# كتاب المجموع

شركة أبناء شريف الأنصاري
للطباعة والنشر والتوزيع
صيدا - بيروت - لبنان

• المكتبة العصرية
الخندق الغميق - ص.ب: 11/8355
تلفاكس: 655015 - 632673 - 659875 1 00961
بيروت - لبنان

• الدار النموذجية
بوليفار د. نزيه البزري - ص.ب: 221
تلفاكس: 720624 - 729259 - 729261 7 00961
صيدا - لبنان

• المطبعة العصرية
كفر جرة - طريق عام صيدا جزين
00961 7 230841 - 07 230195
تلفاكس: 655015 - 632673 - 659875 1 00961
صيدا - لبنان

الطبعة الأولى
هـ 1437 - 2016

Copyright© all rights reserved
جميع الحقوق محفوظة للناشر
لا يجوز نشر أي جزء من هذا الكتاب أو اختزان مادته بطريقة الاسترجاع أو نقله على أي نحو أو بأي طريقة سواء كانت الكترونية أو بالتصوير أو التسجيل أو خلاف ذلك إلا بموافقة كتابية من الناشر مقدما.

E. Mail alassrya@terra.net.lb
alassrya@cyberia.net.lb
info@alassrya.com

موقعنا على الإنترنت
www.alassrya.com

# المجموع
## شرح المهذب

للإمام أبي زكريا محيي الدين
ابن شرف النووي

ضبط نصّه وعلّق عليه
محمد بن رياض الأحمد

الجزء العاشر

# كتاب الغصب

**قال المصنف رحمه الله تعالى: الغصب محرم لما روى أبو بكرة قال: خطبنا رسول الله ﷺ فقال: «إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا»[(١)]. وروى أبو حميد الساعدي أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحل لامرىء أن يأخذ مال أخيه بغير طيب نفس منه»[(٢)].**

**الشرح:** للأصحاب رحمهم الله، عبارات في معنى الغصب:

إحداها: أنه أخذ مال الغير على جهة التعدِّي، وربما قيل: الاستيلاء على مال الغير.

الثانية: وهي أعم من الأولى: أنه الاستيلاء على مال الغير بغير حق. واختار الإمام هذه العبارة، وقال: لا حاجة إلى التقييد بالعدوان، بل يثبت الغصب وحكمه من غير عدوان، كما لو أودع ثوبًا عند رجل، ثم جاء المالك فأخذ ثوبًا للمودَع وهو يظنه ثوبه، أو لبسه المودع على ظن أنه ثوبه.

الثالثة: وهي أعم من الأوليين: أن كل مضمون على ممسكه فهو مغصوب، كالمقبوض بالبيع الفاسد، والوديعة إذا تعدى فيها المودَع، الرهن إذا تعدى فيه المرتهن. وأشبه العبارات وأشهرها هي الأولى. وفي الصورة المذكورة، الثابت حكم الغصب، لا حقيقته.

وكل هذه العبارات ناقصة، فإن الكلب وجلد الميتة وغيرهما مما ليس بمال، لا يدخل فيها مع أنه يغصب، وكذلك الاختصاصات بالحقوق، فالاختيار: أنه الاستيلاء على حق الغير بغير حق. والله أعلم.

وقد تظاهرت نصوص الكتاب والسُّنَّة وإجماع الأمة، على تحريم الغصب.

**قال المصنف رحمه الله تعالى: فصل: ومن غصب مال غيره، وهو من أهل الضمان في حقه ضمنه، لما روى سمرة أن النبي ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى ترده»[(٣)].**

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٦٧) ومسلم في صحيحه برقم (١٦٧٩).

(٢) أخرجه أحمد في المسند (٥/ ٤٢٥) وابن حبان في صحيحه برقم (١١٦٦ موارد) والبيهقي في سننه (٦/ ١٠٠).

(٣) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٥٦١) والترمذي في سننه برقم (١٢٦٦) وابن ماجه =

فصل: فإن كان له منفعة تستباح بالإجارة فأقام في يده مدة لمثلها أجرة ضمن الأجرة لأنه يطلب بدلها بعقد المغابنة، فضمن بالغصب كالأعيان.

فصل: فإن كان المغصوب باقيًا لزمه رده، لما روى عبد الله بن السائب بن يزيد عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «لا يأخذ أحدكم متاع أخيه لاعبًا أو جادًا، فإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها»[(١)]، فإن اختلفت قيمته من حين الغصب إلى حين الرد، لم يلزمه ضمان ما نقص من قيمته.

وقال أبو ثور من أصحابنا: يضمن كما يضمن زيادة العين، وهذا خطأ؛ لأن الغاصب يضمن ما غصب. والقيمة لا تدخل في الغصب، لأنه لا حق للمغصوب منه في القيمة مع بقاء العين، وإنما حقه في العين، والعين باقية كما كانت فلم يلزمه شيء.

فصل: وإن تلف في يد الغاصب أو أتلفه لم يخل ـ إما أن يكون له مثل أو لا مثل له ـ فإن لم يكن له مثل ـ نظرت، فإن كان من غير جنس الأثمان كالثياب والحيوان ـ ضمنه بالقيمة. لما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «من أعتق شركًا له في عبد فإن كان معه ما يبلغ ثمن العبد قوم عليه. وأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد، وإلا فقد عتق عليه ما عتق»[(٢)].

فأوجب القيمة في العبد بالإتلاف بالعتق، ولأن إيجاب مثله من جهة الخلقة لا يمكن لاختلاف الجنس الواحد في القيمة، فكانت القيمة أقرب إلى إيفاء حقه وإن اختلفت قيمته من حين الغصب إلى حين التلف ضمنها بأكثر ما كانت لأنه غاصب في الحال التي زادت فيها قيمته فلزمه ضمان قيمته فيها، كالحالة التي غصبه فيها، وتجب القيمة من نقد البلد الذي تلفت العين فيه، لأنه موضع الضمان فوجبت القيمة من نقده، وإن كان من جنس الأثمان ـ نظرت، فإن لم يكن فيه صنعة كالسبيكة والنقرة، فإن كان نقد البلد من غير جنسه، أو من جنسه ولكن لا تزيد قيمته على وزنه ـ ضمن بالقيمة، لأن تضمينه بالقيمة لا يؤدي إلى الربا. فضمن بالقيمة كما قلنا في غير الأثمان، وإن كان نقد البلد من جنسه وإذا قوم به زادت قيمته على وزنه قوم بجنس آخر حتى لا يؤدي إلى الربا، وإن كانت فيه صنعة ـ نظرت. فإن كانت صنعة محرمة ـ ضمن كما تضمن السبيكة والنقرة، لأن الصنعة لا قيمة لها فكان وجودها كعدمها، وإن كانت صنعة مباحة فإن كان

---

= في سننه برقم (٢٤٠٠) وأحمد في المسند (٥/ ٨) والحاكم في المستدرك (٢/ ٤٧) والبيهقي في سننه (٦/ ٩٠).

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٥٠٠٣) والترمذي في سننه برقم (٢١٦٠) وأحمد في المسند (٤/ ٢٢١) والبيهقي في سننه (٦/ ٩٢).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٥٢٢) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٠١) وأبو داود في سننه برقم (٣٩٤٠) وابن ماجه في سننه برقم (٢٥٢٨) وأحمد في المسند (٢/ ١١٢).

النقد من غير جنسه أو من جنسه، ولكنه لا تزيد قيمته على وزنه ضمنه بقيمته، لأنه لا يؤدي إلى الربا.

وإن كان النقد من جنسه ونوعه وتزيد قيمته على وزنه ففيه وجهان:

أحدهما: يقوم بجنس آخر حتى لا يؤدي إلى الربا.

والثاني: أنه يضمنه بقيمته من جنسه بالغة ما بلغت، وهو الصحيح، لأن الزيادة على الوزن في مقابلة الصنعة فلا تؤدي إلى الربا، وإن كان مخلوطًا من الذهب والفضة قومه بما شاء منهما.

فصل: وإن كان مما له مثل كالحبوب والأدهان ضمن بالمثل، لأن إيجاب المثل رجوع إلى المشاهدة والقطع. وإيجاب القيمة رجوع إلى الاجتهاد والظن، فإذا أمكن الرجوع إلى القطع لم يرجع إلى الاجتهاد، كما لا يجوز الرجوع إلى القياس مع النص.

وإن غصب ماله مثل واتخذ منه ما لا مثل له، كالتمر إذا اتخذ منه الخل بالماء أو الحنطة إذا جعلها دقيقًا. وقلنا: أنه لا مثل له ثم تلف لزمه مثل الأصل. لأن المثل أقرب إلى المغصوب من القيمة. وإن غصب ما لا مثل له واتخذ منه ماله مثل كالرطب وإذا جعله تمرًا ثم تلف لزمه مثل التمر، لأن المثل أقرب إليه من قيمة الأصل، وإن غصب ماله مثل واتخذ منه ماله مثل كالسمسم إذا عصر منه الشيرج ثم تلف فالمغصوب منه بالخيار إن شاء رجع عليه بمثل السمسم، وإن شاء رجع عليه بمثل الدهن، لأنه قد ثبت ملكه على كل واحد من المثلين، فرجع بما شاء منهما.

وإن وجب المثل فأعوز فقد اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: تجب قيمته وقت المحاكمة، لأن الواجب هو المثل، وإنما القيمة تجب بالحكم فاعتبرت وقت الحكم، ومنهم من قال تعتبر قيمته أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين تعذر المثل، كما تعتبر قيمة المغصوب أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف. ومنهم من قال: تضمن قيمته أكثر ما كانت من حين الغصب إلى وقت الحكم. لأن الواجب في الذمة هو المثل إلى وقت الحكم، كما أن الواجب في المغصوب رد العين إلى وقت التلف، ثم يغرم قيمة المغصوب أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف، فيجب أن يعتبر في المثل أكثر ما كانت قيمته إلى وقت الحكم. ومنهم من قال: إن كان ذلك مما يكون في وقت وينقطع في وقت كالعصير وجبت قيمته وقت الإنقطاع، لأنه بالإنقطاع يسقط المثل وتجب القيمة. وإن كان مما لا ينقطع عن أيدي الناس وإنما يتعذر في موضع وجبت قيمته وقت الحكم لأنه لا ينتقل إلى القيمة إلا بالحكم.

وإن وجد المثل بأكثر من ثمن المثل احتمل وجهين:

أحدهما: لا يلزمه المثل لأن وجود الشيء بأكثر من ثمن المثل كعدمه، كما قلنا في الماء في الوضوء والرقبة في الكفارة.

والثاني: يلزمه، لأن المثل كالعين، ولو احتاج في رد العين إلى أضعاف ثمنه لزمه فكذلك المثل.

فصل: وإن ذهب المغصوب من اليد وتعذر رده بأن كان عبدًا فأبق، أو بهيمة فضلت، كان للمغصوب منه المطالبة بالقيمة، لأنه حيل بينه وبين ماله، فوجب له البدل كما لو تلف، وإذا قبض البدل ملكه، لأنه بدل ماله فملكه كبدل التالف. ولا يملك الغاصب المغصوب، لأنه لا يصح تملكه بالبيع، فلا يملك بالتضمين كالتالف، فإن رجع المغصوب وجب رده على المالك. وهل يلزم الغاصب الأجرة من حين دفع القيمة إلى أن رده؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا تلزمه لأن المغصوب منه ملك بدل العين فلا يستحق أجرته.

والثاني: تلزمه لأنه تلفت عليه منافع ماله بسبب كان في يد الغاصب فلزمه ضمانها، كما لو لم يدفع القيمة. وإذا رد المغصوب وجب على المغصوب منه رد البدل، لأنه ملكه بالحيلولة وقد زالت الحيلولة فوجب الرد، وإن زاد البدل في يده ـ نظرت، فإن كانت الزيادة متصلة كالسمن ـ وجب الرد مع الزيادة لأن الزيادة المتصلة تتبع الأصل في الفسخ بالعيب. وهذا فسخ، وإن كانت زيادة منفصلة كالولد واللبن لم ترد الزيادة كما لا ترد في الفسخ بالعيب.

فصل: فإن نقص المغصوب نقصانًا تنقص به القيمة ـ نظرت، فإن كان في غير الرقيق ـ لم يخل أما أن يكون نقصانًا مستقرًا أو غير مستقر، فإن كان مستقرًا بأن كان ثوبًا فتخرق، أو إناء فانكسر أو شاة فذبحت أو طعامًا فطحن ونقصت قيمته رده ورد معه أرش ما نقص؛ لأنه نقصان عين في يد الغاصب نقصت به القيمة فوجب ضمانه كالقفيز من الطعام والذراع من الثوب، فإن ترك المغصوب منه المغصوب على الغاصب وطالبه ببدله لم يكن له ذلك.

ومن أصحابنا من قال في الطعام إذا طحنه: إن له أن يتركه ويطالبه بمثل طعامه لأن مثله أقرب إلى حقه من الدقيق، والمذهب الأول، لأن عين ماله باقية فلا يملك المطالبة ببدله كالثوب إذا تخرق والشاة إذا ذبحت.

وإن كان نقصانًا غير مستقر، كطعام ابتل وخيف عليه الفساد، فقد قال في «الأم»: للمغصوب منه مثل مكيلته وقال الربيع فيه قول آخر: أنه يأخذه وأرش النقص، فمن أصحابنا من قال: هو على قولين.

أحدهما: يأخذه وأرش النقص كالثوب إذا تخرق.

والثاني: أنه يأخذ مثل مكيلته لأنه يتزايد فساده إلى أن يتلف فصار كالمستهلك. ومنهم من قال: يأخذ مثل مكيلته قولًا واحدًا، ولا يثبت ما قاله الربيع.

وإن كان في الرقيق ـ نظرت فإن لم يكن أرش مقدر كإذهاب البكارة والجنايات التي ليس لها أرش مقدر ـ رده وأرش ما نقص، لأنه نقصان ليس فيه أرش مقدر فضمن بما نقص كالثوب إذا تخرق، وإن كان له أرش مقدر كذهاب اليد

ـ نظرت، فإن كان ذهب من غير جناية ـ رده وما نقص من قيمته. ومن أصحابنا من قال: يرده وما يجب بالجناية، والمذهب الأول، لأن ضمان اليد ضمان المال. ولهذا لا يجب فيه القصاص ولا تتعلق به الكفارة في النفس؛ فلم يجب فيه أرش مقدر.

وإن ذهب بجناية بأن غصبه ثم قطع يده، فإن قلنا: إن ضمانه باليد كضمانه بالجناية وجب عليه نصف القيمة وقت الجناية، لأن اليد في الجناية تضمن بنصف بدل النفس. وإن قلنا: إن ضمانه ضمان المال وجب عليه أكثر الأمرين من نصف القيمة أو ما نقص من قيمته، لأنه وجد اليد والجناية فوجب أكثرهما ضمانًا. وأن غصب عبدًا يساوي مائة ثم زادت قيمته فصار يساوي ألفًا ثم قطع يده لزمه خمسمائة؛ لأن زيادة السوق مع تلف العين مضمونة، ويد العبد كنصفه فكأنه بقطع اليد فوت عليه نصفه فضمنه بزيادة السوق.

فصل: وإن نقصت العين ولم تنقص القيمة نظرت، فإن كان ما نقص من العين له بدل مقدر فنقص ولم تنقص القيمة، مثل أن غصب عبدًا فقطع أنثييه ولم تنقص قيمته، أو غصب صاعًا من زيت فأغلاه فنقص نصفه ولم تنقص قيمته، لزمه في الأنثيين قيمة العبد، وفي الزيت نصف صاع، لأن الواجب في الأنثيين مقدر بالقيمة. والواجب في الزيت مقدر بما نقص من الكيل فلزمه ما يقدر به. وأن كان ما نقص لا يضمن إلا بما نقص من القيمة فنقص ولم تنقص القيمة كالسمن المفرط إذا نقص ولم تنقص القيمة لم يلزمه شيء، لأن السمن يضمن بما نقص من القيمة ولم ينقص من القيمة شيء فلم يلزمه شيء واختلف أصحابنا فيمن غصب صاعًا من عصير فأغلاه ونقص نصفه ولم تنقص قيمته، فقال أبو علي الطبري: يلزمه نصف صاع كما قلنا في الزيت.

وقال أبو العباس: لا يلزمه شيء لأن نقص العصير باستهلاك مائية ورطوبة لا قيمة لها، وأما حلاوته فهي باقية لم تنقص. ونقصان الزيت باستهلاك أجزائه ولأجزائه قيمة فضمنها بمثلها.

فصل: وإن تلف بعض العين ونقصت قيمة الباقي بأن غصب ثوبًا تنقص قيمته بالقطع فشقه بنصفين ثم تلف أحد النصفين لزمه قيمة التالف، وهو قيمة نصف الثوب، أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف ورد الباقي وأرش ما نقص، لأنه نقص حدث بسبب تعدى به فضمنه، فإن كان لرجل خفان قيمتهما عشرة فأتلف رجل أحدهما فصار قيمة الباقي درهمين ففيه وجهان:

أحدهما: يلزمه درهمان، لأن الذي أتلفه قيمته درهمان.

والثاني: تلزمه ثمانية، وهو المذهب، لأنه ضمن أحدهما بالإتلاف ونقص قيمة الآخر بسبب تعدى به، فلزمه ضمانه.

فصل: فإن غصب ثوبًا فلبسه وأبلاه، ففيه وجهان:

أحدهما: يلزمه أكثر الأمرين من الأجرة أو أرش ما نقص، لأن ما نقص من

الأجزاء في مقابلة الأجرة، ولهذا لا يضمن المستأجر أرش الأجزاء.

والثاني: تلزمه الأجرة وأرش ما نقص، لأن الأجرة بدل للمنافع، والأرش بدل الأجزاء، فلم يدخل أحدهما في الآخرة، كالأجرة وأرش ما نقص من السمن.

فصل: وإن نقصت العين ثم زال النقص بأن كانت جارية سمينة فهزلت ونقصت قيمتها، ثم سمنت وعادت قيمتها ففيه وجهان:

أحدهما: يسقط عنه الضمان، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، لأنه زال ما أوجب الضمان فسقط الضمان، كما لو جنى على عين فابيضت ثم زال البياض.

والثاني: أنه لا يسقط، وهو قول أبي سعيد الأصطخري، لأن السمن الثاني غير الأول فلا يسقط به ما وجب بالأول.

وإن سمنت ثم هزلت ثم سمنت ضمن أكثر السمنين قيمة، في قول أبي علي بن أبي هريرة، لأن بعود السمن يسقط ما في مقابلته من الأرش، ويضمن السمنين في قول أبي سعيد ـ لأن السمن الثاني غير الأول ـ فلزمه ضمانهما.

فصل: وإن غصب عبدًا فجنى على إنسان في يد الغاصب لزم الغاصب ما يستوفي في جنايته، فإن كانت الجناية على النفس فأقيد به ضمن الغاصب قيمته لأنه تلف بسبب كان في يده فإن كان في الطرف فأقيد منه ضمن وفي الذي يضمن وجهان:

أحدهما: أرش العضو في الجناية.

والثاني: ما نقص من قيمته لأنه ضمان وجب باليد لا بالجناية، لأن القطع في القصاص ليس بجناية، وقد بينا الوجهين فيما تقدم فإن عفى عن القصاص على مال لزم الغاصب أن يفديه لأنه حق تعلق برقبته في يده فلزمه تخليصه منه.

فصل: وإذا زاد المغصوب في يد الغاصب بأن كانت شجرة فأثمرت، أو جارية فسمنت أو ولدت ولدًا مملوكًا، ثم تلف، ضمن ذلك كله، لأنه مال للمغصوب منه حصل في يده بالغصب، فضمنه بالتلف، كالعين المغصوبة وإن ألقت الجارية الولد ميتًا ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يضمنه بقيمته يوم الوضع كما لو كان حيًا، وهو ظاهر النص لأنه غصبه بغصب الأم فضمنه بالتلف كالأم.

والثاني: أنه لا يضمنه، وهو قول أبي إسحاق، لأنه إنما يقوم حال الحيلولة بينه وبين المالك، وهو حال الوضع، ولا قيمة له في تلك الحال فلم يضمن، وحمل النص عليه إذا ألقته حيًا ثم مات.

فصل: وإن غصب دراهم فاشترى سلعة في الذمة، ونقد الدراهم في ثمنها وربح، ففي الربح قولان، قال في «القديم»: هو للمغصوب منه، لأنه نماء ملكه فصار كالثمرة والولد، فعلى هذا يضمنه الغاصب إذا تلف في يده كالثمرة والولد، وقال في «الجديد»: هو للغاصب لأنه بذل ماله فكان له.

فصل: وإن غصب عبدًا فأصطاد صيدًا فالصيد لمولاه، لأن يد العبد كيد المولى فكان صيده كصيده، وهل تلزم الغاصب أجرة العبد للمدة التي اصطاد فيها؟ ففيه وجهان:

أحدهما: تلزمه لأنه أتلف عليه منافعه.

والثاني: لا تلزمه لأن منافعه صارت إلى المولى، وإن غصب جارحة كالفهد والبازي، فاصطاد بها صيدًا ففي صيده وجهان:

أحدهما: أنه للغاصب: لأنه هو المرسل والجارحة آلة، فكان الصيد له، كما لو غصب قوسًا فاصطاد بها، وعليه أجرة الجارحة، لأنه أتلف على صاحبها منافعها.

والثاني: أن الصيد للمغصوب منه، لأنه كسب ماله فكان له كصيد العبد فعلى هذا في أجرته وجهان على ما ذكرناه في العبد.

فصل: وإن غصب عينًا فإستحالت عنده بأن كان بيضًا فصار فرخًا أو كان حبًا فصار زرعًا أو كان زرعًا فصار حبًا، فللمغصوب منه أن يرجع به لأنه عين ماله فإن نقصت قيمته بالاستحالة، رجع بأرش النقص لأنه حدث في يده، وإن غصب عصيرًا فصار خمرًا ضمن العصير بمثله، لأنه بإنقلابه خمرًا سقطت قيمته فصار كما لو غصب حيوانًا فمات، فإن صار الخمر خلًا رده، وهل يلزمه ضمان العصير مع رد الخل؟ فيه وجهان:

أحدهما: يلزمه لأن الخل غير العصير فلا يسقط برد الخل ضمان ما وجب بهلاك العصير.

والثاني: لا يلزمه لأن الخل عين العصير فلا يلزمه مع ردها ضمان العصير، فعلى هذا إن كانت قيمة الخل دون قيمة العصير رد مع الخل أرش النقص.

فصل: وإن غصب شيئًا فعمل فيه عملًا زادت به قيمته بأن كان ثوبًا فقصره أو قطنًا فغزله، أو غزلًا فنسجه، أو ذهبا فصاغه حليًا، أو خشبًا فعمل منه بابًا رده على المالك لأنه عين ماله ولا يشارك الغاصب فيه ببدل عمله لأنه عمل تبرع به في ملك غيره فلم يشاركه ببدله.

فصل: وإن غصب شيئًا فخلطه بما لا يتميز منه من جنسه، بأن غصب صاعًا من زيت فخلطه بصاع من زيته، أو صاعًا من الطعام فخلطه بصاع من طعامه، نظرت، فإن خلطه بمثله في القيمة فله أن يدفع إليه صاعًا منه، لأنه تعذر بالاختلاط عين ماله، فجاز أن يدفع إليه البعض من ماله، والبعض من مثله، وإن أراد أن يدفع إليه مثله من غيره وطلب المغصوب منه مثله منه، ففيه وجهان:

أحدهما: وهو المنصوص أن الخيار إلى الغاصب، لأنه لا يقدر على رد عين ماله، فجاز أن يدفع إليه مثله كما لو هلك.

والثاني: وهو قول أبي إسحاق وأبي علي بن أبي هريرة أنه يلزمه أن يدفع إليه صاعًا منه، لأنه يقدر أن يدفع إليه بعض ماله فلا ينتقل إلى البدل في الجمع، كما لو غصب صاعًا فتلف بعضه، وإن خلطه بأجود منه، فإن بذل الغاصب صاعًا منه لزم المغصوب منه قبوله، لأنه دفع إليه بعض ماله وبعض مثله خيرًا منه، وإن بذل مثله من غيره وطلب المغصوب منه صاعًا منه ففيه وجهان:

أحدهما: وهو المنصوص في الغصب. إن الخيار إلى الغاصب لأنه تعذر رد المغصوب بالاختلاط فقبل منه المثل.

والثاني: إنه يباع الجميع ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما وهو المنصوص في التفليس، لأنا إذا فعلنا ذلك أوصلنا كل واحد منهما إلى عين ماله، وإذا أمكن الرجوع إلى عين المال لم يلزم الرجوع إلى البدل، فإن كان ما يخص المغصوب منه من الثمن أقل من قيمة ماله استوفي قيمة صاعه، ودخل النقص على الغاصب، لأنه نقص بفعله فلزمه ضمانه.

وعلى هذا الوجه أن طلب المغصوب منه أن يدفع إليه من الزيت المختلط بقدر قيمة ماله ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز، وهو قول أبي إسحاق لأنه يأخذ بعض صاع عن صاع وذلك ربا.

والثاني: أنه يجوز لأن الربا إنما يكون في البيع وليس ههنا بيع، وإنما يأخذ هو بعض حقه ويترك بعضه كرجل له على رجل درهم فأخذ بعضه وترك البعض.

فصل: وإن خلطه بما دونه فإن طلب المغصوب منه صاعًا منه وامتنع الغاصب أجبر على الدفع، لأنه رضي بأخذ حقه ناقصًا، وإن طلب مثله من غيره وامتنع الغاصب أجبر على دفع مثله، لأن المخلوط دون حقه فلا يلزمه أخذه. ومن أصحابنا من قال: يباع الجميع ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما، ليصل كل واحد منهما إلى عين ماله، وإن نقص ما يخصه من الثمن عن قيمته ضمن الغاصب تمام القيمة؛ لأنه نقص بفعله.

فصل: وإن غصب شيئًا فخلطه بغير جنسه أو نوعه. فإن أمكن تمييزه كالحنطة إذا اختلطت بالشعير أو الحنطة البيضاء إذا اختلطت بالحنطة السمراء، لزمه تمييزه ورده، لأنه يمكن رد العين فلزمه، وإن لم يمكن تمييزه كالزيت إذا خلطه بالشيرج لزمه صاع من مثله لأنه تعذر رد العين بالاختلاط فعدل إلى مثله. ومن أصحابنا من قال: يباع الجميع ويقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما ليصل كل واحد منهما إلى عين ماله كما قلنا في القسم قبله.

فصل: وإن غصب دقيقًا فخلطه بدقيق له ففيه وجهان:

أحدهما: أن الدقيق له مثل. وهو قول أبي العباس وظاهر النص، لأن تفاوته في النعومة والخشونة ليس بأكثر من تفاوت الحنطة في صغر الحب وكبره. فعلى هذا يكون حكمه حكم الحنطة إذا خلطها بالحنطة. وقد بيناه.

والثاني: أنه لا مثل له. وهو قول أبي إسحاق؛ لأنه يتفاوت في الخشونة والنعومة. ولهذا لا يجوز بيع بعضه ببعض، فعلى هذا اختلف أصحابنا فيما يلزمه فمنهم من قال: يلزمه قيمته لأنه تعذر رده بالاختلاط ولا مثل له فوجبت القيمة ومنهم من قال يصيران شريكين فيه، فيباع ويقسم الثمن بينهما على ما ذكرناه في الزيت إذا خلطه بالشيرج.

فصل: وإن غصب أرضًا فغرس فيها غراسًا أو بنى فيها بناء، فدعا صاحب الأرض إلى قلع الغراس ونقض البناء لزمه ذلك. لما روى سعيد بن زيد أن النبي ﷺ قال: «ليس لعرق ظالم حق»[1] فإن قلعه فقد قال في الغصب: «يلزمه أرش ما نقص من الأرض» وقال في البيع: «إذا قلع الأحجار المستودعة، عليه تسوية الأرض» فمن أصحابنا من جعلهما على قولين:

أحدهما: يلزمه أرش النقص لأنه نقص بفعل مضمون، فلزمه أرشه.

والثاني: يلزمه تسوية الأرض لأن جبران النقص بالمثل أولى من جبرانه بالقيمة. ومنهم من قال: يلزمه في الغصب أرش ما نقص. وفي البيع يلزمه تسوية الأرض، لأن الغاصب متعد فغلظ عليه بالأرش لأنه أوفى، والبائع غير متعد فلم يلزمه أكثر من التسوية، وإن كان الغراس لصاحب الأرض فطالبه بالقلع ـ فإن كان له غرض في قلعة ـ أخذ بقلعه، لأنه قد فوت عليه بالغراس غرضًا مقصودًا في الأرض، فأخذ بإعادتها إلى ما كانت، وإن لم يكن له غرض ففيه وجهان:

أحدهما: لا يؤخذ بقلعه. لأن قلعه من غير غرض سفه وعبث.

الثاني: يؤخذ به، لأن المالك محكم في ملكه، والغاصب غير محكم، فوجب أن يؤخذ به.

فصل: وإن غصب أرضًا وحفر فيها بئرًا فطالبه صاحب الأرض بطمها لزمه طمها لأن التراب ملكه، وقد نقله من موضعه فلزمه رده إلى موضعه، فإن أراد الغاصب طمها فامتنع صاحب الأرض أجبر. وقال المزني: لا يجبر كما لو غصب غزلًا ونسجه لم يجبر المالك على نقضه، وهذا غير صحيح، لأن له غرضًا في طمها. وهو أن يسقط عنه ضمان من يقع فيها، بخلاف نقض الغزل المنسوج. فإن أبرأه صاحب الأرض من ضمان من يقع فيها ففيه وجهان:

أحدهما: يصح الإبراء لأنه لما سقط الضمان عنه إذا أذن في حفرها سقط عنه إذا أبراه منها.

والثاني: إنه لا يصح، لأن الإبراء إنما يكون من واجب، ولم يجب بعد شيء فلم يصح الإبراء.

---

(١) تقدم.

فصل: إذا غصب ثوبًا فصبغه بصبغ من عنده نظرت، فإن لم تزد قيمة الثوب والصبغ، ولم تنقص بأن كانت قيمة الثوب عشرة، وقيمة الصبغ عشرة فصارت قيمة الثوب مصبوغًا عشرين، صار شريكًا لصاحب الثوب بالصبغ لأن الصبغ عين مال له قيمة، فإن بيع الثوب كان الثمن بينهما نصفين، فإن زادت قيمتهما بأن صارت قيمة الثوب ثلاثين حدثت الزيادة في ملكهما، لأنه بفعله زاد ماله ومال غيره، وما زاد في ماله يملكه لأنه حصل بعمل عمله بنفسه في ماله، فإن بيع الثوب قسم الثمن بينهما نصفين، وإن نقص قيمتهما بأن صار الثوب يساوي خمسة عشر حسب النقصان على الغاصب في صبغه، لأنه بفعله حصل النقص، فإن بيع الثوب بخمسة عشر دفع إلى صاحب الثوب عشرة، وإلى الغاصب خمسة فإن صارت قيمة الثوب عشرة حسب النقص على الغاصب، فإن بيع الثوب بعشرة دفع العشرة كلها إلى صاحب الثوب، لأنه إما أن يكون سقط بدل الصبغ بالاستهلاك، أو نقص به قيمة الثوب فلزمه أن يجبر ما نقص من قيمة الثوب. فإن صارت قيمة الثوب ثمانية لم يستحق بصبغه شيئًا لأنه استهلكه في الثوب، ويلزمه درهمان لأنه نقص بصبغه من قيمة الثوب درهمان.

فصل: إذا استهلك ثمن الصبغ لم يبق للغاصب في الثوب حق، لأن ماله هو الصبغ وقد استهلكه، وإن بقي للصبغ ثمن فطلب الغاصب استخراجه أجيب إلى ذلك لأنه عين ماله، فكان له أخذه، كما لو غرس في أرض مغصوبة غراسًا ثم أراد قلعه، فإن نقص قيمة الثوب باستخراج الصبغ ضمن ما نقص لأنه حصل بسبب من جهته، وإن طلب صاحب الثوب استخراج الصبغ وامتنع الغاصب، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجبر، وهو قول أبي العباس، لأن الصبغ يهلك بالاستخراج ولا حاجة به إلى ذلك، لأنه يمكنه أن يستوفي حقه بالبيع، ولا يجوز أن يتلف مال الغير.

والثاني: يجبر، وهو قول أبي إسحاق وأبي علي بن خيران، لأنه عرق ظالم لا حق له فيه، فأجبر على قلعه كالغراس في الأرض المغصوبة وإن بذل المغصوب منه قيمة الصبغ ليتملكه وامتنع الغاصب لم يجبر على القبول، لأنه إجبار على بيع ماله، وإن أراد صاحب الثوب البيع وامتنع الغاصب بيع، لأنه ملك له فلا يملك الغاصب أن يمنعه من بيعه بتعديه، وإن أراد الغاصب البيع وامتنع صاحب الثوب ففيه وجهان:

أحدهما: يجبر ليصل الغاصب إلى ثمن صبغه، كما يجبر الغاصب على البيع ليصل رب الثوب إلى ثمن ثوبه.

والثاني: لا يجبر لأنه متعد فلم يستحق بتعديه إزالة ملك رب الثوب عن ثوبه، وإن وهب الغاصب الصبغ من صاحب الثوب ففيه وجهان:

أحدهما: يجبر على قبوله، لأنه لا يتميز من العين فلزمه قبوله كقصارة الثوب.

والثاني: لا يجبر لأنه هبة عين فلا يجبر على قبولها.

فصل: فإن غصب ساجًا فأدخله في البناء أو خيطًا فخاط به شيئًا ـ نظرت فإن عفن الساج وبلى الخيط ـ لم يؤخذ برده لأنه صار مستهلكًا فسقط رده ووجبت قيمته، وإن كان باقيًا على جهته نظرت فإن كان الساج في البناء والخيط في الثوب وجب نزعه ورده، لأنه مغصوب يمكن رده فوجب رده، كما لو لم يبن عليه ولم يخط به، وإن غصب خيطًا فخاط به جرح حيوان، فإن كان مباح الدم كالمرتد والخنزير والكلب العقور وجب نزعه ورده، لأنه لا حرمة له فكان كالثوب، وإن كان محرم الدم، فإن كان مما لا يؤكل كالآدمي والبغل والحمار وخيف من نزعه الهلاك لم ينزع، لأن حرمة الحيوان آكد من حرمة المال، ولهذا يجوز أخذ مال الغير بغير إذنه لحفظ الحيوان ولا يجوز أخذه لحفظ المال، فلا يجوز هتك حرمة الحيوان لحفظ المال.

وإن كان مما يؤكل ففيه قولان:

أحدهما: يجب رده، لأنه يمكن نزعه بسبب مباح فوجب رده كالساج.

والثاني: لا يجب، لأن النبي ﷺ نهى عن ذبح الحيوان لغير مأكله.

فصل: وإن غصب لوحًا وأدخله في سفينة وخاف من نزعه الغرق، فإن كان فيها حيوان ـ لم ينزع لما ذكرناه في الخيط، وإن كان فيها مال غير الحيوان ـ فإن كان لغير الغاصب ـ لم ينزع، لأنه إتلاف مال من له حرمة بجناية غيره فلم يجز، وإن كان المال للغاصب ففيه وجهان.

أحدهما: ينزع كما تنقض الدار لرد الساج.

والثاني: لا ينزع لأنه يمكن رده من غير إتلاف المال، بأن تجر إلى الشط بخلاف الساج في البناء. وعلى هذا إذا أراد المالك أن يطالب بالقيمة كان له ذلك، لأنه حيل بينه وبين ماله فجاز له المطالبة بالبدل، كما لو غصب منه عبدًا فأبق، وإن اختلطت السفينة التي فيها اللوح بسفن الغاصب ففيه وجهان:

أحدهما: ينقض الجميع كما ينقض جميع السفينة.

والثاني: لا ينقض ما لم تتعين، لأنه إتلاف مال لم يتعين فيه التعدي..

فصل: وإن غصب جوهرة فبلعتها بهيمة له ـ فإن كانت البهيمة مما لا يؤكل ـ ضمن قيمة الجوهرة، لأنه تعذر ردها فضمن البدل، وإن كانت مما تؤكل ففيه وجهان بناء على القولين في الخيط الذي خيط به جرح ما يؤكل.

فصل: وإن غصب فصيلًا فأدخله إلى داره فكبر ولم يخرج من الباب نقض الباب لرد الفصيل كما ينقض البناء لرد الساج، وإن دخل الفصيل إلى داره من غير تفريط منه نقض الباب وعلى صاحب الفصيل ضمان ما يصلح به الباب، لأنه نقض لتخليص ما له من غير تفريط من صاحب الباب.

فصل: وإن غصب دينارًا وطرحه في محبرة كسرت المحبرة ورد الدينار، كما ينقض البناء لرد الساج؛ وإن وقع في المحبرة من غير تفريط من صاحبها

كسرت وعلى صاحب الدينار قيمة المحبرة، لأنها كسرت لتخليص ماله من غير تفريط من صاحب المحبرة.

فصل: وإن غصب عينًا وباعها وقبضها المشتري وتصرف فيها وتلفت عنده، فللمالك أن يضمن الغاصب، لأنه غصبها. وله أن يضمن المشتري لأنه قبض ما لم يكن له قبضه فصار كالغاصب.

فإن ضمن الغاصب العين ضمنه قيمته أكثر ما كانت قيمته من حين الغصب إلى أن تلف في يد المشتري، لأنه من حين الغصب إلى حين التلف في ضمانه.

وإن ضمن المشتري ضمنه أكثر ما كانت قيمته من حين قبض إلى أن تلف لأنه لم يدخل في ضمانه قبل القبض، فلا يضمن ما قبله. فإن بدأ فضمن المشتري ـ نظرت، فإن كان عالمًا بالغصب ـ لم يرجع بما ضمنه على الغاصب، لأنه غاصب تلف المغصوب عنده فاستقر الضمان عليه كالغاصب من المالك إذا تلف عنده. فإن لم يعلم نظرت فيما ضمن، فإن التزم ضمانه بالعقد كبدل العين وما نقص منها ـ لم يرجع به على الغاصب؛ لأن الغاصب لم يغره، بل دخل معه على أن يضمنه، وإن لم يلتزم ضمانه بالعقد ـ نظرت. فإن لم يحصل له في مقابلته منفعة كقيمة الولد ونقصان الجارية بالولادة ـ رجع على الغاصب؛ لأنه غره ودخل معه على أن لا يضمنه.

وإن حصلت له في مقابلته منفعة ـ كالأجرة والمهر وأرش البكارة ـ ففيه قولان:

أحدهما: يرجع به لأنه غره ولم يدخل معه على أن يضمنه.

والثاني: لا يرجع به لأنه حصل له في مقابلته منفعة. وإن بدأ فضمن الغاصب فما لا يرجع به المشتري على الغاصب إذا غرم رجع به الغاصب على المشتري، وما يرجع به المشتري على الغاصب لا يرجع به، لأنه لا فائدة في أن يرجع عليه ثم يرجع المشتري به عليه.

فصل: وإن غصب من رجل طعامًا فأطعمه رجلًا فللمالك أن يضمن الغاصب لأنه غصبه، وله أن يضمن الآكل لأنه أكل ما لم يكن له أكله فإن ضمن الآكل ـ نظرت فإن علم أنه مغصوب فأكله ـ لم يرجع على الغاصب بما ضمن لأنه غاصب استهلك المغصوب فلم يرجع بما ضمنه فإن أكل ولم يعلم أنه مغصوب ففيه قولان:

أحدهما: يرجع لأنه غره وأطعمه على أن لا يضمنه.

والثاني: لا يرجع لأنه حصل له منفعة، فإن أطعمه المالك فإن علم أنه له برىء الغاصب من الضمان، لأنه استهلك ماله برضاه مع العلم به، وإن لم يعلم ففيه قولان:

أحدهما: يبرأ الغاصب لأنه عاد إلى يده فبرىء الغاصب من الضمان، كما لو رده عليه.

والثاني: لا يبرأ لأنه إنما ضمن، لأنه أزال يده وسلطانه عن المال وبالتقديم إليه ليأكله لم تعد يده وسلطانه، لأنه لو أراد أن يأخذه لم يمكنه فلم يزل الضمان.

فصل: وإن غصب من رجل شيئًا ثم رهنه عنده أو أودعه أو آجره منه وتلف عنده فإن علم أنه له برىء الغاصب من ضمانه لأنه أعاده إلى يده وسلطانه، وإن لم يعلم ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يبرأ الغاصب من الضمان لأنه عاد إلى يده.

والثاني: لا يبرأ لأنه لم يعد إلى سلطانه، وإنما عاد إليه على أنه أمانة عنده، وإن باعه منه برىء من الضمان علم أو لم يعلم، لأن قبضه بابتياع يوجب الضمان فبرىء به الغاصب من الضمان.

فصل: وإن غصب شيئًا فرهنه المالك عند الغاصب لم يبرأ الغاصب، وقال المزني: يبرأ لأنه أذن له في إمساكه، فبرىء من الضمان كما لو أودعه؛ والمذهب الأول: لأن الرهن يجتمع مع الضمان وهو إذا رهنه شيئًا فتعدى فيه فلا ينافي الضمان.

فصل: وإن غصب حرًا وحبسه ومات عنده لم يضمنه لأنه ليس بمال فلم يضمنه باليد وإن حبسه مدة لمثلها أجرة فإن استوفى فيها منفعته لزمته الأجرة لأنه أتلف عليه ما يتقوم فلزمه الضمان كما لو أتلف عليه ماله أو قطع أطرافه، وإن لم يستوف منفعته ففيه وجهان:

أحدهما: تلزمه الأجرة لأن منفعته تضمن بالإجارة فضمنت بالغصب كمنفعة المال.

والثاني: لا تلزمه لأنها تلفت تحت يده فلا يضمنه الغاصب بالغصب كأطرافه وثياب بدنه.

فصل: وإن غصب كلبًا فيه منفعة لزمه رده على صاحبه، لأنه يجوز اقتناؤه للانتفاع به فلزمه رده. فإن حبسه مدة لمثلها أجرة، فهل تلزمه الأجرة؟ فيه وجهان بناء على الوجهين في جواز اجازته.

فصل: وإن غصب خمرًا نظرت، فإن غصبها من ذمي لزمه ردها عليه لأنه يقر على شربها فلزمه ردها عليه وإن غصبها من مسلم ففيه وجهان:

أحدهما: يلزمه ردها عليه لأنه يجوز أن يطفىء بها نارًا أو يبل بها طينًا فوجب ردها عليه.

والثاني: لا يلزمه وهو الصحيح، لما روي أن أبا طلحة ﷺ: «سأل رسول الله ﷺ عن أيتام ورثوا خمرًا فأمره ﷺ أن يهرقها»[1].

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٦٧٥) والترمذي في سننه برقم (١٢٣٩) وأحمد في المسند (٣/ ١١٩).

فإن أتلفها أو تلفت عنده لم يلزمه ضمانها، لما روى ابن عباس ﷺ أن النبي ﷺ قال: «إن الله تعالى إذا حرم شيئًا حرم ثمنه»[١].

ولأن ما حرم الانتفاع به لم يضمن ببدل كالميتة والدم فإن صار خلا لزمه رده على صاحبه، لأنه صار خلا على حكم ملكه فلزمه رده إليه، فإن تلف ضمنه لأنه مال للمغصوب منه تلف في يد الغاصب فضمنه.

فصل: وإن غصب جلد ميتة لزمه رده، لأن له أن يتوصل إلى تطهيره بالدباغ فوجب رده عليه فإن دبغه الغاصب ففيه وجهان:

أحدهما: يلزمه رده كالخمر إذا صار خلًا.

والثاني: لا يلزمه لأنه بفعله صار مالًا فلم يلزمه رده.

فصل: وإن فصل صليبًا أو مزمارًا لم يلزمه شيء لأن ما أزاله لا قيمة له والدليل عليه ما روى جابر ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ يوم فتح مكة: «إن الله تعالى حرم بيع الخمر وبيع الخنازير وبيع الأصنام وبيع الميتة» فدل على أنه لا قيمة له وما لا قيمة له لا يضمن. فإن كسره نظرت فإن كان إذا فصله يصلح لمنفعة مباحة، وإذا كسره لم يصلح لزمه ما بين قيمته مفصلًا ومكسورًا، لأنه أتلف بالكسر ماله قيمة فلزمه ضمانه، فإن كان لا يصلح لمنفعة مباحة لم يلزمه شيء، لأنه لم يتلف ماله قيمة.

فصل: وإن فتح قفصًا عن طائر نظرت، فإن نفره حتى طار ضمنه لأن تنفير الطائر بسبب ملجىء إلى ذهابه فصار كما لو باشر إتلافه وإن لم ينفره ـ نظرت فإن وقف ثم طار ـ لم يضمنه، لأنه وجد منه سبب غير ملجىء ووجد من الطائر مباشرة، والسبب إذا لم يكن ملجئًا واجتمع مع المباشرة سقط حكمه، كما لو حفر بئرًا فوقع فيها إنسان باختياره، فإن طار عقيب الفتح ففيه قولان:

أحدهما: لا يضمن لأنه طار باختياره فأشبه إذا وقف بعد الفتح ثم طار.

والثاني: يضمن لأن من طبع الطائر النفور ممن قرب منه، فإذا طار عقيب الفتح كان طيرانه بنفوره منه فصار كما لو نفره.

فصل: وإن وقع طائر لغيره على جدار فرماه بحجر فطار لم يضمنه لأن رميه لم يكن سببًا لفواته، لأنه قد كان ممتنعًا وفائتًا من قبل أن يرميه، فإن طار في هواء داره فرماه فأتلفه ضمنه، لأنه لا يملك منع الطائر من هواء داره فصار كما لو رماه في غير داره.

---

(١) أخرجه أحمد في المسند (٢/ ٣٠٢) وأبو داود في سننه (٦/ ١٣).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٢٣٦) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٨١) وأبو داود في سننه برقم (٣٤٨٦) والترمذي في سننه برقم (١٢٩٧) والنسائي في سننه (٧/ ٣٠٩) وابن ماجه في سننه برقم (٢١٦٧) وأحمد في المسند (٣/ ٣٢٤).

فصل: وإن فتح زقًا فيه مائع فخرج ما فيه ـ نظرت، فإن خرج في الحال ـ ضمنه، لأنه كان محفوظًا بالوكاء فتلف بحله فضمنه. وإن خرج منه شيء فابتل أسفله أو ثقل به أحد جانبيه فسقط وذهب ما فيه ضمنه، لأنه ذهب بعضه بفعله وبعضه بسبب فعله فضمنه؛ كما لو قطع يد رجل فمات منه، وإن فتحه ولم يخرج منه شيء ثم هبت ريح فسقط وذهب ما فيه لم يضمن لأن ذهابه لم يكن بفعله فلم يضمنه، كما لو فتح قفصًا عن طائر فوقف ثم طار، أو نقب حرزًا فسرق منه غيره، وإن فتح زقًا فيه جامد فذاب وخرج ففيه وجهان:

أحدهما: لا يضمنه، لأنه لم يخرج عقيب الحل، فصار كما لو كان مائعًا فهبت عليه الريح فسقط.

والثاني: أنه يضمن وهو الصحيح، لأن الشمس لا توجب الخروج، وإنما تذيبه والخروج بسبب فعله فضمنه كالمائع إذا خرج عقيب الفتح.

وإن حل زقًا فيه جامد وقرب إليه آخر نارًا فذاب وخرج، فقد قال بعض أصحابنا: لا ضمان على واحد منهما، لأن الذي حل الوكاء لم توجد منه عند فعله جناية يضمن بها وصاحب النار لم يباشر ما يضمن فصارا كسارقين نقب أحدهما الحرز وأخرج الآخر المال، فإنه لا قطع على واحد منهما، وعندي أنه يجب الضمان على صاحب النار، لأنه باشر الاتلاف بإدناء النار فصار كما لو حفر رجل بئرأ ودفع فيها آخر انسانًا؛ وأما السارق فهو حجة عليه لأنا أوجبنا الضمان على من أخرج المال فيجب أن يجب الضمان ههنا على صاحب النار. وأما القطع فلا يجب عليهما، لأنه لا يجب القطع إلا بهتك الحرز، والذي أخذ المال لم يهتك الحرز والضمان يجب بمجرد الاتلاف وصاحب النار قد أتلف فلزمه الضمان.

فصل: وإن فتح زقًا مستعلي الرأس فاندفع ما فيه فخرج فجاء آخر فنكسه حتى تعجل خروج ما فيه؛ ففيه وجهان:

أحدهما: يشتركان في ضمان ما خرج بعد التنكيس كالجارحين.

والثاني: أن ما خرج بعد التنكيس يجب على الثاني كالجارح والذابح.

فصل: وإن حل رباط سفينة فغرقت نظرت، فإن غرقت في الحال ضمن لأنها تلفت بفعله، وإن وقفت ثم غرقت، فإن كان بسبب حادث كريح هبت لم يضمن، لأنها غرقت بغير فعله. وإن غرقت من غير سبب حادث ففيه وجهان:

أحدهما: لا يضمن، كالزق إذا ثبت بعد فتحه ثم سقط.

والثاني: أنه يضمن، لأن الماء أحد المتلفات.

فصل: إذا أجج على سطحه نارًا فطارت شرارة إلى دار الجار فأحرقتها، أو سقى أرضه فنزل الماء إلى أرض جاره فغرقها، فإن كان الذي فعله ما جرت به العادة لم يضمن لأنه غير متعد. وإن فعل ما لم تجربه العادة بأن أجج من النار

ما لا يقف على حد داره أو سقى أرضه من الماء ما لا تحتمله ضمن لأنه متعد.

فصل: إذا ألقت الريح ثوبًا لإنسان في داره لزمه حفظه. لأنه أمانة حصلت تحت يده، فلزمه حفظها كاللقطة، فإن عرف صاحبه لزمه إعلامه فإن لم يفعل ضمنه، لأنه أمسك مال غيره بغير رضاه من غير تعريف فصار كالغاصب. وإن وقع في داره طائر لم يلزمه حفظه ولا إعلام صاحبه، لأنه محفوظ بنفسه، فإن دخل إلى برج في داره طائر فأغلق عليه الباب ـ نطرت. فإن نوى إمساكه على نفسه ـ ضمنه لأنه أمسك مال غيره فضمنه كالغاصب، وإن لم ينو إمساكه على نفسه لم يضمنه لأنه يملك التصرف في برجه فلا يضمن ما فيه.

فصل: إذا اختلف الغاصب والمغصوب منه في تلف المغصوب، فقال المغصوب منه: هو باق. وقال الغاصب تلف فالقول قول الغاصب مع يمينه لأنه يتعذر إقامة البينة على التلف وهل يلزمه البدل؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يلزمه لأن المغصوب منه لا يدعيه.

والثاني: يلزمه لأنه بيمينه تعذر الرجوع إلى الغير فاستحق البدل كما لو غصب عبدًا فأبق.

فصل: وإن تلف المغصوب واختلفا في قيمته، فقال الغاصب: قيمته عشرة. وقال المغصوب منه قيمته عشرون فالقول قول الغاصب، لأن الأصل براءة ذمته فلا يلزمه إلا ما أقر به كما لو ادعى عليه دينا من غير غصب فأقر ببعضه.

فصل: وإن اختلفا في صفته فقال الغاصب: كان سارقًا فقيمته مائة. وقال المغصوب منه: لم يكن سارقًا فقيمته ألف فالقول قول المغصوب منه لأن الأصل عدم السرقة. ومن أصحابنا من قال: القول قول الغاصب: لأنه غارم، والأصل براءة ذمته مما زاد على المائة، فإن قال المغصوب منه: كان كاتبًا فقيمته ألف وقال الغاصب: لم يكن كاتبًا فقيمته مائة، فالقول قول الغاصب، لأن الأصل عدم الكتابة وبراءة الذمة مما زاد على المائة، فإن قال المغصوب منه: غصبتني طعامًا حديثًا، وقال الغاصب: بل غصبتك طعامًا عتيقًا، فالقول قول الغاصب، لأن الأصل أنه لا يلزمه الحديث فإذا حلف كان للمغصوب منه أن يأخذ العتيق لأنه أنقص من حقه.

فصل: وإن غصبه خمرًا وتلف عنده ثم اختلفا فقال المغصوب منه صار خلًا ثم تلف فعليك الضمان وقال الغاصب بل تلف وهو خمر فلا ضمان عليَّ فالقول قول الغاصب، لأن الأصل براءة ذمته، ولأن الأصل أنه باق على كونه خمرًا.

فصل: وإن اختلفا في الثياب التي على العبد المغصوب. فادعى المغصوب منه أنها له، وادعى الغاصب أنها له، فالقول قول الغاصب لأن العبد وما عليه في يد الغاصب فكان القول قوله والله أعلم.

**الشرح:** قوله: «لاعبًا أو جادًا» أي لاعبًا في مذهب السرقة جادًّا في إدخال

الأذى على أخيه، وقوله: «حصصهم» جمع حصة وهو النصيب، والسبيكة هي الفضة، والنقرة هي الفضة الخالصة تخرج من المعدن فتخلص، وقوله: «أنثييه» أي خصيتيه، وقوله: «فاستحالت» أي انقلبت عن حالها التي كانت عليها، والسفه: التبذير، والعبث: اللعب، وقوله: «طمها» أي دفنها، والساج جنس من الشجر له خشب حسن، وعفن أي بلي ونخر، والطبع: السجية التي خلق عليها الإنسان من أصله، والنفور: الذهاب بسرعة، والبرج: هو مسكن الحمام الذي يفرخ فيه.

أما الأحكام: فالكلام في الغصب على قسمين: القسم الأول في الضمان، وفيه أربعة أطراف:

الطرف الأول: في الموجب للضمان، والغصب وإن كان موجبًا للضمان، فلا ينحصر الموجب فيه، بل الإتلاف أيضًا مضمن، وكذلك الاستعارة والاستيام وغيرهما، والإتلاف يكون بالمباشرة، أو بالتسبب، وماله مدخل في الهلاك، فقد يضاف إليه الهلاك حقيقة، وقد، لا. وما لا، فقد يُقصد بتحصيله حصول ما يضاف إليه الهلاك حقيقة، وقد، لا، لأن الذي يضاف إليه الهلاك يسمى علّةً، والإتيان به، مباشرةً، وما لا يضاف إليه الهلاك ويقصد بتحصيله ما يضاف إليه، يسمى سببًا، والإتيان به، تسبُّبًا. وهذا القصد والتوقع، قد يكون لتأثيره بمجرَّده فيه، وهو علَّة العلة، وقد يكون بانضمام أمور إليه وهي غير بعيدة الحصول. فمن المباشرة: القتل، والأكل، والإحراق. ومن التسبب: الإكراه على إتلاف مال الغير. ومنه ما إذا حفر بئرًا في محل عدوان، فتردَّت فيها بهيمة، أو عبد، أو حر، فإن رداه غيره، فالضمان على المباشر المردي، لأن المباشر مقدمة على السبب، وسيأتي تمام هذا وبيان محل العدوان في كتاب الجنايات إن شاء الله تعالى.

**فرع:** لو فتح رأس زقٍ فضاع ما فيه، نظر، إن كان مطروحًا على الأرض فاندفق ما فيه بالفتح، ضمن. وإن كان منتصبًا لا يضيع ما فيه بالفتح لو بقي كذلك، لكنه سقط، نظر إن سقط بفعله بأن كان يحرك الوكاء ويجذبه حتى أفضى إلى السقوط، ضمن، وكذا لو سقط بما يقصد تحصيله بفعله، بأن فتح رأسه، فأخذ ما فيه في التقاطر شيئًا فشيئًا، حتى ابتل أسفله وسقط، ضمن. وإن سقط بعارض، كزلزلة، أو هبوب ريح، أو وقوع طائر، فلا ضمان. ولو فتح رأسه فأخذ ما فيه في الخروج، ثم جاء آخر ونكسه مستعجلًا، فضمان الخارج بعد النّكس، هل هو عليهما كالجارحين، أم على الثاني فقط كالحازّ مع الجارح؟ فيه وجهان: أصحهما: الثاني.

هذا إذا كان ما في الزق مائعًا. فإن كان جامدًا فطلعت الشمس فأذابته وضاع،

أو ذاب بمرور الزمان وتأثير حرارة الريح فيجب الضمان على الأصح. ويجري الوجهان، فيما لو أزال أوراق العنب وجرَّد عناقيده للشمس فأفسدتها، وفيما لو ذبح شاة رجل فهلكت سخلتها، أو حمامة فهلك فرخها، لفقد ما يصلح لهما. ولو جاء آخر وقرّب نارًا من الجامد فذاب وضاع، فوجهان: أحدهما: لا ضمان على واحد منهما، وأصحهما: يضمن الثاني. ويجري الوجهان فيما لو قرَّب الفاتح أيضًا النار، وفيما لو كان رأس الزق مفتوحًا فجاء رجل وقرّب منه النار.

**فرع:** لو حلَّ رباط سفينة فغرقت بالحَلِّ، ضمن، ولو غرقت بحادث، كهبوب ريح أو غيره، لم يضمن. وإن لم يظهر حادث، فوجهان: وليكن الأمر كذلك في مسألة الزق إذا لم يظهر حادث لسقوطه.

**فرع:** فتح قفصًا عن طائر وهيَّجه حتى طار، ضمنه. فإن لم يزد على الفتح، فثلاثة أقوال: أظهرها: إن طار في الحال، ضمن، وإلا، فلا. والثاني: يضمن مطلقًا. والثالث: لا يضمن مطلقًا. وفي ما جمع من فتاوى القفال ـ تفريعًا على وجوب الضمان إذا طار في الحال ـ: أنه لو وثبت هرة بمجرد فتح القفص، ودخلته وقتلت الطائر، لزمه الضمان، لأنه في معنى إغراء الهرة، وأنه لو كان القفص مغلقًا فاضطرب بخروج الطائر وسقط فانكسر، لزم الفاتح ضمانه. وأنه لو كسر الطائر في خروجه قارورة رجل، لزمه ضمانها، لأن فعل الطائر منسوب إليه، وأنه لو كان شعير في جراب مشدود الرأس، وبجنبه حمار، ففتح رأسه فأكله الحمار في الحال، لزم الفاتح ضمانه، ولو حل رباط بهيمة، أو فتح باب الإصطبل فخرجت وضاعت، فالحكم على ما ذكرنا في القفص. ولو خرجت في الحال وأتلفت زرع رجل، قال القفال: إن كان نهارًا، لم يضمن الفاتح، وإن كان ليلًا، ضمن، كدابة نفسه. وقال العراقيون: لا يضمن، إذ ليس عليه حفظ بهيمة الغير عن الزروع.

ولو حل قيد العبد المجنون، أو فتح باب السجن، فذهب، فهو كما لو حل رباط البهيمة. وإن كان العبد عاقلًا، نظر، إن لم يكن آبقًا، فلا ضمان، لأن له اختيارًا صحيحًا، فذهابه محال عليه، وإن كان آبقًا، فلا ضمان أيضًا على الأصح، وقيل: هو كحل رباط البهيمة، ففيه التفصيل.

**فرع:** لو وقع طائر على جداره، فنفَّره، لم يضمن، لأنه كان ممتنعًا قبله، ولو رماه في الهواء فقتله، ضمنه، سواء هواء داره وغيره، إذ ليس له منع الطائر من هواء ملكه.

**فرع:** لو فتح باب الحِرز فسرق غيرُه، أو دَلَّ سارقًا فسرق، أو أمر غاصبًا فغصب، أو بنى دارًا فألقت الريح فيها ثوبًا وضاع، فلا ضمان عليه. ولو حبس

المالكَ عن ماشيته حتى تلفت، فلا ضمان، لأنه لم يتصرف في المال، كذا قالوه، ولعل صورته فيما إذا لم يقصد منعه عن الماشية، وإنما قصد حبسه فأفضى الأمر إلى هلاكها، لأن المتولي قال: لو كان له زرع ونخيل، وأراد سوق الماء إليها فمنعه ظالم من السقي حتى فسدت، ففي الضمان الوجهان فيما لو فتح الزق عن جامد فذاب بالشمس وضاع. قلت: الأصح في صورتي الحبس عن الماشية والسقي: أنه لا ضمان، بخلاف فتح الزق لِما ذكرنا أنه لم يتصرف في المال. والله أعلم.

ولو غصب هادي القطيع فتبعه القطيع، أو غصب البقرة فتبعها العجل، لم يضمن القطيعَ والعجلَ على الأصح.

**فرع:** لو نقل صبيًا حرًا إلى مَضْيَعَة، فاتفق سبع فافترسه، فلا ضمان لاحالة الهلاك على اختيار الحيوان ومباشرته. ولو نقله إلى مَسبعة فافترسه سبع، فلا ضمان أيضًا، هذا هو المذهب والمعروف في كتب الأصحاب، وذكر الغزالي فيه وجهين: وليس بمعروف.

**فصل:** إثبات اليد العادية سبب للضمان، وينقسم إلى مباشرة، بأن يغصب الشيء فيأخذه من يد مالكه، وإلى التسبب، وهو في الأولاد وسائر الزوائد، لأن إثبات اليد على الأصول سبب لإثباتها على الفروع، فيكون ولد المغصوب وزوائده مغصوبة. ثم إثبات اليد العادية يكون في المنقول والعقار. أما المنقول، فالأصل فيه النقل، لكن لو ركب دابة غيره، أو جلس على فراش غيره ولم ينقله، ففي كونه غاصبًا ضامنًا، وجهان: أصحهما: نعم، سواء قصد الاستيلاء أم لا. قال المتولي: وهذا إذا كان المالك غائبًا، أما إذا كان حاضرًا، فإن أزعجه وجلس على الفراش، أو لم يزعجه وكان بحيث يمنعه من رفعه والتصرف فيه، فيضمنه قطعًا، وقياس ما يأتي إن شاء الله تعالى في نظيره من العقار: أن لا يكون غاصبًا إلا لنصفه. وأما العقار، فإن كان مالكه فيه، فأزعجه ظالم ودخل الدار بأهله على هيئة من يقصد السكن، فهو غاصب، سواء قصد الاستيلاء، أم لا، لأن وجود الاستيلاء يغني عن قصده، ولو سكن بيتًا من الدار، ومنع المالك منه دون باقي الدار، فهو غاصب لذلك البيت دون باقي الدار.

وإن أزعج المالك ولم يدخل الدار، فالمذهب والذي يدل عليه كلام جماهير الأصحاب: أنه غاصب، فلم يعتبروا في الغصب إلا الاستيلاء ومنع المالك عنه، وقال الغزالي: لا يكون غصبًا، واعتبر دخول الدار في غصبها، وهو ضعيف أما إذا لم يزعج المالك، ولكن دخل واستولى معه، فهو غاصب لنصف الدار، لاجتماع يدهما واستيلائهما، فإن كان الداخل ضعيفًا، والمالك قوي لا يعد مِثْلُه مستوليًا

عليه، لم يكن غاصبًا لشيء من الدار، ولا اعتبار بقصد ما لا يتمكن من تحقيقه. أما إذا لم يكن هناك مالك، فدخل على قصد الاستيلاء، فهو غاصب وإن كان ضعيفًا وصاحب الدار قويًا، لأن الاستيلاء حاصل في الحال، وأثر قوة المالك إنما هو سهولة إزالته والانتزاع من يده، فصار كما لو سلب قلنسوة ملك، فإنه غاصب وإن سهل على المالك انتزاعها. وفي وجه: لا يكون غصبًا، لأن مثله في العرف يعد هزءًا، ولا يعد استيلاءً، وهو شاذ ضعيف، وإن دخل لا على قصد الاستيلاء، بل لينظر، هل يصلح له، أو غير ذلك؟ لم يكن غاصبًا. قال المتولي: لكن لو انهدمت في تلك الحال، هل يضمنها؟ وجهان: أحدهما: نعم، كما لو أخذ منقولًا من بين يدي مالكه لينظر هل يصلح له ليشتريه، فتلف في تلك الحال، فأنه يضمنه. وأصحهما: لا، لأن اليد على المنقول حقيقة. ولو اقتطع قطعة أرض ملاصقة لأرضه، وبنى عليها حائطًا وأضافها إلى ملكه، ضمنها، لوجود الاستيلاء.

**فصل:** فيما إذا انبنت على يد الغاصب يد أخرى، قد سبق معظم مسائله في كتاب الرهن، وحاصله: أن كل يد ترتبت على يد الغاصب، فهي يد ضمان، فيتخير المالك عند التلف، بين مطالبة الغاصب، ومن ترتبت يده على يده، سواء علم المغصوب أم لا، لأنه أثبت يده على مال غيره بغير إذنه، فالجهل ليس مسقطًا للضمان. ثم الثاني، إن علم الغصب، فهو غاصب من الغاصب، فيطالَب بكل ما يطالَب به الغاصب، وإن تلف المغصوب في يده، فقرار الضمان عليه. فإذا غرم، لا يرجع على الأول، وإذا غرم الأول رجع عليه، هذا إذا لم تختلف قيمته في يدهما، أو كانت في يد الثاني أكثر، فلو كانت في يد الأول أكثر، لم يطالَب بالزيادة إلا الأول، وتستقر عليه. أما إذا جهل الثاني الغصب، فإن كانت اليد في وضعها يد ضمان كالعارية، استقر الضمان على الثاني. وإن كانت يد أمانة كالوديعة، استقر على الغاصب على المذهب. وفي وجه: يستقر على المودع وفي وجه: لا يطالب المودع أصلًا، وقد سبق بيان هذا الفصل في أواخر الباب الثالث من كتاب الرهن بزيادة على هذا، والقرض معدود من أيدي الضمان. ولو وهب المغصوب، فهل القرار على الغاصب لأنها ليست يد ضمان، أم على المتهب لأنه أخذه للتملك؟ قولان: أظهرهما: الثاني. ولو زوج المغصوبة فتلفت عند الزوج، فالمذهب: أنه لا يطالبَ الزوج بقيمتها قطعًا. وقيل: كالمودَع.

**فرع:** إذا أتلف القابض من الغاصب، نظر، إن استقل بالإتلاف، فقرار الضمان عليه. وإن حمله الغاصب عليه، بأن غصب طعامًا فقدَّمه إليه ضيافة فأكله، فالقرار على الآكل إن كان عالمًا، وكذا إن كان جاهلًا على الأظهر المشهور في الجديد. فعلى هذا، إن ضمنه، لم يرجع على الغاصب، وإن ضمن الغاصب، رجع

عليه. وعلى القول الآخر بالعكس، هذا إذا قدمه إليه وسكت. فإن قال: هو ملكي، فإن ضمن الآكل، ففي رجوعه على الغاصب القولان. وإن ضمن الغاصب، فالمذهب: أنه لا يرجع قطعًا، لأنه معترف بأنه مظلوم، فلا يرجع على غير ظالمه. وقال المزني: يرجع عليه، وغلَّطه الأصحاب. ولو وهب المغصوب فأتلفه المتهب، فالقولان، وأولى بالاستقرار على المتهب.

**فرع:** لو قدم الطعام المغصوب إلى عبد إنسان فأكله، فإن جعلنا القرار على الحر الآكل، فهذه جناية من العبد يباع فيها، وإلا، فلا يباع، وإنما يطالب الغاصب كما لو قدم شعيرًا مغصوبًا إلى بهيمة بغير إذن مالكها.

**فرع:** غصب شاة وأمر قصابًا بذبحها جاهلًا بالحال، فقرار ضمان النقص على الغاصب، ولا يخرج على القولين في آكل الطعام، لأنه ذبح للغاصب، وهناك انتفع بأكله.

**فرع:** لو أمر الغاصب رجلًا بإتلاف المغصوب بالقتل والإحراق ونحوهما، ففعله جاهلًا بالغصب، فالمذهب: القطع بالاستقرار على المتلف، لأنه حرام، بخلاف الآكل، ولا أثر للتغرير مع التحريم، وقيل على القولين.

**فرع:** قُدم المغصوب إلى مالكه، فأكله جاهلًا بالحال، فإن قلنا في التقديم إلى الأجنبي: القرار على الغاصب، لم يبرأ من الضمان، وإلا، فيبرأ، وربما نصر العراقيون الاول. ونقل الإمام عن الأصحاب أن البراءة هنا أولى من الاستقرار على الآكل. ولو أودعه للمالك، أو رهنه عنده، أو أجره إياه جاهلًا بالحال، فتلف عنده، لم يبرأ من الضمان على المذهب، وقيل بالقولين. ولو باعه للمالك، أو أقرضه، أو أعاره فتلفت عنده، برىء الغاصب. ولو دخل المالك دار الغاصب، فأكل طعامًا يظنه للغاصب، فكان هو المغصوب، برىء الغاصب، ولو صال العبد المغصوب على مالكه، فقتله المالك للدفع، لم يبرأ الغاصب، سواء علم أنه عبده، أم لا، لأن الإتلاف بهذه الجهة كإتلاف العبد نفسه، ولهذا لو كان العبد لغيره، لم يضمنه. وفي وجه: يبرأ عند العلم، لإتلافه مال نفسه لمصلحته، وهو ضعيف.

**فرع:** زوَّج المغصوبة بمالكها جاهلًا، فتلفت عنده، فهو كما لو أودعها عنده فتلفت، فلو استولدها، نفذ الاستيلاد وبرىء الغاصب على المذهب. ولو قال الغاصب للمالك: أعتق هذا، فأعتقه جاهلًا، نفذ العتق على الأصح، لأنه لا يبطل بالجهل، فعلى هذا، يبرأ الغاصب على الأصح، لعود مصلحة العتق إليه. وعلى الثاني: لا يبرأ، فيطالبه بقيمته. ولو قال: أعتقه عني، ففعل جاهلًا، ففي نفوذ العتق وجهان: إن نفذ، ففي وقوعه عن الغاصب، وجهان: الصحيح: المنع. ولو قال

المالك للغاصب: أعتقه عني، أو مطلقًا، فأعتقه، عتق وبرىء الغاصب.

الطرف الثاني: في المضمون، قال الأصحاب رحمهم الله: المضمون هو المعصوم، وهو قسمان:

أحدهما: ما ليس بمال، وهو الأحرار، فيضمنون بالجناية على النفس والطرف، بالمباشرة تارة، وبالتسبب أُخرى، وتفصيله في كتاب الديات.

الثاني: ما هو مال، وهو نوعان: أعيان، ومنافع. والأعيان ضربان: حيوان وغيره. والحيوان صنفان: آدمي وغيره.

أما الآدمي: فيضمن النفس والطرف من الرقيق بالجناية كما يضمن الحر، ويضمن أيضًا باليد العادية. وبدل نفسه: قيمتُه بالغة ما بلغت، سواء قتل أو تلف تحت اليد العادية. وأما الأطراف والجراحات، فما كان منها لا يتقدر واجبه في الحُر، فواجبه في الرقيق ما نقص من قيمته، سواء حصل بالجناية، أم فات تحت اليد العادية، وما كان مقدرًا في الحر، ينظر، إن حصل بجناية، فقولان: الجديد الأظهر: أنه يتقدر من الرقيق أيضًا، والقيمة في حقه كالدية في حق الحر، فيجب في يد العبد نصف قيمته، كما يجب في يد الحر نصف ديته، وعلى هذا، القياس. والقديم: الواجب ما نقص من قيمته كسائر الأموال. وأما ما يتلف تحت اليد العادية، كمن غصب عبدًا فسقطت يده بآفة سماوية، فالواجب فيه ما نقص على الصحيح.

وفي وجه: إن كان النقص أقل من المقدَّر، وجب ما يجب على الجاني، فعلى الجديد: لو قطع الغاصب المغصوب، لزمه أكثر الأمرين من نصف القيمة والأرش. لو قطع يديه، فعليه كمال القيمة. وكذا لو قطع أنثييه، فزادت قيمته. ولو كان الناقص بقطع الغاصب ثلثي قيمته، وجب ثلثا قيمته على القولين. أما على القديم، فلأنه قدر النقص. وأما على الجديد، فالنصف بالجناية، والسدس باليد العادية. ولو كان النقص بسقوط اليد بآفة ثلث القيمة، فهو الواجب على القديم، وكذا على الجديد تفريعًا على الصحيح، وعلى الوجه الآخر: الواجب نصف قيمته. والمكاتب، والمستولدة، والمدبَّر، حكمهم في الضمان حكم القن.

الصنف الثاني: غير الآدمي من الحيوان، فيجب فيه باليد والجناية قيمته، وفي ما تلف من أجزائه ما نقص من قيمته، ويستوي فيه الخيل، والإبل، والحمير، وغيرها.

الضرب الثاني: غير الحيوان، وهو منقسم إلى مثلي ومتقوَّم، وسيأتي ضبطهما وحكمهما في الطرف الثالث إن شاء الله تعالى.

النوع الثاني: المنافع، وهي أصناف: منها: منافع الأموال من العبيد والثياب

والأرض وغيرها، وهي مضمونة بالتفويت. والفوات تحت اليد العادية، فكل عين لها منفعة تستأجر لها، يضمن منفتها إذا بقيت في يده مدة لها أجرة حتى لو غصب كتابًا وأمسكه مدة وطالعه، أو مسكًا فشمه، أو لم يشمه، لزمه أجرته. ولو كان العبد المغصوب يعرف صنائع، لزمه أجرة أعلاها أجرة، ولا يلزمه أجر الجميع. ولو استأجر عينًا لمنفعة، فاستعملها في غيرها، ضمنها.

ومنها: منفعة البُضْع، فلا تضمن بالفوات تحت اليد، لأن اليد لا تثبت عليها، ولهذا يزوج السيد المغصوبة، ولا يؤجرها، كما لا يبيعها، وكذا لو تداعى رجلان نكاح امرأة، ادعيا عليها، ولا يدعي كل واحد منهما على الآخر وإن كانت عنده. وإذا أقرت لأحدهما، حكم بأنها زوجُه، وذلك يدل على أن اليد لها، ولأن منفعة البضع تُستحق استحقاق ارتفاق للحاجة، وسائر المنافع تُستحق استحقاق ملك تام. ولهذا، من ملك منفعة بالاستئجار، ملك نقلها إلى غيره بعوض أو بغيره، والزوج لا يملك، نقل منفعة البضع. فأما إذا فوت منفعة البضع بالوطء، فيضمن مهر المثل، وسيأتي تفريعه في الفصل الثالث من الباب الثاني إن شاء الله تعالى.

ومنها: منفعة بدن الحر، وهي مضمونة بالتفويت. فإذا قهر حرًا وسخَّره في عمل، ضمن أجرته. وإن حبسه وعطل منافعه، لم يضمنها على الأصح، لأن الحر لا يدخل تحت اليد، فمنافعه تفوت تحت يده، بخلاف المال، وقال ابن أبي هريرة: يضمنها ويقرب من الوجهين الخلاف في صورتين. إحداهما: لو استأجر حرًا وأراد أن يؤجره، هل له ذلك؟ والثانية: إذا أسلم الحر المستأجر نفسَه، ولم يستعمله المستأجر إلى انقضاء المدة التي استأجره فيها، هل تتقرر أجرته؟ قال الأكثرون: له أن يؤجّره وتتقرر أجرته. وقال القفال: لا يؤجره ولا تتقرر أجرته، لأن الحر لا يدخل تحت اليد، ولا تحصل منافعه في يد المستأجر، ويدخل في ضمانه إلا عند وجودها، هكذا ذكر الأصحاب توجيه الخلاف في المسائل الثلاث، ولم يجعلوا دخول الحر تحت اليد مختلفًا فيه، بل اتفقوا على عدمه، ولكن من جوَّز إجارة المستأجر، وقرر الأجرة، بنى الأمر على الحاجة والمصلحة، وجعل الغزالي الخلاف في المسائل مبنيًا على التردد في دخوله تحت اليد ولم نر ذلك لغيره.

**فرع:** في دخول ثياب الحر في ضمان مَن استولى عليه، تفصيل مذكور في كتاب السرقة.

**فرع:** قال المتولي: لو نقل حرًا صغيرًا أو كبيرًا بالقهر إلى موضع، فإن لم يكن له غرض في الرجوع إلى الموضع الأول، فلا شيء عليه. وإن كان واحتاج إلى مؤنة، فهي على الناقل، لتعدِّيه.

ومنها: منفعة الكلب، فمن غصب كلب صيد أو حراسة، لزمه رده مع مؤنة الرد إن كان له مؤنة، وهل تلزمه أجرة منفعته؟ وجهان: بناءً على جواز إجارته. وفيما اصطاده الغاصب بالكلب المغصوب، وجهان: أحدهما: للمالك، كصيد العبد وكسبه. وأصحهما: للغاصب، كما لو غصب شبكة أو قوسًا واصطاد بهما، فإنه للغاصب.

ويجري الوجهان، فيما لو اصطاد بالبازي والفهد المغصوبين، وحيث كان الصيد للغاصب، لزمه أجرة مثل المغصوب، وحيث كان للمالك كصيد العبد، ففي وجوب الأُجرة لزمن الاصطياد وجهان: أصحهما: الوجوب، لأَنه ربما كان يستعمله في شغل آخر.

**فرع:** المغصوب، إذا دخله نقص، هل يجب أرشه مع الأجرة؟ نظر، إن كان النقص بسبب غير الاستعمال، بأن غصب ثوبًا أو عبدًا، فنقصت قيمته بآفة سماوية كسقوط عضو العبد بمرض، وجب الأرش مع الأجرة، ثم الأجرة الواجبة لِما قبل حدوث النقص، أجرة مثله سليمًا، ولما بعده، أجرة مثله معيبًا. وإن كان النقص بسبب الاستعمال، بأن لبس الثوب فأبلاه، فوجهان: أصحهما: يجبان، والثاني: لا يجب إلا أكثر الأمرين من أجرة المثل وأرش النقص.

**فرع:** سيأتي إن شاء الله تعالى، أن العبد المغصوب إذا تعذر ردّه بآفة، غرم الغاصب قيمته للحيلولة، وتلزمه مع ذلك أجرة المثل للمدة الماضية قبل بذل القيمة، وفيما بعدها، وجهان:

أصحهما: الوجوب، لبقاء حكم الغصب. ويجري الوجهان في أن الزوائد الحاصلة بعد دفع القيمة، هل تكون مضمونة على الغاصب؟ وفي أنه هل يلزمه مؤنة ردها؟ وفي أن جناية الآبق في إباقه، هل يتعلق ضمانها بالغاصب؟ ولو غيب الغاصب المغصوب إلى مكان بعيد، وعسر رده، وغرم القيمة، قال الإمام: وطردَّ شيخي في هذه الصورة، الخلاف في الأحكام المذكورة، ومنهم من قطع بوجوب الأجرة وثبوت سائر الأحكام. والفرق، أنه إذا غيبه بإختياره، فهو باقٍ في يده وتصرفه، فلا ينقطع عنه الضمان.

**فرع:** الخمر والخنزير، لا يضمنان لا لمسلم ولا لذمي، سواء أراق حيث تجوز الإراقة، أم حيث لا تجوز، ثم خمور أهل الذمة لا تراق إلا إذا تظاهروا بشربها أو بيعها، ولو غصبت منهم والعين باقية، وجب ردها، وإن غصبت من مسلم، وجب ردها إن كانت محترمة، وإن لم تكن محترمة، لم يجب، بل تراق.

**فرع:** آلات الملاهي كالبربط والطنبور وغيرهما، وكذا الصنم والصليب، لا

يجب في إبطالها شيء، لأنها محرمة الاستعمال، ولا حرمة لتلك الصنعة. وفي الحد المشروع في إبطالها، وجهان: أحدهما: تُكسر وتُرضض حتى تنتهي إلى حدٍّ لا يمكن اتخاذ آلة محرمة منها، لا الأولى ولا غيرها. وأصحهما: لا تكسر الكسر الفاحش لكن تفصَّل. وفي حد التفصيل وجهان: أحدهما: قدر لا يصلح معه للاستعمال المحرم، حتى إذا رفع وجه البربط وبقي على صورة قصعة، كفى. والثاني: أن يفصل إلى حد حتى لو فرض اتخاذ آلة محرمة من مفصلها لنال الصانع التعب الذي يناله في ابتداء الاتخاذ، وهذا بأن يبطل تأليف الأجزاء كلها حتى تعود كما كانت قبل التأليف، وهذا أقرب إلى كلام الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ وجماهير الأصحاب. ثم ما ذكرناه من الاقتصار على تفصيل الأجزاء، هو فيما إذا تمكن المحتسب منه، أما إذا منعه من في يده ودافعه عن المنكر، فله إبطاله بالكسر قطعًا. وحكى الإمام اتفاق الأصحاب على أن قطع الأوتار لا يكفي لأنها مجاورة لها منفصلة. ومن اقتصر في إبطالها على الحد المشروع، فلا شيء عليه. ومن جاوزه، فعليه التفاوت بين قيمتها مكسورة بالحد المشروع، وبين قيمتها منتهية إلى الحد الذي أتى به. وإن أحرقها فعليه قيمتها مكسورة الحد المشروع.

قال الغزالي في «البسيط»: أجمعوا على أنه لا يجوز إحراقها، لأن رضاضها متمول. ومما يتعلق بهذا الفصل، أن الرجل، والمرأة، والعبد، والفاسق، والصبي المميز، يشتركون في جواز الإقدام على إزالة هذا المنكر وسائر المنكرات، ويثاب الصبي عليها كما يثاب البالغ، ولكن إنما تجب إزالته على المكلف القادر. قال الغزالي في «الأحياء»: وليس لأحد منع الصبي من كسر الملاهي وإراقة الخمور وغيرهما من المنكرات، كما ليس له منع البالغ، فإن الصبي وإن لم يكن مكلفًا، فهو من أهل القُرب، وليس هذا من الولايات، ولهذا يجوز للعبد والمرأة وآحاد الرعية، والله أعلم.

الطرف الثالث: في قدر الواجب، فما كان مثليًا، ضمن بمثله. وما كان متقومًا، فبالقيمة. وفي ضبط المثلي أوجه: أحدها: كل مقدر بكيل أو وزن فهو مثلي، وينسب هذا الى نص الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ، لقوله في «المختصر»: وما له كيل أو وزن، فعليه مثل كيله أو وزنه. والثاني: يزاد مع هذا جواز السلم فيه. والثالث: زاد القفال وآخرون اشتراك جواز بيع بعضه ببعض. والرابع: ما يقسم بين الشريكين من غير تقويم. والخامس: قاله العراقيون: المثلي ما لا تختلف أجزاء النوع منه في القيمة، وربما قيل في الجرم والقيمة. ويقرب منه قولُ: من قال: المثلي: المتشاكل في القيمة ومعظم المنافع. وما اختاره الإمام، هو تساوي الأجزاء في المنفعة والقيمة، فزاد المنفعة، واختاره الغزالي، وزاد من حيث الذات لا من حيث

الصنعة. والوجه الأول منقوض بالمعجونات. والثالث: بعيد عن اختيار أكثر الأصحاب لأنهم أعرضوا عن هذا الشرط، وقالوا: امتناع بيع بعضه ببعض لرعاية الكمال في حال التماثل بمعزل عما نحن فيه. والرابع: لا حاصل له، فإنه منتقض بالأرض المتساوية، فإنها تنقسم كذلك، وليست مثلية: والخامس: ضعيف أيضًا منتقض بأشياء، فالأصح الوجه الثاني، لكن الأحسن أن يقال: المثلي: ما يحصره كيل أو وزن، ويجوز السلم فيه، ولا يقال: مكيل أو موزون، لأن المفهوم منه ما يعتاد كيله ووزنه، فيخرج منه الماء وهو مثلي، وكذا التراب وهو مثلي على الأصح. ويحصل من الخلاف اختلاف من الصفر، والنحاس، والحديد، لأن أجزاءها مختلفة الجواهر، وكذا في التبر، والسبيكة، والمسك، والعنبر، والكافور، والثلج، والجَمْد، والقطن، لمثل ذلك. وفي العنب والرطب وسائر الفواكه الرطبة لامتناع بيع بعضها ببعض، وكذا الدقيق. والأصح: أنها كلها مثلية. وفي السكَّر والفانيذ والعسل المصفى بالنار واللحم الطري، للخلاف في جواز بيع كل منها بجنسه، وفي الخبز، لامتناع بيع بعضه ببعض، وأيضًا الخلاف في جواز السلم فيه. وأما الحبوب، والأدهان، والألبان، والسمن، والمخيض، والخل الذي ليس فيه ماء، والزبيب، والتمر، ونحوها، فمثلية بالاتفاق. والدراهم، والدنانير الخالصة، مثلية. ومقتضى العبارة الثانية، جريان خلاف فيها، لأن في السلم فيها خلافا سبق.

وفي المكسرة، الخلاف في تبر والسبيكة، وأما الدراهم والدنانير المغشوشة، فقال المتولي: إن جوزنا المعاملة بها، فمثلية، وإلا، فمتقومة.

**فصل:** إذا غصب مثليًا وتلف في يده، والمثل موجود، فلم يسلمه حتى فقد، أخذت منه القيمة. والمراد بالفقدان: أن لا يوجد في ذلك البلد وحواليه على ما سبق في انقطاع المسلم فيه، وفي القيمة المعتبرة أحد عشر وجهًا. أصحها: يجب أقصى القيم من يوم الغصب إلى الإعواز. والثاني: أقصاها من الغصب إلى التلف. والثالث: أقصاها من التلف إلى الإعواز، وربما بني هذان الوجهان على أن الواجب عند إعواز المثل، هل هو قيمة المغصوب لأنه الذي أتلف على المالك، أم قيمة المثل لأنه الواجب عند التلف، وفيه وجهان لأبي الطيب ابن سلمة. والرابع: أقصاها من الغصب إلى تغريم القيمة والمطالبة بها. والخامس: أقصاها من الإعواز إلى المطالبة. والسادس: أقصاها من تلف المغصوب إلى المطالبة. والسابع: قيمته يوم التلف. والثامن: يوم الإعواز، اختاره أبو علي الزجاجي، بضم الزاي، والحناطي، بالحاء المهملة، والماوردي، وأبو خلف السُّلمي. والتاسع: يوم المطالبة. والعاشر: إن كان منقطعًا في جميع البلاد، فقيمة يوم الإعواز. وإن فقد

هناك فقط، فقيمة يوم الحكم بالقيمة. والحادي عشر: حكي عن الشيخ أبي حامد إن ثبت عنه: قيمةُ يوم أخذ القيمة، لا يوم المطالبة، ولو غصب مثليًا فتلف والمثل مفقود، فالقياس: أنه يجب على الوجه الاول. والثاني: أقصى القيم من الغصب إلى التلف. وعلى الثالث والسابع والثامن: قيمة يوم التلف، وأن يعود. والرابع والسادس والتاسع بحالها. وعلى الخامس أقصى القيم من التلف إلى يوم التقويم. والعاشر بحاله. قلت: والحادي عشر بحاله. والله أعلم.

ولو أتلف لرجل مثليًا بلا غصب، وكان المثل موجودًا فلم يسلمه حتى فقد، فعلى الوجه الثاني: قيمة يوم الإتلاف. وعلى الأول والثالث: أقصى القيم من الإتلاف إلى الإعواز. وعلى الرابع: من الإتلاف إلى التقويم. والقياس: عود الأوجه الباقية. ولو أتلفه والمثل مفقود، فالقياس أن يقال: على الأوجه الثلاثة الأوائل، والسابع والثامن: تجب قيمة يوم الإتلاف. وعلى الرابع والخامس والسادس: أقصى القيم من الإتلاف إلى التقويم. وعلى التاسع: قيمة يوم التقويم. وعلى العاشر: إن كان مفقودًا في جميع البلاد، فيوم الإتلاف، وإلا، فيوم التغريم.

**فرع:** متى غرم الغاصب أو المتلف القيمة لإعواز المثل، ثم وجد المثل، هل للمالك رد القيمة وطلب المثل؟ وجهان: أصحهما: لا. قلت: ويجريان، في أن الغاصب والمتلف، هل لهما رد المثل وطلب القيمة. والله أعلم.

**فرع:** في أن المثلي، هل يؤخذ مثله مع اختلاف الزمان والمكان، أما المكان؛ فإذا غصب مثليًا ونقله إلى بلد آخر، كان للمالك أن يكلفه رده، وله أن يطالبه بالقيمة في الحال للحيلولة. ثم إذا رده الغاصب رد القيمة واسترده. فلو تلف في البلد المنقول إليه، طالبه بمثله حيث ظفر به من البلدين لتوجه الطلب عليه برد العين في الموضعين. فإن فقد المثل، غرمه قيمة أكثر البلدين قيمة. ولو أتلف مثليًا أو غصبه وتلف عنده في بلد، ثم ظفر به في آخر، هل له مطالبته بالمثل؟ فيه ثلاثة أوجه: الصحيح الذي قطع به الأكثرون: إن كان مما لا مؤنة لنقله كالدراهم والدنانير، فله المطالبة بالمثل، وإلا، لم يكن له طلب المثل، ولا للغارم تكليفه قبوله لما فيه من الضرر، وللمالك أن يغرمه قيمة بلد التلف، فإن تراضيا على المثل، لم يكن له تكليفه مؤنة النقل. والوجه الثاني: يطالبه بالمثل. وإن لزمت مؤنة وزادت القيمة كما لو أتلف مثليًا في وقت الرخص، له طلب المثل في الغلاء. والثالث: إن كانت قيمة ذلك البلد لا تزيد على قيمة بلد التلف، طالبه بالمثل، وإلا، فلا.

وإذا قلنا بالمنع، فأخذ القيمة، ثم اجتمعا في بلد التلف، هل للمالك رد

القيمة وطلب المثل؟ وهل لصاحبه استرداد القيمة وبذل المثل؟ فيه الوجهان فيما لو غرم القيمة لإعواز المثل. ولو نقل المغصوب المثلي إلى بلد، وتلف هناك، أو أتلفه ثم ظفر به المالك في بلد ثالث وقلنا: إنه لا يطالب بالمثل في غير موضع التلف، فله أخذ قيمة أكثر البلدين قيمة. وأما إذا اختلف الزمان، فله المطالبة بالمثل وإن زادت القيمة، وليس له إلا ذلك وإن نقصت القيمة. هذا كله إذا لم يخرج المثل باختلاف الزمان والمكان عن أن يكون له قيمة ومالية. فأما إن خرج بأن أتلف ماءه في مفازة، ثم اجتمعا علي شط نهر أو في بلد، أو أتلف عليه الجَمْد في الصيف، واجتمعنا في الشتاء، فليس للمتلف بذل المثل، بل عليه قيمة المثل في مثل تلك المفازة، وفي الصيف، وإذا غرم القيمة ثم اجتمعا في مثل تلك المفازة أو في الصيف، فهل يثبت التّرادُّ؟ فيه وجهان: وأما المسلم إليه والمقترض، إذا ظفر به المالك في بلد آخر، ففي مطالبته كلام سبق في كتاب السلم.

ولو قال المستحق: لا آخذ القيمة بل أنتظر وجود المثل، فله ذلك، نقله في «البيان»، ويحتمل أن يجيء فيه الخلاف في أن صاحب الحق إذا امتنع من قبضه، هل يجبر، ويمكن الفرق. ولو لم يأخذ القيمة حتى وجد المثل تعين قطعًا. والله أعلم.

**فصل:** الذهب والفضة، إن كانا مضروبين، فقد سبق أنهما مثليان، وإلا، فإن كان فيهما صنعة بأن أتلف حليًا وزنه عشرة وقيمته عشرون، فأربعة أوجه: أحدها: يضمن العين بوزنها من جنسها، والصنعة بقيمتها من غير جنسها، سواء كان ذلك نقد البلد، أم لا، لأنا لو ضمناه الجميع بالجنس لقابلنا عشرة بعشرين وذلك ربا. والثاني: يضمن العين بوزنها من جنسها، والصنعة بنقد البلد، كما لو أتلف الصنعة وحدها بكسر، يضمن بنقد البلد، سواء كان من جنس المكسور، أم لا. والثالث: يضمن الكل بغير جنسه تحرزًا عن الفاضل، وعن اختلاف الجنس في أحد الطرفين. والرابع: وهو أصحها: يضمن الجميع بنقد البلد وإن كان من جنسه، ولا يلزم من ذلك الربا، فإنه إنما يجري في العقود لا في هذه الغرامات، هكذا نقل الجمهور، وأحسن منه ترتيب البغوي، وهو أن صنعة الحلي متقومة، وفي ذاته الوجهان السابقان في التبر. فإن قلنا: متقوم، ضمن الكل بنقد البلد كيف كان، وإن قلنا: مثلي، فوجهان: أحدهما: يضمن الجميع بغير جنسه. وأصحهما: يضمن الوزن بالمثل، والصنعة بنقد البلد، سواء كان من جنسه، أم من غيره. ولو أتلف إناء من ذهب أو فضة، فإن جوزنا اتخاذه، فهو كما لو أتلف حليًا، وإن منعناه، فهو كإتلاف ما لا صنعة له. ولو أتلف ما لا صنعة فيه كالتبر والسبيكة. فإن قلنا: هو مثلي،

ضمن مثله، وإلا، فوجهان: أحدهما: يضمن قيمته بنقد البلد، سواء كان من جنسه، أم لا كسائر المتقومات. والثاني: أن الجواب كذلك، إلا إذا كان نقد البلد من جنسه، وكانت القيمة تزيد على الوزن، فحينئذ يقوم بغير الجنس ويضمن به، وهذا اختيار العراقيين.

**فصل:** إذا تغير المغصوب، فقد يكون متقومًا ثم يصير مثليًا، وعكسه، ومثليًا فيهما، ومتقومًا فيهما.

الحال الأول: كمن غصب رُطبًا وقلنا: إنه متقوم فصار تمرًا، ثم تلف عنده، فوجهان: أحدهما، وبه قطع العراقيون: يضمن مثل التمر، لأنه أقرب إلى الحق، وأشبههما، وبه قطع البغوي: إن كان الرطب أكثر قيمة، لزمه قيمته لئلا تضيع الزيادة، وإن كان التمر أكثر أو استويا، لزمه المثل، واختار الغزالي أنه يتخير بين مثل التمر وقيمة الرطب.

الحال الثاني: كمن غصب حنطة فطحنها، وتلف الدقيق عنده أو جعله خبزًا وأتلفه، وقلنا: لا مثل للدقيق والخبز، أو تمرًا واتخذ منه خلًا بالماء، فعلى قول العراقيين: يضمن المثل وهو الحنطة والتمر، وعلى ما قطع به البغوي: إن كان المتقوم أكثر قيمة، غرمها، وإلا فالمثل، وعن القاضي حسين: يغرم أكثر القيم، وليس للمالك مطالبته بالمثل. فعلى هذا، إذا قيل: من غصب حنطة في الغلاء فتلف المغصوب عنده، ثم طالبه المالك في الرخص، فهل يغرمه المثل أو القيمة، لم يصح إطلاق الجواب بواحد منهما، بل الصواب أن يقال: إن تلفت وهي حنطة، غرم المثل. وإن صار إلى حالة التقويم ثم تلف، فالقيمة.

الحال الثالث: كمن غصب سمسمًا فاتخذ منه شيرجًا ثم تلف عنده، قال العراقيون والغزالي: يغرمه المالك ما شاء منهما. وقال البغوي: إن كان قيمة أحدهما أكثر، غرم مثله، وإلا، فيتخير المالك ما شاء منهما.

الحال الرابع: يجب فيه أقصى القيم.

**فرع:** إذا لزمه المثل، لزمه تحصيله إن وجده بثمن المثل. فإن لم يجده إلا بزيادة، فوجهان: أصحهما: عند البغوي، والروياني: يلزمه المثل، لأن المثل كالعين، ويجب رد العين وإن لزم في مؤنته أضعاف قيمته. وأصحهما: عند آخرين، منهم الغزالي: لا يلزمه تحصيله، لأن الموجود بأكثر من ثمنه كالمعدوم، كالرقبة، وماء الطهارة، ويخالف العين، فإنه تعدى فيها دون المثل.

**فصل:** غصب متقومًا فتلف عنده، لزمه أقصى قيمته من يوم غصبه إلى تلفه، وتجب قيمته من نقد البلد الذي تلف فيه، فلو كانت مئة فصارت مئتين، ثم عادت

بالرخص إلى خمسين، ثم تلف، لزمه مئتان. ولو تكرر ارتفاع السعر وانخفاضه، لم يضمن كل زيادة، وإنما يضمن الأكثر، ولا أثر لارتفاع السعر بعد التلف قطعًا. ولو أتلف متقومًا بلا غصب، لزمه قيمته يوم الإتلاف. فإن حصل التلف بتدرج وسراية، واختلفت قيمته في تلك المدة بأن جنى على بهيمة قيمتها مئة يومئذ، ثم هلكت وقيمة مثلها خمسون، فقال القفال: يلزمه المئة، لأنا إذا أعتبرنا الأقصى في اليد العادية، ففي نفس الإتلاف أولى.

**فرع:** لو لم يهلك المغصوب، لكن أبق، أو غيَّبه الغاصب، أو ضلَّت الدابة، أو ضاع الثوب، فللمالك أن يضمِّنه القيمة في الحال للحيلولة. والاعتبار بأقصى القيم من الغصب إلى المطالبة، وليس للغاصب أن يلزمه قبول القيمة، لأن قيمة الحيلولة ليست حقًا ثابتًا في الذمة حتى يُجبر على قبوله، أو الإبراء منه، بل لو أبرأه المالك عنها، لم ينفذ. وفي وجه: هي كالحقوق المستقرة، وهو شاذ. ثم القيمة المأخوذة، يملكها المالك كما يملك عند التلف، وينفذ تصرفه فيها، ولا يملك الغاصب المغصوب، فإذا ظفر بالمغصوب، فللمالك استرداده ورد القيمة، وللغاصب رده واسترداد القيمة. وهل له حبس المغصوب إلى أن يستردها؟ حكى القاضي حسين عن نص الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: أن له ذلك، كما حكى ثبوت الحبس للمشتري في الشراء الفاسد لاسترداد الثمن، لكن سبق في البيع ذكر الخلاف في ثبوت الحبس للمشتري، وذكرنا أن الأصح: المنع، ويشبه أن يكون حبس الغاصب في معناه، والمنع هو اختيار الإمام في الموضعين. وإذا كانت الدراهم المبذولة بعينها باقية في يد المالك، فللشيخ أبي محمد تردد في أنه هل يجوز للمالك إمساكها وغرامة مثلها، أم لا. قلت: الأقوى: أنه لا يجوز. والله أعلم.

ولو اتفقا على ترك الترادّ، فلا بد من بيع ليصير المغصوب للغاصب، ثم التضمين للحيلولة، لا يختص بالمتقومات، بل يثبت في كل مغصوب خرج من اليد وتعذر رده. قلت: قد حكى صاحب «البيان» عن القفال: أن المالك لا يملك القيمة المأخوذة للحيلولة، بل ينتفع به على ملك الغاصب، لئلا يجتمع في ملكه البدل والمبدل، وهذا شاذ ضعيف نبهت عليه لئلا يُغتر به قال في «البيان»: ولو ظهر على المالك دين مستغرق، فالغاصب أحق بالقيمة التي دفعها، لأنها عين ماله. وإن تلفت في يد المالك، رجع الغاصب بمثلها. وإن كانت باقية زائدة، رجع في زيادتها المتصلة دون المنفصلة. قال القاضي أبو الطيب، والجرجاني: هذا إذا تصور كون القيمة مما يزيد. والله أعلم.

**فرع:** سبق أن منافع المغصوب مضمونة. فلو كانت الأجرة في مدة الغصب

متفاوتة، فثلاثة أوجه حكاها القاضي أبو سعد بن أبي يوسف. أصحها: يضمن في كل بعض من أبعاض المدة بأجرة مثلها فيه. والثاني: كذلك إن كانت الأجرة في أول المدة أقل فإن كانت في الأول أكثر، ضمنها بالأكثر في جميع المدة، لأنه لو كانت العين في يده، فربما يكريها بها في جميع المدة. والثالث: بالأكثر في جميع المدة مطلقًا، وهو ضعيف.

**فصل:** زوائد المغصوب، منفصلة كانت، كالولد والثمرة والبيض، أو متصلة، كالسمن وتعلّم الصنعة، مضمونة على الغاصب كالأصل، سواء طلبه المالك بالرد، أم لا.

الطرف الرابع: في الاختلاف، وفيه مسائل:

الأولى: ادعى الغاصب تلف المغصوب، وأنكر المالك. فالصحيح أن القول قول الغاصب مع يمينه، وقيل: قول المالك بيمينه، فعلى الصحيح، إذا حلف الغاصب، هل للمالك تغريمه المثل أو القيمة؟ وجهان: أصحهما: نعم.

الثانية: اتفقا على الهلاك واختلفا في قيمته، صدِّق الغاصب لأن الأصل براءته، وعلى المالك البيِّنة، وينبغي أن يشهد الشهود أن قيمته كذا، أما إذا أراد إقامة البيِّنة على صفات العبد ليقوِّمه المقوِّمون بتلك الصفات ففي قول: يقبل ويقوَّم بالأوصاف، وينزل على أقل الدرجات كالسَّلَم، والمشهور: المنع، للتفاوت. قال الإمام: لكن يستفيد المالك بالبيِنة على الأوصاف إبطال دعوى الغاصب مقدارًا حقيرًا لا يليق بتلك الصفات، ويصير كما لو أقر الغاصب بصفات في العبد تقتضي النفاسة، ثم قوَّمه بحقير لا يليق بها، لا يلتفت إليه، بل يؤمر بالزيادة إلى أن يبلغ حدًا يجوز أن يكون قيمة لمثل ذلك الموصوف. ولو قال المالك: قيمته ألف، وقال الغاصب: بل خمسمئة، وجاء المالك ببينة أنها أكثر من خمسمئة من غير تقدير، فقيل: لا تسمع هكذا، والأكثرون سمعوها، قالوا: وفائدة السماع أن يكلف الغاصب زيادة على خمسمئة إلى حد لا يقطع البينة بزيادة عليه، ولو قال المالك: لا أدري كم قيمته، لم تسمع دعواه حتى يبيّن. وكذا لو قال الغاصب: أعلم أنه دون ما ذكره، ولا أعرف قدره، لم تسمع حتى يبيّن، فإذا بيَّن حلف عليه.

الثالثة: قال المالك: كان العبد كاتبًا أو محترفًا، فأنكر الغاصب، فالصحيح أن القول قول الغاصب، وقيل: قول المالك، لأنه أعرف بملكه. ولو ادعى الغاصب به عيبًا وأنكر المالك، نظر، إن ادعى عيبًا حادثًا فقال: كان أقطع أو سارقًا، ففي المصدَّق قولان، أظهرهما: المالك. وإن ادعى عيبًا خِلْقِيًّا، فقال: كان أكمه أو ولد أعرج أو عديم اليد، فالمصدَّق الغاصب على الصحيح، لأن الأصل

العدم، ويمكن المالك البينة. والثاني: يصدّق المالك نظرًا إلى غلبة السلامة. والثالث: يفرق بين ما يندر من العيوب وغيره.

الرابعة: ردَّ المغصوب وبه عيب، وقال: غصبته هكذا، وقال المالك: حدث العيب عندك، صدِّق الغاصب، قاله المتولي. وقاله ابن الصباغ أيضًا، ونقله في «البيان». والله أعلم.

الخامسة: تنازعا في الثياب التي على العبد، صدِّق الغاصب، لثبوت يده.

السادسة: قال: غصبتَ داري بالكوفة، فقال: غصبتُها بالمدينة، فالقول قول المدعى عليه أنه لم يغصب بالكوفة. وأما دار المدينة، فإن وافقه المدعي عليها، ثبتت، وإلا، فيبطل إقراره بها، لتكذيبه. ومثله لو قال: غصبتَ مني عبدًا فقال: بل جارية، ونحو ذلك. والله أعلم.

السابعة: غصب خمرًا محترمة فهلكت عنده، فقال المغصوب منه: هلكت بعد التخلل، فقال الغاصب: قبله، صدِّق الغاصب.

الثامنة: قال: طعامي الذي غصبته كان جديدًا، فقال الغاصب: بل عتيقًا، صدق الغاصب بيمينه. فإن نكل، حلف المالك، ثم له أخذ العتيق لأنه دون حقه.

التاسعة: باع عبدًا فجاء زيد وأدعى أنه ملكه وأن البائع كان غصبه منه، فلا شك أن له دعوى عين العبد على المشتري. وفي دعواه القيمة على البائع ما ذكرناه في الإقرار. فإن ادعى العين على المشتري فصدقه، أخذ العبد منه، ولا رجوع له بالثمن على البائع. وإن كذبه المشتري، فأقام زيد بيِّنة، أخذه ورجع المشتري بالثمن على البائع. وإن لم يُقم بيِّنة ونكل المشتري، حلف زيد وأخذه، ولا رجوع للمشتري بالثمن، لتقصيره بالنكول. وإن صدّقه البائع دون المشتري، لم يقبل إقرار البائع على المشتري ويبقى البيع بحاله، إلا أن يكون إقراره بالغصب في زمن الخيار، فيجعل ذلك فسخًا للبيع. ثم لو عاد العبد إلى البائع بارث أو ردٍّ بعيب، لزمه تسليمه إلى زيد.

وإن صدقه البائع والمشتري جميعًا، سلم العبد إلى زيد، وعلى البائع رد الثمن أو بدله إن كان تالفًا. ولو جاء المدعي بعدما أعتق المشتري العبد وصدقه البائع والمشتري، لم يبطل العتق، سواء وافقهما العبد أو خالفهما، لأن في عتقه حقًا لله تعالى، بخلاف ما لو كاتبه المشتري، ثم توافقوا على تصديق المدعي، لأن الكتابة قابلة للفسخ. وللمدعي في مسألة الإعتاق قيمة العبد على البائع إن اختص بتصديقه، وإذا أوجبنا الغرم للحيلولة فيما إذا أقرّ به لزيد ثم لعمرو، وعلى المشتري إن اختص بتصديقه، وعلى من شاء منهما إن صدقاه جميعًا. وقرار الضمان على المشتري، إلا

أن تكون القيمة في يد البائع أكثر، فلا يطالب المشتري بالزيادة. ولو مات المعتق وقد كسب مالًا، فهو للمدعي، لأن المال خالص حق آدمي، وقد توافقوا أنه مستحقه، بخلاف العتق، كذا أطلقوه. قال الإمام: وهو محمول على كسب يستقل به العبد، فأما كسب يحتاج إلى إذن السيد، فلا يستحقه المدعي، لاعترافه بخلوه عن الاذن.

ولو ادعى الغاصب رد المغصوب حيًّا وأقام به بيِّنة، فقال المالك: بل مات عندك وأقام به بيِّنة، تعارضت البينتان وسقطتا، وضمن الغاصب، لأن الأصل بقاء الغصب. ولو قال: غصبنا من زيد ألفًا، ثم قال: كنا عشرة أنفس، وخالفه زيد، قال في «البيان»: قال بعض أصحابنا: القول قول الغاصب بيمينه، لأن الأصل براءته مما زاد. والله أعلم.

أما القسم الثاني فهو في الطوارىء على المغصوب وفيه ثلاثة أطراف:

الطرف الأول: في النقص، وهو ثلاثة أقسام:

القسم الأول: نقص القيمة فقط، كمن غصب ما يساوي عشرة، فرده بحاله وهو يساوي درهمًا، فلا شيء عليه، وقال أبو ثور: يلزمه نقص القيمة، ووافقه بعض أصحابنا، وهذا شاذ.

القسم الثاني: نقص القيمة والأجزاء، فالجزء الفائت، مضمون بقسطه من أقصى القيم من الغصب إلى التلف، والنقص الحاصل بتفاوت السعر في الباقي المردود غير مضمون.

مثاله: غصب ثوبًا قيمته عشرة، فعادت بالرخص إلى درهم، ثم لبسه فأبلاه حتى عادت إلى نصف درهم، يردُّه مع خمسة دراهم، لأن بالاستعمال انسحقت أجزاء من الثوب، وتلك الأجزاء في هذه الصورة، نصف الثوب، فيغرم النصف بمثل نسبته من أقصى القيم كما يغرم الكل عند تلفه بالأقصى. ولو كانت القيمة عشرين وعادت بانخفاض السعر إلى عشرة، ثم لبسه وأبلاه فعادت إلى خمسة، لزمه مع ردّه عشرة. ولو كانت عشرة فعادت بالانخفاض إلى خمسة، ثم لبسه فأبلاه حتى عادت إلى درهم، لزمه مع ردّه ستة، لأنه تلف بالاستعمال ثلاثة أخماس الثوب، فيغرمها بثلاثة أخماس أقصى القيم. قال الشيخ أبو علي: وأخطأ بعضهم فقال: يلزمه ثلاثة لأنها الناقصة بالاستعمال، وقياس قول هذا: أن يلزم في الصورة الأولى نصف درهم، وفي الثانية خمسة.

ولو غصبه وقيمته عشرة فعاد بالاستعمال إلى خمسة، ثم انخفض السعر فعادت إلى درهمين فردَّه، لزمه مع الرد الخمسة الناقصة بالاستعمال، ولا يضمن النقصان

الحاصل في البالي المردود. ولو غصب ثوبًا قيمته عشرة، فلبسه وأبلاه حتى عادت إلى خمسة، ثم ارتفع السعر فصارت قيمته وهو بالٍ عشرة، قال ابن الحداد، وبعض الأصحاب: يغرم مع ردِّ الثوب عشرة، لأن الباقي من الثوب نصفه وهو يساوي عشرة.

وقال الجمهور: لا يغرم مع رَدْه إلا الخمسة الناقصة بالاستعمال، ولا عبرة بالزيادة الحاصلة بعد التلف. قال الإمام: والصفات كالأجزاء في هذا كله، حتى لو غصب عبدًا صانعًا قيمته مئة، فنسي الصنعة وعادت قيمته إلى خمسين، ثم ارتفع السعر فبلغت قيمته ناسيًا مئة، وقيمة مثله يُحسن الصنعة مئتين، لا يغرم مع رده إلا خمسين. ثم الجواب في صور إبلاء الثوب كلها مبني على أن أجرة مثل المغصوب لازمة مع أرش النقص الحاصل بالاستعمال، وهو الأصح. وسبق وجه: أنه لا يجمع بينهما. فعلى ذلك الوجه: الواجب أكثر الأمرين من المقادير المذكورة وأجرة المثل. ولو اختلف المالك والغاصب في قيمة الثوب الذي أبلاه، فقال المالك: زادت قبل الابلاء فأغرم التالف بقسطه منها، وقال الغاصب: بل زادت بعده، قال ابن سريج: المصدَّق الغاصب.

القسم الثالث: نقص الأجزاء والصفات وحدها، وسنذكر حكمه في الصور الآتية إن شاء الله تعالى.

**فصل:** النقص الحادث في المغصوب، ضربان:

أحدهما: ما لا سراية له، فعلى الغاصب أرشه وردُّ الباقي، ولا فرق بين أن يكون الأرش قدر القيمة كقطع يدي العبد أو دونها، ولا بين أن تفوت معظم منافعه، أو لا تفوت، ولا بين أن يبطل بالجناية عليه الاسم الأول كذبح الشاة وطحن الحنطة، وتمزيق الثوب، أو لا يبطل. فلو أراد المالك ترك الناقص عند الغاصب وتغريمه بدله، لم يكن له ذلك، لأنه عين ملكه. وفي وجه: إذا طحن الطعام، فله تركه وطلب المثل، لأنه أقرب إلى حقه من الدقيق.

الضرب الثاني: ما له سراية، لا يزال يسري إلى الهلاك الكلِّي، كما لو بلَّ الحنطة وتمكَّن فيها العفن الساري، أو اتخذ منها هريسة، أو غصب سمنًا وتمرًا ودقيقًا وعمله عصيدة، وفيه نصوص وطرق مختلفة تجمعها أربعة أقوال منصوصة: أظهرها عند العراقيين: يجعل كالهالك ويغرم بدل كل مغصوب من مثل أو قيمة. والثاني: يردَّه مع أرش النقص، وليس للمالك إلا ذلك، واختاره الإمام، والبغوي. والثالث: يتخير المالك بين موجب القولين، واختاره الشيخ أبو محمد، والمسعودي. والرابع: يتخير الغاصب بين أن يمسكه ويغرمه، وبين أن يرده مع أرش النقص.

فعلى الأول: لمن تكون الحنطة المبلولة؟ وجهان نقلهما المتولي: أحدهما: تبقى للمالك كما لو نجَّس زيته وقلنا: لا يطهر بالغسل، فإن المالك أولى به. والثاني: يصير للغاصب. وإذا حكمنا بالأرش مع الرد، غرم أرش عيب سارٍ. قال المتولي: فإن رأى الحاكم أن يسلم الجميع إليه، فعل، وإن رأى يسلم أرش النقص المتحقق إليه في الحال ووقف الزيادة إلى أن تتيقن نهايته. وفي هذا نظر، لأن المفهوم من أرش العيب الساري أرش عيب شأنه السراية، وهو حاصل في الحال. أما المتولد منه، فيجب قطع النظر عنه، إذ الكلام في نقص لا تقف سرايته إلى الهلاك. فلو نظرنا إلى المتولد منه، لانجرَّ إلى تمام القيمة، وهو عَوْد إلى القول الأول، وقد بيّن ما قلناه أبو خلف السلمي في «شرح المفتاح» فقال في قول التخيير: إن شاء المالك غرَّمه ما نقص إلى الآن، ثم لا شيء له في زيادة فساد حصل بعد ذلك، وإن شاء تركه له وطالبه بجميع البدل.

**فرع:** مِن صور هذا الضرب ما إذا صب الماء في الزيت وتعذر تخليصه منه، فأشرف على الفساد. وعن الشيخ أبي محمد تردد في مرض العبد المغصوب إذا كان ساريًا عسِر العلاج، كالسل والاستسقاء، ولم يرضه الإمام، لأن المريض المأيوس منه، قد يبرأ، والعفن المفروض في الحنطة يفضي إلى الفساد قطعًا.

ولو عفن الطعام في يده لطول المكث، فطريقان. قال الشيخ أبو حامد: هو كَبلٌ الحنطة. وقال القاضي أبو الطيب: يتعين أخذه مع الأرش قطعًا، واختاره ابن الصباغ، وهو الأصح. والله أعلم.

**فصل:** في جناية العبد المغصوب، والجناية عليه، أما جنايته، فينظر إن جنى جناية توجب القصاص، واقتص منه في يد الغاصب، غرم الغاصب أقصى قيمه من الغصب إلى القصاص. وإن جنى بما يوجب قصاصًا في الطرف، واقتص منه في يده، غرم بدله، كما لو سقط بآفة سماوية. ولو اقتص منه بعد الوفاء إلى السيد، يلزم الغاصب أيضًا، وكذا الحكم لو ارتد أو سرق في يد الغاصب، ثم قتل أو قطع بعد الرد إلى المالك. ولو غصب مرتدًا أو سارقًا فقتل، أو قطع في يد الغاصب، فهل يضمنه الغاصب؟ وجهان: كمن اشترى مرتدًا أو سارقًا فقتل، أو قطع في يده، فمن ضمان مَن يكون القتل أو القطع؟ أما إذا جنى المغصوب على نفس أو مال جناية توجب المال متعلقًا برقبته، فعلى الغاصب تخليصه بالفداء. وبماذا يفديه؟ فيه طريقان: المذهب: أنه يفديه بأقل الأمرين من الأرش وقيمة العبد.

وقال الإمام: فيه قولان: أحدهما: هذا. والثاني: بالأرش وإن زاد كالقولين فيما إذا أراد السيد فداء الجاني. وإذا ثبت أن الجاني والجناية مضمونان على

الغاصب، لم يخل، إما أن يتلف الجاني في يد الغاصب، وإما أن يرده. فإن تلف في يده، فللمالك تغريمه أقصى القيم. فإذا أخذها، فللمجني عليه أن يغرم الغاصب إن لم يكن غرمه، وله أن يتعلق بالقيمة التي أخذها المالك، لأن حقه كان متعلقًا بالرقبة فيتعلق ببدلها كما إذا تلف المرهون كانت قيمته رهنًا. وفي وجه: لا مطالبة للمجني عليه بما أخذه المالك.

والصحيح: الأول. فإذا أخذ المجني عليه حقه في تلك القيمة، رجع المالك بما أخذه على الغاصب. ولو كان العبد يساوي ألفًا، فرجع بانخفاض السعر إلى خمسمئة، ثم جنى ومات عند الغاصب، فغرَّمه المالك الألف، لم يكن للمجني عليه إلا خمسمئة وإن كان أرش الجناية ألفًا فأكثر، لأنه ليس له إلا قدر قيمته يوم الجناية وإن رد العبد إلى المالك، نظر، إن رده بعدما غرم للمجني عليه، فذاك، وإن رد قبله فبيع في الجناية، رجع المالك على الغاصب بما أخذ منه، لأن الجناية حصلت حين كان مضمونًا عليه، بخلاف ما إذا جنى في يد المالك ثم غصبه رجل وردّه ثم بيع في تلك الجناية، فإنه لا يرجع المالك بشيء، لأن الجناية حصلت وهو غير مضمون عليه.

وفرَّع ابن الحداد وغيره على ذلك فقالوا: إذا جنى في يد المالك جناية تستغرق قيمته، ثم غصب وجنى في يد الغاصب جناية مستغرقة، ثم رده إلى المالك، ثم بيع في الجنايتين وقسم الثمن بينهما نصفين، يرجع المالك على الغاصب بنصف قيمة العبد. ولو كان الفرع بحاله، وتلف العبد بعد الجنايتين في يد الغاصب، فله طلب القيمة من الغاصب، وللمجني عليهما أخذها، فإذا أخذاها، فللمالك الرجوع بنصفها على الغاصب، لأنه أخذ منه نصفها بجناية في يد الغاصب، فإذا رجع به، فللمجني عليه الأول أخذه، لأنه بدل ما تعلق به حقه قبل الجناية الثانية. وإذا أخذه لم يكن له الرجوع على الغاصب مرة أخرى، لأنه مأخوذ بجناية غير مضمونة على الغاصب. هذا هو الصحيح في الصورتين. وقيل: إذا رد العبد وبيع في الجناية، فالنصف الأول يرجع به المالك ويسلم له ولا يؤخذ منه، وإنما يطالب المجني عليه الأول الغاصب بنصف القيمة. وإذا تلف في يد الغاصب بعد الجنايتين، لا يأخذ المالك شيئًا، ولكن المجني عليه الأول يطالب الغاصب بتمام القيمة، والمجني عليه الثاني، يطالبه بنصف القيمة. ولو جنى المغصوبُ في يد الغاصب أولًا، ثم رده إلى المالك فجنى في يده أخرى، وكلُّ واحدة منهما تستغرق القيمة، فبيع فيهما وقسم الثمن بينهما، فللمالك الرجوع على الغاصب بنصف القيمة للجناية التي هي مضمونة عليه.

قال الشيخ أبو علي: سمعت القفال مرة يقول: ليس لواحد من المجني عليهما

أخذ هذا النصف من المالك. أما الثاني، فلأن الجناية عليه مسبوقة بجناية مستغرقة، وحقه لم يثبت إلا في نصف القيمة وقد أخذه. وأما الأول، فلأن حق السيد يثبت في القيمة بنفس الغصب، وهو متقدم على حق المجني عليه، فما لم يصر حقه إليه، لا يرجع إلى غيره شيء. قال أبو علي: وليس هذا بشيء، بل للمجني عليه الأول أخذه كما في الجناية السابقة، ولا عبرة بثبوت حق السيد في القيمة، فإن حقه وإن تقدم، فحق المجني عليه مقدم كما في الرقبة. قال: وناظرت القفال فيه، فرجع إلى قولي. وعلى هذا إذا أخذه المجني عليه الأولُ، رجع به المالك على الغاصب مرة أخرى، ويسلم له المأخوذَ ثانيًا، لأن الأول أخذ تمام القيمة، والثاني لم يتعلق حقه إلا بالنصف وقد أخذه.

ولو جنى في يد الغاصب ثم في يد المالك كما صورناه، ثم قتله الغاصب أو غصبه ثانيًا فمات عنده، أخذت القيمة منه وقسمت بين المجني عليهما، ثم للمالك أن يأخذ منه نصف القيمة، لأنه أخذ منه بسبب جناية مضمونة عليه. فإذا أخذه كان للمجني عليه الأول أن يأخذه منه، ثم له أن يرجع به على الغاصب مرة أخرى ويسلم له المأخوذ في هذه المرة، وقد غرم الغاصب والحالة هذه القيمة مرتين، مرة بجناية العبد في يده، ومرة بالقتل. أما الجناية عليه، فإن قُتل، نظر، إن وجب القصاص بأن كان القاتل عبدًا والقتل عمدًا، فللمالك القصاص. فإذا اقتص، برىء الغاصب، لأنه أخذ بدل حقه، ولا نظر مع القصاص إلى تفاوت القيمة، كما لا نظر في الأحرار إلى تفاوت الدية. وإن لم يجب القصاص. فإن كان الجاني حرًا، لزمه للجناية قيمته يوم القتل، سواء قتله الغاصب أو أجنبي، والمالك بالخيار، بين أن يطالب بها الغاصب، أو الجاني، لكن القرار على الجاني.

ثم إن كانت قيمته قبل يوم القتل أكثر، ونقصت في يد الغاصب، لزمه ما نقص بحكم اليد. وإن كان الجاني عبدًا، فإن سلمه سيده فبيع في الجناية، نظر، إن كان الثمن مثل قيمة المغصوب، أخذه ولا شيء له على الغاصب إلا إذا كانت قيمته قد نقصت عنده قبل القتل. وإن كان الثمن أقل، أخذ الباقي من الغاصب. وإن اختار سيده فداه، فإن قلنا: يفديه بالأرش، أخذه ولا شيء له على الغاصب إلا على التقدير المذكور. وإن قلنا: يفدي بالأقل من الأرش والقيمة، فإن كانت قيمة المغصوب أكثر من قيمة الجاني، فالباقي على الغاصب، وإن كانت أقل أو مثلها، أخذها المالك ولا شيء له على الغاصب إلا على التقدير المذكور. ولو اختار المالك تغريم الغاصب ابتداءً، فله ذلك، ويأخذ منه جميعَ قيمة المغصوب، ثم يرجع الغاصب على سيد الجاني بما غرم إلا ما لا يطالب به إلا الغاصب. هذا إذا

كانت الجناية قتلًا، فأما الجراحات، فإما أن يكون لها أرش مقدر في الحر، وإما لا، والواجب في الحالين، ما ذكرناه من قبل.

وإذا كان الواجب ما نقص من قيمته بالجناية، كان المعتبر حال الاندمال، فإن لم يكن حينئذٍ نقص، لم يطالب بشيء. وإذا كان الواجب مقدرًا من القيمة كالمقدر من الدية، فهل يؤخذ في الحال، أم يؤخذ في الاندمال؟ قولان، كما لو كانت الجناية على حر، وسيأتي ذلك في موضعه إن شاء الله تعالى. وإذا كان الجاني غير الغاصب وغرمناه المقدر من القيمة، وكان الناقص أكثر من ذلك القدر، فعلى الغاصب ما زاد. وإن كان المقدر أكثر مما نقص من القيمة، فهل يطالب الغاصب بالزيادة على ما نقص؟ ذكرنا فيما إذا سقطت يده بآفة: أن الأصح: أنه لا يطالب. وهنا الأصح: أنه يطالب، والقرار على الجاني. واختلفوا فيما لو قطعت يده قصاصًا أو حدًا، لأنه يشبه السقوط بآفة من حيث أنه تلف لا بدل له، ويشبه الجناية من حيث حصوله بالاختيار.

**فرع:** لو اجتمعت جناية المغصوب والجناية عليه، بأن قتل إنسانًا، ثم قتله في يد الغاصب عبد رجل، فللمغصوب منه أن يقتص ويسقط به الضمان عن الغاصب، ويسقط حق ورثة من قتله المغصوب، لأن العبد الجاني إذا هلك ولم يحصل له عوض، يضيع حق المجني عليه، لكن لو كان المغصوب قد نقص عند الغاصب بحدوث عيب بعدما جنى، لم يبرأ الغاصب من أرش ذلك النقص، ولوليِّ من قتله التمسك به، وإن حدث العيب قبل جنايته، فاز المغصوب منه بالأرش. فلو لم يقتص المغصوب منه، بل عفا على مال، أو كانت الجناية موجبة للمال، فحكم تغريمه وأخذه المال على ما سبق في الجناية عليه من غير جناية منه. ثم إذا أخذ المال كان لورثة من جنى عليه هذا العبد التعلق به، لأنه بدل الجاني على مورثهم. فإذا أخذوه، رجع به المغصوب منه على الغاصب مرة أخرى، لأنه أخذ منه بسبب جناية مضمونة عليه، ويسلم المأخوذ ثانيًا كما سبق نظيره.

ومما يتعلق بالفصل، لو وثب العبد المغصوب فقتل الغاصب، وهرب إلى سيده، فإن كانت الجناية عمدًا، قال الصيمري: إن عفا ورثة الغاصب عن القصاص والدية، سقط الضمان عن الغاصب في المال. وإن قتلوه، لزمهم قيمة العبد في التركة، وكأنهم لم يسلّموه، وكذا لو طلبوا الدية من رقبته. وإن قتل المغصوب سيده وهو في يد الغاصب، فالصحيح الذي قطع به الشيخ أبو حامد: أن لورثة المالك أن يقتصُّوا منه، وإذا قتلوه، استحقوا قيمته على الغاصب. وحكى في «البيان» وجهًا: أن جنايته تكون هدرًا. ولو صال العبد المغصوب أو الجمل المغصوب على رجل،

فقتله المصول عليه للدفع، فلا ضمان عليه، ويجب ضمانه على الغاصب، ولا يرجع على المصول عليه. والله أعلم.

**فصل:** نقلُ التراب من الأرض المغصوبة، تارة يكون من غير إحداث حفر، ككشط وجهها، وتارة بإحداثها كحفر بئر أو نهر. ففي الحالة الأولى، للمالك إجباره على رده إن كان باقيًا. فإن تلف وانمحق بهبوب الريح أو السيول، أجبره على رد مثله إليه، وعليه إعادة وضعه وهيئته كما كان من انبساط أو ارتفاع. وإن لم يطالبه المالك بالرد، نظر، إن كان له غرض، بأن دخل الأرضَ نقصٌ يرتفع بالرد ويندفع عنه الأرش، أو نقله إلى ملكه وأراد تفريغه، أو إلى ملك غيره، أو شارع يخاف من التعثر به الضمان، فله الاستقلال بالرد. وإن لم يكن شيء من ذلك، بأن نقله إلى موات، أو من أحد طرفي الأرض المغصوبة إلى الطرف الآخر، فإن منعه المالك من الرد، لم يرد، وإن لم يمنعه، فهل يفتقر الرد إلى إذنه؟ وجهان بناءً على الوجهين في أنه لو منعه فخالف ورد، هل للمالك تكليفه النقل ثانيًا؟ إن قلنا: لا، فله الرد بغير إذنه، وإلا، فلا، وهو الأصح. وإذا كان له غرض في الرد فرده، فمنعه المالك من بسطه، لم يبسطه وإن كان في الأصل مبسوطًا.

الحالة الثانية: إذا حفر بئرًا فأمره المالك بطمها، لزمه، وإلا، فله أن يستقل به ليدفع عن نفسه خطر الضمان بالسقوط فيها. وقال المزني: لا يطم إلا بإذن المالك. فإن منعه وقال: رضيت باستدامة البئر، فإن كان للغاصب غرض في الطم سوى دفع ضمان السقوط، فله الطم، وإلا، فلا، في الأصح، ويندفع عنه الضمان لخروجه عن أن يكون جناية وتعديًا. فلو لم يقل: رضيت باستدامتها، واقتصر على المنع من الطم، قال المتولي: هو كما لو صرح بالرضي، لتضمنه إياه. وقال الإمام: لا يتضمنه. ولو طوى الغاصب البئر بآلة نفسه، فله نقلها، وللمالك إجباره عليه. فإن تركها ووهبها له، لم يلزمه القبول على الأصح. وحيث قلنا في الحالتين: يرد التراب إلى موضعه لوقوعه في ملكه، أو شارع، فذلك إذا لم يتيسر نقله إلى موات ونحوه في طريق الرد. فإن تيسر، لم يرد إلا بإذن، قاله الإمام وذكر أنه إنما يستقل بالطم إذا بقي التراب الأول بعينه. أما إذا تلف، ففي الطم بغيره بغير إذن المالك وجهان: وينبغي أن يجيء هذا الخلاف في الحالة الأولى، وفيما إذا طلب المالك الرد والطم عند تلف ذلك التراب، والأصح فيهما جميعًا، لأنه لا فرق بين ذلك التراب وغيره، ثم إذا أعاد هيئة الأرض في الحالين كما كانت، إما بطلب المالك، وإما دونه، نظر، إن لم يبق في الأرض نقص، فلا شيء عليه، ولكن عليه أجرة المثل لمدة الحفر والرد، وإن بقي، لزمه أرشه مع الأجرة. هذا الذي ذكرناه من أول الفصل إلى هنا هو المذهب والذي يفتى به، ووراءه تصرف للأصحاب

قالوا: نص هنا: أنه يجب أرش النقص الحاصل بالحفر، ولم يوجب التسوية لأنه نص على ذلك فيما إذا غرس الأرض المغصوبة ثم قلع بطلب المالك. ونص فيما إذا باع أرضًا فيها أحجار مدفونة فنقلها: أنه يلزمه التسوية. فقيل قولان فيهما، وقيل بتقرير النصين، والفرق ضعيف. وكلام الغزالي يوهم ظاهره خلاف ما ذكرناه، فليتُأوَّل على ما بيناه.

**فصل:** إذا خصي العبد المغصوب، فهو على قولين السابقين في جراح العبد. وهل يتقدر؟ إن قلنا بالجديد: أنه يتقدر، لزمه كمال القيمة، وإلا، فالواجب ما نقص من القيمة، فإن لم ينقص شيء عليه. ولو سقط ذلك العضو بآفة سماوية، ولم تنقص قيمته، ورده، فلا شيء عليه على القولين، لكن قياس الوجه الذي قدمناه في أنه يضمن بالتلف تحت اليد العادية كما يضمن بالجناية: أنه يلزمه كمال القيمة.

**فرع:** لو كان في الجارية المغصوبة سِمَن مفرط، فزال ورجعت إلى الاعتدال ولم تنقص قيمتها، لم يلزمه شيء، لأن السّمِن ليس له مقدر، بخلاف الأنثيين.

**فصل:** إذا غصب زيتًا أو دهنًا فأغلاه، فإن نقصت عينه فقط، كمن غصب صاعين قيمتهما درهمان فصارا بالإغلاء صاعًا قيمته درهمان، فوجهان: أصحهما: يرده ويغرم مثل الصاع الذاهب. والثاني: يرده ولا شيء عليه. وإن نقصت قيمته فقط، رده مع الأرش. وإن نقصا معًا، وجب رد الباقي ومثل ما ذهب، إلا إذا كان ما نقص من القيمة أكثر مما نقص من العين، فيجب مع مثل الذاهب أرش نقص الباقي. وإن لم ينقص واحد منهما، رده ولا شيء عليه. ولو غصب عصيرًا فأغلاه، فطريقان. أحدهما: أنه كالزيت فيضمن مثل الذاهب وإن لم تنقص قيمته على الأصح. وأصحها: لا، فلا يضمن مثل العصير الذاهب إذا لم تنقص قيمته، لأن الذاهب مائيَّتهُ، والذاهب من الزيت زيت. ويجري الخلاف في العصير إذا صار خلًا ونقصت عينه دون قيمته، وفي الرطب إذا صار تمرًا.

**فصل:** نقص المغصوب هل ينجبر بالكمال بعده؟ ينظر، إن كان الكمال من الوجه الذي نقص به، كما لو هزلت الجارية ثم سمنت وعادت القيمة كما كانت، لم ينجبر على الأصح. وقيل: لا ينجبر قطعًا، ولو كان المغصوب يحسن صنعه فنسيها، ثم ذكرها أو تعلمها، انجبر على الأصح. وقيل: ينجبر قطعًا، لأن تذكر الصنعة لا يعد شيأً متجددًا، بخلاف السمَّن. والثاني: ويجري الخلاف فيما لو كسر الحلي والإناء، ثم أعاد تلك الصنعة.

وحيث قلنا بالانجبار، فلو لم يبلغ بالعائد القيمة الأولى، ضمن ما بقي من النقص وانجبر الباقي. أما إذا كان الكمال بوجه آخر، بأن نسي صنعة وتعلم أخرى،

أو أبطل صنعة الحلي وأحدث أخرى، فلا انجبار بحال. وعلى هذا لو تكرر النقص وكان الناقص في كل مرة مغايرًا للناقص في المرة الآخرى، ضمن الجميع. حتى لو غصب جارية قيمتها مئة، فسمنت وبلغت ألفًا، وتعلمت صنعة وبلغت ألفين، ثم هزلت ونسيت الصنعة وعادت قيمتها مئة، يردها ويغرم ألفًا وتسع مئة، وكذا لو علَّمه الغاصب سورة من القرآن، أو حرفة فنسيها، ثم علَّمه أخرى فنسيها أيضًا، ضمنها. وإن لم يكن مغايرًا، بأن علمه سورة واحدة، أو حرفة مرارًا، وينسى في كل مرة، فإن قلنا: لا يحصل الانجبار بالعائد، ضمن نقصان جميع المرات، وإلا، ضمن أكثر المرات نقصًا.

**فرع:** لو زادت قيمة الجارية بتعلُّم الغناء، ثم نسيته، نقل الروياني عن النص: أنه لا يضمن النقص، لأنه محرم، وإنما يضمن المباح. وعن بعض الأصحاب: أنه يضمنه. ولهذا لو قتل عبدًا مغنِّيًا، يغرم تمام قيمته. قال: وهو الاختيار.

والأصح المختار: هو النص. وقد تقدم في فصل كسر الملاهي: أنه لا ضمان في صنعتها، لأنها محرمة، وهذا لا خلاف فيه، وقد نص القاضي حسين وغيره، على أنه لو أتلف كبشًا نطَّاحًا، أو ديكًا هرَّاشًا، لزمه قيمته بلا نطاح ولا هراش، لأنها محرمة. والله أعلم.

**فرع:** مرض العبد المغصوب، ثم برأ وزال أثر المرض وردَّه، فلا شيء عليه على الصحيح. وقيل: يضمن نقص المرض ولا يسقط بالبرء، وكذا الحكم لو ردَّه مريضًا فبرأ وزال الأثر.

**فرع:** غصب شجرة فتحاتَّ ورقها، ثم أورقت، أو شاة فجزَّ صوفها، ثم نبت، يغرم الأول قطعًا، ولا ينجبر بالثاني، بخلاف ما لو سقط سن الجارية المغصوبة ثم نبت، أو تمعَّط شعرها ثم نبت، فإنه ينجبر. قال البغوي: لأن الورق والصوف متقوّمان، فغرمهما، وسن الجارية وشعرها غير متقوّمين، وإنما يغرم أرش النقص بفقدهما وقد زال.

**فرع:** غصب عصيرًا فتخمرَّ عنده، كان للمغصوب منه تضمينه مثل العصير، لفوات المالية. قالوا: وعلى الغاصب إراقة الخمر. ولو جعلت محترمة، كما لو تخمرت في يد المالك بلا قصد الخمرية، لكان جائزًا، فلو تخللت في يد الغاصب، فوجهان. أصحهما: أن الخل للمغصوب وعلى الغاصب أرش النقص أن نقصت قيمة الخل عن العصير، والثاني: يغرم مثل العصير. وعلى هذا، في الخل وجهان: أحدهما: للغاصب، وأصحهما: للمغصوب منه، لأنه فرع ملكه. ويجري هذا الخلاف، فيما لو غصب بيضة ففرخت عنده، أو بذرًا فزرعه ونبت، أو بزر قزٍّ فصار قزًّا، فعلى الأصح: الحاصل للمالك، ولا غرم على الغاصب، إلا أن يكون

الحاصل أنقص قيمة مما غصبه، لأن المغصوب عاد زائدًا إليه. وعلى الثاني: يغرم المغصوب لهلاكه، ويكون الحاصل للمالك على الأصح، وللغاصب على الآخر.

**فرع:** غصب خمرًا فتخللت في يده، أو جلد ميتة فدبغه، فأربعة أوجه: أصحها: أن الخل والجلد للمغصوب منه. فعلى هذا إن تلف في يد الغاصب، ضمنه. والثاني: للغاصب. والثالث: الخل للمغصوب منه، والجلد للغاصب، لأنه صار مالًا بفعله. والرابع: عكسه، لأن الجلد كان يجوز للمغصوب منه إمساكه، والخمر المحترمة كالجلد. وإذا قلنا: هما للمغصوب منه، فذلك إذا لم يكن المالك معرضًا عن الخمر والجلد، فإن أراق الخمر، أو ألقى الشاة الميتة فأخذها رجل، فهل للمعرض استرداد الحاصل؟ وجهان. الأصح: ليس له، وبه قطع الشيخ أبو حامد وغيره في الجلد. والله أعلم.

الطرف الثاني: في الزيادة، وهي آثار محضة وأعيان.

أما الأثر، فالقول الجُمْلي فيه: أن الغاصب لا يستحق بتلك الزيادة شيئًا، لتعدِّيه، ثم ينظر، إن لم يمكن ردُّه إلى الحالة الأولى ردَّه بحاله وأرش النقص إن نقصت قيمته، وإلا فإن رضي به المالك، لم يكن للغاصب رده إلى ما كان وعليه أرش النقص، إلا أن يكون له غرض في الرد إلى الحالة الأولى، فله الرد، وإن ألزمه المالك الرد إلى الحالة الأولى، لزمه ذلك وأرش النقص إن نقص عما كان قبل تلك الزيادة. فإذا تقرر ذلك، فمن صوره، طحن الحنطة، وقِصارة الثوب وخياطته، وضرب الطين لَبِنًا، وذبح الشاة وشيّها. ولا يملك الغاصب المغصوب بشيء من هذه التصرفات، بل يردها مع أرش النقص إن نقصت القيمة. وإنما تكون الخياطة من هذا القسم، إذا خاط بخيط المالك. فإن خاط بخيط الغاصب، فستأتي نظائره إن شاء الله تعالى. ثم في الطحن والقصارة، والذبح، والشيّ، لا يمكن الرد إلى ما كان. وكذا في شق الثوب وكسر الإناء، ولا يجبر على رفء الثوب وإصلاح الإناء، لأنه لا يعود إلى ما كان، ولو غزل القطن، ردّ الغزل وأرش النقص إن نقص. ولو نسج الغزل، فالكِرباس للمالك مع الأرش إن نقص، وليس للمالك إجباره على نقضه إن لم يمكن رده إلى الحالة الأولى ونسجه ثانيًا، فإن أمكن، كالخز، فله إجباره. فإن نقضه ونقصت قيمته عن قيمة الغزل في الأصل، غرمه، ولا يغرم ما زاد بالنسج، لأن المالك أمره بنقضه. فإذا نقضه بغير إذن المالك، ضمنه أيضًا. ولو غصب نُقرة وضربها دراهم، أو صاغها حليًا، أو غصب نحاسًا أو زجاجًا فجعله إناءً، فإن رضي المالك به، ردّه كذلك، ولم يكن له رده إلى الحالة الأولى، إلا أن يضرب الدراهم بغير إذن السلطان، أو على غير عياره، لأنه حينئذٍ

يخاف التغيير، وحيث مُنع من الرد إلى ما كان فخالف، فهو كإتلاف الزوائد الحاصلة عند الغصب. ولو أجبره المالك على رده إلى ما كان، لزمه. فإذا امتثل، لم يغرم النقصان الحاصل بزوال الصنعة، لكن لو نقص عما كان بما طرأ وزال، ضمنه.

وأما الأعيان، فمن صورها صبغ الثوب. ونقدم عليه صورتين:

إحداهما: إذا غصب أرضًا وبنى فيها، أو غرس، أو زرع، كان لصاحب الأرض أن يكلفه القلع مجانًا. ولو أراد الغاصب القلع، لم يكن للمالك منعه، فإنه عين ماله. وإذا قلع، لزمه الأجرة. وفي وجوب التسوية والأرش، ما سبق في نقل التراب. وإن نقصت الأرض لطول مدة الغراس، فهل يجمع بين أجرة المثل وأرش النقص، أو لا يجب إلا أكثرهما؟ فيه الخلاف السابق فيما إذا أبلى الثوب بالاستعمال. ولو أراد المالك أن يتملك البناء والغراس بالقيمة، أو يبقيهما أو الزرع بالأجرة، فهل على الغاصب إجابته؟ وجهان. أحدهما: نعم، كالمستعير، وأولى، لتعدِّيه. وأصحهما: لا، لتمكنه من القلع بلا غرامة. ولو غصب من رجل أرضًا وبذرًا فزرعها به، فللمالك أن يتكلفه إخراج البذر من الأرض ويغرمه أرش النقص، وليس للغاصب إخراجه إذا رضي به المالك.

الصورة الثانية: إذ زوّق الأرض المغصوبة، نظر، إن كان بحيث لو نزع، لحصل منه شيء، فللمالك إجباره على النزع، فإن تركه الغاصب ليدفع عنه كلفة النزع، فهل يجبر المالك على قبوله؟ وجهان. ولو أراد الغاصب نزعه، فله ذلك، وسواء كان للمنزوع قيمة، أم لا، فإن نزع فنقصت عما كانت قبل التزويق، لزمه الأرش. أما إذا كان التزويق تمويهًا لا يحصل منه عين بالنزع، فليس للغاصب النزع إن رضي المالك. وهل للمالك إجباره عليه؟ وجهان. أحدهما: نعم، لأنه قد يريد تغريمه أرش النقص الحاصل بإزالته. وأصحهما: لا، كالثوب إذا قَصَره. إذا ثبت هذا، عدنا إلى الصبغ فنقول: للصبغ الذي يصبغ به المغصوب، ثلاثة أحوال. الأول: أن يكون للغاصب، فينظر، إن كان الحاصل تمويهًا محضًا، فحكمه ما ذكرناه في التزويق. وإن حصل فيه عين مال بالانصباغ، فهو ضربان:

الضرب الأول: إذا لم يمكن فصله، فقولان: القديم: إنه يفوز به صاحب الثوب تشبيهًا له بالسمِّن. والمشهور: أنهما شريكان، فينظر إن كانت قيمة الثوب مصبوغًا مثل قيمته، وقيمة الصبغ قبل الصبغ جميعًا، بأن كانت قيمة الثوب عشرة، وقيمة الصبغ عشرة، وصار يساوي مصبوغًا عشرين، فهو بينهما بالسوية، فلو رغب فيه راغب بثلاثين، كانت بينهما نصفين، وإن نقصت قيمته مصبوغًا عنهما، بأن

صارت قيمته في الصورة المذكورة خمسة عشر، فقد أطلق الأكثرون: أن النقص محسوب من الصبغ، لأن الثوب هو الأصل، والصبغ وإن كان عينًا، فهو تابع، فيكون الثوب المصبوغ بينهما أثلاثًا، الثلثان للمغصوب منه.

وفي «الشامل» و«التتمة»: أنهإن كان النقص لانخفاض سعر الثياب، فالنقص محسوب من الثوب. وإن كان لانخفاض سعر الإصباغ، فمن الصبغ، وكذا لو كان النقص بسبب العمل، ويمكن أن يكون هذا التفصيل مراد من أطلق. وإن كانت قيمته بعد الصبغ عشرة، إنمحق الصبغ، ولا حقَّ فيه للغاصب. وإن نقصت قيمته مصبوغًا عن قيمة الثوب، فصار يساوي ثمانية، فقد ضاع الصبغ ونقص من الثوب درهمان، فيردّه مع درهمين. وإن زادت قيمته مصبوغًا عليهما، بأن صار ثلاثين، فمن أطلق الجواب في طرف النقص، أطلق هنا أن الزيادة بينهما على نسبة مالَيْهما. ومن فصّل قال: إن كان ذلك لارتفاع سعر الثياب، فالزيادة لصاحب الثوب، وإن كان لارتفاع سعر الأصباغ، فهي للغاصب، وإن كان للعمل والصنعة، فهي بينهما، لأن الزيادة بفعل الغاصب تحسب للمغصوب منه.

الضرب الثاني: إذا أمكن فصله عن الثوب، فقد حكي قول عن القديم: أنه إن كان المفصول لا قيمة له، فهو كالسِّمن، والمشهور أنه ليس كالسمن، فلا يفوز به المغصوب منه. وهل يملك إجبار الغاصب على فصله؟ وجهان: أصحهما عند العراقيين: لا. وأصحهما: عند البغوي وطائفة: نعم، واختاره الإمام، ونقل القطع به عن المراوزة. وإنما الخلاف، فيما إذا كان الغاصب يخسر بالفصل خسرانًا بيّنًا، وذلك، قد يكون لضياع المنفصل بالكلية، وقد يكون لحقارته بالإضافة إلى قيمة الصِّبغ. ومن جملة الضياع، أن يحدث في الثوب نقص بسبب الفصل لا تفي بأرشه قيمة المفصول. ولو رضي المغصوب منه بإبقاء الصبغ وأراد الغاصب فصله، فله ذلك إن لم ينقص الثوب، وكذا إن نقص على الأصح. وإن تراضيا على ترك الصبغ بحاله، فهما شريكان. وكيفية الشركة، كما سبق في الضرب الأول.

**فرع:** لو ترك الغاصب الصبغ للمالك، فهل يجبر كالنعل في الدابة المردودة بالعيب لأنه تابع، أم لا، كالبناء والغراس إذا تركه الغاصب؟ وجهان. قال الروياني: أصحهما: الأول. قال الرافعي: بل الثاني أقيس وأشبه.

ثم قيل: الوجهان فيما إذا أمكن فصل الصبغ، وفيما إذا لم يمكن. والأصح: تخصيصهما بما إذا أمكن وقلنا: إن الغاصب يجبر على الفصل، وإلا فهما شريكان لا يجبر واحد منهما على قبول هبة الآخر. وعلى هذا، فطريقان: أحدهما: أن الوجهين فيما إذا كان يتضرر بالفصل، إما لِما يناله من التعب، وإما لأن المفصول يضيع كله

أو أكثره، فإن لم يكن كذلك، لم يجب القبول بحال. والثاني: أن الوجهين فيما إذا كان الثوب ينقص بالفصل نقصًا لا تفي بأرشه قيمة الصبغ المفصول، فإن وفت، لم يجب القبول بحال وإن تعب أو ضاع مُعظم المفصول. قال الإمام: وإذا قلنا: يجب القبول على المغصوب منه، لم يشترط تلفُّظه بالقبول. وأما الغاصب، فلا بد من لفظ من جهته يشعر بقطع الحق، كقوله: أعرضت عنه، أو تركته، أو أبرأتُه عن حقي، أو أسقطته، قال: ويجوز أن يعتبر اللفظ المشعر بالتمليك.

**فرع:** لو بذل المغصوب منه قيمة الصبغ، وأراد أن يتملكه على الغاصب، فهل يجاب إليه؟ فيه أوجه ـ سواء كان الصبغ يمكن فصله، أو لا ـ أحدهما: نعم كالغراس في العارية. وأصحهما: لا، لأن المعير لا يتمكن من القلع مجانًا فكان محتاجًا إلى التملك بالقيمة، وهنا بخلافه. والثالث: إن كان الصبغ بحيث لو فُصل لم يحصل منه شيء ينتفع به، فنعم، وإلا، فلا.

**فرع:** متى اشتركا في الثوب المصبوغ، فهل لأحدهما الإنفراد ببيع ملكه منه؟ وجهان: كبيع دار لا ممر لها. والأصح: المنع. ولو أراد مالك الثوب البيع، ففي «المهذب» و«التهذيب»: أنه يجبر الغاصب على موافقته ويباع، وإن أراد الغاصب البيع، لم يجبر صاحب الثوب على الأصح، لئلا يستحق بتعدِّيه إزالة ملك غيره. وفي «النهاية»: القطع بأن واحدًا منهما لا يجبر كسائر الشركاء.

الحال الثاني: أن يكون الصبغ مغصوبًا من غير مالك الثوب، فإن لم يحدث بفعله نقص، فلا غرم عليه، وهما شريكان في الثوب المصبوغ كما سبق في المالك والغاصب. وإن حدث، نظر، إن كانت قيمته مصبوغًا عشرة، والتصوير كما سبق، فهو لصاحب الثوب، ويغرم الغاصب الصبغ للآخر. وإن كانت خمسة عشر، فوجهان: أحدهما: يكون الثوب بينهما نصفين، ويرجعان على الغاصب بخمسة. وأصحهما: أثلاثًا على ما سبق في الحال الأول، فإن كان مما يمكن فصله، فلهما تكليف الغاصب الفصل، فإن حصل بالفصل نقص فيهما أو في أحدهما عما كان قبل أن يصبغ، غرمه الغاصب، ولصاحب الثوب وحده طلب الفصل أيضًا إذا قلنا: المالك يجبر الغاصب عليه في الحال الأول، هذا إذا حصل بالإنصباغ عين مال في الثوب، فإن لم يحصل إلا تمويه، فالحكم كما سبق في التزويق.

**فرع:** يقاس بما ذكرناه في الحالتين ثبوت الشركة فيما إذا طيَّر الريحُ ثوبَ إنسان في أجّانة صباغ، فانصبغ، لكن ليس لأحدهما أن يكلف الآخر الفصل ولا التغريم إن حصل نقص في أحدهما، إذ لا تعدِّي. ولو أراد صاحب الثوب تملك الصبغ بالقيمة، فعلى ما سبق.

الحال الثالث: أن يكون الصبغ مغصوبًا من مالك الثوب أيضًا. فإن لم يحدث بفعله نقص، فهو للمالك، ولا غرم على الغاصب، ولا شيء له إن زادت القيمة، لأن الموجود منه أثر محض. وإن حدث بفعله نقص، ضمن الأرش، وإذا أمكن الفصل، فللمالك إجباره عليه. وليس للغاصب الفصل إذا رضي المالك.

**فرع:** إذا كان الصبغ للغاصب وقيمته عشرة، وقيمة الثوب عشرة، فبلغت قيمة الثوب مصبوغًا ثلاثين، ففصل الغاصب الصبغ، ونقصت قيمة الثوب عن عشرة، لزمه ما نقص، وكذا ما نقص عن خمسة عشر إن فصل بغير إذن المالك وطلبه، وإن فصل بإذنه، لم يلزمه إلا نقص العشرة. ولو عادت قيمته مصبوغًا إلى عشرة لانخفاض السعر وكان النقص في الثياب والأصباغ على نسبة واحدة، فالثوب بينهما بالسوية كما كان، والنقص داخل عليهما جميعًا، وليس على الغاصب غرامة ما نقص مع رد العين، لكن لو فصل الصبغ بعد رجوع القيمة إلى عشرة، فصار الثوب يساوي أربعة، غرم ما نقص، وهو خمس الثوب بأقصى القيم. والمعتبر في الأقصى خمسة عشر إن فصل بنفسه، وعشرة إن فصل بطلب المالك.

**فصل:** إذا خلط المغصوب بغيره، فقد يتعذَّر التمييز بينهما، وقد، لا. وإذا تعذر، فقد يكون ذلك الغير من جنسه، وقد، لا. فإن كان كالزيت بالزيت. والحنطة بالحنطة، نظر، فإن خلطه بأجود من المغصوب أو مثله، أو أردأ منه، فالمذهب النص أنه كالهالك حتى يتمكن الغاصب من أن يعطيه قدر حقه من غير المخلوط. وقيل: قولان: أحدهما: هذا. والثاني: يشتركان في المخلوط، ويرجع في قدر حقه من نفس المخلوط. وقيل: إن خلط بالمثل، اشتركا، وإلا، فكالهالك. فإن قلنا: كالهالك، فللغاصب دفع المثل من غير المخلوط، وله دفعه منه اذا خلطه بالأجود أو بالمثل، وليس له دفع قدر حقه من المخلوط بالأردأ، إلا أن يرضى المالك. واذا رضي، فلا أرش له كما إذا أخذ الرديء من موضع آخر. وإن قلنا بالشركة، فإن خلط بالمثل، فقدر زيته من المخلوط له.

وإن خلط بالأجود، بأن خلط صاعًا قيمته درهم، بصاع قيمته درهمان، نظر، إن أعطاه صاعًا من المخلوط، أجبر المالك على قبوله، وإلا فيباع المخلوط ويقسم الثمن بينهما أثلاثًا، فإن أراد قسمة عين الزيت على نسبة القيمة، فالمشهور: أنه لا يجوز، وفي قول رواه البويطي: يجوز، وفي وجه: يكلف الغاصب تسليم صاع من المخلوط، لأن اكتساب المغصوب صفة الجودة بالخلط، كزيادة متصلة. وإن خلط بالأردأ، بأن خلط صاعًا قيمته درهمان بصاع قيمته درهم، أخذ المغصوب منه صاعًا من المخلوط مع أرش النقص، لأن الغاصب متعدٍ بالخلط، بخلاف المفلس إذا

خلط بالأردأ، فإن البائع اذا رجع بصاع من المخلوط لا أرش له، لعدم التعدي، فإن اتفقا على بيع المخلوط وقسمة الثمن أثلاثًا، جاز، وإن أراد قسمة الزيت على نسبة القيمتين، فقيل: هو على الخلاف في طرق الأجود، وقيل: بالمنع قطعًا.

**فرع:** خلط الخل بالخل، واللبن باللبن، كخلط الزيت بالزيت. وإن خلط الدقيق بالدقيق، فإن قلنا: هو مثلي، فكالزيت بالزيت. وإن قلنا: متقوَّم، فإن قلنا: المختلط هالك، فالواجب على الغاصب القيمة. وإن قلنا: بالشركة، بيع وقسم الثمن بينهما على قدر القيمتين. فإن أراد قسمة عَيْن الدقيق على نسبة القيمتين، وكان الخلط بالأجود أو الأردأ، فعلى ما ذكرنا في خلط الزيت بالزيت. وإن كان الخلط بالمثل، جازت القسمة إن جعلناها إفرازًا. وإن جعلناها بيعًا، لم يجز، لأن بيع الدقيق بالدقيق لا يجوز.

**فرع:** خلط المغصوب بغير الجنس، كزيت بشيرج أو دهن جوز،أو دقيق حنطة بدقيق شعير، فالمغصوب هالك لبطلان فائدة خاصيته، بخلاف الجيد بالرديء. وقيل: هو على الخلاف السابق، واختار المتولي الشركة هناك وهنا، وقال: إن تراضيا على بيع المخلوط وقسمة الثمن، جاز، وإن أراد قسمته، جاز، وكأن المغصوب منه باع ما يصير في يد الغاصب من الزيت بما يصير في يده من الشيرج. قال الإمام: وألحق الأصحاب بخلط الزيت بالشيرج لتَّ السَّويق بالزيت، وهو بعيد، وإنما هو كصبغ الثوب.

**فرع:** إذا لم يتعذر التمييز، لزم الغاصب التمييز وفصله بالالتقاط وإن شق، سواء خلط الجنس كالحنطة البيضاء بالحمراء، أو بغيره كالحنطة بالشعير.

**فرع:** اذا خلط الزيت بالماء، وأمكن التمييز، لزمه التمييز وأرش النقص إن نقص، وإلا، فهو كخلطه بالشيرج، إلا أن لا تبقى له قيمة، فيكون هالكًا قطعًا. فإن حصل فيه ـ مميزًا كان أو غيره ـ نقصٌ سارٍ، فقد سبق حكمه.

**فصل:** إذا غصب خشبة وأدخلها في بناءٍ، أو بنى عليها، أو على آجر مغصوب، لم يملكها، بل عليه إخراجها وردها الى المالك ما لم تعفن. فإن عفنت بحيث لو أخرجت لم يكن لها قيمة، فهي هالكة. فإذا أخرجها قبل العفن وردَّها، لزمه أرش النقص وإن نقصت.

وفي الأجرة ما ذكرناه في إبلاء الثوب بالاستعمال. ولو أدخل لوحًا مغصوبًا في سفينة، نظر، إن لم يخف من النزع هلاك نفس ولا مال، بأن كانت على الأرض، أو مرساة على الشط، أو أدخله في أعلاها ولم يخف من نزعه غرقًا، أو لم يكن فيها نفس ولا مال، ولا خيف هلاك السفينة نفسها، لزمه نزعه ورده، فإن

كان في لجة البحر وخيف من النزع هلاك حيوان محترم، سواء كان آدميًا الغاصبُ أو غيره، أو غير آدمي، لم ينزع حتى تصل الشط. وإن خيف من النزع هلاك مال، إما في السفينة، وإما في غيرها، فهو، إما للغاصب، أو لمن وضع ماله فيها وهو يعلم أن فيها لوحًا مغصوبًا، فإن كان لهما، ففي نزعه وجهان: أصحهما: عند الإمام: النزع، كما يهدم البناء لرد الخشبة. وأصحهما: عند ابن الصباغ وغيره: لا ينزع، لأن السفينة لا تدوم في البحر، فيسهل الصبر إلى الشط. وإن كان لغيرهما، لم ينزع قطعًا.

وحيث لا ينزع إلى الشط، فتؤخذ القيمة للحيلولة إلى أن يتيسر النزع، فحينئذٍ يردّ اللوح مع أرش النقص ويسترد القيمة. وإن قلنا: لا يبالي في النزع بهلاك مال الغاصب فاختلطت التي فيها اللوح بسفن للغاصب، ولا يوقف على اللوح إلا بنزع الجميع، فهل ينزع الجميع؟ وجهان.

**فرع:** الخيط المغصوب، إن خيط به ثوب ونحوه، فالحكم كما في البناء على الخشبة. وإن خيط به جرح حيوان، فهو قسمان: محترم، وغيره. والمحترم نوعان: آدمي وغيره.

أما الآدمي: فإن خيف من نزعه هلاكه، لم ينزع، وعلى الغاصب قيمته. ثم إن خيط جرح نفسه، فالضمان مستقر عليه. وإن خاط جرح غيره باذنه وهو عالم بالغصب، فقرار الضمان على المجروح. وإن كان جاهلًا، فعلى الخلاف فيما إذا أطعم المغصوب رجلًا. وفي معنى خوف الهلاك، خوف كل محذور يجوّز العدول إلى التيمم من الوضوء وفاقًا وخلافًا.

وأما غير الآدمي، فضربان. مأكول، وغيره فغيره، له حكم الآدمي، إلا أنه لا اعتبار ببقاء الشين فيه. وأما المأكول، فإن كان لغير الغاصب، لم ينزع، وإن كان للغاصب، فقولان، وقيل: وجهان:

أظهرهما: لا يذبح كغير المأكول. وإذا مات الحيوان وفيه الخيط. فإن كان غير آدمي نزع، وكذا إن كان آدميًا على الأصح.

وأما غير المحترم، فلا يبالي بهلاكه، فينزع منه الخيط. ومن هذا القسم: الخنزير، والكلب العقور، وكذا الكلب الذي لا منفعة فيه، قاله الإمام. وكذا المرتد على المذهب، وبه قطع الأكثرون. وذكر الإمام فيه وجهين: وادعى أن الأوجه: منع النزع، لأن المثلة بالمرتد محرمة، بخلاف المثلة بالميت، لأنا نتوقع عود المرتد إلى الإسلام. ومن هذا القسم الحربي. وأما الزاني المحصن، والمحارب، فقال المتولي: هما على الوجهين فيما إذا مات وفيه الخيط، لأن تفويت رُوحِه مستحق،

وحيث قلنا: لا ينزع، يجوز غصب الخيط ابتداءً ليخاط به الجرح إذا لم يوجد خيط حلال. وحيث قلنا: ينزع، لا يجوز.

**فرع:** حصل فصيل رجل في بيت رجل، ولم يمكن إخراجه إلا بنقض البناء، فإن كان بتفريط صاحب البيت، بأن غصبه وأدخله، نقض ولم يغرم صاحب الفصيل شيئًا. وإن كان بتفريط صاحب الفصيل، نقض البناء، ولزمه أرش النقص. وإن دخل بنفسه، نقض أيضًا، ولزم صاحب الفصيل أرش النقص على المذهب، وبه قطع العراقيون. وقيل: وجهان: ثانيهما: لا أرش عليه.

**فرع:** وقع دينار في محبرة، ولا يخرج إلا بكسرها، فإن وقع بفعل صاحب المحبرة عمدًا أو سهوًا، كسرت، ولا غرم على صاحب الدينار، وإن وقع بفعل صاحبه، أو بلا تفريط من أحد، كسرت، وعلى صاحبه الأرش. وقال ابن الصباغ: إذا لم يفرط أحد، والتزم صاحب المحبرة ضمان الدينار، ينبغي أن لا تكسر، لزوال الضرر بذلك، وهذا الاحتمال عائد في صورة البيت والفصيل.

**فرع:** أدخلتْ بهيمةٌ رأسَها في قِدْر، ولم يخرج إلا بكسرها، فإن كان معها صاحبها، فهو مفرِّط بترك الحفظ. فإن كانت غير مأكولة، كسرت القدر، وعليه أرش النقص. وإن كانت مأكولة، ففي ذبحها وجهان: كمسألة الخيط. وإن لم يكن معها أحد، فإن فرَّط صاحب القدر، بأن وضع القدر في موضع لا حقَّ له فيه، كسرت، ولا أرش له. وإن لم يفرِّط، كسرت، وغرم صاحب البهيمة الأرش، ولم يذكروا هذا التفصيل بين المأكول وغيره في مسألة الفصيل، والوجه: التسوية.

**فرع:** سيأتي إن شاء الله تعالى القول في أن ما تتلفه البهيمة، متى يضمنه مالكها في بابه. فإذا ابتلعت شيئًا واقتضى الحال الضمان، نظر، إن كان مما يفسد بالابتلاع، ضمنه. وإن كان مما لا يفسد، كاللؤلؤ، فإن كانت غير مأكولة، لم تذبح، وغرم قيمة المبتلع، للحيلولة. وإن كانت مأكولة، ففي ذبحها الوجهان.

**فرع:** لو باع بهيمة بثمن معيَّن، فابتلعته، فإن لم يكن الثمن مقبوضًا، انفسخ البيع، وهذه بهيمة لبائعها ابتلعت مال المشتري، إلا أن يقتضي الحال وجوب الضمان على صاحب البهيمة، فيستقر العقد، ويكون ما جرى قبضًا للثمن بناءً على أن إتلاف المشتري قَبْضٌ منه. وإن كان الثمن مقبوضًا، لم ينفسخ البيع، وهذه بهيمة للمشتري ابتلعت مال البائع.

**فصل:** غصب زَوْجَي خفّ قيمتهما عشرة، فرد أحدهما وقيمته ثلاثة، وتلف الآخر، لزمه سبعة قطعًا، لأن بعض المغصوب تلف، وبعضه نقص. ولو أتلف أحدهما، أو غصبه وحده وتلف، وعادت قيمة الباقي إلى ثلاثة، ففيه أوجه:

أصحها: عند الشيخ أبي حامد ومن تابعه: يلزمه سبعة. وأصحها: عند الإمام، والبغوي: خمسة، كما لو أتلف رجل أحدهما، وآخر الآخر، فإن كلاً منهما يضمن خمسة. والثالث: يلزمه ثلاثة، لأنها قيمة ما أتلفه. ولو أخذ أحدهما بالسرقة، وقيمته مع نقص الباقي نصاب، لم يقطع بلا خلاف.

الطرف الثالث: فيما يترتب على تصرفات الغاصب. وفيه مسائل:

إحداها: إذا اتجر الغاصب في المال المغصوب، فقولان: الجديد: أنه إن باعه أو اشترى بعينه، فالتصرف باطل. وإن باع سلمًا أو اشترى في الذمة وسلم المغصوب فيه، فالعقد صحيح، والتسليم فاسد، فلا تبرأ ذمته مما التزم، ويملك الغاصب ما أخذ، وأرباحه له. والقديم: أن بيعه والشراء بعينه ينعقد موقوفًا على إجازة المالك. فإن أجاز، فالربح له. وكذا إذا التزم في الذمة وسلم المغصوب، تكون الأرباح للمالك.

الثانية: وطىء الغاصب المغصوبة، فإن كانا جاهلين بتحريم الوطء، فلا حد عليهما، وعليه المهر للسيد، وكذا أرش البكارة إن كانت بكرًا. ثم هل يفرد الأرش فنقول: عليه مهر ثيب، والأرش؟ أم لا يفرد، فنقول: مهر بكر؟ وجهان: أصحهما: الأول. والوجه، أن يقال: إن اختلف المقدار بالاعتبارين، وجب الزائد، وقد أشار الإمام إليه، وإلا، ففيه الوجهان. وإن كانا عالمين بالتحريم، نظر، إن كانت الجارية مكرهة، فعلى الغاصب الحدُّ والمهر، ويجب أرش البكارة إن كانت بكرًا. وإن كانت طائعة، فعليهما الحد، ولا يجب المهر على الصحيح المنصوص. وقيل: على المشهور. ويجب أرش البكارة إن كانت بكرًا إذا قلنا: يفرد عن المهر، وإلا، ففي وجوب الزائد على مهر، وإلا، ففي وجوب الزائد على وهي ثيب، وجهان: أحدهما: لا يجب، كما لو زنت الحرة وهي طائعة وهي بكر. والثاني: يجب، كما لو أذنت في قطع طرف منها. وإن كان الغاصب عالمًا دونها، فعليه الحد وأرش البكارة إن كانت بكرًا، والمهر. وإن كانت عالمة دونه، فعليها الحد دونه إن طاوعته، ويجب المهر إن كانت مكرهة، وإلا، فعلى الخلاف. ثم الجهل بتحريم الوطء، قد يكون للجهل بتحريم الزنا مطلقًا، وقد يكون لتوهم حِلِّها خاصة لدخولها بالغصب في ضمانه، ولا تقبل دعواهما إلا من قريب العهد بالإسلام، أو ممن نشأ في موضع بعيد عن المسلمين، وقد يكون لاشتباههما عليه وظنه أنها جاريته، فلا يشترط لقبول دعواه ما ذكرناه.

الثالثة: إذا وطء المشتري من الغاصب، فالقول في وطئه في حالَتَي العلم والجهل ما ذكرنا في الغاصب، إلا أن جهل المشتري قد ينشأ من الجهل بكونها

مغصوبة أيضًا، فلا يشترط في دعواه الشرط السابق، واذا غرم المشتري المهر، فسيأتي القول في رجوعه به على الغاصب. وهل للمالك مطالبة الغاصب به ابتداءً؟ وجهان: أصحهما: نعم، وهو مقتضى كلام الجمهور. وأشار الإمام إلى جريان الوجهين، سواء قلنا: يرجع المشتري بالمهر على الغاصب، أم لا. وقال: إذا قلنا: لا رجوع، فظاهر القياس: أنه لا يطالب. وإذا قلنا بالرجوع، فالظاهر المطالبة، لاستقرار الضمان عليه، وطرد الخلاف في مطالبة الغاصب بالمهر إذا وطئت بالشبهة.

**فرع:** إذا تكرر وطء الغاصب أو المشترى منه، فإن كان في حال الجهل، لم يجب إلا مهر، لأن الجهل شبهة واحدة مطردة، فأشبه الوطء في نكاح فاسد مرارًا. وإن كان عالمًا، وجب المهر، لكونها مكرهة. أو قلنا بالوجوب مع طاعتها، فوجهان: أحدهما: الاكتفاء بمهر. وأصحهما: يجب لكل مرة مهر. وإن وطئها، مرة عالمًا، ومرة جاهلًا، وجب مهران.

**فرع:** هذا الذي ذكرنا، فيما إذا لم يكن الوطء محبلًا. أما إذا أحبل الغاصب أو المشترى منه، نظر، إن كان عالمًا بالتحريم، فالولد رقيق للمالك غير نسيب، لكونه زانيًا. فإن انفصل حيًّا، فهو مضمون على الغاصب، أو ميتًا بجناية، فبدله لسيده، أو بلا جناية، ففي وجوب ضمانه على الغاصب، وجهان: أحدهما وهو ظاهر النص: الوجوب، لثبوت اليد عليه تبعًا للأم، وبه قال الأنماطي، وابن سلمة، واختاره القفال. وبالمنع قال أبو إسحاق، واختاره أبو محمد، والإمام، والبغوي، لأن جنايته غير متيقنة، وسبب الضمان هلاك رقيق تحت يده. ويجري الوجهان في حمل البهيمة المغصوبة إذا انفصل ميتًا، فإن أوجبنا الضمان، فهو قيمته يوم الانفصال لو كان حيًا في ولد الجارية والبهيمة جميعًا، وخرج الإمام وجهًا في ولد الجارية أنه يضمن بعشر قيمة الأم، تنزيلًا للغاصب منزلة الجاني.

أما إذا كان الواطىء جاهلًا بالتحريم، فالولد نسيب حر للشبهة، وعليه قيمته لمالك الجارية يوم الانفصال إن انفصل حيًا. فإن انفصل ميتًا بنفسه، فالصحيح: أنه لا قيمة عليه، وإن كان بجناية، فعلى الجاني ضمانه، وللمالك تضمين الغاصب، لأن له بدله، فقوِّم عليه، ثم الواجب على الجاني الغُرّة، وللمالك عشر قيمة الأم. فإن استويا، ضمن الغاصب للمالك عشر قيمة الأم. وإن كانت قيمة الغُرَّة أكثر، فكذلك، والزيادة تستقر له بحق الإرث. وإن نقصت الغُرَّة عن العشر، فوجهان: أصحهما: أنه يضمن للمالك تمام العشر. والثاني: لا يضمن إلا قدر الغُرَّة. ولو انفصل ميتًا بجناية الغاصب، لزمه الضمان. ولو أحبل الغاصبُ ومات وترك أباه،

ثم انفصل الجنين ميتًا بجناية، فالغُرَّة لجد الطفل. ثم عن القاضي حسين: أنه يضمن للمالك ما كان يضمنه الغاصب. وعنه: أنه لو كان مع الغاصب أم أُم الجنين، فورثت سدس الغُرَّة، قُطع النظر عنه، ونظر إلى عشر قيمة الأم وخمسة أسداس الغُرَّة، وكأنها كل الغُرَّة، والجوابان مختلفان، فرأى الإمام إثبات احتمالين في الصورتين، ينظر في أحدهما، إلى أن من يملك الغرة، ينبغي أن يضمن للمالك، ويُستبعد في الآخر تضمين من لم يغصب.

قال المتولي: الغرة تجب مؤجَّلة، وإنما يغرم الغاصب عشر قيمة الأم إذا أخذ الغرة. وتوقف الإمام فيه. هذا هو الصحيح المعروف في الولد المحكوم بحريته. وفي وجه: لا ينظر إلى عشر قيمة الأم، بل تعتبر قيمته لو انفصل حيًا. وفي وجه: يغرم الغاصب للمالك أكثر الأمرين من قيمة الولد والغرة. ودعوى الجهل في هذا، كدعواه إذا لم تحبل على ما سبق. وحكى المسعودي خلافًا في قبولها لحرية الولد، وإن قبلت لدفع الحد. ويجب في حالتي العلم والجهل أرش نقص الجارية إن نقصت بالولادة، فإن تلفت عنده، وجب أقصى القيم، ودخل فيه نقص الولادة وأرش البكارة. ولو ردها وهي حبلى، فماتت في يد المالك بالولادة، قال أبو عبد الله القطان في «المطارحات»: لا شيء عليه في صورة العلم، لأن الولد ليس منه حتى يقال: ماتت بولادة ولده. ونقل في صورة الجهل قولين، وأطلق المتولي القولين بوجوب الضمان. قلت: الأصح: قول المتولي. والله أعلم.

**فرع:** لو وطىء الغاصبُ بإذن المالك، فحيث قلنا: لا مهر إذا لم يأذن، فهنا أولى، وإلا، فقولان محافظة على حرمة البُضع. وفي قيمة الولد، طريقان: قيل: كالمهر، وقيل: تجب قطعًا، لأنه لم يصرح بالإذن في الإحبال.

**فصل:** فيما يرجع به المشتري على الغاصب إذا غرمه المالك، وفيه فروع:

الأول: إذا تلفت العين المغصوبة عند المشتري، ضمن قيمتها أكثر ما كانت من يوم قبضها إلى التلف، ولا يضمن زيادة كانت في يد الغاصب، ولا يرجع بما ضمنه عالمًا كان أو جاهلًا. وعن صاحب «التقريب»: أنه يرجع من المغروم بما زاد على قدر الثمن، سواء اشتراه رخيصًا، أم زادت قيمته، وهو شاذ.

الثاني: إذا تعيَّب المغصوب عند المشتري بمعىً أو شلل أو نحوهما، فإن كان بفعل المشتري، استقر ضمانه عليه، وكذا لو أتلف الجميع. وإن كان بآفة سماوية، فقولان: أظهرهما: لا يرجع على الغاصب، وبه قطع العراقيون والأكثرون.

الثالث: منافع المغصوب، يضمنها المشتري للمالك بأجرة مثلها، سواء استوفاها بالسكون والركوب واللبس ونحوها، أم فاتت تحت يده، ولا يرجع بما

استوفاه، ولا بالمهر وأرش البكارة على الجديد الأظهر، ويرجع بما تلف تحت يده على الأصح.

الرابع: لا يرجع بقيمة الولد المنعقد حرًا على المذهب. وقيل: قولان: ويرجع بأرش نقص الولادة على المذهب، وبه قطع العراقيون. وقيل: وجهان: ولو وهب الجارية المغصوبة، فاستولدها المتهب جاهلًا بالحال، وغرم قيمة الولد، ففي رجوعه بها وجهان:

الخامس: إذا بنى المشتري أو غرس في المغصوبة، فجاء المالك ونقض، رجع بأرش النقصان على الغاصب على الأصح، وبه قطع العراقيون. قال البغوي: والقياس: أن لا يرجع على الغاصب بما أنفق على العبد وما أدى من خراج الأرض، لأنه شرع في الشراء على أنه يضمنهما.

السادس: لو زوج الغاصب المغصوبة، فوطئها الزوج جاهلًا، غرم مهر المثل للمالك، ولا يرجع به على الغاصب، لأنه شرع فيه على أن يضمن المهر. فلو استخدمها الزوج، وغرم الأجرة، لم يرجع لأنه لم يسلطه بالتزويج على الاستخدام، بخلاف الوطء، ويرجع بغرم المنافع التالفة تحت يده، لأنه لم يستوفها، ولم يشرع على أن يضمن. والقول في قيمتها لو تلفت في يده، سبق، فإن غرمها، رجع بها. قال الأصحاب: وضابط هذه المسائل، أن ينظر فيما غرمه من أثبت يده على يد الغاصب جاهلًا. فإن دخل على أن يضمنه، لم يرجع، وأن شرع على أن لا يضمنه، فإن لم يستوف ما يقابله، رجع به. وإن استوفاه، فقولان: فلو غصب شاة فولدت في يد المشتري، أو شجرة فأثمرت، فأكل فائدتهما وغرمهما للمالك، ففي رجوعه بما غرم على الغاصب قولان، كالمهر.

وإن هلكت تحت يده، فهي كالمنافع التي لم يستوفها، وكذا القول في الأكساب. ولو انفصل الولد ميتًا، فالمذهب: أنه لا ضمان، وكذا إذا انفصل ميتًا في يد الغاصب. ولو استرضع المشتري الجارية في ولده أو ولد غيره، وغرم أجرة مثلها، ففي رجوعه بها قولان، كالمهر، ويغرم المشتري اللبن وإن انصرف إلى سخلتها وعاد نفعه إلى المالك، كما لو غصب علفًا وعلف به بهيمة مالكه، قال البغوي: وينبغي أن يرجع لأنه لم يدخل فيه على أن يضمنه، ولا عاد نفعه إليه. ولو أجر العين المغصوبة، غرم المستأجر أجرة المثل للمالك، ولم يرجع بها على الغاصب، ويسترد المسمى. ولو أعارها، رجع المستعير بما غرم للمنافع الفائتة تحت يده. وفي الرجوع بما غرمه للمنافع المستوفاة، القولان. وكذا ما غرم للأجزاء التالفة بالاستعمال.

**فرع:** كل ما لو غرّمه المشتري رجع به على الغاصب. فإذا طولب به الغاصب وغرمه، لم يرجع به على المشتري، وكل ما لو غرمه المشتري، لم يرجع به على الغاصب، فإذا غرمه الغاصب، رجع به على المشتري، وكذا الحكم في غير المشتري ممن أثبتت يده على يد الغاصب.

**فرع:** لو نقصت الجارية بالولادة، والولد رقيق تفي قيمته بنقصها، لم ينجبر به النقص، بل يأخذ الولد والأرش.

**فصل:** في مسائل منثورة تتعلق بالغصب، إحداها: حمال تعب بخشبة، فأسندها إلى جدار رجل، فإن لم يأذن مالكه، ضمن الجدار إن وقع باسناده، وضمن ما تلف بوقوعه عليه. وإن وقعت الخشبة وأتلفت شيئًا، ضمن إن وقعت في الحال. وإن وقعت بعد ساعة، لم يضمن. وإن كان الجدار له أو لغيره، وقد أذن في إسنادها إليه، فكذلك يفرق بين أن تقع الخشبة في الحال أو بعد ساعة، كفتح رأس الزق.

الثانية: غصب دارًا فنقضها وأتلف النقض، ضمن النقض وما نقص من قيمة العرصة. وهل يغرم أجرة مثلها دارًا إلى وقت النقض، أم إلى وقت الرد؟ وجهان:

الثالثة: غصب شاة وأنزى عليها فحلًا، فالولد للمغصوب منه. ولو غصب فحلًا وأنزاه على شاته، فالولد للغاصب، ولا شيء عليه للإنزاء. فإن نقصت قيمته، غرم الأرش، وينبغي أن يخرج وجوب شيء للإنزاء، على الخلاف في صحة الاستئجار له.

الرابعة: غصب جارية ناهدًا، فتدلى ثديها، أو عبدًا شابًا، فشاخ، أو أمرد، فالتحى، ضمن النقصان.

الخامسة: غصب خشبة فاتخذ منها أبوابًا وسمرها بمساميره، نزع المسامير. فإن نقصت الأبواب به، ضمن الأرش. ولو بدَّلها، ففي إجبار المغصوب منه على قبولها وجهان سبق نظائرهما.

السادسة: غصب ثوبًا ونجسه، أو تنجس عنده، لا يجوز له تطهيره، ولا للمالك أن يكلفه تطهيره. فإن غسله فنقص، ضمن النقص. ولو رده نجسًا، فمؤنة التطهير على الغاصب. وكذا أرش النقص اللازم منه، وتنجيس المائع الذي لا يمكن تطهيره، إهلاك. وتنجيس الدهن، مبني على إمكان تطهيره. إن جوزناه، فهو كالثوب.

السابعة: غصب من الغاصب، فأبرأ المالكُ الأولَ عن ضمان الغصب، صح الإبراء، لأنه مطالَب بقيمته، فهو كدين عليه. وإن ملَّكه العين المغصوبة، برىء،

وانقلب الضمان على الثاني حقًا له. وإن باعه لغاصب الغاصب، أو وهبه له، وأذن في القبض، برىء الأول. وإن أودعه عند الثاني وقلنا: يصير أمانة في يده، برىء الأول أيضًا. وإن رهنه عند الثاني، لم يبرأ واحد منهما.

الثامنة: إذا رد المغصوبَ إلى المالك أو وكيله، أو وليه، برىء. ولو رد الدابة إلى اصطبله، قال المتولي: برىء أيضًا إذا علم المالك به أو أخبره من يُعتمدُ خبُره، ولا يبرأ قبل العلم والإخبار. ولو امتنع المالك من الاسترداد، رفع الأمر إلى الحاكم.

التاسعة: لو أبرأ المالك غاصب الغاصب عن الضمان، برىء الأول، لأن القرار على الثاني، والأول كالضامن، كذا قاله القفال وغيره، وهذا إن كان بعد تلف المال فبيّن، وإن كان قبله، فيخرج على صحة إبراء الغاصب مع بقاء المال في يده، وفيه خلاف سبق في كتاب الرهن، وبالله التوفيق.

ولو غصب مسكًا أو عنبرًا أو غيرهما مما يقصد شمه، ومكث عنده، لزمه أجرته كالثوب والعبد ونحوهما. ولو طرح في المسجد غلة أو غيرها وأغلقه، لزمه أجرة جميعه. وإن لم يغلقه، لكن شغل زاوية منه، لزمه أجرة ما شغله وممن صرح بالمسألة الغزالي في «الفتاوى»، قال: وكما يضمن أجزاء المسجد بالإتلاف، يضمن منفعته بإتلافها. والله أعلم.

# كتاب الوديعة

**قال المصنف رحمه الله تعالى: يستحب لمن قدر على حفظ الوديعة وأداء الأمانة فيها أن يقبلها لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢] ولما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة، والله تعالى في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه»[(١)]. فإن لم يكن من يصلح لذلك غيره وخاف أن لم يقبل أن تهلك تعين عليه قبولها، لأن حرمة المال كحرمة النفس، والدليل عليه ما روى ابن مسعود أن النبي ﷺ قال: «حرمة مال المؤمن كحرمة دمه»[(٢)] ولو خاف على دمه لوجب عليه حفظه، فكذلك إذا خاف على ماله، وإن كان عاجزًا عن حفظها أو لا يأمن أن يخون فيها لم يجز له قبولها، لأنه يغرر ويعرضها للهلاك، فلم يجز له أخذها.**

**فصل: ولا يصح الإيداع إلا من جائز التصرف في المال، فإن أودعه صبي أو سفيه لم يقبل لأنه تصرف في المال، فلم يصح من الصبي والسفيه كالبيع، فإن أخذها منه ضمنها، لأنه أخذ ماله من غير إذن فضمنه كما لو غصبه، ولا يبرأ من الضمان إلا بالتسليم إلى الناظر في ماله، كما نقول فيما غصبه من ماله، وإن خاف المودع أنه إن لم يأخذ منه استهلكه فأخذه ففيه وجهان، بناء على القولين في المحرم إذا خلص طائرًا من جارحة وأمسكه ليحفظه أحدهما: لا يضمن، لأنه قصد حفظه، والثاني: يضمن؛ لأنه ثبتت يده عليه من غير ائتمان.**

**فصل: ولا يصح إلا عند جائز التصرف، فإن أودع صبيًا أو سفيهًا لم يصح الإيداع لأن القصد من الإيداع الحفظ، والصبي والسفيه ليسا من أهل الحفظ، فإن أودع واحدًا منهما فتلف عنده لم يضمن، لأنه لا يلزمه حفظه فلا يضمنه، كما لو تركه عند بالغ من غير إيداع فتلف، وإن أودعه فأتلفه ففيه وجهان: أحدهما: يضمن لأنه لم يسلطه على إتلافه فضمنه بالإتلاف، كما لو أدخله داره فأتلف ماله. والثاني: لا يضمن، لأنه مكنه من إتلافه فلم يضمنه، كما لو باع منه شيئًا وسلمه إليه فأتلفه.**

**الشرح:** الوديعة هي المال الموضوع عند أجنبي ليحفظه. واستودعته الوديعة: استحفظته إياها. ومن أودع وديعة يعجز عن حفظها، حرم عليه قبولها؛ وإن كان

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (٣/ ٢٦) والبزار في مسنده (٢/ ١٣٤ كشف).

قادرًا، لكن لا يثق بأمانة نفسه، فهل يحرم قبولها، أم يكره؟ وجهان: وإن قدر، ووثق بأمانة نفسه، استحب القبول. فإن لم يكن هناك غيره، فقد أطلق مطلقون أنه يتعين عليه القبول، وهو محمول على ما بينه السرخسي في «الأمالي»، وهو أنه يجب أصل القبول دون أن يتلف منفعة نفسه وحرزه في الحفظ من غير عوض.

**فرع:** لا يصح إيداع الخمر ونحوها.

**فصل:** الإيداع، توكيل خاص، وأركانه، كأركانها أربعة: الحفظ، والعاقدان، والصيغة. فلا بد من صيغة من المودع دالة على الاستحفاظ، كقوله: استودَعتُكَ هذا المال، أو أودعتُك، أو استحفظتك، أو أنبتك في حفظه، أو احفظه، أو هو وديعة عندك، أو ما في معناها. وفي اشتراط القبول باللفظ ثلاثة أوجه: أصحها: لا يشترط، بل يكفي القبض في العقار والمنقول. والثاني: يشترط. والثالث: يشترط إن كان بصيغة عقد، كأودعتك، ولا يشترط إن قال: احفظه، أو هو وديعة عندك. ولو قال: إذا جاء رأس الشهر، فقد أودعتك هذا، فقطع الروياني في «الحلية» بالجواز، والقياس تخريجه على الخلاف في تعليق الوكالة. ولو جاء بماله، ووضعه بين يدي غيره، ولم يتلفظ بشيء، لم يحصل الإيداع. فلو قبضه الموضوع عنده، ضمنه. وكذا لو كان قد قال قبل ذلك: أريد أن أودعك، ثم جاء بالمال، فإن قال: هذا وديعتي عندك، أو احفظه، ووضعه بين يديه، فإن أخذه الموضوع عنده، تمت الوديعة إن لم يشترط القبول لفظًا. وإن لم يأخذه، نظر، إن لم يتلفظ، لم يكن وديعة، حتى لو ذهب وتركه، فلا ضمان عليه، لكن يأثم إن كان ذهابه بعدما غاب المالك. وإن قال: قبلت، أو ضعه، فوضعه، كان إيداعًا، كما لو قبضه بيده، كذا قال البغوي. وقال المتولي: لا يكون وديعة ما لم يقبضه. وفي «فتاوى» الغزالي: أنه إن كان الموضَع في يده، فقال: ضعه، دخل المال في يده، لحصوله في الموضع الذي هو في يده. وإن لم يكن، بأن قال: انظر إلى متاعي في دكاني، فقال: نعم، لم يكن وديعة. وعلى الأول، لو ذهب الموضوع عنده وتركه، فإن كان المالك حاضرًا بعدُ، فهو ردٌ للوديعة. وإن غاب المالك، ضمنه.

**فصل:** لا يصح الإيداع إلا من جائز التصرف. فلو أودع صبي أو مجنون مالًا، لم يقبله، فإن قبله، ضمنه، ولا يزول الضمان إلا بالرد إلى الناظر في أمره. لكن لو خاف هلاكه في يده، فأخذه على وجه الحسبة صونًا له، لم يضمنه على الأصح. ولا يصح الإيداع إلا عند جائز التصرف، فلو أودع مالًا عند صبي، فتلف، لم يضمنه، إذ ليس عليه حفظه، فهو كما لو تركه عند بالغ من غير استحفاظ فتلف.

وإن أتلفه الصبي، فقولان: ويقال: وجهان: أحدهما: لا ضمان، لان المالك سلطه عليه، فصار كما لو باعه أو أقرضه وأقبضه فأتلفه، فلا ضمان قطعًا. وأظهرهما: يضمن، كما لو أتلف مال غيره من غير استحفاظ. ولا تسليط على الإتلاف هنا، بخلاف البيع والقرض. ولو أودع ماله عند عبد فتلف عنده، فلا ضمان. وإن أتلفه، فهل يتعلق الضمان برقبته كما لو أتلف ابتداءً، أم بذمته كما لو باعه؟ فيه الخلاف المذكور في الصبي. وإيداع السفيه والإيداع عنده، كإيداع الصبي والإيداع عنده.

**قال المصنف رحمه الله تعالى: فصل: وتنعقد الوديعة بما تنعقد به الوكالة من الإيجاب بالقول، والقبول بالفعل، وتنفسخ بما تنفسخ به الوكالة من العزل والجنون والإغماء والموت، كما تنفسخ الوكالة؛ لأنه وكالة في الحفظ، فكان كالوكالة في العقد والفسخ.**

**فصل: والوديعة أمانة في يد المودع، فإن تلفت من غير تفريط لم تضمن لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «من أودع وديعة فلا ضمان عليه»[1] وروي ذلك عن أبي بكر وعمر وعلي وابن مسعود وجابر رضي الله عنهم، وهو إجماع فقهاء الأمصار، ولأنه يحفظها للمالك فكانت يده كيده؛ ولأن حفظ الوديعة معروف وإحسان، فلو ضمنت من غير عدوان زهد الناس في قبولها، فيؤدي إلى قطع المعروف، فإن أودعه وشرط عليه الضمان لم يصر مضمونًا لأنه أمانة فلا يصير مضمونًا بالشرط، كالمضمون لا يصير أمانة بالشرط.**

**وإن ولدت الوديعة ولدًا كان الولد أمانة، لأنه لم يوجد فيه سبب يوجب الضمان لا بنفسه ولا بأمه، وهل يجوز له إمساكه؟ فيه وجهان أحدهما: لا يجوز بل يجب أن يعلم صاحبه، كما لو ألقت الريح ثوبًا في داره والثاني: يجوز لأن إيداع الأم إيداع لما يحدث منها.**

**فصل: ومن قبل الوديعة نظرت، فإن لم يعين المودع الحرز لزمه حفظها في حرز مثلها، فإن أخر إحرازها فتلفت لزمه الضمان، لأنه ترك الحفظ من غير عذر فضمنها فإن وضعها في حرز دون حرز مثلها ضمن، لأن الإيداع يقتضي الحفظ، فإذا أطلق حمل على المتعارف، وهو حرز المثل، فإذا تركها فيما دون حرز مثلها فقد فرط فلزمه الضمان، وإن وضعها في حرز فوق حرز مثلها لم يضمن لأن من رضي بحرز المثل رضي بما فوقه، فإن قال: لا تقفل عليه، فأقفل عليه أو قال: لا تقفل عليه قفلين، فأقفل قفلين أو قال: لا ترقد عليه فرقد عليه فالمذهب أنه لا يضمن، لأنه زاده في الحرز ومن أصحابنا من قال: يضمن، لأنه نبه اللص عليه وأغراه به.**

**فصل: وإن عين له الحرز فقال: احفظها في هذا البيت فنقلها إلى ما دونه**

---

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه برقم (٢٤٠١).

ضمن لأن من رضي حرزًا لم يرض بما دونه وإن نقلها إلى مثله أو إلى ما هو أحرز منه لم يضمن، لأن من رضي حرزًا رضي مثله وما هو أحرز منه، وإن قال له: احفظها في هذا البيت ولا تنقلها فنقلها إلى ما دونه ضمن، لأنه لم يرض بما دونه وإن نقلها إلى مثلها أو إلى ما هو أحرز منه ففيه وجهان.

قال أبو سعيد الإصطخري: لا يضمن لأنه جعله في مثله، فأشبه إذا لم ينهه عن النقل. وقال أبو إسحاق: يضمن لأنه نهاه عن النقل فضمنه بالنقل، فإن خاف عليه في الحرز المعين من نهب أو حريق نظرت، فإن كان النهي مطلقًا لزمه النقل ولا يضمن، لأن النهي عن النقل للاحتياط في حفظها، والاحتياط في هذه الحال أن تنقل، فلزمه النقل، فإن لم ينقلها حتى تلفت ضمنها لأنه فرط في الترك وإن قال له: لا تنقل وإن خفت عليها الهلاك فنقلها لم يضمن، لأنه زاده خيرًا وإن تركها حتى تلفت ففيه وجهان.

قال أبو العباس وأبو إسحاق: لا يضمن، لأن نهيه مع خوف الهلاك أبرأ من الضمان وقال أبو سعيد الاصطخري، يضمن لأن نهيه عن النقل مع خوف الهلاك لا حكم له، لأنه خلاف الشرع، فيصير كما لو لم ينهه، والأول أظهر، لأن الضمان يجب لحقه فسقط بقوله وإن خالف الشرع كما لو قال لغيره: اقطع يدي أو أتلف مالي.

فصل: فإن أودعه شيئًا فربطه في كمه لم يضمن، فإن تركه في كمه ولم يربطه نظرت فإن كان خفيفًا إذا سقط لم يعلم به ضمنه، لأنه مفرط في حفظه وإن كان ثقيلًا إذا سقط علم به لم يضمن لأنه غير مفرط، وإن تركه في جيبه فإن كان مزررًا أو كان الفتح ضيقًا لم يضمن لأنه لا تناله اليد، وإن كان واسعًا غير مزرر ضمن لأن اليد تناله.

وإن أودعه شيئًا فقال: أربطه في كمك فأمسكه في يده فتلف فقد روى المزني أنه لا يضمن وروى الربيع في «الأم» أنه يضمن، فمن أصحابنا من قال: هو على قولين:

أحدهما: لا يضمن، لأن اليد أحرز من الكم، لأنه قد يسرق من الكم ولا يسرق من اليد.

والثاني: أنه يضمن، لأن الكم أحرز من اليد؛ لأن اليد حرز مع الذكر دون النسيان والكم حرز مع النسيان والذكر. ومن أصحابنا من قال: إن ربطها في كمه وأمسكها بيده لم يضمن، لأن اليد مع الكم أحرز من الكم وإن تركها في يده ولم يربطها في كمه ضمن لأن الكم أحرز من اليد، وحمل الروايتين على هذين الحالين.

وإن أمره أن يحرزها في جيبه فأحرزها في كمه ضمن، لأن الجيب أحرز من الكم، لأن الكم قد يرسله فيقع منه ولا يقع من الجيب، وإن قال: أحفظها في

البيت فشدها في ثوبه وخرج ضمنها، لأن البيت أحرز، فإن شدها في عضده. فإن كان الشد مما يلي أضلاعه لم يضمن، لأنه أحرز من البيت. وإن كان من الجانب الآخر ضمن، لأن البيت أحرز منه، وإن دفعها إليه في السوق وقال: احفظها في البيت فقام في الحال ومضى إلى البيت فأحرزها لم يضمن، وإن قعد في السوق وتوانى ضمنها لأنه حفظها فيما دون البيت.

وإن أودعه خاتمًا وقال: احفظه في البنصر فجعله في الخنصر ضمن، لأن الخنصر دون البنصر في الحرز، لأن الخاتم في الخنصر أوسع فهي إلى الوقوع أسرع. وإن قال: أجعله في الخنصر فجعله في البنصر لم يضمن، لأن البنصر أحرز لأنه أغلظ والخاتم فيه أحفظ. وإن قال: أجعله في الخنصر فلبسه في البنصر فانسكر ضمن لأنه تعدى فيه.

فصل: وإن أراد المودع السفر ووجد صاحبها أو وكيله سلمها إليه، فإن لم يجد سلمها إلى الحاكم، لأنه لا يمكن منعه من السفر، ولا قدرة على المالك ولا وكيله، فوجب الدفع إلى الحاكم، كما لو حضر من يخطب المرأة والولي غائب، فإن الحاكم ينوب عنه في التزويج، فإن سلم إلى الحاكم مع وجود المالك أو وكيله ضمن، لأن الحاكم لا ولاية له مع وجود المالك أو وكيله، كما لا ولاية له في تزويج المرأة مع حضور الولي أو وكيله، فإن لم يكن حاكم سلمها إلى أمين، لأن النبي ﷺ كانت عنده ودائع فلما أراد الهجرة سلمها إلى أم أيمن، واستخلف عليًا كرم الله وجهه في ردها، وإن سلم إلى أمين مع وجود الحاكم، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يضمن وهو ظاهر النص، وهو قول أبي إسحاق لأنه أمين فأشبه الحاكم.

والثاني: يضمن، وهو ظاهر قوله في الرهن. وهو قول أبي سعيد الإصطخري، لأن أمانة الحاكم مقطوع بها، وأمانة الأمين غير مقطوع بها فلا يجوز ترك ما يقطع به بما لا يقطع به كما لا يترك النص للاجتهاد فإن لم يكن أمين لزمه أن يسافر بها، لأن السفر في هذه الحال أحوط؛ فإن وجد المالك أو الحاكم أو الأمين فسافر بها ضمن، لأن الإيداع يقتضي الحفظ في الحرز، وليس السفر من مواضع الحفظ، لأنه إما أن يكون مخوفًا أو آمنًا لا يوثق بأمنه، فلا يجوز مع عدم الضرورة.

وإن دفنها ثم سافر نظرت فإن كان في موضع لا يد فيه لأحد ضمن، لأن ما تتناوله الأيدي معرض للأخذ، فإن كان في موضع مسكون فإن لم يعلم بها أحدًا ضمن؛ لأنه ربما أدركته المنية في السفر فلا تصل إلى صاحبها، فإن أعلم بها من لا يسكن في الموضع ضمن، لأن ما في البيت إنما يكون محفوظًا بحافظ، فإن أعلم بها من يسكن في الموضع فإن كان غير ثقة ضمن، لأنه عرضه للأخذ. وإن كان ثقة فهو كما لو استودع ثقة ثم سافر، وقد بينا حكم من استودع ثم سافر.

فصل: وإن حضره الموت فهو بمنزلة من حضره السفر، لأنه لا يمكنه الحفظ مع الموت بنفسه. كما لا يمكنه الحفظ مع السفر، وقد بينا حكمه؛ وإن قال في مرضه: عندي وديعة ووصفها، ولم يوجد ذلك في تركته، فقد اختلف أصحابنا فيه، فقال أبو إسحاق: لا يضرب المقر له مع الغرماء بقيمتها، لأن الوديعة أمانة فلا يضمن بالشك، ومن أصحابنا من قال: يضرب المقر له بقيمتها مع الغرماء وهو ظاهر النص، لأن الأصل وجوب ردها، فلا يسقط ذلك بالشك.

فصل: وإن أودع الوديعة غيره من غير ضرورة ضمنها لأن المودع لم يرض بأمانة غيره، فإن هلكت عند الثاني جاز لصاحبها أن يضمن الأول، لأنه سلم ما لم يكن له تسليمه وله أن يضمن الثاني، لأنه أخذ ما لم يكن له أخذه كأن ضمن الثاني نظرت ـ فإن كان قد علم بالحال ـ لم يرجع بما ضمنه على الأول، لأنه دخل على أنه يضمن فلم يرجع. فإن لم يعلم ففيه وجهان.

أحدهما: أنه يرجع لأنه دخل على أنه أمانة. فإذا ضمن رجع على من غره.

والثاني: أنه لا يرجع. لأنه هلك في يده فاستقر الضمان عليه فإن ضمن الأول ـ فإن قلنا: أن الثاني إذا ضمن يرجع على الأول ـ لم يرجع الأول عليه، وإن قلنا أنه لا يرجع رجع الأول عليه. فأما إذا استعان بغيره في حملها ووضعها في الحرز. أو سقيها أو علفها. فإنه لا يضمن. لأن العادة قد جرت بالاستعانة ولأنه ما أخرجها عن يده ولا فوض حفظها إلى غيره.

فصل: وإن أودعه دراهم فخلطها بمثلها من ماله ضمن، لأن صاحبها لم يرض أن يخلط ماله بمال غيره، فإن خلطها بدراهم لصاحب الدراهم ففيه وجهان: أحدهما: لا يضمن، لأن الجميع له. والثاني: أنه يضمن وهو الأظهر، لأنه لم يرض أن يكون أحدهما مختلطًا بالآخر. وإن أودعه دراهم في كيس مشدود فحمله أو خرق ما تحت الشد ضمن ما فيه، لأنه هتك الحرز من غير عذر، وإن أودعه دراهم في غير وعاء فأخذ منها درهمًا ضمن الدراهم لأنه تعدى فيه ولا يضمن الباقي لأنه لم يتعد فيه، فإن رد الدرهم فإن كان متميزًا بعلامة لم يضمن غيره، وإن لم يتميز بعلامة فقد قال الربيع يضمن الجميع، لأنه خلط المضمون بغيره فضمن الجميع. والمنصوص أنه لا يضمن الجميع، لأن المالك رضي أن يختلط هذا الدرهم بالدراهم فلم يضمن. فإن أنفق الدرهم ورد بدله، فإن كان متميزًا عن الدراهم لم يضمن الدراهم لأنها باقية كما كانت، وإن كانت غير متميزة ضمن الجميع لأنه خلط الوديعة بما لا يتميز عنها فضمن الجميع.

فصل: فإن أودعه دابة فلم يسقها ولم يعلفها حتى ماتت ضمنها: لأنها ماتت بسبب تعدى به فضمنها، وإن قال لا تسقها ولا تعلفها فلم يسقها ولم يعلفها حتى ماتت ففيه وجهان. قال أبو سعيد الإصطخري: يضمن لأنه لا حكم لنهيه، لأنه

يجب عليه سقيها وعلفها، فإذا ترك ضمن كما لو لم ينه عن السقي والعلف وقال أبو العباس وأبو إسحاق: لا يضمن. لأن الضمان يجب لحق المالك، وقد رضي بإسقاطه.

فصل: إذا أخرج الوديعة من الحرز لمصلحة لها. كإخراج الثياب للتشرير لم يضمن، لأن ذلك من مصلحة الوديعة، ومقتضى الإيداع، فلم يضمن به، وإن أخرجها لينتفع بها ضمنها، لأنه تصرف في الوديعة بما ينافي مقتضاها فضمن به. كما لو أحرزها في غير حرزها، فإن كان دابة فأخرجها للسقي والعلف إلى خارج الحرز، فإن كان المنزل ضيقًا لم يضمن لأنه مضطر إلى الإخراج، وإن كان المنزل واسعًا ففيه وجهان:

أحدهما: يضمن، وهو المنصوص، وهو قول أبي سعيد الإصطخري. لأنه أخرج الوديعة من حرزها من غير حاجة فضمنها، كما لو أخرجها ليركبها. والثاني: أنه لا يضمنها. وهو قول أبي إسحاق، لأن العادة قد جرت بالسقي والعلف خارج المنزل، وحمل النص عليه إذا كان الخارج غير آمن. وإن نوى إخراجها للانتفاع كاللبس والركوب أو نوى أن لا يراها على صاحبها، ففيه ثلاثة أوجه: أحدها: وهو قول أبي العباس أنه يضمن كما يضمن اللقطة إذا نوى تملكها. والثاني: وهو قول القاضي أبي حامد المروروذي أنه إن نوى اخراجها للانتفاع بها لم يضمن. وإن نوى أن لا يردها ضمن، لأن بهذه النية صار ممسكًا لها على نفسه، وبالنية الأولى لا يصير ممسكًا على نفسه. والثالث: وهو قول أكثر أصحابنا أنه لا يضمن: لأن الضمان إنما يكون بفعل يوقع في العين، وذلك لم يوجد.

فصل: وإن أخذت الوديعة منه قهرًا لم يضمن لأنه غير مفرط في ذلك وإن أكره حتى سلمها ففيه وجهان، بناء على القولين فيمن أكره حتى أكل في الصوم أحدهما: أنه يضمن، لأنه فوت الوديعة على صاحبها لدفع الضرر عن نفسه، فأشبه إذا أنفقها على نفسه لخوف التلف من الجوع ـ الثاني: أنه لا يضمن لأنه مكره فأشبه إذا أخذت بغير فعل من جهته.

فصل: وإن طالبه المودع برد الوديعة فأخر من غير عذر ضمن لأنه مفرط فإن أخرها لعذر لم يضمن لأنه غير مفرط.

فصل: وإن تعدى في الوديعة فضمنها ثم ترك التعدي في الوديعة لم يبرأ من الضمان لأنه ضمن العين بالعدوان فلم يبرأ بالرد إلى المكان، كما لو غصب من داره شيئًا ثم رده إلى الدار، فإن قال المودع أبرأتك من الضمان أو أذنت لك في حفظها ففيه وجهان، أحدهما: يبرأ من الضمان وهو ظاهر النص، لأن الضمان يجب لحقه فسقط بإسقاطه. والثاني: لا يبرأ حتى يردها إليه، لأن الإبراء إنما يكون عن حق في الذمة، ولا حق له في الذمة فلم يصح الإبراء.

فصل: إذا اختلف المودع والمودع فقال أودعتك وديعة وأنكرها المودع

**فالقول قوله، لما روى ابن عباس ﷺ أن النبي ﷺ قال: «لو أن الناس أعطوا بدعاويهم لادعى ناس من الناس دماء ناس وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه والبينة على من أنكر»[1] ولأن الأصل أنه لم يودعه فكان القول قوله.**

**فصل: وإن ادعى أنها تلفت نظرت، فإن ادعى التلف بسبب ظاهر كالنهب والحريق لم يقبل حتى يقيم البينة على وجود النهب والحريق، لأن الأصل أن لا نهب ولا حريق، ويمكن إقامة البينة عليها، فلم يقبل قوله من غير بينة فإن أقام البينة على ذلك أو ادعى الهلاك بسبب يخفى فالقول قوله مع اليمين أنها هلكت، لأن الهلاك يتعذر إقامة البينة عليه، فقبل قوله مع يمينه.**

**فصل: وإن اختلفا في الرد فالقول قوله مع يمينه، لأنه أخذ العين لمنفعة المالك فكان القول في الرد قوله. وإن ادعى عليه أنه أودعه فأنكر الإيداع فأقام المودع بينه بالإيداع فقال المودع: صدقت البينة أودعتني، ولكنها تلفت أو رددتها لم يقبل قوله، لأنه صار خائنًا ضامنًا فلا يقبل قوله في البراءة بالرد والهلاك، فإن قال: أنا أقيم البينة بالتلف أو الرد ففيه وجهان.**

**أحدهما: أنها تسمع، لأنه لو صدقه المدعى ثبتت براءته، فإذا قامت البينة سمعت. والثاني: لا تسمع، لأنه كذب البينة بإنكاره الإيداع، فأما إذا ادعى عليه أنه أودعه فقال ماله عندي شيء فأقام البينة بالإيداع فقال: صدقت البينة أودعتني، ولكنها تلفت رددتها قبل قوله مع اليمين لأنه صادق في إنكاره أنه لا شيء عنده، لأنها إذا تلفت أو ردها عليه لم يبق له عنده شيء والله أعلم.**

**الشرح:** قوله: «الحرز» أحرز الشيء إذا احتاط في حفظه وهو الموضع الحصين، وقوله: «الجيب» مشتق من جاب إذا قطع، وقوله: «كإخراج الثياب للتشرير» شر الثوب وشرره ونشره إذا بسطه في الشمس ليجف.

وأحكام الوديعة ثلاثة:

أحدها: الجواز من الجانبين، وتنفسخ بموت أحدهما أو جنونه أو إغمائه. ولو عزم المودع نفسه، ففي انعزاله وجهان: بناءً على أن الوديعة إذن، أم عقد؟ إن قلنا: إذن، فالعزل لغو، كما لو أذن للضيفان في أكل طعامه، فقال بعضهم: عزلت نفسي، يلغو قوله، وله الأكل بالإذن السابق. فعلى هذا، تبقى الوديعة بحالها. وإن قلنا: عقد، انفسخت وبقي المال في يده أمانة شرعية، كالريح تطير الثوب إلى داره، فعليه الرد عند التمكن وإن لم يطلب على الأصح. فإن لم يفعل، ضمن.

الحكم الثاني: أنها أمانة، فلا يضمن إلا عند التقصير، وأسباب التقصير تسعة:

---

(١) تقدم.

أحدها: أن يودعها المودع عند غيره بلا عذر من غير إذن المالك، فيضمن، سواء أودع عند عبده وزوجته وابنه، أو أجنبي. والكلام في تضمين المالك المودع الثاني قد سبق في بابي الرهن والغصب. وإن أودعها عند القاضي، فوجهان ـ سواء كان المالك حاضرًا أو غائبًا ـ : أصحهما: عند الجمهور: يضمن. فإن جوزنا الدفع إلى القاضي، لم يجب عليه القبول إن كان المالك حاضرًا والدفع عليه متيسرًا، وإن لم يكن كذلك، لزمه القبول على الأصح، لأنه نائب الغائبين. وإذا حمل الغاصب المغصوب إلى القاضي، ففي وجوب القبول الوجهان، لكن هذا أولى بالمنع ليبقى مضمونًا للمالك. ومن عليه دين لو حمله إلى القاضي، نظر، إن كان بحيث لا يجب على المالك قبوله، فالقاضي أولى، وإلا، فوجهان وأولى بالمنع وهو الأصح، لأن الدين في الذمة لا يتعرض للتلف، وإذا تعين، تعرض له. وجميع ما ذكرناه هو فيما إذا استحفظ غيره وأزال يده ونظره عن الوديعة. أما إذا استعان به في حملها إلى الحرز، فلا بأس، كما لو استعان في سقي البهيمة وعلفها. قال القفال: وكذا لو كانت خزانته وخزانة ابنه واحدة فدفعها إلى ابنه ليضعها في الخزانة. وذكر الإمام أن المودع إذا أراد الخروج لحاجاته، فاستحفظ من يثق به من متصليه، وكان يلاحظ المخزن في عوداته، فلا بأس. وإن فوض الحفظ إلى بعضهم، ولم يلاحظ الوديعة أصلًا، ففيه تردد. وإن كان المخزن خارجًا عن داره التي يأوي إليها، وكان لا يلاحظه، فالظاهر تضمينه.

**فرع:** هذا الذي ذكرناه، إذا لم يكن عذر. فإن كان، بأن أراد سفرًا، فينبغي أن يردها إلى مالكها أو وكيله. فإن تعذر وصوله إليهما، دفعها إلى القاضي، وعليه قبولها. فإن لم يجد قاضيًا، دفعها إلى أمين، ولا يكلف تأخير السفر. فإن ترك هذا الترتيب فدفعها إلى الحاكم أو أمين مع إمكان الدفع إلى المالك أو وكيله، ضمن، ويجيء في هذا الخلاف السابق. وإن دفع إلى أمين مع القدرة على الحاكم، ضمن على المذهب. ولو دفن الوديعة عند سفره، ضمن إن دفنها في غير حرزه أو في حرز ولم يُعلم بها أمينًا، أو أعلمه حيث لا يجوز الإيداع عند الأمين، أو حيث يجوز إلا أن الذي أعلمه لا يسكن الموضع. فإن سكنه، لم يضمن على الأصح. كذا فصَّله الجمهور، وجعل الإمام في معنى السكنى، أن يراقبها من الجوانب، أو من فوق مراقبة الحارس. وقيل: إن الإعلام كالإيداع سواء سكن الموضع، أم لا. ونقل صاحب «المعتمد» وغيره وجهين: في أن سبيل هذا الإعلام سبيل الإشهاد، أم الائتمان؟ أصحهما: الثاني. فعلى الأول، لا بد من إعلام رجلين، أو رجل وامرأتين. وكما يجوز الإيداع بعذر السفر كما تبين، فكذا سائر الأعذار، كما إذا

وقع في البقعة حريق أو نهب أو غارة، أو خاف الغرق، وليكن في معناها إذا أشرف الحرز على الخراب ولم يجد حرزًا ينقلها إليه.

السبب الثاني: السفر بها، فإذا أودع حاضرًا، لم يجز أن يسافر بها، فإن فعل، ضمن. وقيل: لا يضمن إذا كان الطريق آمنًا، أو سافر في البحر والغالب فيه السلامة، والصحيح الأول. ولو سافر بها لعذر، بأن جلا أهل البلد، أو وقع حريق، أو غارة، فلا ضمان بشرط أن يعجز عن ردها إلى المالك ووكيله والحاكم وعن إيداع أمين، ويلزمه السفر بها في هذه الحالة، وإلاّ، فهو مضيّع. ولو عزم على السفر في وقت السلامة، وعجز عن المالك ووكيله، والحاكم، والأمين، فسافر بها، لم يضمن على الأصح عند الجمهور، لئلا ينقطع عن مصالحه وينفّر الناس عن قبول الودائع. وشرط الجواز، أن يكون الطريق آمنًا، وإلا، فيضمن، وهذا ظاهر في مسألة الوجهين. فأما عند الحريق ونحوه، فكان يجوز أن يقال: إذا كان احتمال الهلاك في الحضر أقرب منه في السفر، فله السفر بها. قال في «الرقم»: وإذا كان الطريق آمنًا، فحدث خوف، أقام. ولو هجم قطّاع الطريق، فألقى المال في مضيعة إخفاءً له فضاع، ضمن.

**فرع:** إذا أودع مسافرًا، فسافر بالوديعة، أو منتجعًا، فانتجع بها، فلا ضمان، لأن المالك رضي حين أودعه.

السبب الثالث: ترك الإيصاء، فإذا مرض المودع مرضًا مخوفًا، أو حبس للقتل، لزمه أن يوصيَ بها. فإن سكت عنها، ضمن، لأنه عرّضها للفوات، إذ الوارث يعتمد ظاهر اليد ويدعيها لنفسه، والمراد بالوصية: الإعلام والأمر بالرد من غير أن يخرجها من يده، وهو مخير في هذه الحالة بين الإيداع والاقتصار على الإعلام والأمر بالردّ. ثم يشترط في الوصية بها أمور:

أحدها: أن يعجز عن الرد إلى المالك أو وكيله، وحينئذٍ يودع عند الحاكم أو يوصي إليه. فإن عجز. فيودع عند أمين، أو يوصي إليه. كذا رتب الجمهور، كما إذا أراد السفر. وفي «التهذيب»: أنه يكفيه الوصية وإن أمكن الردّ إلى المالك، لأنه لا يدري متى يموت.

الثاني: أن يوصيَ إلى أمين. فإذا أوصى إلى فاسق، كان كما لو لم يوص، فيضمن، ولا بأس بأن يوصيَ إلى بعض ورثته، وكذا الإيداع حيث يجوز أن يودع أمينًا.

الثالث: أن يبيّن الوديعة ويميزها عن غيرها بإشارة إليها، أو ببيان جنسها وصفتها. فلو لم يبين الجنس، بل قال: عندي وديعة، فهو كما لو لم يوص.

**فرع:** لو ذكر الجنس فقال: عندي ثوب لفلان، نظر إن لم يوجد في تركته ثوب، فهل يضمن؟ وجهان: أصحهما: عند جماهير الأصحاب: يضمن، لتقصيره في البيان، فيضارب صاحب الوديعة بقيمتها مع الغرماء. وإن وجد في تركته أثواب، ضمن قطعًا، لأنه إذا لم يميز، فكأنه خلط الوديعة. وإن وجد ثوب واحد، ضمن أيضًا على الأصح، ولا يدفع إليه الثوب الموجود. وقيل: يتعين الثوب الموجود، وبه قطع البغوي والمتولي. وفي أصل المسألة وجه: أنه إنما يضمن إذا قال: عندي ثوب لفلان وذكر معه ما يقتضي الضمان. فأما إذا اقتصر عليه، فلا ضمان.

**فرع:** قال الإمام: إذا لم يوص أصلًا، فادعى صاحب الوديعة أنه قصر، وقال الورثة: لعلها تلفت قبل أن ينسب إلى التقصير، فالظاهر براءة الذمة.

**فرع:** جميع ما ذكرناه إذا تمكن من الإيداع، أو الوصية، فإن لم يتمكن، بأن قتل غيلة، أو مات فجأة، فلا ضمان.

**فرع:** إذا مات ولم يذكر أن عنده وديعة، فوجد في تركته كيس مختوم، أو غير مختوم مكتوب عليه: وديعة فلان، أو وجد في جريدته: لفلان عندي كذا وديعة، لم يلزم الورثة التسليم بهذا لاحتمال أنه كتب هو أو غيره تلبيسًا، أو اشترى الكيس وعليه الكتابة فلم يمحها، أو رَدّ الوديعة بعد كتابتها في الجريدة ولم يمحها، وإنما يلزم التسليم، بإقراره أو إقرار المورث ووصيّة أو بيِّنة.

السبب الرابع: نقلها، فإذا أودعه في قرية، فنقل الوديعة إلى قرية أخرى، فإن كان بينهما مسافة القصر، ضمن، وكذا إن كان بينهما ما يسمى سفرًا على الصحيح. وإن لم يسم سفرًا، ضمن إن كان فيها خوف، أو كانت المنقول عنها أحرز، وإلا، فلا على الأصح. وحيث منعنا النقل، فذاك إذا لم يكن ضرورة. فإن وقعت ضرورة، فكما ذكرنا في المسافرة. وإذا أراد الانتقال بلا ضرورة، فالطريق ما سبق فيما إذا أراد السفر. والنقل من محلة إلى محلة، أو من دار إلى دار، كالنقل من قرية إلى قرية متصلتي العمارة، فإن كانت المنقول عنها أحرز، ضمن، وإلا، فلا. ولو نقل من بيت إلى بيت في دار واحدة، أو خان واحد، فلا ضمان. وإن كان الأول أحرز منهما، كان الثاني حرزًا أيضًا، قاله البغوي. وجميع مسائل الفصل فيما إذا أطلق الإيداع، فأما إذا أمر بالحفظ في موضع معين، فسنذكره إن شاء الله تعالى.

السبب الخامس: التقصير في دفع المُهْلكات، فيجب على المودع دفع المهلكات على المعتاد. فلو أودعه، فله أحوال:

أحدها: أن يأمره بالعلف والسقي، فعليه رعاية المأمور. فإن امتنع حتى مضت مدة يموت مثلها في مثلها، فإن ماتت، ضمنها، وإلا، فقد دخلت في ضمانه. وإن

نقصت، ضمن نصفها. وتختلف المدة باختلاف الحيوانات. وإن ماتت قبل مضي هذه المدة، لم يضمن إن لم يكن بها جوع وعطش سابق. وإن كان وهو عالم به، ضمن، وإلاّ، فلا على الأصح. فإن ضمناه، فيضمن الجميع، أم بالقسط؟ وجهان: كما لو استأجر بهيمة فحمّلها أكثر مما شرط.

الثانية: أن ينهاه عن العلف والسقي، فيعصي إن ضيَّعها لحرمة الروح. والصحيح الذي قاله الجمهور، أنه لا ضمان، وضمنه الإصطخري.

الثالثة: أن لا يأمره ولا ينهاه، فيلزم القيام بهما، لأنه التزم حفظها. ثم الكلام في أمرين:

أحدهما: المودع لا يلزمه العلف من ماله، فإن دفع إليه المالك علفها، فذاك. ولو قال: اعلفها من مالك، فهو كقوله: اقض ديني. والأصح الرجوع عليه. فإن لم يذكر شيئًا، راجع المالك أو وكيله ليستردها، أو يعطي علفها. فإن لم يظفر بهما، رفع الأمر إلى الحاكم ليقترض عليه، أو يبيع جزءًا منها، أو يؤجرها ويصرف الأجرة في مؤنتها. والقول فيه وفي تفاريعه، كما سبق في هرب الجمال وعلف الضالة، ونفقة اللقيط ونحوها.

الأمر الثاني: إن علفها وسقاها في داره، أو إصطبله، حيث تعلف وتسقى دوابه. فقد وفى بالحفظ. وإن أخرجها من الموضع، فإن كان يفعل كذلك مع دوابه لضيق وغيره، فلا ضمان. وإن كان ليسقيَ دوابه فيه، فقد قال الشافعي في «المختصر»: وإن أخرجها إلى غير داره وهو يسقي في داره، ضمن. وقال الإصطخري بظاهره وأطلق وجوب الضمان. وقالت طائفة: هذا إذا كان الموضع أحرز. فإن تساويا، فلا ضمان. وقال أبو إسحاق وآخرون: هذا إذا كان في الإخراج خوف. فإن لم يكن، لم يضمن، لانّطراد العادة، وهذا هو الأصح. ثم إن تولى السقي والعلف بنفسه ـ أو أمر به صاحبه وغلامه وهو حاضر لم تزل يده ـ فذاك، وإن بعثها على يد صاحبه ليسقيَها، أو أمره بعلفها وأخرجها من يده، فإن لم يكن صاحبها أمينًا، ضمن، وإلا، فلا على الأصح، للعادة. قال في «الوسيط»: والوجهان فيمن يتولى بنفسه في العادة، فأما غيره، فلا يضمن قطعًا.

**فرع:** إذا كان النهي عن العلف لعلة تقتضيه، كالقولنج، فعلفها قبل زوال العلة فماتت، ضمن.

**فرع:** العبد المودوع، كالبهيمة في الأحوال المذكورة. ولو أودعه نخيلًا، فوجهان: أحدهما: سقيها كسقي الدابة. والثاني: لا يضمن بترك السقي إذا لم يأمره به.

**فرع:** ثياب الصوف التي يفسدها الدود، يجب على المودع نشرها وتعريضها للريح. بل يلزمه لبسها إذا لم يندفع إلا بأن تلبس وتعبق بها رائحة الآدمي، فإن لم يفعل ففسدت، ضمن، سواء أمره المالك أو سكت. فإن نهاه عنه، فامتنع حتى فسدت، كره ولا يضمن. وأشار في «التتمة» إلى أنه يجيء فيه وجه الإصطخري ولو كان الثوب في صندوق مقفل، ففتح القفل ليخرجه وينشره، قال البغوي: لا يضمن على الأصح. هذا كله إذا علم المودع. فإن لم يعلم، بأن كان في صندوق أو كيس مشدود ولم يُعلمه المالك، فلا ضمان.

السبب السادس: الانتفاع. فالتعدي باستعمال الوديعة والانتفاع بها، كلبس الثوب، وركوب الدابة، خيانة مضمنة. فإن كان هناك عذر، بأن لبس لدفع الدود كما سبق، أو ركب الدابة حيث يجوز إخراجها للسقي وكانت لا تنقاد إلا بالركوب، فلا ضمان. وإن انقادت من غير ركوب فركب، ضمن. ولو أخذ الدراهم ليصرفها إلى حاجته، أو الثوب ليلبسه، أو أخرج الدابة ليركبها، ثم لم يستعمل، ضمن، لأن الإخراج على هذا القصد خيانة. ولو نوى الأخذ لنفسه فلم يأخذ، لم يضمن على الصحيح وقول الأكثرين، وضمنه ابن سريج. ويجري الخلاف، فيما لو نوى أن لا يرد الوديعة بعد طلب المالك. وقيل: يضمن هنا قطعًا، لأنه يصير ممسكًا لنفسه، قاله القاضي أبو حامد والماوردي. ويجري الوجهان، فيما إذا كان الثوب في صندوق غير مقفل فرفع رأسه ليأخذ الثوب ويلبسه، ثم بدا له. ولو كان الصندوق مقفلًا والكيس مختومًا، ففتح القفل وفض الختم ولم يأخذ ما فيه، فوجهان: أحدهما: لا يضمن ما فيه، وإنما يضمن الختم الذي تصرف فيه. وأصحهما: يضمن ما فيه، لأنه هتك الحرز. وعلى هذا، ففي ضمان الكيس والصندوق وجهان: لأنه لم يقصد الخيانة في الظرف. ولو خرق الكيس نظر، إن كان الخرق تحت موضع الختم، فهو كفض الختم. وإن كان فوقه، لم يضمن إلا نقصان الخرق. ولو أودعه شيئًا مدفونًا فنبشه، فهو كفض الختم. ولا يلتحق بالفض وفتح القفل حلُّ الخيط الذي يشد به رأس الكيس، أو رزمة الثياب، لأن القصد منه المنع من الانتشار، لا أن يكون مكتومًا عنه. وعن «الحاوي» وجهان فيما إذا كانت عنده دراهم فوزنها ـ أُودِعها ـ أو ثياب فذرعها ليعرف طولها، أنه هل يضمن؟ ويشبه أن يجيء هذا الخلاف في حل الشدِّ.

**فرع:** إذا صارت الوديعة مضمونة على المودع بانتفاع أو إخراج من الحرز أو غيرهما من وجوه التقصير، ثم ترك الخيانة ورد الوديعة إلى مكانها، لم يبرأ ولم تعد أمانته. فلو ردها إلى المالك ثم أودعه ثانيًا، فلا شك في عود أمانته. فلو لم يردها، بل أحدث له المالك استئمانًا فقال: أذنت لك في حفظها، أو أودعتكها، أو

استأمنتك، أو أبرأتك من الضمان، فوجهان: ويجوز أن يقال: قولان: أصحهما: يصير أمينًا ويبرأ. ولو قال في الابتداء: أودعتك، فإن خنتَ ثم تركتَ الخيانة، عدتَ أمينًا لي، فخان ثم ترك الخيانة، قال المتولي: لا يعود أمينًا بلا خلاف، لأنه إسقاط ما لم يجب، وتعليق للوديعة.

**فرع:** قال: خذ هذه وديعة يومًا، وغير وديعة يومًا، فهو وديعة أبدًا. ولو قال: وديعة يومًا، وعارية يومًا، فهو وديعة في اليوم الأول، وعارية في اليوم الثاني، ثم لا تعود وديعة أبدًا، حكاه الروياني في كتابه «البحر» عن اتفاق الأصحاب.

**فصل:** إذا خلط الوديعة بمال نفسه، وفقد التمييز، ضمن، وإن خلطها بمال آخر للمالك، ضمن أيضًا على الأصح، لأنه خيانة. ولو أودعه دراهم فأنفق منها درهمًا، ثم رد مثله إلى موضعه، لا يبرأ من ضمانه، ولا يملكه المالك إلا بالدفع إليه، ثم إن كان المردود غير متميز عن الباقي، صار الجميع مضمونًا، لخلطه الوديعة بمال نفسه. فإن تميز، فالباقي غير مضمون، وإن لم ينفق الدرهم المأخوذ، وردّه بعينه، لم يبرأ من ضمان ذلك الدرهم، ولا يصير الباقي مضمونًا عليه إن تميز ذلك الدرهم عن غيره، وإلا، فوجهان: ويقال: قولان: أحدهما: يصير الباقي مضمونًا لخلطه المضمون بغيره. وأصحهما: لا، لأن هذا الخلط كان حاصلًا قبل الأخذ. فعلى هذا، لو كانت الجملة عشرة فتلفت، لم يلزمه إلا درهم، ولو تلفت خمسة، لزمه نصف درهم. هذا كله إذا لم يكن على الدراهم ختم ولا قفل، أو كان وقلنا: مجرد الفتح والفض لا يقتضي الضمان. أما إذا قلنا: يقتضيه وهو الأصح، فبالفض والفتح يضمن الجميع.

**فرع:** إذا أتلف بعض الوديعة، ولم يكن له اتصال بالباقي، كأحد الثوبين، لم يضمن إلا المتلف. وإن كان له اتصال، كتحريق الثوب، وقطع طرف العبد والبهيمة، نظر إن كان عاملًا، فهو جانٍ على الكل، فيضمن الجميع. وإن كان مخطئًا، ضمن المتلف، ولا يضمن الباقي على الأصح.

السبب السابع: المخالفة في الحفظ. فإذا أمره بحفظها على وجه مخصوص، فعدل إلى وجه آخر وتلفت، فإن كان التلف بسبب الجهة المعدول إليها، ضمن، وكانت المخالفة تقصيرًا. وإن تلفت بسبب آخر، فلا ضمان.

هذه جملة السبب، ولتفصيلها صور:

إحداها: أودعه مالًا في صندوق وقال: لا ترقد، فرقد عليه، نظر، إن خالف بالرقود، بأن انكسر رأس الصندوق بثقله، أو تلف ما فيه، ضمن، وإلاّ، فإن كان في بيت محرز، أو في صحراء فأخذه لص، فلا ضمان على الصحيح، لأنه زاده

خيرًا. وإن كان في صحراء وأخذه لص من جانب الصندوق، ضمن على الأصح. وإنما يظهر هذا، إذا سرق من جانب لو لم يرقد عليه لرقد هناك، وقد تعرض بعضهم لهذا القيد. ولو قال: لا تقفل عليه، فأقفل، أو لا تقفل إلا قفلًا، فأقفل قفلين، أو لا تغلق باب البيت، فأغلقه، فلا ضمان على الصحيح. ولو أمره بدفنها في بيته وقال: لا تبن، فبنى، فهو كما لو قال: لا ترقد عليه، فرقد، ثم هو عند الاسترداد منقوص غير مغروم على المالك، كما لو نقل الوديعة عند الضرورة لا يرجع بالأجرة على المالك، لأنه متطوع، نص عليه في «عيون المسائل».

الصورة الثانية: أودعه دراهم أو غيرها وقال: اربطها في كمك، فأمسكها، نقل المزني: أنه لا ضمان. ونقل الربيع: أنه يضمن. وللأصحاب ثلاثة طرق: أحدها: إطلاق قولين. والثاني: أنه إن لم يربطها في الكم واقتصر على الإمساك، ضمن، وإن أمسك باليد بعد الربط، لم يضمن، والثالث وهو أصحها: إن تلفت بأخذ غاصب، فلا ضمان، لأن اليد أحرز بالنسبة إليه. وإن سقطت بنوم أو نسيان، ضمن، لأنها لو كانت مربوطة لم تضع بهذا السبب، فالتلف حصل بالمخالفة. ولفظ النص في «عيون المسائل» مصرح بهذا التفصيل. ولو لم يربطها في الكم وجعلها في جيبه، لم يضمن، لأنه أحرز، إلا إذا كان واسعًا غير مزرور. وفي وجه ضعيف: يضمن، وبالعكس يضمن قطعًا. أما إذا امتثل فربطها في كمه، فلا يكلف معه الإمساك باليد، ثم ينظر إن جعل الخيط الرابط خارج الكم فأخذها الطرار، ضمن، لأن فيه إظهار الوديعة وتنبيه الطرار، لأنه أسهل عليه في قطعه وحله. وإن ضاع بالاسترسال وانحلال العقدة، لم يضمن إذا كان قد احتاط في الربط، لأنها إذا انحلت بقيت الدراهم في الكم. وإن جعل الخيط الرابط داخل الكم، انعكس الحكم. فإن أخذها الطرار، لم يضمن. وإن ضاعت بالاسترسال، ضمن، لأن العقدة إذا انحلت تناثرت الدراهم، هكذا قاله الأصحاب، وهو مشكل، لأن المأمور به مطلق الربط. فإذا أتى به، وجب أن لا ينظر إلى جهات التلف، بخلاف ما إذا عدل عن المأمور به إلى غيره فحصل به التلف.

**فرع:** لو أودعه دراهم في سوق أو طريق، ولم يقل: اربطها في كمك، ولا أمسكها في يدك، فربطها في الكم وأمسكها باليد، فقد بالغ في الحفظ. وكذا لو جعلها في جيبه وهو ضيق، أو واسع مزرور. فإن كان واسعًا غير مزرور، ضمن، لسهولة تناولها باليد. ولو أمسكها بيده ولم يربطها، لم يضمن إن تلفت بأخذ غاصب، ويضمن إن تلفت بغفلة أو نوم. فلو ربطها ولم يمسكها بيده، فقياس ما سبق أن ينظر إلى كيفية الربط وجهة التلف. ولو وضعها في الكم ولم يربطها فسقطت، فإن كانت خفيفة لا يشعر بها، ضمن، لتفريطه في الإحراز، وإن كانت

ثقيلة يشعر بها، لم يضمن، ذكره في «المهذب» وقياس هذا، يلزم طرده فيما سبق من صور الاسترسال كلها. ولو وضعها في كَوْر عمامته ولم يشد، ضمن.

**فرع:** أودعه في سوق وقال: احفظها في بيتك، فينبغي أن يمضيَ إلى بيته ويحفظها فيه. فإن أخر من غير عذر، ضمن. وإن أودعه في البيت وقال: احفظها في البيت فربطها في الكم وخرج بها، صارت مضمونة عليه. وكذا لو لم يخرج بها وربطها في الكم مع إمكان إحرازها في الصندوق ونحوه، وإن كان ذلك لقفل تعذر فتحه ونحوه. لم يضمن. قال في «المعتمد»: وإن شدها في عضده وخرج بها، فإن كان الشد مما يلي الأضلاع، لم يضمن، لأنه أحرز من البيت، وإن كان من الجانب الآخر، ضمن، لأن البيت أحرز منه. وفي تقييدهم الصورة بما إذا قال: احفظها في البيت، إشعار بأنه لو أودعه في البيت ولم يقل شيئًا، يجوز له أن يخرج بها مربوطة، ويشبه أن يكون الرجوع إلى العادة.

الصورة الثالثة: إذا عين للوديعة مكانًا فقال: احفظها في هذا البيت أو في هذه الدار، فإما أن يقتصر عليه، وإما أن ينهاه مع ذلك عن النقل، فإن اقتصر عليه فنقلها إلى ما دونه في الحرز، ضمن على الصحيح وإن كان المنقول إليه حرزًا لمثلها. وإن نقلها إلى بيت مثل الأول، لم يضمن، إلا أن يتلف بسبب النقل، كانهدام البيت المنقول إليه، فيضمن، لأن التلف حصل بالمخالفة. والسرقة من المنقول إليه كالانهدام، قاله البغوي والمتولي. وفي كلام الغزالي ما يقتضي إلحاق السرقة والغصب بالموت، وكذا صرح به بعضهم. وإن نهاه فقال: احفظ في هذا البيت ولا تنقلها، فإن نقلها من غير ضرورة، ضمن، لصريح المخالفة من غير حاجة، سواء كان المنقول إليه أحرز أو لم يكن. قال الإصطخري: إن كان أحرز من الأول أو مثله، لم يضمن، والصحيح الأول. وإن نقل لضرورة غارة، أو غرق، أو حريق، أو غلبة لصوص، لم يضمن وإن كان المنقول إليه حرزًا لمثلها. ولا بأس بكونه دون الأول إذا لم يجد أحرز منه. ولو ترك النقل والحالة هذه، ضمن على الأصح، لأن الظاهر أنه أراد بالنهي تحصيل الاحتياط. ولو قال: لا تنقلها وإن حدثت ضرورة، فإن لم ينقلها، لم يضمن على الصحيح، كما لو قال: أتلِفْ مالي، فأتلفه، لا يضمن، وإن نقل، لم يضمن على الأصح، لأنه قصد الصيانة. وحيث قلنا: لا يجوز النقل إلا لضرورة، فاختلفا في وقوعها، فإن عرف هناك ما يدعيه المودع، صدق بيمينه، وإلا، طولب بالبينة، فإن لم تكن بينة، صدق المالك بيمينه. وحكى أبو الفرج الزاز وجهًا، أن ظاهر الحال يغنيه عن اليمين، ثم ذكر الأئمة أن جميع هذا فيما إذا كان البيت أو الدار المعينة للمودع. أما إذا كان للمالك، فليس للمودع إخراجها من ملكه بحال، إلا أن تقع ضرورة.

الصورة الرابعة: إذا نقلها من ظرف إلى ظرف، كخريطة إلى خريطة، وصندوق إلى صندوق، فالمتلخص من كلام الأصحاب على اضطرابه، أنه إن لم يجر فتح قفل ولا فض ختم ولا خلط، ولم يعين المالك ظرفًا، فلا ضمان لمجرد النقل، سواء كانت الصناديق للمودع أو للمالك. وإذا كانت للمالك، فحصولها في يد المودع قد يكون بجهة كونها وديعة أيضًا. إما فارغة، وإما مشغولة بالوديعة، وقد تكون بجهة العارية. وإن جرى شيء من ذلك، فالفض والفتح والخلط، سبق أنها مضمنة. وإن عين ظرفًا، نظر، إن كانت الظروف للمالك، فوجهان: أحدهما: يضمن. وأصحهما: لا، لأنهما وديعتان، وليس فيه إلا حفظ أحدهما في حرز والأخرى في آخر. فعلى هذا إن نقل إلى ما دون الأول، ضمن، وإلا، فلا. وإن كانت الظروف للمودع، فهي كالبيوت بلا خلاف.

الصورة الخامسة: قال: احفظ وديعتي في هذا البيت، ولا تدخل إليها أحدًا، أو لا تستعن على حفظها بالحارسين، فخالف، فإن حصل التلف بسبب المخالفة، بأن سرقها الذين أدخلهم، أو الحارسون، ضمن. وإن سرق غيرهم أو وقع حريق، فلا ضمان.

الصورة السادسة: أودعه خاتمًا وقال: اجعله في خنصرك، فجعله في بنصره، فهو أحرز، لكن لو انكسر لغلظها، أو جعله في الأنملة العليا، ضمن. وإن قال: اجعله في البنصر، فجعله في الخنصر، فإن كان لا ينتهي إلى أصل البنصر، فالذي فعله أحرز، ولا ضمان. وإن كان ينتهي إليه، ضمن. وإن أودعه الخاتم ولم يقل شيئًا، فإن جعله في غير الخنصر، لم يضمن، إلاّ أن غير الخنصر في حق المرأة كالخنصر. وإن جعله في الخنصر، ففيه احتمالان عن القاضي حسين وغيره. أحدهما: يضمن، لأنه استعمال. والثاني: إن قصد الحفظ، لم يضمن. وإن قصد الاستعمال، ضمن وفي «الرقم» للعبادي: أنه إن جعل فصه إلى ظهر الكف، ضمن. وإلاّ، فلا.

الصورة السابعة: أودعه وقال: لا تخبر بها، فخالف، فسرقها من أخبره، أو من أخبره من أخبره، ضمن. ولو تلفت بسبب آخر، لم يضمن. وقال العبادي: لو سأله رجل فقال: هل عندك لفلان وديعة؟ فأخبره، ضمن، لأن كتمها من حفظها.

السبب الثامن: التضييع، لأن المودع مأمور بحفظها في حرز مثلها بالتحرز عن أسباب التلف. فلو أخر إحرازها مع التمكن، أو جعلها في مضيعها، أو في غير حرز مثلها، ضمن. ولو جعلها في أحرز من حرز مثلها، ثم نقلها إلى حرز مثلها، فلا ضمان. ثم هنا صور:

الصورة الأولى: إذا أعلم بالوديعة من يصادر المالك ويأخذ أمواله، ضمنها. بخلاف ما إذا أعلمه غير المودع، لأنه لم يلتزم الحفظ. ولو أعلم المودع اللصوص بالوديعة، فسرقوها، إن عين الموضع، ضمن، وإلا، فلا. كذا فصله البغوي.

الصورة الثانية: ضيع بالنسيان، ضمن على الأصح، ويؤيده نص الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في «عيون المسائل»، أنه لو أودعه إناءً من قوارير، فأخذه المودع بيده ليحرزه في منزله، فأصابه شيء من غير فعله فانكسر، لم يضمن، ولو أصابه بفعله مخطئًا أو عامدًا قبل أن يصل إلى البيت أو بعدما وصله، فهو ضامن. والخطأ والنسيان يجريان مجرى واحدًا، ولأنهم قالوا: لو انتفع بوديعة ثم ادعى غلطًا وقال: ظننته ملكي، لا يصدق مع أنه احتمال قريب، فدل على أن الغلط لا يدفع الضمان.

الصورة الثالثة: إذا أخذ الظالم الوديعة قهرًا، فلا ضمان على المودع، كما لو سرقت منه. وإن أكرهه حتى يسلمها بنفسه، فللمالك مطالبة الظالم بالضمان، ولا رجوع له إذا غرم، وله أيضًا مطالبة المودع على الأصح، ثم يرجع على الظالم، وهما كالوجهين في أن المكره على إتلاف مال الغير، هل يطالب؟ ومهما طالبه الظالم بالوديعة، لزمه دفعه بالإنكار والاخفاء والامتناع ما قدر. فإن ترك الدفع مع القدرة، ضمن. وإن أنكر فحلفه، جاز له أن يحلف لمصلحة حفظ الوديعة، ثم تلزمه الكفارة على المذهب. وإن أكرهه على الحلف بطلاق أو عتاق، فحاصله التخيير بين الحلف وبين الاعتراف والتسليم. فإن اعترف وسلم، ضمن على المذهب، لأنه فدى زوجته بالوديعة. وإن حلف بالطلاق، طلقت زوجته على المذهب، لأنه فدى الوديعة بزوجته.

السبب التاسع: الجحود. فإذا قال المودع: لا وديعة لأحدٍ عندي، إما ابتداءً، وإما جوابًا لسؤال غير المالك، فلا ضمان، سواء جرى ذلك بحضرة المالك أو في غيبته، لأن إخفاءها أبلغ في حفظها. وإن طلبها المالك فجحدها، فهو خائن ضامن. وإن لم يطلبها، بل قال: لي عندك وديعة، فسكت، لم يضمن. وإن أنكر، لم يضمن أيضًا على الأصح، لأنه قد يكون في الإخفاء غرض صحيح، بخلاف ما بعد الطلب. فلو جحد ثم قال: كنت غلطت أو نسيت، لم يبرأ إلا أن يصدقه المالك.

**فرع:** مَن أنكر وديعة ادعيت، صدق بيمينه. فلو أقام المدعي بينة بالإيداع، أو اعترف بها المدعى عليه، طولب بها. فإن ادعى ردها أو تلفها قبل الجحود أو بعده، نظر في صيغة جحوده. فإن أنكر أصل الإيداع، لم تقبل دعواه الرد، لتناقض كلامه وظهور خيانته. وأما في دعوى التلف، فيصدق، لكنه كالغاصب فيضمن. وهل يتمكن من تحليف المالك؟ وهل تسمع بينته على ما يدعيه من الرد أو التلف؟

وجهان: أصحهما: نعم، لاحتمال أنه نسي فصار كمن ادعى وقال: لا بينة لي، ثم جاء ببينة تسمع. فعلى هذا، لو قامت بينة بالرد أو الهلاك قبل الجحود، سقطت المطالبة. وإن قامت بالهلاك بعد الجحود، ضمن، لخيانته. وقد حكينا في ألفاظ المرابحة إذا قال: اشتريت بمائة، ثم قال: بمائة وخمسين، أن الأصحاب فرقوا بين أن لا يذكر وجهًا محتملًا في الغلط، وبين أن يذكره، ولم يتعرضوا لمثله هنا، والتسوية بينهما متجهة. وإن كانت صيغة جحوده: لا يلزمني تسليم شيء إليك، أو ما لَك عندي وديعة أو شيء، صدق في دعوى الرد والتلف، لأنها لا تناقض كلامه الأول. فإن اعترف بأنه كان باقيًا يوم الجحود، لم يصدق في دعوى الرد إلا ببينة. وإن ادعى الهلاك، فكالغاصب إذا ادعاه. والمذهب أنه يصدق بيمينه ويضمن.

الحكم الثالث من أحكام الوديعة: ردها عند بقائها، فإذا كانت الوديعة باقية، لزم المودع ردها إذا طلبها المالك، وليس المراد أنه يجب عليه مباشرة الرد وتحمل مؤنته، بل ذلك على المالك، وإنما على المودع رفع اليد والتخلية بين المالك وماله، فإن أخر من غير عذر، دخلت الوديعة في ضمانه. وإن كان هناك عذر يعسر قطعه، بأن طالبه في جنح الليل والوديعة في خزانة لا يتأتَّى فتح بابها في الوقت، أو كان مشغولًا بصلاة أو قضاء الحاجة، أو في حمام أو على طعام فأخر حتى يفرغ، أو كان ملازمًا لغريم يخاف هربه، أو كان المطر واقعًا والوديعة في البيت فأخر حتى ينقطع ويرجع إلى البيت، وما أشبه ذلك، فله التأخير قطعًا. فلو تلفت الوديعة في تلك الحال، فقطع المتولي بأنه لا ضمان، لعدم تقصيره، وهذا مقتضى كلام البغوي أيضًا. ولفظ الغزالي في «الوسيط» يشعر بتفصيل، وهو أنه إن كان التأخير لتعذر الوصول إلى الوديعة، فلا ضمان. وإن كان لعسر يلحقه، أو غرض يفوته، ضمن.

**فرع:** قال المودع: لا أرد حتى تُشهد أنك قبضتها، فهل له ذلك؟ فله ثلاثة أوجه سبق ذكرها في «كتاب الوكالة» ووجه رابع، أنه إن كان المالك أشهد بالوديعة عند دفعها، فله ذلك، وإلا، فلا.

**فرع:** يشترط كون المردود عليه أهلًا للقبض. فلو حجر عليه بسفه، أو كان نائمًا فوضعها في يده، لم يجز.

**فرع:** أودعه جماعة مالًا، وذكر أنه مشترك بينهم، ثم جاء بعضهم يطلبه، لم يكن للمودع القسمة ولا تسليم الجميع، بل يرفع الأمر إلى الحاكم ليقسمه ويدفع إليه نصيبه.

**فرع:** قال له: ردها على فلان وكيلي، فطلب الوكيل فلم يردّ، فهو كما لو طلب المالك فلم يردّ، لكن له التأخير ليشهد المدفوع إليه على القبض، لأنه لو

أنكر، صدق بيمينه. وإن لم يطلب الوكيل، فإن لم يتمكن من الردّ، لم تصر مضمونة، وإلاّ، فوجهان: لأنه لما أمره بالدفع إلى وكيله، عزله، فيصير ما في يده كالأمانة الشرعية، مثل الثوب تطيره الريح إلى داره. وفيها وجهان: أحدهما: تمتد إلى المطالبة. وأصحهما: تنتهي بالتمكن من الردّ. قال ابن كج: ويجري الوجهان فيمن وجد ضالة وهو يعرف مالكها. وذكر إمام الحرمين في الأساليب، أنه لو قال: ردّ الوديعة على من قدرتَ عليه من وكلائي هؤلاء ولا تؤخر، فقدر على الرَدّ على بعضهم، وأخَّر ليرد على غيره، فهو ضامن عاص بالتأخير، وأنه لو لم يقل: ولا تؤخر، يضمن بالتأخير، وفي العصيان وجهان: وإنه لو قال: ردها على من شئتَ منهم، فلم يرد على واحد ليرد على آخر، لا يعصي، وفي الضمان وجهان:

**فرع:** هل يجب على المودع الإشهاد عند الدفع إلى الوكيل؟ وجهان جاريان فيما لو دفع إليه مالًا ابتداءً وأمره بإيداعه، أصحهما: عند البغوي: يجب، كما لو أمره بقضاء دينه يلزمه الإشهاد، وأصحهما: عند الغزالي: لا، لأن قول المودع مقبول في الرد والتلف، فلا يغني الإشهاد، لأن الودائع حقها الإخفاء، بخلاف قضاء الدين. فإذا قلنا: يجب، فالحكم كما ذكرناه في «كتاب الوكالة»: أنه إن دفع في غيبة الموكل من غير إشهاد، ضمن. وإن دفع بحضرته، لم يضمن على الأصح.

**فصل:** طالبه المالك بردها، فادعى التلف بسبب خفي كالسرقة، صدق بيمينه. وإن ادعاه بسبب ظاهر كالحريق والغارة والسيل، فإن لم يعرف ما ادعاه بتلك البقعة، لم يقبل قوله في الهلاك به. وإن عرف بالمشاهدة أو الاستفاضة، نظر، إن عرف عمومه، صدق بلا يمين. وإن لم يعرف عمومه، واحتمل أنه لم يصب الوديعة، صدق باليمين. وإن لم يذكر سبب التلف، صدق بيمينه، ولا يكلف بيان سببه. وإذا نكل المودع عن اليمين، حلف المالك على نفي العلم بالتلف واستحق، وعدَّ المتولي موت الحيوان والغصب من الأسباب الظاهرة. وفي «التهذيب» إلحاق الغصب والسرقة، وهو الأقرب.

**فصل:** إذا ادعى رد الوديعة على الذي ائتمنه وهو المالك، صدق بيمينه. فإن مات قبل الحلف، ناب عنه وارثه وانقطعت المطالبة بحلفه. وإن ادعى الرد على غير من ائتمنه، لم يقبل إلا ببينة. وتفصيله بصور:

إحداها: إذا مات المالك، لزم المودع الرد على ورثته. حتى لو تلف في يده بعد التمكن من الرد، ضمن على الأصح. فإن لم يجد الورثة، رَدّ إلى الحاكم. وقيد في «العدة» هذا الجواب بما إذا لم تعلم الورثة بالوديعة، أما إذا علموا، فلا يجب الردّ إلا بعد طلبهم. ولو طالبه الوارث فقال: رددته على المالك، أو تلف في يدي

في حياته، صدق بيمينه. وإن قال: رددته عليك، فأنكر، فالمصدق الوارث. وإن قال: تلف في يدي قبل تمكني من الرد، فهل المصدق الوارث كدعوى الرد؟ أم المودع لأن الأصل براءته؟ وجهان. قلت: ينبغي أن يكون الثاني أصح. والله أعلم.

الصورة الثانية: مات المودع، فعلى وارثه ردها. فإن تلفت في يده بعد التمكن، ضمن على الأصح. فإن كان المالك غائبًا، سلمها إلى الحاكم. فلو تنازعا، فقال وارث المودع: ردّ عليك مورثي، أو تلفت في يده، قال المتولي: لم يقبل إلا ببينة. وقال البغوي: يصدق بيمينه، وهو الوجه، لأن الأصل عدم حصولها في يده. ولو قال: رددتها عليك، فالمصدق المالك. ولو قال: تلفت في يدي قبل التمكن، فعلى الوجهين.

الصورة الثالثة: لو قال من طيرت الريح ثوبًا إلى داره: رددت على المالك، وادعاه الملتقط، لم يصدق إلا ببينة.

الصورة الرابعة: إذا أراد المودع سفرًا، فأودعها أمينًا، فادعى الأمين تلفها، صدق. وإن ادعى الرد على المالك، لم يقبل، لأنه لم يأتمنه. وإن ادعى الرد على المودع، صدق، لأنه أمينه. كذا ذكره الغزالي والمتولي، وهذا ذهاب إلى أن للمودع إذا عاد من السفر أن يستردها، وبه صرح العبادي وغيره. وحكي عن الإمام أن اللائق بمذهب الشافعي رحمه الله، منعه من الاسترداد، بخلاف المودع يسترد من الغاصب على وجه، لأنه من الحفظ المأمور به. ولو كان المالك عيَّن أمينًا فقال: إذا سافرتَ فاجعلها عند فلان، ففعل، فالحكم بالعكس، إن ادعى الرد على المالك، صدق. وإن ادعاه على المودع الأول، لم يصدق.

الصورة الخامسة: قال المودع للمالك: أودعتها عند وكيلك فلان بأمرك، فللمالك أحوال:

أحدها: ينكر الإذن، فيصدق بيمينه. فإذا حلف، نظر إن كان فلان مقرًا بالقبض والوديعة باقية، ردها على المالك. فإن غاب المدفوع إليه، فللمالك تغريم المودع. فإذا قدم، أخذها وردها على المالك واسترد البدل. وإن كانت تالفة، فللمالك تغريم أيهم شاء، وليس لمن غرم الرجوع على صاحبه لزعمه أن المالك ظالم بما أخذ. وإن كان فلان منكرًا، صدق بيمينه، واختص الغرم بالمودع.

