنقطع وسكت عن المصرف بعدهم ، أو على من يصح ثم على من لا يصح ، أو قال: وقفت وسكت: صحَّ وقفاً على ورثة الواقف نسباً، كالإرث بعد فناء من صح عليه).

ش: أما كون الوقف يصرف في المواضع المذكورة بعد فناء من يجوز الوقف عليه إلى

ورثة الواقف؛ فلأنهم^(١) الذين صرف الله إليهم ماله بعد موته واستغناؤه عنه، فكذلك تصرف إليهم^(٢) صدقته التي لم يعين لها مصرفاً، وهذا إحدى الروايتين، وهو المذهب. قال في الكافي: هذا أظهر الروايتين، وقدمه في الفروع وغيره. فعليها: يقسم على قدر إرثهم، جزم به في الفروع وغيره. قال الحارثي: قاله الأصحاب.

قال القاضي: فلبنت مع الابن الثلث، وله الباقي وللأخ من الأم مع الأخ للأب السلس، وله ما بقي.

وإن كان جد وأخ: قاسمه. وإن كان أخ وعم: انفرد به الأخ. وإن كان عم وابن عم: انفرد به العم.

وقال الحارثي: وهذا يختص بمن يرث من الأقارب في حال دون حال وتفضيل البعض على بعض. وهو كما لو وقف على أقاربه لما قالوا فيه بهذا التخصيص والتفضيل.

وكذا لو وقف على أولاده أو أولاد زيد، لا يفضل فيه الذكر على الأنثى، وقد قالوا هنا: إنما ينتقل إلى الأقارب وقفاً.

فظاهر كلامه: أنه مال إلى عدم المفاضلة. قال في الفائق: وعنه في أقاربه - ذكرهم وأنثاهم - بالسوية ويختص به الوارث.

والأخرى: يصرف إلى أقرب عصبته؛ لأنهم أحق أقاربه ببره؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «ابدأ بمن تعول أمك وأباك وأختك وأخاك، ثم أدناك أدناك»^(٣) رواه النسائي.

فيحتمل أن يكون ملكاً لهم، وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى. وظاهر كلام الخرقى عكسه.

والمذهب: أنه يكون وقفاً عليهم^(٤)؛ لأن الملك زال عنه بالوقف، فلا يعود ملكاً

(١) في الأصل: فلأنه. وانظر المتع ١٢٨/٤.

(٢) زيادة من المتع، الموضع السابق.

(٣) أخرجه النسائي في الزكاة، باب أيتهما اليد العليا؟ ٦١/٥ ح ٢٥٣٢.

(٤) في الأصل: عليهما. وانظر المبدع ٣٢٦/٥.

لهم . وعنه: ملكاً . ويحتمله كلام الخرقى في الورثة .

وهل يختص به فقراؤهم؟ على وجهين:

أحدهما، وهو ظاهر كلام الإمام أحمد والخرقي والمجد: أنه لا يختص بهم بل يشمل الفقير والغني منهما ؛ لأنه لو وقف على أولاده شملهما فكذا هنا ، وهو ظاهر كلام المصنف.

والثاني، واختاره القاضي في الروايتين: أنه يختص الفقراء منهم؛ إذ الصدقة بالوقف البر والصلة، والفقراء أولى بهذا المعنى من غيرهم . ونص على أنه يصرف في مصالح المسلمين . وقال القاضي في موضع وهو الجامع الصغير، والشريف أبو جعفر، وإليه ميل الموفق وهو رواية: يكون وفقاً على المساكين.

قال في الشرح: وهذا أعدل الأقوال ؛ لأنهم أعم جهات الخير ومصرف الصدقات وحقوق الله من الكفارات ونحوها .

فإن كان للواقف أقارب مساكين كانوا أولى به استجباً كصلاته.

وحيث يصرف إلى الأقارب فانقرضوا، أو لم يوجد له قريب: فإنه يصرف لبيت المال . نص عليه في رواية أبي طالب، وقطع به أبو الخطاب والمجد ؛ لأنه لا مستحق له . وقال الأكثر: يرجع إلى الفقراء والمساكين؛ إذ القصد بالوقف الصدقة الدائمة ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «أَوْ صَدَقَةٌ جَارِيَةٌ»^(١) .

وقال ابن أبي موسى: يباع ويجعل ثمنه للمساكين.

والمنصوص عن أحمد في رواية حرب وغيره: أنه يعود إلى ورثة الموقوف عليه. وظاهر كلامه: أنه يعود إليهم إرثاً لا وقفاً، وبه جزم الخلال في الجامع الكبير. قاله الشيخ زين الدين في قواعده.

وعنه: يرجع إلى ملك واقفه الحي . قال ابن الزاغوني في الواضح: الخلاف في الرجوع إلى الأقارب، أو إلى بيت المال، أو إلى المساكين، يختص بما إذا مات الواقف. أما أن يكون حياً فانقطعت الجهة فهل يعود الوقف إلى ملكه أو إلى عصبته ؟ فيه روايتان.

وظاهر المتن للموفق: أن المسائل الثلاث على سَنَنٍ واحد، وأن الخلاف فيها . وفي

(١) سبق تخريجه ص: ٣٤٨.

الشرح: إذا قال: وقفت وسبلت أو صدقة موقوفة أنه لا نص فيها. وقال ابن حامد: يصح، وهو قياس قول أحمد في النذر المطلق فإنه ينعقد موجباً للكفارة .

وفي الفروع والمحزر: إذا قال: وَقَفَ ولم يزد . وقال القاضي وأصحابه: أنه يصرف في وجوه البر .

وفي عيون المسائل: فيها وفي تصدقت به لجماعة المسلمين . وفي الروضة: إن قال: وَقَفَ صح في الصحيح عندنا.

تبييه: للوقف أربعة أحوال: متصل الابتداء والانتهاء، ولا إشكال في صحته . منقطع الانتهاء، وهو صحيح في الأصح . منقطع الابتداء متصل الانتهاء . متصل الابتداء والانتهاء منقطع الوسط والمذهب صحتهما .

وقيل: بالبطالان بناء على تفريق الصفقة.

مسألة: لو وقف على الفقراء ثم على ولده: صح لهم دونه . وقيل: وعليه كما لو وقف على فقراء بلد معينين.

فصل

قال: (ويعلمك الموقوف عليه الوقف وثمائه ونفعه دون وطء الأمة الموقوفة، ولا حد ولا مهر، وولده حر يشترى بقيمته مقامه، وتصير أم ولد يشترى بقيمتها من تركته مثلها، ويؤزج الجارية ويأخذ مهرها، وولدها منه أو من زنا وقف معها، ومن شبهة قيمة الولد والمهر على الواطي، وعلى الموقوف عليه أرض حناية الوقف).

ش: أما كون الموقوف عليه يملك الوقف على المذهب ؛ فلأن الوقف سبب يزيل التصرف في الرقبة بملكه المنتقل إليه كالهبة والوصية ، إلا أن يكون مما لا يملك كالمسجد ونحوه فإن الملك فيه ينتقل إلى الله تعالى .

وعنه: لا يملك الموقوف عليه ويكون ملكاً لله تعالى، وهي اختيار ابن أبي موسى ؛ لأنه إزالة ملك عن العين والمنفعة على وجه القرية بتمليك المنفعة . فلم ينتقل إلى صاحبها كالتعق ؛ لأنه لو انتقل إليه لافتقر إلى قبوله كسائر الأملاك.

وعنه: أنه باق على ملك الواقف؛ لقوله: إن شئت حبست أصلها وتصدقت بثمنها.
ولأنه لا يوجب زوال الملك عنه فيلزمه الخصومة فيه.
والأول أولى؛ لأنه سبب لم يخرج به الملك عن المالة فوجب أن ينتقل إليه؛ كالهبة والبيع. وفارق العتق من حيث إنه إخراج عن حكم المالة.
ولأنه لو كان تمليكاً للمنفعة المجردة لم يلزم؛ كالعارية والسكنى.
وقول أحمد: أنهم لا يملكون محمولاً على أنهم لا يملكون التصرف في الرقبة جمعاً بينهما. لا يقال عدم ملكه التصرف فيها يدل على عدم ملكه لها؛ لأنه ليس بلازم بدليل أم الولد. فإنه يملكها، ولا يملك التصرف في رقبتها.
ويملك صوفه ولبنه وثمرته ونفعه غير المستثنى بغير خلاف نعلمه؛ لأنه نماء ملكه.
قاله في الشرح.

ومقتضاه: أنه مبني على الملك في شيء فيستوفيه بنفسه وبالإجارة والإعارة ونحوها، إلا أن يعين في الوقف غير ذلك.

وينبني على الخلاف: ما إذا كان الموقوف ماشية، فإنه لا تجب زكاتها على الثانية والثالثة لضعف الملك أو انتفائه، ووجبت على الموقوف عليه في ظاهر كلامه، واختاره القاضي في التعليق والمجد.

وقيل: لا تجب لضعف الملك. اختاره في التلخيص.

والأصح: يخرج المعين فطرته على الأولى، كعبد اشترى من غلة الوقف لخدمة الوقف [فإن الفطرة تجب قولاً واحداً]^(١) لتمام التصرف فيه. ذكره أبو المعالي.

والخلاف فيما يقصد به تملك الربيع. أما المسجد والمقبرة فلا خلاف أنه ينقطع عنه اختصاص الآدمي، ونسبة ذلك الربط والمدارس.

وأما كون الموقوف عليه ليس له وطء الجارية الموقوفة؛ فلأنه لا يؤمن حبليها فتنقص قيمتها أو تتلف، أو تخرج من الوقف بأن تبقى أم ولد، فإن فعل فلا حد عليه للشبهة، ولا مهر عليه؛ لأنه لو وجب لوجب له، ولا يجب للإنسان شيء على نفسه، وإن ولدت فولده حر؛ لأنه من وطء شبهة يشترى بقيمته مقامه أي عبداً؛ لأنه فوت رقه.

(١) زيادة من الإنصاف ٤٥/٧.

ولأن القيمة بدل عن الوقف . فوجب أن ترد في مثله، وتصير أم ولد له ؛ لأنه أحبلها بحر في ملكه.

وإن قلنا: لا يملكها لم تصر أم ولد له. صرح به في المغني والشرح؛ لأنها أجنبية، وتصير معه كأم الولد يشتري بقيمتها من تركته مثلها ؛ لأنه أتلّفها على من بعده من البطون تكون وقفاً . هذا المذهب قدمه في الفروع والرعاية.

وقيل: تصرف قيمتها للبطن الثاني إن تلقى الوقف من واقفه . ذكره في الرعاية والفروع وقال: فدل على خلاف.

وقال في المجرد والمغني وغيرهما: البطن الثاني يتلقونه من واقفه لا من البطن الأول، وصححه الطوفي في قواعده، فلهم اليمين مع شاهدهم لثبوت الوقف مع امتناع بعض البطن الأول منها.

قال في الفائق: وهل يتلقى البطن الثاني الوقف من البطن الذي قبله أو من الواقف ؟ فيه وجهان.

وأما كون الموقوف عليه له تزويج الجارية في الأصح ؛ فلأنه عقد على منفعتها فملكه الموقوف عليه كالإجارة.

والثاني: لا يجوز تزويجها ؛ لأنه عقد على منفعتها في العمر فيفضي إلى تفويت منفعتها في حق من يأتي من البطون، وهذا الخلاف مبني على الملك .

وعلى الثانية: ليس له أن يزوجه . وإن قلنا: هو ملك لله فيزوجها حاكم .

وعلى الثالثة: يزوجه الواقف . قاله الزركشي وابن رجب في قواعده والحارثي ، لكن إذا زوج الحاكم اشترط إذن الموقوف عليه . قاله في التلخيص وغيره وهو واضح، وكذا إذا زوجها الواقف . قاله الزركشي من عنده ، وطرده الحارثي في الواقف والناظر إذا قيل بولايتهما .

وقيل: لا يجوز تزويجها بحال إلا إذا طلبته وهو وجه في المغني . قال في الرعاية: ويحتمل منع تزويجها إن لم تطلبه.

وأما كونه يأخذ مهرها ؛ فلأنه بدل المنفعة ، وهو يستحق المنفعة كالأجرة ويأخذ

ولدها وقفاً^(١) معها إذا ولدت من الزوج أو من الزنا ؛ لأن ولد كل ذات رحم حكمه حكمها كأم الولد والمكاتبه.

ويحتمل أن يملكه ؛ لأنه من نملها . كثمره الشجرة .

فرع: إذا طلبت التزويج لزمه إجابتها ؛ لأنه حق لها طلبته فتعينت الإجابة، وما فات من الحق به يفوت نفعاً فلا يصلح أن يكون مانعاً كغير الموقوفة.

وأما كون الولد حراً ؛ فلأنه من وطء شبهة. ولاعتقاد أنه وطئ في ملك وإن كان عبداً .

وظاهره: أنه إذا وطئها مكرهة أو مطاوعة فعليه الحد لانتفاء الشبهة وعليه قيمة الولد؛ لأن رقه فات بسبب من جهته؛ وهو اعتقاد الحرية، وتعتبر قيمته يوم وضعه حياً ؛ لأنه لا يمكن تقويمه قبل ذلك . ويكون الولد وقفاً معها تبعاً لها، وعلى الواطئ المهر يؤخذ منه لأهل الوقف ؛ لأنه وطئ جاريتهم في غير ملك أشبه الأمة المطاوعة .

ولأنه عوض المنفعة وهي مستحقة لهم، وإن تلفت فعلى المثل، سواء كان أجنبياً أو الواقف قيمتها ؛ لأنه إتلاف حصل في مستحق الغير. فوجب القيمة ؛ كما لو أتلّف غير الوقف . وكذا إن كان المثل الموقوف عليه ؛ لأنه لا يملك التصرف في الرقبة إنما له المنفعة.

وأما كون الموقوف عليه عليه أرش جناية الوقف ؛ فلأنه ملكه ولا يمكن تعلقها برقبته ؛ لأنه لا يجوز بيعه فتعين أن يكون على الموقوف عليه.

قال ابن منجا: على المذهب وحزم به الشيخان. ومرادهم: إذا كان معيناً ولا يلزمه أكثر من قيمته كأم الولد ، ويحتمل أن يكون في كسبه كما لو لم يكن معيناً كالوقف على المساكين ؛ لأنه ليس له مستحق متعين يمكن إيجاب الأرض عليه .

والمذهب إن قلنا هو ملك لله تعالى فالأرض في كسبه لتعذر تعلقه برقبة لكونه لا يباع وبالموقوف عليه لكونه لا يملكه .

وقيل: هو في بيت المال . وحكاة في التبصرة رواية كأرض جناية الحر المعسر، وضعفه في المغني بأن الجناية إنما تكون في بيت المال في صورة تحملها العاقلة عند عدمها

(١) في الأصل: وقف.

وجناية العبد لا تحملها.

تنبيه: لم يتعرض المؤلف إذا جنى جناية موجبة للقود والقطع به يجب ، فإن قتل يبطل الوقف لا بقطعه، ويكون باقيه وفقاً كثلغه بفعل الله تعالى ، فإن قتل فالظاهر لا يجب القود كعبد مشترك وتجب القيمة ، وليس للموقوف عليه العفو عنها ؛ لأنه يختص بها، ويشري بها مثلها تكون وفقاً. ويتوجه اختصاص الموقوف عليه بها إن قلنا يملكه، وإن قطع طرفه فللعبد القود.

وإن عفى فأرشه يصرف في مثله، وفي الترغيب احتمال كنفعه كجناية بلا تلف طرف، ويعاياً بمملوك لا مالك له وهو عبد وقف على خدمة الكعبة . قاله ابن عقيل في المنثور.

قال: (وإذا وقف على ثلاثة ثم على الفقراء، فمن مات من الثلاثة فحقه لمن بقي منهم).

ش: أما كون ما ذكر يرجع إلى من بقي من الثلاثة ؛ فلأن من بقي من الثلاثة من الموقوف عليهم أولاً، وعوده إلى الفقراء مشروط بانقراض الثلاثة ؛ لأنه رتب الاستحقاق بلفظ «ثم» التي هي للترتيب، فيكون استحقاق الفقراء متأخراً عن استحقاق الثلاثة فلو وقف على ثلاثة ولم يذكر له مالاً فمن مات منهم فحكم نصيبه حكم المنقطع كما لو ماتوا جميعاً . قاله الحلواني واختار في القواعد أنه يصرف إلى الباقي وهو أظهر.

فوائد:

منها: لو وقف على أولاده، ثم على أولادهم، ثم على الفقراء، فالصحيح من المذهب: أن هذا ترتيب جملة على مثلها، لا يستحق البطن الثاني شيئاً قبل انقراض الأول . قدمه في الفروع والفائق.

قال في القاعدة الثالثة عشر بعد المائة: هذا المعروف عند الأصحاب. وهو الذي ذكره القاضي وأصحابه، ومن اتبعهم. فيكون من باب توزيع الجملتين على الجملة. وقيل: ترتيب أفراد. يستحق الولد نصيب أبيه بعده. فهو من ترتيب الأفراد بين كل شخص وأبيه. اختاره أبو العباس وصاحب الفائق.

قال في الانتصار عند شهادة الواحد بالهلال: إذا قوبل جمع بجمع: اقتضى مقابلة المفرد منه بالمفرد لغة.

قال أبو العباس: فعلى هذا الأظهر استحقاق الولد، وإن لم يستحق أبوه.
وقال: الأظهر أيضاً فيمن وقف على ولديه نصفين، ثم على^(١) أولادهما، وأولاد أولادهما وعقبهما بعدهما بطناً بعد بطن: أنه ينتقل نصيب كل واحد إلى ولده، ثم ولد ولده.

وقال: من ظن أن الوقف كالإرث؛ فإن لم يكن أبوه أخذ شيئاً لم يأخذ هو، فلم يقله أحد من الأئمة، ولم يدر ما يقول.

ولهذا: لو انتفت الشروط في الطبقة الأولى أو بعضهم: لم تحرم الثانية مع وجود الشروط فيهم إجماعاً، ولا فرق. انتهى.

قال في الفروع: وقول الواقف: «من مات فنصيبه لولده» يعم ما استحقه وما يستحقه مع صفة الاستحقاق استحقه أو لا، تكثريراً للفائدة، ولصدق الإضافة بأدنى ملايسة.

ولأنه بعد موته لا يستحقه.

ولأنه المفهوم^(٢) عند العامة الشارطين ويقصدونه؛ لأنه^(٣) يتيم لم يرث هو وأبوه من الجد.

ولأن في صورة الإجماع ينتقل مع وجود المانع إلى ولده^(٤)، لكن هنا: هل يعتبر موت الوالد؟ يتوجه الخلاف. وإن لم يتناول إلا ما استحقه فمفهوم خرج مخرج الغالب، وقد تناوله الوقف على أولاده ثم أولادهم.

قال في الفروع: فعلى قول شيخنا إن قال: بطناً بعد بطن ونحوه، فترتيب جملة مع أنه محتمل.

(١) زيادة من الإنصاف ٤٦/٧.

(٢) زيادة من الإنصاف ٤٧/٧.

(٣) في الأصل: لا. وانظر الإنصاف، الموضع السابق.

(٤) في الأصل: ولد. وانظر الإنصاف، الموضع السابق.

فإن زاد^(١) الواقف: على أنه إن توفي أحد من^(٢) أولاد الموقوف عليه ابتداء في حياة والده وله ولد، ثم مات الأب عن أولاد لصلبه وعن ولد ولده الذي مات أبوه قبل استحقاقه، فله معهم ما لأبيه لو كان حياً، فهو صريح في ترتيب الأفراد. وقال أبو العباس أيضاً فيما إذا قال: بطناً بعد بطن ولم يزد^(٣) شيئاً: هذه المسألة فيها نزاع.

والأظهر: أن نصيب كل واحد ينتقل إلى ولده، ثم إلى ولد ولده ولا يشاركه. انتهى.

ومنها: لو كان له ثلاثة^(٤) بنين فقال: وقفت على ولدي فلان وفلان، وعلى ولد ولدي، كان الوقف على المسميين وأولادهما وأولاد الثالث، ولا شيء للثالث. ذكره الموفق مختاراً له، وقدمه في الفروع والمغني والشرح ونصره، وهو ظاهر ما قدمه في الفائق، وقواه شيخنا في حواشيه، وصححه الحارثي.

وقال القاضي وابن عقيل: يدخل الابن الثالث. ونقله حرب وقدمه الحارثي فقال: فالمنصوص دخول الجميع.

قال في القاعدة الثانية والعشرين بعد المائة: ويتخرج وجه بالاختصاص بولد من وقف عليهم اعتباراً بآبائهم.

وكذا الحكم والخلاف والمذهب لو قال: وقفت على ولدي فلان وفلان ثم على الفقراء، هل يشمل ولد ولده أم لا؟ وقيل: يشمله هنا. ذكره الموفق احتمالاً من عنده.

ومنها: لو وقف على فلان فإذا انقرض أولاده فعلى المساكين: كان بعد موت فلان لأولاده، ثم من بعدهم للمساكين. اختاره القاضي وابن عقيل وقدمه في الكافي. وقيل: يصرف بعد موت فلان مصرف المنقطع حين ينقرض أولاده، ثم يصرف على المساكين.

(١) في الأصل: أراد. وانظر الإنصاف ٤٧/٧.

(٢) في الأصل: ابن. وانظر الإنصاف، الموضع السابق.

(٣) في الأصل: يزد. وانظر الإنصاف، الموضع السابق.

(٤) في الأصل: ثلاث.

ومنها: لو وقف على أولاده وأولاد أولاده: اشتركوا حالاً. ولو قال فيه: على أنه من توفي عن غير ولد فنصيبه لذوي طبقته كان للاشتراك أيضاً في أحد الوجهين. قال في القواعد: وقد زعم المجدد: أن كلام القاضي في المجرّد يدل على أنه يكون مشتركاً بين الأولاد وأولادهم. ثم يضاف إلى كل واحد نصيب والده بعد موته. قال: وليس^(١) في كلام القاضي ما يدل على ذلك لمن راجعه وتأمله. والوجه الثاني: يكون للترتيب بين كل ولد وأبيه. قال في القاعدة الثالثة عشر بعد المائة: وهو ظاهر كلام أحمد. وذكره وأطلقهما في الفائق.

ولو رتب بقوله: الأعلى فالأعلى، أو الأقرب فالأقرب، أو البطن الأول ثم الثاني فهذا ترتيب جملة على مثلها. لا يستحق البطن الثاني شيئاً قبل انقراض الأول. قاله في المغني والشرح وغيرهما.

قال في التلخيص: وكذا قوله: قرناً بعد قرن.

ولو قال بعد الترتيب بين أولاده: ثم على أنسأهم وأعقابهم، فهل يستحقه أهل العقب مرتباً أو مشتركاً؟ فيه وجهان، وأطلقهما في الفائق.

ولو رتب بين أولاده وأولادهم بـ «ثم» ثم قال: ومن توفي عن ولد فنصيبه لولده، استحق كل ولد بعد موت أبيه نصيبه.

ولو قال: على أولادي ثم على أولاد أولادي، على أنه من توفي منهم عن غير ولد فنصيبه لأهل درجته، استحق كل ولد نصيب أبيه بعده كالتّي قبلها.

قال في الفائق: ذكره الشيخ تقي الدين وغيره. انتهى.

وهما ينزعان إلى أصل المسألة المتقدمة. وقد تقدم كلام أبي العباس فيها.

ولو قال: ومن مات عن ولد فنصيبه لولده فالصحيح من المذهب: أنه يشمل النصيب الأصلي والعائد، مثل أن يكون ثلاثة إخوة، فيموت أحدهم عن ولد، ويموت الثاني عن غير ولد، فنصيبه لأخيه الثالث.

فإذا مات الثالث عن ولد: استحق جميع ما كان في يد أبيه من الأصلي، والعائد إليه

(١) في الأصل: ولأن. وانظر الإنصاف ٤٨/٧.

من أخيه. وقدمه في الفروع.

وقال أبو العباس: يشمل النصيب الأصلي، ويشترك ولد الميت الأول، وولد الميت الثالث في النصيب العائد إلى أخيه؛ لأن والديهما لو كانا حيَّين اشتركا في العائد، فكذا ولدهما.

ولو قال: ومن توفي عن غير ولد: فنصيبه لأهل درجته وكان الوقف مرتباً بالبطون، كان نصيب الميت عن غير ولد: لأهل البطن الذي هو منه.

ولو كان مشتركاً بين أهل البطون: عاد إلى جميع أهل الوقف في أحد الوجهين. والوجه الثاني: يختص البطن الذي هو منه. فيستوي فيه إخوته وبنو عمه وبنو بني عم أبيه؛ لأنهم في القرب سواء. قدمه في النظم، وأطلقهما في المغني والشرح والفروع وغيرهم.

فإن لم يوجد في درجته أحد: فالحكم كما لو لم يذكر الشرط. قاله في الفروع. ولو كان الوقف على البطن الأول، على أن مات عن ولد فنصيبه لولده، وإن مات عن غير ولد: انتقل نصيبه إلى من في درجته. فمات أحدهم عن غير ولد، فقليل: يعود نصيبه إلى أهل الوقف كلهم وإن كانوا بطوناً، وحكم به التقى سليمان. وقيل: يختص أهل بطنه، سواء كانوا من أهل الوقف حالاً أو قوة، مثل: أن يكون البطن الأول ثلاثة، فمات أحدهم عن ابن، ثم مات الثاني عن ابنين. فمات أحد الابنين وترك أخاه وابن عمه، وعمه وابناً لعمه الحي. فيكون نصيبه بين أخيه وابن عمه الميت وابن عمه الحي، ولا يستحق العم شيئاً.

وقيل: يختص أهل بطنه في أهل الوقف المتناولين له في الحال. فعلى هذا: يكون لأخيه وابن عمه الذي مات أبوه، ولا شيء لعمه الحي ولا لولده. أطلقهن في المغني والشرح والفروع وغيرهم.

وقال أبو العباس: ذوو طبقته أحق بعد قوله: بنو عمه ونحوهم، ومن أعلى منه: عمومته ونحوهم. ومن هو أسفل منه: ولده وولد إخوته وطبقتهم، ولا يستحق من في درجته من غير أهل الوقف بحال؛ كمن له أربعة^(١) بنين وقف على ثلاثة وترك الرابع.

(١) في الأصل: أربع.

فمات أحد الثلاثة عن غير ولد: لم^(١) يكن للرابع فيه شيء؛ لأنه ليس من أهل الاستحقاق. قاله علماؤنا.

وإذا شرطه لمن في درجة المتوفي عند عدم ولده: استحقه أهل الدرجة حالة وفاته. وكذا من سيوجد منهم في أصبح الاحتمالين. قال في الفائق: هذا أقوى الاحتمالين.

قال: ورأيت المشاركة بخط الشيخ شمس الدين يعني: الشارح والنووي. قال الشيخ زين الدين بن رجب في قواعده: يخرج فيها وجهان. قال: والدخول هنا أولى. وبه أفتى الشيخ شمس الدين.

قال: وعلى هذا، لو حدث من هو أعلى من الموجودين، وكان في الوقف استحقاق الأعلى فالأعلى: فإنه ينتزعه منهم. قاله في القاعدة السابعة بعد المائة.

ومنها: لو قال: على أولادي، ثم أولادهم الذكور والإناث^(٢)، ثم أولادهم الذكور^(٣) من ولد الظهر فقط. ثم نسلهم وعقبهم، ثم الفقراء على أنه من مات منهم، وترك ولداً وإن سفل: فنصيبه له. فمات أحد الطبقة الأولى، وترك بنتاً، فماتت ولها أولاد فقال أبو العباس: ما استحقته قبل موتها: فهو لهم.

قال في الفروع: ويتوجه لا. انتهى.

ولو قال: ومن مات عن غير ولد وإن سفل: فنصيبه لإخوته ثم نسلهم، وعقبهم عم من لم يعقب ومن أعقب، ثم انقطع عقبه؛ لأنه لا يقصد غيره، واللفظ يحتمله. فوجب الحمل عليه قطعاً. قاله أبو العباس.

قال في الفروع: ويتوجه نفوذ حكمه بخلافه.

ومنها: لو اجتمع صفتان أو صفات في شخص واحد فهو كاجتماع شخصين أو أشخاص. على المشهور من المذهب. فيتعدد الاستحقاق بها، كالأعيان، قاله في القاعدة التاسعة عشر^(٤) بعد المائة.

(١) في الأصل: ولم. وانظر الإنصاف ٥١/٧.

(٢) زيادة من الإنصاف ٥١/٧.

(٣) مثل السابق.

(٤) مثل السابق.

وله نظائر في الوصايا والفرائض والزكاة، فكذلك الوقوف. وأفتى به العلامة ابن رجب أيضاً. ورد قول المخالف في ذلك.

وقيل: لا يتعدد الاستحقاق بذلك.

ومنها: إذا تعقب الشرط جملاً: عاد إلى الكل. على الصحيح من المذهب.

وقد ذكر الموفق في المغني وجهين، في قوله: أنت حرام، والله لا أكلمك إن شاء الله. انتهى.

والاستثناء كالشرط. على الصحيح من المذهب. نص عليه.

وقيل: لا. وقيل: والجمل من جنس كالشرط.

وكذا مخصص: من صفة، وعطف بيان، وتوكيد، وبدل، ونحوه، والجار والمجرور،

نحو: على أنه، أو بشرط أنه، ونحو ذلك كالشرط، لتعلقه بفعل لا باسم^(١).

قال أبو العباس: وعموم كلامهم: لا فرق بين العطف بواو وفاء وثم. وذلك كما

تقدم. ذكر ذلك ابن عقيل وغيره.

ومنها: لو وجد في كتاب وقف أن رجلاً وقف على فلان وعلى بني بنيه. واشتبه:

هل المراد ببني بنيه جمع ابن، أو بني بنته واحد البنات؟

فقال ابن عقيل في الفنون: يكون بينهما عندنا لتساويهما، كما في تعارض البنات.

قال أبو العباس: ليس هذا من تعارض البيتين، بل هو بمنزلة تردد البينة الواحدة. ولو

كان من تعارض البيتين فالقسمة عند التعارض رواية مرجوحة، وإلا فالصحيح: إما

التساقط وإما القرعة. فيحتمل أن يقرع هنا، ويحتمل أن يرجح بنو البنين؛ لأن العادة أن

الإنسان إذا وقف على ولد بنته^(٢) لا يخص منهما الذكور، بل يعم أولادهما، بخلاف

الوقف على ولد الذكور. فإنه يخص ذكورهم كثيراً^(٣)، كأبائهم.

ولأنه لو أراد ولد البنت لسماها باسمها، أو لشرك بين ولدها وولد سائر بناته.

قال: وهذا أقرب إلى القول.

(١) في الأصل: يتم. وانظر الإنصاف ٥٢/٧.

(٢) في الأصل: بنيه. وانظر الإنصاف ٥٢/٧.

(٣) في الأصل: كثير.

وأفتى أيضاً رحمه الله فيمن وقف على أحد أولاده وله عشرة أولاد وجهل اسمه: أنه يميز بالقرعة.

فصل في شروط الواقف

قال: (ويجب العمل بشرط الواقف في الجمع والتسوية، والتقديم وحيد ذلك، واعتبار وصف وعدمه، والترتيب وغير ذلك، والنظر، فإن أطلق ولم يشترط استوى المعنى والذكر وصدهما، والنظر للموقوف عليه).

ش: أما كونه يجب العمل بشرط الواقف في جميع ما تقدم ذكره ؛ فلأن الوقف متلقى من جهته . فاتبع شرطه.

ولأن عمر رضي الله عنه وقف وشرط فيه شروطاً، ولو لم يجب اتباع الشرط لم يكن في اشتراطه فائدة.

و « لأن ابن الزبير وقف على ولده ، وجعل للمردودة من بناته أن تسكن غير مضرّة ولا مضرٍ بها . فإذا استغنتُ بزوجٍ فلا حق لها فيه »^(١).

فعلى هذا : معنى الجمع : أن يقف على أولاده وأولاد أولاده ونسلهم وعقبهم .

ومعنى التسوية : أن يقف على أولاده بينهم بالسوية .

ومعنى التقديم: أن يقف على أولاده مثلاً ، ويقول: يقدم الأفقه منهم ، أو الأدين ، وما أشبه ذلك.

ومعنى التأخير : أن يقول : لولد بني فلان كذا بعد أخذ ولدي فلان كذا^(٢).

ومعنى اعتبار وصف وعدمه : ما تقدم من قصة ابن الزبير في بناته ، وليس هو تعليق للموقف بصفة بل وقف مطلق والاستحقاق له صفة . فلو شرط أن يخرج من شاء منهم ويدخل من شاء من غيرهم لم يصح هنا ؛ فلأنه مقتضاه، لا قوله : يعطي من شاء ويمنع

(١) ذكره البخاري معلقاً في الوصايا، باب إذا وقف أرضاً أو بئراً واشترط لنفسه مثل دلاء المسلمين ١٠٢١/٣.

وأخرجه الدارمي في الوصايا، باب في الوقف ٢٨٩/٢ ح ٣٢٩٥.

(٢) زيادة من الممتع ١٣٩/٤.

من شاء لتعليقه استحقاقه بصفة كما لو وقفه على المشتغلين بالعلم من ولده فإنه يستحقه المشتغل دون غيره . فمن ترك الاشتغال زال استحقاقه فإن عاد إليه عاد استحقاقه . ذكره في المغني والشرح .

وقال الحارثي: العرف لا يتجه .

وقال أبو العباس: [كل متصرف بولاية إذا قيل له يفعل ما يشاء]^(١) فإنما هو بمصلحة شرعية حتى لو صرح الواقف بما يهواه أو يراه مطلقاً فشرط باطل لمخالفة الشرع وكشرطه تغيير شرط.

ومعنى الترتيب: أن يجعل استحقاق بطن مرتباً على غيره وله ألفاظ:

أحدها: أن يقف على أولاده ثم أولادهم ثم أولاد أولادهم.

الثاني: أن يقف على أولاده وإن نزلوا : الأعلى فالأعلى ، أو الأقرب فالأقرب ، أو الأول فالأول.

الثالث: أن يقف على أولاده . فإذا انقضىوا فعلى أولاد أولاده.

ومعنى النظر: أن يقول: فلان الناظر . فإن مات ففلان؛ لأن عمر جعل وقفه إلى حفصة تليه ما عاشت ثم يليه ذو الرأي من أهلها.

ولأن مصرف الوقف يتبع فيه شرط الواقف وكذا في نظره . وشرطه: أن يكون مكلفاً ثقة كافياً في ذلك خبيراً به قوياً^(٢) عليه، فإن جعله لغيره لم يعزله بلا شرط، وإن شرطه لنفسه ثم لغيره صح في الأصح، وإن فوضه لغيره أو أسنده فله عزله . قاله ابن حمدان والحارثي.

وقيل: لا واختاره جمع .

وللناظر التقرير في الوظائف .

وفي الأحكام السلطانية: يقرر في الجوامع الكبار الإمام ، ولا يتوقف الاستحقاق على نصبه إلا بشرط . ولا نظر لغيره معه . أطلقه علماؤنا.

قال في الفروع: ويتوجه مع حضوره، فيقرر حاكم في وظيفة خلت في غيبته. ولو

(١) في الأصل: كل متصرف بولائه إذا فعل ما شاء. وانظر الإنصاف ٥٧/٧.

(٢) في الأصل: قوي.

سبق تولية ناظر غائب قدمت .

والناظر منفذ لما شرطه الواقف ؛ لأنه ثبت بوقفه، فوجب أن يتبع فيه شرطه.
ولأن ابتداء الوقف مفوض إليه فكذا في تفاصيله . فلو شرط أن لا يؤجر أو قدرها
بعدة اتبع.

وقال أبو العباس: إن كان الوقف محتاجاً إلى عمارة لا يحصل إلا بأن يزداد على المدة
المشروطة مدة أخرى، جاز أن يزداد عليها بقدر ما يحتاج إليه فقط؛ مثل أن تكون العمارة
تحتاج إلى استسلاف دراهم لم يحصل من يسلفهم إلا من يستأجر أكثر من هذه المدة،
وأن تكون عمارته مع الخراب ليعمه بما يحصل من الأجرة لا يمكن إلا مع الزيادة، فإنه
يجوز أن تزداد قدر الحاجة؛ فإن عمارة الوقف واجبة، وما لا يتم الواجب إلا به فلا بد
من فعله، وهذا واجب بالشرع والشرط، وهو مقدم على وجوب الوفاء بالمدة المقدرة ؛
لأن مصلحة وجوده ومفسدة عدمه أعظم، والشرعية متعينة بتحصيل المصالح وتكميلها
وتعطيل المفاسد وتقليلها بحسب الإمكان والله أعلم . انتهى.

ولو شرط أيضاً أن لا ينزل فاسق وشرير ومتجوه ونحوه: عمل به . قال في الفروع:
وإلا توجه أن لا يعتبر في فقهاء ونحوهم.

وفي إمام ومؤذن الخلاف. وهو ظاهر كلامهم وكلام شيخنا في موضع . وقال: لا
يجوز أن ينزل فاسق في جهة دينية، كمدرسة وغيرها مطلقاً ؛ لأنه يجب الإنكار عليه^(١)
وعقوبته فكيف ينزل؟ وإن نزل مستحق تنزيلاً شرعياً: لم يجز صرفه بلا موجب
شرعي .

تنبيه: للحاكم النظر العام فيعرض عليه إن فعل ما لا يسوغ .
وله ضم أمين مع تفريطه أو تهمة وكذا مع ضعفه .
ومن ثبت فسقه أو أصر^(٢) متصرفاً بخلاف الشرط الصحيح علماً بتحريمه قدح فيه ،
فأما أن ينزل أو يعزل أو يضم إليه أمين على الخلاف . ثم إن صار هو والوصي أهلاً

(١) زيادة من الإنصاف ٥٦/٧.

(٢) في الأصل: أمر. وانظر الإنصاف ٦٣/٧.

عاد^(١) كما لو صرح به وكالموصوف . ذكره أبو العباس ، وذكر صاحب الفروع في الثالث: أنه لو عزل من وظيفة للفسق ثم تاب لم يعد إليها، وإذا فرط سقط مما له بقدر ما فوته من الواجب .

وإذا أطلق النظر لحاكم المسلمين: شمل أي حاكم . وأفتى جماعة من ذوي المذاهب أنه عند التعدد يكون للسلطان تولية من شاء. ولو فوضه حاكم لم يجز لآخر نقضه . ولو ولي كل منهما شخصاً قَدَّم وليُّ الأمر أحقهما .

فروع: إذا جهل شرط الواقف تساوى فيه المستحقون ؛ لأن الشركة ثبتت ولم يثبت التفضيل، فوجبت التسوية كما لو شرك بينهم بلفظه . ذكره في الكافي، وقيده أبو العباس بما إذا لم يكن عادة قال: لأن العادة المستقرة والعرف المستقر في الوقف يدل على شرط الواقف أكثر مما يدل لفظ الاستفاضة .

وإن أطلق ولم يشترط، أو شرطه لأي إنسان كان فالنظر للموقوف عليه على المذهب ؛ لأنه ملكه وغلته له، فكان نظره إليه كملكه المطلق، فإن كان واحداً استقل به مطلقاً .

وقيل: يضم إلى الفاسق أمين حفظاً لأصل الوقف عن التضييع. فإن كان مولاً عليه قام وليه مقامه ، وإن كانوا جماعة فهو بينهم على قدر حصصهم . ويستثنى منه ما إذا كان الوقف على مسجد أو ما لا يمكن حصرهم فإنه للحاكم ؛ لأنه ليس له مالك معين . وله أن يستنيب فيه ، وقيل: لحاكم البلد . اختاره ابن أبي موسى ؛ لأنه يتعلق به حق الموجودين وحق من يأتي من البطون، وبناءه الموفق، وهو ظاهر المحرر والفروع على الملك.

فإن قلنا: هو للموقوف عليه فالنظر له ؛ لأنه ملك عينه ونفعه ، وإن قلنا: هو لله تعالى فالحاكم يتولاه ويصرفه في مصرفه؛ كالوقف على المساكين . والحاصل: إن كان النظر لغير موقوف عليه وكانت ولايته من حاكم أو ناظر، فلا بد فيه من شرط العدالة . وإن كانت ولايته من واقف وهو فاسق أو عدل ففسق، صح وضم إليه أمين.

ووظيفة ناظر: حفظ وقف، وعمارة، وإيجار، وزراعة، ومخاصمة فيه، وتحصيل ريعه

(١) زيادة من الإنصاف ٦٣/٧.

من أجرة وزرع وثمره، وصرفه في جهاته في عمارة وإصلاح وإعطاء مستحق ونحوه .
 فرع: إذا شرط النظر لاثنتين فأكثر، لم يصح تصرف أحدهما بلا شرط، فإن شرطه لكل منهما صح، فإن شرط لاثنتين من أفاضل ولده فلم يوجد منهما إلا واحد ضم إليه أمين ؛ لأن الواقف لم يرض بنظر واحد . ذكره في الكافي .

وكذا لو جعله لاثنتين فمات أحدهما أو انزل . وينفق على الوقف من غلته إن لم يعين واقف النفقة من غيره ؛ لأن الوقف تحبیس الأصل وتسبیل المنفعة، ولا يحصل ذلك إلا بالاتفاق عليه فكان من ضرورته . فإن لم يكن له غلة فالنفقة على موقوف عليه معين إن كان الوقف ذا روح . فإن كان متعذر الإتفاق بيع وصرف الثمن في عين أخرى تكون وقفاً لمحل الضرورة.

وإن كان على غير معين كالمساكين فالنفقة من بيت المال . فإن تعذر بيع ثم إن كان الوقف عقاراً لم يجب عمارته من غير شرطه، فإن شرطه عمل به .
 وقال أبو العباس: تجب عمارته بحسب البطون، ويقدم عمارته على أرباب الوظائف .

قال أبو العباس: الجمع بينهما حسب الإمكان أولى، بل قد تجب .
 ولو احتاج خان مسبل ، أو دار موقوفة لسكنى حاج ، أو غزاة ونحوهم إلى مرمة أو جرت بقدر ذلك.

فرع: للنظر الاستدانة عليه بلا إذن حاكم، كشرائه للوقف نسيئة أو بنقد لم يعينه.
 قال في الفروع: ويتوجه في قرضه مالا كولي .

قال في الفروع: وإن بنى أو غرس ناظر في وقف توجه أنه له إن أشهد وإلا للوقف . ويتوجه في أجنبي للوقف بنيته. وقال شيخنا: يد الوقف ثابتة على المتصل به ما لم تأت حجة تدفع موجبها، كعرفة كون الغارس غرسها بماله بحكم إجارة أو إعارة أو غصب. انتهى.

وقال في الاختيارات: وليس لأحد أن يبني على الوقف ما يضر فيه اتفاقاً، وكذا إن لم يضر به عند الجمهور.

فوائد:

منها: لو خصص المدرسة بأهل مذهب أو بلد أو قبيلة: تخصصت. وكذلك الرباط والخانقاة والمقبرة. وهذا المذهب. جزم به في التلخيص وغيره، وصححه الحارثي وغيره. وذكر بعض شيوخنا في كتابه احتمالاً بعدم الاختصاص.

وأما المسجد: فإن عين لإمامته^(١) شخصاً تعين. وإن خصص الإمامة بمذهب: تخصصت به، ما لم يكن في شيء من أحكام الصلاة مخالفاً لصريح السنة أو ظاهرها، سواء كان بعدم الاطلاع أو التأويل ضعيف.

وإن خصص المصلين فيه بمذهب، فقال في التلخيص: يختص بهم على الأشبه لاختلاف المذاهب في أحكام الصلاة.

قال الحارثي: وقال غير صاحب التلخيص من متأخري الأصحاب: يحتمل وجهين. وقوى الحارثي عدم الاختصاص.

قال في الفائق: قلت: واختار ابن هبيرة عدم الاختصاص في المسجد بمذهب في الإمام.

قال في الفروع: وقيل: لا تتعين طائفة وقف عليها مسجداً أو مقبرة كالصلاة فيه. وقال أبو الخطاب: يحتمل إن عين من يصلي فيه من أهل الحديث، أو يدرس العلم: اختص. وإن سلم؛ فلائنه لا يقع التزاحم بإشاعته، ولو وقع: فهو أفضل؛ لأن الجماعة تراد له.

وقيل: يمنع التسوية بين فقهاء، كمسابقة.

وقال أبو العباس: قول الفقهاء: نصوص الواقف كنصوص الشارع يعني في الفهم والدلالة، لا في وجوب العمل، مع أن التحقيق أن لفظه ولفظ الموصي، والخالف^(٢)، والناذر، وكل عاقد: يحمل على عادته في خطابه ولغته التي يتكلم بها، وافقت لغة العرب أو لغة الشارع أو لا.

قال: والشروط إنما يلزم الوفاء بها. إذا لم يفض إلى الاختلال بالمقصود الشرعي. ولا

(١) زيادة من الإنصاف ٥٥/٧.

(٢) في الأصل: الوصي في الخالف. وانظر الإنصاف ٥٦/٧، والمبدع ٣٣٣/٥، وكشاف القناع ٢٦٣/٤.

تجوز المحافظة على بعضها مع فوات المقصود.

قال: ومن شرط في القربات: أن يقدم فيها الصنف المفضل: فقد شرط بخلاف شرط الله. كشرطه في الإمامة تقديم غير الأعلم، والناظر منفذ لما شرطه الواقف. انتهى. ومنها: قال أبو العباس: لو حكم حاكم بمحض كوقف فيه شروط ثم ظهر كتاب الوقف غير ثابت: وجب ثبوته، والعمل به إن أمكن. وقال أيضاً: لو أقر الموقوف عليه: أنه لا يستحق في هذا الوقف إلا مقداراً معلوماً. ثم ظهر شروط الوقف أنه يستحق أكثر: حكم له بمقتضى شرط الواقف، ولا يمنع من ذلك الإقرار المتقدم. انتهى.

ومنها: ما نقلت من خط قاضي القضاة محب الدين ابن نصر الله البغدادي الحنبلي ما صورته:

الحمد لله ، قال قاضي القضاة تاج الدين السبكي رحمه الله تعالى ما لفظه: **فائدة:** كثيراً ما يقع شخص يقر بأنه لا حق له في هذا الوقف وأن زيداً هو المستحق دونه ويخرج شرط الواقف مكذباً للمقر ومقتضياً لاستحقاقه فيظن بعض الأغبياء أن المقر يؤخذ بإقراره . والصواب: أنه لا يؤخذ ، سواء علم شرط الواقف وكذب في إقراره أم لم يعلم فإن ثبوت هذا الحق له لا ينتقل فكذبه . انتهى لفظه هنا.

وقال في مكان آخر: مما تعم به البلوى: يعترف شخص بأنه لا حق له في هذا الوقف ثم يتبين بعد تأمل شرائط الواقف أو غيره بأنه مستحق فلا شك عندي في أنه لا يؤخذ باعتزافه السابق فإن الشروط ومدلول ألفاظ الواقفين تخفى كثيراً على العلماء فضلاً عن غيرهم . انتهى . قاله في كتاب الأشباه والنظائر. انتهى ما نقلته .

قلت: ومما يؤيد ما قاله قاضي القضاة تاج الدين: أن شرط صحة الإقرار: كون المقر يملك نقل الملك في العين التي يقر بها ومستحق الوقف لا يملك نقل ملك الوقف فلا يملك الإقرار به ولا يملك نقل الملك في ريعه إلا بعد حصوله في يده فلا يملك الإقرار به قبل قبضه ولا يصح منه، ولو صحح الإقرار به لاتخذ ذلك وسيلة إلى إيجاره مدة مجهولة بأن يأخذ المستحق عوضاً عن وقفه من شخص ويقر له به فيستحقه مدة حياة المقر أو مدة استحقاقه إن كان الاستحقاق يزول عنه بصفة فلا يجوز اعتبار إقرار المستحق

بالوقف ولا بريعه إلا بعد قبضه ولم أزل أفتي بهذا قديماً وحديثاً من غير أن أكون وقفت على كلام قاضي القضاة تاج الدين ولا رأيت فيه كلاماً لغيره ولكني قلته تفقهاً ولا أظن من له نظر تام في الفقه يقول بخلاف ذلك . والله سبحانه أعلم . انتهى .

لكن مما اطلعت عليه من كلام شيخ الإسلام ابن تيمية في أثناء كلام له على مسألة استفتي فيها ما صورته بخطه رحمه الله تعالى ورضي عنه :

فإن قيل: فلو أقرت صفة أنها لا تستحق من هذا الوقف إلا خمساً ونصفاً ثم طلبت فيها بعد خمساً آخر وزعمت أنها إنما أقرت لاعتقادها صحة ما شهد به أهل المحضر ، أو لاعتقادها أن ذلك هو مقتضى شرط الواقف فهل يجب الحكم لها بمقتضى شرط الواقف أو يؤخذ بإقرارها ؟

قيل: بل يجب أن يحكم لها بمقتضى شرط الواقف إذا طلبته ، ولا يمنع من ذلك إقرارها المتقدم لوجوه:

أحدها: أن الإقرار المحكوم بطلانه وجوده كعدمه باتفاق الفقهاء كما لو أقر معلوم النسب أنه ليس ابن فلان وأنه لا يستحق ميراثه وإنما هو ابن فلان ثم طلب ميراث أبيه المعروف فإنه يجب أن يحكم له به ولا يمنع من ذلك اعترافه أنه ليس بأبيه أو اعترافه بأنه لا يستحق إرثه أو لا يستحق إلا ربع إرثه أو ثلث إرثه ولا وارث له سواه . وكما لو قال لعبده وهو أكبر منه: هذا ابني فإنه لا يثبت النسب باتفاق العلماء ولا يعتق عليه عند الجمهور فكذلك قول هذه المرأة أن الذي اقتضاه شرط الواقف : إني أستحق خمساً ونصفاً إقرار قد علم بطلانه فإن شرط الواقف لم يقتض هذا . وإذا علم بطلانه كان وجوده كعدمه .

واعلم أن العلماء لم يختلفوا أن الحاكم لا يجوز له أن يحكم بشهادة علم بطلانها أو إقرار علم بطلانه وهذه الشهادة والإقرار قد علم بطلانهما ثم ذكر باقي الوجوه . وذكر في أثناء ذلك لو لم يعلم شرط الواقف وتصادق الموقوف عليهم أن لفلان كذا ولفلان كذا ألزموا بموجب إقرارهم ما لم يظهر فسادهم ؛ لأن الحق لهم لا يعدوهم ومنفعة الوقف تصح ... حق الطبقة الثانية ؛ لأن يتلقى الوقف من الواقف لا من الطبقة الأولى .

أما إذا علم شرط الواقف فقد علم حق الطبقة الثانية فمن لم يقبل من الطبقة الأولى

حقه انتقل إلى غيره ... فليس له نقله إلى غيره وإن قبله فهو حقه وإقراره به بمنزلة التبرع لامتناع أن يكون ... انتهى ما نقله من كلام شيخ الإسلام في هذه المسألة رحمه الله تعالى ورضي عنه . انتهى^(١).

ومنها: يتعين مصرف الوقف إلى الجهة المعينة له^(٢) . على الصحيح من المذهب ونقله الجماعة، وقدمه في الفروع وغيره، وقطع به أكثرهم، وعليه علماؤنا. وقال أبو العباس: يجوز تغيير شرط الواقف إلى ما هو أصلح منه. وإن اختلف ذلك باختلاف الأزمان. حتى لو وقف على الفقهاء أو الصوفية، واحتاج الناس إلى الجهاد: صرف إلى الجند.

وقيل: إن سبّل ماء للشرب جاز للوضوء منه. قال في الفروع: فشرّب ماء موقوف للوضوء يتوجه^(٣) عليه وأولى. وقال الآجري في الفرس الحبيس: لا يعيره ولا يؤجره إلا لنفع الفرس. ولا ينبغي أنه يركبه في حاجة إلا لتأديبه وجمال المسلمين ورفعة لهم، أو غيظه للعدو. ومنها: لو شرط الواقف لناظره أجرة: فكلفتة عليه حتى تبقى أجرة مثله. على الصحيح من المذهب. نص عليه وقدمه في الفروع. وقال الموفق ومن تبعه: كلفتة من غلة الوقف.

قيل: لأبي العباس: فله العادة بلا شرط؟ فقال: ليس له إلا ما يقابل عمله. ومنها: لو تنازع ناظران في نصب إمامة؛ نصب أحدهما زيدا والآخر عمراً إن لم يستقلا: لم تنعقد الولاية؛ لانتفاء شرطها. وإن استقلا وتعاقبا: انعقدت الولاية للأسبق. وإن اتحدا واستوى المنصوبان: قدم أحدهما بالقرعة.

قال في الفروع: وإن شرط للناظر إخراج من شاء منهم وإدخال من شاء من غيرهم بطل؛ لمنافاته مقتضاه، لا قوله: يعطي من شاء منهم ويمنع من شاء؛ لتعليقه استحقاقه بصفة. ذكره الشيخ.

(١) مكان النقاط في هذه الفقرة والسابقة توجد عدة كلمات غير ظاهرة في مصورة الأصل.

(٢) زيادة من الإنصاف ٥٧/٧.

(٣) في الأصل: ويتوجه. وانظر الفروع ٦٠٢/٤.

وقال الحارثي: الفرق لا يتجه، وقال شيخنا: كل متصرف بولاية^(١) إذا قيل يفعل ما شاء فإنما هو لمصلحة شرعية، حتى لو صرح الواقف بفعل ما يهواه وما يراه مطلقاً فشرطه باطل؛ لمخالفته الشرع^(٢)، وغايته: أن يكون شرطاً مباحاً، وهو باطل على الصحيح المشهور، حتى لو تساوى فعلاً عمل بالقرعة، وإذا قيل هنا بالتخير فله وجه. انتهى.

ومنها: تشتمل على أحكام جهة من أحكام الناظر: إذا عزل الواقف مَنْ شَرَطَ النظرَ له: لم ينعزل، إلا أن يشترط لنفسه ولاية العزل. قطع به الحارثي، وصاحب الفروع. ولو مات الناظر في حياة الواقف: لم يملك الواقف نصب ناظر بدون شرط. وانتقل الأمر إلى الحاكم. وإن مات بعد وفاة الواقف: فكذلك بلا نزاع. وإن شرط الواقف النظر لنفسه ثم جعله لغيره، أو فوضه إليه أو أسنده: فهل له عزله؟ فيه وجهان. وأطلقهما في الفروع: أحدهما: له عزله. قدمه في الرعاية الكبرى فقال: وإن قال: وقفت كذا بشرط أن ينظر فيه زيداً وعلى أن ينظر فيه، أو قال عقبه: جعلته ناظراً فيه أو جعل النظر له: صح، ولم يملك عزله.

وإن شرطه لنفسه ثم جعله لزيد، أو على أن ينظر فيه، أو قال عقبه: جعلت نظري له، أو فوضت إليه ما أملكه من النظر، أو أسندته إليه فله عزله. ويحتمل عدمه. انتهى. قال الحارثي: إذا كان الوقف على جهة لا تنحصر كالفقراء والمساكين، أو على مسجد، أو مدرسة، أو قنطرة، أو رباط ونحو ذلك. فالنظر للحاكم وجهاً واحداً. وللشافعية وجه: أنه للواقف. وبه قال هلال الرأي^(٣) من الحنفية. قال الحارثي: وهو الأقوى. فعليه: له نصب ناظر من جهته، ويكون نائباً عنه. يملك عزله متى شاء لأصالة ولايته. فكان منصوبه نائباً عنه، كما في الملك المطلق.

(١) في الأصل: كل ولاية. وانظر الفروع، الموضع السابق.

(٢) زيادة من الفروع ٦٠٢/٤.

(٣) في الأصل: الوالي. وانظر ميزان الاعتدال ١٠٢/٧.

وله الوصية بالنظر لأصالة الولاية إذا قيل: بنظره له أن ينصب ويعزل أيضاً كذلك. انتهى.

والوجه الثاني: ليس له عزله. وهو الاحتمال الذي في الرعاية. وللناظر بالأصالة أن ينصب ويعزل أيضاً بشرطه.

المراد بالناظر بالأصالة: الموقوف عليه، أو الحاكم. قاله محب الدين بن نصر الله. وأما الناظر المشروط: فليس له نصب ناظر؛ لأن نظره مستفاد بالشرط. ولم يشرط النصب له.

وإن قيل برواية توكيل الوكيل، كان له الأولى؛ لتأكد ولايته من جهة انتفاء عزله بالعزل، وليس له الوصية بالنظر أيضاً. نص عليه في رواية الأثرم؛ لأنه إنما ينظر بالشرط، ولم يشرط الإيصاء له، خلافاً للحنفية.

ومن شرط النظر لغيره إن مات، فعزل نفسه أو فسق، فهو كموته؛ لأن تخصيصه للغالب. ذكره أبو العباس. قال في الفروع: ويتوجه لا.

ولو قال: والنظر بعد له، فهل هو كذلك؟ أو المراد بعد نظره؟ يتوجه وجهان. انتهى.

وللناظر التقرير في الوظائف، قال في الفروع: قاله الأصحاب في ناظر المسجد. قال الحارثي: المشروط له نظر المسجد: له^(١) نصب من يقوم بوظائفه من إمام ومؤذن وقيم وغيرهم، كما أن لناظر الموقوف عليه: نصب من يقوم بمصلحته من جاب ونحوه.

وإن لم يُشَرَط ناظر: لم يكن للواقف ولاية النصب. نص عليه في رواية حرب، وابن بختان. قال الحارثي: ويحتمل خلاف على ما تقدم.

فعلى الأول: للإمام ولاية النصب؛ لأنه من المصالح العامة. وقال في الأحكام السلطانية: إن كان المسجد كبيراً كالجامع، وما عظم وكثر أهله فلا يؤم فيها إلا من ندبه السلطان. وإن كان من المساجد التي ينيها أهل الشوارع

(١) زيادة من الإنصاف ٦١/٧.

والقبائل: فلا اعتراض عليهم. والإمامة فيها لمن اتفقوا عليه. وليس^(١) لهم بعد الرضى به عزله عن إمامته إلا أن يتعذر^(٢).

قال الحارثي: والأصح أن للإمام النصب أيضاً، لكن لا ينصب من لا يرضاه الجيران. وكذلك الناظر الخاص لا ينصب من لا يرضونه.

وقال أيضاً: وهل لأهل المسجد نصب ناظر في مصالحه ووقفه؟ ظاهر المذهب: ليس لهم ذلك، كما في نصب الإمام والمؤذن.

هذا إذا وجد نائب من جهة الإمام. فأما إذا لم يوجد كما في القرى الصغار، أو الأماكن النائية، أو وجد وكان غير مأمون، أو يغلب عليه نصب من ليس مأموناً فلا إشكال، وإن لهم النصب تحصيلاً للغرض ودفعاً للمفسدة.

وكذا ما عدها من الأوقاف، لأهل ذلك الوقف والجهة: نصب ناظر فيه كذلك. وإن تعذر النصب من جهة هؤلاء، فلرئيس القرية أو المكان النظر والتصرف؛ لأنه محل حاجة. ونص الإمام أحمد على مثله. انتهى.

قال في الفروع: وذكر في الأحكام السلطانية: أن الإمام يقرر في الجوامع الكبار كما تقدم. ولا يتوقف الاستحقاق على نصبه إلا بشرط، ولا نظر لغير الناظر معه.

قال في الفروع: أطلقه الأصحاب. وقاله أبو العباس.

ويتوجه مع حضوره. فيقرر حاكم في وظيفة حلت في غيبته؛ لما فيه من القيام بلفظ الواقف في المباشرة ودوام نفعه. فالظاهر: أنه يريده.

ولا صحة في تولية الأئمة مع البعد. لمنعهم غيرهم التولية. فنظيره: منع الواقف التولية لغيبه الناظر، ولو سبق تولية ناظر غائب قدمت. وتقدم ذلك.

وللحاكم النظر العام، فيعترض عليه إن فعل ما لا يسوغ، وله ضم أمين مع تفريطه أو تهمة يحصل به المقصود. قاله أبو العباس وغيره. وتقدم ذلك.

وقال أيضاً: ومن ثبت فسقه، أو أصّر متصرفاً بخلاف الشرط الصحيح، عالماً بتحريمه: قدح فيه، فإما أن ينزل أو يعزل، أو يضم إليه أمين، على الخلاف المشهور، ثم

(١) في الأصل: ولأن. وانظر الإنصاف ٦٢/٧.

(٢) في الإنصاف: يتغير ٦٢/٧.

إن صار هو أو الوصي أهلاً عاد. كما لو صرح به، وكالموقوف.
وقال أيضاً: متى فرط سقط مما له بقدر ما فوته من الواجب. انتهى. وتقدم ذلك.
والظاهر: أن مراده بالخلاف المشهور: ما ذكره علماؤنا في الموصى إليه إذا فسق:
هل ينزل أو يضم إليه أمين؟.

وقال في الأحكام السلطانية: يستحق ماله إن كان معلوماً. فإن قصر فترك بعض
العمل لم يستحق ما قبله. وإن كان [بجناية منه: استحقه. ولا يستحق الزيادة، وإن كان
مجهولاً فأجرة مثله.

فإن كان^(١) مقدراً في الديوان وعمل به جماعة فهو أجر المثل. وإن لم يسم له شيئاً
فقال في الفروع: قياس المذهب: إن كان مشهوراً بأخذ الجاري على عمله، فله جاري
مثله، وإلا فلا شيء له. وله الأجر من وقت نظره فيه. قاله علماؤنا وأبو العباس.
قال أبو العباس: ومن أطلق النظر لحاكم: شمل أي حاكم كان، سواء كان مذهبه
منهيب حاكم البلد زمن الوقف أو لا، وإلا لم يكن له نظر إذا انفرد، وهو باطل
اتفاقاً.

وقد أفتى نصر الله الحنبلي، والشيخ برهان الدين ولد صاحب الفروع في وقف
شرط واقفه: أن النظر فيه لحاكم المسلمين كائناً من كان بأن الحكام إذا تعددوا يكون
النظر فيه للسلطان يوليه من شاء من المتأهلين لذلك.

ووافق على ذلك القاضي سراج الدين البلقيني، وشهاب الدين الباعوني، وابن الهائم،
والتفهني الحنفي، والبساطي المالكي.

وقال القاضي نجم الدين بن حجي نقلاً وموافقة للمتأخرين: إن كان صادراً من
الواقف قبل حدوث القضاة الثلاثة، فالمراد: الشافعي. وإلا فهو الشافعي أيضاً^(٢) على
الراجح.

ومنها: يشترط في الناظر الإسلام، والتكليف، والكفاية في التصرف، والخبرة به،
والقوة عليه. ويضم إلى الضعيف قوي أمين.

(١) ما بين المعكوفين زيادة من الإنصاف ٦٣/٧-٦٤.

(٢) زيادة من الإنصاف ٦٤/٧.

ثم إن كان النظر لغير الموقوف عليه، وكانت ولايته من الحاكم، أو الناظر: فلا بد من شرط العدالة فيه. قال الحارثي: بغير خلاف علمته.

وإن كانت توليته من الواقف وهو فاسق، أو كان عدلاً ففسق فقال الموفق وجماعة: يصح، ويضم إليه أمين. ويحتمل أن لا يصح تولية الفاسق، وينعزل إذا فسق. وقال الحارثي: ومن متأخري الأصحاب من قال بما ذكرنا في الفسق الطارئ دون المقارن للولاية، والعكس أنسب. فإن في حال المقارنة مساحة لما يتوقع منه، بخلاف حالة الطريان. انتهى.

وإن كان النظر للموقوف عليه إما يجعل الواقف النظر له، أو لكونه أحق بذلك عند عدم ناظر فهو أحق بذلك، رجلاً كان أو امرأة، عدلاً كان أو فاسقاً؛ لأنه ينظر لنفسه. قدمه في المغني والشرح.

وقيل: يضم إلى الفاسق أمين.

قال الحارثي: أما العدالة فلا تشترط، ولكن يضم إلى الفاسق عدل. ذكره ابن أبي موسى والسامري وغيرهما؛ لما فيه من العمل بالشرط، وحفظ الوقف. وتقدم ذلك. ومنها: قال علماؤنا: لا اعتراض لأهل الوقف على من ولاه الواقف إذا كان أميناً. ولهم مساءلته عما يحتاجون إلى عمله من أمر وقفهم، حتى يستوي علمهم وعلمه فيه. قال في الفروع: ونصه إذا كان متهماً. انتهى.

ولهم مطالبته بانتساخ كتاب الوقف ليكون في أيديهم وثيقة لهم. قال أبو العباس: وتسجيل كتاب الوقف من الوقف كالعادة.

فائدة جلية: وهو عدم الامتنان من الواقفين على مرتزقة الوقوف من العلماء وغيرهم؛ لأن الوقف إذا كان ملكاً لله عز وجل عوض عنه الواقف بما ضمن له من الثواب، ثم تلقاه الموقوف عليه من الله عز وجل كما يتلقى المباحات الأصلية من رؤوس الجبال وبطون الأودية؛ كالحشيش والحطب، لا ملك للواقف فيه يمتن به على الموقوف عليه؛ لأنه قد أخذ عوضه المضمون له شرعاً، فلا يجمع له بين البذل والمبدل. قاله الطوفي في شرح الخرقى.

ومنها: ما يأخذه الفقهاء من الوقف، هل هو كإجارة أو جعالة، واستحق بيعض

العمل؛ لأنه يوجب العقد عرفاً، أو هو كما لو رزق من بيت المال؟ فيه ثلاثة أقوال. ذكره أبو العباس. واختار الأخير فقال: وما يؤخذ من بيت المال فليس عوضاً وأجرة: بل رزق للإعانة على الطاعة. وكذلك المال الموقوف على أعمال البر، والموصى به والمنذور له، ليس كالأجرة والجعل. انتهى.

قال القاضي في خلافه: ولا يقال: إن منه ما يؤخذ أجرة عن عمل كالتدريس ونحوه؛ لأننا نقول: أولاً، لا نسلم أن ذلك أجرة محضة^(١)، بل هو رزق وإعانة على طلب^(٢) العلم بهذه الأموال. انتهى. وهذا موافق لما قاله أبو العباس.

وقال أبو العباس أيضاً: ممن^(٣) أكل المال بالباطل: قوم لهم رواتب أضعاف حاجاتهم، وقوم لهم جهات معلومها كثير يأخذونه ويستنيون بيسير.

وقال أيضاً: النيابة في مثل هذه الأعمال المشروطة: جائز. ولو عينه الواقف إذا كان النائب مثل مستنييه. وقد يكون في ذلك مفسدة راجحة، كالأعمال المشروطة في الإجارة على عمل في الذمة. انتهى.

ومما نقل من خط قاضي القضاة محب الدين البغدادي الحنبلي رحمه الله نائب صغار في وظيفة أراد الاختصاص بمعلومها هل له ذلك؟

الجواب وبالله التوفيق: العرف في ذلك: كون المعلوم مقسوماً بينهما، ولا يختص النائب بجميعه والعوائد محكمة في مثل ذلك فالعمل بها واجب عرفاً. انتهى.

ومنها: لو أجر الموقوف عليه الوقف، ثم طلب بزيادة فلا فسخ بلا نزاع. ولو أجر المتولي ما هو على سبيل الخيرات، ثم طلب بزيادة أيضاً، فلا فسخ أيضاً على الصحيح من المذهب، ويحتمل أن يفسخ. ذكره في التلخيص.

ومنها: إذا أجره بدون أجرة^(٤) المثل: صح. وضمن النقص، كبيع الوكيل بأنقص من ثمن المثل. قاله في القاعدة الخامسة والأربعين.

وقال في الفائق: وهل للموقوف عليه إجارة الموقوف بدون أجرة المثل؟ على

(١) في الأصل: تخصه. وانظر الإنصاف ٦٨/٧.

(٢) زيادة من الإنصاف ٦٨/٧.

(٣) في الأصل: من. وانظر الإنصاف ٦٩/٧.

(٤) زيادة من الإنصاف ٧٣/٧.

وجهين.

قال: (وان وقف على ولده أو ولد غيره، ثم على المسكين، فهو لولده المذكور والإناث بالسوية، ثم ولد بنيه دون بناته، كما لو قال: على ولد ولده وذريته لصلبه).

ش: أما كون الوقف المذكور للذكور والإناث والخنثى؛ فلأن اللفظ شملهم بالسوية؛ لأنه سوى بينهم. وإطلاقها يقتضي التسوية؛ كما لو أقر لهم بشيء، وكولد الأم في الميراث.

ولا يدخل فيه الولد المنفي باللعان؛ لأنه لا يسمى ولداً، ولا يستحق منه حمل إلا بعد انفصاله؛ لأنه لا يسمى ولداً قبل انفصاله. فيستحق من ثمر وزرع كمشتري. نقله المروذي وقطع به في المغني وغيره.

ونقل جعفر: يستحق من زرع قبل بلوغه الحصاد. قطع به في المبهج. وقال أبو العباس: الثمرة للموجود عند التأبير وبدون الصلاح، ويشبه الحمل إن قدم إلى ثغر موقوف عليه فيه، أو خرج منه إلى بلد موقوف عليه فيه. نقله يعقوب. وقياسه: من نزل في مدرسة ونحوه، واختار شيخنا يستحق بحصته من فعله، وأن من جعله كالولد فقد أخطأ. ذكره في الفروع.

وأما كونه يدخل ولد البنين؛ فلأن ولد الابن منتسب إليه ويدخل في الإطلاق؛ لأن الله تعالى لما قال: {يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ} [النساء: ١١] دخل ولد ولد الابن. وهذا إحدى الروايتين مطلقاً وهو المذهب. نص عليه في رواية المروذي ويوسف بن موسى ومحمد بن عبد الله المنادي.

قال الحارثي: المذهب دخولهم. والرواية الثانية: لا يدخلون مطلقاً.

قال الموفق في باب الوصايا، والقاضي وابن عقيل: لا يدخلون بدون قرينة. قال الموفق والشارح: اختاره القاضي وأصحابه. وعنه: يدخلون إن كانوا موجودين حالة الوقف، وإلا فلا. قدمه في الرعايتين، والفائق وقال: نص عليه.

وذكر القاضي في أحكام القرآن: إن كان ثم ولد: لم يدخل ولد الولد، وإن لم يكن ولد: دخل واستشهد بأية الميراث.

وأطلق الخلاف في الفروع في الموجودين حالة الوقف. وقدم عدم الدخول في غير الموجودين.

فعلى القول بعدم الدخول: قال القاضي والموفق وغيرهما: إن قال: على ولدي وولد ولدي ثم على المساكين، دخل البطن الأول والثاني، ولم يدخل البطن الثالث. وإن قال: على ولدي وولد ولد ولدي، دخل ثلاث بطون دون من بعدهم. قال الحارثي: وهو وفق رواية أبي طالب.

تنبيهان:

الأول: حيث قلنا بدخولهم، فلا يستحقون إلا بعد آبائهم مرتباً. على الصحيح من المذهب، كقوله: بطناً بعد بطن، أو الأقرب فالأقرب. قدمه في الفائق، وقال: هو ظاهر كلامه.

قال في الفروع: والأصح مرتباً. وقيل: يستحقون معهم، وأطلقهما في القواعد. وقال: وفي الترتيب؛ فهل هو ترتيب بطن على بطن، فلا يستحق أحد من ولد الولد شيئاً، مع وجود فرد من الأولاد؟ أو ترتيب فرد على فرد، فيستحق كل ولد نصيب والده بعد فقده؟ على وجهين. والثاني: منصوص أحمد. انتهى.

الثاني: حكم ما إذا أوصى لولده في دخول ولد بنيه: حكم الوقف. قاله في الفروع وغيره.

وأما كونه لا يدخل فيه ولد البنات؛ فلأنه لا ينسب إليه بغير خلاف. قاله في المغني والشرح؛ لعدم دخولهم في قوله تعالى: {يوصيكم الله في أولادكم} [النساء: ١١]، ولقول الشاعر:

بنونا بنو أبنائنا ، وبنائنا بنوهنّ أبناء الرجال الأبعادِ

لأن ولد الهاشمية ليس بها يسمى، ولا ينسب إلى أبيها شرعاً ولا عرفاً، وبهذا علل الإمام أحمد فيقال: لأنهم من رجل آخر. وقيل: يشملهم لدخولهم في مسمى الأولاد. اختاره أبو بكر وابن حامد.

فأولادهن أولاد أولاده حقيقة؛ لقوله تعالى: {ومن ذريته داود} - إلى قوله -: وعيسى { [الأنعام: ٨٤-٨٥] وهو ولد بنته. وقال النبي ﷺ على المنبر: «إن ابني هذا

سيد ، ولعل الله أن يصلح به بين فئتين عظيمتين من المسلمين -يعني الحسن- «^(١) رواه البخاري.

قال في الشرح: والقول بدخولهم أصح وأقوى دليلاً وهذا رواية ؛ لأن ولد البنات يدخل في التحريم الدال عليه قوله تعالى: {حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبنَاتُكُمْ} [النساء: ٢٣].

قال الحارثي: وإذا قيل بدخول ولد الولد هل يدخل ولد البنات؟ جزم المصنف وغيره هنا بعدم الدخول مع إيرادهم الخلاف فيه فيما إذا قال: على أولاد الأولاد كما في الكتاب .

قال: والصواب التسوية بين الصورتين، فيطرد في هذه ما في الأخرى، لتناول الولد والأولاد للبطن الأول فما بعده. انتهى.

وموضع الخلاف المطلق، فأما مع وجود دلالة تصرف إلى أحد الحملين فإنه يصرف إليه بغير خلاف مثل: أن يقول على ولد فلان، وهم قبيلة ليس فيهم ولد من صلبه، فإنه يصرف إلى ولد الأولاد بغير خلاف. قاله في الشرح.

وكذلك إن قال: على أولادي أو ولدي وليس له ولد من صلبه ، أو قال: ويفضل الولد الأفضل أو الأكبر أو الأعلم على غيرهم ، أو قال: فإذا خلت الأرض من عقي عاد إلى المساكين ، أو قال: على ولد ولدي غير ولد البنات أو غير ولد فلان ، أو قال: يفضل البطن الأعلى على الثاني ، أو قال: الأعلى فالأعلى وأشباه ذلك فهذا يصرف لفظه إلى جميع نسله وعقبه.

فإن اقترنت به قرينة تقتضي تخصيص أولاده لصلبه بالوقف مثل أن يقول: على ولدي لصلبي، أو الذين يلونني ونحو هذا، فإنه يختص بالنظر الأول دون غيرهم ، ولهذا قيل في عيسى والحسن أنهما إنما دخلا مع الذكر، فالكلام مع الإطلاق .

وأجاب في المغني والشرح عن قصة عيسى بأنه لم يكن له نسب ينسب إليه فنسب إلى أمه ، والحسن بأنه مجاز اتفاقاً بدليل قوله تعالى: {ما كان محمد أباً أحدٍ من

(١) أخرجه البخاري في الصلح، باب قول النبي ﷺ للحسن بن علي رضي الله عنهما: «(ابني هذا سيد....)» ٢/ ٩٦٢ ح ٢٥٥٧.

رجالكم} [الأحزاب: ٤٠].

مسألة: إذا قال: على ولدي ثم على ولد ولدي ثم الفقراء، لم يشمل البطن الثالث ومن بعده في الأشهر . فإن قال: على ولدي، فإذا انقضى ولد ولدي فعلى الفقراء، شمل ولد ولده، وقيل: لا كما لو قال: على ولدي لصلي . فلو وقف على ولده فلان وفلان، وعلى ولد ولده، منع. جزم به في المغني وغيره. وقال القاضي: لا، ونقله حرب؛ لأن قوله: «على ولدي» يستغرق الجنس فيعم، والتخصيص بقوله: فلان وفلان تأكيد للبعض، فلا يوجب إخراج البقية كالعطف في قوله تعالى: {من كان عدواً... الآية} [البقرة: ٩٧]. وعلى الأول فيقتضي الوقف على المسميين وأولادهما وأولاد الثالث جعلاً لتسميتهما بدلاً للبعض من الكل فاخص الحكم به، ويجوز أن يكون بدل الكل من الكل، لانطلاق لفظ الولد على الاثنين كانطلاقه على الجميع.

وإن وقف على ولد ولده وذريته لصلبه، فهو للذكور خاصة في قول الجمهور؛ لأن لفظ البنين وضع لذلك حقيقة؛ لقوله تعالى: {أصطفى البنات على البنين} [الصافات: ١٥٣]، و {زَيْنَ للناسِ حب الشهوات من النساء والبنين} [آل عمران: ١٤]، و {المال والبنون زينة الحياة الدنيا} [الكهف: ٤٦]، ولا يدخل فيه الخنثى؛ لأنه لا يعلم كونه ذكراً. وعكسه لو وقف على بناته اختص بهن ولا شيء للذكور ولا للخنثى؛ لأنه لا يعلم كونه أنثى لا نعلم فيه خلافاً.

قال: (ولو قال: على بنه أو على^(١) بني فلان، اختص بذكورهم إلا أن يكونوا قبيلة، فيدخل النساء دون أولادهن من غيرهم).

ش: أما كون الوقف للذكور خاصة إذا لم يكن بنو فلان قبيلة؛ فلأن «بني» وضع لذلك حقيقة إلا أن يكونوا قبيلة كثيرة. قاله في الرعاية؛ كبنى هاشم وتميم وقضاعة فيدخل فيه النساء؛ لقوله تعالى: {ولقد كرمتنا بني آدم} [الإسراء: ٧٠].

ولأن اسم القبيلة يشمل ذكراها وأنثاها.

وروي أن جوار^(٢) من بني النجار قلن:

(١) زيادة من الوجيز.

(٢) في الأصل: جوارى.

نحن حوارٍ من بني النجار يا حبذا محمداً من جار
دون أولادهم من غيرهم .

وحكاه في الرعاية قولاً؛ لأنهم لا ينتسبون إلى القبيلة الموقوف عليها بل إلى غيرها .
وكما لو قال: المنتسبين إليّ، واقتضى ذلك دخول أولادهم منهم، وهو ظاهر لوجود
الانتساب حقيقة ، ولا يشمل مواليتهم .

وعلى الأول: يكفي واحد منهم ، وقيل: بل ثلاثة ويأخذ كله واحد ما رآه الناظر ،
وقيل: بل قدر حقه من الزكاة مع فقره كما لو وقف على الفقراء .
وجزم المصنف بعدم دخول أولاد النساء من غيرهم، وهو أحد الوجهين، وجزم به
في المغني والشرح . وقيل: بدخولهم . قدمه في الرعايتين والحاوي الصغير والفاوق .

قال: (والقربة وأهل بيته وقومه يشمل الذكر والأنثى من أولاده وأولاد أبيه وجده
وحد أبيه).

ش: أما كون الوقف المذكور إذا وقفه على من ذكر للذكر والأنثى من أولاد من
ذكر ؛ فلأن النبي ﷺ لم يجاوز بني هاشم بسهم ذوي القربى ؛ لقوله تعالى : { ما أفاء الله
على رسوله من أهل القرى قلله وللرسول ولذي القربى } [الحشر: ٧] ، ما أعطى النبي ﷺ
أولاده وأولاد عبد المطلب وأولاد هاشم ذكرهم وأنثاهم ، ولم يعط من هو أبعد ؛ كبني
عبد شمس وبني نوفل شيئاً .

لا يقال : هما كبني المطلب ؛ لأنه علل عليه الصلاة والسلام بأنهم لم يفارقوا في
جاهلية ولا إسلام^(١) .

ولم يعط قرابة أمه وهم بنو زهرة شيئاً . وجعل هاشماً الأب الرابع، ولا يتصور أن

(١) عن جبير بن مطعم قال: « لما كان يوم خيبر وضع رسول الله ﷺ سهم ذي القربى في بني هاشم وبني المطلب .
وترك بني نوفل وبني عبد شمس . فانطلقت أنا وعثمان بن عفان حتى أتينا النبي ﷺ فقلنا: يا رسول الله! هؤلاء
بنو هاشم لا ننكر فضلهم للموضع الذي وضعك الله به منهم فما بال إخواننا بني المطلب أعطيتهم وتركنا
وقربائنا واحدة ؟ فقال رسول الله ﷺ: أنا وبنو المطلب لا نفرق في جاهلية ولا إسلام . وإنما نحن وهم شيء
واحد وشبك بين أصابعه » .

أخرجه أبو داود في الخراج والإمارة والفيء، باب في بيان مواضع قسم الخمس وسهم ذي القربى ١٤٦/٣ ح
٢٩٨٠ .

يكون رابعاً إلا أن يعدّ النبي ﷺ أباً .

وظاهره أنه يستوي فيه الذكر والأنثى ، والكبير والصغير ، والقريب والبعيد ، والغني والفقير ؛ لشمول اللفظ له ، ولا يدخل فيه الكافر ؛ لأنه لم يدخل في المستحق في قربي النبي ﷺ . هذا المذهب وعليه أكثر علمائنا .

قال الحارثي: هذا المذهب عند كثير من الأصحاب . قال الزركشي: هذا اختيار الخرقى ، والقاضي ، وأصحابه . وقدمه في الهداية والشرح والفروع وغيرهم . وعنه: يختص بولده وقربة أبيه ، وإن علا مطلقاً . اختاره الحارثي ، وقدمه في المحرر ، والنظم .

قال الموفق والشارح: فعلى هذه الرواية: يعطى من يعرف بقربته من قبل أبيه وأمه الذين ينتسبون إلى الأب الأدنى . انتهى .

مثل ذلك: قال في الهداية: مثل أن يكون من ولد المهدي ، فيعطى كل من ينتسب إلى المهدي . ومثل في المستوعب بما إذا كان من ولد العباس .

وعنه: يختص بثلاثة آباء فقط . فعليها: لا يعطى الولد شيئاً . قال القاضي: أولاد الرجل لا يدخلون في اسم القربة .

قال الموفق وغيره: وليس بشيء .

وعنه: يختص منهم من يصله ، نقله ابن هانئ وغيره ، وصححه القاضي وجماعة . ونقل صالح: إن وصل أغنياؤهم أعطوا ، وإلا الفقراء أولى .

وأخذ الحارثي منه عدم دخولهم في كل لفظ عام .

وعنه: إن كان يصل قربته من قبل أمه في حياته: صرف إليه ، وإلا فلا .

والأول أولى وأصح ؛ لأن هذا عرف في الشرع فيجب حمله عليه وتقديمه على العرف اللغوي كالوضوء ، ولا وجه بتخصيصه بذوي الرحم المحرم ، وهذا مع الإطلاق .

فأما إن وجدت قرينة لفظية أو حالية تدل على إرادتهم أو حرمانهم عمل بها .

فرع: قرابة أمه كذلك . وعنه : إن وصلهم شملهم ، ومثله قرابة غيره أو الفقهاء

ويصل بعضهم . ذكره القاضي .

تنبيه: إذا وقف على أقرب قربته أو أقرب الناس إليه يقدم الأقرب نسباً وإراثاً ، وابنه

كأبويه . وقيل: يقدم عليهما، وإخوته لأبيه أو أبويه كجد أب. وقيل: يقدم أخ، وقيل: عكسه.

وإخوته لأبيه كأمه إن شمله قرابته، وكذا أبنائهما، ولأبويه أولى منهما.
قال في الفروع: ويتوجه رواية: كأخيه لأبيه لسقوط الأمومة في النكاح، وجزم به في التبصرة، وأبوه أولى من ابن ابنه . وفي الترغيب عكسه، ويستوي جداه وعماه كأبويه.

وأهل بيته بمنزلة قرابته في رواية، وهو المذهب نص عليه، وعليه جماهير علمائنا، وقدمه في الهداية والفروع وغيرهما .

ونقل عبدالله فيمن أوصى بثلاث ماله لأهل بيته قال: هو بمنزلة قوله: لقرابتي. حكاة عنه ابن المنذر ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: « لا تحل الصدقة لي ولا لأهل بيتي »^(١). فجعل سهم ذوي القربى عوضاً لهم من الصدقة التي حرمت عليهم . فكانوا ذوا الذين سماهم الله تعالى هم أهل بيته الذين حرمت عليهم الصدقة، وهم آل علي، وآل عقيل، وآل جعفر، وآل عباس .

وحكى القاضي عن ثعلب : أن أهل البيت عند العرب آباء الرجل وأولادهم ؛ كالأجداد والأعمام وأولادهم . ويستوي فيه الذكر والأنثى.

وقال القاضي: ولد الرجل لا يدخل في اسم القرابة ولا أهل بيته وفيه شيء فإن ولد النبي ﷺ من أهل بيته وأقاربه الذين حرّموا الصدقة وأعطوا من سهم ذوي القربى، بل هو أقرب قرابته .

وقال الخرقى : يعطى من قبل أبيه وأمه؛ لأن أمه من أهل بيته فكذا أقاربها من أولادها وأبويها وإخوتها وأخواتها.

ونقل صالح: يختص من يصله من قبل أبيه وأمه ولو جاوز أربعة آباء، وأن القرابة تعطي أربعة آباء فمن دون .

واختار أبو محمد الجوزي : أن قومه وأهل بيته كقرابة أبويه ، وأن القرابة قرابة أبيه

(١) أخرجه أحمد ٤/١٨٦ ح ١٧٦٩٩.

إلى أربعة آباء .

وعنه: أزواجه من أهله ومن أهل بيته . ذكرها أبو العباس ، وقال: في دخولهن في «آله وأهل بيته» روايتان ، واختار الدخول ، وهو قول الشريف .

فرع: أهل الوقف: هم المتناولون له .

وأما كون قومه كقرباته ؛ فلأنهما سواء معنى . فكذا يجب أن يكون حكماً .
ونسباؤه كذلك ؛ لأن قوم الرجل قبيلته وهم نسباؤه . نص عليه فيدخل الذي قدمه . وقال أبو بكر: هو بمثابة أهل بيته ؛ لأن أهل بيته أقاربه وأقاربه هم قومه ونسباؤه .

وقال القاضي: إذا قال: لرحمي أو لأرحامي أو لنسبائي أو لمناسبي، صرف إلى قرباته من قبل أبيه وأمه . ويتعدى ولد الأب الخامس .

فعلى هذا يصرف إلى كل من يرث بفرض أو تعصيب أو بالرحم ، في حال من الأحوال .

قال في المغني: وقول أبي بكر في المناسبين أولى من قول القاضي ؛ لأن ذلك في العرف على من كان من العشيرة التي ينتسبان إليها . وإذا كان كل واحد منهما ينسب إلى قبيلة غير قبيلة^(١) صاحبه وليس بمناسب لها .

فائدة: القوم الرجال دون النساء ؛ لقوله تعالى: { لا يسخر قوم من قوم... الآية } [الحجرات: ١١] سموا به لقيامهم بالأمر . ذكره ابن الجوزي .

فصل

قال: (ومني وجدت قرينة قولية أو حالية تقتضي إرادة الإناث أو حرمانهن: عمل بها) .

ش: مثال ذلك: إذا اقترن باللفظ ما يقتضي الدخول دخلوا بلا خلاف كقوله: على أولادي وهم قبيلة، أو على أولاد أولاد أولادي أبداً ما تعاقبوا أو تناسلوا، أو على

(١) زيادة من المبدع ٣٤٦/٥ .

أولادي وليس له إلا أولاد أولاد، أو على أولادي^(١) الأعلى فالأعلى، أو تحجب الطبقة العليا الطبقة السفلى وما أشبه هذا، وتقدم ذلك.
وإن اقتضى عدم الدخول لم يدخلوا بلا خلاف، فعلى ولدي لصلي أو الذين يلونني ونحو ذلك.

قال: (والعزة تختص العشيرة والولد، وذوو رحمه: كل قرابة من جهة الآباء والأمهات).

ش: أما كون العزة تختص العشيرة والولد الذكور والإناث وإن سفلوا؛ فلأن ابن قتيبة فسر به بذلك.

قال الموفق والشارح: العزة العشيرة الأدنون في عرف الناس، وولده الذكور والإناث وإن سفلوا، وصحاحه . وقدم في الفروع وغيره العزة هم العشيرة ، وصححه الناظم .

وقيل: العزة الذرية ، وقدمه في النظم واختاره المجد ، وقيل: هي العشيرة الأدنون.
وقيل : ولده وولد ولده .

والعشيرة هي القبيلة. قاله الجوهري . وقيل: هي أهله الأدنون وهم بنو أبيه . قاله القاضي عياض .

وأما كون ذوي رحمه كل قرابة له من جهة الآباء والأمهات ؛ فلأن الرحم يشملهما [وهي في]^(٢) القرابة من جهة الأم أكثر استعمالاً . فإذا لم يجعل ذلك مرجحاً فلا أقل من أن لا يجعل مانعاً.

هذا المذهب ، جزم به في الشرح والمستوعب وغيرهما . وذكر القاضي مجاوزته للأب الخامس .

تلخيص: إذا وقف على جماعة من الأقرباء إليه فتلاثة، فإن لم يكن يتمم العوز من الأبعد ويشمل أهل الدرجة ولو كثروا . وفي الفروع: ويتوجه في جماعة اثنان ؛ لأنه لفظ مفرد.

(١) في الأصل: تناسلوا وليس له أولاد أو أولاد أولادي. وانظر الإنصاف ٧٧/٧.

(٢) في الأصل: وفي. وانظر المتمتع ١٤٥/٤.

وقال المجد: أقلّ الجمع فيما له تثنية خاصة ثلاثة . وفي البلغة: يجب حضور واحد ، الرجم عند أصحابنا وعندني اثنان ؛ لأن الطائفة الجماعة ، وأقلها اثنان . ويتوجه وجه في لفظ الجمع اثنان، وذكره جماعة إجماعاً ، ولفظ النساء ثلاث ، والرهط لغة ما دون العشرة من الرجال خاصة . وفي كشف المشكل: هو ما بين الثلاثة إلى العشرة .

قال: (والأيا مئى والعزاب من لا زوج له، ومن فارقت زوجها أرملة).

ش: أما كون الأيا مئى من لا زوج له من الرجال والنساء على المذهب، أما من الرجال ؛ فلأن الشاعر قال:

فإن تنكحني أنكح ، وإن تنأيمني وإن كنت أفتنى منكم أتأيم

وأما من النساء فظاهر ؛ لأنه^(١) يختص بهنّ على قول . فلأنّ يدخلنّ فيه بطريق الأولى.

قال الله تعالى: {وأنكحوا الأيا مئى منكم} [النور: ٣٢]، وفي الحديث: «أعوذ بالله من بوار الأيم»^(٢)، وقدمه في الفروع وغيره. قال الشارح: ذكره أصحابنا ويحتمل أن يختص الأيا مئى بالنساء، والعزاب بالرجال .

قال الشارح: وهذا أولى ، واختاره في المغني. وقال في التبصرة: الأيا مئى النساء البالغ. وقال القاضي في التعليق: الصغير لا يسمى أيماً عرفاً. وإنما ذلك صفة للبالغ . وأما كون العزاب من لا زوج له من الرجال والنساء على المذهب ؛ فلأنه يقال: رجل عذب ، وامرأة عذبة.

ولأن الرجل إنما سمي عزباً ؛ لانفراده وهذا موجود في المرأة.

ويحتمل أن يختص الأيا مئى بالنساء والعزاب بالرجال ؛ لأن ذلك هو المتبادر إلى الفهم. فوجب حمل اللفظ عليه.

وأما كون من فارقت زوجها أرملة على المذهب ؛ فلأن هذا الاسم لا يفهم منه في العرف إلا ذلك.

قال الإمام أحمد في رواية حرب وقد سئل عن رجل وصى لأرامل بني فلان فقال:

(١) في الأصل: ولأنه.

(٢) أخرجه الطبراني في الأوسط ٣٣٣/٢ ح ٢١٤٢.

قد اختلف الناس فيه فقال قوم: هو الرجال والنساء . والذي يعرف من كلام الناس أن الأرامل النساء هو المعروف، فيحمل المطلق عليه. وقيل: هو للرجال والنساء . وقاله الشعبي وإسحاق ، وأنشد:

هذي الأرامل قد قَضِيَّتَ حاجتها فمن لحاجة هذا الأرملة الذكر

فيقال: رجل أرملة وامرأة أرملة .

والأول أولى ؛ لأن الأرامل جمع أرملة . فلا^(١) يكون جمعاً للمذكر ؛ لأن اختلاف المفرد يقتضي اختلاف الجمع . والشعر لا دلالة فيه ؛ لأنه لو شمل لفظ الأرامل للمذكر والمؤنث لقال حاجتهم ؛ لأن تذكير الضمير عند اجتماع النوعين لازم. وسمى نفسه أرملاً تجوْزاً وتشبيهاً بهن، ولذلك وصف نفسه بأنه ذَكَرٌ ولو ثبت أنه لهما، لكن خصه أهل العرف بالنساء، فهجرت الحقيقة وصارت مهجورة.

فرع: وإخوته وعمومته، وبكر وثيب وعانس، كذكر وأنثى.

قال: (والوقف على القرابة وأهل القرية يختص بمن يوافق دينهم).

ش: أما كون من يخالف دينه دين الوقف لا يدخل في الوقف المذكور مسلماً كان أو كافراً ؛ فلأن الظاهر من حال الوقف أنه لم يرد من يخالف دينه، لما بينهما من المنافاة . فيكون ذلك قرينة صارفة للفظ عن شموله، بدليل أنه تبارك وتعالى لما أطلق آية الميراث لم يشمل المخالف فيكون هنا.

فعلى هذا لو كان الوقف مسلماً لم يدخل الكافر وكذا عكسه، فإن صرح بهم دخلوا ؛ لأن إخراجهم يترك به صريح المقال وهو أقوى من قرينة الحال، وكذا إن وجدت قرينة دالة على إرادتهم. فلو كان أهل القرية أو الأقارب كلهم كافراً^(٢) دخلوا ؛ لأن إخراجهم يؤدي إلى رفع اللفظ بالكلية، فإن كان فيهم مسلم واحد والباقي كفار دخلوا أيضاً ؛ لأن إخراجهم بالتخصيص مقيد وفيه مخالفة الظاهر، وإن كان الأكثر كافراً فهو للمسلمين في ظاهر قول الخرقى ؛ لأنه أمكن حمل اللفظ عليهم والتخصيص يصح بإخراج الأكثر .

(١) في الأصل: فلأن. وانظر المبدع ٣٤٨/٥.

(٢) في الأصل: كفار. وانظر المبدع ٣٤٩/٥.

وقيل: يدخل الكفار ؛ لأن التخصيص في مثل هذا مقيد، وإن تخصيص الصورة النادرة قرينة، وتخصيص الأكثر مقيد يحتاج إلى دليل.

فائدة: حكم سائر ألفاظ العموم كالإخوة والأعمام واليتامى والمساكين حكم أهل قرينته . وفيه وجه آخر: أن المسلم يدخل فيه وإن كان الواقف كافراً ؛ لأن اللفظ عام . وحاصله: أن الواقف إن كان كافراً يتناول أهل دينه؛ لأن لفظه يتناولهم، والقرينة دالة على إرادتهم .

وقيل: يدخل فيه المسلم، ينظر فإن وجدت قرينة على دخولهم كما إذا لم يكن إلا مسلمون وإن انتفت القرائن فوجهان . وإن كان في القرية كافر من غير أهل دين الواقف لم يدخل ؛ لأن قرينة الحال تخرجه وقيل بدخوله بناء على توريث الكفار بعضهم من بعض مع اختلاف دينهم. قاله الموفق والشارح، وجعله في الفروع محل وفاق .

قال: (المولى من فوق ومن تحت).

ش: أما كون ما ذكر يتناول الجميع على المذهب ؛ فلأن الاسم يتناول الجميع حقيقة وعرفاً فدخل الجميع في ذلك، كما لو وقف على إخوته وله إخوة لأبوين وإخوة لأب .

ولأنه لو حلف: لا كلمتُ مولاي، حنث بكلام أيهم كان . فكذا هاهنا. وصححه في الفائق، وعليه جماهير علمائنا، واختاره الموفق وغيره، وقدمه في الفروع وغيره . وقال ابن حامد: يختص الموالى من فوق وهم معتقوه . واختار الحارثي: أنه للعتيق. قال: لأن العادة جارية بإحسان المعتقين إلى العتقاء.

فائدتان:

إحدهما: لو عدم الموالى: كان لموالى العصبه. قدمه في الفائق، والحاوي الصغير. قال الشريف أبو جعفر: يكون لموالى أبيه. واقتصر عليه الشارح وقيل: لعصبه مواليه. قدمه في الرعايتين. وقيل: لوارثه بولاء. وقيل: كمنقطع الآخر. قطع به في الرعاية بعد عصبه الموالى. وأطلق الثلاثة الأخيرة في الفروع.

الثانية: لا شيء لموالى عصبته، إلا مع عدم مواليه. قاله في الفروع .

قال الموفق والشارح: لو كان له^(١) موالى أب حين الوقف، ثم انقضى مواليه: لم يكن لموالى الأب شيء.

فوائد:

منها: العلماء هم حملة الشرع. على الصحيح من المذهب. جزم به في الرعاية الصغرى والفائق وغيرهما. وقدمه في الرعاية الكبرى والفروع وغيرهما. وقيل: من تفسير، وحديث، وفقه. ولو كانوا أغنياء، على القولين. لكن هل يختص به من كان يصله؟ حكمه حكم قرابته على ما تقدم. ومنها: أهل الحديث: من عرفه.

وذكر ابن رزين أن الفقهاء والمتفقهة كالعلماء ولو حفظ أربعين حديثاً لا بمجرد السماع. فأهل القرآن الآن: حفاظه. وفي الصدر الأول: هم الفقهاء.

ومنها: الصبي والغلام من لم يبلغ، وكذا اليتيم من لم يبلغ وهو بلا أب، ولو جهل بقاء أبيه، فالأصل بقاءه في ظاهر كلام الأصحاب. قاله في الفروع.

وقال أبو العباس: يعطى من ليس له أب يعرف ببلاد الإسلام. قال: ولا يعطى كافر. قال في الفروع: فدل أنه لا يعطى من وقف عام، وهو ظاهر كلامهم في مواضع. قال: ويتوجه وجه: وليس ولد الزنى يتيماً؛ لأن الثبوت انكسار يدخل على القلب بفقد الأب. قال الإمام أحمد فيمن بلغ: خرج عن حد اليتيم.

ومنها: الشاب، والفتى هما من البلوغ إلى الثلاثين. على الصحيح من المذهب. وقيل: إلى خمس وثلاثين.

والكهل من حدّ الشاب إلى الخمسين. والشيخ منها إلى السبعين. على الصحيح. قدمه في الفروع وجزم به في الرعاية الكبرى. وقال في الكافي: إلى آخر العمر. وهو ظاهر كلامه في الرعاية الصغرى، والفائق وغيرهما فإنهم قالوا: ثم الشيخ بعد الخمسين.

قال الحارثي: ثم لا يزال كهلاً حتى يبلغ خمسين، ثم هو شيخ حتى يموت. واقتصر

(١) زيادة من الإنصاف ٩٤/٧.

عليه. فعلى المذهب: يكون الهرم منها إلى الموت.
ومنها: أبواب البر وهي القرب كلها. على الصحيح من المذهب. وأفضلها الغزو.
ويبدأ به. نص عليه.

قال في الفروع: ويتوجه: يبدأ بما تقدم في أفضل الأعمال. يعني: الذي تقدم في أول
صلاة التطوع. ويأتي إن شاء الله تعالى في باب الموصى له في كلام المصنف والكلام عليه
مستوفى.

ومنها: لو وقف على سبيل الخير: استحق من أخذ من الزكاة. ذكره في المجرد وقدمه
في الفروع.

وقال أبو الوفاء: يعم. فيدخل فيه الغارم للإصلاح.

قال القاضي وابن عقيل: ويجوز لغني قريب.

ومنها: جمع المذكر السالم وضميره يشمل الأنثى. على الصحيح من المذهب. قدمه
في الفروع وغيره، وعليه الأكثر.

وقيل: لا يشملها، كعكسه لا يشمل الذكر.

ومنها: «الأشراف» وهم أهل بيت النبي ﷺ. ذكره أبو العباس واقتصر عليه في
الفروع.

قال أبو العباس: وأهل العراق لا يسمونه إلا من كان من بني العباس. وكثير من أهل
الشام وغيرهم: لا يسمون إلا إذا كان علويًا. قال: ولم يعلق عليه الشارع حكماً في
الكتاب والسنة، ليتلقى حده من جهته.

والشريف في اللغة: خلاف الوضع. ولما كان أهل بيت النبي ﷺ أحق البيوت
بالشريف، صار من كان من أهل بيته شريفًا. فلو وصى لبني هاشم: لم يدخل مواليهم.
نص عليه.