الحالة الثانية: يعترف بالإذن وينكر الدفع، فوجهان: أحدهما: يصدق المودع وتجعل دعوى الرد على وكيل المالك كدعواه على المالك. وأصحهما: تصديق المالك، لأنه يدعي الردّ على من لم يأتمنه. ولو وافق فلان المودع وقال: تلفت في يدي، لم يقبل قوله على المالك، بل يحلف المالك ويغرم المودع.

الحالة الثالثة: يعترف بالإذن والدفع معًا، لكنه يقول: لم تشهد، والمدفوع إليه منكر، فيبنى على وجوب الإشهاد على الإيداع. فإن لم نوجبه، فليس له تغريمه. وإن أوجبناه، فعلى الخلاف السابق في الوكالة في نظير هذه الصورة. ولو اتفقوا جميعًا على الدفع إلى الأمين، وادعى الأمين ردها على المالك، أو تلفها في يده، صدق بيمينه. هذا إذا عيّن المالك الأمين، أما لو قال: أودعها أمينًا، ولم يعينه، فادعى الأمين التلف، صدق. وإن ادعى الرد على المالك، فالمصدق المالك، لأنه لم يأتمنه، كذا ذكروه. ولو قيل: أمين أمينه أمينه، كما تقول على رأي: وكيل وكيل وكيله، لم يبعد. قلت: بل هو بعيد، والفرق ظاهر.

**فصل:** في يده مال، جاء رجلان ادعى كلٌ أنه مودعه، فجوابه يفرض بصيغ:

إحداها: أن يكذبهما ويقول: المال لي، فيحلف لكل أنه لا يلزمه تسليمه إليه.

الصيغة الثانية: أن يقر لأحدهما بعينه، فيعطاه، وهل يحلف للآخر؟ يبنى على أنه لو أقر لزيد بشيء، ثم أقر به لعمرو، هل يغرم لعمرو؟ إن قلنا: لا، فلا. وإن قلنا: نعم، عرضت اليمين عليه. فإن حلف، سقطت دعوى الآخر. وإن نكل، حلف الآخر. ثم هل يوقف المال بينهما إلى أن يصطلحا، أم يقسم بينهما كما لو أقر لهما، أم يغرم المدعى عليه القيمة له؟ فيه ثلاثة أوجه عن ابن سريج، قال ابن الصباغ: المذهب هو الثالث.

الصيغة الثالثة: قال: هو لكما، فهو كمالٍ في يد شخصين يتداعيانه. فإن حلف أحدهما، قضي له، ولا خصومة للآخر مع المودع، لنكوله. وإن نكلا أو حلفا، جعل بينهما، وحكْم كل واحد منهما في النصف الآخر كالحكم في الجميع في حق غير المقر له، وقد بيناه.

الصيغة الرابعة: قال: هو لأحدكما وقد نسيت عينه، فإن ضمنا المودع بالنسيان، فهو ضامن، وإلا، نظر، إن صدقاه، فلا خصومة لهما معه، وإنما الخصومة بينهما. فإن اصطلحا في شيء، فذاك، وإلا، فيجعل المال كأنه في أيديهما يتداعيانه، هذا هو الصحيح. وقيل: هو كمالٍ في يد ثالث يتداعيانه، لأنه لم يثبت لأحدهما يد. فعلى الأول، لو أقام كل واحد منهما بينة، أو حلفا أو نكلا، فهو بينهما. وإن أقام أحدهما بينة أو حلف، ونكل صاحبه، قضي له. وعلى الثاني، لو أقام كلٌ بينة، فعلى الخلاف في تعارض البينتين. وإن نكلا أو حلفا، وقف المال بينهما. وسواء قلنا بالأول أم بالثاني، هل يترك المال في يد المدعى عليه إلى أن تنفصل خصومتهما، أم ينزع منه؟ فيه قولان: أظهرهما: الثاني، وبه قطع البغوي

وغيره. قال المتولي: والقولان فيما إذا طلب أحدهما الانتزاع والآخر الترك، أما إذا اتفقا على أحد الأمرين، فيتبع الحاكم رأيهما.

أما إذا كذباه في دعوى النسيان وادعيا علمه، فهو المصدق بيمينه، ويكفيه يمين واحدة على نفي العلم، لأن المدعى شيء واحد وهو علمه. وهل للحاكم تحليفه على نفي العلم إذا لم يدعه الخصمان؟ وجهان: ثم إذا حلف، فالحكم كما إذا صدقاه في النسيان. وقيل: ينتزع المال من يده هنا وإن لم ينتزع هناك، لأنه خائن عندهما بدعوى النسيان، وإن نكل، ردت اليمين عليهما. فإن نكلا، فالمال مقسوم بينهما أو موقوف حتى يصطلحا على ما سبق. وإن حلف أحدهما فقط، قضي له. وإن حلفا، فقولان: ويقال: وجهان: أحدهما: يوقف حتى يصطلحا. وأظهرهما: يقسم، لأنه في أيديهما. وعلى هذا، يغرم القيمة وتقسم بينهما أيضًا، لأن كل واحد منهما أثبت بيمين الرد كل العين، ولم يأخذ إلا نصفها. هذا هو الصحيح الأشهر فيما إذا نكل المودع. وقيل: لا يغرم القيمة مع العين إذا حلفا. وقيل: لا ترد اليمين عليهما بنكوله، بل يوقف بناءً على أنهما لو حلفا وقف المال بينهما، فلا معنى لعرض اليمين. وإذا رددنا اليمين، فهل يقرع بينهما؟ أم يبدأ الحاكم بمن رأى؟ وجهان: أصحهما: الثاني، حكاه السرخسي في «الأمالي». وإذا حلفا وقسم بينهما العين والقيمة، فإن لم ينازع أحدهما الآخر، فلا كلام. وإن نازعه وأقام أحدهما البينة أن جميع العين له، سلمناها إليه ورددنا القيمة إلى المودع. وإن لم يكن بينة، ونكل صاحبه عن اليمين فحلف واستحق العين، رد نصف القيمة الذي أخذه، ولا يرد الناكل ما أخذه، لأنه استحقه بيمينه على المودع، ولم يعد إليه المبدل، ونكوله كان مع صاحبه، لا مع المودع. وصرح في «الوسيط» بأن الناكل لا يرد، سواء سلمت العين بالبينة أو باليمين.

**فرع:** ادعى اثنان غصب مال في يده، كلٌ يقول: غصبته مني، فقال: غصبتهُ من أحدكما ولا أعرفه، حلف لكل منهما على البت أنه لم يغصبه. فإذا حلف لأحدهما، تعين المغصوب للثاني، فلا يحلف له.

الحالة الخامسة: قال: هو وديعة عندي ولا أدري أهو لكما، أم لأحدكما، أم لغيركما؟ وادعيا علمه، فحلف على نفي علمه، ترك في يده حتى تقوم بيِّنة، وليس لأحدهما تحليف الآخر، لأنه لم يثبت لواحد منهما يد ولا استحقاق، بخلاف الصورة السابقة.

**فصل:** في مسائل منثورة: إحداها: تعدّى في الوديعة، ثم بقيت في يده مدة، لزمه أجرة مثلها.

المسألة الثانية: في فتاوى القفال، أنه لو ترك حماره في صحن خان وقال للخاني: احفظه كيلا يخرج، فكان الخاني ينظره، فخرج في بعض غفلاته، فلا ضمان، لأنه لم يقصر في الحفظ المعتاد.

المسألة الثالثة: المودع إذا وقع في خزانته حريق، فبادر إلى نقل الأمتعة، وقدم أمتعته على الوديعة، فاحترقت الوديعة، لم يضمن، كما لو لم يكن فيها إلا ودائع فأخذ في نقلها فاحترق ما تأخر نقله.

المسألة الرابعة: لو ادعى ابن المالك موت أبيه، وعلم المودع بذلك، وطلب الوديعة، فله تحليف المودع على نفي العلم. فإن نكل، حلف المدعي.

المسألة الخامسة: مات المالك وطلب الوارث الوديعة، فامتنع المودع ليفحص هل في التركة وصية؟ فهو متعدٍّ ضامن.

المسألة السادسة: من وجد لقطة وعلم مالكَها فلم يخبره حتى تلفت، ضمن، وكذا قيم الصبي والمسجد إذا كان في يده مال فعزل نفسه ولم يخبر الحاكم حتى تلف المال في يده، ضمن، وهذا كما قدمنا أنه يجب الرد عند التمكن أو هو هو.

المسألة السابعة: من صور تعدي الأمناء، أن لا يبيع قيم الصبي أوراق فرصاده حتى يمضي وقتها، فيلزمه الضمان، وليس من التعدي أن يؤخر لتوقع زيادة فيتفق رخص، وكذا قيم المسجد في أشجاره، وهذا شبيه بتعريض الثوب الذي يفسده الدود للريح، وهذه المسائل سوى الأولى في فتاوى القفال.

المسألة الثامنة: بعث رسولًا إلى حانوته، ودفع خاتمه معه علامة وقال: رُدَّه عليَّ إذا قبضتَ المأمور بقبضه، فقبضه ولم يرد الخاتم، ووضعه في حرزه، فلا ضمان، ذكره العبادي في «الزيادات» كأن المعنى أنه ليس عليه الردّ ولا مؤنته وإنما التخلية.

المسألة التاسعة: في «فتاوى» القاضي حسين، أن الثياب في مسلخ الحمام إذا سرقت، والحمامي جالس في مكانه مستيقظ، فلا ضمان عليه. وإن نام أو قام من مكانه، ولا نائب له هناك، ضمن. ويجب على الحمامي الحفظ إذا استحفظ. وإن لم يستحفظ، حكى القاضي عن الأصحاب، أنه لا يجب عليه الحفظ، قال: وعندي يجب، للعادة.

المسألة العاشرة: عن بعضهم: لو أودعه قَبَالة وقال له: لا تدفعها إلى زيد حتى يعطيَك دينارًا، فدفعها إليه قبل أن يعطيَه، فعليه قيمة القبالة مكتوبة، الكاغد وأجرة الورَّاق.

# كتاب العارية

قال المصنف رحمه الله تعالى: الإعارة قربة مندوب إليها لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢] وروى جابر ﷺ قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «ما من صاحب إبل لا يفعل فيها حقها إلا جاءت يوم القيامة أكثر ما كانت بقاع قرقر تشتد عليه بقوائمها وأخفافها، قال رجل: يا رسول الله ما حق الإبل؟ قال: حلبها على الماء وإعارة دلوها وإعارة فحلها»[(١)].

فصل: ولا تصح الإعارة إلا من جائز التصرف في المال، فأما من لا يملك التصرف في المال كالصبي والسفيه فلا تصح منه لأنه تصرف في المال فلا يملكه الصبي والسفيه كالبيع.

فصل: وتصح الإعارة في كل عين ينتفع بها مع بقائها، كالدور والعقار والعبيد والجواري والثياب والدواب والفحل للضراب، لما روى جابر ﷺ أن النبي ﷺ ذكر إعارة دلوها وإعارة فحلها. وروى أنس «أن النبي ﷺ استعار من أبي طلحة فرسًا فركبه»[(٢)] وروى صفوان «أن النبي ﷺ استعار منه أدرعًا غزاة حنين»[(٣)] فثبت في هذه الأشياء بالخبر وقسنا عليها كل ما كان ينتفع به مع بقاء عينه.

فصل: ولا يجوز إعارة جارية ذات جمال لغير ذي رحم محرم، لأنه لا يأمن أن يخلو بها فيواقعها، فإن كانت قبيحة أو كبيرة لا تشتهى لم يحرم، لأنه يؤمن عليها الفساد، ولا تجوز إعارة العبد المسلم من الكافر، لأنه لا يجوز أن يخدمه. ولا تجوز إعارة الصيد من المحرم، لأنه لا يجوز له إمساكه ولا التصرف به. ويكره أن يستعير أحد أبويه للخدمة، لأنه يكره أن يستخدمهما فكره استعارتهما لذلك.

فصل: ولا تنعقد إلا بإيجاب وقبول لأنه إيجاب حق لآدمي فلا يصح إلا بالإيجاب والقبول كالبيع والإجارة، وتصح بالقول من أحدهما والفعل من الآخر، فإن قال المستعير: أعرني فسلمها إليه انعقد، وإن قال المعير: أعرتك فقبضها

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (٩٨٨) والنسائي في سننه (٥/ ٢٧) وأحمد في المسند (٣/ ٣٢١) والبيهقي في سننه (٤/ ١٨٢).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٣٠٧) ومسلم في صحيحه برقم (٤٩٨٨).

(٣) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٥٦٢) وأحمد في المسند (٣/ ٤٠١) والحاكم في المستدرك (٢/ ٤٧) والبيهقي في سننه (٦/ ٨٩).

**المستعير انعقد؛ لأنه إباحة للتصرف في ماله، فصح بالقول من أحدهما والفعل من الآخر، كإباحة الطعام.**

**الشرح:** قوله: «بقاع قرقر تشتد عليه» القاع: المستوى من الأرض، والقيعة مثل القاع، والقرقر: الأملس.

أما الأحكام: فالإعارة: إباحة الانتفاع بالشيء مع بقاء عينه، والعارية هي العين المأخوذة للانتفاع، كأن يستعير إنسان من آخر سيارته ليسافر بها ثم يعيدها إليه، وأركانها أربعة: الركن الأول: المعير، ويعتبر فيه أن يملك للمنفعة، وأن لا يكون محجورًا عليه في التبرعات، فيجوز للمستأجر أن يُعير لأنه يملك المنفعة، وللموصى له بخدمة عبد أو سكن دار ونحوهما أن يعيرهما، وليس للمستعير أن يعير على الصحيح، ولكن له أن يستوفي المنفعة لنفسه بوكيله. قال صاحب «العدة»: ليس للأب أن يعير ولده الصغير لمن يخدمه، لأن ذلك هبة لمنافعه، فأشبه إعارة ماله. وهذا الذي قاله، ينبغي أن يُحمل على خدمة تقابل بأجرة، أما ما كان محقَّرًا بحيث لا يقابل بأجرة، فالظاهر الذي تقتضيه أفعال السلف: أنه لا منع منه إذا لم يضر بالصبي، وقد سبق في كتاب «الحجر» نحو هذا. والله أعلم.

الركن الثاني: المستعير، ويشترط فيه كونه أهلًا للتبرع عليه بعقد يشتمل على إيجاب وقبول بقول أو فعل، فلا تصح الإعارة للصبي، كما لا يوهب له.

الركن الثالث: المستعار، وله شرطان: أحدهما: كونه منتفعًا به مع بقاء عينه، كالعبد، والثوب، والدابة، والدار، فلا يجوز إعارة الطعام قطعًا، ولا الدراهم والدنانير على الأصح. قال الإمام: ويجري الوجهان في إعارة الحنطة والشعير ونحوهما. ثم السابق إلى الفهم من كلام الأصحاب، أن الخلاف فيما إذا أطلق إعارة الدراهم، فأما إذا صرح بالإعارة للتزيين، فينبغي أن يقطع بالصحة، وبه قطع المتولي، لأنه اتخذ هذه المنفعة مقصودًا وإن ضعفت، وإذا لم نصححها، فجرت، فهي مضمونة على الصحيح، لأن العارية الصحيحة مضمونة، وللفاسد حكم الصحيح في الضمان، وقيل: لا ضمان، لأن ما جرى بينهما ليس بعارية صحيحة ولا فاسدة. ومن قبض مال غيره بإذنه لا لمنفعته، كان أمانة.

الشرط الثاني: كون المنفعة مباحة، فيحرم استعارة الجارية للاستمتاع. وأما للخدمة، فيجوز إن أعارها لمحرم أو امرأة، وإلا، فلا يجوز، لخوف الفتنة، إلا إذا كانت صغيرة لا تشتهى، أو قبيحة، فوجهان.

**فرع:** يحرم على الحلال إعارة الصيد من المحرم، فإن فعل فتلف في يده، ضمن الجزاء لحق الله تعالى، والقيمة للحلال. ولو أعار المحرم حلالًا، فإن قلنا:

المحرم يزول ملكه عن الصيد فلا قيمة له على الحلال لأنه غير مالك، وعلى المحرم الجزاء لحق الله تعالى إن تلف في يد الحلال، لأنه متعد بالإعارة، فإنه يلزمه إرساله. وإن قلنا: لا يزول، صحت الإعارة وعلى الحلال القيمة إن تلف عنده.

**فرع:** دفع شاة إلى رجل وقال: ملَّكتك دَرها ونسلها، فهي هبة فاسدة، وما حصل في يده من الدر والنسل، كالمقبوض بالهبة الفاسدة، والشاة مضمونة بالعارية الفاسدة. ولو قال: أبحت لك درها ونسلها، فوجهان: أحدهما: أنه كقوله: ملكتك. والثاني: أنها إباحة صحيحة، والشاة عارية صحيحة، وبه قطع المتولي.

فعلى هذا، قد تكون العارية لاستفادة عين، وليس من شرطها أن يكون المقصود مجرد المنفعة، بخلاف الإجارة. ولو قال: ملكتك درها، أو أبحتكه على أن تعلفها، قال البغوي: العلف أجرة الشاة وثمن الدر والنسل، فالشاة غير مضمونة لأنها مقبوضة بإجارة فاسدة، والدر والنسل مضمونان في الشراء الفاسد. وكذا لو دفع قُراضة إلى سقَّاء، وأخذ الكوز ليشرب، فسقط الكوز من يده وانكسر، ضمن الماء لأنه مأخوذ بالشراء الفاسد، ولم يضمن الكوز لأنه في يده بإجارة فاسدة، وإن أخذه مجانًا، فالكوز عارية، والماء كالمقبوض بالهبة الفاسدة.

**فرع:** قال المتولي: تعيين المستعار عند الإعارة، ليس بشرط. حتى لو قال: أعرني دابة، فقال: ادخل الإصطبل فخُذ ما أردت، صحت العارية، بخلاف الإجارة، فإنها تُصان عن مثل هذا، لأن الغرر لا يحتمل في المعاوضات.

الركن الرابع: الصيغة، واللفظ المعتمد به في الباب ما يدل على الإذن في الانتفاع، كقوله: أعرتك، أو خذه لتنتفع به، وما أشبههما. واختلفوا في الواجب من اللفظ، فالأصح الأشهر ما قطع به البغوي وغيره: أن المعتبر اللفظ من أحد الطرفين، والفعل من الآخر. حتى لو قال المستعير: أعرني، فسلمه المالك إليه، صحت الإعارة، كما لو قال: خذه لتنتفع به، فأخذه، قياسًا على إباحة الطعام. وقال الغزالي: يعتبر اللفظ من جهة المعير، ولا يعتبر من جهة المستعير، وإنما يعتبر منه القبول، إما بالفعل وإما بالقول. وقال المتولي: لا يعتبر اللفظ في واحد منهما، حتى لو رآه عاريًا فأعطاه قميصًا فلبسه، تمت العارية. وكذا لو فرش لضيفه فراشًا أو بساطًا أو مصلّىً، أو ألقى له وسادة فجلس عليها، كان ذلك إعارة، بخلاف ما لو دخل فجلس على الفُرش المبسوطة، لأنه لم يقصد بها انتفاع شخص بعينه، ولا بد في العارية من تعيين المستعير، وهذا الذي قاله المتولي فيه تمام التشبيه بإباحة الطعام، ويوافقه ما حكي عن الشيخ أبي عاصم، أنه إذا انتفع بظرف الهدية المبعوثة

إليه حيث جرت العادة باستعماله، كأكل الطعام من القصعة المبعوث فيها، كان عارية، لأنه انتفاع بملك الغير بإذنه.

**فرع:** قال: أعرتك حماري لتعيرني فرسك، فهي إجارة فاسدة، وعلى كل واحد أجرة مثل دابة صاحبه، وكذا الحكم، لو أعاره شيئًا بعوض مجهول، كما لو أعاره دابة ليعلفها، أو داره ليطين سطحها، وكذا لو كان العوض معلومًا، ولكن مدة الإعارة مجهولة، كقوله: أعرتك داري بعشرة دراهم، أو لتعيرني ثوبك شهرًا. وفي وجه ضعيف: أنها عارية فاسدة، نظرًا إلى اللفظ، فعلى هذا تكون مضمونة عليه، وعلى الأول: لا ضمان، ولو بيَّن مدة الإعارة وذكر عوضًا معلومًا، فقال: أعرتك هذه الدار شهرًا من اليوم بعشرة دراهم، أو لتعيرني ثوبك شهرًا من اليوم، فهل هي إجارة صحيحة، أو إعارة فاسدة؟ وجهان: بناءً على أن الاعتبار باللفظ، أو المعنى؟

**فرع:** دفع دراهم إلى رجل وقال: اجلس في هذا الحانوت واتجر فيها لنفسك، أو دفع إليه بذرًا وقال: ازرعه في هذه الارض، فهو معير للحانوت والأرض، وأما الدراهم والبذر، فهل يكون هبة، أم قرضًا؟ وجهان.

**قال المصنف رحمه الله تعالى: فصل: وإذا قبض العين ضمنها، لما روى صفوان «أن النبي ﷺ استعار منه أدرعًا يوم حنين، فقال: أغصبًا يا محمد؟ قال: بل عارية مضمونة»[1] ولأنه مال لغيره أخذه لمنفعة نفسه، لا على وجه الوثيقة، فضمنها كالمغصوب فان هلكت نظرت، فإن كان مما لا مثل له ففي ضمانها وجهان:**

**أحدهما: يضمنها بأكثر ما كانت قيمتها من حين القبض إلى حين التلف كالمغصوب، وتصير الأجزاء تابعة للعين إن سقط ضمانها بالرد سقط ضمان الأجزاء وإن وجب ضمانها بالتلف وجب ضمان الأجزاء.**

**والثاني: أنها تضمن بقيمتها يوم التلف وهو الصحيح، لأنا لو ألزمناه قيمتها أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التلف أوجبنا ضمان الأجزاء التالفة بالإذن، وهذا لا يجوز، ولهذا لو كانت العين باقية وقد نقصت أجزاؤها بالاستعمال لم يجب ضمانها وإن كان مما له مثل.**

**فإن قلنا فيما لا مثل له: إنه يضمن بأكثر ما كانت قيمته لزمه مثلها، وإن قلنا: أنه يضمن بقيمته يوم التلف ضمنها بقيمتها.**

**واختلف أصحابنا في ولد المستعارة فمنهم من قال: أنه مضمون لأنها مضمونة فضمن ولدها كالمغصوبة، ومنهم من قال: لا يضمن: لأن الولد لم**

---

(١) تقدم.

يدخل في الإعارة فلم يدخل في الضمان، ويخالف المغصوبة، فإن الولد يدخل في الغصب فدخل في الضمان، فإن غصب عينًا فأعارها من غيره، ولم يعلم المستعير وتلفت عنده، فضمن المالك المستعير لم يرجع بما غرم على الغاصب، لأنه دخل على أنه يضمن العين، وأن ضمنه أجرة المنفعة فهل يرجع على الغاصب؟ فيه قولان، بناء على القولين فيمن غصب طعامًا وقدمه إلى غيره.

أحدهما: يرجع لأنه غره.

والثاني: لا يرجع، لأن المنافع تلفت تحت يده.

فصل: ويجوز للمعير أن يرجع في العارية بعد القبض، ويجوز للمستعير أن يرده لأنه إباحة فجاز لكل واحد منهما رده كإباحة الطعام. وإذا فسخ العقد وجب الرد على المستعير، لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ «استعار من صفوان بن أمية أدرعًا وسلاحًا، فقال: أعارية مؤداة؟ قال: عارية مؤداة»[1] ويجب ردها إلى المعير أو إلى وكيله، فإن ردها إلى المكان الذي أخذها منه لم يبرأ من الضمان، لأن ما وجب رده إلى المالك أو إلى وكيله كالمغصوب والمسروق.

فصل: ومن استعار عينا جاز له أن يستوفي منفعتها بنفسه وبوكيله، لأن الوكيل نائب عنه، وهل له أن يعير غيره؟ فيه وجهان أحدهما: يجوز كما يجوز للمستأجر أن يؤجر. والثاني: لا يجوز وهو الصحيح، لأنه إباحة فلا يملك بها الإباحة لغيره كإباحة الطعام، ويخالف المستأجر فإنه يملك المنافع. ولهذا يملك أن يأخذ عليه العوض، فملك نقله إلى غيره، كالمشتري للطعام والمستعير لا يملك، ولهذا لا يملك أخذ العوض عليه فلا يملك نقله إلى غيره كمن قدم إليه الطعام.

فصل: وتجوز الإعارة مطلقًا ومعينًا، لأنه إباحة فجاز مطلقًا ومعينًا كإباحة الطعام، فإن قال: أعرتك هذه الأرض لتنتفع بها، جاز له أن يزرع ويغرس ويبنى، لأن الإذن مطلق، وإن استعار للبناء أو للغرس جاز له أن يزرع لأن الزرع أقل ضررًا من الغراس والبناء فإذا رضي بالبناء والغراس رضي بالزرع.

ومن أصحابنا من قال: إن استعار للبناء لم يزرع، لأن في الزرع ضررًا ليس في البناء، وهو أنه يرخي الأرض، وإن استعار للزرع لم يغرس ولم يبن لأن الغراس والبناء أكثر ضررًا من الزرع فلا يكون الإذن في الزرع إذنًا في الغراس والبناء... وإن استعار للحنطة زرع الحنطة وما ضرره ضرر الحنطة؛ لأن الرضى بزراعة الحنطة رضى بزراعة مثله.. وإن استعار للغراس أو البناء ملك ما أذن فيه منهما، وهل يملك الآخر؟ فيه وجهان.

أحدهما: أنه يملك الآخر، لأن الغراس والبناء يتقاربان في البقاء والتأبيد

---

(١) تقدم.

فكان الإذن في أحدهما إذنًا في الآخر. والثاني: أنه لا يجوز، لأن في كل واحد منهما ضررًا ليس في الآخر. فإن ضرر الغراس في باطن الأرض أكثر، وضرر البناء في ظاهر الأرض أكثر، فلا يملك بالإذن في أحدهما الآخر.

فصل: وإن أعاره أرضًا للغراس أو البناء فغرس وبنى ثم رجع لم يجز أن يغرس ويبني شيئًا آخر، لأنه يملك الغراس والبناء بالإذن وقد زال الإذن. فأما ما غرس وبنى فينظر فإن كان قد شرط عليه القلع ـ أجبر على القلع، لقوله ﷺ «المؤمنون عند شروطهم» ولأنه رضي بالتزام الضرر الذي يدخل عليه بالقلع، فإذا قلع لم تلزمه تسوية الأرض، لأنه لما شرط عليه القطع رضي بما يحصل بالقلع من الحفر، ولأنه مأذون فيه فلا يلزمه ضمان ما حصل به من النقص، كاستعمال الثوب لا يلزمه ضمان ما يبليه منه، وإن لم يشرط القلع نظرت فإن لم تنقص قيمة الغراس والبناء بالقلع ـ قلع. لأنه يمكن رد العارية فارغة من غير إضرار، فوجب ردها، فإن نقصت قيمة الغراس والبقاء بالقلع نظرت ـ فإن اختار المستعير القلع ـ كان له ذلك. لأنه ملكه فملك نقله.

فإذا قلعه فهل تلزمه تسوية الأرض؟ فيه وجهان، أحدها: لا تلزمه، لأنه لما أعاره مع العلم بأن له أن يقلع، كان ذلك رضا بما يحصل بالقلع من التخريب فلم تلزمه التسوية، كما لو شرط القلع. والثاني: تلزمه لأن القلع باختياره فإنه لو امتنع لم يجبر عليه فلزمه تسوية الأرض؛ كما لو أخرب أرض غيره من غير غراس، وإن لم يختر القلع نظرت ـ فإن بذل المعير قيمة الغراس والبناء ليأخذه مع الأرض ـ أجبر المستعير عليه، لأنه رجوع في العارية من غير إضرار، وإن ضمن أرش النقص بالقلع أجبر المستعير على القلع، لأنه رجوع في العارية من غير إضرار.

وإن بذل المعير القيمة ليأخذه مع الأرض، وبذل المستعير قيمة الأرض ليأخذها مع الغراس قدم المعير، لأن الغراس يتبع الأرض في البيع فجاز أن يتبعها في التملك، والأرض لا تتبع الغراس في البيع فلم تتبعه في التملك، وإن امتنع المعير من بذل القيمة وأرش النقص وبذل المستعير أجرة الأرض لم يجبر على القلع لقوله ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق» وهذا ليس بظالم فوجب أن يكون له حق، ولأنه غراس مأذون فيه فلا يجوز الإضرار به في قلعه، وإن لم يبذل المستعير الأجرة ففيه وجهان: أحدهما: لا يقلع لأن الإعارة تقتضي الانتفاع من غير ضمان. والثاني: يقلع لأن بعد الرجوع لا يجوز الانتفاع بماله من غير أجرة.

فصل: إذا أقررنا الغراس في ملكه فأراد المعير أن يدخل إلى الأرض للتفرج أو يستظل بالغراس لم يكن للمستعير منعه. لأن الذي استحق المستعير من الأرض موضع الغراس. فأما البياض فلا حق للمستعير فيه فجاز للمالك دخوله وإن أراد المستعير دخولها نظرت فإن كان للتفرج والاستراحة لم يجز، لأنه قد

رجع في الإعارة فلا يجوز دخولها من غير إذن، وإن كان لإصلاح الغراس أو أخذ الثمار ففيه وجهان، أحدهما: لا يملك لأن حقه إقرار الغراس والبناء دون ما سواه. والثاني: أنه يملك، وهو الصحيح لأن الإذن في الغراس أذن فيه فيما يعود بصلاحه وأخذ ثماره، وإن أراد المعير بيع الأرض جاز له لأنه لا حق فيها لغيره فجاز له بيعها، وإن أراد المستعير بيع الغراس من غير المعير، ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز لأنه ملك له لا حق فيه لغيره. والثاني: لا يجوز لأن ملكه غير مستقر، لأن للمعير أن يبذل له قيمة الغراس والبناء فيأخذهما، والصحيح هو الأول لأن عدم الاستقرار لا يمنع البيع كالشقص المشفوع يجوز للمشتري بيعه، وإن جاز أن ينتزعه الشفيع بالشفعة.

فصل: وإن حمل السيل طعام رجل إلى أرض آخر فنبت فيها فهل يجبر صاحب الطعام على القلع مجانًا؟ فيه وجهان: أحدهما: لا يجبر لأنه غير مفرط في إنباته. والثاني: يجبر، وهو الصحيح، لأنه شغل ملك غيره بملكه من غير إذن، فأجبر على إزالته كما لو كان في داره شجرة فانتشرت أغصانها في هواء دار غيره.

فصل: وإن أعاره أرضًا للزراعة فزرعها ثم رجع في العارية قبل أن يدرك الزرع وطالبه بالقلع، ففيه وجهان، أحدهما: أنه كالغراس في التبقية والقلع والأرش. والثاني: أنه يجبر المعير على التبقية إلى الحصاد بأجرة المثل؛ لأن للزرع. وقتًا ينتهي إليه، وليس للغراس وقت ينتهى إليه، فلو أجبرناه على التبقية عطلنا عليه أرضه.

فصل: وإن أعارة حائطًا ليضع عليه أجذاعًا فوضعها لم يملك إجباره على قلعها، لأنها تراد للبقاء، فلا يجبر على قلعها كالغراس، وإن ضمن المعير قيمة الأجذاع ليأخذها، لم يجبر المستعير على قبولها، لأن أحد طرفيها في ملكه فلم يجبر على أخذ قيمته، وإن تلفت الأجذاع وأراد أن يعيد مثلها على الحائط لم يجز أن يعيد إلا بإذن، لأن الإذن تناول الأول دون غيره، فإن انهدم الحائط وبناه بتلك الآلة لم يجز أن يضع الأجذاع على الثاني، لأن الإذن تناول الأول ومن أصحابنا من قال: يجوز لأن الإعارة اقتضت التأبيد والمذهب الأول.

فصل: وإن وجدت أجذاع على الحائط، ولم يعرف سببها، ثم تلفت جاز إعادة مثلها، لأن الظاهر أنها بحق ثابت.

فصل: إذا استعار من رجل عبدًا ليرهنه فأعاره ففيه قولان: أحدهما: أنه ضمان وأن المالك للرهن ضمن الدين عن الراهن في رقبة عبده، لأن العارية ما يستحق به منفعة العين والمنفعة ههنا للمالك، فدل على أنه ضمان. والثاني: أنه عارية لأنه استعاره ليقضي به حاجته فهو كسائر العواري.

فإن قلنا: أنه ضمان لم يصح حتى يتعين جنس الدين وقدره ومحله، لأنه

ضمان فاعتبر فيه العلم بذلك، وإن قلنا: أنه عارية لم يفتقر إلى ذلك لأنه عارية فلا يعتبر فيه العلم، فإن عين له جنسًا وقدرًا ومحلًا، تعين على القولين، لأن الضمان والعارية يتعينان بالتعيين؛ فإن خالفه في الجنس لم يصح لأنه عقد على ما لم يأذن له فيه، وإن خالفه في المحل بأن أذن له في دين مؤجل فرهنه بدين حال لم يصح. لأنه قد لا يجد ما يفك به الرهن في الحال، وإن أذن له في دين حال فرهنه بدين مؤجل لم يصح، لأنه لا يرضى أن يحال بينه وبين عبده إلى أجل، فإن خالفه في القدر بأن أذن له في الرهن بعشرة فرهن بما دونها جاز، لأن من رضي أن يقضي عن غيره عشرة رضي أن يقضي ما دونه، وإن رهنه بخمسة عشر لم يصح، لأن من رضي بقضاء عشرة لم يرض بما زاد.

فصل وإن رهن العبد بإذنه بدين حال جاز للسيد مطالبته بالفكاك على القولين في الحال، لأن للمعير أن يرجع في العارية، وللضامن أن يطالب بتخليصه من الضمان؛ فإن رهنه بدين مؤجل بإذنه فإن قلنا: أنه عارية جاز له المطالبة بالفكاك، لأن للمعير أن يرجع متى شاء وإن قلنا: أنه ضمان لم يطالب قبل المحل لأن الضامن إلى أجل لا يملك المطالبة قبل المحل.

فصل: وإن بيع في الدين فإن قلنا: أنه عارية رجع السيد على الراهن بقيمته لأن العارية تضمن بقيمتها وإن قلنا: أنه ضمان رجع بما بيع به، سواء بيع بقدر قيمته أو بأقل أو بأكثر، لأن الضامن يرجع بما غرم، ولم يغرم إلا ما بيع به.

فصل: وإن تلف العبد فإن قلنا أنه عارية ضمن قيمته، لأن العارية مضمونة بالقيمة وإن قلنا: أنه ضمان لم يضمن شيئًا لأنه لم يغرم شيئًا.

فصل: وإن استعار رجل من رجلين عبدًا فرهنه عند رجل بمائة ثم قضى خمسين على أن تخرج حصة أحدهما من الرهن، ففيه قولان: أحدهما: لا تخرج لأنه رهنه بجميع الدين في صفقة فلا ينفك بعضه دون بعض، والثاني: يخرج نصفه لأنه لم يأذن كل واحد منهما إلا في رهن نصيبه بخمسين، فلا يصير رهنًا بأكثر منه.

فصل: إذا ركب دابة غيره ثم اختلفا فقال المالك أكريتكها فعليك الأجرة وقال الراكب: بل أعرتنيها فلا أجرة لك، فقد قال في العارية: القول قول الراكب. وقال في المزارعة: إذا دفع أرضه إلى رجل فزرعها ثم اختلفا فقال المالك: أكريتكها وقال الزارع بل أعرتنيها، فالقول قول المالك؛ فمن أصحابنا من حمل المسألتين على ظاهرهما، فقال في الدابة: القول قول الراكب، وقال في الأرض: القول قول المالك لأن العادة أن الدواب تعار، فالظاهر فيها مع الراكب. والعادة في الأرض أنها تكرى ولا تعار؛ فالظاهر فيها مع المالك، ومنهم من نقل الجواب في كل واحدة منهما إلى الأخرى وجعلهما على قولين، وهو اختيار المزني. أحدهما: أن القول قول المالك، لأن المنافع كالأعيان في الملك والعقد

عليها، ثم لو اختلفا في عين فقال المالك: بعتكها. وقال الآخر: بل وهبتنيها. كان القول قول المالك. فكذلك إذا اختلفا في المنافع.

والثاني: أن القول قول المتصرف، لأن المالك أقر بالمنافع له، ومن أقر لغيره بملك ثم ادعى عليه عوضًا لم يقبل قوله: فإن قلنا: أن القول قول المالك حلف ووجبت له الأجرة وفي قدر الأجرة وجهان:

أحدهما: يجب المسمى لأنه قبل قوله فيها وحلف عليها.

والثاني: أنه تجب أجرة المثل وهو المنصوص لأنهما لو اتفقا على الأجرة واختلفا في قدرها وجبت أجرة المثل فلأن تجب أجرة المثل وقد اختلفا في الأجرة أولى. فإن نكل عن اليمين لم يرد على المتصرف لأن اليمين إنما ترد ليستحق بها حق والمتصرف لا يدعي حقًا فلم ترد عليه.

وإن قلنا: أن القول قول المتصرف حلف وبرىء من الأجرة، فإن نكل رد اليمين على المالك ـ فإذا حلف ـ استحق المسمى وجهًا واحدًا لأن يمينه بعد النكول كالبينة في أحد القولين وكالإقرار في الآخر وأيهما كان وجب المسمى، وإن تلفت الدابة بعد الركوب ثم اختلفا فإن قلنا: إن القول قول المالك حكم له بالأجرة وإن قلنا: القول قول الراكب، فهل يلزمه أقل الأمرين من الأجرة أو القيمة؟ فيه وجهان: أحدهما يلزمه لاتفاقهما على استحقاقه. والثاني: لا يحكم له بشيء لأنه لا يدعي القيمة ولا يستحق الأجرة.

فصل: وإن قال المالك: غصبتنيها فعليك الأجرة، وقال المتصرف: بل أعرتنيها فلا أجرة علي، فإن المزني نقل أن القول قول المستعير، واختلف أصحابنا فيه؛ فمنهم من قال المسألة على طريقين كما ذكرنا في المسألة قبلها. أحدهما: الفرق بين الأرض والدابة. والثاني: أنهما على قولين لأن الخلاف في المسألتين جميعًا في وجوب الأجرة، والمالك يدعي وجوبها، والمتصرف ينكر فيجب أن لا يختلفا في الطريقين.

ومنهم من قال: إن القول قول المالك، وما نقل المزني غلط، لأن في تلك المسألة أقر المالك للمتصرف بملك المنافع، فلا يقبل قوله في دعوى العوض، وههنا اختلفا أن الملك للمالك أو للمتصرف والأصل أنها للمالك.

فصل: وإن اختلفا فقال المالك: أعرتكها. وقال الراكب بل أجرتنيها فالقول قول المالك لأنهما اتفقا أن الملك له، واختلفا في صفة انتقال اليد، فكان القول قول المالك، فإن كانت العين باقية حلف وأخذ. وإن كانت تالفة نظرت فإن لم تمض مدة لمثلها أجرة حلف واستحق القيمة، وإن مضت مدة لمثلها أجرة فالمالك يدعي القيمة والراكب يقر له بالأجرة. فإن كانت القيمة أكثر من الأجرة لم يستحق شيئًا حتى يحلف، وإن كانت القيمة مثل الأجرة أو أقل منها، ففيه وجهان.

**أحدهما: يستحق من غير يمين، لأنهما متفقان على استحقاقه.**

**والثاني: لا يستحق عن غير يمين، لأنه أسقط حقه من الأجرة وهو يدعي القيمة بحكم العارية، والراكب منكر؛ فلم يستحق من غير يمين.**

**فصل: وإن اختلفا فقال المالك: غصبتنيها فعليك ضمانها وأجرة مثلها وقال الراكب: بل أجرتنيها فلا يلزمني ضمانها، ولا أجرة مثلها، فالقول قول المالك مع يمينه، لأن الأصل أنه ما أجره، فإن اختلفا ـ وقد تلفت العين ـ حلف واستحق القيمة، وإن بقيت في يد الراكب مدة ثم اختلفا، فإن المالك يدعي أجرة المثل والراكب يقر بالمسمى فإن كانت أجرة المثل أكثر من المسمى لم يستحق الزيادة حتى يحلف، وإن لم تكن أكثر استحق من غير يمين، لأنهما متفقان على استحقاقه، والله أعلم.**

**الشرح:** قوله: «التأبيد» هو الثبوت والإقامة على الأبد، قوله: «للتفرج والاستراحة» الفرج: الخروج من الضيق والشدة إلى السعة، والاستراحة: إدخال الروح على النفس وهو السرور، وقوله: «الأجذاع» هي الخشب العظام التي للبناء.

وأحكام العارية ثلاثة: الحكم الأول: الضمان. فإذا تلفت العين في يد المستعير، ضمنها، سواء تلفت بآفة سماوية أم بفعله، بتقصير أم بلا تقصير، هذا هو المشهور. وحكي قول: أنها لا تُضمن إلا بالتعدي فيها، وهو ضعيف. ولو أعار بشرط أن يكون أمانة، لغا الشرط وكانت مضمونة، وإذا ضمن، ففي القيمة المعتبرة أوجه: أصحها: قيمته يوم التلف. والثاني: يوم القبض. والثالث: أقصى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف. ويبنى على هذا الخلاف، أن العارية إذا ولدت في يد المستعير، هل يكون الولد مضمونًا في يده؟ إن قلنا: بالثالث، كان مضمونًا، وإلا، فلا. وليس له استعماله بلا خلاف.

والمقبوض على جهة السوم، إذا تلف، في المعتبر من قيمته هذه الأوجه، لكن قال الإمام: الأصح فيه قيمته يوم القبض. وقال غيره: الأصح يوم التلف هذا إذا تلفت العارية لا بالاستعمال، أما إذا تلفت بالاستعمال المأذون فيه، بأن انمحق الثوب باللبس، فلا يجب ضمانه على الأصح كالأجزاء. وقيل: يضمن، فعلى هذا، وجهان: أحدهما: يضمن العين بجميع أجزائها، وبه قطع الإمام. وأصحهما: يضمنه في آخر حالات التقويم، وبه قطع البغوي. وأما الأجزاء، فما تلف منها بسبب استعمال المأذون فيه، كانمحاق الثوب باللبس، لا يجب ضمانه على الصحيح، وما تلف منها بغير الاستعمال، ففيه وجهان: أحدهما: لا يضمن، كالتالف بالاستعمال. وأصحهما: الضمان، كتلف العين كلها. وأما إذا تلفت الدابة بسبب الركوب والحمل المعتاد، فهو كانمحاق الثوب، وتعيبها به كالانمحاق. وعن

القفال: لو قرّح ظهرها بالحمل وتلفت منه، يضمن، سواء تعدى بما حمل، أم لا، لأنه إنما أذن في الحمل، لا في الجراحة، وردُّها إلى المالك لا يخرجه عن الضمان، لأن السراية تولدت من مضمون، وهذا في الحمل الذي هو غير متعد به، تفريع على وجوب الضمان في صورة الانمحاق، كذا ذكره الإمام.

**فرع:** مؤونة الرّد على المستعير، هذا كله إذا استعار من المالك. فلو استعار من المستأجر أو الموصى له بالمنفعة، فتلفت العين، فوجهان: أحدهما: يضمن كما لو استعار من المالك. وأصحهما: لا يضمن، لأن المستأجر لا يضمن وهذا نائبه، ومؤونة الرد في هذه الاستعارة على المستعير إن ردّ على المستأجر، وعلى المالك إن ردّ عليه كما لو ردَّ عليه المستأجر.

**فرع:** إذا استعار العين المغصوبة من الغاصب، وتلفت في يده، غرّم المالك من شاء منهما قيمته يوم التلف، وقرار الضمان على المستعير. فإن كانت قيمته قبل يوم التلف أكثر، نظر، إن كانت الزيادة في يد المعير الغاصب، لم يطالب بها غيره. وإن كانت في يد المستعير، فإن قلنا: العارية تضمن بأقصى القيم، فهي كقيمته يوم التلف، وإلا، فالزيادة كبدل المنافع. وحكم بدل المنافع، أن ما تلف منها تحت يده، فقرار الضمان على المعير، لأن يد المستعير في المنافع ليست يد الضمان. والتي استوفاها بنفسه فيها قولان. أظهرهما: على المستعير، لمباشرته الإتلاف، والمستعير من المستأجر من الغاصب، حكمه حكم المستعير من الغاصب إن ضمنَّا المستعير من المستأجر، وإلا، فيرجع بالقيمة التي غُرِّمها على المستأجر ويرجع المستأجر على الغاصب.

**فرع:** إذا أركب وكيلَه الذي استعمله في شغله دابة الموكّل، وسيَّره إلى موضع، فتلفت الدابة في يده بلا تفريط، فلا ضمان، لأنه لم يأخذها لغرض نفسه، وكذا لو سلمها إلى رائض ليروِّضها، أو كان له عليها متاع نفيس فأركب إنسانًا فوقه إحرازًا للمال، فلا ضمان.

**فرع:** لو وجد مَنْ أعيا في الطريق فأركبه فتلفت الدابة، فالمذهب أنه يضمن، سواء التمس الراكب أو ابتدأه المركب، ومال الإمام، إلى أنه لا يضمن، وجعل الغزالي هذا وجهًا، وزعم أنه الأصح، والمعروف الأول، وهو الصواب. ولو أركبه مع نفسه، فعلى الرديف نصف الضمان، ورأى الإمام أنه لا شيء عليه، تشبيهًا بالضيف. وعلى المذهب: لو وضع متاعه على دابة رجل، وقال الواضع: سيِّرها، ففعل، كان صاحب المتاع مستعيرًا من الدابة بقسط متاعه مما عليها، حتى لو كان عليها مثل متاعه فتلفت، ضمن نصف الدابة. ولو لم يقل الواضع: سيِّرها، لكن

سيَّرها المالك، لم يكن الواضع مستعيرًا، بل يدخل المتاع في ضمان صاحب الدابة، لأنه كان حقه أن يطرحه. ولو كان لأحد الرفيقين في السفر دابة، وللآخر متاع، فقال صاحب المتاع للآخر: احمل متاعي على دابتك، فأجابه، فصاحب المتاع مستعير، ولو قال: صاحب الدابة: أعطني متاعك لأضعه على الدابة، فهو مستودع متاعه، ولا تدخل الدابة في ضمان صاحب المتاع، ذكره البغوي.

**فرع:** استعار دابة ليركبها إلى موضع، فجاوزه، فهو متعدّ من حين المجاوزة، وعليه أجرة المثل ذهابًا من ذلك الموضع ورجوعًا إليه. وفي لزوم أجرة المثل من ذلك الموضع إلى أن يرجع إلى البلد الذي استعار منه، وجهان: فإن أوجبناها، فليس له الركوب من ذلك الموضع، بل يسلمه إلى قاضي الموضع الذي استعار إليه.

**فرع:** أودعه ثوبًا وقال: إن شئتَ أن تلبسه فالبسه، فهو بعد اللبس عارية، وقبله وديعة على الصحيح، وقيل: عارية، لأنه مقبوض لتوقّع نفع كالمقبوض بالسوم. قال صاحب «التقريب»: ولو قيل: لا ضمان في السوم تخريجًا من هذا، لم يبعد.

**فرع:** استعار صندوقًا، فوجد فيه دراهم، فهي أمانة عنده، كما لو طيَّرت الريح ثوبًا في داره.

الحكم الثاني: تسلط المستعير على الانتفاع بحسب إذن المعير، وفيه مسائل:

الأولى: إذا أعاره أرضًا للزراعة، فإن بيَّن ما يزرعه، كقوله: أعرتك لزراعة الحنطة، نظر، إن لم ينهه عن غيرها، فله أن يزرع الحنطة وما ضرره كضررها أو دونه كالشعير، وليس له أن يزرع ما فوقها كالذرة والقطن. وإن نهاه عن غيرها، لم يكن له زرع غيرها. وحيث زرع ما ليس له، فللمعير قلعه مجانًا. وإن أطلق ذكر الزراعة ولم يبين الزروع، صحت الإعارة على الأصح، ويزرع ما شاء، لإطلاق اللفظ. والثاني: لا يصح، لتفاوت الضرر. ولو قيل: يصح ولا يزرع إلا أقل الأنواع ضررًا، لكان مذهبًا.

الثانية: إذا أعار للزراعة، لم يكن له البناء ولا الغراس. وإن أعار لأحدهما، فله الزراعة، وليس له الآخر على الأصح.

الثالثة: إذا كان المستعار لا ينتفع به إلا بجهة واحدة، كالبساط الذي لا يصلح إلا لأن يفرش، فلا حاجة في إعارته إلى بيان الانتفاع، وإن كان ينتفع به بجهتين فصاعدًا، كالأرض تصلح للزراعة، والبناء، والغراس، وكالدابة للركوب، والحمل، فهل تصح للإعارة مطلقًا، أم يشترط بيان جهة الانتفاع؟ وجهان: أصحهما: عند الإمام، والغزالي: الثاني، وقطع الروياني والبغوي بالأول.

فعلى الأول: له أن ينتفع كيف شاء. وقال الروياني: ينتفع بما هو العادة فيه، وهذا أحسن. وعلى الثاني: لو قال: أعرتك لتنتفع به كيف شئت، أو لتفعل به ما بدا لك، فوجهان:

الحكم الثالث: الجواز. فللمعير الرجوع متى شاء، وللمستعير الرد متى شاء، سواء العارية المطلقة والمؤقتة، إلا في صورتين:

الصورة الأولى: إذا أعار أرضًا لدفن ميت، فدفن، لم يكن له الرجوع ونبش القبر إلى أن يندرس أثر المدفون، وله سقي الأشجار التي فيها إن لم يُفْضِ إلى ظهور شيء من بدن الميت، وله الرجوع ما لم يوضع فيه الميت، قال المتولي: وكذا بعد الوضع ما لم يواره التراب. قال: ومؤونة الحفر إذا رجع بعد الحفر وقبل الدفن، على ولي الميت، ولا يلزمه طمها.

وإطلاق الإعارة، لا يسلَّط على الدفن قطعًا وإن كان يسلَّط على ما شاء من المنافع على الوجهين كما سبق، والفرق ظاهر.

وفي «البيان» وغيره: أنه لو أعار أرضًا ليحفر فيها بئرًا، صحت العارية. فإذا نبع الماء، جاز للمستعير أخذه، لأن الماء يستباح بالاباحة. والله أعلم.

الصورة الثانية: إذا أعاره جدارًا لوضع الجذوع، ففي جواز الرجوع وجهان: فإن جوزناه، فهل فائدته طلب الأجرة للمستقبل، أم التخيير بينه وبين القلع وضمان أرش النقص؟ وجهان: وقد سبق بيان هذا كله واضحًا مع بيان الأصح في كتاب الصلح.

ومن أحكامها، أنه لو مات المعير، أو جُن، أو أغمي عليه، أو حجر عليه لسفه، انفسخت الإعارة كسائر العقود الجائزة. وإن مات المستعير، انفسخت أيضًا، لأن الإذن بالانتفاع إنما كان للمستعير دون وارثه، وإذا انفسخت، وجب على المستعير ردها، ذكر هذه الجملة المتولي. والله أعلم.

**فصل:** إعارة الأرض للبناء أو الغراس، ضربان: مطلقة لم يبين لها مدة، ومقيدة بمدة.

الضرب الأول: المطلقة، وللمستعير فيها أن يبني ويغرس ما لم يرجع المعير، فإذا رجع، لم يكن له البناء والغراس. ولو فعل وهو عالم بالرجوع، قلع مجانًا، وكلف تسوية الأرض كالغاصب. وإن كان جاهلًا، فوجهان كالوجهين فيما إذا حمل السيل نواة إلى أرضه فنبتت. وأما ما بني وغرس قبل الرجوع، فإن أمكن رفعه من غير نقص يدخله، رفع، وإلا، فينظر، إن شرط عليه القلع مجانًا عند رجوعه، وتسوية الحفر، لزمه، فإن امتنع، قلعه المعير مجانًا، وإن شرط القلع دون التسوية،

لم تلزمه التسوية، لأن شرط القلع رضىً بالحفر. وإن لم يشرط القلع، نظر، إن أراده المستعير، مكِّن منه، لأنه ملكه، ويلزمه تسوية الحفر على الأصح.

وإن لم يُرده، لم يكن للمعير قلعه مجانًا، لأنه محترم، ولكن يتخير المعير. وفيما يتخير؟ فيه أوجه: أحدها، وبه قطع الإمام، وأبو الحسن العبادي، والغزالي: يتخير بين ثلاث خصال: إحداها: أن يبقيه بأجرة يأخذها. والثانية: أن يقلع ويضمن أرش النقص، وهو قدر التفاوت بين قيمته نابتًا ومقلوعًا. والثالثة: أن يتملكه بقيمته، فإن اختار خصلة، أجبر عليها المستعير. والثاني، وبه قطع البغوي: لا بدّ في الخصلة الأولى والثالثة من رضى المستعير، لأن الأولى إجارة والثالثة بيع. والثالث: يتخير بين خصلتين، القلع وضمان الأرش، والتملك بالقيمة، وبهذا قطع أبو علي الزجاجي وأكثر العراقيين وغيرهم، وهذا أصح في المذهب. فعلى هذا، لو امتنع من الخصلتين، وبذل المستعير الاجرة، لم يكن للمعير القلع مجانًا. وإن لم يبذلها، فكذلك على الأصح، وبه قطع المخيِّرون بين الخصال الثلاث إذا امتنع منها جميعًا.

وما الذي يفعل فيه؟ وجهان: أحدهما: وبه قال: أبو علي الزُّجاجي: يبيع الحاكم الأرض مع البناء أو الغراس لفصل الخصومة. وقال الأكثرون، منهم المزني: يعرض الحاكم عنهما إلى أن يختارا شيئًا، ويجوز للمعير دخول الأرض، والانتفاع بها، والاستظلال بالبناء والشجر، لأنه جالس في ملكه، وليس للمستعير دخولها للتفرج بغير إذن المعير، ويجوز لسقي الاشجار وإصلاح الجدار على الأصح، صيانة لملكه عن الضياع. ووجه المنع: أنه يشغل ملك غيره إلى أن يصل إلى ملكه. وعلى الأول: لو تعطلت المنفعة على صاحب الأرض بدخوله، قال المتولي: لا يمكَّن إلا بالأجرة، ولكل واحد من المعير والمستعير بيع ملكه للآخر، وللمعير بيع ملكه لثالث، ثم يتخير المشتري تخير المعير، وهل للمستعير بيع البناء والغراس لثالث؟ وجهان: أصحهما: الجواز. فعلى هذا، يتنزل المشتري منزلة المستعير، وللمعير الخيار كما سبق وللمشتري فسخ البيع إن جهل الحال. ولو اتفق المعير والمستعير على بيع الأرض بما فيها بثمن واحد، فقد قيل: هو كما لو كان لهذا عبد، ولهذا عبد، فباعاهما بثمن واحد، والمذهب: القطع بالجواز للحاجة. ثم كيف يوزع الثمن هنا، وفيما إذا باعهما الحاكم على أحد الوجهين؟ قال المتولي: هو على الوجهين فيما إذا غرس الراهن الأرض المرهونة. وقال البغوي: يوزع على الأرض مشغولة بالغراس أو البناء، وعلى ما فيها وحده، فحصة الأرض للمعير، وحصة ما فيها للمستعير، وحكم الدخول والانتفاع والبيع، على ما ذكرنا في ابتداء الرجوع إلى الاختيار، وفيما إذا امتنعا من الاختيار وأعرض القاضي عنهما سواء.

الضرب الثاني: المقيدة بمدة. وللمستعير البناء والغراس في المدة، إلا أن يرجع المعير، وله أن يجدد كل يوم غرسًا، وبعد انقضاء المدة ليس له إحداث البناء والغراس. وإذا رجع المعير قبل المدة أو بعده، فالحكم كما لو رجع في الضرب الأول، لكن هنا وجه: أنه لا يتمكن من الرجوع قبل المدة، وقول: أنه إذا رجع بعد المدة، فله القلع مجانًا، نقله الساجي، واختاره الروياني. والمذهب: الأول.

**فرع:** قال المتولي: إذا بنى أحد الشريكين، أو غرس في الأرض المشتركة بإذن صاحبه، ثم رجع صاحبه، لم يكن له القلع بأرش النقص، لأنه يتضمن قلع بناء المالك في ملكه، وليس له أن يتملك بالقيمة، لأن للباني في الأرض مثل حقه، لكن له الإبقاء بأجرة. فإن لم يبذلها الباني، فهل يباع أو يعرض عنهما؟ فيه ما سبق.

**فصل:** أعار للزرع، فزرعها، فرجع قبل إدراك الزرع، فإن كان مما يعتاد قطعه، كلِّف قطعه، وإلا، فأوجه: أحدها: للمعير أن يقلع ويغرم أرش النقص. والثاني: له تملكه بالقيمة، قاله القاضي أبو الطيب. والثالث وهو الصحيح: لا تثبت واحدة من هاتين الخصلتين، لأن للزرع أمدًا، بخلاف البناء والغراس، فعلى هذا، يلزم المعير إبقاؤه إلى أوان حصاده، وهل له الأجرة؟ وجهان: أحدهما: لا، وهو منقول عن المزني، واختاره الروياني، لأن منفعة الأرض إلى الحصاد كالمستوفاة. وأصحهما: نعم، لأنه إنما أباح له المنفعة إلى وقت الرجوع، فأشبه من أعار دابة إلى بلد ثم رجع في الطريق، فإن عليه نقل متاعه إلى مأمنٍ بأجرة المثل. ولو أعار لزرع مدة، فانقضت والزرع غير مدرك، فإن كان ذلك لتقصيره في الزراعة بالتأخير، قُلع مجانًا، وإلا، فهو كما لو أعار مطلقًا.

**فرع:** لو أعار للفَسيل، قال الشيخ أبو محمد: إن كان ذلك مما يعتاد نقله، فهو كالزرع، وإلا، فكالبناء.

**فرع:** قال البغوي: إذا أعار للزرع مطلقًا، لم يزرع إلا زرعًا واحدًا، وكذا لو أعار للغراس، فغرس وقلعه، لا يغرس بعده إلا بإذن جديد. وهذا بيِّنٌ أن قولنا: المستعير للبناء والغراس مطلقًا يبني ويغرس ما لم يرجع المعير، معناه: البناء المأذون فيه، وهو مرة واحدة، إلا إذا كان قد صرح له بالتجديد مرة بعد أخرى.

**فصل:** إذا حمل السيل حبات أو نوىً لغيره إلى أرضه، لزمه ردها إلى مالكها إن عرفه، وإلا، فيدفعها إلى القاضي، ولو نبتت في أرضه، فوجهان: أحدهما: لا يجبر مالكها على قلعها، لأنه غير متعد. فعلى هذا، هو مستعير، فينظر في النابت أهو شجر، أم زرع؟ ويكون الحكم على ما سبق. وأصحهما: يجبر، لأن المالك لم

يأذن، فهو كما لو انتشرت أغصان شجرة في هواء دار غيره، فله قطعها. ولو حمل ما لا قيمة له، كنواة واحدة، أو حبة، فهل هي لمالك الأرض لأن التقوُّم حصل في ملكه؟ أم لمالك الحبة لأنها كانت محرَّمة الأخذ؟ وجهان: فعلى الثاني: في قلع النابت، الوجهان.

ولو قلع صاحب الشجرة شجرته، لزمه تسوية الأرض، لأنه لتخليص ملكه.

**فصل:** في الاختلاف، وفيه مسائل:

المسألة الأولى: قال راكب الدابة لمالكها: أعرتنيها. فقال: بل أجرتكها مدة كذا بكذا، فتارة يختلفان والدابة باقية، وتارة يختلفان وهي تالفة.

الحال الأول: الباقية، وهو ضربان:

أحدهما: يختلفان بعد مضي مدة لمثلها أجرة. والثاني: قبلها. فالأول: نص فيه أن القول قول الراكب بيمينه. ونص فيما إذا زرع أرض غيره واختلفا هكذا، أن القول قول صاحب الأرض. والله أعلم.

وللأصحاب طريقان: أحدهما: تقرير النصين، واختاره القفال، لأن الدواب تكثر فيها الإعارة، بخلاف الأرض، وأصحهما: عند الجمهور، وبه قال المزني، والربيع، وابن سريج: فيهما قولان. أظهرهما: القول قول المالك، فعلى هذا كيف يحلف؟ وجهان: قال الشيخ أبو محمد وطائفة: يحلف على نفي الإعارة، ولا يتعرض لإثبات الأجرة، لأنه مدَّع فيها. وقال العراقيون والقاضي والأكثرون: يتعرض لإثبات الأجرة مع نفي الإعارة. فعلى الأول: إذا حلف، استحق أقل الامرين من أجرة المثل والمسمى. وعلى الثاني: أوجه: أحدها: يستحق المسمى. والثاني: أقل الأمرين. وأصحها: وهو نصه في «الام»: أجرة المثل. فلو نكل المالك عن اليمين، لم يحلف الراكب والزارع، لأنهما لا يدَّعيان حقًا على المالك، وإنما يدَّعيان الإعارة وليست لازمة. وعن القاضي حسين رمز إلى أنهما يحلفان للتخلص من الغرم، أما إذا قلنا: القول قول الراكب والزارع، فإن حلف على نفي الإجارة، كفاه وبرىء، وإن نكل، ردت اليمين على المالك، واستحق بيمينه المسمى على الصحيح، وعلى الشاذ أجرة المثل.

الضرب الثاني: أن يقع الاختلاف قبل مضي مدة لها أجرة، فالقول قول الراكب بيمينه. فإذا حلف على نفي الإجارة، سقطت دعوى الأجرة، وردت العين إلى المالك. وإن نكل، حلف المالك يمين الرد، واستحق الأجرة. وإنما لم يجر القولان، لأن الراكب لا يدعي لنفسه حقًا، ولم تتلف المنافع على المالك.

الحال الثاني: أن تكون الدابة تالفة، فإن تلفت قبل مضي مدة لها أجرة،

فالراكب مقر بالقيمة، والمالك ينكرها ويدعي الأجرة، فيخرج على الخلاف السابق في كتاب الإقرار: أن اختلاف الجهة، هل يمنع الأخذ؟ إن قلنا: نعم، سقطت القيمة برده. وفيمن القول قوله في الأجرة، الطريقان في الحال الأول. وإن قلنا: لا، فإن كانت الأجرة مثل القيمة أو أقل، أخذها بلا يمين. وإن كانت أكثر، أخذ قدر القيمة. وفي المصدق في الزائد، الخلاف السابق.

المسألة الثانية: قال المتصرف: أعرتني هذه الدابة أو الأرض، فقال المالك: بل غصبتنيها، فإن لم تمض مدة لها أجرة، فلا معنى للمنازعة، فيُردّ المال إلى مالكه. وإن مضت مدة لها أجرة، فنقل المزني: أن القول قول المستعير. وللأصحاب طرق. أصحها: أنها على الطريقين في المسألة الأولى، ففي طريق: يفرق بين الأرض والدابة. وفي طريق: هما على قولين. والطريق الثاني: القطع بأن القول قول المتصرف، لأن الظاهر أنه تصرف بحق. والثالث: القطع بأن القول قول مالكه، لأن الأصل عدم إذنه. ومن قال بهذا، خطَّأ المزني في النقل. قال الشيخ أبو حامد: لكنه ضعيف، لأن الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ نص في «الأم» على ما نقله المزني، هذا إذا كانت العين باقية. فلو تلفت، نظر، إن تلفت بعد مدة لها أجرة، فالمالك يدعي أجرة المثل والقيمة بالغصب، والمتصرف ينكر الأجرة ويقر بالقيمة بجهة العارية، فالحكم في الأجرة على ما ذكرنا عند بقاء العين. وأما القيمة، فقال البغوي: إن قلنا: اختلاف الجهة يمنع الأخذ، لم يأخذها إلا باليمين، وإلا، فإن قلنا: العارية تضمن ضمان الغصب، أو لم نقل به، وكانت القيمة يوم التلف أكثر، أخذها بلا يمين، وإن كانت يوم التلف أقل، أخذها بلا يمين، وفي الزيادة يحتاج إلى اليمين. وإن هلكت قبل مدة لها أجرة، لزمه القيمة. ثم قياس ما ذكره البغوي: أنا إن جعلنا اختلاف الجهة مانعًا من الأخذ، حلف، وإلا، فيأخذ بلا يمين، ومقتضى كلام الإمام: أن لا يخرَّج على ذلك الخلاف، لا هذه الصورة، ولا ما إذا كان الاختلاف بعد مدة لها أجرة، قال: لأن العين متحدة، ولا أثر للاختلاف في الجهة مع اتحاد العين. والأول أصح.

المسألة الثالثة: قال المالك: غصبتنيها، وقال المتصرِّف: بل أجَّرتني، فالمذهب: أنه إن كانت العين باقية، ولم تمض مدة لها أجرة، فالمصدَّق المالك. فإذا حلف، استرد المال. وإن مضت مدة لها أجرة، فالمالك يدعي أجرة المثل، والمتصرف يقر بالمسمى. فإن استويا، أو كانت أجرة المثل أقل، أخذ بلا يمين. وإن كانت أجرة المثل أكثر، أخذ قدر المسمى بلا يمين، والزيادة باليمين. قال البغوي: ولا يجيء هنا خلاف اختلاف الجهة، كما لو ادعى المالك فساد الإجارة،

والمتصرف صحتها، يحلف المالك، ويأخذ أجرة المثل. وإن كان الاختلاف بعد بقاء العين في يد المتصرف مدة، وتلفِها، فالمالك يدعي أجرة المثل والقيمة، والمتصرف يقر بالمسمى وينكر القيمة، فللمالك أخذ ما يقر به بلا يمين. وأخذ ما ينكره باليمين.

المسألة الرابعة: قال المالك: غصبتني، وقال صاحب اليد: بل أودعتني، حلف المالك على الأصح، وأخذ القيمة إن تلف المال، وأجرة المثل إن مضت مدة لها أجرة.

المسألة الخامسة: قال الراكب: أكريتنيها، وقال المالك: بل أعرتكها، والدابة باقية، فالقول قول المالك في نفي الإجارة. فإذا حلف، استردها. فإن نكل، حلف الراكب واستحق الإمساك. ثم إن مضت مدة لها أجرة، فالراكب يقر بالأجرة، والمالك ينكرها، ولا يخفى حكمه. وإن كان هذا الاختلاف بعد هلاك الدابة، فإن هلكت عقب القبض، فالمذهب: أن المالك يحلف، ويأخذ القيمة، لأن الراكب أتلفها، ويدَّعي مسقطًا. وخرِّج قول في المسألة الأولى: أن القول قول الراكب، لأن الأصل براءته، وإن تلفت بعد مدة لها أجرة، فالمالك يدعي القيمة وينكر الأجرة، والراكب يقر بالأجرة وينكر القيمة. فإن قلنا: اختلاف الجهة يمنع الأخذ، حلف وأخذ القيمة، ولا عبرة بإقرار الراكب. وإن قلنا: لا يمنع، وهو الأصح، فإن كانت القيمة والأجرة سواء، أو كانت القيمة أقل، أخذها بلا يمين. وإن كانت القيمة أكثر، أخذ الزيادة باليمين.

**فرع:** استعمل المستعير العارية بعد رجوع المعير وهو جاهل بالرجوع، لم يلزمه الأجرة، ذكره القفال.

**فرع:** مات المستعير، يلزم ورثته الرد وإن لم يطالب المعير. قال أصحابنا: الرد الواجب والمبرىء، هو أن يسلِّم العين إلى المالك أو وكيله في ذلك. فلو رد الدابة إلى الإصطبل، أو الثوب ونحوه إلى البيت الذي أخذه منه، لم يبرأ من الضمان، وسيأتي إن شاء الله تعالى في باب الغصب بيان هذا واضحًا. ولو رد الدابة إلى دار المعير، فلم يجده، فسلَّمها إلى زوجته، أو ولده، فإن سلَّمها المتسلِّم إلى المدَّعي، فضاعت، فالمعير بالخيار، إن شاء ضمَّن المستعير، وإن شاء غرَّم الزوجة أو الولد. فإن غرَّم المستعير، رجع عليهما، وإن غرَّمهما. لم يرجعا على المستعير. والله أعلم.

# كتاب الشفعة

قال المصنف رحمه الله تعالى: وتجب الشفعة في العقار لما روى جابر ﷺ قال: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربعه، أو حائط لا يحل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه»[١] فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به، ولأن الضرر في العقار بتأبيد من جهة الشريك فثبتت فيه الشفعة لإزالة الضرر.

فصل: وأما غير العقار من المنقولات فلا شفعة فيه لما روى جابر ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «لا شفعة إلا في ربعة أو حائط»[٢] وأما البناء والغراس، فإنه إن بيع مع الأرض ثبتت فيه الشفعة لما روى جابر ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ «من كان له شريك في ربع أو نخل فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن رضي أخذه، وإن كرهه تركه»[٣] ولأنه يراد للتأبيد فهو كالأرض، فإن بيع منفردًا لم تثبت فيه الشفعة لأنه ينقل ويحول فلم تثبت فيه الشفعة. واختلف أصحابنا في النخل إذا بيعت مع قرارها مفردة عما يتخللها من بياض الأرض فمنهم من قال: تثبت فيه الشفعة لأنه فرع تابع لأصل ثابت. ومنهم من قال: لا شفعة فيها، لأن القرار تابع لها فإذا لم تجب الشفعة فيها إذا بيعت مفردة لم تجب فيها وفي تبعها، وإن كانت دارًا سفلها لواحد وعلوها مشترك بين جماعة، فباع أحدهم نصيبه فإن كان السقف لصاحب السفل لم تثبت الشفعة في الحصة المبيعة من العلو، لأنه بناء منفرد، وإن كان السقف للشركاء في العلو ففيه وجهان أحدهما: لا تثبت فيه الشفعة، لأنه لا يتبع أرضًا والثاني: تثبت لأن السقف أرض لصاحب العلو يسكنه، ويأوي إليه فهو كالأرض.

فصل: وإن بيع الزرع مع الأرض أو الثمرة الظاهرة مع الأصل لم تؤخذ مع الأصل بالشفعة، لأنه منقول فلم يؤخذ مع الأرض بالشفعة كثيران الضيعة، فإن بيع وفيه ثمرة غير مؤبرة ففيه وجهان: أحدهما تؤخذ الثمرة مع الأصل بالشفعة، لأنها تبعت الأصل في البيع فأخذت معه بالشفعة كالغراس والثاني: لا تؤخذ لأنه منقول فلم تؤخذ مع الأصل كالزرع والثمرة الظاهرة.

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٦٠٨) وأبو داود في سننه برقم (٣٥١٣) والنسائي في سننه (٧/ ٣٠١) وأحمد في المسند (٣/ ٣١٦) والبيهقي في سننه (٦/ ١٠٩).

(٢) أخرجه البزار في مسنده كما في التلخيص الحبير (٣/ ١٣٥).

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٦٠٨) وأحمد في المسند (٣/ ٣١٢).

فصل: ولا تثبت الشفعة إلا للشريك في ملك مشاع، فأما الجار والمقاسم فلا شفعة لهما لما روى جابر ﷺ قال: «إنما جعل رسول الله ﷺ الشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة»[(١)] ولأن الشفعة إنما تثبت لأنه يدخل عليه شريك فيتأذى به. فتدعو الحاجة إلى مقاسمته فيدخل عليه الضرر بنقصان قيمة الملك، وما يحتاج إلى إحداثه من المرافق وهذا لا يوجد في المقسوم.

فصل: ولا تجب إلا فيما تجب قسمته عند الطلب، فأما ما لا تجب قسمته كالرحا والبئر الصغير والدار الصغيرة فلا تثبت فيه الشفعة. وقال أبو العباس: تثبت فيه الشفعة لأنه عقار فثبت فيه الشفعة قياسًا على ما تجب قسمته، والمذهب الأول، لما روي عن أمير المؤمنين عثمان ﷺ أنه قال: «لا شفعة في بئر والأرف يقطع كل شفعة» ولأن الشفعة إنما تثبت للضرر الذي يلحقه بالمقاسمة، وذلك لا يوجد فيما لا يقسم.

وأما الطريق المشترك في درب مملوك ينظر فيه، فإن كان ضيقًا إذا قسم لم يصب كل واحد منهم طريقًا يدخل فيه إلى ملكه فلا شفعة فيه، وإن كان واسعًا نظرت فإن كان للدار المبيعة طريق آخر وجبت الشفعة في الطريق لأنه أرض مشتركة تحتمل القسمة، ولا ضرر على أحد في أخذه بالشفعة فأشبه غير الطريق وإن لم يكن للدار طريق غيره ففيه ثلاثة أوجه.

أحدها: لا شفعة فيه، لأنا لو أثبتنا الشفعة فيه أضررنا بالمشتري لأنه يبقى ملكه بغير طريق، والضرر لا يزال بالضرر.

والثاني: تثبت فيه الشفعة. لأنه أرض تحتمل القسمة فتثبت فيها الشفعة كغير الطريق.

والثالث: أنه إن مكن الشفيع المشتري من دخول الدار ثبت له الشفعة، وإن لم يمكنه فلا شفعة لأنه مع التمكين يمكن دفع الضرر من غير إضرار، ولا يمكن مع عدم التمكين إلا بالإضرار.

فصل: وتثبت الشفعة في الشقص المملوك بالبيع لحديث جابر ﷺ أن النبي ﷺ قال: «فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به» ونثبت في كل عقد يملك الشقص فيه بعوض كالإجارة والنكاح، والخلع، لأنه عقد معاوضة فجاز أن نثبت الشفعة في الشقص المملوك به كالبيع.

فصل: فأما فيما ملك فيه الشقص بغير عوض كالوصية والهبة من غير عوض فلا تثبت فيه الشفعة لأنه ملكه بغير بدل فلم تثبت فيه الشفعة، كما لو

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٣٢٥٧) وأبو داود في سننه برقم (٣٥١٤) وابن ماجه في سننه برقم (٢٤٩٩) وأحمد في المسند (٣/ ٢٩٦) والبيهقي في سننه (٦/ ١٠٢).

**ملكه بالإرث، وإن باع من رجل شقصًا فعفا الشفيع فيه عن الشفعة ثم رجع الشقص إليه بالإقالة لم تثبت فيه الشفعة لأنه لم يملكه بعوض وإنما انفسخ البيع ورجع المبيع إلى ملكه بغير بدل، فإن باعه شقصًا فعفا الشفيع عن الشفعة ثم ولاه رجلًا ثبتت فيه الشفعة؛ لأن التولية بيع برأس المال وإن قال لأم ولده: إن خدمت ورثتي شهرًا فلك هذا الشقص، فخدمتهم ملكت الشقص، وهل تثبت فيه الشفعة؟ فيه وجهان، أحدهما: أنه تثبت لأنها ملكته ببدل هو الخدمة فصار كالمملوك بالإجارة. والثاني: لا تثبت فيه الشفعة لأنه وصية في الحقيقة لأنه يعتبر من الثلث فلم تثبت فيه الشفعة كسائر الوصايا، وإن دفع المكاتب إلى مولاه شقصًا عن نجم عليه ثم عجز ورق فهل للشفيع في الشقص شفعة أم لا؟ فيه وجهان:**

**أحدهما: لا شفعة فيه، لأن بالعجز صار ماله للمولى بحق الملك لا بالمعاوضة وما ملك بغير المعاوضة لا شفعة فيه. والثاني: تثبت فيه لأنه ملكه بعوض فثبت فيه الشفعة فلا تسقط بالفسخ بعده.**

**فصل: وإن بيع شقص في شركة الوقف؛ فإن قلنا إن الموقوف عليه لا يملك الوقف لم تجب فيه الشفعة لأنه لا ملك له، وإن قلنا: أنه يملك ففيه وجهان. أحدهما: أنه يأخذ بالشفعة لأنه يلحقه الضرر في ماله من جهة الشريك فأشبه مالك الطلق. والثاني: لا يأخذه لأن ملكه غير تام؛ بدليل أنه لا يملك التصرف فيه، فلا يملك به ملكًا تامًا.**

**الشرح:** قوله: «قضى» أي حكم وأوجب، وقوله: «في كل شرك» هو الاسم الاشتراك في الملك، وقوله: «ربعة» الربع هو الدار نفسها، والحائط النخل تحوط عليه بجدار أو غيره، وقوله: «يؤذن» أي يعلم، وقوله: «يتخللها» أي يكون في خلالها، والخلل: الفرجة بين الشيئين، والقرار: المستقر من الأرض، وقوله: «ملك مشاع» أي مشترك غير مقسوم، والمرافق هي ما يرفق به أي ينتفع، وقوله: «درب» أي بيوت مجتمعة يجمعها طريق واحد، والشقص: النصيب والطائفة من الشيء.

أما الأحكام: فالشفعة هي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه ممن انتقلت إليه بعوض مالي، وسميت بذلك لأن صاحبها ضم المبيع إلى ملكه فصار شفعًا بعد أن كان نصيبه منفردًا في ملكه. والكلام فيما تثبت به الشفعة في ثلاثة أمور:

الأمر الأول: المأخوذ، وله ثلاثة شروط: الشرط الأول: أن يكون عقارًا قال الأصحاب: الأعيان ثلاثة أضرب. أحدها: المنقولات، فلا شفعة فيها سواء بيعت وحدها أو مع الأرض. الثاني: الأرض، ثبتت الشفعة فيها سواء بيع الشقص منها وحده، أم مع شيء من المنقولات. الثالث: ما كان منقولًا ثم أثبت في الأرض للدوام كالأبنية والأشجار، فإن بيعت منفردة، فلا شفعة فيها على الصحيح، وإن

بيعت الأرض وحدها، ثبتت الشفعة فيها وصار الشفيع معه كالمشتري. وإن بيعت الأبنية والأشجار مع الأرض، إما صريحًا، وإما على قولنا: تستتبعها. ثبتت الشفعة فيها تبعًا للأرض. فلو كان على الشجرة ثمرة مؤبَّرة، وأدخلت في البيع بالشرط، لم تثبت فيها الشفعة، لأنها لا تدوم في الأرض، فيأخذ الشفيع الأرض والنخيل بحصتها. وإن كانت غير مؤبرة، دخلت في البيع شرعًا، وهل للشفيع أخذها؟ وجهان أو قولان: أصحهما: نعم. فعلى هذا، لو لم يتفق الأخذ حتى تأبَّرت، أخذها أيضًا على الأصح. والثاني: لا، لا يأخذها. فعلى هذا، فيما يأخذ به الأرض والنخل؟ وجهان: أصحهما: بحصتها من الثمن كالمؤبرة. والثاني: بجميع الثمن، تنزيلًا له منزلة عيب يحدث. وإن كانت النخل حائلة عند البيع، ثم حدثت الثمرة قبل أخذ الشفيع، فإن كانت مؤبرة، لم يأخذها، وإلا، أخذها على الأظهر، وإذا بقيت الثمار للمشتري، لزم الشفيع إبقاؤها إلى الادراك. وهذا إذا بيعت الأشجار مع البياض المتخلل لها، أو بيع البستان كلُّه. أما إذا بيعت الأشجار ومغارسها فقط، أو بيع الجدار مع الأُسِّ، فلا شفعة على الأصح، لأن الأرض تابعة هنا، والمتبوع منقول.

**فرع:** إذا باع شقصًا فيه زرع لا يجزُّ مرارًا وأدخله في البيع بالشرط، أخذ الشفيع الشقص بحصته من الثمن ولا يأخذ الزرع. وإن كان مما يجزُّ مرارًا، فالجزَّة الظاهرة لا تدخل في البيع المطلق كالثمرة المؤبَّرة، والأصول كالأشجار.

**فرع:** ما دخل في مطلق بيع الدار من الأبواب، والرفوف، والمسامير، تؤخذ بالشفعة تبعًا، كالأبنية، وكذا الدولاب الثابت في الأرض، سواء أداره الماء، أم غيره، بخلاف الدلو والمنقولات. ولو باع شقصًا من طاحونة، وقلنا: يدخل الحجر الأسفل والأعلى في البيع، أخذ الأسفل بالشفعة، وفي الأعلى وجهان كالثمار التي لم تؤبر.

الشرط الثاني: كون العقار ثابتًا. فلو باع شقصًا من غرفة مبنية على سقف لأحدهما أو لغيرهما، فلا شفعة، إذ لا قرار لها. فلو كان السقف المبني عليه مشتركًا أيضًا، فلا شفعة على الأصح لما ذكرناه. ولو كان السفل مشتركًا، والعلو لأحدهما، فباع صاحب العلو نصيبه من السفل، فوجهان: أحدهما: أن الشريك يأخذ السفل ونصف العلو بالشفعة، لأن الأرض مشتركة، وعلوها تابعها. وأصحهما: لا يأخذ إلا السفل. ولو كان بينهما أرض مشتركة فيها شجر لأحدهما، فباع صاحب الشجر الشجر ونصيبه من الارض، فعلى الوجهين.

الشرط الثالث: كونه منقسمًا، فالعقار الذي لا يقبل القسمة، لا شفعة فيه على

المذهب، وهو قوله الجديد. وقيل: تثبت. ومنهم من حكاه، قولًا قديمًا. والمراد بالمنقسم: ما يجبر الشريك على قسمته إذا طلب شريكه القسمة. وفي ضبطه أوجه: أحدها: أنه الذي لا تنقص القسمة قيمته نقصًا فاحشًا، حتى لو كانت قيمة الدار مئة، ولو قسمت عادت قيمة كل نصف ثلاثين، لم تقسم. والثاني: أنه الذي ينتفع بعد القسمة بوجهٍ ما. أما ما لا يبقى فيه نفع بحال، فلا يقسم. وأصحهما: الثالث: أنه الذي إذا قسم، أمكن أن ينتفع به الوجه الذي كان ينتفع به قبل القسمة، ولا عبرة بإمكان نفع آخر. إذا عرف هذا، فلو كان بينهما طاحونة أو حمام، أو بئر أو نهر، فباع أحدهما نصيبه، نظر، إن كان المبيع كبيرًا بحيث يمكن جعل الطاحونة ثنتين لكل واحدة حجران، والحمام حمامين، أو كل بيت منه بيتين، والبئر واسعة يمكن أن يبنى فيها فيجعل بئرين لكل واحدة بياض يقف فيه المستقي، ويلقَى فيه ما يُخرَج منها، ثبتت الشفعة فيها. وإن لم يمكن ذلك وهو الغالب من هذه الأنواع، فلا شفعة على الأصح. وعلى الوجهين الآخرين، لا يخفى الحكم. ولو اشترك اثنان في دار صغيرة، لأحدهما عشرها، وللآخر باقيها، فإن أثبتنا الشفعة فيما لا ينقسم، فأيهما باع فلصاحبه الشفعة، وإن منعناها، فباع صاحب العُشر، فلا شفعة لصاحبه. وإن باع صاحب الكبير، فلصاحبه الشفعة على الأصح تفريعًا على الأصح: أن صاحب الأكثر يجاب إلى القسمة. ولو كان حول البئر بياض وأمكنت القسمة بجعل البئر لواحد، والبياض لآخر ليزرعه أو يسكن فيه، أو كان موضع الحجر في الرحى واحدًا، ولكن فيها بيت يصلح لغرض، وأمكنت القسمة بجعل موضع الرحى لواحد، وذلك البيت لآخر، فقال جماعة: تثبت الشفعة وأن هذه البئر من المنقسمات، وهذا تفريع على الإجبار في هذا النوع من القسمة. وعلى أنه لا يشترط فيما يصير لكل واحد، إمكان الانتفاع به من الوجه الذي كان.

**فرع:** شريكان في مَزارع وبئر يستقى منها، باع أحدهما نصيبه منهما، ثبت للآخر الشفعة فيهما إن انقسمت البئر أو أثبتنا الشفعة فيما لا ينقسم، وإلّا، فتثبت في المزرعة قطعًا، ولا تثبت في البئر على الأصح.

الأمر الثاني: الآخذ، وهو كل شريك في رقبة العقار، سواء فيه المسلم والذمي، والحر، والمكاتب. حتى لو كان السيد والمكاتب شريكين في دار، فلكل منهما الشفعة على الآخر، ولا شفعة للجار، ملاصقًا كان أو مقابلًا. وفي وجه: للملاصق الشفعة، وكذا للمقابل إذا لم ينفذ بينهما طريق، وهو شاذ، والصحيح المعروف: الأول. وإذا قضى الحنفي لشافعي بشفعة الجوار، لم يعترض عليه في الظاهر، وفي الحل باطنًا خلاف موضعه كتاب الأقضية.

**فرع:** الدار إن كان بابها مفتوحًا إلى درب نافذ، ولا شركة لأحد فيها، فلا شفعة فيها ولا في ممرها، لأن هذا الدرب غير مملوك. وإن كان بابها إلى درب غير نافذ، فالدرب مشترك بين سكانه. فإن باع نصيبه من الممر فقط، فللشركاء الشفعة فيه إن كان منقسمًا كما سبق، وإلاّ، ففيه الخلاف السابق. وإن باع الدار بممرها، فلا شفعة لشركاء الممر في الدار على الصحيح. فإن أرادوا أخذ الممر بالشفعة، نظر، إن كان للمشتري طريق آخر إلى الدار، أو أمكنه فتح باب آخر إلى شارع، فلهم ذلك على الصحيح إن كان منقسمًا، وإلا. فعلى الخلاف في غير المنقسم. وقال الشيخ أبو محمد: إن كان في اتخاذ الممر الآخر عسر، أو مؤنة لها وقع، وكانت الشفعة على الخلاف، والمذهب: الأول. وإن لم يكن طريق آخر، ولا أمكن اتخاذه، ففيه أوجه: أصحها: لا شفعة لهم، لما فيه من الإضرار بالمشتري. والثاني: لهم الأخذ والمشتري هو المضر بنفسه بشرائه هذه الدار. والثالث: إن مكنَّوا المشتري من المرور، فلهم الشفعة، وإلّا، فلا، جمعًا بين الحقين. وشركة مالكي سور الخان في صحنه، كشركة مالكي الدور في الدرب الذي لا ينفذ، وكذا الشركة في مسيل الماء إلى الأرض دون الارض، وفي بئر المزرعة دون المزرعة، كالشركة في الممر.

**فرع:** تثبت الشفعة للذمي على المسلم، وعلى الذمي كثبوتها للمسلم، فلو باع ذمي شقصًا لذمي بخمر أو خنزير، وترافعوا إلينا بعد الأخذ بالشفعة، لم نردَّه. ولو ترافعوا قبله، لم نحكم بالشفعة. ولو بيع الشقص، فارتد الشريك، فهو على شفعته إن قلنا: الردة لا تزيل المالك. وإن قلنا: تزيله، فلا شفعة. فإن عاد إلى الإسلام، وعاد ملكه، لم تعد الشفعة على الأصح. وإن قلنا بالوقف، فمات أو قُتل على الردة، أخذه لبيت المال. كما لو اشترى معيبًا، أو بشرط الخيار، وارتد ومات، فللإمام رده. ولو ارتد المشتري، فالشفيع على شفعته.

**فرع:** دار نصفها لرجل، ونصفها لمسجد، اشتراه قيِّم المسجد له، أو وهب له ليُصرف في عمارته، فباع الرجل نصيبه، كان للقيم أخذه بالشفعة إن رأى فيه مصلحة، كما لو كان لبيت المال شركة في دار، فباع الشريك نصيبه، فللإمام الأخذ بالشفعة. وإن كان نصف الدار وقفًا، ونصفُها طلقًا، فباع المالك نصيبه، فلا شفعة لمستحق الوقف على المذهب، ولا شفعة لمالك المنفعة فقط بوصية أو غيرها.

**فرع:** المأذون له بالتجارة، إذا اشترى شقصًا، ثم باع الشريك نصيبه، فله الأخذ بالشفعة، إلّا أن يمنعه السيد أو يسقط الشفعة. وله الإسقاط وإن أحاطت به الديون وكان في الأخذ غبطة، كما له منعه من الاعتياض في المستقبل. ولو أراد السيد أخذه بنفسه، فله ذلك.

**فرع:** لا يخفى أن الشركة لا تعتبر في مباشرة الأخذ، وإنما هي معتبرة فيمن يقع الأخذ له، بدليل الوكيل، والولي، والعبد المأذون، فإن لهم الأخذ.

الأمر الثالث: المأخوذ منه، وهو المشتري ومَنْ في معناه. وفي ضبطه قيود:

الأول: كون ملكه طارئًا على ملك الآخذ. فإذا اشترى رجلان دارًا معًا، أو شقصًا من دار، فلا شفعة لواحد منهما على الآخر، لاستوائهما في وقت حصول الملك.

الثاني: كونه لازمًا. فإن باع بشرط الخيار لهما، أو للبائع، فلا شفعة ما دام الخيار باقيًا. وإن شرط الخيار للمشتري فقط، فإن قلنا: الملك له، أخذه الشفيع في الحال على الأظهر عند الجمهور. وإن قلنا: الملك للبائع، أو موقوف، لم يأخذ في الحال على الأصح. فإن قلنا يأخذ، تَبَيَّنَّا أن المشتري ملكه قبل أخذه، وانقطع الخيار.

**فرع:** باع أحد الشريكين نصيبه بشرط الخيار، ثم باع الثاني نصيبه في زمن الخيار بيع بتات، فلا شفعة في المبيع أولًا للبائع الثاني إذ زال ملكه، ولا للمشترى منه، وإن تقدَّم ملكُه على ملك المشتري الأول إذا قلنا: لا يملك في زمن الخيار، لأن سبب الشفعة البيع، وهو سابق على ملكه. وأما الشفعة في المبيع ثانيًا، فموقوفة إن توقفنا في الملك، وللبائع الأول إن أبقينا الملك له، وللمشترى منه إن أثبتنا الملك له. وعلى هذا، قال المتولي: إن فسخ البيع قبل العلم بالشفعة، بطلت شفعته إن قلنا: الفسخ بخيار الشرط يرفع العقد من أصله. وإن قلنا: يرفعه من حينه، فهو كما لو باع ملكه قبل العلم بالشفعة. وإن أخذه بالشفعة، ثم فسخ البيع، فالحكم في الشفعة كالحكم في الزوائد الحادثة في زمن الخيار.

**فصل:** إذا وجد المشتري بالشقص عيبًا قديمًا، وأراد ردّه، وجاء الشفيع يريد أخذه، ويرضى بكونه معيبًا، فقولان: وقيل: وجهان: أظهرهما عند الجمهور، وقطع به بعضهم: أن الشفيع أولى بالإجابة، لأن حقه سابق، فإنه ثبت بالبيع، ولأن غرض المشتري استدراك الظلامة وتحصيل الثمن، وذلك حاصل بأخذ الشفيع. ولأنا لو قدَّمنا المشتري، بطل حق الشفيع بالكلية. وإذا قدمنا الشفيع، حصل للمشتري مثل الثمن أو قيمته. والثاني: المشتري أولى، لأن الشفيع إنما يأخذ إذا استقر العقد. ولو رده بالعيب قبل مطالبة الشفيع، ثم طلب الشفيع، فإن قلنا: المشتري أولى عند اجتماعهما، فلا يجاب، وإلا، فيجاب على الأصح، ويفسخ الرد. أو نقول: تبيَّنَّا أن الرد كان باطلًا، والخلاف ـ في أن المشتري أولى أو الشفيع ـ جارٍ فيما لو اشترى شقصًا بعبد، ثم وجد البائع بالعبد عيبًا فأراد رده

واسترداد الشقص، وأراد الشفيع أخذه بالشفعة. وحكى البغوي جريانه فيما لو اشترى شقصًا بعبد وقبض الشقص قبل تسليم العبد، فتلف العبد في يده، ففي وجه: تبطل شفعة الشفيع. وفي وجه: يتمكن من الأخذ. وقطع ابن الصباغ وغيره، بأنه إذا كان الثمن عينًا فتلف قبل القبض، بطل البيع والشفعة.

**فصل:** أصدقها شقصًا، ثم طلقها قبل الدخول، أو ارتد، وجاء الشفيع يريد أخذه بالشفعة، فله أخذ نصفه، وأما النصف الآخر، فهل الزوج أولى به، أم الشفيع؟ وجهان: وكذا إذا اشترى شقصًا وأفلس بالثمن، فأراد البائع الفسخ، والشفيع الأخذ بالشفعة، فيه الوجهان. أصحهما: فيهما الشفيع أولى، لأن حقه أسبق، فإنه ثبت بالعقد. وفي وجه ثالث: الشفيع في الأولى أولى، والبائع في الثانية أولى. فإذا قدمنا الشفيع في صورة الإفلاس، ففيه أوجه: أصحها: أن الثمن المأخوذ من الشفيع مقسوم بين الغرماء كلِّهم، لأن حق البائع إذا انتقل إلى الذمة، صار كسائر الغرماء، وبهذا قال ابن الحداد، والثاني: يقدم البائع بالثمن رعاية للجانبين. والثالث: إن كان البائع سلَّم الشقص ثم أفلس المشتري، لم يكن أولى بالثمن، لرضاه بذمته. وإن لم يسلِّمه، فهو أولى بالثمن. والخلاف في نصف الصداق، جارٍ فيما إذا أعاد كله إلى الزوج بردِّتها، أو فسخ قبل الدخول.

هذا إذا اجتمع الشفيع والزوج أو البائع، أما إذا أخذ الشفيع الشقص من يد الزوجة، ثم طلق الزوج، أو من يد المشتري، ثم أفلس، فلا رجوع للزوج والبائع إلى الشقص بحال، لكن ينتقل حق البائع إلى الثمن، وحق الزوج إلى القيمة في مالها، كما لو زال الملك ببيع أو غيره. ولو طلقها قبل علم الشفيع، وأخذ النصف، ثم جاء الشفيع، ففي استرداده ما أخذه الزوج، وجهان: كما لو جاء بعد الرد بالعيب. وقيل: لا يسترد قطعًا، لأن المهر يتشطر بالطلاق من غير اختيار، فيبعد نقضه. فإن قلنا: يسترده، أخذه وما بقي في يدها، وإلا، فيأخذ ما في يدها ويدفع إليها نصف مهر المثل. ولو كان للشقص الممهور شفيعان، فطلبا، وأخذ أحدهما نصفه، ثم طلقها قبل أن يأخذ الآخر، فلا يأخذ الزوج النصف الحاصل في يد الشفيع. وأما النصف الآخر، فهل هو أولى، أم الشفيع؟ فيه الخلاف السابق، ويجري فيما إذا أخذ أحد الشفيعين من يد المشتري، ثم أفلس. فإن قلنا: الشفيع أولى، ضارب البائع مع الغرماء بالثمن. وإن قلنا: البائع أولى، فإن شاء أخذ النصف الباقي وضارب مع الغرماء بنصف الثمن، وإلا، فيتركه ويضارب بكل الثمن.

القيد الثالث: أن يملكه بمعاوضة. فإن ملك بارث، أو هبة، أو وصية، فلا

شفعة. فإن وهب بشرط الثواب، أو مطلقًا، وقلنا: تقتضي الثواب، تثبت الشفعة على الأصح للمعاوضة. وقيل: لا، لأنها ليست مقصودة. فعلى الأصح، هل يأخذ قبل قبض الموهوب لانه صار بيعًا، أم لا، لأن الهبة لا تتم إلا بالقبض؟ وجهان: أصحهما: الأول.

**فرع:** اشترى شقصًا، ثم تقايلا، فإن عفا الشفيع، وقلنا: الإقالة بيع، تجددت الشفعة، وأخذه من البائع. وإن قلنا: فسخ، لم تتجدد كما لا تتجدد بالرد بالعيب. وإن قاله قبل علم الشفيع بالشفعة. فإن قلنا: الإقالة بيع، فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ بها، وبين أن ينقضها حتى يعود الشقص إلى المشتري، فيأخذ منه. وإن قلنا: فسخ، فهو كطلب الشفعة بعد الرد بالعيب.

**فرع:** إذا جعل الشقص أجرة، أو جعلًا، أو رأس مال في سلم، صداقًا، أو متعة، أو عوض خلع أو صلح عن دم أو مال، أو جعله المكاتب عوضًا عن النجوم، ثبتت الشفعة في كل ذلك. ولو أقرضه شقصًا، قال المتولي: القرض صحيح، وللشفيع أخذه إذا ملكه المستقرض. وإنما ثبتت الشفعة في الجعل بعد العمل. وحكي وجه: أنه إذا كان ما يقابل الشقص مما لا يثبت في الذمة بالسلم ولا بالقرض، فلا شفعة، وهو شاذ ضعيف.

**فرع:** بذل شقصًا عن بعض النجوم، ثم عجز ورقّ، فهل تبقى الشفعة لأنه كان عوضًا، أم تبطل لخروجه عن العوض؟ وجهان: أصحهما: الثاني.

**فرع:** قال المولى لمستولدته: إن خدمت أولادي شهرًا، فلك هذا الشقص، فخدمتهم، استحقته. وهل تثبت فيه الشفعة كالأجرة، أم لا، لأنه وصية معتبرة من الثلث؟ وجهان: أصحهما: الثاني.

**فصل:** إذا باع الوصي أو القيم شقص الصبي وهو شريكه، فلا شفعة له على الأصح. وبه قال ابن الحداد، لأنه لو تمكن منه، لم يؤمن أن يسامح في الثمن، ولهذا لا يبيعه مال نفسه. ولو اشترى شقصًا للطفل وهو شريك في العقار، فله الشفعة على الصحيح، إذ لا تهمة. وقيل: لا، لأن في الشراء والأخذ تعليق عهدة الصبي من غير نفع له، وللأب والجد الأخذ بالشفعة إذا كانا شريكين، سواء باعا أو اشتريا لقوة ولايتهما وشفقتهما، كما له بيع ماله لنفسه. ولو كان في حجر الوصي يتيمان بينهما دار، فباع نصيب أحدهما لرجل، فله أخذه بالشفعة للآخر.

**فرع:** وكَّل أحد الشريكين صاحبه في بيع نصيبه، فباعه، فللوكيل أخذه بالشفعة على الأصح وقول الأكثرين، لأن الموكل ناظر لنفسه يعترض على الوكيل إن قصر، بخلاف الصبي. ولو وكل رجل أحد الشريكين في شراء الشقص، فللوكيل

الأخذ بالشفعة بلا خلاف. ولو وكل الشريكُ الشريكَ في بيع نصف نصيبه وأذن له في بيع نصيبه، أو بعض نصيبه مع نصيب الموكل إن شاء، فباع نصف نصيب الموكل مع نصيبه صفقة واحدة، فللموكل أخذ نصيب الوكيل بالشفعة. وهل للوكيل أخذ نصيب الموكل؟ فيه الوجهان.

**فرع:** إذا كان للمشتري في الدار شركة قديمة، بأن كانت بين ثلاثة أثلاثًا، فباع أحدهم نصيبه لأحد صاحبيه، فالأصح أن المشتري والشريك الآخر يشتركان في أخذ الشقص، لاستوائهما في الشركة. وقيل: الشريك الثالث يختص بالشفعة، فعلى هذا إن شاء أخذ جميع الشقص، وإن شاء تركه. وعلى الأصح: إن شاء أخذ نصف الشقص، أو تركه. فإن قال المشتري: خذ الكل، أو اترك الكل، وقد تركت أنا حقي، لم تلزمه الإجابة، ولم يصح إسقاط المشتري حقه من الشفعة، لأن ملكه استقر على النصف بالشراء، فصار كما لو كان للشقص شفيعان: حاضر، وغائب، فأخذ الحاضر الجميع، فحضر الغائب، له أن يأخذ نصفه، وليس للحاضر أن يقول: اترك الجميع أو خذ الجميع فقد تركت حقي، ولا نظر إلى تبعيض الصفقة عليه، فإنه لزم من دخوله في هذا العقد.

وحكي وجه: أنه إذا ترك المشتري حقه، لزم الآخرَ أخذُ الكل أو تركه، كما لو عفا أحد الشفيعين الأجنبيين. ولو كان بين اثنين دار، فباع أحدهما نصف نصيبه لثالث، ثم باع النصف الثاني لذلك الثالث، فعلى الأصح حكمه كما لو باع النصف الثاني لأجنبي، وسيأتي بيانه في الباب الثاني إن شاء تعالى. وعلى الوجه الآخر: لا شفعة للمشتري، وللشفيع الخيار بين أن يأخذ الكل أو يأخذ أحد النصفين فقط.

**فصل:** إذا باع في مرض موته شقصًا، وحابى، فقد يكون الشفيع والمشتري أجنبيين، أو وارثين، وقد يكون المشتري وارثًا فقط، أو عكسه، فهذه أربعة أضرب:

الضرب الأول: إذا كانا أجنبيين، فإن احتمل الثُّلثُ المحاباة، صح البيع، وأخذ الشقص بالشفعة. وإن لم يحتمله، بأن باع شقصًا يساوي ألفين بألف، ولا مال له غيره، نظر، إن رده الوارث، بطل البيع في قدر المحاباة. وفي صحته في الباقي طريقان: أحدهما: فيه قولا تفريق الصفقة. والثاني: القطع بالصحة. وإذا قلنا بالصحة، ففيما يصح فيه البيع؟ قولان: أحدهما: يصح في قدر الثلث، والقدر الذي يوازي الثمن بجميع الثمن. والثاني: لا يسقط شيء من المبيع إلا ويسقط ما يقابله من الثمن. وقد سبق بيان الأظهر من القولين في باب تفريق الصفقة. فإن قلنا بالقول الأول، صح البيع في الصورة المذكورة في خمسة أسداس الشقص بجميع الثمن.

وإن قلنا بالثاني، دارت المسألة. وحسابها أن يقال: يصح البيع في شيء من الشقص بنصف شيء، يبقى مع الورثة ألفان إلا نصف شيء، وذلك يعدل مثلي المحاباة، وهي نصف شيء، فمثلاها شيء، فنجبُر ونقابل، فيكون ألفان معادلين لشيء ونصف، والشيء من شيء ونصف ثلثاه، فعلمنا أن البيع صح في ثلثي الشقص، وقيمته ألف وثلاثمئة وثلاثة وثلاثون وثلث بثُلثي الثمن، وهو نصف هذا المبلغ، فتكون المحاباة ستمئة وستة وستين وثُلثين، يبقى للورثة ثلث الشقص وثلثا الثمن، وهما ألف وثلاثمئة وثلاثون وثلث، وذلك ضعف المحاباة.

وعلى القولين جميعًا، للمشتري الخيار، لأن جميع المبيع لم يسلَّم له. فإن أجاز، أخذ الشفيع خمسة أسداس الشقص بجميع الثمن على القول الأول، وثُلثَيه بثلث الثمن على الثاني. وإن أراد أن يفسخ، وطلب الشفيع، فأيهما يجاب؟ فيه الخلاف السابق في الرد بالعيب، وكذا لو فسخ قبل طلب الشفيع، هل تبطل الشفعة، أم للشفيع رد الفسخ؟ فيه ما سبق من الخلاف. وإن أجاز الورثة، صح البيع في الكل. ثم إن قلنا: إن إجازتهم تنفيذ لما فعل الميت، أخذ الشفيع الكل بكل الثمن. وإن قلنا: إنها ابتداءٌ عطية منهم، لم يأخذ القدر المنفَّذ بإجازتهم، ويأخذ المستغني عن إجازتهم، وفيه القولان المذكوران عند الرد.

الضرب الثاني والثالث: أن يكونا وارثين، أو المشتري وارثًا، فيكون هذا البيع محاباة مع الوارث، وهي مردودة. فإن لم نفرق الصفقة، بطل البيع في الكل، وإن فرقناها، فإن قلنا في الضرب الأول ـ والتصوير كما سبق ـ: إن البيع يصح في خمسة أسداس الشقص بجميع الثمن، فهنا في مثل تلك الصورة يصح البيع في نصفه بجميع الثمن، وإن قلنا هناك: يصح في ثلثيه بثلثي الثمن، فهنا يبطل البيع في الكل، كذا ذكره القفال وغيره، وفيه نظر. وينبغي أن يفرق بين الإجازة والرد، كالضرب الأول.

الضرب الرابع: أن يكون الشفيع وارثًا دون المشتري. فإن احتمل الثلث المحاباة، أو لم يحتمل، وصححنا البيع في بعض المحاباة في الضرب الأول، ومكنّا الشفيع من أخذه، فهنا أوجه: أصحها: عند الجمهور: يصح البيع ويأخذه الوارث بالشفعة، لأن المحاباة مع المشتري، لا مع الوارث. والثاني: يصح ولا يأخذه الوارث بالشفعة. والثالث: لا يصح البيع أصلًا لتناقض الأحكام. والرابع: يصح في الجميع ويأخذ الشفيع ما يقابل الثمن، ويبقى الباقي للمشتري مجانًا. والخامس: لا يصح البيع إلا في القدر المقابل للثمن.

**فصل:** وقد سبق أنَّ تقدُّم ملك الآخذ على ملك المأخوذ منه شرطٌ. فلو كان في يد رجلين دار اشترياها بعقدين، وادعى كلٌ أن شراءه سبق، وأنه يستحق على

صاحبه الشفعة، نظر، إن ابتدأ أحدهما بالدعوى، أو جاءا معًا وتنازعا في البُداءة، فقدم أحدهما بالقرعة فادعى، فعلى الآخر الجواب، ولا يكفيه قوله: شرائي قبلُ، لأنه ابتداء دعوى، بل إما أن ينقي سبق شراء المدعي، وإما أن يقول المدعي، وإما أن يقول: شرائي قبلُ، لأنه ابتداء دعوى، بل إما أن ينفي سبق شراء المدعي، وإما أن يقول: لا يلزمني تسليم شيء إليك، وحينئذٍ يحلَّف، فإن حلف، استقر ملكه ثم تسمع دعواه على الأول، فإن حلف، استقر ملكه أيضًا. وإن نكل المدعى عليه أولًا ورُدَّت اليمين على المدعي، فإن حلف، أخذ ما في يد المدعى عليه، وليس للمدعى عليه الناكل بعد ذلك أن يدعي عليه، لأنه لم يبق له ملك يأخذ به.

وإن نكل المدعي عن اليمين المردودة، سقطت دعواه، وللمدعى عليه أن يدعي عليه. هذا إذا لم يكن بيّنة. أما إذا أقام أحدهما بيّنة بالسبق، فيقضى له. وإن أقام كلٌ منهما بينة على سبق شرائه مطلقًا، أو على أنه اشترى يوم السبت وصاحبه يوم الأحد، فمتعارضتان، وفي تعارضهما قولان: أظهرهما: سقوطهما، فكأنه لا بينة. والثاني: تستعملان. وفي كيفيته أقوال: أحدها: بالقرعة. فمن قرع، أخذ نصيب الآخر بالشفعة. والثاني: بالقسمة، ولا فائدة فيها هنا، إلا أن تكون الشركة بينهما على التفاوت، فيكون التصنيف مقيدًا. والثالث: الوقف. وعلى هذا، يوقف حق التملك إلى أن يظهر الحال. وقيل: لا معنى للوقف هنا. ولو عينت البينتان وقتًا واحدًا، فلا منافاة، لاحتمال وقوع العقدين معًا، ولا شفعة لواحد منهما، لوقوع العقدين معًا. وفي وجه: تسقطان والله أعلم.

**قال المصنف رحمه الله تعالى: فصل: وإن اشترى شقصًا وشرط الخيار فيه للبائع لم يكن للشفيع أن يأخذ قبل انقضاء الخيار لأنه في أحد الأقوال لا يملك الشقص، وفي القول الثاني ملكه موقوف، فلا يعلم هل يملك أم لا؟ وفي القول الثالث يملكه ملكًا غير تام، لأن للبائع أن يفسخه، ولأنه إذا أخذ بالشفعة أضر بالبائع لأنه يسقط حقه من الفسخ والضرر لا يزال بالضرر وأن شرط الخيار للمشتري وحده فإن قلنا: إنه لا يملك أو قلنا أنه موقوف لم يأخذ لما ذكرناه في خيار البائع. وإن قلنا: أنه يملكه ففيه قولان: أحدهما: لا يأخذه، لأنه بيع فيه خيار فلا يأخذ به كما لو كان الخيار للبائع. والثاني: يأخذه وهو الصحيح لأنه لا حق فيه لغير المشتري، والشفيع يملك إسقاط حقه، ولهذا يملك إسقاط حقه بعد لزوم البيع واستقرار الملك، فلأن يملك قبل لزومه أولى.**

**فصل: وتثبت الشفعة للكافر على المسلم لحديث جابر ﷺ: «لا يحل له أن يبيعه حتى يؤذن شريكه فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به» ولم يفرق، ولأنه خيار جعل لدفع الضرر عن المال فاستوى فيه الكافر والمسلم كالرد بالعيب.**

**فصل: ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على العوض لأنه إذا أخذه ولم يقدر**

على العوض أضر بالمشتري والضرر لا يزال بالضرر، فإن أحضر رهنًا أو ضمينًا أو عوضًا عن الثمن لم يلزم قبوله لأن ما استحق أخذه بالعوض لم يلزم قبول الرهن، والضمين والعوض فيه كالمبيع في يد البائع.

فصل: ويأخذ الشفيع بالعوض الذي ملك به فإن اشتراه أخذه بالثمن لما روى جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «فإن باعه فهو أحق به بالثمن» وإن اشترى شقصًا وسيفًا بثمن قسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما وأخذ الشقص بحصته وترك السيف على المشتري بحصته لأن الثمن ينقسم على المبيع على قدر قيمته ولا يثبت للمشتري الخيار في فسخ البيع بتفريق الصفقة عليه لأنه دخل في العقد على بصيرة أن الصفقة تفرق عليه وإن اشترى الشقص بثمن ثم الحق به زيادة أو حط عنه بعضه أو وجد به عيبًا فأخذ عنه الأرش فعلى ما ذكرناه في بيع المرابحة فإن نقص الشقص في يد المشتري فقد روى المزني أن الشفيع يأخذه بجميع الثمن وقال في «القديم» يأخذه بالحصة واختلف أصحابنا في ذلك فمنهم من قال فيه قولان وهو الصحيح أحدهما: يأخذه بجميع الثمن كالعبد المبيع إذا ذهبت عينه في يد البائع فإن المشتري يأخذه بجميع الثمن، والقول الثاني: أنه يأخذه بالحصة وهو أظهر لأنه أخذ بعض ما دخل في العقد فأخذه بالحصة كما لو كان معه سيف. ومنهم من قال: إن ذهب التالف ولم يذهب من الأجزاء شيء أخذ بالجميع لأن الذي يقابله الثمن أجزاء العين وهي باقية فإن تلف بعض الأجزاء من الآجر والخشب أخذه بالحصة. لأنه تلف بعض ما يقابله الثمن فأخذ الباقي بالحصة، وحمل القولين على هذين الحالين. ومنهم من قال إن كانت العرصة باقية أخذ بالجميع لأن العرصة هي الأصل وهي باقية فإن ذهب بعض العرصة أخذ بالحصة لأنه تلف بعض الأصل فأخذ الباقي بالحصة وحمل القولين على هذين الحالين. ومنهم من قال: إن تلف بجائحة من السماء أخذ بالجميع لأنه لم يحصل للمشتري بدل التالف وإن تلف بفعل آدمي أخذ بالحصة لأنه حصل للمشتري بدل التالف وحمل القولين على هذين الحالين.

فصل: وإن اشترى الشقص بمائة مؤجلة ففيه ثلاثة أقوال أحدها: يأخذ بمائة مؤجلة لأن الشفيع تابع للمشتري في قدر الثمن وصفته فكان تابعًا له في التأجيل. والثاني: أنه يأخذه بسلعة تساوي مائة إلى الأجل، لأنه لا يمكن أن يطالب بمائة حالة لأن ذلك أكثر مما لزم المشتري، ولا يمكن أن يطالب بمائة مؤجلة، لأن الذمم لا تتماثل فتجعل ذمة الشفيع مثل ذمة المشتري، فوجب أن يعدل إلى جنس آخر بقيمته كما يعدل فيما لا مثل له إلى جنس آخر بقيمته. والثالث: وهو الصحيح أنه يخير بين أن يعجل الثمن ويأخذ، وبين أن يصبر إلى أن يحل فيأخذ، لأنه لا يمكن أن يطالب بمائة حالة ولا بمائة مؤجلة لما ذكرناه ولا يمكن أن يأخذ بسلعة لأن الشفيع إنما يأخذ بالمثل أو بالقيمة، والسلعة ليست بمثل الثمن ولا هي قيمته فلم يبق إلا التخيير.

فصل: وإن باع رجل في مرضه من وارثه شقصًا يساوي الفين بألف ولم تجز الورثة بطل البيع في نصفه لأنه قدر المحاباة، فإن اختار الشفيع أن يأخذ التصرف بالألف لم يكن للمشتري الخيار في تفريق الصفقة، لأن الشفيع أخذه بألف وإن لم يأخذه الشفيع فللمشتري أن يفسخ البيع لتفرق الصفقة عليه، وإن باع من أجنبي وحاباه والشفيع وارث فاحتمل الثلث المحاباة، ففيه خمسة أوجه أحدها: أن البيع يصح في نصف الشقص بالألف، وللشفيع أن يأخذه ويبقى التصرف للمشتري بلا ثمن، لأن المحاباة وصية والوصية للمشتري تصح، ولا تصح للشفيع، فيصير كأنه وهب له النصف وباع منه النصف بثمن المثل، ويأخذ الشفيع النصف بجميع الثمن، ويبقى النصف للمشتري بغير ثمن.

والثاني: أن البيع يصح في نصفه بالألف لأنا إن دفعنا الجميع إلى الشفيع بالألف حصلت الوصية للوارث وإن دفعنا إليه النصف بالألف وتركنا النصف على المشتري الزمنا الشفيع في النصف أكثر مما لزم المشتري فلم يبق إلا الفسخ بالنصف، ودفع النصف إلى الوارث من غير محاباة.

والثالث: أن البيع باطل لأن المحاباة تعلقت بالكل فلا يجوز أن تجعل في نصفه.

والرابع: أنه يصح البيع وتسقط الشفعة، لأن إثبات الشفعة يؤدي إلى إبطال البيع وإذا بطل البيع سقطت الشفعة وما أدى ثبوته إلى سقوطه وسقوط غيره سقط فسقطت الشفعة وبقي البيع.

والخامس: وهو الصحيح أنه يصح البيع في الجميع بالألف، ويأخذ الشفيع الجميع بالألف، لأن المحاباة وقعت للمشتري دون الشفيع والمشتري أجنبي فصحت المحاباة له.

فصل: وإن اشترى الشقص بعرض فإن كان له مثل كالحبوب والأدهان أخذه بمثله، لأنه من ذوات الأمثال، فأخذ به كالدراهم والدنانير وإن لم يكن له مثل كالعبيد والثياب أخذه بقيمته لأن القيمة مثل لما لا مثل له ويأخذه بقيمته حال وجوب الشفعة كما يأخذ بالثمن الذي وجب عند وجوب الشفعة وإن اشترى الشقص بعبد وأخذ الشفيع بقيمته ووجد البائع بالعبد عيبًا ورده أخذ قيمة الشقص وهل يثبت التراجع للشفيع والمشتري بما بين قيمة العبد وقيمة الشقص؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يتراجعان لأن الشفيع أخذ بما استقر عليه العقد وهو قيمة العبد فلا يتغير بما طرأ بعده.

والثاني: يتراجعان فإن كانت قيمة الشقص أكثر رجع المشتري على الشفيع وإن كانت قيمة العبد أكثر رجع الشفيع على المشتري لأنه استقر الشقص على المشتري بقيمته فثبت التراجع بما بين القيمتين وإن وجد البائع بالعبد العيب وقد حدث عنده عيب آخر فرجع على المشتري بالأرش نظرت فإن أخذ المشتري

من الشفيع قيمة العبد سليمًا لم يرجع عليه بالأرش لأن الأرش دخل في القيمة وإن أخذ قيمته معيبًا فهل يرجع بالأرش؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يرجع لأنه أخذ الشقص بقيمة العبد المعيب الذي استقر عليه العقد.

والثاني: يرجع بالأرش لأنه استقر الشقص عليه بقيمة عبد سليم فرجع به على الشفيع.

فصل: وإن جعل الشقص أجرة في إجارة أخذه الشفيع بأجرة مثل المنفعة فإن جعل صداقًا في نكاح أو بدلًا في خلع أخذ الشفيع بمهر مثل المرأة لأن المنفعة لا مثل لها فأخذ بقيمتها كالثوب والعبد وإن جعل متعة في طلاق امرأة أخذ الشفيع بمتعة مثلها لا بالمهر لأن الواجب بالطلاق متعة مثلها لا المهر.

فصل: والشفيع بالخيار بين الأخذ والترك لأنه حق ثبت له لدفع الضرر عنه فخير بين أخذه وتركه وفي خياره أربعة أقوال قولان نص عليهما في «القديم»:

أحدهما: أنه على التراخي لا يسقط إلا بالعفو أو بما يدل على العفو كقوله: بعني أو قاسمني وما أشبههما لأنه حق له لا ضرر على المستحق عليه في تأخيره فلم يسقط إلا بالعفو كالخيار في القصاص.

والثاني: أنه بالخيار إلى أن يرفعه المشتري إلى الحاكم ليجبره على الأخذ أو العفو لأنا لو قلنا أنه على الفور أضررنا بالشفيع لأنه لا يأمن مع الاستعجال أن يترك والحظ في الأخذ أو يأخذه والحظ في الترك فيندم وإن قلنا أنه على التراخي إلى أن يسقط أضررنا بالمشتري لأنه لا يقدر على التصرف والسعي في عمارته خوفًا من الشفيع فجعل له إلى أن يرفع إلى الحاكم ليدفع عنه الضرر.

والثالث: نص عليه في سير حرملة أنه بالخيار إلى ثلاثة أيام لأنه لا يمكن أن يجعل على الفور لأنه يستضر به الشفيع ولا أن يجعل على التراخي لأنه يستضر به المشتري فقدر بثلاثة أيام لأنه لا ضرر فيه على الشفيع لأنه يمكنه أن يعرف ما فيه من الحظ في ثلاثة أيام ولا على المشتري لأنه قريب.

والرابع: نص عليه في «الجديد» أنه على الفور وهو الصحيح لما روى أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «الشفعة لمن واثبها»[١] وروي أنه قال: «الشفعة كنشطة العقال إن قيدت ثبتت وإن تركت فاللوم على من تركها»[٢]. فعلى هذا إن أخر الطلب من غير عذر سقط لأنه على الفور فسقط بالتأخير من غير عذر كالرد بالعيب وإن أخره لطهارة أو صلاة أو طعام أو لبس ثوب أو إغلاق باب فهو

(١) انظر التلخيص الحبير (٣/ ١٣٨).

(٢) انظر التلخيص الحبير (٣/ ١٣٧).

على شفعته لأنه ترك الطلب لعذر وإن قال سلام عليكم أنا مطالب بالشفعة ثبتت الشفعة لأن السلام قبل الكلام سنة فلا تسقط به الشفعة وإن قال: بارك الله في صفقة يمينك أنا مطالب بالشفعة لم تسقط لأن الدعاء له بالبركة لا يدل على ترك الشفعة لأنه يجوز أن يكون دعاء للصفقة بالبركة لأنها أوصلته إلى الأخذ بالشفعة وإن قال: صالحني عن الشفعة على مال لم يصح الصلح لأنه خيار فلا يجوز أخذ العوض عنه كخيار الشرط وفي شفعته وجهان:

أحدهما: تسقط لأنه أعرض عن طلبها من غير عذر.

والثاني: لا تسقط لأنه تركها على عوض ولم يسلم له العوض فبقي على شفعته فأن أخذه بثمن مستحق ففيه وجهان:

أحدهما: تسقط لأنه ترك الأخذ الذي يملك به من غير عذر.

والثاني: لا تسقط لأنه استحق الشقص بمثل الثمن في الذمة فإذا عينه فيما لا يملك سقط التعيين وبقي الاستحقاق كما لو اشترى شيئًا بثمن في الذمة ووزن فيه مالًا يملك.

فصل: وإن وجبت له الشفعة وهو محبوس أو مريض أو غائب نظرت فإن لم يقدر على الطلب ولا على التوكيل ولا على الإشهاد فهو على شفعته، لأنه ترك بعذر، وأن قدر على التوكيل فلم يوكل ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو قول القاضي أبي حامد أنه تسقط شفعته لأنه ترك الطلب مع القدرة فأشبه إذا قدر على الطلب بنفسه فترك.

والثاني: وهو قول أبي علي الطبري أنه لا تسقط، لأن التوكيل إن كان بعوض لزمه غرم وفيه ضرر. وإن كان بغير عوض احتاج إلى التزام منه وفي تحملها مشقة وذلك عذر فلم تسقط به الشفعة.

ومن أصحابنا من قال: إن وجد من يتطوع بالوكالة سقطت شفعته لأنه ترك الطلب من غير ضرر، فإن لم يجد من يتطوع لم تسقط لأنه ترك للضرر، وإن عجز عن التوكيل وقدر على الإشهاد فلم يشهد ففيه قولان:

أحدهما: تسقط شفعته، لأن الترك قد يكون للزهد وقد يكون للعجز وقد قدر على أن يبين ذلك بالشهادة فإذا لم يفعل سقطت شفعته.

والثاني: لا تسقط لأن عذره في الترك ظاهر فلم يحتج معه إلى الشهادة.

فصل: وإن قال أخرت الطلب لأني لم أصدق، فإن كان قد أخبره عدلان سقطت شفعته لأنه أخبره من يثبت بقوله الحقوق، وإن أخبره حر أو عبد أو امرأة ففيه وجهان:

أحدهما: لا تسقط لأنه ليس ببينة.

والثاني: تسقط لأنه أخبره من يجب تصديقه في الخبر وهذا من باب الإخبار فوجب تصديقهم فيه.

فصل: فإن قال المشتري: اشتريت بمائة فعفا الشفيع، ثم بان أنه اشترى بخمسين فهو على شفعته لأنه عفا عن الشفعة لعذر، وهو أنه لا يرضاه بمائة أو ليس معه مائة وإن قال: اشتريت بخمسين فعفا ثم بان أنه كان قد اشتراه بمائة لم يكن له أن يطالب لأن من لا يرضى الشقص بخمسين لا يرضاه بمائة، وإن قال: اشتريت نصفه بمائة فعفا ثم بان أنه قد اشترى جميعه بمائة فهو على شفعته لأنه لم يرض بترك الجميع، وإن قال اشتريت الشقص بمائة فعفا ثم بان أنه كان قد اشترى نصفه بمائة لم يكن له أن يطالب بالشفعة، لأن من لم يرض الشقص بمائة لا يرضى نصفه بمائة.

وإن قال: اشتريت بأحد النقدين فعفا ثم بان أنه كان قد اشتراه بالنقد الآخر فهو على شفعته لأنه يجوز أن يكون عفا لإعواز أحد النقدين عنده أو لحاجته إليه وإن قال اشتريت الشقص فعفا ثم بان أنه كان وكيلًا فيه. وإنما المشتري غيره، فهو على شفعته لأنه قد يرضى مشاركة الوكيل، ولا يرضى مشاركة الموكل.

فصل: وإن وجبت له الشفعة فباع حصته، فإن كان بعد العلم بالشفعة سقطت شفعته، لأنه ليس له ملك يستحق به، وأن باع قبل العلم بالشفعة ففيه وجهان:

أحدهما: تسقط لأنه زال السبب الذي يستحق به الشفعة، وهو الملك الذي يخاف الضرر بسببه.

والثاني: لا تسقط لأنه وجبت له الشفعة والشركة موجودة فلا تسقط بالبيع بعده.

فصل: ومن وجبت له الشفعة في شقص لم يجز أن يأخذ البعض ويعفو عن البعض، لأن في ذلك إضرارًا بالمشتري في تفريق الصفقة عليه، والضرر لا يزال بالضرر، فإن أخذ البعض سقطت شفعته لأنه لا يتبعض فإذا عفا عن البعض سقط الجميع كالقصاص، وإن اشترى شقصين من أرضين في عقد واحد فأراد الشفيع أن يأخذ أحدهما دون الآخر ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز، وهو الأظهر لما فيه من الإضرار بالمشتري في تفريق الصفقة عليه.

والثاني: يجوز لأن الشفعة جعلت لدفع الضرر وربما كان الضرر في أحدهما دون الآخر، فإن كان البائع أو المشتري اثنين جاز للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما دون الآخر لأن عقد الواحد مع الاثنين عقدان، فجاز أن يأخذ أحدهما دون الآخر كما لو اشتراه في عقدين متفرقين.

فصل: وإن كان للشقص شفعاء نظرت فإن حضروا وطلبوا أخذوا، فإن كانت حصة بعضهم أكثر ففيه قولان:

أحدهما: أنه يقسم الشقص بينهم على عدد الرؤوس، وهو قول المزني، لأن كل واحد منهم لو انفرد أخذ الجميع، فإذا اجتمعوا تساووا في الملك.

والثاني: أنه يقسم بينهم على قدر الأنصباء لأنه حق يستحق بسبب الملك فيسقط عند الاشتراك على قدر الأملاك كأجرة الدكان وثمرة البستان، وإن عفا بعضهم عن حقه أخذ الباقون جميعه، لأن في أخذ البعض إضرارًا بالمشتري، فإن جعل بعضهم حصته لبعض الشركاء لم يصح بل يكون لجميعهم، لأن ذلك عفو وليس بهبة، وإن حضر بعضهم أخذ جميعه، فإن حضر آخر قاسمه، وإن حضر الثالث قاسمهما، لأنا بينا أنه لا يجوز التبعيض، فإن أخذ الحاضر الشقص وزاد في يده، بأن كان نخلًا فأثمرت، ثم قدم الغائب قاسمه على الشقص دون الثمار، لأن الثمار حديث في ملك الحاضر فاختص بها.

وإن قال الحاضر: أنا آخذ بقدر مالي لم يجز، وهل تسقط شفعته؟ فيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنها تسقط لأنه قدر على أخذ الجميع وقد تركه.

والثاني: وهو قول أبي إسحاق أنها لا تسقط لأنه تركه بعذر، وهو أنه يخشى أن يقدم الغائب فينتزعه منه. والترك للعذر لا يسقط الشفعة، كما قلنا فيمن أظهر له المشتري ثمنًا كثيرًا فترك ثم بان بخلافه.

فصل: وإن كان المشتري شريكًا بأن كان بين ثلاثة دار فباع أحدهم نصيبه من أحد شريكيه لم يكن للشريك الثاني أن يأخذ الجميع لأن المشتري أحد الشريكين فلم يجز للآخر أن يأخذ الجميع ـ كما لو كان المشتري أجنبيًا ـ وقال أبو العباس للشريك أن يأخذ الجميع؛ لأنا لو قلنا: أنه يأخذ النصف لتركنا النصف على المشتري بالشفعة، والإنسان لا يأخذ بالشفعة من نفسه، والمذهب الأول، لأن المشتري لا يأخذ النصف من نفسه بالشفعة، وإنما يمنع الشريك أن يأخذ الجميع، ويبقى الباقي على ملكه.

فصل: وإن ورث رجلان من أبيهما دارًا ثم مات أحدهما وخلف ابنين ثم باع أحد هذين الابنين حصته ففي الشفعة قولان: أحدهما أن الشفعة بين الأخ والعم وهو الصحيح لأنهما شريكان للمشتري فاشتركا في الشفعة كما لو ملكاه بسبب واحد.

والثاني: أنها للأخ دون العم لأن الأخ أقرب إليه في الشركة لأنهما ملكاه بسبب واحد والعم ملك بسبب قبلهما فعلى هذا إن عفا الأخ عن حقه فهل يستحق العم فيه وجهان:

أحدهما: يستحق به لأنه شريك وإنما قدم الأخ عليه لأنه أقرب في الشركة فإذا ترك الأخ ثبت للعم كما نقول فيمن قتل رجلين أنه يقتل بالأول لأن حقه أسبق فإذا عفا ولي الأول قتل بالثاني.

والوجه الثاني: أنه لا يستحق لأنه لم يستحق الشفعة وقت الوجوب فلم يستحق بعده.

وإن كان بين ثلاثة أنفس دار فباع أحدهم نصيبه من رجلين، وعفا شريكاه عن الشفعة ثم باع أحد المشتريين نصيبه، فعلى القولين:

أحدهما: أن الشفعة للمشتري الآخر لأنهما ملكاه بسبب واحد، والشريكان الآخران ملكاه بسبب سابق لملك المشتريين.

والثاني: أنهما بين الجميع لأن الجميع شركاء في الملك في حال وجوب الشفعة، وإن مات رجل عن دار وخلف ابنتين وأختين ثم باعت إحدى الاختين نصيبها ففيه طريقان من أصحابنا من قال: هي على القولين.

أحدهما: أن الشفعة للأخت لأنها ملكت مع الأخت بسبب واحد وملك البنات بسبب آخر.

والثاني: أن الشفعة بين البنات والأخت لأن الجميع شركاء في الملك، ومنهم من قال: أن الشفعة بين البنات والأخت قولًا واحدًا، لأن الجميع ملكن الشقص في وقت واحد لم يسبق بعضهن بعضًا.

فصل: وإن تصرف المشتري في الشقص ثم حضر الشفيع نظرت، فإن تصرف بما لا تستحق به الشفعة كالوقف والهبة والرهن والإجارة فللشفيع أن يفسخ ويأخذ لأن حقه سابق للتصرف ومع بقاء التصرف لا يمكن الأخذ فملك الفسخ، وإن تصرف بما تستحق به الشفعة كالبيع والصداق فهو بالخيار بين أن يفسخ ويأخذ بالعقد الأول وبين أن يأخذ بالعقد الثاني لأنه شفيع بالعقدين، فجاز أن يأخذ بما شاء منهما، وإن قابل البائع أو رده عليه بعيب فللشفيع أن يفسخ الإقالة والرد بالعيب، ويأخذه لأن حقه سابق ولا يمكن الأخذ مع الإقالة والرد بالعيب، فملك الفسخ، وإن تحالفا على الثمن وفسخ العقد جاز للشفيع أن يأخذ بالثمن، الذي حلف عليه البائع، لأن البائع أقر للمشتري بالملك وللشفيع بالشفعة بالثمن الذي حلف عليه، فإذا بطل حق المشتري بالتحالف بقي حق الشفيع. وإن اشترى شقصًا بعبد ووجد البائع بالعبد عيبًا ورده قبل أن يأخذ الشفيع ففيه وجهان:

أحدهما: يقدم الشفيع لأن حقه سابق لأنه ثبت بالعقد وحق البائع ثبت بالرد.

والثاني: أن البائع أولى لأن في تقديم الشفيع إضرارًا بالبائع في إسقاط حقه من الرد والضرر لا يزال بالضرر، وإن أصدق امرأته شقصًا وطلقها قبل الدخول وقبل أن يأخذ الشفيع ففيه وجهان:

أحدهما: يقدم الزوج على الشفيع لأن حق الزوج أقوى لأنه ثبت بنص الكتاب وحق الشفيع ثبت بخبر الواحد فقدم حق الزوج.

والثاني: يقدم الشفيع لأن حقه سابق لأنه ثبت بالعقد وحق الزوج ثبت بالطلاق.

فصل: وإن اشترى شقصًا وكان الشفيع غائبًا فقاسم وكيله في القسمة أو رفع الأمر إلى الحاكم فقاسمه وغرس وبنى ثم حضر الشفيع أو أظهر له ثمنًا كثيرًا فقاسمه ثم غرس وبنى ثم بان خلافه وأراد الأخذ فإن اختار المشتري قلع الغراس والبناء لم يمنع لأنه ملكه فملك نقله ولا تلزمه تسوية الأرض لأنه غير متعد، وإن لم يختر القلع فالشفيع بالخيار بين أن يأخذ الشقص بالثمن والغراس والبناء بالقيمة وبين أن يقلع الغراس والبناء ويضمن ما بين قيمته قائمًا ومقلوعًا، لأن النبي ﷺ قال: «لا ضرر ولا ضرار» ولا يزول الضرر عنهما إلا بذلك.

فصل: وإن اشترى شقصًا وحدث فيه زيادة قبل أن يأخذ الشفيع نظرت فإن كانت زيادته لا تتميز كالغسيل إذا طال وامتلأ، فإن الشفيع يأخذه مع زيادته لأن ما لا يتميز يتبع الأصل في الملك كما يتبعه في الرد بالعيب، وإن كانت متميزة كالثمرة فإن كانت ثمرة ظاهرة لم يكن للشفيع فيها حق لأن الثمرة الظاهرة لا تتبع الأصل كما قلنا في الرد بالعيب، وإن كانت غير ظاهرة ففيها قولان. قال في «القديم»: تتبع الأصل كما تتبع في البيع. وقال في «الجديد»: لا تتبعه لأنه استحقاق بغير تراض، فلا يؤخذ به إلا ما دخل بالعقد ويخالف البيع لأنه استحقاق عن تراض يقدر فيه على الاستثناء فإذا لم يستثن تبع الأصل.

فصل: إذا أراد الشفيع أن يأخذ الشقص ملك الأخذ من غير حكم الحاكم لأن الشفعة ثابتة بالنص والإجماع فلم تفتقر إلى الحاكم كالرد بالعيب، فإن كان الشقص في يد المشتري أخذه منه؛ وإن كان في يد البائع ففيه وجهان: أحدهما: يجوز أن يأخذ منه لأنه استحق فملك الأخذ، كما لو كان في يد المشتري. والثاني: لا يجوز أن يأخذ منه، بل يجبر المشتري على القبض ثم يأخذه منه، لأن الأخذ من البائع يؤدي إلى إسقاط الشفعة، لأنه يفوت به التسليم، وفوات التسليم يوجب بطلان العقد، فإذا بطل العقد سقطت الشفعة، وما أدى إثباته إلى اسقاطه سقط.

فصل: ويملك الشفيع الشقص بالأخذ لأنه تملك مال بالقهر فوقع الملك فيه بالأخذ كتملك المباحات، ولا يثبت فيه خيار الشرط، لأن الشرط إنما يثبت مع تملك الاختيار، والشقص يؤخذ بالإجبار فلم يصح فيه شرط الخيار، وهل يثبت له خيار المجلس؟ فيه وجهان.

أحدهما: يثبت لأنه تملك مال بالثمن فثبت فيه خيار المجلس كالبيع.

والثاني: لا يثبت لأنه إزالة ملك لدفع الضرر فلم يثبت فيه خيار المجلس كالرد بالعيب.

**فصل: وإن وجد بالشقص عيبًا فله أن يرده لأنه ملكه بالثمن فثبت له الرد بالعيب كالمشتري في البيع، وإن خرج مستحقًا رجع بالعهدة على المشتري لأنه أخذ منه على أنه ملكه فرجع بالعهدة عليه كما لو اشتراه منه.**

**فصل: وإن مات الشفيع قبل العفو والأخذ انتقل حقه من الشفعة إلى ورثته لأنه قبض استحقه بعقد البيع فانتقل إلى الورثة كقبض المشتري في البيع ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فورث كالرد بالعيب وإن كان له وارثان فعفا أحدهما عن حقه سقط حقه وهل يسقط حق الآخر؟ فيه وجهان:**

**أحدهما: يسقط لأنها شفعة واحدة، فإذا عفا عن بعضها سقط الباقي كالشفيع إذا عفا عن بعض الشقص.**

**والثاني: لا يسقط لأنه عفا عن حقه فلم يسقط حق غيره كما لو عفا أحد الشفيعين.**

**الشرح:** قوله: «كنشطة العقال» هو مثل للإسراع والمبادرة، والزهد خلاف الرغبة، وخبر الواحد: هو الذي يرويه أحد لا يتابع عليه، والفسيل: صغار النخل.

أما الأحكام: فكيفية الأخذ بالشفعة فيه أطراف:

الطرف الأول: فيما يحصل به الملك، لا يشترط في التملك بالشفعة حكم الحاكم، ولا إحضار الثمن، ولا حضور المشتري، ولا رضاه. وقال الصعلوكي: حضور المأخوذ منه، أو وكيله، شرط، وهو شاذ ضعيف، ولا بد من جهة الشفيع من لفظ، كقوله: تملكت، أو اخترت الأخذ بالشفعة، أو أخذته بالشفعة، وما أشبهه. وإلا، فهو من باب المعاطاة. ولو قال: أنا مطالب بالشفعة، لم يحصل به التملُّك على الأصح، وبه قطع المتولي. ولذلك قالوا: يعتبر في التملك بها، أن يكون الثمن معلومًا للشفيع، ولم يشترطوا ذلك في الطلب. وينبغي أن يكون في صحة التملك مع جهالة الثمن ما ذكرناه في بيع المرابحة. وفي «التتمة» إشارة إلى نحوه، ثم لا يملك الشفيع بمجرد اللفظ، بل يعتبر معه أحد أُمور:

الأول: أن يسلّم العوض إلى المشتري، فيملك به قبل أن يسلمه، وإلا فيخلي بينه وبينه، أو يرفع الأمر إلى القاضي حتى يلزمه التسليم.

الثاني: أن يسلّم المشتري الشقص ويرضى بكون الثمن في ذمته، إلا أن يبيع شقصًا من دار عليها صفائح ذهب بالفضة، أو عكسه، فيجب التقابض في المجلس. ولو رضي بكون الثمن في ذمته، ولم يسلم الشقص، فوجهان: أحدهما: لا يحصل الملك، لأن قول المشتري وعد. وأصحهما: الحصول، لأنه معاوضة، والملك في المعاوضات لا يقف على القبض.

الثالث: أن يحضر مجلس القاضي ويثبت حقه بالشفعة، ويختار التملك،

فيقضي القاضي له بالشفعة، فوجهان: أحدهما: لا يحصل الملك حتى يقبض عوضه، أو يرضى بتأخره. وأصحهما: الحصول.

الرابع: أن يشهد عدلين على الطلب واختيار الشفعة. فإن لم نثبت الملك بحكم القاضي، فهنا أولى، وإلا، فوجهان لقوة قضاء القاضي. وإذا ملك الشفيع الشقص بغير الطريق الأول، لم يكن له أن يتسلَّمه حتى يؤدي الثمن، وأن يسلِّمه المشتري قبل أداء الثمن، ولا يلزمه أن يؤخر حقه بتأخير البائع حقه. وإذا لم يكن الثمن حاضرًا وقت التملُّك، أمهل ثلاثة أيام، فإن انقضت ولم يحضره، فسخ الحاكم تملُّكه، هكذا قاله ابن سريج والجمهور. وقيل: إذا قصر في الأداء، بطل حقه. وإن لم يوجد، رفع الأمر إلى الحاكم وفسخ منه.

**فرع:** يثبت خيار المجلس للشفيع على الأصح المنصوص، وعلى هذا فيمتد إلى مفارقته المجلس. وهل ينقطع بأن يفارقه المشتري؟ وجهان.

**فرع:** إذا ملك الشفيع، امتنع تصرف المشتري، فلو طلبه ولم يثبت الملك بعدُ، لم يمتنع، وفيه احتمال للإمام، لتأكد حقه بالطلب. وفي نفوذ تصرف الشفيع قبل القبض إذا كان قد سلم الثمن، وجهان: أصحهما: المنع كالمشتري. والثاني: الجواز، لأنه قهري كالإرث. ولو ملك بالإشهاد أو بقضاء القاضي، لم ينفذ تصرفه قطعًا، وكذا لو ملك برضى المشتري بكون الثمن عنده.

**فرع:** في تملك الشفيع الشقص الذي لم يره، طريقان: أصحهما: أنه على قولي بيع الغائب، إن منعناه، لم يتملكه قبل الرؤية، وليس للمشتري منعه من الرؤية، وإن صححناه، فله التملك. ثم قيل: خيار الرؤية على الخلاف في خيار المجلس. وقيل: يثبت قطعًا، لأن خيار المجلس يبعد ثبوته لأحد الجانبين، بخلاف خيار الرؤية.

والطريق الثاني: القطع بالمنع وإن صححنا بيع الغائب، لأن البيع جرى بالتراضي، فأثبتنا الخيار فيه، وها هنا الشفيع أخذ من غير رضى المشتري، فلا يمكن إثبات الخيار فيه. فلو رضي المشتري أن يأخذه الشفيع ويكون بالخيار، فعلى قول الغائب. وإذا جوزنا له التملك وأثبتنا الخيار، فللمشتري أن يمتنع من قبض الثمن وإقباض المبيع حتى يراه، ليكون على ثقة منه.

**فرع:** للشفيع الرد بالعيب. ولو أفلس وكان المشتري سلَّم إليه الشقص راضيًا بذمته، فله الاسترداد.

الطرف الثاني: فيما يأخذ به الشفيع، والمأخوذ أنواع:

أحدها: المبيع. فإن بيع بمثليّ، أخذه بمثله. ثم إن قُدِّر بميعاد الشرع، أخذه

به، وإن قُدِّر بغيره، بأن باع بمئة رطل حنطة، فهل يأخذه بمثله وزنًا أو كيلًا؟ فيه خلاف سبق في القرض. فلو كان المثل منقطعًا وقت الأخذ، عدل الى القيمة كالغصب. وإن بيع بمتقوَّم من عبد وثوب ونحوهما، أخذه بقيمة ذلك المتقوَّم. والاعتبار بقيمة يوم البيع، لأنه يوم إثبات العوض. وقال ابن سريج والبغوي وجماعة: يعتبر يوم استقرار العقد وانقطاع الخيار.

النوع الثاني: أن يكون الشقص رأس مال سلَم أخذه بمثل المسلَم فيه إن كان مثليًا، أو بقيمته إن كان متقوَّمًا.

النوع الثالث: إذا صالح من دين على شقص، أخذه بمثل ذلك الدين إن كان مثليًا، أو بقيمته إن كان متقوَّمًا. وسواء دين المعاملة ودين الإتلاف.

النوع الرابع: الشقص الممهور، يؤخذ بمهر مثل المرأة. وكذا إذا خالعها على شقص. والاعتبار بمهر مثلها يوم النكاح ويوم الخلع. هذا هو الصحيح المعروف. وفي «التتمة» وجه: أنه يأخذه بقيمة الشقص. ولو متَّع المطلقة بشقص، أخذه الشفيع بمتعة مثلها، لا بالمهر.

النوع الخامس: إذا أخذ من المكاتَب شقصًا عوضًا عن النجوم، أخذه الشفيع بمثل النجوم أو بقيمتها.

النوع السادس: الشقص الذي جُعِل أجرة يؤخذ بأجرة مثل الدار.

النوع السابع: إذا صالح عليه عن الدم، أخذه الشفيع بقيمة الدية يوم الجناية، ويعود فيه قول ابن سريج والبغوي.

النوع الثامن: قال المتولي: إذا اقترض شقصًا أخذه الشفيع بقيمته وإن قلنا: المقترض يرد المثلي.

**فصل:** إذا كان الثمن حالًّا، بذله الشفيع في الحال. فإن كان بألف إلى سنة مثلًا، ففيه أقوال: أظهرها: يتخير، إن شاء عجل الثمن وأخذ الشقص في الحال، وإن شاء صبر إلى أن يحلَّ الأجل، فحينئذٍ يبذل الألف، ويأخذ الشقص، وليس له أن يأخذ بألف مؤجل. والثاني: له الأخذ بألف مؤجل. والثالث: يأخذ بعرض يساوي الألف إلى سنة، فعلى الأول: لا يبطل حقه بالتأخير، لأنه بعذر.

وهل يجب إعلام المشتري بالطلب؟ وجهان: أصحهما: نعم. ولو مات المشتري وحلّ عليه، لم يتعجل الأخذ على الشفيع، بل هو على خيرته، إن شاء عجل، وإن شاء أخر إلى انقضاء السنة. وإن مات الشفيع، فالخيرة لوارثه. ولو باع المشتري الشقص في المدة، صح، والشفيع بالخيار بين أن يأخذه بالثمن الثاني، وبين أن يفسخه في الحال، أو عند حلول الأجل، ويأخذه بالثمن الأول. هذا إذا

قلنا بالمذهب: إن الشفيع ينقض تصرف المشتري، وفيه خلاف سنذكره إن شاء الله تعالى. وإن قلنا بالقول الثاني، ففي موضعه وجهان: أحدهما: أنه إنما يأخذ بثمن مؤجل إذا كان مليئًا موثوقًا به وأعطى كفيلًا مليئًا، وإلا، فلا يأخذ. والثاني: له الأخذ مطلقًا. وإذا أخذه ثم مات، حل عليه الاجل. وإن قلنا بالثالث، فتعيين العرض إلى الشفيع، وتعديل القيمة إلى من يعرفها. قال الإمام: فلو لم يتفق طلب الشفعة حتى حلَّ الأجل، وجب أن لا يطالب على هذا القول إلا بالعرض المعدَّل، لان الاعتبار في قيمة عوض المبيع بحال البيع، ثم على القول الثاني والثالث، إذا أخر الشفيع، بطل حقه.

**فصل:** إذا اشترى مع الشقص منقولًا، كسيف وثوب، صفقة واحدة، وزِّع الثمن عليهما على اعتبار قيمتهما، وأخذ الشفيع الشقص بحصته من الثمن، وتعتبر قيمتهما يوم البيع، ولا خيار للمشتري وإن تفرقت صفقته لدخوله فيها عالمًا بالحال.

**فرع:** إذا اشترى شقصًا من دار نقضت، فلها أحوال:

إحداها: أن تتعيب من غير تلف شيء منها، ولا انفصال بعضها عن بعض، بأن ينشق جدار، أو مالت أسطوانة، أو انكسر جذع، أو اضطرب سقف، فالشفيع بالخيار بين الأخذ بكل الثمن، وبين، الترك، كتعيبها في يد البائع.

الثانية: أن يتلف بعضها، فينظر إن تلف شيء من العرصة بأن غشيها سيل فغرقها، أخذ الباقي بحصته من الثمن. وإن بقيت العرصة وتلفت السقوف والجدران باحتراق وغيره، فيبنى على الخلاف السابق في كتاب البيع: أن سقف الدار المبيعة وجدارها كأحد العبدين المبيعين، أم كطرف من أطراف العبد وصفة من صفاته؟ فإن قلنا بالأصح: إنه كأحد العبدين، أخذ العرصة بحصتها من الثمن. وإن قلنا: كطرف العبد، أخذها بكل الثمن. وقيل: إن تلف بآفة سماوية، أخذ بكل الثمن. وإن تلف بإتلاف متلف، أخذ بالحصة، لأن المشتري يحصل له بدل التالف، فلا يتضرر.

الثالثة: أن لا يتلف شيء منها، لكن ينفصل بعضها عن بعض بالانهدام، فهل يأخذ الشفيع النُّقْض. فيه قولان، ويقال: وجهان: أظهرهما: نعم. فعلى هذا يأخذه مع العرصة بكل الثمن، أو يتركهما. وإن قلنا: لا يأخذه، بني على أن السقف والجدار كأحد العبدين، أو كطرف العبد. إن قلنا بالأول، أخذ العرصة وما بقي من البناء بحصتها من الثمن، وإلا، فوجهان: أحدهما: يأخذ بالحصة. والثاني وهو قياس الأصل المبني عليه: يأخذ بتمام الثمن كالحالة الأولى. وعلى هذا يُشبَّه النقضُ بالثمار والزوائد التي يفوز بها المشتري قبل أخذ الشفيع.

**فصل:** إذا اشترى الشقص، ثم اتفق المتبايعان على حطٍّ من الثمن، أو زيادة

فيه، فذلك قد يكون بعد لزوم العقد وقبله، وفي زمن الخيار ومكانه. وسبق بيان ذلك كلِّه في كتاب البيع. وحاصله: أنه لا يلحق الحط ولا الزيادة بالعقد بعد لزومه، لا حط الكل، ولا حط البعض. وفيما قبل لزومه، وجهان: أصحهما: اللحوق. فإن قلنا به، وحط كل الثمن، فهو كما لو باع بلا ثمن، فلا شفعة للشريك، لأنه يصير، هبة على رأي، ويبطل على رأي.

**فصل:** إذا اشترى الشقص بعبد مثلًا، وتقابضا، ثم وجد البائع بالعبد عيبًا، وأراد ردّه واسترداد الشقص، وطلب الشفيع الشقص، ففي المقدَّم منهما خلاف سبق قريبًا. وحكى الإمام طريقًا حازمًا بتقديم البائع. ولو علم عيب العبد بعد أخذ الشفيع الشقص لم ينقض ملك الشفيع، كما لو باع ثم اطلع على عيب. وفي قول: يسترد المشتري الشقص من الشفيع، ويرد عليه ما أخذه، ويسلّم الشقص إلى البائع، لأن الشفيع نازل منزلة المشتري، فردُّ البائع يتضمن نقض ملكه، كما يتضمن نقض ملك المشتري لو كان في ملكه، والمشهور هو الأول. فإذا قلنا به، أخذ البائع قيمة الشقص من المشتري. فإن كانت مثل قيمة العبد، فذاك، وإلا، ففي رجوع من بذل الزيادة على صاحبه وجهان: أصحهما: لا رجوع، لأن الشفيع ملكه بالمبذول، فلا يتغير حكمه. ولو عاد الشقص إلى ملك المشتري بابتياع أو غيره، لم يتمكن البائع من إجباره على رد الشقص، ولا المشتري من إجبار البائع على القبول وردِّ القيمة، بخلاف ما إذا غرم قيمة المغصوب لإباقه، فرجع، لأن ملك المغصوب منه لم يزل، وملك المشتري قد زال.

وحكى المتولي فيه وجهين بناءً على أن الزائل العائد، كالذي لم يزل، أم كالذي لم يعد؟ والمذهب: الأول. ولو وجد البائع العيب بالعبد، وقد حدث عنده عيب، فأخذ الأرش لامتناع الرد، نظر، إن أخذ الشفيع الشقص بقيمة العبد سليمًا، فلا رجوع عليه. وإن أخذه بقيمته معيبًا، ففي رجوع المشتري على الشفيع الوجهان السابقان في التراجع. لكن الأصح هنا: الرجوع، ومال ابن الصباغ إلى القطع به، لأن الشقص استقر عليه بالعبد والأرش، ووجوب الأرش من مقتضى العقد، لاقتضائه السلامة. ولو رضي البائع ولم يردَّه، ففيما يجب على الشفيع وجهان: أحدهما: قيمة العبد سليمًا. والثاني: قيمته معيبًا. حتى لو بذل قيمة السليم، استرد قسط السلامة من المشتري، وبالأول قطع البغوي، وغلّط الإمامُ قائله.

**فرع:** للمشتري رد الشقص بالعيب على البائع، وللشفيع رده على المشتري بالعيوب السابقة على البيع وعلى الأخذ. ثم لو وجد المشتري العيب بعد أخذ الشفيع، فلا رد في الحال، ولا أرش له على المذهب. ويجيء فيه الخلاف السابق

فيما إذا باعه. فلو رد عليه الشفيع بالعيب، رده حينئذٍ على البائع. ولو وجد المشتري عيب الشقص قبل أخذ الشفيع، ومنعه عيب حادث من الرد، فأخذ أرش العيب القديم، حط ذلك عن الشفيع. وإن قدر على الرد، لكن توافقا على الأرش، ففي صحة هذه المصالحة وجهان سبقا. فإن صححناها، ففي حطه عن الشفيع وجهان: أصحهما: الحط. والثاني: لا، لأنه تبرع من البائع.

**فصل:** اشترى بكفٍّ من الدراهم لا يعلم وزنها، أو صبرة حنطة لا يعلم كيلها، فيوزن ويكال ليأخذ الشفيع بذلك القدر. فإن كان ذلك غائبًا، فتبرع البائع باحضاره، أو أخبر عنه، واعتمد قوله، فذاك، وإلا، فليس للشفيع أن يكلفه الإحضار، ولا الاخبار عنه. وإن هلك الثمن وتعذر الوقوف عليه، تعذر الأخذ بالشفعة. فإن أنكر الشفيع كون الشراء بما لا يعلم قدره، نظر، إن عين قدرًا وقال: اشتريت بكذا، وقال المشتري: لم يكن قدره معلومًا، فالأصح المنصوص الذي عليه جمهور الأصحاب: أنه يقنع منه بذلك، ويحلف عليه. وقال ابن سريج لا يقنع منه ولا يحلف، بل إن أصر على ذلك، جعل ناكلًا وردت اليمين على الشفيع. وعلى هذا الخلاف، لو قال: نسيت، فهو كالنكول.

وإن لم يعين قدرًا، لكن ادعى على المشتري أنه يعلمه، وطالبه بالبيان، فوجهان: أصحهما: لا تسمع دعواه حتى يعين قدرًا، فيحلف المشتري حينئذٍ أنه لا يعرف. والثاني: تسمع، ويحلف المشتري على ما يقوله. فإن نكل، حلف الشفيع على علم المشتري، وحبس المشتري حتى يبين قدره. فعلى الأول: طريق الشفيع أن يعين قدرًا، فإن وافقه المشتري، فذاك، وإلا، حلفه على نفيه، فإن نكل، استدل الشفيع بنكوله وحلف على ما عينه، وإن حلف المشتري، زاد وادعى ثانيًا. وهكذا يفعل إلى أن ينكل المشتري، فيستدل الشفيع بنكوله ويحلف. وهذا لأن اليمين قد تستند إلى التخمين، ولهذا له أن يحلف على خط أبيه إذا سكنت نفسه إليه.

**فصل:** إذا ظهر الاستحقاق في ثمن الشقص المشفوع، فإن ظهر في ثمن المبيع، نظر، إن كان معينًا، بان بطلان البيع وبطلت الشفعة، وعلى الشفيع رد الشقص إن كان قبضه. وإن خرج بعضه مستحقًا، بطل البيع في ذلك القدر، وفي الباقي قولا تفريق الصفقة. فإن فرقناها واختار المشتري الإجازة، فللشفيع الأخذ. وإن اختار الفسخ وأراد الشفيع أخذه، ففيه الخلاف فيما إذا أصدقها شقصًا ثم طلقها قبل الدخول. وإن كان الثمن في الذمة، وخرج المدفوع مستحقًا، لزمه إبداله، والبيع والشفعة بحالهما، وللبائع استرداد الشقص ليحبسه إلى أن يقبض الثمن، وإن ظهر الاستحقاق في ثمن الشفيع، فإن كان جاهلًا، لم يبطل حقه وعليه الإبدال. وإن كان عالمًا، لم يبطل على الأصح، واختاره كثير من الأصحاب، وقطع البغوي

بالبطلان. ثم قال الشيخ أبو حامد وآخرون: الوجهان فيما إذا كان الثمن معينًا، بأن قال: تملكت الشقص بهذه الدراهم. أما إذا كان غير معين، كقوله: تملكته بعشرة دنانير، ثم نقد المستحقة، فلا تبطل شفعته قطعًا، وقيل: الوجهان في الحالين.

ثم في حالة الجهل والعلم، إذا قلنا: لا يبطل حقه، هل نتبين أنه لم يملك بأداء المستحق، ويفتقر إلى تملُّك جديد؟ أم نقول: قد ملكه والثمن دين عليه؟ فيه وجهان: قال الغزالي: أصحهما: الثاني، وهو خلاف المفهوم من كلام الجمهور، لا سيما في حالة العلم. وخروج الدنانير نحاسًا، كخروجها مستحقة. ولو خرج ثمن المبيع رديئًا، فللبائع الخيار بين الرضى به والاستبدال. فإن رضي، لم يلزم المشتري الرضى بمثله، بل يأخذ من الشفيع ما اقتضاه العقد، ذكره البغوي.

ولو خرج ما دفعه الشفيع رديئًا، لم تبطل شفعته عالمًا كان أو جاهلًا. وقيل: هو كخروجه مستحقًا، والمذهب: الأول.

**فصل:** إذا بنى المشتري، أو غرس، أو زرع، في المشفوع، ثم علم الشفيع، فله الأخذ وقلع بنائه وغراسه وزرعه مجانًا، لا بحق الشفعة، بل لأنه شريك. وأحد الشريكين إذا انفرد بهذه التصرفات في الأرض المشتركة، كان للآخر أن يقلع مجانًا. وإن بنى أو غرس المشتري في نصيبه بعد القسمة والتمييز، ثم علم الشفيع، لم يكن له قلعه مجانًا، كذا نص عليه الشافعي والأصحاب. وفي المسألة إشكالان. أحدهما: قال المزني: المقاسمة تتضمن الرضى من الشفيع، وإذا رضي بتملك المشتري بطلت شفعته، فكيف يتصور ثبوت الشفعة بعد القسمة؟ الثاني: أن القسمة تقطع الشركة، فيصيران جارين، ولا شفعة للجار. وأجاب الأصحاب عن الأول، فصوروا صحة القسمة مع بقاء الشفعة في صور.

منها: أن يقال للشفيع: جرى الشراء بألف، فيعفو ويقاسم، أو أن الشقص ملكه بالهبة فيقاسم، ثم بأن الشراء كان بدون ألف، وأن الملك حصل بالبيع، فتصح القسمة وتثبت الشفعة.

ومنها: أن يقاسم الشفيع المشتري على ظن أنه وكيل للبائع باخباره، أو بسبب آخر.

ومنها: أن يكون للشفيع وكيل بالقسمة مع شركائه ومع المشترين منهم، فيقاسم الوكيل المشتري بغير علم الشفيع.

ومنها: أن يكون له وكيل في القسمة وفي أخذ الأشقاص بالشفعة، فرأى في شقص الحظَّ في تركه، فيتركه، ويقاسم، ثم يقدَم الشفيع، ويظهر له أن له الحظ في الأخذ، وكذلك ولي اليتيم.

ومنها: أن يكون الشفيع غائبًا، فيطالب المشتري الحاكم بالقسمة، فيجيبه وإن علم بثبوت الشفعة، كذا قاله الأصحاب، وتوقف الإمام في إجابته إذا علم ثبوت الشفعة. وأما الثاني: فأجابوا عنه بأن الجواز إنما لا يكفي في الابتداء.

فاذا تقرر ما ذكرناه، فإن اختار المشتري قلع البناء والغراس، فله ذلك، ولا يكلف تسوية الأرض، لأنه كان متصرفًا في ملكه. فإن حدث في الأرض نقص، فيأخذه الشفيع على صفته، أو يترك. وإن لم يختر المشتري القلع، فللشفيع الخيار بين إبقاء ملكه في الأرض بأجرة، وبين تملُّكه بقيمته يوم الأخذ، وبين أن ينقضه ويغرم أرش النقص على الصفة المذكورة في المعير إذا رجع وقد بنى المستعير أو غرس بلا فرق. وإن كان قد زرع، بقي زرعه إلى أن يدرك فيحصد.

وقياس الباب: أن يجيء الخلاف المذكور هناك في زرع الأرض المستعارة. والمذهب في الموضعين، تبقية الزرع. ثم قال صاحب «التقريب»: في مطالبة الشفيع للمشتري بالأجرة، الخلاف في المعير. وقال الجمهور: لا مطالبة هنا قطعًا، وهو المذهب، لأنه زرع ملك نفسه، بخلاف المستعير، فأشبه من باع أرضًا مزروعة، لا مطالبة للمشتري بأجرة مدة بقاء الزرع على المذهب، وقد سبق بيانه في كتاب البيع.

**فرع:** إذا زرع المشتري، فللشفيع تأخير الشفعة إلى الإدراك والحصاد. قال الإمام: ويحتمل أن لا يجوز التأخير وإن تأخرت المنفعة، كما لو بيعت الأرض في غير وقت الانتفاع، لا يؤخَّر الأخذ إلى وقته. ولو كان في الشقص شجر عليه ثمر لا يستحق بالشفعة، ففي جواز تأخيره إلى القطاف وجهان: لأن الثمر لا يمنع الانتفاع بالمأخوذ.

**فصل:** تصرفات المشتري في الشقص من البيع والوقف وغيرهما صحيحة، لأنها في ملكه. وقيل: باطلة، وهو شاذ. فعلى الصحيح: ينظر إن كان التصرف مما لا تثبت فيه الشفعة كالوقف، والهبة، والإجارة، فللشفيع نقضه وأخذ الشقص بالشفعة. وإن كان مما تثبت فيه الشفعة كالبيع والإصداق، فهو كالخيار بين أن ينقضه ويأخذ الشقص بالعقد الأول، وبين أن لا ينقض ويأخذ بالعقد الثاني. هذا هو المذهب. وفي وجه: لا ينقض تصرفه. وفي وجه: لا ينقض ما تثبت فيه الشفعة، لكن يتجدد حق الشفعة بذلك. وقيل: لا يتجدد أيضًا، لانه تصرف يبطل الشفعة، فلا يثبتها. وفي وجه: لا ينقض الوقف، وينقض ما سواه.

**قال المصنف رحمه الله تعالى: فصل: إذا اختلف الشريكان في الدار فادعى أحدهما على الآخر أنه ابتاع نصيبه فله أخذه بالشفعة، وقال الآخر: بل ورثته أو أوهبته فلا شفعة لك، فالقول قول المدعى عليه مع يمينه، لأنه يدعي عليه**

استحقاق ملكه بالشفعة، فكان القول قوله كما لو ادعى عليه نصيبه من غير شفعة، فإن نكل عن اليمين حلف المدعى وأخذ بالشفعة، وفي الثمن ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يقال للمدعى عليه: قد أقر لك بالثمن وهو مصدق في ذلك، فأما أن تأخذه أو تبرئه من الثمن الذي لك عليه كما قلنا في المكاتب إذا حمل نجمًا إلى المولى فادعى المولى أنه مغصوب.

والثاني: أنه يترك الثمن في يد المدعي لأنه قد أقر لمن لا يدعيه فأقر في يده كما لو أقر بدار لرجل وكذبه المقر له.

والثالث: يأخذه الحاكم ويحفظه إلى أن يدعيه صاحبه لأنهما اتفقا على أنهما لا يستحقان ذلك.

فصل: وإن ادعى كل واحد منهما على شريكه أنه ابتاع حصته بعده، وأنه يستحق عليه ذلك بالشفعة، فالقول قول كل واحد منهما، لما ذكرناه، فإن سبق أحدهما فادعى وحلف المدعى عليه استقر ملكه، ثم يدعي الحالف على الآخر فإن حلف استقر أيضًا ملكه، وإن نكل الأول ردت اليمين على المدعي فإذا حلف استحق، وإن أراد الناكل أن يدعي على الآخر بعد ذلك لم تسمع دعواه، لأنه لم يبق له ملك يستحق به الشفعة.

فصل: وإن اختلفا في الثمن فقال المشتري الثمن ألف وقال الشفيع هو خمسمائة فالقول قول المشتري مع يمينه لأنه هو العاقد فكان أعرف بالثمن ولأنه مالك للشقص فلا ينزع منه بالدعوى من غير بينة.

فصل: وإن ادعى الشفيع أن الثمن ألف، وقال المشتري لا أعلم قدره فالقول قول المشتري، لأن ما يدعيه ممكن، فإنه يجوز أن يكون قد اشترى بثمن جزاف، ويجوز أن يكون قد علم الثمن ثم نسي، فإذا حلف لم يستحق الشفعة لأنه لا يستحق من غير بدل ولا يمكن أن يدفع إليه ما لا يدعيه.

وقال ابن عباس: يقال له إما أن تبين قدر الثمن أو نجعلك ناكلًا فيحلف الشفيع أن الثمن ألف ويستحق، كما نقول فيمن ادعى على رجل ألفًا فقال المدعى عليه: لا أعلم القدر، والمذهب الأول، لأن ما يدعيه ممكن، فإنه يجوز أن يكون قد اشتراه بثمن جزاف لا يعرف وزنه، ويجوز أن يكون قد علم ثم نسي، ويخالف إذا ادعى عليه ألفًا، فقال: لا أعرف القدر، لأن هناك لم يجب عن الدعوى. وهٰهنا أجاب عن استحقاق الشفعة، وإنما ادعى الجهل بالثمن.

فصل: وإن قال المشتري: الثمن ألف. وقال الشفيع لا أعلم هل هو ألف أو أقل، فهل له أن يحلف المشتري؟ فيه وجهان:

أحدهما: ليس له أن يحلفه حتى يعلم، لأن اليمين لا يجب بالشك.

والثاني: له أن يحلفه لأن المال لا يملك بمجرد الدعوى، وإن قال المشتري الثمن ألف، وقال الشفيع: لا أعلم كم هو؟ ولكنه دون الألف، فالقول قول

المشتري، فإن نكل لم يحلف الشفيع حتى يعلم قدر الثمن، لأنه لا يجوز أن يحلف على ما لم يعلم.

فصل: وإن اشترى الشقص بعرض وتلف العرض واختلفا في قيمته، فالقول قول المشتري، لأن الشقص ملك له فلا ينتزع بقول المدعي.

فصل: وإن أقر المشتري أنه اشترى الشقص بألف وأخذ الشفيع بألف ثم ادعى البائع أن الثمن كان ألفين وصدقه المشتري لم يلزم الشفيع أكثر من الألف، لأن المشتري أقر بأنه يستحق الشفعة بألف فلا يقبل رجوعه في حقه فإن كذبه المشتري فأقام عليه بينة أن الثمن ألفان لزم المشتري الألفان، ولا يرجع على الشفيع بما زاد على الألف، لأنه كذب البينة بإقراره السابق.

فصل: فإن كان بين رجلين دار وغاب أحدهما وترك نصيبه في يد رجل فادعى الشريك على من في يده نصيب الغائب أنه اشتراه منه، وأنه استحق أخذه بالشفعة، فأقر به، فهل يلزمه تسليمه إليه بالشفعة؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يسلمه، لأنه أقر بالملك للغائب، ثم ادعى انتقاله بالشراء، فلم يقبل قوله.

والثاني: يسلم إليه لأنه في يده فقبل قوله فيه.

فصل: وإن أقر أحد الشريكين في الدار أنه باع نصيبه من رجل ولم يقبض الثمن وصدقه الشريك وأنكر الرجل، فقد اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال لا تثبت الشفعة للشريك، لأن الشفعة تثبت بالشراء ولم يثبت الشراء فلم تثبت الشفعة للشريك، وذهب عامة أصحابنا إلى أنه تثبت الشفعة، وهو جواب المزني فيما أجاب فيه على قول الشافعي رحمه الله، لأنه أقر للشفيع بالشفعة، وللشمتري بالملك، فإذا أسقط أحدهما حقه لم يسقط حق الآخر كما لو أقر لرجلين بحق فكذبه أحدهما وصدقه الآخر، وهل يجوز للبائع أن يخاصم المشتري؟ فيه وجهان.

أحدهما: ليس له ذلك لأنه يصل إلى الثمن من جهة الشفيع فلا حاجة به إلى خصومة المشتري.

والثاني: له أن يخاصمه لأنه قد يكون المشتري أسهل في المعاملة من الشفيع، فإن قلنا: لا يخاصم المشتري أخذ الشفيع الشقص من البائع وعهدته عليه لأنه منه أخذ، وإليه دفع الثمن.

وإن قلنا: يخاصمه. فإن حلف أخذ الشفيع الشقص من البائع ورجع بالعهدة عليه، وإن نكل فحلف البائع سلم الشقص إلى المشتري وأخذ الشفيع الشقص من المشتري، ورجع بالعهدة عليه لأنه منه أخذ؛ وإليه دفع الثمن، وإن أقر البائع بالبيع وقبض الثمن وأنكر المشتري، فمن قال: لا شفعة إذا لم يقر بقبض الثمن لم تثبت الشفعة إذا أقر بقبضه، ومن قال: تثبت الشفعة إذا لم يقر بقبض الثمن

**اختلفوا إذا أقر بقبضه، فمنهم من قال: لا تثبت لأنه يأخذ الشقص من غير عوض، وهذا لا يجوز، ومنهم من قال تثبت، لأن البائع أقر له بحق الشفعة وفي الثمن الأوجه الثلاثة التي ذكرناها، فيمن ادعى الشفعة على شريكه وحلف بعد نكول الشريك، والله أعلم.**

**الشرح:** الاختلاف في الشفعة فيه مسائل:

الأولى: قال المشتري: عفوتَ عن شفعتك، أو قصرتَ، فسقطت، فالقول قول الشفيع.

الثانية: قال: اشتريت بألف، فقال الشفيع: بل بخمسمئة، صدِّق المشتري، لأنه أعلم بعقده. وكذا لو كان الثمن عرضًا، وتلف، واختلفا في قيمته، فإن نكل المشتري، حلف الشفيع وأُخذ بما حلف عليه. فإن كان لأحدهما بيِّنة، قضي بها. ولا تقبل شهادة البائع للمشتري على الصحيح، لأنه يشهد بحق نفسه. وقيل: تقبل، لأنه لا يجر لنفسه نفعًا، والثمن ثابت له بإقرار المشتري. ولو شهد للشفيع، فهل يقبل قوله؟ فيه أوجه: أحدها: لا، وبه قطع العراقيون، لأنه يشهد على فعله. والثاني: نعم، وصححه البغوي، لأنه ينقض حقه. والثالث: إن شهد قبل قبضه الثمن، قبلت، لأنه ينقض حقه، إذ لا يأخذ أكثر مما شهد به، وإن شهد بعده، فلا، لأنه يجر إلى نفسه نفعًا، فإنه إذا قلَّ الثمن، قلَّ ما يغرمه عند ظهور الاستحقاق. وإن أقام كل واحد منهما بينة، فوجهان: أحدهما: تقدم بينة المشتري، كما أن بينة الداخل أولى من بينة الخارج. وأصحهما: أنهما تتعارضان، لأن النزاع هنا فيما وقع العقد به، ولا دلالة لليد عليه. فعلى هذا إن قلنا: تسقطان، فهو كما لو لم يكن بينة. وإن قلنا: تستعملان، فالاستعمال هنا بالقرعة أو الوقف.

الثالثة: اختلف البائع والمشتري في قدر الثمن، فإن ثبت قول المشتري، فذاك، وإن ثبت قول البائع بالبينة أو اليمين المردودة، لزم المشتري ما ادعاه البائع وأخذ الشفيع بما ادعاه المشتري. وتقبل شهادة الشفيع للبائع، ولا تقبل للمشتري، لأنه متهم في تقليل الثمن. وإن لم تكن بينة، وتحالفا، وفسخ عقدهما، أو انفسخ، فإن جرى ذلك بعدما أخذ الشفيع الشقص، أقر في يده، وعلى المشتري قيمة الشقص للبائع. وإن جرى قبل الأخذ، ففي سقوط حقه الخلاف السابق في خروجه معيبًا. فإن قلنا: لا يسقط، أخذه بما حلف عليه البائع، لأن البائع اعترف باستحقاق الشفيع الأخذ بذلك الثمن، فيأخذه منه وتكون عهدته على البائع.

الرابعة: أنكر المشتري كون الطالب شريكًا، فالقول قول المشتري بيمينه، فيحلف على نفي العلم بشركته، لا على نفي شركته، فإن نكل، حلف الطالب على

البتِّ وأخذ بالشفعة، وكذا الحكم لو أنكر تقدُّم ملك الطالب على ملكه.

الخامسة: إذا كانا شريكين في عقار، فغاب أحدهما، ورأينا نصيبه في يد ثالث، فادعى الحاضر عليه أنه اشتراه، وأنه يستحقه بالشفعة، فإن كان للمدعي بينة، قضي بها وأخذه بالشفعة. ثم إن اعترف المدعى عليه، سلِّم الثمن إليه، وإلا، فهل يترك الثمن في يد المدعي إلى أن يقر المدعى عليه، أم يأخذه القاضي ويحفظه، أم يجبر على قبوله أو الإبراء منه؟ فيه ثلاثة أوجه مذكورة في باب الإقرار وغيره. ولو أقام المدعي بينة، وجاء المدعى عليه ببينة أنه ورثه أو اتهبه، تعارضتا. وإن جاء ببينة أن الغائب أودعه إياه، أو أعاره، فإن لم يكن للبينتين تاريخ، أو سبق تاريخ الإيداع، فلا منافاة فيقضى بالشفعة، لأنه ربما أودعه ثم باعه، وإن سبق تاريخ البيع، فلا منافاة أيضًا، لاحتمال أن البائع غصبه بعد البيع ثم رده إليه بلفظ الإيداع، فاعتمده الشهود. فإن انقطع الاحتمال بأن كان تاريخ الإيداع متأخرًا، وقال الشهود: أودعه وهي ملكه، فهاهنا يراجع الشريك القديم. فإن قال: وديعة، سقط حكم الشراء. وإن قال: لا حق لي فيه، قضي بالشفعة.

أما إذا لم يكن للمدعي بينة، فللمدعى عليه في الجواب أحوال:

أحدها: أن يقر بأنه كان لذلك الغائب فاشتراه منه، فهل للمدعي أخذه؟ وجهان: أحدهما: لا، إذ لا يقبل قوله على الغائب، فيوقف الأمر حتى يكاتَب، هل هو مقرٌّ بالبيع؟ وأصحهما: نعم، لتصادقهما على البيع، ويكتب القاضي في السجل أنه أثبت الشفعة بتصادقهما، فإذا قدم الغائب، فهو على حقه. الثاني: أن ينكر أصل الشراء، فيصدق بيمينه. ثم إن اقتصر في الجواب على أنه لا يستحق أخذه بالشفعة أو أنه لا يلزمه التسليم إليه حلف ذلك ولم يلزمه التعرض لنفي الشراء. وإن قال في الجواب: لم اشتره، بل ورثته، أو اتهبته، فيحلف لذلك، أم يكفي الحلف على أنه لا يستحق الشفعة؟ وجهان سبقا في دعوى عيب المبيع.

وإن نكل المدعى عليه، حلف الطالب واستحق الشقص. وفي الثمن الأوجه السابقة. هذا إذا أنكر الشراء والشريك القديم غير معترف بالبيع، فإن كان معترفًا والشقص في يده، نظر، إن لم يعترف بقبض الثمن، ثبتت الشفعة على الأصح. وإلى من يسلم الثمن؟ وجهان: أصحهما: إلى البائع، وعهدته عليه، لأنه يتلقى الملك منه. والثاني: ينصب القاضي أمينًا يقبض الثمن منه للمشتري ويدفعه إلى البائع، ويقبض الشقص من يد البائع للمشتري ويدفعه إلى الشفيع. وإذا أخذ البائع ثمن الشقص، فهل له مخاصمة المشتري ومطالبته بالثمن؟ وجهان: لأنه قد يكون ماله أبعد عن الشبهة، والرجوع عليه بالدرك أسهل. فإن قلنا: نعم، وحلف

المشتري، فلا شيء عليه. وإن نكل، حلف البائع، وأخذ الثمن من المشتري، وكانت عهدته عليه. وأما ما أخذه من الشفيع، فهل يؤخذ منه ويوقف، أم يترك في يده؟ وجهان: كذا قال البغوي، وفي «الشامل» أن الوجهين في أنه هل يطالب المشتري فيما إذا لم يرض أخذ الثمن من الشفيع؟ فإن رضي، فليقنع به، وهذا أصح. فإن اعترف مع البيع بقبض الثمن، فإن قلنا: لا شفعة إذا لم يعترف بالقبض، فهنا أولى، وإلا، فوجهان: وأصحهما: ثبوتها. ثم هل يترك الثمن في يد الشفيع، أم يأخذه القاضي ويحفظه، أم يجبر المشتري على قبوله والإبراء منه؟ فيه الأوجه السابقة.

الحال الثالث: أن يقول: اشتريته لفلان ولا خصومة لك معي، فينظر في المضاف إليه، أحاضر، أم غائب، أم صبي؟ وحكمه ما يأتي في سائر الدعاوى إن شاء الله تعالى.

الطرف الثالث: في تزاحم الشفعاء، وهو ثلاثة أضرب. أحدها: أن يتفق الشركاء على الطلب. ونقدم عليه أن تعدد المستحقين قد يكون ابتداءً، بأن كانت الدار بين جماعة، فباع أحدهم نصيبه، وثبتت الشفعة للباقين، وقد يكون دوامًا، بأن يموت المستحق ويترك ورثة، فلهم الشفعة. فإن تساوت حصص المستحقين، تساووا في الشقص. وإن تفاوتت كنصف وثلث وسدس، فباع صاحب النصف، فقولان: أظهرهما: أن الشفعة على قدر الحصص، فيقسم النصف بينهما أثلاثًا. والثاني: على عدد الرؤوس، فيقسم نصفين.

**فرع:** مات مالك الدار عن ابنين: ثم مات أحدهما عن ابنين ثم باع أحد الابنين نصيبه، فهل يشترك الأخ والعم في الشفعة، أم يختص بها الأخ؟ قولان: أظهرهما: الأول. فعلى هذا، هل يوزع بينهما بالسوية، أم بالحصص؟ فيه القولان. وقال الإمام: مقتضى المذهب: القطع بالحصص. وإذا قلنا: يختص الأخ فعفا، ففي ثبوتها للعم وجهان: أحدهما: لا، لأنه لو كان مستحقًا، لما تقدم عليه غيره. والثاني: نعم، لأنه شريك، وإنما تقدم الأخ، لزيادة قربه، كما أن المرتهن يقدم في المرهون على الغرماء. فلو سقط حقه، تمسك به الباقون. قلت: ينبغي أن يكون هذا الثاني أصح. والله أعلم.

ويجري القولان في مسألة الأخ والعم في كل صورة، ملَك شريكان بسبب واحد، وغيرهما من الشركاء بسبب آخر، فباع أحد المالكين بالسبب الواحد، ففي قول: الشفعة لصاحبه خاصة، وعلى الأظهر: للجميع. مثاله: بينهما دار، فباع أحدهما نصيبه لرجلين، أو وهبه، ثم باع أحدهما نصيبه.

ولو مات مَنْ له دار عن بنتين وأختين، فباعت إحدى البنتين نصيبها، فطريقان: أحدهما: على القولين. ففي قول: تختص بالشفعة البنت الأخرى، وعلى الأظهر: يشتركن كلُّهنّ. والطريق الثاني وهو المذهب: القطع بالاشتراك.

**فرع:** مات الشفيع عن ابن وزوجة ورثا حق الشفعة، ففي كيفية إرثهما طرق. أصحها: يأخذان على قدر الميراث قطعًا. والثاني: القطع بالتسوية بينهما. والثالث: على القولين.

**فرع:** دار بين اثنين نصفين، باع أحدهما نصف نصيبه لزيد، ثم باع النصف الآخر لعمرو، فالشفعة في النصف الأول تختص بالشريك الأول. ثم قد يعفو عنه، وقد يأخذه. وفي النصف الثاني أوجه: أحدها: يختص به الأول. والثاني: يشترك فيه الأول والمشتري الأول. أصحهما: إن عفا الشريك الأول عن النصف الأول، إشتركا، وإلا، فيختص به الشريك الأول.

الضرب الثاني: أن يطلب بعض الشركاء ويعفو بعضهم. ونقدم عليه ما إذا كانت الشفعة لواحد فعفا عن بعضها، وفيه أوجه: أصحها: يسقط جميعها كالقصاص. والثاني: لا يسقط شيء كعفوه عن بعض حد القذف. والثالث: يسقط ما عفا عنه ويبقى الباقي، قال الصيدلاني: وموضع هذا الوجه، ما إذا رضي المشتري بتبعيض الصفقة، فإن أبى وقال: خذ الكل أو دَعْه، فله ذلك. قال الإمام: وهذه الأوجه، إذا لم نحكم بأن الشفعة على الفور. فإن حكمنا به، فطريقان: منهم من قطع بأن العفو عن البعض تأخير لطلب الباقي، ومنهم من احتمل ذلك إذا بادر إلى طلب الباقي، وطرد الأوجه. ويؤيد الأول أن صاحب «الشامل» قال: استحق شقصًا، فجاء وقال: آخذ نصفه، سقطت شفعته في الكل، لأنه ترك طلب النصف. إذا تقرر هذا، فاستحق اثنان شفعة، فعفا أحدهما عن حقه، فأوجه: أصحها: يسقط حق العافي، ويثبت الجميع للآخر. فإن شاء أخذ الجميع، وإن شاء تركه، وليس له الاقتصار على قدر حصته، لئلا تتبعض الصفقة على المشتري. والثاني: يسقط حقهما جميعًا، قاله ابن سريج، كالقصاص. والثالث: لا يسقط حق واحد منهما، تغليبًا للثبوت كما سبق في الصورة الأولى. والرابع: يسقط حق العافي، وليس لصاحبه أن يأخذ إلا قسطه، وليس للمشتري أن يلزمه أخذ الجميع. هذا إذا ثبتت الشفعة لعدد ابتداءً. فلو ثبتت لواحد فمات عن ابنين، فعفا أحدهما، فهل هو كما لو ثبتت لواحد فعفا عن بعضها، أم كثبوتها لابنين عفا أحدهما؟ وجهان: أصحهما: الثاني. ولو كان للشقص شفيعان، فمات كلٌ عن ابنين، فعفا أحدهما عن حقه، فحاصل المنقول تفريعًا على ما تقدم أوجه: أحدها: يسقط الكل. والثاني: يبقى

الكل للأربعة. والثالث: يسقط حق العافي وأخيه، ويأخذ الآخران. والرابع: ينتقل حق العافي إلى الثلاثة، فيأخذون الشقص أثلاثًا. والخامس: يستقر حق العافي للمشتري، ويأخذ ثلاثة أرباع الشقص. والسادس: ينتقل حق العافي إلى أخيه فقط.

**فرع:** مات الشفيع عن ابنين، فادعى المشتري عفوهما، فالقول قولهما مع يمينهما على البتِّ. فلو ادعى عفو أبيهما، حلفا على نفي العلم. فإن حلفا، أخذا. وإن نكلا، حلف المشتري، وبطل حقهما. وإن حلف أحدهما فقط، فإن قلنا بالأصح: إنه إذا عفا أحدهما أخذ الآخر الجميع، فلا يحلف المشتري، إذ لا فائدة فيه، وبه قال ابن الحداد. وإن قلنا: حق العافي يستقر للمشتري، حلف المشتري ليستقر له نصيب الناكل. ثم الوارث الحالف، لا يستحق الجميع بنكول أخيه، ولكن إن صدَّق أخاه على أنه لم يعف، فالشفعة بينهما. وإن ادعى عليه العفو، وأنكر الناكل، عرضت عليه اليمين لدعوى أخيه، ولا يمنعه من الحلف نكوله في جواب المشتري. فإن حلف، فالشفعة بينهما. وإن نكل أيضًا، حلف المدعي أنه عفا، وحينئذٍ يأخذ الجميع.

الضرب الثالث: أن يحضر بعض الشركاء دون بعض. فإذا كانت الدار لأربعة بالسوية، فباع أحدهم نصيبه، وثبتت الشفعة للباقين، فلم يحضر إلا واحد، فليس له أخذ حصته فقط، ولا يكلف الصبر إلى حضورهما، بل إن شاء أخذ الجميع أو تركه. وهل له تأخير الأخذ إلى حضورهما؟ إذا قلنا: الشفعة على الفور، وجهان: أصحهما: نعم، للعذر، وإذا أخذ الجميع، ثم حضر أحد الغائبين، أخذ منه النصف بنصف الثمن، كما لو لم يكن إلا شفيعان. فإذا حضر الثالث، فله أن يأخذ من كل واحد ثلث ما في يده، ثم يترتب على ما ذكرنا فروع:

أحدها: خرج الشقص مستحقًا بعد الترتيب المذكور، ففي العهدة وجهان: أحدهما: عهدة الثلاثة على المشتري لاستحقاقهم الشفعة عليه. والثاني: أن رجوع الأول على المشتري، فيسترد منه كل الثمن، ورجوع الثاني على الأول، فيسترد منه النصف، ورجوع الثالث على الأول والثاني، يستردُّ من كلٍّ ما دفع إليه، وهذا أصح، ورجح العراقيون، الأول. وقال المتولي: هذا الخلاف في الرجوع بالمغروم من أجرة، ونقص قيمة الشقص. فأما الثمن، فكل فيسترد ما سلَّمه ممن سلَّمه إليه بلا خلاف.

الثاني: أخذ الحاضر جميع الشقص، فوجده معيبًا فرده، فحضر الثاني وهو في يد المشتري، فله أخذ الجميع.

الثالث: ما يستوفيه الأول من المنافع، ويحصل له من الأجرة والثمرة، يسلَّم

له، فلا يزاحمه فيه الثاني والثالث على الأصح، وكذا الثالث لا يزاحم الثاني فيما يحصل له بعد المناصفة، كما أن الشفيع لا يزاحم المشتري فيها.

الرابع: أخذ الأول كل الشقص وأفرزه، بأن أتى الحاكم فنصب قيِّمًا في مال الغائبين، فاقتسما، وبنى فيه، أو غرس ثم رجع الغائبان، هل لهما القلع؟ وجهان: أصحهما: لا، كما أن الشفيع لا يقلع بناء المشتري وغراسه مجانًا. والثاني: نعم، لأنهما يستحقان كاستحقاق الأول، فليس له التصرف حتى يظهر حالهما، بخلاف الشفيع مع المشتري.

الخامس: إذا حضر اثنان فأخذا الشقص، واقتسما مع القيّم في مال الغائب، ثم قَدِم الغائب، فله الأخذ وإبطال القسمة، فإن عفا، استمرت القسمة.

السادس: أخذ اثنان، فحضر الثالث، وأراد أخذ ثلث ما في يد أحدهما ولا يأخذ من الثاني شيئًا، فله ذلك، كما للشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين دون الآخر.

السابع: أخذ الأول الجميع، فحضر الثاني وأراد أخذ الثلث فقط، فله ذلك على الأصح، لأنه لا يفرق الحق على الأول. فإن أخذ الثلث على هذا الوجه، أو بالتراضي، ثم حضر الثالث، نظر، إن أخذ من الأول نصف ما في يده، ولم يتعرض للثاني، فلا كلام، وإن أراد أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده، فله ذلك، لأن حقه ثابت في كل جزء، ثم له أن يقول للأول: ضم ما معك إلى ما أخذته لنقسمه نصفين لأنا متساويان. وإنما تصح قسمة الشقص في هذه الحالة من ثمانية عشر، لأنا نحتاج إلى عدد لثلثه ثلث وهو تسعة، مع الثاني منها ثلاثة، ومع الأول ستة، فينتزع الثالث من الثاني واحدًا يضمه الى الستة التي مع الأول، فلا ينقسم بينهما، فتضرب اثنين في تسعة تبلغ ثمانية عشر، للثاني منها اثنان في اثنين بأربعة، تبقى أربعة عشر للأول والثالث نصفين، وهذا المنقسم من ثمانية عشر، ربع الدار، فتقسم جملتها من اثنين وسبعين. هذا ما ذكره الأكثرون ونقلوه عن ابن سريج. وقال القاضي حسين: لما ترك الثاني سدسًا للأول، صار عافيًا عن بعض حقه، فيبطل جميع حقه على الأصح كما سبق، فينبغي أن يسقط حق الثاني كله، ويكون الشقص بين الأول والثالث.

الثامن: قال ابن الصباغ: لو حضر اثنان وأخذا الشقص، ثم حضر الثالث وأحدهما غائب، فإن قضى له القاضي على الغائب، أخذ من كلٍّ ثلث ما في يده، وإلا، فهل يأخذ ثلث ما في يد الحاضر، أم نصفه؟ وجهان: ثم إن حضر الغائب وغاب الحاضر، فإن كان الثالث أخذ من الحاضر ثلث ما معه، أخذ من القادم ثلث

ما في يده أيضًا. وإن كان أخذ نصفه، أخذ من القادم سدس ما في يده ويتم بذلك نصيبه، وينقسم هذا الشقص من اثني عشر، وجملة الدار من ثمانية وأربعين.

التاسع: ثبتت الشفعة لحاضر وغائب، فعفا الحاضر، ثم مات الغائب، فورثه الحاضر، فله أخذ الشقص كله بالشفعة تفريعًا على الأصح: أنه إذا عفا أحد الشريكين، أخذ الآخر الجميع. وإن قلنا: عفو أحدهما يسقط حق الآخر، لم يأخذ شيئًا. وإن قلنا: يستقر نصيب العافي للمشتري، لم يأخذ الحاضر بحق الإرث إلا النصف.

**فصل:** ليس للشفيع تفريق الصفقة على المشتري. ولو اشترى اثنان شقصًا من رجل، فللشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما فقط، إذ لا تفريق عليه. ولو باع اثنان من ملاَّك الدار شقصًا لواحد، جاز أن يأخذ حصة أحد البائعين على الأصح. ولو باع اثنان نصيبهما لاثنين بعقد واحد، فهو كأربعة عقود، تفريعًا على الأظهر أن تعدد البائع كتعدد المشتري، فللشفيع الخيار، فإن شاء أخذ الجميع أو ثلاثة أرباعه وهو نصيب أحد المشتريين ونصف نصيب الآخر، أو يأخذ نصف الجملة بأخذ نصيب أحدهما، أو نصف نصيب كل واحد، أو يأخذ ربع الجملة وهو نصف نصيب أحدهما. ولو وكّلا وكيلًا في بيع شقص أو شرائه، أو وكل وكيلين في بيع شقص أو شرائه، فالاعتبار بالعاقد، أم بمن له العقد؟ فيه خلاف سبق في تفريق الصفقة. فلو كانت الدار لثلاثة، فوكل أحدهم ببيع نصيبه، وجوز له أن يبيعه مع نصيب نفسه إن شاء صفقة واحدة، فباع كذلك، فليس للثالث إذا قلنا: الاعتبار بالعاقد، إلا أخذ الجميع، أو ترك الجميع. وإن قلنا: الاعتبار بالمعقود له، فله أن يأخذ حصة أحدهما فقط.

ولو كانت الدار لرجلين، فوكل أحدهما الآخر ببيع نصف نصيبه، وجوز له أن يبيعه مع نصيب نفسه إن شاء صفقة واحدة، فباع كذلك، وأراد الموكل أخذ نصيب الوكيل بالشفعة بحق النصف الباقي له، فله ذلك، لأن الصفقة اشتملت على ما لا شفعة للموكل فيه وهو ملكه، وعلى ما فيه شفعة وهو ملك الوكيل، فأشبه من باع شقصًا وثوبًا بمئة. وفي وجه ضعيف: أنها كالصورة السابقة. ولو باع شقصين من دارين صفقة واحدة، فإن كان الشفيع في أحدهما غير الشفيع فى الأخرى، فلكل أن يأخذ ما هو شريك فيه، وافقه الآخر في الأخذ، أم لا. وإن كان شفيعهما واحدًا، جاز أيضًا على الأصح.

# كتاب القراض

قال المصنف رحمه الله تعالى: القراض جائز لما روى زيد بن أسلم عن أبيه «أن عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب ﷺ خرجا في جيش إلى العراق فلما قفلا مرّا على عامل لعمر بن الخطاب ﷺ فرحب بهما وسهل وقال: لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت، ثم قال: بل ههنا مال من مال الله أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين فأسلفكما فتبتاعان به متاعًا من متاع العراق، ثم تبيعانه في المدينة، وتوفران رأس المال إلى أمير المؤمنين، ويكون لكما ربحه، فقالا: وددنا، ففعل فكتب إلى عمر أن يأخذ منهما المال، فلما قدما وباعا وربحا فقال عمر: أكل الجيش قد أسلف كما أسلفكما؟ فقالا: لا، فقال عمر: ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما. أديا المال وربحه فأما عبد الله فسكت، وأما عبيد الله فقال: يا أمير المؤمنين لو هلك المال ضمناه فقال: أدياه، فسكت عبد الله وراجعه عبيد الله فقال رجل من جلساء عمر: يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضًا، فأخذ رأس المال ونصف ربحه. وأخذ عبد الله وعبيد الله نصف ربح المال»[1] ولأن الأثمان لا يتوصل إلى نمائها المقصود إلا بالعمل، فجاز المعاملة عليها ببعض النماء الخارج منها كالنخل في المساقاة.

فصل: وينعقد بلفظ القراض لأنه لفظ موضوع له في لغة أهل الحجاز، وبلفظ المضاربة لأنه موضوع له في لغة أهل العراق، وبما يؤدي معناه لأن المقصود هو المعنى، فجاز بما يدل عليه كالبيع بلفظ التمليك.

فصل: ولا يصح إلا على الأثمان وهي الدراهم والدنانير، فأما ما سواهما من العروض والنقار والسبائك والفلوس، فلا يصح القراض عليها لأن المقصود بالقراض رد رأس المال والاشتراك في الربح، ومتى عقد على غير الأثمان لم يحصل المقصود، لأنه ربما زادت قيمته فيحتاج أن يصرف العامل جميع ما اكتسبه في رد مثله، إن كان له مثل، وفي رد قيمته أن لم يكن له مثل وفي هذا اضرار بالعامل، وربما نقصت قيمته فيصرف جزءًا يسيرًا من الكسب في رد مثله أو رد قيمته، ثم يشارك رب المال في الباقي، وفي هذا إضرار برب المال، لأن العامل يشاركه في أكثر رأس المال. وهذا لا يوجد في الأثمان لأنها لا تقوم بغيرها، ولا يجوز على المغشوش من الأثمان لأنه تزيد قيمته وتنقص كالعروض.

فصل: ولا يجوز إلا على مال معلوم الصفة والقدر، فإن قارضه على دراهم

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٢/ ٦٨٧) والبيهقي في سننه (٦/ ١١٠).

جزاف لم يصح، لأن مقتضى القراض رد رأس المال، وهذا لا يمكن فيما لا يعرف صفته وقدره، فإن دفع إليه كيسين في كل واحد منهما ألف درهم، فقال: قارضتك على أحدهما وأودعتك الآخر ففيه وجهان:

أحدهما: يصح لأنهما متساويان.

والثاني: لا يصح، لأنه لم يبين مال القراض من مال الوديعة.

وإن قارضه على ألف درهم هي له عنده وديعة جاز، لأنه معلوم، وإن قارضه على ألف درهم هي له عنده مغصوبة ففيه وجهان:

أحدهما: يصح كالوديعة.

والثاني: لا يصح لأنه مقبوض عنده قبض ضمان؛ فلا يصير مقبوضًا قبض أمانة.

فصل: ولا يجوز إلا على جزء من الربح معلوم، فإن قارضه على جزء مبهم لم يصح، لأن الجزء يقع على الدرهم والألف فيعظم الضرر، وإن قارضه على جزء مقدر كالنصف والثلث جاز لأن القراض كالمساقاة، «وقد ساقى رسول الله ﷺ أهل خيبر على شطر ما يخرج من ثمر وزرع»[(١)] وإن قارضه على درهم معلوم لم يصح، لأنه قد لا يربح ذلك الدرهم فيستضر العامل؛ وقد لا يربح إلا ذلك الدرهم فيستضر رب المال.

وإن قال: قارضتك على أن الربح بيننا ففيه وجهان:

أحدهما: لا يصح لأنه مجهول، لأن هذا القول يقع على التساوي وعلى التفاضل.

والثاني: يصح لأنه سوى بينهما في الإضافة فحمل على التساوي، كما لو قال: هذه الدار لزيد وعمرو. وإن قال: قارضتك على أن لي نصف الربح ففيه وجهان:

أحدهما: يصح، ويكون الربح بينهما نصفين، لأن الربح بينهما، فإذا شرط لنفسه النصف دل على أن الباقي للعامل.

والثاني: لا يصح وهو الصحيح، لأن الربح كله لرب المال بالملك، وإنما يملك العامل جزءًا منه بالشرط ولم يشرط له شيئًا فبطل.

وإن قال: قارضتك على أن لك النصف ففيه وجهان:

أحدهما: لا يصح، لأنه لم يبين ما لرب المال.

والثاني: يصح، وهو الصحيح، لأن ما لرب المال لا يحتاج إلى شرط، لأنه

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٣٢٨) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٥١) وأبو داود في سننه برقم (٣٤٠٨) والترمذي في سننه برقم (١٤٠١) والنسائي في سننه (٧/ ٥٣) وابن ماجه في سننه برقم (٢٤٦٧) وأحمد في المسند (٢/ ١٧).

يملكه بملك المال. وإنما يحتاج إلى شرط ما للعامل، فإذا شرط للعامل النصف بقي الباقي على ملك رب المال، فعلى هذا لو قال: قارضتك على أن لك النصف ولي الثلث وسكت عن السدس صح، ويكون النصف له لأن الجميع له إلا ما شرطه للعامل، وقد شرط له النصف، فكان الباقي له.

فصل: وإن قال: قارضتك على أن الربح كله لي أو كله لك، بطل القراض، لأن موضوعه على الاشتراك في الربح، فإذا شرط الربح لأحدهما، فقد شرط ما ينافي مقتضاه فبطل. وإن دفع إليه ألفًا وقال: تصرف فيه والربح كله لك فهو قرض لا حق لرب المال في ربحه، لأن اللفظ مشترك بين القراض والقرض، وقد قرن به حكم القرض، فانعقد القرض به كلفظ التمليك لما كان مشتركًا بين البيع والهبة إذا قرن به الثمن كان بيعًا. وإن قال: تصرف فيه والربح كله لي فهو بضاعة، لأن اللفظ مشترك بين القراض والبضاعة، وقد قرن به حكم البضاعة فكان بضاعة كما قلنا في لفظ التمليك.

فصل: ولا يجوز أن يختص أحدهما بدرهم معلوم ثم الباقي بينهما لأنه ربما لم يحصل ذلك الدرهم فيبطل حقه، وربما لم يحصل غير ذلك الدرهم فيبطل حق الآخر، ولا يجوز أن يخص أحدهما بربح ما في الكيسين، لأنه قد لا يربح في ذلك فيبطل حقه أو لا يربح إلا فيه، فيبطل حق الآخر ولا يجوز أن يجعل حق أحدهما في عبد يشتريه، فإن شرط أنه إذا اشترى عبدًا أخذه برأس المال أو أخذه العامل بحقه، لم يصح العقد، لأنه قد لا يكون في المال ما فيه ربح غير العبد فيبطل حق الآخر.

فصل: ولا يجوز أن يعلق العقد على شرط مستقبل لأنه عقد يبطل بالجهالة، فلم يجز تعليقه على شرط مستقل كالبيع والإجارة.

فصل: قال الشافعي رحمه الله: ولا تجوز الشريطة إلى مدة، فمن أصحابنا من قال: لا يجوز شرط المدة فيه، لأنه عقد معاوضة يجوز مطلقًا فبطل بالتوقيت كالبيع والنكاح، ومنهم من قال: إن عقده إلى مدة على أن لا يبيع بعدها لم يصح لأن العامل يستحق البيع لأجل الربح، فإذا شرط المنع منه، فقد شرط ما ينافي مقتضاه، فلم يصح. وإن عقده إلى مدة على أن لا يشتري بعدها صح، لأن رب المال يملك المنع من الشراء إذا شاء، فإذا شرط المنع منه فقد شرط ما يملكه بمقتضى العقد فلم يمنع صحته.

فصل: ولا يصح إلا على التجارة في جنس يعم، كالثياب، والطعام والفاكهة في وقتها، فإن عقده على ما لا يعم كالياقوت الأحمر والخيل البلق وما أشبهها أو على التجارة في سلعة بعينها لم يصح، لأن المقصود بالقراض الربح، فإذا علق على ما لا يعم أو على سلعة بعينها تعذر المقصود، لأنه ربما لم يتفق ذلك، ولا يجوز عقده على أن لا يشتري إلا من رجل بعينه، لأنه قد لا يتفق عنده ما يربح فيه، أو لا يبيع منه ما يربح فيه، فيبطل المقصود.

**الشرح:** قوله: «والخيل البلق» الأبلق من الخيل الذي فيه بياض وسواد.

وأما الأحكام: فالقراض والمقارضة والمضاربة، بمعنى، وهو أن يدفع مالًا إلى شخص ليتجر فيه والربح بينهما. ودليل صحته إجماع الصحابة رضي الله عنهم، وأركان صحته خمسة: الركن الأول: رأس المال، وله أربعة شروط:

الشرط الأول: أن يكون نقدًا، وهو الدراهم والدنانير المضروبة، ودليله الإجماع. ولا يجوز على الدراهم المغشوشة على الصحيح، ولا على الفلوس على المذهب.

قلت: قد ذكر الفوراني في جواز، القراض على ذوات المِثْل وجهين: وهذا شاذ منكر، والصواب المقطوع به: المنع. والله أعلم.

الشرط الثاني: أن يكون معلومًا. فلو دفع إليه ثوبًا وقال: بعه وقد قارضتك على ثمنه، لم يجز.

الشرط الثالث: أن يكون معينًا. فلو قارض على دراهم غير معينة، ثم أحضر في المجلس وعينها، قطع القاضي والإمام بجوازه، كالصرف والسَّلَم، وقطع البغوي بالمنع. ولو كان له دين على رجل، فقال لغيره: قارضتك على ديني على فلان، فاقبضه واتجر فيه، أو قارضتك عليه لتقبض وتتصرف، أو أقبضه فإذا قبضته فقد قارضتك عليه، لم يصح، وإذا قبض العامل وتصرف فيه، لم يستحق الربح المشروط، بل الجميع لرب المال، وللعامل أجرة مثل التصرف إن كان قال: إذا قبضت فقد قارضتك. وإن قال: قارضتك عليه لتقبض وتتصرف، استحق أجرة مثل التقاضي والقبض أيضًا. ولو قال للمديون: قارضتك على الدين الذي لي عليك، لم يصح القراض، بل لو قال: اعزل قدر حقي من مالك، فعزله، ثم قال: قارضتك عليه، لم يصح، لأنه لم يملكه. فإذا تصرف المأمور فيما عزله، نظر، إن اشترى بعينه للقراض، فهو كالفضولي يشتري لغيره بعين ماله. وإن اشترى في الذمة، فوجهان: أصحهما: عند البغوي: أنه للمالك، لأنه اشترى له باذنه. وأصحهما: عند الشيخ أبي حامد: للعامل، لأن المالك لم يملك اليمين. وحيث كان المعزول للمالك، فالربح ورأس المال له، لفساد القراض، وعليه الأجرة للعامل. ولو دفع كيسين في كلٍّ ألف، وقال: قارضتك على أحدهما، فوجهان: أحدهما: يصح، لتساويهما. وأصحهما: المنع، لعدم التعيين.

ولو كانت دراهمه في يد غيره وديعة، فقارضه عليها، صح، ولو كانت غصبًا، صح على الأصح، كما لو رهنه عند الغاصب. وعلى هذا، لا يبرأ من ضمان الغصب كما في الرهن.

الشرط الرابع: أن يكون رأس المال مسلَّمًا إلى العامل، ويستقل باليد عليه والتصرف فيه. فلو شرط المالك أن يكون الكيس في يده، ويوفي منه الثمن إذا اشترى العامل شيئًا، أو شرط أنه يراجعه في التصرفات، أو مشرفًا نصّبه، فسد القراض. ولو شرط أن يعمل معه المالك بنفسه، فسد على الصحيح. وقال أبو يحيى البلخي: يجوز على سبيل المعاونة والتبعية. ولو شرط أن يعمل معه غلام المالك، فوجهان: ويقال: قولان: الصحيح الذي عليه الأكثرون: صحته، لأن العبد مال، ولمالكه إعارته وإجارته، فيكون في معنى إذن المالك في استخدامه. هذا إذا لم يصرح بحجة على العامل، فأما إذا قال: على أن يعمل معك غلامي ولا تتصرف دونه، أو يكون بعض المال في يده، فيفسد قطعًا. ولو شرط أن يعطيه بهيمة يحمل عليها، جاز على المذهب. ولو لم يشرط عمل الغلام معه، ولكن شرط ثلث الربح له، والثلث لغلامه، والثلث للعامل، جاز. وحاصله: اشتراط ثلثي الربح لنفسه، نص عليه في «المختصر».

**فرع:** قال المتولي: لو كان بينه وبين غيره دراهم مشتركة، فقال لشريكه: قارضتك على نصيبي منها، صح، إذ ليس له إلا الإشاعة، وهي لا تمنع صحة التصرف. قال: ولو خلط ألفين بألف لغيره، ثم قال صاحب الألفين للآخر: قارضتك على أحدهما وشاركتك في الآخر، فقبل، جاز، وانفرد العامل بالتصرف في ألف القراض، ويشتركان في التصرف في باقي المال، ولا يخرج على الخلاف في الصفقة الواحدة تجمع عقدين مختلفين، لأنهما جميعًا يرجعان إلى التوكيل بالتصرف.

**فرع:** لا يجوز جعل رأس المال سكنى دار، لأنه إذا لم يجعل العرض رأس مال، فالمنفعة أولى.

الركن الثاني: العمل، وله شروط:

الشرط الأول: أن يكون تجارة، ويتعلق بهذا الشرط مسائل:

الأولى: لو قارضه على أن يشتري الحنطة فيطحنها ويخبزها، والطعام ليطبخه ويبيعه، والغزل لينسجه، والثوب ليقصره أو يصبغه، والربح بينهما، فهو فاسد. ولو اشترى العامل الحنطة، وطحنها ليقصره من غير شرط، فوجهان: أحدهما، وهو قول القاضي حسين وآخرين: يخرج الدقيق عن كونه رأس مال قراض. فإن لم يكن في يده غيره، انفسخ القراض، لأن الربح حينئذٍ لا يحال على البيع والشراء فقط. وعلى هذا، لو أمر المالكُ العاملَ بطحن حنطة القراض، كان فسخًا للقراض. وأصحهما: أن القراض بحاله، كما لو زاد عبد القراض بكبر، أو سمن، أو تعلُّم

صنعة، فإنه لا يخرج عن كونه مال قراض، لكن إن استقل العامل بالطحن، صار ضامنًا، ولزمه الغرم إن نقض الدقيق. فإن باعه، لم يكن الثمن مضمونًا عليه، لأنه لم يتعدَّ فيه، ولا يستحق العامل بهذه الصناعات أجرة ولو استأجر عليها، والأجرة عليه، والربح بينه وبين المالك كما شرطا.

الثانية: قارضه على دراهم على أن يشتري نخيلًا، أو دواب، أو مستغلاتٍ ويمسك رقابها لثمارها ونتاجها وغلاتها، وتكون الفوائد بينهما، فهو فاسد، لأنه ليس ربحًا بالتجارة، بل من عين المال.

الثالثة: شرط أن يشتري شبكة ويصطاد بها والصيد بينهما، فهو فاسد، ويكون الصيد للصائد، وعليه أجرة الشبكة.

الشرط الثاني: أن لا يكون مضيَّقًا عليه بالتعيين. فلو عين نوعًا يندر كالياقوت الأحمر والخزِّ الأدكن، والخيل العتق، والصيد حيث يندر، فسد القراض، لأنه تضييق يخل بالمقصود. وإن لم يندر، ودام شتاءً وصيفًا كالحبوب، والحيوان، والخزِّ، والبَزِّ، صح القراض. وإن لم يدم، كالثمار الرطبة، فوجهان: أصحهما: الجواز، والثاني: المنع، إلا إذا قال: تصرف فيه، فإذا انقطع، فتصرف في كذا، فيجوز. ولو قال: لا تشتر إلا هذه السلعة، أو إلا هذا العبد، فسد، بخلاف ما لو قال: لا تشتر هذه السلعة، لأنه يمكن شراء غيرها. ولو قال: لا تبع إلا لزيد، أو لا تشتر إلا منه، لم يجز، وقال الماسرجسي: إن كان المعيَّن بياعًا لا ينقطع عنده المتاع الذي يتجر في نوعه غالبًا، جاز تعيينه، والمعروف، الأول. ولو قال: لا تبع لزيد ولا تشتر منه، جاز على الصحيح.

**فرع:** لا يشترط تعيين نوع يتصرف فيه على الصحيح، بخلاف الوكالة.

**فرع:** إذا جرى تعيين صحيح، لم يكن للعامل مجاوزته كما في سائر التصرفات المستفادة بالإذن. ثم الإذن في البزِّ، يتناول ما يلبس من المنسوج، من الإبريسم، والقطن، والكتان والصوف، دون البسط، والفرش. وفي الأكسية، وجهان: لأنها ملبوسة، لكن لا يسمى بائعها بزازًا.

الشرط الثالث: أن لا يضيِّق بالتوقيت، ولا يعتبر في القراض بيان المدة، بخلاف المساقاة، لأن مقصودها وهو الثمرة، ينضبط بالمدة. فلو وقّت فقال: قارضتك سنة، فإن منعه من التصرف بعدها مطلقًا، أو من البيع، فسد، لأنه يخلُّ بالمقصود. وإن قال: على أن لا تشتري بعد السنة، ولك البيع، صح على الأصح، لأن المالك يتمكن من منعه من الشراءِ متى شاء، بخلاف البيع. ولو اقتصر على قوله: قارضتك سنة، فسد على الأصح. وعلى الثاني: يجوز، ويحمل على المنع

من الشراء، استدامة للعقد. ولو قال: قارضتك سنة على أن لا أملك الفسخ قبل انقضائها، فسد.

**فرع:** لا يجوز أن يعلق القراض، فيقول: إذا جاء رأس الشهر فقد قارضتك، كما لا يعلق البيع ونحوه. ولو قال: قارضتك الآن ولا تتصرف حتى ينقضي الشهر، فقيل: يجوز كالوكالة. والأصح: لا يجوز، كقوله: بعتك ولا تملك إلا بعد شهر.

الركن الثالث: الربح، وله أربعة شروط:

الشرط الأول: أن يكون مخصوصًا بالمتعاقدين. فلو شرط بعضه لثالث فقال: على أن يكون ثلثه لك، وثلثه لي، وثلثه لزوجتي، أو لابني، أو لأجنبي، لم يصح، إلا أن يشرط عليه العمل معه، فيكون قراضًا مع رجلين. ولو كان المشروط له عبدًا لمالك، أو عبدًا لعامل، كان ذلك مضمومًا إلى ما شُرط للمالك أو للعامل. ولو قال: نصف الربح لك ونصفه لي، ومن نصيبي نصفه لزوجتي، صح القراض، وهذا وعد هبة لزوجته. ولو قال للعامل: لك كذا على أن تعطي ابنك أو امرأتك نصفه، قال القاضي أبو حامد: إن ذكره شرطًا، فسد القراض، وإلا، فلا.

الشرط الثاني: أن يكون مشتَرَكًا بينهما. فلو قال: قارضتك على أن يكون جميع الربح لك، فوجهان: أصحهما: أنه قراض فاسد رعاية للَّفظ. والثاني: أنه قراض صحيح رعاية للمعنى. ولو قال: قارضتك على أن الربح كلَّه لي، فهل هو قراض فاسد، أم إبضاع؟ فيه الوجهان. ولو قال: أبضعتك على أن نصف الربح لك، فهو إبضاع، أم قراض؟ فيه الوجهان. ولو قال: خذ هذه الدراهم وتصرف فيها والربح كلُّه لك، فهو قرض صحيح عند ابن سريج والأكثرين، بخلاف ما لو قال: قارضتك والربح كلُّه لك، لأن اللفظ صريح في عقد آخر. قال الشيخ أبو محمد: لا فرق بين الصورتين. وقال القاضي حسين: الربح والخسران للمالك، وللعامل أجرة المثل، ولا يكون قرضًا، لأنه لم يملِّكه. ولو قال: تصرَّف فيها والربح كلُّه لي، فهو إبضاع.

الشرط الثالث: أن يكون معلومًا. فلو قال: قارضتك على أن لك في الربح شِرْكًا، أو شِركة، أو نصيبًا، فسد. وإن قال: لك مثل ما شرطه فلان لفلان، فإن كانا عالمين به، صح. وإن جهله أحدهما، فسد. ولو قال: الربح بيننا، ولم يبين، فوجهان: أحدهما: الفساد. وأصحهما: الصحة، وينزل على النصف، كقوله: هذه الدار بيني وبين زيد، يكون مقرًا بالنصف. ولو قال: على أن ثلث الربح لك، وما بقي فثلثه لي وثلثاه لك، صح. وحاصله اشتراط سبعة أتساع الربح للعامل، هذا إذا علما عند العقد أن المشروط للعامل بهذا اللفظ كم هو؛ فإن جهلاه أو أحدهما،

صح أيضًا على الأصح، وبه قطع في «الشامل»، لسهولة معرفته. ويجري الخلاف، فيما إذا قال: لك من الربح سدس ربع العشر، وهما لا يعلمان قدره عند العقد أو أحدهما.

الشرط الرابع: أن يكون العلم به من حيث الجزئية، لا من حيث التقدير. فلو قال: لك من الربح، أو لي منه درهم أو مئة، والباقي بيننا نصفين، فسد القراض. وكذا لو قال: نصف الربح إلا درهمًا، وكذا إذا اشترط أن يوليه سلعة كذا إذا اشتراها برأس المال، لأنه ربما لا يربح إلا فيها، أو أن يلبس الثوب المشترى، أو يركب الدابة، أو اختصاص أحدهما بربح صنف من المال، أو قال: ربح أحد الألفين لي، وربح الآخر لك، وشرط تمييز الألفين. فلو دفعهما إليه ولا تمييز، وقال: ربح أحدهما لي، وربح الآخر لك، فسد أيضًا على الأصح. وقيل: يصح ويكون كقوله: نصف ربح الألفين لك.

الركن الرابع: الصيغة. القراض والمضاربة والمعاملة، ألفاظ مستعملة في هذا العقد. فإذا قال: قارضتك، أو ضاربتك، أو عاملتك، على أن الربح بيننا نصفين، كان إيجابًا صحيحًا. ويشترط القبول متصلًا الاتصال المعتبر في سائر العقود. ولو قال: خذ هذا الألف واتجر فيه، على أن الربح بيننا نصفين، فقطع القاضي حسين والبغوي، بأنه قراض، ولا يفتقر إلى القبول. وقال الإمام: قطع شيخي والطبقة العظمى من نقلة المذهب: أنه لا بد من القبول، بخلاف الجعالة والوكالة، لأن القراض عقد معاوضة يختص بمعين. ولو قال: قارضتك على أن نصف الربح لي، وسكت عن جانب العامل، لم يصح على الأصح وقيل: يصح ويكون بينهما نصفين. ولو قال: على أن نصف الربح لك، وسكت عن جانب نفسه، أو على أن لك النصف ولي السدس، وسكت عن الباقي، صح على الصحيح، وكان بينهما نصفين.

الركن الخامس: العاقدان. فالقراض توكيل وتوكل، فيعتبر فيهما ما يعتبر في الوكيل والموكل، ويجوز لولي الطفل والمجنون أن يقارض بما لهما، سواء فيه الأب، والجد، والوصي، والحاكم، وأمينه.

**فصل:** إذا قارض في مرض موته، صح، ويسلَم للعامل الربح المشروط وإن زاد على أجرة المثل، ولا يحسب من الثلث ولو ساقاه في مرض الموت وزاد على أجره مثله، حسب الزيادة من الثلث على الأصح والفرق: أن النماء في المساقاة من عين المال.

**فصل:** يجوز أن يقارض الواحد اثنين وعكسه. فإذا قارض اثنين، وشرط لهما نصف الربح بالسوية، جاز، ولو شرط لأحدهما ثلث الربح، وللآخر ربعه، فإن

أبهم، لم يجز. وإن عين صاحب الثلث وصاحب الربع، جاز. قال الإمام: وإنما يجوز أن يقارض اثنين إذا أثبت لكل واحد الاستقلال. فإن شرط كل واحد مراجعة الآخر، لم يجز. هذا كلام الإمام، وما أظن الأصحاب يساعدونه عليه. وإذا قارض اثنان واحدًا، فليبيِّنا نصيب العامل من الربح، ويكون الباقي بينهما على قدر مالَيهما. ولو قالا: لك من نصيب أحدنا من الربح الثلث، ومن نصيب الآخر الربع، فإن أبهما، لم يجز. وإن عيّنا وهو عالم بقدر مال كل واحد، جاز، إلا أن يشترطا كون الباقي بين المالكين على غير ما تقتضيه نسبة المالين.

**فصل:** إذا فسد القراض بتخلف بعض الشروط، فله ثلاثة أحكام. أحدها: تنفذ تصرفاته كنفوذها في القراض الصحيح لوجود الإذن كالوكالة الفاسدة. الثاني: سلامة الربح بكماله للمالك. الثالث: استحقاق العامل أجرة مثل عمله، سواء كان في المال ربح، أم لا، وهذه الأحكام مطردة في صور الفساد، لكن لو قال: قارضتك على أن جميع الربح لي، وقلنا: هو قراض فاسد، لا إبضاع، ففي استحقاق العامل أجرة المثل، وجهان: أصحهما: المنع، لأنه عمل مجانًا.

**فرع:** قال في «المختصر» لو دفع إليه ألفًا وقال: اشتر بها هرويًا أو مرويًّا بالنصف، فهو فاسد. واختلفوا في سبب فساده، فالأصح، وفي سياق الكلام ما يقتضيه: أنه تعرض للشراء دون البيع، وهذا تفريع على الأصح أن التعرض للشراء لا يغني عن التعرض للبيع بل لا بد من لفظ المضاربة ونحوها لتناول البيع والشراء، أو من لفظ البيع والشراء جميعًا. وإذا اقتصر على الشراء، فللمدفوع إليه الشراء دون البيع، والربح كله للمالك، والخسران عليه. وقيل: يكفي التعرض للشراء، ويتضمن الإذن في البيع بعده، وقيل: إذا اتى بلفظ المضاربة أو القراض كان كقوله: اشتر، من غير تعرض للبيع. والصحيح: الصحة. وقيل: سببه أنه لم يبين لمن النصف. واعترض ابن سريج على هذا، بأن الشرط ينصرف إلى العامل، لأن المالك يستحق بالمال، لا بالشرط. وقال ابن أبي هريرة: سبب الفساد، أنه لم يعين أحد النوعين، ولا أطلق التصرف في أنواع الأمتعة. واعترض القاضي حسين عليه، بأنه لو عين أحدهما، حكمنا بالصحة، فإذا ذكرهما على الترديد، زاد العاملَ بسطةً وتخييرًا، فهو أولى بالصحة.

وقيل: سببه أن القراض إنما يصح إذا أطلق التصرف في الأمتعة، أو عيّن جنسًا يعم وجوده، والهرويُّ والمرويُّ ليسا كذلك، وكأن هذا القائل يقرضه في بلد لا يعمَّان فيه. وقال الإمام: يجوز أن يكون سببه أنه أرسل ذِكر النصف ولم يقل: نصف الربح.

قال المصنف رحمه الله تعالى: فصل: وعلى العامل أن يتولى ما جرت العادة أن يتولاه بنفسه من النشر والطي والإيجاب والقبول، وقبض الثمن ووزن ما خف كالعود والمسك، لأن إطلاق الإذن يحمل على العرف، والعرف في هذه الأشياء أن يتولاها بنفسه، فإن استأجر من يفعل ذلك لزمه الأجرة في ماله.

فأما ما لم تجر العادة أن يتولاه بنفسه، كحمل المتاع ووزن ما يثقل وزنه فلا يلزمه أن يتولاه بنفسه، وله أن يستأجر من مال القراض من يتولاه، لأن العرف في هذه الأشياء أن لا يتولاه بنفسه، فإن تولى ذلك بنفسه لم يستحق الأجرة لأنه تبرع به.

وإن سرق المال أو غصب فهل يخاصم السارق والغاصب؟ فيه وجهان.

أحدهما: لا يخاصم، لأن القراض معقود على التجارة فلا تدخل فيه الخصومة والثاني: أنه يخاصم فيه لأن القراض يقتضي حفظ المال والتجارة ولا يتم ذلك إلا بالخصومة والمطالبة.

فصل: ولا يجوز للعامل أن يقارض غيره من غير إذن رب المال لأن تصرفه بالإذن ولم يأذن له رب المال في القراض فلم يملكه. فإن قارضه رب المال على النصف وقارض العامل آخر واشترى الثاني في الذمة، ونقد الثمن من مال القراض، وربح بيننا على القولين في الغاصب إذا اشترى في الذمة ونقد فيه المال المغصوب وربح، فإن قلنا بقوله «القديم»: إن الربح لرب المال فقد قال المزني ههنا: إن لرب المال الربح والنصف الآخر بين العاملين نصفين.

واختلف أصحابنا في ذلك فقال أبو إسحاق: هذا صحيح لأن رب المال رضي أن يأخذ نصف ربح فلم يستحق أكثر منه، والنصف الثاني بين العاملين لأنهما رضيا أن يكون ما رزق الله بينهما، والذي رزق الله تعالى هو النصف، فإن النصف الآخر أخذه رب المال فصار كالمستهلك، ومن أصحابنا من قال: يرجع العامل الثاني على العامل الأول بنصف أجرة مثله، لأنه دخل على أن يأخذ نصف ربح المال، ولم يسلم له ذلك. وإن قلنا بقوله «الجديد» فقد قال المزني: الربح كله للعامل الأول، وللعامل الثاني أجرة المثل. فمن أصحابنا من قال: هذا غلط لأن على هذا القول الربح كله للعامل الثاني، لأنه هو المتصرف فصار كالغاصب في غير القراض، ومنهم من قال: الربح للأول، كما قال المزني، لأن العامل الثاني لم يشتر لنفسه، وإنما اشتراه للأول، فكان الربح له بخلاف الغاصب في غير القراض، فإن ذلك اشتراه لنفسه فكان الربح له.

فصل: ولا يتجر العامل إلا فيما أذن فيه رب المال فإن أذن له في صنف لم يتجر في غيره، لأن تصرفه بالإذن فلم يملك ما لم يأذن له فيه، فإن قال له: اتجر في البز جاز أن يتجر في أصناف البز من المنسوج من القطن والإبريسم والكتان وما يلبس من الأصواف لأن اسم البز يقع على ذلك كله، ولا يجوز أن

يتجر في البسط والفرش لأنه لا يطلق عليه اسم البز، وهل يجوز أن يتجر في الأكسية البركانية؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجوز لأنه يلبس فأشبه الثياب، والثاني: لا يجوز لأنه لا يطلق عليه اسم البز. ولهذا لا يقال لبائعه بزاز، وإنما يقال له: كسائي، ولو أذن له في التجارة في الطعام لم يجز أن يتجر في الدقيق ولا في الشعير، لأن الطعام لا يطلق إلا على الحنطة.

فصل: ولا يشتري العامل بأكثر من رأس المال؛ لأن الإذن لم يتناول غير رأس المال. فإن كان رأس المال ألفًا فاشترى عبدًا بألف، ثم اشترى آخر بألف قبل أن ينقد الثمن في البيع الأول فالأول للقراض لأنه اشتراه بالإذن، وأما الثاني فينظر فيه فإن اشتراه بعين الألف فالشراء باطل، لأنه اشتراه بمال استحق تسليمه في البيع الأول فلم يصح، وإن اشتراه بألف في الذمة كان العبد له ويلزمه الثمن في ماله لأنه اشترى في الذمة لغيره ما لم يأذن فيه فوقع الشراء.

فصل: ولا يتجر إلا على النظر والاحتياط فلا يبيع بدون ثمن المثل ولا بثمن مؤجل لأنه وكيل فلا يتصرف إلا على النظر والاحتياط؛ وإن اشترى معيبًا رأى شراءه جاز لأن المقصود طلب الحظ وقد يكون الربح في المعيب، وإن اشترى شيئًا على أنه سليم فوجده معيبًا جاز له الرد، لأنه فوض إليه النظر والاجتهاد فملك الرد.

فصل: وإن اختلفا فدعا أحدهما إلى الرد والآخر إلى الإمساك فعل ما فيه النظر لأن المقصود طلب الحظ لهما؛ فإذا اختلفا حمل الأمر على ما فيه الحظ.

فصل: وإن اشترى من يعتق على رب المال بغير إذنه لم يلزم رب المال لأن القصد بالقراض شراء ما يربح فيه وذلك لا يوجد في شراء من يعتق عليه وإن كان رب المال امرأة فاشترى العامل زوجها بغير إذنها ففيه وجهان:

أحدهما: لا يلزمها لأن المقصود شراء ما تنتفع به وشراء الزوج تستضر به لأن النكاح ينفسخ وتسقط نفقتها واستمتاعها.

والثاني: يلزمها لأن المقصود بالقراض شراء ما يربح فيه والزوج كغيره في الربح فلزمها شراؤه.

فصل: ولا يسافر بالمال من غير إذن رب المال لأن مأمور بالنظر والاحتياط وليس في السفر احتياط، لأن فيه تغريرًا بالمال، ولهذا يروى «أن المسافر ومتاعه لعلى قلت» فإن أذن له في السفر فقد قال في موضع له أن ينفق من مال القراض، وقال في موضع آخر لا نفقة له، فمن أصحابنا من قال لا نفقة له قولًا واحدًا لأن نفقته على نفسه فلم تلزم من مال القراض كنفقة الإقامة؛ وتأول قوله على ما يحتاج إليه لنقل المتاع وما يحتاج إليه مال القراض. ومنهم من قال: فيه قولان:

أحدهما: لا ينفق لما ذكرناه.

والثاني: ينفق لأن سفره لأجل المال فكان نفقته منه كأجرة الحمال.

فإن قلنا: ينفق من مال القراض ففي قدره وجهان:

أحدهما: جميع ما يحتاج إليه، لأن من لزمه نفقة غيره لزمه جميع نفقته.

والثاني: ما يزيد على نفقة الحضر لأن النفقة إنما لزمته لأجل السفر فلم يلزمه إلا ما زاد بالسفر.

فصل: وإن ظهر في المال ربح ففيه قولان:

أحدهما: أن الجميع لرب المال فلا يملك العامل حصته من الربح إلا بالقسمة لأنه لو ملك حصته من الربح لصار شريكًا لرب المال حتى إذا هلك شيء كان هالكًا من المالين، فلما لم يجعل التالف من المالين دل على أنه لم يملك منه شيئًا.

والثاني: أن العامل يملك حصته من الربح لأنه أحد المتقارضين فملك حصته من الربح بالظهور كرب المال.

فصل: وإن طلب أحد المتقارضين قسمة الربح قبل المفاصلة فامتنع الآخر لم يجبر لأنه إن امتنع رب المال لم يجز إجباره لأنه يقول الربح وقاية لرأس المال فلا أعطيك حتى تسلم لي رأس المال، وإن كان الذي امتنع هو العامل لم يجز إجباره لأنه يقول: لا نأمن أن نخسر فنحتاج أن نرد ما أخذه، وإن تقاسما جاز لأن المنع لحقهما وقد رضيا، فإن حصل بعد القسمة خسران لزم العامل أن يجبره بما أخذ، لأنه لا يستحق الربح إلا بعد تسليمه رأس المال.

فصل: وإن اشترى العامل من يعتق عليه فإن لم يكن في المال ربح لزم الشراء في مال القراض، لأنه لا ضرر فيه على رب المال، فإن ظهر بعد ما اشتراه ربح ـ فإن قلنا: إنه لا يملك حصته قبل القسمة ـ لم يعتق، وإن قلنا: أنه يملك بالظهور فهل يعتق بقدر حصته؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يعتق منه بقدر حصته لأنه ملكه فعتق.

والثاني: لا يعتق لأن ملكه غير مستقر، لأنه ربما تلف بعض المال فلزمه جبرانه بماله، وإن اشترى وفي المال ربح، فإن قلنا أنه لا يعتق عليه صح الشراء لأنه لا ضرر فيه على رب المال، وإن قلنا يعتق لم يصح الشراء لأن المقصود بالقراض شراء ما يربح فيه، وهذا لا يوجد فيمن يعتق عليه.

فصل: والعامل أمين فيما في يده فإن تلف المال في يده من غير تفريط لم يضمن لأنه نائب عن رب المال في التصرف فلم يضمن من غير تفريط كالمودع، فإن دفع إليه ألفًا فاشترى عبدًا في الذمة ثم تلف الألف قبل أن ينقده في ثمن العبد انفسخ القراض لأنه تلف رأس المال بعينه. وفي الثمن وجهان:

أحدهما: أنه على رب المال لأنه اشتراه له فكان الثمن عليه، كما لو اشترى

الوكيل في الذمة ما وكل في شرائه، فتلف الثمن في يده قبل أن ينقده.

والثاني: أن الثمن على العامل، لأن رب المال لم يأذن له في التجارة إلا في رأس المال فلم يلزمه ما زاد.

وإن دفع إليه ألفين فاشترى بهما عبدين ثم تلف أحدهما ففيه وجهان:

أحدهما: يتلف من رأس المال، وينفسخ فيه القراض، لأنه بدل عن رأس المال فكان هلاكه كهلاكه.

والثاني: أنه يتلف من الربح، لأنه تصرف في المال فكان في القراض. وإن قارضه رجلان على مالين، فاشترى لكل واحد منهما جارية ثم اشكلتا عليه ففيه قولان:

أحدهما: تباعان فإن لم يكن فيهما ربح قسم بين ربي المال، وإن كان فيهما ربح شاركهما العامل في الربح، وإن كان فيهما خسران ضمن العامل ذلك لأنه حصل بتفريطه.

والقول الثاني: أن الجاريتين للعامل ويلزمه قيمتهما، لأنه تعذر ردهما بتفريطه فلزمه ضمانهما كما لو أتلفهما.

فصل: ويجوز لكل واحد منهما أن يفسخ إذا شاء لأنه تصرف في مال الغير بإذنه فملك كل واحد منهما فسخه كالوديعة والوكالة، فإن فسخ العقد والمال من غير جنس رأس المال وتقاسماه جاز وإن باعاه جاز لأن الحق لهما، وإن طلب العامل البيع وامتنع رب المال أجبر، لأن حق العامل في الربح، وذلك لا يحصل إلا بالبيع.

فإن قال رب المال: أنا أعطيك مالك فيه من الربح وامتنع العامل، فإن قلنا: أنه ملك حصته من الربح بالظهور لم يجبر على أخذه، كما لو كان بينهما مال مشترك وبذل أحدهما للآخر عوض حقه. وإن قلنا: لا يملك ففيه وجهان بناء على القولين في العبد الجاني إذا امتنع المولى عن بيعه وضمن للمجنى عليه قيمته.

أحدهما: لا يجبر على بيعه لأن البيع لحقه وقد بذل له حقه.

والثاني: أنه يجبر لأنه ربما زاد مزايد ورغب راغب فزاد في قيمته.

وإن طلب رب المال البيع وامتنع العامل أجبر على بيعه لأن حق رب المال في رأس المال ولا يحصل ذلك إلا بالبيع، فإن قال العامل: أنا أترك حقي ولا أبيع فإن قلنا: إن العامل يملك حصته بالظهور لم يقبل منه، لأنه يريد أن يهب حقه وقبول الهبات لا يجب. وإن قلنا: أنه لا يملك بالظهور ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجبر على بيعه لأن البيع لحقه وقد تركه فسقط.

والثاني: يجبر لأن البيع لحقه ولحق رب المال في رأس ماله، فإذا رضي بترك حقه لم يرض رب المال بترك رأس ماله، وإن فسخ العقد وهناك دين وجب

على العامل أن يتقاضاه لأنه دخل في العقد على أن يرد رأس المال فوجب أن يتقاضاه ليرده.

فصل: وإن مات أحدهما أو جن انفسخ لأنه عقد جائز فبطل بالموت والجنون، كالوديعة والوكالة. وإن مات رب المال أو جن وأراد الوارث أو الولي أن يعقد القراض والمال عرض، فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحاق: يجوز لأنه ليس بابتداء قراض، وإنما هو بناء على مال القراض فجاز. ومنهم من قال: لا يجوز وهو الصحيح لأن القراض قد بطل بالموت وهذا ابتداء قراض على عرض فلم يجز.

فصل: وإن قارض في مرضه على ربح أكثر من أجرة المثل ومات اعتبر الربح من رأس المال، لأن الذي يعتبر من الثلث ما يخرجه من ماله والربح ليس من ماله، وإنما يحصل بكسب العامل فلم يعتبر من الثلث، وإن مات وعليه دين قدم العامل على الغرماء، لأن حقه يتعلق بعين المال فقدم على الغرماء.

فصل: وإن قارض قراضًا فاسدًا وتصرف العامل، نفذ تصرفه لأن العقد بطل وبقي الإذن فملك به التصرف، فإن حصل في المال ربح لم يستحق العامل منه شيئًا، لأن الربح يستحقه بالقراض وقد بطل القراض.

فأما أجرة المثل فإنه ينظر فيه ـ فإن لم يرض إلا بربح ـ استحق لأنه لم يرض أن يعمل إلا بعوض، فإذا لم يسلم له رجع إلى أجرة المثل، وإن رضي من غير ربح بأن قارضه على أن الربح كله لرب المال ففي الأجرة وجهان:

أحدهما: لا يستحق وهو قول المزني، لأنه رضي أن يعمل من غير عوض فصار كالمتطوع بالعمل من غير قراض.

والثاني: أنه يستحق وهو قول أبي العباس لأن العمل في القراض يقتضي العوض فلا يسقط باسقاطه كالوطء في النكاح.

وإن كان له على رجل دين فقال: أقبض مالي عليك فعزل الرجل ذلك وقارضه عليه لم يصح القراض، لأن قبضه له من نفسه لا يصح، فإذا قارضه عليه فقد قارضه على مال لا يملكه فلم يصح، فان اشترى العامل شيئًا في الذمة ونقد في ثمنه ما عزله لرب المال وربح ففيه وجهان:

أحدهما: أن ما اشتراه مع الربح لرب المال لأنه اشتراه له بإذنه، ونقد فيه الثمن بإذنه وبرئت ذمته من الدين، لأنه سلمه إلى من اشترى منه بإذنه ويرجع العامل بأجرة المثل، لأنه عمل ليسلم له الربح، ولم يسلم، فرجع إلى أجرة عمله.

والثاني: أن الذي اشتراه مع الربح له لا حق لرب المال فيه، لأن رب المال عقد القراض على مال لا يملكه فلم يقع الشراء له.

**الشرح:** أحكام القراض الصحيح: الأول: تقيّد تصرّف العامل بالمصلحة كتصرف الوكيل، ثم قد تقتضي المصلحة التسوية بينهما، وقد تقتضي الفرق، فبيع

العامل وشراؤه بالغبن كالوكيل، ولا يبيع أيضًا نسيئة، ولا يشتري بها. فإن أذن المالك في البيع نسيئة، ففعل، وجب الإشهاد، فإن تركه، ضمن، ولا حاجة إليه في البيع حالًّا لأنه يحبس المبيع إلى استيفاء الثمن، ولو سلمه قبل استيفائه، ضمن، كالوكيل. فإن كان مأذونًا له في التسليم قبل قبض الثمن، سلَّمه، ولم يلزمه الإشهاد، لأن العادة ترك الإشهاد في البيع الحالِّ. ويجوز للعامل البيع بالعرض، بخلاف الوكيل، لأنه من مصالح القراض، وكذا له شراء المعيب إذا رأى فيه ربحًا، فإن اشتراه بقدر قيمته، قال المتولي: في صحته وجهان: لأن الرغبات تقل في المعيب.

وإن اشترى شيئًا على ظن السلامة، فبان معيبًا، فله أن ينفرد بردِّه إن كانت فيه غبطة، ولا يمنعه منه رضى المالك، بخلاف الوكيل، لأن العامل صاحب حق في المال. وإن كانت الغبطة في إمساكه، لم يكن له رده على الأصح، لإخلاله بالمقصود. وحيث ثبت الرد للعامل، فللمالك أولى. قال الإمام: ثم العامل يردُّ على البائع وينقض البيع. وأما المالك، فإن كان الشراء بعين مال القراض، فكمثل، وإن كان في الذمة، فيصرفه المالك عن مال القراض. وفي انصرافه إلى العامل ما سبق في انصراف العقد إلى الوكيل إذا لم يقع للموكل. ولو تنازع المالك والعامل في الردِّ وتركه، عمل بالمصلحة.

**فرع:** لا يجوز للمالك معاملة العامل، بأن يشتري من مال القراض شيئًا، لأنه ملكه كالسيد مع المأذون له.

**فرع:** لا يجوز أن يشتري للقراض بأكثر من رأس المال. فلو فعل، لم يقع ما زاد عن جهة القراض. فلو دفع إليه مئة قراضًا، فاشترى عبدًا بمئة، ثم آخر بمئة للقراض أيضًا، لم يقع الثاني للقراض، بل ينظر إن كان اشتراه بعين المئة فالشراء باطل، سواء اشترى الأول بعين المئة أو في الذمة. وإن اشتراه في الذمة، انصرف إلى العامل حيث ينصرف شراء الوكيل المخالف إليه. وإذا انصرف إليه، فصرف مئة القراض في ثمنه، فقد تعدَّى، ودخلت المئة في ضمانه، لكن العبد الأول يبقى أمانة في يده لأنه لم يتعدَّ فيه. فإن تلفت المئة والشراءُ الأول بعينها، انفسخ، وإن كان في الذمة، لم ينفسخ، وثبت للمالك على العامل مئة، والعبد الأول للمالك، وعليه لبائعه مئة، فإن أداها العامل باذن المالك، وشرط الرجوع، ثبت له مئة على المالك، ووقع الكلام في التقاصّ. وإن أداها بغير إذنه، برىء المالك عن حق صاحب العبد، ويبقى حقه على العامل.

**فصل:** اشترى العامل مَن يعتق على المالك، فإما أن يشتريَه بإذنه، وإما بغيره.

الحال الأول: بإذنه، فيصح. ثم إن لم يكن في المال ربح، عتق على المالك وارتفع القراض إن اشتراه بجميع مال القراض، وإلا، فيصير الباقي رأس مال. وإن كان في المال ربح، بني على أن العامل متى يملك نصيبه من الربح؟ إن قلنا: بالقسمة، عتق أيضًا، وغرم المالك نصيبه من الربح، وكأنه استرد طائفة من المال بعد ظهور الربح، وإن قلنا: يملك بالظهور، عتق منه حصة رأس المال ونصيب المالك من الربح، وسرى إلى الباقي إن كان موسرًا ويغرمه، وإن كان معسرًا، بقي رقيقًا. وفي وجه: إذا كان في المال ربح وقد اشتراه ببعض المال، نظر، إن اشتراه بقدر رأس المال، عتق وكأن المالك استرد المال، والباقي ربح يتقاسمانه، وإن اشتراه بأقل، حُسب من رأس المال؛ أو بأكثر، حُسب قدر رأس المال من رأس المال والزيادة من حصة المالك ما أمكن. والصحيح الأول. ولو أعتق المالك عبدًا من مال القراض، فهو كشراء العامل مَن يعتق عليه بإذنه.

الحال الثاني: يشتريه بغير إذنه، فلا يقع الشراء عن المالك بحال، إذ لا مصلحة فيه للقراض، ثم إن اشتراه بعين مال القراض، بطل من أصله. وإن كان في الذمة، وقع عن العامل، ولزمه الثمن من ماله. فإن أداه من مال القراض، ضمن.

**فرع:** اشترى زوجة المالك، أو زوَّجها بلا إذن، قيل: يصح. والأصح المنصوص، المنع كمن يعتق عليه، لأنه لو صح لانفسخ النكاح وتضرر، وإنما قصد بالإذن ما فيه حظ. فعلى هذا، هو كما لو اشترى من يعتق عليه بلا إذن.

**فرع:** لو وكل بشراء عبد، فاشترى الوكيل من يعتق على الموكل، صح ووقع عن الموكل على المذهب، وبه قطع الجمهور، لأن اللفظ شامل، بخلاف القراض، فإن مقصوده الربح فقط، ونقل الإمام وجهًا: أنه لا يقع للموكل بل يبطل الشراء إن اشترى بعين المال، ويقع عن الوكيل إن كان في الذمة.

**فرع:** اشترى العامل من يعتق عليه، فإن لم يكن في المال ربح، صح ولم يعتق كالوكيل يشتري أباه لموكله، ثم إن ارتفعت الأسعار وظهر ربح، بني على القولين في أن العامل متى يملك الربح؟ إن قلنا: بالقسمة، لم يعتق منه شيء. وإن قلنا: بالظهور، عتق عليه بقدر حصته على الأصح. وقيل: لا يعتق، لعدم استقرار ملكه. فإن قلنا: بالأصح، ففي السراية وتقويم الباقي عليه إن كان موسرًا، وجهان: أصحهما: وبه قال الأكثرون: تثبت كما لو اشتراه وفيه ربح وقلنا: يملك بالظهور. وإن كان في المال ربح، سواء كان حاصلًا قبل الشراء، أو حصل بنفس الشراء بأن كان رأس المال مئة، فاشترى بها أباه وهو يساوي مئتين، فإن قلنا: يملك الربح بالقسمة، صح الشراء ولم يعتق، وإلا ففي صحة الشراء في قدر حصته من الربح،

وجهان: أصحهما: الصحة، لأنه مطلق التصرف في ملكه. والثاني: لا، لأنه يخالف غرض الاسترباح. فإن منعنا، ففي الصحة في نصيب المالك قولا الصفقة، وإن صححنا، ففي عتقه عنه الوجهان السابقان. فإن قلنا: يعتق، فإن كان موسرًا، سرى العتق إلى الباقي ولزمه الغرم، لأنه مختار في الشراء، وإلا، فيبقى الباقي رقيقًا. هذا كله إذا اشترى بعين مال القراض، فأما إن اشترى في الذمة للقراض، فحيث صححنا الشراء بعين مال القراض، أوقعناه هنا عن القراض، وحيث لم نصحح هناك، أوقفناه هنا عن العامل، وعتق عليه. وحكي قول: أنه إذا أطلق الشراء ولم يصرفه إلى القراض لفظًا، ثم قال: كنت نويته، وقلنا: إنه إذا وقع عن القراض لا يعتق منه شيء، لم يقبل قوله، لأن الذي جرى عقد عتاقه، فلا يقبل رفعه.

**فرع:** ليس للعامل أن يكاتب عبد القراض بغير إذن المالك. فإن كاتباه معًا، جاز، وعتق بالأداء، ثم إن لم يكن في المال ربح، فولاؤه للمالك ولا ينفسخ القراض بما جرى من الكتابة على الأصح، بل ينسحب على النجوم، وإن كان فيه ربح، فالولاء بينهما على حسب الشرط، وما يزيد من النجوم على القيمة، ربح.

الحكم الثاني: منع مقارضة العامل غيره. فلو قارض بإذن المالك وخرج من الدين وصار وكيلًا في مقارضة الثاني، صح، ولا يجوز أن يشرط العامل الأول لنفسه شيئًا من الربح. ولو فعل، فسد القراض الثاني، ولعامله أجرة المثل على المالك، لِما سبق أن شرط الربح لغير العامل والمالك ممتنع. وإن أذن له في أن يعامل غيره ليكون ذلك الغير شريكًا له في العمل والربح المشروط له على ما يراه، فقيل: يجوز كمقارضة شخصين ابتداءً، والأصح: المنع. وإن قارض بغير إذن المالك، فهو فاسد، ويجيء فيه قول وقف عقد الفضولي على الإجازة. فإذا قلنا بالمشهور، فتصرَّف الثاني في المال وربح، فهو كالغاصب إذا اتجر في المغصوب. فإن تصرَّف في عينه، فتصرُّف فضولي، وإن باع سلَمًا، أو اشترى في الذمة وسلم المغصوب فيما التزمه وربح، فالربح للغاصب في الجديد، وللمالك في القديم. وفي هذا القديم، أبحاث:

أحدها: هل الربح للمالك جزمًا، أم موقوف على إجازته؟ قيل: بالوقف كبيع الفضولي على القديم. فعلى هذا، إن رده، ارتد، سواء اشترى في الذمة أم بعين المغصوب، وقال الأكثرون بالجزم، وبنَوه على المصلحة، وكيف يصح وقف شراء الغاصب لنفسه على إجازة غيره، وإنما قول الوقف إذا تصرف في عين مال الغير أو له؟!

الثاني: أن هذا القول جار فيما إذا كان في المال ربح وكثرت التصرفات وعسر تتبُّعها، فإن سهل وقلَّت ولا ربح، فلا مجال له. فإن سهل وهناك ربح، أو عسر ولا ربح، فوجهان: وسواء في الربح القليل والكثير.

الثالث: لو اشترى في ذمته ولم يخطر له أن يؤدي الثمن من الدراهم المغصوبة، ثم خطر له، قال الإمام: ينبغي أن لا يجري القديم إن صدَّقه المالك. وهذه المسألة تلقب بمسألة البضاعة، وقد ذكرناها مختصرة في أول البيع وفي الغصب. وإذا قلنا بالجديد، فاشترى بعين مال القراض، فباطل، وإن اشترى في الذمة، فهل جميع الربح للعامل الثاني لأنه المتصرف كالغاصب؟ أم للأول لأن الثاني تصرف بإذنه كالوكيل؟ وجهان: أصحهما: الأول، وعليه للثاني أجرة عمله. وإذا قلنا: بالقديم، ففيما يستحقه المالك من الربح؟ وجهان: أحدهما: جميعه كالغصب. فعلى هذا، للعامل الثاني أجرة عمله. قيل: يأخذها من العامل الأول، لأنه استعمله، وقيل: من المالك، لأن نفع عمله عاد إليه. والوجه الثاني وهو الصحيح: له نصف الربح، لأنه رضي بخلاف به، بخلاف صورة الغصب. فعلى هذا، في النصف الثاني أوجه: قيل: كله للعامل الأول، وللثاني عليه أجرة عمله، لأنه غرَّة، وقيل: للثاني. وقيل: كله للعامل الأول، وللثاني عليه أجرة عمله، لأنه غرَّة. وقيل: للثاني. وقيل: بينهما بالسوية، وهو الأصح. وعلى هذا، في رجوع الثاني بنصف أجرة المثل، وجهان: أصحهما: لا، لأنه أخذ نصف ما حصل لهما، والوجهان فيما إذا كان الأول قال: على أنّ ربح هذا المال بيننا، أو على أن لكلٍّ نصفه. فإن كان قال: ما رزقنا الله تعالى من الربح فهو بيننا، فلا رجوع على المذهب، وبه قطع الأكثرون، لأن النصف، هو الذي رُزقاه. وعن الشيخ أبي محمد، طرد الوجهين، لأن المفهوم، بشطر جميع الربح. وجميع ما ذكرناه إذا كان القراضان على المناصفة، فإن كانا هما أو أحدهما على نسبة أخرى، فعلى ما تشارطا. هذا كله إذا تصرف الثاني وربح. أما لو هلك المال في يده، فإن كان عالمًا بالحال، فغاصب. وإن ظن العامل مالكًا، فهو كالمستودع من الغاصب، لأن يده أمانة. وقيل: كالمتهب من الغاصب، لعود النفع إليه، وقد سبق بيانهما ضمانًا وقرارًا.

الحكم الثالث: منعه السفر بمال القراض، فليس له السفر به بغير إذن المالك، وفي قول: له ذلك عند أمن الطريق، نقله البويطي. فعلى المشهور: لو سافر، ضمن المال، ثم إن كان المتاع بالبلدة التي سافر إليها أكثر قيمة، أو تساوت القيمتان، صح البيع، واستحق الربح بسبب الإذن. وإن كان أقل قيمة، لم يصح

البيع، إلا أن يكون النقص قدرًا يتغابن به. وإذا صححنا البيع، فالثمن الذي يقبضه مضمون عليه، بخلاف الوكيل في البيع إذا تعدَّى ثم باع، لا يضمن الثمن الذي يقبضه، لأنه لم يتعَّد فيه، وهنا العدوان بالسفر، وهو شامل، ولا تعود الأمانة بالعود من السفر. أما إذا سافر بالإذن، فلا عدوان ولا ضمان. قال المتولي: ويبيع بما كان يبيعه في البلد الذي سافر منه، فإن لم يساوِ إلا ما دونه، فإن ظهر فيه غرض، بأن كانت مؤنة الرد أكثر من قدر النقص، أو أمكن صرف الثمن إلى متاع يتوقع فيه ربحًا، فله البيع، وإلا، فلا يجوز، لأنه تخسير محض.

**فصل:** على العامل أن يتولَّى ما جرت العادة به من نشر الثياب وطيّها وذرعها وإدراجها في السفط وإخراجها ووزن ما يخف كالذهب والمسك والعود وقبض الثمن وحمله وحفظ المتاع على باب الحانوت، وفي السفر بالنوم عليه ونحوه، وليس عليه وزن الأمتعة الثقيلة وحملها، ولا نقل المتاع من الخان إلى الحانوت والنداء عليه، ثم ما عليه أن يتولاه لو استأجر عليه، فالأجرة في ماله، وما ليس عليه أن يتولاه، له أن يستأجر عليه من مال القراض. ولو تولاه بنفسه، فلا أجرة له.

**فصل:** أجرة الكيال والوزَّان والحمال، في مال القراض، وكذا أجرة النقل إذا سافر بالإذن، وكذا أجرة الحارس والرصدي.

**فرع:** لا يجوز للعامل أن يتصدق من مال القراض بشيء أصلًا، ولا أن ينفق منه على نفسه في الحضر قطعًا. وفي السفر، قولان: أظهرهما: لا نفقة له، كالحضر. والثاني: له. وقيل: بالمنع قطعًا. وقيل: بالإثبات قطعًا. فإن أثبتنا، فالأصح أنه يختص بما يزيد بسبب السفر، كالخف والإداوة وشبههما. وقيل: يطرد في كل ما يحتاج إليه من طعام وكسوة وإدام وغيرها.

ويتفرع على الإثبات مسائل: منها: لو استصحب مال نفسه مع مال القراض، وزِّعت النفقة على قدر المالين. قال الإمام: ويجوز أن ينظر إلى قدر العمل على المالين، ويوزّع على أجرة مثلهما. وقال أبو الفرج السرخسي: إنما يوزع إذا كان ماله قدرًا يقصد السفر له. قلت: قد قال بمثل قول السرخسي أبو علي في «الإفصاح»، وصاحب «البيان». والله أعلم.

ومنها: لو رجع العامل ومعه فضل زاد، أو آلات أعدها للسفر، كالمطهرة ونحوها، لزمه ردها إلى مال القراض على الصحيح.

ومنها: لو استرد المالك منه المال في الطريق أو في البلد الذي سافر إليه، لم يستحق نفقة الرجوع على الأصح، كما لو خالع زوجته في السفر.

ومنها: أنه يشترط أن لا يسرف، بل يأخذ بالمعروف، وما يأخذه يحسب من الربح، فإن لم يكن ربح، فهو خسران لحق المال، ومهما أقام في طريقه فوق مدة المسافرين في بلد، لم يأخذ لتلك المدة.

ومنها: لو شرط نفقة السفر في ابتداء القراض، فهو تأكيد إذا أثبتناها، وإلا، فسد القراض على الأصح، كما لو شرط نفقة الحضر. والثاني: لا، لأنه من مصالح العقد. وعلى هذا، في اشتراط تقديرها، وجهان: وعن رواية المزني في «الجامع» أنه لا بد من شرط النفقة في العقد مقدرة، لكن لم يثبتها الأصحاب.

**فصل:** هل يملك العامل حصته من الربح بالظهور كالمساقاة، أم لا يملك إلا بالقسمة؟ قولان: أظهرهما عند الأكثرين: الثاني. فإن قلنا: بالظهور، فليس ملكًا مستقرًا، فلا يتسلط العامل على التصرف فيه، لأن الربح وقاية لرأس المال. فلو اتفق خسران، كان من الربح دون رأس المال ما أمكن. ولذلك نقول: إذا طلب أحدهما قسمة الربح قبل فسخ القراض، لا يجبر الآخر. فإذا أرتفع القراض والمال ناضّ واقتسماه، حصل الاستقرار وهو نهاية الأمر. وكذلك لو كان قدر رأس المال ناضًا، فأخذه المالك واقتسما الباقي.

وفي حصول الاستقرار بارتفاع العقد، ونضوض المال من غير قسمة، وجهان: أصحهما: نعم، للوثوق بحصول رأس المال، والثاني: لا، لأن القسمة الباقية من تتمة عمل العامل. وإن كان المال عرضًا، بني على خلاف يأتي إن شاء الله تعالى، في أن العامل هل يجبر على البيع والتنضيض؟ إن قلنا: نعم، فالمذهب أنه لا استقرار، إذ لم يتم العمل، وإلا، فوجهان: كما لو كان ناضًا. ولو اقتسما الربح بالتراضي قبل فسخ العقد، لم يحصل الاستقرار، بل لو حصل خسران بعده، كان على العامل جبره بما أخذ. وإذا قلنا: لا يملك إلا بالقسمة، فله فيه حق مؤكد حتى يورث عنه، لأنه وإن لم يملكه، فقد ثبت له حق التملك، ويقدَّم على الغرماء، لتعلق حقه بالعين، وله أن يمتنع من العمل بعد ظهور الربح، ويسعى في التنضيض ليأخذ منه حقه. ولو أتلف المالك المال، غرم حصة العامل، وكان الإتلاف كالاسترداد.

**فرع:** لو كان في المال جارية، لم يكن للمالك وطؤها، كان في المال ربح أو لم يكن. واستبعد الإمام التحريم إذا لم يكن ربح. وإذا حرَّمنا، فوطىء، لم يكن فسخًا للقراض على الأصح، ولا حدّ عليه. وأما المهر، فسنذكره إن شاء الله تعالى. ولو وطئها العامل، فعليه الحد إن لم يكن ربح وكان عالمًا، وإلا، فلا حدَّ، ويؤخذ منه جميع المهر ويجعل في مال القراض. ولو استولد، لم تصر أم ولد إن

قلنا: لا يملك بالظهور، وإلا، ثبت الاستيلاد في نصيبه، ويقوَّم عليه الباقي إن كان موسرًا.

**فرع:** لا يجوز للمالك تزويج جارية القراض، لأنه ينقصها فيضرُّ بالعامل.

**فصل:** فيما يقع في مال القراض من زيادة أو نقص، أما الزيادة، فثمرة الشجرة المشتراة للقراض، ونتاج الدابة، وكسب الرقيق، وولد الجارية، ومهرها إذا وطئت بشبهة، وبدل منافع الدواب والأرض، وسواء وجب باستعمالها عدوانًا أو بإجارة صدرت من العامل، فإن له الإجارة. فإذا رأى فيها المصلحة، أطلق الإمام والغزالي: أن هذه كلها مال قراض، لأنها من فوائده، وقال المتولي: إن كان في المال ربح، وملَّكنا العامل حصته بالظهور، فالجواب كذلك. فإن لم يكن ربح، أو لم نملِّكه، فمن الأصحاب من قال: مال قراض. وقال جمهورهم: يفوز بها المالك، لأنها ليست من فوائد التجارة. ويشبه أن يكون هذا أولى. فإن جعلناها مال قراض، فالأصح أنها من الربح. وقيل: هي شائبة في الربح ورأس المال. ولو وطئها المالك، قال الغزالي وغيره: يكون مستردًا مقدار المهر، فيستقر نصيب العامل منه. وقال البغوي: إن كان في المال ربح وملّكناه بالظهور، وجب نصيب العامل من الربح، وإلا، فلا شيء له. واستيلاد المالك جارية القراض، كإعتاقها. وإذا أوجبنا المهر بوطئه الخالي عن الإحبال، فالأصح الجمع بينه وبين القيمة. وأما النقص، فما حصل برخص، فهو خسران مجبور بالربح. وكذا النقص بالتعيب والمرض الحادثين. وأما النقص العيني، وهو تلف البعض، فإن حصل بعد التصرف في المال بيعًا وشراءً، فقطع الجمهور بأن الاحتراق وغيره من الآفات السماوية، خسران يجبر بالربح. وفي التلف بالسرقة والغصب، وجهان: والفرق أن في الضمان الواجب ما يجبره، فلا حاجة إلى الجبر بمال القراض، وطرد جماعة الوجهين في الآفة السماوية، والأصح في الجميع، الجبر.

أما إذا نقص قبل التصرف بيعًا وشراءً، بأن دفع إليه ألفين قراضًا، فتلف أحدهما قبل التصرف، فوجهان: أحدهما: أنه خسران، فيجبر بالربح الحاصل بعدُ، ويكون رأس المال ألفين. وأصحهما: يتلف من رأس المال، ويكون رأس المال ألفًا. ولو اشترى بالألفين عبدين، فتلف أحدهما، تلف من الربح على المذهب. وقيل: من رأس المال، لأنه لم يتصرف بعدُ بالبيع. هذا إذا تلف بعض المال. أما إذا تلف كله بآفة سماوية قبل التصرف أو بعده، فيرتفع القراض، وكذا لو أتلفه المالك كما سبق. فلو أتلف أجنبي جميعه أو بعضه، أخذ منه بدله واستمر فيه القراض. وما ذكرناه من الخلاف في الجبر من الربح في صورة السرقة والغصب،

هو فيما إذا تعذر أخذ البدل من المتلِف. ولو أتلف العامل المال، قال الإمام: يرتفع القراض، لأنه وإن وجب عليه بدله، فلا يدخل في ملك المالك إلا بقبضه منه، وحينئذٍ يحتاج إلى استئناف القراض. ولك أن تقول: ذكروا وجهين في أن مال القراض إذا غصب أو أتلف، فمَن الخصم فيه؟ أصحهما: أنه المالك فقط إن لم يكن في المال ربح، وهما جميعًا إن كان ربح. والثاني: أن للعامل المخاصمة مطلقًا حفظًا للمال، فيشبه أن يكون الجواب المذكور في إتلاف الأجنبي مفرعًا على أن العامل خصم، ويتقدر أن يقال: ليس بخصم، بل إذا خاصم المالك وأخذه، عاد العامل إلى التصرف فيه بحكم القراض، ولزم مثله فيما إذا كان العامل هو المتلف.

**فرع:** لو قتل رجل عبد القراض، وفي المال ربح، لم ينفرد أحدهما بالقصاص، بل الحق لهما، فإن تراضيا على العفو على مال، أو على القصاص، جاز. وإن عفا أحدهما، سقط القصاص ووجبت القيمة، هكذا ذكروه وهو ظاهر على قولنا: يملك العامل الربح بالظهور، وغير ظاهر على القول الآخر. وإن لم يكن في المال ربح، فللمالك القصاص والعفو على غير مال. وكذا لو كانت الجناية موجبة للمال، فله العفو عنه ويرتفع القراض. فإن أخذ المال، أو صالح عن القصاص على مال، بقي القراض فيه.

**فرع:** مال القراض ألف، اشترى بعينه ثوبًا. فتلف الألف قبل التسليم، بطل الشراء وارتفع القراض. وإن اشترى في الذمة، قال في «البويطي»: يرتفع القراض ويكون الشراء للعامل، فقال بعض الأصحاب: هذا إذا كان التلف قبل الشراء، فإن القراض، والحالة هذه، غير باقٍ عند الشراء، فينصرف الشراء إلى العامل. أما لو تلف بعد الشراء، فالمشتري للمالك. فإذا تلف الألف المعد للثمن، لزمه ألف آخر. وقال ابن سريج: يقع الشراء عن العامل، سواء تلف الألف قبل الشراء أو بعده، وعليه الثمن ويرتفع القراض، لأن إذنه ينصرف إلى التصرف في ذلك الألف، فإن قلنا بالأول، فرأس المال ألف، أم ألفان؟ وجهان: فإن قلنا: ألف، فهو الألف الأول، أم الثاني؟ وجهان: فائدتهما عند اختلاف الألفين في صفة الصحة وغيرها.

**قال المصنف رحمه الله تعالى: فصل: وإن اختلف العامل ورب المال في تلف المال، فادعاه العامل وأنكره رب المال، أو في الخيانة فادعاها رب المال وأنكر العامل فالقول قول العامل لأنه أمين والأصل عدم الخيانة، فكان القول قوله كالمودع.**

**فصل: فإن اختلفا في رد المال فادعاه العامل وأنكره رب المال، ففيه وجهان:**

أحدهما: لا يقبل قوله لأنه قبض العين لمنفعته فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير.

والثاني: يقبل قوله، لأن معظم منفعته لرب المال، لأن الجميع له إلا السهم الذي جعله للعامل، فقبل قوله عليه في الرد كالمودع.

فصل: فإن اختلفا في قدر الربح المشروط، فأدعى العامل أنه النصف، وادعى رب المال أنه الثلث تحالفا، لأنهما اختلفا في عوض مشروط في العقد فتحالفا كالمتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن، فإن حلفا صار الربح كله لرب المال، ويرجع العامل بأجرة المثل، لأنه لم يسلم له المسمى، فرجع ببدل عمله.

فصل: وإن اختلفا في قدر رأس المال، فقال رب المال ألفان، وقال العامل ألف فإن لم يكن في المال ربح فالقول قول العامل لأن الأصل عدم القبض فلا يلزمه إلا ما أقر به وإن كان في المال ربح ففيه وجهان:

أحدهما: أن القول قول العامل لما ذكرناه.

والثاني: أنهما يتحالفان لأنهما اختلفا فيما يستحقان من الربح فتحالفا، كما لو اختلفا في قدر الربح المشروط، والصحيح هو الأول لأن الاختلاف في الربح المشروط، اختلاف في صفة العقد فتحالفا كالمتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن، وهذا اختلاف فيما قبض، فكان الظاهر مع الذي ينكر كالمتبايعين إذا اختلفا في قبض الثمن فإن القول قول البائع.

فصل: وإن كان في المال عبد فقال رب المال: اشتريته للقراض، وقال العامل: اشتريته لنفسي أو قال رب المال اشتريته لنفسك، وقال العامل: اشتريته للقراض فالقول قول العامل لأنه قد يشتري لنفسه وقد يشتريه للقراض ولا يتميز أحدهما عن الآخر إلا بالنية، فوجب الرجوع إليه، فإن أقام رب المال البينة أنه اشتراه بمال القراض ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يحكم بالبينة، لأنه لا يشترى بمال القراض إلا للقراض.

والثاني: أنه لا يحكم بها لأنه يجوز أن يشتري لنفسه بمال القراض على وجه التعدي، فلا يكون للقراض لبطلان البيع.

فصل: وإن كان في يده عبد فقال رب المال: كنت نهيتك عن شرائه، وأنكر العامل، فالقول قول العامل، لأن الأصل عدم النهي، ولأن هذا دعوى خيانة والعامل أمين، فكان القول فيهما قوله.

فصل: وإن قال: ربحت في المال ألفًا ثم ادعى أنه غلط فيه، أو أظهر ذلك خوفًا من نزع المال من يده، لم يقبل قوله، لأن هذا رجوع عن الإقرار بالمال لغيره، فلم يقبل، كما لو أقر لرجل بمال ثم ادعى أنه غلط، فإن قال: قد كان فيه ربح ولكنه هلك، قبل قوله، لأن دعوى التلف بعد الإقرار لا تكذب إقراره فقبل.

**الشرح:** فسخ القراض والاختلاف فيه، فيه طرفان: الطرف الأول: في

فسخه. والقراض جائز، فإنه في أوله وكالة، وبعد ذلك شركة. إذا حصل ربح، فلكل منهما فسخه متى شاء، ولا يحتاج إلى حضور صاحبه ورضاه. وإذا مات أحدهما، أو جن، أو أُغمي عليه، انفسخ. فإذا فسخا جميعًا أو أحدهما، لم يكن للعامل أن يشتري بعده، ثم ينظر إن كان المال دينًا، لزم العامل التقاضي والاستيفاء، سواء كان ربح، أم لا. فإن لم يكن دينًا، نظر إن كان نقدًا من جنس رأس المال ولا ربح، أخذه المالك. وإن كان ربح، اقتسماه بحسب الشرط، فإن كان الحاصل مكسَّرة، ورأس المال صحاح، نظر، فإن وجد من يبدلها بالصحاح وزنًا يوزن، أبدلها وإلا، باعها بغير جنسها من التقديم اشترى به الصحاح، يجوز أيضًا أن يبيعها بعرض ويشتري به الصحاح على الأصح. وإن كان نقدًا من غير جنس المال، أو عرضا، فله حالان:

أحدهما: أن يكون فيه ربح فيلزم العامل بيعه إن طلبه المالك، وله بيعه وإن أباه المالك، وليس للعامل تأخير البيع إلى موسم رواج المتاع، لأن حق المالك معجل. ولو قال المالك: تركت حقي لك فلا تكلفني البيع، لم يلزمه الإجابة على الأصح، لأن في التنضيض مشقة ومؤنة، فلا يسقط عن العامل. ولو قال المالك: لا تبع ونقتسم العروض بتقويم عدلين، أو قال: أعطيك قدر نصيبك ناضًّا، ففي تمكُّن العامل من البيع، وجهان: وقطع الشيخ أبو حامد وغيره بالمنع، لأنه إذا جاز للمعير أن يتملَّك غراس المستعير بقيمته لدفع الضرر، فالمالك هنا أولى. وحيث لزم البيع، قال الإمام: الذي قطع به المحققون، أن ما يلزمه بيعه وتنضيضه، قدر رأس المال. أما الزائد، فحكمه حكم عرض يشترك فيه رجلان، فلا يكلف واحد منهما بيعه. ثم ما يبيعه بطلب المالك أو دونه، يبيعه بنقد البلد إن كان من جنس رأس المال. فإن كان من غير جنسه، باعه يرى المصلحة فيه من نقد البلد ورأس المال، فإن باعه بنقد البلد، حصَّل به رأس المال.

الحال الثاني: إذا لم يكن في المال ربح، فهل للمالك تكليفه البيع؟ وجهان أصحهما: نعم، ليرد كما أخذ لئلا يلزم المالك مشقة ومؤنة. وهل للعامل البيع إذا رضي المالك بامساكه؟ وجهان حكاهما الإمام. أحدهما: لا، إذ لا فائدة، والصحيح وبه قطع الجمهور: له البيع إذا توقع ربحًا، بأن ظفر بسوق أو راغب. وإذا قلنا: ليس للعامل البيع إذا أراد المالك إمساك العرض، أو اتفقا على أخذ المالك العرض، ثم ظهر ربح بارتفاع السوق، فهل للعامل فيه نصيب، لحصوله بكسبه؟ أم لا، لظهوره بعد الفسخ؟ وجهان: أصحهما: الثاني.

**فرع:** كما يرتفع القراض بقول المالك: فسخته، يرتفع بقوله للعامل: لا تتصرف بعد هذا، أو باسترجاع المال منه. فلو باع المالك ما اشتراه العامل

للقراض، فهل ينعزل كما لو باع الموكل ما وكل في بيعه؟ أم لا ويكون ذلك إعانة له؟ وجهان: أصحهما: الثاني. ولو حبس العامل ومنعه التصرف، أو قال: لا قراض بيننا، ففي انعزاله وجهان.

**فرع:** إذا مات المالك والمال ناض لا ربح فيه، أخذه الوارث. فإن كان ربح، اقتسماه. وإن كان عرضًا، فالمطالبة بالبيع والتنضيض كحالة حصول الفسخ في حياتهما، وللعامل البيع هنا حيث كان له البيع هناك، ولا يحتاج إلى إذن الوارث اكتفاءً بإذن المورِّث، بخلاف ما لو مات العامل، فإنه لا يملك وارثه البيع دون إذن المالك، لأنه لم يرض بتصرفه. وفي وجه: لا يبيع العامل بغير إذن وارث المالك. والصحيح: الجواز. ويجري الخلاف في استيفائه الديون بغير إذن الوارث. ولو أراد الاستمرار على العقد، فإن كان المال ناضًّا، فلهما ذلك بأن يستأنفا عقدًا بشرطه، ولا بأس بوقوعه قبل القسمة لجواز القراض على المشاع، ولذلك يجوز القراض مع الشريك بشرط أن لا يشاركه في اليد، ويكون للعامل ربح نصيبه، ويتضاربان في ربح نصيب الآخر. وهل ينعقد بلفظ الترك والتقرير، بأن يقول الوارث، أو القائم بأمره: تركتك أو قررتك على ما كنت عليه؟ وجهان: أصحهما: نعم، لفهم المعنى، وليكن الوجهان تفريعًا على أن القراض ونحوه لا ينعقد بالكناية. فأما إذا قلنا: ينعقد به، فينبغي القطع بالانعقاد هنا، وإن كان المال عرضًا، ففي جواز تقريره على القراض وجهان: أصحهما: المنع، لأن القراض الأول انقطع بالموت، ولا يجوز ابتداء القراض على عرض. والأشبه أن يختص الوجهان بلفظ الترك والتقرير، ولا يسامح باستعمال الألفاظ التي تستعمل في الابتداء. وحكى الإمام فيما إذا فسخ القراض في الحياة طريقة طاردة للوجهين، وطريقة قاطعة بالمنع، وهي الأشهر. فأما إذا مات العامل واحتيج إلى البيع والتنضيض، فإن أذن المالك لوارث العامل فيه، فذاك، وإلا، تولاه أمين من جهة الحاكم، ولا يجوز تقرير وارثه على القراض إن كان المال عرضًا قطعًا، فإن كان ناضًّا، فلهما ذلك بعقد مستأنف. وفي لفظ التقرير، الوجهان السابقان، ويجريان أيضًا فيما إذا انفسخ البيع الجاري بينهما ثم أرادا إعادته، فقال البائع: قررتك على موجب البيع الأول، وقبل صاحبه، وفي النكاح، لا يصح مثله.

**فرع:** كان رأس مال الميت مئة، والربح مئتين، وجدد الوارث العقد مع العامل مناصفة كما كان بلا قسمة، فرأس مال الوارث مئتان من ثلاث المئة، والمئة الباقية للعامل، فعند المقاسمة، يأخذها وقسطها من الربح، ويأخذ الوارث رأس ماله مئتين، ويقتسمان ما بقي.

**فصل:** إذا استرد المالك طائفةً من المال، فإن كان قبل ظهور الربح والخسران، رجع رأس المال إلى القدر الباقي. وإن ظهر ربح، فالمسترد شائع ربحًا وخسرانًا على النسبة الحاصلة من جملتي الربح ورأس المال، ويستقر ملك العامل على ما يخصه بحسب الشرط مما هو ربح منه، فلا يسقط بالخسران الواقع بعده. وإن كان الاسترداد بعد ظهور الخسران، كان موزّعًا على المسترد والباقي، فلا يلزم جبر حصة المستردِّ من الخسران، ويصير المال هو الباقي بعد المسترد وحصته من الخسران.

مثال الاسترداد بعد الربح: كان رأس المال مئة، وربح عشرين، واسترد عشرين، فالربح سدس المال، فيكون المسترد سدسه ربحًا، وهو ثلاثة دراهم وثلث، ويستقر ملك العامل على نصفه إذا كان الشرط مناصفة، وهو درهم وثلثا درهم. فلو عاد ما في يده إلى ثمانين، لم يسقط نصيب العامل، بل يأخذ منها درهمًا وثلثي درهم.

ومثال الاسترداد بعد الخسران: كان رأس المال مئة، وخسر عشرين، واسترد عشرين، فالخسران موزَّع على المسترد والباقي، فتكون حصة المسترد خمسة لا يلزم جبرها، بل يكون رأس المال خمسة وسبعين، فما زاد بعد ذلك عليها قسم بينهما.

الطرف الثاني: في الاختلاف، وفيه مسائل:

إحداها: ادعى العامل تلف المال، صدِّق بيمينه، فلو ذكر سبب التلف، فسيأتي بيانه في كتاب الوديعة إن شاء الله تعالى.

الثانية: لو ادعى الرد، صدِّق بيمينه على الأصح.

الثالثة: قال: ما ربحتُ، أو ما ربحتُ إلا ألفًا، فقال المالك: ألفين، صُدِّق العامل بيمينه. فلو قال: ربحت كذا، ثم قال: غلطت في الحساب، إنما الربح كذا، أو تبينت أن لا ربح، أو قال: كذبت فيما قلت خوفًا من انتزاع المال من يدي، لم يقبل قوله. ولو قال: خسرت بعد الربح الذي أخبرت عنه، قبل منه. قال المتولي وذلك عند الاحتمال، بأن حدث كساد فإن لم يحتمل لم يقبل. ولو ادعى الخسارة عند الاحتمال، أو التلف بعد قوله: كنت كاذبًا فيما قلت، قُبل أيضًا، ولا تبطل أمانته بذلك القول السابق، هكذا نص عليه، وقاله الأصحاب.

الرابعة: قال: اشتريت هذا للقراض، فقال المالك: بل لنفسك، فالقول قول العامل على المشهور، وفي قول: قول المالك، لأن الأصل عدم وقوعه عن القراض. ولو قال: اشتريته لنفسي، فقال: بل للقراض، صُدِّق العامل بيمينه قطعًا. فلو أقام المالك بينة أنه اشتراه بمال القراض، ففي الحكم بها وجهان: وجه المنع: أنه قد يشتري لنفسه بمال القراض عدوانًا، فيبطل العقد.

الخامسة: قال المالك: كنت نهيتك عن شراء هذا، فقال: لم تنهني، صدِّق العامل.

السادسة: قال: شرطت لي نصف الربح، فقال: بل ثلثه، تحالفا كالمتبايعين، فإذا حلفا، فسخ العقد، واختص الربح والخسران بالمالك، وللعامل أجرة مثل عمله. وفي وجه: أنها إن كانت أكثر من نصف الربح، فليس له إلا قدر النصف، لأنه لا يدَّعي أكثر.

السابعة: اختلفا في قدر رأس المال، فالقول قول العامل إن لم يكن في المال ربح، وكذا إن كان على الأصح. وقيل: يتحالفان. ولو قارض رجلين على أن نصف الربح له، والباقي بينهما سواء، فربحا، ثم قال المالك: دفعت إليكما ألفين، وصدَّقه أحدهما، وقال الآخر: بل ألفًا، لزم المقر ما أقرّ به، وحلف الآخر وقضي له بموجب قوله. ولو كان الحاصل ألفين، أخذ المنكر ربع الألف الزائد على ما أقرَّ به، والباقي يأخذه المالك. ولو كان الحاصل ثلاثة آلاف، فالمنكر يزعم أن الربح ألفان، له منهما خمسمئة، فتسلَّم له، ويأخذ المالك من الباقي ألفين عن رأس المال، يبقى خمسمئة يتقاسماها ـ المالك والمقر ـ أثلاثًا، لاتفاقهم على أن ما يأخذه المالك مِثْلا ما يأخذه كل عامل، وما أخذه المنكر، كالتالف. ولو قال المالك: رأس المال دنانير، فقال العامل: بل دراهم، صدِّق العامل.

الثامنة: اختلفا في أصل القراض، فقال المالك: دفعت إليك لتشتري لي بالوكالة، وقال القابض: بل قارضتني، فالمصدَّق المالك. فإذا حلف أخذ المال وربحه، ولا شيء عليه للآخر.

## باب العبد المأذون له في التجارة

**قال المصنف رحمه الله تعالى: لا يجوز للعبد أن يتجر بغير إذن المولى لأن منافعه مستحقة له، فلا يملك التصرف فيها بغير إذنه، فإن رآه يتجر فسكت لم يصر مأذونًا له، لأنه تصرف يفتقر إلى الإذن، فلم يكن السكوت إذنًا فيه، كبيع مال الأجنبي، فإن اشترى شيئًا في الذمة فقد اختلف أصحابنا فيه فقال أبو سعيد الإصطخري وأبو إسحاق لا يصح لأنه عقد معاوضة فلم يصح من العبد بغير إذن المولى كالنكاح.**

**وقال أبو علي بن أبي هريرة: يصح لأنه محجور عليه لحق غيره فصح شراؤه في الذمة كالمفلس، ويخالف النكاح، فإنه تنقص به قيمته، ويستضر به المولى، فلم يصح من غير إذنه. فإن قلنا: إنه يصح دخل المبيع في ملك المولى، لأنه كسب للعبد فكان للمولى، كما لو احتش أو اصطاد، ويثبت الثمن في ذمته**

لأن إطلاق البيع يقتضي إيجاب الثمن في الذمة، فإن علم البائع برقه لم يطالبه حتى يعتق لأنه رضي بذمته فلزمه الصبر إلى أن يقدر، كما نقول فيمن باع من مفلس، وإن لم يعلم ثم علم، فهو بالخيار بين أن يصير إلى أن يعتق وبين أن يفسخ البيع ويرجع إلى عين ماله، لأنه تعذر الثمن فثبت الخيار، كما نقول فيمن باع من رجل ثم أفلس بالثمن. وإن قلنا: إن الشراء باطل، وجب رد المبيع لأنه مقبوض عن بيع فاسد. فإن تلف في يد العبد أتبع بقيمته إذا عتق، لأنه رضي بذمته وإن تلف في يد السيد، جاز له مطالبة المولى في الحال، ومطالبة العبد إذا عتق، لأنه ثبتت يد كل واحد منهما عليه بغير حق.

فصل: وإن أذن له في التجارة صح تصرفه، لأن الحجر عليه لحق المولى، وقد زال، وما يكتسبه للمولى، لأنه إن دفع إليه مالًا فاشترى به كان المشتري عوض ماله فكان له، وإن أذن له في الشراء في الذمة كان المشتري من أكسابه، لأنه تناوله الإذن فإن لم يكن في يده شيء أتبع به إذا عتق لأنه دين لزمه برضى من له الحق فتعلق بذمته، ولا تباع فيه رقبته لأن المولى لم يأذن له في رقبته، فلم يقض منها دينه.

فصل: ولا يتجر إلا فيما أذن به، لأن تصرفه بالإذن، فلا يملك إلا ما دخل فيه. فإن أذن له في التجارة لم يملك الإجارة، ومن أصحابنا من قال: يملك إجارة ما يشتريه للتجارة، لأنه من فوائد المال، فملك العقد عليه كالصوف واللبن، والمذهب الأول، لأن المأذون فيه هو التجارة، والإجارة ليست من التجارة فلم يملك بالإذن في التجارة.

فصل: ولا يبيع بنسيئة ولا بدون ثمن المثل لأن إطلاق الإذن يحمل على العرف، والعرف هو البيع بالنقد، وثمن المثل، ولأنه يتصرف في حق غيره، فلا يملك إلا ما فيه النظر والاحتياط، وليس فيما ذكرناه نظر ولا احتياط، فلا يملك. ولا يسافر بالمال لأن فيه تغريرًا بالمال فلا يملك من غير إذن، وإن اشترى من يعتق على مولاه بغير إذنه ففيه قولان:

أحدهما: أنه لا يصح وهو الصحيح، لأن الإذن في التجارة يقتضي ما ينتفع به ويربح فيه، وهذا لا يوجد فيمن يعتق عليه.

والثاني: أنه يصح لأن العبد لا يصح منه الشراء لنفسه، فإذا أذن له فقد أقامه مقام نفسه فوجب أن يملك جميع ما يملك. فإن قلنا: يصح فإن لم يكن عليه دين عتق، وإن كان عليه دين ففيه قولان:

أحدهما: يعتق لأنه ملكه.

والثاني: لا يعتق لأن حقوق الغرماء تعلقت به، فإن اشتراه بإذنه صح الشراء، فإن لم يكن عليه دين عتق عليه، وإن كان عليه دين فعلى القولين، ومتى صح العتق لزمه أن يغرم قيمته للغرماء، لأنه أسقط حقهم منه بالعتق.

فصل: وإذا اكتسب العبد مالًا بأن احتش أو اصطاد أو عمل في معدن، فأخذ

**منه مالًا أو ابتاع أو اتهب أو أوصي له بمال فقبل، دخل ذلك في ملك المولي، لأنها اكتساب ماله، فكانت له. فإن ملكه مالًا ففيه قولان: قال في «القديم»: يملكه لما روى ابن عمر ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «من باع عبدًا وله مال فماله للبائع، إلا أن يشترطه المبتاع»[1] ولأنه يملك البضع فملك المال كالحر، وقال في «الجديد»: لا يملك، لأنه سبب يملك به المال، فلا يملك به العبد كالإرث، فإن ملكه جارية وأذن له في وطئها ملك وطأها في قوله «القديم»، ولا يملك في «الجديد»، وإن ملكه نصابًا لم يجب زكاته على المولى في قوله «القديم»، ويجب في «الجديد»؛ فإن وجب كفارة على بالطعام والكسوة في قوله «القديم»، وكفر بالصوم في قوله «الجديد»، وأما العتق فلا يكفر به على القولين لأن العتق يتضمن الولاء والعبد ليس من أهل الولاء، وإن باعه وشرط المبتاع ماله، جاز في قوله «القديم» أن يكون المال مجهولًا، لأنه تابع ولا يجوز في «الجديد» لأنه غير تابع والله أعلم.**

**الشرح:** قال في البيان: لا يجوز للعبد أن يتجر بغير إذن مولاه؛ لأن منافعه مستحقة لمولاه، فلا يجوز إبطالها عليه بغير إذنه، فإن رآه المولى يتجر، فسكت عنه، ولم يأمره، ولم ينهه، لم يصر مأذونًا له في التجارة، وقال أبو حنيفة: يصير مأذونًا له.

دليلنا: أنه تصرف يفتقر إلى الإذن.. فلم يقم السكوت مقامه، كما لو باع الراهن الرهن والمرتهن ساكت، وإن باع العبد شيئًا بغير إذن مولاه، لم يصح؛ لأنه مال لسيده، فلم يصح بيعه بغير إذنه، كمال الأجنبي. وإن اشترى العبد شيئًا في ذمته، أو اقترض شيئًا، فهل يصح؟ فيه وجهان:

الأول: قال أبو إسحاق، وأبو سعيد الإصطخري: لا يصح؛ لأنه عقد معاوضة، فلم يصح من العبد بغير إذن سيده، كالنكاح.

والثاني: قال أبو علي بن أبي هريرة، وغيره: يصح؛ لأنه محجور عليه لحق غيره، فصح تصرفه بثمن في ذمته، كالمفلس، وفيه احتراز من السفيه.

فإذا قلنا: يصح الشراء والقراض، قال ابن الصباغ: فللبائع والمقرض الرجوع فيه إذا كان في يد العبد؛ لأنه قد تحقق إعساره، وإن كان قد تلف في يده، رجع عليه بالثمن وعوض القرض إذا أعتق وأيسر، وإن كان السيد قد قبضه، فقد ملكه، وليس للبائع والمقرض الرجوع فيه؛ لأن السيد أخذ ذلك، وله أخذه، فسقط حق

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٣٧٩) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٤٣) وأبو داود في سننه برقم (٣٤٣٣) والنسائي في سننه (٧/ ٢٩٧) والترمذي في سننه برقم (١٢٤٤) وابن ماجه في سننه برقم (٢٢١١) والبيهقي في سننه (٥/ ٣٢٤).

البائع والمقرض، كما يسقط حق البائع ببيع المبيع ورهنه، ويكون للبائع أو المقرض العوض في ذمة العبد إلى أن يعتق ويوسر.

وذكر الشيخ أبو إسحاق: أن المبيع يدخل في ملك السيد، فإن علم البائع برقه، لم يطالبه بشيء حتى يعتق، وإن لم يعلم برقه، ثم علم، فهو بالخيار: بين أن يصبر إلى أن يعتق، وبين أن يفسخ البيع، ويرجع إلى عين ماله، ولم يفرق بين أن يقبضه السيد من العبد، أو لم يقبضه.

وإن قلنا: إن الشراء والقرض فاسدان، فإن البائع والمقرض يرجعان في العين إذا كانت باقية، سواء كانت في يد العبد أو في يد السيد؛ لأن ملكهما باق عليها. وإن كانت تالفة، فإن تلفت في يد العبد قبل أن يقبضها السيد، رجع عليه البائع والمقرض ببدلها إذا عتق وأيسر، وإن قبضها السيد، فالبائع والمقرض بالخيار: بين أن يرجع على السيد ببدلها في الحال، وبين أن يصبر إلى أن يعتق العبد ويوسر، فيرجع عليه.

وإن اتجر العبد بإذن المولى، صح؛ لأن المنع منه لحق المولى، فزال بإذنه، فإن حصل عليه ديون في المعاملة، فإن كان في يده مال، قضيت منه الديون، وإن لم يكن في يده شيء، فإن الديون تكون في ذمته تتبع به إذا عتق وأيسر، ولا تتعلق برقبته ولا بذمة السيد، وبه قال مالك.

ولا يتصرف العبد المأذون له إلا على حسب ما أذن له فيه سيده، فإن دفع إليه مالًا، وقال له: اتجر فيه، كان له أن يبيعه، ويشتري بثمنه، وإن أذن له في التجارة مطلقًا، فهل يصح؟ فيه وجهان، حكاهما في العدة:

أحدهما: يصح؛ لعموم إذنه.

والثاني: لا يصح، وهو اختيار أبي طاهر؛ لأن الإطلاق مجهول، فلم يصح، كالوكالة.

وإن أذن له أن يتجر بذمته، فهل يصح؟ فيه وجهان، الصحيح: أنه يصح. وإن أذن له في التجارة في صنف من المال، لم يتجر في غيره. وقال أبو حنيفة: يجوز.

دليلنا: أنه تصرف مستفاد بالإذن من جهة الآدمي، فكان مقصورًا على ما أذن فيه، كالمضارب، وفيه احتراز من الصبي إذا بلغ، فإنه تصرف مستفاد بالشرع.

وإن أذن له في التجارة، لم يملك أن يؤاجر ما اشتراه للتجارة، ولا أن يؤاجر نفسه، ومن أصحابنا من قال: له أن يؤاجر الأعيان التي اشتراها للتجارة.

وقال أبو حنيفة: يجوز له أن يؤاجر نفسه، والأول أصح؛ لأن المأذون فيه هو

التجارة، والإجارة ليست من التجارة. وعلى قول أبي حنيفة: إنه عقد على نفسه، فلا يملكه بالإذن في التجارة، كالبيع، والنكاح.

ولا يبيع بدون ثمن المثل، ولا بنسيئة، ولا بغير نقد البلد، ولا يسافر بالمال من غير إذن السيد؛ لأن تصرفه لغيره بإذنه، فهو كالوكيل، ولا يجوز له أن يتخذ دعوة، ولا يهب بغير إذن سيده. وقال أبو حنيفة: يجوز ذلك.

دليلنا: أنه تبرع بمال مولاه من غير إذنه، فلم يصح، كمال سيده الذي في يده.

وإذا زعم العبد: أن سيده أذن له في التجارة، فليس لأحد معاملته حتى يعلم الإذن.

وقال أبو حنيفة: يجوز، دليلنا: أن الأصل عدم الإذن، كالراهن إذا ادعى أن المرتهن أذن له في بيع الرهن.

وإن زعم العبد أن سيده قد حجر عليه، وقال السيد: لم أحجر عليه، لم يصح تصرف العبد.

وقال أبو حنيفة: يصح، دليلنا: أن الاعتبار بالمتعاقدين، والعبد يزعم: أنه لا يصح عقده، فهو كما لو قال: أبيعك هذه العين وإن كنت لا أملكها.

وإذا أبق العبد المأذون له في التجارة، لم يبطل إذن سيده له، وقال أبو حنيفة: يبطل. دليلنا: أن الإباق معنى لا يمنع من ابتداء الإذن في التجارة، فلم يمنع استدامته، كما لو غصب أو حبس بدين عليه.

وإن اشترى العبد المأذون له في التجارة من يعتق على سيده، كوالده، أو ولده، نظرت: فإن كان السيد قد نهاه عن شرائه، لم يصح شراؤه، قولًا واحدًا، سواء كان عليه دين أو لم يكن؛ لأنه يملك التصرف بإذنه، فلا يملك ما نهاه عنه.

وإن أذن له السيد في شرائه، صح شراؤه، كما لو اشتراه السيد بنفسه، فإن لم يكن على المأذون له دين، عتق عليه، وإن كان عليه دين، فهل يعتق عليه؟ فيه قولان: أحدهما: لا يعتق عليه؛ لأن حقوق الغرماء تعلقت بماله، فصار كالمستحق لهم.والثاني: يعتق عليه، ويغرم السيد قيمته للغرماء إن كان موسرًا بها؛ لأنه ملكه، فعتق عليه، وإن كان معسرًا بها، لم يعتق عليه؛ لأن عتقه يؤدي إلى الإضرار بالغرماء.

وإن اشتراه العبد بغير إذن سيده من غير أن ينهاه عنه، فهل يصح؟ فيه قولان: أحدهما: لا يصح، وهو الصحيح؛ لأن إذن السيد تضمن شراء ما فيه حظ ويمكنه التجارة فيه، ولا يتناول من يعتق عليه، كالعامل في القراض إذا اشترى من يعتق على رب المال. والثاني: يصح الشراء؛ لأن الشراء لا يصح من العبد بنفسه وإنما يشتري بإذن سيده، فإذا أذن له في الشراء، تناول شراء كل ما يملكه السيد بنفسه،

ويفارق العامل في القراض، فإن يصح له أن يشتريه لنفسه، ويصح لرب المال، فلم يصح في حق رب المال إلا ما تضمنه إذنه.

فإذا قلنا بهذا: فإن لم يكن على المأذون له دين، عتق العبد، وإن كان عليه دين، فهل يعتق العبد؟ قال الشيخ أبو حامد: ينظر فيه.فإن كان السيد معسرًا، لم يعتق، قولًا واحدًا. وإن كان موسرًا بقيمته، فهل يعتق؟ فيه قولان، كالمرهون. فإذا قلنا: يعتق، غرم السيد قيمته للغرماء.

وأما ابن الصباغ: فقال: إذا كان على المأذون له دين، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يبطل الشراء؛ لأن الدين يمنع من عتقه، فكان بطلان العقد أحسن.

والثاني: يصح الشراء، ولا يعتق.

والثالث: يعتق عليه، وتكون ديون الغرماء في ذمة السيد.

وقال أبو حنيفة: إن لم يكن دفع إليه المال وإنما أذن له في التجارة، صح الشراء، وعتق على مولاه، وإن كان دفع إليه مالًا، لم يصح الشراء ورد على مولاه.

دليلنا: أنه إذن مطلق في الشراء، فلم يتناول من يعتق على الآذن، كما لو دفع إليه مالًا.

وإذا اكتسب العبد مالًا، بأن احتش أو اصطاد، أو عمل في معدن، فأخذ منه مالًا، أو اتهب مالًا، أو أُوصي له به، فقبله، فإن العبد لا يملكه ما لم يملكه السيد، بلا خلاف على المذهب، وإنما يدخل ذلك في ملك السيد.

وقال مالك: يدخل في ملك العبد، وللسيد أن ينتزعه منه، فإن عتق قبل أن ينتزعه منه، استقر ملك العبد عليه. وبه قال داود، وأهل الظاهر، وإسحاق، وهي إحدى الروايتين عن أحمد.

فأما إذا ملكه السيد مالًا، فهل يملكه؟ فيه قولان: الأول: قال في القديم: يملكه، والثاني: قال في الجديد: لا يملك. وبه قال أبو حنيفة، والثوري، والرواية الأخرى عن أحمد.

إذا ثبت هذا: فإن للقولين فوائد.منها: إذا ملكه السيد نصابًا من المال، فإن قلنا بقوله الجديد، فالزكاة فيه على السيد؛ لأن ملكه لم يزل عنه. وإن قلنا بالقديم، لم تجب الزكاة فيه على السيد؛ لأنه قد زال ملكه عنه، ولا على العبد؛ لأن ملكه ضعيف.

ومنها: إذا ملكه السيد جارية، قلنا بالجديد، لم يجز للعبد وطؤها؛ لأنه لا يملكها. وإن قلنا بالقديم، فإن أذن له السيد في وطئها، جاز له وطؤها، وإن لم يأذن له في وطئها، لم يجز له وطؤها.

ومنها: إذا وجبت على العبد كفارة، فإن قلنا بالجديد، لم يجز له أن يكفر بالإطعام ولا بالكسوة؛ لأنه لا يملك ذلك، بل يكفر بالصوم. وإن قلنا بالقديم، جاز له أن يكفر بالإطعام والكسوة، ولا يكفر بالعتق بكل حال؛ لأن العتق يتضمن الولاء، والعبد ليس ممن يثبت له الولاء.

ومنها: إذا ملكه السيد مالًا، ثم باعه وماله، فإن قلنا بقوله الجديد، لم يصح البيع حتى يكون ماله معلومًا عند المتبايعين؛ لأنهما مالان مبيعان. فإن كان ماله دراهم، فباع العبد وماله بدراهم، أو كان ماله دنانير، فباعه وماله بدنانير، لم يصح البيع؛ لأن ذلك ربًا، وإن كان ماله دنانير، فباع العبد وماله بدراهم، أو كان ماله دراهم، فباع العبد وماله بدنانير، فعلى القولين فيمن جمع بين بيع وصرف. وإن قلنا بقوله القديم، واشترط المبتاع ماله، صح البيع فيهما وإن كان المال مجهولًا عندهما، أو عند أحدهما.

واختلف أصحابنا في تعليله: فمنهم من قال: إنما صح ذلك؛ لأن البيع ينصرف إلى العبد، وأما ماله، فهو تابع له، فلم تؤثر الجهالة فيه، كما لا تؤثر الجهالة في طي الآبار، وأساس الحيطان، وسقوف البيوت، إلا أنه إذا باع العبد بدراهم، وكان ماله دراهم، أو باعه بدنانير، وكان ماله دنانير، لم يصح البيع على هذا التعليل؛ لأن الربا يحرم في التابع، كما يحرم في المتبوع.

ومنهم من قال: إنما يصح البيع فيهم وإن كان ماله مجهولًا؛ لأن ماله غير مبيع، بل يبقى على ملك العبد.

فعلى هذا: يصح أن يبيع العبد وماله إن كان دراهم بدراهم، وإن كان دنانير بدنانير، وهذا التعليل هو الأصح؛ لأن الشافعي قال في القديم: وعاب علينا بعض الناس، فقال: إنكم تجوزون أن يشتري عبدًا ومعه ألفا درهم بألف درهم، فيقبض المشتري الثمن بأحد الألفين، ويسلم له العبد والألف الآخر، فالتزم الشافعي السؤال، وتكلم عليه، فدل على أن ذلك يصح على القديم، وهذا لا يستقيم إلا على هذه العلة.

إذا اشترى عبدًا، وله مال، وقلنا: يملكه العبد، فاشترطه المبتاع مع العبد، كان للمشتري أن ينتزع المال منه، فإن انتزعه منه، وأتلفه، ثم وجد بالعبد عيبًا، لم يكن له رده. وقال داود: يرد العبد وحده. وهذا ليس بصحيح؛ لأن العبد إذا كان ذا مال تكون قيمته أكثر، فتلف المال ينقص من قيمته، فلم يجز رده مع ذلك.

# كتاب المساقاة

**قال المصنف رحمه الله تعالى: تجوز المساقاة على النخل لما روى ابن عمر رضي الله عنه: «عامل النبي ﷺ أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمر وزرع» وتجوز على الكرم لأنه شجرة تجب الزكاة في ثمرته فجازت المساقاة عليه كالنخل، وتجوز على الفسلان وصغار الكرم إلى وقت تحمل، لأنه بالعمل عليها تحصل الثمرة كما تحصل بالعمل على النخل والكرم، ولا تجوز على المباطخ والمقاثي والعلف وقصب السكر، لأنها بمنزلة الزرع فكان المساقاة عليها كالمخابرة على الزرع.**

**واختلف قوله في سائر الأشجار المثمرة كالتين والتفاح، فقال في «القديم» تجوز المساقاة عليها، لأنها شجر مثمر فأشبه النخل والكرم. وقال في «الجديد»: لا تجوز لأنه لا تجب الزكاة في ثماره فلم تجز المساقاة عليه كالغرب والخلاف.**

**واختلف قوله في المساقاة على الثمرة الظاهرة فقال في «الأم»: تجوز لأنه إذا جاز على الثمرة المعدومة مع كثرة الغرر، فلأن تجوز على الثمرة الموجودة وهي من الغرر أبعد أولى. وقال في البويطي: لا تجوز، لأن المساقاة عقد على غرر، وإنما أجيز على الثمرة المعدومة للحاجة إلى استخراجها بالعمل، فإذا ظهرت الثمرة زالت الحاجة، فلم تجز.**

**الشرح:** قوله: «الكرم» أي العنب، والودي والفسيل: النخل الصغار، وقوله: «المباطخ والمقاثي» هو موضع البطيخ والقثاء، وقوله: «كالغرب والخلاف» الغرب: ضرب من الشجر يسمى بالفارسية إسبندار، والخلاف شجر يستخرج منه ماء طيب كماء الورد.

أما الأحكام: فالمساقاة هي أن يعامل إنسان إنسانًا على شجرة ليتعهَّدها بالسقي والتربية، على أن ما رزق الله تعالى من الثمرة يكون بينهما. وأركانها خمسة:

الركن الأول: العاقدان، وسبق بيانهما في القراض.

والركن الثاني: متعلَّق العمل، وهو الشجر، وله ثلاثة شروط:

الشرط الأول: أن يكون نخلًا أو عنبًا، فأما غيرهما من النبات، فقسمان:

القسم الأول: ما له ساق، وما لا. والأول ضربان:

الضرب الأول: ما له ثمرة كالتين، والجوز، والمشمش، والتفاح ونحوها،

وفيها قولان: القديم: جواز المساقاة عليها. والجديد: المنع. وعلى الجديد، في شجر المُقْل وجهان: جوّزها ابن سريج، ومنعها غيره. والأصح: المنع. والله أعلم.

الضرب الثاني: ما لا ثمرة له، كالدُّلب والخِلاَف وغيره، فلا تجوز المساقاة عليه. وقيل: في الخلاف وجهان لأغصانه.

القسم الثاني: ما لا ساق له، كالبطيخ، والقثاء، وقصب السكر، والباذنجان، والبقول التي لا تثبت في الأرض ولا تجزُّ إلا مرة واحدة، فلا تجوز المساقاة عليها، كما لا تجوز على الزرع. فإن كانت تثبت في الأرض وتجزُّ مرة بعد مرة، فالمذهب المنع. وقيل: وجهان: أصحهما: المنع.

الشرط الثاني: أن تكون الأشجار مرئية، وإلا، فباطل على المذهب. وقيل: قولان، كبيع الغائب.

الشرط الثالث: أن تكون معينة. فلو ساقاه على أحد الحائطين، لم يصح.

الركن الثالث: الثمار. فيشترط اختصاصها بالعاقدين مشتركة بينهما معلومة، وأن يكون العلم بها من حيث الجزئية دون التقدير. فلو شرطا بعض الثمار لثالث، أو كلَّها لأحدهما، فسدت المساقاة. وفي استحقاق الأجرة عند شرط الكل للمالك وجهان كالقراض. أصحهما: المنع، لأنه عمل مجانًا. ولو قال: ساقيتك على أن لك جزءًا من الثمرة، فسدت. ولو قال: على أنها بيننا، أو على أن نصفها لي، أو نصفها لك، وسكت عن الباقي، أو على أن ثمرة هذه النخلة أو النخلات لي، أو لك، والباقي بيننا، أو على أن صاعًا من الثمرة لي، أو لك، والباقي بيننا، فحكمه كلُّه كما سبق في القراض. وفي «التتمة» وجه شاذ: أنه تصح المساقاة إذا شرط كل الثمرة للعامل، لغرض القيام بمصلحة الشجر.

**فصل:** إذا ساقاه على وَديٍّ ليغرسه ويكون الشجر بينهما، أو ليغرسه ويتعهده مدة كذا، والثمرة بينهما، فهو فاسد على الصحيح. وقيل: يصح فيهما، للحاجة. وقيل: يصح في الثاني. فعلى الصحيح: إذا عمل في هذا الفاسد، استحق أجرة المثل إن كانت الثمرة متوقّعة في هذه المدة، وإلا فعلى الوجهين في شرط الكل للمالك. ولو ساقاه على ودي مغروس، فإن قدَّرا العقد بمدة لا يثمر فيها، لم تصح المساقاة، لخلوِّها عن الغرض. وفي استحقاقه أجرة المثل، الخلاف السابق. قال الإمام: هذا إذا كان عالمًا بأنها لا تثمر فيها، فإن جهل ذلك، استحق الأجرة قطعًا. وإن قدر بمدة يثمر فيها غالبًا، صح، ولا يضرُّ كون أكثر المدة لا ثمر فيها، فإن اتفق أنها لم تثمر، لم يستحق العامل شيئًا، كما لو قارضه فلم يربح، أو ساقاه

على النخيل المثمرة فلم تثمر، وإن قدر بمدة تحتمل الإثمار وعدمه، لم يصح على الأصح، كما لو أسلم في معدوم إلى وقت يحتمل وجوده وعدمه. والثاني: يصح. فإن أثمرت، استحق، وإلا، فلا شيء له. وعلى الأول: يستحق الأجرة إن لم تثمر، لأنه عمل طامعًا. هذه طريقة جمهور الأصحاب، وجعلوا توقع الثمرة ثلاثة أقسام كما ذكرنا. وقيل: إن غلب وجودها في تلك المدة، صح، وإلا، فوجهان: وقيل: إن غلب عدمها، لم يصح، وإلا، فوجهان:

**فرع:** دفع إليه وديًّا ليغرسه في أرض نفسه، على أن يكون الغراس للدافع، والثمر بينهما، فهو فاسد، وللعامل عليه أجرة مثل عمله وأرضه. ولو دفع إليه أرضه ليغرسها بوديّ نفسه، على أن تكون الثمرة بينهما، ففاسد أيضًا، ولصاحب الأرض أجرتها على العامل.

**فصل:** في جواز المساقاة بعد خروج الثمار، قولان: أظهرهما: الجواز. وفي موضع القولين طرق. أصحها: أنهما فيما بدوِّ الصلاح، فأما بعده، فلا يجوز قطعًا. والثاني: القولان فيما لم يتناه نضجه. فإن تناهى، لم يجز قطعًا. والثالث: طردهما في كل الأحوال. ولو كان بين النخيل بياض، بحيث تجوز المزارعة عليه تبعًا للمساقاة، فكان فيه زرع موجود، ففي جواز المزارعة تبعًا، وجهان بناءً على هذين القولين.

**فصل:** إذا كان في الحديقة نوعان من التمر فصاعدًا، كالصيحاني، والعجوة، والدَّقل، فساقاه على أن له النصف من الصيحاني، أو من العجوة الثلث، فإن علما قدر كل نوع، جاز، وإن جهله أحدهما، لم يجز. ومعرفة كل نوع إنما تكون بالنظر والتخمين دون التحقيق. وإن ساقاه على النصف من الكل، جاز وإن جهلا قدر النوعين. ولو ساقاه على أنه إن سقى بماء السماء، فله الثلث، أو بالدالية، فالنصف، لم يصح، للجهل. ولو ساقاه على حديقته بالنصف على أن يساقيه على أخرى بالثلث، أو على أن يساقيه العامل على حديقته، ففاسد. وهل تصح المساقاة الثانية؟ ينظر، إن عقدها وفاءً بالشرط الأول، لم يصح، وإلا، فيصح، وسبق نظيره في الرهن.

**فرع:** حديقة بين اثنين مناصفة، ساقى أحدهما صاحبه وشرط له ثلثي الثمار، صح وقد شرط له ثلث ثمرته. وإن شرط له ثلث الثمار، أو نصفها، لم يصح، لأنه لم يثبت له عوضًا بالمساقاة، فإنه يستحق النصف بالملك. وإذا عمل، ففي استحقاقه الأجرة الوجهان. ولو شرط له جميع الثمار، فسد، وفي الأجرة وجهان: لأنه لم يعمل له إلا أنه انصرف إليه. والله أعلم.

ولو شرط في المساقاة مع الشريك أن يتعاونا على العمل، فسدت وإن أثبت له زيادة على النصف، كما لو ساقى أجنبيًا على هذا الشرط. ثم إن تعاونا واستويا في العمل، فلا أجرة لواحد منهما. وإن تفاوتا، فإن كان عمل من شرط له الزيادة أكثر، استحق على الأجرة بالحصة من عمله. وإن كان عمل الآخر أكثر، ففي استحقاقه الأجرة الوجهان. أما لو أعانه من غير شرط، فلا يضر. ولو ساقى الشريكان أجنبيًا، وشرطا له جزءًا من ثمرة كل الحديقة، ولم يعلم نصيب كل واحد منهما، جاز. فإن قالا: على أن لك من نصيب أحدنا النصف، ومن نصيب الآخر الثلث، من غير تعيين، لم يصح، وإن عينا، فإن علم نصيب كل واحد، صح، وإلا، فلا.

**فرع:** كانت الحديقة لواحد، فساقى اثنين على أن لأحدهما نصف الثمرة، وللآخر ثلثها، في صفقة، أو صفقتين، جاز إن عيّن مَنْ له النصف ومن له الثلث.

**فرع:** حديقة بين ستة أسداسًا، فساقَوا رجلًا على أن له من نصيب واحد عيَّنوه النصف، ومن نصيب الثاني الربع، ومن الثالث الثمن، ومن الرابع الثلثين، ومن الخامس الثلث، ومن السادس السدس، فحسابه أن مخرج النصف والربع يدخلان في مخرج الثُمُن، ومخرج الثُلُثين والثلث يدخل في السدس، تبقى ستة وثمانية، يُضرب وفق أحدهما في الآخر، تبلغ أربعة وعشرين، تضربه في عدد الشركاء وهو ستة، تبلغ مئة وأربعة وأربعين، لكل واحد منهم أربعة وعشرون، فيأخذ العامل ممن شُرط له النصف اثني عشر، ومن الثاني ستة، ومن الثالث ثلاثة، ومن الرابع ستة عشر، ومن الخامس ثمانية، ومن السادس أربعة، فيجتمع له تسعة وأربعون.

الركن الرابع: العمل، وشروطه قريبة من عمل القراض وإن اختلفا في الجنس:

فمنها: أن لا يُشرط عليه عمل ليس من أعمال المساقاة.

ومنها: أن يستبدَّ العامل باليد في الحديقة ليتمكن من العمل متى شاء.

فلو شرطا كونه في يد المالك، أو مشاركته في اليد، لم يصح. ولو سلَّم المفتاح إليه، وشرط المالك الدخول عليه، جاز على الصحيح. ووجه الثاني: أنه إذا دخل، كانت الحديقة في يده، ويتعوَّق بحضوره عن العمل.

ومنها: أن ينفرد العامل بالعمل.

فلو شرطا مشاركة المالك في العمل فسد العقد، وإن شرطا أن يعمل معه غلام المالك، جاز على المذهب والمنصوص. وقيل: وجهان كالقراض. هذا إذا شرطا معاونة الغلام، ويكون تحت تدبير العامل. فلو شرطا اشتراكهما في التدبير،

ويعملان ما اتفقا عليه، لم يجز بلا خلاف. وإذا جوزناه في الأول، فلا بد من معرفة الغلام بالرؤية أو الوصف. وأما نفقته، فإن شرطاها على المالك، جاز، وإن شرطاها على العامل، جاز أيضًا على الأصح. وعلى هذا، هل يجب تقديرها ليعرف ما يدفع إليه كل يوم من الخبز والأُدْم، أم لا بل يحمل على الوسط المعتاد لأنه يتسامح به؟ وجهان: وبالثاني قطع الشيخ أبو حامد. وإن شرطاها في الثمار، فقطع البغوي بالمنع، لأن ما يبقى مجهول.

وقال صاحب «الإفصاح»: يجوز، لأنه قد يكون من صلاح المال، ويشبه أن يتوسط فيقال: إن شرطاها من جزءٍ معلوم، بأن شرطا للمالك ثلث الثمار، وللعامل ثلثها، ويصرف الثلث الثالث إلى نفقة الغلام. جاز، وكأن المشروط للمالك ثلثاها. وإن شرطاها في الثمار بغير تقدير جزءٍ لم يصح. ولو لم يتعرضا للنفقة أصلًا، فالمذهب والذي قطع به الجمهور: أنها على المالك. وفي وجه: على العامل، حكاه في «المهذب». ولصاحب «الإفصاح» احتمالان آخران. أحدهما: أنها من الثمرة، والآخر، يفسد العقد، ولا يجوز للعامل استعمال الغلام في عمل نفسه. ولو شرط أن يعمل له، بطل العقد. ولو كان برسم الحديقة غلمان يعملون فيها، لم يدخلوا في مطلق المساقاة. ولو شرط استئجار العامل من يعمل معه من الثمرة، بطل العقد. ولو شرط كون أجرة من يعمل معه على المالك، بطل على المذهب، وبه قطع الأصحاب، وشذ الغزالي، فذكر في جوازه وجهين:

**فصل:** يشترط لصحة المساقاة، أن تكون مؤقَّتة. فإن وقّت بالشهور أو السنين العربية، فذاك، ولو وقت بالرومية وغيرها، جاز إذا علماها، فإن أطلقا لفظ السنة، انصرف إلى العربية. وإن وقت بإدراك الثمرة، فهل يبطل كالإجارة، أم يصح لأنه المقصود؟ وجهان: أصحهما: عند الجمهور: أولهما، وبه قطع البغوي، وصحح الغزالي الثاني. فعلى الثاني لو قال: ساقيتك سنة، وأطلق، فهل يحمل على السنة العربية، أم سنة الإدراك؟ وجهان: زعم أبو الفرج السرخسي أن أصحهما: الثاني. فإن قلنا بالأول، أو وقت بالزمان، فأدركت الثمار والمدة باقية، لزم العامل أن يعمل في تلك البقية، ولا أجرة له. وإن انقضت المدة وعلى الشجر طلع أو بلح، فللعامل نصيبه منها، وعلى المالك التعهد إلى الإدراك. وإن حدث الطلع بعد المدة، فلا حق للعامل فيه. ولو ساقاه أكثر من سنة، ففي صحته الأقوال التي سنذكرها إن شاء الله تعالى في الإجارة أكثر من سنة، فإن جوزنا، فهل يجب بيان حصة كل سنة، أم يكفي قوله: ساقيتك على النصف لاستحقاق النصف كل سنة؟ قولان، أو وجهان كالإجارة. وقيل: يجب هنا قطعًا، لكثرة الاختلاف في الثمر،

بخلاف المنافع، فلو فاوت بين الجزء المشروط في السنين، لم يصح على المذهب. وقيل: قولان كالسلَم إلى آجال. ولو ساقاه سنين، وشرط له ثمرة سنة بعينها، والأشجار بحيث تثمر كل سنة، لم يصح. ولو ساقاه تسع سنين، وشرط له ثمرة العاشرة، لم يصح قطعًا، وكذا إن شرط له ثمرة التاسعة على الصحيح. والله أعلم.

الركن الخامس: الصيغة، ولا تصح المساقاة بدونها على الصحيح. وفيها الوجه المكتَفى في العقود بالتراضي، والمعاطاة، وكذا في القراض وغيره.

ثم أشهر الصيغ: ساقيتك على هذه النخيل بكذا، أو عقدت معك عقد المساقاة.

قال الأصحاب: وينعقد بكل لفظ يؤدي معناها، كقوله: سلَّمت إليك نخيلي لتتعهدَّها على كذا، أو اعمل على هذا النخيل، أو تعهد نخيلي بكذا، وهذا الذي قالوه، يجوز أن يكون تفريعًا على أن مثله من العقود ينعقد بالكناية، ويجوز أن يكون ذهابًا إلى أن هذه الألفاظ صريحة، ويعتبر في المساقاة، القبول قطعًا، ولا يجيء فيها الوجه المذكور في القراض والوكالة، للزومهما.

**فرع:** لو عقدا بلفظ الإجارة، فقال: استأجرتك لتتعهد نخيلي بكذا من ثمارها، أو عقدا الإجارة بلفظ المساقاة، فوجهان في المسألتين. أحدهما: الصحة، لما بين البابين من المشابهة، واحتمال كل لفظ معنى الآخر. وأصحهما: المنع، لأن لفظ الإجارة صريح في غير المساقاة، فإن أمكن تنفيذه في موضوعه، نفذ فيه، وإلا، فلا، وهو إجارة فاسدة، والخلاف راجع إلى أن الاعتبار باللفظ أو المعنى؟ ولو قال: ساقيتك على هذه النخيل بكذا ليكون أجرة لك، فلا بأس، لسبق لفظ المساقاة. هذا إذا قصد بلفظ الإجارة المساقاة، أما إذا قصدا الإجارة نفسها، فينظر، إن لم تكن خرجت الثمرة، لم يجز، لأن شرط الأجرة أن تكون في الذمة، أو موجودة معلومة. وإن كانت خرجت، وبدا فيها الصلاح، جاز، سواء شرط ثمرة نخلة معينة، أو جزءًا شائعًا، كذا أطلقوه، ولكن يجيء فيه ما سنذكره إن شاء الله تعالى في مسألة قفيز الطحان وأخواتها. وإن لم يبد فيها الصلاح، فإن شرط له ثمرة نخله بعينها، جاز بشرط القطع، وكذا لو شرط كل الثمار للعامل. وإن شرط جزءًا شائعًا، لم يجز وإن شرط القطع، لما سبق في البيع. وإذا عقدا بلفظ المساقاة، فالصحيح: أنه لا يحتاج إلى تفصيل الأعمال، بل يحمل في كل ناحية على عرفها الغالب. وقيل: يجب تفصيلها. وهذا الخلاف إذا علم المتعاقدان العرف المحمول عليه. فإن جهله أحدهما، وجب التفصيل قطعًا.

**قال المصنف رحمه الله تعالى: فصل: ولا تجوز إلا على شجر معلوم؛ وإن**

قال: ساقيتك على أحد هذين الحائطين لم يصح، لأنها معاوضة يختلف الغرض فيها باختلاف الأعيان فلم يجز على حائط غير معين كالبيع وهل يجوز على حائط معين لم يره؟ فيه طريقان أحدهما: أنه على قولين كالبيع، والثاني: أنه لا يصح قولًا واحدًا لأن المساقاة معقودة على الغرر فلا يجوز أن يضاف إليها الغرر لعدم الرؤية بخلاف البيع.

فصل: ولا تجوز إلا على مدة معلومة لأنه عقد لازم، فإن جوزناه مطلقًا استبد العامل بالأصل فصار كالمالك، ولا تجوز على أقل من مدة توجد فيها الثمرة، فإن ساقاه على النخل، أو على الوادي إلى مدة لا تحمل لم يصح، لأن المقصود أن يشتركا في الثمرة؛ وذلك لا يوجد؛ فإن عمل العامل فهل يستحق أجرة المثل؟ فيه وجهان: أحدهما: لا يستحق، وهو قول المزني، لأنه رضي أن يعمل بغير عوض فلم يستحق الأجرة كالمتطوع في غير المساقاة.

والثاني: أنه يستحق، وهو قول أبي العباس، لأن العمل في المساقاة يقتضي العوض فلا يسقط بالرضا بتركه كالوطء في النكاح، وإن ساقاه إلى مدة قد تحمل وقد لا تحمل ففيه وجهان: أحدهما: أنها تصح لأنه عقد إلى مدة يرجى فيها وجود الثمرة، فأشبه إذا ساقاه إلى مدة توجد الثمرة فيها في الغالب. والثاني: أنها لا تصح وهو قول أبي إسحاق لأنه عقد على عوض غير موجود، ولا الظاهر وجوده، فلم يصح، كما لو أسلم في معدوم إلى محل لا يوجد في الغالب، فعلى هذا إن عمل استحق أجرة المثل، لأنه لم يرض أن يعمل من غير ربح، ولم يسلم له الربح، فرجع إلى بدل عمله.

واختلف قوله في أكثر مدة الإجارة والمساقاة، فقال في موضع: سنة وقال في موضع: يجوز ما شاء، وقال في موضع: يجوز ثلاثين سنة، فمن أصحابنا من قال: فيه ثلاثة أقوال.

أحدها: لا تجوز بأكثر من سنة، لأنه عقد على غرر أجيز للحاجة، ولا تدعو الحاجة إلى أكثر من سنة، لأن منافع الأعيان تتكامل في سنة.

الثاني: تجوز ما بقيت العين، لأن كل عقد جاز إلى سنة جاز إلى أكثر منها، كالكتابة والبيع إلى أجل.

والثالث: أنه لا تجوز أكثر من ثلاثين سنة؛ لأن الثلاثين شطر العمر، ولا تبقى الأعيان على صفة أكثر من ذلك، ومنهم من قال: هي على القولين الأولين، وأما الثلاثون فإنما ذكره على سبيل التكثير، لا على سبيل التحديد، وهو الصحيح.

فإن ساقاه إلى سنة لم يجب ذكر قسط كل شهر، لأن شهور السنة لا تختلف منافعها، وإن ساقاه إلى سنتين ففيه قولان: أحدهما: لا يجب ذكر كل سنة، كما إذا اشترى أعيانًا بثمن واحد، لم يجب ذكر قسط كل عين منها. والثاني: يجب،

لأن المنافع تختلف باختلاف السنين، فإذا لم يذكر قسط كل سنة، لم نأمن أن ينفسخ العقد فلا يعرف ما يرجع فيه من العوض، ومن أصحابنا، من قال: القولان في الإجارة، فأما في المساقاة فإنه يجب ذكر قسط كل سنة من العوض، لأن الثمار تختلف باختلاف السنين، والمنافع لا تختلف في العادة باختلاف السنين.

فصل: وإذا ساقاه إلى عشر سنين فانقضت المدة ثم أطلعت ثمرة السنة العاشرة، فلم يكن للعامل فيها حق لأنها ثمرة حدثت بعد انقضاء العقد. وإن أطلعت قبل انقضاء المدة وانقضت المدة وهي طلع أو بلح، تعلق بها حق العامل، لأنها حدثت قبل انقضاء المدة.

فصل: ولا تجوز إلا على جزء معلوم، فإن ساقاه على جزء مقدر كالنصف والثلث جاز، لحديث ابن عمر، فإن عقد على جزء غير مقدر كالجزء والسهم والنصيب لم يصح، لأن ذلك يقع على القليل والكثير، فيعظم الغرر. وإن ساقاه على صاع معلوم لم يصح، لأنه ربما لم يحصل ذلك فيستضر العامل، وربما لا يحصل إلا ذلك فيستضر رب النخل، وإن ساقاه على أن له ثمر نخلات بعينها، لم يصح، لأنه قد لا تحمل تلك النخلات فيستضر العامل، أو لا يحمل إلا هي فيستضر رب النخل. وإن ساقاه عشر سنين وشرط له ثمرة سنة غير السنة العاشرة لم يصح، لأنه شرط عليه بعد حقه عملاً لا يستحق عليه عوضًا، وإن شرط له ثمرة السنة العاشرة، ففيه وجهان: أحدهما: أنه يصح كما يصح أن يعمل في جميع السنة؛ وإن كانت الثمرة في بعضها. والثاني: لا يصح لأنه يعمل فيها مدة تثمر فيها، ولا يستحق شيئًا من ثمرها.

فصل: ولا يصح إلا على عمل معلوم فإن قال: إن سقيته بالسيح، فلك الثلث، وإن سقيته بالناضح، فلك النصف، لم يصح لأنه عقد على مجهول.

فصل: وتنعقد بلفظ المساقاة لأنه موضوع له وتنعقد بما يؤدي معناه لأن القصد منه المعنى، فصح بما دل عليه، فإن قال: استأجرتك لتعمل فيه على نصف ثمرته لم تصح، لأنه عقد الإجارة بعوض مجهول القدر، فلم تصح.

فصل: ولا يثبت فيه خيار الشرط لأنه إذا فسخ لم يمكن رد المعقود عليه، وفي خيار المجلس وجهان: أحدهما: يثبت فيه لأنه عقد لازم يقصد به المال، فيثبت فيه خيار المجلس، كالبيع. والثاني: لا يثبت، لأنه عقد لا يعتبر فيه قبض العوض في المجلس فلو ثبت فيه خيار المجلس لثبت فيه خيار الشرط كالبيع.

فصل: وإذا تم العقد لم يجز لواحد منهما فسخه لأن النماء متأخر عن العمل، فلو قلنا: إنه يملك الفسخ لم يأمن أن يفسخ بعد العمل، ولا تحصل له الثمرة.

فصل: وعلى العامل أن يعمل ما فيه مستزاد في الثمرة من التلقيح، وصرف الجريد، وإصلاح الأجاجين، وتنقية السواقي، والسقي وقلع الحشيش المضر

بالنخل، وعلى رب النخل عمل ما فيه حفظ الأصل من سد الحيطان، ونصب الدولاب، وشراء الثيران، لأن ذلك يراد لحفظ الأصل، ولهذا من يريد إنشاء بستان فعل هذا كله.

واختلف أصحابنا في الجذاذ واللقاط، فمنهم من قال: لا يلزم العامل ذلك، لأن ذلك يحتاج إليه بعد تكامل النماء، ومنهم من قال: يلزمه لأنه لا تستغنى عنه الثمرة.

فصل: وإن شرط العامل في القراض والمساقاة أن يعمل معه رب المال لم يصح لأن موضوع العقد أن يكون المال من رب المال، والعمل من العامل، فإذا لم يجز شرط المال على العامل، لم يجز شرط العمل على رب المال، وإن شرط أن يعمل معه غلمان رب المال فقد نص في المساقاة أنه يجوز. واختلف أصحابنا فيها على ثلاثة أوجه، فمنهم من قال: لا يجوز فيهما لأن عمل الغلمان كعمل رب المال، فإذا لم يجز شرط عمله لم يجز شرط عمل غلمانه، وحمل قوله في المساقاة على أنه أراد ما يلزم رب المال من سد الحيطان وغيره.

والثاني: يجوز فيهما، لأن غلمانه ماله، فجاز أن يجعل تابعًا لماله كالثور والدولاب والحمار لحمل المتاع، بخلاف رب المال فإنه مالك، فلا يجوز أن يجعل تابعًا لماله.

والثالث: أنه يجوز في المساقاة ولا يجوز في القراض، لأن في المساقاة ما يلزم رب المال من سد الحيطان وغيره فجاز أن يشترط فيها عمل غلمانه وليس في القراض ما يلزم رب المال، فلم يجز شرط غلمانه. فإذا قلنا: أنه يجوز، لم يصح، حتى تعرف الغلمان بالرؤية أو الوصف، ويجب أن يكون الغلمان تحت أمر العامل، وأما نفقتهم فإنه إن شرط على العامل جاز، لأن بعملهم ينحفظ الأصل، وتزكو الثمرة؛ وإن لم يشترط ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنها على العامل، لأن العمل مستحق عليه فكانت النفقة عليه.

والثاني: أنها على رب المال، لأنه شرط عملهم عليه فكانت النفقة عليه.

والثالث: أنها من الثمرة لأن عملهم على الثمرة فكانت النفقة منها.

فصل: وإذا ظهرت الثمرة ففيه طريقان من أصحابنا من قال: هي على القولين في العامل في القراض، أحدهما: تملك بالظهور، والثاني: بالتسليم ومنهم من قال في المساقاة: تملك بالظهور قولًا واحدًا، لأن الثمرة لم تجعل وقاية لرأس المال فملك بالظهور، والربح جعل وقاية لرأس المال، فلم يملك بالظهور في أحد القولين.

فصل: والعامل أمين فيما يدعي من هلاك، وفيما يدعى عليه من خيانة، لأنه ائتمنه رب المال فكان القول قوله، فإن ثبتت خيانته، ضم إليه، من يشرف عليه ولا تزال يده، لأن العمل مستحق عليه، ويمكن استيفاؤه منه، فوجب أن

يستوفى، وإن لم ينحفظ استؤجر عليه من ماله من يعمل عنه، لأنه لا يمكن استيفاء العمل بفعله فاستوفي بغيره.

فصل: وإن هرب رفع الأمر إلى الحاكم ليستأجر من ماله من يعمل عنه، فإن لم يكن مال، اقترض عليه ـ فإن لم يجد من يقرضه ـ فلرب النخل أن يفسخ، لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه فثبت له الفسخ، كما لو اشترى عبدًا فأبق من يد البائع، فإن فسخ ـ نظرت فإن لم تظهر الثمرة ـ فهي لرب النخل لأن العقد زال قبل ظهورها، وللعامل أجرة ما عمل، وإن ظهرت الثمرة فهي بينهما، فإن عمل فيه رب النخل أو استأجر من عمل فيه بغير إذن الحاكم لم يرجع، لأنه متبرع، وإن لم يقدر على إذن الحاكم فإن لم يشهد لم يرجع، لأنه متبرع، وإن أشهد ففيه وجهان: أحدهما: يرجع لأنه موضع ضرورة. والثاني: لا يرجع لأنه يصير حاكمًا لنفسه على غيره، وهذا لا يجوز لا لضرورة ولا لغيرها.

فصل: وإن مات العامل قبل الفراغ فإن تمم الوارث العمل استحق نصيبه من الثمرة وإن لم يعمل ـ فإن كان له تركة ـ استؤجر منها من يعمل لأنه حق عليه يمكن استيفاؤه من التركة، فوجب أن يستوفى، كما لو كان عليه دين وله تركة، وإن لم تكن له تركة لم يلزم الوارث العمل، لأن ما لزم الموروث لا يطالب به الوارث، كالدين، ولا يقترض عليه لأنه لا ذمة له ولرب النخل أن يفسخ، لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه، فإن فسخ كان الحكم فيه على ما ذكرناه في العامل إذا هرب.

فصل: وإن ساقى رجلًا على نخل على النصف، فعمل فيه العامل وتقاسما الثمرة ثم استحق النخل، رجع العامل على من ساقاه بالأجرة، لأنه عمل بعوض، ولم يسلم له العوض، فرجع ببدل عمله، فإن كانت الثمرة باقية أخذها المالك، فإن تلفت رجع بالبدل، فإن أراد تضمين الغاصب ضمنه الجميع لأنه حال بينه وبين الجميع، وإن أراد أن يضمن العامل، ففيه وجهان: أحدهما: يضمنه الجميع لأنه ثبتت يده على الجميع فضمنه، كالعامل في القراض في المال المغصوب. والثاني: لا يضمن إلا النصف لأنه لم يحصل في يده إلا ما أخذه بالقسمة وهو النصف، فأما النصف الآخر فإنه لم يكن في يده، لأنه لو كان في يده لزمه حفظه، كما يلزم العامل في القراض.

فصل: إذا اختلف العامل ورب النخل في العوض المشروط، فقال العامل: شرطت لي النصف، وقال رب النخل: شرطت لك الثلث، تحالفا، لأنهما متعاقدان اختلفا في العوض المشروط ولا بينة، فتحالفا كالمتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن. وبالله التوفيق.

**الشرح:** قوله: «استبد العامل بالأصل» أي انفرد به واختص دون رب المال، والقسط: الحصة والنصيب، وقوله: «بالسيح» هو الماء الجاري على وجه الأرض، والتلقيح هو تأبير النخل، وصرف الجريد هو تنحيته وإزالة ما يضر بالنخل منه،

والأجاجين جمع أجانة وهي التي تغسل فيها الثياب، والجذاذ هو قطع الثمر عند انتهائه، واللقاط ما لقط من الأرض وجمع ما يتناثر منه، وقوله: «من يشرف عليه» أي يطلع عليه.

أما أحكام المساقاة فيجمعها حكمان: أحدهما: ما يلزم العامل والمالك. والثاني: في لزومها.

أما الأول: فكل عمل تحتاج إليه الثمار لزيادتها، أو صلاح، ويتكرر كل سنة، فهو على العامل. وإنما اعتبرنا التكرار، لأن ما يتكرر يبقى أثره بعد فراغ المساقاة، وتكليف العامل مثل هذا، إجحاف به. فما يجب عليه السقي، وما يتبعه من إصلاح طريق الماء والأجاجين التي يقف فيها الماء، وتنقية الآبار والأنهار من الحمأة ونحوها. وإدارة الدولاب وفتح رأس الساقية، وسدها عند السقي، على ما يقتضيه الحال.

وفي تنقية النهر وجه ضعيف: أنها على المالك. ووجه: أنها على من شرطت عليه منهما. فإن لم يذكراها، فسد العقد.

ومنه: تقليب الأرض بالمساحي وكرابها في المزارعة. قال المتولي: وكذا تقويتها بالزبل، وذلك بحسب العادة.

ومنه: التلقيح، ثم الطلع الذي يلقح به على المالك، لأنه عين مال، وإنما يكلف العامل العمل.

ومنها: تنحية الحشيش المضرِّ، والقضبان المضرّة بالشجر.

ومنه: تصريف الجريد ـ والجريد: سعف النخل ـ وحاصل ما قالوه في تفسيره شيئان: أحدهما: قطع ما يضر تركه يابسًا وغير يابس. والثاني: ردها عن وجوه العناقيد وتسوية العناقيد بينها لتصيبها الشمس، وليتيسر قطعها عند الإدراك.

ومنه: تعريش شجر العنب حيث جرت العادة به. قال المتولي: ووضع الحشيش فوق العناقيد صونًا لها عن الشمس عند الحاجة. وفي حفظ الثمار، وجهان: أحدهما: على العامل كحفظ مال القراض. فإن لم يحفظ بنفسه، فعليه مؤنة من يحفظه. والثاني: على العامل والمالك جميعًا بحسب اشتراكهما في الثمار، لأن الذي يجب على العامل ما يتعلق بزيادة الثمر وتنميته، ويجري الوجهان في حفظ الثمر عن الطيور والزنانير، بأن يجعل كل عنقود في قوْصَرَّة، فيلزم ذلك على العامل على الأصح عند جريان العادة به وهذه القوصرة على المالك، ويلزم العامل جداد الثمرة على الصحيح، وبه قطع الأكثرون، لأنه من الصلاح. وقيل: لا، لأنه بعد الفراغ. ويلزمه تجفيف الثمار على الصحيح إذا طردت العادة، أو

شرطاه. وإذا وجب التجفيف، وجب تهيئة موضعه وتسويته، ويسمى: البيدر والجرين، ونقل الثمار إليه، وتقليبها في الشمس.

وأما ما لا يتكرر كل سنة ويقصد به حفظ الأصول، فهو من وظيفة المالك، وذلك كحفر الآبار والأنهار الجديدة، والتي انهارت، وبناء الحيطان، ونصب الأبواب والدولاب ونحوها. وفي ردم الثلم اليسيرة التي تتفق في الجدران، ووضع الشوك على رأس الجدار، وجهان كتنقية الأنهار. والأصح: اتباع العرف. وأما الآلات التي يتوفر بها العمل، كالفأس، والمعول، والمنجل والمسحاة، والثيران، والفدان في المزرعة، والثور الذي يدير الدولاب، فالصحيح: أنها على المالك. وقيل: هي على من شرطت عليه، ولا يجوز السكوت عنها، وبه قال أبو إسحاق، وأبو الفرج السرخسي. وخراج الأرض الخراجية على المالك قطعًا، وكذا كل عين تتلف في العمل، فعلى المالك قطعًا. ثم كل ما وجب على العامل، فله استئجار المالك عليه، ويجيء فيه وجه. ولو شرطه على المالك في العقد، بطل العقد، وكذا ما على المالك لو شرطه على العامل، بطل العقد، ولو فعله العامل بلا إذن لم يستحق شيئًا، وإن فعله بإذن المالك، استحق الأجرة. وجميع ما ذكرناه تفريع على الصحيح، في أن تفصيل الأعمال لا يجب في العقد. فإن أوجبناه، فالمتبع الشرط إلا أنه لا يجوز أن يكون الشرط مغيِّرًا مقتضي العقد.

الحكم الثاني: المساقاة عقد لازم كالإجارة، ويملك العامل حصته من الثمرة بالظهور على المذهب. وقيل: قولان كالقراض. والفرق على المذهب: أن الربح في القراض وقاية لرأس المال، بخلاف الثمر.

**فرع:** إذا هرب العامل قبل تمام العمل، نظر، إن تبرع المالك بالعمل، أو بمؤنة من يعمل، بقي استحقاق العامل بحاله، وإلا، رفع الأمر إلى الحاكم، وأثبت عنده المساقاة ليطلبه الحاكم، فإن وجده، أجبره على العمل، وإلا، استأجر عليه من يعمل. ومن أين يستأجر؟ ينظر، إن كان للعامل مال، فمنه، وإلا، فإن كان بعد بدوِّ الصلاح، باع نصيب العامل كله أو بعضه بحسب الحاجة للمالك أو غيره، واستأجر بثمنه. وإن كان قبل بدوِّ الصلاح، إما قبل خروج الثمرة، أو بعده استقرض عليه من المالك أو غيره، أو من بيت المال، واستأجر به، ثم يقضيه العامل إذا رجع، أو يقضى من نصيبه من الثمرة بعد بدوِّ الصلاح، أو الإدراك. ولو وجد من يستأجره بأجرة مؤجلة، استغنى عن الاقتراض. وإن فعل المالك بنفسه، أو أنفق عليه ليرجع، ينظر، إن قدر على مراجعة الحاكم، أو لم يقدر وقدر على الإشهاد فلم يفعل، لم يرجع. وإن لم يمكنه الإشهاد، ففي رجوعه وجهان: أصحهما: عند الجمهور: لا

يرجع، لأنه عذر نادر. وحكي وجه: أنه يرجع وإن تمكن من الإشهاد، وهو شاذ. وإن أشهد، رجع على الأصح، للضرورة. وقيل: لا، لئلا يصير حاكمًا لنفسه. ثم الإشهاد المعتبر، أن يشهد على العمل أو الاستئجار، وأنه بذل ذلك بشرط الرجوع. فأما الإشهاد على العمل أو الاستئجار من غير تعرض للرجوع، فهو كترك الإشهاد، قال في «الشامل»: وإذا أنفق المالك بإذن الحاكم ليرجع، فوجهان: وجه المنع: أنه منهم في حق نفسه. فطريقه: أن يسلّم المال إلى الحاكم ليأمر غيره بالإنفاق. ولو استأجره لباقي العمل، فوجهان بناءً على ما لو أجر داره، ثم استأجرها من المستأجر. ومتى تعذر إتمام العمل بالاستقراض وغيره، فإن لم تكن الثمرة خرجت، فللمالك فسخ العقد على الصحيح، للتعذر والضرورة. وقال ابن أبي هريرة: لا يفسخ، لكن يطلب الحاكم من يساقي عن العامل، فربما فضل له شيء. وإن كانت الثمرة قد خرجت، فهي مشتركة بينهما. فإن بدا صلاحها، بيع نصيب العامل كله أو بعضه بقدر ما يُستأجر به عامل. وإن لم يبد، تعذر بيع نصيبه وحده، لأن شرط القطع في المشاع لا يكفي. فإما أن يبيع المالك نصيبه معه ليشرط القطع في الجميع، وإما أن يشتري المالك نصيبه، فيصح على الأصح في أن بيع الثمار قبل بدوِّ الصلاح لصاحب الشجرة يكفي عن اشتراط القطع. فإن لم يرغب في بيع ولا شراءٍ، وقف الأمر حتى يصطلحا. وهذا كله تفريع على أنه لا يثبت الفسخ بعد خروج الثمرة، وهو الصحيح. وقال في «المهذب»: يفسخ، وتكون الثمرة بينهما، ولا يكاد يفرض للفسخ بعد خروج الثمرة فائدة.

ويتفرع على ثبوت الفسخ قبل خروج الثمرة فرعان:

أحدهما: إذا فسخ، غرم المالك للعامل أجرة مثل ما عمل، ولا يقال بتوزيع الثمار على أجرة مثل جميع العمل، إذ الثمار ليست موجودة عند العقد حتى يقتضي العقد التوزيع فيها.

الثاني: جاء أجنبي وقال: لا تفسخ لأعمل نيابة عن العامل، لم يلزم الإجابة، لأنه قد لا يأتمنه ولا يرضى بدخوله ملكه. لكن لو عمل نيابة بغير علم المالك، وحصلت الثمار، سلم للعامل نصيبه منها، وكان الأجنبي متبرعًا عليه، هكذا قالوه. ولو قيل: وجود المتبرع كوجود مقرض حتى لا يجوز الفسخ، لكان قريبًا. والعجز عن العمل بمرض ونحوه كالهرب.

**فصل:** ولو مات مالك الشجر في أثناء المدة، لم تنفسخ المساقاة، بل يستمر العامل ويأخذ نصيبه. وإن مات العامل، فإن كانت المساقاة على عينه، انفسخت بموته كالأجير المعيَّن. وإن كانت على الذمة، فوجهان: أحدهما: تنفسخ

لأنه لا يرضي بيده غيره. والثاني وهو الصحيح وعليه التفريع: لا تنفسخ كالإجارة، بل ينظر إن خلّف تركة، تمم وارثه العمل، بأن يستأجر من يعمل، وإلا، فإن أتم العمل بنفسه، أو استأجر من ماله من يتم، فعلى المالك تمكينه إن كان أمينًا مهتديًا إلى أعمال المساقاة، ويسلم له المشروط. وإن أبى، لم يجبر عليه على الصحيح. وقيل: يجبر، لأنه خليفته، وهو شاذ، لأن منافعه لنفسه، وإنما يجبر على أداء ما على المورث من تركته. لكن لو خلف تركة، وامتنع الوارث من الاستئجار منها، استأجر الحاكم. وإن لم يخلف تركه، لم يستقرض على الميت، بخلاف الحي إذا هرب. ومهما لم يتم العمل، فالقول في ثبوت الفسخ وفي الشركة وفصل الأمر إذا خرجت الثمار، كما ذكرناه في الهرب. وهذا الذي ذكرناه من أن المساقاة تكون على العين وفي الذمة، هو تفريع على جوازها على العين، وهو المذهب المقطوع به، وتردد فيها بعضهم، لما فيها من التضييق.

**فرع:** نقل المتولي: أنه إذا لم تثمر الأشجار أصلًا، أو تلفت الثمار كلها بجائحة، أو غصب، فعلى العامل إتمام العمل وإن تضرَّر به. كما أن عامل القراض يكلَّف التنضيض وإن ظهر خسران ولم ينل إلا التعب. وهذا أصح مما ذكره البغوي: أنه إذا تلفت الثمار كلها بالجائحة، ينفسخ العقد، إلا أن يريد: بعد تمام العمل وتكامل الثمار. قال: وإن هلك بعضها، فللعامل الخيار، بين أن يفسخ العقد ولا شيء له، وبين أن يجيز ويتم العمل ويأخذ نصيبه.

**فصل:** دعوى المالك على العامل السرقةَ والخيانة في الثمر أو السعف، لا تقبل حتى يبيّن قدر ما خان فيه ويحرّر الدعوى. فإذا حررها، وأنكر العامل، فالقول قول العامل مع يمينه. فإن ثبتت خيانته ببينة، أو بإقراره، أو بيمين المالك بعد نكوله، فقيل: قولان: أحدهما: يُستأجر عليه من يعمل عنه. والثاني: يُضم إليه أمين يشرف عليه. وقال الجمهور: هي على حالين: إن أمكن حفظه بضم مشرف، قنع به، وإلا، أزيلت يده بالكلية، واستؤجر عليه من يعمل. ثم إذا استؤجر عليه، فالأجرة في ماله. وأما أجرة المشرف، فعليه أيضًا على المذهب، وبه قطع الجمهور. وقال المتولي: تبنى على مؤنة الحفظ، إن جعلناها على العامل، فكذا أجرة المشرف، وإن جعلناها عليهما، فكذا هنا. وقال في «الوسيط»: أجرة المشرف على العامل إن ثبتت خيانته بالبينة، أو بإقراره، وإلا، فعلى المالك. وهذا الذي ذكره مشكل، وينبغي إذا لم تثبت خيانته أن لا يتمكن المالك من ضم مشرف إليه، لما فيه من إبطال استقلاله باليد.

**فصل:** إذا خرجت الأشجار المساقى عليها مستحقة، أخذها المالك مع

الثمار إن كانت باقية. وإن جففاها ونقصت قيمتها بالتجفيف، استحق الأرش أيضًا، ويرجع العامل على الغاصب الذي ساقاه بأجرة المثل، كما لو استأجر الغاصب من عمل في المغصوب عملًا، وقيل: لا أجرة، تخريجًا على قولي الغرور، وكما لو تلفت بجانحة. والصحيح: الأول. وإن أتلفها، فللمالك الخيار في نصيب العامل، بين أن يطالب بضمانه العامل أو الغاصب. والقرار على العامل على الصحيح. وقيل: على الغاصب، كما لو أطعمه الطعام المغصوب على قول. وأما نصيب الغاصب، فللمالك مطالبته به. وفي مطالبته العامل به، وجهان: أصحهما: عند الجمهور: يطالبه، لثبوت يده، كما يطالب عامل القراض والمودع إذا خرج مستحقًا. والثاني: لا، لأن يده لم تثبت عليه مقصودة. وعلى الوجهين يخرَّج ما إذا تلف جميع الثمار قبل القسمة بجائحة أو غصب، فإن أثبتنا يد العامل عليها، فهو مطالب، وإلا، فلا. ولو تلف شيء من الأشجار، ففيه الوجهان. وإذا قلنا: يطالب العامل بنصيب الغاصب، ففي رجوعه على الغاصب الخلاف المذكور في رجوع المودَع. والمذهب: القطع بالرجوع.

**فصل:** إذا اختلفا في قدر المشروط للعامل، ولا بينة، تحالفا كما في القراض. وإذا تحالفا وتفاسخا قبل العمل، فلا شيء للعامل. وإن كان بعده، فله أجرة مثل عمله. وإن كان لأحدهما بينة، قضي بها. وإن كان لكل منهما بينة، فإن قلنا: تتساقطان وهو الأظهر، فهو كما لو لم يكن لهما بينة، فيتحالفان. وإن قلنا: تُستعملان، فيقرع بينهما. ولا يجيء قولا الوقف والقسمة، لأن الاختلاف في العقد، وهو لا يقسم ولا يوقف. وقيل: تجيء القسمة في القدر المختلَف فيه، فيقسم بينهما نصفين. ولو ساقاه شريكان في الحديقة، فقال العامل: شرطتما لي نصف الثمر، وصدقه أحدهما، وقال الآخر: بل شرطنا الثلث، فنصيب المصدِّق مقسوم بينه وبين العامل. وأما نصيب المكذِّب، فيتحالفان فيه. ولو شهد المصدِّق للعامل أو المكذّب، قبلت شهادته، لعدم التهمة. ولو اختلفا في قدر الأشجار المعقود عليها، أو في رد شيء من المال أو هلاكه، فالحكم كما ذكرناه في القراض.

**فصل:** إذا بدا صلاح الثمار، فإن وثق المالك بالعامل، تركها في يده إلى الإدراك، فيقتسمان حينئذٍ إن جوَّزناها، أو يبيع أحدهما نصيبه للثاني، أو يبيعان لثالث. وإن لم يثق به وأراد تضمينه التمر أو الزبيب، بني على أن الخرص عِبْرة أو تضمين؟ فإن قلنا: عبرة، لم يجز. وإن قلنا: تضمين، جاز على الأصح كما في الزكاة. ويجري الخلاف، فيما لو أراد العامل تضمين المالك بالخرص.

**فصل:** إذا انقطع ماء البستان، وأمكن رده، ففي تكليف المالك السعي فيه وجهان: أحدهما: لا، كما لا يكلف الشريك العمارة ولا المكري. والثاني: يكلف، لأنه لا يتمكن من العمل إلا به، فأشبه ما لو استأجره لقصارة ثوب بعينه يكلَّف تسليمه. فعلى هذا لو لم يسع في رده، لزمه للعامل أجرة عمله. ولو لم يمكن رد الماء، فهو كما لو تلفت الثمار بجائحة.

**فصل:** السواقط، وهي السعف التي تسقط من النخل، يختص بها المالك، وما يتبع الثمن، فهو بينهما. قال الشيخ أبو حامد: ومنه الشماريخ.

**فصل:** دفع بهيمة إليه ليعمل عليها، وما رزق الله تعالى فهو بينهما، فالعقد فاسد. ولو قال: تعهَّد هذه الغنم بشرط أن درّها ونسلها بيننا، فباطل أيضًا، لأن النماء لا يحصل بعمله. ولو قال: اعلف هذه من عندك ولك نصف درِّها، ففعل، وجب بدل النصف على صاحب الشاة، والقدر المشروط من الدرِّ لصاحب العلف مضمون في يده، لحصوله بحكم بيع فاسد، والشاة غير مضمونة، لأنها غير مقابلة بالعوض. ولو قال: خذ هذه واعلفها لتسمن ولك نصفها، ففعل، فالقدر المشروط منها لصاحب العلف مضمون عليه، دون الباقي.

**فصل:** قال المتولي: إذا كانت المساقاة في الذمة، فللعامل أن يعامل غيره لينوب عنه. ثم إن شرط له من الثمار مثل ما شرط المالك له أو دونه، فذاك، وإن شرط له أكثر، فعلى الخلاف في تفريق الصفقة. فإن جوزناه، وجب للزيادة أجرة المثل، وإن منعناه، فالأجرة للجميع. وإن كانت المساقاة على عينه، لم يكن له أن يستنيب ويعامل غيره، فلو فعل، انفسخت المساقاة بتركه العمل، وكانت الثمار كلها للمالك، ولا شيء للعامل الأول. وأما الثاني، فإن علم فساد العقد، فلا شيء له، وإلا، ففي استحقاقه أجرة المثل الخلاف في خروج الثمار مستحقة.

**فصل:** بيع الحديقة التي ساقى عليها في المدة، يشبه بيع العين المستأجرة، ولم أر له ذِكرًا، لكن في فتاوى البغوي: أن المالك إن باعها قبل خروج الثمرة، لم يصح، لأن للعامل حقًا في ثمارها، فكأنه استثنى بعض الثمرة. وإن كان بعد خروج الثمرة، صح البيع في الأشجار ونصيب المالك من الثمار، ولا حاجة إلى شرط القطع، لأنها مبيعة مع الأصول، ويكون العامل مع المشتري كما كان مع البائع. وإن باع نصيبه من الثمرة وحدها، لم يصح، للحاجة إلى شرط القطع وتعذُّره في الشائع.

## باب المزارعة

**قال المصنف رحمه الله تعالى: لا تجوز المزارعة على بياض لا شجر فيه، لما روى سليم بن بشار أن رافع بن خديج قال: «كنا نخابر على عهد رسول الله ﷺ**

**وذكر أن بعض عمومته أتاه فقال: نهى رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعًا، وطاعة الله ورسوله أنفع لنا وأنفع، قلنا: وما ذاك؟ قال: قال رسول الله ﷺ من كانت له أرض فليزرعها ولا يكرها بثلث ولا بربع ولا بطعام مسمى»[(١)].**

**فأما إذا كانت الأرض بين النخل لا يمكن سقي الأرض إلا بسقيها ـ نظرت فإن كان النخيل كثيرًا والبياض قليلًا ـ جاز أن تساقيه على النخل، وتزارعه على الأرض، لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ: عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمر وزرع»[(٢)] فإن عقد المزارعة على الأرض ثم عقد المساقاة على النخل لم تصح المزارعة، لأنها إنما أجيزت تبعًا للمساقاة للحاجة، ولا حاجة قبل المساقاة، وإن عقدت بعد المساقاة ففيه وجهان: أحدهما: لا تصح لأنه أفرد المزارعة بالعقد فأشبه إذا قدمت. والثاني: تصح لأنهما يحصلان لمن له المساقاة، وإن عقدها مع المساقاة وسوى بينهما في العوض، جاز «ن النبي ﷺ عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها من ثمر وزرع» فإن فاضل بينهما في العوض ففيه وجهان: أحدهما: يجوز وهو الصحيح لأنهما عقدان، فجاز أن يفاضل بينهما في العوض. والثاني: لا يجوز لأنهما إذا تفاضلا تميزا، فلم يكن أحدهما تابعًا للآخر، فإن كان النخل قليلًا والبياض كثيرًا ففيه وجهان: أحدهما: يجوز لأنه لا يمكن سقي النخل إلا بسقي الأرض، فأشبه الكثير. والثاني: لا يجوز لأن البياض أكثر، فلا يجوز أن يكون الأكثر تابعًا للأقل.**

**الشرح:** المزارعة والمخابرة قال بعض الأصحاب: هما بمعنى، والصحيح وظاهر نص الشافعي رحمه الله: أنهما عقدان مختلفان.

فالمخابرة: هي المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها والبذر من العامل.

والمزارعه مثلها، إلا أن البذر من المالك. وقد يقال: المخابرة: اكتراء الأرض ببعض ما يخرج منها. والمزارعة: اكتراء العامل لزرع الأرض ببعض ما يخرج منها. والمعنى لا يختلف.

وقد قال بجواز المزارعة والمخابرة من كبار أصحابنا أيضًا، ابن خزيمة، وابن المنذر، والخطابي وصنف فيها ابن خزيمة جزءًا، وبين فيه علل الأحاديث الواردة بالنهي عنها، وجمع بين أحاديث الباب، ثم تابعه الخطابي وقال: ضعَّف أحمد بن حنبل حديث النهي، وقال: هو مضطرب كثير الألوان. قال الخطابي: وأبطلها مالك، وأبو حنيفة، والشافعي، لأنهم لم يقفوا على علته، قال: فالمزارعة جائزة،

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٥٤٨) وأبو داود في سننه برقم (٣٣٩٥) والنسائي في سننه (٧/ ٤١) وابن ماجه في سننه برقم (٢٤٦٥) وأحمد في المسند (٣/ ٣٦٥).

(٢) تقدم.

وهي عمل المسلمين في جميع الأمصار، لا يُبطل العمل بها أحد. هذا كلام الخطابي.

والمختار جواز المزارعة والمخابرة، وتأويل الأحاديث على ما إذا شرط أحدهما زرع قطعة معينة، والآخر أخرى، والمعروف في المذهب، إبطالهما، وعليه تفريع مسائل الباب. والله أعلم.

فمتى أفردت الأرض لمخابرة أو مزارعة، بطل العقد. فإن كان البذر للمالك، فالغلة له، وللعامل أجرة مثل عمله، وأجرة البقر والآلات إن كانت له. وإن كان البذر للعامل، فالغلة له، ولمالك الأرض عليه أجرة مثلها. وإن كان لهما، فالغلة لهما، ولكل واحد على الآخر أجرة مثل ما انصرف من منافعه إلى حصة صاحبه. وإذا أرادا أن يكون الزرع بينهما على وجه مشروع، بحيث لا يرجع أحدهما على الآخر بشيء، نظر، إن كان البذر بينهما، والأرض لأحدهما، والعمل والآلات للآخر، فلهما ثلاث طرق:

أحدها: قاله الشافعي: يعير صاحب الأرض للعامل نصفها، ويتبرع العامل بمنفعة بدنه وآلاته لأنه مما يختص صاحب الأرض.

الثاني: قاله المزني: يكري صاحب الأرض للعامل نصفها بدينار مثلًا، ويكتري العاملَ ليعمل على نصيبه بنفسه وآلاته بدينار، ويتقاصان.

الثالث: قاله الأصحاب: يكريه نصف أرضه بنصف منافع العامل وآلاته، وهذا أحوطها.

وإن كان البذر لأحدهما، فإن كان لصاحب الأرض، أقرض نصفه للعامل وأكراه نصف الأرض بنصف عمله ونصف منافع آلاته، ولا شيء لأحدهما على الآخر إلا ردّ العوض. وإن شاء استأجر العامل بنصف البذر، ليزرع له النصف الآخر، وأعاره نصف الأرض، وإن شاء استأجره بنصف البذر ونصف منفعة تلك الأرض ليزرع باقي البذر في باقي الأرض. وإن كان البذر للعامل، فإن شاء أقرض نصفه لصاحب الأرض واكترى منه نصفها بنصف عمله وعمل آلاته، وإن شاء اكترى نصف الأرض بنصف البذر وتبرع بعمله ومنافع آلاته، وإن شاء اكترى منه نصف الأرض بنصف البذر ونصف عمله ومنافع آلاته.

ولا بد في هذه الإجارات من رعاية الشرائط، كرؤية الأرض والآلات، وتقدير المدة وغيرها. هذا كله إذا أُفردت الأرض بالعقد. أما إذا كان النخيل بياض، فتجوز المزارعة عليه مع المساقاة على النخيل، ويشترط فيه اتحاد العامل، فلا يجوز أن يساقي واحدًا، ويزارع آخر، ويشترط أيضًا تعذر إفراد النخيل بالسقي، والأرض

بالعمارة، لانتفاع النخل بسقي الأرض وتقليبها، فإن أمكن الإفراد، لم تجز المزارعة.

واختلفوا في اعتبار أمور:

أحدها: اتحاد الصفقة، فلفظ المعاملة، يشمل المزارعة والمساقاة. فلو قال: عاملتك على هذا النخيل والبياض بالنصف، كفى. وأما لفظ المساقاة والمزارعة، فلا يغني أحدهما عن الآخر، بل يساقي على النخيل، ويزارع على البياض، وحينئذٍ إن قدَّم المساقاة، نظر، إن أتى بهما على الاتصال، فقد اتحدت الصفقة ووجد الشرط، وإن فصل بينهما، فقيل: تصح المزارعة، لحصولهما لشخص. والأصح: المنع، لأنها تبع، فلا تفرد كالأجنبي. وإن قدَّم المزارعة، فسدت على الصحيح، لأنها تابعة. وقيل: تنعقد موقوفة. فإن ساقاه بعدها، بانت صحتها، وإلا، فلا.

الثاني: لو شرط للعامل نصف الثمر، وربع الزرع، جاز على الأصح. وقيل: يشترط التساوي، لأن التفضيل يزيل التبعية.

الثالث: لو كثر البياض المتخلل مع عسر الإفراد، فقيل: يبطل، لأن الأكثر متبوع لا تابع. والأصح: الجواز، للحاجة. ثم النظر في الكثرة إلى زيادة النماء، أم إلى مساحة البياض ومغارس الشجر؟ وجهان.

الرابع: لو شرطا كون البذر من العامل فهي مخابرة، فقيل: تجوز تبعًا للمساقاة كالمزارعة. والأصح: المنع، لأن الحديث ورد في المزارعة تبعًا في قصة خيبر، دون المخابرة، ولأن المزارعة أشبه بالمساقاة، لأنه لا يتوظف على العامل فيهما إلا العمل. فلو شرط أن يكون البذر من المالك والبقر من العامل، أو عكسه، قال أبو عاصم العبادي: فيه وجهان: أصحهما: الجواز إذا شرط البذر على المالك، لأنه الأصل، فكأنه اكترى العامل وبقره، قال: فإن جوزنا فيما إذا شرط البقر على المالك والبذر على العامل، نظر، فإن شرط التبن والحب بينهما، جاز، وكذا لو شرط الحب بينهما والتبن لأحدهما لاشتراكهما في المقصود. فإن شرط التبن لصاحب الثور وهو مالك الأرض، وشرط الحب للآخر، لم يجز، لأن المالك هو الأصل، فلا يمنع المقصود. وإن شرطا التبن لصاحب البذر وهو العامل، فوجهان: وقيل: لا يجوز شرط الحب لأحدهما والتبن للآخر أصلًا. واعلم أنهم أطلقوا القول في المخابرة بوجوب أجرة مثل الأرض، لكن في «فتاوى» القفال و «التهذيب» وغيرهما: أنه لو دفع أرضًا إلى رجل ليغرس أو يبني أو يزرع فيها من عنده، على أن يكون بينهما مناصفة، فالحاصل للعامل، وفيما يلزمه من أجرة الأرض، وجهان: أحدهما: نصفها، لأنه غرس نصف الغرس لصاحب الأرض

بإذنه، فقد رضي ببطلان منفعة النصف. وأصحهما: جميعها، لأنه إنما رضي ليحصل له نصف الغراس، فإذًا إطلاقهم في المخابرة تفريع على الأصح. ثم العامل يكلَّف نقل البناء والغراس إن لم تنقص قيمتهما. وإن نقصت، لم يقلع مجانًا، للإذن، بل يتخير مالك الأرض فيهما تخير المعير، والزرع يبقى إلى الحصاد. ولو زرع العامل البياض بين النخيل من غير إذن، قلع زرعه مجانًا. وإذا لم نجوز المساقاة على ما سوى النخيل والعنب من الشجر المثمر منفردًا، ففي جوازها تبعًا للمساقاة كالمزارعة وجهان.

# كتاب الإجارة

قال المصنف رحمه الله تعالى: يجوز عقد الإجارة على المنافع المباحة، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، وروى سعيد بن المسيب عن سعد ﷺ قال: «كنا نكري الأرض بما على السواقي من الزرع، فنهى رسول الله ﷺ عن ذلك وأمرنا أن نكريها بذهب أو ورق»(١).

وروى أبو أمامة التيمي قال: «سألت ابن عمر فقلت: إنا قوم نكري في هذا الوجه، وإن قومًا يزعمون أن لا حج لنا، فقال ابن عمر: ألستم تلبون وتطوفون بين الصفا والمروة، وإن رجلًا أتى النبي ﷺ فسأل عما تسألونني عنه فلم يرد عليه حتى نزل: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُوا فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٨] فتلاها عليه(٢). وروى ابن عباس ﷺ أن النبي ﷺ: «احتجم وأعطى الحجام أجره»(٣)، ولأن الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان، فلما جاز عقد البيع على الأعيان وجب أن يجوز عقد الإجارة على المنافع.

فصل: ولا تجوز على المنافع المحرمة لأنه يحرم فلا يجوز أخذ العوض عليه كالميتة والدم.

فصل: واختلف أصحابنا في استئجار الكلب المعلم، فمنهم من قال: يجوز لأن فيه منفعة مباحة، فجاز استئجاره كالفهد، ومنهم من قال: لا يجوز، وهو الصحيح، لأن اقتناءه لا يجوز إلا للحاجة وهو الصيد وحفظ الماشية وما لا يقوم غير الكلب فيه مقامه إلا بمؤن، والدليل عليه قوله ﷺ: «من اقتنى كلبًا إلا كلب صيد أو ماشية نقص من أجره كل يوم قيراطان»(٤) وما أبيح للحاجة لم يجز أخذ العوض عليه كالميتة، ولأنه لا يضمن منفعته بالغصب فدل على أنه لا قيمة لها.

فصل: واختلفوا في استئجار الفحل للضراب، فمنهم من قال: يجوز لأنه يجوز أن يستباح بالإعارة فجاز أن يستباح بالإجارة كسائر المنافع، ومنهم من قال: لا يجوز، وهو الصحيح، لما روى ابن عمر ﷺ أن النبي ﷺ: «نهى عن ثمن

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٣٩١) والنسائي في سننه (٧/ ٤١) وأحمد في المسند (١/ ١٧٨) والدارمي في سننه (٢/ ٢٧١) والبيهقي في سننه (٦/ ١٣٣).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه برقم (١٧٣٣) وأحمد في المسند (٢/ ١٥٥).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٢٧٨) ومسلم في صحيحه برقم (١٢٠٢) وأبو داود في سننه برقم (٣٤٢٣) وابن ماجه في سننه برقم (٢١٦١) وأحمد في المسند (١/ ٢٤١).

(٤) تقدم.

عسب الفحل»[1] ولأن المقصود منه هو الماء الذي يخلق منه وهو محرم لا قيمة له فلم يجز أخذ العوض عليه كالميتة والدم.

فصل: واختلفوا في استئجار الدراهم والدنانير ليجمل بها الدكان واستئجار الأشجار لتجفيف الثياب والاستظلال، فمنهم من قال: يجوز، لأنه منفعة مباحة فجاز الاستئجار لها كسائر المنافع. ومنهم من قال: لا يجوز، وهو الصحيح؛ لأن الدراهم والدنانير لا تراد للجمال ولا الأشجار لتجفيف الثياب والاستظلال، فكان بذل العوض فيه من السفه وأخذ العوض عنه من أكل المال بالباطل، ولأنه لا يضمن منفعتها بالغصب فلم يضمن بالعقد.

فصل: واختلفوا في الكافر إذا استأجر مسلمًا إجارة معينة، فمنهم من قال: فيه قولان لأنه عقد يتضمن حبس المسلم فصار كبيع العبد المسلم منه. ومنهم من قال: يصح قولًا واحدًا لأن عليًا كرم الله وجهه كان يستقي الماء لامرأة يهودية كل دلو بتمرة.

فصل: ولا يصح إلا من جائز التصرف في المال لأنه عقد يقصد به المال فلم يصح إلا من جائز التصرف في المال كالبيع.

فصل: وينعقد بلفظ الإجارة لأنه لفظ موضوع له، وهل ينعقد بلفظ البيع؟ فيه وجهان: أحدهما: ينعقد لأنه صنف من البيع، ولأنه تمليك يتقسط العوض فيه على المعوض كالبيع، فانعقد بلفظه. والثاني: لا ينعقد لأنه يخالف البيع في الاسم والحكم فلم ينعقد بلفظه كالنكاح.

فصل: ويجوز على منفعة عين حاضرة، مثل أن يستأجر ظهرًا بعينه، للركوب ويجوز على منفعة عين في الذمة مثل أن يستأجر ظهرًا في الذمة للركوب، ويجوز على عمل معين مثل أن يكتري رجلًا ليخيط له ثوبًا أو يبني له حائطًا، ويجوز على عمل في الذمة، مثل أن يكتري رجلًا ليحصل له خياطة ثوب أو بناء حائط، لأنا بينا أن الإجارة بيع والبيع يصح في عين حاضرة وموصوفة في الذمة، فكذلك الإجارة. وفي استئجار عين لم يرها قولان: أحدهما: لا يصح، والثاني: يصح، ويثبت الخيار إذا رآها كما قلنا في البيع.

فصل: وتجوز على عين مفردة وعلى جزء مشاع، لأنا بينا أنه بيع، والبيع يصح في المفرد والمشاع فكذلك الإجارة.

فصل: ولا تجوز إلا على عين يمكن استيفاء المنفعة منها، فإن استأجر أرضًا للزراعة لم تصح حتى يكون لها ماء يؤمن انقطاعه، كماء العين والمد بالبصرة والثلج والمطر في الجبل، لأن المنفعة في الإجارة كالعين في البيع، فإذا لم يجز

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٢٨٤) وأبو داود في سننه برقم (٤٣٢٩) والترمذي في سننه برقم (١٢٧٣) والنسائي في سننه (٧/ ٣١٠) وأحمد في المسند (٢/ ١٤).

**بيع عين لا يقدر عليها لم تجز إجارة منفعة لا يقدر عليها فإن اكترى أرضًا على نهر إذا زاد سقى، وإذا لم يزد لم يسق، كأرض مصر والفرات وما انحدر من دجلة ـ نظرت فإن اكتراها بعد الزيادة ـ صح العقد لأنه يمكن استيفاء المعقود عليه، فهو كبيع الطير في القفص. وإن كان قبل الزيادة لم يصح لأنه لم يعلم هل يقدر على المعقود عليه أو لا يقدر؟ فلم يصح كبيع الطير في الهواء، وإن اكترى أرضًا لا ماء لها، ولم يذكر أنه يكتريها للزراعة، ففيه وجهان: أحدهما: لا يصح لأن الأرض لا تكترى في العادة إلا للزراعة، فصار كما لو شرط أنه يكتريها للزراعة. والثاني: إن كانت الأرض عالية لا يطمع في سقيها، صح العقد لأنه يعلم أنه لم يكترها للزراعة.**

**وإن كانت مستغلة يطمع في سقيها بسوق الماء إليها من موضع لم يصح، لأنه اكتراها للزراعة مع تعذر الزراعة، فإن اكترى أرضًا غرقت بالماء لزراعة ما لا يثبت في الماء، كالحنطة والشعير ـ نظرت فإن كان للماء مغيض إذا فتح انحسر الماء عن الأرض وقدر على الزراعة ـ صح العقد، لأنه يمكن زراعتها بفتح المغيض، كما يمكن سكنى الدار بفتح الباب، وإن لم يكن له مغيض ولا يعلم أن الماء ينحسر عنها لم يصح العقد، لأنه لا يعلم هل يقدر على المعقود عليه أم لا يقدر فلم يصح العقد كبيع ما في يد الغاصب، فإن كان يعلم أن الماء ينحسر وتنشفه الريح ففيه وجهان: أحدهما: لا يصح لأنه لا يمكن استيفاء المنفعة في الحال. والثاني: يصح وهو قول أبي إسحاق وهو الصحيح، لأنه يعلم بالعادة إمكان الانتفاع به، فإن اكترى أرضًا على ماء إذا زاد غرقت فاكتراها قبل الزيادة صح العقد لأن الغرق متوهم فلا يمنع صحة العقد.**

**فصل: وإن استأجر رجلًا ليعلمه بنفسه سورة وهو لا يحسنها ففيه وجهان: أحدهما: يصح كما يصح أن يشتري سلعة بدراهم، وهو لا يملكها ثم يحصلها ويسلم. والثاني: لا يصح لأنه عقد على منفعة معينة لا يقدر عليها فلم يصح، كما لو أجر عبد غيره.**

**الشرح:** قوله: «فآتوهن» أي أعطوهن، والعسب: الكراء الذي يؤخذ على ضرب الفحل، وقوله: «للماء مغيض» أي موضع ينصب فيه الماء، وقوله: «انحسر» أي نزف وغاض.

أما الأحكام: فالإجارة لغة: مشتقة من الأجر، وهو العوض، ومنه تسمية الثواب أجرًا. وشرعًا: عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئًا فشيئًا مدة معلومة، من عين معلومة أو موصوفة في الذمة، أو على عمل معلوم بعوض معلوم. وأركانها أربعة:

الركن الأول: العاقدان ويعتبر فيهما العقل والبلوغ كسائر التصرفات.

الركن الثاني: الصيغة، وهي أن يقول: أكريتك هذه الدار، أو آجرتكها مدة

كذا بكذا، فيقول: على الاتصال: قبلت، أو استأجرت، أو اكتريت. ولو أضاف إلى المنفعة فقال: أجرتك أو أكريتك منافع هذه الدار، فوجهان: أصحهما: الجواز، وبه قطع في «الشامل» وذكر المنفعة تأكيد كقوله: بعتك عين هذه الدار أو رقبتها، فإنه يصح البيع، والثاني: المنع، وبه قطع الإمام، لأن لفظ الإجارة وضع مضافًا إلى العين. وإن كان العقد في الذمة، فقال: ألزمت ذمتك كذا، فقيل: جاز، وأغنى عن لفظ الإجارة والإكراء. وإن تعاقد بصيغة التمليك، نظر، إن أضاف إلى المنفعة فقال: ملكتك منفعتها شهرًا، جاز على الصحيح المعروف، فإن الإجارة تمليك منفعة بعوض. ولو قال: بعتك منفعة هذه الدار شهرًا، فوجهان: قال ابن سريج: يجوز، لأن الإجارة صنف من البيع. والأصح: المنع، لأن البيع موضوع لملك الأعيان، فلا يستعمل في المنافع، كما لا ينعقد البيع بلفظ الإجارة. وقيل وبالمنع قطعًا.

الركن الثالث: الأجرة. فالإجارة قسمان: واردة على العين كمن استأجر دابة بعينها ليركبها أو يحمل عليها، أو شخصًا بعينه لخياطة ثوب. وواردة على الذمة، كمن أستأجر دابة موصوفة للركوب أو الحمل، أو قال: ألزمت ذمتك خياطة هذا الثوب، أو بناء الحائط، فقبل. وفي قوله: استأجرتك لكذا، أو لتفعل كذا، وجهان: أصحهما: أن الحاصل به إجارة عين، للإضافة إلى المخاطب، كما لو قال: استأجرت هذه الدابة. والثاني: إجارة ذمة، وعلى هذا إنما تكون إجارة عين إذا زاد فقال: استأجرت عينك أو نفسك لكذا، أو لتعمل بنفسك كذا. وإجارة العقار لا تكون إلا إجارة عين، لأنه لا يثبت في الذمة، ولهذا لا يجوز السلَم في أرض ولا دار.

**فرع:** إذا وردت الإجارة على العين، لم يجب تسليم الأجرة في المجلس، كما لا يشترط تسليم الثمن في البيع. ثم إن كانت في الذمة، فهي كالثمن في الذمة في جواز الاستبدال، وفي أنه إذا شرط فيها التأجيل أو التنجيم، كانت مؤجلة أو منجمة. وإن شرط التعجيل، كانت معجَّلة، وإن أطلق، فمعجلة، وملكها المكري بنفس العقد، واستحق استيفاءها إذا سلّم العين إلى المستأجر. واستدل الأصحاب بأن المنافع موجودة أو ملحقة بالموجود، ولهذا صح العقد عليها، وجاز أن تكون الأجرة دَيْنًا، وإلا، لكان بيع دين بدين.

**فرع:** يشترط العلم بقدر الأجرة ووصفها إذا كانت في الذمة كالثمن في الذمة، فلو قال: اعمل كذا لأرضيك أو أعطيك شيئًا، وما أشبهه، فسد العقد، وإذا عمل، استحق أجرة المثل. ولو استأجره بنفقته أو كسوته، فسد. ولو استأجره بقدر

من الحنطة أو الشعير، وضبطه ضبط السلَم، جاز. ولو استأجره بأرطال خبز، بني على جواز السَّلم في الخبز. ولو آجر الدار بعمارتها، أو الدابة بعلفها، أو الأرض بخراجها ومؤنتها أو بدراهم معلومة على أن يعمِّرها، ولا يحسب ما أنفق من الأجرة، لم يصح. ولو أجرها بدراهم معلومة على أن يصرفها إلى العمارة، لم يصح، لأن الأجرة، الدراهم مع الصرف إلى العمارة، وذلك عمل مجهول. ثم إذا صرفها في العمارة، رجع بها. ولو أطلق العقد، ثم أذن له في الصرف إلى العمارة، وتبرع به المستأجر، جاز. فإن اختلفا في قدر ما أنفق، فقولان في أن القول قول من؟ ولو أعطاه ثوبًا وقال: إن خطته اليوم فلك درهم، أو غدًا فنصف، فسد العقد ووجبت أجرة المثل متى خاطه. ولو قال: إن خطته روميًا فلك درهم، أو فارسيًا فنصف، فسد، والرومي بغرزتين، والفارسي بغرزة.

**فرع:** إذا أجّلا الأجرة فحلت وقد تغير النقد، اعتبر نقد يوم العقد. وفي الجعالة الاعتبار بيوم اللفظ على الأصح، وقيل: بوقت تمام العمل، لأن الاستحقاق يثبت بتمام العمل.

**فرع:** هذا الذي سبق، إذا كانت الأجرة في الذمة. فلو كانت معينة، ملكت في الحال كالمبيع، واعتبرت فيها الشرائط المعتبرة في المبيع، حتى لو جعل الأجرة جلد شاة مذبوحة قبل السلخ، لم يجز، لأنه لا يعرف صفته في الرقة والثخانة وغيرهما. وهل تغني رؤية الأجرة، عن معرفة قدرها؟ فيه طريقان: أحدهما: على قولي رأس مال السلَم. والثاني: القطع بالجواز، وهو المذهب.

**فصل:** أما الإجارة الواردة على الذمة، فلا يجوز فيها تأجيل الأجرة، ولا الاستبدال عنها، ولا الحوالة بها ولا عليها، ولا الإبراء، بل يجب التسليم في المجلس كرأس مال السلَم، لأنه سلم في المنافع، فإن كانت الأجرة مشاهدة غير معلومة القدر، فعلى القولين في رأس مال السلَم. هذا إذا تعاقدا بلفظ السلم، بأن قال: أسلمت إليك هذا الدينار في دابة تحملني إلى موضع كذا، فإن عقدا بلفظ الإجارة، بأن قال: استأجرت منك دابة صفتها كذا لتحملني إلى موضع كذا، فوجهان بنَوهما على أن الاعتبار باللفظ، أم بالمعنى؟ أصحهما: عند العراقيين، وأبي علي، والبغوي: أنه كما لو عقدا بلفظ السلَم، ورجح بعضهم الآخر.

**فرع:** يجوز أن تكون الأجرة منفعة، سواء اتفق الجنس، كما إذا أجر دارًا بمنفعة دار، أو اختلف، بأن أجرها بمنفعة عبد. ولا ربا في المنافع أصلًا، حتى لو أجر دارًا بمنفعة دارين، أو أجر حلي ذهب بذهب، جاز، ولا يشترط القبض في المجلس.

**فصل:** لا يجوز أن يجعل الأجرة شيئًا يحصل بعمل الأجنبي، كما لو استأجر السلاخ ليسلخ الشاة بجلدها، أو الطحان ليطحن الحنطة بثلث دقيقها، أو بصاع منه، أو بالنخالة، أو المرضعة بجزءٍ من الرقيق المرتضع بعد الفطام، أو قاطف الثمار بجزء منها بعد القطاف، أو لينسج الثوب بنصفه، فكل هذا فاسد، وللأجير أجرة مثله. ولو استأجر المرضع بجزءٍ من الرقيق في الحال، أو قاطف الثمار بجزءٍ منها على رؤوس الشجر، أو كان الرقيق لرجل وامرأة، فاستأجرها لترضعه بجزءٍ منه، أو بغيره، جاز على الصحيح، كما لو ساقى شريكه وشرط له زيادة من الثمر، يجوز وإن كان يقع عمله في مشترك. وقيل: لا يجوز، ونقله الإمام والغزالي عن الأصحاب، لأن عمل الأجير ينبغي أن يقع في خاص ملك المستأجر، وهو ضعيف. قال البغوي: لو استأجر شريكه في الحنطة ليطحنها أو الدابة ليتعهدها بدراهم، جاز. ولو قال: استأجرتك بربع هذه الحنطة أو بصاع منها لتطحن الباقي، قال المتولي والبغوي: يجوز، ثم يتقاسمان قبل الطحن، فيأخذ الأجرة، ويطحن الباقي. قال المتولي: وإن شاء طحن الكل والدقيق مشترك بينهما. ومثال هذه المسائل، ما إذا استأجره لحمل الشاة المذكّاة إلى موضع كذا بجلدها، ففاسد أيضًا. أما لو استأجره لحمل الميتة بجلدها، فباطل، لأنه نجس.

الركن الرابع: المنفعة، ولها خمسة شروط:

أحدها: أن تكون متقوَّمة وفيه مسائل:

أحدها: استئجار تفاحة للشم باطل، لأنها لا تقصد له، فلم يصح كشراء حبة حنطة. فإن كثر التفاح، فالوجه: الصحة، لأنهم نصوا على جواز استئجار المسك والرياحين للشم، ومن التفاح ما هو أطيب من كثير من الرياحين.

الثانية: استئجار الدراهم والدنانير، إن أطلقه، فباطل، وإن صرح بالاستئجار للتزيين، فباطل أيضًا على الأصح. واستئجار الأطعمة لتزيين الحوانيت، باطل على المذهب. وقيل: فيه الوجهان. وفي استئجار الأشجار لتجفيف الثياب عليها، والوقوف في ظلِّها، وربط الدواب فيها، الوجهان. قال بعضهم: الأصح هنا: الصحة، لأنها منافع مهمة، بخلاف التزيين. واستئجار الببغاء للاستئناس، قال البغوي: فيه الوجهان، وقطع المتولي بالجواز، وكذا في كل ما يستأنس بلونه، كالطاووس، أو صوته، كالعندليب.

الثالثة: استئجار البياع على كلمة البيع، أو كلمة يروِّج بها السلعة ولا تعب فيها، باطل، إذ لا قيمة لها. قال الإمام محمد بن يحيى: هذا في مبيع مستقر القيمة في البلد، كالخبز واللحم. أما الثياب والعبيد، وما يختلف قدر الثمن فيه باختلاف

المتعاقدين، فيختص بيعها من البياع، لمزيد منفعة وفائدة، فيجوز الاستئجار عليه. ثم إذا لم يُجز الاستئجار، ولم يتعب البياع، فلا شيء له. وإن تعب بكثرة التردد، أو كثرة الكلام في أمر المعاملة، فله أجرة المثل، لا ما تواطأ عليه البياعون.

الرابعة: استئجار الكلب المعلَّم للصيد والحراسة، باطل على الأصح، وقيل: يجوز كالفهد والبازي والشبكة للاصطياد والهرة لدفع الفأر.

الشرط الثاني: أن لا يتضمن استيفاء عين قصدًا، ومقصوده أن الإجارة عقد تراد به المنافع دون الأعيان، هذا هو الأصل، إلا أنه قد تستحق بها الأعيان تابعه به لضرورة أو حاجة ماسَّةٍ، فتلحق تلك الأعيان حينئذٍ بالمنافع، وفيه مسائل:

إحداها: استئجار البستان لثماره، والشاة لنتاجها أو صوفها أو لبنها، باطل.

الثانية: الاستئجار لإرضاع الطفل جائز، ويُستحق به ومنفعة وعين. فالمنفعة: أن تضع الصبي في حجرها وتلقمه الثدي وتعصره بقدر الحاجة. والعين: اللبن الذي يمصه الصبي. وإنما جُوز لمسيس الحاجة أو الضرورة. وفي الأصل الذي تناوله العقد، وجهان: أحدهما: اللبن. وأما فعلها، فتابع، لأن اللبن مقصود لعينه، وفعلها طريق إليه. وأصحهما: أنه فعلها، واللبن مستحق تبعًا، لقول الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، علق الأجرة بفعل الإرضاع، لا باللبن، ولأن الإجارة موضوعة للمنافع وإنما الأعيان تتبع للضرورة، كالبئر تستأجر ليستقى ماؤها، والدار تستأجر وفيها بئر، يجوز الاستقاء منها. ثم إن استأجرها للحضانة مع الإرضاع، جاز، وإن استأجر للإرضاع، ونفى الحضانة، فوجهان: أحدهما: المنع، كاستئجار الشاة لإرضاع سخلة. وأصحهما: الجواز، وبه قطع الأكثرون، كما يجوز الاستئجار لمجرد الحضانة. قال الإمام: وهذا الخلاف إذا قصر الإجارة على صرف اللبن إلى الصبي، وقطع عنه وضعه في حجرها ونحوه، فأما الحضانة بالتفسير الذي سنذكره إن شاء الله تعالى، فيجوز قطعها عن الإرضاع بلا خلاف.

الثالثة: استئجار الفحل للضراب، حكمه ما ذكرناه في كتاب البيع في باب المناهي.

الرابعة: استئجار القناة للزراعة بمائها، جائز، لأنا إن قلنا: الماء لا يملك، فكالشبكة للاصطياد ـ وإلا، فالمنافع آبار الماء وقد جوز ـ واستئجار بئر الماء للاستقاء والتي بعدها مستأجرة لإجراء الماء فيها. وقال الروياني: إذا اكترى قرار القناة ليكون أحق بمائها، جاز في وجه، وهو الاختيار. والمعروف: منعه. ومقتضى لفظه أن يكون تعريفًا على أن الماء لا يملك.

الشرط الثالث: أن تكون المنفعة مقدورًا على تسليمها، فاستئجار الآبق،

والمغصوب، والأخرس للتعليم، والأعمى لحفظ المتاع، إجارة عين، ومن لا يحسن القرآن لتعليمه، باطل. فإن وسَّع عليه وقتًا يقدر على التعلُّم قبل التعليم، فباطل أيضًا على الأصح، لأن المنفعة مستحقة من عينه، والعين لا تقبل التأخير. وإذا استأجر أرضًا للزراعة، اشترط كون الزراعة متيسرة. والأرض أنواع:

منها: أرض لها ماء دائم من نهر أو عين أو بئر ونحوها.

ومنها: أرض لا ماء لها، لكن يكفيها المطر المعتاد، والنداوة التي تصيبها من الثلوج المعتادة، أو لا يكفيها ذلك، لكنها تسقى بماء الثلج والمطر في الجبل، والغالب فيها الحصول.

ومنها: أرض لا ماء لها، ولا تكفيها الأمطار المعتادة، ولا تسقى بماء غالب الحصول من الجبل، ولكن إن أصابها مطر عظيم أو سيل، نادرًا، أمكن زرعها، فالنوع الأول يصح استئجاره قطعًا. والثالث لا يصح قطعًا. وفي الثاني وجهان: أصحهما: الجواز، وبه قطع القاضي حسين وابن كج وصاحب «المهذب»، وبالمنع أجاب القفال.

ومنها: أرض على شط النيل والفرات وغيرهما، يعلو الماء عليها ثم ينحسر، ويكفي ذلك لزراعتها في السنة، فإن استأجرها للزراعة بعدما علاها الماء وانحسر، صح، وإن كان قبل أن يعلوها الماء، فإن كان لا يوثق به، كالنيل لا ينضبط أمره، لم يصح. وإن كان الغالب حصوله، فليكن على الخلاف في النوع الثاني. وإن كان موثوقًا به كالمدّ بالبصرة، صح كماء النهر. فإن تردد في وصول الماء إلى تلك الأرض، لم يصح، لأنه كالنوع الثالث. وإن كان علاها ولم ينحسر، فإن كان لا يرجى انحساره، أو يشك فيه، لم يصح استئجارها، لأن العجز موجود، والقدرة مشكوك فيها. وإن رجي انحساره وقت الزراعة بالعادة، صحت الإجارة على المذهب والمنصوص، سواء كانت الإجارة لما يمكن زراعته في الماء كالأرز، أم لغيره، وسواء كان رأى الأرض مكشوفة أم هي مرئية الآن لصفاء الماء، أم لم يكن شيء من ذلك. وقيل: إن لم تُر، لم يصح في قول. وقيل: لا يصح لغير الأرز ونحوه. وحجة مذهب القياس على ما لو استأجر دارًا مشحونة بأمتعة يمكن الاشتغال بنقلها في الحال، فإنه يجوز على الصحيح، أما إذا لم تكن مؤنة، فلأن استتارها بالماء من مصالحها، فإنه يقويها ويقطع العروق المنتشرة، فأشبه استتار الجوز بقشره. أما إذا كانت الأرض على شط نهر، والظاهر أنها تغرق وتنهار في الماء، فلا يجوز استئجارها. فإن احتمل ولم يظهر، جاز، لأن الأصل والغالبَ السلامةُ. ويجوز أن تخرَّج حالة الظهور على تقابل الأصل والظاهر.

إذا عرفت حكم الأنواع، فكل أرض لها ماء معلوم، واستأجرها للزراعة مع شِربها منه، فذاك، وإن استأجرها للزراعة دون شِربها، جاز إن تيسر سقيها من ماءٍ آخر، وإن أطلق، دخل فيه الشِرب، بخلاف ما إذا باعها، لا يدخل الشِّرب، لأن المنفعة هنا لا تحصل دون الشِّرب. هذا إذا طردت العادة بالإجارة مع الشِّرب، فإن اضطربت، فسيأتي حكمه في الباب الثاني إن شاء الله تعالى. وكل أرض منعنا استئجارها للزراعة، فلو اكتراها لينزل فيها، أو يسكنها، أو يجمع الحطب فيها، أو يربط الدواب، جاز. وإن اكتراها مطلقًا، نظر، إن قال: أكريتك هذه الأرض البيضاء ولا ماء لها، جاز، لأنه يعرف بنفي الماء أن الإجارة لغير الزراعة. ثم لو حمل ماء من موضع وزرعها، أو زرعها على توقع حصول ماءٍ، لم يمنع، وليس له البناء والغراس فيها، نص عليه. وإن لم يقل: لا ماء لها، فإن كانت بحيث يطمع في سوق الماء إليها، لم يصح العقد، لأن الغالب في مثلها الاستئجار للزراعة، فكأنه ذكرها، وإن كانت على قُلَّة جبل لا يطمع في سوق الماء إليها، صحح العقد على الأصح اكتفاءً بالقرينة، وإذا اعتبرنا نفي الماء، ففي قيام علم المتعاقدين مقام التصريح بالنفي، وجهان: أصحهما: المنع، لأن العادة في مثلها الاستئجار للزراعة، فلا بد من الصرف باللفظ.

واعلم أن في المسألة تصريحًا بجواز الاستئجار مطلقًا من غير بيان جنس المنفعة، وسيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

**فصل:** قد عرفت انقسام الإجارة إلى واردة على العين، وعلى الذمة.

أما إجارة العين، فلا يصح إيرادها على المستقبل، كإجارة الدار السنةَ المستقبَلة، والشهر الآتي. وكذا إذا قال: أجرتك سنة أولها من غد، أو أجرتك هذه الدابة للركوب إلى موضع كذا على أن تخرج غدًا. ولو قال: أجرتك سنة، فإذا انقضت، فقد أجرتك سنة أخرى، فالعقد الثاني باطل على الصحيح، كما لو قال: إذا جاء رأس الشهر، فقد أجرتك شهرًا.

أما الواردة على الذمة، فيحتمل فيها التأجيل والتأخير، كما إذا قال: ألزمت ذمتك حملي إلى موضع كذا على دابة صفتها كذا غدًا أو غرة شهر كذا، كما لو أسلم مؤجلًا، وإن أطلق، كانت حالَّة. ولو أجر داره لزيد سنة، ثم أجرها لغيره السنة المستقبَلة قبل انقضاء الأولى، لم يصح. وإن أجرها لزيد نفسِه، فوجهان: وقيل: قولان: أصحهما: الجواز، لاتصال المدتين. ولو أجرها أولًا لزيد سنة، ثم أجرها زيد لعمرو، ثم أجرها المالك لعمرو السنةَ المستقبلة قبل انقضاء الأولى، ففيه الوجهان، ولا يجوز إجارتها لزيد، كذا قاله البغوي. وفي فتاوى القفال: أنه

يجوز أن يؤجرها لزيد، ولا يجوز أن يؤجرها لعمرو، لأن زيدًا هو الذي عاقده، فيضم إلى ما استحق بالعقد الأول السنة المستقبلة. قال: ولو أجر داره سنة، ثم باعها في المدة، وجوزناه، لم يكن للمشتري أن يؤجرها السنة المستقبلة للمستأجر، لأنه لم يكن بينهما معاقدة، وتردد في أن الوارث، هل يتمكن منه إذا مات المكري لأن الوارث نائبه؟

**فرع:** إيجار الدار والحانوت شهرًا على أن ينتفع بهما الأيام دون الليالي، باطل، لأن زمان الانتفاع لا يتصل بعضه ببعض، فيكون إجارة زمن مستقبل، بخلاف مثله في العبد والبهيمة، فإنه يجوز، لأنهما لا يطيقان العمل دائمًا، ويرفَّهان في الليل على العادة عند إطلاق الإجارة. ولو أجر دابة إلى موضع ليركبها المكري زمانًا، ثم المكتري زمانًا، لم يصح، لتأخُّر حق المكتري وتعلق الإجارة بمستقبل. وإن أجره ليركب المكتري بعض الطريق وينزل فيمشي بعضها، أو أجر اثنين ليركب هذا زمانًا، وهذا مثله، ففيه أربعة أوجه: أصحها: وهو المنصوص في «الأم»: صحت الإجارة في الصورتين، سواء وردت الإجارة على الذمة، أو العين، ويثبت الاستحقاق في الحال، ثم يقتسم المكري والمكتري أو المكتريان، ويكون التأخر الواقع من ضرورة القسمة والتسليم، فلا يضر. والثاني: تصح في الصورة الثانية دون الأولى، لاتصال زمن الإجارة في الثانية دون الأولى. والثالث: تبطل فيهما، لأنها إجارة أزمان متقطعة. والرابع: تصح في الصورتين إن كانت مضمونة في الذمة، ولا تصح على دابة معينة، وهذه المسألة تعرف بـ «كراء العُقَب» وهو جمع عُقْبة وهي النَّوْبَة. فإذا قلنا بالجواز، فإن كان في ذلك الطريق عادة مضبوطة، إما بالزمان، بأن يركب يومًا وينزل يومًا، وإما بالمسافة، بأن يركب فرسخًا ويمشي فرسخًا، حمل العقد عليها، وليس لأحدهما أن يطلب الركوب ثلاثًا والنزول ثلاثًا، لِما في دوام المشي من التعب. وإن لم تكن عادة مضبوطة، فلا بد من البيان في الابتداء. وإن اختلفا فيمن يبدأ بالركوب، أقرع. ولو أكرى دابة لاثنين، ولم يتعرض للتعاقب، قال المتولي: إن احتملت الدابة ركوب شخصين، اجتمعا على الركوب، وإلا، فالرجوع إلى المهايأة كما سبق. ولو قال: أجرتك نصف الدابة إلى موضع كذا، أو أجرتك الدابة لتركبها نصف الطريق، صح، ويقتسمان بالزمان أو المسافة، وهذه إجارة المشاع، وهي صحيحة كبيع المشاع. وحكي وجه: أن إجارة نصف الدابة لا تصح، للتقطع، بخلاف إجارة نصف الدار، وبخلاف ما إذا أجرهما ليركبا في محمل.

**فرع:** لا تصح إجارة ما لا منفعة فيه في الحال، ويصير منتفعًا به في المدة، كالجحش، لأن الإجارة موضوعة على تعجيل الانتفاع، بخلاف المساقاة.

**فصل:** العجز الشرعي كالحِسيِّ، فلا يصح الاستئجار لقلع سنٍّ صحيحة، أو قطع يد صحيحة، ولا استئجار الحائض لكنس المسجد وخدمته، ولا استئجار أحد لتعليم التوراة والإنجيل، أو السحر، أو الفحش، أو ختان صغير لا يحتمل ألمه.

**فرع:** قلع السن الوجعة، إنما يجوز إذا صعب الألم وقال أهل الخبرة: إنه يزيل الألم. وقطع اليد المتأكلة، إنما يجوز إذا قال أهل الخبرة: إنه نافع، ومع ذلك، ففيه خلاف وتفصيل يأتي إن شاء الله تعالى في باب ضمان الولاة من كتاب «الجنايات» فحيث لا يجوز القلع أو القطع، فالاستئجار له باطل، وحيث يجوز، يصح الاستئجار على الأصح. ووجه المنع: أنه لا يوثق ببقاء العلَّة، فربما زالت بتعذر الوفاء. وسبيل مثل هذا، أن يحصل بالجعالة، فيقول: اقلع سني هذه ولك كذا. ورأى الإمام تخصيص الوجهين بالقلع، لأن زوال الوجع في ذلك الزمن غير بعيد، بخلاف الأكلة، فإنه غير محتمل في زمن القطع. ويجري الوجهان، في الاستئجار للفصد والحجامة وبزغ الدابة، لأن هذه الإيلامات إنما تباح بالحاجة، وقد تزول الحاجة.

**فرع:** استأجرها لكنس المسجد، فحاضت، انفسخ العقد إن أستأجر عينها وعُيِّنت المدة. وإن استأجرها في الذمة، لم ينفسخ، لإمكان الكنس بغيرها أو بعد الحيض. وإذا جوزنا الاستئجار لقلع السن، فسكن الوجع وبرأ، انفسخت الإجارة، للتعذر على المذهب، وفيه كلام يأتي إن شاء الله تعالى في القسم الثالث من الباب الثالث. وإن لم يبرأ، لكن امتنع المستأجر من القلع، قال في «الشامل»: لا يجبر عليه، إلا أنه إذا سلم الأجير نفسه، ومضى مدة إمكان العمل، وجب على المستأجر الأجرة. ثم ذكر القاضي أبو الطيب: أنها لا تستقر، حتى لو انقلعت تلك السن، انفسخت الإجارة، ووجب رد الأجرة، كما لو مكنّت الزوجة في النكاح، ولم يطأ الزوج. ويفارق ما إذا حبس الدابة مدة إمكان السير، حيث تستقر عليه الأجرة، لتَلفِ المنافع تحت يده.

**فصل:** يجوز لغير الزوج استئجار الزوجة للإرضاع وغيره بإذن الزوج، ولا يجوز بغير إذنه على الأصح، لأن أوقاتها مستغرقة بحقه، والثاني: يصح، وللزوج فسخه، حفظًا لحقه. ولو أجرت نفسها ولا زوج لها، ثم نكحت في المدة، فالإجارة بحالها، وليس للزوج منعها من توفية ما التزمته، كما لو أجرت نفسها بإذنه، لكن يستمتع بها في أوقات فراغها، فإن كانت الإجارة للإرضاع، فهل لولي الطفل الذي استأجرها لإرضاعه منع الزوج من وطئها؟ فيه وجهان: أحدهما: نعم، لأنه ربما حبلت فينقطع اللبن أو يقل، وإلا، فيضر بالطفل. والثاني: لا، وبه قطع

العراقيون، لأن الحبل متوهم، فلا يمنع به الوطء المستحق. فإن منعناه، فلا نفقة عليه في تلك المدة.

ولو أجر أمته المزوجة، جاز، ولم يكن للزوج منعها من المستأجر، لأن يده يد السيد في الانتفاع. أما الزوج، فيجوز استئجاره امرأته، إلا إذا استأجرها لإرضاع ولده منها، ففيه وجهان: أحدهما. المنع، وبه قطع العراقيون. وأصحهما: الجواز، كما لو استأجرها بعد البينونة، وكما لو استأجرها للطبخ ونحوه. وعلى هذا الخلاف، استئجار الوالد ولده للخدمة. وفي عكسه وجهان إن كانت الإجارة على عينه، كالوجهين فيما إذا أجر المسلم نفسه لكافر.

الشرط الرابع: حصول المنفعة للمستأجر، وأكثر العناية في هذا الشرط بالقُرَب، وضبطها الإمام فقال: هي قسمان:

أحدهما: قُرَب يتوقف الاعتداد بها على النية. فما لا تدخله النيابة منها، لا يجوز الاستئجار عليه، وما تدخله النيابة، جاز الاستئجار عليه، كالحج، وتفرقة الزكاة. قال الإمام: ومن هذا، غسل الميت إذا أوجبنا فيه النية.

القسم الثاني: ما لا تتوقف صحته على النية، وهو نوعان:

فرض كفاية، وشعار غير فرض.

والنوع الأول: ضربان:

أحدهما: يختص افتراضه في الأصل بشخص وموضع معين، ثم يؤمر به غيره إن عجز، كتجهيز الموتى بالتكفين والغسل والحفر وحمل الميت ودفنه، فإن هذه المؤن تختص بالتركة. فإن لم تكن، فعلى الناس القيام بها. فمثل هذا يجوز الاستئجار عليه، لأن الأجير غير مقصود بفعله حتى يقع عنه. ومن هذا، تعليم القرآن، فإن كل أحد لا يختص بوجوب التعليم وإن كان نشر القرآن وإشاعته من فروض الكفاية، وهذا كله إذا لم يتعين واحد لمباشرة هذه الأعمال، فإن تعين واحد لتجهيز الميت، أو تعليم الفاتحة، جاز استئجاره أيضًا على الأصح، كالمضطر، يجب إطعامه ببدله. وقيل: لا، كفرض العين ابتداءً.

الضرب الثاني: ما يثبت فرضه في الأصل شائعًا غير مختص، كالجهاد، فلا يجوز استئجار المسلم عليه، ويجوز استئجار الذمي على الصحيح.

النوع الثاني: شعار غير فرض، كالأذان، تفريعًا على الأصح. وفي جواز الاستئجار عليه، ثلاثة أوجه ذكرناها في بابه. فإن جوزنا، فعلى أي شيء يأخذ الأجرة؟ فيه أوجه: أصحها: على جميع الأذان بجميع صفاته، ولا يبعد أخذ الأجرة على ذكر الله تعالى كتعليم القرآن وإن اشتمل على قراءة المعلم. والثاني: على رعاية

المواقيت. والثالث: على رفع الصوت. والرابع: على الحيعلتين، فإنهما ليستا ذِكرًا.

**فرع:** الاستئجار لإمامة الصلوات المفروضة، باطل، وكذا للتراويح وسائر النوافل على الأصح، لأنه مصلّ لنفسه. ومتى صلى، اقتدى به من أراد وإن لم ينو الإمامة. وإن توقف على نيته شيء، فهو إحراز فضيلة الجماعة، وهذه فائدة تختص به. ومن جوَّزه، شبهه بالأذان في الشعار.

**فرع:** الاستئجار للقضاء باطل.

**فرع:** أطلقوا القول ببطلان الاستئجار للتدريس. وعن الشيخ أبي بكر الطوسي ترديد جواب في الاستئجار لإعادة الدرس. قال الإمام: ولو عين شخصًا أو جماعة ليعلِّمهم مسألة أو مسائل مضبوطة، فهو جائز، والذي أطلقوه، محمول على استئجار من يتصدى للتدريس من غير تعيين من يعلِّمه وما يعلمِّه، لأنه كالجهاد في أنه إقامة مفروض على الكفاية ثابت على الشيوع. وكذلك يمتنع استئجار مُقرىءٍ يُقرىء على هذه الصورة، قال: ويحتمل أن يجوز.

الشرط الخامس: كون المنفعة معلومة العين والقدر والصفة، فلا يجوز أن يقول: أجرتك أحدهما. ثم إن لم يكن للعين المعينة إلا منفعة، فالإجارة محمولة عليها، وإن كان لها منافع، وجب البيان. وأما الصفة، فإجارة الغائبة، فيها الخلاف السابق. وأما القدر، فيشترط العلم به، سواء فيه إجارة العين والذمة. ثم المنافع تقدر بطريقين. أحدهما: الزمان، كاستأجرت الدار للسكنى سنة. والثاني: العمل، كاستأجرتك لتخيط هذا الثوب. ثم قد يتعين الطريق الأول، كاستئجار العقار، فإن منفعته لا تنضبط إلا بالزمان، وكالإرضاع، فإن تقدير اللبن لا يمكن، ولا سبيل فيه إلا الضبط بالزمان. وقد يسوغ الطريقان، كما إذا استأجر عين شخص أو دابة، فيمكن أن يقول في الشخص: ليعمل لي كذا شهرًا، وأن يقول: ليخيط لي هذا الثوب. وفي الدابة يقول: لأتردد عليها في حوائجي اليوم، أو يقول: لأركبها إلى موضع كذا، فأيهما كان، كفى، لتعريف المقدار. فإن جمع بينهما فقال: استأجرتك لتخيط لي هذا القميص اليوم، فوجهان: أصحهما: بطلان العقد. والثاني: صحته، وعلى هذا وجهان: أصحهما: يستحق الأجرة بأسرعهما، فإن انقضى اليوم قبل تمام العمل، استحقها، فإن تم العمل قبل تمام اليوم، استحقها. والثاني: الاعتبار بالعمل، فإن تم العمل أولًا، استحقها. وإن تم اليوم أولًا، وجب إتمامه. وإن قال: على أنك إن فرغت قبل تمام اليوم، لم تخط غيره، بطلت الإجارة، لأن زمن العمل يصير مجهولًا.

فإذا عرفت هذا، فالمنافع متعلقة بالأعيان، تابعة لها، وعدد الأعيان التي يستأجر لها كالمتعذر، فعُني الأصحاب بثلاثة أنواع تكثر إجارتها ليعرف طريق الضبط بها، ثم يقاس عليها غيرها:

النوع الأول: الآدمي يستأجر لعمل أو صنعة، كخياطة، فإن كانت الإجارة في الذمة، قال: ألزمت ذمتك خياطة هذا الثوب فلو أطلق وقال: ألزمت ذمتك عمل الخياطة كذا يومًا، لم يصح، لأنه لم يعين خياطًا ولا ثوبًا. ولو استأجر عينه، قال: استأجرتك لتخيط هذا الثوب. ولو قال: لتخيط لي يومًا أو شهرًا، قال الأكثرون: يجوز أيضًا. ويشترط أن يبين الثوب وما يريد منه من قميص، أو قباءٍ، أو سراويل، والطول، والعرض، وأن يبين نوع الخياطة، أهي رومية، أو فارسية؟ إلا أن تطرّد العادة بنوع، فيحمل المطلق عليه.

**فرع:** من هذا النوع، الاستئجار لتعليم القرآن، فليعين السورة والآيات التي يعلِّمها، فإن أخلّ بأحدهما، لم يصح على الأصح. وقيل: لا يشترط تعيين واحد منهما، بل يكفي ذكر عشر آيات مثلًا. وقيل: تشترط السورة دون الآيات. وهل يكفي التقدير بالمدة فيقول: لتعلمني شهرًا؟ وجهان: قطع الإمام والغزالي بالاكتفاء، وإيراد غيرهما يقتضي المنع.

وفي وجوب تعيين قراءة ابن كثير أو نافع أو غيرهما، وجهان: أصحهما: لا، إذ الأمر فيها قريب. قال الإمام: وكنت أود أن لا يصح الاستئجار للتعليم حتى يختبر حفظ المتعلم، كما لا يصح إيجار الدابة للركوب حتى يعرف حال الراكب، لكن ظاهر كلام الأصحاب، أنه لا يشترط، والحديث الصحيح يدل عليه في الذي تزوج على تعليم ما معه من القرآن، وإنما يجوز الاستئجار لتعليم القرآن إذا كان المتعلم مسلمًا، أو كافرًا يرجى إسلامه، فإن لم يرج، لم يعلَّم، كما لا يباع المصحف لكافر، فلا يصح الاستئجار.

**فرع:** إذا كان يتعلم الشيء بعد الشيء، ثم ينسى، فهل على الأجير إعادة تعليمه؟ فيه أوجه: أحدها: إن تعلم آية ثم نسيها، لم يجب تعليمها ثانيًا، وإن كان دون آية، وجب. والثاني: الاعتبار بالسورة. والثالث: إن نسي في مجلس التعلم، وجب إعادته. وإن نسي بعده، فلا. والرابع: يرجع فيه الى العرف الغالب، وهو الأصح.

**فرع:** عن القاضي حسين في «الفتاوى»: أن الاستئجار لقراءة القرآن على رأس القبر مدة، جائز، كالاستئجار للأذان وتعليم القرآن. واعلم أنّ عَوْد المنفعة إلى المستأجر شرط، فيجب عَوْدها في هذه الإجارة إلى المستأجر أو ميِّته، فالمستأجر لا ينتفع بقراءة غيره. ومعلوم أن الميت لا يلحقه ثواب القراءة المجردة،

فالوجه: تنزيل الاستئجار على صورة انتفاع الميت بالقراءة. وذكروا له طريقين. أحدهما: أن يعقب القراءة بالدعاء للميت، لأن الدعاء يلحقه، والدعاء بعد القراءة أقرب إجابة وأكثر بركة. والثاني: ذكر الشيخ عبد الكريم السالوسي، أنه إن نوى القارىء بقراءته أن يكون ثوابها للميت، لم يلحقه. وإن قرأ، ثم جعل ما حصل من الأجر له، فهذا دعاء بحصول ذلك الأجر للميت، فينفع الميت.

**فصل:** ومنه الاستئجار للإرضاع، ويجب فيه التقدير بالمدة، ولا سبيل إلى ضبط مرات الإرضاع، ولا قدر ما يستوفيه في كل مرة، فقد تعرض له الأمراض والأسباب الملهية، ويجب تعيين الصبي، لاختلاف الغرض باختلافه، وتعيين موضع الإرضاع، أهو بيته، أم بيتها.

**فصل:** ومنه الاستئجار للحج، وقد ذكرناه في بابه.

**فصل:** ومنه إذا استأجر لحفر نهر أو بئر أو قناة، قدَّر، إما بالزمان، فيقول: تحفر لي شهرًا، وإما بالعمل، فيقدر الطول والعرض والعمق، ويجب معرفة الأرض بالمشاهدة، لتعرف صلابتها ورخاوتها، ويجب عليه إخراج التراب المحفور. فإن انهار شيء من جوانب البئر، لم يلزمه إخراجه. وإذا انتهى إلى موضع صلب أو حجارة، نظر، إن كان يعمل فيه المِعْول، وجب حفره على الأصح، وبه قال القاضي أبو الطيب. والثاني: لا يجب، وبه قال ابن الصباغ، لأنه خلاف ما اقتضته المشاهدة، فعلى هذا له فسخ العقد. وإن لم يعمل فيه المعول، أو نبع الماء قبل وصوله إلى موضع المشروط وتعذر الحق، انفسخ العقد في الباقي، ولا ينفسخ فيما مضى على المذهب، فيوزع المسمى على ما عمل وما بقي.

**فرع:** إذا استأجر لحفر قبر، بيَّن الموضع والطول والعرض والعمق، ولا يكفي الإطلاق، ولا يجب عليه رد التراب بعد وضع الميت فيه.

**فصل:** ومنه إذا استأجر لضرب اللَّبِن، قدّر بالزمان أو العمل. وإذا قدر بالعمل، بيَّن العدد والقالب. فإن كان القالب معروفًا، فذاك، وإلا بيَّن طوله وعرضه وسمكه. وعن القاضي أبي الطيب، الاكتفاء بمشاهدة القالب. ويجب بيان الموضع الذي يضرب فيه، ولا يجب عليه إقامتها للجفاف. ولو استأجره لطبخ اللَّبِن فطبخ، لم يجب عليه الإخراج من الأتُّون.

**فصل:** إذا استأجر للبناء، قدر بالزمان أو العمل، فإن قدر بالعمل، بيَّن موضعه وطوله وعرضه وسمكه وما يبنى به من اللَّبِن أو الطين أو الآجر. ولو استأجر للتطيين أو التجصيص، قدره بالزمان، ولا سبيل إلى تقديره بالعمل، لأن سمكه لا ينضبط.

**فصل:** ومنه إذا استأجر كحالًا ليداوي عينه، قدره بالمدة دون البُرءِ. فإن برأت عينه قبل تمامها، انفسخ العقد في الباقي، ولا يقدر بالعمل، لأن قدر الدواء لا ينضبط ويختلف بحسب الحاجة.

**فصل:** ومنه إذا استأجر للرعي، وجب بيان المدة وحبس الحيوان، ثم يجوز العقد على قطيع معيَّن، ويجوز في الذمة، وحينئذٍ وجهان: أصحهما: عند صاحب «المهذب»: يجب بيان العدد. والثاني وبه قطع ابن الصباغ والروياني: لا يجب، ويحمل على ما جرت العادة أن يرعاه الواحد. قال الروياني: وهو مئة رأس من الغنم تقريبًا. فإن توالدت، حكى ابن الصباغ: أنه لا يلزمه رعي أولادها إن ورد العقد على أعيانها. وإن كان في الذمة، لزمه.

**فصل:** استأجر ناسخًا للكتابة، بيّن عدد الأوراق والأسطر في كل صفحة، ولم يتعرضوا للتقدير بالمدة، والقياس جوازه، وأن يجب عند تقدير العمل بيان قدر الحواشي، والقطع الذي يكتب فيه.

**فصل:** يجوز الاستئجار لاستيفاء الحدِّ والقصاص، ولنقل الميتة إلى المزبلة، والخمر لتُراقَ، ولا يجوز لنقل الخمر من بيت إلى بيت، ولا لسائر المنافع المحرَّمة، كالزمر والنياحة، وكما يحرم أخذ الأجرة في هذا، يحرم إعطاؤها. وإنما يباح الإعطاء دون الأخذ في موضع ضرورة، كفكاك الأسير، وإعطاء الشاعر لئلا يهجو، والظالم ليدفع ظلمه، والجائر ليحكم بالحق. وهذه الأمثلة، مذكورة في باب القضاء.

النوع الثاني: العقار، ويستأجر لأغراض. منها: السكنى. فإذا استأجر دارًا، وجب معرفة موضعها، وكيفية أبنيتها، وفي الحمام، يعرف البيوت والبئر التي يستقي منها ماءه، والقِدرْ التي يسخن فيها، ومبسط القماش، والأتّون وهو موضع الوقود وما يجمع الأتّون من السِّرقين ونحوه، والموضع الذي يجمع فيه الزبل والوقود، ومطرح الرماد، والمستنقع الذي يجتمع فيه الماء الخارج من الحمام. وعلى هذا قياس سائر المسكن. وهذا الذي ذكرناه من اشتراط الرؤية في الحمام ونحوه، تفريع على منع إجارة الغائب، فإن جوزناها، لم تعتبر الرؤية، بل يكفي الوصف والبيان، ولا يدخل الوقود في بيع الحمام وإجارته، كما لا تدخل الأزُرُ والأسطال والحبل والدلو. قال في «الشامل»: في رؤية قدر الحمام، يكفي رؤية داخلها من الحمام، أو ظاهرها من الأتُّون. والقياس: على اعتبار الرؤية أن يشاهد الوجهين إذا أمكن، كما تعتبر مشاهدة وجهَي الثوب.

**فرع:** ذكر في «شرح المفتاح» أنه لا بد في إجارة الدار من ذكر عدد السكان

من الرجال والنساء والصبيان، ثم لا منع من دخول زائر وضيف، وإن بات فيها ليالي.

**فرع:** لا بد من تقدير هذه المنفعة بالمدة، وفي تقدير المدة التي يجوز عقد الإجارة عليها ثلاثة أقوال المشهور والذي عليه جمهور الأصحاب: أنه يجوز عقد سنين كثيرة، بحيث يبقى إليها ذلك الشيء غالبًا، فلا يؤجر العبد أكثر من ثلاثين سنة، والدابة تؤجر عشر سنين، والثوب سنتين أو سنة على ما يليق به، والأرض مئة سنة وأكثر. وقال ابن كج: يؤجر العبد إلى تمام مئة وعشرين سنة من عمره. والقول الثاني: لا يجوز أكثر من سنة مطلقًا. والثالث: لا يجوز أكثر من ثلاث سنين. وحكي وجه: أنه يجوز أن يؤجرها مدة لا تبقى فيها العين غالبًا، لأن الأصل الدوام، فإن هلكت لعارض، فكانهدام الدار ونحوه. وحكم الوقف في مدة الإجارة حكم الطِّلْق. قال المتولي: إلا أن الحكام اصطلحوا على منع إجارته أكثر من ثلاث سنين لئلا يندرس الوقف، وهذا الاصطلاح، غير مطرد. وفي أمالي السرخسي: أن المذهب منع إجارة الوقف أكثر من سنة إذا لم تمس إليه حاجة لعمارة وغيرها، وهو غريب. وإذا جوزنا إجارة أكثر من سنة، فهل يجب تقدير حصة كل سنة؟ قولان: أظهرهما: لا، وتوزَّع الأجرة على قيمة منافع السنين، ومنهم من قطع بهذا.

**فرع:** إذا قال: أجرتك شهرًا، أو قال: سنة، صح على الأصح، وحمل على ما يتصل بالعقد. وقيل: يشترط أن يقول: من الآن. ولو قال: أجرتك شهرًا من السنة، فالعقد باطل قطعًا للإبهام. ولو قال: كل شهر بدرهم من الآن، فباطل أيضًا على المشهور والصحيح. وقال في «الإملاء»: يصح في الشهر الأول، وبه قطع الإصطخري. ولو قال: كل شهر من هذه السنة بدرهم، لم يصح على الأصح، وصححه ابن سريج في شهر فقط، ونقل الإمام عن الأصحاب، أنهم قالوا: إذا قال: بعتك كل صاع من هذه الصبرة بدرهم، لم يصح البيع، لأنه لم يضف إلى جميع الصبرة، بخلاف ما لو قال: بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم، قال: وكان ينبغي أن يفرَّق فيقال: إن قال: بعتك كل صاع من هذه الصبرة بدرهم، كان كقوله: بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم، ويصح العقد في الجميع. وإن قال: بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم، بطل على الأصح، وعلى قول ابن سريج: يصح في صاع، وكذلك يفرَّق في الإجارة. وقد قال بهذا الشيخ أبو محمد، فسوَّى بين قوله: بعتك كل صاع من هذه الصبرة بدرهم، وبين قوله: بعتك هذه الصبرة كل صاع بدرهم، فصحح البيع في جميع الصبرة باللفظين.

**فرع:** مدة الإجارة، كأجل المسلَم فيه، في أن مطلق الشهر والسنة يحمل على

العربي، وفي أنه إذا قيد بالعددية، أو قال: سنة فارسية أو رومية أو شمسية، كان الأجل ما ذكره، وفي أن العقد إذا انطبق على أول الشهر، كان ذلك الشهر وما بعده بالأهلَّة. وإن لم ينطبق، تمم المنكسر بالعدد من الأخير، ويحسب الباقي بالأهلة. وفي سائر المسائل المذكورة في السلَم، وفي التأجيل بالشمسية، وجه: أنه لا يصح، وهو شاذ.

**فرع:** قال: أجرتك شهرًا من هذه السنة، فإن لم يكن بقي منها إلا شهر، صح، وإن بقي أكثر من شهر، لم يصح، قاله المتولي والبغوي.

**فصل:** مما تستأجر له الأرض، البناء والغراس والزراعة. فإذا قال: أجرتك هذه الأرض، ولم يذكر البناء ولا غيره، وكانت صالحة للجميع، لم يصح العقد، لأن منافع هذه الجهات مختلفة، وضررها مختلف، فوجب التعيين، كما لو أجر بهيمة، لا يجوز الإطلاق، هكذا ذكره الأصحاب، وجعلوه متفقًا عليه، حتى احتجوا به لأحد الوجهين في إعارة الأرض مطلقًا، لكن قدمنا في مسألة إجارة الأرض التي لا ماء لها، تصريحهم بجواز الإجارة مطلقًا، ويشبه أن تكون إجارتها مطلقًا، على وجهين: كإعارتها. والأصح: المنع فيهما. وما ذكروه في إجارة الأرض التي لا ماء لها، مفرع على الوجه الآخر أو مؤوَّل.

**فرع:** أجر بيتًا أو دارًا، لا يحتاج إلى ذكر السكنى، لأن الدار لا تستأجر إلا للسكنى ووضع المتاع فيها، وليس ضررهما بمختلف، كذا ذكروه، ويجوز أن يمنع فيقال: قد تستأجر أيضًا ليتخذها مسجدًا، ولعمل الحدادين والقصارين، ولطرح الزبل فيها، وهي أكثر ضررًا، فما جعلوه مبطلًا في الأرض موجود هنا. فإن قيل: ينزل في الدار على أدنى وجوه الانتفاع وهو السكنى ووضع المتاع، لزم أن يقال في الأرض مثله وينزل على الزراعة، ومقتضى هذا الاشكال، أنه يشترط في استئجار الدار بيان أنه يستأجر للسكنى أو غيرها، وقد قال به بعض شارحي «المفتاح».

**فرع:** قال: أجرتك هذه الأرض لتنتفع بها بما شئت، صحت الإجارة، وله أن يصنع ما شاء، لرضاه، وهذا هو الأصح، وبه قطع الإمام، والغزالي. وحكى البغوي وجهًا بالمنع، كبيع عبد من عبيده. ولو قال: أجرتكها للزراعة، ولم يذكر ما يزرع، أو للبناء أو للغراس وأطلق، صح على الأصح عند الجمهور، وبالمنع قال ابن سريج، ونقله ابن كج عن النص في «الجامع الكبير». ومن جوَّز قال: يزرع ما شاء، للإطلاق. وكان يحتمل التنزيل على الأقل. ولو قال: أجرتكها لتزرع ما شئت، صحت الإجارة، ويزرع ما شاء، نص عليه. وعن ابن القطان وجه: أنها فاسدة كبيع عبد من عبيده. ولو قال: أجرتكها لتزرع أو تغرس، لم يصح. ولو قال:

إن شئت فازرعها، وإن شئت فاغرسها، صح على الأصح، ويخيَّر المستأجر. ولو قال: أجرتكها فازرعها واغرسها، أو لتزرعها وتغرسها، ولم يبين القدر، فوجهان: أحدهما وبه قال ابن سلمة: يصح وينزل على النصف. وعلى هذا، فله أن يزرع الجميع، لجواز العدول من الغراس إلى الزرع، ولا يجوز أن يغرس الجميع. وأصحهما: لا يصح، وبه قال المزني، وابن سريج، وأبو إسحق، لعدم البيان، بل قال القفال: لو قال: ازرع النصف واغرس النصف، لم يصح، لأنه لم يبين المغروس والمزروع، فصار كقوله: بعتك أحد هذين العبدين بألف والآخر بخمسمئة.

**فرع:** يشترط في استئجار الأرض للبناء، بيان موضعه وطوله وعرضه، وفي بيان قدر ارتفاعه، وجهان سبقا في كتاب الصلح. أصحهما: لا يشترط، بخلاف ما إذا استأجر سقفًا للبناء.

النوع الثالث: الدواب، وتستأجر لأغراض.

منها: الركوب، وفيه مسائل:

إحداها: يشترط أن يعرف المؤجر الراكب، وطريق معرفته المشاهدة، كذا قاله الجمهور. والأصح: أن الوصف التام يكفي عنها. ثم قيل: يصفه بالوزن. وقيل: بالضخامة والنحافة ليعرف وزنه تخمينًا.

الثانية: إن كان الراكب مجردًا ليس معه ما يركب عليه، فلا حاجة إلى ذكر ما يركب عليه، لكن المؤجِّر يركبه على ما شاء من سرج وإكافٍ وزاملة على ما يليق بالدابة. وإن كان يركب على رحل له، أو فوق زاملة، أو في محمل، أو في عماريَّة، أو أراد في غير الإبل الركوب على سرج أو إكافٍ، وجب ذكره. وينبغي أن يعرف المؤجر هذه الآلات. فإن شاهدها، كفى، وإلا، فإن كانت سروجهم ومحاملهم وما في معناها على قدر وتقطيع: لا يتفاحش فيه التفاوت، كفى الإطلاق، وحمل على معهودهم. وإن لم يكن معهود مطرد، اشترط ذكر وزن السرج والإكاف والزاملة ووصفها. هذا هو الصحيح المعروف. وقال الإمام: لم يتعرض أحد من الأصحاب لاشتراط ذكر الوزن في السرج والإكاف، لأنه لا يكثر فيهما التفاوت. وأما المحمل أو العماريَّة، ففيهما أوجه: أصحها: أن المعتبر فيهما المشاهدة، أو الوصف مع الوزن لإفادتهما التخمين. والثاني: يكفي الوزن. أو الصفة والثالث: لا بد من المشاهدة. والرابع: إن كانت محامل خفافًا كالبغدادية، كفى الوصف، لتقاربها، وإن كانت ثقالًا كالخراسانية، اشترطت المشاهدة، وقال البغوي: تمتحن الزاملة باليد لتعرف خفتها وثقلها، بخلاف الراكب لا يمتحن بعد

المشاهدة. وينبغي أن يكون المحمل والعماريَّة في ذلك كالزاملة.

**فرع:** لا بد في المحمل ونحوه من الوطاء، وهو الذي يفرش فيه ليجلَس عليه، وينبغي أن يعرف بالرؤية أو الوصف، والغطاء الذي يستظل به ويتوقَّى من المطر، قد يكون وقد لا يكون، فيُحتاج إلى شرطه. وإذا شرطه، قال الشيخ أبو حامد وابن الصباغ: يكفي إطلاقه، لتقارب تفاوته، ويغطيه بجلد أو كساءٍ أو لبْد. وقال ابن كج والمتولي: يشترط رؤيته أو وصفه، وهو ظاهر النص كالوطاء. لكن إن كان فيه عرف مطرد، كفى الإطلاق، وقد يكون للمحمل ظرف من لبود، أو أدم، فهو كالغطاء.

الثالثة: إذا استأجر للركوب، وشرط حمل المعاليق وهي السُّفرة، والإداوة، والقدور، والقمقمة، فإن أراها المؤجر، أو وضعها له وذكر وزنها، صح، وإلا، فلا تصح الإجارة على المذهب والمنصوص، ومن صحح، حمله على الوسط المعتاد. وإن لم يشرط المعاليق، لم يستحق حملها على الأصح. وقيل: هو كشرطها مطلقًا. وهذا المذكور في السُّفرة والإداوة الخاليتين، فإن كان فيهما طعام وماء، فسيأتي بيانهما في الباب الثاني إن شاء الله تعالى.

الرابعة: إن كانت الإجارة على عين الدابة، اشترط تعيينها، وفي اشتراط رؤيتها الخلاف في شراء الغائب. وإن كانت في الذمة، اشترط ذكر جنسها، أهي من الإبل، أم الخيل، أم الحمير والبغال؟ ونوعها، كالبخاتي والعراب. ويشترط بيان الذكورة والأنوثة على الأصح، لاختلاف الغرض بذلك، فإن الأنثى أسهل سيرًا، والذكر أقوى. ويشترط أن يقول: مهملَج أو بَحْر أو قطوَف، على الأصح، لأن معظم الغرض يتعلق بكيفية السير.

الخامسة: إذا استأجر دابة للركوب، فليبيّنا قدر السير كل يوم، فإذا بيَّنا، حملا على المشروط، فإن زادا في يوم أو نقصا، فلا جبران، بل يسيران بعده على الشرط. ولو أراد أحدهما مجاوزة المشروط، أو النزول دونه لخوف أو خصب، لم يكن له ذلك، إلا أن يوافقه صاحبه، ذكره البغوي. وكان يجوز أن يجعل الخوف عذرًا لمن يحتاط، ويلزم الآخر موافقته.

فإن لم يبيِّنا قدر السير، وأطلقا العقد، نظر، إن كان في ذلك الطريق منازل مضبوطة، صح العقد وحمل عليها، وإن لم يكن منازل، أو كانت والعادة مختلفة، لم يصح العقد حتى يبينا أو يقدَّر بالزمان. هذا هو الصحيح المعروف الذي اشتملت عليه طرق الأصحاب. وقال أبو إسحاق: إذا اكترى إلى مكة في زماننا، اشترط ذكر المنازل، لأن السير في هذه الأزمان شديد. وقال القاضي أبو الطيب: إن كان

الطريق مخوفًا، لم يجز تقدير السير فيه، لأنه لا يتعلق بالاختيار، وتابعه الروياني على هذا. ومقتضاه، امتناع التقدير بالزمان أيضًا، وحينئذٍ يتعذر الاستئجار في الطريق الذي ليس له منازل مضبوطة إذا كان مخوفًا.

**فرع:** القول في وقت السير، أهو الليل، أم النهار؟ وفي موضع النزول في المرحلة، أهو نفس القرية، أم الصحراء؟ وفي الطريق الذي يسلكه إذا كان للمقصد طريقان على ما ذكرناه في قدر السير في أنه يحمل على المشروط أو المعهود. وقد يختلف المعهود في فصلي الشتاء والصيف، وحالتي الأمن والخوف، فكل عادة تراعى في وقتها، ومتى شرطا خلاف المعهود، فهو المتبع، لا المعهود.

**فصل:** مما تستأجر له الدواب الحمل عليها، فينبغي أن يكون المحمول معلومًا، فإن كان حاضرًا ورآه المؤجر، كفى، وإلا فلا بد من تقديره بالوزن، أو بالكيل إن كان مكيلًا، والتقدير بالوزن في كل شيء أولى وأحصر، ولا بد من ذكر جنسه، لاختلاف تأثيره. فلو قال: أجرتكها لتحمل عليها مئة رطل مما شئت، جاز على الأصح، ويكون رضى منه بأضر الأجناس، فلا حاجة حينئذٍ إلى بيان الجنس. وقال صاحب «الرقم»: قال حذَّاق المراوزة: إذا استأجر دابة للحمل مطلقًا، جاز، وجعل راضيًا بالأضر، وحاصله الاستغناء بالتقدير عن ذكر الجنس. هذا في التقدير بالوزن، أما إذا قدر بالكيل، فالمفهوم من كلام أبي الفرج السرخسي: أنه لا يغني عن ذكر الجنس وإن قال: عشرة أقفزة مما شئت، لاختلاف الأجناس في الثقل مع الاستواء في الكيل، لكن يجوز أن يجعل ذلك رضىً بأثقل الأجناس، كما جعل في الوزن رضىً بأضر الأجناس.

**فرع:** ظروف المتاع وحباله، إن لم تدخل في الوزن، بأن قال: مئة رطل حنطة، أو كان التقدير بالكيل، فلا بد من معرفتها بالرؤية أو الوصف، إلا أن يكون هناك غرائر متماثلة اطرد العرف باستعمالها، فيحمل مطلق العقد عليها. وإن دخلت في قدر المتاع، بأن قال: مئة رطل حنطة بظروفها، صح العقد. ولو اقتصر على قوله: مئة رطل، فالأصح: أن الظرف من المئة. والثاني: أنه وراءها، لأنه السابق إلى الفهم. فعلى هذا، يكون الحكم كما لو قال: مئة رطل من الحنطة، والمسألة مفرعة على الاكتفاء بالتقدير. وإهمال ذكر الجنس، إما مطلقًا، وإما بأن قال: مئة رطل مما شئت.

**فرع:** الدابة المستأجرة للحمل، إن كانت معَّينة، فعلى ما ذكرناه في الركوب. وإن كانت الإجارة على الذمة، لم يشترط معرفة جنس الدابة وصفتها، بخلاف الركوب، لأن المقصود هنا تحصيل المتاع في الموضع المنقول إليه، فلا يختلف

الغرض. لكن لو كان المحمول زجاجًا أو خزفًا وشبههما، فلا بد من معرفة حال الدابة، ولم ينظروا في سائر المحمولات إلى تعلق الغرض بكيفية سير الدابة بسرعة أو بطءٍ، وقوة أو ضعف، وتخلّفها عن القافلة على بعض التقديرات. ولو قيل به، لم يكن بعيدًا. والكلام في المعاليق وتقدير السير، على ما ذكرناه في الاستئجار للركوب.

**فرع:** استأجره لحمل هذه الصبرة إلى موضع كذا، كل صاع بدرهم، أو صاع منها بدرهم، وما زاد فبحسابه، صح العقد كما لو باع كذلك، بخلاف ما لو قال: أجرتك كل شهر بدرهم، لأن جملة الصبرة معلومة محصورة، بخلاف الأشهر. ولو قال: لتحمل صاعًا منها بدرهم، على أن تحمل كل صاع منها بدرهم، أو على أن ما زاد فبحسابه، فوجهان: أصحهما: المنع، لأنه شرط عقد في عقد. والثاني: الجواز، وتقديره: كل صاع بدرهم. ولو قال: لتحمل هذه الصبرة وهي عشرة آصع، كل صاع بدرهم، فإن زادت، فبحسابه، صح العقد في العشرة، دون الزيادة المشكوك فيها. ولو قال: لتحمل من هذه الصبرة كل صاع بدرهم، لم يصح على المذهب، وهو المعروف. وقد سبق في مثله في البيع وجه: أنه يصح في صاع، فيعود هنا.

**فصل:** ومن الأغراض، سقي الأرض بإدارة الدولاب، والاستقاء من البئر بالدلو. فإن كانت الإجارة على عين الدابة، وجب تعيينها كما في الركوب والحمل. وإن كانت في الذمة، لم يجب بيان الدابة ومعرفة جنسها. وعلى التقديرين يعرف المؤجر الدولاب والدلو وموضع البئر وعمقها، بالمشاهدة، أو الوصف إن كان الوصف يضبطها، ويقدر المنفعة، إما بالزمان، بأن يقول: لتسقي بهذا الدلو من البئر اليوم، وإما بالعمل، بأن يقول: لتستقي خمسين دلوًا من هذه البئر بهذا الدلو. ولا يجوز التقدير بالأرض، بأن يقول: لتسقي هذا البستان، أو لتسقي جريبًا منه.

**فصل:** ومنها: الحراثة، فيجب أن يعرف المؤجر الأرض، لاختلافها.. وتقدر المنفعة، إما بالزمان، بأن يقول: لتحرث في هذه الأرض الشهر، وإما بالعمل، بأن يقول: لتحرث هذه القطعة، أو إلى موضع كذا منها. وقيل: لا يجوز تقدير هذه المنفعة بالمدة، قاله الشيخ أبو حامد. والصحيح: الأول. ولا بد من معرفة الدابة إن كانت إجارة عين. وإن كانت في الذمة، فكذلك إن قدر بالمدة وجوزناه، لأن العمل يختلف باختلاف الدابة. وإن قدر بالأرض المحروثة، فلا حاجة إلى معرفتها.

**فصل:** ومنها: الدِّياس، فيعرف المؤجر الجنس الذي يريد دياسه، ويقدر المنفعة بالزمان، أو بالزرع الذي يدوسه. والقول في معرفة الدابة، على ما ذكرناه في الحراثة.

**فصل:** الاستئجار للطحن كالاستئجار للدياس.

**فصل:** جملة ما يجب تعريفه في الإجارات، مما ذكرناه وما لم نذكره، أن ما يتفاوت به الغرض، ولا يتسامح به في المعاملة، يشترط تعريفه.

**فصل:** اختلف الأصحاب في أن المعقود عليه في الإجارة ماذا؟ فقال أبو إسحاق وغيره: هو العين ليستوفي منها المنفعة، لأن المنفعة معدومة، ومورد العقد يجب أن يكون موجودًا، ولأن اللفظ مضاف إلى العين. ولهذا يقول: أجرتك هذه الدار. وقال الجمهور: ليست العين معقودًا عليها، لأن المعقود عليه هو ما يستحق بالعقد، ويجوز التصرف فيه، وليست العين كذلك. فالمعقود عليه، هو المنفعة، وبه قال مالك وأبو حنيفة، وعليه ينطبق قول جمهور أصحابنا: أن الإجارة تمليك المنافع بعوض، ويشبه أن لا يكون هذا خلافًا محقَّقًا، لأن الأول لا يقول: العين مملوكة بالإجارة كالمبيع. ومن قال بالثاني، لا يقطع النظر عن العين.

**قال المصنف رحمه الله تعالى: فصل: ولا تصح الإجارة إلا على منفعة معلومة القدر، لأنا بينا أن الإجارة بيع والبيع لا يصح إلا في معلوم القدر، فكذلك الإجارة، ويعلم مقدار المنفعة بتقدير العمل، أو بتقدير المدة، فإن كانت المنفعة معلومة القدر في نفسها كخياطة ثوب وبيع عبد والركوب إلى مكان، قدرت بالعمل لأنها معلومة في نفسها، فلا تقدر بغيرها، وإن قدر بالعمل والمدة بأن استأجره يومًا ليخيط له قميصًا، فالإجارة باطلة، لأنه يؤدي إلى التعارض وذلك أنه قد يفرغ من الخياطة في بعض اليوم، فإن طولب في بقية اليوم بالعمل أخل بشرط العمل، وإن لم يطالب أخل بشرط المدة، فإن كانت المنفعة مجهولة المقدار في نفسها كالسكنى والرضاع وسقي الأرض والتطيين والتجصيص قدر بالمدة لأن السكنى وما يشبع به الصبي من اللبن وما تروى به الأرض من السقي يختلف ولا ينضبط، ومقدار التطيين والتجصيص لا ينضبط لاختلافهما في الرقة والثخونة، فقدر بالمدة.**

**واختلف أصحابنا في استئجار الظهر للحرث، فمنهم من قال: يجوز أن يقدر بالعمل بأن يستأجره ليحرث أرضًا بعينها، ويجوز أن يقدر بالمدة بأن يستأجره ليحرث له شهرًا، ومنهم من قال: لا يجوز تقديره بالمدة، والأول أظهر، لأنه يمكن تقديره بكل واحد منهما فجاز التقدير بكل واحد منهما.**

**فصل: وما عقد على مدة لا يجوز إلا على مدة معلومة الابتداء والانتهاء، فإن قال: أجرتك هذا الدار كل شهر بدينار فالإجارة باطلة، وقال في «الإملاء» تصح في الشهر الأول وتبطل فيما زاد لأن الشهر الأول معلوم وما زاد مجهول، فصح في المعلوم وبطل في المجهول، كما لو قال: أجرتك هذا الشهر بدينار وما زاد بحسابه، والصحيح هو الأول لأنه عقد على الشهر وما زاد من الشهور. وذلك**

مجهول فبطل، ويخالف هذا إذا قال: أجرتك هذا الشهر بدينار وما زاد بحسابه لأن هناك أفرد الشهر الأول بالعقد وههنا لم يفرد الشهر عما بعده بالعقد فبطل بالجميع، فإن أجره سنة مطلقة حمل على سنة بالأهلة، لأن السنة المعهودة في الشرع سنة الأهلة. والدليل عليه قوله عز وجل: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْأَهِلَّةِ قُلْ هِىَ مَوَٰقِيتُ لِلنَّاسِ وَٱلْحَجِّ﴾ [البقرة: ١٨٨]، فوجب أن يحمل العقد عليه، فإن كان العقد في أول الهلال عد اثني عشر شهرًا بالأهلة، تامًا كان الشهر أو ناقصًا، وإن كان في أثناء الشهر عد ما بقي من الشهر وعد بعده أحد عشر شهرًا بالأهلة، ثم كمل عدد الشهر الأول بالعدد ثلاثين يومًا، لأنه تعذر إتمامه بالشهر الهلالي فتمم بالعدد.

فإن أجرة سنة شمسية ففيه وجهان: أحدهما: لا يصح لأنه على حساب أنسيء فيه أيام والنسيء حرام، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلنَّسِىٓءُ زِيَادَةٌ فِى ٱلْكُفْرِ﴾ [التوبة: ٣٧]. والثاني: أنه يصح لأنه وإن كان النسيء حرامًا، إلا أن المدة معلومة، فجاز العقد عليها كالنيروز والمهرجان، وفي أكثر المدة التي يجوز عقد الإجارة عليه طريقان ذكرناهما في المساقاة.

فصل: ولا تصح الإجارة إلا على منفعة معلومة لأن الإجارة بيع والمنفعة فيها كالعين في البيع، والبيع لا يصح إلا في معلوم، فكذلك الإجارة. فإن كان المكترى دارًا لم يصح العقد عليها حتى تعرف الدار؛ لأن المنفعة تختلف باختلافها، فوجب العلم بها، ولا يعرف ذلك إلا بالتعيين، لأنها لا تضبط بالصفة فافتقر إلى التعيين كالعقار والجواهر في البيع، وهل يفتقر إلى الرؤية؟ فيه قولان بناء على القولين في البيع، ولا يفتقر إلى ذكر السكنى ولا إلى ذكر صفاتها لأن الدار لا تكترى إلا للسكنى، وذلك معلوم بالعرف فاستغنى عن ذكرها كالبيع بثمن مطلق في موضع فيه نقد معروف.

وإن اكترى أرضًا لم يصح حتى تعرف الأرض لما ذكرناه في الدار، ولا يصح حتى يذكر ما يكترى له من الزراعة والغراس والبناء؛ لأن الأرض تكترى لهذه المنافع وتأثيرها في الأرض يختلف فوجب بيانها.

وإن قال: أجرتك هذه الأرض لتزرعها ما شئت جاز، لأنه جعل له زراعة أضر الأشياء، فأي صنف زرع لم يستوف به أكثر من حقه، وإن قال: أجرتك لتزرع وأطلق ففيه وجهان: أحدهما: لا يصح لأن الزروع مختلفة في التأثير في الأرض، فوجب بيانها. والثاني: يصح لأن التفاوت بين الزرعين يقل.

وإن قال: أجرتك لتزرعها أو تغرسها لم يصح، لأنه جعل له أحدهما ولم يعين فلم يصح، كما لو قال: بعتك أحد هذين العبدين، وإن قال: أجرتك لتزرعها وتغرسها ففيه وجهان: أحدهما: لا يصح وهو قول المزني وأبي العباس وأبي إسحاق، لأنه لم يبين المقدار من كل واحد منهما. والثاني: يصح وله أن يزرع النصف ويغرس النصف، وهو ظاهر النص، وهو قول أبي الطيب بن سلمة، لأن الجمع يقتضي التسوية فوجب أن يكون نصفين.

فصل: وإن استأجر ظهرًا للركوب لم يصح العقد حتى يعرف جنس المركوب، لأن الغرض يختلف باختلافه، ويعرف ذلك بالتعيين والوصف لأنه يضبط بالصفة فجاز أن يعقد عليه بالتعيين والوصف، كما قلنا في البيع. فإنه كان في الجنس نوعان مختلفان في السير كالمهملج والقطوف من الخيل ففيه وجهان: أحدهما: يفتقر إلى ذكره لأن سيرهما يختلف. والثاني: لا يفتقر لأن التفاوت في جنس واحد يقل، ولا يصح حتى يعرف الراكب، ولا يعرف ذلك إلا بالتعيين، لأنه يختلف بثقله وخفته وحركته وسكونه، ولا يضبط ذلك بالوصف فوجب تعيينه، ولا يصح حتى يعرف ما يركب به من سرج وغيره، لأنه يختلف ذلك على المركوب والراكب.

فإن كان عمارية أو محملًا ففيه ثلاثة أوجه: أحدها: أنه يجوز العقد عليه بالوصف لأنه يمكن وصفه فجاز العقد عليه بالصفة كالسرج والقتب. والثاني: إن كانت من المحامل البغدادية الخفاف جاز العقد عليه بالصفة، لأنها لا تختلف، وإن كانت من الخراسانية الثقال لم يجز إلا بالتعيين لأنها تختلف وتتفاوت. والثالث: وهو المذهب أنه لا يجوز إلا بالتعيين، لأنها تختلف بالضيق والسعة والثقل والخفة وذلك لا يضبط بالصفة فوجب تعيينه.

واختلف أصحابنا في المعاليق كالقدر والسطيحة. فمنهم من قال: لا يجوز حتى يعرف قولًا واحدًا لأنها تختلف فوجب العلم بها، ومنهم من قال: فيه قولان: أحدهما: لا يجوز حتى يعرف لما ذكرناه. والثاني: يجوز وتحمل على ما جرت به العادة لأنه تابع غير مقصود فلم تؤثر الجهالة فيه كالغطاء في الإجارة، والحمل في البيع؛ وإن كان السير في طريق فيه منازل معروفة جاز العقد عليه مطلقًا، لأنه معلوم بالعرف فجاز العقد عليه مطلقًا، كالثمن في موضع فيه نقد متعارف، فإن لم يكن فيه منازل معروفة لم يصح، حتى يبين، لأنه مختلف لا عرف فيه فوجب بيانه كالثمن في موضع لا نقد فيه.

فصل: فإن استأجر ظهرًا لحمل متاع صح العقد من غير ذكر جنس الظهر، لأنه لا غرض في معرفته ولا يصح حتى يعرف جنس المتاع أنه حديد أو قطن، لأن ذلك يختلف على البهيمة ولا يصح حتى يعرف قدره لأنه يختلف. فإن كان موزونًا ذكر وزنه، وإن كان مكيلًا ذكر كيله، فإن ذكر الوزن فهو أولى، لأنه أخصر وأبعد من الغرر، فإن عرف بالمشاهدة جاز كما يجوز بيع الصبرة بالمشاهدة وإن لم يعرف كيلها ـ فإن شرط أن يحمل عليها ما شاء ـ بطل العقد لأنه دخل في الشرط ما يقتل البهيمة، وذلك لا يجوز، فبطل به العقد.

فأما الظروف التي فيها المتاع فإنه إن دخلت في وزن المتاع صح العقد لأن الغرر قد زال بالوزن وإن لم تدخل في وزن المتاع ـ نظرت فإن كانت ظروفًا معروفة كالغرائر الجبلية ـ جاز العقد عليها من غير تعيين، لأنها لا تتفاوت، وإن كانت غير معروفة لم يجز حتى تعين، لأنها تختلف ولا تضبط بالصفة فوجب تعيينها.

فصل: فإن استأجر ظهرًا للسقي لم يصح العقد حتى يعرف الظهر، لأنه لا يجوز إلا على مدة، وذلك يختلف باختلاف الظهر فوجب العلم به على الأظهر ويجوز أن يعرف ذلك بالتعيين والصفة، لأنه يضبط بالصفة، فجاز أن يعقد عليه بالتعيين والصفة، كما يجوز بيعه بالتعيين والصفة، ولا يصح حتى يعرف الدولاب لأنه يختلف، ولا يعرف ذلك إلا بالتعيين لأنه يضبط بالصفة فوجب تعيينه.

فصل: وإن استأجر ظهرًا للحرث لم يصح حتى يعرف الأرض، لأنه يختلف ذلك بصلابة الأرض ورخاوتها، فإن كان على جربان لم يفتقر إلى العلم بالظهر لأنه لا يختلف وإن كان على مدة وقلنا: أنه يصح لم يجز حتى يعرف الظهر الذي يحرث به، لأن العمل يختلف باختلافه، ويعرف ذلك بالتعيين والصفة لما ذكرناه في السقي.

فصل: وإن استأجر ظهرًا للدياس لم يصح حتى يعرف الجنس الذي يداس، لأن العمل يختلف باختلافه، فإن كان على زرع معين، لم يفتقر إلى ذكر الحيوان الذي يداس به، لأنه لا غرض في تعيينه، فإن كان على مدة لم يصح حتى يعرف الحيوان الذي يداس به، لأن العمل يختلف باختلافه.

فصل: وإن استأجر جارحة للصيد لم يصح حتى يعرف جنس الجارحة، لأن الصيد يختلف باختلافه، ويعرف ذلك بالتعيين والصفة، لأنه يضبط بالصفة ولا يصح حتى يعرف ما يرسله عليه من الصيد، لأن لكل صنف من الصيد تأثيرًا في إتعاب الجارحة.

فصل: وإن استأجر رجلًا ليرعى له مدة لم يصح حتى يعرف جنس الحيوان، لأن لكل جنس من الماشية تأثيرًا في إتعاب الراعي، ويجوز أن يعقد على جنس معين وعلى جنس في الذمة، فإن عقد على موصوف لم يصح حتى يذكر العدد، لأن العمل يختلف باختلافه، ومن أصحابنا من قال: يجوز مطلقًا ويحمل على ما جرت به العادة أن يرعاه الواحد من مائة أو أقل أو أكثر، والأول أظهر، لأن ذلك يختلف وليس فيه عرف واحد.

فصل: وإن استأجر امرأة للرضاع لم يصح العقد حتى يعرف الصبي الذي عقد على إرضاعه، لأنه يختلف الرضاع باختلافه، ولا يعرف ذلك إلا بالتعيين؛ لأنه لا يضبط بالصفة ولا يصح حتى يذكر موضع الرضاع لأن الغرض يختلف باختلافه.

فصل: وإن استأجر رجلًا ليحفر له بئرًا أو نهرًا لم يصح العقد حتى يعرف الأرض لأن الحفر يختلف باختلافها، ولا يصح حتى يذكر الطول والعرض والعمق، لأن الغرض يختلف باختلافها، وإن استأجر لبناء حائط لم يصح العقد حتى يذكر الطول والعرض، وما يبنى به من الآجر واللبن والجص والطين، لأن

الأغراض تختلف باختلافها، وإن استأجره لضرب اللبن لم يصح حتى يعرف موضع الماء والتراب، ويذكر الطول والعرض والسمك والعدد، وعلى هذا جميع الأعمال التي يستأجر عليها.

وإن كان فيما يختلف الغرض باختلافه ما لا يعرفه، رجع فيه إلى أهل الخبرة ليعقد على شرطه، كما إذا أراد أن يعقد النكاح، ولم يعرف شروط العقد، رجع إلى من يعرفه ليعقد بشروطه، وإن عجز عن ذلك فوضه إلى من يعرفه ليعقد بشرطه كما يوكل الأعمى في البيع والشراء من يشاهد المبيع.

فصل: وإن استأجر رجلًا ليلقنه سورة من القرآن لم يصح حتى يعرف السورة لأن الغرض يختلف باختلافها، وإن كان على تلاوة عشر آيات من القرآن لم يصح حتى يعينها لأن آيات القرآن تختلف، فإن كان على عشر آيات من سورة معينة ففيه وجهان: أحدهما: لا يصح، لأن الأعشار تختلف. والثاني: يصح، لما روى أبو هريرة ﷺ قال: «جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فعرضت نفسها عليه، فقال لها: اجلسي بارك الله فيك، أما نحن فلا حاجة لنا فيك، ولكن تملكيننا أمرك؟ قالت: نعم، فنظر رسول الله ﷺ في وجوه القوم، فدعا رجلًا منهم، فقال لها: إني أريد أن أزوجك هذا إن رضيت، فقالت: ما رضيت لي يا رسول الله فقد رضيت، ثم قال للرجل: هل عندك من شيء؟ قال: لا والله يا رسول الله. قال: ما تحفظ من القرآن؟ قال: سورة البقرة والتي يليها، قال: قم فعلمها عشرين آية، وهي امرأتك»[1] وهل يفتقر إلى تعيين الحرف؟ فيه وجهان، أحدهما: لا يصح حتى يعين الحرف، لأن الأغراض تختلف باختلاف الحرف. والثاني: لا يحتاج إلى تعيين الحرف، لأن ما بين الأحرف من الاختلاف قليل.

فصل: وإن استأجر للحج والعمرة لم يصح حتى يذكر أنه إفراد أو قران أو تمتع، لأن الأغراض تختلف باختلافها، فأما موضع الإحرام فقال في «الأم»: لا يجوز حتى يعين. وقال في «الإملاء»: إذا استأجر أجيرًا أحرم من الميقات ولم يشترط التعيين، واختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحاق المروزي: فيه قولان: أحدهما: لا يجوز حتى يعين، لأن الإحرام قد يكون من الميقات، وقد يكون من دويرة أهله، وقد يكون من غيرهما، فإذا أطلق صار العقد على مجهول فلم يصح. والثاني: أنه يجوز من غير تعيين ويحمل على ميقات الشرع، لأن الميقات معلوم بالشرع فانصرف الإطلاق إليه كنقد البلد في البيع.

ومن أصحابنا من قال: إن كان الحج عن حي لم يجز حتى يعين، لأنه يمكن الرجوع إلى معرفة غرضه، وإن كان عن ميت جاز من غير تعيين، لأنه لا يمكن الرجوع إلى معرفة غرضه، وحمل القولين على هذين الحالين. ومنهم من قال:

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢١١٢) والبيهقي في سننه (٧/ ٢٤٢).

إن كان للبلد ميقاتان لم يجز حتى يبين، لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر، فوجب بيانه كالثمن في موضع فيه نقدان. وإن لم يكن له إلا ميقات واحد جاز من غير تعيين، كالثمن في موضع ليس فيه إلا نقد واحد؛ وحمل القولين على هذين الحالين، فإن ترك التعيين وقلنا: أنه لا يصح فحج الأجير، انعقد الحج للمستأجر لأنه فعله بإذنه مع فساد العقد، فوقع له كما لو وكله وكالة فاسدة في بيع.

فصل: ولا تصح الإجارة إلا على أجرة معلومة لأنه عقد يقصد به العوض، فلم يصح من غير ذكر العوض كالبيع، ويجوز إجارة المنافع من جنسها ومن غير جنسها، لأن المنافع في الإجارة كالأعيان في البيع، ثم الأعيان يجوز بيع بعضها ببعض فكذلك المنافع.

فصل: ولا تجوز إلا بعوض معلوم لما روى أبو سعيد الخدري ﷺ أن النبي ﷺ قال: «من استأجر أجيرًا فليعلمه أجره»[(١)] ولأنه عقد معاوضة فلم يجز بعوض مجهول كالبيع، وإن عقد بمال جزاف ـ نظرت، فإن كان العقد على منفعة في الذمة ـ ففيه قولان، لأن إجارة المنفعة في الذمة كالسلم، وفي السلم على مال جزاف قولان، فكذلك في الإجارة، فإن كان العقد على منفعة معينة ففيه طريقان، من أصحابنا من قال: يجوز قولًا واحدًا، لأن إجارة العين كبيع العين، وفي بيع العين يجوز أن يكون العوض جزافًا قولًا واحدًا فكذلك في الإجارة، ومنهم من قال: فيه قولان: أحدهما: يجوز، والثاني: لا يجوز، لأنه عقد على منتظر، وربما انفسخ فيحتاج إلى الرجوع إلى العوض، فكان في عوضه جزافًا قولان كالسلم.

وإن كانت الإجارة على منفعة معينة جاز بأجرة حالة ومؤجلة، لأن إجارة العين كبيع العين، وبيع العين يصح بثمن حال ومؤجل، فكذلك الإجارة، فإن أطلق العقد وجبت الأجرة بالعقد، ويجب تسليمها بتسليم العين، لما روى أبو هريرة: قال: قال رسول الله ﷺ: «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف رشحه»[(٢)].

ولأن الإجارة كالبيع يجب الثمن بنفس العقد ويجب تسليمه بتسليم العين، فكذلك الإجارة، فإن استوفى المنفعة استقرت الأجرة لما روى أبو هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال: «قال ربكم عز وجل، ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، ومن كنت خصمه خصمته، رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حرًا فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيرًا فاستوفى منه ولم يوفه أجره»[(٣)] ولأنه قبض المعقود عليه فاستقر عليه

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٨/ ٢٣٥).

(٢) أخرجه البيهقي في سننه (٦/ ١٢١) وأبو يعلى في مسنده (١٢/ ٣٤).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٢٢٧) وابن ماجه في سننه برقم (٢٤٤٢) وأحمد في المسند (٢/ ٣٥٨) والبيهقي في سننه (٦/ ١٢١).

البدل كما لو قبض المبيع. فإن سلم إليه العين التي وقع العقد على منفعتها ـ ومضت مدة يمكن فيها الاستيفاء ـ استقر البدل لأن المعقود عليه تلف تحت يده فاستقر عليه البدل كالمبيع إذا تلف في يد المشتري، فإن عرض العين على المستأجر ومضى زمان يمكن فيه الاستيفاء استقرت الأجرة لأن المنافع تلفت باختياره فاستقر عليه ضمانها كالمشتري إذا أتلف المبيع في يد البائع.

فإن كان هذا في إجارة فاسدة استقر عليه أجرة المثل، لأن الإجارة كالبيع والمنفعة كالعين، ثم البيع الفاسد كالصحيح في استقرار البدل، فكذلك في الإجارة، فإن كان العقد على منفعة في الذمة لم يجز بأجرة مؤجلة، لأن إجارة ما في الذمة كالسلم، ولا يجوز السلم بثمن مؤجل فكذلك الإجارة، ولا يجوز حتى يقبض العوض في المجلس كما لا يجوز في السلم، ومن أصحابنا من قال: إن كان العقد بلفظ السلم وجب قبض العوض في المجلس لأنه سلم، وإن كان بلفظ الإجارة لم يجب لأنه إجارة، والأول أظهر، لأن الحكم يتبع المعنى لا الاسم. ومعناه معنى السلم فكان حكمه كحكمه، ولا تستقر الأجرة في هذه الإجارة إلا باستيفاء المنفعة، لأن المعقود عليه في الذمة فلا يستقر بدله من غير استيفاء كالمسلم فيه.

فصل: وما عقد من الإجارة على منفعة موصوفة في الذمة يجوز حالًا ومؤجلًا في الذمة كالسلم، والسلم يجوز حالًا ومؤجلًا، فكذلك الإجارة في الذمة، وإن استأجر منفعة وأطلق وجبت المنفعة حالة، كما إذا أسلم في شيء وأطلق وجب حالًا، فإن استأجر رجلًا للحج في الذمة لزمه الحج من سنته، فإن أخره عن السنة ـ نظرت، فإن كانت الإجارة عن حي ـ كان له أن يفسخ، لأن حقه تأخر، وله في الفسخ فائدة، وهو أن يتصرف في الأجرة فإن كانت عن ميت لم يفسخ، لأنه لا يمكن التصرف في الأجرة إذا فسخ العقد، ولا بد من استئجار غيره في السنة الثانية، فلم يكن للفسخ وجه، وما عقد على منفعة معينة لا يجوز إلا حالًا، فإن كان على مدة لم يجز إلا على مدة يتصل ابتداؤها بالعقد، وإن كان على عمل معين لم يجز إلا في الوقت الذي يمكن الشروع في العمل لأن إجارة العين كبيع العين وبيع العين لا يجوز إلا على ما يمكن الشروع في قبضها فكذلك الإجارة، فإن استأجر من يحج لم يجز إلا في الوقت الذي يتمكن فيه من التوجه، فإن كان في موضع قريب لم يجز قبل أشهر الحج، لأنه يتأخر استيفاء المعقود عليه عن حال العقد، وإن كان في موضع بعيد لا يدرك الحج إلا أن يسير قبل أشهره لم يستأجر إلا في الوقت الذي يتوجه بعده، لأنه وقت الشروع في الاستيفاء.

فإن قال: أجرتك هذه الدار شهرًا لم يصح، لأنه ترك تعيين المعقود عليه في عقد شرط فيه التعيين، فبطل كما لو قال: بعتك عبدًا؛ فإن أجر دارًا من رجل شهرًا من وقت العقد، ثم أجرها منه الشهر الذي بعده قبل انقضاء الشهر

الأول، ففيه وجهان: أحدهما: لا يصح، لأنه إجارة منفعة معينة، على مدة متأخرة عن العقد، فأشبه إذا أجرها من غيره. والثاني: أنه يصح، وهو المنصوص، لأنه ليس لغيره يد تحول بينه وبين ما استأجره ولأن أحد شهريه لا ينفصل عن الآخر، فأشبه إذا جمع بينهما في العقد.

فصل: فإن أكرى ظهرًا من رجلين يتعاقبان عليه أو اكترى من رجل عقبه ليركب في بعض الطريق دون بعض جاز. وقال المزني: لا يجوز اكتراء العقبة إلا مضمونًا لأنه يتأخر حق أحدهما عن العقد فلم يجز، كما لو أكراه ظهرًا في مدة تتأخر عن العقد، والمذهب الأول، لأن استحقاق الاستيفاء مقارن للعقد، وإنما يتأخر في القسمة، وذلك لا يمنع صحة العقد، كما لو باع من رجلين صبرة فإنه يصح، وإن تأخر حق أحدهما عند القسمة فإن كان ذلك في طريق فيه عادة في الركوب والنزول، جاز عليه العقد مطلقًا، وحملا في الركوب والنزول على العادة، لأنه معلوم بالعادة، فحمل الإطلاق عليه كالنقد المعروف في البيع، وإن لم يكن فيه عادة لم يصح، حتى يبين مقدار ما يركب كل واحد منهما. لأنه غير معلوم بالعادة، فوجب بيانه كالثمن في موضع لا نقد فيه، فإن اختلفا في البادىء في الركوب أقرع بينهما، فمن خرجت عليه القرعة قدم لأنهما تساويا في الملك فقدم بالقرعة.

فصل: وما عقد من الإجارة على مدة لا يجوز فيه شرط الخيار؛ لأن الخيار يمنع من التصرف، فإن حسب ذلك على المكري زدنا عليه المدة، وإن حب على المكتري نقصنا من المدة وهل يثبت فيه خيار المجلس؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يثبت لما ذكرناه من النقصان والزيادة في خيار الشرط. والثاني: يثبت لأنه قدر يسير، ولكل واحد منهما إسقاطه، وإن كانت الإجارة على عمل معين ففيه ثلاثة أوجه: أحدهما: لا يثبت فيه الخياران، لأنه عقد على غرر فلا يضاف إليه غرر الخيار. والثاني: يثبت فيه الخياران، لأن المنفعة المعينة كالعين المعينة في البيع، ثم العين المعينة يثبت فيها الخياران فكذلك المنفعة. والثالث: يثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط، لأنه عقد على منتظر فيثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط كالسلم.

وإن كانت الإجارة على منفعة في الذمة فيه وجهان:

أحدهما: لا يثبت فيه الخياران لأنه عقد على غرر فلا يضاف إليه غرر الخيار.

والثاني: يثبت فيه خيار المجلس دون خيار الشرط، لأن الإجارة في الذمة كالسلم، وفي السلم يثبت خيار المجلس دون خيار الشرط، فكذلك الإجارة.

فصل: وإذا تم العقد لزم، ولم يملك واحد منهما أن ينفرد بفسخه من غير عيب، لأن الإجارة كالبيع، ثم البيع إذا تم لزم فكذلك الإجارة وبالله التوفيق.

# باب ما يلزم المتكاريين وما يجوز لهما

قال المصنف رحمه الله تعالى: يجب على المكري ما يحتاج إليه المكتري للتمكين من الانتفاع كمفتاح الدار وزمام الجمل والبرة التي في أنفه والحزام والقنب والسرج واللجام للفرس، لأن التمكين عليه، ولا يحصل التمكين إلا بذلك، فإن تلف شيء منه في يد المكتري لم يضمنه كما لا يضمن العين المستأجرة وعلى المكري بدله لأن التمكين مستحق عليه إلى أن يستوفي المستأجر المنفعة وما يحتاج إليه لكمال الانتفاع، كالدلو والحبل والمحمل والغطاء فهو على المكتري، لأن ذلك يراد لكمال الانتفاع، واختلف أصحابنا فيما يشد به أحد المحملين إلى الآخر، فمنهم من قال: هو على المكري لأنه من آلة التمكين، فكان على المكري، ومنهم من قال: هو المكتري لأنه بمنزلة تأليف المحمل وضم بعضه إلى بعض.

فصل: وعلى المكري إشالة المحمل وحطه وسوق الظهر وقوده، لأن العادة أنه يتولاه المكري فحمل العقد عليه، وعليه أن ينزل الراكب للطهارة وصلاة الفرض لأنه لا يمكن ذلك على الظهر، ولا يجب ذلك للأكل وصلاة النفل، لأنه يمكن فعله على الظهر؛ وعليه أن يبرك الجمل للمرأة والمريض والشيخ الضعيف، لأن ذلك من مقتضى التمكين من الانتفاع، فكان عليه.

فأما أجرة الدليل فينظر فيه ـ فإن كانت الإجارة على تحصيل الراكب ـ فهو على المكري؛ لأن ذلك من مؤن التحصيل؛ وإن كانت الإجارة على ظهر بعينه فهو على المكتري، لأن الذي يجب على المكري تسليم الظهر وقد فعل، وعلى المكري تسليم الدار فارغة الحش، لأنه من المقتضى التمكين، فإن امتلأ في يد المكتري ففي كسحه وجهان: أحدهما: أنه على المكري، لأنه من مقتضى التمكين فكان عليه. والثاني: أنه على المكتري لأنه حصل بفعله، فكأن تنقيته عليه كتنظيف الدار من القماش وعلى المكري إصلاح ما تهدم من الدار، وإبدال ما تكسر من الخشب، لأن ذلك من مقتضى التمكين فكان عليه.

واختلف أصحابنا في المستأجرة على الرضاع، هل يلزمها الحضانة وغسل الخرق؟ فمنهم من قال: يلزمها لأن الحضانة تابعة للرضاع، فاستحقت بالعقد على الرضاع، ومنهم من قال: لا يلزمها لأنهما منفعتان مقصودتان تنفرد إحداهما عن الأخرى، فلا تلزم بالعقد على إحداهما الأخرى، وعليها أن تأكل وتشرب ما يدر به اللبن ويصلح به، وللمستأجر أن يطالبها بذلك، لأنه من مقتضى التمكين من الرضاع، وفي تركه إضرار بالصبي.

فصل: وعلى المكري علف الظهر وسقيه، لأن ذلك من مقتضى التمكين فكان عليه، فإن هرب الجمال وترك الجمال، فللمستأجر أن يرفع الأمر إلى

الحاكم ليحكم في مال الجمال بالعلف، لأن ذلك مستحق عليه، فجاز أن يتوصل بالحكم إليه، فإن أنفق المستأجر ولم يستأذن الحاكم، لم يرجع لأنه متطوع، وإن رفع الأمر إلى الحاكم ولم يكن للجمال مال اقترض عليه، فإن اقترض من المستأجر وقبضه منه ثم دفعه إليه لينفق جاز، وإن لم يقبض منه ولكنه أذن له في الإنفاق عليها قرضًا على الجمال ففيه قولان: أحدهما: لا يجوز لأنه إذا أنفق احتجنا أن يقبل قوله في استحقاق حق له على غيره. والثاني: يجوز لأنه موضع ضرورة، لأنه لا بد للجمال من علف، وليس ههنا من ينفق غيره؛ فإن أذن له وأنفق ثم اختلفا في قدر ما أنفق ـ فإن كان ما يدعيه زيادة على المعروف ـ لم يلتفت إليه، لأنه إن كان كاذبًا فلا حق له، وإن كان صادقًا فهو متطوع بالزيادة فلم تصح الدعوى، وإن كان ما يدعيه هو المعروف فالقول قوله لأنه مؤتمن في الإنفاق فقبل قوله فيه، فإن لم يكن حاكم فأنفق ولم يشهد ولم يرجع لأنه متطوع، وإن أشهد فهل يرجع؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يرجع لأنه يثبت حقًا لنفسه على غيره من غير إذن ولا حاكم.

والثاني: يرجع لأنه حق على غائب تعذر استيفاؤه منه فجاز أن يتوصل إليه بنفسه، كما لو كان له على رجل دين لا يقدر على أخذه منه ـ فإن لم يجد من يشهد ـ أنفق، وفي الرجوع وجهان: أحدهما: لا يرجع، لما ذكرناه فيه إذا أشهد. والثاني: يرجع، لأن ترك الجمال مع العلم أنه لا بد لها من العلف إذن في الإنفاق.

فصل: واختلف أصحابنا في رد المستأجر بعد انقضاء الإجارة، فمنهم من قال: لا يلزمه قبل المطالبة لأنه أمانة فلا يلزمه ردها قبل الطلب كالوديعة، ومنهم من قال: يلزمه لأنه بعد انقضاء الإجارة غير مأذون له في إمساكها، فلزمه الرد كالعارية المؤقتة بعد انقضاء وقتها، فإن قلنا: لا يلزمه الرد لم يلزمه مؤنة الرد كالوديعة، وإن قلنا: يلزمه لزمه مؤنة الرد كالعارية.

فصل: وللمستأجر أن يستوفي مثل المنفعة المعقود عليها بالمعروف، لأن إطلاق العقد يقتضي المتعارف، والمتعارف كالمشروط، فإن استأجر دارًا للسكنى جاز أن يطرح فيها المتاع، لأن ذلك متعارف في السكنى، ولا يجوز أن يربط فيها الدواب، ولا يقصر فيها الثياب ولا يطرح في أصول حيطانها الرماد والتراب، لأن ذلك غير متعارف في السكنى، وهل يجوز أن يطرح فيها ما يسرع إليه الفساد؟ فيه وجهان: أحدهما: لا يجوز لأن الفأر ينقب الحيطان للوصول إلى ذلك. والثاني: يجوز، وهو الأظهر؛ لأن طرح ما يسرع إليه الفساد من الطاهر المأكول متعارف في سكنى الدار، فلم يجز المنع منه، وإن اكترى قميصًا للبس لم يجز أن ينام فيه بالليل، ويجوز بالنهار، لأن العرف أن يخلع لنوم الليل دون نوم النهار.

وإن استأجر ظهرًا للركوب ركب عليه لا مستلقيًا ولا منكبًا، لأن ذلك هو المتعارف، وإن كان في طريق العادة فيه السير في أحد الزمانين من ليل أو نهار،

لم يسر في الزمان الآخر لأن ذلك هو المتعارف، وأن اكترى ظهرًا في طريق العادة فيه النزول للرواح، ففيه وجهان: أحدهما: يلزمه النزول لأنه متعارف، والمتعارف كالمشروط. والثاني: لا يلزمه، لأنه عقد على الركوب في جميع الطريق، فلا يلزمه تركه في بعضه، فإن اكترى ظهرًا إلى مكة لم يجز أن يحج عليه، لأن ذلك زيادة على المعقود عليه، وإن اكتراه للحج عليه، فله أن يركبه إلى منى ثم إلى عرفة ثم إلى المزدلفة ثم إلى منى ثم إلى مكة، وهل يجوز أن يركبه من مكة عائدًا إلى منى للمبيت والرمي؟ فيه وجهان: أحدهما: له ذلك لأنه من تمام الحج. والثاني: ليس له، لأنه قد حل الحج.

فصل: فإن اكترى ليحمل له أرطالًا من الزاد فهل له أن يبدل ما يأكله؟ فيه قولان: أحدهما: له أن يبدل، وهو اختيار المزني، كما أن له أن يبدل ما يشرب من الماء. والثاني: ليس له أن يبدله، لأن العادة أن الزاد يشتري موضعًا واحدًا بخلاف الماء. قال أبو إسحاق: هذا إذا لم تختلف قيمة الزاد في المنازل، فأما إذا كانت قيمته تختلف في المنازل، جاز له أن يبدله قولًا واحدًا، لأن له غرضًا أن لا يشتري موضعًا واحدًا.

فصل: وإن اكترى ظهرًا فله أن يضربه ويكبحه باللجام، ويركضه بالرجل للاستصلاح، لما روى جابر قال: «سافرت مع رسول الله ﷺ فاشترى مني بعيرًا وحملني عليه إلى المدينة؛ وكان يسوقه وأنا راكبه وإنه ليضربه بالعصا»[1] ولا يتوصل إلى استيفاء المنفعة إلا بذلك، فجاز له فعله.

فصل: وللمستأجر أن يستوفي مثل المنفعة المعقود عليها وما دونها في الضرر، ولا يملك أن يستوفي ما فوقها في الضرر، فإن اكترى ظهرًا ليركبه في طريق فله أن يركبه في مثله وما دونه في الخشونة، ولا يركبه فيما هو أخشن منه، فإن استأجر أرضًا ليزرع فيها الحنطة، فله أن يزرع مثلها وما دونها في الضرر ولا يزرع ما فوقها، لأن في مثلها يستوفي قدر حقه، وفيما دونها يستوفي بعض حقه، وفيما فوقها يستوفي أكثر من حقه، فإن اكترى ظهرًا ليحمل عليه القطن لم يحمل عليه الحديد، لأنه أضر على الظهر من القطن، لاجتماعه وثقله، فإن اكتراه للحديد، لم يحمل عليه القطن لأنه أضر من الحديد، لأنه يتجافى ويقع فيه الريح فيتعب الظهر. فإن اكتراه ليركبه بسرج، لم يجز أن يركبه عريًا لأن ركوبه عريًا أضر، فإن اكتراه عريًا لم يركبه بسرج، لأنه يحمل عليه أكثر مما عقد عليه، فإن اكترى ظهرًا ليركبه لم يجز أن يحمل عليه المتاع، لأن الراكب يعين الظهر بحركته والمتاع لا يعينه، فإن اكتراه لحمل المتاع لم يجز أن يركبه، لأن الراكب أشد على الظهر لأنه يعقد في موضع واحد، والمتاع

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٠٩٧) ومسلم في صحيحه برقم (٧١٥) (٥٧) وأحمد في المسند (٣/ ٣٧٥).

يتفرق على جنبيه، فإن اكترى قميصًا للبس لم يجز أن يتزر به، لأن الاتزار أضر من اللبس لأنه يعتمد فيه على طاقين، وفي اللبس يعتمد فيه على طاق واحد، وهل له أن يرتدي به؟ فيه وجهان: أحدهما: يجوز لأنه أخف من اللبس. والثاني: لا يجوز لأنه استعمال غير معروف فلا يملكه كالاتزار.

فصل: وله أن يستوفي المنفعة بنفسه وبغيره، فإن اكترى دارًا ليسكنها فله أن يسكنها مثله، ومن هو دونه في الضرر، ولا يسكنها من هو أضر منه، فإن اكترى ظهرًا ليركبه، فله أن يركبه مثله ومن هو أخف منه، ولا يركبه من هو أثقل منه لما ذكرناه في الفصل قبله.

فصل: فإن استأجر عينًا لمنفعة وشرط عليه أن لا يستوفي مثلها أو دونها أو لا يستوفيها لمن هو مثله، أو دونه، ففيه ثلاثة أوجه: أحدها: أن الإجارة باطلة لأنه شرط فيها ما ينافي موجبها فبطلت. والثاني: أن الإجارة جائزة، والشرط باطل: لأنه شرط لا يؤثر في حق المؤجر، فألغي وبقي العقد على مقتضاه. والثالث: أن الإجارة جائزة والشرط لازم: لأن المستأجر يملك المنافع من جهة المؤجر، فلا يملك ما لم يرض به.

فصل: وللمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة إذا قبضها لأن الإجارة كالبيع، وبيع المبيع يجوز بعد القبض، فكذلك إجارة المستأجر، ويجوز من المؤجر وغيره كما يجوز بيع المبيع من البائع وغيره، وهل يجوز قبل القبض؟ فيه ثلاثة أوجه: أحدها: لا يجوز كما لا يجوز بيع المبيع قبل القبض. والثاني: يجوز لأن المعقود عليه هو المنافع، والمنافع لا تصير مقبوضة بقبض العين، فلم يؤثر فيها قبض العين. والثالث: أنه يجوز إجارتها من المؤجر لأنها في قبضته، ولا يجوز من غيره لأنها ليست في قبضته، ويجوز أن يؤجرها برأس المال وبأقل منه وبأكثر، لأنا بينا أن الإجارة بيع وبيع المبيع يجوز برأس المال، وبأقل منه وبأكثر منه، فكذلك الإجارة.

فصل: وإن استأجر عينًا لمنفعة فاستوفى أكثر منها ـ فإن كانت زيادة تتميز ـ بأن اكترى ظهرًا ليركبه إلى مكان فجاوزه أو ليحمل عليه عشرة أقفزة فحمل عليه أحد عشر قفيزًا، لزمه المسمى لما عقد عليه وأجرة المثل لما زاد، لأنه استوفى المعقود عليه فاستقر عليه المسمى، واستوفى زيادة فلزمه ضمان مثلها، كما لو اشترى عشرة أقفزة فقبض أحد عشر قفيزًا، فإن كانت الزيادة لا تتميز بأن اكترى أرضًا ليزرعها حنطة فزرعها دخنًا ـ فقد اختلف أصحابنا فيه ـ فذهب المزني وأبو إسحاق إلى أن المسألة على قولين: أحدهما: يلزمه أجرة المثل للجميع، لأنه تعدى بالعدول عن المعقود عليه إلى غيره، فلزمه ضمان المثل كما لو اكترى أرضًا للزراعة فزرع أرضًا أخرى. والثاني: يلزمه المسمى وأجرة المثل للزيادة، لأنه استوفى ما استحقه وزيادة، فأشبه إذا استأجر ظهرًا إلى موضع فجاوزه، وذهب القاضي أبو حامد المروروذي إلى أن المسألة على قول واحد، وأن

صاحب الأرض بالخيار بين أن يأخذ المسمى وأجرة المثل للزيادة؛ وبين أن يأخذ أجرة المثل للجميع، لأنه أخذ شبهًا ممن استأجر ظهرًا إلى مكان فجاوزه، وشبهًا ممن اكترى أرضًا للزرع فزرع غيرها، فخير بين الحكمين.

فصل: وإن أجره عينًا ثم أراد أن يبدلها بغيرها لم يملك لأن المستحق معين فلم يملك إبداله بغيره كما لو باع عينًا فأراد أن يبدلها بغيرها.

فصل: فإن استأجر أرضًا مدة للزراعة فأراد أن يزرع مالًا يستحصد في تلك المدة، فقد ذكر بعض أصحابنا أنه لا يجوز، وللمؤجر أن يمنعه من زراعته فإن بادر المستأجر وزرع لم يجبر على قلعه قبل انقضاء المدة، ويحتمل عندي أنه لا يجوز منعه من الزراعة، لأنه يستحق الزراعة إلى أن تنقضي المدة فلا يجوز منعه قبل انقضاء المدة، ولأنه لا خلاف أنه إن سبق وزرع لم يجبر على نقله، فلا يجوز منعه من مزارعته.

فصل: وإن اكترى أرضًا مدة للزرع لم يخل إما أن يكون لزرع مطلق أو لزرع معين، فإن كان لزرع مطلق فزرع وانقضت المدة ولم يستحصد الزرع ـ نظرت، فإن كان بتفريط منه بأن زرع صنفًا لا يستحصد في تلك المدة أو صنفًا يستحصد في المدة إلا أنه أخر زراعته ـ فللمكري أن يأخذه بنقله، لأنه لم يعقد إلا على المدة فلا يلزمه الزيادة عليها لتفريط المكتري، فإن لم يستحصد لشدة البرد أو قلة المطر ففيه وجهان: أحدهما: يجبر على نقله، لأنه كان يمكنه أن يستظهر بالزيادة في مدة الإجارة، فإذا لم يفعل لم يلزم المكري أن يستدرك له ما تركه. والثاني: لا يجبر وهو الصحيح، لأنه تأخر من غير تفريط منه، فإن قلنا: يجبر على نقله وتراضيا على تركه بإجارة أو إعارة جاز، لأن النقل لحق المكري وقد رضي بتركه، وإن قلنا: لا يجبر فعليه المسمى إلى انقضاء المدة بحكم العقد، وأجرة المثل. لما زاد لأنه كما لا يجوز الإضرار بالمستأجر في نقل زرعه، لا يجوز الإضرار بالمؤجر في تفويت منفعة أرضه.

فإن كان لزرع معين لا يستحصد في المدة وانقضت المدة والزرع قائم ـ نظرت، فإن شرط عليه القلع ـ فالإجارة صحيحة لأنه عقد على مدة معلومة، ويجبر على قلعه لأنه دخل على هذا الشرط، فإن تراضيا على تركه بإجارة أو إعارة جاز لما ذكرناه، وإن شرط التبقية بعد المدة فالإجارة باطلة لأنه شرط ينافي مقتضى العقد فأبطله، فإن لم يزرع كان لصاحب الأرض أن يمنعه من الزراعة، لأنها زراعة في عقد باطل، فإن بادر وزرع لم يجبر على القلع؛ لأنه زرع مأذون فيه، وعليه أجرة المثل لأنه استوفى منفعة الأرض بإجارة فاسدة، فإن أطلق العقد ولم يشترط التبقية ولا القلع ففيه وجهان: أحدهما: وهو قول أبي إسحاق: أنه يجبر على قلعه، لأن العقد إلى مدة وقد انقضت، فأجبر على قلعه كالزرع المطلق. والثاني: لا يجبر لأنه دخل معه على العلم بحال الزرع وإن العادة فيه الترك إلى الحصاد فلزمه الصبر عليه، كما لو باع ثمره بعد بدو الصلاح

وقبل الإدراك، ويخالف هذا إذا اكترى لزرع مطلق، لأن هناك يمكنه أن يزرع ما يستحصد في المدة فإذا ترك كان ذلك بتفريط منه فأجبر على قلعه، وههنا هو زرع معنى علم المكري أنه لا يستحصد في تلك المدة، فإذا قلنا: يجبر فتراضيا على تركه بإجارة أو إعارة جاز لما ذكرناه، وإن قلنا: لا يجبر لزمه المسمى للمدة، وأجرة المثل للزيادة، لأنه كما لا يجوز الإضرار بالمكتري في نقل زرعه، لا يجوز الإضرار بالمكري في إبطال منفعة أرضه.

فصل: وإن اكترى أرضًا للغراس مدة لم يجز أن يغرس بعد انقضائها لأن العقد يقتضي الغرس في المدة فلم يملك بعدها، فإن غرس في المدة وانقضت المدة نظرت، فإن شرط عليه القلع بعد المدة أخذ بقلعه لما تقدم من شرطه، ولا يبطل العقد بهذا الشرط، لأن الذي يقتضيه العقد هو الغراس في المدة، وشرط القلع بعد المدة لا يمنع ذلك، وإنما يمنع من التبقية بعد المدة، والتبقية بعد المدة من مقتضى الإذن، لا من مقتضى العقد؛ فلم يبطل العقد بإسقاطها، فإذا قلع لم يلزمه تسوية الأرض، لأنه لما شرط القلع رضي بما يحصل به من الحفر، فإن أطلق العقد، لم يشترط القلع ولا التبقية لم يلزمه القلع، لأن تفريغ المستأجر على حسب العادة، ولهذا لو اكترى دارًا وترك فيها متاعًا وانقضت المدة لم يلزمه تفريغها إلا على حسب العادة في نقل مثله، والعادة في الغراس التبقية إلى أن يجف ويستقلع.

فإن اختار المكتري القلع ـ نظرت، فإن كان ذلك قبل انقضاء المدة ففيه وجهان: أحدهما: يلزمه تسوية الأرض، لأنه قلع الغراس من أرض غيره بغير إذنه، فلزمه تسوية الأرض. والثاني: لا يلزمه لأنه قلع الغراس من أرض له عليها يد فإن كان ذلك بعد انقضاء المدة لزمه تسوية الأرض وجهًا واحدًا، لأنه قلع الغراس من أرض غيره من غير إذن ولا يد، فإن اختار التبقية ـ نظرت، فإن أراد صاحب الأرض أن يدفع إليه قيمة الغراس ويتملكه ـ أجبر المكتري على ذلك، لأنه يزول عنه الضرر بدفع القيمة، فإن أراد أن يقلعه ـ نظرت، فإن كانت قيمة الغراس لا تنقص بالقلع ـ أجبر المكتري على القلع، لأن لا ضرر عليه في القلع، فإن كانت قيمة الغراس تنقص بالقلع. فإن ضمن له أرش ما نقص بالقلع أجبر عليه. لأنه لا ضرر عليه بالقلع مع دفع الأرش، فإن أراد أن يقلع ولا يضمن أرش النقص لم يجبر المكتري.

وقال المزني: يجبر لأنه لا يجوز أن ينتفع بأرض غيره من غير رضاه، وهذا خطأ لأن في قلع ذلك من غير ضمان الأرش أضرارًا بالمكتري، والضرر لا يزال بالضرر.

فإن اختار أن يقر الغراس في الأرض ويطالب المكتري بأجرة المثل أجبر المكتري، لأنه كما لا يجوز الإضرار بالمكتري بالقلع من غير ضمان، لا يجوز الإضرار بالمكري بإبطال منفعة الأرض عليه من غير أجره، فإن أراد المكتري أن

**يبيع الغراس من المكري جاز، وإن أراد بيعه من غيره ففيه وجهان، وقد بيناهما في كتاب العارية، فإن اكترى بشرط التبقية بعد المدة جاز. لأن إطلاق العقد يقتضي التبقية فلا يبطل بشرطها، والحكم في القلع والتبقية على ما ذكرناه فيه إذا أطلق العقد.**

**فصل: فإن اكترى أرضًا بإجارة فاسدة وغرس كان حكمها في القلع والإقرار على ما بيناه في الإجارة الصحيحة لأن الفاسد كالصحيح فيما يقتضيه من القلع والإقرار، فكان حكمهما واحدًا، وبالله التوفيق.**

**الشرح:** قوله: «أخل بشرط العمل» الخلل: الإفساد في الأمر، وقوله: «المهملج والقطوف» الهملجة ضرب من السير فارسي معرب، والقطوف من الدواب: البطيء السير، والمعاليق واحدها معلاق وهو ما يعلق بعروة أو غيرها من غير ربط ولا شد، والسطيحة سقاء معروف مسطح الصنعة، وقوله: «الدياس للزرع» هو استخراج الحب من السنبل، والعمق هو الغور في أسفل الأرض، وقوله: «قبل أن يجف رشحه» أي عرقه، وقوله: «يتعاقبان عليه» أي يتناوبان، والزمام: الخيط الذي يشد في البرة ثم يشد في طرفه المقود، والبرة حلقة من نحاس أو غيره تجعل في لحم أنف البعير، والحش هو الكنيف، وكسحه أي كنسه، وقوله: «فجاوزه» أي تعداه إلى غيره.

أما الأحكام: فحكم الإجارة الصحيحة، فيه طرفان:

الطرف الأول: فيما يقتضي اللفظ دخوله في العقد وضعًا أو عرفًا، وما يلزم المتكاربين إتمامًا له، ومسائله مقسومة على الأنواع الثلاثة المذكورة في شرط العلم بالمنفعة:

النوع الأول: استئجار الآدمي، وفيه فصلان:

الفصل الأول: الاستئجار للحضانة وحدها، وللإرضاع وحده جائز، وكذا لهما معًا كما سبق وذكرنا أن المستحق بالإجارة للإرضاع ما هو؟ وأما الحضانة، فهي حفظ الصبي وتعهده، بغسله، وغسل رأسه وثيابه وخرقه، وتطهيره من النجاسات، ودهنه وكحله، واضجاعه في مهده، وربطه وتحريكه في المهد لينام. وإذا أطلق الاستئجار لأحدهما، ولم ينف الآخر، ففي استتباعه الآخر ثلاثة أوجه: أصحها: منع الاستتباع. والثاني: إثباته للعادة بتلازمهما. والثالث: يستتبع الإرضاع الحضانة ولا عكس. فإن أتبعنا فيهما، أو شرطهما، فانقطع اللبن، فثلاثة أوجه مبنية على أن المعقود عليه في هذه الإجارة ماذا؟ أحدها: أنه اللبن، والحضانة تابعة، فعلى هذا ينفسخ العقد بانقطاعه، والثاني: الحضانة، واللبن تابع، فعلى هذا لا ينفسخ العقد، لكن للمستأجر الخيار، لأنه عيب. وأصحهما: المعقود عليه كلاهما،

لأنهما مقصودان. فعلى هذا، ينفسخ العقد في الإرضاع، ويسقط قسطه من الأجرة. وفي الحضانة قولا تفريق الصفقة، ولم يفرِّقوا في طرد الأوجه بين أن يصرح بالجمع بينهما، أو يذكر أحدهما ونحكم باستتباعه الآخر. وحَسَنٌ أن يفرَّق فيقال: إن صرح، فمقصودان قطعًا. وإن ذكر أحدهما، فهو المقصود، والآخر تابع.

**فرع:** يلزم المرضعة أن تأكل وتشرب ما يدرُّ به اللبن، وللمكتري أن يكلِّفها ذلك.

الفصل الثاني: إذا استأجر ورَّاقًا، فعلى من الحبر؟ فيه ثلاثة طرق. أصحها: الرجوع إلى العادة. فإن اضطربت، وجب البيان، وإلا فيبطل العقد. وأشهرها: القطع بأنه لا يجب على الوراق. والثالث: أنه على الخلاف في أن اللبن هل يتبع الحضانة؟ وإذا أوجبنا على الورَّاق، فهو كاللبن في أنه لا يجب تقديره. وإن صرح باشتراطه عليه، فهو كما لو صرح بالإرضاع والحضانة. وإذا لم نوجبه عليه، فشرط في العقد، بطل العقد إن لم يكن معلومًا، وإلا، فطريقان: أحدهما: يصح العقد، لأن المقصود الكتابة، والحبر تابع. والثاني: أنه شراء واستئجار، وليس الحبر كاللبن، لإمكان إفراده بالشراء. وعلى هذا، ينظر، فإن قال: اشتريت منك هذا الحبر على أن تكتب به كذا، فهو كشراء الزرع بشرط أن يحصده البائع. وإن قال: اشتريت الحبر واستأجرتك لتكتب به كذا بعشرة، فهو كقوله: اشتريت الزرع واستأجرتك لتحصده بعشرة. وإن قال: اشتريت الحبر بدرهم واستأجرتك لتكتب به بعشرة، فهو كقوله: اشتريت الزرع بعشرة واستأجرتك لتحصده بدرهم، وحكم الصور مذكور في البيع.

**فرع:** إذا استأجر الخياط والصباغ وملقِّح النخل والكحال، فالقول في الخيط والصبغ وطلع النخل والذَّرور، كما ذكرنا في الحبر. هذا هو المذهب وعليه الجمهور وقطع الإمام وشيخه والغزالي، بأن الخيط لا يجب على الخياط، لأن العادة الغالبة في الخيط خلاف الحبر والصبغ.

النوع الثاني: العقار، وهو صنفان: مبني كالدار والحمام، وغيرهُ.

فالأول: فيه مسألتان: إحداهما: ما تحتاج إليه الدار المكراة من العمارة، وهو ثلاثة أضرب. أحدها: مَرَمَّة لا تحتاج إلى عين جديدة، كإقامة جدار مائل، وإصلاح منكسر، وغلق تعسر فتحه. الثاني: ما يحوج إلى عين جديدة، كبناء، وجذع جديد، وتطيين سطح، والحاجة في الضربين لخلل عرض في دوام الإجارة. الثالث: عمارة يحتاج إليها لخلل قارن العقد، بأن أجر دارًا ليس لها باب ولا ميزاب. ولا يجب شيء من هذه الأضرب على المستأجر، بل هي من وظيفة

المؤجر، فإن بادر إلى الإصلاح، فلا خيار للمستأجر، وإلا، فله الخيار إذا نقصت المنفعة. حتى لو وَكَفَ البيت لترك التطيين، قال الأصحاب: له الخيار. فإذا انقطع بطل الخيار، إلا إذا حدث بسببه نقص. وإنما يثبت الخيار في الضرب الثالث، إذا كان جاهلًا به في ابتداء الحال. وهل يجبر المؤجر على هذه العمارات؟ قال جماعة منهم المتولي والبغوي: لا يجبر في شيء منها، لأنه إلزام عين لم يتناولها العقد. وقال الإمام والغزالي والسرخسي: يجبر على الضرب الأول، ولا يجبر على الثالث قطعًا، ولا على الثاني على الأصح. وقال القاضي حسين وأبو محمد: يجبر توفيرًا للمنفعة. ويجري الوجهان فيما إذا غُصبت المستأجرة وقدر المالك على الانتزاع.

ولا شك أنه إذا كان العقد على موصوف في الذمة، ولم ينتزع ما سلَّمه، يطالَب ببدله. وحكى الإمام تفريعًا على طريقته وجهين: في أن الدّعامة المانعة من الانهدام إذا احتيج إليها، من الضرب الأول، أم من الثاني؟

**فرع:** يجب على المكري تسليم مفتاح الدار، للتمكن من الانتفاع، بخلاف ما إذا كانت العادة فيه الإقفال، فإنه لا يجب تسليم القفل، لأن الأصل أن لا يدخل المنقولات في العقد الواقع على العقار، والمفتاح تابع للغلق. وإذا سلم، فهو أمانة في يد المستأجر. فإن ضاع بلا تفريط، فلا شيء عليه، وإبداله من وظيفة المؤجر، وهل يطالب به؟ فيه الخلاف السابق في العمارات. فإن لم يبدله، فللمستأجر الخيار.

المسألة الثانية: تطهير الدار عن الكناسة والأتّون عن الرماد في دوام الإجارة، على المستأجر، لأنهما حصلا بفعله، وكسح الثلج عن السطح، من وظيفة المؤجر، لأنه كعمارة الدار. فإن تركه على السطح وحدث به عيب، فللمستأجر الخيار. قال الإمام: وهل يجب عليه؟ فيه الخلاف السابق في العمارة. وحكي وجه: أنه لا يجب الكسح وإن وجبت العمارة، لأنها تجب لتعود الدار إلى ما كانت. وأما الثلج في عرصة الدار، فإن خف ولم يمنع الانتفاع، فهو ملحق بكنس الدار. وإن كثف، فكذلك على الأصح، وقيل: كتنقية البالوعة، وفيها خلاف يأتي إن شاء الله تعالى، لأنه يمنع التردد في الدار.

**فرع:** يلزم المؤجر تسليم الدار وبالوعتها وحشها فارغان. فإن كان مملوءًا، فللمستأجر الخيار، وكذا مستنقع الحمام، وهو الموضع الذي تنصبُّ إليه الغسالة. فلو امتلأت البالوعة والحش والمستنقع في دوام الإجارة، فهل تفريغها على المؤجر تمكينًا من الانتفاع بقية المدة؟ أم على المستأجر لحصوله بفعله؟ وجهان: أصحهما: الثاني، وبه قطع الماوردي وابن الصباغ والمتولي، كنقل الكناسات. فإن تعذر

الانتفاع، فلينق، ولا خيار له على الصحيح. ولا يلزم المستأجر التنقية عند انقضاء المدة، ولا تفريغ مستنقع الحمام، ويلزمه التطهير من الكناسة، وفسروها بالقشور وما سقط من الطعام ونحوه، دون التراب الذي يجمع بهبوب الرياح، لأنه بغير فعله لكن قد سبق أن ثلج العرصة لا يلزم المؤجر نقله، بل هم كالكناسة، مع أنه حصل لا بفعله، فيجوز أن يكون التراب أيضًا كالكناسة، وإن حصل لا بفعله.

قال الإمام والغزالي: رماد الأتّون كالكناسة، فيجب على المستأجر نقله. وفي «التهذيب» أنه لا يجب، لأنه من صورة استيفاء المنفعة، بخلاف الكناسة.

**فرع:** الدار المستأجرة للسكنى، لا يجوز طرح الرماد والتراب في أصل حائطها، ولا ربط دابة فيها، بخلاف وضع الأمتعة. وفي جواز طرح ما يسرع إليه الفساد وجهان: أصحهما: الجواز، لأنه معتاد.

الصنف الثاني: الأرض البيضاء. فإذا استأجر أرضًا للزراعة ولها شرب معلوم، فإن شرط دخوله في العقد أو خروجه، اتبع الشرط، وإلا، فإن اطردت العادة باتباعه الأرض، أو انفراده، اتّبعت. وإن اضطربت، فكانت تكرى وحدها تارة، ومع الشرب تارة، فأوجه: أصحها: لا يجعل الشرب تابعًا اقتصارًا على مقتضى اللفظ، إنما يزاد عليه بعرف مطرد. والثاني: يجعل تابعًا. والثالث: يبطل العقد من أصله، لأن تعارض المقصودين يوجب جهالة.

**فصل:** استأجر أرضًا لزرع معين، فانقضت المدة ولم يدرك، فلعدم الإدراك فيها أسباب:

أحدها: التقصير في الزراعة، بأن أخرها حتى ضاق الوقت، أو أبدل الزرع المعين بما هو أبطًا منه، أو أكله الجراد ونحوه، فزرع ثانيًا، فللمالك إجباره على قلعه، وعلى الزارع تسوية الأرض كالغاصب، هذا لفظ البغوي، ومقتضى إلحاقه بالغاصب، أن يقلع زرعه قبل انقضاء المدة أيضًا، لكن المتولي وغيره صرّحوا بأنه لا يقلع قبل انقضاء المدة، لأن منفعة الأرض في الحال له.

**فرع:** للمالك منعه من زراعة ما هو أبطأ إدراكًا، وهل له منعه من زراعة الزرع المعين ابتداءً إذا ضاق الوقت؟ وجهان لأنه استحق منفعة الأرض تلك المدة، وقد يقصد القصيل. قلت: الأصح: أنه ليس له منعه. والله أعلم.

السبب الثاني: أن يتأخر الإدراك لحر أو برد، أو كثرة المطر، أو أكل الجراد رؤوس الزرع، فنبت ثانيًا فتأخر لذلك، فالصحيح أنه لا يجبر على القلع، بل على المالك الصبر إلى الإدراك مجانًا أو بأجرة المثل. وقيل: له قلعه مجانًا، لخروجه عن المدة.

السبب الثالث: أن يكون الزرع المعين بحيث لا يدرك في المدة، بأن استأجر لزراعة الحنطة شهرين. فإن شرطا القلع بعد المدة، جاز، وكأنه أراد القصيل. ثم لو تراضيا على الابقاء مجانًا أو بأجرة المثل، جاز، فإن شرطا الإبقاء، فسد العقد، للتناقض بينه وبين التوقيت، ولجهالة مدة الإدراك، ويجيء فيه خلاف سنذكره قريبًا إن شاء الله تعالى. وإذا فسد العقد، فللمالك منعه من الزراعة، لكن لو زرع، لم يقلع مجانًا، للإذن، بل يأخذ منه أجرة المثل لجميع المدة. وإن أطلقا العقد، ولم يتعرضا لقلع ولا إبقاءٍ، صح العقد على الأصح. فعلى هذا، إن توافقا بعد المدة على إبقائه مجانًا أو بأجرة، فذاك. وإن أراد المالك إجباره على القلع، لم يكن له على الأصح، وهو اختيار القفال، لأن العادة فيه الإبقاء.

وعلى هذا، فالأصح أن له أجرة المثل للزيادة. وقيل: لا، لأنه في معنى معير للزيادة. وقال أبو الفرج السرخسي: إذا قلنا: لا يقلع بعد المدة، لزم تصحيح العقد إذا شرط الإبقاء بعد المدة، وكأنه صرح بمقتضى الإطلاق، وهذا حسن. أما إذا استأجر للزراعة مطلقًا وقلنا بالأصح وهو صحته، فعليه أن يزرع ما يدرك في تلك المدة. فإن زرعه وتأخر إدراكه لتقصير أو لغيره، فعلى ما ذكرناه في الزرع المعين. ولو أراد أن يزرع ما لا يدرك في تلك المدة، فللمالك منعه. فلو زرع، لم يقلع إلى انقضاء المدة. وقال صاحب «المهذب» يحتمل أن لا يمنع من زرعه، كما لا يقلع إذا زرع.

**فصل:** استأجر للبناء أو الغراس، فإن شرط القلع، صح العقد، ولزم المستأجر القلع بعد المدة، وليس على المالك أرش النقصان، ولا على المستأجر تسوية الأرض ولا أرش نقصها، لتراضيهما بالقلع. ولو شرطا الإبقاء بعد المدة، فوجهان: أحدهما: العقد فاسد، لجهالة المدة. وهذا أصح عند الإمام والبغوي. والثاني: يصح، لأن الإطلاق يقتضي الإبقاء، فلا يضر شرطه، وبهذا قطع العراقيون أو جمهورهم، ويتأيد به كلام السرخسي في مسألة الزرع. فإن قلنا بالفساد، لزم المستأجر أجرة المثل للمدة، وما بعدها حكمه ما سنذكره فيما إذا أطلقا العقد. أما إذا أطلقا، فالمذهب صحة العقد. وقيل: وجهان: وليس بشيء، ثم ينظر بعد المدة، فإن أمكن القلع والرفع بلا نقص، فعل، وإلا، فإن اختار المستأجر القلع، فله ذلك، لأنه ملكه.

وهل عليه تسوية الحفر وأرش نقص الأرض؟ وجهان: الأصح المنصوص: يلزمه، لتصرفه في أرض الغير بالقلع بعد خروجها من يده، وتصرفه بغير إذن مالكها. فعلى هذا، لو قلع قبل المدة، لزمه التسوية على الأصح، لعدم الإذن.

وقيل: لا، لبقاء الأرض في يده وتصرفه. وإن لم يختر القلع، فهل للمؤجر أن يقلعه مجانًا؟ فيه طريقان: أحدهما: القطع بالمنع. والثاني: على وجهين: أصحهما: هذا، لأنه بناءٌ محترم. والثاني: نعم. فإن منعنا، فالكلام في أن المؤجر، يتخير بين أن يقلع ويغرم أرش النقص مع نقص الثمار إن كان على الشجر ثمر، أو يتملكه عليه بالقيمة، أو يبقيه بأجرة يأخذها، أو لا يتخير إلا بين الخصلتين الأوليين من هذه الثلاث، على ما ذكرناه إذا رجع المعير عن العارية. وإذا انتهى الأمر إلى القلع، فمباشرة القلع أو بدل مؤنته، هل هي على المؤجر لأنه الذي اختاره، أم على المستأجر لأنه شغل الأرض فليفرغها؟ وجهان: أصحهما: الثاني. وإذا عين المؤجر خصلة، فامتنع منها المستأجر، ففي إجباره ما ذكرناه في إجبار المستعير. فإن أجبرناه، كلف تفريغ الأرض مجانًا، وإلا، فلا، بل هو كما لو امتنع المؤجر من الاختيار، وحينئذٍ هل يبيع الحاكم الأرض بما فيها، أم يعرض عنهما؟ فيه خلاف سبق.

**فرع:** الإجارة الفاسدة للغراس والبناء كالصحيحة في تخيير المالك ومنع القلع مجانًا.

**فصل:** إذا استأجر لزراعة جنس معين، جاز أن يزرعه وما ضرره مثل ضرره أو دونه، لا ما فوقه، والحنطة فوق ضرر الشعير. وكل واحد من الذرة والأرز فوق ضرر الحنطة. وعن البويطي: أنه لا يجوز زرع غير المعين، فقيل: هو قول للشافعي. وقيل: هو مذهب للبويطي. وكيف كان، فالمذهب جوازه. هذا إذا عين جنسًا أو نوعًا. فلو قال: أجرتكها لزرع هذه الحنطة، ففي صحة العقد وجهان. أحدهما: المنع، لأن تلك الحنطة قد تتلف. والثاني: الصحة، وهو اختيار ابن كج، ولا تتعذر الزراعة بتلف تلك الحنطة.

ولو قال: لتزرع هذه الحنطة ولا تزرع غيرها، فأوجه: أحدها: يفسد العقد، لأنه ينافي مقتضاه. قال ابن كج والروياني: وهذا هو المذهب. والثاني وهو اختيار الإمام: صحة العقد وفساد الشرط، لأنه شرط لا يتعلق به غرض، فهو كقوله: أجرتك على أن لا تلبس إلا الحرير. والثالث: يصح العقد والشرط، لأنه يملك المنفعة من المؤجر، فملك بحسب التمليك.

وعلى هذا قياس استيفاء سائر المنافع. فإذا استأجر دابة للركوب في طريق، لم يركبها في طريق أخرن منه وله ركوبها في مثل ذلك الطريق. وإذا استأجر لحمل الحديد، لم يحمل القطن ولا العكس، وإذا استأجر دكانًا لصنعة، منع مما فوقها في الضرر.

**فرع:** إذا تعدى المستأجر للحنطة، فزرع الذرة، ولم يتخاصما حتى انقضت المدة وحصد الذرة، فالمذهب، وهو نصه في «المختصر» وبه قال أبو علي الطبري والقاضي أبو حامد: أن المؤجر بالخيار، بين أن يأخذ المسمى وبدل النقصان الزائد بزراعة الذرة على ضرر الحنطة، وبين أن يأخذ أجرة المثل لزرع الذرة. وقال كثيرون: في المسألة قولان: أحدهما: تعيين أجرة المثل للذرة. والثاني: تعيين المسمى وبدل النقص. وقال ابن القطان: قولان: أحدهما: المسمى وبدل النقص. والثاني: التخيير.

ولو تخاصما عند إرادته زراعة الذرة، منع منها، وإن تخاصما بعد زراعتها وقبل حصادها، فله قلعها. وإذا قلع، فإن تمكن من زراعة الحنطة، زرعها، وإلا، فلا يزرع، وعليه الأجرة لجميع المدة، لأنه الذي فوت مقصود العقد. ثم إن لم تمض على بقاء الذرة مدة تتأثر الأرض بها، فذاك، وإن مضت، فالمستحق أجرة المثل؟ أم قسطها من المسمى مع بدل النقصان؟ أم يتخير بينهما؟ فيه الطرق السابقة. والطرق جارية فيما إذا استأجر دارًا ليسكنها، فأسكنها الحدادين أو القصارين، أو دابة ليحمل عليها قطنًا، فحمل بقدره حديدًا، أو غرفة ليضع فيها مئة رطل حنطة، فأبدلها بحديد، وكذا كل صورة لا يتميز فيها المستحق عما زاد. فلو تميز، بأن استأجر دابة لحمل خمسين رطلًا، فحمل مئة، أو إلى موضع، فجاوزه، وجب المسمى وأجرة المثل لما زاد قطعًا. ولو عدل عن الجنس المشروط إلى غيره، بأن استأجر للزرع، فغرس، أو بنى، وجبت أجرة المثل على المذهب. وقيل بطرد الخلاف. وإذا قلنا بالمذهب في أصل المسألة: إنه يتخير، فاختار المسمى وبدل النقصان الزائد، فمثله أجرة مثلها للحنطة خمسون، وللذرة سبعون، وكان المسمى أربعين، فله الأربعون والتفاوت بين الأجرتين وهو عشرون.

وإذا حصد المستأجر ما أذن فيه بعد المدة، لزمه قلع ما يبقى في الأرض من قصب الزرع وعروقه، لأنه عين ماله، فلزمه إزالته عن ملك غيره. وممن صرح به، صاحب «البيان». والله أعلم.

النوع الثالث: استئجار الدواب، وفيه مسائل:

المسألة الأولى: إذا اكترى للركوب، قال الأكثرون: على المؤجر الإكاف والبرْذَعة، والحِزام، والثَّفْر، والخطام، والبُرة، لأنه لا يتمكن من الركوب دونها. والعرف مطرد بكونها على المؤجر. وفي السرج إذا اكترى الفرس أوجه: ثالثها: اتباع العادة.

وقال أبو الحسن العبادي في «الرقم»: لا يلزم مكري الدابة إلا تسليمها

عارية، والآلات كلها على المستأجر. وقال البغوي: ما عدا السرج والإكاف والبرذعة، فعلى المؤجر. وأما هذه الثلاثة، فإن استأجر عين الدابة، فهي على المستأجر، ويضمن لو ركب بغير إكاف وسرج. وإن كانت على الذمة، فعلى المؤجر، لأنها للتمكين من الانتفاع. أما ما هو للتسهيل على الراكب، كالمحمل، والمظلة، والوطاء، والغطاء، والحبل الذي يشد به المحمل على البعير، والذي يشد به أحد المحملين إلى الآخر، فعلى المستأجر، والعرف مضطرد به، وفي «المهذب» وجه في الحبل الذي يشد به أحدهما إلى الآخر أنه على المستأجر، وهو شاذ بعيد، مع القطع بأن المحمل وسائر توابعه على المستأجر. وأما شد أحد المحملين إلى الآخر، فهل هو على المكري كالشد على الحمل؟ أم على المكتري لأنه إصلاح ملكه؟ وجهان: أصحهما: الأول. وممن صححه صاحب «البيان». والله أعلم.