قال: (وإذا وقف على جماعة يمكن حصرهم وجب تعميمهم والتساوي، والا جاز
التفصيل والاختصار على أحدهم كالزكاة. وحكم الوصية هنا كالوقف).

ش: أما كونه يجب التعميم والتسوية فيما إذا وقف على جماعة يمكن حصرهم
واستيعابهم - كبنى فلان الذين ليسوا بقبيلة - ؛ فلأن اللفظ يقتضي ذلك ولا مانع منه .

فوجب أن يكون الأمر كذلك ؛ كما لو أقرّ لهم بشيء أو وهب لهم شيئاً. وقوله تعالى: {فهم شركاء في الثلث} [النساء: ١٢] يوضحه .

فإن كان الوقف في ابتدائه على من يمكن استيعابه، فصار مما لا يمكن استيعابه؛ كرجل وقف على ولده وولد ولده وعقبه ونسله، فصاروا قبيلة كبيرة تخرج عن الحصر؛ مثل وقف علي رضي الله عنه على ولده ونسله؛ فإنه يجب تعميم من أمكن منهم والتسوية بينهم ؛ لأن التعميم كان واجباً وكذلك التسوية، فإذا تعذر وجب منه ما أمكن، كالواجب الذي يعجز عن بعضه .

ولأن الواقف هاهنا أراد التعميم والتسوية لإمكانه صلاح لفظه كذلك، فيجب العمل بما أمكن، بخلاف ما إذا كانوا حال الوقف من لا يمكن ذلك فيهم، وإن لم يمكن حصرهم واستيعابهم كبني هاشم وبني تميم، لم يجب تعميمهم إجماعاً ؛ لأنه غير ممكن، وجاز تفضيل بعضهم على بعض ؛ لأنه إذا جاز حرمانه جاز تفضيل غيره عليه والاقتصار على واحد منهم على المذهب؛ لأن مقصود الواقف أن لا يجاوز الجنس، وذلك يحصل بالدفع إلى واحد منهم ويحتمل أن لا يجزئه أقل من ثلاثة. هذا رواية عن الإمام أحمد ؛ لأنها أقل الجمع .

قال في الخلاف: وقد سئل أحمد عن رجل أوصى بثلثه في أبواب البر، قال: يجزأ ثلاثة أجزاء، فقيل: هذا العرف ؛ لأن الوصية يعتبر فيها لفظ الموصي أم أنه يعتبر فيها المقصود بدلالة أن الموصى للمساكين لا يعدى، ومقتضى ذلك: صحة الوقف على من لا يمكن حصرهم ولا استيعابهم، كالمساكين إلى غيرهم والإطعام في الكفارة .

ويجوز صرفها إلى غير المساكين وإن كان منصوباً عليهم ، ولا يدفع إلى واحد منهم أكثر من القدر الذي يدفع إليه في الزكاة إذا كان الوقف على الأصناف الذين يأخذون الصدقات أو بعضهم صرف إليهم . ويعطى كل واحد منهم من الوقف مثل القدر الذي يعطى من الزكاة ؛ لأن المطلق من كلام الآدمي يحمل على المعهود في الشرع .

فعلى هذا إذا كان الموقوف على الفقراء، لم يدفع إلى واحد منهم زيادة على خمسين درهماً أو قيمتها من الذهب ؛ لأنه القدر الذي يحصل به الغنى . واختار أبو الخطاب

وابن عقيل زيادة المسألتين على الخمسين، وقد أوماً إليه الإمام أحمد . وقيل: لكل صنف ثمن.

وإن وقف على الفقراء أو المساكين أعطى الآخر ، وفيه وجه. والوصية كالوقف في هذا الفصل ؛ لأن مبناها على لفظ الموصي أشبهت الوقف. فإن وصى أن يفرق في فقراء مكة فقال الإمام أحمد في رواية أحمد بن الحسين بن حسان: هل يفرق على قوم دون قوم ؟ فقال: ينظر إلى أحوجهم . قال القاضي: فظاهره أنه يعتبر العدد .

تذنيب: إذا وقف مدرسة أو رباطاً أو خانقاه أو نحو ذلك على طائفة اختصت بهم. وإن وقف عليها مسجداً أو مقبرة فوجهان . والأشبه اختصاص من عينهم، ولا يختص أحد بالصلاة إماماً، وإن عين إماماً أو ناظراً تعين .

وقيل: إن وقف مسجداً على الفقراء، أو شرط لهم اختصاصاً به إمامة ونظراً. وعنه: على ما جرت به العادة .

وكذا إن وقفه على أهل مذهب في الأئمة . وتقدم هذا.

فصل لزوم عقد الوقف

قال: (وهو عقد لازم لا يجوز فسخه ولا بيع، إلا أن تعطل منافعه فيصرف ثمنه في مثله ولو أنه مسجد أو آله).

ش: أما كون الوقف عقداً لازماً ؛ فلأن جوازه ينافي مقتضاه ؛ لأن مقتضاه التأييد وذلك لا يقبل الزوال فيلزم بمجرد القول ؛ لأنه تبرع يمنع البيع والهبة فلزم بمجرده كالتعق.

قال في التلخيص وغيره: وحكمه اللزوم في الحال أخرجه مخرج الوصية أو لم يخرج به حاكم أو لا ؛ لقوله عليه السلام: « لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث »^(١). قال الترمذي : العمل على هذا الحديث عند أهل العلم، وإجماع الصحابة على ذلك . ولأنه إزالة ملك لازم بالوصية . فإذا نبذ في الحياة لزوم من غير حكم كالتعق .

(١) سبق تخريجه ص: ٣٤٨.

وذهب أبو حنيفة رحمه الله أنه لا يلزم بمجرده، وللواقف الرجوع فيه، إلا أن يوصي به بعد موته، أو يحكم بلزومه حاكم. وحكاها بعضهم عن علي وابن مسعود وابن عباس. واحتج له بما رواه المحاملي عن عبد الله بن زيد صاحب الأذان «أنه جعل حائطه صدقة وجعله لرسول الله ﷺ. فجاء أبواه إلى النبي ﷺ فقالا: لم يكن لنا عيش إلا هذا الحائط. فردّه رسول الله ﷺ. ثم ماتا فورثهما».

ولأنه إخراج مال على وجه القرية. فلم يلزم بمجرده؛ كالصدقة. وجوابه: السنة الثابتة، مع أن هذا الخبر ليس فيه ذكر الوقف. والظاهر أنه جعله صدقة غير موقوف. فرأى النبي ﷺ والديه أحق بصرفها إليهما بدليل أنه لم يردها إليه. ويحتمل أن الحائط كان لهما، وتصرفه فيه بحكم النيابة عنهما ولم يميزاه. ثم القياس على الصدقة ليس بظاهر، فإنها تلزم في الحياة بغير حكم حاكم. وإنما تقتصر إلى القبول، والوقف لا يقتصر إليه فافتراقا. ولا يجوز فسحه بإقالة ولا غيرها؛ لأن ذلك شأن العقود المقتضية للتأييد.

ولا يجوز بيعه ولا المناقلة به إلا أن تعطل منافعه بالكلية؛ كدار انهدمت أو أرض خربت وعادت مواتاً ولم يمكن عمارتها.

نقل علي بن سعيد: لا يستبدل به ولا يبيعه، إلا أن يكون بحال لا ينتفع به. ونقل أبو طالب: لا يغير عن حاله ولا يباع، إلا أن لا ينتفع منه بشيء. وقاله علماؤنا. وفي المغني والشرح: إلا أن يقل فلا يعد نفعا.

ونقل مهنا: أو ذهب أكثر نفعه فيباع؛ لما روي «أن عمر كتب إلى سعد لما بلغه أن بيت المال الذي بالكوفة نقب: أن انقل المسجد الذي بالتمارين، واجعل بيت المال في قبلة المسجد. فإنه لن يزال في المسجد مصل».

وكان هذا بمشهد من الصحابة، ولم يظهر خلافه فكان كالإجماع. وحكى في التلخيص عن أبي الخطاب: أنه لا يجوز بيعه وهو غريب لا يعرف في كتبه؛ لأن ما لا يجوز بيعه مع بقاء منافعه لا يجوز مع تعطلها كالعتق.

وجوابه: بأن فيما ذكرناه استبقاء للوقف عند تعذر إبقائه بصورته فوجب ذلك، كما لو استولد الجارية أو قتلها أو قتلها غيره.

قال ابن عقيل : الوقف مؤبد . فإذا لم يمكن تأييده على وجه تخصيصه استبقينا الغرض وهو الانتفاع على الدوام في عين أخرى . واتصال الإبدال جرى مجرى الأعيان . وجمودنا على العين مع تعطلها تضييع للغرض . ويُقرب هذا من الهدى إذا عطب فإنه يذبح في الحال .

قولهم : «بياع» أي يجوز بيعه . نقله وذكره جماعة . وظاهر رواية الميموني : يجب ؛ لأن الولي يلزمه فعل المصلحة .

ولأنه استبقاء للوقف بمعناه فوجب ، كإيلاد أمة موقوفة .

وقال أبو العباس : مع الحاجة يجب بالمثل ، وبلا حاجة يجوز بخير منه ؛ لظهور المصلحة . ولا يجوز بمثله ؛ لفوات التغيير بلا حاجة .

فإن أمكن بيع بعضه ليعمر به الباقي جاز ، وإن لم يمكن الانتفاع بشيء منه بيع جميعه . ذكره في المغني والشرح .

قال في الفروع : والمراد : مع اتحاد الواقف والجهة . ثم إن كان المراد عينين ؛ كدارين فظاهر . وكذا عيناً واحدة ولم تنقص القيمة بالتبعض . فإن نقصت فوجه البيع قياس المذهب ؛ كبيع وصي لدين أو حاجة صغير . بل هذا أسهل ؛ لجواز تغير صفاته لمصلحة .

وذكر الحافظ ابن رجب : أن عبادة من أصحابنا أفتى في أوقاف وقفها جماعة على جهة واحدة من جهات البر إذا خرجت بعضها للمباشر أن يعمرها من الأجرة ، ووافقه طائفة من الحنفية .

فروع : لو شرط الواقف أنه لا يباع فخرب يباع ، وشرطه إذن فاسد ، نص عليه . قال حرب : قلت لأحمد : رجل وقف ضيعة فخربت وقال في الشرط : لا تباع ، فباعوا منها سهماً وأنفقوه على البقية ليعمروها فقال : لا بأس بذلك إذا كان كذلك ؛ لأنه اضطرار ومنفعة لهم .

قال في الرعاية الكبرى : وكل وقف بطل نفعه المطلوب منه ، وقيل : أو أكثره ، أو تعذر بخراب أو غصب أو غيره ، وتعذر عوده إلى حاله الأول أو عود أكثره ، أو خيف أن يتعطل نفعه ، وقيل : أو أكثره قريباً أو تذهب ماليته ، أو لم يصلح لما وقف له من غزو

وغيره، بل لحمل أو طحن أو نتاج أو ضراب؛ فلناظره الخاص ببيع. انتهى. فيصرف ثمنه في مثله. كذا في المحرر والفروع، وزاد: أو بعض مثله. قاله الإمام أحمد؛ لأنه أقرب إلى عرض الواقف وجهته.

وظاهر الخرقى: أنه لا يتعين المثل، واقتصر عليه في المغني والشرح، إذ المقصود النفع، لكن يتعين صرف المنفعة في المصلحة التي كانت الأولى تصرف إليها؛ لأن تغيير الصرف مع إمكان المحافظة عليه لا يجوز، كما لا يجوز تغيير الوقف بالبيع مع إمكان الانتفاع به وقوة كلامه، وهو ظاهر الخرقى أنه لا بد من إيقاف الناظر له. وصرح في الرعاية أنه يصير وقفاً بمجرد الشراء، وجوزهما أبو العباس لمصلحة وأنه قياس الهدى، وذكره وجهاً في المناقلة، وأوماً إليه الإمام أحمد.

وكذلك المسجد إذا لم ينتفع به في موضعه، فإنه يباع إذا خربت محلته. نقله عبدالله. ذكره جماعة.

وفي رواية صالح: يحول المسجد خوفاً من اللصوص، وإذا كان في موضعه قذراً. قال القاضي: يعني: إذا كان ذلك يمنع الصلاة فيه، ونص على جواز بيع عرصته في رواية عبد الله، وتكون الشهادة في ذلك على الإمام.

وعنه: لا تباع المساجد. نقلها علي بن سعيد؛ لأنها أكد من غيرها، لكن تنقل آلتها إلى مسجد آخر. اختاره أبو محمد الجوزي؛ لأنه أقرب إلى عرض الواقف. لكن نقل جعفر فيمن جعل خاناً في السبيل وبنى تحته مسجداً فضاق، أيزاد منه في المسجد؟ قال: لا. قيل: فإنه إن^(١) ترك ليس ينزل فيه أحد^(٢) فقد عطل. قال: يترك على ما صير له. ولا يجوز نقله مع إمكان عمارته. قاله في الفنون وأن جماعة أفتوا بخلافه وغلطهم.

ويجوز بيع بعض آله وصرفها في عمارته. نقل أبو داود: إذا كان في المسجد خشبتان لهما قيمة تشعث وخافوا سقوطه جاز بيعهما وصرف ثمنهما عليه؛ لأنه إذا جاز بيع الكل عند الحاجة فبيع بعض مع بقاء البعض أولى. وقاسه في الشرح على بيع بعض الفرس الحبيس عند تعذر الانتفاع به.

(١) زيادة من الإنصاف ١٠٢/٧.

(٢) مثل السابق.

ويجوز نقض منارته وبناء حائطه بها؛ لتحسينه من الكلاب . نص عليه في رواية محمد بن عبدالحكم للمصلحة .

فوائد:

منها: حيث جوزنا بيع الوقف، فمن يلي بيعه ؟
لا يخلو: إما أن يكون الوقف على سبل الخيرات ؛ كالمساجد، والقناطر، والمدارس،
والفقراء^(١) والمساكين ونحو ذلك، أو غير^(٢) ذلك.
فإن كان على سبل الخيرات ونحوها فالصحيح من المذهب: أن الذي يلي البيع
الحاكم، وعليه أكثر علمائنا وقطعوا به منهم: صاحب الرعاية في كتاب الوقف،
والحارثي، والزركشي في كتاب الجهاد. قال: نص عليه.
وقيل: يليه الناظر الخاص عليه إن كان. جزم به في الرعاية الكبرى في كتاب البيع.
وإن كان على غير ذلك، فهل يليه الناظر الخاص؟ أو الموقوف عليه؟ أو الحاكم؟
على ثلاثة أقوال:

أحدها: يليه الناظر الخاص. وهو الصحيح.
قال الزركشي: إذا تعطل الوقف. فإن الناظر فيه يبيعه ويشترى بثمنه ما فيه منفعة
يرد على أهل الوقف. نص عليه وعليه الأصحاب.
قال في الفائق: ويتولى البيع ناظره الخاص. حكاه غير واحد. وجزم به في التلخيص
والحرر، فقال: يبيعه الناظر فيه.
وقدمه في الرعاية الكبرى، فقال: فأما ناظره الخاص يبيعه. ومع عدمه يفعل ذلك
الموقوف عليه.

قلت: إن قلنا يملكه، وإلا فلا.
وقيل: بل يفعله مطلقاً الإمام أو نائبه. كالوقف على سبيل الخيرات. انتهى. وقدمه
الحارثي، وقال: حكاه غير واحد.
والقول الثاني: يليه الموقوف عليه. وهو ظاهر ما جزم به في الهداية فقال: فإن تعطلت

(١) في الأصل: والفقهاء. وانظر الإنصاف ١٠٥/٧.

(٢) في الأصل: وغير. وانظر الإنصاف، الموضع السابق.

منفعته فالموقوف عليه بالخيار بين النفقة عليه، وبين بيعه وصرف ثمنه في مثله. وكذا قال ابن عقيل، والسامري في المستوعب وغيرهما، وقدمه في الرعاية الصغرى. والقول الثالث: يليه الحاكم. حزم به الحلواني في التبصرة، فقال: وإذا خرب الوقف ولم يرد شيئاً، أو خرب المسجد وما حوله ولم ينتفع به: فلإمام بيعه وصرف ثمنه في مثله. انتهى.

وقدم هذا في الفروع، ونصره شيخنا في حواشي الفروع. وقواه بأدلة وأقيسة. وعمل الناس عليه. واختاره الحارثي.

فعلى الصحيح من المذهب: لو عدم الناظر الخاص، فقليل: يليه الحاكم. حزم به في التلخيص والحارثي. وقدمه في الرعاية الكبرى في كتاب البيع وذكره نص أحمد وصاحب الفروع. وهذا الصحيح من المذهب.

وقيل: يليه الموقوف عليه مطلقاً. قدمه في الرعاية الكبرى أيضاً في كتاب الوقف وهو ظاهر ما قطع به الزركشي. وحكاه عن الأصحاب.

وقيل: يليه الموقوف عليه إن قلنا: يملكه وإلا فلا. اختاره في الرايتين. وحزم به في الفائق.

تنبيه: تلخص مما تقدم فيمن يلي البيع طرق؛ لأن الوقف لا يخلو: إما أن يكون على سبيل الخيرات أو لا.

فإن كان على سبيل الخيرات ونحوه فلعلمائنا فيه طريقان:

أحدهما: يليه الحاكم قولاً واحداً. وهو قول أكثر علمائنا. منهم صاحب الرعاية الكبرى في كتاب الوقف.

الطريق الثاني: يليه الناظر إن كان ثم الحاكم. وهي طريقته في الرعاية الكبرى في كتاب البيع.

وإن لم يكن الوقف على سبيل الخيرات ففيه طرق لعلمائنا:

أحدها: يليه الناظر قولاً واحداً. وهي طريقة المجد في محرره والزركشي. وعزاه إلى نص الإمام أحمد واختيار الأصحاب.

الثاني: يليه الموقوف عليه قولاً واحداً. وهو ظاهر ما قطع به في الهداية والمستوعب

وغيرهما كما تقدم.

الثالث: يليه الحاكم قولاً واحداً. وهي طريقة الحلواني في التبصرة.

الرابع: يليه الناظر الخاص إن كان. فإن لم يكن فيليه الحاكم قولاً واحداً. وهي طريقة صاحب التلخيص.

الخامس: هل يليه الناظر الخاص وهو المقدم أو الموقوف عليه؟ فيه وجهان. وهي طريقة الناظم.

السادس: طريقة صاحب الرعاية الصغرى وهي: هل يليه الموقوف عليه؟ وهو المقدم وإن قلنا: يملكه، واختاره أو الناظر؟ على ثلاثة أقوال.

السابع: هل يليه الموقوف عليه وهو المقدم أو الناظر؟ فيه وجهان. وهي طريقته في الحاوي الصغير.

الثامن: طريقته في الرعاية الكبرى وهي: هل يليه الناظر الخاص إن كان؟ وهو المقدم، أو الحاكم؟ حكاه في كتاب الوقف. فيه قولان.

وإن لم يكن له ناظر خاص، فهل يليه الحاكم؟ وهو المقدم في كتاب البيع؟ وذكره نص الإمام أحمد، أو الموقوف عليه؟ وهو المقدم في كتاب الوقف. أو إن قلنا: يملكه^(١)، واختاره، على ثلاثة أقوال.

التاسع: هل يليه الحاكم مطلقاً؟ وهو المقدم، أو الموقوف عليه؟ على وجهين. وهي طريقة صاحب الفروع.

العاشر: يليه الناظر الخاص إن كان، فإن لم يكن فهل يليه الحاكم، أو الموقوف عليه إن قلنا: يملك؟ على وجهين مطلقين. وهي طريقة صاحب الفائق.

فهذه اثنتا عشر طريقة. ثنتان فيما هو على سبيل الخيرات ونحوه. وعشرة في غيره. ومنها: إذا بيع الوقف واشتري بدله. فهل يصير وقفاً بمجرد الشراء أم لا بد من تجديد وقفه؟ فيه وجهان. وذكرهما ابن رجب في قواعدهم، فيما إذا أتلّف الوقف متلفاً، وأخذت قيمته فاشترى بها بدله، وأطلقهما، أحدهما: يصير وقفاً بمجرد الشراء.

(١) في الأصل: يملك. وانظر الإنصاف ١٠٩/٧.

قال الحارثي عند قول المصنف في وطء الأمة الموقوفة: إذا أولدها، فعليه القيمة يشتري بها مثلها: يكون وقفاً ظاهره: أن البدل يصير وقفاً بنفس الشراء. انتهى.

قلت: وهو ظاهر كلام كثير من علمائنا؛ لاقتصارهم على بيعه وشراء بدله. وصرح به في التلخيص، فقال في كتاب البيع: ويصرف ثمنه في مثله ويصير وقفاً كالأول. وصرح به أيضاً في الرعاية في موضعين، وقال: غيره مثله.

قال شيخنا البعلي رحمه الله تعالى في حواشيه على الحرر: الذي يظهر أنه متى وقع الشراء لجهة الوقف على الوجه الشرعي، ولزم العقد: أنه يصير وقفاً؛ لأنه كالوكيل في الشراء، والوكيل يقع شراؤه للموكل. فكذا هذا يقع شراؤه للجهة المشتري لها، ولا يكون ذلك إلا وقفاً. انتهى.

والوجه الثاني: لا بد من تحديد الوقفية. وهو ظاهر كلام الخرقى فإنه قال: وإذا خرب الوقف ولم يرد شيئاً: بيع واشتري بثمنه ما يرد على أهل الوقف [وجعل وقفاً]^(١) كالأول.

قال الحارثي: وبه أقول؛ لأن الشراء لا يصلح سبباً^(٢) لإفادة الوقف. فلا بد للوقف من سبب يفيد. انتهى.

وأما الزركشي، فإنه قال: ومقتضى كلام الخرقى: أنه لا يصير وقفاً بمجرد الشراء، بل لا بد من إيقاف الناظر له. ولم أر المسألة مصرحاً بها. وقيل: فيها وجهان^(٣). انتهى.

ومنها: إذا بيع المسجد واشتري به مكان^(٤) يجعل مسجداً. فالحكم للمسجد الثاني، ويطلق حكم الأول.

ومنها: يجوز رفع المسجد إذا أراد أكثر أهله ذلك. وجعل تحت سفله سقاية وحوانيت في ظاهر كلام الإمام أحمد. وأخذ به القاضي.

قال الزركشي في كتاب الجهاد: وقيل: لا يجوز. وأطلق وجهين في الفروع.

(١) زيادة من الإنصاف ١١٠/٧.

(٢) في الأصل: شيئاً. وانظر الإنصاف ١١٠/٧.

(٣) في الأصل: وجهين.

(٤) في الأصل: مكاناً.

وقال في الرعاية الكبرى: فإن أراد أهل مسجد رفعه عن الأرض، وجعل سفله سقاية وحوانيت: روعي أكثرهم. نص عليه.
وقيل: هذا في مسجد أراد أهله إنشاءه كذلك، وهو أولى. انتهى.
واختار هذا ابن حامد. وأول كلام الإمام أحمد عليه. وصححه الموفق والشارح.
وردّ هذا التأويل بعض محققي علمائنا من وجوه كثيرة.

قال: (وما فضل عن حاجته حاز صرفه إلى مسجد آخر، والصدقة به على فقراء المسلمين، ولا تغرس شجرة بمسجد بعد إحيائه، ويجوز لجيرانه الفقراء أكل ثمرتها ما لم تعين معه لمصلحته).

ش: أما كون ما فضل من حصير مسجد وزيته عن حاجته يجوز صرفه إلى مسجد آخر؛ فلائنه انتفاع في جنس ما وقف له. فكان صرفاً له في مثله.
ولأن ذلك يجري مجرى الهدى إذا عطب قبل مَحَلِّه، والهدى يُفعل به ذلك. فكذا هذا، والصدقة به على فقراء المسلمين نص عليه في رواية المروزي. واحتج بأن شية بن عثمان الحجبي كان يتصدق بخلعان الكعبة.
وروى الخلال بإسناده: «أن عائشة أمرته بذلك». وهذه قضية انتشرت ولم تنكر فكان كالإجماع.

ولأنه مال الله تعالى لم يبق له مصرف. فصرف إلى المساكين.
ولأن نفع المسجد عام، والفقراء كذلك.
وخصه أبو الخطاب والمجد والمصنف بفقراء جيرانه؛ لأنهم^(١) أحق بمعرفه.
وعنه: لا يصرف لهما.
وعنه: بلى لمثله دون الصدقة به. واختاره أبو العباس.
وقال أيضاً: وفي سائر المصالح وبناء مساكن لمستحق ريعه القائم بمصلحته. قال:
وإن علم أن ريعه يفضل عنه دائماً وجب صرفه؛ لأن بقاءه فساد وإعطاءه صرف ما قدره الواقف؛ لأن تقديره لا يمنع استحقاقه لغير مسجده. وقال: ومثله وقف غيره.

(١) في الأصل: لأنه. وانظر المبدع ٣٥٧/٥.

ولا يجوز لغير الناظر صرف الفاضل.

فرع: نص على موقوف على معين استحقاقه مقدر بتعين إرصاده. ذكره أبو الحسين والحارثي.

ونقل حرب: فيمن وقف على قنطرة فانحرف الماء: يُرصد لعله يرجع .

وإن وقف على معين فاختلَّ صُرف في معين مثله. وعلى قياسه: مسجد ورباط ونحوهما.

وأما كونه لا يجوز غرس شجرة في المسجد؛ فلائنه تصرف بغير إذن الواقف وشرطه. نص عليه. وقال: تقلع غرست بغير حق؛ لأن المسجد لم يبن لذلك، إنما بني لقراءة القرآن وذكر الله تعالى، ولما يحصل بها من الأذى.

وفي الإرشاد والمبهبج: يكره غرسها فيه.

وقيل: يكره إن لم يضق وإلا حرم. فإن غرست فيه وأثمرت فقال الإمام أحمد: لا أحب الأكل منها. وقيل: تباح لفقراء الدرب. وقيل: مع غنى المسجد عنها.

وظاهر النص والحرر: أنه لا يختص قلعها بواحد. وفي المستوعب والشرح: أنه للإمام. فإن كانت مغروسة وهي فيه؛ فإن عين مصرفها أتبع، وإلا صارت كالوقف المنقطع جاز الأكل منها؛ لأنها تبع للمسجد، وهو لكل من المسلمين الانتفاع به فكذا الأكل منها.

قال أبو الخطاب: إذا لم يكن بالمسجد حاجة إلى ثمنها، اقتصر في الحرر على هذا؛ لأن حاجة المسجد مقدمة على غيره فإن احتاج ذلك صرف في عمارته؛ لأنه متقدم على غيره.

وذكر جماعة: أنه يصرف في مصالحه، فإن فضل فلجاره أكلها نص عليه. قال جماعة: ولغيره، وقيل: للفقير منهم.

فرع: لا يجوز حفر بئر في المسجد، ولا يغطي بالمغتسل؛ لأنه للموتى.

ونقل المروذي أنها تطم، وفي الرعاية: أن أحمد لم يكره حفرها فيه، ثم قال: بلى إن كره الوضوء فيه.

مسألة: إذا غرس الناظر أو بنى فيه فهو له إن أشهد، وإلا للوقف.

قال في الفروع: ويتوجه في أجنبي للوقف بنيته . وقال شيخنا: يد الواقف ثابتة على المتصل به ما لم تأت حجة تدفع موجبها، كمعرفة كون الغارس غرسها بحاله بحكم إجارة أو إعارة أو غصب، ويد المستأجر ثابتة على المنفعة، فليس له دعوى البناء بلا حجة، ويد أهل العرصة المشتركة ثابتة على ما فيها بحكم الاشتراك إلا مع بينة باختصاصه ببناء ونحوه.

فرع: وإذا كان المسجد معداً للصلاة ففي جواز البناء عليه نزاع بين العلماء، وليس لأحد أن يبني على الوقف ما يضر به اتفاقاً، وكذا إن لم يضر به عند الجمهور . قاله في الاختيارات.

باب الهبة والعطية

ش: الهبة أصلها من هبوب الريح أي: مروره، يقال: وهبت له شيئاً وهباً بإسكان الهاء وفتحها، وهبة .

والاسم الموهب فالموهبة بكسر الهاء فيهما . والاتهاب: قبول الهبة . والاستيهاب: سؤال الهبة . وتواهب القوم: وهب بعضهم بعضاً . وهبته كذا لغة قليلة .
والعطية، قال الجوهري: هي الشيء المعطى والجمع العطاء، والعطية هنا الهبة في مرض الموت . فذكر الهبة في الصحة والمرض وأحكامهما . قاله في المطلع.
والهبة والعطية والهدية والصدقة معانيها متقاربة .

واسم الهبة والعطية شامل لجميعها، فأما الصدقة والهدية فهما متغايران وإن دخلا في مسمى الهبة والعطية، فإن النبي ﷺ كان يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة. وقال في اللحم الذي تصدق به على بريرة: «هو عليها صدقة ولنا هدية»^(١) فالظاهر أن من أعطى شيئاً ينوي به التقرب إلى الله تعالى للمحتاج فهو صدقة.
ومن دفع إلى إنسان شيئاً للتقرب إليه والمحبة فهو هدية . وجميع ذلك مندوب إليه

(١) أخرجه البخاري في الزكاة، باب الصدقة على موالي أزواج النبي ﷺ ٤٣/٢ ح ١٤٢٢ . ومسلم في الزكاة، باب إباحة الهدية للنبي ﷺ ولبنی هاشم وبنی المطلب ٧٥٥/٢ ح ١٠٧٤ .

فإن النبي ﷺ قال: «تهادوا^(١) تحابوا»^(٢).

وأما الصدقة فما ورد في فضلها كثير . وقد قال الله تعالى: {إن تُبدوا الصدقات فَنِعَمًا هي وإن تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم ويكفر عنكم من سيئاتكم} [البقرة: ٢٧١].

قال: (وهي تبرع زيد بتمليك ماله المعلوم الموجود في حياته غفرًا، وشرط العوض المعلوم بيع).

ش: أما قول المصنف رحمه الله: «وهي تبرع.. إلى آخره» ؛ فبيان لماهية الهبة والعطية ؛ لأنهما هما المذكوران قبل.

قوله: «تمليك» يخرج ما ليس بتمليك ؛ كالعارية . فإنها إباحة.

قوله: «ماله المعلوم الموجود» يخرج عقود المعاوضات ؛ كالبيع والإجارة ونحوهما بما يعد هبة عرفاً . ويعتبر فيه أن يكون من جائز التصرف .

وقوله: «في حياته غفرًا» يخرج الوصية ؛ لأنها تمليك بعد الموت.

«وشرط العوض المعلوم بيع» يصح نص عليه ؛ لأنه تمليك بعوضٍ معلوم . أشبه

البيع .

ومعناه: أنه يثبت فيها الخيار والشفعة . وحكى في الفروع قولاً: أنها تصح بقيمتها .

فعليه يلغو الثواب المشروط ويرجع إلى قيمتها .

والظاهر: أنه يرجع إلى ذلك إذا جعل الثواب مجهولاً .

وقيل: لا يصح ؛ لأنه شرط في الهبة ما ينافي بمقتضاها ولنفي الثمن . ورد أنه تمليك

بعوض فصح كغيره .

وعنه: يغلب فيها حكم الهبة . ذكرها أبو الخطاب ؛ لأنه وجد لفظها الصريح فكان

المغلب فيها الهبة؛ كما لو لم يشترط عوضاً، وحينئذ لا يثبت فيها أحكام البيع المختصة

به . وظاهره أن الهبة المطلقة لا تقتضي عوضاً ، سواء كانت لمثله أو دونه أو أعلا منه .

(١) في الأصل: تهادون.

(٢) أخرجه مالك في حسن الخلق، باب ما جاء في المهاجرة ٦٩٣/٢ ح ١٦ . والبيهقي في الهبات، باب التحريض

على الهبة والهبة صلة بين الناس ١٦٩/٦ .

وقال ابن حمدان : هي من الأدنى تقتضي عوضاً هو القيمة ؛ لقول عمر: « من وهب هبةً أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منها »^(١).

وجوابه : بأنها عطية على وجه التبرع . فلم تقتض ثواباً ؛ كهبة المثل والوصية .

وقول عمر خالفه ابنه وابن عباس .

وقيل: تقتضي عوضاً مع عرف . فلو أعطاه ليعاوضه أو ليقضي له حاجة فلم يف

فكالشرط ، واختاره الشيخ تقي الدين .

فعلى ذكره لو عوضه عن الهبة كانت هبة مبتدأة لا عوضاً، أيهما أصاب عيباً لم

يكن له الرد، وإن خرجت مستحقة أخذها صاحبها ولم يرجع الموهوب له بيدها.

قال: (ولا تصح مجهولاً إلا ما تعذر علمه).

أما كونها لا تصح إذا شرط فيها ثواباً مجهولاً إلا ما استثنى ؛ فلأنه عوض مجهول في

معاوضة فلم يصح كالبيع . وفي آخر: حكمها حكم البيع الفاسد، فيردها الموهوب له بزيادتها مطلقاً ؛ لأنها نماء ملك الواهب، فإن كانت تالفة رد قيمتها .

وعنه أنه قال: يرضيه بشيء أي هو صحيح ، وذكره أبو العباس ظاهر المذهب . فإذا

أعطاه عنها عوضاً رضيه لزم العقد ؛ لأنها تصح بغير عوض . فلأن تصح بعوض مجهول من باب أولى.

قال الإمام أحمد في رواية محمد بن الحكم: هذا لك على أن تنييني فله أن يرجع إذا

لم يشبه ؛ لأنه شرط، ونص على معناه في رواية إسماعيل بن سعيد.

ولا يجوز أن يكافئه بالشكر والثناء، نص عليه . فإن ادعى ربها شرط العوض أو

البيع فأنكره فوجهان .

فرع: وهبة مجهول تعذر علمه كصلح . وقال في الكافي: وكلب ونجاسة يباح

نفعهما .

نقل حنبل: فيمن أهدى إلى رجل كلب صيد: ترى له أن يشيب عليه؟ قال: هذا

خلاف الثمن ، هذا عوض من شيء ، فأما الثمن فلا . وقيل : وجلد ميتة . وقيل :

(١) أخرجه البيهقي في الهبات، باب المكافأة في الهبة ١٨٢/٦.

ومجهول عند متهب . وقيل : وغير مقدور كوصية . ويتوجه منه هبة معدوم وغيره .

قال: (وينعقد بالإيجاب والقبول والمعاطاة الدالة عليها، وتلزم بالقبض بإذن الواهب إلا ما كان في يد المتهب ووارثه الواهب مقامه).

ش: أما كون الهبة تحصل بما ذكر المصنف رحمه الله ؛ فلأن الهبة تمليك . فصحت بالإيجاب والقبول والمعاطاة ؛ كالبيع.

ولأن الهبة أسهل من البيع . بدليل أنه يصح أن يكون عوضها مجهولاً على رواية فإذا صح البيع بالمعاطاة . فلأن تصح الهبة بها بطريق الأولى.

فالإيجاب أن يقول: وهبتك، وأهديت إليك، وأعطيتك، أو هذا لك، ونحوه من الألفاظ الدالة على هذا المعنى .

والقبول أن يقول: قبلت، أو رضيت، أو نحو هذا، ويصح بالمعاطاة المقترنة بما يدل عليها وإن لم يحصل إيجاب ولا قبول .

هذا المذهب اختاره ابن عقيل والمجد في شرح الهداية وغيرهما ، حتى أن ابن عقيل وغيره صحّحوا الهبة بالمعاطاة، ولم يذكروا فيها الخلاف الذي في بيع المعاطاة، وجزم به في المحرر والمنور وغيرهما وقدمه في الشرح والحرثي والفروع وغيرهم. وذكر أبو الخطاب: أن الهبة والعطية لا بد فيها من الإيجاب والقبول . ولا يصح بدونه ، سواء وجد القبض أو لم يوجد ، وهو قول أكثر أصحاب الشافعي .

فائدتان:

إحدهما: لو تراخى القبول عن الإيجاب: صح، ما دام في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه. قاله في الرعاية الكبرى والفائق.

وقال في الصغرى والحاوي الصغير: وينعقد بالإيجاب والقبول عرفاً.

وقال الزركشي: لو قدم القبول على الإيجاب: ففي صحة الهبة روايتان.

الثانية: يصح أن يهبه شيئاً ويستثني نفعه مدة معلومة. وبذلك أجاب الموفق. واقتصر عليه في القاعدة الثانية والثلاثين.

وأما كون القبض لا يصح إلا بإذن الواهب إذا لم يكن في يد المتهب ؛ فلأنه لا يجب

على الواهب تقبضه . فوجب أن لا يصح القبض إلا بإذنه ؛ كالرهن .
وأما ما كان في يد المتهب كالوديعة والمغصوب ؛ لأن^(١) قبضه مستدام فأغنى عن
الابتداء كما لو باعه سلعة في يده ، وهذا إحدى الروايات ، اختاره القاضي وغيره وجزم
به في التلخيص .

قال ابن منجي في شرحه: هذا المذهب .
وعنه : ما كان في يد المتهب يلزم بالعقد .
قال الشارح: هذا الصحيح إن شاء الله ، وقدمه في الفروع والمحرر وغيرهما .
وعنه: لا يصح القبض حتى يأذن فيه أيضاً . ويمضي زمن يتأتى قبضه فيه . جزم به
في الخلاصة ، واختاره القاضي أيضاً .
تنبيه: ظاهر كلام المصنف: صحة الهبة بمجرد العقد ، وهو المذهب وعليه جماهير
علمائنا ، وقطع به كثير منهم .

وظاهر كلام الخرقى وطائفة: أن ما يكال ويوزن لا يصح إلا مقبوضاً . قال الخرقى:
ولا تصح الهبة والصدقة فيما يكال ويوزن إلا بقبضه .
فائدة: تملك الهبة بالعقد أيضاً . قاله الموفق ومن تابعه ونقله في التلخيص وقدمه في
الفائق . وقاله أبو الخطاب في انتصاره في موضع .
قال في القاعدة التاسعة والأربعين: قاله كثير من الأصحاب . منهم أبو الخطاب ،
وصاحب المغني والتلخيص وغيرهم .

وقيل: يتوقف الملك على القبض . قدمه في الرعايتين وغيرهما . وجزم به في الحرر .
قال في الكافي: لا يثبت الملك في الموهوب له في المكيل والموزون إلا بقبضه . وفيما
عداهما روايتان .

فائدة: له أن يرجع في الإذن قبل القبض . وله أن يرجع في نفس الهبة قبل القبض .
على الصحيح من المذهب فيهما . وقيل: لا يصح الرجوع فيهما .
وأما كون وارث الواهب يقوم مقامه في الإذن والرجوع ؛ فلأن كل واحدٍ منهما

(١) في الأصل: لأنه . وانظر المبدع ٣٦٤/٥ ، وكشاف القناع ٣٠١/٤ .

كان مستحقاً للواهب . فانتقل إلى وارثه ؛ لقوله ^(١) : « من تَرَكَ حَقّاً فلورثته » ^(٢) .
 تنبيه: أفادنا المصنف رحمه الله بقوله: «قام وارثه مقامه» : أن إذن الواهب يبطل بموته
 وهو صحيح وكذلك يبطل إذنه بموت المتهب.

فوائد:

منها: لو وهب لغائب هبة، وأنفذها مع رسول الموهوب له أو وكيله، ثم مات
 الواهب أو الموهوب له قبل وصولها: لزم حكمها. وكانت للموهوب له؛ لأن قبض
 الرسول والوكيل كقبضه.

وإن أنفذها الواهب مع رسول نفسه، ثم مات قبل وصولها إلى الموهوب له، [أو
 مات الموهوب له] ^(٣) : بطلت. وكانت للواهب ولورثته لعدم القبض.
 وكذلك الحكم في الهدية. نص على ذلك.

ومنها: لو مات المتهب قبل قبوله: بطل العقد. على الصحيح من المذهب. وقيل: لا
 يبطل.

ومنها: يقبض الأب للطفل من نفسه بلا نزاع. ولا يحتاج إلى قبول من نفسه. على
 الصحيح من المذهب. ويكتفي بقوله: وهبته ^(٤) وقبضته له.
 وقال القاضي: لا بد في هبة الولد أن يقول: قبلت. وهو مبني على اشتراط القبول
 على ما تقدم. والمذهب خلافه.

وقال بعض علمائنا: يكتفي بأحد لفظين، إما أن يقول: قد قبلت أو قبضت.
 وإن وهب ولي غير الأب، فقال أكثر علمائنا: لا بد أن يوكل الواهب من يقبل
 للصبي ويقبض له ليكون الإيجاب من الولي، والقبول والقبض من غيره، كما في البيع.
 بخلاف الأب؛ فإنه يجوز أن يوهب ويقبل ويقبض. قاله الموفق.
 والصحيح عندي: أن الأب وغيره في هذا سواء.

(١) أخرجه البخاري في الاستقراض، باب الصلاة على من ترك ديناً. عن أبي هريرة رضي الله عنه . ولفظه: « من ترك مالا فلورثته » ٢٢٦٨ ح ٨٤٥/٢ . ومسلم في الفرائض، باب من ترك مالا فلورثته ١٢٣٧/٣ ح ١٦١٩ .

(٢) زيادة من الإنصاف ١٢٤/٧ .

(٣) في الأصل: وهبت.

قال في الفروع: وفي قبض ولي غير الأب من نفسه: روايتا شرائه وبيعه له من نفسه. ومنها: لا يصح قبض الطفل والمجنون لنفسه ولا قبوله. ووليّه يقوم مقامه فيهما. فإن لم يكن له أب فوصيه. فإن لم يكن فالحاكم الأمين^(١) أو من يقيم مقامهم. ولا يقوم غير هؤلاء الثلاثة مقامهم.

وقال الموفق في المغني: ويحتمل أن يصح القبول والقبض من غيرهم عند عدمهم. ومنها: لا يصح من المميز قبض الهبة ولا قبولها. على الصحيح من المذهب. نص عليه في رواية ابن منصور.

قال في القواعد الأصولية: هذا أشهر الروايتين وعليه معظم الأصحاب. وعنه: يصح قبضه وقبوله. اختاره الموفق في المغني والحرثي. وقال في المغني: ويحتمل أن يقف صحة قبضه على إذن وليه دون القبول.

قال: (ومن أبرأ غريمه من دينه بلفظ الإحلال أو الصدقة أو الهبة ونحوها: برئت ذمته ولو لم يقبل).

ش: أما كون الغريم تبرأ ذمته إذا أبرأه غريمه من دينه؛ فلاّنه إسقاط. فلم يفتقر إلى القبول؛ كالعق والطلاق والقصاص والشفعة. وبهذا فارق هبة العين؛ لأن ذلك تمليك^(٢)، وهذا إسقاط.

وأما كونه تبرأ ذمته إذا وهبه له أو أحلّه منه؛ فلاّنه الهبة والإحلال والصدقة ونحوها؛ كالإبراء معنى. فكذا يجب أن يكون حكماً.

فأما إن علمه المبرأ -بفتح الراء- أو جهله وكان المبرئ -بكسرهما- يجهله: صح، سواء جهل قدره أو وصفه أو هما على الصحيح من المذهب كما هو ظاهر كلام المصنف وقدمه في المحرر والفروع والفائق وغيرهم وصححه الناظم.

قال في القواعد: هذا أشهر الروايات.

وعنه: يصح مع جهل المبرأ بفتح الراء دون علمه.

وأطلق -فيما إذا عرفه المديون- فيه الروايتين في الرايتين والحاوي الصغير.

(١) زيادة من الإنصاف ١٢٥/٧.

(٢) زيادة من الممتع ١٥٨/٤.

وعنه لا يصح، ولو جهلاه، إلا^(١) إذا تعذر علمه.
وقال في المحرر: ويتخرج أن يصح بكل حال، إلا^(٢) إذا عرفه المبرأ، وظن المبرئ
جهله به: فلا يصح. انتهى.
وعنه: لا تصح البراءة من المجهول كالبراءة من العيب. ذكرها أبو الخطاب، وأبو
الوفاء. كما لو كتمه المبرأ خوفاً من أنه لو علمه المبرئ: لم يبرئه.
قال في الفروع: قال الموفق والشارح: فأما إن كان من عليه الحق يعلمه ويكتمه من
المستحق، خوفاً من أنه إذا علمه: لم يسمح بإبرائه منه، فينبغي أن لا تصح؛ لأن فيه تغييراً
للمبرئ وقد أمكن التحرز منه. انتهى.
وتابعهما الحارثي وقال: وظاهر كلام أبي الخطاب: الصحة مطلقاً. قال: وهذا
أقرب.

فوائد:

منها: من صور البراءة من المجهول: لو أبرأه من أحدهما، أو أبرأه أحدهما. قاله
الخلواني، والحارثي.
وقالا: يصح ويؤخذ بالبيان، كطلاق وعنته أحدهما. قال في الفروع: ثم يقرع على
المذهب.
ومنها: قال الموفق وغيره: قال أصحابنا: لو أبرأه من مائة وهو يعتقد أن لا شيء عليه
وكان له عليه مائة، ففي صحة البراءة وجهان. صحح الناظم: أن البراءة لا تصح. قال
الحارثي: وهذا أظهر. وأطلقهما في الفروع.
أصلهما: لو باع مالا لموروثه، يعتقد أنه حي، وكان قد مات وانتقل ملكه إليه فهل
يصح البيع؟ فيه وجهان.

وتقدم الصحيح منهما في كتاب البيع، بعد^(٣) تصرف الفضولي. فكذا هنا.
وقال القاضي: أصل الوجهين: من باشر امرأة بالطلاق يظنها أجنبية، فبانت امرأته،

(١) زيادة من الإنصاف ١٢٨/٧.

(٢) مثل السابق.

(٣) في الأصل: بعدم. وما أثبتناه من الإنصاف ١٢٩/٧.

أو واجه بالعق من يعتقدها حرة فبانت أمته.
ومنها: لا تصح هبة الدين لغير من هو في ذمته. على الصحيح من المذهب، وهو ظاهر كلام المصنف. ويحتمل الصحة، كالأعيان: ذكره الموفق ومن بعده.
قال في الفائق: والمختار الصحة.
قال الحارثي: وهو أصح. وهو المنصوص في رواية حرب، فذكره إن اتصل القبض به.

ومنها: لا تصح البراءة بشرط. نص عليه فيمن قال: إن مت فأنت في حل، فإن ضم التاء فقال: إن مت فأنت في حل فهو وصية.
وجعل الإمام أحمد رجلاً في حل من غيبته^(١)، بشرط أن لا يعود. وقال: ما أحسن الشرط. فقال في الفروع: فيوجه فيهما روايتان.
وأخذ صاحب النوادر من شرطه: «أن لا يعود» رواية في صحة الإبراء بشرط.
وذكر الحلواني: صحة الإبراء بشرط. واحتج بنصه المذكور هنا أنه وصية. وأن ابن^(٢) شهاب والقاضي، قالوا: لا يصح على غير موت المبرئ. وأن الأول أصح؛ لأنه إسقاط. وقدم الحارثي ما قال الحلواني، وقال: إنه أصح.
ومنها: لا يصح الإبراء من الدين قبل وجوبه. ذكره علماؤنا. وجزم به جماعة: بأنه تمليك^(٣).

ومنع بعضهم: أنه إسقاط، وأنه لا يصح بلفظ الإسقاط. وإن سلمناه [فكانه ملكه إياه ثم سقط.
ومنع أيضاً: أنه لا يعتبر قبله. وإن سلمناه]^(٤)؛ فلائنه ليس مالا بالنسبة إلى من هو عليه. وقال: العفو عن دم العمد تمليك أيضاً.
وفي صحيح مسلم: «أن أبا اليسر الصحابي قال لغريمه: إن وجدت قضاءً فاقض.

(١) في الأصل: غيبه. وانظر الإنصاف ١٢٩/٧.

(٢) زيادة من الإنصاف ١٣٠/٧.

(٣) في الأصل: تملك. وانظر الإنصاف ١٣٠/٧.

(٤) زيادة من الإنصاف ١٣٠/٧.

وإلا فأنت في حل»^(١).

وأعلم به الوليد بن عباد بن الصامت وابنه وهما تابعيان. فلم ينكره.
قال في الفروع: وهذا متجه. واختاره شيخنا.

ومنها: لو تبارأ وكان لأحدهما على الآخر دين مكتوب. فادعى استثنائه بقلبه ولم
يبرئه منه: قبل قوله. ولخصمه تحليفه. ذكره أبو العباس.

قال في الفروع: ويتوجه الروايتان في مخالفة النية للعام بأيهما يُعمل.

ومنها: قال القاضي محب الدين بن نصر الله في حواشي الفروع: الإبراء من المجهول
عندنا صحيح. لكن هل هو عام في جميع الحقوق، أو خاص بالأموال؟ ظاهر كلامهم:
أنه عام. انتهى.

وصرح به في الفروع في آخر القذف. وقدمه.

وقال الشيخ سيدي عبد القادر في الغنية: لا يكفي الاستحلال المبهم.

فصل [شروط الموهوب]

قال: (ويجوز هبة كل عين تباع، ونجاسة تنفع، وكلب يقتل).

ش: أما كون هبة كل عين تباع يجوز؛ فلأن الهبة تمليك. فإذا صح البيع في شيء
علم أنه قابل للتمليك.

وأما كون النجاسة المنتفع بها والكلب المقتنى يجوز هبتهما؛ فلأنه تبرع فجاز في
ذلك كالوصية.

تنبيه: مفهوم كلام المصنف: أنه لا يجوز هبة أم الولد وهو صحيح. وهو المذهب.

وقيل: يصح هنا، مع القول بعدم صحة بيعها. وأطلقهما في الرعاية والفائق.

ويقيد القول بالصحة: أن يكون حكمها حكم الإماء في الخدمة ونحوها، إلى أن

يموت الواهب، فتعتق وتخرج من الهبة.

(١) أخرجه مسلم في الزهد والرقائق، باب حديث جابر الطويل وقصة أبي اليسر ٢٣٠١/٤ ح ٣٠٠٦.

قال: (ولا يجوز تعليقها على شرط، ولا ما ينافي مقتضاها، ولا توقيتها إلا أن يقول عمرو لزيد: أعمرتك أو أرقبتك هذه الدار، أو جعلتها لك حياتك، أو قال: هي لأخركم موتاً، أو شرط رجوعها إلى عمرو، فإنها تكون لزيد وورثته من بعده).

أما كون الهبة لا يجوز تعليقها على شرط؛ نحو أن يقول: إن جاء زيد فقد وهبتك هذه الدار، وما أشبه ذلك؛ فلأنها تملك في حياة لمعين. فلم يجوز تعليقها على شرط؛ كالبيع.

وما روي أن النبي ﷺ قال: «إن رجعت هديتنا إلى النجاشي فهي لك»^(١) وعد لا هبة. واستثنى في الفروع، وسبقه إليه ابن شهاب والقاضي غير الموت. ونقل حرب إذا قال: ثلث ضيعتي لفلان بلا قسمة جاز إذا كانت تعرف، لا معلقة بشرط غير الموت ولا مؤقتة، خلافاً للحارثي فيهما إلا في العمرى. وأما كونها لا يجوز فيها شرط ما ينافي مقتضاها نحو أن لا يبيعها ولا يهبها؛ فلأنها عقد شرط ما ينافي مقتضاه. فلم يجوز؛ كالبيع لم يصح الشرط رواية واحدة وكذا الهبة، وفيها وجه بناء على الشروط الفاسدة في البيع.

وإن وهب أمة واستثنى حملها^(٢) صح في قياس قوله في العتق، وفيه تخريج. وأما كونها لا يجوز توقيتها في غير العمرى والرقبي؛ كقوله: وهبتك هذا سنة؛ فلأنه تعليق لانتهااء الهبة. أشبه ابتداءها.

وقيل: يلغو توقيتها، وتصح الهبة مطلقاً إلا أن يقول عمرو لزيد: أعمرتك إلى آخره؛ فإنهما نوعان من الهبة ويصح توقيتهما.

سميت عمرى؛ لتقييدها بالعمر، وسميت رقبى؛ لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه وهو أن يقول: أعمرتك هذه الدار أو أعطيتك أو أرقبتك.

قال ابن القطاع: أرقبتك: أعطيتك، وهي هبة ترجع إلى المرقب إن مات المرقب وقد نهى عنه، والفاعل منهما معمر، ومرقب بكسر الميم الثانية والقاف والمفعول بفتحهما. وقال أبو السعادات: يقال: أعمرتك الدار أي جعلتها له يسكنها مدة عمره، فإذا مات

(١) أخرجه أحمد ٤٠٤/٦ ح ٢٧٣١٦.

(٢) في الأصل: حمل. وانظر المبدع ٣٦٨/٥.

عادت إلى كذا كانوا يفعلونه في الجاهلية فأبطل ذلك الشرع، وأعلمهم أن من أعمار شيئاً أو أرقبه في حياته فهو له ولورثته من بعده ، أو جعلتها لك حياتك ، أو قال: هي لآخرنا موتاً ، أو شرط رجوعها إلى عمرو وهو العمري والرقبي تصح في قول أكثر العلماء . وحكي عن بعضهم ضده ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: « لا تُعْمِرُوا وَتُرْقِبُوا »^(١). هذا نهى . وهو يقتضي الفساد.

وجوابه: ما روى جابر أن النبي ﷺ قال: « العمري جائزة لأهلها، والرقبي جائزة »^(٢). رواه أبو داود والترمذي وحسنه .

والنهي ورد على وجه الإعلام لهم : أنكم إن أعمرتم أو أرقبتم نفذ للمعمر والمرقب، ولم يعد إليكم منه شيء، بدليل حديث جابر مرفوعاً: « من أعمار عمري فهي لمن أعمارها، حياً وميتاً ولعقبه »^(٣). رواه مسلم.

ولو أريد به حقيقته لم يمنع صحته كطلاق الحائض، وصحة العمري ضرر على المعمر. فإن ملكه يزول بغير عوض . قاله في المغني والشرح .

أو قال: لآخرنا موتاً صح الشرط كالعقد على الأصح ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: « المسلمون على شروطهم »^(٤) .

قال القاسم: ما أدركت الناس إلا على شروطهم، وحينئذ يعمل بالشرط . وعنه: لا يصح الشرط، نص عليه في رواية أبي طالب . وفي المغني: هو ظاهر المذهب، وقدمه في المحرر والفروع ؛ لما روى أحمد بإسناده مرفوعاً قال: « لا عمري ولا رقبى . فمن أعمار شيئاً أو أرقبه فهو له حياته وموته »^(٥).

وهذا صريح في إبطال الشرط ؛ لأن الرقبى يشترط فيها عودها إلى المرقب إن مات

(١) أخرجه أبو داود في البيوع، باب من قال فيه ولعقبه ٢٩٥/٣ ح ٣٥٥٦. والنسائي في العمري، ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر جابر في العمري ٢٧٣/٦ ح ٣٧٣٢.

(٢) أخرجه أبو داود في الإجارة، باب في الرقبى ٢٩٥/٣ ح ٣٥٥٨. والترمذي في الأحكام، باب ما جاء في الرقبى ٦٣٣/٣ ح ١٣٥١.

(٣) أخرجه مسلم في الهبات، باب العمري ١٢٤٦/٣ ح ١٦٢٥.

(٤) أخرجه أبو داود في الأقضية، باب في الصلح ٣٠٤/٣ ح ٣٥٩٤. والترمذي في الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس ٦٣٤/٣ ح ١٣٥٢.

(٥) أخرجه أحمد ٣٤/٢ ح ٤٩٠٦.

الآخر قبله ، أو شرط رجوعها إلى عمرو إن مات قبله، أو إلى غيره وتسمى الرقبى، أو رجوعها مطلقاً إليه أو إلى ورثته فإنها تكون لزيد ملكاً في قول جماعة من الصحابة ومن بعدهم ؛ لما روى جابر قال: « قضى النبي ﷺ بالعمري لمن وهبت له »^(١) متفق عليه . رواه مالك في الموطأ .

وورثته من بعده ؛ لما روى زيد بن ثابت « أن النبي ﷺ جعل العمري للوارث »^(٢)؛ لأن الأملاك المستقرة كلها مقدرة بحياة المالك وتنتقل إلى الورثة، فلم يكن تقديره بحياته منافياً لحكم الأملاك، فإن عدموا فليت المال دون ربها نص عليه . ومقتضاه: أنه إذا أضافها إلى عمر غيره أنها لا تصح .

وعنه: ترجع بعد موت المعمر إلى المعمر . وقاله الليث ؛ لقول جابر: « إنما العمري التي أجازها النبي ﷺ أن يقول : هي لك ولعقبك . أما إذا قال : هي لك ما عشت فإنها ترجع إلى صاحبها »^(٣) . وليس بظاهر مع أنه حمل قوله على تملك المنافع .

وجوابه: بأنه قضى بها طارق بالمدينة بأمر عبد الملك بن مروان . وأن قول بعضهم إنها تملك المنافع لا يضر إذا نقلها الشرع إلى تملك الرقبة كالمقولات الشرعية . أما لو قال: أعمرت هذه الدار ولعقبك، فلا خلاف فيها في الصحة كما اقتضاه كلامه في الكافي، وذكر العقب تأكيد .

وتكون للمعمر ولورثته من بعده ؛ لقوله عليه السلام: « من ترك شيئاً فلورثته بعد موته »^(٤) . وعنه: بطلانهما كالبيع .

تنبيه: ليس ذلك خاصاً بالعقار، بل يجري فيه وفي الحيوان والنبات . نقل يعقوب وابن هانئ: من يعمر الجارية أيطأ ؟ قال: لا أراه ، وحمله القاضي على الورع؛ لأن بعضهم جعلها تملك المنافع .

(١) أخرجه البخاري في الهبة وفضلها، باب ما قيل في العمري والرقبي ٩٢٥/٢ ح ٢٤٨٢ . ومسلم في الهبات، باب العمري ١٢٤٦/٣ ح ١٦٢٥ .

(٢) أخرجه ابن ماجه في الأحكام، باب العمري ٧٩٦/٢ ح ٢٣٨١ .

(٣) أخرجه مسلم في الهبات، باب العمري ١٢٤٦/٣ ح ١٦٢٥ .

(٤) سبق تخريجه ص: ٤٢٠ .

وروى سعيد بإسناده عن الحسن: « أن رجلاً أعمار [رجلاً داراً]^(١) حياته، فخاصمه بعد ذلك إلى النبي ﷺ فقال عليه الصلاة والسلام: من ملك شيئاً حياته فهو لورثته بعده »^(٢) والإنسان إنما يملك الشيء عمره بعد وقته بما هو مؤقت به في الحقيقة فصار كالطلق.

فرع: إذا قال: سكناه لك عمرك، أو غلته، أو خدمته لك، أو منحتك، فهو عارية . نقله الجماعة ؛ لأنه في التحقيق هبة المنافع إنما تستوفي بمضي الزمان شيئاً فشيئاً، وتبطل بموت أحدهما.

تنبيه: إذا وهب أو باع فاسداً، ثم تصرف في العين بعقد صحيح، مع علمه بفساد الأول صحّ الثاني؛ لأنه تصرف في ملكه علماً بأنه ملكه. وإن اعتقد صحة الأول ففي الثاني وجهان، كما لو تصرف في عين يعتقد أنها لأبيه فبان أنه قد مات وملكها.

فصل [في عطية الأولاد]

قال: (يجب التعديل في عطية أولاده بقدر إرتهم منه، فإن فضل بعضهم، سواء برجوع أو زيادة، فإن مات قبله ثبت . ويسن التعديل في بقية أقرابه والوقف).

ش: أما كونه يجب التعديل في عطية أولاده ما ذكر ؛ فلأن الله تعالى قسم الميراث بينهم كذلك، وقياساً لحال الحياة على حال الموت .

قال عطاء: ما كانوا يقسمون إلا على كتاب الله تعالى . وقاله عطاء وشريح وإسحاق . وقيل: لصلبه .

وذكر^(٣) الحارثي: لا ولد بنيه وبناته للحقيقة .

وعنه: يستحب ذكر كائني ، وقاله أكثر العلماء ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام لبشير بن سعد: « سوّ بينهم »^(٤) وكان النفقة .

(١) في الأصل: فرساً. وما أثبتناه من السنن.

(٢) أخرجه البيهقي في الهبات، باب العمرى ١٧٥/٦ بنحوه عن ابن سيرين.

(٣) في الأصل: وذكره. وانظر الإنصاف ١٣٧/٧.

(٤) أخرجه أحمد ٢٦٨/٤ ح ١٨٣٨٥.

وجوابه: أن الذكر أحوج منها من جهة أن الصداق والنفقة عليه بخلافها . وحديث بشير قضية عين وحكاية حال لا عموم لها، إنما يثبت حكمها في مثلها، ولا يعلم حال أولاد بشير هل كان فيهم أنثى أو لا؟ ثم تحمل التسوية على القسمة على كتاب الله تعالى . ويحتمل أنه أراد التسوية في أصل العطاء .

وعنه: لا يجب التعديل في النفقة كشيء تافه. نص عليه .

وقال أبو يعلى الصغير: كشيء يسير.

وعنه: بلى^(١) مع تساوي فقر أو غنى بقدر إرثهم .

نقل أبو طالب: لا ينبغي أن يفضل أحداً من ولده في طعام وغيره .

قال إبراهيم: كانوا يستحبون التسوية بينهم حتى في القبلة، فدخل نظر وقف .

ولا يجب التعديل بين غيرهم من الأقارب، بل ذلك مخصوص بالأولاد فقط . جزم

به الموفق في كتبه، وزعم الحارثي أنه المذهب، وأن عليه المتقدمين من أصحابنا.

قال في الفروع: وهو أشهر؛ إذ الأصل تصرف الإنسان في ماله كيف شاء خرج منه

الأولاد للخير، مع أنه عليه الصلاة والسلام لم يسأل بشيراً: هل لك وارث غير ولدك أم

لا؟ .

واختار الأكثر أن بقية الأقارب كالأولاد، نص عليه وهو المذهب ؛ لأن المنع من

ذلك كان خوف قطيعة^(٢) الرحم والتباغض وهو موجود في الأقارب. والأم كالأب فيما

ذكر ؛ لأنها أحد الأبوين أشبهت الأب، ولوجود المعنى المقتضي للمنع.

وأما كون المعطي المذكور عليه التسوية بالرجوع، أو زيادة الآخر حتى يستوا؛

فلأن النبي ﷺ قال في بعض ألفاظه: « سوّ بينهم » .

ولأن كل واحد من الأمرين تسوية. نص عليه وجزم به علماؤنا ؛ لما روى النعمان

بن بشير قال: « تصدق عليّ أبي ببعض ماله . فقالت أمي عمرة بنت رواحة : لا أرضى

حتى يشهدَ عليها رسول الله ﷺ . فجاء أبي إلى رسول الله ﷺ ليشهده فقال: أَكُلَّ

ولذلك أعطيتَ مثله ؟ قال: لا . قال: اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم. قال: فرجع أبي .

(١) في الأصل: بل. وانظر الفروع ٦٤٤/٤.

(٢) في الأصل: قطعة. وانظر المبدع ٣٧٢/٥.

فردَّ تلكَ الصلقة»^(١). وفي لفظ: «فاردده»^(٢)، وفي لفظ: «فأرجعه»^(٣)، وفي لفظ: « لا أشهد على جور »^(٤)، وفي لفظ: « فأشهد على نحو هذا غيري » ، وفي لفظ: « سوَّ بينهم »^(٥) متفق عليه.

وذلك يدل على التحريم ؛ لأنه سماه جوراً ، وأمر برده وامتنع من الشهادة عليه . ولا شك أن الجور حرام ، والأمر يقتضي الوجوب ، وهو يورث العداوة والبغضاء وقطيعة الرحم ، فمنع منه كتزويج المرأة على عمتها .

وقيل: يجوز تفضيل أحدهم واختصاصه لمعنى فيه ، ويكره إن كان على سبيل الأثرة ، اختاره الموفق ونصره في الشرح .

وقال الليث والثلاثة: يجوز ذلك مطلقاً ؛ « لأن أبا بكر نحل عائشة جداد عشرين وسقاً »^(٦) دون سائر ولده واحتج الشافعي بقوله: « أشهد على هذا غيري »^(٧) فأمره بتأكيدها دون الرجوع فيها ؛ لأنه عطية تلزم بموت المعطي كالتسوية .

وجوابه: بأن فعل أبي بكر لا يعارض ما تقدم ، وبأنه نحلها لمعنى فيها لا يوجد في غيرها من أولاده وكان قاصداً بأن ينحل غيرها فأدركته الوفاة . وبأن قوله: «أشهد» إلى آخره ليس بأمر ؛ لأن أدنى أحواله الاستحباب ولا خلاف في كراهته ، مع أنه لو كان أمراً لبادر إلى امتثاله وإنما هو تهديد.

وظاهره: أنه إذا خص بعضهم بإذن الباقي أو كان لمعنى؛ كزمانة أو عمى أو طلب علم جاز وأنه لا فرق في ذلك بين الصحة والمرض .

وعنه: لا ينفذ في مرضه . ونقل الميموني معناه . قال أبو الفرج: يؤمر برده .

(١) أخرجه البخاري في الهبة وفضلها، باب الإهداء في الهبة ٢/٩١٤ ح ٢٤٤٧. ومسلم في الهبات، باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة ٣/١٢٤٢ ح ١٦٢٣.

(٢) أخرجه مسلم في الهبات، باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة ٣/١٢٤٢ ح ١٦٢٣.

(٣) أخرجه البخاري في الهبة وفضلها، باب الهبة للولد وإذا أعطى بعض ولده شيئاً... ٢/٩١٣ ح ٢٤٤٦. ومالك في الأفضية، باب ما لا يجوز من النحل ٢/٥٧٦ ح ٣٩.

(٤) أخرجه البخاري في الشهادات، باب لا يشهد على شهادة جورٍ إذا أشهد ٢/٩٣٨ ح ٢٥٠٧. ومسلم في الموضع السابق ٣/١٢٤٣ ح ١٦٢٣.

(٥) سبق تخريجه ص: ٤٢٨.

(٦) أخرجه مالك في الأفضية، باب ما لا يجوز من النحل ٢/٥٧٦ ح ٤٠.

(٧) أخرجه مسلم في الهبات، باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة ٣/١٢٤٣ ح ١٦٢٣.

وأما كون ذلك يثبت للمعطي له إذا مات المعطي ولزم، وليس لبقية الورثة الرجوع نص عليه ، واختاره الخلال وصاحبه والخرقي وأكثر العلماء ؛ فلقول أبي بكر لعائشة رضي الله عنها: «وددت أنك حزيتي»^(١) فدل أنها لو كانت حازته لم يكن لهم الرجوع ، ولقول عمر.

ولأنها عطية لولده ؛ فلزمت بالموت ؛ كما لو انفرد .

فإن كان في المرض فقد خالف وتوقف على إجازة بقية الورثة، لكن إن كانت العطية في المرض ليسوى بينهم فقد توقف الإمام أحمد ، والأشهر الجواز ؛ لأنه طريق لفعل الواجب.

وعنه: لا يثبت، وللباقين الرجوع، اختاره أبو عبدالله بن بطة وأبو حفص وأبو العباس .

قال الإمام أحمد: عروة قد روى [الأحاديث الثلاثة]^(٢) حديث عمر وعثمان وعائشة وتركها، وذهب إلى حديث النبي ﷺ «ترد في حياة الرجل وبعد»^(٣) موته .
ولأنه عليه الصلاة والسلام سمي ذلك جوراً.

وفي رواية لمسلم: «إني لا أشهد إلا على حق»^(٤) ، وغير الحق جور، والجور لا يحل فعله ولا يختلف بالحياة والموت، ولا يطيب أكله ويتعين رده .
وعنه: أنها باطلة، واختارها الحارثي .

وقال أبو يعلى الصغير: قولهم لو حرم لفسد، والتحريم يقتضي الفساد في رواية لا في أخرى، بدليل قوله في الصلاة في دار غضب، فدل على الخلاف .
أصل: لا يكره للحبي قسم ماله بين أولاده . نقله الأكثر .

وعنه: بلى. ونقل ابن الحكم: لا يعجبني . فإن حدث له وارث سوى ندباً. قدمه جماعة .

وقيل: وجوباً . قال الإمام أحمد: أعجب إليّ يسوي . اقتصر عليه في المغني.

(١) سبق تخريج حديث عائشة قريباً.

(٢) زيادة من المغني ٢٨٥/٤.

(٣) في الأصل: بعد. وانظر المغني ، الموضع السابق.

(٤) أخرجه مسلم في الهبات، باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة ١٢٤٤/٣ ح ١٦٢٤.

وأما كونه يسن التعديل في بقية الأقارب، فقد تقدم الكلام عليه .
والوقف ذكر كأثنى جاز. قاله القاضي وقدمه في الفروع ؛ لأن العقد القرية على وجه الدوام وقد استووا في القرابة .

نقل ابن الحكم: لا بأس . قيل: فإن فضل ؟ قال: لا يعجبني على وجه الأثرة إلا لعيال بقدرهم أو حاجة ؛ لأن الزبير خص المردودة من بناته دون المستغنية منهن بصدقته ، واختار الموفق أنه يستحب أن يقسم بينهم كقسمة الميراث ؛ لأنه إيصال مال إليهم فيكون على حسب الميراث، وذكر أن قول القاضي لا أصل له وهو ملغى بالعطية والهبة ؛ لأن الوقف لا ينقل الرقبة أو ينقلها على وجه من القصور بخلاف الهبة .

وإن وقف ثلثه في مرضه، أو وصى بوقفه على بعضهم جاز . نص عليه اختاره القاضي والأكثر . واحتج الإمام أحمد بأن عمر جعل أمر وقفه إلى حفصة تأكل منه وتشترى رقيقاً .

ولأن الوقف ليس في معنى المال فهو كعتق الوارث، وكالوقف على الأجانب. وعلل في رواية الميموني بأن الوقف غير الوصية ؛ لأنه لا يباع ولا يورث ولا يصير ملكاً للورثة ينتفعون بغلتها .

وقياس المذهب: لا يجوز، ظاهره أنه لا نقل فيها عن الإمام أحمد ، لكن نص في رواية إسحاق بن إبراهيم فيمن وصى لأولاد بنيه بأرض توقف فقال: إن لم يرثوه فجائز فظاهره: أنه لا يجوز الوقف على وارث في المرض . اختارها أبو حفص وابن عقيل . وذكرها أبو الخطاب ورجحها في المغني والشرح ؛ لأنه تخصيص لبعض ورثته بماله في مرضه فمنع منه كالوصية، وإلحاقاً له بالهبة . وحديث عمر ليس فيه تخصيص لبعض الورثة بالوقف ؛ لأنه جعل الولاية إليها، وليس ذلك وقفاً عليها، وكونه انتفاعاً بالغلة، لا يقتضي جواز التخصيص؛ كما لو أوصى لوارث بمنفعة عبد . وحمل كلامه على أنه وقف على الورثة، فعنه كهبة فيصح بالإجازة .

وعنه: لا إن قيل هبة ، وعنه: يلزم في ثلثه، وهي أشهر.

تنبيه: إذا وقف داره في مرض موته وهي تخرج من ثلثه، على ابنه وبنته نصفين جاز على المنصوص ولزم ؛ لأنه لما كان له تخصيص البنت بها فبنصفها أولى . وعلى المنصور

في المغني وغيره: إن أجاز الابن جاز، وإن ردّه بطل الوقف فيما زاد على نصيب الابن وهو السدس، ويرجع إلى الابن تملكاً، فيكون له النصف وقفاً والسدس ملكاً والثلث للبننت جميعه وقفاً.

وقيل: يبطل الوقف في نصف ما وقف على البننت وهو الربع، ويبقى ثلاثة أرباعها وقفاً، نصفها للابن ورابعها للبننت، والربع بطل الوقف فيه بينهما أثلاثاً.

ويصح من اثني عشر للابن ستة أسهم وقف، وسهمان ملك، ولبننت ثلاثة أسهم وقف وسهم ملك.

ولو كان لا يملك غيرها وقلنا يلزم في الثلث فرداً فثلثها وقف بينهما بالسوية، وثلثاها ميراثاً، فإن ردّ ابنه فله ثلثا الثلثين إرثاً، ولبننته ثلثها وقفاً، وإن ردت فلها ثلث الثلثين إرثاً، ولابننه نصفها وقفاً، وسدسها إرثاً لرد الموقوف عليه.

فرع: لا يصح وقف زائد على الثلث على أجنبي، جزم به الموفق وجماعة، وأطلق بعضهم وجهين، وكذا على وارث ولو حيلة؛ كوقف مريض ونحوه على نفسه ثم عليه.

قال: (ولا يصح أن يرجع واهب في هبته اللازمة إلا الأب، بشرط أن لا يتعلق بالعين حق الغير، أو رغبة أو ما يمنع تصرف المتهب مؤبداً أو مؤقتاً، فإن زال المانع قلّه الرجوع، إلا أن يرجع محمداً لا بفسخ).

ش: أما كون الواهب لا يصح أن يرجع في هبته إلا الأب؛ فلما روى ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه»^(١). متفق عليه.

ولأحمد والبخاري: «ليس لنا مثلُ السوء الذي يعود في هبته كالكلب يرجع في قيئه»^(٢)، وفي رواية لأحمد: قال قتادة: «ولا أعلم القيء إلا حراماً»^(٣).

وظاهره: وإن لم يثب عليها. صرح به في المحرر، وكذا حكم الهدية.

(١) أخرجه البخاري في الهبة وفضلها، باب هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها ٢/٩١٥ ح ٢٤٤٩. ومسلم في الهبات، باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض... ٣/١٢٤١ ح ١٦٢٢.

(٢) زيادة من الصحيح.

(٣) أخرجه البخاري في الهبة، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته ٢/٩٢٤ ح ٢٤٧٩. وأحمد ١/٢١٧ ح ١٨٧٢.

(٤) أخرجه أبو داود في الإحارة، باب الرجوع في الهبة ٣/٢٩١ ح ٣٥٣٨.

قوله: اللازمة . كذا في الرعاية .

وأما كون الأب له الرجوع إن لم يتعلق بالموهوب حق أو رغبة لغير الولد، مثل: أن يهب ابنه شيئاً فيرغب الناس في معاملته فيداينوه أو في مناكحته فيزوجوه، أو يهب ابنته شيئاً فتتزوج ، أو ما يمنع تصرف المتهب مؤبداً أو مؤقتاً كالرهن ونحوه فلا رجوع . كذا في الفروع تبعاً للرعاية ؛ فلأنه تعلق بها حق غير الابن ففي الرجوع إبطال حقه . يؤيده قوله عليه السلام: « لا ضرر ولا إضرار »^(١) والرجوع ضرر فيه تحيل على إلحاق الضرر بالمسلمين . وهذا إحدى الروايات . اختارها الشارح وابن عبدوس في تذكرته وابن عقيل . ذكره الحارثي وأبو العباس وقال: يرجع فيما زاد على قدر الدين أو الرغبة .

وعنه: له الرجوع في أظهر الروايات، وصححه ابن حمدان، وهو عند الشيخين المذهب ؛ لما روى عمر وابن عباس مرفوعاً: « لا يحل للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها، إلا الوالد فيما يعطي ولده »^(٢) رواه الخمسة وصححه الترمذي . وسواء قصد برجوعه التسوية بين أولاده أو لا .

وظاهره لا فرق فيه بين المسلم والكافر في ظاهر كلامهم ، وفي الاختيارات: منع الأب الكافر أن يرجع فيما أعطى ولده الكافر ثم أسلم، فإن كان في حال إسلام الولد ففيه نظر . ومقتضاه: أن الأم لا رجوع لها، وهو ظاهر كلام الإمام أحمد، قال في رواية الأثرم: ليست عندي كالرجل ؛ لأن له أن يأخذ من مال ولده بخلاف الأم ولولايته وحيازته جميع المال.

وقيل: بلى ، وهو ظاهر الخرقى، وصححه في المغني والشرح ؛ لقوله عليه^(٣) الصلاة والسلام: « سووا بين أولادكم »^(٤) ولا للمرأة فيما تهب زوجها ، وهو إحدى الروايات؛ لقوله تعالى: {إلا أن يعفون ... الآية} [البقرة: ٢٣٧] .

(١) أخرجه الدارقطني في الأفضية والأحكام وغير ذلك ٢٢٨/٤ ح ٨٥.

(٢) أخرجه أبو داود في البيوع، باب الرجوع في الهبة ٢٩١/٣ ح ٣٥٣٩. والترمذي في الولاء والهبة، باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة ٤٤٢/٤ ح ٢١٣٢. والنسائي في الهبة، ذكر الاختلاف على طاووس في الراجح في هبته ٢٦٧/٦ ح ٣٧٠٣. وابن ماجه في الأحكام، باب من أعطى ولده ثم رجع فيه ٧٩٥/٢ ح ٢٣٧٧. وأحمد ٢٧/٢ ح ٤٨١٠.

(٣) زيادة يقتضيها السياق.

(٤) ذكره المتقي الهندي في كنز العمال في الفرع الرابع ، في العدل بين العطية لهم ٤٤٦/١٦ ح ٤٥٣٥٩.

وعنه: لها الرجوع مطلقاً . نقلها الأثرم، وحكاها الزهري عن القضاة، وأطلقهما في المحرر والفروع وقيدها بمسألته .

وعنه: ليس له الرجوع كالجدة ؛ لعموم ما سبق . وفيه وجه، ذكره ابن رزین .
وجوابه: بأنه عليه السلام قال لبشير : « فارجه »^(١) وفي رواية: « فاردده »^(٢) رواه مالك عن الزهري عن حميد عن النعمان .

وأقل أحوال الأمر الجواز، وأطلقهن في المذهب وغيره .
فرع: إذا أسقط حقه من الرجوع فاحتمالان في الانتصار، وإن علق الرجوع بشرط لم يصح .

تنبيه: يحصل الرجوع في الهبة بالألفاظ الدالة عليه، علم الولد أو لا، ولا يفتقر إلى حكم حاكم في الأصح، فإن أخذ ما وهبه لولده ونوى به الرجوع كان رجوعاً، ويقبل قوله في نيته .

فإن مات الأب ولم يُعلم هل نوى الرجوع ؟ ولم يوجد قرينة لم يحكم بأنه رجوع، وإن حُفَّت به قرائن دالة على الرجوع فوجهان .

وفي المغني: ينبنى هذا على نفس العقد؛ فمن أوجب الإيجاب والقبول فليس برجوع وإلا فهو رجوع، فإن نوى الرجوع من غير قول ولا فعل لم يحصل الرجوع وجهاً واحداً، وإن نقصت العين أو تلف بعضها لم يمنع الرجوع، ولا ضمان على الولد فيما تلف منها ؛ لأنه تلف على ملكه سواء تلف بفعله أو لا .

وإن جنى العبد جنابة تعلق أرشها برقبته فهو كنقصانه بذهاب بعض أجزائه، فإن رجع الأب فيه ضمن أرش الجنابة، وإن كانت على العبد فرجع الأب فأرش الجنابة عليه للإبن كالزيادة المنفصلة، أو زادت زيادة منفصلة؛ كالولد والثمره وكسب العبد لم يمنع الرجوع بغير خلاف نعلمه . قاله في الشرح؛ لأن الرجوع في الأصل دون النماء ممكن . وفيه في المؤجر رواية، والزيادة للإبن؛ لأنها حادثة في ملكه ولا يتبع في الفسوخ فكذا هنا . وكولد الأمة منه، ولا يجوز التفريق بينهما، منع من الرجوع إلا أن نقول المنفصل

(١) سبق تخريجه ص: ٤٣٠ .

(٢) سبق تخريجه ص: ٤٣٠ .

للأب فيرجع فيهما جميعاً، أو يرجع في الأم ويتملك الولد من مال ولده . قاله في الشرح ، وفيه شيء .

وإن اختلفا في حدوث زيادة ففي أيهما يقبل قوله؟ فوجهان، وهل الزيادة المتصلة؛ كالسمن وتعلم صنعة في المعاني الرجوع إذا زادت بها القيمة؟ قاله في الشرح على روايتين :

إحداهما: لا تمتنع؛ لأنها زيادة في الموهوب فلم يمنع الرجوع، كالزيادة قبل القبض والمنفصلة.

والثانية: وهي أشهر ورجحها في الشرح ؛ لأن الزيادة للموهوب له لكونها نماء ملكه، ولم تنتقل إليه من جهة أبيه . فلم يملك الرجوع فيها، وحينئذ يمتنع الرجوع في الأصل؛ لئلا يفضي إلى سوء المشاركة وضرر التشقيص ؛ لأنه استرجاع للمال بفسخ عقد لغير عيب في عوضه، فمنعه الزيادة المتصلة كاسترجاع الصداق بفسخ النكاح، بخلاف الرد بالعيب من جهة: أن الرد من المشتري، وقد رضي ببذل الزيادة .

وعلى المنع فلاأب أخذها بطريق التملك بشرطه، وقصر العين وتفصيلها زيادة متصلة يجري فيها الخلاف.

فرع: إذا وهب حاملاً من غيره فولدت في يده فهبة متصلة ، وقيل: منفصلة إن قلنا: لا حكم للحمل، وإن رجع فيها حاملاً جاز وإن لم تزد قيمتها، وإن زات قيمتها فمنفصلة .

ولو وهبه نحلة فحملت، فهي قبل التأبير زيادة متصلة وبعده منفصلة . وإن باعه المتهب أو وهبه، لم يملك الواهب الرجوع قولاً واحداً، فإذا رجع إليه بفسخ أو إقالة أو فلس المشتري، فهل له الرجوع ؟ على وجهين أطلقهما في المحرر والفروع، واقتصرا على ذكر الفسخ فقط، وهو مغن:

أحدهما: حزم المصنف أنه لا يرجع ؛ لأن الملك عاد إليه بعد استقرار ملك من انتقل إليه، أشبه ما لو عاد إليه بالهبة . أما لو عاد إليه بخيار المجلس أو الشرط فله الرجوع ؛ لأن الملك لم يستقر عليه.

والثاني: يملكه ؛ لأن السبب المزيل ارتفع، وعاد الملك بالسبب الأول، أشبه فسخ

البيع بالخيار.

وإن رجع إليه يبيع أو هبة لم يملك الرجوع ؛ لأنه عاد إليه بملك جديد لم يستفده من قبل أبيه، فلم يملك فسخه بإزالته، كالذي لم يكن موهوباً . وإن وهبه المتهب لابنه لم يملك أبوه الرجوع، كما لو وهبه لغير ابنه .

ولأن في رجوعه إبطالاً للملك غير ابنه . وقيل: له أن يرجع وإن لم يرجع ابنه إلا أن يرجع هو ؛ لأن المانع من الرجوع زوال ملك الابن وقد عاد إليه . وقيل: لا يملك ؛ لأنه عاد إليه بعد استقرار ملك غيره عليه . أشبه ما لو وهبه ابن الابن لأبيه.

فروع: إذا قال أبوه: وهبتك هذا العبد وهو سمين أو كبير فلي الرجوع، فقال ابنه: وهو مهزول فسمن ، أو صغير فكبر فلا رجوع لك فوجهان.

فلو قال: وهبتك هذا الذهب مصوغاً، فقال ابنه: أنا صغته، صدق الواهب .

وعن الإمام أحمد في المرأة تهب زوجها مهرها : إن كان سألها ذلك رده إليها رضيت أو كرهت . نقلها أبو طالب ثم ذكر العلة فقال : لأنها لا تهب له إلا مخافة غضبه أو إضراراً^(١) بها بأن يتزوج عليها ؛ لأن شاهد الحال يدل على أنها لم تطب به نفساً، والله تعالى إنما أباحه عند طيب نفسها بقوله تعالى : ﴿فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً﴾ [النساء: ٤] .

وظاهره: إن لم يكن سألها فهو جائز ، وقيل: يرجع إن وهبته له مع ضرر فلم يندفع، أو عوض أو شرط فلم يحصل ، وعنه: يرد عليها الصداق مطلقاً .

ولو قال: هي طالق ثلاثاً إن لم تبرئني فأبرأته صح ، وهل يرجع ثالثها إن طلقها ؟ ذكره أبو العباس وغيره .

(١) في الأصل: إضرار . وانظر المبدع ٣٨١/٥ .

فصل [في أخذ مال الولد]

قال: (ولأب أن يأخذ ويتملك من مال ولده ما لا يضره ولا يحتاجه مع حاجة الوالد وصغر الولد ورضاه والعكس ما لم يدفعه إلى ولد آخر).

ش: أما كون الأب له أن يأخذ من مال ولده ؛ فلما روت عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «إن أطيب ما أكلتم من كسبكم ، وإن أولادكم من كسبكم»^(١) رواه الترمذي وقال : حديث حسن.

ويتملك ؛ لأنه من جاز له أخذ شيء جاز له أن يملكه، بدليل الأشياء المباحة . قال في المستوعب: لا تختلف الرواية: أن مال الولد ملك له دون أبيه . ولهذا قال الإمام أحمد: بين الرجل وبين ولده ربا، وقال: لا يمنع الابن الأب ما أراد من ماله فهو له، ويستثنى من ذلك سريته ولو لم تكن أم أم ما لم يضره، نص عليه مع حاجة الوالد وعدمها في صغر الولد وكبره ؛ لما تقدم من الحديث .

ولما روى الطبراني في معجمه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: « جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: إن أبي اجتاح مالي . فقال: أنت ومالك لأبيك »^(٢) . ولأن الولد موهوب لأبيه بالنص القاطع، وما كان موهوباً له كان له أخذ ماله كعبد . ويؤيده: أن سفيان بن عيينة قال في قوله تعالى: {ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم... الآية} [النور: ٦١] ذكر الأقارب دون الأولاد لدخولهم في قوله : {من بيوتكم} ؛ لأن بيوت أولادهم كبيوتهم.

ولأن الرجل يلي مال ولده من غير تولية . فكان له التصرف ؛ كمال نفسه . وشرطه: إذا لم تتعلق حاجة الابن به وما لا يضره. نص عليه وجزم به المصنف ؛

(١) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في الرجل يأكل من مال ولده ٢٨٩/٣ ح ٣٥٢٩. والترمذي في الأحكام، باب ما جاء أن الوالد يأخذ من مال ولده. واللفظ له ٦٣٩/٣ ح ١٣٥٨. والنسائي في البيوع، باب الحث على الكسب ٢٤١/٧ ح ٤٤٥٠. وابن ماجه في التجارات، باب ما للرجل من مال ولده ٧٦٨/٢ ح ٢٢٩٠.

(٢) أخرجه الطبراني في الكبير ٢٣٠/٧ ح ٦٩٦١ عن سمرة، و ٩٩/١٠ ح ١٠٠١٩ عن ابن مسعود. وفي الصغير ٨/١ عن ابن مسعود أيضاً.

لأن حاجة الإنسان مقدمة على دينه . فلأن تقدم على أبيه بطريق الأولى .
وشرط في الكافي والشرح كما شرطه المصنف: ما لم يدفعه إلى ولد آخر، نص
عليه ؛ لأن تفضيل أحد الولدين غير جائز فمع تخصيص الآخر بالأخذ منه أولى .
وعنه: له أن يملك ما لا يحجب به ، جزم به في الكافي ، وذكر في الشرح: أن لا
يحجب بالابن ولا يضر به . ولا يأخذ شيئاً تعلقت به حاجته .
وعنه: له تملكه كله.

ويروى: أن مسروقاً زوج ابنته بصدّاق عشرة آلاف درهم فأخذها فأنفقها في سبيل
الله وقال للزوج: جهّز امرأتك .

واستدل ابن عقيل بقوله عليه الصلاة والسلام: « لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن
طيب نفس منه »^(١) رواه الدارقطني .

ولأن ملك الولد تام على مال نفسه، فلم يجوز انتزاعه منه كالذي تعلقت به حاجته .
وجوابه: بأنه مخصوص بما سبق فلا تنافي بينهما .

وظاهره : لا فرق في الولد بين الذكر والأنثى ، وأن الجد لا يكون كذلك ، وفيه
رواية مخرجة من ولايته وإجباره أنه كالأب في كل شيء ما لم يخالف الإجماع
كالعمريتين، وفي الأم قول.

قال: (فإن تصرف في ماله ولو فيما وهبه له، بيع أو عتق أو إبراء ونحوه، أو أراد
أخذه قبل رجوعه، أو تملكه بقول أو نية وقبض معتبر، لم يصح بل بعده).

ش: أما كون الأب لا يصح تصرفه في مال ولده قبل تملكه ؛ فلأن الأب لا يملك
ملك ولده . بدليل أن الابن كامل التصرف في ماله يصح بيعه له وهبته ووطء جاريته،
ولو كان ذلك لغيره أو مشتركاً لم يجوز جميع ذلك.

هذا المذهب نص عليه، وعليه علماؤنا، جزم به غير واحد .
قال في الفروع: ولا يصح تصرفه فيه قبل تملكه على الأصح . قال في القواعد
الفقهية: هذا المعروف من المذهب.

(١) أخرجه الدارقطني في البيوع ٢٦/٣ ح ٩٢.

وعنه : يصح ، وخرج أبو حفص البرمكي رواية بصحة تصرفه بالعنق قبل القبض .
وقال أبو بكر في التنبيه: بيع الأب على ابنه وعتقه وصدقته ووطء إماءته ما لم يكن الابن
قد وطئ جائر . ويجوز له بيع عبده وإماءته وعتقهم .

تنبيه: يحصل التملك بقبضه، نص عليه مع قول أو نية .

قال في الفروع: ويتوجه أو قرينة . وفي المبهج: في تصرفه في غير مكيل أو موزون
روايتان، بناء على حصول ملكه قبل قبضه، ويصح بعده . ولو أراد أخذه مع غناه فليس
له أن يأبى عليه .

نقل الأثرم: ولو كنت أنا لجبرته على دفعه إليه، على حديث النبي ﷺ: « أنت
ومالك لأبيك »^(١) .

قال: (فإن أحبل الحارية قبل ذلك صارت أم ولد حر ، ولا يلزمه مهر ولا قيمة ولا
حد).

ش: وهذا قبل تملكها، فقد وطئها وليست بزوجة ولا ملك يمين وهو حرام . فإذا
أحبلها صارت أم ولد له؛ لأن إحبال الأب لها موجب نقل الملك إليه . وحينئذ يكون
الوطء مصادفاً للملك ، وذلك يقتضي صيرورتها أم ولد ضرورة مصادفة الوطء للملك .
ومقتضاه: أنها إذا لم تحبل منه أنها باقية على ملك الولد، وولده حر؛ لأنه وطء
شبهة^(٢) . ولا يلزمه مهر ولا قيمة ولا قيمتها؛ إذ ليس له مطالبة الأب بشيء من ذلك،
ولا حدّ عليه على الأصح للشبهة ، وفي التعزير وجهان ، وذكره القاضي رواية واحدة ؛
لأنه وطئ وطئاً محرماً؛ كوطء المشتركة .

والثاني: لا ؛ لأنه لا يقتص منه بالجناية على ولده فلا يعزر بالتصرف في ماله .
والفرق أن التعزير هنا حق لله تعالى، بخلاف الجناية على ولده . قال بعضهم:
فيضرب مائة إلا سوطاً .

فرع: إذا تملكها فليس له وطؤها حتى يستبرئها، فإن كان الابن وطئها لم تحل له
بحال . وإن وطئها بعد وطء الابن فروايتان كوطء ذات محرم بملك يمين، ولا ينتقل الملك

(١) سبق تخريجه ص: ٤٣٨ .

(٢) في الأصل: شبه . وانظر المبدع ٣٨٣/٥ .

فيها إن كان الابن استولدها .

فإن وطئها الأب والابن في طهر واحد وأتت بولد، عرض على القافة ، ويحد الابن لوطئه جارية أبيه، ولم يلحقه الولد ويكون ملكاً لأبيه، وقد أحب الإمام أحمد أن يعتقه الأب لكونه جزءاً من ابنه .

قال: (وليس للابن مطالبة أبيه بالدين ونحوه، إلا دين نفقته الواجبة عليه، فإن له مطالبة به وجبته عليه).

ش: أما كون الابن ليس له مطالبة أبيه بالدين ونحوه إلا ما استثنى؛ فلما روي « أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ بأبيه يقتضيه ديناً عليه فقال: أنت ومالك لأبيك »^(١). رواه الخلال.

ولأن المال أحد نوعي الحقوق . فلم يملك مطالبة أبيه به ؛ كحقوق الأبدان. وله مطالبة بنفقته وهو المذهب ، جزم به غير واحد، وعين مال له في يده . قاله في الرعاية.

وقيل: له أن يطالبه بماله في ذمته مع حاجته إليه وغنى والده عنه ، وقيل: يثبت له في ذمته مطلقاً.

فعلى هذا ففي ملكه إبراء نفسه نظر . قاله القاضي . وذكر غيره: لا يملكه كإبرائه لغريمه، ولا طلب له في حياة والده . فإن مات الابن فليس لورثته مطالبة الأب في الأشهر كمورثهم .

وإن مات الأب بطل دين الابن . قاله الإمام أحمد. وقيل: يرجع في تركة الأب ؛ لأن دينه لم يسقط عن الأب، وإنما تأخرت المطالبة . وحمله بعضهم على ما أخذه على سبيل التملك .

مسألة: إذا مات فوجد ما اشتراه منه بعينه قال في المبهج: أو بعضه ولم ينقد ثمنه، أو وجد ما أقرضه فهل يأخذه أو يكون إراثاً ؟ فيه روايتان وما قضاه في مرضه أو وصى بقضائه فمن رأس ماله، وإلا لم يسقط بموته على أحد الوجهين ، اختاره بعض علمائنا

(١) ذكره ابن أبي حاتم في علله ٤٧٢/١ .

وقدمه في الفروع والمغني .

قال في المحرر: وما ثبت له في ذمته ببيع أو إرث أو قرض لم يملك مطالبته به. ومتى قضاه إياه في مرضه، أو أوصى بقضائه كان من صلب المال ولذلك سقط بموته. نص عليه ، وقيل: لا يسقط . انتهى.

ولو أقر بقبض دينه فأنكر، رجع على غريمه وهو الأب . نقله مهنا . فظاهره: أنه لا يرجع إن أقر الابن.

فصل في تصرفات المريض

قال: (مَنْ مَرَضَهُ غَيْرَ مَخُوفٍ، كَوَجَعِ ضَرْسٍ وَعَيْنٍ وَصِنَاعٍ يَسِيرٍ، فَتَصَرَّفَهُ لَازِمٌ كَالصَّحِيحِ وَلَوْ مَاتَ مِنْهُ).

ش: أما كون تصرفات المريض غير مرض الموت، أو مرضاً غير مخوف لازمة كعطايا الصحيح سواء يصح من جميع ماله ؛ فلأن مقتضى الدليل صحة تصرف الإنسان في جميع ماله. تُرك العمل به في عطية المريض المرض المخوف المتصل بالموت لما يأتي . فيجب أن يبقى فيما عداه على مقتضاه.

قال: (وإن كان مخوفاً؛ كبرسام).

وهو بخار يرتقي إلى الرأس ويؤثر في الدماغ فيحيل عقل صاحبه . وقال عياض: هو ورم في الدماغ يتغير منه عقل الإنسان ويهذي ، ويقال فيه: برسام .

قال: (وذات الجنب).

وهو: قرح بباطن الجنب ، ووجع القلب والرئة ولا يسكن حركها ، وقيل: هو دمل كبيرة تخرج بباطن الجنب وتفتح إلى داخل .

قال: (ووجع قلب، ودوام قيام أو رعاف ، وأول فالج ، وآخر سل ، والحمى المطقة ، والصالب، والربع ، وما قال طيبان مسلمان عدلان: أنه مخوف، لا يلزم ترعه لوأرث بشيء، ولا بما فوق الثلث لغيره إلا بإجازة الورثة لها إذا مات منه،

ش: أما كون تصرفات المريض مرض الموت ؛ كما مثل المصنف رحمه الله؛ كوصيته في أنها لا تلزم لوارث بشيء، ولا لأجنبي بزيادة على الثلث ؛ فلما روى عمران بن حصين رضي الله عنهما: « أن رجلاً أعتق ستة أعبد له عند موته لم يكن له مالٌ غيرهم . فبلغ ذلك رسول الله ﷺ . فدعاهم فجزأهم ثلاثة أجزاء . فأقرع بينهم . فأعتق اثنين وأرق أربعة . وقال قولاً شديداً »^(١) . رواه مسلم.

وإذا لم ينفذ العتق مع سرايته فغيره أولى .
ولأن هذه الحال الظاهر منها الموت، فكانت عطية فيها في حق ورثة لا يتجاوز الثلث كالوصية، وعلم منه أن هذه التصرفات إذا وجدت في الصحة فهي من رأس المال بغير خلاف نعلمه. قاله شيخنا .

تنبيه: حكم العطية في مرض الموت حكم الوصية في أشياء:
منها: أنه يقف نفوذها على خروجها من الثلث أو إجازة الورثة .
ومنها: أنها لا تصح لوارث إلا بإجازة الورثة .
ومنها: أن فضيلتها ناقصة عن فضيلة الصدقة في الصحة .
ومنها: أنها تزاخم في الثلث إذا وقعت دفعة واحدة كتزاحم الوصايا .
ومنها: أن خروجها من الثلث يعتبر حال الموت لا قبله ولا بعده .
قوله: «ودوام قيام» هو المبطلون الذي أصابه الإسهال ولا يمكنه إمساكه، فإن كان يجري تارة وينقطع أخرى؛ فإن كان يوماً أو يومين فليس بمخوف ؛ لأنه قد يكون من فضلة الطعام، إلا أن يكون معه زخير وتقطيع فيكون مخوفاً ؛ لأنه يضعف البدن.
قوله: «أو رعا» وهو الدائم، فإنه يصفى الدم فيذهب القوة.
قوله: «وأول فالج» وهو داء معروف يرخي البدن . قال ابن القطاع: فلج فالجاً : بطل نصفه أو عضو منه .

قوله: «وآخر سل» هو بكسر السين، داء معروف، وقد سلّ وأساله الله تعالى فهو

(١) أخرجه مسلم في الإيمان، باب من أعتق شركاً له في عبد ٣/١٢٨٨ ح ١٦٦٨.

مسلول على غير قياس . ومثله القولنج وهو : أن ينعقد الطعام في بعض الأعضاء^(١) ولا ينزل عنه .

فهذه الأشياء مخوفة وإن لم يكن معها حمى، وهي مع الحمى أشد خوفاً . وإن بادره الدم واجتمع في عضو كان مخوفاً ؛ لأنه من المראה المفرطة . وإن هاجت به الصفراء فهي مخوفة ؛ لأنها تورث يبوسة . وكذلك البلغم إذا هاج ؛ لأنه من شدة البرودة . وقد تغلب على الحرارة الغريزة فتطفيها . ذكره في المغني والشرح .

قوله : «والحمى المطبقة والصالب والربع» وهي الغب . كذا قاله في الرعاية الكبرى .
قوله : «وما قال طبيبان مسلمان عدلان» أي عند الشك فيه : أنه مخوف ، فيرجع إلى قولهما ؛ لأنهما من أهل الخبرة . كذا جزم به علماؤنا ، فظاهره أنه لا يقبل فيه قول واحد ؛ لأنه يتعلق به حق الوارث والعطايا ، وقيل : يقبل لعدم ، وذكر ابن رزين : المخوف عرفاً ، أو بقول عدلين .

فصل [الأمراض المخوفة]

قال : (ومن اعتد مرضه بمجذام أو سل أو فالج ولم يقطعه بفراش بل يدخل ويخرج فمن كل ماله، والعكس بالعكس).

ش : أما كون الأمراض المذكورة مخوفة إذا صار صاحبها صاحب فراش ، وغير مخوفة إذا لم يصر على المذهب ؛ فلأن العادة قاضية بذلك فليست مخوفة وعطيته حيثئذ من رأس المال . قال : إذا كان يذهب ويحيى فعطاياه من جميع المال . هذا تحقيق المذهب ؛ لأنه لا يخاف تعجيل الموت منه ، وإن كان لا يبرأ منه فهو كالحرم . وقال أبو بكر : فيه وجه آخر : أن عطيته من الثلث مطلقاً ؛ لأنها مخوفة في الجملة . فوجب إلحاقها به من غير تفصيل ، وهو رواية .

نقل حرب في وصية المجذوم والمفلوج من الثلث فالجحد أثبتها وجعلها ثانية وصاحب الشرح حملها على الأول . وذكر أبو بكر وجهاً آخر : أن عطايا هؤلاء من المال كله .

(١) في الأصل : الأعطاء . وانظر المبدع ٣٨٦/٥ .

وقول ابن المنجي أنه يلزم منه التناقض على قول أبي بكر ليس بظاهر فغايتة أنه على وجهين .

قال: (وإن باشر التحام قتال، أو هيجان بحر، أو وقوع طاعون، أو قُدم ليقُتل، وعند الطلق فكمرض مخوف).

ش: أما كون من باشر التحام قتال... إلى وعند الطلق فكمرض مخوف ؛ فلأن الغالب في هذه الصور حصول التلف . فكان ملحقاً بالمريض المخوف مرضه ؛ لأنه في معناه من جهة الخوف.

قوله: «باشر التحام قتال» بأن اختلطت الطائفتان للقتال وكانت كل منهما مكافئة للأخرى أو مقهورة ولا فرق بين كونهما متفقتين في الدين ؛ لأن توقع التلف هنا كتوقع المريض أو أكد فوجب أن يلحق به فأما القاهرة بعد ظهورها فليس بمخوف .

قوله: «أو هيجان بحر» أي: إذا اضطرب وهبت الريح العاصف ؛ لأن الله تعالى وصفهم بشدة الخوف في قوله تعالى: {هو الذي يُسيركم في البر والبحر... الآية} [يونس: ٢٢] وظاهره أنه إذا ركبه وهو ساكن فليس بمخوف .

قوله: «أو وقوع طاعون» قال أبو السعادات: هو المرض العام والوباء الذي يفسد له الهوى فتفسد به الأمزجة والأبدان.

وقال عياض: هو قروح تخرج في المغابن وغيرها لا يلبث صاحبها . وتعم إذا ظهرت .

وفي شرح مسلم : وأما الطاعون فوباء معروف . وهو بثر وورم مؤلم جداً ، يخرج مع لُهب ، ويسود ما حوله ويخضر ويحمر حمرة بنفسجية ، ويحصل معه خفقان للقلب .
قوله: «أو قُدم ليقُتل» ؛ لأنه إذا حكم للمريض وما حضر الحرب بالخوف مع ظهور السلامة فمع ظهور التلف وقربه أولى.

ولا عبرة بصحة البدن ، سواء كان قصاصاً أو غيره كالرجم . وكذا إذا حبس للقتل . ذكره في الكافي والفروع .

وأسير عند من عادتهم القتل.

مسألة: إذا كان المريض يتحقق تعجيل موته فإن كان عقله قد اختل كمن ذبح أو

أبقيت حشوته فلا حكم لعطيته ولا كلامه، وإن كان ثابت العقل كمن خرقت حشوته أو اشتد مرضه ولم يتغير عقله صح تصرفه . ذكره في المغني والشرح .
وكمن جرح جرحاً موجباً مع ثبات عقله . وفي الترغيب: من قطع بموته كقطع حشوته وغريق ومعاين كميته .

قوله: «وعند الطلق» كذا ذكره معظم علمائنا فهو كالمريض مرضاً مخوفاً ؛ لأنه يحصل لها ألم شديد تخاف منه التلف . قال الخرقى: وكذلك الحامل إذا صار لها ستة أشهر هو رواية عن الإمام أحمد، أي: عطيتها من الثلث كمريض حتى تنجوا من نفاسها ؛ لأنه وقت يمكن الولادة فيه وهو من أسباب التلف، والأشهر: مع ألم. وقال إسحاق: إذا ثقلت لا يجوز لها إلا الثلث ولم يحد حداً. وحكاة ابن المنذر عن الإمام أحمد. وقيل عن الإمام أحمد ما يدل على أن عطايا هؤلاء من المال كله . حكاة أبو بكر ؛ لأنه مرض بهم فهم كالصحيح.

تنبيه: إذا ولدت المرأة فإن بقيت المشيمة معها أو مات معها فهو مخوف فإن خرجا فحصل ثم ورم وضربان شديد فكذلك وإن لم يكن شيء من ذلك فقد روي عن الإمام أحمد في النفساء: إذا كانت ترى الدم فعطيتها من الثلث .
والسقط كالولد التام لا مضغة أو علقة إلا أن يكون ألم . قاله في المغني والشرح.

فصل

قال: (وإن وقعت العطايا من ثمة فميرت الثلث: بدأ بالأولى)

ش: أما كون ما ذكر يُبدأ فيه بالأول ؛ فلأن الأول استحق الثلث . فلم يسقط بما بعده. وسواء كان السابق عتقاً أو غيره .

وعنه: يقسم بين الكل بالحصص ، وعنه: يقدم العتق .

فإن وقعت دفعة بأن وكل جماعة فيها فأوقعوها دفعة واحدة قسم بين الجميع بالحصص على المذهب ؛ لأنهم تساوا في الاستحقاق فيقسم بينهم على قدر حقوقهم كغرماء المفلس .

وعنه: يقدم العتق ؛ لأنه أكد لكونه مبنياً على السراية والتغليب وإن كانت كلها عتقاً أقرعنا بينهم فيكمل العتق في بعضهم.

أصل: إذا قضى المريض بعض غرمائه ووفت تركته بالكل صح وإن لم تف فوجهان أشهرهما وهو قياس قول أحمد أنهم لا يملكون الاعتراض عليه ؛ لأنه أدى واجباً عليه كأداء ثمن المبيع.

والثاني: عكسه ؛ لأن حقهم تعلق بماله بمرضه فمنع تصرفه فيه كال تبرع وما لزمه في مرضه من حق لا يمكنه رفعه وإسقاطه فهو من رأس ماله . فلو تبرع أو أعتق ثم أقر بدين لم يبطل تبرعه نص عليه في العتق ؛ لأن الحق ثبت بالشرع في الظاهر .

قال: (وتصح معاوضاته بضمن المثل من كل ماله مطلقاً).

ش: أما كون معاوضة المريض بما ذكر تصح مطلقاً ذكره علماؤنا ؛ فلأنه إنما يعتبر من الثلث التبرع، وليس هذا تبرعاً، وإن كانت مع وارث ؛ لأنه لا تبرع فيها ولا تهمة . فصحت كالأجنبي.

ويحتمل أن لا تصح لوارث هذا رواية؛ لأنه خصه بعين المال أشبه ما لو حباه . ومعناه : أنها لا تصح معه إلا بإجازة . اختاره في الانتصار لفوات حقه في المعين.

قال: (وإن حباه وارثه بطل في قدر محاياته وصح في الباقي ويخير المشتري إلا أن يأخذه شفيعه . وإن حباه أجنبياً وله شفيع وارث صح وأخذ بالشفعة).

ش: أما كون المعاوضة تبطل في قدر المحابة ؛ فلأن المحابة كالوصية، والوصية لا تصح لوارث. فكذا المحابة.

وتصح في الباقي ؛ لأن المانع من صحة البيع المحابة ، وهي هنا مفقودة . فعلى هذا لو باع شيئاً بنصف ثمنه فله نصفه بجميع الثمن ؛ لأنه تبرع له بنصف الثمن فبطل التصرف فيما تبرع به.

وعنه: يبطل بيع الكل وعلى الأول: محله بدون إجازة الوارث ، ويعتبر إجازة الجيز في مرضه من ثلثه . وقال ابن حمدان: إن جعلت عطية وإلا فمن كله ويخير المشتري ؛ لأن الصفقة تبعضت في حقه فشرع ذلك دفعاً للضرر . فإن فسخ وطلب قدر المحابة أو طلب الإمضاء في الكل وتكميل حق الورثة من الثمن لم يكن له ذلك.

وعنه: يصح في العين كلها ويرد المشتري للوارث تمام قيمتها أو يفسخ فإن كان له شفع فله أخذه ؛ لأنها تجب بالبيع الصحيح وقد وجد فإن أخذه فلا خيار للمشتري لزوال الضرر عنه ؛ لأنه لو فسخ البيع رجع بالثمن وقد حصل له الثمن من الشفع .

فرع: إذا أجز نفسه وحابا المستأجر صح مجاناً ، وإن باع المريض أجنبياً وحاباه لم يمنع ذلك من صحة العقد في قول الجمهور ؛ لأنه تصرف صدر من أهله في محله فصح كغير المريض فعليه: لو باع عبداً لا يملك غيره قيمته ثلاثون بعشرة فقد حابا المشتري بثلثي ماله وليس المحاباة بأكثر من الثلث. فإن أجاز الورثة ذلك لزم البيع وإن ردوا فاختار المشتري فسخ البيع فله ذلك ، وإن اختار أمضاه فعن الإمام أحمد: يأخذ نصف المبيع بنصف الثمن ويفسخ البيع في الباقي وصححه الشيخان. وطريقه: أن تسقط الثمن وهو عشرة من قيمة العبد وهو ثلاثون ثم تأخذ ثلث المبيع بنصف الثمن . وعلى قول القاضي: تنسب الثمن وثلث المبيع من قيمة المبيع فيصح في مقدار تلك النسبة بالثمن كله وهو قول أهل العراق . فلو باعه بخمسة عشر وهو يساوي ثلاثين صح البيع في ثلثيه بثلثي الثمن على الأول ، وعلى الثاني للمشتري خمسة أسداسه . فإن كان له شفع وارث أخذ بالشفعة في الأصح ؛ لأن المحاباة لغيره، كما لو وصى لغيره وارثه وهذا إذا لم يكن حيلة .

ولأنه إنما منع منها في حق الوارث لما فيها من التهمة من إيصال المال إلى بعض الورثة المنهي عنه شرعاً، وهذا معدوم فيما إذا أخذ بالشفعة ما وقعت فيه المحاباة.

وقيل: لا يملك الوارث الشفعة لإفضائه إلى إثبات حق وارثه .

فرع: لا يصح تعليق عطية منجزة ونحوها في مرض مخوف على شرط إلا في العتق.

فلو علق صحيح عتق عبده فوجد شرطه في مرضه فممن ثلثه في الأصح.

فصل [يعتبر الثلث عند موته]

قال: (ويعتبر الثلث عند موته . فلو أعتق عبداً لا يملك غيره يساوي عشرة فكسب قبل موت سيده ثلاثين عتق ثلاثه وأخذ ثلثي كسبه . ولو ملك سيده ما يخرج من ثلثه

فهو حر وكسبه منذ عتق له. وإن صار أو كان عليه دين يستغرقه بطل عتقه.

ش: أما كون الثلث يعتبر في العطية عند الموت ؛ فلأن العطية ملحقة بالوصية ،
والثلث فيها يعتبر عند الموت . فكذا ما ألحق بها؛ لأنه وقت لزوم الوصايا واستحقاقها ،
ويثبت له ولاية القبول والرد . فإن ضاق ثلثه عن العطية والوصية قدمت العطية في قول
جمهور الفقهاء ؛ لأنها لازمة فقدمت على الوصية كعطية الصحة .

وعنه: هما سواء ويعتبر قيمة المنجز وقبوله حين نجزه ونماؤه من حينه إلى الموت تبع
له فمن جعل عطية من ثلثه فحمل ما نجزه فكسبه له وإلا فله منه بقدر ما خرج من أصله
من الثلث وليس بشركه . قاله في الرعاية .

قوله: «فلو أعتق عبداً لا يملك غيره إلى آخره» طريقه بالجبر أن تقول:

عتق من العبد شيء وتبعه من كسبه ، في هذه المسألة ثلاثة أشياء فبقي مع الورثة
مقدار أربعة أعبد إلا أربعة أشياء تعدل ضعف ما فات عليهم فاجبر وقابل يصير أربعة
أعبد تعدل ستة أشياء فاقسم الأربعة على الستة يخرج الشيء ثلاثين وقد عتق منه شيء
فيقال له ثلثا عبد فيعتق من العبد ثلثاه ويتبعه ثلثا كسبه ففي المثال قيمة العبد عشرة وثلثا
العشرة ستة وثلثان والباقي من قيمة العبد ثلاثة وثلث ويتبعه من كسبه عشرون والباقي
من كسبه عشرة ومجموع الباقي ثلاثة عشر وثلث يعدل ذلك ضعف ما فات على الورثة
وهو عتق ثلثاه وقيمته ستة وثلثان انتهى. والله أعلم.

وأما كونه إذا ملك سيده ما يخرج من ثلثه فهو حر وكسبه منذ عتق له؛ فلأنه يخرج
من الثلث حين الموت وذلك هو المعتبر لما تقدم .

وأما كونه إذا صار أو كان عليه دين يستغرقه بطل عتقه نص عليه ؛ فلأن الدين
مقدم على الوصية بدليل قول علي رضي الله عنه : « قضى النبي ﷺ بالدين قبل
الوصية »^(١).

وعنه: يعتق الثلث ؛ لأن تضرر المريض من الثلث كتصرف الصحيح في الجميع .
فإن مات قبل سيده مات حراً ، وقيل: بل ثلثه.

(١) أخرجه الترمذي في الوصايا، باب ما جاء بيداً بالدين قبل الوصية ٤/٤٣٥ ح ٢١٢٢ . وابن ماجه في الوصايا،
باب الدين قبل الوصية ٢/٩٠٦ ح ٢٧١٥ .

فرع: هبته كعتقه .

فائدة: للمريض لبس ناعم وأكل طيب لحاجته . وإن فعله لتفويت حق الورثة منع .
قاله في الانتصار . وفيه: نمنعه إلا بقدر حاجته وعادته ، وسلمه أيضاً ؛ لأنه لا يستدرك
كإتلاف . جزم به الحلواني وغيره ؛ لأن حق وارثه لم يتعلق بعين ماله .

فصل [الفرق بين الوصية والعطية]

قال: (ويسوي بين المتقدم والمتأخر في الوصية، ويبدأ بالأول فالأول في العطية، ولا يملك الرجوع فيها، ويعتبر القبول لها عند وجودها، ويثبت الملك إذن والوصية بخلاف ذلك).

ش: أما كونه يسوي بين المتقدم والمتأخر في الوصية ؛ فلأنها تبرع بعد الموت فوجد
دفعة واحدة .

وأما كونه يبدأ في العطية بالأول فالأول منها دون الوصية ؛ فلأن الأول فيها راجح
على ما بعده لوقوعها لازمة.

وأما كونه لا يملك الرجوع في العطية؛ فلأنها تقع لازمة في حق المعطي تنتقل إلى
المعطي في الحياة إذا اتصل بها القبول والقبض ولو كثرت . وإنما منع من التبرع بزيادة
على الثلث لحق الورثة .

وأما كونها يعتبر القبول للعطية عند وجودها ؛ فلأنها تملك في الحال.

وأما كون الملك يثبت في العطية من حينها بشروطها ؛ فلأنها إن كانت هبة
فمقتضاها تملكه الموهوب في الحال فيعتبر قبولها في المجلس كعطية الصحة وكذا إن كانت
محاباة أو إعتاقاً وتكون مراعى ؛ لأنها لا تعلم هل هو مرض الموت أو لا ؟ ولا يعلم هل
يستفيد مالاً أو يتلف شيء من ماله فتوقفنا لنعلم عاقبة أمره ليعمل بها فإذا انكشف الحال
علمنا حينئذ ما ثبت حال العقد كإسلام أحد الزوجين . فإذا خرج من الثلث تبين أن
الملك كان ثابتاً من حين العطية ؛ لأن المانع من ثبوته كونه زائداً على الثلث وقد تبين

خلافه والوصية بخلاف ذلك فيما تقدم أنه يسوى بين المتقدم والمتأخر وأنه يملك الرجوع فيها ، وأنه لا يعتبر القبول عند وجودها فإنها تمليك بعد الموت فاعتبر عند وجوده ولا يثبت الملك فإنه لا حكم لقبولها ولا ردها إلا بعد الموت على ما يأتي .

قال: (فلو اعتق في مرضه عبداً أو وهبه إنساناً فكسب قبل موت سيده شيئاً وخرج من الثلث كان كسبه للمعتق أو لمن وهب له).

لأن الكسب تابع للملك الرقبة وللموهوب له إن كان موهوباً ، لما ذكرنا وعلم منه أن العتق والهبة نافذان فيه إذا خرج من الثلث فتعين كون الكسب للمعتق والموهوب له للتبعية .

قال: (ولهما من بعضه بقسطه).

أي: للمعتق والموهوب له من كسبه بمقدار نسبه ذلك البعض إليه .

قال: (فإن كان لا مال له غيره فكسب قبل موت سيده مثل قيمته عتق نصفه وله نصف كسبه وللورثة نصفهما).

ش: لأن الكسب يتبع ما ينفذ فيه العطية دون غيره فيلزم الدور ؛ لأن للعبد من كسبه بقدر ما عتق وباقيه لسيده فيزداد به مال السيد وتزداد الحرية لذلك ويزداد حقه من كسبه فينقص به حق السيد من كسبه وينقص بذلك قدر المعتق منه . ونبه عليه بقوله: وللورثة نصفهما فصار العبد وكسبه مقسوماً نصفين ؛ لأن العبد لما استحق بعتقه شيئاً وبكسبه شيئاً كان له في الجملة شيان وللورثة شيان فيعتق منه نصفه وله نصف كسبه وللورثة نصف العبد ونصف الكسب . فإذا كان العبد قيمته مائة مثلاً وكسب مائة قسمت ذلك على أربعة أشياء فيكون الشيء وهو أولى من ضم الأشياء ثم يقسم نصفين ؛ لأن الأول تبين مقدار الشيء فيعلم مقدار المعتق بخلاف القسمة نصفين فإنه يحتاج إلى نظر ليتبين مقدار العتق .

قال: (وإن كسب مثلي قيمته عتق ثلاثة أحماسه وله مثلها والباقي للورثة).

ففي مسألتنا إذا كسب مائتين قسمت المجموع وهو ثلاثمائة على خمسة أشياء ، ثلاثة للعبد وشيئان للورثة وجدت كل شيء يعدل شيئين وذلك ثلاثة أحماس العبد.

قال: (وإن كسب نصف قيمته عتق ثلاثة أسباعه وله أو لمن وهب له مثلها والباقي للورثة).

ش: عتق منه شيء وله نصف شيء من كسبه وللورثة شيان فالجميع ثلاثة أشياء ونصف شيء فابسطها تصير سبعة له ثلاثة أسباعه فيعتق ثلاثة أسباعه ، وله ثلاثة أسباع كسبه والباقي للورثة في الصور كلها ؛ لأنه ملكهم .

وضابط ذلك: أن تقول: عتق منه شيء وللورثة مثلاً ما عتق منه وهو شيان وله من كسبه شيء إن كسب مثل قيمته ، وشيان إن كسب مثلاً قيمته ، وثلاثة أشياء إن كسب ثلاثة أمثال قيمته ، ونصف شيء إن كسب مثل نصف قيمته وعلى هذا أبداً ، ثم تجمع الأشياء فتقسم قيمة العبد وكسبه عليها فما خرج فهو الشيء .

فلو أعتق عبداً لا مال له سواه قيمته مائة فكسب ثلاثة أمثال قيمته فقد عتق منه شيء ولورثة سيده شيان ، وله من كسبه ثلاثة أشياء ، فتجمع الأشياء فتصير ستة فاقسم عليها قيمة العبد وكسبه وذلك أربعمائة ، يخرج الشيء ستة وستين وثلثين ، فلقد عتق منه شيء وهو ثلثا قيمته ، ولورثة سيده شيان مثلاً ما عتق منه ، وله من كسبه ثلاثة أشياء مائتان وهي ثلثا كسبه.

فرع: أعتق عبداً قيمته عشرون ثم آخر قيمته عشرة فكسب كل منهما قدر قيمته تكملت الحرية في العبد الأول فعتق منه شيء وله من كسبه شيء وللورثة شيان فيقسم العبدان وكسبهما على الأشياء الأربعة فيخرج لكل شيء خمسة عشر فيعتق منه بقدر ذلك وهو ثلاثة أرباعه وله ثلاثة أرباع كسبه والباقي للورثة .

وإن بدأ بعتق الأدنى عتق كله وأخذ كسبه ويستحق الورثة من العبد الآخر وكسبه مثلي العبد الذي عتق وهو نصفه ونصف كسبه ويبقى نصفه ونصف كسبه بينهما نصفين ، فيعتق ربه وله ربع كسبه ويرق ثلاثة أرباعه ويتبعه ثلاثة أرباع كسبه وذلك مثلاً ما عتق منهما . فإن أعتقهما أقرعنا بينهما فمن خرجت له قرعة الحرية فهو كما لو بدأ بإعتاقه . فلو كانا متساويي القيمة فأعتقهما بكلمة واحدة ولا مال له سواهما فمات أحدهما في حياته أقرع بين الحي والميت ، فإن وقعت على الميت فالحي رقيق ويتبين أن الميت نصفه حر ؛ لأن مع الورثة مثل نصفه، وإن وقعت على الحي عتق ثلثه، ولا يحسب

كتاب الوقف

الميت على الورثة ؛ لأنه لم يصل إليهم.

كتاب الوصايا

الوصايا: جمع وصية. مثل: العطايا جمع عطية .

والإجماع على مشروعيتها . وسنده قوله تعالى: {كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ} [البقرة: ١٨٠]، وقوله تعالى: {من بعد وصية يوصي بها أو دين} [النساء: ١١].

وقوله عليه الصلاة والسلام: «ما حَقُّ امرئٍ مسلمٍ ، له شيءٌ يُوصي به، يبيتُ ليلتين إلا وصيته مكتوبةٌ عند رأسه»^(١) متفق عليه من حديث ابن عمر .
وعن أبي الدرداء مرفوعاً: «إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم عند وفاتكم، زيادة في حسناتكم؛ ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم»^(٢). رواه الدارقطني .

قال: (الوصية بالمال هي التبرع به بعد الموت).

ش: أما قوله: «الوصية... إلى آخره» فهذا الحد هو الصحيح، صححه في الشرح وغيره وقدمه في المستوعب وغيره.

وقال أبو الخطاب: هي التبرع بما يقف نفوذه على خروجه من الثلث.

فعلى قوله: تكون العطية في مرض الموت وصية . والصحيح خلافه .

قال في المستوعب: وفي حده اختلال من وجوه:

أحدها: أنه قد يدخل فيه تبرعه بهباته وعطاياه المنجزة في مرض موته. وذلك لا^(٣)

يسمى وصية.

ويخرج [منه وصيته]^(٤) بما زاد على الثلث، فإنها وصية صحيحة موقوفة على إجازة

الورثة.

ويخرج منه أيضاً: وصيته بفعل العبادات، وقضاء الواجبات، والنظر في أمر الأصاغر

(١) أخرجه البخاري في الوصايا، باب الوصايا ١٠٠٥/٣ ح ٢٥٨٧. ومسلم في الوصية ١٢٤٩/٣ ح ١٦٢٧.

(٢) أخرجه الدارقطني في الوصايا ١٥٠/٤ ح ٣.

(٣) زيادة من المستوعب ٥٠٧/٢.

(٤) مثل السابق.

من أولاده، وتزويج بناته، ونحو ذلك.

قوله: «بالمال» أي بجزء منه . وقد يكون ب كله ويميزه الوارث .

قوله: «بعد الموت» احتراز من الوكالة، فإنها تصرف في الحياة .

قوله: «التبرع بعد الموت» احتراز عن الهبة، فإنها تبرع بالمال لكن في الحياة.

وللوصية أربعة أركان:

الوصي، والموصى له، والموصى به، والصيغة. وهي الإيجاب والقبول .

فلو قال: هذا لفلان . فهو إقرار وليس بوصية . إلا أن يتوافقا على إرادة الوصية

فيصح .

ولو قال: هذا من مالي لفلان فهو وصية يعتبر القبول ممن يتصور منه [مع

التعين]^(١) . فلو أوصى لمسجد، أو لغير معين؛ كالفقراء لم يحتج إلى قبول.

قال: (وتصح من كل مسلم، ذكر، حر، عدل، وسفيه، وضد الكل إذا بلغوا).

ش: لأن هبتهم صحيحة، فالوصية أولى . وحاصله: أن من جاز تصرفه في ماله

جازت وصيته .

والمراد ما لم يعاين الموت. قاله في الكافي ؛ لأنه لا قول له . والوصية قول .

وظاهره في الكافي: لا فرق بين الذمي والحربي . وفيه احتمال ؛ لأنه لا حرمة له ولا

لماله . ومقتضاه أنها تصح وصية العبد إن قلنا يملك أو عتق ثم مات بعدها .

والحاصل: أنها تصح من البالغ العاقل مطلقاً. قال في المستوعب: لا يختلف المذهب

في هذا .

والضعيف في عقله إن منع ذلك رشده في ماله فهو كالسفيه وإلا فكالعاقل . ذكره

في الشرح .

وتصح من السفيه بمال لا على أولاده . وهو أصح الوجهين . وهو قياس قول الإمام

أحمد . قال الخبزي: وهو قول الأكثرين ؛ لأنه إنما حجر عليه لحفظ ماله، وليس فيها

إضاعة لماله ؛ لأنه إن عاش فكان ماله له، وإن مات فله ثوابه، وهو أحوج إليه من غيره.

(١) في الأصل: التعين. وانظر المبدع ٤/٦.

والثاني: لا تصح ؛ لأنه محجور عليه في تصرفاته، فلم تصح منه، كالهبة.
والأول نصره في الشرح بأنه عاقل مكلف، فصحت منه، كعبادته .

قال: (ومن صبي عاقل جاوز العشر).

ش: نقله صالح وحنبل .

قال أبو بكر: لا يختلف المذهب في صحتها ؛ لما روى سعيد « أن صبيّاً من غسان له عشر سنين أوصى لأخوال له . فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب . فأجاز وصيته »^(١).
وروى مالك في موطنه بإسناده عنه نحوه^(٢). وانتشر ولم ينكر.
ولأنه تصرف تمحض نفعاً له فصح منه كالإسلام والصلاة.
ولأنه لا يلحقه ضرر في عاجل دنياه ولا أخره . بخلاف الهبة والعق المنجز فإنه تفويت لماله .

وقيده في الخرقى إذا وافق الحق . وهو مراد في جميع الوصايا.
وظاهره: أنها لا تصح ممن له دون السبع . قال أبو بكر: لا يختلف المذهب فيه؛ لأنه لا تمييز له، ولا تصح عبادته ولا إسلامه .
وعنه: تصح لسبع كعبادته .
وظاهره: أنها لا تصح فيما بين السبع والعشر، وهو إحدى الروايتين ؛ لأنه ضعيف الرأي . أشبه من له دون السبع.
والثانية: أنها تصح ؛ لأنه عاقل يصح إسلامه، ويؤمر بالصلاة، وتصح منه كمن جاوز العشر . قال شيخنا: هي أقسىهما .
ومن علمائنا؛ كالقاضي وأبي الخطاب [من قال]^(٣)، وهو ظاهر نقل الميموني: أنه لا يقيد بسن بل إذا عقل تصح منه .

وعلم منه: أنه إذا جاوز العشر قبل البلوغ أنها تصح في المنصوص .
وعنه: إذا بلغ ثنتي عشرة سنة . حكاه ابن المنذر .

(١) أخرجه سعيد بن منصور الوصايا، باب وصية الصبي ١٢٧/١ ح ٤٣١.

(٢) أخرجه مالك في الوصية، باب جواز وصية الصغير والضعيف والمصاب والسفيه ٥٨٤/٢ ح ٣.

(٣) زيادة على الأصل.

وفيه وجه: أنها لا تصح منه حتى يبلغ تبعاً لابن عباس والحسن ومجاهد ؛ لأنه تبرع بالمال، فلم تصح منه، كاهبة . والفرق واضح .

وهذا في الصبي. وأما الجارية فقد نص في رواية حنبل: أنها إذا بلغت تسع سنين .

قال: (ولا تصح من سكران ومجنون ، ولا من أخرس لا تفهم إشارته ، ومعتقل اللسان بها بل بخطه).

ش: أما كون وصية السكران لا تصح ؛ فلأنه زائل العقل . أشبه المجنون. وهذا أحد الوجهين، وهو المذهب صححه في التصحيح والمغني والشرح وغيرهم .
وطلاقه إنما وقع تغليظاً عليه؛ لارتكابه المعصية.
والثاني: تصح بناء على طلاقه.

وأما كون المجنون لا تصح وصيته ؛ فلأنه لا حكم لكلامه، ولا تصح عبادته ولا شيء من تصرفاته . فكذا الوصية بل أولى.
وكذا الطفل والمبرسم ، وهو قول الأكثر فيهما .

وفي المغني: لا نعلم أحداً قال بخلافه، إلا إياس بن معاوية فإنه اختار وصية الصبي والمجنون إذا وافقت الحق . وفيه نظر؛ لأنه لا حكم لكلامهما، ولا تصح عبادتهما ولا تصرفهما . فالوصية أولى كذلك بل أولى. فإنه إذا لم يصح إسلامه وصلاته التي هي محض نفع لا ضرر فيها ، فأولى أن لا يصح بذله لمال يتضرر به وارثه .
لكن إن كان بحق في الأحيان فأوصى حال إفاقته فإنها تصح ؛ لأنه في حكم العقلاء في شهادته ووجوب العبادة عليه . والمغنى عليه كذلك.

وأما كون وصية الأخرس تصح بالإشارة إذا فهمت؛ فلأن إشارته أقيمت مقام نطقه في طلاقه ولعانه وغيرهما . فكذا يجب أن تقوم مقامه في وصيته.
فإن لم تفهم فلا حكم لها.

وأما كون من اعتقل لسانه لا تصح على المذهب ؛ فلأنه غير مأبوس من نطقه . فلم تصح وصيته بالإشارة ؛ كالتقار على الكلام.

ويحتمل أن تصح كالأخرس ، واختاره ابن المنذر. واحتج بـ « أنه عليه الصلاة

والسلام صلى وهو قاعد وأشار إليهم فقعدوا»^(١) رواه البخاري.

وخرجه ابن عقيل وجهاً إذا اتصل باعتقال لسانه الموت.

والأول أشهر ، والفرق واضح.

وأما كون الوصية إذا وجدت بخطه الثابت بإقرار وارثه أو بيته تصح . نص عليه في

رواية إسحاق بن إبراهيم ، وفيه: وعرف خطه وكان مشهور الخط يقبل ما فيها ؛ فلقوله

عليه الصلاة والسلام: « ما حق امرئ... الخبر »^(٢). فلم يذكر شهادة .

ولأن الوصية يُتسامح فيها، ويصح تعليقها على الخطر والغرر وغيره. فجاز أن

يتسامح فيها بقبول^(٣) الخط ؛ كرواية الحديث وكتابة الطلاق .

هذا المذهب مطلقاً .

قال الزركشي: نص عليه أحمد واعتمده الأصحاب . وقاله الخرقى، وقدمه في المغني

والمحرر والشرح والفروع وغيرهم .

ويحتمل أن لا تصح حتى يُشهد عليها. هذا رواية عن الإمام أحمد وهي قول الحسن

وأبي ثور ؛ لأن الحكم لا يجوز برؤية خط الشاهد بالشهادة فكذا هنا. وأبلغ منه

الحاكم . فلو كتبها وختمها وأشهد عليه بما فيها لم يصح على المذهب ؛ لأن الشاهد لا

يعلم ما فيها . فلم يجوز أن يشهد عليه ككتاب القاضي إلى القاضي .

وفيه رواية ذكرها الخرقى ، وهو قول جماعة من التابعين ومن بعدهم وعليه فقهاء

البصرة وقضاتها . واحتج أبو عبيد بكتب رسول الله ﷺ إلى عماله وأمرائه في أمر ولايته

وأحكامه وسنته، ثم عمل به الخلفاء إلى عمالهم بالأحكام التي فيها الدماء والفروج

والأموال مختومة، لا يعلم حاملها ما فيها، وأمضوها على وجهها .

وهذا أولى من المنع ؛ لظهور دليله .

ومن الأصحاب من خرج في كل مسألة رواية من الأخرى.

وهذا إذا لم يُعلم رجوعه، وإن طالت مدته وتغيرت أحوال الموصي ؛ لأن الأصل

(١) أخرجه البخاري في المرضى، باب إذا عاد مريضاً فحضرت الصلاة فصلى بهم جماعة ٢١٤٢/٥ ح ٥٣٣٤.

(٢) سبق تحريجه ص: ٤٤٩.

(٣) في الأصل: فيما يعول. وانظر المعونة ٣٧٣/٧.

بقاؤه فلا يزول حكمه بمجرد الاحتمال كسائر الأحكام.

فائدة: يستحب أن يكتب وصيته ويُشهد عليها ؛ لأنه أحوط لها وأحفظ لما فيها .
وقد روى سعيد عن فضيل بن عياض عن هشام بن حسان عن ابن سيرين عن أنس قال:
« كانوا يكتبون في صدور وصاياهم: بسم الله الرحمن الرحيم . هذا ما أوصى به فلان
[بن فلان أوصى أنه]^(١): يشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأن محمداً عبده
ورسوله، وأن الساعة آتية لا ريب فيها، وأن الله يبعث من في القبور. أوصى من ترك من
أهله أن يتقوا الله، ويصلحوا ذات بينهم، ويطيعوا الله ورسوله إن كانوا مؤمنين .
وأوصاهم بما أوصى إبراهيم بنبيه ويعقوب: {إن الله اصطفى لكم الدين فلا تموتن إلا
وأنتن مسلمون} [البقرة: ١٣٢] »^(٢).

فصل فيمن يسن له أن يوصي

قال: (ويسن لمن ترك ورثة وألف درهم فصاعداً لا دولها أن يوصي بالخمسة).

ش: أما كون الوصية تسن فيما ذكر ؛ فلأن الله قال: {كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ
أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ} [البقرة: ١٨٠] . تُسَخَّ الوجوب وهو المنع من الترك ،
بقي الرجحان وهو الاستحباب.

يؤيده: ما روى ابن ماجه عن ابن عمر مرفوعاً يقول: « يا ابن آدم! جعلتُ لك
نصيياً من مالك حينَ أخذتُ بِكَظْمِكَ لِأُطَهَّرَكَ وَأَزَكِّيكَ »^(٣).

لكنها تجب على من عليه دين أو واجب غيره.
وعنه: تجب لكل قريب غير وارث ، وهذا قول أبي بكر .
وفي التبصرة عنه : وللمساكين [ووجوه البر]^(٤) .

(١) في الأصل: أن. وانظر السنن الكبرى.

(٢) أخرجه البيهقي في الوصايا ، باب ما جاء في كتاب الوصية ٢٨٧/٦ .

(٣) أخرجه ابن ماجه في الوصايا، باب الوصية بالثلث ٩٠٤/٢ ح ٢٧١٠ .

(٤) في الأصل: ووجه. وانظر الفروع ٦٦١/٤ .

وظاهره : أنها تسن لمن ترك ما ذكر ؛ لأنه تعالى شرط ترك الخير، والمعلق بشرط ينتفي عند انتفائه . ولقوله: « إنك أن تذر ورثتك أغنياء... »^(١) . وهو المال الكثير . واختلف في مقداره فنص الإمام أحمد: إذا ترك دون الألف لا يستحب له الوصية . فعلم أنه إذا ترك ألف درهم فصاعداً أنها تسن . كما جزم به المصنف . وعن علي: أربعمئة دينار . وعن ابن عباس: إذا ترك سبعمئة درهم لا يوصي . وقال: من ترك ستين ديناراً ما ترك خيراً . وعن طاووس: هو ثمانون ديناراً . وعن النخعي: ألف إلى خمسماية . وفي المغني والشرح: أنه متى كان المتروك لا يفضل عن غنى الورثة لم تستحب الوصية؛ لما علل به النبي ﷺ . فعليه يختلف المال باختلاف الورثة في كثرتهم وقلتهم وغناهم وحاجتهم، فلا يقيد بقدر من المال . والأشهر: أنها تستحب مع غناه عرفاً . وقيل: الغني عرفاً من له أكثر من ثلاثة آلاف درهم ، والمتوسط من له ثلاثة آلاف درهم، والأدنى من له دونها . وأما كون القدر الموصى به على سبيل الاستحباب الخمس ؛ فلما روي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه « أنه أوصى بالخمس . وقال : رضيتُ بما رضيَ الله به لنفسه . يعني في قوله تعالى : { واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خُمُسَه } [الأنفال: ٤١] »^(٢) . وروي عن علي رضي الله عنه^(٣) . وهو ظاهر قول السلف . وقال العلاء بن زياد: أوصي إليّ أن أسأل العلماء أيّ الوصية أعدل؟ فما تابعوا عليه فهو وصية . فتتابعوا على الخُمُس . وقيل : بالثلث ؛ للخبر . وفي الإفصاح : يستحب بدونه . وذكر جماعة : بخمسه لمتوسط . وذكر آخرون: أن من ملك فوق ألف إلى ثلاثة .

(١) سيأتي تخرجه قريباً .

(٢) أخرجه عبد الرزاق في الوصايا، كم يوصي الرجل من ماله ٦٦/٩ ح ١٦٣٦٣ .

(٣) أخرجه عبد الرزاق في الموضع السابق (١٦٣٦١) .

ونقل أبو طالب : إن لم يكن له مال كثير ألفان أو ثلاثة أوصى بالخُمس ولم يضيق على ورثته . وإن كان له مال كثير فبالربع والثلث .
والأفضل أن يجعل وصيته لأقاربه الذين لا يرثون إذا كانوا فقراء بلا خلاف . قاله ابن عبد البر .
فإن وصى لغيرهم وتركهم صحت في قول الجماهير .

قال : (ولا يجوز بأكثر من الثلث لأجنبي، ولا لوارث بشيء إلا بإجازة الورثة لهما بعد الموت، فتصح تنفيذاً، عكس الهبة . وتكره وصية فقير وارثه محتاجٌ ويجوز بالكل لمن لا وارث له).

ش: أما كون الوصية لمن له وارث لا تجوز بأكثر من الثلث لأجنبي إلا بإجازة الورثة؛ فـ « لقول النبي ﷺ لسعد حين قال : أوصي بمالي كله؟ قال : لا . قال : فالشطر . قال : لا . قال : الثلث . والثلث كثير . إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس »^(١) متفق عليه .

و « حديث عمران في المملوكين^(٢) الستة الذين أعتقهم المريض وليس له مال سواهم »: يدل على أنه لا يصح تصرفه فيما زاد على الثلث إذا لم تجز الورثة، ويجوز بإجازتهم ؛ لأن الحق لهم . وهذا قول أكثر العلماء .

وأما كونها لا تجوز لوارث بشيء إلا بإجازة الورثة ؛ فلأن النبي ﷺ قال : « إن الله قد أعطى كل ذي حقّ حقه . فلا وصية لوارث »^(٣) رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي . وقال: حديث صحيح .

ولأن النبي ﷺ منع من عطية بعض ولده في الصحة مع إمكان تلافي العدل وقوة الملك . ففي حال مرضه وموته أولى .

(١) أخرجه البخاري في النفقات، باب النفقة على الأهل ٢٠٤٧/٥ ح ٥٠٣٩ . ومسلم في الوصية، باب الوصية بالثلث ١٢٥٣/٣ ح ١٦٢٨ .

(٢) في حاشية الأصل: الممالك .

(٣) أخرجه أبو داود في الوصايا، باب ما جاء في الوصية للوارث ١١٤/٣ ح ٢٨٧٠ . والترمذي في الوصايا، باب ما جاء لا وصية لوارث ٤٣٤/٤ ح ٢١٢١ . والنسائي في الوصايا، باب إبطال الوصية للوارث ٢٤٧/٦ ح ٣٦٤٢ . وابن ماجه في الوصايا، باب لا وصية لوارث ٩٠/٢ ح ٢٧١٢ . وأحمد ١٨٧/٤ ح ١٧٧٠ .

فهي كالوصية لغير وارث بزيادة على الثلث، أنها تصح بالإجازة وتبطل بالرد بغير خلاف . قاله ابن المنذر وابن عبد البر ؛ لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً قال : « لا وصية لوارث إلا أن تجيز الورثة »^(١). رواه الدارقطني .

وقال بعض علمائنا: الوصية باطلة، وإن أجازها الوارث، إلا أن يعطوه عطية مبتدأة أخذاً من ظاهر قول الإمام أحمد في رواية حنبل: لا وصية لوارث . وقاله المزني وغيره لظاهر خبر أبي أمامة.

والأكثر على صحتها في نفسها ؛ لأنه تصرف صدر من أهله في محله . فصح ؛ كالأجنبي.

والخبر قد خص بخبر عمرو . أو الاستثناء من النفي إثبات فيكون دليلاً على الصحة عند الإجازة . ولو خلا من الاستثناء جاز أن يكون معناه: لا وصية نافذة أو لازمة ونحوهما . أو يقدر لا وصية لوارث عند عدم الإجازة .

وفائدة الخلاف: أنها إن كانت صحيحة فإجازتهم تنفيذ، وإلا هبة مبتدأة. وهذا معنى قول المصنف: «لهما بعد الموت فتصح تنفيذاً عكس الهبة» .

ويشترط أن تكون الإجازة بعد الموت . ولا عبرة بالإجازة والرد قبل الموت . وأما كون إجازة الورثة تنفيذاً على الصحيح من المذهب ؛ فلأنها إمضاء لقول الموروث، ولا معنى للتنفيذ إلا ذلك.

فعلى هذا لا تقتصر إلى شروط الهبة ولا تثبت أحكامها؛ لأنها ليست بهبة.

ويستثنى من ذلك: إذا أوصى بوقف ثلثه على بعض الورثة فإنه يصح نص عليه.

وحاصله: أنها تكره لغير وارث بأكثر من الثلث وتصح وتلزم بالإجازة .

وعنه: تحرم الزيادة عليه فتبطل وحدها .

ولا تجوز لوارث بثلثه نص عليه . وفي التبصرة: تكره وتصح على الأصح بالإجازة.

وأما كونه تكره وصية فقير وارثه محتاج كذا قيده جماعة . قال في التبصرة: رواه ابن

منصور ؛ فلأنه عدل عن أقاربه المحاييج إلى الأجانب .

(١) أخرجه الدارقطني في الفرائض ٩٨/٤ ح ٩٣.

قال الشعبي: ما من مال أعظم أجراً من مال يتركه الرجل لولده، يغنيهم به عن الناس.

وأطلق في الغنية: استحباب الوصية بالثلث لقريب فقير لا يرث . فإن كان غنياً فلمسكين، وعالم، ودين قطعه عن السبب المقدر . وكذا قيد في المغني استحبابها بفقره .
وأما كون الوصية تجوز بالكل لمن لا وارث له ؛ فلما روي عن ابن مسعود . وقاله أهل العراق ؛ لأن المنع من الزيادة على الثلث لحق الوارث فإذا عُدِمَ وجب أن يزول المنع؛ لزوال علته . أشبه حال الصحة .

وعنه: لا يجوز إلا الثلث . وهو قول مالك والشافعي ؛ لأن له من يعقل عنه، فلم تنفذ وصيته بأكثر من الثلث ، كما لو كان له وارثاً . مع أن المسلمين يرثونه وهو بيت المال.

فعلى الأول: لو ورثه زوج أو زوجة ورُدَّ بطلت^(١) بقدر فرضه من ثلثيه: فيأخذ الوصي الثلث ثم ذو الفرض من ثلثيه ثم تتم^(٢) الوصية منهما ، وقيل: لا تتم كوارث بفرض . وردوا عليها بيت المال جهة مصلحة لا وارث .
ولو وصى أحدهما لآخر فعلى الأولى كله إراثاً ووصية ، وقيل: لا تصح . وعلى الثانية ثلثه وصية ثم فرضه، والبقية لبيت المال.

تنبيه: ظاهر كلام الإمام أحمد: أنه إذا خلف ذا رحم أنه لا يمنع الوصية بجميع ماله لقوله: ومن أوصى بجميع ماله ولا عصة ولا مولى فجائز، وذلك لأن ذا الرحم إرثه كالفضلة والصلة، بدليل أنها لا تجب نفقتهم على الصحيح .

وظاهر كلام المصنف والموفق: أنها لا تنفذ فيما زاد على الثلث ؛ لأن له وارثاً في الجملة فيدخل في عموم النص . كذا الفرض الذي يحجب بعضهم بعضاً.

قال: (وإن لم يف الثلث بالوصايا فالنقص بالقسط) .

ش: أما كون النقص بالقسط ؛ فلأنهم تساوا في الأصل، وتفاوتوا في المقدار:

(١) زيادة من الإنصاف ١٩٢/٧ .

(٢) في الأصل: تتم . انظر الفروع ٦٥٩/٤ .

فوجب أن يكون كذلك؛ كسائر العول .

ولا فرق فيه بين العتق وغيره . فلو وصى لرجل بثلث ماله، ولآخر بمائة، ولثالث بمعين قيمته خمسون، ولفداء أسير بثلاثين، ولعمارة مسجد بعشرين. وثلث ماله مائة . فجمعت الوصايا كلها فبلغت^(١) ثلاثمائة . فنسبت منها الثلث فكان ثلثها . فيعطى كل واحد ثلث وصيته .

وعنه: يقدم العتق، وما فضل بين سائر الوصايا على قدرها، وهو قول عمر وشريح ؛ لأن فيه حقاً لله تعالى وللآدمي فكان أكد ؛ لأنه لا يلحقه فسخ. وهو أقوى بدليل سرايته ونفوذه من المراهن والمفلس . والعطايا المعلقة بالموت كالوصايا في هذا .

فروع: إذا أوصى بعتق عبد بعينه لزم الوارث إعتاقه . ولم يعتق إلا بإعتاقه. فإن امتنع أجبره الحاكم. فإن أعتقه أو الحاكم فهو حر من حين أعتقه، وولأؤه للموصي ؛ لأنه السبب . وكسبه بين الموت والعتق إرث . وذكر جماعة له . وفي الفروع: ويتوجه مثله في موصى بوقفه . وفي الروضة: الموصى بعتقه ليس بمدبر، وله حكم المدبر في كل أحكامه .

مسألة: إذا أسقط عن وارثه ديناً، أو وصى بقضاء دينه، أو أسقطت صداقها عن زوجها، أو عفى عن جناية موجبة للمال: فهو كالوصية . وإن وصى لغريم الوارث، أو وهب له هبة: صح، كما لو أوصى لولد الوارث، فإن قصد نفع الوارث لم يجز فيما بينه وبين الله تعالى .

قال: (وإن أوصى لوارث فصار عند الموت غير وارث صحت . والعكس بالعكس).

ش: أما كون الوصية تصح في الصورة الأولى؛ كمن أوصى لأخيه فصار عند الموت غير وارث بسبب تجدد ابن للموصي^(٢) ؛ فلأن الأخ عند الموت ليس بوارث، والاعتبار في الوصية بالموت؛ لأنه الحال الذي يحصل به الانتقال إلى الوارث والموصى له . ومعناه: أنها صحيحة في الثلث، وما زاد عليه موقوف على الإجازة.

(١) في الأصل: فبلغت.

(٢) في الأصل: تجدد ابن الموصي. وانظر المبدع ١٦/٦.

والعكس، كمن أوصى لأخيه مع وجود ابنه فصار عند الموت وارثاً: لم تصح. وحكاة في الرعاية قولاً. والمذهب: أنها لا تصح إلا بإجازة بقية الورثة؛ لأن اعتبار الوصية بالموت بغير خلاف نعلمه. قاله شيخنا.

فلو وصى لثلاثة إخوة له مفترقين ولا ولد له ومات: لم تصح الوصية لغير الأخ من الأب إلا بإجازة الورثة. وإن ولد له ابن صحت الوصية للجميع من غير إجازة إذا لم تتجاوز الثلث. وإن ولد له بنت جازت الوصية لغير الأخ من الأبوين فيكون لهما ثلثا الموصى بينهما.

فرع: لو وصى لامرأة أجنبية، وأوصيت له، ثم تزوجها: لم تجز وصيتهما إلا بإجازة. وإن أوصى أحدهما للآخر ثم طلقها: جازت الوصية؛ لأنه صار غير وارث. إلا أنه إن طلقها في مرض موته. قياس المذهب: أنها لا تعطى أكثر من ميراثها؛ لأنه متهم أنه طلقها ليوصل إليها ماله بالوصية، فلم ينفذ، كما لو طلقها في مرض موته وأوصى لها أكثر من ميراثها.

قال: (ومن أجازها بجزء مشاع وقال: ظننت المال قليلاً ولا بينة عليه حلف ورجع بما زاد على ظنه. وإن كان المجاز عيناً أو مبلغاً مقدراً وقال: ظننت باقي المال كثيراً: لم يقبل قوله).

ش: أما كون القول قول الخيز في الصورة الأولى مع عدم البينة، كما إذا أوصى بنصف ماله فأجازه الوارث وكان المال ستة آلاف فقال: ظننته ثلاثة؛ فلأن الإجازة: إما تنفيذ أو هبة، وكلاهما لا يجوز في المجهول؛ لأنه يحتمل كذبه، فله الرجوع بما زاد على ظنه. وهذا أظهر الوجهين.

فعلى هذا يرجع بخمسائة؛ لأنه رضي بإجازة الوصية على الزائد على الثلث خمسائة فكانت ألفاً، فيرجع بخمسائة، فيحصل للموصى له ألفان وخمسائة. والثاني: لا يقبل قوله؛ لأنه أجاز عقداً له الخيار في فسخه، فبطل خياره، كما لو أجاز البيع من له الخيار في فسخه ببيع أو خيار.

إلا أن تقوم عليه بينة تشهد باعترافه بقدره، أو يكون المال ظاهراً لا يخفى عليه: لم يقبل قوله إذا قلنا بالإجازة تنفيذ، وإن قلنا هي هبة فله الرجوع فيما يجوز الرجوع في

الهيئة في مثله.

ومن علمائنا كالقاضي والمجد بنى هذه المسألة على أنه: هل يعتبر أن يكون المجاز معلوماً للمجيز أم لا؟ فذكر المجد بأنه لو أجاز قدراً مستويماً في المال ثم قال: ظننت المال قليلاً أنه لا يقبل قوله . ولا تنافي بينهما لوجهين:

أحدهما: أن صحة إجازة المجهول لا تنافي ثبوت الرجوع فيه إذا تبين فيه ضرر على المجيز، لم يعلم استدراكاً لظلامته، كما نقول فيمن أسقط شفيعته لمعنى، ثم بان بخلافه، فإن له العود إليها . فكذلك هنا إذا أجاز الجزء الموصى به بظنه قليلاً فبان كثيراً، فله الرجوع بما زاد على ظنه .

والثاني: أنه إذا اعتقد أن النصف الموصى به مثلاً مائة وخمسون درهماً ثم بان ألفاً فهو إنما أجاز خمسين لم يجز أكثر منها، فلا يجوز أكثر منها فلا تتعد إجازته في غيرها . وهذا بخلاف ما إذا أجاز النصف .

وإن كان المجاز عيناً، كعبد تزيد قيمته على الثلث، أو مبلغاً مقدراً، وقال: ظننت باقي المال كثيراً: لم يقبل قوله . وهذا أظهر الوجهين ؛ لأن ذلك معلوم لا جهالة فيه .

والثاني: أنه يملك الفسخ ؛ لأنه قد يسمح بذلك ظناً منه أنه يبقى له من المال ما يكفيه . فإذا بان خلاف ذلك لحقه الضرر في الإجازة، فملك الفسخ، كالأولى.

وقيل: يصح وجهاً واحداً ؛ لأن المجاز معلوم.

فلو كان العبد قيمته ستمائة، فيجيز الوصية بناء على أن المال ألف مثلاً، ثم تبين أنه ستمائة، فيدعي أنه إنما أجاز بناء على ذلك .

فعلى الأول والثالث جميع العبد للموصى له . وعلى الثاني ثلثا العبد وتسعه ؛ لأن له ثلث المال بالأصل وهو أربعمائة وقد أجاز له ستة وستين ؛ لأن ذلك هو ما بين الألف وستمائة المظنونة قيمة العبد .

قال أبو العباس: فإن قال: ظننت أن قيمته ألف، فبان أكثر: قبل. وليس نقضاً لصحة الإجازة بينة أو إقرار . قال: وإن أجاز وقال: أردت أصل الوصية قبل.

قال: (ويعتبر قبول الموصى له بعد الموت وإن طال لا قبله . وبطلت الملك به عقيب الموت . فإن مات قبل موت الموصي أو ردها بعد موته: بطلت . وإن مات قبله بعد

موت الموصي فوارثه مقامه . ومن قبلها ثم ردها لم يصح الرد.

ش: أما كون القبول يعتبر بعد الموت وإن طال ؛ فلأن الوصية تمليك بعد الموت، فكان القبول حينئذ.

وأما كون القبول والرد قبل الموت لا عبرة به ؛ فلأن قبل الموت لم يثبت للموصى له حق، ولذلك لم يصح رد الورثة، ولا إجازتهم قبل الموت .

وأما كون الملك للموصى له لا يثبت إلا بالقبول عقيب الموت ؛ فلأن الوصية تمليك لمن هو من أهل الملك، فلم يثبت إلا بالقبول، كالهبة والبيع .

ولا بد أن يلحظ أن الموصى له معين، فإن كان غير معين كالفقراء والمساكين وبني هاشم: لم يفتقر ثبوت الملك في الوصية إلى القبول، ولزمت بمجرد الموت ؛ لأن اعتبار القبول من جميعهم متعذر، فسقط، كالوقف.

وأما كون الوصية تبطل إذا مات الموصى له قبل موت الموصي ؛ فلأنها عطية صادف المعطي ميتاً فبطلت كما لو وهب لميت شيئاً.

وأما كونها تبطل إذا ردها بعد موته ؛ فلأنه أسقط حقه في حال يملك قبوله وأخذه . أشبه عفو الشفيع عن الشفعة بعد البيع. وهو قول أكثر العلماء . إلا أن يكون أوصى بقضاء دينه فلا تبطل . قاله الحارثي وغيره.

ولا بد أن يُلاحظ في هذا البطالان: أن يكون الرد بعد موت الموصي وقبل قبول الموصى له . فلو قبل وقبض ، أو قبل ولم يقبض ، وكان غير مكيل أو موزون ثم رد : لم تبطل الوصية؛ لأن ملكه استقر عليه . أشبه ما لو رد سائر ملكه. وهو معنى قول المصنف: «ومن قبلها ثم ردها لم يصح الرد» .

تنبيه: للرد أحوال:

منها: أن يردها قبل موت الموصي: فلا يصح الرد . وقد ذكره؛ لأن الوصية لم تقع بعد، أشبه رد المبيع قبل إيجاب المبيع.

ولأنه ليس بمحل للقبول.

ومنها: أن يردها بعد الموت وقبل القبول . وهي مسألة المتن . فيصح الرد وتبطل الوصية بغير خلاف نعلمه. قاله شيخنا ؛ لأنه أسقط كما تقدم.

ومنها: أن يرد بعد القبول والقبض: فلا يصح الرد كما تقدم أن يوصي الورثة بذلك منه فتكون هبة منه لهم تفتقر إلى شروطها.

منها: أن يرد بعد القبول وقبل القبض: فلا يصح الرد؛ لأن الملك يحصل فيه بالقبول من غير قبض .

وقيل: يصح فيما كيل أو وزن دون المعين في الأشهر فيهما.

وقيل: يصح مطلقاً، بناء على أن القبض معتبر فيه .

فإن لم يقبل فكمتحجر مواتاً أي للورثة مطالبته بأخذها . فإن امتنع حكم عليه بالرد وسقط حقه منها .

وكل موضع صح الرد قبل القبول أو القبض فالردود إرث، وليس له رده إذن إلى بعض الورثة ولا إلى غيرهم .

وإذا امتنع الرد بعد القبول والقبض فله هبته وتمليك له لوارث وغيره.

فرع: يحصل الرد بقوله: رددت الوصية. وكذا لا أقبلها ، قال الإمام أحمد: إذا أوصى لرجل بألف فقال : لا أقبلها : فهي لورثته .

وأما كون وارث الموصى له يقوم مقامه إذا مات بعد الموصي وقبل الرد والقبول ؛ فلأن الرد والقبول حق ثبت للموروث . فثبت للوارث بعد موته ؛ لقوله عليه السلام: « من ترك حقاً فلورثته »^(١) ، وكخيار الرد بالعيب. قدمه في الفروع .

ثم إن كان الوارث جماعة اعتبر القبول والرد من جميعهم . وإن رد بعض وقبل آخر ترتب على كل حكمه .

فإن كان فيهم مولياً عليه تقيد وليه بفعل الأخط . وقال القاضي: تبطل الوصية. وهو رواية ؛ لأنها عقد يفتقر إلى القبول . فيبطل بموت الموصي قبل القبول ؛ كالهبة على قياس قول الإمام أحمد ؛ لأنه خيار لا يعتاض عنه، فبطل، كخيار المجلس، والشرط ، والشفعة نص عليه. وهذا مثله.

وحكى في المغني والشرح البطلان عن ابن حامد وأن القاضي قال: هو قياس

(١) سبق تخريجه ص: ٤٢٠.

فصل في أحكام الرجوع في الوصية

قال: (ويجوز الرجوع في الوصية: كرجعت فيها أو أبطلتها ، أو قال في الموصى به: هذا لورثتي ، أو ما أوصيت به لزيد فهو لعمره ، وإن وصى به لعمره فهو بينهما).

ش: أما كون الوصية يجوز الرجوع فيها ؛ فلأنه يروى عن عمر رضي الله عنه أنه قال: « يغير الرجل ما شاء من وصيته »^(١).

ولأنها تمليك . فملك الرجوع فيه قبل تنجيزه ؛ كهبه ما يفتقر إلى قبض قبل تقبضه.

وأما كون قول الموصي في الموصى به: هذا لورثتي ، أو قال: ما أوصيتُ به لزيد فهو لعمره رجوعاً ؛ فلأنه صرح باستحقاق الورثة وفلان الآخر لِمَا أوصى به [أولاً ، وذلك يقتضي كونه مستحقاً للورثة وللموصى له]^(٢) ثانياً ، وهو ينافي استحقاق الموصى له أولاً . وأما كون الموصى به بين الموصى له أولاً وثانياً إذا وصى به لعمره ولم يقل ما تقدم ذكره ؛ فلأنه تعلق به حق كل واحد منهما على السواء . فاشتركا فيه ؛ كما لو قال: هو بينهما . وهذا قول الجمهور .

وقيل: للثاني.

ونقل الأثرم: يؤخذ بآخر الوصية. وهو قول عطاء وطاووس ؛ لأن الثانية تنافي الأولى، فإذا أتى بها كان رجوعاً، كما لو قال: هذا لورثتي. ورُدَّ بالفرق.

وفي التبصرة: للأول، فأيهما مات فهو للآخر ؛ لأنه اشتراك تزامم.

فرع: لو وصى بثلاثة لرجل ثم بثلاثة الآخر فمتغايران . وفي الرد يقسم الثلث بينهما . ولو وصى بجميع ماله لرجل ثم وصى به لآخر فهو بينهما .

(١) أخرجه البيهقي في الوصايا، باب الرجوع في الوصية وتغييرها ٢٨١/٦.

(٢) زيادة من الممتع ٢١٢/٤.

قال: (وان أخرجته عن ملكه أو عرضه للخروج برهن وتدبير وكتابة أو خلطه بما لا يتميز أو أزال اسمه أو زال هو فرجوع).

ش: أما كونه إذا أخرجته عن ملكه كبيع الموصى به وهبته رجوعاً ؛ فلأن كل واحد منهما ينقل الملك، وذلك ينافي الوصية.

ولأن كونه مملوكاً قابلاً للنقل عند تمليكه شرطاً للصحة ، وذلك غير حاصل فيما بيع أو وهب عند الموت. وكذا إن كان ثوباً ففصله ولبسه .

وأما كونه إذا عرضه للخروج برهن كان رجوعاً ؛ فلأن الرهن يراد للبيع . أشبه ما لو باعه.

ولأن الوصية نقلٌ للملك عند الموت ، وذلك يعتمد القابلية له، والقابلية غير موجودة فيما رهنه . بدليل: أنه لو باع المرهون لم يصح.

وأما كونه إذا دبره أو كاتبه أو أوجبه في بيع أو هبة فلم يقبل ، أو عرضه في بيع أو رهن أو وصى ببيعه أو هبته كان رجوعاً، وهذا أحد الوجهين وهو أصحهما ؛ فلأن التدبير والكتابة أقوى من الوصية ؛ لأنه ينتجز بالموت . بخلاف الوصية فإنها تقتصر إلى القبول . والوصية به في بعض الصور رجوع . فما هو أقوى منها أولى.

والثاني: لا يكون رجوعاً ؛ لأن التدبير والكتابة لا تخرج بهما عن ملكه ، والوصية عقد، فلا تبطل بالجحود، كسائر العقود ، وكإيجاره وتزويجه ولبسه وسكناه . وهذا كله إذا كانت بمعين .

فإن كانت بثلاث ماله فتلف أو يبيعه ثم تملك مالاً آخر فهي باقية وليس برجوع .
وأما كونه إذا خلطه بما لا يتميز . . . إلى آخره رجوع ولا يفصل عنه غالباً -قاله في الرعاية- أو أزال اسمه فطحن الحنطة أو خبز الدقيق، أو جعل الخبز فتيةً، أو نسج الغزل، أو نجر الخشبة باباً ونحوه، أو انهدمت الدار وزال اسمها: كان رجوعاً ؛ فلأنه أزاله وأخرجته عن دخوله في الاسم الدال على الموصى به . قاله القاضي . وصححه في المحرر .

وذكر أبو الخطاب فيه وجهين:

أحدهما: أنه رجوع . وقاله أكثر العلماء ونصره في الشرح .

والثاني: واختاره أبو الخطاب أنه ليس برجوع ؛ لأن الموصى به باق . أشبه غسل الثوب وهو لا يسمى غزلاً كما لا يسمى الغزل كتناناً . وكذا الخلاف إذا ضرب النقرة ، أو ذبح الشاة ، أو بنى أو غرس . وذكرها ابن رزين في وطنه .

فروع: إذا حَدَّثَ بالموصى به ما يزيل اسمه من غير فعل الموصي وهو معنى قول المصنف: «أو زال هو فرجوع» ؛ كالحب إذا سقط وصار زرعاً ، والدار إذا انهدمت وصارت فضاء فوجهان: أشهرهما: البطلان ؛ لأن الباقي لا يتناوله الاسم .

قال: (ووجهها ووطئ الأمة ليس برجوع ما لم تحمل).

ش: أما كون الوصية لا تبطل بالبحود ؛ فلما تقدم . وهو أحد الوجهين ، وهو رواية عن أبي حنيفة .

والثاني: رجوع ؛ لأنه يدل على الرجوع .

ولأن جَحَدَه يدل على أنه لا يريد إيصاله إلى الموصى له .

وأما كونه إذا وطئ الأمة ليس برجوع ما لم تحمل ؛ فلما قال ابن المنذر: أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم أنه إذا وصى لرجل بطعام فأكله أو شيء فأتلفه أو وهبه أو تجارية فأحبها أو أولدها أنه يكون رجوعاً .

قال: (وإن قال: إن قدم زيد فله ما وصيت به لعمرى فقدم في حياته فله ويعلمها لعمرى).

ش: أما كون الموصى به للقادم إذا قدم في حياة الموصي ؛ فلأن المالك وصى له به معلقاً على شرط، وقد وجد ، فيترب عليه مقتضاه .

وأما كونه له إذا قدم بعد موت الموصي ؛ فلأنه استحققه بالموت وملكه بالقبول . فلم ينقل إلى غيره ؛ كسائر الأملاك المملوكة بالقبول . وهذا أحد الوجهين ، وهو ظاهر الفروع وصححه ابن المنجي ؛ لأنه لما مات قبل قدومه انتقل إلى الأول لعدم الشرط في الثاني، وقدوم الثاني بعد ملك الأول له وانقطاع حق الموصى منه، فبقي للأول والثاني للقادم ؛ لأنه مشروط بقدومه وقد وجد . أشبه ما لو قال: إن حملت نخلي بعد موتي

فهو لفلان فحملت بعد موته فإنه يستحق حملها بعد ملك الورثة لأصلها .
فائدة: نقل الحسن بن ثواب عن الإمام أحمد: في رجل قال: ثلثي لفلان ويعطى
فلان منه مائة في كل شهر إلى أن يموت: فهو للأخر منهما، ويعطى هذا مائة في كل
شهر. فإن مات وفضل منه شيء رد إلى صاحب الثلث. فحكم بصحة الوصية وإنفاذها
على ما أمر به الموصي.

فصل

قال: (ويخرج الواجب كله من دين وجميع وغيره من كل ماله بعد موته وإن لم يوص
به . ويخرج التبرع المنعرج في مرض الموت والمعلق بالموت من ثلث الباقي).

ش: أما كون الواجب كله يخرج من كل ماله ؛ فلأن ذلك يجب عليه وفاؤه في
حياته من غير اعتراض للورثة عليه ، فكذلك بعد وفاته.

ولقوله تعالى : {من بعد وصية يوصي بها أو دين} [النساء : ١١].
ولقول علي رضي الله عنه : « قضى رسول الله ﷺ بالدين قبل الوصية »^(١) رواه
الترمذي .

ولأن حق الورثة إنما هو بعد أداء الدين .
وقد حكى القرطبي الإجماع على تقديم الدين على الوصية إلا ما حكى عن أبي ثور
أنه قدمها عليه . حكاه العبدري .

والحكمة في تقديمها في الآية : أن الوصية لما أشبهت الميراث في كونها بلا عوض،
فكان في إخراجها مشقة على الوارث، فقدمت حثاً على إخراجها .

قال الزمخشري : ولذلك جيء بكلمة «أو» التي للتسوية أي فيستويان في الاهتمام
وعدم التضييع ، وإن كان مقدماً عليها .

وقال السهيلي : لما كانت الوصية طاعة وجبراً، والدين غالبه لمنفعة، وهو مذموم في

(١) سبق تخريجه ص: ٤٤٩ .

غالب أحواله، وقد تعوذ منه عليه الصلاة والسلام^(١) فبدأ بالأفضل .

وقال ابن عطية : الوصية غالباً تكون لضعاف فقوى جانبها بالتقديم في الذكر ؛ لئلا يطمع ويتساهل فيها . بخلاف الدين .

وحينئذ إن كان له وصي قام بإخراج ذلك ونفاذه، وإلا فالوارث نص عليه .

وقيل: يتولاه الحاكم، كما لو كان الوارث صغيراً ولا وصي له.

فرع: إذا أخرج أجنبي عن ميت زكاة تلزمه بإذن وصيه أو وارثه أجزأت. وإلا فوجهان . وكذا لو أخرجها الوارث وثم أجنبي أخرجها ولم يعلمه. وكذا الحج والكفارة.

وأما كونه وإن لم يوص به؛ فلو جوب الوفاء في الحالين.

وأما كون الثلث يعتبر من الباقي إذا وصى مع الواجب بتبرع منجز أو معلق بالموت ؛ فلأن الواجب يجب إخراجه من رأس المال؛ لما تقدم . فيكون جميع ماله الذي يملك التصرف فيه في ثلثه الباقي بعد أداء الواجب. وإذا كان الباقي بعد أداء الواجب هو جميع ماله وجب اعتبار الثلث منه. فلو كانت تركته أربعين فوصى بثلث ماله وعليه دين عشرة: فتدفع أولاً، ويدفع إلى الموصى له بالثلث عشرة، وهو ثلث الباقي بعد الدين.

قال: (فإن قال: أدوا الواجب من ثلثي بدئي به، فإن بقي منه شيء أخذه صاحب التبرع والا سقط).

ش: أما كون الواجب يُبدأ به إذا قال الموصي ما ذكر وهذا يدل على قول القاضي ؛ فلأنه أكد من التبرع . فقدّم عليه؛ لأن التأكيد له أثر. قدمه في المحرر والفروع.

وأما كون الباقي من الثلث يأخذه صاحب التبرع ؛ فلأنه كان يستحق جميع ما

(١) عن أبي سعيد الخدري ، قال : « دخل رسول الله ﷺ ذات يوم المسجد فإذا هو برجل من الأنصار يقال له أبو أمامة فقال : يا أبا أمامة! ما لي أراك جالساً في المسجد في غير وقت الصلاة؟ قال : هموم لزممتي وديون يا رسول الله ، قال : أفلا أعلمك كلاماً إذا أنت قلته أذهب الله عز وجل همك وقضى عنك دينك؟ قال : قلت : بلى يا رسول الله! قال : قل إذا أصبحت وإذا أمسيت : اللهم! إني أعوذ بك من الهم والحزن ، وأعوذ بك من العجز والكسل ، وأعوذ بك من الجبن والبخل ، وأعوذ بك من غلبة الدين وقهر الرجال . قال : ففعلت ذلك ، فأذهب الله عز وجل همي ، وقضى عني ديني .»

أخرجه أبو داود في الوتر، باب في الاستعاذة ٩٢/٢ ح ١٥٥٥ .

أوصي له به لولا مزاحمة الواجب . فإذا زالت المزاحمة استحق الفضلة عملاً بوصيته السالمة عن المزاحمة.

وأما كون الوصية تسقط إذا لم يبق من الثلث شيء ؛ فلأنها لم تصادف محلاً . أشبه من وصي له بشيء فلم يخلف الموصي شيئاً ، إلا أن يميز الورثة فيعطى ما أوصي به . وقال أبو الخطاب: تزاحم به أصحاب الوصايا فيحتمل ما قاله القاضي وغيره ، ويحتمل ما قاله الموفق هنا وهو: أن يقسم الثلث على قدر حقهما ؛ كالموصى لهما . ويتم الواجب من رأس المال ؛ لأنه لا بدّ من وفائه ولم يبق من الثلث ما هو محل له . فيدخله الدور ؛ لأنه لا يُعلم قدر الثلث حتى يُعلم ما هو تنمة الواجب ، ولا يعلم تنمته حتى يُعلم ما يستحقه بالمزاحمة ، ولا يُعلم ما يستحقه بالمزاحمة حتى يعلم الثلث . فعلى هذا يحتاج إلى العمل بطريق الجبر .

فلو كان المال ثلثين والواجب عشرة [والوصية عشرة]^(١) جعلت تنمة الواجب شيئاً ونكر ؛ لأنه غير معلوم حالاً لا مآلاً ، يكن الثلث عشرة إلا ثلث شيء ؛ لأنك إذا أسقطت شيئاً من ثلثين يكن ثلثها ذلك بينهما أي: بين الواجب والوصية لتساويهما في القدر: للواجب خمسة إلا سلس شيء ؛ لأنه نصف ذلك . فضم إليه شيئاً ؛ لأنه تنمته تكن عشرة ؛ لأن الشيء ستة خرج منه سلس جبراً للخمسة ، فيبقى خمسة وخمسة أسداس تعدل عشرة ، فتجبر الخمسة بسلس شيء من الشيء ليخرج بلا كسر ، يبقى خمسة أسداس شيء تعدل خمسة ، فالشيء ستة ؛ لأن الخمسة إذا عدلت خمسة أسداس كان كل سلس يعدل واحداً ويحصل للوصي^(٢) الآخر صاحب التبرع أربعة .

وفي عملها طريق آخر وهو: أن تقسم الثلث بكماله بين الوصايا بالقسط ، ثم ما بقي من الواجب أخذته من الورثة وصاحب التبرع بالقسط ، فيحصل للواجب خمسة يبقى له خمسة ، تأخذ من صاحب التبرع ديناراً ؛ لأنك نسبت ما لصاحب التبرع وهو خمسة من خمسة وعشرين فكانت الخمسة ، وتأخذ من الورثة أربعة .

فرع: إذا أوصى بالواجب وقرن به الوصية بتبرع مثل: حجوا عني ، وأدوا ديني ،

(١) زيادة من المبدع ٣٠/٦ ، وقد كتب في حاشية الأصل: لعله: والوصية عشرة .

(٢) في الأصل: للموصي . وانظر المبدع ، الموضع السابق .

وتصدقوا عني فوجهان:

أصحهما: أن الواجب من رأس المال ؛ لأن الاقتران في اللفظ لا يدل على التساوي في الحكم لقوله تعالى: {كلوا من ثمره... الآية} [الأنعام: ١٤١].
والثاني: أنه من الثلث ؛ لأنه قرن به ما يخرج منه من الثلث .
ومن مات بطريق مكة لزمه أن يوصي بحجة الإسلام . قاله في الروضة وكذا كل واجب عليه .

باب الموصى له

هذا هو الركن الثاني .

قال: (يصح لمن يصح تملكه حتى الحربي، ولكتابه، ومديره، وأم ولده، وعبد غيره، ولعبدته بمشاع كتله، ويعتق منه بقدره، ويأخذ الفاضل . وعمة أو معين: لا يصح له).

ش: أما كون الوصية تصح لمن يصح تملكه ؛ فلأن الوصية تملك عند الموت . فإذا كان الموصى له ممن يصح تملكه وجب أن تكون صحيحة ؛ كما لو باعه شيئاً أو وهبه له . ونحو ذلك يصح من مسلم وذمي بغير خلاف نعلمه . قاله في الشرح ، وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي .

قال محمد بن الحنفية: قوله تعالى : {إلا أن تفعلوا إلى أوليائكم معروفاً} [الأحزاب: ٦] هو وصية المسلم لليهودي والنصراني.

وتصح وصية الذمي للمسلم ؛ لأنه إذا صحت وصية المسلم للذمي فوصية الذمي للمسلم بطريق الأولى.

وحكم وصية الذمي حكم وصية المسلم فيما ذكرنا من الأحكام.

وأما كونها تصح لحربي ؛ فلأنه يصح تملكه . أشبه الذمي . وظاهره: ولو كان في دار الحرب نص عليه . وقاله أكثر العلماء ، وبه قال مالك وأكثر أصحاب الشافعي .

وقيل: لا تصح . وهو قول أبي حنيفة ؛ لقوله تعالى: {إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين وأخرجوكم من دياركم... الآية} [المتحنة: ٩] . فدل على أن من قاتلنا

لا يحل بره.

وجوابه: بأنه قد حصل الإجماع على صحة الهبة له، والوصية في معناه، وقضية عمر شاهدة بذلك.

فرع: إذا أوصى لحربي بعدد كافر فأسلم قبل موت الموصي بطلت ، وإن أسلم بعده قبل القبول فوجهان .

وقيل: إن ملكه بالقبول بطلت وإن ملكه بالموت فلا .

وقيل: بلى وهو أولى .

وقال ابن أبي موسى: لا تصح لمرتد ؛ لأن ملكه غير مستقر ولا يرث ولا يورث فهو كالميت.

ولأن ملكه يزول عن ماله بردته في قول أبي بكر وجماعة فلا يثبت الملك له بالوصية .

وقال ابن حمدان: إن بقي ملكه صح الإيضاء له كالهبة مطلقاً، وإن زال ملكه في الحال فلا، وإن وقف أمر ماله على إسلامه فأسلم احتمل وجهين .

ولو عبر بقوله في الأصح فيهما لكان أولى إذا الخلاف فيهما معاً.

تنبيه: يعتبر تعيين الموصى له فلو قال: ثلثي لأحد هذين أو لجاره أو قرابته محمد باسم مشترك لم يصح .

وعنه: بلى كقوله: أعطوا ثلثي أحدهما في الأصح. فقيل يعينه الوارث ، وقيل: بقرعة .

وحزم ابن رزين بصحتها بمجهول ومعلوم .

فعلى الأولى لو قال: عبدي غانم حر بعد موتي وله مائة وله عبدان بهذا الاسم عتق أحدهما بقرعة ولا شيء له . نقله يعقوب .

وعلى الثانية: هي له من ثلثه ، اختاره أبو بكر.

وأما كون الوصية تصح لمكاتبه ؛ فلأنه معه كالأجنبي في المعاملات . فكذلك في الوصية.

ولأنه يملك المال بالعقد . فصحت الوصية له ؛ كالحر.

وتصح لمكاتب وارثه ومكاتب أجنبي، سواء وصى له بجزء شائع أو معين ؛ لأن الورثة لا يستحقون المكاتب ولا يملكون ماله .

فإن قال: ضعوا عن مكاتي بعض كتابته وضعوا ما شاؤا .

وإن قال: ضعوا نجماً فلهم وضع أي نجم شاؤا ، سواء نقصت أو اختلفت.

فإن قال: ضعوا عنه أي نجم شاء رد ذلك إلى مشيئته . وإن قال: ضعوا عنه أكثر نجومه وضعوا عنه أكثر من نصفها .

وإن قال الأوسط تعين وإن كانت حمسه تعين الثالث أو سبعة تعين الرابع وإن اختلفت رجع إلى قول الورثة.

وأما كونها تصح لمديره وأم ولده ؛ فلأن كل واحدٍ منهما يعتق عند الموت .

فإن لم يخرج من الثلث المدبر والوصية قدم عتقه على الوصية ؛ لأنه أنفع له.

وقال القاضي: يعتق بعضه ويملك منها بقدر ما عتق منه.

وجوابه: بأنه وصى لعبده وصية صحيحة فقدم عتقه على ما يحصل له من المال؛ كما

لو أوصى لعبده القن بمشاع من ماله وأم ولده ؛ لما روى سعيد « أن عمر أوصى لأمهات أولاده لكل واحدة بأربعة آلاف »^(١).

وروي عن عمران بن حصين وغيره من التابعين وغيرهم ؛ لأنها حرة حين لزوم

الوصية . وكوصيته أن ثلث قريته وقف عليها ما دامت على ولدها. نقله المروذي .

وإن شرط عدم تزويجها ففعلت وأخذت الوصية ثم تزوجت ففعل: تبطل .

وقيل: لا؛ كوصيته بعق أمة على شرطه.

ويصح لعبد غيره، وتكون الوصية للسيد والقبول من العبد ؛ لأن العقد يضاف إليه

أشبه ما لو وهبه شيئاً . وإذا قبل ثبت لسيدته ؛ لأنه من كسب عبده وكسب العبد

للسيد . ولا يفتقر في القبول إلى إذن السيد ؛ لأنه كسب من غير إذن سيده

كالاحتطاب . وهذا قول أهل العراق والشافعي .

ولأصحابه وجه آخر: أنه يفتقر إلى إذن السيد .

(١) ذكره المتقي الهندي في كنز العمال ، كتاب الوصية من قسم الأفعال ٦٢٢/١٦ ح ٤٦٠٩٧ .

وأما كونها تصح لعبده بمشاعٍ كما مثل المصنف ؛ فلأن ذلك وسيلة إلى عتقه .
أشبه ما لو وصى بعتقه .

فإذا أوصى له بثلثه عتق؛ كما إذا كان ثلثه مائة وقيمة العبد مائة أو دونها عتق؛ لأنه ملك من كل جزء من المال ثلثه مشاعاً ومن جملة نفسه فيملك ثلثها وإذن يعتق ذلك الجزء لتعذر ملك نفسه ويسري إلى نفسه، كما لو أعتق بعض عبده بل أولى . وأخذ فاضل الثلث ؛ لأنه صار حراً . وإن لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث ولا يعتق منه أكثر من ذلك ؛ لأن الوصية لا تنفذ في الزائد على الثلث إلا بإجازة الوارث ولم يوجد .
وعلم مما سبق أنه إذا^(١) أوصى له بنفسه أو رقبته أنه يصح ويعتق بقبوله إن خرج من ثلثه وإلا عتق منه بقدره .

وإن وصى له ببعض رقبته فخرج من الثلث عتق ما وصى له به ، وفي بقيته روايتان .
وإن وصى له^(٢) بمائة أو معين لم يصح؛ كدار وثوب [لم يصح]^(٣) في قول الأكثر ؛
لأنه يصير ملكاً للورثة فما وصى له به فهو لهم فكأنه وصى لورثته بما يرثونه فلا فائدة .
وعنه: يصح كالمشاع . وعليها ما ذكره في الكافي أنه يشتري العبد من الوصية فيعتق وما بقي فهو له .

قال الزركشي: محافظة على تصحيح كلام المكلف بما أمكن إذ تصحيح الوصية يستلزم ذلك .

وبنى الشيرازي الخلاف على تملكه ثم قال: وعلى رواية الصحة تدفع المائة إليه فإن باعه الورثة بعد ذلك فالمائة لهم . قال في الرعاية: إذا لم يشرطها المبتاع .
وعنه: تصح ويعطى ثلث المعين إن خرج معه من الثلث ، وعنه: منعها كقن زمنها .
ذكره ابن عقيل ، وعنه: كماله .

قال: (وتصح بحمل وتحمل لتحقيق وجوده قبلها ، لا لم يحمل هله) .

ش: أما كون الوصية بالحمل تصح ؛ فلأن أكثر ما فيه أنه غرر أو مجهول، وذلك لا

(١) زيادة من المبدع ٣٥/٦ .

(٢) زيادة من المبدع ، الموضع السابق .

(٣) مثل السابق .

يمنع صحة الوصية؛ كما لو أوصى بحظ أو قسط أو نصيب. وسواء في ذلك حمل الآدمية أو البهيمة أو الشجرة .

وأما كونها تصح للحمل؛ فلا أنه يرث، والوصية تجري مجرى الميراث في الانتقال بعد الموت. وقد سمي الله تعالى الميراث وصية بقوله: {يُوصِيكُمُ اللَّهُ... الآيات} [النساء: ١١]. والحمل يرث، فصحت الوصية له مع أنها أوسع من الميراث؛ لأنها تصح للمخالف في الدين والعبد فالوصية أولى .

لكن إن انفصل ميتاً بطلت؛ لأنه لا يرث لاحتمال أن لا يكون حياً حين الوصية فلا تثبت له الوصية والميراث بالشك .

وسواء مات لعارض من ضرب بطن أو غيره .

فإن وضعته حياً صحت إذا تحقق وجوده قبل الوصية لتحقيق الشرط بأن تضعه لأقل من ستة أشهر من حين الوصية إن كانت ذات زوج أو سيد يطؤها أو بائناً للعلم بوجوده حال الوصية إذ التملك لا يصح لمعدوم .

وفي المغني: أن تضعه لستة أشهر فما دون وفيه نظر؛ لأنها إذا وضعته لستة أشهر احتمل حدوثه حال الوصية فلم يصادف موجوداً يقيناً.

ومقتضاه: أنها إذا وضعته لأكثر من ذلك أنها لا تصح الوصية لاحتمال حدوثه بعدها .

وعلى الأول: لو كانت فراشاً لهما وما وطئا لبعد أو مرض أو حبس صحت الوصية في ظاهر كلامهم أو لأقل من أربع سنين إن لم تكن ذات زوج أو سيد يطؤها في أحد الوجهين؛ لأنه محكوم بوجوده لاحقاً بآييه .

والثاني: لا تصح الوصية؛ لأنه مشكوك في وجوده، فلم تصح مع الشك فيه . ولا يلزم من لحوق النسب صحة الوصية، فإن النسب يثبت بالاحتمال .

وفيه وجه آخر: أنه إذا أتت به لأكثر من سنتين إذا كانت بائناً لا تثبت له الوصية بناء على أن أكثر مدة الحمل سنتان .

وأما كون الوصية لمن تحمل هذه المرأة لا تصح؛ فلا أن الوصية تملك . فلا تصح للمعدوم.

ولأن الوصية أُجريت بحرى الميراث.

وقيل: تصح بما تحمل هذه الجارية ، وكما لو وقف على من يحدث من ولده أو لد ولده.

ورد بالفرق بينهما ؛ لأنها تجرى بحرى الميراث ولا يحصل إلا للموجود والوقف يراد للدوام، ومن ضرورته إثباته للمعدوم.

قال: (وإن قتل الوصى الموصى بطلت ، وإن توسطت الوصية بين الجرح والموت لم تبطل).

ش: أما كون الوصية تبطل بقتل الوصى الموصى ولو خطأ؛ فلأنه قصد تعجيل وصيته . فعورض بنقيض قصده ؛ كالوارث إذا قتل موروثه، والزوج إذا طلق زوجته في مرض موته.

واختاره أبو بكر ونص عليه في المدبر ؛ لأن القتل منع الميراث الذي هو أكد منها فالوصية أولى.

وقال ابن حامد: تجوز الوصية له ، واحتج بقول الإمام أحمد: من جرح رجلاً خطأ فعفى المجروح فقال: يعتبر من الثلث . وهذه وصية لقاتل ؛ لأن الهبة له تصح فكذا الوصية .

وأما كونها لا تبطل إذا توسطت بين الجرح والموت ؛ فلأن الوصية بعد الجرح صدرت من أهلها في محلها، ولم يطرأ عليها ما يبطلها، فصحت، عملاً بالمقتضي للصحة السالم عن المبطل. وهذا ظاهر كلام أحمد . بخلاف ما إذا تقدمت، فإن القتل طرأ عليها فأبطلها، وبهذا جمع أبو الخطاب بين نص الإمام .

قال في المقنع: وقال أصحابنا: في الوصية للقاتل روايتان:

إحداهما: لا تصح، سواء وصى له ثم قتله، أو جرحه جرحاً صالحاً للزهوق ثم وصى له ؛ لأنه قاتل، فبطلت، كالميراث.

والثانية: بلى كالهبة .

والأولى ما ذكره المصنف . قدمه في المحرر والفروع.

قال: (وإن وصى لصنف من أصناف الزكاة أعطوا كالأزكاة).

أما إذا وصى لصنف من أصناف الزكاة كالفقراء أو لجميع الأصناف صح ؛ فلأنهم من أبواب البر .

ولأنهم يملكون بدليل الزكاة والوقف . ويعطى كل واحد منهم القدر الذي يعطاه من الزكاة ؛ لأن المطلق في كلام الآدميين يحمل على المقيد في كلام الله تعالى .

قال في المغني: وينبغي أن يجعل لكل صنف حيث أوصى لجميعهم ثمن الوصية، كما لو أوصى لثمان قبائل. والفرق بينهما حيث يجوز الاقتصار على صنف واحد أن آية الزكاة أريد بها بيان^(١) من يجوز الدفع إليه، والوصية أريد بها بيان من يجب الدفع إليه . انتهى.

ويجوز الاقتصار من كل صنف على واحد في ظاهر المذهب ، وعنه: يتقيد بثلاثة من كل صنف . ولا يصرف إلا إلى المستحق من أهله بلده.

فرع: إذا أوصى بشيء لزيد وبشيء للفقراء أو جيرانه وزيد منهم لم يشاركهم . نص عليهما .

ولو وصى لقربته بشيء، وللفقراء كذلك، فلقريب فقير سهام. ذكره أبو المعالي.

قال في الفروع: ويتوجه تخريج حكم كل صورة إلى الأخرى .

قال شيخنا: قد يفرق بينهما بأن زيدا يتعين . والقربة لفظ عام يدخل فيه الفقراء وغيرهم، فصلح كل من وصفه^(٢) سبباً لاستحقاقه به، فإنه علق استحقاقه بوصفه^(٣) وهو القربة . فإذا كان فيه وصفان صار استحقاقه بهما بخلاف زيد فإنه علق استحقاقه بعينه ، وعينه لا تعدد.

قال: (وإن وصى لمسجد أو لكتب العلم أو حيوان مباح ينفق عليه صح . فإن مات الحيوان رد الباقي إلى الورثة).

ش: أما كون الوصية لأحد ما ذكر تصح ؛ فلأن كل واحد من ذلك قربة . فصح

(١) زيادة من المغني ٥٥٧/٦.

(٢) في الأصل: وصيته. وانظر المبدع ٣٨/٦.

(٣) في الأصل: بوصية. وانظر المبدع ٣٨/٦.

بذل المال فيه كالوصية للفقير.

والموصى به للمسجد يصرف في مصالحه .

فلو قال: إن مت فيبيتي للمسجد أو أعطوه مائة من مالي توجه صحته .

ولو أراد تملك الحيوان لم يصح.

وأما كون الموصى به للحيوان أو بآقيه يُردّ إلى الورثة إذا مات ؛ فلأنه لما بطل محل

الوصية وجب الرد إلى الورثة ؛ كوصيته بعق عبد زيد فتعذر. أو شري عبد بألف أو

عبد زيد بها في المنصوص فيه فاشتروه بدونها .

ومقتضاه: أنه لا يصرف إلى حيوان آخر حبس في المنصوص .

مسائل: إذا أوصى بخدمة عبده سنة ثم هو حر صحت الوصية . فلو ردها أو وهب

الخدمة عتق في الحال . وفي المغني والشرح خلافه.

وإن وصى بعق نسمة بألف فأعتقوا نسمة بخمسائة لزمهم عتق أخرى بخمسائة

في الأصح .

وإن قال: أربعة بكذا جاز الفضل بينهما ما لم يسم ثمناً معلوماً نص عليه .

ولو وصى أن يشتري فرساً للغزو بمعين فاشتراه بأقل منه فبآقيه نفقة لا إرث في

المنصوص.

فصل في الوصية بالحج

قال: (إذا أوصى من لا حج عليه أن يُحج عنه بألف: صرف من ثلثة مؤنة حجة بعد أخرى حتى تنفذ).

ش: أما كون الوصية بما ذكر تُصرف في حجة بعد أخرى حتى تنفذ ؛ فلأن مقتضى

الوصية صرف المال فيما وصي به ، وقد وصى بألف في حج . فينبغي أن تصرف في

حجة بعد أخرى. وذلك جعالة أو إجارة إن صح الإيجار عليه، من محل وصيته كحجه

بنفسه .

وقيل: أو من الميقات وهو أولى .

راكباً أو راجلاً نص عليه حتى تنفذ ؛ لأنه وصى بها في جهة قرابة، فوجب صرفها فيها، كالوصية في سبيل الله .

فلو لم تكف الألف أو البقية حج حيث يبلغ في ظاهر نصوصه .
وعنه: يعان به في حج . قاله القاضي وحكاه العنبري عن سوار القاضي .
ونقل أبو داود: يخير بينهما ويدفع الوصي إلى كل واحد قدر ما يحج به من غير زيادة على نفقة المثل ؛ لأنه أطلق له التصرف في المعاوضة فاقتضى عوض المثل كالتوكيل في البيع .

ثم إن كان الموصى به لا يحمل الثلث لم يخل من أن يكون الحج فرضاً أو نفلاً؛ فإن كان فرضاً أخذ أكثر الأمرين من الثلث أو القدر الكافي لحج الفرض إذا كان قد أوصى بالثلث . فإن كان الثلث أكثر أخذه وصرف في الفرض قدر ما يكفيه وباقيه في حجة أخرى حتى ينفذ .

وإن كان الثلث أقل تم قدر ما يكفي الحج في قول الجمهور .
وإن كان تطوعاً أخذ الثلث لا غير إذا لم يجز الورثة ويحج به على ما وصفنا .

قال: (وإن قال: حجة بألف صرف فاضل مؤنتها إلى من يحجها . فإن عين إنساناً فالفاضل عن مؤنتها وصية له إن حج أخذه، وإن طلبه ولم يحج بطلت الوصية له ويحج غيره بأقل ما يمكن والفاضل للورثة).

ش: أما كون الكل فيما ذكر يدفع إلى من يحج عن الموصي ؛ فلأنه أوصى به في حجة واحدة . فوجب أن يعمل بها. فإن فضل منها فضلٌ فهو لمن يحج ؛ لأنه قصد إرفاقه فكأنه صرح به. وقيل: إرث ، حزم به في التبصرة .

ولا يدفعها إلى وارث نص عليه .

زاد في الشرح وغيره: حيث كان فيها فضل إلا بإذن الورثة .
واختار جماعة للوارث أن يحج عنه إذا عينه ولم يزد على نفقة المثل . وفي الفصول:
إن لم يعينه جاز .

وقيل له في رواية أبي داود : أوصى أن يحج عنه ؟ قال: لا كأنه وصية لوارث .
فإن عين إنساناً في الوصية فقال: يحج عني فلان بألف صرف ذلك إليه.

وأما كون الفضل لا يعطى للموصى له إذا كان معيناً ولم يحج وقال: اصرفوا إليّ ذلك ؛ فلأنه إنما أوصى له بالزيادة بشرط الحج ولم يوجد.

وأما كون الوصية له تبطل إذا لم يحج ويحج غيره بأقل ما يمكن؛ فلأن الوصية حق للحج وحق للموصى له، فإذا رده بطل في حقه دون غيره كقوله: بيعوا عبدي لفلان وتصديقوا بثمانه فلم يقبله . وكما لو لم يقدر الموصى له بفرض في السبيل على الخروج . نقله أبو طالب .

ويحج عنه بأقل ما يمكن من نفقة أو أجرة والبقية إرث كالفرض.

قال: (وإن قاله من عليه حج صرفت الألف كما سبق، وحسب منها من أصل ماله مؤنة الفرض من حيث وجبت).

ش: أما كون ما ذكر تصرف كما ذكره ؛ فلأنه مثله . فإذا كانت الألف مثل نفقة المثل لحجة واحدة فهي من رأس المال ؛ لأنه وجب عليه الحج وهو موسر فكان من جميع ماله كالزكاة .

وإن كانت الألف دونها تمت من المال كذلك .

وإن كانت أكثر أخرجت نفقة المثل لحجة الفرض من رأس المال وما بقي من الألف اعتبر من الثلث إن خرج وجب إخراجه كما سبق فيمن لا حج عليه . وإلا أخرج بقدر الثلث على ما ذكرناه فيه .

فإن أبى المعين أن يحج فيهما كانت الألف للورثة في الصورة الأولى ؛ لأنه تعذر صرفها في جهتها فكانت الألف للورثة على ما سبق . ويقام في الصورة الثانية من يحج حجة الفرض بنفقة مثله ؛ لأنه واجب فيخرج عنه، ويكون الباقي للورثة لتعذر صرفه في جهته.

قال: (وإن وصى بثلاث حجج إلى ثلاثة في عام واحد صح وأحرم النائب بالفرض أولاً إن كان عليه فرض).

ش: قال في الرعاية: وإن وصى بثلاث حجج لم يصرفه إلى ثلاثة يحجون عنه في عام واحد ، ويحتمل أن يصح إن كانت نفلاً. انتهى.

وقال في الفروع: ولو وصى لحج نفلاً ففي صحة صرفها في عام وجهان . ونقل الحارثي عن القاضي وابن عقيل والسامري: صحة صرف ثلاث حجج في عام واحد وقال: هو أولى.

تنبيه: إذا أوصى أن يُحج عنه بالنفقة صح ، واختار أبو محمد الجوزي إن وصى بألف يحج بها صرف في كل حجة قدر نفقته حتى تنفذ .

وإن قال: حجوا عني بألف فما فضل للورثة .

ولو قال: يحج عني زيد فما فضل وصية: له أن يحج وله تأخير له لعذر ولا يعطى إلى أيام الحج . قاله الإمام أحمد.

نقل أبو طالب: اشترى به متاعاً يتجر به قال: لا يجوز قد خالف لم يقل: اتجر به .

ولا يصح أن يحج وصي بإخراجها نص عليه ؛ لأنه منفذ كقوله: تصدق عني لا يأخذ منه ، وكما لا يحج على دابة موصى بها في السبيل .

فرع: إذا قال: حجوا عني حجة ولم يذكر قدرًا من المال فإنه لا يدفع إلى من يحج إلا قدر نفقة المثل والباقي للورثة.

قال في الشرح: وهذا يبني على أنه لا يجوز الاستئجار عليه . فإن قلنا: يجوز فلا يستأجر إلا ثقة بأقل ما يمكن وما فضل فهو للأجير ؛ لأنه ملك ما أعطي بعقد الإجارة. وإن تلف المال في الطريق فهو من ماله ويلزمه إتمام العمل.

فصل [أبواب البر]

قال: (وأبواب البر القرب كلها)

ش: أما كون أبواب البر القرب كلها ؛ فلأن اللفظ للعموم، فيجب الحمل عليه ولا يجوز التخصيص إلا بدليل . اختاره الموفق.

ونقل عن الإمام أحمد: يصرف في أقاربه والمساكين والحج والجهاد. قال ابن منجى: وهو المذهب ؛ لأن أبواب البر وإن كانت عامة ، إلا أن الظاهر من حال الموصي أنه أراد المشهور منها . والجهات الأربع هي أشهر القرب ؛ لأن الصدقة على الأقارب صلة

وصلة ، والمساكين مصارف الصدقات . والحج والجهاد من أكبر شعائر الإسلام .
وظاهره أنها سواء ، لكن الغزو أفضلها يبدأ به . نص عليه في رواية حرب ، وهو قول
أبي الدرداء.

وعنه: فداء الأسرى مكان الحج ؛ لأن فداؤهم من أعظم القربات، لما فيه من تخلص
رقبة مؤمنة من أيدي الكفار، وهو يتضمن نفع المخلص ونفع نفسه بخلاف الحج .
ونقل المروذي عنه: فيمن أوصى بثلثه في أبواب البر يُجزأ ثلاثة أجزاء: في الجهاد
والأقارب والحج .

قال في المغني: وهذا ليس على سبيل الزوم والتحديد، بل يجوز صرفها في الجهات
كلها؛ للعموم.

ولأنه ربما كان غير هذه الجهات من تكفين ميت وإصلاح طريق وإعتاق رقبة
وإعانة ملهوف: أحوج من بعضها وأحق.

فروع: إذا قال: ضع ثلثي حيث أراك الله: فله صرفه في أي جهة من جهات القرب،
عملاً بمقتضى وصيته .

وقال القاضي: يجب صرفه إلى الفقراء والمساكين، والأفضل صرفه إلى فقراء أقاربه،
فإن لم يجد فإلى محارمه من الرضاع، فإن لم يكن فإلى جيرانه.

قال: (وأهل سكتته دربه . وجيرانه أربعون داراً من كل جانب).

ش: أما كون الوصية لأهل سكتته لأهل دربه ؛ فلأن دربه سكتته، وقد أضافها إليه ،
فتعين كون المراد ذلك. فحينئذ يعطى من كان ساكناً وقت الوصية أو طراً إليه بعدها ،
وجزم في المستوعب بالأول ونص عليه .

وقيل: أهل دربه وسكتته أهل المحلة الذين طريقهم في دربه .

وأما كون الوصية لجيرانه تتناول أربعين داراً من كل جانب على المذهب ؛ فلما
روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: « الجارُ أربعون داراً هكذا وهكذا
وهكذا وهكذا »^(١). رواه الإمام أحمد.

(١) أخرجه أبو يعلى ٣٨٥/١٠ ح ٥٩٨٢، وأبو داود في المراسيل ٢٥٧/١ ح ٣٥٠.

وهذا نص لا يجوز العدول عنه إن صح . وإلا فالجار المقارب ويرجع فيه إلى العرف . قاله في الشرح وحكاه في الفروع قولاً .

ونقل ابن منصور: ينبغي أن لا يعطى إلا الجار الملاصق ؛ لأنه مشتق من المجاورة . ومقتضاه: أن المجموع مائة وستون وفيه نظر ، فإن دار الموصي قد تكون كبيرة في التوزيع فيسامتها من كل جهة أكثر من دار لصغر المسامت لها أو يسامتها داران يخرج من كل منها شيء عنها فتزيد على العدد .

ويقسم المال على عدد الدور ، وكل حصة دار يقسم على سكانها . وجيران المسجد من سمع النداء منه .

وقال أبو يوسف: وجيران أهل الحلة إن جمعهم مسجد فإن تفرق أهلهم في مسجدين صغيرين متقاربين فكذلك . وإن كانا عظيمين فكل أهل مسجد جيران . وقال أبو بكر: مستدار أربعين داراً . وهو رواية عن الإمام أحمد ؛ لأن الخير يحتمله . وعنه: ثلاثين داراً من كل جانب . ذكرها ابن هبيرة وابن الزاغوني . قال: واحتج كذلك بحديث رواه الزهري عن النبي ﷺ .

قال: (وأقرب قرابته يستوي فيه الأب والابن والجد والأخ . والأخ من الأبوين أولى من الأخ من الأب . ولا يعطى الأبعد مع وجود الأقرب . وكلنا الوقف) .

ش: أما كون الأب والابن سواء في الوصية لأقرب قرابته على المذهب ؛ فلأن كل واحد منهما يليه في القرب . فلم يكن أحدهما أقرب من الآخر .

وأما كون الجد والأخ سواء ؛ فلأن كل واحدٍ منهما يدلي بالأب . فكأنما سواء . ويحتمل وحكاه في المستوعب وجهاً تقديم الابن على الأب ؛ لأنه يسقط تعصيبه . ورد: بأن إسقاط تعصيبه لا يمنع مساواته في القرب ، ولا كونه أقرب منه بدليل ابن الابن يسقط تعصيب من بعده .

والأخ على الجد ؛ لأنه يدلي بينوة الأب والجد يدلي بالأبوة فهما كالأب والابن . ورد: بأنه لا يصح قياس الأخ على الابن ؛ لأنه يسقط تعصيب الجد بخلاف الابن . وعلم منه تقديم الابن على الجد والأب على ابن الابن .

تنبيه: البنت كالابن . والجد أبو الأب وأبو الأم وأم الأب وأم الأم كلهم سواء .

ذكره في المغني .

ويحتمل تقديم أبي الأب على أبي الأم ؛ لأنه يسقطه .

ثم بعد الأولاد أولاد البنين وإن سفلوا الأقرب فالأقرب الذكور والإناث .