هذا إذا أطلقا العقد، أما إذا قال: أكريتك هذه الدابة العارية بلا حزام ولا إكاف ولا غيرهما، فلا يلزمه شيء من الآلات.

المسألة الثانية: إذا اكترى للحمل، فالوعاء الذي يُنقل فيه المحمول، على المستأجر إن وردت الإجارة على عين الدابة. وعلى المؤجر إن ورث على الذمة. والدلو والرشاء في الاستئجار للاستقاء كالوعاء في الحمل، فيفرَّق بين العين والذمة. وعن القاضي حسين: أنه إن كان معروفًا بالاستقاء بآلات نفسه، لزمه الإتيان بها، وهذا يجب طرده في الوعاء. ورأى الإمام في إجارة الذمة، الفرق بين أن يلتزم الغرض مطلقًا ولا يتعرض للدابة فتكون الآلات عليه، وبين أن يتعرض لها بالوصف وحينئذٍ يتبع العادة. فإن اضطربت، احتمل واحتمل. وإذا رأينا اتباع العادة، فاضطربت، فالأصح أنه يشترط لصحة العقد التقييد.

**فرع:** مؤنة الدليل وسائق الدابة وقائدها والبذرقة وحفظ المتاع في المنزل، كالوعاء.

المسألة الثالثة: الطعام المحمول ليؤكل في الطريق، كسائر المحمولات في اشتراط رؤيته أو تقديره بالوزن على الصحيح. وقيل: لا يشترط تقديره، ويحمل الأمر فيه على العادة. فعلى الصحيح: لا يشترط تقدير ما يؤكل منه كل يوم، لصحة العقد على الصحيح. وإذا قدره وحمله، فإن شرط أنه يبدله كلما نقص، أو لا يبدّله، اتبع الشرط، وإلا، فإن فني بعضه أو كله بسرقة أو تلف، فله الإبدال كسائر المحمولات. وإن فني بالآكل، فإن فني كله، أبدله على الصحيح. وإن فني بعضه، أبدله على الأظهر. ويقال: الأصح. وموضع الخلاف، إذا كان يجد الطعام في المنازل المستقبلة بسعر المنزل الذي هو فيه. أما إذا لم يجده، أو وجده بأعلى، فله

الإبدال قطعًا. وإذا قلنا: لا يشترط تقدير الزاد وحمل ما يعتاد لمثله، لم يبدله حتى يفنى كله، وفيه وجه ضعيف.

المسألة الرابعة: إذا اكترى للركوب في الذمة، لزم المؤجر الخروج مع الدابة لسوقها، وتعهدها، وإعانة الراكب في الركوب والنزول. وتراعى العادة في كيفية الإعانة. فينيخ البعير للمرأة، لأنه يصعب عليها النزول والركوب مع قيام البعير، وكذا إذا كان الرجل ضعيفًا لمرض أو شيخوخة، أو كان مفرط السمن، أو نضو الخلق، ينيخ له البعير، ويقرب البغل والحمار من نَشَز يسهل عليه الركوب، والاعتبار في القوة والضعف بحال الركوب، لا بحال العقد. وإذا اكترى للحمل في الذمة، لزم المؤجر رفع الحمل وحطه وشد المحمل وحلّه. وفي شد أحد المحملين إلى الآخر وهما بعدُ على الأرض، الوجهان السابقان قريبًا. ويقف الدابة لينزل الراكب لما لا يتهيأ عليها، كقضاء الحاجة، والوضوء، وصلاة الفرض. وإذا نزل انتظره المكري ليفرغ منها، ولا يلزمه المبالغة في التخفيف، ولا القصر ولا الجمع، وليس له الإبطاء ولا التطويل. قال الروياني: وله النزول في أول الوقت لينال فضله، ولا يقفها للنوافل والأكل والشرب، لإمكانها على الدابة. وإن ورد العقد على دابة بعينها، فالذي على المؤجر التخلية بين المستأجر وبينها، وليس عليه أن يعينه على الركوب ولا الحمل. هذا هو المذهب وقول الجمهور في نوعي الإجارة. وحكى الإمام مع هذا، ثلاثة أوجه: أحدها: أنه إن قال في إجارة الذمة: ألزمت ذمتك تبليغي موضع كذا، لزمه الإعانة. وإن قال: ألزمت ذمتك منفعة دابة صفتها كذا، لم تلزمه. والثاني: تجب الإعانة على الركوب في إجارة العين أيضًا. والثالث: تجب للحمل في نوعي الإجارة، لاطراد العادة بالإعانة على الحط والحمل وإن اضطربت في الركوب. ورفع المحمل وحطه كالحمل.

**فرع:** قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: إذا اختلفا في الرحلة، رحل لا مكبوبًا ولا مستلقيًا. قيل: المكبوب أن يجعل مقدَّم المحمل أو الزاملة أوسع من المؤخر، والمستلقي عكسه. وقيل: المكبوب بأن يضيق المقدم والمؤخر جميعًا، والمستلقي أن يوسعهما جميعًا. وعلى التفسيرين، المكبوب أسهل على الدابة، والمستلقي أسهل على الراكب. فإن اختلفا فيهما، حملا على الوسط المعتدل، وكذا إذا اختلفا في كيفية الجلوس.

**فرع:** ليس للمؤجر منع الراكب من النوم في وقته. ويمنعه في غير ذلك الوقت، لأن النائم يثقل، قاله ابن كج.

**فرع:** قد يعتاد النزول والمشي للإراحة، فإن شرطا أن ينزل أو لا ينزل، اتبع

الشرط. قال الإمام: ويعرض في شرط النزول إشكال، لانقطاع المسابة، ويقع في كراء العُقَب. قال: لكن الأصحاب احتملوه للحاجة. وإن أطلقا، لم يجب النزول على المرأة والمريض. وفي الرجل القوي وجهان: لتعارض اللفظ والعادة. وهكذا حكم النزول عند العقبات الصعاب.

قال أصحابنا: وفي معنى المرأة والمريض، الشيخ العاجز. وينبغي أن يلحق بهم من كانت له وجاهة ظاهرة، وشهرة يخلُّ بمروءته في العادة المشي. ثم الكلام مفروض في طريق يعتاد النزول فيه لإراحة الدابة. فإن لم تكن معتادة، لم يجب مطلقًا، ولم نصحح شيئًا من الوجهين في الرجل القوي. وينبغي أن يكون الأصح وجوب النزول عند العقبات، دون الإراحة. والله أعلم.

**فرع:** إذا اكترى دابة إلى بلد، فبلغ عمرانه، فللمؤجر أخذ دابته، ولا يلزمه تبليغه داره. ولو اكترى إلى مكة، لم يكن له تتميم الحج عليها. وإن اكتراها للحج، ركبها إلى منى ثم عرفات، ثم المزدلفة، ثم منى مكة لطواف الإفاضة. وهل يركبها إلى مكة راجعًا إلى منى للرمي والطواف؟ وجهان.

**فرع:** إذا اكترى دابة بعينها، فتلفت، انفسخ العقد، وإن وجد بها عيبًا، فله الخيار. والعيب، مثل ان تتعثر في المشي، أو لا تبصر في الليل، أو يكون بها عرج تتخلف به عن القافلة. ومجرد خشونة المشي، ليس بعيب. وإن كانت الإجارة على الذمة، وسلم دابة وتلفت، لم ينفسخ العقد. وإن وجد بها عيبًا، لم يكن له الخيار في فسخ العقد، ولكن على المؤجر إبدالها. ثم الدابة المسلَّمة عن الإجارة في الذمة وإن لم ينفسخ العقد بتلفها، فإنه ثبت للمستأجر فيها حق الاختصاص، حتى يجوز له إجارتها. ولو أراد المؤجر إبدالها، فهل له ذلك دون إذن المستأجر؟ وجهان: أصحهما: عند الجمهور: المنع، لما فيها من حق المستأجر. والثاني قاله أبو محمد واختاره الغزالي: إن اعتمد باللفظ الدابة، بأن قال: أجرتك دابة صفتها كذا، لم يجز الإبدال. وإن لم يعتمدها، بل قال: التزمت إركابك دابة صفتها كذا، جاز. ويتفرع على الوجهين ما إذا أفلس المؤجر بعد تعيين عن إجارة الذمة، هل يتقدم المستأجر بمنفعتها على الغرماء؟ وقد ذكرناه في التفليس. والأصح: التقدم. ولو أراد المستأجر أن يعتاض عن حقه في إجارة الذمة، فإن كان قبل أن يتسلم دابة، لم يجز، لأنه اعتياض عن المسلم فيه. وإن كان بعد التسليم، جاز، لأن هذا الاعتياض عن حق في عين، هكذا قاله الأئمة. وفيه دليل على أن القبض يفيد تعلق حق المستأجر بالعين، فيمتنع الإبدال دون رضاه.

**فصل:** نذكر فيه قولًا جمليًا في إبدال متعلقات الإجارة، المنفعة المطلوبة في

العقد، لها مستوفٍ، ومستوفىً منه، ومستوفىً به، فأما المستوفي وهو مستحق الاستيفاء، فله أن يبدل نفسه بغيره، كما يجوز أن يؤجر ما استأجر، فإذا استأجر دابة للركوب، فله أن يُركبها مثل نفسه في الطول والقصر والضخامة والنحافة ومن هو أخف منه. وكذلك يلبس الثوب مثله، ويسكن الدار، دون القصار والحداد، لزيادة الضرر. وكذا إذا استأجر دابة لحمل القطن، فله حمل الصوف والوبر. أو لحمل الحديد، فله حمل النحاس والرصاص. وإذا استأجر للحمل، فأراد إركاب من لا يزيد وزنه على القدر المحمول، قال المتولي: يرجع إلى أهل الصنعة. فإن قالوا: لا يتفاوت الضرر، جاز، وإن قالوا: يتفاوت، لم يجز. وكذا لو استأجر للركوب فأراد الحمل. والأصح: المنع في الطرفين، وهو مقتضى ما في «التهذيب». وأما المستوفى منه، فهو الدار والدابة المعينة، والأجير المعين، ولا يجوز إبداله كما لا يبدل المبيع. وأما المستوفى به، فهو كالثوب المعيَّن للخياطة، والصبي المعيَّن للإرضاع والتعليم، والأغنام المعينة للرعي. وفي إبداله وجهان: ويقال: قولان: أحدهما: المنع. وأصحهما: عند الإمام والمتولي الجواز، لأنه كالراكب. والخلاف جارٍ في انفساخ الإجارة بتلف هذه الأشياء في المدة، وميل العراقيين إلى ترجيح الإنفساخ، وقالوا: هو المنصوص. والثاني: مخرَّج. وسنزيد المسألة إيضاحًا إن شاء الله تعالى في الباب الثالث. ويجري الخلاف فيما إذا لم يلتقم الصبي المعيَّن ثديها، فعلى رأي، ينفسخ العقد، وعلى رأي، يبدل.

**فصل:** استئجار الثياب للبس، والبسط والزلالي للفراش، واللحف للالتحاف، جائز. وإذا استأجر ثوبًا ليلبسه مدة، لم يجز أن ينام فيه بالليل. وهل له النوم فيه في وقت القيلولة؟ وجهان: أصحهما: وبه قطع الأكثرون: جوازه للعادة. لكن لو كان المستأجر القميص الفوقاني، لزمه نزعه بل يلزمه نزعه في سائر أوقات الخلوة، وإنما تلبس ثياب التجمل في الأوقات التي جرت العادة فيها بالتجمل، كحالة الخروج إلى السوق ونحوه، ودخول الناس عليه، ولا يجوز الاتزار بما يستأجر للبس، ويجوز الارتداء به على الأصح. قال المتولي: وإذا استأجر للارتداء، لم يجز الاتزار، ويجوز التعمم.

الطرف الثاني: في بيان حكم الإجارة في الأمانة والضمان. مال الإجارة، تارة يكون في يد المستأجر، وتارة في يد الأجير على العمل. وأما المستأجر، ففيه مسألتان:

إحداهما: يده على الدابة والدار المستأجرتين ونحوهما في مدة الإجارة يد أمانة، فلا يضمن ما تلف منها بغير تعدّ وتقصير وهل يضمن ما يتلف في يده بعد

مضي المدة؟ يبنى على أنه هل على المستأجر الرد ومؤنته؟ وفيه وجهان: أصحهما: عند الغزالي: لا، وإنما عليه التخلية بين المالك وبينها إذا طلب، لأنه أمانة فأشبه الوديعة. وأقربهما إلى كلام الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: يلزمه الرد ومؤنته وإن لم يطلب المالك، لأنه غير مأذون في الإمساك بعد المدة، ولأنه أخذ لمنفعة نفسه، فأشبه المستعير. قال القاضي أبو الطيب: ولو شرط عليه الرد، لزمه بلا خلاف، ومنعه ابن الصباغ وقال: من لا يوجبه عليه، ينبغي أن لا يجوز شرطه. فإن قلنا: لا يلزمه الرد، فلا ضمان. قلنا: يلزمه الرد، لزمه الضمان، إلا أن يكون الإمساك بعذر.

ويترتب على الوجهين، ضمانه أجرة المنافع التي تتلف في يده بعد المدة. فإن ألزمناه الرد، ضمَّنَّاه، وإلا، فلا.

وفي فتاوى الغزالي، القطع بأن الإجارة إذا انفسخت بسبب، لا يلزم المستأجر ضمان المنافع التالفة عنده، لأنه أمين، وهذا محمول على ما إذا علم المالك بأنها انفسخت، وإلا، فيجب أن يعلمه. وإذا لم يُعلمه، كان مقصرًا ضامنًا. والله أعلم.

ولو غُصبت الدابة المستأجرة مع دواب الرفقة، فذهب بعضهم في الطلب، ولم يذهب المستأجر، فإن قلنا: لا يلزمه الرد، فلا ضمان عليه. وإن ألزمناه، فإن استرد مَن ذهب بلا مشقة ولا غرامة، ضمن المستأجر المتخلف. وإن لحقه غرامة ومشقة، لم يضمن، قاله الشيخ أبو عاصم العبادي.

**فرع:** لو استأجر قِدرًا مدة ليطبخ فيها، ثم حملها بعد المدة ليردها، فسقط الحمار فانكسرت، قال أبو عاصم: إن كان لا يستقلُّ بحملها، فلا ضمان. وإن كان يستقل، فعليه الضمان، سواء ألزمناه الرد، أم لا، لأن العادة أن القدر لا ترد بالحمار مع استقلال المستأجر أو حمال بها.

المسألة الثانية: الدابة المستأجرة للحمل أو الركوب، إذا ربطها المستأجر ولم ينتفع بها في المدة، فالقول في استقرار الأجرة عليه، سيأتي إن شاء الله تعالى، ولا ضمان عليه لو ماتت في الإصطبل. فلو انهدم عليها فهلكت به، نظر، إن كان المعهود في مثل ذلك الوقت لو خرج بها أن يكون في الطريق، وجب عليه ضمانها. وإن كان المعهود في مثل ذلك الوقت أن يكون تحت السقف، كجنح الليل في الشتاء، فلا ضمان.

**فصل:** وأما المال في يد الأجير، كالثوب إذا استؤجر لخياطته أو صبغه أو قصارته، والعبد إذا استؤجر لتعليمه أو لرضاعه، والدابة إذا استؤجر لرياضتها. فإذا تلف والأجير منفرد باليد، فهو، إما أجير مشترك، وإما منفرد. والمشترك: هو الذي يتقبَّل العمل في ذمته، كما هو عادة الخياطين والصواغين. فإذا التزم لواحد، أمكنه

أن يلتزم لغيره مثل ذلك العمل، فكأنه مشترك بين الناس. والمنفرد: هو الذي أجر نفسه مدة مقدرة لعمل، فلا يمكنه تقبُّل مثل ذلك العمل لغيره في تلك المدة. وقيل: المشترك: هو الذي شاركه في الرأي فقال: اعمل في أي موضع شئت. والمنفرد: هو الذي عين عليه العمل وموضعه. أما المشترك، فهل يضمن ما تلف في يده بلا تعدّ ولا تقصير؟ فيه طريقان: أصحهما: قولان: أحدهما: يضمن كالمستعير والمستام. وأظهرهما: لا يضمن كعامل القراض. والثاني: لا يضمن قطعًا. وأما المنفرد، فلا يضمن على المذهب، وقطع به جماعة. أما إذا لم يكن الأجير منفردًا باليد، كما إذا قعد المستأجر عنده حتى عمل، أو حمله إلى بيته ليعمل، فالمذهب وبه قطع الجمهور: لا ضمان، لأن المال غير مسلم إليه حقيقة، وإنما استعان به المالك، كالاستعانة بالوكيل. وعن الإصطخري والطبري، طرد القولين. وحيث ضمنا الأجير، فالواجب أقصى قيمة من القبض إلى التلف، أم قيمة يوم التلف؟ فيه وجهان.

هذا كله إذا لم يتعد الأجير، فإن تعدى، وجب الضمان قطعًا، وذلك مثل أن يسرف على الخبز في الإيقاد ويلصق الخبز قبل وقته، أو يتركه في التنور فوق العادة حتى يحترق، أو ضرب على التأديب والتعليم الصبيَّ فمات، لأن تأديبه بغير الضرب ممكن. ومتى اختلفا في التعدي ومجاوزة الحد، عملنا بقول عدلين من أهل الخبرة، فإن لم نجدهما، فالقول قول الأجير. ومتى تلف المال في يده بعد تعديه، فالواجب أقصى قيمة من وقت التعدي إلى التلف إن لم يضمن الأجير. فإن ضمناه، فأقصى قيمة من القبض إلى التلف، كذا ذكره البغوي وغيره. ويشبه أن يكون هذا جوابًا على قولنا: يضمن بأقصى قيمة من القبض إلى التلف. فأما إن قلنا: يضمن قيمة يوم التلف، فينبغي أن يجب هنا أقصى قيمة من التعدي إلى التلف.

**فرع:** قال الأصحاب: إذا حجمه أو ختنه فتلف، إن كان المحجوم والمختون حرًا، فلا ضمان، لأنه لا تثبت اليد عليه. وإن كان عبدًا، نظر في انفراد الحاجم باليد وعدم انفراده، وأنه أجير مشترك، أم لا؟ وحكمه ما سبق. والمذهب: أنه لا ضمان مطلقًا إذا لم يفرط. وكذا البيطار إذا بزغ الدابة فتلفت، والراعي المنفرد كذلك، فلا ضمان عليهما على المذهب، ولو اكتراه ليحفظ متاعه في دكانه فتلف، فلا ضمان قطعًا، لأن المال في يد المالك.

**فصل:** إذا دفع ثوبًا إلى قصار ليقصره، أو خياط ليخيطه، أو جلس بين يدي حلاق ليحلق رأسه، أو دلاك ليدلكه، ففعل، ولم يجر بينهما ذكر أجرة ولا نفيها، فيه أوجه: أصحها: وهو المنصوص: لا أجرة له مطلقًا، لأنه لم يلتزم، وصار كما

لو قال: أطعمني خبزًا، فأطعمه، لا ضمان عليه. والثاني: يستحق أجرة المثل. والثالث: إن بدأ المعمول له فقال: افعل كذا، لزمه الأجرة. وإن بدأ العامل فقال: أعطني ثوبًا لأقصره، فلا أجرة. والرابع: إن كان العامل معروفًا بذلك العمل وأخذ الأجرة عليه، استحق الأجرة للعادة، وإلا، فلا. ولو دخل سفينة بغير إذن صاحبها، وسار إلى الساحل، لزمه الأجرة. وإن كان بالإذن ولم يجر ذكر الأجرة، فعلى الأوجه. وإذا لم نوجب الأجرة، فالثوب أمانة في يد القصار ونحوه. وإن أوجبناها؛ فوجوب الضمان على الخلاف في الأجير المشترك.

**فرع:** فيما يأخذه الحمامي أوجه: أحدها: أنه ثمن الماء، وهو متطوع بحفظ الثياب وإعارة السطل، فعلى هذا، الثياب غير مضمونة على الحمامي، والسطل مضمون على الداخل. والثاني: أنه ثمن الماء وأجرة الحمام والسطل. وأصحها: أنه أجرة الحمام والسطل والإزار وحفظ الثياب. وأما الماء، فغير مضبوط، ولا يقابل بعوض. فعلى هذا، السطل غير مضمون على الداخل، والحمامي أجير مشترك في الثياب، فلا يضمن على المذهب كسائر الأجراء، وإنما وجبت الأجرة هنا وإن لم يجر لها ذكر ولم يطرد فيه الخلاف، لأن الداخل مستوفٍ منفعة الحمام بسكونه، وهناك صاحب المنفعة صرفها.

**فصل:** إذا عمل الأجير، ثم تلفت العين التي عمل عليها، نظر، إن لم يكن منفردًا باليد، بل عمل في ملك المستأجر، أو في حضرته، لم تسقط أجرته. وإن كان منفردًا باليد، بأن سلم الثوب إلى قصار فقصره، ثم تلف عنده، بني على الخلاف السابق في باب التفليس، أن القصارة عين، أم أثر؟ فإن قلنا: أثر، لم تسقط الأجرة، ثم إن ضمنا الأجير، فعليه قيمة ثوب مقصور، وإلا، فلا شيء عليه. وإن قلنا: عين، سقطت أجرته وعليه قيمة ثوب غير مقصور إن ضمنا الأجير أو وجد منه تعدّ، وإلا، فلا شيء عليه. وإن أتلف أجنبي الثوب المقصور، فإن قلنا: القصارة أثر، فللأجير الأجرة، وعلى الأجنبي القيمة. ثم المستأجر على قول تضمين الأجير، يتخير بين مطالبة الأجير والأجنبي، والقرار على الأجنبي. وإن قلنا: عين، جاء الخلاف فيما إذا أتلف أجنبي المبيع قبل القبض. فإن قلنا: ينفسخ العقد، فهو كما لو تلف، وإلا، فللمستأجر الخيار في فسخ الإجارة وإجازتها.

فإن أجاز ولم يضمن الأجير، استقرت له الأجرة، والمستأجر يغرِّم الأجنبي قيمة ثوب مقصور. وإن ضمناه، فالمستأجر بالخيار، إن شاء ضمن الأجنبي قيمة ثوب مقصور، وإن شاء ضمن الأجنبي قيمة القصارة، والأجيرَ قيمة ثوب غير مقصور، ثم الأجير يرجع على الأجنبي. وإن فسخ الإجارة، فلا أجرة عليه ويغرم

الأجنبي قيمة ثوب غير مقصور. وإن ضمّنّا الأجير، غرَّم القيمة من شاء منهما، والقرار على الأجنبي، ويغرَّم الأجنبيُّ الأجير قيمة القصارة. ولو أتلف الأجير الثوب، فإن قلنا: القصارة أثر، فله الأجرة، وعليه قيمة ثوب مقصور. وإن قلنا: عين، جاء الخلاف في أن إتلاف البائع كالآفة السماوية، أم كإتلاف الأجنبي؟ إن قلنا: كالآفة، فالحكم ما سبق. وإن قلنا: كالأجنبي، وأثبتنا للمستأجر الخيار، فإن فسخ الإجارة، سقطت الأجرة وعلى الأجير قيمة ثوب غير مقصور. وإن أجازها، استقرت الأجرة، وعليه قيمة ثوب مقصور. وصبغ الثوب بصبغ صاحب الثوب كالقصار. وإن استأجره ليصبغ بصبغ من عنده، قال المتولي: هو جمع بين البيع والإجارة، ففيه الخلاف المعروف. وسواء صح، أم لم يصح، فإذا هلك الثوب عنده، سقطت قيمة الصبغ. وسقوط الأجرة على ما ذكرنا في القصارة.

**فرع:** سلَّم ثوبًا إلى قصار ليقصره، فجحده ثم أتى به مقصورًا، استحق الأجرة إن قصره ثم جحد، وإن جحد ثم قصره، فوجهان: لأنه عمل لنفسه.

**فصل:** المستأجر يضمن بالتعدي، بأن ضرب الدابة أو كبحها فوق العادة، وعادة الضرب تختلف في حق الراكب، والرائض، والراعي، فكلٌ يراعى فيه عادة أمثاله، ويحتمل في الأجير للرياضة والرعي ما لا يحتمل في المستأجر للركوب. وأما الضرب المعتاد، إذا أفضى إلى تلف، فلا يوجب ضمانًا، ويخالف ضرب الزوج زوجته، فإنه مضمن، لأنه يمكن تأديبها بغير الضرب. ولو نام بالليل في الثوب الذي استأجره، أو نقل فيه التراب، أو ألبسه عصارًا، أو دباغًا، أو غيرهما ممن هو دون حاله، أو أسكن الدار قصارًا أو حدادًا أو غيرهما ممن هو أشد ضررًا منه، أو أركب الدابة أثقل منه، وجب الضمان، وقراره على الثاني إن كان عالمًا، وإلا، فعلى الأول. وإن أركبها مثله، فجاوز العادة في الضرب، فالضمان على الثاني دون الأول، لأنه لم يتعد. ولو اكترى لمئة رطل حديد، فحمل مئة من القطن أو التبن، أو بالعكس، أو مئة رطل حنطة، فحمل مئة رطل شعير أو عكسه، ضمن، لأن الشعير أخف، ومأخذه من ظهر الدابة أكثر، والحنطة يجتمع ثقلها في موضع واحد، وكذا القطن والحديد.

ولو اكترى لعشرة أقفزة حنطة، فحمل عشرة شعيرًا، لم يضمن، لأن قدرهما في الحجم سواء، والشعير أخف، وبالعكس يضمن. ولو اكترى ليركب بسرج، فركب بلا شيء أو عكسه، ضمن، لأن الأول أضر بالدابة، والثاني زيادة على المشروط. ولو اكترى ليحمل عليها بالإكاف، فحمل بالسرج، ضمن، لأنه أشق عليها، وبالعكس لا يضمن، إلا أن يكون أثقل، ولو اكترى ليركب بالسرج، فركب بالإكاف، ضمن، وبالعكس لا يضمن، إلا أن يكون أثقل، وقس على هذا أشباهه.

**فرع:** لو اكترى دابة لحمل مقدار سمّياه، فكان المحمول أكثر، نظر، إن كانت الزيادة بقدر ما يقع من التفاوت بين الكيلين من ذلك المبلغ، فلا عبرة بها، وإن كانت أكثر، بأن كان المشروط عشرة آصع، والمحمول أحد عشر، فللمسألة ثلاثة أحوال:

أحدها: إذا كال المستأجر الطعام، وحمله هو عليها، فعليه أجرة المثل لما زاد على المشهور، وفي قول: عليه أجرة المثل للجميع. وفي قول: يتخير بين المسمى وما دخل الدابة من نقص وبين أجرة المثل. وفي قول: يتخير بين المسمى وأجرة المثل للزيادة وبين أجرة المثل للجميع. فلو تلفت البهيمة بالحمل، فإن انفراد المستأجر باليد، ولم يكن معها صاحبها، فعليه ضمانها، لأنه صار غاصبًا، وإن كان معها صاحبها، فهل يلزمه كل القيمة، أم نصفها، أم قسط الزيادة من جملة القيمة؟ فيه أقوال: أظهرها: الثالث، ورجحه الإمام وغيره. وعن الشيخ أبي محمد، أن الثاني أظهر.

ولو تلفت الدابة بسبب غير الحمل، ضمن عند انفراده باليد، ولم يضمن إذا لم ينفرد. وأما إذا لم يحمل المستأجر الطعام بنفسه، ولكنه كالَه وسلمه إلى المؤجر، فحمله المؤجر على البهيمة، فإن كان المؤجر جاهلًا بالحال، بأن قال له: هو عشرة كاذبًا، وجب الضمان على المذهب، كما لو حمل بنفسه. وقيل: قولان، لاجتماع الغرور والمباشرة. وإن كان عالمًا بالزيادة، نظر، إن لم يقل له المستأجر شيئًا، ولكن حمله المؤجر، فحكمه ما يأتي في الحال الثاني، لأنه حمل بغير إذن صاحبه، ولا فرق بين أن يضعه المستأجر على الأرض فيحمله المؤجر على البهيمة، وبين أن يضعه على ظهر الدابة وهي واقفة فيسيرها المؤجر. وإن قال المستأجر: احمل هذه الزيادة، فأجابه، قال المتولي: هو مستعير للبهيمة في الزيادة، فلا أجرة لها، وإذا تلفت البهيمة بالحمل، فعليه الضمان. وفي كلام الأئمة ما ينازعه في الأجرة والضمان جميعًا.

الحال الثاني: إذا كال المؤجر وحمله على البهيمة، فلا أجرة لما زاد، سواء غلط أو تعمد، وسواء جهل المستأجر الزيادة أو علمها وسكت، لأنه لم يأذن في نقل الزيادة، فلا يجب عليه ضمان البهيمة، وله مطالبة المؤجر برد الزيادة إلى الموضع المنقول منه، وليس للمؤجر أن يردها دون رضاه. فلو لم يعلم المستأجر حتى عاد إلى البلد المنقول منه، فله مطالبة المؤجر بردها. والأظهر أو الأصح: أن له مطالبته ببدلها في الحال، كما لو أبق المغصوب من يد الغاصب. والثاني: لا يطالبه ببدلها، لأن عين ماله باقية، وردها مقدور عليه. فإذا قلنا بالأول، فغرم البدل، فإذا ردها إلى ذلك البلد، استرد البدل وردها إليه. أما لو كالَ المؤجر؛

وحمله المستأجر على البهيمة، قال المتولي: إن كان المؤجر عالمًا بالزيادة، فهو كما لو كال بنفسه وحمل، لأنه لما علم بالزيادة كان من حقه أن لايحملها. وإن كان جاهلًا، فوجهان مأخوذان مما لو قدم الطعام المغصوب إلى المالك فأكله جاهلًا، هل يبرأ من الضمان؟

الحال الثالث: إذا كالَ أجنبي وحمل بلا إذن، فعليه أجرة الزيادة للمؤجر، وعليه الرد إلى الموضع المنقول منه إن طالبه المستأجر، وضمان البهيمة على ما ذكرناه في حق المستأجر. وإنْ تولى الحمل بعد كيل الأجنبي أحدُ المتكاريين، نُظر، أعالم هو، أم جاهل؟ ويقاس بما ذكرناه. هذا كله إذا اتفقا على الزيادة، وعلى أنها للمستأجر، فإن اختلفا في أصل الزيادة، أو قدرها، فالقول قول المنكر. وإن ادعى المؤجر أن الزيادة له، والدابة في يده، فالقول قوله. وإن لم يدَّعها واحد منهما، تركت في يد من هي في يده حتى يظهر مستحقها، ولا يلزم المستأجر أجرتها.

**فرع:** لو وجد المحمول على الدابة دون المشروط، نظر، إن كان النقص بقدر ما يقع من التفاوت بين الكيلين، فلا عبرة به، وإن كان أكثر، قال المتولي: إن كالَ المؤجر، حُطَّ من الأجرة بقسطه إن لم يعلم المستأجر. فإن علم، فإن كانت الإجارة في الذمة، فكذلك، لأنه لم يف بالمشروط. وإن كانت إجارة عين، فالحكم كما لو كال المستأجر بنفسه ونقص، فلا يُحَطّ شيء من الأجرة، لأن التمكين من الاستيفاء قد حصل، وذلك كافٍ في تقرر الأجرة.

**فرع:** اكترى اثنان دابة وركباها، فارتدفهما ثالث بغير إذنهما، فتلفت، ففيما يلزم المرتدف ثلاثة أوجه: أحدها: نصف القيمة. والثاني: ثلثها. والثالث: تقسط على أوزانهم، فيلزمه حصة وزنه.

**فصل:** إذا دفع ثوبًا إلى خياط ليقطعه ويخيطه، فخاطه قباءً، ثم اختلفا، فقال الخياط: أمرتني بقباء، وقال: بل أمرتك بقميص، أو سوَّد الثوب بصبغ وقال: هكذا أمرتني، فقال: بل أمرتك بصبغة أحمر، ففيه خمسة طرق:

أصحها: وبه قال الأكثرون: في المسألة قولان: أظهرهما عند الجمهور: أن القول قول المالك. والثاني: القول قول الخياط والصباغ.

والطريق الثاني: فيه ثلاثة أقوال: هذان، والثالث: أنهما يتحالفان.

والطريق الثالث: قولان: تصديق المالك، والتحالف.

والطريق الرابع: القطع بالتحالف، قاله أبو علي الطبري، وصاحب «التقريب»، والشيخ أبو حامد.

والطريق الخامس: عن ابن سريج، إن جرى بينهما عقد، تعين التحالف،

وإلا، فالقولان الأولان. فإن قلنا: القول قول الخياط، فإذا حلف، لا أرش عليه قطعًا، ولا أجرة له على الأصح. والثاني: يجب له المسمى إتمامًا لتصديقه. والثالث: أجرة المثل. فإذا قلنا: لا أجرة له بيمينه، فله أن يدعي الأجرة على المالك، ويحلِفه، فإن نكل، ففي تجديد اليمين عليه وجهان.

وإن قلنا: القول قول المالك. فإذا حلف، فلا أجرة عليه، ويلزم الخياط أرش النقص على المذهب. وقيل: فيه وجهان كما في وجوب الأجرة تفريعًا على تصديق الخياط. والفرق على المذهب: أن القطع يوجب الضمان، إلا أن يكون بإذن، وهو غير موجب إلا بإذن. ثم في الأرش الواجب وجهان: أحدهما: ما بين قيمته صحيحًا ومقطوعًا. والثاني: ما بين قيمته مقطوعًا قميصًا ومقطوعًا قباءً. وعلى هذا إن لم ينقص، فلا شيء عليه. وعلى الثاني: في استحقاقه الأجرة للقدر الذي يصلح للقميص من القطع، وجهان: قال ابن أبي هريرة: نعم، وبه قطع البغوي، وضعفه ابن الصباغ، لأنه لم يقطعه للقميص.

والمنع أصح، ونقله صاحب «البيان» عن نص الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ. والله أعلم.

وإذا قلنا: يتحالفان، فحلفا، فلا أجرة للخياط قطعًا، ولا أرش عليه على الأظهر. وإذا أراد الخياط نزع الخيط، لم يمكَّن منه حيث حكمنا له بالأجرة، سواء كان الخيط للمالك أو من عنده، لأنه تابع للخياطة. وحيث قلنا: لا أجرة، فله نزع خيطه كالصبغ. وحينئذ لو أراد المالك أن يشد بخيطه خيطًا ليدخل في الدروز إذا خرج الأول، لم يكن له إلا برضى الخياط. وأما كيفية اليمين، فقال في «الشامل»: إن صدقنا الخياط، حلف بالله: ما أذنت لي في قطعه قميصًا، ولقد أذنت لي في قطعه قباءً، قال: وإن صدقنا المالك، كفاه عندي أن يحلف: ما أذنتُ له في قطعه، ولا حاجة إلى التعرض، لأن وجوب الغرم وسقوط الأجرة يقتضيهما نفي الإذن في القباء. وإن قلنا بالتحالف، جمع كل واحد في يمينه بين النفي والإثبات كما سبق في البيع. قال ابن كج: والكلام في البداءة بمن؟ هو كما سبق في البيع، والمالك هنا في رتبة البائع.

وقال الشيخ أبو حامد: إذا صدقنا الخياط، حلف: لقد أذنت لي في قطعه قباءً فقط. فإن لم نثبت للخياط أجرة، فهذا أصح من قول صاحب «الشامل» لأن هذا القدر كافٍ في نفي الغرم عنه وإن أثبتناها، فقول صاحب «الشامل» هو الصواب. والله أعلم.

**فرع:** قال للخياط: إن كان هذا الثوب يكفيني قميصًا فاقطعه، فقطعه فلم يكفه، ضمن الأرش، لأن الإذن مشروط بما لم يوجد. وإن قال: هل يكفيني

قميصًا، فقال: نعم، فقال: أقطعه، فقطعه فلم يكفه، لم يضمن، لأن الإذن مطلق.

**فصل:** اختلاف المتكاريين في الأجرة أو المدة أو قدر المنفعة، هل هي عشرة فراسخ، أم خمسة، أم كل الدار، أم بيت منها؟ يوجب التحالف، فإذا تحالفا، فسخ العقد، وعلى المستأجر أجرة المثل لما استوفاه.

## باب ما يوجب فسخ الإجارة

**قال المصنف رحمه الله تعالى: إذا وجد المستأجر بالعين المستأجرة عيبًا جاز له أن يرد، لأن الإجارة كالبيع، فإذا جاز رد المبيع بالعيب جاز رد المستأجر، وله أن يرد بما يحدث في يده من العيب، لأن المستأجر في يد المستأجر كالمبيع في يد البائع، فإذا جاز رد المبيع بما يحدث من العيب في يد البائع، جاز رد المستأجر بما يحدث من العيب في يد المستأجر.**

**فصل: والعيب الذي يرد به ما تنقص به المنفعة، كتعثر الظهر في المشي، والعرج الذي يتأخر به عن القافلة، وضعف البصر والجذام والبرص في المستأجر للخدمة، وانهدام الحائط في الدار، وانقطاع الماء في البئر والعين، والتغير الذي يمتنع به الشرب أو الوضوء، وغير ذلك من العيوب التي تنقص بها المنفعة.**

**فأما إذا اكترى ظهرًا فوجده خشين المشي لم يرد، لأن ذلك لا تنقص به المنفعة. وأن اكترى ظهرًا للحج عليه فعجز عن الخروج بالمرض أو ذهاب المال لم يجز له الرد، وإن اكترى حمامًا فتعذر عليه ما يوقده لم يجز له الرد، لأن المعقود عليه باق، وإنما تعذر الانتفاع لمعنى في غيره فلم يجز له الرد، كما لو اشترى ظهرًا ليحج عليه فعجز عن الحج لمرض أو ذهاب المال، وإن اكترى أرضًا للزراعة فزرعها ثم هلك الزرع بزيادة المطر أو شدة برد أو دوام ثلج أو أكل جراد لم يجز له الرد، لأن الجائحة حدثت على مال المستأجر دون منفعة الأرض فلم يجز له الرد، وإن اكترى دارًا فتشعثت فبادر المكري إلى إصلاحها لم يكن للمستأجر ردها لأنه لا يلحقه الضرر، فإن لم يبادر ثبت له الفسخ لأنه يلحقه ضرر بنقصان المنفعة، فإن رضي سكناها ولم يطالب بالإصلاح فهل يلزمه جميع الأجرة أم لا؟ فيه وجهان:**

**أحدهما: لا يلزمه جميع الأجرة لأنه لم يستوف جميع ما استحقه من المنفعة فلم يلزمه جميع الأجرة، كما لو اكترى دارًا سنة فسكنها بعض السنة ثم غصبت.**

**والثاني: يلزمه جميع الأجرة لأنه استوفى جميع المعقود عليه ناقصًا بالعيب فلزمه جميع البدل، كما لو اشترى عبدًا فتلفت يده في يد البائع ورضي به.**

فصل: ومتى رد المستأجر العين بالعيب ـ فإن كان العقد على عينها ـ انفسخ العقد، لأنه عقد على معين فانفسخ برده، كبيع العين، وإن كان العقد على موصوف في الذمة لم ينفسخ العقد برد العين، بل يطالب ببدله، لأن العقد على ما في الذمة، فإذا رد العين رجع إلى ما في الذمة، كما لو وجد بالمسلم فيه عيبًا فرده.

فصل: وإن استأجر عبدًا فمات في يده، فإن كان العقد على موصوف في الذمة طالب ببدله لما ذكرناه في الرد بالعيب، وإن كان العقد على عينه ـ فإن لم يمض من المدة ما له أجرة ـ انفسخ العقد. وقال أبو ثور من أصحابنا: لا ينفسخ، بل يلزم المستأجر الأجرة لأنه ملك بعد التسليم، فلم ينفسخ العقد، كما لو ملك المبيع بعد التسليم، فلم ينفسخ العقد، والمذهب الأول، لأن المعقود عليه هو المنافع وقد تلفت قبل قبضها فانفسح العقد كالمبيع إذا هلك قبل القبض، وإن مضى من المدة ما له أجرة انفسخ العقد فيما بقي بتلف المعقود عليه. وفيما مضى طريقان: أحدهما: لا ينفسخ فيه العقد قولًا واحدًا. والثاني: أنه على قولين، بناء على الطريقين في الهلاك الطارىء في بعض المبيع قبل القبض. هل هو كالهلاك المقارن للعقد أم لا؟ لأن المنافع في الإجارة كالمبيع قبل القبض، وفي المبيع قبل القبض طريقان فكذلك الإجارة.

فصل: وإن اكترى دارًا فانهدمت، فقد قال في الإجارة: ينفسخ العقد. وقال في المزارعة: إذا اكترى أرضًا للزراعة فانقطع ماؤها أن المكتري بالخيار بين أن يفسخ وبين أن لا يفسخ. واختلف أصحابنا فيهما على طريقين، فمنهم من نقل جواب كل واحدة من المسألتين إلى الأخرى فخرجهما على قولين، وهو الصحيح. أحدهما: أن العقد ينفسخ فيهما. لأن المنفعة المقصودة هي السكنى والزراعة، وقد فاتت فانفسخ العقد كما لو اكترى عبدًا للخدمة فمات. والثاني: لا ينفسخ لأن العين باقية يمكن الانتفاع بها، وإنما نقصت منفعتها، فثبت له الخيار كما لو حدث به عيب. ومنهم من قال: إذا انهدمت الدار انفسخ العقد. وإن انقطع الماء من الأرض لم ينفسخ لأن الأرض باقية مع انقطاع الماء، والدار غير باقية مع الانهدام.

فصل: وإن أكرى نفسه فهرب، أو أكرى عينًا فهرب بها ـ نظرت، فإن كانت الإجارة على موصوف في الذمة ـ استؤجر عليه من ماله كما لو أسلم إليه في شيء فهرب، فإنه يبتاع عليه المسلم فيه، وإن لم يمكن الاستئجار عليه ثبت للمستأجر الخيار بين أن يفسخ وبين أن يصبر، لأنه تأخر حقه فيثبت له الخيار، كما لو أسلم في شيء فتعذر، وإن كانت الإجارة على عين فهو بالخيار بين أن يفسخ وبين أن يصبر، لأنه تأخر حقه فثبت له الخيار، كما لو ابتاع عبدًا فأبق قبل القبض، فإن لم يفسخ ـ نظرت، فإن كانت الإجارة على مدة ـ انفسخ العقد بمضي المدة يومًا بيوم، لأن المنافع تتلف بمضي الزمان، فانفسخ العقد بمضيه، وإن كانت على عمل معين لم ينفسخ لأنه يمكن استيفاؤه إذا وجده.

فصل: وإن غصبت العين المستأجرة من يد المستأجر ـ فإن كان العقد على موصوف في الذمة ـ طولب المؤجر بإقامة عين مقامها على ما ذكرناه في هرب المكري، وإن كان على العين فللمستأجر أن يفسخ العقد، لأنه تأخر حقه فثبت له الفسخ، كما لو ابتاع عبدًا فغصب فإن لم يفسخ ـ فإن كانت الإجارة على عمل ـ لم تنفسخ لأنه يمكن استيفاؤه إذا وجد، وإن كانت على مدة فانقضت ففيه قولان:

أحدهما: ينفسخ العقد فيرجع المستأجر على المؤجر بالمسمى، ويرجع المؤجر على الغاصب بأجرة المثل.

والثاني: لا ينفسخ، بل يخير المستأجر بين أن يفسخ ويرجع على المؤجر بالمسمى، ثم يرجع على الغاصب بأجرة المثل، وبين أن يقر العقد ويرجع على الغاصب بأجر المثل، لأن المنافع تلفت في يد الغاصب، فصار كالمبيع إذا أتلفه الأجنبي. وفي المبيع قولان إذا أتلفه الأجنبي. فكذلك ههنا.

فصل: وإن مات الصبي الذي عقد الإجارة على إرضاعه فالمنصوص أنه ينفسخ العقد، لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه، لأنه لا يمكن إقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان في الرضاع فبطل. ومن أصحابنا من خرج فيه قولًا آخر أنه لا ينفسخ، لأن المنفعة باقية وإنما هلك المستوفي فلم ينفسخ العقد، كما لو استأجر دارًا فمات، فعلى هذا إن تراضيا على إرضاع صبي آخر جاز، وإن تشاحا فسخ العقد، لأنه تعذر إمضاء العقد ففسخ.

فصل: وإن استأجر رجلًا ليقلع له ضرسًا فسكن الوجع، أو ليكحل عينه فبرئت، أو ليقتص له فعفا عن القصاص، انفسخ العقد على المنصوص في المسألة قبلها، لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه فانفسخ، كما لو تعذر بالموت، ولا ينفسخ على قول من خرج القول الآخر.

فصل: وإن مات الأجير في الحج قبل الإحرام ـ نظرت، فإن كان العقد على حج في الذمة ـ استؤجر من تركته من يحج، فإن لم يمكن ثبت للمستأجر الخيار في فسخ العقد كما قلنا في السلم؛ وإن كان على حجه بنفسه انفسخ العقد، لأنه تلف المعقود عليه قبل القبض، فإن مات بعد ما أتى بجميع الأركان، وقبل المبيت والرمي سقط الفرض لأنه أتى بالأركان، ويجب في تركته الدم لما بقي كما يجب ذلك في حج نفسه.

وإن مات بعد الإحرام وقبل أن يأتي بالأركان فهل يجوز أن يبني غيره على عمله؟ فيه قولان، قال في «القديم»: يجوز، لأنه عمل تدخله النيابة، فجاز البناء عليه كسائر الأعمال. وقال في «الجديد»: لا يجوز. وهو الصحيح. لأنه عبادة يفسد أولها بفساد آخرها فلا تتأدى بنفسين كالصوم والصلاة. فإن قلنا: لا يجوز البناء فإن كانت الإجارة على عمل الأجير بنفسه بطلت، لأنه مات المعقود عليه، ويستأجر المستأجر من يستأنف الحج.

وإن كانت الإجارة على حج في الذمة لم تبطل. لأن المعقود عليه لم يفت

بموته. فإن كان وقت الوقوف باقيًا استؤجر من تركته من يحج وإن فات وقت الوقوف فللمستأجر أن يفسخ لأنه تأخر حقه فثبت له الفسخ.

وإن قلنا: يجوز البناء على فعل الأجير ـ فإن كانت الإجارة على فعل الأجير بنفسه ـ بطلت لأن حجه فات بموته. فإن كان وقت الوقوف باقيًا أقام المستأجر من يحرم بالحج ويبني على عمل الأجير، وإن كان بعد فوات وقت الوقوف أقام من يحرم بالحج ويتم. وقال أبو إسحاق: لا يجوز للباني أن يحرم بالحج، لأن الإحرام بالحج في غير أشهر الحج لا ينعقد، بل يحرم بالعمرة ويتم، والصحيح هو الأول، لأنه لا يجوز أن يطوف في العمرة ويقع عن الحج، وقوله: إن الإحرام بالحج لا ينعقد في غير أشهر الحج لا يصح لأن هذا بناء على إحرام حصل في أشهر الحج، وإن كانت الإجارة على حج في الذمة استؤجر من تركة الأجير من يبني على إحرامه على ما ذكرناه.

فصل: ومتى انفسخ العقد بالهلاك أو بالرد بالعيب أو بتعذر المنفعة بعد استيفاء بعض المنفعة قسم المسمى على ما استوفى وعلى ما بقي، فما قابل المستوفي استقر، وما قابل الباقي سقط، كما يقسم الثمن على ما هلك من المبيع وعلى ما بقي، فإذا كان ذلك مما يختلف رجع في تقويمه إلى أهل الخبرة، وإن كان العقد على الحج فمات الأجير أو أحصر ـ نظرت، فإن كان بعد قطع المسافة وقبل الإحرام ـ ففيه وجهان: أحدهما: وهو قول أبي إسحاق: أنه لا يستحق شيئًا من الأجرة بناء على قوله في «الأم» إن الأجرة مقابل قطع المسافة وهو الصحيح، لأن الأجرة في مقابلة الحج وابتداء الحج من الإحرام، وما قبله من قطع المسافة تسبب إلى الحج وليس بحج، فلم يستحق مقابلته أجرة، كما لو استأجر رجلًا ليخبز له فأحضر الآلة وأوقد النار ومات قبل أن يخبز. والثاني: وهو قول أبي سعيد الإصطخري وأبي بكر الصيرفي أنه يستحق من الأجرة بقدر ما قطع من المسافة بناء على قوله في «الإملاء» إن الأجرة تقابل قطع المسافة والعمل، لأن الحج لا يتأدى إلا بهما فقسطت الأجرة عليهما.

وإن كان بعد الفراغ من الأركان وقبل الرمي والمبيت ففيه طريقان: أحدهما: يلزمه أن يرد من الأجرة بقدر ما ترك قولًا واحدًا لأنه ترك بعض ما استؤجر عليه فلزمه رد بدله، كما لو استؤجر على بناء عشرة أذرع فبنى تسعة. ومنهم من قال: فيه قولان: أحدهما: يلزمه لما ذكرناه، والثاني: لا يلزمه لأن ما دخل على الحج من النقص بترك الرمي والمبيت جبره بالدم، فصار كما لو لم يتركه، وإن كان بعد الإحرام وقبل أن يأتي بباقي الأركان ففيه قولان: أحدهما: لا يستحق شيئًا كما لو قال: من رد عبدي الآبق فله دينار، فرده رجل إلى باب البلد ثم هرب. والثاني: أنه يستحق بقدر ما عمله وهو الصحيح، لأنه عمل بعض ما استؤجر عليه، فأشبه إذا استؤجر على بناء عشرة أذرع فبنى بعضها ثم مات. فإذا قلنا أنه يستحق بعض الأجرة فهل تقسط الأجرة على العمل والمسافة، أو على العمل دون المسافة؟ على ما ذكرناه من القولين.

فصل: وإن أجر عبدًا ثم أعتقه صح العتق لأنه عقد على منفعة فلم يمنع العتق، كما لو زوج أمته ثم أعتقها، ولا تنفسخ الإجارة كما لا ينفسخ النكاح، وهل يرجع العبد على مولاه بالأجرة؟ فيه قولان: قال في «الجديد»: لا يرجع، وهو الصحيح لأنها منفعة استحقت بالعقد قبل العتق، فلم يرجع ببدلها بعد العتق، كما لو زوج أمته ثم أعتقها. وقال في «القديم»: يرجع لأنه فوت بالإجارة ما ملكه من منفعته بالعتق، فوجب عليه البدل، فإن قلنا: يرجع بالأجرة، كانت نفقته على نفسه، لأنه ملك بدل منفعته فكانت نفقته عليه، كما لو أجر نفسه بعد العتق، وإن قلنا: لا يرجع بالأجرة ففي نفقته وجهان:

أحدهما: أنها على المولى، لأنه كالباقي على ملكه بدليل أنه يملك بدل منفعته بحق الملك، فكانت نفقته عليه. والثاني: أنها في بيت المال لأنه لا يمكن إيجابها على المولى، لأنه زال ملكه عنه، ولا على العبد لأنه لا يقدر عليها في مدة الإجارة، فكانت في بيت المال.

فصل: وإن أجر عينًا ثم باعها من غير المستأجر ففيه قولان: أحدهما: أن البيع باطل لأن يد المستأجر تحول دونه فلم يصح البيع، كبيع المغصوب من غير الغاصب، والمرهون من غير المرتهن. والثاني: يصح لأنه عقد على المنفعة فلم يمنع صحة البيع. كما لو زوج أمته ثم باعها، ولا تنفسخ الإجارة كما لا ينفسخ النكاح في بيع الأمة المزوجة. وإن باعها من المستأجر صح البيع قولًا واحدًا، لأنه في يده لا حائل دونه فصح بيعها منه، كما لو باع المغصوب من الغاصب، والمرهون من المرتهن، ولا تنفسخ الإجارة بل يستوفي المستأجر المنفعة بالإجارة، لأن الملك لا ينافي الإجارة، والدليل عليه أنه يجوز أن يستأجر ملكه من المستأجر، فإذا طرأ عليها لم يمنع صحتها، وإن تلفت المنافع قبل انقضاء المدة انفسخت الإجارة ورجع المشتري بالأجرة لما بقي على البائع.

فصل: فإن أجر عينًا من رجل ثم مات أحدهما لم يبطل العقد، لأنه عقد لازم فلا يبطل بالموت مع سلامة المعقود عليه كالبيع، فإن أجر وقفا عليه ثم مات ففيه وجهان:

أحدهما: لا يبطل لأنه أجر ما يملك إجارته، فلم يبطل بموته كما لو أجر ملكه ثم مات فعلى هذا يرجع البطن الثاني في تركة المؤجر بأجرة المدة الباقية، لأن المنافع في المدة الباقية حق له، فاستحق أجرتها.

والثاني: تبطل لأن المنافع بعد الموت حق لغيره فلا ينفذ عقده عليها من غير إذن ولا ولاية، ويخالف إذا أجر ملكه ثم مات، فإن الوارث يملك من جهة الموروث، فلا يملك ما خرج من ملكه بالإجارة والبطن الثاني يملك غلة الوقف من جهة الواقف، فلم ينفذ عقد الأول عليه، وإن أجر صبيًا في حجره أو أجر ماله ثم بلغ ففيه وجهان:

أحدهما: لا يبطل العقد لأنه عقد لازم، عقده بحق الولاية فلا يبطل

**بالبلوغ، كما لو باع داره. والثاني: يبطل لأنه بان بالبلوغ أن تصرف الولي إلى هذا الوقت، والصحيح عندي في المسائل كلها أن الإجارة لا تبطل وبالله التوفيق.**

**الشرح:** قوله: «كتعثر الظهر» أي سقوطه وقت المشي، وقوله: «فتعشعثت» أي بدأ بها الخراب.

أما الأحكام: فالفسخ والانفساخ، يثبت بخلل يعرض في المعقود عليه، وهو ثلاثة أقسام:

إحداها: ما ينقص المنفعة. ومتى ظهر بالمستأجرة نقص تتفاوت به الأجرة، فهو عيب مثبت للفسخ، وذلك كمرض العبد والدابة، وانقطاع ماء البئر وتغيره بحيث يمنع الشرب، وانكسار دعائم الدار واعوجاجها، وانهدام بعض جدرانها، لكن لو بادر المؤجر إلى الإصلاح، وكان قابلًا للإصلاح في الحال، سقط خيار المستأجر كما سبق. وسواء كان العيب سابقًا للعقد أو القبض، أو حادثًا في يد المستأجر. ثم إن ظهر العيب قبل مضي مدة لها أجرة، فإن شاء فسخ ولا شيء عليه، وإن شاء أجاز بجميع الأجرة. وإن ظهر في أثناء المدة، فالوجه ما ذكره المتولي وهو أنه إن أراد الفسخ في جميع المدة، فهو كما لو اشترى عبدين فتلف أحدهما، ثم وجد بالباقي عيبًا وأراد الفسخ فيهما. وإن أراد الفسخ فيما بقي من المدة، فهو كما لو أراد الفسخ في العبد الباقي وحده، وحكمهما مذكور في البيع. وأطلق الجمهور القول بأن له الفسخ، ولم يذكروا هذا التفصيل. ومتى امتنع الفسخ، فله الأرش، فيعرف أجرة مثله سليمًا ومعيبًا، ويعرف التفاوت بينهما. هذا كله في إجارة العين. أما إذا وجد في إجارة الذمة بالدابة المسلَّمة عيبًا، فلا فسخ، بل يردها ويلزم المؤجر إبدالها.

**فصل:** لا تنفسخ الإجارة بالأعذار، سواء كانت إجارة عين أو ذمة، وذلك كما إذا استأجر دابة للسفر عليها فمرض، أو حانوتًا لحرفة فندم أو هلكت آلات تلك الحرفة، أو حمامًا فتعذر الوقود، وكذا لو كان العذر للمؤجر، بأن مرض وعجز عن الخروج مع الدابة، أو أكرى داره وأهلُه مسافرون، فعادوا واحتاج إلى الدار، أو تأهل، فلا فسخ في شيء منها، إذ لا خلل في المعقود عليه. ولو اكترى أرضًا للزراعة، فزرعها، فهلك الزرع بجائحة من سيل أو شدة حر أو برد أو كثرة مطر ونحوها، فليس له الفسخ ولا حط شيء من الأجرة، لأن الجائحة لحقت زرع المستأجر، لا منفعة الأرض، فصار كما لو اكترى دكانًا لبيع البز فاحترق بزُّه، لا تنفسخ الإجارة. فلو فسدت الأرض بجائحة أبطلت قوة الإنبات في مدة الإجارة، انفسخت الإجارة في المدة الباقية. ثم إن كان فساد الأرض بعد فساد الزرع، فهل يسترد شيئًا من الأجرة؟ فيه احتمالان للإمام. أصحهما: عند الغزالي: المنع، لأنه

لو بقيت صلاحية الأرض، لم يكن للمستأجر فيها نفع بعد فوات الزرع. والثاني وبه قطع بعض أصحاب الإمام: يسترد، لأن بقاء الأرض على صفتها مطلوب. فإذا زال، ثبت الانفساخ. وإن كان فساد الزرع بعد فساد الأرض، فأصح الاحتمالين بالاتفاق: الاسترداد.

القسم الثاني: فوات المنفعة بالكلية حِسًّا، فمن صوره موت الدابة والأجير المعين، فإن كان قبل القبض أو عقبه قبل مضي مدة لمثلها أجرة، انفسخ العقد. وإن كان في خلال المدة، انفسخ العقد في الباقي وفي الماضي الطريقان فيما إذا اشترى عبدين، فقبض أحدهما وتلف الثاني قبل القبض، هل ينفسخ البيع في المقبوض؟ فإن قلنا: ينفسخ في الماضي، سقط المسمى ووجب أجرة المثل لما مضى. وإن قلنا: لا ينفسخ فيه، فهل له خيار الفسخ؟ وجهان: أصحهما: عند الإمام والبغوي: لا، لأن منافعه استهلكت. والثاني: نعم، وبه قطع ابن الصباغ وآخرون، لأن جميع المعقود عليه لم يسلَّم. فإن قلنا: له الفسخ، ففسخ، رجع إلى أجرة المثل. وإن قلنا: لا فسخ، أو أجاز، وجب قسط ما مضى من المسمى، والتوزيع على قيمة المنفعة وهي أجرة المثل، لا على نفس الزمان، وذلك يختلف، فربما تزيد أجرة شهر على أجرة شهرين، لكثرة الرغبات في ذلك الشهر.

وإن كانت مدة الإجارة سنة، ومضى نصفها، وأجرة المثل فيه مثلًا أجرة المثل في النصف الباقي، وجب من المسمى ثلثاه. وإن كانت بالعكس، فثلثه. وإذا أثبتنا الخيار بعيب، ففسخ العقد في المستقبل، ففي الانفساخ في الماضي الطريقان. فإن لم ينفسخ، فطريق التوزيع ما بيَّنَّاه. وإن أجازه، فعليه الأجرة المسماة بتمامها، كما لو رضي بعيب المبيع، لزمه جميع الثمن. وسواء حصل التلف بآفة سماوية، أم بفعل المستأجر، بل لو قتل العبد أو الدابة المعيَّنة، كان حكم الانفساخ والأجرة ما ذكرناه، ويلزمه قيمة ما أتلف. وعن ابن أبي هريرة: أنه تستقر عليه الأجرة المسماة بالإتلاف كما يستقر الثمن على المشتري بإتلافه. والصحيح الأول، لأن البيع ورد على العين، فإذا أتلفها صار قابضًا، والإجارة واردة على المنافع، ومنافع الزمن المستقبل معدومة لا يتصور ورود الإتلاف عليها، وعلى هذا لو عيَّب المستأجر الدار، أو جرح العبد، فهو كالتعيب بآفة سماوية في ثبوت الخيار.

**فرع:** نُصَّ أن انهدام الدار يقتضي الانفساخ، ونُصَّ فيما إذا اكترى أرضًا للزراعة ولها ماءٌ: معتاد فانقطع، أن له فسخ العقد، وفيهما ثلاثة طرق. أحدها: تقرير النصين، لأن الدار لم تبق دارًا، والأرض بقيت أرضًا، ولأن الأرض يمكن زراعتها بالأمطار. والثاني: القطع بعدم الانفساخ. وأصحها: قولان في المسألتين.

أظهرهما: في الانهدام الانفساخ، وفي انقطاع الماء: ثبوت الخيار، وإنما يثبت الخيار إذا انقطعت الزراعة. فإن قال المؤجر: أنا أسوق إليها ماءً من موضع آخر، سقط الخيار كما لو بادر إلى إصلاح الدار. فإن قلنا بالانفساخ، فالحكم كموت العبد، وإلا، فله الفسخ في المدة الباقية. وفي الماضي الوجهان. فإن منعناه، فعليه قسط ما مضى من المسمى، وإن أجاز، لزمه المسمى كله، وقيل يحط للانهدام وانقطاع الماء ما يخصه.

**فرع:** لو غُصب العبدُ المستأجَرُ أو أبق، أو ندَّت الدابة، فإن كانت الإجارة في الذمة، فعلى المؤجر الإبدال. فإن امتنع، استؤجر عليه. وإن كانت إجارة عين، أو غصبت الدار المستأجرة، فللمستأجر الخيار. فإن كان ذلك في أثناء المدة، فإن اختار الفسخ، فسخ في الباقي. وفي الماضي الخلاف السابق. وإن لم يفسخ وكان قد استأجر مدة معلومة فانقضت، بني على الخلاف فيما إذا أتلف أجنبي المبيع قبل القبض، هل ينفسخ البيع، أم لا؟ إن قلنا: ينفسخ، فكذلك الإجارة، ويسترد الأجرة. وإن قلنا: لا ينفسخ، فكذلك الإجارة، ويتخير بين أن يفسخ ويسترد الأجرة، وبين أن يجيز ويطالب الغاصب بأجرة المثل. والذي نص عليه الشافعي والأصحاب، انفساخ الإجارة وإن كان البناء المذكور يقتضي ترجيح عدم الانفساخ، لكن المذهب الانفساخ. وعلى هذا، لو عاد إلى يده وقد بقي بعض المدة، فللمستأجر أن ينتفع به في الباقي، وتسقط حصة المدة الماضية، إلا إذا قلنا: إن الانفساخ في بعض المدة يوجب الانفساخ في الباقي، فليس له الانتفاع في بقية المدة. وإن كان استأجره لعمل معلوم، فله أن يستعمله فيه متى قدر عليه. وإذا بادر المؤجر إلى الانتزاع من الغاصب، ولم تتعطل منفعة على المستأجر، سقط خياره كما سبق في إصلاح الدار.

**فرع:** إذا أقر المؤجر بالمستأجَرة للغاصب من المستأجر أو لغيره، ففي قبول إقراره في الرقبة قولان: أظهرهما: القبول. فإن قبلناه، ففي بطلان حق المستأجر من المنفعة أوجه: أصحها: لا يبطل. والثاني: يبطل. والثالث: إن كانت العين في يد المستأجر تركت في يده إلى انقضاء المدة. وإن كانت في يد المقر له، لم تنزع منه، فإن قلنا بالبطلان، فهل يحلِّف المؤجر؟ فيه الخلاف المذكور في أن المرتهن، هل يحلِّف الراهن إذا أقر بالمرهون وقبلناه؟

**فرع:** للمؤجر مخاصمة من غصب المستأجرة أو سرقها، وليس للمستأجر المخاصمة على الأصح المنصوص كالمودَع والمستعير، ويجري الوجهان في أن المرتهن هل يخاصم لأن له حقًا؟

**فصل:** الثوب المعين للخياطة، إذا تلف، ففي انفساخ العقد خلاف سبق. الأصح عند الإمام وجماعة: لا ينفسخ، وعن العراقيين والشيخ أبي علي: أنه ينفسخ لتعلُّقه بذلك الثوب، وبه قطع ابن الحداد، وفيما إذا اكترى دواب في الذمة لحمل خمسة أعبد معينين، فمات اثنان منهم وحمل ثلاثة، فقال: له ثلاثة أخماس الكراء وسقط خمساه، والصورة فيما إذا تساوت أوزانهم، ويشهد له نص الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ حيث قال: إذا نكحها على خياطة ثوب معين فتلف قبل الخياطة، لها مهر المثل. قال الشيخ أبو علي: والخلاف فيما إذا ألزم ذمته خياطة ثوب بعينه، أو حمل متاع بعينه، أو عبد، فإن العقد وإن كان في الذمة، فمتعلق بعين الثوب والمتاع. أما إذا استأجر دابة بعينها مدة لركوب أو حمل متاع، فهلكا، فلا ينفسخ العقد، بل يجوز إبدال الراكب والمتاع بلا خلاف. فإن قلنا: لا ينفسخ، فأتى بثوب مثله، فذاك. وإن لم يأت لعجزه، أو امتنع مع القدرة حتى مضت مدة إمكان العمل، ففي استقرار الأجرة وجهان: قلت: أصحهما: لا تستقر. والله أعلم.

فإن قلنا: تستقر، فللمستأجر فسخ العقد على الأصح، لأنه ربما لا يجد ثوبًا آخر، أو لا يريد قطعه.

**فرع:** موت الصبي المعيَّن للتعليم، كتلف الثوب المعيَّن للخياطة، وكذا الصبي المعيَّن للإرضاع إن لم يكن ولدَ المرضعة. فإن كان ولدها، فخلاف مرتَّب، وأولى بالانفساخ، لأن درور اللبن على ولدها أكثر من الأجنبي، فلا يمكن إقامة غيره مقامه.

**فرع:** لو بدأ له في قطع الثوب المعين وهو باقٍ، قال الإمام: المتجه أنه لا يجب عليه الإتيان به، لكن تستقر عليه الأجرة إذا سلم الأجير نفسه ومضى مدة إمكان العمل إن قلنا: تستقر الأجرة بتسليم الأجير نفسه وليس للأجير فسخ الإجارة، وإن قلنا: لا تستقر، فله فسخها، وليس للمستأجر الفسخ بحال، لأن الإجارة لا تنفسخ بالأعذار.

**فصل:** لا تنفسخ الإجارة بموت المتعاقدين، بل إن مات المستأجر، قام وارثه في استيفاء المنفعة مقامه. وإن مات المؤجر، تُرك المال عند المستأجر إلى انقضاء مدة الإجارة، فإن كانت الإجارة على الذمة، فما التزمه، دين عليه. فإن كان في التركة وفاء، استؤجر منها لتوفيته، وإلا، فالوارث بالخيار، إن شاء وفاه واستحق الأجرة، وإن أعرض فللمستأجر فسخ الإجارة. ولو أوصى بداره لزيد مدة عمر زيد، فقبل الوصية، وأجرها زيد مدة، ثم مات في خلالها، انفسخت الإجارة، لانتهاء حقه بموته.

**فصل:** إذا أكرى جِمالًا فهرب، فتارة يهرب بها، وتارة يهرب ويتركها عند المستأجر، فإن هرب بها، نظر، فإن كانت الإجارة في الذمة، اكترى الحاكم عليه من ماله. فإن لم يجد له مالًا، اقترض عليه من بيت المال أو من المستأجر أو غيره واكترى عليه. قال في «الشامل»: ولا يجوز أن يكل أمر الاكتراء إلى المستأجر، لأنه يصير وكيلًا في حق نفسه. وإن تعذر الاكتراء عليه، فللمستأجر الفسخ كما لو انقطع المسلَم فيه عند المحِلّ. فإن فسخ، فالأجرة دين في ذمة الجمّال وإن لم يفسخ، فله مطالبة الجمَّال ـ إذا عاد ـ بما التزمه. وإن كانت إجارة عين، فللمستأجر فسخ العقد، كما إذا ندَّت الدابة.

وأما إذا تركها عند المستأجر، فإن تبرع بالإنفاق عليها، فذاك، وإلا، راجع الحاكم لينفق عليها وعلى من يقوم بتعهدها من مال المؤجر إن وجده، وإلا، استقرض عليه كما ذكرنا، ثم إن وثق بالمستأجر، سلم إليه ما اقترضه لينفق عليها، وإلا، دفعه إلى من يثق به. وإذا لم يجد مالًا آخر، باع منها بقدر الحاجة لينفق عليها من ثمنه، ولا يخرج على الخلاف في بيع المستأجرة، لأنه محل ضرورة، ويبقى في يد المستأجر إلى انتهاء المدة. ولو لم يقترض الحاكم من المستأجر، ولكن أذن له في الإنفاق ليرجع، جاز على الأظهر، كما لو اقترض منه ثم دفعه إليه. والثاني: المنع، ويجعل متبرعًا. وعلى الأول، لو اختلفا في قدر ما أنفق، فالصحيح: أن القول قول المنفق. وقيل: قول الجمَّال.

ولو أنفق المستأجر بغير إذن الحاكم مع إمكانه، لم يرجع. وإن لم يكن حاكم، فعلى ما ذكرناه في عامل المساقاة إذا هرب. قال الإمام: ولو كان هناك حاكم، وعسر إثبات الواقعة عنده، فهو كما إذا لم يكن حاكم. وإذا أثبتنا الرجوع فيما إذا أنفق بغير مراجعة الحاكم، فاختلفا في قدره، فالقول قول الجمَّال، لأن إنفاقه لم يستند إلى ائتمان من جهة الحاكم، قال: وفيه احتمال، لأن الشرع سلطة عليه. وإذا انقضت مدة الإجارة ولم يعد الجمَّال، باع الحاكم منها ما يقضي بثمنه ما اقترضه وحفظ باقيها. وإن رأى بيعها لئلا تأكل نفسها، فعل.

**فصل:** إذا اكترى دابة أو دارًا مدة، وقبضها وأمسكها حتى مضت المدة، انتهت الإجارة واستقرت الأجرة سواء انتفع بها في المدة، أم لا، وليس له الانتفاع بعد المدة، فإن فعل، لزمه أجرة المثل مع المسمى. ولو ضُبضت المنفعة بالعمل دون المدة، بأن استأجر دابة ليركبها إلى بلد، أو ليحمل عليها إلى موضع معلوم، وقبضها وأمسكها عنده حتى مضت مدة يمكن فيها السير إليه، استقرت عليه الأجرة أيضًا، وسواء تخلف المستأجر لعذر أم لغيره، حتى لو تخلف لخوف الطريق أو عدم

الرفقة، استقرت الأجرة عليه، لأن المنافع تلفت في يده، ولأنه يمكنه السفر عليها إلى بلد آخر واستعمالها في البلد تلك، وليس للمستأجر فسخ العقد بهذا السبب، ولا أن يلزم المؤجر استرداد الدابة إلى تيسر الخروج، هذا في إجارة العين، فإن كانت على الذمة وسلم دابة بالوصف المشروط، فمضت المدة عند المستأجر، استقرت الأجرة أيضًا، لتعين حقه بالتسليم وحصول التمكن. ولو كانت الإجارة فاسدة، استقرت فيها أجرة المثل بما يستقر به المسمى في الإجارة الصحيحة، سواء انتفع، أم لا، وسواء كانت أجرة المثل أقل من المسمى أو أكثر.

**فرع:** أجر الحر نفسه مدة لعمل معلوم، وسلَّم نفسه، فلم يستعمله المستأجر حتى مضت المدة، أو مدة يمكن فيها ذلك العمل، استقرت الأجرة على الأصح، ويجري الخلاف فيما إذا ألزم ذمة الحر عملًا، فسلم نفسه مدة إمكان ذلك العمل ولم يستعمله، وطرد المتولي الخلاف فيما إذا التزم الحر عملًا في الذمة وسلم عبده ليستعمله فلم يستعمله، ووجَّهه بما يقتضي إثبات خلاف في كل إجارة على الذمة. ثم إن قلنا: لا تستقر، فللأجير أن يرفع الأمر إلى الحاكم ليجبره على الاستعمال.

**فرع:** أكرى عينًا مدة، ولم يسلمها حتى مضت المدة، انفسخت الإجارة، لفوات المعقود عليه، فلو استوفى منفعة المدة، فطريقان: أحدهما: أنه كإتلاف البائع المبيع قبل القبض. والثاني: القطع بالانفساخ. ولو أمسكها بعض المدة، ثم سلمها، انفسخت الإجارة في المدة التي تلفت منافعها. وفي الباقي الخلاف فيما إذا تلف بعض المبيع قبل القبض، فإن قلنا: لا ينفسخ، فللمستأجر الخيار، ولا يبدل زمان بزمان. ولو لم تكن المدة مقدرة، واستأجر دابة للركوب إلى بلد فلم يسلمها حتى مضت مدة يمكن فيها المضي إليه، فوجهان: أحدهما: تنفسخ الإجارة، وهو اختيار الإمام. وأصحهما: وبه قطع الأكثرون: لا تنفسخ، لأن هذه الإجارة متعلقة بالمنفعة لا بالزمان، ولم يتعذر استيفاؤها. فعلى هذا، قال الأصحاب: لا خيار للمستأجر، كما لا خيار للمشتري إذا امتنع البائع من تسليم المبيع مدة ثم سلمه. وشذ الغزالي فقال في «الوسيط»: له الخيار، لتأخر حقه. والمعروف، ما سبق. ولو كانت الإجارة في الذمة ولم يسلم ما تستوفى المنفعة منه حتى مضت مدة يمكن فيها تحصيل تلك المنفعة، فلا فسخ ولا انفساخ بحال، لأنه دين تأخر إيفاؤه.

القسم الثالث: فوات المنفعة شرعًا، كفواتها حِسًّا في اقتضاء الانفساخ، لتعذر الاستيفاء، فإذا استؤجر لقلع سنٍّ وجِعة، أو يد متأكِّلة، أو لاستيفاء قصاص في نفس أو طرف، فالإجارة صحيحة على الأصح كما سبق، فإذا زال الوجع، أو عفي عن القصاص، فقد أطلق الجمهور أن الإجارة تنفسخ، وفيه كلامان. أحدهما: أن

المنفعة في هذه الإجارة مضبوطة بالعمل دون الزمان، وهو غير مأيوس منه، لاحتمال عود الوجع، فليكن زوال الوجع كغصب المستأجرة حتى يثبت خيار الفسخ دون الانفساخ. والثاني: حكى الشيخ أبو محمد وجهًا أن الإجارة لا تنفسخ، بل يستعمل الأجير في قلع مسمار أو وتد، ويراعى تداني العملين، وهذا ضعيف، والقوي ما قيل أن الحكم بالانفساخ جواب على أن المستوفى به لا يبدَّل، فإن جوزناه، أمره بقلع سن وجعة لغيره.

**فصل:** إذا آجر الوقفَ البطنُ الأول، ثم مات في أثناء المدة، فوجهان: أحدهما: تبقى الإجارة بحالها كما لو آجر ملكه فمات. وأصحهما: المنع، لأن المنافع بعد موته لغيره، ولا ولاية له عليه، ولا نيابة، ثم عبارة الجمهور بالانفساخ وعدمه، ففي وجه: ينفسخ. وفي وجه: لا ينفسخ، واستبعدها الصيدلاني والإمام وطائفة، لأن الانفساخ يشعر بسبق الانعقاد، وجعلوا الخلاف في أنَّا هل نتبين البطلان لأنا تبينا أنه تصرف في غير ملكه؟ ثم إن أبقينا الإجارة، فحصة المدة الباقية من الأجرة تكون للبطن الثاني، فإن أتلفها الأول، فهي دين في تركته، وليس كما لو أجر ملكه ومات في المدة، حيث تكون جميع الأجرة تركة تقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه، لأن التصرف ورد على خالص ملكه، والباقي له بعد الإجارة رقبة مسلوبة المنفعة في تلك المدة، فتنتقل إلى الوارث كذلك. وإن قلنا: لا تبقى الإجارة، فهل تبطل فيما مضى؟ قال ابن الصباغ: يبنى على الخلاف في تفريق الصفقة. فإن قلنا: لا تفرَّق، كان للبطن الأول أجرة المثل لما مضى. أما إذا أجر الوقف متولِّية، فموته لا يؤثر في الإجارة على الصحيح، لأنه ناظر للجميع. وقيل: تبطل الإجارة كما سيأتي في ولي الصبي إن شاء الله تعالى.

**فرع:** للولي إجارة الطفل وماله، أبًا كان أو وصيًا أو قيِّمًا، إذا رأى المصلحة فيها، لكن لا يجاوز مدة بلوغه بالسن. فلو أجره مدة يبلغ في أثنائها، بأن كان ابن سبع سنين، فأجره عشر سنين، فطريقان: قال الجمهور: يبطل فيما يزيد على مدة البلوغ، وفيما لا يزيد قولا تفريق الصفقة. والثاني: القطع بالبطلان في الجميع، وهو الأصح عند البغوي. قلت: واختاره أيضًا ابن الصباغ. والله أعلم.

ويجوز أن يؤجره مدة لا يبلغ فيها بالسن وإن احتمل بلوغه بالاحتلام، لأن الأصل بقاء الصبا فلو اتفق في الاحتلام في أثنائها، فوجهان: أصحهما: عند صاحب «المهذب» والروياني: بقاء الإجارة. وأصحهما: عند الإمام والمتولي: لا تبقى. قلت: صحح الرافعي في «المحرر» الثاني. والله أعلم.

ثم التعبير عن هذا بالانفساخ أو تبيُّن البطلان، كما ذكرنا في مسألة الوقف.

وإذا قلنا: لا تبقى الإجارة، جاء فيما مضى خلاف تفريق الصفقة. وإذا قلنا: تبقى، فهل له خيار الفسخ إذا بلغ؟ وجهان: أصحهما: لا، كما لو زوجها ثم بلغت.

**فرع:** أجر الوليُّ مال المجنون، فأفاق في أثناء المدة، فهو كبلوغ الصبي بالاحتلام.

**فصل:** لو أجر عبده ثم أعتقه، نفذ، لأن إعتاق المغصوب والآبق نافذ، فهذا أولى، ولا تنفسخ الإجارة على الصحيح، ولا خيار للعبد على الأصح، ولا يرجع على السيد بأجرة المثل للمدة الواقعة بعد العتق على الأظهر الجديد. وقيل: على الأصح. فإن قلنا: يرجع، فنفقته في تلك المدة على نفسه، لأنه مالك لمنفعة نفسه. وإن قلنا: لا يرجع، فهل هي على سيده لإدامة حبسه؟ أم في بيت المال لأنه حرٌّ عاجز؟ وجهان: أصحهما: الثاني.

ولو ظهر بالعبد عيب بعد العتق، وفسخ المستأجر الإجارة، فالمنافع للعتيق إن قلنا: يرجع بمنافعه على السيد، وإلا، فهل هي له، أم للسيد؟ وجهان، قلت: الأصح: كونها للعتيق. والله أعلم.

ولو أجر عبده ومات، وأعتقه الوارث في المدة، ففي انفساخ الإجارة ما سبق. فإن قلنا: لا انفساخ، لم يرجع هنا على المعتِق بشيء بلا خلاف. ولو أجر أم ولده ومات في المدة، عتقت. وفي بطلان الإجارة، الخلاف المذكور إذا أجر البطنُ الأول الوقف ومات، وكذا الحكم في إجارة المعلَّق عتقه بصفة. قال البغوي: وإنما تجوز إجارته مدة لا تتحقق الصفة فيها، فإن تحققت، فهو كإجارة الصبي مدة يتحقق بلوغه فيها.

وهذا الذي قاله البغوي ظاهر إن منعنا بيع العين المستأجرة، فإن جوزناه فينبغي أن يقطع بجواز إجارته هنا، لأنه متمكن من بيعه، وإبقاءِ الإجارة إلى انقضاء مدتها، بخلاف مسألة الصبي، لكن قد يقال: وإن تمكن فقد لا يفعل. والله أعلم.

**فرع:** كتابة العبد المُكْرَى جائزة عند ابن القطان، باطلة عند ابن كج. قلت: الثاني: أقوى. والله أعلم.

فإن جوزناها، عاد الخلاف في الخيار وفي الرجوع على السيد. قلت: ومن مسائل الفصل، ما ذكره ابن كج، وهو خارج عن القواعد السابقة: أنه لو أكرى دارًا لعبد ثم قبض العبد وأعتقه، فانهدمت الدار، رجع على المعتق بقدر ما بقي في المدة من قيمة العبد. والله أعلم.

**فصل:** إذا باع العين المستأجرة، فله حالان:

الحال الأول: البيع للمستأجر، وهو صحيح قطعًا. ثم في الإجارة وجهان:

أحدهما: تنفسخ، قاله ابن الحداد، ويعبر عنه بأن الإجارة والملك لا يجتمعان. وأصحهما: لا تنفسخ. فعلى الأول، يرجع المستأجر على المؤجر بقية المدة على الأصح. وقال ابن الحداد: لا يرجع. ولو فسخ المستأجر البيع بعيب، لم يكن له الإمساك بحكم الإجارة، لأنها قد انفسخت بالشراء. ولو تلفت العين، لم يرجع على البائع بشيء، لأن الإجارة غير باقية عند التلف، وعلى الوجه الثاني الأصح، وهو أن الإجارة لا تنفسخ بالشراء، ففي صورة فسخ البيع بالعيب له الإمساك بحكم الإجارة، ولو فسخ عقد الإجارة، رجع على البائع بأجرة بقية المدة. وفي صورة التلف تنفسخ الإجارة بالتلف، وحكمه ما سبق، وتتخرَّج على الخلاف في أن الإجارة والملك هل يجتمعان؟ مسائل:

إحداها: أوصى لزيد برقبة دار، ولعمرو بمنفعتها، وأجرها لعمرو، ففي صحة الإجارة الوجهان.

الثانية: مات المستأجر ووارثه، المؤجر ففي انفساخها الوجهان.

الثالثة: أجر المستأجر العين المستأجرة للمالك، جاز على الصحيح المنصوص، كما يجوز أن يبيعه ما اشتراه منه، ومنعه ابن سريج، لاجتماع الملك والإجارة.

الرابعة: أجر داره لابنه، ومات الأب في المدة ولا وارث له غير الابن المستأجر، وعليه ديون مستغرقة، بني أولًا على أن الوارث هل يملك التركة وهناك دين مستغرق؟ إن قلنا: لا يملك، بقيت الإجارة بحالها. وإن قلنا: يملك، وهو الصحيح، فعلى الأصح: لا تنفسخ الإجارة. وعلى قول ابن الحداد: تنفسخ، لأن الملك طرأ على الإجارة. وادعى الروياني أن هذا أصح. وإذا انفسخت الإجارة، قال ابن الحداد: الابن غريم يضارب بأجرة بقية المدة للغرماء، ووافقه بعضهم، وخالفه المعتبرون، لأنه خلاف ما سبق عنه في الشراء: أنه لا يرجع، وضعفوا الفرق.

ولو مات الأب المؤجر عن ابنين، أحدهما المستأجر، فعلى الأصح: لا تنفسخ الإجارة في شيء من الدار، ويسكنها المستأجر إلى انقضاء المدة، ورقبتها بينهما بالإرث. وقال ابن الحداد: تنفسخ الإجارة في النصف الذي يملكه المستأجر، وله الرجوع بنصف أجرة ما انفسخ العقد فيه، لأن مقتضى الانفساخ في النصف الرجوع بنصف الأجرة، لكنه خلف ابنين والتركة في يدهما، والدين الذي يلحقها يتوزَّع، فيخص الراجع الربع، ويرجع بالربع على أخيه، فإن لم يترك الميت سوى الدار، بيع من نصيب الأخ المرجوع عليه بقدر ما يثبت به الرجوع، وهذا بعيد

عند الأئمة، لأن الابن المستأجر ورث نصيبه بمنافعه، وأخوه ورث نصيبه مسلوب المنفعة، ثم قد تكون أجرة مثل الدار في تلك المدة مثلَي ثمنها، فإذا رجع على الأخ بربع الأجرة، احتاج إلى بيع نصيبه، فيكون أحدهما قد فاز بجميع نصيبه، وبيع نصيب الآخر وحده في دين الميت. قال الشيخ أبو علي: ولو لم يخلف إلا الابن المستأجر، ولا دين عليه، فلا فائدة في الانفساخ، ولا أثر له، لأن الكل له، سواء أخذ بالإرث، أو أخذ مدة الإجارة بالإجارة وبعدها بالإرث، وسواء أخذ بالدين أم بالإرث.

**فرع:** أجر البطنُ الأول الوقف للبطن الثاني، ومات المؤجر في المدة، فإن قلنا: لو أجر أجنبيًا بطلت الإجارة، فهنا أولى، وإلا، فوجهان: لأنه طرأ الاستحقاق في مدة الإجارة. قال الإمام: وهذا أولى بارتفاع الإجارة.

الحال الثاني: البيع لغير المستأجر، وهو صحيح على الأظهر عند الأكثرين. ويجري القولان سواء أذن المستأجر، أم لا. وإذا صححنا، لم تنفسخ الإجارة، كما لا ينفسخ النكاح ببيع المزوجة، ويترك في يد المستأجر إلى انقضاء المدة، وللمشتري فسخ البيع إن كان جاهلًا. وإن كان عالمًا، فلا فسخ له، ولا أجرة لتلك المدة، وكذا لو كان جاهلًا وأجاز، ذكره البغوي، ويشبه أن يكون على الخلاف في مدة بقاء الزرع إذا باع أرضًا مزروعة.

ولو وجد المستأجر به عيبًا، وفسخ الإجارة، أو عرض ما تنفسخ به الإجارة بمنفعة بقية المدة، لمن يكون؟ وجهان: قال ابن الحداد: للمشتري. وقال أبو زيد: للبائع، لأن المشتري لم يملك منافع تلك المدة. وبناهما المتولي على أن الرد بالعيب يرفع العقد من أصله، أم من حينه؟ إن قلنا بالأول، فهي للمشتري وكأن الإجارة لم تكن. وإن قلنا: من حينه، فللبائع، لأنه لم يوجد عند الرد ما يوجب الحق للمشتري. قال: ولو تقايلا الإجارة، فإن قلنا: الإقالة بيع، فهي للبائع. وإن قلنا: فسخ، فكذلك على الصحيح، لأنها ترفع العقد من حينها قطعًا. وإذا حصل الانفساخ، رجع المستأجر بأجرة بقية المدة على البائع. قال ابن كج: ويحتمل أن يرجع على المشتري.

**فرع:** القولان في صحة بيع المستأجَر يجريان في هبته، وتجوز الوصية به قطعًا.

**فرع:** لو باع عينًا واستثنى منفعتها لنفسه سنة أو شهرًا، فطريقان: أحدهما يحكى عن ابن سريج: أنه على قولي بيع المستأجَر. والمذهب: القطع ببطلان العقد.

# باب تضمين المستأجر والأجير

قال المصنف رحمه الله تعالى: إذا تلفت العين المستأجرة في يد المستأجر من غير فعله لم يلزمه الضمان، لأنه عين قبضها ليتسوفي منها ما ملكه، فلم يضمنها بالقبض كالمرأة في يد الزوج، والنخلة التي اشترى ثمرتها، وإن تلفت بفعله نظرت فإن كان بغير عدوان كضرب الدابة وكبحها باللجام للاستصلاح لم يضمن لأنه هلك من فعل مستحق فلم يضمنه كما لو هلك تحت الحمل، وإن تلفت بعدوان كالضرب من غير حاجة لزمه الضمان، لأنه جناية على مال الغير فلزمه ضمانه.

فصل: وإن اكترى ظهرًا إلى مكان فجاوز به المكان فهلك ـ نظرت فإن لم يكن معه صاحبه ـ لزمه قيمته أكثر ما كانت من حين جاوز به المكان، إلى أن تلف، لأنه ضمنه باليد من حين جاوز، فصار كالغاصب، وإن كان صاحبه معه ـ نظرت، فإن هلك بعد نزوله وتسليمه إلى صاحبه ـ لم يضمن، لأنه ضمنه باليد، فبرىء بالرد كالمغصوب إذا رده إلى مالكه، وإن تلف في حال السير والركوب ضمن، لأنه هلك في حال العدوان، وفي قدر الضمان قولان:

أحدهما: نصف قيمته، لأنه تلف من مضمون وغير مضمون، فكان الضمان بينهما نصفين، كما لو مات من جراحته وجراحة مالكه. والثاني: أنه تقسط القيمة على المسافتين، فما قابل مسافة الإجارة سقط، وما قابل الزيادة يجب، لأنه يمكن تقسيطه على قدرهما فقسط بناء على القولين، في الجلاد إذا ضرب رجلًا في القذف إحدى وثمانين فمات، وإن تعادل اثنان ظهرًا استأجراه وارتدف معهما ثالث من غير إذن فتلف الظهر ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يجب على المرتدف نصف القيمة، لأنه هلك من مضمون وغير مضمون. والثاني: يجب عليه الثلث، لأن الرجال لا يوزنون فقسط الضمان على عددهم. والثالث: أنه يقسط على أوزانهم، فيجب على المرتدف ما يخصه بالوزن لأنه يمكنه تقسيطه بالوزن فقسط عليه.

فصل: وإن استأجر عينًا واستوفى المنفعة وحبسها حتى تلفت، فإن كان حبسها لعذر لم يلزمه الضمان، لأنه أمانة في يده فلم يضمن بالحبس لعذر كالوديعة، وإن كان لغير عذر ـ فإن قلنا: لا يجب الرد قبل الطلب ـ لم يضمن كالوديعة قبل الطلب، وإن قلنا: يجب ردها ضمن كالوديعة بعد الطلب.

فصل: وإن تلفت العين التي استؤجر على العمل فيها ـ نظرت، فإن كان التلف بتفريط بأن استأجره ليخبز له فأسرف في الوقود، أو ألزقه قبل وقته أو تركه في النار حتى احترق ضمنه لأنه هلك بعدوان، فلزمه الضمان، وإن استؤجر على تأديب غلام فضربه فمات ضمنه؛ لأنه يمكن تأديبه بغير الضرب، فإذا عدل إلى الضرب كان ذلك تفريطًا منه فلزمه الضمان، وإن كان التلف بغير تفريط ـ

نظرت، فإن كان العمل في ملك المستأجر بأن دعاه إلى داره ليعمل له، أو كان العمل في دكان الأجير والمستأجر حاضر، أو اكتراه ليحمل له شيئًا وهو معه ـ ولم يضمن، لأن يد صاحبه عليه فلم يضمن من غير جناية. وإن كان العمل في يد الأجير من غير حضور المستأجر ـ نظرت، فإن كان الأجير مشتركًا، وهو الذي يعمل له ولغيره، كالقصار الذي يقصر لكل أحد والملاح الذي يحمل لكل أحد ففيه قولان:

أحدهما: يجب عليه الضمان، لما روى الشعبي عن أنس رضي الله عنه قال: «استحملني رجل بضاعة فضاعت من بين متاعي. فضمنتيها عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه، وعن خلاس بن عمرو أن عليًا رضي الله عنه كان يضمن الأجير». وعن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي كرم الله وجهه: «أنه كان يضمن الصباغ والصواغ وقال: لا يصلح الناس إلا ذلك».

ولأنه قبض العين لمنفعته من غير استحقاق فضمنها كالمستعير. والثاني: لا ضمان عليه. وهو قول المزني وهو الصحيح. قال الربيع: كان الشافعي رحمه الله يذهب إلى أنه لا ضمان على الأجير، ولكنه لا يفتى لفساد الناس، والدليل عليه أنه قبض العين لمنفعته ومنفعة المالك فلم يضمنه كالمضارب. وإن كان الأجير منفردًا وهو الذي يعمل لغيره فقد اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: هو كالأجير المشترك وهو المنصوص فإن الشافعي رحمه الله قال: والأجراء كلهم سواء، فيكون على قربين، لأنه منفرد باليد فأشبه الأجير المشترك، ومنهم من قال: لا يجب عليه الضمان قولًا واحدًا لأنه منفرد بالعمل فأشبه إذا كان عمله في دار المستأجر.

فإن قلنا: أنه أمين فتعدى فيه ثم تلف، ضمنه بقيمته أكثر ما كانت من حين تعدى إلى أن تلف، لأنه ضمن بالتعدي فصار كالغاصب، وإن قلنا: أنه ضامن لزمه قيمته أكثر ما كانت من حين القبض إلى حين التلف كالغاصب. ومن أصحابنا من قال: يلزمه قيمته وقت التلف كالمستعير وليس بشيء.

فصل: وإن عمل الأجير بعض العمل أو جميعه ثم تلف ـ نظرت فإن كان العمل في ملك صاحبه أو بحضرته ـ وجبت له الأجرة لأنه تحت يده فكلما عمل شيئًا صار مسلمًا له، وإن كان في يده الأجير ـ فإن قلنا أنه أمين ـ لم يستحق الأجرة لأنه لم يسلم العمل، وإن قلنا: أنه ضامن استحق الأجرة لأنه يقوم عليه معمولًا فيصير بالتضمين مسلمًا للعمل فاستحق الأجرة.

فصل: وإن دفع ثوبًا إلى خياط وقال: إن كان يكفيني لقميص فاقطعه فقطعه ولم يكفه لزمه الضمان، لأنه أذن له بشرط فقطع من غير وجود الشرط فضمنه. وإن قال: أيكفيني للقميص؟ فقال: نعم، فقال: اقطعه فقطعه فلم يكفه، لم يضمن لأنه قطعه بإذن مطلق.

فصل: واختلف أصحابنا فيما يأخذ الحمامي، هل هو ثمن الماء أو أجرة

الدخول والسطل وحفظ الثياب، فمنهم من قال: هو ثمن الماء وهو متطوع بحفظ الثياب ومعير للسطل، فعلى هذا لا يضمن الثياب إذا تلفت وله عوض السطل إذا تلف ومنهم من قال: هو أجرة الدخول والسطل وحفظ الثياب، فعلى هذا لا يضمن الداخل السطل إذا هلك لأنه مستأجر، وهل يضمن الحمامي الثياب؟ فيه قولان لأنه أجير مشترك.

فصل: وإن استأجر رجلًا للحج فتطيب في إحرامه أو لبس، وجبت الفدية على الأجير، لأنه جناية لم يتناولها الإذن فوجب ضمانها، كما لو استأجره ليشتري له ثوبًا فاشتراه ثم خرقه. وإن أفسد الحج صار الإحرام عن نفسه؛ لأن الفاسد غير مأذون فيه فانعقد له كما لو وكله في شراء عبد فاشترى أمة ـ فإن كان العقد على حجة في هذه السنة انفسخ، لأنه فات المعقود عليه، وإن كان على حج في الذمة ثبت له الخيار، لأنه تأخر حقه، فإن استأجر للحج من ميقات فأحرم من ميقات آخر لم يلزمه شيء لأن المواقيت المنصوص عليها متساوية في الحكم، وإن كان بعضها أبعد من بعض، فإذا ترك بعضها إلى بعض لم يحصل نقص يقتضي الجبران.

وإن أحرم دون الميقات لزمه دم، لأنه ترك الإحرام من موضع يلزمه الإحرام منه، فلزمه دم كما لو ترك ذلك في حجه لنفسه، فإن استأجره ليحرم من دويرة أهله فأحرم دونه لزمه دم، لأنه وجب عليه ذلك بعقد الإجارة فصار كما لو لزمه في حجه لنفسه بالشرع أو بالنذر فتركه.

وهل يلزمه أن يرد من الأجرة بقسطه؟ قال في «القديم»: يهرق دمًا وحجه تام، وقال في «الأم»: يلزمه أن يرد من الأجرة بقدر ما ترك، فمن أصحابنا من قال: يلزمه قولًا واحدًا، والذي قاله في «القديم»: ليس فيه نص أنه لا يجب ومنهم من قال: فيه قولان وهو الصحيح: أحدهما: لا يلزمه لأن النقص الذي لحق الإحرام جبره بالدم فصار كما لو لم يترك. والثاني: أنه يلزمه لأنه ترك بعض ما استؤجر عليه فلزمه رد بدله، كما لو استأجره لبناء عشرة أذرع فبنى تسعة، فعلى هذا يرد ما بين حجه من الميقات وبين حجة من الموضع الذي أحرم منه.

فإن استأجره ليحرم بالحج من الميقات، فأحرم من الميقات بعمرة عن نفسه، ثم أحرم بالحج عن المستأجر من مكة، لزمه الدم لترك الميقات، وهل يرد من الأجرة بقدر ما ترك؟ على ما ذكرناه من الطريقين، فإن قلنا: يلزمه ففيه قولان، قال في «الأم»: يرد بقدر ما بين حجه من الميقات وحجه من مكة، لأن الحج من الإحرام، وما قبله فليس من الحج.

وقال في «الإملاء»: يلزمه أن يرد ما بين حجه من بلده وبين حجه من مكة، لأنه جعل الأجرة في مقابلة السفر والعمل وجعل سفره لنفسه، ويخالف المسألة قبلها، لأن هناك سافر للمستأجر، وإنما ترك الميقات.

**وإن استأجره للحج فحج عنه وترك الرمي أو المبيت، لزمه الدم كما يلزمه لحجه وهل يرد من الأجرة بقسطه؟ على ما ذكرناه فيمن ترك الإحرام من الميقات.**

**الشرح:** قوله: «فإذا عدل» أي مال، والملاح هو الذي يعمل في البحر، وقوله: «يهرق دمًا» أي يريقه.

أما الأحكام: فقال في البيان: إذا استأجر عينًا لمنفعة فقبضها، فتلفت في يده مدة الإجارة من غير فعله، لم يلزمه ضمانها؛ لأنه قبضها لمنفعة يستحقها، فهو كما لو اشترى ثمرة نخلة، فتلفت النخلة حال أخذه الثمرة، وإن تلفت بفعله، نظرت: فإن كان فعلًا جائزًا، كضرب البهيمة المعتاد للمشي، وكبحها المعتاد باللجام، لم يلزمه ضمانها، وبه قال أبو يوسف، وقال أبو حنيفة: يلزمه ضمانها، كما لو ضرب زوجته فماتت.

دليلنا: أن الضرب والكبح المعتاد معنى تضمنه عقد الإجارة، فلم يكن موجبًا للضمان، كالركوب، ويخالف ضرب الزوجة، فإنه كان يمكنه تخويفها وزجرها بالكلام، بخلاف الدابة.

وإن كان فعلًا غير جائز، بأن ضربها ضربًا غير معتاد، أو كبحها كبحًا غير معتاد، فماتت، لزمه ضمانها؛ لأنه متعد بذلك، فلزمه ضمانها كما لو ذبحها.

وإن اكترى ظهرًا ليركبه من الجند إلى عدن، فركبه إلى عدن، ثم ركبه من عدن إلى أبين، فإن عليه الأجرة المسماة إلى عدن؛ لأنه ملك ذلك عليه، وعليه أجرة المثل بركوبه من عدن إلى أبين.

وقال أبو حنيفة: لا يلزمه أجرة المثل لما زاد. بناء على أصله: أن المنافع لا تضمن بالغصب، وقد مضى ذلك.

وقال مالك: إذا جاوز بها إلى مسافة بعيدة، مثل: أن اكتراها من بغداد إلى واسط، فركبها إلى البصرة، فصحابها بالخيار: بين أن يطالبه بأجرة المثل، وبين أن يطالبه بقيمتها يوم التعدي.

وأما وجوب ضمان الظهر على المكتري: فإنه يضمنه من حين جاوز من عدن إلى أبين؛ لأنه تعدى بالمجاوزة، فإن رده من أبين إلى عدن، فإنه لا يزول عنه الضمان حتى يرده إلى يد مالكه أو وكيله، وبه قال أبو حنيفة، وأبو يوسف، وفرَّقا بينها وبين الوديعة بأنه إذا تعدى فيها، وردها إلى الحرز، زال عنه الضمان؛ لأن الوديعة مأذون في إمساكها، والظهر غير مأذون له في إمساكه بعد العود. وقال محمد، وزفر: يزول عنه الضمان في الإجارة إذا رده إلى الموضع الذي اكترى إليه، كما قالوا في الوديعة إذا ردها إلى الحرز.

دليلنا: أنه ضمنها بالتعدي، فلا يزول الضمان عنه بالرد إلى المكان، كما لو غصب عينًا، وردها إلى المكان الذي غصبها منه.

وإن مات الظهر، نظرت: فإن مات في المسافة التي استأجر إليها، لم يلزمه ضمانه؛ لأنه أمانة في يده. وإن مات بعد أن جاوز به المكان الذي استأجر إليه، نظرت: فإن كان صاحبها معها، بأن كانا لما بلغا إلى عدن جاوز بها المستأجر إلى أبين وصاحبها ساكت يسير معها، فإن المكتري لا يضمنها باليد؛ لأن يد صاحبها عليها؛ لأنه لم تزل يده عنها، فهو كما لو سرق الرجل جملًا وعليه خز، فإنه لا يضمنه.

فإن نزل المستأجر عن الدابة، وتلفت بعد نزوله عنها، أو مضى بها صاحبها لسقيها، فتلتف في يده، لم يجب على المكتري الضمان؛ لأنها تلفت في يد صاحبها.

وإن تلفت والمكتري راكب عليها، فالظاهر أنها تلفت من فعلين: أحدهما: لا يوجب الضمان، وهو ركوبه لها إلى المكان الذي اكترى إليه. والثاني: يوجب الضمان، وهو ركوبه لها بعد المجاوزة، فيلزمه الضمان، وفي قدر ما يلزمه قولان: أحدهما: يلزمه نصف قيمته؛ لأن الظهر تلف من جائز وغير جائز، فلزمه نصف قيمتها، كما لو جرحه مالكه، وجرحه المكتري، ومات.

والثاني: تسقط القيمة على المسافتين، فما قابل المسافة التي اكترى إليها، لا تجب عليه، وما قابل المسافة التي تعدى بها، تجب عليه؛ لأنه يمكن التقسيط للقيمة عليهما.

وأصل هذه المسألة: إذا أمر الإمام الجلاد أن يجلد رجلًا ثمانين جلدة في القذف، فجلده إحدى وثمانين، فمات المجلود، فكم يضمن الجلاد؟ على قولين: أحدهما: نصف الدية. والثاني: جزءًا من إحدى وثمانين جزءًا من الدية.

وسئل الشيخ أبو حامد عمن سخر رجلًا مع بهيمته، فتلفت البهيمة في يد صاحبها؟ فقال: لا يضمنها الغاصب؛ لأنها في يد صاحبها.

وأما إذا لم يكن المكري مع الظهر، فتلف الظهر في يد المكتري بعد أن جاوز به المكان الذي اكترى إليه، فإنه يلزمه جميع قيمته أكثر ما كانت من حين جاوز به إلى أن تلف؛ لأنه تعدى بذلك، وقد تلف في يده، فهو كالغاصب.

وإن اكترى رجلان ظهرًا ليركباه، فركباه، وارتدف معهما ثالث بغير إذن، فتلف الظهر، وجب على المرتدف الضمان؛ لأنه تعدى بذلك. وفي قدر ما يلزمه ثلاثة أوجه:

أحدها: يلزمه نصف قيمة الظهر؛ لأنه تلف من جائز وغير جائز.

والثاني: يلزمه ثلث قيمته؛ لأن الرجال لا يوزنون، فيقسط على عددهم.

والثالث: تقسط القيمة على أوزانهم؛ لأنه يمكن وزنهم.

وإذا اكترى منه بهيمة ليحمل عليها عشرة أقفزة إلى بلد، فحمل عليها طعامًا، فكيل، فوجد أحد عشر قفيزًا، فإن كانت تلك الزيادة حصلت بفعل المكتري، بأن كان المكتري هو الذي كال الطعام، وحمله على البهيمة، وساقها، فتلفت البهيمة، فإنه يجب على المكتري الأجرة المسماة لحمل العشرة الأقفزة، ويجب عليه أجرة المثل بحمل ما زاد على عشرة، كما لو اكتراه إلى بلد، فجاوز به إلى غيره، ويجب عليه جميع قيمة البهيمة؛ لأنها تلفت تحت يده بعدوانه، وإن كان صاحبها معها، لزم المكتري الضمان؛ لما تعدى به من حمله على البهيمة أكثر مما يستحقه. وفي قدر ما يلزمه من الضمان قولان: أحدهما: نصف قيمتها. والثاني: يقسط الزائد، بناء على القولين في الجلاد إذا جلد إحدى وثمانين.

وليس للمكتري أن يطالب المكري برد الزيادة إلى البلد الذي اكترى منه. وأما إن كانت الزيادة حصلت بفعل المكري، بأن فوض المكتري إليه أن يكيل عشرة أقفزة، ويحملها على بهيمة، فكال المكري أحد عشر قفيزًا، وحملها على بهيمته، فإنه غاصب لما زاد على العشرة؛ لأنه قبضه بغير إذن مالكها، ولا تجب له أجرة بحمله؛ لأنه متطوع بحمله، فإن تلفت البهيمة، لم يلزم المكتري ضمانها؛ لأنها تلفت بفعل صاحبها، وللمكتري أن يطالب المكري برد ما زاد على العشرة إلى البلد الذي اكترى منه؛ لأنه حمله بغير إذنه، وليس للمكتري إجباره على رده، بل لو اختار إقراره في البلد الذي حمله إليه، كان له؛ لأنه عين ماله.

وإن لقيه المكتري في البلد الذي حمل منه الطعام، فهل له أن يطالبه ببدل الطعام إلى أن يرد إليه طعامه؟ نقل المزني: أن له مطالبته ببدله. وقال في «الأم»: له مطالبته برده. وقد قيل: له المطالبة ببدل الطعام.

ومن أصحابنا من قال: له المطالبة ببدله إلى أن يرد إليه طعامه، كمن غصب من رجل عبدًا، فأبق منه.

ومنهم من قال: ليس له المطالبة ببدله؛ لأن عين ماله باقية يمكن ردها، ويفارق الآبق، فإنه لا يمكن رده، والذي حكاه الشافعي فليس بمذهب له.

وأما إذا كال المكتري أحد عشر قفيزًا، وحملها المكري على بهيمته، ولم يعلم، ففيه وجهان:

أحدهما: أن حكمه حكم ما لو كاله المكتري، وحمله على البهيمة؛ لأن

التدليس حصل بالكيل؛ لأن المكري لم يعلم به. والثاني: أن حكمه حكم ما لو كاله المكري، وحمله على البهيمة؛ لأنه مفرط في ذلك، وكان الاحتياط أن لا يحمل إلا بعد المعرفة بقدره. وهذان الوجهان مأخوذان من القولين فيمن سم طعامه، وقدمه إلى غيره، فأكله.

قال أبو إسحاق: وهذا إذا كانت الزيادة بحيث يمكن الاحتراز منها، ولا يقع التفاوت فيها بين الكيلين، وأما إذا كانت يسيرة لا يمكن الاحتراز منها، ويقع مثلها في الكيلين، مثل: أن يزيد مكوكًا أو مكوكين، فلا يكون لها حكم في أجرة ولا ضمان ولا رد؛ لأن ما يقع في المكيال في العادة من الغلط يعفى عنه، كما يعفى عن الغبن الذي يتغابن الناس بمثله في بيع الوكيل.

وإن كانت الزيادة بفعل أجنبي، بأن استأمنه المكتري والمكري على أن يكيل عشرة أقفزة، ويحمله على البهيمة، فكال عليها أحد عشر قفيزًا، وحمله عليها، فإنه يجب عليه أجرة المثل للزيادة للمكري، ويجب عليه ضمان البهيمة إن تلفت، ويجب عليه رد الزيادة للمكتري إلى البلد الذي حمل منه؛ لأنه تعدى بمال كل واحد منهما، فتعلق لكل واحد منهما حكم التعدي في ماله.

وإن اختلف المكري والمكتري في الزيادة، بأن قال المكتري: أنا حملت عليها أحد عشر قفيزًا، وقال المكري: بل حملت أنت عليها عشرة أقفزة، وحملت عليها لنفسي قفيزًا، قال الشيخ أبو حامد: فالقول قول المكري مع يمينه؛ لأن يده عليها. قيل له: وإن كان المكتري مع الطعام؟ قال: نعم؛ لأن ذلك على بهيمة المكري ويده عليها وعلى المتاع الذي عليها.

وإن اكترى أرضًا ليزرعها حنطة، فزرعها ما هو أضر من الحنطة، بأن زرعها ذرة أو دخنًا، فاختلف أصحابنا فيما يلزمه من الأجرة: فقال الشيخ أبو إسحاق: هي على قولين: أحدهما: يلزمه أجرة المثل للأرض؛ لأنه تعدى بالعدول عن المعقود عليه إلى غيره، فلزمه أجرة المثل، كما لو استأجر أرضًا ليزرعها وزرع غيرها. والثاني: يلزمه الأجرة المسماة وأجرة المثل للزيادة؛ لأنه استوفى ما استحقه وزيادة، فأشبه إذا استأجر ظهرًا إلى مكان، فجاوز به.

وقال الشيخ أبو حامد: فيه قولان: أحدهما: يلزمه المسمى وأجرة المثل للزيادة. والثاني: أن المكري بالخيار: إن شاء، أخذ المسمى وأجرة المثل للزيادة، وإن شاء أخذ أجرة المثل للجميع.

وقال القاضي أبو حامد: المسألة على قول واحد، وأن المكري بالخيار: إن شاء، أخذ المسمى وأجرة المثل للزيادة، وإن شاء، أخذ أجرة المثل للجميع؛ لأنه

أخذ شبهًا ممن اكترى أرضًا، فزرع غيرها، وشبهًا ممن اكترى ظهرًا إلى مكان، فجاوز به إلى غيره، فخير بين موجبيها.

وإن اكترى ظهرًا ليحمل عليه مائة منا قطنًا، فحمل عليه مائة منا حديدًا، فهو كما لو اكترى أرضًا ليزرعها حنطة، فزرعها دخنًا على ما مضى من الخلاف. والذي يقتضيه المذهب: أن الأرض والبهيمة إذا تلفتا تحت يد المكتري، وجب عليه ضمانهما؛ لأنه تعدى بما فعله، فصار ضامنًا لهما بذلك.

وإن استأجر رجل رجلًا ليعمل له في عين، فتلفت العين في يد الأجير، نظرت: فإن كان بتفريط من الأجير، مثل: أن استأجره ليخبز له، فألزق الخبز قبل أن يسكن حمي التنور أو الفرن ويهدأ لهبه، أو ترك الخبز فيه أكثر مما يترك في العادة، فاحترق، ضمنه بكل حال؛ لأنه هلك بعدوانه.

وإن هلك بغير تفريط من الأجير، نظرت: فإن كان يعمل في ملك المستأجر، مثل: أن استدعى خياطًا إلى داره أو دكانه ليخيط له، أو استدعى صباغًا إلى ملكه ليصبغ له، أو لم يكن في ملكه، إلا أنه واقف مع الأجير مشاهد له، فتلفت العين من غير تفريط من الأجير، فلا يجب على الأجير ضمانها، قولًا واحدًا؛ لأن يد المالك ثابتة على عين ماله حكمًا، فهو كما لو أجر رجلًا دابة ليركبها، فركبها وصاحبها معها.

وإن لم تكن يد صاحبها عليها، مثل: أن كان الخياط يخيط في ملك نفسه، والمستأجر غائب عنه، فتلفت العين من غير تفريط من الأجير، فهل يجب على الأجير الضمان؟ ينظر فيه: فإن كان أجيرًا مشتركًا، ففيه قولان:

أحدهما: يجب عليه الضمان، وبه قال مالك، وابن أبي ليلى، وروي ذلك عن عمر، وعلي. والثاني: لا يجب عليه الضمان، وبه قال عطاء، وطاوس، وزفر، وأحمد، وإسحاق، والمزني. وهو الصحيح؛ لأنها عين قبضها بعقد الإجارة، فلم يضمنها من غير تعد، كالعين المستأجرة، أو لأنها عين قبضها لمنفعة نفسه ومنفعة المالك، فلم يضمنها من غير تعد فيها، كمال القراض والنخل في المساقاة.

وقال الربيع: كان الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ يذهب إلى أنه لا ضمان على الأجير، قولًا واحدًا، وإنما كان لا يبوح به لفساد الصناع. هذا مذهبنا.

وقال أبو يوسف، ومحمد: إن تلفت العين بأمر ظاهر، كالحريق، والنهب، فلا ضمان عليه، وإن تلفت بغير ذلك، ضمن. وقال أبو حنيفة: إن تلفت بفعله، ضمنها وإن كان الفعل مأذونًا فيه، وإن تلفت بغير فعله، فلا ضمان عليه. وتوجيه القولين دليل عليهم.

وإن كان الأجير منفردًا، فاختلف أصحابنا فيه: فمنهم من قال: هو على قولين. وهو المنصوص؛ لأن الشافعي قال: والأجراء كلهم سواء. ومنهم من قال: لا يجب عليه الضمان، قولًا واحدًا، كما لو كان العمل في دكان المستأجر.

إذا ثبت هذا: فاختلف أصحابنا في صفة الأجير المشترك والمنفرد: فمنهم من قال: المشترك: هو الذي استأجره على عمل في ذمته؛ لأن لكل أحد أن يستأجره على عمل في ذمته، وهو مشترك بين الناس. والمنفرد: هو الذي استأجره ليعمل له مدة؛ لأنه لا يجوز لغيره أن يستأجره في تلك المدة، فقد انفرد بها.

ومنهم من قال: المشترك: هو أن يستأجره ليعمل له شيئًا، وقال له: اعمله في أي موضع شئت، فيجعله شريكًا في الرأي والتدبير. والمنفرد: أن يستأجره ليعمل له شيئًا، وقال: اعمله في هذا الموضع، ولا تعمله في غيره. والصحيح هو الأول.

وإن استأجر رجلًا ليعلم له صبيًا، فللمعلم أن يضربه ويؤدبه على التعليم؛ لأن العادة جرت به.

فإن مات الصبي منه، وجب على الأجير ضمانه، قولًا واحدًا؛ لأنه قد كان يمكنه تأديبه بالتخويف والزجر بالقول، بخلاف البهيمة، حيث قلنا: إذا ضربها المستأجر ضربًا معتادًا، فماتت منه، لم يجب عليه ضمانها؛ لأنه لا يمكن زجرها بغير ذلك.

وإن مات الصبي في يد المعلم من غير فعل منه، فإن كان حرًا، لم يجب عليه ضمانه، قولًا واحدًا؛ لأن يده ثابتة على نفسه، وإن كان مملوكًا، فعلى قولين؛ لأن يد المعلم تثبت على المملوك.

ولا يد للحجام على الحر، فإن مات بغير تعد من الحجام فيه، لم يجب عليه ضمانه، قولًا واحدًا؛ لأن يد الحر ثابتة على نفسه، وإن كان المحجوم مملوكًا، فمات وهو في يد الحجام بغير تعد منه فيه، فهل يجب عليه ضمانه؟ فيه قولان، كالبهيمة.

وإن استأجر رجلًا ليرعى له غنمًا، فتلفت في يد الأجير من غير تفريط منه، فإن كان يرعاها في ملك صاحبها، أو في غير ملكه إلا أن مالكها مشاهد لها، لم يجب على الراعي ضمانها، قولًا واحدًا، وإن كان يرعاها في موات، أو في ملك الأجير ومالكها غير مشاهد لها، فهل يجب عليه ضمانها؟ فيه قولان.

وإن استأجر له رجلًا ليحفظ له متاعًا في دكانه، لم يضمنه الأجير من غير تفريط منه، قولًا واحدًا؛ لأنه في ملك صاحبه.

وأن استأجر رواضًا ليروض له دابة، فله أن يضربها ويكبحها باللجام، ويحمل

عليها في السير أكثر مما يكون لمستأجر الدابة؛ لأن القصد تأديبها، وذلك لا يحصل إلا بذلك، فإن فعل ذلك وماتت منه، فإن كانت في ملك صاحبها، أو كان مشاهدًا لها، لم يجب على الرائض ضمانها، قولًا واحدًا؛ لأن يد صاحبها عليها، وإن كان في غير ملك صاحبها وهو غائب عنها، فهل يجب على الأجير ضمانها؟ فيه قولان.

وإن ضربها، أو كبحها، أو حمل عليها في السير أكثر مما جرت عادة الرواض به، فماتت، ضمنها، قولًا واحدًا؛ لأنه متعد بذلك.

وأما قدر ما يضمنه الأجير، فينظر فيه: فإن استأجره ليعمل له في عين في ملكه أو غير ملكه وهو مشاهد لها، فقد قلنا: إنه لا يضمنها الأجير إلا بالتعدي فيها، فإن تعدى الأجير فيها، ثم أتلفها، قال الشيخ أبو حامد: فإنه يلزمه قيمتها يوم الإتلاف لا يوم التعدي؛ لأنه إذا تعدى فيها وهي باقية، فيد مالكها عليها، فزال تعديه بثبوت يد صاحبها عليها.

وإن كان الأجير يعمل في غير ملك المستأجر والمالك غير مشاهد لها، فإن قلنا: إن يده يد أمانة فتعدى فيها، لزمه قيمتها أكثر ما كانت من حين التعدي إلى أن تلفت. وإن قلنا: إن يده ضمان، لزمه قيمتها أكثر ما كانت من حين قبضها إلى أن تلفت.

ومن أصحابنا من قال: يجب قيمتها يوم التلف إلا أن يتعدى بها.. فيلزمه على هذا قيمتها أكثر ما كانت من حين تعدى بها إلى أن تلفت. والأول أصح.

وأما وجوب الأجرة للأجير إذا تلفت العين بعد أن عمل جميع العمل أو بعضه، فينظر فيه: فإن كان العمل في ملك المستأجر أو في غير ملكه وهو مشاهد لها، استحق الأجير أجرة ما عمل؛ لأنه كلما عمل الأجير شيئًا، صار قابضًا له.

قال الشيخ أبو حامد: إلا أن يكون الأجير تعدى في العين حين ابتدأ في العمل، فإنه لا يستحق أجرة ما عمل؛ لأنه متعد حين العمل، فلم يستحق أجرة.

وإن كان العمل في ملك الأجير والمستأجر غير مشاهد له، فاختلف أصحابنا فيه:

فقال الشيخ أبو إسحاق: إن قلنا: إنه أمين، لم يستحق الأجرة؛ لأنه لم يسلم العمل، وإن قلنا: إنه ضامن. استحق عليه الأجرة؛ لأنه يقوم عليه معمولًا، فيصير بالتضمين مسلمًا للعمل، فاستحق الأجرة.

وقال الشيخ أبو حامد، وابن الصباغ: لا يستحق الأجير الأجرة على القولين، وإن كان قد أخذ الأجرة، ردها؛ لأن الأجرة إنما تستقر له بتسليم العمل، ولم يسلم له شيئًا من العمل.

قال ابن الصباغ: إذا دفع إلى حائك غزلًا، واستأجره لينسجها له ثوبًا طوله عشرة أذرع في عرض أربعة، فنسجه دون الطول والعرض المذكورين، استحق من الأجرة بحصة ما عمل من المسمى، وإن نسجه أكثر مما قدر له، لم يستحق زيادة على المسمى.

وقال محمد بن الحسن: إذا جاء به أكثر من الذرع المشروط أو أقل، فصاحب الثوب بالخيار: بين أن يطالبه بمثل غزله ويدفع إليه الثوب، وبين أن يدفع إليه بحسابه من الأجرة؛ لأن غرضه لم يسلم له. وهذا غير صحيح؛ لأنه استأجره ليعمل له عملًا، فعمل له بعضه فاستحق بقدره من الأجرة، كما لو استأجرة ليضرب له لبنًا معلومًا، فضرب له بعضه.

قال الطبري: وإن استأجره لينسج له غزلًا ثوبًا صفيقًا، فنسجه رقيقًا، فله أجرة المثل، وإن استأجره لينسجه رقيقًا، فنسجه صفيقًا، فله المسمى، ولا شيء له للزيادة في العمل.وقال أبو حنيفة: يضمن قيمة الغزل في الحالين، والثوب له. دليلنا: أن ما عمله من جنس ما استؤجر عليه، والنقص عن المشروط عبث بمال الغير، فاقتضى ضمانًا، ولا ينقل الملك قهرًا، والزيادة التي أحدثها متطوع بها، فلم يستحق لأجلها أجرة.

وإن جحد النساج الغزل، ثم نسجها ثوبًا، فالثوب لمالك الغزل، ولا شيء للأجير. وقال أبو حنيفة: الثوب للنساج، وعليه قيمة الغزل. دليلنا: أنه صار ضامنًا له بالجحود، فلا يستحق أجرة بعد ذلك، ولا يملكها، كالغاصب.

وإن استأجر رجلًا ليحمل له إلى رجل كتابًا، ويرد الجواب، فأوصل الأجير الكتاب إلى المكتوب إليه، فمات المكتوب إليه قبل رد الجواب، فللأجير من الأجرة بقدر ذهابه. وقال أبو حنيفة: لا شيء له. دليلنا: أنه عمل بعض ما استؤجر عليه على مقتضى الأمر، فاستحق من الأجرة بقدر ما عمل، كما لو كتب إلى جماعة، فأوصل إليهم، فرد بعضهم الجواب دون بعض.

وإن استأجره ليحمل له الكتاب إلى رجل، ولم يقل: وترد الجواب، فلم يجد الأجير المكتوب إليه. استحق الأجير الأجرة.وقال أبو حنيفة: لا يستحق. دليلنا: أنه عمل المعقود عليه؛ لأن عليه قطع المسافة بالكتاب، فاستحق الأجرة، كما لو وجد المكتوب إليه، فدفع إليه الكتاب، فامتنع من أخذه.

وإذا دفع إلى رجل ثوبًا، وقال: إن كان يكفيني للقميص فاقطعه لي قميصًا، فقطعه، فلم يكفه، لزم القاطع الضمان، لأنه أذن له بالقطع بشرط، وقد قطعه من غير وجود الشرط، فضمنه.

وإن قال: أيكفيني للقميص؟ فقال: نعم، فقال: اقطعه لي قميصًا، فقطعه، فلم يكفه، لم يلزم القاطع الضمان؛ لأنه قطعه بإذن مطلق. وإن دفع إلى رجل ثوبًا، فقال: استأجرتك لخياطته، فإن خطته روميًا فلك درهمان، وإن خطته فارسيًا فلك درهم، فالأجرة فاسدة. وقال أبو حنيفة: الأجرة صحيحة.

دليلنا: أن المنفعة المعقود عليها غير معينة، فلم تصح، كما لو قال: بعتك أحد هذين العبدين، أو بعتك هذا الثوب بدرهم، أو هذا العبد، أو هذين العبدين بدرهمين.

واختلف أصحابنا فيما يأخذه الحمامي: فمنهم من قال: هو ثمن الماء، وهو متطوع بحفظ الثياب، ومعير للسطل. فعلى هذا: لا يضمن الحمامي الثياب إذا تلفت من غير تفريط، وله عوض السطل إذا تلف بكل حال. ومنهم من قال: هو أجرة الدخول والسطل ولحفظ الثياب. فعلى هذا: لا يضمن الداخل السطل إذا تلف بغير تعد منه. وهل يضمن الحمامي الثياب إذا لم يفرط فيها؟ على قولين؛ لأنه أجير مشترك.

وإذا ارتكب الأجير في الحج شيئًا من محظورات الحج، بأن تطيب أو لبس، وجبت الفدية في ماله؛ لأنها جناية، فكان بدلها عليه.

وإن استأجره ليقرن عنه أو يتمتع، فإن الدم يجب على المستأجر؛ لأنه وجب بإذنه. وحكى المسعودي في «الإبانة» فيها قولًا مخرجًا: أنه يجب على الأجير، كدم الجبرانات. والأول هو المشهور.

فإن شرط المستأجر: أن دم القران والتمتع على الأجير، بطلت الإجارة؛ لأنه في معنى بيع وإجارة، إلا أن الهدي مجهول، فلذلك لم يصح، قولًا واحدًا. وإن أفسد الأجير الإحرام بالوطء، فإن الإحرام ينقلب إلى الأجير، وعليه أن يمضي في فساده، ويلزمه بدنة، ويلزمه القضاء.

وقال المزني: لا ينقلب إلى الأجير، بل يمضي فيه الأجير عن المستأجر، ولا يجب القضاء على أحدهما؛ لأن الحج لا يجوز أن ينعقد عن شخص وينقلب إلى غيره، ولا يجب القضاء على الأجير؛ لأن الحج فسد على غيره ولا على المستأجر؛ لأنه لم يفسد. وهذا خطأ؛ لأنه أتى بالحج على غير الوجه المأذون فيه، فوقع عنه، كما لو وكله أن يشتري له عينًا بصفة، فاشترى له عينًا بغير تلك الصفة، وهل تنفسخ الإجارة؟ قال ابن الصباغ: إن كانت الإجارة على حج الأجير بنفسه، انفسخت الإجارة؛ لأن المعقود عليه حجه بنفسه في هذه السنة، وقد فات ذلك، وإن كانت الإجارة على حج في الذمة، فهل يثبت للمستأجر الخيار؟ ينظر فيه: فإن

كانت الإجارة عن حي، ثبت له الخيار؛ لأنه يستفيد بذلك التصرف بالأجرة.

وإن كانت الإجارة عن ميت من ماله، ففيه وجهان: الأول: قال الشيخ أبو حامد: يثبت للمستأجر الخيار؛ لأن له فائدة في الفسخ، وهو أنه يتعجل عنه الاستئجار في السنة الثانية؛ لأن الأجير يقضي فيها عما أفسده.

والثاني: قال ابن الصباغ: لا يثبت له الخيار؛ لأنه لا بد من استئجار غيره. وأما قضاء الأجير في الثانية: فإنه يمكنه أن يستأجر من يحج عن الميت؛ لأن الإجارة في ذمته.

وإن أحرم الأجير عن المستأجر، وأتى ببعض النسك، ثم أحصر، فإنه يتحلل، وعمن يقع ما فعله قبل التحلل؟ فيه وجهان، حكاهما ابن الصباغ: أحدهما: قال الشيخ أبو حامد: يقع عن المستأجر؛ لأنه أتى به على الوجه المأذون فيه، بخلاف الإفساد. والثاني: قال القاضي أبو الطيب: يقع عن المحصر، والدم عليه. قال ابن الصباغ: وهو الأقيس. وهل يكون له شيء من الأجرة؟ على قولين، كما لو مات.

وإن لم يتحلل الأجير، وأقام حتى فات الحج وزال الحصر، قال ابن الصباغ: انقلب إلى الأجير في قول الشيخ أبي حامد والقاضي، ويتحلل بعمل عمرة، ولا يستحق الأجرة على ما فعل بعد الفوات؛ لأنه فعل ذلك ليتحلل من إحرامه.

وهل يستحق الأجرة لما فعله قبل الإحرام؟ على قولين. وإن استأجره ليحرم عنه من ميقات طريق، فسلك الأجير طريقًا آخر، فأحرم من ميقاتها، أجزأ عن المحجوج عنه، ولا يلزم الأجير الدم، ولا يرد شيئًا من الأجرة، وإن كان الميقات الذي أحرم منه أقرب إلى الحرم؛ لأن الشرع جعل هذه المواقيت يقوم بعضها مقام بعض من غير نقص.

وإن أحرم عنه من دون الميقات، أو استأجره ليحرم عنه من موضع فوق الميقات، فجاوز ذلك الموضع، وأحرم دونه، لزم الأجير دم؛ لأنه ترك الإحرام من موضع لزمه الإحرام منه، وهل يلزمه أن يرد شيئًا من الأجرة؟ روى المزني: أنه يرد بقدره من الأجرة. وقال في القديم: أراق دمًا. ولم يتعرض للأجرة. واختلف أصحابنا فيها: فمنهم من قال: فيها قولان: أحدهما: يرد؛ لأنه ترك بعض ما استؤجر عليه. والثاني: لا يرد؛ لأن ما تركه قد انجبر بالدم، فهو كما لو تطيب أو قتل صيدًا. ومنهم من قال: يرد، قولًا واحدًا، وسكوته عن الأجرة لا يدل على أنه لا يرد منها شيئًا. فعلى هذا: يقال: كم أجرة حجه من الميقات أو من الموضع الذي عينه؟ وكم أجرة حجه من الموضع الذي أحرم منه؟ وينظر ما بينهما، فيرد من المسمى مثل تلك النسبة.

# باب اختلاف المتكاريين

قال المصنف رحمه الله تعالى: إذا اختلف المتكاريان في مقدار المنفعة أو قدر الأجرة ـ ولم تكن بينة ـ تحالفا لأنه عقد معاوضة، فأشبه البيع، وإذا تحالفا كان الحكم في فسخ الإجارة كالحكم في البيع، لأن الإجارة كالبيع، فكان حكمها في الفسخ كالحكم في البيع، فإن اختلفا في التعدي في العين المستأجرة فادعاه المؤجر وأنكره المستأجر، فالقول قول المستأجر، لأن الأصل عدم العدوان، والبراءة من الضمان، فإن اختلفا في الرد فادعاه المستأجر وأنكره المؤجر، فالقول قول المؤجر أنه لم يرد عليه، لأن المستأجر قبض العين لمنفعته، فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير وإن اختلف الأجير المشترك والمستأجر في رد العين فادعى الأجير أنه ردها وأنكر المستأجر، فإن قلنا: إن الأجير يضمن العين بالقبض لم يقبل قوله في الرد، لأنه ضامن، فلم يقبل قوله في الرد، كالمستعير والغاصب.

وإن قلنا: إنه لا يضمن العين بالقبض فهل يقبل قوله في الرد؟ فيه وجهان، كالوكيل يجعل، وقد مضى توجيههما في الوكالة، وإن هلكت العين فادعى الأجير أنها هلكت بعد العمل، وأنه يستحق الأجرة وأنكر المستأجر، فالقول قول المستأجر، لأن الأصل عدم العمل وعدم البدل.

فصل: وإن دفع ثوبًا إلى خياط فقطعه قباء، ثم اختلفا فقال رب الثوب: أمرتك أن تقطعه قميصًا فتعديت بقطعه قباء فعليك ضمان النقص، وقال الخياط: بل أمرتني أن أقطعه قباء فعليك الأجرة، فقد حكى الشافعي رحمه الله في «اختلاف العراقيين» قول ابن أبي ليلى أن القول قول الخياط وقول أبي حنيفة رحمة الله عليه أن القول قول رب الثوب، ثم قال: وهذا أشبه، وكلاهما مدخول.

وقال في كتاب الأجير والمستأجر: إذا دفع إليه ثوبًا ليصبغه أحمر فصبغه أخضر فقال: أمرتك أن تصبغه أحمر. فقال الصباغ: بل أمرتني أن أصبغه أخضر أنهما يتحالفان.

واختلف أصحابنا فيه على ثلاث طرق، فمنهم من قال: فيه ثلاثة أقوال: أحدها: أن القول قول الخياط، لأنه مأذون له في القطع فكان القول قوله في صفته. والثاني: أن القول قول رب الثوب، كما لو اختلفا في أصل الإذن. والثالث: أنهما يتحالفان وهو الصحيح، لأن كل واحد منهما مدعٍ ومدعى عليه لأن صاحب الثوب يدعي الأرش والخياط ينكره، والخياط يدعي الأجرة وصاحب الثوب ينكره، فتحالفا كالمتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن.

ومن أصحابنا من قال: المسألة على القولين المذكورين في اختلاف

العراقيين وهو قول أبي العباس وأبي إسحاق وأبي علي بن أبي هريرة والقاضي أبي حامد. ومن أصحابنا من قال: هي على قول واحد أنهما يتحالفان، وهو قول أبي حامد الإسفراييني لأن الشافعي رحمه الله ذكر القولين الأولين، ثم قال: وكلاهما مدخول، فإن قلنا: إن القول قول الخياط فحلف لم يلزمه أرش النقص، لأنه ثبت بيمينه أنه مأذون له فيه، وهل يستحق الأجرة؟ فيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق أنه لا يستحق الأجرة، لأن قوله قبل في سقوط الغرم لأنه منكر. فأما في الأجرة فإنه مدع فلم يقبل قوله.

والثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة. أن له الأجرة لأنا قبلنا قوله في الإذن، فعلى هذا هل يجب المسمى أو أجرة المثل؟ فيه وجهان: أحدهما: يجب المسمى لأنا قبلنا قوله أنه أذن له فوجب ما اقتضاه، والثاني: يجب له أجرة المثل لأنا إذا قبلنا قوله لم نأمن أن يدعي ألفا واجرة مثله درهم.

وإن قلنا: أن القول قول صاحب الثوب فحلف لم تجب الأجرة لأنه فعل ما لم يؤذن فيه، ويلزمه أرش القطع لأنه قطع ما لم يكن له قطعه. وفي قدر الأرش قولان: أحدهما: يلزمه ما بين قيمته مقطوعًا وصحيحًا، لأنا حكمنا أنه لم يؤذن له في القطع فلزمه أرش القطع. والثاني: يلزمه ما بين قيمته مقطوعًا قميصًا وبين قيمته مقطوعًا قباء، لأنه قد أذن له في القطع، وإنما حصلت المخالفة في الزيادة فلزمه أرش الزيادة، فإن لم يكن بينهما تفاوت لم يلزمه شيء.

وإذا قلنا: أنهما يتحالفان فتحالفا لم تجب الأجرة. لأن التحالف يوجب رفع العقد والخياطة من غير عقد لا توجب الأجرة. وهل يجب أرش القطع؟ فيه قولان: أحدهما: يجب لأن كل واحد منهما حلف على ما ادعاه ونفى ما ادعى عليه فبرئا كالمتبايعين. والثاني: أنه يجب أرش النقص لأنا حكمنا بارتفاع العقد بالتحالف، فإذا ارتفع العقد حصل القطع من غير عقد فلزمه أرشه. ومتى قلنا: أنه يستحق الأجرة لم يرجع بالخيوط، لأنه أخذ بدلها، فإن قلنا: لا يستحق الأجرة فله أن يأخذ خيوطه، لأنه عين ماله فكان له أن يأخذه.

فصل: إذا استأجر صانعًا على عمل من خياطة أو صباغة فعمل فهل له أن يحبس العين على الأجرة؟ فيه وجهان: أحدهما: لا يجوز لأنه لم يرهن العين عنده فلم يجز له احتباسها، كما لو استأجره ليحمل له متاعًا فحمله ثم أراد أن يحبس المتاع على الأجرة، والثاني: يجوز لأن عمله ملكه، فجاز له حبسه على العوض كالبيع في يد البائع.

فصل: وإن دفع ثوبًا إلى رجل فخاطه ولم يذكر له أجرة فقد اختلف أصحابنا فيه على أربعة أوجه: أحدها أنه تلزمه الأجرة، وهو قول المزني رحمه الله لأن استهلك عمله فلزمه أجرته.

والثاني: أنه إن قال له خطه، لزمه وإن بدأ الرجل فقال: أعطني لأخيطه لم

**تلزمه، وهو قول أبي إسحاق لأنه إذا أمره فقد ألزمه بالأمر، والعمل لا يلزم من غير أجرة فلزمته، وإذا لم يأمره لم يوجد ما يوجب الأجرة فلم تلزم.**

**والثالث: أنه إذا كان الصانع معروفًا بأخذ الأجرة على الخياطة لزمه، وإذا لم يكن معروفًا بذلك لم يلزمه وهو قول أبي العباس لأنه إذا كان معروفًا بأخذ الأجرة صار العرف في حقه كالشرط، وإن لم يكن معروفًا لم يوجد ما يقتضي الأجرة من جهة الشرط، ولا من جهة العرف.**

**والرابع: وهو المذهب أنه لا يلزمه بحال بذل ماله من غير عوض فلم يجب له العوض كما لو بذل طعامه لمن أكله، وإن نزل رجل في سفينة ملاح بغير إذنه فحمله فيها إلى بلد لزمه الأجرة، لأنه استهلك منفعة موضعه من السفينة من غير إذن فلزمه أجرتها، وإن نزل فيها عن إذنه ولم يذكر الأجرة فعلى ما ذكرناه من الوجوه الأربعة في الخياطة وبالله التوفيق.**

**الشرح:** قوله: «فقطعه قباء» القباء ثوب معروف وهو مفرج من القدم إلى الحلق لا يحتاج لابسه إلى إدخال رأسه فيه.

أما الأحكام: فقال في البيان: إذا اختلف المتكاريان في قدر الأجرة أو في قدر المنفعة، تحالفا، كما قلنا في المتبايعين إذا اختلفا في الثمن أو المثمن. وإن اختلفا في التعدي بالعين المستأجرة، فالقول قول المكتري مع يمينه؛ لأن الأصل عدم التعدي.

وإن اختلفا في ردها، فالقول قول المكري مع يمينه، كما قلنا في المعير.

وإن اختلف الأجير المشترك والمستأجر في رد العين التي استؤجر على العمل فيها، فإن قلنا: إنه ضامن، فالقول قول المستأجر مع يمينه، كالمعير، وإن قلنا: إنه ليس بضامن، ففيه وجهان، كالوكيل بجعل. وإن قال الأجير: هلكت العين بعد العمل، فلي الأجرة، وقال المستأجر: بل هلكت قبل العمل فلا أجرة لك، فالقول قول المستأجر مع يمينه؛ لأن الأصل براءة ذمته.

وإذا دفع إلى خياط ثوبًا، فقطعه قباء، فقال رب الثوب: أمرتك أن تقطعه قميصًا، وقال الخياط: بل أمرتني أن أقطعه قباء، فقد ذكرها الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في اختلاف العراقيين، ونقلها المزني، فقال: فيها قولان: أحدهما: القول قول الخياط، وهو قول ابن أبي ليلى. والثاني: أن القول قول رب الثوب، وهو قول أبي حنيفة. قال الشافعي: وهذا أشبه، وكلاهما مدخول؛ لأن الخياط يدعي الأجرة، وينفي الغرم، ورب الثوب يدعي الغرم، وينفي الأجرة. ولا أقبل قولهما، وأردهما إلى أصل السنة، فيتحالفان. وقال في الإملاء: إذا دفع إلى صباغ ثوبًا، فصبغه أسود، فقال رب الثوب: أمرتك أن تصبغه أحمر، فقال الصباغ: بل أمرتني أن

أصبغه أسود، أنهما يتحالفان، وعلى الصباغ أرش النقص. واختلف أصحابنا في المسألة على ثلاث طرق: فالأول: قال أكثرهم: هي على قولين: أحدهما: أن القول قول الخياط. والثاني: أن القول قول رب الثوب.

والطريق الثانية: منهم من قال: فيها ثلاثة أقوال: أحدها: القول قول الخياط. والثاني: أن القول قول رب الثوب. والثالث: أنهما يتحالفان.

والطريق الثالثة: قال الشيخ أبو حامد: الأشبه بالمذهب: أنها على قول واحد، وأنهما يتحالفان؛ لأن الشافعي ذكر القولين في اختلاف العراقيين، وطعن عليهما، ولما ذكر التحالف، لم يطعن فيه.

فإذا قلنا: القول قول الخياط، فوجهه: أنه قد ملك القطع لاتفاقهما عليه، فكان الظاهر أنه إنما فعل ما ملكه، فكيف يحلف؟ قال ابن الصباغ: يحلف بالله: ما أذنت لي في قطعه قميصًا، ولقد أذنت لي في قطعه قباء.

وقال الشيخ أبو حامد: يحلف: أن رب الثوب أذن له في قطعه قباء.

فإذا حلف، لم يلزمه الغرم؛ لأنه حقق بيمينه أنه مأذون له فيما فعله، وهل يستحق أجرة؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يستحق؛ لأنه يسقط بيمينه ما يدعى عليه من الغرم، فلا يجوز أن يثبت بيمينه حقًّا له. والثاني: أنه يستحق؛ لأنا حكمنا بيمينه أنه مأذون له بالقطع، فاستحق الأجرة.

فإذا قلنا بهذا: فأي أجرة يستحق؟ قال الشيخ أبو إسحاق: فيه وجهان: أحدهما: الأجرة التي ادعاها أنها مسماة في العقد؛ لأنا قبلنا قوله: إن رب الثوب أذن له، فوجب له ما اقتضاه الإذن.

والثاني: لا يستحق المسمى، وإنما يستحق أجرة المثل؛ لأنا لو قبلنا قوله، لم يؤمن أن يدعي ألفًا، وأجرة مثله درهم. وذكر الشيخ أبو حامد، والمحاملي، وابن الصباغ: أنه يستحق المسمى، وجهًا واحدًا.

قال الشيخ أبو حامد: ما رأيت أحدًا من أصحابنا يقول: يستحق المسمى، وإن كان القياس يقتضي ذلك.

والذي يقتضي المذهب: أن الشيخ أبا حامد، ومن قال: يستحق أجرة المثل ولا يستحق المسمى، أرادوا: إذا كان ما يدعيه من المسمى أكثر من أجرة المثل، فأما إذا كان الذي يدعيه من المسمى أقل من أجرة المثل، استحق ذلك، وجهًا واحدًا إذا قلنا: إنه يستحق الأجرة؛ لأنه لا يجوز أن يوجب له أكثر مما يدعيه.

وإذا قلنا: إن القول قول رب الثوب ـ قال في التعليق: وهو الأصح ـ

فوجهه: قوله ﷺ: «البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر». والخياط يدعي على رب الثوب الإذن، ولأنهما لو اختلفا في أصل الإذن، لكان القول قول رب الثوب، فكذلك إذا اختلفا في صفته.

قال ابن الصباغ: وعندي: أنه يكفيه أن يحلف أنه ما أذن له في قطعه قباء، ولا يحتاج إلى إثبات إذنه في قطع القميص، فإذا حلف، وجب الغرم على الخياط؛ لأنه أثبت بيمينه أن الخياط غير مأذون له في قطعه، والقطع بغير إذن يوجب الغرم، وفي قدر الغرم قولان: أحدهما: يجب ما بين قيمة الثوب صحيحًا ومقطوعًا قباء؛ لأنه تعدى بقطعه قباء، فلزمه أرش القطع.

والثاني: يلزمه ما بين قيمته مقطوعًا قميصًا ومقطوعًا قباء؛ لأن قطع القميص مأذون فيه. وهل يجب للأجير أجرة؟ فيه وجهان: الأول: قال أبو علي بن أبي هريرة: يجب له أجرة قطع ما تحصل من قطع القباء للقميص؛ لأنه مأذون فيه. والثاني ـ المنصوص ـ: أنه لا شيء له؛ لأنه لم يقطعه للقميص، فهو متعد في ابتداء القطع.

وإذا قلنا: إنهما يتحالفان ـ وهو اختيار الشيخ أبي إسحاق ـ فوجهه: أن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه؛ لأنه الخياط يدعي الأجرة، ورب الثوب ينكرها. ورب الثوب يدعي الأرش، والخياط ينكره، فتحالفا، كالمتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن.

فعلى هذا: إذا حلف أحدهما ونكل الآخر، كان الحكم فيه كما لو قلنا: إن القول قول الحالف، وحلف. وإن حلفا لم يستحق الخياط الأجرة؛ لأن التحالف يوجب رفع العقد، والخياطة من غير عقد لا يستحق لها أجرة.

وهل يجب على الخياط أرش القطع؟ فيه قولان: أحدهما: لا يجب عليه شيء؛ لأن كل واحد منهما قد نفى بيمينه ما ادعي عليه به. والثاني: يجب عليه؛ لأن التحالف يوجب رفع العقد. والقطع من غير عقد يوجب الضمان. فعلى هذا: في قدر الأرش القولان الأولان.

فكل موضع أوجبنا للخياط الأجرة، فإن الخياط لا يرجع في الخيوط؛ لأنها إن كانت من الثوب فهي لصاحب الثوب، وإن كانت للخياط فهي تابعة للخياطة التي أخذ عليها الأجرة.

وكل موضع قلنا: لا أجرة له، فإن كان الثوب مخيطًا بخيوط من رب الثوب أو من الثوب، فإن رب الثوب يأخذ ثوبه مخيطًا، وليس للخياط فتق الخياطة؛ لأنه قد عمل في ملك غيره عملًا لا عين له فيه، فلم يكن له إزالته، كما لو نقل ملك غيره من زاوية إلى زاوية، فليس له رده إلا برضا المالك. وإن كانت الخيوط من الخياط فله أن يأخذ خيوطه؛ لأنها عين ماله. فإن بذل له رب الثوب قيمة الخيوط،

لم يجبر الخياط على قبولها؛ لأنها عين مال الخياط لا يتلف بردها ما له حرمة، فلم يلزمه أخذ عوضها. فإن قال رب الثوب: أنا أشد بطرف خيطك خيطًا، فإذا جررت خيطك دخل هذا الخيط مكان خيطك، لم يلزم الخياط تمكينه من ذلك؛ لأنه انتفاع بملكه، ولأنه يتأخر بذلك وصوله إلى خيطه إلى أن يثبت الخيط الآخر مكانها، فلم يجبر على ذلك.

وإذا استأجر رجلًا ليعمل له عملًا في عين، مثل: خياطة، أو صياغة، فعمل الأجير ذلك، فهل له أن يحسب العين إلى أن يستوفي الأجرة؟ فيه وجهان: أحدهما: لا يجوز له؛ لأن العين غير مرهونة عنده بالأجرة، ولأنه لو استأجره على حمل متاع فحمله، لم يكن له حبس المتاع إلى أن يستوفي الأجرة، فكذا هذا مثله.

والثاني: له أن يحبس العين؛ لأن العمل في العين ملكه، فجاز له حبسه، كالعين المبيعة، بخلاف الحمل، فإنه لا يمكن حبسه.

إذا دفع إلى رجل ثوبًا ليخيطه له، أو متاعًا ليحمله له إلى مكان، فإن سمى له أجرة صحيحة، استحق المسمى ولا كلام، وإن سمى له أجرة فاسدة، أو عرض له بالأجرة، بأن قال: اعمل وأنا أحاسبك على أجرتك، أو لا ترى مني إلا ما يسرك، استحق أجرة المثل؛ لأنه قد عرض له بالأجرة وهي مجهولة، فاستحق أجرة المثل، كما لو سمى له عوضًا فاسدًا.

وأن دفعها إليه فعملها الأجير، فهل يستحق أجرة المثل؟ فيه أربعة أوجه: أحدها: أنه يستحق أجرة المثل؛ لأنه قد أتلف عليه منافعها، فاستحق عليه بدلها، فهو كما لو أكرهه على العمل. والثاني ـ وهو قول أبي إسحاق ـ: إن استدعى الصانع لأن يعمل، بأن قال: أعطني ثوبك لأخيطه، لم يستحق أجرة؛ لأنه اختار إتلاف منفعة نفسه بغير عوض. وإن استدعاه رب الثوب إلى العمل، بأن قال: خط لي هذا الثوب، لزمه أجرة المثل؛ لأنه أدى ما عليه منفعته، فاستحق عليه بدلها.والثالث: إن كان الصانع معروفًا بأخذ الأجرة على العمل، استحق الأجرة؛ لأن العرف في حقه كالشرط، وإن كان غير معروف بذلك فلا أجرة له. والرابع ـ وهو المنصوص ـ: أنه لا يستحق أجرة؛ لأن المنافع ليست بأولى من الأعيان، وقد ثبت أنه لو قدم إلى رجل طعامًا، وقال: كله، لم يستحق عليه عوضه، فكذلك هذا مثله.

## باب الجعالة

**قال المصنف رحمه الله تعالى: يجوز عقد الجعالة وهو أن يبذل الجعل لمن عمل له عملًا من رد ضالة، ورد آبق وبناء حائط، وخياطة ثوب ـ وكل ما يستأجر**

عليه من الأعمال، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾ [يُوسُف: ٧٢]، وروى أبو سعيد الخدري «أن ناسًا من أصحاب رسول الله ﷺ أتوا حيًا من أحياء العرب فلم يقروهم، فبينما هم كذلك إذ لدغ سيد أولئك فقالوا: هل فيكم راق؟ فقالوا: لم تقرونا فلا نفعل، أو تجعلوا لنا جعلًا، فجعلوا لهم قطيع شاء، فجعل رجل يقرأ بأم القرآن ويجمع بزاقه ويتفل فبرأ الرجل، فأتوهم بالشاء فقالوا: لا نأخذها حتى نسأل رسول الله ﷺ فسألوا رسول الله ﷺ عن ذلك فضحك وقال: ما أدراك أنها رقية؟ خذوها واضربوا لي فيها بسهم»[(١)] ولأن الحاجة تدعوا إلى ذلك من رد ضالة، وآبق، وعمل لا يقدر عليه، فجاز كالإجارة والمضاربة.

فصل: ويجوز أن يعقد لعامل غير معين للآية، ولأنه قد يكون له عمل ولا يعرف من يعمله، فجاز من غير تعيين، وروى المزني في المختصر عن الشافعي رحمه الله في المنثور أنه قال: إذا قال: أول من يحج عني فله مائة، فحج عنه رجل أنه يستحق المائة. وقال المزني: ينبغي أن يستحق أجرة المثل، لأنه إجارة فلم تصح من غير تعيين. وهذا خطأ لأن ذلك جعالة وقد بينا أن الجعالة تجوز من غير تعيين العامل.

فصل: وتجوز على عمل مجهول للآية، ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك فجاز مع الجهالة كالمضاربة، ولا تجوز إلا بعوض معلوم، لأنه عقد معاوضة فلا تجوز بعوض مجهول كالنكاح، فإن شرط له جعلًا مجهولًا فعمل استحق أجرة المثل، لأن كل عقد وجب المسمى في صحيحه وجب المثل في فاسده، كالبيع والنكاح.

فصل: ولا يستحق العامل الجعل إلا بإذن صاحب المال، فأما إذا عمل له عملًا من غير إذنه بأن وجد له آبقًا فجاء به، أو ضالة فردها إليه، لم يستحق الجعل لأنه بذل منفعته من غير عوض، فلم يستحق العوض، فإن عمل بإذنه ولم يشرط له الجعل، فعلى الأوجه الأربعة التي ذكرناها في الإجارة، فإن أذن له وشرط له الجعل فعمل استحق الجعل. لأنه استهلك منفعته بعوض، فاستحق العوض كالأجير، فإن نادى فقال: من رد عبدي فله دينار فرده من لم يسمع النداء، لم يستحق الجعل، لأنه متطوع بالرد من غير بدل، فإن أبق عبد لرجل فنادى غيره أن من رد عبد فلان فله دينار، فرده رجل وجب الدينار على المنادي، لأنه ضمن العوض فلزمه، فإن قال في النداء: قال فلان: من رد عبدي فله دينار فرده رجل لم يلزم المنادى، لأنه لم يضمن. وإنما حكى قول غيره.

فصل: ولا يستحق العامل الجعل إلا بالفراغ من العمل، فإن شرط له جعلًا على رد الآبق فرده إلى باب الدار ففر منه أو مات قبل أن يسلمه لم يستحق شيئًا

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٢٧٦) ومسلم في صحيحه برقم (٢٢٠١) وأبو داود في سننه برقم (٣٩٠٠) والترمذي في سننه برقم (٢٠٦٤) وابن ماجه في سننه برقم (٢١٥٦) وأحمد في المسند (٣/ ١٠).

من الجعل، لأن المقصود هو الرد، والجعل في مقابلته ولم يوجد منه شيء، وإن قال: من رد عبدي الآبق من البصرة فله دينار، وهو ببغداد، فرده رجل من واسط، استحق نصف الدينار، لأنه رد من نصف الطريق، وإن رده من أبعد من البصرة لم يستحق أكثر من الدينار، لأنه لم يضمن له لما زاد شيئًا.

وإن أبق له عبدان فقال: من ردهما فله دينار، فرد رجل أحدهما استحق نصف الجعل، لأنه عمل نصف العمل. وإن قال: من رد عبدي فله دينار، فاشترك في رده اثنان اشتركا في الدينار، لأنهما اشتركا في العمل، فاشتركا في الجعل. وإن قال لرجل: إن رددت عبدي فلك دينار، وقال لآخر: إن رددته فلك ديناران، فاشتركا في الرد استحق كل واحد منهما نصف ما جعل له، وإن جعل لأحدهما دينارًا وللآخر ثوبًا مجهولًا فرداه استحق صاحب الدينار نصف دينار وصاحب الثوب نصف أجرة المثل، لأن الدينار جعل صحيح، فاستحق نصفه، والثوب جعل باطل فاستحق نصف أجرة المثل. وإن قال لرجل: إن رددت عبدي فلك دينار فشاركه غيره في رده، فإن قال: شاركته معاونة له كان الدينار للعامل لأن العمل كله له فكان الجعل كله له، وإن قال: شاركته لأشاركه في الجعل كان للعامل نصف الجعل، لأنه عمل نصف العمل، ولا شيء للشريك لأنه لم يشرط له شيئًا.

فصل: ويجوز لكل واحد منهما فسخ العقد لأنه عقد على عمل مجهول بعوض، فجاز لكل واحد منهما فسخه كالمضاربة، فإن فسخ العامل لم يستحق شيئًا، لأن الجعل يستحق بالفراغ من العمل، وقد تركه فسقط حقه. وإن فسخ رب المال، فإن كان قبل العمل لم يلزمه شيء، لأنه فسخ قبل أن يستهلك منفعة العامل، فلم يلزمه شيء، كما لو فسخ المضاربة قبل العمل. وإن كان بعدما شرع في العمل لزمه أجرة المثل لما عمل، لأنه استهلك منفعته بشرط العوض فلزمه أجرته، كما لو فسخ المضاربة بعد الشروع في العمل.

فصل: وتجوز الزيادة والنقصان في الجعل قبل العمل، فإن قال: من رد عبدي فله دينار، ثم قال: من رده فله عشرة، فرده رجل استحق عشرة، وإن قال: من رد عبدي فله عشرة، ثم قال: من رده فله دينار، استحق الدينار، لأنه مال بذل في مقابلة عمل في عقد جاز، والزيادة والنقصان فيه قبل العمل كالربح في المضاربة.

فصل: وإن اختلف العامل ورب المال فقال العامل: شرطت لي الجعل وأنكر رب المال، فالقول قول رب المال، لأن الأصل عدم الشرط وعدم الضمان، وإن اختلفا في عين العبد فقال السيد: شرطت الجعل في رد غيره.

وقال العامل: بل شرطت الجعل في رده، فالقول قول المالك، لأن العامل يدعي عليه شرط الجعل في عقد الأصل عدمه، فكان القول فيه قوله، وإن اختلفا في قدر الجعل تحالفا كما قلنا في البيع، فإذا تحالفا رجع إلى أجرة المثل كما رجع في البيع بعد هلاك السلعة إلى قيمة العين.

**وإن اختلف العامل والعبد فقال العامل: أنا رددته. وقال العبد: جئت بنفسي وصدقه المولى، فالقول قول المولى مع يمينه، لأن الأصل عدم الرد، وعدم وجوب الجعل، وبالله التوفيق.**

**الشرح:** قوله: «زعيم» أي ضمين وكفيل، والحي: القبيلة، وقوله: «لم يقروهم» أي لم يضيفوهم، وقوله: «قطيع شاء» أي قطعة وطائفة من الغنم، وقوله: «شرع في العمل» أي خضت فيه.

أما الأحكام: فالجعالة: التزام عوض معلوم على عمل معين بقطع النظر عن فاعله، مثل أن يقول: من رد عبدي الآبق، أو دابتي الضالَّة، ونحو ذلك، فله كذا، وهي عقد صحيح للحاجة، وأركانه أربعة:

أحدها: الصيغة الدالة على الإذن في العمل بعوض يلتزمه، فلو رد آبقًا أو ضالة بغير إذن مالكها، فلا شيء له، سواء كان الراد معروفًا برد الضوال، أم لا. ولو قال لزيد: ردّ آبقي ولك دينار، فرده عمرو، لم يستحق شيئًا، لأنه لم يشرط له. ولو رده عبد زيد، استحق زيد لأن يد عبده يده. ولو قال: من رده فله كذا، فردّه من لم يبلغه نداؤه، لم يستحق شيئًا، لأنه متبرع. فإن قصد التعوُّض لاعتقاده أن مثل هذا العمل لا يحبط، لم يستحق شيئًا على المذهب، ولا أثر لاعتقاده. وعن الشيخ أبي محمد، تردد فيه. ولو عين رجلًا فقال: إن رده زيد فله كذا، فرده زيد غير عالم بإذنه، لم يستحق شيئًا. ولو أذن في الرد ولم يشرط عوضًا، فلا شيء للراد على المذهب وظاهر النص، وفيه الخلاف السابق فيمن قال: اغسل ثوبي ولم يسمِّ عوضًا.

**فصل:** لا يشترط أن يكون الملتزم من يقع العمل في ملكه. فلو قال غير المالك: من رد عبد فلان فله كذا، استحقه الراد على القائل. ولو قال فضولي: قال فلان: من رد عبدي فله كذا، لم يستحق الراد على الفضولي شيئًا، لأنه لم يلتزم. وأما المالك، فإن كذب الفضولي عليه، فلا شيء عليه. وإن صدق، قال البغوي: يستحق عليه. وكأن هذا فيما إذا كان المخبر ممن يعتمد قوله، وإلا، فهو كما لو ردَّ غير عالم بإذنه.

**فرع:** سواء في صيغة المالك قوله: من رد عبدي، وقوله: إن رده إنسان، أو إن رددته، أو رُدَّه ولك كذا.

الركن الثاني: المتعاملان. فأما ملتزم الجعل، فيشترط أن يكون مطلق التصرف. وأما العامل، فيجوز أن يكون شخصًا معينًا، وجماعة، ويجوز أن لا يكون معينًا ولا معينين، وقد سبق بيانه في الركن الأول. ثم إذا لم يكن العامل

معينًا، فلا يتصور قبول العقد وإن كان لم يشترط قبوله، كذا قاله الأصحاب، وهو المذهب. وقال الإمام: لا يمتنع أن يكون كالوكيل في القبول، ويشترط عند التعيين أهلية العمل في العامل.

الركن الثالث: العمل، فما لا تجوز الإجارة عليه من الأعمال لكونه مجهولًا، تجوز الجعالة عليه للحاجة، وما جازت الإجارة عليه، جازت الجعالة أيضًا على الصحيح. وقيل: لا، للاستغناء بالإجارة. ولو قال: من رد مالي فله كذا، فرده من كان في يده، نظر، إن كان في رده كلفة كالآبق، استحق الجعل. وإن لم يكن، كالدراهم والدنانير، فلا، لأن ما لا كلفة فيه لا يقابل بالعوض. ولو قال: من دلني على مالي فله كذا، فدله مَنْ المال في يده، لم يستحق شيئًا، لأن ذلك واجب عليه شرعًا، فلا يأخذ عليه عوضًا. وان كان في يد غيره، فدله عليه، استحق، لأن الغالب أنه يلحقه مشقة بالبحث عنه. وما يعتبر في العمل لجواز الإجارة، يعتبر في الجعالة، سوى كونه معلومًا.

الركن الرابع: الجعل المشروط، وشرطه أن يكون معلومًا كالأجرة، لعدم الضرورة إلى جهالته. فإن شرط مجهولًا، بأن قال: من رد آبقي فله ثوب أو دابة، أو إن رددته فعليَّ أن أرضيك أو أعطيك شيئًا، فسد العقد. وإذا رد، استحق أجرة المثل، وكذا لو جعل الجعل خمرًا أو خنزيرًا. ولو جعل الجعل ثوبًا مغصوبًا، قال الإمام: يحتمل أن يكون فيه قولان كما لو جعل المغصوب صداقًا، فيرجع في قول بأجرة المثل، وفي قول بقيمة المسمى. قال: ويحتمل القطع بأجرة المثل. ولو قال: من رد عبدي فله سلبه أو ثيابه، قال المتولي: إن كانت معلومة، أو وصفها بما يفيد العلم، استحق الراد المشروط، وإلا، فأجرة المثل. ولو قال: فله نصفه أو ربعه، فقد صححه المتولي، ومنعه أبو الفرج السرخسي.

**فصل:** لو قال: من ردَّ لي عبدي من بلد كذا فله دينار، بني على الخلاف في صحة الجعالة في العمل المعلوم، فإن صححناها، فمن رده من نصف الطريق، استحق نصف الجعل، ومن رده من ثلثه، استحق الثلث. وإن رده من مكان أبعد، لم يستحق زيادة. ولو قال: من ردَّ لي عبدين فله كذا، فرد أحدهما، استحق نصف الجعل. ولو قال: إن رددتما عبديَّ فلكما كذا، فرده أحدهما، استحق النصف، لأنه لم يلتزم له أكثر من ذلك. وإن قال: إن رددتما لي عبدين، فرد أحدَهما أحدُهما، استحق الربع.

**فصل:** قال: من رد عبدي فله دينار، فاشترك جماعة، فالدينار مشترك بينهم. ولو قال لجماعة: إن رددتموه، فردوه، فكذلك، ويقسم بينهم على الرؤوس. ولو

قال لزيد: إن رددته فلك دينار، فرده هو وغيره، فلا شيء لذلك الغير، لأنه لم يلتزم له. وأما زيد، فإن قصد الغير معاونته إما بعوض وإما مجانًا، فله تمام الجعل، ولا شيء للغير على زيد، إلا أن يلتزم له أجرة ويستعين به. وإن قال: عملت للمالك، لم يكن لزيد جميع الدينار، بل له نصفه على الصحيح الذي قاله الأصحاب. ورأى الإمام التوزيع على العمل أرجح. ولو شاركه اثنان في الرد، فإن قصدا إعانة زيد، فله تمام الجعل، وإن قصدا العمل للمالك، فله ثلثه. وإن قصد أحدهما إعانته، والآخر العمل للمالك، فله الثلثان.

فإن قيل: هل للعامل المعين أن يوكل بالرد غيره كما يستعين به؟ وهل إذا كان النداء عامًّا يجوز أن يوكل من سمعه غيره في الرد؟

قلنا: يشبه أن يكون الأول كتوكيل الوكيل، والثاني كالتوكيل بالاحتطاب والاستقاء.

**فرع:** قال لرجل: إن رددته فلك كذا، ولآخر: إن رددته فلك كذا، ولثالث: إن رددته فلك كذا، فاشتركوا في الرد، قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: لكل واحد ثلث ما جعل له، اتفقت الأجعال أم اختلفت. قال المسعودي: هذا إذا عمل كلٌّ منهم لنفسه. أما لو قال أحدهم: أعنت صاحبيَّ عملت لهما، فلا شيء له، ولكل منهما نصف ما شرط له. ولو قال اثنان: عملنا لصاحبنا، فلا شيء لهما، وله جميع المشروط. وقول الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: لكل واحد الثلث، تصريح بالتوزيع على الرؤوس، فلو رده اثنان منهم، فلكل منهما نصف المشروط له، وإن أعان الثلاثةَ رابعٌ في الرد، فلا شيء له. ثم إن قال: قصدت العمل للمالك، فلكل واحد من الثلاثة ربع المشروط له. وإن قال: أعنتهم جميعًا، فلكل واحد منهم ثلث المشروط له كما لو لم يكن معهم غيرهم. وإن قال: أعنت فلانًا، فله نصف المشروط له، ولكل واحد من الآخرين ربع المشروط له. وعلى هذا القياس لو قال: أعنت فلانًا وفلانًا، فلكل واحد منهما ربع المشروط له وثمنه، وللثالث ربع المشروط له. ولو قال لواحد: إن رددته فلك دينار، وقال لآخر: إن رددته فلك ثوب، فردَّاه، فللأول نصف دينار، وللثاني نصف أجرة المثل.

**فصل:** في أحكام الجعالة، فمنها: الجواز، فلكل واحد من المالك والعامل فسخها قبل تمام العمل، فأما بعد تمام العمل، فلا أثر للفسخ، لأن الدَّين لزم. ثم إن اتفق الفسخ قبل الشروع في العمل، فلا شيء للعامل. وإن كان بعده، فإن فسخ العامل، فلا شيء له، لأنه امتنع باختياره ولم يحصل غرض المالك. وإن فسخ المالك، فوجهان: أحدهما: لا شيء للعامل كما لو فسخ بنفسه. والصحيح، أنه

يستحق أجرة المثل لما عمل، وبهذا قطع الجمهور، وعبَّروا عنه بأنه ليس له الفسخ حتى يضمن للعامل أجرة مثل ما عمل. ولو عمل العامل شيئًا بعد الفسخ، لم يستحق شيئًا إن علم بالفسخ. فإن لم يعلم، بني على الخلاف في نفوذ عزل الوكيل في غيبته قبل علمه.

**فرع:** تنفسخ الجعالة بالموت، ولا شيء للعامل لما عمله بعد موت المالك. فلو قطع بعض المسافة، ثم مات المالك فردَّه إلى وارثه، استحق من المسمى بقدر عمله في الحياة.

**فرع:** ومن أحكامها: جواز الزيادة والنقص في الجعل، وتغير جنسه قبل الشروع في العمل. فلو قال: من رد عبدي، فله عشرة. ثم قال: من رده فله خمسة أو بالعكس، فالاعتبار بالنداء الأخير. والمذكور فيه هو الذي يستحقه الرادُّ، لكن لو لم يسمع الراد النداء الأخير، قال الغزالي: يحتمل أن يقال: يرجع إلى أجرة المثل. وأما بعد الشروع في العمل، ففي كلام صاحب «المهذب» وغيره تقييد جواز الزيادة والنقص بما قبل العمل، وفي كلام الغزالي قبل الفراغ. فالظاهر، أنه في أثناء العمل يؤثّر في الرجوع إلى أجرة المثل، لأن النداء الأخير فسخ للأول، والفسخ في أثناء العمل يقتضي أجرة المثل.

**فرع:** ومن أحكامها، توقُّف استحقاق الجعل على تمام الجعل على تمام العمل. فلو سعى في طلب الآبق، فردّه فمات في باب دار المالك قبل أن يسلِّمه إليه، أو هرب، أو عُضب، أو تركه العامل فرجع، فلا شيء للعامل، لأنه لم يرد.

ومنه لو خاط نصف الثوب فاحترق، أو تركه، أو بنى بعض الحائط فانهدم، أو تركه، فلا شيء للعامل، قاله أصحابنا. والله أعلم.

**فرع:** إذا رد الآبق، لم يكن له حبسه لاستيفاء الجعل، لأن الاستحقاق بالتسليم، ولا حبس قبل الاستحقاق.

**فرع:** قال: إن علَّمتَ هذا الصبي، أو إن علَّمتني القرآن، فلك كذا، فعلَّمه البعض، وامتنع من تعليم الباقي، فلا شيء له، وكذا إن كان الصبي بليدًا لا يتعلَّم، لأنه كمن طلب العبد فلم يجده. ولو مات الصبي في أثناء التعليم، استحق أجرة ما علَّمه، لوقوعه مسلَّمًا بالتعليم، بخلاف رد الآبق، وإن منعه أبوه من التعلُّم فله أجرة المثل لما علَّمه.

**فصل:** إذا جاء بآبق وطلب الجعل، فقال المالك: ما شرطتُ جعلًا، أو شرطته على عبد آخر، أو ما سعيتَ في رده بل هو جاء بنفسه، فالقول قول المالك، لأن الأصل عدم الشرط وبراءته. ولو اختلفا في قدر المشروط، تحالفا، وللعامل

أجرة المثل. وكذا لو قال المالك: شرطته على رد عبدين، فقال الراد: بل الذي رددتهُ فقط.

**فرع:** قال: من ردّ عبدي إلى شهر، فله كذا، قال القاضي أبو الطيب: لا يصح، لأن تقدير المدة يخلُّ بمقصود العقد، فربما لا يجده فيها فيضيع عمله ولا يحصل غرض المالك، كما لا يجوز تقدير مدة القراض.

**فرع:** قال: بع عبدي هذا، أو اعمل كذا، ولك عشرة دراهم، ففي بعض التصانيف أنه إن كان العمل مضبوطًا مقدَّرًا، فهو إجارة. وإن احتاج إلى تردد، أو كان غير مضبوط، فهو جعالة.

**فرع:** قال: إن أخبرتني بخروج زيد من البلد، فلك كذا، فأخبره، ففي «فتاوى القفال»: أنه إن كان له غرض في خروجه، استحق، وإلا، فلا، وهذا يقتضي كونه صادقًا، وينبغي أن ينظر، هل يناله تعب، أم لا؟

ومما يتعلق بالباب، وتدعو إليه الحاجة، ما ذكره القاضي حسين وغيره، وهو مما لا خلاف فيه، أنه لو كان رجلان في بادية ونحوها، فمرض أحدهما، وعجز عن السير، لزم الآخرَ المقامُ معه، إلا أن يخاف على نفسه، فله تركه. وإذا أقام، فلا أجرة له. وإذا مات، أخذ هذا الرجل ماله وأوصله إلى ورثته، ولا يكون مضمونًا، قال القاضي: وكذا لو غشي عليه، قال: وأما وجوب أخذ هذا المال، فإن كان أمينًا، ففيه قولان كاللقطة. وعندي، أن المذهب هنا الوجوب.

ومنها: ما ذكره ابن كج، قال: إذا وجدنا عبيدًا أبقوا، فالمذهب أن الحاكم يحبسهم انتظارًا لصاحبهم. فإن لم يجيء لهم صاحب، باعهم الحاكم وحفظ ثمنهم. فإذا جاء صاحبهم، فليس له غير الثمن. وإذا سرق الآبق، قُطع كغيره. والله أعلم.

# كتاب السبق والرمي

**قال المصنف رحمه الله تعالى: تجوز المسابقة والمناضلة لما روى ابن عمر رضي الله عنهما «أن رسول الله ﷺ سابق بين الخيل، المضمرة منها، من الحفيا إلى ثنية الوداع. وما لم يضمر منها من ثنية الوداع إلى مسجد بني زريق»[(١)].**

**وروى أنس أن النبي ﷺ: «كانت له ناقة يقال لها العضباء لا تسبق، فجاء أعرابي على قعود له فسبقها، فشق ذلك على المسلمين، فقالوا: يا رسول الله سبقت العضباء، فقال رسول الله ﷺ: إنه حق على الله أن لا يرتفع من هذه القذرة شيء إلا وضعه»[(٢)].**

**وروى سلمة بن الأكوع قال: «أتى علينا رسول الله ﷺ ونحن نترامى فقال: حسن هذا لعبًا، ارموا يا بني إسماعيل، فإن أباكم كان راميًا، ارموا وأنا مع ابن الأدرع، فكف القوم أيديهم وقسيهم وقالوا: غلب يا رسول الله من كنت معه، قال: ارموا وأنا معكم جميعًا»[(٣)]، فإن كان ذلك للجهاد فهو مندوب إليه لما روى عقبة بن عامر رضي الله عنه قال: «سمعت رسول الله ﷺ يقول على المنبر: واعدوا لهم ما استطعتم من قوة[(٤)] ـ ألا أن القوة هي الرمي. قالها ثلاثًا»[(٥)].**

**وروى عقبة بن عامر قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «ارموا واركبوا، ولأن ترموا أحب إليَّ من أن تركبوا، وليس من اللهو إلا ثلاثة، ملاعبة الرجل أهله، وتأديبه فرسه، ورميه بقوسه، ومن علمه الله الرمي فتركه رغبة عنه فنعمة**

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٤٢٠) ومسلم في صحيحه برقم (١٨٧٠) وأبو داود في سننه برقم (٢٥٧٥) والنسائي في سننه (٦/ ٢٢٥) والترمذي في سننه برقم (١٦٩٩) وابن ماجه في سننه برقم (٢٨٧٧) وأحمد في المسند (٢/ ٥) ومالك في الموطأ (٢/ ٤٦٧).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٨٧٢) وأبو داود في سننه برقم (٤٨٠٢) والنسائي في سننه (٦/ ٢٢٧) وأحمد في المسند (٣/ ١٠٣).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٨٦٩) وأحمد في المسند (٤/ ٥٠).

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٩١٧) وأبو داود في سننه برقم (٢٥١٤) وابن ماجه في سننه برقم (٢٨١٣) وأحمد في المسند (٤/ ١٥٧).

(٥) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢٥١٣) وأبو داود في سننه برقم (١٦٣٧) والنسائي في سننه (٦/ ٢٨) وابن ماجه في سننه برقم (٢٨١١) وأحمد في المسند (٤/ ١٤٤).

كفرها، وإن الله يدخل بالسهم الواحد ثلاثة الجنة صانعه المحتسب فيه الخير، والرامي، ومنبله»[١].

فصل: ويجوز ذلك بعوض لما روى أنه «سئل عثمان ﷺ أكنتم تراهنون على عهد رسول الله ﷺ؟ قال: نعم. راهن رسول الله ﷺ على فرس له فجاءت سابقة فهش لذلك وأعجبه»[٢]، والرهن لا يكون إلا على عوض، ولأن في بذل العوض فيه تحريضًا على التعلم والاستعداد للجهاد.

فصل: ويجوز أن يكون العوض منهما، ويجوز أن يكون من أحدهما ويجوز أن يبذله السلطان من بيت المال، ويجوز أن يكون من رجل من الرعية لأنه إخراج مال لمصلحة الدين فجاز من الجميع كارتباط الخيل في سبيل الله، ولا يجوز إلا على عوض معلوم أما معينًا أو موصوفًا في الذمة، لأنه عقد معاوضة فلم يجز إلا على عوض معلوم كالبيع. ويجوز على عوض حال ومؤجل لأنه عوض يجوز أن يكون عينًا ودينًا، فجاز أن يكون حالًا ومؤجلًا، كالثمن في البيع.

فصل: فإن كان العوض من أحدهما أو من السلطان أو من رجل من الرعية فهو كالجعالة، وإن كان منهما ففيه قولان:

أحدهما: أنه يلزم كالإجارة وهو الصحيح لأنه عقد من شرط صحته أن يكون العوض والمعوض معلومين فكان لازمًا كالإجارة.

والثاني: أنه لا يلزم كالجعالة، لأنه عقد ببذل العوض فيه على ما لا يوثق به فلم يلزم كالجعالة. فإن قلنا: أنه كالإجارة كان حكمهما في الرهن والضمين حكم الإجارة، وحكمهما في خيار المجلس، وخيار الشرط حكم الإجارة، ولا يجوز لواحد منهما فسخه بعد تمامه، ولا الزيادة ولا النقصان بعد لزومه، كما لا يجوز ذلك في الإجارة. وإن قلنا: أنه كالجعالة كان حكمه في الرهن والضمان حكم الجعالة، وقد مضى ذلك في كتاب الرهن والضمان، فأما الفسخ والزيادة والنقصان ـ فإن كان قبل الشروع فيه أو بعد الشروع فيه وهما متكافئان ـ فلكل واحد منهما أن يفسخ ويزيد وينقص، لأنه عقد جائز لا ضرر على أحد في فسخه، والزيادة والنقصان فيه. وإن كانا غير متكافئين نظرت ـ فإن كان الذي له الفضل هو الذي يطلب الفسخ والزيادة فيه، فملك الفسخ والزيادة فيه.

وإن كان الذي عليه الفضل هو الذي يطلب الفسخ أو الزيادة ففيه وجهان: أحدهما: له ذلك، لأنه عقد جائز فملك فسخه والزيادة فيه. والثاني: ليس له

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه (١٠/ ٢١) بنحوه، وانظر التلخيص الحبير (٤/ ٣٩٦).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢٥٧٤) والترمذي في سننه برقم (١٧٠٠) والنسائي في سننه (٦/ ٢٢٦) وأحمد في المسند (٢/ ٤٧٤) وابن حبان في صحيحه برقم (١٦٣٨ موارد).

لأنا لو جوزنا ذلك لم يسبق أحد أحدًا، لأنه متى لاح له أن صاحبه يغلب فسخ أو طلب الزيادة فيبطل المقصود.

فصل: وتجوز المسابقة على الخيل والإبل بعوض، لما روى أبو هريرة ﷺ أن النبي ﷺ قال: «لا سبق إلا في نصل أو خف أو حافر»[1]، ولأن الخيل تقاتل عليها العرب والعجم، والإبل تقاتل عليها العرب فجازت المسابقة عليها بالعوض. واختلف قوله في البغل والحمار، فقال في أحد القولين: تجوز المسابقة عليهما بعوض، لحديث أبي هريرة، ولأنه ذو حافر أهلى فجازت المسابقة عليهما بعوض كالخيل. والثاني: لا تجوز لأنه لا يصلح للكر والفر، فأشبه البقر.

واختلف أصحابنا في المسابقة على الفيل بعوض، فمنهم من قال: لا تجوز، لأنه لا يصلح للكر والفر. منهم من قال: تجوز لحديث أبي هريرة، ولأنه ذو خف يقاتل عليه فأشبه الإبل.

واختلفوا في المسابقة على الحمام، فمنهم من قال: لا تجوز المسابقة عليها بعوض، وهو المنصوص لحديث أبي هريرة، ولأنه ليس من آلات الحرب، فلم تجز المسابقة عليه بعوض، ومنهم من قال: تجوز لأنه يستعان به على الحرب في حمل الأخبار، فجازت المسابقة عليه بعوض كالخيل.

واختلفوا في سفن الحرب كالزبازب والشذوات، فمنهم من قال: تجوز، وهو قول أبي العباس، لأنها في قتال الماء كالخيل في قتال الأرض، ومنهم من قال: لا تجوز، لأن سبقها بالملاح لا بمن يقاتل فيها.

واختلفوا في المسابقة على الأقدام بعوض، فمنهم من قال: تجوز لأن الأقدام في قتال الرجال كالخيل في قتال الفرسان، ومنهم من قال: لا تجوز، وهو المنصوص لحديث أبي هريرة، ولأن المسابقة بعوض اجيزت ليتعلم بها ما يستعان به في الجهاد، والمشي بالأقدام لا يحتاج إلى التعلم.

واختلفوا في الصراع، فمنهم من قال: يجوز بعوض، لما روى أن النبي ﷺ: «صارع يزيد بن ركانة على شاء فصرعه، ثم عاد فصرعه، ثم عاد فصرعه، فأسلم ورد عليه الغنم»[2]، ومنهم من قال: لا يجوز. وهو المنصوص لحديث أبي هريرة، ولأنه ليس من آلات القتال. وحديث يزيد ابن ركانة محمول على أنه فعل ذلك ليسلم، ولأنه لما أسلم رد عليه ما أخذ منه.

**الشرح:** قوله: «المناضلة» هي المراماة، وتضمير الخيل أن تسقى اللبن وتعلف اليابس من العلف، ورباط الخيل أي مرابطتها وملازمتها ثغر العدو، وقوله: «منبله» أي معطيه، والهشاشة: الارتياح والخفة، وقوله: «متكافئتان» أي متساويان،

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه (١٠/١٨) وأبو داود في المراسيل (ص ٢٣٥).

(٢) تقدم.

والبخت جنس من الإبل، وقوله: «معرفة جوهرهما» أي نفاستهما وجودة جريهما، وقوله: «ساخت قدمه في الأرض» أي نزلت فيها من رخوتها.

أما الأحكام: فالمسابقة والمناضلة جائزتان بل سنتان إذا قصد بهما التأهب للجهاد.

قلت: يكره لمن علم الرمي تركه كراهة شديدة، ففي صحيح مسلم عن عقبة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «من علم الرمي ثم تركه فليس منا أو قد عصى». والله أعلم.

ويجوز شرط المال في المسابقة والمناضلة، وفي الكتاب بابان، باب في السبق، وباب في الرمي، وقد تدخل مسائل أحدهما في الآخر لتقاربهما. وفيه طرفان:

الطرف الأول: في شروطه، وهي عشرة:

الشرط الأول: أن يكون المعقود عليه عدة للقتال، لأن المقصود منه التأهب للقتال، ولهذا قال الصيمري: لا يجوز السبق والرمي من النساء، لأنهن لسن أهلًا للحرب، ثم الأصل في السبق الخيل والإبل، لأنها التي يقاتل عليها غالبًا، وتصلح للكر والفر بصفة الكمال، وتجوز المسابقة على الفيل والبغل والحمار على المذهب، وقيل: بالمنع فيها، وقيل: بالمنع في البغل والحمار، وقيل: في الجميع خلاف. وأما المناضلة فتجوز على السهام العربية والعجمية وهي النشاب، وعلى جميع أنواع القسي، حتى تجوز على الرمي بالمسلات والإبر، وفي المزاريق والرانات ورمي الحجارة باليد وبالمقلاع والمنجنيق طريقان، أحدهما: الجواز، والثاني: وجهان: أصحهما: الجواز، ولا تجوز المسابقة بإشالة الحجر باليد على المذهب وبه قطع الأكثرون، وقيل: وجهان: وأما مراماة الأحجار، وهي أن يرمي كل واحد الحجر إلى صاحبه، فباطلة، وأما المسابقة على التردد بالسيوف والرماح، فقيل بمنعها، لأنها لا تفارق صاحبها، وإلاّ يصح الجواز، لأنها من أعظم عدد القتال، واستعمالها يحتاج إلى تعلم وتحذق، والمسابقة على الحمام وغيره من الطيور، وعلى الأقدام والسباحة في الماء والطيارات والزوارق والصراع، فجائزة بلا عوض، والأصح منها بالعوض، فإن جوزنا الصراع، ففي المشابكة باليد وجهان: ولا تجوز على مناطحة الشياه، ومهارشة الديكة لا بعوض ولا بغيره.

**فرع:** لا يجوز عقد المسابقة على ما لا ينتفع به في الحرب، كاللعب بالشطرنج والخاتم والصولجان، ورمي البندق والجلاهق، والوقوف على رجل واحدة، ومعرفة ما في اليد من شفع ووتر، وسائر أنواع اللعب، وأما المقل في

الماء فقال الشيخ المروزي: إن جرت العادة بالاستعانة به في الحرب، فهو كالسباحة، وإلاّ فلا تجوز المسابقة عليه.

ولا تجوز المسابقة على البقر على المذهب، وقيل: وجهان: حكاه الدارمي قال: والذي تجوز المسابقة عليه من الخيل. قيل: ما يسهم له وهو الجذع أو الثني، وقيل: وإن كان صغيرًا قال: ولا تجوز على الكلب. والله أعلم.

الشرط الثاني: الإعلام، فيشترط إعلام الموقف الذي يبدآن بالجري منه، والغاية التي يجريان إليها، ويشترط تساوي المتسابقين فيهما، ولو لم يعينا غاية وشرطا المال لأسبقهما حيث سبق، لم يجز، ولو عينا غاية وشرطا أن السبق إن اتفق في وسط الميدان لأحدهما كان فائزًا، لم يجز على الأصح لأنا لو اعتبرنا السبق في خلال الميدان لاعتبرناه بلا غاية معينة، ولو عينا غاية وقالا: إن اتفق السبق عندها فذاك، وإلاّ عدينا إلى غاية أخرى اتفقا عليها، جاز على الأصح لحصول الإعلام وكون كل واحدة من الغايتين معلومة.

**فرع:** يشترط كون المال معلوم الجنس والقدر.

الشرط الثالث: أن يشترط للسابق كل المال أو أكثره، فإذا تسابق اثنان، وبذل المال غيرهما، فإن شرطه للسابق منهما، فذاك، وإن شرطه للثاني، أو شرط له مثل الأول، لم يجز، وإن شرط للثاني أقل مما شرط جاز على الأصح، وإن تسابق ثلاثة، وشرط باذل المال المال للأول، جاز، وإن شرطه للثاني، أو شرط له أكثر من الأول، لم يجز على الأصح، وقيل: يجوز، لأن ضبط الفرس في شدة عدوة ليقف في مقام الثاني يحتاج إلى حذق ومعرفة، وإن شرط له مثل ما شرط للأول، جاز على الأصح، لأن كل واحد يجتهد هنا أن يكون أولًا وثانيًا، وإن شرط له دون ما شرط للأول، جاز على الصحيح، ويخرج من هذا الاختلاف في الثلاثة أربعة أوجه: أحدها: يجوز أن يشرط الجميع للثاني، والثاني: لا يجوز شرط شيء له، والثالث: يجوز له شرط بشرط تفضيل السابق، والأصح: يجوز أن يشرط له بحيث لا يفضل على السابق، وأما الفِسكِل بكسر الفاء والكاف وإسكان السين المهملة بينهما وهو الأخير، فلا يجوز أن يساوى بمن قبله، ويجوز أن يشرط له دون ما شرط لمن قبله على الأصح كما سبق في الاثنين، ويقاس بها ما إذا تسابق أكثر من ثلاثة حتى لو كانوا عشرة، وشرط لكل واحدة سوى الفسكل مثل المشروط لمن قبله، جاز على الأصح، والأحب أن يكون المشروط لكل واحد دون المشروط لمن قبله، وفي شرط شيء للفسكل الوجهان، ولو أهمل بعضهم، بأن شرط للأول عشرة، وللثالث تسعة، وللرابع ثمانية، فهل يجوز؟ وجهان: أحدهما: لا، لأن

الرابع والثالث يفضلان من قبلهما، والثاني: نعم، ويقام الثالث مقام الثاني، والرابع مقام الثالث، وكأن الثاني لم يكن، وإذا بطل المشروط في حق بعضهم، ففي بطلانه في حق من بعده وجهان: وهذان الوجهان مع الوجهين في الإهمال مبنيان على أن من بطل السبق في حقه هل يستحق على الباذل أجرة المثل؟ وفيه خلاف يأتي إن شاء الله تعالى، فإن قلنا: لا، بطل العقد في حق من بعده لئلا يفضل من سبقه، وإن قلنا: نعم، لم يبطل في حق من بعده ولا يضر كون المشروط له زائدًا على أجرة المثل، لأن الممتنع أن يفضل المسبوق السابق فيما يستحقانه بالعقد، وأجرة المثل غير مستحقة بالعقد.

واعلم أن الصور المذكورة وضعوها فيما لو كان باذل المال غير المتسابقين، ويمكن فرضها أو فرض، بعضها فيما لو بذله أحدهما، بأن يتسابق اثنان، ويبذل أحدهما مالًا على أنه إن سبق دفع إلى الآخر منه كذا، وإن سبقه الآخر أمسك لنفسه منه كذا.

**فرع:** قال: من سبق فله كذا فجاء المتسابقون معًا فلا شيء لهم، ولو جاء اثنان فصاعدًا معًا، وتأخر الباقون فالمشروط للأولين بالسوية، ولو قال: من سبق، فله دينار، ومن جاء ثانيًا، فله نصف دينار، فسبق واحد، ثم جاء ثلاثة معًا، ثم الباقون، فللسابق دينار، وللثلاثة نصف، وإن سبق واحد، ثم جاء الباقون، فله دينار، ولهم نصف، وإن جاء الجميع معًا، فلا شيء لهم، ولو قال: كل من سبق، فله دينار، فسبق ثلاثة، قال الداركي: لكل واحد منهم دينار.

الشرط الرابع: أن يكون فيهم محلل، ومال المسابقة قد يخرجه المتسابقان، أو أحدهما أو غيرهما.

الحالة الأولى: أن يخرجه غيرهما، فيجوز للإمام أن يخرج المال من خاص نفسه ومن بيت المال، لما فيه من التحريض على تعلم الفروسية، وإعداد أسباب القتال، ويجوز للواحد من الرعية إخراجه من مال نفسه، لأنه بذل مال في طاعة، ويثاب عليه إذا نوى، وسواء تسابق اثنان أو أكثر، ومن سبق، أخذ المال.

الحالة الثانية: أن يخرجه أحدهما، ويشرطانه إن سبق أحرزه ولا شيء له على الآخر، وإن سبق الآخر، أخذه، فيجوز، ولو تسابق أكثر من اثنين، وأخرجه اثنان فصاعدًا، وشرطوا أن من سبق من المخرجين لم يحرز إلاّ ما أخرجه، ومن سبق من غيرهم، أخذ ما أخرجه المخرجون، جاز أيضًا.

الحالة الثالثة: أن يخرجه المتسابقان، فيقول كل واحد: إن سبقتك، فلي عليك كذا، وإن سبقتني، فلك علي كذا، فهذا لا يجوز، لأنه صورة قمار إلاّ أن

يدخلا بينهما محللًا وهو ثالث يشاركهما في المسابقة على أنه إن سبق أخذ ما شرطاه، وإن سبق، فلا شيء عليه، فيجوز لأنه يخرج عن صورة القمار، ثم إن شرطا أن يختص المحلل بالاستحقاق، وإن سبق أحدهما كل واحد منهما لا يأخذ إلاّ ما أخرج، فهذا جائز بالاتفاق، وإن شرطا أن المحلل يأخذ السبقين وإن سبق أحدهما أحدهما، جاز على الصحيح المنصوص، ومنعه ابن خيران، فإذا قلنا بالمنصوص وكان المتسابقون مئة مثلًا، وليس فيهم إلاّ محلل واحد، وشرط أن يأخذ جميع ما أخرجوه إن سبق ولا يغرم إن سبق، وكل واحد من المتسابقين إن سبق، غنم، وإن سبق، غرم، صح العقد والشرط، قال الإمام: وهنا أصل آخر وهو أنهما إذا أطلقا شرط المال للسابق، فهل اللفظ للسابق المطلق، أم يتناول من سبق غيره وإن كان مسبوقًا لغيره؟ فيه وجهان: الصحيح: الأول، ويترتب على الأصلين الحكم في صور مجيء المتسابقين، فإذا تسابق اثنان ومحلل، نظر إن جاء المحلل ثم أحدهما ثم الفِسكِل، فللمحلل ما أخرجه الآتي بعده بلا خلاف، وفيما أخرجه الفسكل ثلاثة أوجه: أصحها: أنه للمحلل أيضًا لأنه السابق المطلق، والثاني: أنه له وللآتي بعده، لأنهما سبقا الفسكل، والثالث: هو للآتي بعده وحده، ولو سبق المحلل ثم جاءا معًا، فله السبقان بلا خلاف، ولو سبق المحلل مع أحدهما، فالذي سبق مع المحلل يحرز ما أخرجه وأما ما أخرجه الآخر، فهو له، وللمحلل على الصحيح المنصوص، وعند ابن خيران للمحلل خاصة، ولو سبق أحدهما، ثم جاء الثاني مع المحلل، أو جاء الثاني، ثم المحلل، أحرز السابق ما أخرجه وله أيضًا ما أخرجه الآخر على المنصوص، وعند ابن خيران لا يأخذه، ولا شيء للمحلل على المذهبين، ولو سبق أحدهما، ثم جاء المحلل، ثم الآخر، أحرز السابق ما أخرجه الآخر، فإن قلنا بالمنصوص، ففيه أوجه: أصحها: أنه للسابق أيضًا، والثاني: أنه له وللمحلل معًا، لأنهما سبقا الآخر، والثالث: أنه للمحلل وليس بشيء، وإن قلنا بقول ابن خيران، فهل هو للمحلل، أم يحرزه مخرجه، ولا يستحقه المحلل ولا السابق؟ وجهان: ولو سبقا معًا، ثم جاء المحلل، أو جاء الثلاثة معًا، لم يأخذ واحد منهم من غيره شيئًا، ويجوز أن يدخلا بينهما محللين وأكثر، فإذا تسابق اثنان ومحللان، فسبق أحد المحللين، ثم جاء أحد المتسابقين، ثم المحلل الثاني، ثم المتسابق الثاني، فما أخرجه المتسابق الأول، فللمحلل الأول، وأما ما أخرجه الآخر، فإن قلنا بالمنصوص، فهو للمحلل الأول أيضًا على الصحيح، لأنه السابق المطلق، وقيل: هو للمحللين والمتسابق الأول، لأنهم جميعًا سبقوا الثاني، وقياس الوجه الضعيف أنه للمحلل الثاني، وإن قلنا بقول ابن خيران،

فهو للمحلل الأول، وقيل: للمحللين، ولو جاء أولًا أحد المتسابقين، ثم أحد المحللين ثم المحلل الثاني، أحرز الأول ما أخرجه، وأما ما أخرجه الآخر، فإن قلنا بالمنصوص، فهو للمتسابق الأول على الصحيح، وقيل: له وللمحلل الأول، وعلى الوجه الضعيف: هو للمحلل الأول، وعلى قول ابن خيران: هو للمحلل الأول لا غير.

الشرط الخامس: أن يكون سبق كل واحد منهما ممكنًا، فإن كان فرس أحدهما، أو فرس المحلل ضعيفًا يقطع بتخلفه، أو فارهًا يقطع بتقدمه، لم يجز، هكذا أطلق عامة الأصحاب، وقال الإمام: إن أخرج أحدهما المال على أنه إن فاز، أحرز ما أخرجه، وإلاّ فهو لصاحبه، وكان صاحبه بحيث يقطع بأنه لا يسبق، فهذه مسابقة بلا مال، وإن كان يقطع بأنه يسبق، ففي صحة هذه المعاملة وجهان: أصحهما: الصحة، وحاصلها إخراج مال لمن يقطع بأنه يسبقه، فأشبه ما لو قال لرجل: ارم كذا، فإن أصبت منه كذا، فلك هذا المال، وإن أخرج كل واحد منهما مالًا، وأدخلا محللًا يعلم تخلفه قطعًا، فلا فائدة في إدخاله، ويبقى العقد على صورة القمار، فيبطل، وإن تيقن سبقه، ففيه الوجهان، وإن أخرجا المال ولا محلل وأحدهما بحيث يقطع بسبقه، فالذي يسبق كالمحلل، لأنه لا يستحق عليه شيء، وشرط المال من جهته لغو، وهذا التفصيل الذي ذكره الإمام حسن، ولو كان سبق أحدهما ممكنًا على الندور، ففي الاكتفاء به للصحة وجهان: أصحهما: وأقربهما إلى كلام الأصحاب: المنع، ولا اعتبار بالاحتمال النادر، ويتعلق بما نحن فيه اختلاف المركوبين جنسًا ونوعًا، أما النوع فلا يضر، فتجوز المسابقة بين فرس عربي وعجمي، وعربي وتركي، وقال أبو إسحاق: إذا تباعد نوعان، كالعتيق والهجين من الخيل، والنجيب والبختي من الإبل، لم يجز، وينبغي أن يرجح هذا وإن كان الأول أشهر، لأنه إذا تحقق التخلف فأي فرق بين أن يكون لضعف، أو لرداءة نوع.

وأما إذا اختلف الجنس، فإن كان كبعير وفرس، أو فرس وحمار فالأصح: المنع، وإن كان بغلًا وحمارًا وجوزنا المسابقة عليهما، فالأصح: الصحة، وبه أجاب ابن الصباغ.

الشرط السادس: تعيين المركوبين، فإن أحضرت الأفراس، وعقد على عينها، فذاك، وإن وصفت وعقد على الوصف، فهل تصح؟ وجهان: أصحهما: نعم، وبه قال العراقيون، قال الإمام: هو الأوجه، كما قام الوصف في السلم والزنى مقام الإحضار، ونقل الإمام عن العراقيين أنه إذا جرت المسابقة مطلقة، كان كجريان

المناضلة مطلقة، وسيأتي إن شاء الله تعالىٰ أنها على ماذا تحمل، وإذا تعلق العقد بعين فرس، لم يجز إبداله، فإن هلك، انفسخ العقد، وإذا عقد على الوصف، ثم أحضر فرس، فينبغي إن لا ينفسخ العقد بهلاكه.

الشرط السابع: أن يسبقا على الدابتين، فلو شرطا إرسالهما ليجريا بأنفسهما، فالعقد باطل، لأنها تنفر، ولا تقصد الغاية بخلاف الطيور إذا جوزنا المسابقة عليها، لأن لها هداية إلى الغاية.

الشرط الثامن: أن تكون المسافة بحيث يمكن للفرسين قطعها ولا ينقطعان، فإن كانت بحيث لا يصلان غايتها إلاّ بانقطاع وتعب، فالعقد باطل.

الشرط التاسع: أن يكون المال المشروط معلومًا، ويجوز أن يكون عينًا ودينًا، وبعضه عينًا وبعضه دينًا، وحالًا ومؤجلًا، فلو شرطا مالًا مجهولًا بأن قال: أعطيك ما شئت أو شئت، أو شرط دينارًا أو ثوبًا ولم يصف الثوب، أو دينارًا إلاّ ثوبًا، فالعقد باطل، وكذا لو شرطا دينارًا إلاّ درهمًا إلاّ أن يريد قدر الدرهم وعرفا قيمة الدينار بالدراهم، ولو قال: إن سبقتني، فلك هذه العشرة وترد ثوبًا، فالعقد باطل، لأنه شرط عوض عن السابق، وهو خلاف مقتضاه، ولو تسابقا على عوض كان في الذمة، فوجهان بناء على جواز الاعتياض عنه، ولو أخرج المال غيرهما، جاز أن يشرط لأحدهما أكثر من الآخر، وإن أخرجاه جاز أن يخرج أحدهما أكثر، وقال الصيمري والماوردي: إذا أخرجاه وجب التساوي جنسًا ونوعًا وقدرًا.

الشرط العاشر: اجتناب الشروط المفسدة، فلو قال: إن سبقتني، فلك هذا الدينار ولا أرمي بعد هذا أو لا أناضلك إلى شهر، بطل العقد، نص عليه. ولو شرط على السابق أن يطعم السبق أصحابه، بطل العقد على الصحيح، وقال أبو إسحاق: يصح، وقبوله الإطعام وعد إن شاء وفى به، وإن شاء لم يف.

**فصل:** الأشياء التي ذكر الأصحاب اعتبار السبق بها ثلاثة: أحدها: الكتد بفتح التاء وكسرها، والفتح أشهر، وهو مجمع الكفين بين أصل العنق والظهر. الثاني: الأقدام وهي القوائم. الثالث: الهادي وهو العنق، ونقل الإمام اختلاف وجه أو قول في أن الاعتبار بالهادي، أم بموضع الأقدام والكتد، ورأى الثاني أقيس، والذي يوجد لعامة الأصحاب في كتبهم أن الاعتبار في الإبل بالكتد، وفي الخيل بالهادي، لأن الإبل ترفع أعناقها في العدو، فلا يمكن اعتباره، والخيل تمدها، قالوا: فإذا استوى الفرسان في خلقة العنق طولًا وقصرًا، فالذي تقدم بالعنق، أو بعضه هو السابق، وإن اختلفا فإن تقدم أقصرهما عنقًا، فهو السابق، وإن تقدم الآخر، نظر إن تقدم بقدر زيادة الخلقة فما دونها، فليس بسابق، وإن تقدم

الآخر، نظر إن تقدم بقدر زيادة الخلقة فما دونها، فليس بسابق، وإن تقدم بأكثر، فسابق، وحكيت أوجه أخر ضعيفة، أحدها: أن عند اختلاف خلقة العنق يعتبر في الخيل الكتد، حكي عن أبي إسحاق ورجحه الروياني، والثاني: أن عند اختلاف الخلقة إذا سبق أطولهما عنقًا ببعض عنقه، وكتدهما سواء، كان سابقًا. والثالث: أنه إن كان في جنس الخيل ما يرفع الرأس عند العدو، اعتبر فيه الكتد كما في الإبل. والرابع: أن التقدم بأيهما حصل، حصل السبق، وعلى هذا لو تقدم أحدهما بأحدهما، والآخر بالآخر فلا سبق. والخامس: حكاه ابن القطان: لا يعتبر هذا ولا ذاك، بل يعتبر عرف الناس وما يعدونه سبقًا. والسادس: المعتبر تقدم الأذن. والسابع: المعتبر ما شرطاه من الكتد أو الهادي.

فهذا هو الكلام في الهادي والكتد، أما الكتد مع القدم، فقد قرن بينهم قارنون، وأقام أحدهما مقام الآخر آخرون، وأشار الفريقان إلى أنه لا فرق في الاعتبار بهما ولا خلاف، لأنهما قريبان من التحاذي، لكن بينهما مع التفاوت تفاوت، ولا يبعد أن يجعل اعتبار القدم وراء اعتبار الكتد والهادي، وقال صاحب «الحاوي»: لو اعتبر السبق بالقدم، فأيهما تقدمت يداه، فهو السابق، لأن السعي بهما والجري عليهما، لكن الشافعي رحمه الله اعتبر الهادي والكتد، وأما قول الغزالي: الاعتماد على القدم، فخلاف الجمهور، ثم قال الشيخ أبو محمد: الخلاف في أن السبق بماذا يعتبر؟ مخصوص بآخر الميدان، فأما في أوله، فيعتبر التساوي في الأقدام قطعًا.

**فروع:** تتعلق بالسبق: لو سبق أحدهما في وسط الميدان، والآخر في آخره، فالسابق الثاني. ولو عثر أحد الفرسين، أو ساخت قوائمه في الأرض فتقدم الآخر، لم يكن سابقًا، وكذا لو وقف بعد ما جرى لمرض ونحوه، فإن وقف بلا علة، فهو مسبوق، ولو وقف قبل أن يجري، فليس بمسبوق، سواء وقف لمرض أو لغيره، ولو تسابقا على أن من سبق منهما بأقدام معلومة على موضع كذا فله السبق جاز على الصحيح، والغاية في الحقيقة نهاية الأقدام من ذلك الموضع لكنه شرط في الاستحقاق تخلف الآخر عنها بالقدر المذكور.

**فرع:** ليجريا في وقت واحد، ويستحب أن تكون في الغاية قصبة مغروزة ليقطعها السابق، فيظهر لكل أحد بقدمه.

الطرف الثاني: في أحكامه: وفيه قاعدتان: إحداهما: هل عقد المسابقة لازم كالإجارة أم جائز كالجعالة؟ قولان، أظهرهما: الأول، ثم قيل: القولان فيما إذا أخرجا العوض جميعًا، أما إذا أخرجه أحدهما أو غيرهما، فجائز قطعًا،

والمذهب: طرد القولين في الحالين، قال الشيخ أبو محمد والأئمة: القولان فيمن التزم المال، فأما من لم يلتزم شيئًا، فجائز في حقه قطعًا، وقد يكون العقد جائزًا من جانب لازمًا من جانب، كالرهن والكتابة، وقيل: بطردهما فيمن لم يلتزم لأنه قد يقصد بمعاقدته تعلم الفروسية والرمي فيكون كالأجير، والمذهب يخصصهما بالملتزم، فإن قلنا: بالجواز فلكل واحد ترك العمل قبل الشروع فيه، وكذا بعده إن لم يكن لأحدهما فضل على الآخر، وكذا إن كان على الأصح، لأنه عقد جائز، وعلى هذا القول تجوز الزيادة والنقص في العمل، وفي المال بالتراضي، وإذا بذل أحدهما المال لا يشرط من صاحبه القبول على الصحيح، قال الإمام: وأجرى الأصحاب هذين الوجهين في الجعالة المتعلقة بمعين، بأن يقول: إن أردت عبدي فلك كذا، وفي ضمان السبق قبل تمام العمل والرهن به الخلاف السابق في ضمان الجعل والرهن به قبل تمام العلم، وقيل: إن لم يصح الضمان، لم يصح الرهن وإلا فوجهان: لأن الضمان أوسع بابًا، ولذلك يجوز ضمان الدرك دون الرهن به، وأما إذا قلنا باللزوم، فليس لأحدهما فسخ العقد دون الآخر، فإن ظهر بالعوض المعين عيب، ثبت حق الفسخ، وليس لأحدهما أن يترك العمل إن كان مفضولًا أو فاضلًا وأمكن أن يدركه صاحبه ويسبقه، وإلا فله الترك، لأنه ترك حق نفسه، ولا يجوز لهما الزيادة في العمل والمال ولا النقص منه إلا أن يفسخا العقد الأول، ويستأنفا عقدًا، وإذا سبق أحدهما اشترط قبول الآخر بالقول، ولا يكلف المسبق البداءة بتسليم المال على المذهب بخلاف الأجرة، لأن في المسابقة خطرًا، فيبدأ بالعمل، ويجوز ضمان السبق والرهن به على هذا القول على المذهب، وقال القفال: قولان كضمان ما لم يجب، وجرى سبب وجوبه، فأما بعد الفراغ من العمل فيجوز ضمان السبق والرهن به على القولين، وإن كان السبق عينًا، لزم المسبق تسليمها، فإن امتنع، أجبره الحاكم وحبسه عليه، ولو تلفت في يده بعد الفراغ من العمل، لزمه الضمان كالمبيع إذا تلف في يده قبل التسليم، ولو تلفت في يده قبل العمل، انفسخ العقد، ولو غاب لمرض ونحوه، فلم ينفسخ العقد، بل ينتظر زواله.

**فرع:** اشترى ثوبًا وعقد المسابقة بعشرة، إن قلنا: المسابقة لازمة، فهو جمع بيع وإجارة في صفقة وفي صحته قولان، وإن قلنا: جائزة، لم يصح قطعًا لأنه جمع بين جعالة لا تلزم، وبيع يلزم في صفقة، وذلك ممتنع.

القاعدة الثانية: إذا فسدت المسابقة، وركض المتسابقان، وسبق من لو صحت، استحق السبق، فالمذهب أنه يستحق أجرة المثل، وبه قطع الأكثرون كالإجارة والقراض الفاسدين، وقيل: لا يستحق شيئًا، لأنه لم يعمل لغيره شيئًا،

وفائدة عمله تعود إليه بخلاف الإجارة والجعالة الفاسدتين، وقيل: إن كان الفساد لخلل في العوض وأمكن تقويمه بأن كان مغصوبًا، وجبت قيمته، وإذا قلنا بالمذهب، ففي كيفية اعتبار أجرة المثل وجهان: قال ابن سلمة: هي أجرة مثل الزمن الذي اشتغل بالرمي فيه، وأصحهما: قول أبي إسحاق: يجب ما يتسابق بمثله في مثل تلك المسابقة غالبًا.

**قال المصنف رحمه الله تعالى: فصل: وتجوز المسابقة بعوض على الرمي بالنشاب والنبل، وكل ما له نصل يرمى به، كالحراب والرانات لحديث أبي هريرة، ولأنه يحتاج إلى تعلمه في الحرب فجاز أخذ العوض عليه، ويجوز على رمي الأحجار عن المقلاع، لأنه سلاح يرمى به فهو كالنشاب. وأما الرمح والسيف والعمود ففيه وجهان: أحدهما: تجوز المسابقة عليها بعوض لأنه سلاح يقاتل به فأشبه النشاب. والثاني: لا تجوز لأن القصد بالمسابقة التحريض على تعلم ما يعد للحرب، والمسابقة بهذه الآلات محاربة لا مسابقة، فلم تجز كالسبق على أن يرمي بعضهم بعضًا بالسهم.**

**فصل: وأما كرة الصولجان ومداحاة الأحجار ورفعها من الأرض، والمشابكة والسباحة واللعب بالخاتم والوقوف على رجل واحدة وغير ذلك من اللعب الذي لا يستعان به على الحرب، فلا تجوز المسابقة عليها بعوض، لأنه لا يعد للحرب، فكان أخذ العوض فيه من أكل المال بالباطل.**

**فصل: وإن كانت المسابقة على مركوبين فقد اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: لا تجوز إلا على مركوبين من جنس واحد كالفرسين والبعيرين، فإن سابق بين فرس وبعير، أو فرس وبغل، لم يجز لأن تفاضل الجنسين معلوم، وأنه لا يجري البغل في شوط الفرس كما قال الشاعر:**

**إن المذرع لا تغني خؤولته كالبغل يعجز عن شوط المحاضير**

**ويجوز أن يسابق بين العتيق والهجين، لأن العتيق في أول شوطه أحد وفي آخره ألين، والهجين في أول شوطه ألين وفي آخره أحد. فربما صارا عند الغاية متكافئين. ومنهم من قال وهو قول أبي إسحاق: أنه يعتبر التكافؤ بالتقارب في السبق، فإن تقارب جنسان كالبغل والحمار جاز، لأنه يجوز أن يكون كل واحد منهما سابقًا والآخر مسبوقًا، وإن تباعد نوعان من جنس كالهجين والعتيق والبختي والنجيب لم يجز، لأنه يعلم أن أحدهما لا يجري في شوط الآخر. قال الشاعر:**

**إن البراذين إذا أجريتها مع العتاق ساعة أعنيتها**

**فلا معنى للعقد عليه.**

**فصل: ولا تجوز إلا على مركوبين معينين، لأن القصد معرفة جوهرهما، ولا يعرف ذلك إلا بالتعيين.**

فصل: ولا تجوز إلا على مسافة معلومة الابتداء والانتهاء لحديث ابن عمر ﷺ أن النبي ﷺ سابق بين الخيل المضمرة من الحفياء إلى ثنية الوداع، وما لم يضمر منها من ثنية الوداع إلى مسجد بني زريق[1]، ولأنهما إذا تسابقا على اجراء الفرسين حتى يسبق أحدهما الآخر إلى غير غاية لم يؤمن أن لا يسبق أحدهما الآخر إلى أن يعطبا، ولا يجوز أن يكون اجراؤه إلا بتدبير الراكب، لأنهما إذا جريا لأنفسهما تنافرا ولم يقفا على الغاية. وإن تسابقا على أن من سبق صاحبه بخمسة أقدام فأكثر كان السبق له، فقد قال أبو علي الطبري في الإفصاح: يجوز ذلك عندي، لأنهما يتحاطان ما تساويا فيه، وينفرد أحدهما بالقدر الذي شرطه، فجاز كما يجوز في الرمي أن يتناضلا على أن يتحاطا ما تساويا فيه، ويفضل لأحدهما عدد. قال أبو علي الطبري: ورأيت من أصحابنا من منع ذلك وأبطله ولا أعرف له وجهًا.

فصل: وإن كان المخرج للسبق هو السلطان، أو رجل من الرعية، لم يخل أما أن يجعله السابق منهم أو لبعضهم أو لجميعهم، فإن جعلة للسابق بأن قال: من سبق منكم فله عشرة جاز؛ لأنه يجتهد كل واحد منهم أن يكون هو السابق ليأخذ السبق، فيحصل على المقصود؛ فإن سبق واحد منهم استحق العشرة لأنه سبق، وان سبق اثنان أو ثلاثة وجاؤوا مكانًا واحدًا، اشتركوا في العشرة لأنهم اشتركوا في السبق، فإن جاؤوا كلهم مكانًا واحدًا لم يستحق واحد منهم، لأنه لم يسبق منهم أحد. وان جعله لبعضهم بأن جعله المجلى والمصلى، ولم يجعل للباقي جاز، لأن كل واحد منهم يجتهد أن يكون هو المجلى أو المصلى، ليأخذ السبق فيحصل المقصود. وان جعله لجميعهم ـ نظرت، فإن سوى بينهم بأن قال: من جاء منكم إلى الغاية فله عشرة ـ لم يصح، لأن القصد من بذل العوض هو التحريض على المسابقة وتعلم الفروسية، فإذا سوى بين الجميع علم كل واحد منهم أنه استحق السبق، تقدم أو تأخر، فلا يجتهد في المسابقة فيبطل المقصود.

وإن شرط للجميع، وفاضل بينهم بأن قال: للمجلي وهو الأول مائة، وللمصلّى وهو الثاني خمسون، وللتالي وهو الثالث أربعون؛ وللبارع وهو الرابع ثلاثون وللمرتاح وهو الخامس عشرون. وللحظى وهو السادس خمسة عشر، وللعاطف وهو السابع عشرة، وللمرمل وهو الثامن ثمانية، وللطيم وهو التاسع خمسة. وللسكيت وهو العاشر درهم، وللفسكل وهو الذي يجيء بعد الكل نصف درهم ففيه وجهان: أحدهما: يجوز لأن كل واحد منهم يجتهد ليأخذ الأكثر. والثاني: لا يجوز لأن كل واحد منهم يعلم أنه لا يخلو من شيء تقدم أو تأخر،

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢٥٧٩) وابن ماجه في سننه برقم (٢٨٧٦) وأحمد في المسند (٢/ ٥٠٥) والدارقطني في سننه (٤/ ١١١) والحاكم في المستدرك (٢/ ١١٤).

فلا يجتهد في المسابقة. وإن جعل للأول عشرة وللثالث خمسة وللرابع أربعة ولم يجعل للثاني شيئًا ففيه وجهان: أحدهما: يصح ويقوم الثالث مقام الثاني، والرابع مقام الثالث، لأن الثاني بخروجه من السبق يجعل كأن لم يكن. والثاني: أنه يبطل، لأنه فضل الثالث والرابع على من سبقهما.

فصل: فإن كان المخرج للسبق هما المتسابقان ـ نظرت، فإن كان معهما محلل وهو ثالث على فرس كفء لفرسيهما ـ صح العقد، وإن لم يكن معهما محلل فالعقد باطل، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من أدخل فرسًا بين فرسين وهو لا يأمن أن يسبق فلا بأس، ومن أدخل فرسًا بين فرسين وقد أمن أن يسبق فهو قمار»، ولأن مع المحلل لا يكون قمارًا، لأن فيهم من يأخذ إذا سبق، ولا يعطى إذا سبق وهو المحلل، ومع عدم المحلل ليس فيهم إلا من يأخذ إذا سبق، ويعطى إذا سبق، وذلك قمار. وإن كان المحلل اثنين أو أكثر جاز، لأن ذلك أبعد من القمار، وان كانت المسابقة بين حزبين كان حكمهما في المحلل حكم الرجلين، لأن القصد من دخول المحلل الخروج من القمار، وذلك يحصل بالمحلل الوحد مع قلة العدد وكثرته.

واختلف أصحابنا في دخول المحلل فذهب أكثرهم إلى أن دخول المحلل لتحليل السبق، لكل من سبق منهم، وذهب أبو علي بن خيران إلى أن دخوله لتحليل السبق لنفسه، وأن يأخذ إذا سبق، ولا يأخذان إذا سبقًا، لأنا لو قلنا: أنهما إذا سبقا أخذا حصل فيهم من يأخذ مرة ويعطي مرة، وهذا قمار، والمذهب الأول، لأنا بينا أنهما بدخول المحلل خرجا من القمار، لأن في القمار ليس فيهم إلا من يعطي مرة ويأخذ مرة، وبدخول المحلل قد حصل فيهم من يأخذ ولا يعطي، فلم يكن قمارًا، فإن تسابقوا ـ نظرت، فإن انتهوا إلى الغاية معًا ـ أحرز كل واحد منهما سبقه، لأنه لم يسبقه أحد، ولم يكن للمحلل شيء، لأنه لم يسبق واحدًا منهما،، وإن سبق المخرجان أحرز كل واحد منهما سبقه، لأنهما تساويا في السبق ولا شيء للمحلل لأنه مسبوق، وإن سبقهما المحلل أخذ سبقهما لأنه سبقهما، وإن سبق أحد المخرجين وتأخر المحلل والمخرج الآخر، أحرز السابق سبق نفسه.

وفي سبق المسبوق وجهان: المذهب أنه للسابق المخرج لأنه انفرد بالسبق، وعلى مذهب ابن خيران يكون سبق المسبوق لنفسه لأنه لا يستحقه السابق المخرج على قوله، ولا يستحقه المحلل لأنه لم يسبق. وإن سبق المحلل وأحد المخرجين أحرز السابق سبق نفسه، وفي سبق المسبوق وجهان المذهب أنه بين المخرج السابق والمحلل، وعلى مذهب ابن خيران يكون سبقه للمحلل، وإن سبق أحد المخرجين ثم جاء المحلل ثم جاء المخرج الآخر، ففيه وجهان: المذهب أن سبق المسبوق للمخرج السابق بسبقه، وعلى مذهب ابن خيران يكون للمحلل دون السابق، وان سبق أحد المخرجين ثم جاء المخرج الثاني، ثم جاء المحلل ففيه وجهان، المذهب أن سبق المسبوق للسابق، وعلى مذهب ابن خيران يكون

للمسبوق، لأن المخرج السابق لا يستحقه والمحلل لم يسبق فبقي على ملك صاحبه.

فصل: وإن كان المخرج للسبق أحدهما جاز من غير محلل لأن فيهم من يأخذ ولا يعطي وهو الذي لم يخرج، فصار كما لو كان السبق منهما وبينهما محلل، فإن تسابقا فسبق المخرج أحرز السبق، وإن سبق الآخر أخذ سبقه، وإن جاءا معًا أحرز المخرج السبق، لأنه لم يسبقه الآخر.

فصل: ويطلق الفرسان من مكان واحد في وقت واحد، لما روى الحسن أو خلاس عن علي كرم الله وجهه «أن النبي ﷺ قال لعلي: يا علي قد جعلت إليك هذه السبقة بين الناس، فخرج علي كرم الله وجهه فدعا بسراقة بن مالك فقال: يا سراقة إني قد جعلت إليك ما جعل النبي ﷺ في عنقي من هذه السبقة، في عنقك، فإذا أتيت الميطان نصف الخيل ثم ناد ثلاثًا: هل مصلح للجام أو حامل لغلام أو طارح لجل، فإذا لم يجبك أحد فكبر ثلاثًا، ثم خلها عند الثالثة يسعد الله بسبقه من يشاء من خلقه»[(١)]، فإن كان بينهما محلل وتنازعا في مكانه جعل بينهما، لأنه أعدل وأقطع للتنافر.

وإن اختلف المتسابقان في اليمين واليسار أقرع بينهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر، ولا يجلب وراءه، لما روى ابن عباس رضي الله عنهما، أن النبي ﷺ قال: «من أجلب على الخيل يوم الرهان فليس منا»[(٢)]، قال مالك: الجلب أن يجلب وراء الفرس حين يدنو أو يحرك وراء الشن، ليستحث به السبق.

فصل: وأما ما يسبق به فينظر فيه فإن شرط في السبق أقدامًا معلومة لم يستحق السبق بما دونها لأنه شرط صحيح فتعلق الاستحقاق به وإن اطلق ـ نظرت فإن تساوى المركوبان في طول العنق ـ اعتبر السبق بالعنق أو بالكتد، فإن سبق أحدهما بالعنق أو ببعضه أو بالكتد أو ببعضه فقد سبق، وإن اختلفا في العنق اعتبر السبق بالكتد لأنه لا يختلف، وان سبق أطولهما عنقًا بقدر زيادة الخلقة لم يحكم له بالسبق لأنه يسبق بزيادة الخلقة لا بجودة الجري.

فصل: وإن عثر أحد الفرسين أو ساخت قوائمه في الأرض أو وقف لعلة أصابته فسبقه الآخر لم يحكم للسابق بالسبق لأنه لم يسبق بجودة الجري ولا تأخر المسبوق لسوء جريه.

فصل: وإن مات المركوب قبل الفراغ بطل العقد، لأن العقد تعلق بعينه، وقد فات بالموت، فبطل كالمبيع إذا هلك قبض القبض. وان مات الراكب ـ فإن قلنا: إنه كالجعالة ـ بطل العقد بموته، وإن قلنا: إنه كالإجارة لم يبطل وقام الوارث فيه مقامه.

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه (١٠/ ٢٢) والدارقطني في سننه (٤/ ٣٠٥).

(٢) أخرجه الطبراني في معجمه الكبير (١١/ ٢٢٢).

فصل: وإن كان العقد على الرمي لم يجز بأقل من نفسين، لأن المقصود معرفة الحذق، ولا يبين ذلك بأقل من اثنين، فإن قال رجل لآخر: ارم عشرًا وناضل فيها خطأك بصوابك، فإن كان صوابك أكثر فلك دينار، لم يجز، لأنه بذل العوض على أن يناضل نفسه. وقد بينا أن ذلك لا يجوز.

وإن قال: ارم عشرة فإن كان صوابك أكثر فلك دينار، ففيه وجهان: أحدهما: يجوز لأنه بذل له العوض على عمل معلوم، لا يناضل فيه نفسه، فجاز. والثاني: لا يجوز لأنه جعل العوض في مقابلة الخطأ والصواب، والخطأ لا يستحق به بدل.

فصل: ولا يجوز اخراج السبق إلا على ما ذكرناه في المسابقة من اخراج العوض منهما أو من غيرهما، وفي دخول المحلل بينهما.

فصل: ولا يصح حتى يتعين المترامیان، لأن المقصود معرفة حذقهما، ولا يعلم ذلك إلا بالتعيين، فإن كان أحدهما كثير الإصابة والآخر كثير الخطأ، ففيه وجهان: أحدهما: لا يجوز لأن نضل أحدهما معلوم، فيكون الناضل منهما كالآخذ للمال من غير نضال، وذلك من أكل المال بالباطل. والثاني: لا يجوز لأن أخذ المال منه يبعثه على معاطاة الرمي والحذق فيه.

فصل: ولا يصح إلا على آلتين متجانستين فإن عقد على جنسين بأن يرمي أحدهما بالنشاب، والآخر بالحراب، لم يجز، لأنه لا يعلم فضل أحدهما على الآخر في واحد من الجنسين، وإن عقد على نوعين من جنس بأن يرمي أحدهما بالنبل والآخر بالنشاب، أو يرمي أحدهما على قوس عربي، والآخر على قوس فارسي جاز، لأن النوعين من جنس واحد يتقاربان، فيعرف به حذقهما، فإن أطلق العقد في موضع العرف فيه نوع واحد حمل العقد عليه، وان لم يكن فيه عرف لم يصح حتى يبين، لأن الأغراض تختلف باختلاف النوعين، فوجب بيانه. وان عقد على نوع فأراد أن ينتقل إلى نوع آخر لم تلزمه الإجابة إليه، لأن الأغراض تختلف باختلاف الأنواع، فإن من الناس من يرمي بأحد النوعين أجود من رميه بالنوع الآخر. وان عقد على قوس بعينها فأراد أن ينتقل إلى غيرها من نوعها جاز، لأن الأغراض لا تختلف باختلاف الأعيان، فإن شرط على أنه لا يبدل فهو على الأوجه الثلاثة فيمن استأجر ظهرًا ليركبه على أن لا يركبه مثله وقد بيناها في كتاب الإجارة.

فصل: ولا يجوز إلا على رشق معلوم، وهو العدد الذي يرمي به، لأنه إذا لم يعرف منتهى العدد لم يبن الفضل ولم يظهر السبق.

فصل: ولا يجوز إلا على إصابة عدد معلوم، لأنه لا يبين الفضل إلا بذلك، فإن شرط إصابة عشرة من عشرة أو تسعة من عشرة ففيه وجهان: أحدهما: يصح لأنه قد يصيب ذلك، فصح العقد كما لو شرط إصابة ثمانية من عشرة والثاني: لا يصح لأن إصابة ذلك تندر وتعذر، فبطل المقصود بالعقد.

فصل: ولا يجوز إلا أن يكون مدى الغرض معلومًا، لأن الإصابة تختلف بالقرب والبعد، فوجب العلم به، فإن كان في الموضع غرض معلوم المدى فأطلق العقد جاز وحمل عليه، كما يجوز أن يطلق الثمن في البيع في موضع فيه نقد واحد، وإن لم يكن فيه غرض معلوم المدى، لم يجز العقد حتى يبين، فإن أطلق العقد بطل، كما يبطل البيع بثمن مطلق في موضع لا نقد فيه، ويجوز أن يكون مدى الغرض قدرًا يصيب مثلهما في مثله في العادة؛ ولا يجوز أن يكون قدرًا لا يصيب مثلهما في مثله؛ وفيما يصيب مثلهما في مثله نادرًا وجهان: أحدهما: يجوز لأنه قد يصيب مثلهما في مثله، فإذا عقدا عليه بعثهما العقد على الاجتهاد في الإصابة. والثاني: لا يجوز لأن إصابتهما في مثله تندر فلا يحصل المقصود. وقدر أصحابنا ما يصاب منه بمائتين وخمسين ذراعًا، وما لا يصاب بما زاد على ثلثمائة وخمسين ذراعًا، وفيما بينهما وجهان، فإن ترامیا على غير غرض على أن يكون السبق لأبعدهما رميًا ففيه وجهان: أحدهما: يجوز لأنه يمتحن به قوة الساعد، ويستعان به على قتال من بعد من العدو. والثاني: لا يجوز لأن الذي يقصد بالرمي هو الإصابة، فأما الأبعاد فليس بمقصود فلم يجز أخذ العوض عليه.

فصل: ويجب أن يكون الغرض معلومًا في نفسه فيعرف طوله وعرضه، وقدر انخفاضه وارتفاعه من الأرض، لأن الإصابة تختلف باختلافه، فإن كان العقد في موضع فيه غرض معروف فأطلق العقد حمل عليه، كما يحمل البيع بثمن مطلق في موضع فيه نقد متعارف على نقد البلد، وإن لم يكن فيه غرض وجب بيانه، والمستحب أن يكون الرمي بين غرضين،، لما روى عبد الدائم بن دينار قال: «بلغني أن ما بين الهدفين روضة من رياض الجنة». وعن عقبة بن عامر: «أنه كان يرمي بين غرضين بينهما أربعمائة». وعن ابن عمر أنه «كان يختفي بين الغرضين»، وعن أنس «أنه يرمي بين الهدفين»، ولأن ذلك أقطع للتنافر وأقل للتعب.

فصل: ويجب أن يكون موضع الإصابة معلومًا، وإن الرمي إلى الهدف وهو التراب الذي يجمع أو الحائط الذي يبنى أو إلى الغرض، وهو الذي ينصب في الهدف، أو الشن الذي في الغرض، أو الدارة التي في الشن، أو الخاتم الذي في الدارة، لأن الغرض يختلف باختلافها، فإن أطلق العقد حمل على الغرض، لأن العرف في الرمي إصابة الغرض فحمل العقد عليه، ويجب أن تكون صفة الرمي معلومة من القرع، وهو إصابة الغرض أو الخزق وهو أن يثقب الشن، أو الخسق وهو الذي يثقبه، ويثبت فيه؛ أو المرق وهو الذي ينفذ منه، أو الخرم وهو أن يقطع طرف الشن ويكون بعض السهم في الشن وبعضه خارجًا منه، لأن الحذق لا يبين إلا بذلك، فإن أطلق العقد حمل على القرع، لأنه هو المتعارف، فحمل مطلق العقد عليه، فإن شرط قرع عشرة من عشرين، وأن يحسب خاسق كل واحد

منهما بقارعين، جاز لأنهما يتساويان فيه، وإن أصاب أحدهما تسعة قرعًا، وأصاب الآخر قارعين وأربعة خواسق فقد نضله لأنه استكمل العشرة بالخواسق.

فصل: واختلف أصحابنا في بيان حكم الإصابة أنه مبادرة أو محاطة أو حوابي، فمنهم من قال: يجب بيانه، فإن أطلق العقد لم يصح، لأن حكمها يختلف وأغراض الناس فيها لا تتفق فوجب بيانه، ومنهم من قال: يصح ويحمل على المبادرة لأن المتعارف في الرمي هو المبادرة، واختلفوا في بيان من يبتدىء بالرمي؛ فمنهم من قال: يجب، فإن أطلق العقد بطل، وهو المنصوص؛ لأن ذلك موضوع على نشاط القلب وقوة النفس، ومتى قدم أحدهما انكسر قلب الآخر، وساء رميه، فلا يحصل مقصود العقد، ومنهم من قال: يصح لأن ذلك من توابع العقد ويمكن تلافيه بما تزول به التهمة من العرف أو القرعة، فإذا قلنا: أنه يصح ففي البادىء وجهان: أحدهما: إن كان السبق من أحدهما قدم، لأن له مزية بالسبق، وإن كان السبق منهما أقرع بينهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر. والثاني: لا يبدأ أحدهما إلا بالقرعة، لأن أمر المسابقة موضوع على أن لا يفضل أحدهما على الآخر بالسبق، فإن كان الرمي بين غرضين فبدأ أحدهما من أحد الغرضين بدأ الآخر من الغرض الآخر، لأنه أعدل وأسهل، فإن كانت البداية لأحدهما فبدأ الآخر ورمى لم يحسب له إن اصاب ولا عليه إن أخطأ، لأنه رمى بغير عقد فلم يعتد به، وإن اختلفا في موضع الوقوف كان الأمر إلى من له البداية، لأنه لما ثبت له السبق ثبت له اختيار المكان، فإذا صار الثاني إلى الغرض الثاني صار الخيار في موضع الوقوف إليه ليستويا، وإن طلب أحدهما استقبال الشمس والآخر استدبارها أجيب من طلب الاستدبار لأنه أوفق للرمي.

فصل: ويجوز أن يرميا سهمًا سهمًا وخمسًا خمسًا، وأن يرمي كل واحد منهما جميع الرشق، فإن شرطًا شيئًا من ذلك حملا عليه، وإن أطلق العقد تراسلا سهمًا سهمًا، لأن العرف فيه ما ذكرناه، وإن رمى أحدهما أكثر مما له لم يحسب له إن أصاب، ولا عليه إن أخطأ، لأنه رمى من غير عقد فلم يعتد به.

فصل: ولا يجوز أن يتفاضلا في عدد الرشق، ولا في عدد الإصابة ولا في صفة الإصابة ولا في محل الإصابة، ولا أن يحسب قرع أحدهما خسقًا، ولا أن يكون في يد أحدهما من السهام أكثر مما في يد الآخر في حال الرمي، ولا أن يرمي أحدهما والشمس في وجهه لأن القصد أن يعرف حذقهما، وذلك لا يعرف مع الاختلاف، لأنه إذا نضل أحدهما كان النضل بما شرط لا بجودة الرمي، فإن شرط شيئًا من ذلك بطل العقد، لأنه في أحد القولين كالإجارة، وفي الثاني كالجعالة، والجميع يبطل بالشرط الفاسد.

وهل يجب للناضل في الفاسد أجرة المثل؟ فيه وجهان: أحدهما: لا تجب. وهو قول أبي إسحاق لأنه لا يحصل للمسبوق منفعة بسبق السابق، فلم تلزمه

أجرته. والثاني: تجب، وهو الصحيح، لأن كل عقد وجب المسمى في صحيحه وجب عوض المثل في فاسده كالبيع والإجارة.

فصل: وإن شرط على السابق أن يطعم أصحابه من السبق بطل الشرط، لأنه شرط ينافي مقتضى العقد، فبطل، وهو يبطل العقد المنصوص أنه يبطل لأنه تمليك مال شرط فيه شرط يمنع كمال التصرف، فإذا بطل الشرط بطل العقد، كما لو باعه سلعة بألف على أن يتصدق بها. وقال أبو إسحاق: يحتمل قولًا آخر: لا يبطل، كما قال فيمن أصدق امرأته ألفين على أن تعطي أباها ألفًا أن الشرط باطل ويصح الصداق، فإذا قلنا بالمنصوص سقط المستحق، وهل يرجع السابق بأجرة المثل؟ على الوجهين.

فصل: وإذا تناضلا لم يخل إما أن يكون الرمي مبادرة أو محاطة أو حوابي فإن كان مبادرة، وهو أن يعقد على إصابة عدد من الرشق وأن من بدر منهما إلى ذلك مع تساويهما في الرمي كان ناضلًا، فإن كان العقد على إصابة عشرة من ثلاثين نظرت ـ فإن أصاب أحدهما عشرة من عشرين، وأصاب الآخر تسعة من عشرين، فالأول ناضل لأنه بادر إلى عدد الإصابة، وإن أصاب كل واحد منهما عشرة من عشرين لم ينضل واحد منهما ويسقط رمي الباقي، لأن الزيادة على عدد الإصابة غير معتد بها، وإن أصاب الأول تسعة من عشرين وأصاب الآخر خمسة من عشرين فالنضال بحاله، لأنه لم يستوفِ واحد منهما عدد الإصابة فيرميان، فإن رمى الأول سهمًا وأصاب فقد فلح وسقط رمي الباقي، وإن رمى الأول خمسة فأخطأ في جميعها ورمى الثاني فأصاب في جميعها، فإن الناضل هو الثاني ويسقط رمي ما بقي من الرشق، لأن الأول أصاب تسعة من خمسة وعشرين. وأصاب الثاني عشرة من خمسة وعشرين، وإن أصاب الأول تسعة من تسعة عشر وأصاب الآخر ثمانية من تسعة عشر فرمى البادىء سهمًا فأصاب فقد نضل، ولا يرمي الثاني ما بقي من رشقه لأنه لا يستفيد به نضلًا ولا مساواة، لأن الباقي من رشقه سهم، وعليه إصابة سهمين، فإن أصاب كل واحد منهما تسعة من عشرة ثم رمى البادىء فأصاب جاز للثاني أن يرمي، لأنه ربما يصيب فيساويه.

فصل: وإن كان الرمي محاطة وهو أن يعقدا على إصابة عدد من الرشق وأن يتحاطا ما استويا فيه من عدد الإصابة ويفضل لأحدهما عدد الإصابة فيكون ناضلًا نظرت، فإن كان العقد على إصابة خمسة من عشرين فأصاب كل واحد منهما خمسة من عشرة لم ينضل أحدهما الآخر، لأنه لم يفضل له عدد من الإصابة ويرميان ما تبقى من الرشق، لأنه يرجو كل واحد منهما أن ينضل، فإن فضل لأحدهما بعد تساويهما في الرمي وإسقاط ما استويا فيه عدد الإصابة لم يخل ـ إما أن يكون قبل إكمال الرشق أو بعده ـ فإن كان بعد إكمال الرشق بأن رمى أحدهما عشرين وأصابها، ورمى الآخر فأصاب خمسة عشر، فالأول هو

الناضل، لأنه يفضل له بعد المحاطة فيما استويا فيه عدد الإصابة، وإن كان قبل كمال الرشق وطالب صاحب الأقل صاحب الأكثر برمي باقي الرشق نظرت، فإن لم يكن له فائدة مثل أن يرمي الأول خمسة عشر وأصابها، ورمى الثاني خمسة عشر فأصاب خمسة، لم يكن له مطالبته لأن أكثر ما يمكن أن يصيب فيما بقي له وهو خمسة، ويبقى للأول خمسة فينضله بها، وإن كان له فيه فائدة بأن يرجو أن ينضل بأن يرمي أحدهما أحد عشر فيصيب ستة ويرمي الآخر عشرة. فيصيب واحدًا، ثم يرمي صاحب الستة فيخطىء فيما بقي له من الرشق. ويرمي صاحب الواحد فيصيب في جميع ما بقي له فينضله بخمسة أو يساويه بأن يرمي أحدهما خمسة عشر. فيصيب منها عشرة ويرمي الآخر خمسة عشر فيصيب منها خمسة. ثم يرمي صاحب العشرة فيخطىء في الجميع، ويرمي صاحب الخمسة فيصيب، فيساويه أو يقلل إصابته بأن يصيب أحدهما أحد عشر من خمسة عشر، ويصيب الآخر سهمين من خمسة عشر، ثم يرمي صاحب الأحد عشر ما بقي له من رشقه فيخطىء في الجميع، ويرمي صاحب السهمين فيصيب في الجميع فيصير له سبعة، ويبقى لصاحبه أربعة، فهل لأقلهما إصابة مطالبة الآخر بإكمال الرشق؟ فيه وجهان: أحدهما: ليس له مطالبته لأنه بدر إلى الإصابة مع تساويهما في الرمي؟ بعد المحاطة فحكم له بالسبق. والثاني: له مطالبته لأن مقتضى المحاطة إسقاط ما استويا فيه من الرشق. وقد بقي من الرشق بعضه.

فصل: وإن كان العقد على حوابي وهو أن يشترطا إصابة عدد من الرشق على أن يسقط ما قرب من إصابة أحدهما ما بعد من إصابة الآخر: فمن فضل له بعد ذلك مما اشترطا عليه من العدد كان له السبق. فإن رمى أحدهما فأصاب من الهدف موضعًا بينه وبين الغرض قدر شبر حسب له، فإن رمى الآخر فأصاب موضعًا بينه وبين الغرض قدر أصبع حسب له وأسقط ما رماه الأول فإن عاد الأول ورمى فأصاب الغرض أسقط ما رماه صاحبه. وإن أصاب أحدهما الشن وأصاب الآخر العظم الذي في الشن فقد قال الشافعي رحمه الله: من الرماة من قال: إنه تسقط الإصابة من العظم ما كان أبعد منه.

قال الشافعي رحمه الله: وعندي أنهما سواء. لأن الغرض كله موضع الإصابة فإن استوفيا الرشق ولم يفضل أحدهما صاحبه بالعدد الذي اشترطاه فقد تكافآ وان فضل أحدهما صاحبه بالعدد أخذ السبق.

وحكى عن بعض الرماة أنهما إذا أصابا أعلا الغرض لم يتقايسا. قال والقياس أن يتقايسا لأن أحدهما أقرب إلى الغرض من الآخر فأسقط الأقرب الأبعد كما لو أصابا أسفل الغرض أو جنبه.

فصل: وإن كان النضال بين حزبين جاز. وحكى عن أبي علي ابن أبي هريرة أنه قال: لا يجوز، لأنه يأخذ كل واحد منهم بفعل غيره، والمذهب الأول لما رويناه في أول الكتاب من حديث سلمة بن الأكوع، وينصب كل واحد من الحزبين

زعيمًا يتوكل لهم في العقد، ولا يجوز أن يكون زعيم الحزبين واحدًا، كما لا يجوز أن يكون وكيل المشتري والبائع واحدًا، ولا يجوز إلا على حزبين متساويي العدد لأن القصد معرفة الحذق، فإذا تفاضلا في العدد فضل أحدهما الآخر بكثرة العدد لا بالحذق وجودة الرمي، ويجب أن يتعين الرماة كما قلنا في نضال الاثنين، ولا يجوز أن يتعينوا إلا بالاختيار، فإن اقترع الزعيمان على أن من خرجت عليه قرعة أحدهما كان معه لم يجز، لأنه ربما أخرجت القرعة الحذاق لأحد الحزبين والضعفاء للحزب الآخر، فإن عدل بين الحزبين في القوة والضعف بالاختيار، ثم اقترع الزعيمان على أن من خرجت قرعته على أحد الحزبين كان معه لم يجز، لأنه عقد معاوضة فلم يجز تعيين المعقود عليه فيه بالقرعة كالبيع.

ويجب أن يكون على عدد من الرشق معلوم، فإن كان عدد كل حزب ثلاثة اعتبر أن يكون عدد الرشق له ثلث صحيح كالثلاث والستين، وإن كانوا أربعة اعتبر أن يكون عدد الرشق له ربع صحيح كالأربعين والثمانين، لأنه إذا لم يفعل ذلك بقي سهم ولا يمكن اشتراك جماعة من سهم واحد، فإن خرج في أحد الحزبين من لا يحسن الرمي بطل العقد فيه، لأنه ليس بمحل في العقد وسقط من الحزب الآخر بإزائه واحد، كما إذا بطل البيع في أحد العبدين سقط ما في مقابلته من الثمن وهل يبطل العقد في الباقي من الحزبين؟ فيه قولان بناء على تفريق الصفقة.

فإن قلنا: لا يبطل في الباقي ثبت للحزبين الخيار في فسخ العقد، لأن الصفقة تبعضت عليهم بغير اختيارهم، فإن اختاروا البقاء على العقد وتنازعوا فيمن يخرج في مقابلته من الحزب الآخر فسخ العقد، لأنه تعذر إمضاؤه على مقتضاه ففسخ. ومن أصحابنا من قال: يبطل في الجميع قولًا واحدًا، لأن من في مقابلته من الحزب الآخر لا يتعين»، ولا سبيل إلى تعيينه بالقرعة، فبطل في الجميع. فإن نضل أحد الحزبين الآخر ففي قسمة المال بين الناضلين وجهان: أحدهما: قسم بينهم بالسوية كما يجب على المنضولين بينهم بالسوية، فعلى هذا إن خرج فيهم من لم يصب استحق. والثاني: تقسم بينهم على قدر اصاباتهم لأنهم استحقوا بالإصابة فاختلف باختلاف الإصابة، ويخالف ما لزم المنضولين، فإن ذلك وجب بالالتزم والاستحقاق بالرمي، فاعتبر بقدر الإصابة، فعلى هذا إن خرج فيهم من لم يصب لم يستحق شيئًا، وبالله التوفيق.

**الشرح:** قوله: «الرشق» أي عدد الرمي، والمدى: الغاية، والغرض هو الذي ينصب ليرمى، والحوابي جمع حابي، والحابي من السهام الذي يقع على الأرض يزحف إلى الهدف، وقوله: «فلج» أي غلب، وقوله: «فقد نضل» أي غلب بالمناضلة وهي المراماة، والحزب أي الجماعة، وتحزبوا أي تجمعوا، وقوله: «المزدلف»

ازدلف السهم أي اقترب، وقوله: «فعارضه عارض» أي منعه، والتشويش: التخليط، والدعة: الراحة والسكون.

أما الأحكام: فالرمي فيه طرفان:

الطرف الأول: في شروطه، وهي ستة:

أحدها: المحلل، فمال المناضلة على نحو ما ذكرنا في المسابقة، وهو أن يخرجه غير المتناضلين، أو أحدهما أو كلاهما، وصورة القسم الأول أن يقول الإمام أو أجنبي: ارميا عشرة، فمن أصاب منها كذا، فله كذا، وصورة القسم الثاني أن يقول أحدهما: نرمي كذا، فإن أصبت أنت منها كذا، فلك علي كذا، وإن أصبتها أنا، فلا شيء لأحدنا على صاحبه، وصورة الثالث: أن يشرط كل واحد المال على صاحبه إن أصاب، وهذا الثالث لا يجوز إلا بمحلل معهما كما سبق.

وكما تجوز المناضلة بين اثنين تجوز بين حزبين كما سيأتي إن شاء الله تعالىٰ، وحينئذ، فكل حزب كشخص، فإن أخرج المال أحد الحزبين أو أجنبي، جاز، وإن أخرجاه اشترط محلل، إما واحد وإما حزب، ولو أخرجه الحزبان، وشرطوا لواحد من أحد الحزبين إن كان الفوز لحزبه، شاركهم في أخذ المال، وإن كان للحزب الآخر، فلا شيء على ذلك الواحد إنما يغرم أصحابه، أو اشتمل كل حزب على محلل على هذه الصورة، فثلاثة أوجه: أصحها: لا يجوز، لأن المحلل من إذا فاز، استبد بالمال، وهذا يشارك أصحابه، والثاني: الصحة، والثالث: يصح في الصورة الثانية دون الأولى، ولو شرط كل حزب كل المال لمحللهم، بطل قطعًا، لأنه يكون فائزًا لغيره.

الشرط الثاني: اتحاد الجنس، فإن اختلف، كالسهام مع المزاريق، لم يصح على الأصح، ولو اختلفت أنواع القسي والسهام، جاز قطعًا، كقسي عربية مع فارسية، ودورانية، وتنسب إلى دوران قبيلة من بني أسد، مع هندية، وكالنبل، وهو ما يرمى به عن القوس العربية، مع النشاب، وهو ما يرمى به عن الفارسية، ومن أنواع القسي: الحسبان، وهي قوس تجمع سهامها الصغار في قصبة، ويرمى بها، فتتفرق على الناس، ويعظم أثرها ونكايتها، وحكى صاحب «التقريب» وجهًا أنه لا تجوز المناضلة بالنبل مع النشاب، كالخيل والبغال، والصحيح الأول، لأنا قدمنا أن اختلاف أنواع الإبل والخيل لا يضر، فهذا أولى، ثم إن عينا في عقد المناضلة نوعًا من الطرفين أو أحدهما، وفيا به ولا يجوز العدول عن المعين إلى ما هو أجود منه، بأن عينا القوس العربية، فلا يجوز العدول إلى الفارسية، ولو عدل إلى ما دونه، لم يجز أيضًا على الأصح إلا برضى صاحبه، لأنه ربما كان استعماله لأحدهما أكثر،

ورميه به أجود، ولو عينا سهمًا أو قوسًا، لم يتعين، وجاز إبداله بمثله من ذلك النوع، سواء حدث فيه خلل يمنع استعماله أم لا بخلاف الفرس، فلو شرط أن لا يبدل، فسد الشرط على الأصح، لأن الرمي قد تعرض له أحوال خفية تحوجه إلى الإبدال، وفي منعه من الإبدال تضييق لا فائدة فيه، وقيل: يصح الشرط، فإن أفسدنا الشرط، فسد العقد على الأصح، ويجري الوجهان في كل ما لو طرح من أصله، لاستقل العقد بإطلاقه، فأما ما لا يستقل العقد بإطلاقه لو طرح، كإهمال ذكر الغاية في المسابقة، وصفة الإصابة في المناضلة، فإذا فسد، فسد العقد بلا خلاف، فإن صححنا هذا الشرط، لزم الوفاء به ما لم ينكسر المعين، ويتعذر استعماله، فإن انكسر جاز الإبدال للضرورة، فإن شرط أن لا يبدل وإن انكسر، فسد العقد قطعًا، ولو أطلقا المناضلة ولم يتعرضا لنوع، فثلاثة أوجه: الصحيح وقول الأكثرين: الصحة، لأن الاعتماد على الرامي، والثاني: المنع، لاختلاف الأغراض وتفاوت الحذق في استعمالها، والثالث: إن غلب نوع في الموضع الذي يترامون فيه، صح ونزل عليه، وإلا فباطل، فإن قلنا: يصح، فتراضيا على نوع، فذاك، وإن تراضيا على نوع من جانب، ونوع آخر من الجانب الآخر، جاز أيضًا على الأصح كما في الابتداء، ولو اختار أحدهما نوعًا، وقال الآخر: بل يرمي بنوع آخر، وأصرا على المنازعة، فسخ العقد على الأصح، وقيل: ينفسخ.

**فرع:** قال الإمام: اختلاف السهام وإن اتحد نوع القوس كاختلاف نوع الفرس، وبيانه أن الرمي بنبال الحسبان التي يقال لها: الناول إنما يكون بالقوس الفارسية، لكنها مع الآلة المتصلة بها كنوع آخر من القوس، وكذا القوس الجرخ مع قوس اليد، والجرخ والناول مختلفان.

الشرط الثالث: أن تكون الإصابة المشروطة ممكنة لا ممتنعة ولا متيقنة، فإن شرط ما يتوقع إصابته، صح، وإن شرط ما هو ممتنع في العادة، بطل العقد، والامتناع قد يكون لشدة صغر الغرض أو بعد المسافة أو كثرة الإصابة المشروطة، كإصابة مئة أو عشرة متوالية، وفي العشرة وجه ضعيف، وإن شرط ما هو متيقن في العادة، كإصابة الحاذق واحدًا من مئة، ففي صحة العقد وجهان: وجه المنع، أن هذا العقد ينبغي أن يكون فيه خطر ليتأنق الرامي في الإصابة.

ولو شرط ما يمكن حصوله نادرًا، فوجهان: ويقال: قولان، أحدهما: الصحة، للإمكان وحصول الحذق، وأصحهما: الفساد، لبعد حصول المقصود، ويجري الخلاف في كل صورة تندر فيها الإصابة المشروطة، فمنها: التناضل إلى مسافة تندر فيها الإصابة، والتناضل في الليلة المظلمة وإن كان الغرض قد يتراءى

لهما، ويقرب من هذا ما ذكره الأصحاب أن المتناضلين ينبغي أن يتقاربا في الحذق بحيث يحتمل أن يكون كل واحد فاضلًا ومفضولًا، فإن تفاوتا وكان أحدهما مصيبًا في أكثر رميه، والآخر يخطىء في أكثره، فوجهان: ويتعلق بهذا الشرط أن المحلل بين المتناضلين ينبغي أن يكون بحيث يمكن فوزه وقصوره، فإن علم قصوره، فوجوده كعدمه، وإن علم فوزه فعلى الوجهين في إصابة واحد من مئة.

الشرط الرابع: الإعلام، فيشترط في المناضلة العلم بأمور لاختلاف الغرض باختلافها، منها: المال المشروط على ما ذكرنا في المسابقة، ومنها: عدد الإصابة، كخمسة من عشرين، وليبينا صفة الإصابة من القرع، وهو الإصابة المجردة، والخرق، وهو أن يثقب الغرض، ولا يثبت فيه، والخسق وهو أن يثبت فيه، والخرم وهو أن يصيب طرف الغرض فيخرمه، والمرق وهو أن يثقبه، ويخرج من الجانب الآخر، ثم كتب كثير من الأصحاب منهم العراقيون مصرحة بأنه لا بد من ذكر ما يريدان من هذه الصفات سوى الخرم والمرق، فإنهم لم يشرطوا التعرض لهما، والأصح ما ذكره البغوي: أنه لا يشترط التعرض لشيء منها، كالخرم والمرق، وكإصابة أعلى الشن وأسفله، قال: وإذا أطلقا العقد حمل على القرع، لأنه المتعارف، وأحسن من هذه العبارة أن يقال: حقيقة اللفظ ما يشترك فيه جميع ذلك، ومنها: إعلام المسافة التي يرميان فيها، وفي وجوبه قولان حكاهما الإمام، أحدهما: نعم، لاختلاف الغرض بها، والثاني: لا، وينزل على العادة الغالبة للرماة هناك إن كانت، فإن لم تكن عادة وجب قطعًا، وعلى هذا يحمل ما أطلقه الأكثرون من اشتراط الإعلام، وليرجح من القولين: التنزيل على العادة الغالبة، لأن الشرط العلم بها، وذلك تارة يكون بالإعلام، وتارة بقرينة الحال، كنظائره، وبهذا قطع ابن كج.

وفي «المهذب» و«التهذيب» أنه إذا كان هناك غرض معلوم المدى، حمل مطلق العقد عليه، ولو ذكرا غاية لا تبلغها السهام، بطل العقد، وإن كانت الإصابة فيها نادرة، ففيه الوجهان، أو القولان في الشروط النادرة، وقدر الأصحاب المسافة التي يقرب توقع الإصابة فيها بمائتين وخمسين ذراعًا، وما تتعذر فيه بما فوق ثلاثمائة وخمسين، وما تندر فيه بما بينهما، وفي وجه لا تجوز الزيادة على مائتين، وهو شاذ، ولو تناضلا على أن يكون السبق لأبعدهما رميًا، ولم يقصدا غرضًا، صح العقد على الأصح، لأن الإبعاد مقصود أيضًا في مقاتلة القلاع ونحوها، وحصول الإرعاب، وامتحان شدة الساعد، قال الإمام: والذي أراه على هذا أنه يشترط استواء القوسين في الشدة، وتراعى خفة السهم ورزانته، لأنهما تؤثران في القرب والبعد تأثيرًا عظيمًا.

ومنها: إعلام قدر الغرض طولًا وعرضًا، والكلام فيه على ما ذكرنا في المسافة.

ومنها: ارتفاعه عن الأرض وانخفاضه، وهل يشترط بيانه أم لا يشترط؟ ويحمل على الوسط فيه مثل الخلاف السابق. واعلم أن الهدف هو التراب الذي يجتمع، أو الحائط الذي يبنى لينصب فيه الغرض، والغرض قد يكون من خشب أو قرطاس أو جلد، أو شن وهو الجلد البالي، وقيل: كل ما نصب في الهدف، فهو قرطاس، سواء كان من كاغد أو غيره، وما تعلق في الهواء، فهو الغرض والرقعة، عظم ونحوه، يجعل في وسط الغرض وقد يجعل في الشن نقش كالقمر قبل استكماله يقال لها: الدارة، وفي وسطها نقش يقال له: الخاتم، وينبغي أن يبينا موضع الإصابة أهو الهدف، أم الغرض المنصوب فيه، أم الدارة في الشن، أم الخاتم في الدارة؟ وقد يقال له: الحلقة والرقعة، وفي الصحة مع اشتراط إصابته الخلاف في الشروط النادرة، وقد يجعل العرب بدل الهدف ترسًا ويعلق فيه الشن.

ومنها: عدد الأرشاق وهو جمع رشق بالكسر، وهي النوبة من الرمي تجري بين المترامیين، سهمًا سهمًا أو خمسة خمسة، أو ما يتفقان عليه، ويجوز أن يتفقا على أن يرمي أحدهما جميع العدد، ثم الآخر كذلك، والإطلاق محمول على سهم سهم، والمحاطة أن يشترط طرح ما يشتركان فيه من الإصابات، ويفضل لأحدهما إصابات معلومة، فإذا شرطا عشرين رشقًا وفضل خمس إصابات، فرميا عشرين، وأصاب أحدهما عشرة والآخر خمسة، فالأول ناضل، وإن أصاب كل واحد خمسة أو غيرها ولم يفضل لأحدهما خمسة، فلا ناضل، والمبادرة أن يشترط الاستحقاق لمن بدر إلى إصابة خمسة من عشرين مثلًا مع استوائهما في العدد المرمي به، فإذا رميا عشرين وأصاب أحدهما خمسة، والآخر أربعة فالأول ناضل، فلو رمى احدهما عشرين وأصاب خمسة ورمى الآخر تسعة عشر، وأصاب أربعة، فالأول ليس بناضل الآن، فيرمي الآخر سهمه، فإن أصاب، فقد استويا، وإلا فالأول ناضل، وقولنا: مع استوائهما في العدد المرمي به احتراز من هذه الصورة، فإن الأول بدر، لكن لم يستويا بعد، وهل يشترط التعرض في العقد للمحاطة والمبادرة؟ وجهان: أحدهما: نعم، ويفسد العقد إن تركاه لتفاوت الأغراض، وأصحهما: لا، فإن أطلقا، حمل على المبادرة، لأنها الغالب من المناضلة، وهل يشترط ذكر الأرشاق وبيان عددها في العقد؟ فيه طريقان، المذهب وبه قطع عامة الأصحاب: يشترط ذلك في المحاطة والمبادرة، ليكون للعمل ضبط، والأرشاق في المناضلة كالميدان في المسابقة. والثاني: فيه ثلاثة أوجه ذكرها الإمام، وجعلها الغزالي أقوالًا، أحدها: هذا،

والثاني: لا يشترط، لأن الرمي لا يجري على نسق واحد، وقد لا يستوفي الأرشاق لحصول الفوز في خلالها كما سيأتي إن شاء الله تعالىٰ، وليكن التعويل على الإصابات، والثالث: يشترط في المحاطة لينفصل الأمر، ويبين نهاية العقد، ولا يشترط في المبادرة لتعلق الاستحقاق بالبدار إلى العدد المشروط.

**فرع:** تناضلا على رمية واحدة، وشرطا المال للمصيب فيها، صح على الأصح، وقيل: لا، فقد يتفق في المرة الواحدة إصابة الأخرى دون الحاذق، فلا يظهر الحذق إلا برميات، ولو رمى أحد المتناضلين أكثر من النوبة المستحقة له، إما باتفاقهما وإما بغيره، لم تحسب الزيادة له إن أصاب، ولا عليه إن أخطأ، ولو عقدا على عدد كثير على أن يرميا كل يوم بكرة كذا وعشية كذا، جاز، ولا يتفرقان كل يوم حتى يستوفيا المشروط فيه إلا لعذر، كمرض وريح عاصفة ونحوه، ثم يرميان على ما مضى في ذلك اليوم أو بعده، ويجوز أن يشرطا الرمي جميع النهار، وحينئذ يفيان به ولا يدعان إلا في وقت الطهارة والصلاة والأكل ونحوها، وتقع هذه الأحوال مستثناة، كما في الإجارة، ولو أطلقا ولم يبينا وظيفة كل يوم، فكذلك الحكم، ولا يتركان الرمي إلا بالتراضي أو لعارض، كمرض وريح ومطر ونحوها، والحر ليس بعذر، وكذا الريح الخفيفة، وإذا غربت الشمس قبل فراغ وظيفة اليوم، لم يرميا بالليل للعادة إلا أن يشرط له وحينئذ يحتاجان إلى مشمعة ونحوها، وقد يكفي ضوء القمر كذا قاله الأصحاب.

ومنها: أنه يشترط رميهما مرتبًا، لأنهما لو رميا معًا، اشتبه المصيب بالمخطىء، فإن ذكرا في العقد من يبدأ بالرمي، اتبع الشرط، وإن أطلقا، فقولان: أظهرهما: بطلان العقد، والثاني: صحته، وكيف يمضي؟ وجهان: ويقال: قولان، أحدهما: ينزل على عادة الرماة وهي تفويض الأمر إلى المسبق بكسر الباء وهو مخرج السبق، فإن أخرجه أحدهما، فهو أولى، وإن أخرجه غيرهما، قدم من شاء، وإن أخرجاه، أقرع، والثاني: يقرع بكل حال، وقال القفال: القولان في الأصل مبنيان على أنا نتبع القياس أم عادة الرماة؟ ويجري مثل هذين القولين في صور من السبق والرمي، وهما متعلقان بالخلاف في أن سبيل هذا العقد سبيل الإجارة أم الجعالة، إن قلنا بالأول، اتبعنا القياس، وإن قلنا بالثاني، اتبعنا العادات، وقيل: في المسألة طريقان آخران، أحدهما: القطع بالفساد، والثاني: بالقرعة، ثم إذا شرط تقديم واحد، أو اعتمدنا القرعة فخرجت لواحد، فهل يقدم في كل رشق، أم في الرشق الأول فقط؟ حكى الإمام فيه وجهين قال: ولو صرحوا بتقديم من قدموه في كل رشق، أو أخرجا القرعة للتقديم في كل رشق، اتبع الشرط وما أخرجته

القرعة، ولك أن تقول: إذا ابتدأ المقدم في النوبة الأولى، فينبغي أن يبتدىء الثاني في الثانية بلا قرعة، ثم يبتدىء الأولى في الثالثة، ثم الثاني وهذا لأمرين، أحدهما: أنهم نقلوا عن نصه في «الأم» أنه لو شرط كون الابتداء لأحدهما أبدًا، لم يجز، لأن المناضلة مبنية على التساوي، والثاني: أنه يستحب كون الرمي بين غرضين متقابلين يرمي المتناضلان، أو الجريان من عند أحدهما إلى الآخر، ثم يأتيان الثاني، ويلتقطان السهام، ويرميان إلى الأول، ثم نص الشافعي والأصحاب رحمهم الله أنه إذا بدأ أحدهما بالشرط، أو بالقرعة، أو بإخراج المال، ثم انتهيا إلى الغرض الثاني، بدأ الثاني في النوبة الثانية، وإن كان الغرض واحدًا وحينئذ فيتصل رميه في النوبة الثانية برميه في النوبة الأولى.

**فرع:** إذا قلنا: يقرع للابتداء، هل يدخل المحلل في القرعة إذا أخرجا المال؟ وجهان: وإذا ثبت الابتداء لواحد، فرمى الآخر قبله، لم يحسب له إن أصاب، ولا عليه إن أخطأ، ويرمي ثانيًا عند انتهاء النوبة إليه.

الشرط الخامس: تعيين الرماة، فلا يصح العقد إلاّ على راميين معينين، أو رماة معينين، وتجوز المناضلة بين حزبين فصاعدًا، ويكون كل حزب في الخطأ والإصابة كالشخص الواحد، ومنع ابن أبي هريرة جواز الحزبين لئلا يأخذ بعضهم برمي بعض، والصحيح الجواز، وليكن لكل حزب زعيم يعين أصحابه، فإذا تراضيا، توكل عنهم في العقد، ولا يجوز أن يكون زعيم الحزبين واحدًا، كما لا يجوز أن يتوكل واحد في طرفي البيع، ولا يجوز أن يعقدا قبل تعيين الأعوان، وطريق التعيين الاختيار بالتراضي، فيختار زعيم واحدًا ثم الزعيم الآخر في مقابلته واحدًا، ثم الأول واحدًا، ثم الثاني واحدًا وهكذا حتى يستوعبوا، ولا يجوز أن يختار واحد جميع الحزب أولًا لأنه لا يؤمن أن يستوعب الحذاق، ولا يجوز أن يعينا الأعوان بالقرعة لأنها قد تجمع الحذاق في جانب، فيفوق مقصود المناضلة، ولهذا لو قال أحد الزعيمين: أنا أختار الحذاق، وأعطي السبق أو الخرق، وآخذ السبق، لا يجوز، ولأن القرعة لا مدخل لها في العقود، ولهذا لا تجوز المناضلة على تعين من خرجت القرعة عليهم، وقال الإمام: لا بأس به، لأن القرعة بعد تعديل الحصص والأقساط معهودة، والذي قطع به صاحبا «المهذب» و«التهذيب» وغيرهما: المنع، ونص في «الأم» أنهما لو تناضلا على أن يختار كل واحد ثلاثة ولم يسمهم، لم يجز، وأنه يشترط كل واحد من يرمي معه بأن يكون حاضرًا أو غائبًا يعرفه، واحتج القاضي أبو الطيب بظاهره أنه تكفي معرفة الزعيمين، ولا يعتبر أن يعرف الأصحاب بعضهم بعضًا، وابتداء أحد الحزبين بالرمي كابتداء أحد

الشخصين ولا يجوز أن يشرطا أنه يتقدم من هذا الحزب فلان ويقابله من الحزب الآخر فلان ثم فلان، لأن تدبير كل حزب إلى زعيمهم، وليس للآخر مشاركته فيه.

فروع ثلاثة: أحدها: حضرهم غريب، فاختاره أحد الزعيمين، وظنه يجيد الرمي، فبان خلافه، نظر إن لم يحسن الرمي أصلًا، بطل العقد فيه، وسقط من الحزب الآخر واحد بإزائه، وهل يبطل العقد في الباقي؟ فيه قولا تفريق الصفقة، وقيل: يبطل قطعًا، فإن قلنا: لا يبطل، فللحزبين خيار الفسخ للتبعيض، فإن أجازوا، و تنازعوا في تعيين من يجعل في مقابلته، فسخ العقد لتعذر إمضائه، وإن بان أنه ضعيف الرمي أو قليل الإصابة، فلا فسخ لأصحابه، ولو بان فوق ما ظنوه، فلا فسخ للحزب الآخر هكذا أطلقوه، وينبغي أن يكون فيه الخلاف السابق في أنه هل يشترط كون المتناضلين متدانيين وقد يستدل بإطلاقهم على أن الأصح: أنه لا بأس بهذا التفاوت، وذكر الشيخ أبو محمد أن من فوائد المسألة أن المجهول الذي لم يختبر يجوز إدخاله في رجال المناضلة، قال: وكان لا يبعد منعه للجهالة العظيمة، لكن نص الشافعي رحمه الله على جوازه، فلو تناضل غريبان لا يعرف واحد منهما صاحبه، حكم بصحة العقد، فإن بان أنهما أو أحدهما لا يحسن الرمي، بطل العقد، وإن بان أن أحدهما أخرق لا يقاوم الآخر، ففي تبين بطلان العقد الوجهان السابقان فيما لو عاقد فاضل أخرق.

الفرع الثاني: يشترط استواء الحزبين في عدد الأرشاق والإصابات، وأما عدد الحزبين والأحزاب فوجهان: أحدهما وبه قطع الإمام والغزالي: لا يشترط بل يجوز أن يكون أحد الحزبين ثلاثة والثاني أربعة، والأرشاق مئة على كل حزب، وأن يرامي رجل رجلين أو ثلاثة، فيرمي هو ثلاثة وكل واحد منهم واحدًا، والثاني وبه قطع صاحبا «المهذب» و«التهذيب» وغيرهما: يشترط، لأن به يحصل الحذق، فعلى هذا يشترط كون عدد الأرشاق تنقسم صحيحًا على الأحزاب، فإن كانوا ثلاثة أحزاب، فليكن للأرشاق ثلث صحيح، وإن كانوا أربعة، فربع صحيح.

الفرع الثالث: من التزم السبق من الزعيمين، لزمه، ولا يلزم أصحابه إلا أن يلتزموا معه، أو يأذنوا له أن يلتزم عنهم، وحينئذ يوزع على عدد الرؤوس، وإذا فضل أحد الحزبين فهل يوزع المال على عدد رؤوسهم أم على عدد الإصابات؟ وجهان: الصحيح: الأول، ومنهم من قطع به، فإن قلنا بالإصابات، فمن لم يصب، لا شيء له، هذا إذا أطلقوا العقد، فإن شرطوا أن يقتسموا على الإصابة، فالشرط متبع وفيه احتمال للإمام.

الشرط السادس: تعيين الموقف، وتساوي المتناضلين فيه، فلو شرط كون

موقف أحدهما أقرب، لم يجز، ولو قدم أحدهما أحد قدميه عند الرمي، فلا بأس، وإذا وقف الرماة صفًا، فالواقف في الوسط أقرب إلى الغرض، لكن هذا التفاوت محتمل بالاتفاق، ولم يشترط أحد تناوب الرماة على الموقف للمشقة في الانتقال، وقد نص في «الأم» أن عادة الرماة أن الرامي الثاني قد يتقدم على الأول بخطوة أو خطوتين أو ثلاث، قال الأصحاب: إن لم تطرد هذه العادة، بل كانوا يفعلونها تارة دون تارة لم تعتبر وإلاّ فوجهان: فإن اعتبرت ولم تختلف العادة في عدد الأقدام روعي ذلك، وإن اختلفت، اعتبر الأقل.

**فرع:** تنافسوا في الوقوف في وسط الصف، قال الإمام والغزالي: هو كالتنافس في الابتداء، والذي قطع به الجمهور: أن الاختيار لمن له الابتداء، فمن استحق الابتداء بشرط أو غيره يختار المكان، فيقف في مقابلته، أو متيامنًا، أو متياسرًا كيف شاء، وليحمل ما ذكره الإمام عليه، وإذا وقف، وقف الآخر بجنبه يمينًا أو شمالًا، فإن لم يرض إلا بأن يقف عند الرمي في موقف الأول، فهل له أن يزيله عن موقفه؟ وجهان: ولو رميا بين غرضين، فانتهيا إلى الغرض الثاني، فالثاني كالأول يقف حيث شاء، فإن كانوا ثلاثة، قال أبو إسحاق: يقرع بين الآخرين عند الغرض الثاني، فمن خرجت له القرعة، وقف حيث شاء، ثم إذا عادوا إلى الغرض الأول بدأ الثالث بلا قرعة، ويقف حيث شاء، وحكي قول آخر: أنهما حيث تنازعا في الموقف يحملان على عادة الرماة إن كان لهم في ذلك عادة مستمرة.

**فرع:** لو رضوا بعد العقد بتقدم واحد، نظر إن تقدم بقدر يسير، جاز، وإن كان أكثر، فلا، ولو تأخر واحد برضى الآخرين، لم يجز على الأصح، ولو اتفقوا على تقدم الجميع أو تأخرهم، أو تعيين عدد الأرشاق بالزيادة والنقص، بني على أن المسابقة والمناضلة جائزتان، أم لازمتان.

**فرع:** لو قال أحدهما: ينصب الغرض بحيث يستقبل الشمس، وقال الآخر: بل يستدبرها، أجيب الثاني، لأنه أصلح للرمي.

الطرف الثاني: في أحكام المناضلة: وفيه فصلان: أحدهما: فيما يتعلق به استحقاق المال وفيه مسائل: إحداها: إذا شرط في العقد الإصابة أو القرع لم يشترط التأثير بالخدش والخرق ولا يضر، فيحسب ما أصاب وارتد بلا تأثير، وما أثر بخسق وغيره، ولو كان الشن باليًا، فأصاب موضع الخرق منه حسب، ذكره البغوي، وقد يجيء فيه وجه، لأنه لم يصب الغرض. ثم يحتاج إلى معرفة ما يصاب وما يصيب به، أما الأول فإن ذكر إصابة الغرض، حسب ما أصاب الجلد والجريد وهو الدائر على الشن، والعروة وهي السير أو الخيط المشدود به الشن على

الجريد، فكل ذلك الفرض وفيما يعلق به الغرض قولان، أظهرهما وأشهرهما: أنه ليس من الغرض، فإن ذكر إصابة الشن، لم تحسب إصابة الجريد والعروة، وإن ذكرا إصابة الخاصرة وهي يمين الغرض أو يساره، لم تحسب إصابة غيرهما، وأما ما يصيب من السهم، فالاعتبار بالنصل، فلا تحسب الإصابة بفوق السهم وعرضه، لأنها تدل على سوء الرمي، وتحسب هذه الرمية عليه من العدد، وقيل: إذا أصاب بالفوق لا تحسب عليه وهو شاذ، وإن كان الاستحقاق معلقًا بإصابة مقيدة كالخسق وغيره، فالحكم فيما يصاب ويصاب به كما ذكرنا لا يختلف، ولو اصطدم السهم بجدار أو شجرة ونحو ذلك، ثم أصاب الغرض، أو اصطدم بالأرض، ثم ازدلف وأصاب الغرض، حسب له على الأصح عند العراقيين والأكثرين، وقيل: لا يحسب، وقال أبو إسحاق: إن أعانته الصدمة وزادته حدة، لم يحسب، وإلاّ فيحسب، وإن ازدلف ولم يصب الغرض، حسب عليه على الأصح.

المسألة الثانية: إذا شرط الخسق، فأصاب السهم الغرض وثقبه، وتعلق النصل به وثبت، فهو خسق، ولا يضر سقوطه بعد ما ثبت كما لو نزعه غيره، وإن خدشه، ولم يثقبه فليس بخاسق وإن ثقبه ولم يثبت فقولان: ويقال: وجهان: اظهرهما: ليس بخاسق لما سبق في تفسير الخسق، ولو ثقب ومرق فهو خاسق على المذهب والمنصوص، وقيل: قولان، ولو أصاب السهم طرف الغرض فخرمه، وثبت هناك، فهل يحسب خاسقًا؟ قولان، أظهرهما: نعم، وفي موضع القولين طرق، أصحها: أنهما فيما إذا كان بعض جرم النصل خارجًا، فإن كان كله داخلًا، فهو خاسق قطعًا، والثاني: أنه إن كان بعضه خارجًا، فليس بخاسق قطعًا، وإنما القولان: إذا بقيت طفية أو جليدة تحيط بالنصل، والطفية الواحدة من الخوص، والثالث: أنه إن أبان من الطرف قطعة لو لم يبنها، لكان الغرض محيطًا بالنصل، فهو خاسق قطعًا، والقولان فيما إذا خرم الطرف لا على هذا الوجه، والرابع: أنه إن خرم الطرف، فليس بخاسق قطعًا، وإنما القولان: إذا خرم شيئًا من الوسط، وثبت مكانه، وهذا أضعفها، وقال القفال: إن كان بين النصل والطرف، لكنه تشقق، فالخرم ليبوسة الشن ونحوها، فهو خاسق، ولو فرض ما ذكرنا من إصابة الطرف، والمشروط القرع أو الإصابة دون الخسق فطريقان، أحدهما: طرد القولين، ولو وقع السهم في ثقبة قديمة وثبت، فهل يحسب خاسقًا؟ وجهان: أحدهما: لا، لأن النصل صادف الثقب فلم يخسق، وأصحهما: نعم، لأن السهم في قوته ما يخرق لو أصاب موضعًا صحيحًا، ومقتضى هذا أن لا يجعل خاسقًا إذا لم تعرف قوة السهم، ويوضحه أن الشافعي رحمه الله قال: لو أصاب موضع خرق في الغرض، وثبت في الهدف كان خاسقًا، فقال الأصحاب: أراد إذا كان الهدف في قوة الغرض أو أصلب منه، بأن

كان من خشب أو آجر أو طين يابس، فإن لم يكن بل كان ترابًا، أو طينًا لينًا، لم يحسب له ولا عليه، لأنه لا يدري هل كان يثبت لو أصاب موضعًا صحيحًا أم لا؟ وفي «الحاوي» وجه أنه لا يحسب خاسقًا وإن كان الهدف في قوة الغرض، أما إذا خدش النصل موضع الإصابة، وخرق بحيث يثبت فيه مثل هذا السهم، لكنه رجع لغلظ لقيه من حصاة أو نواة، فيحسب خاسقًا على الأظهر، وبه قطع البغوي، وفي قول: لا يحسب له ولا عليه، ولو اختلفا فقال الرامي: خسق، لكن لم يثبت لغلظ لقيه، وأنكر الآخر، فإن كان فيه خروق ولم يعلم موضع الإصابة، فالقول قول الآخر، لأن الأصل عدم الخسق والخدش، وكذا الحكم لو عين الرامي موضعًا وقال: هذا الخرق حصل بسهمي، وأنكر صاحبه، ثم إن فتش الغرض، فلم يوجد فيه حصاة ولا ما في معناها، لم يحلف، وإن وجد فيه مانع، حلف، وإذا حلف، لم يحسب للرامي، وهل يحسب عليه؟ وجهان: أصحهما: لا، وإن علم موضع الإصابة ولم يكن هناك مانع، أو كان ولم يؤثر السهم فيه بخدش وخرق، صدق بلا يمين، وحسبت الرمية على الرامي، وإن قلنا: الخرق بلا ثبوت خسق، حسب خاسقًا بلا يمين، وإلا فلا يحسب له، ولا يحسب عليه أيضًا على الأصح، ولو مرق سهم، وثبت في الهدف وعلى النصل قطعة من الغرض، فقال الرامي: هذه القطعة أبانها سهمي لقوته وذهب بها، فقال الآخر: بل كانت القطعة مبانة قبله، فتعلقت بالسهم، فالقول قول الآخر، نص عليه في «الأم» لأن الأصل عدم الخسق، قال الشيخ أبو حامد: هذا إذا لم نجعل الثبوت في الهدف كالثبوت في الغرض، فإن جعلناه، فلا معنى لهذا الاختلاف.

المسألة الثالثة: إذا تناضلا مبادرة، وشرطا المال لمن سبق إلى إصابة عشرة من مئة مثلًا، فسبق أحدهما إلى الإصابة المشروطة قبل كمال عدد الأرشاق، بأن رمى كل واحد منهما خمسين، وأصاب أحدهما منها عشرة والآخر دونها، فالأول ناضل وقد استحق المال، وهل يلزمه إتمام العمل؟ فيه طريقان، المذهب وبه قطع الجمهور: لا يلزم، لأنه تم العمل الذي تعلق به الاستحقاق، فلا يلزمه عمل آخر، والثاني: فيه وجهان حكاهما الإمام والغزالي، ثانيهما: يلزمه لينتفع صاحبه بمشاهدة رميه ويتعلم منه، ولو تناضلا محاطة وشرطا المال لمن خلص له عشرة من مئة، فرمى كل واحد خمسين، وأصاب أحدهما في خمسة عشر، والآخر في خمسة، فقد خلص للأول عشرة هل يستحق بها المال، أم يتوقف الاستحقاق على استكمال الأرشاق؟ وجهان: أحدهما: يستحق بها كالمبادرة، والثاني وهو الصحيح: لا يستحق، لأن الاستحقاق منوط بخلوص عشرة من مئة، وقد يصيب الآخر فيما بقي ما يمنع خلوص عشرة للأول بخلاف المبادرة، فإن الإصابة بعدها لا ترفع ابتدار

الأول إلى ذلك العدد، فإن قلنا بهذا، وجب إتمام الأرشاق، وإن قلنا بالأول وأنه لا حط بعد خلوص العدد المشروط، فهل للآخر أن يكلفه إتمام العمل؟ فيه الطريقان في المبادرة، ويجري الخلاف في كل صورة يتوقع الآخر منع الأول من خلوص المشروط أو نصله، كما إذا شرطا خلوص خمسة من عشرين، فرمى كل واحد خمسة عشر، وأصاب أحدهما عشرة والآخر ثلاثة، لأنهما إذا استكملا الأرشاق، فقد يصيب الآخر في الخمسة الباقية، ولا يصيب الأول في شيء منها، فلا يخلص له عشرة، فلو كانت الصورة بحالها، وأصاب الأول في عشرة من خمسة عشر، ولم يصب الآخر في شيء منها، فلا يرجو الآخر منع الأول من الخلوص، فيثبت له استحقاق المال في الحال قطعًا، قال البغوي وغيره: ولا يلزمه إتمام الأرشاق، ولا يشك أنه يجيء فيه الخلاف المذكور في المبادرة، ولو رمى أحدهما والشرط المبادرة في المثال المذكور خمسين، وأصاب عشرة، ورمى الآخر تسعة وأربعين، وأصاب تسعة، فالأول ليس بناضل، بل يرمي الآخر سهمًا آخر فإن أصاب، فقد تساويا وإلاّ فقد ثبت الاستحقاق للأول، ولو أصاب الأول من خمسين عشرة، والآخر من تسعة وأربعين ثمانية، فالأول ناضل لأن الآخر وإن أصاب في رميته الباقية لا يساوي الأول، ويظهر بالصورتين أن الاستحقاق لا يحصل بمجرد المبادرة إلى العدد المذكور بل يشترط مع الابتدار مساواتهما في عدد الأرشاق، أو عجز الثاني من المساواة في الإصابة، وإن ساواه في عدد الأرشاق، ولو خلص لأحدهما في المحاطة عشرة من خمسين، ورمى الآخر تسعة واربعين ولم يصب في شيء منها فله أن يرمي سهمًا آخر فلعله يصيب فيه، فيمنع خلوص عشر إصابات للأول.

**فرع:** إذا قال رجل لرام: ارم خمسة عني، وخمسة عن نفسك، فإن أصبت في خمستك، أو كان الصواب فيها أكثر، فلك كذا، أو قال: ارم عشرة، واحدة عنك وواحدة عني، فإن كانت إصابتك فيما رميت عنك أكثر، فلك كذا، لم يجز، نص عليه في «الأم» لأن المناضلة عقد، فلا يكون إلاّ بين نفسين كالبيع وغيره، ولأنه قد يجتهد في حق نفسه دون صاحبه ولو قال: ارم عشرة فإن كان صوابك منها أكثر، فلك كذا، فظاهر ما نقله المزني: أنه لا يجوز، وأشار في تعليله بأنه يناضل نفسه، فوافقه طائفة من الأصحاب، وخالفه الجمهور وقالوا: هو جائز، وحكوه عن نصه في «الأم»، وعللوه بأنه بذل المال على عوض معلوم، وله فيه غرض ظاهر، وهو تحريضه على الرمي ومشاهدة رميه، قالوا: وليس هو بنضال، بل هو جعالة، ثم من هؤلاء من غلط المزني في الحكم والتعليل، ومنهم من تأوله على ما لو قال: ارم كذا، فإن كان صوابك أكثر، فقد نضلتني، فهذا لا يجوز، لأن النضال إنما

يكون بين اثنين، فإن قلنا بالجواز، فرمى ستة وأصابها كلها، فقد ثبت استحقاقه، وللشارط أن يكلفه استكمال العشرة على المذهب، لأنه علق الاستحقاق بعشرة إصابتها أكثر، ولو قال لمترامبين: ارميا عشرة، فمن أصاب منكما خمسة، فله كذا، جاز، ولو قال رجل لآخر: نرمي عشرة، فإن أصبت في خمستك، فلك كذا، وإن أصبت أنا، فلا شيء لي عليك، جاز أيضًا، وإن قال: وإن أصبت في خمستي، فلي عليك كذا، لم يجز إلاّ بمحلل، ولو قال: أرم سهمًا، فإن أصبت، فلك كذا، وإن أخطأت، فعليك كذا، فهو قمار.

**فرع:** لو كانوا يتناضلون، فمر بهم رجل، فقال لمن انتهت النوبة إليه وهو يريد الرمي: ارم، فإن أصبت بهذا السهم، فلك دينار، نص الشافعي رحمه الله أنه إذا أصاب، استحق الدينار، وتكون تلك الإصابة محسوبة من معاملته التي هو فيها، قال الأصحاب: قياسًا على هذا، لو كان يناضل رجلًا والمشروط عشر قرعات، فشرط أن يناضل بها ثانيًا ثم ثالثًا إلى غير ضبط، وإذا فاز بها، كان ناضلًا لهم جميعًا، جاز، قال الإمام: هذا دليل على انقطاع هذه المعاملة عن مضاهاة الإجارة، لأنها لو كانت مثلها لما استحق بعمل واحد مالين عن جهتين، وسبب استحقاق المال فيها الشرط لا رجوع العمل إلى الشارط.

المسألة الرابعة: اختلفوا في تفسير الحابي، فقيل: هو السهم الذي يقع بين يدي الغرض، ثم يزحف إليه فيصيبه من قولهم: حبا الصبي، وهو كالمزدلف إلاّ أن الحابي أضعف حركة منه، وقيل: هو الذي يصيب الهدف حوالي الغرض، وقيل: هو القريب من الهدف، كأن صاحبه يحابي، ولا يريد إصابة الهدف، ويروى هذا التفسير عن الربيع، ولم يجعل كثير من الأصحاب الحوابي صفة السهام، لكن قالوا: الرمي ثلاثة: المبادرة والمحاطة والحوابي، وهو أن يرميا على أن يسقط الأقرب والأسد الأبعد، إذا ثبت هذا، فلو شرطوا احتساب القريب من الغرض، نظر إن ذكروا حد القرب من ذراع أو أقل أو أكثر، جاز وصار الحد المضبوط كالغرض، وصار الشن في وسطه كالدارة، وإن لم يذكروا حد القرب، فإن كان هناك للرماة عادة مطردة، حمل العقد عليها، كما تحمل الدراهم المطلقة على النقد الغالب، وإن لم تكن عادة مطردة فوجهان: أصحهما: بطلان العقد للجهالة، والثاني: الصحة، فعلى هذا وجهان: أحدهما: يحمل على أن الأقرب يسقط الأبعد كيف كان، والثاني: يحمل على إسقاط البعيد أو الأقرب للأبعد، أما إذا قالا: يرمي عشرين رشقًا على أن يسقط الأقرب الأبعد، فمن فضل له خمسة، فهو ناضل، فهو صحيح والشرط متبع، وعن «الحاوي» ما يشير إلى خلافه، والمذهب الأول، لأنه ضرب من الرمي معتاد للرماة، وهو ضرب من المحاطة، وحينئذ فإن تساوت

السهام في القرب والبعد، فلا ناضل ولا منضول، وكذا لو تساوى سهمان في القرب، أحدهما لهذا والآخر للآخر، وكان باقي السهام أبعد، ومهما كان بين سهم أحدهما وبين الغرض قدر شبر، وبين سهم الآخر والغرض دون شبر، أسقط الثاني الأول، فإن رمى الأول بعد ذلك، فوقع أقرب، أسقط ما رماه الثاني، ولو وقع سهم أحدهما قريبًا من الغرض، ورمى الآخر خمسة، فوقعت أبعد من ذلك السهم، ثم عاد الأول، فرمى سهمًا، فوقع أبعد من الخمسة، سقط هذا السهم بالخمسة، وسقطت الخمسة بالأول، ولو رمى أحدهما خمسة، فوقعت قريبة من الغرض وبعضها أقرب من بعض، ثم رمى الثاني خمسة، فوقعت أبعد من خمسة الأول، سقطت خمسة الثاني بخمسة الأول، ولا يسقط من خمسة الأول شيء وإن تفاوتت في القرب، لأن قريب كل واحد يسقط بعيد الآخر، ولا يسقط بعد نفسه، هذا هو الصحيح المنصوص وبه قطع الجمهور، وقيل: يسقط بعيد نفسه، كما يسقط بعيد غيره، ولو وقع سهم أحدهما بقرب الغرض، وأصاب سهم الآخر الغرض، فالمنقول أن الثاني يسقط الأول كما يسقط الأقرب الأبعد، ولك أن تقول: وإن كان الشرط أن الأسد أو الأصوب يسقط غيره، وأن الأقرب يسقط الأبعد على معنى الأقرب إلى الصواب، فهذا صحيح، وإن كان الشرط الأول أن الأقرب إلى الغرض يسقط الأبعد عنه، فينبغي أن يتساويا، ولو أصاب أحدهما الرقعة في وسط الغرض، والآخر الغرض خارج الرقعة، أو أصابا خارج الرقعة وأحدهما أقرب إليها، فقد حكى الشافعي رحمه الله عن بعض الرماة أن الذي أصاب الرقعة، أو كان أقرب إليها يسقط الآخر، قال: والقياس عندي أنهما سواء، وإنما يسقط القريب البعيد إذا كانا خارجين عن الشن، وفي هذا تأكيد لما استدركناه، وعد صاحب «الحاوي» المذهبين وجهين: ونقل الشافعي رحمه الله عن بعض الرماة أنه قال: القريب الذي يسقط البعيد هو الساقط، وهو السهم الذي يقع بين يدي الغرض، والعاضد، وهو الذي يقع في اليمين أو اليسار دون الخارج، وهو الذي يتجاوزه ويقع فوقه، قال الشافعي: والقياس أنه لا فرق لوقوع اسم القريب من الغرض، فالاعتبار بموضع ثبوت السهم واستقراره لا بحالة المرور، حتى لو قرب مروره من الغرض، ووقع بعيدًا منه، لم يحتسب به إلاّ إذا شرط اعتبار حالة المرور، ولو شرطا أن ما أصاب القرطاس أسقط ما وقع حواليه، فقد حكى الإمام والغزالي في صحته قولين حكياهما عن نقل العراقيين، ووجه المنع بأنه تعسر إصابة الوسط، وقد يصيبه الأخرق اتفاقًا، وهذا النقل لا يكاد يوجد في كتب الأصحاب، والمفهوم من كلامهم القطع باتباع الشرط.

المسألة الخامسة: النكبات: هي التي تطرأ عند الرمي وتهوشه، وذلك يعم

شرط القرع والخسق وغيرهما، والأصل أن السهم متى وقع مباعدًا تباعدًا مفرطًا إما مقصرًا عن الغرض، وإما مجاوزًا له، نظر إن كان ذلك لسوء الرمي، حسب على الرامي، ولا يرد إليه السهم ليرمي به، وإن كان لنكبة عرضت، أو خلل في آلة الرمي بغير تقصير من الرامي، فذلك السهم غير محسوب عليه، ويوضح هذا الأصل بصور:

إحداها: إذا عرض في مرور السهم إنسان أو بهيمة فمنع السهم، أو القوس إن كان لتقصيره وسوء رميه حسب عليه، وإن الرمية عليه، فيعيدها، لأنه معذور، ولو انقطع الوتر، أو انكسر السهم، أو القوس إن كان تقصيره وسوء رميه حسب عليه، وإن كان لضعف الآلة وغيره لا لتقصيره وإساءته، لم تحسب، كما لو حدث في يده علة أو ريح، وقيل: إن وقع السهم عند هذه العوارض قريبًا من الغرض، حسب عليه، حكاه الإمام عن أبي إسحاق، وقيل: إن وقع السهم مجاوزًا للغرض، حسب عليه، لأن المجاوزة تدل على أن العارض لم يؤثر، وإنما هو لإساءته، والأول هو الصحيح المنصوص، لأن الخلل يؤثر تارة في التقصير، وتارة في الإسراف، فإن قلنا: تحسب عليه، فلو أصاب حسب له، وإن قلنا بالمنصوص: إنه لا يحسب عليه، فأصاب، حسب له على الأصح، لأن الإصابة مع النكبة تدل على جودة الرمي، ثم في كتاب ابن كج أن الانقطاع والانكسار إنما يؤثر حدوثهما قبل خروجه من القوس، وأما بعده، فلا أثر له، وصور البغوي انكسار السهم فيها إذا كان بعد خروجه من القوس، وجعله عذرًا، ولو انكسر السهم نصفين بلا تقصير، وأصاب أحد نصفيه الغرض إصابة شديدة، فثلاثة أوجه: أحدها: لا تحسب، والثاني: تحسب الإصابة بالنصف الأعلى، وهو الذي فيه الفوق دون الذي فيه النصل، والثالث وهو الصحيح، وبه قطع العراقيون والأكثرون وهو المنصوص: تحسب الإصابة بالنصف الذي فيه النصل دون الأعلى، ولو أصاب بالنصفين، لم تحسب إصابتين، وكذا لو رمى سهمين دفعة واحدة، ذكره ابن كج، ولو حاد السهم عن سنن الهدف، وخرج عن السماطين، حسب عليه لسوء رميه، ولو رمى إلى غير الجهة التي فيها الهدف، فهذا اشتغال بغير النضال الذي تعاقدا عليه، فلا يحسب عليه.

الثانية: كان في الغرض سهم، فأصاب سهمه فوق ذلك السهم، نظر إن كان ذلك السهم تعلق به، وبعضه خارج، لم يحسب له، لأنه لا يدري هل كان يبلغ الغرض لولا هذا السهم، ولا يحسب عليه أيضًا، لأنه عرض دون الغرض عارض، فإن شقه، وأصاب الغرض، حسب، وقد يجيء فيه الخلاف السابق في البهيمة، فإن

كان ذلك السهم قد غرق فيه، حسب إصابة، وإن كان الشرط الخسق، لم يحسب له ولا عليه، لأنه لا يدري هل كان بخسق أم لا؟ وينبغي أن ينظر إلى ثبوته فيه، وتقاس صلابة ذلك السهم بصلابة الغرض كما سبق نظيره، ولو أغرق الرامي، وبالغ في المد حتى دخل النصل مقبض القوس، ووقع السهم عنده، فالنص إلحاقه بانكسار القوس وانقطاع الوتر ونحوهما، لأن سوء الرمي أن يصيب غير ما قصده، ولم يوجد هذا هنا، وعن صاحب «الحاوي» أنه يحسب عليه، وقال ابن القطان: إن بلغ مدى الغرض، حسب عليه وإلا فلا.

الثالثة: الريح اللينة لا تؤثر حتى لو رمى زائلًا عن المسامتة، فردته الريح اللينة، أو رميا ضعيفًا، فقوته، فأصاب، حسب له وإن صرفته عن السمت بعض الصرف، فأخطأ، حسب عليه، لأن الجو لا يخلو عن الريح اللينة غالبًا، ويضعف تأثيرها في السهم مع سرعة مروره، وقيل: يمنع الاحتساب له وعليه، وقيل: يمنع الاحتساب عليه، والصحيح الأول، ولو كانت الريح عاصفة، واقترنت بابتداء الرمي، فوجهان: أحدهما وهو ظاهر النص، وبه أجاب الإمام والغزالي: لا يؤثر لأن ابتداء الرمي والريح عاصفة تقصير، ولأن للرماة حذقًا في الرمي وقت هبوب الريح ليصيبوا، فإذا أخطأ، فقد ترك ذلك، وظهر سوء رميه، وأصحهما: وهو قول ابن سلمة، وبه قطع العراقيون وغيرهم: لا يحسب له إن أصاب لقوة تأثيرها، ولهذا يجوز لكل واحد ترك الرمي إلى أن تركد بخلاف اللينة، ولو هجم هبوب العاصفة بعد خروج السهم من القوس، فمقتضى الترتيب أن يقال: إن قلنا: اقترانها مؤثر، فهبوبها أولى، وإلاّ فوجهان: أحدهما: أنها كالنكبات العارضة، والثاني: المنع، لأن الجو لا يخلو عن الريح، ولو فتح هذا الباب، لتعلق به المخطئون، وطال النزاع، والمذهب: أنه إن أخطأ في الهجوم لا يحسب عليه، وإن أصاب، فهل يحسب له؟ فيه الخلاف في السهم المزدلف، وقال الشيخ أبو إسحاق: عندي أنه لا يحسب له قطعًا، لأنا لا نعلم أنه أصاب برميه، ولو هبت ريح نقلت الغرض إلى موضع آخر، فأصاب السهم الموضع المنتقل عنه، حسب له، إن كان الشرط الإصابة على الصحيح، وإن كان الخسق، نسبت صلابة الموضع بصلابة الغرض، ولو أصاب الغرض في الموضع المنتقل إليه، حسب عليه، لا له، ولو أزالت الريح الغرض حتى استقل السهم، فأصابه السهم، قال ابن كج: لا يحسب له.

الفصل الثاني: في حكم المناضلة جوازًا ولزومًا، وفي كونها لازمة أو جائزة قولان كما سبق في المسابقة، فإن قلنا: تلزم، انفسخت بموت أحدهما، كالأجير المعين، ولو مرض أحدهما، أو أصابه رمد ونحوه، لم ينفسخ العقد، بل يؤخر

الرمي، وفي المسابقة يحصل الانفساخ بموت الفرس، لأن التعويل عليه، ولا يحصل بموت الفارس، بل يقوم الوارث مقامه، وقيل: فيه احتمال، لأن للفارس أثرًا ظاهرًا، وإلزام الوارث على المسابقة كالمستبعد، ولا يجوز لها إلحاق زيادة في عدد الأرشاق ولا عدد الإصابات، وطريقهما إن أرادا ذلك أن يفسخا العقد، ويستأنفا عقدًا، وليس للمناضل أن يترك النضال ويجلس، بل يلزم به كمن استؤجر لخياطة ونحوها، ويحبس على ذلك ويعزر، هذا إذا كان مفضولًا أو كان له الفضل، ولكن توقع صاحبه أن يدركه، فيساويه أو يفضله، أما إذا لم يتوقع الإدراك بأن شرطا إصابة خمسة من عشرين، فأصاب أحدهما خمسة، والآخر واحدًا ولم يبق لكل واحد إلاّ رميتان، فلصاحب الخمسة أن يجلس: ويترك الباقي، هذا تفريع قول اللزوم، أما إذا قلنا بالجواز فتتفرع عليه مسألتان:

إحداهما: تجوز الزيادة في عدد الأرشاق والإصابات، وفي المال بالتراضي، وفي الجميع وجه ليس بشيء، وهل يستبد أحدهما بالزيادة؟ ثلاثة أوجه: أصحها: نعم، لجواز العقد، فإن لم يرض صاحبه فليفسخ، والثاني: لا، إذ لا بد في العقد من القبول، والثالث: يجوز الإلحاق للفاضل والمساوي دون المفضول لئلا يتخذ المفضول ذلك ذريعة إلى إبطال النضال، ومتى يصير مفضولًا؟ وجهان: أحدهما: متى زاد صاحبه بإصابة واحدة، وأصحهما: لا تكفي إصابة وإصابتان، بل لا يصير مفضولًا إلاّ إذا قرب صاحبه من الفوز. واعلم أن الوجه المذكور في أنه لا يجوز إلحاق الزيادة والنقص بالتراضي، والوجه الآخر في أنه ليس لأحدهما الاستبداد يطردان في المسابقة وإن لم يذكرهما هناك، وفي الجعالة إذا زاد الجاعل في العمل كان متهمًا كالمفضول، ففي زيادته الخلاف، فإن لم تلحق الزيادة بها، فذاك، وإن ألحقناها وقد عمل العامل بعض العمل ولم يرض بالزيادة، فسخ العقد، قال الإمام: والوجه أن تثبت له أجرة المثل، لأن الترك بسبب الزيادة بخلاف ما إذا ترك في أثناء العمل بلا عذر، فإنه لا يستحق شيئًا.

المسألة الثانية: يجوز لكل منهما على هذا القول تأخير الرمي والإعراض عنه من غير فسخ، وكذا الفسخ إذا لم يكن المعرض مفضولًا متهمًا، فإن كان، فهل له أن يجلس ويترك النضال؟ وجهان كما ذكرنا في المسابقة، قال الإمام: وفي جواز فسخه الخلاف المذكور في الزيادة، ويفضي الأمر إذا فرقنا بين المفضول وغيره إلى أن الحكم بأن العقد جائز مطلقًا مقصور على ما إذا لم يصر أحدهما مفضولًا، فإن صار، لزم في حقه، وبقي الجواز في حق الآخر، وهذا الخلاف في نفوذ فسخ المفضول طرد في فسخ الجاعل الجعالة بعدما عمل العامل بعض العمل، وكانت

حصة عمله من المسمى تزيد على أجرة المثل، ولو شرطا في العقد أن لكل واحد أن يجلس ويترك الرمي إن شاء، فسد العقد إن قلنا بلزومه، وكذا إن قلنا بجوازه وقلنا: ليس للمفضول الترك، وإن قلنا: له ذلك لم يضر شرطه، لأنه مقتضى العقد. ولو شرطا أن المسبق إن جلس كان عليه السبق، فهو فاسد على القولين، لأن السبق إنما يشرع في العمل، ولو تناضلا، ففضل أحدهما الآخر بإصابات، فقال المفضول: حط فضلك، ولك علي كذا، لم يجز على القولين، سواء جوزنا إلحاق الزيادة أم لا، لأن حط الفضل لا يقابل بمال.

## باب بيان الإصابة والخطأ في الرمي

**قال المصنف رحمه الله تعالى: إذا عقد على إصابة الغرض فأصاب الشن أو الجريد الذي يشد فيه الشن، أو العرى وهو السير الذي يشد به الشن على الجريد، حسب له. لأن ذلك كله من الغرض، وإن أصاب العلاقة ففيه قولان:**

**أحدهما: يحسب له، لأنه من جملة الغرض، ألا ترى أنه إذا مد امتد معه فأشبه العرى.**

**والثاني: لا يحسب لأن العلاقة ما يعلق به الغرض. فأما الغرض فهو الشن وما يحيط به، وان شرط إصابة الخاصرة وهو الجنب من اليمين واليسار فأصاب غيرهما لم يحسب له. لأنه لم يصب الخاصرة.**

**وإن شرط إصابة الشن فأصاب العروة ـ وهو السير أو العلاقة ـ لم يحسب لأن ذلك كله غير الشن، فإن أصاب سهمًا في الغرض ـ فإن كان السهم متعلقًا ينصله وباقيه خارج الغرض ـ لم يحسب له ولا عليه، لأن بينه وبين الغرض طول السهم؛ ولا يدري لو لم يكن هذا السهم هل كان يصيب الغرض أم لا يصيب؟ وإن كان السهم قد غرق في الغرض إلى فوقه حسب له، لأن العقد على إصابة الغرض، ومعلوم أنه لو لم يكن هذا لكان يصيب الغرض. فإن خرج السهم من القوس فهبت ريح فنقلت الغرض إلى موضع آخر فأصاب السهم موضعه حسب له وإن أصاب الغرض في الموضع الذي انتقل إليه حسب عليه في الخطأ لأنه أخطأ في الرمي، وإنما أصاب بفعل الريح لا بفعله.**

**وإن رمى وفي الجو ريح ضعيفة فأرسل السهم مفارقًا للغرض وأمال يده ليصيب مع الريح فأصاب الغرض، أو كانت الريح خلفه فنزع نزعًا قريبًا ليصيب مع معاونة الريح فأصاب حسب له. لأنه أصاب بفراهته وحذقه، وإن أخطأ حسب عليه، لأنه أخطأ بسوء رميه، ولأنه لو أصاب مع الريح لحسب له؛ فإذا أخطأ معها حسب عليه.**

**وإن كانت الريح قوية لا حيلة فيها لم يحسب له إذا أصاب، لأنه لم يصب**

بحسن رميه، ولا يحسب عليه إذا أخطأ لأنه لم يخطىء بسوء رميه، وإنما أخطأ بالرمي في غير وقته، وإن رمى من غير ريح فثارت ريح بعد خروج السهم من القوس فأخطأ لم يحسب عليه، لأنه لم يخطىء بسوء رميه، وإنما أخطأ بعارض الريح. وإن أصاب فقد قال بعض أصحابنا: فيه وجهان: بناء على القولين في إصابة السهم المزدلف، وعندي أنه لا يحسب له قولًا واحدًا لأن المزدلف إنما أصاب الغرض بحدة رميه ومع الريح لا يعلم أنه أصاب برميه، وإن رمى سهمًا فأصاب الغرض بفوقه لم يحسب له لأن ذلك من أسوأ الرمى وأردئه.

فصل: وإن انكسر القوس أو انقطع الوتر، أو أصابت يده ريح فرمى وأصاب حسب له، لأن إصابته مع اختلال الآلة أدل على حذقه، فإن أخطأ لم يحسب عليه في الخطأ، لأنه لم يخطىء بسوء رميه وإنما أخطأ بعارض. وإن أغرق السهم فخرج من الجانب الآخر ـ نظرت، فإن أصاب ـ حسب له لأن إصابته مع الإغراق أدل على حذقه، وإن أخطأ لم يحسب عليه. ومن أصحابنا من قال: يحسب عليه في الخطأ لأنه أخطأ في مد القوس، والمنصوص هو الأول، لأن الإغراق ليس من سوء الرمي، وإنما هو لمعنى قبل الرمي فهو كانقطاع الوتر وانكسار القوس، وإن انكسر السهم بعد خروجه من القوس، وسقط دون الغرض لم يحسب عليه في الخطأ، لأنه إنما لم يصب لفساد الآلة لا لسوء الرمي، وإن أصاب بما فيه النصل حسب له، لأن اصابته مع فساد الآلة أدل على حذقه، وإن أصابه بالموضع الآخر، لم يحسب له لأنه لم يصب، ولم يحسب عليه لأن خطأه لفساد الآلة لا لسوء الرمي.

فصل: وإن عرض دون الغرض عارض من إنسان أو بهيمة ـ نظرت فإن رد السهم ولم يصل ـ لم يحسب عليه لأنه لم يصل للعارض لا لسوء الرمي وإن نفذ السهم وأصاب حسب له، لأن إصابته مع العارض أدل على حذقه. وحكى أن الكسعي كان راميًا فخرج ذات ليلة فرأى ظبيًا فأنفذه، وخرج السهم فأصاب حجرًا وقدح فيه نارًا، فرأى ضوء النار فظن أنه أخطأ فكسر القوس وقطع أبهامه، فلما أصبح رأى الظبي صريعًا قد نفذ فيه سهمه فندم فضربت به العرب مثلًا وقال الشاعر:

ندمت ندامة الكسعي لما رأت عيناه ما صنعت يداه

وإن رمى فعارضه عارض فعثر به السهم وجاوز الغرض ولم يصب ففيه وجهان: أحدهما: وهو قول أبي إسحاق أنه يحسب عليه في الخطأ، لأنه أخطأ بسوء الرمي لا للعارض، لأنه لو كان للعارض تأثير لوقع سهمه دون الغرض، فلما جاوزه ولم يصب دل على أنه أخطأ بسوء رميه فحسب عليه في الخطأ. والثاني: أنه لا يحسب عليه لأن العارض قد يشوش الرمي فيقصر عن الغرض وقد يجاوزه. وإن رمى السهم فأصاب الأرض وازدلف فأصاب الغرض ففيه قولان: أحدهما: يحسب لأنه أصاب الغرض بالنزعة التي أرسلها وما عرض دونها من

الأرض لا يمنع الاحتساب، كما لو عرض دونه شيء فهتكه وأصاب الغرض. والثاني: لا يحسب له، لأن السهم خرج عن الرمي إلى غير الغرض، وإنما أعانته الأرض حتى ازدلف عنها إلى الغرض، فلم يحسب له. وإن ازدلف ولم يصب الغرض ففيه وجهان: أحدهما: يحسب عليه في الخطأ لأنه إنما ازدلف بسوء رميه لأن الحاذق لا يزدلف سهمه. والثاني: لا يحسب عليه لأن الأرض تشوش السهم وتزيله عن سننه، فإذا أخطأ لم يكن من سوء رميه.

فصل: وإن كان العقد على اصابة موصوفة ـ نظرت، فإن كان على القرع فأصاب الغرض وخزق أو خسق أو مرق ـ حسب له لأن الشرط هو الإصابة، وقد حصل ذلك في هذه الأنواع.

فصل: وإن كان الشرط هو الخسق ـ نظرت، فإن أصاب الغرض وثبت فيه ثم سقط ـ حسب له لأن الخسق هو أن يثبت وقد ثبت فلم يوثر زواله بعد ذلك، كما لو ثبت ثم نزعه إنسان، فإن ثقب الموضع بحيث يصلح لثبوت السهم لكنه لم يثبت ففيه قولان: أحدهما: أنه يحسب له، لأن الخسق أن يثقب بحيث يصلح لثبوت السهم وقد فعل ذلك، ولعله لم يثبت لسعة الثقب أو لغلظ لقيه. والثاني: وهو الصحيح: أنه لا يحسب له لأن الأصل عدم الخسق، وأنه لم يكن فيه من القوة ما يثبت فيه فلم يحسب له، وان كان الغرض ملصقًا بالهدف فأصابه السهم ولم يثبت فيه، فقال الرامي: قد خسق إلا أنه لم يثبت فيه لغلظ لقيه من نواة أو حصاة. وقال رسيله: لم يخسق ـ نظرت، فان لم يعلم موضع الإصابة من الغرض ـ فالقول قول الرسيل، لأن الأصل عدم الخسق، وهل يحلف؟ ينظر فيه ـ فإن فتش الغرض فلم يكن فيه شيء يمنع من ثبوته ـ لم يحلف، لأن ما يدعيه الرامي غير ممكن، وإن كان هناك ما يمنع من ثبوته حلف، لأن ما يدعيه الرامي ممكن.

وإن علم موضع الإصابة ولم يكن فيه ما يمنع من ثبوته فالقول قول الرسيل من غير يمين، لأن ما يدعيه الرامي غير ممكن، وان كان فيه ما يمنع الثبوت ففيه وجهان:

أحدهما: ان القول قول الرامي، لأن المانع شهد له.

والثاني: إن القول قول الرسيل لأن الأصل عدم الخسق، والمانع لا يدل على أنه لو لم يكن لكان خاسقًا، ولعله لو لم يكن مانع لكان هذا منتهى رميه، فلا يحكم له بالخسق بالشك، وإن كان في الشن خرق أو موضع بال فوقع فيه السهم وثبت في الهدف ـ نظرت، فإن كان الموضع الذي ثبت فيه في صلابة الشن ـ اعتد به، لأنا نعلم أنه لو كان الشن صحيحًا لثبت فيه، وان كان دون الشن في الصلابة كالتراب والطين الرطب لم يعتد له ولا عليه، لأنا لا نعلم أنه لو كان صحيحًا هل كان يثبت فيه أم لا؟ فيرد إليه السهم حتى يرميه.

وإن خرمه وثبت ففيه قولان: أحدهما: يعتد به لأن الخسق هو أن يثبت النصل وقد ثبت. والثاني: لا يعتد به لأن الخسق أن يثبت السهم في جميع الشن

**ولم يوجد ذلك، فإن مرق السهم فقد قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: هو عندي خاسق. ومن الرماة من لا يحتسبه، فمن أصحابنا من قال: يحتسب له قولًا واحدًا وما حكاه عن غيره ليس بقول له، لأن معنى الخسق قد وجد وزيادة، ولأنه لو مرق والشرط القرع حسب، فكذلك إذا مرق والشرط الخسق.**

**ومن أصحابنا من قال: فيه قولان: أحدهما: يحسب له لما ذكرناه. والثاني: لا يحسب له لأن الخسق أن يثبت، وما ثبت، ولأن في الخسق زيادة حذق وصنعة، من نزع القوس بمقدار الخسق، والتعليل الأول أصح، لأن هذا يبطل به إذا مرق، والشرط القرع، وإن أصاب الشن ومرق، وثبت في الهدف، ووجد على نصله قطعة من الشن والهدف دون الشن في الصلابة، فقال الرامي: هذا الجلد قطعه سهمي بقوته، وقال الرسيل: بل كان في الشن ثقبة وهذه الجلدة كانت قد انقطعت من قبل فحصلت في السهم فالقول قول الرسيل لأن الأصل عدم الخسق.**

**فصل: إذا مات أحد الراميين أو ذهبت يده بطل العقد، لأن المقصود معرفة حذقه، وقد فات ذلك، فبطل العقد كما لو هلك المبيع، وإن رمدت عينه أو مرض لم يبطل العقد، لأنه يمكن استيفاء المعقود عليه بعد زوال العذر، وإن أراد أن يفسخ ـ فإن قلنا: أنه كالجعالة ـ كان حكمه قد فسخ من غير عذر، وقد بيناه في أول الكتاب، وإن قلنا أنه كالإجارة جاز أن يفسخ، لأنه تأخر المعقود عليه فملك الفسخ كما يملك في الإجارة، وإن أراد أحدهما أن يؤخر الرمي للدعة ـ فإن قلنا أنه كالإجارة ـ أجبر عليه كما أجبر في الإجارة، وإن قلنا أنه كالجعالة لم يجبر كما لا يجبر في الجعالة.**

**الشرح:** قال في البيان: قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في «الأم»: وإذا تناضلا، فكان الشرط بينهما إصابة الشن خاصة، لم يعتد له إلا بما أصاب الشن دون ما يصيب الجريد والعروة والمعاليق. قال المحاملي: والشن: هو الجلد المنصوب للرمي. والجريد: هو الطوق الذي يكون حول الجلد. والعروة: هي التي يعلق بها ذلك الطوق. و المعاليق: هي الخيوط التي تربط بالعروة؛ ليعلق بها الغرض، والغرض: هو الشن، والجريد، والعرى.

إذا ثبت هذا: فإن شرطا إصابة الشن، لم يعتد إلا بإصابة الجلد خاصة، دون ما زاد عليه.

وإن كان الشرط إصابة الغرض، فإن أصاب الشن أو الجريد أو العروة، اعتد له بذلك؛ لأن اسم الغرض يجمع ذلك كله، وإن أصاب المعاليق، وهي: الخيوط التي يعلق بها الغرض، ففيه قولان: أحدهما: يعتد له بذلك؛ لأنهما من جملة الغرض، ألا ترى أن المعاليق إذا مدت، امتد الغرض؟ والثاني: لا يعتد له بذلك؛ لأنه ليس من جملة الغرض، وإنما يراد لإمساك الغرض، فهي كالهدف.

قال الشافعي: وإن كان في الشن نبل، فأصاب سهمه فوق سهم في الشن، لم يحتسب، ورد عليه، فرمى به.

قال أصحابنا: إذا وقع سهمه في فوق سهم ثابت في الغرض، نظرت: فإن كان السهم الذي في الغرض لم يغرق إلى فوقه، بل باقيه خارج، لم يحتسب لمن أصاب فوقه ولا عليه؛ لأن بين سهمه والغرض طول السهم.

وإن كان السهم الذي في الغرض قد غرق فيه إلى فوقه؛ فإن كان الشرط في الإصابة مطلقًا، احتسب له بالإصابة، لأنا نعلم أنه لولا فوق هذا السهم لأصاب الغرض، وإن كانت الإصابة هي الخسق، لم يحتسب له ولا عليه؛ لأنا لا نعلم مع فوق هذا السهم الثابت، هل كان يخسق، أو لا؟ قال ابن الصباغ: فإن أصاب فوق السهم، وسبح على الشن، فأصاب الغرض، حسبت إصابته.

وإذا رمى إلى الغرض، فنقلت الريح الغرض من مكانه إلى مكان آخر، فإن أصاب الغرض في مكانه الذي انتقل إليه، حسب عليه في الخطأ؛ لأن الشرط بينهما الإصابة في الموضع الأول، وإن أصاب الموضع الذي كان فيه الغرض، فإن كان الشرط بينهما الإصابة مطلقًا، حسب له؛ لأن الغرض لو كان مكانه أصابه. وإن كان الشرط الخواسق، فإن كان الهدف صلبًا قويًا، حسب له؛ لأنه لو كان الغرض بحاله، خسقه، وإن كان ترابًا، لم يحتسب له ولا عليه؛ لأنا لا نعلم لو كان الغرض هناك، هل كان يخسقه، أم لا؟

إذا ثبت هذا: فقد قال الشافعي في «الأم»: ولو رمى والشن منصوب، فطرحه الريح، أو طرحه إنسان قبل أن يقع سهمه، كان له أن يعود فيرمي بذلك السهم؛ لأن الرمية زالت.

قال ابن الصباغ: واختلف أصحابنا فيه: فذهب ابن القاص إلى أن المسألة على ظاهرها، وأنه إذا أصاب مكان الغرض، لا يكون إصابة؛ لأن محل الإصابة زال. ومنهم من قال: أراد الشافعي: إذا كان الشرط الخواسق، وكان الموضع ترابًا. على ما مضى بيانه، وهذا أصح.

قال الشافعي: فإن اتفقا على أن يرميا الغرض في موضعه الثاني، جاز، كما لو اتفقا على ذلك ابتداء.

**فرع:** معاونة الريح على الإصابة: إذا رمى مفارقًا للغرض، فحملت السهم ريح خفيفة، فأصاب الغرض، أو نزع نزعًا مقصرًا ليصيب مع معاونة الريح، فأعانته الريح، وأصاب، احتسب له؛ لأن ذلك غاية الحذق في الرمي، وإن أخطأ، احتسب عليه؛ لأنه أخطأ بسوء رميه.

فأما إذا رمى وفي الجو ريح عاصف، فصرفت سهمه عن الإصابة، أو حملت سهمه، فأصاب، لم يحتسب عليه ولا له؛ لأنه لم يصب بجودة رميه، ولا أخطأ بسوء رميه.

وإن رمى من غير ريح، فثارت ريح بعد خروج السهم، فحملت سهمه، فأخطأ، لم يحتسب عليه؛ لأنه أخطأ بعارض لا بسوء رميه، وإن أصاب، فقد قال بعض أصحابنا: فيه وجهان، بناء على القولين في السهم المزدلف، وقال الشيخ أبو إسحاق: عندي أنه لا يحتسب له، قولًا واحدًا.

قال الشافعي: إذا أصاب بالقدح، لم يحتسب إلا ما أصاب بالنصل.

قال أصحابنا: أراد بالقدح: الفوق، وهو: الثلمة في أسفل السهم التي يوضع فيها الوتر، فإذا أصاب به، لم يحتسب له؛ لأن ذلك من أسوأ الرمي.

وإن انكسر القوس، أو انقطع الوتر، أو أصابت يده ريح، أو أغرق السهم، فخرج السهم من اليمين إلى اليسار، قال ابن الصباغ: لأن من شأن السهم أن يمر على إبهام يساره، فإذا زاد في النزع، عثر السهم، فمر على أصل سبابة يساره، فإن رمى، ووقع السهم دون الغرض مع شيء من هذه العوارض، لم يحتسب عليه؛ لأنه أخطأ باختلال الآلة لا بسوء رميه.

ومن أصحابنا من حكى وجهًا آخر: أن يحتسب عليه بالخطأ في إغراق السهم. والأول هو المنصوص.

قال الشافعي بعد هذا: فإن جاء السهم، وجاز من وراء الناس، فهذا سوء رمي وليس بعارض، فلا يرد. واختلف أصحابنا في هذا:

فقال أبو إسحاق: عطف به الشافعي على المسألة قبلها، وهو أنه إذا عرض له بعض العوارض التي ذكرناها، فلم يقصر سهمه، ولكن جاوز الغرض ولم يصبه، اعتد عليه به في الخطأ؛ لأنه إنما لا يحتسب عليه به في الخطأ إذا قصر سهمه دون الغرض؛ لأن العارض منعه، فأما إذا جاوز السهم الغرض، فإنه أخطأ بسوء رميه لا للعارض؛ لأنه لو كان للعارض تأثير، لمنعه عن بلوغه.

ومن أصحابنا من قال: هذه غير معطوفة عليها، بل هي مبتدأة، وأراد به: إذا رمى فجاوز سهمه الغرض، والناس الذين عنده يشهدون الإصابة من غير عارض، فإنه يعتد عليه بالخطأ؛ لأنه أخطأ بسوء رميه.

فأما إذا عرض شيء من العوارض التي ذكرناها، وجاوز سهمه الغرض، وأخطأه، فإنه لا يعتد به عليه في الخطأ، كما لو قصر سهمه عن الغرض.

وإن أصاب الغرض مع شيء من هذه العوارض التي ذكرناها، فهل تحتسب له

الإصابة؟ حكى المحاملي، وابن الصباغ فيها وجهين: الأول: على قول أبي إسحاق: يعتد له به؛ لأنه لما اعتد عليه بالخطأ عند مجاوزة السهم الغرض، اعتد له بالإصابة. والثاني: على قول غيره من أصحابنا: لا يعتد له بالإصابة؛ لأنه لما لم يعتد عليه بالخطأ، لم يعتد عليه بالإصابة.

وإن انكسر السهم، فوقع دون الغرض، لم يحتسب عليه بالخطأ؛ لأنه أخطأ بعارض لا بسوء رميه.

وإن أصاب بالنصل، احتسب له به في الإصابة؛ لأن ذلك أدل على حذقه. وإن أصابه بفوقه أو عرضه، لم يحتسب له ولا عليه؛ لأنه لم يخطئ بسوء رميه، وإنما أخطأ باختلال الآلة.

**فرع:** حدوث عارض رد السهم: وإن عرض دون الغرض عارض، من إنسان أو بهيمة، فإن رد العارض السهم، ووقع دون الغرض، لم يحتسب عليه في الخطأ؛ لأنه لم يخطئ بسوء رميه، وإن وقع السهم في العارض، ثم جاوز السهم الغرض ولم يصبه، فهل يحتسب عليه في الخطأ؟ فيه وجهان، ذكرناهما في انكسار القوس وانقطاع الوتر: الأول: قال أبو إسحاق: يحسب عليه. والثاني: قال غيره من أصحابنا: لا يحتسب عليه.

وإن نفذ السهم في العارض وأصاب الغرض، فهل يحتسب له في الإصابة؟ قال ابن الصباغ: فيه وجهان: أحدهما: إن قلنا: يحتسب عليه. بالخطأ إذا جاوز الغرض، احتسب له بالإصابة. والثاني: إن قلنا: لا يحتسب عليه بالخطأ عند مجاوزة الغرض، لم يحتسب له بالإصابة.

وقال الشيخ أبو إسحاق: يحتسب له بالإصابة، وجهًا واحدًا؛ لأن إصابته مع العارض أدل على حذقه.

وإن رمى بسهم، فازدلف ووقع في الغرض وأصابه؛ بأن يقع في الأرض دون الغرض، ثم يقوم من الأرض إلى الغرض، فهل يحتسب له بالإصابة؟ من أصحابنا من قال: فيه وجهان، ومنهم من قال: هما قولان:

أحدهما: يحتسب له بالإصابة؛ لأنه أصاب الغرض بنصل السهم، فهو كما لو لم يزدلف سهمه.

والثاني: لا يحتسب له في الإصابة؛ لجواز أن تكون الإصابة بازدلاف السهم في الأرض واضطرابه، لا بجودة الرمي. قال المحاملي: فعلى هذا: لا يحتسب له في هذا الرمي ولا عليه. وقال أبو إسحاق المروزي: يحتمل أن يكون على اختلاف حالين: فإن كانت الأرض أعانت، لم يحتسب له، وإن لم تكن أعانت، احتسب له.

وإن ازدلف سهمه، فأخطأ، قال المحاملي: احتسب عليه بالخطأ؛ لأن الازدلاف من سوء الرمي والخطأ فيه. وحكى صاحب «المهذب» فيه وجهين: أحدهما: يحتسب عليه فيه بالخطأ؛ لما ذكرناه. والثاني: لا يحتسب عليه فيه؛ لأن الأرض تشوش الرمي، وتزيل السهم عن سننه، فإذا أخطأ، لم يكن ذلك بسوء رميه.

قال الشافعي: ولو تشارطا الخواسق، لم يحتسب له خاسقًا حتى يخرقه فيتعلق بنصله، وجملة ذلك: أنه إذا كان الشرط بينهما الخواسق، فإن أصاب السهم الغرض وثقبه وثبت فيه، حسب له في الإصابة؛ لأن هذا هو الخاسق، وإن خدشه ولم يثقبه، احتسب عليه في الخطأ؛ لأنه لم يخسق، وإن ثقبه وسقط عنه ولم يثبت فيه، فهل يحتسب له خاسقًا؟ فيه قولان، قال ابن الصباغ: ومن أصحابنا من يقول: هما وجهان: أحدهما: يعتد له به في الإصابة؛ لأنه قد خرقه، والخسق والخرق واحد، ولعله لم يثبت فيه لسعة الثقب. والثاني: لا يحتسب له فيه، وهو الأصح؛ لأن كل واحد منهما مخالف للآخر في الاسم والمعنى، والخسق أعلى من الخرق.

فعلى هذا: يحتسب عليه فيه بالخطأ. وإن كان الشرط بينهما الإصابة مطلقًا فأصاب وخرق أو خسق أو خرم أو مرق، احتسب له في الإصابة؛ لأن الإصابة توجد في هذه الأنواع.

وإن كان الشرط بينهما الخسق، فأصاب أحدهما الغرض وكان ملصقًا بالهدف، فسقط عنه السهم ولم يثبت فيه، وادعى الرامي أنه قد خسق وإنما لم يثبت سهمه لغلظ لقيه من نواة أو حصاة أو ما أشبه ذلك، وقال المصاب عليه: إنما لم يثبت سهمك لسوء رميك، لا لما ذكرت، فإن علم موضع الإصابة باتفاقهما، أو بقيام البينة عليه، نظرت: فإن لم يكن في الغرض ما يمنع ثبوت السهم وقد خرقه، ففيه قولان بناء على أن الخارق هل يحسب خاسقًا؟ فإن قلنا: يحسب له، فلا كلام. وإن قلنا: لا يحسب له، حسب عليه في الخطأ.

وإن علم موضع الإصابة، وكان فيه ما يمنع من جري السهم من نواة أو حصاة، وقد خرق إلى أن يبلغ إلى المانع، فإن قلنا: إن الخارق يحسب خاسقًا، حسب له في الإصابة. وإن قلنا: لا يحتسب الخارق خاسقًا، لم يحسب عليه في الخطأ؛ لأنه إنما لم يخسق للعارض، لا لسوء رميه.

وإن علم موضع الإصابة ولا مانع فيه، ولا خرقه الرامي، حسب عليه في الخطأ، ولا يمين على المصاب عليه؛ لأن ما ادعاه الرامي غير ممكن.

وإن كان هناك مانع، فقال الرامي: لم يخرق سهمي للمانع، وقال المصاب عليه: لم يخرق سهمك لسوء رميك لا لمانع، ففيه وجهان، حكاهما الشيخ أبو

إسحاق: أحدهما: القول قول الرامي مع يمينه؛ لأن المانع يشهد له. والثاني: القول قول المصاب عليه مع يمينه؛ لأن الأصل عدم الخسق.

وإن لم يعلم موضع الإصابة: فإن فتش الغرض ولم يوجد وراءه حصاة، ولا نواة تمنع الخسق، فالقول قول المصاب عليه بغير يمين؛ لأن ما يدعيه الرامي غير ممكن، ويحسب على الرامي بالخطأ. وإن وجد بعد الغرض ما يمنع من الثبوت، فالقول قول المصاب عليه مع يمينه؛ لأن ما يدعيه الرامي ممكن، فلذلك حلف المصاب عليه.

وقال الشافعي: وإن كان الشن باليًا، فأصاب موضع الخرق، فغاب في الهدف، فهو مصيب.

وجملة ذلك: أنه إذا كان الشرط بينهما الخواسق، فوقع السهم في موضع من الغرض قد خلق وبلي، أو ثقبه كانت فيه، وثبت في الهدف، فإن كان الهدف قويًا مثل صلابة الشن، بأن يكون بناء أو طينًا يابسًا وما أشبهه، احتسب له فيه؛ لأنا نعلم أن السهم لو وقع في الغرض لخسقه. وهذا مراد الشافعي.

وإن كان الهدف ترابًا أو طينًا رطبًا، لم يعتد له به؛ لأنا لا نعلم لو أصاب الغرض، هل كان يثبت أم لا؟ ولا يحتسب عليه به في الخطأ أيضًا؛ للاحتمال فيه.

وإن كان الشرط الخسق، فأصاب طرف الشن وخرقه وثبت مكانه، فحصل الشن من أحد جانبي السهم والجانب الآخر فارغ، ففيه قولان، حكاهما المزني في «المختصر»: أحدهما: لا يعتد له به؛ لأن الخاسق هو الذي يثبت في الغرض، ويحيط الغرض بجميع السهم، والغرض هاهنا لا يحيط بجميع السهم، فلم يعتد به خاسقًا. والثاني: يعتد له به.

قال المحاملي: وهو الأشبه؛ لأن الخاسق هو الذي يصيب الغرض ويثبت فيه وقد وجد ذلك.

وإن كان الشرط الخسق، فرمى أحدهما فوقع في الغرض ومرق منه، قال الشافعي: كان عندي خاسقًا، قال: ومن الرماة من لا يحتسبه إذا لم يثبت فيه. واختلف أصحابنا في ذلك: فمنهم من قال: هو خاسق قولًا واحدًا، وإنما حكى الشافعي مذهب غيره؛ لأنه قد وجد فيه الخسق وزيادة. ومنهم من قال: فيه قولان: أحدهما: يعتد به خاسقًا؛ لما ذكرناه. والثاني: لا يعتد له به؛ لأن المقصود بالمناضلة أن يعلم حذق الرامي وحسن رميه، والخسق فيه ضرب من الحذق وهو أن ينزع نزعًا يعلم أن سهمه يثبت في الغرض، ولا يزيد عليه، فإذا مرق، لم يوجد هذا المعنى، ولم يعد مصيبًا.

قال في «الأم»: إذا كان الشرط الخواسق، فرمى أحدهما، فوجد السهم في ثقبة من الغرض، وهو ثابت في الهدف مع جليدة من الغرض، فقال الرامي: خسقت، ولشدة الرمي قطعت هذه الجليدة، وثبت في الهدف، فأنكر الآخر، وقال: بل كان في الغرض ثقبة وفيها هذه الجليدة، فوقع سهمك في الجليدة، فالقول قول المصاب عليه مع يمينه؛ لأن الأصل عدم الخسق.

قال الشيخ أبو حامد: وهذا ـ كما قدمنا في المسألة قبلها ـ إن كان الهدف رخوًا، لم يثبت كونه خاسقًا، وإن كان صلبًا كان خاسقًا. وأراد: إذا كان الهدف رخوًا، فالقول قول المصاب عليه مع يمينه. وإن كان صلبًا حكم للرامي بالخسق من غير يمين؛ لما قدمناه.

وإن مات أحد المتناضلين، أو ذهبت يده، بطلت المناضلة؛ لأن المقصود معرفة حذقهما، وقد فات ذلك. وإن مرضا، أو أحدهما، أو رمدت عينه، لم يبطل العقد؛ لأنه يمكن استيفاء ذلك بعد زوال العذر، ويحتمل أن يثبت للآخر الخيار في فسخ العقد؛ لأنه تأخر المعقود عليه.

وإن أراد أحدهما أن يفسخ العقد، أو يجلس عن الرمي، وكان العوض منهما، وبينهما محلل، فإن قلنا: إنه كالإجارة، لم يصح فسخه، وأجبر الممتنع منهما عن الرمي بالحبس والتعزير، وإن قلنا: إنه كالجعالة، فإن كان قبل الرمي أو بعد الرمي، وهما متساويان في الإصابة، صح الفسخ، ولم يجبر الممتنع عن الرمي.

فإن كان أحدهما قد ظهر له فضل إصابة، فإن كان الذي فسخ أو امتنع من الرمي هو الفاضل، صح فسخه، ولم يجبر على الرمي، وإن كان الفاسخ أو الممتنع هو المفضول، فهل يصح فسخه، ولا يجبر على الرمي؟ فيه وجهان مضى ذكرهما في أول الباب.

وإن شرطا أن كل واحد منهما يجلس عن الرمي أي وقت شاء، فإن كان ذلك في حال العقد، فإن قلنا: إن العقد لازم، بطل الشرط والعقد، وإن قلنا: إنه كالجعالة، لم يبطل العقد؛ لأنه شرط ما هو من مقتضى العقد.

وإن كان هذا الشرط بعد العقد، لم يبطل العقد، قولًا واحدًا، كما لو شرطا في البيع شرطًا باطلًا بعد العقد وانقضاء الخيار. وإذا رمى أحد المتناضلين فأصاب، فليس للمصيب أن يعجل صاحبه في الرمي ويدهشه؛ لأنه ربما أخطأ مع العجلة. وليس للمصاب عليه أن يطول إرساله، فيمسح قوسه وسهمه، ويمد مدًا طويلًا، يقصد بذلك تبريد يد المصيب؛ لينسى القصد الذي أصاب به، ويقال له: لا نكلفك

أن ترمي على عجلة، ولا يجوز أن تطول لتضر بصاحبك، ولكن ارم على حسب العادة. وليس للمصيب أن يفتخر في إصابته، ويتبجح فيها؛ لأن ذلك يغيظ صاحبه ويدهشه.

ويستحب أن يكون عند الغرض شاهدان ليشهدا الإصابة والخطأ، ويخبرا بها، وليس للشاهد أن يمدح المصيب؛ لأن ذلك يغيظ صاحبه، ولا يذم المخطئ؛ لأنه إنما استحب كونه هنالك للشهادة، ولا للمدح والذم.

# كتاب إحياء الموات

قال المصنف رحمه الله تعالى: يستحب إحياء الموات لما روى جابر ﷺ أن النبي ﷺ قال: «من أحيا أرضًا ميتة فله فيها أجر، وما أكله العوافي منها فهو له صدقة»[1]، وتملك به الأرض، لما روى سعيد بن زيد ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «من أحيا أرضًا ميتة فهي له»، ويجوز ذلك من غير إذن الإمام للخبر، ولأنه تملك مباح فلم يفتقر إلى إذن الإمام كالاصطياد.

فصل: وأما الموات الذي جرى عليه الملك وباد أهله ولم يعرف مالكه ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يملك بالأحياء لما روى طاوس أن النبي ﷺ قال: «عادى الأرض لله ولرسوله، ثم هي لكم بعد»[2] ولأنه إن كان في دار الإسلام فهو كاللقطة التي لا يعرف مالكها، وإن كان في دار الحرب فهو كالركاز.

والثاني: لا يملك لأنه إن كان في دار الإسلام فهو لمسلم أو لذمي أو لبيت المال، فلا يجوز إحياؤه، وإن كان في دار الحرب جاز أن يكون لكافر لا يحل ماله أو لكافر لم تبلغه الدعوة، فلا يحل ماله، ولا يجوز تملكه.

والثالث: أنه إن كان في دار الإسلام لم يملك، وإن كان في دار الحرب ملك، لأن ما كان في دار الإسلام فهو في الظاهر لمن له حرمة، وما كان في دار الحرب فهو في الظاهر لمن لا حرمة له، ولهذا ما يوجد في دار الحرب يخمس، وما يوجد في دار الإسلام يجب تعريفه، وإن قاتل الكفار عن أرض ولم يحيوها ثم ظهر المسلمون عليها ففيه وجهان: أحدهما: لا يجوز أن تملك بالإحياء، بل هي غنيمة بين الغانمين، لأنهم لما منعوا عنها صاروا فيها كالمتحجرين، فلم تملك بالإحياء. والثاني: أنه يجوز أن تملك بالأحياء لأنهم لم يحدثوا فيها عمارة فجاز أن تملك بالإحياء كسائر الموات.

فصل: وما يحتاج إليه لمصلحة العامر من المرافق كحريم البئر وفناء الدار والطريق ومسيل الماء لا يجوز إحياؤه، لأنه تابع للعامر فلا يملك بالإحياء، ولأنا لو جوزنا إحياءها أبطلنا الملك في العامر على أهله، وكذلك ما بين العامر من الرحاب والشوارع ومقاعد الأسواق لا يجوز تملكه بالإحياء، لأن

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه الشافعي في الأم (٤/ ٤٥).

الشرع قد ورد بإحياء الموات وهذا من جملة العامر، ولأنا لو جوزنا ذلك ضيقنا على الناس في أملاكهم وطرقهم، وهذا لا يجوز.

فصل: ويجوز إحياء كل من يملك المال لأنه فعل يملك به فجاز به كل من يملك المال كالاصطياد. ولا يجوز للكافر أن يملك بالأحياء في دار الإسلام ولا للإمام أن يأذن له في ذلك ـ لما روى أن النبي ﷺ قال: «موتان الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم مني»[1]، فجمع الموتان وجعلها للمسلمين، فانتفى أن يكون لغيرهم، ولأن موات الدار من حقوق الدار والدار للمسلمين، فكان الموات لهم كمرافق المملوك لا يجوز لغير المالك إحياؤه، ولا يجوز للمسلم أن يحيي الموات في بلد صولح الكفار على المقام فيه، لأن الموات تابع للبلد، فإذا لم يجز تملك البلد عليهم لم يجز تملك مواته.

فصل: والإحياء الذي يملك به أن يعمر الأرض لما يريده، ويرجع في ذلك إلى العرف، لأن النبي ﷺ أطلق الإحياء ولم يبين، فحمل على المتعارف فإن كان يريده للسكنى فإنه يبني سور الدار من اللبن والآجر والطين والجص إن كانت عادتهم ذلك، أو القصب أو الخشب إن كانت عادتهم ذلك، ويسقف وينصب عليه الباب لأنه لا يصلح للسكنى بما دون ذلك، فإن أراد مراحًا للغنم أو حظيرة للشوك والحطب بنى الحائط ونصب عليه الباب، لأنه لا يصير مراحًا وحظيرة بما دون ذلك، وان أراد للزراعة فإنه يعمل لها مسناة، ويسوق الماء إليها من نهر أو بئر، فإن كانت الأرض من البطائح فإنه يحبس عنها الماء لأن إحياء البطائح أن يحبس عنها الماء كما أن إحياء اليابس بسوق الماء إليه؛ ويحرثها؛ وهو أن يصلح ترابها، وهل يشترط غير ذلك؟ فيه ثلاثة أوجه: أحدها: أنه لا يشترط غير ذلك وهو المنصوص في «الأم»، وهو قول أبي إسحاق، لأن الإحياء قد تم وما بقي إلا الزراعة، وذلك انتفاع بالمحيا فلم يشترط كسكنى الدار. والثاني: وهو ظاهر ما نقله المزني: أنه لا يملك إلا بالزراعة لأنها من تمام العمارة، ويخالف السكنى فإنه ليس من تمام العمارة، وإنما هو كالحصاد في الزرع. والثالث: وهو قول أبي العباس: أنه لا يتم إلا بالزراعة والسقي، لأن العمارة لا تكمل إلا بذلك؛ وان أراد حفر بئر فاحياؤها أن يحفر إلى أن يصل إلى الماء لأنه لا يحصل البئر إلا بذلك، فإن كانت الأرض صلبة تم الإحياء، وإن كانت رخوة لم يتم الإحياء حتى تطوى البئر، لأنها لا تكمل إلا به.

فصل: وإذا أحيا الأرض ملك الأرض وما فيها من المعادن كالبللور والفيروزج والحديد والرصاص لأنها من أجزاء الأرض فملك بملكها ويملك ما ينبع فيها من الماء والقار وغير ذلك. وقال أبو إسحاق: لا يملك الماء وما ينبع فيها، وقد بينا ذلك في البيوع، ويملك ما ينبت فيها من الشجر والكلأ، وقال أبو

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه (٦/ ١٤٣).

القاسم الصيمري: لا يملك الكلأ لما روى ان أبيض بن حمال «سأل رسول الله ﷺ عن حمى الأراك، فقال رسول الله ﷺ: لا حمى في الأراك»[١]، ولأنه لو فرخ في الأرض طائر لم يملك، فكذلك إذا نبت فيه الكلأ، وقال أكثر أصحابنا: يملك لأنه من نماء الملك فملكه بملكه كشعر الغنم.

فصل: ويملك بالإحياء ما يحتاج إليه من المرافق، كفناء الدار والطريق ومسيل الماء وحريم البئر، وهو بقدر ما يقف فيه المستقى ان كانت البئر للشرب وقدر ما يمر فيه الثور إن كانت للسقي، وحريم النهر وهو ملقى الطين وما يخرج منه من التقن، ويرجع في ذلك إلى أهل العرف في الموضع. والدليل عليه ما روى عبد الله بن مغفل أن النبي ﷺ قال: «من احتفر بئرًا فله أربعون ذراعًا حولها عطن لماشيته»[٢].

وروى ابن شهاب عن سعيد بن المسيب قال: من السنة أن حريم القليب العادية خمسون ذراعًا، وحريم البدىء خمسة وعشرون ذراعًا، وحريم بئر الزرع ثلاثمائة ذراع، فإن أحيا أرضًا إلى جنب غيره فجعل أحدهما داره مدبغة أو مقصرة لم يكن للآخر منعه من ذلك، لأنه تصرف مباح في ملكه فلم يمنع منه. وإن الصق حائطه بحائطه منع من ذلك، وإن طرح في أصل حائطه سرجينًا منع منه لأنه تصرف باشر ملك الغير بما يضر به فمنع منه، فإن حفر حشا في أصل حائطه لم يمنع منه لأنه تصرف في ملكه. ومن أصحابنا من قال: يمنع لأنه يضر بالحاجز الذي بينهما في الأرض. وإن ملك بئرًا بالإحياء فجاء رجل وتباعد عن حريمه وحفر بئرًا فنقص ماء الأول لم يمنع منه لأنه تصرف في موات لا حق لغيره فيه.

فصل: وإن تحجر رجل مواتًا وهو أن يشرع في احيائه ولم يتمم صار أحق به من غيره لقوله ﷺ: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه فهو أحق به»[٣]، وإن نقله إلى غيره صار الثاني أحق به، لأنه آثره صاحب الحق به، وان مات انتقل ذلك إلى وارثه، لأنه حق تملك ثبت له فانتقل إلى وارثه كالشفعة، وإن باعه ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق: أنه يصح لأنه صار أحق به فملك بيعه.

والثاني: أنه لا يصح، وهو المذهب، لأنه لم يملكه بعد فلم يملك بيعه كالشفيع قبل الأخذ، وإن بادر غيره إلى احيائه ـ نظرت، فإن كان ذلك قبل أن تطول المدة ـ ففيه وجهان: أحدهما: لا يملك لأن يد المتحجر أسبق. والثاني: يملك لأن الإحياء يملك به، والتحجر لا يملك به، فقدم ما يملك به على ما لا يملك به، وإن طالت المدة ولم يتمم قال له السلطان: أما أن تعمر وأما أن ترفع

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٠٦٦) والدارمي في سننه (٢/ ٢٦٩).

(٢) أخرجه ابن ماجه في سننه برقم (٢٤٨٦) والدارمي في سننه (٢/ ٢٧٣).

(٣) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٠٧١).

يدك، لأنه ضيق على الناس في حق مشترك بينهم فلم يمكن منه كما لو وقف في طريق ضيق أو مشرعة ماء ومنع غيره منها، وإن سأل أن يمهل أمهل مدة قريبة، فإن انقضت المدة ولم يحيي فبادر غيره فأحيا ملك، لأنه لا حق له بعد انقضاء المدة.

فصل: ومن سبق في الموات إلى معدن ظاهر وهو الذي يوصل إلى ما فيه من غير مؤنة كالماء، والنفظ، والمومياء والياقوت، والبرام، والملح، والكحل كان أحق به لقوله ﷺ: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه فهو أحق به»[1] فإن أطال المقام فيه ففيه وجهان: أحدهما: لا يمنع لأنه سبق إليه. والثاني: يمنع لأنه يصير كالمتحجر، فإن سبق اثنان وضاق المكان وتشاحا؛ فإن كانا يأخذان للتجارة، هايا الامام بينهما، فإن تشاحا في السبق أقرع بينهما، لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر فقدم بالقرعة وإن كانا يأخذان للحاجة ففيه ثلاثة أوجه: أحدها: يقرع بينهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر. والثاني: يقسم بينهما لأنه يمكن لهما القسمة فلا يؤخر حقه. والثالث: يقدم الإمام أحدهما لأن للإمام نظرًا في ذلك فقدم من رأى تقديمه، وان كان من ذلك ما يلزم عليه مؤنة بأن يكون بقرب الساحل موضع إذا حصل فيه الماء حصل فيه ملح جاز أن يملك بالإحياء، لأنه يوصل إليه بالعمل والمؤنة، فملك بالإحياء كالموات.

فصل: وإن سبق إلى معدن باطن وهو الذي لا يوصل إليه إلا بالعمل والمؤنة كمعدن الذهب، والفضة، والحديد، والرصاص، والياقوت، والفيروزج، فوصل إلى نيله ملك ما أخذه لقوله ﷺ: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه فهو أحق به»[2] وهل يملك المعدن؟ فيه قولان:

أحدهما: يملكه لأنه موات لا يوصل إلى ما فيه إلا بالعمل والانفاق، فملكه بالإحياء كموات الأرض. والثاني: لا يملك وهو الصحيح «لأن النبي ﷺ علق الملك في الموات على الإحياء وهو العمارة، والعمل في المعدن حفر وتخريب فلا يملك به، ولأنه يحتاج في كل جزء يأخذه إلى عمل فلا يملك منه إلا ما أخذ، ويخالف موات الأرض لأنه إذا عمر انتفع به على الدوام من غير عمل مستأنف فملك به، فإن قلنا: إنه يملك بالأحياء ملكه الى القرار، وملك مرافقه، فإن تباعد انسان عن حريمه وحفر معدنا فوصل إلى العرق، لم يمنع من أخذ ما فيه، لأنه احياء في موات لا حق فيه لغيره، فإن حفر ولم يصل إلى النيل صار أحق به كما قلنا فيمن تحجر في موات الأرض. فإن قلنا: لا يملك كان كالمعدن الظاهر في إزالة يده إذا طال مقامه، وفي القسمة والتقديم بالقرعة وتقديم من يرى الإمام تقديمه.

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

**فصل: ويجوز الارتفاق بما بين العامر من الشوارع والرحاب الواسعة بالقعود للبيع والشراء، لاتفاق أهل الأمصار في جميع الأعصار على إقرار الناس على ذلك من غير إنكار، ولأنه ارتفاق بمباح من غير اضرار فلم يمنع منه كالاجتياز، فإن سبق إليه كان أحق به، لقوله ﷺ: «منى مناخ من سبق»(١)، وله أن يظل بما لا ضرر به على المارة من بارية وثوب، لأن الحاجة تدعو إلى ذلك، وان أراد أن يبني دكة منع، لأنه يضيق به الطريق، ويعثر به الضرير وبالليل البصير، فلم يجز، وإن قام وترك المتاع لم يجز لغيره أن يقعد فيه، لأن يد الأول لم تزل، وان نقل متاعه كان لغيره أن يقعد فيه لأنه زالت يده، وان قعد وأطال ففيه وجهان: أحدهما: يمنع، لأنه يصير كالمتملك، وتملكه لا يجوز. والثاني: يجوز لأنه قد ثبت له اليد بالسبق إليه. وإن سبق إليه اثنان ففيه وجهان: أحدهما: يقرع بينهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر. والثاني: يقدم الإمام أحدهما، لأن للإمام النظر والاجتهاد، ولا تجيء القسمة لأنها لا تملك فلم تقسم.**

**الشرح:** الموات لغة هو ما لا روح فيه، والمراد به الأرض التي لم تعمر ولا مالك لها، وفي الاصطلاح: هو الأرض المنفكة عن الاختصاصات وملك معصوم، فهو الأرض الخراب التي لم يجر عليها ملك لأحد، ولم يوجد فيها أثر عمارة، أو وجد فيها أثر ملك وعمارة ولم يعلم لها مالك.

وقوله: «وما أكله العوافي» جمع عافية وهي الوحش والسباع والطير، وقوله: «وفناء الدار» هو ما امتد من جوانبها، والرحاب جمع رحبة وهي الساحة الواسعة والشوارع جمع شارع وهي الطريق الأعظم في البلد، والمراح: موضع الاستراحة، والحظيرة ما يحيط بالشيء، والقليب: البئر، والنفط: دهن شديد الحرارة كريه الرائحة، والمومياء: دواء للجراحات، والبارية شيء يتظلل به صفيق.

أما الأحكام: فإحياء الموات مستحب. والأرض قسمان:

أحدهما: أرض بلاد الإسلام، ولها ثلاثة أحوال:

أَحدها: أن لا تكون معمورة في الحال، ولا من قبل، فيجوز تملُّكها بالإحياء، سواء أذن فيه الإمام، أم لا، ويكفي فيه إذن رسول الله ﷺ في الأحاديث المشهورة، ويختص ذلك بالمسلمين. فلو أحياها الذمي بغير إذن الإمام، لم يملك قطعًا، ولو أحيا بإذنه، لم يملك أيضًا على الأصح، وقال الأستاذ أبو طاهر: يملك. فإذا قلنا بالصحيح، فكان له فيها عين مال، نقلها. فإن بقي بعد النقل أثر

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢٠١٩) والترمذي في سننه برقم (٨٨١) وابن ماجه في سننه برقم (٣٠٠٦) وأحمد في المسند (٦/ ١٨٧) والبيهقي في سننه (٥/ ١٣٩).

عمارة، قال ابن كج: إن أحياء رجل بإذن الإمام، ملكه، وإن لم يأذن، فوجهان.

ولو ترك العمارة متبرعًا، تولَّى الإمام أخذ غلّتها وصرفها في مصالح المسلمين، ولم يجز لأحد تملُّكها.

**فرع:** للذمي الاصطياد والإحتطاب والاحتشاش في دار الإسلام، لأن ذلك يخلف، ولا يتضرر به المسلمون، بخلاف الأرض، وكذا للذمي نقل التراب من موات دار الإسلام إذا لم يتضرر به المسلمون.

**فرع:** المستأمن كالذمي في الإحياء وفي الاحتطاب ونحوه، والحربي ممنوع من جميع ذلك.

الحال الثاني: أن تكون معمورة في الحال، فهي لملَّاكها، ولا مدخل فيها للإحياء.

الحال الثالث: أن لا تكون معمورة في الحال وكانت معمورة قبلُ، فإن عُرف مالكها، فهي له أو لوارثه، ولا تملك بالعمارة. وإن لم يُعرف، نظر، إن كانت عمارة إسلامية، فهي لمسلم أو لذمي، وحكمها حكم الأموال الضائعة. قال الإمام: والأمر فيه إلى رأي الإمام. فإن رأى حفظه إلى أن يظهر مالكه، فعل، وإن رأى بيعه وحفظ ثمنه، فعل، وله أن يستقرضه على بيت المال. هذا هو المذهب، وفيه خلاف سيأتي إن شاء الله تعالى قريبًا. وإن كانت عمارة جاهلية، فقولان: ويقال: وجهان: أحدهما: لا تملك بالإحياء، لأنها ليست بموات. وأظهرهما: تملك كالركاز.

وقال ابن سريج وغيره: إن بقي أثر العمارة أو كان معمورًا في جاهلية قريبة، لم تملك بالإحياء، وإن اندرست بالكلية وتقادم عهدها، مُلِكت. ثم إن البغوي وآخرين عمَّموا هذا الخلاف، وفرَّعوا على المنع أنها إن أخذت بقتال فهي للغانمين، وإلا، فهي أرض للفيء، وقال الإمام: موضع الخلاف إذا لم يُعلم كيفية استيلاء المسلمين عليه ودخوله تحت يدهم، فأما إن عُلم، فإن حصلت بقتال، فللغانمين، وإلا، ففيء، وحصة الغانمين تلتحق بملك المسلم الذي لا يُعرف. وطرد جماعة الخلاف، فيما إذا كانت العمارة الإسلامية ولم يعرف مالكها، وقالوا: هي كلقطة لا يعرف مالكها. والجمهور فرقوا بين الجاهلية والإسلامية كما سبق.

القسم الثاني: أرض بلاد الكفار، ولها ثلاثة أحوال:

أحدها: أن تكون معمورة، فلا مدخل للإحياء فيها، بل هي كسائر أموالهم. فإذا استولينا عليها بقتال أو غيره، لم يخفَ حكمه.

الحال الثاني: أن لا تكون معمورة في الحال ولا من قبل، فيتملَّكها الكفار بالإحياء. وأما المسلمون، فينظر، إن كان مواتًا لا يذبّون المسلمين عنه، فلهم

تملُّكه بالإحياء، ولا يملك بالإستيلاء، لأنه غير مملوك لهم حتى يُملك عليهم. وإن ذبّوا عنه المسلمين، لم يملك بالإحياء كالمعمور من بلادهم. فإن استولينا عليه، ففيه أوجه: أصحها: أنه يفيد اختصاصًا كاختصاص المتحجر، لأن الاستيلاء أبلغ منه. وعلى هذا فسيأتي إن شاء الله تعالى خلاف في أن التحجُّر هل يفيد جواز البيع؟ إن قلنا: نعم، فهو غنيمة كالمعمور. وإن قلنا: لا، وهو الأصح، فالغانمون أحق بإحياء أربعة أخماسه، وأهل الخمس أحق بإحياء خمسه. فإن أعرض الغانمون عن إحيائه، فأهل الخمس أحق به. ولو أعرض بعض الغانمين، فالباقون أحق. وإن تركه الغانمون وأهل الخمس جميعًا، ملكه من أحياه من المسلمين.

والوجه الثاني: أنهم يملكونه بالاستيلاء كالمعمور.

والوجه الثالث: لا يفيد ملكًا ولا اختصاصًا، بل هو كموات دار الإسلام، مَن أحياه ملكه.

الحال الثالث: أن لا تكون معمورة في الحال وكانت معمورة، فإن عُرف مالكها، فكالمعمورة، وإلا، ففيه طريقة الخلاف وطريقة ابن سريج السابقتان في القسم الأول.

**فرع:** إذا فتحنا بلدة صلحًا على أن تكون لنا ويسكنوا بجزية، فالمعمور منها فيء، ومواتها الذي كانوا يذبّون عنه، هل يكون متحجرًا لأهل الفيء؟ وجهان: أصحهما: نعم. فعلى هذا، هو فيء في الحال، أم يُحبِّسه الإمام لهم؟ وجهان: أصحهما: الثاني، وإن صالحناهم على أن تكون البلدة لهم، فالمعمور لهم، والموات يختصون بإحيائه تبعًا للمعمور، وعن القاضي أبي حامد وصاحب «التقريب»: أنه إنما يجب علينا الامتناع عن مواتها إذا شرطناه في الصلح، والأول أصح.

**فرع:** قال البغوي: البِيَع التي للنصارى في دار الإسلام، لا تملك عليهم. فإن فَنُوا، فهو كما لو مات ذمي ولا وارث له، فتكون فيئًا.

**فرع:** حريم المعمور لا يملك بالإحياء، لأن مالك المعمور يستحق مرافقة، وهل نقول: إنه يملك تلك المواضع؟ وجهان: أحدهما: لا، لأن الملك بالإحياء ولم يحيها، وأصحهما: نعم، كما يملك عرصة الدار ببناء الدار، ولأن الإحياء تارة يكون بجعله معمورًا، وتارة بجعله تبعًا للمعمور. ولو باع حريم ملكه دون الملك، لم يصح، قاله أبو عاصم، كما لو باع شرب الأرض وحده. قال: ولو حفر اثنان بئرًا على أن يكون نفس البئر لأحدهما وحريمها للآخر، لم يصح وكان الحريم لصاحب البئر، وللآخر أجرة عمله.

**فرع:** في بيان الحريم وهو المواضع القريبة التي يحتاج إليها لتمام الانتفاع، كالطريق ومسيل الماء ونحوهما، وفيه صور:

إحداها: ذكرنا في الحال الثالث: إذا صالحنا الكفار على بلدة، لم يجز إحياء مواتها الذي يذبون عنه على الأصح، فهو من حريم تلك البلدة ومرافقها.

الثانية: حريم القرى المحياة: ما حولها من مجتمع أهل النادي، ومرتكض الخيل، ومُناخ الإبل، ومُطَّرَح الرماد والسماد، وسائر ما يُعدَّ من مرافقها. وأما مرعى البهائم، فقال الإمام: إن بعد عن القرية، لم يكن من حريمها. وإن قرب ولم يستقل مرعى، ولكن كانت البهائم ترعى فيه عند الخوف من الإبعاد، فعن الشيخ أبي علي، خلاف فيه، والأصح عند الإمام: أنه ليس بحريم. وأما ما يستقل مرعى وهو قريب، فينبغي أن يقطع بأنه حريم. وقال البغوي: مرعى البهائم حريم للقرية مطلقًا.

**فرع:** المحتطَب كالمرعى.

الثالثة: حريم الدار في الموات: مطرح التراب والرماد والكناسات والثلج، والممر في الصوب الذي فُتح إليه الباب، وليس المراد منه استحقاق الممر في قبالة الباب على امتداد الموات، بل يجوز لغيره إحياء ما في قبالة الباب إذا أبقي الممر له، فإن احتاج إلى انعطاف وازورار، فعل.

**فرع:** عدَّ جماعة منهم ابن كج فناء الدار من حريمها. وقال ابن الصباغ: عندي أن حيطان الدار لا فناء لها ولا حريم. فلو أراد محي أن يبني بجنبها، لم يلزمه أن يبعد عن فنائها، لكن يمنع مما يضر الحيطان كحفر بئر بقربها.

الرابعة: البئر المحفورة في الموات، حريمها الموضع الذي يقف فيه النازح، وموضع الدولاب ومتردد البهيمة إن كان الاستقاء بهما، ومصب الماء، والموضع الذي يجتمع فيه لسقي الماشية والزروع من حوض ونحوه، والموضع الذي يطرح فيه ما يخرج منه، وكل ذلك غير محدود، وإنما هو بحسب الحاجة، كذا قاله الشافعي والأصحاب. وفي وجه: حريم البئر: قدر عمقها من كل جانب، ولم ير الشافعي التحديد، وحمل اختلاف روايات الحديث في التحديد، على اختلاف القدر المحتاج إليه. وبهذا يقاس حريم النهر المحفور في الموات. وأما القناة فآبارها لا يستقى منها حتى يعتبر به الحريم، فحريمها: القدر الذي لو حفر فيه لنقص ماؤها، أو خيف منه انهيار وانكباس، ويختلف ذلك بصلابة الأرض ورخاوتها. وفي وجه: أن حريمها حريم البئر التي يستقى منها، ولا يُمنع من الحفر إذا جاوزه وإن نقص الماء، وبهذا الوجه قطع الشيخ أبو حامد ومن تابعه. والقائلون به، قالوا: لو جاء آخر وتنحَّى عن المواضع المعدودة حريمًا، وحفر بئرًا ينقص ماء الأول، لم يمنع

منه، وهو خارج عن حريم البئر. والأصح: أنه ليس لغيره الحفر حيث ينقص ماءها، كما ليس لغيره التصرف قريبًا من بنائه بما يضر به، بخلاف ما إذا حفر بئرًا في ملكه، فحفر جاره بئرًا في ملكه فنقص ماء الأول، فإنه يجوز. قال ابن الصباغ: والفرق أن الحفر في الموات ابتداء تملُّك، فلا يمكَّن منه إذا تضرر الغير، وهنا كل واحد متصرف في ملكه. وعلى هذا، فذلك الموضع داخل في حريم البئر أيضًا. واعلم أن ما حكمنا بكونه حريمًا، فذلك إذا انتهى الموات إليه. فإن كان هناك ملك قبل تمام حدِّ الحريم، فالحريم إلى حيث ينتهي الموات.

**فرع:** كل ما ذكرناه في حريم الأملاك، مفروض فيما إذا كان الملك محفوفًا بالموات، أو متاخمًا له من بعض الجوانب. فأما الدار الملاصقة للدار، فلا حريم لها، لأن الأملاك متعارضة، وليس جعلُ موضع حريمًا لدار، أولى من جعله حريمًا لأخرى، وكل واحد من الملَّاك يتصرف في ملكه على العادة، ولا ضمان عليه إن أفضى إلى تلف. فإن تعدى، ضمن. والقول في تصرف المالكين المتجاوزين بما يجوز وما لا يجوز، وبماذا يتعلق الضمان، منه ما سبق في كتاب الصلح، ومنه ما سيأتي إن شاء الله تعالى في خلال الدِّيات.

**فرع:** لو اتخذ داره المحفوفة بالمساكن حمامًا، أو إصطبلًا، أو طاحونة، أو حانوته في صف العطارين حانوت حداد أو قصار على خلاف العادة، ففيه وجهان: أحدهما: يُمنع، للإضرار. وأصحهما: الجواز، لأنه متصرف في خالص ملكه، وفي منعه إضرار به. وهذا إذا احتاط وأحكم الجدران بحيث يليق بما يقصده، فإن فعل ما الغالب فيه ظهور الخلل في حيطان الجار، فالأصح: المنع، وذلك مثل أن يدق الشيء في داره دقًا عنيفًا تتزعزع منه الحيطان، أو حبس الماء في ملكه بحيث تنتشر منه النداوة إلى حيطان الجار. ولو اتخذ داره مدبغة، أو حانوته مخبزة حيث لا يُعتاد، فإن قلنا: لا يُمنع في الصورة السابقة، فهنا أولى، وإلا ففيه تردد للشيخ أبي محمد. واختار الروياني في كل هذا، أن يجتهد الحاكم فيها، ويمنع إن ظهر له التعنُّت وقصدُ الفساد. قال: وكذلك القول في إطالة البناء ومنع الشمس والقمر.

**فرع:** لو حفر في ملكه بئر بالوعة وفسد بها ماء بئر جاره، فهو مكروه، لكن لا يُمنع منه، ولا ضمان عليه بسببه على الصحيح، وخالف فيه القفال.

**فرع:** لا يُمنع من إحياء ما وراء الحريم، قَرُب، أم بعد، وسواء أحياه أهل العمران، أم غيرهم.

**فرع:** موات الحرم يُملك بالإحياء، كما أن معموره يُملك بالبيع والهبة. وهل تُملك أرض عرفات بالإحياء كسائر البقاع، أم لا، لتعلق حق الوقوف بها؟ وجهان:

إن قلنا: تُملك، ففي بقاء حق الوقوف فيما ملك وجهان: إن قلنا: يبقى، فذاك مع اتساع الباقي، أم بشرط ضِيقه على الحجيج؟ وجهان: واختار الغزالي، الفرق بين أن يضيق الموقف فيمنع، أو، لا، فلا. والأصح: المنع مطلقًا، وهو أشبه بالمذهب، وبه قطع المتولي، وشبّهها بما تعلق به حق المسلمين عمومًا وخصوصًا، كالمساجد والطرق والرباطات، ومصلَّى العيد خارج البلد.

**فصل:** الشارع في إحياء الموات متحجّر ما لم يتمّه، وكذا إذا أعلم عليه علامة للعمارة، مِنْ نصب أحجار، أو غرز خشبات، أو قصبات، أو جمع تراب، أو خطّ خطوط، وذلك لا يفيد الملك، بل يجعله أحق به من غيره. وحكى ابن القطان وجهًا: أنه يملك به، وهو شاذ ضعيف، والتفريع على الصحيح.

قال أصحابنا: إذا مات المتحجِّر، انتقل حقُه إلى ورثته. ولو نقله إلى غيره، صار الثاني أحق به. والله أعلم.

وينبغي للمتحجِّر أن لا يزيد على قدر كفايته، وأن لا يتحجَّر ما لا يمكنه القيام بعمارته. فإن خالف، قال المتولي: فلغيره أن يحيي ما زاد على كفايته، وما زاد على ما يمكنه بعمارته. وقال غيره: لا يصح تحجره أصلا، لأن ذلك القدر غير متعين.

وينبغي أن يشتغل بالعمارة عقيب التحجُّر. فإن طالت المدة ولم يحي، قال له السلطان: أحي أو ارفع يدك عنه. فإن ذكر عذرًا واستمهله، أمهله مدة قريبة يستعد فيها للعمارة. والنظر في تقديرها إلى رأي السلطان، ولا تتقدر بثلاثة أيام على الأصح، فإذا مضت ولم يشتغل بالعمارة، بطل حقه. وليس لطول المدة الواقعة بعد التحجر حدٌّ معين، وإنما الرجوع فيه إلى العادة. قال الإمام: وحق المتحجر يبطل بطول الزمان وتركه العمارة وإن لم يرفع الأمر إلى السلطان ولم يخاطبه بشيء، لأن التحجر ذريعة إلى العمارة، وهي لا تؤخَّر عن التحجر إلا بقدر تهيئة أسبابها، ولهذا لا يصح تحجر من لا يقدر على تهيئة الأسباب، كمن يتحجر ليعمر في السنة القابلة، وكفقير يتحجر ليعمر إذا قدر، فوجب إذا أخَّر وطال أن يعود مواتًا كما كان، هذا كلام الإمام. وحكى الشيخ أبو حامد مثله عن أبي إسحاق، ثم قال: عندي أنه لا يبطل إلا بالرفع إلى السلطان ومخاطبته.

**فرع:** لو بادر أجنبي قبل أن يبطل حق المتحجر، فأحيا ما تحجره، ملكه المحيي على الأصح المنصوص، لأنه حقق سبب الملك وإن كان ظالمًا، كما لو دخل في سوم أخيه واشترى. والثاني: لا يملك، لئلا يبطل حق غيره. والثالث: أنه إن انضم إلى التحجر إقطاع السلطان، لم يملك المحيي، وإلا، فيملك. والرابع:

إن أخذ المتحجر في العمارة، لم يملك المبادر، وإلا، فيملك. وشبَّهوا المسألة بالخلاف فيما إذا عشش الطائر في ملكه وأخذ الفرخَ غيرُه، هل يملكه؟ قلت: والأصح أيضًا أنه يملكه. وكذا لو توحَّل ظبيٌ في أرضه، أو وقع الثلج فيها، ونحو ذلك، وقد سبقت مسائل تتعلق بهذا في كتاب الصيد. والله أعلم.

**فرع:** لو باع المتحجر ما تحجره، وقلنا بالصحيح: إنه لا يملك، لم يصح بيعه عند الجمهور. وقال أبو إسحاق وغيره: يصح، وكأنه يبيع حق الاختصاص. وعلى هذا لو باع فأحياه في يد المشتري رجل، وقلنا: يملك، فهل يسقط الثمن، أم لا، لحصول التلف بعد القبض؟ وجهان. أصحهما: الثاني. وإذا قلنا: لا يصح البيع، فأحياه المشتري قبل الحكم بفسخ البيع، فهل يكون له، أم للبائع؟ فيه وجهان حكاهما الشاشي، والصحيح: الأول. والله أعلم.

**فرع:** لإقطاع الإمام مدخل في الموات، وفائدته مصير المُقطَع أحق باحيائه كالمتحجر. وإذا طالت المدة، أو أحياه غيره، فالحكم كما سبق في المتحجر، ولا يُقطَع إلا لمن يقدر على الإحياء، وبقدر ما يقدر عليه.

**فصل:** في بيان الإحياء، قال الأصحاب: المعتبر ما يعدُّ إحياءً في العرف، ويختلف باختلاف يقصد به. وتفصيله بمسائل:

إحداها: إذا أراد المسكن، اشترط التحويط بالآجر أو اللبن أو الطين أو القصب أو الخشب بحسب العادة، ويشترط أيضًا تسقيف البعض ونصب الباب على الصحيح فيهما.

المسألة الثانية: إذا أراد زريبة للدواب، أو حضيرة يجفف فيها الثمار أو يجمع فيها الحطب أو الحشيش، اشترط التحويط، ولا يكفي نصب سعف وأحجار من غير بناءٍ، لأن المتملك لا يقتصر على مثله في العادة، وإنما يفعله المجتاز. ولو حوط البناء في طرف، واقتصر للباقي على نصب الأحجار والسعف، حكى الإمام عن القاضي، أنه يكفي، وعن شيخه: المنع. ولا يشترط التسقيف هنا. وفي تعليق الباب، الخلاف السابق.

المسألة الثالثة: إذا أراد مزرعة، اشترط أمور إذا أراد:

أحدها: جمع التراب حواليه لينفصل المحيا عن غيره. وفي معناه: نصب قصب وحجر وشوك، ولا حاجة إلى التحويط. وقال الشيخ أبو حامد: عندي إذا صارت الأرض مزرعة بماءٍ سيق إليها، فقد تم الإحياء وإن لم يجمع التراب حولها.

الثاني: تسوية الأرض بطمِّ المنخفض وكسح المستعلي وحراثتها وتليين ترابها، فإن لم يتيسر ذلك إلا بماءٍ يساق إليها، فلا بد منه لتتهيأ للزراعة.

الثالث: ترتيب ماءٍ لها بشق ساقية من نهر، أو بحفر بئر أو قناة وسقيها، هل يشترط ذلك؟ أطلق جماعة اشتراطه، والأصح ما ذكره ابن كج وغيره: أن الأرض إن كانت بحيث يكفي لزراعتها ماء السماء، لم يشترط السقي وترتيب ماء على الصحيح. وإن كانت تحتاج إلى ماءٍ يساق إليها، اشترط تهيئة ماءٍ من عين أو بئر أو غيرهما. وإذا هيأه، نظر، إن حفر له الطريق ولم يبق إلا إجراء الماء، كفى، ولم يشترط الإجراء، ولا سقي الأرض. وإن لم يحفر بعد، فوجهان: وأما أرض الجبال التي لا يمكن سوق الماء إليها ولا يصيبها إلا ماء السماء، فمال صاحب «التقريب» إلى أنه لا مدخل للإحياء فيها، وبه قال القفال وبنى عليه: أمّا إذا وجدنا شيئًا من تلك الأرض في يد إنسان، لم نحكم بأنه ملكه، ولا نجوز بيعه وإجارته. ومن الأصحاب من قال: يملك بالحراثة وجمع التراب على الأطراف، واختاره القاضي حسين. ولا تشترط الزراعة، لحصول الملك في المزرعة على الأصح، لأنها استيفاء منفعة وهو خارج عن الإحياء، وكما لا يشترط في الدار أن يسكنها.

المسألة الرابعة: إذا أراد بستانًا أو كرمًا، فلا بد من التحويط، والرجوع فيما يحوط به إلى العادة، قاله ابن كج. وقال: فإن كانت عادة البلد بناء جدار، اشترط البناء. وإن كان عادتهم التحويط بالقصب والشوك وربما تركوه أيضًا كما في البصرة وقزوين، اعتبرت عادتهم، وحينئذٍ يكفي جمع التراب حواليه كالمزرعة. والقول في سوق الماء إليه كما سبق في المزرعة. ويعتبر غرس الأشجار على المذهب، وبه قطع الجمهور. وقيل: لا يعتبر إذا لم يعتبر الزرع في المزرعة. والفرق على المذهب، أن اسم المزرعة يقع على الأرض قبل الزرع، بخلاف البستان قبل الغرس، ولأن الغرس يدوم فألحق بأبنية الدار، بخلاف الزرع.

**فرع:** طرق الأصحاب متفقة على أن الإحياء يختلف باختلاف ما يقصده المحيي من مسكن وحظيرة وغيرهما. وذكر الإمام شيئين:

أحدهما: أن القصد إلى الإحياء هل يعتبر لحصول الملك؟ فقال: ما لا يفعله في العادة إلا المتملِّك كبناء الدار واتخاذ البستان، يفيد الملك وإن لم يوجد قصد. وما يفعله المتملك وغيره، كحفر البئر في الموات، وكزراعة قطعة من الموات اعتمادًا على ماء السماء، إن انضم إليه قصد، أفاد الملك، وإلا، فوجهان: وما لا يكتفي به المتملك، كتسوية موضع النزول، وتنقيته عن الحجارة، لا يفيد الملك. وإن قصده شبّه ذلك بالاصطياد بنصب الأحبولة في مدارج الصيود يفيد ملك الصيد. وإغلاق الباب إذا دخل الصيد الدار على قصد التملك، يفيد الملك. ودونه وجهان: وتوحل الصيد في أرضه التي سقاها، لا يفيد الملك وإن قصده.

الشيء الثاني: إذا قصد نوعًا وأتى بما يُقصد به نوع آخر، أفاد الملك، حتى إذا حوّط البقعة يملكها وإن قصد المسكن، لأنه مما يملك به الزريبة لو قصدها. قال الإمام الرافعي رحمه الله تعالى: أما الكلام الأول، فمقبول لا يلزم منه مخالفة الأصحاب، بل إن قصد شيئًا اعتبرنا في كل مقصود ما فصّلوه، وإلا، نظرنا فيما أتى به وحكمنا بما ذكره. وأما الثاني، فمخالفته لِما ذكره الأصحاب صريحة، لِما فيه من الاكتفاء بأدنى العمارات أبدًا.

**فرع:** إذا حفر بئرًا في الموات للتملك، لم يحصل الإحياء ما لم يصل إلى الماء. وإذا وصل، كفى إن كانت الأرض صلبة، وإلا، فيشترط أن تطوى. وقال الإمام: لا حاجة إليه. وفي حفر القناة، يتم الإحياء بخروج الماء وجريانه. ولو حفر نهرًا ليجري الماء فيه على قصد التملك، فإذا انتهى رأس النهر الذي يحفره إلى النهر القديم، وجرى الماء فيه، ملكه، كذا قاله البغوي وغيره. وفي «التتمة»: أن الملك لا يتوقف على إجراء الماء فيه، لأنه استيفاء منفعة كالسكون في الدار.

**فصل:** في الحمى: هو أن يحمي بقعة من الموات لمواشٍ بعينها، ويمنع سائر الناس الرعي فيها، وكان لرسول الله ﷺ أن يحمي لخاصة نفسة، ولكنه لم يفعله ﷺ، وإنما حمى النقيع لا بل الصدقة ونعم الجزية وخيل المجاهدين.

قلت: النقيع بالنون عند الجمهور، وهو الصواب. وقيل: بالباء الموحدة، وبقيع الغرقد بالباء قطعًا. والله أعلم.

وأما غير رسول الله ﷺ، فليس للآحاد الحمِى قطعًا، ولا للأئمة لأنفسهم، وفي حِماهم لمصالح المسلمين، قولان: أظهرهما: الجواز. وقيل: يجوز قطعًا. فإذا جوزناه، فهل يختص بالإمام الأعظم، أم يجوز أيضًا لولاته في النواحي؟ وجهان حكاهما ابن كج وغيره. أصحهما: الثاني. وسواء حمى لخيل المجاهدين، أم لنعم الجزية والصدقة، والضوالِّ، ومال الضعفاء عن الإبعاد في طلب النجعة، ثم لا يحمي إلا الأقل الذي لا يبين ضرره على الناس ولا يضيِّق الأمر عليهم، ثم ما حماه رسول الله ﷺ، نص، فلا ينقض ولا يغير بحال، هذا هو المذهب. وقيل: إن بقيت الحاجة التي حمى لها، لم يغير. وإن زالت، فوجهان: أصحهما: المنع، لأنه تغيير المقطوع بصحته باجتهاد. وأما حمى غيره ﷺ، فإذا ظهرت المصلحة في تغييره، جاز نقضه ورده إلى ما كان على الأظهر رعاية للمصلحة. وفي قول: لا يجوز كالمقبرة والمسجد. وقيل: يجوز للحامي نقض حماه، ولا يجوز لمن بعده من الأئمة، وإذا جوزنا نقضه، فأحياه رجل بإذن الإمام، ملكه وكان الإذن في الإحياء نقضًا. وإن استقل المحيي، فوجهان: ويقال: قولان منصوصان. أصحهما: المنع، لما فيه من الاعتراض على تصرف الإمام وحكمه.

وبقيت من الحمى مسائل مهمة:

منها: لو غرس أو بنى أو زرع في النقيع، نقضت عمارته، وقلع زرعه وغرسه، ذكره القاضي أبو حامد في «جامعه».

منها: أن الحمى ينبغي أن يكون عليه حفّاظ من جهة الإمام أو نائبه، وأن يمنع أهل القوة من إدخال مواشيهم، ولا يمنع الضعفاء، ويأمره الإمام بالتلطف بالضعفاء من أهل الماشية، كما فعل عمر رضي الله عنه. قال القاضي أبو حامد: فإن كان للإمام ماشية لنفسه، لم يدخلها الحمى، لأنه من أهل القوة. فإن فعل فقد ظلم المسلمين.

ومنها: لو دخل الحمى من هو من أهل القوة، فرعى ماشيته، قال أبو حامد: فلا شيء عليه، ولا غرم ولا تعزير، ولكن يمنع من الرعي، ونقل ابن كج أيضًا عن نص الشافعي أنه لا غرم عليه، وليس هذا مخالفًا لما ذكرناه في كتاب الحج، أن من أتلف شيئًا من شجر النقيع أو حشيشه ضمنه على الأصح.

ومنها: أن عامل الصدقات إذا كان يجمعها في بلد، هل له أن يحمي موضعًا لا يتضرر به أهل البلد ليرعاها فيه؟ قال أبو حامد: قيل: له ذلك، ولم يذكر خلافه. وقال ابن كج: إن منعنا حمى الإمام، فذا أولى، وإلا، فقولان.

ومنها: لا يجوز للإمام أن يحمي الماء المعدّ لشرب خيل الجهاد وإبل الصدقة والجزية وغيرها بلا خلاف، ذكره الشيخ نصر في «تهذيبه». قال أصحابنا: إذا حمى الإمام، وقلنا: لا يجوز حماه، فهو على أصل الإباحة، من أحياه، ملكه.

ومنها: أنه يحرم على الإمام وغيره من الولاة أن يأخذ من أصحاب المواشي عوضًا عن الرعي في الحمى أو الموات، وهذا لا خلاف فيه، وقد نص عليه الماوردي في «الأحكام» وقاله آخرون. والله أعلم.

وبقاع الأرض إما مملوكة، وإما محبوسة على الحقوق العامة كالشوارع والمساجد والمقابر والرباطات، وإما منفكة عن الحقوق العامة والخاصة، وهي الموات. أما المملوكة، فمنفعتها تتبع الرقبة. وأما الشوارع، فمنفعتها الأصلية: الطروق. ويجوز الوقوف والجلوس فيها لغرض الإستراحة والمعاملة ونحوهما، بشرط أن لا يضيق على المارة، سواء أذن فيه الإمام، أم لا، وله أن يظلل على موضع جلوسه بما لا يضر بالمارة من ثوب وبارية ونحوهما. وفي بناء الدَّكة، ما ذكرناه في كتاب الصلح. ولو سبق اثنان الى موضع، فهل يقرع بينهما، أم يقدم الإمام أحدهما؟ وجهان: أصحهما: الأول. وفي ثبوت هذا الارتفاق لأهل الذمة وجهان حكاهما ابن كج، وهل لإقطاع فيه مدخل؟ وجهان: أصحهما: عند الجمهور: نعم، وهو المنصوص، لأن له نظرًا فيه، ولهذا يزعج من أضر جلوسه.

وأما إذا تملك شيء من ذلك، فلا سبيل إليه بحال. وحكي وجه في «الرقم» للعبادي، وشرح مختصر الجويني لابن طاهر، أن للإمام أن يتملك من الشوارع ما فضل عن حاجة الطروق، والمعروف الأول.

**فرع:** من جلس في موضع من الشارع، ثم قام عنه، إن كان جلوسه لاستراحة وشبهها، بطل حقه. وإن كان لحرفة ومعاملة، فإن فارقه على أن لا يعود لتركه الحرفة، أو لقعوده في موضع آخر، بطل حقه أيضًا. وإن فارقه على أن يعود، فالمذهب ما ضبطه الإمام والغزالي: أنه إن مضى زمن ينقطع فيه الذين ألفوا معاملته، بطل. وإن كان دونه، فلا. وسواء فارق بعذر سفر ومرض، أو بلا عذر، فعلى هذا لا يبطل حقه بالرجوع في الليل إلى بيته، وليس لغيره مزاحمته في اليوم الثاني، وكذا الأسواق التي تقام في كل أسبوع، أو في كل شهر مرة، إذا اتخذ فيها مقعدًا، كان أحق به في النوبة الثانية. وقال الإصطخري: إذا رجع ليلًا، فمن سبقه أحق. وقال طائفة منهم القاضي وابن الصباغ: إن جلس بإقطاع الإمام، لم يبطل بقيامه. وإن استقل وترك فيه شيئًا من متاعه، بقي حقه، وإلا، فلا. وإذا قلنا بالأول، فأراد غيره الجلوس فيه مدة غيبته القصيرة إلى أن يعود، فإن كان لغير معاملة، لم يمنع قطعًا، وإلا، لم يمنع أيضًا على الأصح.

وإذا وضع الناس الأمتعة وآلات البناء ونحو ذلك في مسالك الأسواق والشوارع ارتفاقًا لينقلوها شيئًا بعد شيء، منعوا منه إن أضر بالمارة إضرارًا ظاهرًا، وإلا، فلا، ذكره الماوردي في «الأحكام السلطانية». والله أعلم.

**فرع:** يختص الجالس أيضًا بما حوله بقدر ما يحتاج إليه لوضع متاعه ووقوف معامليه، وليس لغيره أن يقعد حيث يمنع رؤية متاعه أو وصول المعاملين إليه، أو يضيق عليه الكيل أو الوزن والأخذ والعطاء.

قلت: وليس له منع من قعد لبيع مثل متاعه إذا لم يزاحمه فيما يختص به من المرافق المذكورة. والله أعلم.

**فرع:** الجوَّال الذي يقعد كل يوم في موضع من السوق، يبطل حقه بمفارقته.

**فصل:** وأما المسجد، فالجلوس فيه يكون لأغراض:

منها: أن يجلس ليُقرأ عليه القرآن أو الحديث أو الفقه ونحوها، أو ليستفتى. قال أبو عاصم العبادي والغزالي: حكمه كمقاعد الأسواق، لأن له غرضًا في ملازمته ذلك الموضع ليألفه الناس. وقال الماوردي: متى قام بطل حقه وكان السابق أحق به، والأول أشبه بمأخذ الباب.

وهذا المنقول عن الماوردي، حكاه في «الأحكام السلطانية» عن جمهور

الفقهاء. وعن مالك: أنه أحق، فمقتضى كلامه: أن الشافعي وأصحابه، من الجمهور. والله أعلم.

ومنها: أن يجلس للصلاة، فلا اختصاص له في صلاة أخرى. وأما الصلاة الحاضرة، فهو أحق. فإن فارق بغير عذر، بطل حقه فيها أيضًا. وإن كان بعذر، فإن فارق لقضاء حاجة، أو تجديد وضوء، أو رعاف، أو إجابة داع ونحوها، لم يبطل اختصاصه على الصحيح، للحديث الصحيح، أن رسول الله ﷺ قال: «إذا قام أحدكم من مجلسه ـ في المسجد ـ فهو أحق به إذا عاد إليه»، ولا فرق على الوجهين بين أن يترك إزاره، أم لا، ولا بين أن يطرأ العذر بعد الشروع في الصلاة، أو قبله، وإن اتسع الوقت.

ومنها: الجلوس للبيع والشراء والحرفة، وهو ممنوع منه.

ومنها: الجلوس للاعتكاف، وينبغي أن يقال: له الاختصاص بموضعه ما لم يخرج من المسجد إن كان اعتكافًا مطلقًا. وإن نوى اعتكاف أيام، فخرج لحاجة جائزة، ففي بقاء اختصاصه إذا رجع احتمال، والظاهر بقاؤه، ويحتمل أن يكون على الخلاف فيما إذا خرج المصلي لعذر.

ومنها: الجالس لاستماع الحديث والوعظ، والظاهر أنه كالصلاة فلا يختص فيما سوى ذلك المجلس ولا فيه إن فارقه بلا عذر، ويختص إن فارق بعذر على المختار. ويحتمل أن يقال: إن كان له عادة بالجلوس بقرب كبير المجلس، وينتفع الحاضرون بقربه منه لعلمه ونحو ذلك، دام اختصاصه في كل مجلس بكل حال. وأما مجلس الفقيه في موضع معين حال تدريس المدرس في المدرسة أو المسجد، فالظاهر فيه دوام الاختصاص، لاطراد العرف، وفيه احتمال. والله أعلم.

**فرع:** يمنع الناس من استطراق حِلَق القُرَّاء والفقهاء في المسجد توقيرًا لها.

**فرع:** قال الإمام: لا شك في انقطاع تصرف الإمام وإقطاعه عن بقاع المسجد، فإن المساجد لله تعالى، ويخدشه شيئان:

أحدهما: ذكر الماوردي، أن الترتّب في المسجد للتدريس والفتوى كالترتب للإمامة، فلا يعتبر إذن الإمام في مساجد المحالِّ، ويعتبر في الجوامع وكبار المساجد إذا كانت عادة البلد فيه الاستئذان، فجُعل لإذن الإمام أثر.

الثاني: عند الشيخ أبي حامد وطائفة رحاب المسجد مع مقاعد الأسواق فيما يقطع للارتفاق بالجلوس فيه للبيع والشراء، وهذا كما يقدح في نفي الإقطاع، يخالف المعروف في المذهب في المنع من الجلوس في المسجد للبيع والشراء، إلا أن يراد بالرحاب: الأفنية الخارجة عن حد المسجد.

قال الماوردي في «الأحكام»: إن حريم الجوامع والمساجد، إن كان الارتفاق به مضرًا بأهل المساجد، منع منه، ولم يجز للسلطان الإذن فيه، وإلا، جاز. وهل يشترط فيه إذن السلطان؟ وجهان. والله أعلم.

**فصل:** الرباطات المسبَّلة في الطرق وعلى أطراف البلاد، من سبق إلى موضع منها صار أحق به، وليس لغيره إزعاجه، سواء دخل بإذن الإمام، أم بغيره، ولا يبطل حقه بالخروج لشراء طعام ونحوه، ولا يشترط تخليفه نائبًا له في الموضع، ولا أن يترك متاعه، لأنه قد لا يجد أمينًا. فإن ازدحم اثنان ولا سبق، فعلى ما سبق في مقاعد الأسواق. وكذا الحكم في المدارس والخوانق إذا نزلها من هو من أهلها. وإذا سكن بيتًا منها مدة، ثم غاب أيامًا قليلة، فهو أحق إذا عاد. وإن طالت غيبته، بطل حقه.

والرجوع في الطول إلى العرف. ولو أراد غيره النزول فيه في مدة غيبة الأول على أن يفارقه إذا جاء الأول، فينبغي أن يجوز قطعًا، أو يكون على الوجهين السابقين في الموضع من الشارع. ويجوز لغير سكان المدرسة من الفقهاء والعوام دخولها، والجلوس فيها، والشرب من مياهها، والاتكاء والنوم فيها، ودخول سِقايتها، ونحو ذلك مما جرى العرف به. وأما سكنى غير الفقهاء في بيوتها، فإن كان فيه نص من الواقف بنفي أو إثبات، اتُّبع، وإلا، فالظاهر منعه، وفيه احتمال في بلد جرت به العادة. والله أعلم.

**فرع:** النازلون في موضع من البادية، أحق به وبما حواليه بقدر ما يحتاجون إليه لمرافقهم، ولا يزاحَمون في الوادي الذي سرَّحوا إليه مواشيهم، إلا أن يكون فيه كفاية للجميع، وإذا رحلوا، بطل اختصاصهم وإن بقي أثر الفساطيط ونحوها.

ولو أرادت طائفة النزول في موضع من البادية للاستيطان، قال الماوردي: إن كان نزولهم مضرًا بالسابلة، منعهم السلطان قبل النزول أو بعده. وإن لم يضر، راعى الأصلح في نزولهم ومنعهم ونقلِ غيرهم إليها. فإن نزلوا بغير إذنه، لم يمنعهم، كما لا يمنع من أحيا مواتًا بغير إذنه، ودبرهم بما يراه صلاحًا لهم، وينهاهم عن إحداث زيادة إلا بإذنه. والله أعلم.

**فصل:** المرتفق بالشارع والمساجد، إذا طال مقامه هل يزعج؟ وجهان: أصحهما: لا، لأنه أحد المرتفقين وقد سبق. والثاني: نعم. لتميز المشترك من المملوك. وأما الرِبُط الموقوفة، فإن عين الواقف مدة المقام، فلا مزيد عليها، وكذا لو وقف على المسافرين. وإن أطلق الواقف، نظر إلى الغرض الذي بنيت له، وعمل بالمعتاد فيه، فلا يمكَّن من الإقامة في ربط المارة إلا لمصلحتها، أو لخوف

يعرض، أو أمطار تتواتر، وفي المدرسة الموقوفة على طلبة العلم، يمكّن من الإقامة إلى إتمام غرضه. فإن ترك التعلُّم والتحصيل، أزعج. وفي الخانقاه، لا يمكن هذا الضبط، ففي الإزعاج إذا طال مقامه ما سبق في الشوارع.

## باب الإقطاع والحمى

**قال المصنف رحمه الله تعالى: يجوز للإمام أن يقطع موات الأرض لمن يملكه بالإحياء لما روى علقمة بن وائل عن أبيه «أن رسول الله ﷺ أقطعه أرضًا فأرسل معه معاوية أن أعطه إياها، أو قال أعطها إياه»[(١)].**

**وروى ابن عمر «أن النبي ﷺ أقطع الزبير حضر فرسه فأجرى فرسه حتى قام ورمى بسوطه، فقال: أعطوه من حيث وقع السوط»[(٢)]، وروي: «أن أبا بكر أقطع الزبير وأقطع عمر عليًا وأقطع عثمان رضي الله عنهم خمسة من أصحاب رسول الله ﷺ؛ الزبير، وسعدًا، وابن مسعود، وخبابًا، وأسامة بن زيد رضي الله عنهم»[(٣)] ومن أقطعه الإمام شيئًا من ذلك صار أحق به. ويصير كالمتحجر في جميع ما ذكرناه، لأنه بإقطاع الإمام صار أحق به كالمتحجر، فكان حكمه حكم المتحجر، ولا يقطع من ذلك إلا ما يقدر على إحيائه، لأنه إذا أعطاه أكثر من ذلك دخل الضرر على المسلمين من غير فائدة.**

**فصل: وأما المعادن فإنها ان كانت من المعادن الظاهرة لم يجز اقطاعها لما روى ثابت بن سعيد عن أبيه عن جده أبيض بن حمال أنه «استقطع النبي ﷺ ملح المأرب فأقطعه إياه، ثم أن الأقرع ابن حابس قال: يا رسول الله اني قد وردت الملح في الجاهلية، وهو بأرض ليس بها ملح، ومن ورده أخذه، وهو مثل الماء العد بأرض، فاستقال أبيض ابن حمال فقال أبيض: قد أقلتك فيه على أن تجعله مني صدقة، فقال رسول الله ﷺ: هو منك صدقة»[(٤)] وهو مثل الماء العد ومن ورده أخذه.**

**وإن كانت من المعادن الباطنة فإن قلنا: أنها تملك بالاحياء جاز اقطاعه لأنه موات يجوز أن يملك بالإحياء فجاز إقطاعه كموات الأرض، وإن قلنا: لا تملك بالإحياء، فهل يجوز إقطاعه؟ فيه قولان: أحدهما: يجوز إقطاعه لأنه**

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٠٥٨) والترمذي في سننه برقم (١٣٨١) وأحمد في المسند (٦/ ٣٩٩) والبيهقي في سننه (٦/ ١٤٤).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٠٧٢) وأحمد في المسند (٢/ ١٠٦) والبيهقي في سننه (٦/ ١٤٤).

(٣) أخرجه البيهقي في سننه (٦/ ١٤٤).

(٤) تقدم.

يفتقر الانتفاع به إلى المؤن فجاء إقطاعه كموات الأرض. والثاني: لا يجوز، لأنه معدن لا يملك بالإحياء فلم يجز إقطاعه كالمعادن الظاهرة، فإذا قلنا: يجوز إقطاعه لم يجز إلا ما يقوم به لما ذكرناه في إقطاع الموات.

فصل: ويجوز إقطاع ما بين العامر من الرحاب ومقاعد الأسواق للارتفاق، فمن أقطع شيئًا من ذلك صار أحق بالموضع، نقل متاعه أو لم ينقل، لأن للإمام النظر والاجتهاد، فإذا أقطعه ثبتت يده عليه بالإقطاع، فلم يكن لغيره أن يقعد فيه.

فصل: ولا يجوز لأحد أن يحمي مواتًا يمنع الأحياء ويرعى ما فيه من الكلأ، لما روى الصعب بن جثامة قال: «سمعت رسول الله ﷺ يقول: لا حمى إلا لله ولرسوله»[(١)]، فأما الرسول عليه السلام فإنه كان يجوز له أن يحمي لنفسه وللمسلمين، فأما لنفسه فإنه ما حمى ولكنه حمى للمسلمين. والدليل عليه ما روى ابن عمر رضي الله عنه «أن النبي ﷺ حمى النقيع لخيل المسلمين»[(٢)]، وأما غيره من الأئمة فلا يجوز أن يحمي لنفسه للخبر، وهل يجوز أن يحمى لخيل المجاهدين؟ ونعم الجزية؟ وابل الصدقة وماشية من يضعف عن الأبعاد في طلب النجعة؟ فيه قولان: أحدهما: لا يجوز للخبر. والثاني: يجوز لما روى عامر بن عبد الله بن الزبير عن أبيه قال: «أتى أعرابي من أهل نجد عمر فقال: يا أمير المؤمنين بلادنا قاتلنا عليها في الجاهلية وأسلمنا عليها في الإسلام، فعلام تحميها؟ فأطرق عمر رضي الله عنه وجعل ينفخ ويفتل شاربه ـ وكان إذا كره أمرًا فتل شاربه ونفخ ـ فلما رأى الأعرابي ما به جعل يردد ذلك، فقال عمر: المال مال الله، والعباد عباد الله، فلولا ما أحمل عليه في سبيل الله ما حميت من الأرض شبرًا في شبر»[(٣)] قال مالك: نبئت أنه كان يحمل في كل عام على أربعين ألفًا من الظهر، وقال مرة: من الخيل.

وروى زيد بن أسلم عن أبيه «أن عمر رضي الله عنه استعمل مولى له يدعى هنيًا على الحمى وقال له: يا هني أضمم جناحك عن الناس، واتقِ دعوة المظلوم، فإن دعوة المظلوم مجابة. وادخل رب الصريمة والغنيمة، وإياك ونعم ابن عوف، وإياك ونعم ابن عفان، فإنهما ان تهلك ماشيتهما يرجعا إلى نخل وزرع وان رب الصريمة ورب الغنيمة أن تهلك ماشيتهما فيأتياني فيقولا: يا أمير المؤمنين، يا أمير المؤمنين، أفتاركهم أنا لا أبا لك، إن الماء والكلأ أيسر عندي من الذهب والورق، والذي نفسي بيده لولا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله ما حميت عليهم من بلادهم شبرًا، فإن حمى رسول الله ﷺ أرضًا لحاجة والحاجة باقية لم يجز

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٣٠١٢) وأبو داود في سننه برقم (٣٠٨٤).
(٢) أخرجه أحمد في المسند (٢/ ١٥٥) والبيهقي في سننه (٦/ ١٤٦).
(٣) انظر كتاب الأموال لأبي عبيد (ص ٤١٩).

إحياؤها»[١]، وإن زالت الحاجة ففيه وجهان: أحدهما: يجوز لأنه زال السبب. والثاني: لا يجوز لأن ما حكم به رسول الله ﷺ نص، فلا يجوز نقضه بالاجتهاد، وإن حماه امام غيره وقلنا: إنه يصح حماه فأحياه رجل، ففيه قولان: أحدهما: لا يملكه كما لا يملك ما حماه رسول الله ﷺ. والثاني: يملك لأن حمى الإمام اجتهاد، وملك الأرض بالإحياء نص، والنص لا ينقض بالاجتهاد.

## باب حكم المياه

قال المصنف رحمه الله تعالى: الماء اثنان، مباح وغير مباح، فأما غير المباح فهو ما ينبع في أرض مملوكة، فصاحب الأرض أحق به من غيره، لأنه على المنصوص: يملكه، وعلى قول أبي إسحاق: لا يملكه، إلا أنه لا يجوز لغيره أن يدخل إلى ملكه بغير إذنه، فكان أحق به، وإن فضل عن حاجته واحتاج إليه رب الماشية للكلأ، لزمه بذله من غير عوض. وقال أبو عبيد بن حرب: لا يلزمه بذله كما لا يلزمه بذل الكلأ للماشية، ولا بذل الدلو، والحبل، ليستقي به الماء للماشية، والمذهب الأول لما روى إياس بن عمرو «أن النبي ﷺ نهى عن بيع فضل الماء»[٢].

وروى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «من منع فضل الماء ليمنع به فضل الكلأ منعه الله فضل رحمته»[٣]، ويخالف الكلأ، فإنه لا يستخلف عقيب أخذه، وربما احتاج إليه لماشيته قبل أن يستخلف فتهلك ماشيته والماء يستخلف عقيب أخذه، وما ينقص من الدلو والحبل لا يستخلف، فيستضر والضرر لا يزال بالضرر، ولا يلزمه بذل فضل الماء للزرع، لأن الزرع لا حرمة له في نفسه، والماشية لها حرمة في نفسها، ولهذا لو كان الزرع له لم يلزمه سقيه، ولو كانت الماشية له لزمه سقيها وإن لم يفضل الماء عن حاجته لم يلزمه بذله، لأن النبي ﷺ علق الوعيد على منع الفضل، ولأن ما لا يفضل عن حاجته يستضر ببذله، والضرر لا يزال بالضرر.

فصل: وأما المباح فهو الماء الذي ينبع في الموات، فهو مشترك بين الناس لقوله ﷺ: «الناس شركاء في ثلاثة، الماء والنار، والكلأ»[٤]، فمن سبق منهم إلى شيء منه كان أحق به لقوله ﷺ: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه فهو أحق

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٣٠٥٩) ومالك في الموطأ (٢/ ٧٦٦).
(٢) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٤٧٨) والترمذي في سننه برقم (١٢٧١) والنسائي في سننه (٧/ ٢٠٧).
(٣) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٣٥٣) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٦٦).
(٤) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٤٧٧) وأحمد في المسند (٥/ ٣٦٤).

به»[١]، فإن أراد أن يسقي منه أرضًا، فإن كان نهرًا عظيمًا كالنيل والفرات وما أشبههما من الأودية العظيمة، جاز أن يسقى منه ما شاء، ومتى شاء، لأنه لا ضرر فيه على أحد، وإن كان نهرًا صغيرًا لا يمكن سقي الأرض منه إلا أن يحبسه ـ فإن كانت الأرض متساوية ـ بدأ من أول النهر، فيحبس الماء حتى يسقى أرضه إلى أن يبلغ الماء إلى الكعب، ثم يرسله إلى من يليه، وعلى هذا إلى أن تنتهي الأراضي، لما روى عبادة بن الصامت رضي الله عنه أن النبي ﷺ «قضى في شرب نهر من سيل أن للأعلى أن يشرب قبل الأسفل، ويجعل الماء فيه إلى الكعب، ثم يرسله إلى الأسفل الذي يليه كذلك، حتى تنتهي الأرضون»[٢]، وروى عبد الله بن الزبير «أن الزبير ورجلًا من الأنصار تنازعا في شراج الحرة التي يسقي بها النخل فقال الأنصاري للزبير: سرح الماء: فأبى الزبير، فاختصما إلى رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ للزبير «اسقِ أرضك ثم أرسل الماء إلى أرض جارك، فقال الأنصاري: ان كان ابن عمتك يا رسول الله؟ فتلون وجه رسول الله ﷺ فقال: يا زبير اسقِ أرضك واحبس الماء إلى أن يبلغ الجدر»[٣].

وإن كانت الأرض بعضها أعلى من بعض ولا يقف الماء في الأرض العالية إلى الكعب حتى يقف في الأرض المستفلة إلى الوسط، فيسقي المستفلة حتى يبلغ الماء إلى الكعب، ثم يسدها ويسقي العالية حتى يبلغ الكعب، فإن أحيا جماعة أرضًا على هذا النهر وسقوا منه، ثم جاء رجل فأحيا أرضًا في أعلاه إذا سقى أرضه استضر أهل النهر، منع من ذلك، لأن من ملك أرضًا ملكها بمرافقها، والنهر من مرافق أرضهم فلا يجوز مضايقتهم فيه.

فصل: وإن اشتركوا جماعة في استنباط عين اشتركوا في مائها. فإن دخلوا على أن يتساووا، تساووا في الانفاق، وإن دخلوا على أن يتفاضلوا تفاضلوا في الإنفاق، ويكون الماء بينهم على قدر النفقة، لأنهم استفادوا ذلك بالانفاق فكان حقهم على قدره، فإن أرادوا سقي أراضيهم بالمهايأة يومًا يومًا جاز، وإن أرادوا قسمة الماء نصبوا خشبة مستوية قبل الأراضي وتفتح فيها كوى على قدر حقوقهم، فتخرج حصة كل واحد منهم إلى أرضه، فإن أراد أحدهم أن يأخذ حقه من الماء قبل المقسم في ساقية يحفرها إلى أرضه منع من ذلك، لأن حريم النهر مشترك بينهم، فلا يجوز لواحد منهم أن يحفر فيه، فإن أراد أن ينصب رحا قبل المقسم ويديرها بالماء منع من ذلك، لأنه ينصرف في حريم مشترك،

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه ابن ماجه في سننه برقم (٢٤٨٣) والبيهقي في سننه (٥/ ٤٢).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٣٥٩) ومسلم في صحيحه برقم (٢٣٥٧) وأبو داود في سننه برقم (٣٦٣٧) والترمذي في سننه برقم (١٣٦٣) وابن ماجه في سننه برقم (١٥) وأحمد في المسند (٤/ ٤).

**فإن أراد أن يأخذ الماء ويسقي به أرضًا أخرى ليس لها رسم بشرب من هذا النهر منع منه لأنه يجعل لنفسه شربًا لم يكن له، كما لا يجوز لمن له داران متلاصقان في دربين أن يفتح من أحدهما بابًا إلى الأخرى فيجعل لنفسه طريقًا لم يكن له، والله تعالى أعلم.**

**الشرح:** الإقطاع مأخوذ من القطع كأنه يقطع له قطعة من الأرض، والحمى المكان المحمي والممنوع، وقوله: «اضمم جناحك» أي أمسك يدك ولا تمددها إلى ضرر مسلم، وقوله: «رب الصريمة» تصغير صرمة وهي القطعة من الإبل نحو الثلاثين، وقوله: «بذله» أي إعطاؤه لغيره مجانًا بغير عوض، والشراج جمع شرجة أو شرج وهي الأماكن التي يسيل إليها الماء من الحرة إلى السهل، والاستنباط: الاستخراج، والمهايأة من هيأت الأمر أي أصلحته.

أما الأحكام: فالأعيان الخارجة من الأرض على طرفين:

الطرف الأول: في المعادن، وهي البقاع التي أودعها الله تعالى شيئًا من الجواهر المطلوبة، وهي قسمان: ظاهرة، وباطنة.

القسم الأول: فالظاهرة: هي التي يبدو جوهرها بلا عمل، وإنما السعي والعمل لتحصيله. ثم تحصيله قد يسهل، وقد يكون فيه تعب، وذلك كالنِّفْط وأحجار الرَّحى، والبِرَام، والكبريت، والقطران، والقار، والمومياء، وشبهها، فلا يملكها أحد بالإحياء والعمارة، وإن زاد بها النَّيل. ولا يختص بها أيضًا المتحجر، وليس للسلطان إقطاعها، بل هي مشتركة بين الناس كالمياه الجارية، والكلأ، والحطب. ولو حوّط رجل على هذه المعادن وبنى عليها دارًا أو بستانًا، لم يملك البقعة، لفساد قصده. وأشار في «الوسيط» إلى خلاف فيه. والمعروف، الأول.

وإذا ازدحم اثنان على معدن ظاهر، وضاق المكان، فالسابق أولى. ثم قال الجمهور: يقَّدم بأخذ قدر حاجته، ولم يبينوا أنها حاجة يوم أو سنة. قال الإمام: والرجوع فيه إلى العرف، فيأخذ ما تقتضيه العادة لأمثاله. وإذا أراد الزيادة على ما يقتضيه حق السبق، فهل يزعج أم يأخذ ما شاء؟ وجهان أصحهما: عند الأصحاب: يزعج. فأما إذا جاءا معًا، فالأصح أنه يُقرع بينهما. والثاني: يجتهد الإمام ويقدم من يراه أحوج وأحق. والثالث: ينصب من يقسم الحاصل بينهما. وقال العراقيون: الأوجه فيما إذا كانا يأخذان للحاجة. فإن كانا يأخذان للتجارة، يهايأ بينهما. فإن تشاحا في الابتداء، أقرع بينهما. والأشهر: إطلاق الأوجه. وعلى مقتضى قول العراقيين: إذا كان أحدهما تاجرًا والآخر محتاج، يشبه أن يقدم المحتاج.

**فرع:** من المعادن الظاهرة، الملح الذي ينعقد من الماء، وكذا الجبلي إن

كان ظاهرًا لا يحتاج إلى حفر وتنحية تراب، والجص، والمدر، وأحجار النورة. وفي بعض شروح «المفتاح» عُدَّ الملح الجبلي من المعادن الباطنة. وفي «التهذيب» عد الكحل والجص منهما، وهما محمولان على ما إذا أحوج إظهارهما إلى حفر. ولو كان بقرب الساحل بقعة، لو حفرت وسيق الماء إليها ظهر فيها الملح، فليست هي من المعادن الظاهرة، لأن المقصود منها يظهر بالعمل، فللإمام إقطاعها، ومن حفرها وساق الماء إليها، وظهر الملح، ملكها كما لو أحيا مواتًا.

القسم الثاني: المعادن الباطنة، وهي التي لا يظهر جوهرها إلا بالعمل والمعالجة، كالذهب، والفضة، والفيروزج، والياقوت، والرصاص، والنحاس، والحديد، وسائر الجواهر المبثوثة في طبقات الأرض. وتردد الشيخ أبو محمد، في أن حجر الحديد ونحوه، من الباطنة، أم الظاهرة، لأن ما فيها من الجوهر بادٍ؟ والمذهب أنه باطن، لأن الحديد لا يستخرج منه إلا بعلاج، وليس البادي على الحجر عين الحديد، وإنما هو في مخيلته. ولو أظهر السيل قطعة ذهب، أو أتى بها، التحقت بالمعادن الظاهرة. إذا ثبت هذا، فالمعدن الباطن هل يملك بالحفر والعمل؟ قولان: لتردده بين الموات والمعدن الظاهر، أظهرهما: لا، رجحه الشافعي والأصحاب. فإن قلنا: يملك، فذاك إذا قصد التملك وحفر حتى ظهر النَّيل. فأما قبل الظهور، فهو كالمتحجر، وهذا كما إذا حفر بئرًا في الموات على قصد التملك، ملكها إذا وصل إلى الماء. وإذا اتسع الحفر ولم يوجد النَّيل إلا في الوسط، أو في بعض الأطراف، لم يقصر الملك على موضع النَّيل، بل يملك أيضًا مما حواليه مما يليق بحريمه، وهو قدر ما يقف فيه الأعوان والدواب. ومن جاوز ذلك وحفر، لم يمنع وإن وصل إلى العروق. ويجوز للسلطان أن يقطعه كالموات. وإن قلنا: لا يملك، فالسابق إلى موضع منه أحق به، لكن إذا طال مقامه، ففي إزعاجه ما ذكرناه في المعادن الظاهرة. وقيل: لا يزعج هنا قطعًا، لأن هناك يمكن الأخذ دفعة فلا حاجة إلى الإطالة، وهنا لا يحصل إلا بمشقة فقدم السابق. ولو ازدحم اثنان، فعلى الأوجه التي هناك. وفي جواز إقطاعها على هذا القول، قولان: أحدهما: المنع كالمعادن الظاهرة. وأظهرهما: الجواز، ولا يقطع إلا قدرًا يتأتَّى للمقطَع العمل عليه والأخذ منه. وعلى القولين، يجوز العمل في المعدن الباطن والأخذ منه بغير إذن الإمام، فإنه إما كالمعدن الظاهر، وإما كالموات.

**فرع:** لو أحيا مواتًا، ثم ظهر فيه معدن باطن، ملكه بلا خلاف، لأنه بالإحياء ملك الأرض بأجزائها إن لم يعلم بها معدنًا. فإن علم واتخذ عليه دارًا، فطريقان: أحدهما: على القولين السابقين. والثاني: القطع بالملك. وأما البقعة المحياة،

فقال الإمام: ظاهر المذهب، أنها لا تملك، لأن المعدن لا يتخذ دارًا ولا مزرعة، فالقصد فاسد. وقيل: يملكها. وكأن ما ذكرناه من الخلاف في المعادن الظاهرة عن «الوسيط» مأخوذ من هذا.

**فرع:** مما يتفرع على القولين في المعدن الباطن، أنه إذا عمل عليه في الجاهلية، هل يملك؟ وهل يجوز إقطاعه؟ إن قلنا: يملك بالحفر والعمل، فهو ملك للغانمين، وإلا، ففي جواز إقطاعه القولان السابقان.

**فرع:** مالك المعدن الباطن، لا يصح منه بيعه على الصحيح، لأن مقصوده النَّيل، وهو متفرق في طبقات الأرض، مجهول القدر والصفة، فهو كبيع قدر مجموع من تراب المعدن وفيه النَّيل، وهو باطل. وحكى الإمام وجهًا في جوازه، لأن المبيع رقبة المعدن والنيَّل فائدته.

**فرع:** لو تملك معدنًا باطنًا، فجاء غيره واستخرج منه نَيْلًا بغير إذنه، لزمه رده، ولا أجرة له. ولو قال المالك: اعمل فيه واستخرج النيل لي، ففعل، ففي استحقاقه الأجرة الخلاف فيمن قال: اغسل ثوبي فغسل. ولو قال: اعمل فما استخرجته فهو لك، أو قال: استخرج لنفسك، فالحاصل لمالك المعدن، لأنه هبة مجهول. وكان يمكن تشبيهه بإباحة ثمار البستان، ولكن المنقول الأول. وفي استحقاقه الأجرة، وجهان: لكونه عمل لنفسه، لكن لم يقع له، ولا هو متبرع، وبثبوتها قال ابن سريج.

ولو قال: اعمل فما استخرجته فهو بيننا مناصفة، أو قال: فلك منه عشرة دراهم، لم يصح، لأن الأول أجرة مجهولة، والثاني: قد لا يحصل هذا القدر.

الطرف الثاني: في المياه، وهي قسمان:

أحدهما: المباحة النابعة في موضع لا يختص بأحد، ولا صُنع للآدميين في إنباطه وإجرائه كالفرات وجيحون وسائر أودية العالم والعيون في الجبال وسيول الأمطار، فالناس فيها سواء، فإن حضر اثنان فصاعدًا، أخذ كلّ ما شاء. فإن قلَّ الماء أو ضاق المشرع، قدِّم السابق. فإن جاءا معًا، أقرع. وإن أراد واحد السقي وهناك محتاج للشرب، فالشارب أولى. قاله المتولي، ومن أخذ منه شيئًا في إناءٍ أو جعله في حوض، ملكه ولم يكن لغيره مزاحمته فيه، كما لو احتطب. وفي «النهاية» وجه: أنه لا يملكه، لكنه أولى به من غيره. والصحيح: الأول، وبه قطع الجمهور. وإن دخل شيء منه ملك إنسان بسَيْلٍ، فليس لغيره أخذه ما دام فيه، لامتناع دخول ملكه بغير إذنه. فلو فعل، فهل يملكه، أم للمالك استرداده؟ وجهان: أصحهما: الأول. فإذا خرج من أرضه، أخذه مَن شاء.

**فرع:** إذا أراد قوم سقيَ أرَضيِهم من مثل هذا الماء، فإن كان النهر عظيمًا يفي بالجميع، سقى مَنْ شاء متى شاء. وإن كان صغيرًا، أو كان الماء يجري من النهر العظيم في ساقية غير مملوكة، بأن انخرقت بنفسها، سقى الأول أرضه، ثم يرسله إلى الثاني، ثم الثاني إلى الثالث. وكم يحبس الماء في أرضه؟ وجهان: الذي عليه الجمهور: أنه يحبسه حتى يبلغ الكعبين. والثاني: يرجع في قدر السقي إلى العادة والحاجة. وقد قال الماوردي: ليس التقدير بالكعبين في كل الأزمان والبُلدان، لأنه مقدر بالحاجة، والحاجة تختلف وباختلاف الأرض، باختلاف ما فيها من زرع وشجر، وبوقت الزراعة، ووقت السقي. وحكي وجه عن الداركي: أن الأعلى لا يقدَّم على الأسفل، لكن يسقون بالحصص، وهذا غريب باطل. ولو كانت أرض الأعلى بعضها مرتفعًا، وبعضها منخفضًا، ولو سُقِيا معًا لزاد الماء في المنخفضة على الحد المستحق، أفرد كلُّ بعض بالسقي بما هو طريقه.

وإذا سقى الأول، ثم احتاج إلى السقي مرة أخرى، مُكِّنَ منه على الصحيح فلو تنازع اثنان أرضاهما متحاذيتان، أو أرادا شق النهر من موضعين متحاذيين يمينًا وشمالًا، فهل يقرع، أو يقسم بينهما، أو يقدِّم الإمام مَنْ يراه؟ فيه ثلاثة أوجه حكاها العبادي.

ولو أراد رجل إحياء موات وسَقْيه من هذا النهر، نظر، إن ضيَّق على السابقين، مُنِع، لأنهم استحقوا أرضهم بمرافقها، والماء من أعظم مرافقها، وإلا، فلا منع.

**فرع:** عمارة حافات هذه الأنهار، من وظائف بيت المال.

**فرع:** يجوز أن يبنيَ عليها من شاء قنطرة لعبور الناس إن كان الموضع مواتًا. وأما ما بين العمران، فهو كحفر البئر في الشارع لمصلحة المسلمين. ويجوز بناء الرحى عليها إن كان الموضع ملكًا له أو مواتًا محضًا. وإن كان بين الأرض المملوكة، وتضرر الملاَّك، لم يجز، وإلا، فوجهان: أحدهما: المنع كالتصرف في سائر مرافق العمارات. وأصحهما: الجواز، كإشراع الجناح في السكة النافذة.

**فصل:** هذا الذي سبق، إذا لم تكن الأنهار والسواقي مملوكة. أما إذا كانت مملوكة، بأن حفر نهرًا يدخل فيه الماء من الوادي العظيم، أو من النهر المنخرق منه، فالماء باقٍ على إباحته، لكن مالك النهر أحق به كالسيل يدخل ملكه، فليس لأحد مزاحمته لسقي الأرضين. وأما للشرب والاستعمال وسقي الدواب، فقال الشيخ أبو عاصم والمتولي: ليس له المنع، ومنهم من أطلق أنه لا يدلي أحد فيه دلوًا، ويجوز لغيره أن يحفر فوق نهره نهرًا إن لم يضيِّق عليه. وإن ضيق، فلا، فإن

اشترك جماعة في الحفر، اشتركوا في الملك على قدر عملهم، فإن شرطوا أن يكون النهر بينهم على قدر ملكهم من الأرض، فليكن عمل كل واحد على قدر أرضه. فإن زاد واحد متطوعًا، فلا شيء له على الباقين. وإن زاد مكرَهًا، أو شرطوا له عوضًا، رجع عليهم بأجرة ما زاد، وليس للأعلى حبس الماء على الاسفل، بخلاف ما إذا لم يكن النهر مملوكًا. وإذا اقتسموا الماء بالأيام والساعات، جاز، ولكل واحد الرجوع متى شاء، لكن لو رجع بعدما استوفى نوبته وقبل أن يستوفي الشريك، ضمن له أجرة مثل نصيبه من النهر للمدة التي أجرى فيها الماء.

وإن اقتسموا الماء نفسه، فعلى ما سنذكره في القناة المشتركة. ولو أرادوا قسمة النهر وكان عريضًا، جاز، ولا يجري فيها الإجبار كما في الجدار الحائل. ولو أراد الشركاء الذين أرضهم أسفل توسيع فم النهر، لئلا يقصر الماء عنهم، لم يجز إلا برضى الأولين، لأن تصرف الشريك في المشترك لا يجوز إلا برضى الشريك، ولأنهم قد يتضررون بكثرة الماء. وكذا لا يجوز للأولين تضييق فم النهر إلا برضى الآخرين، وليس لأحد منهم بناء قنطرة أو رحى عليه، ولا غرس شجرة على حافته إلا برضى الشركاء. ولو أراد أحدهم تقديم رأس الساقية التي يجري فيها الماء إلى أرضه، أو تأخيره، لم يجز، بخلاف ما لو قدَّم باب داره إلى رأس السكة المنسدَّة، لأنه يتصرف هناك في الجدار المملوك، وهنا في الحافة المشتركة. ولو كان لأحدهم ماء في أعلى النهر، فأجراه في النهر المشترك برضى الشركاء ليأخذه من الأسفل ويسقي به أرضه، فلهم الرجوع متى شاؤوا، لأنه عاريَّة، وتنقية هذا النهر وعمارته يقوم بها الشركاء بحسب الملك. وهل على كل واحد عمارة الموضع المتَسفِّل عن أرضه؟ وجهان: أحدهما: لا، وبه قطع ابن الصباغ، لأن المنفعة فيه للباقين. والثاني: نعم، وهو الأصح عند العبادي، لاشتراكهم وانتفاعهم به.

**فرع:** كل أرض أمكن سقيها من هذا النهر، إذا رأينا لها ساقية منه ولم نجد لها شِربًا من موضع آخر، حكمنا عند التنازع بأن لها شربًا منه. ولو تنازع الشركاء في النهر في قدر أنصبائهم، فهل يجعل على قدر الأرضين لأن الظاهر أن الشركة بحسب الملك، أم بالسوية لأنه في أيديهم؟ وجهان: وبالأول قال الإصطخري رحمه الله تعالى. قلت: هو أصحهما. والله أعلم.

**فرع:** لو صادفنا نهرًا تُسقى منه أرضون، ولم ندر أنه حفر أم انخرق، حكمنا بأنه مملوك، لأنهم أصحاب يد وانتفاع، فلا يقدَّم بعضهم على بعض. وأكثر هذه المسائل يشتمل عليها كتاب «المياه» للعبادي رحمه الله تعالى.

القسم الثاني: المياه المختصة ببعض الناس، وهي مياه الآبار والقنوات.

واعلم أن البئر يتصور حفرها على أوجه: أحدها: الحفر في المنازل للمارة. والثاني: الحفر في الموات على قصد الارتفاق لا للتملك، كمن ينزل في الموات فيحفر للشرب وسقي الدواب. والثالث: الحفر بنية التملك. والرابع: الحفر الخالي عن هذه القُصود. فأما المحفورة للمارة، فماؤها مشترك بينهم، والحافر كأحدهم، ويجوز الاستقاء منها للشرب، وسقي الزروع، فإن ضاق عنهما، فالشرب أولى. وأما المحفورة للارتفاق دون التملك، فالحافر أولى بمائها إلى أن يرتحل، لكن ليس له منع ما فضل عنه عن محتاج إليه للشرب إذا استقى بدلو نفسه، ولا منع مواشيه، وله منع غيره من سقي الزرع به. وفيه احتمال للإمام، لأنه لم يملكه، والاختصاص يكون بقدر الحاجة، وبهذا قطع المتولي، فحصل وجهان.

ويعتبر في الفاضل الذي يجب بذله، أن يفضل عن نفسه وماشيته وزرعه. قال الإمام: وفي المزارع احتمال على بُعد.

وإذا ارتحل المرتفق، صارت البئر كالمحفورة للمارة، فإن عاد، فهو كغيره. وأما المحفورة للتملك وفي ملك، فهل يكون ماؤها مُلكًا؟ وجهان: أصحهما: نعم، وبه قال ابن أبي هريرة، وهو المنصوص في القديم، وحرملة، لأنه نماء ملكه، كالثمرة واللبن، ويجري الخلاف فيما إذا انفجرت عين في ملكه. فإن قلنا: لا يُملك، فنبع وخرج منه، مَلكه من أخذه. وإن قلنا بالأصح: لا يملكه الآخذ، ولو دخل رجل ملكه وأخذه، ففي ملكه الوجهان. وسواء قلنا: يملك، أم لا، فلا يجب على صاحب البئر بذل الفاضل عن حاجته لزرع غيره على الصحيح، ويجب بذله للماشية على الصحيح. وللوجوب شروط: أحدها: أن لا يجد صاحب الماشية ماءً مباحًا. والثاني: أن يكون هناك كلأٌ يُرعى، وإلا، فلا يجب على المذهب. وقال المتولي: فيه وجهان. الثالث: أن يكون الماء في مستقره، فأما الماء الموجود في إناءٍ، فلا يجب بذل فضله على الصحيح. ثم عابروا السبيل، يُبذَل لهم ولمواشيهم. وفيمن أراد الإقامة في الموضع وجهان: لأنه لا ضرورة به إلى الإقامة.

والأصح: الوجوب كغيره. وإذا وجب البذل، مكَّن الماشية من حضور البئر بشرط أن لا يكون على صاحب الماء ضرر في زرع ولا ماشية. فإن لحقه ضرر بورودها، منعت، لكن يجوز للرعاة استقاء فضل الماء لها، قاله الماوردي. والله أعلم.

وهل يجب البذل للرعاة كما يجب للماشية؟ وجهان حكاهما ابن كج. أصحهما: يجب، لأن البذل لسقاة الناس رعاة كانوا أو غيرهم، أولى من البذل للماشية، على أن الإمام نقل في المنع من الشرب على الإطلاق وجهين إذا قلنا:

مملوك. وإذا أوجبنا البذل، هل يجوز أن يأخذ عليه عوضًا كإطعام المضطر؟ وجهان: الصحيح: لا، للحديث الصحيح إن النبي ﷺ نهى عن بيع فضل الماء.

قال الماوردي: لو كان هناك ماءان مملوكان لرجلين، لزمهما البذل. فإن اكتفت الماشية ببذل أحدهما، سقط الفرض عن الآخر، قال: وإذا لم توجد شروط وجوب البذل، جاز لمالكه أخذ ثمنه إذا باعه مقدَّرًا بكيل أو وزن، ولا يجوز، بيعه مقدّرًا بريّ الماشية ولا الزرع. والله أعلم.

وأما المحفورة بلا قصد، ففيها وجهان: أصحهما: لا اختصاص له بمائها، والناس كلهم فيه سواء. والثاني: يختص بقدر حاجته، كما أن الإحياء يفيد الملك وإن لم يقصده.

**فصل:** حكم القنوات حكم الآبار في ملك مياهها وفي وجوب البذل وغيرهما، إلا أن حفرها لمجرد الارتفاق لا يكاد يقع ومتى اشترك المتملِّكون في الحفر، اشتركوا في الملك بحسب اشتراكهم في العمل أو الارتفاق كما ذكرنا في النهر المملوك، ثم لهم قسمة الماء بأن تُنصب خشبة مستوية الأعلى والأسفل في عرض النهر، ويفتح فيها ثقب متساوية، أو متفاوتة على قدر حقوقهم، ويجوز أن تكون الثقب متساوية مع تفاوت الحقوق، إلا أن صاحب الثلث يأخذ ثقبة، والآخر ثقبتين، ويسوق كل واحد نصيبه في ساقية إلى أرضه، وله أن يدير رحىً بما صار له، ولا يشق أحد منهم ساقية قبل المقسم، ولا ينصب عليه رحىً، وإن اقتسموا بالمهايأة، جاز أيضًا. وقد يكون الماء قليلًا لا ينتفع به إلا كذلك، ولكل واحد الرجوع كما ذكرنا في البئر، هذا هو الصحيح المعروف. وقيل: تلزم المهايأة ليثق كل واحد بالانتفاع. وقيل: لا تصح القسمة بالمهايأة، لأن الماء يقل ويكثر، وتختلف فائدة السقي بالأيام.

**فرع:** الذين يسقون أرضهم من الأودية المباحة، لو تراضَوا بمهايأة، وجعلوا للأولين أيامًا، وللآخرين أيامًا، فهذه مسامحة من الأولين بتقدم الآخرين، وليست بلازمة والظاهر: أن من رجع من الأولين، مُكِّن من سقي أرضه.

**فصل:** في بيع الماء: أما المحرز في إناءٍ أو حوض، فبيعه صحيح على الصحيح، وقد سبق فيه الوجه، وليكن عمق الحوض معلومًا، ولا يجوز بيع ماء البئر والقناة فيهما، لأنه مجهول، ويزيد شيئًا فشيئًا فيختلط فيتعذَّر التسليم. وإن باع منه آصعًا، فإن كان جاريًا، لم يصح، إذ لا يمكن ربط العقد بمقدار. وإن كان راكدًا وقلنا: إنه غير مملوك، لم يصح. وإن قلنا: مملوك، فقال القفال: لا يصح أيضًا، لأنه يزيد فيختلط المبيع. والأصح: الجواز كبيع صاع من صبرة. وأما الزيادة،

فقليلة، فلا تضر، كما لو باع القت في الأرض بشرط القطع، وكما لو باع صاعًا من صبرة وصبَّ عليها صبرة أخرى، فإن البيع بحاله، ويبقى البيع ما بقي صاع من الصبرة. ولو باع الماء مع قراره، نظر، إن كان جاريًا فقال: بعتك هذه القناة مع مائها، أو إن لم يكن جاريًا وقلنا: إن الماء لا يُملك، لم يصح البيع في الماء، وفي القرار قولا تفريق الصفقة، وإلا، فيصح. ولو باع بئر الماء وأطلق، أو باع دارًا فيها بئر ماء، جاز. ثم إن قلنا: يملك، فالموجود حال البيع يبقى للبائع، وما يحدث، للمشتري. قال البغوي: وعلى هذا لا يصح البيع حتى يشترط أن الماء الظاهر للمشتري، لئلا يختلط الماءان. وإن قلنا: لا يملك، فقد أطلقوا أن المشتري أحق بذلك الماء. وليحمل على ما نبع بعد البيع، فأما ما نبع قبله، فلا معنى لصرفه إلى المشتري.

ولو باع جزءًا شائعًا من البئر أو القناة، جاز، وما ينبع مشترك بينهما، إما اختصاصًا مجردًا، وإما ملكًا.

**فرع:** سقى أرضه بماءٍ مملوك لغيره، فالغلَّة لصاحب البذر وعليه قيمة الماء. ولو استحل صاحبَ الماء، كان الطعام أطيب.

ومما يتعلق بالكتاب، ما ذكره صاحب «العدة»: أنه لو أضرم نارًا في حطب مباح بالصحراء، لم يكن له منع من ينتفع بتلك النار، فلو جمع الحطب، ملكه، فإذا أضرم فيه النار، فله منع غيره منها. والله أعلم.

# كتاب اللقطة

قال المصنف رحمه الله تعالى: إذا وجد الحر الرشيد لقطة يمكن حفظها وتعريفها كالذهب والفضة والجواهر والثياب ـ فإن كان ذلك في غير الحرم ـ جاز التقاطه للتملك، لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي ﷺ: «سئل عن اللقطة فقال: ما كان منها في طريق مئتاء فعرفها حولًا، فإن جاء صاحبها وإلا فهي لك، وما كان منها في خراب ففيها وفي الركاز الخمس»[١]، وله أن يلتقطها للحفظ على صاحبها، لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢]، ولما روى أبو هريرة أبن النبي ﷺ قال: «من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة، والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه»[٢]، وإن كانت في الحرم لم يجز أن يأخذها إلا للحفظ على صاحبها.

ومن أصحابنا من قال: يجوز التقاطها للتملك لأنها أرض مباحة فجاز أخذ لقطتها للتملك كغير الحرم، والمذهب الأول، لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «إن هذا البلد حرمه الله يوم خلق السمٰوات والأرض، فهو حرام إلى يوم القيامة، لم يحل لأحد قبلي، ولا يحل لأحد بعدي، ولم يحل لي إلا ساعة من نهار، وهو حرام إلى يوم القيامة لا ينفر صيدها، ولا يعضد شجرها، ولا تلتقط لقطتها إلا لمعرف»[٣] ويلزمه المقام للتعريف، وإن لم يمكنه المقام دفعها إلى الحاكم ليعرفها من سهم المصالح.

فصل: وهل يجب أخذها؟ روى المزني أنه قال: لا أحب تركها. وقال في الأم: لا يجوز تركها، فمن أصحابنا من قال: فيه قولان: أحدهما: لا يجب لأنها أمانة فلم يجب أخذها كالوديعة. والثاني: يجب، لما روى ابن مسعود أن النبي ﷺ قال: «حرمة مال المؤمن كحرمة دمه»[٤] ولو خاف على نفسه لوجب حفظها، فكذلك إذا خاف على ماله. وقال أبو العباس وأبو إسحاق وغيرهما «ان كانت في موضع لا يخاف عليها لأمانة أهله لم يجب عليه، لأن غيره يقوم مقامه في حفظها، وان كان في موضع يخاف عليها لقلة أمانة أهله وجب، لأن غيره لا يقوم

---

(١) تقدم.
(٢) تقدم.
(٣) تقدم.
(٤) تقدم.

مقامه، فتعين عليه وحمل القولين على هذين الحالين، فإن تركها ولم يأخذها لم يضمن، لأن المال إنما يضمن باليد أو بالإتلاف. ولم يوجد شيء من ذلك، ولهذا لا يضمن الوديعة إذا ترك أخذها فكذلك اللقطة.

فصل: وإن أخذها اثنان كانت بينهما، كما لو أخذا صيدا كان بينهما، فإن أخذها واحد وضاعت منه ووجدها غيره وجب عليه ردها إلى الأول، لأنه سبق إليها فقدم، كما لو سبق إلى موات فتحجره.

فصل: وإذا أخذها عرف عفاصها، وهو الوعاء الذي تكون فيه، ووكاءها هو الذي تشد به وجنسها وقدرها، لما روى زيد بن خالد الجهني أن النبي ﷺ «سئل عن اللقطة فقال: أعرف عفاصها ووكاءها وعرفها سنة، فإن جاء من يعرفها وإلا فاخلطها بمالك»[(١)]، فنص على العفاص والوكاء، وقسنا عليهما الجنس والقدر، ولأنه إذا عرف هذه الأشياء لم تختلط بماله، ويعرف به صدق من يدعيها، وهل يلزمه أن يشهد عليها وعلى اللقيط؟ فيه ثلاثة أوجه: أحدها: لا يجب لأنه دخول في أمانة فلم يجب الإشهاد عليه كقبول الوديعة. والثاني: يجب لما روى عياض بن حمار رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من التقط لقطة فليشهد ذا عدل، أو ذوي عدل ولا يكتم ولا يغيب»[(٢)]، ولأنه إذا لم يشهد لم يؤمن أن يموت فتضيع اللقطة أو يسترق اللقيط. والثالث: أنه لا يجب على اللقطة لأنه اكتساب مال فلم يجب الإشهاد عليه كالبيع، ويجب على اللقيط لأنه يحفظ به النسب، فوجب الإشهاد عليه كالنكاح، وإن أخذها وأراد الحفظ على صاحبها لم يلزمه التعريف، لأن التعريف للتملك فإذا لم يرد التملك لم يجب التعريف.

ـ فإن أراد أن يتملكها ـ نظرت، فإن كان مالًا له قدر، يرجع من ضاع منه في طلبه ـ لزمه أن يعرفه سنة لحديث عبد الله بن عمرو. وحديث زيد بن خالد، وهل يجوز تعريفها سنة متفرقة؟ فيه وجهان: أحدهما: لا يجوز، ومتى قطع استأنف، لأنه إذا قطع لم يظهر أمرها ولم يظهر طالبها. والثاني: يجوز لأن اسم السنة يقع عليها. ولهذا لو نذر صوم سنة جاز أن يصوم سنة متفرقة. ويجب أن يكون التعريف في أوقات اجتماع الناس كأوقات الصلوات وغيرها، وفي المواضع التي يجتمع الناس فيها كالأسواق وأبواب المساجد لأن المقصود لا يحصل إلا بذلك ويكثر منه في الموضع الذي وجدها فيه، لأن من ضاع منه شيء يطلبه في

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٤٢٩) (٥٢٩٢) ومسلم في صحيحه برقم (١٧٢٢) وأحمد في المسند (٤/ ١١٦) وأبو داود في سننه برقم (١٧٠٤) والترمذي في سننه برقم (١٣٧٢).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه برقم (١٧٠٩) وابن ماجه في سننه برقم (٢٥٠٥) وأحمد في المسند (٤/ ١٦١) وابن حبان في صحيحه برقم (١١٦٩ موارد) والبيهقي في سننه (٦/ ١٨٧).

الموضع الذي ضاع فيه، ولا يعرفها في المساجد، لما روى جابر قال: «سمع رسول الله ﷺ رجلاً ينشد ضالة في المسجد فقال له النبي ﷺ: لا وجدت»[١]، وذلك لأنه كان يكره أن ترفع فيه الأصوات، ويقول من ضاع منه شيء، أو من ضاع منه دنانير، ولا يزيد عليها حتى لا يضبطها رجل فيدعيها؛ فإن ذكر النوع والقدر والعفاص والوكاء، ففيه وجهان: أحدهما: لا يضمن، لأن بمجرد الصفة لا يجب الدفع. والثاني: يضمن لأنه لا يؤمن أن يحفظ ذلك رجل ثم يرافعه إلى من يوجب الدفع بالصفة، فإن لم يوجد من يتطوع بالنداء كانت الأجرة على الملتقط، لأنه يتملك به.

وإن كانت اللقطة مما لا يطلب كالتمرة واللقمة لم تعرف؛ لما روى أنس قال: «مر رسول الله ﷺ على تمرة في الطريق مطروحة فقال: لولا أن أخشى أن تكون من الصدقة لأكلتها» وإن كان مما يطلب إلا أنه قليل، ففيه ثلاثة أوجه.

أحدها: يعرف القليل والكثير سنة وهو ظاهر النص لعموم الأخبار. والثاني: لا يعرف الدينار، لما روي أن عليًا كرم الله وجهه وجد دينارًا فعرفه ثلاثًا فقال له النبي ﷺ: «كله أو شأنك به»[٢]. والثالث: يعرف ما يقطع فيه السارق، ولا يعرف ما دونه، لأنه تافه، ولهذا قالت عائشة رضي الله عنها: «ما كانت اليد تقطع على عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافه»[٣].

فصل: فإن عرفها فلم يجد صاحبها ففيه وجهان: أحدهما: تدخل في ملكه بالتعريف لحديث عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبي ﷺ قال: «فإن جاء صاحبها وإلا فهي لك»[٤]، ولأنه كسب مال بفعل فلم يعتبر فيه اختيار التملك كالصيد. والثاني: أنه يملكه باختيار التملك، لما روي في حديث زيد بن خالد الجهني أن النبي ﷺ قال: «فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها»[٥]، فجعله إلى اختياره ولأنه تملك ببدل فاعتبر فيه اختيار التملك كالملك بالبيع. وحكي فيه وجهان آخران: أحدهما: أنه يملك بمجرد النية. والثاني: يملكه بالتصرف ولا وجه لواحد منهما، ولا فرق في ملكها بين الغني والفقير لقوله ﷺ: «فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها»، ولم يفرق لأنه ملك بعوض فاستوى فيه الغني والفقير كالملك في القرض والبيع.

فصل: فإن حضر صاحبها قبل أن يملكها ـ نظرت؛ فإن كانت العين باقية ـ وجب ردها مع الزيادة المتصلة والمنفصلة، لأنها باقية على ملكه، وإن كانت تالفة

---

(١) تقدم.
(٢) تقدم.
(٣) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٦٧٩٢) ومسلم في صحيحه برقم (١٦٨٥).
(٤) تقدم.
(٥) تقدم.

لم يلزم الملتقط ضمانها، لأنه يحفظ لصاحبها، فلم يلزم ضمانها من غير تفريط كالوديعة، وإن حضر بعدما ملكها ـ فإن كانت باقية ـ وجب ردها. وإن كانت تالفة وجب عليه بدلها، وقال الكرابيسي: لا يلزمه ردها ولا ضمان بدلها لأنه مال لا يعرف له مالك، فإذا ملكه لم يلزمه رده، ولا ضمان بدله كالركاز، والمذهب الأول، لما روى أبو سعيد الخدري «إن عليًا كرم الله وجهه وجد دينارًا فجاء صاحبه فقال النبي ﷺ: اده قال علي: قد أكلته، فقال النبي ﷺ إذا جاءنا شيء أديناه»، ويخالف الركاز فإنه مال لكافر لا حرمة له، وهذا مال مسلم، ولهذا لا يلزمه تعريف الركاز. ويلزمه تعريف اللقطة، فإن كانت العين باقية فقال الملتقط: أنا أعطيك البدل، لم يجبر المالك على قبوله، لأنه يمكنه الرجوع إلى عين ماله، فلا يجبر على قبول البدل، وإن حضر ـ وقد باعها الملتقط وبينهما خيار ـ ففيه وجهان:

أحدهما: يفسخ البيع، ويأخذ لأنه يستحق العين والعين باقية. والثاني: لا يجوز له أن يفسخ، لأن الفسخ حق للعاقد، فلا يجوز لغيره من غير إذنه، وإن حضر وقد زادت العين، فإن كانت زيادة متصلة رجع فيها مع الزيادة، وإن كانت زيادة منفصلة رجع فيها دون الزيادة، لأنه فسخ ملك فاختلفت فيه الزيادة المتصلة والمنفصلة كالرد بالعيب.

فصل: وإن جاء من يدعيها ووصفها، فإن غلب على ظنه أنها له جاز له أن يدفع إليه ولا يلزمه الدفع، لأنه مال للغير فلا يجب تسليمه بالوصف كالوديعة، فإن دفع إليه بالوصف ثم جاء غيره وأقام البينة أنها له قضي بالبينة لأنها حجة توجب الدفع فقدمت على الوصف، فإن كانت باقية ردت على صاحب البينة، وإن كانت تالفة فله أن يضمن الملتقط لأنه دفع ماله بغير حق وله أن يضمن الآخذ لأنه أخذ ماله بغير حق، فإن ضمن الآخذ لم يرجع على الملتقط، لأنه إن كان مستحقًا عليه فقد دفع ما وجب عليه فلم يرجع، وإن كان مظلومًا لم يجز أن يرجع على غير من ظلمه.

وإن ضمن الملتقط ـ نظرت فإن كان قد أقر للآخذ بالملك بأن قال: هي لك ـ لم يرجع عليه، لأنه اعترف أنه أخذ ماله، وإن صاحب ا لبينة ظلمه فلا يرجع على من لم يظلمه، وإن لم يقر له ولكنه قال: يغلب على ظني أنها لك فله الرجوع لأنه بان أنه لم يكن له، وقد تلف في يده فاستقر الضمان عليه.

فصل: وإن وجد ضالة لم يخل أما أن تكون في برية أو بلد، فإن كانت في برية ـ نظرت، فإن كانت مما يمتنع على صغار السباع بقوته كالإبل والبقر والخيل والبغال والحمير، أو يبعد أثره لسرعته كالظباء والأرانب، أو بجناحه كالحمام والدراج ـ لم يجز التقاطه للتملك، لما روى زيد بن خالد الجهني قال: «سئل رسول الله ﷺ عن ضالة الإبل فغضب واحمرت عيناه. وقال: مالك ولها معها الحذاء والسقاء، تأكل من الشجر وترد الماء حتى يأتي ربها، وسئل عن ضالة

الغنم فقال: خذها هي لك أو لأخيك أو للذئب»[1]، وهل يجوز أخذها للحفظ؟ ينظر فيه، فإن كان الواجد هو السلطان جاز، لأن للسلطان ولاية في حفظ أموال المسلمين، ولهذا روي أنه كان لعمر حظيرة يجمع فيها الضوال، فإن كان له حمى تركها في الحمى وأشهد عليها ويسمها بسمة الضوال لتتميز عن غيرها من الأموال، وإن لم يكن له حمى، فإن كان يطمع في مجيء صاحبها، بأن يعرف أنها من نعم قوم يعرفهم، حفظها اليومين والثلاثة، وإن لم يعرف أو عرف ولم يجيء صاحبها باعها وحفظ ثمنها، لأنه إذا تركها احتاجت إلى نفقة، وفي ذلك إضرار.

وإن كان الواجد لها من الرعية ففيه وجهان: أحدهما: يجوز لأنه يأخذها للحفظ على صاحبها فجاز كالسلطان. والثاني: لا يجوز لأنه لا ولاية على صاحبها بخلاف السلطان، فإن أخذها للتملك أو للحفاظ ـ وقلنا: أنه لا يجوز ـ ضمنها لأنه تعدى بأخذها فضمنها كالغاصب، وإن دفعها إلى السلطان ففيه وجهان: أحدهما: لا يبرأ من الضمان لأنه لا ولاية للسلطان على رشيد. والثاني: يبرأ، وهو المذهب، لأن للسلطان ولاية على الغائب في حفظ ما يخاف عليه من ماله، ولهذا لو وجدها السلطان جاز له أخذها للحفظ على مالكها، فإذا أخذها غيره وسلمها إليه برىء من الضمان، وإن كان مما لا يمتنع من صغار السباع كالغنم وصغار الإبل والبقر أخذها، لحديث زيد بن خالد الجهني أن رسول الله ﷺ قال في ضالة الغنم «خذها هي لك أو لأخيك أو للذئب» ولأنه إذا تركها أخذها غيره أو أكلها الذئب، فكان أخذها أحوط لصاحبها، وإذا أخذها فهو بالخيار بين أن يمسكها، ويتطوع بالانفاق عليها ويعرفها حولًا ثم يملكها، وبين أن يبيعها ويحفظ ثمنها ويعرفها ثم يملك الثمن، وبين أن يأكلها ويغرم بدلها ويعرفها، لأنه إذا لم يفعل ذلك احتاج إلى نفقة دائمة، وفي ذلك إضرار بصاحبها، والإمساك أولى من البيع والأكل، لأنه يحفظ العين على صاحبها ويجري فيها على سنة الالتقاط في التعريف والتملك، والبيع أولى من الأكل، لأنه إذا أكل استباحها قبل الحول، وإذا باع لم يملك الثمن إلا بعد الحول، فكان البيع أشبه بأحكام اللقطة، فإن أراد البيع ولم يقدر على الحاكم باعها بنفسه، لأنه موضع ضرورة، وإن قدر على الحاكم ففيه وجهان: أحدهما: لا يبيع إلا بإذنه، لأن الحاكم له ولاية، ولا ولاية للملتقط. والثاني: يبيع من غير إذنه لأنه قد قام مقام المالك فقام مقامه في البيع، وإن أكل فهل يلزمه أن يعزل البدل مدة التعريف؟ فيه وجهان: أحدهما: لا يلزمه، لأن كل حالة جاز أن يستبيح أكل اللقطة لم يلزمه عزل البدل كما بعد الحول، ولأنه إذا لم يعزل كان البدل قرضًا في ذمته، وإذا عزله كان أمانة والقرض أحوط من الأمانة. والثاني: يلزمه عزل البدل لأنه أشبه بأحكام اللقطة، فإن من حكم اللقطة أن تكون أمانة قبل الحول، وقرضًا بعد

---

(١) تقدم.

الحول، فيصير البدل كاللقطة إن شاء حفظها له وإن شاء عرفها ثم تملك.

وإن أفلس الملتقط كان صاحبها أحق بها من سائر الغرماء، وإن وجد ذلك في بلد، فقد روى المزني أن الصغار والكبار في البلد لقطة، فمن أصحابنا من قال: المذهب ما رواه المزني، لأن النبي ﷺ إنما فرق بين الصغار والكبار في البرية لأن الكبار لا يخاف عليها لأنها ترد الماء وترعى الشجر وتتحفظ بنفسها، والصغار يخاف عليها لأنها لا ترد الماء والشجر فتهلك، وأما في البلد فالكبار كالصغار في الخوف عليها، فكان الجميع لقطة. ومن أصحابنا من قال: فيه قول آخر أن البلد كالبرية، فالصغار فيه لقطة، والكبار ليست بلقطة لعموم الخبر، فإن قلنا: إن البلد كالبرية فالحكم فيه على ما ذكرناه إلا في الأكل؛ فله أن يأكل الصغار في البرية، وليس له أكلها في البلد، لأن في البرية إذا لم يأكل الصغار هلكت، لأنه لا يمكن بيعها، وفي البلد يمكن بيعها، فلم يجز الأكل، وإن قلنا: إن الجميع في البلد لقطة فالحكم في الكبار كالحكم في الصغار في البرية إلا في الأكل، فإنه لا يأكل في البلد ويأكل الصغار في البرية لما ذكرناه.

فصل: وإن وجد عبدًا صغيرًا لا تمييز له جاز له أن يلتقطه، لأنه كالغنم يعرفه حولًا ثم يملكه، وإن وجد جارية صغيرة لا تمييز لها، فإن كان لا يحل له وطؤها جاز له أن يلتقطها للتملك، كما يجوز أن يقترضها، وإن كانت تحل له لم يجز أن يلتقطها للتملك كما لا يجوز أن يقترضها.

فصل: وإن وجد كلب صيد لم يجز أن ينتفع به قبل الحول فإن عرفه حولًا ولم يجد صاحبه جاز له أن ينتفع به، لأن الانتفاع بالكلب كالتصرف في المال، والتصرف في المال يقف على التعريف في الحول، فكذلك الانتفاع بالكلب.

فصل: وإن وجد ما لا يبقى كالشواء والطبيخ والخيار والبطيخ فهو بالخيار بين أن يأكله ويغرم البدل، وبين أن يبيعه ويحفظ الثمن على ما ذكرناه في الغنم في بيعه وحفظ ثمنه وأكله وعزل بدله، وخرج المزني فيه قولًا آخر أنه يلزمه البيع، ولا يجوز الأكل، والمذهب الأول، لأنه معرض للهلاك فخير فيه بين البيع والأكل كالغنم، وإن وجد ما لا يبقى ولكن يمكن التوصل إلى حفظه كالرطب والعنب ـ فإن كان الأنفع لصاحبه أن يباع ـ بيع، وإن كان الأنفع أن يجفف جفف، وإن احتاج إلى مؤنة في تجفيفه ولم يوجد من يتطوع بيع بعضه وأنفق عليه.

فصل: وإن وجد خمرًا أراقها صاحبها لم يلزمه تعريفها، لأن إراقتها مستحقة فلم يجز التعريف، فإن صارت عنده خلًا ففيه وجهان:

أحدهما: أنها لمن أراقها لأنها عادت إلى الملك السابق، والملك السابق للذي أراق، فعاد إليه كما لو غصبه من رجل فصار في يده خلًا.

والثاني: أنه للملتقط لأن الأول أسقط حقه منها فصارت في يد الثاني، ويخالف المغصوبة لأنها أخذت بغير رضاه فوجب ردها إليه.

فصل: فأما العبد إذا وجد لقطة ففيه قولان: أحدهما: له أن يلتقط لأنه كسب بفعل فجاز للعبد كالاصطياد. والثاني: لا يجوز لأن الالتقاط يقتضي ولاية قبل الحول وضمانًا بعد الحول والعبد ليس من أهل الولاية ولا له ذمة يستوفي منها الحق إلى أن يعتق ويوسر.

فإن قلنا: أنه يجوز أن يلتقط فالتقط فهلك في يده من غير تفريط لم يضمن، وإن هلك بتفريط ضمنها في رقبته فتباع فيها، وإن عرفها صح تعريفه ولا يملك به لأنه في أحد القولين لا يملك المال.

وفي الثاني: يملك إذا ملكه السيد، وههنا لم يملكه السيد، فإن قلنا: أن الملتقط يملك بالتعريف من غير اختيار التملك دخل في ملك السيد كما يدخل في ملكه ما التقطه وعرفه، وإن قلنا: لا يملك إلا باختيار التملك وقف على اختياره، فإن تملكها العبد وتصرف فيها ففيه وجهان: أحدهما: يضمنها في ذمته ويتبع بها إذا عتق كما لو اقترض شيئًا. والثاني: يضمنها في رقبته لأنه مال لزمه بغير رضا من له الحق، فتعلق برقبته كأرش الجناية.

وإن علم السيد ـ نظرت فإن لم يكن عرفها العبد ـ عرفها السيد حولًا ثم تملك وإن عرفها العبد تملكها السيد في الحال لأن تعريف العبد كتعريفه، فإن عرفها العبد بعض الحول عرفها السيد ما بقي ثم تملك، وإن أقرها في يد العبد ـ نظرت، فإن كان العبد أمينًا ـ لم يضمن كما لا يضمن ما التقطه بنفسه وسلمه إلى عبده، وإن كان خائنًا ضمنها، كما لو التقطها بنفسه وسلمها إليه وهو خائن.

وإن قلنا: أنه لا يجوز أن يلتقط فالتقط ضمنها في رقبته لأنه أخذ مال غيره بغير حق فأشبه إذا غصبه، وإن عرفها لم يصح تعريفه لأنها ليست في يده بحكم اللقطة، فإن علم السيد ـ نظرت، فإن أخذها ـ صارت في يده أمانة لأنه أخذ ما يجوز له أخذه بحكم الالتقاط، فصار كما لو وجد لقطة فالتقطها، ويبرأ العبد من الضمان لأنه دفعها إلى من يجوز الدفع إليه، فبرىء من الضمان كما لو دفعها إلى الحاكم.

وإن أراد أن يتملك ابتدأ التعريف ثم تملك، فإن أقرها في يد العبد ليعرفها فإن كان أمينًا لم يضمن كما لو استعان به في تعريف ما التقطه بنفسه. وإن لم يأخذها ولا أقرها في يده ولكنها أهملها، فقد روى المزني أنه يضمنها في رقبة العبد. وروى الربيع أنه يضمنها في ذمته ورقبة العبد، فمن أصحابنا من قال: الصحيح ما رواه المزني أنه يختص برقبته لأن الذي أخذ هو العبد فاختص الضمان برقبته فعلى هذا إن تلف العبد سقط الضمان.

وقال أبو إسحاق: الصحيح ما رواه الربيع وأنه يتعلق بذمة السيد ورقبة العبد، لأن العبد تعدى بالأخذ والسيد تعدى بالترك، فاشتركا في الضمان، فعلى هذا أن تلف العبد لم يسقط الضمان، وإن التقط العبد لقطة ولم يعلم لسيد بها

حتى أعتقه، فعلى القولين، إن قلنا: أنه يجوز للعبد أن يلتقط كان للسيد أن يأخذها منه لأنه كسب له حصل له في حال الرق فكان للسيد كسائر أكسابه، وإن قلنا: لا يجوز له أن يلتقط لم يكن للسيد أن يأخذها منه، لأنه لم يثبت للعبد عليه يد الالتقاط، فعلى هذا يكون العبد أحق بها لأنها في يده وهو من أهل الالتقاط، ويحتمل أن لا يكون أحق بها لأن يده يد ضمان فلا تصير يد أمانة.

فصل: وإن وجد المكاتب لقطة فالمنصوص أنه كالحر، واختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: أنه كالحر قولًا واحدًا لأنه يملك التصرف في المال وله ذمة يستوفى منها الحق فهو كالحر، ومنهم من قال: هو كالعبد لأنه ناقص بالرق كالعبد فيكون في التقاطه قولان، فإن قلنا: إنه كالحر أو قلنا: إنه كالعبد وجوزنا التقاطه صح تعريفه، فإذا عرفها ملكها لأنه من أهل الملك، وإذا قلنا إنه كالعبد ولم نجوز التقاطه صار ضامنًا لأنه تعدى بالأخذ، ويجب أن يسلمها إلى السلطان لأنه لا يمكن إقرارها في يده لأنها في يده بغير حق ولا يمكن تسليمها إلى السيد لأنه لا حق له في اكسابه، فوجب تسليمها إلى السلطان فإن أخذها السلطان برىء المكاتب من الضمان، فتكون في يد السلطان أبدًا إلى أن يجد صاحبها.

فصل: وإن وجد اللقطة من نصفه حر ونصفه عبد فالمنصوص أنه كالحر فمن أصحابنا من قال: هو كالحر قولًا واحدًا لأنه تملك ملكًا تامًا وله ذمة صحيحة فهو كالحر، ومنهم من قال هو كالعبد القن لما فيه من نقص الرق فيكون على قولين، فإذا قلنا: إنه كالحر ـ نظرت. فإن لم يكن بينه وبين السيد مهايأة ـ كانا شريكين فيها كسائر اكسابه وإن كان بينهما مهايأة، فإن قلنا: إن الكسب النادر لا يدخل في المهايأة كانت اللقطة بينهما لأنه بمنزلة ما لم يكن بينهما مهايأة، وإن قلنا: إن الكسب النادر يدخل في المهايأة كانت اللقطة لمن وجدها في يومه.

فصل: وإن وجد المحجور عليه لسفه أو جنون أو صغر لقطة صح التقاطه لأنه كسب بفعل فصح من المحجور عليه كالاصطياد وعلى الناظر في أمره أن ينتزعها منه ويعرفها لأن اللقطة في مدة التعريف أمانة والمحجور عليه ليس من أهل الأمانة، فإن كان ممن يجوز الاقتراض عليه تملكها له، وإن كان ممن لا يجوز الاقتراض عليه لم يتملك له، لأن التملك بالالتقاط كالتملك بالاقتراض في ضمان البدل.

فصل: وإن وجد الفاسق لقطة لم يأخذها لأنه لا يؤمن أن لا يؤدي الأمانة فيها فإن التقطها ففيه قولان:

أحدهما: لا تقر في يده وهو الصحيح لأن الملتقط قبل الحول كالولي في حق الصغير. والفاسق ليس من أهل الولاية في المال. والثاني: تقر في يده لأنه كسب بفعل فأقر في يده كالصيد، فعلى هذا يضم إليه من يشرف عليه، وهل

**يجوز أن ينفرد بالتعريف؟ فيه قولان: أحدهما: يجوز لأن التعريف لا يفتقر إلى الأمانة. والثاني: لا يجوز حتى يكون معه من يشرف عليه لأنه لا يؤمن أن يفرط في التعريف فإذا عرفه ملكه لأنه من أهل التملك.**

**فصل: وإن التقط كافر لقطة في دار الإسلام ففيه وجهان: أحدهما: يملك بالتعريف لأنه كسب بالفعل فاستوى فيه الكافر والمسلم كالصيد. والثاني: لا يملك لأن تصرفه في الحفظ والتعريف بالولاية والكافر لا ولاية له على المسلم.**

**الشرح:** اللقطة لغة: الشيء الملقوط، وهي اسم الشيء الذي تجده ملقى فتأخذه. وفي الشرع: هي أخذ مال محترم من مضيعه، ليحفظه أو ليتملكه بعد التعريف. وقوله: «في طريق متئاء» أي مسلوك، وقوله: «اعرف عفاصها ووكاءها» العفاص هو الوعاء الذي تكون فيه النفقة إن كان جلدًا أو خرقة أو غير ذلك، وقوله: «ينشد» أي يطلب، والضالة: البهيمة، والسمة: العلامة، والسنة: الطريق، والعبد القن: خالص العبودية احترز به من المكاتب وأم الولد، والنادر: هو الشاذ، وقوله: «من يشرف عليه» أي يطلع عليه.

أما الأحكام: فأركان اللقطة ثلاثة:

الركن الأول: الالتقاط، وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: في وجوب الالتقاط أربعة طرق. أصحها: وقول الأكثرين: أنه على قولين. أظهرهما: لا يجب كالاستيداع. والثاني: يجب. والطريق الثاني: إن كانت في موضع يغلب على الظن ضياعها، بأن تكون في ممر الفساق والخونة، وجب الالتقاط، وإلا، فلا. والثالث: إن كان لا يثق بنفسه، لم يجب قطعًا. وإن غلب على ظنه أمانة نفسه، ففيه القولان. والرابع: لا يجب مطلقًا. فإذا قلنا: لا يجب، فإن وثق بنفسه، ففي الاستحباب وجهان: أصحهما: ثبوته. وإن لم يثق وليس هو في الحال من الفسقة، لم يستحب له الالتقاط قطعًا. قاله الإمام. وحكى عن شيخه في الجواز وجهين: أصحهما: ثبوته، وسواء قلنا بوجوب الالتقاط أو عدمه، فلا يضمن اللقطة بالترك، لأنها لم تحصل في يده. هذا حكم الأمين، أما الفاسق، فقطع الجمهور أنه يكره له الالتقاط. وأما قول الغزالي: إن علم الخيانة، حرم الالتقاط، وقوله في «الوسيط»: الفاسق لا يجوز له الأخذ، فمخالف لما أطلقه الجمهور من الكراهة.

المسألة الثانية: في وجوب الإشهاد على اللقطة وجهان: ويقال: قولان: أصحهما: لا يجب لكن يستحب. وقيل: لا يجب قطعًا. ثم في كيفية الإشهاد، وجهان: أصحهما: عند البغوي: يشهد على أصلها دون صفاتها، لئلا يتوصل كاذب

إليها. قال البغوي: ويجوز أن يذكر جنسها. والثاني: يشهد على صفاتها أيضًا، حتى لو مات لا يتملكها الوارث، ويشهد الشهود للمالك. وأشار الإمام إلى توسط بين الوجهين، وهو أنه لا يستوعب الصفات، بل يذكر بعضها ليكون في الإشهاد فائدة.

الركن الثاني: الملتقط وبناء الكلام فيه على أصل، وهو أن اللقطة فيها معنى الأمانة والولاية والاكتساب، فالأمانة والولاية أولًا، والاكتساب آخرًا بعد التعريف. وهل المغلَّب الأمانة والولاية لأنها ناجزة، أم الاكتساب لأنه مقصوده ولا يستقل الآحاد بالأمانات؟ فيه وجهان: ويقال: قولان: فإذا اجتمع في شخص أربع صفات: الإسلام، والحرية، والأمانة والتكليف، فله أن يلتقط ويعرِّف ويتملك، لأنه أهل للأمانة والولاية والاكتساب، وإلا، ففيه مسائل:

إحداها: يمكَّن الذمي من الالتقاط في دار الإسلام على الأصح. وقيل: قطعًا، كالاصطياد والاحتطاب، وربما شرط فيه عدالته في دينه. فإن قلنا: ليس له الالتقاط فالتقط، أخذه الإمام منه وحفظه إلى ظهور مالكه. وإن جوزناه، قال البغوي: هو كالتقاط الفاسق. قال: والمرتد إن قلنا: يزول ملكه، انتزعت اللقطة منه، كما لو احتطب، ينتزع من يده. وإن قلنا: لا يزول، فكالفاسق يلتقط. ولك أن تقول: إن أزلنا ملكه، فما يحتطبه ينتزع ويكون لأهل الفيء فإن كانت اللقطة كذلك، فقياسه أن يجوز للإمام ابتداء الالتقاط لأهل الفيء ولبيت المال، وأن يجوز للولي الالتقاط للصبي. وإن قلنا: لا يزول ملكه، فهو بالذمي أشبه منه من الفاسق، فليكن كالتقاط الذمي، وبهذا قطع المتولي.

المسألة الثانية: الفاسق أهل للالتقاط على المذهب، وبه قطع الجمهور، وهو ظاهر النص. وعن القفال، تخريجه على الأصل المذكور، إن غلَّبنا الاكتساب، فنعم، أو الأمانة، فلا، وما يأخذه مغصوب. فعلى المذهب، هل يقر المال في يده؟ قولان: أظهرهما: لا، بل ينتزع منه ويوضع عند عدل. والثاني: نعم، ويضم إليه عدل يشرف عليه. وعن ابن القطان وجه: أنه لا يضم إليه أحد. وسواء قلنا: ينتزع أو يضم إليه مشرف، ففي التعريف قولان: أظهرهما: لا يعتمد وحده، بل يضم إليه نظر العدل ومراقبته. والثاني: يكفي تعريفه. ثم إذا تم التعريف، فللملتقط التملك.

المسألة الثالثة: التقاط العبد، وهو على ثلاثة أضرب:

أحدها: التقاط لم يأذن فيه السيد ولا نهى عنه، وفيه قولان: أظهرهما: لا يصح والثاني: يصح كاحتطابه ويكون الحاصل لسيده. فإن قلنا: لا يصح التقاطه،

لم يعتدَّ بتعريفه. ثم إن لم يعلم السيد التقاطه، فالمال مضمون في يد العبد، والضمان متعلق برقبته، سواء أتلفه أو تلف بتفريط أو بغير تفريط، كالمغصوب. وإن علم، فله أحوال:

أحدها: أن يأخذه من يده. ولهذا مقدِّمة، وهي أن القاضي لو أخذ المغصوب من الغاصب ليحفظه للمالك، هل يبرأ الغاصب من الضمان؟ وجهان: أقيسهما: البراءة، لأن يد القاضي نائبة عن يد المالك. فإن قلنا: لا يبرأ، فللقاضي أخذه منه. وإن قلنا: يبرأ، فإن كان المال معرَّضًا للضياع، والغاصب بحيث لا يبعد أن يفلس أو يغيّب وجهه، فكذلك، وإلا، فوجهان: أحدهما: لا يأخذ فإنه أنفع للمالك. والثاني: يأخذ نظرًا لهما جميعًا. وليس لآحاد الناس أخذ المغصوب إذا لم يكن معرضًا للضياع، ولا الغاصب بحيث تفوت مطالبته ظاهرًا. وإن كان كذلك، فوجهان: أصحهما: المنع، لأن القاضي هو النائب عن الناس، ولأنه قد يؤدي إلى الفتنة. والثاني: الجواز احتسابًا ونهيًا عن المنكر. فعلى الأول، لو أخذه ضمنه وكان كغاصب من غاصب. وعلى الثاني: لا يضمن، وبراءة الغاصب على الخلاف السابق، وأولى بأن لا يبرأ. قال الإمام: ويجوز أن يقال: إن كان هناك قاضٍ يمكن رفع الأمر إليه، فلا يجوز، وإلا، فيجوز.

إذا عرف هذا، فقال معظم الأصحاب: إذا أخذ السيد اللقطة من العبد كان أخذه التقاطًا، لأن يد العبد إذا لم تكن يد التقاط، كان الحاصل في يده ضائعًا بعد، ويسقط الضمان عن العبد لوصوله إلى نائب المالك، فإن كل أهل للالتقاط كأنه نائب عنه. وبمثله قالوا فيما لو أخذه أجنبي، إلا أن المتولي جعل أخذه الأجنبي على الخلاف فيما لو تعلق صيد بشبكة رجل فأخذه غيره، واستبعد الإمام قولهم: إن أخذَ السيد التقاط، لأن العبد ضامن بالأخذ. ولو كان أخذ السيد التقاطًا، لسقط الضمان عنه، فيتضرر به المالك، وهذا وجه ذكره ابن كج والمتولي، وحكيا تفريعًا عليه أن السيد ينتزعه من يده ويسلمه إلى الحاكم ليحفظه لمالكه أبدًا. وأما الإمام فقال: إذا قلنا: إنه ليس بالتقاط، فأراد أخذه بنفسه وحفظه لمالكه، فوجهان مرتبان على أخذ الآحاد المغصوب للحفظ، وأولى بالمنع، لأن السيد ساعٍ لنفسه غير متبرع. ثم يترتب على جواز الأخذ حصول البراءة كما قدمنا. وإنْ استدعى من الحاكم انتزاعه، فهذه الصورة أولى بأن يزيل الحاكم فيها اليد العادية. وإذا أزال، فأولى أن تحصل البراءة لتعلق غرض السيد بالبراءة، وهو غير منسوب إلى عدوان حتى يغلظ عليه.

الحال الثاني: أن يقره في يده ويستحفظه عليه ليعرِّفه. فإن لم يكن العبد أمينًا، فهو متعد بالإقرار، وكأنه أخذه منه وردَّه إليه. وإن كان أمينًا، جاز، كما لو استعان

به في تعريف ما التقطه بنفسه. وذكر الإمام في سقوط الضمان وجهين: أصحهما: عنده: المنع. وقياس كلام الجمهور سقوطه.

الحال الثالث: أن لا يأخذه ولا يقره، بل يهمله ويعرض عنه. فنقل المزني أن الضمان يتعلق برقبة العبد كما كان، ولا يطالب به السيد في سائر أمواله، لأنه لا تعدي منه ولا أثر لعلمه، كما لو رأى عبده يتلف مالًا فلم يمنعه، ونقل الربيع تعلقه بالعبد وبجميع أموال السيد. وعكس الإمام والغزالي، فنسبا الأول إلى الربيع، والثاني إلى المزني. والصواب المعتمد، ما سبق. ثم فيهما أربعة طرق. أصحها: وقول الأكثرين: المسألة على قولين. أظهرهما: تعلقه بالعبد وسائر أموال السيد، حتى لو هلك العبد، لا يسقط الضمان. ولو أفلس السيد، قدِّم صاحب اللقطة في العبد على سائر الغرماء. ومن قال به، لم يسلِّم عدم وجوب الضمان إذا رأى عبده يتلف مالًا فلم يمنعه. والطريق الثاني: حملُ نقل المزني على ما إذا كان العبد مميزًا، ونقلِ الربيع على غير المميز. والثالث: القطع بنقل المزني في النقل. والرابع: القطع بنقل الربيع وبه قال أبو إسحاق، وغلطوا المزني في النقل هذا كله إذا قلنا: لا يصح التقاطه. فإن قلنا: يصح، صح تعريفه وليس له التعريف أن يتملكه لنفسه، وله التملك للسيد بإذنه، ولا يجوز بغير إذنه على المذهب. وقيل: وجهان كاتهابه وشرائه، فعلى المذهب قيل: لا يصح تعريفه بغير إذن سيده. والصحيح صحته كالالتقاط. قال الإمام: لكن إن قلنا: انقضاء مدة التعريف توجب الملك، فيجوز أن يقال: لا يصح تعريفه، ويجوز أن يقال: يصح ولا يثبت الملك، كما لا يثبت إذا عرَّف من قصد الحفظ. ثم لا يخلو، إما أن يعلم السيد بالالتقاط، وإما أن لا يعلم. فإن لم يعلم، فالمال أمانة في يد العبد، لكن لو كان معرضًا عن التعريف، ففي الضمان وجهان كالوجهين في الحر إذا امتنع من التعريف.

ولو أتلفه العبد بعد مدة التعريف،أو تملكه لنفسه فهلك عنده، فهل يتعلق الضمان بذمته كما لو اقترض فاسدًا وأتلفه، أم برقبته كالمغصوب؟ وجهان: وبالأول قطع الشيخ أبو محمد في «الفروق». ولو أتلفه في المدة، أو تلف بتقصيره، فالمذهب تعلق الضمان برقبته، وبه قطع الجمهور، لأنه خيانة محضة، إذ لم يدخل وقتُ التملك، بخلاف ما بعد المدة. وقيل: في تعلقه بالرقبة أو الذمة قولان: وإن علم به السيد، فله أخذه كأكسابه ثم يكون كالتقاطه بنفسه. فإن شاء حفظه لمالكه، وإن شاء عرَّف وتملك. فإن كان العبد عرَّف بعض المدة، احتسب به وبنى عليه. وإن أقره في يده وهو خائن، ضمن السيد بإبقائه في يده. وإن كان أمينًا، جاز، ثم إن تلف في يده في مدة التعريف، فلا ضمان. وإن تلف بعدها، فإن أذن السيد في

التملك فتملَّك، لم يَخْفَ الحكم، وإلا، فوجهان: أصحهما: يتعلق الضمان بالسيد، لإذنه في سبب الضمان، كم لو أذن له في استيام شيء فأخذه فتلف في يده. والثاني: لا كما لو أذن له في الغصب فغصب. فعلى الأول، يتعلق الضمان أيضًا بذمة العبد، فيطالب به بعد العتق كما يطالب به السيد في الحالِّ، وعلى الثاني، يتعلق برقبته كما يتعلق بمال السيد. وإن لم يأذن، فهل يتعلق الضامن بذمة العبد، أم برقبته؟ وجهان: أصحهما: الأول، ولا يتعلق بالسيد قطعًا. فإن أتلفه العبد بعد المدة، فعلى الخلاف السابق.

**فرع:** قال صاحب «التقريب»: القولان في أصل المسألة، فيما إذا نوى الالتقاط لنفسه، فإن نوى لسيده، فيحتمل أن يطرد القولان، ويحتمل أن يقطع بالصحة. وقال ابن كج: القولان إذا التقط ليدفع إلى سيده. فإن قصد نفسه، فليس له الالتقاط قطعًا، بل هو متعدٍّ، وحكاه عن أبي إسحاق والقاضي أبي حامد.

الضرب الثاني: التقاط بإذن السيد، بأن يقول: متى وجدتَ لقطة فخذها وائتني بها، فطريقان: قال ابن أبي هريرة بطرد القولين، لأن الإذن لا يفيده أهلية الولاية. وقطع غيره بالصحة، وإليه ميل الإمام، كما لو أذن في قبول الوديعة. ولو أذن له في الاكتساب مطلقًا، ففي دخول الالتقاط وجهان:

الضرب الثالث: التقاط نهاه عنه السيد، فقطع الإصطخري بالمنع، وطرد غيره القولين.

**فرع:** إذا التقط ثم أعتقه السيد، فإن صححنا التقاطه، فهي كسب عبده يأخذها السيد ويعرِّفها ويتملكها. فإن كان العبد عرَّف، اعتدَّ به، هذا هو المذهب. وقال ابن القطان: هل السيد أحق نظرًا إلى وقت الالتقاط، أم العبد نظرًا إلي وقت التملُّك؟ وجهان: وإن لم نصحح التقاطه، قال ابن كج: للسيد حق التملك إذا قلنا: للسيد التملك على هذا القول. وقطع الجمهور بأنه ليس للسيد أخذها. فعلى هذا، هل للعبد تملكها وكأنه التقط بعد الحرية، أم يجب أن يسلمها إلى الحاكم لأنه لم يكن أهلًا؟ وجهان: أصحهما: الأول.

**فرع:** في التقاط المكاتَب طرق. أحدها: الصحة قطعًا. والثاني: المنع قطعًا، بخلاف القن، فإن السيد ينتزع منه، ولا ولاية للسيد على مال المكاتب مع نقصانه. والثالث وهو الأصح عند الجمهور: طرد القولين كالعبد، لكن الأظهر هنا باتفاق الأصحاب، صحة التقاطه. ثم المذهب أن هذه الطرق في المكاتَب كتابة صحيحة. فأما الفاسدة، فكالقن قطعًا. وقيل بطرد الخلاف في النوعين، ونقل الإمام عن العراقيين، تفريعًا على القطع بالصحة، أن في إبقاء اللقطة في يده قولين كما

سبق في الفاسق، وكتبهم ساكتة عن ذلك إلا ما شاء الله تعالى. فإن صححنا التقاط المكاتب، عرَّفها وتملكها ويكون بدلُها في كسبه. وفي تقدم المالك به على الغرماء وجهان في «أمالي» أبي الفرج الزاز.

وإذا أعتق في مدة التعريف، أتم التعريف وتملَّك. وإن عاد إلى الرق قبل تمام التعريف، فالمنقول عن الأصحاب، أن القاضي يأخذها ويحفظها للمالك، وأنه ليس للسيد أخذها وتملكها، لأن التقاط المكاتب لا يقع للسيد، فلا ينصرف إليه. وقال البغوي: ينبغي أن يجوز له الأخذ والتملك، لأن الالتقاط اكتساب، وأكساب المكاتب لسيده عند عجزه. قال: وكذا لو مات المكاتب أو العبد قبل التعريف، وجب أن يجوز للسيد التعريف والتملك، كما أن الحر إذا التقط ومات قبل التعريف، يعرِّف الوارث ويتملك. وإذا لم نصحح التقاطه فالتقط، صار ضامنًا، ولا يأخذ السيد اللقطة منه، بل يأخذها القاضي ويحفظها، هكذا ذكروه. ولك أن تقول: ذكرتم تفريعًا على منع التقاط القن، أن للأجنبي أخذها ويكون ملتقطًا، ولم تعتبروا الولاية، وليس السيد في حق المكاتب بأدنى حالًا من الأجنبي في القن. ثم إذا أخذها الحاكم برىء المكاتب من الضمان. ثم كيف الحكم؟ ذكر الشيخ أبو حامد وغيره: أنه يعرِّفها، فإذا انقضت مدة التعريف، تملكها المكاتب. والأصح: أنه ليس له التملك، فإن التفريع على فساد الالتقاط، لكن إذا أخذها حفظها إلى أن يظهر مالكها.

**فرع:** مَن بعضه حر وبعضه رقيق، هل يصح التقاطه قطعًا، أم على القولين كالقن؟ فيه طريقان: وقيل: يصح في قدر الحرية قطعًا، وفي الباقي الطريقان، وبهذا قطع المتولي، وأبداه الشاشي احتمالًا. والمذهب المنصوص، صحة التقاطه. والله أعلم.

فإن قلنا: لا يصح، فهو متعدٍّ بالأخذ، ضامن بقدر الحرية في ذمته، ويؤخذ منه إن كان له مال، وبقدر الرق في رقبته. وهل ينتزع منه، أم يبقى في يده ويضم إليه مشرف؟ وجهان حكاهما ابن كج. أصحهما: الانتزاع. وعلى هذا، هل يسلَّم إلى السيد، أم يحفظه الحاكم إلى ظهور مالكه؟ وجهان: الصحيح: الثاني. فإن سُلِّم إلى السيد، فعن أبي حفص ابن الوكيل: أن السيد يعرفه ويتملكه. قال ابن كج: ويحتمل عندي أن يكون بينهما بحسب الرق والحرية. أما إذا قلنا: يصح التقاطه، فإن لم يكن بينه وبين السيد مهايأة، فاللقطة بينهما يعرِّفانها ويتملكانها بحسب الرق والحرية كشخصين التقطا مالًا. وقال ابن الوكيل: يختص بها السيد كلقطة القن، وليس بشيء. وإن كان بينهم مهايأة، بني على أن الكسب النادر هل يدخل في

المهايأة؟ فيه قولان: ويقال: وجهان ذكرناهما في زكاة الفطر. وميل العراقيين والصيدلاني هناك إلى ترجيح ثم إنهم مع سائر الأصحاب، كالمتفقين على ترجيح عدم الدخول هنا، وهو نصه في «المختصر». فعلى هذا، إن وقعت اللقطة في نوبة السيد، عرَّفها وتملكها. وإن وقعت في نوبة العبد، عرفها وتملك. والاعتبار بوقت الالتقاط، هذا هو الصحيح المعروف. وأشار الإمام إلى وجه: أن الاعتبار بوقت التملك. وإن قلنا: النادر لا يدخل في المهايأة، فهو كما لو لم يكن مهايأة.

ونقل إمام الحرمين في باب زكاة الفطر اتفاق العلماء على أن أرش الجناية لا يدخل في المهايأة، لأنه يتعلق بالرقبة وهي مشتركة. والله أعلم.

**فرع:** المدبَّر والمعلَّق عتقه بصفة، وأم الولد، كالقن في الالتقاط. لكن حيث حكمنا بتعلق الضمان برقبة القن، ففي أم الولد يجب على السيد، سواء علم التقاطها، أم لا، لأن جنايتها على السيد. وفي «الأم» أنه إن علم سيدها، فالضمان في ذمته، وإلا، ففي ذمتها، وهذا لم يثبته الأصحاب، وقالوا: هذا سهو من كاتب، أو غلط من ناقل، وربما حاولوا تأويله.

المسألة الرابعة: التقاط الصبي، فيه طريقان كالفاسق. والمذهب صحته كاحتطابه واصطياده، فإن صححناه فلم يعلم به الولي وأتلفه الصبي، ضمن. وإن تلف في يده، فوجهان: أصحهما: لا ضمان عليه كما لو أودع مالًا فتلف عنده. وتسليط الشرع له على الالتقاط، كتسليط المودع. والثاني: يضمن لضعف أهليته، فإنه لا يقر في يده. فإن علم به الولي، فينبغي أن ينتزعه من يده ويعرفه. ثم إن رأى المصلحة في تملكه للصبي، جاز حيث يجوز الاستقراض عليه. وقال ابن الصباغ: عندي يجوز التملك له وإن لم يجز الاقتراض، لأنه على هذا القول ملحق بالاكتساب.

وإن لم ير التملُّك له، حفظه أمانة، أو سلَّمه إلى القاضي. وإذا احتاج التعريف إلى مؤنة، لم يصرفها من مال الصبي، بل يرفع الأمر إلى القاضي ليبيع جزءًا من اللقطة لمؤنة التعريف. ويجيء وجه مما سنذكره إن شاء الله تعالى في التقاط الشاة: أنه يبيع بنفسه ولا يحتاج إلى إذن الحاكم. ولو تلفت اللقطة في يد الصبي قبل الانتزاع بغير تفريط، فلا ضمان. وإن قصر الولي بتركها في يده حتى تلفت، أو أتلفها، لزم الوليَ الضمان من مال نفسه، وشبَّهوه بما إذا احتطب الصبي وتركه الولي في يده حتى تلف، أو أتلفه الصبي، يجب الضمان على الولي، لأن عليه حفظ الصبي عن مثله. قال البغوي: ثم يعرف التالف، وبعد التعريف يتملك للصبي إن كان في التملك مصلحة، ويشبه أن يكون هذا فيما إذا وُجد قبض من جهة

القاضي ليصير المقبوض ملكًا للملتقط، أو إفراز من جهة الولي إذا قلنا: إن من التقط شاة وأكلها يفرز بنفسه قيمتها من ماله. فأما الضمان في الذمة، فلا يمكن تملكه للصبي. أما إذا قلنا: لا يصح التقاط الصبي، فإذا التقط وتلفت في يده أو أتلفها، وجب الضمان في ماله، وليس للولي أن يقرَّها في يده، بل يسعى في انتزاعها؛ فإن أمكنه رفع الأمر إلى القاضي، فعل، وإن انتزع الحاكم، ففي براءة الصبي عن الضمان الخلاف المذكور في انتزاع القاضي المغصوبَ من الغاصب، وأولى بحصول البراءة نظرًا للطفل. إن لم يمكنه رفع الأمر إلى القاضي، أخذه بنفسه، وتبنى براءة الصبي عن الضمان على الخلاف في براءة الغاصب بأخذ الآحاد. فإن لم تحصل البراءة، ففائدة الأخذ صون عين المال عن التضييع والإتلاف. قال المتولي: وإذا أخذه الولي، فإن أمكنه التسليم إلى القاضي فلم يفعل حتى تلف، لزمه الضمان، وإلا، فقرار الضمان على الصبي.

وفي كون الولي طريقًا، وجهان: وهذا إذا أخذ الولي لا على قصد الالتقاط. أما إذا قصد ابتداءً الالتقاط، ففيه وجهان: وليكونا كالخلاف في الأخذ من العبد على هذا القصد إذا لم نصحح التقاطه. ولو قصَّر الولي وترك المال في يده، قال المتولي: لا ضمان عليه إذا تلف، لأنه لم يحصل في يده، ولا حق للصبي فيه حتى يلزمه حفظه، بخلاف ما إذا فرعنا على القول الأول. وخصص الإمام هذا الجواب بما إذا قلنا: إن أخذه لا يبرأ الصبي. أما إذا قلنا: يبرأ، فعليه الضمان لتركه الصبي في ورطة الضمان، ويجوز أن يضمن. وإن قلنا: إن أخذه لا يبرأ الصبي لأن المال في يد الصبي معرَّض للضياع، فحق أن يصونه.

**فرع:** المجنون كالصبي في الالتقاط، وكذا المحجور عليه بسفه، إلا أنه يصح تعريفه، ولا يصح تعريف الصبي والمجنون.

الركن الثالث: الشيء الملتقط، وهو قسمان: مال وغيره، والمال نوعان: حيوان وجماد. والحيوان ضربان: آدمي وغيره. وغيره صنفان:

أحدهما: ما يمتنع من صغار السباع بفضل قوته، كالإبل والخيل والبغال والحمير، أو بشدة عدوه كالأرانب والظباء المملوكة، أو بطيرانه كالحمام، فإن وجدها في مفازة، فللحاكم ونوابه أخذها للحفظ. وفي جواز أخذها للآحاد للحفظ وجهان: أصحهما: عند الشيخ أبي حامد والمتولي وغيرهما: جوازه، وهو المنصوص، لئلا يأخذها خائن فتضيع. وأما أخذها للتملك، فلا يجوز لأحد. فمن أخذها للتملك ضمنها، ولا يبرأ عن الضمان بالرد إلى ذلك الموضع. فإن دفعها إلى القاضي، برىء على الأصح. وإن وجدها في بلدة أو قرية، أو في موضع قريب

منها، فوجهان أو قولان: أحدهما: لا يجوز التقاطها للتملك كالمفازة. وأصحهما: جوازه، لأنها في العمارة تضيع بتسلط الخونة. وقيل: يجوز قطعًا. وقيل: لا يجوز قطعًا. فإن منعنا، فالتقاطها بقصد التملك كما ذكرنا في التقاطها من الصحراء. وإن جوزناه، فعلى ما سيأتي في النصف الثاني إن شاء الله تعالى. هذا كله إذا كان زمان أمن. فأما في زمن النهب والفساد، فيجوز التقاطها قطعًا. وسواء وجدت في الصحراء أو العمران، كما سيأتي فيما لا يمتنع، قاله المتولي.

الصنف الثاني: ما لا يمتنع من صغار السباع، كالكسير والغنم والعجول والفصلان، فيجوز التقاطها للتملك، سواء وجدت في المفازة أو العمران. وفي وجه: لا يؤخذ ما وجد في العمران. والصحيح المعروف: أنه لا فرق. ثم إذا وجده في المفازة، فهو بالخيار بين أن يمسكها ويعرِّفها ثم يتملكها، وبين أن يبيعها ويحفظ ثمنها ويعرِّفها ثم يتملك الثمن، وبين أن يأكلها إن كانت مأكولة ويغرم قيمتها. والخصلة الأولى أولى من الثانية، والثانية أولى من الثالثة. وإن وجدها في العمران، فله الإمساك مع التعريف والتملك، وله البيع والتعريف وتملك الثمن. وفي الأكل قولان: أحدهما: الجواز كالمفازة. وأظهرهما: عند الأكثرين: المنع، لأن البيع في العمران أسهل هذا إذا كانت مأكولة، فأما الجحش وصغار ما لا يؤكل، فحكمها في الإمساك والبيع حكم المأكول وفي جواز تملكها في الحال، وجهان: أحدهما: نعم، كما يجوز أكل المأكول. ولو لم يجوز ذلك لأعرض عنها الواجدون ولضاعت وأصحهما: لا يجوز تملكها حتى تعرَّف سنة كغيرها. ويتفرع على الخصال الثلاث مسائل:

إحداها: إذا أمسكها وتبرع بالإنفاق، فذاك. وإن أراد الرجوع، فلينفق بإذن الحاكم. فإن لم يجد حاكمًا، أشهد كما سبق في نظائره.

الثانية: إذا أراد البيع، فإن لم يجد حاكمًا، استقل به. وإن وجده، فالأصح أنه يجب استئذانه. وهل يجوز بيع جزءٍ منها لنفقة باقيها؟ قال الإمام: نعم، كما تباع جميعها. وحكى عن شيخه احتمالًا أنه لا يجوز، لأنه يؤدي إلى أن تأكل نفسها، وبهذا قطع أبو الفرج الزاز، قال: ولا يستقرض على المالك أيضًا، لهذا المعنى، لكنه يخالف ما سبق في هرب الجمال ونحوه.

**فرع:** متى حصلت الضالَّة في يد الحاكم، فإن كان هناك حمى، سرَّحها فيه ووسمها بسمة الضوالّ، ويَسِم نتاجها أيضًا. وإن لم يمكن، فالقول في بيع كلها أو بعضها للنفقة على ما سبق، لكن لو توقَّع مجيء المالك في طلبها على قرب، بأن عرف أنها من نَعَم بني فلان، تأنَّى أيامًا كما يراه.

الضرب الثاني: الآدمي، فإذا وجد رقيقًا مميزًا، والزمان آمن، لم يأخذه، لأنه يستدل على سيده. وإن كان غير مميز أو مميزًا في زمن نهب، جاز أخذه كسائر الأموال. ثم يجوز تملك العبد والأمة التي لا تحل كالمجوسية والمَحْرَم. وإن كانت ممن تحل، فعلى قولين كالاستقراض. فإن منعناه، لم يجب التعريف، كذا ذكره الشيخ أبو حامد. ويتفق على الرقيق مدة الحفظ من كسبه، وما بقي من الكسب حفظ معه. فإن لم يكن كسب، فعلى ما سبق في الصنف الثاني. وإذا بيع ثم ظهر المالك وقال: كنت أعتقته، فقولان: أظهرهما: يقبل قوله ويحكم بفساد البيع. والثاني: لا، كما لو باع بنفسه.

النوع الثاني: الجماد، وينقسم إلى ما يبقى، بمعالجة، كالرطب يجفف، أو بغيرها، كالذهب والفضة والثياب، وإلى ما لا يبقى، كالهريسة، وكل ذلك لقطة يؤخذ وُيملك، لكن فيما لا يبقى بمعالجة مزيد كلام نذكره في الباب الثاني إن شاء الله تعالىٰ.

القسم الثاني: ما ليس بمال، ككلب يقتنى، فميل الإمام والآخذين عنه، إلى أنه لا يؤخذ إلا على قصد الحفظ أبدًا لأن الاختصاص به بعوض ممتنع، وبلا عوض يخالف وضع اللقطة. وقال الأكثرون: يعرِّفه سنة ثم يختص وينتفع به فإن ظهر صاحبه بعد ذلك وقد تلف، فلا ضمان. وهل عليه أجرة المثل لمنفعة تلك المدة؟ وجهان بناءً على جواز إجارته.

**فصل:** يشترط في اللقطة ثلاثة شروط غير ما سبق:

أحدها: أن تكون شيئًا ضاع من مالكه لسقوط أو غفلة ونحوهما. فأما إذا ألقت الريح ثوبًا في حجره أو ألقى إليه هارب كيسًا ولم يعرف من هو مورثه عن ودائع وهو لا يعرف ملاّكها فهو مال ضائع يحفظ ولا يتملك. ولو وجد دفينًا في الأرض فالقول في أنه ركاز أو لقطة سبق في الزكاة.

الثاني: أن يوجد في موات، أو شارع، أو مسجد. أما إذا وجد في أرض مملوكة، فقال المتولي: لا يؤخذ للتملك بعد التعريف، بل هو لصاحب اليد في الأرض، فإن لم يدَّعه، فلمن كانت في يده قبله، وهكذا إلى أن ينتهي إلى المحيي، فإن لم يدَّعه، حينئذ يكون لقطة.

الثالث: أن يكون في دار الإسلام، أو في دار الحرب وفيها مسلمون. أما إذا لم يكن فيها مسلم، فما يوجد فيها غنيمة، خمسها لأهل الخمس، والباقي للواجد، ذكره البغوي وغيره.

أحكام الالتقاط الصحيح وهي أربعة:

الحكم الأول: في الأمانة والضمان، ويختلف ذلك بقصده. وله أحوال:

أحدها: أن يأخذها ليحفظها أبدًا، فهي أمانة في يده. فلو دفعها الى الحاكم لزمه القبول. وكذا من أخذ للتملك ثم بدا له ودفعها إلى الحاكم، لزمه القبول. وهل يجب التعريف إذا قصد الحفظ أبدًا؟ وجهان يأتي بيانهما إن شاء الله تعالىٰ. فإن لم يجب، لم يضمن بتركه. وإذا بدا له قصد التملك، عرَّفها سنة من يومئذ، ولا يعتدُّ بما عرَّف من قبل. وإن أوجبناه، فهو ضامن بالترك. حتى لو بدأ بالتعرف بعد ذلك، فهلك في سنة التعريف، ضمن.

الحال الثاني أن يأخذ بنيَّة الخيانة والاستيلاء، فيكون ضامنًا غاصبًا. وفي براءته بالدفع إلى الحاكم. الوجهان في الغاصب، فلو عرَّف بعد ذلك وأراد التملك، لم يكن له ذلك على المذهب، وبه قطع الجمهور، كالغاصب، وقيل: وجهان: لوجود صورة الالتقاط.

الحال الثالث: أن يأخذها ليعرِّفها سنة ويتملكها بعد السنة، فهي أمانة في السنة، وأما بعد السنة، فإن قلنا: تملك بمضي السنة، فقد دخلت في ملكه وضمانه، وإلا، فقال الغزالي: تصير مضمونة عليه إذا كان غُرم التملك مطردًا، ولم يوافقه غيره، فالأصح ما صرح ابن الصباغ والبغوي: أنها أمانة ما لم يختر التملك قصدًا، أو لفظًا إذا اعتبرناه، كما قبل الحول، لكن إذا اختار وقلنا: لا بد من التصرف، فحينئذٍ يكون مضمونًا عليه كالقرض. وإذا قصد الأمانة ثم قصد الخيانة، فالأصح أنه لا يصير مضمونًا عليه بمجرد القصد، كالمودَع لا يضمن بنيَّة الخيانة على المذهب. والثاني: يصير، لأنه لم يسلطه المالك. ومهما صار الملتقط ضامنًا في الدوام، إما بحقيقة الخيانة أو بقصدها، ثم أقلع وأراد أن يعرِّف ويتملك، فله ذلك على الأصح.

الحال الرابع: أن يأخذ اللقطة ولا يقصد خيانة ولا أمانة، أو يقصد أحدهما وينساه، فلا تكون مضمونة عليه وله التملك بشرطه.

الحكم الثاني: التعريف، فينبغي للملتقط أن يعرف اللقطة ويعرِّفها.

أما المعرفة، فيعلم عفاصها، وهو الوعاء من جلد وخرقة وغيرهما، ووكاءها، وهو الخيط الذي تُشدُّ به، وجنسها، أذهب أم عيره؟ ونوعها، أهرويَّة أم غيرها؟ وقدرها، بوزن أو عدد وإنما يعرف هذه الأمور لئلا تختلط بماله ويستدل بها على صدق طالبها، ويستحب تقييدها بالكتابة.

وأما التعريف، ففيه مسائل:

إحداها: يجب تعريف اللقطة سنة، وليس ذلك بمعنى استيعاب السنة، بل لا يعرّف في الليل، ولا يستوعب الأيام أيضًا، بل على المعتاد، فيعرّف في الابتداء في

كل يوم مرتين طرفي النهار، ثم في كل يوم مرة، ثم في كل أسبوع مرتين أو مرة، ثم في كل شهر بحيث لا يُنسى أنه تكرار للأول. وفي وجوب المبادرة بالتعريف على الفور وجهان: الأصح الذي يقتضيه كلام الجمهور: لا يجب، بل المعتبر تعريف سنة متى كان. وهل تكفي سنة مفرَّقة بأن يفرّق شهرين مثلًا ويترك شهرين، وهكذا؟ فيه وجهان: أحدهما: لا، وبه قطع الإمام، لأنه لا تظهر فائدة التعريف. فعلى هذا، إذا قطع مدة، وجب الاستئناف. والثاني وبه قطع العراقيون والروياني: نعم.

الثانية: ليصف الملتقط بعض أوصاف اللقطة، فإنه أقرب إلى الظَّفَر بالمالك. وهل هو شرط،أم مستحب؟ وجهان: أصحهما: مستحب. فإن شرطناه، فهل يكفي ذكر الجنس بأن يقول: من ضاع منه دراهم؟ قال الإمام: عندي أنه لا يكفي، ولكن يتعرَّض للعفاص والوكاء ومكان الالتقاط وزمنه، ولا يستوعب الصفات ولا يبالغ فيها لئلا يعتمدها الكاذب. فإن بالغ، ففي مصيره ضامنًا وجهان: لأنه لا يلزمه الدفع إلا ببينة، لكن قد يرفعه إلى حاكم يلزمه الدفع بالوصف.

الثالثة: إن تبرع الملتقط بالتعريف، أو بذل مؤنته، فذاك، وإلا، فإن أخذها للحفظ أبدًا، فإن قلنا: لا يجب التعريف والحالة هذه، فهو متبرع إن عرّف. وإن قلنا: يجب، فليس عليه مؤنته، بل يرفع الأمر إلى القاضي ليبذل أجرته من بيت المال، أو يقترض على المالك، أو يأمر الملتقط به ليرجع كما في هرب الجمّال. وإن أخذها للتملك واتصل الأمر بالتملك، فمؤنة التعريف على الملتقط قطعًا. وإن ظهر مالكها، فهل هي على الملتقط لقصده التملك، أم على المالك لعود الفائدة إليه؟ فيه وجهان: أصحهما: أولهما. ولو قصد الأمانة أولًا، ثم قصد التملك، ففيه الوجهان.

الرابعة: ما ذكرناه من وجوب التعريف، هو فيما إذا قصد التملك، أما إذا قصد الحفظ أبدًا، ففي وجوبه وجهان: أصحهما: عند الإمام والغزالي: وجوبه، لئلا يكون كتمانًا مفوِّتًا للحق على صاحبه. والثاني وبه قطع الأكثرون: لا يجب، قالوا: لأن التعريف إنما يجب لتخصيص شرط التملك.

الخامسة: ليكن التعريف في الأسواق ومجامع الناس وأبواب المساجد عند خروج الناس من الجماعات، ولا يعرّف في المساجد، كما لا تُطلب اللقطة فيها، قال الشاشي في «المعتمد»: إلا أن الأصح جواز التعريف في المسجد الحرام، بخلاف سائر المساجد. ثم إذا التقط في بلدة أو قرية، فلا بد من التعريف فيها، وليكن أكثر تعريفه في البقعة التي وجد فيها، لأن طلب الشيء في موضع ضياعه

أكثر. فإن حضره سفر، فوّض التعريف إلى غيره، ولا يسافر بها. وإن التقط في الصحراء، فعن أبي إسحاق: أنه إن اجتازت به قافلة، تبعهم وعرَّف، وإلا، فلا فائدة في التعريف في المواضع الخالية، ولكن يعرِّف في البلدة التي يقصدها قربت أم بعدت. وإن بدا له الرجوع، أو قصد بلدة أخرى، عرَّف فيها ولا يكلّف أن يغيِّر قصده، ويعدل إلى أقرب البلاد إلى ذلك الموضع، حكاه الإمام وتابعه الغزالي. ولكن ذكر المتولي وغيره: أنه يعرف في أقرب البلاد إليه، وهذا إن أراد به الأفضل فذاك، وإلا، فيحصل في المسألة الوجهان.

**فرع:** ليس للملتقط تسليم المال إلى غيره ليعرِّفه إلا بإذن الحاكم، فإن فعل، ضمن، ذكره ابن كج وغيره.

**فرع:** يشترط كون المعرِّف عاقلًا غير مشهور بالخلاعة والمجون، وإلا، فلا يعتمد قوله، ولا تحصل فائدة التعريف.

**فصل:** إنما يجب تعريف اللقطة إذا جمعت وصفين، أحدهما: كون الملتقَط كثيرًا. فإن كان قليلًا، نُظر، إن انتهت قِلَّته إلى حدٍّ يُسقط تموُّله كحبة الحنطة والزبيبة، فلا تعريف، ولواجده الاستبداد به. وإن كان متموَّلًا مع قلته، وجب تعريفه، وفي قدر تعريفه وجهان: أصحهما: عند العراقيين: سنة كالكثير. وأشبههما باختيار معظم الأصحاب: لا يجب سنة. فعلى هذا أوجه: أحدها: يكفي مرة. والثاني: ثلاثة أيام. وأصحها: مدة يظن في مثلها طلب فاقده له، فإذا غلب على الظن إعراضه، سقط، ويختلف ذلك باختلاف المال، قال الروياني: فدانق الفضة يعرَّف في الحال، ودانق الذهب يعرَّف يومًا، أو يومين، أو ثلاثة. وأما الفرق بين القليل والمتموَّل والكثير، ففيه أوجه: أصحها: لا يتقدَّر، بل ما غلب على الظن أن فاقده لا يكثر أسفه عليه ولا يطول طلبه له غالبًا، فقليل، قاله الشيخ أبو محمد وغيره، وصححه الغزالي والمتولي. والثاني: القليل: ما دون نصاب السرقة. والثالث: الدينار قليل. والرابع: ما دون الدرهم قليل، والدرهم كثير.

**فرع:** قال المتولي: يحل التقاط السنابل وقت الحصاد إن أذن فيه المالك، أو كان قدرًا لا يشق عليه أن يُلتَقط وإن كان يلتقط بنفسه لو اطلع عليه، وإلا، فلا يحل.

الوصف الثاني: أن يكون شيئًا لا يفسد. أما ما يفسد، فضربان:

أحدهما: أن لا يمكن إبقاؤه كالهريسة، والرطب الذي لا يتتمر، والبقول. فإن وجده في بريَّة، فهو بالخيار بين أن يبيعه ويأخذ ثمنه، وبين أن يتملكه في الحال فيأكله ويغرم قيمته. وإن وجده في بلدة أو قرية، فطريقان:

أحدهما: على قولين. أحدهما: ليس له الأكل، بل يبيعه ويأخذ ثمنه لمالكه، لأن البيع متيسِّر في العمران. والثاني وهو المشهور: أنه كما لو وجد في بريَّة.

والطريق الثاني: القطع بالمشهور. فإذا لم نجوِّز الأكل فأخذ للأكل، كان غاصبًا. وإذا جوزناه فأكل، ففي وجوب التعريف بعده وجهان: أصحهما: الوجوب إن كان في البلد، كما أنه إذا باع يعرِّف. وإن كان في الصحراء، قال الإمام: فالظاهر أنه لا يجب، لأنه لا فائدة فيه. وهل يجب إفراز القيمة المغرومة من ماله؟ وجهان: ويقال: قولان أصحهما: لا، لأن ما في الذمة لا يخشى هلاكه، وإذا أفرز كان المفرز أمانة. والثاني: يجب احتياطًا لصاحب المال ليقدَّم بالمفرز لو أفلس الملتقط. وعلى هذا، فالطريق أنه يرفع الأمر إلى الحاكم ليقبض عن صاحب المال. فإن لم يجد حاكمًا، فهل للملتقط بسلطان الالتقاط أن يستنيب عنه؟ فيه احتمال عند الإمام. وذكر الإمام والغزالي، أنه إذا أفرزها، لم تصر ملكًا لصاحب المال، بل هو أولى بتملكها. ولو كان كما قالا، لم يسقط حقه بهلاك المفرز. وقد نصوا على السقوط، ونصوا أيضًا على أنه لو مضت مدة التعريف، فله أن يتملك المفرَز كما يتملك نفس اللقطة، وكما يتملك الثمن إذا باع الطعام، وهذا يقتضي صيرورة المفرز ملكًا لصاحب اللقطة. ولو اختلفت قيمة يومي الأخذ والأكل، ففي بعض الشروح أنه إن أخذ للأكل اعتبرت قيمة يوم الأخذ. وإن أخذ للتعريف، اعتبرت قيمة يوم الأكل. وإذا اختار البيع، ففي الحاجة إلى إذن الحاكم ما سبق في بيع الشاة. وإذا باع أو أكل، عرَّف المبيع والمأكول باتفاق الأصحاب، لا الثمن والقيمة، سواء أفرزها، أم لا.

الضرب الثاني: ما يمكن إبقاؤه بالمعالجة والتجفيف. فإن كان الحظ لصاحبه في بيعه رطبًا، بيع، وإلا، فإن تبرع الملتقط بالتجفيف فذاك وإلا بيع بعضه وأنفق على تجفيف الباقي.

الحكم الثالث: التملك، فيجوز تملك اللقطة بعد التعريف، سواء كان الملتقط غنيًا أو فقيرًا، ومتى تملك؟ فيه أوجه: أصحها: لا تملك إلا بلفظ، كقوله: تملكت ونحوه. والثاني: لا تملك ما لم يتصرف. وعلى هذا، يشبه أن يجيء الخلاف المذكور في القرض، في أن الملك بأي نوع من التصرف يحصل. والثالث: يكفيه تجديد قصد التملك بعد التعريف، ولا يشترط لفظ. والرابع: تملك بمجرد مضي السنة.

**فرع:** في لقطة مكة وحرمها وجهان: الصحيح: أنه لا يجوز أخذها للتملك، وإنما تؤخذ للحفظ أبدًا. والثاني: أنها كلقطة سائر البقاع. قال هذا القائل: والمراد

بقول النبي ﷺ: «لا تحل لقطتها إلا لمنشد» أنه لا بد من تعريفها سنة كغيرها، لئلا يتوهم أن تعريفها في الموسم كافٍ لكثرة الناس وبُعد العَود في طلبها من الآفاق.

الحكم الرابع: رد عينها أو بدلها عند ظهور مالكها. فإذا جاء من يدَّعيها، فإن لم يقم بينة أنها له، ولم يصفها، لم تدفع إليه، إلا أن يعلم الملتقط أنها له، فيلزم الدفع إليه. وإن أقام بينة، دفعت إليه. وإن وصفها، نظر، إن لم يظن الملتقط صدقه، لم يدفع إليه على المذهب المعروف وحكى الإمام ترددًا في جواز الدفع وإن ظن صدقة، جاز الدفع إليه، ولا يجب على المذهب، وبه قطع الجمهور. ونقل الإمام في وجوبه وجهين: فعلى المذهب، لو قال الواصف: يلزمك تسليمها إليَّ، فله أن يحلف أنه لا يلزمه. ولو قال: تعلم أنها ملكي، فله أن يحلف أنه لا يعلم. ولو أقام الواصف شاهدًا، فالمذهب أنه لا يجب الدفع، واختار الغزالي وجوبه. وإذا دفعها إلى الواصف بوصفه، فأقام غيره بينة أنها له، فإن كانت باقية، انتزعت منه ودفعت إلى الثاني. وإن تلفت عنده، فهو بالخيار بين أن يضمِّن الملتقط أو الواصف. فإن ضمَّن الواصف، لم يرجع على الملتقط. وإن ضمَّن الملتقط، رجع على الواصف إن لم يقر بالملك للواصف. وإن أقر، لم يرجع، مؤاخذة له. هذا إذا دفع بنفسه. أما إذا ألزمه الحاكم الدفع إلى الواصف، فليس لصاحب البينة تضمينه.

**فرع:** لو جاء الواصف بعد أن تملك الملتقط اللقطة وأتلفها، فغرمها الملتقط لظنه صدقه، فأقام آخر بينة بها، طالب الملتقط دون الواصف، لأن الحاصل عند الواصف مال الملتقط، لا ماله. وإذا غرم الملتقط، هل يرجع على الواصف؟ ينظر، هل أقر له بالملك أم لا كما سبق.

**فرع:** أقام مدَّعي اللقطة شاهدين عدلين عنده وعند الملتقط، وهما فاسقان عند القاضي، لم يُلزمه القاضي الدفع على الصحيح. وقيل: يلزمه، لاعترافه بعدالتهما.

**فرع:** إذا ادعاها اثنان، وأقام كل واحد بينة أنها له، ففيه أقوال التعارض.

**فصل:** إذا ظهر المالك قبل تملك الملتقط، أخذ اللقطة بزوائدها المتصلة والمنفصلة. وإن ظهر بعد التملك، فللقطة حالان: أحدهما: أن تكون باقية عنده، فينظر، إن بقيت بحالها، فوجهان: أصحهما: له أخذها، وليس للملتقط أن يلزمه أخذ بدلها. والثاني: المنع، فلا شك أنه لو ردها الملتقط لزم المالك القبول، فعلى الأصح: لو باعها الملتقط فجاء المالك في مدة الخيار، فهل له فسخ البيع؟ وجهان حكاهما الشاشي، ووجَّه المنع بأن الفسخ حق للعاقد، فلا يتمكَّن منه غيره بغير إذنه. وجعل ابن كج الوجهين في أنه يجبر الملتقط على الفسخ، ويجوز فرض

الوجهين في الانفساخ. فإن زادت، فالمتصلة تتبعها، والمنفصلة تسلَّم للملتقط، ويرد الأصل وإن نقصت بعيب ونحوه وقلنا: لو بقيت بحالها لم يكن للمالك أخذها قهرًا، رجع إلى بدلها سليمة. وإن قلنا: له أخذها قهرًا فكذا هنا، ويغرمه الأرش، لأن الكل مضمون عليه. وقيل: لا أرش عليه، وبه قطع البغوي. ولو أراد بدلها، وقال الملتقط: أضم إليها الأرش وأردُّها، أجيب الملتقط على الأصح. والثاني: يجاب المالك، فله الخيار بين البدل أو العين الناقصة مع الأرش أو دونه كما سبق.

الحالة الثانية: أن تكون تالفة، فعليه بدلها: المثل، أو القيمة. والاعتبار بقيمة يوم التملك. وقال الكرابيسي من أصحابنا: لا يطالب بالقيمة، ولا برد العين عند بقائها. والصحيح المعروف هو الأول. وعلى هذا، فالضمان ثابت في ذمته من يوم التلف. وعن أبي إسحاق المروزي: أنه لا يثبت، وإنما يتوجه عند مجيء المالك وطلبه.

# كتاب اللقيط

قال المصنف رحمه الله تعالى: التقاط المنبوذ فرض على الكفاية لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢]، ولأنه تخليص آدمي له حرمة من الهلاك فكان فرضًا كبذل الطعام للمضطر.

فصل: وإن وجد لقيط مجهول الحال حكم بحريته، لما روى سنين أبو جميلة قال: «أخذت منبوذًا على عهد عمر ﷺ فذكره عريفي لعمر ﷺ فأرسل إليَّ فدعاني والعريف عنده، فلما رآني قال: عسى الغوير أبؤسا، فقال عريفي: أنه لا يتهم، فقال عمر: ما حملك على ما صنعت؟ قلت: وجدت نفسًا بمضيعة فأحببت أن يأجرني الله فيه، فقال: هو حر وولاؤه لك وعلينا رضاعه»[1]، ولأن الأصل في الناس الحرية، فإن كان عليه ثياب أو حلي أو تحته فراس أو في يده دراهم أو عنان فرس أو كان في دار ليس فيها غيره فهي له، لأنه حر، فكان ما في يده له كالبالغ وإن كان على بعد منه مال مطروح أو فرس مربوط لم يكن له لأنه لا يد له عليه. وإن كان بالقرب منه وليس هناك غيره ففيه وجهان: أحدهما: ليس له لأنه لا يد له عليه. والثاني: له لأن الإنسان قد يترك ماله بقربه فإذا لم يكن هناك غيره فالظاهر أنه له، وإن كان تحته مال مدفون لم يكن له لأن البالغ لو جلس على الأرض وتحته دفين لم يكن له ذلك فكذلك اللقيط.