وفي أولاد البنات وجهان بناء على الوقف ثم بعد الأولاد الأجداد الأقرب منهم فالأقرب ؛ لأنهم العمود الثاني .

ثم الإخوة والأخوات ثم ولدهم وإن سفلوا . ولا شيء لولد الأخوات إذا قلنا بعدم دخول ولد البنات .

والعم من الأب والعم من الأم سواء وفيه احتمال . وكذلك أبنائهما على الترتيب . ذكره القاضي .

وأما كون الأخ من الأبوين أولى من الأخ من الأب ؛ فلأن له قرابتين فهو أقرب ممن له قرابة واحدة . فلو أوصى لعصبته فهو لمن يرثه بالتعصيب ، سواء ممن كان يرثه في الحال أو لا . ويستوي فيه قريبتهم وبعيلهم .

فرع : لم يتعرض المصنف لذوي الأرحام . فإن قلنا بالرواية التي تجعل القرابة كل من يقع عليه اسم القرابة كان حكمهم كما سلف . وإن قلنا القرابة تختص بمن كان من أولاد الآباء فلا تدخل فيه الأم ولا أقاربها .

مسألة : أوصى لجماعة من أقرب الناس إليه : أعطي ثلاثة . فإن كانوا أكثر في درجة واحدة كالإخوة فهو لجميعهم ؛ لأن الاسم شملهم . وإن لم يوجد ثلاثة في درجة كملت من الثانية ، وإن لم يكمل منها فمن الثالثة .

فوائد :

لو أوصى بإحراق ثلث ماله صح وصرف في تجمير الكعبة وتنوير المساجد . ذكره ابن عقيل .

وفي التراب يصرف في تكفين الموتى ، وفي الماء يصرف في عمل سفن للجهاد ، وفي الهواء قال شيخنا محب الدين بن نصر الله : يتوجه أن يعمل به بأذهنج^(١) لمسجد ينتفع به

(١) هو ملقف الهواء . حاشية الدسوقي ٥١/٤ .

المصلون وفيه شيء . قاله شيخنا .
ولو وصى بكتب العلم لآخر لم يدخل فيها كتب الكلام ؛ لأنها ليست من العلم .
ولو وصى بدفنها لم تدفن . قاله الإمام أحمد .
ونقل الأثرم : لا بأس .
وقال الخلال : الأحفظ دفنها .
قوله : «وكذا الوقف» يعني : إذا أوصى لأقرب قرابته من التساوي بينهم .
وكذلك إذا وقف على أقرب قرابته كان حكمهم كحكمهم في الوصية . وهذا صحيح ، لكن الوصية أعم من الوقف .
واختار أبو العباس فيما إذا وقف على أقرب قرابته استواء الأخ من الأب والأخ من الأبوين ، واختار فيما إذا وقف على ولده دخول ولد الولد في الوقف دون الوصية .

فصل [في الوصية غير الصحيحة]

قال : (ولا تصح لكيسة وبيت نار وكتابة التوراة والإنجيل وكتب زندقة وملك وبهيمة وميت) .

ش : أما كون الوصية لا تصح للخسمة الأول إلى قوله : وكتب زندقة ؛ فلأن كل واحد معصية . فلم تصح الوصية له ؛ كالوقف .
ولا فرق بين العمارة والإنفاق على الكنيسة وبيت النار .
وسواء كان الموصي مسلماً أو ذمياً .
وكتب التوراة والإنجيل على الأصح . قاله في الرعاية ؛ لأنها كتب منسوخة والاشتغال بها غير جائز ؛ لما فيها من التبديل والتغيير .
وذكر القاضي : لو أوصى لحصر البيع^(١) وقناديلها لا على قصد تعظيمها فهو جائز ؛
لأن الوصية في الحقيقة لأهل الذمة لكونهم ينتفعون بها .

(١) في الأصل : لبيع . وانظر المغني ٦/٥٣٢ .

والأصح أنها لا تصح ؛ لأن ذلك إعانة لهم على معصيتهم وتعظيم كنائسهم.
وعن الإمام أحمد: صحتها من الذمي لخدمة الكنيسة .
فرع: وإن أوصى ببناء بيت يسكنه المجتازون من أهل الذمة والحرب: صح ؛ لأن
بناء مساكنهم ليس بمعصية .
ولا تصح لكفار . بمصحف ، كعبد مسلم ، بدليل البيع والهبة .
وإن وصي له بعبد كافر فأسلم في حياة الموصي بطلت . وإن أسلم بعد الموت وقبل
القبول انبنى على الخلاف .
وأما كونها لا تصح للثلاثة الأخر ؛ فلأن الوصية تمليك ، والثلاثة لا تقبل التملك ،
ولا لجني ، فلم تصح لهم الهبة .
فرع: تصح وصية لحبيس وفرس زيد ، ولو لم يقبله زيد ، ويصرفه في علفه . فإن
مات فالباقي للورثة .

قال: (فإن وصى لحي وميت يعلم فالكل للحي ، وإن جهل فالنصف).

ش: أما كون الكل للحي إذا علم الموصي موت الآخر على المذهب ؛ فلأنه إذا
وصى بذلك مع علمه ، فكأنه قصد الوصية للحي وحده ، كما لو صرح به ، إلا أن
يقول: هو بينهما كالمنصوص في: له ولجبريل أو الحائط ، ويحتمل أن لا يكون له إلا
النصف . هذا الاحتمال قدمه في المحرر والمغني والشرح والفروع وغيرهم .
تنبيه: محل الخلاف: إذا لم يقل: هو بينهما . وإن قاله كان له النصف قولاً واحداً .

فوائد:

منها: لو وصى له ولجبريل ، أو له وللحائط^(١) بثلث ماله: كان له الجميع . على
الصحيح من المذهب . نص عليه . وقدمه في الفروع ، والهداية ، وغيرهما .
وقيل: له النصف . وهو احتمال للقاضي .
ومنها: لو وصى له وللرسول بثلث ماله: قسم بينهما نصفان . على الصحيح من
المذهب . نص عليه . وقدمه في الفروع والفائق وجزم به في التلخيص وغيره .

(١) في الأصل: والحائط . وانظر الإنصاف ٢٤٧/٧ .

وقيل: له الكل.

فعلى المذهب: يصرف ما للرسول في المصالح. قاله في الفروع.
وقال في الرايتين وغيرهما: يصرف في الكراع، والسلاح، والمصالح.
ومنها: لو وصى له ولله: قسم نصفان. على الصحيح من المذهب. قدمه في الفروع وغيره.

وقيل: كله^(١) له، كالتى قبلها. جزم به في الكافي.
ومنها: لو وصى لزيد وللفقراء بثلته: قسم بين زيد والفقراء نصفين. فنصفه له ونصفه للفقراء، على الصحيح من المذهب. قدمه في الفروع وغيره.
وقال في الراية الكبرى: قلت: لو أوصى لزيد وللفقراء: فهو كأحدهم. فيجوز أن يعطى أقل شيء. انتهى.
لو كان زيد فقيراً: لم يستحق من نصيب الفقراء شيئاً. نص عليه في رواية ابن هانئ، وعلي بن سعيد وهو المذهب وعليه جماهير علمائنا.

ونقل القاضي الاتفاق على ذلك. مع أن ابن عقيل في فتونه حكى عنه: أنه خرج وجهاً بمشاركتهم إذا كان فقيراً. ذكره في القاعدة السابعة عشر بعد المائة.

قال: (وإن وصى لوارث وأجنبي بثلث ماله أو ثلثيه فأجاز الورثة فهو بينهما، وإن ردوه فللأجنبي الثلث).

ش: إذا أوصى لوارث وأجنبي بثلثه فأجاز سائر الورثة وصية الوارث فالثلث بينهما نصفين.

وإن وصى لكل واحد منهما بمعين قيمتهما الثلث فأجاز سائر الورثة وصية الوارث جازت الوصيتان لهما.

وإن ردوا بطلت وصية الوارث في المسألتين وللأجنبي السدس في الأولى والمعين الموصى له به في الثانية. وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي.

وإن وصى لهما بثلثي ماله، فأجاز الورثة لهما: جازت. وإن عينوا نصيب الوارث

(١) زيادة من الإنصاف ٢٤٨/٧.

بالرد وحده فلاأجنبي الثلث كاملاً ؛ لأنهم خصوا الوارث بالإبطال، فالثلث كله للأجنبي، وسقطت وصية الوارث، فصار كأنه لم يوص له .
 وإن أبطلوا الزائد عن الثلث من غير تعيين نصيب أحدهما فالثلث الباقي بين الوصيتين لكل واحد منهما السدس ، وهذا الذي ذكر القاضي، وهو قول مالك والشافعي ؛ لأن الوارث يزاحم الأجنبي إذا أجاز الورثة الوصيتين، فيكون لكل واحد منهما الثلث . فإذا أبطلوا نصفهما بالزائد كان البطلان راجعاً إليهما وما بقي بينهما، كما لو تلف ذلك بغير الرد ، وهو قول المصنف . وإن ردوه فلاأجنبي السدس فيهما .
 واختار أبو الخطاب أن الثلث جميعه للأجنبي . وحكي نحوه عن أبي حنيفة؛ لأنهم لا يقدرّون على إبطال الثلث فما دون إذا كان للأجنبي ولو جعلنا الوصية بينهما للملكوا إبطال ما زاد على السدس .

قال: (وإن ردوا في الثلثين حصة الوارث فلاأجنبي الثلث).

ش: هذا على الصحيح من المذهب ، قدمه في الفروع وغيره ، وقيل: له السدس فقط .

ولو أجازوا للوارث وحده، فله الثلث، بلا نزاع .
 ولو ردوا وصية الوارث ونصف وصية الأجنبي فله السدس على الصحيح من المذهب، وهو ينزع إلى قول القاضي وقدمه في الرعاية وغيرها .
 وقيل: له الثلث، وهو ينزع إلى قول أبي الخطاب .

قال: (وإن وصّى بماله لابنيه وأجنبي فردا وصيته فله التسع).

ش: أما كون الأجنبي له التسع إذا وصّى بماله لابنيه وأجنبي فردا وصيته ؛ فلأن بالرد رجعت الوصية إلى الثلث ، وهذا قول القاضي . وعند أبي الخطاب: الموصى الثلث كله له ؛ فلأن الأجنبي موصى له بالثلث ، وبالرد بطلت وصية الوارث . فوجب أن يكون الثلث عملاً بالوصية السالمة عن المزاحم .

باب الموصى به

هذا هو الركن الثالث منها.

قال: (تصح بما يعجز عن تسليمه، وبما لا يملكه إذن، وبما يحمل حيوانه المباح، وتقل أرضه، وبستانه، وشجرته، أبداً، أو عاماً، معرّفاً ومنكراً).

أما كون الوصية تصح بما يعجز عن تسليمه ؛ فلأنها إذا صحت بالمعدوم فهذا أولى . ولأنها أجريت مجرى الميراث، وهذا يورث فيوصى به . وللوصى^(١) السعي في تحصيله . فإن قدر عليه أخذه إذا خرج من الثلث .

ولا فرق في الحمل بين أن يكون رقيقاً، أو حمل بهيمة مملوكة له ؛ لأن الغرر لا يمنع الصحة، فجرى مجرى إعتاقه .

فإن انفصل ميتاً بطلت .

وإن خرج حياً وعلمنا وجوده حال الوصية أو حكمنا بوجوده صحت .

وإن لم يكن كذلك فلا، لاحتمال حدوثه .

ويعتبر إمكان الموصى به . فلو وصى بما تحمل أمته العقيم، أو بألف قنطار من شجرة معينة . قال في الترغيب وغيره: واختصاصه به . فلو وصى بمال غيره: لم يصح ولو ملكه بعد ؛ لأن الوصية لم تنعقد .

وأما كونها بما يحمل حيوانه المباح... إلى آخره تصح ؛ فلأن الغرر والخطر ليس بمانع في الوصية؛ لأنه ليس في مقابلتها عوض يتضرر صاحبها بفواته . بخلاف البيع .

وقوله: «بما يحمل حيوانه... إلى آخره» تمثيل للمعدوم .

قوله: «أبداً» أي يكون ذلك للموصى له على التأيد .

قوله: «أو عاماً معرّفاً ومنكراً» كسنة ما عداها أو منكراً .

ولا يلزم الوارث السقي ؛ لأنه لم يضمن تسليمها بخلاف مشتر .

فإن حصل منه فهو للموصى له بمقتضى الوصية . وإلا بطلت ؛ لأنها لم تصادف

(١) في الأصل: وللموصى.

محلاً، كالوصية بثلثه ولم يخلف شيئاً.

فرع: تصح الوصية بإتاء ذهب أو فضة وبزوجته أي له أمة فيوصي بها لزوجها وينفسخ نكاحه وقت ثبوت ملكه لها.

قال: (وتصح بما يباح نفعه وليس مالا؛ ككلب صيد، وزيت نجس. دون جلد ميتة وجر. فإن كان ذا مال وإن قل فالكل للموصى له وإلا فالثلث).

ش: أما كون الوصية تصح بما يباح نفعه وليس مالا؛ فلأن الوصية تفيد اختصاصاً بالموصى له. فصحت بما ذكر. دون المستثنى.

اقتناء الكلب للصيد والماشية والحرث، وقيل: وحفظ البيوت؛ لأن فيه نفعاً مباحاً وتقر اليد عليه، والوصية تبرع، فصحت في غير المال، كالمال وكصحت هبته.

فإن كان مما لا يباح اقتناؤه: لم يصح. سواء قال: من كلابي أو من مالي؛ لأنه لا يصح شراء الكلب؛ لأنه لا قيمة له. بخلاف ما إذا أوصى بشاة ولا شاة له فإنه يمكن تحصيلها بالشراء.

وظاهره: أنها لا تصح بالجرو الصغير، وهو وجه. والأصح صحتها بتربيته لأحدها.

وفي الفروع: وإن لم يصد به أو يصيد إن احتاجه أو لحفظ ماشية أو زرع إن حصل فخلاصه.

وفي الواضح: الكلب ليس مما يملكه والزيت النجس إذا جاز الاستصباح به. قاله في الشرح. وإلا لم يصح إذ ليس فيه نفع مباح، كالحنيز وسائر سباع البهائم التي لا تصلح للصيد.

فإن لم يكن للموصي مال سواء فللموصى له ثلث ذلك؛ لأن الوصية تنفذ في الثلث.

وإن كان له مال غير الموصى به فجميع ذلك للموصى له وإن قل المال وهذا أحد الوجهين؛ لأن قليل المال خير من الكلب لكونه لا قيمة له، فالثلث أكثر منه حينئذ.

وفي الآخر: له ثلثه وإن كثر المال؛ لأن موضوع الوصية على أن يسلم ثلثا التركة للورثة، وليس في التركة شيء من جنس الموصى به.

تنبيه: أوصى لرجل بكلايه، ولآخر بثلاث ماله: فله الثلث، وللأول ثلث الكلاب وجهاً واحداً ؛ لأن ما حصل للورثة من ثلثي المال قد جازت الوصية فيما يقابله من حق الموصى له وهو ثلث المال، ولم يحتسب على الورثة بالكلاب ؛ لأنها ليست بمال . وإذا قسمت الكلاب بين الوارث والموصى له قسمت على عددها . فإن تشاحوا أقرع .

وأما كون الوصية لا تصح بجلد الميتة والخمر؛ فلأنها تمليك، فلا تصح بذلك، كالهبة .

وقد حث الشارع على إراقة الخمر وإعدامه، فلم يناسب صحة الوصية . وظاهره: ولو قلنا يطهر جلد الميتة بالدباغ. ويتوجه عكسه.

قال: (وتصح بمجهول كعبد، وشاة . ويعطى ما يقع عليه اسمه. فإن قال: من عبيدي أو غنمي أعطاه الورثة ما شاؤوا. ويغلب العرف. وإن لم يملكه بطلت).

ش: أما كون الوصية بالمجهول كعبد وشاة تصح ؛ فلأنها إذا صحت بالمعدوم فالمجهول أولى.

ولأنه ينتقل إلى الوارث، فصحت الوصية به، كالمعلوم.

وأما كونه يعطى ما يقع عليه الاسم ؛ فلأن بذلك يخرج عن عهدة الوصية؛ لأنه اليقين، كما لو أقر له بعبد .

قال القاضي: يعطيه الورثة ما شاؤوا من ذكر أو أنثى .

وصحح في المغني: أنه لا يعطى إلا ذكراً ؛ لأنه تعالى فرق بين العبيد والإماء: {وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم} [النور: ٣٢]. وهو يقتضي المغيرة .

ولأنه العرف. وبديل الوكالة وكعكسه . وليس له أن يعطيه خنثى .

فلو أوصى له بواحد من عبيده شمل الكل .

فإن اختلف الاسم بالحقيقة والعرف، كالشاة في العرف للأنثى، والبعير والثور هو في العرف للذكر وحده وفي الحقيقة للذكر والأنثى: غلب العرف . وهذا اختيار الموفق وجزم به في التبصرة ؛ لأن الظاهر أن المتكلم إنما يتكلم بعرفه .

ولأنه المتبادر إلى الفهم.

قال الموفق: وقال أصحابنا: تغلب الحقيقة ؛ لأنها الأصل . فلهذا يحمل عليه كلام الله تعالى وكلام رسوله عليه الصلاة والسلام.

فعلى هذا إذا أوصى له بشاة يتناول الذكر والأنثى والضأن والمعز والكبيرة والصغيرة ؛ لأن اسم الشاة يتناول ذلك كله، بدليل قوله عليه الصلاة والسلام: « في أربعين شاة شاة »^(١).

وقال الموفق: لا يتناول إلا أنثى كبيرة، إلا أن يكون في بلد عرفهم يتناول ذلك .

وفي الخلاف: الشياه اسم لجنس الغنم يتناول الصغار والكبار. والكبش الذكر الكبير من الضأن ، والتيس من المعز والجمال الذكر والناقة الأنثى .

ولو قال: عشرة من إبلي وقع على الذكر والأنثى ، وقيل: إن قال: عشرة بالهاء فهو الذكر .

وإن قال: بغيرها فهو للإناث وكذلك الغنم .

وفي البعير وجهان . حكاهما في الشرح وهما مبنيان على الخلاف .

والثور الذكر والبقرة للأنثى ، والدابة اسم للذكر والأنثى من الخيل والبغال والحمير . قاله علماؤنا؛ لأن ذلك هو المتعارف .

فإن قدر به ما يصرفه إلى أحدها كقوله: دابة يقاتل عليها انصرف إلى الخيل .

وإن قال: ينتفع بطهرها ونسلها خرج منه البغال وخرج منه الذكر . ذكره في الشرح وحكاها في الرعاية قولاً.

وقيل: يعتبر عرف البلد .

وفي التمهيد في الحقيقة العرفية^(٢): الدابة للفرس عرفاً، والإطلاق ينصرف إليه . وقاله في الفنون عن أصولي، يعني نفسه.

قال : لنوع قوة في الديب ؛ لأنه ذو كَرٍّ وفَرٍّ . انتهى .

والفرس للذكر والأنثى، والحصان للذكر، وعكسه الحجرة ، والحمار للذكر والأتان

(١) أخرجه أحمد ٣/٣٦٧ ح ١١٣٢٥.

(٢) في الأصل: العرف. وانظر الفروع ٤/٦٨٨.

للأنثى .

فرع: لا يستحق للدابة سرجاً ولا للبعير رحلاً.

وأما كون الوصية تبطل إذا لم يملكه الموصي به ؛ فلأن الوصية تقتضي عبداً من الموجودين حال الوصية، أشبه ما لو أوصى له بما في الكيس، ولا شيء فيه ، أو بداره ولا دار له ، وهذا أحد الوجهين . قدمه في الفروع ، وتصح في الآخر ؛ لأنه لما تعذرت الصفة بقي أصل الوصية . أشبه ما لو أوصى له بألف لا يملكها ثم ملكها. ويشترى له ما يسمى عبداً ؛ لأن الاسم يتناوله فيخرج عن عهدة الوصية، وكقوله: عبد من مالي .

ونقل ابن منصور فيمن قال: أعطوه مائة من أحد كيسي، فلم يوجد فيهما شيء: يعطى مائة ؛ لأنه قصد إعطاءه.

وإن ملكه قبل موته فوجهان.

قال: (وإن وصى له بقوس وله أقواس أعطى قوس النشاب . إلا أن تصرفه قرينة إلى غيره).

ش: أما كون الموصى له بقوس له قوس النشاب فيما ذكر ولم تقتزن به قرينة تصرف إلى غيره . وهذا ظاهر المذهب ؛ فلأنه أظهرها.

ويسمى: الفارس ، وقوس النبل ، ويسمى العربي .

إلا أن تقتزن به قرينة، كما لو كان الموصى له ندافاً أو بندقانياً أو غازياً فإنه يصرف إلى غيره ؛ لأن القرينة كالصريح .

وهذا إذا أطلق، فإن وصفها بصفة أو كان له قوس واحد تعينت .

وعند أبي الخطاب: له واحد منها كالوصية بعبد من عبيده؛ لأن اللفظ يتناول

جميعها .

وقيل: له غير قوس ندف ، وقيل: ما يرمى به عادة .

وظاهره: أنه لا يستحق وترها ، لأنه منفصل عنها ، وقيل: بلى . جزم به في

الترغيب ؛ لأنه لا ينتفع بها إلا به، فكان كجزء من أجزائها .

قال: (وإذا أوصى بثلثه فاستحدثت مالاً ولو ديته دخل ثلثه في الوصية).

ش: أما كونه يدخل ثلث ما استحدثه في الوصية ؛ فلأن وصيته بثلث ما يملك عند موته ، والحادث مملوك له عند موته. وهذا قول أكثر العلماء ولا فرق عندهم بين التلاد والمستفاد .

ولأن الحادث من ماله يرثه ورثته، وتقضى منه ديونه، أشبه ما لو ملكه قبل الوصية . وعنه: يعم المتجدد مع علمه به، أو قوله: بثلي يوم أموت .

وإن قُتل عمداً أو خطأ وأخذت ديته دخلت في الثلث وهذا إحدى الروايتين وهي المذهب . قدمها في الفروع بدخل ديته مطلقاً ؛ لأنها تجب للميت بدل نفسه، ونفسه له فكذا بدلها.

قال الإمام أحمد: « قضى النبي ﷺ أن الدية ميراث »^(١) .

فتقضى منها ديونه وتجهيزه ؛ لأنه إنما يجوز ورثته من أملاكه ما استغني عنه. بدليل أنه يجوز أن يتجدد له ملك بعد موته؛ كصيد وقع في أحبولة نصبها . خلافاً للانتصار وغيره .

وإن تلف بها شيء فيتوجه في ضمان الميت الخلاف . قاله في الفروع . وروي عن علي مثل ذلك في دية الخطأ .

والثانية: لا تدخل في وصيته . نقلها ابن منصور ؛ لأن الدية تجب للورثة بعد موت الموصي ؛ لأن سببها الموت، فلا يجوز وجوبها قبله ؛ لأن الحكم لا يتقدم سببه، إذ بالموت تزول أملاكه .

(١) أخرجه البيهقي في أبواب كفارة القتل، باب ميراث الدية ١٣٤/٨.

فصل في الوصية بالمنفعة

قال: (وإن وصى لزيد بمنفعة أمته أبداً، أو مدة معينة، ولعمره بوقتها، أو بقيت تركته: صح).

ش: أما كون الوصية تصح بالمنفعة المفردة ؛ لأن المنفعة تُملك بعقد المعاوضة . فوجب أن تصح الوصية بها ؛ كالأعيان . وهذا قول أكثر العلماء .
ولأنها هبة المنفعة بعد الموت، فصحت في الحياة، كالعارية .
وسواء وصى بها أبداً أو مدة معينة . لكن يعتبر خروج ذلك من ثلث المال . نص عليه في سكنى الدار . وهو قول من قال بصحة الوصية بها .
وإن لم تخرج من الثلث أجزئ منها بقدر الثلث .
وقال القاضي: إذا أوصى بخدمة عبده سنة، فلم تخرج من الثلث: خير الورثة بين تسليم^(١) خدمته سنة وبين ثلث المال .
وقال الحنفية: يخدم الموصى له يوماً والورثة يومين، حتى يستكمل الموصى له سنة فإن أراد الورثة بيع .
ولنا أنها وصية صحيحة، فوجب تنفيذها على صفتها .
فإن أريد تقويمها وكانت الوصية مقيدة بمدة: قُوم الموصى بمنفعته مسلوب المنفعة تلك المدة، ثم تقوم المنفعة تلك المدة فينظر كم قيمتها .
فروع: للموصى له بنفع الدار أو العبد إيجارها تلك المدة، وله إخراج العبد عن البلد؛ لأنه مالك لنفعه، فملك إيجاره وإيجارته، كالمستأجر .
وأما كون الوصية بمنافع أمته أبداً أو مدة معينة تصح ؛ فلأن الوصية بذلك وصية بمنفعة، وهي صحيحة بها .

قال: (ولعمره بيعها، وعقها محناً، وولاية تزويجها، وأخذ مهرها حيث وجب، ونفقتها

(١) في الأصل: تسليم . وانظر المبدع ٥٧/٦ .

عليه. ولزيد نفعها باقياً، لا يبطل بيعها ولا عتقها ولا هبتها).

أما كون عمرو له بيع الأمة الموصى بنفعها أبداً وعتقها على المذهب ؛ فلأن البيع والعتق يقعان على الرقبة، وهي مملوكة له ومنافعها لزيد ولا يرجع على المعتق بشيء .
وظاهره: أنه إذا أعتقها زيد صاحب المنفعة لم تعتق ؛ لأن العتق للرقبة وهو لا يملكها .

فإن وهب صاحب المنفعة منافعه للعبد أو أسقطها عنه صح ، وعمرو الانتفاع به ؛ لأن ما يوهب للعبد يكون لسيده .

ولعمرو بيعها ؛ لأنها أمة مملوكة تصح الوصية بها، فصح بيعها، كغيرها.

وتباع مسلوقة المنفعة . ويقوم المشتري مقام البائع فيما له وعليه.

وقيل: لا تبع ؛ لأن ما لا نفع فيه لا يصح بيعه، كالحشرات .

ورُد: بأنه يمكنه إعتاقها، ويحصل ولائها، وثواب عتقها . بخلاف الحشرات .

وقيل: لا يصح بيعها إلا للمالك نفعها ؛ لأنه يجتمع له الرقبة والمنفعة، فينتفع بذلك،

بخلاف غيره . بدليل جواز بيع الثمرة قبل بُدُو صلاحها لمالك الشجر ، وبيع الزرع لمالك الأرض دون غيرهما .

وفي كتابتها الخلاف .

ولعمرو تزويجها أي بإذن صاحب المنفعة .

وليس لواحد منهما الانفراد بتزويجها ؛ لأن مالك المنفعة لا يملك رقبتها، وصاحب

المنفعة يتضرر به . فإن اتفقا على ذلك جاز .

وإن طلبت التزويج وجب ؛ لأنه لحقها وهو مقدم عليهما ووليها مالك الرقبة ،

وقيل: هما .

ولعمرو أخذ مهرها حيث وجب . وهذا اختيار المصنف والموفق وقدمه في الرعايتين

والحاوي الصغير؛ لأن منافع البضع لا يصح الوصية بها مفردة ولا مع غيرها، وإنما هي

تابعة للرقبة، فيكون لصاحبها . قال الموفق: وقال أصحابنا: مهرها للموصى له^(١) وهو

(١) زيادة على الأصل.

زيد في كلام المصنف ؛ لأنه من منافعها .

قال: (ولا يطؤها أحد منهم . وولدها بلا شبهة كهي . وشبهه حر . ولعمرو قيمته على أبيه، وقيمتها إن قتلت . والورثة كعمرو).

ش: أما كونه ليس لواحد منهم من مالك الرقبة والمنفعة وطؤها؛ فلأن مالك المنفعة ليس بزواج ولا مالك للرقبة ، والوطء لا يباح بغيرهما . ومالك الرقبة لا يملكها ملكاً تاماً ، ولا يأمن أن تحمل منه ، وربما أفضى إلى هلاكها .
لكن أيهما وطئها فلا حد عليه ؛ لأنه وطء بشبهة، لوجود الملك لكل منهما فهو حر .

فإن كان الواطئ صاحب المنفعة لم تصر أم ولد له ؛ لأنه لا يملكها وعليه قيمة ولدها عند الوضع كما يأتي .

وإن كان مالك الرقبة صارت أم ولد له ؛ لأنها علقت منه بحر في ملكه .
وفي وجوب قيمته عليه وجهان . ولا مهر عليه ، وهو اختيار الموفق . وله المهر على صاحب المنفعة إن كان هو الواطئ .

قال في الشرح: وعند أصحابنا ينعكس الحال .
وقيل: يجب الحد على صاحب المنفعة إذا وطئ كالمستأجر، وعلى هذا يكون ولده مملوكاً .

وإن ولدت من زوج أو زناً فحكمه حكمها ؛ لأن الولد يتبع الأم في حكمها، كولد المكاتبه والمديرة .

وقيل: هو لمالك الرقبة ؛ لأن^(١) ذلك ليس من النفع الموصى به، ولا هو من الرقبة الموصى بنفعها .

وأما كون عمرو له قيمة الولد على أبيه ؛ فلأنه امتنع رقه . فوجب جبر ما فات من رقه عند الوضع ؛ لأنه حينئذ وجد .

ولأنه قبل الوضع لا تعلم قيمته . فوجب اعتبار أول حالة يعلم بها على الواطئ ؛

(١) في الأصل: لأنه.

لأنه مفوت رقه.

وأما كون عمرو له قيمة المقتولة؛ فلأن الإتلاف صادف الرقبة، وهو مالکها، وفوات المنفعة حصل ضمناً.

وتبطل وصيته كالإجارة وهذا أحد الوجهين ، وفي الآخر: يشتري بها ما يقوم مقامها ؛ لأن كل حق تعلق بالعين تعلق بيدها إذا لم يبطل سبب استحقاقها .
وتفارق الزوجة والعين المستأجرة ؛ لأن سبب الاستحقاق يبطل بتلفها .
ويحتمل أن ذلك لمالك النفع.

ولمالك المنفعة استخدامها حضراً وسفراً وإجارتها ؛ لأن الوصية له بنفعها وهذا منه .
فإن قتلها عمرو فعليه قيمة المنفعة . قاله في الانتصار.

وفي التبصرة: إن قتلت رقبة بثمانها مقامها ، وقيل: لمالك نفعها قال: وهو أولى .
وأما كون نفقة الموصى به على عمرو مالك الرقبة ؛ فلأنه مالکها، فوجبت عليه نفقتها، كنفقة العبد المستأجر ، وهذا أحد الأوجه . ذكره الشريف أبو جعفر مذهباً لأحمد . وقاله أبو ثور .
وكما لو لم يكن له منفعة .

ولأن الفطرة تتبع النفقة، ووجوب التابع يدل على وجوب المتبوع عليه .
والثاني: أنه في كسبها ؛ لأنه يتعذر إيجابها على مالك الرقبة لكونها لا نفع له، وعلى مالك المنفعة لكونه لا رقبة له، فلم يبق إلا إيجابها في كسبها .
قال في الشرح: وهذا راجع إلى إيجابها على صاحب المنفعة ؛ لأن كسبها من منافعها. فعليه إن لم يكن لها كسب فقيل: يجب في بيت المال .
والثالث: على صاحب المنفعة ، صححه في المغني ؛ لأنه ملك نفعها فكانت النفقة عليه، كالزوج .

وهذا ليس خاصاً بالأمة، بل حكم سائر الحيوانات الموصى بنفعها كذلك قياساً عليها.

ونفعها بعد الوصي لورثته. قطع به في الانتصار، وأنه يحتمل مثله في هبة نفع داره وسكنائها شهراً وتسليمها .

وقيل: لورثة الموصي.

قوله: «والورثة كعمرو» يعني: فيما ذكر ؛ لأن كل واحد منهما مالهما.
تنبيه: أوصى بثمر شجره لزيد، وبرقيتها لعمرو: لم يملك أحدهما إجبار الآخر على سقيها ولا منعه منه إذا لم يضر به .

وإن يبست الشجرة أو بعضها فهو لعمرو .

وإن وصى بثمرتها أو حمل أمته أو شاته فلم تحمل تلك المدة فلا شيء لزيد .

وإن قال: لك ثمرتها أو حمل الحيوان أول عام يثمر أو يحمل صح .

وإن وصى لزيد بلبن شاته وصوفها أو بأحدهما: صح . ويُقَوِّم الموصي به دون العين .

وإن وصى لرجل بحب زرعه، ولآخر بنبته: صح . والنفقة بينهما .

وينبغي أن يكون على قدر قيمة حق كل واحد منهما.

فإن امتنع أحدهما من الإنفاق ففي إجباره وجهان . مبنيان على الحائط المشترك إذا انهدم .

وإن وصى لرجل بخاتم، ولآخر بفصه: صح . وليس لأحد الانتفاع به إلا بإذن الآخر . وأيهما طلب قلع الفص منه أجيب إليه، ويجبر الآخر على ذلك. فإن اتفقا على بيعه أو لبسه جاز .

فصل في الوصية بمال الكتابة

قال: (وتصح الوصية بمال الكتابة، وبالمكاتب، فيكون كمشترقه . وتصح به لزيد وبذاته لعمرو . ويعتق بالأداء . ويملكه زيد بالعجر فبطل وصية عمرو).

ش: أما كون الوصية بمال الكتابة تصح ؛ فلأنها تصح بما ليس مستقر؛ كما لو أوصى بما لا يملكه في الحال؛ كحمل الجارية . وحينئذ للموصى له استيفاء المال عند حلوله، والإبراء منه . ويعتق بأحدهما . والولاء لسيده ؛ لأنه المنعم عليه .
وفي الخلاف: لا تصح الوصية بمال الكتابة والعقل ؛ لأنه غير مستقر.

وعلى الأول إذا عجز، فأراد الوارث تعجيزه، وأراد الموصى له^(١) إنظاره أو بالعكس قدم قول الوارث، ومتى عجز فهو عبد للوارث.

وإن وصى بما يجعله المكاتب: صح. فإن عجل شيئاً فهو للموصى له^(٢). وإن لم يعجل شيئاً حتى حلت نجومه بطلت.

وأما كونها بالمكاتب تصح؛ فلأن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم.

وأما كون الموصى له يكون كما لو اشتراه؛ فلأن الوصية تمليك. أشبهت الشراء.

فإن أدى عتق والولاء له كالمشتري، وإن عجز عاد رقيقاً له.

فإن عجز في حياة الموصي لم تبطل الوصية؛ لأن رقه لا ينافيها. وإن أدى إليه بطلت.

فإن قال: إن عجز ورق فهو لك بعد موتي، فعجز في حياة الموصي: صحت. وإن عجز بعد موته بطلت.

وإن قال: إن عجز بعد موتي فهو لك؛ ففيه وجهان مبنيان على ما إذا قال: إن دخلت الدار بعد موتي فأنت حر.

وأما كون الوصية برقة المكاتب لزيد وبديته لعمرو تصح؛ فلأن كل واحد من الرقة والمال مملوك للموصي: فصح كغيره.

ولا أثر لكونه غير مستقر؛ لأنها تصح بالمعدوم.

فإن أدى أو أبرئ منه عتق؛ لأن هذا شأن المكاتب.

وتبطل وصية صاحب الرقة. قاله علماؤنا.

وقيل: لا تبطل ويكون الولاء له؛ لأنه أقامه مقام نفسه.

وإن عجز فهو قن لزيد حيث فسحها؛ لأنه موصى له برقبته. وإنما عتق بالأداء؛

لأن العتق مقدم على حق الموصي، فأولى أن يقدم على الموصى له. وبطلت وصية المال فيما بقي؛ لأن الباقي لم يصادف محلاً.

فإن كان صاحب المال قبض من مال الكتابة شيئاً فهو له.

(١) زيادة على الأصل.

(٢) مثل السابق.

فإن اختلفا في فسخ الكتابة بعد العجز: قُدِّم قول صاحب الرقبة، كالوارث.
فإن كانت الكتابة فاسدة فأوصى بما في ذمته: لم تصح؛ لأنه لا شيء في ذمته.
وتصح بما إذا [قال: بما] ^(١) أقبضه من مال الكتابة. ويصح فيها برقبة الكاتب
كالصحيحة .

فرع: أوصى بعق مكاتبه أو الإبراء من دينه: اعتبر من الثلث أقل الأمرين من قيمته
مكاتباً أو مال الكتابة؛ لأن العتق إبراء . وبالعكس فاعتبر أقلهما. فإن احتمله الثلث عتق
وبرئ، وإن احتمل بعضه كنصفه عتق منه نصفه وبقي نصفه مكاتباً .
ويعتق ثلثه في الحال إن لم يكن له مال سواه . والباقي على الكتابة .
فإن قال: ضعوا نجماً فما شاء الورثة .

وإن قال: أكثر ما يكون عليه وضع فوق نصفه؛ كضعوا عنه أكبر نجومه.
و[أكبرها] ^(٢) أكثرها مالاً .

وأوسطها الثاني إن كانت ثلاثة والثالث إن كانت خمسة . وإن قال: ما شاء
فالكل ، وقيل: لا كما شاء من مالها .

مسألة: فإن قال: اشتروا بثلي رقاباً وأعتقوهم: لم يصرف في المكاتبين. فإن اتسع
الثلث لثلاثة: لم يجوز أن يشتري أقل منها . فإن قدر أن يشتري أكثر من ثلاثة فهو
أفضل . وإن أمكن شراء ثلاثة رخيصة وحصّة من أربع: فالثلاثة الغالية أولى .
ويقدم من به ترجيح من عفة ودين وصلاح . ولا يجوز إلا رقبة مسلمة سالمة من
العيوب؛ كالكفارة .

وإن وصى بكفارة إيمان فأقله ثلثه . نقله حنبل.

فصل [تلف الموصى به]

قال: (ومن أوصى له بمعين فتلف بطلت . وإن تلف المال غيره فهو للموصى له إن

(١) زيادة من المبدع ٦/٦٣.

(٢) زيادة من المبدع ٦/٦٣.

خرج من ثلث المال الحاصل للورثة.

ش: أما كون الوصية بمعين تبطل إذا تلف ؛ فلأنها عند الاستحقاق لم تصادف محلاً .
وظاهره: سواء تلف قبل موت الموصي أو بعده قبل القبول . حكاه ابن المنذر إجماع
من يحفظ عنه من أهل العلم ؛ لأن الموصى له إنما يستحق المعين، فإذا ذهب زال حقه؛
كما لو تلف في يده. والتركة في يد الورثة غير مضمونة عليهم؛ لأنها حصلت في أيديهم
بغير فعلهم ولا تفريط منهم . فلم يضمنوا شيئاً.

وإن تلف المال غيره فهو للموصى له ؛ لأن حقوق الورثة لم تتعلق به لتعيينه
للموصى له . بدليل أنه ملك أخذه بغير رضاهم، فتعين حقه فيه دون سائر ماله.
قال الإمام أحمد: فيمن خلف مائتي دينار وعبدًا قيمته مائة، ووصى لرجل بالعبد
فسرقت الدنانير بعد الموت: فالعبد للموصى له .

وفي الرعاية: إن تلفت التركة قبل القبول غير الموصى به معيناً: فللموصى له ثلثه إن
ملكه عند القبول وإلا كله .

وقال ابن حمدان : إن كان عند الموت قدر الثلث أو أقل، وإلا ملك منه بقدر
الثلث.

وأما كون الموصى به للموصى له إذا تلف المال غير الموصى به بعد موت الموصي ؛
فلأن العبرة بالموت . فينظر كم كان الموصى به وقت الموت . فإن كان ثلث التركة أو
دونه: استحقه الموصى له . وإن زادت قيمته حتى صار مثل المال أو أكثر، أو هلك المال
سواه: اختص به ولا شيء للورثة، وإن كان حين الموت زائداً على الثلث وإن كان
نصف المال فله ثلثاه، وإن كان ثلثه فله نصفه، وإن كان نصف المال وثلثه فله خمساه.

ولا عبرة بالزيادة إذ النقصان بعد ذلك. فلو وصى بعقد قيمته مائة وله مائتان،
فزادت قيمته بعد الموت فصار مائتين: فهو للموصى له وإن كانت قيمته حين الموت
مائتين فللموصى له ثلثاه ؛ لأنهما ثلث المال .

وإن نقصت قيمته بعد الموت فصارت مائة: لم يزد حق الموصى له إلا بالإجازة.
وإن كانت قيمته أربع فللموصى له النصف لا يزداد حقه عن ذلك، سواء نقص العبد
أو زاد .

قال: (ويُقوم وقت الموت . وإن لم يكن له سواه إلا مال غائب أو دين: مُلِّك ثلث المعين ومنه بمقدار ثلث ما يحصل إلى كماله كالمدين).

ش: أما كون الموصى به يقوم وقت الموت لا وقت الأخذ إذا لم يأخذه الموصى له زماناً ؛ فلأن وقف الموت وقف لزوم الوصية . فوجب اعتبار القيمة فيه؛ لأن اعتبار اللزوم أولى من اعتبار غيره . وتقدم ذلك.

وأما كون الموصى له فيما ذكر له ثلث المعين ؛ فلأنه لا مانع من ذلك. وليس له أخذ المعين قبل قدوم الغائب وقبض الدين ؛ لأنه ربما تلف، فلا تنفذ الوصية في المعين كله . وكما لو لم يخلف غير المعين .

وقيل: لا يدفع إليه شيء ؛ لأن الورثة شركاؤه في التركة فلا يحصل له شيء ما لم تحصل للورثة ثلثاه.

وكلما حضر من الغائب أو اقتضى من الدين شيء ملك من الموصى به قدر ثلثه حتى يحصل إلى كماله ؛ لأنه موصى له به، فخرج ثلثه . وإنما منع قبل ذلك لأجل حق الورثة وقد زال .

فلو خلف ابناً وتسعة عيناً أوصى بها لشخص، وعشرين ديناراً ديناً: فللموصي^(١) ثلثها ثلاثة . فإذا اقتضى ثلاثة فله من التسعة واحداً، حتى يقتضي ثمانية عشر فتكمل له التسعة .

وإن تعذر استيفاء الدين فللابن الستة الباقية .

ولو كان الدين تسعة: فالابن يأخذ ثلث العين، وللموصي ثلثها، ويبقى ثلثها موقوفاً كلما استوفى من الدين شيء فللموصي^(٢) من العين قدر ثلثه . فإذا استوفى الدين كمل للموصي ستة وهي ثلث الجميع .

وإن كانت الوصية نصف العين أخذ الوصي ثلثها، والابن نصفها، ويبقى سدسها موقوفاً . فمتى اقتضى من الدين ثلثيه كملت وصيته.

وكذلك الحكم في المدبر . ذكره علماؤنا . أي يعتق في الحال ثلثه، وكلما اقتضى

(١) في الأصل: فللموصي. وانظر المبدع ٦/٦٥.

(٢) في الأصل: فللموصي. وانظر كشف القناع ٤/٣٧٨.

من الدين شيء أو حضر من الغائب عتق منه بقدر ثلثه، حتى يعتق جميعه إن خرج من الثلث.

فرع: إذا كان الدين مساوياً للعين وأوصى لشخص بثلث ماله: فلا شيء له قبل استيفائه . فكلما اقتضى منه شيء فله ثلثه وللابن ثلثاه .
وقال أهل العراق: هو أحق بما خرج من الدين حتى يستوفي وصيته .

قال: (وإن وصى لزيد بثلث عهد أو صيرة، فاستحق ثلثاه: فلزيد ما بقي إن خرج من الثلث، وإن كانت بثلث ثلاثة أعبد فبقي واحد: فله ثلثه).

ش: أما كون الموصى له بعدد أو صيرة له الثلث الباقي وإن استحق ثلثاهما ؛ فلأن الوصية بثلث مشاع . فمتى صادفت ملكاً وجب أن تصح، وذلك حاصل هاهنا؛ لكون ثلث العبد والصيرة ملكه، إن خرج من الثلث.

وأما كونه له ثلث الباقي فيما إذا وصى له بثلث ثلاثة أعبد فبقي واحد فله ثلثه ؛ فلأن الوصية مشاعة في كل واحد . فإذا تبين أن عبيدين مستحقان للغير أو ماتا تبين بطلان الوصية بثلثهما؛ لأن من شرط صحة الوصية: أن يكون الموصى به مملوكاً للموصي ، ولم يوجد ذلك في العبيدين المستحقين أو الميتين ووجد في العبد الباقي . فوجب أن تصح فيه . عملاً بمقتضيه السالم عن معارضه.

فصل [مسائل من الوصايا]

قال: (ومن ملكه مائتان وعبد قيمته مائة فوصى بالعبد لزيد وبثلث ماله لعمرو: فمع الإجازة لعمرو ثلث المائتين وربيع العبد، ولزيد ثلاثة أرباعه . ومع الرد لعمرو سدسه وسدس المائتين، ولزيد نصفه . وبالنصف مع الإجازة لعمرو مائة وثلث العبد، ولزيد ثلثاه . ومع الرد لكل نصف إجازته).

ش: أما إذا أوصى لشخص بمعين من ماله، ولآخر بجزء مشاع منه كثلثه، فأجيز لهما: انفرد صاحب المشاع بوصيته من غير المعين، ثم شارك صاحب المعين فيه، فيقسم بينهما على قدر حقهما فيه، ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر وصيته كمسائل

العول . وقد نبه عليه بقوله: «فمع الإجازة لعمرو ثلث المائتين» وهو ستة وستون وثلثان، و«ربع العبد» أي اشتركان فيه لهذا ثلثه وللآخر جميعه . فابسطه من جنس الكسر وهو الثلث يصير العبد ثلاثة، واضمم إليها الثلث الذي للآخر يصير أربعة، ثم اقسام على أربعة أسهم فيصير الثلث ربعاً بمسائل العول، فيخرج لصاحب الثلث ما ذكره، ولزيد ثلاثة أرباع العبد.

ومع الرد وهو المذهب لعمرو سدسه وسلس المائتين، ولزيد نصفه ، وقاله الخرقى . وطريقه: أن نرد وصيتهما إلى ثلث المال وهو نصف وصيتهما فيرجع كل واحد إلى نصف وصيته فيرجع صاحب الثلث إلى سلس الجميع ويرجع صاحب العبد إلى نصفه . وعند الموفق وهو قول ابن أبي ليلي وحكاها الجحد تخريجاً: أنه يقسم الثلث بينهما على حسب ما لهما في حال الإجازة لسائر الوصايا: لصاحب الثلث خمس المائتين وعشر العبد ونصف عشره، ولصاحب العبد ربعة وخمسه . وطريقه: أن تضرب مخرج الثلث في مخرج الربع يكون اثني عشر ثم في ثلاثة تكن ستة وثلاثين: لصاحب الثلث ثلث المائتين وهو مائة وربع العبد وهو ثلاثة أسهم صار له أحد عشر، ولصاحب العبد ثلاثة أرباعه وذلك تسعة فتضمها إلى سهام صاحب الثلث تصير عشرين سهماً. ففي حال الرد تجعل الثلث عشرين سهماً فيصير المال ستين . فلصاحب العبد تسعة من العبد وهو ربعة وخمسه، ولصاحب الثلث مائة من المائتين وهو خمسها وثلاثة من العبد وذلك عشره ونصف عشره وأوضح منه أن تقول: حصل لهما في الإجازة مائة وست وستون وثلثان، ونسبة الثلث إلى ذلك ثلاثة أخماس، فيرجع كل منهما إلى ثلاثة أخماسه، فيحصل للموصى له بالثلث أربعون وهو خمس المائتين ومن العبد خمسة عشر وهو عشره ونصف عشره، وللموصى له بالعبد خمسة وأربعون وهي ربعة وخمسه .

تنبيه: إذا كانت الوصية في حال الرد لا تجاوز الثلث فهي كحالة الإجازة. فكرجل خلف خمس مائة وعبدًا قيمته مائة، ووصى سلس ماله لشخص، وللآخر بالعبد . فلا أثر للرد هنا، ويأخذ صاحب المشاع سلس المال وسبع العبد، وللآخر ستة أسباعه .

وإن جاوزت الثلث فكما ذكره الموفق، رددت وصيتهما إلى الثلث وقسمته بينهما على قدر وصيتهما، إلا أن صاحب المعين يأخذ نصيبه من المعين، والآخر يأخذ حقه من

جميع المال. هذا قول الخرقى وعامة الأصحاب فعليه يأخذ سدس جميع المال ؛ لأنه وصى له بثلاث الجميع .

وعلى قول الموفق وصية صاحب العبد دون وصية صاحب الثلث ؛ لأنه وصى له بشيء شرك معه غيره وصاحب الثلث أفرد به بشيء لم يشاركه فيه غيره، فوجب أن يقسم الثلث بينهما حالة الرد على حسب ماله في حالة الإجازة كسائر الوصايا . وإن كانت الوصية بالنصف مكان الثلث فأجيزت: فلعمرؤ مائة ؛ لأنه لا مزاحم له فيها، وثلاث العبد ؛ لأنه موصى له بنصفه ولزيد بكله وذلك نصفان ونصف فيرجع إلى الثلث، ولزيد ثلثاه لرجوع كل نصف إلى ثلث .

وإن ردت الوصية: فلصاحب النصف ربع المائتين وسدس العبد، ولصاحب العبد ثلثه ؛ لأن من له شيء فيرد إلى نصفه .

وقال أبو الخطاب، وهو المذهب: لصاحب النصف خمس المائتين وخمس العبد، ولصاحب العبد خمساه ؛ لأن الوصية هنا بمائتين وخمسين بالعبد وقيمته مائة ونصف المال وهو مائة وخمسون، ونسبة الثلث إلى ذلك بالخمسين، وهو قياس قول الخرقى ؛ لأن العمل فيهما مقارب .

والطريق فيها: أن ينظر ما حصل لهما في حال الإجازة، فينسب إليه ثلث المال، ويعطى كل واحد مما كان له في الإجازة مثل نسبة الثلث إليه ؛ لأنه حصل لهما في الإجازة الثلثان ونسبة الثلث إليهما بالنصف، فلكل واحد منهما نصف ما حصل لهما في الإجازة، وقد كان لصاحب النصف من المائتين نصفها فله ربعها، وكان له من العبد ثلثه فصار له سدسه، وكان لصاحب العبد ثلثاه فصار له ثلثه .

وعلى قول الخرقى والأصحاب: تنسب الثلث إلى وصيتهما جميعاً، ويعطى كل واحد ما له في الإجازة مثل تلك النسبة ؛ لأن نسبة الثلث إلى وصيتهما بالخمسين ؛ لأن النصف والثلث مائتان وخمسون، فالثلث خمساهما: فلصاحب العبد خمساه ؛ لأنه وصيته، ولصاحب النصف الخمس ؛ لأنه خمساً وصيته .

قوله: «ومع الرد لكل نصف إجازته» هذا اختيار الموفق، وفي ذكر المصنف لهذا نظر، بل هو سهو؛ لأنه مخالف لما اختاره في الصورة الأولى ؛ لأن على هذا التخييع مع الرد

يكون لصاحب العبد ثلثه، ولصاحب النصف سدسه، فيكون لصاحب العبد هنا مع الرد خمسه، ولصاحب النصف خمس العبد وخمس المائتين . فاختيار الشيخ في صورة من صورتين في مسألة واحدة وجهاً ليس صواباً . والله أعلم . قاله شيخنا البعلبي .

فإن كانت المسألة بحالها، وملكه غير العبد ثلاثمائة ففي الإجازة: لصاحب النصف مائة وخمسون وثلث العبد، ولصاحب العبد ثلثاه . وفي الرد: لصاحب النصف تسعا المال كله، ولصاحب العبد أربعة أتساعه . وعلى قول الموفق: لصاحب العبد ثلثه وخمسين تسعه وللآخر تسعه وثلث خمسة ومن المال ثمانون وهو ربعها وسدس عشرها .

فإن وصى له بجميع ماله ولآخر بالعبد: ففي الإجازة لصاحب العبد نصفه والباقي كله للآخر . وفي الرد يقسم الثلث بينهما على خمسة: لصاحب العبد خمسة وهو ربع العبد ، وسدس عشره ، وللآخر أربعة أخماسه .

قال: (وإن وصى بثلثه لزبد، وبمائة لعمره، وبتمام ثلث آخر عليها بكر وثلاثمائة: بطل حق بكر والثلث بينهما . وإن زاد عن المائة فأجاز الورثة فكما أوصى . وإن ردوا فلكل نصف وصيته).

ش: أما كون وصية صاحب التمام تبطل إذا لم يزد الثلث عن المائة ؛ فلأنها لم تصادف محلاً . فبطل ؛ كما لو وصى له بمائة فمات ولا شيء له .
وأما كون الثلث يقسم بينهما ؛ فلأنه مستحق لهما لا غير .
وأما كون الوصية تنفذ على ما قال الموصي إذا زاد الثلث عن المائة وأجاز الورثة ؛ فلأن الحق للورثة . فإذا رضوا بإسقاطه سقط .

فإن قيل: ماذا يحصل لكل واحد ؟

قيل: إذا كان المال مثلاً ستمائة حصل للموصى له بالثلث مائتان، ولصاحب المائة مائة، وللموصى له بتمام الثلث^(١) مائة .

وأما كون كل واحد له نصف وصيته إذا ردّ الورثة ؛ فلأن الإجازة وقعت بالثلثين ، ونسبة الثلث إلى الثلثين بالنصف ، فمن له شيء يرجع إلى نصفه . وهذا اختيار الموفق .

(١) زيادة من المتع ٢٥٥/٤ .

وقال القاضي: ليس لصاحب التمام شيء حتى يكمل المائة لصاحبها، ثم يكون له ما فضل عنهما ؛ لأنه إنما يستحق بعد تمام المائة لصاحبها، ولم يفضل هنا شيء. فعلى قوله: لصاحب الثلث نصفه، ولصاحب المائة مائة، ولصاحب التمام نصف ما فوق المائتين . قال في المحرر: وهو الصحيح .

وإن كان المال تسعمائة ورد الورثة فعلى الأول: لصاحب الثلث مائة وخمسون ولصاحب المائة خمسون ولصاحب التمام مائة؛ لأن الوصية كانت بالثلثين، فرجعت إلى الثلث، فرددنا كل واحد منهم إلى نصف وصيته.

وعلى الثاني: لصاحب المائة مائة لا ينقص منها شيء، ولصاحب التمام خمسون، ويجوز أن يزاحم به . هذا من تمام قول القاضي وهو أن يعاد به ولا يعطيه شيئاً كولد الأب مع ولد الأبوين في مزاحمة الجد. يزاحم الجد بالأخ من الأب ولا يعطيه شيئاً . واختار المجد أنها تبطل وصية صاحب التمام هنا، ويقسم الآخرون الثلث كأن لا وصية لغيرهما كما إذا لم تجاوز الثلاثمائة.

مسائل: منها: ترك ستمائة ووصى لرجل بمائة ولآخر بتمام الثلث استحق كل منهما مائة . وإن رد الأول وصيته فلآخر مائة . وإن وصى للأول بمائتين وللآخر ببقية الثلث: فلا شيء للثاني ، سواء ردت وصية الأول أو أجازها .

وقال أهل العراق: إن رد الأول فللثاني مائتين في المسألتين وهو احتمال لنا. ومنها: أوصى لشخص بعبد، ولآخر بتمام الثلث، فمات العبد قبل الموصي: قومت التركة بدونه، ثم ألقيت قيمته من ثلثها ثم البقية لوصية التمام. وإن رد صاحبه وصيته بعد موت الموصي، أو مات قبله، أو مات العبد بعد موته: بقيت وصية الآخر . ومنها: أوصى لشخص بثلث ماله ويعطى زيداً منه كل شهر مائة حتى يموت: صح . فإن مات وبقي شيء فهو للأول . نص عليه.

ومنها: أوصى لوارث وغيره بثلثي ماله: اشتركا مع الإجازة، ومع الرد للآخر الثلث ، وقيل: نصفه؛ كوصيته لهما بثلثه والرد على الوارث. وإن ردوا ما جاوز الثلث لا وصية عيناً فالثلث بينهما ، وقيل: للآخر ، وقيل: له السدس. وإن أجاز لوارث فله الثلث وكذا الأجنبي ، وقيل: السدس.

باب الوصية بالأنصبا والأجزاء

الأنصبا: جمع نصيب ؛ كصديق ، والأجزاء جمع جزء.

قال: (ومن وصى لزيد بنصيب أو بمثل نصيب ولده، وله ابن أو بنت يرث عليها، فله في الإجازة النصف، ومع الرد الثلث . ومثل نصيب وارث معين مثله مضموماً إلى المسألة، فمع اثنين الثلث، ومع ثلاثة الربع، ومعهم بنت التسعة).

ش: أما كون الموصى له بمثل نصيب وارث معين له مثل نصيب ذلك الوارث ؛ فلأن الموصي جعل وارثه أصلاً ، وجعل الموصى له مثل نصيبه . فوجب أن يكون له مثل نصيبه من غير زيادة ولا نقصان، مضموماً إلى المسألة، أي يؤخذ مثل نصيب المعين ويزاد على ما تصح منه مسألة الورثة في قول أكثر العلماء.

وقال مالك وزفر: لا يعطى مثل نصيب المعين أو مثل نصيب أحدهم إن كانوا متساوون في أصل المسألة غير مزيد، ويقسم الباقي بين الورثة إلا أن يصيب الوارث قبل الوصية من أصل المال. فلو وصى بمثل نصيب ابنه وله ابن فالوصية بجميع المال . وإن كانوا اثنان فالوصية بالنصف . ثم قال مالك: إن كانوا يتفاضلون نُظر إلى عدد رؤوسهم فأعطي سهماً من عددهم ؛ لأنه لا يمكن اعتبار أنصبتهم لتفاضلهم .

وأجيب بأنه جعل وارثه أصلاً وقاعدة، حمل عليه نصيب الموصى له وجعل مثلاً له، وهذا يقتضي مساواتهما . فلو أعطي من أصل المال لم يعط مثل نصيبه ولا حصلت التسوية .

وأما كون الوصية بنصيب ابنه تصح ؛ فلأنه أمكن تصحيح كلام الموصي بحمله^(١) على الجاز، فوجب أن يصح كما لو^(٢) طلق بلفظ الكناية أو أعتق وهذا أحد الوجهين وهو المذهب . وقاله أهل المدينة والبصرة .

ولأنه لو أوصى بجميع ماله صح، مع تضمنه الوصية بنصيب ورثته كلهم .

(١) في الأصل: يحمل. وانظر الفروع ٦٩٨/٤.

(٢) زيادة على الأصل.

والثاني: لا تصح . ذكره القاضي ؛ لأنه أوصى بما هو حق للابن، كما لو قال: بدار ابني أو ما يأخذه مني وارثه . وإنما يصح في التولية نحو: بعتك بما اشتريته للعرف . قال في الفروع: فيتوجه الخلاف في بعتك بما باع به فلان عبده ويعلمانه ، فقالوا: يصح . وظاهره يصح البيع ولو كان الثمن عوضاً .
وأما كون الموصى له بمثل نصيب ولده وله ابن أو بنت يرد عليها فله في الإجازة النصف ومع الرد الثلث ؛ فلأن ذلك مثل ما يحصل لابنه أو بنته .
وأما كون الموصى له له^(١) الثلث إذا كان للموصي ابنان ؛ فلأن ذلك مثل ما يحصل لابنه ؛ لأن الثلث إذا خرج بقي ثلثا المال لكل ابن ثلث .
وأما كونه له الربع إذا كان البنون ثلاثة ؛ فلما ذكر قبل .
وأما كونه له التسعان إذا كان مع البنين الثلاثة بنت ؛ فلأن البنت بواحد والبنين الثلاثة بستة ؛ لأن المسألة من سبعة: لكل ابن سهمان، وللأنثى سهم، ويزاد عليها مثل نصيب ابن فتصير تسعة فالاثنتان منها تسعان .
وعلم منه أنه لا بد وأن يكون الموصى له بمثل نصيبه وارثاً . فلو كان رقيقاً أو قاتلاً أو مخالفاً لدينه أو محجوباً لم يصح ، وفي الفصول: احتمال .

قال: (ومثل نصيب وارث لو كان: مع اثنين الربع، ومع ثلاثة الخمس، ومع أربعة السدس، ومع الإطلاق مثل أقل أنصباؤه فمع ابن وبنت ربع، ومع زوجة وابن تسع)

ش: أما كون الموصى له بما ذكر له مثل ما له لو كانت الوصية وهو موجود ؛ فلأنه قدر وجوده بقوله: لو كان .

وأما كونه له الربع مع اثنين ؛ فلأنهم مع الوجود أربعة .
وأما كونه له الخمس إذا كان الوارث ثلاثة ؛ [فلأنهم ثلاثة]^(٢) ، والوارث المقدر وجوده ، والموصى له، ومجموع ذلك خمسة .
وأما كونه له السدس إذا كان الوارث أربعة بنين ؛ فلأنهم أربعة ، والوارث المقدر

(١) زيادة على الأصل .
(٢) زيادة من المتع ٢٦١/٤ .

وجوده ، والموصى له . ومجموع ذلك ستة .
وأما كون الموصى له مع الإطلاق يعطى مثل أقل أنصاء الورثة نصيباً ؛ فلأنه المتيقن ،
فلا يعدل عنه إلى غيره مع الشك فيه . وهذا قول أكثر العلماء .
وأما كونه له مع ابن وبنت الربع ؛ فلأنه مثل نصيب البنت وهو الأقل .
وأما كونه له مع زوجة وابن التسع ؛ فلأن المسألة من ثمانية ، للزوجة ثمن ويزاد سهم
فصارت من تسعة له مثل نصيب الزوجة وهو الأقل .

قال: (روى وصى بضعف نصيب ولده فله مثله . وبضعف هو ومثله وثلاثة أضعافه أربعة أمثاله).

ش: أما كون الموصى له بضعف نصيب ولده، للموصى له مثل نصيبه مثله ؛ فلأن
ضعف الشيء مثله، قال تعالى: {إِذَا لَأَذْنُكَ ضَعْفَ الْحَيَاةِ وَضَعْفَ الْمَمَاتِ} [الإسراء: ٧٥]
، والمراد به: مثلاً الحياة ومثلاً الممات .
وقال الله تعالى: {وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ زَكَاةٍ تَرِيدُونَ وَجْهَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُضْعِفُونَ}
[الروم: ٣٩] .

ويروى عن عمر رضي الله عنه « أنه أضعف الزكاة على نصارى بني تغلب فكان
يأخذ من المائتين عشرة »^(١) .

وقال أبو عبيدة معمر بن المثنى: هو ومثله .
وأما كون الموصى له بضعفي نصيب ولد الموصى له هو ومثله ؛ فلأن أبا عبيدة
قال: ضعفاً^(٢) الشيء هو ومثله، وهذا قول علمائنا . قال الموفق: وقال أصحابنا: ضعفاه
ثلاثة أمثاله، وعنده مثله؛ فلأن الله تعالى قال: {فَأَتَتْ أَكْلَهَا ضِعْفَيْنِ} [البقرة: ٢٦٥] . قال
عكرمة: تحمل كل عام مرتين .

وقال: {يضاعف لها العذاب ضعفين} [الأحزاب: ٣٠] والمراد مرتان؛ لأن الله تعالى
قال^(٣): {نُؤْتِيهَا أَجْرَهَا مَرَّتَيْنِ} [الأحزاب: ٣١]، فيبعد أن يجعل على الفاحشة ثلاثاً؛ لأن

(١) أخرجه أبو عبيد في سنن الفقيه، باب أخذ الجزية من عرب أهل الكتاب (٧١) ص: ٣٢ .

(٢) في الأصل: ضعف . وانظر كشف القناع ٣٨٢/٤ .

(٣) زيادة يقتضيها السياق .

المعهود من كرمه تقليل الجزاء على السيئة لا تكثيره.

وأما كونه له بثلاثة أضعافه أربعة أمثاله ؛ فلأن الزيادة لا بد لها من أثر . وأقل الأعداد المرة.

فعلى هذا ثلاثة أضعاف نصيب ولده أربعة أمثاله وأربعة أضعافه خمسة أمثاله . وعلى هذا فقس.

فرع: إذا خلف بنتاً واحدة ووصى بمثل نصيبها: فهو كما لو وصى بنصيب ابن عندنا ؛ لأنها تستوعب المال بالفرض والرد. وعند من لا يرى الرد يقتضي أن يكون له الثلث ولها نصف الباقي والفاضل لبيت المال .

فإن خلف أختين ووصى بمثل نصيب إحداهما: فهي من ثلاثة . وعند من لا يرى الرد من أربعة مقسومة بينهم. فلو خلف ثلاثة بنين ووصى لثلاثة بمثل أنصبتهم فالمال بينهم على ستة مع الإجازة، وفي الرد على تسعة: للموصى له ثلاثة، والباقي لهم.

فصل [الوصية بجزء وخوة]

قال: وإن وصى له بجزء أو حظ أو شيء: أعطاه الوارث ما يتمول . وبسهم من ماله فهو سندس ولو عال . وإن استغرقت الفروض المسألة أعطيت به).

أما كون الوارث يعطي الموصى له بجزء أو حظ أو شيء ما يتمول ؛ فلأنه يقع عليه الاسم؛ كقوله: أعطوا فلاناً من مالي؛ لكونه لا حد له في اللغة ولا في الشرع، فكان على إطلاقه . فلو أوصى بثلاثة إلا حظاً أعطي ما يصح استثناءه.

وأما كون الموصى له بسهم له السدس ؛ فلأن ابن مسعود رضي الله عنه روى « أن رجلاً أوصى لرجلٍ بسهمٍ من المال فأعطاه النبي ﷺ السدس »^(١).

ولأن السهم في كلام العرب السدس. قال إياس بن معاوية: السهم في كلام العرب السدس . وإذا كان كذلك وجب صرفه إليه ؛ كما لو تلفظ به.

(١) ذكره الهيثمي في مجمع، في الوصايا، باب فيمن أوصى بسهم من ماله ٢١٣/٤، وعزاه للطبراني في الأوسط.

ولأنه قول علي وابن مسعود، ولا يخالف لهما في الصحابة.
ولأن السدس أقل مفروض يرثه ذو قرابة . فوجب أن تنصرف الوصية إليه لتيقنه.
وهذا إحدى الروايات . نقله ابن منصور واختاره القاضي وأصحابه وقدمه في الفروع.
وإن لم تكمل فروض المسألة؛ كبنت وبنت ابن، أو كانوا عصابة كالبنين والإخوة
أعطى سدساً كاملاً ؛ لأنه موصى به . وإن كملت فروضها أعيلت به وإن عالت أعيل
معها كمسائل العول ، وقيل: له سدسه كله . أطلقه في رواية حرب وأطلقه في الحرر
والروضة . ولعل مرادهم : ما ذكره المؤلف من التفصيل يعني الموفق . قاله شيخنا.

والثانية: له سهم مما تصح منه المسألة مضافاً إليها، وهي ظاهر كلامه في رواية الأثرم
وأبي الخطاب ؛ لأن سهماً ينصرف إلى سهام فريضته، أشبه ما لو قال: فريضتي أو كذا
سهماً لك منها سهم . قال القاضي وتبعه الموفق: ما لم يزد على السدس فإن زاد عليه فله
السدس ؛ لأنه متحقق.

والثالثة: له مثل أقل نصيب الورثة مضموماً إليها . اختارها الخلال وصاحبه؛ لأن
السهم يطلق ويراد به النصيب، والنصيب هنا هو نصيب الورثة . والأصل منها هو المتيقن
ما لم يزد على السدس . كذا قيده الموفق تبعاً للقاضي وجمع . فإن زاد عليه رد إليه ؛
لأنه أقل سهم يرثه ذو قرابة والمجد وجماعة أخرؤا هاتين الروايتين على إطلاقهما نظراً
لإطلاق الإمام.

مسائل توضح ما ذكر: رجل خلف أماً وبنتين وأوصى بسهم من ماله . فعلى الأولى
تكمل به السدس، إذ مسألتهم من ستة، ترجع بالرد إلى خمسة، فيزداد عليها السهم
الموصى به، فيصير من ستة وكذا على الآخرين .

ولو كانت أماً وأختاً فيضاف إليها السدس على الأولى والثانية، وعلى الثالثة: يضاف
إليها مثل نصيب الأم ؛ لأنه أقل نصيب وارث، فتصير من سبعة وعلى ما قيده الموفق تبعاً
للقاضي له السدس ؛ لأن النصيب زاد عليه.

ولو كانت أختان وأبوان فهي من ستة وتعول بالسهم الموصى به إلى ثمانية على
الروايات .

ولو كانت أختان لأبوين وأختان لأم فهي من ستة وتعول إلى سبعة وتعول بالسهم

الموصى به على الأولى إلى ثمانية على الروايات أيضاً .

ولو كان ثلاث أخوات لأبوين وأخوان وأختان لأم وأم فهي من ستة، وتعمل إلى سبعة، وبالسهم الموصى به على الأولى إلى ثمانية وتصح من ثمانية وأربعين، وعلى الثانية تصح من اثنين وأربعين يزداد إليها السهم فتصير من ثلاثة وأربعين، وعلى الثالثة تصح من اثنين وأربعين ويزاد عليها أقل أنصباء الورثة وهو سهمان فتصير من أربعة وأربعين .

ولو كان زوجاً وأختاً كان له التسع كما لو كان معها جدة على الروايات . وذكر في المغني والشرح الذي يقتضيه القياس فيما إذا أوصى بسهم من ماله إن صح أن السهم في لسان العرب أو صح الحديث السابق فهو كما لو أوصى بسدس ماله، وإلا فهو كما لو أوصى بجزء من ماله على ما اختاره الشافعي .

خلف زوجة وأماً وابناً وأوصى بسهم من ماله فذكر أبو الخطاب أنها تصح على الأولى من أربعة وعشرين وكذا على الثالثة وعلى الثانية من خمسة وعشرين .

قال في المستوعب: أما حكمه في هذه المسألة صحيح على الثالثة ، وفي حكمه على الروايتين الأولتين سهو منه ؛ لأنه أعطى الزوجة والأم فرضهما قبل الوصية وذلك بخلاف نص القرآن والإجماع وصححها على الأولى من مائة وأربعة وأربعين ، وعلى الأخرى من سبعة وعشرين .

فرع: خلف أبوين وابنين ووصى لشخص بسدس ماله ولآخر بسهم منه: جعلت ذلك السهم كأحد أبويه، وأعطيت صاحب السدس سدساً كاملاً، وقسمت الباقي بين الورثة والموصى له بالسهم السبع كاملاً، كما لو أوصى له به من غير وصية أخرى، فيكون له ستة ويقتى تسعة وعشرون على ستة لا تنقسم فتضربها في اثنين وأربعين تكن مائتين واثنين وخمسين .

قال: (وان وصى بجزء معلوم وأجيز: أخذته من مخرجه، وقسمت الباقي على مسألة الورثة، فإن لم تصح ضربت المسألة أو وفقها للبقية في المخرج فللموصى مضروب الموصى به في مسألة الورثة أو وفقها، ولكل وارث مضروب سهمه في فاضل المخرج بعد الوصية أو في وفقه).

ش: أما كون عامل المسألة يأخذ الجزء من مخرجه؛ فليكون ذلك صحيحاً.

فعلى هذا إذا كانت الوصية بثلاث فالمخرج ثلثه ، وإن كانت بالربع فالمخرج أربعة .
وأما كونه يقسم الباقي على مسألة الورثة ؛ فلأن ذلك حقهم .
فعلى هذا لو كانوا ابنين والوصية بالثلث كان لكل واحد سهم . ولو كانوا ثلاثة
والوصية بالربع كان لكل واحد سهم . ولو كانوا اثنين ضربت الأربعة في اثنين تكن
ثمانية لكل ابن ثلاثة والموصى له سهمان .

وضابط ما تقدم: إذا أوصى بجزء معلوم من التركة؛ كثلث أو ربع أو خمس أو نحو
ذلك وخلف ورثة فأردت أن تعلم العدد الذي يخرج منه نصيب الموصى له والورثة
صحاحاً، فخذ الموصى به من مخرجه، واقسم الباقي على مسألة الورثة، فإن انقسم فقد
صحت المسألة من مخرج الوصية؛ كمن أوصى بالخمس وخلف زوجة وأخاً فتخرج
الخمس خمسة تأخذ خمسها واحداً تبقى أربعة تنقسم على مسألة الورثة ؛ لأن فيها ربعاً
وما بقي فهي من أربعة فقد صحت من المخرج وهو خمسة . وإن لم تنقسم وافقت بين
الباقي ومسألة الورثة، فإن توافقتا ضربت وفق المسألة في المخرج، وإن تباينت ضربت
المسألة في المخرج، فما حصل من الضرب فمنه تصح، ثم تضرب الجزء الموصى به من
مخرجه فيما ضربته في المخرج وهو مسألة الورثة في المتباين ووفقها في المتوافق، فما خرج
فهو للموصى له، وتضرب نصيب كل واحد من الورثة في بقية المخرج في المتباين أو في
وفقه في المتوافق فما خرج فهو نصيبه .

مثاله: إذا خلف أمّاً وأخاً وأوصى بالخمس: فالمخرج خمسة ومسألة الورثة ثلاثة،
فإذا أخذت الخمس من مخرجه بقي أربعة، على ثلاثة وهما متباينان، فتضرب ثلاثة وهي
مسألة الورثة في خمسة وهي المخرج تبلغ خمسة عشر، ومنها تصح: فللموصى له من
المخرج واحد في ثلاثة ومسألة الورثة ثلاثة، وللأم سهم في بقية المخرج وهو أربعة أربعة،
وللأخ سهمان في أربعة ثمانية.

ولو كان الورثة أمّاً وأخوين وأختاً كانت مسألة الورثة من ستة، لا تنقسم عليه
الأربعة لكن توافق بالنصف، فتضرب وفق المسألة وهو ثلاثة في خمسة تبلغ خمسة عشر
ومنها تصح ، ثم للموصى له سهم في ثلاثة وهو المضروب في المخرج ثلاثة، وللأم من
الستة سهم في وفق الباقي من المخرج بعد الوصية وهو اثنان ولكل واحد من الأخوين

سهمان فهما أربعة وللأخت سهم فهما سهمان وهكذا أبداً.

قال: (وكذا إن وصى بأجزاء معلومة بغير الثلث وأجيزت، وإن ردت فاقسم الثلث عليها بالخصص كالعول، وإن لم تنقسم جمعت الوصايا من مخرجها، فإن انقسم مثلاًها على الورثة وإلا صحح .

فإذا أوصى بنصف وربع وله ابنان فأجازا فللكل ابن ثمن، وإن ردا جعلت الثلث ثلاثة، وإن أجازا لأحدهما ضربت مسألة الإجازة في مسألة الرد، للمجاز له سهمه من مسأله في الأخرى وكذا من رد عليه والباقي للابنين. وإن أجاز ابن فله سهمه من الإجازة في مسألة الرد، ولمن رد سهمه من الرد في الإجازة، والباقي للوصيين أثلاثاً . وإن أجاز ابن لواحد أو كل ابن لواحد فاعمل مسألة الرد، وخذ من الخبز لمن أجاز له ما يلزمه لو أجاز له).

ش: إذا أوصى بأجزاء تجاوز الثلث، فإن أجازها الورثة فكذلك تعمل، تأخذها من مخرجها، وتقسم الباقي على مسألة الورثة، فإن انقسمت وإلا ضربت، وأعطيت كل واحد ما له من ذلك على ما تقدم . وإن لم يميزوا أخذت سهام الوصايا من مخرجها فجعلتها ثلث المال، وقسمت الثلثين وهو ضعفها على ما سبق.

ومثال ذلك: إذا أوصى لرجل بنصف ماله ولآخر بربعه، وخلف ابنين فأجازا، فمخرج الوصيتين من أربعة، والوصيتان منها ثلاثة، يبقى سهم واحد على اثنين لا تصح، فتضرب اثنين في أربعة تكن ثمانية، ومنها تصح: فللموصى له بالنصف اثنان في اثنين أربعة، وللموصى له بالربع سهم في اثنين سهمان، ولكل واحد من الابنين سهم في أحد بسهم . وإن ردا فالوصيتان من مخرجهما ثلاثة فهي ثلث المال، فيكون المال تسعة: للموصى لهما ثلاثة، يبقى ستة منقسمة على الابنين لكل واحد منهما ثلاثة.

فلو كان البنون أربعة لوافقت الأربعة الستة بالنصف، وضربت وفق الأربعة وهو اثنان في تسعة تكن ثمانية عشر ومنها تصح. فإن أجاز الابنان لواحد من الوصيين دون الآخر فاضرب مسألة الرد وهي تسعة في مسألة الإجازة وهي ثمانية، تبلغ اثنين وسبعين، ومنها تصح، ثم اضرب ما لمن أجيز له من الإجازة في مسألة الرد، فما حصل فهو له.

فإن كان المجاز له هو صاحب النصف فله من مسألة الإجازة أربعة في مسألة الرد وهي تسعة فذلك ستة وثلاثون، واضرب ما لمن رد عليه من مسألة الرد وهو اثنان في مسألة الإجازة وهي ثمانية تبلغ ستة عشر فهي له، والباقي وهو عشرون للابنين . وإن أجاز أحدهما لهما ورد الآخر فللمجاز سهمه من مسألة الإجازة وهو سهم في مسألة الرد وهي تسعة فذلك له، ولمن رد سهمه من مسألة الرد وهو ثلاثة في مسألة الإجازة وهي ثمانية فذلك أربعة وعشرون فهي له، فاجمع مالهما يبلغ ثلاثة وثلاثين، يبقى تسعة وثلاثون للوصيتين على ثلاثة: للموصى له بالنصف ستة وعشرون، وللموصى له بالربع ثلاثة عشر. فإن أجاز أحدهما لواحد منهما ولم يجز الآخر لهما، أو أجاز كل واحد لواحد: فاعمل المسألة على الرد، ثم خذ من المجيز لمن أجاز له ما نسبته [إلى تمام وصيته كنسبة] ^(١) سهام المجيز من الثلاثين .

مثاله في هذه المسألة : أجاز أحد الابنين لصاحب النصف، فعملنا المسألة على الرد، فصحت من تسعة: فحصل لصاحب النصف اثنان، ولمن أجاز له ثلاثة ؛ فلأن وصية المجاز بالنصف تمام النصف اثنين ونصفاً، فيأخذ من المجيز منها بنسبة حصته من الثلاثين وهي نصفها واحداً وربعاً، ويبقى معه واحد وثلاثة أرباع، فتضرب الكل في أربعة ليخرج بلا كسر تبلغ ستة وثلاثين ومنها تصح . ولو أجاز الآخر لصاحب الربع يكون تمام الربع واحداً وربعاً يأخذ من المجيز له نصفها ؛ لأن حصة المجيز له من الثلاثين النصف وذلك نصف وثمانين، يصير معه واحد ونصف وثمانين، ويبقى مع المجيز له اثنان وثلاثة أثمان، فتضرب الكل في ثمانية ليخرج بلا كسر تبلغ اثنين وسبعين ومنها تصح .

فصل

قال: (وإن وصى بكل ماله لزيد وبنته لعمرى، وله ابنان، فأجازا: فلزيد نصف وربع، ولعمرى ربع . وإن ردا فالثلث لهما أرباعاً . وإن أجازا لزيد ولعمرى ربع الثلث

(١) زيادة من المحرر ٣٨٨/١ .

والباقي لزيد . وإن أجازا لعمره فله تمام الثلث ولزيد ثلاثة أرباع الثلث . وإن أجاز أحدهما لهما أخذ ما معه أربعاً . وإن أجاز لزيد أحد ما معه وأخذ عمرو من أجاز له بالقسط من تمام الثلث).

ش: إذا أوصى بكل ماله لزيد وبثلثه لعمره، فاجعل الوصايا من أربعة، فاقسمها مع الإجازة على أربعة لزيد نصف ورابع، ولعمره ربع؛ لازدحامهما في مال وثلثه فتقسم كمسائل العول .

وإن رد الابنان فالثلث لهما أربعاً لعدم المانع .

قوله: «وإن أجازا لزيد فلعمرو ربع الثلث والباقي لزيد» وهو الذي حصل في حال ردهما .

قوله: «وإن أجاز أحدهما لهما أخذ ما معه... إلى آخره» وهو الثلث الثاني فيكمل لهما الثلثان أربعاً، ويكون للابن الآخر الثلث. وإن كانت إجازة أحدهما لعمره أخذ من أجاز له نصف ما بقي له من الثلث ؛ لأنه قد حصل له ربع الثلث بمقتضى الرد لهما، فقد بقي له من تمام وصيته ثلاثة أرباع الثلث، فيأخذ من أجاز له نصف ذلك وهو السدس ونصف السدس، وذلك ثمن جميع المال .
وقوله آخر الفصل: من تمام الثلث وهو الثمن .

فصل

قال: (إذا أوصى لزيد بثلث ماله، ولعمره بمثل نصيب أحد ابنيه: فلكل منهما الثلث مع الإجازة، والسدس مع الرد والابنان بالعكس. وإن كانت وصية زيد بثلث باقي المال فلعمرو الثلث ولزيد ثلث الباقي إن أجازا، وإن ردا فالثلث على خمسة والباقي منهما للابنين).

ش: أما كون ما ذكر إذا وصى بما ذكر ، فلكل واحد منهما الثلث مع الإجازة ؛ فلأنه موصى له بمثل نصيب ابن ، وفي المسألة ابنان ، فيكون المال بينهم على ثلاثة، للموصى له بمثل نصيب ابن ثلثها. وهذا أحد الوجهين أطلقهما في الكافي والفروع

وغيرهما ، وعند الرد: يقسم الثلث بين الوصيين نصفين ؛ لأنه موصى لهما بثلثي ماله، وقد رجعت وصيتهما بالرد إلى نصفها وتصح من ستة، والباقي لصاحب النصيب مثل ما يحصل لابن ؛ لأنه لو كان أكثر من ذلك لأخذ أكثر من الابن، والوصي قد سوى بينهما وهو ثلث الباقي وذلك التسعان عند الإجازة ؛ لأن للموصى له بالثلث ثلث المال، يبقى سهمان بين الموصى له بالنصيب وبين الابنين على ثلاثة، فتضربها في ثلاثة تكن تسعة: لصاحب الثلث ثلاثة، ولكل ابن سهمان، والموصى له بالنصيب سهمان وهي تسعان. وعند الرد يقسم الثلث بينهما على خمسة التي كانت لهما في حال الإجازة: لصاحب الثلث ثلاثة، ولصاحب النصيب سهمان، ولكل ابن خمسة .

قوله: «والابنان بالعكس» أي لكل من الابنين مع الإجازة السدس ومع الرد الثلث. وأما كونه إذا أوصى لزيد بثلث باقي المال له ثلث الباقي تسعان ؛ فلأنه موصى له به ؛ لأنه موصى له بثلث الباقي، وقد بقي ثلثان، فليكن له ثلثهما وذلك تسعان . فعلى هذا تصح المسألة من تسعة: لعمر وثلث، ولزيد اثنان، ولكل ابن اثنان. وهذا مع الإجازة ومع الرد الثلث بينهما على خمسة، وتصح من خمسة عشر.

فصل

قال: (وإن أوصى لزيد بثلث ماله إلا مثل نصيب أحد بنيه الأربعة: فأعط زيدا وابنا الثلث يبقى الثلثان لثلاثة بنين لكل ابن تسعان ولزيد التسع . وإن وصى لزيد بثلث نصيب أحدهم إلا سدس جميع المال، ولعمر وثلث باقي الثلث بعد النصيب، صحت من أربعة وثمانين: لكل ابن تسعة عشر، ولزيد خمسة، ولعمر ثلاثة).

ش: أما كونه إذا وصى لزيد بثلث ماله... إلى قوله: ولزيد التسع؛ فلأن مخرج الوصية ثلاثة، مضروب في ثلاثة تكون تسعة. لزيد ثلثها، والباقي ستة على ثلاثة بنين لكل ابن تسعان، والمستثنى من الثلث مثل نصيب أحد بنيه الأربعة من الثلاثة تسعان، فبقي لزيد واحد وهو التسع من المسألة ؛ لأنه جعل لزيد الثلث واستثنى منه نصيب ابن، فتعين أن يأخذ أحد البنين نصيبه من الثلث، وبقية البنين مختصون بالثلثين بينهم بالسوية،

فما حصل للواحد منهم من الثلثين أخذ من زيد من الثلث نظيره وبقي باقي الثلث لزيد .

وأما كونه إذا وصى لزيد مثل نصيب أحدهم إلا سلس جميع المال... إلى قوله: ولعمرو ثلاثة فطريق ذلك:

أن تضرب مخرج الثلث وهو ثلاثة في عدد البنين وهو أربعة، يحصل اثنا عشر، ثم تسقط من الثلاثة ثلثها الباقي سهمان، ردهما على الاثني عشر يبلغ أربعة عشر، اضربها في مخرج السلس وهو ستة تبلغ أربعة وعثمانين، ثلثها ستة وخمسون لكل ابن أربعة عشر، وثلثها ثمانية وعشرون خرج من الثلث الموصى منه سلس جميع المال وهو أربعة عشر، وثلثا ثلث وهو ستة المجموع عشرون للورثة، والباقي من الثلث للوصيين ثمانية، والعشرون لبنيه الأربعة لكل خمسة، وقد كان له أربعة عشر صارت تسعة عشر وهي لكل ابن، فالتسعة عشر إذا خرج منها سلس جميع المال وهو أربعة عشر بقي خمسة هي للموصى له بمثل نصيب ابن إلا سلس جميع المال، وإذا خرجت التسعة عشر من ثلث المال وهو الثمانية والعشرون بقي تسعة، ثلثها ثلاثة للموصى له بثلث ما يبقى بعد إخراج النصيب وقد صدق ما قال الموصي. والله أعلم بالصواب.

فصل

قال: (وإن خلف ابناء ووصى لزيد بمثل نصيبه إلا نصف المال: صحت من أربعة، للوصي سهم).

ش: أما كونه له سهم مما ذكر ؛ فلأن نصف المال سهم من اثنين لا يصح على اثنين فتضرب اثنين وهو مخرج النصف المستثنى يكون أربعة، للموصى له نصف الباقي، وهو سهم .

قال: (وإن قال: إلا نصف الباقي بعد النصيب صحت من خمسة للوصي سهمان . وإن قال: إلا نصف الباقي بعد الوصية صحت من ثلاثة للوصي سهم وكذا إلا ثلث المال، للوصي سهم أيضاً . فإن قال بعد النصيب: صحت من سبعة للوصي ثلاثة .

وإن قال: بعد الوصية: صحت من خمسة: للوصي سهمان، والباقي من كل عدد للابن).

ش: فنقول وبالله التوفيق:

المسألة الأولى في الفصل قبله: وهي قول المصنف: وصى لزيد بمثل نصيب بنيه الأربعة... إلى آخره.

الصواب في تصويرها: أن نقول بمثل نصيب أحد بنيه الأربعة حتى يسلم له تصحيحها من ٨٤ .

والطريق الموصلة إلى تصحيحها من المبلغ المذكور: أن تأخذ مالاً، وتلقي منه نصيباً، يبقى مال إلا نصيباً، ثم تسترجع من النصيب الملقى سدس مال ؛ لأن الاستثناء سدس، وتضمه إلى المال يحصل معك مال وسدس إلا نصيباً يعدل ذلك أنصباء البنين الأربعة، فاجبر وقابل أي المال وسدس مال إلا نصيباً بنصيب يحصل معك مال وسدس، وتجبر أنصباء البنين بنصيب آخر فيكون مال وسدس مال، يعدل خمسة أيضاً، فتبسط الأنصباء الخمسة من جنس الكسر أي أسداساً يبلغ ٣٥ وهي المال، فالخارج من بسط الأنصباء في جميع هذه المسائل هو المال، فالمال في صورتنا ٣٥ والنصيب ٧، ثم تسترجع منه خمسة وهي سدس المال يبقى ثمانية وعشرون ولا ثلث لها، فتضرب ذلك في مخرج الثلث وهو ٣ تبلغ ٨٤ ومنها تصح كما ذكره المصنف لكل ابن ١٩ ، ولزيد ٥ ، ولعمرو ٣ .

المسألة الثانية: وهي ما لو وصى لزيد بمثل نصيب ابنه إلا نصف المال فطريقها: أن تأخذ مالاً، وتلقي منه نصيباً، يبقى مال إلا نصيباً، ثم تسترجع من النصيب الملقى نصف مال ؛ لأن الاستثناء بالنصف، وتضمه إلى ما معك، يحصل مال ونصف مال، يعدل نصيباً واحداً وهو نصيب الابن، فاجبر وقابل أي المال ونصف مال إلا نصيباً بنصيب، واجبر نصيب الابن بنصيب آخر، فيكون مال ونصف مال يعدل نصيبين، فابسطهما أنصافاً تبلغ ٤ فهي المال، والنصيب ٣ ، فتعطي زيدا نصيباً وهو ٣ ، وتسترجع منه ٢ وهو نصف جميع المال، يبقى معه أحد وهو كما ذكر من أنها تصح من ٤ : لزيد ١ ، وللابن ٣ .

المسألة الثالثة: وهي ما لو وصى لزيد بمثل نصيب ابنه إلا نصف الباقي بعد النصيب،

فطريقها: أن تأخذ مالاً وتلقي منه نصيباً، يبقى مال إلا نصيباً، ثم تزيد عليه نصفه وهو الذي تسترده من جملة النصيب الملقى ونصفه نصف مال إلا نصف نصيب، فيحصل معك مال ونصف مال إلا نصيباً ونصف نصيب، يعدل ذلك نصيب الابن وهو نصيب واحد، فاجبر وقابل أي اجبر المال والنصف إلا نصيباً ونصفاً بنصيب ونصف نصيب، وزد على نصيب الابن نصيباً ونصف نصيب، فيكون مال ونصف، يعدل نصيبين ونصفاً، فابسط النصيبين أنصافاً، وزد عليهما النصف الآخر تبلغ ٥ ، فهي المال، ومنها تصح ، والنصيب ٣ فيعطى زائداً نصيباً ويسترجع منه ١ وهو نصف الباقي بعد النصيب يبقى للابن ٣ ولزيد ٢ .

الرابعة: وهي ما لو وصى لزيد بمثل نصيب ابنه إلا نصف الباقي بعد الوصية، وطريقها: أن تأخذ مالاً وتعطي زيداً منه نصيبه . ومن المعلوم أن باقي المال بعد الوصية هو نصيب الابن، وهو أحد ونصفه، وهو الجزء المستثنى من نصيب الموصى له، ينظر نصف نصيب وهو الجزء الموصى به، فرده على نصيب الابن يبلغ أحداً ونصفاً، فابسط الأحد الصحيح من جنس الكسر يبلغ مع النصف الآخر ٣ ، فهي المال، ومنها تصح: للموصى له ١ ، وللابن ٢ .

باب الموصى إليه

لا بأس بالدخول في الوصية ؛ لفعل الصحابة رضي الله عنهم . فروي عن أبي عبيدة « أنه لما عبر الفرات أوصى إلى عمر » ، و « أوصى إلى الزبير ستة من الصحابة ، منهم : عثمان وابن مسعود وعبد الرحمن بن عوف »^(١) . ولأنها وكالة، أشبه الوديعة .

وقياس قول الإمام أحمد: أن عدم الدخول فيها أولى ؛ لما فيها من الخطر . وهو لا يعدل بالسلامة شيئاً ؛ كما كان يرى عدم الالتقاط ، وترك الإحرام قبل الميقات . وحديث أبي ذر شاهد بذلك .

(١) أخرجه البيهقي في الوصايا ، باب الأوصياء ٢٨٢/٦ .

قال: (لا تصح وصية إلا إلى مسلم، عدل، مكلف، رشيد، ولو أنه رقيق وأم ولد . ومن صار أهلاً عند موت الموصي صح).

ش: أما كون الوصية تصح إلى مسلمٍ عدلٍ مكلفٍ رشيدٍ ؛ فلأنه لا ممانع فيما ذكر يمنع الصحة^(١) ؛ لحصول الإسلام.

مكلف رشيد إجماعاً ولو مستوراً أو عاجزاً ، ويضم إليه أمين . ولو أنه رقيق ؛ لأنه يصح استنابته في الحياة، فصح أن يوصى إليه، كالحر.

وظاهره: لا فرق بين أن يكون عبداً للموصي أو لغيره . ذكره ابن حامد . لكن إن كان لغيره اشترط إذن سيده . وخصه الأوزاعي والنخعي بعبده .

وقال أبو يوسف ومحمد، وفقاً للشافعي: لا تصح إلى عبد بحال ؛ لأنه لا يكون ولياً على ابنه بالكسب، فلا يجوز أن يلي الوصية، كالمجنون .

وجوابه: بأنه ينتقض بالمرأة والمكاتب والمدير والمعتق بعضه كالعبد.

وظاهره: أن الوصية لا تصح إلى المراهق، جزم به الأكثر ؛ لأنه ليس من أهل الشهادة والإقرار ، وهو مولى عليه فلم يكن من أهل الولاية، كالطفل .

وظاهر كلام الموفق: أن البلوغ ليس بشرط في صحتها ؛ لأن المراهق كالبالغ في إمكان التصرف، فصحت إليه، كالبالغ . وهذا رواية .

وفي أخرى: تصح إلى مميز . قال القاضي: هو قياس المذهب ؛ لأن الإمام أحمد نص على صحة وكالته . فيعتبر على هذا مجاوزة العشر ، وفي المغني: لا أعلم فيه نصاً عن

الإمام أحمد . والمذهب: اشتراط البلوغ . وظاهر كلام المصنف: صحة الوصية إلى المرأة بل صريح فيه ، وهو قول جمهور العلماء ولم يجزه عطاء؛ لأنها لا تكون قاضية.

وجوابه: بـ «أن عمر أوصى إلى حفصة»^(٢) .

ولأنها من أهل الشهادات . أشبهت الرجل.

ويخالف القضاء، فإنه يعتبر له الكمال في الخلقة والاجتهاد .

وأم ولد نص عليه ؛ لأنها تكون حرة من أصل المال عند نفوذ الوصية .

(١) زيادة من المتع ٢٨٩/٤.

(٢) أخرجه البيهقي في الوقف، باب جواز الصدقة المحرمة وإن لم تقبض ١٦١/٦.

ولا تصح إلى غيرهم؛ كالطفل والمجنون ؛ لأنهما ليسا من أهل التصرف في أموالهما، فلا يليان على غيرهما.

والكافر ؛ لأنه ليس من أهل الولاية على المسلم . فلم تصح إليه بغير خلاف نعلمه . قاله شيخنا.

والفاسق؛ لأنه ليس بأمين ولا من أهل الشهادة كالمجنون .

وعنه تصح إلى الفاسق . ويضم الحاكم إليه أميناً . اختارها الخرقى، جمعاً بين نظر الموصي وحفظ المال . وشرطه: إن أمكن الحفظ به . صرح به في الفروع وغيره . وعنه: تصح إليه مطلقاً أي: لا يفتقر إلى أمين . حكاه أبو الخطاب في خلافه وأخذها في المغني من رواية ابن منصور: إذا كان متهماً لم تخرج من يده.

ولأنه أهل للائتمان في الجملة، بدليل جواز إيداعه لكن تنمة رواية ابن منصور: ويجعل معه آخر كرواية يوسف بن موسى إن كان متهماً ضم إليه أمين يعلم ما جرى ولا تنزع الوصية منه . وذكرها جماعة في فسق طارئ فقط ، وقيل: عكسه، وترجمة الخلال: هل للورثة ضم أمين مع الوصي المتهم ثم إن ضمه بأجرة من الوصية توجه جوازه، ومن الوصي فيه نظر بخلاف ضمه مع الفسق .

وعلم منه أنه لا نظر لحاكم مع وصي خاص كفؤ. قال أبو العباس: فيمن أوصى إليه بإخراج حجة أن ولاية الدفع والتعيين للنظر الخاص إجماعاً، وإنما للولي العام الاعتراض لعدم أهليته أو فعله محرماً . فظاهره أنه لا نظر ولا ضم مع وصي غير متهم . وذكره جماعة .

وأما كون الوصية تصح إلى من صار أهلاً عند موت الموصي ؛ فلأن الوصي إنما يتمكن من التصرف في الوصية عند الموت . فاعتبر شرط التصرف حينئذٍ لا قبله. وهذا أحد الوجهين ، صححه في التصحيح وحزم به في المنور .

والثاني: معتبرة حال الموت . فوجب أن تعتبر حالة العقد ؛ كسائر العقود.

قال: (ومن وصى إلى زيد ثم إلى عمرو ولم يعزل زيداً؛ اشتركا، ولا يتفرد أحدهما بتصرف لم يجعله له . فإن مات أحدهما أو فسق أو جن أبداً بأمين).

ش: أما كون من ذكرنا وصيين ولم يعزل أحدهما اشتركا ؛ فلأنه أوصى إليهما ،

وأمكن الجمع بينهما، إلا أن يعزل الأول فإنها تبطل وصيته؛ لأنه صرح بعزله فانهزل كما لو وكله ثم عزله .

ولا ينفرد أحدهما بتصرف لم يجعله له، سواء أوصى إليهما معاً أو على التعاقب ؛ لأنه لم يرض بنظره وحده كالوكيلين ، إلا أن يجعل إليه ذلك فإنه ينفرد بالتصرف. نص عليه كما لو كان منفرداً . وعلى الأول متى تعذر اجتماعهما أقام الحاكم مقام الغائب أميناً. ذكره في المغني والشرح.

فلو اختلفا في جعل المال عند من يكون منهما جعل في مكان تحت أيديهما جميعاً . وقال مالك: يجعل عند أعدلهما. وقال أصحاب الرأي: يقسم بينهما وهو المنصوص عن الشافعي .

فإن مات أحدهما أو وجد منه ما يوجب عزله أقام الحاكم مقامه أميناً لزوماً ؛ لأن الموصي لم يرض بنظره وحده .

فلو أراد الحاكم أن يكتفي بالثاني لم يجوز .

وإن وجد منهما ما يقتضي المنع فللحاكم أن ينصب مكانهما، وفي الاكتفاء بواحد وجهان. كذا في الشرح والفروع .

وحل ما ذكره المصنف: ما إذا أطلق فإن جعل لكل منهما التصرف لم يجوز للحاكم إقامة أمين.

وفي الرعاية: إذا مات أحدهما أو جن وعجز الآخر عنها أو فسق أقام أميناً ؛ كما لو عجزا أو فسقا ، وقيل: يكفي واحد . وكذلك إن فسق أقام الحاكم مقامه أميناً وكذلك إذا جن ، وعنه يضم إليه أمين .

تقدم الكلام في صحة الوصية إلى الفاسق، والكلام الآن على الفسق الطارئ فعند الموفق: هو مبني على الروايتين في صحة الوصية إليه ابتداء ، واختار القاضي وغيره: البطلان . وقيم الحاكم مقامه أميناً ، وهو قول الثوري وإسحاق ، وحمل كلام الإمام أحمد والخرقي على الفسق الطارئ بعد الموت ، وعند المجذبيدل بأمين بلا نزاع نظراً إلى أن الموصي في الابتداء قد رضيه واختاره .

والظاهر: أنه إنما فعل ذلك لمعنى رآه فيه ، إما لزيادة حفظه أو إحكام تصرفه ونحوه

مما يربوا على ما فيه من الجنانية، بخلاف ما لو طرأ فسقه فإن حال الموصي يقتضي أنما رضي بعدل.

وذكر في الشرح: أن التفريق بين الفسق المقارن^(١) والطارئ بعيد، فإن الشروط تعتبر في الدوام كاعتبارها في الابتداء لا سيما إذا كانت لمعنى تحتاج إليه في الدوام. وإذا لم يكن بد من التفريق فاعتبار العدالة في الدوام أولى، من قبل أن الفسق إذا كان موجوداً حال الوصية فقد رضي به الموصي مع علمه بحاله وأوصى إليه راضياً بتصرفه مع فسقه، فيشعر ذلك بأنه علم أن عنده من الشفقة على اليتيم ما يمنعه من التفريط فيه حباً منه في ماله. بخلاف ما إذا طرأ فسقه فإنه لم يرض به على تلك الحال والاعتبار برضاه.

قال: (وللموصي قبولها في حياة الموصي وبعد موته وعزل نفسه فيهما ولا يوصي إلا بإذن).

ش: أما كون للموصي قبول الوصية في حياة الموصي وبعد موته تصح؛ فلأن الوصية إذن في التصرف، فجاز قبولها عقيب الإذن كالوكالة، وبعد الموت كالوصية بالمال. ومتى قبل صار وصياً.

فرع: يجوز أن يجعل للموصي جُعللاً كالوكالة. ومقاسمة الموصي له جائزة على الورثة؛ لأنه نائب عنهم ومقاسمته^(٢) للورثة على الموصي له غير جائزة؛ لأنه ليس بنائب عنهم.

وله عزل نفسه في حال الحياة وبعد الموت؛ لأنه متصرف بالإذن؛ كالوكيل. وظاهره: مع القدرة وضدها، وعنه ليس له ذلك بعد موته. ذكرها ابن أبي موسى وقاله أبو حنيفة، وزاد: لا يجوز في حياته إلا بحضرته؛ لأنه غره بإلزام وصيته ومنعه بذلك الإيصاء إلى غيره.

ونقل الأثرم وحنبل: له عزل نفسه إن وجد حاكماً. قدمه في المحرر، وعنه: ليس له ذلك قبل موته إذا لم يعلمه.

(١) في الأصل: المتقارن. وانظر المبدع ١٠٣/٦.

(٢) في الأصل: كمقامته. وانظر المغني ٥٧٤/٦.

قيل لأحمد: إن قبلها ثم غير الوصية فيها قال: لا يلزمه قبولها إذا غير فيها.
 مسألة: ما أنفقه وصي متبرع بمعروف في ثبوتها فمن مال يتيم . ذكره أبو العباس.
 وللوصي عزله متى شاء كالوكيل.
 ولا يوصي إلا بإذن إذا أطلق على المذهب ؛ لأنه قصر في توليته، فلم يكن له التفويض، كالوكيل . إلا أن يجعل ذلك إليه بأن يقول : أذنت لك أن توصي إلى من شئت ، أو كل من أوصيت له فقد أوصيتُ إليه ، أو هو وصي فإنه يصح في قول أكثر العلماء كالوكيل إذا أمر بالتوكيل .
 وعنه له ذلك مطلقاً ؛ لأن الأب أقامه مقام نفسه فملك الوصية كالأب .
 والفرق واضح فإن الأب يلي بغير تولية أحد .
 وحكى في الرعاية قولاً: أن الروايتين فيما يتولى مثله ويصح فيما لا يتولاه مثله ، وقيل: إن أذن له في الوصية إلى شخص معين جاز وإلا فلا .
 مسألة: إذا قال: أوصيت إلى زيد، فإن مات فعمره: صح رواية واحدة ويكون كل منهما وصياً ، إلا أن عمراً بعد زيد . ومثله أوصى إليه ثم قال: إن تاب ابني عن فسقه ، أو قدم من غيبته ، أو صح من مرضه ، أو رشد صار الثاني وصياً عند الشرط . ذكره علماؤنا.
 أو هو وصي سنة ثم عمرو ، وللخير: «أميركم زيد»^(١) ، والوصية كالتأخير .
 قال في الفروع : ويتوجه لا ؛ لأن الوصية استنابة بعد الموت فهي كالوكالة في الحياة . ولهذا: هل للوصي أن يوصي ويعزل من وصى إليه ؟
 ولا يصح إلا في معلوم وللوصي عزله وغير ذلك كالوكيل فلهذا لا يعارض ذلك ما ذكره القاضي وجماعة إذا قال الخليفة الإمام: بعدي فلان فإن مات فلان في حياتي أو تغير حاله فالخليفة فلان صح وكذا في الثالث والرابع .
 وإن قال: فلان ولي عهدي، فإن ولي ثم مات فلان بعده لم يصح للثاني؛ وعللوه بأنه إذا ولي صار إماماً وصار التصرف والنظر والاختيار إليه فكان العهد إليه فيمن يراه،

(١) أخرجه أحمد ١/٤٢٠ ح ١٧٥٠.

وفي التي قبلها جعل العهد إلى غيره عند موته وتغيير صفاته في الحالة التي لم تثبت للمعهود إليه إمامة .

وظاهر هذا أنه لو علق ولي الأمر ولاية الحكم أو وظيفة بشرط شغورها أو بشرط يوجد الشرط بعد موت ولي الأمر والقيام مقامه أن ولايته تبطل وأن النظر والاختيار لمن قام مقامه . يؤيده: أن الأصحاب اعتبروا ولاية الحكم بالوكالة في مسائل، فإنه لو علق عتقاً أو غيره بشرط بطل بموته لزوال ملكه فتبطل تصرفاته . انتهى.

وذكر بعض المحققين: أن في اعتبار الولاية بالوكالة نظر ؛ لأن تعليق الوكالة بالموت لا يصح، بخلاف الولاية، كما إذا عهد الإمام لآخر بعده فإنه يصح، فالأولى اعتبار الولاية بالوصية ؛ لأنها تتعلق بالموت لا الحياة، بخلاف الوكالة، فإنها لا تتعلق بالموت إجماعاً، وتبطل به، فهي ضد الوكالة لصحتها بعد الموت خاصة، والوكالة لا تصح إلا في الحياة، فهما يتضادتان، فلا يلزم من صحتها بعد الموت صحتها في الحياة، فإذا انقطعت ولاية العاهد قبل موته بعزله أو جنونه ينبغي أن تبطل عهده، كما لو زال ملك الموصي عن المعين الموصي بما قبل موته.

فصل [شروط الموصى به]

قال: (ولا تصح وصيته إلا في تصرف معلوم يملكه الموصي ؛ كقتضاء دينه ، وتفرقة ثلثه ، والنظر لصغاره).

ش: أما كون الوصية لا تصح إلا في تصرف معلوم؛ فليعلم الموصى إليه ما وصى به إليه ليحفظه ويتصرف فيه ؛ بملكه الموصي كما مثل المصنف ؛ لأن الوصي يتصرف بالإذن . فلم يجوز إلا في معلوم يملكه الموصي، كالوكالة . وليس هذا خاصاً بالصغار بل ذو الولاية إذا أوصى إلى من ينظر في أمر أولاده المجانين ومن لم يؤنس منه رشد بأن يحفظ ما لهم ويتصرف فيه بالأحظ .

فأما من لا ولاية له عليهم كالعقلاء الراشدين وغير أولاده من الإخوة والأعمام فلا تصح الوصية لعدم الولاية في الحياة .

فرع: تصح الوصية بحد قذف يستوفيه له لا للموصى له .

قال: (ولا تصح بما لا يملكه الموصى؛ كوصية المرأة بالنظر في حق أولاده الأصاغر ونحو ذلك).

ش: أما كون الوصية فيما ذكر لا تصح ؛ فلما تقدم قبل .
ولأن المرأة قاصرة لا تلي النكاح بحال، فلا تلي مال غيرها، كالعبد.

قال: (ومن وصى في شيء لم يصر وصياً في غيره).

ش: أما كون من وصى ... إلى آخره لا يكون وصياً في غيره ؛ فلأنه متصرف بالإذن ، ولا إذن في غير ما وصى إليه فيه . فلم يكن وصياً فيه ؛ كالأجنبي . فكان مقصوراً على ما أذن فيه كالوكيل .
وقال أبو حنيفة: يملك الكل ؛ لأنها ولاية تنتقل من الأب، فلا تتبع كولاية الجد .

وأجيب بمنع ولايته . ولو سُلِّم فاستفادها بالقراءة وهي لا تتبع والإذن يتبع فافترقا . فإن وصى إليه في تركته وأن يقوم مقامه فهذا وصى في جميع أموره يبيع ويشترى إذا كان نظراً لهم .

قال: (وإن وصاه بإخراج ثلثه فأبى الورثة أخرجه كله مما معه).

ش: أما كون ما ذكر للموصى إليه يخرج كله مما معه ؛ فلأن حق الموصى له تتعلق بأجزاء التركة. فجاز أن يدفع إليه مما في يده، كما يدفع إلى بعض الورثة . نقله أبو طالب .

وعنه: يخرج ثلث ما في يده ؛ لأنه موصى به ، ولا حق للورثة فيه ، وثلثه ليس كذلك. ويجبس باقيه حتى يخرجوا ؛ لأن إخراج بقية الثلث واجب ، وهذا وسيلة إليه .
وفي الفروع: في جواز قضائه باطناً وتكميل ثلثه من بقية ماله: روايتان، وحملهما في المغني والشرح على حالتين . فالأولى محمولة على ما إذا كان المال جنساً واحداً ؛ لأنه لا فائدة في انتظار إخراجهم .

والثانية: محمولة على ما إذا كان أجناساً ؛ لأنها تتعلق بثلث كل جنس . فلم يجوز أن

يخرج عوضاً عن ثلث ما في أيديهم مما في يده؛ لأنها معاوضة تتعلق بتراضيتهم . وحكى ذلك في الرعاية قولاً .

وعن الإمام أحمد: يرده إليهم ويطلبهم بالثلث .

فإن فرقه ثم ظهر دين مستغرق، أو جهل موسى له فتصدق هو أو حاكم: لم يضمن على الأصح .

وقال ابن حمدان: بل يرجع به لوفاء الدين.

قال: (وإن وصاه بقضاء دين يشق ثبوته فأبوا وجحدوه قضاء باطلاً)

ش: أما كون الموصى إليه يقضي الدين الموصى به فأبى الورثة أو جحدوا ويشق ثبوته قضاء بغير علمهم باطلاً وهو المذهب ؛ لأنه واجب ، سواء رضوا به أو أبوه .

ولأنه لا حق لهم إلا بعد وفاء الدين . وهذا إحدى الروايتين.

والثانية: المنع ؛ لأنه لا يأمن رجوعهم عليه .

وقيل له في رواية أبي داود مع عدم البينة في الدين: أيحل له إن لم ينفذه الورثة قال:

لا ، وعنه: إن أذن فيه حاكم جاز.

قيل لأحمد: فإن علم الوصي أن لرجل عليه حقاً، فجاء الغريم يطالب الوصي، فقدمه إلى القاضي ليستحلفه أن مالي في يديك حق: لا يحلف، ويعلم القاضي بالقضية، فإن أعطاه القاضي فهو أعلم أي يقيم ثبوته ويشهد بما أمره به . فلو صدقه وارث لزمه منه بقدر حقه نص عليه فإن كان ثم بينة ففي لزوم قضائه بلا حاكم ففي المغني والشرح في جوازه روايتان ما لم يصدق وارثه المكلف ؛ لأنه إقرار منهم على أنفسهم.

وعنه: فيمن عليه دين لميت وعلى الميت دين أنه يقضي دين الميت إن لم يخف تبعة يعني: إذا خاف أن يطلبه الورثة بما عليه وينكروا الدين على مورثهم فلا يقضيه ؛ لأنه لا يأمن رجوعهم عليه . وإن لم يخف ذلك قضى دين الميت الذي عليه بدين الميت الذي له؛ لما فيه من تبرئة ذمته وذمة الميت .

وفي براءة الدين باطلاً بقضاء دين يعلمه على الميت الروايتان . فإن كان عليه دين لميت ووصى به لزيد: فله دفعه إليه أو إلى وصي الميت . وإن لم يوص به ولا بقبضه عيناً لم يبرأ بدفعه إلا إلى الوارث والوصي جميعاً ، وقيل: يبرأ بدفعه إلى الوصي.

قال: (وإن ظهر على الميت دين يستغرق بعد تفرقة الوصي الثلث لم يضمن).

أما كون الوصي لا يضمن فيما ذكر ؛ فلأنه معذور بعدم علمه بالدين، فلا يضمنه، كما لو أمره بتفرقة حال حياته وهذا إحدى الروايتين ، والأخرى : يضمن ؛ لأنه ألتف مალًا تعلق به حق غيره، فضمنه، كما لو علم بالدين .

فرع: صرف أجنبي الموصى به لمعين ، وقيل: أو لغيره في جهته لم يضمنه. وإن وصاه بإعطاء مدع ديناً بينة تقده من رأس ماله . قاله أبو العباس ، ونقل ابن هانئ : بينة ، ونقل عبد الله: يقبل مع صدق المدعي ، ونقل ابن هانئ فيمن وصاه بدفع مهر امرأته لم يدفعه في غيبة الورثة.

فصل

قال: (وتصح وصية كافر إلى مسلم، وكافر عدل في دينه . وإذا قال: ضع ثلثي حيث شئت ، أو أعطه من شئت: لم يحل له ولا لولده) .

ش: أما كون وصية الكافر إلى مسلم تصح ؛ فلأن المسلم يصح أن يكون وصياً لمسلم . فلأن يصح أن يكون وصياً لكافر بطريق الأولى . ولقبول شهادته عليه وعلى غيره .

ومحله: ما لم تكن التركة حمراً أو خنزيراً ونحوهما .

وأما كونها تصح إلى من كان عدلاً في دينه ؛ فلأنه يجوز أن يكون ولياً له . فجاز أن يكون وصياً له ؛ كالمسلم . هذا الأشهر .

والثاني: لا تصح؛ لأنه أسوأ حالاً من الفاسق .

وعلى الأول: إذا لم يكن عدلاً في دينه لا تصح ؛ لأن عدم العدالة في المسلم تمنع الصحة، فبطريق الأولى أن تمنع في الكافر .

وأما كون الموصى إليه بما ذكر لا يحل له أخذ الموصى به في المنصوص؛ فلأنه تمليك ملكه بالإذن . فلا يكون قابلاً له ؛ كالوكيل ، وقيل: يعمل بالقرينة .

ولا لولده . قال ابن منجى: على المذهب ؛ لأنه متهم في حقه كهو .

وأباحه الشيخان ، وذكر جماعة منع ابنه وذكره آخرون وأبيه ولم يزيّدوا .
ولا يجوز دفعه إلى وارثه ، سواء كان غنياً أو فقيراً . نص عليه . وذكر ابن رزين في
منع من يمونه وجهاً ، ويحتمل جواز ذلك لتناول اللفظ له .
ولأنه يجوز دفعه إلى الأجنبي فكذا ما ذكر .
وقيل : له إعطاء ولده وسائر أقاربه إذا كانوا مستحقين دون نفسه ؛ لأنه مأمور
بالتفريق وقد وجد .

مسائل: إذا قال: تصدق من مالي، احتمل ما تناوله الاسم واحتمل ما قل وكثر ؛
لأنه لو أراد معيناً عينه . ذكره في التمهيد .
من أوصي إليه بحفر بئر في طريق مكة أو في السبيل فقال: لا أقدر فقال الموصي:
افعل ما ترى لم يجز حفرها بدار قوم لا بئر لهم؛ لما فيه من تخصيصهم . نقله ابن هانئ .
ولو أمره ببناء مسجد فلم يجد عرصة لم يجز شراء عرصة يزيدها في مسجد صغير
نص عليه .

ولو قال: ادفع هذا إلى يتامى فلان فأقرار بقرينة وإلا وصية. ذكره أبو العباس .

قال: (وللموصي بيع عقار لورثة كبار أبوا يبيعه الواجب أو غابوا وصغار محتاجين أو
لقضاء دين ميتهم).

ش: أما كون الوصي له البيع على الكبار إذا أبوا يبيعه الواجب، أو غابوا نص
عليه... إلى آخره ؛ فلأن الوصي يملك بيع التركة، فملك بيع جميعها ؛ كما لو كان
الورثة صغاراً أو التركة تستغرقه، وكالعين المرهونة .
وظاهره: أنه إذا لم يكن ضرر فليس له البيع على الكبار ؛ لأنه إنما جاز أولاً للدفع
الضرر .

وقيل: يبيع بقدر دين ووصية وحصّة صغار .

قيل لأحمد: بيع الوصي الدور على الصغار يجوز ؟ قال: إذا كان نظراً لهم، لا على
كبار يؤنس فيه رشد، هو كالأب في كل شيء إلا في النكاح ، قيل له: وإن لم يكن
أثبت وصيته عند القاضي ؟ قال: إذا كانت له بينة.
ويحتمل أن ليس له البيع على الكبار ؛ لأنه لا يجب على الإنسان بيع ملكه ليزداد

ثمن ملك غيره، كما لو كان شريكهم غير وارث مال ، وهو أقيس، وصححه في الشرح.

قال: (ومن مات بمكان لا حاكم فيه ولا وصي حاز بعض من حضره من المسلمين تركته وعمل الأصلح فيها من بيع وغيره).

ش: إذا مات بموضع لا حاكم فيه ولا وصي؛ كمن مات في مفازة أو قفر ونحوه ولم يوص إلى أحد: جاز لمن حضره من المسلمين حوز تركته، وبيع ما يرى بيعه؛ كمثل أن يخاف عليه، أو لأنه لا ضرورة في حمله؛ لأن ذلك موضع ضرورة لحفظ مال المسلم عليه، إذ في تركه إتلاف لمال المستحق وذلك لا يجوز. نص الإمام أحمد على ذلك في رواية نافع في المنافع والحيوان وقال: فأما الجوّاري فأحب أن يتولى بيعهن حاكم من الحكام.

قال القاضي: هذا منه على سبيل الاختيار احتياطاً لتضمنه إباحة فرج بغير إذن ولي ولا حاكم من غير ضرورة، فكان تركه أولى وأحوط.

كتاب الفرائض

الفرائض: جمع فريضة . روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: « العلمُ ثلاثةٌ ، وما سوى ذلك فهو فضلٌ: آيةٌ مُحْكَمَةٌ ، وسنةٌ قَائِمَةٌ ، وفريضةٌ عَادِلَةٌ »^(١). رواه أبو داود .
وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: « تَعَلَّمُوا الفرائضَ وَعَلِّمُوهُ ، فَإِنَّهُ نَصْفُ الْعِلْمِ ، وَهُوَ يُنْسَى ، وَهُوَ أَوَّلُ شَيْءٍ يُنْزَعُ مِنْ أُمَّتِي »^(٢). أخرجه ابن ماجه .

قال: (أسباب الإرث: نسب، ونكاح ، وولاء . والورثة: ذو فرض، وعصبه، وذو رحم).

ش: أما كون أسباب الإرث ما ذكر ؛ فلأن سبب التوارث تارة يكون نسباً، وتارة نكاحاً ، وتارة ولاء.

وأما كون النسب -وهي القرابة- أحد أسباب الإرث ؛ فلأن الله تعالى قال: {يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُم لِلذَّكَرِ مِثْلُ خِطِّ الْأُنثِيَيْنِ... الآية} [النساء: ١١] ، وقال: {وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس... الآية} [النساء: ١٢] ، وقال: {يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ... الآية} [النساء: ١٧٦] ، وقال: {وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ... الآية} [الأنفال: ٧٥].
وقد روي أن النبي ﷺ قال: « أَلْحِقُوا الفرائضَ بأهلِهَا . فما بَقِيَ فهو لأوْلَى رجلٍ ذَكَرَ »^(٣). متفق عليه.

وروي جابر رضي الله عنه قال: « جاءت امرأة سعد بن الربيع إلى رسول الله ﷺ بابنتيها من سعد . فقالت: هاتان ابنتا سعد قُتِلَ أبوهما معك يومَ أحدٍ شهيداً ، وإن عمهما أخذ ما لهما ولا يُنكحان إلا ولهما مال . قال: يَقْضِي اللَّهُ فِي ذَلِكَ . فنزلت آية

(١) أخرجه أبو داود في الفرائض، باب ما جاء في تعليم الفرائض ١١٩/٣ ح ٢٨٨٥. وابن ماجه في المقدمة، باب اجتناب الرأي والقيلس ٢١/١ ح ٥٤.

(٢) أخرجه ابن ماجه في الفرائض، باب الحث على تعليم الفرائض ٩٠٨/٢ ح ٢٧١٩.

(٣) أخرجه البخاري في الفرائض، ميراث الجدد مع الأب والإخوة ٢٤٧٨/٦ ح ٦٣٥٦. ومسلم في الفرائض، باب ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلاؤلى رجل ذكر ١٢٣٣/٣ ح ١٦١٥.

الميراث . فبعث رسول الله ﷺ إلى عمهما . فقال: أعط ابنتي سعد الثلثين ، وأمهما الثمن ، وما بقي فهو لك»^(١). رواه أبو داود والترمذي.

وأما كون النكاح ثاني أسباب الإرث ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهنّ ولد... الآية﴾ [النساء: ١٢].

وقال النبي ﷺ في حديث بنتي سعد: « أعط أمهما الثمن ».

وأما كون الولاء ثالث أسباب الإرث ؛ فلما روي عن النبي ﷺ: « الولاء لمن أعتق »^(٢). وقال: « الولاء لُحْمَةٌ كُلُّحْمَةِ النِّسْبِ لَا بُعَاغُ وَلَا تُوهَبُ »^(٣).

وروي عن عبدالله بن شداد قال: « كان لبنت حمزة مولى أعتقته . فترك ابنته ومولاته . فأعطى النبي ﷺ بنته النصف وأعطى مولاته بنت حمزة النصف »^(٤).

وهذا الصحيح من المذهب لا غير، وأنه لا يرث ولا يورث بغيرهم. نص عليه وعليه علماؤنا.

وعنه: أنه يثبت بالموالاة والمعاقدة ، وإسلامه على يديه، وكونهما من أهل الديوان ، ولا عمل عليه . زاد أبو العباس في الرواية: والتقاط الطفل . واختار: أن هؤلاء كلهم يرثون عند عدم الرحم والنكاح والولاء . واختاره في الفائق أيضاً.

وقيل: يرث عبد سيده عند عدم الوارث ، واختاره أبو العباس .

وقال في السياسة الشرعية: وورث بعض أصحابنا المولى من أسفل من معتقه.

ونقل ابن الحكم: أن أحمد سئل عن ذلك؟ فقال: لا أدري.

فائدة: الموالاة: هي المؤاخاة ، والمعاقدة هي: الحالفة.

إذا مات الإنسان بدئ بتكفينه وتجهيزه مقدماً على ما سواه، كما يقدم المفلس مع نفقته على ما سواه، ثم بقضاء ديونه ؛ لقوله سبحانه: ﴿من بعد وصية يوصي بها أو

(١) أخرجه أبو داود في الفرائض، باب ما جاء في ميراث الصلب ٣/١٢٠ ح ٢٨٩١. والترمذي في الفرائض، باب ما جاء في ميراث البنات ٤/٤١٤ ح ٢٠٩٢. وابن ماجه في الفرائض، باب فرائض الصلب ٢/٩٠٨ ح ٢٧٢٠.

(٢) سيأتي تخريجه ص: ٦٧٠.

(٣) أخرجه ابن حبان في البيوع، ذكر العلة التي من أجلها نهى عن بيع الولاء وعن هبته ١١/٣٢٥ ح ٤٩٥٠. والحاكم في الفرائض. ٤/٣٧٩ ح ٧٩٩٠.

(٤) أخرجه سعيد بن منصور في الفرائض، باب ميراث المولى مع الورثة ١/٧٣ ح ١٧٤.

دين} [النساء: ١١] قال علي رضي الله عنه: « إن رسول الله ﷺ قضى أن الدين قبل الوصية »^(١).

ولأن الدين يستغرق حاجته، فقدم، كمؤنة تجهيزه .

ثم تنفذ وصيته للآية ، ثم ما بقي قسم على الورثة للآيات الثلاث المذكورة في سورة النساء.

وأما كون الورثة ذو فرض وعصبة ورحم ؛ فلأن الوارث تارة يكون ذا فرض، وتارة عصبة، وتارة ذا رحم.

وأما «الفرض» فهو التقدير . ومنه: فرض القاضي النفقة ، أي: قدرها. فذو الفرض معناه: صاحب التقدير الذي قدر له شيء معلوم في كتاب أو سنة.

وأما «العصبة» فهو الوارث بغير تقدير . والعصبة مأخوذ من العَصَب وهو الشدة، ومنه: عصابة الرأس . والمعنى هنا: أن الميت يشتد أزره وجانبه بولده وبأبيه وإخوته وما أشبه ذلك.

وأما «ذو الرحم» فهو الذي يدلي بقرابة أم.

قال: (فذو الفرض: زوجان، وأم، وجدّة، وأخ لأم. وقد يكون تارة عصبة، بأن تموت أمه عن أختها من غير أبيه، فيعصبها . وبنات صلب، وبنات ابن، وكل أخت، وتارة أب وجد . فللزوجة النصف مع عدم ولد وولد ابن وإن نزل، والربع مع الوجود . وللزوجة نصف حاله فيهما . وللأب والجد السدس بالفرض مع ذكور الولد وولد الابن. ويرثان بالتعصيب مع عدم الولد وولد الابن، وبالفرض والتعصيب مع إناهما).

ش: أما كون ذوي الفروض من ذكر ؛ فلأن كل من ذكر له فرض^(٢)؛ لما يأتي ذكره في موضعه، وهم كل من تقدم.

وأما كون الزوج له النصف مع عدم من ذكر، والربع مع الوجود ، وللزوجة نصف حاله فيهما ؛ فلأن الله تعالى قال: {ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد

(١) سيأتي تخريجه ص: ٥٦١.

(٢) زيادة على الأصل.

فإن كان لهن ولدٌ فلکم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ولهن الربع مما تركن {النساء: ١٢}.

فإن قيل: الحجب من النصف إلى الربع ومن الربع إلى الثمن بالولد ظاهر، فلم يحصل الحجب بولد الابن؟

قيل: لأنه ولد؛ بدليل دخوله في: {يوصيكم الله في أولادكم} [النساء: ١١]. والمراد بقول المصنف رحمه الله: «وللزوجة نصف حاله فيهما» الزوجة الواحدة فأكثر إلى أربع؛ لاستواء الكل في قدر الميراث.

فإن قيل: فلم جعل الجماعة مثل الواحدة؟
قيل: لأنه لو فرض لكل واحدة الربع وهن أربع لأخذن المال كله، وزاد فرضهن على فرض الزوج.

وقوله: «وأخ لأم وقد يكون تارة عصبه» هذا إيهام؛ فإنه هنا عصبه لأمه الميتة؛ لأنه ابنها لا لأخته. والمراد أخو الميت لأمه لا أخو الحي ولكن يمكن تمثيل كون الأخ من الأم عصبه مع كونه أخاً لأم فيرث بالفرض والتعصيب وذلك في أخي المنفي باللعان من أمه فإنه يرث السلس فرضاً والباقي بعصبته؛ لأنه عصبه أمه فهو عصبته.

وأما كون الأب يرث السلس بالفرض مع ذكور الولد وولد الابن؛ فلأن الله تعالى قال: {ولأبويه لكل واحد منهما السلس [مما ترك] ^(١) إن كان له ولد} [النساء: ١١].

فإن قيل: الولد يقع على الذكر والأنثى فلم خصص هنا بالذكر؟
قيل ^(٢): الغرض الإرث بالفرض لا غير. ولو كان الولد أنثى لاجتمع له مع الفرض التعصيب؛ كما يأتي.

وأما كونه يرث بالتعصيب مع عدم الولد وولد الابن؛ فلأن الله تعالى قال: {فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث} [النساء: ١١] أضاف الميراث ^(٣) إليهما، وجعل الثلث للأم. فكان الباقي للأب. وهذا شأن التعصيب.

(١) ساقط من الأصل.

(٢) زيادة يقتضيها السياق.

(٣) زيادة من المغني ١٧/٧.

وأما كونه يرث بالفرض والتعصيب وهي مع إناث الولد أو ولد الابن ؛ فلأنه إذا كان في المسألة بنت أو بنات أخذ السدس بالفرض؛ لقوله تعالى: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ﴾^(١) [إن كان له ولد] [النساء: ١١]، ويرث الباقي بعد فرض البنت أو البنات بالتعصيب؛ لقوله ﷺ: «فما بقي فلأولى رجل ذكر»^(٢) متفق عليه.

والأب حينئذٍ أولى رجل ذكر.

وكذلك الجد فيما تقدم في الأحوال المتقدمة ذكرها ؛ لأنه أب وقد ورثه رسول الله ﷺ السدس^(٣). رواه سعيد بن منصور.

فصل [ميراث الجد]

قال: (والجد لأب مع ولد أبوين أو أب كأخ منهم، فإن نقصته المقاسمة من ثلث المال فرض له، ومع ذي فرض له بعده الأخط من المقاسمة أو ثلث ما بقي، أو سدس الكل . فإن لم يبق سواه فرض له وسقط ولد الأب إلا في الأكدرية ولا تعول ويفرض لأخت معه ابتداء إلا فيها).

ش: أما كون الجد مع من ذكر كأخ منهم ؛ فلأنه يرث معهم في الجملة ؛ لأنه لا سبيل إلى إسقاطه بالإخوة والأخوات ، ولا بالعكس ؛ لاستوائهما في سبب الاستحقاق ؛ لأن كل واحد منهما يدلي بالأب : الجد ؛ لأنه أبوه . والأخ ؛ لأنه ابنه . وقربة البنوة لا تنقص عن قرابة الأبوة . بل ربما كانت أقوى ؛ لأن الأبوة ربما سقطت بالبنوة . وإذا لم يسقط بهم فلا أقل من أن لا يسقطوا به . وهو قول علي وابن مسعود وزيد وكذلك مثله علي رضي الله عنه بشجرة تنبت غصناً فانفرك منه غصنان كل منهما أقرب منه إلى أصل الشجرة ، ومثله زيد رضي الله عنه بواد خرج منه نهر انفرك منه جدولان كل واحد منهما إلى الآخر أقرب منه إلى الوادي.

(١) ساقط من الأصل.

(٢) سبق تخريجه ص: ٥٣٨.

(٣) أخرجه سعيد بن منصور في الفرائض، باب الجد ٤٤/١ ح ٣٨. والبيهقي في الفرائض، باب ميراث الجد ٢٤٤/٦

وأما كونه إذا نقصته المقاسمة من ثلث المال يفرض له ثلث المال فيأخذه، والباقي لهم للذكر مثل حظ الأنثيين ؛ فلأن زيد بن ثابت رضي الله عنه هكذا كان يصنع^(١) ، وقد قال رسول الله ﷺ: «أفرضكم زيد»^(٢). وقد يستوي الأمران .

والضابط: أن الإخوة والأخوات إن كانوا مثليه فالمقاسمة والثلث سببان وذلك في مسائل : جد وأخوات جد ، وأخ وأختان جد ، وأربع أخوات.

وإن كانوا دون مثليه فالمقاسمة خير له ، وذلك في مسائل : جد وأخ جد ، وأختان جد ، وأخ وأخت جد ، وثلاث أخوات جد وأخت . وإن كانوا فوق المثلين فالثلث خير له .

ووجهه: أن الجدة والأم إذا اجتمعا أخذ الجدة مثلي ما تأخذ الأم ؛ لأنها لا تأخذ إلا الثلث والإخوة لا يُنقصون الأم من السدس فوجب أن لا ينقصوا^(٣) الجدة من ضعف السدس، وهو قول مالك والشافعي.

وعنه: أن الجدة يسقط الإخوة كما يسقطهم الأب. اختارها أبو حفص العكبري والآجري، وبه قال أبو حنيفة ، وهو مذهب الصديق وعثمان وعائشة وابن عباس وابن الزبير ، وقاله المزني وابن سريج وابن اللبان ؛ لأنه أب بالنصوص السابقة.

قال ابن عباس: ألا يتقي الله زيد؟ يجعل ابن الابن ابناً ولا يجعل أب الأب أباً.

ولأنه أولى من الأخ ؛ لأن له إيلاداً، ولو ازدحمته الفروض سقط الأخ دونه.

لكن ما ذكره المصنف من كيفية إرثه معهم هو قول زيد، واعتمد عليه الإمام أحمد؛ لما روى أنس مرفوعاً قال: «أرحم أمي بأمي أبو بكر ، وأشدّها في دين الله عمر، وأصدقها حياء عثمان ، وأعلمها بالحلال والحرام معاذ ، وأقرؤها لكتاب الله أبيّ، وأعلمها بالفرائض زيد . ولكل أمّة أمين وأمين هذه الأمّة أبو عبيدة بن الجراح»^(٤) رواه

(١) أخرجه سعيد بن منصور في الفرائض ، باب الجد ٤٥/١ ح ٣٩.

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في الفرائض، باب الحث على تعليم الفرائض ٢٨/١ ح ٤. والحاكم في الفرائض ٤/ ٣٧٢ ح ٧٩٦٢.

(٣) في الأصل: ينقصون.

(٤) أخرجه الترمذي في المناقب، باب مناقب معاذ بن جبل... ٣٧٩١ ح ٦٦٥/٥. وابن ماجة في المقدمة، باب في فضائل أصحاب رسول الله ﷺ ٥٥/١ ح ١٥٤. وأحمد ١٨٤/٣ ح ١٢٩٢٧. والحاكم في معرفة الصحابة، ذكر مناقب زيد بن ثابت كاتب النبي ﷺ ٤٧٧/٣ ح ٥٧٨٤.

أحمد والنسائي والترمذي وصححه والحاكم وقال: على شرط الشيخين، وصحح جماعة إرساله .

ومع ذي الفرض له فرضه للنص وبعده ثم للجد الأخط من المقاسمة كأخ؛ لأنها له مع عدم الفروض، فكذا مع وجودها، أو ثلث ما بقي ؛ لأن ما أخذ بالفرض كأنه معدوم قد ذهب من المال فصار ثلث الباقي بمنزلة ثلث الجميع أو سدس الكل؛ لأنه يأخذه مع الولد الذي هو أقوى فمع غيره من باب أولى .

وضابطه: أنه متى زاد الإخوة عن اثنين أو من يعدلهم من الإناث فلا حظ له في المقاسمة ، وإن نقصوا عن ذلك فلا حظ له في ثلث الباقي ، ومتى زادت الفروض عن النصف فلا حظ له في ثلث الباقي، وإن نقصت على النصف فلا حظ له في السدس ، وإن كان الفرض النصف فقد استوى السدس وثلث الباقي ، وإن كان الإخوة اثنين والفرض النصف استوت الأحوال كلها، وإن لم يبق سوى السدس أخذه الجد ؛ لأنه عليه الصلاة والسلام أطعمه السدس . ولا ينقص عنه^(١) في قول العامة .

وحكى الشعبي عن ابن عباس أنه كأخ مطلقاً؛ فقال في سبعة إخوة وجد: الجد ثامنهم .

وسقط ولد الأب أي من الإخوة والأخوات كأُم وابنتين وجد وأخت وأخ، إلا في الأكدرية قيل: سميت به؛ لتكدير أصول زيد في الأشهر عنه ؛ لكونه لا يفرض للأخت مع الجد إلا فيها، ولا يعيل مسائل الجد وأعاليها، وأيضاً فإنه جمع سهام الفرض وقسمها على التعصيب .

وقيل: إن زيدا كدر على الأخت ميراثها فأعطاهما النصف ثم استرجعه منها .

وقيل: إن عبد الملك بن مروان سأل عنها رجلاً اسمه: أكدر، فأخطأ فيها .

وقيل: اسم المرأة الكدرة .

وقيل: اسم زوجها .

وقيل: اسم السائل .

وقيل: لتكدر أقوال الصحابة وكثرة اختلافهم.

وهي: زوج وأم وأخت وجد، فأصلها من ستة، وتعمل إلى تسعة، فعالت بمثل نصفها: فللزوج النصف، وللأم الثلث، وللجد السدس، وللأخت النصف، ثم تقسم نصف الأخت وسدس الجد على ثلاثة وهما أربعة بينهما على ثلاثة لا تصح ولا توافق، فتضربها في المسألة وعولها تكن سبعة وعشرين ومنها تصح، فكل من له شيء من أصل المسألة مضروب في ثلاثة: للزوج تسعة، وللأم ستة، يبقى اثنا عشر بين الجد والأخت للجد ثمانية، وللأخت أربعة ويعاين بها فيقال: أربعة ورثوا مال ميت، فأحدهم أخذ ثلثه، والثاني ثلث ما بقي، والثالث ثلث ما بقي، والرابع ما بقي. ونظمها بعضها فقال:

ما فرض أربعة توزع بينهم ميراث ميتهم بفرض واقع

فلواحد ثلث الجميع وثلث ما يبقى لثانيهم بحكم جامع

ولثالث من بعدهم ثلث الذي يبقى وما يبقى نصيب الرابع

وإن شئت قلت: أخذ أحدهم جزءاً من المال، وأخذ الثاني نصف ذلك الجزء، وأخذ الثالث نصف ذلك الجزئين، وأخذ الرابع نصف الأجزاء فإن الجد أخذ ثمانية، وللأخت أربعة، والأم ستة وهي نصف ما حصل لهما والزوج تسعة وهو نصف ما حصل لهم. ولا يعمل من مسائل الجد غيرها، ولا يفرض لأخت مع جد إلا فيها. هذا مذهب زيد.

وقيل: إنه لم يصرح وإنما أصحابه قاسوها على أصوله؛ لأنه لو لم يفرض لها لسقطت وليس في الفريضة من يسقطها.

ومذهب الصديق وموافقيه إسقاط الأخت، فيكون للزوج النصف، وللأم الثلث، والباقي للجد.

وقال عمر وابن مسعود: للزوج النصف وللأخت النصف وللجد السدس وللأم السدس فتعمل إلى ثمانية، وجعلوا للأم السدس لكيلا تفضل على الجد.

ومذهب علي كزيد، غير أن زيداً ضم نصف الأخت إلى سلس الجد، وقسمه بينهما أثلاثاً.

وإن لم يكن فيها زوج فللأم الثلث وما بقي بين الجد والأخت على ثلاثة، فأصلها

من ثلاثة: للأم واحد، يبقى اثنان على ثلاثة لا تصح، فتضربها في أصل المسألة فتصح من تسعة . هذا قول زيد وواقفه الأكثر .

وتسمى الخرقاء ؛ لكثرة اختلاف الصحابة فيها كأن الأقوال خرقتها لكثرتها .
وتسمى المسبعة ؛ لأن فيها سبعة أقوال . والمسدسة ؛ لأن أقوال الصحابة ترجع فيها إلى ستة . والمثلثة ؛ لأن عثمان ومن واقفه جعل للأم الثلث والباقي بين الجد والأخت نصفان . ويقال لها العثمانية والمربعة؛ لأن ابن مسعود في إحدى الروايتين عنه جعلها من اثنين . وتصح من أربعة: للأخت النصف والباقي بينهما نصفين .

والرواية الثانية عنه كقول عمر، وهو أنه جعلها من ستة ، للأخت ثلاثة: وللأم سهم، ويعبر عنه بثلاث ما بقي ولا يعبر عنه بالسدس تأدياً وللجد سهمان .
والمخمسة ؛ لأنه اختلف فيها خمسة من الصحابة ، عثمان وعلي وابن مسعود وزيد وابن عباس على خمسة أقوال . وكان الشعبي لا يثبت الرواية عن غير هؤلاء .
والشعبية والحجاجية ؛ لأن الحجاج امتحن فيها الشعبي فأصاب فعفى عنه .
فإن عدم الجد سميت المباهلة ؛ لقول ابن عباس: « من باهلي باهله . إن الله تعالى لم يجعل في مال واحد نصفاً ونصفاً وثلاً »^(١) .

قال: (وولد الأب إذا انفردوا معه كولد الأبوين . فإن اجتمعوا فمقاسموه أخذ عصبة ولد الأبوين ما بيد ولد الأب، وأنتلهم فقط تمام فرضها، وما بقي لولد الأب).

ش: أما كون ولد الأب كولد الأبوين في مقاسمة الجد إذا انفردوا ؛ فلأنه حكم ميراثهم في غير هذا الموضع . فكذا في هذا .

ولأنهم يشاركونهم في بنوة الأب التي ساووا بها الجد، فإذا اجتمعوا فمقاسموه أخذ عصبة ولد الأبوين ما بيد ولد الأب ؛ لأن الجد والد، فإذا حجبه أخوان وارثان جاز أن يحجبه أخ وارث وأخ غير وارث كالأم .

ولأن ولد الأب يحجبونه إذا انفردوا فيحجبونه مع غيرهم كالأم .
ويفارق ولد الأم فإن الجد يحجبهم، فلا ينبغي أن يحجبه، بخلاف ولد الأب، فإن

(١) ذكره الدمشقي في تحفة الطالب ١/٤٦١ .

الجد لا يحجبهم .

وأما الأخ من الأبوين فإنه أقوى تعصياً من الأخ للأب، فلا يرث معه شيئاً، كما لو انفردوا عن الجد . فيأخذ ميراثه كما لو اجتمع ابن وابن ابن، لا يقال: الجد يحجب ولد الأم ولا يأخذ شيئاً . إنه هو والإخوة يحجبون الأم ولم يأخذوا ميراثها ؛ لأن الجد وولد الأم سبب استحقاقهم في الميراث مختلف، وكذلك سائر من يحجب ولا يأخذ ميراث المحجوب . وهاهنا سبب استحقاق الإخوة الميراث الأخوة والعصوبة فأيهما قوي حجب الآخر وأخذ ميراثه .

والمقاسمة إنما تكون إذا احتيج إليها . فلو استغنى عنها فلا مقاسمة؛ كجد وأخوين من أبوين وأخ من أب . إلا أن يكون ولد الأبوين أنثى فقط، فتأخذ تمام فرضها وهو النصف ؛ لأن فرضها لا يزيد على نصف، وما بقي لولد الأب ؛ لأنه إنما يؤخذ منه لكون ولد الأبوين أولى، وقد زالت أولويته باستكمال حقه . ولا يتفق هذا في مسألة فيها فرض غير السدس ؛ لأن أدنى ما يأخذ الجد الثلث من الباقي، والأخت النصف والباقي بعدها هو السدس، ولا يلزم أن يفضل لهم شيء لمسألة فيها أم وجد وأخت لأبوين وأخ وأخت لأب . فإذا كان جد وأخت من أبوين وأخت من أب فالمال بينهم على أربعة؛ لأن المقاسمة خير له، فيجعل كأختين للجد سهمان ولكل أخت سهم، ثم رجعت الأخت من الأبوين فأخذت ما في يد أختها كله لتستكمل النصف .

وإن كان معهم أخ من أب فللجد الثلث ؛ لأنه أحظ له وللأخت النصف ؛ لأنها أخت لأبوين يبقى للأخ وأخته السدس فأصلها من ستة على ستة المعصوبة فتصح من ثمانية عشر للأخت تسعة وللجد ستة . ويستوي هنا المقاسمة وثلث جميع المال، وللأخ سهمان وأخته سهم .

فإن كان معهم أم فلها السدس ؛ لأن ذلك فرضها مع الإخوة، وللجد ثلث الباقي ؛ لأنه أحظ له . قال ابن منجى: فيه نظر ؛ لأنه يستوي له المقاسمة وثلث الباقي، وللأخت النصف ؛ لأنه فرضها والباقي لهم لولد الأب ؛ لأنهم عصبة . فتضرب ثلاثة في ثمانية عشر وتصح من أربعة وخمسين . وإن قاسم الإخوة أعطيت الأم السدس يبقى خمسة مقسومة على الجد والأخ والأختين على ستة فتضربها في أصل المسألة تكن ستة وثلاثين، للأم

سنة وللجد عشرة والأخت من الأبوين ثمانية عشر يبقى سهمان على الأخ من الأب وأخته لا تصح فاضرب ثلاثة في ستة وثلاثين تكن مائة وثمانية وترجع بالاختصار إلى نصفها أربعة وخمسين ؛ لأنها تتفق وتسمى مختصرة زيد .

فإن كان معهم أخ آخر فللأم السلس ثلاثة، وللجد ثلث الباقي خمسة، وللأخت من الأبوين النصف تسعة، يبقى سهم لأولاد الأب، على خمسة لا تصح عليهم، فاضربها في ثمانية عشر صحت من تسعين، فكل من له شيء من ثمانية عشر مضروب في خمسة، وتسمى تسعينية زيد .

وهذا التفريع كله على مذهب زيد ؛ لأنه يورث الإخوة مع الجد . وقد نص الإمام أحمد على بعض ذلك وعلى معناه تبعاً له.

مسائل:

أم وأختان وجد : المقاسمة خير له، يبقى خمسة على أربعة، وتصح من أربعة وعشرين .

بنت وأخ وجد : للبننت النصف ، والباقي بينهما نصفين . فإن كان معهما أخته فالباقي بينهم على خمسة .

بنتان أو أكثر أو بنت وبنت ابن وأخت وجد : للبننتين الثلثان ، والباقي بينهما على ثلاثة . وتصح من تسعة . فإن كان مكانها أخ فالباقي بينهما نصفين ، وتصح من ستة ، وإن كان أختان صحت من اثني عشر . ويستوي السلس والمقاسمة .

زوجة وبنت وأخت وجد : الباقي بين الأخت والجد على ثلاثة . وتصح من ثمانية . فإن كان مكان الأخت أخ أو أختان فالباقي بينهم ، وتصح مع الأخ من ستة عشر ومع الأختين من اثنين وثلاثين . وإن زادوا فرض للجد السلس فانتقلت إلى أربعة وعشرين ، ثم تصح على المنكسر عليهم . وإن كان مع الزوجة ابنتان أو أكثر أو بنت وبنت ابن وأم وجد فرضت للجد السلس يبقى للإخوة والأخوات سهم وتصح من أربعة وعشرين .

فصل [ميراث الأم]

قال: (وللأم السدس مع وجود ولد أو ولد ابن أو اثنين من إخوة أو أخوات، والثلث مع عدمهم، والسدس مع زوج وأبوين، والربع مع زوجة وأبوين، وللأب مثلهما).

ش: أما كون الأم لها السدس مع وجود ولد أو ولد ابن ؛ فلقوله تعالى: {ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد} [النساء: ١١] .
وولد الولد ولد حقيقة أو مجازاً .

قال الماوردي: انعقد الإجماع في ولد الولد ولم يخالف فيه إلا بجاهد .
أو اثنين من إخوة أو أخوات ؛ فلأن الله تعالى قال: {فإن كان له إخوة فلأمه السدس} [النساء: ١١] إذا كانوا كاملي الحرية ، وهذا قول الجمهور .
وقال ابن عباس: لا يحجب الأم عن الثلث إلى السدس إلا ثلثه . وحكي عن معاذ ؛ لقوله تعالى: {فإن كان له إخوة فلأمه السدس} وأقل الجمع ثلاثة .
وجوابه بأن الجمع قد يعبر به عن الاثنين .

قال الزمخشري: لفظ الإخوة هنا يتناول الأخوين ؛ لأن المقصود الجمعية المطلقة من غير كمية .

وفي صحيح الحاكم وقال صحيح الإسناد : «أن ابن عباس احتج على عثمان وقال: كيف تردها إلى السدس بالأخوين ليسا بإخوة فقال عثمان: لا أستطيع أن أرد شيئاً كان قبلي ومضى في البلدان وتوارث الناس به»^(١) .

فهذا يدل على الإجماع قبل مخالفة ابن عباس .
وروي أنه قال: حجبتها قومك يا غلام .

ولأنه حجب يتعلق بعدد فكان الاثنان أوله ؛ كحجب البنات لبنات الابن .
يؤيده قوله تعالى: {وإن كانوا إخوة رجالاً ونساء... الآية} [النساء: ١٧٦] . وهذا الحكم ثابت في أخ وأخت . وقد أكد ذلك فإن جماعة من أهل اللغة جعلوا الاثنين جمعاً

(١) أخرجه الحاكم في الفرائض ٣٧٢/٤ ح ٧٩٦٠ .

حقيقة .

وقد أغرب الحسن البصري فقال: لا يحجبها إلا ثلاثة إخوة ذكور وعنده: لا فرق في حجبتها بين الذكر والأنثى، ولو كانا غير وارثين لسقوطهما بالأب لا بمانع قام بهما. وأما كون لها الثلث مع عدم من تقدم ذكره ؛ فلأن الله تعالى قال: {فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث} [النساء: ١١] .

وأما كونها لها السدس مع زوج وأبوين، والرابع مع زوجة وأبوين؛ فلأن عمر رضي الله عنه قضى فيهما لها بثلث ما بقي بعد فرض أحد الزوجين . وتابعه عثمان وابن مسعود وزيد بن ثابت. وروي عن علي وقاله الحسن والثوري . وهاتان المسألتان تسمى العمريتين.

وقال ابن عباس: لها ثلث المال كله فيهما ؛ لأن الله فرض لها الثلث عند عدم الولد والإخوة ، ويروى عن علي .

قال الإمام أحمد: وهو ظاهر القرآن . واختاره ابن اللبان وقاله ابن سريج في زوج وأبوين. وفصل ابن سيرين فقال كقول الجماعة في زوج وأبوين وكقول ابن عباس في امرأة وأبوين ، وقاله أبو ثور ؛ لأننا لو فرضنا لها ثلث المال في الأولى لفضلناها على الأب وهو ممتنع. وفي مسألة الزوجة لا ينافي ذلك .

قال الموفق: والحجة مع ابن عباس لولا انعقاد الإجماع من الصحابة على خلافه ؛ لأن الفريضة إذا جمعت أبوين وذا فرض كان للأم ثلث الباقي، كما لو كان معهما بنت ويخالف الأب الجد ؛ لأن الأب في درجتها والجد أعلا منها .

ولأن ميراثها هو ما سوى ميراث الزوجين، فلم يجوز أن يزداد على ثلث ما ورثه الأبوان .

ولأن ما يأخذه أحد الزوجين إنما يأخذه بالسبب، وما يوجد بالسبب كالطارئ على التركة، فإذا الباقي بعده يكون بين الأبوين.

فعلى هذا: المسألة الأولى من اثنين وتصح من ستة، والثانية تصح من أربعة.

وإنما عبر المصنف السدس في الأولى والرابع في الثانية اعتباراً بالحاصل وغيره عبر بثلث الباقي محافظة على الأدب في موافقة القرآن . وحال رابع لم يذكره المصنف هنا

وإنما ذكره في آخر باب العصابات. ويأتي الكلام عليه إن شاء الله تعالى في محله.

فصل في الجدات

قال: (ترث أم الأم وأم الأب وأم أبي الأب وأمهاتهن السدس، وإلحداهن السدس، فإن تحاذين فلهن ومن قربت فلها).

ش: أما كون الجدات ترث أم الأم.. إلى آخره ؛ فلما روى قبيصة بن ذؤيب قال: «جاءت الجدة إلى أبي بكر رضي الله عنه تطلب ميراثها . فقال: ما لك في كتاب الله شيء وما علمت في سنة رسول الله ﷺ من شيء. فارجعي حتى أسأل الناس . فسأل الناس فقال المغيرة بن شعبة: حضرت رسول الله ﷺ وأعطاهما السدس . فقال: هل معك غيرك؟ فقام محمد بن مسلمة الأنصاري فشهد مثله فأنفذه لها. ثم جاءت الثانية إلى عمر بن الخطاب فسأله ميراثها فقال: ما لك في كتاب الله شيء لكن هو ذاك السدس فإذا اجتمعتما فهو بينكما وأيكما خلت به فهو لها»^(١). رواه الخمسة إلا النسائي وصححه الترمذي .

وعلم منه أنهن لا يزدن على السدس فرضاً ؛ لما روى سعيد ثنا هشيم عن يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد قال: «جاءت الجدتان^(٢) إلى أبي بكر . فأعطى أم الأم دون الأب . فقال له عبدالرحمن بن سهل وكان شهد بديراً: يا خليفة رسول الله أعطيت التي إن ماتت لم يرثها ، ومنعت التي لو ماتت ورثها . فجعل أبو بكر السدس بينهما»^(٣).

وهذا إجماع . وشرطه إذا تحاذين ؛ لأنه إذا كان فيهن أقرب كان الميراث لها. ولا خلاف في توريث جدتين أم الأم وأم الأب، وكذا إن علتا وكانتا في القرب سواء ؛ كأُم أم أم وأم أب ومن قربت فلها الميراث دونهن ، سواء كانا من جهة واحدة فهو للقربى إجماعاً ، وكذا إن كانتا من جهتين والقربى من جهة الأم فبالاتفاق أن الميراث لها دون

(١) أخرجه أبو داود في الفرائض ، باب في الجدة ١٢١/٣ ح ٢٨٩٤ . والترمذي في الفرائض ، باب ما جاء في ميراث الجدة ٤٢٠/٤ ح ٢١٠١ . وابن ماجه في الفرائض ، باب ميراث الجدة ٩٠٩/٢ ح ٢٧٢٤ .

(٢) في الأصل: الجدة.

(٣) أخرجه مالك في الفرائض ، باب ميراث الجدة ٤٠٧/٢ ح ٥٥.

البعدي، أو الأقرب يحجب الأبعد كالأبناء والأبناء . وظاهره: أن القريب من جهة الأب تحجب البعدي من جهة الأم وهو أشهر الروايتين ونصره في المغني والشرح وغيرهما وهو قول أهل العراق .

وعنه: أن القريب من جهة الأب لا تحجب البعدي من جهة الأم بل تشاركها . وبه قطع القاضي في جماعة وصححه ابن عقيل وهي المنصوصة، حتى أن القاضي في الروايتين لم يحك الأولى إلا عن الخرقى ؛ لأن الأب التي تدلي به الجدة من قبل الأم فالتى تدلي به أولى أن لا يحجبها ، وبهذا فارقت القريب من قبل الأم فإنها تدلي بالأم وهي تحجب جميع الجدات .

وأحيب بأن قولهم: الأب لا يسقطها ؟ قلنا : لأنهن لا يرثن ميراثه، وإنما يرثن ميراث الأمهات، لكونهن أمهات، ولذلك أسقطتهن الأم .
أم أم وأم أم أب الميراث للأولى بلا نزاع. أم أم وأم أم أم الميراث للأولى على الأولى وعلى الثانية هو مشترك بينهما.

ولا يرث أكثر من ثلاث جدات. قاله الإمام أحمد من غير زيادة .

روي عن علي وابن مسعود وزيد ؛ لما روى سعيد عن سفيان بن عيينة عن منصور عن إبراهيم «أن النبي ﷺ ورث ثلاث جدات: ثنتين من قبل الأب وواحدة من قبل الأم»^(١) . وأخرجه أبو عبيد والدارقطني .

وأشار إليهم المصنف بقوله: «ترث أم الأم وأم الأب وأم أبي الأب» . يؤيده: ما روى سعيد بإسناده عن إبراهيم قال: «كانوا يرثون من الجدات ثلاثاً ثنتين من قبل الأب وواحدة من قبل الأم»^(٢) .

وقال جماعة من العلماء : لا يرث أكثر من جدتين ، وحكاها الزهري عن العلماء . وعن ابن عباس أنه ورث الجدات وإن كثرن إذا كن في درجة واحدة، إلا من أدلت بأب غير وارث كأم أبي الأم .

قال ابن سراقه: وبهذا قال عامة الصحابة، وهو رواية المزني عن الشافعي، ويحتمله

(١) أخرجه سعيد بن منصور في الفرائض، باب الجدات ٥٤/١ ح ٧٩. والدارقطني في الفرائض ٩١/٤ ح ٧٦.

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في الفرائض، باب الجدات ٥٧/١ ح ٩٤.

كلام الخرقى. فعلى ما ذكره الموفق في المغني وإن علون الأمومة وقيل: وأبوة ، فأما أم أبي الأم وأم أبي الجد فلا ميراث لهما وكذا كل جدة تدلي بغير وارث وهذا إجماع إلا ما حكى عن ابن عباس وجابر بن زيد ومجاهد وابن سيرين فإنهم قالوا بإرثه وهو قول شاذ . قاله شيخنا ؛ لأنها تدلي بغير وارث فلم ترث كالأجانب .

ولأنهما من ذوي الأرحام .

والمراد نفي ميراث الجدة المستحقة بنفسها لا بسبب آخر والجندات المتحاذيات المتساويات في الدرجة بحيث لا يكون واحدة أعلا من الأخرى ولا أنزل منها ؛ لأن الجندات إنما يرثن كلهن إذا كن في درجة واحدة . فمتى كان بعضهن أقرب كان الميراث لها ثم مثل المتحاذيات أم أم أم ، وأم أم أب ، وأم أبي أب فهم متساوون في الدرجة وهو متصور في الثلاث . وأما في الأربع فأم أم أم ، وأم أم أم أب ، وأم أم أبي أب ، وأم أبي أبي أب . وفي الخامسة خمسا وفي السادسة ستا فإذا أردت تنزيل الجندات الوارثات وغيرهن فاعلم أن للميت في الدرجة الأولى جدتين [أم أمه و^(١) أم أبيه وفي الثانية أربع ؛ لأن لكل واحدة من أبويه جدتين فهما أربع بالنسبة إليه ، وفي الثالثة ثمان ؛ لأن لكل واحدة من أبويه أربعاً على هذا الوجه ويكون لوالدهما ثمان . وعلى هذا كلما علون تضاعف عددهن، وهذا ظاهر الخرقى، مع أن قوله: وإن كثرن يحتمل لا يزيد فرضهن على السدس.

قال: (وترث أم الأب والجد معهما كالأعم).

ش: أما كون أم الأب ترث كما ذكر؛ فلما روى ابن مسعود رضي الله عنه قال: «أول جدة أطعمها رسول الله ﷺ السدس: أم أب مع ابنها وابنها حي»^(٢). رواه الترمذي.

وهذا إحدى الروايتين في ظاهر المذهب ، وهو قول عمر وابن مسعود وأبي موسى وعمران بن حصين .

ولأن الجندات أمهات يرثن ميراث الأم لا ميراث الأب . فلا يحجبن به ؛ كأمهات .

(١) زيادة من المبدع ١٣٥/٦.

(٢) أخرجه الترمذي في الفرائض، باب ما جاء في ميراث الجدة مع ابنها ٤٢١/٤ ح ٢١٠٢.

الأم.

وعنه: لا ترث بل هي محجوبة بابنها ، وهي قول زيد ؛ لأنها تدلي به فلا ترث معه كالجدة مع الأب وأم الأم مع الأم .

وهذا الخلاف فيما إذا كانت أم الأب أو الجد ، أما لو كان ابنها عمًا للميت أو عم أب فلا خلاف في توريثها . قاله ابن عقيل وتبعه في الشرح ؛ لأنها لا تدلي به .

مسائل:

أم أب وأب لها السدس على الأولى والباقي له ، وعلى الثانية الكل له .

أم أب وأم أم وأب فعلى الأولى السدس بينهما ، وعلى الثانية هو لأم الأم ، وقيل: نصفه معادة والباقي له .

أم أب وأم أم أم وأب السدس لأم الأب ، ومن حجب الجدة بابنها أسقط أم الأب ، ثم اختلف القائلون بذلك فقيل: السدس كله لأم أم الأم ؛ لأن التي كانت تحجبها أو تراحمها قد سقط حكمها فصارت كالمعدومة ، وقيل: بل لها نصف السدس ، وقيل: لا شيء لها ؛ لأنها تحجب أم الأب ثم انحجبت أم الأب بالأب فصار المال كله للأب .

قال: (وترث الجدة بقرايتين . فلو تزوج بنت خالته فجذته أم أم أم ولدهما وأم أم أبيه وبنت عمته جذته أم أم أم وأم أبي أبيه).

ش: أما كون الجدة ترث بما ذكر ؛ فلأن الجدة شخص ذات قرابتين ترث بكل واحدة منهما منفردة . فوجب أن ترث بكل واحدة منهما إذا اجتمعا ؛ كابن العم إذا كان أختاً لأم أو زوجاً .

وقال بعض العلماء: السدس بينهما نصفان ؛ لأن القرابتين إذا كانتا من جهة واحدة لم يرث بهما جميعاً كالأخ من الأب والأم .

وجوابه: الفرق فإن الأخ من الأبوين يرجح بقربته على الأخ من الأب .

فصل [من يستحق النصف]

قال: (والنصف فرض بنت صلب وحدها ثم لبنت ابن وحدها ثم لأخت لأبوين أو لأب وحدها).

ش: أما كون البنت الواحدة لها النصف ؛ فلأن الله تعالى قال: {وإن كانت واحدةً فلها النصف} [النساء: ١١].

وأما كون بنت الابن الواحدة لها النصف ؛ فلأن بنت الابن بنته ، كما أن ابن الابن ابنه ، ولدخوله في المنصوص .

وأما كون الأخت للأبوين أو لأب الواحدة لها النصف ؛ فلقله تعالى: {وله أخت فلها نصف ما^(١) ترك وهو يرثها إن لم يكن لها ولد} [النساء: ١٧٦].

قال: (والثلاثان لثنتين فأزيد فلمن الثلاثان ؛ فلقله تعالى: {فإن كنّ نساءً فوق اثنتين

فلهن ثلثا ما ترك} [النساء: ١١] . وهو إجماع إلا رواية شذت عن ابن عباس أن الاثنتين فرضهما النصف أخذاً بالمفهوم .

والآية ظاهرة الدلالة على ما زاد على البنتين.

ووجه دلالتها عليهما: أن الآية وردت على سبب خاص . وهو ما رواه جابر قال: «جاءت امرأة سعد بن الربيع بابنتيها إلى رسول الله ﷺ . فقالت: هاتان ابنتا سعد قُتل أبوهما معك يوم أحد . وابن عمهما أخذ مالهما فلم يدع لهما شيئاً من مال . قال: يقضي الله في ذلك . فنزلت آية الميراث . فدعى النبي ﷺ ابن عمهما فقال: أعط ابنتي سعد الثلاثين وأعط أمهما الثمن وما بقي فهو لك»^(٢) . رواه أبو داود وصححه الترمذي والحاكم .

(١) في الأصل: فإن كان له أخت فلها النصف مما .

(٢) أخرجه أبو داود في الفرائض، باب ما جاء في ميراث الصلب ٣/١٢٠ ح ٢٨٩١ . والترمذي في الفرائض، باب ما جاء في ميراث البنات ٤/٤١٤ ح ٢٠٩٢ . وأحمد ٣/٣٥٢ ح ١٤٨٤٠ . والحاكم في الفرائض ٤/٣٧٠ ح ٧٩٥٤ .

ووقع في المغني والشرح أنه قال لأخي سعد .

فدلت الآية على فرض ما زاد على الاثنتين . ودلت السنة على فرض الابنتين . فهذا من السنة بياناً ونسخاً لما كان عليه أمر الجاهلية من توريث الذكور دون الإناث .
وفوق في الآية الكريمة ادعي زيادتها كقوله تعالى: {فاضربوا فوق الأعناق} [الأنفال: ١٢] أي: اضربوا الأعناق .

ورده ابن عطية وجماعة؛ إذ الأسماء لا تجوز زيادتها لغير معنى . وفوق في قوله تعالى: {فاضربوا فوق الأعناق} [الأنفال: ١٢] غير زائدة ؛ لأن الضرب يكون في أعلى العنق في المفصل .

وقيل: المعنى اثنتين فما فوق .

ولأن الأخوات أضعف من البنات . وقد جعل للأختين الثلثين نصاً مع بُعد الدرجة . فللبنتين الثلثان مع قرب الدرجة من باب أولى .
واختلف فيما ثبت به فرض الابنتين . فقيل: بالقرآن ؛ لأنه تعالى ذكر حكم البنت وحكم الثلاث بنات دون حكم البنتين ، وذكر حكم الأخت والأختين دون ما زاد فوجب حمل كل من الآيتين على الأخرى لظهور المعنى .
ورد بأن ذلك لا يخرج عن القياس .

وقيل: بالسنة ، وقيل: بالبينة ، وقيل: بالإجماع ، وقيل: بالقياس .

وما روي عن ابن عباس رجحه ابن حزم في بعض كتبه . لكن قال الشريف الأموي صح عن ابن عباس رجوعه عن ذلك . وصار إجماعاً . إذ الإجماع بعد الاختلاف حجة .

ومما يؤكد أن للبنتين الثلثين أن الله تعالى قال: {للمذكر مثل حظ الأنثيين} [النساء: ١١] . وهو لو كان مع واحدة فكان حظها الثلث فأولى وأحرى أن يجب لها مع أختها .

قال: (والسدس لبنت ابن أو أزيد مع بنت صلب، ولأخت فأزيد لأب مع أخت لأبوين مع عدم معصب فيهما).

أما كون السدس لبنت ابن أو أزيد مع بنت صلب مع عدم معصب ؛ فلأن فرض البنات وإن كثرت الثلثين : أخذت البنت النصف؛ لأنه مفروض لها، والاسم يتناولها

حقيقة فبقي البقية تمام الثلثين.

و « لأن النبي ﷺ أعطى بنت الابن مع البنت السدس »^(١).

وأما كون السدس لأخت فأزيد لأب مع أخت لأبوين مع عدم معصب؛ فلأن للأخت من الأبوين النصف وللأخت من الأب أو الأخوات لهن السدس تكملة الثلثين. وأما كون المعصب إذا كان في المسألتين يعصبهن فيما بقي للذكر مثل حظ الأنثيين؛ فلقوله تعالى: {وإن كانوا إخوة رجالاً ونساءً فللذكر مثل حظ الأنثيين} [النساء: ١٧٦] شملهم.

قال: (فإن استكمل الثلثين بنات الصلب أو بنات ابن أو هما سقط من دونهن إن لم يعصبهن ذكر يازاتهن أو أنزل من بني الابن وكذا الأخوات من الأب مع أخوات للأبوين إن لم يعصبهن أخوهن).

ش: أما كونه إذا استكمل بنات الصلب أو بنات الابن أو هما الثلثين سقط من دونهن؛ فلأن الله تعالى لم يفرض للأولاد إذا كانوا نساء إلا الثلثين، قليلات كن أو كثيرات، وهؤلاء لم يخرجن عن كونهن نساء من الأولاد وقد ذهب الثلثان والمشاركة ممتنعة؛ لأنهن دون درجتهم، وهذا بالإجماع إن لم يعصبهن ذكر يازاتهن؛ كأخيهن أو ابن عمهن أو أنزل من بني الابن فيعصبهن فيما بقي للذكر مثل الأنثيين، وهذا قول علي وزيد وسائر الفقهاء غير ابن مسعود ومن وافقه فإنه خالف الصحابة في ستة مسائل، إحداهن: جعل الباقي للذكر دون أخواته وقاله أبو ثور؛ لأن النساء لا يرثن أكثر من الثلثين، بدليل ما لو انفردن.

وجوابه: بأنه دخلن في عموم قوله تعالى: {يوصيكم الله في أولادكم} [النساء: ١١]

بدليل تناول اللفظ لهن لو لم يكن بنات، وعدم البنات لا يوجب لهن هذا الاسم. ولأن كل ذكر وأنثى يقتسمون المال إذا لم يكن معهم ذو فرض يجب أن يقتسما الفاضل عنه؛ كأولاد الصلب والإخوة مع الأخوات.

وأما كون الأخوات من الأب مع الأخوات للأبوين إن لم يعصبهن أخوهن كبنات

(١) أخرجه ابن أبي شيبه في الفرائض، في ابنة وأخت وابنت ابن ٢٤٥/٦ ح ٣١٠٦٩.

الابن مع البنات كذلك.

فعلى هذا للأخت للأبوين النصف، وأخت أو أخوات من أب لهن السلس تكملة الثلثين .

فإن استكمل الأخوات لأبوين الثلثين سقط الأخوات من الأب ؛ لأنه لم يبق من فرض الأخوات شيء، إلا أنه لا يعصبن إلا أخوهن للذكر مثل حظ الأنثيين خلافاً لابن مسعود وأتباعه فقال: إذا استكمل الأخوات من الأبوين الثلثين فالباقى للذكر من ولد الأب دون الإناث، وجعل للإناث من ولد الأب الأضر بهن من المقاسمة^(١) أو السلس والباقي للذكر، كما فعل في ولد الابن مع البنات وهذا لا يعصبها إلا أخوها . فلو استكمل الأخوات من الأبوين الثلثين وثم أخوات لأب وابن أخ لهن لم يكن للأخوات شيء وكان الباقي لابن الأخ بخلاف ما سبق فإن ابن الابن ابن وإن نزل وابن الأخ ليس بأخ .

قال: (والأخت فأزيد بالتعصيب ما فضل عن فرض البنت فأزيد وللذكر أو الأنثى من ولد الأم السلس وللثلاثين فأزيد الثلث بينهم بالسوية).

ش: أما كون الأخت فأزيد مع البنت أو أزيد ترث بالتعصيب ما فضل عن فرض البنت ؛ فـ « لأن ابن مسعود قال في بنت وبنت ابن وأخت: لأقضي فيها بقضاء رسول الله ﷺ : للبنت النصف ولبنت الابن السلس ، وما بقي فلأخت »^(٢). رواه البخاري وغيره.

وهذا قول عامة الفقهاء .

وقال ابن عباس: لا شيء للأخوات . وقال في بنت وأخت: للبنت النصف ولا شيء للأخت فقليل له: إن عمر رضي الله عنه قضى بخلاف ذلك فقال ابن عباس: أتم أعلم أم الله؟ يريد قوله تعالى: {إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت} فلها نصف ما

(١) في الأصل: المقاسمة.

(٢) أخرجه البخاري في الفرائض، باب ميراث ابنة ابن مع ابنة ٢٤٧٧/٦ ح ٦٣٥٥ . وأبو داود في الفرائض، باب ما جاء في ميراث الصلب ١٢٠/٣ ح ٢٨٩٠ . والترمذي في الفرائض، باب ما جاء في ميراث ابنة الابن مع ابنة الصلب ٤١٥/٤ ح ٢٠٩٣ . وابن ماجه في الفرائض، باب فرائض الصلب ٩٠/٢ ح ٢٧٢١ .

ترك} [النساء: ١٧٦] . فجعل لها النصف مع عدم الولد.

وهذا لا يدل على ما ذهب إليه، بل يدل على أن الأخت لا يفرض لها النصف مع الولد، ونحن نقول به، وإنما تأخذه بالتعصيب كالأخ، وليست لهن معهن فريضة مسماة .
وقد وافق ابن عباس على ثبوت ميراث الأخ مع الولد مع قوله تعالى: {وهو يرثها إن لم يكن لها ولد} [النساء: ١٧٦] ، وعلى قياس قوله ينبغي أن يسقط الأخ لاشتراطه في توريثها منها عدم الولد، وهو خلاف الإجماع، والمبين لكلام الله تعالى رسوله ﷺ ، وقد جعل للأخت مع البنت وبنت الابن الباقي عن فرضها وهو الثلث.

وأما كون للذكر أو الأنثى من ولد الأم السدس بغير خلاف ؛ فلقوله تعالى: {وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس} [النساء: ١٢] . والمراد به ولد الأم بالإجماع .

وفي قراءة عبد الله وسعد: وله أخ أو أخت من أم.
وللاتنين فأزيد الثلث ؛ لقوله تعالى: {فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث} [النساء: ١٢] بينهم بالسوية ، إذ الشركة من غير تفضيل تقتضي التسوية بينهم ؛ كما لو وصى أو أقر لهم.

قال شيخنا: ولا نعلم فيه خلافاً إلا رواية شذت عن ابن عباس أنه فضل الذكر على الأنثى ؛ لقوله تعالى: {وإن كانوا إخوة رجالاً ونساء... الآية} [النساء: ١٧٦].
وجوابه : بأن المراد بها ولد الأبوين أو الأب .

قال في المغني والشرح: وهذا مجمع عليه ولا عبرة بقول شاذ.
تنبيه: الكلالة: اسم للورثة ما عدا الوالدين والمولودين . نص عليه . روي عن الصديق، وقاله زيد وابن عباس وجابر بن زيد وأهل المدينة والبصرة والكوفة .
واحتجوا بقول الفرزدق في بني أمية:

ورثتم قناة المجد لا عن كلالة عن ابني مناف عبد شمس وهاشم
واشتقاقه من الإكليل الذي يحيط بالرأس ولا يعلو عليه . فكأن الورثة ما عدا الوالد

والولد قد أحاطوا^(١) بالميت من حوله لا من طرفيه^(٢) أعلاه وأسفله كإحاطة الإكليل بالرأس . فأما الولد والوالد فهما طرفا الرجل فإذا ذهب كان بقية النسب كلاله .

وقالت طائفة: الكلالة الميت نفسه الذي لا ولد له ولا والد .

وقيل: الكلالة قرابة الأم .

وروي عن الزهري أنه قال: الميت الذي لا ولد له ولا والد كلاله . وسمي وارثه كلاله .

ولا خلاف أن اسم الكلالة يقع على الإخوة من الجهات كلها .

فصل [في الحجب]

قال: (تسقط الأجداد بالأب والأبعد بالأقرب).

ش: الحجب: مأخوذ من الحجاب، وهو المنع من الميراث بوجود وارث أقرب منه، يمنعه من كل الميراث أو بعضه.

ومنه: سمي حاجب السلطان ؛ لأنه يمنع من أراد الدخول إليه .

وهو ضربان:

حجب نقصان ؛ كحجب الزوج من النصف إلى الربع بالولد ، والزوجة من الربع إلى الثمن به ، والأم من الثلث إلى السدس.

وحجب حرمان . وهو: أن يسقط الشخص غيره بالكلية . وهو المراد هنا.

تسقط الأجداد بالأب . حكاه ابن المنذر إجماع الصحابة ومن بعدهم ؛ لأنه يدلّ به . ومن أدلى بشخص لا يرث مع وجوده إلا ولد الأم.

وأما كون الأبعد يسقط بالأقرب ؛ فلأنه يدلّ به . فهو كإسقاط الجد بالأب .

قال: (والجدات بالأم).

ش: أما كون الجدات تسقط بالأم ؛ فلأنهن يرثن ميراثها . سواء كن من جهة الأب

(١) في الأصل: أحاط . وانظر المغني ٥/٧ .

(٢) في الأصل: طرفه . وانظر المغني ، الموضع السابق .

أو الأم بلا خلاف . حكاها ابن المنذر والماوردي .

ولأن الجندات يرثن بالولادة، فكانت الأم أولى منهن ؛ لمباشرتها الولادة.

قال: (وولد الأبوين بابن وابن ابن وأب. وولد الأب بهم وبأخ لأبوين).

ش: أما كون ولد الأبوين يسقط بهؤلاء الثلاثة . حكاها ابن المنذر إجماعاً؛ فلأن الله تعالى جعل إرثهم في الكلالة ، وهو اسم لما عدا الولد والوالد .

ويسقط ولد الأب بهؤلاء الثلاثة؛ لأنهم إذا حجبوا الشقيق فهو أولى .

وبالأخ من الأبوين ؛ لقوته بزيادة القرب . عن علي «أن النبي ﷺ قضى بالدين قبل الوصية ، وأن أعيان بني الأم يتوارثون دون بني العلات يرث الرجل أخاه لأبيه وأمه دون أخيه لأبيه»^(١). رواه الإمام أحمد والترمذي من رواية الحارث عن علي .

وعن الإمام أحمد: يسقط ولد الأبوين والأب بجدة.

قال في الفروع: وهو أظهر واختاره شيخنا. قال: وهو قول طائفة من أصحاب أحمد؛ كأبي حفص البرمكي والآجري ، لكن نقل أبو طالب ليس الجد أباً في قول زيد . واحتج بقوله عليه الصلاة والسلام: «أفرضكم زيد»^(٢) وإسناده ثقات.

قال: (وولد الأم بولد، وولد ابن، وأب، وجد لأب ، ويسقط به كل ابن أخ وعم).

ش: أما كون ولد الأم يسقط بالأربعة المذكورة؛ فلأن الله تعالى شرط في ميراثه كون الميت كلاله؛ لأنه قال: {وإن كان رجلٌ يورث كلاله أو امرأةٌ وله أخ أو أخت... الآية} [النساء: ١٢] ، والكلالة: من لا ولد له ولا والد.

وأما كونه يسقط بالولد ، ذكراً كان أو أنثى ؛ فلأن اللفظ عام، ولم يقدّم دليل على تخصيص الذكر، فيجب العمل بالعام السالم عن المخصوص له.

وأما كون الجد يسقط به كل ابن أخ وعم ؛ فلأنه أقرب منهما إلى الميت.

فرع: من لا يرث لا يحجب إلا الأخوين مع الأبوين فإنهما لا يرثان ويحجبان الأم من الثلث إلى السدس.

(١) أخرجه الترمذي في الفرائض، باب ما جاء في ميراث الإخوة من الأب والأم ٤/٤١٦ ح ٢٠٩٤. وأحمد ١/١٣١ ح ١٠٩١.

(٢) سبق تخرجه ص: ٥٤٣.

ونقل أبو طالب في أخ مملوك وابن أخ حر : المال لابن أخيه . روي عن عمر وعلي .

أصل: من الورثة من لا يسقط بحال وهو الزوجان والأبوان والابن والبنت ؛ لأنه لا حاجب لهم يمنعهم من الإرث .
والضابط في ذلك: أن كل من لا يتوسط بينه وبين الميت لا يسقط إرثه بحال.

باب العصبات

قد تقدم معنى العصبية.

وفي الاصطلاح: هو الوارث بغير تقدير ، أو من يحوز المال إذا لم يكن معه صاحب فرض.

وقال المصنف: وهو كل من لو انفرد... إلى آخره ، وهم ثلاثة أنواع:
عصبية بنفسه كالمعتق وكل ذكر بنسب ليس بينه وبين الميت أنثى؛ كالابن ، وعصبية بغيره؛ كالبنت وبنت الابن والأخت الشقيقة والأخت للأب كل بأخيها ، وعصبية مع غيره كالأخوات مع البنات.

قال: (وهو كل من لو انفرد أخذ المال بجهة واحدة، ومع ذي الفرض يأخذ ما بقي فأقربهم الابن ثم ابنه وإن نزل).

ش: أما كون من ذكر أقرب العصبية ؛ فلقوله تعالى: {يوصيكم الله في أولادكم} [النساء: ١١]. والعرب تبدأ بالأهم فالأهم؛ إذ الفرع أقرب من الأصل ؛ لأن الفرع جزء الميت، وجزء الشيء أقرب إلى ذلك الشيء من أصله .

واعتبر هذا بالجزء المنفصل فإن أصبعك جزؤك المتصل، فهو أقرب إليك من أصلك بالجنس، فكذلك جزؤك المتصل من حيث إنهما جزء واحد ولا فرق بينهما .

فإذا علمت أن الجزء المتصل أقرب إليه من أصله فالجزء المنفصل كذلك .

وابن الابن ملحق به إجماعاً ، وإن قلنا لفظ الولد يصدق عليه حقيقة أو مجازاً فالآية دالة عليه.

قال: (ثم الأب، ثم الجد وإن علا مع عدم أخ للأبوين، ثم هما، ثم بنوهما أبداً).

ش: أما كون الأب أقرب ؛ فلأن سائر العصابات يدلون به. ثم الجد ؛ لأنه أب ، وله إيلاد وتعصيب، وإن علا مع عدم أخ للأبوين أو لأب . فإن اجتمعوا فلهم حكم ما تقدم .

تنبيه: الجد يفارق الأب في مسائل: الأب يسقط الإخوة والأخوات، والجد يقاسمهم^(١) . الأب يرد الأم في العُمَرَتَيْنِ من الثلث إلى ثلث الباقي ولا يردها الجد ؛ لأنه لا يساويها في الدرجة. الأب يسقط الجد ولا يسقط هو بحال ثم الأخ من الأبوين ؛ لأنه جزء من أبيه، وهو مقدم على الأخ من الأب ؛ لأنه ساواه في قرابة الأب وترجح بقرابة الأم، ثم من الأب لما ذكرنا، ثم ابن الأخ من الأبوين ؛ لأنه يدلي بأبيه، واقتضى ذلك تقديم الأخ من الأب عليه، ثم ابن الأخ من الأب، ثم بنوهما أبداً ؛ لأنهم يدلون بهما، وقدا على الأعمام ؛ لأن الإخوة وأولادهم من ولد الأب والأعمام من ولد الجد.

قال: (ثم عم لأبوين، ثم لأب، ثم بنوهما كذلك، ثم أعمام أبيه لأبوين، ثم لأب، ثم بنوهم كذلك، ثم أعمام جده، ثم بنوهم كذلك).

ش: أما كون الأعمام من الأبوين أولى من الأعمام من الأب وابن العم من الأبوين مقدم على العم من الأب ؛ فلأنه يُدلي بمن هو أولى.

ثم أعمام الأب ثم بنوهم كذلك لما ذكرنا ، ثم أعمام الجد ثم بنوهم كذلك.

قال: (لا يرث بنو أب أعلا مع بني أب أقرب ولو نزلوا؛ فأخ لأب أولى من عم وابنه، وابن أخ لأبوين وابن أخ لأب أولى من ابن أخ لأبوين . ومع الاستواء يقدم من لأبوين . فإن عدم عصبة النسب ورث المقتضى ثم عصبته).

ش: أما كونه لا يرث بنو أب أعلا مع بني أب... إلى آخره نص عليه ؛ فلما روى ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر»^(٢) متفق عليه.

(١) في الأصل: يقاسمهم.

(٢) سبق تخريجه ص: ٥٣٨.

وروي: « ما أبقت الفروض فلأولى رجلٍ ذكر »^(١)، و «أولى» هنا بمعنى أقرب . ولا يمكن أن يكون بمعنى أحق ؛ لما يلزم عليه من الإبهام والجهالة . فإنه لا يدرى من هو الأحق .

وقوله^(٢): «ذكر» هو تأكيد أو احتراز من الخنثى ، أو لاختصاص الرجال بالتعصيب .

فمن نكح امرأة ، وأبوه ابنتها، فولد الأب عم وولد الابن خال فيرثه الخال دون العم .

ولو خلّف أخاً وابن ابنه هذا وهو أخو زوجته ورثه دون أخيه، ويعاين بها . ويقال أيضاً: ورثت زوجة ثمناً^(٣) وأخوها الباقي . فلو كان الإخوة سبعة ورثوه سواء .

ولو كان الأب نكح الأم ، فولده عم ولد الابن وخاله . ولو نكح رجلان كل واحد أم الآخر فهما القائلتان مرحباً بابنينا وزوجينا وابني زوجينا . وولد كل منهما عم الآخر .

وأولى ولد كل أب أقربهم إليه، حتى في أخت لأب وابن أخ مع بنت . نص عليه . فإن استتوا فأولاهم من كان لأبوين . وهذا كله مجتمع عليه ونص عليه في أخت لأبوين وأخ من أب مع بنت .

وإذا انقرض العصبة من النسب ورث المعتق ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «الولاء لحمة كلحمة النسب»^(٤).

وروي «أن رجلاً أعتق عبداً . فقال للنبي ﷺ : ما ترى في ماله ؟ قال: إذا لم يدغ وارثاً فهو لك»^(٥) .

ثم عصباته ؛ لأنهم يدلون به الأقرب فالأقرب ؛ لأن الولاء مشبه بالنسب .

(١) أخرجه البيهقي في الفرائض ، باب ترتيب العصبة ٢٣٧/٦ .

(٢) في الأصل: وفقوله .

(٣) في الأصل: ثمن .

(٤) سبق تخريجه ص: ٥٣٩ .

(٥) أخرجه البيهقي في الفرائض ، باب الميراث بالولاء ٢٤٠/٦ .

ثم مولاه ، ولا شيء لموالي أبيه بحال ؛ لأنه عتق مباشرة ، وولاء المباشرة أقوى .
ثم الرد ، ثم الرحم . وعنه : يقدمهما على الولاء ، وعنه : الرد بعد الرحم ثم بيت
المال بعدهما .

فصل [ميراث الابن والبنات]

قال: (يرث الابن وابنه والأخ لأبوين أو لأب مع أخته مثليها ، وكل عصبة غيرهم لا
ترث أخته معه).

ش: أما كون الابن وابنه يرث مع أخته مثليها ؛ فلقوله تعالى: {يوصيكم الله^(١) في
أولادكم... الآية} [النساء: ١١] . فجعل الميراث عند اجتماعهما للذكر مثل حظ الأنثيين
من غير فرض لها . ولو كانت وحدها لفرض لها ، ولو فرض لها معه لأدى إلى تفضيلها
عليه والمساواة أو الإسقاط فكانت المقاسمة أعدل ، وابنه ؛ لأنه بمنزلته ، وكذلك الأخ
لأبوين أو لأب ؛ لقوله تعالى: {وإن كانوا إخوة رجالاً ونساءً فللذكر مثل حظ
الأنثيين} [النساء: ١٧٦] ولو كانت منفردة لفرض لها ؛ كما ذكرنا .

وأما كون كل عصبة غيرهم لا ترث أخته معه ؛ كبني الإخوة والأعمام وبنوهم ؛
فلأن أخواتهم من ذوي الأرحام ؛ لأنهن لسن^(٢) بنوات فرض ولا يرثن منفردات ، فلا
يرثن مع إخوتهن شيئاً . وهذا مما لا خلاف فيه .

وابن ابن الابن يعصب من يازائه من أخواته وبنات عمه ؛ لأنه ذكر فيدخل في قوله
تعالى: {للذكر مثل حظ الأنثيين} [النساء: ١١] . ويعصب من أعلا منه من عماته وبنات
عم أبيه إذا لم يكن لهن فرض ، فإنه لا يعصبهن بل يكون باقي المال له ، ولا يشارك أهل
الفرض في فرضه لما فيه من الإضرار بصاحب الفرض ولا يعصب من أنزل منه ؛ لأنه لو
عصبه لاقتضى مشاركته ، والأبعد لا يشارك الأقرب وكلما نزلت درجته زاد فيمن
يعصبه .

(١) ساقط من الأصل .

(٢) في الأصل: ليسن .

فإذا خلف خمس بنات ابن بعضهن أنزل من بعض لا ذكر معهن كان للعليا
النصف ، وللثانية السدس ، وسقط سائرهن ، والباقي للعصبة.
فإن كان مع العليا أخوها أو ابن عمها : فالمال بينهما على ثلاثة ، وسقط سائرهن .
وإن كان مع الثانية عصبها كان الباقي وهو النصف بينهما على ثلاثة.
وإن كان مع الثالثة فالباقي وهو الثلث بينهما على ثلاثة .
وإن كان مع الرابعة فالباقي بينه وبين الثالثة والرابعة على أربعة .
وإن كان مع الخامسة فالباقي بعد فرض الأولى والثانية بينهم على خمسة . وتصح
من ثلاثين ، وإن كان أنزل من الخامسة فكذلك.
قال في المغني: لا أعلم في هذا اختلافاً بتوريث بنات الابن مع بني الابن بعد
استكمال الثلاثين .

مسألة: ليس في الفرائض من يعصب أخته وعمته وعمه أبيه وجده وبنات أعمامه
وبنات أعمام أبيه وجده إلا المستفل من أولاد الابن.

قال: (وابنا عم أحدهما أخ لأم أو زوج له فرضه والباقي لهما).

ش: أما كون من ذكر يأخذ فرضه ؛ فلأن الفرض مقدم على التعصيب. والباقي لهما
بالتعصيب . وهذا قول عمر وعلي وزيد وابن عباس وجمهور العلماء.
وقال ابن مسعود ، وجمع: المال للأخ من الأم ؛ لأنهما استويا في قرابة الأم وفضله
بأم، فصارا كأخوين أو عمين أحدهما لأبوين والآخر لأب .
وجوابه: أن الإخوة من الأم يفرض لها بهذا الرحم، فإذا أخذ ذلك الفرض سقط
هذا الرحم وصار بمنزلة ابن العم الآخر، فلهما ما بقي من المال بعد الفروض .
فلو كانا ابنا عم أحدهما زوج فله النصف والباقي بينهما. فأصلها من ستة: للزوج
أربعة، وللأخ سهمان. وترجع إلى ثلاثة .

وعند ابن مسعود: الباقي للأخ. فتكون من اثنين.
فإن كانا ابنا عم أحدهما ابن أخ لأم أو ابن أخت لأم المال بينهما نصفان وليس لهذا
الذي هو ابن أخ أو ابن أخت لأم مزية على الآخر.

قال: (ويبدأ بالفرائض وما بقي للعصبة ويسقطون باستكمالها كالحمارية).

ش: أما كونه يبدأ بالفرائض فيما ذكر فيأخذ كل ذي فرض فرضه ؛ فلأن النبي ﷺ قال: « ألحقوا الفرائض بأهلها »^(١).

وأما كون ما بقي للعصبة ؛ فلأن تكملة الحديث المتقدم: « فما بقي فهو لأولى رجل ذكر »^(٢) متفق عليه.

وأما كون العصبة يسقطون باستكمال الفروض كالحمارية؛ فلأن العصبة مع ذي الفرض ترث الفاضل ، ولا فاضل هنا؛ كزوج وأم وإخوة لأم وإخوة لأبوين أو لأب: للزوج النصف، وللأم السدس، وللإخوة للأم الثلث . وسقط سائرهم أي باقيهم ؛ لأنهم عصبة في قول علي وابن مسعود وأبي بن كعب وابن عباس ، وقاله جمع من التابعين وغيرهم.

ونقل حرب: الكل يشتركون في الثلث ويقسم بينهم سوية ، وروي عن عمر وعثمان وزيد ؛ لأنهم ساووا ولد الأم في القرابة وقرابتهم من جهة الأب إن لم تردهم قرباً واستحقاقاً لا ينبغي أن تسقطهم . وتسمى المشتركة ؛ لأنه روي عنه التشريك ، والحمارية إذا كان فيها إخوة لأبوين؛ لأن ولد الأبوين لما أسقطوا قال بعضهم أو بعض الصحابة لعمر: « هب أن أباهم كان حماراً . فما زادهم ذلك إلا قرباً فشارك بينهم »^(٣).

قال العنبري: القياس ما قال علي . والاستحسان ما قال عمر .

قال الخبزي : وهذه وساطة مليحة وعبارة صحيحة ؛ إلا أن الاستحسان المجرد ليس بحجة .

قال في المغني: ومن العجب ذهاب الشافعي إليه هاهنا، مع تخطيطه للذاهبين إليه في غير هذا الموضع ، مع قوله: من استحسنت فقد شرع .

ولو كان مكان الإخوة من الأبوين أخوات لأبوين أو لأب عالت إلى عشرة، أصلها

(١) سبق تخريجه ص: ٥٣٨.

(٢) سبق تخريجه ص: ٥٣٨.

(٣) لم أقف عليه هكذا . وقد أخرج البيهقي في الفرائض، باب المشتركة . عن زيد بن ثابت في المشتركة قال: « هبوا أباهم كان حماراً ما زادهم الأب إلا قرباً . وأشرك بينهم في الثلث » ٢٥٦/٦.

من ستة : للزوج النصف، وللأم السدس، وللإخوة من الأم الثلث، وللأخوات من الأبوين أو الأب الثلثان أربعة فتصير عشرة .

وسميت ذات الفروخ ؛ لأنها عالت بمثلي ثلثيها ، وهي أكثر ما تعول إليه الفرائض .
سميت الأربعة الزائدة بالفروخ والستة بالأم .

وتسمى الشريجة ؛ لأن رجلاً أتى شريحاً وهو قاضي بالبصرة فقال: ما نصيب الزوج من زوجته؟ قال: النصف مع غير الولد والربع معه . فقال: امرأتي ماتت وخلفتني وأمها وأختيها من أمها وأختيها لأبيها وأمها . فقال: لك إذن ثلاثة من عشرة . فخرج الرجل من عنده وهو يقول: لم أر كقاضيكم، لم يعطني نصفاً ولا ثلثاً . فكان شريح إذا لقيه يقول له: إنك تراني حاكماً ظالماً وأراك فاسقاً فاجراً؛ لأنك تكتم القضية وتشيع الفاحشة .

مسائل:

منها: أم الأرامل، وهي: ثلاث زوجات وجدتان وأربع أخوات لأم وثمان أخوات لأب وأم ، سميت بذلك؛ لأن الورثة كلهن إناثاً ، وتسمى المسبعة والدينارية ؛ لأنه يقال في المعاياة: مات ميت وخلف ورثة وسبعة عشر ديناراً، صار لكل امرأة دينار واحد فأصلها من اثني عشر وتعول إلى سبعة عشر ، ومنها تصح ويعاى بها .

قال في عيون المسائل: ونظمها بعضهم فقال:

قل لمن يقسم الفرائض واسأل إن سألت الشيوخ والأحداثا
مات ميت عن سبع عشرة أنثى من وجوه شتى فحزن الزائنا
أخذت هذه كما أخذت تلك عقاراً ودرهماً وأثاناً

ومنها: الدينارية، وهي: امرأة وأم وبتتان واثنان عشر أخاً وأختاً لأب وأم . روي أن امرأة قالت لعلي: «إن أخي من أبي وأمي مات وترك ستمائة دينار أصابني دينار واحد . فقال: لعل أخاك خلف من الورثة كذا وكذا؟ قالت: نعم قال: قد استوفيت حقلك».

فأصلها من أربعة وعشرين وتصح من ستمائة .

وذكر الشيخ نصر المقدسي أنها تسمى العامرية . فإن الأخت سألت عامراً الشعبي فأجاب بما تقدم.

ومنها: الامتحان ، وهي أربعة نسوة وخمس جدات وسبع بنات وتسع إخوة .
وسميت بذلك ؛ لأنه يقال في المعاياة: مات رجل وخلف ورثة عدد كل فريق منهم أقل
من عشرة فلم تصح مسألتهم إلا من ثلاثين ألفاً ومائتين وأربعين سهماً ، وجزء السهم
فيها ألف ومائتان وستون .
ومنها: ثلاثة إخوة لأبوين أصغرهم زوج له ثلثان ولهما ثلث . ونظمها بعضهم
فقال:

ثلاثة إخوة لأب وأم وكلهم إلى خير فقير
فحاز الأكبران هناك ثلثا وباقي المال أحرزه الصغير

ومنها: امرأة ولدت من زوج ولداً ثم تزوجت بأخيه لأبيه وله خمسة ذكور فولدت
منه مثلهم، ثم تزوجت بأجنبي فولدت منه مثلهم، ثم مات ولدها الأول ورث خمسة
نصفاً وخمسة ثلثاً وخمسة سدساً ويعاين بها ؛ لأنه يقال خمسة عشر ذكوراً ورثوا مال
ميت لذلك فأولاد الزوج الثاني فيها هم إخوة لأم وأولاد عمه وأولاده من غيرها أولاد
عم فقط وأولادها من الأجنبي إخوة لأم فقط وتصح من ثلاثين.

قال: (ومن انقطع نسبه من الأب لكونه منفياً بلعان أو زنا أو استطحقته امرأة دون
زوجها: ورثت أمه وذووا الفروض منه فروعهم، وكان عصبة بعد ذكور ولده
وعصباته عصبة أمه).

ش: أما كون المنفي بلعان ينقطع نسبه من الأب ؛ فلأن في حديث سهل بن سعد في
المتلاعنين: « ففرق رسول الله ﷺ بينهما ، وقضى أن لا يُدعى ولدها لأب »^(١) رواه أبو
داود.

وفي حديث ابن عمر: « وألحق الولد بالمرأة »^(٢) متفق عليه.
وأما كون من نفاه لا يرث المنفي ؛ فلأنه لما انقطع بينهما التعصيب أشبه الأجنبي.
وكذلك إذا كان ولدها من الزنا ؛ لأنه لا ينتسب إلى الزاني . فيجب أن يكون
الحكم في الميراث منه كحكم ولد الملاعنة؛ لاستوائهما في انقطاع نسبهما من الزاني

(١) أخرجه أبو داود في أبواب الطلاق، باب في اللعان ٢٧٧/٢ ح ٢٢٥٦.

(٢) أخرجه البخاري في الفرائض، باب ميراث الملاعنة ٦/٢٤٨٠ ح ٦٣٦٧. ومسلم في اللعان ١١٣٢/٢ ح ١٤٩٤.

والملاعن.

وكذلك الحكم فيمن استلحقته امرأة دون زوجها لوجود المعنى في ذلك، وانقطاع النسب فيه، فلا يرثه الملاعن ولا أحد من عصباته ، وترث أمه وذوو الفروض منه فروضهم وينقطع التوارث بين الزوجين. لا نعلم فيه خلافاً ، قاله شيخنا.

فإن مات أحدهما قبل تمام اللعان ورثه الآخر في قول الجمهور. فإن تم اللعان بينهما فمات أحدهما قبل تفريق الحاكم لم يتوارثا في الأشهر ؛ لأن اللعان يقتضي التحريم المؤبد، ثم يعتبر فيه التفريق كالرضاع.

والثانية: يتوارثان ؛ لأنه عليه الصلاة والسلام فرق، ولو حصل التفريق باللعان لم يحتاج إلى تفريقه.

لكن لو فرق بينهما قبل تمامه لم تقع الفرقة ولم يقطع التوارث في قول الجماعة. وهذا في توارث الزوجين، فأما الولد فالأصح أنه ينتفي عن الملاعن إذا تم اللعان بينهما من غير اعتبار تفريق الحاكم، فإن لم يكن ذكره في اللعان لم ينتف عن الملاعن وينقطع التوارث بينهما .

وقال أبو بكر: ينتفي بزوال الفراش ؛ لأنه عليه الصلاة والسلام نفى الولد عن الملاعن وألحقه بأبيه ولم يذكره في لعانه ؛ لأنه كان حملاً في البطن .

وفي الرعاية: إن قلغها ولاعنها في مرض موته واقتراً فمات فروايتان، وإن أكذب نفسه لم يرثه. فإن نفى في لعانه ولدها انقطع نسبه عنه، ولم يتوارثا. فإن استلحقه بعد لحقه وتوارثا .

تنبيه: إذا ادعته امرأة دون زوجها وألحق بها فهو كولد الملاعنة . ذكره المصنف. وكذا لو ادعاه الزاني . وأخوة اللعان والزنا وفروعهما ولداه ولا يرثون بأخوة الأب على المذهب .

وعصبته بعد ذكور ولده وإن نزل عصبه أمه في الإرث . نقله الأثرم وحنبلي. وروي عن علي وابن عباس وابن عمر وقاله جمع ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام:

«ألحقوا الفرائض بأهلها... الخبر»^(١).

وأولى الرجال به أقارب أمه. ولو كانت عصبه كأب لحجبت الإخوة.
ولأن مولاهما مولى أولادها، فيجب أن تكون عصبتهما، كأب.
فإن كانت أمه مولاة فما بقي فلمولاهما وإلا جعل لبيت المال.
وروي عن ابن عباس نحوه، وقاله جمع من التابعين وأهل المدينة.
وعنه أنها هي عصبته فإن لم تكن فعصبته عصبته. نقلها أبو الحارث ومهنا وهي
قول ابن مسعود، واختارها أبو بكر وأبو العباس؛ لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه
عن جده مرفوعاً «أنه جعل ميراث ابن الملاعنة لأمه ولورثتها من بعدها»^(٢) رواه أبو
داود.

وعن واثلة بن الأسقع عن النبي ﷺ قال: «تُحْوزُ المرأةُ ثلاثةَ موارِيثَ: عَتِيقَهَا
ولَقِيطَهَا ومِيراثَ ولدها التي لاعتنَ عليه»^(٣) رواه أبو داود والترمذي. وقال: حسن
غريب.

ولأنها قامت مقام الأب في انتسابه إليها فقامت مقامه في حيازة ميراثه.
ولأنهم عصبات أدلوا بها، فلم يرثوا معها، كأقارب الأب معه.
وعنه: إن كان لها ذو فرض رد عليهم، فإن عدم فعصبته عصبته.
فعلى الأولى يرث أخوه لأمه مع ابنته لا أخته ويعاين بها.
ولو خلّف خالاً وخالة أو خالاً ومولى أمه فالمال للخال رواية واحدة. فإذا مات عتق
ابن الملاعنة وعصبتهما فقيل المال لعصبته على الروايات، والأصح أنه مبني على القول
بتعصبيها. فإن لم يترك ابن الملاعنة ذا سهم فالمال لعصبه أمه في قول الجماعة. ونقل
الخلال في جامعهم: أنهم يعقلون عنه. فإذا خلّف أمّاً وخالاً فلأمه الثلث؛ لأنه فرضها
وباقية للخال على الرواية الأولى؛ لأنه عصبتهما، وعلى الرواية الأخرى: الكل للأم؛

(١) سبق تخريجه ص: ٥٣٨.

(٢) أخرجه أبو داود في الفرائض، باب ميراث ابن الملاعنة ١٢٥/٣ ح ٢٩٠٨.

(٣) أخرجه أبو داود في الفرائض، باب ميراث ابن الملاعنة ١٢٥/٣ ح ٢٩٠٦. والترمذي في الفرائض، باب ما جاء
ما يرث النساء من الولاء ٤٢٩/٤ ح ٢١١٥. وابن ماجه في الفرائض، باب تحوز المرأة ثلاث موارِيث ٩١٦/٢ ح

لأنها عصبته ، وعلى الثالثة: يستوعب المال بالفرض والرد وهي قول ابن مسعود، ومذهب زيد: الباقي لبيت المال .

وإن كان معهم أخ لأم فله السدس ؛ لأنه فرضه ، والباقي له أيضاً ؛ لأنه عصبته دون الخال ؛ لأنه محجوب بابنها، أو للأم على الرواية الثانية ؛ لأنها هي العصبه وهذا كله بعد أخذ الأم الثلث والأخ السدس ؛ لأنه لو لم يكن كذلك لما كان للأم شيء على الرواية الأولى وليس كذلك وفقاً .