فصل: وإن وجد في بلد من بلاد المسلمين وفيه مسلم فهو مسلم، لأنه اجتمع له حكم الدار وإسلام من فيها، وإن كان في بلد الكفار ولا مسلم فيه، فهو كافر، لأن الظاهر أنه ولد بين كافرين وإن كان فيه مسلم ففيه وجهان: أحدهما: أنه كافر تغليبًا لحكم الدار. والثاني: أنه مسلم تغليبًا لإسلام المسلم الذي فيه. وإن التقطه حر مسلم أمين مقيم موسر أقر في يده، لما ذكرناه من حديث عمر ﷺ، ولأنه لا بد من أن يكون في يد من يكفله، فكان الملتقط أحق به لحق السبق.

فصل: فإن كان له مال كانت نفقته في ماله كالبالغ، ولا يجوز للملتقط أن ينفق عليه من ماله بغير إذن الحاكم، فإن أنفق عليه من غير إذنه ضمنه لأنه لا ولاية له عليه إلا في الكفالة فلم يملك الإنفاق بنفسه كالأم؛ وإن فوض إليه الحاكم أن ينفق عليه مما وجده معه فقد قال في كتاب اللقيط: يجوز.

وقال في كتاب اللقطة: إذا أنفق الواجد على الضالة ليرجع به لم يجز حتى

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٢/ ٧٣٨) والشافعي في مسنده (٢/ ١٣٨).

يدفع إلى الحاكم ثم يدفع الحاكم إليه ما ينفق عليه، فمن أصحابنا من نقل جواب كل واحدة من المسألتين إلى الأخرى، وجعلهما على قولين: أحدهما: لا يجوز لأنه لا يلي بنفسه فلم يجز أن يكون وكيلًا لغيره في القبض له من نفسه، كما لو كان عليه دين ففوض إليه صاحب الدين قبض ماله عليه من نفسه. والثاني: يجوز لأنه جعل أمينًا على الطفل فجاز أن ينفق عليه مما له في يده كالوصي. ومنهم من قال: يجوز في اللقيط ولا يجوز في الضالة، لأن اللقيط لا ولي له في الظاهر، فجاز أن يجعل الواجد وليًا له والضالة لها مالك هو ولي عليها فلا يجوز أن يجعل الواجد وليًا عليها، وإن لم يكن حاكم فأنفق من غير اشهاد ضمن، وإن اشهد ففيه قولان: أحدهما: يضمن لأنه لا ولاية له فضمن، كما لو كان الحاكم موجودًا. والثاني: لا يضمن لأنه موضع ضرورة، وان لم يكن له مال وجب على السلطان القيام بنفقته لأنه آدمي له حرمة يخشى هلاكه، فوجب على السلطان القيام بحفظه، كالفقير الذي لا كسب له. ومن أين تجب النفقة؟ فيه قولان:

أحدهما: من بيت المال، لما روي عن عمر ﷺ: «أنه استشار الصحابة في نفقة اللقيط فقالوا من بيت المال»، ولأن من لزم حفظه بالانفاق ولم يكن له مال وجبت نفقته من بيت المال، كالفقير الذي لا كسب له. فعلى هذا لا يرجع على أحد بما أنفق عليه.

والقول الثاني: لا يجب من بيت المال، لأن مال بيت المال لا يصرف إلا فيما لا وجه له غيره واللقيط يجوز أن يكون عبدًا فنفقته على مولاه، أو حرًا له مال أو فقيرًا له من تلزمه نفقته، فلم يلزم من بيت المال. فعلى هذا يجب على الإمام أن يقترض له ما ينفق عليه من بيت المال أو من رجل من المسلمين، فإن لم يكن في بيت المال ولا وجد من يقرضه جمع الإمام من له مكنة وعد نفسه فيهم وقسط عليهم نفقته، فإن بان أنه عبد رجع على مولاه. وإن بان أن له أبًا موسرًا رجع عليه بما اقترض له، فإن لم يكن له أحد وله كسب رجع في كسبه. وإن لم يكن له كسب قضى من سهم من ثَرِيَ من المساكين أو الغارمين.

فصل: وأما إذا التقطه عبد فإن كان بإذن السيد وهو من أهل الالتقاط جاز لأن الملتقط هو السيد، والعبد نائب عنه وإن كان بغير إذنه لم يقر في يده لأنه لا يقدر على حضانته مع خدمة السيد، وإن علم به السيد وأقره في يده كان ذلك التقاطًا من السيد، والعبد نائب عنه.

فصل: وإن التقطه كافر نظرت، فإن كان اللقيط محكومًا بإسلامه لم يقر في يده، لأن الكفالة ولاية، ولا ولاية للكافر على المسلم، ولأنه لا يؤمن أن يفتنه عن دينه، وإن كان محكومًا بكفره أقر في يده لأنه على دينه، وان التقطه فاسق لم يقر في يده، لأنه لا يؤمن أن يسترقه، وأن يسيء في تربيته، ولأن الكفالة ولاية والفاسق ليس من أهل الولاية.

فصل: وإن التقطه ظاعن يريد أن يسافر به نظرت، فإن لم تختبر أمانته في الباطن لم يقر في يده، لأنه لا يؤمن أن يسترقه إذا غاب، وان اختبرت أمانته في الباطن، فإن كان اللقيط في الحضر والملتقط من أهل البدو ويريد أن يخرج به إلى البدو منع منه، لأنه ينقله من العيش في الرخاء إلى العيش في الشقاء، ومن طيب المنشأ إلى موضع الجفاء. وفي الخبر «من بدا فقد جفا» وإن أراد أن يخرج به إلى بلد آخر ففيه وجهان: أحدهما: يجوز، وهو ظاهر النص، لأن البلد كالبلد. والثاني: لا يجوز، لأن البلد الذي وجد فيه أرجى لظهور نسبه فيه. وإن كان الملتقط في بدو، فإن كان الملتقط من أهل الحضر وأراد أن يخرج به إلى الحضر جاز، لأن الحضر أرفق به وأنفع له، وإن كان من البادية ـ فإن كانت حلته في مكان لا ينتقل عنه أقر في يده، لأن الحلة كالقرية، وان كان يظعن في طلب الماء والكلأ ففيه وجهان: أحدهما: يقر في يده لأنه أرجى لظهور نسبه. والثاني: لا يقر في يده لأنه يشقى بالتنقل في البدو.

فصل: وإن التقطه فقير ففيه وجهان: أحدهما: لا يقر في يده لأنه لا يقدر على القيام بحضانته، وفي ذلك إضرار باللقيط. والثاني: لا يقر في يده لأن الله تعالى يقوم بكفاية الجميع.

فصل: وإن تنازع في كفالته نفسان من أهل الكفالة قبل أن يأخذاه، أخذه السلطان وجعله في يد من يرى منهما أو من غيرهما، لأنه لاحق لهما قبل الأخذ ولا مزية لهما على غيرهما، فكان الأمر فيه إلى السلطان. وإن التقطاه وتشاحا أقرع بينهما، فمن خرجت عليه القرعة أقر في يده.

وقال أبو علي بن خيران: لا يقرع بينهما، بل يجتهد الحاكم فيقره في يد من هو أحظ له، والمنصوص هو الأول لقوله تعالى: ﴿وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَٰمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾ [آل عمران: ٤٤]، ولأنه لا يمكن أن يجعل في أيديهما، لأنه لا يمكن اجتماعهما على الحضانة، ولا يمكن أن يجعل بينهما مهايأة، لأنه تختلف عليه الأخلاق والأغذية فيستضر، ولا يمكن أن يقدم أحدهما لأنهما متساويان في سبب الاستحقاق، ولا يمكن أن يسلم إلى غيرهما، لأنه قد ثبت لهما حق الالتقاط فلا يجوز إخراجه عنهما فأقرع بينهما، كما لو أراد أن يسافر بإحدى نسائه، وإن ترك أحدهما حقه من الحضانة ففيه وجهان:

أحدهما: يدفع إلى السلطان فيقره في يد من يرى، لأن الملتقط لا يملك غير الحفظ، فأما إقرار اللقيط في يد غيره فليس ذلك إليه ولهذا لو انفرد بالالتقاط لم يملك أن ينقله إلى غيره. والثاني: وهو المذهب أن يقر في يد الآخر من غير إذن السلطان، لأن الحضانة بحكم الالتقاط لا تفتقر إلى إذن السلطان، ولهذا لو انفرد كل واحد منهما بالالتقاط ثبت له الحضانة من غير إذن، فإذا اجتمعا وترك أحدهما حقه ثبت للآخر كالشفعة بين شفيعين.

فصل: فأما إذا اختلفا في الالتقاط فادعى كل واحد منهما أنه الملتقط ولم

تكن بينة، فإن لم يكن لأحدهما عليه يد أقره السلطان في يد من يرى منهما أو من غيرهما، لأنه لا حق لهما، وإن كان في يد أحدهما فالقول قوله مع يمينه لأن اليد تشهد له، وإن كان في يدهما تحالفا. فإن حلفا أو نكلا صارا كالملتقطين يقرع بينهما على المذهب، وعلى قول أبي علي بن خيران يقره الحاكم في يد من هو أحظ له، فإن كان لأحدهما بينة قضى له لأن البينة أقوى من اليد والدعوى، وإن كان لكل واحد منهما بينة ـ فإن كانت بينة أحدهما أقدم تاريخًا ـ قضى له، لأنه قد ثبت له السبق إلى الالتقاط، وان لم تكن بينة أحدهما أقدم تاريخًا، فقد تعارضت البينتان، ففي أحد القولين تسقطان فيصيران كما لو لم تكن بينة، وقد بيناه، وفي القول الثاني تستعملان، وفي الاستعمال ثلاثة أقوال: أحدهما: القسمة. والثاني: القرعة. والثالث: الوقف.

ولا يجيء ههنا إلا القرعة لأنه لا يمكن قسمة اللقيط بينهما، ولا يمكن الوقف، لأن فيه اضرارًا باللقيط فوجبت القرعة.

فصل: وإن ادعى حر مسلم نسبه لحق به وتبعه في الإسلام، لأنه يقر له بحق لا ضرر فيه على أحد فقبل كما لو أقر له بمال، وله أن يأخذه من الملتقط لأن الوالد أحق بكفالة الولد من الملتقط، وإن كان الذي أقر بالنسب هو الملتقط فالمستحب أن يقال له: من أي صار ابنك؟ لأنه ربما اعتقد أنه بالالتقاط صار أبًا له، وإن ادعى نسبه عبد لحق به، لأن العبد كالحر في السبب الذي يلحق به النسب، ولا يدفع إليه لأنه لا يقدر على حضانته لاشتغاله بخدمة مولاه، وإن ادعى نسبه كافر لحق به، لأن الكافر كالمسلم في سبب النسب، وهل يصير اللقيط كافرًا؟ قال في اللقيط: أحببت أن أجعله مسلمًا، وقال في الدعوى والبينات: اجعله مسلمًا، فمن أصحابنا من قال: إن أقام البينة حكم بكفره قولًا واحدًا، وإن لم تقم البينة ففيه قولان:

أحدهما: يحكم بكفره لأنا لما حكمنا بثبوت نسبه فقد حكمنا بأنه ولد على فراشه. والقول الثاني: يحكم بإسلامه لأنه محكوم بإسلامه بالدار فلا يحكم بكفره بقول كافر. وقال أبو إسحاق: الذي قال في اللقيط أراد به إذا ادعاه وأقام البينة عليه، لأنه قد ثبت بالبينة أنه ولد على فراش كافر، والذي قال في الدعوى والبينات أراد إذا ادعاه من غير بينة لأنه محكوم بإسلامه بظاهر الدار، فلا يصير كافرًا بدعوى الكافر، وهذا الطريق هو الصحيح لأنه نص عليه في الإملاء. وإذا قلنا أنه يتبع الأب في الكفر فالمستحب أن يسلم إلى مسلم إلى أن يبلغ احتياطًا للإسلام، فإن بلغ ووصف الكفر أقررناه على كفره، وإن وصف الإسلام حكمنا بإسلامه من وقته.

فصل: وإن ادعت امرأة نسبه ففيه ثلاثة أوجه: أحدها: يقبل لأنها أحد الأبوين، فقبل إقرارها بالنسب كالأب. والثاني: لا يقبل وهو ظاهر النص لأنه يمكن إقامة البينة على ولادتها من طريق المشاهدة فلا يحكم فيها بالدعوى

بخلاف الأب فإنه لا يمكن إقامة البينة على ولادته من طريق المشاهدة فقبلت فيه دعواه ولهذا قلنا أنه قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق، لم يقبل قولها في دخول الدار إلا ببينة، ولو قال لها: إن حضت فأنت طالق، قبل قولها في الحيض من غير بينة، لما ذكرناه من الفرق، فكذلك ههنا. والثالث: إن كانت فراشًا لرجل لم يقبل قولها، لأن إقرارها يتضمن الحاق النسب بالرجل وإن لم تكن فراشًا قبل لأنه لا يتضمن الحاق النسب بغيرها.

فصل: وإن تداعى نسبه رجلان لم يجز إلحاقه بهما، لأن الولد لا ينعقد من اثنين، والدليل عليه قوله تعالى: ﴿إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ﴾ [الحُجرَات: ١٣]، فإن لم يكن لواحد منهما بينة عرض الولد على القافة، وهم قوم من بني مدلج من كنانة، فإن ألحقته بأحدهما لحق به، لما روت عائشة رضي الله عنها قالت: «دخل علي رسول الله ﷺ أعرف السرور في وجهه فقال: ألم ترى إلى مجزز المدلجي نظر إلى أسامة وزيد وقد غطيا رؤوسهما، وقد بدت أقدامهما فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض»(١)، فلو لم يكن ذلك حقًا لما سر به رسول الله ﷺ وهل يجوز أن يكون من غير بني مدلج؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز، لأن ذلك ثبت بالشرع، ولم يرد الشرع إلا في بني مدلج. والثاني: أنه يجوز وهو الصحيح، لأنه علم يتعلم ويتعاطى، فلم تختص به قبيلة كالعلم بالأحكام، وهل يجوز أن يكون واحدًا؟ وجهان: أحدهما: أنه يجوز لأن النبي ﷺ سر بقول مجزز المدلجي وحده ولأنه بمنزلة الحاكم لأنه يجتهد ويحكم كما يجتهد الحاكم ثم يحكم. والثاني: لا يجوز أقل من اثنين لأنه حكم بالشبه في الخلقة فلم يقبل من واحد كالحكم من المثل من جزاء الصيد ولا يجوز أن يكون امرأة ولا عبدًا كما لا يجوز أن يكون الحاكم امرأة ولا عبدًا ولا يقبل إلا قول من جرب وعرف بالقيافة حذقه كما لا يقبل في الفتيا إلا قول من عرف في العلم حذقه، وإن ألحقته بهما أو نفته عنهما أو أشكل الأمر عليها أو لم تكن قافة ترك حتى يبلغ ويؤخذان بالنفقة عليه، لأن كل واحد منهما يقول: أنا الأب وعلي نفقته، فإذا بلغ أمرناه أن ينتسب إلى من يميل طبعه إليه لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال للغلام الذي ألحقته القافة بهما: «وال أيهما شئت»، ولأن الولد يجد لوالده ما لا يجد لغيره، فإذا تعذر العمل بقول القافة رجع إلى اختيار الولد وهل يصح أن ينتسب إذا صار مميزًا ولم يبلغ؟ فيه وجهان: أحدهما: يصح كما يصح أن يختار الكون مع أحد الأبوين إذا صار مميزًا. والثاني: لا يصح لأنه قول يتعين به النسب ويلزم الأحكام به، فلا يقبل من الصبي، ويخالف اختيار الكون

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٦٧٧٠) ومسلم في صحيحه برقم (١٤٥٩) وأبو داود في سننه برقم (٢٢٦٧) والترمذي في سننه برقم (١٢١٩) والنسائي في سننه (٦/ ١٨٤) وابن ماجه في سننه برقم (٢٣٤٩) وأحمد في المسند (٦/ ٢٢٦).

مع أحد الأبوين، لأن ذلك غير لازم، ولهذا لو اختار أحدهما ثم انتقل إلى الآخر جاز، ولا يجوز ذلك في النسب، وإن كان لأحدهما بينة قدمت على القافة، لأن البينة تخبر عن سماع أو مشاهدة والقافة تخبر عن اجتهاد، فإن كان لكل واحد منهما بينة فهما متعارضتان لأنه لا يجوز أن يكون الولد من اثنين، ففي أحد القولين يسقطان، ويكون كما لو لم تكن بينة، وقد بيناه، وفي الثاني تستعملان، فعلى هذا هل يقرع بينهما؟ فيه وجهان:

أحدهما: يقرع بينهما. فمن خرجت له القرعة قضي له. لأنه لا يمكن قسمة الولد بينهما. ولا يمكن الوقف. لأن فيه إضرارًا باللقيط فوجبت القرعة. والثاني: لا يقرع. لأن معنا ما هو أقوى من القرعة وهو القافة فعلى هذا يصير كما لو لم يكن لهما بينة. وليس في موضع تسقط الأقوال الثلاثة في استعمال البينتين إلا في هذا الموضع على هذا المذهب.

وإن تداعت امرأتان نسبه وقلنا: أنه يصح دعوى المرأة ولم تكن بينة، فهل يعرض على القافة؟ فيه وجهان: أحدهما: يعرض، لأن الولد يأخذ الشبه من الأم كما يأخذ من الأب، فإذا جاز الرجوع إلى القافة في تمييز الأب من غيره بالشبه جاز في تمييز الأم من غيرها. والثاني: لا يعرض لأن الولد يمكن معرفة أمه يقينًا فلم يرجع فيه إلى القافة بخلاف الأب فإنه لا يمكن معرفته إلا ظنًا فجاز أن يرجع فيه إلى الشبه.

فصل: وإن ادعى رجل رق اللقيط لم يقبل إلا ببينة، لأن الأصل هو الحرية فإن شهدت له البينة نظرت، فإن شهدت له بأنه ولدته أمته فقد قال في اللقيط: جعلته له. وقال في الدعوى والبينات: إن شهدت له بأنه ولدته أمته في ملكه جعلته له، فمن أصحابنا من قال: يجعل له قولًا واحدًا، وإن لم تقل ولدته في ملكه، وما قال في الدعوى والبينات ذكره تأكيدًا لا شرطًا لأن ما تأتي به أمته من غيره لا يكون إلا مملوكًا له.

ومنهم من قال: فيه قولان: أحدهما: يجعل له لما بيناه. والثاني: لا يجعل له لأنه يحتمل أن تكون الأمة ولدته قبل أن يملكها ثم ملكها فلم يملك ولدها، وإن شهدت له البينة بالملك ولم تذكر سبب الملك، ففيه قولان: أحدهما: يحكم له كما يحكم له إذا شهدت له بملك مال، وإن لم تذكر سببه. والثاني: لا يحكم لأن البينة قد تراه في يده فتشهد بأنه عبده بثبوت يده عليه بالالتقاط أو غيره، وان شهدت البينة له باليد، فإن كان المدعي هو الملتقط لم يحكم له لأنه قد عرف سبب يده وهو الالتقاط، ويد الالتقاط لا تدل على الملك، فلم يكن للشهادة تأثير. وإن كان المدعي غيره، ففيه قولان: أحدهما: يحكم له مع اليمين لأن اليد قد ثبتت، فإذا حلف حكم له كما لو كان في يده مال فحلف عليه. والثاني: لا يحكم له، لأن ثبوت اليد على اللقيط لا تدل على الملك لأن الظاهر الحرية.

فصل: حكم بإسلامه أو بأحد أبويه أو بالسابي فحكمه قبل البلوغ حكم سائر

المسلمين في الغسل والصلاة والميراث والقصاص والدية. لأن السبب الذي أوجب الحكم بإسلامه لم يزل فأشبه من أسلم بنفسه وبقي على إسلامه، فإن بلغ ووصف الكفر فالمنصوص أنه مرتد، فإن تاب وإلا قتل، لأنه محكوم بإسلامه قطعًا فأشبه من أسلم بنفسه ثم ارتد. ومن أصحابنا من قال فيه قولان: أحدهما: ما ذكرناه. والثاني: أنه يقر على الكفر، لأنه لما بلغ زال حكم التتبع فاعتبر بنفسه، فإن بلغ ولم يصف الإسلام ولا الكفر فقتله قاتل فالمنصوص أنه لا قود على قاتله.

ومن أصحابنا من قال: يجب القود لأنه محكوم بإسلامه فأشبه ما قبل البلوغ، وهذا خطأ لأنه يحتمل أن يكون غير راضٍ بالإسلام، والقصاص يسقط بالشبهة فسقط، ويخالف ما قبل البلوغ فإن إسلامه قائم قطعًا وبعد البلوغ لا تعلم بقاء الإسلام، فأما من حكم بإسلامه بالدار، فإنه قبل البلوغ كالمحكوم بإسلامه بأبويه أو بالسابي. فإن بلغ ووصف الكفر فإنه يفزع ويهدد على الكفر احتياطًا. فإن أقام على الكفر أقر عليه.

ومن أصحابنا من قال: هو كالمحكوم بإسلامه بأبويه لأنه محكوم بإسلامه بغيره فصار كالمسلم بأبويه، والمنصوص أنه يقر على الكفر لأنه محكوم بإسلامه من جهة الظاهر، ولهذا لو إدعاه ذمي وأقام البينة حكم بكفره.

فصل: وإن بلغ اللقيط وقذفه رجل وادعى أنه عبد. وقال اللقيط: بل أنا حر ففيه قولان: أحدهما: أن القول قول اللقيط لأن الظاهر من حاله الحرية. والثاني: أن القول قول القاذف لأنه يحتمل أن يكون عبدًا، والأصل براءة ذمة القاذف من الحد. وإن قطع حر طرفه وادعى أنه عبد وقال اللقيط: بل أنا حر فالمنصوص أن القول قول اللقيط، فمن أصحابنا من قال: فيه قولان كالقذف. ومنهم من قال: إن القول قول اللقيط قولًا واحدًا، وفرق بينه وبين القذف بأن القصاص قد وجب في الظاهر، ووجوب القيمة مشكوك فيه، فإذا أسقطنا القصاص انتقلنا من الظاهر إلى الشك، فلم يجز. وفي القذف قد وجب الحد في الظاهر ووجوب التعزير يقين لأنه بعض الحد، فإذا أسقطنا الحد انتقلنا من الظاهر إلى اليقين فجاز.

فصل: إذا بلغ اللقيط ووهب، وأقبض، وباع، وابتاع، ونكح، وأصدق، وجنى، وجني عليه، ثم قامت البينة على رقه كان حكمه في التصرفات كلها حكم العبد القن، يمضي ما يمضي من تصرفه، وينقض ما ينقض من تصرفه فيما يضره ويضر غيره، لأنه قد ثبت بالبينة أنه مملوك فكان حكمه حكم المملوك، فإن أقر على نفسه بالرق لرجل فصدقه نظرت ـ فإن كان قد تقدم منه إقرار بحريته ـ لم يقبل إقراره بالرق، لأنه لزمه بإقراره بالحرية أحكام الأحرار في العبادات والمعاملات فلم يقبل إقراره في إسقاطها، وان لم يتقدم منه إقرار بالحرية ففيه طريقان من أصحابنا من قال: فيه قولان:

أحدهما: لا يقبل إقرار بالرق، لأنه محكوم بحريته فلم يقبل إقراره بالرق كما لو أقر بالحرية، ثم أقر بالرق. والثاني: يقبل لأنا حكمنا بحريته في الظاهر، وما ثبت بالظاهر يجوز إبطاله بالإقرار، ولهذا لو ثبت إسلامه بظاهر الدار وبلغ وأقر بالكفر قبل منه، فكذلك ههنا، ومنهم من قال: يقبل إقراره بالرق قولًا واحدًا لما ذكرناه، ويكون حكمه في المستقبل حكم الرقيق، فأما تصرفه بعد البلوغ وقبل الحكم برقه فعلى قولين: أحدهما: يقبل إقراره في جميعه، لأن الرق هو الأصل وقد ثبت فوجب أن تثبت أحكامه كما لو ثبت بالبينة. والثاني: يقبل فيما يضره ولا يقبل فيما يضر غيره، لأن إقراره يتضمن ما يضره ويضر غيره فقبل فيما يضره، ولم يقبل فيما يضر غيره، كما لو أقر بمال عليه وعلى غيره، وهذا الطريق هو الصحيح وعليه التفريع. فإن باع واشترى ـ فإن قلنا. يقبل إقراره في الجميع، وقلنا: إن عقود العبد من غير إذن المولى لا تصح ـ كانت عقوده فاسدة، فإن كانت الأعيان باقية وجب ردها، وإن كانت تالفة وجب بدلها في ذمته، يتبع به إذا عتق. وإن قلنا: يقبل فيما يضره، ولا يقبل فيما يضر غيره، ولم يقبل قوله في إفساد العقود، ويلزمه أعواضها، فإن كان في يده مال استوفى منه، فإن فضل في يده شيء كان لمولاه.

وإن كان اللقيط جارية فزوجها الحاكم ثم أقرت بالرق ـ فإن قلنا: يقبل اقرارها في الجميع، فالنكاح باطل، لأنه عقد بغير إذن المولى، فإن كان قبل الدخول لم يجب على الزوج شيء، وإن كان بعد الدخول وجب عليه مهر المثل، لأنه وطء في نكاح فاسد، وإن أتت بولد فهو حر لأنه دخل على أنه حر وعليه قيمته ويجب عليها عدة أمة وهي قرءان.

وإن قلنا: لا يقبل فيما يضر غيره لم يبطل النكاح، لأن فيه أضرارًا بالزوج ولكنه في حق الزوج في حكم الصحيح، وفي حقها في حكم الفاسد، فإن كان قبل الدخول لم يجب لها مهر، لأنها لا تدعيه، وإن كان بعد الدخول وجب لها أقل الأمرين من مهر المثل أو المسمى، لأنه إن كان المهر أقل لم يجب ما زاد لأن فيه اضرارًا بالزوج، وان أتت منه بولد فهو حر ولا قيمة عليه لأنا لا نقبل قولها فيما يضره، ونقول للزوج: قد ثبت أن زوجتك أمة، فإن اخترت إمساكها كان ما تلده مملوكًا للسيد لأنك تطؤها على علم أنها أمة، وإن طلقها اعتدت عدة حرة وهو ثلاثة إقراء، وله فيها الرجعة لأنا لا نقبل قولها عليه فيما يضره، وإن مات عنها لزمتها عدة أمة وهي شهران وخمس ليال. لأن عدة الوفاة تجب لحق الله تعالى لا حق له فيها، ولهذا تجب من غير وطء. وقول اللقيط يقبل فيما يسقط حق الله تعالى من العبادات، وإن كان اللقيط غلامًا فتزوج ثم أقر بالرق. فإن قلنا: يقبل إقراره في الجميع: بطل النكاح من أصله لأنه بغير إذن المولى فإن لم يدخل بها لم يلزمه شيء، وإن دخل بها لزمه أقل الأمرين من المسمى أو مهر المثل، لأنه إن كان المسمى أقل لم يجب ما زاد لأنها لا تدعيه، وإن كان مهر

**المثل أقل لم يجب ما زاد لأن قوله مقبول، وإن ضر غيره. وإن قلنا: لا يقبل قوله فيما يضر غيره لم يقبل قوله: إن النكاح باطل، لأنه يضرها، ولكن يحكم بانفساخه في الحال لأنه أقر بتحريمها، فإن كان قبل الدخول لزمه نصف المسمى وإن دخل بها لزمه جميعه لأنه لا يقبل قوله في إسقاط المسمى.**

**فصل: وإن جنى عمدًا على عبد ثم أقر بالرق وجب عليه القصاص على القولين وإن جنى خطأ وجب الأرش في رقبته على القولين لأن وجوب القصاص ووجوب الأرش في رقبته يضره ولا يضر غيره فقبل قوله فيه، وإن جنى عليه حر عمدًا، لم يجب القود على الجاني، لأن ذلك مما يضره ولا يضر غيره، فقبل قوله فيه، وإن جنى عليه خطأ بأن قطع يده، فإن الجاني يقر بنصف الدية واللقيط يدعي نصف القيمة، فإن كان نصف القيمة أكثر من نصف الدية وجب نصف القيمة، لأن ما زاد عليه لا يدعيه. وإن كان أكثر من نصف الدية فعلى القولين إن قلنا: يقبل قوله في الجميع وجب على الجاني نصف القيمة، وإن قلنا: لا يقبل فيما يضر غيره وجب نصف الدية لأن فيما زاد إضرارًا بالجاني.**

**فصل: وإن أقر اللقيط أنه عبد لرجل وكذبه الرجل سقط إقراره، كما لو أقر له بدار فكذبه، وإن أقر اللقيط بعد التكذيب بالرق لآخر لم يقبل. وقال أبو العباس: يقبل كما لو أقر لرجل بدار فكذبه ثم أقر بها لآخر، والمذهب الأول لأن بإقراره الأول قد أخبر أنه لم يملكه غيره، فإذا كذبه المقر له رجع إلى الأصل، وهو أنه حر فلم يقبل إقراره بالرق بعده، ويخالف الدار لأنه إذا كذبه الأول رجع إلى الأصل وهي مملوكة فقبل الإقرار بها لغيره.**

**فصل: وإن بلغ اللقيط فادعى عليه رجل أنه عبده فأنكر فالقول قوله لأن الأصل الحرية، وإن طلب المدعي يمينه فهل يحلف؟ يبنى على القولين في إقراره بالرق، فإن قلنا: يقبل حلف لأنه ربما خاف من اليمين فأقر له بالرق، وإن قلنا: لا يقبل لم يحلف، لأن اليمين إنما تعرض ليخاف فيقر، ولو أقر لم يقبل فلم يكن في عرض اليمين فائدة وبالله التوفيق.**

**الشرح:** قوله: «المنبوذ» هو الطفل المطروح المرمي به، وقوله: «فذكره عريفي» العريف هو رجل يكون رئيسًا على نفر، والغوير: ماء لكلب، وقوله: «يكفله» أي يعوله ويربيه، وقوله: «من له مكنة» أي غنى ومال، وقوله: «ظاعن» أي مسافر، وقوله: «من بدا فقد جفا» أي من نزل البادية صار فيه جفاء الأعراب، وقوله: «الوقف» أي التوقف والانتظار إلى أن يصطلحا عليه أو يقوم للحاكم دليل، والقافة جمع قائف وهو الذي يعرف الآثار، وقوله: «ويتعاطى» أي يتناول، وقوله: «يمضي ما يمضي» أي ينفذ ويحكم به.

أما الأحكام: فيقال للصبي الملقي الضائع: لقيط، وملقوط، ومنبوذ، وأركان الالتقاط الشرعي ثلاثة:

أحدها: نفس الالتقاط، وهو فرض كفاية. ومن أخذ لقيطًا، لزمه الإشهاد عليه على المذهب لئلا يضيع نسبه. وقيل: في وجوبه قولان أو وجهان كاللقطة. وقيل: إن كان ظاهرَ العدالة، لم يلزمه. وإن كان مستورها، لزمه. فإن أوجبنا الإشهاد فتركه، قال في «الوسيط»: لا تثبت ولاية الحضانة، ويجوز الانتزاع، وهذا يشعر باختصاص الإشهاد الواجب بابتداء الالتقاط. وإذا أشهد، فليشهد على اللقيط وما معه، نص عليه.

الركن الثاني: اللقيط، وهو كل صبي ضائع لا كافل له، فيخرج بقيد الصبيُّ البالغُ، لأنه مستغن عن الحضانة والتعهد، فلا معنى للالتقاط. لكن لو وقع في معرض هلاك، أُعين ليتخلص. وفي الصبي الذي بلغ سن التمييز تردد للإمام، والأوفق لكلام الأصحاب: أنه يلتقط، لحاجته إلى التعهد. والمراد بالضائع: المنبوذ. وأما غير المنبوذ، فإن لم يكن له أب ولا جد ولا وصي، فحفظه من وظيفة القاضي، فيسلمه إلى من يقوم به، لأنه كان له كافل معلوم، فإذا فُقد، قام القاضي مقامه. وقولنا: لا كافل له، المراد بالكافل: الأب والجد ومن يقوم مقامهما. والملتقَط ممن هو في حضانة أحد هؤلاء، لا معنى لالتقاطه، إلا أنه لو حصل في مضيعة أخذ ليُرَدَّ إلى حاضنه.

الركن الثالث: الملتقِط، ويشترط فيه أمور:

أحدها: التكليف، فلا يصح التقاط الصبي والمجنون.

الثاني: الحرية، فالعبد إذا التقط يُنتزع منه إن لم يأذن سيده. وإن أذن أو علم به فأقره في يده، جاز وكان السيد هو الملتقط، وهو نائبه في الأخذ والتربية، والمكاتب إذا التقط بغير إذن السيد، انتزع منه أيضًا. وإن التقط بإذنه، ففيه الخلاف في تبرعاته بالإذن، لكن المذهب الانتزاع، لأن في الالتقاط ولاية وليس هو من أهلها. فإن قال له السيد: التقط لي صغيرًا، فالسيد هو الملتقط. ومَن بعضه حر إذا التقط في يومه، هل يستحق كفالته؟ وجهان حكاهما في «المعتمد».

الثالث: الإسلام، فالكافر يلتقط الطفل الكافر دون المسلم لأنه أولى به، وللمسلم التقاط الصبي المحكوم بكفره.

الرابع: العدالة، فليس للفاسق الالتقاط. ولو التقط، انتزع منه، وأما من ظاهر حاله الأمانة، إلا أنه لم يختبر، فلا ينتزع من يده، لكن يوكل القاضي به من يراقبه بحيث لا يعلم لئلا يتأذى. فإذا وثق به، صار كمعلوم العدالة. وقبل ذلك لو أراد المسافرة به، منع وانتزع منه، لأنه لا يؤمن أن يسترقَّه.

الخامس: الرشد، فالمبذر المحجور عليه، لا يقر اللقيط في يده.

**فرع:** لا يشترط في الملتقط الذكورة قطعًا، ولا الغنى. وقيل: لا يقر في يد الفقير، والصحيح الأول.

**فصل:** إذا ازدحم اثنان على لقيط، نظر، إن ازدحما قبل الأخذ، وطلب كل واحد أخذه وحضانته، جعله الحاكم في يد من رآه منهما أو من غيرهما، إذ لا حق لهما قبل الأخذ. وإن ازدحما بعد الأخذ، فإن لم يكن أحدهما أهلًا للالتقاط، سلِّم اللقيط إلى الآخر. وإن كانا أهلين، قدِّم أسبقهما بالالتقاط. وهل يثبت السبق بالوقوف على رأسه بغير أخذ؟ وجهان: أصحهما: لا. وإن لم يسبق واحد منهما، فقد يختص أحدهما بصفة تقدِّمه، وقد يستويان، والصفات المقدِّمة أربع:

إحداها: الغنى، فإذا كان أحدهما غنيًا والآخر فقيرًا، فقيل: يستويان. والأصح تقديم الغني. وعلى هذا لو تفاوتا في الغنى، فهل يقدَّم أكثرهما مالًا؟ وجهان.

الثانية: البلد، فلو كان أحدهما بلديًا والآخر قرويًا أو بدويًا، ففيه كلام نذكره إن شاء الله تعالى في فصل الأحكام.

الثالثة: من ظهرت عدالته بالاختبار، يقدَّم على المستور على الأصح.

الرابعة: الحر أولى من المكاتب وإن التقط بإذن سيده. ولو كان أحدهما عبدًا التقط بإذن سيده، فالاعتبار بالسيد والآخر، ولا تقدِّم المرأة على الرجل، بخلاف الأم في الحضانة، لأن شفقتها أكمل، ويتساوى المسلم والذمي في اللقيط المحكوم بكفره، وقيل: يقدَّم المسلم، وقيل: الذمي، والأول أصح. وإذا استويا في الصفات وتشاحَّا، أقرع بينهما على الصحيح المنصوص وقول الجمهور.

وقال ابن خيران: يقدِّم الحاكم من رآه منهما أصلح للقيط، فإن استويا أو تحيَّر، أقرع. قال الأصحاب: ولا يخيَّر الصبي بينهما، وإن كان ابن سبع سنين فأكثر، بخلاف تخييره بين الأبوين، لأن هناك يعوَّل على الميل بسبب الولادة. وقال الإمام: يحتمل أن يخيَّر ويقدَّم اختياره على القرعة، وإذا خرجت القرعة لأحدهما، فترك حقه للآخر، لم يجز، كما ليس للمنفرد نقل حقه إلى غيره. ولو ترك حقه قبل القرعة، فوجهان: أصحهما: ينفرد به كالشفيعين والثاني: لا بل يرفع إلى الحاكم حتى يقره في يد الآخر إن رآه، وله أن يختار أمينًا آخر فيقرع بينه وبين الآخر. وقال الإمام تفريعًا على الثاني: إن التارك لا يتركه الحاكم، بل يقرع بينه وبين صاحبه. فإن خرج عليه، ألزمه القيام بحضانته بناءً على أن المنفرد إذا شرع في الالتقاط، لا يجوز له الترك، وسيأتي إن شاء الله تعالى.

**فصل:** وأما أحكام الالتقاط: فمنها: أن الذي يلزم الملتقط حفظُ اللقيط

ورعايته. فأما نفقته، فلا تلزمه، وسيأتي بيان محلها إن شاء الله تعالى. فإن عجز عن الحفظ لأمر عرض، سلَّمه إلى القاضي، وإن تبرَّم به مع القدرة، فوجهان بناءً على أن الشروع في فرض الكفاية هل يلزم الإتمام ويصير الشارع متعينًا؟ وموضع ذكره كتاب السِّيَر، والأصح هنا: أن له التسليم إلى القاضي، واختاره ابن كج، ولا خلاف أنه يحرم عليه نبذه ورده إلى ما كان. واعلم أنهم يستعملون في هذا الباب لفظ الحضانة، والمراد منه الحفظ والتربية، لا الأعمال المفصَّلة في الإجارة، لأن فيها مشقة ومؤنة كثيرة، فكيف تلزم من لا تلزمه النفقة؟ وقد أوضحه البغوي فقال: نفقة اللقيط وحضانته في ماله إن كان له مال، ووظيفة الملتقط حفظه وحفظ ماله.

**فرع:** الملتقط البلدي، إذا وجد لقيطًا في بلدته، أقر في يده، وليس له نقله إلى البادية إن أراد الانتقال إليها، بل ينتزع منه لمعنيين. أحدهما: أن عيش البادية خشن، ويفوته العلم بالدِّين والصنعة. والثاني: تعريض نسبه للضياع. فلو كان الموضع المنتقل إليه من البادية في بياض البلدة يسهل عليه تحصيل ما يراد منها، فعلى المعنى الأول: لا يمنع. وعلى الثاني: إن كان أهل البلد يختلطون بهم، فكذلك، وإلا، منع. وكما ليس له نقله إلى البادية، فليس له نقله إلى قرية. ولو أراد نقله إلى بلدة أخرى، أو التقطه غريب في تلك البلدة وأراد نقله إلى بلدته، فعلى المعنى الأول: لا يمنع، وعلى الثاني: يُمنع وينتزع اللقيط منه. والأول هو المنصوص، وبه قال الجمهور.

قال المتولي: ولا فرق بين سفر النقلة والتجارة والزيارة. ولو وجد القروي لقيطًا في قريته أو قرية أخرى أو في بلدة، يقاس بما ذكرناه في البلدي. ولو وجد الحضري اللقيط في بادية، نظر، إن كان في مهلكة، فلا بد من نقله، وللملتقط أن يذهب به إلى مقصده. ومن قال في اللقطة: يعرفها في أقرب البلاد، يشبه أن يقول: لا يذهب به إلى مقصده رعاية للنسب. وإن كان في حِلَّة أو قبيلة، فله نقله إلى البلدة والقرية على المذهب، وبه قطع الجمهور. وعن القاضي حسين: أنه على وجهين بناءً على المعنيين. ولو أقام هناك، أقر في يده قطعًا. أما البدوي، فإذا التقط في قرية أو بلدة وأراد المقام بها أقر في يده. وإن أراد نقله إلى البادية أو قرية أو بلدة أُخرى، فعلى ما ذكرناه في الحضري. وإن وجده في حِلَّة أو قبيلة في البادية، فإن كان من أهل حِلَّة مقيمين في موضع راتب، أقر في يده، وإن كان ممن ينتقلون من موضع إلى موضع منتجعين، ففي منعه وجهان.

**فرع:** لو ازدحم على لقيط في البلدة أو القرية مقيم بها وظاعن، قال الشافعي في «المختصر»: المقيم أولى. قال الأصحاب: إن كان الظاعن يظعن إلى البادية أو

إلى بلدة أخرى، وقلنا: ليس للمنفرد الخروج به إلى بلدة، فالمقيم أولى، وإن جوزنا له ذلك، فهما سواء. ولو اجتمع على لقيط في القرية قروي مقيم بها وبلدي، قال ابن كج: القروي أولى، وهذا يخرج على منع النقل من بلد إلى بلد. فإن جوزناه، وجب أن يقال: هما سواء.

ولو اجتمع حضري وبدوي على لقيط في البادية، نظر، إن وجد في حِلَّة أو قبيلة، والبدوي في موضع راتب، فهما سواء. وقال ابن كج: البدوي أولى إن كان مقيمًا فيهم. وإن كان منتجعًا، فإن قلنا: يقر في يده لو كان منفردًا، فهما سواء، وإلا، فالحضري أولى. وإن وجد في مهلكة، قال ابن كج: الحضري أولى. وقياس قوله: تقديم البدوي أو مَن كان مكانه أقرب إلى موضع الالتقاط، أقرب.

**فرع:** اللقيط قد يكون له مال يستحقه بكونه لقيطًا أو بغيره، فالأول: كالوقف على اللقطاء والوصية لهم، والثاني: كالوصية لهذا اللقيط والهبة له والوقف عليه، ويقبل له القاضي من هذا ما يحتاج إلى القبول. ومن الأموال التي يستحقها، ما يوجد تحت يده واختصاصه، فإن للصغير يدًا واختصاصًا كالبالغ، والأصل الحرية ما لم يعرف غيرها، وذلك كثيابه التي هو لابسها والمفروشة تحته والملفوفة عليه، وما غُطي به من لحاف وغيره، وما شُدَّ عليه وعلى ثوبه، أو جعل في جيبه من حلي ودراهم وغيرها، وكذا الدابة التي عنانها بيده، أو هي مشدودة في وسطه أو ثيابه، والمهد الذي هو فيه، وكذا الدنانير المنثورة فوقه والمصبوبة تحته وتحت فراشه. وفي التي تحته، وجه ضعيف. ولو كان في خيمة أو دار ليس فيهما غيره، فهما له. وعن «الحاوي» وجهان في البستان.

ولو كان بقربه ثياب وأمتعة موضوعة، أو دابة، فوجهان: أصحهما: لا تجعل له كما لو كانت بعيدة. والثاني: بلى، لأن هذا يثبت اليد والاختصاص؛ ألا ترى أن الأمتعة الموضوعة في السوق بقرب الشخص تجعل له. والمال المدفون تحت اللقيط لا يجعل له، لأنه لا يقصد بالدفن الضم إلى الطفل، بخلاف ما يُلف عليه ويوضع بقربه. فلو وجدت معه أو في ثيابه رقعة مكتوب فيها: إن تحته دفينًا له، فوجهان: أصحهما: عند الغزالي: أنه له بقرينة المكتوب. والثاني: لا أثر للرقعة، وهو الموافق لكلام الأكثرين. قال الإمام: ومن عوَّل على الرقعة ليت شعري ما يقول لو أرشدت الرقعة إلى دفين بالعبد منه، أو دابة مربوطة بالبعد منه.

ولو كانت دابة مشدودة باللقيط وعليها راكب، قال ابن كج: هي بينهما. ثم إن ما سوى الدفين من هذه الأموال إذا لم يجعل للقيط، فهو لقطة، والدفين قد يكون لقطة وقد يكون ركازًا كما سبق.

**فرع:** إذا عرف للقيط مال، فنفقته في ماله. فإن لم يعرف، فقولان: أظهرهما: ينفق عليه الإمام من بيت المال من سهم المصالح. والثاني: يستقرض له الإمام من بيت المال أو بعض الناس. فإن لم يكن في بيت المال شيء ولم يقرض أحد، جمع الإمام أهل الثروة من البلد وقسَّط عليهم نفقته وجعل نفسه منهم. ثم إن بان رقيقًا، رجعوا على سيده. وإن بان حرًا أو له مال أو قريب، فالرجوع عليه. وإن بان حرًا لا قريب له ولا مال ولا كسب، قضى الإمام حقهم من سهم الفقراء أو المساكين أو الغارمين كما يراه.

أما إذا قلنا بالأظهر: إنه ينفق من بيت المال، فإن لم يكن فيه مال، أو كان هناك ما هو أهم، كسد ثغر يعظم ضرره لو ترك، قام المسلمون بكفايته، ولم يجز لهم تضييعه. ثم هل طريقه طريق النفقة، أم طريق القرض؟ قولان: أظهرهما والذي يقتضي كلام العراقيين وغيرهم: ترجيحه أنه طريق القرض. فإن قلنا: طريق النفقة، فقام به بعضهم، اندفع الحرج عن الباقين. وإن امتنعوا، أثموا كلهم، وطالبهم الإمام. فإن أصروا، قاتلهم، وعند التعذر يقترض على بيت المال وينفق عليه، وإن قلنا: طريق القرض، يثبت الرجوع. وعلى هذا، إن تيسر الاقتراض، فذاك، وإلا، قسط الإمام نفقته على الموسرين من أهل البلد، ثم إن ظهر عبدًا، فالرجوع على سيده. وإن ظهر له مال أو اكتسب، فالرجوع عليه. فإن لم يكن له شيء، قضي من سهم المساكين أو الغارمين. وإن حصل في بيت المال مال قبل بلوغه ويساره، قضي منه. وإن حصل في بيت المال، أو حصل للقيط مال دفعة واحدة، قضي من مال اللقيط كما لو كان له مال وفي بيت المال مال. ولم يتعرض الأصحاب لطرد الخلاف، في أنه إنفاق أو إقراض، إذا كان في بيت المال مال وقلنا: نفقته منه، والقياس طرده.

وحيث قلنا: يقسطها الإمام على الأغنياء، فذاك عند إمكان الاستيعاب. فإن كثروا أو تعذر التوزيع عليهم، قال الإمام: يضربها السلطان على من يراه منهم باجتهاده. فإن استووا في اجتهاده، تخيَّر، والمراد أغنياء تلك البلدة أو القرية.

**فصل:** إذا كان للقيط مال، هل يستقل الملتقط بحفظه؟ وجهان: أحدهما: لا، بل يحتاج إلى إذن القاضي، إذ لا ولاية للملتقط. وأرجحهما على ما يقتضيه كلام البغوي: الاستقلال.

ولو ظهر منازع في المال المخصوص باللقيط، فليس للملتقط مخاصمته على الأصح، وسواء قلنا: له الاستقلال بالحفظ، أم لا، فليس له إنفاقه على اللقيط إلا بإذن القاضي إذا أمكن مراجعته. فإن أنفق، ضمن، ولم يكن له الرجوع على اللقيط

كمن في يده مال وديعة ليتيم أنفقها عليه. وحكى ابن كج وجهًا أنه لا يضمن، وهو شاذ، وإذا رفع الأمر إلى الحاكم، فليأخذ المال منه ويسلمه إلى أمين لينفق منه على اللقيط بالمعروف، أو يصرفه إلى الملتقط يومًا يومًا. ثم إن خالف الأمين وقتّر عليه، مُنع منه، وإن أسرف، ضمن كل واحد من الأمين والملتقط الزيادة، والقرار على الملتقط إن كان سلَّم إليه، لحصول الهلاك في يده.

وهل يجوز أن يترك المال في يد الملتقط ويأذن له في الإنفاق منه؟ تقدَّم عليه مسألة، وهي أنه إذا لم يكن للقيط مال واحتيج إلى الاقتراض له، هل يجوز للقاضي أن يأذن للملتقط في الإنفاق عليه من مال نفسه ليرجع؟ نص أنه يجوز، ونص في الضالَّة، أنه لا يأذن لواجدها في الإنفاق من مال نفسه ليرجع على صاحبها، بل يأخذ المال منه ويدفعه إلى أمين، ثم الأمين يدفع إليه كل يوم قدر الحاجة، فقال جمهور الأصحاب: المسألتان على قولين. أحدهما: المنع فيهما. وأظهرهما عند الشيخ أبي حامد: الجواز فيهما للحاجة، لكثرة المشقة، ويُلحق الأمين بالأب في ذلك، وسبق مثل هذا الخلاف في إنفاق المالك عند هرب عامل المساقاة والجمَّال، وأجراه أبو الفرج السرخسي في إنفاق قيِّم الطفل من مال نفسه. وقالت طائفة بظاهر النصين، وفرقوا بأن اللقيط لا وليَّ له في الظاهر. رجعنا إلى إذن الحاكم للملتقط في الإنفاق من مال اللقيط، فالأكثرون طردوا الطريقين في جوازه، والأحسن ما أشار إليه ابن الصباغ، وهو القطع بالجواز كقيم اليتيم يأذن له القاضي في الإنفاق من ماله عليه، وينبغي أن يجري هذا الخلاف في تسليم ما اقترضه القاضي على الجمّال الهارب إلى المستأجر، ولا ذِكر له هناك. وإذا جوزنا، فبلغ اللقيط واختلفا فيما أنفق، فالقول قول الملتقط إذا ادعى قدر الإيفاء في الحال، وقد سبق في هرب الجمّال وجه: أن القول قول الجمّال، والقياس طرده هنا. وإن ادعى زيادة على اللائق، فهو مقر بتفريطه، فيضمن، ولا معنى للتحليف. قال الإمام: لكن لو وقع النزاع في عين، فزعم الملتقط أنه أنفقها، فيصدَّق لتنقطع المطالبة بالعين، ثم يضمن كالغاصب إذا ادعى التلف، هذا كله إذا أمكن مراجعة القاضي. فإن لم يكن هناك قاضٍ، فهل ينفق من مال اللقيط عليه بنفسه، أم يدفعه إلى أمين لينفق عليه؟ قولان: أظهرهما: الأول. فعلى هذا، إن أشهد لم يضمن على الصحيح، وإلا، ضمن على الأصح.

**فصل:** أحكام اللقيط أربعة:

الحكم الأول: الإسلام، وإسلام الشخص قد يثبت بنفسه استقلالًا، وقد يثبت تبعًا. أما القسم الأول، فالبالغ العاقل، يصح منه مباشرة الإسلام بالنطق إن كان

ناطقًا، وبالإشارة إن كان أخرس. وأما المجنون والصبي الذي لا يميز، فلا يصح إسلامهما مباشرة بلا خلاف، ولا يحكم بإسلامهما إلا بالتبعية. وأما الصبي المميز، ففيه أوجه: الصحيح المنصوص: لا يصح إسلامه. والثاني: يتوقف. فإن بلغ واستمر على كلمة الإسلام، تبينا كونه مسلمًا من يومئذ. وإن وصف الكفر، تبينا أنه كان لغوًا. وقد يعبر عن هذا بصحة إسلامه ظاهرًا لا باطنًا. والثالث: يصح إسلامه حتى يفرَّق بينه وبين زوجته الكافرة ويورَّث من قريبه المسلم، قاله الإصطخري. وعلى هذا، لو ارتد، صحت ردته، لكن لا يقتل حتى يبلغ. فإن تاب، وإلا، قتل.

فإذا قلنا بالصحيح؛ فقد قال الشافعي: يحال بينه وبين أبويه وأهله الكفار لئلا يفتنوه. فإن بلغ ووصف الكفر، هدِّد وطولب بالإسلام. فإن أصر، رد إليهم. وهل هذه الحيلولة مستحبة، أم واجبة؟ وجهان: أصحهما: مستحبة، فليتلطف بوالديه ليؤخذ منهما. فإن أبيا، فلا حيلولة. هذا في أحكام الدنيا. فأما ما يتعلق بالآخرة، فقال الأستاذ أبو إسحاق: إذا أضمر الإسلام كما أظهره، كان من الفائزين بالجنة، ويعبر عن هذا بصحة إسلامه باطنًا لا ظاهرًا. قال الإمام: في هذا إشكال، لأن من يحكم له بالفوز لإسلامه، كيف لا يحكم بإسلامه؟ ويجاب عنه بأنه قد يحكم بالفوز في الآخرة وإن لم يحكم بأحكام الإسلام في الدنيا، كمن لم تبلغه الدعوة.

**فرع:** للتبعية في الإسلام ثلاث جهات:

إحداها: إسلام الأبوين أو أحدهما، ويتصور ذلك من وجهين: أحدهما: أن يكون الأبوان أو أحدهما مسلمًا يوم العلوق، فيحكم بإسلام الولد، لأنه جزء من مسلم، فإن بلغ ووصف الكفر، فهو مرتد. والثاني: أن يكونا كافرين يوم العلوق، ثم يُسْلِما أو أحدهما، فيحكم بإسلام الولد في الحال. قال الإمام: وسواء اتفق الإسلام في حال اجْتِنان الولد أو بعد انفصاله، وسنذكر إن شاء الله تعالى ما يفترق فيه هذان الوجهان بإسلامه. وفي معنى الأبوين الأجداد والجدات، سواء كانوا وارثين أم لم يكونوا، فإذا أسلم الجد أبو الأب، أو أبو الأم، تبعه الصبي إن لم يكن الأب حيًا قطعًا، وكذا إن كان على الأصح. ثم إذا بلغ هذا الصبي، فإن أفصح بالإسلام، تأكد ما حكمنا به.

وإن أفصح بالكفر، فقولان: المشهور: أنه مرتد، لأنه سبق الحكم بإسلامه جزمًا، فأشبه من باشر الإسلام ثم ارتد، وما إذا حصل العلوق في حال الإسلام. والثاني: أنه كافر أصلي، لأنه كان محكومًا بكفره أولًا وأزيل تبعًا، فإذا استقل، زالت التبعية. ويقال: إن هذا القول مخرج، ومنهم من لم يثبته وقطع بالأول. فإن حكمنا بكونه مرتدًا لم ينقض شيئًا مما أمضيناه من أحكام الإسلام. وإن حكمنا بأنه

كافر أصلي، فوجهان: أحدهما: إمضاؤها بحالها، لجريانه في حال التبعية. وأصحهما: أنَّا نتبين بطلانها، ونستدرك ما يمكن استدراكه، حتى يردّ ما أخذه من تركة قريبه المسلم، ويأخذ من تركه قريبه الكافر ما حرمناه منه، ونحكم بأن إعتاقه عن الكفارة لم يقع مجزئًا. هذا فيما جرى في الصغر. فأما إذا بلغ ومات له قريب مسلم قبل أن يفصح بشيء، أو أعتق عن الكفارة في هذا الحال، فإن قلنا: لو أفصح بالكفر كان مرتدًا، أمضينا أحكام الإسلام ولا تنقض.

وإن جعلناه كافرًا أصليًا، فإن أفصح بالكفر، تبيَّنَّا أنه لا إرث ولا إجزاء عن الكفارة. وإن فات الإفصاح بموت أو قتل، فوجهان: أحدهما: إمضاء أحكام الإسلام كما لو مات في الصغر. وأصحهما: نتبين الانتقاض، لأن سبب التبعية الصغر وقد زال، ولم يظهر في الحال حكمه في نفسه، فيرد الأمر إلى الكفر الأصلي. وعن القاضي حسين: أنه إن مات قبل الإفصاح وبعد البلوغ، ورثه قريبه المسلم.

ولو مات له قريب مسلم، فإرثه عنه موقوف. قال الإمام: أما التوريث منه، فيخرج على أنه لو مات قبل الإفصاح، هل ينقض الحكم؟ وأما توريثه، فإن أراد بالتوقف أنه يقال: لو أفصح بالإسلام، فهو قريب، ويستفاد به الخروج من الخلاف. وأما لو مات القريب، ثم مات هو، وفات الإفصاح، فلا سبيل إلى الفرق بين توريثه والتوريث عنه. ولو قتل بعد البلوغ وقبل الإفصاح، ففي تعلق القصاص بقتله قولان: أحدهما: نعم. كما لو قُتل قبل البلوغ. وأظهرهما: لا، للشبهة وانقطاع التبعية. وأما الدية، فالذي أطلقوه وحكوه عن نص الشافعي: تعلق الدية الكاملة بقتله، وقياس قولنا: إنه لو أفصح بالكفر كان كافرًا أصليًا، أن لا نوجب الدية الكاملة على رأي، كما أنه إذا فات الإفصاح بالموت يردّ الميراث على رأي.

**فرع:** المحكوم بكفره إذا بلغ مجنونًا، حكمه حكم الصغير، حتى إذا أسلم أحد والديه تبعه. وإن بلغ عاقلًا ثم جن، فكذلك على الأصح.

الجهة الثانية: تبعية السابي، فإذا سبى المسلم طفلًا منفردًا عن أبويه، حكم بإسلامه، لأنه صار تحت ولايته كالأبوين.

فلو سباه ذمي، فوجهان: أحدهما: يحكم بإسلامه، لأنه من أهل دار الإسلام. وأصحهما: لا، لأن كونه من أهل الدار لم يؤثر فيه ولا في أولاده، فغيره أولى. فعلى هذا، لو باعه الذمي لمسلم، لم يحكم بإسلامه. ولو سبي ومعه أحد أبويه، لم يحكم بإسلامه قطعًا. فلو كانا معه ثم ماتا، لم يحكم بإسلامه أيضًا، لأن التبعية إنما تثبت في ابتداء السبي.

**فرع:** حكم الصبي المحكوم بإسلامه تبعًا للسابي إذ بلغ، حكم المحكوم بإسلامه تبعًا لأبويه إذا بلغ.

**فرع:** المحكوم بإسلامه تبعًا لأبيه أو للسابي إذا وصف الكفر، فإن جعلناه كافرًا أصليًا، ألحقناه بدار الحرب. فإن كان كفره مما يُقرُّ عليه بالجزية، قررناه برضاه. وإن وصف كفرًا غير ما كان موصوفًا به، فهو انتقال من ملّة إلى ملّة، وفيه تفصيل وخلاف مذكور في كتاب النكاح. وأما تجهيزه والصلاة عليه ودفنه في مقابر المسلمين إذ فات بعد البلوغ وقبل الإفصاح، فيتفرع على القولين في أنه لو أفصح بالكفر كان كافرًا أصليًا أو مرتدًا؟ ورأى الإمام أن يُتساهل في ذلك ويقام فيه شعار الإسلام.

الجهة الثالثة: تبعيَّة الدار. فاللقيط يوجد في دار الإسلام أو دار الكفر.

الحال الأول: دار الإسلام، وهي ثلاثة أضرب:

أحدها: دار يسكنها المسلمون، فاللقيط الموجود فيها مسلم وإن كان فيها أهل ذمة، تغليبًا للإسلام.

الثاني: دار فتحها المسلمون وأقرُّوها في يد الكفار بجزية، فقد ملكوها، أو صالحوهم ولم يملكوها، فاللقيط فيها مسلم إن كان فيها مسلم واحد فأكثر، وإلا، فكافر على الصحيح. وقيل: مسلم، لاحتمال أنه ولد مَن يكتم إسلامه منهم.

الثالث: دار كان المسلمون يسكنونها، ثم جلَوا عنها وغلب عليها الكفار، فإن لم يكن فيها من يُعرف بالإسلام، فهو كافر على الصحيح. وقال أبو إسحاق: مسلم، لاحتمال أن فيها كاتم إسلامه. وإن كان فيها معروف بالإسلام، فهو مسلم، وفيه احتمال للإمام. وأما عدُّ الأصحاب الضرب الثالث دار إسلام، فقد يوجد في كلامهم ما يقتضي أن الاستيلاء القديم يكفي لاستمرار الحكم، ورأيت لبعض المتأخرين تنزيل ما ذكروه على ما إذا كانوا لا يمنعون المسلمين منها، فإن منعوهم، فهي دار كفر.

الحال الثاني: دار الكفر. فإن لم يكن فيها مسلم، فاللقيط الموجود فيها محكوم بكفره. وإن كان فيها تجار مسلمون ساكنون، فهل يحكم بكفره تبعًا للدار، أو بإسلامه تغليبًا للإسلام؟ وجهان: أصحهما: الثاني، ويجريان فيما لو كان فيها أسارى؛ ورأى الإمام ترتيب الخلاف فيهم على التجار، لأنهم مقهورون. قال: ويشبه أن يكون الخلاف في قوم ينتشرون، إلا أنهم ممنوعون من الخروج من البلدة، فأما المحبوسون في المطامير، فيتجه أن لا يكون لهم أثر كما لا أثر لطروق العابرين من المسلمين، وحيث حكمنا بالكفر، فلو كان أهل البقعة أصحاب مِلَلٍ مختلفة، فالقياس أن يُجعل مِن أصونهم دِينًا.

**فرع:** الصبي المحكوم بإسلامه بالدار، إذا بلغ وأفصح بالكفر، فهو كافر أصلي على المذهب. وقيل: قولان كالمسلم تبعًا لأبويه أو السابي. أحدهما: أنه أصلي. والثاني: أنه مرتد. فإذا قلنا: أصلي، فهل نتوقف في حال صباه في الأحكام التي يشترط لها الإسلام؟ وجهان: أصحهما: لا، بل نمضيها كالمحكوم بإسلامه تبعًا لأبيه. والثاني: نتوقف حتى يبلغ فيفصح بالإسلام. فإن مات في صباه، لم يحكم بشيء من أحكام الإسلام، وهذا ضعيف.

**فرع:** اللقيط الموجود في دار الإسلام، لو ادعى ذمي نسبه وأقام عليه بيِّنة، لحقه وتبعه في الكفر، وارتفع ما كنا نظنه. وإن اقتصر على مجرد الدعوى، فالمذهب أنه مسلم، وهو المنصوص، وبه قطع أبو إسحاق وغيره، وصححه الأكثرون. وقيل: قولان: ثانيهما: يحكم بكفره، لأنه يلحقه بالاستحقاق. فإذا ثبت نسبه، تبعه في الدَّين كما لو أقام البينة. وحجة المذهب: أنَّا حكمناه بإسلامه، فلا نغيِّره بمجرد دعوى كافر. وأيضًا فيجوز أن يكون ولده من مسلمة، وحينئذٍ لا يتبع الدِّينُ النسبَ. وعلى الطريقين، يحال بينهما كما ذكرنا فيما إذا وصف المميز الإسلام. ثم إذا بلغ ووصف الكفر، فإن قلنا: يتبعه فيه، قرِّر، لكنه يهدَّد، ولعله يسلم، وإلا، ففي تقريره ما سبق من الخلاف.

**فرع:** سبق أن اللقيط المسلم، ينفق عليه من بيت المال إذا لم يكن له مال. فأما المحكوم بكفره، فوجهان: أصحهما: كذلك، إذ لا وجه لتضييعه.

الحكم الثاني: جناية اللقيط، والجناية عليه. أما جنايته، فإن كانت خطأً، فموجبها في بيت المال، ولا نخرِّج ذلك على الخلاف في التوقف، كما لا نتوقف في صرف تركته إلى بيت المال. وإن كانت عمدًا، نظر، إن كان بالغًا، فعليه القصاص بشرطه. وإن جنى قبل البلوغ، فإن قلنا: عمد الصبي عمد، وجبت الدية مغلَّظة في ماله. فإن لم يكن له مال، ففي ذمته إلى أن يجد. وإن قلنا: خطأٌ، وجبت مخفَّفة في بيت المال. ولو أتلف مالًا، فالضمان عليه، فإن كان اللقيط محكومًا بكفره، فالتركة فيءٌ، ولا تكون جنايته في بيت المال. وأما الجناية عليه، فإن كانت خطأً، نظر، إن كانت على نفسه، أخذت الدية ووضعت في بيت المال. وقياس من قال بالتوقف في أحكامه: أن لا يوجب الدية الكاملة، ولم أره.

وإن كانت على طرفه، فواجبها حق اللقيط يستوفيه القاضي، ويعود فيه القياس المذكور. وإن كانت عمدًا، فإن قُتل، وجب القصاص على الأظهر. وقيل: يجب قطعًا، وهو نصه في «المختصر»، لأنه مسلم معصوم. وإن قُتِل بعد البلوغ والإفصاح بالإسلام، وجب قطعًا. وقيل: على الخلاف، لأن القصاص حق للمسلمين، ولا

يتصور رضى كلِّهم باستيفائه. وإن قُتل بعد البلوغ قبل الإفصاح، فعلى الخلاف. وقيل: لا يجب قطعًا، لقدرته على الإفصاح الواجب. وإن كانت الجناية على الطرف، وجب القصاص على المذهب. وقيل: قولان: ثانيهما: يتوقف. فإن بلغ وأفصح، تبيَّنَّا وجوبه، وإلا، فعدمه. وإن كان الجاني على النفس أو الطرف كافرًا رقيقًا، وجب على المذهب. وقيل: قولان، لأنه حق للمسلمين، ولا يتصور رضاهم.

**فرع:** إذا أوجبنا له القصاص، فقصاص النفس يستوفيه الإمام إن رآه مصلحة. وإن رأى العدول إلى الدية، عدل، وليس له العفو مجانًا، لأنه خلاف مصلحة المسلمين. وأما قصاص الطرف، فإن كان اللقيط بالغًا عاقلًا، فالاستيفاء إليه، وإلا، فليس للإمام استيفاؤه. وقال القفال: يجوز في المجنون، لأنه ليس لإفاقته زمن معين، وهذا ضعيف عند الأصحاب. وأضعف وجه حكاه السرخسي في جواز الاقتصاص، حيث يجوِّز له أخذ الأرش. والمذهب: المنع قطعًا. وإذا لم يقتص، فهل له أخذ أرش الجناية؟ نظر، إن كان المجني عليه مجنونًا فقيرًا، فله وإن كان صبيًا غنيًا، فلا، وإن كان مجنونًا غنيًا، أو صبيًا فقيرًا، فالأصح المنع. وحيث منعنا الأرش، أو لم نر المصلحة فيه، يحبس الجاني إلى البلوغ والإفاقة، وإذا جوزناه فأخذه، ثم بلغ الصبي أو أفاق المجنون وأراد أن يرده ويقتصّ، ففي تمكُّنه وجهان شبيهان بما لو عفا الولي عن الشفعة للمصلحة فبلغ وأراد الأخذ، وهما مبنيان على أن أخذ المال عفو كلي وإسقاط للقصاص، أم سببه الحيلولة لتعذر الاستيفاء؟ وقد يرجح الأول بأن الحيلولة إنما تكون إذا جاءت من قبل الجاني كإباق المغصوب.

وما ذكرناه في أخذ الأرش للقيط، جارٍ في كل طفل يليه أبوه أو جدُّه بلا فرق. وحكى الإمام عن شيخه، أنه ليس للوصي أخذه، قال: وهذا حسن إن جعلناه إسقاطًا. وإن قلنا: للحيلولة، فينبغي أن لا يجوز للوصي أيضًا.

الحكم الثالث: نسب اللقيط، وهو كسائر المجهولين، فإذا استلحقه حر مسلم، لحقه، وقد سبق في كتاب الإقرار ما يشترط الاستلحاق، ولا فرق في ذلك بين الملتقط وغيره، لكن يستحب أن يقال للملتقط: من أين هو لك؟ فربما توهم أن الالتقاط يفيد النسب. وإذا ألحق بغير الملتقط، سلِّم إليه، لأنه أحق من الأجنبي. واستلحاق الكافر، كاستلحاق المسلم في ثبوت النسب، لاستوائهما في الجهات المثبتة للنسب. وإن استلحقه عبد، لحقه إن صدَّقه السيد، وكذا إن كذبه على الأظهر. وقيل: لا يلحق قطعًا. وقيل: يلحق قطعًا إن كان مأذونًا له في النكاح ومضى زمان إمكانه، وإلا، فقولان: والمذهب: اللحوق مطلقًا، ويجري الخلاف

في إقرار العبد بأخ أو عم. وقيل بالمنع هنا قطعًا، لأن لظهور نسبه طريقًا آخر، وهو إقرار الأب أو الجد، ويجري فيما لو استلحق حرٌ عبدَ غيره وهو بالغ فصدَّقه، لما فيه من قطع الإرث المتوهم بالولاء. وقيل: يثبت هنا قطعًا، ويجري فيما لو استلحق المعتَق غيره. والمنع هنا أبعد، لاستقلاله بالنكاح والتسري. وإذا صححنا استلحاق العبد، فلا يسلَّم إليه اللقيط، لأنه لا يتفرّغ لحضانته وتربيته، ولا نفقة عليه، إذ لا مال له.

**فرع:** استلحقته امرأة وأقامت بينة، لحقها ولحق زوجها إن أمكن العلوق منه، ولا ينتفي عنه إلا بلعان. هذا إذا قيدت البينة أنها ولدته على فراشه. فإن لم تتعرض للفراش، ففي ثبوت نسبه من الزوج وجهان. قلت: الأصح المنع. والله أعلم.

وإن لم تُقِم بينة واقتصرت على الدعوى، فهل يلحقها، أم لا؟ أم يلحق الخلية دون المزوَّجة؟ فيه أوجه: أصحها: الثاني. فإن ألحقنا ولها زوج، لم يلحقه على المذهب، وبه قطع الجمهور. وقيل: وجهان: وباللحوق قال ابن سلمة. واستلحاق الأمة كالحرة إن جوزنا استلحاق العبد، فإن أثبتناه، لم يحكم برقِّ الولد لمولاها على المذهب، وبه قطع ابن الصباغ والمتولي، وذكر البغوي فيه وجهين:

**فصل:** ادعى نسب اللقيط اثنان، ففيه صور:

إحداها: ادعاه حر وعبد، فإن قلنا: يصح استلحاق العبد، فهما سواء، وإلا، فيلحق بالحر.

الثانية: ادعاه مسلم وكافر، يستويان فيه.

الثالثة: اختص أحدهما بيد، نظر، إن كان صاحب اليد هو الملتقط، لم يقدَّم، لأن اليد لا تدل على النسب، بل إن استلحقاه معًا ولا بينة، عرض معهما على القافة كما سنذكره إن شاء الله تعالى. وإن استلحقه الملتقط أولًا، حكمنا بالنسب، ثم ادعاه الآخر، قال الشافعي رحمه الله: يعرض الولد مع الثاني على القائف، فإن نفاه عنه، بقي لاحقًا بالملتقط باستلحاقه. وإن ألحقه بالثاني، عرض مع الملتقط عليه، فإن نفاه عنه، فهو للثاني، وإن ألحقه به أيضًا، فقد تعذر العمل بقول القائف فيوقف. وإن كان صاحب اليد غير الملتقط، فإن كان استلحقه وحكم له بالنسب، ثم جاء آخر وادعى نسبه، لم يلتفت إليه. وإن لم يسمع استلحاقه إلا بعدما جاء الثاني واستلحقه، فهل يقدَّم صاحب اليد، أم يستويان؟ وجهان: أصحهما: الثاني.

الرابعة: تساويا ولا بينة، عرض الولد على القائف، فبأيهما ألحقه لحق. فإن لم يوجد قائف، أو تحيّر، أو ألحقه بهما، أو نفاه عنهما، ترك حتى يبلغ، فإذا بلغ، أمر بالانتساب إلى أحدهما، ولا ينسب بالنشهي، بل يعوَّل فيه على ميل الطبع الذي

يجده الولد إلى الوالد والقريب إلى القريب بحكم الجبلَّة. وقيل: لا يشترط البلوغ، بل يخيَّر إذا بلغ سن التمييز كالتخيير بين الأبوين في الحضانة. والصحيح اشتراطه. والفرق أن الاختيار في الحضانة لا يلزم، بل له الرجوع، وهنا يلزم، وعليهما النفقة مدة الانتظار. فإذا انتسب إلى أحدهما، رجع الآخر عليه بما أنفق. ولو لم ينتسب إلى واحد منهما، لفقد الميل، بقي الأمر موقوفًا.

ولو انتسب إلى غيرهما وادعاه ذلك الغير، ثبت نسبه منه. وفيه وجه: أنه إن كان الرجوع إلى انتسابه بسبب إلحاق القائف بهما جميعًا، لم يقبل انتسابه إلى غيرهما. والصحيح الأول. وإذا انتسب إلى أحدهما لفقد القائف، ثم وجد، عرضناه عليه. فإن ألحقه بالثاني، قدَّمنا قوله على الانتساب، لأنه حجة أو حكم. وقال أبو إسحاق: يقدَّم الانتساب. قال: وعلى هذا، فمتى ألحقه القائف بأحدهما، فللآخر أن ينازعه ويقول: يترك حتى يبلغ فينتسب. ولو ألحقه القائف بأحدهما، وأقام الآخر بينة، قدِّمت البينة، لأنها حجة في كل خصومة، وقيل: لا يُغيّر ما حكمنا به ولا يُعمل بالبينة.

**فرع:** ادعت امرأتان نسب لقيط أو مجهول غيره، ولا بينة، وقبلنا استلحاق المرأة، ففي عرض الولد معهما على القائف وجهان: أحدهما: المنع. والأصح المنصوص: العرض، لأنه حكم أو حجة، فأشبه البينة، فإذا ألحقه باحداهما وهي ذات زوج، لحق زوجها أيضًا كما قامت البينة. وقيل: لا يلحقه، وهو ضعيف.

الخامسة: أقام كل واحد بينة بنسبه، وتعارضتا، ففي التعارض في الأموال قولان: أظهرهما: التساقط. فعلى هذا تسقطان أيضًا هنا على الصحيح، ويرجع إلى قول القائف. وقيل: لا تسقطان وترجَّح إحداهما بقول القائف، ولا يختلف المقصود على الوجهين. والقول الثاني: تستعملان بالوقف، أو القسمة، أو القرعة؟ فيه ثلاثة أقوال معروفة، ولا يجيء هنا الوقف للإضرار بالطفل ولا القسمة، فلا مجال لها في النسب، ولا تجيء القرعة أيضًا على الأصح وقول الأكثرين، لأنها لا تدخل النسب، وأثبتها الشيخ أبو حامد. ولو اختص أحدهما باليد، لم ترجَّح بينته بها. وفي «الإفصاح» للمسعودي، و«أمالي» أبي الفرج الزاز: أنه لو أقام أحدهما بينة بأنه في يده من سنة، والثاني بينة أنه في يده من شهر، وتنازعا في نسبه، فصاحب السنة مقدَّم، لكن هذا كلام غير مهذب، فإن ثبوت اليد لا يقتضي ثبوت النسب. وإن فُرض تعرض البينتين لنفس النسب، فلا مجال للتقدُّم والتأخرُّ فيه. وإن شهدتا على الاستلحاق، فيبنى على أن الاستلحاق من شخص هل يمنع غيره من الاستلحاق بعد؟ وقد سبق بيانه.

**فرع:** ادعاه امرأتان، وأقامتا بينتين، قال الشافعي: أَريته القائف معهما، فبأيتهما ألحقه لحقها ولحق زوجها. فمن الأصحاب من قال: هذا تفريع على قول الاستعمال، وترجيح بقول القائف، كما يرجَّح في الأملاك بالقرعة، وهذا يوافق ما سبق عن الشيخ أبي حامد. وعلى هذا، يلحق الزوج قطعًا، لأن الحكم بالبينة. ومنهم من قال: هذا جواب على قول التساقط، وكأنه لا بينة، فيرجع إلى القائف. وعلى هذا، ففي لحوقه بالزوج الخلاف السابق.

**فرع:** ألحقه القائف بأحدهما، ثم بالآخر، لم ينقل إليه، إذ الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد.

**فرع:** وصف أحد المتداعيين أثر جراحة أو نحوه أو بظهره أو بعض أعضائه الباطنة، وأصاب، لا يقدَّم.

**فصل:** تنازعا في الالتقاط وولاية الحفظ والتعهد، فإن تنازعا عند الأخذ أو قبله، فقد سبق بيانه. وإن قال كل واحد: أنا الملتقط فلي حفظه، فإن اختص بيد، وقال الآخر: أخذه مني، فالقول قول صاحب اليد مع يمينه. فإن أقاما بينتين، قدِّمت بينة صاحب اليد. وإن لم يكن في يد واحد منهما، فهو كما لو وجداه معًا وتشاحَّا في حفظه، فيجعله الحاكم عند من يراه منهما أو من غيرهما. وإن كان في يدهما، فإن حلفا أو نكلا، فحكمه كما ذكرنا إذا ازدحما على الأخذ معًا وهما متساويا الحال. وإن حلف أحدهما فقط، خُصَّ به. ولو أقام كل واحد بينة وهو في يدهما، أو لا في يد واحد منهما، فإن كانتا مطلَقتين أو مؤرَّختين بتاريخ واحد، أو إحداهما مؤرَّخة والأخرى مطلقة، فهما متعارضتان. فإن قلنا بالتساقط، فكأنه لا بينة. وإن قلنا بالاستعمال، فلا يجيء الوقف ولا القسمة، وتجيء القرعة، فيسلَّم لمن خرجت قرعته. وإن قُيِّدتا بتاريخين مختلفين، قدِّم السابق، بخلاف المال، فإنه لا يقدَّم فيه بسبق التاريخ على الأظهر، لأن الأموال تنتقل، والملتقط لا يُنتزع منه ما دامت الأهلية. فإذا ثبت السبق، لزم استمراره. هكذا فرق الأصحاب، قال أبو الفرج الزاز: هذا إذا قلنا: من التقط اللقيط ثم نبذه لا يسقط حقه. فإن أسقطناه، فهو على القولين في الأموال، لأنه ربما نبذه الأول فالتقطه غيره، وهذا حسن. ويتفرع على تقديم البينة المصرِّحة بالسبق، ما إذا كان اللقيط في يد أحدهما وأقام مَن في يده البينة، وأقام الآخر بينة أنه كان في يده وانتزعه منه صاحب اليد، فتقدَّم بينة مدعي الانتزاع، لإثباتها السبق.

الحكم الرابع: الحرية والرق، وللقيط في ذلك أربعة أحوال:

الحال الأول: أن لا يقر على نفسه بالرق، ولا يدعي رقه أحد، فيحكم

بحريته، لأن ظاهر حاله الحرية، ولأن غالب الناس أحرار، هذا هو المذهب، وقد سبق أن من الأصحاب من يتوقف في إسلامه. قال الإمام: وذلك التردد يجري هنا وأولى، لقوة الإسلام واقتضائه الاستتباع للوالد والسابي، بخلاف الحرية. ثم ذكر الإمام تفصيلًا متوسطًا فقال: يجزم بالحرية ما لم ينته الأمر إلى إلزام الغير شيئًا، فإن انتهى، ترددنا إن لم يعترف الملتزم بحريته، فنحكم له بالملك فيما نصادفه في يده جزمًا. وإذا أتلفه متلف، أخذنا منه الضمان وصرفناه إليه، لأن المال المعصوم مضمون على المتلف، فليس التضمين بالحرية، وميراثه لبيت المال قطعًا، وأرش جنايته الخطأ في بيت المال قطعًا، قال الإمام: ويحتمل أن يخرج على التردد المذكور، لأن مال بيت المال لا يبذل إلا عن تحقق. ولو قُتل اللقيط، فقد ذكرنا في وجوب القصاص خلافًا، وينضم إليه التردد في الحرية، فمن لا يجزم القول بإسلامه وحريته، لا يوجب القصاص على الحر المسلم بقتله، ويوجبه على الرقيق الكافر. ومن يجزم بهما، يخرج وجوب القصاص بكل حال على قولين ـ بناءً على أنه ليس له وارث معين ـ الأظهر: وجوبه. وإذا قُتل خطأً، فالواجب الدية على الصحيح، أخذًا بظاهر الحديث، وأقل الأمرين من الدية والقيمة في الثاني، بناءً على أن الحرية غير متيقنة. قال الإمام: وقياس هذا أن نوجب الأقل من قيمته عبدًا، ودية مجوسي، لإمكان الحمل على التمجُّس، وقد يرتب القصاص على الدية فيقال: إن لم نوجب الدية، فالقصاص أولى، وإلا، فوجهان.

الحال الثاني: أن يدعي شخص رقَّه ولا بينة. ومن ادعى رق صغير لا تُتيقن حريته، سمعت دعواه، لإمكانها. فإن لم يكن في يده، لم يقبل قوله إلا ببينة، لأن الظاهر الحرية، فلا تترك إلا بحجة، بخلاف النسب، فإن قبوله مصلحة للصبي وثبوت حق له. وإن كان في يده وقد عرفنا استنادها إلى التقاطه، فقولان: أحدهما: يحكم له بالرق كيد غير الملتقط، وكما لو التقط مالًا وادعاه ولا منازع، يقبل قوله ويجوز شراؤه منه. وأظهرهما: لا يقبل إلا ببينة، لأن الأصل الحرية، ويخالف المال، فإنه مملوك وليس في دعواه تغيير صفة له، واللقيط حر ظاهرًا، وفي دعواه تغيير صفة. وإن لم يعرف استنادها إلى الالتقاط، حكم لصاحبها بالرق الذي يدعيه على الصحيح الذي قطع به الجمهور، لأن الظاهر ممن في يده يتصرف فيه تصرف المالكين، ولا معارض له، ولا سبب يحال عليه أنه ملكه، وسواء كان الصغير مميزًا أو غيره مقرًا أو منكرًا على الأصح. والثاني: إن كان مميزًا منكرًا، احتاج المدعي إلى البينة. فعلى الأصح: يحلف المدعي، واليمين واجبة على الأصح المنصوص. وقيل: مستحبة. ثم إذا بلغ الصبي وأقر بالرق لغير صاحب اليد، لم يقبل. وإن

قال: أنا حر، لم يقبل أيضًا على الأصح، إلا أن يقيم بينة بالحرية، ولكن له تحليف السيد، قاله البغوي. والثاني: يقبل، قاله أبو علي الثقفي.

**فرع:** رأى صغيرًا في يد إنسان يأمره وينهاه ويستخدمه، هل له أن يشهد له بالملك؟ قال أبو علي الطبري: فيه وجهان: وقال غيره: إن سمعه يقول: هو عبدي، أو سمع الناس يقولون: إنه عبده، شهد له بالملك، وإلا، فلا.

**فرع:** صغيرة في يد رجل يدعي نكاحها، فبلغت وأنكرت، يقبل قولها، وعلى المدعي البينة. وهل يحكم في صغرها بالنكاح؟ قال ابن الحداد: نعم كالرق. والأصح: المنع. وفرق الأصحاب، بأن اليد في الجملة دالة على الملك، ويجوز أن يولد وهو مملوك والنكاح طارىء، فيحتاج إلى البينة.

الحال الثالث: أن يدعي رقه مدع ويقيم عليه بينة حيث يحتاج مدعي الرق إلى بينة كما فصلناه. وهل يكفي إقامة البينة على الرق أو الملك مطلقًا؟ قولان: أحدهما: نعم كما لو شهد بملك دار أو ثوب وغيرهما، وهذا اختيار المزني، وهو نصه في الدعاوى وفي القديم. والثاني: لا، لاحتمال اعتماد الشاهد ظاهر اليد، ويكون يد التقاط. وإذا احتمل ذلك مع أن اللقيط محكوم بحريته بظاهر الدار، لم يزل ذلك إلا بيقين، وأمر الرق خطر، وهذا نصه هنا، وهو الأصح عند الإمام والبغوي والروياني وآخرين، ورجح ابن كج وأبو الفرج الزاز الأول، ويؤيده أن من الأصحاب من قطع به، وحمل نصه هنا على الاحتياط، ولأن البينة بمطلق الملك ليست بأقل من دعوى غير الملتقط رق الصغير في يده.

ويجري القولان، سواء كان المدعي هو الملتقط أو غيره، هكذا ذكره الجمهور. وذكر الإمام كلامًا يتخرج منه ومما ذكره غيره قول: أن البينة المطلقة تكفي في غير الملتقط، ولا تكفي فيه. والمذهب: أنه لا فرق. وإذا قلنا: لم يكتف بالبينة المطلقة، شرطنا تعرض الشهود لسبب الملك من الإرث أو الشراء أو الاتهاب ونحوها. ومن الأسباب أن يشهدوا أن أمته ولدته مملوكًا له. فإن اقتصروا على أن أمته ولدته، أو أنه ولد أمته، فطريقان: قال الجمهور: قولان: أظهرهما: يكفي. والثاني: لا. وقيل: يكفي قطعًا، وهو نصه هنا. وإن شهدوا أنه ملكه ولدته مملوكته، قال البغوي: يكفي قطعًا، وإن شهدوا بأن أمته ولدته في ملكه، قال الأصحاب: يكفي قطعًا. وقال الإمام: لا يكتفى به تفريعًا على وجوب التعرض لسبب الملك، فقد تلد في ملكه حرًا بالشبهة وفي نكاح الغرور، وقد تلد مملوكًا لغيره بأن يوصي بحملها وتكون الرقبة للوارث، وهذا حق. ويشبه أن لا يكون فيه خلاف، ويكون قولهم: في ملكه، مصروفًا إلى المولود ـ كقولك: ولدته في مشيمة ـ

لا إلى الولادة، ولا إلى الوالدة، وحينئذٍ يكون قولهم: ولدته مملوكًا له، ويكفي المدعي في دعواه قوله: هو ملكي، وإنما يشترط ذكر السبب إن شرطناه في صيغة الشهود.

**فرع:** تقبل هذه الشهادة من رجل وامرأتين على القولين، لأن الغرض إثبات الملك. وإذا اكتفينا بالشهادة على أنه ولدته أمته، قُبل من أربع نسوة أيضًا، لأنها شهادة على الولادة، ثم يثبت الملك في ضمنها كثبوت النسب في ضمن الشهادة على الولادة. ولو شهدن أنه ملكه ولدته أمته، قال القاضي حسين: ثبت الملك والولادة، وذكر الملك لا يمنع ثبوت الولادة، ثم يثبت الملك ضمنًا لا بتصريحهن.

**فرع:** لو شهدت البينة لمدعي الرق باليد، قال في «المهذب»: إن كان المدعي الملتقط، لم يحكم له. وإن كان غيره، فقولان: والأصح ما ذكره صاحب «الشامل» وغيره: أن المدعي إذا أقام البينة أنه كان في يده قبل التقاط الملتقط، قبلت وثبتت يده، ثم يصدق في دعوى الرق، لِما سبق أن صاحب اليد على الصغير إذا لم يعرف أن يده عن التقاط، يصدَّق في دعوى الرق، وبمثله قطع البغوي فيما إذا أقام الملتقط بينة أنه كان في يده، قُبل إن التقطه، لكن نقل ابن كج في هذه الصورة عن النص، أنه لا يرق حتى يقيم البينة على سبب الملك.

الحال الرابع: أن يقر على نفسه بالرق وهو بالغ عاقل، فينظر، إن كذبه المقر له، لم يثبت الرق. فلو عاد بعد ذلك فصدَّقه، لم يلتفت إليه، لأنه لما كذبه ثبتت حريته بالأصل، فلا يعود رقيقًا. وإن صدقه، نظر، إن لم يسبق الإقرار ما يناقضه، قبل على المشهور كسائر الأقارير. وفي قول حكاه صاحب «التقريب»: لا يقبل، لأنه محكوم بحريته بالدار، فلا ينقض، كالمحكوم بإسلامه بالدار، لو أفصح بالكفر، لا ينقض ما حكمنا به في قول، بل يجعل مرتدًا. وإن سبقه ما يناقضه، ففيه صور:

إحداها: إذا أقر بالحرية بعد البلوغ، ثم أقر بالرق، لا يقبل على المذهب، وبه قطع الأصحاب. ونقل الإمام وجهين: ثانيهما القبول.

الثانية: إذا أقر بالرق لزيد، فكذبه، ثم أقر لعمرو، لم يقبل على المذهب والمنصوص والذي قطع به الجمهور، بل يكون حرًا، وعن ابن سريج قبوله.

الثالثة: إذا وجدت منه تصرفات يقتضي نفوذها الحرية، كبيع ونكاح وغيرهما، ثم قامت بينة برقه، نقضت تصرفاته المقتضية للحرية، وجعلت صادرة عن عبد لم يأذن له سيده، ويسترد ما قبضه من زكاة أو ميراث وما أنفق عليه من بيت المال، وتباع رقبته فيها. فلو لم تقم بينة، لكن أقر بالرق، فإن قلنا بالقول الذي حكاه

صاحب «التقريب» فإقراره لاغٍ. لكن لو كان نكح، فإقراره اعتراف بتحريمها، فيؤاخذ به. وإن قلنا بالمشهورٍ، ففيه طرق، حاصلها أنه تثبت أحكام الأرقّاء في المستقبل على المذهب. وقال ابن سلمة: قولان: ثانيهما: أنه يبقى على أحكام الحرية مطلقًا. وقيل: يبقى فيما يضر بغيره، وكلاهما شاذ ضعيف.

وأما الماضي، فيقبل إقراره فيما يضر به من التصرفات السابقة قطعًا، ولا يقبل فيما يضر بغيره على الأظهر. ويتفرع على القولين فروع. أحدها: إذا نكح قبل الإقرار، نظر، أذكر هو، أم أنثى، فإن كان أنثى فزوَّجها الحاكم على الحرية ثم أقرت بالرق. فإن قبلنا الإقرار فيما يضر غيره، فالنكاح فاسد، ولا شيء على الزوج إن لم يدخل بها، وإن دخل، فعليه مهر المثل للمقر له. فإن كان سلّم المهر إليها، استرده إن كان باقيًا، وإلا، رجع عليها بعد العتق، والأولاد منها أحرار، لظنه الحرية، وعلى الزوج قيمتهم للمقر له، ويرجع عليها بالقيمة إن كانت هي الغارَّة. وفي الرجوع بالمهر قولان معروفان. وفي العدة وجهان: أصحهما: يلزمها قرءان، لأن عدة الأمة بعد ارتفاع النكاح الصحيح قرءان، ونكاح الشبهة في المحرمات كالنكاح الصحيح، وبهذا قطع الشيخ أبو حامد وصاحبا «المهذب» و«الشامل». والثاني: لا عدة عليها، إذ لا نكاح، ولكن تستبرىء بقرءٍ بسبب الوطء. قال الإمام: ويجب طرد هذا الخلاف في كل نكاح شبهة على أمة. وإن قلنا: لا يقبل الإقرار فيما يضر غيره، فالكلام في أمور:

أحدها: لا يحكم بانفساخ نكاحها، بل يبقى كما كان. قال الإمام: سواء فرقنا بين الماضي والمستقبل، أم لا، ويصير النكاح كالمستوفى المقبوض، واستدرك ابن كج فقال: إن كان الزوج ممن لا يحل له نكاح الإماء، انفسخ نكاحه، لأن الأولاد الذين يلدهم في المستقبل أرقَّاء كما سنذكره إن شاء الله تعالى، فليس له الثبات عليه، وهذا حسن، لكن صرح ابن الصباغ بخلافه.

ثم أطلق الأصحاب أن للزوج خيار فسخ النكاح، ونص عليه في «المختصر». قال الشيخ أبو علي: هذا إذا نكحها على أنها حرة، فإن توهم الحرية ولم يجر شرطها، ففيه خلاف نذكره في النكاح إن شاء الله تعالى.

الثاني: في المهر، ومتى ثبت للزوج الخيار، ففسخ قبل الدخول، فلا شيء عليه، وإن كان بعده، لزمه أقلُّ الأمرين من المسمّى ومهر المثل. وإن أجاز، لزمه المسمى، قاله البغوي. فإن طلَّقها بعد الإجازة وقبل الدخول، لزمه نصف المسمى، وفيه إشكال، لأن المقر له يزعم فساد النكاح، فإذا لم يكن دخول، وجب أن لا يطالب بشيء، وقد يشعر بهذا إطلاق الغزالي.

فإن كان الزوج أعطاها الصداق، لم يطالَب به ثانيًا.

الثالث: أولادها، فالذين حصلوا قبل الإقرار أحرار، ولا يلزم للزوج قيمتهم. والحادثون بعده أرقَّاء، لأنه وطئها عالمًا برقِّها.

قال الإمام: هذا ظاهر إن قبلنا الإقرار فيما يضر بالغير في المستقبل. فإن لم نقبله، فيحتمل أن يقال بحريتهم لصيانة حق الزوج، كما أدمنا النكاح صيانة له، ويحتمل أن يقال برقِّهم، وهو ظاهر ما أطلقه الأصحاب، لأن العلوق متوهم فلا يجعل مستحقًا بالنكاح، بخلاف الوطء.

الرابع: تردد الإمام في أنا إذا أدمنا النكاح، تسلَّم إلى الزوج تسليم الإماء، أم تسليم الحرائِر؟ فالظاهر: الثاني، وإلا، لعظُم الضرر على الزوج واختلت مقاصد النكاح، ويؤيده قول الشافعي في «المختصر»: لا أصدُقها على فساد النكاح، ولا على ما يجب عليها للزوج.

الخامس: في العدة. وأما عدة الطلاق، فإن كان رجعيًا وطلقها، ثم أقرت، فعليها ثلاثة أقراء، وله الرجعة في جميعها، لأنه ثبت ذلك بالطلاق. وإن أقرت ثم طلقها، فكذلك على الصحيح الذي قطع به الأكثرون، لأن النكاح أثبت له الرجعة في ثلاثة أقراء. والثاني: تعتد بقُرأين، لأنه أمر يتعلق بالمستقبل كإرقاق أولادها، وصححه أبو الفرج الزاز، وحكاه عن ابن سريج. وإن كان الطلاق بائنًا، فهو كالرجعي على الأصح، لأن العدة فيهما لا تختلف. والثاني: تعتد بقُرأين مطلقًا، لأنها رقيقة وليست للزوج رجعة. وأما عدة الوفاة، فإنها بشهرين وخمسة أيام، عدة الإماء، نص عليه، سواء أقرت قبل موت الزوج أو بعده في العدة، لأنها حق الله تعالى، فقُبل في قولها انتقاضها، وليس فيها إضرار بأحد. وفي وجه: لا يجب عليها عدة الوفاة أصلًا، لأنها تزعم بطلان النكاح من أصله وقد مات الزوج، فعلى هذا، إن جرى دخول، لزمها الاستبراء.

قال الإمام: والقول في أنه بقرء، أم بقُرأين، على ما سبق في التفريع على القول. فإن لم يجر دخول، فهل تستبرىء بقرء كما لو اشتريت من امرأة أو مجبوب، أم لا استبراء أصلًا لانقطاع حقوق الزوج؟ فيه احتمالان للإمام، وبالثاني قطع الغزالي. هذا كله إذا كان المقر أنثى. فإن كان ذكرًا فبلغ ونكح ثم أقر بالرق، فإن قبلنا إقراره مطلقًا، فهذا نكاح فاسد، فيفرق بينهما، ولا مهر إن لم يقع دخول، وإن وقع، فعليه مهر المثل، كذا قاله الجمهور. وقال في «المهذب» ـ وأبداه الإمام احتمالًا ـ: أن عليه الأقل من مهر المثل والمسمى. ثم متعلق الواجب ذمته، أم رقبته؟ قولان: أظهرهما: الأول. وإن قبلنا إقراره فيما يضره دون غيره، حكمنا

بانفساخ النكاح، ولم نقبل قوله في المهر، فعليه نصف المسمى إن لم يدخل، وجميعه إن دخل، ويؤدي ذلك مما في يده أو من كسبه في الحال أو المستقبل، فإن لم يوجد، ففي ذمته إلى أن يعتق.

الفرع الثاني: إذا كانت عليه ديون وقت الإقرار بالرق وفي يده أموال، فإن قبلنا إقراره مطلقًا، فالأموال تسلَّم للمقر له، والديون في ذمته. وإن قبلناه فيما يضره دون غيره، قضينا الديون مما في يده. فإن فضل من المال شيء، فهو للمقر له، وإن بقي من الدَّين شيء، ففي ذمته إلى أن يعتق.

الفرع الثالث: إذا باع أو اشترى بعد البلوغ، ثم أقر بالرق، فإن قبلنا الإقرار مطلقًا، فالبيع والشراء باطلان، فإن كان ما باعه باقيًا في يد المشتري، أخذه المقر له، وإلا، طالبه بقيمته. والثمن إن أخذه المقر وأتلفه، فهو في ذمته إلى أن يعتق، وإن كان باقيًا رده، وما اشتراه إن كان باقيًا في يده، رده إلى بائعه، وإلا، استرد الثمن من البائع، وحق البائع يتعلق بذمته، وإن قلنا: لا يقبل فيما يضر غيره، لم نبطلهما، ثم ما باعه إن لم يستوف ثمنه، استوفاه المقر له، وإن كان استوفاه، لم يطالب المشتري ثانيًا، وما اشتراه إن كان وزن ثمنه، فقد تم العقد وسلم المبيع للمقر له. وإن لم يزنْ، فإن كان في يده مال حين أقر بالرق، وزن الثمن منه، وإلا، فهو كإفلاس المشتري، فيرجع البائع إلى عين ماله إن كان باقيًا، وإلا، فهو في ذمة المقر حتى يعتق.

الفرع الرابع: جنى ثم أقر بالرق، فإن كانت الجناية عمدًا، فعليه القصاص، سواء كان المجني عليه حرًا أو عبدًا. وإن كانت خطأً، فإن كان في يده مال، أخذ الأرش منه، كذا قاله البغوي، وهو خلاف قياس القولين، لأن أرش الخطأ لا يتعلق بما في يد الجاني حرًا كان أو عبدًا، وإن لم يكن في يده مال، تعلق الأرش برقبته على القولين. وقال القاضي أبو الطيب: إن قلنا: لا يُقبل إقراره فيما يضر غيره، فالأرش في بيت المال. فلو زاد الأرش على قيمة الرقبة، فالزيادة في بيت المال على هذا القول قطعًا.

الفرع الخامس: جُني عليه فقطع طرفه، ثم أقر بالرق، فإن كانت الجناية عمدًا والجاني عبدًا، اقتص منه. وإن كان حرًا، فلا قصاص، ويكون كالخطأ. وإن كانت خطأً، فإن قبلنا إقراره مطلقًا، فعلى الجاني كمال قيمته إن صارت قتلًا، وإلا، فما تقتضيه جراحة العبد. وإن قبلناه فيما يضره دون غيره وكانت الجناية قطع يد، فإن لم يزد نصفُ القيمة على نصف الدية، فالواجب نصف القيمة، وإن زاد، فهل يجب نصف الدية، أم نصف القيمة؟ وجهان: أصحهما: الأول. هذا كله تفريع على تعلق

الدية بقتل اللقيط. وفيه وجه سبق أن الواجب الأقل من الدية والقيمة، وذلك الوجه مطرد في الطرف.

**فرع:** لا فرق في جميع ما ذكرناه، بين أن يقر بالرق ابتداءً، وبين أن يدعي رقه شخص فيصدِّقه، فلو ادعى رجل رقه، فأنكره، ثم أقر له، ففي قبوله وجهان: لأنه بالإنكار لزمه أحكام الأحرار.

**فرع:** ادعى مدَّع رقه، فأنكر ولا بينة، فإن قبلنا إقراره بالرق، فله تحليفه، وإلا، فلا، إلا إذا جعلنا اليمين مع النكول كالبينة، فله التحليف.

**فصل:** إذا قذف لقيطًا صغيرًا، عزِّر، وإن كان بالغًا، حدّ إن اعترف بحريته. فإن ادعى رقه، فقال المقذوف: بل أنا حر، فالقول قول المقذوف على الأظهر. وقيل: قطعًا. ويجري الطريقان، فيما لو قطع حر طرفه وادعى رقه وقال: بل أنا حر. وقيل: يجب القصاص قطعًا، لأن الحدَّ يغني عنه التعزير، لاشتراكهما في الزجر. فإن لم نوجب القصاص، أوجبنا الدية في اليدين، ونصفها في إحداهما على الأصح. وعلى الثاني: القيمة أو نصفها. ولو قذف اللقيط واعترف بأنه حُرٌ، حُدَّ حد الأحرار. وإن ادعى أنه رقيق، وصدقه المقذوف، حُدَّ حد العبيد. وإن كذبه، فأي الحدَّين يُحَدُّ؟ قولان بناءً على إقراره، إن قبلناه مطلقًا، فحد العبيد، وإن منعناه فيما يضر غيره، فحد الأحرار. وحكى في «المعتمد» وجهًا: أنه إن أقر لمعين، قبل إقراره وحُدَّ حد العبيد، وإن لم يعيِّن، حُدَّ حد الأحرار.

# كتاب الوقف

قال المصنف رحمه الله تعالى: الوقف قربة مندوب إليها لما روى عبد الله بن عمر ﷺ «أتى النبي ﷺ وكان قد ملك مائة سهم من خيبر، فقال: قد أصبت مالًا لم أصب مثله، وقد أردت أن أتقرب به إلى الله تعالى، فقال: حبس الأصل وسبل الثمرة»[(١)].

فصل: ويجوز وقف كل عين ينتفع بها على الدوام كالعقار والحيوان والأثاث والسلاح، لما روى أبو هريرة ﷺ «أنه ذكر للنبي ﷺ أنه منع ابن جميل وخالد بن الوليد والعباس بن عبد المطلب، يعني الصدقة، فقال رسول الله ﷺ: ما نقم ابن جميل إلا أنه كان فقيرًا فأغناه الله ورسوله فأما خالد فإنكم تظلمون خالدًا، إن خالدًا قد حبس أدرعه وأعتده معًا في سبيل الله»[(٢)]، ولأنه لما أمر عمر ﷺ بتحبيس الأصل وتسبيل الثمرة، دل ذلك على جواز وقف كل ما يبقى وينتفع به.

وأما ما لا ينتفع به على الدوام كالطعام وما يشم من الريحان وما تحطم وتكسر من الحيوان فلا يجوز وقفه لأنه لا يمكن الانتفاع به على الدوام،ويجوز وقف الصغير من الرقيق والحيوان، لأنه يرجى الانتفاع به على الدوام، ولا يجوز وقف الحمل لأنه تمليك منجز فلم يصح في الحمل وحده كالبيع.

فصل: واختلف أصحابنا في الدراهم والدنانير، فمن أجاز إجارتها أجاز وقفها، ومن لم يجز إجارتها لم يجز وقفها، واختلفوا في الكلب فمنهم من قال: لا يجوز وقفه لأن الوقف تمليك والكلب لا يملك. ومنهم من قال: يجوز الوقف لأن القصد من الوقف المنفعة وفي الكلب منفعة فجاز وقفه، واختلفوا في أم الولد فمنهم من قال يجوز وقفها لأنه ينتفع بها على الدوام فهي كالأمة القنة، ومنهم من قال: لا يجوز لأنها لا تملك.

فصل: ولا يصح الوقف إلا في عين معينة، فإن وقف عبدًا غير معين أو فرسًا غير معين فالوقف باطل، لأنه إزالة ملك على وجه القربة فلم يصح في عين في الذمة كالعتق والصدقة.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٧٣٧) ومسلم في صحيحه برقم (١٦٣٢) وأبو داود في سننه برقم (٢٨٧٨) والترمذي في سننه برقم (١٣٧٥) والنسائي في سننه (٦/ ٢٣٠) وابن ماجه في سننه برقم (٢٣٩٦) وأحمد في المسند (٢/ ١٢).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (١٤٦٨) ومسلم في صحيحه برقم (١٩٨٣) وأبو داود في سننه برقم (١٦٢٣) والنسائي في سننه (٥/ ٣٣).

فصل: وما جاز وقفه جاز وقف جزء منه مشاع، لأن عمر ﷺ وقف مائة سهم من خيبر بإذن رسول الله ﷺ، لأن القصد بالوقف حبس الأصل وتسبيل المنفعة، والمشاع كالمقسوم في ذلك، ويجوز وقف علو الدار دون سفلها وسفلها دون علوها، لأنهما عينان يجوز وقفهما، فجاز وقف أحدهما دون الآخر كالعبدين.

فصل: ولا يصح الوقف إلا على بر ومعروف كالقناطر والمساجد والفقراء والأقارب، فإن وقف على ما لا قربة فيه كالبيع والكنائس وكتب التوراة والإنجيل، وعلى من يقطع الطريق أو يرتد عن الدين لم يصح، لأن القصد بالوقف القربة، وفيما ذكرناه إعانة على المعصية، وإن وقف على ذمي جاز لأنه في موضع القربة، ولهذا يجوز التصدق عليه فجاز الوقف عليه، وفي الوقف على المرتد والحربي وجهان: أحدهما: يجوز لأنه يجوز تملكيه فجاز الوقف عليه كالذمي. والثاني: لا يجوز، لأن القصد بالوقف نفع الموقوف عليه، والمرتد والحربي مأمور بقتلهما فلا معنى للوقف عليهما، وإن وقف على دابة رجل، ففيه وجهان: أحدهما: لا يجوز، لأن مؤنتها على صاحبها. والثاني: يجوز لأنه كالوقف على مالكها.

فصل: ولا يجوز أن يقف على نفسه، ولا أن يشرط لنفسه منه شيئًا. وقال أبو عبد الله الزبيري: يجوز لأن عثمان ﷺ وقف بئر رومة وقال: «دلوي فيها كدلاء المسلمين»[1]، وهذا خطأ، لأن الوقف يقتضي حبس العين وتمليك المنفعة والعين محبوسة عليه ومنفعتها مملوكة له فلم يكن للوقف معنى، ويخالف وقف عثمان ﷺ لأن ذلك وقف عام ويجوز أن يدخل في العام ما لا يدخل في الخاص، والدليل عليه أن رسول الله ﷺ كان يصلي في المساجد، وهي وقف على المسلمين، وإن كان لا يجوز أن يخص بالصدقة، ولأن في الوقف العام يدخل فيه من غير شرط، ولا يدخل في الوقف الخاص فدل على الفرق بينهما.

فصل: ولا يجوز الوقف على من لا يملك كالعبد والحمل لأنه تمليك منجز فلم يصح على من لا يملك كالهبة والصدقة.

فصل: ولا يصح الوقف على مجهول كالوقف على رجل غير معين، والوقف على من يختاره فلان لأنه تمليك منجز فلم يصح في مجهول كالبيع والهبة.

فصل: ولا يصح تعليقه على شرط مستقبل لأنه عقد يبطل بالجهالة فلم يصح تعليقه على شرط مستقبل كالبيع ولا يصح بشرط الخيار وبشرط أن يرجع فيه إذا شاء أو يبيعه إذا احتاج أو يدخل فيه من شاء، أو يخرج منه من شاء، لأنه إخراج مال على وجهه القربة، فلم يصح مع هذه الشروط كالصدقة.

فصل: ولا يجوز إلى مدة لأنه إخراج مال على وجه القربة فلم يجز إلى مدة كالعتق والصدقة.

---

(١) علقه البخاري في صحيحه (٥/ ٣٧) والترمذي في سننه برقم (٣٧٠٣) والنسائي في سننه (٦/ ٢٣٣).

فصل: ولا يجوز إلا على سبيل لا ينقطع، وذلك من وجهين: أحدهما: أن يقف على من لا ينقرض كالفقراء والمجاهدين وطلبة العلم وما أشبهها. والثاني: أن يقف على من ينقرض ثم من بعده على من لا ينقرض، مثل أن يقف على رجل بعينه، ثم على الفقراء أو على رجل ثم على عقبه ثم على الفقراء، فأما إذا وقف وقفًا منقطع الابتداء والانتهاء كالوقف على عبده أو على ولده، ولا ولد له فالوقف باطل، لأن العبد لا يملك، والولد الذي لم يخلق لا يملك، فلا يفيد الوقف عليهما شيئًا.

وإن وقف وقفًا متصل الابتداء، منقطع الانتهاء، بأن وقف على رجل بعينه ولم يزد عليه أو على رجل بعينه، ثم على عقبه ولم يزد عليه، ففيه قولان: أحدهما: أن الوقف باطل، لأن القصد بالوقف أن يتصل الثواب على الدوام، وهذا لا يوجد في هذا الوقف، لأنه قد يموت الرجل وينقطع عقبه. والثاني: أنه يصح ويصرف بعد انقراض الموقوف عليه إلى أقرب الناس إلى الواقف، لأن مقتضى الوقف الثواب على التأبيد، فحمل فيما سماه على ما شرطه وفيما سكت عنه على مقتضاه، ويصير كأنه وقف مؤبد ويقدم المسمى على غيره فإذا انقرض المسمى صرف إلى أقرب الناس إلى الواقف، لأنه من أعظم جهات الثواب، والدليل عليه قول النبي ﷺ «لا صدقة وذو رحم محتاج»[(١)].

وروى سليمان بن عامر عن النبي ﷺ قال: «صدقتك على المساكين صدقة وعلى ذي الرحم اثنتان، صدقة وصلة»[(٢)]، وهل يختص به فقراؤهم، أو يشترك فيه الفقراء والأغنياء؟ فيه قولان: أحدهما: يختص به الفقراء، لأن مصرف الصدقات إلى الفقراء. والثاني: يشترك فيه الفقراء والأغنياء، لأن في الوقف الغني والفقير سواء. وإن وقف وقفًا منقطع الابتداء متصل الانتهاء بأن وقف على عبد ثم على الفقراء، أو على رجل غير معين ثم على الفقراء، ففيه طريقان، من أصحابنا من قال: يبطل قولًا واحدًا لأن الأول باطل، والثاني فرع لأصل باطل فكان باطلًا، ومنهم من قال فيه قولان: أحدهما: أنه باطل لما ذكرناه. والثاني: أنه يصح لأنه لما بطل الأول صار كأن لم يكن، وصار الثاني أصلًا. فإذا قلنا: أنه يصح فإن كان الأول لا يمكن اعتبار انقراضه كرجل غير معين صرف إلى من بعده وهم الفقراء، لأنه لا يمكن اعتبار انقراضه فسقط حكمه، وإن كان يمكن اعتبار انقراضه كالعبد ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: ينقل في الحال إلى من بعده، لأن الذي وقف عليه في الابتداء لم

---

(١) أخرجه الطبراني في الأوسط برقم (٨٨٢٨).

(٢) أخرجه الترمذي في سننه برقم (٦٥٨) والنسائي في سننه (٥/ ٩٢) وابن ماجه في سننه برقم (١٨٤٤) وأحمد في المسند (٤/ ١٧) والدارمي في سننه (١/ ٣٩٧) والبيهقي في سننه (٧/ ٢٧).

يصح الوقف عليه، فصار كالمعدوم. والثاني: وهو المنصوص: أنه للواقف ثم لوارثه إلى أن ينقرض الموقوف عليه، ثم يجعل لمن بعده لأنه لم يوجد شرط الانتقال إلى الفقراء، فبقي على ملكه. والثالث: أن يكون لأقرباء الواقف إلى أن ينقرض الموقوف عليه ثم يجعل للفقراء، لأنه لا يمكن تركه على الواقف، لأنه أزال الملك فيه، ولا يمكن أن يجعل للفقراء لأنه لم يوجد شرط الانتقال إليهم، فكان أقرباء الواقف أحق وهل يختص به فقراؤهم؟ أو يشترك فيه الفقراء والأغنياء؟ على ما ذكرنا من القولين.

فصل: وإن وقف وقفًا مطلقًا ولم يذكر سبيله ففيه قولان: أحدهما: أن الوقف باطل لأنه تمليك فلا يصح مطلقًا، كما لو قال: بعت داري ووهبت مالي. والثاني: يصح وهو الصحيح لأنه إزالة ملك على وجه القربة فصح مطلقًا كالأضحية، فعلى هذا يكون حكمه حكم الوقف المتصل الابتداء المنقطع الانتهاء، وقد بيناه.

فصل: ولا يصح الوقف إلا بالقول، فإن بنى مسجدًا وصلَّى فيه أو أذن للناس بالصلاة فيه لم يصر وقفًا، لأنه إزالة ملك على وجهه القربة فلم يصح من غير قول مع القدرة كالعتق، وألفاظه ستة: وقفت، وحبست، وسبلت، وتصدقت، وأبدت، وحرمت.

فأما الوقف والحبس والتسبيل فهي صريحة فيه، لأن الوقف موضوع له ومعروف به، والتحبيس والتسبيل ثبت لهما عرف الشرع، فإن النبي ﷺ قال لعمر رضي الله عنه: «حبس الأصل وسبل الثمرة»[1]، وأما التصدق فهو كناية فيه، لأنه مشترك بين الوقف وصدقة التطوع، فلم يصح الوقف بمجرده، فإن اقترنت به نية الواقف أو لفظ من الألفاظ الخمسة بأن يقول: تصدقت به صدقة موقوفة، أو محبوسة، أو مسبلة، أو مؤبدة، أو محرمة، أو حكم الواقف بأن يقول: صدقة لا تباع، ولا توهب، ولا تورث صار وقفًا، لأنه مع هذه القرائن لا يحتمل غير الوقف.

وأما قوله: حرمت وأبدت ففيه وجهان: أحدهما: أنه كناية فلا يصح به الوقف إلا بإحدى القرائن التي ذكرنا، لأنه لم يثبت له عرف الشرع ولا عرف اللغة فلم يصح بمجرده كالتصدق. والثاني: أنه صريح لأن التأبيد والتحريم في غير الأبضاع لا يكون إلا بالوقف فحمل عليه.

فصل: وإذا صح الوقف لزم وانقطع تصرف الواقف فيه، لما روى ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال لعمر رضي الله عنه: «إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها، لا تباع ولا توهب ولا تورث»[2]. ويزول ملكه عن العين. ومن أصحابنا من خرج فيه

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

قولًا آخر أنه لا يزول ملكه عن العين، لأن الوقف حبس العين وتسبيل المنفعة، وذلك لا يوجب زوال الملك. والصحيح هو الأول لأنه سبب يزيل ملكه عن التصرف في العين والمنفعة فأزال الملك كالعتق. واختلف أصحابنا فيمن ينتقل الملك إليه، فمنهم من قال: ينتقل إلى الله تعالى قولًا واحدًا، لأنه حبس عين وتسبيل منفعة على وجه القربة، فأزال الملك إلى الله تعالى كالعتق.

ومنهم من قال: فيه قولان: أحدهما: أنه ينتقل إلى الله تعالى وهو الصحيح لما ذكرنا. والثاني: أنه ينتقل إلى الموقوف عليه لأن ما أزال الملك عن العين لم يزل المالية بنقل إلى الآدمي كالصدقة.

فصل: ويملك الموقوف عليه غلة الوقف، فإن كان الموقوف شجرة ملك ثمرتها وتجب عليه زكاتها، لأنه يملكها ملكًا تامًا، فوجب زكاتها عليه، فإن كان حيوانًا ملك صوفه ولبنه، لأن ذلك من غلة الوقف وفوائده، فهو كالثمرة، وهل يملك ما تلده؟ فيه وجهان: أحدهما: يملكه لأنه نماء الوقف، فأشبه الثمرة وكسب العبد. والثاني: أنه موقوف كالأم لأن كل حكم ثبت للأم يتبعها فيه الولد، كحرمة الاستيلاد في أم الولد، وإن كان جارية ملك مهرها، لأنه بدل منفعتها ولا يملك وطأها، لأن في أحد القولين لا يملكها، وفي الثاني يملكها ملكًا ضعيفًا، فلم يملك به الوطء، فإن وطئها لم يلزمه الحد لأنه في أحد القولين يملكها، وفي الثاني له شبهة ملك. وفي تزويجها وجهان: أحدهما: لا يجوز، لأنه ينقص قيمتها، وربما تلفت في الولادة، فيدخل الضرر على من بعده من أهل الوقف. والثاني: يجوز لأنه عقد على منفعتها فأشبه الإجارة. فإن قلنا أنها الموقوف عليه كان تزويجها إليه، وإن قلنا: إنها تنتقل إلى الله تعالى، كان تزويجها إلى الحاكم كالحرة التي لا ولي لها، ولا يزوجها الحاكم إلا بإذن الموقوف عليه، لأن له حقًا في منافعها فلم يملك التصرف فيها بغير إذنه، فإن أتت بولد مملوك، كان الحكم فيه كالحكم فيما تلد البهيمة.

فصل: وإن أتلفه الواقف أو أجنبي فقد اختلف أصحابنا فيه على طريقين، فمنهم من قال يبنى على القولين، فإن قلنا: أنه للموقوف عليه وجبت القيمة له لأنه بدل ملكه، وإن قلنا: أنه لله تعالى اشترى به مثله ليكون وقفًا مكانه. وقال الشيخ أبو حامد الإسفراييني: يشتري بها مثله ليكون وقفًا مكانه قولًا واحدًا، لأنا ـ وإن قلنا: أنه ينتقل إلى الموقوف عليه ـ إلا أنه لا يملك الانتفاع برقبته، وإنما يملك الانتفاع بمنفعته، ولأن في ذلك إبطال حق البطن الثاني، من الوقف، وإن أتلفه الموقوف عليه ـ فإن قلنا أنه إذا أتلفه غيره كانت القيمة له ـ لم تجب عليه، لأنها تجب له، وإن قلنا: يشتري بها ما يكون وقفًا مكانه أخذت القيمة منه واشترى بها ما يكون مكانه.

وإن كان الوقف جارية فوطئها رجل بشبهة، فأتت منه بولد ففي قيمة الولد ما ذكرناه من الطريقين في قيمة الوقف إذا أتلف، وإن كان الوقف عبدًا فجنى

جناية توجب المال، لم يتعلق برقبته، لأنها ليست بمحل للبيع، فإن قلنا: إنه للموقوف عليه، وجب الضمان عليه. وإن قلنا: إنه لله تعالى ففيه ثلاثة أوجه: أحدها: يلزم الواقف، وهو قول أبي إسحاق وهو الصحيح، لأنه منع من بيعه ولم يبلغ به حالة يتعلق الأرش بذمته فلزمه أن يفديه كأم الولد. والثاني: أنه يجب في بيت المال لأنه لا يمكن إيجابه على الواقف لأنه لا يملكه، ولا على الموقوف عليه لأنه لا يملكه، فلم يبق إلا بيت المال. والثالث: أنه يجب في كسبه لأنه كان محله الرقبة، ولا يمكن تعليقه عليها فتعلق بكسبه لأنه مستفاد من الرقبة، ويجب أقل الأمرين من قيمته، أو أرش الجناية، لأنه لا يمكن بيعه كأم الولد.

فصل: وتصرف الغلة على شرط الواقف من الأثرة والتسوية والتفضيل والتقديم والتأخير والجمع والترتيب، وإدخال من شاء بصفة وإخراجه بصفة، لأن الصحابة ﷺ وقفوا وكتبوا شروطهم، فكتب عمر بن الخطاب ﷺ صدقة السائل والمحروم، والضيف ولذي القربى وابن السبيل، وفي سبيل الله، وكتب علي كرم الله وجهه بصدقته «ابتغاء مرضاة الله ليولجني الجنة، ويصرف النار عن وجهي ويصرفني عن النار، في سبيل الله، وذي الرحم والقريب والبعيد، لا يباع ولا يورث»، وكتبت فاطمة ﷺ بنت رسول الله ﷺ لنساء رسول الله ﷺ وفقراء بني هاشم وبني المطلب.

فصل: فإن قال: وقفت على أولادي دخل فيه الذكر والأنثى والخنثى، لأن الجميع أولاده، ولا يدخل فيه ولد الولد، لأن ولده حقيقة ولد من صلبه، فإن كان له حمل لم يدخل فيه حتى ينفصل، فإذا انفصل استحق ما يحدث من الغلة بعد الانفصال، دون ما كان حدث قبل الانفصال، لأنه قبل الانفصال لا يسمى ولدًا، وإن وقف على ولده، وله ولد فنفاه باللعان، لم يدخل فيه.

وقال أبو إسحاق: يدخل فيه لأن اللعان يسقط النسب في حق الزوج، ولا يتعلق به حكم سواه، ولهذا تنقضي به العدة، والمذهب الأول لأن الوقف على ولده، وباللعان قد بان أنه ليس بولده، فلم يدخل فيه، وإن وقف على أولاد أولاده دخل فيه أولاد البنين وأولاد البنات، لأن الجميع أولاد أولاده، فإن قال على نسلي أو عقبي أو في ذريتي دخل فيه أولاد البنين وأولاد البنات قربوا أو بعدوا، لأن الجميع من نسله وعقبه وذريته، ولهذا قال الله تعالى: ﴿وَمِن ذُرِّيَّتِهِۦ دَاوُۥدَ وَسُلَيْمَٰنَ وَأَيُّوبَ وَيُوسُفَ وَمُوسَىٰ وَهَٰرُونَۚ وَكَذَٰلِكَ نَجْزِي ٱلْمُحْسِنِينَ ﴿٨٤﴾ وَزَكَرِيَّا وَيَحْيَىٰ وَعِيسَىٰ وَإِلْيَاسَۖ كُلٌّ مِّنَ ٱلصَّٰلِحِينَ﴾ [الأنعام: ٨٤ ـ ٨٥]... فجعل هؤلاء كلهم من ذريته على البعد، وجعل عيسى من ذريته وهو ينسب إليه بالأم، فإن وقف على عترته فقد قال ابن الأعرابي وثعلب: هم ذريته. وقال القتيبي: هم عشيرته.

وإن وقف على من ينسب إليه لم يدخل فيه أولاد البنات، لأنهم لا ينسبون إليه. ولهذا قال الشاعر:

بنونا بنو أبنائنا، وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأجانب

وإن وقف على البنين لم يدخل فيه الخنثى المشكل، لأنا لا نعلم أنه من البنين فإن وقف على البنات لم يدخل فيه، لأنا لا نعلم أنه من لبنات، فإن وقف على البنين والبنات ففيه وجهان: أحدهما: أنه لا يدخل فيه، لأنه ليس من البنين ولا من البنات. والثاني: أنه يدخل لأنه لا يخلو من أن يكون ابنًا أو بنتًا. وإن أشكل علينا ـ فإن وقف على بني زيد ـ لم يدخل فيه بناته، فإن وقف على بني تميم وقلنا: إن الوقف صحيح ففيه وجهان: أحدهما: لا يدخل فيه البنات لأن البنين اسم للذكور حقيقة. والثاني: يدخلن فيه، لأنه إذا أطلق اسم القبيلة دخل فيه كل من ينسب إليها من الرجال والنساء.

فصل: وإن قال وقفت على أولادي فإن انقرض أولادي وأولاد أولادي فعلى الفقراء لم يدخل فيه ولد الولد، ويكون هذا وقفًا منقطع الوسط فيكون على قولين كالوقف المنقطع الانتهاء. ومن أصحابنا من قال يدخل فيه أولاد الأولاد بعد انقراض ولد الصلب، لأنه لما شرط انقراضهم دل على أنهم يستحقون كولد الصلب، والصحيح هو الأول، لأنه لم يشرط شيئًا، وإنما شرط انقراضهم لاستحقاق غيرهم.

فصل: وإن وقف على أقاربه دخل فيه كل من تعرف قرابته، فإن كان للواقف أب يعرف به وينسب إليه دخل في وقفه كل من ينسب إلى ذلك الأب، ولا يدخل فيه من ينسب إلى أخي الأب أو أبيه، فإن وقف الشافعي رحمه الله لأقاربه دخل فيه كل من ينسب إلى شافع بن السائب، لأنهم يعرفون بقرابته، ولا يدخل فيه من ينسب إلى علي وعباس بن السائب، ولا من ينسب إلى السائب، لأنهم لا يعرفون بقرابته، ويستوي فيه من قرب وبعد من أقاربه، ويستوي فيه الذكر والأنثى لتساوي الجميع في القرابة، فإن حدث قريب بعد الوقف دخل فيه. وذكر البويطي أنه لا يدخل فيه، وهذا غلط من البويطي لأنه لا خلاف أنه إذا وقف على أولاده دخل فيه من يحدث من أولاده.

فصل: وإن وقف على أقرب الناس إليه ولم يكن له أبوان صرف إلى الولد ذكرًا كان أو أنثى لأنه أقرب من غيره، لأنه جزء منه، فإن لم يكن له ولد فإلى ولد الولد من البنين والبنات، فإن لم يكن ولد ولا ولد ولد، وله أحد الأبوين صرف إليه لأنهما أقرب من غيرهما، فإن اجتمعا استويا، فإن لم يكونا صرف إلى أبيهما الأقرب فالأقرب، فإن كان له أب وابن ففيه وجهان:

أحدهما: أنهما سواء لأنهما في درجة واحدة في القرب. والثاني: يقدم الابن لأنه أقوى تعصيبًا من الأب، فإن قلنا: أنهما سواء قدم الأب على ابن الابن لأنه أقرب منه، وإن قلنا: يقدم الابن قدم ابن الابن على الأب لأنه أقوى تعصيبًا منه، فإن لم يكن أبوان ولا ولد وله أخوة صرف إليهم لأنهم أقرب من غيرهم، فإن اجتمع أخ من أب وأخ من أم استويا، وإن كان أحدهما من الأب والأم، والآخر من أحدهما، قدم الذي من الأب والأم، لأنه أقرب، فإن لم يكن اخوة صرف إلى بني

الأخوة على ترتيب آبائهم، فإن كان له جد وأخ ففيه قولان:

أحدهما: أنهما سواء لتساويهما في القرب، ولهذا سوينا بينهما في الإرث.

والثاني: يقدم الأخ لأن تعصيبه تعصيب الأولاد، فإذا قلنا: أنهما سواء قدم الجد على ابن الأخ، وإن قلنا: يقدم الأخ فابن الأخ وإن سفل أولى من الجد، فإن لم يكن أخوة وله أعمام صرف إليهم ثم إلى أولادهم على ترتيب الأخوة وأولادهم، فإن كان له عم وأبو جد فعلى القولين في الجد والأخ،وإن كان له عم وخال أو عمة وخالة أو ولدهما فهما سواء، فإن كان له جدتان إحداهما تدلي بقرابتين والأخرى بقرابة، فالتي تدلي بقرابتين أولى لأنهما أقرب، ومن أصحابنا من قال إن قلنا: إن السدس بينهما في الميراث استويا في الوقف.

فصل: وإن وقف على جماعة من أقرب الناس إليه صرف إلى ثلاثة من أقرب الأقارب، فإن وجد بعض الثلاثة في درجة والباقي في درجة أبعد، استوفى ما أمكن من العدد من الأقرب وتمم الباقي من الدرجة الأبعد، لأنه شرط الأقرب والعدد، فوجب اعتبارهما.

فصل: وإن وقف على مواليه وله مولى من أعلى ومولى من أسفل، ففيه ثلاثة أوجه: أحدها: يصرف إليهما لأن الاسم يتناولهما. والثاني: يصرف إلى المولى من أعلى، لأن له مزية بالعتق والتعصيب. والثالث: أن الوقف باطل لأنه ليس حمله على أحدهما بأولى من حمله على الآخر، ولا يجوز الحمل عليهما لأن المولى في أحدهما بمعنى، وفي الآخر بمعنى آخر، فلا تصح إرادتهما بلفظ واحد فبطل.

فصل: وإن وقف على زيد وعمرو وبكر ثم على الفقراء فمات زيد صرف إلى من بقي من أهل الوقف، فإذا انقرضوا صرف إلى الفقراء، وقال أبو علي الطبري: يرجع إلى الفقراء، لأنه لما جعل لهم إذا انقرضوا، وجب أن تكون حصة كل واحد منهم لهم إذا انقرض، والمنصوص في حرملة هو الأول لأنه لا يمكن نقله إلى الفقراء، لأنه قبل انقراضهم لم يوجد شرط النقل إلى الفقراء، ولا يمكن رده إلى الواقف، لأنه أزال ملكه عنه، فكان أهل الوقف أحق به.

فصل: وإن وقف مسجدًا فخرب المكان وانقطعت الصلاة فيه، لم يعد إلى الملك، ولم يجز له التصرف فيه، لأن ما زال الملك فيه لحق الله تعالى، لا يعود إلى الملك بالاختلال، كما لو أعتق عبدًا ثم زمن، وإن وقف نخلة فجفت أو بهيمة فزمنت أو جذوعًا على مسجد فتكسرت، ففيه وجهان: أحدهما: لا يجوز بيعه لما ذكرناه في المسجد. والثاني: يجوز بيعه لأنه لا يرجى منفعته، فكان بيعه أولى من تركه بخلاف المسجد، فإن المسجد يمكن الصلاة فيه مع خرابه، وقد يعمر الموضع فيصلى فيه، فإن قلنا: تباع كان الحكم في ثمنه حكم القيمة التي توجد من متلف الوقف، وقد بيناه، وإن وقف شيئًا على ثغر فبطل الثغر كطرسوس أو

**على مسجد فاختل المكان حفظ الارتفاع، ولا يصرف إلى غيره لجواز أن يرجع كما كان.**

**فصل: وإن احتاج الوقف إلى نفقه، انفق عليه من حيث شرط الواقف، لأنه لما اعتبر شرطه في سبيله اعتبر شرطه في نفقته كالمالك في أمواله، وإن لم يشترط، انفق عليه من غلته، لأنه لا يمكن الانتفاع به إلا بالنفقة، فحمل الوقف عليه، وإن لم يكن له غلة فهو على القولين إن قلنا: إنه لله تعالى كانت نفقته في بيت المال، كالحر المعسر الذي لا كسب له، وإن قلنا: للموقوف عليه كانت نفقته عليه.**

**فصل: والنظر في الوقف إلى من شرطه الواقف، لأن الصحابة ﷺ وقفوا وشرطوا من ينظر «فجعل عمر ﷺ إلى حفصة ﷺ، وإذا توفيت فإنه إلى ذوي الرأي من أهلها»، ولأن سبيله إلى شرطه فكان النظر إلى من شرطه.**

**وإن وقف ولم يشرط الناظر ففيه ثلاثة أوجه: أحدها: أنه إلى الواقف لأنه كان النظر إليه، فإذا لم يشرطه بقي على نظره. والثاني: أنه للموقوف عليه، لأن الغلة له فكان النظر إليه. والثالث: إلى الحاكم لأنه يتعلق به حق الموقوف عليه، وحق من ينتقل إليه، فكان الحاكم أولى. فإن جعل الواقف النظر إلى اثنين من أفاضل ولده ولم يوجد فيهم فاضل إلا واحد ضم الحاكم إليه آخر، لأن الواقف لم يرض فيه بنظر واحد.**

**فصل: إذا اختلف أرباب الوقف في شروط الوقف وسبيله، ولا بينة، جعل بينهم بالسوية، فإن كان الواقف حيًا رجع إلى قوله، لأنه ثبت بقوله فرجع إليه.**

**الشرح:** الوقف هو حبس عين يمكن الانتفاع بها مع بقائها، تقربًا إلى الله تعالى، فهو حبس الأصل وتسبيل الثمرة، مثاله: أن يوقف دارًا ويؤجرها ويصرف الأجرة على المحتاجين أو المساجد أو طباعة الكتب الدينية أو نحو ذلك. وقوله: «حبس الأصل وسبل الثمرة» الحبس ضد الإطلاق والتخلية أي اجعله محبوسًا لا يباع ولا يوهب، وسبل الثمرة أي اجعل لها سبيلًا أي طريقًا لمصرفها، والأثاث متاع البيت، والأدرع جمع درع، والأعتد جمع عتاد وهو أهبة الحرب من السلاح، وقوله: «مشاعًا» أي مشتركًا غير مقسوم، وقوله: «ينقرض» أي ينقطع، والقناطر جمع قنطرة وهي الطريق فوق المار وهي الجسر أيضًا، والأثرة أن يخص قومًا دون قوم، وقوله: «والمحروم» أي الممنوع الرزق، وقوله: «ليولجني» أي يدخلني، وابن السبيل هو المسافر، والثغر هو الموضع يظهر منه العدو، وقوله: «حفظ الارتفاع» هو علة الوقف.

أما الأحكام: فأركان الوقف أربعة:

الركن الأول: الواقف، ويشترط كونه صحيح العبارة، أهلًا للتبرع.

الركن الثاني: الموقوف، وهو كل عين معينة مملوكة ملكًا يقبل النقل يحصل منها فائدة أو منفعة تستأجر لها. احترزنا بالعين، حق المنفعة، وعن الوقف، الملتزم في الذمة، وبالمعينة، عن وقف أحد عبديه، وبالمملوكة، عمّا لا يملك، وبقبول النقل، عن أم الولد والملاهي. وأردنا بالفائدة: الثمرة واللبن ونحوهما، وبالمنفعة: السكنى واللبس ونحوهما. وقولنا: تستأجر لها، احتراز من الطعام ونحوه. ونوضحه بمسائل:

إحداها: يجوز وقف العقار والمنقول، كالعبيد، والثياب، والدواب، والسلاح، والمصاحف، والكتب، سواء المقسوم والمشاع، كنصف دار ونصف عبد، ولا يسري الوقف من نصف إلى نصف.

**فرع:** وقف نصف عبد، ثم أعتق النصف الآخر، لم يعتق الموقوف.

الثانية: يجوز وقف ما يُراد لعين تستفاد منه، كالأشجار للثمار، والحيوان للبن والصوف والوبر والبيض، وما يراد لمنفعة تستوفى منه، كالدار، والأرض. ولا يشترط حصول المنفعة والفائدة في الحال، بل يجوز وقف العبد والجحش الصغيرين، والزّمن الذي يرجى زوال زمانته، كما يجوز نكاح الرضيعة.

الثالثة: لا يصح وقف الحر نفسه، لأن رقبته غير مملوكة، وكذلك مالك منافع الأموال دون رقابها، لا يصح وقفه إياها، سواء ملك مؤقتًا، كالمستأجر، أم مؤبدًا، كالموصى له بالمنفعة.

الرابعة: لا يصح وقف أم الولد على الأصح. فإن صححنا فمات السيد، عتقت. قال المتولي: لا يبطل الوقف، بل تبقى منافعها للموقوف عليه، كما لو أجرها ومات.

وقال الإمام: تبطل، لأن الحرية تنافي الوقف، بخلاف الإجارة، وهذا مقتضى كلام ابن كج، ويجري الوجهان في صحة وقف المكاتب، ويصح وقف المعلَّق عتقه بصفة. فإذا وجدت الصفة، فإن قلنا: الملك في الوقف للواقف، أو لله تعالى، عتق وبطل الوقف. وإن قلنا: للموقوف عليه، لم يعتق ويبقى الوقف بحاله. ويجوز وقف المدَّبر، ثم هو رجوع إن قلنا: التدبير وصية، فإن قلنا: تعليق بصفة، فهو كالمعلَّق عتقه.

الخامسة: لا يصح وقف الكلب المعلَّم على الأصح. وقيل: لا يصح قطعًا، لأنه غير مملوك.

السادسة: في وقف الدراهم والدنانير وجهان: كإجارتهما، إن جوزّناها، صح الوقف لتكرى، ويصح وقف الحلي لغرض اللبس. وحكى الإمام أنهم ألحقوا

الدراهم ليصاغ منها الحلي بوقف العبد الصغير، وتردَّد هو فيه.

السابعة: لا يصح وقف ما لا يدوم الانتفاع به، كالمطعوم والرياحين المشمومة، لسرعة فسادها.

الثامنة: وقف ثوبًا أو عبدًا في الذمة، لم يصح كما لو أعتق عبدًا في الذمة. ولو وقف أحد عبديه، لم يصح على الصحيح كالبيع. وقيل: يصح كالعتق.

التاسعة: يجوز وقف علو الدار دون سفلها.

العاشرة: يصح وقف الفحل للضراب، بخلاف إجارته، لأن الوقف قربة يحتمل فيها ما لا يحتمل في المعاوضات.

الحادية عشرة: لا يصح وقف الملاهي.

**فرع:** أجر أرضه ثم وقفها، صح على المذهب، وبه قطع الشيخ أبو علي، لأنه مملوك بشرائطه، وليس فيه إلا العجز عن صرف منفعته إلى جهة الوقف في الحال، وذلك لا يمنع الصحة، كما لو وقف ماله في يد الغاصب. وفي فتاوى القفال: أنه على الخلاف في الوقف المنقطع الأول. وقيل: إن وقفه على المسجد صح، لمشابهته الإعتاق، وإن وقف على إنسان، فخلاف.

**فرع:** استأجر أرضًا ليبني فيها، أو يغرس، ففعل، ثم وقف البناء والغراس، صح على الأصح. ولو وقف هذا أرضه، وهذا بناءه، صح بلا خلاف، كما لو باعاه. وإذا قلنا بالصحة، ومضت المدة، وقلع مالك الأرض البناء، فإن بقي منتفعًا به بعد القلع، فهو وقف كما كان. وإن لم يبق، فهل يصير ملكًا للموقوف عليه؟ أم يرجع إلى الواقف؟ فيه وجهان: وأرش النقص الذي يؤخذ من القالع، يسلك به مسلك الوقف.

الركن الثالث: الموقوف عليه، وهو قسمان:

القسم الأول: أن يكون شخصًا معينًا، أو جماعة معينين، فشرطه أن يمكن تمليكه، فيجوز الوقف على ذمي من مسلم وذمي، كما تجوز الوصية له، ولا يصح الوقف على الحربي والمرتد على الأصح، لأنهما لا دوام لهما.

**فرع:** لا يصح الوقف على من لا يملك، كالجنين، ولا يصح على العبد نفسه، قال جماعة: هذا تفريع على قولنا: لا يملك. فإن ملَّكناه، صح الوقف عليه. وإذا عتق، كان له دون سيده، وعلى هذا قال المتولي: لو وقف على عبد فلان وملَّكناه، صح وكان الاستحقاق متعلقًا بكونه عبد فلان، حتى لو باعه أو وهبه، زال الاستحقاق. ولك أن تقول: الخلاف في أنه هل يملك مخصوص بما إذا ملّكه السيد؟ فأما إذا ملكه غيره، فلا يملك بلا خلاف، وحينئذٍ إذا كان الواقف غير السيد،

كان الوقف على من لا يملك. أما إذا أطلق الوقف عليه، فهو وقف على سيده. كما لو وهب له، أو أوصى له، وإذا شرطنا القبول، جاء خلاف في استقلاله به، كالخلاف في أنه هل يستقلّ بقبول الهبة والوصية، وقد سبق في باب معاملات العبيد.

**فرع:** لو وقف على مكاتَب، قال الشيخ أبو حامد: لا يصح كالوقف على القن. وقال المتولي: يصح في الحال وتصرف الفوائد إليه، ونديم حكمه إذا عتق إن أطلق الوقف. وإن قال: تصرف الفوائد إليه ما دام مكاتَبًا، بطل استحقاقه. وإن عجز، بان لنا أن الوقف منقطع الابتداء.

**فرع:** وقف على بهيمة وأطلق، هل هو كالوقف على العبد حتى يكون وقفًا على مالكها؟ وجهان: أصحهما: لا، لأنها ليست أهلًا بحال. ولهذا لا تجوز الهبة لها والوصية. والثاني: نعم. واختار القاضي أبو الطيب أنه يصح وينفق عليها منه ما بقيت، وعلى هذا، فالقبول لا يكون إلا من المالك. وحكى المتولي في قوله: وقفت على علف بهيمة فلان، أو بهائم القرية، وجهين كصورة الإطلاق، قال: والخلاف فيما إذا كانت البهيمة مملوكة. فلو وقف على الوحوش، أو علف الطيور المباحة، فلا يصح بلا خلاف.

**فرع:** في وقف الإنسان على نفسه وجهان: أصحهما: بطلانه، وهو المنصوص. والثاني: يصح، قاله الزبيري. وحكى ابن سريج أيضًا، وحكى عنه ابن كج: أنه يصح الوقف، ويلغو شرطه، وهذا بناءً على أنه إذا اقتصر على قوله: وقفت، صح، وينبغي أن يطرد في الوقف على من لا يجوز مطلقًا. ولو وقف على الفقراء، وشرط أن تقضى من غلة الوقف زكاته ديونه، فهذا وقف على نفسه وغيره ففيه الخلاف. وكذلك لو شرط أن يأكل من ثماره، أو ينتفع به ولو استبقى الواقف لنفسه التولية، وشرط أجرة، وقلنا: لا يجوز أن يقف على نفسه، ففي صحة هذا الشرط وجهان كالوجهين في الهاشمي هل يجوز أن يأخذ سهم العاملين إذا عمل على الزكاة.

والأرجح هنا جوازه. قال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح: ويتقيَّد ذلك بأجرة المثل، ولا يجوِّز الزيادة إلا من أجاز الوقف على نفسه. والله أعلم.

ولو وقف على الفقراء، ثم صار فقيرًا، ففي جواز أخذه وجهان إذا قلنا: لا يقف على نفسه، لأنه لم يقصد نفسه وقد وجدت الصفة، ويشبه أن يكون الأصح الجواز، ورجح الغزالي المنع، لأن مطلقه ينصرف إلى غيره. وأعلم أن للواقف أن ينتفع بأوقافه العامة كآحاد الناس، كالصلاة في بقعة جعلها مسجدًا، والشرب من بئر وقفها ونحو ذلك.

**فرع:** لو قال لرجلين: وقفت على أحدكما، لم يصح، وفيه احتمال عن الشيخ أبي محمد.

القسم الثاني: الوقف على غير معين، كالفقراء والمساكين، وهذا يسمى وقفًا على الجهة، لأن الواقف يقصد جهة الفقر والمسكنة، لا شخصًا بعينه، فينظر في الجهة، إن كانت على المعصية، كعمارة الكنيسة وقناديلها وحصرها، وكتب التوراة والإنجيل، لم يصح، سواء وقفه مسلم أو ذمي، فنبطله إذا ترافعوا إلينا. أما ما وقفوه قبل المبعث على كنائسهم القديمة، فنقرُّه حيث نقرُّ الكنائس. ولو وقف لسلاح قطَّاع الطريق، أو لآلات سائر المعاصي، فباطل قطعًا. وإن لم تكن جهة معصية، نظر، فإن ظهر فيه قصد القربة، كالوقف على المساكين، وفي سبيل الله تعالى، والعلماء والمتعلمين، والمساجد والمدارس والربط والقناطر، صح الوقف.

وإن لم يظهر القربة، كالوقف على الأغنياء، فوجهان: بناءً على أن المرعي بالوقف على الموصوفين جهة القربة، أم التمليك؟ فحكى الإمام عن المعظم: أنه القربة، ولهذا لا يجب استيعاب المساكين، بل يجوز الاقتصار على ثلاثة منهم. وعن القفال أنه قال: التمليك كالوصية وكالوقف على المعيَّن، وهذا الوجه اختيار الإمام وشيخه، وطرق العراقيين توافقه، حتى ذكروا أن الوقف على المساجد والربط، تمليك المسلمين منفعة الوقف. فإن قلنا بالأول، لم يصح الوقف على الأغنياء واليهود والنصارى والفسَّاق، والأصح: الجميع. ويجوز أن يخرَّج على هذا الأصل، الخلاف في صحة الوقف على قبيلة كالعلوية وغيرهم ممن لا ينحصر فيهم. في صحته قولان كالوصية لهم فإن راعينا القربة، صح، وإلا، فلا، لتعذر الاستيعاب، والأشبه بكلام الأكثرين ترجيح كونه تمليكًا، وتصحيح الوقف على هؤلاء. ولهذا صحح صاحب «الشامل» الوقف على النازلين في الكنائس من مارة أهل الذمة وقال: هو وقف عليهم، لا على الكنيسة، لكن الأحسن توسط لبعض المتأخرين، وهو تصحيح الوقف على الأغنياء، وإبطاله على اليهود والنصارى وقطاع الطريق وسائر الفسَّاق، لتضمنه الإعانة على المعصية.

**فصل:** في مسائل تتعلق بهذا الركن: إحداها: يجوز الوقف على سبيل الله، وهم المستحقون سهم الزكاة.

الثانية: إذا وقف على سبيل البر، أو الخير، أو الثواب، صح، ويصرف إلى أقارب الواقف. فإن لم يوجدوا، فإلى أهل الزكاة. وقال في «التهذيب»: الموقوف على سبيل البِرِّ أو الخير أو الثواب، يجوز صرفه إلى ما فيه صلاح المسلمين من أهل الزكاة، وإصلاح القناطر، وسدِّ الثغور، ودفن الموتى وغيرها، وقال بعض

أصحاب الإمام: إن وقف على جهة الخير، صرف في مصارف الزكاة، ولا يبنى به مسجد ولا رباط. وإن وقف على جهة الثواب، صرف إلى أقاربه. والذي قطع به الأكثرون، ما قدمناه. قالوا: ولو جمع بين سبيل الله تعالى، وسبيل الثواب، وسبيل الخير، صرف الثلث إلى الغزاة، والثلث إلى أقاربه، والثلث إلى الفقراء والمساكين والغارمين وابن السبيل وفي الرقاب، وهذا يخالف ما سبق.

الثالثة: يصح الوقف على أكفان الموتى، ومؤنة الغسَّالين والحفَّارين، وعلى شراء الأواني والظروف لمن تكسَّرت عليه.

الرابعة: يصح الوقف على المتفقِّهة ـ وهم المشتغلون بتحصيل الفقه ـ مبتدئِهم ومنتهيهم، وعلى الفقهاء، ويدخل فيه من حصل منه شيئًا وإن قل.

الخامسة: الوقف على الصوفية، حكي عن الشيخ أبي محمد أنه باطل، إذ ليس للتصوف حدٌّ يعرف، والصحيح المعروف صحته، وهم المشتغلون بالعبادة في أغلب الأوقات، المعرضون عن الدنيا. وفصَّله الغزالي في «الفتاوى» فقال: لا بد في الصوفي من العدالة وترك الحرفة، ولا بأس بالوراقة والخياطة وشبههما إذا تعاطاها أحيانًا في الرباط لا في الحانوت، ولا تقدح قدرته على الكسب، ولا اشتغاله بالوعظ والتدريس، ولا أن يكون له من المال قدر لا تجب فيه الزكاة، أو لا يفي دخله بخرجه، وتقدح الثروة الظاهرة والعروض الكثيرة، ولا بد أن يكون في زيِّ القوم، إلا أن يكون مساكنًا، فتقوم المخالطة والمساكنة مقام الزِّيِّ، قال: ولا يشترط لبس المرقَّعة من شيخ، وكذلك ذكر المتولي.

السادسة: وقف على الأرقَّاء الموقوفين لسدانة الكعبة وخدمةِ قبر رسول الله ﷺ، صح على الأصح.

السابعة: لو وقف على دار أو حانوت، قال الحناطي: لا يصح إلا أن يقول: وقفت على هذه الدار على أن يأكل فوائده طارقوها، فيصح على الأصح.

الثامنة: وقف على المقبرة لتصرف الغلَّة في عمارة القبور، قال المتولي: لا يصح، لأن الموتى صائرون إلى البلى، فلا تليق بهم العمارة.

التاسعة: وقف ضيعة على المؤن التي تقع في قرية كذا من جهة السلطان، ففي فتاوى القفال: أنه صحيح، وصيغته أن يقول: تصدقت بهذه الضيعة صدقة محرمة على أن تستغل، فما فضل عن عمارتها صرف إلى هذه المؤن.

العاشرة: في فتاوى القفال، أنه لو قال: وقفت هذه البقرة على الرباط الفلاني ليشرب من لبنها مَن نزله، أو ينفق من نسلها عليه، صح، فإن اقتصر على قوله: وقفتها عليه، لم يصح وإن كنا نعلم أنه يريده، لأن الاعتبار باللفظ.

وقد بقيت مسائل من هذا الفصل تأتي منثورة في آخر الباب إن شاء الله تعالى.

الركن الرابع: الصيغة، فلا يصح الوقف إلا بلفظ، لأنه تمليك للعين والمنفعة، أو المنفعة، فأشبه سائر التمليكات، لأن العتق مع قوته وسرايته لا يصح إلا بلفظ، فهذا أولى. فلو بنى على هيئة المساجد أو على غير هيئتها، وأذن في الصلاة فيه، لم يصر مسجدًا، وكذا لو أذن في الدفن في ملكه، لم يصر مقبرة سواء صلِّي في ذاك ودُفن في ذا، أم لا.

وألفاظ الوقف على مراتب:

إحداها: قوله: وقفت كذا، أو حبَّست، أو سبَّلت، أو أرضي موقوفة، أو محبَّسة، أو مسبَّلة، فكل لفظ من هذا صريح، هذا هو الصحيح الذي قطع به الجمهور. وفي وجه: كل هذا كناية، وفي وجه: الوقف صريح، والباقي كناية، وفي وجه: التسبيل كناية والباقي صريح.

الثانية: قوله: حرّمت هذه البقعة للمساكين أو أبَّدتها، أو داري محرَّمة أو مؤبّدة، كناية على المذهب، لأنها لا تستعمل إلا مؤكِّدة للأولى.

الثالثة: تصدقت بهذه البقعة، ليس بصريح، فإن زاد معه شيئًا، فالزيادة لفظ أو نية، فأما اللفظ، ففيه أوجه: أصحها: إن قرن به بعض الألفاظ السابقة، بأن قال: صدقة محرَّمة، أو محبَّسة، أو موقوفة، أو قرن به حكم الوقف فقال: صدقة لا تباع ولا توهب، التحق بالصريح، لانصرافه بهذا عن التمليك المحض. والثاني: لا يكفي قوله: صدقة محرّمة أو مؤبدة، بل لا بد من التقييد بأنها لا تباع ولا توهب، ويشبه أن لا يعتبر هذا القائل في قوله: صدقة موقوفة مثل هذا التقييد. والثالث: لا يكون صريحًا بلفظٍ ما، لأنه صريح في التمليك المحض.

وأما النية، فإن أضاف إلى جهة عامة بأن قال: تصدقت به على المساكين ونوى الوقف، فوجهان: أحدهما: أن النية لا تلتحق باللفظ في الصرف عن صريح الصدقة إلى غيره. وأصحهما: تلتحق فيصير وقفًا. وإن أضاف إلى معيَّن فقال: تصدقت عليك، أو قاله لجماعة معينين، لم يكن وقفًا على الصحيح، بل ينفذ فيما هو صريح فيه وهو التمليك المحض، كذا قاله الإمام. ولك أن تقول: تجريد لفظ الصدقة عن القرائن اللفظية، يمكن تصويره في الجهات العامة، ولا يمكن في معينين إذا لم نجوز الوقف المنقطع، فإنه يحتاج إلى بيان المصارف بعد المعيَّنين، وحينئذ فالمأتيُّ به لا يحتمله غير الوقف، كما أن قوله: تصدقت به صدقة محرَّمة أو موقوفة، لا يحتمل غير الوقف.

**فرع:** لو قال: جعلت هذا المكان مسجدًا، صار مسجدًا على الأصح،

لإشعاره بالمقصود واشتهاره فيه. وقطع الأستاذ أبو طاهر والمتولي والبغوي، بأنه لا يصير مسجدًا، لأنه لم يوجد شيء من ألفاظ الوقف. قال الأستاذ: فإن قال: جعلته مسجدًا لله تعالى، صار مسجدًا. وحكى الإمام خلافًا للأصحاب في استعمال لفظ الوقف فيما يضاهي التجريد، كقوله: وقفت هذه البقعة على صلاة المصلِّين وهو يريد جعلها مسجدًا، والأصح صحته.

**فصل:** إذا كان الوقف على جهة، كالفقراء، وعلى المسجد والرباط، لم يشترط القبول. ولو قال: جعلت هذا للمسجد، فهو تمليك لا وقف، فيشترط قبول القيِّم وقبضه كما لو وهب شيئًا لصبي. وإن كان الوقف على شخص أو جماعة معينين، فوجهان: أصحهما: عند الإمام وآخرين: اشتراط القبول. فعلى هذا، فليكن متصلًا بالإيجاب كما في البيع والهبة. والثاني: لا يشترط كالعتق، وبه قطع البغوي والروياني. قال الروياني: لا يحتاج لزوم الوقف إلى القبول، لكن لا يملك عليه إلا بالاختيار، ويكفي الأخذ دليلًا على الاختيار. وخص المتولي الوجهين بقولنا: ينتقل الملك في الموقوف إلى الموقوف عليه، وإلا، فلا يشترط قطعًا.

وسواء شرطنا القبول، أم لا، لو ردّه بطل حقه كالوصية والوكالة، وشذ البغوي فقال: لا يبطل بالرد كالعتق. فعلى الصحيح: لو رد ثم رجع، قال الروياني: إن رجع قبل حكم الحاكم برده إلى غيره، كان له. وإن حكم به لغيره، بطل حقه. هذا في البطن الأول، أما البطن الثاني والثالث: فنقل الإمام والغزالي، أنه لا يشترط قبوله قطعًا، لأن استحقاقهم لا يتصل بالإيجاب، ونقلا في ارتداده بردِّهم وجهين: لأن الوقف قد ثبت ولزم فيبعد انقطاعه، وأجرى المتولي الخلاف في اشتراط قبولهم وارتداده بردِّهم بناءً على أنهم يتلقَّون الحق من الواقف، أم من البطن الأول؟ إن قلنا بالأول، فقبولهم وردُّهم كقبول الأولين وردهم، وإلا، فلا يعتبر قبولهم وردهم كالميراث، وهذا أحسن، ولا يبعد أن لا يتصل الاستحقاق بالإيجاب مع اشتراط القبول، كما في الوصية.

الطرف الثاني: في شروط الوقف، وهي أربعة:

الشرط الأول: التأبيد، بأن يقف على من لا ينقرض، كالفقراء والمساكين، أو على من ينقرض ثم على من لا ينقرض، كقوله: وقفت على ولدي ثم على الفقراء، أو على زيد ثم عقبه. ثم الفقراء والمساجد والربط والقناطر، كالفقراء والمساكين، فإن عين مساجد أو قناطر، فوجهان: وفي معنى الفقراء العلماء على الصحيح، وفي فتاوى القفال خلافه، لأنهم قد ينقطعون.

**فصل:** لو قال: وقفت هذا سنة، فالصحيح الذي قطع به الجمهور، أن

الوقف باطل. وقيل: يصح وينتهي بانتهاء المدة. وقيل: الوقف الذي لا يشترط فيه القبول، لا يفسد بالتوقيت كالعتق، وبه قال الإمام ومن تابعه. وفي مطلق الوقف قول آخر سنحكيه في الهبة إن شاء الله تعالى.

**فصل:** إذا وقف وقفًا منقطع الآخر، بأن قال: وقفت على أولادي، أو قال: وقفت على زيد ثم على عقبه ولم يزد، ففي صحته ثلاثة أقوال: أظهرها عند الأكثرين: الصحة. منهم القضاة: أبو حامد، والطبري، والروياني، وهو نصه في «المختصر». والثاني: البطلان، وصححه المسعودي والإمام. والثالث: إن كان الموقوف عقارًا، فباطل. وإن كان حيوانًا، صح، لأن مصيره إلى الهلاك، وربما هلك قبل الموقوف عليه. فإن صححنا، فإذا انقرض المذكور، فقولان: أحدهما: يرتفع الوقف ويعود ملكًا للواقف، أو إلى ورثته إن كان مات. وأظهرهما: يبقى وقفًا، وفي مصرفه أوجه: أصحها: وهو نصه في «المختصر»: يصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف يوم انقراض المذكور. والثاني: إلى المساكين. والثالث: إلى المصالح العامة مصارف خمس الخمس. والرابع: إلى مستحقي الزكاة. فإن قلنا: إلى أقرب الناس إلى الواقف، فيعتبر قرب الرحم، أم استحقاق الإرث؟ وجهان: أصحهما: الأول، فيقدم ابن البنت على ابن العم، لأن المعتبر صلة الرحم. وإذا اجتمع جماعة، فالقول في الأقرب كما سيأتي في الوصية للأقرب. وهل يختص بفقراء الأقارب، أم يشاركهم أغنياؤهم. قولان: أظهرهما: الاختصاص. وهل هو على سبيل الوجوب، أم الاستحباب؟ وجهان: وإن قلنا: يصرف إلى المساكين، ففي تقديم جيران الواقف وجهان: أصحهما: المنع، لأنا لو قدمنا بالجوار، لقدمنا بالقرابة بطريق الأولى.

**فرع:** قال: وقفت هذا على زيد شهرًا، على أن يعود إلى ملكي بعد الشهر، فباطل على المشهور. وفي قول: يصح، فعلى هذا هل يعود ملكًا بعد الشهر، أم يكون كالمنقطع حتى يصرف بعد الشهر إلى أقرب الناس إلى الواقف؟ قولان حكاهما البغوي.

الشرط الثاني: التنجيز. فلو قال: وقفت على من سيولد لي، أو على مسجد سيبنى، ثم على الفقراء أو قال: على ولدي ثم على الفقراء ولا ولد له، فهذا وقف منقطع الأول، وفيه طريقان: أحدهما: القطع بالبطلان. والثاني: على القولين في منقطع الآخر. والمذهب هنا البطلان، وهو نصه في «المختصر»، فإن صححنا، نظر، إن لم يمكن انتظار مَن ذكره كقوله: وقفت على ولدي ولا ولد له، أو على مجهول أو ميت، ثم على الفقراء، فهو في الحال مصروف إلى الفقراء، وذِكر الأول

لغو. وإن أمكن، إما بانقراضه كالوقف على عبد، ثم على الفقراء، وإما بحصوله، كولد سيولد له، فوجهان: أحدهما: تصرف الغلة إلى الواقف حتى ينقرض الأول. وعلى هذا، ففي ثبوت الوقف في الحال وجهان: والثاني وهو الأصح: تنقطع الغلة عن الواقف. وعلى هذا أوجه: أصحها: تصرف في الحال إلى أقرب الناس إلى الواقف، فإذا انقرض المذكور أولًا، صرف إلى المذكور بعده وعلى هذا، فالقول في اشتراط الفقر وسائر التفاريع على ما سبق. والثاني: يصرف إلى المذكورين بعده في الحال. والثالث: أنه للمصالح العامة.

**فرع:** وقف على وارثه في مرض الموت، ثم على الفقراء، وقلنا: الوقف على الوارث باطل، أو صحيح، فرده باقي الورثة، فهو منقطع الأول. وكذا لو وقف على معين يصح الوقف عليه، ثم على الفقراء، فردَّه المعيَّن، وقلنا بالصحيح: إنه يرتد بالرد، فمنقطع الأول.

**فرع:** إذا علق الوقف فقال: إذا جاء رأس الشهر، أو قدم فلان، فقد وقفته، لم يصح على المذهب. وقيل: على الخلاف في منقطع الأول، وأولى بالفساد.

**فرع:** وراء منقطع الأول فقط أو الآخر فقط صور:

إحداها: أن يكون متصل الأول والآخر والوسط، فصحيح.

الثانية: أن يكون منقطعها جميعًا، فباطل قطعًا.

الثالثة: متصل الطرفين منقطع الوسط، بأن وقف على أولاده، ثم رجلٍ مجهول، ثم الفقراء، فإن صححنا منقطع الآخِر، فهذا أولى، وإلا، فوجهان: أصحهما: الصحة، ويصرف عند توسط الانقطاع إلى أقرب الناس إلى الواقف، أو إلى المساكين، أو المصالح، أو الجهة العامة المذكورة آخرًا؟ فيه الخلاف السابق.

الرابعة: أن ينقطع الطرفان دون الوسط، بأن وقف على رجل مجهول، ثم على أولاده فقط، فإن أبطلنا منقطع الأول، فهذا أولى، وإلا، فالأصح بطلانه أيضًا. فإن صححنا، ففيمن يصرف إليه الخلاف السابق.

الشرط الثالث: الإلزام. فلو وقف بشرط الخيار، أو قال: وقفت بشرط أني أبيعه، أو أرجع فيه متى شئت، فباطل، واحتجوا له بأنه إزالة ملك إلى الله سبحانه وتعالى، كالعتق، أو إلى الموقوف عليه، كالبيع والهبة، وعلى التقديرين؛ فهذا شرط مفسد. لكن في فتاوى القفال أن العتق لا يفسد بهذا الشرط، وفرق بينهما بأن العتق مبني على الغلبة والسراية. وعن ابن سريج، أنه يحتمل أن يبطل الشرط، ويصح الوقف. ولو وقف على ولده أو غيره بشرط أن يرجع إليه إذا مات، فهو باطل على المذهب. وعن البويطي، أنه على قولين أخذًا من مسألة العمرى. ولو وقف وشرط

لنفسه أن يحرم من شاء، أو يقدِّم أو يؤخِّر، فالشرط فاسد على الأصح. هذا إذا أنشأ الوقف بهذا الشرط، فلو أطلقه ثم أراد أن يغيِّر ما ذكره بحرمان أو زيادة، أو تقديم أو تأخير، فليس له قطعًا. فإن صححنا شرطه لنفسه، فشرَطَه لغيره، ففاسد على الأصح. وإن أفسدناه، ففي فساد الوقف خلاف مبني على أن الوقف كالعتق، أم لا؟

هذا مجموع ما حضرني من كتب الأصحاب. والذي قطع به جمهورهم، بطلان الشرط والوقف في هذه الصور كلها، وشذ الغزالي فجعل هذه الصور ثلاث مراتب:

الأولى: وقفت بشرط أن أرجع متى شئت، أو أحرم المستحق وأحوِّل الحق إلى غيره متى شئت، ففاسد.

الثانية: بشرط أن أغيِّر قدر المستحق للمصلحة، فهو جائز.

الثالثة: يقول: أغيِّر تفصيله، فوجهان: وهذا الترتيب لا يكاد يوجد لغيره، ثم فيه لبس، فإن التحويل المذكور في الأولى هو التغير المذكور في الثانية، والمذهب ما ذكره الجمهور.

**فصل:** لو شرط الواقف أن لا يؤجر الوقف، فأوجه: أصحها: يتبع شرطه كسائر الشروط. والثاني: لا، لتضمنه الحجر على مستحقي المنفعة. والثالث: إن منع الزيادة على سنة، اتُّبع، لأنه من مصالحه، وإن منع مطلقًا، فلا. فإن أفسدنا الشرط، فالقياس فساد الوقف به. وقال الشيخ أبو عاصم: إذا شرط أن لا يؤجر أكثر من سنة، لم يخالف. وقيل: إن كان الصلاح في الزيادة، زيد، وهذا تصحيح للوقف مع فساد الشرط.

**فصل:** إذا جعل داره مسجدًا، أو أرضه مقبرة، أو بنى مدرسة، أو رباطًا، فلكل أحد أن يصلي ويعتكف في المسجد، ويدفن في المقبرة، ويسكن المدرسة بشرط الأهلية، وينزل الرباط، وسواء فيه الواقف وغيره. ولو شرط في الوقف اختصاص المسجد بأصحاب الحديث، أو الرأي، أو طائفة معلومين، فوجهان: أحدهما: لا يتبع شرطه. فعلى هذا قال المتولي: يفسد الوقف لفساد الشرط. والثاني: يتبع ويختص بهم رعاية للشرط وقطعًا للنزاع في إقامة الشعائر، ويشبه أن تكون الفتوى بهذا وإن كان الغزالي اقتصر على الأول في «الوجيز».

ثم الوجهان، فيما إذا قال: على أصحاب الحديث، فإذا انقرضوا فعلى عامة المسلمين، أما إذا لم يتعرض للانقراض، ففيه خلاف.

ولو شرط في المدرسة والرباط الاختصاص، اختص قطعًا. ولو شرط في

المقبرة الاختصاص بالغرباء، أو بجماعة معينين، فالوجه أن يرتب على المسجد. فإن قلنا: يختص، فالمقبرة أولى، وإلا، فوجهان: لترددها بين المسجد والمدرسة، وإلحاقها بالمدرسة أصح، فإن المقابر للأموات كالمساكن للأحياء، وهذا كله إذا شرط في حال الوقف. أما إذا وقف مطلقًا، ثم خصص المدرسة أو المسجد أو غيرهما، فلا اعتبار به قطعًا.

الشرط الرابع: بيان المصرف، فلو قال: وقفت هذا واقتصر عليه، فقولان: وقيل: وجهان: أظهرهما عند الأكثرين: بطلان الوقف كقوله: بعت داري بعشرة، أو وهبتها، ولم يقل لمن، ولأنه لو قال: وقفت على جماعة، لم يصح، لجهالة المصرف. فإذا لم يذكر المصرف، فأولى أن لا يصح. والثاني: يصح، وإليه ميل الشيخ أبي حامد، واختاره صاحب «المهذب» والروياني، كما لو نذر هديًا أو صدقة ولم يبين المصرف، وكما لو قال: أوصيت بثلثي، فإنه يصح ويصرف إلى المساكين. وهذا إن كان متفقًا عليه، فالفرق مشكل.

فإن صححنا، ففي مصرفه الخلاف في منقطع الآخر إذا صححناه. وعن ابن سريج، يصرفه الناظر فيما يراه من البرّ كعمارة المساجد، والقناطر، وسد الثغور، وتجهيز الموتى وغيرها.

**فصل:** وإذا صح الوقف، ترتَّب عليه أحكام:

منها: ما ينشأ من اللفظ المستعمل في الوقف ويختلف باختلاف الألفاظ.

ومنها: ما يقتضيه المعنى، فلا يختلف باختلاف اللفظ، ويجمع الباب طرفان:

الطرف الأول: في الأحكام اللفظية، والأصل فيه، أن شروط الواقف مرعية ما لم يكن فيها ما ينافي الوقف، وفيه مسائل:

المسألة الأولى: قال: وقفت على أولادي، وأولاد أولادي، فلا ترتيب، بل يسوى بين الجميع. ولو زاد فقال: ما تناسلوا، أو بطنًا بعد بطن، فكذلك، ويحمل على التعميم على الصحيح. وقال الزيادي: قوله: بطنًا بعد بطن، يقتضي الترتيب. ولو قال: على أولادي ثم على أولاد أولادي، ثم على أولاد أولاد أولادي ما تناسلوا أو بطنًا بعد بطن، فهو للترتيب، ولا يصرف إلى البطن الثاني شيء ما بقي من الأول واحد، ولا إلى الثالث ما بقي من الثاني أحد، كذا أطلقه الجمهور. والقياس فيما إذا مات واحد من البطن الأول، أن يجيء في نصيبه الخلاف السابق فيما لو وقف على شخصين أو جماعة ثم على المساكين فمات واحد، فإلى من يصرف نصيبه؟ ولم أر تعرضًا إليه إلا لأبي الفرج السرخسي، فإنه سوى بين الصورتين، وحكى فيهما وجهين: أحدهما: أن نصيب الميت لصاحبه. والثاني: أنه

لأقرب الناس إلى الواقف، وكذا ذكر صاحب «الإيضاح» ان يصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف.

ولو قال: على أولادي وأولاد أولادي الأعلى فالأعلى، أو الأقرب فالأقرب، أو الأول فالأول، أو يُبدَأ بالأعلى منهم، أو على أن لا حق لبطن وهناك أحد فوقهم، فمقتضاه الترتيب أيضًا. ولو قال: فمن مات من أولادي فنصيبه لولده، اتُّبع شرطه.

**فرع:** قال: على أولادي، ثم على أولاد أولادي، وأولاد أولاد أولادي، فمقتضاه الترتيب بين البطن الأول ومن دونهم، والجمع بين مَنْ دونهم. ولو قال: على أولادي وأولاد أولادي، ثم على أولاد أولاد أولادي، فمقتضاه الجمع أولًا، والترتيب ثانيًا.

**فرع:** قال: على أولادي وأولاد أولادي ومن مات منهم فنصيبه لأولاده، فمات واحد، فنصيبه لأولاده خاصة، ويشاركون الباقين فيما عدا نصيب أبيهم.

المسألة الثانية: إذا وقف على الأولاد، ففي دخول أولاد الأولاد ثلاثة أوجه: أصحها: لا يدخلون. والثاني: يدخلون. والثالث: يدخل أولاد البنين دون أولاد البنات، وهذا الخلاف عند الإطلاق، وقد يقرن باللفظ ما يقتضي الجزم بخروجهم، كقوله: وقفت على أولادي، فإذا انقرضوا فلأحفادي الثلث، والباقي للفقراء. ولو وقف على الأولاد، ولم يكن له إلا أولاد الأولاد، حمل اللفظ عليهم، قاله المتولي وغيره. ولو وقف على أولاده وأولاد أولاده، ففي دخول أولاد أولاد أولاده الخلاف.

المسألة الثالثة: الوقف على الأولاد، يدخل فيه البنون والبنات والخنثى المشكل.

المسألة الرابعة: الوقف على البنين، لا يدخل فيه الخنثى، وفي دخول بني البنين والبنات الأوجه الثلاثة.

المسألة الخامسة: الوقف على البنات، لا يدخل فيه الخنثى، وفي بنات الأولاد الأوجه.

المسألة السادسة: وقف على البنين والبنات، دخل الخنثى على الأصح. وقيل: لا، لأنه لا يعدُّ من هؤلاء، ولا من هؤلاء.

المسألة السابعة: وقف على بني تميم، وصححنا مثل هذا الوقف، ففي دخول نسائهم وجهان: أحدهما: المنع، كالوقف على بني زيد. وأصحهما: الدخول، لأنه يعبَّر به عن القبيلة.

المسألة الثامنة: وقف على أولاده وأولاد أولاده، دخل فيه أولاد البنين والبنات. فإن قال: على من ينتسب إليَّ من أولاد أولادي، لم يدخل أولاد البنات على الصحيح.

**فرع:** المستحقون في هذه الألفاظ، لو كان أحدهم حملًا عند الوقف، هل يدخل حتى يوقف له شيء؟ فيه وجهان حكاهما المتولي. أحدهما: نعم كالميراث، ويستحق الغلة في مدة الحمل. والصحيح: لا، لأنه قبل الانفصال لا يسمى ولدًا. وأما غلة ما بعد الانفصال، فيستحقها قطعًا. وكذا الأولاد الحادث علوقهم بعد الوقف، يستحقون إذا انفصلوا. هذا هو الصحيح المقطوع به في الكتب. وفي «أمالي» السرخسي خلافة.

ومما يتفرع على الصحيح أنه لا يستحق غلة مدة الحمل: أنه لو كان الموقوف نخلة، فخرجت ثمرتها قبل خروج الحمل، لا يكون له من تلك الثمرة شيء، كذا قطع به الفوراني والبغوي، وأطلقاه. وقال الدرامي في «الاستذكار»: في الثمرة التي أطلعت ولم تؤبَّر، قولان؛ هل لها حكم المؤبرة فتكون للبطن الأول، أو لا فتكون للثاني؟ وهذان القولان يجريان هنا. والله أعلم.

**فرع:** المنفيُّ باللعان، لا يستحق شيئًا، لانقطاع نسبه، وخروجه عن كونه ولدًا. وعن أبي إسحاق: أنه يستحق، وأثر اللعان مقصور على الملاعِن.

المسألة التاسعة: قال: وقفت على ذريتي أو عقبي أو نسلي، دخل فيه أولاد البنين والبنات، قريبهم وبعيدهم. ولو حدث حمل، قال المتولي: يوقف نصيبه قطعًا، لأنه من نسله وعقبه قطعًا. ولو وقف على عترته، قال ابن الأعرابي وثعلب: هم ذريته. وقال القتيبي: هم عشيرته، وهما وجهان للأصحاب. أصحهما: الثاني، وقد روي ذلك عن زيد بن أرقم.

وهذان المذهبان، مشهوران لأهل اللغة، غير مختصين بالمذكورين، لكن أكثر مَن جعلهم عشيرته، خصهم بالأقربين. قال الأزهري: قال بعض أهل اللغة: عترته: عشيرته الأدنَون. وقال الجوهري: عترته: نسله ورهطه الأدنَون. وقال الزبيري: عترته: أقرباؤه من ولد وغيره، ومقتضى هذه الأقوال أنه يدخل ذريته عشيرته الأدنون، وهذا هو الظاهر المختار. والله أعلم.

المسألة العاشرة: قال: على عشيرتي، فهو كقوله: على قرابتي. وإذا قال: على قرابتي أو أقرب الناس إليَّ، فعلى ما سنذكره في الوصية إن شاء الله تعالى.

وقال المتولي: قوله: على قبيلتي أو عشيرتي، لا يدخل فيه إلا قرابة الأب. ثم إذا كانوا غير محصورين، ففيهم الخلاف السابق. ثم من حدث بعد الوقف

يشاركون الموجودين عند الوقف على الصحيح، وعن البويطي منعه.

المسألة الحادية عشرة: اسم المولى يقع على المعتق ويقال له: المولى الأعلى، وعلى العتيق ويقال له: المولى الأسفل، فإذا وقف على مواليه وليس له إلا أحدهما، فالوقف عليه. وإن وُجدا جميعًا، فهل يقسم بينهما، أم يختص به الأعلى، أم الأسفل، أم يبطل الوقف؟ فيه أربعة أوجه: أصحها: في «التنبيه» الأول. وفي «الوجيز» الرابع.

والأصح، الأول، وقد صححه أيضًا الجرجاني في «التحرير» وحكى الدارمي وجهًا خامسًا، أنه موقوف حتى يصطلحوا، وليس بشيء. والله أعلم.

**فصل:** يرعى شرط الواقف في الأقدار، وصفات المستحقين، وزمن الاستحقاق. فإذا وقف على أولاده وشرط التسوية بين الذكر والأنثى، أو تفضيل أحدهما، اتُّبع شرطه. وكذا الوقف على العلماء بشرط كونهم على مذهب فلان، أو على الفقراء بشرط الغربة أو الشيخوخة، اتُّبع. ولو قال: على بَنيَّ الفقراء، أو على بناتي الأرامل، فمن استغنى منهم، وتزوج منهن، خرج عن الاستحقاق. فإن عاد فقيرًا، أو زال نكاحها، عاد الاستحقاق.

قال العبادي في «الزيادات»: لو وقف على أمهات أولاده إلا على من تزوج منهن، فتزوجت، خرجت، ولا تعود بالطلاق، والفرق من حيث اللفظ، أنه أثبت الاستحقاق لبناته الأرامل وبالطلاق صارت أرملة، وهنا جعلها مستحقة إلا أن تتزوج، وبالطلاق لا تخرج عن كونها تزوجت. ومن حيث المعنى أن غرضه أن تفي له أم ولده فلا يخلفه عليها أحد، فمن تزوجت لم تف ولو طلقت.

**فرع:** لو شرط صرف غلة السنة الأولى إلى قوم، وغلة السنة الثانية إلى آخرين، وهكذا ما بقوا، اتُّبع شرطه.

**فرع:** قال: وقفت على أولادي، فإذا انقرض أولادي وأولاد أولادي، فعلى الفقراء، فهذا وقف منقطع على الوسط الصحيح، وحكمه ما سبق، لأنه لم يجعل لأولاد الأولاد شيئًا، وإنما شرط انقراضهم لاستحقاق الفقراء. وقيل يستحقون بعد انقراض أولاد الصلب.

**فرع:** وقف على بنيه الأربعة، على أن من مات منهم وله عقب، فنصيبه لعقبه، ومن مات ولا عقب له، فنصيبه لسائر أصحاب الوقف، ثم مات أحدهم عن ابن، وآخر عن ابنين، وثالث ولا عقب له، فنصيب الثالث بين الرابع وابن الأول الأول وابني الثاني بالسوية. ولو قال: وقفت على بَنيَّ الخمسة ومن سيولد لي على ما أفصِّله، ثم فصَّل فقال: ضيعة كذا لابني فلان، وحصة كذا لفلان، إلى أن ذكر

الخمسة، ثم قال: وأما من سيولد لي، فنصيبه أن من مات من الخمسة ولا عقب له يصرف حقه إليه، فمات واحد من الخمسة ولا عقب له، وولد للواقف ولد، يصرف إلى المولود نصيب الميت، وليس له شيء آخر بقوله أولًا: وقفت على بَنيَّ ومن سيولد لي، لأن التفصيل المذكور آخرًا بيان لما أجمله أولًا، وقد جرت عادة الشروطيين بمثله.

**فرع:** قال: وقفت على سكان موضع كذا، فغاب بعضهم سنة ولم يبع داره، ولا استبدل دارًا، لا يبطل حقه، ذكره العبادي.

**فرع:** وقف على زيد بشرط أن يسكن موضع كذا، ثم بعده على الفقراء والمساكين، فهذا وقف منقطع، لأن الفقراء إنما يستحقون بعد انقراضه، واستحقاقه مشروط بشرط قد يتخلَّف.

**فصل:** الصفة والاستثناء عقيب الجمل المعطوف بعضها على بعض يرجعان إلى الجميع.

مثال الصفة: وقفت على أولادي وأحفادي وإخوتي المحتاجين منهم.

ومثال الاستثناء: وقفت على أولادي وأحفادي وإخوتي، إلا أن يفسق واحد منهم، هكذا أطلقه الأصحاب. ورأى الإمام تقييده بقيدين. أحدهما: أن يكون العطف بالواو، فإن كان بـ «ثم» اختصت الصفة والاستثناء بالجملة الأخيرة. والثاني: أن لا يتخلل بين الجملتين كلام طويل. فإن تخلل، كقوله: على أن من مات منهم وله عقب، فنصيبه بين أولاده للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن لم يعقب، فنصيبه للذين في درجته، فإذا انقرضوا، فهو مصروف إلى إخوتي إلا أن يفسق أحدهم، فالاستثناء يختص بالاخوة. والصفة المتقدمة على جميع الجمل، كقوله: وقفت على فقراء أولادي وأولاد أولادي وإخوتي، كالمتأخرة عن جميعها، حتى يعتبر الفقر في الكل.

**فرع:** البطن الثاني هل يتلقَّون الوقف من الواقف، أم من البطن الأول؟ فيه وجهان: أصحهما: من الواقف.

الطرف الثاني: في الأحكام المعنوية، فمنها اللزوم في الحال، سواء أضافه إلى ما بعد الموت، أم لم يُضفه، وسواء سلَّمه، أم لم يسلمه، قضى به قاضٍ، أم لا.

وسواء في هذا كان الوقف على جهة، أو شخص، وسواء قلنا: الملك في رقبة الوقف لله تعالى، أم للموقوف عليه، أم باقٍ للواقف، ولا خلاف في هذا بين أصحابنا إلا ما شذَّ به الجرجاني في «التحرير» فقال: إذا كان على شخص وقلنا:

الملك للموقوف عليه، افتقر إلى قبضه كالهبة، وهذا غلط ظاهر وشذوذ مردود، نبهت عليه لئلا يُغترَّ به. والله أعلم.

وإذا لزم، امتنعت التصرفات القادحة في غرض الوقف وفي شرطه. وسواء في امتناعها الواقف وغيره. وأما رقبة الوقف، فالمذهب وهو نصه في «المختصر» هنا: أن الملك فيها انتقل إلى الله تعالى. وفي قول: إلى الموقوف عليه. وخرج قول: أنه باقٍ على ملك الواقف. وقيل: بالأول قطعًا. وقيل: بالثاني قطعًا. وقيل: إن كان الوقف على معين، ملكه قطعًا. وإن كان على جهة، انتقل إلى الله تعالى قطعًا، واختاره الغزالي، ولا فرق عند جمهور الأصحاب. هذا كله إذا وقف على شخص أو جهة عامة. فأما إذا جعل البقعة مسجدًا أو مقبرة، فهو فك عن الملك كتحرير الرقيق، فينقطع عنها اختصاصات الآدميين قطعًا.

**فصل:** فوائد الوقف ومنافعه، للموقوف عليه، يتصرف فيها تصرف الملاك في الأملاك. فإن كان شجرة، ملك الموقوف عليه ثمارها، ولا يملك أغصانها إلا فيما يعتاد قطعه كشجر الخِلاف، فأغصانها كثمر غيرها، وإن كان الموقوف بهيمة، ملك صوفها ووبرها ولبنها قطعًا، ويملك نتاجها أيضًا على الأصح كالثمرة. والثاني: تكون وقفًا تبعًا لأمِّه كولد الأضحية. وقيل: الوجهان في ولد الفرس والحمار، فأما ولد النَّعم، فيملكه قطعًا، لأن المطلوب منها الدّر والنسل. وقيل: لا حق فيه للموقوف عليه، بل يصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف، إلا أن يصرح بخلافه، وهذا الخلاف في نتاج حدث بعد الوقف. فإن وقف البهيمة وهي حامل، فإن قلنا: الحادث وقف، فهذا أولى، وإلا، فوجهان بناءً على أن الحمل هل له حكم، أم لا؟ وهذا المذكور في الدّر والنسل هو فيما إذا أطلق أو شرطهما للموقوف عليه. فلو وقف دابة على ركوب إنسان، ولم يشرط له الدّر والنسل، قيل: حكمهما حكم وقف منقطع الآخر. وقال البغوي: ينبغي أن يكون للواقف، وهذا أوجه: لأن الدَّر والنسل لا مصرف لهما أولًا ولا آخرًا.

**فرع:** قالوا: لو وقف ثور للإنزاء، جاز، ولا يجوز استعماله في الحراثة.

**فرع:** لا يجوز ذبح البهيمة المأكولة الموقوفة، وإن خرجت عن الانتفاع، كما لا يجوز إعتاق العبد الموقوف، لكن لو صارت بحيث يقطع بموتها، قال المتولي: تذبح للضرورة. وفي لحمها، طريقان: أحدهما: يشترى بثمنه بهيمة من جنسها وتُوقف. والثاني: إن قلنا: الملك فيها ينتقل إلى الله تعالى، فعل فيه الحاكم ما رآه مصلحة. وإن قلنا: للموقوف عليه أو للواقف، صرف إليهما.

**فرع:** إذا ماتت البهيمة الموقوفة، فالموقوف عليه أحق بجلدها. وإذا دبغه،

ففي عوده وقفًا وجهان: قال المتولي. أصحهما: العَود.

**فصل:** المنافع المستحقة للموقوف عليه، يجوز أن يستوفيها بنفسه، ويجوز أن يقيم غيره مقامه بإعارة أو إجارة، والأجرة ملك له. هذا إن كان الوقف مطلقًا، فإن قال: وقفت داري ليسكنها من يعلّم الصبيان في هذه القرية، فللمعلم أن يسكنها، وليس له أن يسكنها غيره بأجرة ولا بغيرها. ولو قال: وقفت داري على أن تستغل وتصرف غلَّتها إلى فلان، تعين الاستغلال، ولم يجز له أن يسكنها، كذا ذكرت الصورتان في فتاوى القفال وغيره. ولو كان الوقف مطلقًا، فقال الموقوف عليه: اسكن الدار، فقال الناظر: أكريها لأصرف غلتها في مرمتها، فله أن يكري.

**فرع:** متى وجب المهر، فوطىء الموقوفة، فهو للموقوف عليه كاللبن والثمرة.

**فرع:** لا يجوز وطء الموقوفة لا للواقف ولا للموقوف عليه، وإن قلنا: الملك فيها لهما، لأنه ملك ضعيف. ولو وطئت فلها أحوال:

أحدها: أن يطأها أجنبي. فإن لم يكن هناك شبهة، لزمه الحدّ، والولد رقيق. ثم هل هو ملك طَلْق، أم وقف؟ وجهان كنتاج البهيمة، ويجب المهر إن كانت مكرهه. وإن كانت مطاوعة عالمه بالحال، ففيه خلاف سبق في الغصب وإن كان هناك شبهة فلا حد ويجب المهر والولد حر وعليه قيمته، ويكون ملكًا للموقوف عليه إن جعلنا الولد ملكًا، وإلا، فيشتري بها عبد ويوقف.

الحال الثاني: أن يطأها الموقوف عليه. فإن لم يكن شبهة، فقيل: لا حدَّ لشبهة الملك، وبه قطع ابن الصباغ. والأصح: أنه يبنى على أقوال الملك، فإن جعلناه له، فلا حد، إلا، فعليه الحد. ولا أثر لملك المنفعة، كما لو وطىء الموصى له بالمنفعة الجارية، وهل الولد ملك أو وقف؟ فيه الوجهان. وإن وطىء بشبهة، فلا حد، والولد حر، ولا قيمة عليه إن ملكناه ولد الموقوفة، وإن جعلناه وقفًا اشترى بها عبد آخر ويوقف، وتصير الجارية أم ولد له إن قلنا: الملك للموقوف عليه، فتعتق بموته وتؤدى قيمتها من تركته. ثم هل هي لمن ينتقل الوقف إليه بعده مُلك، أم يشترى بها جارية وتوقف؟ فيه خلاف نذكره في قيمة العبد الموقوف إذا قُتل، ولا مهر على الموقوف عليه بحال، لأنه لو وجب لوجب له.

الحال الثالث: أن يطأها الواقف. فإن لم يكن الوطء بشبهة تفرع على الخلاف في الملك. فإن لم نجعل الملك له، فعليه الحد، والولد رقيق. وفي كونه ملكًا أو وقفًا، الوجهان. ولا تكون الجارية أم ولد له. وإن جعلنا الملك له، فلا حدّ. وفي نفوذ الاستيلاد إن أولدها الخلاف في استيلاد الراهن، لتعلق حق

الموقوف عليه بها، وهذا أولى بالمنع. وإن وطىء بشبهة، فلا حدَّ، والولد حر نسيب وعليه قيمته، وفيما يفعل بها الوجهان. وتصير أم ولد له، إن ملَّكناه، تعتق بموته وتؤخذ قيمتها من تركته، وفيما يفعل بها الخلاف.

**فرع:** في تزويج الموقوفة، وجهان: أحدهما: المنع لما فيه من النقص، وربما ماتت من الطلق، فيفوت حق البطن الثاني. وأصحهما: الجواز، تحصينًا لها وقياسًا على الإجارة. فعلى هذا، إن قلنا: الملك للموقوف عليه، فهو الذي تزوجها ولا يحتاج إلى إذن أحد. وإن قلنا: لله سبحانه وتعالى زوجها السلطان ويستأذن الموقوف عليه، وكذا إن قلنا: وكذا إن قلنا: للواقف زوجها بإذن الموقوف عليه، هذا كلام الجمهور. وحكى الغزالي وجهين: في أن السلطان هل يستأذن الموقوف عليه، وفي أنه هل يستأذن الواقف أيضًا؟ ويلزم مثله في استئذان الواقف إذا زوج الموقوف عليه، والمهر للموقوف عليه بكل حال. وولدها من الزوج للموقوف عليه ملكًا أو وقفا؟ على الخلاف السابق.

**فرع:** ليس للموقوف عليه أن يتزوج الموقوفة إن قلنا: إنها ملكه، وإلا، فوجهان: أصحهما: المنع احتياطًا، وعلى هذا لو وقفت عليه زوجته انفسخ النكاح.

**فصل:** حق تولية أمر الوقف في الأصل للواقف، فإن شرطها لنفسه أو لغيره، اتُّبع شرطه، وأشار في «النهاية» إلى خلاف فيما إذا كان الوقف على معين، وشرط التولية لأجنبي، هل يُتَّبع شرطه إذا فرعنا على أن الملك في الوقف للموقوف عليه؟ والمذهب: الأول، وبه قطع الجمهور. وسواء فرض في الحياة أو أوصى، فكل منهما معمول به. وإن وقف ولم يشرط التولية لأحد، فثلاثة طرق. أحدها: هل النظر للواقف، أم للموقوف عليه، أم للحاكم؟ فيه ثلاثة أوجه: والطريق الثاني: يبنى على الخلاف في ملك الرقبة، فإن قلنا: هو للواقف، فالتولية له على الأصح. وقيل: للحاكم، لتعلق حق الغير به. وإن قلنا: لله تعالى، فهي للحاكم. وقيل: للواقف إذا كان الوقف على جهة عامة، فإن قيامه بأمر الوقف من تتمة القربة. وقيل: للموقوف عليه إن كان معينًا، لأن الغلة والمنفعة له. وإن قلنا: الملك للموقوف عليه، فالتولية له. والطريق الثالث قاله كثيرون: التولية للواقف بلا خلاف. والذي يقتضي كلام معظم الأصحاب: الفتوى به أن يقال: إن كان الوقف على جهة عامة، فالتوالية للحاكم كما لو وقف على مسجد أو رباط. وإن كان على معين، فكذلك إن قلنا: الملك ينتقل إلى الله تعالى. وإن جعلناه للواقف، أو الموقوف عليه، فكذلك التولية.

**فرع:** لا بد من صلاحية المتولي لشغل التولية، والصلاحية بالأمانة، والكفاية

في التصرف، واعتبارهما كاعتبارهما في الوصي والقيم، وسواء في اشتراطهما المنصوب للتولية والواقف إذا قلنا: هو المتولي عند الإطلاق، وسواء الوقف على الجهة العامة والأشخاص المعينين. وقيل: لا تشترط العدالة إذا كان الوقف على معينين ولا طفل فيهم. فإن خان، حملوه على السداد. والصواب المعروف هو الأول. حتى لو فوض إلى موصوف بالأمانة والكفاية، فاختلت إحداهما، انتزع الحاكم الوقف منه. وقبول المتولي ينبغي أن يجيء فيه ما في قبول الوكيل والموقوف عليه.

**فرع:** وظيفة المتولي العمارة، والإجارة، وتحصيل الغلة، وقسمتها على المستحقين، وحفظ الأصول والغلات على الاحتياط، هذا عند الإطلاق. ويجوز أن ينصب الواقف متوليًا لبعض الأمور دون بعض، بأن يجعل إلى واحد العمارة وتحصيل الغلة، وإلى آخر حفظها وقسمتها على المستحقين، أو يشرط لواحد الحفظ واليد، ولآخر التصرف. ولو فرض إلى اثنين، لم يستقل أحدهما بالتصرف. ولو قال: وقفت على أولادي على أن يكون النظر لعدلين منهم، فإن لم يكن فيهم إلا عدل واحد، ضم إليه الحاكم عدلًا آخر.

**فرع:** لو شرط الواقف للمتولي شيئًا من الغلة، جاز، وكان ذلك أجرة عمله، فلو لم يشرط شيئًا، ففي استحقاقه أجرة عمله الخلاف السابق فيما لو استعمل إنسانًا ولم يذكر له أجرة. ولو شرط للمتولي عشر الغلة أجرة لعمله، ثم عزله، بطل استحقاقه. وإن لم يتعرض لكونه أجرة، ففي فتاوى القفال: أنه لا يبطل استحقاقه، لأن العشر وقف عليه، فهو كأحد الموقوف عليهم، ويجوز أن يقال: إذا أثبتنا الأجرة بمجرد التفويض، أخذًا من العادة، فالعادة تقتضي أن المشروط للمتولي أجرة عمله، وإن لم يصفه بأنه أجرة، ويلزم من ذلك بطلان الاستحقاق بالعزل.

**فرع:** ليس للمتولي أن يأخذ من مال الوقف شيئًا على أن يضمنه. ولو فعل، ضمن. ولا يجوز ضم الضمان إلى مال الوقف. وإقراض مال الوقف حكمه حكم إقراض مال الصبي.

**فرع:** للواقف أن يعزل من ولاه، وينصب غيره، كما يعزل الوكيل، وكأن المتولي نائب عنه. هذا هو الصحيح، وبه قال الإصطخري، وأبو الطيب ابن سلمة. وفي وجه: ليس له العزل، لأن ملكه زال فلا تبقى ولايته عليه، ويشبه أن تكون المسألة مفروضة في التولية بعد تمام الوقف دون ما إذا وقف بشرط أن تكون التولية لفلان، لأن في فتاوى البغوي: أنه لو وقف مدرسة على أصحاب الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ، ثم قال لعالم: فوضت إليك تدريسها، أو اذهب ودرس فيها، كان له إبداله بغيره. ولو

وقف بشرط أن يكون هو مدرسها، أو قال حال الوقف: فوضت تدريسها إلى فلان، فهو لازم لا يجوز تبديله، كما لو وقف على أولاده الفقراء، لا يجوز التبديل بالأغنياء، وهذا حسن في صيغة الشرط، وغير متضح في قوله: وقفتُها وفوضت التدريس إليه.

وفيها: أنه إذا جعل في حالة الوقف النظر لزيد بعد انتقال الوقف من عمرو إلى الفقراء، فعزل زيدٌ نفسه قبل انتقاله إلى الفقراء، لم ينفذ عزله، ولا يملك الواقف عزل زيد في الحال ولا بعدها كما تقدم.

وفيها: أنه ليس للناظر أن يسند ما جعل له من الإسناد قبل مصير النظر إليه.

وفيها: أنه لو شرط النظر للأرشد من أولاد أولاده، فكان الأرشد من أولاد البنات، ثبت له النظر.

وفيها: أنه إذا شرط النظر للأرشد من أولاده، فأثبت كل واحد منهم أنه الأرشد، اشتركوا في النظر من غير إستقلال إذا وجدت الأهلية في جميعهم. فإن وجدت في بعضهم، اختص بذلك، لأن البينات تعارضت في الأرشد، فتساقطت وبقي أصل الرشد، فصار كما لو قامت البينة برشد الجميع من غير تفصيل، وحكمه التشريك لعدم المزية. وأما عدم الاستقلال، فكما لو أوصى إلى شخصين مطلقًا.

وفيها: أنه لو كان له النظر على مواضع في بلدان، فأثبت أهلية نظره في مكان منها، ثبت أهليته في باقي الأماكن من حيث الأمانة، ولا تثبت من حيث الكفاية، إلا أن تثبت أهليته للنظر في سائر الوقوف. والله أعلم.

**فرع:** في فتاوى البغوي: أنه لا يبدَّل بعد موت الواقف القيمُ الذي نصبه، كأنه يجعل بعد موته كالوصي.

**فصل:** نفقة العبد والبهيمة الموقوفَين من حيث شرط الواقف، فإن لم يشرط، ففي الأكساب وعوض المنافع. فإن لم يكن العبد كاسبًا، أو تعطل كسبه ومنافعه لزمانة أو مرض، أو لم يف كسبه بنفقته، بني على أقوال الملك. فإن قلنا: الملك للموقوف عليه، لزمه النفقة. وإن قلنا: لله تعالى، ففي بيت المال كما لو أعتق من لا كسب له. وإن قلنا: للواقف، فهي عليه. فإذا مات، ففي بيت المال، قاله المتولي، لأن التركة انتقلت إلى الورثة، والرقبة لم تنتقل إليهم، فلا يلزمهم النفقة. وقياس قولنا: أن رقبة الوقف للواقف، انتقالها إلى وارثه، وإذا مات، فمؤنة تجهيزه كنفقته. وأما العقار الموقوف، فنفقته من حيث شرط. فإن لم يشرط، فمن غلته. فإن لم يكن غلة، لم يجب على أحد عمارته كالملك الطلق، بخلاف الحيوان تصان روحه.

**فصل:** للواقف ولمن ولاَّه الواقف إجارة الوقف. وإذا لم ينصب الواقف للتولية أحدًا، فالخلاف فيمن له التولية قد سبق، فإن قلنا: المتولي هو الحاكم، فهو الذي يؤجره، وإن قلنا: إنه الموقوف عليه بناءً على أن الملك له، يمكَّن من الإجارة على الصحيح. فإن كان الموقوف عليه جماعة، اشتركوا في الإيجار، فإن كان فيهم طفل، قام وليه مقامه. والثاني: لا، لأنه ربما مات في المدة فيكون تصرفه في نصيب غيره. فإن كان الواقف جعل لكل بطن منهم الإجارة، فلهم الإجارة قطعًا.

وإذا أجَّر الموقوف عليه بحكم الملك وجوزناه، فزادت الأجرة في المدة، أو ظهر طالب بالزيادة، لم يتأثر العقد به، كما لو أجر الطلق. ولو أجر المتولي بحكم التولية، ثم حدث ذلك، فكذلك الحكم على الأصح، لأن العقد جرى بالغبطة في وقته، فأشبه ما إذا باع الولي مال الطفل ثم ارتفعت القيمة بالأسواق، أو ظهر طالب بالزيادة. والثاني: ينفسخ العقد، لأنه بان وقوعه، بخلاف الغبطة في المستقبل. والثالث: إن كانت الإجارة سنة فما دونها، لم يتأثر العقد. وإن كانت أكثر، فالزيادة مردودة، وبه قطع أبو الفرج الزَّار في «الأمالي».

**فصل:** إذا اندرس شرط الواقف، ولم تعرف مقادير الاستحقاق، أو كيفية الترتيب بين أرباب الوقف، قسمت الغلة بينهم بالسوية. وحكى بعض المتأخرين أن الوجه: التوقف إلى اصطلاحهم، وهو القياس. ولو اختلف أرباب الوقف في شرط الوقف، ولا بينة، جعلت الغلة بينهم بالسوية. فإن كان الواقف حيًا، رجع إلى قوله، كذا ذكره صاحبا «المهذب». «والتهذيب» ولو قيل: لا رجوع إلى قوله، كما لا رجوع إلى قول البائع إذا اختلف المشتريان منه في كيفية الشراء، لما كان بعيدًا.

**فصل:** في تعطل الموقوف واختلال منافعه: وله سببان:

السبب الأول: أن يحصل بسبب مضمون، بأن يُقتل العبد الموقوف. فإما أن لا يتعلق بقتله قصاص، وإما أن يتعلق.

الضرب الأول: ينظر فيه، هل القاتل أجنبي، أم الموقوف عليه، أم الواقف.

الحال الأول: إذا قتله أجنبي، لزمه قيمته. وفي مصرفها طريقان:

أحدهما: تخريجها على أقوال ملك الرقبة، إن قلنا: لله تعالى، اشترى بها عبدًا يكون وقفًا مكانه، فإن لم يوجد، فبعض عبد. وإن قلنا: للموقوف عليه أو الواقف، فوجهان: أصحهما: كذلك لئلا يتعطل غرض الواقف وحق باقي البطون. والثاني: يصرف ملكًا إلى من حكمنا له بملك الرقبة، وبطل الوقف.

والطريق الثاني: القطع بأنه يشترى بها عبد يكون وقفًا. والأصحاب متفقون على أن الفتوى بأنه يشترى عبد. وإذا اشتري عبد وفضل شيء من القيمة، فهل يعود

ملكًا للواقف، أم يصرف إلى الموقوف عليه؟ وجهان في فتاوى القفال رحمه الله تعالى.

ثم العبد الذي يجعل بدلًا، يشتريه الحاكم إن قلنا: الملك في الرقبة لله تعالى. وإن قلنا للموقوف عليه، فالموقوف عليه. وإن قلنا: للواقف، فوجهان: ذكره أبو العباس الروياني في «الجرجانيات». ولا يجوز للمتلف أن يشترى العبد ويقيمه مقام الأول، لأن من ثبت في ذمته شيء، ليس له استيفاؤه من نفسه لغيره.

**فرع:** العبد المشترى، هل يصير وقفًا بالشراء، أم لا بد من وقف جديد؟ وجهان جاريان في بدل المرهون إذا أُتلف. وبالثاني قطع المتولي، وقال: الحاكم هو الذي ينشىء الوقف، ويشبه أن يقال: من يباشر الشراء يباشر الوقف.

**فرع:** لا يجوز شراء عبد بقيمة الجارية، ولا عكسه. وفي جواز شراء الصغير بقيمة الكبير وعكسه، وجهان حكاهما في «الجرجانيات».

الحال الثاني والثالث: إذا قتله الموقوف عليه أو الواقف، فإن صرفنا القيمة إليه في الحالة الأولى ملكًا، فلا قيمة عليه إذا كان هو القاتل، وإلا، فالحكم والتفريع كالحالة الأولى.

الضرب الثاني: ما يتعلق به القصاص، فإن قلنا: الملك للواقف أو الموقوف عليه، وجب القصاص ويستوفيه المالك منهما. وإن قلنا: لله تعالى، فهو كعبيد بيت المال. والأصح: وجوب القصاص، قاله المتولي، ويستوفيه الحاكم.

**فرع:** حكم أُروش الأطراف والجنايات على العبد الموقوف فيما دون النفس حكم قيمته في جميع ما ذكرناه، هذا هو الصحيح. وفي وجه: يصرف إلى الموقوف عليه على كل قول كالمهر والأكساب.

**فرع:** إذا جنى العبد الموقوف جناية موجبة للقصاص، فللمستحق الاستيفاء. فإن استوفى، فات الوقف كموته. وإن عفا على مال، أو كانت موجبة للمال، لم تتعلق برقبته، لتعذر بيع الوقف، لكن يُفدى كأم الولد إذا جنت. فإن قلنا: الملك للواقف، فداه، وإن قلنا: لله تعالى، فهل يفديه الواقف، أم بيت المال، أم يتعلق بكسبه؟ فيه أوجه: أصحها: أولها. وإن قلنا: للموقوف عليه، فداه على الصحيح الذي قطع به الجمهور. وقيل: على الواقف. وقيل: إن قلنا: الوقف لا يفتقر إلى القبول، فعلى الواقف، وإلا، فعلى الموقوف عليه. وحيث أوجبنا الفداء على الواقف، فكان ميتًا، ففي «الجرجانيات» أنه أن ترك مالًا، فعلى الوارث الفداء. وقال المتولي: لا يفدي من التركة، لأنها انتقلت إلى الوارث. فعلى هذا هل يتعلق بكسبه، أم ببيت المال كالحر المعسر الذي لا عاقلة له؟ وجهان: ولو مات العبد

عقب الجناية بلا فصل، ففي سقوط الفداء وجهان: أحدهما: نعم، كما لو جنى القن ثم مات. وأصحهما: لا، وبه قال ابن الحداد. ويجري الخلاف، فيما إذا جنت أم الولد وماتت، وتكرُّر الجناية من العبد الموقوف كتكرُّرها من أم الولد.

السبب الثاني: أن يحصل التعطل بسبب غير مضمون. فإن لم يبق شيء منه ينتفع به، بأن مات الموقوف، فقد فات الوقف. وإن بقي، كشجرة جفت، أو قلعتها الريح، فوجهان: أحدهما: ينقطع الوقف كموت العبد. فعلى هذا، ينقلب الحطب ملكًا للواقف. وأصحهما: لا ينقطع. وعلى هذا، وجهان: أحدهما: يباع ما بقي، لتعذر الانتفاع بشرط الواقف. فعلى هذا، الثمن كقيمة المتلَف. فعلى وجه: يصرف إلى الموقوف عليه ملكًا. وفي وجه: يشترى به شجرة، أو شقص شجرة من جنسها، لتكون وقفًا. ويجوز أن يشترى به وديٌّ يغرس موضعها. وأصحها: منع البيع. فعلى هذا، وجهان: أحدهما: ينتفع بإجارته جذعًا إدامةً للوقف في عينه. والثاني: يصير ملكًا للموقوف عليه، واختار المتولي وغيره الوجه الأول إن أمكن استيفاء منفعة منه مع بقائه، والوجه الثاني إن كانت منفعته في استهلاكه.

**فرع:** زمانة الدابة الموقوفة، كجفاف الشجرة.

وهذا إذا كانت الدابة مأكولة، فإنه يصح بيعها للحمها، فإن كانت غير مأكولة، لم يجيء الخلاف في بيعها، لأنه لا يصح بيعها إلا على الوجه الشاذ في صحة بيعها اعتمادًا على جلدها. والله أعلم.

**فرع:** حصر المسجد إذا بليت، ونحاتة أخشابه إذا نخرت، وأستار الكعبة إذا لم يبق فيها منفعة ولا جمال، في جواز بيعها وجهان: أصحهما: تباع، لئلا تضيع وتضيِّق المكان بلا فائدة. والثاني: لا تباع، بل تترك بحالها أبدًا. وعلى الأول، قالوا: يصرف ثمنها في مصالح المسجد. والقياس: أن يشترى بثمن الحصير حصير، ولا يصرف في مصلحة أخرى، ويشبه أن يكون هو المراد بإطلاقهم. وجذع المسجد المنكسر إذا لم يصلح لشيء سوى الإحراق، فيه هذا الخلاف. وإن أمكن أن يتخذ منه ألواح أو أبواب، قال المتولي: يجتهد الحاكم ويستعمله فيما هو أقرب إلى مقصود الواقف. ويجري الخلاف في الدار المنهدمة، وفيما إذا أشرف الجذع على الانكسار والدار على الانهدام. قال الإمام: وإذا جوزنا البيع، فالأصح صرف الثمن إلى جهة الوقف. وقيل: هو كقيمة المتلف، فيصرف إلى الموقوف عليه ملكًا على رأي، وإذا قيل به فقال الموقوف عليه: لا تبيعوها واقلبوها إلى ملكي، فلا يجاب على المذهب، ولا تنقلب عين الوقف ملكًا، وقيل: تنقلب ملكًا بلا لفظ.

**فرع:** لو انهدم المسجد، أو خربت المحلَّة حوله وتفرق الناس عنها فتعطل

المسجد، لم يعد ملكًا بحال، ولا يجوز بيعه، لإمكان عوده كما كان، ولأنه في الحال يمكن الصلاة فيه. ثم المسجد المعطل في الموضع الخراب، إن لم يُخف من أهل الفساد نقضه، لم ينقض. وإن خيف، نقض وحفظ وإن رأى الحاكم أن يعمر بنقضه مسجدًا آخر، جاز، وما كان أقرب إليه، فهو أولى، ولا يجوز صرفه إلى عمارة بئر أو حوض، وكذا البئر الموقوفة إذا خربت، يصرف نُقضها إلى بئر أخرى أو حوض، لا إلى المسجد، ويراعي غرض الواقف ما أمكن.

**فرع:** جميع ما ذكرناه في حصر المسجد ونظائرها، هو فيما إذا كانت موقوفة على المسجد. أما ما اشتراه الناظر للمسجد، أو وهبه له واهب، وقبله الناظر، فيجوز بيعه عند الحاجة بلا خلاف، لأنه ملك، حتى إذا كان المشتري للمسجد شقصًا، كان للشريك الأخذ بالشفعة. ولو باع الشريك، فللناظر الأخذ بالشفعة عند الغبطة، هكذا ذكروه.

**فرع:** لو وقف على ثغر، فاتسعت خطة الإسلام حوله، تحفظ غلة الوقف، لاحتمال عودة ثغرًا.

**فرع:** قال أبو عاصم العبادي: لو وقف على قنطرة، فانخرق الوادي وتعطلت تلك القنطرة واحتيج إلى قنطرة أخرى، جاز النقل إلى ذلك الموضع.

**فرع:** إذا خرب العقار الموقوف على المسجد وهناك فاضل من غلته، بدىء منه بعمارة العقار.

**فرع:** قال ابن كج: إذا حصل مال كثير من غلة المسجد، أُعدَّ منه قدر ما لو خرب المسجد أعيدت به العمارة، والزائد يشترى به للمسجد ما فيه زيادة غلة. وفي فتاوى القفال: أن الموقوف لعمارة المسجد لا يشترى به شيء أصلًا، لأن الواقف وقف على العمارة.

# كتاب الهبات

**قال المصنف رحمه الله تعالى: الهبة مندوب إليها لما روت عائشة ﵂ أن النبي ﷺ قال: «تهادوا تحابوا»[(١)]، وللأقارب أفضل لما روى عبد الله بن عمر ﵄ قال: قال رسول الله ﷺ: «الراحمون يرحمهم الله، ارحموا من في الأرض يرحمكم من في السماء، الرحم شجنة من الرحمٰن، فمن وصلها وصله الله، ومن قطعها قطع الله»[(٢)]، وفي الهبة صلة الرحم، والمستحب أن لا يفضل بعض أولاده على بعض في الهبة لما روى النعمان بن بشير قال: «أعطاني أبي عطية فأتى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله إني أعطيت ابني عطية، وإن أمة قالت لا أرضى حتى تشهد رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ: فهل أعطيت كل ولدك مثل ذلك؟ قال: لا، قال رسول الله ﷺ: اتقوا الله واعدلوا بين أولادكم، أليس يسرك أن يكونوا في البر سواء؟ قال: بلى. قال: فلا إذًا»[(٣)].**

**قال الشافعي ﵀: ولأنه يقع في نفس المفضول ما يمنعه من بره، ولأن الأقارب ينفس بعضها بعضًا ما لا ينفس العدى، فإن فضل بعضهم بعطية صحت العطية، لما روى في حديث النعمان أن النبي ﷺ قال: «أشهد على هذا غيري»، فلو لم يصح، لبين له ولم يأمره أن يشهد عليه غيره، ولا يستنكف أن يهب القليل، ولا أن يتهب القليل، لما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لو دعيت إلى كراع لأجبت؟ ولو أهدي إلى كراع أو ذراع لقبلت»[(٤)].**

**فصل: وما جاز بيعه من الأعيان جاز هبته لأنه عقد يقصد به ملك العين**

---

(١) أخرجه الدولابي في الكنى (١/ ١٤٣) والطبراني في معجمه الأوسط (١/ ١٥٠) والقضاعي في مسنده برقم (٦٥٣) من حديث عائشة ﵂، وأخرجه البخاري في الأدب المفرد برقم (٥٩٤) والدولابي في الكنى (١/ ١٥٠) والبيهقي في سننه (٦/ ١٦٩) من حديث أبي هريرة ﵁، وحسنه العلامة الألباني ﵀ في إرواء الغليل برقم (١٦٠١).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٤٩٤١) والترمذي في سننه برقم (١٩٢٤) وأحمد في المسند (٢/ ١٦٠) والحاكم في المستدرك (٤/ ١٥٩) والبيهقي في سننه (٩/ ٤١).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٥٨٦) ومسلم في صحيحه برقم (١٦٢٣) والنسائي في سننه (٦/ ٢٥٨) والترمذي في سننه برقم (١٣٦٧) وابن ماجه في سننه برقم (٢٣٧٦) وأحمد في المسند (٤/ ٢٦٨) ومالك في الموطأ (٢/ ٧٥١) والبيهقي في سننه (٦/ ١٧٦).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٥١٧٨) وابن حبان في صحيحه (٧/ ٣٤٩) والبيهقي في سننه (٦/ ١٦٩) والبغوي في شرح السنة (٣/ ٣٨٢).

فملك به ما يملك بالبيع وما جاز هبته جاز منه مشاع لما روى عمرو ابن سلمة الضمري «أن رسول الله ﷺ خرج من المدينة حتى أتى الروحاء فإذا حمار عقير، فقيل: يا رسول الله، هذا حمار عقير، فقال؛ دعوه فإنه سيطلبه صاحبه، فجاء رجل من فهر فقال: يا رسول الله إني أصبت هذا فشأنكم به، فأمر النبي ﷺ أبا بكر بقسم لحمه بين الرفاق»[(١)]، ولأن القصد منه التمليك والمشاع كالمقسوم في ذلك.

فصل: وما لا يجوز بيعه من المجهول، وما لا يقدر على تسليمه، وما لم يتم ملكه عليه، كالمبيع قبل القبض لا تجوز هبته، لأنه عقد يقصد به تمليك المال في حال الحياة، فلم يجز فيما ذكرناه كالبيع.

فصل: ولا يجوز تعليقها على شرط مستقبل لأنه عقد يبطل بالجهال، فلم يجز تعليقه على شرط مستقبل كالبيع.

فصل: ولا تصح إلا بالإيجاب والقبول لأنه تمليك آدمي لآدمي، فافتقر إلى الإيجاب والقبول كالبيع والنكاح، ولا يصح القبول إلا على الفور. وقال أبو العباس: يصح على التراخي، والصحيح هو الأول، لأنه تمليك مال في حال الحياة فكان القبول فيه على الفور كالبيع.

فصل: ولا يملك الموهوب منه الهبة من غير قبض، لما روت عائشة رضي الله عنها أن أباها نحلها جذاذ عشرين وسقًا من ماله، فلما حضرته الوفاة قال: يا بنية إن أحب الناس غنى بعدي لأنت، وإن أعز الناس عليَّ فقرًا بعدي لأنت، وإني كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقًا من مالي، ووددت أنك جذذته وحزته، وإنما هو اليوم مال الوارث، وإنما هما أخواك وأختاك، قالت: هذان أخواي فمن اختاي؟ قال: ذو بطن بنت خارجة، فإني أظنها جارية[(٢)]، فإن مات قبل القبض قام وارثه مقامه، إن شاء قبض وإن شاء لم يقبض، ومن أصحابنا من قال: يبطل العقد بالموت، لأنه غير لازم فبطل بالموت كالعقود الجائزة، والمنصوص أنه لا يبطل لأنه عقد يؤول إلى اللزوم فلم يبطل بالموت كالبيع بشرط الخيار، فإذا قبض ملك بالقبض، ومن أصحابنا من قال: يتبين أنه ملك بالعقد، فإن حدث منه نماء قبل القبض، كان للموهوب له، لأن الشافعي رحمه الله قال: فيمن وهب له عبد قبل أن يهل عليه هلال شوال، وقبض بعدما أهل: (إن فطرة العبد على الموهوب له)، والمذهب الأول، وما قال في زكاة الفطر فرعه على قول مالك رحمه الله.

فصل: فإن وهب لغير الولد وولد الولد شيئًا وأقبضه، لم يملك الرجوع فيه، لما روى ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهما رفعاه إلى النبي ﷺ: «لا يحل للرجل أن

---

(١) أخرجه أحمد في المسند (٣/ ٤١٨) والنسائي في سننه (٧/ ٢٠٥).

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (٢/ ٧٥٢) والبيهقي في سننه (٦/ ١٧٠).

يعطي العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما أعطى ولده»[1]، وإن وهب للولد أو ولد الولد وإن سفل جاز له أن يرجع للخبر، ولأن الأب لا يتهم في رجوعه، لأنه لا يرجع إلا لضرورة، أو لإصلاح الولد، وإن تصدق عليه فالمنصوص أن له أن يرجع كالهبة، ومن أصحابنا من قال: لا يرجع، لأن القصد بالصدقة طلب الثواب وإصلاح حاله مع الله عز وجل، فلا يجوز أن يتغير رأيه في ذلك، والقصد من الهبة إصلاح حال الولد، وربما كان الصلاح في استرجاعه فجاز له الرجوع.

وإن تداعى رجلان نسب مولود، ووهبا له مالًا لم يجز لواحد منهما أن يرجع، لأنه لم يثبت له بنوته، فإن لحق بأحدهما ففيه وجهان: أحدهما: أنه يجوز لأنه ثبت أنه ولده. والثاني: لا يجوز، لأنه لم يثبت له الرجوع في حال العقد، وإن وهب لولده ووهب الولد لولده ففيه وجهان: أحدهما: يجوز لأنه في ملك من يجوز له الرجوع في هبته. والثاني: لا يجوز لأنه رجوع على غير من وهب له فلم يجز، وإن وهب لولده شيئًا فأفلس وحجر عليه، ففيه وجهان: أحدهما: يرجع لأن حقه سابق لحقوق الغرماء. والثاني: لا يرجع لأنه تعلق به حق الغرماء، فلم يجز له الرجوع، كما لو رهنه.

فصل: وإن زاد الموهوب في ملك الولد أو زال الملك فيه ثم عاد إليه فالحكم فيه كالحكم في المبيع إذا زاد في يد المشتري أو زال الملك فيه ثم عاد إليه ثم أفلس في رجوع البائع، وقد بيناه في التفليس.

فصل: فإن وهب شيئًا لمن هو دونه، لم يلزمه أن يثيبه بعوض، لأن القصد من هبته الصلة، فلم تجب المكافأة فيه بعوض كالصدقة، وإن وهب لمن هو مثله لم يلزمه أيضًا أن يثيبه، لأن القصد من هبته اكتساب المحبة، وتأكيد الصداقة. وإن وهب لمن هو أعلى منه ففيه قولان، قال في القديم: لم يلزمه أن يثيبه عليه بعوض، لأن العرف في هبة الأدنى للأعلى أن يلتمس به العوض فيصير ذلك كالمشروط.

وقال في الجديد: لا يجب لأنه تمليك بغير عوض، فلا يوجب المكافأة بعوض، كهبة النظير للنظير فإن قلنا: لا يجب فشرط فيه ثوابًا معلومًا، ففيه قولان: أحدهما: يصح لأنه تمليك مال بمال فجاز كالبيع، فعلى هذا يكون كبيع بلفظ الهبة في الربا والخيار، وجميع أحكامه. والثاني: أنه باطل، لأنه عقد لا يقتضي العوض فنيل شرط العوض كالرهن، فعلى هذا حكمه حكم البيع الفاسد في جميع أحكامه، وإن شرط فيه ثوابًا مجهولًا بطل قولًا واحدًا، لأنه شرط

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٥٣٩) والنسائي في سننه (٦/ ٢٦٧) والترمذي في سننه برقم (٢١٣٢) وأحمد في المسند (٢/ ٣٢٧) والحاكم في المستدرك (٢/ ٤٦) والبيهقي في سننه (٦/ ١٧٩).

**العوض، ولأنه شرط عوضًا مجهولًا. وإن قلنا: إنه يجب العوض ففي قدره ثلاثة أقوال:**

**أحدها: أنه يلزمه أن يعطيه إلى أن يرضى، لما روى ابن عباس ﷺ: «أن أعرابيًا وهب للنبي ﷺ هبة فأثابه عليها، وقال أرضيت؟ قال: لا، فزاده وقال: أرضيت؟ فقال: نعم، فقال رسول الله ﷺ: لقد هممت أن لا أتهب إلا من قرشي أو أنصاري أو ثقفي»[1]. والثاني: يلزمه قدر قيمته، لأنه عقد يوجب العوض، فإذا لم يكن مسمى، وجب عوض المثل كالنكاح. والثالث: يلزمه ما جرت العادة في ثواب مثله، لأن العوض وجب بالعرف فوجب مقداره في العرف، فإن قلنا: إنه يجب العوض فلم يعطه ثبت له الرجوع، فإن تلفت العين رجع بقيمتها، لأن كل عين ثبت له الرجوع بها إذا تلفت وجب الرجوع إلى بدلها كالمبيع. ومن أصحابنا من قال: لا يجب لأن حق الواهب في العين، وإن نقصت العين رجع فيها، وهل يرجع بأرش ما نقص؟ فيه وجهان كالوجهين في رد القيمة إذا تلفت.**

**وإن شرط عوضًا مجهولًا لم تبطل، لأنه شرط يقتضيه العقد، لأن العقد على هذا القول يقتضي عوضًا مجهولًا، وإن لم يدفع إليه العوض وتلف الموهوب ضمن العوض بلا خلاف، وإن شرط عوضًا معلومًا ففيه قولان: أحدهما: أن العقد يبطل، لأن العقد يقتضي عوضًا غير مقدر، فبطل بالتقدير. والثاني: يصح لأنه إذا صح بعوض مجهول، فلأن يصح بعوض معلوم أولى.**

**فصل: وإن اختلف الواهب والموهوب له، فقال الواهب: وهبتك ببدل وقال الموهوب له: وهبتني على غير بدل. ففيه وجهان: أحدهما: إن القول قول الواهب، لأنه لم يقر لخروج الشيء من ملكه إلا على بدل. والثاني: إن القول قول الموهوب له، لأن الواهب أقر له بالهبة، وادعى بدلًا الأصل عدمه.**

**الشرح:** الهبة هي التبرع من جائز التصرف في حياته لغيره بمال معلوم أو غيره بلا عوض. وقوله: «اعدلوا بين أولادكم» أي سووا بينهم، وقوله: «ينفس» أي يحسد، ونحلها أي أعطاها، وحزته أي قبضته.

أما الأحكام: فقد قسم الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ العطايا، فقال: تبرُّع الإنسان بماله على غيره، ينقسم إلى معلَّق بالموت وهو الوصية، وإلى منجَّز في الحياة، وهو ضربان: أحدهما: تمليك محض، كالهبات والصدقات. والثاني: الوقف.

والتمليك المحض: ثلاثة أنواع: الهبة، والهدية، وصدقة التطوع. وسبيل ضبطها أن نقول: التمليك لا بعوض هبة. فإن انضم إليه حمل الموهوب من مكان إلى مكان الموهوب له إعظامًا له أو إكرامًا، فهو هدية، وإن انضم إليه كون التمليك

---

(١) أخرجه أحمد في المسند (١/ ٢٩٥) وابن حبان في صحيحه برقم (١١٤٦ موارد) والطبراني في معجمه الكبير (١١/ ١٨).

للمحتاج تقربًا إلى الله تعالى، وطلبًا لثواب الآخرة، فهو صدقة، فامتياز الهدية عن الهبة بالنقل والحمل من موضع إلى موضع، ومنه إهداء النعم إلى الحرم، ولذلك لا يدخل لفظ الهدية في العقار بحال، فلا يقال: أهدى إليه دارًا، ولا أرضًا، وإنما يطلق ذلك في المنقولات كالثياب والعبيد، فحصل من هذا أن هذه الأنواع تفترق بالعموم والخصوص، فكل هدية وصدقة هبة، ولا تنعكس. ولهذا لو حلف لا يهب، فتصدق، حنث، وبالعكس لا يحنث. واختلفوا في أنه هل يشترط في حد الهدية أن يكون بين المهدي والمهدي إليه رسول أو متوسط، أم لا؟ فحكى أبو عبد الله الزبيري، فيما إذا حلف لا يهدي إليه، فوهب له خاتمًا أو نحوه يدًا بيد، هل يحنث؟ وجهين: والأصح: أنه لا يشترط، وينتظم أن يقول لمن حضر عنده: هذه هديتي أهديتها لك. وهذه الأنواع الثلاثة مندوب إليها، وتفترق في أحكام، وتشترك في أحكام، وسيأتي بيانها إن شاء الله تعالى.

**فرع:** ينبغي أن لا يحتقر القليل فيمتنع من إهدائه، وأن لا يستنكف المهدى إليه عن قبول القليل.

وأركان الهبة أربعة:

الركن الأول والثاني: العاقدان، وأمرهما واضح.

الركن الثالث: الصيغة. أما الهبة، فلا بد فيها من الإيجاب والقبول باللفظ، كالبيع وسائر التمليكات. وأما الهدية، ففيها وجهان: أحدهما: يشترط فيها الإيجاب والقبول، كالبيع والوصية، وهذا ظاهر كلام الشيخ أبي حامد والمتلقِّين عنه. والثاني: لا حاجة فيها إلى إيجاب وقبول باللفظ، بل يكفي القبض ويملك به، وهذا هو الصحيح الذي عليه قرار المذهب ونقله الأثبات من متأخري الأصحاب، وبه قطع المتولي والبغوي، واعتمده الروياني وغيرهم، واحتجوا بأن الهدايا كانت تحمل إلى رسول الله ﷺ فيقبلها، ولا لفظ هناك، وعلى جرى ذلك الناس في الأعصار، ولذلك كانوا يبعثون بها على أيدي الصبيان الذين لا عبارة لهم.

فإن قيل: هذا كان إباحة لا هدية وتمليكًا، فجوابه أنه لو كان إباحة، لما تصرفوا فيه تصرُّف الملاك، ومعلوم أن ما قَبِله النبي ﷺ، كان يتصرف فيه ويملِّكه غيره. ويمكن أن يحمل كلام من اعتبر الإيجاب والقبول على الأمر المشعر بالرضى دون اللفظ، ويقال: الإشعار بالرضى قد يكون لفظًا وقد يكون فعلًا.

**فرع:** الصدقة كالهدية بلا فرق فيما ذكرناه، وسواء فيما ذكرناه في الهدية الأطعمةُ وغيرها.

**فرع:** في مسائل تتعلق بما سبق، إحداها: حيث اعتبرنا الإيجاب والقبول، لا

يجوز التعليق على شرط، ولا التوقيت على المذهب، وفيهما كلام سنذكره في العُمْرَى إن شاء الله تعالى، وكذلك لا يجوز تأخير القبول عن الإيجاب، بل يشترط التواصل المعتاد كالبيع، وعن ابن سريج جواز تأخير القبول كما في الوصية، وهذا الخلاف حكاه كثيرون في الهبة، وخصه المتولي بالهدية، وجزم بمنع التأخير في الهبة، والقياس التسوية بينهما. ثم في الهدايا التي يبعث بها من موضع إلى موضع، وإن اعتبرنا اللفظ والقبول على الفور، فإما أن يوكل الرسول ليوجب ويقبل المبعوث إليه، وإما أن يوجب المهدي ويقبل المهدى إليه عند الوصول إليه.

الثانية: إذا كانت الهبة لمن ليس له أهلية القبول، نظر، إن كان الواهب أجنبيًا، قبل له من يلي أمره من ولي ووصي وقيِّم. وإن كان الواهب ممن يلي أمره، فإن كان غير الأب والجد، قبل له الحاكم أو نائبه. وإن كان أبًا أو جدًا، تولى الطرفين. وهل يحتاج إلى لفظي الإيجاب والقبول، أم يكفي أحدهما؟ وجهان كما سبق في البيع. قال الإمام: وموضع الوجهين في القبول، ما إذا أتى بلفظ مستقل، كقوله: اشتريت لطفلي، أو انهبت له كذا. أما قوله: قبلت البيع والهبة، فلا يمكن الاقتصار عليه بحال.

**فرع:** لا اعتبار بقبول متعهد الطفل الذي لا ولاية له عليه.

الثالثة: إذا وهب لعبد غيره، فالمعتبر قبول العبد. وفي افتقاره إلى إذن سيده خلاف سبق.

الرابعة: وهب له شيئًا فقبل نصفه، أو وهب له عبدين، فقبل أحدَهما، ففي صحته وجهان: والفرق بينه وبين البيع، أن البيع معاوضة.

الخامسة: غرس أشجارًا وقال عند الغراس: أغرسه لابني، لم يصر للابن. ولو قال: جعلته لابني وهو صغير، صار للابن، لأن هبته له لا تقتضي قبولًا، بخلاف ما لو جعله لبالغ، كذا قاله الشيخ أبو عاصم، وهو ملتفت إلى الانعقاد بالكنايات، وإلى أن هبة الأب لابنه الصغير يكفي فيها أحد الشقين.

السادسة: لو ختن ابنه واتخذ دعوة، فحملت إليه هدايا ولم يسمِّ أصحابُها الأب ولا الابن، فهل تكون الهدية ملكًا للأب، أم للابن؟ فيه وجهان.

وقطع القاضي حسين في «الفتاوى» بأنه للابن، وأنه يجب على الأب أن يقبلها لولده، فإن لم يقبل، أثم. قال: وكذا وصيٌ وقيِّم، يقبل الهدية والوصية للصغير. قال: فإن لم يقبل الوصي الوصية والهدية، أثم وانعزل لتركه النظر. وفي فتاوى القاضي: أن الشيخ أبا إسحاق الشيرازي قال: تكون ملكًا للأب، لأن الناس يقصدون التقرب إليه، وهذا أقوى وأصح. والله أعلم.

السابعة: بعث إليه هدية في ظرف، والعادة في مثلها رد الظرف، لم يكن الظرف هدية. فإن كان العادة أن لا يرد كقوصرَّة التمر، فالظرف هدية أيضًا، وقد يميز القسمان بكونه مشدودًا فيه وغير مشدود. وإذا لم يكن الظرف هدية، كان أمانة في يد المهدي إليه، وليس له استعماله في غير الهدية. وأما فيها، فإن اقتضت العادة تفريغه، لزم تفريغه. وإن اقتضت التناول منه، جاز التناول منه، قال البغوي: ويكون عارية.

الثامنة: بعث كتابًا إلى حاضر أو غائب، وكتب فيه أن اكتب الجواب على ظهره، لزمه رده، وليس له التصرف فيه، وإلا، فهو هدية يملكها المكتوب إليه، قاله المتولي. وقال غيره: يبقى على ملك الكاتب، وللمكتوب إليه الانتفاع به على سبيل الاباحة.

التاسعة: أعطاه درهمًا وقال: ادخل به الحمام، أو دراهم وقال: اشتر بها لنفسك عمامة ونحو ذلك، ففي فتاوى القفال: أنه إن قال ذلك على سبيل التبسُّط المعتاد، ملكه وتصرف فيه كيف شاء. وإن كان غرضه تحصيل ما عيَّنه لما رأى به من الشعث والوسخ، أو لعلمه بأنه مكشوف الرأس، لم يجز صرفه إلى غير ما عيَّنه.

وقال القاضي حسين في «الفتاوى»: وهل يتعين؟ يحتمل وجهين: وقال: ولو طلب الشاهد مركوبًا ليركبه في أداء الشهادة، فأعطاه دراهم ليصرفها إلى مركوب، هل له صرفها إلى جهة أخرى؟ وجهان: الصحيح المختار، ما قاله القفال. قال القاضي: ولو قال: وهبتك هذه الدراهم بشرط أنك تشتري بها خبزًا لتأكله، لم تصح الهبة، لأنه لم يطلق له التصرف. والله أعلم.

العاشرة: سئل الشيخ أبو زيد رحمه الله تعالى عن رجل مات أبوه، فبعث إليه رجل ثوبًا ليكفِّنه فيه، هل يملكه حتى يمسكه ويكفِّنه في غيره؟ فقال: إن كان الميت ممن يتبرَّك بتكفينه لفقهٍ وورعٍ، فلا، ولو كفنه في غيره، وجب رده إلى مالكه.

الحادية عشرة: في فتاوى الغزالي: أن خادم الصوفية الذي يتردد في السوق ويجمع لهم شيئًا يأكلونه، يملكه الخادم الصرف ولا يلزمه الصرف إليهم، إلا أن المروءة تقتضي الوفاء بما تصدَّى له، ولو لم يف، فلهم منعه من أن يظهر الجمع لهم والإنفاق عليهم. وإنما ملكه لأنه ليس بولي ولا وكيل عنهم، بخلاف هدايا الختان.

الركن الرابع: الموهوب، فما جاز بيعه، جازت هبته، وما لا، فلا، هذا هو الغالب. وقد يختلفان، فتجوز هبة المشاع سواء المنقسم وغيره، وسواء وهبه للشريك أو غيره، وتجوز هبة الأرض المزروعة مع زرعها ودون زرعها وعكسه.

**فرع:** لو وهب لاثنين، فقبل أحدهما نصفه، فوجهان كالبيع. وقطع صاحب «الشامل» بالتصحيح.

**فرع:** لا تصح هبة المجهول، ولا الآبق والضالِّ، وتجوز هبة المغصوب لغير الغاصب إن قدر على الانتزاع، وإلا، فوجهان: وأما هبته للغاصب، فقد ذكرناها في كتاب الرهن. وتجوز هبة المستعار لغير المستعير ثم إذا قبض الموهوب له بالإذن، برىء الغاصب والمستعير من الضمان، وتجوز هبة المستأجَرة إذا جوزنا بيعها، وإلا، ففيها الوجهان. ثم قال الشيخ أبو حامد وغيره: ولو وكل الموهوبُ له الغاصب أو المستعير أو المستأجر في قبض ما في يده في نفسه، وقَبِلَ، صح. وإذا مضت مدة يتأتَّى فيها القبض، برىء الغاصب والمستعير من الضمان، وهذا يخالف الأصل المشهور في أن الشخص لا يكون قابضًا مقبضًا، وفي هبة المرهون وجهان: إن صححناها، انتظرنا، فإن بيع في الرهن، بان بطلان الهبة. وإن فك الرهن، فللواهب الخيار من الإقباض. ويجري الوجهان في هبة الكلب، وجلد الميتة قبل الدباغ، والخمر المحترمة. والأصح من الوجهين في هذه الصور كلها البطلان، قياسًا على البيع. والثاني: الصحة، لأنها أخف من البيع. قال الإمام: من صحح فيها، فحقه تصحيحها في المجهول والآبق كالوصية.

**فرع:** إذا وهب الدَّين لمن هو عليه، فهو إبراءٌ، ولا يحتاج إلى القبول على المذهب. وقيل: يحتاج اعتبارًا باللفظ. وإن وهبه لغير من هو عليه، لم يصح على المذهب. وقيل: في صحته وجهان: كرهن الدَّين. فإن صححنا، ففي افتقار لزومها إلى قبض الدَّين، وجهان: فإن قلنا: لا يفتقر، فهل يلزم بنفس الإيجاب والقبول كالحوالة؟ أم لا بد من إذن جديد ويكون ذلك كالتخلية فيما لا يمكن نقله؟ وجهان.

**فرع:** رجل عليه زكاة وله دين على مسكين، فوهب له الدَيْن بنية الزكاة، لم يقع الموقع، لأنه إبراء بتمليك وإقامة الإبراء مقام التمليك إبدال، وذلك لا يجوز في الزكاة، هكذا قال صاحب «التقريب». ولك أن تقول: ذكروا وجهين في أن هبة الدين ممن عليه الدين تُنزَّل منزلة التمليك، أم هو محض إسقاط؟ وعلى هذا خرج اعتبار القبول فيها. فإن قلنا: تمليك، وجب أن يقع الموقع. ولو كان الدَّين على غير المسكين، فوهبه للمسكين بنية الزكاة، وقلنا: تصح الهبة ولا يعتبر القبض، أجزأه عن الزكاة، ويطالب المسكين والمديون.

**فصل:** وأما شرط لزوم الهبة، فهو القبض، فلا يحصل الملك في الموهوب والهدية إلا بقبضهما، هذا هو المشهور. وفي قول قديم: يملك بالعقد كالوقف.

وفي قول مخرج: الملك موقوف، فإن قبض، تبيّنا أنه ملك بالعقد. ويتفرع على الأقوال أن الزيادة الحادثة بين العقد والقبض، لمن تكون؟ ولو مات الواهب أو الموهوب له بعد العقد وقبل القبض، فوجهان: وقيل: قولان: أحدهما: ينفسخ العقد، لجوازه، كالشركة والوكالة. وأصحهما: لا ينفسخ، لأنه يؤول إلى اللزوم، كالبيع الجائز، بخلاف الشركة. فعلى هذا، إن مات الواهب تخيَّر الوارث في الإقباض. وإن مات الموهوب له، قبض وارثه إن أقبضه الواهب. ويجري الخلاف في جنون أحدهما وإغمائه.

**فرع:** القبض المحصّل للملك، هو الواقع بإذن الواهب، فلو قبض بلا إذنه، لم يملكه، ودخل في ضمانه، سواء قبض في مجلس العقد أو بعده. ولو كان الموهوب في يد الموهوب له، فحكمه ما سبق في كتاب الرهن. ولو أذن في القبض، ثم رجع عنه قبل القبض، صح رجوعه، فلا يصح القبض بعده. وكذا لو أذن، ثم مات الآذن أو المأذون له قبل القبض، بطل الإذن.

**فرع:** بعث هدية إلى إنسان، فمات المهدى إليه قبل وصولها إليه، بقيت الهدية للمهدي. ولو مات المهدي، لم يكن للرسول حملها إلى المهدي إليه، وكذا المسافر إذا اشترى لأصدقائه هدايا، فمات قبل وصولها إليهم، فهي له تركة.

**فرع:** كيفية القبض في العقار والمنقول، كما سبق في البيع. وحكينا هنا قولًا، أن التخلية في المنقول قبض. قال المتولي: لا جريان له هنا، لأن القبض هناك مستحق، وللمشتري المطالبة به، فجعل التمكين قبضًا، وفي الهبة غير مستحق، فاعتبر تحقيقه ولم يكتف بالوضع بين يديه.

**فرع:** لو أتلف المتهب الموهوب، لم يصر قابضًا، بخلاف المشتري إذا أتلف المبيع، والفرق ما سبق في الفرع قبله. ولو أذن الواهب للموهوب له في أكل طعام الموهوب، فأكله، أو في إعتاق الموهوب، فأعتقه، أو أمر الموهوبُ له الواهب بإعتاقه، فأعتقه، كان قابضًا.

**فرع:** لو باع الواهبُ الموهوب قبل الإقباض، حكى الشيخ أبو حامد: أنه إن كان يعتقد أن الهبة غير لازمة، صح بيعه وبطلت الهبة. وإن اعتقد لزومها وحصول الملك بالعقد، ففي صحة بيعه قولان، كمن مال أبيه يظن أنه حيٌ، فبان ميتًا.

**فصل:** في حكم الهبة في الرجوع والثواب: فيه طرفان:

الطرف الأول: في الرجوع، فالهبة تنقسم إلى مقيدة بنفي الثواب، ومقيدة بإثباته، ومطلقة. أما المقيدة بنفي الثواب، فتلزم بنفس القبض، ولا رجوع فيها إلا للوالد، فإنه يرجع فيما وهبه لولده كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

**فصل:** ينبغي للوالد أن يعدل بين أولاده في العطية، فإن لم يعدل، فقد فعل مكروهًا، لكن تصح الهبة. والأولى في هذا الحال، أن يعطي الآخرين ما يحصل به العدل. ولو رجع، جاز. وإذا أعطى وعدل، كره له الرجوع. وكذا لو كان ولدًا واحدًا، فوهب له، كره الرجوع إن كان الولد عفيفًا بارًّا، فإن كان عاقًّا أو يستعين بما أعطاه في معصية، فلينذره بالرجوع. فإن أصر، لم يكره الرجوع.

**فرع:** في كيفية العدل بين الأولاد في الهبة، وجهان: أصحهما: أن يسوِّي بين الذكر والأنثى. والثاني: يعطي الذكر مثل حظ الانثيين.

وإذا وهبت الأم لأولادها، فهي كالأب في العدل بينهم في كل ما ذكرناه، وكذلك الجد والجدة، وكذا الابن إذا وهب لوالديه. قال الدارمي: فإن فضَّل فليفضِّل الأم. والله أعلم.

**فصل:** للأب الرجوع في هبته لولده. وعن ابن سريج: أنه إنما يرجع إذا قصد بهبته استجلاب برٍ أو دفع عقوق فلم يحصل، فإن أطلق الهبة ولم يقصد ذلك، فلا رجوع والصحيح الجواز مطلقًا وأما الأم والأجداد والجدات من جهة الأب والأم، فالمذهب أنهم كالأب. وفي قول: لا رجوع لهم. وقيل: ترجع الأم. وفي غيرها، قولان: وقيل: يرجع آباء الأب، وفي غيرهم قولان: ولا رجوع لغير الأصول كالأخوة والأعمام وغيرهم من الأقارب قطعًا. وسواء في ثبوت الرجوع للوالد كانا متفقين في الدِّين، أم لا. ولو وهب لعبد ولده، رجع. ولو وهب لمكاتب ولده، فلا. وهبته لمكاتب نفسه كالأجنبي. ولو تنازع رجلان مولودًا، ووهبا له، فلا رجوع لواحد منهما. فإن أُلحق بأحدهما، فوجهان: لأن الرجوع لم يكن ثابتًا ابتداء. أصحهما: الرجوع، وبه قطع ابن كج، لثبوت بنوَّته في الأحكام. والله أعلم.

**فرع:** حكم الرجوع في الهدية حكمه في الهبة. ولو تصدق على ولده، فله الرجوع على الأصح المنصوص. قال المتولي: ولو أبرأه من دَين، بني على أن الإبراء إسقاط، أو تمليك؟ إن قلنا: تمليك، رجع، وإلا، فلا. ينبغي أن لا يرجع على التقديرين. والله أعلم.

**فرع:** وهب لولده، ثم مات الواهب، ووارثه أبوه لكون الولد مخالفًا في الدِّين، فلا رجوع للجد.

**فرع:** الموهوب، إما أن لا يكون باقيًا في سلطنة المتهب، وإما أن يكون.

القسم الأول: أن لا يكون، بأن أتلف، أو زال ملكه عنه ببيع أو غيره، أو وقفه، أو أعتقه، أو كاتبه، أو استولدها، أو وهبه وأقبضه، أو رهنه وأقبضه، فلا رجوع له، ولا قيمة أيضًا. وحكى الإمام خلافًا، في أن الرهن هل يمنع الرجوع،

مبنيًا على ما سبق من صحة هبة المرهون؟ فإن قلنا: لا تصح، لم يصح الرجوع، وإلا، توقَّفنا. فإن فك الرهن، بان صحة الرجوع، وذكر أيضًا ترددًا في كتابة العبد بناءً على صحة بيعه. ولا يمتنع الرجوع بالرهن والهبة إذا لم يُقبضا، ولا بالتدبير وتعليق العتق بصفة، ولا بزراعة الأرض وتزويج الأمة قطعًا، ولا بالإيجار على المذهب، وبه قطع الأكثرون، وتبقى الإجارة بحالها كالتزويج.

وقال الإمام: إن صححنا بيع المستأجَر، رجع، وإلا، فإن جوزنا الرجوع في المرهون وتوقَّفنا، صح الرجوع هنا ولا توقف، بل الرقبة للراجع، ويستوفي المستأجر المنفعة إلى انقضاء المدة. وإن منعنا الرجوع في المرهون، ففي المستأجَر تردد، وخرّج على هذا، ترددًا فيما إذا أبق العبد الموهوب من يد المتهب، هل يصح رجوع الواهب، مع قولنا: لا تصح هبة الآبق، لأن الهبة تمليك مبتدأً والرجوع بناء فيسامح فيه؟ ولو جنى وتعلق الأرش برقبته، فهو كالمرهون في امتناع الرجوع. لكن لو قال: أنا أفديه وأرجع، مكِّن، بخلاف ما لو كان مرهونًا فأراد أن يبذل قيمته ويرجع، لما فيه من إبطال تصرف المتهب.

ولو زال ملك المتهب ثم عاد بإرث أو شراءٍ، ففي عود الرجوع وجهان: وقال الغزالي: قولان: أصحهما: المنع. واحتج أبو العباس الروياني لهذا الوجه، بأنه لو وهب لابنه، فوهبه الابن لجده، فوهبه الجد لابن ابنه الذي وهبه، فإن حق الرجوع للجد الذي حصل منه هذا الملك، لا للأب، ولا يبعد أن يثبت القائل الأول الرجوع لهما جميعًا. ولو وهب له عصيرًا فصار خمرًا، ثم صار خلاًّ، فله الرجوع على المذهب. وحكى بعضهم وجهين في زوال الملك بالتخمُّر، ووجهين في عود الرجوع تفريعًا على الزوال. وإذا انفك الرهن أو الكتابة بعجز المكاتب، ثبت الرجوع على المذهب. ولو حجر على المتهب بالفلس، فلا رجوع على الأصح كالرهن. وقيل: يرجع، لأن حقه سابق، فإنه يثبت من حين الهبة.

ولو حجر عليه بالسفه، ثبت الرجوع قطعًا، لأنه لم يتعلق به حق غيره، قاله المتولي وآخرون. والله أعلم.

ولو ارتد وقلنا: لا يزول ملكه، ثبت الرجوع. وإن قلنا: يزول، فلا. فإن عاد إلى الإسلام، ثبت الرجوع على المذهب. وقيل: على الخلاف فيما لو زال ملكه ثم عاد. ولو وهب الابن المتهب الموهوبَ لابنه، أو باعه له أو ورثه منه، فلا رجوع للجد على المذهب.

ولو وهبه المتهب لأخيه من أبيه، قال في «البيان»: ينبغي أن لا يجوز للأب الرجوع قطعًا، لأن الواهب لا يملك الرجوع، فالأب أولى. ولا يبعد تخريج

الخلاف، لأنهم عللوا الرجوع بأنه هبة لمن للجد الرجوع في هبته، وهذا موجود هنا. والله أعلم.

القسم الثاني: أن يكون باقيًا في سلطنة المتهب، فإن كان بحاله، أو ناقصًا، فله الرجوع، وليس على المتهب أرش النقص، وإن كان زائدًا، نظر، إن كانت الزيادة متصلة، كالسِّمن وتعلُّم صنعة، رجع فيه مع الزيادة. وإن كانت منفصلة كالولد، والكسب، رجع في الأصل وبقيت الزيادة للمتهب. وإن وهب جارية أو بهيمة حاملًا، فرجع قبل الوضع، رجع فيها حاملًا. وإن رجع بعد الوضع، فإن قلنا: للحمل حكم، رجع في الولد مع الأم، وإلا، ففي الأم فقط. وإن وهبها حائلًا ورجع وهي حامل، فإن قلنا: لا حكم للحمل، رجع فيها حاملًا، وإلا، فلا يرجع إلا في الأم، وهل له الرجوع في الحال، أم عليه الصبر إلى الوضع؟ وجهان: ولو وهبه حبًّا فبذره ونبت، أو بيضًا فصار فرخًا، فلا رجوع، لأن ماله مستهلك. قال البغوي: هذا إذا ضمَّنا الغاصب بذلك، وإلا، فقد وجد عين ماله فيرجع.

ولو كان الموهوب ثوبًا فصبغه الابن، رجع في الثوب، والابن شريك بالصبغ. ولو قصره، أو كانت حنطة فطحنها، أو غزلًا فنسجه، فإن لم تزد قيمته، رجع ولا شيء للابن. وإن زادت، فإن قلنا: القصارة عين، فالابن شريك. وإن قلنا: أثر، فلا شيء له. ولو كان أرضًا فبنى فيها أو غرس، رجع الأب في الأرض، وليس له قلع البناء والغراس مجانًا، لكنه يتخير بين الإبقاء بأجرة، أو التملك بالقيمة، أو القلع. وغرامة النقص كالعاريَّة. ولو وطىء الابن الموهوبة، قال ابن القطان: لا رجوع وإن لم تحبل، لأنها حرمت على الأب، والصحيح: ثبوت الرجوع.

**فرع:** فيما يحصل به الرجوع: يحصل بقوله: رجعت فيما وهبت، أو ارتجعت، أو استرددت المال، أو رددته إلى ملكي، أو أبطلت الهبة، أو نقضتها وما أشبه ذلك، هكذا أطلقوه. وحكى الروياني في «الجرجانيات» وجهين في أن الرجوع نقض وإبطال للهبة، أم لا؟ فعلى الثاني: ينبغي أن لا يستعمل لفظ النقض والإبطال، إلا أن يجعل كناية عن المقصود. وذكر الروياني هذا، أن اللفظ الذي يحصل به الرجوع، صريح وكناية فالصريح: رجعت. والكناية تفتقر إلى النية، كأبطلت الهبة وفسختها. فلو لم يأت بلفظ، لكن باع الموهوب، أو وهبه لآخر، أو وقفه، فثلاثة أوجه: أصحها: لا يكون رجوعًا. والثاني: رجوع وينفذ التصرف. والثالث: رجوع فلا ينفذ التصرف. ولو أتلف الطعام الموهوب، أو أعتق العبد، أو وطىء، لم يكن رجوعًا على الأصح. والثاني: رجوع. وأشار الإمام إلى وجه

ثالث: أنه إن أحبلها بالوطء وحصل الاستيلاد، كان رجوعًا، وإلا، فلا. فعلى الأصح: يلزمه بالإتلاف القيمة ويلغو الإعتاق، وعليه بالوطء مهر المثل، وباستيلاد القيمة.

ولو صبغ الثوب الموهوب، أو خلط الطعام بطعام نفسه، لم يكن رجوعًا، بل هو كما لو فعل الغاصب ذلك.

**فرع:** الرجوع في الهبة حيث يثبت، لا يفتقر إلى قضاء القاضي. وإذا رجع ولم يسترد المال، فهو أمانة في يد الولد، بخلاف المبيع في يد المشتري بعد فسخ البيع، لأن المشتري أخذه على حكم الضمان.

**فرع:** لو اتفق الواهب والمتهب على فسخ الهبة حيث لا رجوع، فهل ينفسخ كما لو تقايلا، أم لا كالخلع؟ فيه وجهان عن «الجرجانيات».

الطرف الثاني: في الثواب، قد سبق أن الهبة مقيدة بنفي الثواب، وإثباته، ومطلقة، ومضى الكلام في المقيدة، وفرعناها على المذهب والذي قطع به الجمهور وهو صحتها. وقيل: إنها باطلة إذا أوجبنا الثواب في المطلقة، لأنه شرط يخالف مقتضاها.

وأما القسم الثاني: وهي المطلَقة، فينظر، إن وهب الأعلى للأدنى، فلا ثواب، وفي عكسه قولان: أظهرهما عند الجمهور: لا ثواب. والثاني: يجب الثواب، فعلى هذا، هل هو قدر قيمة الموهوب، أم ما يرضى به الواهب، أم ما يعدُّ ثوابًا لمثله في العادة، أم يكفي ما يتموَّل؟ فيه أربعة أوجه: وقيل: أقوال: أصحها: أولها، والخيار في جنسه إلى المتهب. فعلى الأصح، لو اختلف قدر القيمة، فالاعتبار بقيمة يوم القبض على الأصح. وقيل: بيوم بذل الثواب. ثم إن لم يثب ما يصلح ثوابًا، فللواهب الرجوع إن كان الموهوب بحاله.

فإن زاد زيادة منفصلة، رجع فيه دونها. وإن زاد متصلة، رجع فيه معها على الصحيح. وقيل: للمتهب إمساكه وبذل قيمته بلا زيادة. وإن كان تالفًا، فوجهان: وقيل: قولان منصوصان في القديم. أصحهما: يرجع بقيمته. والثاني: لا شيء له كالأب في هبة ولده. وإن كان ناقصًا، رجع فيه. وفي تغريمه المتهب أرش النقصان الوجهان. وقيل: له ترك العين والمطالبة بكمال القيمة.

وأما إذا وهب لنظيره، فالمذهب القطع بأن لا ثواب. وقيل: فيه القولان. وعن صاحب «التقريب» طرد القولين في هبة الأعلى للأدنى، وهو شاذ.

وأما القسم الثالث: فالمقيَّدة بالثواب، وهو إما معلوم، وإما مجهول. فالحالة الأولى: المعلوم، فيصح العقد على الأظهر، ويبطل على قول. فإن صححنا، فهو

بيع على الصحيح. وقيل: هبة. فإن قلنا: هبة، لم يثبت الخيار والشفعة، ولم يلزم قبل القبض. وإن قلنا: بيع، ثبتت هذه الأحكام. وهل تثبت عقب العقد، أم عقب القبض؟ قولان: أظهرهما: الأول. ولو وهبه حليًا بشرط الثواب، أو مطلقًا وقلنا: الهبة تقتضي الثواب، فنص في «حرملة» أنه إن أثابه قبل التفرق بجنسه، اعتبرت المماثلة. وإن أثابه بعد التفرق بعرض، صح، وبالنقد لا يصح، لأنه صرف، وهذا تفريع على أنه بيع. وفي «التتمة» أنه لا بأس بشيء من ذلك، لأنا لم نلحقه بالمعاوضات في اشتراط العلم بالعوض، وكذا سائر الشروط، وهذا تفريع على أنه هبة.

وحكى الإمام الأول عن الأصحاب، وأبدى الثاني احتمالًا. وخرج على الوجهين ما إذا وهب الأب لابنه بثواب معلوم. فإن جعلنا العقد بيعًا، فلا رجوع، وإلا، فله الرجوع. وإذا وجد بالثواب عيبًا وهو في الذمة، طالب بسليم. وإن كان معينًا، رجع إلى عين الموهوب إن كان باقيًا، وإلا، طالب ببدله. واستبعد الإمام مجيء الخلاف أنه بيع أم هبة هنا، حتى لا يرجع على التقدير الثاني وإن طرده بعضهم. وإذا جعلناه هبة، فكافأه بدون المشروط إلا أنه قريب، ففي شرح ابن كج، وجهان في أنه هل يجبر على القبول لأن العادة فيه مسامحة؟

الحالة الثانية: إذا كان الثواب مجهولًا، فإن قلنا: الهبة لا تقتضي ثوابًا، بطل العقد، لتعذر تصحيحه بيعًا وهبة، وإن قلنا: تقتضيه، صح، وهو تصريح بمقتضى العقد، هذا هو المذهب، وبه قطع الجمهور. وحكى الغزالي وجهًا: أنه يبطل بناءً على أن العوض يلحقه بالبيع.

**فرع:** نص الشافعي، أنه لو وهب لاثنين بشرط الثواب، فأثابه أحدهما فقط، لم يرجع في حصة المثيب، وأنه لو أثاب أحدهما عن نفسه وعن صاحبه ورضي به الواهب، لم يرجع الواهب على واحد منهما. ثم إن أثاب بغير إذن الشريك، لم يرجع عليه. وإن أثاب بإذنه، رجع بالنصف إن أثاب ما يعتاد ثوابًا لمثله. فإن زاد، فمتطوع بالزيادة.

**فرع:** خرج الموهوب مستحقًا بعد الثواب، رجع بما أثاب على الواهب. وإن خرج بعضه مستحقًا، فله الخيار بين أن يرجع على الواهب بقسطه من الثواب، وبين أن يردَّ الباقي ويرجع بجميع الثواب. وقيل: تبطل الهبة في الكل. وقيل: لا يجيء قول الإبطال هنا.

**فرع:** قال: وهبتك ببدل، فقال: بلا بدل، وقلنا: مطلق الهبة لا يقتضي ثوابًا، فهل المصدق الواهب، أم المتهب؟ وجهان: وبالأول قطع ابن كج.

# باب العمرى والرقبى

قال المصنف رحمه الله تعالى: العمرى هو أن يقول: أعمرتك هذه الدار حياتك، أو جعلتها لك عمرك وفيها ثلاث مسائل.

إحداها: أن يقول: أعمرتك هذه الدار حياتك ولعقبك بعدك، فهذه عطية صحيحة، تصح بالإيجاب والقبول، ويملك فيها بالقبض، والدليل عليه ما روى جابر ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه، فإنها للذي أعطيها، لا ترجع إلى الذي أعطاها، لأنه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث»[(١)]، والثانية أن يقول: أعمرتك هذه الدار حياتك، ولم يشرط شيئًا ففيه قولان.

قال في القديم: هو باطل لأنه تمليك عين قدر بمدة، فأشبه إذا قال: أعمرتك سنة أو أعمرتك حياة زيد. وقال في الجديد: هو عطية صحيحة، ويكون للمعمر في حياته ولورثته بعده وهو الصحيح، لما روى جابر ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «من أعمر عمرى حياته فهي له ولعقبه من بعده، يرثها من يرثه من بعده»[(٢)]، ولأن الأملاك المستقرة كلها مقدرة بحياة المالك، وتنتقل إلى الورثة فلم يكن ما جعله له في حياته منافيًا لحكم الأملاك. والثالثة: أن يقول: أعمرتك حياتك، فإن مت عادت إلى أن كنت حيًا وإلى ورثتي إن كنت ميتًا. فهي كالمسألة الثانية، فتكون على قولين: أحدهما: تبطل. والثاني: تصح لأنه شرط أن تعود إليه بعدما زال ملكه أو إلى وارثه، وشرطه بعد زوال الملك لا يؤثر في حق المعمر فيصير وجوده كعدمه.

فصل: وأما الرقبى فهو أن يقول: أرقبتك هذه الدار أو داري لك رقبى ومعناه وهبت لك كل واحد منا يرقب صاحبه، فإن مت قبلي عادت إليَّ، وإن مت قبلك فهي لك، فتكون كالمسئلة الثالثة من العمرى، وقد بينا أن الثالثة كالثانية فتكون على قولين، وقال المزني: الرقبى أن يجعلها لآخرهما موتًا وهذا خطأ، لما روى عبد الله بن الزبير ﷺ أن النبي ﷺ قال: «من أمر رقبى أو أرقب عمرى فهي للمعمر يرثها من يرثه».

فصل: ومن وجب له على رجل دين جاز له أن يبرئه من غير رضاه، ومن أصحابنا من قال: لا يجوز إلا بقبول من عليه الدين، لأنه تبرع يفتقر إلى تعيين

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٦٢٥) وأبو داود في سننه برقم (٣٥٥٣) والترمذي في سننه برقم (١٣٥٠) والنسائي في سننه (٦/ ٢٧٤) وابن ماجه في سننه برقم (٢٣٨٠) ومالك في الموطأ (٢/ ٧٥٦) وأحمد في المسند (٣/ ٣٩٣).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٦٢٥) والنسائي في سننه (٦/ ٢٧٤) وأحمد في المسند (٣/ ٣١٧).

**المتبرع عليه فافتقر إلى قبوله، كالوصية والهبة، ولأن فيه التزامًا منه فلم يملك من غير قبوله كالهبة، والمذهب الأول، لأنه إسقاط حق ليس فيه تمليك مال فلم يعتبر فيه القبول كالعتق والطلاق، والعفو عن الشفعة والقصاص، ولا يصح الإبراء من دين مجهول، لأنه إزالة ملك لا يجوز تعليقه على الشرط، فلم يجز مع الجهالة كالبيع والهبة.**

**الشرح:** أحكام العمرى والرقبى: أما العمرى، فقوله: أعمرتك هذه الدار مثلًا، أو جعلتها لك عمرك، أو حياتك، أو ما عشت، أو حييت، أو بقيت، وما يفيد هذا المعنى. ثم له أحوال:

أحدها: أن يقول مع ذلك: فإذا مت، فهي لورثتك أو لعقبك، فيصح وهي الهبة بعينها، لكنه طول العبارة فإذا مات. فالدار لورثته، فإن لم يكونوا، فلبيت المال، ولا تعود إلى الواهب بحال.

الركن الثاني: يقتصر على قوله: جعلتها لك عمرك، ولم يتعرض لما سواه، فقولان: أظهرهما وهو الجديد: أنه يصح، وله حكم الهبة. والقديم: أنه باطل. وقيل: إن القديم: أن الدار تكون للمعمَّر حياته. فإذا مات، عادت إلى الواهب أو ورثته كما شرط. وقيل: القديم: أنها تكون عارية يستردها متى شاء، فإذا مات، عادت إلى الواهب.

الركن الثالث: أن يقول: جعلتها لك عمرك، فإذا متَّ عادت إليَّ أو إلى ورثتي إن كنتُ مت. فإن قلنا بالبطلان في الحال الثاني، فهنا أولى. وإن قلنا بالصحة والعود إلى الواهب، فكذا هنا. وإن قلنا بالجديد، فوجهان: أحدهما: البطلان. والصحيح: الصحة، وبه قطع الأكثرون، وسوَّوا بينه وبين حالة الإطلاق، وكأنهم أخذوا بإطلاق الأحاديث الصحيحة وعدلوا به عن قياس الشروط الفاسدة.

وأما الرقبى: فهو أن يقول: وهبت لك هذه الدار عمرك، على أنك إن مت قبلي عادت إليَّ. وإن مت قبلك استقرت لك، أو جعلت هذه الدار لك رقبى، أو أرقبتها لك. وحكمها حكم الحال الثالث من العمرى، وحاصله طريقان: أحدهما: القطع بالبطلان. وأصحهما: قولان: الجديد الأظهر: صحته، ويلغو الشرط. فالحاصل أن المذهب صحة العمرى والرقبى في الأحوال الثلاثة، فإذا صححناهما وألغينا الشرط، تصرف المعمر في المال كيف شاء. وإن أبطلنا العقد أو جعلناه عارية، فلا يخفى أنه له التصرف بالبيع ونحوه وإن قلنا بصحة العقد والشرط، فباع الموهوب له ثم مات، فقد ذكر الإمام احتمالين: أصحهما: عنده: لا ينفذ البيع، لأن مقتضى البيع التأبيد، وهو لم يملك إلا مؤقتًا، فكيف يملِّك غيره ما لم يملكه؟

والثاني: ينفذ كبيع المعلَّق عتقه على صفة، وبهذا قطع ابن كج وعلَّله بأنه ملك في الحال، والرجوع أمر يحدث، وشبهه برجوع نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول. فإذا صححنا بيعه، فيشبه أن يرجع الواهب في تركته بالغرم رجوع الزوج إذا طلق بعد خروج الصداق عن ملكها. قال الإمام: وفي رجوع المال إلى ورثة الواهب إذا مات قبل الموهوب له، استبعاد، لأنه إثبات ملك لهم فيما لم يملكه المورث، لكنه كما لو نصب شبكة فوقع بها صيد بعد موته، يكون ملكًا للورثة. والصحيح: أنه تركة تقضى منها ديونه وتنفذ الوصايا.

**فرع:** قال: جعلت هذه الدار لك عمري أو حياتي، فوجهان: أحدهما: أنه كقوله: جعلتها لك عمرك أو حياتك، لشمول اسم العمرى. وأصحهما: البطلان، لخروجه عن اللفظ المعتاد، ولما فيه من تأقيت الملك، فإنه قد يموت الواهب أولًا، بخلاف العكس، فإن الإنسان لا يملك إلا مدة حياته، فلا توقيت فيه. وأجري الخلاف فيما لو قال: جعلتها لك عمر فلان. وخرج من تصحيح العقد وإلغاء الشرط في هذه الصورة وجه: أن الشرط الفاسد لا يفسد الهبة، وطرد ذلك في الوقف. ثم منهم من خص الخلاف في هذه القاعدة بما هو من قبيل الأوقات، كقوله: وهبتك أو وقفتها سنة. ومنهم من طرده في كل شرط، كقوله: وهبتك بشرط أن لا تبيعه إذا قبضته ونحو ذلك، وفرقوا بين البيع والهبة والوقف، بأن الشرط في البيع يورث جهالة الثمن فيفسد البيع. والمذهب فساد الهبة والوقف بالشروط المفسدة للبيع، بخلاف العمرى، لما فيها من الأحاديث الصحيحة.

**فرع:** لو باع على صورة العمرى فقال: ملَّكتكها بعشر عمرك، قال ابن كج: لا يبعد عندي جوازه تفريعًا على الجديد. وقال أبو علي الطبري: لا يجوز.

**فرع:** لا يجوز تعليق العمرى، كقوله: إذا مات أو قدم فلان أو جاء رأس الشهر فقد أعمرتك هذه الدار، أو فهي لك عمرك. فلو علق بموته فقال: إذا متُّ فهذه الدار لك عمرك، فهي وصية تعتبر من الثلث. فلو قال: إذا متُّ فهي لك عمرك، فإذا متَّ عادت إلى ورثتي، فهي وصية بالعمرى على صورة الحالة الثالثة.

**فرع:** جعل رجلان كل واحد منهما داره للآخر عمره، على أنه إذا مات قبله، عادت إلى صاحب الدار، فهذه رقبى من الجانبين.

**فرع:** قال: داري لك عمرك، فإذا متَّ فهي لزيد، أو عبدي لك عمرك، فإذا متَّ فهو حرٌ، صحت العمرى على قوله الجديد، ولغا المذكور بعدها.

# كتاب الوصايا

قال المصنف رحمه الله تعالى: من ثبتت له الخلافة على الأمة جاز له أن يوصي بها إلى من يصلح لها، لأن أبا بكر ﷺ وصى إلى عمر ووصى عمر ﷺ إلى أهل الشورى ﷺ ورضيت الصحابة ﷺ بذلك.

فصل: ومن ثبتت له الولاية في مال ولده ولم يكن له ولي بعده جاز له أن يوصي إلى من ينظر في ماله لما روى سفيان بن عيينة ﷺ عن هشام بن عروة قال: «أوصى إلى الزبير تسعة من أصحاب النبي ﷺ منهم عثمان، والمقداد، وعبد الرحمن بن عوف، وابن مسعود ﷺ، فكان يحفظ عليهم أموالهم، وينفق على أبنائهم من ماله»[1]، وان كان له جد لم يجز أن يوصي إلى غيره لأن ولاية الجد مستحقة بالشرع فلا يجوز نقلها عنه بالوصية.

فصل: ومن ثبت له الولاية في تزويج ابنته، لم يجز أن يوصي إلى من يزوجها، وقال أبو ثور: يجوز كما يجوز أن يوصي إلى من ينظر في مالها، وهذا خطأ لما روى ابن عمر قال: «زوجني قدامة بن مظعون ابنة أخيه عثمان بن مظعون، فأتى قدامة رسول الله ﷺ فقال: أنا عمها ووصى أبيها، وقد زوجتها من عبد الله بن عمر، فقال ﷺ: «إنها يتيمة لا تنكح إلا بإذنها»[2]، ولأن ولاية النكاح لها من يستحقها بالشرع فلا يجوز نقلها بالوصية كالوصية بالنظر في المال مع وجود الجد.

فصل: ومن عليه حق يدخله النيابة من دين آدمي أو حج أو زكاة أو رد وديعة جاز أن يوصي إلى من يؤدي عنه، لأنه إذا جاز أن يوصي في حق غيره فلأن يجوز في خاصة نفسه أولى.

فصل: ومن ملك التصرف في ماله بالبيع والهبة ملك الوصية بثلثه في وجوه البر، لما روى عامر بن سعد عن أبيه قال: «مرضت مرضًا أشرفت منه على الموت فأتاني رسول الله ﷺ يعودني فقلت: يا رسول الله لي مال كثير وليس يرثني إلا ابنتي، أفأتصدق بمالي كله؟ قال: لا، قلت: أتصدق بثلثي مالي؟ قال: لا، قلت: أتصدق بالشطر؟ قال: لا، قلت: أتصدق بالثلث، قال: والثلث كثير إنك

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه (٦/ ٢٨٢).

(٢) أخرجه أحمد في المسند (٢/ ١٣٠) والبيهقي في سننه (٧/ ١١٣) والدارقطني في سننه (٣/ ٢٣٠).

ان تترك ورثتك أغنياء خير من أن تتركهم عالة يتكففون الناس»[(١)]، ولا يجب ذلك لقوله تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِى كِتَٰبِ ٱللَّهِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ وَٱلْمُهَٰجِرِينَ إِلَّآ أَن تَفْعَلُوٓاْ إِلَىٰٓ أَوْلِيَآئِكُم مَّعْرُوفًا﴾ [الأحزاب: ٦]، وفسر بالوصية فجعل ذلك إليهم، فدل على أنها لا تجب، ولأنه عطية لا تلزم في حياته فلم تلزم الوصية به قياسًا على ما زاد على الثلث.

فصل: وإن كانت ورثته فقراء فالمستحب أن لا يستوفي الثلث لقوله ﷺ: «والثلث كثير إنك ان تترك ورثتك أغنياء خير من أن تتركهم عالة يتكففون الناس»، فاستكثر الثلث وكره أن يترك ورثته فقراء فدل على أن المستحب أن لا يستوفي الثلث. وعن علي رضي الله عنه أنه قال: «لأن أوصي بالخمس أحب إليَّ من أن أوصي بالثلث»[(٢)]، وإن كان الورثة أغنياء فالمستحب أن يستوفي الثلث لأنه لما كره الثلث إذا كانوا فقراء دل على أنه يستحب إذا كانوا أغنياء أن يستوفيه.

فصل: وينبغي لمن رأى المريض يجنف في الوصية أن ينهاه لقوله تعالى: ﴿وَلْيَخْشَ ٱلَّذِينَ لَوْ تَرَكُواْ مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَٰفًا خَافُواْ عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُواْ ٱللَّهَ وَلْيَقُولُواْ قَوْلًا سَدِيدًا﴾ [النِّساء: ٩] ، قال أهل التفسير: إذا رأى المريض يجنف على ولده أن يقول: اتقِ الله ولا توصِ بمالك كله، ولأن النبي ﷺ نهى سعدًا عن الزيادة عن الثلث.

فصل: والأفضل أن يقدم ما يوصى به من البر في حياته لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال: «سئل رسول الله ﷺ أي الصدقة أفضل؟ قال: أن تتصدق وأنت صحيح شحيح تأمل الغنى وتخشى الفقر، ولا تمهل حتى إذا بلغت الحلقوم قلت: لفلان كذا ولفلان كذا»[(٣)]، ولأنه لا يأمن إذا وصى به أن يفرط به بعد موته فإن اختار أن يوصي فالمستحب أن لا يؤخر الوصية لما روى ابن عمر رضي الله عنهما إن النبي ﷺ قال: «ما حق امرىء مسلم عنده شيء يوصي يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده»[(٤)]، ولأنه إذا أخر لم يأمن أن يموت فجأة فتفوته.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (١٢٩٥) ومسلم في صحيحه برقم (١٦٢٨) وأبو داود في سننه برقم (٢٨٦٤) والترمذي في سننه برقم (٢١١٦) والنسائي في سننه (٦/ ٢٤١) وابن ماجه في سننه برقم (٢٧٠٨) وأحمد في المسند (١/ ١٧٩) ومالك في الموطأ (٢/ ٧٦٣).

(٢) أخرجه البيهقي في سننه (٦/ ٢٧٠).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (١٤١٩) ومسلم في صحيحه برقم (١٠٣٢) وأبو داود في سننه برقم (٢٨٦٥) والنسائي في سننه (٥/ ٦٨) وابن ماجه في سننه برقم (٢٧٠٦) وأحمد في المسند (٢/ ٢٣١).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٧٣٨) ومسلم في صحيحه برقم (١٦٢٧) وأبو داود في سننه برقم (٢٨٦٢) والترمذي في سننه برقم (٢١١٨) والنسائي في سننه (٦/ ٢٣٨) وابن ماجه في سننه برقم (٢٧٠٢) وأحمد في المسند (٢/ ١٠) ومالك في الموطأ (٢/ ٧٦١).

فصل: وأما من لا يجوز تصرفه في المال ـ فإن كان ممن لا يميز كالمعتوه والمبرسم ومن عاين الموت ـ لم تصح وصيته لأن الوصية تتعلق صحتها بالقول ولا قول لمن لا يميز، ولهذا لا يصح إسلامه، ولا توبته، فلم تصح وصيته، فإن كان صبيًا مميزًا أو بالغًا مبذرًا ففيه قولان: أحدهما: لا تصح وصيته، لأنه تصرف في المال فلم يصح من الصبي والمبذر كالهبة. والثاني: تصح، لأنه إنما منع من التصرف خوفًا من إضاعة المال وليس في الوصية إضاعة المال، لأنه ان عاش فهو على ملكه؛ وإن مات لم يحتج إلى غير الثواب، وقد حصل له ذلك بالوصية.

فصل: وأما إذا وصى بما زاد على الثلث، فإن لم يكن له وارث بطلت الوصية فيما زاد على الثلث، لأن ماله ميراث للمسلمين، ولا مجيز له منهم فبطلت فإن كان له وارث ففيه قولان:

أحدهما: أن الوصية تبطل بما زاد على الثلث لأن النبي ﷺ: «نهى سعدًا عن الوصية بما زاد على الثلث»، والنهي يقتضي الفساد، وليست الزيادة مالًا للوارث فلم تصح وصيته به كما لو أوصى بمال للوارث من غير الميراث.

والثاني: أنها تصح وتقف على إجازة الوارث، فإن أجاز نفذت، وإن ردها بطلت، لأن الوصية صادفت ملكه، وإنما يتعلق بها حق الوارث في الثاني فصحت ووقفت الإجازة كما لو باع ما فيه شفعة، فإن قلنا: على أنها باطلة كانت الإجازة هبة مبتدأة يعتبر فيها الإيجاب والقبول باللفظ الذي تنعقد به الهبة،ويعتبر في لزومها القبض، وإن كان الوصية عتقًا لم يصح إلا بلفظ العتق، ويكون الولاء فيه للوارث، وإن قلنا: إنها تصح كانت الإجارة إمضاء لما وصى به الموصى وتصح بلفظ الإجازة كما يصح العفو عن الشفعة بلفظ العفو، فإن كانت الوصية عتقًا كان الولاء للموصى، ولا يصح الرد والإجازة إلا بعد الموت لأنه لا حق له قبل الموت فلم يصح اسقاطه كالعفو عن الشفعة قبل البيع.

فصل: فإن أجاز الوارث ما زاد على الثلث، ثم قال: أجزت لأني ظننت أن المال قليل وأن ثلثه قليل، وقد بان أنه كثير لزمت الإجازة فيما علم والقول قوله فيما لم يعلم مع يمينه، فإذا حلف لم يلزمه لأن الإجازة في أحد القولين هبة، وفي الثاني إسقاط؛ والجميع لا يصح مع الجهل به. وإن وصى بعبد فأجازه الوارث ثم قال: أجزت لأني ظننت أن المال كثير، وقد بان أنه قليل ففيه قولان:

أحدهما: أن القول قوله كالمسألة قبلها. والثاني: أنه يلزمه الوصية لأنه عرف ما أجازه ويخالف المسألة قبلها فإن هناك لم يعلم ما أجازه.

فصل: واختلف أصحابنا في الوقت الذي يعتبر فيه قدر المال لإخراج الثلث: فمنهم من قال: الاعتبار بقدر المال في حال الوصية، لأنه عقد يقتضي اعتبار قدر المال، فكان الاعتبار فيه بحال العقد، كما لو نذر أن يتصدق بثلث

ماله، فعلى هذا لو أوصى وثلث ماله ألف فصار عند الوفاة ألفين لم تلزم الوصية في الزيادة، فإن وصى بألف ولا مال له ثم استفاد مالًا لم تتعلق به الوصية، وإن وصى وله مال فهلك ماله بطلت الوصية، ومنهم من قال: الاعتبار بقدر المال عند الموت وهو المذهب، لأنه وقت لزوم الوصية واستحقاقها، ولأنه لو وصى بثلث ماله ثم باع جميعه تعلقت الوصية بالثمن، فلو كان الاعتبار بحال الوصية لم تتعلق بالثمن، لأنه لم يكن حال الوصية، فعلى هذا لو وصى بثلث ماله وماله ألف فصار ألفين لزمت الوصية في ثلث الألفين، فإن وصى بمال ولا مال له ثم استفاد مالًا تعلقت به الوصية، فإن وصى بثلثه وله مال ثم تلف ماله لم تبطل الوصية.

فصل: وأما الوصية بما لا قربة فيه كالوصية للكنيسة والوصية بالسلاح لأهل الحرب فهي باطلة لأن الوصية إنما جعلت له ليدرك بها ما فات ويزيد بها الحسنات ولهذا روي أن النبي ﷺ قال: «إن الله تعالى أعطاكم ثلث أموالكم في آخر آجالكم زيادة في حسناتكم»[(١)]، وما ذكرناه ليس من الحسنات فلم تصح فيه الوصية، فإن وصى ببيع ماله من رجل من غير محاباة ففيه وجهان: أحدهما: يصح لأنه قصد تخصصه بالتمليك. والثاني: لا يصح لأنه البيع من غير محاباة ليس بقربة، فلم تصح الوصية به، وإن وصى لذمي جاز، لما روي أن صفية وصت لأخيها بثلثها ثلاثين ألفًا وكان يهوديًا[(٢)]، ولأن الذمي موضع للقربة، ولهذا يجوز التصدق عليه بصدقة التطوع، فجازت له الوصية، فإن وصى لحربي ففيه وجهان: أحدهما: أنه لا تصح الوصية، وهو قول أبي العباس بن القاص، لأن القصد بالوصية نفع الموصى له، وقد أمرنا بقتل الحربي وأخذ ماله فلا معنى للوصية له. والثاني: يصح ـ وهو المذهب ـ لأنه تمليك يصح للذمي فصح للحربي كالبيع.

فصل: واختلف قول الشافعي رحمه الله فيمن وصى لقاتله فقال في أحد القولين: لا يجوز لأنه مال يستحق بالموت فمنع القتل منه كالميراث، وقال في الثاني: يجوز لأنه تمليك يفتقر إلى القبول فلم يمنع القتل منه كالبيع، فإن قتلت أم الولد مولاها عتقت لأن عتقها ليس بوصية، بدليل أنه لا يعتبر من الثلث فلم يمنع القتل منه. فإن قتل المدبر مولاه؛ فإن قلنا: أن التدبير عتق بالصفة عتق لأنه ليس بوصية، وإنما هو عتق بصفة قد وجدت الصفة فعتق، وإن قلنا: إنه وصية وقلنا: إن الوصية للقاتل لا تجوز لم يعتق، وإن قلنا: أنها تجوز عتق من الثلث فإن كان على رجل دين مؤجل فقتله صاحب الدين حل الدين، لأن الأجل حق للمقتول لا حظ له في بقائه، بل الحظ في إسقاطه ليحل الدين ويقضي فيتخلص منه.

---

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه برقم (٢٧٠٩) والبيهقي في سننه (٦/ ٢٦٩).

(٢) أخرجه البيهقي في سننه (٦/ ٢٨١).

فصل: واختلف قوله في الوصية للوارث فقال في أحد القولين: لا تصح لما روى جابر ﷺ أن النبي ﷺ قال: «لا وصية لوارث»[١]، ولأنها وصية لا تلزم لحق الوارث فلم تصح، كما لو أوصى بمال لهم من غير الميراث فعلى هذا الإجازة هبة مبتدأة يعتبر فيها ما يعتبر في الهبة.

والثاني: تصح لما روى ابن عباس ﷺ أن النبي ﷺ قال: «لا تجوز لوارث وصية إلا ان شاء الورثة»[٢]، فدل على أنهم إذا شاؤوا كانت وصية، وليست الوصية في ملكه وإنما يتعلق بها حق الورثة في الثاني فلم يمنع صحتها كبيع ما فيه شفعة، فعلى هذا إذا أجاز الورثة نفذت الوصية.

فصل: ولا تصح الوصية لمن لا يملك فإن وصى لميت لم تصح الوصية لأنه تمليك فلم يصح للميت كالهبة، وإن وصى لحمل تيقن وجوده حال الوصية بأن وضعته لدون ستة أشهر من حين الوصية أو لستة أشهر وليست بفراش صحت الوصية لأنه يملك بالإرث فملك بالوصية، وإن وضعته لستة أشهر وهي فراش لم تصح الوصية لأنه يجوز أن يكون حدث بعد الوصية فلم تصح الوصية بالشك، فإن القته ميتًا لم تصح الوصية لأنه لا يتيقن حياته حال الوصية، ولهذا لا يحكم له بالإرث فلم يحكم له بالملك بالوصية، فإن وصى لما تحمل هذه المرأة لم تصح الوصية. وقال أبو إسحاق تصح والمذهب الأول لأنه تمليك لمن لا يملك فلم يصح.

فصل: فإن قال: وصيت بهذا العبد لأحد هذين الرجلين لم يصح لأنه تمليك لغير معين، فإن قال أعطوا هذا العبد أحد هذين الرجلين جاز لأنه ليس بتمليك وإنما هو وصية بالتمليك، ولهذا لو قال: بعت هذا العبد من أحد هذين الرجلين لم يصح. ولو قال لوكيله بع هذا العبد من أحد هذين الرجلين جاز.

فصل: فإن أوصى لعبده كانت الوصية لوارثه؛ لأن العبد لا يملك فكانت الوصية للوارث، وقد بيناه، فإن وصى لمكاتبه صحت الوصية، لأن المكاتب يملك المال بالعقد فصحت له الوصية، فإن وصى لأم ولده صحت لأنها حرة عند الاستحقاق، فإن وصى لمدبره وعتق من الثلث صحت له الوصية، لأنه حر عند الموت فهو كأم الولد، فإن لم يعتق كانت الوصية للوارث وقد بيناه فإن وصى لعبد غيره كانت الوصية لمولاه، وهل يصح قبوله من غير إذن المولى؟ فيه وجهان: أحدهما: وهو الصحيح أنه يصح ويملك به المولى كما يملك ما يصطاده بغير إذنه. والثاني: وهو قول أبي سعيد الأصطخري أنه لا يصح لأنه تمليك للسيد بعقد فلم يصح القبول فيه من غير إذنه، وهل يصح قبول السيد؟ فيه

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٤/ ٩٧).

(٢) أخرجه البيهقي في سننه (٦/ ٢٦٣) والدارقطني في سننه (٤/ ٩٧).

وجهان: أحدهما: لا يصح لأن الإيجاب للعبد فلم يصح قبول السيد كالإيجاب في البيع. والثاني؛ يصح لأن القبول في الوصية يصح لغير من أوجب له وهو الوارث بخلاف البيع.

فصل: وتجوز الوصية بالمشاع والمقسوم لأنه تمليك جزء من ماله فجاز في المشاع والمقسوم كالبيع، ويجوز بالمجهول كالحمل في البطن واللبن في الضرع وعبد من عبيد، وبما لا يقدر على تسليمه كالطير الطائر، والعبد الآبق، لأن الموصى له يخلف الميت في ثلثه كما يخلفه الوارث في ثلثه فلما جاز أن يخلف الوارث الميت في هذه الأشياء جاز أن يخلفه الموصى له، فإن وصى بمال الكتابة جاز لما ذكرناه فإن وصى برقبته فهو على القولين في بيعه.

فصل: فإن وصى بما تحمله الجارية، أو الشجرة، صحت الوصية لأن المعدوم يجوز أن يملك بالسلم والمساقاة، فجاز أن يملك بالوصية، ومن أصحابنا من قال: إذا قلنا: إن الاعتبار بحال الوصية لم تصح، لأنه لا يملك في الحال ما وصى به.

فصل: وتجوز الوصية بالمنافع، لأنها كالأعيان في الملك بالعقد، والإرث، فكانت كالأعيان في الوصية ويجوز بالعين دون المنفعة، وبالعين لواحد، وبالمنعفة لآخر، لأن المنفعة والعين كالعين فجاز فيهما ما جاز في العينين ويجوز بمنفعة مقدرة بالمدة ومنفعة مؤبدة لأن المقدرة كالعين المعلومة والمؤبدة كالعين المجهولة فصحت الوصية بالجميع.

فصل: وتجوز الوصية بما يجوز الانتفاع به من النجاسات كالسماد والزيت النجس والكلب وجلد الميتة، لأنه يحل اقتناؤها للانتفاع بها، فجاز نقل اليد فيها بالوصية، ولا يجوز بما لا يحل الانتفاع به كالخمر والخنزير والكلب العقور، لأنه لا يحل الانتفاع بها، ولا تقر اليد عليها فلم تجز الوصية بها.

فصل: ويجوز تعليق الوصية على شرط في الحياة، لأنها تجوز في المجهول فجاز تعليقها بالشرط، كالطلاق، والعتاق، ويجوز تعليقها على شرط بعد الموت، لأن ما بعد الموت في الوصية، كحال الحياة، فإذا جاز تعليقها على شرط في الحياة جاز بعد الموت.

فصل: وإن كانت الوصية لغير معين، كالفقراء لزمت بالموت لأنه لا يمكن اعتبار القبول فلم يعتبر، وإن كانت لمعين لم تلزم إلا بالقبول لأنه تمليك لمعين فلم يلزم من غير قبول كالبيع، ولا يصح القبول إلا بعد الموت، لأن الإيجاب بعد الموت فكان القبول بعده. فإن قبل حكم له بالملك. وفي وقت الملك قولان منصوصان: أحدهما: تملك بالموت والقبول، لأنه تمليك يفتقر إلى القبول، فلم يقع الملك قبله كالهبة. والثاني: أنه موقوف، فإن قبل حكمنا بأنه ملك من حين الموت، لأنه لا يجوز أن يكون للموصي لأن الميت لا يملك، ولا يجوز أن

**يكون للوارث لأن الوارث لا يملك إلا بعد الدين والوصية؛ ولا يجوز أن يكون للموصى له لأنه لو انتقل إليه لم يملك رده كالميراث، فثبت أنه موقوف. وروى ابن عبد الحكم قولًا ثالثًا: أنه يملك بالموت ووجهه أنه مال مستحق بالموت فانتقل به كالميراث.**

**فصل: وإن رد نظرت؛ فإن كان في حياة الموصي لم يصح الرد لأنه لا حق له في حياته، فلم يملك إسقاطه كالشفيع إذا عفا عن الشفعة قبل البيع، وإن رد بعد الموت وقبل القبول صح الرد لأنه يثبت له الحق فملك إسقاطه كالشفيع إذا عفا عن الشفعة بعد البيع وإن رد بعد القبول وقبل القبض فيه وجهان:**

**أحدهما: لا يصح الرد لأنه ملكه ملكًا تامًا فلم يصح رده، كما لو قبضه.**

**والثاني: أنه يصح الرد، وهو المنصوص لأنه تمليك من جهة الآدمي من غير بدل فصح رده قبل القبض كالوقف، وإن لم يقبل ولم يرد كان للورثة المطالبة بالقبول أو الرد، فإن امتنع من القبول والرد حكم عليه بالرد، لأن الملك متردد بينه وبين الورثة، كما لو تحجر أرضًا فامتنع من احيائها أو وقف في مشرعة ماء فلم يأخذ ولم ينصرف.**

**فصل: وإن مات الموصى له قبل الموصي بطلت الوصية، ولا يقوم وارثه مقامه، لأنه مات قبل استحقاق الوصية، وإن مات بعد موته، وقبل القبول، قام وارثه مقامه في القبول والرد، لأنه خيار ثابت في تملك المال، فقام الوارث مقامه كخيار الشفعة.**

**الشرح:** الوصية لغة: معناها العهد إلى الغير أو الأمر.

وشرعًا: هبة الإنسان غيره عينًا أو دينًا أو منفعة على أن يملك الموصى له الهبة بعد موت الموصي.

وقد تشمل الوصية ما هو أهم من ذلك فتكون بمعنى الأمر بالتصرف بعد الموت، فتشمل الوصية لشخص بغسله، أو الصلاة عليه إمامًا، أو دفع شيء من ماله لجهة. يقال: أوصيَتُ لفلان بكذا، ووصيَّت، وأوصيت إليه: إذا جعلته وصيًّا. ومَنْ عنده وديعة، أو في ذمته حق لله تعالى، كزكاة، وحج، أو دين لآدمي، يجب عليه أن يوصيَ به إذا لم يعلم به غيره.

ويستحَبّ أن يوصي من له مال. وتعجيل الصدقة في الصحة ثم في الحياة أفضل، وإذا أراد أن يوصيَ، فالأفضل أن يقدِّم من لا يرث من قرابته، ويقدم منهم المحارم، ثم غير المحارم، ثم يقدم بالرضاع، ثم بالمصاهرة، ثم بالولاء، ثم بالجوار، كما في الصدقة المنجزة. وفي «أمالي» السرخسي: أن من قل ماله، وكثر عياله، يستحب أن لا يفوِّته عليهم بالوصية. والصحيح المعروف هو الأول.

وقوله: «يتكففون الناس» أي يسألونهم فيمدون إليهم أكفهم، والجنف: الميل،

وقوله: «سديدًا» السداد ضد الفساد أي قولًا قصدًا مستقيمًا لا ميل فيه، وقوله: «لا تمهل» أي لا تؤخر، والمعتوه هو ناقص العقل.

أما الأحكام فأركان الوصية أربعة:

الركن الأول: الموصي، وهو كل مكلف حر، فلا تصح وصية المجنون، والمبرسم، والمعتوه الذي لا يعقل، والصبي الذي لا يميز قطعًا، ولا تصح وصية الصبي المميز. وتدبيره على الأظهر عند الأكثرين كهبته وإعتاقه، إذ لا عبارة له. وتصح وصية المحجور عليه لسفه على المذهب. وقيل: قولان كالصبي. وأما العبد، فإن أوصى، ومات رقيقًا، فباطلة. وإن عتق، ثم مات، فباطلة أيضًا على الأصح. والمكاتب كالقن وكالصبي.

**فرع:** تصح وصية الكافر بما يتمول أو يقتنى، ولا تصح بخمر، ولا خنزير، سواء أوصى لمسلم أو ذمي، ولا بمعصية، كعمارة كنيسة، أو بنائها، أو كتب التوراة والإنجيل، أو قراءتهما، وما أشبههما.

الركن الثاني: الموصى له. فإن كانت الوصية لجهة عامة، فشرطه: أن لا تكون جهة معصية وسواء أوصى به مسلم أو ذمي، فلو وصى مسلم ببناء بقعة لبعض المعاصي، لم يصح، كما لو وصى ذمي ببناء كنيسة.

**فرع:** يجوز للمسلم والذمي الوصية لعمارة المسجد الأقصى وغيره من المساجد، ولعمارة قبور الأنبياء، والعلماء، والصالحين، لما فيها من إحياء الزيارة، والتبرك بها، وكذا الوصية لفك أسارى الكفار من أيدي المسلمين، لأن المفاداة جائزة، وكذا الوصية ببناء رباط ينزله أهل الذمة، أو دار لتصرف غلتها إليهم.

**فرع:** عَدّوا من الوصية بالمعصية، ما إذا أوصى لدهن سراج الكنيسة، لكن قيَّد الشيخ أبو حامد المنع بما إذا قصد تعظيم الكنيسة. فأما إذا قصد انتفاع المقيمين أو المجاورين بضوئها، فالوصية جائزة، كما لو أوصى بشيء لأهل الذمة.

**فصل:** وإن كانت الوصية لمعيّن، فينبغي أن يتصور له الملك. ويتعلق بهذا الضبط مسائل:

إحداها: الوصية للحمل جائزة، ثم ينظر، فإن قال: أوصيت لحمل فلانة، أو لحمل فلانة الموجود الآن، فلا بد لنفوذها من شرطين:

أحدهما: أن يعلم وجوده حال الوصية، بأن ينفصل لأقل من ستة أشهر، فلو انفصل لستة فصاعدًا، نظر، إن كانت المرأة فراشًا لزوج أو سيد، لم يستحق شيئًا، وإن لم تكن فراشًا، بل فارقها مستفرشها قبل الوصية. فإن كان الانفصال لأكثر من أربع سنين من وقت الوصية، لم يستحق شيئًا. وإن انفصل لدون ذلك، فقولان:

وقيل: وجهان: أظهرهما: أنه يستحق، لأن الظاهر وجوده. ولو قال: أوصيتُ لحمل فلانة من زيد، اشترط مع ذلك ثبوت نسبه من زيد حتى لو كانت الوصية بعد زوال الفراش، فأتت بولد لأكثر من أربع سنين من وقت الفراق، ولأقل من ستة أشهر من يوم الوصية، لم يستحق شيئًا، لأن النسب غير ثابت منه. ولو اقتضى الحال ثبوت نسبه من زيد، فنفاه باللعان، فالصحيح الذي قاله ابن سريج والجمهور: لا شيء له، لأنه لم يثبت. وعن أبي إسحاق، واختاره الأستاذ أبو منصور: يستحق، لأن النسب كان ثابتًا، واللعان إنما يؤثر في حق المتلاعنَين، ويجري الخلاف فيما لو أوصى لحمل أمة من سيدها، فادعى سيدها الاستبراء، ورأيناه نافيًا للنسب.

الشرط الثاني: أن ينفصل حيًّا، فلو انفصل ميتًا، فلا شيء له وإن انفصل بجناية وأوجبنا الغرة، لما ذكرناه في الميراث.

**فرع:** أتت بولدين بينهما أقل من ستة أشهر، وبين الوصية والأول أقل من ستة أشهر، صحت الوصية لهما وإن زاد ما بين الوصية والثاني على ستة أشهر وكانت المرأة فراشًا، لأنهما حمل واحد.

**فرع:** يقبل الوصية للحمل من يلي أمره بعد خروجه حيًّا. وإن قبلها قبل انفصاله، ثم انفصل حيًّا، فعن القفال: أنه لا يعتدُّ بقوله. وقال غيره: فيه قولان: كمن باع مال أبيه على ظن حياته فبان ميتًا.

**فرع:** هذا الذي ذكرناه، فيما إذا قال: أوصيتُ لحملها، أو لحملها الموجود. أما إذا قال: لحملها الذي سيحدث، فأوجه: أصحها: عند الأكثرين: بطلان الوصية، لأنها تمليك، وتمليك المعدوم ممتنع. والثاني: تصح، قاله أبو إسحاق، وأبو منصور، كما تصح بالحمل الذي سيوجد. والثالث: إن كان الحمل موجودًا حال الموت، صح، وإلاّ، فلا.

المسألة الثانية: العبد الموصى له، إما أن يكون لأجنبي، وإما أن يكون للموصي، وإما للورثة.

القسم الأول: لأجنبي، فتصح الوصية. ثم لا يخلو، إما أن يستمر رقُّه، وإما أن لا يستمر.

الحالة الأولى: أن يستمر رقُّه، فالوصية للسيد، حتى لو قتل الموصي العبد الموصى له، لم تبطل الوصية، ولو قتله سيد العبد، كانت وصيته للقاتل. وفي افتقار قبول العبد إلى إذن السيد وجهان سبقا في باب «معاملة العبيد». أصحهما: المنع، ولا يصح من السيد مباشرة القبول بنفسه على الأصح، لأن الخطاب لم يكن معه،

والوجهان فيما حكى، مخصوصان بقولنا: إن قبول العبد يفتقر إلى إذن السيد. ويجوز أن يُعمما، لأن الملك للسيد بكل حال، فلا يبعد تصحيح القبول منه وإن لم يسم في الوصية؛ ألا ترى أن وارث الموصى له يقبل وإن لم يسم في الوصية. وأما قبول السيد ما وهب لعبده، فقال قائلون: هو على هذين الوجهين. وقال الإمام: هو باطل قطعًا، لأن القبول في الهبة كالقبول في سائر العقود، بخلاف قبول الوصية. وإذا صححنا قبول العبد بغير إذن سيده، فلو منعه من القبول فقبل، قال الإمام: الظاهر عندي الصحة، وحصول الملك للسيد، كما لو نهاه عن الخلع فخالع. وإذا قلنا: لا يصح بلا إذن، فلو رد السيد، فهو أبلغ من عدم الإذن. فلو بدا له أن يأذن في القبول، ففيه احتمال عند الإمام، قال: وإذا صححنا القبول من السيد، فيجب أن يبطل ردُّ العبد لو ردَّه.

الحالة الثانية: أن لا يستمر، بل يعتق. فينظر، إن عتق قبل موت الموصي، فالاستحقاق للعبد، لأنه وقت الملك حر، وإن عتق بعد موته. فإن قبل ثم عتق، فالاستحقاق للسيد، وإن عتق ثم قبل، فإن قلنا: الوصية تملك بالموت، أو موقوفة، فالملك للسيد. وإن قلنا: تملك بالقبول، فللعبد. ولو أوصى لعبد هو لزيد، فباعه لعمرو، فينظر في وقت البيع، ويجاب بمثل هذا التفصيل.

**فرع:** أوصي لمن نصفه حر، ونصفه لأجنبي، فإن لم تكن بينه وبين سيده مهايأة، وقبل بإذن السيد، فالموصى به بينهما بالسوية، كما لو احتش أو احتطب. وإن قبل بغير إذنه، وقلنا: يفتقر قبول العبد إلى إذن سيده، فالقبول باطل في نصف السيد. وفي نصفه وجهان: لأن ما يملكه ينقسم على نصفيه فيلزم دخول نصفه في ملك السيد بغير إذنه. وإن كان بينهما مهايأة، بني على أن الأكساب النادرة هل تدخل في المهايأة؟ وفيه خلاف سبق في «زكاة الفطر»، وفي «كتاب اللقطة». فإن قلنا: لا تدخل، فهو كما لو لم تكن مهايأة. وإن قلنا: تدخل، فلا حاجة إلى إذن السيد في القبول، لأن المهايأة إذن له في جميع الاكساب الداخلة فيها. وهل الاعتبار بيوم موت الموصي، أم بيوم القبول، أم بيوم الوصية؟ فيه أوجه: أصحها: الأول. ولو وهب لمن نصفه حر، فعلى القولين في دخول الكسب النادر في المهايأة. فإن أدخلنا ووقع العقد في يوم أحدهما، والقبض في يوم الآخر، بني على أن الهبة المقبوضة يستند الملك فيها إلى العقد، أم يثبت عقب القبض؟ فإن قلنا بالأول، فالاعتبار بيوم العقد، وإلاّ، فيوم القبض على الأصح، وعلى الثاني بيوم العقد.

**فرع:** قال: أوصيت لنصفه الحر، أو لنصفه الرقيق خاصة. فعن القفال:

بطلان الوصية. قال: ولا يجوز أن يوصيَ لبعض شخص، كما لا يرث بعضه، وقال غيره: يصح وينزل بتقييد الموصي منزلة المهايأة، فيكون الموصى به للسيد إن وصَّى لنصفه الرقيق، وله إن أوصى لنفسه الحر.

**فرع:** تردد الإمام، فيما إذا صرحا بإدراج الأكساب النادرة في المهايأة، أنها تدخل قطعًا، أم تكون على الخلاف؟ وفيما لو عمت الهبات والوصايا في قطر، أنَّها هل تدخل قطعًا، أم تكون على الخلاف؟

القسم الثاني: أن يكون العبد الموصى له للموصي، فينظر، إن أوصى لعبده القنّ برقبته، فسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى في القسم الثاني من الباب الثاني. وإن أوصى له بجزءٍ من رقبته، نفذت الوصية فيه، وعتق ذلك الجزء. وكذلك لو قال: أوصيت له بثلث مالي ولا مال له سواه. ولو قال: أوصيت له بثلث ما أملك من رقبته وغيرها من أموالي، نفذت الوصية في ثلثه، وبقي باقيه رقيقًا للورثة، فيكون الثلث من سائر أمواله وصية لمن بعضه حر وبعضه رقيق لوارثه. وسنذكره إن شاء الله تعالى. ولو قال: أوصيت له بثلث ما أملك، أو بثلث أموالي، ولم ينص على رقبته، فأوجه: أصحها: وبه قال ابن الحداد: أن رقبته تدخل في الوصية، لأنها من أمواله. والثاني: لا، لإشعاره بغيره. فعلى هذا، لا يعتق منه شيء، والوصية له وصية للعبد بغير رقبته، وعلى الأول، هو كما لو قال: أوصيت له بثلث رقبته، وثلث باقي أموالي. والثالثة: تجمع الوصية في رقبته، فإن خرج كله من الثلث، عتق، وإن كان الثلث أكثر من قيمته، صرف الفضل إليه، وإن لم يخرج كله من الثلث، عتق منه بقدر ما يخرج. ولو أوصى له بعين مال، أو قال: أعطوه من مالي كذا، فإن مات وهو ملكه، فالوصية للورثة. وإن باعه الموصي، فهو للمشتري. وإن أعتقه، فهي للعتيق. ولو أوصى له بثلث جميع أمواله، وشرط تقديم رقبته، عتق جميعه، ودفع إليه ما يتم به الثلث.

**فرع:** تجوز الوصية لأم ولده، لأنها تعتق بموته من رأس المال، وللمكاتبِ، لأنه مستقل بالملك. ثم إن عجز ورقّ، صارت الوصية للورثة. وكذا المدبَّر. ثم عتقه والوصية له معتبران من الثلث. فإن وفى بهما، عتق، ونفذت الوصية. وإن لم يف الثلث بالمدبَّر، عتق منه بقدر الثلث، وصارت الوصية لمن بعضه حر وبعضه رقيق للوارث، وإن وفى بأحد الأمرين من المدبر والوصية، بأن كان المدبر يساوي مئة، والوصية بمائة، وله غيرهما مئة، فوجهان: أحدهما وبه قطع الشيخ أبو علي: تقدم رقبته، فيعتق كله، ولا شيء له بالوصية. وأصحهما: عند البغوي: يعتق نصفه، والوصية وصية لمن بعضه حر وبعضه رقيق للوارث. قلت: الأول: أصح. والله أعلم.

القسم الثالث: أن يكون العبد لوارث الموصي، بأن باعه قبل موت الموصي، فالوصية للمشتري، وإن أعتقه، فهي للعتيق، فإن استمر في ملكه، فهي وصية لوارث، وسيأتي حكمها إن شاء الله تعالى. وكذا لو أوصى لعبد أجنبي، ثم اشتراه وارثه، ثم مات الموصي. ولو أوصى لمن نصفه حر، ونصفه لوارثه، فإن لم تكن بينه وبين السيد مهايأة، أو كانت، وقلنا: لا تدخل الوصية فيها، فهو كالوصية لوارث. قال الإمام: وكان يحتمل أن يبعِّض الوصية، كما لو أوصى بأكثر من الثلث. وإن جرت مهايأة، وقلنا: يدخل فيها، فقد سبق أن الاعتبار بيوم موت الموصي على الأصح. فإن مات في يوم العبد، فالوصية صحيحة له، وإلاّ، فوصية لوارث. وسواء كانت مهايأة يوم الوصية، أم أحدثاها قبل موت الموصي، قاله الشيخ أبو علي.

**فرع:** أوصى لمكاتب وارثه. فإن عتق قبل موت الموصي، نفذت الوصية له، وكذا لو أعتق بعده بأداء النجوم. فإن عجز، ورق، صارت وصية لوارث.

المسألة الثالثة: أوصى لدابة غيره، وقصد تمليكها، أو أطلق. قال الأصحاب: الوصية باطلة، لأن مطلق اللفظ للتمليك، والدابة لا تملِك. وفرقوا بينه وبين الوصية المطلقة للعبد، بأن العبد تنتظم مخاطبته، ويتأتَّى منه القبول، وربما عتق قبل موت الموصي، فثبت له الملك. وقد سبق في الوقف المطلق عليها وجهان في كونه وقفًا على مالكها، فيشبه أن تكون الوصية على ذلك الخلاف. وقد يفرق بأن الوصية تمليك مَحْض، فينبغي أن تضاف إلى من تملَّك. قلت: الفرق أصح. والله أعلم.

ولو فُسِّر بالصرف في علفها، صحت، لأن علفها على مالكها، فالقصد بهذه الوصية المالك. هذا هو ظاهر المنقول، وبه قطع الغزالي، والبغوي، وغيرهما. ويحتمل طرد خلاف سبق في مثله، في الوقف. فعلى الصحة في اشتراط قبول المالك وجهان: اختيار أبي زيد: لا يشترط، ويجعل وصية للدابة. والأصح: الاشتراط، وبه قطع صاحب «التلخيص» كسائر الوصايا. وهي وصية لمالكها، كما لو أوصى لعمارة داره، فعلى هذا، يتعين صرفه إلى جهة الدابة على الأصح. وبه قطع صاحب «التلخيص» رعاية لغرض الموصي. فعلى هذا، يتولى الإنفاق الوصي. فإن لم يكن، فالقاضي، أو من يأمره من المالك أو غيره. قال القفال: لا يتعين، بل له إمساكه، وينفق عليها من غيره.

**فرع:** لو انتقلت الدابة من مالكها إلى غيره، فقياس كون الوصية للدابة، الاستمرار لها. وقياس كونها للمالك، اختصاصها بالمنتقَل عنه.

**فرع:** أوصى لمسجد، وفسر بالصرف في عمارته ومصلحته، صحت الوصية. وإن أطلق، فهل تبطل كالوصية للدابة، أم تصح تنزيلًا على الصرف في عمارته ومصلحته عملًا بالعرف؟ وجهان: أصحهما: الثاني، ويصرفه القيِّم في الأهم والأصلح باجتهاده. وإن قال: أردت تمليك المسجد، فقد ذكر بعضهم أن الوصية باطلة. ولك أن تقول: سبق أن للمسجد ملكًا، وعليه وقفًا، وذلك يقتضي صحة الوصية. قلت: هذا الذي أشار الإمام الرافعي إلى اختياره هو الأفقه والأرجح. والله أعلم.

المسألة الرابعة: الوصية للذمي صحيحة بلا خلاف. وكذا للحربي والمرتد على الأصح المنصوص في «عيون المسائل».

المسألة الخامسة: في صحة الوصية للقاتل قولان: أظهرهما عند العراقيين والإمام والروياني: الصحة، كالهبة. وسواء كان القتل عمدًا أو خطأً، بحقٍّ أم بغيره. وقيل: القولان في القتل ظلمًا، وتصح للقاتل بحق قطعًا، كالقصاص. وقال القفال: إن ورّثنا القاتل بحق، صحت، وإلاّ، فعلى هذا الخلاف. وقيل: القولان فيمن أوصى لجارحه ثم مات. أما من أوصى لرجل، فقتله، فباطلة قطعًا، لأنه مستعجل، فحُرم، كالوارث. وقيل: تصح في الجارح قطعًا. والقولان في الآخر. والمذهب الصحة مطلقًا.

**فرع:** المستولدة إذا قتلت سيدها، عتقت قطعًا وإن استعجلت، لأن الاحبال كالإعتاق، ولو أعتق المريض عبدًا، فقتل سيده، لم يؤثر في حريته. ولو قتل المدبر سيده، فإن قلنا: التدبير وصية، فهو كما لو أوصى لرجل فقتله. وإن قلنا: تعليق عتق، بصفة، عتق قطعًا، كالمستولدة. وقال البغوي: إن صححنا الوصية للقاتل، عتق المدبر بقتل سيده، وإلاّ، فلا. ويبطل التدبير، سواء قلنا: التدبير وصية، أم تعليق، لأنه وإن كان تعليقًا، ففي معنى الوصية، لأنه من الثلث.

**فرع:** أوصى لعبد جارحه، أو لمدبره، أو لمستولدته، فإن عتق قبل موت الموصي، صحت الوصية للعتيق، وإن انتقل منه إلى غيره، صحت لذلك الغير، وإلاّ، فهي وصية لجارح.

**فرع:** أوصى لعبد زيد بشيء، فجاء العبد فقتل الموصي، لم تتأثر به الوصية. فإن جاء زيد وقتله، فهو وصية للقاتل. ولو أوصى لمكاتب، فقتل المكاتب الموصي، فإن عتق، فهي وصية للقاتل. وإن عجز، فالوصية صحيحة للسيد. وإن قتله سيد المكاتب، فالحكم بالعكس. وتجوز الوصية للعبد القاتل، لأنها تقع لسيده.

**فرع:** مستحق الدين المؤجل إذا قتل مَن عليه دين، حل دينه، لأن الحظ له الآن في تعجيل براءته.

المسألة السادسة: في الوصية للوارث. يقدم عليها أنه ينبغي أن لا يوصيَ بأكثر من ثلث ماله. فلو خالف وله وارث خاص، فردّ، بطلت الوصية في الزيادة على الثلث، وإن أجاز، دفع المال بالزيادة إلى الموصى له. وهل إجازته تنفيذ لتصرف الموصي، أم ابتداء عطية من الوارث؟ قولان: أظهرهما: تنفيذ. وإن لم يكن وارث خاص، فالزيادة على الثلث باطلة على الصحيح المعروف، وبه قطع الجمهور، لأن الحق للمسلمين، فلا مجيز. وحكى أبو عاصم العبادي وجهًا في صحتها. وقال المتولي: للإمام ردُّها. وهل له إجازتها؟ يبنى على أن الإمام، هل يعطى حكم الوارث الخاص. وفي الوصية للوارث طريقان: أصحهما: أنه كما لو أوصى لأجنبي بزيادة على الثلث، فتبطل برد سائر الورثة. فإن أجازوا، فعلى القولين: أحدهما: إجازتهم ابتداءً عطيةٌ، والوصية باطلة. وأظهرهما: أنها تنفيذ. والطريق الثاني: القطع ببطلانها وإن أجازت الورثة. والفرق أن المنع من الزيادة هناك لحقّ الورثة، فإذا رضوا أجاز. والمنع هنا لتغيير الفروض التي قدرها الله تعالى سبحانه للورثة، فلا أثر لرضاهم. فإن قلنا: تنفيذ، كفى لفظ الإجازة، ولا يحتاج إلى هبة وتجديد قبول وقبض، وليس للمجيز الرجوع وإن كان قبل القبض. وإن قلنا: ابتداء عطية، فلا يكفي قبول الوصية أولًا، بل لا بد من قبولٍ آخر في المجلس، ولا بد من القبض، وللمجيز الرجوع قبل القبض، وهل يشترط لفظ التمليك، أو لفظ الإعتاق إن كان الموصى به إعتاقًا؟ وجهان: أصحهما: نعم، ولا يكفي لفظ الإجارة، كما لو تصرف تصرفًا فاسدًا من بيع أو هبة ثم أجازه.

**فرع:** خلف زوجة هي بنت عمه، وأباها، وكان أوصى لها، فأجاز أبوها الوصية، فلا رجوع له إن جعلنا الإجازة تنفيذًا، وإن جعلناها ابتداء عطية، فله الرجوع.

**فرع:** أعتق عبدًا في مرضه، أو أوصى بعتقه، ولا مال له سواه، أو زادت قيمته على الثلث، فإن قلنا: الإجازة ابتداء عطية من الورثة، فولاء ما زاد على الثلث للمجيزين ذكورهم وإناثهم بحسب استحقاقهم. وإن قلنا: تنفيذ، فولاء جميعه للميت يرثه ذكور العصبة. وحكي عن ابن اللبان وجه: أن الولاء للميت على القولين، وهو شاذ ضعيف. ولو أعتق المريض عبدًا، فمات قبل سيده، فهل يموت كله حرًّا، أم لا؟ فيه خلاف مذكور في «باب العتق».

**فروع:** تتعلق بالمسألة: إحداها: الهبة في مرض الموت للوارث، والوقف عليه وإبراؤه من دين كالوصية له، ففيها الخلاف.

الثاني: لا اعتبار برد الورثة وإجازتهم في حياة الموصي. فلو أجازوا في حياته أو أذنوا له في الوصية، ثم أرادوا الرد بعد موته، فلهم ذلك. فإن أجازوا وقبل القسمة، فالصحيح لزومها. وقيل: كالإجازة قبل الموت، حكاه أبو منصور.

الثالث: ينبغي أن يعرف الوارث قدر الزائد على الثلث، وقدر التركة، فإن جهل أحدهما، لم يصح إن قلنا: الإجازة ابتداء عطية. وإن قلنا: تنفيذ، فكالإبراء عن مجهول، وهو باطل على الأظهر.

الرابع: أجاز ثم قال: كنت أعتقد التركة قليلة، فبانت أكثر مما ظننت، قال الشافعي رحمه الله في «الأم»: يحلف وتنفذ الوصية في القدر الذي كان يتحققه. قال الأصحاب: إنما يحتاج إلى اليمين إذا حصل المال في يد الموصى له. فإن لم يحصل، فلا حاجة إلى اليمين إن جعلناها ابتداء عطية، فإن الهبة قبل القبض لا تلزم. وقال المتولي: التنفيذ في القدر المظنون مبني على أن الإجازة تنفيذ، فتنزل منزلة الإبراء. أما إذا قلنا: ابتداء عطية، فإذا حلف، بطل في الجميع. واللفظ المحكي عن النص ينازعه فيما ادعاه. ولو أقام الموصى له بينة أنه كان عالمًا قدر التركة عند الإجازة، لزمت إن جعلناها تنفيذًا، وإن قلنا: عطية، فلا، إذا لم يوجد القبض.

ولو كانت الوصية بعبد معين، فأجاز، ثم قال: ظننت التركة كثيرة وأن العبد خارج من ثلثها وقد بان خلافه، أو ظهر دين لم أعلمه، أو بان لي أنه تلف بعضها، فإن قلنا: الإجازة عطية، صحت، لأن العبد معلوم، والجهالة في غيره. وإن قلنا: تنفيذ، فقولان: أحدهما: الصحة، للعلم بالعبد. والثاني: يحلف ولا يلزم إلا الثلث، كما في الوصية بالمشاع، وبهذا قطع المتولي.

الخامس: الاعتبار في كونه وارثًا بيوم الموت، حتى لو أوصى لأخيه ولا ابن له، فولد له ابن قبل موته، صحت. ولو أوصى لأخيه وله ابن، فمات الابن قبل الموصي، فهي وصية لوارث، وهذا متفق عليه. وذكرنا في الإقرار للوارث خلافًا في أن الاعتبار بيوم الإقرار، أم الموت؟ والفرق أن استقرار الوصية بالموت، ولا ثبات لها قبله.

السادس: إذا أوصى لكل واحد من ورثته بقدر حصته من تركته، فوصيته باطلة، لأنه يستحقه بلا وصية. ويجيء فيه أوجه: أنه يصح، لأن صاحب «التتمة» حكى وجهين فيما إذا لم يكن له إلا وارث واحد فأوصى له بماله، الصحيح منهما: أن الوصية باطلة، ويأخذ التركة بالإرث. والثاني: تصح، فيأخذها بالوصية إذا لم ينقضها، قال: وفائدة الخلاف تظهر فيما إذا ظهر دين. إن قلنا: إنه أخذ التركة

إرثًا، فله إمساكها وقضاء الدين من غيرها. وإن قلنا بالوصية، قضاه منها ولصاحب الدين الامتناع لو قضى من غيرها.

ولو أوصى لكل وارث بعين هي قدر حصته، من ثوب، وعبد، وغيرهما، فهل تحتاج هذه الوصية إلى الإجازة، أم لا بل يختص كل واحد بما عينه له؟ وجهان: أصحهما: تحتاج، لاختلاف الأغراض في الأعيان ومنافعها. ولهذا أوصى أن تباع عين ماله لزيد، صحت الوصية على الصحيح. وفيه وجه حكاه المتولي والشاشي.

السابع: لو باع المريض ماله لوارثه بثمن المثل، نفذ قطعًا.

الثامن: أوصى بثلث ماله لأجنبي ووارث. إن صححنا الوصية للوارث، وأجازت الورثة، فالثلث بينهما. وإن أبطلناها، أو ردّها سائر الورثة، بقي السدس للأجنبي على الصحيح. وقيل: تبطل فيه أيضًا أخذًا من تفريق الصفقة. وإن أوصى لهذا بالثلث، ولهذا بالثلث، فإن صححنا الوصية للوارث، وأجاز سائر الورثة، فلكل واحد منهما الثلث. وإن أبطلناها، أو ردّوا، فلا شيء للوارث. ثم ينظر في كيفية الردّ، إن ردّوا وصيّة الوارث، سلم الثلث للأجنبي على الصحيح. وقيل: لا يسلم له إلا السدس. وإن قالوا: رددنا ما زاد على الثلث من الوصيتين، فالأصح: أن للأجنبي الثلث. وقيل: السدس.

التاسع: أوصى لأحد ورثته بقدر نصيبه من التركة، أو بما دونه، وأجاز الباقون، سلّم له الموصى به، والباقي مشترك بينهم. قال الإمام: وذلك القدر، خرج عن كونه موروثًا باتفاق الورثة. ولو أوصى لبعض الورثة بأكثر من قدر نصيبه، فوجهان: أصحهما: أن الحكم كذلك. والثاني: أن الباقي لمن لم يوص له، لاحتمال أن غرضه من الوصيّة تخصيصه بتلك الزيادة. ويتخرج على هذا الخلاف ما إذا أوصى لأجنبي بنصف ماله، ولأحد ابنَيه الحائزَين بالنصف، وأجازا الوصيتين، فللأجنبي النصف. وفيما يستحقه الابن الموصى له وجهان: أصحهما: النصف. والثاني: الربع والسدس، ويبقى نصف سدس الذي لم يوص له.

ولو أجاز الابن الذي لم يوص له الوصيتين، ولم يجز الموصى له وصية الأجنبي، فالمسألة تصح من اثني عشر، للأجنبي الثلث أربعة بلا إجازة، ويأخذ سهمًا آخر من نصيب الذي أجاز، فيجتمع له خمسة، وللابن الموصى له سبعة، منها ستة بالوصية، وسهم لأنه لم يجز وصية الأجنبي، كذا حكاه الأستاذ أبو منصور عن ابن سريج، وهو قياس الوجه الأول، وقياس الثاني: أن يأخذ الابن الموصى له ستة أسهم، ويبقى للابن الآخر سهم. ولو لم يجز الابن الذي لم يوص له وصية

الأجنبي، فللأجنبي خمسة. ثم على قياس الوجه الأول، للابن الموصى له ستة أسهم، وللآخر سهم، وعلى قياس الثاني له خمسة، وللآخر سهمان.

العاشر: أوصى لزيد بثلث ماله، ولأحد ابنَيه الحائزَين بالكل، وأجازا الوصيتين، فلزيد الثلث، والثلثان للابن الموصى له. وليس له زحمة زيد في الثلث، لأن الوصية للأجنبي مستغنية عن الإجازة، وفيه احتمال للمتأخرين. وإن ردّا، فثلث زيد بحاله، ولا شيء للابن بالوصية. ولو أوصى لزيد بالثلث، ولكل واحد من ابنيه بالثلث فردّا، لم يؤثر ردّهما في حق زيد على الصحيح. وقيل: ليس له إلا ثلث الثلث بالشيوع.

الحادي عشر: وقف دارًا في مرض موته على ابنه الحائز. فإن أبطلنا الوصية للوارث، فهو باطل. وإن صححناها بالإجازة، فقال ابن الحداد: إن احتملها ثلث ماله، لم يكن للوارث إبطال الوقف في شيء منها، لأن تصرف المريض في ثلث ماله نافذ، فإذا تمكن من قطع حق الوارث عن الثلث بالكلية، فتمكنه من وقفه عليه أولى، وإن زادت على الثلث، لم يبطل الوقف في قدر الثلث. وأما الزيادة، فليس للمريض تفويتها على الوارث، فللوارث ردها وإبطالها. فإن أجاز، فإجازته وقف منه على نفسه إن جعلنا إجازة الوارث عطية منه، وإن جعلناها تنفيذًا، لزم الوقف. وقال القفال: له رد الكلِّ في الوقف لأن الوصية بالثلث في حق الوارث كهي بالزيادة في حق غير الوارث. والصحيح المعروف قول ابن الحداد، وعليه تتفرع الصور الآتية إن شاء الله تعالى. ثم ذكر الإمام أن صورة المسألة فيما إذا نجَّز الوقف في مرضه، وكان الابن طفلًا فقبله له ثم مات فأراد الابن الرد أو الإجازة، لكن لا حاجة إلى هذا التصوير، لأنه وإن كان بالغًا فقبله بنفسه، لم يمتنع عليه الرد بعد الموت، إذ الإجازة المعتبرة، هي الواقعة بعد الموت.

ولو كان له ابن، وبنت، فوقف ثلثي الدار على الابن، والثلث على البنت، فلا ردّ لهما إن خرجت الدار من الثلث. وإن زادت على الثلث، فلهما رد الوقف في الزيادة. وإن وقفها عليهما نصفين، والثلث يحتملها، فإن رضي الابن، فهي كما وقف، وإلاّ، فظاهر كلام ابن الحداد: أن له رد الوقف في ربع الدار، لأنه لما وقف عليه النصف، كان من حقه أن يقف على البنت الربع، فإذا زاد، كان للابن ردّه، ثم لا يصير شيء منه وقفًا عليه، لأن الأب لم يقف عليه إلا النصف، بل يكون الربع المردود بينهما أثلاثًا ملكًا، وتكون القسمة من اثني عشر، لحاجتنا إلى عدد لرُبعه ثلث، فتسعة منها وقف عليهما، وثلاثة ملك، وكلاهما بالأثلاث. وقال الشيخ أبو علي: عندي أنه ليس للابن إبطال الوقف إلا في سدس الدار، لأنه إنما

تعتبر إجازته في حقه، وحقُّه منحصر في ثلث الدار، وقد وقف عليه النصف، فليس له إلا تمام الثلثين، لكن تتخيَّر البنت في نصف السدس، إن شاءت أجازت، فيكون وقفًا. وإن شاءت ردّت، فيكون ملكًا.

ولو وقف الدار على ابنه وزوجته نصفين ولا وارث سواهما، قال ابن الحداد: قد نقص المريض من حق الابن ثلاثة أثمان الدار، وهي ثلاثة أسباع حقه، فله رد الوقف في حقها وهو الثمن إلى أربعة أسباعه، ليكون الوقف عليها من نصيبها كالوقف عليه من نصيبه، ويكون الباقي بينهما أثمانًا ملكًا، فتكون القسمة من ستة وخمسين، لحاجتنا إلى عدد لثمنه سبع، فتكون أربعة أسباع الدار كلها ـ وهي اثنان وثلاثون ـ وقفًا، ثمانية وعشرون منها وقف على الابن، وأربعة على الزوجة، والباقي ـ وهو أربعة وعشرون ـ ملكًا، منها أحد وعشرون للابن، وثلاثة لها. قال الشيخ أبو علي: ليس له ردّ الوقف إلا في تتمة حقه وهو ثلاثة أثمان الدار، وأما الثمن، فالخيار فيه للزوجة. ولو وقف ثلث الدار على أبيه، وثلثها على أمه، ولا وارث سواهما، فالجواب على قياس ابن الحداد: أنه نقص من نصيب الأب ثلث الدار، لأنه يستحق ثلثيها، ولم يقف عليه إلا الثلث، وذلك نصف نصيبه، فله رد الوقف في نصف نصيبها وهو سدس الدار، والباقي بينهما أثلاثًا ملكًا. وتقع القسمة من ستة، لحاجتنا إلى عدد لثلثه نصف، فيكون نصف الدار وقفًا، ونصفها ملكًا أثلاثًا. وعلى قياس الشيخ: لا يردّ الوقف إلا في تتمة حقه، وهو الثلث، ولها الخيار في السدس. ولفظ ابن الحداد في المولَّدات يمكن تنزيله على ما قاله الشيخ، فيرتفع الخلاف، لكنه يحوج إلى ضرب تعسف.

**فصل:** والوصية للميت باطلة، سواء علم الموصي بموته، أم لا.

الركن الثالث: الموصى به، ويشترط فيه أربعة أمور:

أحدها: كونه مقصودًا، فيخرج عنه ما لا يقصد. ويلتحق به ما يحرم اقتناؤه والانتفاع به، فلا تصح الوصية به. فالمنفعة المحرمة كالمعدومة.

والثاني: أن يقبل النقل من شخص إلى شخص. فما لا يقبله، لا تصح الوصية به، كالقصاص، وحد القذف، فإنهما وإن انتقلا بالإرث، لا يتمكن مستحقهما من نقلهما. وكذلك لا تجوز الوصية بالحقوق التابعة للأموال، كالخيار وحق الشفعة إذا لم تبطل بالتأخير لتأجيل الثمن.

الثالث: أن لا يزيد على الثلث، على ما سيأتي إن شاء الله تعالى.

الرابع: أن يكون مختصًا بالموصي إذا قلنا: لا تجوز الوصية بمال الغير، كما سنذكره إن شاء الله تعالى.

**فصل:** الوصية بالحمل الموجود، إن أطلقها فقال: أوصيت بحمل فلانة أو قيدها، فقال: بحملها الموجود الآن، فهي صحيحة بشرط انفصاله حيًّا، ولوقت يُعلم وجوده عند الوصية، كما سبق في الوصية للحمل. فلو انفصل ميتًا مضمونًا بجناية، لم تبطل، وتنفذ من الضمان، لأنه انفصل مقوّمًا، بخلاف ما إذا أوصى بحمل وانفصل ميتًا بجناية، فإنها تبطل كما سبق، لأن المعتبر هناك المالكية. وهل يصح قبول الموصي له قبل الوضع؟ فيه خلاف مبني على أن الحمل هل يعرف، وإن كانت الوصية بحمل سيكون، صحت أيضًا على الأصح.

**فرع:** الوصية بثمار البستان الحاصلة في الحال صحيحة، وبالتي ستحدث طريقان: أصحهما: على الوجهين في الحمل الذي سيحدث. والثاني: القطع بالصحة، كالوصية بالمنافع، لأنها تحدث من غير إحداث أمر في أصلها، بخلاف الولد.

**فرع:** الوصية بصوف الشاة ولبنها، كالثمار.

**فصل:** الوصية بمنافع الدار والعبد صحيحة، مؤبَّدة ومؤقتة، والإطلاق يقتضي التأبيد.

**فصل:** الوصية بما لا يقدر على تسليمه، كالآبق، والمغصوب، والطير المفلت، صحيحة، وكذا بالمجهول، كقوله: أعطوه ثوبًا أو عبدًا.

**فرع:** لو أوصى بأحد العبدين، صحت. ولو أوصى لأحد الرجلين، لم تصح على الأصح، كسائر التمليكات. وقد يحتمل في الموصى به ما لا يحتمل في الموصى له، ثم الإبهام في الموصى له إنما يمنع إذا قال: أوصيت لأحد الرجلين. فلو قال: أعطوا العبد أحد الرجلين، ففي «المهذب» و«التهذيب» وغيرهما: أنه جائز تشبيهًا بما إذا قال لوكيله: بِعه لأحد الرجلين، وإذا أبهم الموصى به، عيّنه الوارث، وإذا أبهم الموصى له، فسنذكر حكمه إن شاء الله تعالى.

**فصل:** تصح الوصية بما يحل الانتفاع به من النجاسات، كالكلب المعلَّم، والزيت النجس، والزبل، وجلد الميتة، والخمر المحترمة، والخنزير، لثبوت الاختصاص فيها وانتقالها من يد إلى يد بالإرث أو غيره. قال المتولي: ومن هذا القبيل، شحم الميتة لدهن السفن ولحمُها إذا جوزنا الانتفاع به. وفي الجرو الذي يتوقع الانتفاع به وجهان: بناءً على جواز إمساكه وتربيته لذلك، أصحهما: الجواز. فأما ما لا يحل اقتناؤه والانتفاع به، كالخمر، والخنزير، والكلب العقور، فلا تصح الوصية به. ونقل الحناطي وجهًا: أنه تصح الوصية، كالكلب الذي لا يجوز اقتناؤه، وقولًا: أنه لا تجوز الوصية بالمقتنى، وهما شاذان ضعيفان.

**فصل:** تصح الوصية بنجوم الكتابة. فإن عجز، فلا شيء للموصى له، وتصح برقبة المكاتب إن جوزنا بيعه، وإلاّ، فقال المتولي: هو كما لو أوصى بمال الغير، وسنذكره إن شاء الله تعالى.

**فصل:** إذا أوصى بمال الغير فقال: أوصيت بهذا العبد، وهو ملك غيره، أو بهذا العبد إن ملكتُه، فوجهان: أحدهما: تصح، لأنها تصح بالمعدوم، فذا أولى. والثاني: لا، لأن مالكه يملك الوصية به، والشيء الواحد لا يكون محلاً لتصرف شخصين، وبهذا قطع الغزالي.

**فصل:** الوصية بالأصنام والسلاح للذمي والحربي، وبالعبد المسلم والمصحف للكافر، كبيعها له.

**فرع:** إذا قال: أعطوه كلبًا من كلابي، وله كلاب يحل الانتفاع بها، ككلب صيد، أو زرع، أو ماشية، أعطي واحدًا منها. ولو قال: كلبًا من مالي، فكذلك وإن لم يكن الكلب مالًا، لأن المنتفَع به من الكلاب يقتنى وتعتوره الأيدي، كالأموال، فقد يستعار له اسم المال. ولو قال: أعطوه كلبًا من كلابي، أو من مالي، وليس له كلب ينتفَع به، بطلت الوصية، بخلاف ما إذا قال: أعطوه عبدًا، فإنه يشترى، لأن الكلب يُتعذّر شراؤه.

ولو كان له كلب، ولا مال له، فأوصى بكلبه، لم تنفذ الوصية إلا في ثلثه، كالمال، فإن أوصى ببعضه، أو كان له كلاب فأوصى ببعضها، ففي وجه: لا يعتبر خروج الموصى به من الثلث، لأنها غير متقومة، ويكفي أن يبقى للورثة شيء وإن قل. والصحيح اعتباره كالأموال. فعلى هذا، إن لم يكن إلا كلب واحد، لم يخفَ إعتبار الثلث. وإن كان كلاب، ففي كيفيته أوجه: أصحها: ومنهم من قطع به: أنه ينظر إلى عدد الرؤوس، وتنفذ الوصية من ثلاثة في واحد. والثاني: ينظر إلى قيمتها بتقدير المالية فيها، كما يقدر الرق في الحر عند الحاجة، وتنفذ الوصية في الثلث بالقيمة. والثالث: تقوم منافعها، ويؤخذ الثلث من قيمة المنافع. ولو لم يملك إلا كلبًا، وطبل لهو، وزق خمر محترمة، فأوصى بواحد منها، وأردنا اعتبار الثلث، لم يجز الوجه الأول ولا الثالث، لأنه لا تناسب بين الرؤوس ولا المنفعة، فيتعين اعتبار القيمة.

أما إذا كان له مال وكلاب، فأوصى بكلها، أو ببعضها، فثلاثة أوجه: أصحها: نفوذ الوصية فيها وإن كثرت وقلَّ المال، لأن المعتبر أن يبقى للورثة ضعف الموصى به، والمال وإن قلَّ خير من ضعف الكلب، إذ لا قيمة له، وبهذا قال أبو علي بن أبي هريرة والطبري والشيخ. والثاني قاله الإصطخري: أن الكلاب ليست من جنس المال، فيقدر كأنه لا مال له،وتنفذ الوصية في ثلاث كلاب على ما سبق.

والثالث: تقوَّم الكلاب أو منافعها على اختلاف الوجهين السابقين، وتضم إلى ما يملكه من المال، وتنفذ الوصية في ثلث الجميع. ولو أوصى بثلث ماله لرجل، وبالكلاب لآخر، فعلى قول الإصطخري: يعتبر ثلث الكلاب وحدها. وأما على الوجه الأول، فقال القاضي أبو الطيب: تنفذ الوصية بجميع الكلاب، لأن ثلثي المال الذي يبقى للورثة، خير من ضعف الكلاب، واستبعده ابن الصباغ، لأن ما يأخذه الورثة من الثلثين هو حصتهم بسبب ما نقلت فيه الوصية، وهو الثلث، فلا يجوز أن يحسب عليهم مرة أخرى في وصية الكلاب، فعلى هذا يلتقي الوجهان.

وقياس الوجه الثالث: أن تضم قيمة الكلاب أو منافعها إلى المال، ويدخل المال في حساب الوصية بالكلاب وإن لم تدخل الكلاب في حساب الوصية بالمال.

**فصل:** اسم الطبل يقع على طبل الحرب الذي يضرب به للتهويل، وعلى طبل الحجيج والقوافل الذي يضرب به للإعلام بالنزول والارتحال، وعلى طبل العطارين وهو سفط لهم، وعلى طبل اللهو، كالطبل الذي يضرب به المخنثون، وسطه ضيق وطرفاه واسعان. فإن أطلق الطبل، ففيه كلام نذكره في أول الباب الثاني إن شاء الله تعالى. وإن عيّن ما سوى طبل اللهو، صح. وإن عيّن طبل اللهو، نظر، إن صلح للحجيج، أو الحرب، أو منفعة أخرى مباحة، إما على الهيئة التي هو عليها، وإما بعد التغيير الذي يبقى معه اسم الطبل، فالوصية أيضًا صحيحة، وإلا، فباطلة،ولا نظر إلى المنافع المتوقعة بعد زوال اسم الطبل، لأنه إنما أوصى بالطبل، هكذا ذكر المسألة جماهير الأصحاب. وقال الإمام، والغزالي: إن لم يصلح لغرض مباح مع بقاء اسم الطبل، وكان لا ينتفَع إلا برضاضه، لم تصح الوصية، لأنه لا يقصد منه الرضاض إلا إذا كان من شيء نفيس، كذهب، أو عود، فتنزل الوصية عليه، وكأنه أوصى برضاضه إذا كسر، والوصية تقبل التعليق.

واعلم أنه سبق في بيع الملاهي التي يعدّ رضاضها مالًا ثلاثة أوجه: ثالثها: إن كانت متخذة من شيء نفيس، صح، وإلا، فلا. فإن اكتفينا بمالية الرضاض لصحة البيع، فكذا الوصية، وإلا، فلا. فإذًا ما ذكره الجمهور مع ما ذكره الإمام، وجهان في المسألة. وكما أطلق الجمهور بطلان البيع، فكذا الوصية، وكما اختار الإمام صحة البيع إذا كان شيئًا نفيسًا، فكذا صحح الوصية فيه.

**فصل:** سبق أن الموصى به ينبغي أن لا يزيد على ثلث المال، والأحسن أن ينقص من الثلث شيئًا. وقيل: إن كان ورثته أغنياء استوفى الثلث، وإلا، فيستحب النقص منه. وبأيّ يوم يعتبر المال؟ وجهان: أحدهما: بيوم الوصية، كما لو نذر التصدق بماله. وأصحهما: بيوم الموت، إذ يملك بعد الموت. فعلى هذا، لو زاد

ماله بعد الوصية، تعلقت الوصية به. وكذا لو هلك ثم كسب مالًا، تعلقت به. ولو أوصى بعشرة، ولا مال له، ثم كسبه، تعلقت به. وعلى الوجه الأول، كل ذلك بخلافه. ومنهم من قطع في اعتبار القدر بيوم الموت وخص الخلاف بمن لم يملك شيئًا أصلًا ثم ملكه.

ثم الثلث الذي تنفّذ فيه الوصية، هو ثلث الفاضل عن الديون. فلو كان عليه دين مستغرق، لم تنفذ الوصية في شيء، لكن يحكم بانعقادها في الأصل حتى ينفذّها لو تبرع شخص بقضاء الدين أو أبرأه المستحق.

**فرع:** التبرعات المعلَّقة بالموت ـ وهي الوصايا ـ معتبرة من الثلث، سواء أوصى بها في صحته، أو في مرضه، وكذا التبرعات المنجَّزة في المرض المخوف المتصل بالموت معتبرة من الثلث. ولو وهبه في صحته، وأقبض في مرضه، فمن الثلث، لأن الهبة إنما تُملك بالقبض. وهذه القاعدة يُحتاج فيها إلى معرفة ثلاثة أشياء: أن المرض المخوف ماذا؟ وأن التبرعات والتصرفات المحسوبة من الثلث ما هي؟ وأنها كيف تحسب؟ فنعقِد في كل واحدة فصلًا:

الفصل الأول: في بيان المرض المخوف والأحوال التي هي في معناه، وبيان طريق معرفته عند الإشكال، وبيان ما يحكم به المخوف وغير المخوف، فهذه ثلاثة أمور:

أما الأمر الأول: فما بالإنسان من مرض وعلة، إما أن ينتهي به إلى حال يقطع فيها بموته منه عاجلًا، وذلك بأن يشخص بصره عند النزع وتبلغ الروح الحنجرة، أو يقطع حلقومه ومريُّه، أو يشق بطنه وتخرج حشوته. وقال الشيخ أبو حامد: أو يغرق في الماء ويغمره، وهو لا يعرف السباحة، فلا اعتبار بكلامه ووصيته وغيرها في شيء من هذه الأحوال، حتى لا يصح إسلام الكافر ولا توبة الفاسق والحالة هذه، لأنه صار في حيِّز الأموات، وحركته حركة المذبوح.

وإما أن لا ينتهي إليها، فإما أن يخاف منه الموت عاجلًا، وهو المخوف الذي يقتضي الحجر في التبرعات، وإما أن لا يكون كذلك، فحكمه حكم الصحة. هذا ضابطه. ثم تكلم الشافعي والأصحاب في أمراض خاصة مخوفة، وغير مخوفة.

فمن المخوفة: القولنج، وهو أن تنعقد أخلاط الطعام في بعض الأمعاء فلا تنزل، ويصعد بسببه البخار إلى الدماغ فيؤدي إلى الهلاك.

ومنها: ذات الجنب، وهي قروح تحدث في داخل الجنب بوجع شديد، ثم ينفتح في الجنب، ويسكن الوجع، وذلك وقت الهلاك، وكذلك وجع الخاصرة.

ومنها: الرعاف الدائم، لأنه يسقط القوة، وابتداؤه ليس بمخوف.

ومنها: الإسهال، إن كان متواترًا، فمخوف، لأنه ينشف رطوبات البدن. وإن كان يومًا ويومين ولم يدم، فليس مخوفًا، إلا إذا انضم إليه أحد أمور:

أحدها: أن ينخرق البطن، فلا يمكنه الإمساك ويخرج الطعام غير مستحيل.

الثاني: أن يكون معه زحير، وهو أن يخرج بشدة ووجع، أو تقطيع، وهو أن يخرج كذلك ويكون منقطعًا، وقد يتوهم انفصال شيء كثير، فإذا رآه نظرُه كان قليلًا.

الثالث: أن يعجله ويمنعه النوم.

الرابع: إذا كان معه دم، نقل المزني أنه ليس بمخوف. وفي «الأم» أنه إن كان يومًا أو يومين ولا يأتي معه دم، لا يكون مخوفًا. وهذا يشعر بأنه مع الدم مخوف. فمن الأصحاب من قال: سها المزني، وهو مخوف، لأنه يسقط القوة، قاله المسعودي. وتأول الأكثرون فحملوا نقل المزني على دم يحدث من المخرج من البواسير ونحوه. ونص في «الأم» على دم الكبد وسائر الأعضاء الشريفة، فهذا مخوف، وذاك غير مخوف.

ومنها: السل، وهو داء يصيب الرئة، ويأخذ البدن منه في النقصان والاصفرار. وقد أطلق في «المختصر» أنه ليس بمخوف، فأخذ بهذا الإطلاق آخذون، حتى قال الحناطي: إنه ليس بمخوف لا في أوله ولا في آخره، ووجهوه بأن السل وإن لم يسلم منه صاحبه غالبًا، فإنه لا يخشى منه الموت عاجلًا، فيكون كالشيخوخة والهرم، وذكر صاحب «المهذب» والغزالي: أنه مخوف في انتهائه دون ابتدائه، وعكسه البغوي، والأشبه بأصل المذهب ما قاله الحناطي وموافقوه.

ومنها: الفالج؛ وسببه غلبة الرطوبة والبلغم، وابتداؤه مخوف. فإذا استمر، فليس بمخوف، وسواء كان معه ارتعاش، أم لا، لأنه لا يخاف منه الموت عاجلًا. وفي وجه: إن لم يكن معه ارتعاش، فمخوف.

ومنها: الحمى الشديدة، وهي ضربان: مطبقة، وغيرها.

فالمطبقة: هي اللازمة التي لا تبرح. فإن كانت حمى يوم أو يومين، لم تكن مخوفة. وإن زادت، فمخوفة. وفي وجه: الحمى من أول حدوثها مخوفة. والصحيح: الأول. وعلى هذا، لو اتصل الموت بحمى يوم أو يومين، نظر في عطيته، إن كانت قبل أن يعرق، فهي من الثلث، وقد بانت مخوفة، وإن كانت بعد العرق، فمن رأس المال، لأن أثرها زال بالعرق، والموتُ بسبب آخر، ذكره صاحبا «التهذيب» و«التتمة».

الضرب الثاني: غير المطبقة. وهو أنواع: الورد: وهي التي تأتي كل يوم،

والغب: وهي التي تأتي يومًا وتقلع يومًا، والثِّلث: وهي التي تأتي يومين وتقلع يومًا. وحمى الأخوين: وهي التي تأتي يومين وتقلع يومين. والرِّبع: وهي التي تأتي يومًا وتقلع يومين. فما سوى الربع والغب من هذه الأنواع، مخوف. والربع على تجردها غير مخوفة، لأن المحموم يأخذ قوته في يوم الإقلاع. وفي الغب وجهان: أصحهما: مخوفة، وبه قطع الرافعي في «المحرر». والله أعلم.

وأما الحمى اليسيرة، فغير مخوفة بحال.

ومنها: الدق، وهو داء يصيب القلب، ولا تمتد معه الحياة غالبًا، وهو مخوف.

ومنها: قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: من ساوره الدم حتى تغيَّر عقله، أو المرار أو البلغم، كان مخوفًا. وقال أيضًا: الطاعون مخوف حتى يذهب. وقوله: «ساوره» بالسين المهملة، أي: واثبه وهاج به. والمرار: الصفراء، فهيجان الصفراء والبلغم، مخوف. وكذا هيجان الدم، بأن يثور وينصبَّ إلى عضو، كيدٍ، ورجل، فتحمرَّ وتنتفخ، وقد يذهب العضو إن لم يتدارك أمره في الحال وإن سلم الشخص، وقوله: «حتى تغير عقله»، ليس مذكورًا شرطًا، بل هو مخوف وإن لم يتغير العقل، نص عليه في «الأم». والطاعون فسره بعضهم بما ذكرناه من انصباب الدم إلى عضو. وقال أكثرهم: إنه هيجان الدم في جميع البدن، وانتفاخه. قال المتولي: وهو قريب من الجذام، من أصابه تأكَّلت أعضاؤه وتساقط لحمه.

ومنها: الجراحة، إن كانت على مقتل، أو نافذة إلى جوف، أو في موضع كثير اللحم، أو لها ضَرَبان شديد، أو حصل معها تأكُّل، أو ورم، فهي مخوفة، وإلا، فلا. وقيل: الورم وحده لا يجعلها مخوفة، بل يشترط معه التأكُّل.

ومنها: القيء إن كان معه دم أو بلغم أوغيرهما من الأخلاط، فمخوف، وإلا، فلا إلا أن يدوم. ومنها: البرسام، وهو مخوف.

**فرع:** وأما الجرب، ووجع الضرس والعين والصداع، فغير مخوفة.

**فرع:** هذا الذي ذكرناه، في الأمراض، وقد تعرض أحوال تشبه الأمراض في اقتضاء الخوف، وفيها صور:

إحداها: إذا التقى الفريقان والتحم القتال بينهما واختلطوا.

الصورة الثانية: إذا كان في سفينة فاشتدت الريح وهاجت الأمواج.

الصورة الثالثة: إذا وقع في أسر الكفار وعادتُهم قتل الأسارى.

الصورة الرابعة: قدِّم ليُقتل قصاصًا ولم يُجرح بعدُ، فالحكاية عن نص الشافعي رحمه الله في الصور الثلاث: الأولى: أن لها حكم المخوف. وعن نصه

في «الإملاء»: في الرابعة: المنع. وللأصحاب فيها طريقان: أصحهما: على قولين: أظهرهما: إلحاقها بالمخوف. والطريق الثاني: العمل بظاهر النصَّين. والفرق أن مستحق القصاص لا تبعد منه الرحمة والعفو طمعًا في الثواب أو المال. وعن صاحب «التقريب»: أنه إن كان هناك ما يغلب على الظن أنه يقتص من شدة حقد أو عداوة قديمة، فمخوف، وإلا، فلا. ثم موضع الخلاف في صورة التحام القتال، ما إذا كان الفريقان متكافئين، أو قريبين من التكافؤ، وإلا، فلا خوف في حق الغالبين قطعًا، ولا خوف أيضًا قطعًا فيما إذا التحم الحرب ولم يختلط الفريقان وإن كانا يترامیان بالنشاب والحراب، ولا فيما إذا كان البحر ساكنًا، ولا في الأسير في أيدي الكفار الذين لا يقتلون الأسارى، كالروم.

الصورة الخامسة: إذا قُدِّم ليُقتل رجمًا في الزنا، أو ليُقتل في قطع الطريق، فهو كالتحام القتال. فعلى طريق: يقطع بأنه مخوف. وعلى طريق: قولان: وقيل: إن ثبت الزنا بالبينة، فمخوف، بخلاف الإقرار، لاحتمال الرجوع.

الصورة السادسة: إذا وقع الطاعون في البلد، وفشا الوباء، فهل هو مخوف في حق من لم يُصِبْه؟ وجهان: أصحهما: مخوف.

الصورة السابعة: الحامل قبل أن يحضرها الطلق، ليست في حال خوف. وإن ضربها الطلق، فقولان: أظهرهما: مخوف. وإذا وضعت، فالخوف باقٍ إلى انفصال المشيمة، فإذا انفصلت، زال الخوف، إلا إذا حصل من الولادة جراحة، أو ضرَبان شديد، أو ورم. وإلقاء العلقة والمضغة، لا خوف فيه، قاله الشيخ أبو حامد، وابن الصباغ، وقال المتولي: هو كالولادة.

وموت الولد في الجوف يوجب الخوف.

الأمر الثاني: إذا أشكل مرض فلم يدر أمخوف هو، أم لا؟ فالرجوع فيه إلى أهل الخبرة، والعلم بالطب. ويشترط في المرجوع إليه: الإسلام، والبلوغ، والعدالة، والحرية، والعدد، وقد ذكرنا وجهًا في جواز العدول من الوضوء إلى التيمم بقول المراهق والفاسق، ووجهًا: أنه لا يشترط العدد؛ وعن أبي سليمان الخطابي وجه لم نذكره هناك: أنه يجوز العدول بقول طبيب كافر، كما يجوز شرب الدواء من يده ولا يدري أنه دواء أم داء؛ ولا يبعد أن تطرد هذه الأوجه هنا. وقد قال الإمام هنا: الذي أراه أن لا يلحق بالشهادات من كل وجه، بل يلحق بالتقويم وتعديل الأنصباء في القسمة حتى يختلف الرأي في اشتراط العدد.

**فرع:** إذا اختلف الوارث والمتبرَّع عليه في كون المرض مخوفًا بعد موت المتبرِّع، فالقول قول المتبرَّع عليه، لأن الأصل عدم الخوف. وعلى الوارث البينة،

ولا تثبت دعواه إلا بشهادة رجلين، لأنها شهادة على غير المال وإن كان المقصود المال. لكن لو كانت العلة بامرأة على وجه لا يطلع عليه الرجال غالبًا، قبلت شهادة رجلين، ورجل وامرأتين، وأربع نسوة. ويعتبر في الشاهدين العلم بالطب، قاله البغوي.

الأمر الثالث: إذا وجدنا المرض مخوفًا، حجرنا عليه في التبرع فيما زاد على الثلث، ولم ننفذه. لكنه لو فعل، ثم برأ من مرضه، تبين صحة تبرعه وأن ذلك المرض لم يكن مخوفًا. ومن هذا القبيل ما إذا التحم القتال، وحكمنا بأنه مخوف، ثم انقضت الحرب وسَلِم.

وأما إذا رأينا المرض غير مخوف، فاتصل به الموت، فينظر، إن كان بحيث لا يحال عليه الموت، كوجع الضرس ونحوه، فالتبرع نافذ، والموت محمول على الفجأة. وإن كان غيره، كإسهال يوم أو يومين، تبيَّنَّا باتصال الموت به كونه مخوفًا، وكذلك حمى يوم أو يومين، قاله في «الوسيط»، وقد سبق الفرق بين أن يعرق أو لا يعرق في هذه الصورة.

**فرع:** قال الإمام: لا يشترط في المرض المخوف، كون الموت منه غالبًا، بل يكفي أن لا يكون نادرًا، بدليل البرسام. ولو قال أهل الخبرة: هذا المرض لا يخاف منه الموت، لكنه سبب ظاهر في أن يتولد منه المرض المخوف، فالأول مخوف أيضًا. وهذا يُشْكِل بالحمل قبل أن يأخذها الطلق. فإن قالوا: يفضي إلى المخوف نادرًا، فالأول ليس بمخوف.

الفصل الثاني: في بيان التبرع المحسوب من الثلث، وهو إزالة الملك عن مال مجانًا، كالهبة، والوقف، والصدقة، وغيرها.

وفيما يدخل في الضابط ويخرج، مسائل:

إحداها: ما يستحق عليه من ديون الله تعالى، كالزكاة، وحجة الإسلام، وديون الآدميين، تخرج بعد موته، وتكون من رأس المال أوصى بها أو لم يوص. وقيل: إذا أوصى بها، حسبت من الثلث، وهو ضعيف، وهذا الذي نوجبه، من رأس المال بلا خلاف إذا لم يوص هو فيما وجب بأصل الشرع، كالزكاة، وحجة الإسلام. وأما الكفارات، والنذور، ففيها خلاف سيأتي في الباب الثاني إن شاء الله تعالى.

**فرع:** لو قضى في مرضه ديون بعض الغرماء، لم يزاحمه غيره إن وفى المال بجميع الديون، وكذا إذا لم يف على الصحيح المعروف.

المسألة الثانية: البيع بثمن المثل نافذ من رأس المال، سواء باع للوارث، أم

لغريمه، أم لغيرهما. وإن باع بمحاباة، فإن كانت يسيرة يتسامح بمثلها، كان كالبيع بثمن المثل، وإن كانت أكثر من ذلك، فإن كانت لوارث، فهي وصية لوارث، وإلا، فمعتبرة من الثلث. فإن لم تخرج من الثلث، فإن أجاز الوارث، نفذ البيع في الكل، وإلا، بطل فيما لا يخرج، وفيما يخرج، طريقان سبقا.

وإذا لم تبطل، ففي كيفية صحة البيع قولان: وقد سبق كل هذا في «باب تفريق الصفة». ثم المحاباة المعتبرة من الثلث، ما تزيد على ما يتغابن بمثله، ذكره الحناطي، وأبو منصور. هذا كله إذا باع بثمن حالٍّ، فإن باع بمؤجل، ولم يحل حتى مات، اعتبر من الثلث، سواء باع بثمن المثل أو أقل أو أكثر، لما فيه من تفويت اليد على الورثة. وتفويت اليد ملحق بتفويت المال. ألا ترى أن الغاصب يضمن بالحيلولة كما يضمن بتفويت المال، فليس له تفويت اليد عليهم، كما ليس له تفويت المال. فإن لم يخرج من الثلث، ورد الوارث ما زاد، فالمشتري بالخيار بين فسخ البيع والإجازة في الثلث بثلث الثمن. فإن أجاز، فهل يزيد ما صح فيه البيع إذا أدى الثلث؟ فيه وجهان حكاهما في «التهذيب»: أصحهما: لا، لانقطاع البيع بالرد. والثاني: نعم، لأن ما يحصل للورثة ينبغي أن نصحح الوصية في مثل نصفه. فعلى هذا يصحح البيع في قدر نصف المؤدى، وهو السدس، بسدس الثمن. فإذا أدى ذلك السدس، زِيد بقدر نصف النصف، وهكذا إلى أن يحصل الاستيعاب.

المسألة الثالثة: نكاح المريض صحيح. فإن نكح بمهر المثل أو أقل، فهو من رأس المال، كما لو اشترى شيئًا بثمن مثله، وإن كان بأكثر من مهر المثل، استحقت مهر المثل، والزيادة تبرع على الوارث. وقد سبق حكمه. فإن لم تكن وارثة، كالذمية، والمكاتبة، فالزيادة محسوبة من الثلث. فإن خرجت منه، نفذ التبرع بها. ولو ماتت الزوجة قبله، فإن كانت الزيادة تخرج من الثلث، سلِّمت لها، لأنه لا يلزم الجمع بين التبرع والميراث. وإن لم تخرج، دارت المسألة.

**فرع:** لو نكحت المريضة بأقل من مهر المثل، فالنقصان تبرع على الوارث، فللورثة ردّه وتكميل مهر المثل. فإن لم يكن وارثًا، بأن كان عبدًا، أو مسلمًا وهي ذمية، لم يكمل مهر المثل، ولم يعتبر هذا النقص من الثلث. وإنما جعل ذلك وصية في حق الوارث، ولم يجعل وصية في الاعتبار من الثلث، لأن المريض إنما يمنع من تفويت ما عنده، وهذا ليس بتفويت، إنما هو امتناع من الكسب. وأيضًا فإن المنع فيما يتوهم بقاؤه للوارث وانتفاعه به، والبضع ليس كذلك. هذا هو الصحيح الذي قطع به الجمهور. وفي «التتمة»: أنه يعتبر من الثلث، وفُرِّق بينه وبين ما إذا أجَّر نفسه بأقل من أجرة المثل ـ فإنه لا يعتبر من الثلث مع أن كل واحد منهما لا

يبقى للورثة ـ بفرقين: أحدهما: أن النكاح بغير ذِكْرِ مهر يقتضي مهر المثل، فإذا تزوجت بدونه، فكأنها أسقطته بعد وجوبه، فصار كالإبراء. والثاني: أن المحاباة في المهر فيها نوع عارٍ على الورثة، فأثبت لهم ولاية رفعها، بخلاف الإجارة.

المسألة الرابعة: إجارة الدواب والعبيد وسائر الأموال بما دون أجرة المثل، معتبرة من الثلث. وكذلك إعارتها. حتى لو انقضت مدة الإجارة أو الإعارة في مرضه، واسترد العين، اعتبر قدر المحاباة في مسألة الإجارة وجميع الأجرة في الإعارة من الثلث. ولو أجر نفسه بمحاباة، أو عمل لغيره متبرعًا، لم يحسب من الثلث على الأصح.

المسألة الخامسة: كاتَب في مرضه عبدًا، أو أوصى بكتابته، تعتبر قيمته من الثلث، سواء كاتبه بقيمته، أو أقل، أو أكثر. ولو كاتب في الصحة، واستوفى النجوم في مرضه، لم تعتبر قيمته من الثلث. ولو أعتقه في مرضه، أو أبرأه من النجوم، اعتبر من الثلث أقل الأمرين من قيمته أو النجوم.

المسألة السادسة: الاستيلاد في المرض لا يعتبر من الثلث، كما يستهلكه من الأطعمة اللذيذة، والثياب النفيسة، ويقبل إقرار المريض بالاستيلاد، لقدرته على إنشائه، ولا تعتبر قيمتها من الثلث.

المسألة السابعة: قال لعبده: أنت حرٌّ قبل مرض موتي بيوم أو شهر، ثم مرض ومات، لم يعتبر من الثلث. وإن قال: قبل موتي بشهر، فإن نقص مرضه عن شهر، فكذلك الجواب، وإلا، فهو كما لو علق عتق عبده في الصحة ووجدت الصفة في المرض، وفيه قولان:

**فرع:** باع بمحاباة، بشرط الخيار، ثم مرض وأجاز في مدة الخيار. إن قلنا: الملك في زمن الخيار للبائع، فقدر المحاباة من الثلث، وإلا، فلا، لأنه ليس بتفويت، بل امتناع من كسب، فصار كما لو أفلس المشتري والمبيع قائم عنده ومرض البائع فلم يفسخ، وكما لو أمكنه فسخ النكاح بعيبها فترك حتى مات واستقر المهر، فإنه لا يحسب من الثلث. وكذا لو اشترى بمحاباة، ثم مرض ووجد بالمبيع عيبًا، ولم يردّ مع الإمكان، لا يعتبر قدر المحاباة من الثلث. ولو وجد العيب، وتعذر الرد بسبب، فأعرض عن الأرش، اعتبر قدر الأرش من الثلث. وقدر المحاباة في الإقالة يعتبر من الثلث، وخلع المريض لا يعتبر من الثلث، لأن له أن يطلِّق مجانًا، وخلع المريضة مذكور في «كتاب الخلع».

الفصل الثالث: في كيفية الاحتساب من الثلث. إذا وُجد تبرعان، وأكثر، وضاق الثلث عنها، فهي إما منجَّزة، وإما معلقة بالموت، وإما من النوعين.

القسم الأول: المنجَّزة، كالإعتاق، والإبراء، والوقف، والصدقة، والهبة المقبوضة، والمحاباة في العقود، فإن ترتبت، قدِّم الأول فالأول إلى استغراق الثلث. فإذا تم الثلث، وقف أمر الزائد على إجازة الوارث على ما سبق. وسواء كان المتقدم والمتأخر جنسًا أو جنسين، وسواء تقدم العتق على المحاباة ونحوها أو تقدمت عليه، لأن الأول لازم لا يفتقر إلى رضى الورثة، فكان أقوى. وإن وجدت دفعة واحدة، واتحد الجنس، مثل أن قال لعبيد: أعتقتكم، أو أبرأ جماعة من ديونه، أو وهب لهم، لم يقدم البعض على البعض. لكن في غير العتق يقسط الثلث على الجميع باعتبار القيمة، كما يقتضيه الحال من التساوي أو التفاضل. وفي العتق، يقرع بين العبيد، ولا توزع الحرية. وإن اختلف الجنس، بأن وكل في كل تبرع وكيلًا، فتصرفوا دفعة واحدة، فإن لم يكن فيها عتق، قسط الثلث على الجميع باعتبار القيمة، وإن كان، فهل يقسط، أم يقدم العتق؟ قولان كما سنذكره في التبرعات المعلقة بالموت إن شاء الله تعالى.

القسم الثاني: التبرعات المعلقة بالموت، كالوصايا، وتعليق العتق، فلا يقدم عتق على عتق، ولا تبرع غير العتق على غيره وإن تقدم بعضها على بعض في الإيصاء، بل في العتق يقرع، وفي غيره يقسط الثلث على الجميع باعتبار القيمة. وفي العتق هنا وجه: أنه يقسط، وتخص القرعة بالمنجَّز، لورود الحديث الصحيح فيه، والصحيح: الأول. ثم هذا عند إطلاق الوصية. أما إذا قال: أعتقوا سالمًا بعد موتي، ثم غانمًا، أو ادفعوا إلى زيد مئة، ثم إلى عمرو مئة، فيقدم ما قدمه قطعًا. وإذا اجتمع في هذا القسم عتق وغيره، فهل يقدم العتق لقوته، أم يسوى فيه؟ قولان: أظهرهما: التسوية. هذا في وصايا التمليك مع العتق. أما إذا أوصى للفقراء بشيء، وبعتق عبد، فقال البغوي: هما سواء، لاشتراكهما في القربة. وقطع الشيخ أبو علي بطرد القولين، لوجود القوة والسراية.

وإذا سوَّينا، فما خص العبيد إذا ضاق عنهم، يقرع. والكتابة مع الهبة وسائر الوصايا، كالعتق، فتكون على القولين. وقيل: يسوى هنا قطعًا، إذ ليس لها قوة وسراية.

القسم الثالث: إذا صدرت منه تبرعات منجزة، ومعلقة بالموت، قدمت المنجزة، لأنها تفيد الملك ناجزًا، ولأنها لازمة. ولا يملك المريض الرجوع فيها.

**فرع:** علق عتق عبد بالموت، وأوصى بعتق آخر، فلا يقدم أحدهما على الآخر، لأن وقت استحقاقهما واحد، وقد اشتركا في القوة. وفي وجه: المدبر أولى بالعتق، لأنه سبق عتقه، فإن الآخر يحتاج إلى إنشاء عتقه، والصحيح الأول.

**فرع:** لا يؤثر تقدم الهبة وحدها بلا قبض، لأن ملكها بالقبض، حتى لو وهب المريض ثم أعتق، أو حابى في بيع ثم أقبض الموهوب، قدم العتق والمحاباة، ولا تفتقر المحاباة في بيع ونحوه إلى قبض، لأنها في ضمن معاوضة.

**فرع:** قال في مرضه: سالم حرٌ، وغانم حر، وخالد حر، فهذا من صور ترتيب التبرعات المنجَّزة. ولو قال: سالم وغانم وخالد أحرار، فهو من صور وقوعها دفعة واحدة. ولو علق عتقهم بالموت، أقرع بينهم، سواء قال: إذا مت، فسالم حر، وغانم حر، وخالد حر، أو قال: فهم أحرار. ولو قال: إذا مت فسالم حر، وإن مت من مرضي هذا، فغانم حر، فإن مات من ذلك المرض ولم يف الثلث بهما، أُقرع بينهما. وإن برأ، ومات بعده، بطل التدبير المقيد، ويعتق سالم.

**فرع:** قال: إن أعتقت غانمًا، فسالم حر، ثم أعتق غانمًا في مرض موته، فإن خرجا من الثلث عتقا، وإن لم يخرج إلا أحدهما، فقيل: يقرع، كما لو قال: أعتقتكما. والصحيح: أنه لا قرعة، بل يتعين غانم للعتق، لأنا لو أقرعنا، ربما خرجت على سالم، فيلزم إرقاق غانم. فإن خرجا من الثلث، عتقا، وإن لم يخرج إلا أحدهما، فقيل: يقرع، كما لو قال: أعتقتكما. والصحيح: أنه لا قرعة، بل يتعين غانم للعتق، لأنا لو أقرعنا، ربما خرجت على سالم، فيلزم إرقاق غانم. وإذا رق، لم يحصل شرط عتق سالم. ولو قال: إن أعتقت غانمًا، فسالم حر في حال إعتاقي غانمًا، ثم أعتق غانمًا في مرضه، فكذلك الجواب بلا فرق. وعلى هذا، لو قال: إن أعتقت غانمًا، فسالم وغانم حرّان، ثم أعتق غانمًا، والثلث لا يفي إلا بأحدهم، عتق غانم، ولا قرعة. وإن فضل من الثلث شيء، أقرع بين الآخرين. فمن خرجت له قرعة الحرية، عتق كله إن خرج كله، وبعضه إن لم يخرج إلا بعضه. وإن كان يخرج أحد الآخرين، وبعض الثالث، عتق من خرجت قرعته، وعتق من الآخر بعضه.

**فرع:** قال لعبده: إن تزوجت، فأنت حر. ثم تزوج في مرض الموت، فقد ذكرنا أن مهر المثل محسوب من رأس المال، والزيادة من الثلث. وإن اقتضى الحال تنفيذ الزيادة، نظر، إن خرجت الزيادة وقيمة العبد من الثلث نفذ، وإلا، فيقدم المهر، كذا ذكروه توجيهًا بأن المهر أسبق، فإنه يجب بالنكاح، والعتق يترتب عليه. لكن مقتضى قولنا: إن المرتب والمرتب عليه يقعان معًا ولا يتلاحقان من حيث الزمان، أن لا يقدم أحدهما على الآخر، بل يوزع الثلث على الزيادة وقيمة العبد. وقد صرحوا بأنه لو قال: إن تزوجت، فأنت حر في حال تزوجي: أنه يوزع الثلث كذلك، لأنه لا ترتب. والفرق بين هذا وبين مسألة العبدين ـ حيث لا يوزع

هناك، كما لا يقرع ـ أن العتق هنا معلق بالنكاح، والتوزيع لا يرفع النكاح، ولا يقدح فيه، وهناك عتق سالم معلق بعتق غانم كاملًا. وإذا وزعنا، فلا يكمل عتق غانم، ولا يمكن إعتاق شيء من سالم.

**فرع:** قال لأمته الحامل: إن أعتقت نصف حملك، فأنت حرة، ثم أعتق نصف حملها في مرض موته، فمقتضى عتق نصف الحمل سرايته إلى باقيه وعتق الأم بالتعليق. فإن خرجا من الثلث، عتقا، وإن لم يخرج من النصف إلا الأم، أو النصف الآخر، بأن كان ماله ثلاثمائة، والأم منها خمسون، والولد مئة، فيقرع بين الأم والنصف الآخر. وإن خرجت على النصف الآخر، عتق جميع الحمل، ورقت الأم، وإن خرج على الأم، لم يعتق كلها، لأن الحمل في حكم جزءٍ منها، يتبع عتقه عتقها، فتوزع قيمة الثلث وهي خمسون على الأم، والنصف الباقي بالسوية، فيعتق من الأم نصفها، ومن النصف الباقي نصفه، فيكون ثلاثة أرباعه حرًّا. ولو كانت الصورة كما ذكرنا، إلا أن قيمة الأم مئة، وخرجت القرعة على الأم، وزعت الخمسون عليها وعلى النصف الآخر الباقي أثلاثًا، فيعتق منها ثلثها، وهو ثلثا الخمسين، ومن النصف الباقي ثلثه وهو ثلث الخمسين، وسدس جملته، فيكون الحر من الأم الثلث، ومن الولد الثلثين.

**فرع:** أوصى بعبد أو ثوب يخرج من ثلث ماله، وباقي ماله غائب، لا يدفع كله إلى الموصى له، ولا يسلط على التصرف فيه ما لم يحضر من المال الغائب ما يخرج الموصى به من ثلثه، لأن ما يحصل للموصى له ينبغي أن يجعل للوارث مثلاه، وربما تلف الغائب. وهل يتسلط على التصرف في ثلثه؟ وجهان: أصحهما: المنع، لأن تسليطه يتوقف على تسليط الورثة على مثلي ما تسلط عليه. ولا يمكن تسليطهم، لاحتمال سلامة الغائب. فيخلص جميع الموصى به للموصى له. فلو تصرفوا في ثلثي الحاضر، قال أبو الفرج السرخسي: إن بان هلاك الغائب، تبيّنّا نفوذ تصرفهم، ولك أن تقول: ينبغي تخريجه على وقف العقود. قلت: بل ينبغي تخريجه على القولين فيمن باع مال أبيه ظانًّا حياته فبان ميتًا. والله أعلم.

قال السرخسي: وإن سلم وعاد إليهم، تبيّنّا بطلان التصرف على الصحيح. وقيل: يمضى على الصحة، ويغرم للموصى له الثلثين، وهو ضعيف. ولو أعتق عبدًا هو ثلث ماله، أو دبَّره، وباقي ماله غائب، ففي نفوذ العتق والتدبير في ثلثه الخلاف المذكور في الوصية. كذا ذكروه، وقد يُستبعد التردد في العتق في الثلث، فإنه حر على كل تقدير. بل الوجه: الجزم بحصول الملك في الثلث، وفي الوصية أيضًا. وردّ الخلاف إلى أنه هل ينفذ تصرفه فيه، أم يمنع من التصرف إلى أن يتسلط الوارث على مثليه؟.

الركن الرابع: الصيغة، فنتكلم في طرف الإيجاب، ثم طرف القبول، أما الإيجاب، فلا بد منه، بأن يقول: أوصيت له بكذا، أو أعطوه، أو ادفعوا إليه بعد موتي كذا، أو هو له، أو جعلته له بعد موتي، أو ملّكته، أو وهبته له بعد موتي. أما إذا اقتصر على قوله: وهبته له، ونوى الوصية، فالأصح أنه لا يكون وصية، لأنه أمكن تنفيذه في موضوعه الصريح، وهو التمليك الناجز. ولو قال: هذا له، فهو إقرار يؤاخذ به، ولا يجعل كناية عن الوصية، إلا أن يقول: هو له من مالي، أو يقول: عبدي هذا لفلان، فيصح كناية عن الوصية، لأنه لا يصلح إقرارًا. ولو قال: عيَّنته له، فهذا كناية، لأنه يحتمل التعيين للتمليك بالوصية، والتعيين للإعارة، وتصح الوصية بالكتابة مع النية بلا خلاف، لِما سبق في «كتاب البيع»: أن ما يقبل مقصوده التعليق بالإغرار، كالكتابة، والخلع، ينعقد بالكتابة مع النية، والوصية تقبل التعليق بالإغرار، فأولى أن تنعقد بالكتابة. ولو كتب: إني أوصيت لفلان بكذا، قال المتولي: لا ينعقد إذا كان الشخص ناطقًا، كما لو قيل له: أوصيتَ لفلان بكذا؟ فأشار: أن نعم. ولو وجد له كتاب وصية بعد موته، ولم تقم بيّنة على مضمونه، أو كان قد أشهد جماعة أن الكتاب خطي، وما فيه وصيتي، ولم يطلعهم على ما فيه، فقال جمهور الأصحاب: لا تنفذ الوصية بذلك، ولا يعمل بما فيه حتى يشهد الشهود به مفصلًا.

ونقل الإمام، والمتولي: أن محمد بن نصر المروزي من أصحابنا قال: يكفي الإشهاد عليه مبهمًا. وروى أبو الحسن العبادي أنه قال: يكفي الكتاب من غير إشهاد، واحتج بقول النبيّ ﷺ: «إلاّ ووصيته مكتوبة عنده» أشعر ذلك باعتبار الكتابة. واعلم أن انعقاد الوصية بالكتابة ليس ببعيد وإن استبعدوه، لأن الكتابة ككنايات الألفاظ. والوصية أشد قبولًا للكنايات. فإذا كتب، وقال: نويت الوصية لفلان، أو اعترف ورثته به بعد موته، وجب أن يصح.

**فرع:** لو اعتقل لسانه، صحت وصيته بالإشارة والكتابة.

**فصل:** وأما القبول، فإن كانت الوصية لغير معيَّن، كالفقراء، لزمت بالموت، ولم يشترط فيها القبول. وإن كانت لمعين، فالمذهب اشتراط القبول ولا يصح قبول ولا رد في حياة الموصي، فله الرد وإن قَبِل في الحياة، وبالعكس، لأنه لا حقَّ له قبل الموت، فأشبه إسقاط الشفعة قبل البيع، ولا يشترط الفور في القبول بعد الموت.

فإن رد بعد الموت، فله أحوال:

أحدها: أن يقع قبل القبول، فترتد الوصية، ويستقر الملك للورثة في الموصى

به. ولو أوصى بالعين لواحد، وبالمنفعة لآخر، فرد الموصى له بالمنفعة، فهل هي للورثة، أم للموصى له بالعين؟ وجهان: أصحهما: الأول. ولو أوصى بخدمة عبد لرجل سنة، وقال: هو حر بعد سنة، فرد الموصى له، لم يعتق قبل السنة.

الثاني: أن يقع بعد القبول، وقَبِل الموصى له، فلا يصح رده، فإن راضى الورثة، فهو ابتداء تمليك منه لهم.

الثالث: أن يقع بعد القبول، وقبل القبض، فلا يصح الرد على الأصح. ولو قال: رددت الوصية لفلان، يعني أحد الورثة، قال في «الأم»: إن قال: أردت لرضاه، كان ردًّا على جميع الورثة. وإن قال: أردت تخصيصه بالرد عليه، فهو هبة له خاصة. قال الأصحاب: هذا تفريع على تصحيح الرد بعد القبول، وإلا، فما لا يملكه لا يمكنه أن يملِّكه غيره. ثم لم يعتبر لفظ الهبة والتمليك. وقال القاضي أبو الطيب: لا بد منه، وهو القياس. ولو مات ولم يبين ما أراده، جعل ردًّا على جميع الورثة.

**فرع:** إذا لم يقبل الموصى له، ولم يردّ، فللوارث مطالبته بأحد الأمرين. فإن امتنع، حكم عليه بالردّ.

**فرع:** لو مات الموصى له قبل موت الموصي، بطلت الوصية. وإن مات بعد موته، قام وارثه مقامه في القبول والرد.

**فصل:** متى يملك الموصى له الموصى به؟ فيه ثلاثة أقوال: أحدها: بالموت. والثاني: بالقبول. وعلى هذا، هل الملك قبل القبول للوارث، أم للميت؟ وجهان: أصحهما: الأول. والثالث ـ وهو الأظهر ـ: أنه موقوف. فإن قبل، تبيّنّا أنه ملك بالموت، وإلا، بان أنه كان للوارث. ولو أوصى بإعتاق عبد معين بعد موته، فالملك في العبد إلى أن يعتق للوارث بلا خلاف، لأنه ليس تمليكًا. ويتفرع على الأقوال مسائل:

إحداها: كسب العبد، وثمرة الشجرة، وسائر زوائد الموصى به، إن حصلت قبل موت الموصي، فهي له، ولا تتناولها الوصية، وإن حصلت بعده وبعد قبول الموصى له، فهي للموصى له، وإن حصلت بعد موته، وقبل القبول، فإن قلنا: يملك بالموت، فهي للموصى له، قَبِل الوصية أو ردَّها. وفيما إذا ردها وجه: أن الزوائد ترتد أيضًا. وإن قلنا: يملك بالقبول، لم تكن الزوائد للموصى له، قَبِل الوصية أو ردَّها. وفيما إذا قبل وجه: أنها له، لأن له حق التمليك من حين الموت، فهي حادثة في محل حقه. وإن قلنا بالوقف، فهي موقوفة. فإن قبل، فله، وإلا، فلا. وحيث قلنا: ترتد الزوائد، فإلى من ترتد؟ وجهان: أحدهما: إلى

الموصي، فتكون من جملة تركته يقضى منها دينه، وتنفذ وصاياه كالأصل. وأصحهما: أنها للوارث، لأنها حدثت بعد زوال ملك الموصي. وعلى هذا الخلاف ولد الجارية والبهيمة الموصى بهما، ويتعلق بهما تفصيل وأحوال نذكرها إن شاء الله تعالى على الأثر موضحة.

الثانية: فطرة العبد الموصى به، إذا وقع وقت وجوبها بين القبول والموت على من تجب؟ يخرج على هذه الأقوال: وقد ذكرناه في «زكاة الفطر». والنفقة والمؤن المحتاج إليها بين القبول والموت، حكمها حكم الفطرة. وقال في «الوسيط»: إنها على الموصى له إن قَبِل على كل قول، وعلى الوارث إن ردَّ على كل قول، والمعتمد ما نقلناه عن الأصحاب من طرد الخلاف. وإذا توقف الموصى له في القبول والرد، أُلزم النفقة، فإن أراد الخلاص، ردّ.

الثالثة: إذا زوَّج أمته حرًّا، وأوصى له بها، فإن رد الوصية، استمر النكاح، إلا إذا قلنا: يملك بالموت، فيفسخ النكاح من يوم الموت وإن كان الملك ضعيفًا. وإن قبل، انفسخ النكاح، ويكون الانفساخ من يوم القبول إن قلنا: يملك بالقبول، ومن يوم الموت على سبيل التبين إن قلنا بالتوقف. وإن كان زوجها وارثه، ثم أوصى بها لغيره، فإن قَبِل الموصى له الوصية، استمر النكاح، إلا إذا قلنا: الملك يحصل بالقبول، وإنه قبل القبول للوارث، فإنه ينفسخ على الأصح. وقيل: لا، لضعف الملك، وإن رد، انفسخ النكاح. وفي استناد الفسخ إلى حالة الموت لضعف الملك هذا الخلاف. هذا إذا خرجت الأمة من الثلث، فإن لم تخرج ولم يجز الورثة، انفسخ النكاح، لدخول شيء مما يزيد على الثلث في ملك الزوج. وإن أجازوا وقلنا: يملكه بالموت، أو موقوف، فهل ينفسخ؟ إن قلنا: إجازتهم تنفيذ لما فعله الموصي، فلا. وإن قلنا: ابتداء عطية، فنعم.

الرابعة: أوصى بأمته الحامل من زوجها لزوجها، ولابن لها حر، ومات، وخرجت كلها من الثلث، وقبلا الوصية وهما موسران، نظر، إن قبلا معًا، عتقت الأمة كلها على ابنها، نصفها بالملك، والباقي بالسراية، وعليه للزوج نصف قيمتها، ويعتق الحمل عليهما بالسوية. أما نصيب الزوج، فلأنه ولده. وأما نصيب الابن، فلأن الأم عتقت عليه. والعتق يسري من الحامل إلى ما يملكه المعتق من حملها. ولا يقوّم نصيب واحد منهما على الآخر، لأن العتق عليهما حصل دفعة واحدة، فأشبه ما إذا اشترى ابنان أباهما، فإنه يعتق عليهما ولا تقويم، وإن قبل أحدهما قَبْل الآخر، فإن قلنا: يحصل الملك بالموت، أو قلنا: بالوقف، فالجواب كذلك، لأن وقت الملك واحد وإن اختلف وقت القبول. وإن قلنا: يحصل بالقبول، فإن تقدم

قبول الابن، عتقت الأمة والحمل عليه. أما الأم، فبالملك والسراية، وأما الحمل، فبسراية عتق الأم إليه، وعليه للزوج نصف قيمتها. وإن تقدم قبول الزوج، عتق جميع الحمل عليه، النصف بالملك، والباقي بالسراية، فيغرم نصف قيمته يوم الولادة للابن، ولا يعتق عليه من الأمة شيء. فإذا قبل الابن، عتق عليه جميعها بالملك والسراية، وغرم للزوج نصف قيمتها.

وأما إذا قبل الزوج وحده، فيعتق عليه الحمل، نصفه بالملك، ونصفه بالسراية، فيغرم نصف قيمته لورثة الموصي، ولا يسري العتق من الحمل إلى الأم، لأن الحمل تبع لها، وليست تبعًا له. قلت: وفيه وجه أبي إسحاق. والله أعلم.

وإن قبل الابن وحده، عتقا عليه جميعًا، وغرم نصف قيمتها لورثة الموصي.

الخامسة: أوصى لإنسان بمن يعتق عليه، كأبيه وابنه، لم يجب عليه قبول الوصية، كما لا يجب شراؤه إذا قدر عليه، بل له الرد على الصحيح. وقيل: يمنع الرد إن قلنا: يملك بالموت، لأنه يعتق عليه، وبه قطع المتولي تفريعًا على هذا القول، والجمهور على خلافه، وأنه لا يعتق عليه قبل قبوله. ثم إن رد، فذاك، وإن قبل وقلنا: يملك بالقبول، عتق عليه حينئذٍ. وإن قلنا: بالموت، أو موقوف، تبين أنه عتق عليه يوم الموت. ولو ملك ابن أخيه، وأوصى به لأجنبي، ووارثُه أخوه، فقبل الموصى له الوصية، فهو للأجنبي إن قلنا: يملك بالموت أو موقوف. وإن قلنا: يملك بالقبول، وأنه قبل القبول للوارث، فمقتضاه العتق على الوارث يوم الموت، لكن المنقول عن الأصحاب أنه لا يعتق عليه كي لا تبطل الوصية.

ولو أوصى لشخص بابنه، ومات الموصى له بعد موت الموصي وقبل القبول، فأوجه:

أحدها: أن الرد يمنع، لعتقه عليه بالموت إذا قلنا: يملك به.

والثاني: ليس للوارث قبوله، لما فيه من العتق على الميت بغير إذنه وإثبات الولاء له. هذا إذا قلنا: إن العتق إذا حصل وقع على الميت، وسنذكر الخلاف فيه إن شاء الله تعالى. وهذان الوجهان ضعيفان جدًا.

والثالث: وهو الصحيح: أن الوارث يقوم مقامه في الرد والقبول، لنيابته عنه في حقوقه. فإن قبل، فهو كقبول الموصى له بنفسه إن قلنا: يملك بالموت، أو موقوف. وإن قلنا: يملك بالقبول، نُظر. فإن لم يكن بين الموصى به، ووارث الموصى له قرابة تقتضي عتقه عليه، بأن كان الوارث أخا الموصى له، فهل نحكم بعتقه؟ وجهان: أحدهما: لا، وبه قطع ابن الصباغ وآخرون. وأصحهما: نعم، لأن الموصي إنما أوجب الملك للموصى له فلا يثبت لغيره، وإنما اعتبرنا قبول وارثه

نيابة، وهذا كما لو نصب شبكة في حياته وتعلق بها صيد بعد موته، فإنا نحكم بثبوت الملك له. وإن كان بين الموصى به ووارث الموصى له قرابة تقتضي العتق، بأن كان الوارث أبا الموصى له، حكم بعتق الموصى به قطعًا. ويعود الوجهان، في أنه يعتق على الموصى له، أم على وارثه؟ وأن الولاء لمن يثبت؟ فإن قلنا: عن الموصى له، قال الإمام: يسند العتق إلى ألطف زمان قبل موت الموصى له. وإذا لم نحكم بالعتق فيما إذا لم يكن بينهما قرابة، فهل تقضى منه ديون الموصى له؟ وجهان: أصحهما: نعم كديته، فإنه تقضى منها ديونه وإن قلنا: إنها تثبت للورثة ابتداءً. هذا حكم العتق. وهل يرث الذي عتق من الموصي؟ أما إذا قبل بنفسه، فينظر، إن قبل في صحته، فنعم. وإن قبل في مرض موته، فإرثه مبني على أن عتقه إذا حصل الملك فيه لا بعوض، بل بإرث، أو هبة، أو قبول وصية، هل يعتبر من الثلث، أم من رأس المال؟ وفيه وجهان مذكوران في كتاب العتق. إن قلنا: من الثلث، لم يرثه، وإلا، ورث، وهو الأصح. وإن مات قبل القبول، وقبل وارثه، فإن حكمنا بالحرية عند القبول، لم يرث، لرقه. وإن حكمنا بها عند الموت، فإن كان القابل ممن يحجبه الموصى به، كالأخ، لم يرث، لأنه لو ورث لحجب الأخ وأخرجه عن كونه وارثًا، ولبطل قبوله. وإن كان لا يحجبه، كابن الأخ، فالصحيح: أنه لا يرث أيضًا، للدور في نصفه. وقيل: يرث. وقال الداركي: إن ثبت القبول للموصى له وهو مريض، لم يرث، لأن قبول ورثته كقبوله، ولو قبل لكان وصيه، والإرث لا يجامعها.

**فرع:** أوصى له بمن يعتق عليه، فمات الموصى له عن ابنين، فالقول في قبولهما تفريعًا على الأقوال في وقت الملك كما سبق. والمذهب صحته ووقوع العتق عن الميت. وإن قبل أحدهما فقط، صح القبول في النصف، وعتق على الميت. ثم قال ابن الحداد وآخرون: ينظر، إن ورث القابل من الموصى له ما يفي بباقي قيمة الموصى به، قوِّم عليه الباقي فيما ورثه، وإلا، فلا يقوَّم عليه، ولا اعتبار بيسار القابل في نفسه، ولا يثبت التقويم في نصيب الذي لم يقبل من التركة. أما عدم اعتبار يساره، فلأن العتق وقع عن الميت، فلا يكون التقويم على غيره. وأما عدم ثبوته في نصيب الذي لم يقبل، فلأن سبب العتق القبول، فالذي لم يقبل لم ينسب إليه. ولك أن تقول: وإن لم ينسب إليه، فهو معترف بعتق نصيب القابل واقتضائه التقويم، فالتقويم كدين يلحق التركة. وقال الشيخ أبو علي: يجب أن لا يقوّم على الميت، ويقصر العتق على القدر المقبول لمعنيين: أحدهما: أن الملك حصل للميت بغير اختياره، بل بقبول الوارث، فأشبه ما إذا ورث شقصًا من عبد

فعتق عليه، لا يقوّم الباقي. والثاني: أن العتق يحصل بعد موته، ولا مال له حينئذٍ، فأشبه ما إذا أعتق شقصًا بعد الموت، لا يقوّم الباقي. قال: ورأيت هذا لبعض الأصحاب، وللأولين أن يقولوا: إنما حكمنا بالعتق على الميت لجعلنا الوارث نائبًا عنه، فكيف ينتفي اختياره مع النيابة؟! لكنهما حكميان. وأما الثاني: فلا يسلّم أن العتق يحصل بعد الموت، بل يستند إلى قبيل الموت كما سبق. ثم ولاء ما عتق منه، للميت. وهل يشترك فيه الابنان، أم ينفرد به القابل؟ وجهان: ولو أوصى لإنسان ببعض من يعتق عليه، ومات الموصى له، وقبل وارثه، فالقول في عتقه على الميت وتقويم الباقي عليه على ما ذكرناه في هذه المسألة.

السادسة: أوصى بأمة لابنها من غيره، فإن خرجت من الثلث، وقبل الابن الوصية، عتقت عليه. وإن ردّ، بقيت للوارث. وإن لم تخرج، فالجواب في قدر الثلث كذلك. وأما الزائد، فإن أعتقه الوارث وهو موسر، عتق عليه. ثم إن لم يقبل ابنها الوصية، فقد تبيّنا أن جميعها للوارث، فيسري العتق من البعض الذي أعتقه إلى الباقي. وإن قبل، عتق عليه ما قبل. قال ابن الحداد: ولا يقوَّم نصيبه على الوارث، لأنا تبيّنا بالقبول حصول ملكه بالموت وتقدمه على إعتاق الوارث الزيادة، ولا يقوَّم نصيب الوارث عليه، لأنه أعتق نصيبه قبل قبوله. قال الشيخ أبو علي: الصواب عند الأصحاب أن يقال: إن قلنا: يملك بالموت ابتداءً، وتبيّنا، قوّم نصيب الوارث عليه. وإن قلنا: يملك بالقبول، عتق الكل على الوارث، لأنه يسري من نصيبه إلى قدر الثلث. والقبول بعده كإعتاق الشريك الثاني بعد إعتاق الأول وهو موسر. هذا إذا حكمنا بحصول السراية بنفس الإعتاق. فإن قلنا: لا تحصل إلا بأداء القيمة، فقبوله كإعتاق الشريك الثاني نصيبه قبل أخذ القيمة. وفيه وجهان: أحدهما: ينفذ، لأنه ملكه. وأصحهما: لا، لأن الأول استحق تقويمه عليه. فعلى هذا، له قيمة نصيبه على الوارث. فلو كانت المسألة بحالها، ووارث الموصي ابن له من هذه الأمة بنكاح، فإن رد الموصى له، عتقت على الابن الذي هو وارث السيد. وإن قبلها، نظر، إن خرجت من الثلث، عتقت على الموصى له. وإن لم تخرج، فالزائد منها على الثلث. أطلق ابن الحداد: أنه يعتق في الحال على الوارث، وفصَّل الشارحون، فقالوا: إن لم يجز الوارث الزيادة على الثلث، فالجواب كذلك، وإن أجاز، فعتقه مبني على أن الإجازة ابتداء عطية، أم تنفيذ؟ إن قلنا بالأول، فقد حكمنا للوارث بالملك قبل أن يعطى، فيعتق عليه. وإن قلنا: تنفيذ، لم يعتق، لأنا على هذا القول لا نجعل الزائد للوارث، بل نقفه على الرد والإجازة. فإذا أجاز، تبين أنه لم يملكه. وأما قدر الثلث، فإنه يعتق على الموصى له، ولا يقوّم نصيب أحدهما على الآخر.

السابعة: أوصى بعبد لشخصين، أحدهما قريبه الذي يعتق عليه. فإن قبلا معًا، عتق جميعه على القريب إن كان موسرًا، النصف بالملك، والنصف بالسراية، ويغرم للأجنبي نصف قيمته. وإن قبل القريب أولًا، فكذلك حكم العتق، ويكون غرم النصف للأجنبي إن قبل بعد ذلك، ولوارث الموصي إن لم يقبل. وإن قبل الأجنبي أولًا، ملك نصيبه، ويبقى نصيب القريب موقوفًا إلى أن يقبل أو يردّ، فإن أعتق الأجنبي نصيبه قبل قبول القريب، ثم قبل، فإن قلنا: يملك بالقبول، قوِّم نصيبه على الأجنبي، وكان كما لو أعتق الشريك نصيبه وهو موسر ثم أعتق الثاني نصيبه، وإن قلنا: يملك بالموت، تبيّنا أن عتق الأجنبي غير نافذ، وأنه عتق جميعه على الوارث، وعليه نصف القيمة للأجنبي.

الثامنة: أوصى بجارية فولدت، فلها أحوال:

أحدها: أن تلد قبل موت الموصي، فينظر، إن انقضى أقل مدة الحمل من يوم الوصية، وهو ستة أشهر، ثم ولدت، لم يدخل الولد في الوصية، لأنه يحتمل حدوثه بعد الوصية. والأصل عدم الحمل يومئذٍ، فلا يجعل للموصى له بالشك. وإن لم ينقض أقل مدة الحمل، علمنا وجوده يوم الوصية، فيبنى على الخلاف في أن الحمل هل يعرف ويعطى حكمًا قبل الانفصال، أم لا؟ إن قلنا بالثاني، فالولد غير داخل في الوصية، بل هو زيادة حدثت في ملك الموصي، فيكون لورثته. وإن قلنا بالأول، فهو كما لو أوصى بالجارية وولدها بعد الانفصال، فينظر، أيقبلهما الموصى له؟ أم يردهما؟ أم يقبل أحدهما دون الآخر؟ وفي هذا زيادة بحيث نذكره في أول الباب الثاني إن شاء الله تعالى. فإن كان الموصى له زوج الجارية، وقبل الوصية في الولد، عتق كله عليه بالملك، وله ولاؤه، ولا تصير الجارية أم ولد له، لأنها علقت منه برقيق.

الحال الثاني: أن تلد بعد موت الموصي، وقبل قبول الموصى له، فهذا ثلاثة أقسام:

القسم الأول: ولدت بعد مضي أقل مدة الحمل من يوم الموت، فالولد غير موصى به، لاحتمال حدوثه بعد الموت. ثم إن كان الموصى له زوج الجارية، بني حكم الولد على أن الوصية متى تملك؟ إن قلنا بالقبول، وأنها قبل القبول لورثة الموصي، فالولد لهم، لا إرثًا من الميت، بل لحدوثه في ملكهم. وإن قلنا: تملك بالموت، أو موقوف، فقبل، فالعلوق في ملكه، فينعقد الولد حرًّا لا ولاء عليه، والجارية أم ولد له.

القسم الثاني: ولدت قبل أقل مدة الحمل من يوم الموت، وبعدها من يوم الوصية، فيجعل كأنه حدث بعد الوصية. فإن قلنا: الحمل يعرف، فالولد زيادة حدثت

في ملك الموصي، فهو له، ولورثته بعده. وإن قلنا: لا يعرف، ولا يعطى حكمًا، بني على أن الوصية متى تملك؟ إن قلنا بالقبول وأنها للورثة قبل القبول، فالولد لهم، لحدوثه في ملكهم. وإن قلنا: بالموت، أو موقوف، وكان الموصى له زوج الجارية، وقبل، عتق الولد عليه بالملك، وله عليه الولاء، ولا تصير الجارية أم ولد.

القسم الثالث: أن تلد قبل مضي أقل مدة الحمل من يومي الموت والوصية جميعًا. فإن قلنا: الحمل يعرف، فكأنه أوصى بالجارية والحمل جميعًا، وإلا، فعلى الخلاف في أن الوصية متى تملك؟ على ما ذكرناه في القسم الثاني.

الحال الثالث: أن تلد بعد الموت والقبول، وله صور:

أحدها: تلد بعد مضي أقل مدة الحمل من وقت القبول، فالولد للموصى له. فلو كان زوج الجارية، انعقد الولد حرًّا، وصارت أم ولد له.

الثانية: تلد قبل مضي هذه المدة من وقت القبول، وبعدها من وقت الموت. فإن قلنا: الوصية تملك بالموت، أو موقوف، فقبل، فحكمه حكم الصورة الأولى. وإن قلنا: تملك بالقبول، وأنها قبل القبول للورثة. فإن قلنا: الحمل يعرف، فهو زيادة للورثة، وإلا، فللموصى له، وإذا كان الموصى له زوج الجارية، عتق الولد عليه، وثبت له الولاء عليه، ولا تصير أم ولد.

الثالثة: تلد قبل مضي هذه المدة من وقت القبول والموت جميعًا، وبعدها من يوم الوصية. فإن قلنا: الحمل يعرف، فالولد غير داخل في الوصية. وإن قلنا: لا، واعتبرنا حالة الانفصال، فالانفصال حصل في ملك الموصى له، فيكون الولد له، ويعتق عليه إن كان زوجها، ولا استيلاد.

الرابعة: تلد قبل مضيّها من يوم الوصية أيضًا. فإن قلنا: الحمل يعرف، فهو داخل في الوصية، وإلا، فهو حاصل في ملك الموصى له، فيكون له، فإن كان زوجها، عتق عليه بالملك، ولا استيلاد.

**فرع:** نتاج باقي الحيوان يقاس بما ذكرناه في الجارية، ويرجع في مدة حملها إلى أهل الخبرة، فإنها تختلف.

**فرع:** قال أبو الفرج الزاز: حيث حكمنا بمصير الجارية أم ولد، هل تعتبر حقيقة الإصابة من يوم الملك، أم يكفي إمكان الإصابة؟ وجهان: والثاني هو مقتضى كلام الجمهور. قال: وحيث بقّينا الولد على ملك الوارث، فالمعتبر من الثلث قيمة الجارية وحدها. وإذا لم نبقّه، فالمعتبر من الثلث ما كان يوم موت الموصي موجودًا. فإن كانت حائلًا، اعتبر قيمتها وحدها. وإن كانت حاملًا، فقيمتها مع قيمة الحمل، وحينئذٍ، فالنظر إلى قيمتها حاملًا يوم موت الموصي عند جماهير

الأصحاب. وقال ابن سريج: تعتبر قيمتها يومئذٍ لو كانت حائلًا، وتعتبر قيمة الحمل في أول حال الانفصال. وإذا قوّمناهما فخرجا من الثلث، فذاك، وإلا، فلا يقرع، بل تنفذ الوصية في القدر الذي يحتمله الثلث منهما على نسبة واحدة.

**فرع:** نقل المزني في «المختصر»: أنه لو أوصى بأمة لزوجها، فلم يعلم حتى وضعت له بعد موت سيدها أولادًا. فإن قبل، عتقوا ولم تكن أمهم أم ولد حتى تلد منه بعد قبوله بستة أشهر. وفيه إشكال من وجهين:

أحدهما: أنه لم اعتبر عدم الحمل بالوصية؟ وهل يفترق الحال بين العلم وعدمه؟ والثاني: أنه حكم بحرية الأولاد، وأنها لا تصير أم ولد. فإن فرع على حصول الملك بالموت، أو على الوقف، فلم اعتبر مضي الأشهر في مصيرها أم ولد؟ وإن فرع على الملك بالقبول، فلم حكم بحريَّة الأولاد في الحال؟! أما الأول، فعن الخضري ما يقتضي الفرق بين العلم وعدمه، واحتج بأن الشافعي قال: لو وطىء أمة غيره يظن أنها زوجته الحرة، فالولد حر، ولو ظنها زوجته الرقيقة، فالولد رقيق. والصحيح: أنه لا فرق في ثبوت أمِّيَّة الولد في أمَّيْه بين علمه وعدمه، حتى لو وطىء أمته يظنها أمة غيره، أو حرة فأحبلها، ثبتت أمية الولد. فإذًا قوله: «ولم يعلم» ليس بقيد، بل خرج على الغالب، فإن الغالب أن الوصية لا تبقى مدة طويلة، لا مقبولة، ولا مردودة، إلا إذا لم يعلم الموصى له، لغيبته أو نحوها.

وأما الثاني: فقيل: هو تخليط من المزني. فقوله: «عتقوا»، تفريع على حصول الملك بالموت. وقوله: «ولا تصير أم ولد»، تفريع على حصوله بالقبول. وقال الأكثرون: بل هو تفريع على قول الوقف. وأراد بالقبول، في قوله: «بعد قبوله» الموت، فسماه قبولًا، لأنه وقت القبول. وقال بعضهم: لفظ الشافعي «الموت» لكن المزني سها فيه. ولو كانت الجارية الموصى بها زوجة الموصى له، ومات الموصى له قبْل القبول والرد، فقد سبق أن ورثته يقومون مقامه في الرد والقبول، فإن قبلوا، فعلى الخلاف في أن الملك متى يحصل؟ إن قلنا: بالموت، أو موقوف، فقبولهم كقبول الموصى له في عتق الأولاد بالملك، وفي انعقادهم على الحرية ومصير الجارية أم ولد وفي بقائهم مماليك لورثة الموصي، على اختلاف الأحوال السابقة بلا فرق، إلا أنهم إذا عتقوا بقبول الموصى له، ورثوه. وإذا عتقوا بقبول الورثة، لم يرثوا كما سبق. وإن قلنا: يملك بالقبول. فإن كان بين الوارث والأولاد قرابة تقتضي العتق، بأن كان وارث الموصى له أباه، عتقوا عليه، وإلا، ففيه الوجهان السابقان، وإذا لم يحصل العتق، فهل تقضى ديون الموصى له منها؟ أم تسلَّم للورثة؟ فيه الوجهان السابقان أيضًا، وبالله التوفيق.

# باب ما يعتبر من الثلث

قال المصنف رحمه الله تعالى: ما وصى به من التبرعات كالعتق والهبة والصدقة والمحاباة في البيع يعتبر من الثلث، سواء كانت في حال الصحة أو في حال المرض، أو بعضها في الصحة وبعضها في المرض؛ لأن لزوم الجميع عند الموت، فأما الواجبات من ديون الآدميين وحقوق الله تعالى كالحج والزكاة فإنه إن لم يوص بها وجب قضاؤها من رأس المال دون الثلث، لأنه إنما منع من الزيادة على الثلث لحق الورثة، ولا حق للورثة مع الديون؛ فلم تعتبر من الثلث.

وإن وصى أن يؤدي ذلك من الثلث اعتبر من الثلث، لأنها في الأصل من رأس المال فلما جعلها من الثلث علم أنه قصد التوفير على الورثة فاعتبرت من الثلث، وإن وصى بها ولم يقل: إنها من الثلث، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه تعتبر من الثلث وهو ظاهر النص، لأنها من رأس المال، فلما وصى بها علم أنه قصد أن يجعلها من جملة الوصايا فجعل سبيلها سبيل الوصايا.

والثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه إن لم يقرر بها ما يعتبر من الثلث اعتبر من رأس المال، وإن قرن بها ما يعتبر من الثلث اعتبر من الثلث، لأنها في الأصل من رأس المال فإذا عريت عن القرينة بقيت على أصلها، وإن قرن بها ما يعتبر من الثلث علم أنه قصد أن يكون مصرفهما واحدًا.

والثالث: أنه تعتبر من رأس المال وهو الصحيح. لأنها في الأصل من رأس المال والوصية بها تقتضي التأكيد والتذكار بها؛ والقرينة تقتضي التسوية بينهما في الفعل، لا في السبيل، فبقيت على أصلها.

فصل: وأما ما تبرع به في حياته ينظر فيه ـ فإن كان في حال الصحة ـ لم يعتبر من الثلث لأنه مطلق التصرف في ماله لا حق لأحد في ماله فاعتبر من رأس المال، وإن كان ذلك في مرض غير مخوف لم يعتبر من الثلث، لأن الإنسان لا يخلو من عوارض فكان حكمه حكم الصحيح، وإن كان ذلك في مرض مخوف واتصل به الموت اعتبر من الثلث، لما روى عمران بن الحصين «أن رجلًا أعتق ستة أعبد له عند موته لم يكن له مال غيرهم، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال للرجل قولًا شديدًا ثم دعاهم فجزأهم وأقرع بينهم، فأعتق اثنين وأرق أربعة»[(١)]، ولأنه في هذه الحالة لا يأمن الموت فجعل كحال الموت، وإن برىء من المرض لم يعتبر من الثلث، لأنه قد بان أنه لم يكن في ماله حق أحد، وإن وهب في

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٦٦٨) وأبو داود في سننه برقم (٣٩٥٨) والترمذي في سننه برقم (١٣٦٤) وابن ماجه في سننه برقم (٢٣٤٥) وأحمد في المسند (٤/ ٧٨٦).

الصحة واقبض في المرض، اعتبر من الثلث، لأنه لم يلزم إلا بالقبض، وقد وجد ذلك منه المرض.

فصل: وإن باع في المرض بثمن المثل أو تزوج امرأة بمهر المثل صح العقد ولم يعتبر العوض من الثلث لأنه ليس بوصية، لأن الوصية أن يخرج مالًا من غير عوض ولم يخرج ههنا شيئًا من غير عوض. وإن كاتب عبدًا اعتبر من الثلث، لأن ما يأخذ من العوض من كسب عبده وهو مال له فيصير كالعتق بغير عوض. وإن وهب له من يعتق عليه في المرض المخوف فقبله، اعتبر عتقه من الثلث فإذا مات لم يرثه.

وقال أبو العباس: يعتبر عتقه من رأس المال ويرثه، لأنه ليس بوصية، لأنه لم يخرج من ملكه شيئًا بغير عوض والمذهب الأول لأنه ملكه بالقبول وعتق عليه، والعتق في المرض وصية، والميراث والوصية لا يجتمعان، فلو ورثناه بطل عتقه، وإذا بطل العتق بطل الإرث فأثبتنا العتق وأبطلنا الإرث.

فصل: والمرض المخوف كالطاعون والقولنج وذات الجنب والرعاف الدائم والإسهال المتواتر، وقيام الدم والسل في انتهائه، والفالج الحادث في ابتدائه والحمى المطبقة، لأن هذه الأمراض لا يؤمن معها معاجلة الموت فجعل كحال الموت.

فأما غير المخوف فهو كالجرب ووجع الضرس والصداع اليسير وحمى يوم أو يومين، وإسهال يوم أو يومين من غير دم، والسل قبل انتهائه، والفالج إذا طال، لأن هذه الأمراض يؤمن معها معاجلة الموت. فإذا اتصل بها الموت علم أنه لم يكن موته من هذه الأمراض، وإن أشكل شيء من هذه الأمراض رجع فيه إلى نفسين من أطباء المسلمين، ولا يقبل فيه قول الكافر، وإن ضرب الحامل الطلق فهو مخوف لأنه يخاف منه الموت. وفيه قول آخر أنه غير مخوف لأن السلامة منه أكثر.

فصل: وإن كان في الحرب وقد التحمت طائفتان متكافئتان، أو في البحر وتموج، أو في أسر كفار يرون قتل الأسارى، أو قدم للقتل في المحاربة أو الرجم في الزنا، ففيه قولان: أحدهما: أنه كالمرض المخوف يعتبر تبرعاته فيه من الثلث، لأنه لا يأمن الموت كما لا يأمن في المرض المخوف. والثاني: أنه كالصحيح، لأنه لم يحدث في جسمه ما يخاف منه الموت فإن قدم لقتل القصاص فالمنصوص أنه لا تعتبر عطيته من الثلث ما لم يجرح، واختلف أصحابنا فيه على طريقين، فقال أبو إسحاق: هي على قولين قياسًا على الأسير في يد كفار يرون قتل الأسارى: ومن أصحابنا من قال: لا تعتبر عطيته من الثلث لأنه غير مخوف لأن الغالب من حال المسلم أنه إذا قدر رحم وعفا، فصار كالأسير في يد من لا يرى قتل الأسارى.

فصل: وإن عجز الثلث عن التبرعات ـ لم يخل ـ أما أن يكون في التبرعات المنجزة في المرض أو في الوصايا، فإن كان في التبرعات المنجزة في المرض

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

وإن كانت التبرعات وصايا وعجز الثلث عنها لم يقدم بعضها على بعض بالسبق لأن ما تقدم ما تأخر يلزم في وقت واحد وهو بعد الموت، فإن كانت كلها هبات أو كلها محاباة أو بعضها هبات وبعضها محاباة قسم الثلث بين الجميع على التفاضل إن تفاضلت وعلى التساوي إن تساوت.

وإن كان الجميع عتقًا أقرع بين العبيد لما ذكرناه في القسم قبله وإن كان بعضها عتقًا وبعضها محاباة أو هبات ففيه قولان: أحدهما: أن الثلث يقسم بين الجميع لأن الجميع يعتبر من الثلث، ويلزم في وقت واحد. والثاني: يقدم العتق بما له من القوة، وإن كان بعضها كتابة وبعضها هبات ففيه طريقان: أحدهما: أنه لا تقدم الكتابة لأنه ليس له قوة وسراية فلم تقدم كالهبات. والثاني: أنها على قولين لأنها تتضمن العتق فكانت كالعتق.

فصل: وإن وصى أن يحج عنه حجة الإسلام من الثلث أو يقضي دينه من الثلث ووصى معها بتبرعات، ففيه وجهان:

أحدهما: يقسط الثلث على الجميع لأن الجميع يعتبر من الثلث، فإن كان ما يخص الحج أو الدين من الثلث لا يكفي تمم من رأس المال، لأنه في الأصل من رأس المال، وإنما اعتبر من الثلث بالوصية، فإذا عجز الثلث عنه وجب أن يتمم من أصل المال.

والثاني: يقدم الحج والدين، لأنه واجب ثم يصرف ما فضل في الوصايا.

فصل: وإن وصى لرجل بمال وله مال حاضر ومال غائب، أو له عين ودين، دفع إلى الموصى له ثلث الحاضر وثلث العين. وإلى الورثة الثلثان، وكل ما حضر

من الغائب أو نض من الدين شيء قسم بين الورثة والموصى له، لأن الموصى له شريك الورثة بالثلث فصار كالشريك في المال. وإن وصى لرجل بمائة دينار وله مائة حاضرة وله ألف غائبة فللموصى له ثلث الحاضرة ويوقف الثلثان، لأن الموصى له شريك الوارث في المال، فصار كالشريك في المال.

وإن أراد الموصى له التصرف في ثلث المائة الحاضرة ففيه وجهان: أحدهما: تجوز لأن الوصية في ثلث الحاضرة ماضية، فمكن من التصرف فيه. والثاني: لا يجوز لأنا منعنا الورثة من التصرف في الثلثين والموقوفين. فوجب أن نمنع الموصى له من التصرف في الثلث، وإن دبر عبدًا قيمته مائة وله مائتان غائبة؛ ففيه وجهان: أحدهما: يعتق ثلث العبد؛ لأن عتق ثلثه مستحق بكل حال. والثاني: وهو ظاهر المذهب أنه لا يعتق؛ لأنا لو اعتقنا الثلث حصل للموصى له الثلث، ولم يحصل للورثة مثلاه، وهذا لا يجوز.

فصل: وإن وصى له بثلث عبد فاستحق ثلثاه وثلث ماله يحتمل الثلث الباقي من العبد نفذت الوصية فيه على المنصوص؛ وقال أبو ثور وأبو العباس: لا تنفذ الوصية إلا في ثلث الباقي كما لو وصى بثلث ماله ثم استحق من ماله الثلثان والمذهب الأول، لأن ثلث العبد ملكه، وثلث ماله يحتمله، فنفذت الوصية فيه كما لو أوصى له بعبد يحتمله الثلث، ويخالف هذا إذا أوصى بثلث ماله ثم استحق ثلثاه، لأن الوصية هناك بثلث ماله، وماله هو الباقي بعد الاستحقاق، وليس كذلك ههنا لأنه يملك الباقي وله مال غيره يخرج الباقي من ثلثه.

فصل: وإن وصى له بمنفعة عبد سنة، ففي اعتبارها من الثلث وجهان: أحدهما: يقوم العبد كامل المنفعة، ويقوم مسلوب المنفعة في مدة سنة؛ ويعتبر ما بينهما من الثلث. والثاني: تقوم المنفعة سنة، فيعتبر قدرها من الثلث، ولا تقوم الرقبة لأن الموصى به هو المنفعة، فلا يقوم غيرها، وإن وصى له بمنفعة عبد على التأبيد ففي اعتبار منفعته من الثلث ثلاثة أوجه: أحدها: تقوم المنفعة في حق الموصى له والرقبة مسلوبة المنفعة في حق الوارث، لأن الموصى له ملك المفعة، والوارث ملك الرقبة، وينظركم قدر التركة مع قيمة الرقبة مسلوبة المنفعة، وينظر قيمة المنفعة فتعتبر من الثلث. والثاني: تقوم المنفعة في حق الموصى له لأنه ملكها بالوصية، ولا تقوم الرقبة في حق الموصى له، لأنه لم يملكها ولا في حق الوارث لأنها مسلوبة المنفعة في حقه لا فائدة له فيها، فعلى هذا ينظر كم قدر التركة وقيمة المنفعة، فتعتبر من الثلث. والثالث وهو المنصوص: تقوم الرقبة بمنافعها في حق الموصى له، لأن المقصود من الرقبة منفعتها، فصار كما لو كانت الرقبة له فقومت في حقه. وينظر قدر التركة فتعتبر قيمة الرقبة من ثلثها، وإن وصى بالرقبة لواحد وبالمنفعة لواحد قومت الرقبة في حق من وصى له بها، والمنفعة في حق من وصى له بها، لأن كل واحد منهما يملك ما وصى له به فاعتبر قيمتها من الثلث.

فصل: وإن وصى له بثمرة بستانه، فإن كانت موجودة اعتبرت قيمتها من الثلث، وإن لم تخلق ـ فإن كانت على التأبيد ـ ففي التقويم وجهان: أحدهما: يقوم جميع البستان. والثاني: يقوم كامل المنفعة، ثم يقوم مسلوب المنفعة، ويعتبر ما بينهما من الثلث، فإن احتمله الثلث نفذت الوصية فيما بقي من البستان. وان احتمل بعضها كان للموصى له قدر ما احتمله الثلث يشاركه فيه الورثة، فإن كان الذي يحتمله النصف كان للموصى له من ثمرة كل عام النصف، وللورثة النصف، والله أعلم.

## باب جامع الوصايا

إذا وصى لجيرانه صرف إلى أربعين دارًا من كل جانب، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «حق الجوار أربعون دارًا هكذا وهكذا وهكذا، يمينًا وشمالًا وقدامًا وخلفًا»[(١)].

فصل: وإن وصى لقراء القرآن صرف إلى من يقرأ جميع القرآن وهل يدخل فيه من لا يحفظ جميعه؟ ففيه وجهان. أحدهما: يدخل فيه لعموم اللفظ. والثاني: لا يدخل فيه، لأنه لا يطلق هذا الاسم في العرف إلا على من يحفظه، وإن وصى للعلماء صرف إلى علماء الشرع؛ لأنه لا يطلق هذا الاسم في العرب إلا عليهم؛ ولا يدخل فيه من يسمع الحديث ولا يعرف طرقه، لأن سماع الحديث من غير علم بطرقه ليس بعلم.

فصل: فإن وصى للأيتام لم يدخل فيه من له أب، لأن اليتيم في بني آدم فقد الأب، ولا يدخل فيه بالغ، لقوله ﷺ: «لا يتم بعد الحلم»[(٢)]، وهل يدخل فيه الغني؟ فيه وجهان: أحدهما: يدخل فيه، لأنه يتيم بفقد الأب. والثاني: لا يدخل فيه، لأنه لا يطلق هذا الاسم في العرف على غني، فإن وصى للأرامل دخل فيه من لا زوج لها من النساء، وهل يدخل فيه من لا زوجة له من الرجال؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يدخل فيه، لأنه لا يطلق هذا الاسم في العرف على الرجال.

والثاني: يدخل فيه لأنه قد يسمى الرجل أرملًا كما قال الشاعر:

كل الأرامل قد قضيت حاجتهم فمن لحاجة هذا الأرمل الذكر

وهل يدخل فيه من لها مال؟ على وجهين كما قلنا في الأيتام.

فصل: وإن وصى للشيوخ أعطى من جاوز الأربعين، وإن وصى للفتيان والشباب أعطى من جاوز البلوغ إلى الثلاثين، وإن وصى للغلمان والصبيان أعطى

---

(١) أخرجه أبو يعلى في مسنده (١٠/ ٣٨٥).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢٨٧٣) والطحاوي في شرح مشكل الآثار (١/ ٢٨٠).

من لم يبلغ لأن هذه الأسماء لا تطلق في العرف إلا على ما ذكرناه.

فصل: وإن وصى للفقراء جاز أن يدفع إلى الفقراء والمساكين، وإن وصى للمساكين جاز أن يدفع إلى المساكين والفقراء، لأن كل واحد من الإسمين يطلق على الفريقين، وإن وصى للفقراء والمساكين جمع بين الفريقين في العطية، لأن الجمع بينهما يقتضي الجمع في العطية كما قلنا في آية الصدقات، وإن وصى لسبيل الله تعالى دفع إلى الغزاة من أهل الصدقات، لأنه قد ثبت لهم هذا الاسم في عرف الشرع.

فإن وصى للرقاب دفع في المكاتبين، لأن الرقاب في عرف الشرع اسم للمكاتبين. وإن وصى لأحد هذه الأصناف دفع إلى ثلاثة منهم، لأنه قد ثبت لهذه الألفاظ عرف الشرع في ثلاثة، وهو في الزكاة، فحملت الوصية عليها، كأن وصى لزيد والفقراء فقد قال الشافعي رحمه الله: هو كأحدهم. فمن أصحابنا من قال: هو بظاهره أنه يكون كأحدهم يدفع إليه ما يدفع إلى أحدهم، لأنه ضاف إليه وإليهم فوجب أن يكون كأحدهم. ومنهم من قال: يصرف إلى زيد نصف الثلث. ويصرف النصف إلى الفقراء، لأنه أضاف إليه وإليهم، فوجب أن يساويهم. ومنهم من قال: يصرف إليه الربع ويصرف ثلاثة أرباعه إلى الفقراء لأن أقل الفقراء ثلاثة، فكأنه وصى لأربعة، فكان حق كل واحد منهم الربع وإن وصى لزيد بدينار وبثلثه للفقراء ـ وزيد فقير ـ لم يعط غير الدينار، لأنه قطع الاجتهاد في الدفع بتقدير حقه في الدينار.

فصل: وإن وصى لقبيلة عظيمة كالعلويين والهاشميين وطيء وتميم ففيه قولان: أحدهما: إن الوصية تصح وتصرف إلى ثلاثة منهم، كما قلنا في الوصية للفقراء. والثاني: إن الوصية باطلة، لأنه لا يمكن أن يعطي الجميع ولا عرف لهذا اللفظ في بعضهم فبطل بخلاف الفقراء، فإنه قد ثبت لهذا اللفظ عرف وهو في ثلاثة في الزكاة.

فصل: وإن أوصى أن يضع ثلثه حيث يرى لم يجز أن يضعه في نفسه لأنه تمليك ملكه بالإذن فلم يملك من نفسه كما لو وكله في البيع، والمستحب أن يصرفه إلى من لا يرث الموصي من أقاربه، فإن لم يكن له أقارب صرف إلى أقاربه من الرضاع، فإن لم يكونوا صرف إلى جيرانه لأنه قائم مقام الموصي والمستحب للموصي أن يضع فيما ذكرناه فكذلك الوصي.

فصل: وإن وصى بالثلث لزيد ولجبريل، كان لزيد نصف الثلث وتبطل في الباقي؛ فإن وصى لزيد وللرياح ففيه وجهان: أحدهما: أن الجميع لزيد، لأن ذكر الرياح لغو. والثاني؛ أن لزيد النصف وتبطل الوصية في الباقي كالمسألة قبلها، فإن قال: ثلثي لله ولزيد ففيه وجهان:

أحدهما: أن الجميع لزيد، وذكر الله تعالى للتبرك كقوله تعالى: ﴿فَأَنَّ لِلَّهِ

خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ﴾ [الأنفال: ٤١]. والثاني: أنه يدفع إلى زيد نصفه والباقي للفقراء لأن عامة ما يجب لله تعالى يصرف إلى الفقراء.

فصل: وإن وصى لحمل امرأة فولدت ذكرًا وأنثى صرف إليهما وسوى بينهما، لأن ذلك عطية فاستوى فيه الذكر والأنثى، وإن وصى أن ولدت ذكرًا فله ألف، وإن ولدت أنثى فلها مائة فولدت ذكرًا وأنثى استحق الذكر الألف والأنثى المائة، فإن ولدت خنثى دفع إليه المائة لأنه يقين ويترك الباقي إلى أن يتبين فإن ولدت ذكرين أو أنثيين ففيه ثلاثة أوجه.

أحدها: إن الوارث يدفع الألف إلى من يشاء من الذكرين والمائة إلى من يشاء من الأنثيين لأن الوصية لأحدهما فلا تدفع إليهما، والاجتهاد في ذلك إلى الوارث كما لو أوصى لرجل بأحد عبديه.

والثاني: أنه يشترط الذكران في الألف والأنثيان في المائة، لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر فسوى بينهما، ويخالف العبد فإنه جعله إلى الوارث؛ وههنا لم يجعله إلى الوارث.

والثالث: أنه يوقف الألف بين الذكرين والمائة بين الأنثيين إلى أن يبلغا ويصطلحا، لأن الوصية لأحدهما فلا يجوز أن تجعل لها ولا خيار للوارث، فوجب التوقف، فإن قال: إن كان ما في بطنك ذكرًا فله ألف، وإن كان أنثى فله مائة، فولدت ذكرًا وأنثى لم يستحق واحد منهما شيئًا لأنه شرط أن يكون جميع ما في البطن ذكرًا أو جميعه أنثى، ولم يوجد واحد منهما.

فصل: فإن أوصى لرجل بسهم أو بقسط أو بنصيب أو بجزء من ماله فالخيار إلى الوارث في القليل والكثير، لأن هذه الألفاظ تستعمل في القليل والكثير.

فصل: فإن أوصى له بمثل نصيب أحد ورثته أعطى مثل نصيب أقلهم نصيبًا لأنه نصيب أحدهم فإن وصى له بمثل نصيب ابنه وله ابن كان ذلك وصية بنصف المال، لأنه يحتمل أن يكون قد جعل له الكل، ويحتمل أنه جعله مع ابنه فلا يلزمه إلا اليقين، ولأنه قصد التسوية بينه وبين ابنه ولا توجد التسوية إلا فيما ذكرناه، فإن ان له ابنان فوصى له بمثل نصيب أحد ابنيه جعل له الثلث، وإن وصى له بنصيب ابنه بطلت الوصية، لأن نصيب الابن للابن فلا تصح الوصية به كما لو أوصى له بمال ابنه من غير الميراث.

ومن أصحابنا من قال: يصح ويجعل المال بينهما، كما لو أوصى له بمثل نصيب ابنه، فإن وصى له بمثل نصيب ابنه وله ابن كافر أو قاتل فالوصية باطلة، لأنه وصى بمثل نصيب من لا نصيب له فأشبه إذا وصى بمثل نصيب أخيه وله ابن.

فصل: فإن وصى بضعف نصيب أحد أولاده دفع إليه مثلي نصيب أحدهم

لأن الضعف عبارة عن الشيء ومثله ولهذا يروى أن عمر ﷺ أضعف الصدقة على نصارى بني تغلب، أي أخذ مثلي ما يؤخذ من المسلمين فإن وصى له بضعفي نصيب أحدهم أعطي ثلاثة أمثال نصيب أحدهم. وقال أبو ثور: يعطى أربعة أمثاله وهذا غلط، لأن الضعف عبارة عن الشيء ومثله فوجب أن يكون الضعفان عبارة عن الشيء ومثليه.

فصل: فإن وصى لرجل بثلث ماله ولآخر بنصفه وأجاز الورثة قسم المال بينهما على خمسة: للموصى له بالثلث سهمان، وللموصى له بالنصف ثلاثة أسهم، فإن لم يجيزوا قسم الثلث بينهما على خمسة على ما ذكرناه، لأن ما قسم على التفاضل عند اتساع المال قسم على التفاضل عند ضيق المال كالموارث، والمال بين الغرماء فإن أوصى لرجل بجميع ماله ولآخر بثلثه وأجاز الورثة قسم المال بينهما على أربعة، للموصى له بالجميع ثلاثة أسهم. وللموصى له بالثلث سهم، لأن السهام في الوصايا كالسهام في المواريث ثم السهام في الموارث إذا زادت على قدر المال أعيلت الفريضة بالسهم الزائد، فكذلك في الوصية، فإن لم يجيزوا قسم الثلث بينهما على ما قسم الجميع.

فصل: فإن قال أعطوه رأسًا من رقيقي ولا رقيق له، أو قال أعطوه عبدي الحبشي، وله عبد سندي، أو عبدي الحبشي وسماه باسمه ووصفه بصفة من بياض أو سواد وعنده حبشي يسمى بذلك الاسم ومخالف له في الصفة فالوصية باطلة لأنه وصى له بما لا يملكه، فإن كان له رقيق أعطي منه واحدًا، سليمًا كان أو معيبًا لأنه لا عرف في هبة الرقيق فحمل على ما يقع عليه الاسم، فإن مات ماله من الرقيق بطلت الوصية لأنه فات ما تعلقت به الوصية من غير تفريط، فإن قتلوا ـ فإن كان قبل موت الموصي ـ بطلت الوصية لأنه جاء وقت الوجوب ولا رقيق له، فإن قتلوا بعد موته وجبت له قيمة واحد منهم لأنه بدل ما وجب له.

فصل: فإن وصى بعتق عبد أعتق عنه ما يقع عليه الاسم لعموم اللفظ ومن أصحابنا من قال: لا يجزى إلا ما يجزى في الكفارة لأن العتق في الشرع له عرف وهو ما يجزى في الكفارة فحملت الوصية عليه، فإن وصى أن يعتق عنه رقبة فعجز الثلث عنها ولم تجز الورثة أعتق قدر الثلث من الرقبة، لأن الوصية تعلقت بجميعها، فإذا تعذر الجميع بقي في قدر الثلث، فإن وصى أن يعتق عنه رقاب أعتق ثلاثة لأن الرقاب جمع وأقله ثلاثة، فإن عجز الثلث عن الثلاثة أعتق عنه ما أمكن، فإن اتسع الثلث لرقبتين وتفضل شيء، فإن لم يمكن أن يشتري بالفضل بعض الثالثة زيد في ثمن الرقبتين، وإن أمكن أن يشتري به بعض الثالثة ففيه وجهان: أحدهما: يزاد في ثمن الرقبتين لما روي أن النبي ﷺ سئل عن أفضل الرقاب فقال: «أكثرها ثمنًا وأنفسها عند أهلها»[1]. والثاني: أنه يشتري به بعض

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٥١٨) ومسلم في صحيحه برقم (٨٤) =

الثالثة لقوله ﷺ: «من أعتق رقبة أعتق الله بكل عضو منها عضوًا منه من النار، ولأن ذلك أقرب إلى العدد الموصى به»[(١)].

فصل: فإن قال اعتقوا عبيدًا من عبيدي وله خنثى حكم له بأنه رجل، ففيه وجهان: أحدهما: أنه يجوز لأنه محكوم بأنه عبد. والثاني: لا يجوز لأن اسم العبد لا ينصرف إليه، فإن قال اعتقوا أحد رقيقي وفيهم خنثى مشكل فقد روى الربيع فيمن وصى بكتابة أحد رقيقه أنه لا يجوز الخنثى المشكل. وروى المزني أنه يجوز فمن أصحابنا من قال: يجوز كما نقله المزني، لأنه من الرقيق، ومنهم من قال: لا يجوز كما نقله الربيع لأن اطلاق اسم الرقيق لا ينصرف إلى الخنثى المشكل.

فصل: فإن قال: أعطوه شاة جاز أن يدفع إليه الصغير والكبير والضأن والمعز: لأن اسم الشاة يقع عليه ولا يدفع إليه تيس ولا كبش على المنصوص ومن أصحابنا من قال يجوز الذكر والأنثى»، لأن الشاة اسم للجنس يقع على الذكر والأنثى كالإنسان، يقع على الرجل والمرأة.

فإن قال: أعطوه شاة من غنمي والغنم أناث لم يدفع إليه ذكر، فإن كانت ذكورًا لم يدفع إليه أنثى لأنه أضاف إلى المال وليس في المال غيره، فإن كانت غنمه ذكورًا وإناثًا فعلى ما ذكرنا من الخلاف فيه إذا أوصى بشاة ولم يضف إلى المال. فإن قال أعطوه ثورًا لم يعط بقرة، فإن قال: أعطوه جملًا لم يعط ناقة فإن قال: أعطوه بعيرًا فالمنصوص أنه لا يعطى ناقة. ومن أصحابنا من قال: يعطى لأن البعير كالإنسان يقع على الذكر والأنثى، فإن قال: أعطوه رأسًا من الإبل أو رأسًا من البقر أو رأسًا من الغنم جاز الذكر والأنثى، لأن ذلك اسم للجنس.

فصل: فإن قال: أعطوه دابة فالمنصوص أنه يعطى فرسًا أو بغلًا أو حمارًا واختلف أصحابنا فيه فقال أبو العباس: هذا قاله على عادة أهل مصر، فإن الدواب في عرفهم الأجناس الثلاثة، فإن كان الموصى بمصر أعطى واحدًا من الثلاثة. وإن كان في غيرها لم يعط إلا الفرس، لأنه لا تطلق الدابة في سائر البلاد إلا على الفرس.

وقال أبو إسحاق وأبو علي بن أبي هريرة: يعطي واحدًا من الثلاثة في جميع البلاد، لأن اسم الدواب يطلق على الجميع، فإن قال: أعطوه دابة من دوابي، وليس عنده إلا واحد من الثلاثة أعطى منه، لأنه أضاف إلى ماله وليس

---

= (١٣٦) والنسائي في سننه (٦/ ١٩) وابن ماجه في سننه برقم (٢٥٢٣) وأحمد في المسند (٥/ ١٥٠).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٦٧١٥) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٠٩) والترمذي في سننه برقم (١٥٤١) وأحمد في المسند (٢/ ٤٢٠).

له غيره فإن قال: أعطوه دابة ليقاتل عليه العدو لم يعط إلا فرسًا. فإن قال ليحمل عليه لم يعط إلا بغلًا أو حمارًا، فإن قال لينتفع بنسله لم يعط إلا فرسًا أو حمارًا لأن القرينة دلت على ما ذكرناه.

فصل: فإن وصى بكلب ولا كلب له فالوصية باطلة، لأنه ليس عنده كلب ولا يمكن أن يشتري. فبطلت الوصية، فإن قال: أعطوه كلبًا من كلابي وعنده كلاب لا ينتفع بها بطلت الوصية، لأن ما لا منفعة فيه من الكلاب لا يحل اقتناؤه فإن كان ينتفع بها أعطي واحدًا منها إلا أن يقرن به قرينة من صيد أو حفظ زرع فيدفع إليه ما دلت عليه القرينة، فإن كان له ثلاثة كلاب ولا مال له فأوصى بجميعها ولم تجز الورثة ردت إلى الثلث وفي كيفية الرد وجهان: أحدهما: يدفع إليه من كل كلب ثلثه كسائر الأعيان. والثاني: يدفع إليه أحدها وتخالف سائر الأعيان لأن الأعيان تقوم وتختلف أثمانها والكلاب لا تقوم فاستوى جميعها وفيما يأخذ وجهان: أحدهما: وهو قول أبي إسحاق بأنه يأخذ واحدًا منها بالقرعة. والثاني: يعطيه الوارث ما شاء منها فإن كان له كلب واحد فوصى به ولم تجز الورثة ولم يكن له مال أعطى ثلثه، فإن كان له مال ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه يدفع الجميع إلى الموصى له لأن أقل المال خير من الكلب فأمضيت الوصية فيه كما لو أوصى له بشاة وله مال تخرج الشاة من ثلثه.

والثاني: وهو قول أبي سعيد الأصطخري أنه يدفع إليه ثلث الكلب لأنه لا يجوز أن يحصل للموصى له شيء إلا ويحصل للورثة مثلاه ولا يمكن اعتبار الكلب من ثلث المال لأنه لا قيمة له فاعتبر بنفسه.

فصل: وإن وصى له بطبل من طبوله وليس له إلا طبول الحرب أعطي واحدًا منها. وإن لم يكن له إلا طبول اللهو نظرت، فإن لم يصلح وهو طبل لغير اللهو ـ وإن فصل لمباح لم يقع عليه اسم الطبل ـ فالوصية باطلة لأنه وصية بمحرم وإن كان يصلح لمنفعة مباحة مع بقاء الاسم جازت الوصية لأنه يمكن الانتفاع به في مباح، وإن كان له طبل حرب وطبل لهو ولم يصلح طبل اللهو لغير اللهو، أعطى طبل الحرب لأن طبل اللهو لا تصح الوصية به فيصير كالمعدوم، وإن كان يصلح لمنفعة مباحة أعطاه الوارث ما شاء منها.

فصل: فإن وصى بعود من عيدانه وعنده عود اللهو وعود القوس وعود البناء كانت الوصية بعود اللهو، لأن إطلاق الاسم ينصرف إليه، فإن كان عود اللهو يصلح لمنفعة مباحة دفع إليه ولا يدفع معه الوتر والمضراب لأن اسم العود يقع من غير وتر ولا مضراب، وإن كان لا يصلح لغير اللهو فالوصية باطلة لأنه وصية بمحرم. ومن أصحابنا من قال: يعطى من عود القوس والبناء لأن المحرم كالمعدوم كما قلنا فيمن وصى بطبل من طبوله، وعنده طبل حرب وطبل لهو أنه تجعل الوصية في طبل الحرب ويجعل طبل اللهو كالمعدوم. والمذهب أنه لا

يعطى شيئًا لأن العود لا يطلق إلا على عود اللهو. والطبل يطلق على طبل اللهو وطبل لحرب فإذا بطل في طبل اللهو حمل على طبل الحرب، فإن قال أعطوه عودًا من عيداني وليس عنده إلا عود القوس أو عود البناء أعطي منها لأنه أضاف إلى ما عنده وليس عنده سواه.

فصل: فإن وصى له بقوس كانت الوصية بالقوس الذي يرمي عنه النبل والنشاب دون قوس الندف والجلاهق وهو قوس البندق، لأن إطلاق الاسم ينصرف إلى ما يرمى عنه ولا يعطى معه الوتر. ومن أصحابنا من قال: يعطى معه الوتر لأنه لا ينتفع به إلا مع الوتر، والصحيح أنه لا يعطى لأن الاسم يقع عليه من غير وتر، فإن قال: أعطوه قوسًا من قسيي وليس عنده إلا قوس الندف أو قوس البندق أعطى مما عنده لأنه أضاف إلى ما عنده وليس عنده سواه، وإن كان عنده قوس البندق وقوس الندف أعطى قوس البندق لأن الاسم إليه أسبق.

فصل: فإن وصى بعتق مكاتبه أو بالإبراء مما عليه اعتبر من الثلث أقل الأمرين من قيمته أن مال الكتابة لأن الإبراء عتق، والعتق إبراء فاعتبر أقلهما وألغي الآخر فإن احتملهما الثلث عتق وبرىء من المال، وإن لم يحتمل شيئًا منه لديون عليه بطلت الوصية وأخذ المكاتب بأداء جميع ما عليه فإن أدى عتق وإن عجز رق وتعلق به حق الغرماء والورثة، فإن احتمل الثلث بعض ذلك مثل أن يحتمل النصف من أقل الأمرين عتق نصفه، وبقي نصفه على الكتابة، فإن أدى عتق وإن احتمل الثلث أحدهما دون الآخر اعتبر الأقل فعتق به، فإن لم يكن له مال غير العبد نظر ـ فإن كان قد حل عليه مال الكتابة ـ عتق ثلثه في الحال، ويبقى الباقي على الكتابة، إن أدى عتق وإن عجز رق، وإن لم يحل عليه مال الكتابة ففيه وجهان:

أحدهما: لا يتعجل عتق شيء منه لأنه يحصل للموصى له الثلث، ولم يحصل للورثة مثلاه، وهذا لا يجوز كما لو أوصى بالثلث وله مال حاضر ومال غائب، فإنه لا تمضي الوصية في شيء حتى يحصل للورثة مثلاه.

والثاني: وهو ظاهر المذهب أنه يتعجل عتق ثلثه، ويقف الثلثان على العتق بالأداء أو الرق بالعجز، لأن الورثة على يقين من الثلثين إما بالأداء وإما بالعجز، بخلاف ما لو كان له مال حاضر ومال غائب، لأنه ليس على يقين من سلامة الغائب.

فصل: فإن قال: ضعوا عن مكاتبي أكثر ما عليه، وضع عنه النصف وشيء، لأنه هو الأكثر، فإن قال: ضعوا عنه ما شاء من كتابته فشاء الجميع، فقد روى الربيع رَحِمَهُ اللَّهُ أنه يوضع عنه الجميع إلا شيئًا، وروى المزني أنه إذا قال: ضعوا عنه ما شاء فشاءها كلها، وضع الجميع إلا شيئًا، فمن أصحابنا من قال: الصحيح ما رواه الربيع، لأن قوله من كتابته يقتضي التبعيض وما رواه المزني خطأ في النقل، والذي يقتضيه أن يوضع عنه الكل إذا شاء، لأن قوله: ما شاء عام في الكل

والبعض، وقال أبو إسحاق ما نقله الربيع صحيح على ما ذكرناه، وما نقله المزني أيضًا صحيح فإنه يقتضي أن يبقى من الكل شيء، لأنه لو أراد وضع الجميع لقال: ضعوا عنه مال الكتابة فلما علقه على ما شاء دل على أنه لم يرد الكل.

فإن قال: ضعوا عنه ما قل وما كثر وضع الوارث عنه ما شاء من قليل وكثير، لأنه ما من قدر إلا وهو قليل بالإضافة إلى ما هو أكثر، وكثير بالإضافة إلى ما هو أقل منه. فإن قال: ضعوا عنه أكثر نجومه وضع عنه أكثرها مالًا، لأن إطلاق الأكثر ينصرف إلى كثرة المال دون طول المدة.

فإن قال: ضعوا عنه أوسط النجوم واجتمع في نجومه أوسط في القدر وأوسط في المدة، وأوسط في العدد، كان للوارث أن يضع أي الثلاثة شاء، لأن الوسط يقع على الثلاثة، فإن استوى الجميع في المدة والقدر، وضع عنه الأوسط في العدد، فإن كانت النجوم ثلاثة وضع عنه الثاني، فإن كانت أربعة وضع عنه الثاني والثالث، فإن كانت خمسة وضع عنه الثالث وعلى هذا القياس.

فصل: وإن كاتب عبده كتابة فاسدة، ثم أوصى لرجل بما في ذمته لم تصح الوصية لأنه لا شيء له في ذمته، فصار كما لو وصى بماله في ذمة حر، ولا شيء له في ذمته، وإن وصى له بما يقبضه منه صحت الوصية لأنه أضاف إلى حال يملكه، فصار كما لو وصى له برقبة مكاتب إذا عجزه، وفي هذا عندي نظر، لأنه لا يملكه بالقبض وإنما يعتق بحكم الصفة، كما يعتق بقبض الخمر إذا كاتبه عليه ثم لا يملكه، وإن وصى برقبته والكتابة فاسدة، نظرت فإن لم يعلم بفساد الكتابة ففيه قولان:

أحدهما: أن الوصية جائزة لأنها صادفت ملكه. والثاني: أنها باطلة لأنه وصى وهو يعتقد أنه يملك الوصية، وإن وصى بها وهو يعلم أن الكتابة فاسدة صحت الوصية قولًا واحدًا، كما لو باع من رجل شيئًا بيعًا فاسدًا، ثم باعه من غيره وهو يعلم فساد البيع الأول، ومن أصحابنا من قال: القولان في الجميع، يخالف البيع، فإن فاسده لا يجري مجرى الصحيح في الملك، وفي الكتابة الفاسدة كالصحيح في العتق، والصحيح هو الطريقة الأولى.

فصل: وإن وصى بحج فرض من رأس المال حج عنه من الميقات لأن الحج من الميقات. وما فيه تسبب إليه. فإن وصى به من الثلث، ففيه وجهان: أحدهما: وهو قول أبي إسحاق أنه يحج عنه من بلده، فإن عجز الثلث عنه تمم من رأس المال لأنه يجب عليه الحج من بلده. والثاني: وهو قول أكثر أصحابنا أنه من الميقات لأن الحج يجب بالشرع من الميقات فحملت الوصية عليه، وإن أوصى أن يجعل جميع الثلث في حج الفرض حج عنه من بلده، وإن عجز الثلث عن ذلك حج عنه من حيث أمكن من طريقه، وإن عجز عن الحج من الميقات تمم من رأس المال ما يحج به من الميقات، لأن الحج من الميقات مستحق من رأس

المال، وإنما جعله من الثلث توفيرًا على الورثة، فإذا لم يفِ الثلث بالجميع بقي فيما لم يفِ من رأس المال.

فصل: وإن أوصى بحج التطوع، وقلنا: إنه تدخله النيابة نظرت، فإن قال: احجوا بمائة من ثلثي حج عنه من حيث أمكن، وإن لم يوجد من يحج بهذا القدر بطلت الوصية، وعاد المال إلى الورثة، لأنها تعذرت فبطلت كما لو أوصى لرجل بمال فرده، وإن قال: أحجوا عني بثلثي، صرف الثلث فيما أمكن من عدد الحجج، فإن اتسع المال لحجة أو حجتين، وفضل ما لا يكفي لحجة أخرى من بلده، حج من حيث أمكن من دون بلده إلى الميقات، فإن عجز الفضل عن حجة من الميقات رد الفضل إلى الورثة. وإن أمكن أن يعتمر به، لم يفعل لأن الموصى به هو الحج دون العمرة. فإن قال: أحجوا عني، حج عنه بأجرة المثل من حيث أمكن من بلده إلى الميقات، فإن عجز الثلث عن حجة من الميقات بطلت الوصية لما ذكرناه.

فصل: وإن وصى أن يحج عنه رجل بمائة، ويدفع ما يبقى من الثلث إلى آخر، وأوصى بالثلث لثالث، فقد وصى بثلثي ماله، فإن كان الثلث مائة سقطت وصيته للموصى له بالباقي، لأن وصيته فيما يبقى بعد المائة ولم يبقَ شيء، فإن أجاز الورثة، دفع الى الموصى له بالثلث ثلثه، وهو مائة، وإلى الموصى له بالمائة مائة، وإن لم يجيزوا قسم الثلث بين الموصى له بالثلث وبين الموصى له بالمائة نصفين، لأنهما اتفقا في قدر ما يستحقان وهو المائة، فإن كان الثلث أكثر من مائة وأجاز الورثة دفع الثلث إلى الموصى له بالثلث، ودفع مائة إلى الموصى له بالمائة، ودفع ما بقي إلى الموصى له بالباقي، وإن لم يجيزوا ما زاد على الثلث ردت الوصية إلى نصفها وهو الثلث، فيدفع إلى الموصى له بالثلث نصف الثلث، وفي النصف الآخر وجهان:

أحدهما: يقدم فيه الموصى له بالمائة، ولا يدفع إلى الموصى له بالباقي شيء حتى يأخذ الموصى له بالمائة حقه، لأنه ـ وإن كان قد اعتد به مع الموصى له بالمائة في إحراز الثلث ـ إلا أن حقه فيما يبقى بعد المائة، فلا يأخذ شيئًا قبل أن يستوفي الموصى له بالمائة حقه، كما اعتد بالأخ من الأب مع الأخ من الأب والأم على الجد في إحراز ثلثي المال، ثم لا يأخذ شيئًا مع الأخ من الأب والأم، فإن كان النصف مائة أو أقل أخذه الموصى له بالمائة، وإن كان أكثر أخذ الموصى له بالمائة مائة وأخذ الموصى له بالباقي ما يبقى.

والوجه الثاني: إن الموصى له بالمائة والموصى له بالباقي، يقسمان النصف على قدر وصيتهما من الثلث، فإن كان الثلث مائتين اقتسما المائة نصفين، لكل واحد منهما خمسون، وإن كان مائة وخمسين اقتسما الخمسة والسبعين أثلاثًا، للموصى له بالمائة خمسون، وللموصى له بالباقي خمسة وعشرون، وعلى هذا القياس، لأنه إنما أوصى له بالمائة من كل الثلث، لا من

بعضه، فلم يجز أن يأخذ من نصف الثلث ما كان يأخذ من جميعه، كأصحاب المواريث إذا زاحمهم من له فرض أو وصية.

فصل: وإن بدأ فوصى بثلث ماله لرجل، ثم وصى لمن يحج عنه بمائة، ووصى لآخر بما يبقى من الثلث، ففيه وجهان.

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق أن الوصية بالباقي بعد المائة باطلة، لأن الوصية بالثلث تمنع من أن يبقى شيء من الثلث، فعلى هذا إن أجاز الورثة نفذت الوصيتان، وإن لم يجيزوا ردت الوصية إلى الثلث، فإن كان الثلث مائة، استوت وصيتهما، فيقتسمان الثلث بينهما نصفين، وإن كان الثلث خمسمائة، قسم الثلث بينهما على ستة أسهم، للموصى له بالثلث خمسة أسهم، وللموصى له بالمائة سهم، فإن كان الثلث ألفًا قسم على أحد عشر سهمًا للموصى له بالثلث عشرة أسهم، وللموصى له بالمائة سهم.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أن الحكم في هذه المسألة كالحكم في المسألة قبلها، لأنه إذا أوصى بالمائة بعد الثلث علم أنه لم يرد على ذلك الثلث، لأن الوصية الأولى قد استوعبته، وإنما أراد ثلثًا ثانيًا، فإذا وصى بعد المائة بما يبقى من الثلث، دل على أنه أراد ما يبقى من الثلث الثاني، فصار موصيًا بثلث ماله كالمسألة قبلها.

فصل: وإن وصى لرجل بعبد ولآخر بما بقي من الثلث قوم العبد مع التركة بعد موت الموصي، فإن خرج من الثلث دفع إلى الموصى له فإن بقي من الثلث شيء دفع إلى الآخر وإن لم يبقَ شيء بطلت الوصية بالباقي، لأن وصيته فيما بقي، وإن أصاب العبد عيب بعد موت الموصي، قوم سليمًا ودفع إلى الموصى له الباقي، لأنه وصي له بالباقي من قيمته وهو سليم. وإن مات العبد بعد موت الموصي، بطلت الوصية فيه، وقوم وقت الموت مع التركة، ودفع إلى الموصى له الباقي من الثلث، لأنهما وصيتان فلا تبطل إحداهما ببطلان الأخرى؛ كما لو وصى لرجلين فرد أحدهما.

فصل: فإن وصى له بمنفعة عبد ملك الموصى له منافعه واكتسابه فإن كان جارية ملك مهرها لأنه بدل منفعتها، ولا يجوز للمالك وطؤها لأنه تملك الرقبة من غير منفعة، ولا للموصى له وطؤها، لأنه تملك المنفعة من غير الرقبة، والوطء لا يجوز إلا في ملك تام، ويجوز تزويجها لاكتساب المهر.

وفيمن يملك العقد ثلاثة أوجه: أحدها: يملكه الموصى له بالمنفعة لأن المهر له. والثاني: يملكه المالك لأنه يملك رقبتها. والثالث: لا يصح العقد إلا باتفاقهما، لأن لكل واحد منهما حقًا، فلا ينفرد به أحدهما دون الآخر، فإن أتت بولد مملوك ففيه وجهان: أحدهما: أنه للموصى له، لأنه من جملة فوائدها، فصار كالكسب. والثاني؛ أنه كالأم رقبته للمالك ومنفعته للموصى له، لأنه جزء

**من الأم فكان حكمه حكم الأم، فإن قتل ففي قيمته وجهان: أحدهما: أنها للمالك لأنها بدله فكانت له. والثاني: وهو الصحيح أن يشتري به مثله، للمالك رقبته وللموصى له منفعته، لانه قائم مقام الأصل فكان حكمه حكم الاصل، فإن جنى على طرفه ففي أرشه وجهان: أحدهما: أنه للمالك لأنه بدل ملكه. والثاني: وهو الصحيح ان ما قابل منه ما نقص من قيمة الرقبة للمالك، وما قابل منه ما نقص من المنفعة للموصى له، لأنه دخل النقص عليهما فقسط الأرش عليهما، فإن احتاج العبد إلى نفقة ففيه ثلاثة أوجه: أحدها: وهو قول أبي سعيد الاصطخري أن النفقة على الموصى له بالمنفعة لأن الكسب له. والثاني: أنها على المالك وهو قول أبي علي بن أبي هريرة لأن النفقة على الرقبة، فكانت على مالكها. والثالث: أنها في كسبه فإن لم يف الكسب ففي بيت المال لأنه لا يمكن إيجابها على المالك لأنه لا يملك الانتفاع، ولا على الموصى له، لأنه لا يملك الرقبة، فلم يبق إلا ما قلناه، فإن احتاج البستان الموصى بثمرته إلى سقي أو الدار الموصى بمنفعتها إلى عمارة لم يجب على واحد منهما، لأنه لو انفرد كل واحد منهما بملك الجميع لم يجبر على الانفاق، فإذا اشتركا لم يجب.**

**فصل: فإن أراد المالك بيع الرقبة ففيه ثلاثة أوجه: أحدها: أنه يجوز، لأنه يملكها ملكًا تامًا. والثاني: أنه لا يجوز لأنها عين مسلوبة المنفعة فلم يجز بيعها كالأعيان التي لا منفعة فيها. والثالث: يجوز بيعها من الموصى له، لأنه يمكنه الانتفاع بها، ولا يجوز من غيره لأنه لا يمكنه الانتفاع بها، فإن أراد أن يعتقه جاز، لأنه يملكه ملكًا تامًا، وللموصى له أن يستوفي المنفعة بعد العتق، لأنه تصرف في الرقبة فلم يبطل به حق الموصى له من المنفعة، ولا يرجع العبد على المالك بأجرته كما يرجع العبد المستأجر على مولاه بعد العتق في أحد القولين، لأن هناك ملك المولى بدل منفعته ولم يملك المولى ههنا بدل المنفعة.**

**الشرح:** قوله: «وعود البناء» هي الأخشاب التي يسقف بها، وقوله: «المضراب» هو الآلة التي يحرك بها الوتر، والجلاهق فارسية وهي قوس البندق، وقوله: «ضعوا عنه» أي حظوا عنه، والمزاحمة: المضايقة.

**فصل:** في أحكام الوصية الصحيحة: إذا جمعت الوصية شروط صحتها، صحت، ثم ينظر في أحكامها، وهي ثلاثة أقسام: لفظية، ومعنوية، وحسابية.

القسم الأول: اللفظية، وفيه طرفان:

الطرف الأول: في اللفظ المستعمل في الموصى به، وفيه مسائل:

المسألة الأولى: إذا أوصى بجارية حامل، واستثنى حملها لنفسه، صح، بخلاف البيع. وكذلك تصح الوصية بالحمل وحده، بشرطه المتقدم، بخلاف بيعه. ولو أوصى بالحمل لرجل، وبالأم لآخر، صحت الوصيتان. ولو أطلق الوصية

بالجارية، ففي دخول الحمل فيها وجهان: أصحهما: على ما دل عليه كلام الأصحاب: الدخول، كالبيع، ولا تبعد الفتوى، بخلاف البيع، لأن الحمل لا ينفرد بالبيع، فجعل تبعًا، ويفرد بالوصية، فلا يتبع، ولأن الأصل تنزيل الوصية على المتيقن، ولأنها عقد ضعيف، فلا يستتبع. فإن قلنا بدخوله، لم تنقطع الوصية بانفصال الحمل، بل يبقى موصى به، والانفصال زيادة حدثت فيه. ولو أوصى له بالحمل والجارية معًا، صح فيهما قطعًا كما لو أوصى بهما لرجلين.

المسألة الثانية: الطبل أنواع سبق بيانها. وذكرنا أن طبل اللهو إن صلح لمنفعة مباحة، إما على هيئته، وإما بعد التغيير الذي لا يبطل اسم الطبل، صحت الوصية به، وإلا، فلا. إذا عرفت هذا، فإن أطلق وقال: أعطوه طبلًا من مالي، ولم يكن له طبل يحل الانتفاع به، اشتري ودفع إليه. وإن قال: طبلًا من طبولي، فإن كان له طبل يحل الانتفاع به، كطبل الحرب، وكان له أيضًا طبل لهو لا تصح الوصية به، صحت الوصية ونزل على طبل الحرب ونحوه. وإن لم يكن له إلا طبول لا تصح الوصية بها، فالوصية باطلة. وإذا صحت الوصية بالطبل، دفع إلى الموصى له معه الجلد الذي عليه إن كان لا يقع عليه اسم الطبل دون الجلد.

**فرع:** تجوز الوصية بالدف، فإن كان عليه جلاجل، وحرّمْناها، نزعت، ولم تدفع إليه إلا أن ينص عليها.

المسألة الثالثة: اسم العود يقع على عود اللهو الذي يضرب به، وعلى واحد الأخشاب التي تستعمل في البناء والتي تصلح للسقي والعصي. والوصية بعود اللهو كهي بطبل اللهو، فينظر، هل يصلح على هيئته لمنفعة مباحة أو بعد التغيير الذي لا يبطل اسم العود، أم لا يصلح؟ وإذا صحت الوصية به لم يدفع الوتر والمضراب، لأنه يسمى عودًا دونهما. وإذا قال: أعطوه عودًا من عيداني، نظر، إن لم يكن له إلا عيدان القسي والبناء، أعطي واحدًا منها. وكذا لو كان معها عيدان اللهو الصالحة لمنفعة مباحة، أعطاه الوارث ما شاء من الجميع.

ولو كان له عيدان لهو غير صالحة لمباح، وعيدان قسي وبناءٍ، فوجهان: أحدهما: تنزل الوصية على عيدان القسي والبناء، كمثله في الطبل، وكما لو لم يكن له إلا عيدان القسي والبناء، فيعطى واحدًا منها. وأصحهما: وهو المنصوص: أن الوصية باطلة، تنزيلًا على عيدان اللهو، لأن اسم العود عند الإطلاق لهذا الذي يضرب، واستعماله في غيره مرجوح، والطبل يقع على الجميع وقوعًا واحدًا. وللقائل الأول أن يمنع ظهور اسم العود فيما يضرب به، ويقول: هو مشترك بينه وبين الذي يتبخَّر به وفي واحد الأخشاب بحسب الحاجة، ولا ترجيح.

**فرع:** أوصى بعود، ولا عود له، فمقتضى تنزيل مطلق العود على عود اللهو إبطال الوصية، وأن يشترى له عود لهو يصلح لمباح، وأطلق المتولي أنه يشترى ما لو كان موجودًا في ماله أمكن تنفيذ الوصية بالعود به. ولو أوصى بعود من عيدانه، وليس له إلا عود لهو، وعود بناءٍ، وعود قسي. فإن حملنا لفظ العيدان على هذه الآحاد، فقد حملنا اللفظ المشترك على معانيه معًا، وفيه خلاف لأهل الأصول. فإن منع، فهذه الصورة، كما لو أوصى بعود من عيدانه وليس له إلا عود لهو، أو لا عود له.

**فرع:** الوصية بالمزمار كالوصية بعود اللهو. وإذا صحت، لم يلزم تسليم المجمع، وهو الذي يجعل بين شفتيه، لأن الاسم لا يتوقف عليه.

المسألة الرابعة: اسم القوس يطلق على العربية، وهي التي يرمى بها النبل، وهي السهام العربية. وعلى الفارسية، وهي التي يرمى بها النشاب. وعلى القسي التي لها مجرى تنفذ فيه السهام الصغار، ويسمى: الحسبان. وعلى الجلاهق، وهو ما يرمى به البندق. وعلى قول: الندف. والسابق إلى الفهم من لفظ القوس أحد الأنواع الثلاثة الأُوَل. فإذا قال: أعطوه قوسًا، حمل على أحدهما، دون الجلاهق وقوس الندف. ولو قال: أعطوه ما يسمى قوسًا، ففي «التتمة» أن للوارث أن يعطيه ما شاء من الأنواع الثلاثة وغيرها. ويشبه أن يكون كما لو قال: أعطوه قوسًا، إلا أن يقول: ما يسمى قوسًا غالبًا أو نادرًا وما أشبهه.

ولو قال: أعطوه قوسًا من قسيَّ، وله قسي من كل نوع، أعطي ما يرمى به النبل أو النشاب أو الحُسبان، دون البندق والجلاهق، وكذا لو كان له شيء من الأنواع الثلاثة. فلو لم يكن له إلا قوس ندف، أو جلاهق، حمل عليه، للتقييد بالإضافة، ولو كان له قوس ندف وجلاهق، أعطي الجلاهق، لأن الاسم إليه أسبق. وهذا كله عند الإطلاق. فلو قال: أعطوه قوسًا يقاتل بها، أو يرمي الطير، أو يندف بها، فقد أبان الغرض.

**فرع:** لا يدخل الوتر في الوصية بالقوس على الأصح، لخروجه عن اسم القوس. وكما لا يدخل السرج في الوصية بالدابة. ويشبه أن يجري الوجهان في بيع القوس. وأما الريش، والنصل، فيدخلان في السهم لثبوتهما.

المسألة الخامسة: اسم الشاة يقع على صغيرة الجثة، وكبيرتها، والسليمة، والمعيبة، والصحيحة، والمريضة، والضائنة، والماعزة. وهل يدخل الذكر فيها؟ قال الشافعي في «الأم»: لا يدخل، وإنما هو للإناث بالعرف. ومن الأصحاب من قال: يدخل، لأنه اسم جنس كالإنسان، وليست التاء فيه للتأنيث، بل للواحد. قال

الحناطي: وبهذا قال أكثر الأصحاب، ويؤيده أنه لو أخرج عن خمس من الإبل في الزكاة ذكرًا، أجزأه على الأصح. وفي السخلة، والعناق وجهان: أصحهما: لا يقع عليهما اسم الشاة. والثاني: يقع. فإذا عرف هذا، فلو قال: أعطوه شاة من شياهي، أو من غنمي، فإن لم يكن له غنم، فالوصية باطلة وإن كان أعطى واحدة منها سليمة، أو معيبة من الضأن، أو المعز، وإذا كانت كلها ذكورًا، أعطى ذكرًا. وإن كانت كلها إناثًا، أعطى أنثى. وإن كانت ذكورًا وإناثًا، جاز أن يعطي أنثى.

وفي جواز الذكر الخلاف المذكور في تناول الشاة الذكر. ولو قال: أعطوه شاة من مالي، أعطي واحدة يتناولها الاسم. فإن ملك غنمًا، فللوارث أن يعطي على غير صفة غنمه. فإن لم يكن غنمًا، اشترى له شاة، بخلاف ما إذا قال: من غنمي، ولا غنم له. ولو قال: اشتروا له شاة، حكى البغوي: أنه لا يجوز أن يشترى معيبة، لأن إطلاق الأمر بالشراء يقتضي السليم كما في التوكيل بالشراء، وأبدى فيما حكاه احتمالًا، ولو قال: كبشًا أو تيسًا، أو شاة لينزيَها على غنمه، فالوصية بالذكر. ولو قال: نعجة، أو شاة يحلبها، أو ينتفع بدرها ونسلها، فهي بالأنثى.

**فرع:** الظباء قد يقال لها: شياه البرِّ، والثورُ الوحشيُّ قد يسمى شاة في اللغة، لكن مطلق الوصية بالشاة لا يطلق عليها. لكن لو قال: أعطوه شاة من شياهي، وليس له إلا ظباء، ففيه وجهان حكاهما في «المعتمد».

المسألة السادسة: البعير، والجمل، والناقة، أسماء تشتمل السليم، والمعيب، والبخاتي، والعراب. ولا يتناول الجمل الناقة، ولا الناقة الجمل. وفي تناول البعير الناقة مثل الخلاف المذكور في تناول الشاة الذكر، والحكاية عن النص المنع، وتنزيل البعير منزلة الجمل. والأصح عند الأصحاب التناول، لأنه اسم جنس عند أهل اللغة. وسمع من العرب: حلب فلان بعيره، وصرعتني بعيري. وربما أفهمك كلام الأصحاب توسطًا بينهما، وهو تنزيل النص على ما إذا عم العرف باستعمال البعير بمعنى الجمل، والعمل بمقتضى اللغة إذا لم يعم.

**فرع:** اسم الثور للذكر. وفي البقرة وجهان: أصحهما: اختصاصها بالأنثى. والثاني: يتناول الذكر، والهاء للواحد، كقولنا: تمرة، وكذا الخلاف في اسم البغلة.

**فرع:** قال: أعطوه عشرًا من الإبل، أو الغنم، جاز الذكر والأنثى. ولو قال: عشر أينق، أو بقرات، لم يعط إلا الإناث. ولا فرق بعد التصريح بالأينق والبقرات بين أن يقول: عشرًا وعشرة. وهذا تفريع على الأصح، وهو أن البقرة للأنثى. ولو

قال: أعطوه عشرًا من الإبل، أو عشرة، جاز الذكر والأنثى، لتناول الإبل النوعين، وفي وجه حكاه السرخسي: إن قال: عشرة، فللذكور، وعشر، للإناث. ولو قال: أعطوه رأسًا من الإبل، أو البقر، أو الغنم، جاز الذكر والأنثى.

**فرع:** أوصى بكلب، أو حمار، قال الغزالي وغيره: لا يدخل فيه الأنثى، لأنهم ميَّزوا، فقالوا: كلب وكلبة، وحمار وحمارة. ويشبه أن يقال: إنهما للجنس، لأن التمييز ليس مستمرًا في اللغة، وبتقدير استمراره، فلا شك في استمرار العرف بخلافه. وقد قال بعض الأصحاب لهذا: يتّبع العرف.

**فرع:** قياس تكميل البقر بالجواميس في نُصُب الزكاة، دخول الجواميس في البقر، وكونهما نوعي جنس واحد. وقال في «المعتمد»: لا تدخل في البقر، إلا إذا قال: من بقري وليس له إلا الجواميس، فوجهان كما ذكر في الظباء.

المسألة السابعة: الدابة في اللغة: اسم لما يدب على الأرض، ثم اشتهر استعماله فيما يركب من البهائم. والوصية تنزَّل على هذا الثاني. فإذا قال: أعطوه دابة، تناول الخيل، والبغال، والحمير. هذا نص الشافعي. فقال ابن سريج رحمه الله: هذا ذكره الشافعي رحمه الله على عادة أهل مصر في ركوبها جميعًا واستعمال لفظ الدابة فيها. فأما سائر البلاد، فحيث لا يستعمل اللفظ إلا في الفرس، لا يعطى إلا الفرس. وقال أبو إسحاق وابن أبي هريرة وغيرهما: الحكم في جميع البلاد كما نص عليه الشافعي رحمه الله، وهذا أصح عند الأصحاب. فعلى هذا، لو قال: دابة من دوابي، وله جنسان من الثلاثة، تخيَّر الوارث. فإن لم يكن له إلا جنس، تعيّن. وإن لم يكن له شيء منها، فالوصية باطلة. ويدخل في لفظ الدابة، الذكر والأنثى، والصغير والكبير، والسليم والمعيب. هذا كله إذا أطلق. فلو قال: دابة للكرِّ والفرِّ، أو للقتال، حمل على الفرس. ولو قال: لينتفع بدرِّها وظهرها، فكذلك. ولو قال: بظهرها ونسلها، حمل على الفرس، والجمل، والحمارة. ولو قال: للحمل، حمل على البغال والحمير، إلا أن يكون في بلد جرت عادتهم بالحمل على البراذين، فيدخل الجميع. قال المتولي: بل لو كان عرف بلدهم الحمل على الجمال والبقر، جاز أن يعطى جملًا، أو بقرة. وهذا الذي قاله ضعيف، لأنا إذا حملنا الدابة على الأجناس الثلاثة لا يصح الحمل على غيرها لقيد أو صفة.

المسألة الثامنة: اسم الرقيق بالوضع يتناول الصغير والكبير، والسليم والمعيب، والمسلم والكافر، والذكر والأنثى والخنثى.

**فرع:** إذا قال: أعطوه رأسًا من رقيقي، أو أوصيت له برأس من رقيقي، فإن لم يكن له رقيق يوم الوصية، ولا حدث بعد ذلك، فالوصية باطلة. وكذا لو قال:

أعطوه عبديَ الحبشي، أو العبد الذي صفته كذا، ولا عبد له بتلك الصفة يوم الوصية، ولا حدث، فهي باطلة. فلو حدث له أرقَّاء بعد الوصية، ففيه الوجهان السابقان في أن الاعتبار بيوم الوصية، أم بيوم الموت؟ وعليهما يخرَّج ما إذا كان له أرقَّاء يوم الوصية وحدث آخرون بعده، وهل للوارث أن يعطيَه رقيقًا من الحادثين، أم يتعين الأولون؟ ولو لم يملك إلا رقيقًا واحدًا وقال: أعطوه رأسًا من رقيقي، فهل تصح الوصية ويدفع إليه ذلك الواحد، أم تبطل؟ وجهان: أصحهما: الأول. وإن كان له أرقاء، أعطاه الوارث منهم من شاء، ويجوز الخنثى على الأصح، لشمول الاسم. وقيل: لا، لانصراف اللفظ إلى المعهود. ولا يجوز أن يعطى من غير أرقائه ولو تراضيا، لأن حقه غير متعين، والمصالحة عن المجهول باطلة.

**فرع:** له أرقاء أوصى بأحدهم، فماتوا، أو قتلوا قبل موت الموصي، بطلت الوصية. وإن بقي واحد، تعين. وكذا لو أعتقهم إلا واحدًا. وليس للوارث أن يمسك الذي بقي ويدفع إليه قيمة مقتول. وإن قُتلوا بعد موته وبعد قبول الموصى له، انتقل حقه إلى القيمة، فيصرف الوارث من شاء منهم إليه. وإن قتلوا بعد موته وقبل القبول، فكذلك إن قلنا: تملك الوصية بالموت، أو موقوفة. وإن قلنا: تملك بالقبول، بطلت الوصية. وإن مات واحد منهم، أو قتل بعد موت الموصي وقبول الموصى له، فللوارث التعيين فيه، حتى يجب التجهيز على الموصى له في صورة الموت، وتكون القيمة له في صورة القتل. وإن كان ذلك بعد موت الموصي وقبل القبول، فكذلك إن قلنا: تملك الوصية بالموت، أو موقوفة. وإن قلنا: تملك بالقبول، فيعطى واحدًا من الباقين، كما لو كان ذلك قبل موت الموصي.

**فرع:** أوصى برقيق من ماله، ولم يضف إلى أرقائه، فإن لم يكن له رقيق، اشتري من ماله. وإن كان، فالوارث يعطيه واحدًا منهم، أو يشتري له كما يشاء. وإن قال: اشتروا له مملوكًا، فكما ذكرنا في قوله: اشتروا له شاة. ولو قال: أعطوه رقيقًا، ولم يقل: من مالي، قال البغوي: لا يكون وصية. وحكى المتولى وجهين: أحدهما: هذا، والثاني ـ قال: وهو المذهب ـ: تصحيح الوصية، وجعلها، كقوله: من مالي، لأنه المراد ظاهرًا.

**فرع:** قال: أعطوه عبدًا، لم يعط أمة، ولا خنثى مشكلًا. ولو قال: أمة، لم يعط عبدًا، ولا خنثى مشكلًا. وفي «الواضح» الوجهان السابقان. ولو قال: رقيقًا يقاتل، أو يخدمه في السفر، تعيَّن العبد. ولو قال: رقيقًا يستمتع به، أو يحضن ولده، تعينت الأمة. ولو قال: رقيقًا يخدمه، فهو كما لو أطلق.

**فرع:** لو أوصى بإعتاق عبد، أعتق ما يقع عليه الاسم على الأصح. وقيل:

يتعين ما يجزىء في الكفارة، لأنه المعروف في الإعتاق، بخلاف: أعطوه عبدًا، فلا عرف فيه.

**فرع:** قال: اشتروا بثلثي عبدًا وأعتقوه عني، فامتثل الوارث، ثم ظهر عليه دين مستغرق، قال الأصحاب: إن اشتراه في الذمة، وقع عنه ولزمه الثمن، ويكون العتق عن الميت، لأنه أعتق عنه. وإن اشتراه بعين التركة، بطل الشراء والعتق. كذا ذكروه بلا خلاف. وقد سبق في تصرف الورثة في التركة مع قيام الدَّين تفصيل، وذكرنا على تقدير البطلان خلافًا في أنه إذا تصرف ثم ظهر دين، هل يتبين البطلان، أم لا؟ وهذا ينبغي أن يكون على ذلك الخلاف.

**فرع:** قال: أعتقوا عني رقابًا، أو قال: اشتروا بثلث مالي رقابًا وأعتقوهم، فأقل عدد يقع عليه اسم الرقاب ثلاثة. فإن تيسر شراء ثلاث فصاعدًا بثلثه، فعل. قال الشافعي رحمه الله: الاستكثار مع الاسترخاص أولى من الاستقلال مع الاستغلاء، ومعناه: أن إعتاق خمس رقاب قليلة القيمة أفضل من إعتاق أربعة كثيرة القيمة. ولا يجوز صرف الثلث والحالة هذه إلى رقبتين. فإن صرفه إليهما، قال الشيخ أبو الفرج الزاز: يضمن الوصي للرقبة الثالثة.

وهل يضمن ثلث ما نفذت فيه الوصية، أم أقل ما يجد به رقبة؟ فيه الخلاف، كمن دفع نصيب أحد أصناف الزكاة إلى اثنين. أما إذا لم يتيسر شراء ثلاث رقاب بالثلث، فينظر، إن لم يوجد به إلا رقبتان، اشتريناهما وأعتقناهما. وإن وجدنا رقبتين، وفضل شيء، فهل يشتري بالفاضل شقصًا؟ وجهان: أحدهما: نعم واختاره الغزالي. وأصحهما: عند جماهير الأصحاب وهو ظاهر النص: المنع، لأن الشقص ليس برقبة، فصار كقوله: اشتروا بثلثي رقبةً، فلم يجد رقبة، لا يشتري شقصًا قطعًا. فعلى هذا، يشتري رقبتين نفيستين يستغرق ثمنهما الثلث. فإن فضل عن أَنْفَس رقبتين وجدناهما، بطلت الوصية في الفاضل، ورُدَّ على الورثة. وإذا قلنا: يشتري شقصًا، فذاك إذا وجد شقص يشترى بالفاضل وزاد على ثمن أنفس رقبتين شيء. فأما إذا لم يمكن شراء شقص بالفاضل، إما لقلَّته، وإما لعدم الشقص، فيشترى رقبتان نفيستان. فإن فضل شيء عن أنفس رقبتين وجدناهما، بطلت الوصية في الفاضل على الأصح. وقيل: يوقف إلى أن يوجد شقص، فإن لم يزد على ثمن أنفس رقبتين شيء، بل أمكن شراء رقبتين نفيستين، وأمكن شراء خسيستين وشقص من ثالثة، فأي الأمرين أولى؟ وجهان: أشبههما بالوجه الذي تفرع عليه، الثاني: ولو كان لفظ الموصي: اصرفوا ثلثي إلى العتق، اشترينا الشقص بلا خلاف. ولو قال: اشتروا عبدًا بألف وأعتقوه، فلم يخرج الألف من ثلثه، وأمكن شراء عبد بالقدر الذي يخرج، فيشترى ويعتق.

الطرف الثاني: في اللفظ المستعمل في الموصى له، وفيه مسائل:

المسألة الأولى: في الوصية للحمل، وقد سبق شرط صحتها. فالمقصود الآن بيان ما يقتضي اللفظ من حيث العدد والذكورة والأنوثة. فإذا قال: أوصيت لحمل هند بكذا، فأتت بولدين، وزِّع عليهما بالسوية، ولا نفضِّل الذكر على الأنثى، كما لو وهب لرجل وامرأة شيئًا، إلا أن يصرح بالتفضيل. ولو خرج حي وميت فالأصح أن الجميع للحي، لأن الميت كالمعدوم. وقيل: للحي النصف، والباقي لوارث الموصي.

**فرع:** قال: إن كان حملها غلامًا، فأعطوه كذا، وإن كان جارية، فكذا، واقتصر على أحد الطرفين، فإن ولدت ذكرًا أو أنثى، فعل ما ذكر. وإن ولدت ذكرًا وأنثى جميعًا، فلا شيء لواحد منهما، لأنه شرط صفة الذكورة أو الأنوثة في جملة الحمل، ولم يحصل. وإن ولدت ذكرين، قال الغزالي: لا شيء لهما، لأن التنكير يشعر بالتوحيد. ويصدق أن يقال: بأن حملها غلامين لا غلامًا. لكنه ذكر في الطلاق في قوله: إن كان حملك ذكرًا، فأنت طالق طلقة، وإن كان أنثى، فطلقتين، فولدت ذكرين، فيه وجهان: أحدهما: لا تطلق، لهذا المعنى. والثاني: تطلق طلقة. والمعنى: إن كان جنس حملك ذكرًا. ولا فرق بين البابين، فيجيء هنا وجه: أنه يقسم المذكور للغلام بينهما. وبهذا قطع الشيخ أبو الفرج الزاز. قال: وبمثله لو قال: إن كان حملها ابنًا، فله كذا، وإن كان بنتًا، فكذا، فولدت ابنين، لا شيء لهما، وفرق بأن الذكر والأنثى أسماء جنس، فتقع على الواحد والعدد، بخلاف الابن والبنت، وهذا ليس بواضح، والقياس أن لا فرق.

ولو قال: إن كان ما في بطنها غلامًا، أو الذي في بطنها، فهو كما لو قال: إن كان حملها غلامًا. ولو قال: إن كان في بطنها غلام، فأعطوه كذا، فولدت غلامًا وجارية، استحق الغلام ما ذكر. وإن ولدت غلامين، فوجهان: أحدهما: بطلان الوصية، بناءً على أن التنكير يقتضي التوحيد. وأصحهما: صحتها. فعلى هذا هل يوزَّع بينهما، أم يوقف إلى أن يبلغا فيصطلحا عليه، أم يصرفه الوارث إلى من شاء منهما كما لو وقع الإبهام في الموصى به؟ فيه أوجه: أصحها: الثالث. وتجري الأوجه فيما لو أوصى لأحد شخصين وجوّزنا الإبهام في الموصى له فمات قبل البيان، ففي وجه: يعين الوارث. وفي وجه: يوزع. وفي وجه: يوقف حتى يصطلحا. ولو قال: إن كنتِ حاملًا بغلام، أو إن ولدتِ غلامًا، فهو كما لو قال: إن كان في بطنها غلام. ولو قال: إن ولدتِ ذكرًا، فله مائتان، وإن ولدتِ أنثى، فمائة، فولدت خنثى، دفع إليه الأقل. وإن ولدت ذكرًا وأنثى، فلكل واحد منهما ما

ذكر. وإن ولدت ذكرين وأنثيين، جاء الوجهان. ثم الأوجه الثلاثة في كل واحد من الصنفين:

المسألة الثانية: أوصى لجيرانه، صرف إلى أربعين دارًا من كل جانب من جوانب داره الأربعة، هذا هو الصحيح المعروف للأصحاب. وقيل: هو الذي تلاصق دارُه دارَه.

المسألة الثالثة: أوصى للقرَّاء، لا يصرف إلا إلى الذين يقرؤون جميع القرآن، وهل يدخل فيه من يقرأ من المصحف ولا يحفظ؟ وجهان: ينظر في أحدهما إلى الوضع. والثاني: إلى العرف. والأصح: المنع. ولك أن تقول: اسم القراء والمقرئين في هذه الأعصار يطلق على الحفاظ وعلى الذين يقرؤون بالألحان، وبالمعنى الثاني لا يشترط لإطلاق اللفظ الحفظ، ولا قراءة جميع القرآن، فيجوز أن يقال: إن كان هناك قرينة تفهم أحد المعنيين، فذاك، وإلا، فهو كما لو أوصى للموالي.

المسألة الرابعة: أوصى للعلماء، أو لأهل العلم، صرف إلى العلماء بعلوم الشرع، وهي: التفسير، والفقه، والحديث. ولا يدخل فيه الذين يسمعون الحديث ولا علم لهم بطرقه، ولا بأسماء الرواة ولا بالمتون، فإن السماع المجرد ليس بعلم. ولا يدخل أيضًا المقرئون وعابرو الرؤيا، ولا الأدباء، والأطباء، والمنجمون، والحسّاب، والمهندسون، وقال أكثر الأصحاب: ولا يدخل فيه المتكلمون أيضًا، وقال المتولي: الكلام يدخل في العلوم الشرعية، وهذا قريب.

**فرع:** أوصى للفقهاء أو المتفقهة أو الصوفية، فهو على ما ذكرناه في الوقف. لكن في لفظ البغوي: أنه لا يقنع بما سبق في تفسير الفقهاء، لأنه قال: لو أوصى للفقهاء، فهو لمن يعلم علم أحكام الشرع في كل نوع شيئًا. وفي «التتمة»: أن الرجوع فيه إلى العادة. ثم ذكر وجهًا أن من حفظ أربعين مسألة، فهو فقيه وهو ضعيف جدًا.

المسألة الخامسة: أوصى لأعقل الناس في بلده، صرف إلى أزهدهم في الدنيا، نص عليه الشافعي. ولو أوصى لأجهل الناس، حكى الروياني: أنه يصرف إلى عبدة الأوثان. فإن قال: من المسلمين، قال: من يسب الصحابة. وقال المتولي: يصرف إلى الإمامية المنتظرة للقائم، وإلى المجسمة.

المسألة السادسة: يدخل في الوصية للفقراء المساكين، فيجوز الصرف إلى هؤلاء وإلى هؤلاء، وكذلك يدخل في الوصية للمساكين الفقراءُ، ويجوز الصرف إلى الصنفين، لأن كل واحدٍ من الاسمين يقع على الفريقين عند الانفراد. وفي قول: ما

أوصى به للفقراء، لا يصرف إلى المساكين، ويجوز عكسه، رواه عصام بن يوسف عن الشافعي، والمشهور الأول. ولو جمع بينهما، فأوصى للفقراء والمساكين، وجب الجمع بينهما، كما في الزكاة. ولو أوصى لسبيل الله، أو قال: ضعوا ثلثي في سبيل الله، فهو للغزاة المساكين المستحقين للزكاة. ولو أوصى للرقاب، أو قال: ضعوا ثلثي في الرقاب، فللمكاتبين. فإن دفع إلى مكاتب، فعاد إلى الرق والمال باقٍ في يده أو في يد سيده، استرد.

ولو أوصى للغارمين أو لابن السبيل، فلمن تصرف إليه الزكاة منهم. وبالجملة فالحكم في هذه المسائل كما في الزكاة، أخذًا بعرف الشرع فيها. حتى إذا أوصى للفقراء والمساكين، جعل المال بين الصنفين نصفين. ولا يجعل على عدد رؤوسهم، بخلاف ما إذا أوصى لبني زيد، وبني عمرو. ولا يجب أيضًا الاستيعاب، بل يكفي الصرف إلى الثلاثة من كل صنف. ولا تجب التسوية بين الثلاثة. ولو دفع إلى اثنين، غرم، إما الثلث، وإما أقل ما يتمول كما سبق في «قسم الصدقات». ثم ليس له دفع ما يغرمه إلى ثالث، بل يسلّمه إلى القاضي ليدفعه بنفسه، أو يرده إليه ويأتمنه بالدفع.

**فرع:** الوصية للعلماء وسائر الموصوفين، كالوصية لأصناف الزكاة في أنه لا يجب الاستيعاب، ويقتصر على ثلاثة، والأفضل استيعاب الموجودين عند الإمكان. كما في الزكاة.

**فرع:** لو أوصى لفقراء بلد بعينه، وهم عدد محصورون، اشترط استيعابهم والتسوية بينهم، لتعيُّنهم. بل يشترط القبول في هذه الوصية، بخلاف الوصية لمطلق الفقراء. ذكره صاحب «التهذيب» وغيره. وفي جواز نقل ما أوصى به للفقراء أو المساكين من بلد إلى بلد، خلاف سبق في «قسم الصدقات»، والمذهب الجواز. فإذا قلنا: لا يجوز، وجب أن يكون قوله: أوصيت للفقراء ـ وفقراء البلد محصورون ـ كقوله: أوصيت لفقراء هذه البلدة ـ وهم محصورون ـ، ويدل عليه أن الأستاذ أبا منصور ذكر في الوصية للغارمين، أنه يعطى لثلاثة منهم إن كانوا غير محصورين، فإن كانوا محصورين، استوعبوا. فإن اقتصر الوصي على ثلاثة، فهل يجزئه، أم يضمن حصة الباقين؟ فيه جوابان. فإن قلنا بالثاني، فالحساب على قدر ديونهم، أم على رؤوسهم؟ وجهان.

**فرع:** لو أوصى لثلاثة معينين، وجب التسوية بينهم، بخلاف الثلاثة المصروف إليهم من الفقراء وسائر الأصناف، لأنا عرفنا ذلك من معهود الشرع في الزكاة، والاستحقاق هنا مضاف إلى أعيانهم.

**فرع:** لو أوصى لسبيل البِرِّ، أو الخير، أو الثواب، فعلى ما ذكرناه في الوقف.

**فرع:** لو قال: ضع ثلثي حيث رأيت، أو فيما أراك الله، ليس له وضعه في نفسه، كما لو قال: بع، لا يبيع لنفسه. والأَولى صرفه إِلى أقارب الموصي الذين لا يرثونه، ثم إلى محارمه من الرضاع، ثم إلى جيرانه.

المسألة السابعة: أوصى لأقارب زيد، دخل فيه الذكر والأنثى، والفقير والغني، والوارث وغيره، والمحرم وغيره، والقريب والبعيد، والمسلم والكافر، لشمول الاسم. ولو أوصى لأقارب نفسه، ففي دخول ورثته وجهان: أحدهما: المنع، لأن الوارث لا يوصى له. فعلى هذا، يختص بالباقين، وبهذا قطع المتولي، ورجحه الغزالي، وهو محكي عن الصيدلاني. والثاني: الدخول، لوقوع الاسم، ثم يبطل نصيبهم ويصح الباقي لغير الورثة. ولك أن تقول: يجب اختصاص الوجهين بقولنا: الوصية للوارث باطلة. فأما إن وقفناها على الإجازة، فليقطع بالوجه الثاني.

وهل يدخل في الوصية لأقارب زيد أصوله وفروعه؟ فيه أوجه: أصحها: عند الأكثرين: لا يدخل الأبوان والأولاد، ويدخل الأجداد والأحفاد، لأن الوالد والولد لا يعرفان بالقريب في العرف، بل القريب من ينتمي بواسطة. والثاني: لا يدخل أحد من الأصول والفروع. والثالث: يدخل الجميع، وبه قطع المتولي. وقد ادعى الأستاذ أبو منصور الإجماع على أنه لا يدخل الأبوان والأولاد. ويعتبر أقرب جد ينسب إليه الرجل، ويعدُّ أصلًا وقبيلة في نفسه، فيرتقي في بني الأعمام إليه، ولا يعتبر من فوقه. حتى لو أوصى لأقارب حسنيٍّ، أو أوصى حسنيٌّ لأقارب نفسه، لم يدخل الحسينيون، وكذلك وصية المأموني لأقاربه. والوصية لأقارب المأموني لا يدخل فيها أولاد المعتصم وسائر العباسية. والوصية لأقارب الشافعي في زمانه، تصرف إلى أولاد شافع، ولا يدخل فيها أولاد علي والعباس ﷺ وإن كان شافع وعلي والعباس كلهم أولاد السائب بن عبيد. والشافعي هو محمد بن إدريس، بن العباس، بن عثمان، بن شافع، بن السائب، بن عبيد، بن عبد يزيد، بن هاشم، بن عبد المطلب، بن عبد مناف. ولو أوصى رجل لأقارب بعض أولاد الشافعي في هذه الأزمنة، دخل فيه أولاد الشافعي دون غيرهم من أولاد شافع. وعلى هذا القياس.

**فرع:** إذا أوصى لأقاربه، فإن كان أعجميًا، دخل قرابة الأب والأم. وإن كان عربيًا، فوجهان: أصحهما: وبه قطع العراقيون وهو ظاهر نصه في «المختصر»: دخولهم من الجهتين كالعجم. والثاني: لا تدخل قرابة الأم، ورجحه الغزالي، والبغوي، لأن العرب لا تفتخر بها.

**فرع:** لا فرق في جميع ما ذكرناه بين قوله: أوصيت لأقاربي، أو لقرابتي، أو لذي قرابتي، أو ذي رحمي، أو ذوي قرابتي، أو ذوي رحمي، لكن قرابة الأم تدخل في لفظ الرحم بلا خلاف في الوصية العرب والعجم جميعًا.

**فرع:** إذا لم يوجد قريب واحد، صرف المال إليه إن أوصى لذي قرابته، أو ذي رحمه، أو لقرابته، لأنه يوصف به الواحد والجمع. فإن كان اللفظ: لأقاربي، أو أقربائي، أو ذوي قرابتي، أو ذوي رحمي، فثلاثة أوجه: الأصح: أنه يعطى كل المال. والثاني: نصفه. والثالث: ثلثه، وتبطل الوصية في الباقي. وإن كان هناك جماعة محصورة، قسم المال بينهم بالسوية، ويجب استيعابهم على الصحيح. وحكى الحناطي وجهًا: أنه يجوز صرفه إلى ثلاثة منهم. وإن كانوا غير محصورين، فهو كالوصية للعلوية والقبائل العظيمة، وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى قريبًا.

المسألة الثامنة: أوصى لأقرب أقارب زيد، دخل فيها الأبوان والأولاد. فإن اجتمع أب وابن، فوجهان: وقيل: قولان: أحدهما: يسوى بينهما، لاستوائهما في الرتبة، فعلى هذا يقدم الأب على ابن الابن. وأصحهما: وبه قطع طوائف: يقدم الابن لقوته وعصوبته. فعلى هذا، الأولاد مقدمون على من سواهم، ثم يليهم البطن الثاني، ثم الثالث، إلى حيث ينتهون. ويستوي أولاد البنين والبنات. فإن لم يكن أحد من الأولاد والأحفاد، قدم الأبوان، ثم بعدهما الأجداد والجدات، إن لم يوجد الإخوة والأخوات، يقدم الأقرب فالأقرب منهم. أو الإخوة والأخوات، إن لم يوجد الأجداد والجدات، فإن اجتمع جد وأخ، قدم الأخ على الأظهر. والثاني: يستويان. وقيل: يقدم الأخ قطعًا. ويجري هذا الخلاف في الجد أبي الأب، والجد أبي الأم، مع الأخ للأم والأخ لأب. فإن قلنا بالتسوية، فالجد أولى من ابن الأخ. وإن قدمنا الأخ، فكذا ابنه وإن سفل. والمذهب تقديم ابن الأخ على أبي الجد. وقيل بطرد الخلاف. ثم يقدم بعدهم أولاد الإخوة والأخوات، ثم الأعمام والعمات، ويساويهم الأخوال والخالات، ثم أولاد هؤلاء. والأخ من الجهتين، يقدم على الأخ من إحداهما، لزيادة قرابته. كذا قطع به الجمهور، وهو المذهب، وحكى الحناطي والإمام عن بعضهم في تقديمه قولين كولاية النكاح. والأخُ من الأب، والأخ من الأم، يستويان. وكذا القول في أولاد الإخوة، والأعمام، والأخوال، وأولادهم.

وفي تقديم الجدة من جهتين على الجدة من جهة، وجهان كالوجهين، ترجيحها في الميراث. ويحصل مما ذكرناه أنه إذا اجتمع أولاد إخوة مفترقين وأولاد أخوات مفترقات، فالمال لولد الأخ من الأبوين وولد الأخت من الأبوين، فإن لم

يوجد أولاد الإخوة والأخوات من الأبوين، فأولادهم من الأب وأولادهم من الأم سواء. هذا إذا استوت الدرجة. فإن اختلفت، قدم الأقرب من أي جهة كان. فيقدم الأخ من الأب على ابن الأخ للأبوين، ويقدم ابن الأخ للأب وابن الأخ للأم على ابن ابن الأخ للأبوين، لأن جهة الإخوة واحدة. فروعي قرب الدرجة. فأما إذا اختلفت الجهة، فالبعيد من الجهة القريبة يقدم على القريب من الجهة البعيدة. فيقدم ابن ابن الابن على الأخ. ويقدم ابن ابن الأخ وإن سفل على العم. ولا يرجح في هذا الباب بالذكورة، ولا ينظر إلى الورثة، بل يستوي في الاستحقاق، الأب، والأم. وكذا الابن والبنت، وكذا الأخ والأخت، كما يستوي المسلم والكافر، ويقدم ابن البنت على ابن ابن الابن. وكل ذلك لأن الاستحقاق منوط بزيادة القرب.

**فرع:** أوصى لجماعة من أقرب أقارب زيد، فلا بد من الصرف إلى ثلاثة، فإن كان له في الدرجة القربى ثلاثة، دفع إليهم. وإن كانوا أكثر، وجب تعميمهم على الأصح، لئلا تصير وصية لغير معين، بخلاف الفقراء، لأن المراد بهم الجهة. وقيل: لا، فيختار الوصي ثلاثة منهم. فإن كانوا دون الثلاثة، تممنا الثلاثة ممن يليهم، فإن كان له ابنان، وابن ابن، دفع إليهم. وإن كان ابن، وابن ابن، وابن ابن ابن، دفع إليهم. وإن كان ابن، وابنا ابن، فكذلك. وإن كان ابن، وابن ابن، وبنو ابن ابن، دفع إلى الابن وابن الابن. وهل يدفع معهما إلى واحد من الدرجة الثالثة، أم يعمَّمون؟ فيه الوجهان. وإذا قلنا: يعمَّمون، فالقياس التسوية بين كل المدفوع إليهم. وفي تعليق الشيخ أبي حامد: أن الثلث لمن في الدرجة الأولى، والثلث لمن في الثانية، والثلث لمن في الثالثة. هذا ما نص عليه الشافعي، وقال الأصحاب في هذا الفرع: وكان الأشبه أن يقال: إنها وصية لغير معين.

**فرع:** أوصى لأقرب أقارب نفسه، فالترتيب كما ذكرنا، لكن لو كان الأقرب وارثًا، صرفنا إلى من يليه ممن ليس بوارث، إن لم نصحح الوصية للوارث، أو صححناهما فلم يجزها سائر الورثة، كذا نقله البغوي وغيره، وهو تفريع على أنه لو أوصى لأقارب نفسه، لم تدخل الورثة بقرينة الشرع. أما إذا قلنا: يدخلون، ويوزَّع عليهم وعلى من ليس بوارث، فهنا تبطل الوصية، إلا أن يتعدد الأقربون ويكون فيهم وارث وغير وارث.

المسألة التاسعة: آل رسول الله ﷺ: هل هم بنو هاشم وبنو المطلب فقط، أم جميع أُمَّته؟ فيه وجهان ذكرناهما في «كتاب الصلاة». أصحهما: الأول. ولو أوصى لآلِ غيره ﷺ، فوجهان: أحدهما: بطلان الوصية، لإبهام اللفظ وتردُّده بين القرابة

وأهل الدين وغيرهما. وأصحهما: الصحة، لظهور أصل له في الشرع. وعلى هذا قال الأستاذ أبو منصور: يحتمل أن يكون كالوصية للقرابة، ويحتمل أن يفوَّض إلى اجتهاد الحاكم. فإن كان هناك وصي، فهل المتبع رأي الحاكم، أم الوصي؟ حكى الإمام فيه وجهين: ولم يذكروا أن الحاكم والوصي يتحريان مراد الموصي أم أظهر معاني اللفظ بالوضع أو الاستعمال. وينبغي أن يقال: المرعيُّ مراده إِن أمكن العثور عليه بقرينة، وإلا، فأظهر المعاني.

**فرع:** في أهل بيت الرجل وجهان: أحدهما: الحمل على ما يحمل عليه الآل. وأصحهما: دخول الزوجة أيضًا. وفي أهله دون لفظ البيت وجهان: أحدهما: الحمل على الزوجة فقط. والثاني: على كل من تلزمه نفقته. فعلى الأول لو صدرت الوصية من امرأة، بطلت.

المسألة العاشرة: آباء فلان: أجداده من الطرفين. وأمهاته: جداته من الطرفين. هكذا ذكره أبو منصور وغيره. وحكى الإمام وجهين: أحدهما: هذا. وأصحهما: عنده: لا يدخل الأجداد من جهة الأم في الآباء، ولا الجدات من جهة الأب في الأمهات. ولا خلاف في شمول الأجداد والجدات الطرفين، ولا يدخل في الإخوة والأخوات.

المسألة الحادية عشرة: الأَخْتَانُ أزواج البنات، ولا يدخل فيه أزواج العمات والخالات. وفي أزواج الأخوات وجهان: أصحهما: عند الإمام: المنع. ويدخل أزواج الحوافد إِن قلنا بدخول الأحفاد في الوصية للأولاد. وفي وجه: يدخل زوج كل ذات رحم محرم. ثم الاعتبار بكونه زوجها عند الموت. فلو كانت خليَّة يوم الوصية، منكوحة يوم الموت، استحق زوجها. وإن كانت مزوَّجة يوم الوصية، مطلّقة يوم الموت، فإن كان الطلاق رجعيًا، استحق، وإلا، فلا. وإن أبانها بين الموت والقبول، استحق إن قلنا: يستحق الوصية بالموت أو موقوفة. وإن قلنا: بالقبول، فوجهان: ويجري الخلاف فيمن تزوجت بعد الموت وقبل القبول.

**فرع:** أحماء الرجل أبوا زوجته. وفي دخول أجدادها وجداتها تردُّد حكاه الإمام، ولا يدخل أبوا زوجة الأب، وأبوا زوجة الابن، والأصهار كالأحماء، كذا نقله الأستاذ أبو منصور، وإمام الحرمين. وفي «أمالي» السرخسي: أن كل رجل من المحارم، فأبو زوجته، حمو. وأن الأصهار يشمل الأَختان والأحماء.

**فرع:** يدخل في المحارم، كل محرم بالنسب، أو بالرضاع، أو بالمصاهرة.

**فرع:** الأولاد، والذرية، والعقب، والنسل، والعِترة، على ما ذكرناه في الوقف.

**فرع:** قال: لورثة فلان، فلمن ورثه من ذكر أو أنثى بنسب أو سبب بالسوية، لا على مقادير الإرث. فإن لم يكن له وارث خاص، وصرف ماله إلى بيت المال، بطلت الوصية. وإن ورثه بنت واحدة، ولم يحكم بالرد، استحقت جميع الوصية على الأصح، وقسطها في الآخر. ولو مات الموصي، وبقي الذي أوصى لورثته أو عقبه حيًا، فالمنقول عن الأصحاب: بطلان الوصية، لأنه لا يورث، ولا يعقبه أحد في حياته. وقال الإمام: الظاهر عندي صحتها في لفظ العقب إن كان له أولاد، لأنهم يسمون عقبه في حياته. قال: ومثل هذا محتمل في لفظ الورثة. وعلى هذا، فيوقف إلى أن يموت فيتبين من يرثه.

ولو أوصى لعصبة فلان، لم يشترط في الاستحقاق كون فلان ميتًا يوم موت الموصي قطعًا، بخلاف ما ذكروه في لفظ الورثة والعقب. ثم أولادهم بالتعصيب، أولادهم بالوصية.

المسألة الثانية عشرة: الوصية للموالي على ما ذكرناه في الوقف. فإن كان له موالٍ من أعلى، وموالٍ من أسفل، ففيه الأوجه السابقة، وفي قول عن رواية البويطي: يوقف إلى الاصطلاح. أما إذا لم يكن إلا أحدهما، فيصرف المال إليه. فإن اقتضى الحال الحمل على الأسفل، أو صرح به، استحق كل من عتق عليه بتبرُّع، أو ملك، أو نذر، أو كفارة. وفي أم الولد والمدبّر وهما يعتقان بموته وجهان.

المسألة الثالثة عشرة: يتامى القبيلة، هم الصبيان الفاقدون لآبائهم. وفي اشتراط الفقر فيهم، وجهان: أشبههما ما قيل في الغنيمة: نعم، وبه قطع أبو منصور. ثم إن انحصروا، وجب تعميمهم، وإلا، جاز الاقتصار على ثلاثة.

**فرع:** العميان، والزَّمنى، كالأيتام في التفصيل والخلاف.

المسألة الرابعة عشرة: اسم الأرامل، يقع على من مات زوجها، والمختلعة، والمبتوتة، دون الرجعية، والأيامى غير ذوات الأزواج، هذه عبارة الأستاذ، وبها أخذ الإمام وقال: الفرق، أن الأرملة: من كان لها زوج، والأيم لا يشترط فيها تقدم زوج، ويشتركان في اشتراط الخلو عن الزوج في الحال. وعبارة صاحبي «المهذب» و«التهذيب»: لا يعتبر تقدم زوج في الأرملة. وفي اشتراط الفقر، الوجهان المذكوران في الأيتام. وقطع الإمام بالاشتراط هنا. وفي دخول رجل لا زوجة له في الأرامل وجهان.

**فرع:** ثيّب القبيلة: النساء دون الرجال على الأصح. وعلى الثاني: يدخل الرجال الذين أصابوا. وفي الأبكار هذا الخلاف.

المسألة الخامسة عشرة: المعتبرون من الأقارب، هم الذين يتعرّضون ولا يَسألون، وذوو القنوع: الذين يَسألون.

المسألة السادسة عشرة: غلمان القبيلة، وصبيانهم، والأطفال، والذراري: هم الذين لم يبلغوا. واختلفوا في الشيوخ، والشبان، والفتيان، ففي «المهذب» و«التهذيب»: أن الشيوخ: من جاوزوا أربعين سنة. والفتيان والشبان: من جاوز البلوغ إلى الثلاثين. والمفهوم منه، أن الكهول: من الثلاثين إلى الأربعين. ونقل الأستاذ عن الأصحاب أنهم قالوا: إن الرجوع في ذلك إلى اللغة، واعتبار لون الشعر في السواد والبياض والاختلاط، ويختلف ذلك باختلاف أمزجة الناس.

**فصل:** إذا أوصى لزيد وجماعة معه. فإما أن يكونوا موصوفين، أو معيَّنين.

الحال الأول: موصوفون، غير محصورين، كالفقراء، والمساكين. وفي زيد أوجه: أصحها: أنه كأحدهم، فيجوز أن يعطى أقل ما يتموَّل، ولكن لا يجوز حرمانه وإن كان غنيًا. والثاني: أنه يعطى سهمًا من سهام القسمة. فإن قسم المال على أربعة من الفقراء، أعطي زيد الخمس. وإن قسمه على خمسة، فالسدس، وعلى هذا القياس. والثالث: لزيد ربع الوصية، والباقي للفقراء، لأن أقل من يقع عليه اسم الفقراء ثلاثة. والرابع: له النصف، ولهم النصف. والخامس: إن كان فقيرًا، فهو كأحدهم، وإلا، فله النصف. والسادس: إن كان غنيًا، فله الربع، لأنه لا يدخل فيهم، وإلا، فالثلث، لدخوله فيهم. والسابع: أن الوصية في حق زيد باطلة، لجهالة من أضيف إليه، حكاه السرخسي في «الأمالي»، وهو ضعيف جدًا. ولا بد على اختلاف الأوجه من الصرف إلى ثلاثة من الفقراء.

هذا كله إذا أطلق ذكر زيد. أما إذا وصفه بصفة الجماعة، فقال: لزيد الفقير، وللفقراء، فيجري الخلاف فيما لزيد إن كان فقيرًا. ومنهم من خص الأوجه بهذه الحالة. وبقي القول بكونه كأحدهم عند الإطلاق. وإن كان غنيًا، فلا شيء له، ونصيبه للفقراء إن قلنا: إنه كأحدهم، وإلا، فهو لورثة الموصي. وإن وصف زيدًا بغير صفة الجماعة، فقال: لزيد الكاتب، وللفقراء، قال الأستاذ أبو منصور: فله النصف بلا خلاف. ويشبه أن يجيء القول بأن له الربع إن لم تجيء باقي الأوجه. ولو أوصى لزيد بدينار، وللفقراء بثلث ماله، لم يصرف إلى زيد غير الدينار وإن كان فقيرًا، لأنه قطع اجتهاد الوصي بالتقدير، ويحتمل الجواز. ولو أوصى لزيد، وللفقراء والمساكين، فإن جعلناه في الصورة السابقة كأحدهم، فكذا هنا. وإن قلنا: له النصف، فهنا الثلث. وإن قلنا: الربع، فهنا السبع.

الحال الثاني: إذا كانوا معيَّنين، نظر، إن لم يكونوا محصورين كالعلويِّين،

فسنذكر الخلاف في صحة الوصية لهم إن شاء الله تعالى. فإن صححنا، فالحكم كما إذا كانوا موصوفين. وإن لم نصحح، قال المسعودي: هو كما لو أوصى لزيد وللملائكة، وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى. وإن كانوا محصورين، فهل هو كأحدهم، أم له النصف؟ قال أبو منصور: فيه احتمالان، أصحهما: الثاني. ثم حكى خلافًا في أن النصف الذي لهم، يقسم بين جميعهم، أم يجوز صرفه إلى ثلاثة منهم؟ والصحيح وجوب القسمة بين الجميع.

**فرع:** له ثلاث أمهات أولاد، فأوصى لأمهات أولاده، وللفقراء والمساكين، قال المتولي: الصحيح: أنه يقسم على الأصناف أثلاثًا. وعن أبي علي الثقفي: أنه يقسم على خمسة، لأن أمهات الأولاد محصورات يجب استيعابهن، والفقراء والمساكين غير محصورين، فيجعل كل واحد من الصنفين مصرفًا، وكل واحدة منهن مصرفًا.

**فصل:** الوصية لجماعة معيَّنين غير محصورين، كالهاشميَّة، والطالبيَّة، والعلويَّة، صحيحة على الأظهر، كالفقراء. فعلى هذا، يجوز الاقتصار على ثلاثة منهم، ولا تجب التسوية بينهم ولا يشترط القبول، كالفقراء. ومتى أوصى لبني فلان. فإن عُدُّوا قبيلة، كبني هاشم، وبني تميم، فهي كالوصية للعلوية. وفي جواز الصرف إلى إناثهم وجهان: أصحهما: الجواز. وإن لم يُعَدُّوا قبيلةً، كبني زيد وعمرو، اشترط القبول والاستيعاب والتسوية. ولا يجوز الصرف إلى الإناث.

**فصل:** أوصى لزيد وجبريل، فوجهان: أصحهما: لزيد النصف، وتبطل الوصية في الباقي. كما لو أوصى لابن زيد، وابن عمرو، ولم يكن لعمرو ابن، أو لزيد وعمرو وابني بكر، فلم يكن له إلا ابن اسمه زيد، يكون النصف للموجود، ويبطل الباقي. والثاني: أن لزيد الكل، ويلغو ذِكْر من لا يملك، بخلاف ما إذا ذكر معه من يملك. ويجري الوجهان في كل صورة أوصى لزيد ولمن لا يوصف بالملك، كالشيطان، والريح، والحائط، والبهيمة، وغيرها. ولو أوصى لزيد، وللملائكة، أو للرياح، أو للحيطان، فإن جعلنا الكل لزيد، فذاك، وإلا، فهل له النصف، أم الربع، أم للموصي أن يعطيَه أقل ما يتمول؟ فيه الخلاف السابق في الوصية لزيد وللفقراء. ولو أوصى لزيد ولله تعالى، فهل يكون لزيد الجميع وذِكْر الله تعالى للتبرّك؟ أم له النصف والباقي للفقراء؟ أم له النصف والباقي يصرف في وجوه القُرب لأنها مصرف الحقوق المضافة إلى الله تعالى؟ أم يرجع النصف الثاني إلى ورثة الموصي؟ فيه أربعة أوجه: أصحها: الثالث. وقدَّمنا وجهًا فيما إذا أوصى لأجنبي ووارث، وبطلت في حق الوارث: أنها تبطل في حق الأجنبي أيضًا، بناءً

على تفريق الصفقة. وذلك الوجه مع ضعفه، يلزم طرده في نصيب زيد في هذه الصور.

القسم الثاني: من أقسام الباب في الأحكام المعنوية. قد سبق أن الوصية بمنافع العبد والدار صحيحةٌ مؤبدةً ومؤقتةً، وكذا بغلَّة الدار والحانوت، وكذا بثمار البستان التي تحدث على الأصح. ولو أوصى بخدمة عبد سنة، ولم تُعيَّن صحت الوصية، والتعيين للوارث. ويجوز أن يجعل له ثمرة بستانه العام، فإن لم يثمر، فثمرة العام القابل، أو خدمة عبده العام، فإن مرض، فخدمة العام الثاني. ويجوز أن يوصيَ بخدمة عبده لرجل مدة حياة زيد. إذا تقرر هذا، فالغرض الآن الكلام في مسائل الوصية بالمنافع، وهو مبني على أصل، وهو أن هذه الوصية تمليك للمنافع بعد الموت، وليست مجرد إباحة، كما أن الوصية بالأعيان تمليك لها بعد الموت. فلو مات الموصى له، ورثت عنه كسائر حقوقه، وله الإجارة والإعارة والوصية بها. ولو تلف العبد في يده، لم يضمنه، كما لا يضمن المستأجر. قال البغوي: وليس عليه مؤنة الردّ. هذا كله إذا أطلق الوصية، أو قيدها بالتأبيد. والمراد بالتأبيد: استيعاب الوصية منفعة العبد مدة حياته. وكذا الحكم فيما لو أوصى بمنفعته مدةً مقدَّرة، كشهر وسنة. وحكي وجه: أنها لا تنتقل إلى وارث الموصى له، لا عند الإطلاق، ولا إذا قدّر مدة ومات الموصى له قبل انقضائها. والصحيح المعروف الأول.

أما إذا قال: أوصيت لك بمنافعه حياتَك، فهو إباحة، وليس بتمليك، فليس له الإجارة. وفي الإعارة وجهان: وأما إذا مات الموصى له، رجع الحق إلى ورثة الموصي. ولو قال: أوصيت لك بأن تسكن هذه الدار، أو بأن يخدمك هذا العبد، فهو إباحة أيضًا، لا تمليك، بخلاف قوله: أوصيت لك بسكناها، وخدمته. هكذا ذكره القفال وغيره. وفي «فتاوى» القفال أنه لو قال: أطعموا زيدًا كذا رطلًا من الخبز من مالي، اقتضى تمليكه، كما في إطعام الكفارة. ولو قال: اشتروا خبزًا واصرفوه إلى أهل محلتي، فسبيله الإباحة. هذا هو الأصل.

أما المسائل: فإحداها: فيما يتعلق بجانب الموصى له، فيملك إثبات اليد على العبد الموصى بمنفعته، ويملك منافعه وأكسابه المعتادة، من الاحتطاب، والاحتشاش، والاصطياد، وأجرة الحرفة، لأنها أبدال منافعه. ولا يملك الكسب النادر، كالهبة واللقطة على الأصح، لأنه لا يقصد بالوصية. وحكى الحناطي وأبو الحسن العبادي وجهًا في كل الأكساب، وهو ضعيف، وسيأتي دليله إن شاء الله تعالى. ولو أتت الجارية الموصى بمنفعتها بولد من نكاح أو زنا، فثلاثة أوجه:

أصحها: وبه قطع العراقيون والبغوي: حكم الولد حكم أمِّه، رقبته للورثة، ومنفعته للموصى له، لأنه جزءٌ منها. والثاني: أنه للموصى له، ككسبها. والثالث: لورثة الموصي، لأنه غير المنفعة. وإذا وطئت بشبهة، أو زوِّجت، ففي المهر وجهان: قطع العراقيون والبغوي بأنه للموصى له، كالكسب. والمنسوب إلى المراوزة: أنه لورثة الموصي، وبه قطع المتولي، وصححه الغزالي، وهو الأشبه، لأنه بدل منفعة البضع، ومنفعة البضع لا تجوز الوصية بها، فكان تابعًا للرقبة. ولا يجوز للموصى له وطؤها بلا خلاف فإن وطىء، لم يحدّ على الصحيح، للشبهة. وقيل: يحدُّ، كالمستأجر. ولو أولدها بالوطء، لم تصر أم ولد له، لكن الولد حر على الصحيح، للشبهة. وقيل: رقيق. وإذا قلنا: حر، فإن قلنا: الولد المملوك كالكسب، فلا قيمة عليه، وإلا، فعليه القيمة. ثم هل هي لمالك الرقبة؟ أم يشترى بها عبد تكون رقبته لمالك العبد ومنفعته للموصى له؟ وجهان: هذا ما ذكروه في هذه الصور، ولم يفرِّقوا بين قوله: أوصيت بمنفعة العبد، أو غلته، أو خدمته، أو كسبه، وبمنفعة الدار، أو سكناها، أو غلَّتها. وكان الأحسن أن يقال: الوصية بالمنفعة تفيد استحقاق الخدمة في العبد، والسكنى في الدار. والوصية بالخدمة والسكنى لا تفيد استحقاق سائر المنافع. ألا ترى أنه إذا استأجر عبدًا للخدمة، لا يملك تكليفه البناء، والغراس، والكتابة. وإذا استأجر دارًا للسكنى، لم يكن له أن يعمل فيها عمل الحدَّادين والقصَّارين، ولا أن يطرح الزبل فيها، ولا يبعد أن يكون هذا مرادهم وإن أطلقوا، بل ينبغي أن يقال: الوصية بالغلة والكسب لا تفيد استحقاق السكنى والركوب والاستخدام، وبواحد منها لا يفيد استحقاق الغلة والكسب. وهذا يوافق الوجه السابق عن الحناطي والعبادي.