فإن كان معها مولى أم فلا شيء له عندنا . وقال زيد وموافقوه: له الباقي وإن لم يكن لأمه عصبه إلا مولاهما فالباقي له إذا قلنا عصبته عصبته ، وعلى الأخرى: هو للأم ، وقاله ابن مسعود ؛ لأنها عصبه ابنها.

وإذا مات ابن ابن ملاعنة وخلف أمه وجدته أم أب الملاعنة فلا أمه الثلث؛ لأنه فرضها، وباقيه للجدّة على إحدى الروايتين وهي قول ابن مسعود؛ لأنها هي الملاعنة فهي عصبته، فيكون الباقي لها. وهذه جدة ورثت مع أم أكثر منها فيعالي بها ؛ لأنها ورثت الثلثين مع إرث الأم الثلث فهو مثلي نصيبها ؛ لأنها عصبه على رواية فيكون لها الباقي . وعلى الأخرى: الكل للأم الثلث بالفرض والباقي بالرد وهو قول علي ، فإذا مات ابن ابن الملاعنة عن عمه وعم أبيه فالمال لعمه .

وقال بعض العلماء: عم الأب أولى ؛ لأنه ابن الملاعنة .

ورد: بأن العصبات إنما يعتبر أقربهم من الميت لا من آبائه . فأما ولد وولد بنت الملاعنة فليست الملاعنة عصبه لهم في قول الجميع .

وإن مات ابن الملاعنة وخلف ابنه وإن نزل وأمه فلا أمه السدس والباقي للابن على الروايات كلها.

باب أصول المسائل

ومعنى أصول المسائل: المخارج التي تخرج منها فروضها . والمسائل جمع مسألة . وهو مصدر سأل سؤلاً ومسألة . فهو من إطلاق المصدر على المفعول . بمعنى مسألة أي

مسألة يعني سأل عنها.

وفيه العول أيضاً ، يقال: عالت أي: ارتفعت، وهو: ازدحام الفرائض بحيث لا يتسع لها المال، فيدخل النقص عليهم كلهم، ويقسم المال بينهم على قدر فروضهم، كما يقسم مال المفلس بين غرمائه بالحصص .

وقال ابن عباس ومحمد بن الحنفية ومحمد بن علي بن الحسين وعطاء: لا تعول المسائل. ويلزمه مسألة فيها زوج وأم وأخوان من أم فإن حجب الأم إلى السدس خالف مذهبه؛ فإنه لا يحجبها بأقل من ثلاث إخوة، فإن نقص الإخوة من الأم رد النقص على من لم يهبطه الله تعالى من فرض إلى ما بقي . وإن أعال المسألة رجع إلى قول الجماعة وترك مذهبه .

قال في المغني والشرح: ولا نعلم اليوم قائلاً بمذهبه.

قال: (وهي سبعة: فنصفان أو نصف وما بقي من اثنين، وثلاثان أو ثلث وما بقي، أو هما من ثلثه وربع أو ثمن وما بقي ، أو مع النصف من أربعة ومن ثمانية . فهذه أربعة أصول لا تعول).

ش: أما كون الفروض وهي سبعة أصول؛ فلأن النصفان أو النصف وما بقي من اثنين، والثلاثان والثلث وما بقي، أو هما من ثلثه والربع أو الثمن وما بقي، أو مع النصف من أربعة أو من ثمانية .

أما كون أربعة منها لا تعول هي : ما كان فيها فرض واحد أو فرضان من نوع واحد؛ فلما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى ؛ لأن كل مسألة فيها فرض مفرد فأصلها من مخرجها. وإن اجتمع معه فرض من نوعه فأصلها من مخرج أقلهما ؛ لأن مخرج الكبير داخل في مخرج الصغير كنصفين في مسألة ، وهي زوج وأخت لأبوين أو لأب . وتسمى اليتيمتين؛ لأنهما فرضان متساويان ورث بهما المال ولا ثالث لهما .

فالنصف وحده من اثنين، والثلث وحده أو مع الثلثين من ثلاثة، والربع وحده أو مع النصف من أربعة، والثلث وحده أو مع النصف من ثمانية فهذه التي لا تعول ؛ لأن العول ازدحام الفروض، ولا يوجد ذلك هنا .

قال: (والنصف مع الثلثين أو الثلث أو السدس أو هو وما بقي من ستة وتعول إلى عشرة والربع مع الثلثين، أو الثلث أو السدس من اثني عشر وتعول إلى سبعة عشر، والثلث مع السدس أو الثلثين من أربعة وعشرين وتعول إلى سبعة وعشرين).

ش: أما كون التي تعول هي التي يجمع فيها فروض أو فرضان من نوعين ؛ فإذا اجتمع مع النصف الثلثان أو الثلث أو السدس فهي من ستة ؛ فلأن مخرج النصف من اثنين، والسدس من ستة، فهو داخل فيه، فيكتفى به، ومخرج الثلثين والثلث من ثلاثة، والنصف من اثنين، فتضرب إحداهما في الأخرى تكن ستة، وذلك أصل المسألة، وهو مخرج السدس . زوج وأم وأخت لأم. أبوان وابنتان، وتعول -وهو زيادة في السهام نقص في أنصاء الورثة- إلى سبعة؛ كزوج وأختان لأبوين أو لأب أو إحداهما من أبوين والأخرى من أب.

وإلى ثمانية؛ كزوج وأخت من أبوين وأم ، وتسمى المباهلة ؛ لأن عمر شاور الصحابة فيها فأشار العباس بالعدل واتفقت الصحابة عليه إلا ابن عباس لكن لم يظهر النكير في حياته، فلما مات عمر دعا إلى المباهلة وقال: «من شاء باهلته . إن الذي أحصى رمل عاج عدداً لم يجعل في المال نصفاً ونصفاً وثلاثاً إذا ذهب النصفان فأين محل الثلث وإيم الله! لو قدموا من قدم الله وأخروا من أخر الله ما عالت مسألة قط . فقيل له: لم لا أظهرت هذا زمن عمر ؟ قال: كان مهيباً فهبته»^(١).

وإلى تسعة؛ كزوج وأم وثلاث أخوات مفترقات ويسمى عولها الغراء؛ لأنها حدثت بعد المباهلة . واشتهر العول بها .

وإلى عشرة؛ كزوج وأم وأختان من أبوين وأختان من أم وهي أم الفروع. ومن عالت مسألته إلى ثمانية أو تسعة أو عشرة لم يكن الميت إلا امرأة ؛ لأنه لا بد فيها من زوج. ولا تعول إلى أكثر من ذلك ؛ لأنه لا يجتمع في مسألة أكثر من نصف ونصف وثلثين . وإذا اجتمع مع الربع الثلثان أو الثلث أو السدس فهي من اثني عشر ؛ لأن مخرج الربع والثلث لا موافقة بينهما، فاضرب أحدهما في الآخر، والربع والسدس

(١) ذكره المتقي الهندي في الفرائض من قسم الأفعال ٢٧/١١ ح ٤٨٩. ٣٠

بينهما موافقة بالأنصاف، فاضرب وفق أحدهما في الآخر يبلغ ذلك. ولا بد في^(١) هذا الأصل من أحد الزوجين لأجل فرض الربع ولا يكون لغيرهما^(٢)؛ كزوج وأبوين وخمس بنين، فتعول على الأفراد إلى سبعة عشر، فعول ثلاثة عشر ثلاثة: منها: إذا كان من الورثة من له ربع ونصف وثلث؛ كزوجة وأخت لأبوين وأخوين لأم. ومنها: أن يكون من الورثة من له ربع وسدس وثلثان كزوجة وجدة وأختين من أبوين.

ومنها: أن يكون فيهم من له ربع ونصف وسدسان؛ كزوج وبنت وابن وأم. وعول خمسة عشر، زوج وأبوان وابنتان. وعول سبعة عشر اثنتان كثلاث نسوة وجدتان وأربع أخوات لأم وثمانية أخوات لأبوين، وتسمى أم الأرامل.

ومتى عالت إلى سبعة عشر لم يكن الميت فيها إلا رجلاً. وإنما كان عول هذا الأصل على الأفراد؛ لأن فيها فرضاً يباين سائر فروضها وهو الربع، فإنه ثلاثة، وهو فرد، وسائر فروضها أزواج. فإذا علمت ذلك علمت^(٣) أن الاثني عشر تعول ثلاث مرات أوتاراً: الأول بمثل نصف سدسها، وفي الثانية بمثل ربعها، وفي الثالثة بمثل ربعها وسدسها.

قال السهيلي: وليس في العدد الأصم ما يكون أصلاً للمسألة وينقسم منه إلا ثلاثة عشر وسبعة عشر؛ لأنه أصل في سائر العول ولا تعول إلى أكثر منها بالسَّبَر. وإذا اجتمع الثمن مع السدس أو الثلثين فأصلها من أربعة وعشرين، فإنك تضرب خرج الثمن في مخرج الثلثين أو في وفق مخرج السدس يبلغ ذلك، وإنما لم يذكر الثلث؛ لأنه لا يجتمع مع الثمن لكونه فرض الزوجة مع الولد، ولا يكون الثلث في مسألة فيها ولد؛ لأنه لا يكون إلا لولد الأم والولد يسقطهم وللأم بشرط عدم الولد زوجة وأم وابنتان وما بقي ثلاث نسوة وأربع جدات وستة عشر بنتاً وأخت.

(١) زيادة من المبدع ١٥٦/٦.

(٢) في الأصل: لغيرها. وانظر المبدع، للموضع السابق.

(٣) زيادة من المبدع ١٥٧/٦.

وتعول إلى سبعة وعشرين وهو أن يكون في الورثة من له ثمن ونصف وثلاثة أسداس؛ كزوجة وبنت وبنت ابن وأبوين. وأن يكون فيهم من له ثمن وسدسان وثلثان؛ كزوجة وأبوين وابنتين. ولا يكون الميت في هذا الأصل إلا رجلاً بل لا تكون المسألة من أربعة وعشرين إلا وهو رجل ولا تعول إلى أكثر منها بالسبر.

وفي التبصرة رواية إلى أحد وثلثين وهو قول ابن مسعود؛ لأنه لا يحجب الزوجين بالولد الكافر والقاتل والرقيق ولا يورثه. فعلى قوله: إذا كانت امرأة وأم وست أخوات مفترقات وولد كافر فللأخوات الثلث والثلثان وللأم والمرأة السدس والثمن سبعة، وتعول إلى أحد وثلثين وتسمى البخيلة؛ لقلة عولها؛ لأنها أقل الأصول عولاً ولم تعل إلا بمثل ثمنها، والمنبرية؛ «لأن علياً رضي الله عنه سئل عنها وهو على المنبر فقال: صار ثمنها تسعاً ومضى في خطبته»^(١). يعني: أن المرأة كان لها الثمن ثلاثة من أربعة وعشرين فصار لها بالعول ثلاثة من سبعة وعشرين وهو التسع.

تنبيه: إنما اختصت هذه الثلاثة بالعول دون الأربعة لوجهين: الأول: أن العول إنما يتحقق إذا كثرت الفرائض فزادت الأجزاء على المخرج وهو لا يتحقق في غير الثلاثة.

أما الاثنان؛ فلأنه متى كان المخرج اثنين لا يكون في المسألة إلا نصفان أو نصف وما بقي، ولا يجتمع في فريضة ثلاثة أنصاف ليحصل العول.

وأما الثلاثة؛ فلأنه لا يجتمع في مسألة ثلثان وثلثان ولا ثلث وثلث وثلثان.

وأما الأربعة؛ فلأنه لا يجتمع في مسألة مخرجها من أربعة أكثر من نصف وربع.

وأما الثمانية؛ فلأنه لا يجتمع في مسألة مخرجها من ثمانية أكثر من نصف وثمان.

ويبين ذلك: أن المسألة إذا كانت من اثنين لا بد فيها من عصبة يأخذ ما بقي إلا في زوج

وأخت إذ لا تزاحم. وإذا كانت من اثنين فكذلك إلا في أختين لأب وأختين لأم.

وكذا إذا كانت من أربعة أو ثمانية بخلاف الثلاثة الأخيرة فإنه لا يتصور فيها وجود

عصبة فلهذا قبلت العول.

(١) أخرجه البيهقي في الفرائض، باب العول في الفرائض ٢٥٣/٦.

الثاني: أن الأصول قسمان، تام وناقص . فالتام: هو الذي إذا جمعت أجزائه الصحيحة كانت مثله أو أزيد . فالسنة تامة ؛ لأن لها سدساً وثلاثاً ونصفاً فساوت والاثنى عشر لها سدس وربع وثلث ونصف فزادت والأربعة والعشرون لها ثمن وسدس وربع وثلث ونصف فالجُمُوع ثلاثة وثلثون فهذه تعول والناقص هو الذي إذا جمعت أجزائه كانت أقل منه كالاثني عشر ليس لها جزء صحيح إلا النصف وهو واحد والثلاثة ثلث واحد والثلاثان تضعيف الثلاث والأربعة ليس لها إلا ربع ونصف وهما ثلاثة والثمانية ليس لها إلا ثمن وربع ونصف فهذه لا تعول ؛ لأنك إذا جمعت سهامها الصحيحة نقصت عنها.

فائدة: المسائل على ثلاثة أضرب:

عادلة: وهي التي يستوي مالها وفروضها .
وعائلة: وهي التي تزيد فروضها عن مالها .
ومردودة: وهي التي يفضل^(١) مالها عن فروضها ولا عصبه فيها . وشرع في شأنها فقال:

فصل في الرد

(لا يرد على زوج ولا زوجة. وإن بقي بعد الفروض شيء ولا عصبه رد على كل فرض بقدره، فالواحد يأخذ الكل، وتأخذ الجماعة من حيز بالسوية).

ش: أما كون الزوج والزوجة لا يرد عليهما ؛ فلأن دليل الرد قوله تعالى: {وَأُولُوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله} [الأنفال: ٧٥]، والزوج والزوجة لا يدخلان في ذلك.

وأما ما بقي فيما ذكر يرد على كل فرض بقدره ؛ فلأن الله تعالى قال: {وَأُولُوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله} [الأنفال: ٧٥] .

(١) في الأصل: يتفضل. وانظر المغني ٣١/٧.

وقال رسول الله ﷺ: «من ترك مالا فلورثته»^(١) ، ولحديث واثلة: «تحوز المرأة ثلاثة مواريث»^(٢).

وهذا المذهب . نقله الجماعة وعليه علماؤنا ، وهذا قول عمر وعلي وابن مسعود ، وقاله أبو حنيفة والحسن وابن سيرين وجماعة من التابعين وغيرهم.

قال ابن سراقه: العمل عليه اليوم في الأمصار .

وعن الإمام أحمد: لا يرد على ولد الأم [مع الأم]^(٣) ، ولا جدة مع ذي سهم. وروي عن ابن مسعود.

وقال زيد: الفاضل عن ذوي الفروض لبيت المال ولا يعطى أحد فوق فرضه، وهو رواية عن الإمام أحمد وفقاً للمالك والشافعي ؛ لقوله تعالى: {فلها نصف ما ترك} [النساء: ١٧٦] ، ومن رد عليها أعطاهها الكل .

ولأنها ذات فرض مسمى . فلا يرد عليها ؛ كالزوج .

وجوابه: الآية الكريمة، وقد رجحوا بالقرب إلى الميت ، فكان أولى من بيت المال . يؤيده قوله عليه الصلاة والسلام... الحديث المتقدم، وقوله تعالى: {فلها نصف ما ترك} لا ينفي أن يكون لها زيادة بسبب آخر .

والزوجان ليسا من ذوي الأرحام فإنه لا يرد عليهما اتفاقاً ، إلا أنه روي عن عثمان أنه رد على زوج ، ولعله كان عصبه أو ذا رحم فأعطاه لذلك .

فإن كان المردود عليه واحداً كأم أو جدة أو أخت أو بنت أخذ الكل بالفرض والرد؛ إذ لا مزاحم له . وإن كانوا جماعة من حيز واحد؛ كبنات أو أخوات اقتسموه بالسوية ؛ لأنهم استنوا فيه كالعصبه من البنين والإخوة . فإن انكسر عليهم ضربت عددهم في مسألة الرد.

(١) أخرجه البخاري في الاستقراض، باب الصلاة على من ترك ديناً ٢/٨٤٥ ح ٢٢٦٨ . ومسلم في الفرائض، باب من ترك مالا فلورثته ٣/١٢٣٨ ح ١٦١٩ .

(٢) أخرجه أبو داود في الفرائض، باب ميراث ابن الملاعة ٣/١٢٥ ح ٢٩٠٦ . والترمذي في الفرائض، باب ما جاء ما يرث النساء من الولاء ٤/٤٢٩ ح ٢١١٥ . وابن ماجه في الفرائض، باب تحوز المرأة ثلاث مواريث ٢/٩١٦ ح ٢٧٤٢ .

(٣) زيادة من الإنصاف ٧/٣١٧ .

قال: (وإن اختلفت أجناسهم فخذ عدد سهامهم من أصل ستة أبداً . فإن انكسر شيء صححت وضربت في مسائلهم لا في الستة).

ش: أما كون عامل المسألة يأخذ عدد سهامهم من أصل ستة ويجعله أصل مسألتهم إذا اختلفت أجناسهم ؛ فلأن مسائل الرد إذا لم يكن فيها زوج أو زوجة لا تكون إلا من ستة؛ لأن الاثني عشر شرطها: أن يكون فيها ربع ولا يفرض ذلك لغير زوج أو زوجة، والأربعة والعشرين شرطها: أن يكون فيها ثمن ولا يفرض ذلك لغير زوجة.

قال: (فسدسان من اثنين وثلاث وسدس من ثلاثة . ومع النصف سدس من أربعة وثلاث من خمسة كمثلين وسدس).

ش: أما كون الرد من اثنين إذا كان فيها سدسان ؛ كجدة وأخ من أم فهي من اثنين : للجددة السدس، وللأخ من الأم السدس، أصلها اثنان ثم يقسم المال بينهما لكل واحد نصف المال ؛ لأن كلا منهما يدلي بمثل ما يدلي به الآخر .

وإن كان مكان الجدة أم فهي من ثلاثة : للأم الثلث وللأخ من الأم السدس، ثم يقسم المال بينهما على ثلاثة للأم سهمان ؛ لأنها تدلي بمثلي الأخ وللأخ سهم.

وإن كان مكانها أخت من أبوين فهي من أربعة : للأخت النصف وللأخ من الأم السدس فالمال مقسوم بينهما على أربعة ؛ لأن الأخت تدلي بثلاثة أمثال أخ.

وإن كان معهما أخت لأب فهي من خمسة : للأخت من الأبوين النصف وهو ثلاثة أسداس، وللأخت من الأب السدس، وللأخ من الأم السدس.

وكذا يليه أخوات مفترقات وأم وأخت من أبوين وأخت لأم وبنتين وجدة. ولا تزيد على هذا أبداً ؛ لأنها لو زادت سدساً آخر لكمل المال ولم يبق منه شيء

يرد .

فإن انكسر على فريق منهم ضربت عدد الفريق المنكسر عليهم في عدد سهام الورثة جميعهم وهي مسألتهم ؛ لأنه أصل مسألتهم كما صارت السهام في العول هي المسألة التي تضرب فيها العدد .

وبيان ذلك في أصل اثنين: أربع جدات وأخ من أم: للجدات سهم لا ينقسم عليهن فتضرب عددهن في أصل المسألة، وهو اثنان تكن ثمانية للأخ أربعة ولكل جدة سهم .

أصل ثلاثة: أم وثلاث أخوات من أم ، للإخوة سهمان لا يصح عليهن، فاضرب عددهم في أصل المسألة وهو ثلاثة تكن تسعة، ومنها تصح .
أصل أربعة: أخت لأبوين وأربع أخوات لأب لمن سهم لا ينقسم عليهن، فاضرب عددهن في أصل المسألة وهو أربعة تكن ستة عشر، ومنها تصح.
أصل خمسة: أم وأخت لأبوين وأربع أخوات لأب، فاضرب عددهن في أصل المسألة تكن عشرين، ومنها تصح.

قال: (ومع أحد الزوجين يقسم الباقي بعد فرضه على مسألة الرد فزوج وأخوان^(١) لأم من أربعة؛ كزوجة وأم وأخوان^(٢) لأم أو جدتان معها من ثمانية وزوجة وأخت وحدة أو زوج وبنت وأم من ستة عشر . وعوضه زوجة من اثنين وثلاثين ومع البنت أخرى من أربعين وإن صححت مسألة الرد زد عليها للنصف مثلاً وللربع ثلثاً وللشمن سبعة).

ش: أما كون الباقي ينقسم فيما ذكر على مسألة الرد؛ فلأنه لا مزاحم لهم فيه. فإذا كان مع من يرد عليهم من ذوي الفروض أحد الزوجين جعلته كموصى له، يعني يخرج فرضه عن أصله، ويقسم الباقي بين ذوي الفروض كما لو انفردوا، فإن انقسم فقد صحت المسألة من مخرج الفرض، وإلا ضربت مسألة أهل الرد في مخرج الفرض، فما بلغ فمنه تصح المسألة . وقد تقدم ذلك في حساب الوصايا.

فعلى هذا إذا كان في المسألة زوج ومسألة أهل الرد اثنين؛ كزوج وأخوين لأم فمخرج فرض الزوج من اثنين والباقي منه واحد، لا ينقسم على مسألة أهل الرد، فتضرب اثنين في اثنين تكن أربعة ومنها تصح .

وإن كان فيها زوجة وهي من ثلاثة؛ كزوجة وأم وأخوين لأم فهي من أربعة؛ لأن الباقي بعد فرض الزوجة ثلاثة وهي منقسمة عليها .

فإن كان فيها زوجة وأخوان لأم وجدتان من ثمانية ؛ لأن الباقي ثلاثة لكل أخ سهم وللجدتين سهم، لا ينقسم على اثنين، فتضرب أربعة تبلغ ثمانية.

(١) في الأصل: وأخوات. وما أثبتناه من الوجيز.

(٢) مثل السابق.

وإن كان فيها ربع؛ كزوجة وأخت و جدة أو زوج وبنت وأم ومسألة أهل الرد من أربعة، فمخرج الربع من أربعة، ويبقى ثلاثة على أربعة لا تصح ولا توافق فتضرب أربعة في أربعة تبلغ ستة عشر، ومنها تصح.

وإن كان عوض الزوج زوجة انتقلت إلى اثنين وثلاثين: للزوجة الثمن واحد، يبقى سبعة على مسألة الرد، وهي من أربعة لا توافق، فاضرب إحداها في الأخرى تكن اثنين وثلاثين: للزوجة أربعة، وللبنت أحد وعشرين، وللأم سبعة .

وإن كان مع البنت أخرى وأم: فللزوجة الثمن واحد، يبقى سبعة على مسألة الرد، وهي خمسة فاضرب إحداها في الأخرى صارت من أربعين: للزوجة خمسة، وللبنتين ثمانية وعشرون، وللأم سبعة .

فإن كان الوارث مع أحد الزوجين ممن يأخذ الفاضل فلا تنتقل المسألة؛ كزوجة وبنت: للزوجة الثمن، والباقي للبنت بالفرض والرد .

ثم تصح بعد ذلك في جميع الصور إذا انكسر سهم فريق منهم عليهم ضربته فيما انتقلت إليه المسألة؛ كأربع زوجات وإحدى وعشرين بنتاً وأربع عشرة جدة ، مسألة الزوجات من ثمانية، فتضرب فيها فريضة الرد وهو خمسة تكن أربعين، للزوجات خمسة لا تصح عليهن ولا توافق، يبقى خمسة وثلاثون للجدة خمسها سبعة على أربعة عشر توافق بالأسباع فيرجع إلى اثنين ويبقى للبنات ثمانية وعشرون توافق بالأسباع فيرجع إلى ثلاثة والاثنان يدخلان في عدد الزوجات، فتضرب ثلاثة في أربعة تكن اثني عشر، ثم في أربعين تكن أربعمئة وثمانين، ثم كل من له شيء من أربعين مضروب في اثني عشر الذي هو جزء السهم . وإن شئت صحح مسألة الرد ثم زد عليها لفرض الزوجية للنصف^(١) مثلاً وللربع ثلثاً وللثمن سبعةً وأبسط من مخرج الكسر ليزول.

مسألة: أبوان وابنتان من ستة ثم ماتت إحدى البنات وخلفت من خلفت، فإن كان الميت ذكراً فقد خلف أختاً وجداً و جدة من ثمانية عشر توافق ما ماتت عنه الأخت بالأنصاف، فتضرب نصف إحداها في الأخرى أربعة وخمسين، ثم من له شيء من

(١) في الأصل: النصف. وانظر الفروع ١٨/٥.

الأولى مضروب في وفق الثانية تسعة والثانية مضروب في وفق ما ماتت عنه وهو سهم ، وإن كان الميت أنثى فقد خلف أختاً وجدة وجد الأم ساقط، وتصح من أربعة توافق ما ماتت عنه بالإنصاف، فتضرب نصف إحداهما في الأخرى تكن اثني عشر ومنه تصح المسألتان، وتسمى المأمونية^(١) ؛ لأن المأمون سأل عنها يحيى بن أكثم لما أراد أن يوليه القضاء . فقال له في الجواب: الميت الأول ذكر أو أنثى ؟ فعلم أنه عرفها . فقال له: كم سنك ؟ ففطن يحيى أنه استصغره . فقال: سنّ معاذ لما ولاه النبي ﷺ اليمن ، وسنّ عتّاب بن أسيد^(٢) لما ولاه مكة . فاستحسن جوابه وولاه القضاء .

فائدة: إذا لم نقل بالرد كان الفاضل لبيت المال ، وكذلك مال من مات لا وارث له. لكن هل بيت المال وارث أم لا؟ فيه روايتان .

والصحيح من المذهب والمشهور^(٣): أنه ليس بوارث . وإنما يحفظ فيه المال الضائع . قاله في القاعدة السابعة^(٤) والتسعين .

قال الزركشي في العاقلة: المشهور أنه ليس^(٥) بعصبة.

قال الموفق : ليس بعصبة ، وقدمه في المستوعب وغيره ، وقاله^(٦) ابن البنا وغيره .

قال الحارثي في كتاب الوصايا: والأصح أن بيت المال غير وارث ، لتقدم ذوي الأرحام عليه ، وانتفاء صرف الفاضل عن ذوي الفروض إليه.

باب التصحيح

لما فرغ من بيان أصول المسائل شرع في بيان تصحيحها .

ومعنى التصحيح : أن يحصل عدداً إذا انقسم على الورثة على قدر إرثهم خرج

نصيب كل فرد سهم صحيح بلا كسر، بحيث لا يحصل هذا الفرض من عدد دونه.

(١) في الأصل: المأمومة. وانظر المبدع ١٦٤/٦.

(٢) في الأصل: أسد.

(٣) في الأصل: المشهور. وانظر الإنصاف ٣١٨/٧.

(٤) في الأصل: الرابعة. انظر القواعد ص: ٢٢٥.

(٥) زيادة من الإنصاف ٣١٨/٧.

(٦) في الأصل: وقال. وانظر الإنصاف ٣١٨/٧.

ومعرفة ذلك تتوقف على أمرين:

أحدهما: الفاضل.

والثاني: معرفة جزء السهم . وهو يتوقف على مقابلتين:

أحدهما: مقابلة السهام من مسألة التأصيل ورؤوس أصحابها .

والثاني: مقابلة رؤوس كل نوع من الورثة بنوع آخر . حيث لا يصح انقسام سهام

النوع عليه ، سواء بقي أو رجع إلى وفق .

وعلم منه أنه إذا انقسمت سهام كل وفق عليهم فلا يحتاج إلى الضرب؛ بأن يترك

الميت زوجة وثلاثة إخوة فالمسألة من أربعة ، للمرأة الربع سهم والباقي للإخوة لكل

واحد سهم ومثله كثير .

قال: (إذا أكرس سهم فريق عليه فاضرب العدد أو وفقه لسهامه في المسألة وإن عالت وسهم الفرد في العدد أو وفق فما ارتفع فله).

ش: كزوج وأم وثلاثة إخوة أصلها من ستة : للزوج النصف ثلاثة، وللأم السدس،

وللإخوة سهمان، لا يصح ولا يوافق، فاضرب عددهم وهم ثلاثة في أصل المسألة وهو

سنة تكن ثمانية عشر.

وإن عالت تضرب عددهم في أصل المسألة وعولها؛ كزوج وأم وخمس بنات أصلهم

من اثني عشر، وتعول إلى ثلاثة عشر: للزوج الربع ثلاثة، وللأم السدس اثنان، وللبنات

الثلاثان ثمانية، لا ينقسم على عددهن ولا يوافق، فاضرب خمسة في ثلاثة عشر تكن خمسة

وستين، ثم تعتبر لكل واحد من الفريق مثل ما كان لجماعتهم ففي الأولى لكل أخ

سهمان ، وفي الثانية لكل بنت ثمانية . إلا أن يوافق عددهم سهامهم بنصف أو ثلث أو

غير ذلك من الأجزاء كما لو كان الإخوة أربعة، فإن سهامهم توافقهم بالنصف وهو

اثنان، فيجزئك ضرب وفق عددهم ثم تعتبر لكل واحد وفق ما كان لجماعتهم: فزوجة

وأربعة عشر ابناً: للزوجة الثمن، والباقي وهو سبعة للبنين، لا يصح ويوافق بالأسباع،

فاضرب وفق البنين وهو سهمان في ثمانية تكن ستة عشر: للزوجة سهم في اثنين باثنين،

وللبنين سبعة في اثنين بأربعة عشر، لكل ابن سهم وهو وفق ما كان لجماعتهم ؛ لأن

الذي كان لجماعتهم سبعة ووقفها هنا سهم ؛ لأن الموافقة بالأسباع.

قال: (وإن انكسرت سهام فريقين أو أكثر ضربت أحد المتماثلين أو أكثر المتناسبين أو وقتتهما أو بعض المتباينين في بعضه إلى آخره، ووفق المتوافقين في كل الآخر، ثم وقتتهما فيما بقي، ثم في المسألة وإن عالت . وللدكر من غير ولد الأم مع أنثى كائنين).

ش: لا يخلو من أربعة أقسام: إما المماثلة ، أو المناسبة ، أو التباين ، أو الموافقة.

مثال الأول: كثلاثة وثلاثة اجتزأت بأحدها ، وطريق قسمتها كطريق القسمة فيما إذا كان المكسر على فريق واحد؛ كثلاثة إخوة لأم وثلاثة إخوة لأب : لولد الأم الثلث، والباقي لولد الأب . أصلها من ثلاثة ، سهم كل فريق منهم لا ينقسم ولا يوافق، فيكتفى بأحد العددين وهو ثلاثة، فاضربها في أصل المسألة تكن تسعة: لولد الأم سهم في ثلاثة بثلاثة لكل واحد سهم ، ولولد الأب اثنان في ثلاثة بستة لكل واحد سهمان مثل ما كان لجماعتهم .

ولو كان ولد الأب ستة وافقت سهامهم بالنصف، فيرجع عددهم إلى ثلاثة، وكان العمل كما ذكرنا .

وإن كانت متناسبة وهو أن تنسب الأقل إلى الأكثر بجزء من أجزائه كنصفه أو ثلثه أو ربه اجتزأت بأكثرها، وضربته في المسألة وعولها إن كانت عائلة؛ كجدتين وأربعة إخوة لأب : للجدتين السدس، وللإخوة ما بقي. أصلها من ستة، وعددهم لا يوافق سهامهم، وعدد الجدات نصف عدد الإخوة، فاجتزئ بالأكثر وهو أربعة، واضربه في أصل المسألة تكن أربعة وعشرين : للجدات سهم في أربعة بأربعة، وللإخوة خمسة في أربعة بعشرين لكل واحد خمسة .

ولو كان عدد الإخوة عشرين لوافقتهم سهامهم بالأخماس، فيرجع عددهم إلى أربعة، والعمل كذلك .

ومسألة العول: اثنا عشر أختاً لأب وثلاث أخوات لأم وست جدات ، المسألة من ستة وتعول إلى سبعة، والثلاث ربع الاثني عشر والستة نصفها، فاضرب اثني عشر في سبعة تكن أربعة وثمانين .

وإن كانت متباينة لا يماثل أحدها صاحبه ولا مناسبة ولا موافقة ضربت بعضها في بعض، فما بلغ فهو جزء السهم، ضربته في المسألة، فما بلغ فمنه تصح. أم وثلاثة إخوة

لأم وأربعة لأب. أصلها من ستة: لولد الأم سهمان، لا توافقهم، ولولد الأب ثلاثة لا توافقهم، العدنان متباينان، فاضرب أحدهما في الآخر تكن اثني عشر، وهو جزء السهم، فاضربه في أصل المسألة تكن اثنين وسبعين، ومنها تصح: للأم سهم في اثني عشر بمثلها، ولولد الأم سهمان في اثني عشر بأربعة وعشرين، لكل واحد ثمانية، ولولد الأب ثلاثة في اثني عشر ستة وثلاثين لكل واحد تسعة .

فإن أردت أن تعرف ما لأحدهم قبل التصحيح فاضرب سهام فريق في الفريق الآخر فما خرج فهو له ، فإن أردت أن تعلم ما لكل واحد من ولد الأم فلفريقه من أصل المسألة سهمان، اضربها في عدد الفريق الآخر وهو أربعة تكن ثمانية، فهي لكل واحد من ولد الأم ، ولفريق ولد الأب ثلاثة اضربها في عدد ولد الأم تكن تسعة، فهي لكل واحد منهم. وعولها إن كانت عائلة؛ كخمس أخوات لأب وثلاث أخوات لأم وجدة، أصل المسألة من ستة، وتعمل إلى سبعة والعدنان متباينان، فاضرب ثلاثة في خمسة تكن خمسة عشر اضربها في سبعة تكن مائة وخمسة .

وإن كانت متوافقة بجزء من الأجزاء الطبيعية كأربعة وستة وعشرة فإنها توافق بالأنصاف، ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر، ثم وافقت بين ما بلغ وبين الثالث الموقوف، وضربت وفق أحدهما في الآخر، ثم اضرب ما معك في أصل المسألة وعولها إن كانت عائلة، فما بلغ فمعه تصح . ست جدات وتسع بنات وخمسة عشر أختاً، أصلها من ستة، الأعداد متوافقة بالأثلاث، فتوقف الخمسة عشر مثلاً، ثم اضرب وفق الجدات وهو اثنان في جميع الآخر وهو تسعة تكن ثمانية عشر، فبينها وبين الموقوف موافقة، فاضرب وفقها وهو ستة في خمسة عشر يبلغ تسعين، وهي جزء السهم، فاضربها في أصل المسألة تبلغ خمسمائة وأربعين، هذا إذا كانت الأعداد ثلاثة فما فوق، فإن كان عدنان متوافقان فإنك ترد أحدهما إلى وفقه، وتضربه في جميع الآخر فما بلغ ضربته في المسألة؛ كزوج وست جدات وتسع أخوات فيتفقان بالأثلاث، فترد الجدات إلى اثنين، وتضربها في عدد الأخوات تكن ثمانية عشر وهي جزء السهم ثم تضرب ذلك في أصل المسألة تكن مائة وثمانية ومنها تصح .

تنبيه: إذا كان الكسر على ثلاثة أجزاء نظرت فإن كانت متمثلة؛ كثلاث جدات

وثلاث بنات وثلاثة أعمام: ضربت أحدها في المسألة، فما بلغ فمناه تصح، ولكل واحد منهم بعد التصحيح مثل ما كان لجماعتهم . فإن كانت متناسبة؛ كجدتين وخمس بنات وعشرة أعمام اجتزأت بأكثرها وهي العشرة، وضربتها في المسألة تكن ستين، ومنها تصح .

وإن كانت متباينة كما إذا كان الأعمام ثلاثة ضربت بعضها في بعض، يبلغ ثلاثين وهي جزء السهم، ثم تضربها في المسألة تكن مائة وثمانين .
وإن كانت متوافقة فعلت كما سبق .

فإن تماثل اثنان منها أو باينها الثالث أو وافقهما ضربت أحد المتماثلين في الثالث أو في وفقه إن وافق، فما بلغ فهو جزء السهم، تضربه في المسألة . وإن توافق اثنان وباينهما الثالث ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر، ثم في الثالث ، وإن تباين اثنان ووافقهما الثالث؛ كأربعة أعمام وسبع جدات وتسع بنات أجزأك ضرب أحد المتباينين في الآخر ثم تضربه في المسألة ، ويسمى هذا الموقوف المقيد ؛ لأنك إذا أردت وفق أحدهما لم تقف إلا الستة، فلو وقفت التسعة مثلاً وردت الستة إلى اثنين لدخلا في الأربعة وأجزأك ضرب الأربعة في التسعة . ولو وقفت الأربعة وردت التسعة إلى ثلاثة دخلت في التسعة، وكفاك ضرب الأربعة في التسعة.

فأما إن كانت الأعداد الثلاثة متوافقة فإنه يسمى الموقوف المطلق وفي عملها طريقان:

أحدهما: إذا كان معك ثلاثة أعداد متوافقة، فقف أحدها أيها شئت، ووافق بينه وبين الآخرين، واردهما إلى وفقهما، فإن تماثلا ضربت أحدهما في الموقوف، وإن تناسبا ضربت أكثرهما في الموقوف ، وإن تباينا ضربت أحدهما في الآخر ثم في الموقوف، وإن توافقا ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر ثم في الموقوف فما بلغ فهو جزء السهم، ثم تضرب ذلك في المسألة وعولها إن كانت عائلة، وإذا بلغت جزء السهم فاعتبر صحة حسابك بأن تقف عدداً آخر غير الذي وقفته أولاً وتعمل على ما ذكرنا .
فإن انتهى بك إلى مثل الأول فقد صح العمل، وإن زاد أو نقص فأحد الحساين خطأ وهذه طريقة البصريين في الموقوفات .

والثاني: طريقة الكوفيين فإنهم يوافقون بين عددين أيهما شأوا، ويضربون وفق أحدهما في الآخر، فما بلغ وافقوا بينه وبين الثالث، وضربوا وفق أحدهما في الآخر، فما بلغ وافقوا بينه وبين الرابع إن كان رابعاً، وعلى ذلك حسابهم؛ كعشر جدات واثنا عشر عمّاً وخمسة عشر بنتاً، تقف العشرة توافقها الاثنا عشر بالنصف، فترجع إلى خمسة، وتوافقها الخمسة عشر بالأخماس فترجع إلى ثلاثة، وهي داخله في الستة، فتضربها في العشرة تكن ستين، ثم في المسألة تكن ثلاثمائة وستين، وإن وقفت الاثنا عشر رجعت العشرة إلى نصفها خمسة، والخمسة عشر إلى ثلثها خمسة، وهما متمثالان، فتضرب إحداهما في الاثنا عشر تكن ستين، وإن وقفت الخمسة عشر رجعت العشرة إلى اثنين، والاثنا عشر إلى أربعة، ودخل الاثنان في الأربعة، فتضربها في الخمسة عشر تكن ستين ثم في المسألة .

فائدة الطريق في معرفة الموافقة والمناسبة والمباينة: أن تلقي أحد العددين من أكثرها مرة بعد أخرى، فإن فني فالعددان متناسبان، وإن لم يفن ولكن بقيت منه بقية ألفتها من العدد الأقل، فإن بقيت منه بقية ألفتها من البقية الأولى، ولا تزال كذلك تلقي كل بقية من التي قبلها حتى تصل إلى عدد يفنى الملقى منه غير الواحد، فأبى بقية فني منها غير الواحد فالموافقة بين العددين بجزء تلك البقية إن كانت اثنين فبالأنصاف وإن كانت ثلاثة فبالثلث، وإن كانت أربعة فبالأرباع، وإن كانت بأحد عشر أو اثني عشر أو ثلاثة عشر فبجزء ذلك، وإن بقي واحد فالعددان متباينان .

ومما يدل على تناسب العددين: أنك إذا زدت على الأقل مثله أبداً ساوى الأكثر، أو قسمت الأكثر على الأقل انقسم قسمة صحيحة ، ومتى نسبت الأقل إلا الأكثر انتسب إليه بجزء واحد، ولا يكون ذلك إلا في النصف فما دونه، فإذا أردت القسمة فكل من له شيء من أصل المسألة مضروب في العدد الذي ضربته في المسألة، وهو الذي يسمى جزء السهم، فما بلغ فهو له إن كان واحداً، وإن كانوا جماعة قسّمته عليهم، وصار لكل واحد منهم مثل ما كان لجماعتهم.

قاعدة: اعلم أن الحساب أربع منازل: آحاد وعشرات ومئات وألوف .
فالآحاد من واحد إلى تسعة وليس الواحد بعدد وإنما هو ابتداءه ، والعشرات من

عشرة إلى تسعين ، والمئات من مائة إلى تسعمائة ، والألوف من ألف إلى تسعة آلاف^(١) .

وكل مرتبة من هذه المراتب لها تسعة عقود ، فالآحاد عقودها واحد اثنان إلى تسعة ، والعشرات عقودها عشرة عشرين وكذا إلى تسعين ، والمئات عقودها مائة مائتان إلى تسعمائة ، والألوف عقودها ألف ألفان إلى تسعة آلاف .

والضرب ينقسم إلى مفرد ومركب . فالأول ما كان من ضرب مرتبة في مرتبة وهو عشرة أنواع ، والضرب عبارة عن تضعيف أحد المفردين بعدد آحاد الآخر ، فمعنى قوله: كم خمسة في ستة أي كم تضعيف الخمسة ست مرات أو الستة خمس مرات .

والآحاد في أي مرتبة ضربته كان للواحد ما يرتفع به واحد من تلك المرتبة من غير تجاوز لها . فإذا قال: اضرب ثلاثة في خمسة فهي خمسة عشر أحداً ، فإن قال في خمسين فاجعلها خمسة واضرب ثلاثة في خمسة تكن خمسة عشر لكل واحد عشرة تكن مائة وخمسين . فإن قال: في خمسمائة فخذ لكل واحد مائة تكن ألفاً وخمسمائة . فإن قال في خمسة آلاف فخذ لكل واحد ألفاً .

والعشرات في مثلها مئات ، لكل واحد مائة ولكل عشرة ألفاً ، وفي المئات ألوف لكل واحد ألف ولكل عشرة عشرة آلاف^(٢) ، وفي الألوف عشرات ألوف لكل واحد عشرة آلاف ولكل عشرة مائة ألف . مثاله: ثلاثين في أربعين ، اضرب ثلاثة في أربعة تكن اثني عشر ، خذ لكل واحد مائة تكن ألفاً ومائتين . فإن قال: في أربعمائة كانت اثنا عشر ألفاً . فإن قال: في أربعة آلاف كانت مائة ألف وعشرين ألفاً .

والمئات في مثلها عشرات ألوف وفي الألوف مئات ألوف . مثاله: أربعمائة في ستمائة تضرب أربعة في ستة تكن أربعة وعشرين فتكون مائتي ألف وأربعين ألفاً . فإن قال: في خمسة آلاف كانت ألفي ألف وأربعمائة ألف .

والألوف في مثلها ألوف ألوف . مثاله : أربعة آلاف في خمسة آلاف تكن

(١) في الأصل: الألف .

(٢) في الأصل: الألف .

عشرين^(١) ألف ألف .

فإذا تكررت لفظات الألف فأسقطها من الخمسين واحفظ عددها ثم اضرب الباقي بعد إلقتها على ما قدمنا فما بلغ أضفت إليه لفظات الألف المحفوظة .

مثاله: ثلاثون ألف ألف في ستمائة ألف ألف ألف تحفظ لفظات الألف وهي خمس ثم تضرب ثلاثين في ستمائة بأن تضرب ثلاثة في ستة تكن ثمانية عشر تأخذ لكل واحد ألف ؛ لأن عشرة في مائة ألف تكن ثمانية عشر ألفاً ، وتضيف إليها لفظات الألف الخمس فتكون ثمانية عشر ألف ألف ألف ألف ألف^(٢) .

فرع منه: في المركب .

فإذا قال: اضرب خمسة عشر في ستة عشر فالباب في هذا ونحوه من أحد عشر إلى تسعة عشر أن تضم آحاد أحد العددين إلى الآخر جميعه، تكن أحد وعشرين، تأخذ لكل واحد عشرة ، وتضم إليه ضرب الآحاد في الآحاد تكن مائتين وأربعين .

فإذا قال: ثلاثة وعشرين في سبعة وعشرين وضمت الآحاد واحدها إلى الآخر، تكن ثلاثين، وتضعفها لأجل العشرين، تكن ستين، تأخذ لكل واحد عشرة تكن ستمائة، وتضم إليها سبعة في ثلاثة يكن الجميع ستمائة وأحد وعشرون .

وكذلك ما زاد على هذا إلى تسعة وتسعين إذا تساوت العشرات في المضروبين تضعفه بعدها . مثل: خمسة وثلاثين في ستة وثلاثين تضم آحاد أحدها إلى الآخر تكن أحداً وأربعين فتضعفها ثلاث مرات ؛ لأن العشرات ثلاث تكن مائة وثلاثة وعشرين. تأخذ لكل واحد عشرة فتكون ألفاً ومائتين وثلاثين ، وتضم إليه مضروب خمسة في ستة تكن ألفاً ومائتين وستين .

فإن اختلفت عقود العشرات فيهما فكرر^(٣) أحد المضروبين بعدد عشرات الآخر ، وكرر آحاد الآخر بعدد عشرات المكرر . فما بلغ فخذ لكل واحد عشرة وضم إليه المرتفع من ضرب الآحاد في الآحاد . مثاله: ثلاثة وثلاثين في أربعة وأربعين فكرر الأربعة

(١) زيادة من المبدع ١٧٢/٦ .

(٢) زيادة من المبدع ١٧٢/٦ .

(٣) في الأصل: تكرر . وانظر المبدع ١٧٣/٦ .

والأربعين ثلاث مرات تكن مائة واثنين وثلاثين ، وكرر الثلاثة أربع مرات تكن اثني عشر تصير مائة وأربعة وأربعين . فتأخذ لكل واحد عشرة وتضيف إليه مضروب ثلاثة في أربعة تكن ألفاً وأربعمائة واثنين وخمسين .

قاعدة نافعة في الضرب وهي: إذا كان أحد المضروبين ينسب إلى مرتبة فوقه أو ينقسم على مرتبة دونه، فانظر أيهما أوضح نسبة إلى مرتبة فوقه أو دونه ، واعرف نسبة ذلك أنه النصف أو الخمس أو العشر أو غير ذلك. ثم خذ بقدر تلك النسبة من العدد الآخر . ثم إن كنت نسبت العدد الأول إلى العشر فخذ لكل واحد عشرة ، وإن نسبته إلى المائة فخذ لكل واحد مائة ، وإن نسبته إلى الألف فخذ لكل واحد ألفاً . ويتضح ذلك في ثلاثة أصول:

الأول: في النسبة إلى العشرة ثلاثة وثلث في تسعة وستين نسبة المضروب إلى العشرة بالثلث . فخذ ثلث المضروب فيه وهو ثلاثة وعشرون وخذ لكل واحد عشرة تكن مائتين وثلاثين . وهكذا إلى آخره.

الثاني: في النسبة إلى المائة اثني عشر ونصف في أربعة وستين المضروب ثمن المائة. فخذ ثمن المضروب فيه وهو ثمانية وخذ لكل واحد مائة . وهكذا إلى آخره.

الثالث: في النسبة إلى الألف مائة وخمسة وعشرون في مائتين وأربعين نسبة المضروب إلى الألف بالثمن . فخذ ثمن المضروب فيه وهو ثلاثون وخذ لكل واحد ألفاً تكن ثلاثين ألفاً .

فإن قال: مائة وثلاثة وعشرين في مائتين واثنين^(١) وخمسين : إن شئت نقصت الاثنين فأخذت ربع المائة والثلاثة وعشرين وأخذت لكل واحد ألفاً ثم ضربت اثنين في مائة وثلاثة وعشرين وزدته عليها ، وإن شئت زدت اثنين على المائة والثلاثة وعشرين ليكون ثمن الألف وأخذت ثمن المائتين واثنين وخمسين وجعلت لكل واحد ألفاً ثم ضربت الاثنين في مائتين واثنين^(٢) وخمسين ونقصته من المبلغ . وأيهما فعلت خرج الجواب ثلاثين ألفاً وتسعمائة وستة وتسعين .

(١) في الأصل: اثنين. وانظر المبدع ١٧٤/٦.

(٢) في الأصل: اثنين. وانظر المبدع ، الموضع السابق.

وإن قال: اضرب مائة واثنين في ثمانية وتسعين ضربت مائة في مائة تكن عشرة آلاف ، ونقصت من ذلك ضرب اثنين في اثنين ؛ لأن الناقص في الزائد ناقص ، والزائد في الزائد والناقص في الناقص زائدان .

فصل

واعتبر صحة ضربك بالميزان . وهو : أن تأخذ عدد عقود المضروب وعدد عقود المضروب فيه . فإن كان أكثر من تسعة أُلقيت منه تسعة أبداً ، وضربت الباقي بعضه في بعض . فما بلغ أخذت عقودَه وحفظتها إن كانت أقل من تسعة ، وإن كانت أكثر من تسعة أسقطت منها تسعة أبداً وحفظت الباقي . ثم أخذت عقود ما ارتفع معك من الضرب على هذا التقدير فإن تساويا^(١) فحسابك صحيح وإن زاد أو نقص فالحساب خطأ .

فإذا قال: اضرب خمسة وثلاثين في ثمانية وأربعين .
فالجواب: ألف وستمائة وثمانون . واعتبار صحة ذلك: أن تأخذ عقود المضروب وهي ثمانية ، وعقود المضروب فيه وهي اثنا عشر فتلقي منها تسعة يبقى ثلاثة تضربها في ثمانية تكن أربعة وعشرين . تأخذ عقودها تكن ستة وهي الميزان . فقابل بها عقود جوابك وهي خمسة عشر تلقي منها تسعة يبقى ستة. فقد صح الحساب .

فصل في ضرب الكسور

وهو نسبة . فقولك: كم ثلث في سبعة فمعناه كم ثلث السبعة؟ وقولك: ربع في ربع جوابه ربع ربع ويعبر عنه بنصف ثمن . وإذا قيل: سبع في سبع فجوابه سبع سبع . وكذا ثمن في عشرة فجوابه ثمن عشرة .
والأصل في ذلك: أن تضرب أحد الكسرين في الآخر وتنسب منه ما يكون من

(١) في الأصل: تساويان. وانظر المبدع ١٧٥/٦.

ضرب الكسر في الكسر .

مثاله: ربع في سدس تضرب أربعة في ستة تكن أربعة وعشرين ، وتضرب واحداً [في واحد]^(١) ، وتنسبه من أربعة وعشرين يكن ثلث ثمن .

فإن قال: كم خمسان في ثلاثة أسباع ؟ فاضرب خمسة في سبعة تكن خمسة وثلاثين ، واضرب اثنين في ثلاثة تكن ستة . انسبها من المبلغ تكن سبعاً وخمس سبع .
فإن قال: اضرب ثلاثة أخماس في عشرين : ضربت عدد الكسور وهي ثلاثة في عشرين تكن ستين ، اقسامها على مخرج الكسر وهو خمسة تكن اثني عشر وهو الجواب .

فإن قال: خمسة أسباع في مائة ضربت خمسة في مائة ، وقسمت المرتفع على سبعة يخرج أحداً وسبعين وثلاثة أسباع .

فإن قال: ثلاثة أجزاء من ثلاثة عشر في خمسة عشر ضربت ثلاثة في خمسة عشر تكن خمسة وأربعين تقسمها على ثلاثة عشر تخرج ثلاثة وستة أجزاء من ثلاثة عشر .
فإن قال: ثلث وربع في خمسة أجزاء من سبعة عشر : أخذت مخرج الثلث والربع وهو اثنا عشر وضربت في سبعة عشر تكن مائتين وأربعة . ثم تضرب الثلث والربع وهو سبعة في خمسة تكن خمسة وثلاثين ، تنسبه من المبلغ بالأجزاء . وإن شئت قلت أربع وثلاثون هي سدس ويبقى جزء فيكون الجواب سدساً وجزءاً من مائتين وأربعة .

باب المناسخات

النسخ لغة: إبطال الشيء وإزالته ، يقال: نسخت الشمس الظل إذا أذهبتة وحلت محله .

وسميت مناسخة الفرائض -وهو موت ورثة بعد ورثة قبل قسم التركة- بذلك ؛ لزوال حكم الأول ورفعها .

وقيل: لأن المال تناسخته الأيدي . وهو من غويص الفرائض ، وتجري مجرى

(١) زيادة من المبدع ١٧٦/٦ .

التصحيح في المعنى .

قال: (إذا مات شخص ولم تقسم تركته حتى مات بعض ورثته فإن وراثته كالأول فاقسمها على من بقي، وإن كان ورثة كل ميت لا يرثون غيره كإخوة لهم بنون فصحح الأول واقسم سهم كل ميت على مسأله وصحح المكسر كما سبق).

ش: أما قول المصنف: إذا مات شخص... إلى حتى مات بعض ورثته ؛ فبيان لمعنى المناسخات اصطلاحاً.

ولها أحوال:

أحدها: أن يكون ورثة الثاني يرثونه على حسب ميراثهم من الأول مثل: أن يكونوا عصابة لهما، فاقسم المال بين من بقي منهم، ولا تنظر إلى الميت الأول؛ كأربعة بنين وثلاث بنات ماتت بنت ثم ابن ثم بنت ثم ابن بقي اثنان وبنت فاقسم المال على خمسة ولا يحتاج إلى عمل .

وكذا يقول في أبوين وزوجة وابنين وبنتين ماتت بنت ثم الزوجة ثم ابن ثم الأب ثم الأم، فقد صارت الموارث كلهن بين الابن والبنت الباقيين أثلاثاً، واستغنيت عن عمل المسائل . وربما اختصرت المسائل بعد التصحيح بالموافقة بين السهام، فإذا صحت المسألة نظرت فيها، فإن كان لجميعها كسر يتفق فيه جميع السهام رددت المسألة إلى ذلك الكسر، ورددت سهام كل وارث إليه ليكون أسهل في العمل؛ كزوجة وبنت وابن ماتت البنت، فتصح المسألتان من اثنين وسبعين: للزوجة بحقها ستة عشر، وللابن ستة وخمسون، تتفق سهامها بالأثمان فتردها إلى ثمنها تسعة للزوجة سهران وللابن سبعة .

الثاني: أن يكون ما بعد الميت الأول من الموتى لا يرث بعضهم بعضاً؛ كإخوة خلف كل واحدٍ منهم بنيه؛ كرجل توفي وترك أربعة بنين، فمات أحدهم عن ابنين، والثاني عن ثلاثة، والثالث عن أربعة، والرابع عن ستة. فالأولى من أربعة، والثانية من اثنين، والثالثة من ثلاثة، والرابعة من أربعة، والخامس من ستة. فاجعل مسائلهم كعدد انكسرت عليهم سهامهم؛ لأن كل مسألة لمستحقها فهي كالعدد المذكور . وصحح على ما ذكرنا في باب التصحيح؛ لأن المسائل كالأعداد أربعة، فالاثنان يدخلان في الأربعة، والثلاثة في الستة، والأربعة توافق الستة بالأنصاف، فتضرب نصف أحدهما في

الأخرى، تكن اثني عشر، ثم تضربها في المسألة الأولى تكن ثمانية وأربعين، لورثة كل ابن اثنا عشر، فلكل واحد من ابني الأول ستة، ولكل واحد من بني الثاني أربعة ولكل واحد من بني الثالث ثلاثة، ولكل واحد من بني الرابع سهمان .

وإن كانت متباينة ضربت بعضها في بعض فما بلغ ضربته في الأولى ؛ كما لو خلف أحد الإخوة ابنين والآخر ثلاثة والآخر خمسة .

وإن كانت متماثلة اجتزأت بأحدها ؛ كما لو خلف كل واحد ابنين.

قال: (وإن لم يرثوا الثاني كالأول صححت الأولى، وقسمت سهم الثاني على ورثته، فإن انقسمت صححتا من أصلها، فإن لم تنقسم ضربت كل الثانية أو وفقها للسهم في الأولى، ومن له منها شيء فاضربه فيما ضربته فيها، ومن له شيء من الثانية شيء فاضربه فيما تركه الميت أو وفقه فهو له، وتعمل في الثالث فأكثر عملك في الثاني مع الأول).

ش: وهذا ما عدا ما تقدم . وهو أقسام:

أحدها: أن تنقسم سهام الميت الثاني على مسألته .

الثاني: أن لا تنقسم عليها بل توافقها .

الثالث: أن لا تنقسم عليها ولا توافقها .

فصحح الأولى وانظر ما صار للثاني منها فاقسمه على مسألته بعد أن تصحيحها، فإن انقسمت صحت المسألتان مما صحت منه الأولى؛ كرجل خلف امرأة وبتناً وأخاً هي من ثمانية ثم ماتت البنت وخلفت زوجاً وبتناً وعمها، فإن لها من الأولى أربعة، ومسألتها من أربعة: للزوج الربع سهم، وللبنت النصف سهمان، والباقي وهو سهم للعم، فصحت المسألتان من ثمانية وصار للأخ أربعة من أخيه ثلاثة، ومن بنت أخيه سهم.

ومن ذلك: أم وعم، مات العم عن بنت وعصبة، الأولى من ثلاثة، والثانية من اثنين، فصحت المسألتان.

ثلاث أخوات متفرقات، ماتت الأخت من الأبوين عن ابنتين ومن خلفت، صحت المسألتان من خمسة .

بنت وبنت ابن وأخ، ماتت البنت عن ابنتين وعمها، فصحت المسألتان من ستة،

وصار للأخ ثلاثة .

وإن لم تنقسم وافقت بين سهامه ومسألته ثم ضربت وفق مسألته في المسألة الأولى ليخرج بلا كسر، كل من له شيء من الأولى مضروب في وفق الثانية، ومن له شيء من الثانية مضروب في وفق سهام الميت الثاني ؛ لأن به يعلم قدر ما لكل واحد؛ مثل: أن الزوجة أمًّا للبنت في المسألة الأولى، فإن مسألتها من اثني عشر ؛ لأن فيها نصفًا وربعًا وسدسًا توافق سهامها بالربع ؛ لأن لها من الأولى أربعة وبينها وبين الاثني عشر موافقة بالأرباع، فترجع إلى ربعها ثلاثة ؛ لأنها ربعها، فتضربها في الأولى وهي ثمانية تكن أربعة وعشرين، للمرأة من الأولى سهم في ثلاثة بثلاثة ، وللأخ ثلاثة في ثلاثة تكن تسعة ، وللزوج من الثانية ثلاثة مضروبة في واحد ؛ لأنه الوفق بثلاثة، وللميت ستة في واحد بستة وللأم سهمان في واحد بسهمين، وللعلم سهم .

ومن ذلك: زوج وأم وست أخوات مفترقات، ماتت إحدى الأختين من الأم وخلفت من خلفت، فالأولى من عشرة والثانية من ستة ؛ لأنها خلفت أمًّا وأختين لأبوين وأختين من أب، تضربها في الأولى ومنها تصح .

وإن لم توافق سهامه مسألته ضربت الثانية في الأولى وكل من له شيء من الأولى مضروب في الثانية، ومن له شيء من الثانية مضروب في سهام الميت الثاني؛ مثل: أن تخلف البنت بنتين فيكون ترك امرأة وبتنًّا وأخًا، ثم ماتت البنت عن أربعة وخلفت زوجها وأمًّا وابنتين، فإن مسألتها من اثني عشر، تعول إلى ثلاثة عشر لا تنقسم عليها سهامها، تضربها في الأولى وهي ثمانية تكن مائة وأربعة، وتعمل على ما ذكرناه، للمرأة من الأولى سهم في ثلاثة عشر بثلاثة عشر، وللأخ ثلاثة في ثلاثة عشر بتسعة وثلاثين، وللزوج من الثانية ثلاثة في أربعة باثني عشر، وللبنتين ثمانية في أربعة باثني وثلاثين، وللأم سهمان في أربعة بثمانية .

فإن مات ثالث جمعت سهامه مما صحت الأوليان، وعملت فيها عملك في مسألة الثاني مع الأول فانظر نصيبه من المسألتين، فإن انقسم على مسألته فذاك، وإن لم تنقسم ووافق فاضرب وفق المسألة الثالثة في الأولتين، وإن لم توافق فاضرب جميع المسألة في المسألتين .

مثاله: زوج وأم وثلاث أخوات مفترقات، فالأولى من خمسة عشر، ماتت الأخت من الأبوين وخلفت زوجاً ومن خلفت، فمسألتها من ثمانية وسهامها ستة يتفقان بالنصف . فتضرب مسألتها في الأولى تكن ستين . ثم ماتت الأولى وخلفت زوجاً وأختاً وبنتها وهي الأخت من الأم . فمسألتها من أربعة ولها من المسألتين أحد عشر سهماً لا توافق فتضرب مسألتها في الأولتين تكن مائة وأربعين . ومنها تصح الثلاث .

وكذلك تصنع في الرابع كما فعل في الثالث؛ كرجل خلف زوجة وأبوين وابنتين، ثم مات الأب وترك الأبوين ومن خلف، ثم ماتت الأم وخلفت أمّاً وعمّاً ومن خلفت، ثم ماتت إحدى البنيتين وخلفت زوجاً ومن خلفت، تصح الأولى من سبعة وعشرين والثانية من أربعة وعشرين، توافق تركة الأب بالأربع، ثم ماتت الأم عن سبعة وعشرين وخلفت أمّاً وبني ابن وعمّاً، فمسألتها من ستة وتركته توافق بالأثلاث، ثم ماتت إحدى البنيتين عن مائة وثلاثين وترك زوجاً وأمّاً وأختاً، فمسألتها من ثمانية وتركته توافقها بالأنصاف، فتصح المسائل الأربع من ألف ومائتين وستة وتسعين: للزوجة من الأولى والرابعة مائتان وأربعة وسبعون، وللبنات الباقية من المسائل الأربع سبعمائة وخمسة عشر، ولأخي الميت الثاني أربعون، ولأم الثالثة ستة وثلاثون، ولعمها كذلك، ولزوج الرابعة مائة وخمسة وتسعون، والقيراط فيها بأربعة وخمسين .

وتصنع في من بعده من خامس أو سادس؛ كامراً ماتت عن زوج وأربع أخوات من أبوين وأختين من أم وأم، ثم ماتت الأم عن زوج وأخ ومن خلفت، ثم ماتت إحدى أخوات الأبوين عن ثلاث بنين وبنتين، ثم ماتت أخرى عمن في المسألة وهم أختان لأبوين وأختان من أم، ثم ماتت أخرى عن زوج وبنتين وابن. المسألة الأولى من ستة وتقول إلى عشرة، ماتت الأم عن زوج وست بنات وأخ، مسألتها من اثني عشر، وتصح من ستة وثلاثين، وما في يدها سهم لا تصح ولا توافق، فاضرب ستة وثلاثين في عشرة تبلغ ثلاثمائة وستين، ومنها تصح المسألتان: للزوج من الأولى ثلاثة مضروبة في ستة وثلاثين تبلغ مائة وأربعة وأربعين، وللأختين من الأم سهمان مضروبة فيها تبلغ اثنين وسبعين، ولزوج الأم من الثانية تسعة مضروبة في نصيب الأم وهو سهم بتسعة، وللبنات أربعة وعشرون مضروبة فيه تكن كذلك، وللأخ ثلاثة مضروبة في سهم تكن ثلاثة . ثم

ماتت الأخت الأخرى عن أربعين سهماً ومسألتها من ثلاثة وتصح من ستة، وحينئذ لا تصح وتوافق بالأنصاف، فاضرب نصف مسألتها وهو مائة في ثلاثمائة وستين تبلغ ألفاً وثمانين لزوج الميتة الأولى مائة وثمانية مضروبة في ثلاثة تكن ثلاثمائة وأربعة وعشرين للأختين من الأبوين من الأولتين ثمانون مضروبة في ثلاثة تكن مائتين وأربعين لكل أخت مائة وعشرون، وللأختين من الأم من الأولتين كذلك، ولزوج الأم تسعة مضروبة في ثلاثة تبلغ سبعة وعشرين، وللبنتين والبنات من الثالثة أربعون سهماً مضروبة في ثلاثة تبلغ مائة وعشرون لكل ابن ثلاثون ولكل بنت خمسة عشر، وللأختين من الأبوين من الرابعة أربعين مضروبة في وفق ما في يد الميتة وهو عشرون تكن ثمانين لكل أخت أربعون، وللأختين من الأم سهران مضروبان في عشرين تكن أربعين لكل أخت عشرون. ثم ماتت الأخت الأخرى من الأبوين عن مائة وستين سهماً، ومسألتها تصح من ستة عشر فتركتها صحيحة على مسألتها: لزوجها أربعون، ولكل ابن ستون، ولكل بنت ثلاثون، فقيراطها بخمسة وأربعين.

باب قسمة التركات

اعلم أن القسمة والنسبة مما يستعان بهما في تصحيح المسائل والمناسخات. فالقسمة هي : معرفة نصيب الواحد من المقسوم عليه .

وإن شئت قلت هو : سؤال عن عدد ما في المقسوم من انتقال المقسوم عليه .

ولهذا إذا ضربت الخارج بالقسمة من المقسوم عليه ساوى المقسوم . فمعنى قوله : اقسام ستة وثلاثين على تسعة أي : كم نصيب الواحد من التسعة؟ أو كم في الستة وثلاثين مثل التسعة؟ وإذا ضربت الخارج بالقسمة وهو أربعة في تسعة كان مثل المقسوم .

والنسبة: معرفة قدر المنسوب من المنسوب إليه والعدد ، وينقسم إلى ثلاثة أقسام: أول وثاني ومشترك .

فالأول: ما لا يصح له كسر كأحد عشر وثلاثة عشر . فالنسبة إلى هذا النوع

بالأجزاء .

والثاني: هو كل عدد له كسر دون العشرة مثل: ثمانية وأربعين التي سدسها ثمانية وثمانها ستة . ومثل مائة التي نصف عشرها خمسة ونحو ذلك . فهذا ينسب إليه بالفاظ الكسور التسعة وما تركب منها .

والمشترك: هو الذي يكون له كسر فوق العشرة . وهو ما تركب من الأجزاء الصم كائنين وخمسين التي ربعها ثلاثة عشر . ومائة واثنين وثلاثين التي نصف سدسها أحد عشر . والنسبة إلى هذا العدد بالأجزاء والكسور معاً .

فإن أردت أن تنسب إلى عدد : استخرجت منه كل كسر يصح منه بأن تنظر ما يركب منه العدد من الأعداد دون العشرة .

إذا أردت معرفة^(١) من كم يتركب العدد بأن تقسمه على عشرة وعلى تسعة ثم إلى الاثنين . فعلى أي شيء انقسم فاعلم أنه يتركب منه ، كمائة^(٢) وعشرين هي تضعيف ثلاثة^(٣) بأربعة بعشرة . فالواحد منها ثلث ربع عشر والأربعة ثلث عشر يستخرج النسبة من ألفاظ الأعداد المترتبة منها . فإذا أضعفت عددين منها أحدهما بالآخر كانت نسبته بلفظ الثالث . ألا ترى أنك إذا أضعفت الثلاثة بالأربعة كانت اثنا عشر وذلك العشر وهو مخرج لفظ العدد الثالث . وإن أضعفت الأربعة بالعشرة كان الثلث . وإن أضعفت الثلاثة بالعشرة كان الربع .

قال: (إن أمكن نسبة سهم كل وارث من المسألة بجزء فله من التركة كنسبته، وإن ضربت سهم كل وارث في عدد التركة أو وقفها وقسمتها على المسألة أو وقفها فأعطه الخارج، ولو قسمت التركة على المسألة وضربت الخارج في سهم وارث خرج حقه)

ش: أما كون من أمكنه نسبة سهم كل وارث من المسألة بجزء من التركة كنسبته يعطيه من التركة المعلومة مثل تلك النسبة... إلى آخره ؛ فلأن كل واحد من الطرق

(١) زيادة من المعونة ١٩٤/٨ .

(٢) في الأصل: المائة . وانظر المبدع ١٨٤/٦ .

(٣) في الأصل: بثلاثة . وانظر المبدع ، الموضع السابق .

يحصل العلم بمقدار سهم كل وارث. كما يأتي إن شاء الله تعالى بيانه ؛ كامراً ماتت عن زوج وأبوين وابنتين ، المسألة من خمسة عشر والتركة أربعون ديناراً ، فللزوج ثلاثة وهي خمس المسألة فله خمس التركة ثمانية دنانير ، ولكل واحد من الأبوين ثلثا خمس المسألة فله ثلثا الثمانية وذلك خمسة دنانير وثلث دينار ، ولكل واحدة من البنتين مثل ما للأبوين كليهما وذلك عشرة وثلثان.

وإن شئت قسمت التركة على المسألة ، وضربت الخارج بالقسم في سهم كل وارث في عدد التركة ، فما خرج فهو حقه . ففي مسألتنا إذا قسمتها على المسألة كان الخارج دينارين وثلثين ، فإذا ضربتها في سهم الزوج وهو ثلاثة كانت ثمانية دنانير . وإذا ضربتها في سهم كل واحد من الأبوين كانت خمسة وثلثاً . وإذا ضربتها في سهم كل واحدة من البنتين كانت عشرة دنانير وثلثين .

وإن شئت ضربت سهامه في التركة وقسمتها على المسألة ، فما خرج فهو حقه . فإذا ضربت سهم الزوج وهو ثلاثة في التركة كانت مائة وعشرين . فإذا قسمتها على المسألة وهي خمسة عشر خرج بالقسم ثمانية ، وإذا ضربت سهم أحد الأبوين فيها كان ثمانين . فإذا قسمتها على المسألة خرج خمسة وثلث ، وإذا ضربت سهم كل واحدة من البنتين فيها كانت مائة وستين . فإذا قسمتها على المسألة خرج بالقسم عشرة وثلثان.

لكن إن كانت المسألة من الأعداد الصم لم يكن العمل بالطريق الأولى ؛ لأنه لا نسبة فيها ؛ كزوج وأم وابنتين والتركة خمسون ديناراً ، المسألة من ثلاثة عشر ، إذا قسمت عليها التركة خرج بالقسم لكل منهم ثلاثة دنانير وأحد عشر جزءاً من ثلاثة عشر جزءاً من دينار تضرب ذلك في سهام الزوج وهي ثلاثة يجتمع له أحد عشر ديناراً وسبعة أجزاء ، وتضرب نصيب الأم تكن سبعة دنانير وتسعة أجزاء ، ولكل بنت ضعف ذلك ، وإن ضربت سهام كل وارث في الخمسين وقسمتها على المسألة خرج ما ذكرناه

وإن شئت في مسائل المناسخات قسمت التركة على المسألة الأولى ، ثم أخذت نصيب الثاني فقسمته على مسألتها ، وكذلك الثالث ؛ كرجل توفي وخلف أربع بنين وأربعين ديناراً فإذا قسمتها عليهم خرج لكل واحد عشرة ، ثم مات أحدهم عن زوجة

وإخوته فمسأله من أربعة، فإذا قسمت عليها العشرة كان للزوجة ديناران ونصف، ولكل أخ كذلك، ثم مات أحدهم عن زوجة وإخوته فهي من أربعة وتصح من ثمانية، فإذا قسمت مجموع ما له منهما وهو اثنا عشر ونصف كان للزوجة ثلاثة دنانير وثمان، ولكل أخ أربعة ونصف ثمن، مجموع ما حصل للأخوين الباقيين من الأول والثانية والثالثة سبعة عشر ديناراً وثمان دينار ونصف ثمن .

وإن كان بين المسألة والتركة موافقة فوافق بينهما واقسم وفق التركة على وفق المسألة .

مثاله: زوجة وأم وثلاث أخوات مفترقات، المسألة من خمسة عشر، والتركة عشرون ديناراً ماتت الأم وخلفت أبوين ومن خلفت، فهي من ستة: للأم من الأولى سهمان لا ينقسم على الستة وتوافقها بالنصف فتضرب نصف الستة في الأولى تكن خمسة وأربعين . وإن شئت نسبت نصيب كل وارث وأعطيته من التركة مثل تلك النسبة، فللمرأة تسعة وهي خمس المسألة فلها خمس التركة أربعة دنانير، وللأخت من الأم ثمانية وهي ثمانية أضع الخمس فلها من التركة ثمانية أضع خمسها وهي ثلاثة دنانير وخمس أضع دينار، وللأخت من الأبوين عشرون وهي أربعة أضع المسألة، فلها أربعة أضع التركة وهي ثمانية دنانير وثمانية أضع دينار، وللأخت من الأب ستة وهي تسع المسألة وخمس تسعها فلها من التركة ديناران وثلثان .

وإن شئت قسمت العشرين على خمسة وأربعين، وضربت الخارج بالقسم من نصيب كل وارث فيخرج ما ذكرناه .

وإن شئت ضربت سهام كل وارث في التركة، وقسمت ما بلغ على المسألة، فما خرج فهو نصيبه .

وإن شئت وافقت بين التركة والمسألة، وهي هنا توافق بالأحساس، فترد المسألة إلى تسعة، والتركة إلى أربعة، وتضرب سهام كل وارث في أربعة، وتقسمه على تسعة يخرج ما ذكرناه .

قال: (وتجعل في المكيل والمدروع وشحوهما القفيز والرطل كالدينار والأوقية كالقيراط، وتجمع السهام من العقار من قراريط الدينار وتقسّمها، ولك غير ذلك).

ش: وإذا أردت القسمة على قراريط الدينار وهي أربعة وعشرون قيراطاً في عرف بلاد الشام، فاجعل عدد القراريط كالتركة المعلومة، أو اعمل على ما ذكرنا من قبل . فإذا أردت قسمة السهام الكثيرة على ذلك، فاجعل التركة كلها قراريط، فإذا كانت التركة دينارين وقيراطين، فابسط الكل قراريط تكن خمسين، ثم اعمل على نحو ما إذا كانت كلها دنانير . فإن كانت السهام كثيرة وأردت أن تعلم سهم القيراط، فانظر ما تركب منه العدد، فإنه لا بد أن يتركب من ضرب عدد في عدد، فانسب أحدهما إلى أربعة وعشرين إن كان أقل منها، وخذ من العدد الآخر مثل تلك النسبة فما بلغ فهو لكل قيراط . وإن كان أكثر من أربعة وعشرين قسمت عليها، فما خرج بالقسم فاضربه في العدد الآخر، فما بلغ فهو نصيب القيراط، كستمائة فإنها متركبة من ضرب عشرين في ثلاثين، وانسب العشرين إلى أربعة وعشرين تكن نصفها وثلاثها، فخذ نصف الثلاثين وثلاثها خمسة وعشرين فهي سهم القيراط . وإن شئت قسمت الثلاثين على أربعة وعشرين فيخرج بالقسم سهم وربع، فاضربها في العشرين تكن خمسة وعشرين وهي سهم القيراط . فإن كان سهم القيراط كسر تبسطها من جنس الكسر وتنسبها منها .

مثاله : زوج وأبوان وابنتان، ماتت الأم وخلفت أمّاً وزوجاً وأختاً من أبوين وأختين من أب وأختين من أم، فالأولى من خمسة عشر والثانية من عشرين، فتضرب وفق أحدهما في الآخر تكن مائة وخمسين، وسهم القيراط ستة وربع، ابسطها أربعاً تكن خمسة وعشرين، فهذه سهم القيراط، فللبنات من الأولى أربعة في عشرة تكن أربعين، فلها بخمسة وعشرين أربع قراريط، يبقى خمسة عشر اضربها في مخرج الكسر تكن ستين، اقسّمها على خمسة وعشرين تكن اثنتين وخمسين، فصار لها ستة وخمسان، وللأب من الأولى والثانية ستة وعشرون، فله بخمسة وعشرين أربعة، وابسط السهم الباقي أربعاً تكن أربعة أحماس خمس، ولزوج الأولى ثلاثون فله بخمسة وعشرين أربعة قراريط، وابسط الخمسة الباقية تكن عشرين، وهي أربعة أحماس قيراط، ولأم الثانية سهمان، ابسطها أربعاً تكن قيراطاً وثلاثة أحماس خمس قيراط، وكذلك لكل أخت من أم

ولالأختين للأب مثل ذلك، وللأخت من الأبوين ستة، أبسطها أربعاً تكن أربعة أخماس قيراط وأربعة أخماس خمس.

تنبيه: اعلم أن أهل بغداد وما ضاهاها من الأمصار جعلوا الدرهم ثمانية وأربعين حبة، والدانق ثمان حبات ؛ لأن الدرهم ستة دوانيق في سائر الأمصار، وصيروا الدرهم اثنا عشر قيراطاً والقيراط أربع حبات، وجعلوا الدرهم أربعة وعشرين طصوجاً، والطصوج حينئذ حبتان، والدينار ستين حبة، وليس بين الناس اختلاف أن عشرة دراهم وزنها سبع مثاقيل، والمثقال درهم وثلاثة أسباع درهم ؛ لأنك إذا قسمت العشرة على السبعة خرج واحد وثلاثة أسباع فيكون الدرهم نصف مثقال وخمسه ؛ لأن السبعة من العشرة نصفها وخمسة .

وأما الدينار فهو ثمان دوانيق وأربعة أسباع دانق من دوانيق الدرهم ؛ لأن الدرهم ستة دوانيق، فإذا زدت على ستة ثلاثة أسباعها صار ثمانية وأربعة أسباع، والدينار سبعة عشر قيراطاً وسبع قيراط من قراريط الدرهم، وهو أربعة وثلاثون طصوجاً وسبع طصوج، وهو ثمانية وستون حبة وأربعة أسباع حبة من حبات الدرهم، وهو أربعة عشر قيراطاً ؛ لأن الدرهم نصف المثقال وخمسه، والمثقال عشرون قيراطاً فنصفها وخمسة عشر قيراطاً ، ونصف الدرهم سبع قراريط ، وثالث الدرهم أربعة قراريط وثلثا قيراط من قراريط الدينار وهو أربعة قراريط وحبتين ؛ لأن القيراط ثلاث حبات .

وإن كانت التركة سهامها من عقار وغيره كما قال المصنف؛ كثلث وربع ونحو ذلك فلك في علمها طريقان: فإن شئت أن تجعلها من قراريط الدينار وهو أربعة وعشرون قيراطاً في عرفنا وتقسمها على ما قلنا .

فعلى هذا إذا جمعتها من قراريط الدينار كأربعة عشر قيراطاً وجعلتها كأنها دنانير، ثم قسمت ذلك على المسألة . فزوج وأم وأخت من أبوين، المسألة من ثمانية: للزوج ثلاثة وهي ربعها وثمانها فله ربع أربعة عشر قيراطاً ، وثمانها وهو خمسة قراريط وربع ، وللأم سهمان هي ربع التركة فلها ربع القراريط المذكورة، وهو ثلاثة ونصف، وللأخت مثل الزوج فانقسمت بغير ضرب.

وإن شئت وافقت بينها وبين المسألة إذا لم تنقسم، وضربت المسألة أو وفقها في

مخرج سهام العقار، ثم كل من له شيء من المسألة مضروب في السهام الموروثة من العقار أو في وقفها، فما كان فأنسبه من المبلغ فما خرج فهو نصيبه.

مثاله: زوج وأبوان وابنتان، والتركة ربع دار وخمسها، المسألة من خمسة عشر، توافق السهام الموروثة في العقار بالثلث، فإنها تسعة، فترد المسألة إلى خمسة، ثم تضربها في مخرج سهام العقار وهي عشرون تكن مائة، فللزوجة من المسألة ثلاثة في وفق سهام العقار ثلاثة تسعة من مائة وهي نصف عشر الدار وخمس خمسها، ولكل واحد من الأبوين سهمان في ثلاثة ستة وهي ثلاثة أخماس عشر الدار، ولكل بنت ضعف ذلك وهو عشر وخمس عشر.

وإن شئت نسبت سهام كل وارث من المسألة، فما بلغ أعطيته منها بقدر نسبة السهام إلى سهام العقار: فللزوجة من المسألة الخمس فله خمس التركة، وكذلك يفعل في الباقي.

وإن لم توافق السهام الموروثة المسألة ضربت المسألة جميعها في سهام العقار، فما بلغ منه تصح، وكل من له شيء من المسألة مضروب في السهام فما بلغ فأنسبه من العدد المجتمع، فما خرج بالنسبة فله مثل تلك النسبة من الدينار.

حساب المجهولات: زوج وأم وأختان لأب وأم، أخذ الزوج بميراثه خمسة وأربعين ديناراً كم التركة؟

فالطريق في ذلك: أن تقسم ما أخذه على سهامه فيخرج خمسة عشر. فاضربها في سهام المسألة وهي ثمانية تكن مائة وعشرين وهي التركة.

وإن شئت ضربت ما أخذه في سهام المسألة تكن ثلاثمائة وستين، وقسمت ذلك على سهام الزوج يخرج ما ذكرناه.

وإن شئت ضربت ما أخذه في سهام باقي الورثة، وقسمت ذلك على سهامه فما خرج فهو باقي التركة.

وإن شئت قلت سهام من بقي مثل سهامه مرة وثلثين، فيجب أن يكون الباقي خمسة وسبعين.

فإن أخذ وارث بدينه وإرثه جزءاً من التركة؛ كنصفه وثلثه، صححت المسألة

وأسقطت منها سهمه، وضربت ما بقي في مخرج الجزء الذي أخذه فما ارتفع منها فتركة ثم أسقط من المخرج ما أخذه، واضرب ما بقي مما صحت منه المسألة فما بلغ فإرث، وباقي التركة دين .

فائدة: قال الإمام في قوله تعالى: {وإذا حضر القسمة... الآية} [النساء: ٨] . وذلك إذا قسم القوم الميراث . فقال حطان بن عبدالله: قسم لي أبو موسى بهذه الآية، وفعل ذلك غيره . والآية الكريمة محكمة.

وقال ابن المسيب: إنها منسوخة كانت قبل الفرائض .

باب ذوي الأرحام

هذا الباب معقود لبيان ذوي الأرحام، وبيان ميراثهم . والأرحام جمع رحم يورث ، كيف وفيه اللغات الأربع في الفخذ ، وهو بيت مئيت الولد ، ووعائه في البطن . وقال الجوهري: الرحم رحم الأنثى وهي مؤنثة ، والرحم القرابة . وقال صاحب المطالع: هي معنى من المعاني . وهو النسب والاتصال الذي يجمع والده . فسمي المعنى باسم ذلك المحل ؛ تقريباً للأفهام . ثم يطلق الرحم على كل قرابة . والمراد هنا: قرابة مخصوصة بدليل ما يأتي بعد.

قال: (يورثون بالتزويل فولد بنات الصلب وولد بنات البين وولد الأخوات كأمهاتهن، وبنات الإخوة لأبوين أو لأب، وبنات بنينهم وولد الإخوة لأم كآلهن، والأحوال والحالات وأبو الأم كالأب، والعلمات والعم من الأم كالأب . فيجعل حق كل وارث لمن أدلى به).

ش: أما كون ذوي الأرحام يورثون بالتزويل كما ذكره المصنف رحمه الله ؛ فلأنهم فرع في الميراث على غيرهم ، يوجب إلحاقهم بمن هم فرع له، وقد روي عن علي وعبدالله رضي الله عنهما: «أنهما نزلا بنت البنت منزلة البنت ، وبنت الأخ منزلة

الأخ ، والعمة منزلة الأب ، والخالة منزلة الأم»^(١).

وروي ذلك عن عمر رضي الله عنه في العمة والخالة ، وهو قول الأكثر .
وعنه: أنهم يرثون على ترتيب العصبات ، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه . فجعلوا
أولاهم أولاد البنات ثم أولاد الأخوات ثم الأخوال والخالات والعمات . وأولاهم من
كان لأبوين ثم لأب ثم لأم . واختلفوا في تفصيله ، نبه على ذلك الحنبري ثم قال:
ويسمى مذهبهم قول أهل القرابة . وأما باقي المورثين لهم فيسمون المنزلين ، وهم فيه على
مذاهب ، وإنما المعول على قول الجهم الغفير من المنزلين ، وبه يفتي أصحابنا اليوم لعدم بيت
المال ، وهو: أن يجعل كل شخص بمنزلة من أدلى به ؛ لأنهم نزلوا كل فريق منهم منزلة
الوارث الذي يدلي به ، وقسموا نصيب الوارث بين المدلين به على قدر ميراثهم منه .
فإن بعدوا نزلوا درجة درجة حتى يصلوا إلى من يمتون به ، فيأخذون ميراثه ، فيجعل ولد
البنات والأخوات كما قال المصنف... إلى آخره ، وهذا هو الصحيح في تنزيل العمة أباً
والخالة أمّاً؛ لما روى الزهري وفي ابن المنجي عن أنس أن رسول الله ﷺ قال: «العمة
بمنزلة الأب إذا لم يكن بينهما أب ، والخالة بمنزلة الأم إذا لم يكن بينهما أم»^(٢) رواه
الإمام أحمد .

ولأن الأب أقوى جهات العمة ، والأم أقوى جهات الخالة . فتعين تنزيلهما بهما
دون غيرهما ؛ كبنت الأخ وبنت العم فإنهما ينزلان منزلة أبويهما دون أخويهما .
ولأنه إذا اجتمع لهما قرابات ولم يمكن توريثهما بجمعها ورثناها بالأقوى؛ كالجوس
عند من لا يورثهم بجمع قراباتهم ، وكالأخ من الأبوين فإننا نورثه بالتعصيب وهي جهة
أبيه دون قرابة أمه .

وعنه: أن العمة والعم من الأم كالعم . روي عن علي ، وقاله علقمة ومسروق .
فعلى هذه يجعلهن كلهن بمنزلة العم من الأبوين ؛ لأنه أقواهم .

(١) أخرجه سعيد بن منصور في الفرائض، باب العمة والخالة ٦٨/١ ح ١٥٥ . والدارمي في الفرائض، باب في ميراث
خوي الأرحام ٢٥٠/٢ ح ٢٩٧٧ . كلاهما عن عبد الله .

(٢) لم أقف عليه هكذا . وقد أخرج الدارمي عن عامر قال: كان مسروق ينزل العمة بمنزلة الأب إذا لم يكن أب
والخالة بمنزلة الأم إذا لم تكن أم» ٢٥٩/٢ ح ٣٠٥٥ . الفرائض، باب ميراث خوي الأرحام .

وعنه: العمة لأبوين أو لأب كالجدة، أو كعم الأب من الأبوين ، أو كأبي الجد مبني على الروايات ؛ لأنها تدلي بالجد أو بأخيه أو بأبيه . وهل عم الأب من الأم وعمة الأب لأم كالجدة ، أو كعم الأب من الأبوين ، أو كأم الجد؟ مبني على الخلاف . وليس كأي الجد ؛ لأنه أجنبي منهما .

مسائل:

بنت بنت وبنت بنت ابن، المال بينهما على أربعة فإن كان معهما بنت أخ فالباقي لها وتصح من ستة . فإن كان معهما خالة فلبنت البنت النصف، ولبنت بنت الابن السدس تكملة الثلثين، وللخالة السدس والباقي لبنت الأخ. فإن كان مكان الخالة عمة حجت بنت الأخ وأخذت الباقي ؛ لأن العمة كالأب فيسقط من هو بمنزلة الأخ، ومن نزلها عما جعل الباقي لبنت الأخ وأسقط بها العمة، ومن نزلها جداً قاسم بها ابنة الأخ الثلث الباقي بينهما نصفين، ومن نزلها جدة جعل لها السدس ولبنت الأخ الباقي . وفي قول أهل القرابة: لا ترث بنت الأخ مع بنت البنت ولا مع بنت بنت البنت شيئاً، ثم يجعل نصيب كل وارث لمن أدلى به كما ذكرنا.

قال: (فإن أدلى جماعة بوارث واستوت منزلتهم منه بلا سقي كأولاده، فحقه لهم كإرثه، لكن الذكر كالأنثى . فإن وبنت أخت مع بنت أخت أخرى لهذه حق أمهما وللأولاد حق أمهما).

ش: أما كون من ذكر فحقه لهم بشرطه من غير تفضيل بأن كانوا في درجة واحدة ؛ فلأنهم يرثون بالرحم المجرد، فاستوى ذكرهم وأنثاهم. نقله الأثرم وحنبل وإبراهيم بن الحارث في الخال والخالة يعطون بالسوية ، وهذا قول أبي عبيد وإسحاق. قال في المستوعب: وعليه جمهور أصحابنا ، وقدمه في الفروع كولد الأم. وعنه: للذكر مثل حظ الأنثيين . نقله المروذي ، وعليه أهل العراق وعامة المنزليين، كالأولاد .

ولأن ميراثهم معتبر بغيرهم، ولا يجوز حملهم على ذوي الفروض لاستيفائهم المال به، ولا على العصة البعيد لانفراد الذكورية، فوجب اعتبارهم بالقرب من العصابات، إلا

ولد الأم فقد اتفق عليه بين الجميع ؛ لأن آبائهم يستوي ذكرهم وأنثاهم، وغايته أن يثبت للفرع ما للأصل، إلا في قول من أمات السبب فإن عنده للذكر مثل حظ الأنثيين

وقال الخرقي: يسوى بينهم إلا الخال والخالة . هذا رواية واختارها الشيرازي وابن عقيل في التذكرة وقال: استحباباً . يعني: أن مقتضى الدليل التسوية خرج منه الخال والخالة على سبيل الاستحسان . وذكر بعضهم: أنه روي عن النبي ﷺ قال: « الخال والد إذا لم يكن دونه أم ، والخالة أم إذا لم يكن دونها أم »^(١)، فإن صح فيعلق عليه تنزيل الخال بمنزلة الأم، لكن قال في المغني: لا أعلم له موافقاً على هذا القول ولا علمت وجهه

قال القاضي: لم أجد هذا بعينه عن أحمد .

والخلاف إنما هو في ذكر وأنثى أبوهما وأمهما واحد . فأما إذا اختلفت آبائهم وأمهااتهم كالأحوال والخالات المفرقين والعمات المفرقين ، وإذا أدلى كل واحد منهم بغير من أدلى به الآخر؛ كابن بنت وبنت بنت أخرى فله موضع يذكر فيه .

مثاله: ابن أخت معه أخته وابن بنت معه أخته المال بينهما نصفان على المذهب وأثلاثاً على الثانية بنت بنت وبنت بنت ابن هي من أربعة عند المنزلين جميعهم ، وعند أهل القرابة المال لبنت البنت ؛ لأنها أقرب ، فإن كان معهما بنتا بنت ابن أخرى، فكأنهم بنتا ابن وبنت، فمسألتهم من ثمانية، وتصح من ستة عشر .

وأما كون الابن وبنت أخت مع بنت أخت أخرى لهذه حق أمها وللابن والبنت من الأولى حق أمهما ؛ فلأنهما يدلان بأمهما ولها النصف يكون بينهما نصفان وهو قول الجمهور .

فعلى هذا تصح من أربعة ويحتمل أن يكون بينهما أثلاثاً، وهو الرواية الأخرى، فتصح من ستة . والأول أظهر. ولبنت الأخرى النصف ؛ لأنه حق أمها . قال في الشرح: لا خلاف بين المنزلين في أن لولد كل أخت ميراثها وهو النصف .

(١) ذكره ابن حجر في التلخيص . وعزاه إلى ابن المبارك في البر والصلة . تلخيص الحبير ٢٢/٤ .

فمن سوى جعل النصف بينهما نصفين والنصف الآخر للأخرى . ومن فضل جعله بينهما أثلاثاً . وقال أبو يوسف: للابن النصف ولكل بنت الربع وتصح من أربعة، وقال محمد: لولد الأخت الأولى الثلثان بينهما على ثلاثة وللأخرى الثلث، وتصح من ستة.

قال: (وإن اختلفت منازلهم منه جعلته كميث اقتسموا إرثه . فإن خلف ثلاث خالات مفترقات وثلاث عمات مفترقات، فالثلث للخالات أحماس، والثلثان للعمات أحماس، وتصح من خمسة عشر، تضرب ثلاثة في خمسة، كابوين خلف كل واحد ثلاث أخوات مفترقات . وفي ثلاثة أخوات مفترقين للذي الأم السمس والباقي للذي الأبوين . فإن كان معهم أبو أم أسقطهم . وفي ثلاث بنات عمومة مفترقين المال للتي من الأبوين).

ش: أما كون المدلى به يجعل كالميت ؛ فلأن جهة اختلاف المنازل منه وتظهر بذلك . وقسمت إرثه بينهم على ذلك ؛ لأنه يجعل كالميت ، والميت يقسم إرثه على ورثته بحسب منازلهم منه.

ثم بين ذلك بقوله: خلف ثلاث خالات ... إلى قوله: وتصح من خمسة عشر تضرب ثلاثة في خمسة ؛ فلأن الخالات يدلن بالأم، والثلثان بين العمات أحماس ؛ لأنهن يدلن بالأب على المذهب، ومنازلهم منه مختلفة، فكأن الميت خلف أباً وأماً، فما صار للأم بين إخوتها على خمسة، وكذلك في العمات، فصار الكسر في الموضعين على خمسة، فاجتزئ بإحداهما، واضربها في ثلاثة؛ لأن فيها ثلثاً، فكل من القبيلتين مسألته من ستة، فترجع بالرد إلى خمسة، وسهم كل قبيل لا ينقسم على مسألته ولا توافق، فاكفف بأحدهما لتمامه، واضربه تكن خمسة عشر: فللخالات سهم في خمسة مقسومة بينهن، وللخالة من قبل الأب والأم ثلاثة، وللي من قبل الأب سهم، وللي من قبل الأم سهم؛ لأن الثلث قد صار للأم، فيقسم بين إخوتها على ما ذكر ؛ لأنهن أخوات لها مفترقات، فيقسم نصيبها بينهن بالفرض والرد، وللعمة التي من قبل الأب والأم ستة أسهم، وللي من قبل الأب سهمان، وللي من قبل الأم سهمان . وهذا قول عامة المنزلين .

وعند أهل القرابة: للعمة من الأبوين الثلثان، وللخالة من الأبوين الثلث، وسقط سائرهم .

وقال نعيم وإسحاق: الخالات كلهن سواء، فيكون نصيبهن بينهن على ثلاثة، وكذلك نصيب العمات بينهن على ثلاثة يتساوون فيه، فتكون المسألة من تسعة.

فعلى ما ذكره المصنف إن كان مع الخالات خال من أم ومع العمات عم من أم فسهم كل واحد من الفريقين بينهم على ستة وتصح من ثمانية عشر عند المنزلين .
وقوله: «كأبوين خلف كل واحد ثلاث أخوات متفرقات» يعني: إذا ترك الأب أو الأم كل منهما ثلاث أخوات متفرقات تنقسم ذلك على ما تقدم.

وأما كون الخال كذي الأم السدس والباقي كذي الأبوين فيما إذا خلف ثلاثة أخوات متفرقات ؛ فلأن الأم لو كانت هي الميتة لأسقط أخوها لأبويها أحاها لأبيها . فكذلك من يدلي بها يسقط، فإنه يسقط الأخ من الأب بالأخ من الأبوين، كسقوط الخال من الأب به. فعلى هذا تصح المسألة من ستة .

وإن كان مع الأخوال أبو أم أسقطهم، كما يسقط الأب الإخوة ؛ لأن حكم من يدلي مثل حكم المدلي به، والأب المدلي به يسقط الإخوة، فكذا أبو الأم المدلي به يسقطهم .

قال في الفنون: خالة الأب كأختها الجدة أم الأب، وتقدم: هل العمة كأب أم لا؟ ولما أسقطت الأم أمهات الأب كأمهاتها علم أن كلهن يدلن بالأمومة مع جهة الأبوة . والعجب من هاتين المسألتين: أن قرابتي الأب من جانبي أمه وأبيه كجهتين وجهة الأمومة مع الأبوة كجهة . ذكره في الفروع .

مسألة: ثلاثة أخوال متفرقين، معهم أخواتهم وعم وعمة من أم ، الثلث بين الأخوال والخالات على ستة للخال ، والخالة من الأم الثلث بينهما بالسوية ، والثلثان للخال، والخالة من الأبوين بينهما على ثلاثة عند من فضل، وهو إحدى الروايتين وقول أكثر المنزلين ، والثانية بينهما سواء فيها . وإن خلف ثلاث بنات عمومة متفرقين فالمال للتي من الأبوين نص عليه ؛ لأنهن أقمن مقام آبائهن فبنت العم من الأبوين بمنزلة أبيها ، وبنت العم من الأب بمنزلة أبيها ، وبنت العم من الأم بمنزلة أبيها .

ولو مات شخص وخلف ثلاثة أعمام متفرقين: كان الميراث للعم من الأبوين؛ لسقوط العم من الأب به والآخر من ذوي الأرحام ، وهذا قول أهل القرابة وأكثر أهل

التنزيل .

وقال الثوري: المال بين بنت العم من الأبوين وبين بنت العم من الأم على أربعة .
وقال أبو عبيد: لبنت العم من الأم السلس والباقي لبنت العم من الأبوين كبنات الإخوة . ورده في المغني بأنهن بمنزلة آبائهن، وفارق بنات الإخوة ؛ لأن آبائهن يكون المال بينهم على ستة ويرث الأخ من الأم مع الأخ من الأبوين بخلاف العمومة ، وقيل: على قياس قول محمد بن سالم: المال لبنت العم من الأم ؛ لأنها بعد درجتين بمنزلة الأب فيسقط به العم .

قال الخبري: وليس بشيء. وقال أبو الخطاب قولاً من رأيه يفضي إلى هذا، فإنه ذكر الأبوة جهة والعمومة جهة أخرى .

قال في المغني والشرح: ولو علم إفضاء هذا القول إلى هذا لم يذهب إليه؛ لما فيه من مخالفة الإجماع ومقتضى الدليل، وإسقاط القوي بالضعيف والقريب بالبعيد .
قال في المغني: ولا يختلف المذهب أن الحكم في هذه المسألة على ما ذكرنا. وهذا إجماع إلى أن العمومة ليست جهة منفردة، وإنما هي من جهة الأب، وكذا الخلاف إن كان معهن بنت عمه . ولو كان الجميع بنت أخ لأبوين أو لأب فالكل لها على المذهب.

قال: (وإن أدلى جماعة بجماعة قسمت المال بين المدلى بهم، فما صار لكل واحد أحد المدلى به وإن سقط بعضهم ببعض عملت به، وأولاهم من قرب من الوارث وإن بعد عن الميت، وإن اختلفت الجهة نزل كل واحد حتى يلحق بمن يمت به فيأخذ سهمه ويبلغ السبق إلى الوارث كمت بنت بنت، وبنت أخ لأم المال للأولى).

ش: أما كون المال يقسم بين المدلى بهم كأنهم أحياء ؛ فلأنهم أصل من أدلى بهم. فما صار لكل وارث فهو لمن أدلى به إذا لم يسبق بعضهم بعضاً ؛ لأنهم وراثه .
فإذا خلف ثلاث بنات أخت لأبوين، وثلاث بنات أخت لأب، وثلاث بنات أخت لأم، وثلاث بنات عم ، أقسم المال بين المدلى به فلبنات الأخت من الأبوين النصف، ولبنات الأخت من الأب السلس، وللآخرين كذلك، والباقي وهو سهم للعم . ثم أقسم

نصيب كل وارثٍ على ورثته: فنصيب الأخت للأبوين ثلاثة^(١) على بناتها صحيح عليهن، ونصيب الأخت للأب سهم^(٢) على بناتها لا يصح ولا يوافق، وكذا نصيب الأخت للأم، والأعداد متماثلة فاجتزئ ببعضها. واضربه في أصل المسألة تكن ثمانية عشر، لبنات الأخت للأبوين تسعة لكل واحد ثلاثة، ولبنات الأخت للأب ثلاثة لكل واحدة سهم، ولبنات الأخت للأم كذلك، ولبنات العم مثلهن.

وإن سقط بعضهم ببعض عملت به؛ كأبي الأم والأخوال فأسقط الأخوال؛ لأن الأب يسقط الإخوة والأخوات. وثلاث بنات إخوة مفترقين لبنت الأخ للأم السدس والباقي للتي من الأبوين كأبائهن.

وأما كون أولاهم من قرب من الوارث وإن بعد عن الميت وأسقط غيره، إذا كانا من جهة واحدة؛ فلأن القريب يرث ويسقط البعيد؛ كبنت بنت وبنت بنت بنت وكخالة وأم أبي أم، المال للأولى وللخالة؛ لأنها تلقي الأم بأول درجة.

وإن اختلفت^(٣) الجهة نزل كل واحد حتى يلحق بمن يمتُّ به فيأخذ سهمه، سواء سقط به القريب أو لا عند المنزلين في ذلك ويلغي السبق إلى الوارث كما مثل المصنف؛ لأن جدتها وهي البنت تسقط الأخ من الأم، ومن ورث الأقرب جعله لبنت الأخ. وحكى هذا في الترغيب رواية فقال: الإرث للجهة القربى مطلقاً. وفي الروضة: ابن بنت وابن أخت لأم له السدس وابن البنت النصف والمال بينهما على أربعة.

والقول الأول ظاهر كلام الإمام أحمد، نقل عنه جماعة في خالة وبنت خالة وبنت ابن عم، للخالة الثلث ولابنة ابن العم الثلثان ولا تعطى بنت الخالة شيئاً. ونقل حنبلي عنه أنه قال: قال سفيان قولاً حسناً إذا كانت خالة وبنت ابن عم: يعطي الخالة الثلث وبنت ابن العم الثلثين.

فروع: إذا انفرد واحد من ذوي الأرحام أخذ المال كله. وإن كانوا جماعة فأدلوها بشخص واحد؛ كخالة وأم أبي أم وابن خال فالمال للخالة؛ لأنها تلقي الأم بأول درجة

(١) زيادة من المتع ٣٨٤/٤.

(٢) مثل السابق.

(٣) في الأصل: أخلفت. وانظر المبدع ٢١/٥.

في قول عامة المنزلين، إلا أنه حكى عن النخعي وشريك في قرابة الأم خاصة فإنهم أماتوا الأم وجعلوا نصيبها لورثتها، ويسمى قولهم قول من أمات السبب، واستعمله بعض الفرضيين في جميع ذوي الأرحام .

فصل جهات إرث ذوي الأرحام

قال: (والجهات الأبوة والأمومة والبنوة).

ش: أما كون الجهات التي يرث بها ذوو الأرحام كما قاله المصنف ، وقدمه في المحرر والفروع واختاره الموفق أخيراً وأن الأخوة ليست منها.

فعلى هذا يرث أسبقهم إلى الوارث . قال في الشرح: وهو أولى إن شاء الله تعالى . وما ذكره الموفق في المقنع هو قول في المذهب ؛ فلأن المدلى به تارة يكون أباً، وتارة يكون أمّاً، وتارة يكون ابناً، وتارة يكون أختاً.

فعلى هذا العم يدلي بالأبوة، والخال بالأمومة، وبنات الابن بالبنوة، وبنات الأخت بالأخوة. لكن يلزم عليها إسقاط بنت عمه ، وذكر أبو الخطاب العمومة جهة خامسة .

قال الموفق: لم أعلم أن أحداً من أصحابنا ولا من غيرهم عد الجهات وبينها إلا أبا الخطاب؛ فإنه عدّها خمس جهات، وهو مفض إلى إسقاط بنت العم من الأبوين بينت العم من الأم، وبنت العمّة؛ لأن بنت العم من الأم وبنت العمّة يدليان بالأب، وبنت العم من الأبوين تدلي بأبيها وهو عم، والأب يسقط العم وما نعلم به قائلاً . قاله الموفق وهو خلاف نص الإمام أحمد، مع أنه ذكر في المغني أن قوله قياس قول محمد بن سالم ؛ لأنها بعد درجتين بمنزلة الأب والأب يسقط العم.

فعلى المذهب: البنوة حكاها جهة واحدة ، وعنه: كل ولد للصلب جهة .

قال في المحرر: وهي الصحيحة عندي .

وعنه: كل وارث جهة .

فإن كانت بنت بنت بنت بنت بنت ابن فالمال بينهما على أربعة إن قلنا كل ولد الصلب جهة. وعلى المذهب: المال للثانية؛ لسبقها إلى الوارث.

ولو كان معهما بنت بنت بنت أخرى فالمال لولد بنتي الصلب على الأولى.
عمة وابن خال له الثلث ولها الباقي، فإن كان معهما خالة أم سقط بها ابن الخال
وكان لها السدس والباقي للعممة على المذهب ، وإن قلنا: كل وارث جهة فلا شيء
للخالة .

وإذا كان خالة أم وخالة أب فالمال لها بالسوية؛ كجدتين فإن كان معهما أم أبي أم أسقطتهما عند من جعل كل وارث جهة ، وعلى المذهب: تسقط هي دونها.

وإذا كان ابن ابن أخت لأم وبنت ابن بنت أخ لأب فله السدس ولها الباقي . ويلزم من جعل الأخوة جهة أن يجعل المال للبنت وهو بعيد جداً، حيث يجعل أختين أقل جهة واحدة .

بنت بنت بنت وبنت بنت بنت وبنت أخ: المال بين الأولى والثالثة، وسقطت الثانية إلا عند محمد بن سالم ونعيم فإنهما يشاركهما . ومن ورث الأقرب جعله لبنت الأخ ؛ لأنها أسبق وعند أهل القرابة هو للأولى وحدها ؛ لأنها من ولد الميت وهي أقرب من الثانية.

قال: (وان أدلى ذو رحم بقرايتين ورت بهما، فإن كان معهم زوج أو زوجة أخذ
فرضه بلا حجب ولا عول، وما بقي لهم كما لو انفردوا، وكالرد).

ش: أما كون من^(١) أدلى بقرايتين ورث بهما ؛ فلأنه شخص له جهتان لا ترجيح فيهما . فورث بهما . وهذا إجماع من المورثين ، إلا ما يحكى عن أبي يوسف: أنهم لا يرثون إلا بقراءة واحدة . ولا يصح في نفسه ولا عنه ؛ كالأخ إذا كان ابن عم . وحسابه: أن يجعل القرايتين كشخصين .

وعنه: يرث بأقواهما . فنقول في ابن بنت بنت هو ابن ابن بنت أخرى وبنت بنت بنت أخرى: للابن الثلثان، وللبنت الثلث.

فإن كانت أمهما واحدة فله ثلاثة أرباع المال عند من سوى ولأخته الربع، ومن فضل جعل له النصف والثلث ولأخته السدس . هذا قول أكثر المنزلين .

(١) في الأصل: لمن.

بنتا أخت من أم إحداهما بنت أخ من أب وبنت أخت من أبوين هي من اثني عشر ستة، لبنت الأخت من الأبوين، وأربعة لذات القرايتين من جهة أبيها، ولها سهم من جهة أمها، وللأخرى سهم .

عمتان من أب إحداهما خالة من أم وخالة من أبوين، هي من اثني عشر، لذات القرايتين خمسة ، وللعمة الأخرى أربعة ، وللخالة من الأبوين ثلاثة .

فإن كان معهما عم من أم هو خال من أب صحت من تسعين، فإن كان معهم زوج أو زوجة أحد فرضه للابنتين الدالتين عليه بلا حجب ولا عول .

قال في المغني: لا أعلم خلافاً بين من ورثهم أنهم يرثون مع أحد الزوجين ما فضل عن ميراثه من غير حجب ولا معاول ؛ لأن الله تعالى فرض للزوج والزوجة وفرض عليهما، فلا يحجبان بذوي الأرحام، وهم غير منصوص عليهما. انتهى.

ولأن ذا الرحم لا يرث مع ذي فرض، وإنما ورث معه هنا لكون أحد الزوجين لا يرد عليه وما بقي لهم كما لو انفردوا وكالرد. قاله إمامنا وأبو عبيد وعامة من ورثهم ؛ لأن صاحب الفرض أخذ فرضه كأن الميت لم يخلف إلا ذلك. ويحتمل أن يقسم الفاضل عن الزوج بينهم كما يقسم بين من أدلوا به، وهو قول يحيى بن آدم وضارر ، وظاهر الحرقى وذكره في التعليق والواضح ؛ لأنه الأصل الذي وقع به إرثهم وهذا الخلاف إنما يقع في مسألة فيها من يدلي بذى فرض ومن يدلي بعصبة ، فأما إن أدلى جميعهم بذى فرض أو عصبة فلا خلاف فيه. قاله في المغني والشرح.

فإذا خلفت زوجاً وبنت بنت وبنت أخت لأبوين أو لأب: فللزوج النصف، والباقي بينهما نصفين على الوجه الأول وهو المذهب، وتصح من أربعة. وعلى الآخر يقسم بينهما على ثلاثة: لبنت البنت سهمان، ولبنت الأخت سهم، وتصح من ستة .

فلو كان زوجة وبنت بنت وبنت أخت لأب: فللزوجة الربع، والباقي بينهما نصفين على المنصوص، وتصح من ثمانية . وعلى الثاني البقية بينهما على سبعة لبنت البنت أربعة، وللأخرى ثلاثة، وتصح من ثمانية وعشرين فتضرب سبعة في أربعة .

مسألة: زوجة وابنتا ابنتين وابنتا أختين: للزوجة الربع، ولبنتي البنتين ثلثا الباقي وهو النصف، ولبنتي الأختين الباقي وهو الربع، وتصح من ثمانية . وعلى الآخر تفرض المسألة

من ثمانية: للزوجة الثمن، وللبنتين الثلثان، وليس لها ثلثان، فتضربها في ثلاثة تكن أربعة وعشرين، للزوجة الثمن، وللبنتين ستة عشر، ولبنتي الأختين الباقي وهو خمسة، ثم تعطي الزوجة الربع، ويقسم الباقي على أحد وعشرين سهماً: للبنتين ستة عشر، ولبنتي الأختين خمسة، والأحد وعشرون ثلاثة أرباع، فكملة بأن يزيد عليها سبعة تكن ثمانية وعشرين: للزوجة سبعة، وللبنتين ستة عشر، ولبنتي الأختين خمسة، لا ينقسم عليهما، فتضربها في اثنين تكن ستة وخمسين، ومنها تصح .

وأما كون مسائل ذوي الأرحام غير المستثنى لا يعول فيها شيء فمعلوم بالسبر؛ كخالة وست بنات أخوات مفترقات، للخالة السدس ؛ لأنها تدلي بالأم، ولبنتي الأختين من الأم الثلث، ولبنتي الأختين من الأبوين الثلثان أربعة، وتعدل إلى سبعة ؛ لأن العول الزائد على هذا لا يكون إلا لأحد الزوجين، وليس ذلك في ذوي الأرحام، وكذلك الحكم يجري في كل مسألة فيها من يقوم مقام الأم أو الجدة، ومن يقوم مقام الأخوات المفترقات ممن يأخذ المال كله بالفرض، كما ذكره المصنف كأبي أم وبنت أخ لأم وثلاث بنات أخوات مفترقات.

باب ميراث الحمل

الحمل بفتح الحاء ، ما في بطن الحبل . وبكسرهما: ما يحمل على ظهر أو رأس ، وفي حمل الشجرة قولان . حكاها ابن دريد .
ويقال: امرأة حامل وحاملة إذا كانت حبل . فإذا حملت شيئاً على ظهرها أو رأسها فهي حاملة لا غير .

قال: (من خلف ورثة فيهم حمل، وطلبوا القسمة: وقف للحمل الأكثر من إرث ذكرين أو اثنين أو ذكر وأنثى أو أحدهما).

ش: أما كون قاسم تركة الميت عن حمل يقف للحمل الأكثر من إرث ذكرين أو اثنين ؛ فلأن ولادة التوأمين كثير معتاد . فلم يجز النقصان عنه؛ لأنه معتاد، ولا الزيادة عليه؛ لأنه نادر، وإذا كان كذلك تعين ما ذكروا.

وحكى الماوردي قال: أخبرني رجل من أهل اليمن ورد طالباً للعلم، وكان من أهل الدين والفضل: أن امرأة باليمن وضعت شيئاً كالكرش، فظن أن لا ولد فيه، فألقي على قارعة الطريق، فلما طلعت الشمس وحمي تحرك، فأخذ فشق، فخرج منه سبعة أولاد ذكور، وعاشوا جميعاً، وكانوا خلقاً سوياً إلا أنه كان في أعضادهم قصر. قال: فصارعني أحدهم فصرعني فكنت أعير به ويقال: صرعت سبع رجل.

قال الموفق: وأخبرني من أثق به سنة ثمان أو تسع وستمئة عن ضرير بدمشق أنه قال: ولدت أم أبي سبعة في بطن واحد ذكوراً وإناثاً.

وأجيب: بأن هذا نادر فلا يعول عليه، ولا يجوز منع الميراث من أجله كما لو لم يكن بالمرأة حمل.

وأما كونه يوقف إرث ذكرين إن كان أكثر أو أنثيين؛ فلا أنه قد يكون صاحب الأكثر فيتعين وقفه له.

مثال الأول: كرجل مات عن امرأة وابن وحمل، فمسأله من ثمانية، وتصح من أربعة وعشرين، للذكرين أربعة عشر، وهو أكثر من نصيب أنثيين.

ومثال نصيب أنثيين أكثر؛ كرجل مات عن امرأة وأبوين وحمل مسأله من أربعة وعشرين، وتصح من سبعة وعشرين، للأنثيين منها ستة عشر، وهو أكثر من نصيب ذكرين.

وضابطه: أن الفروض متى زادت على ثلث المال فميراث الإناث أكثر، هذا هو المروي عن الإمام أحمد، وقاله محمد بن الحسن واللؤلؤي . وقال شريك ووافقه جماعة: أنه يوقف نصيب أربعة .

وقال الليث وأبو يوسف: يوقف نصيب غلام ويؤخذ ضميين من الورثة .

وعلى المذهب: يشترط لوقف النصيب المذكور كونه وارثاً، وأن يطلب بقية الورثة القسمة، وقد ذكره المصنف، فإن لم يطلبوها بقي الأمر على حاله إلى الوضع، وهذا ظاهر، فإذا ولد أخذ حقه؛ لأنه له وما بقي لمستحقه؛ لأن ذلك حقهم. لكن إن كان يرث الموقوف كله كما في المسألتين أخذه كله، وإن أعوز شيئاً رجع على من في يده، وهل يجري في حول الزكاة كما قاله ابن حمدان من موته لحكمنا له بالملك ظاهراً حتى

منعنا باقي الورثة، أو إذن كما هو ظاهر كلام الأكثر ، وجزم به المجد في زكاة مال الصبي؟ فيه وجهان. ذكرهما أبو المعالي .

قال: ولو وصى لحمل ومات فوضعت لدون ستة أشهر وقبل وليه ملك المال وهل ينعقد حوله من الموت أو القبول؟ فيه خلاف في حصول الملك ، وإن لم تكن توطأ فوضعت لمضي أربع سنين وقلنا تصح الوصية له ففي وجوب زكاة ما مضى من المدة قبل الوضع وجهان .

تنبيه: اعلم أنه ربما يكون الحمل لا يرث إلا إذا كان ذكراً ؛ مثل: أن يكون من جد الميت أو عمه أو أخيه؛ كبنت وعم وامرأة أخ حامل : للبنت النصف، والباقي موقوف في قولهم جميعاً.

وربما كان الحمل لا يرث إلا إذا كان أنثى؛ كزوج وأخت لأبوين وامرأة أب حامل يوقف سهمه من سبعة . فإن ولدته أنثى أخذته، وإن ولدته ذكراً أو ذكرين أو ذكراً وأنثى اقتسمه الزوج والأخت. وكذلك إن تركت أختاً لأب لم يدفع إليها شيء لجواز أن تلد ذكراً فيسقطها .

قال: (ومن لا يحجب يأخذ إرثه كالجدة ومن ينقصه شيئاً اليقين، ومن سقط به لم يعط شيئاً).

ش: أما كون قاسم التركة يدفع إلى من لا يحجبه الحمل إرثه كالجدة ومن ينقصه الحمل شيئاً يدفع إليه اليقين وما زاد مشكوك فيه؛ كرجل مات عن امرأة وحمل، فبتقدير خروجه حياً لها الثمن، وبتقدير خروجه ميتاً لها الربع، فيدفع إليها الثمن ؛ لأنه أقل . ومن سقط به لم يعط شيئاً ؛ لأن الظاهر خروج الحمل حياً، وهو يسقط الموجود، فلم يعط شيئاً مع الشك في استحقاقه؛ كرجل خلف امرأة وحملًا وثلاث أخوات مفترقات، فالولد الذكر يسقط الأخوات من كل جانب، وهو يحتمل أن يكون ذكراً.

فصل [ميراث المولود]

قال: (يرث ويورث إن استهل صارخاً أو عطس أو بكى أو رضع أو تنفس أو وجد

دليل حياته غير حركة واختلاج

ش: أما كون المولود يرث إذا استهلّ صارخاً ؛ فلأن أبا هريرة رضي الله عنه روى عن النبي ﷺ أنه قال: « إذا استهلّ المولود ورث »^(١) رواه أبو داود. وعن جابر مثله . رواه ابن ماجه^(٢).

سمي الصراخ استهلالاً تجوز. وأصله: أن الناس إذا رأوا الهلال صاموا عند رؤيته واجتمعوا فأراه بعضهم بعضاً ، فسمي الصوت عند استهلال الهلال استهلالاً ، ثم سمي الصوت من المولود استهلالاً ؛ لأنه صوت عند وجود شيء يجتمع له ويفرح به.

وفسر الجوهري الاستهلال بالصراخ وكذا المصنف لينبه بذلك على حياته وفيه شيء ؛ لأنه إن جعل حالاً كان فيه إشعار بانفكاك الاستهلال عنه وكذا إن جعل تمييزاً ؛ لأنه لا يأتي إلا بعد ما يحتمل الأمرين والتفسير يأباه .

والأظهر: أنه حال مؤكدة؛ كقوله تعالى: { ولا تعثوا في الأرض مفسدين } [البقرة:

. [٦٠

ورث ويورث . نقله أبو طالب ، وفي الروضة: هو الصحيح عندنا ، وهو قول ابن عباس والحسن وابن سيرين ؛ لما تقدم من الحديث .

وفي لفظ ذكره ابن سراقه أن النبي ﷺ قال في الصبي: « إذا وقع صارخاً فاستهل ورث وتمت ديته وسُمي وصلي عليه ، وإن وقع حياً ولم يستهل لم تتم ديته وفيه غرة على العاقلة ».

وكذا العطاس والبكاء والارتضاع والتنفس ، وكذا في المقنع والمحرم إلا البكاء لم يذكره .

روى يوسف بن موسى عن الإمام أحمد أنه قال: يرث السقط ويورث إذا استهل فقليل له: ما الاستهلال؟ قال: إذا صاح أو عطس أو بكى.

فعلى هذا كل صوت يوجد منه يعلم به حياته فهو استهلال ، وقاله الزهري والقاسم ؛ لأنه صوت علمت به حياته أشبه الصراخ.

(١) أخرجه أبو داود في الفرائض، باب في المولود يستهل ثم يموت ١٢٨/٣ ح ٢٩٢٠.

(٢) أخرجه ابن ماجه في الفرائض، باب إذا استهل المولود ورث ٩١٩/٢ ح ٢٧٥١.

وعنه: إذا علمت حياته بصوت أو حركة أو رضاع أو غيره ورث وثبت له أحكام المستهل ، وقاله الثوري وغيره .

ولأن ما ذكر في معنى الاستهلال فثبت له حكمه .

أو وجد دليل حياته؛ كالحركة الطويلة يرث به وذلك مقيد بأمرين:

أحدهما: أن يعلم أنه كان موجوداً حال الموت، وهو أن تأتي به لأقل من ستة أشهر، فإن أتت به لأكثر وكان لها زوج أو سيد يطؤها لم يرث إلا أن يقر الورثة به .
الثاني: أن تضعه حياً فإن وضعته ميتاً لم يرث إجماعاً.

فأما الحركة اليسيرة والاختلاج فلا يدل على الحياة ، فإن اللحم يختلج لا سيما إذا خرج من مكان ضيق فتضامت أجزاؤه ثم خرج إلى مكان فسيح فإنه يتحرك وإن لم يكن فيه حياة ، ثم إن كانت فيه حياة فلا نعلم كونها مستقرة لاحتمال أن تكون كحركة المذبح، فإن غالب الحيوانات تتحرك بعد الذبح حركة شديدة وهو في حكم الميت. قاله في المغني والشرح .

ونقل ابن الحكم: إذا تحرك ففيه الدية كاملة، ولا يرث ولا يورث حتى يستهل.

قال: (وإن ظهر بعضه فاستهل ثم مات وخرج لم يرث).

ش: أما كون من ذكر لا يرث ؛ فلأنه لم يخرج جميعاً حياً . أشبه ما لو مات قبل خروج شيء منه.

هذا المذهب جزم به في الكافي .

قال الموفق والشارح: هذا ظاهر المذهب . وقدمه في الفروع والشرح ؛ لأنه لم يثبت له أحكام الدنيا .

وعنه: يرث؛ لما تقدم.

ولأنه علمت حياته .

قال في الخلاصة: ورث في الأصح. وأطلقهما في الهداية والمحرم وغيرهما .

قال: (وإن جهل المستهل من التوأمين واختلف إرثهما عين بقرعة).

ش: أما كون التوأمين يقرع بينهما وجهل المستهل ؛ فلأنه لا مزية لأحدهما على

الآخر . فشرعت القرعة ؛ كما لو أعتق أحد العبدین . قاله القاضي ، وهو المذهب .

وفي الخبري: ليس في هذا عن السلف نص .

وقال الفرضيون: تعمل المسألة على الحالين ، ويعطى كل وارث اليقين ، ويوقف

الثاني حتى يصطلحوا عليه .

وقيل: يقسم بينهم على حسب الاحتمال ، وعلى الأول محله: ما إذا اختلف

ميراثهما كما قاله المصنف بأن كانا ذكراً وأنثى، فإن كانا ذكراً أو عكسه فلا فرق .

تمام رجل خلف أمه وأخاه وأم ولد حاملاً منه فولدت توأمين ذكر وأنثى فاستهل

أحدهما ولم يعلم ، فالجواب: إن كان الابن المستهل فلأم السلس والباقي له ترث أمه

الثالث والباقي للعم .

فعلى هذا تضرب ثلاثة في ستة تكن ثمانية عشر لأم الميت ثلاثة ، ولأم الولد خمسة ،

وللعمة عشرة مضروب في ثلاثة ، فسلس الأم لا يتغير ، وللعمة من الستة أربعة في ثلاثة

بأثني عشر ، وله من الثمانية عشر عشرة في واحد فهذا اليقين فتأخذه ، ولأم الولد خمسة

في سهم وسهم في ثلاثة فتأخذها ، وتقف سهمين بين الأخ وأم الولد حتى يصطلحا

عليهما .

فرع: إذا مات كافر عن حمل منه لم يرث . نص عليه ؛ لحكمه بإسلامه قبل

وضعه .

وقيل: يرث وهو أظهر ؛ لعدم تقدم الإسلام ، واختلاف الدين ليس من جهته

كالطلاق في المرض .

ولأنه يرث إجماعاً فلا يسقط بمختلف فيه وهو الإسلام .

وكذا إن كان من كافر غيره فأسلمت أمه قبل وضعه مثل: أن تخلف أمه حاملاً من

غير أبيه ، وفي الرعاية احتمال بأنه يرث حيث ثبت النسب .

فائدة: إذا زوج أمته بجر فأحبها فقال السيد: إن كان حملك ذكراً فأنت وهو قنان

وإلا حران فهي القائلة: إن ألد ذكراً لم أرث ولم يرث وإلا ورثنا .

ومن خلقت زوجاً وأما وإخوة لأم وامرأة أب حاملاً فهي القائلة: إن ألد أنثى

ورثت لا ذكراً .

فائدة: لو خلف ورثة وأماً مزوجة فقال في المغني: ينبغي أن لا يطأ حتى تستبرأ. وذكر غيره من علمائنا: يحرم الوطء حتى يعلم أحامل أم لا؟.

باب ميراث المفقود

هو اسم منقول، من فقدت الشيء أفقده فقداً وفقداناً بكسر الفاء وضمها .

قال: (من خفي خبره بأسر ، أو سفر غالبه السلامة ؛ كمنجارية: انتظر به تسعين سنة منذ ولد. وإن كان غالبه الهلاك ؛ كمن غرق في مركب فسلم قوم دون قوم ، أو فقد من بين أهله ، أو في مفازة مهلكة: انتظر به تمام أربع سنين منذ تلف ثم يقسم ماله فيهما).

ش: أما كون من خفي خبره بأسر أو سفر غالبه السلامة كما مثل المصنف انتظر به تسعين سنة منذ ولد؛ فلأن الأصل الحياة، والغالب أنه لا يعيش أكثر من ذلك. هذا أشهر الروایتين وهو المذهب نص عليه وصححه في المذهب وغيره . قال ابن منجى في شرحه: على المذهب^(١)، وحزم به في الخلاصة، وقدمه في الحرر، والفروع، وغيرهما ، وهو قول عبد الملك بن الماجشون وهو من مفردات المذهب. وعنه: ينتظر أبداً . فلا يقسم ماله ولا تتزوج امرأته حتى يعلم موته أو تمضي مدة لا يعيش في مثلها . فيجتهد الحاكم ، وقاله أكثر العلماء ؛ لأن التقدير لا يصار إليه إلا بنصف وهو منتف هنا.

وكفنية ابن تسعين سنة . ذكره في الترغيب .

وعنه: ينتظر أبداً حتى يتيقن موته.

وعنه: زمناً لا يعيش مثله غالباً. اختاره أبو بكر وغيره.

وقال عبدالله بن الحكم: ينتظر به تمام سبعين سنة مع ستّة يوم فقد للأثر.

وقال ابن رزين: يحتمل عندي أربع سنين ؛ لقضاء عمر ، وفيه شيء ؛ لأنه إنما هو في مهلكة.

(١) في الإنصاف: هذا المذهب ٣٣٥/٧.

وقال ابن عقيل: مائة وعشرين سنة منذ ولد ، وهو قول الحسن بن زياد .
فلو فقد وهو ابن ستين لم يقسم ماله حتى يمضي عليه ستون سنة أخرى، فيقسم
حينئذ بين ورثته إن كانوا أحياء . وإن مات بعضهم قبل مضي مائة وعشرين سنة
وخلف ورثة لم يكن له شيء من مال المفقود وكان ماله للأحياء منهم .
فإن مضت المدة ولم يعلم خبر المفقود رد الموقوف إلى ورثة موروث المفقود، ولم
يكن لورثة المفقود .

وحكى الخبري: أنه الصحيح عنده والذي ذكرناه . حكاها ابن اللبان عن اللؤلؤي .
وإن كان غالبه الهلاك كما مثل المصنف، كمن يخرج إلى الصلاة أو في حاجة فلا
يعود أو في مفازة هي واحدة المفاوز .

قال ابن الأعرابي: سميت به تفاؤلاً بالسلامة، ويجوز أن يكون سميت مفازة من فاز
يفوز إذا مات . حكاها ابن القطاع . فتكون من الأضداد .

مهلكة ، بفتح الميم واللام ويجوز كسرهما . حكاها أبو السعادات . ويجوز ضم الميم
مع كسر اللام اسم فاعل من أهلكت فهي مهلكة وهي أرض يكثر فيها الهلاك
كالبحار، أو بين الصفين حال الحرب أو في البحر كما قاله انتظر به تمام أربع سنين ؛
لأنها أكثر مدة الحمل ، ثم يقسم ماله فيهما على المذهب نص عليه، واختاره الأكثر ؛
لأن الصحابة اتفقوا على اعتداد امرأته وحلها للأزواج . وإذا ثبت ذلك في النكاح مع
الاحتياط للأبضاع . ففي المال أولى؛ لأن الظاهر هلاكه . أشبه ما لو مضت مدة لا
يعيش مثلها .

وعنه: مع أربعة أشهر وعشر ؛ لأنه الوقت الذي يباح لامرأته التزوج فيه . ذكره
القاضي .

وعنه: هو كالقسم قبله .

وفي الواضح: وعنه زمناً لا يجوز مثله . وقيل: تسعين .

والأول أصح . وظاهره: أنه لا فرق في ذلك بين الحر والعبد . يؤيده ما نقل
الميموني في عبد مفقود ، الظاهر أنه كالحر . ونقل مهنا وأبو طالب: هو على النصف .
فرع: يزكي المال قبل قسمه بين الورثة ؛ لما مضى نص عليه ، وعنه: التوقف في

أمره وقال: قد هبت الجواب فيها وكأني أحب السلامة.

ولأن حياته وموته متعارضان . فوجب التوقف.

والمذهب الأول . ولم يفرق سائر أهل العلم بين صور فقدان.

قال: (فإن مات موروثه في مدة التبرص أخذ كل وارث إذن اليقين، ووقف ما بقي فإن قدم أحد نصيبه، وإن لم يأت فحكمه حكم ماله ولباقي الورثة أن يصطلحوا على ما زاد عن حق المفقود فيقسموه).

ش: أما كون اليقين فيما ذكر يأخذ كل وارث؛ فلأنه مستحق له على كل تقدير. ووقف الباقي إلى حين يتبين أمره أو تمضي مدة الانتظار ؛ لأنه لا يعلم مستحقه . أشبه الذي ينقص نصيبه بالحمل.

فتعمل المسألة بأنه حي ثم بأنه ميت، ثم اضرب إحداهما أو وفقها في الأخرى، واجتزئ بإحداهما إن تماثلتا، أو بأكثرهما إن تناسبتا، ويأخذ اليقين الوارث منها . ومن كان ساقطاً في إحداهما لم يأخذ شيئاً .

زوج وأم وأخت وجد وأخ مفقود . مسألة الموت من سبعة وعشرين وهي الأكدرية، ومسألة الحياة من ثمانية عشر وهما يتفقان بالاتساع . فتبلغ بالضرب أربعة وخمسين. للزوج النصف من مسألة الحياة، والثالث من مسألة الموت فيعطى الثلث، وللأم التسعان من مسألة الموت، والسدس من مسألة الحياة فتعطى السدس، وللجد ستة عشر سهماً من مسألة الموت، وتسعة من مسألة الحياة فيعطى التسعة، وللأخت ثمانية من مسألة الموت، وثلاثة من مسألة الحياة، يبقى خمسة عشر موقوفة أخذت الأم ثلاثة والأخت خمسة والجد سبعة على رواية والموقوف إلى ورثة الأول وعلى رواية قسمته نصيبه مما وقف على ورثته وهي ستة ؛ لأنه ورث مثلاً الأخت يبقى تسعة والمعروف وجهان .

وقيل: وهو الأصح عند المجد . وظاهر قول الوني أن تعمل المسألة على تقدير حياته فقط وتقف نصيبه إن ورث وفي أخذ ضميين وجهان . فإن قدم أحد نصيبه ؛ لأنه وقف من أجله وهو المستحق له . فوجب أن يأخذه ؛ كما لو كان غير مفقود . وإن لم يأت فحكمه حكم ماله ؛ لأنه محكوم له به . أشبه سائر ماله.

والحاصل: أنه متى بان المفقود حياً يوم موت موروثه فله حقه والباقي لمستحقه وإن بان ميتاً فالموقوف لورثة الميت .

وفي المغني وغيره: وكذا إن جهل وقت موته وإن انقضت مدة تربصه ولم يتبين شيء قسم ما وقف للمفقود على ورثته يومئذ كسائر ماله ؛ لأنه محكوم بحياته ، وجزم به في الكافي وصححه في المحرر ، وقيل: يرد إلى ورثة الأول جزم به صاحب المجرّد والتهذيب والفصول والمستوعب والمغني ؛ لأنه مشكوك في حياته حين مات موروثه فلا يثبت بالشك كالجنين .

فعلى هذا لا يجوز في مدة التربص أن يقضى منه دينه، ولا ينفق منه على زوجته أو بهيمته، وعلى الأول يجوز كسائر ماله، ولباقي الورثة أن يصطلحوا على ما زاد عن حقه المفقود فيقسموه . اختاره ابن اللبان، وهو الصحيح ؛ لأنه حقهم لا يخرج عنهم . وأنكر ذلك الوني وقال: لا فائدة أن ينقص بعض الورثة عما يستحقه في مسألة الحياة وهي متيقنة، ثم يقال له: لك أن تصالح على بعضه، بل إن جاز ذلك، فالأولى أن تقسم المسألة على تقدير الحياة، ويقف نصيب المفقود لا غير، وإن لم يرتضه المؤلف ؛ لأن إباحة الصلح عليه لا يمنع وجوب وقفه ووجوب وقفه لا يمنع الصلح عليه لذلك.

ولأن تجويز أخذ الإنسان حق غيره برضاه وصلحه لا يلزم منه جواز أخذه بغير إذنه، وحينئذ لهم أن يصطلحوا على كل الموقوف إن حجب أحداً ولم يرث أو كان أخاً لأب عصب أخته مع زوج ولأخت لأبوين.

تنبيه: إذا قسم ماله ثم قدم أخذ ما وجده بعينه، والتالف ليس بمضمون، نص عليه في رواية ابن منصور وقدمها في الرعاية واختاره جمع ؛ لأنه إنما قسم بحق لهم .

وعنه: مضمون . صححها ابن عقيل وغيره وجزم به الموفق .

وإن حصل لأسير من وقف تسلمه وحفظه وكيله ومن ينتقل إليه بعده جميعاً ذكره شيخنا ، ويتوجه وجهه: يكفي وكيله . والمشكل نسبه كمفقود . قاله في الفروع . ومفقودان فأكثر كخناثي في تنزيل.

باب ميراث الخثى

وجمعه الخثائي كالحبالى .

قال: (وهو من له شكل فرج الرجال ، وشكل فرج النساء . فإن بال أو سبق بوله من ذكره أو زاد فذكر وعكسه أنثى . وإن خرج منهما معاً اعتبر أكثرهما).

ش: أما قول المصنف: وهو من له شكل فرج الرجال ... إلى آخره ؛ فبيان لمعنى الخثى . وكذا قاله الجوهري .

وفي المغني والشرح: أو له ثُقبٌ في مكان الفرج يخرج منه البول . فيعتبر بماله . قال ابن المنذر: هو إجماع من نحفظ عنه من أهل العلم . فإن بال من حيث يبول الرجل فهو رجل ، وإن بال من حيث تبول المرأة فهو امرأة .

وفيه حديث مرفوع رواه الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس^(١) . ولأن خروج البول أعم العلامات لوجودها في الصغير والكبير . وسائر العلامات إنما توجد بعد الكبر ؛ كنبات اللحية ، وخروج المني ، والحيض . وأول من قضى فيه بذلك: عامر بن طرب العدواني .

فإن بال أو سبق بوله... إلى آخره نص عليه ، أي: إذا بال من أحدهما أو سبق بوله منه فالحكم له ، وإن خرج منهما معاً اعتبر أكثرهما في الأصح . قال ابن حمدان: قدراً وعدداً ؛ لأن له تأثيراً .

والثاني: لا يعتبر أكثرهما . ونقله ابن هانئ وهو ظاهر كلام أبي الفرج وغيره ؛ لأن الخرق الذي يكون في مجرى البول قد يكون متسعاً بحيث لا يتجاوزه إلا يسيراً، وهل يعتبر السبق في الانقطاع ؟ فيه روايتان .

وفي التبصرة: يعتبر طولهما خروجاً، ونقله أبو طالب ؛ لأن بوله يمتد وبولها يسيل ، وقدم ابن عقيل الكثرة على السبق . وقال هو والقاضي: إن خرجا معاً حكم للمتأخر أي لآخرهما انقطاعاً .

(١) أخرجه البيهقي في الفرائض، باب ميراث الخثى ٢٦١/٦ .

وقال جابر بن زيد: يوقف إلى جانب حائط فإن بال عليه فهو رجل، وإن سلسل بين فخذه فهو امرأة .

والمذهب الأول ؛ لأن للكثرة مزية لإحدى العلامتين، فيعتبر بها، كالسبق.

قال: (فإن استويا فمشكل يأخذ قبل بلوغه ومن معه اليقين، ويوقف الثاني إلى انكشاف حاله والياس منه . فإن بلغ فأمنى أو نبئت لحيته فرجل، وإن حاض أو حبل فأمرأة).

ش: أما كون الخنثى مشكلاً إذا استويا فيما تقدم ذكره من وجود البول منهما ، وعدم سبق ، وكثرته في أحدهما ؛ فلأنه حينئذ لا مزية لأحد أمره على الآخر.

فإن كان يُرجى انكشاف حاله كالصغير واحتيج إلى قسم تركه من يرثه أعطي^(١) هو ومن معه اليقين أي^(٢) يعطى من يرث على تقدير ذكوريته وأنوثيته الأقل مما يرث فيهما، ولا يعطى من يسقطه في أحد الحالين شيئاً .

ومن لا يختلف ميراثه منهما يعطى حقه كاملاً، ويوقف الباقي إلى انكشاف حاله في قول الجمهور، فتعمل بما ظهر من علامة رجل أو امرأة وهو يحصل بالسن أو الإنبات، وبه ينكشف الأمر، فتظهر فيه علامات الرجال من نبات لحيته وخروج المني ، أو علامات النساء من الحيض أو الحمل أو تفلك ثدييه ، والمنصوص: أو سقطهما.

قال في الفروع: وكذا إن حاض من فرجه وأنزل من ذكره فإن وجد أحدهما فوجهان . وإن وجدا من مخرج واحد فلا ذكر ولا أنثى ، وفي الجامع: لا في إرث وديته ؛ لأن للغير حقاً ، وقيل: أو انتشر بوله على كتيب رمل ، أو انتهى النساء فذكر ، والعكس بالعكس .

وقال علي والحسن البصري: تعد أضلاعه فإن كانت ستة عشر فرجل، وإن كانت سبعة عشر فأنتى ؛ لأن أضلاعها أكثر بواحد ، واختاره ابن أبي موسى .
قال ابن اللبان والأصحاب: لو صح هذا لما وقع في الخنثى إشكال .
تنبيه: ليس خروج المني مختصاً بالرجل، وإنما المختص بالرجال خروجه من الذكر ،

(١) زيادة من المبدع ٢٢١/٦ .

(٢) مثل السابق.

فإن المرأة تمثي لكن لا من الذكر . فلو قال: من ذكره كان أسد ، وما ذكره لفظ صاحب الرعاية وفيه من الخلل ما ذكرناه .

وإن يفس من ذلك بموته، أو عدم العلامات بعد بلوغه أي^(١) لم يظهر فيه شيء من العلامات المذكورة، أو اختلطت فأمنى من كل الفرجين: فيسمى مشكلاً فحيثذ يأتي حكمه.

قال: (فإن مات أو بلغ بلا امرأة فله نصف إرث ذكر وأنثى إن ورت بهما، كولد المبت معه بنت وابن من تسعة له ثلاثة وللابن أربعة وللبنت سهمان).

ش: نص عليه ، وهو قول ابن عباس ولم يعرف له في الصحابة منكراً، وأهل مكة والمدينة واللؤلؤي وخلق.

ولأن حالتيه تساوتا، فوجب التسوية بين حكميهما، كما لو تداعى نفسان داراً بأيديهما ولا بينة لهما، وليس نورثه بأسوأ حاله، ولا سبيل إلى الوقف ؛ لأنه لا غاية له ينتظر، وفيه تضييع مع تعيين استحقاق الورثة له، فيعطى هو نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى ويعطى من معه نصف ماله حالة الذكورية ونصف ماله حالة الأنوثة، إلا أن يرث بأحدهما فيعطى نصفه ، وسواء كان الخنثى ومن معه يتزاحمان من جهتين مختلفتين؛ كولد خنثى وعم، فإن الخنثى يزاحم العم في تعصيبه بينوته فيمنعه من أخذ الباقي، والعم يزاحمه بعمومته في الزائد على فرض البنت. أو كولد خنثى وأب. أو من جهة واحدة كالأولاد والإخوة المتفقين.

فإذا كان مع الخنثى بنت وابن، جعلت للبنت أقل عدد له نصف وهو سهمان، وللذكر أربعة، وللخنثى ثلاثة ، وهذا قول الثوري واللؤلؤي في هذه المسألة وفي كل مسألة فيها ولد إذا كان فيهم خنثى .

قال الموفق: هذا قول لا بأس به ، لكن قال في المستوعب: هذا لا يصح على أصلنا . فإن كان مكان الابن أخ أو غيره من العصبات فله السدس والباقي بين الخنثى والبنت على خمسة .

(١) زيادة من المبدع ٢٢١/٦.

قال الموفق: قال أصحابنا: ويسمى مذهب المنزلين ، فتعمل^(١) المسألة على أنه ذكر ثم على أنه أنثى ؛ لأن له حالين، فلم يكن بد من اعتبارهما، ثم تضرب إحداهما إن تباينت، أو وفقهما في الأخرى إن اتفقتا، ويحتزى بإحداهما إن تماثلتا، أو بأكثرهما إن تناسبتا، وتضربها في اثنين، ثم من له شيء من إحدى المسألتين مضروب في الأخرى أو وفقها، ففي المتباين وهي مسألة الذكورية من خمسة والأنثوية من أربعة فاضرب إحداهما في الأخرى تكن عشرين، ثم في اثنين تكن أربعين ، للبنت سهم في خمسة وسهم في أربعة تسعة، وللذكر ثمانية عشر، وللخنثى سهم في خمسة وسهمان في أربعة ثلاثة عشر وهي دون ثلث الأربعين .

وعلى قول الثوري وهو يوافق الأصحاب في بعض المواضع ويخالف في بعضها . فعلى قوله: تكن المسألة من تسعة للخنثى الثلث وهو ثلاثة، وعلى قول من ورثه بالدعوى فيما بقي بعد اليقين يوافق قول المنزلين في أكثر المواضع؛ فإنه يقول في هذه المسألة: للذكر الخمسان ييقين وذلك ستة عشر من أربعين وهو يدعي النصف عشرين ، وللبنت الخمس ييقين ثمانية وهي تدعي الربع وللخنثى الربع ييقين وهو يدعي الخمسين ستة عشر، والمختلف فيه ستة أسهم يدعيها الخنثى كلها فتعطيه نصفها ثلاثة مع العشرة التي معه صار له ثلاثة عشرة، والابن يدعي أربعة فتعطيه نصفها اثنين صار له ثمانية عشر، والبنات تدعي سهمين فتدفع إليها سهماً صار لها تسعة .

وقد ورثه بالدعوى من أصل المال فعلى قولهم يكون الميراث في هذه المسألة ثلاثة وعشرين ؛ لأن المدعى هنا نصف وربع وخمسان مخرجهما من عشرين، يعطى الابن النصف عشرة، والبنات خمسة، والخنثى ثمانية تكن ثلاثة وعشرين .

وفي التوافق زوج وأم وولدان خنثى، فالذكورية من ستة، والأنثوية من ثمانية، وبينهما موافقة، فاضرب نصف أحدهما في الآخر تكن أربعة وعشرين، ثم في اثنين تكن ثمانية وأربعين .

وفي التماثل زوجة وولد خنثى وعم، فالذكورية من ثمانية، والأنثوية كذلك فاحتزى

(١) في الأصل: فعمل.

بأحدهما، واضربها في حالين تكن ستة عشر .

وفي المناسب: أم وبنت وولد خنثى وعم، فالذكورية من ستة، ونصح من ثمانية عشر، والأنوثة من ستة ونصح منها، وهي تناسب الأول بالثلث، فاجتزئ بأكثرهما وهو ثمانية عشر، فاضربها في حالين تكن ستة وثلاثين، ونجمع ماله منهما إن تماثلتا .
فإن كان الخنثى يرث في حال دون حال؛ كزوج وأخت لأبوين وولد أب خنثى، فمقتضى قول الثوري: أن يجعل للخنثى نصف ما يرثه في حال إرثه وهو نصف سهم، فتضمه إلى سهام الباقي وهي ستة، ثم تبسطها أنصافاً ليزول الكسر، فتصير ثلاثة عشر له منها سهم، والباقي بين الزوج والأخت نصفين . وقد عملها أبو الخطاب في الهداية على ذلك .

وأما في التنزيل فتصح من ثمانية وعشرين للخنثى سهمان وهو نصف سبع، ولكل واحد من الآخرين ثلاثة عشر.

فائدة: الخنثى من الورثة ستة: الولد وولد الابن والأخ وولده والعم وولده، فالزوجان والأبوان والجدان فلا يتصور فيهم ذلك والخلاف يقع في ثلاثة: الولد وولد الابن والأخ ، وأما الباقي فليس للإناث منهم ميراث فتكون للخنثى منهم نصف ميراث ذكر بلا خلاف . قاله الخبزي .

فإن كانا خنثيين أو أكثر نزلتهم بعدد أحوالهم .

هذا المذهب وعليه أكثر علمائنا ، وهو قول ابن أبي ليلى وضرار ويحيى بن آدم كإعطائهم اليقين قبل البلوغ.

فعلى هذا يجعل للابنين أربعة أحوال ؛ لأنه يحتمل أن يكون كل منهم ذكراً وأن يكون كل منهم أنثى ، ويحتمل أن يكونوا ذكوراً وأن يكونوا إناثاً، وللثلاثة ثمانية وللأربعة ستة عشر وللخمسة اثنين وثلاثين، ثم يجمع ما لهم في الأحوال كلها فيقسمه على عدد أحوالهم، فما خرج بالقسم فهو لهم إن كانوا من جهة واحدة، وإن كانوا من جهات جمعت ما لكل واحد منهم في الأحوال وقسمته على عدد الأحوال كلها، فالخارج بالقسم هو نصيبه .

قال أبو الخطاب: وفاقاً لأبي يوسف، فنزلهم حالين، مرة ذكوراً ومرة إناثاً كما

يصنع بالواحد.

والأول أولى ؛ لأنه يعطى كل واحد منهم بحسب ما فيه من الاحتمال فتعدل بينهم، وعلى الثاني: يعطى ببعض الاحتمالات دون بعض وهذا تحكم^(١) لا دليل عليه. ابن وخنشين، مسألة الذكورية من ثلاثة، والأنوثة من أربعة ، وذكورية أحدهما وأنوثة الآخر من خمسة، للمقدور ولورثته سهمان، وللآخر سهم، فاجتزئ بأحدهما لتماثلهما، واضرب بقية الأحوال بعضها في بعض لتباينها تكن ستين، ثم في الأحوال مائتين وأربعين، فلهما في حال الذكورية ثلثا المال وهو أربعون وفي حال الأنوثة نصفه وهو ثلاثون، وفي حال ذكورية أحدهما وأنوثة الآخر ثلاثة أخماسه وهو ستة وثلاثون، وفي الحال الآخر كذلك، فإذا جمعت ذلك كان ما ذكرناه، فاقسمه على أربعة تكن خمسة وثلاثين ونصفاً، لكل واحد سبعة عشر ونصف وربع، ثم اضرب نصيب كل واحد في أربعة تصح لكل خنتى أحد وسبعون وللأين ثمانية وتسعون . وعلى هذا فقس .

وإذا كان ولد خنتى وولد أخ خنتى وعم، فإن كانا ذكرين فالمال للولد، وإن كانا أنثيين فللبنات النصف والباقي للعم، فهي من أربعة عند من نزلهم حالين: للولد ثلاثة أرباع المال، وللعلم رבעه . ومن نزلهم أحوالاً كانت من ثمانية: للولد المال في حالين، والنصف في حالين، فله ربع ذلك وهو ثلاثة أرباع المال، وللعلم رבעه، ولولد الأخ نصف المال في حال فله رבעه وهو الثمن، وللعلم مثل ذلك . وهذا أعدل .

ومن قال بالدعوى فيما زاد على اليقين قال: للولد النصف نصيباً والنصف الآخر يتداعونه، فيكون بينهم أثلاثاً وتصح من ستة، وقد ذكر في المحرر حكم الخنتى وبينه بأحسن طريق وفصله أبلغ تفصيل فليراجع هناك.

فصل

قال الموفق: وجدنا في عصرنا شبيهاً بالخنتى لم يذكره الفرضيون ، شخصين ليس في

(١) في الأصل: بحكم.

قبلهما مخرج ولا ذكر ولا فرج، أما أحدهما: فذكروا أنه ليس له في قبله إلا لحمه ثابتة كالزبرة يرشح منها البول رشحاً على الدوام وأرسل إلينا فسألنا عن الصلاة والتحرز من النجاسة.

والثاني: ليس له إلا مخرج واحد فيما بين المخرجين منه يتغوط ومنه يبول وأخبرت عنه أنه يلبس لباس النساء ويخالطهن ويغزل معهن ويعد نفسه امرأة. قال: وحدثت أن في بعض بلاد العجم شخصاً ليس له قبل ولا دبر وأنه يتقايأ ما يأكله ويشربه .

فهذا وما أشبهه في معنى الخنثى؛ لأنه لا يمكن اعتباره بمبالة، وإن لم يكن له علامة أخرى فهو مشكل ينبغي أن يثبت له حكمه في ميراثه .

باب ميراث الغرقى

ش: الغرقى جمع غريق .

قال: (إذا مات متوارثان معاً كإخوين يهدم أو غرق أو غربة، وجهل السابق بالموت وورثنا كل واحد من الآخر من تلاد ماله دون ما ورثه منه).

ش: إذا مات المتوارثان معاً ؛ كمن كانا في سفينة فغرقت، أو انهدم عليهما حائط ونحوه، فإن علم الورثة ذلك يعني أنهما ماتا معاً بالغرق أو الهدم ونحوه أو غربة لم يتوارثا ؛ لأن الشرط في الميراث حياة الوارث بعد الموروث والشرط منتف فينفي مشروطه .

وإذا ادعى ورثة كل ميت سبق الآخر ولا بينة أو تعارضه البينة تحالفا ولم يتوارثا. نص عليه واختاره الأكثر .

وقال جماعة: بلى . وخرّجوا منها المنع في جهلهم الحال ، اختاره أبو العباس.

وإن جهل كيف ماتا كما إذا وجدا في مكان بيقين، أو علموا أن أحدهما مات قبل صاحبه وجهلوا عينه: ورث كل واحد منهما من تلاد مال الآخر دون ما ورثه منه ؛ لأنه يبعد في الأول خروج روحهما معاً، فهو كما لو علم سبق أحدهما، وإذا علم السبق

جاز أن يكون كل واحد منهما هو السابق فيرثه الآخر، ولا مزية لواحد منهما على الآخر، فيرث كل واحد منهما من تلاد مال الآخر، وهو المال المتقدم الذي كان له قبل الموت، دون الطارئ، وهو ما حصل له بعد ذلك ؛ لأننا لو ورثناه منه لجعلنا الوارث موروثاً، وذلك متناقض.

قال: (فيقسم إرث كل أخ منهما من أخيه بين أحياء ورثته فقط، فلا يحجب عن لم يورثه إذن . فلو خلف الأكبر بنتاً وستة دراهم، والأصغر بنتين وستة دراهم ولهما عم فموت الأكبر قبل الأصغر فلبنته ثلاثة دراهم ولأخيه ثلاثة لبنتيه وعمه، ثم موت الأصغر قبل فلبنتيه أربعة وللأكبر درهمان لبنته وعمه . وعلى هذا فقس).

ش: ومن ذلك أخوان غرقا ، أحدهما أكبر من الآخر وخلف الأكبر بنتاً، والأصغر بنتين، ولهما أم وعم . فمن ورث كل واحد من صاحبه قدر موت الأكبر أولاً . فماله بين ورثته وهم: بنته وأمه وأخوه، ولا شيء لعمه. المسألة من ستة: لأمه سهم، ولابنته ثلاثة، ولأخيه سهمان بين ورثته وهم: ابنتاه وأمه وعمه، مسألته من ستة، وسهمان على ستة لا تصح وتوافق بالأنصاف، فاضرب ستة في ثلاثة تكن ثمانية عشر: لأمه ثلاثة، ولابنته تسعة، ولأخيه ستة: لأمه سهم، ولابنتيه أربعة، ولعمه سهم. ثم قدر موت الأصغر أولاً، مسألته من ستة: لابنتيه أربعة، ولأمه سهم، ولأخيه الباقي وهو سهم بين ورثته، وهم: أمه وابنته وعمه . المسألة من ستة وسهم لا يصح عليها ولا يوافق، فاضرب ستة في ستة تكن ستة وثلاثين: لابنتيه أربعة وعشرون، ولأمه ستة، ولأخيه ستة: لابنته ثلاثة، ولأمه سهم، ولعمه سهمان. فمجموع ما للأم أربعة من مال الأكبر، وسبعة من مال الأصغر، ومجموع ما للعم^(١) من الأكبر سهم، ومن الأصغر سهمان. ومجموع ما لبنت الأكبر اثنا عشر: تسعة من أبيها، وثلاثة مما ورث أبوها. ولابنتي الأصغر^(٢) أربعة وعشرون من أبيهما، وأربعة مما ورث أبوهما من أخيه.

ومن جعل الميراث للأحياء دون الأموات جعل مال الأكبر لابنته وأمه وعمه. فمسألته من ستة: ثلاثة لابنته، وسهم لأمه، وسهمان لعمه. وجعل مال الأصغر لابنتيه

(١) في حاشية الأصل: أحد عشرة.

(٢) في حاشية الأصل: ثمانية وعشرون.

وأمه وعمه . فمسألته أيضاً من ستة : لابنتيه أربعة ، ولأمه سهم ، ولعمه سهم . وعلى هذا فقس .

فرع: لو علم السابق ثم نسي فالحكم فيه كما لو جهل ، وقيل: بالقرعة .
قال الأزجي: وإنما لم تجر القرعة لعدم دخولها في النسب .
وقال الوني: يعمل باليقين ويوقف مع الشك .

مسألة: لو عين الورثة وقت موت أحدهما وشكوا هل مات الآخر قبله أو بعده؟
ورث من شك في موته من الآخر ؛ لأن الأصل بقاؤه، وهو المذهب قدمه في المخرر والفروع والفائق .

وقيل: لا توارث بينهما .

قال في المخرر: وهو بعيد .

ولو مات أخوان عند الزوال أحدهما بالمشرق والآخر بالمغرب: ورث الذي مات بالمغرب من الذي مات بالمشرق لموته قبله بناء على اختلاف الزوال . قاله في الفائق .
وقال: ذكره بعض العلماء ، قال: وهو صحيح . فيعابى بها .
ولو ماتا عند ظهور الهلال ، قال في الفائق: فيعارض في المذهب ، والمختار أنه كالزوال . فيعابى بها أيضاً على اختياره .

باب ميراث أهل الملل

وهو جمع ملة بكسر الميم إفراداً وجمعاً، وهي : الدين والشرعة .

قال: (لا يرث مسلم بسب أو نكاح كافراً أصلياً، ولا كافراً ولا مرتد مسلماً بحال .
وإن مات على رده فماله فيء . وإن أسلم قبل قسمة إرث قريب مسلم ورثا . وإن عتق رقيق قبل قسمة إرث قريبه بعد موته لم يرث بل قبله) .

ش: أما كون المسلم لا يرث الكافر والكافر لا يرث المسلم إذا لم يسلم قبل قسم

ميراثه ؛ فلأن النبي ﷺ قال: « لا يرث المسلم الكافر ، ولا الكافر المسلم »^(١) . متفق عليه.

قال الإمام أحمد: ليس بين الناس اختلاف في أن المسلم لا يرث الكافر، وهو قول جمهور الصحابة والتابعين ومن بعدهم .

وروي عن عمر ومعاذ ومعاوية خلافة ، والعمل على الأول .
ولا فرق فيه من أن يكون من نسب أو نكاح كما صرح به المصنف وقيد الكافر بالأصل وهو المراد .

وقال أبو العباس: يرث المسلم من قريبه الكافر الذمي؛ لئلا يمتنع قريبه من الإسلام، ولوجوب نصرتهم ولا ينصروننا، ولا يرث الكافر المسلم إجماعاً لما تقدم.
ولأن الولاء بينهما منقطعة فلم يتوارثا إلا أن يسلم قبل قسمة إرث قريب مسلم .
نقله الأثرم ومحمد بن الحكم واختاره الشريف وأبو الخطاب في خلافيهما؛ لما روى سعيد في سننه من طريقين عن عروة وابن أبي مليكة أن النبي ﷺ قال: « من أسلم على شيء فهو له »^(٢) .

وعن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: « كل قَسْمٌ قُسِمَ في الجاهلية فهو على ما قُسِمَ . وكل قَسْمٌ أدركه قسم الإسلام فإنه على قَسْمِ الإسلام »^(٣) رواه أبو داود وابن ماجه .
وقضى به عمر وعثمان^(٤) . رواه ابن عبد البر في التمهيد ولم ينكر فكان إجماعاً .
والحكمة فيه: الترغيب في الإسلام والحث عليه .

فعلى هذا إن أسلم قبل قسم البعض ورث ما بقي . فإن كان الوارث واحداً فتصرفه في التركة وحيازتها كقسمتها. ذكره في المغني والشرح.

وظاهره: أنه إذا قسمت التركة وتعين حق كل وارث ثم أسلم فلا شيء له.

(١) أخرجه البخاري في الفرائض، باب لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم ٢٤٨٤/٦ ح ٦٣٨٣ . ومسلم في الفرائض ١٢٣٣/٣ ح ١٦١٤ .

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في الفرائض، باب من أسلم على الميراث قبل أن يقسم ٧٦/١ ح ١٨٩-١٩٠ .

(٣) أخرجه أبو داود في الفرائض، باب فيمن أسلم على ميراث ١٢٦/٣ ح ٢٩١٤ . وابن ماجه في الرهون، باب قسمة الماء ٨٣٣/٢ ح ٢٤٨٥ .

(٤) أخرجه عبد الرزاق في أهل الكتاب، المسلم يموت وله ولد نصراني ٢٦/٦ ح ٩٨٩٤ . وسعيد بن منصور عن عثمان مختصراً في الفرائض، باب من أسلم على الميراث قبل أن يقسم ٧٥/١ ح ١٨٥ .

واستثنى الخرقى والمجد الميراث بالولاء، وهو ما إذا أعتق الكافر مسلماً أو بالعكس، فإنه يرثه بالولاء على المذهب لثبوته . ويأتي في بابه إن شاء الله تعالى صريحاً أنه يرث به، فلا يعمل بالمفهوم مع الصريح .

وعنه: لا يرث. نقلها أبو طالب وصححها جماعة وقاله أكثر العلماء ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: « لا يرث المسلم الكافر... الخیر »^(١).

ولأن الملك قد انتقل عنه بالموت، فلم يشاركهم من أسلم، كما لو اقتسموا أو كان رقيقاً وأعتق . فعليها يرث عصبه سيده الموافق لدينه.

وأما كون المرتد لا يرث أحداً بحال ؛ فلأنه لا يقر على كفره، فلم يثبت له حكم الدين الذي انتقل إليه، ولهذا لا تحل ذبيحته ولا نكاح نسائه ولو انتقل إلى دين أهل الكتاب؛ لأن المرتد تزول أملاكه الثابتة له واستقرارها ، فلتلا يثبت له ملك أولى. إلا أن يُسلم قبل قسم الميراث فعلى الخلاف السابق.

ولو ارتد متوارثان فمات أحدهما لم يرثه الآخر ؛ لأن المرتد لا يرث ولا يورث، لكن قال الموفق: قياس المذهب: أن أحد الزوجين إذا ارتد في مرض موته ورثه الآخر وتخرج في سائر الأقارب كذلك .

وإن مات أو قتل في رده فماله فيء في بيت مال المسلمين. هذا هو المشهور والصحيح ، وقاله ابن عباس وغيره؛ لأنه كافر فلا يرثه المسلم كالكافر الأصلي .

ولأن ماله مال مرتد أشبه الذي كسبه في رده، ولا يمكن جعله لأهل دينه ؛ لأنه لا يرثهم فلا يرثونه كغيرهم من أهل الأديان.

وعنه: أنه لورثته من المسلمين . روي عن الصديق وعلي وابن مسعود وجمع واختاره أبو العباس؛ لأن رده كمرض موته .

والفرق بينهما: أن على الأولى يأخذونه فيئاً ، وعلى الثانية إرثاً.

وعنه : أنه لورثته من أهل الدين الذي اختاره . روي عن علقمة ؛ لأنه كافر فورثه أهل دينه كالحربي . فإن لم يكن فيهم من يرثه فهو فيء .

(١) سبق ترجمه ص: ٦٣٤.

وظاهر ما ذكره علماءنا: لا فرق بين تلاد ماله وطارثه .
فإن ارتد ودخل في دار الحرب وقف ماله إلى أن يموت على الأصح . قاله في
الرعاية .

تنبيه: لم يتعرض المصنف لحكم الزنديق وهو الذي يظهر الإسلام ويطن الكفر،
الذي كان يسمى منافقاً في عصره عليه الصلاة والسلام، حكمه كالمرتد . قال في
الفصول : وأكد حيث لا تقبل توبته.

قال في الفروع: والمراد إذا لم يتب أو تاب ولم تقبلها ، واحتج جماعة منهم الشيخ
يعني به الموفق بكف النبي ﷺ عنهم بإظهار الشهادة مع علم الله له بباطنهم، واختار أبو
العباس أن المنافق يرث ويورث ؛ لأنه عليه الصلاة والسلام لم يأخذ من تركه منافق شيئاً
ولا جعله شيئاً . فعلم أن الميراث مداره على النصرة الظاهرة ، واسم الإسلام يجري عليهم
في الظاهر إجماعاً ، ولا كحكم الداعية وهو إذا دعى إلى بدعة مكفرة . قاله ونص عليه
في الجهمي ، وعلى الأصح: أو غير داعية ، وهما في غسله والصلاة عليه وغير ذلك .
ونقل الميموني في الجهمي: إذا مات في قرية ليس فيها إلا نصارى من يشهده ؟ قال:
أنا لا أشهده ، يشهده من شاء .

قال ابن حامد: ظاهر المذهب خلافها .
وأما كون الرقيق إذا أعتق قبل قسمة إرث قريه المسلم بعد موته لم يرث بل قبله؛
فلأن مقتضى الدليل عدم إرث من فيه مانع منه حين الموت . خولف في الكافر إذا أسلم
على المذهب؛ لما ذكر . فيبقى فيما عداه على مقتضى الدليل . نص عليه في رواية ابن
الحكم وقاله جمهور الفقهاء من الصحابة ومن بعدهم .
وعنه: يرث . ذكرها ابن أبي موسى كمن أسلم ، وقاله ابن مسعود ومكحول
وقتادة .

والأول أصح .

قال ابن حمدان: والمذهب تورث من أسلم إلا من عتق . والفرق: أن الإسلام أعظم
الطاعات والقرب ورد الشرع بالتأليف عنه، فورد الشرع بتورثه ترغيباً له في الإسلام،
والعتق لا منع له فيه ولا يحمد عليه، فلم يصح قياسه عليه، ولولا ما ورد من الأثر في

توريث من أسلم لكان النظر أن لا يرث من لم يكن من أهل الميراث حين الموت .
 فرع: لو ملك ابن عمه فديره يعتق بموته ولم يرثه ؛ لأنه رقيق حين الموت .
 وإن قال: أنت حر في آخر حياتي عتق وورث في الأصح ؛ لحرية حين الموت .

فصل [ميراث أهل الملل]

قال: «توارث الحربي والذمي والمستأمن، وأهل الذمة يرث بعضهم بعضاً مع اتفاق أديانهم لا مع اختلافها، وهم ثلاث ملل: اليهودية، والنصرانية، ودين سائرهم».

ش: أما كون توارث الحربي وهو من في دار الحرب ، والذمي وهو المقيم في دار الإسلام بالذمة ، والمستأمن وهو من دخل دار الإسلام بأمان يتوارثون؛ فلأنهم أهل ملة واحدة وإنما اختلفت الدار.

قال في المغني: قياس المذهب عندي: أن الملة الواحدة يتوارثون وإن اختلفت ديارهم .
 ولأن العمومات في النصوص يقتضي توريثهم، ولم يرد بتخصيصهم نص ولا إجماع ولا يصح فيهم قياس، فيجب العمل بعمومها.

ولأن مقتضى التوريث موجود، فيعمل به ما لم يقد دليل على تحقق المانع، وقد نص الإمام أحمد في رواية الأثرم فيمن دخل إلينا بأمان فقتل أن يبعث بديته إلى ملكهم حتى يدفعها إلى ورثته.

وروي: « أن عمرو بن أمية الضمري كان مع أهل بئر معونة فسلم ورجع إلى المدينة فوجد رجلين في طريقه من الحي الذين قتلوهم وكانا أتيا النبي ﷺ في أمانه ولم يعلم عمرو فقتلها، فوداهما النبي ﷺ » ولا شك أنه بعث بديتهما إلى أهلها.

وقال القاضي: لا يرث ذمي حربياً ولا حربياً ذمياً ، وقاله أكثر أصحابنا. ذكره أبو الخطاب في التمهيد اتفاقاً ؛ لانقطاع المولاة بينهما .

وأما كون أهل الذمة يرث بعضهم بعضاً مع اتفاق أديانهم لا مع اختلافها ؛ فلأن المانع من الإرث اختلاف الدين وهو غير موجود . فوجب الحكم بالإرث عملاً بالمقتضي له السالم عن المعارض.

ولا فرق بين أهل الذمة وغيرهم من الكفار في ذلك ؛ لمفهوم حديث أسامة .
قال في الشرح: لا نعلم فيه خلافاً .

وأما كونهم لا يتوارثون مع اختلافها؛ كالجوس وعبد الوثن وما أشبه ذلك؛ فلأن
العمومات من النصوص للإرث تقتضي توريثهم، ولم يرد بتخصيصهم نص ولا إجماع
ولا يصح قياسهم على غيرهم، فوجب العمل بالعموم .
ولأن قوله ﷺ: « لا يتوارث أهل ملتين شتى »^(١) يدل بمفهومه على أن الملة الواحدة
يتوارثون .

ولأن ضبط التوريث بالإسلام والكفر دليل على أن العبرة باختلاف الملل . هذا هو
المذهب .

وعنه: يتوارثون . قدمه في الكافي والحرر ؛ لمفهوم حديث أسامة .

قال في الشرح: وهذا يجيء على قولنا أن الكفر ملة واحدة .

وأما كونهم ثلاث ملل اليهودية ملة، والنصرانية ملة، وسائرهم ملة ؛ فلأن كلاً من
اليهودية والنصرانية لهم كتاب وشرائع غير الأخرى، وسائرهم كالجوس وعبد الأوثان
فإنهم ملة واحدة ؛ فلأنه شملهم بأنه لا كتاب لهم ، وهذا قول شريح وعطاء وجمع
واختاره القاضي وعامة علمائنا ؛ فلما روى عبدالله بن عمر أن النبي ﷺ قال: « لا
يتوارث أهل ملتين شتى »^(٢) . رواه أبو داود .

ولأن الموالة منقطعة بينهم أشبه اختلافهم بالكفر والإسلام .

وعنه: الكفر ملل مختلفة ، اختاره أبو بكر والشريف وأبو الخطاب في خلافيهما
وقدمه في الفروع ، وهو قول كثير من العلماء ؛ لأن الخير المذكور نفى توارثهم ولم
يسمع عن الإمام أحمد تصريحاً بذكر انقسام الملل .

فعلى هذا لا توارث بينها .

قال في المغني والشرح: يحتمل أن يكون الكفر^(٣) مللاً كثيرة، فتكون الجوسية ملة،

(١) سيأتي تفريجه قريباً .

(٢) أخرجه أبو داود في الفرائض، باب هل يرث المسلم الكافر ١٢٥/٣ ح ٢٩١١ .

(٣) زيادة من المغني ١٦٨/٧ .

وعبد الأوثان ملة، وعباد الشمس ملة .

قال في المغني: وهذا أصح ؛ لأن كل فريقين منهم لا موالاة بينهم ولا اتفاق في دين

وقول من حصر الملة بعدم الكتاب لا يصح ؛ لأنه وصف عديم لا يقتضي حكماً .
وعنه: ملة واحدة . نقلها حرب . فعليها يتوارثون . اختارها الخلال ؛ لقوله تعالى:
{والذين كفروا بعضهم أولياء بعض} [الأنفال: ٧٣] عام في جميعهم .
فالصائبة كاليهود ، وقيل: كالنصارى.

قال: (ويورث المحوس بقرايتين إن أسلموا أو تحاكموا إلينا قبل إسلامهم، وكذا حكم المسلم بظا ذات رحم محرم بشبهة . ولا يرث بتكاح ذات رحم محرم ولا يعقد لا يقر عليه لو أسلم . فلو تزوج محوسى بيته فولدت بنتاً فماتت عن بنتيه وعم: فلها الثلثان، والباقي لعمه . فإن ماتت الكبرى بعده فاللأب للصغرى ؛ لأنها بنت وأخت لأب . فإن ماتت قبل الكبرى فلها ثلث ونصف، والباقي للعم . ومن حجب بنفسه عمل به).

ش: أما كون المحوس يورثون بقرايتين إذا أسلموا أو تحاكموا إلينا؛ فلأنه قول عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس.

ولأن الله تعالى فرض للأب الثلث، وللأخت النصف . فإذا كانت الأم أختاً وجب إعطاؤها ما فرض الله لها في الآيتين؛ كالشخصين.

ولأنهما قرايتان ترث كل واحدة منهما منفردةً ولا تحجب إحداهما الأخرى إذا كانا شخصين ولا ترجيح فيهما . فترث بهما جميعاً ؛ كزوج هو ابن عم، وابن عم هو أخ لأم.

وعنه: ترث بأقوى القرايتين وهي التي لا تسقط بحال . روي عن زيد . قاله الحسن والزهرى؛ لأنهما قرايتان لا يورث بهما في الإسلام، فلا يورث بهما في غيره، كما لو أسقطت إحداهما الأخرى .

وجوابه: أن أبا بكر أنكر هذه الرواية وقال: لم يحك حنبل عن الإمام أحمد لفظاً ومعنى . وبأن القرايتين في الأصل تسقط إحداهما الأخرى إذا كانا شخصين فكذا إذا كانا في شخص واحد.

وقولهم: لا يورث بهما في الإسلام لعدم وجود هذا . فلو تصور وجود هذا؛ كزوج هو ابن عم ورث بهما.

تنبيه: اعلم أن المسائل التي تجتمع بها قرابتان ست ، إحداهن في الذكور وهي عم هو أخ لأم ، وخمس في الإناث وهي: بنت هي أخت أو بنت ابن ، وأم هي أخت ، وأم أم هي أخت لأب ، وأم أب هي أخت لأم .

ومتى كانت البنت أختاً والميت رجل فهي أخت لأم . ومتى كان امرأة فهي أخت لأب .

فإن قيل: أم هي أخت لأم ، أو أم أم هي أخت لأم ، وأم أب هي أخت لأب فهو محال.

وإن وطئ مسلم بعض محارمه بشبهة أو اشتراها وهو لا يعرفها فوطئها، واتفق مثل هذه لإنسان فالحكم فيها مثل هذا سواء.

وأما كون المجوس لا يرثون بنكاح ذات رحم محرم؛ كرجل تزوج أمه أو بنته أو أخته وما أشبه ذلك؛ فلائنه لا خلاف في ذلك.

قال في المغني: لا نعلم خلافاً بين المسلمين في أنهم لا يرثون بنكاح ذوات المحارم، ولا بعقد لا يقر عليه لو أسلم ؛ كمن تزوج مطلقة ثلاثاً ؛ لأنه باطل لا يقر عليه . والمجوس وغيرهم في هذا سواء.

وظاهره أنهم إذا اعتقدوا صحته وأقروا عليه بعد الإسلام يرثون به ، سواء وجد بشروطه الصحيحة المعتبرة في نكاح المسلمين أو لا ؛ كمن تزوج بلا مهر ونحوه ؛ لأنه نكاح يقر عليه . فترتب عليه الإرث ؛ كالنكاح الصحيح ، وفي بعض الأنكحة خلاف . واستحقاق الإرث مبني على الخلاف في أنه يقر عليه أم لا . فالجوسي إذا تزوج امرأة في عدتها فظاهر كلام الإمام أحمد أنهما يتوارثان لإقرارهم عليه بعد الإسلام .

وقال القاضي: إن أسلما بعد انقضاء العدة أقرا وإلا فلا . فعليه لو مات أحدهما قبل انقضاء العدة لم يتوارثا، وإن مات بعده توارثا، وتأول كلام أحمد على من أسلم بعد انقضاء العدة.

فلو تزوج مجوسي بنته فأولدها بنتاً ثم مات عنها وعن عم: فلبنتين الثلثان، والباقي

للعلم، وتصح من ثلاثة، ولا ترث الكبرى بالزوجية شيئاً؛ لما تقدم. فإن ماتت الكبرى للصغرى المال كله؛ لأنها بنتها وأختها، فإن ماتت الصغرى أولاً؛ للكبرى الثلث والنصف؛ لأنها أم وأخت^(١)، والباقي للعلم.

ولو تزوج مجوسي أمه فأولدها بنتاً ثم مات فلأمه السدس، ولا بنته النصف، ولا ترث أمه بالزوجية لما تقدم، ولا ابنته؛ لكونها أختاً لأم؛ لأن ولد الأم يسقط بالولد وهو موجود هنا فيكون إذاً قد حجبت نفسها بنفسها.

فإن ماتت الكبرى بعده فقد خلفت بنتاً هي بنت ابن فلها الثلثان بالقرايتين. فإن ماتت الصغرى بعده فقد خلفت أمّاً هي أم أب فلها الثلث بالأمومة لا غير؛ لأن الجدة من كل جهة تحجب بالأم فتكون إذاً قد حجبت نفسها بنفسها.

ولو تزوج مجوسي ابنته فأولدها بنتاً، ثم تزوج ابنته الصغرى فأولدها بنتاً، ثم مات وماتت الكبرى بعده، فقد خلفت أختيها لأبيها إحداهما بنتها والأخرى بنت بنتها؛ فلبنتها النصف، والباقي بينهما؛ لكونهما أختين. ولا ترث الأخرى؛ لكونها بنت بنت؛ لأن بنت البنت تُحجب بالبنت، وهي موجودة هنا.

ولأن بنت البنت^(٢) من ذوي الأرحام وهي لا ترث مع ذي فرض.

وإن ماتت الوسطى فقد خلفت أختيها إحداهما أمها والأخرى بنتها؛ فلأمها السدس، ولبنتها النصف، والباقي بينهما؛ لكونهما أختين.

فإن ماتت الصغرى بعده فقد خلفت أختيها لأبيها إحداهما أمها، والأخرى جدتها؛ فلأمها السدس، والباقي بينهما؛ لكونهما أختين وقد انحجبت الأم بنفسها وبأمها عن السدس. ولا ترث الجدة؛ لوجود الأم.

فروع في التزويج في المرض والصحة.

وحكم النكاح في الصحة والمرض سواء في صحة العقد وتوريث كل واحد منهما من صاحبه في قول الجمهور، وبه قال أبو حنيفة والشافعي.

وقال مالك: أي الزوجين كان مريضاً مرضاً مخوفاً حال عقد النكاح فالنكاح فاسد،

(١) في الأصل: وبنت. والصواب ما أثبتناه.

(٢) في الأصل: ولأن بنت بنت البنت. وانظر الممتع ٤/٤١٩.

لا يتوارثان^(١) به، إلا أن يصيبها فيكون لها المسمى في ثلاثة مقدماً على الوصية. واختلف أصحابه في نكاح من لا يرث، كالأمة والذمية، فقال بعضهم: يصح؛ لأنه لا يتهم بقصد تورثها. ومنهم من أبطله لجواز أن تكون وارثة. ولنا: أنه عقد معاوضة يصح في الصحة، فصح في المرض، كالبيع. ولأنه نكاح صدر من أهله في محله بشرطه فصح كحالة الصحة. وقد روي أن عبد الرحمن بن الحكم تزوج في مرضه ثلاث نساء، أصدق كل واحدة ألفاً ليضيق بهن على امرأته ويشركنها في ميراثها فأجيز ذلك. وإذا ثبت صحة النكاح ثبت الميراث بعموم الآية. ولا فرق في ميراث الزوجين ما قبل الدخول وبعده؛ لعموم الآية. و«لأن النبي ﷺ قضى في بروع بنت واشق أن لها الميراث وكان زوجها مات عنها قبل الدخول بها ولم يكن فرض لها صداقاً»^(٢). ولأن النكاح صحيح ثابت فيورث به كما بعد الدخول. فأما النكاح الفاسد فلا يثبت به التوارث بين الزوجين؛ لأنه ليس بنكاح شرعي. ومتى اشتبه من نكاحها فاسد بمن نكاحها صحيح، فالمنصوص عن الإمام أحمد أنه قال: فيمن تزوج أختين لا يدري أيتهما تزوجها أولاً: أنه يفرق بينهما. وتوقف عن أن يقول في الصداق شيئاً. قال أبو بكر: يتوجه على قوله أن يقرع بينهما. فعلى هذا الوجه يقرع بينهما في الميراث.

(١) في الأصل: يتوارثان. وانظر المغني ٢١٢/٧.

(٢) أخرجه أبو داود في النكاح، باب فيمن تزوج ولم يسم صداقاً حتى مات ٢٣٧/٢ ح ٢١١٦. والترمذي في النكاح، باب ما جاء في الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها قبل أن يفرض لها ٤٥٠/٣ ح ١١٤٥.

باب ميراث المطلقة

قال: (من أبان زوجته في صحته، أو مرض غير مخوف ومات به، أو مخوف ولم يمُت به: لم يتوارثا . بل في طلاق رجعي لم تنقض عدته).

ش: أما كون من أبان زوجته فيما ذكر لم يتوارثا؛ فلأن التوارث سببه الزوجية، وهي معدومة هنا.

ولأن حكم الطلاق في مرض غير مخوف حكم الطلاق في الصحة، وحيث إذا طلقها في صحته طلاقاً بائناً أو رجعياً فبانت بانقضاء عدتها لم يتوارثا إجماعاً؛ لزوال الزوجية التي هي سبب الميراث .

فإن طلقها في المرض المخوف ثم تصح منه ومات بعده لم ترثه.
وإن طلق رجعياً لم يقطع ما دامت في العدة، سواء كان صحيحاً أو مريضاً بغير خلاف نعلمه. قاله في الشرح؛ لأن الرجعية زوجة.

قال: (وإن أبانها في مرض مخوف ولم يمُت ولم يصح بل أكله سبع أو لسعته حية ورثته . وإن أبانها في مرض موته المخوف متهماً بقصد حرمانها كمن طلقها ثلاثاً ابتداء، أو علق الثلاث على فعل لا بد لها منه شرعاً أو عقلاً ففعلته، أو وطئ مكلف حماته، أو علق إبانة ذمية أو أمة على الإسلام والعنق فوجد، أو علم أن سيدها علق عتقها بغد فأبانها اليوم أو عكسه، أو علق إبانها في صحته على مرضه أو على فعل له ففعله في مرضه، أو على تركه كقوله: لا تزوجن عليك فمات قبل فعله، أو وكل في صحته من يطلق إذا شاء فطلق في مرضه: لم يرثها، وترثه في العدة وبعدها ما لم تنزوج).

ش: أما قول المصنف رحمه الله: وإن أبانها... إلى آخره؛ فتعداد لصور الطلاق المتهم فيه.

وأما كون المطلقة ترث الزوج إذا كان متهماً في طلاقها؛ ف« لأن عثمان رضي الله عنه ورث تماضر بنت الأصبع الكلبية من عبدالرحمن بن عوف، وكان طلقها في مرضه

فتبّتها»^(١). واشتهر ذلك في الصحابة . فلم ينكر فكان إجماعاً.

ويروى أن عثمان قال لعبدالرحمن: لئن مت لأورثتها منك. قال: قد علمت ذلك. ولأنه قَصَدَ قصداً فاسداً في الميراث . فعورض بنقيض قصده؛ كالقاتل القاصد استعجال الميراث.

مثل: إن طلقها ثلاثاً ابتداءً ، أو علق الثلاث على فعل لا بد لها منه شرعاً؛ كالصلاة المفروضة ونحوها؛ كالصوم الواجب ، أو عقلاً كأكل ونحوه؛ لأنها مضطرة إلى فعل ذلك . فتعليقه كتنجيذه في قول الجميع .

وكذا إن علقه على كلامها لأبويها أو أحدهما . قطع به في المنتخب والشرح وذكره في الرعاية قولاً، وفي المحرر: وكلام^(٢) أبيها ففعلته، وكذا لو طلقها طلقه بعوض من غيرها، أو قذفها في صحته ولاعنها في مرضه ، وقيل: الحد لا لنفي الولد ورثته على الأصح ، وجزم جماعة بخلافه .

وإن آلى منها في مرضه ثم صح ثم^(٣) رجع إلى مرضه وبانت بالإيلاء لم ترثه . ذكره في الشرح .

وكذا إذا وطئ عاقل -وقيل: مكلف- حماته، أو علق إبانة ذمية أو أمة على الإسلام والعق فوجداً ؛ لأن قصد الحرمان ظاهرة فيه؛ لكونه رتب الطلاق على الموجب للإرث، أو علم أن سيدها علق عتقها بغد فأبانها اليوم أو عكسه ؛ لأنه فار . وظاهره: أنه إذا لم يعلم أنها لا ترثه، وهو ظاهر لعدم الفرار بغير خلاف نعلمه . قاله شيخنا .

أو علق إبانته في صحته على مرضه، أو على فعل له ففعله في مرضه، أو على تركه؛ كقوله: لا تزوجن عليك ونحوه فمات قبل فعله، أو وكل في صحته من يطلق إذا شاء فطلق في مرضه لم يرثها وترثه في العدة رواية واحدة لوجود المقتضي ولم يرثها ؛ لأن مقتضى البيونة قطع التوارث . خولف في الزوجة لما ذكرنا، فيبقى ما عداه على مقتضى

(١) أخرجه البيهقي في الخلع والطلاق، باب ما جاء في توريث المبتوتة في مرض الموت ٣٦٢/٧.

(٢) في الأصل: كلام. وانظر المبدع ٢٤١/٦.

(٣) زيادة من المبدع، الموضع السابق.

الأصل.

وترثه بعد العدة ما لم تتزوج ، وهذا أشهر الروايتين . نقله واختاره الأكثر ، وذكر أبو بكر أن قول أحمد لا يختلف في ذلك ، وهو قول الحسن وجمع ؛ لما روى أبو سلمة بن عبد الرحمن : « أن أباه طلق أمه وهو مريض فورثته ^(١) بعد انقضاء العدة » ^(٢) .

ولأن سبب توريثها فراره من ميراثها ، وهذا المعنى لا يزول بانقضاء العدة .

وشرطه : ما لم ترتد ، والأظهر : أو تسلم .

والثانية : لا ترث بعد العدة . اختاره في التبصرة ؛ لأنه يفضي إلى توريث أكثر من

أربع . فلم يجوز ؛ كما لو تزوجت .

فعلى هذا لو تزوج أربعاً سواها ثم مات صح على الأصح فترثه الخمس .

وعنه - وصححها في المحرر - أن ربه للمبتوتة ، وثلاثة أرباعه للأربع إن تزوجهن في

عقد واحد ^(٣) ، وإلا فلثلاث السوابق بالعقد ، وهذا اختيار المصنف لما يأتي إن شاء الله تعالى .

وقيل : كله للمبتوتة . فإن تزوجت أو ماتت فحقها للمحدد في عقد وإلا فللسابقة

إلى كمال أربع بالمبتوتة .

قال : (وإن علق طلاقها في مرض الموت على فعل لها منه بد ، ففعلته عاتلة بذلك ، أو سألته الطلاق منه : فكطلاق الصحيح) .

ش : أما كون الطلاق فيما ذكر كطلاق الصحيح في قطع التوارث ؛ فلأن مقتضى

الدليل المنع من الإرث لحصول البينة بالطلاق ، ترك ذلك فيمن قصد حرمانها الإرث

لمعارضته ^(٤) بنقيض قصده ، أو خيرها فاختارت نفسها ، أو علق طلاقها على مشيئتها

فشاءت فالأصح أنها لا ترثه ؛ لأنه ليس بفار ، ولزوال الزوجية بأمر لا يتهم فيه . لكن

إن لم تعلم بتعليق طلاقها ففعلت ما علق عليه ورثته ؛ لأنها معذورة . ذكره في المغني

(١) في الأصل : فورثها .

(٢) أخرجه مالك في الطلاق ، باب طلاق المريض ٤٤٨/٢ ح ٤٠ .

(٣) زيادة من الإنصاف ٣٥٩/٧ .

(٤) في الأصل : لمعارضتها .

والشرح .

ولو قال في الصحة: أنت طالق إن لم أضرب غلامي فلم يضربه حتى مات ورثته ولا يرثها إن ماتت. وإن مات الغلام والزوج مريض طلقت وكان كتعليقه على مجيء زيد. وكذا إن قال: إن لم أوفك مهرك فأنت طالق. فإن ادعى أنه وفاها مهرها فأنكرته صدق الزوج في توريثه منها؛ لأن الأصل بقاء النكاح ولم تصدق في براءته منه ؛ لأن الأصل بقاؤه في ذمته، فلو قال لها في صحته: إن لم أتزوج عليك فأنت طالق فكذلك، نص عليه وهو قول الحسن.

فرع: إذا قال لها: إذا مرضت فأنت طالق فهو كطلاق المريض سواء. وإن أقر في مرضه أنه كان طلقها في صحته ثلاثاً لم يقبل إقراره وكان كطلاق المريض ؛ لأنه أقر بما يبطل حق غيره فلم يقبل كما لو أقر بما لها.

قال: (ولو طلق قبل الدخول ورثته).

ش: أما كون المطلقة قبل الدخول ترثه ما لم تتزوج ؛ فلأن السبب الذي أثبتنا به الميراث للمعتدة هو التهمة بمنعها من ميراثه وهو موجود في غير المعتدة فوجب اعتباره وأعماله . فإن تزوجت انقطع الميراث ؛ لأن الميراث من حكم النكاح السابق فلا يجمع مع نكاح آخر .

ولأنها فعلت باختيارها ما ينافي نكاح الأول، فلم ترث ؛ كما لو سألتها الطلاق. وهذا إحدى الروايتين.

والثانية: لا ترثه ؛ لأن النكاح لم يبق له أثر بينهما، فلم ترثه، كالأجنبية. بخلاف المعتدة ، فإن أثر النكاح بينهما باق، بدليل أنه لا يملك غيره أن يتزوجها. وأطلقهما في الفروع وقدم في المحرر عدم الإرث . وذكر أبو بكر: إذا طلقها ثلاثاً قبل الدخول في مرضه أربع روايات:

إحداهن: لها الصداق كاملاً والميراث وعليها العدة ؛ لأن الميراث ثبت للمدخول بها لفراره وهذا فار ، وإذا ثبت الميراث وجب تكميل الصداق .

قال الموفق: وينبغي أن تكون العدة عدة وفاة . وقيل: طلاق.

والثانية: لها الميراث والصداق ولا عدة عليها ؛ لأن العدة حق عليها فلا تجب بفراره.

والثالثة: لها الميراث ونصف الصداق وعليها العدة . وهي قول مالك ؛ لقوله تعالى: {وإن طلقتموهن... الآية} [البقرة: ٢٣٧].

والرابعة: لا ترث ولا عدة عليها ولها نصف الصداق . وهي قول أكثر العلماء ؛ لأن الله تعالى نص على تنصيف الصداق ونفى العدة عن المطلقة قبل الدخول .
وأما الميراث فليست زوجة ولا معتدة من نكاح، أشبهت المطلقة في الصحة .
فإن خلا بها وأنكر الوطء وصدقته فلها الميراث، وعليها العدة للوفاة وتكميل الصداق ؛ لأن الخلوة تكفي في ثبوت هذه الأحكام.

قال: وظلوا تزوج أربعاً سواها ثم مات فلها ربع ميراث الزوجية والباقي للأربع في عقد وللثلاث السبق في عقود ولو كان مكانها أربع ففرض الزوجية للسلطات . ولو مات عن زوجات نكاح بعضهن فاسد ولم يعلم عنها أخرج الوارثات بالقرعة).

ش: إذا طلق زوجاته الأربع فقال بعد مضي مدة يمكن انقضاء عدتهن فيها: قد أخبرني بانقضاء عدتهن وأريد تزويج أربع سواهن فكذبته وقلن: لم تنقض عدتنا: لم يمنعه من التزويج ؛ لأن هذا حكم فيما بينه وبين الله تعالى، لا حق لهن فيه، فيقبل فيه، ولا يقبل قولهن في منعه النكاح للتهمة . فإذا تزوج غيرهن ومات فالحكم فيه كما سبق من الخلاف والتفصيل .

وأما كون الزوجات اللاتي نكاح بعضهن فاسد يخرج الوارثات بالقرعة ؛ فلأن ذلك يزيل الإبهام. فشرع هنا؛ كالعتق . فمن أصابها القرعة فالميراث لها . ذكره أبو بكر وعلمائنا ؛ لأن القرعة تعينها .

فرع: لو قتلها في مرضه ثم مات لم ترثه لخروجها من حيز التملك والتملك . ذكره ابن عقيل وغيره ، ويتوجه خلاف؛ كمن وقع في شبكته صيد بعد موته. ذكره في الفروع.

مسألة: إذا أكره الابن وهو عاقل وارث امرأة أبيه أو جده المريض في مرض أبيه على ما يفسخ نكاحها، من وطء أو غيره: لم يقطع ؛ لأنه قصد حرمانها. أشبه ما لو أبانها زوجها.

وظاهره: سواء زاد إرثه أو نقص ، أو كان له أولاد آخر أو لم يكن له ، أو فات

إرثه بقتل أو حجب .

فإن طاعته فالأشهر: أنها لا ترثه ؛ لأنها مشاركة له فيما ينفسخ نكاحها أشبه ما لو خالعه . إلا أن يكون له امرأة وارثة سواها، فإن المستكرهة لا ترث لانتفاء التهمة، وكذا لو كان مجنوناً أو عبداً أو كافراً أو استدخلت ذكره وهو نائم لم ترثه في الأصح . والاعتبار بالتهمة حال الإكراه.

فعلى هذا لو صار ابن الابن وارثاً بعد ذلك لم ترث لانتفاء التهمة حال الوطء . وعكسه: لو كان وارثاً حال الوطء فعاد محجوباً ورثت لوجود التهمة حين الوطء . وجزم بعضهم: إن انتفت التهمة بقصد حرمانها الإرث أو بعضه لم ترثه في الأصح . قال في الفروع: فيتوجه لو تزوج في مرضه مضارة لينقص إرث غيرها وأقرت به لم ترثه .

ومعنى كلام شيخنا وهو ظاهر كلام غيره: ترثه ؛ لأن له أن يوصي بالثلث . فرع: لو كان للمريض امرأتان فاستكره ابنه إحداهما لم ترثه لانتفاء التهمة لكون ميراثها لا يرجع إليه . وإن استكره الثانية بعدها ورثت ؛ لأنه متهم في حقها . وإن استكرههما معاً ورثتا معاً .

مسألة: تقدم أنه إذا وطئ حماته أن امرأته تبين منه وترثه، سواء طاعته أو لا، وإن كان زائل العقل حين الوطء لم ترث شيئاً ؛ لأنه ليس له قصد صحيح فلا يكون فاراً . وكذلك لو وطئ بنت امرأته وهو زائل العقل . فإن كان صبيّاً عاقلاً ورثت ؛ لأن له قصداً صحيحاً .

وفي القبله والمباشرة دون الفرج روايتان:

إحداهما: تنشر الحرمة كالوطء .

والثانية: لا كالنظر .

وخرج بعض علمائنا في النظر إلى الفرج والخلوة لشهوة وجهها: أنه ينشر الحرمة . والأصح خلافه .

وإن فعلت في مرض موتها ما يفسخ نكاحها بأن ترضع زوجها الصغير أو ترتد: سقط ميراثها ولم يسقط ميراث زوجها ؛ لأنها أحد الزوجين، فلم يسقط فعلها ميراث

الآخر كالزوج.

قال في الفروع: والزوج^(١) في إرثها إذا قطعت نكاحها منه كفعله ، وكذا ردة أحدهما . ذكره في الانتصار وذكره الشيخ يعني الموفق قياس المذهب . والأشهر لا . وكذا خرج الشيخ في سائر الأقارب .

تنبيه: إذا أعتقت فاختارت نفسها أو كان الزوج عتيقاً فأجل سنة ولم يصبها حتى مرضت في آخر الحول فاختارت فرقته، وفرق بينهما [لم يتوارثا]^(٢). ذكره ابن اللبان، وذكر القاضي في المعتقة إذا اختارت نفسها في مرضها لم يرثها؛ لأن فسخ النكاح لدفع الضرر لا للفرار.

ولو زوج ابنة أخيه صغيرة ففسخت النكاح في مرضها: لم يرثها الزوج بغير خلاف علمناه . قاله شيخنا؛ لأن النكاح فاسد من أصله في الصحيح من المذهب.

وعن الإمام أحمد خلافه ، ولها الخيار ؛ لأن الفسخ ليس للفرار فلم يرثها كما لو فسخت المعتقة نكاحها .

مسألة: إذا كن أربع نسوة فطلق إحدهن في مرضه ثلاثاً ثم نكح أخرى في عدة المطلقة، أو طلقها ونكح أختها في عدتها ومات في عدتها: فالنكاح باطل، والميراث بين المطلقة وباقي الزوجات الأوائل.

فإن مات بعد انقضاء عدتها ففي ميراثها روايتان:

إحدهما: لا ميراث لها فيكون لباقي الزوجات .

والثانية: ترث معهن ولا شيء للمنكوحة .

فإن تزوج الخامسة بعد انقضاء عدة المطلقة صح نكاحها.

وهل ترث المطلقة ؟ على روايتين.

ظاهر كلام الإمام أحمد عدم الإرث ؛ لأنه يلزم منه توريث ثمان نسوة أو أختين أو

حرمان الزوجات المنصوص على ميراثهن .

فعلى هذا يكون الميراث للزوجات دون المطلقة.

(١) زيادة من الفروع ٤٧/٥ .

(٢) في الأصل: توارثا. وانظر المغني ٢٢٧/٧ .

والثانية: ترث المطلقة وفيه وجهان:

أحدهما: يكون الميراث للخمس.

والثاني: للمطلقة والمنكوحات الأوائل ؛ لأن المريض ممنوع من أن يحرمهن ميراثهن بالطلاق فكذا يمنع من تنقيصهن .

ورد الموفق كلا الوجهين، أما أحدهما فرده نص الكتاب على توريث الزوجات فلا يجوز مخالفته ، وأما الآخر ؛ فلأن الله تعالى لم يبيح نكاح أكثر من أربع ولا الجمع بين الأختين فلا يجوز أن يجمعن في ميراثهن بالزوجية .

وعلى هذا: لو طلق أربعاً في مرضه وانقضت عدتهن ونكح أربعاً سواهن ثم مات في مرضه فعلى المختار ترثه المنكوحات خاصة ، وعلى الثاني: فيه وجهان: أحدهما: أنه بين الثمان ، والثاني: أنه للمطلقات .

وإن صح من مرضه، ثم تزوج أربعاً في صحته، ثم مات: فالميراث لهن في قول الجماعة، ولا شيء للمطلقات .

فرع: إذا ادعت عليه زوجته طلاقاً يقطع الميراث فأنكر لم ترثه إن مات إن دامت مقيمة على قولها. ذكره في المحرر والفروع.

باب الإقرار بمشارك في الميراث

(إذا أقر كل الورثة ولو أنه واحد بوارث للتمت، فوافق أو كان صغيراً أو مجنوناً والمقر به مجهول النسب: ثبت نسبه وإرثه . وإن أسقط المقر كآخ يقر بالبن).

أما كون من أقر الورثة كلهم بأنه وارث الميت فوافق... إلى آخره ، وسواء كان من حرة أو أمة ، نقله الجماعة ثبت نسبه وإرثه ؛ ف « لأنه عليه الصلاة والسلام قبل قول عبد بن زمعة لما ادعى نسب وليدة أبيه . وقال: هذا أخي ولد على فراش أبي »^(١) . فأثبت نسبه منه .

(١) أخرجه البخاري في الفرائض، باب إثم من انتفى من ولده ومن ادعى أخاً أو ابن أخ ٦/٢٤٨٤ ح ٦٣٨٤ . ومسلم في الرضاع، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات ٢/١٠٨٠ ح ١٤٥٧ .

ولأن الوارث يقوم مقام موروثه في ميراثه وديونه وسائر حقوقه. فكذا في النسب.
 وإذا ثبت النسب ثبت الإرث .
 واشترط في البالغ العاقل التوافق؛ لأن الإقرار بالنسب إقرار، فاشتراط موافقة المقر له ؛
 كالإقرار بالمال.
 وفي الصغير والمجنون يكتفى بصغره وجنونه ؛ لعدم اعتبار قولهما فقبل الإقرار بنفسه،
 وإن لم يوافقه كالمال.
 وظاهره: أنه يثبت النسب ولو مع وجود منكر لا يرث لمانع رق ونحوه إن كان
 مجهول النسب وإلا فلا . والإرث إن لم يكن به مانع .
 وسواء كان الورثة المقرون جماعة أو واحداً ؛ لأنهم سواء في الإقرار بالمال فكذا في
 الإقرار بغيره، وسواء كان المقر به يسقط المقر أو لا يسقطه ؛ كأخ يقر بابن للميت ، أو
 ابن ابن يقر بابن للميت فإنه يثبت نسبه وإرثه ويسقط المقر.
 هذا المذهب وقاله شريح ؛ لأنه ثابت النسب لم يوجد في حقه مانع من الإرث
 فدخل في عموم النص .
 والعبرة بكونه وارثاً حالة الإقرار.
 وقيل: لا يرث مسقط. اختاره أبو إسحاق وذكره الأزجي عن الأصحاب سوى
 القاضي ، وأنه الصحيح ؛ لأن توريثه يفضي إلى إسقاط توريثه فسقط ؛ لأنه لو ورث
 لخرج المقر عن كونه وارثاً فيبطل إقراره فعليه نصيبه بيد المقر.
 وقيل : بيت المال .
 فإن بلغ الصبي وعقل المجنون فصلقا المقر ثبت إرثهما من المقر ، وعلى الأول يعتبر
 إقرار الزوج والمولى المعتق إذا كانا من الورثة ولو كانت بنتاً صح لإرثها بالفرض والرد.
 فرع: إذا أقر أحد الزوجين بابن للآخر من غيره فصدق نائب الإمام ثبت نسبه وفيه
 احتمال . ذكره الأزجي ؛ لأن الإمام ليس له منصب الورثة . قال: وهو مبني على أنه
 هل له استيفاء قود لا وارث له، وإذا لم يثبت أخذ نصف ما بيد المقر.

قال: (وان أقر بعضهم ولم يشهد منهم أو من غيرهم عدلان أنه ولده أو ولد على
 فراشه أو أنه أقر به ومثله يولد لثله: لم يثبت نسبه، ويأخذ ما فصل بيده لو صح

نسبه، أو كله إن سقط به، وإن لم يفصل شيء لم يلزمه له شيء).

ش: أما كون من أقر به بعض الورثة كإبن له أخ يقر بآخر دون أخيه لا يثبت نسبه إذا لم يشهد منهم عدلان أو من غيرهم ؛ فلأن ثبوت النسب ليس متمحضاً له، بل مشتركاً بينه وبين أخيه.

ولأن المقر وحده لا يقوم مقام الميت. ذكره في الشرح بالإجماع . ولا يمكن إثباته في حق المقر دون المنكر ، ولا إثباته في حقهما ؛ لأن الآخر منكر فلا يقبل إقرار غيره عليه، ولم توجد شهادة يثبت بها النسب، ولو كان المقر عدلان ؛ لأنه إقرار من بعض الورثة.

وعنه: إن أقر اثنان منهم على أبيهما بدين أو نسب ثبت في حق غيرهم، إعطاء له حكم شهادة وإقرار ، وفي اعتبار العدالة منهما روايتان ، إلا أن يشهد منهم عدلان أو من غيرهم أنه ولده ، أو ولد على فراشه ، أو أنه أقر به بشرطه ثبت نسبه من المقرين الوارثين، ويشاركهم في الإرث ؛ لأنهما بينة عادلة، فثبت النسب بهما، كالأجانب . ولأنهما لو شهدا على غير موروثهما لقبول . فكذا إذا شهدا عليه . وقيل: لا، جزم به الأزجي وغيره .

فلو كان المقر به أخاً ومات المقر عن ابن عم ورثوه ، وعلى الأول: يرث الأخ. وهل يثبت نسبه من ولد المقر المنكر له تبعاً فتثبت العمومة؟ فيه وجهان في الانتصار خلاف مع كونه أكبر سناً من أبي المقر ، أو معروف النسب. ولو مات المقر وخلفه والمنكر فإرثه بينهما . فلو خلفه فقط ورثه . وذكر جماعة إقراره كوصية فيأخذ المال في وجهه وثلثه في آخر ، وقيل: المال لبيت المال ، وعلى المقر إذا لم يثبت النسب أن يدفع إليه فضل ما في يده عن ميراثه ؛ لأنه تبين بإقراره أنه لا يستحقه .

قال: (فإذا أقر أحد أبنيه بأخ مثله فله ثلث ما بيده ، وإن أقر بأخت فلها خمسة، وإن أقر ابن ابن بعم له لأب أخذ ما بيده . وإن خلف أخاً لأب وأخاً لأم، فأقرا بأخ لأبوين: ثبت نسبه، وله ما بيد الأخ لأب فقط ، وإن أقر به الأخ من الأب وحده أخذ ما في يده ولم يثبت نسبه ، وإن أقر به الأخ من الأم أو أقر بأخ سواء فلا شيء

ش: أما كون المقر له له ثلث ما في يد المقر إذا أقر أحد ابنيه بأخ مثله؛ فلأن في يده النصف وهو لا يستحق إلا الثلث، فالسلس للمقر له وهو ثلث النصف.

وأما كون الأخت لها خمسة إذا أقر بها؛ فلأن في يده النصف وهو لا يستحق إلا الخمسين. فنصف الخمس مستحق للمقر لها وهو خمس ما في يده.

وأما كونه إذا أقر ابن ابن بعم له لأب أخذ ما بيده؛ فلأنه أعلا منه. وقيل: لا يرث. قاله في الرعاية.

وأما كون نسب الأخ من الأبوين ثبت؛ فلاقرار كل الورثة به. وأخذ ما في يد الأخ من الأب فقط؛ لأنه تين بإقراره أنه لا حق له، وأن الحق للمقر به، إذ هو محجوب به.

وإن أقر به الأخ من الأب وحده أخذ ما في يده؛ لأنه يسقطه من الميراث.

وقال أبو الخطاب: أخذ نصف ما في يده وهو سهو ولم يثبت نسبه؛ لأن كل الورثة لم يقرؤا به وإقرارهم شرط في ثبوته.

وإن أقر به الأخ من الأم أو أقر بأخ سواه فلا شيء له؛ لأنه لا فضل في يده وهذا بخلاف ما إذا أقر بأخوين من أم فإنه يدفع إليهما ثلث ما في يده؛ لأن في يده السلس وإقراره اعترف أنه لا يستحق من الميراث إلا التسع. فيبقى في يده نصف التسع وهو ثلث ما في يده.

فروع: خلف ابناً فأقر بأخ ثم جحده لم يقبل جحده، ولزمه أن يدفع نصف ما في يده. فإن صدقه المقر له أو به فوجهان. ذكرهما في الكافي وغيره.

فإن أقر بعد جحده بآخر احتمل أن لا يلزمه له شيء، وإن كان لم يدفع إلى الأول شيئاً لزمه أن يدفع إليه نصف ما في يده، وعلى الثالث يلزمه دفع ما بقي في يده، ولا يثبت نسب واحد منهما، ويثبت نسب المقر به الأول في المسألة الأولى دون الثاني.

فصل

قال: (وطريقة العمل: أن تضرب مسألة الإقرار في مسألة الإنكار، وتراعي الموفقة، وتعطي المقر سهمه من مسألة الإقرار في الإنكار، والعكس بالعكس، فما فضل للمقر به).

ش: أما كون طريقة العمل ما ذكر من الضرب ؛ فلأن به يظهر ما للمقر والمنكر وما يفضل.

وأما كون ما فضل للمقر به ؛ فلأنه تبين بالعمل أنه الذي له.

فعلى هذا قل المسألة الأولى وهي: ما إذا أقر أحد الابنين بأخ: مسألة الإقرار من ثلاثة، والإنكار من اثنين. فاضرب إحداهما في الأخرى؛ لأنهما متباينتان تكن ستة: للمقر سهم من مسألة الإقرار في اثنين باثنين، وللمنكر سهم من مسألة الإنكار ثلاثة بثلاثة يبقى سهم للمقر به؛ لأنه الفاضل وهو ثلث ما في يد المقر؛ لأن النصف له، وقد تبين هنا أنه ثلاثة.

وفي الثانية قل: مسألة الإقرار من خمسة، ومسألة الإنكار من اثنين، واضرب خمسة في اثنين؛ لما تقدم تكن عشرة: للمقر سهمان من خمسة في اثنين بأربعة، وللمنكر سهم من اثنين في خمسة بخمسة يبقى سهم للأخت؛ لأنه الفاضل وهو خمس ما في يد المقر؛ لما تقدم.

وفي الثالثة قل: مسألة الإقرار من ستة ولا إنكار فيها، وما كان للمقر فهو للمقر به؛ لأنه أولى منه ؛ لكونه أختاً لأبوين، ولا حاجة إلى ذكر مسألة الإنكار ؛ لأن المنكر حالة في الإقرار، والإنكار بالنسبة إلى المال واحدة فله سهم من ستة تبقى خمسة هي للأخ للأبوين؛ لما تقدم.

ولا شيء له في الخامسة ؛ لما تقدم في تعليلها.

قال: (فلو خلف ابن، فأقر أحدهما بأخوين، فصدقه أخوه في أحدهما: ثبت نسبه، فصاروا ثلاثة: للمقر ربع المال، وللمنكر ثلاثة، وللمضيق عليه كذلك إن جحد

الرابع ، وإلا فله الربع والباقي للمجحد ، ونصح من اثني عشر.

ش: أما كونه إذا صدقه أخوه في أحدهما يثبت نسبه ؛ فإلقرار كل الورثة به فصاروا ثلاثة ثم تضرب مسألة الإقرار وهي أربعة في مسألة الإنكار وهي ثلاثة تكن اثني عشر؛ لما ذكرنا ، للمنكر سهم من الإنكار في الإقرار أربعة، وللمقر سهم من الإقرار ثلاثة ، وللمتفق عليه إن صدق المقر مثل سهمه؛ لأنه مقر . وإن أنكر مثل سهم المنكر؛ لأنه منكر ، وما فضل للمختلف وهو الباقي وهو سهمان في حال التصديق وسهم في حال الإنكار ؛ لأن ذلك هو الفاضل. وهذا أصح الأقوال . قاله في الشرح.

وقال أبو الخطاب: لا يأخذ المتفق عليه من المنكر في حال التصديق إلا ربع ما في يده ؛ لأنه لا يدعي أكثر منه؛ لأنه يدعي أنهم أربعة، وصححها من ثمانية؛ لأن أصل المسألة من اثنين والمقر به يستحق ربع ما في يد المنكر فاضرب أربعة في اثنين بثمانية: للمنكر ثلاثة؛ لأنه كان يستحق أربعة أخذ منها المتفق عليه ربعها بقي ثلثه، وللمختلف فيه سهم؛ لأنه يستحق ربع ما في يد المقر بهما ولكل واحد من الأخوين سهمان؛ لأنه كان يستحق أربعة خرج منها سهم للمتفق عليه، وسهم للمختلف فيه بقي اثنان للآخر. وذكر ابن اللبان: أن هذا قياس قول مالك والشافعي وفيه نظر ؛ لأن المنكر يقر أنه لا يستحق إلا الثلث، وقد حضر من يدعي الزيادة، فوجب دفعها إليه. ونظيره لو ادعى إنسان داراً في يد آخر فأقر بها لغيره فقال المقر له: إنما هي للمدعي، فإنها تسلم إليه.

وقد رد الخيري على ابن اللبان قوله وقال: يبقى مع المنكر ثلاثة أثمان، وهو لا يدعي إلا الثلث، وقد حضر من يدعي هذه الزيادة، ولا منازع له فيها، فيجب دفعها إليه. قال: والصحيح أن يضم المتفق عليه السدس الذي يأخذه من المقر به فيضمه إلى النصف الذي هو بيد المقر لهما يقتسمانه أثلاثاً، فتصح من تسعة للمنكر ثلاثة، ولكل واحد من الأخوين سهمان.

قال في المغني: ولا يستقيم هذا على قول من لا يلزم المقر أكثر من الفضل عن ميراثه ؛ لأن المقر بهما والمتفق عليه لا ينقص ميراثه عن الربع ولم يحصل له على هذا القول إلا التسعان.

وقيل: في حال الإنكار يدفع المقر بهما إليهما نصف ما في يده، ويأخذ المتفق عليه

من المنكر ثلث ما في يده، فيحصل للمنكر الثلث وللمقر الربع وللمتفق عليه السدس والثلثين وللمختلف فيه الثمن، وتصح من أربعة وعشرين للمنكر ثمانية وللمتفق عليه سبعة وللمقر ستة وللمختلف ثلاثة .

قال ابن حمدان: وهو أصح.

فصل [الإقرار بأخ]

قال: (ومن أقر بأخوين فأكثر لأب بكلام متصل، ولا وارث غيره فاتفقا أو اختلفا وهما توأمان: ثبت نسبهما).

ش: أما كون نسب الأخوين المقر بهما يثبت نسبهما بشرطه مطلقاً ؛ فلأن نسبهما ثبت بإقرار كل من الورثة قبلهما، فلم يعتبر موافقة الآخر، كما لو كانا صغيرين .

ويحتمل أن لا يثبت نسبتهما مع اختلافهما ؛ لأن الإقرار بكل واحد منهما لم يصدر من كل الورثة. ويدفع إلى كل واحد منهما ثلث ما في يده .

فإن صدق أحدهما بصاحبه، وجحد الآخر: ثبت نسب المتفق عليه وفي الآخر وجهان ، فإن كانوا توأمين ثبت نسبهما، ولم يلتفت إلى إنكار المنكر منهما ، سواء تجاحداً معاً أو جحد أحدهما صاحبه .

ومتى أقر الوارث بأحدهما ثبت نسب الآخر ، فإن أقر بنسب صغيرين معاً ثبت نسبهما على الأول وعلى الثاني؟ فيه احتمالان .

فائدة: محل الخلاف: إذا لم يكونا توأمين ؛ لأن اختلاف سبب التوأمين محال.

قال: (وإن أقر بأحدهما بعد الآخر، فكذب الأول بالثاني: ثبت نسب الأول فقط، وله نصف ما بيد المقر، وللثاني ثلث ما بقي بيده . وكذا إن زادوا أو تكاذبوا ويقف ثبوت نسبه وغيره على التضاد . وإن كذب الثاني بالأول وهو مصدق به: ثبت نسب الثلاثة والمال بينهم).

ش: أما كون نسب الأول يثبت فقط؛ فلأنه أقر به كل الورثة.

وأما كونه له نصف ما بيد المقر ؛ فلأن المقر أقر أنه أخوه، وتصديقه بغيره معتبر؛

لأنه ثبت كونه وارثاً . فوجب كون المسألة بالنسبة إليه مقسومة على اثنين ، وللثاني ثلث ما بقي بيده وهو السدس ؛ لأنه فاضل أقر أن الأولاد ثلاثة، فأحدهم يستحق الثلث فقط ويقف ثبوت النسب وغيره على التصديق؛ لأن الثاني هنا صار من الورثة .

وإن كذب الثاني بالأول، وهو مصدق به: ثبت نسب الثلاثة، والمال بينهم ؛ لأن الثاني إذا كذب بالأول أفضى إلى بطلان نسبه ؛ لأن المقر به يكون غير وارث، فلا يلتفت إلى تكذيبه، ونسب الثاني ثبت بإقرار الأول من غير نظر إلى تصديق الثالث، فلا يبطل بعد ثبوته، والثالث كل واحد من الورثة مصدق به فثبت كذلك، وإذا ثبت نسب الثلاثة كان المال بينهم أثلاثاً.

وقيل: يسقط نسب الأول ؛ لأنه معترف أن الثاني أحد الوارثين، فيعتبر تصديقه فإذا لم يصدقه لم يثبت نسبه، وإذا لم يثبت نسبه أخذ الثاني ثلثي ما في يده يعني في يد المقر ؛ لأنه لما أقر به الأول صار المال بينهما نصفين، والمقر به الأول معترف للمقر به الثاني أنه أحد الوارثين، وأن حقه في جميع المال الثلث، ويأخذ منه بقسطه مما في يده وهو ثلثه، فيبقى بيده الثلث أن لا منازع له فيها وذلك ثلث المال، فقد أخذ مما في يد الأول ثلثه وبقي ثلثاه، والمقر به الثاني لو أنكره ؛ لأنه مال لمورثهما، فيكون لهما حتى يثبت استحقاقه باعتراف الوارث أو بيينة، وقد اعترف به أحدهما فيسري في نصيبه وهو ثلث ما في يده ويبقى ثلثه الآخر للمنكر وهو الثاني فيأخذه لما ذكرنا .

قال: (وإن أقر وارث بزوجة للميت يلزمه من إرثها بقدر سهمه).

ش: أما كون المقر بزوجة للميت يلزمه من إرثها بقدر سهمه؛ فلا أنه أقر أن ذلك فاضل عن حقه؛ كما لو أقر بابن .

وفي الرعاية: وإن أقر بها كلهم أو شهد بالنكاح اثنان منهم أو من غيرهم ثبت كل إرثها .

فإن مات المنكر فأقر به ابنه فهل يكمل إرثها ؟ فيه وجهان.

قال: (وإن كان بيد مجهول النسب مال فقال لمثله: مات أبي وأنت أخي، فقال: هو أبي ولست بأخي: لم يقبل إنكاره والمال لهما . وإن قال: مات أبوك وأنا أخوك، فقال:

لست أخي فالكل للمكر.

ش: أما كون المقر به لا يقبل إنكاره في الصورة الأولى ؛ فلأن الإقرار والإنكار إنما يعتبر من الوارث، وقد سبق كون الأب أباً للآخر، فهو وارثه ظاهراً لا غيره.
وكذلك لو قال: مات أبونا ونحن أبناءه ؛ لأنه نسب الميت إليه بأنه أبوه وأقر بمشاركة المقر في ميراثه بطريق الأخوة . فلما أنكر إخوته لم يثبت إقراره به وبقيت دعواه أنه أبوه دونه غير مقبولة ؛ كما لو ادعى ذلك قبل الإقرار . وحينئذ فالمال بينهما ، وقيل: للمقر ، وقيل: للمقر به .

وأما كون المال كله للمقر به في الصورة الثانية ؛ فلأنه لما قال: مات أبوك فقد أقر بكونه هو الوارث وذلك يوجب كون الميراث له.
وقوله بعد ذلك: وأنا أخوك دعوى وقد أنكرها المقر له، وذلك يوجب أن لا يكون له شيء من المال.

قال: (وإن قال: ماتت زوجتي وأنت أخوها، فقال: أنا أخوها ولست بزوجه: فالمال للأخ)

ش: أما كون إنكار الأخ يقبل ؛ فلأن خصمه قد اعترف أنه أخوها وهو منكر للزوجة، والأصل معه.
وهذا أحد الوجهين وهو أصحهما ؛ لأن النكاح يفتقر إلى إقامة البينة عليه.
والثاني: لا يقبل ؛ لما سبق والمال بينهما.

قال في الشرح: وهذه المسألة تشبه الأولى من حيث إنه نسب الميت إليه بالزوجة في ابتداء إقراره، كما نسب الأبوة في قوله: مات أبي، ويفارقها في أن الزوجة من شرطها الإشهاد، ويستحب الإعلان بها واشتهارها، فلا يكاد يخفى، بخلاف النسب فإنه إنما يشهد عليه بالاستفاضة غالباً.

فصل

قال: (إذا خلعت زوجاً وأختين لأب، فأقرت إحداهما بأخ لأب: فاضرب مسألة

الإقرار في مسألة الإنكار تبلغ ستة وخمسين، وتعمل على ما تقدم : للزوج أربعة وعشرون، وللمنكرة ستة عشر، وللمقررة سبعة، وللأخ تسعة. فإن صدقها الزوج فقد ادعى أربعة، والأخ أربعة عشر، فاقسم التسعة على مدعاها : للزوج سهمان، وللأخ سبعة. ومع أختين أم تصح من اثنين وسبعين: للزوج أربعة وعشرون، ولولد الأم ستة عشر، وللمنكرة ستة عشر، وللمقررة ثلاثة يبقى معها ثلاثة عشر: للأخ ستة، يبقى سبعة لا مدعي لها فتقر بيد المقررة).

ش: هذه المسألة أصلها من ستة وتعول إلى سبعة ، فإذا أقرت إحدى الأختين بأخ فاضرب مسألة الإقرار وهي ثمانية ناشئة من ضرب أربعة في اثنين في مسألة الإنكار وهي سبعة تكن ستة وخمسين، واعمل على ما تقدم يكن للزوج أربعة وعشرون مرتفعة من ضرب ثلاثة وهي ماله من مسألة الإنكار في ثمانية ، وللمنكرة ستة عشر مرتفعة من ضرب اثنين في ثمانية، وللمقررة سبعة ؛ لأن لها من مسألة الإقرار سهم مضروب في مسألة الإنكار يبقى تسعة للأخ ؛ لأنها الفاضل .

فإن صدقها الزوج فهو يدعي أربعة وهي تمام النصف، والأخ يدعي أربعة عشر ؛ لأنه يدعي استحقاق ربع المال، والمقر به من السهام تسعة، فاقسمها على سهامهم المدعى به وهي ثمانية عشر لكل سهمين سهماً للزوج سهمان مضافان إلى ما أخذه وهو أربعة وعشرون تكن ستة وعشرين ، وللأخ سبعة مضافة إلى ما أخذه .

فإن أقرت الأختان وأنكر الزوج دفع إلى كل أخت سبعة، وإلى الأخ أربعة، يبقى أربعة بقي إرثها للزوج وهو منكرها، وفي ذلك ثلاثة أوجه ستأتي.

فإن كان معهم أختان أم فتكون مسألة الإنكار من ستة وتعول إلى تسعة، ومسألة الإقرار من أربعة وعشرين؛ لأن فيها نصفاً وثلاثاً، وما بقي وهو سهم على أربعة لا تصح ولا توافق، فاضرب ستة في أربعة تبلغ ذلك، فإذا نظرت بينهما فهما متفقان بالأثلاث، فإذا ضربت وفق مسألة الإقرار في مسألة الإنكار كانت اثنين وسبعين: للزوج ثلاثة من مسألة الإنكار في وفق مسألة الإقرار وهي ثمانية تكن أربعة وعشرون مرتفعة مما ذكرنا، وللأختين من الأم سهمان في ثمانية ستة عشر، وللأخت المنكرة ستة عشر مرتفعة من ضرب اثنين في ثمانية، وللمقررة ثلاثة؛ لأن لها سهماً من مسألة الإقرار مضروب في وفق

مسألة الإنكار وهو ثلاثة بثلاثة يبقى في يدها ثلاثة عشر من الاثنين والسبعين: للأخ منها ستة ضعف نصيبها يبقى سبعة لا يدعيها أحد لاستكمال كل واحد حقه ففيها ثلاثة أوجه:

أحدها: تقرر في يد المقر على اختيار المصنف . قدمه في الشرح والفروع ؛ لأنه لا يدعيها أحد.

والثاني: تؤخذ إلى بيت المال؛ لأنه موضع الأموال التي لا أرباب لها.

والثالث: تقسم بين المقر به والزوج والأختين من الأم على حسب ما يحتمل أنه لهم ؛ لأن هذا المال لا يخرج عنهم، فإن المقررة إن كانت صادقة فهو للزوج والأختين من الأم، وإن كانت كاذبة فهو لها، وإذا كان لهم لا يخرج عنهم قسم بينهم على قدر الاحتمال، كما قسمنا ميراث الخنثى وبين من معه على ذلك.

فعلى هذا يكون للمقررة النصف، وللزوج والأختين من الأم النصف، بينهم على خمسة ؛ لأن هذا في حال المقررة وفي حال لهما، فيقسم بينهم نصفين، ثم يجعل نصف الزوج والأختين من الأم على خمسة ؛ لأن له النصف ولهما الثلث، وذلك خمسة في ستة فيقسم السبعة بينهم على عشرة ، للمقررة خمسة، وللزوج ثلاثة، وللأختين سهمان . فإذا أردت تصحيح المسألة فاضربها وهي اثنان وسبعون في عشرة، ثم كل من له شيء من اثنين وسبعين مضروب في عشرة ومن له شيء من عشرة مضروب في سبعة . فإن صدق الزوج المقررة فهو يدعي اثني عشر ؛ لأن له النصف وهو هنا ستة وثلاثون معه منها أربعة وعشرون بقي ما ذكر، والأخ يدعي ستة ؛ لأنه هو وأختاه يدعون أربعة من أربعة وعشرين مضروبة في وفق مسألة الإنكار وهو ثلاثة تكن اثنا عشر، له نصفها يكونان ثمانية عشر، ولا تنقسم عليهما الثلاثة عشر ولا توافقها، فاضرب ثمانية عشر لانكسارها على المقسوم عليه في أصل المسألة وهو اثنان وسبعون تكن ألفاً ومائتين وستة وتسعين، ثم كل من له شيء من اثنين وسبعين مضروب في ثمانية عشر، وكل من له شيء من ثمانية عشر مضروب في ثلاثة عشر ، فللزوج أربعة وعشرون في ثمانية عشر بأربعمئة واثنين وثلاثين، وللأختين من الأم مائتان وثلاثون، وللمنكرة كذلك، وللمقررة ثلاثة في ثمانية عشر بأربعة وخمسين، وللأخ ستة في ثلاثة عشر بمائة وسبعون، وللزوج اثني عشر

في ثلاثة عشر بمائة وستة وخمسون، وبالاختصار إلى مائتين وستة عشر ؛ لأن السهام كلها تنفق بالأسداس ، وعلى هذا تعمل ما ورد عليك من هذه المسائل ؛ لأنها مثلها معنى فكذا يجب أن يكون مثلها عملاً .

مسألة: ثلاثة إخوة لأب ادعت امرأة أنها أخت الميت لأبيه فصلقها الأكبر، وقال الأوسط: هي أخت لأم ، وقال الأصغر: هي أخت لأب: فالأكبر يدفع إليها نصف ما في يده، ويدفع الأوسط سلس ما في يده، ويدفع الأصغر سبع ما بقي. وتصح من مائة وستة وعشرين ؛ لأن أصل مسائلهم من ثلاثة، ومسألة الأكبر من اثنين، والثاني من ستة، والثالث من سبعة، والاثنان داخلان في الستة فتضرب ستة في سبعة باثنين وأربعين، فهذا ما في يد كل واحد منهم، فتأخذ من الأكبر أحداً وعشرين، ومن الأوسط سبعة وهو السلس، ومن الأصغر ستة وهو السبع فصار لها أربعة وثلاثون^(١).

فرع: إذا مات رجل وخلف ابنين، فمات أحدهما وترك بنتاً، فأقر الباقي بأخ له من أبيه، ففي يده ثلاثة أرباع المال، وهو يزعم أن له ربعاً وسدساً، فيفضل في يده ثلث يرده على المقر به. فإن أقرت به البنت وحدها ففي يدها الربع، وهي تزعم أن لها السلس، فيفضل في يدها نصف السلس تدفعه إلى المقر به.

باب ميراث القاتل

عقد هذا الباب لبيان إرث القاتل وعدمه، وهو المقصود بالترجمة، وكان ينبغي أن يعبر بالنفي.

والقتل على ضريين: مضمون وغير مضمون. فالمضمون يوجب الحرمان، وهو المعبر عنه بقوله:

(من الفرد يقتل موروثه، أو شارك فيه مباشرة أو سبياً، بلا حق: لم يرثه إن لزمه قود أو دية أو كفارة . والمكلف وغيره سواء).

ش: أما كون القتل يمنع القاتل الإرث في الجملة؛ فلما روى عمرو بن شعيب عن

(١) في الأصل: وثمانون. والصحيح ما أثبتناه.

أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: « لا يرث القاتل شيئاً »^(١). رواه أبو داود والدارقطني.
وعن عمر رضي الله عنه قال: سمعت النبي ﷺ يقول: « ليس لقاتل ميراث »^(٢).
رواه مالك وأحمد .

وعن ابن عباس مرفوعاً مثله^(٣). رواه أحمد. وروى النسائي معناه مرفوعاً، صححه
ابن عبد البر في الفرائض ونقل الاتفاق عليه وضعفه غيره.

والمعنى فيه: أنه لو ورثنا القاتل لم نأمن من داعر مستعجل الإرث أن يقتل موروثه
فيفنى العالم فاقتضت المصلحة حرمانه .

ولأن القتل قطع الموالاة، وهي سبب الإرث .

وظاهره: أن المقتول يرث من قاتله؛ مثل أن يجرح مورثه ثم يموت قبل المجروح من
تلك الجراحة .

وسواء انفرد به أو شارك غيره . فلو شهد على مورثه مع جماعة ظلماً بقتل لم يرثه ،
سواء كان عمداً بالإجماع، إلا ما حكى عن سعيد بن المسيب وابن جبير أنهما ورثاه
منه ؛ لأن آية الموارث تناولته بعمومها. فيجب العمل بها، ولا تعويل على هذا القول
لشدوذه وقيام الدليل على خلافه ، فإن عمر أعطى دية ابن قتادة المذحجي لأخيه دون
أبيه وكان حذفه بسيف فقتله^(٤) ، واشتهرت هذه القضية بين الصحابة فلم تنكر فكانت
إجماعاً.

(١) أخرجه أبو داود في الديات، باب ديات الأعضاء ٤/١٨٩ ح ٤٥٦٤. والدارقطني في الفرائض بلفظ: « ليس
للقاتل من الميراث شيء » ٩٦/٨٧ ح.

(٢) أخرجه أحمد ٩/٤٩١ ح ٣٤٧. ومالك في العقول، باب ما جاء في ميراث العقل والتغليظ فيه ٢/٦٦٠ ح ١٠.
ولفظهما: « ليس لقاتل شيء » .

(٣) أخرجه البيهقي في الفرائض، باب لا يرث القاتل ٦/٢٢٠.

(٤) أخرجه البيهقي في الديات، باب أسنان دية العمد إذا زال فيه القصاص ٨/٧٢. ولفظه: عن عمرو بن شعيب
عن أبيه عن جده « أن قتادة بن عبد الله كانت له أمة ترعى غنمه فبعثها يوماً ترعاها فقال له ابنه منها : حتى
متى تستأمي أمي والله لا تستأمي أكثر مما استأمتها فأصاب عرقوبه فطعن في خاصرته فمات قال: فذكر ذلك
سراقه بن مالك بن جعشم لعمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال له: واتيني من قابل ومعك أربعون أو قال:
عشرون ومائة من الإبل قال: ففعل فأخذ عمر رضي الله عنه منها ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين ما بين
ثنية إلى بازل عامها كلها خلفه فأعطاهما إخوته ولم يورث منها أباه شيئاً. وقال: لولا أنني سمعت رسول الله
ﷺ يقول: لا يقاد والد بولد لقتلتك أو لضربت عنقك ».

ولأن الوارث ربما استعجل موت مورثه ليأخذ ماله ؛ كما فعل الإسرائيلي الذي قتل ابن عمه فأنزل الله تعالى فيه قصة البقرة.

أو خطأ ، نص عليه وهو قول جمهور العلماء، وذهب سعيد بن المسيب وعمرو بن شعيب والأوزاعي والزهري أنه يرث من المال دون الدية . وروي نحوه عن علي؛ لأن ميراثه ثابت بالكتاب والسنة، تخصص قاتل العمد بالإجماع فوجب البقاء على الظاهر فيما سواه.

وأجيب بما تقدم.

ولأن من لا يرث من الدية لا يرث من غيرها كقاتل العمد والمخالف في الدين سداً للذريعة وطلباً للتحرز عنه .

لكن ذكر أبو الوفا وأبو يعلى الصغير أنه يرث من لا قصد له من صبي ومجنون، وإنما يحرم من يتهم ، وصححه أبو الوفا ونص الإمام أحمد خلافه ؛ لأنه قد يُظهر الجنون ليقتله، وقد يحرض عاقل صبيّاً، فحسمنا المادة كالخطأ، مباشرة كان الخطأ ؛ كمن رمى صيداً فأصاب مورثه ، أو سبياً ؛ كمن حفر بئراً عدواناً فسقط فيها مورثه ، صغيراً كان القاتل أو كبيراً ؛ لأنه قاتل فتشملة الأدلة .

وظاهره: لا فرق بين الأب وغيره . وسواء قصد مصلحته كضرب الأب والزوج للتأديب، وكسقيه الدواء، وبط جرحه والمعالجة إذا مات به.

وفي الفروع: ولو شربت دواء فأسقطت جنينها لم ترث من الغرة شيئاً نص عليه .
وقيل: من أدب ولده فمات لم يرثه ، وأنه إن سقاه دواء أو فضده أو بط سلعته لحاجة فوجهان، وأن في الحافر احتمالين، ومثله نصب سكين ووضع حجر ورش ماء وإخراج جناح. انتهى.

وقاله في الرعاية أيضاً ، وجزم في الحاشية بأنه إذا أدب ولده فمات يمنع الإرث وهو اختيار المصنف كما ذكره فيما بعد .

وظاهر الشرح: إذا لم يقصد مصلحته.

قال: (وإن قتل بحق قود، أو جلد، أو كثر، أو بغي، أو صيال، أو حراب، أو قتل بشهادة وارثه، وقتل العادل الباغي، وعكسه: ورثه . وإن قتل بسحر أو أذب ولده

ش: أما كون من ذكر بما ذكر لا يمنع الإرث ؛ فلأن فاعله فعل فعلاً مأذوناً فيه ، فلم يمنع الميراث ؛ كما لو أطعمه وسقاه فأفضى إلى تلفه.

ولأنه حرم الميراث فيما تقدم كيلاً يفضي إلى القتل المحرم، وزجراً عن إعدام النفس المعصومة، وهو مفقود هنا . بل كونه مانعاً من الإرث مفضٍ إلى منع إقامة الحد الواجب، واستيفاء الحق المشروع. وإذا ثبت كونه غير مانعٍ من الإرث، وجب كونه وارثاً ؛ لعموم الأدلة المقتضية للإرث، السالبة عن المانع.

أما قتل العادل الباغي وقتل الباغي العادل فلا يمنع ، صححه في الهداية والمحرم . وعنه: لا يرث الباغي العادل ، جزم بها القاضي في الجامع الصغير والشريف وأبو الخطاب في خلافيهما والمغني والتبصرة والترغيب ؛ لأن الباغي آثم ظالم فناسب أن لا يرث .

واختار الموفق وجمع: إن جرحه العادل ليصير^(١) غير ممتنع: ورثه ، إلا إن تعمد قتله ابتداء.

قال في الفروع: وهو متجه .

ولأن العادل إذا منع من الإرث مع الإذن جاز أن يمنع منه كل قاتل ؛ لأن أعلا مراتبه أن يكون مأذوناً له فيه .

فيخرج منه: أن كل قاتل لا يرث بحال في رواية هي ظاهر الحرقى وعموم الأدلة تشهد لها، وهذا مبني على سد الذريعة .

والأول أولى ؛ لأنه إنما حرم الميراث في محل الوفاق؛ لثلا يفضي إلى اتخاذ القتل المحرم وسيلة ، وفي مسألتنا حرمان الميراث يمنع إقامة الحدود، واستيفاء الحقوق المشروعة، ولا يفضي إلى اتخاذ قتل محرم، فهو ضد ما ثبت في الأصل.

وأما كونه إذا قتله بسحر لا يرثه ؛ فلأنه فعل محرم .

وإذا أدب ولده فمات لا يرثه فقد تقدم الكلام عليه فلا فائدة في إعادته.

(١) في الأصل: البصير. وانظر الإنصاف ٣٦٩/٧.

مسألة: أربعة إخوة، قتل أكبرهم الثاني، ثم الثالث الأصغر: سقط القصاص عن الأكبر؛ لأن ميراث الثاني صار للثالث والأصغر نصفين، فلما قتل الثالث الأصغر لم يرثه دون الأكبر، فرجع إليه نصف دم نفسه وميراث الأصغر جميعه، فسقط عنه القصاص لميراثه نصف دم نفسه، وله القصاص من الثالث، ويرثه في ظاهر المذهب. فإن اقتصر منه ورثه وورث إخوته الثلاثة. والله أعلم.

باب ميراث المعتق بعضه

ذكر في هذا الباب المانع من الإرث وهو الرق مع ما تقدم من اختلاف الدين والقتل المضمون ومن يرث بعضه.

قال: (لا يرث قن، ولا مدبر، ولا مكاتب، ولا أم ولد، ولا من علق عتقه بصفة ولم توجده).

ش: أما كون القن لا يرث ؛ فلأن فيه نقصاً . نص عليه .
قال في المغني: لا نعلم فيه خلافاً ، إلا ما روي عن ابن مسعود في رجل مات وترك أباً مملوكاً يشتري من ماله ويعتق ثم يرث ، وقاله الحسن .
وعن الإمام أحمد: يرث عند عدم وارث . ذكره في المذهب وأبو البقاء في الناهض .
والأول قول الجمهور . وفارق الوصية فإنها تصح وتكون لمولاه .
قوله: قن ، قال ابن سيده وغيره: هو وأبوه مملوكان ، وفي اصطلاح الفقهاء: هو الرقيق الكامل الذي لم يحصل فيه شيء من أسباب العتق ومقدماته .
قال الجوهري: ويستوي فيه الواحد والاثنان والجمع والمؤنث، وربما قالوا: عبيد أقنان، ويجمع على أقنة.
وأما كون المدبر لا يرث ؛ فلأن فيه جميع أحكام العبودية ، بدليل أنه عليه السلام باعه .
وأما كون المكاتب لا يرث ؛ فلأنه عبد ما بقي عليه درهم . هكذا قال رسول الله

﴿١﴾. وهذا ظاهر فيما إذا لم يملك قدر ما عليه .

وقال القاضي وأبو الخطاب: إذا أدى ثلاثة أرباع كتابته وعجز عن الربع عتق ؛ لأنه يجب إيتاؤه ﴿٢﴾ ذلك .

وفي رواية أخرى: أنه إذا ملك ما يؤدي صار حراً ، يرث ويورث ، فإذا مات له من يرثه ورث ، وإن مات فلسيده بقية كتابته ، والباقي لورثته .

وأما كون أم الولد لا ترث ؛ فلأنها رقيقة ، جاري فيها جميع أحكام الرق إلا ما ينقل الملك أو يراد له ؛ كالرهن .

وأما كون من علق عتقه بصفة ولم توجد لا يرث ؛ فلأنه باق على الرق قبل وجود الصفة .

قال: (ويرث المعتق بعضه ويورث ، ويحجب بقدر حرية بعضه . وما كسبه بجزئها لورثته بنسب أو نكاح ، ثم لمعتق بعضه . فبنت نصفها حر وأم وعم حران : للبنت الربع ، وللأم الربع يحجبها عن نصف سدس ، وللعلم النصف) .

ش: أما كون المعتق بعضه يرث ويورث ويحجب بقدر حرية بعضه ؛ فلأن ابن عباس روى أن النبي ﷺ قال في العبد يعتق بعضه: « يرث على قدر ما عتق منه » ﴿٣﴾ .

ولأنه يجب أن يثبت لكل بعض حكمه ؛ كما لو كان للآخر مثله ، وقياساً لأحدهما على الآخر . وهذا قول علي وابن مسعود واختاره جمع .

وقال زيد بن ثابت: لا يرث ولا يورث ، وأحكامه أحكام العبد . وبه قال مالك والشافعي في القديم . وجعلنا ماله للمالك باقيه .

وأما كونه ما كسبه بجزئها لورثته... إلى آخره؛ فلأنه يرث بذلك .

ولأن المعتق بعضه كعبد بين شريكين أعتق أحدهما - وهو معسر - نصيبه: فيعتق منه ما عتق ، ويبقى باقيه على الرق . فإذا كسب شيئاً بعد ذلك كان له منه بقدر ما فيه من

(١) أخرجه أبو داود في العتق ، باب في المكاتب يؤدي بعض كتابته فيعجز أو يموت ٢٠/٤ ح ٣٩٢٦ . ولفظه: عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ : « المكاتبُ عبدٌ ما بقي عليه من مكاتبته درهم » .

(٢) في الأصل: إيتاؤه . وانظر المغني ١٣٢/٧ .

(٣) أخرجه أبو داود في الديات ، باب في دية المكاتب ١٩٤/٤ ح ٤٥٨٢ . والنسائي في القسامة ، دية المكاتب ٤٦/٨ ح ٤٨١١ .

الحرية ولسيده منه بقدر ما فيه من الرق . فإذا مات وله مال اكتسبه بجزئه الحر ورث عنه ، أعني أنه يكون لورثته لا حق للسيد فيه ؛ لأن السيد استوفى حقه من كسبه ، ولم يبق له في الباقي حق ، فيكون المال لورثته كالمعتق كله ، وكما لو كان من شريكين .

فإن مات له من يرثه: ورث وحجب بقدر ما فيه منها من الحرية لما تقدم . فإذا خلف بنتاً نصفها حر وأماً وعماً؛ فإن البنت تأخذ بنصف حريتها نصف النصف ، وتأخذ الأم الربع ؛ لأن لها مع حرية البنت السدس ، ومع رقبها الثلث ، فقد حجبتها عن السدس ، فتحجبها بنصف حريتها عن نصفه ، فيبقى لها الربع ، ويأخذ العم الباقي . فكما حجبت البنت الأم بحريتها عن نصف السدس فقد حجبت العم برقبها عن نصف السدس الذي أخذته الأم للعم . وإنما ورث وحجب بقدر ما فيه من الحرية ؛ لما تقدم عن ابن عباس . رواه عبد الله بن الإمام أحمد في المسند.

قال: (وبنت وأم نصفهما حر وأب حر : للبنت الربع ، وللأم الثمن ، والباقي للأب . وفي ابنين نصف أحدهما حر : المال بينهما أرباعاً . ونصفهما حر لهما ثلاثة أرباع المال بالسوية).

ش: أما كون البنت المذكورة لها بنصف حريتها الربع؛ فلأنها لو كانت كاملة الحرية لكان لها النصف ، فوجب أن يكون لها بنصف حريتها نصفه .
وأما كون الأم لها الثمن؛ فلأنه نصف ما تستحقه بالحرية الكاملة .
وأما كون الباقي للأب ؛ فلأنه له السدس بالفرض ، وما بقي بعده بالتعصيب ؛ لأنه أولى رجل ذكر .

وأما كون الحرية تكمل فيما ذكر ، وهو أحد الوجهين وهو أصحهما . قاله في المستوعب ، وهو قياس قول علي . قاله الخبري . فتضم الحرية من أحدهما إلى ما في الآخر منهما ، فإن كمل منهما واحد ورثا جميعاً ميراث ابن حر ؛ لأن نصفني شيء كامل ، ثم يقسم ما ورثاه بينهما على قدر ما في كل واحد منهما . ففي مسألة الكتاب تكمل . وكذا إذا كان ثلثا أحدهم حرّاً وثلث الآخر كذلك ، فيقسم حينئذ ما ورثاه بينهما أثلاثاً . فإن نقص ما فيهما من الحرية عن حر كامل ورثا بقدر ما فيهما . وإن زاد واحد وكان الجزآن فيهما سواء قسم ما ورثاه بينهما بالسوية ، وإن اختلفا أعطي كل

واحد منهما بقدر ما فيه .

والوجه الثاني: لا تكمل وهو أشهر ؛ لأنهما لو كملت لم يظهر للرق فائدة، وكانا في ميراثهما كالحرين^(١). وعليه فيه وجهان:

أحدهما: لكل واحد نصف ماله في حال حرتهما وهو هنا الربع .

والثاني: بطريق الخطاب ، ومعناه: لو خاطبتكما لقلت للحر: لك المال لو كان أخوك رقيقاً، ونصفه لو كان حراً . فعلى هذا لكل واحد ربع وثمان .

ولو كان ابن وبنت نصفهما حر وعم فعلى الأول: لهما ثلاثة أرباع المال، ونصفه على الثاني، وخمسة أثمانه على الثالث .

ولو كان معهم أم فلها السدس على الأوجه ، والابن والبنت هل لهما على الأول على ثلاثة ثلاثة أرباع المال الباقي بعد السدس أو ثلاثة أرباع المال ؟ فيه وجهان ، وعلى الثاني: هل لهما نصف المال أو نصف الباقي بعد السدس ؟ على وجهين.

قال: (ويرد على ذي الفرض وعصبة لم ترث بقدر نسبة الحرية منهما، وأيهما بلغ بالرد قدر نسبة الحرية منه رد ما بقي على غيره ، فإن تعلل فليت المال . ففى بنت وجدة نصفهما حر التركة لهما نصفان بالفرض والرد . وإن كان ثلث كل واحدة حراً فليهما الثلثان، والباقي هنا ومن الابنين لبيت المال).

ش: إذا كان المعتق بعضه ذا فرض فأخذ من فرضه بقدر حرته، أو عصبة فأخذ من بقية المال بقدر حرته، وبقي من المال بقية ولا عصبة حر يستحقها، فإنك تردها على ذي الفرض أو العصبة كما ترد في الحر ؛ لأنها بقية من المال، فردت على الورثة الموجودين؛ كما في غير المعتق بعضه . لكن لا يجاوز بما يحصل له من جملة التركة قدر حرته من نفسه؛ كما إذا كان المعتق منه نصفه لم يجاوز به نصف التركة، أو ثلثه لم يجاوز ثلثاً . فإذا حصل له بالرد أزيد من ذلك منع من الزيادة كيلا يحصل له بجزئه الحر أكثر مما^(٢) يحصل له من التركة به لو كان حراً . فإذا منع منها ردت إلى غيره يعني ذوي الرحم إن كان هناك ذو رحم ؛ لأنهم يرثون بعد الرد، وإلا فهي لبيت المال .

(١) في الأصل: كالحرية. وانظر المغني ١٣٥/٧ .

(٢) في الأصل: ما .

فلو كان بنت نصفها حر، فلها بنصف حريتها الربع فرضاً، وتام النصف رداً، والباقي إن كان ذو رحم أخذه وإلا فهو لبית المال .

فإن كان مكانها ابن، فله نصف التركة بالعصوبة، ولا يأخذ من الباقي شيئاً ؛ لأنه لو انفرد أخذ جميع المال، وذلك أكثر ما يمكن، فلا يأخذ بنصف حريته أكثر من النصف، والباقي إن لم يكن عصبه غيره لذي الرحم إن كان، وإلا فلبית المال.

قوله: «ففي بنت وجدة نصفهما حر التركة لهما نصفان بالفرض والرد» أوجب إذا كان نصفهما حر فلبنت النصف لو كانت حرة، فتأخذ بنصف حريتها نصفه وهو الربع، وللجدة بحريتها السدس فتأخذ بنصف حريتها نصفه وهو نصف السدس، ثم يرد الباقي عليهما إذا لم يكن عصبه، فتأخذ البنت تمام النصف؛ لثلاث تأخذ بنصف حريتها أكثر من نصف المال، وتأخذ الجدة النصف الباقي ؛ لأنها إذا انفردت حرة أخذت جميع المال فرضاً ورداً، فتأخذ بنصف حريتها النصف الباقي فرضاً ورداً، فكذا يكون المال بينهما نصفين.

ولو كان ثلاثة أرباعهما حرّاً، فالتركة بينهما أرباعاً على قدر فرضيهما ؛ لأن للبنت ثلاثة أرباع النصف، وهو ربع وثمان، وللجدة ثلاثة أرباع السدس وهو ثمن والثلث هو ثلث الربع والثلث، فيكون المال بينهما أرباعاً ، للبنت ثلاثة أرباعه، وللجدة ربعه، فأخذها هاهنا على قدر فرضيهما ؛ لأن ما تأخذه البنت من التركة لا يجاوز قدر حريتها من نفسها، فلا زيادة هاهنا مع الرد لأجلها .

وإن كان ثلثها حرّاً: فلبنت بثلث حريتها ثلث النصف وهو السدس، وتأخذ تمام الثلث رداً ؛ لأن الحر منها الثلث، وللجدة ثلث السدس فرضاً بثلث حريتها، وتأخذ بالرد تمام الثلث بقدر الحر منها، ويبقى الثلث الآخر إما لذي الرحم وإلا لبنت المال ، وهو اختيار المصنف.

وقوله: «ومن الابنين لبית المال» وتقدم ذلك في قوله: ونصفهما حر لهما ثلاثة أرباع المال بينهما بالسوية يعني: أن الباقي لبית المال أيضاً.

باب الولاء

أي: باب ميراث الولاء ؛ لأن الولاء لا يورث وإنما يورث به ، فهو من إضافة الشيء إلى سببه ؛ لأن سبب الميراث هنا الولاء. ولا شك أنه من جملة الأسباب التي يتوارث بها.

والولاء ، بفتح الواو ممدوداً، وهو ثبوت حكم شرعي بالعنق أو تعاطي سببه. ومعناه: أنه إذا أعتق رقيقاً على أي جهة صار له عصبه في جميع أحكام التعصيب عند عدم العصبه من النسب؛ كالميراث وولاية النكاح والعقل.

والأصل فيه قوله تعالى: {فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم} [الأحزاب: ٥] يعني الأدعياء ، مع قوله عليه السلام: «الولاء لمن أعتق»^(١) متفق عليه. وإنما تأخر الولاء عن النسب ؛ لقوله عليه السلام في حديث عبدالله بن أبي أوفى: «الولاء لُحمةٌ كلحمة النسب»^(٢). رواه الخلال ، ورواه الشافعي وابن حبان من حديث ابن عمر مرفوعاً وفيه: «لا يباع ولا يوهب»^(٣). شبههما بالنسب ، والمشبه دون المشبه به .

وأيضاً فإن النسب أقوى منه ؛ لأنه يتعلق به المحرمية ، ووجوب النفقة ، ورد الشهادة ونحوها . بخلاف الولاء .

قال: (من أعتق رقيقاً موجوداً لديماً، أو بعضه فسرى ولو سائبةً ونحوها، أو مملوكاً، أو من زكاف، أو عن كفارة، أو عتق عليه بكتابة، أو تدبير، أو وصية بعقه، أو تعليق بصفقة، أو بعوض، أو برحم، أو بإيلاء، أو حلف بعقه فحسب: فله عليه الولاء، وإن اختلف دينهما، وعلى أولاده من زوجة معقه وسرية، وعلى من له أو لهم ولاؤه

(١) أخرجه البخاري في البيوع، باب إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل ٧٥٩/٢ ح ٢٠٦. ومسلم في العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق ١١٤١/٢ ح ١٥٠٤.

(٢) سبق تخريجه ص: ٥٣٩.

(٣) أخرجه الشافعي في العتق، باب في المكاتب والولاء ٧٢/٢ ح ٢٣٧. وابن حبان في البيوع، ذكر العلة التي من أجلها نهى عن بيع الولاء وعن هبته ٣٢٥/١١ ح ٤٩٥٠. والحاكم في الفرائض ٣٧٩/٤ ح ٧٩٩٠.

كمعتق^(١) ومعتقي أولاده وأولادهم ومعتقيهم أبداً ما تناسلوا لا يروى بحال.

ش: أما كون من بنحز عتق رقيق... إلى آخره له عليه الولاء فظاهر؛ لأن الحديث يتناوله بصريحه.

وأما كونه له على من يعتق عليه بأحد الأسباب المذكورة؛ فلأنه عتق بسبب من جهته. أشبه ما لو باشره بالعتق.

وأما كون الولاء له على أولاد من له عليه الولاء أبداً ما تناسلوا؛ فلأن الولد تابع. ولأنه إذا كان الولاء له على الأصل، فلأن يكون له على الفرع بطريق الأولى. ولأن الولد جزء من الوالد أو كالجزء، فإذا كان الولاء له على الوالد، فلأن يكون على جزئه أو ما هو كجزئه بطريق الأولى.

واشترط المصنف رحمه الله تعالى في الولاء على الأولاد: أن يكونوا من زوجة معتقة أو سرية؛ لأن الزوجة إن كانت حرة الأصل لم يكن على الأولاد ولاء؛ لما سيأتي دليله في موضعه إن شاء الله تعالى.

والأمة إن كانت لغيره كان الولد عبداً، وإن عتق كان ولاؤه لمعتقه.

وأما كون الولاء له على معتقي أولاده وأولادهم؛ فلأن الولاء ثبت على المعتق للإنعام عليه والمنعم على المنعم عليه منعتهم عليه.

وأما كونه له ذلك على أولاد معتقيهم؛ فلأن نسبة الوالد إليهم كنسبة ولد المعتق إليه.

أما كل من أعتق رقيقاً سواء أعتقه كله، أو بعضه فسرى إلى نفسه فله عليه الولاء إجماعاً، حيث لم يعتقه عن نذره أو كفارته، وكلامه شامل للمسلم وغيره. فلو أعتق الحربي حريباً فله عليه الولاء في قول عامتهم. فإن جاء المعتق مسلماً فالولاء بحاله، وإن سبي مولى النعمة لم يرث ما دام عبداً، فإن عتق، فعليه الولاء لمعتقه، وله الولاء على عتيقه. وهل يثبت لمعتق السيد ولاء على معتقه؟ فيه احتمالان. فإن كان الذي اشتراه مولاه فأعتقه فكل واحد منهما مولى صاحبه، وإن أسره مولاه فكذلك، وإن سبي

(١) في الأصل: كمعتقه. وانظر الوجيز.

المعتق، فاشتره رجل، فأعتقه، بطل ولاء الأول وصار للثاني على المشهور .
وإن أعتق ذمي عبداً، فهرب إلى دار الحرب، فاسترق فالحكم فيه كما لو أعتقه الحر
سواء .

وإن أعتق مسلم كافراً فهرب إلى دار الحرب ثم سباه المسلمون لم ييجز استرقاقه .
وقال الموفق: والصحيح جوازه .

فعلى هذا إن استرق فالولاء للثاني . وقيل: للأول ، وقيل: بينهما .
وإن أعتق مسلم مسلماً، أو أعتقه ذمي، ثم ارتد ولحق بدار الحرب، فسي: لم ييجز
استرقاقه . وإن اشترى فهو باطل، ولا يقبل منه إلا التوبة أو القتل .
وأما كونه له الولاء على السائبة ونحوها؛ كقوله: أعتقتك سائبة ؛ كأنه جعله لله
تعالى [أو أعتقتك]^(١) ولا ولاء لي عليك . وأصله من تسييب الدواب . ولا نزاع في
صحة العتق، والخلاف إنما هو في ثبوت الولاء للمعتق، وفيه روايتان، حكاهما الشيخان،
فأشهرهما - واختاره أكثر علمائنا حتى إن القاضي والشريف وأبا الخطاب في خلافيهما
وابن عقيل في التذكرة لم يذكروا خلافاً - أنه لا ولاء عليه ؛ لأن ابن عمر أعتق سائبة
فمات، فاشترى ابن عمر بماله رقاباً، فأعتقهم . وعلله الإمام أحمد بأنه جعله لله تعالى، فلا
يجوز أن يرجع إليه منه بشيء .

والثانية: أنه يثبت الولاء للمعتق، وهي اختيار المصنف وقدمها في الفروع، وهو قول
الشافعي وأهل العراق .

قال الموفق: وهو أصح في النظر ؛ لعموم الأخبار .
وعن هذيل بن شريحيل قال: « جاء رجل إلى عبد الله فقال: إني أعتقت عبداً وجعلته
سائبة . فمات وترك مالا ولم يدع وارثاً . فقال عبد الله: إن أهل الإسلام لا يُسيِّون وإنما
كان أهل الجاهلية يسيِّون . وأنت ولي نعمته . وإن تألمت وتخرجت في شيء فنحن
نقبله . وجعله في بيت المال »^(٢) رواه مسلم .
وقال سعيد ثنا هشيم عن منصور أن عمر وابن مسعود قالوا في ميراث السائبة: « هو

(١) زيادة من المبدع ٢٧٣/٦ .

(٢) أخرجه البيهقي في الولاء، باب من أعتق عبداً له سائبة ٣٠٠/١٠ .

للذي أعتقه»^(١) .

وقال مالك: يجعل ولاؤه لجماعة المسلمين.

وأما كونه إذا أعتقه في نذر أو زكاة أو عن كفارة يثبت له الولاء في ذلك ؛
فالعوم .

ولأن عائشة رضي الله عنها اشترت بريرة بشرط العتق، وهو يوجب العتق، ولم يمنع
ذلك ثبوت الولاء لها .

وهذا إحدى الروايتين وهو المذهب عند المتأخرين صححه في التصحيح والنظم.

قال في المذهب: أصحابهما الولاء لمعتقه عن كفارته أو نذره . وقدمه في المحرر
والفروع وغيرهما.

والثانية: لا ولاء له عليه .

قال في الفروع: اختاره الأكثر.

وأما كونه إذا عتق عليه بكتابة له عليه الولاء ؛ فلأنه أدى ما كوتب عليه.

ولا فرق بين أن يؤدي إلى سيده أو إلى ورثته ؛ لأن عتقه بكتابه وهي من سيده .

فرع: إذا اشترى العبد نفسه من سيده بعوض حال: عتق، والولاء لسيده . نص
عليه، كالمكاتب. وفيه قول.

وإذا عتق عليه بالتدبير فولأؤه لسيده . نص عليه، كالمكاتب وفيه قول .

وإذا عتق عليه بوصية إذا أوصى أن يعتق عنه بعد موته فأعتق فالولاء له. وكذا إن

وصى به ولم يقل: عني .

وإذا أعتق إذا علق عتقه بصفة أو بعوض فله عليه الولاء ؛ لأن سببه منه.

وإذا أعتق عليه برحم فله عليه الولاء إذا ملكه يعتق عليه بالملك كما لو باشر عتقه .

وسواء ملكه بشراء أو هبة أو إرث أو غنيمة .

قال شيخنا: بغير خلاف نعلمه .

(١) أخرجه البيهقي في العتق، باب ما جاء فيمن أعتق جارية حبلى أو أعتق حملها ٢٨٠/١٠. من حديث ابن جريج
عن عطاء.

وإذا أعتق عليه بإيلاد يعني^(١) إذا عتقت أم الولد بموت سيدها، فولأؤها له يرثها أقرب عصبته في قول الجمهور .
وإذا حلف بعتقه فحنث فله عليه الولاء ؛ لأنه سبيه.

قال: (وإن تزوج حر الأصل أمة، فعتق ولدها على سيدها: فله ولأؤه . وإن تزوج عبد حرة الأصل فولدت منه ثم أعتقه سيده فله ولأؤه . ولده منه).

ش: قال ابن أبي موسى: لا يختلف قول الإمام أحمد بأن ولأؤه أولادها لمولى أبيهم . وهي عكس الأولى في كلام المصنف .

قال في الرعاية الصغرى: ومن أبوه حر الأصل وأمه عتيقه، ولم يمسه رق: لا ولأؤه عليه . وكذا عكسه .

وعنه: ولأؤه لمولى أبيه وإن جهل نسب أبيه الحر فلا ولأؤه عليه ، وقيل: هو لمولى أمه .

فإن تزوج عبد حرة الأصل، فولدت منه، ثم أعتقه سيده: فله ولأؤه ولده منها نص عليه ، وقيل: لا ولأؤه عليهم بحال .

وإن تزوج حر أمة، فعتق ولدها على سيدها: فله ولأؤه . انتهى .

وقال في الكافي: لا ولأؤه عليهم بحال .

قال ابن نصر الله: قوله: ثم أعتقه سيده فله ولأؤه ولده منه ، قال: الصواب أن يقال: ولأؤه ولده منها ، ثم هذا الحكم الذي جزم به لا يصح، فإن ولده حر الأصل ، سواء كان من حر الأصل أو معتق أو من عبد قد أشار المصنف إلى هذا من قبل، حيث قال: وعلى أولاده من زوجة وسرية، فاحتز بذلك عن أولاده من حرة الأصل . وإنما يكون عتق الأب سبباً لحصول ولأؤه الابن إذا كان الابن من معتقة، فإن ولأؤه قبل عتق أبيه لموالي أمه، فإذا أعتق أبوه انجر ولأؤه إلى موالى أبيه . انتهى .

(١) زيادة من اللبدع ٢٧٠/٦ .

فصل [ولاء العبد للمعتق عن الميت]

قال: (من أعتق عبده عن ميت أو حي بلا إذن: فالعتق والولاء للمعتق. وإن أعطه عن ميت في واجبه وقعا للميت).

ش: أما كون ما ذكر للمعتق بشرطه؛ فلائنه معتق فيدخل في قوله عليه السلام^(١). ولأنه أعتقه بغير إذن الآخر، فكان ولاؤه للمعتق، كما لو لم ينوه . وذكر في المحرر والفروع كالمصنف تبعاً للقاضي أنه إذا أعتقه عن ميت واجب عليه، أن العتق يقع عن الميت لمكان الحاجة إلى ذلك، وهو الاحتياج إلى براءة الذمة . قال أبو العباس: بناء على أن الكفارة ونحوها من شرطها الدخول في ملك المكفر عنه وحينئذ يصح العتق ، قيل: ولا يصح إلا بوصيته . قال في الترغيب: بناء على قولنا: الولاء للمعتق عنه . وإن تبرع بعتقه عنه فهل يجزئه كإطعام وكسوة أم لا؟ جزم به في الترغيب ؛ لأن مقصوده الولاء، ولا يمكن إتيانه بدون العتق عنه، وفيه وجهان . وإن تبرع عنه أجنبي فثالثها: يجزئه في إطعام وكسوة . وإن أعتقه عنه بإذنه صح ؛ لأنه نائب عنه، وكان الولاء للمعتق عنه في قول أكثرهم؛ كما لو باشره ولما ذكره .

حالات نبه عليها:

قال: (ولو قال لزيد: أعتق عبدك عني مجاناً، أو وعلى ثمنه، ففعل: فالعتق والولاء للقائل . وإن كان عن واجب أجراً عنه، ولا يلزمه عوض لم يلتزمه. ولو قال: أعطه وعلى ثمنه أو أعتقه عنك وعلى ثمنه فالثمن على القائل والولاء والعتق لزيد ويجزئ عن واجبه).

ش: أما كون الثمن على القائل في المسألة الأولى، والولاء للمعتق عنه ؛ فلائنه أعتق عنه بشرط العوض، فتقدر ابتياعه منه، ثم توكله في عتقه ليصح . أشبه ما لو ابتاعه منه،

(١) هو قوله عليه الصلاة والسلام: «(وإنما الولاء لمن أعتق)» وقد سبق تخريجه ص: ٦٧٠.

ثم وكله في عتقه، وكإطعامه عنه والكسوة .

وذكر ابن أبي موسى: لا يجوز، حتى يملكه إياه فيعتقه هو . ونقله مهنا .

وعلى الأول: يجوز عنه واجب ما لم يكن قريه^(١) ويلزمه عوضه بالتزامه .

وعنه يلزمه ما لم ينفه .

وعنه: العتق والولاء للمسؤول لا للسائل، إلا حيث التزم العوض .

وفي الترغيب: لو قال: أعتقه عن كفارتي ولك علي مائة، فأعتقه عتق، ولم يجزئه،

وتلزمه المائة، والولاء له .

قال ابن عقيل: لو قال: أعتقه عني بهذا الخمر أو الخنزير ملكه وعتق كاهبة .

والملك يقف على القبض في هبة بلفظها لا بلفظ العتق، بدليل: أعتق عبدك عني،

ينتقل الملك قبل إعتاقه، ويجوز جعله قابضاً^(٢) من طريق الحكم كقوله: بعثك أو

وهبتك^(٣) هذا فقال المشتري: هو حر عتق وقد رقب القبول حكماً .

وأما كون الثمن عليه في المسألة الثانية ؛ فلأنه جعل له جعلاً على الإعتاق . فلزمه

بالعمل أشبه ما لو قال: من بنى لي هذا حائطاً فله كذا استحققه بعمله والولاء والعتق

لزيد أي المسؤول على الأصح ؛ لأنه لم يأمره بإعتاقه عنه ولا قصد به المعتقد ذلك فلم

يوجد ما يقتضي صرفه إليه فيبقى للمسؤول عملاً بالخبر ويجزئه عن واجب في الأصح .

وقال القاضي في موضع: لا يجوز عن الواجب ويقع العتق والولاء للسائل .

قال في المحرر: وفيه بعد .

تنبيه: بقي هنا صورتان:

الأولى: إذا قال: أعتقه عني وأطلق فيحتمل أنه يلزمه العوض كما لو صرح به إذ^(٤)

الغالب في انتقال الملك العوض ويحتمل عدمه ؛ لأنه التزام ما لم يلزمه .

الثاني: إذا قال: أعتقه عني مجاناً لم يلزمه العوض بلا نزاع وتقدم في كلام المصنف .

(١) في الأصل: قرينة . وانظر المبدع ٢٧٥/٦، والإنصاف ٣٨١/٧، والفروع ٦٤/٥ .

(٢) في الأصل: تابعاً . وانظر المبدع ٢٧٦/٦، والإنصاف ٣٨٢/٧، والفروع ٦٥/٥ .

(٣) في الأصل: بعثك وهبتك . وانظر المبدع والإنصاف والفروع، الموضع السابق .

(٤) في الأصل: إذا . وانظر المبدع ٢٧٦/٦ .

والولاء والعق للسل في ظاهر كلام الخرقى وجماعة . وتقدم في كلام المصنف .
 فروع: لو قال: أعتق مكاتبك على ألف ففعل عتق ولزم القائل ألف وولاؤه للمعتق
 وقيل للقائل ، فلو قال: اقبله على درهم فلغو . ذكره في الانتصار .
 قال في الفروع: ويتوجه وجهه.

قال: (وان قال كافر لمسلم: أعتق عبدك المسلم عني وعلي ثمنه صبح وعتق، والولاء
 للكافر).

ش: أما كون ما ذكر يصح ؛ فلأنه يحصل له نفع عظيم في مقابلة ثبوت الملك
 المقدر ؛ لأن خلاص الرقبة فيه^(١) نفع عظيم ؛ لأنه يصير متهيئاً للطاعات وإكمال
 القربات . وهذا أحد الوجهين ، وهو الصحيح من المذهب صححه في التصحيح وقدمه
 في الرايتين وغيرهما واختاره القاضي في الخلاف .

والثاني: لا يصح ، صححه الناظم وأطلقهما في المحرر والفروع وغيرهما .
 فروع: ومن أعتق عبداً يباينه في دينه فله ولاؤه .
 قال في الشرح: لا نعلم فيه خلافاً . وتقدم في كلام المصنف ؛ لعموم قول النبي ﷺ:
 «الولاء لمن أعتق»^(٢) وهل يرث به ؟ على روايتين:

إحداهما: لا يرث، وتقدم ذلك في كلام المصنف في ميراث أهل الملل، فقال: لا
 يرث مسلم بنسب أو نكاح كافراً أصلياً ، ولا يرث كافر ولا مرتد مسلماً بحال ، وهو
 قول جمهور الفقهاء .

قال في المغني: وهو أصح في الأثر والنظر ؛ لخبر أسامة: « لا يرث المسلم
 الكافر »^(٣).

ولأنه ميراث، فمنعه لاختلاف الدين، كميراث النسب، والميراث بالنسب أقوى .
 فإذا منع بالأقوى فالأضعف أولى .
 والثانية: يرثه . روي عن عمر وعلي وغيرهما ، واحتج الإمام أحمد بقول علي:

(١) زيادة من المتع ٤/٤٥٣ .

(٢) سبق تخريجه ص: ٦٧٠ .

(٣) سبق تخريجه ص: ٦٣٤ .

«الولاء شعبة من الرق»^(١) فلم يضر تباين الدين . بخلاف النسب .
لكن إن كان للسيد عصابة على دين المعتق -بفتح التاء- ورثه أي العصابة، أشبه ما
لو كان الأقرب من العصابة مخالفاً لدين الميت والأبعد على دينه .
وإن أسلم الكافر منهما ورث المعتق -بكسر التاء- رواية واحدة ؛ لأنهما اجتماعا
على الإسلام، فتوارثا، كالتناسيين؛ لزوال المانع.

فصل ميراث النساء بالولاء

قال: (ولا يرث النساء بولاء إلا من أعطى أو أعتق من أعطى أو عتق عليهن
وعتقواهم وأولادهم وعتقواهم ومن حروا ولانته وعتق ولد الملائنة الذي يفاه أبوه).

ش: أما كونهن لا يرث النساء بولاء إلا من ذكر... إلى آخره ؛ فلأن عائشة رضي
الله عنها أعتقت بريرة. وقال النبي ﷺ فيها: « وإنا الولاء لمن أعتق »^(٢) متفق عليه.
وقال ﷺ: « تحوز المرأة ثلاثة موارث: عتيقها ولقيطها وولدها الذي لا عنت
عليه »^(٣). قال الترمذي: هذا حديث حسن.
ولأن المرأة منعمة بالإعتاق . أشبهت الرجل.

وكذلك ترث الملائنة عتيق ابنها الملائع عليه إن قلنا هي عصبته، وإلا لم ترثه على
ما سبق . فأما من ولاؤه لغيرها من أقاربها فلا ترث به ؛ لأن الولاء لحمه كلحمه
النسب، فكما لأولاده بينه وبين عتيقه الحق بمن لأولاده بينه وبين المعتق من الأنساب
كالأخ والعم، فولده من المعتق كولد أخيه وعمه، ولا يرث منهم إلا الذكور خاصة .
وفارق ما إذا كان بينهما ولادة بعد الاتصال بين المعتق وعتيقه فلا يكون بينهما شبيهاً،
فلذلك لم يلحق بهم، وسواء في ذلك بنت المعتق وغيرها في إحدى الروايتين . هذا
المذهب نص عليه حتى قال أبو بكر: هذا المذهب رواية واحدة، وقال: وهم أبو طالب

(١) أخرجه البيهقي في الولاء، باب المولى المعتق إذا مات ٣٠٢/١٠.

(٢) سبق تخريجه ص: ٦٧٠.

(٣) سبق تخريجه ص: ٥٧١.

في نقله، وحزم به في المنور ومنتخب الأرجي وغيرهما وقدمه في الكافي والمحرر والفروع وغيرهم .

والأخرى نقلها أبو طالب عنه في بنت المعتق خاصة أنها ترث بالولاء كما ترث بالنسب.

فلو اشترى رجل وأخته أباهما بالسوية، فعتق ثم اشترى الأب عبداً فأعتقه، ثم مات الأب، ثم مات العبد . فعلى الأول ميراثه لابن معتقه ؛ لأنه عصبه، ولا ترث أخته شيئاً . وعلى الثاني هو بينهما أثلاثاً ؛ لأنه قد خلف ابن معتقه وبنت معتقه فيرثانه أثلاثاً، كما لو ورثا أباهما . وهذه المسألة قال مالك: سألت عنها سبعين قاضياً من قضاة العراق فأخطأوا فيها ؛ لأن الوهم يحصل لهم من جهة أنهما موليان الأب، فيجعلون المال بينهما بالسوية، فلذلك يحصل الخطأ فيها .

وعنه: أنها ترث مع عدم عصبته ، وعنه ترث مع أخيها .
فلو اشترى هو وأخته أباهما فعتق، ثم اشترى عبداً وأعتقه، ثم مات عصبته بعد أبيه: ورثه ابنه لابنته وعلى الثانية يرثانه أثلاثاً . فلو نكحت عتيقها وأحبها فهي القائلة: إن ألد أنثى فالنصف وذكر الثمن وإن لم ألد فالجميع .
والأول أصح؛ لإجماع الصحابة ومن بعدهم عليه .

مسائل:

إذا خلف بنت معتقه، وابن عم معتقه: فلا شيء للبنت، وجميع المال لابن عم معتقه على الأولى، وعلى الثانية للبنت النصف والباقي لابن العم .
ولو خلف المعتق بنته وبنت معتقه فالمال كله لابنته على الأولى بالفرض والرد، وعلى الثانية لابنته النصف، ولابنة معتقه النصف . ولو كان بدل بنت معتقه أخت معتقه فلا شيء لها قولاً واحداً .

قال: (ولا يرث به ذو فرض غير سلس لأب أو جند مع ابن أو ابنه وإن نزل ، أو جند لأب مع إخوة ذكور حيث يفرض له معهم في النسب).

ش: أما كون ذي الفرض غير الأب والجد لا يرث من الولاء؛ كالأخ من الأم،

والزوج إذا لم يكونا ابني عم ؛ فلأنه مختص بالعصبات ، وليس من ذكر عصبته بحال.
نص عليه في رواية جماعة ؛ لأنهما يرثان ذلك في غير الولاء فكذا في الولاء.

واختار أبو إسحاق سقوطهما مع ابن ، وهو قول زيد وأكثر الفقهاء ؛ لأن الابن أقرب العصبه، وهما يرثان معه بالفرض ، ولا يرث بالولاء ذو فرض.

وجوابه: بأنه عصبه وارث، فاستحق من الولاء كالأخوين . ولا نسلم أن الابن أقرب من الأب، بل هما فيه سواء، وكلاهما عصبه لا يسقط أحدهما الآخر، بل يتفاضلان في الميراث فكذا في الإرث بالولاء.

وفي الانتصار: ربما حملنا توريث أب سدساً بفرض مع ابن على رواية^(١) توريث بنت المولى، فيجيء من هذا أنه ترث قرابة المولى بالولاء على نحو ميراثهم.

وكذلك حكم الجد مع الابن ؛ لأنه بمعنى الأب، وكذلك يرث الجد مع الإخوة حيث يفرض له معهم في النسب؛ لما تقدم من العلة في الأب والابن ؛ لأنه ميراث بين الجد والإخوة قسم بينهم كالنسب.

وقيل: لا فرض لهما بحال ؛ لأن عصوبتهما أسقطت مع الابن بعصوبة من هو أولى منهما، فيكون الميراث للعصبة دونهما، والأخ قد شارك الجد في العصوبة، واستويا في القرب إلى الميت ؛ لأن الأب واسطة بينهما، فيكون في الميراث أسوة الأخ، فهو كواحد منهم وإن كثروا، والجد يرث الثلث مع الإخوة إذا كان أحظ له إذا زاد عدد البنين على اثنين ؛ لأنه يرث ذلك معهم في غير الولاء فكذا في الولاء .

فإن خلف المعتق أخاه وجده فالولاء بينهما نصفين .

وعن زيد: المال للأخ ؛ لأن ابن الأب والجد أبوه والابن أحق من الأب . ومن جعل الجد أباً ورثه وحده.

وفي المحرر والفروع: أن الجد كأخ وإن كثروا . قال في الترغيب: وهو أقيس .

ويعاد الإخوة من الأبوين الجد بالإخوة^(٢) من الأب، ثم يأخذوا ما حصل لهم كالميراث.

(١) زيادة من المبدع ٢٨٠/٦.

(٢) مثل السابق.

وقال ابن سريج: هو على عددهم، ورد بالميراث . ولا يعتد بالأخوات ؛ لأنهن لا يرثن منفردات، وكالإخوة من الأم . وولد الأب إذا انفردن مع الجد كولد الأبوين.

مسائل:

إذا خلف جد مولاة وابن أخي مولاة، فالمال للجد في قولهم جميعاً ، وكما لو خلف جد مولاة وعم مولاة فهو للجد في قول أهل العراق .

وقال الشافعي: هو للعم وبنيه وإن سفلوا دون جد الأب .

فروع: لا يرث المولى من أسفل معتقه في قول عامتهم . وحكي عن شريح وطاووس أنهما ورثاه ؛ لحديث ابن عباس حسنه الترمذي ، وروي ذلك عن عمر، وعلى الأول لا يعقل عنه.

فصل [بيع الولاء]

قال: (ولا يباع الولاء، ولا يوهب، ولا يورث، لكن يورث به . فلو مات السيد قبل عتيقه فله ولاؤه، يرث به أقرب عصيته إليه يوم موت عتيقه . فإن مات السيد عن ابنين، ثم مات أحدهما عن ابن، ثم مات العتيق؛ فارتبه لابن سيده وحده . ولو خلف أحد ابنيه ابناً، والآخر أكثر، ثم مات العتيق، فالمال لهم بعددهم).

ش: أما كونه لا يباع ولا يوهب؛ ف« لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الولاء وهبته »^(١).

ولأنه معنى يورث به ولا ينتقل عنه ؛ كالقربة .

فعلى هذا لا ينتقل الولاء عن المعتق بموته، ولا يرثه ورثته، وإنما يرثون المال مع بقاءه وهو للمعتق.

وأما كون الولاء لا يورث وإنما يورث به؛ فلأنه قول عمر وعلي وغيرهما من الصحابة ، وهو قول الأكثر ؛ لأنه عليه السلام شبهه بالنسب، والنسب لا يورث وإنما يورث به.

(١) أخرجه البخاري في العتق، باب بيع الولاء وهبته ٨٩٦/٢ ح ٢٣٩٨ . ومسلم في العتق، باب النهي عن بيع الولاء وهبته ١١٤٥/٢ ح ١٥٠٦ .

ولأن الولاء إنما يحصل بإنعام السيد على رقيه بالعتق. وهذا المعنى لا ينتقل عن المعتق فكذا الولاء.

وأما كون الميراث لابن سيده وحده فيما إذا مات السيد قبل عتيقه فله ولاؤه يرث به أقرب عصبته ... إلى آخره فإذا مات المعتق وخلف عتيقه وابنين فمات أحد الابنين عن ابن ثم مات المولى: فالميراث لابن معتقه؛ لأن الولاء للكبير .

ولو مات الابنان بعده وقبل العتيق وخلف أحدهما ابناً والآخر تسعة: كان الولاء بينهم على عددهم لكل واحد عشرة.

وهذا قول أكثر أهل العلم وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي أي أنه يرث الولاء أقرب عصبات السيد إليه يوم مات عتيقه لا يوم مات السيد ، هذا هو المختار لعلمائنا والمشهور من الروايتين .

قال الإمام أحمد في رواية صالح: حديث عمر عن النبي ﷺ: « ما أحرزَ الوالد والولد فهو لعصبته من كان »^(١) يرويه عمرو بن شعيب .

وقد روي عن عمر وعثمان وعلي وزيد وابن مسعود أنهم قالوا: «الولاء للكبير»^(٢) فهذا الذي يذهب إليه ، وهو قول أكثر الناس.

والثانية: نقلها حنبل وابن الحكم أن الولاء يورث كالمال ، وقاله جمع من الصحابة. ومعناه: أن من ملك شيئاً في حياته فهو لورثته لكن يختص به العصبه، فإذا هذا تفرع على المسألة وتوضيح لها.

مات المعتق وخلف عتيقه وابنين، فمات أحد الابنين بعده عن ابن، ثم مات العتيق: فالميراث لابن المعتق . نص عليه في رواية أبي طالب ؛ لأن ابن المعتق أقرب الناس إليه يوم مات المعتق .

قال الإمام أحمد: قوله عليه السلام: « أعطه أكبر خزاعة »^(٣) ليس أكبرهم سنّاً

(١) أخرجه أبو داود في الفرائض، باب في الولاء ١٢٧/٣ ح ٢٩١٧. وابن ماجه في الفرائض، باب ميراث الولاء ٢/ ٩١٢ ح ٢٧٣٢. وأحمد ٢٧/١ ح ١٨٣.

(٢) أخرجه الدارمي في الفرائض، باب الولاء للكبير ٢/٢٥٥ ح ٣٠٢٣.

(٣) أخرجه أحمد ٣٤٧/٥ ح ٢٢٩٩٤. ولفظه: « ادفعوه إلى أكبر خزاعة ».

ولكنه أقربهم إلى خزاعة.

وعلى الثانية: هو بينهما نصفان ؛ لأنه لما مات المولى المنعم ورث أبناؤه الولاء بينهما نصفين، فإذا مات أحدهما انتقل نصيبه إلى ابنه.

فإن مات الابنان بعده وقبل المولى، وخلف أحدهما ابناً، والآخر تسعة: فولأؤه بينهم على عددهم . نص عليه . لكل واحد عشرة ؛ لأن الجميع في القرب يوم مات العتيق سواء ، وعلى الأخرى ونص عليها هنا في رواية بكر بن محمد لابن الابن النصف إرثاً عن أبيه، والنصف الآخر على بني الابن الآخر على تسعة وتصح من ثمانية عشر.

فرع: إذا لم يخلف عصبة من نسب مولاه: فماله لمولى أمه، ثم الأقرب عصباته. فإذا انقرض العصبات وموالي عصباتهم فالمال لبيت المال.

قال: (وإذا اشترى رجل وأخته أباهما، فعتيق، ثم اشترى عبداً فأعتقه، ثم مات الأب ثم العتيق: ورثه الرجل فقط. ومن خلف ابناً وعصبة غيره وعتيقاً: فإرثه ولولأؤه لابنه، وعقله على عصبته . فإن باد بنوه فإرثه لعصبته إذن).

ش: أما كون الإرث في المسألة الأولى للرجل دون أخته ؛ فلأنه عصبة، والأخت مولاة للمعتق، وعصبة المعتق مقدم على مولاه .

وروي عن مالك أنه قال: سألت عنها سبعين قاضياً من قضاة العراق فأخطأوا فيها. وتقدم ذلك.

قال في المستوعب: وهذا مما لا خلاف فيه، إلا ما نقله الخرقى في بنت المعتق خاصة، وحينئذ إذا اشترى أباهما كان ميراث العبد بينهما أثلاثاً .

مسألة: إذا خلف بنت مولاة ومولى أبيه: فماله لبيت المال ؛ لأنه ثبت عليه الولاء من جهة مباشرته العتيق ، فلم يثبت عليه بإعتاق أبيه .

فائدة: امرأة حرة لا ولأء عليها، وأبواها رقيقان، فيتصور إذا كانوا كفاراً فتسلم هي ويسبى أبواهما ويسترقان . وإذا كان أبوها عبداً تزوج بأمة على أنها حرة فولدتها ثم ماتت.

وأما كون من خلف ابناً وعصبة غيره وعتيقاً فإرثه ولولأؤه لابنه وعقله على عصبته ؛ فلما روى زياد بن أبي مريم « أن امرأة أعتقت عبداً لها ثم توفيت وترك ابناً لها

وأخاها ، ثم توفي مولاهما من بعدها . فأتى أخو المرأة وابنها رسول الله ﷺ في ميراثه . فقال عليه السلام: ميراثه لابن المرأة . فقال أخوها: لو جرَّ جريرةً كانت عليّ ويكون ميراثه لهذا ؟ قال: نعم»^(١).

وروى إبراهيم قال: « اختصم عليّ والزبير في مولى صفية. فقال عليّ: مولى عمتي وأنا أعقلُ عنه ، وقال الزبير : مولى أُمِّي وأنا أرثه. فقضى عمر للزبير بميراثه ، وقضى علىّ عليّ بالعقل»^(٢). رواه الإمام أحمد وسعيد في السنن ، واحتج به الإمام أحمد . وظاهره: أن الابن ليس من العصبه، وهو مقتضى كلام الأكثرين، ومنهم من يجعله منها كالرواية الأخرى يقول: الولاء له والعقل عليه . فإن باد بنوه فولأؤه لعصبته. ونقل عنه جعفر بن محمد: ولأؤه لعصبه بنيه ، وهو موافق للولاء يورث ثم لعصبه بنيه ، وقيل: لبيت المال . ولم يفرق الخرقى وابن حمدان بين الرجل والمرأة كالمصنف، وفرق الأكثر .

قال في الشرح: أما الرجل المعتق فإنه يعقل عن معتقه ؛ لأنه عصبه من أهل العقل ويعقل ابنه وأبوه ؛ لأنهما من عصباته وعشيرته فلا يلحق ابنه في نفي العقل عنه بآبِن المرأة ؛ لأنها لا تعقل ابنها.

فصل في جر الولاء

معنى جر الولاء: أن يثبت الولاء لشخص بفعل غيره، فيحدث من هو أولى به منه، فيجره إليه فينتقل عن الأول، ويثبت للثاني . وهو هاهنا: أن يثبت لمولى الأم على ولدٍ أبوة رقيق فيعتق الأب فينجر الولاء إلى مواليه على ما سيجيء إن شاء الله تعالى.

قال: (من لبت له ولء رقيق مباشرة أو سب لم يزل عنه محال . فلما إن تزوج العبد معتقه، فأولدها، فولء ولدها لمولى أمه، فإن أعنت الأب انجر ولأؤه إلى معتقه، ولا يعود إلى مولى أمه محال . ولو اشترى الابن أباه عتق عليه، وله ولأؤه، وولاء إخوته، ومن

(١) أخرجه الدارمي في الفرائض، باب الولاء ٢/٢٥٣ ح ٣٠٠٥.

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في الفرائض، باب الرجل يعتق فيموت ويترك ورثة ثم يموت المعتق ١/٩٤ ح ٢٧٤.

له ولهم ولاؤه، ويبقى ولاء نفسه لمولى أمه . فلو اشترى هذا الابن عبداً فأعتقه، ثم اشترى العتيق أباً معتقه فأعتقه: ثبت له ولاؤه، وجبر ولاء معتقه، فصار لكل واحد منهما ولاء الآخر . فلو مات الأب وابنه والعتيق فولأؤه لمولى أم مولاه).

ش: أما كون من ثبت له ولاء رقيق ... إلى آخره لم يزل عنه بحال؛ فلقوله عليه

الصلاة والسلام: «الولاء لمن أعتق»^(١) .

ولأن غيره ليس مثله في النعمة.

ولأن مقتضى الدليل أن لا ينتقل حق عن مستحقه ، خولف فيمن اشترى أباً من عليه الولاء تبعاً لأهمهم، فيبقى ما عداه على مقتضى الأصل.

فكل من أعتق رقيقاً أو عتق عليه بسبب؛ كملك المحارم، والسراية: فولاء العتيق له، لا ينجر عنه إلى أحد ؛ لأنه ولاء ثبت له فلم ينتقل عنه كالنسب .

فأما إن ثبتت الحرية فيه تبعاً، كالولد يولد حراً ؛ لأن أمه معتقة: فإن ولاؤه لمولى أمه إذا كان أبوه رقيقاً؛ لأن مولى الأم سبب الإنعام عليه بحريته بعتق أمه، وليس هناك من هو أولى منهم، فيثبت لهم ولاؤه، كما لو باشره بالعتق.

فإن عتق الأب انجر ولاؤه عن موالي أمه إلى موالي أبيه ؛ لأن الأب لما كان مملوكاً لم يصلح أن يكون وارثاً ولا ولياً في نكاح، وكان ابنه كولد الملاعة ينقطع نسبه عن أبيه، فيثبت الولاء لموالي أمه ضرورة لعدم صلاحية الأب لذلك . فإذا أعتق العبد صلح للانتساب إليه وإلى من انتسب إليه وعاد وارثاً عاقلاً ولياً فعادت النسبة إليه وإلى مواليه بمنزلة ما لو استلحق الملاعن ولده. ولا يعود إلى موالي أمه بحال ؛ لأنه انتقل عنهم إلى من هو أولى منهم فلم يعد إليهم كالنسب . وإذا انجر الولاء إلى موالي الأب ثم انقرضوا عاد الولاء إلى بيت المال ولم يعد إلى موالي الأم بحال في قول أكثرهم. وعن ابن عباس خلافة.

والأول أصح ؛ لأن الولاء يجري مجرى الانتساب . ولو انقرض الأب وآبأؤه لم يعد النسب إلى الأم فكذا الولاء. فعليه لو ولدت بعد عتق الأب كان ولاء ولدها لموالي

(١) سبق تخرجه ص: ٦٧٠.

أبيه^(١) بغير خلاف . فإن نفاه باللعان عاد ولاؤه لموالي الأم . فإن عاد فاستلحقه عاد الولاء إلى موالي الأب .

فرع: حكم المكاتب يتزوج في كتابته، فولد له ثم يعتق حكم القن في جر الولاء، وكذا المدبر والمعلق عتقه بصفة ؛ لأنهم عبيد.

أصل: اعلم أنه لا ينجر الولاء إلا بشروط ثلاثة:

أحدها: أن يكون الأب عبداً حين الولادة . فإن كان حراً وزوجته مولاة فإن كان حر الأصل فلا ولاء على ولده بحال . وإن كان مولى ثبت الولاء على ولده لمواليه أبداً ولا جر فيه.

الثاني: أن تكون الأم مولاة . فإن لم تكن كذلك فإن كانت حرة الأصل فلا ولاء على ولدها بحال وهم أحرار بحريتها . وإن كانت أمة فولدها رقيق لسيدها . فإن كان أعتقهم فولأؤه له مطلقاً لا ينجر عنه بحال .

الثالث: أن يعتق العبد سيده . فإن مات على الرق لم ينجر بحال . فإن اختلف سيد العبد ومولى الأم في العبد بعد موته فقال سيده: مات حراً وأنكر ذلك مولى الأم قبل قوله ؛ لأن الأصل بقاء الرق . ذكره أبو بكر .

تنبيه: ظاهر كلام المصنف: إذا أعتق الجد قبل الأب لم يجر ولاعهم ، وهو أصح الروايتين ، قال الإمام أحمد: لا يجر الولاء ليس هو كالأب، وبه قال أبو حنيفة وصاحبه. ولأن الأصل بقاء الولاء لمستحقه، وإنما خولف هذا الأصل للاتفاق على أنه ينجر بعنق الأب والجد لا يساويه، بدليل: أنه لو أعتق الأب بعد الجد جره عن مولى الجد إليه

ولأنه لو أسلم الجد لم يتبعه ولد ولده.

ولأن الجد يدلي بغيره، ولا يستقر الولاء عليه، فلم يجر الولاء، كالأخ.

وعنه: يجره إلى مولاه بكل حال ، وهو قول أهل المدينة والشافعي في أحد قولي.

فإن أعتق الأب بعد ذلك جره عن موالي الجد إليه ؛ لأن الجد يقوم مقام الأب في

(١) في الأصل: ابنه. وانظر المبدع ٢٨٥/٦.

التعصيب وأحكام النسب، فكذا في جر الولاء . وعليها: لا فرق بين القريب والبعيد ؛ لأن البعيد يقوم مقام الأب كالقريب.

وعنه: إن عتق والأب ميت جر الولاء، وإن عتق والأب حي فلا ، سواء عتق الأب أو مات قنأ . ذكرها الخلال.

فرع: إذا تزوج معتق بمعتقة، فأولدها ولدان: فولأؤهما لموالي أبيهما . فإن نفاهما باللعان عاد الولاء إلى موالى أمهما . فإن مات أحدهما فميراثه لأمه ومواليها. فإن أكذب أبوهما نفسه لحقه نسبهما، واسترجع الميراث من مولى الأم.

وأما كون إذا اشترى الابن أباه عتق عليه وله ولأؤه ... إلى آخره إذا كان للعبد أولاد من معتقة، فاشترى أحدهم أباه: عتق عليه بملكه له وله ولأؤه وولاء إخوته يجره عن مواليتهم ؛ فلأنه مولى أبيهم، فكان له ولأؤهم، كما لو لم يكن أخاهم، ويبقى ولاء نفسه لموالي أمه لا ينجر عنهم ؛ لأنه لا يثبت له الولاء على نفسه فلم ينتقل إليه لعدم صلاحيته لذلك.

ولو اشترى هذا الابن عبداً، فأعتقه، ثم اشترى العتيق أباً معتقه: ثبت له ولاء الأب، وجر ولاء معتقه ؛ لأنه ابن عتيقه، فصار لكل واحد منهما الولاء على الآخر، فللولد على عتيقه الولاء بعتيقه، وللعتيق على معتقه الولاء بعتيقه لأبيه . وشرطه: أن يكون الولد من معتقه لينجر الولاء إلى المعتق بشراء أبيه . فلو كانت حرة الأصل لم يكن عليه ولاء لأحد.

قال: (ولو أعتق حرين عبداً كافراً، فسبى سيده، فأعتقه: فولاء كل واحد للآخر . فلو سبى المسلمون العتيق الأول، فرق، ثم أعتق: فولأؤه لمعتقه الآخر).

ش: أما كونه فيما ذكر يكون ولاء كل واحد للآخر؛ فلأن كل واحد منهما منعم بخلاص رقبته من الرق.

فإن سبى المسلمون العتيق الأول، فرق، ثم أعتق: فولأؤه لمعتقه الآخر ، وقيل: للأول ، وقيل: لهما.

فعلى الأول وهو الأصح: لا ينجر ما كان للأول قبل الرق من ولاء ولد أو عتيق إلى الأخير، وكذا عتيق ذمي أو مسلم.

مسائل:

الأولى: إذا تزوج ولد المعتقة بمعتقة، فأولدها فاشترى جده: عتق عليه، وله ولاؤه وولاء أبيه وسائر أولاد جده، وولاء المشتري لموالي أم أبيه في وجه؛ لأن له الولاء على أبيه، فكان له عليه، كما لو كان مولى جده، وفي آخر: ولاؤه لموالي أمه؛ لأن الولاء الثابت على أبيه من جهة أمه مثل ذلك ثابت في حق نفسه.

الثانية: تزوج معتق بمعتقة، فأولدها بنتاً، وتزوج عبد بمعتقة، فأولدها ابناً، فتزوج هذا الابن بنت المعتقين، فأولدها ولداً: فولاء ولدها لموالي أم أبيه؛ لأن له الولاء على أبيه. فإن تزوجت البنت المذكورة بمملوك: فولاء ولدها لمولى أبيها؛ لأن ولائها له. فإن كان أبوهما ابن مملوك ومعتقة فالولاء لمولى أم أبي الأم على الوجه الأول؛ لأن مولى أم أبي الأم يثبت له الولاء على أبي الأم فكان^(١) مقدماً على أمهما وثبت له الولاء عليها.

فصل في دور الولاء

قال: (إذا اشترى ابن وبنت معتقة أباهما؛ فقد عتق عليهما، وثبت ولاؤه لهما نصفين، وجر كل واحد منهما نصف ولأه صاحبه، ويبقى نصفه لموالي أمه. وإن ماتت البنت بعده ورثها أخوها بالنسب).

ش: معنى دور الولاء: أن يخرج من مال ميت قسط إلى مال ميت آخر بحكم الولاء، ثم يرجع من ذلك القسط جزء إلى الميت الآخر بحكم الولاء أيضاً، فيكون هذا الجزء الراجع قد دار بينهما. واعلم أنه لا تقع الدور في مسألة حتى تجتمع فيها شروط: أن يكون المعتق اثنان فصاعداً، وأن يموت في مسألة اثنان فصاعداً، وأن يكون الباقي بينهما يحوز إرث الميت.

أما كون ولأه أب إذا اشتراه رجل وأخته نصفين عتق عليهما بالرحم على ما

(١) زيادة من المغني ٢٦١/٧.

سيجيء إن شاء الله تعالى، وصار ولاؤه لهما نصفين ؛ فلأنه عتق عليهما . وجر كل واحد منهما نصف ولأه صاحبه ؛ لأنه مولى نصف أبيه . ويبقى نصفه لموالي أمه ؛ لأنه لا يثبت له الولاء على نفسه، فلا يجر ولاؤه عن مواليه وهم موالي أمه .
فإن مات الأب ورثاه بالنسب ؛ لأنه مقدم على الولاء . وإن ماتت البنت بعده ورثها أخوها بالنسب كذلك .

قال: (فإذا مات، فلموالي أمه النصف، ولموالي أخته النصف نصفين، وهم الأخ وموالي الأم، فلموالي أمها نصفه، وهو الربع، يبقى الربع وهو الجزء الدائر؛ لأنه خرج من تركته وعاد إليه، فيكون لموالي أمه).

ش: أما كون مال الأخ لمواليه ؛ فلأنه لا وارث^(١) له من النسب، فيورث بالولاء، فلموالي أمه النصف ؛ لأنهم موالى نصفه ، ولموالي أخته النصف ؛ لأنها مولاة نصفه وموالي الأخت موالى أمها، فقد عاد إلى الأخ نصف الميراث؛ لأنه مولى نفسه فيكون لموالي أمها نصف ذلك وهو الربع، ويبقى العائد إليه وهو الجزء الدائر ، وفيه ثلاثة أوجه: أحدها: أنه لموالي الأم . قال أبو عبدالله الوني: هو قياس قول الإمام أحمد .
قال في الشرح: وهو قول الجمهور، وجزم به المصنف ؛ لأن مقتضى كونه دائراً أن يدور أبداً، وفي كل دورة يصير لمولى الأم نصفه، ولا يزال كذلك حتى ينفذ كله إلى موالى الأم .

والثاني: أنه لبيت المال. قاله القاضي. وقياس قول أكثرهم ؛ لأنه لا معين له في تلك الحال لو كانت الأخت هي الميتة، فمن ميراث نفسه أولى.

والثالث: يرد على الموالى أثلاثاً؛ لأنه بقية مال استحق الورثة بعضه، فكان باقية لهم بالرد، كما قلنا في ذوي الفروض .

فإن كانت المسألة بحالها إلا أن مكان الابن بنت، فاشتريت أباها: عتق عليها، وجر ولأه أختها .

فإذا مات الأب فلا بنته الثلثان بالنسب والباقي بالولاء . فإن ماتت البنت التي لم

(١) في الأصل: ولارث.

تشره بعد ذلك: فمالها لأخيه نصفه بالنسب ونصفه بأنها مولاة أبيها.
ولو ماتت التي اشترته: فلأخيه النصف، والباقي لموالي أمها .

فإن اشترت البنتان أباهما نصفين: عتق عليهما، وجر إلى كل واحدة نصف ولاء
أختها . فإذا مات الأب فماله بين بنتيه بالنسب والولاء . فإن ماتت إحداها بعد ذلك:
فلأخيه النصف بالنسب، ونصف الباقي بما جر الأب إليها من ولاء نصفها . فإن ماتت
إحداها قبل الأب، ثم مات الأب: فصار لها ثلاثة أرباع مالها، والربع الباقي لموالي
أمها . فإن كانت إحداها ماتت قبل أبيها: فمالها له، ثم إذا مات الأب فللباقية نصف
ميراث أبيها ؛ لأنها بنته، ونصف الباقي وهو الربع ؛ لأنها مولاة، يبقى الربع لموالي البنت
التي ماتت قبله . فإن ماتت الباقية بعدهما فمالها لمواليها: نصفه لموالي أمها، ونصفه لموالي
أختها الميتة، وهم أختها وموالي أمها، فنصفه لموالي أمها وهو الربع الباقي يرجع إلى هذه
الميتة، فهذا الجزء الدائر؛ لأنه خرج من الميتة ثم دار إليها ففيه الوجهان السابقان.

انتهى بعون الله تعالى الجزء الرابع
ويتلوه الجزء الخامس وأوله كتاب العتق

المحتويات

الصفحة	الموضوع
٥	كتاب الشركة
١٢	فصل [فيما للشريكين من حقوق]
١٩	فصل [فيما يتولاه الشريكان]
٢٣	فصل [في شركة المضاربة]
٢٨	فصل [أحكام المضارب]
٣٣	فصل [نفقة المضارب]
٣٧	فصل [إذا طلب العامل البيع]
٤١	فصل [في أحكام العامل]
٤٣	فصل [شركة الوجوه]
٤٤	فصل [شركة الأبدان]
٤٨	فصل [شركة المفاوضة]
٤٩	باب المساقاة
٥٥	فصل [فيما يجب على العامل]
٥٨	فصل [في المزارعة]
٦٣	باب الإجارة
٦٧	فصل [الشرط الثاني]
٧٤	فصل [مسائل من الإجارة]
٧٨	فصل [الشرط الثالث]
٧٩	فصل [فيما تصح إجارته]
٨١	فصل [في شروط إجارة العين]

الصفحة	الموضوع
٨٤	فصل [في أحكام العين المؤجرة]
٨٩	فصل [شروط الإجارة]
٩٢	فصل [في الأجير الخاص]
٩٥	فصل [ضبط العمل المؤجر عليه]
٩٩	فصل [في صفة استيفاء المنفعة]
١٠٤	فصل [فيما يلزم المؤجر]
١٠٧	فصل [في لزوم عقد الإجارة]
١١٠	فصل [فيما تنفسخ به الإجارة]
١١٢	فصل [في تعلل الاستفادة من العين]
١١٥	فصل [فيما يضمنه الأجير الخاص]
١٢٤	فصل [متى تجب الأجرة]
١٢٩	فصل [في الإجارة الفاسدة]
١٣٠	باب السبق
١٣٥	فصل [المسابقة جعالة]
١٣٨	فصل [في المناضلة]
١٤٤	كتاب العارية
١٥١	فصل [في ضمان العارية]
١٥٦	فصل [الاختلاف في وقوعها]
١٥٩	كتاب الغصب
١٧٤	فصل [إذا صاد الجارح المغصوب]
١٧٦	فصل [في ضمان نقص المغصوب]
١٨٢	فصل [إذا خلط المغصوب بما لا يتميز]
١٨٤	فصل [في وطاء الغاصب]

الصفحة	الموضوع
٢٠١	فصل [حكم تصرف المشتري في المصوب]
٢٠٤	فصل [عتق العبد المصوب]
٢٠٤	فصل [في ضمان المصوب]
٢١١	فصل [حكم تصرفات الغاصب]
٢١٤	فصل [في اتجار الغاصب]
٢٢٠	فصل [إذا أتلّف مالاً محرّماً]
٢٢٩	فصل [في ضمان ما أتلّفت البهائم]
٢٣٨	باب الشفعة
٢٤٧	فصل [وقت الشفعة]
٢٥٤	فصل [في تعدد الشفعاء]
٢٥٩	فصل [تصرف المشتري قبل طلب الشفعة]
٢٦٥	فصل [فيما يملك به الشقص]
٢٧٠	كتاب الوديعة
٢٧٧	فصل [في تعدي المودّع]
٢٨١	فصل [المودّع أمين]
٢٨٧	باب إحياء الموات
٢٩٢	فصل [حكم المعادن الظاهرة]
٢٩٦	فصل [ما يتحقّق به إحياء الأرض]
٣٠٠	فصل [في إقطاع الإمام]
٣٠٣	فصل [مسائل من إحياء الموات]
٣٠٨	باب الجعالة
٣١٤	باب اللقطة
٣١٩	فصل [فيما يفعله المنتقط]

الصفحة	الموضوع
٣٢٤	فصل [شروط التصرف في اللقطة]
٣٢٨	فصل [في صفة الملتقط]
٣٣٣	باب اللقيط
٣٣٩	فصل [في ميراث اللقيط]
٣٤٨	كتاب الوقف
٣٥٧	فصل [شروط الموقوف عليه]
٣٧٥	فصل [في شروط الواقف]
٤٠٥	فصل [لزوم عقد الوقف]
٤١٥	باب الهبة والعطية
٤٢٥	فصل [شروط الموهوب]
٤٢٩	فصل [في عطية الأولاد]
٤٣٨	فصل [في أخذ مال الولد]
٤٤٢	فصل في تصرفات المريض
٤٤٥	فصل [الأمراض المخوفة]
٤٤٩	فصل [يعتبر الثلث عند موته]
٤٥٠	فصل [الفرق بين الوصية والعطية]
٤٥٤	كتاب الوصايا
٤٥٩	فصل [فيمن يسن له أن يوصي]
٤٦٩	فصل [في أحكام الرجوع في الوصية]
٤٧٥	باب الموصى له
٤٨٢	فصل [في الوصية بالخج]
٤٨٥	فصل [أبواب البر]
٤٨٩	فصل [في الوصية غير الصحيحة]

الصفحة	الموضوع
٤٩٢	باب الموصى به
٤٩٨	فصل [في الوصية بالمنفعة]
٥٠٣	فصل [في الوصية بمال الكتابة]
٥٠٥	فصل [تلف الموصى به]
٥٠٨	فصل [مسائل من الوصايا]
٥١٢	باب الوصية بالأنصاء والأجزاء
٥١٦	فصل [الوصية بجزء ونحوه]
٥٢٦	باب الموصى إليه
٥٣٢	فصل [شروط الموصى به]
٥٣٨	كتاب الفرائض
٥٤٢	فصل [ميراث الجد]
٥٤٩	فصل [ميراث الأم]
٥٥١	فصل في الجدات
٥٥٥	فصل [من يستحق النصف]
٥٦٠	فصل [في الحجب]
٥٦٢	باب العصبات
٥٦٥	فصل [ميراث الابن والبنت]
٥٧٢	باب أصول المسائل
٥٧٧	فصل في الرد
٥٨٢	باب التصحيح
٥٩١	فصل في ضرب الكسور
٥٩٢	باب المتاسخات
٥٩٧	باب قسمة التركات

الصفحة	الموضوع
٦٠٤	باب ذوي الأرحام
٦١٢	فصل [جهات إرث ذوي الأرحام]
٦١٥	باب ميراث الحمل
٦١٧	فصل [ميراث المولود]
٦٢١	باب ميراث المفقود
٦٢٤	باب ميراث الخنثى
٦٣١	باب ميراث العرقى
٦٣٣	باب ميراث أهل الملل
٦٣٦	فصل [ميراث أهل الملل]
٦٤٢	باب ميراث المطلقة
٦٥٠	باب الإقرار بمشارك في الميراث
٦٥٦	فصل [الإقرار بأخ]
٦٦١	باب ميراث القاتل
٦٦٥	باب ميراث المعتق بعضه
٦٧٠	باب الولاء
٦٧٥	فصل [ولاء العبد المعتق عن الميت]
٦٧٨	فصل [ميراث النساء بالولاء]
٦٨١	فصل [بيع الولاء]
٦٨٤	فصل في جر الولاء
٦٨٨	فصل في دور الولاء