**فرع:** هل ينفرد الموصى له بالمسافرة بالموصى بمنفعته؟ وجهان: أحدهما: لا، كزوج الأمة. وأصحهما: نعم، لاستغراقه المنافع.

المسألة الثانية: فيما يتعلق بجانب وارث الموصي، وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول: الوارث يملك إعتاق الموصى بمنفعته، لأن رقبته له، وأشار صاحب «الرقم» وغيره إلى خلاف فيه. والمذهب الأول، لكن لا يجري إعتاقه عن الكفارة على الأصح، لعجزه عن الكسب. وإذا أعتق، فالصحيح الذي قطع به الجمهور: أن الوصية تبقى بحالها، وتكون المنافع مستحقة للموصى له كما كانت، كما إذا أعتق المستأجر. ولا يرجع العتيق بقيمة المنفعة قطعًا. وقيل: تبطل الوصية، نقله أبو الفرج الزاز، لأنه يبعد أن تكون منفعة الحر مستحقة أبدًا. فعلى هذا في رجوع الموصى له على المعتق بقيمة المنافع وجهان.

وليس للوارث كتابة هذا العبد على الأصح، لأن أكسابه مستحقة. ووجه الجواز توقع الزكاة ونحوها.

الفرع الثاني: إذا كانت الوصية بمنفعة مدّةٍ معلومة، فنفقته على الوارث، كالمستأجر. وإن كانت على التأبيد، فثلاثة أوجه: أصحها: كذلك. والثاني: على الموصى له. والثالث: في كسبه. فإن لم يكن كسب. أو لم يف بها، ففي بيت المال. والفطرة كالنفقة، ففيها الأوجه، كذا قاله السرخسي وطائفة، وقطع البغوي بأنها على مالك الرقبة. وعلف البهيمة، كنفقة العبد. أما عمارة الدار الموصى بمنافعها، وسقي البستان الموصى بثماره، فإن تراضيا عليه، أو تطوع أحدهما به، فذاك، وليس للآخر منعه. وإن تنازعا، لم يجبر واحد منهما، بخلاف النفقة، لحرمة الزوج. وأشار بعضهم إلى طرد الخلاف في العمارة وسائر المؤن.

الفرع الثالث: بيع الموصى بمنفعته مدة، كبيع المستأجر. وأما الموصى بمنفعته على التأبيد، ففي بيع الوارث رقبته أوجه: أصحها: يصح بيعها للموصى له بالمنفعة دون غيره. والثاني: يصح مطلقًا. والثالث: لا. والرابع: يصح بيع العبد والأمة، لأنهما يتقرب بإعتاقهما، ولا يصح بيع البهائم والجمادات. والماشيةُ الموصى بنتاجها يصح بيعها، لبقاء بعض المنافع والفوائد، كالصوف، والظهر. وإنما الخلاف فيما استغرقت الوصية منافعه.

الفرع الرابع: هل للوارث وطء الموصى بمنفعتها؟ فيه أوجه: أصحها: ثالثها: يجوز إن كانت ممن لا تحبل، وإلا، فلا. فإن منعنا، فوطىء، فلا حد، للشبهة، وأما المهر، فيبنى على أنها لو وطئت بشبهة لمن المهر؟ فإن قلنا: للوارث، فلا مهر عليه، وإلا، فعليه. فإن أولدها، فالولد حر، وعليه قيمته. وهل تكون القيمة للموصى له؟ أم يشترى بها عبد يخدم الموصى له وتكون رقبته للوارث؟ فيه الوجهان فيما إذا ولدت رقيقًا. وتصير الجارية أم ولد يعتق بموته مسلوبة المنفعة. وقيل: لا تصير، وهو ضعيف.

المسألة الثالثة: في الجناية على العبد الموصى بمنفعته، فإن قُتل، نظر، إن كان قتلًا يوجب القصاص، فلمالك الرقبة الاقتصاص، فإذا اقتص، بطل حق الموصى له، كما لو مات، أو انهدمت الدار، وبطلت منافعها. وإن كان مما يوجب المال، أو رجع إليه، ففي القيمة المأخوذة أوجه: أصحها: يشترى بها عبد يقوم مقامه، فتكون رقبته للوارث، ومنافعه للموصى له. والثاني: أنها للوارث، ولا شيء للموصى له، كما لا حقَّ لزوج الأمة في بدلها. والثالث: أنها للموصى له خاصة. والرابع: توزَّع على الرقبة مسلوبة المنفعة، وعلى المنفعة وحدها، فتقوّم الرقبة

بمنافعها، ثم بلا منفعة، فيكون لها قيمة، لما في إعتاقها من الثواب وجلب الولاء. فقدر التفاوت هو قيمة المنفعة، فيكون للموصى له، والباقي للوارث. ويخرج على هذا الخلاف ما إذا قتله الوارث أو الموصى له، فلا شيء على من لو كان القاتل غيره، كانت القيمة مصروفة إليه. وإن جني عليه بقطع طرفه، فطريقان: أحدهما: طرد الأوجه، سوى الثالث. ولا يبعد تخريج الثالث أيضًا على هذه الطريقة، تشبيهًا له بالولد. والطريق الثاني: القطع بأن الأرش للوارث، واتفقوا على ترجيحه وإن ثبت الخلاف، وكان سببه أن العبد بقي منتفعًا به، ومقادير المنفعة لا تنضبط، وتختلف بالمرض والكبر، وكان حق الموصى له باقٍ بحاله.

المسألة الرابعة: في جنايته، فإن اقتص منه، بطل حقهما كموته. وإن وجب مال، تعلق برقبته. فإن لم يفدياه، بيع في الجناية، وبطل حقهما. فإن زاد الثمن على الأرش، قال أبو الفرج السرخسي: يقسم بينهما على نسبة حقهما. وينبغي أن يجيء فيه الخلاف السابق.

وإن فدياه، استمر الحقان. وإن فداه مالك الرقبة، فكذلك. وإن فداه الموصى له، ففي وجوب الإجابة على المجنيّ عليه وجهان: أحدهما: لا، لأنه أجنبي عن الرقبة. وأصحهما: الوجوب، لظهور غرضه. وهذا فيما إذا فدى أحدهما العبد بمنافعه. فلو فدى حصّته، قال الحناطي: يباع نصيب صاحبه. وفيه إشكال، لأنه إن فدى الوارث، فكيف تباع المنافع وحدها؟ وإن فدى الموصى له واستمر حقه، فبيع الرقبة يكون على الخلاف السابق.

المسألة الخامسة: في كيفية حساب المنفعة من الثلث. فإن أوصى بالمنفعة أبدًا، فوجهان: ويقال: قولان: أصحهما: عند الجمهور وهو نصه في اختلاف العراقيين وفي «الإملاء» وبه قال ابن الحداد: إنه تعتبر الرقبة بتمام منافعها من الثلث، لأنه حال بين الوارث وبينها، ولأن المنفعة المؤبدة لا يمكن تقويمها، لأن مدة عمره غير معلومة وإذا تعذر تقويم المنافع، تعيَّن تقويم الرقبة. والثاني خرجه ابن سريج: أن المعتبر ما بين قيمتها بمنافعها، وقيمتها مسلوبة المنافع، واختاره الغزالي وطائفة. فعلى هذا، هل تحسب قيمة الرقبة من التركة؟ أم لا كما لا تحسب على الموصى له؟ وجهان: أصحهما: الأول.

مثاله: أوصى بعبد قيمته بمنافعه، مئة. ودون المنافع، عشرة. فعلى المنصوص: تعتبر المائة من الثلث. ويشترط أن يكون له مائتان سوى العبد. وعلى الثاني المعتبر تسعون. فيشترط أن يبقى للورثة ضعف التسعين مع العشرة على وجه، ودونها على وجه. أما إذا أوصى بمنفعته مدة، كسنة، أو شهر، ففيه طرق: أحدها:

طرد الخلاف، كالوصية المؤبَّدة. والثاني: إن اعتبرنا هناك ما بين القيمتين، فهنا أولى، وإلا، فوجهان: أحدهما: التفاوت. والثاني: الرقبة. والطريق الثالث: أن المعتبر من الثلث أجرة مثل تلك المدة. والرابع وهو أصحها: يقوَّم العبد بمنافعه، ثم مسلوب منفعته تلك المدة، فما نقص حسب من الثلث. وقيمة الرقبة في هذه الحالة، محسوبة من التركة بلا خلاف.

ويتفرع على الخلاف صور: إحداها: أوصى بمنفعة عبده ثلاث سنين، ولا مال سواه، إن اعتبرنا قيمة الرقبة من الثلث، صحت الوصية في منافع الثلث، وردَّت في الباقي. وإن اعتبرنا ما نقص، وكان النقص نصف القيمة، فهل تردّ الوصية في سدس العبد؟ أم ينقص من آخر المدة سدسها؟ وجهان: أصحهما: الأول، لأن قيمة المنافع تختلف بالأوقات.

الصورة الثانية: أوصى لرجل برقبته، ولآخر بمنفعته. إن قلنا: يعتبر من الثلث تمام القيمة، نظر فيما سواه من التركة، وأعطي كل واحد حقه كاملًا أو غير كامل، وإن قلنا: المعتبر التفاوت، فإن حسبنا الرقبة على الوارث، إذا بقيت له، حُسب هنا كمال القيمة عليهما، وإلا، لم تحسب أيضًا على الموصى له بها. وتصح وصيته من غير اعتبار الثلث. كذا ذكره المتولي.

الصورة الثالثة: أوصى بالرقبة لرجل، وأبقى المنفعة للورثة، فإن قلنا: المعتبر من الثلث كمال القيمة، لم تعتبر هذه الوصية من الثلث، لجعْلنا الرقبة الخالية عن المنفعة كالتالفة. وإن قلنا: المعتبر التفاوت، فإن حسبنا قيمة الرقبة على الوارث، حسبت هنا قيمة الرقبة على أهل الوصايا، وتدخل في الثلث، وإلا، فهنا يحسب قدر التفاوت على الوارث، ولا تحسب قيمة الرقبة على أهل الوصايا.

الصورة الرابعة: العبد الموصى بمنفعته، لو غصبه غاصب، فلمن تكون أجرة المدة التي كانت في يد الغاصب؟ قال في «التتمة»: إن قلنا: المعتبر من الثلث جميع القيمة، فهي للموصى له، وكأنه فوّت الرقبة على الوارث، وإلاّ، فوجهان: أحدهما: أنها للوارث، كما لو غصب المستأجر. والصحيح: أنها للموصى له، لأنه بدل حقه، بخلاف الإجارة، فإنها تنفسخ في تلك المدة فتعود المنافع إلى مالك الرقبة.

الصورة الخامسة: أوصى بثمرة بستانه، يخرّج على الخلاف. ففي وجه: تعتبر جميع قيمة البستان من الثلث. وفي وجه: ما بين قيمته بمنافعه وفوائده، وبين قيمته مسلوب الفوائد. فإن احتمله الثلث، فذاك، وإلاّ، فللموصى له القدر الذي يحتمله، والباقي للوارث. فإن لم يحتمل إلا نصفه، فله من ثمره كل عام النصف. والباقي للوارث.

**فرع:** أوصى لشخص بدينار كل سنة، حكى الإمام: أن الوصية صحيحة في السنة الأولى بدينار. وفيما بعدها قولان: أحدهما: الصحة، لأن الجهالة لا تمنع صحة الوصية، ولأن الوصية بالمنافع صحيحة لا إلى غاية. وأظهرهما: البطلان، لأنه لا يعرف قدر الموصى به ليخرج من الثلث. فإن صححنا، فإن لم يكن هناك وصية أخرى، فللورثة التصرف في ثلثي التركة قطعًا. وفي ثلثها وجهان: أحدهما: ينفذ التصرف بعد إخراج الدينار الواحد، لأنا لا نعلم استحقاق الموصى له في المستقبل. الثاني: أنه يوقف، لأن الاستحقاق ثبت إلى أن يظهر قاطع. فإن قلنا بالتوقف، وبقي الموصى له إلى أن استوعبت دنانيره الثلث، فذاك. وإن مات، فعن صاحب «التقريب»: أن بقية الثلث تسلَّم لورثة الموصي. قال الإمام: وفيه نظر، لأن هذه الوصية إذا صححناها، كالوصية بالثمار بلا نهاية، فوجب انتقال الحق إلى ورثة الموصى له. وإن نفَّذنا تصرفهم، فكلما انقضت سنة، طالب الموصى له الورثة بدينار، وكان ذلك كوصية تظهر بعد قسمة التركة. وإن كان هناك وصايا أخر، قال صاحب «التقريب»: يوزَّع الثلث بعد الدينار الواحد على أصحاب الوصايا، ولا يتوقف. فإذا انقضت سنة أخرى، استرد منهم بدينار ما يقتضيه التقسيط. قال الإمام: هذا بيّن إذا كانت الوصية مفيدة بحياة الموصى له. فأما إذا لم تقيَّد، وأقمنا ورثته مقامه، فهو مشكل لا يهتدَى إليه.

**فرع:** لو انهدمت الدار الموصى بمنافعها، فأعادها الوارث بآلتها، هل يعود حق الموصى له؟ وجهان: ولو أراد الموصى له إعادتها بآلتها، فعلى الوجهين.

المسألة السادسة: الوصية بالحج. الحج ضربان: متطوَّع به، ومفروض.

الضرب الأول: فالتطوع تصح الوصية به على الأظهر تفريعًا على صحة النيابة فيه. ثم هو محسوب من الثلث، ويُحَج عنه من بلده إن قيَّد به، ومن الميقات إن قيَّد به. فإن أطلق، فعلى أيهما يحُمل؟ وجهان: أصحهما: من الميقات، وإليه ميل أكثرهم. وهل يقدَّم حج التطوع في الثلث على سائر الوصايا؟ قال القفال: هو على القولين في تقديم العتق على غيره من الوصايا. قال الشيخ أبو علي: لم أر هذا لأحد من الأصحاب، بل جعلوا الوصية به مع غيره على الخلاف فيما إذا اجتمع حق الله تعالى وحقوق الآدميين. وإذا لم يف الثلث، أو حصة الحج منه بالحج، بطلب الوصية، وكذا لو قال: أحجوا عني بمائة من ثلثي ولم يمكن أن يحج بها. ولو قال: أحجوا عني بثلثي، صرف ثلثه إلى ما يمكن من حجتين وثلاث فصاعدًا. فإن فضل ما لا يمكن أن يحج به، فهو للورثة. ولو قال: أحجوا عني بثلثي حجة، صرف ثلثه إلى حجة واحدة. ثم إن كان الثلث أجرة المثل فما دونها، جاز أن يكون

الأجير أجنبيًا ووارثًا. وإن كان أكثر، لم يستأجر إلا أجنبي، لأن الزيادة محاباة فلا تجوز للوارث.

الضرب الثاني: المفروض، وهو حجة الإسلام وغيرها.

أما حجة الإسلام، فمن مات وهي في ذمته، قضيت من رأس ماله وإن لم يوص بها، كالزكاة، وسائر الديون. وإن أوصى بها، نظر، إن أضافها إلى رأس المال، فهي تأكيد. وإن أضاف إلى الثلث، قضيت منه، كما لو أوصى بقضاء دينه من ثلثه. وتتضمن هذه الوصية ترفيه الورثة بتوفير الثلثين. وفي تقديم الحج على سائر الوصايا وجهان ـ وقال الشيخ أبو علي: قولان ـ يجريان فيما لو أوصى بقضاء دينه من الثلث. أحدهما: يقدم، كما لو لم يوص فإنه يقدم، وأصحهما: لا يقدم، بل يزاحمها بالمضاربة، لأنه وصية. ثم إن لم يف الثلث بالحج على الوجه الأول، أو الحاصل من المضاربة على الثاني، كمل من رأس المال، كما لو قال: اقضوا ديني من ثلثي فلم يوف الثلث به، وحينئذٍ تدور المسألة، وسنوضح مثالها قريبًا إن شاء الله تعالى. وإن أطلق، فلم يضف إلى الثلث، ولا إلى رأس المال، حُج عنه من رأس المال على المذهب، وبه قطع الجمهور، سواء قرن به ما يعتبر من الثلث، أم لا، وقيل: قولان: ثانيهما: أنه من الثلث. وقيل: إن قرن، فمن الثلث، وإلا، فمن رأس المال. ثم متى جعلنا الحج من رأس المال، حج عنه من الميقات، لأنه لو كان حيًّا، لم يلزمه إلا هذا.

وإذا جعلناه من الثلث، إما لتصريحه، وإما عند الإطلاق، فوجهان: أصحهما: من الميقات أيضًا. فعلى هذا، لو أوصى أن يحج عنه من بلده، فلم يبلغ ثُلثه حجة من بلده، حج من حيث أمكن. وإن لم يبلغ الحج من الميقات، تُمِّم من رأس المال ما يتم به الحج من الميقات. والثاني: من بلده. فعلى هذا قال أبو إسحاق: إن أوصى بالحج من الثلث، فجميعه من الثلث. فإن أطلق، وجعلناه من الثلث، فالذي من الثلث مؤنة ما بين البلد إلى الميقات. فأما من الميقات، فهو من رأس المال. وأما الحجة المنذورة، ففيها وجهان: أصحهما: أنها كحجة الإسلام، إلا أن هاهنا وجهًا أنها إذا لم يوص بها، قضيت من الثلث، وهو شاذ. والثاني: كالتطوعات، لأنها لا تلزم بأصل الشرع. فعلى هذا، إن لم يوص بها، لم تقض. وإن أوصى بها، كانت من الثلث. ويجري الخلاف في الصدقة المنذورة والكفارات.

**فرع:** أوصى بحجة الإسلام من الثلث، ولزيد بمائة، والتركة ثلثمائة، وأجرة الحج مئة. فإن قدمنا الحج على سائر الوصايا، صرف الثلث إلى الحج. وإن لم نقدِّم، ووزَّعنا الثلث، دارت المسألة، لأن حصة الحج تكمَّل من رأس المال، وإذا

أخذنا شيئًا من رأس المال، نقص الثلث. وإذا نقص، نقصت حصة الحج، فلا تعرف حصة الحج ما لم يعرف الثلث ولا يعرف الثلث ما لم يعرف المأخوذ من رأس المال، ولا يعرف المأخوذ ما لم تعرف حصة الحج.

فالطريق أن نأخذ من التركة شيئًا لإكمال حصة الحج، يبقى ثلاثمائة إلا شيئًا بقدر ثلثه، وهو مئة إلا ثلث شيء، يقسم بين الحج والموصى له نصفين، فنصيب الحج خمسون إلا سدس شيء، فيضم الشيء المفرز إليه، تبلغ خمسين وخمسة أسداس شيء تعدل مئة، وذلك تمام الأجرة، فيُسقط خمسين بخمسين، تبقى خمسة أسداس شيء في مقابلة خمسين. وإذا كان خمسة أسداس الشيء خمسين، كان الشيء ستين، فعرفنا أن ما أفرزناه ستون، فنأخذ ثلث الباقي بعد الستين، وهو ثمانون، ونقسمه بين الوصيتين، تخص كلَّ واحدة أربعون والأربعون مع الستين، تمام أجرة الحج.

**فرع:** أوصى أن يحج عنه تطوعًا، أو حجة الإسلام من ثلثه بمائة، وأوصى بما يبقى من الثلث بعد المائة لزيد، وبثلث ماله لعمرو، ولم تُجز الورثة ما زاد على الثلث، فيقسم الثلث بين عمرو والوصيتين الأخريين نصفين. فإذا كان ثلث المال ثلاثمائة، كان لعمرو مئة وخمسون، والباقي بين الحج وزيد. وفي قسمته وجهان: أحدهما قاله ابن خيران: تصرف خمسون إلى الحج، ومائة إلى زيد، لأن الوصيتين لو نفذتا يخص زيدًا ثلثا الثلث. وأصحهما: تصرف مئة إلى الحج، وخمسون لزيد. ولو كان الثلث مائتين، فلعمرو مئة، والمائة الباقية للحج على الأصح، ولا شيء لزيد. وعلى الثاني: هي بين زيد والحج نصفان. ولو كان الثلث مئة، قسمت بين الحج وعمرو نصفين، ولا شيء لزيد في هذا الحال. وكذا لو لم توجد الوصية لعمرو، بخلاف ما إذا كان الثلث فوق المائة. ولو أوصى أولًا بالثلث لعمرو، ثم بالحج بمائة من الثلث، ثم لزيد بما يبقى من الثلث بعد المائة، فعن أبي إسحاق: أن الوصية لزيد باطلة، لأن وصية عمرو استغرقت الثلث. وقال الجمهور: لا فرق بين التقديم والتأخير، والوصية بالحج ولزيد وصية بثلث آخر، وهذا شخص أوصى بالثلثين، كمن أوصى لشخص بالثلث، ثم أوصى لآخر بالثلث، فإنه يوزَّع الثلث عليهما.

هذا كله تفريع على أن الحج لا يقدَّم في الثلث على سائر الوصايا. فأما إذا قدمناه، فإن كان الثلث ثلاثمائة، والمائة المقدرة للحج أجرة مثل الحج، أخذت المائة من رأس الثلث. وكيف يقسم الباقي بين زيد وعمرو؟ قال ابن الحداد: نصفين، لأن كل واحد منهما لو انفرد مع الحج لأخذ ما زاد على المائة. وغلطه

جماهير الأصحاب وقالوا: يقسم الباقي بينهما على قدر وصيتهما. والوصية لزيد بالباقي، وهو مائتان، ولعمرو بالثلث، وهو ثلاثمائة، فيقسم الباقي بينهما على خمسة، لزيد ثمانون، ولعمرو مئة وعشرون. ولو كانت الصُّور بحالها، وأجرة مثل الحج خمسون، أخذ من الثلث خمسون أولًا، ثم قال ابن الحداد: يجعل الباقي نصفين، نصفه لعمرو، ونصفه الآخر، للحج منه خمسون، وباقيه لزيد.

وقال الجمهور: بل يقسم الباقي بعد أجرة مثل الحج على أحد عشر سهمًا، لأن وصية عمرو في هذه الحالة بثلاثمائة، وللحج وزيد بمائتين وخمسين، والنسبة بينهما ما ذكرنا، فلعمرو ما يخص ستة، والباقي يقدم الحج منه بخمسين، وباقيه لزيد. ولو كان الثلث مائتين، فإن كانت أجرة مثل الحج مئة، أخذت من رأس الثلث، ثم على قول ابن الحداد: الباقي بينهما نصفان، وعند الجمهور: يجعل بينهما على ثلاثة أسهم، لأن الوصية لزيد بمائة، ولعمرو بمائتين. وإن كان أجرة مثله خمسين، أخذت خمسون أولًا، والباقي على قول ابن الحداد بين عمرو والوصيتين الأخريين نصفين، ثم يقدم الحج بخمسين من حصتهما، وعند الجمهور: يقسم المال بعد الخمسين على سبعة أسهم، لأنه أوصى لعمرو بمائتين، وللحج وزيد بمائة وخمسين. فلعمرو ما يخص أربعة، والباقي يؤخذ منه، خمسون للحج، والباقي لزيد. ولو كان الثلث مئة، فإن كان أجرة مثل الحج مئة، فلا شيء لزيد وعمرو. وإن كان خمسين، أخذ للحج خمسون. ثم على قول ابن الحداد: الباقي بين الحج وعمرو نصفان. وعند الجمهور: للحج ثلث الباقي، ولعمرو ثلثاه، لأن الوصية في هذه الحالة، للحج بخمسين، ولعمرو بمائة. وإذا لم تف حصة الحج في هذه الصورة بالحج. فإن كانت لحجة تطوُّع، بطلت. وإن كانت لحجة الإسلام، كمَّلنا من رأس المال. وقد ذكرنا طريقه.

**فصل:** جرت العادة بذكر ما يقع عن الميت بفعل غيره في هذا الموضع لمناسبته الحج عنه فالحج يؤدّى عنه إن كان فرضًا. ثم إن عين شخصًا وأوصى إليه فيه، فعله عنه، وارثًا كان أو غيره. وإن قال: أحجوا عني، ولم يعين، فللوارث أن يحج عنه بنفسه، وله أن يأمر به أجنبيًا. وإن لم يوص به أصلًا، فللوارث أن يحج عنه، وكذا للأجنبي إن أذن له الوارث، وكذا إن لم يأذن على الأصح، كقضاء الدين. ووجه المنع: افتقاره إلى النية، فلا بد من استنابة. وأما حج التطوع، فالنيابة جائزة على الأظهر كما سبق. فإن جوزناها، فقال العراقيون: إن لم يوص به، لا يصح الحج عنه. وفي «أمالي» السرخسي: أن للوارث أن يستنيب، وأنه إذا أوصى الميت إلى معيَّن، فعل. ولو استقل به أجنبي، فوجهان: أصحهما: المنع. وفي هذا الكلام تجويز الاستنابة للوارث، وتجويز فعله بنفسه وإن لم يوص الميت.

وأما أداء الزكاة عنه، فكالحج الواجب، فيجوز للأجنبي أن يؤدي عنه زكاة المال وزكاة الفطر على الأصح المنصوص. وأما الكفارة، فإن كانت مالية، فللورثة أن يؤديَ الواجب من التركة، ويكون الولاء للميت إذا أعتق. وإن كانت مخيَّرة، فله أن يطعم، ويكسو. وفي الإعتاق وجهان: أحدهما: المنع، إذ لا ضرورة إليه. وأصحهما: الجواز، لأنه نائبه شرعًا، فإعتاقه كإعتاقه. ولو أدى الوارث من مال نفسه، ولا تركة، فالصحيح الجواز. وقيل بالمنع، لبعد العبادة عن النيابة. وقيل: يمنع الإعتاق فقط، لبعد إثبات الولاء للميت، فإذا جوزنا، فلو تبرع أجنبي بالطعام، أو الكسوة، أجزأ على الأصح، كقضاء الدين. واحتج له الإمام بأنه لو اشترطت الورثة، لا يشترط صدوره من جميعهم، كالإقرار بالنسب، ولا يعتبر ذلك، بل يستبدّ به كل واحد من الورثة. ولو تبرع الأجنبي بالعتق، فقيل: على الوجهين. وقيل بالمنع قطعًا.

وأما إذا لم يكن على الميت عتق أصلًا، فأعتق عنه وارث أو غيره، فلا يصح عن الميت، بل يقع العتق والولاء للمعتق. ولو أوصى بالعتق في الكفارة المخيَّرة، وزادت قيمة الرقبة على قيمة الطعام والكسوة، فوجهان: أحدهما: يعتبر من رأس المال، لأنه أداء واجب. وأصحهما: الاعتبار من الثلث، لأنه غير متحتم، وتحصل البراءة بدونه، وعلى هذا وجهان: وقيل: قولان: أحدهما: تعتبر جميع قيمته من الثلث، فإن لم يف به، عدل إلى الإطعام. وأقيسهما: أن المعتبر من الثلث ما بين القيمتين، لأن أقل القيمتين لازم لا محالة. ويجري الخلاف فيما إذا أوصى أن يُكسى عنه ـ والكسوة أكثر من الطعام ـ وسنعيد المسألة في «كتاب الأيمان» بزيادة إيضاح إن شاء الله تعالى. ولو أعتق مَن عليه كفارة مخيَّرة في مرض الموت، قال المتولي: لا تعتبر قيمة العبد من الثلث، لأنه مؤدٍّ فرضًا، وهذا كأنه تفريع على الوجه القائل بأنه إذا أوصى به، أعتق من رأس المال.

**فرع:** وأما الدعاء للميت، والصدقة عنه، فينفعانه بلا خلاف. وسواء في الدعاء والصدقة، الوارث والأجنبي. قال الشافعي رحمه الله: وفي وسع الله تعالى أن يثيب المتصدِّق أيضًا. قال الأصحاب: فيستحب أن ينويَ المتصدِّق الصدقة عن أبويه، فإن الله تعالى ينيلهما الثواب، ولا ينقص من أجره شيئًا. وذكر صاحب «العدة»: أنه لو أنبط عينًا، أو حفر نهرًا، أو غرس شجرة، أو وقف مصحفًا في حياته، أو فعله غيره عنه بعد موته، يلحق الثوابُ الميتَ. وأعلم أن هذه الأمور إذا صدرت من الحي، فهي صدقات جارية، يلحقه ثوابها بعد الموت كما صح في الحديث، وإذا فعل غيره عنه بعد موته، فقد تصدّق عنه. والصدقة عن الميت تنفعه،

ولا يختص الحكم بوقف المصحف، بل يجري في كل وقف. وهذا القياس يقتضي جواز التضحية عن الميت، لأنها ضرب من الصدقة. وقد أطلق أبو الحسن العبادي جواز التضحية عن الغير، وروى فيه حديثًا. لكن في «التهذيب» أنه لا تجوز التضحية عن الغير بغير إذنه، وكذلك عن الميت، إلا أن يكون أوصى به.

**فرع:** وما عدا هذه القُرَب، ينقسم إلى صوم، وغيره، فأما الصوم، فلا يتطوع به عن الميت. وفي قضاء واجبه عنه قولان سبقا في الصيام. الجديد: المنع. والقديم: أنِّ لوليه أن يصوم عنه. وعلى هذا، لو أوصى إلى أجنبي ليصوم، كان كالولي. ولو مرض بحيث لا يرجى برؤه، ففي الصوم عنه وجهان تشبيهًا بالحج. وأما غير الصوم، كالصلاة عنه قضاءً أو غيره، وقراءة القرآن، فلا ينفعه. واستثنى صاحب «التلخيص» من الصلاة ركعتي الطواف، وقال: يأتي بهما الأجير عن المحجوج عنه تبعًا للطواف. فوافقه بعض الأصحاب، وقال بعضهم: يقع عن الأجير وتبرأ ذمة المحجوج عنه بما يفعل، والأول أصح.

**فصل:** إذا ملك في مرض موته من يعتق عليه، فإن ملكه بالإرث، فهل يعتق من الثلث، أم من رأس المال؟ وجهان: رجح البغوي والمتولي كونه من الثلث، والأصح: كونه من رأس المال، وبه قطع الاستاذ أبو منصور. وفي كلام الشيخ أبي علي وغيره: ما يقتضي الجزم به، لأنه لم يقصد تملُّكه، ولا تضرر به الورثة. وإن ملكه بالهبة، أو الوصية، فإن قلنا في الموروث: يعتق من الثلث، فهنا أولى، لأنه مختار، وإلا، فوجهان: أصحهما: من رأس المال، وبه قطع ابن الحداد وأبو منصور، لأنه لم يبذل مالًا، وزوال الملك حصل بغير رضاه. فإن قلنا: من رأس المال، عتق وإن لم يكن له مال سواه. وكذا لو كان عليه دين مستغرق، وكذا المفلس المحجور عليه إذا قبله ولا سبيل للغرماء عليه.

وإن قلنا: يعتق من الثلث، فلم يكن مال سواه، عتق ثلثه فقط. وإن كان عليه دين، لم يعتق، وبيع في الدين، وكذا في المحجور عليه بالفلس. ولو اشترى المريض من يعتق عليه، وعليه دين، ففي صحة الشراء وجهان: ويقال: قولان: أصحهما: الصحة، إذ لا خلل في الشراء، فيثبت الملك، ولا يعتق، لحق الغرماء. فإن لم يكن دين، اعتبر عتقه من الثلث. فإن خرج كلُّه، صح الشراء، وعتق كله، وإلا، ففي صحة الشراء فيما زاد على الثلث الخلاف فيما إذا كان عليه دين. فإن قلنا: لا يصح، ففي قدر الثلث الخلاف المذكور في تفريق الصفقة. وإن قلنا: يصح، عتق الثلث فقط. وفي وجه: شراء المريض أباه باطل مطلقًا، لأنه وصية، وهي موقوفة على الخروج من الثلث، والبيع لا يوقف، وهذا ضعيف. هذا كله إذا

لم يكن محاباة. أما إذا اشتراه بخمسين، وقيمته مئة، فقدر المحاباة هبة، فيجيء فيه الوجهان في أنه من الثلث، أو رأس المال؟ فإن قلنا: من الثلث، فجميع المائة من الثلث، وإلا، فالمعتبر منه خمسون. ثم متى حكمنا بعتقه من الثلث، لا يرثه، لأنه وصية، ولا سبيل إلى الجمع بينها وبين الإرث. هكذا أطلقوه وعلَّلوه، وكأنه تفريع على بطلان الوصية لوارث. فإن قلنا: يقف على إجازة الوارث، لم يمتنع الجمع بينها وبين الإرث، فيحتمل توقف الأمر على الإجازة، ويحتمل خلافه. وحكى الأستاذ أبو منصور وجهًا: أنه يرث، لأنه لا يملك رقبته حتى يقال: أوصى له بها. والصحيح الأول. ومتى عتق من رأس المال، ورث على الصحيح. وقال الإصطخري: لا يرث، وجعل عتقه وصية في حقه. وإن لم تكن وصية في حق الوارث، كما لو نكحت المريضة بدون مهر المثل، تصح المحاباة من رأس المال إن كان الزوج أجنبيًا. فإن كان وارثًا، جُعل وصية، فتبطل ويجب مهر المثل.

**فصل:** إذا قال: أعتقوا عبدي بعد موتي، لم يفتقر إلى قبول العبد، لأن لله تعالى حقًا مؤكدًا في العتق، فكان كالوصية للجهات العامة. ولو قال: أوصيت له برقبته، فهي وصية صحيحة، ومقصودها الإعتاق، ويشترط قبوله على الأصح، لاقتضاء الصيغة ذلك، كقوله لعبده: ملَّكتك نفسك، أو وهبت لك نفسك، فإنه يشترط فيه القبول في المجلس. ولو قال: وهبتك نفسك، ونوى به العتق، عتق بلا قبول.

**فصل:** قال: إذا مت، فأعتقوا ثلث عبدي، أو قال: ثلث عبدي حر إذا مت، لم يعتق إذا مات إلا ثلثه، ولا يسري، لأنه ليس بمالك للباقي في حال العتق، ولا موسر بقيمته، بخلاف ما لو أعتق المريض بعض عبده، فإنه يسري إذا وفى به الثلث، لأنه مالك للباقي. ولو ملك ثلاثة أعبد قيمتهم سواء، لا مال سواهم، فأعتق في مرضه ثلث كل واحد منهم، فقال: ثلث كل واحد منهم حر، أو أثلاثهم أحرار، فهل يعتق من كل عبد ثلثه كما ذكر؟ أم يقرع بينهم فيعتق واحد بالقرعة لتجتمع الحرية كما لو قال: أعتقت هؤلاء؟ فيه وجهان: أصحهما: الثاني. ولو قال: أعتقت ثلثكم، أو ثلثكم حر، أقرع قطعًا. وقيل: فيه الوجهان. ولو قال: أثلاث هؤلاء أحرار بعد موتي، أو ثلث كل واحد، عتق من كل عبد ثلثه، ولا قرعة، لما ذكرنا أن العتق بعد الموت لا يسري، لكن لو زاد ما أعتق على الثلث، أقرع لرد الزيادة، لا للسراية. وفي «التهذيب» وغيره وجه: أنه يقرع، كما لو نجز في المرض، فمن خرجت له القرعة، عتق، ورق الآخران. والصحيح الأول، وبه قال ابن الحداد، وفرع عليه فقال: لو قال للثلاثة: النصف من كل عبد منكم حر،

فقد أعتق نصف ماله. فإن لم تجز الورثة، أقرع بين العبيد بسهم رق وسهمي حرية، فمن أصابه سهم الرق، رق، ويعتق من كل واحد من الآخرين نصفه، ولا يسري. ولو أعتق الأنصاف في مرضه، فمن عتق منه شيء، سرى إلى باقيه إلى أن يتم الثلث، فيقرع بينهم بسهمي رق، وسهم عتق. فمن خرج له سهم العتق، عتق كله، وهو ثلث المال. ولو لم يملك إلا عبدين قيمتهما سواء، فقال: نصف غانم حر بعد موتي، وثلث سالم حر بعد موتي، فقد أعتق خمسة أسداس، وليس له إلا أربعة أسداس، فيقرع لرد الزيادة، فإن خرج العتق لغانم، عتق نصفه، وعتق سدس سالم ليتم الثلث. فإن خرج العتق لسالم، عتق ثلثه وثلث غانم. وإن أعتق نصف كل واحد منهما في مرضه، أقرع، فمن خرج له سهم العتق، عتق ثلثاه، ورق باقيه مع جميع الآخر.

هذا كله، إذا أعتق الأبعاض في المرض معًا، بأن قال: أثلاث هؤلاء أحرار، أو نصف كل عبد حر. فأما إذا قدم وأخر، فيقدم الأسبق فالأسبق، حتى لو قال: نصف غانم حر، وثلث سالم حر، عتق ثلثا غانم، ولا قرعة.

**فصل:** أعتق جاريته بعد الموت وهي حامل، ففي الحمل وجهان: أحدهما: لا يعتق، لما سبق أن إعتاق الميت لا يسري. وأصحهما: يعتق، لأنه كعضوها. ولو قال: هي حرة بعد موتي إلا جنينها، أو دون جنينها، لم يصح الاستثناء على الأصح. ولو نجز عتقها في الحياة، عتق الحمل، ولم يصح استثناؤه بلا خلاف. ولو كانت لشخص، وحملُها لآخر، فأعتقها مالكها، لم يعتق الحمل قطعًا، لأن اختلاف الملك يمنع الاستتباع.

**فصل:** أوصى بثلث عبد معين، أو دار، أو غيرهما، فاستحق ثلثاه، نظر، إن لم يملك شيئًا آخر، فللموصى له الثلث الباقي. وإن ملك غيره، واحتمل ثلث ماله الثلث الباقي، فطريقان: أصحهما: على قولين. أظهرهما: يستحق الثلث الباقي. والثاني: ثلث الثلث. والطريق الثاني: ثلث الثلث قطعًا. ثم عن ابن سريج: أن هذا فيما إذا قال: أوصيت له بثلث هذا العبد. فأما إذا قال: أعطوه ثُلثه، فيدفع إليه الثلث الباقي قطعًا. ولو قال: أوصيت له بشاة من هذه الثلاث، أو بأحد أثلاث هذا العبد، أو بثلث هذه الدار، فاستحق الثلثان، أو اشترى من زيد ثلثها، ومن عمرو ثلثيها، وأوصى بما اشتراه من زيد، فاستحق ما اشتراه من عمرو، نفذت الوصية في الثلث الباقي في هذه الصور قطعًا. ولو أوصى بأثلاث الأعبد الثلاثة، فاستحق اثنان منهم، نفذت في الثلث الباقي. ولو أوصى بثلث صبرة، فتلف ثلثاها، فله ثلث الباقي قطعًا.

**فصل:** ما أوصى به للمساكين، هل يجوز نقله إلى مساكين غير بلد المال؟ فيه

طريقان: أصحهما: وبه قال الأكثرون: على قولين، كالزكاة. والثاني: الجواز قطعًا. فإن منعنا فلم يكن في البلد مسكين، فهل ينقل كالزكاة، أم تبطل الوصية؟ وجهان. قلت: أصحهما: النقل. والله أعلم.

ولو عين فقراء بلد، ولم يكن فيه فقير، بطلت الوصية. كما لو أوصى لولد فلان ولا ولد له. وبالله التوفيق.

القسم الثالث من الباب: في المسائل الحسابية. هذا فَنٌ طويل، ولذلك جعلوه علمًا برأسه، وأفردوه بالتدريس والتصنيف. وفيه أطراف:

الطرف الأول: فيما إذا أوصى بجزءٍ، وفيه مسائل: إحداها: إذا أوصى بمثل نصيب ابنه، وله ابن واحد لا يرثه غيره، فالوصية بالنصف، فإن لم يجز، ردت إلى الثلث. وكذا لو كان له ابنان، أو بنون فأوصى بمثل نصيبهما، أو نصيبهم، فهو كابن. ولو لم يكن له ابن، أو لم يكن وارثًا لرق وغيره، فالوصية باطلة. ولو قال: أوصيت له بنصيب ابني، فوجهان: أصحهما: عند العراقيين والبغوي: بطلان الوصية. وأصحهما: عند الإمام والروياني وغيرهما وبه قطع أبو منصور: صحتها. والمعنى: بمثل نصيب ابني. ويجري الوجهان فيما لو قال: بعتك عبدي بما باع به فلان فرسه وهما يعلمان قدره. فإن صححنا، فهو وصية بالنصف على الصحيح. وقيل: بالكل، حكاه البغوي. ولو كان له ابنان، فأوصى بمثل نصيب أحدهما، أو بمثل نصيب ابن، فالوصية بالثلث. وإن كانوا ثلاثة، فبالربع، أو أربعة، فبالخمس. وعلى هذا القياس. ويجعل الموصى له كابن آخر معهم. وضابطه: أن تصحح فريضة الميراث، ويزاد عليها مثل نصيب الموصى له بمثل نصيبه، حتى لو كان له بنت، وأوصى بمثل نصيبها، فالوصية بالثلث، لأن المسألة من اثنين لو لم تكن وصية، فتزيد على الاثنين سهمًا، وتعطيه سهمًا من ثلاثة أسهم. ولو كان بنتان، فأوصى بمثل نصيب أحدهما، فالوصية بالربع، لأن المسألة من ثلاثة لولا الوصية، لكل واحدة سهم، فتزيد للموصى له سهمًا، فتبلغ أربعة. ولو أوصى بمثل نصيبهما معًا، فالوصية بخمسي المال، لأنها من ثُلثه، ونصيبهما منها اثنان، فتزيد على الثلاثة سهمين. ولو أوصى وله ثلاث بنات وأخ بمثل نصيب واحدة، فالوصية بسهمين من أحد عشر. لأنها من تسعة لولا الوصية. ونصيب كل بنت منهما سهمان، فتزيدهما على التسعة. وكذا لو أوصى وله ثلاثة بنين، وثلاث بنات بمثل نصيب ابن، فالوصية بسهمين من أحد عشر. ولو كان له ثلاثة بنين، وبنت، وأوصى بمثل نصيبها، فالوصية بالثمن. ولو كان ابن، وثلاث بنات، وأبوان، وأوصى بمثل نصيب الابن، فالوصية بثمانية أسهم من ثمانية وثلاثين.

**فرع:** أوصى وله ابن بمثل نصيب ابن ثان لو كان، أو أوصى وله ابنان بمثل نصيب ابن ثالث لو كان، فالوصية في الأولى، بالثلث. وفي الثانية، بالربع. وقال الأستاذ أبو إسحاق: في الأولى، بالنصف. وفي الثانية. بالثلث والصحيح الأول. وهل يفرق بين قوله: بمثل نصيب ابن ثان، أو ثالث لو كان؟ وبين أن يحذف لفظه «مثل» فيقول: بنصيب ابن ثان؟ القياس أنه على الوجهين فيما إذا أضاف إلى الوارث الموجود. وحكى الأستاذ أبو منصور عن الأصحاب: أنهم فرقوا فقالوا: إذا أوصى بمثل نصيبه، دفع إليه نصيبه لو كان زائدًا على أصل الفريضة، وإذا أوصى بنصيبه، دفع إليه لو كان من أصل الفريضة. فعلى هذا، لو أوصى وله ابنان بنصيب ثالث لو كان، فالوصية بالثلث. ولو قال: بمثل نصيب ابن ثالث لو كان، فبالربع كما سبق. ولو أوصى وله ثلاثة بنين، بمثل نصيب بنت لو كانت، فالوصية بالثمن، وعلى قول الاستاذ أبي إسحاق: بالسبع.

**فرع:** لابن سريج: له ابنان، وأوصى لزيد بمثل نصيب ابن رابع لو كان، ولعمرو بمثل نصيب خامس لو كان، فللحساب طريقان:

أحدهما: أن يقال: المسألة من اثنين لو لم يكن وصية، ومن أربعة لو كانوا أربعة، ومن خمسة لو كانوا خمسة، فهنا اثنان، وأربعة، وخمسة، والاثنان والأربعة متداخلان، فتسقط الاثنين لدخولهما في الأربعة، وتضرب أربعة في خمسة، تبلغ عشرين، وهذا العدد ينقسم على الاثنين بلا وصية، وعلى الأربعة لو كانوا، ونصيب كل واحد خمسة، وعلى الخمسة لو كانوا، ونصيب كل واحد أربعة، فتزيد الأربعة والخمسة على العشرين، تبلغ تسعة وعشرين، لزيد منها خمسة، ولعمرو أربعة، والباقي للاثنين.

الطريق الثاني: أن يقال: لو لم يكن إلا وصية زيد، لكان له سهم من خمسة، فتقسم الباقي على خمسة، لوصيته لعمرو بمثل نصيب ابن خامس، فيخرج من القسمة أربعة أخماس، وهو نصيب كل ابن لو كانوا خمسة، فتزيد على الخمسة لعمرو أربعة أخماس، تكون خمسة وأربعة أخماس، لزيد منها واحد، ولعمرو أربعة أخماس، والباقي للاثنين، فإذا بسطناها أخماسًا، كانت تسعة وعشرين.

المسألة الثانية: أوصى لزيد بمثل نصيب أحد ورثته، أعطي مثل أقلهم نصيبًا، وطريقه: أن تصحح المسألة بلا وصية، وتزيد عليها مثل سهم أقلّهم، ثم تقسم، فإذا كان ابن وبنت، فالوصية بالربع، أو زوج وأم وأختان، فبالتسع، لأن نصيب الأم واحد من ثمانية، فتضمه إليها تصير تسعة، أو بنتان وثلاث زوجات وأخ، فبسهم من خمسة وعشرين، أو بنت وبنت ابن وأخ، فبالسبع. وإن أوصى بمثل نصيب أكثرهم

نصيبًا، فطريقه: أن تصححها بلا وصية، وتضم إليها مثل نصيب ذلك. فإن كان ابن وبنت، فله خمسان.

**فرع:** له ابنان، أوصى لزيد بمثل نصيب أحدهما، ولعمرو بمثل نصيب الآخر، فأجازا لهما، قسم المال بين الأربعة أرباعًا، وإن ردّا الوصيتين، ارتدتا إلى الثلث وكان الثلث بينهما بالسوية، وإن أجازا إحداهما وردّا الأخرى، فالصحيح: أن كل واحد منهما يأخذ سدس المال، وللمجاز له مع ذلك نصف سدس. وتصح من أربعة وعشرين، للمجاز له ستة، وللمردود أربعة، والباقي للابنين. وعن ابن سريج: أنه يضم سهم المجاز له إلى سهم الابنين ويقسم بينهما أثلاثًا. وتصح من ثمانية عشر، للمردود ثلاثة، وللباقين خمسة خمسة. وإن أجاز أحدهما لأحدهما، وردّهما الآخر، فعلى الصحيح: المسألة من أربعة وعشرين، للمردود أربعة، وللمجاز خمسة، وللمجيز سبعة، وللرادّ ثمانية. وعلى المحكيّ عن ابن سريج: تصح من ثمانية عشر، وللمردود ثلاثة، وللمجاز أربعة، وللمجيز خمسة، وللرادّ ستة.

المسألة الثالثة: الضعف، وهو الشيء ومثله، فإذا أوصى بضعف نصيب ابنه، وله ابن واحد، فهي وصية بالثلثين. ولو قال: بضعف نصيب أحد أولادي أو ورثتي، أعطي مِثْلي نصيب أقلِّهم نصيبًا، فإن كان ثلاثة بنين، فله خمسان. ولو أوصى لزيد بمائة، ولعمرو بضعفها، فالثانية مائتين، وضعفا الشيء ثلاثة أمثاله، فإذا قال: ضعفي نصيب ابني، وله ابن واحد، فالوصية بثلاثة أرباع المال. ولو قال: ضعفي نصيب أحد بنيَّ وهم ثلاثة، فله ثلاثة أسهم من ستة، ولكل ابن سهم. ولو أوصى لزيد بمائة، ولعمرو بضعفيهما فلعمرو ثلاثمائة، وثلاثة أضعاف الشيء أربعة أمثاله، وأربعة أضعافه خمسة أمثاله.

المسألة الرابعة: أوصى بنصيب من ماله، أو جزءٍ، أو حظ، أو قسط، أو شيء، أو قليل، أو كثير، أو سهم، يرجع في تفسيره إلى الورثة، ويقبل تفسيرهم بأقلِّ ما يتموَّل، لأن هذه الألفاظ تقع على القليل والكثير. فإن ادّعى الموصى له أن الموصي أراد أكثر من ذلك، قال الأكثرون منهم أبو منصور والحنّاطي والمسعودي: يحلف الوارث أنه لا يعلم إرادة الزيادة. وحكى البغوي: أنه لا يتعرض للإرادة، بل يحلف أنه لا يعلم استحقاق الزيادة، وسلم أنه لو أقر لمبهم ومات وجرى مثل هذا النزاع بين المقر له والوارث، حلف الوارث على نفي إرادة المورث، وفرق بأن الإقرار إخبار، والوصية إنشاء أمر على الجهالة. ورد المتولي افتراق البابين إلى شيء آخر فقال: الوارث هنا يحلف أنه لا يعلم الموصي أراد الزيادة، ولا يحلف أنه أراد هذا القدر، وفي الإقرار، يحلف أنه لا يعلم الزيادة، وأنه أراد هذا القدر.

**فرع:** أوصى بثلث ماله إلا شيئًا، قُبل التفسير وتنزيلُه على أقل ما يتمول وحملُه الشيء المستثنى على مال كثير. وقال الأستاذ أبو منصور: يعطى زيادة على السدس. قال: وكذا لو قال: أعطوه ثلث مالي إلا قليلًا. ولو قال: أعطوه الثلث إلا كثيرًا، جاز أن يعطيَه أقل من السدس. والصحيح المعروف هو الأول.

**فرع:** قال: أعطوه من واحد إلى عشرة، ففيه الأوجه المذكورة في الإقرار. وقال الأستاذ أبو منصور عن بعض الأصحاب: إن أراد الحساب، فللموصى له خمسة وخمسون، وهو الحاصل من جمع واحد إلى عشرة على توالي العدد. وإن لم يرد الحساب، فله المتيقَّن، وهو ثمانية، ولا شك في اطراد هذا في الإقرار. ولو قال: أعطوه واحدًا في عشرة، أو ستة في خمسة، أطلق الأستاذ ثبوت ما يقتضيه الضرب، وذكرنا فيه تفصيلًا في الإقرار.

**فرع:** قال: أعطوه أكثر مالي، فالوصية بما فوق النصف. ولو قال: أكثر مالي ومثله، فالوصية بجميع ماله. ولو قال: أعطوه زهاء ألف درهم، أو معظم الألف أو عامته، فالوصية بما فوق النصف.

ولو قال: أعطوه دراهم أو دنانير، فأقل ما يعطى ثلاثة. ولفظ الدراهم والدنانير عند الإطلاق يحمل على نقد البلد الغالب، وليس للوارث التفسير بغيره. فإن لم يكن غالب، رجع إلى الوارث. ولو قال: أعطوه كذا، أو قال: كذا وكذا، أو قال: كذا درهمًا، أو قال: كذا وكذا درهمًا، فعلى ما ذكرناه في الإقرار. ولو قال: مئة ودرهمًا، أو ألفًا ودرهمًا، لم يلزم أن تكون المائة والألف دراهم. ولو قال: مئة وخمسين درهمًا، أو مئة وخمسة وعشرين درهمًا، فعلى الخلاف المذكور في الإقرار. قال البغوي: لو قال: كذا وكذا من دنانيري، يعطى دينارًا. ولو قال: كذا وكذا من دنانيريَّ، يعطى دينارين. ولو قال: كذا وكذا من دنانيري، يُعطى حبة، ولو قال: كذا وكذا من دنانيريَّ فحبتان. ولك أن تقول: ينبغي أن يعطى حبة أيضًا إذا قال: كذا وكذا من دنانيريَّ.

الطرف الثاني: في طريق تصحيح مسائل الوصية بالأجزاء. فإذا أوصى من له ورثة بجزءٍ شائع، وأردنا قسمة التركة بين الورثة والموصى له، فإما أن يوصيَ بالثلث فما دونه، وإما بأكثر.

القسم الأول: إذا أوصى بالثلث فما دونه، فله حالان:

أحدهما: أن تكون الوصية بجزءٍ واحد، فتصحح مسألة الميراث عائلة أو غير عائلة، وينظر في مخرج جزء الوصية، ويخرج منه جزء الوصية. ثم إن انقسم الباقي على مسألة الورثة، صحت المسألتان، وذلك كمن أوصى بربع ماله، وترك ثلاثة بنين

فمخرج جزء الوصية أربعة، والباقي بعد إخراج الربع ينقسم على البنين، وإن لم ينقسم، فلك طريقان:

أحدهما: أن تنظر في الباقي وفي مسألة الورثة، فإن تباينا، ضربت مسألة الورثة في مخرج الوصية، وإن توافقا، ضربت وفق مسألة الورثة في مخرج الوصية، فما بلغ صحت منه القسمة. ثم من له شيء من مخرج الوصية، أخذه مضروبًا فيما ضربته في مخرج الوصية، ومن له شيء من مسألة الورثة، أخذه مضروبًا فيما بقي من مخرج الوصية بعد إخراج جزء الوصية إن كان الباقي مع مسألة الورثة متباينين. وإن كانا متوافقين، ففي وفق الباقي.

الطريق الثاني: أن تنسب جزء الوصية إلى الباقي من مخرجها بعد الجزء، وتزيد مثل تلك النسبة على مسألة الورثة، فما بلغ، فمنه القسمة. فإن كان فيه كسر، ضربته في مخرج الكسر، فما بلغ، صحت منه القسمة.

مثاله: ثلاثة بنين، أوصى بثلث ماله، مسألةُ الورثة من ثلاثة، ومخرج الوصية أيضًا ثلاثة، والباقي بعد جزء الوصية اثنان لا ينقسمان على ثلاثة.

فعلى الطريق الأول: تضرب ثلاثة في مخرج الوصية، تبلغ تسعة منها القسمة، كان للموصى له سهم يأخذه مضروبًا في الثلاثة المضروبة في مخرج الوصية، ولكل ابن سهم من مسألة الورثة مضروب في الباقي من مخرج الوصية بعد إخراج جزء الوصية وهو اثنان.

وعلى الطريق الثاني تقول: جزء الوصية نصف الباقي من مخرجها، فتزيد على مسألة الورثة نصفها تكون أربعة ونصفًا، تبسطها أنصافًا تبلغ تسعة.

أبوان وخمس بنات، وأوصى بخمس ماله، مسألة الورثة من ستة، وتصح من ثلاثين، ومخرج جزء الوصية خمسة، والباقي بعد إخراج جزء الوصية أربعة لا تصح على الثلاثين.

فعلى الطريق الأول، هما متوافقان بالنصف، فتضرب نصف مسألة الورثة وهو خمسة عشر في مخرج الوصية، تبلغ خمسة وسبعين، كان للموصى له سهم يأخذه مضروبًا في خمسة عشر، ولكل واحد من الأبوين خمسة في نصف الأربعة تكون عشرة، ولكل بنت أربعة في اثنين ثمانية.

وعلى الثاني تقول: الجزء المخرج مثل ربع الباقي، فتزيد على الثلاثين ربعها وتبسطها أنصافًا، تبلغ خمسة وسبعين.

ابنان وبنتان، وأوصى بالثلث، مسألة الورثة من ستة، والوصية من ثلثه، والباقي بعد جزء الوصية لا ينقسم على ستة.

فعلى الطريق الأول: يتوافقان بالنصف، فتضرب نصف الستة في مخرج الوصية، تبلغ تسعة، للموصى له سهم في ثلاثة، ولكل ابن سهمان في واحد.

وعلى الثاني تقول: جزء الوصية نصف الباقي من مخرجها، فتزيد على مسألة الورثة نصفها تكون تسعة.

الحال الثاني: أن تكون الوصية بجزأين فصاعدًا، فيؤخذ مخرج الجزأين بالطريق المذكور في أصول مسائل الفرائض، ثم العمل على ما تبين في الحال الأول.

مثاله: أبوان، وأوصى بثمن ماله لزيد، وبخمسه لعمرو، مسألة الورثة من ثلاثة، ومخرج الجزءين أربعون. لزيد خمسة، ولعمرو ثمانية، ويبقى سبعة وعشرون تصح على ثلاثة بنين. وأوصى بربع ماله لزيد، وبنصف سدسه لعمرو، مسألة الورثة ثلاثة، ومخرج الوصيتين اثنا عشر، ومجموع الجزأين أربعة، إذا أخرجناها، يبقى ثمانية لا تصح على ثلاثة.

فعلى الطريق الأول: لا موافقة، فتضرب ثلاثة في اثني عشر، فتبلغ ستة وثلاثين منها تصح.

وعلى الثاني: الخارج بالوصيتين، نصف الباقي من مخرجهما، فتزيد على مسألة الورثة نصفها، تبلغ أربعة ونصفًا، تبسطها أنصافًا تكون تسعة، لكن نصيب الموصى لهما من مخرج الوصيتين أربعة، وحصتهما من التسعة ثلاثة لا تنقسم على أربعة، فتضرب أربعة في تسعة، تبلغ ستة وثلاثين. ولو كانت البنون ستة، والوصيتان بحالهما.

فعلى الطريق الأول، تبقى ثمانية لا تصح على ستة، لكن توافق بالنصف، فتضرب نصف الستة في اثني عشر، تبلغ ستة وثلاثين.

والطريق الثاني: كما سبق.

القسم الثاني: إذا أوصى بأكثر من الثلث، فينظر إن كانت الوصية لشخص أو جماعة يشتركون فيه، إما بجزءٍ، كالنصف، وإما بجزأين كالنصف والربع، فمدار المسألة على إجازة الورثة وردّهم، وقد سبق بيان الحكم والحساب. وإن أوصى لشخص بجزءٍ ولآخر بجزءٍ، فإن أجاز الورثة، أعطي كلُّ واحد ما سمِّي له، وقسم الباقي بين الورثة. وطريق القسمة ما سبق في القسم الأول. وإن ردوُّا الزيادة على الثلث، قسم الثلث بينهم على نسبة أنصبائهم بتقدير الإجازة، وسواء زاد الجزء الواحد، كالنصف والثلث، أو لم يزد واحد منهما، كالربع والثلث.

مثاله: أبوان وابنان، وأوصى لزيد بنصف ماله، ولعمرو بثلثه، وأجازوهما،

فمسألة الورثة ستة، وكذا مخرج الوصيتين، والباقي بعد جزأي الوصيتين لا ينقسم على ستة.

فعلى الطريق الأول: تضرب الستة في مخرج الوصيتين، تبلغ ستة وثلاثين.

وعلى الثاني نقول: جزءا الوصيتين خمسة أمثال الباقي من مخرجهما، فيزاد على مسألة الورثة خمسة أمثالها، تبلغ ستة وثلاثين، منها تصح القسمة. وإن ردّوا الوصيتين، قسمنا الثلث بينهما على خمسة، لأن نصيبهما بتقدير الإجازة خمسة من ستة. ولذلك طريقان:

أحدهما: أن ينظر إلى ما زاد من الوصايا على الثلث، وينقص بتلك النسبة من نصيب كل واحد من الموصى لهم، فنسبة ما زاد هنا ثلاثة أخماس، لأن مجموع الوصية بخمسة من ستة، ولا خمس لمخرج الوصيتين، فتضرب مخرج الخمس في ستة، تبلغ ثلاثين، منها خمسة عشر للموصى له بالنصف، وعشرة للموصى له بالثلث، فينقص من كل واحد ثلاثة أخماسه، يبقى للأول ستة، وللثاني أربعة، والباقي عشرون للورثة. وهذه الأنصباء متوافقة بالنصف، فترد للاختصار إلى أنصافها، وتقسم من خمسة عشر.

الطريق الثاني: أنا نطلب مالًا لثُلثه خمس، فنضرب مخرج الثلث في مخرج الخمس، تبلغ خمسة عشر، للموصى له بالنصف ثلاثة، وللآخر اثنان، يبقى عشرة للورثة لا تنقسم على مسألتهم وهي ستة، لكن توافقها بالنصف، فنضرب نصف الستة في الخمسة عشر، تبلغ خمسة وأربعين، منها تصح القسمة.

**فرع:** هذا الذي ذكرناه، إذا لم تستغرق الوصية المال. فإن استغرقت وأجيزت، قسم المال بين أصحاب الوصايا. وإن ردّوا، قسم الثلث بينهم على نسبة أنصبائهم بتقدير الإجازة. وإن زادت الوصايا على المال، بأن أوصى لزيد بماله كلِّه، ولعمرو بثلثه، فإن أجازوا، فقد عالت إلى أربعة، لزيد ثلاثة، ولعمرو سهم. وإن ردّوا، قسم الثلث بينهم على أربعة، وتكون قسمة الوصية من اثني عشر. ولو أوصى لزيد بنصف ماله، ولعمرو بثلثه، ولبَكْر بربعه، قسم المال بينهم على ثلاثة عشر سهمًا إن أجازوا، وإلا، قسم ثلثه على ثلاثة عشر.

**فرع:** أوصى لزيد بعبد قيمته مئة، ولعمرو بدار قيمتها ألف، ولبَكْر بخمسمائة، وكان ثلث ماله ثمانمائة، فقد أوصى بثلثي ماله. فإن أجازوا، فذاك، وإلا، فالزائد على الثلث مثل جميع الوصايا، فتردّ كل وصية إلى نصفها، ويخص كل واحد بنصف ما عيّن له. ولو أوصى لزيد بعشرة، ولعمرو بعشرة، ولبكر بخمسة، وثلثه عشرون، ولم يجيزوا، قسمت العشرون على خمسة، لكل واحد من الأوَّلين ثمانية، ولبكر

أربعة. ولو كانت بحالها وقال: قدموا بكرًا على عمرو، قال ابن الحداد: لزيد ثمانية، ولعمرو سبعة، ولبكر خمسة. ولو قال: قدموا بكرًا عليهما، أعطي خمسة، ودخل النقص عليهما بالسوية، فيكون لكل منهما سبعة ونصف.

**فرع:** أوصى لزيد بعبدٍ، ولعمرو بما بقي من ثلث ماله، اعتبر ماله عند الموت. فإن خرج العبد من ثلثه، دفعناه إلى زيد، وأعطينا عمرًا باقي الثلث إن بقي شيء، وإلا، بطلت وصية عمرو. وإن مات العبد قبل موت الموصي، لم يحسب من التركة، وينظر في باقي أمواله، فيحط من ثلثها قيمة العبد، ويدفع باقيه إلى عمرو. فإن لم يبق شيء، بطلت أيضًا وصيته. وإن مات بعد موت الموصي، حسب من التركة، وحسبت قيمته من الثلث. فإن بقي شيء من الثلث، فهو لعمرو. ولو لم يكن له مال سوى العبد، فأوصى لزيد به، ولعمرو بثلثه، أو بثلث ماله، ولم يجر لفظ يقتضي الرجوع عن الوصية الأولى. فإن أجازوا، قسم العبد بينهما، لزيد ثلاثة أرباعه، ولعمرو ربعه. وإن لم يجيزوا، قسم الثلث كذلك. وإن أوصى لزيد بالعبد. وقيمته ألف، ولعمرو بثلث ماله، وله ألفان سوى العبد، فإن أجازوا، جعل العبد بينهما أرباعًا كما ذكرنا، ولعمرو مع ربعه ثلث الألفين. وإذا كان العبد الذي هو ثلث المال أربعة، كان الألفان وهما ثلثاه ثمانية، لكن ليس للثمانية ثلث، فتضرب مخرج الثلث في اثني عشر، تبلغ ستة وثلاثين، العبد منها اثنا عشر، تسعة منها لزيد، وثلاثة منها مع ثمانية من الباقي لعمرو، والباقي للورثة. وإن ردّوا الوصية، قسم الثلث بينهما على عشرين، لأن جملة سهام الوصايا عند الإجازة عشرون. وإذا كان العبد وهو ثلث المال عشرين، كان الجميع ستين، لزيد تسعة من العبد، ولعمرو ثلاثة منه وثمانية أسهم من الباقي، كما كان في حال الإجازة، يبقى للورثة ثمانية أسهم من العبد، واثنان وثلاثون سهمًا من الباقي، وجميع ما ذكرناه فيما إذا أجاز جميع الورثة جميع الوصايا، أو ردّ جميعهم جميعها إلى الثلث. فلو أجازوا بعضها، أو أجاز بعضهم بعضها، وبعضهم كلها، أو أجاز بعضهم بعضها، وبعضهم بعضًا آخر، أو أجاز بعضهم جميعها، ورد بعضهم جميعها، أو ردّ بعضهم جميعها وبعضهم بعضها، فالطريق في هذه الأحوال أن تصحح المسألة على تقدير الإجازة المطلقة وعلى تقدير الردّ المطلق. فإن تماثلت المسألتان، اكتفيت بإحداهما. وإن تداخلتا، اكتفيت بالأكثر واستغنيت عن الضرب. وإن تباينتا، ضربت إحداهما في الأخرى. وإن توافقتا، ضربت وفق إحداهما في الأخرى، ثم يقسم المال بينهما على تقديري الإجازة والرد من ذلك العدد، وينظر في الحاصل لكل مجيز على التقديرين، فيكون قدر التفاوت بينهما لمن أجاز له.

مثاله: ابنان، وأوصى لزيد بنصف ماله، ولعمرو بثلثه، المسألة على تقدير الإجازة من اثني عشر، وعلى تقدير الرد من خمسة عشر، وهما متوافقان بالثلث، فتضرب ثلث إحداهما في الأخرى، تبلغ ستين، لزيد منها على تقدير الإجازة المطلقة ثلاثون، ولعمرو عشرون، ولكل ابن خمسة، ولزيد على تقدير الردّ المطلق اثنا عشر، ولعمرو ثمانية، ولكل ابن عشرون، فالتفاوت في نصيب كل ابن خمسة عشر. فإن أجازا وصية زيد، فقد سامحه كل ابن بتسعة، فيتم له ثلاثون، ويبقى لكل ابن أحد عشر. وإن أجازا وصية عمرو، فقد سامحه كل ابن بستة، فيتم له عشرون، ولكل ابن أربعة عشر. وإن أجاز أحدهما الوصيتين وردّهما الآخر، فقد سامح المجيز زيدًا بتسعة، وعَمرًا بستة، فيكون لزيد أحد وعشرون، ولعمرو أربعة عشر، وللمجيز خمسة، وللرادّ عشرون. وإن أجاز أحدهما الوصيتين، وأجاز الآخر وصية زيد، تم لزيد ثلاثون. وإن أجاز الآخر وصية عمرو، تم له عشرون. وإن أجاز أحدهما وصية زيد، والآخر وصية عمرو، فهذا سامح زيدًا بتسعة، وذاك سامح عمرًا بستة، فيكون لزيد أحد وعشرون، ولمجيزه أحد عشر، ولعمرو أربعة عشر، ولمجيزه مثلها.

الطرف الثالث: في الدوريات من الوصايا.

**فصل:** في الوصية بمثل نصيب وارث، وبجزء شائع: الجزء الشائع، قد يكون مضافًا إلى ما يبقى من المال بعد النصيب، وقد يكون مضافًا إلى جميع المال. فإن كان مضافًا إلى جميع المال، نظر، إن لم تزد جملة المال الموصى به على الثلث، جعل الموصى له بالنصيب كأحد الورثة، فتصحح مسألة الورثة، ثم يؤخذ مخرج الوصية ويخرج منه جزء الوصية، وينظر هل ينقسم الباقي على مسألة الورثة؟ إن انقسم، فذاك، وإلا، فطريق التصحيح ما سبق. وإن زادت على الثلث وأجاز الورثة، فكذلك الحكم والحساب. وإن لم يجيزوا، قسم الثلث على نسبة القسمة عند الإجازة.

مثاله: ثلاثة بنين، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم، ولعمرو بعشر المال، فمسألة الورثة وزيد من أربعة، ومخرج الجزء عشرة، يبقى منها بعد إخراج الجزء تسعة لا تنقسم على أربعة، ولا توافق، فتضرب أربعة في عشرة، تبلغ أربعين، لعمرو أربعة، ولزيد وكل ابن تسعة، وجملة الوصيتين ثلاثة عشر. وإن كان الجزء مضافًا إلى ما تبقى من المال بعد النصيب، مثل أن ترك ثلاثة بنين، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم، ولعمرو بسدس ما تبقى من المال بعد النصيب، فالمقصود في هذه المسألة ونظائرها، يعرف بطرق.

منها: طريقة الجبر، ولها وجوه. أسهلها: أن تأخذ مالًا وتسقط منه نصيبًا لزيد، يبقى مال سوى نصيب، تسقط سدسه لعمرو، يبقى خمسة أسداس مال إلا خمسة أسداس نصيب تعدل أنصباء الورثة، وهي ثلاثة، فتجبر وتقابل، فتكون خمسة أسداس مال معادلة لثلاثة أنصباء وخمسة أسداس نصيب، تضرب ثلاثة وخمسة أسداس مال في أقل عدد له سدس وهو ستة، تكون ثلاثة وعشرين، النصيب من ذلك خمسة، يبقى ثمانية عشر، سدسها لعمرو، يبقى خمسة عشر، لكلٍّ خمسة.

ومنها: أن تجعل المال كله دينارًا وستة دراهم، فالوصية بالسدس، فتجعل الدينار نصيب زيد، ودرهمًا من الستة لعمرو، يبقى خمسة دراهم للبنين، لكل ابن درهم وثلثان، فعلمنا أن قيمة الدينار درهم وثلثان، وكنّا جعلنا المال دينارًا وستة دراهم، فهو إذن سبعة دراهم وثلثان، فتبسطها أثلاثًا، فتبلغ ثلاثة وعشرين، وتسمى هذه: طريقة الدينار والدرهم.

ومنها: أن تقول: مسألة الورثة من ثلاثة، فيكون لزيد سهم مثل أحدهم، فتزيد على كل واحد من سهام البنين مثل خمسه، لأنه أوصى بسدسها، وسدس كل شيء مثل خمس الباقي بعد إخراج السدس، فيكون جميع المال أربعة أسهم وثلاثة أخماس، تبسطها أخماسًا، تبلغ ثلاثة وعشرين، وتسمى هذه: طريقة القياس.

ومنها: أن تقسم سهام الورثة وهي ثلاثة، وتضيف إليها سهمًا لزيد، تكون أربعة، تضربها في مخرج السدس، تبلغ أربعة وعشرين، تسقط منها الحاصل من ضرب الجزء الموصى به بعد النصيب في النصيب وهو واحد، يبقى ثلاثة وعشرون، وهو المال، فإذا أردت النصيب، أخذت سهمًا، فتضربه في مخرج السدس، تكون ستة، تسقط منها ما أسقطته من المال، يبقى خمسة، فهي النصيب، وهذه تسمى: طريقة الحشو، ويسمى هذا الذي يسقط: سهم الحشو. ويقال: كان محمد بن الحسن رحمه الله يعتمدها.

ومنها: أن تأخذ سهام الورثة، وتضربها في مخرج السدس، تكون ثمانية عشر، تصرف سدسها إلى عمرو، يبقى خمسة عشر، لكل ابن خمسة. وإذا بان أن النصيب خمسة، فزد خمسة على ثمانية عشر، تكون ثلاثة وعشرين.

ومنها: أن يقال: المال كله ستة ونصيب، النصيب لزيد، وسهم من الستة لعمرو، يبقى خمسة لا تصح على ثلاثة، فتضرب ثلاثة في ستة، تبلغ ثمانية عشر مع النصيب المجهول، فسدس الثمانية عشر لعمرو، والباقي بين البنين، لكل ابن خمسة. فعرفنا أن النصيب المجهول خمسة، والمال ثلاثة وعشرون.

مسألة: ثلاثة بنين، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم، ولعمرو بثلث باقي

المال بعد النصيب، استخراجها بطريق الخطائن أن يقدر المال أربعة، لِعلمنا أن هنا نصيبًا وثُلثًا بعد النصيب، فتجعل النصيب واحدًا، وتدفع ثلث الباقي إلى عمرو، يبقى اثنان، ونحن نحتاج إلى ثلاثة ليكون لكل ابن مثل النصيب المفروض، فقد نقص عن الواجب واحد، وهذا هو الخطأ الأول، ثم تجعل المال خمسة، وتجعل النصيب منها اثنين، وتدفع ثلث الباقي إلى عمرو، يبقى اثنان، ونحن نحتاج إلى ستة ليكون لكل ابن مثل النصيب المفروض، فقد نقص عن الواجب أربعة، وهذا هو الخطأ الثاني، والخطآن جميعًا ناقصان، فتسقط أقلهما من أكثرهما، يبقى ثلاثة، فتحفظها، ثم تضرب المال الأول في الخطأ الثاني، فيكون ستة عشر، وتضرب المال الثاني في الخطأ الأول، يكون خمسة، تسقط الأقل من الأكثر، يبقى أحد عشر، تقسمها على الثلاثة المحفوظة، يخرج بالقسمة ثلاثة وثلثان، تبسطها أثلاثًا، تكون أحد عشر، فهو المال، ثم تضرب النصيب الأول في الخطأ الثاني، يكون أربعة، وتضرب النصيب الثاني في الخطأ الأول، يكون اثنين، تسقط الأقل من الأكثر، يبقى اثنان، تقسمها على الثلاثة المحفوظة، يخرج بالقسمة ثلثان، إذا بُسِطا كانا اثنين، فهما النصيب، فتدفع اثنين من أحد عشر إلى زيد، وثلث الباقي ثلاثة إلى عمرو، يبقى ستة، لكل ابن سهمان، وهذا إذا أجاز الورثة، لأن الوصيتين زائدتان على الثلث، وتسمى هذه الطريقة: الجامع الكبير من طرق الخطائن. وبطريقة الباب نقول: سهام البنين ثلاثة، وقد أوصى بثلثها، فيبقى لكل ابن ثلثا سهم، فبان أن النصيب الموصى به لزيد ثلثا سهم، ثم تضم الثلث المخرج إلى أنصبائهم، تبلغ جملة المال ثلاثة أسهم وثلثي سهم، تبسطها أثلاثًا، تكون أحد عشر. وبطريقة المقادير تعطي الموصى له بمثل النصيب نصيبًا من المال، يبقى منه مقدار، تدفع ثلثه إلى عمرو، ويبقى ثلثا مقدار، تقسمها بين البنين، يحصل لكل ابن تسعا مقدارٍ، فتعلم أن ما أخذه الموصى له بالنصيب تسعا مقدار، فالمال كله مقدار وتسعا مقدار، تبسطها أتساعًا، يكون أحد عشر، وتخرج المسألة السابقة بهذه الطرق الثلاث خروج هذه المسألة بتلك الطرق الست.

**فصل:** وقد تكون الوصية بجزءٍ من جزءٍ من المال يبقى بعد النصيب أو بعضه.

مثاله: ثلاثة بنين؛ وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم، ولعمرو بمثل ما تبقى من ثلث المال بعد النصيب، تقدر ثلث المال عددًا له ثلث، لقوله: بثُلث الباقي من الثُلث. وليكن ثلاثة، تزيد عليه واحدًا للنصيب، فيكون أربعة. وإذا كان الثلث أربعة، فالثلثان ثمانية، والجملة اثنا عشر، تعطي زيدًا سهمًا، وعمرًا سهمًا، وهو

ثلث الثلاثة الباقية من ثلث المال الباقي، يبقى سهمان، تضمهما إلى ثلثي المال، تكون عشرة، وكان ينبغي أن يكون ثلاثة، ليكون لكل ابن مثل النصيب المفروض، فقد زاد على ما ينبغي سبعة، وهو الخطأ الأول، ثم تقدر الثلث خمسة، وتجعل النصيب اثنين، وتعطي عمرًا واحدًا، يبقى سهمان، تزيدهما على ثلثي المال وهو عشرة على هذا التقدير، تبلغ اثني عشر، وكان ينبغي أن يكون ستة، ليكون لكل ابن سهمان، فزاد على ما ينبغي ستة، وهو الخطأ الثاني، ثم نقول: لما أخذنا أربعة، زاد على الواجب سبعة، ولمّا زدنا سهمًا نقص عن الخطأ سهم، فعلمنا أن كل سهم يزيد ينقص به من الخطأ سهم، وقد بقي من الخطأ ستة أسهم، فنزيد لها ستة أسهم، يكون أحد عشر، فهو ثلث المال، النصيب منها ثمانية، وجميع المال ثلاثة وثلاثون، ونسمي هذه الطريقة: الجامع الصغير من طرق الخطائن.

**فصل:** في الوصية بنصيب أحد الورثة مع الوصية بجزأين أحدهما من جميع المال، والآخر مما تبقى: مثاله: بنت وأخ، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهما، ولعمرو بربع المال، ولبكر بنصف الباقي بعد ذلك، فعلى طريق القياس، نعلم أنه إذا أخذ عمرو ربع المال، وزيد نصيبًا، ينبغي أن يكون للباقي نصف، وأقل عدد له نصف اثنان، لبكر منهما سهم، يبقى سهم، لكل واحد من الوارثين نصف سهم، فعلمنا أن النصيب نصف سهم، فيكون الباقي من المال بعد الربع سهمين ونصف سهم، وذلك ثلاثة أرباع المال، نزيد عليه ثلاثة، وهو خمسة أسداس، يبلغ ثلاثة وسدسين، نبسطها أسداسًا، تبلغ عشرين، لزيد ثلاثة ولعمرو خمسة، يبقى اثنا عشر، لبكر نصفها، ولكل واحد من الوارثين ثلاثة كالنصيب. ولو كانت المسألة بحالها، إلا أن وصية عمرو بخمس المال، ووصية بكر بثلث الباقي، فالمال خمسة، والنصيب واحد.

**فصل:** فيما إذا كان الجزءان مع النصيب أحدهما بعد الآخر: مثاله: أم، وعَمَّان، أوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم، ولعمرو بربع ما تبقى من المال بعد النصيب، ولبكر بثلث ما تبقى من المال بعد ذلك، ولخالد بنصف ما تبقى بعد ذلك، تأخذ مالًا، وتلقى منه نصيبًا، يبقى مال إلا نصيبًا، تلقي من هذا الباقي ربعه، يبقى ثلاثة أرباع مال إلا ثلاثة أرباع نصيب، تلقي من الباقي ثلثه، يبقى نصف مال إلا نصف نصيب، تلقي من الباقي نصفه، يبقى ربع مال إلا ربع نصيب تعدل ثلاثة أنصباء، تجبر وتقابل، فربع مال يعدل ثلاثة أنصباء وربع نصيب، فتضربها في أربعة، تبلغ ثلاثة عشر، النصيب منه واحد، يبقى اثنا عشر، لعمرو ربعها، يبقى تسعة، لبكر ثلثها، يبقى ستة، لخالد نصفها، يبقى ثلاثة، لكل واحد من الورثة واحد كالنصيب.

**فصل:** في الوصية بنصيبين مع الوصية بجزء بعد كل نصيب: مثاله: ثلاثة بنين، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم، ولعمرو بثلث ما تبقى من الثلث، ولبكر بمثل نصيب أحدهم، ولخالد بنصف ما تبقى من الثلث بعد النصيب، فخذ أحد أثلاث المال، وادفع منه نصيبًا إلى زيد، يبقى منه مقدار، تدفع ثلثه إلى عمرو، يبقى معنا ثلثا مقدار، ونأخذ ثلثًا آخر وتدفع منه نصيبًا إلى بكر، يبقى مقدار، تعطي منه خالدًا نصفه، يبقى نصف مقدار، فتضم الباقي من الثلثين وهو مقدار وسدس مقدار إلى الثلث الثالث وهو نصيب، ومقدار يكون نصيبًا ومقدارين وسدس مقدار، وذلك يعدل أنصباء الورثة وهو ثلاثة، تسقط نصيبًا بنصيب، يبقى مقداران وسدس مقدار في معادلة نصيبين، فالنصيب الواحد مقدار ونصف سدس مقدار، وكنا فرضنا كل ثلث نصيبًا ومقدارًا، فهو إذًا مقداران ونصف سدس، تبسطها بالضرب في اثني عشر، تكون خمسة وعشرين، وجملة المال خمسة وسبعون، والنصيب ثلاثة عشر، فلزيد ثلاثة عشر، ولعمرو أربعة، ولبكر ثلاثة عشر، ولخالد ستة، ولكل ابن ثلاثة عشر كالنصيب.

**فصل:** في الوصية بنصيب وبجزء شائع، على شرط أن لا يضام بعض الورثة، أي: لا يدخل النقص عليه: مثاله: ابنان، وأوصى لزيد بربع المال، ولعمرو بنصيب أحد الابنين، على أن لا يضام الثاني بالوصيتين، هي من أربعة لذِكْره الربع، لزيد سهم، وللابن الذي شرط أن لا يضام سهمان، يبقى سهم لعمرو وللابن الآخر لا يصح عليهما، فتضرب اثنين في أربعة.

مسألة: ثلاثة بنين، أحدهم بَكر، وأوصى من ثلث ماله لزيد بنصيب أحدهم، ولعمرو بثلث ما تبقى من الثلث، وشرط أن لا يضام بَكر، فخذ ثلث المال، وادفع إلى زيد منه نصيبًا، يبقى مقدار، تدفع ثلثه إلى عمرو، يبقى ثلثا مقدار تضمهما إلى الثلثين وهما نصيبان ومقداران، وذلك كله يعدل ثلث المال ونصيبين. أما ثلث المال، فهو الذي توفيه بكرًا غير منقوص. وأما النصيبان، فهما نصيبا الابنين الآخرين، وذلك ثلاثة أنصباء ومقدار، فتسقط نصيبين بنصيبين، ومقدارًا بمقدار، يبقى نصيب في معادلة مقدار وثلثين، فعرفنا أن النصيب مقدار وثلثان، وأن الثلث مقداران وثلثان، فنبسطها أثلاثًا، فيكون ثمانية، فهي ثلث المال، والنصيب منها خمسة، وجملة المال أربعة وعشرون، لزيد خمسة، ولعمرو سهم، ولبكر ثمانية، ولكل واحد من الآخرين خمسة كالنصيب.

**فصل:** في الوصية بالنصيب مع استثناء جزء من المال عنه: مثاله: ثلاثة بنين، أوصى بمثل نصيب أحدهم إلا ربع جميع المال، تأخذ مالًا، وتسقط منه نصيبًا،

يبقى مال ينقص نصيبًا، تزيد عليه ربع المال المستثنى، يبلغ مالًا وربع مال إلا نصيبًا، وذلك يعدل ثلاثة أنصباء، وهي أنصباء الورثة، تجبر وتقابل، فإذًا مال وربع يعدل أربعة أنصباء، تبسطها أرباعًا، وتقلب الاسم، فالمال ستة عشر، والنصيب خمسة، تدفع إلى الموصى له خمسة، وتسترجع منه ربع المال وهو أربعة، يبقى معنا خمسة عشر، لكل ابن خمسة كالنصيب.

مسألة: ابن، وأوصى بمثل نصيبه إلا نصف المال، تأخذ مالًا، وتسقط منه نصيبًا، ثم تسترجع من النصيب نصف مال، يحصل معنا مال ونصف سوى نصيب، يعدل نصيبًا واحدًا، تجبر وتقابل، فيكون مال ونصف يعدل نصيبين، تبسطهما أنصافًا، وتقلب الاسم، فيكون المال أربعة، والنصيب ثلاثة، تدفع إلى الموصى له ثلاثة، وتسترجع منه اثنين، يبقى معه سهم، وهو مثل نصيب الابن ناقصًا بنصف المال.

**فصل:** في الوصية بالنصيب مع استثناء جزء مما تبقى من المال: فهذا، إما أن يكون مع تقييد الموصي الاستثناء بجزءٍ مما تبقى من المال بعد النصيب، وإما مع التقييد بجزءٍ مما تبقى من المال بعد الوصية، وإما مطلقًا، فهذه ثلاثة أقسام:

القسم الأول: مثاله: ثلاثة بنين، وأوصى بمثل نصيب أحدهم إلا ربع الباقي من المال بعد النصيب، تأخذ مالًا وتسقط منه نصيبًا، يبقى مال ناقص بنصيب، تزيد عليه ربعه وهو الذي يسترده من جملة النصيب، وربعه ربع مال إلا ربع نصيب، فيبلغ مالًا وربع مال إلا نصيبًا، وربع نصيب يعدل ثلاثة أنصباء، فتجبر وتقابل، فإذًا مال وربع مال يعدل أربعة أنصباء وربع نصيب، تبسطها أرباعًا وتقلب الاسم، فالمال سبعة عشر، والنصيب خمسة، تعطي الموصى له خمسة، يبقى اثنا عشر، تسترجع من الخمسة ربع الباقي وهو ثلاثة، يبقى مع الموصى له سهمان، ومع البنين خمسة عشر، لكل ابن خمسة.

القسم الثاني: أن يقيد الاستثناء بجزءٍ مما تبقى من المال بعد الوصية، فالجزء من باقي المال بعد الوصية، كالجزء الواقع تحته من باقي المال بعد النصيب، فعشر الباقي بعد الوصية كتسع الباقي بعد النصيب، وتسع الباقي بعد الوصية كثمن الباقي بعد النصيب، وعلى هذا القياس، حتى ينتهي إلى ثلث الباقي بعد الوصية، فهو كنصف الباقي بعد النصيب، وخرّجوا صور هذا القسم بطريقين:

أحدهما: البناء على القاعدة المذكورة. فإذا أوصى ـ وله ثلاثة بنين ـ بنصيب أحدهم إلا ربع ما تبقى من المال بعد الوصية، فهو كما لو أوصى بنصيب أحدهم إلا ثلث ما تبقى بعد النصيب، فتأخذ مالًا، وتلقي منه نصيبًا، يبقى مال ناقص

بنصيب، تزيد ثلثه للاستثناء وهو ثلث مال إلا ثلث نصيب، يبلغ مالًا وثلث مال إلا نصيبًا، وثلث نصيب يعدل ثلاثة أنصباء، فتجبر وتقابل، فإذًا مال وثلث مال يعدل أربعة أنصباء وثلث نصيب، فتبسطها أثلاثًا، وتقلب الاسم، فالمال ثلاثة عشر، والنصيب أربعة، تعطي الموصى له أربعة، يبقى تسعة، تسترد من الأربعة ثلث التسعة الباقية، يبقى معه سهم، ويحصل للبنين اثنا عشر، ولكل ابن أربعة، فالذي أخذه الموصى له مثل النصيب إلا ثلث الباقي بعد النصيب، ومثل النصيب إلا ربع الباقي بعد الوصية، لأن الباقي بعد الوصية اثنا عشر.

الطريق الثاني: إنَّا نعلم أن باقي المال في الصورة المذكورة بعد الوصية أنصباء البنين، وهي ثلاثة، وربعها ثلاثة أرباع نصيب، فهو المستثنى من نصيب أحد البنين، يبقى ربع نصيب وهو الوصية، فتزيده على أنصباء البنين، تبلغ ثلاثة أنصباء وربع نصيب، نبسطها أرباعًا بالضرب في أربعة، تكون ثلاثة عشر، والوصية سهم.

القسم الثالث: أن يطلق فيقول: أوصيت له بمثل نصيب فلان إلا ربع ما تبقى من المال، ولم يقل: بعد النصيب، ولا بعد الوصية، ففيه وجهان لأصحابنا. أحدهما: يحمل على الباقي بعد النصيب، لأن المذكور هو النصيب فانصرف الاستثناء إليه. والثاني: وهو قول أكثرهم: يحمل على الباقي بعد الوصية، لأن الباقي بعد الوصية أكثر من الباقي بعد النصيب، فيكون المستثنى أكثر، ويَقِلُّ نصيب الموصى له، وقد تقرر تنزيل الوصايا على الأقل المتيقن، ثم طريق الحساب على الوجهين ما سبق.

**فصل:** في الوصية بالنصيب مع استثناء جزء مما تبقى من جزء من المال: هذا يجيء فيه الأقسام المذكورة في الفصل الذي قبله. والقسم الثالث فيه الوجهان. فإن صرح بذكر النصيب، فأوصى ـ وله ثلاثة بنين ـ بمثل نصيب أحدهم إلا ثلث ما تبقى من الثلث بعد النصيب، فتأخذ ثلث مال، وتلقي منه نصيبًا، يبقى ثلث مال سوى نصيب، تزيد على ثلثه وهو تسع مال إلا ثلث نصيب للاستثناء، تبلغ أربعة أتساع مال سوى نصيب وثلث نصيب تعدل أنصباء الورثة وهي ثلاثة، فتجبر وتقابل، فمال وتسع مال يعدل أربعة أنصباء وثلث نصيب، تبسطها أتساعًا، وتقلب الاسم، فالمال تسعة وثلاثون، والنصيب عشرة، تأخذ الثلث ثلاثة عشر، فتسقط منه نصيبًا وهو عشرة، يبقى ثلاثة، تسترجع ثلثها بالاستثناء، يبقى تسعة، تسقطها من المال، يبقى ثلاثون، لكل ابن عشرة.

مسألة: أربعة بنين، وأوصى بمثل نصيب أحدهم إلا ربع ما تبقى من الثلث بعد ثلث النصيب، تأخذ ثلث مال، وتسقط منه نصيبًا، يبقى ثلث مال سوى نصيب،

ثم تسترجع من النصيب ربع الباقي من الثلث بعد ثلث النصيب، وهو نصف سدس مال إلا سدس نصيب، وتضمه إلى ما معك، تبلغ خمسة أجزاء من اثني عشر جزءًا من مال إلا نصيبًا، وجزءًا من اثني عشر جزءًا من نصيب، تزيده على ثلثي المال، يبلغ مالًا وجزءًا من اثني عشر جزءًا من مال إلا نصيبًا، وجزءًا من اثني عشر جزءًا من نصيب يعدل أنصباء الورثة وهي أربعة، تجبر وتقابل، فإذًا مالٌ وجزءٌ من اثني عشر جزءًا من مال، يعدل خمسة أنصباء وجزءًا من اثني عشر جزءًا من نصيب، ثم ابسطها بأجزاء اثني عشر، واقلب الاسم، فالنصيب ثلاثة عشر، والمال أحد وستون، ولكن ليس لأحد وستين ثلث، فتضربها في ثلاثة، تبلغ مئة وثلاثة وثمانين، فهو المال، والنصيب تسعة وثلاثون، تأخذ ثلث المال وهو أحد وستون، تعزل منه تسعة وثلاثين للنصيب، ثم تسترجع منه اثني عشر، لأن الباقي من الثلث بعد ثلث النصيب ثمانية وأربعون، وربعها اثنا عشر، فيبقى للموصى له سبعة وعشرون، تسقطها من المال، يبقى مئة وستة وخمسون، لكل ابن تسعة وثلاثون.

**فرع:** أوصى بمثل نصيب أحد ورثته إلا ثلث ما تبقى، ولم يزد على هذا، فكأنه قال: إلا ثلث ما تبقى من المال بعد الوصية، لأنه الأقل المتيقّن. فإذا كان له ابنان والحالة هذه، فلهم سهم من تسعة، لأن لكل واحد من الابنين والموصى له ثلاثة، ثم تسترجع منه بقدر ثلث الباقي وهو سهمان، فيبقى سهم.

**فرع:** وأما إن صرح بذكر الوصية والباقي من الجزء فقال ـ وله ثلاثة بنين ـ: أوصيت بمثل نصيب أحدهم إلا ثلث ما تبقى من الثلث بعد الوصية، فطرق الحساب فيه على قياس ما سبق، لكن يستعمل بدل ثلث الباقي من الثلث بعد الوصية، نصف الباقي من الثلث بعد النصيب كما سبق في الفصل السابق، ويكون المال في الصورة المذكورة سبعة وعشرين، والنصيب سبعة. فإذا أخذنا ثلث المال، وعزلنا منه سبعة، بقي اثنان، نسترجع نصفهما من النصيب وهو واحد، يبقى مع الموصى له ستة، ومع البنين أحد وعشرون، مع كل ابن سبعة كالنصيب.

**فصل:** في الوصية بجزء من المال وبالنصيب مع استثناء جزء من باقي المال: الباقي من المال، قد يقيَّد بما بعد النصيب، وقد يقيَّد بما بعد الوصية، وقد يطلق كما سبق، فإن جرى ذكر النصيب، بأن أوصى ـ وله ابنان ـ لزيد بربع المال، ولعمرو بمثل نصيب أحدهما إلا ثلث ما تبقى من المال بعد النصيب، فخذ مالًا، واجعل ربعه لزيد، يبقى ثلاثة أرباع مال، تعطي عمرًا منها نصيبًا، يبقى ثلاثة أرباع مال إلا نصيبًا، تسترجع من النصيب مثل ثلث هذا الباقي وهو ربع مال إلا ثلث نصيب، تزيده على ما معك، يبلغ مالًا إلا نصيبًا وثلث نصيب، وذلك يعدل

نصيبين، فتجبر وتقابل، فإذًا مال يعدل ثلاثة أنصباء وثلث نصيب، فتبسطها أثلاثًا، وتقلب الاسم، فالمال عشرة، والنصيب ثلاثة، تعطي زيدًا ربع العشرة، يبقى سبعة ونصف، تعزل منها ثلاثة لعمرو، يبقى أربعة ونصف، تسترجع ثلثها من الثلاثة وهو واحد ونصف، فتضمه إلى ما معك، تبلغ ستة، لكل واحد ثلاثة كالنصيب، فإن أردت إزالة الكسر، بسطت العشرة أيضًا أنصافًا وقلت: المال عشرون، والنصيب ستة. وإن جرى ذكر الوصية، بأن أوصى ـ وله ابنان ـ لزيد بربع المال، ولآخر بمثل نصيب أحدهما إلا ثلث ما تبقى من المال بعد الوصية، فهو كقوله: إلا نصف ما تبقى من المال بعد النصيب كما سبق، فتأخذ مالًا، وتجعل لزيد ربعه، يبقى ثلاثة أرباع مال، تعطي عمرًا منها نصيبًا، يبقى ثلاثة أرباع سوى نصيب، تسترجع منه نصف هذا الباقي، وهو ثلاثة أثمان مال سوى نصف نصيب، وتزيده على ما معك، يبلغ مالًا وثمن مال إلا نصيبًا ونصف نصيب، وذلك يعدل نصيبين، فإذا جبرت وقابلت، فمال وثمن مال يعدل ثلاثة أنصباء ونصف نصيب تبسطها أثمانًا، فالمال ثمانية وعشرون، والنصيب تسعة، تعطي زيدًا ربع المال، يبقى أحد وعشرون، تفرز منها تسعة لعمرو، يبقى اثنا عشرة، تسترجع نصفها من تسعة عمرو، وتضمه إليها، تبلغ ثمانية عشر، لكل ابن تسعة كالنصيب.

**فصل:** في الوصية بجزء شائع من المال وبالنصيب مع استثناء جزء مما يبقى من جزء من المال: مثاله: خمسة بنين، وأوصى لزيد بثمن ماله، ولعمرو بثلث ما تبقى من الثلث بعد الثمن والنصيب، تأخذ ثلث مال، وتلقي منه ثمن جميع المال، يبقى خمسة من أربعة وعشرين جزءًا من المال، تفرز منه نصيبًا لعمرو، يبقى خمسة من أربعة وعشرين جزءًا سوى نصيب، تسترجع من النصيب ثلث هذا الباقي، وليس للخمسة ثلث صحيح، فتضرب المال في ثلاثة، تكون اثنين وسبعين، ويكون معك خمسة عشر جزءًا من اثنين وسبعين جزءًا من المال سوى نصيب، تزيد ثلث هذا المبلغ عليه، فيصير عشرين جزءًا من اثنين وسبعين جزءًا سوى نصيب وثلث نصيب يعدل أنصباء الورثة وهي خمسة، فإذا جبرت وقابلت، فثمانية وستون تعدل ستة أنصباء وثلث نصيب، فتبسطها بأجزاء اثنين وسبعين، وتقلب الاسم، فإذًا المال أربعمائة وستة وخمسون، والنصيب ثمانية وستون، تأخذ ثلث المال وهو مئة واثنان وخمسون، وتلقي منه ثمن المال، وهو سبعة وخمسون، يبقى خمسة وتسعون، تلقي منها نصيبًا وهو ثمانية وستون، يبقى سبعة وعشرون، تسترجع من النصيب ثلثها، وتزيدها على السبعة والعشرين، تبلغ ستة وثلاثين، تزيدها على ثلثي المال، وهو ثلاثمائة وأربعة أسهم، تبلغ ثلاثمائة وأربعين، لكل ابن ثمانية وستون كالنصيب. فإن

كانت المسألة بحالها، إلا أنه أوصى لعمرو بثلث ما يبقى من الثلث بعد الثمن وبعد وصيته، فالحساب كما مضى، لكن تجعل بدل استثناء ثلث الباقي من الثلث بعد الوصية، نصف الباقي من الثلث بعد النصيب. وإذا عملتها، كان المال ثلاثمائة واثني عشر، والنصيب سبعة وأربعين، تأخذ ثلث المال، وهو مئة وأربعة، وتسقط منه ثمن المال، وهو تسعة وثلاثون، يبقى خمسة وستون، تسقط منه النصيب سبعة وأربعين، يبقى ثمانية عشر، تسترجع من النصيب نصفها تسعة، وتزيدها عليها، تصير سبعة وعشرين، تزيدها على ثلثي المال، وهو مائتان وثمانية، تبلغ مائتين وخمسة وثلاثين، لكل ابن سبعة وأربعون.

**فصل:** في الوصية بمثل نصيب وارث أو عدد من الورثة، إلا مثل نصيب وارث آخر أو عدد منهم: هذه الوصية، إما أن تتجرد عن الوصية بجزءٍ شائع من المال والوصية بجزءٍ مما تبقى من المال، أو بجزءٍ من جزءٍ مما تبقى، وإما أن لا تتجرد.

فالحالة الأولى: لا حاجة فيها إلى الطرق الجبرية، بل تقام مسألة الورثة، وتؤخذ سهام من أوصى بمثل نصيبه، فينقص منها نصيب من استثنى مثل نصيبه، ويزاد ما بقي على مسألة الورثة، فمنه تصح.

مثاله: زوجة وأخت وعم، وأوصى بمثل نصيب الأخت إلا مثل نصيب الزوجة، هي من أربعة، ونصيب الأخت سهمان، ينقص منها نصيب الزوجة وهو سهم، يبقى سهم، تزيده على الأربعة، يكون خمسة، واحد منها للموصى له، والباقي للورثة.

الحالة الثانية: إذا لم تتجرد، وفيها صور:

إحداها: أن يوصيَ مع ذلك بجزءٍ شائع من المال.

مثاله: أبوان، وأوصى لزيد بربع ماله، ولعمرو بمثل نصيب الأب إلا مثل نصيب الأم، فالطريق أن تنظر في مسألة الورثة وهي من ثلاثة، ثم تأخذ مالًا، وتلقي ربعه لزيد، يبقى ثلاثة أرباع، تلقي منها نصيبين كنصيب الأب، وتسترجع نصفهما كنصيب الأم، يبقى ثلاثة أرباع مال سوى نصيب يعدل ثلاثة أنصباء هي سهام الورثة، فتجبر وتقابل، فثلاثة أرباع مال تعدل أربعة أنصباء، تبسطها أرباعًا، وتقلب الاسم، فالمال ستة عشر، والنصيب ثلاثة. فإذا أخذنا ستة عشر، وأسقطنا ربعها، بقي اثنا عشر، تسقط منها نصيبين وهما ستة، وتسترجع نصيبًا وهو ثلاثة، يبقى للموصى له ثلاثة. فإذا أسقطنا الوصيتين من المال، بقي تسعة، للأب ستة، وللأم ثلاثة.

الصورة الثانية: أن يوصيَ مع ذلك بجزءٍ مما تبقى من المال.

مثاله: أبوان، وأوصى لزيد بمثل نصيب الأب إلا مثل نصيب الأم، ولعمرو بربع ما تبقى من المال، تأخذ مالًا، وتلقي منه نصيبين، هما نصيب الابن من مسألة الورثة، فتسترجع نصيبًا وهو نصيب الأم، يبقى مال سوى نصيب، تعطي عمرًا أربعة، وهو ربع مال إلا ربع نصيب، تلقي ثلاثة أرباع مال إلا ثلاثة أرباع نصيب، تعدل ثلاثة أنصباء، هي سهام المسألة، فتجبر وتقابل، فثلاثة أرباع مال تعدل ثلاثة أنصباء وثلاثة أرباع نصيب، فتبسطها أرباعًا، وتقلب الاسم، فالمال خمسة عشر، والنصيب ثلاثة، تأخذ خمسة عشر، وتسقط منها نصيبين وهما ستة، وتسترجع نصيبًا وهو ثلاثة، يبقى اثنا عشر، ربعها لعمرو، يبقى تسعة، ستة للأب، وثلاثة للأم.

الصورة الثالثة: أن يوصيَ بعد ذلك بجزءٍ من جزءٍ مما تبقى من المال.

مثاله: أبوان، وأوصى لزيد بمثل نصيب الأب إلا مثل نصيب الأم، ولعمرو بربع ما تبقى من ثلثي المال، تأخذ ثلثي مال وتسقط منه نصيبين، وتسترجع منه نصيبًا، يبقى ثلثا مال سوى نصيب، تسقط ربعه لعمرو، وهو سدس مال إلا ربع نصيب، يبقى نصف مال إلا ثلاثة أرباع نصيب، تعدل ثلاثة أنصباء، هي سهام المسألة، فتجبر وتقابل بخمسة أسداس مال، تعدل ثلاثة أنصباء وثلاثة أرباع نصيب، تبسطها بأجزاء اثني عشر، وتقلب الاسم، فالمال خمسة وأربعون، والنصيب عشرة، تأخذ ثلثي المال وهو ثلاثون، وتسقط منها نصيبين وهما عشرون، وتسترجع نصيبًا، يبقى معك عشرون، تسقط ربعها لعمرو، يبقى خمسة عشر، تزيدها على ثلث المال، يكون ثلاثين، للأب عشرون، وللأم عشرة.

**فصل:** في الوصية بالنصيب مع استثناء نصيب وارث آخر منه وجزء شائع أيضًا: الجزء المستثنى مع النصيب، قد يكون من جميع المال، وقد يكون من جزءٍ من الباقي.

مثال الأول: أبوان، وأوصى بمثل نصيب الأب إلا مثل نصيب الأم وإلاّ عشر جميع المال، تأخذ مالًا، وتلقي منه نصيبين، وتسترجع نصيبًا وعُشر جميع المال، يبقى مال وعشر مال إلا نصيبًا، يعدل أنصباء الورثة وهي ثلاثة، فتجبر وتقابل، فمال وعُشر مال يعدل أربعة أنصباء، تبسطها أعشارًا، وتقلب الاسم، فالمال أربعون، والنصيب أحد عشر، تأخذ أربعين، فتسقط منها نصيبين، وهما اثنان وعشرون، وتسترجع منها نصيبًا وهو أحد عشر، وعُشر جميع المال وهو أربعة، فيحصل للموصى له سبعة، وللأب اثنان وعشرون، وللأم أحد عشر.

مثال الثاني: المسألة بحالها، إلا أنه يستثنى مثل نصيب الأم وعُشر ما تبقى

من المال بعد نصيب الأم، فتأخذ مالًا، وتلقي منه نصيب الأم وهما سهمان من ثلاثة هي سهام المسألة، وتسترجع منه نصيبًا، يبقى مال إلا نصيبًا، تزيد عليه مثل عشره وهو عشر مال إلا عشر نصيب، تبلغ مالًا وعشر مال إلا نصيبًا وعشر نصيب تعدل ثلاثة أنصباء هي سهام المسألة. فتجبر وتقابل، وتبسطها أعشارًا، وتقلب الاسم، فالمال أحد وأربعون، والنصيب أحد عشر، تأخذ أحدًا وأربعين، وتسقط منها نصيبين وهما اثنان وعشرون، وتسترجع نصيبًا، فيكون معك ثلاثون، وتسترجع عشر الثلاثين من ذلك النصيب وهو ثلاثة، وتزيده على ما معك، تبلغ ثلاثة وثلاثين، للأب اثنان وعشرون، وللأم أحد عشر.

مثال الثالث: المسألة بحالها، إلا أنه استثنى مثل نصيب الأم وثمن ما تبقى من ثلثي المال بعد نصيب الأم، فتأخذ ثلثي مال، وتسقط منه نصيبين، وتسترجع نصيبًا، يبقى ثلثا مال سوى نصيب، تسترجع ثمن هذا المبلغ أيضًا من النصيب وهو نصيب سدس مال إلا ثمن نصف، وتزيده على المبلغ، يكون ثلاثة أرباع مال إلا نصيبًا وثمن نصيب، تزيده على ثلث مال، يبلغ مالًا ونصف سدس مال إلا نصيبًا وثمن نصيب، وذلك يعدل أنصباء الورثة وهي سهام المسألة، فتجبر وتقابل، فمال ونصف سدس مال يعدل أربعة أنصباء وثمن نصيب، فتبسطها بأجزاء أربعة وعشرين، وتقلب الاسم، فالمال تسعة وتسعون، والنصيب ستة وعشرون، تأخذ ثلثي المال وهو ستة وستون، وتسقط منها نصيبين وهما اثنان وخمسون، وتسترجع نصيبًا، يبقى معك أربعون، تسترجع ثمنها من النصيب أيضًا وهو خمسة، وتزيده على الأربعين، يكون خمسة وأربعين، تزيده على ثلث المال وهو ثلاثة وثلاثون، تبلغ ثمانية وسبعين، للأب بنصيبين اثنان وخمسون، وللأم بنصيب ستة وعشرون.

**فصل:** في الوصية بالتكملة: والمراد بها: البقية التي يبلغ بها الشيء حدًا آخر، وهي إما مجردة عن الوصية بغيرها والاستثناء منها، وإما غير مجردة.

أما القسم الأول: فالوصية إما أن تكون بتكملة واحدة، وإما بتكملتين فصاعدًا.

مثال الأول: أربعة بنين، وأوصى بتكملة ثلث ماله بنصيب أحدهم، فتأخذ مالًا، وتصرف ثلثه إلى الموصى له، وتسترجع منه نصيبًا، فيحصل معك ثلثا مال ونصيب، وذلك يعدل أنصباء الورثة وهي أربعة، فتلقي نصيبًا بنصيب، يبقى ثلثا مال في معادلة ثلاثة أنصباء، فتبسطهما أثلاثًا، وتقلب الاسم، فالمال تسعة، والنصيب اثنان، والتفاوت بين الثلث والنصيب سهم، فهو التكملة، تدفعه إلى الموصى له، يبقى ثمانية، لكل ابن سهمان. وبطريق الدينار والدرهم، تجعل ثلث المال دينارًا

ودرهمًا، وتجعل الدينار نصيبًا، والتكملة درهمًا، تدفعه إلى الموصى له، يبقى من المال ثلاثة دنانير ودرهمان، يأخذ ثلاثة بنين ثلاثة دنانير، يبقى درهمان يأخذهما الابن الرابع، فعلمنا أن قيمة الدينار درهمان، وأن ثلث المال ثلاثة دراهم، والنصيب درهمان.

مثال التكملتين، أربعة بنين وبنت، وأوصى بتكملة ثلث ماله بنصيب ابن، ولآخر بتكملة ربع ماله بنصيب البنت، فالوصية الأولى ثلث مالٍ سوى نصيبين، والثانية ربع مال سوى نصيب، فتأخذ مالًا، وتسقط منه الوصيتين، يبقى خمسة أسهم من اثني عشر سهمًا من مال وثلاثة أنصباء، تعدل أنصباء الورثة وهي تسعة، تسقط ثلاثة أنصباء بثلاثة أنصباء، يبقى خمسة أسهم من اثني عشر سهمًا من مال في معادلة ستة أنصباء الورثة وهي تسعة، تسقط ثلاثة أيضًا بثلاثة أنصباء، يبقى خمسة أسهم من اثني عشر سهمًا من مال في معادلة ستة أنصباء. ثم إن شئت بسطتها بأجزاء اثني عشر، وقلبت الاسم، فالمال اثنان وسبعون، والنصيب خمسة. وإن شئت قلت: إذا كانت خمسة من اثني عشر تعدل ستة، فالمال بتمامه يعدل أربعة عشر وخُمسين، تبسطها أخماسًا تبلغ اثنين وسبعين، تأخذ ثلث المال وهو أربعة وعشرون، وتسقط منه نصيبين وهما عشرة، يبقى أربعة عشر، فهي الوصية الأولى، وتأخذ ربعه وهو ثمانية عشر، تسقط منه نصيبًا واحدًا وهو خمسة، يبقى ثلاثة عشر، فهي الوصية الثانية، فتسقط الوصيتين من المال، يبقى خمسة وأربعون، لكل ابن عشرة، وللبنت خمسة.

أما القسم الثاني: فيتصور على وجوه. منها الوصية بالتكملة مع الوصية بجزءٍ شائع من المال.

مثاله: ثلاثة بنين، وأوصى لزيد بربع ماله، ولعمرو بتكملة النصف بنصيب ابن، فتأخذ مالًا، وتلقي منه ربعه لزيد، ثم تلقي نصفه لعمرو، وتسترجع منه نصيبًا، يبقى معك ربع مال ونصيب، وذلك يعدل ثلاثة أنصباء، فتسقط نصيبًا بنصيب، يبقى ربع مال في معادلة نصيبين، تبسطهما أرباعًا، وتقلب الاسم، فالمال ثمانية، والنصيب واحد، تأخذ ثمانية، فتعزل ربعها لزيد، ثم تأخذ نصف الثمانية لعمرو، وتسترجع منه واحدًا، يبقى معك ثلاثة، لكل ابن واحد. وبطريق القياس تقول: ربع المال ونصفه يستحقهما زيد وعمرو وأحد البنين، فتأخذ مالًا له ربع ونصف وهو أربعة، فتسقط منه الربع والنصف، يبقى واحد تقسمه بين الابنين الآخرين، فلكل واحد منهما نصف، فتعلم أن النصيب نصف سهم، فتسقطه من الثلاثة التي أسقطتها من المال، يبقى اثنان ونصف، تسقط منها ربع جميع المال، يبقى واحد ونصف،

فهو التكملة، تبسط الجميع أنصافًا ليزول الكسر، فالنصيب واحد، والتكملة ثلاثة، والربع اثنان، والمال ثمانية.

وبطريق الدينار والدرهم، تجعل نصف المال دينارًا ودرهمًا، وتدفع الدرهم بالتكملة إلى عمرو، يبقى ديناران ودرهم، تسقط منها ربع المال وهو نصف دينار ونصف درهم، يبقى دينار ونصف دينار ونصف درهم، وذلك يعدل ثلاثة دنانير، تسقط الجنس بالجنس، يبقى دينار ونصف في معادلة نصف درهم، تبسطها أنصافًا، وتقلب الاسم، فالدينار واحد، والدرهم ثلاثة وهو التكملة.

ومنها: الوصية بالتكملة مع الوصية بجزءٍ مما بقي من المال.

مثاله: أربعة بنين، وأوصى لزيد بتكملة ثلث ماله بنصيب ابن، ولعمرو بربع ما تبقى من المال، تأخذ مالًا، وتدفع ثلثه إلى زيد، وتسترجع منه نصيبًا، وتزيده على باقي المال، فيحصل معك ثلثا مال ونصيب، يخرج ربعه لعمرو وذلك سدس مال وربع نصيب، يبقى نصف مال وثلاثة أرباع نصيب تعدل أنصباء الورثة وهي أربعة، فتسقط ثلاثة أرباع نصيب بثلاثة أرباع نصيب، يبقى نصف مال في معادلة ثلاثة أنصباء وربع نصيب، فتبسطها أرباعًا، وتقلب الاسم، فالمال ثلاثة عشر، والنصيب سهمان، لكن ليس للثلاثة عشر ثلث، فتضربها في ثلاثة، تبلغ تسعة وثلاثين، فهي المال، والنصيب ستة، تأخذ ثلثها وهو ثلاثة عشر، تسقط منه نصيبًا، يبقى سبعة، فهي التكملة، تدفعها إلى زيد، يبقى من المال اثنان وثلاثون، تدفع ربعها إلى عمرو وهو ثمانية، يبقى أربعة وعشرون للبنين، لكل ابن ستة.

ومنها: الوصية بالتكملة مع الوصية بجزءٍ مما تبقى من جزء المال.

مثاله: ثلاثة بنين، وأوصى لزيد بتكملة ثلث ماله بنصيب أحدهم، ولعمرو بثلث ما بقي من الثلث، تأخذ ثلث مال، وتلقي منه نصيبًا، يبقى ثلث مال إلا نصيبًا تدفعه إلى زيد فإنه التكملة، يبقى من الثلث نصيب، تدفع ثلثه إلى عمرو، يبقى ثلثا نصيب تضمهما إلى ثلثي المال، وذلك يعدل أنصباء الورثة وهي ثلاثة، تسقط ثلثي نصيب بثلثي نصيب، يبقى ثلثا مال تعدل نصيبين وثلث نصيب. ثم إن شئت بسطتها أثلاثًا، وقلبت الاسم، فالمال سبعة، والنصيب اثنان. وإن شئت قلت: إذا عادل ثلثا مال نصيبين وثلث نصيب، فالمال الكامل يعادل ثلاثة أنصباء ونصف نصيب، تبسطها أنصافًا، يكون سبعة، وليس لها ثلث صحيح، فتضربها في ثلاثة، تبلغ أحدًا وعشرين، فهو المال، والنصيب ستة، تأخذ ثلث المال وهو سبعة، وتلقي منه النصيب، يبقى واحد فهو التكملة، وتدفع ثلث الستة إلى عمرو، يبقى أربعة، تضمها إلى ثلثي المال، يكون ثمانية عشر، لكل ابن ستة. قال إمام الحرمين: كذا ذكروه،

لكن لو تجردت الوصية الأولى في هذه الصورة، فأوصى وله ثلاثة بنين بتكملة ثلث ماله بنصيب أحدهم، فالوصية باطلة، لأن نصيب كل ابن يستغرق الثلث، فلا تكملة، وحينئذٍ يمكن أن يقال: الوصية الأولى هنا باطلة، والثانية فرعها فتبطل أيضًا، قال: ووجه ما ذكروه، أن الوصية الثانية تنقص النصيب عن الثلث، فتظهر بها التكملة، قال: ويجب أن تخرّج المسألة وأخواتها على الوجهين، في أن العبرة باللفظ أو المعنى، كما إذا قال: بعتك بلا ثمن ونحوه؟

ومنها: الوصية بالتكملة مع الوصية بمثل النصيب.

مثاله: ثلاثة بنين، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم، ولعمرو بتكملة ثلث ماله، تأخذ ثلث مال، تدفع منه نصيبًا إلى زيد، والباقي إلى عمرو، يبقى معك ثلثا مال تعدل أنصباء الورثة وهي ثلاثة، تبسطها أثلاثًا، وتقلب الاسم، فالمال تسعة، والنصيب اثنان، تأخذ ثلث التسعة ثلاثة، تدفع منه اثنين إلى زيد، وسهمًا إلى عمرو وهو التكملة، يبقى ستة للبنين.

**فرع:** أوصى ـ وله ابنان ـ بمثل نصيب أحدهما لزيد، ولعمرو بتكملة الثلث، فالوصية الثانية باطلة، لأنه لم يبق شيء من الثلث. وكذا لو أوصى ـ وله ثلاثة بنين ـ بمثل نصيب أحدهم لزيد، ولعمرو بتكملة الربع.

ومنها: الوصية بالتكملة مع استثناء جزءٍ من المال.

مثاله: ثلاثة بنين، وأوصى بتكملة نصف ماله بنصيب أحدهم إلا ثُمن جميع المال.

طريقه أن يقال: نصف مال نصيب وتكملة، والتكملة شيء وثُمن جميع المال، تدفع الشيء إلى الموصى له، يبقى بعد النصف نصيب وثمن جميع المال، تضمهما إلى النصف الثاني، يحصل معك خمسة أثمان المال ونصيب تعدل أنصباء الورثة وهي ثلاثة، تسقط نصيبًا بنصيب، يبقى خمسة أثمان المال تعدل نصيبين، فتبسطهما أثمانًا، وتقلب الاسم، فالمال ستة عشر، والنصيب خمسة، تأخذ نصف المال وهو ثمانية، تسقط منه النصيب خمسة، يبقى ثلاثة، تسقط منها ثُمن جميع المال وهو اثنان، يبقى واحد وهو التكملة، تُسقِطه من جميع المال، يبقى خمسة عشر للبنين.

ومنها: الوصية بالتكملة مع استثناء جزءٍ مما تبقى من المال.

ستة بنين، وأوصى بتكملة ثلث ماله بنصيب أحدهم إلا ثُمن ما تبقى من المال، تأخذ ثلث المال، وتسترجع منه نصيبًا، يبقى ثلث مال إلا نصيبًا، فهو التكملة، يبقى معك ثلثا مال ونصيب، تسترجع من التكملة ثمنه، وينتظم الحساب من أربعة وعشرين لِذِكْر الثلث والثُمن، فالذي معك ستة عشر ونصيب وثُمن ذلك

وهو اثنان وثمن نصيب، تزيده عليه، تبلغ ثمانية عشر جزءًا من أربعة وعشرين جزءًا من مال ونصيبًا وثمن نصيب تعدل أنصباء الورثة وهي ستة، تسقط المثل بالمثل، يبقى ثمانية عشر جزءًا من أربعة وعشرين جزءًا من مال تعدل أربعة أنصباء وسبعة أثمان نصيب، تبسطها بأجزاء المال وهي أربعة وعشرون، وتقلب الاسم، فالمال مئة وسبعة عشر، والنصيب ثمانية عشر، تأخذ ثلث المال وهو تسعة وثلاثون، وتسقط منه نصيبًا، يبقى أحد وعشرون وهو التكملة، فإذا أسقطناه من جميع المال، بقي ستة وتسعون ثُمنها اثنا عشر، تسقطه من التكملة، يبقى تسعة، فهي التي يأخذها الموصى له، يبقى مئة وثمانية للبنين، لكل ابن ثمانية عشر.

ومنها: الوصية بالتكملة مع استثناء جزءٍ مما تبقى من جزءٍ من المال.

سبعة بنين، وأوصى بتكملة ربع ماله بنصيب أحدهم إلا ثلث ما تبقى من الثلث، تأخذ ربع مال، وتلقي منه نصيبًا، يبقى ربع مال سوى النصيب وهو التكملة، تلقيها من الثلث، يبقى نصف سدس مال ونصيب، تلقي ثلث ذلك من التكملة، وينتظم الحساب من ستة وثلاثين، فإنه أقل عدد لنصف سدسه ثلث، فإذا الذي معك من الثلث ثلاثة ونصيب، تسترجع ثلاثة من التكملة وهو واحد وثلث نصيب، يبقى للوصية ثمانية أجزاء من ستة وثلاثين جزءًا من مال إلا نصيبًا وثلث نصيب، تسقطها من المال، يبقى ثمانية وعشرون جزءًا من ستة وثلاثين جزءًا من مال ونصيب وثلث نصيب، وذلك يعدل سبعة أنصباء، تسقط المثل بالمثل، يبقى ثمانية وعشرون جزءًا من ستة وثلاثين جزءًا من مال في معادلة خمسة أنصباء وثلثي نصيب، تبسطها بأجزاء ستة وثلاثين، وتقلب الاسم، فالمال مائتان وأربعة، والنصيب ثمانية وعشرون، تأخذ ربع المال وهو أحد وخمسون، وتسقط منه النصيب، يبقى ثلاثة وعشرون هي التكملة، تلقيها من ثلث المال وهو ثمانية وستون، يبقى خمسة وأربعون، تسترجع ثلثها وهو خمسة عشر من التكملة، يبقى ثمانية فهي الوصية، تسقطها من المال، يبقى مئة وستة وتسعون للبنين، لكل ابن ثمانية وعشرون.

ومنها: الوصية بالتكملة مع استثناء تكملة أخرى.

ثلاثة بنين، وأوصى بتكملة نصف ماله بنصيب أحدهم إلا تكملة ثلث ماله بنصيب أحدهم، تأخذ نصف مال، وتسقط منه نصيبًا، فالباقي هو تكملة النصف، وتأخذ ثلث مال وتسقط منه نصيبًا، فالباقي هو تكملة الثلث، تسقط تكملة الثلث من تكملة النصف، يبقى سدس مال بلا استثناء، فالوصية إذًا بسدس المال، يبقى خمسة أسداس مال تعدل ثلاثة أنصباء، فتبسطها أسداسًا، وتقلب الاسم، فالمال ثمانية عشر، والنصيب خمسة، تأخذ نصف المال تسعة، وتسقط منه النصيب، يبقى أربعة

فهي تكملة النصف، ثم تأخذ ثلثه وهو ستة، وتسقط منها نصيبًا، يبقى واحد فهو تكملة الثلث، تسقط واحدًا من أربعة، يبقى ثلاثة فهي الوصية، تسقطها من جميع المال، يبقى خمسة عشر للبنين، لكل ابن خمسة.

ومنها: الوصية بالتكملة مع الوصية بالنصيب وبجزء مما تبقى من المال.

خمسة بنين، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم، ولعمرو بتكملة ربع ماله بنصيب أحدهم، ولثالث بثلث ما تبقى بعد ذلك، تأخذ ربع مال، وتنقص منه نصيبًا، فالباقي هو تكملة الربع، تدفعه إلى عمرو، وتدفع النصيب إلى زيد، فانصرف الربع إلى الوصيتين، يبقى ثلاثة أرباع المال، تدفع منه واحدًا إلى الثالث، يبقى ربعان يعدلان أنصباء البنين وهي خمسة، تبسطها أرباعًا، وتقلب الاسم، فالمال عشرون، والنصيب اثنان، تأخذ ربع المال خمسة، تدفع منها اثنين إلى زيد، وثلاثة إلى عمرو، يبقى خمسة عشر، ثلثها خمسة للثالث، والباقي للبنين.

ومنها: الوصية بالتكملة مع الوصية بالنصيب وبجزءٍ مما تبقى من المال.

خمسة بنين، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم، ولعمرو بتكملة الربع بالنصيب، ولثالث بثلث ما يبقى من الثلث بعد الوصيتين، يحتاج إلى مال له ربع وثلث، والباقي من الثلث بعد إسقاط الربع ثلث، وأقله ستة وثلاثون، تأخذ ربعه وهو تسعة، فتصرفها إلى الوصية بالتكملة والنصيب، وإذا أسقطت تسعة من الثلث، يبقى ثلاثة، تصرف منها واحدًا إلى الثالث، يبقى اثنان، تزيدهما على ثلثي المال، تبلغ ستة وعشرين تعدل أنصباء الورثة وهي خمسة، تبسطها بأجزاء ستة وثلاثين، وتقلب الاسم، فالمال مئة وثمانون، والنصيب ستة وعشرون، تأخذ ثلث المال وهو ستون، فتلقي منه ربعه وهو خمسة وأربعون بالوصيتين الأوليين ستة وعشرين بالوصية بالنصيب، والباقي بالوصية الأخرى، يبقى من الثلث خمسة عشر، نصرف ثلثها إلى الوصية الثالثة، يبقى عشرة، تزيدها على ثلثي المال، تبلغ مئة وثلاثين للبنين، لكل ابن ستة وعشرون.

ومنها: الوصية بالتكملة مع الوصية بالنصيب مستثنى منه جزءٌ مما تبقى من المال. أربعة بنين، فأوصى لزيد بتكملة الثلث بنصيب أحدهم، ولعمرو بمثل نصيب أحدهم إلا خمس ما تبقى من المال، تأخذ ثلث المال، وتصرفه إليهما بالنصيب والتكملة، وتسترجع من النصيب خمس الباقي، واجعل المال خمسة عشر ليكون للباقي بعد الثلث خمس، فالثلث المخرج بالنصيب والتكملة إذًا خمسة، تسترجع من النصيب خمس الباقي وهو اثنان، فالحاصل اثنا عشر جزءًا من خمسة عشر جزءًا من مال، وذلك يعدل أنصباء الورثة وهي أربعة، تبسطها بأجزاء خمسة عشر، وتقلب

الاسم، فالمال ستون، والنصيب اثنا عشر، تأخذ ثلث المال وهو عشرون، تلقي منه النصيب اثني عشر، يبقى ثمانية هي التكملة، تدفعها إلى زيد، وتسترجع من النصيب خمس الباقي وهو ثمانية، يبقى لعمرو أربعة، فالوصيتان جميعًا اثنا عشر، يبقى ثمانية وأربعون للبنين، لكل ابن اثنا عشر.

ومنها: الوصية بالتكملة مع الوصية بالنصيب مستثنى منه جزءٌ مما تبقى من جزءٍ من المال.

خمسة بنين، وأوصى لزيد بتكملة الربع بنصيب أحدهم، ولعمرو بمثل نصيب أحدهم إلا ثلث ما تبقى من الثلث بعد ذلك، يحتاج إلى مال له ربع وثلث، وللباقي من الثلث بعد إسقاط الربع ثلث، وأقله ستة وثلاثون، تأخذ ربعه وهو تسعة، فتصرفها في الوصيتين، وتسترجع من النصيب ثلث ما تبقى من ثلث المال وهو واحد، وتزيده على الباقي من الثلث، تبلغ أربعة، تزيدها على ثلثي المال، تبلغ ثمانية وعشرين جزءًا من ستة وثلاثين جزءًا من مال، وذلك يعدل أنصباء الورثة وهي خمسة، تبسطها بأجزاء ستة وثلاثين، وتقلب الاسم، فالمال مئة وثمانون، والنصيب ثمانية وعشرون، يبقى سبعة عشر فهي التكملة، ثم تلقي الربع من ثلث جميع المال وهو ستون، يبقى خمسة عشر، تسقطها ثلثها من النصيب، يبقى لعمرو ثلاثة وعشرون، والوصيتان معًا أربعون، يبقى مئة وأربعون للبنين، لكل ابن ثمانية وعشرون.

**فصل:** في الوصية بالنصيب مستثنى من التكملة: ثلاثة بنين، وأوصى بمثل نصيب أحدهم إلا تكملة ثلث ماله بالنصيب، تجعل ثلث المال دينارًا ودرهمًا، وتجعل النصيب دينارًا، تدفعه إلى الموصى له، وتسترجع منه درهمًا، لأن التكملة درهم، يبقى من الثلث درهمان، تزيدهما على الثلثين، تبلغ دينارين وأربعة دراهم تعدل أنصباء الورثة وهي ثلاثة دنانير، تسقط المثل بالمثل، يبقى أربعة دراهم في معادلة دينار، فتقلب الاسم وتقول: الدينار أربعة، والدراهم واحد، فالثلث خمسة، والمال خمسة عشر، تأخذ ثلث المال خمسة، تدفع منه إلى الموصى له نصيبًا وهو أربعة، ويسترجع واحد وهو التكملة، يبقى للموصى له ثلاثة، تسقطها من المال، يبقى اثنا عشر، لكل ابن أربعة.

**فصل:** في الوصايا المتعرضة للجذور والكعاب: الجذر: كل مضروب في نفسه، والحاصل من الضرب يسمى: مالًا ومجذورًا ومربعًا. والكعب: كل ما ضرب في مثله ثم ضرب مبلغه فيه، والحاصل من الضربين يسمى مكعبًا، فالواحد جذره وكعبه الواحد.

والأعداد ضربان: أحدهما: ماله جذر صحيح ينطق به، كالأربعة، جذرها اثنان، والتسعة، جذرها ثلاثة، والمائة، جذرها عشرة.

والثاني: ما ليس له جذر ينطق به، وإنما يستخرج جذره بالتقريب، كالعشرة والعشرين، ويقال له: الأصم. وكذلك من الأعداد ما له كعب ينطق به كالثمانية، كعبها اثنان، والسبعة والعشرين، كعبها ثلاثة. ومنها ما ليس له كعب ينطق به، كالعشرة والمائة، وإنما يستخرج كعبه بالتقريب، وقد يكون العدد منطوقًا بجذره وكعبه كالأربعة والستين، جذرها ثمانية، وكعبها أربعة. وقد يكون أصم في الجذر دون الكعب، كالسبعة والعشرين. أو في كعب دون الجذر، كالأربعة والتسعة، أو فيهما، كالعشرة. إذا عرف ذلك، فتعرض الوصية للجذر والكعب بفرض من وجوه.

منها: الوصية بجذر المال. قال الأستاذ أبو منصور: تفرض المسألة من عدد مجذور إذا أسقط منه جذره انقسم الباقي صحيحًا على سهام الورثة. فإذا أوصى بجذر ماله وله ثلاثة بنين، فإن جعلت المال تسعة، فللموصى له ثلاثة، والباقي للبنين، لكل ابن سهمان. وإن جعلته ستة عشر، فللموصى له أربعة، والباقي للبنين، لكل ابن أربعة. ولو أوصى بكعب ماله ـ والورثة هؤلاء ـ يجعل المال عددًا مكعبًا، فإذا أسقط منه كعبه انقسم الباقي على سهام الورثة بلا كسر. فإن جعلت المال ثمانية، فاثنان للموصى له، والباقي للبنين. وإن جعلته سبعة وعشرين، فثلاثة للموصى له، والباقي للبنين. هذا كلام الأستاذ، وتعجب الإمام من إرساله الكلام هكذا، لاستحالة أن يكون الأمر في ذلك على التخيير، والفرض كيف شاء الفارض، فإن الأقدار تختلف باختلاف العدد المفروض.

فإذا كان المال تسعة، فالجذر ثلاثة. وإذا كان ستة عشر، فالجذر أربعة. وفيه إشكال آخر، وهو أن كل عدد، مجذور، إلا أن من الأعداد ما ينطق بجذره، ومنها ما لا ينطق، كما سبق، وليس في اللفظ إلا جذر المال، فلم حمل على مجذور صحيح؟ ولم شرط أن ينقسم الباقي صحيحًا على الورثة؟ فإذًا كلام الأستاذ على ما ذكره الإمام، محمول على ما إذا قيد الموصي وصيته بما يقتضي الحمل على عدد معين من الأعداد المجذورة. فإذا قال: نزِّلوا مالي على أول مجذور صحيح إذا طرح جذره انقسم الباقي على سهام ورثتي بلا كسر، تعين الحمل على الصورة المذكورة على تسعة، وكانت الوصية بثلث المال. وإن عين مرتبة أخرى، تعينت. قال الإمام: فإن أطلق الوصية بالجذر، ولم يقيد بشيء من ذلك، لكن أراد بالجذر ما يريده الحسَّاب، فإن كان ماله مقدرًا بكيلٍ، أو وزن، أو ذرع، كالأرض، أو عدد،

كالجوز، نزِّل عليه. ثم إن كان جذره مما ينطق به، فذاك، وإلاّ، فالقدر المتيقن يسلَّم للموصى له، والقدر المشكوك فيه، يفصل أمره بالتراضي. وإن لم يكن المال مقدرًا بشيء من ذلك، كعبد وجارية، قوِّم ودفع جذر القيمة إلى الموصى له.

ومنها: الوصية بجذر النصيب. فلو أوصى وله ثلاثة بنين بجذر نصيب أحدهم، قال الأستاذ: يجعل نصيب كل ابن عددًا مجذورًا، ثم يجمع أنصباء البنين، ويزاد عليها جذر نصيب أحدهم، فما بلغ صحت منه القسمة. فإن جعلنا نصيب كل ابن واحدًا، فأنصباؤهم ثلاثة، تزيد عليها واحدًا، تبلغ أربعة تصح منها القسمة. وإن جعلنا النصيب أربعة، فأنصباؤهم اثنا عشر، تزيد عليها اثنين، تبلغ أربعة عشر تصح منها القسمة. ولو أوصى بجذرَي نصيب أحدهم، وفرضنا النصيب أربعة، فأنصباؤهم اثنا عشر، تزيد عليها جذري النصيب، تبلغ ستة عشر منها تصح القسمة. ولو أوصى بكعب نصيب أحدهم، جعلنا النصيب مكعبًا، وجمعنا الأنصباء، وزدنا عليها كعب نصيب. قال الإمام: وليكن هذا الجواب فيما إذا تقيدت الوصية كما ذكرنا، أو فيما إذا قال السائل: كيف يصور عدد تصح منه الوصية والميراث؟ فيجاب بأنه يمكن فيه وجوه.

منها: كيت وكيت. أما إذا أطلق الوصية بجذر النصيب، فذكر فيه احتمالين. أظهرهما: أنه ينظر في حصة ابن من التركة، فيؤخذ جذره منطوقًا به أو أصم، كما ذكرنا في جذر جميع المال، فيزاد على مسألة الورثة. والثاني: أنه ينظر في نصيب كل واحد من سهام المسألة، فيؤخذ جذره، ويزاد على مسألة الورثة. وعلى هذا، فنصيب كل ابن هنا واحد، فيزاد على السهام الثلاثة واحد، ويصير الحكم كما لو أوصى بنصيب أحدهم.

ومنها: الوصية بجذر النصيب وجذر المال معًا، فلو أوصى وله ثلاثة بنين بجذر نصيب أحدهم لزيد، وأوصى لعمرو بجذر جميع المال، فالمفهوم من كلام الأستاذ أن يقال: إذا كانت وصية زيد جذر نصيب ابن، فنصيب كل ابن مال، ثم يجعل المال أموالًا لها جذور صحيحة، فإن شئت جعلتها أربعة أموال، فتكون وصية عمرو جذرين، كما أن جذر أربعة من العدد اثنان، فتكون الوصيتان ثلاثة أجذار، وتسقطها من المال، يبقى أربعة أموال إلا ثلاثة أجذار تعدل أنصباء الورثة وهي ثلاثة أموال، فتجبر وتقابل، فأربعة أموال تعدل ثلاثة أموال وثلاثة أجذار، تسقط الجنس بالجنس، فمال يعدل ثلاثة أجذار، فالجذر ثلاثة، والمال تسعة، وتقدير الكلام: مال يعدل ثلاثة أجذاره، وحينئذٍ فالتركة ستة وثلاثون، لأنها أربعة أموال، ونصيب كل ابن تسعة، يأخذ زيد جذر النصيب وهو ثلاثة، وعمرو جذر المال وهو ستة،

يبقى سبعة وعشرون للبنين. قال الإمام: وهذه المسألة وضعية، وطريق تطبيقها على الفقه على ما سبق.

ومنها: الوصية بالجذر والنصيب. فإذا أوصى وله ثلاثة بنين بمثل نصيب أحدهم لزيد، ولعمرو بجذر المال، يقدَّر كأن البنين أربعة وأوصى بجذر المال وحده، وقد بان طريقه.

ومنها: الوصية بالجزاء والنصيب مع استثناء الجذر منها.

مثاله: أوصى وله ثلاثة بنين بثلث ماله إلا جذر جميع المال، تدفع إلى الموصى له ثلث المال، وتسترجع جذرًا، فيكون معك ثلثا مال وجذر تعدل أنصباء الورثة وهي ثلاثة، فتجعل المال عددًا له ثلث صحيح، بشرط أن ينقسم ثلثاه مزيدًا عليه جذره على ثلاثة، وليكن ذلك ستة وثلاثين، فتدفع ثلثها إلى الموصى له، وتسترجع منه جذر المال وهو ستة، يبقى عنده ستة، فقد أخذ ثلث المال إلا جذر المال، يبقى ثلاثون للبنين. ولو أوصى بمثل نصيب أحدهم إلا جذر جميع المال، فخذ مالًا، وأسقط منه نصيبًا، واسترجع من النصيب جذر المال، يبقى مال وجذر إلا نصيبًا تعدل أنصباء البنين، فتجبر وتقابل، فمال وجذر تعدل أربعة أنصباء، فتجعل المال عددًا مجذورًا إذا زيد عليه جذره انقسم على أربعة، وليكن ستة عشر، إذا زيد عليه جذره كان عشرين، إذا قسم على أربعة، خرج من القسمة خمسة، فإذا نقصتَ من النصيب جذر المال، بقي واحد تدفعه إلى الموصى له، يبقى خمسة عشر للبنين. ولو أوصى بمثل نصيب أحدهم إلا جذر نصيب أحدهم، فالنصيب عدد مجذور. فإن جعلته أربعة، فالوصية اثنان، والأنصباء اثنا عشر، وجملة المال أربعة عشر، إذا دفعت إلى الموصى له اثنين فقد أخذ مثل نصيب أحدهم إلا جذر نصيب أحدهم، وإن جعلته تسعة، فالأنصباء سبعة وعشرون، والوصية ستة.

ومنها: الوصية بالجذور المضافة إلى الجذور. مثاله: ثلاثة بنين، أوصى لزيد بجذر نصيب أحدهم، ولعمرو بجذر وصية زيد، ولبكر بجذر وصية عمرو، فاجعل وصية بكر ما شئت من الأعداد، فإن جعلته اثنين، فوصية عمرو أربعة، ووصية زيد ستة عشر، ونصيب كل ابن مائتان وستة وخمسون، وجملة المال سبعمائة وتسعون.

ومنها: الوصية الجامعة بين الجذر والتكملة. مثاله: أوصى بتكملة ثلث ماله بجذر نصيب أحدهم، تجعل ثلث المال مالًا وجذرًا، وتدفع المال إلى الموصى له، يبقى جذره، تزيده على ثلثي المال، يبلغ مالين وثلاثة أجذار وذلك يعدل أنصباء البنين وهي ثلاثة أموال، فتسقط مالين بمالين، يبقى ثلاثة أجذار في معادلة مال، فالجذر ثلاثة، والمال تسعة، فثلث المال اثنا عشر، والوصية تسعة، تسقطها من المال، يبقى

سبعة وعشرون للبنين، وقد أخذ الموصى له ثلث المال إلا جذر نصيب أحدهم.

**فصل:** في الوصايا المتعرضة لمقدر من المال من درهم ودينار وغيرهما: منها: الوصية بالنصيب وبدرهم. مثاله: أربعة بنين، وأوصى بمثل نصيب أحدهم وبدرهم، قال الأستاذ: اجعل التركة أيَّ عدد شئت بعد أن تكون بحيث إذا عزلت منها درهمًا وقسمت الباقي بين البنين والموصى له على خمسة كان النصيب الواحد مع الدرهم مثل ثلث التركة أو أقل. فإن جعلت التركة أحد عشر درهمًا، فأسقط منها درهمًا، يبقى عشرة، لكل واحد سهمان. وإن جعلتها ثلاثة عشر، فأسقط درهمًا، واقسم الباقي بينهم، تخرج القسمة اثنان وخمسان، فترد على الخارج الدرهم المسقط، يكون ثلاثة وخمسين للموصى له. فإن أردت زوال الكسر، فأسقط الدرهم من ثلاثة عشر، واضرب الباقي بخمسة، تبلغ ستين، لكل ابن اثنا عشر، وللموصى له مثل ذلك بزيادة درهم. واستدرك الإمام فقال: المدفوع إلى الموصى له يختلف باختلاف الأعداد المفروضة، والفتوى لا تحتمل التخيير بين القليل، فليحمل ما قاله الحسَّاب على مثل ما سبق في الماضي. أما إذا أطلق الوصية، فتنزَّل على ما يوجد في التركة، تعزل منها درهمًا، ثم تقسم الباقي بين البنين والموصى له. ثم إن انحصرت الوصية في الثلث، نفذت، وإلاّ، فتعتبر الإجازة. وهذا الاستدراك لا بد منه في أكثر أنواع الفصل.

ومنها: الوصية بالنصيب مع استثناء درهم. فإذا أوصى وله أربعة بنين بمثل نصيب أحدهم إلا درهمًا، فإن جعلت للموصى له درهمين، فاجعل لكل ابن ثلاثة، واجعل التركة أحدًا وعشرين. وإن جعلت له ثلاثة، فاجعل لكل ابن أربعة، واجعل التركة خمسة عشر.

ومنها: الوصية بجزءٍ شائع وبدرهم. فإذا أوصى وله ثلاثة بنين بسدس ماله وبدرهم، فيخرج سدس التركة ودرهم، ويقسم الباقي بين الورثة. وبطريق الجبر، تأخذ مالًا، وتسقط منه سدسه ودرهمًا، يبقى خمسة أسداس مال إلا درهمًا تعدل ثلاثة أنصباء، فتجبر وتقابل، فخمسة أسداس المال تعدل ثلاثة أنصباء ودرهمًا، فتكمل أجزاء المال، بأن تزيد عليها مثل خمسها، وتزيد على العديل خمسة، فمال يعدل ثلاثة أنصباء وثلاثة أخماس نصيب ودرهمًا وخمس درهم، فاضرب الأنصباء الثلاثة وأخماس النصيب في عدد، يبلغ الحاصل منه مزيدًا عليه الدرهم والخمس عددًا صحيحًا، وذلك بأن تضربها في ثلاثة، فيحصل عشرة دراهم وأربعة أخماس درهم، إذا زدت عليها الدرهم والخمس، بلغ اثني عشر درهمًا منها تصح القسمة، لصاحب السدس والدرهم ثلاثة، ولكل ابن ثلاثة.

ومنها: الوصية بجزءٍ شائع مع استثناء درهم. فإذا أوصى وله ثلاثة بنين بسدس ماله إلا درهمًا، فخذ مالًا، وأسقط منه سدسه، واسترجع من السدس درهمًا، يحصل معك خمسة أسداس مال ودرهم، تعدل ثلاثة أنصباء، فتكمل أجزاء المال، بأن تزيد عليها خمسها، وتزيد الخمس على كل ما في المعادلة، فمال ودرهم وخمس درهم تعدل ثلاثة أنصباء وثلاثة أخماس نصيب، فتضرب هذه الأنصباء والأخماس في عدد إذا نقص من الحاصل من الضرب درهم وخمس كان الباقي عددًا صحيحًا وهو سبعة، فإذا ضربت سبعة في ثلاثة وثلاثة أخماس، حصل خمسة وعشرون وخُمس، فإذا نقص منها درهم وخُمس، بقي أربعة وعشرون منها تصح المسألة، للموصى له سدسها، يسترجع منه درهم، يبقى أحد وعشرون للبنين.

ومنها: الوصية بالنصيب وبجزءٍ وبدرهم أو دراهم، أو مع استثناء درهم أو دراهم. مثاله: خمسة بنين، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم ودرهم، ولعمرو بثلث ما بقي من ثلثه ودرهم، تأخذ ثلث مال، وتسقط منه نصيبًا ودرهمًا، يبقى ثلث مال إلا نصيبًا ودرهمًا، تسقط لعمرو من هذا الباقي ثلثه ودرهمًا، يبقى تُسعا مال إلا ثلثي نصيب وإلاّ درهمًا وثلثي درهم، تزيده على ثلثي المال، يكون ثمانية أتساع مال إلا ثلثي نصيب، وإلاّ درهمًا وثلثي درهم تعدل خمسة أنصباء، فتجبر وتقابل، فثمانية أتساع مال تعدل خمسة أنصباء وثلثي نصيب ودرهمًا وثلثي درهم، تكمل أجزاء المال، بأن تزيد عليها ثمنها، وتزيد على كل ما في المعادلة ثمنه، فمال يعدل ستة أنصباء وثلاثة أثمان نصيب ودرهمًا وسبعة أثمان درهم، فتطلب عددًا إذا ضرب في ستة وثلاثة أثمان يكون الحاصل منه مزيدًا عليه درهم وسبعة أثمان عددًا صحيحًا، وهو ثلاثة إذا ضربتها بستة وثلاثة أثمان حصل تسعة وعشرون، إذا زيد عليه درهم وسبعة أثمان كان أحدًا وعشرين، فمنه القسمة، والنصيب ثلاثة، تضرب الأنصباء في الثلاثة، تأخذ ثلث المال وهو سبعة، فتدفع منها إلى زيد أربعة بالنصيب والدرهم، يبقى ثلاثة، تدفع ثلثها ودرهمًا إلى عمرو، يبقى درهم، تزيده على ثلثي المال، يكون خمسة عشر للبنين الخمسة.

مسألة: ستة بنين، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم، ولعمرو بسدس مال إلا درهمًا، تأخذ مالًا، وتسقط منه نصيبًا لوصية زيد، وسدسه إلا درهمًا لوصية عمرو، يبقى خمسة أسداس مال ودرهم إلا نصيبًا تعدل ستة أنصباء، فتجبر وتقابل، وتكمل أجزاء المال بزيادة خمسها، وتزيد على ما في المعادلة خمسة، فمال ودرهم وخمس درهم تعدل ثمانية أنصباء وخمسي نصيب، فتضرب الأنصباء الثمانية والخمسين في عدد إذا نقص مما يحصل من الضرب درهم وخمس كان الباقي عددًا صحيحًا، وهو

ثلاثة، إذا ضربتها في ثمانية وخمسين، حصل خمسة وعشرون وخمس درهم، إذا نقص منه درهم وخمس، بقي أربعة وعشرون منها القسمة، والنصيب ثلاثة، فتعطي عمرًا السدس إلا درهمًا وهو ثلاثة، وزيدًا ثلاثة، يبقى ثمانية عشر للبنين الستة.

مسألة: ابنان، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهما، ولعمرو بمثل ما تبقى من النصف وبدرهم، والتركة عشرون درهمًا، تأخذ نصف التركة عشرة، وتسقط منه نصيبًا لزيد، يبقى عشرة إلا نصيبًا، تسقط من هذا الباقي نصفه ودرهمًا لعمرو وهو ستة إلا نصف نصيب، يبقى من العشرة أربعة إلا نصف نصيب، تزيدها على نصف المال، تبلغ أربعة عشر درهمًا إلا نصف نصيب تعدل نصيبي الابن، تجبر وتقابل، فأربعة عشر تعدل نصيبين ونصف نصيب، تبسطها أنصافًا، فالمال ثمانية وعشرون، والنصيب خمسة، تقسم المال على النصيب، يخرج من القسمة خمسة دراهم وثلاثة أخماس درهم، فهو النصيب، تأخذ عشرة، وتدفع إلى زيد منها خمسة دراهم وثلاثة أخماس درهم، يبقى أربعة دراهم وخُمسان، تدفعها نصفها ودرهمًا آخر إلى عمرو، يبقى من العشرة درهم وخمس، تزيده على العشرة الأخرى، يكون أحد عشر وخُمسًا للابنين، لكل ابن خمسة دراهم وثلاثة أخماس درهم.

**فصل:** في نوادر الفصول المتقدمة: مسألة: ثلاثة بنين وبنت، أوصى لزيد بمثل نصيب البنت وثلث ما أوصى به لعمرو، ولعمرو بمثل نصيب أحد البنين وربع ما أوصى به لزيد، فتجعل وصية زيد عددًا له ربع يكون أربعة دنانير، ووصية عمرو عددًا له ثلث، وليكن ثلاثة دراهم، وتعلم أنك إذا نقصت من وصية زيد ثلث وصية عمرو وهو درهم، بقي أربعة دنانير إلا درهمًا، وذلك نصيب البنت، لأن جملة وصية زيد مثل نصيب البنت وثلث وصية عمرو، وإذا نقصت من وصية عمرو ربع وصية زيد وهو دينار، بقي ثلاثة دراهم إلا دينارًا وهو نصيب الابن، وإذا بان أن نصيب البنت أربعة دنانير إلا درهمًا، ونصيب الابن ثلاثة دراهم إلا دينارًا، قابلت بين الجملتين، وضعّفت نصيب البنت ليعادل نصيب الابن، وضعفه ثمانية دنانير إلا درهمين تعدل ثلاثة دراهم إلا دينارًا، فتجبر كل واحد من الاستثناءين وتقابل، فتسعة دنانير تقابل خمسة دراهم، فالدينار خمسة أسهم، والدرهم تسعة أسهم، وكانت وصية زيد أربعة دنانير، فهي إذًا عشرون، ووصية عمرو ثلاثة دراهم، فهي إذًا سبعة وعشرون، ونصيب كل ابن اثنان وعشرون، لأنه ثلاثة دراهم وهي سبعة وعشرون إلا دينارًا، وهو خمسة، ونصيب البنت أحد عشر، لأنه أربعة دنانير، وهو عشرون إلا درهمًا، وهو تسعة، فوصية زيد مثل نصيب البنت وهو أحد عشر، ومثل ثلث وصية عمرو وهو تسعة، ووصية عمرو مثل نصيب ابن وهو اثنان وعشرون، مثل ربع وصية زيد، وهو خمسة.

مسألة: ثلاثة بنين، وأوصى بمثل نصيب أحدهم إلا ما انتقص من أحدهم بالوصية، فتقول: لو لم يكن وصية، لكان لكل ابن ثلث المال وقد انتقص منه بالوصية شيء، فثلث المال نصيب وشيء، والمال كله ثلاثة أنصباء وثلاثة أشياء، يعطى الموصى له نصيبًا إلا شيئًا، يبقى نصيبان وأربعة أشياء تعدل ثلاثة أنصباء، تسقط نصيبين بنصيبين، يبقى نصيب يعدل أربعة أشياء، والتركة ثلاثة أنصباء وثلاثة أشياء، فهي إذًا خمسة عشر سهمًا، والوصية نصيب إلا شيئًا، وهي ثلاثة أسهم، يبقى اثنا عشر سهمًا للبنين، وقد أخذ الموصى له مثل نصيب أحدهم إلا ما انتقص بالوصية وهو سهم من خمسة عشر، لأنه لولا الوصية لكان لكل واحد منهم خمسة من خمسة عشر.

مسألة: ثلاثة بنين، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم إلا ربع ما تبقى من ماله بعد الوصايا كلِّها، ولعمرو بمثل نصيب أحدهم إلا خمس ما تبقى من ماله بعد الوصايا، ولثالث بمثل نصيب أحدهم إلا سدس ما يبقى بعد الوصايا، فتعلم أن الباقي من المال بعد الوصايا كلِّها ثلاثة أنصباء، فوصية زيد نصيب إلا ربع ثلاثة أنصباء وهو ثلاثة أرباع نصيب، تبقى وصيته بربع نصيب، ووصية عمرو بنصيب إلا خُمس ثلاثة أنصباء وهو ثلاثة أخماس نصيب، تبقى وصيته بخمسي نصيب، ووصية الثالث بنصيب إلا سدس ثلاثة أنصباء وهو نصف نصيب، فجملة الوصايا ربع نصيب وخمسا نصيب ونصف نصيب، فهي نصيب وثلاثة أجزاء من عشرين جزءًا من نصيب، فيبقى مال إلا نصيبًا وثلاثة أجزاء من عشرين جزءًا من نصيب، وذلك يعدل ثلاثة أنصباء، فتجبر وتقابل، فمال يعدل أربعة أنصباء وثلاثة أجزاء من عشرين جزءًا من نصيب، فتبسطها بأجزاء عشرين، وتقلب الاسم، فالمال ثلاثة وثمانون، والنصيب عشرون، تلقي الوصايا كلَّها وهي ثلاثة وعشرون، يبقى ستون للبنين، ولزيد نصيب إلا ربع ما تبقى من المال بعد الوصايا وهو خمسة عشر، فله خمسة، ولعمرو نصيب إلا خُمس ما تبقى بعد الوصايا وهو اثنا عشر، فله ثمانية، وللثالث نصيب إلا سدس ما تبقى بعد الوصايا وهو عشرة، فله عشرة.

مسألة: خمسة بنين، فأوصى بمثل نصيب أحدهم إلا سدس ما تبقى من ماله بعد الوصية، وإلا ثلث ما تبقى من ثلثه بعد الوصية، فتجعل الوصية شيئًا، والباقي أنصباء الورثة، فالمال شيء وثلاثة أنصباء، فتسقط الوصية، وتأخذ سدس الباقي وهو نصف نصيب، فتحفظه ثم تأخذ ثلث المال وهو نصيب وثلث شيء، فتسقط منه الوصية وهي شيء، يبقى نصف نصيب إلا ثلثي شيء، تأخذ ثلثه وهو ثلث نصيب إلا تُسعي شيء وهو المستثنى من النصيب، فتضمه إلى نصف النصيب المحفوظ،

يصير خمسة أسداس نصيب إلا تُسعي شيء وهو المستثنى من النصيب، فتضمه إلى الوصية وهي شيء ليكمل النصيب، فيبلغ خمسة أسداس نصيب وسبعة أتساع شيء، وذلك يعدل نصيبًا، تسقط خمسة أسداس نصيب بمثلها، يبقى سدس نصيب في معادلة سبعة أتساع شيء، فالنصيب الكامل يعدل أربعة أشياء وثلثي شيء، تبسطها أثلاثًا، وتقلب الاسم، فالنصيب أربعة عشر، والشيء ثلاثة، والمال كله خمسة وأربعون، لأنه ثلاثة أنصباء وشيء، تلقي الوصية من المال، يبقى اثنان وأربعون، تأخذ سدسها سبعة وتحفظها، ثم تلقي الوصية من ثلث المال أيضًا وهو خمسة عشر، يبقى اثنا عشر، تأخذ ثلثها وهو أربعة، وتضمها إلى السبعة المحفوظة، تبلغ أحد عشر، تلقيها من النصيب، يبقى ثلاثة.

مسألة: ثلاثة بنين وبنت، وأوصى لزيد بمثل نصيب البنت إلا ثلث ما أوصى به لعمرو، ولعمرو بمثل نصيب أحد البنين إلا ربع ما أوصى به لزيد، فتجعل وصية زيد عددًا له ربع، وليكن أربعة دنانير، ووصية عمرو عددًا له ثلث، وليكن ثلاثة دراهم. فإذا أخذت ثلث وصية عمرو، وضممته إلى وصية زيد، صار أربعة دنانير ودرهمًا، وذلك مثل نصيب البنت، فنصيب كل ابن ضعفه وهو ثمانية دنانير ودرهمان. وإذا أسقطت من ذلك ربع وصية زيد وهو دينار، بقي سبعة دنانير ودرهمان وهي وصية عمرو، وتقابل بها الدراهم التي جعلناها وصية أوَّلًا، فتسقط درهمين بمثلها، يبقى سبعة دنانير في مقابلة درهم واحد، فالدينار واحد، والدرهم سبعة، كانت وصية زيد أربعة دنانير، فهي إذًا أربعة، وكانت وصية عمرو ثلاثة دراهم، فهي إذًا أحد وعشرون، ونصيب البنت أربعة دنانير ودرهم، فهو أحد عشر، ونصيب كل ابن اثنان وعشرون، فما أخذه زيد مثل نصيب البنت إلا ثلث وصية عمرو، وما أخذه عمرو مثل نصيب ابن إلا ربع وصية زيد.

مسألة: ابن وبنت، وأوصى بوصية إذا زدت عليها أربعة دراهم كانت مثل نصيب البنت. وإذا زدت عليها تسعة كانت مثل نصيب الابن، فاجعل نصيب البنت شيئًا وأربعة دراهم، ونصيب الابن شيئًا وتسعة دراهم، ثم تضعّف نصيب البنت يصير شيئين وثمانية دراهم، وذلك يعدل نصيب الابن، فتسقط شيئًا بشيء، وثمانية دراهم بثمانية، يبقى شيء يعدل درهمًا وهو الوصية. فإذا زدت درهمًا على أربعة، صارت خمسة وهي نصيب البنت، وإذا زدت درهمًا على تسعة، صارت عشرة وهي نصيب الابن، وجملة التركة ستة عشر.

مسألة: ابنان وبنت، وأوصى لكل واحد من زيد وعمرو بوصية إذا زدت على وصية زيد أربعة دراهم كانت مثل نصيب البنت، وإذا زدت على وصية عمرو تسعة

دراهم كانت مثل نصيب ابن، والوصيتان معًا عشرون، كم كانت التركة؟ وكم كانت الأنصباء وكل وصية؟ فاجعل نصيب البنت شيئًا، يكون نصيب الابن شيئين، وتكون وصية زيد شيئًا إلا أربعة دراهم، ووصية عمرو شيئين إلا تسعة، فالوصيتان ثلاثة أشياء إلا ثلاثة عشر درهمًا، وذلك يعدل عشرين درهمًا، فتجبر وتقابل، فثلاثة أشياء تعدل ثلاثة وثلاثين، فيكون الشيء أحد عشر، فهو نصيب البنت، ونصيب كل ابن اثنان وعشرون. فإذا نقصت من أحد عشر أربعة، بقي سبعة، فهي وصية زيد، وإذا نقصت من اثنين وعشرين تسعة، بقي ثلاثة عشر، فهي وصية عمرو، فالوصيتان معًا عشرون، والتركة خمسة وسبعون.

مسألة: ثلاثة بنين، وأوصى لزيد وعمرو وبكر بوصايا هي مثل نصيب ابن، ووصية زيد وعمرو معًا أكثر من وصية بكر بثلاثة دراهم، ووصية عمرو وبكر معًا أكثر من وصية زيد بسبعة دراهم، ووصية زيد وبكر معًا أكثر من وصية عمرو باثني عشر درهمًا، كم التركة؟ وكم كل وصية؟ فاجعل نصيب كل ابن شيئًا، تكون الوصايا كلها شيئًا، تسقط منه فضل وصية زيد وعمرو على وصية بكر وهو ثلاثة دراهم، يبقى شيء إلا ثلاثة دراهم، تأخذ نصفه وهو نصف شيء إلا درهمًا ونصفًا، فهو وصية بكر، ثم تسقط منه فضل وصية عمرو وبكر على وصية زيد وهو سبعة، يبقى شيء إلا سبعة دراهم، تأخذ نصفه وهو نصف شيء إلا ثلاثة دراهم ونصف درهم، فهو وصية زيد، ثم تسقط منه فضل وصية زيد وبكر على وصية عمرو وهو اثني عشر، يبقى شيء إلا اثني عشر، تأخذ نصفه وهو نصف شيء إلا ستة، فهي وصية عمرو، وجميعها عند الضّمّ شيء ونصف شيء إلا أحد عشر درهمًا، وذلك يعدل شيئًا، فتجبر وتقابل، فشيء ونصف شيء يعدل شيئًا وأحد عشر، تسقط الشيء بالشيء، فالنصف يعدل أحد عشر، والشيء الكامل يعدل اثنين وعشرين، فعرفت أن نصيب كل ابن اثنان وعشرون، وكذلك جميع الوصايا. فإذا أردت معرفة كل وصية، فأسقط من مبلغ الجميع فضل وصيتي زيد وعمرو على وصية بكر وهو ثلاثة، تبقى تسعة عشر، تأخذ نصفها وهو تسعة ونصف، فهي وصية بكر، ثم أسقط منه فضل وصيتي عمرو وبكر على وصية زيد وهو سبعة، يبقى خمسة عشر، تأخذ نصفها وهو سبعة ونصف، فهي وصية زيد، ثم أسقط منه فضل وصيتي زيد وبكر على وصية عمرو وهو اثنا عشر، يبقى عشرة، تأخذ نصفها خمسة، فهي وصية عمرو، وجملتها اثنان وعشرون.

ولما كانت الوصايا في هذه الصورة ثلاثًا، وكانت كل اثنتين منها تفضل الثالثة بعدد، كانت كل مفضولة نصف الباقي من جملة الوصايا بعد إسقاط الفضل. ولو

كانت الوصايا أربعًا، وكل ثلاث تفضل الرابعة بعدد، كانت المفضولة ثلث الباقي من جملة الوصايا بعد إسقاط الفضل. ولو كانت خمسًا، وكل أربع منها تفضل الخامسة بعدد، كانت المفضولة ربع الباقي من جملة الوصايا بعد إسقاط الفضل، وعلى هذا القياس.

مسألة: ابنان، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهما، ولعمرو بثلث ما تبقى من النصف وبدرهم، وترك ثلاثين درهمًا، فتجعل الوصيتين شيئًا، وتلقيه من التركة، يبقى ثلاثون درهمًا إلا شيئًا، لكل ابن خمسة عشر إلا نصف شيء، فهو النصيب، ثم تأخذ نصف المال وهو خمسة عشر، فتسقط منه نصيبًا وهو خمسة عشر إلاّ نصف شيء، يبقى نصف شيء، تأخذ لعمرو ثلاثة وهو سدس شيء، وتضم إليه درهمًا، فالوصيتان معًا ستة عشر إلا ثلث شيء، وذلك يعدل شيئًا، فتجبر وتقابل، فستة عشر درهمًا تعدل شيئًا وثلث شيء، فالشيء يعدل اثني عشر درهمًا، وهي تعدل جملة الوصيتين، يبقى ثمانية عشر للابنين، تأخذ نصف المال وهو خمسة عشر درهمًا، تسقط منه نصيبًا وهو تسعة، تدفعه إلى زيد، يبقى ستة، تأخذ ثلثها ودرهمًا لعمرو، يبقى ثلاثة، تزيدها على النصف الآخر، تصير ثمانية عشر، لكل ابن تسعة.

الطرف الرابع: في المسائل الدورية من سائر التصرفات الشرعية. ولنوردها على ترتيب أبوابها في الفقه.

فمنها: البيع، وقد ذكرنا في «تفريق الصفقة» مسائل منه، منها: باع مريض قفيزًا جيّدًا قيمته عشرون بقفيز قيمته عشرة، وذكرنا أن هذا البيع باطل في قول، فتبطل المحاباة التي في ضمنه. وفي قول: يصح البيع في بعض القفيز ببعض القفيز، واستخرجنا بالجبران ذلك البعض هو الثلثان. ولو باع كُرًّا قيمته خمسون، بكُرٍّ قيمته ثلاثون وله سواه عشرة دراهم، صح البيع في جميع الكُرّ، لأنه رجع إليه ثلاثون، وعنده عشرة، فيبقى لورثته أربعون، ولم يحاب إلا بعشرين. ولو كانت قيمة كرِّ المريض خمسين، والذي يقابله خمسة عشر، وله عشرة، فتقول: صح البيع في شيء من الكرّ الجيد، وقابله من الثمن ثلاثة أعشار ذلك الشيء، فبقيت المحاباة وسبعة أعشار شيء، ومع الورثة عشرة دراهم وهي عُشرا كُرّ، فيجتمع معهم كُرٌّ وعُشرا كرّ إلا سبعة أعشار شيء، وذلك يعدل ضعف المحاباة وهو شيء وأربعة أعشار شيء، لأن المحاباة سبعة أعشار شيء، فتجبر وتقابل، فكرّ وعُشرا كُرٍّ تعدل شيئين وعشر شيء، تبسطها أعشارًا، فيكون الكر أحدًا وعشرين، والشيء اثني عشر، فيصح البيع في اثني عشر جزءًا من أحد وعشرين جزءًا من الكر، وذلك أربعة أسباعه بأربعة أسباع الكر الرديء، وهي بالقيمة ثلاثة أعشار المبيع من الجيد، فتجعل الكر عددًا

له سُبع وعُشر، وأقله سبعون، فيصح البيع في أربعة أسباعه وهي أربعون بثلاثة أعشار الأربعين وهي اثنا عشر، فبقيت المحاباة بثمانية وعشرين، ومع الورثة مما بطل البيع فيه ثلاثون وعُشرا كُرٌّ وهما أربعة عشر بأجزاء السبعين، فيجتمع معهم ستة وخمسون ضعف المحاباة، وبطريق النسبة والتقدير نقول: ثلثا الكُرّ والعشرة المتروكة عشرون، والمحاباة بخمسة وثلاثين، والعشرون أربعة أسباع الخمسة والثلاثين، فيصح البيع في أربعة أسباع الكر.

مسألة: باع كُرًّا قيمته مئة بِكُرّ قيمته خمسون، وعليه عشرة دراهم دينًا، فيحط العشرة من ماله، ويقدِّر كأنه لا يملك إلا تسعين، وثلثها ثلاثون، والمحاباة بخمسين، والثلاثون ثلاثة أخماس الخمسين، فيصح البيع في ثلاثة أخماس الجيد بثلاثة أخماس الرديء، فيخرج من ملكه ستون، ويعود إليه ثلاثون، ويبقى مما بطل فيه ثلاثون، وذلك ضعف المحاباة.

**فرع:** إذا كان على المريض دين وله مال سوى ما باع، فقابل الدَّين بالتركة، فإن تساويا، فكأنه لا دَين ولا تركة، وإن زاد أحدهما، اعتبرنا الزائد على ما ذكرناه.

**فرع:** هذا المذكور هو في بيع الجنس بجنسه الربوي. فلو باع كُرَّ حنطة قيمته عشرون، بكُرٍّ شعير قيمته عشرة، فإن قلنا: يصح البيع في بعض بقسطه من الثمن، فهو كبيع الحنطة الجيدة بالرديئة، فيصح البيع في ثلثي الحنطة بثلثي الشعير. وإن قلنا: يصح فيما يحتمله الثلث، وفيما يوازي الثمن بجميع الثمن، صح البيع في خمسة أسداس الحنطة بجميع الشعير، لأنه يصح في قدر الثلث، وفيما يوازي الشعير بالقيمة وهو النصف، ولا بأس بالمفاضلة في الكيل.

**فصل:** في بيع المريض بالمحاباة مع حدوث زيادة أو نقص: أما الزيادة، فالاعتبار في القدر الذي يصح فيه البيع، بيوم البيع، وزيادة المشتري غير محسوبة عليه. والاعتبار في القدر الذي يبطل فيه البيع ويبقى للورثة، بيوم الموت، ولا فرق بين أن تكون الزيادة بمجرد ارتفاع السوق أو بصفة تزيد في القيمة. فإذا باع عبدًا قيمته عشرون بعشرة، ثم بلغت قيمته أربعين، وصححنا البيع في بعضه على ما بيناه في «تفريق الصفقة»، فإن صححناه في بعضه بكل الثمن، فللمشتري بالعشرة نصف العبد وهي قيمته يوم الشراء، يبقى نصف العبد وقيمته يوم الموت عشرون، يضمه إلى الثمن، يبلغ ثلاثين، فله من ذلك شيء بالمحاباة، وشيء يتبع المحاباة بسبب زيادة القيمة غير محسوب عليه، يبقى ثلاثون درهمًا إلا شيئين تعدل ضعف المحاباة وهو شيئان، فتجبر وتقابل، فثلاثون درهمًا تعدل أربعة أشياء، فالشيء ربع الثلاثين

وهو سبعة دراهم ونصف، وهذا ما يجوز التبرع فيه وهو ثلاثة أثمان العبد يوم البيع، فيضم إلى النصف الذي ملكه المشتري بالثمن، فيحصل له بالثمن والتبرع سبعة أثمان العبد، يبقى للورثة ثمنه وهو خمسة يوم الموت، والثَّمن وهو عشرة، وهما ضعف المحاباة.

وإن صححنا البيع في بعضه بقسطه من الثمن، فنقول: يصح البيع في شيء من العبد بنصف شيء من الثمن، فتكون المحاباة بنصف شيء، ويبطل البيع في عبد إلا شيء، وقيمته عند الموت أربعون درهمًا إلا شيئين. وإنما استثنى شيئين، لأن الاستثناء يزيد بحسب زيادة المستثنى منه، فيضم إليه الثمن وهو نصف شيء، يبقى أربعون إلا شيئًا ونصف شيء، وذلك يعدل ضعف المحاباة وهو شيء، فتجبر وتقابل، أربعون تعدل شيئين ونصف شيء، فالشيء خمسا الأربعين، وهما ستة عشر، وهي أربعة أخماس العبد يوم البيع، فللمشتري أربعة أخماس العبد بأربعة أخماس الثمن وهي ثمانية، فتكون المحاباة بثمانية، وللورثة أربعة أخماس الثمن وهي ثمانية، وخمس العبد وقيمته يوم الموت ثمانية، فالمبلغ ستة عشر ضعف المحاباة، ولا اعتبار بالزيادة الحادثة بعد موت المريض، بل وجودها كعدمها.

وأما النقص، فإما أن يحدث في يد المشتري، وإما في يد البائع المريض.

القسم الأول: إذا حدث النقص في يد المشتري، فإما أن يحدث قبل موت البائع، وإما بعده.

فالحالة الأولى: مثالها: أن يبيع عبدًا قيمته عشرون بعشرة، ثم تعود قيمته إلى عشرة، ثم يموت البائع، فإن صححنا البيع في بعض العبد بجميع الثمن، قلنا: ملك المشتري نصف العبد بالعشرة، ونضم نصفه الآخر يوم الموت وهو خمسة إلى الثمن، يبلغ خمسة عشر، للمشتري شيء من ذلك المحاباة، وذلك الشيء محسوب عليه بشيئين، لأن النقص بالقسط محسوب على المتبرَّع عليه، فيبقى للورثة خمسة عشر إلا شيئًا يعدل ضعف المحسوب عليه من المحاباة وهو أربعة أشياء، فتجبر وتقابل، فخمسة عشر تعدل خمسة أشياء، فالشيء ثلاثة، وهي ثلاثة أعشار العبد يوم الموت. وإذا انضم إليها النصف الذي ملكه بالثمن وهو خمسة يوم الموت، كان المبلغ ثمانية وهي أربعة أخماس العبد يوم الموت، فيصح البيع في أربعة أخماس العبد وهو ستة عشر بجميع الثمن وهو عشرة، يبقى التبرع بستة، وللورثة خُمس العبد وهو درهمان، والثمن وهو عشرة، فالجملة اثنا عشر ضعف المحاباة.

وإن صححنا البيع في بعضه بالقسط، قلنا: يصح البيع في شيء من العبد بنصف شيء من الثمن، ويبطل في عبد ناقص بشيء، وقيمته يوم الموت عشرة إلاّ

نصف شيء، فتضم الحاصل من الثمن وهو نصف شيء إليه، فيكون عشرة دراهم بلا استثناء، وهي تعدل ضعف المحاباة، وهي شيء، فالشيء عشرة دراهم، وهي نصف العبد يوم البيع، فيصح البيع في نصفه وهو عشرة بنصف الثمن وهو خمسة، فالمحاباة بخمسة دراهم، وللورثة نصف العبد يوم الموت وهو خمسة، ونصف الثمن وهو خمسة، وجملتها ضعف المحاباة. وفقه هذه الحالة: أن ما صح فيه البيع، فحصته من النقص محسوبة على المشتري، لأنه مضمون عليه بالقبض. وما بطل فيه البيع، فحصته من النقص غير مضمونة على المشتري، لأنه أمانة في يده، لأنه لم يتعدَّ بإثبات اليد عليه، ولا قَبَضه لمنفعة نفسه. واستدرك إمام الحرمين فقال: إن كان النقص بانخفاض السوق، فهذا صحيح، لأن نقص السوق لا يضمن باليد مع بقاء العين. فإن كان النقص في نفس العبد، فيحتمل أن يقال: إنه مضمون على المشتري، لأنه مقبوض على حكم البيع. حتى لو برأ المريض، كان البيع لازمًا في الجميع. فعلى هذا، يصير المشتري غارمًا لقدر من النقصان مع الثمن، ويختلف القدر الخارج بالحساب.

الحالة الثانية: أن يحدث النقص بعد موت البائع، فظاهر ما ذكره الأستاذ أبو منصور، أنه كما لم حدث قبل الموت، حتى يكون القدر المبيع هنا كالقدر المبيع فيما إذا حدث قبل موته. قال الإمام: وهذا خطأ إن أراد هذا الظاهر، لأن النظر في التركة وحساب الثلث والثلثين إلى حالة الموت، ولا معنى لاعتبار النقص بعده، كما لا تعتبر الزيادة.

القسم الثاني: إذا حدث النقص في يد البائع، بأن باع مريض عبدًا يساوي عشرين بعشرة، ولم يسلمه حتى عادت قيمته إلى عشرة، ذكر الأستاذ: أنه يصح البيع في جميعه، لأن التبرع إنما يتم بالتسليم، وقد بان قبل التسليم أنه لا تبرع. قال: وكذا لو عادت قيمته إلى خمسة عشر، لأن التبرع يكون بخمسة، والثلث وافٍ بها. واعترض الإمام بأن التبرع الواقع في ضمن البيع لا يتوقف نفوذه وانتقال الملك فيه على التسليم، فوجب أن ينظر إلى وقت انتقال الملك، وأن لا يفرق بين النقص قبل القبض وبعده، وهذه الاعتراضات بيِّنة.

**فرع:** الحادث في يد المشتري، إن كان بانخفاض السوق، لم يدفع خيار المشتري بتبعض الصفقة عليه. وإن كان لمعنى في نفس المبيع، فقد شبَّهوه بالعيب الحادث مع الاطلاع على العيب القديم.

**فصل:** محاباة المشتري تعتبر من الثلث كمحاباة البائع. فإذا اشترى مريض عبدًا قيمته عشرة بعشرين لا يملك غيرها، فثلث ماله ستة وثلثان، والمحاباة عشرة،

والستة والثلثان ثلثا العشرة، فيصح الشراء في ثلثي العبد وهو ستة وثلثان بثلثي الثمن وهو ثلاثة عشر وثلث، يبقى مع الورثة ثلث الثمن وهو ستة وثلثان، وثلثا العبد وهو ستة وثلثان، وذلك ضعف المحاباة. هذا إن أجاز البائع البيع، وله أن يفسخ ويسترد العبد لتبعض الصفقة عليه. ولو اشترى عبدًا قيمته عشرة بعشرين، فزادت قيمة العبد في يده، أو في يد البائع، فصارت خمسة عشر، فقد زادت خمسة في تركته. فإن قلنا: يصح الشراء في بعض ما حابى فيه بجميع ما يقابله، فتضم الخمسة الزائدة إلى الثمن، فيصير جميع التركة خمسة وعشرين، وثلثها ثمانية وثلث، فيقال للبائع: ثلث ماله ثمانية وثلث، وقد حاباك بعشرة، فإما أن تفسخ البيع وتسترد العبد، وإما أن ترد ما زاد على الثلث وهو درهم وثلثان. فإن ردّ،فمع الورثة العبد، وقيمته يوم الموت خمسة عشر، ومعهم درهم وثلثان، والجملة ضعف المحاباة. وإن قلنا: يصح الشراء في بعضه ببعض ما يقابله، قلنا: يصح الشراء في شيء من العبد بشيئين من الثمن، فتكون المحاباة بشيء، يبقى عشرون درهمًا إلا شيئين، تضم إليها المشترى من العبد وكان شيئًا، فصار شيئان ونصف شيء، تبلغ عشرين إلا نصف شيء، وذلك يعدل ضعف المحاباة وهو شيئان، فتجبر وتقابل، فالعشرون تعدل شيئين ونصف شيء، فالشيء ثمانية وهي خمسا العشرين وأربعة أخماس العبد، فيصح البيع في أربعة أخماس العبد وهي ثمانية بأربعة أخماس وهي ستة عشر، فتكون محاباة المشتري بثمانية، يبقى للورثة خمس الثمن وهي أربعة، وأربعة أخماس العبد وهي اثنا عشر يوم الموت، فالجملة ستة عشر ضعف المحاباة. ولو اشترى كما ذكرنا، ثم نقص العبد في يد المريض فعادت قيمته إلى خمسة، فإن قلنا بالأول من القولين، فقد كانت تركته عشرين، وصارت بالآخرة خمسة عشر، وثلثها خمسة، فيقال للبائع: إما أن تردَّ على الورثة خمسة ليكون معهم العبد وهو خمسة والدراهم الخمسة فيكون لهم ضعف الخمسة، وإما أن تفسخ البيع وتردّ الثمن بتمامه وتسترد العبد ناقصًا ولا ضمان. وإن قلنا بالتقسيط، فقال الأستاذ أبو منصور: يضمن المشتري قسط ما بطل فيه البيع من النقصان، وينقص ذلك من التركة كدَين يلزم قضاؤه. قال الإمام: هذا رجوع إلى ما قدمناه أن المأخوذ على أنه مبيع يكون مضمونًا عليه، ومناقض لما ذكر الأستاذ أن ما لا يصح فيه البيع أمانة في يد المشتري، ثم حسابه أن يقال: صح الشراء في شيء من العبد بشيئين من الثمن، وبطل في عبد ناقص بشيء قيمته بالتراجع خمسة دراهم إلا نصف شيء، فينقص القدر الذي نقص من التركة، يبقى خمسة عشر درهمًا إلا شيئًا ونصف شيء، تضم إليه الشيء المشترى من العبد وقد رجع إلى نصف، فيكون الحاصل خمسة عشر

درهمًا إلا شيئًا تعدل ضعف المحاباة وهو شيئان، فتجبر وتقابل، فخمسة عشر تعدل ثلاثة أشياء، فالشيء ثلث الخمسة عشر وهو نصف العبد، فيصح الشراء في نصف العبد بنصف الثمن، فتكون المحاباة بخمسة، يبقى للورثة نصف الثمن وهو عشرة، ونصف العبد وهو اثنان ونصف، تسقط من المبلغ قسط ما بطل العقد فيه من النقصان وهو اثنان ونصف، يبقى في أيديهم عشرة ضعف المحاباة.

**فرع:** باع مريض قفيز حنطة قيمته خمسة عشر لأخيه يقفيز قيمته خمسة، فمات أخوه قبله، وخلف بنتًا وأخاه البائع، ثم مات البائع ولا مال لهما سوى القفيزين، صح البيع في شيء من القفيز الجيد، ويرجع بالعوض ثلث شيء، يبقى معه قفيز إلا ثلثي شيء، فالمحاباة بثلثي شيء، ويحصل مع المشتري شيء من القفيز الجيد، والباقي من قفيزه وهو قيمة القفيز الجيد ثلث قفيز إلاَّ ثلث شيء، فهما معًا ثلث قفيز وثلثا شيء، يرجع نصفه بالإرث إلى البائع وهو سدس قفيز وثلث شيء، فتزيده على ما كان للبائع، فالمبلغ قفيز وسدس قفيز إلاّ ثلث شيء، وهذا يعدل ضعف المحاباة، وهو شيء وثلث شيء، فتجبر وتقابل، فقفيز وسدس قفيز تعدل شيئًا وثلثا شيء، فتبسطهما أسداسًا، وتقلب الاسم، فالقفيز عشرة، والشيء سبعة، فيصح البيع في سبعة أعشار الجيد، وهي عشرة ونصف، بسبعة أعشار الرديء،وهو ثلاثة ونصف، فتكون المحاباة بسبعة، يبقى مع البائع من قفيزه أربعة ونصف، وقد أخذ بالعوض ثلاثة دراهم ونصفًا، فالمجموع ثمانية، وللمشتري من قفيزه درهم ونصف، ومن القفيز الجيد عشرة ونصف، تكون اثني عشر درهمًا، يرجع نصفه إلى البائع وهو ستة، يبلغ ما عنده أربعة عشر وهو ضعف المحاباة. ولو كان القفيز الرديء نصف قيمة الجيد، والجيد يساوي عشرين، صح البيع في الجميع، لأنه تكون المحاباة بعشرة، فيبقى عنده عشرة، ويرجع إليه بالإرث عشرة.

**فرع:** باع مريض عبدًا يساوي عشرين بعشرة، فاكتسب العبد عشرين في يد البائع أو في يد المشتري، ثم مات المريض، فإن ترك عشرة سوى ثمن العبد، نفذ البيع في جميع العبد، وكان الكسب للمشتري، وإن لم يملك شيئًا آخر، بطل البيع في بعض العبد، لأن المحاباة لم تخرج من الثلث. ثم حكى الإمام عن الأستاذ، أن جميع الكسب للمشتري، لأنه حصل في ملكه ثم عرض الفسخ والرد كاطلاع المشتري على عيب قديم، فإنه يردّ ويبقى له الكسب، قال: وهذا زَلَلٌ عظيم، بل الوجه القطع بأن الكسب يتبعض بتبعض العبد كما في العتق، وليس هذا فسخًا وردًّا للبيع في بعض العبد، بل يتبين صحة البيع وحصول الملك للمشتري في بعض العبد دون بعضه، وهذا حق، لكن الأستاذ لم يقل هذا عن نفسه حتى يشنع عليه، وإنما

نقله عن ابن سريج وأكثر الأصحاب، ثم حكى عن بعضهم أن الكسب كالزيادة الحادثة في قيمته. وعلى هذا، فحكمه التبعيض كالزيادة. ولو اشترى المريض عبدًا قيمته عشرة بعشرين فاكتسب، فالكسب كالزيادة في القيمة، لكن التركة تزداد به، وحكم الزيادة ما سبق.

**فرع:** اشترى مريض عبدًا بعشرة، وترك سواه بعشرين، وأوصى لزيد بعشرة، ثم وجد بالعبد عيبًا ينقصه خمسة، فاختار إمساكه، جاز، وكأنه حاباه بخمسة، والمحاباة مقدمة على الوصية، وللموصى له باقي الثلث وهو خمسة. وإن وجد الورثة العبد معيبًا وأمسكوه، فلزيد العشرة، وما نقص بالعيب كأنهم أتلفوه، لأنهم لو شاؤوا لفسخوا أو استردوا الثمن. ولو اشترى عبدًا بثلاثين فأعتقه، وخلف ستين درهمًا، ثم وجد الورثة به عيبًا ينقصه خمسة دراهم، رجعوا على البائع بالأرش. ولو وهبه وأقبضه، لم يرجعوا به، لأنه ربما عاد إليهم فيردونه. هذا جواب الأستاذ، وفيه وجه مشروح في موضعه. ولو لم يخلف غير العبد وكان قد أعتقه، عتق منه خمساه وهو عشرة دراهم، ويرجع الورثة بالأرش وهو خمسة على البائع، ولهم مع ذلك ثلاثة أخماس العبد وهي خمسة عشرة، فيكون عشرين ضعف المحاباة. قال الأستاذ: وللبائع أن يأخذ ثلاثة أخماس العبد، ويردّ ثلاثة أخماس الثمن، ويغرم أرش خمسيه وهو درهمان. ولو كان قد وهبه وأقبضه بدل الإعتاق، فالخمسة الناقصة تحسب من الثلث، لأن المريض هو الذي فوت الرجوع بالأرش بما أنشأ من الهبة، وللموهوب له خُمُسه وهو خمسة، وللورثة أربعة أخماسه وهي عشرون.

**فرع:** ترك عبدًا قيمته ثلاثون، وأوصى ببيعه لزيد بعشرة، فثلث ماله عشرة، وأوصى بالمحاباة بعشرين، فإن لم تجز الورثة، بيع منه على قول ثلثا العبد بجميع العشرة لتحصل له المحاباة بقدر الثلث، وللورثة ضعفه. وعلى قول التقسيط، يباع منه نصف العبد بنصف الثمن. ولو أوصى مع ذلك بثلث ماله لعمرو، فالثلث بينهما على ثلاثة، لزيد سهمان، ولعمرو سهم.

**فصل:** ومن التصرفات الدورية السَّلَم. فإذا أسلم المريض عشرة في قدر من الحنطة مؤجلًا يساوي عشرة، ومات قبل حلول الأجل، فللوارث الخيار. فإن أجاز، فالسَّلَم بحاله. وإن قالوا: لا نرضى بالأجل في محل حقنا وهو الثلثان، فلهم ذلك كما ذكرنا في «بيع الأعيان بثمن مؤجل»، وحينئذٍ فالمسلَم إليه بالخيار، إن شاء فسخ السَّلم وردَّ رأس المال بتمامه، وإن شاء ردَّ ثلثي رأس المال وفسخ العقد في الثلثين وبقي الثلث عليه مؤجَّلًا، وإن شاء عجّل ثلثي ما عليه ويبقى الثلث عليه مؤجلًا، وأيهما اختار سقط حق الورثة من الفسخ. ولو أسلم عشرة في قدر

يساوي ثلاثين، فللورثة الخيار أيضًا مع الغبطة بسبب الأجل، وللمسلَم إليه الخيار كما ذكرنا، ويكفيه أن يجعل مما عليه ثلثي العشرة وذلك تُسعا ما عليه من الحنطة، ويكون الباقي عليه إلى انقضاء الأجل. ولو أسلم الثلاثين في قدر يساوي عشرة، فللورثة الاعتراض هنا بسبب الأجل وبسبب التبرع.

فإذا لم يجيزوا، فالمسلَم إليه بالخيار، إن شاء فسخ السلم وردَّ رأس المال، وإن شاء فسخه في الثلاثين ورد ثلثي رأس المال، ويكون الباقي عليه إلى أجله، فإن شاء عجل ما عليه مع ما زاد من المحاباة على الثلث، ولا يكفيه تعجيل ما عليه هنا، لأنه لا يحصل للورثة ثلثا المال، ولو عجل نصف ما عليه مع نصف رأس المال وفسخ السلم في النصف، كفى. ولو أسلم مريض إلى رجلين ثلاثين درهمًا في قفيز من الحنطة قيمته عشرة إلى أجل، ولم يجز الورثة، واختار المسلَم إليهما إمضاء السلم فيما يجوز فيه السلم، فإن قلنا: يصح العقد في بعض ما حابى فيه بقسطه، صح لهما السلم في نصف المسلَم فيه، وقيمته خمسة دراهم، بنصف رأس المال وهو خمسة عشر، فتكون المحاباة بعشرة، وللورثة نصف المسلم فيه وهو خمسة، ونصف رأس المال وهو خمسة عشر، وذلك ضعف المحاباة. وإن قلنا: يصح العقد في بعض ما حابى به بجميع الثمن، فإذا أمضيا العقد، صح السلم في جميع القفيز بثلثي رأس المال، فيؤديان القفيز ويردّان عشرة دراهم.

**فصل:** ومنها الضمان، والإقرار، والشفعة. وقد ذكرنا مثال الدور فيها في أبوابها.

ومن صوره في الإقرار، قال زيد لعمرو: عليَّ عشرة إلاّ نصف ما على بكر، وقال بكر لعمرو: عليَّ عشرة إلا نصف ما على زيد، فعلى كلٍّ واحد من زيد وبكر عشرة إلا شيئًا، تأخذ نصف ما على أحدهما وهو خمسة إلا نصف شيء، وذلك يعدل الشيء الناقص من العشرة، فخمسة إلا نصف شيء تعدل شيئًا، فتجبر وتقابل، فخمسة تعدل شيئًا ونصفًا، فالشيء ثلثا الخمسة وهو ثلاثة وثلث، فهي الشيء، تسقطها من العشرة، يبقى ستة وثلثان، فهي الواجب على كل واحد منهما. ولو قال: كل واحد منهما عشرة إلاّ ربع ما على الآخر، قلنا: على كل واحد عشرة إلا شيئًا، تأخذ ربع ما على أحدهما وهو درهمان ونصف إلا ربع شيء، وذلك يعدل الشيء الناقص، فتجبر وتقابل، فيقع درهمان ونصف في معادلة شيء وربع شيء، فالشيء درهمان تسقطهما من العشرة، يبقى ثمانية، فهي الواجب على كل واحد منهما. ولو قال: كل واحد عشرة ونصف ما على الآخر، قلنا: على كل واحد عشرة وشيء، تأخذ نصف ما على أحدهما وهو خمسة ونصف شيء، وذلك يعدل

الشيء الزائد على العشرة، فتسقط نصف شيء بنصف شيء، يبقى نصف شيء في معادلة خمسة دراهم، فالشيء عشرة دراهم، فعلى كل واحد عشرون. ولو قال: كل واحد عشرة وثلث ما على الآخر، فيزاد على العشرة نصفها، تبلغ خمسة عشر، فهي الواجب على كل منهما. ولو قال: وربع ما على الآخر، فيزاد على العشرة ثلثها، فعلى كل واحد ثلاثة عشر وثلث، وعلى هذا التنزيل.

**فصل:** ومنها الهبة، فإذا وهب مريض عبدًا، ثم رجع العبد أو بعضه إلى الواهب بهبة أو غيرها، دارت المسألة، لأن التركة تزيد بقدر الراجع. وإذا زادت، زاد الثلث. وإذا زاد الثلث، زاد الراجع فزادت التركة، فإذا وهب مريض لزيد عبدًا، وأقبضه، ثم وهبه زيد للأول وهو مريض أيضًا، وماتا ولا مال لهما سوى العبد، فبالجبر نقول: صحت هبة الأول في شيء من العبد، فبقي عبد إلا شيئًا، وصحت هبة زيد في ثلث ذلك الشيء، فيرجع إلى الأول ثلث شيء، فيكون معه عبد إلا ثلثي شيء، وذلك يعدل ضعف ما صحت هبته فيه وهو شيئان، فبعد الجبر: عبد يعدل شيئين وثلثي شيء، تبسطها أثلاثًا، وتقلب الاسم، فالعبد ثمانية، والشيء ثلاثة، فتصح هبة الأول في ثلاثة أثمان العبد، وتبطل في الباقي، وتصح هبة زيد في ثمن من الأثمان الثلاثة، فيبقى مع ورثة زيد ثمنان وهما ضعف هبته، ومع ورثة الأول ستة أثمان العبد وذلك ضعف هبته.

وبطريق السهام، تطلب عددًا له ثلث، ولثلثه ثلث بسبب الهبتين، وأقله تسعة، فتصح هبة الأول في ثلاثة، ويرجع من الثلاثة سهم وهو سهم الدور، تسقطه من التسعة، يبقى ثمانية، تصح الهبة في ثلاثة منها كما سبق. ولو وهب زيد لمريض ثالث وأقبضه، ثم وهب الثالث الأول، صحت هبة الأول في شيء من العبد، وهبة زيد في ثلث ذلك الشيء، وهبة الثالث في ثلث ثلثه وهو تُسع، فيرجع إليه تُسع ذلك الشيء، يبقى معه عبد إلا ثمانية أتساع شيء تعدل شيئين، فبعد الجبر: عبد يعدل شيئين وثمانية أتساع شيء، فتبسطها أتساعًا، وتقلب الاسم، فالعبد ستة وعشرون، والشيء تسعة، فتصح هبة الأول في تسعة أجزاء من ستة وعشرين جزءًا من العبد، وهبة زيد في ثلاثة منها، يبقى مع ورثته ستة هي ضعف هبته، وهبة الثالث في واحد، يبقى مع ورثته سهمان، وينضم جزءٌ إلى ما بقي مع ورثة الأول، تكون ثمانية عشر هي ضعف ما صحت فيه هبته. وبالسهام تطلب عددًا له ثلث، ولثلثه ثلث، ولثلث ثلثه ثلث، وأقله سبعة وعشرون، يسقط منه سهم الدور، يبقى ستة وعشرون على ما ذكرنا.

مسألة: كان للواهب تركة سوى العبد، بأن وهب لزيد عبدًا قيمته مئة،

وأقبضه، ثم وهبه زيد ـ وهو مريض أيضًا ـ للأول، ثم ماتا وللأول خمسون سوى العبد، فبطريق الدينار والدرهم تقول: العبد دينار ودرهم، تصح هبة الأول في درهم، ويرجع إليه بهبة زيد ثلث درهم، يبقى معه من العبد دينار، ومما سواه نصف دينار ونصف درهم، فإنه مثل نصف العبد، ومما رجع إليه ثلث درهم، فالمبلغ دينار ونصف دينار وخمسة أسداس درهم، وذلك يعدل ضعف المحاباة وهو درهمان، تسقط خمسة أسداس بخمسة أسداس درهم، يبقى دينار ونصف دينار في معادلة درهم وسدس درهم، تبسطها أسداسًا، وتقلب الاسم، فالدرهم تسعة، والدينار سبعة، وكان العدد درهمًا ودينارًا، فهو إذًا ستة عشر، تصح الهبة في تسعة منها، ويرجع إليه بهبة زيد ثلاثة ومعه تركة مثل نصف العبد، فالمبلغ ثمانية عشر ضعف التسعة. ولو كان على الواهب الأول دين ولا تركة سوى العبد، فإن كان الدَّين مثل العبد أو أكثر، فالهبة باطلة. ذ

وإن كان أقل، بأن وهب عبدًا قيمته مئة وعليه عشرون دينًا، صحت هبة الأول في شيء، ويرجع إلية ثلث شيء، فيبقى عبد إلا ثلثي شيء يعدل شيئين، فبعد الجبر: أربعة أخماس عبد تعدل شيئين وثلثي شيء، فتبسطهما بأجزاءِ الثلث والخمس بأن تضربهما في خمسة عشر، وتقلب الاسم، فالعبد أربعون، والشيء اثنا عشر، تصح هبة الأول في اثني عشر من أربعين من العبد، ويعود إليه أربعة، يبقى اثنان وثلاثون، يقضى منها الدين وهو ثمانية أجزاء مثل خمس العبد، يبقى أربعة وعشرون ضعف الهبة. ولو كان للمريض الثاني تركة سوى العبد، بأن كان العبد مئة، وللثاني خمسون سواه، ووهب جميع ماله، فتصح هبة الأول في شيء من العبد ويكون مع الثاني نصف عبد وشيء، يرجع ثلثه إلى الأول وهو سدس عبد وثلث شيء، فيجتمع عنده عبد وسدس عبد إلا ثلثي شيء يعدل شيئين، فبعد الجبر: عبد وسدس عبد يعدل شيئين وثلثي شيء، فتبسطهما أسداسًا، وتقلب الاسم، فالعبد ستة عشر، والشيء سبعة، ومع الثاني نصف عبد وهو ثمانية مع الشيء وهو سبعة، فالمبلغ خمسة عشر، ويرجع إلى الأول من هبته خمسة، فيصير معه أربعة عشر ضعف الهبة.

مسألة: وهب مريض عبدًا قيمته مئة، فمات في يد المتهب، ثم مات الواهب ولا مال له، فعن ابن سريج وجهان: أحدهما: تصح الهبة في جميع العبد، لأنه لم يبق شيء يورث، فتكون هبته كهبة الصحيح. وأصحهما: أنها باطلة، لأنها في معنى الوصية. فإن أبطلناها، ففي وجوب الضمان على المتهب وجهان: أحدهما: نعم، لأنه قبضه لنفسه فأشبه المستعير. وأصحهما: لا، بخلاف المستعير، فإنه قبض ليردّ. فإن أوجبنا الضمان، قال الأستاذ: يضمن ثلثي قيمته لورثة الواهب، وقياس

بطلان الهبة أن يضمن جميع القيمة. ولو اكتسب العبد في يد المتهب مئة، ثم مات، فإن صححنا الهبة في الجميع، فالكسب للمتهب. وإن أبطلناها في الجميع إذا لم يكن كسب، فهنا تصح الهبة في شيء من العبد، ويكون للمتهب شيء من الكسب غير محسوب عليه من الوصية، وللورثة باقي الكسب وهو مئة إلا شيئًا تعدل شيئين، فبعد الجبر والمقابلة: مئة تعدل ثلاثة أشياء، فالشيء ثلث المائة، فتصح الهبة في ثلث العبد، وتبطل في ثلثه، ولورثة الواهب ثلثا كسبه، وذلك ضعف ما صحت فيه الهبة، ولم يحسب ثلثا العبد على ورثة الواهب، لأنه تلف قبل موت الواهب، وحسبنا على المتهب ما تلف من وصيته، لأنه تلف تحت يده.

مسألة: وهب لزوجته مئة لا يملك غيرها، وأقبضها، فأوصت هي بثلث مالها، ثم ماتت قبل الزوج، صحت هبته في شيء من المائة، وصحت وصيتها في ثلث ذلك الشيء، ويرجع إلى الزوج بالإرث نصف ذلك الباقي وهو ثلث شيء، فيحصل عند الزوج مئة إلا ثلثي شيء وذلك يعدل شيئين، فبعد الجبر: مئة تعدل شيئين وثلثي شيء، فتبسطهما أثلاثًا، وتقلب الاسم، فالمائة ثمانية، والشيء ثلاثة، فتصح الهبة في ثلاثة أثمان المائة، وتصح الوصية في ثمن، ويرجع بالإرث ثمن إلى الزوج، فيحصل عند ورثته ستة أثمان وهو ضعف الهبة.

مسألة: وهب مريض لمريض عبدًا، وأقبضه، ثم وهبه الثاني للأول وأقبضه، ولا مال لهما غيره، ثم أعتقه الأول وماتا، قال ابن سريج: المسألة تصح من أربعة وعشرين، لورثة الواهب الأول ثلثاه، ولورثة الثاني ربعه، ويعتق منه باقي الثلث وهو نصف سدسه، قال الأستاذ: هذا خطأٌ عند حذَّاق الأصحاب، والعتق باطل، لأنه قدم الهبة على العتق وهي تستغرق الثلث. وإذا بطل العتق، صحت هبة الأول في ثلاثة أثمان العبد، ويرجع إليه بالهبة الثانية ثمنه، فيجتمع مع ورثته ستة أثمانه وهي ضعف الهبة. وصوّب الإمام ابن سريج فقال: إذا اجتمع للأول ستة أثمانه، ثم أعتق، فتنفيذ العتق في تمام الثلث لا ينقص حق ورثته من الثلثين، ولا حق الموهوب له، فيتعين المصير إليه، وحينئذٍ لا بد من تعديل الثلث والثلثين ورعاية الأثمان، فتضرب ثلاثة في ثمانية، تبلغ أربعة وعشرين كما ذكره. فلو أعتقه قبل هبة الثاني، ثم وهبه الثاني، لغا العتق، إذ لم يصادف محلًا، إلا أن يحتمل الوقف.

**فرع:** زيادة الموهوب ونقصه، كزيادة العبد المعتق ونقصه، لكن ما يحسب هناك للعبد المعتق أو عليه، يحسب هنا على ورثة الواهب، وسنوضحه في العتق إن شاء الله تعالى.

مسألة: وهب مريض لأخيه عبدًا، ثم وهبه المتهب نصفه وهو صحيح، ومات

قبل المريض وخلّف بنتًا وأخاه الواهب، فقولان: أظهرهما عند الأستاذ: أن هبة الثاني تنحصر فيما ملكه بهبة الأول، وتصح في جميعه، وحسابه أن هبة المريض تصح في شيء، ويرجع إليه بهبة الثاني ذلك الشيء كله، فمعه عبد يعدل شيئين، فالشيء نصف عبد، فتصح الهبة في نصف العبد، ثم يرجع إليه، فيكون لورثته عبد تام ضعف الهبة. والقول الثاني: أنها تشيع، لمصادفتها ما ملكه وغيره، فتصح في نصف ما ملك. وحسابه: أن هبة المريض تصح في شيء من العبد، ويرجع بهبة الثاني نصف ذلك الشيء، ثم يرجع بالإرث نصف ما بقي وهما ثلاثة أرباع شيء، يبقى عبد إلا ربع شيء يعدل شيئين، فبعد الجبر: عبد يعدل شيئين وربع شيء، فتبسطها أرباعًا، وتقلب الاسم، فالعبد تسعة، والشيء أربعة، فتصح الهبة في أربعة أتساع العبد، ويرجع إليه بالهبة تُسعان، وبالإرث تُسع آخر، فيجتمع لورثته ثمانية أتساع ضعف الهبة.

**فرع:** فيما إذا وطئت الموهوبة وطأً يوجب المهر: إن وطئها أجنبي بشبهة قبل موت الواهب، فالمهر كالكسب يقسم على ما تصح فيه الهبة، وعلى ما لا تصح، فحصة ما تصح هبته لا تحسب على المتهب، وحصة ما لا تصح تحسب على ورثة الواهب. وإن وطئها الواهب في يد المتهب ومهرها مثل قيمتها، صحت الهبة في شيء، ويستحق المتهب على الواهب مثل ذلك الشيء من المهر، فيقضى مما بقي، يبقى جارية إلا شيئين تعدل شيئين، فبعد الجبر: جارية تعدل أربعة أشياء، فالشيء ربع الجارية، تصح الهبة في ربع الجارية، ويثبت على الواهب مثل ربعها يقضى من الجارية، يبقى مع الورثة نصفها وهو ضعف الموهوب. وإن وطئها المتهب ومهرها مثل قيمتها، صحت الهبة في شيء، وتبطل في جارية سوى شيء، وثبت للواهب على المتهب مثل ما بطلت فيه الهبة وهو جارية إلا شيئًا، فيحصل له جاريتان إلا شيئين يعدلان شيئين، فبعد الجبر: جاريتان تعدلان أربعة أشياء، فالشيء نصف جارية، فتصح الهبة في نصفها، ويستحق بالوطء مثل نصفها، فيحصل للورثة جارية تامة وهي ضعف الموهوب. وإن كان مهرها نصف قيمتها، صحت الهبة في شيء، وبطلت في جارية سوى شيء، ويستحق الواهب على المتهب مثل نصف ما بطلت فيه الهبة، وهو نصف جارية إلا نصف شيء، فيجتمع عند الواهب جارية ونصف إلا شيئًا، ونصف شيء يعدل شيئين، فبعد الجبر: جارية ونصف تعدل ثلاثة أشياء ونصف شيء، فتبسطها أنصافًا، وتقلب الاسم، فالجارية سبعة، والشيء ثلاثة، تصح الهبة في ثلاثة أسباع الجارية، وتبطل في أربعة أسباعها، ويغرم المتهب من مهرها مثل سُبعي قيمتها، فيجتمع مع ورثة الواهب ستة أسباعها ضعف الموهوب.

وإن وطئها الواهب والمتهب ومهرها مثل قيمتها، صحت الهبة في شيء وثبت للمتهب على الواهب مثل ذلك الشيء، يبقى جارية إلا شيئين، وثبت للواهب على المتهب مثل ما بطلت فيه الهبة وهو جارية إلا شيئًا، فتضم إلى ما بقي للواهب، تبلغ جاريتين إلا ثلاثة أشياء تعدل شيئين، فبعد الجبر: جاريتان تعدلان خمسة أشياء، فالشيء خمس الجاريتين وهو خمسا جارية، فتصح الهبة في خمسيها، ويثبت للمتهب على الواهب خمسان آخران، فالمبلغ أربعة أخماس، ثم يسترجع الواهب مثل ما بطلت فيه الهبة وهو ثلاثة أخماس، فيجتمع لورثته أربعة أخماس وهو ضعف الموهوب. ولو كان مهرها مثل نصف قيمتها، صحت الهبة في ثلاثة أثمانها، وبطلت في خمسة أثمانها، ويثبت للمتهب على الواهب ثمن ونصف ثمن، فيجتمع له أربعة أثمان ونصف ثمن، ثم يسترجع الواهب نصف ما بطلت فيه الهبة وهو ثمنان ونصف، فيجتمع لورثته ستة أثمان وهو ضعف الموهوب.

**فصل:** ومنها: الصداق والخلع، وقد سبق أن المريض إذا نكح بمهر المثل، جعل من رأس المال. وإن نكح بأكثر، فالزيادة من الثلث. فإن كانت وارثة، فالتبرع على وارث، وذكرنا أنه إن ماتت الزوجة قبله وورثها الزوج، وقع الدور، فيتخرَّج على هذا مسائل:

إحداها: أصدقها مئة، ومهر مثلها أربعون، فماتت قبله ولا مال لهما سوى الصداق، فلها أربعون من رأس المال، ولها شيء بالمحاباة، يبقى مع الزوج ستون إلا شيئًا، ويرجع إليه بالإرث نصف ما للمرأة وهو عشرون ونصف شيء، فالمبلغ ثمانون إلا نصف شيء يعدل شيئين ضعف المحاباة، فبعد الجبر تعدل ثمانون شيئين ونصف شيء، فالشيء خمسا الثمانين وهو اثنان وثلاثون، فلها اثنان وسبعون، أربعون مهر، والباقي محاباة، يبقى مع الزوج ثمانية وعشرون، ويرجع إليه بالإرث ستة وثلاثون، فيجتمع لورثته أربعة وستون ضعف المحاباة. فإن كان لها ولد، فالراجع إليه بالإرث ربع مالها وهو عشرة وربع شيء، فيحصل للزوج سبعون إلا ثلاثة أرباع شيء وذلك يعدل شيئين، فبعد الجبر: سبعون تعدل شيئين وثلاثة أرباع شيء، تبسطهما أرباعًا، فتكون الدراهم مائتين وثمانين، والأشياء أحد عشر، تقسم الدراهم على الأشياء، يخرج من القسمة خمسة وعشرون وخمسة أجزاء من أحد عشر جزءًا من درهم، فهذا قدر المحاباة، فلها بالمهر والمحاباة خمسة وستون درهمًا وخمسة أجزاء من أحد عشر جزءًا من درهم، يرجع إلى الزوج ربع ذلك وهو ستة عشر درهمًا وأربعة أجزاء من أحد عشر جزءًا من درهم، وذلك ضعف المحاباة.

المسألة الثانية: أعتق مريض جارية ونكحها على مهر مسمى، نظر، إن لم يملك غيرها، فالنكاح باطل، لأنه لا ينفذ عتق جميعها، والنكاح والملك لا يجتمعان. ثم إن لم يدخل بها، فلا مهر. وإن دخل، فهو وطء شبهة، فلها من المهر بقسط ما عتق منها، ويقع فيه الدور. فإذا كانت قيمتها مئة، والمهر خمسين، عتق منها شيء ولها بالمهر نصف شيء، لأن المهر نصف القيمة، يبقى جارية إلا شيئًا ونصف شيء يعدل شيئين، فبعد الجبر: جارية تعدل ثلاثة أشياء ونصف شيء، فالشيء سُبعا الجارية، فينفذ العتق في سبعيها، ويبطل في خمسة أسباعها، فيصرف سبع منها إلى مهر السبعين، يبقى للورثة أربعة أسباعها ضعف ما عتق، ثم السبع المصروف إلى المهر، إن رضيت به بدلًا عمّا لها من المهر، فذاك، ويعتق عليها حين ملكته لا بالإعتاق الأول وإن أبت بيع سبعها في مهرها. هذا إذا لم يملك غيرها. فإن ملك، وكانت الجارية قدر الثلث، بأن خلف مائتين سواها، فإن لم يدخل بها، فلا مهر، لأنها لو استحقت مهرًا للحق التركةَ دين، فلا تخرج كلها من الثلث، ولبطل النكاح وسقط المهر، وإن دخل بها، قال الشيخ أبو علي: لها الخيار، فإن عفت عن مهرها، عتقت وصح النكاح، وإلا، فلها ذلك، ويتبين أن جميعها لم يعتق، وأن النكاح فاسد ولها مهرها ما عتق منها. فيقال: عتق شيء، ولها بالمهر نصف شيء، يبقى للورثة ثلاثمائة إلا شيئًا ونصف شيء يعدل شيئين، فبعد الجبر: ثلاثمائة تعدل ثلاثة أشياء ونصف شيء، فمائة تعدل شيئًا وسدس شيء، تبسطها أسداسًا، وتقلب الاسم، فالشيء ستة، والمائة سبعة، فالشيء ستة أسباع الجارية.

المسألة الثالثة: قد علم أن خلع المريض بأقل من مهر المثل، لا يعتبر من الثلث، وأن المريضة لو نكحت بأقل من مهر المثل جاز، ولا اعتراض للورثة إذا لم يكن الزوج وارثًا، وأن المريضة لو اختلعت بأكثر من مهر المثل، اعتبرت الزيادة من الثلث. فإذا نكح مريض امرأة بمائة، ومهرها أربعون درهمًا، ثم خالعته في مرضها بمائة، وماتا من مرضهما ولا مال لهما إلا المائة، فإما أن يكون الخلع قبل الدخول، وإما بعده.

الحالة الأولى: بعده، فللمرأة أربعون من رأس المال، ولها شيء بالمحاباة، ثم يرجع إلى الزوج أربعون بالخلع، وله ثلث شيء بالمحاباة، فيحصل لورثة الزوج مئة إلا ثلثي شيء تعدل شيئين، فبعد الجبر: مئة تعدل شيئين وثلثي شيء، فالشيء ثلاثة أثمان المائة وهو سبعة وثلاثون درهمًا ونصف درهم وهي المحاباة، فللمرأة بالمهر والمحاباة سبعة وسبعون درهمًا ونصف درهم، ثم يأخذ الزوج من ذلك

أربعين درهمًا بعوض الخلع، وبالمحاباة ثلث الباقي وهو اثنا عشر ونصف، وكان بقي له اثنان وعشرون ونصف، فالمبلغ خمسة وسبعون ضعف المحاباة. هذا إذا جرى الخلع بمائة في ذمتها، فلو جرى بعين المائة التي أصدقها، فقد خالعها على مملوك وغير مملوك. قال الأستاذ تفريعًا على أن المسمى يسقط ويرجع إلى مهر المثل: لها أربعون من رأس المال، وشيء بالمحاباة، وللزوج عليها أربعون بالخلع، ولا شيء له بالمحاباة، لأن المسمى إذا بطل بطل ما في ضمنه من المحاباة، فيكون لورثة الزوج مئة إلا شيئًا يعدل شيئين، فبعد الجبر يتبين أن المسمى ثلث المائة، فلها بالمهر والمحاباة ثلاثة وسبعون درهمًا وثلث درهم، يأخذ الزوج من ذلك أربعين، يجتمع لورثته ستة وستون وثلثان ضعف المحاباة.

الحالة الثانية: إذا جرى الخلع قبل الدخول، فيتشطر الصداق، والحاصل للمرأة نصف مهر المثل من رأس المال وهو عشرون درهمًا، وشيء بالمحاباة، للزوج من ذلك أربعون مهر المثل، يبقى شيء إلا عشرين درهمًا له ثلاثة بالمحاباة وهو ثلث شيء إلا ستة دراهم وثلثي درهم، يبقى لورثتها ثلثا شيء إلا ثلاثة عشر درهمًا وثلث درهم، فيجتمع لورثة الزوج مئة وثلاثة عشر درهمًا وثلث درهم إلا ثلثي شيء، وذلك يعدل ضعف المحاباة شيئين، فبعد الجبر: مئة وثلاثة عشر وثلث تعدل شيئين وثلثي شيء، فالشيء ثلاثة أثمان هذا المبلغ وهي اثنان وأربعون درهمًا ونصف درهم وهي المحاباة، فللمرأة المحاباة ونصف المهر اثنان وستون درهمًا ونصف درهم يبقى للزوج سبعة وثلاثون درهمًا ونصف درهم، ويأخذ مما صار لها بعوض الخلع أربعين، ويأخذ أيضًا ثلث الباقي وهو سبعة دراهم ونصف، فالمبلغ خمسة وثمانون ضعف المحاباة. هذا كلام الأستاذ، واعترض الإمام، بأن مهر المثل مع المحاباة الصداق، فوجب أن يرجع إلى الزوج نصف الجميع، وعلى هذا طريق الحساب أن يقال: لها من رأس المال أربعون، وبالمحاباة شيء، يبقى للزوج ستون إلا شيئًا، ويرجع إليه نصف ما ملكته صداقًا وهو عشرون ونصف شيء، فللزوج ثمانون إلا نصف شيء، ثم تأخذ مما بقي لها أربعين، يبقى نصف شيء إلا عشرين درهمًا، تأخذ بالمحاباة ثلث هذا الباقي وهو سدس شيء إلا ستة دراهم وثلثي درهم، فيجتمع لورثته مئة وثلاثة عشر درهمًا وثلث درهم إلا ثلث شيء يعدل شيئين، فبعد الجبر يتبين أن الشيء ثلاثة أسباع مئة وثلاثة عشر درهمًا وثلث درهم، وهو ثمانية وأربعون درهمًا وأربعة أسباع درهم، يبقى للزوج أحد عشر درهمًا وثلاثة أسباع، ويرجع بالشطر أربعة وأربعون درهمًا وسُبعان، ويأخذ من الشطر الآخر قدر مهر المثل وهو أربعون وثلث الباقي وهو درهم وثلاثة أسباع، فالمبلغ سبعة وتسعون

درهمًا وسبع درهم، وذلك ضعف المحاباة، يبقى لورثة المرأة درهمان وستة أسباع درهم. وعلى قول الأستاذ، يبقى لهم خمسة عشر، ثم لا فرق في المسألة بين موته أوَّلًا وعكسه، وموتهما معًا، لانقطاع الإرث بالخلع، والدورُ إنما يقع في جانبه دونها، إذ لا يعود إليها شيء مما يخرج منها.

**فصل:** ومنها الجنايات، فإذا جنى عبد على حرّ خطأً، وعفا المجني عليه ومات لم يكن العفو وصية لقاتل، لأن فائدته تعود إلى السيد، فإن أجاز الورثة، فذاك، وإلا، نفذ في الثلث، وانفك ثلث العبد عن تعلق أرش الجناية. وأشار الإمام إلى وجه: أنه لا ينفك، كما أنه لا ينفك شيء من المرهون ما بقي شيء من الدّين. والصحيح الأول. ثم السيد بالخيار بين أن يسلم ثلثيه للبيع، وبين أن يفديَه. فإن سلّمه، فلا دور، بل يباع ويؤدى من ثمنه ثلثا الأرش، أو ما تيسر. وإن فداه، فيفدي الثلثين بثلثي الأرش، كم كان، أم بالأقل من ثلثي القيمة وثلثي الدِّية؟ فيه قولان: فإن كان الفداء بثلثي القيمة، فلا دور، وإن كان بالدِّية، فيقع الدور، فيقطع بالحساب.

مثاله: قيمة العبد ثلاثمائة، وقوَّمنا الإبل فكانت ألفًا ومائتين، فيصح العفو في شيء من العبد، ويبطل في عبد ناقص بشيء يفديه السيد بأربعة أمثاله، لأن الدية أربعة أمثاله، وأربعة أمثاله أربعة أعبد إلا أربعة أشياء، فيحصل لورثة العافي أربعة أعبد إلا أربعة أشياء، وذلك يعدل شيئين، فتجبر وتقابل، فأربعة أعبد تعدل ستة أشياء، فتقلب الاسم وتقول: العبد ستة، والشيء أربعة وهي ثلثا الستة، فيصح العفو في ثلثي العبد وهو مائتان، ويفدي السيد ثلثه بثلث الدية وهو أربعمائة، فيحصل لورثة العافي ضعف المائتين. هذا إذا لم يترك العافي سوى ما يستحقه من الدية. فإن ترك مالًا، نظر، إن كانت القيمة أقل من الدية، وكان ما تركه ضعف القيمة، صح العفو في جميع العبد. وإن كان ما تركه دون ضعف القيمة، ضمت التركة إلى قيمة العبد، وصح العفو في ثلث الجملة من العبد. وإن كانت القيمة أكثر من الدية، جمع بين التركة والدية، وصح العفو في ثلث الجملة من الدية.

**فروع:** أحدها: لو لم يترك سوى ما يستحق من الدية وعليه مائتان دينًا، وسلمه للبيع، واختار الفداء، وقلنا: الفداء بأقل الأمرين، سقط الدين من قيمة العبد، يبقى مئة للسيد، ثلثها وهو تسع العبد، فيصح العفو في تُسعه، ويباع ثمانية أتساعه، أو يفديها السيد بثمانية أتساع قيمته، وهو مائتان وستة وستون درهمًا وثلثان، يقضى منها دينه، يبقى ستة وستون وثلثان ضعف ما صح فيه العفو. وإن قلنا بالدية، صح العفو في شيء، وفدى السيد الباقي بأربعة أمثاله وهي أربعة أعبد إلا

أربعة أشياء، تحط منها قدر الدين وهو ثلثا عبد، يبقى ثلاثة أعبد وثلث عبد إلا أربعة أشياء تعدل شيئين، فتجبر وتقابل وتبسطها أثلاثًا، وتقلب الاسم، فالعبد ثمانية عشر، والشيء عشرة وهو خمسة أتساعها، فيصح العفو في خمسة أتساع العبد وهي مئة وستة وستون درهمًا وثلثان، ويفدي السيد باقيه وهو مئة وثلاثة وثلاثون درهمًا وثلث درهم بأربعة أمثاله وهي خمسمائة وثلاثة وثلاثون، يقضى منها الدَّين، يبقى ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم ضعف ما صح العفو فيه.

الفرع الثاني: جنى عبدان خطأً على حر، فعفا عنهما، ومات ولا مال له سوى الدية، فإن اختار السيدان تسليمهما أو اختارا الفداء، وقلنا: الفداء بأقل الأمرين، صح العفو في ثلث كل عبد، وبيع ثلثاه، أو فدى سيده ثلثيه بثلثي القيمة. وإن قلنا: الفداء بالدية، وكانت قيمة كل عبد ثلاثمائة، وقيمة الدية ألفًا ومائتين، صح العفو في شيء من كل عبد، وفدى سيده باقيه بضعفه، لأن نصف الدية هو الذي تعلق بكل عبد، ونصف الدية ضعف كل عبد، فيحصل لورثة العافي أربعة أعبد إلا أربعة أشياء، وذلك يعدل ضعف ما جاز العفو فيه وهو أربعة أشياء، فبعد الجبر: أربعة أعبد تعدل ثمانية أشياء، فتقلب الاسم، وتجعل العبد ثمانية، والشيء أربعة وهو نصفها، فيصح العفو في نصف كل عبد، ويفدي كل سيد نصف عبده بعبد، فيحصل للورثة عبدان ضعف ما صح العفو فيه.

الفرع الثالث: قتل عبد حرين خطأً، تعلقت برقبته الديتان. فإن سلمه سيده، بيع ووزِّع عليهما. وإن فداه وقلنا: الفداء بالقيمة، وزعت القيمة. وإن قلنا بالدّية، فداه بالدّيتين. فإن عفا أحدهما في مرضه، قال ابن سريج: يدفع إلى ورثة العافي ثلثا نصفه، وإلى ورثة الذي لم يعف جميع النصف، كأن كل واحد متعلق بنصف منه، فينفذ عفو العافي في ثلث محل حقه. قال الأستاذ: هذا لا يستقيم على أصل الشافعي، بل الديتان متعلقتان بجميع العبد، فإذا عفا أحدهما، سقط ثلث الدية، فورثته وورثة الآخر يتضاربون هؤلاء بثلثي دية مورثهم، وهؤلاء بكل دية مورثهم.

**فصل:** ومنها: العتق، فإذا أعتق مريض عبدًا، فاكتسب مالًا قبل موت المعتق، وزّع الكسب على ما يعتق وما يرق، وحصة العتق لا تحسب عليه، وحصة ما رقّ تزاد في التركة، وإذا زادت التركة، زاد ما عتق، فتزيد حصته من الكسب، وإن زادت حصة ما عتق، نقصت التركة، فينقص ما عتق، فيزيد المال، فيزيد ما عتق، وهكذا تدور زيادته على نقصه، ونقصه على زيادته، فيقطع الدور بالطرق الحسابية، وفيه مسائل:

مسألة: اكتسب العبد مثل قيمته، فيعتق منه شيء، ويتبعه من الكسب شيء غير

محسوب عليه، يبقى للورثة عبدان إلا شيئين، وذلك يعدل ضعف ما عتق وهو شيئان، فبعد الجبر: عبدان يعدلان أربعة أشياء، فتقلب الاسم، فالعبد أربعة، والشيء اثنان، والاثنان ضعف الأربعة، فعلمنا أنه يعتق من العبد نصفه، ويتبعه نصف الكسب غير محسوب عليه، يبقى للورثة نصف العبد ونصف الكسب، وذلك ضعف ما عتق. وبطريق السهام: تأخذ للعتق سهمًا، ولما يتبعه من الكسب سهمًا، وتأخذ للورثة ضعف ما أخذت للعتق وهو سهمان، يجتمع أربعة أسهم، ثم تأخذ الرقبة والكسب وهما مثلان، فتقسمهما على الأربعة، يخرج من القسمة نصف، فعلمنا أن الذي عتق نصف الرقبة. ولو اكتسب العبد ـ وقيمته تسعون ـ مثل قيمته ومثل نصفها، عتق منه شيء، وتبعه من الكسب شيء ونصف غير محسوب عليه، يبقى للورثة عبدان ونصف إلا شيئين ونصف شيء يعدل شيئين، فبعد الجبر: عبدان ونصف يعدل أربعة أشياء ونصف شيء، فتبسطها أنصافًا، وتقلب الاسم، فالعبد تسعة، والشيء خمسة، فيعتق منه خمسة أتساعه وقيمتها خمسون، ويتبعها خمسة أتساع الكسب وهي خمسة وسبعون، يبقى للورثة أربعة أتساع العبد وهي أربعون وهي أربعة أتساع الكسب وهي ستون، وهما مئة ضعف ما عتق. ولو كانت الصورة الثانية بحالها، وعلى السيد مثل قيمة العبد دينًا، عتق منه شيء، وتبعه من الكسب شيء ونصف، يبقى عند الورثة عبدان ونصف عبد إلا شيئين ونصف شيء، تسقط منه عبدًا للدين، يبقى عبد ونصف إلا شيئين ونصف يعدل ضعف ما عتق وهو شيئان، فبعد الجبر: عبد ونصف تعدل أربعة أشياء ونصف شيء، تبسطها أنصافًا، وتقلب الاسم، فالعبد تسعة، والشيء ثلاثة، يعتق من العبد ثلاثة أتساعه، ويتبعه من الكسب ثلاثة أتساعه، يقضى الدين من الباقي، يبقى مع الورثة ضعف ما عتق.

ولو كانت بحالها، إلا أنه لا دَين على السيد، وله سوى العبد وكسبه تسعون، عتق منه شيء، وتبعه من الكسب شيء ونصف، يبقى مع الورثة عبدان ونصف إلا شيئين ونصف شيء، ومعهم مثل قيمة العبد، فيجتمع معهم ثلاثة أعبد ونصف عبد إلا شيئين ونصف شيء يعدل شيئين، فبعد الجبر: ثلاثة أعبد ونصف عبد تعدل أربعة أشياء ونصف شيء، تبسطها أنصافًا، وتقلب الاسم، فالعبد تسعة، والشيء سبعة، فيعتق منه سبعة أتساعه وهو سبعون، ويتبعه من الكسب سبعة أتساعه وهو مئة وخمسة، يبقى للورثة تسعاه عشرون، وتسعا الكسب ثلاثون، ومعهم تسعون أيضًا، فالمبلغ مئة وأربعون ضعف ما عتق.

**فرع:** متى ترك السيد ضعف قيمة العبد، عتق كلُّه، وتبعه كسبه ولا دور. وإذا كان عليه دين، وله سوى العبد وكسبه مال، قوبل بذلك المال. فإن تساويا، فكأن

لا دَين ولا مال، وإن زاد الدَين، فكأنَّ القدر هو الدَين. وإن زاد المال، فكأن القدر الزائد هو المتروك.

**فرع:** الموهوب للعبد وأرش الجناية عليه، كالكسب.

**فرع:** قيمته تسعون، واكتسب بعد العتق تسعين، فاستقرضها السيد منه وأتلفها، ثم مات السيد، عتق منه شيء واستحق على السيد شيئًا هو دَين عليه، يبقى للورثة عبد إلا شيئين تعدل ضعف ما عتق، فبعد الجبر: عبد يعدل أربعة أشياء، فتقلب الاسم، وتقول: عتق منه ربعه، ويتبعه ربعه كربع كسبه، يبقى للورثة نصفه وهو ضعف ما عتق، ثم ربع الكسب الذي هو دَين، إن أدَّاه الورثة من عندهم، جاز واستمر ملكهم على ثلاثة أرباعه، وملك هو ما سلَّموه إليه بربعه الحر، وإن تراضوا هم والعبد على أن تكون رقبته بدلًا عن ربع الكسب، جاز وعتق ربعه على نفسه. قال ابن سريج: ويكون ولاء هذا الربع لبيت المال. وقال غيره: لا ولاء عليه. وإن أراد الورثة بيعه لغيره، وقال العبد: آخذه بدلًا عن الدَّين، فقد ذكر الأستاذ، أنه أحق بنفسه من الأجانب. قال الإمام: هذا محمول على الأولوية دون الاستحقاق.

**فرع:** مات العبد المعتق قبل موت السيد، فهل يموت حرًّا، أم رقيقًا؟ أم ثلثه حرًّا وثلثاه رقيقًا؟ فيه ثلاثة أوجه: قال الأستاذ: والصحيح هو الأول. فإن كان العبد اكتسب ضعف قيمته، ولم يخلِّف إلا السيد، مات حرًّا بلا خلاف، لأن السيد يرث هنا بالولاء كسبه، فيحصل لورثته ضعف العبد. وإن كان الكسب مثل قيمته، فإن قلنا: لو لم يخلّف كسبًا لمات حرًّا، فهنا أولى، وإن قلنا: يموت رقيقًا، فهنا لا يرث جميعه، لأنه خلّف شيئًا، ولا يعتق جميعه، لأن الكسب ليس ضعفه. فإن قلنا: مَن بعضه حر يورث، عتق نصفه، وكان جميع كسبه لسيده، نصفه بالملك، ونصفه بالإرث بالولاء، فيحصل لورثته ضعف ما عتق. وإن قلنا: لا يورث، قال الإمام: يعتق منه شيء، ويتبعه من الكسب شيء، يصرف ذلك الشيء إلى بيت المال، فيبقى عبد ناقص بشيء يعدل ضعف ما عتق وهو شيئان، فبعد الجبر: عبد يعدل ثلاثة أشياء، فالشيء ثلث العبد، فيعتق ثلثه، ويتبعه من الكسب ثلثه، يبقى للسيد ثلثا كسبه بالملك وهو ضعف ما عتق. ولو كان الكسب ضعف القيمة، وخلَّف العتيق مع السيد بنتًا، فإن قلنا: لو لم يخلف بنتًا لمات حرًّا، فكذا هنا، والكسب بين البنت والسيد سواء. وإن قلنا: يموت رقيقًا. فإن قلنا: من بعضه حرّ يورث، عتق منه شيء، ويتبعه من الكسب شيئان، ترث البنت أحدهما، والسيد الثاني، فيحصل لورثة السيد ضعف العبد إلا شيئًا، وذلك يعدل شيئين، فبعد الجبر: عبدان يعدلان ثلاثة أشياء، والشيء ثلث العبدين، وهو ثلثا عبد، فيعتق من العبد ثلثاه،

ويتبعه ثلثا الكسب، ثم يرجع أحدهما إلى السيد بالإرث، فيحصل لورثة السيد ثلثا الكسب وهو ضعف ما عتق. وإن قلنا: من بعضه حر لا يورث، لم ترث البنت، لأنها لو ورثت لما خرج جميعه من الثلث، وإذا لم يعتق كله لا يورث، فيؤدي توريثها إلى منع توريثها، وهذه من الدوريات الحكمية، وإذا لم ترث، كأنه لم يخلّف إلا السيد، فيموت حرًّا، وجميع الكسب للسيد كما سبق. ولو لم يمت العتيق، لكن كان له ابن حر، فمات قبل موت السيد، وترك أضعاف قيمة أبيه وليس له إلا أبوه وسيد أبيه، فلا يرث منه أبوه، لأنه لو ورث لاستغرق ولم يحصل للسيد شيء، وحينئذٍ فلا يعتق جميعه، فلا يرث. وإذا لم يرث، حكم بحريته، وورث السيد مال ابنه بالولاء. ولو كانت تركة الابن مثل قيمة العتيق، عتق منه شيء، وثبت للسيد الولاء على الابن بقدر ما عتق، فيرث من تركته شيئًا، ولا يرث أبوه، فيحصل لورثة السيد عبد إلا شيئًا والشيء الذي ورثه السيد بالولاء، فيتم لهم عبد، لأن تركته مثل العبد، وذلك يعدل شيئين، فالشيء نصف العبد، فيعتق نصفه، ويكون للورثة نصفه ونصف تركة ابنه وهما ضعف ما عتق منه.

مسألة: من الأصول المقرَّرة، أن المريض إذا أعتق عبيدًا لا مال له غيرهم معًا، أقرع بينهم. وإن أعتقهم على الترتيب، بدىء بالأول فالأول. فإن زاد الأول على الثلث، عتق منه قدر الثلث. فلو أعتق عبدًا فاكتسب مثل قيمته، ثم أعتق آخر، ولا مال له سواهما وهما متساويا القيمة، عتق من الأول شيء، وتبعه من كسبه شيء غير محسوب عليه، يبقى للورثة ثلاثة أعبد إلا شيئين، فبعد الجبر: ثلاثة أعبد تعدل أربعة أشياء، فالشيء ثلاثة أرباع العبد، فيعتق من الأول ثلاثة أرباعه، ويتبعه ثلاثة أرباع كسبه، يبقى عبد ونصف، وهما ضعف ما عتق. ولو اكتسب الثاني مثل القيمة دون الأول، عتق الأول، وبقي الثاني وكسبه للورثة. وإن اكتسب كلٌّ واحد قدر قيمته، عتق، وتبعه كسبه، وبقي الثاني وكسبه للورثة. وإن اكتسب الأول مثل قيمتهما، عتق منه شيء، وتبعه من الكسب شيئان، يبقى للورثة أربعة أعبد إلا ثلاثة أشياء تعدل شيئين، فبعد الجبر يكون الشيء خُمس أربعة أعبد وهو أربعة أخماس عبد، يعتق من الأول أربعة أخماسه، ويتبعه أربعة أخماس كسبه، يبقى للورثة خمسه وخمس كسبه والعبد الآخر. وإن اكتسب الثاني مثل قيمتهما، عتق الأول، ومن الثاني شيء، ويتبعه من الكسب شيئان، يبقى للورثة من الثاني وكسبه ثلاثة أعبد إلا ثلاثة أشياء تعدل ضعف ما عتق وهو عبدان وشيئان، لأن الذي عتق عبد وشيء، فبعد الجبر: ثلاثة أعبد تعدل عبدين وخمسة أشياء، تسقط عبدين بعبدين، يبقى عبد في معادلة خمسة أشياء، فالشيء خمس عبد، فالذي عتق من الثاني خمسه، وكذا الحكم لو اكتسب كل واحد منهما مثل قيمتهما.

أما إذا أعتق العبدين معًا، فيقرع بينهما، فمن خرجت قرعته، فكأن السيد قدَّمه. والحساب في الصور كما ذكرنا. ولو أعتق المريض ثلاثة أعبد معًا لا يملك غيرهم، فاكتسب أحدهم قبل موته كقيمته، وقِيَمهم متساوية، أقرع بينهم بسهم عتق وسهمي رق، فإن خرج سهم العتق على المكتسب، عتق، وتبعه كسبه، وبقي الآخران للورثة. وإن خرج لأحد الآخرين، عتق، ثم تعاد القرعة لاستكمال الثلث، فإن خرج للآخر، عتق ثلثه، وبقي ثلثاه مع المكتسب، وكسبه للورثة، ولا دور. وإن خرج سهم العتق والقرعة الثانية للمكتسب، دخل الدور، فتقول: يعتق منه شيء، ويتبعه من الكسب شيء، يبقى للورثة ثلاثة أعبد إلا شيئين، يعدل ضعف ما عتق وهو عبدان وشيئان، فبعد الجبر: ثلاثة أعبد تعدل عبدين وأربعة أشياء، تسقط عبدين بعبدين، يبقى عبد في معادلة أربعة أشياء، فالشيء ربع العبد، فيعتق منه ربعه، ويتبعه ربع كسبه، يبقى للورثة ثلاثة أرباعه وثلاثة أرباع كسبه والعبد الآخر، وذلك عبدان ونصف وهو ضعف ما عتق.

ولو كانت الصورة بحالها، على السيد دين كقيمة أحدهم، أقرع بين العبيد بسهم دَين وسهمي تركة، ولسهم الدين حالان:

أحدهما: أن يخرج لأحد اللذين لم يكتسبا، فيباع في الدين، ثم يقرع بين الآخرين، لإعتاق الثلث بعد قضاء الدين بسهم عتق وسهم رق، فإن خرج سهم العتق للذي لم يكتسب، عتق، وبقي المكتسب وكسبه للورثة. وإن خرج للمكتسب، دخل الدور، فيعتق منه شيء، ويتبعه من الكسب شيء، يبقى للورثة ثلاثة أعبد إلا شيئين تعدل شيئين. فبعد الجبر: ثلاثة أعبد تعدل أربعة أشياء، فالشيء ربع العبيد وهو ثلاثة أرباع عبد.

الحال الثاني: أن يخرج سهم الدين للمكتسب، فيباع منه ومن كسبه بقدر الدين، والدين مثل نصفهما، فيباع في الدين نصف رقبته ونصف كسبه، ثم يقرع بين باقيه وبين الآخرين بسهم عتق وسهمي رق. فإن خرج سهم العتق لأحد الآخرين، عتق، وبقي الآخر ونصف المكتسب وكسبه للورثة. وإن خرج للمكتسب، عتق نصفه الباقي، وتبعه الكسب غير محسوب، ثم تعاد القرعة بين الآخرين لاستكمال الثلث، فأيهما خرج عليه، عتق ثلثه، فيكون جميع ما عتق خمسة أسداس عبد، يبقى للورثة عبد وثلثا عبد ضعف ما عتق. ولو كانت الصورة بحالها، إلا أن قيمة أحدهم مئة، والثاني مائتين، والثالث ثلاثمائة، وأكتسب كل عبد كقيمته، أقرع، فإن خرج سهم العتق على الأعلى، عتق، وتبعه كسبه، وبقي الآخران وكسبهما للورثة، وذلك ضعف الأعلى، وإن خرج على الأدنى، عتق، وتبعه كسبه، وتعاد القرعة لاستكمال

الثلث. فإن خرج العتق للأوسط، عتق، وتبعه كسبه، وبقي الأعلى وكسبه للورثة، وذلك ضعف العتيقين، وإن خرج للأعلى، عتق منه شيء، وتبعه من كسبه مثله، يبقى للورثة باقيه وباقي كسبه والعبد الأوسط وكسبه، وجملة ذلك ألف إلا شيئين تعدل ضعف ما عتق وهو مائتان وشيئان، فبعد الجبر: ألف تعدل مائتين وأربعة أشياء، تسقط مائتين بمائتين، يبقى ثمانمائة تعدل أربعة أشياء، فالشيء مائتان، وذلك ثلثا الأعلى، فيعتق منه ثلثاه، ويتبعه ثلثا كسبه، يبقى للورثة ثلثه وثلث كسبه والأوسط وكسبه، وذلك ستمائة ضعف الأدنى وما عتق من الأعلى. وإن خرج على الأوسط، عتق، وتبعه كسبه، وتعاد القرعة، فإن خرج للأدنى، عتق، وتبعه كسبه، وبقي الأعلى وكسبه للورثة، وإن خرج للأعلى، عتق ثلثه، وتبعه ثلث كسبه، وباقيه مع الأدنى للورثة.

مسألة: إذا زادت قيمة العتيق قبل موت سيده، دارت المسألة، لأن الزيادة كالكسب، فقسط ما عتق لا يحسب على العبد، وقسط ما رق تزيد به التركة، وكذا نقصان القيمة يوزع، فقسط ما عتق يحسب على العبد كأنه قبضه وأتلفه، وقسط ما رقّ كأنه تلف من مال السيد. فإذا نقص المال، نقص ما يعتق واحتيج إلى الحساب.

مثال الزيادة: أعتق عبدًا قيمته مئة لا يملك غيرها، فصارت قيمته قبل موت سيده مئة وخمسين، تقول: عتق منه شيء، وذلك الشيء محسوب بثلثي شيء، يبقى مع الورثة عبد إلا شيئًا يعدل ضعف المحسوب على العبد وهو شيء وثلث شيء، فبعد الجبر: عبد يعدل شيئين وثلث شيء، فتبسطها أثلاثًا، وتقلب الاسم، فالعبد سبعة، والشيء ثلاثة، فيعتق ثلاثة أسباعه، وقيمتها يوم الموت أربعة وستون وسبعان، والمحسوب عليه منها قيمة يوم الإعتاق وهو اثنان وأربعون وستة أسباع، يبقى للورثة أربعة أسباع العبد، وقيمتها خمسة وثمانون وخمسة أسباع وهي ضعف المحسوب على العبد.

ومثال النقص، قيمته مئة، صارت خمسين، يعتق منه شيء وهو محسوب عليه بشيئين، فالباقي وهو عبد إلا شيئًا يعدل ضعف المحسوب وهو أربعة أشياء، فبعد الجبر: عبد يعدل خمسة أشياء، فالشيء خمس العبد، فيعتق خمسه، وقيمته يوم الموت عشرة، ويحسب عليه بعشرين، لأن قيمته يوم الموت عشرون، يبقى للورثة أربعة أخماسه، وقيمتها أربعون ضعف المحاباة.

**فصل:** ومنها: الكتابة، فإذا كاتب في مرضه عبدًا لا يملك غيره، ولم يؤدّ شيئًا من النجوم في حياة سيده، فثلثه مكاتب. فإذا أدّى نجوم الثلث، عتق. وهل يزاد في الكتابة لكون التركة زادت بما أدّى؟ فيه خلاف مذكور في «باب الكتابة»،

فإن زيدت، فطريق الحساب، أن الكتابة تصح في شيء من العبد، ويؤدي المكاتب عنه شيئًا، والفرض فيما إذا كانت النجوم مثل القيمة، فيحصل للورثة من الرقبة ومال الكتابة مثل عبد، وذلك يعدل ضعف ما صحت فيه الكتابة وهو شيئان، فالشيء نصف العبد، فإذا أدى نجوم النصف، عتق نصفه، واسترد من الورثة كسب سدسه، فيحصل للورثة نصف الرقبة ونصف النجوم، وذلك ضعف ما صحت فيه الكتابة. ولو كاتب في الصحة، ثم أعتقه في المرض، أو أبرأه عن النجوم، نظر، إن عجز نفسه، عتق ثلثه، ورقّ ثلثاه. وإن استدام الكتابة، فإن كانت النجوم مثل القيمة، فوجهان: أصحهما: يعتق ثلثه، وتبقى الكتابة في ثلثيه. والثاني: لا يعتق ثلثه حتى يسلم الثلثان للورثة، إما بالعجز، وإما بأداء نجوم الثلثين. وإن كان بين النجوم والقيمة تفاوت، فقد سبق أن المعتبر من الثلث أقل الأمرين، فإن كانت النجوم أقل، عتق ثلثه، وسقط ثلث النجوم، ويبقى للورثة ثلثا النجوم إن أدّى، وإلاّ، فثلثا الرقبة. وإن كانت الرقبة أقل، بأن كانت مئة، والنجوم مائتين، حصل الدور، فيقال: عتق شيء، وسقط من النجوم شيئان، يبقى للورثة من النجوم مائتا درهم إلا شيئين، وذلك يعدل ضعف ما عتق وهو شيئان، فيعد الجبر: مائتان تعدلان أربعة أشياء، فالشيء ربع المائتين وهو نصف العبد، فعلمنا أن الذي عتق نصف العبد، وأنه يسقط نصف النجوم. قال الأستاذ: فإن عجل ما عليه من النجوم، عتق نصفه، وإن لم يؤدّ شيئًا، لم يحكم بعتق شيء. ثم كلما أدى شيئًا، حكم بعتق نصف ما أدى حتى يؤدي نصف الكتابة ويستوفي وصيته.

**فصل:** في مسائل يتولد الدور فيها من أصلين: مسألة: أعتق مريض عبدًا لا يملك غيره، ثم قتله السيد، فهل ينفذ العتق في جميعه إذ لا تركة، أم لا يعتق شيء منه لأنه لا يبقى للورثة ضعف المحكوم بعتقه؟ فيه خلاف سبق في نظائره. قال الأستاذ: قياس مذهب الشافعي رحمه الله هو الثاني، فإن ترك السيد مالًا إذا قضيت الدية منه كان الباقي ضعف قيمته، فهو حرّ، وإن ترك من المال دون ذلك، عتق بعضه، ولزم السيد قسط ما عتق من الدّية، ولا يرث السيد من ديته، لأنه قاتل، بل إن كان له وارث أقرب من سيده، فهي له، وإلاّ، فلأقرب عصبات السيد.

مثاله: قيمته مئة، وقيمة إبل الدية ثلاثمائة، ولو ترك السيد ثلاثمائة، فتقول: عتق شيء، وعلى السيد من الدية ثلاثة أمثاله، وباقي العبد الذي بطل العتق فيه قد أتلفه بالقتل، فلم يترك إلا ثلاثمائة وهي مثل ثلاثة أعبد، يقضى منها ما وجب من الدية، ويبقى ثلاثة أعبد إلا ثلاثة أشياء تعدل ضعف ما عتق وهو شيئان، فتجبر وتقابل، فثلاثة أعبد تعدل خمسة أشياء، فتقلب الاسم، فالعبد خمسة، والشيء

ثلاثة، يعتق منه ثلاثة أخماسه وهو ستون، ويجب عليه ثلاثة أخماس الدية وهي مئة وثمانون، يبقى مئة وعشرون ضعف ما عتق.

الطرف الخامس: في مسائل العين والدَّين. مقصوده، أن يخلف الميت عينًا ودينًا على بعض الورثة، أو على أجنبي، فنصيب الوارث بعض ما عليه بالإرث، أو الأجنبي بعض ما عليه بوصية.

وأول ما نقدِّمه أن الميت إذا لم يخلف إلا دينًا على بعض الورثة، برىء من عليه من حصته، ولا تتوقف براءته على توفير حصة الباقين، لأن الملك بالإرث لا يتأخر، والإنسان لا يستحق على نفسه شيئًا. ولو خلف عينًا ودينًا على بعض الورثة، نظر، إن كان الدين من غير جنس العين، أو من غير نوعه، قسمت العين بين الورثة، فما أصاب من لا دين عليه، دفع إليه، وما أصاب المدين، دفع إليه إن كان مقرًا مليئًا. وإن كان جاحدًا أو معسرًا، فالآخر مستحق ظفر بغير جنس حقه. وحكمه مذكور في موضعه. وإن كان الدين من نوع العين، بأن خلف عشرة عينًا وعشرة دينًا على أحد ابنيه الحائزَين، قال الأستاذ: يأخذ من لا دين عليه العشرة نصفها إرثًا، ونصفها قصاصًا بما يصيبه من الدين. وفي كيفية القصاص الخلاف المعروف. قال الإمام: هذا بعيد، والخلاف إنما هو في تقاص الدينين، لا في تقاص الدين والعين، بل المذهب أن الإرث يثبت شائعًا في العين والدين، وليس لمن لا دين عليه الاستبداد بالعشرة إن كان المدين مقرًّا مليئًا، فإن تراضيا، أنشآ عقدًا، وإن كان جاحدًا أو معسرًا، فله أن يأخذها على قصد التملك، لأنه ظفر بجنس حقه المتعذر تحصيله. ولو خلف دينًا وعينًا، وأوصى بالدين لإنسان وهو ثلث ماله أو أقل، فحقه منحصر فيه، فما نضّ دفع إليه. ولو أوصى بثلث الدين، فوجهان: أحدهما: أن ما نضّ منه يضم إلى العين. فإن كان ما نضّ ثلث الجميع أو أقل، دفع إلى الموصى له. وأصحهما: أنه كلما نضّ منه شيء، دفع ثلثه إلى الموصى له وثلثاه إلى الورثة، لأن الوصية شائعة في الدين.

إذا تقرر هذا، فالدين المخلف مع العين من جنسه ونوعه، إما أن يكون على وارث، وإما على أجنبي، وإما عليهما.

أما القسم الأول: على وارث، فنصيبه من جملة التركة، إما أن يكون مثل ما عليه من الدين، وإما أكثر، وإما أقل.

الحالة الأولى: أن يكون مثله، فتصحح المسألة، ويطرح مما صحت منه نصيب المدين، وتقسم العين على سهام الباقين، ولا يدفع إلى المدين شيء، ولا يؤخذ منه شيء.

مثاله: زوج وثلاثة بنين، وترك خمسة دينًا على ابن، وخمسة عشر عينًا، فجملة التركة عشرون، نصيب كل ابن خمسة، وما على المدين مثل نصيبه، فتصحح المسألة من أربعة، ويطرح منها نصيب ابن، يبقى ثلاثة، تقسم العين عليها، نصيب كل واحد خمسة، ونصيب المدين يقع قصاصًا، كذا أطلقوه. قال الإمام: هذا محمول على ما إذا رضي المدين بذلك، أو كان جاحدًا، أو معسرًا. وعلى هذا ينزل الجواب المطلق في جميع هذه المسائل.

الحالة الثانية: أن يكون نصيبه أكثر مما عليه، فتقسم التركة بينهم، فما أصاب المدين، طرح منه ما عليه، ويعطى الباقي من العين.

الثالثة: أن يكون نصيبه أقل، فيطرح من المسألة نصيبه، وتقسم العين على الباقي، فما خرج من القسمة، يضرب في نصيب المدين الذي طرح، فما بلغ، فهو الذي حَيِيَ من الدين، والمراد بهذه اللفظة أن ما يقع في مقابلة العين من الدين، كالمستوفى بالمقاصة، فكأنه حَيِيَ من الدين، ولولا المقاصة، فالدين على المفلس ميت فائت، ثم الباقي من الدين بعد الذي حَيِيَ يسقط منه شيء، ويبقى شيء يؤديه المدين إلى سائر الورثة. وطريق معرفة الساقط والباقي، أن تقسم كل التركة بين الورثة، فما أصاب المدين، طرح مما عليه من الدين، فما بقي، فهو الذي يؤديه المدين، فيقسمه سائر الورثة على ما بقي من سهام الفريضة بعد إسقاط نصيب المدين.

مثاله: الدين في الصورة المذكورة ثمانية، والعين اثنا عشر، فسهام الفريضة أربعة، يطرح منها نصيب المديون، وتقسم العين على الباقي، يخرج من القسمة أربعة، تضربها في نصيب المدين وهو واحد، يكون أربعة، فذلك هو الذي حَيِيَ من الدين، يبقى منه أربعة، تأخذ منه نصيب المدين من التركة وهو خمسة، تطرحها مما عليه، يبقى ثلاثة، فالثلاثة هي التي تبقى من الدين، ويسقط واحد، وتلك الثلاثة مقسومة على سهامهم مما صحت منه المسألة وهي ثلاثة. هذا إذا لم يكن وصية، فإن كانت، بأن خلف ابنين وترك عشرة عينًا وعشرة دينًا على أحدهما، وأوصى بثلث ماله لزيد، فوجهان: أصحهما، وينسب إلى ابن سريج وبه قطع الجمهور: أننا ننظر إلى الفريضة الجامعة للوصية والميراث وهي ثلاثة، للموصى له سهم، ولكل ابن سهم، فيأخذ المدين سهمه مما عليه، ويقتسم الابن الآخر وزيد العين نصفين، وقد حَيِيَ من الدين خمسة، يبقى خمسة، للمدين ثلاثة، يبقى ثلاثة وثلث، إذا أداها اقتسمها الابن الآخر وزيد نصفين. والوجه الثاني، وينسب إلى أبي ثور: يأخذ الموصى له ثلث العين، والابن الذي لا دين عليه، يأخذ ثلثا إرثًا، والثلث قصاصًا،

فيبرأ المدين من ثلثي الدين بالإرث والمقاصة، يبقى عليه ثلث الدين، يأخذه الموصى له.

القسم الثاني: أن يكون الدين على أجنبي، فينظر، إن لم يكن وصية، اشتركت الورثة في العين والدين، وإن كانت، فإما أن يكون لغير المدين، وإما له، وإما لهما. فإن كانت لغيره، بأن خلف ابنين، وترك عشرة عينًا وعشرة دينًا على زيد، وأوصى لعمرو بثلث ماله، فالابنان وعمرو يقتسمون العين أثلاثًا، وكلما حصل من الدين شيء اقتسموه كذلك. ولو قيد الوصية بثلث الدين، اقتسم الابنان العين. وأما الدين، فقد ذكرنا فيه وجهين: أحدهما: أن الحاصل منه الدين، يضم إلى العين ويدفع ثلث الدين مما حصل إلى زيد، ويسمى: وجه الحصر، لأنه حصر حق الموصى له فيما يتنجز من الدين. وأصحهما: أن ما يحصل من الدين يدفع إلى زيد ثلثه، ويسمى: وجه الشيوع.

وإن كانت الوصية للمدين، نظر فيما يستحقه بالوصية، أهو مثل الدين، أم أقل، أم أكثر؟ ويقاس بما ذكرنا فيما إذا كان الدين على وارث. وإن كانت الوصية لهما، بأن أوصى ـ والصورة ما سبق ـ لعمرو بثلث العين، ولزيد بما عليه، وردّ الابنان الوصيتين إلى الثلث، فيكون الثلث بينهما على أربعة، لعمرو سهم، ولزيد ثلاثة، فعلى قول ابن سريج: الفريضة الجامعة من اثني عشر، للوصيتين أربعة، وللابنين ثمانية، فيقتسم عمرو والابنان العين على قدر سهامهم وهي تسعة، لعمرو سهم وتسع، ولكل ابن أربعة وأربعة أتساع، ويبرأ زيد من ثلاثة أرباع الثلث وهي خمسة دراهم، يبقى عليه خمسة، كلما أدى شيئًا كان بين عمرو والابنين على تسعة، فيحصل لعمرو خمسة أتساع درهم، فيتم له ربع الثلث وهو درهم وثلثان، وللابنين الباقي. ثم ليكن المصروف إلى عمرو عند خروج الدين من نفس العين إن كانت باقية. وعلى الوجه المنسوب إلى أبي ثور: لعمرو ربع الثلث وهو درهم وثلثان يأخذه من العين، والباقي من العين للابنين، فيبرأ الغريم من خمسة، يبقى عليه خمسة، إذا أداها اقتسمها الابنان. ولو خلف ابنين وعشرين درهمًا عينًا وعشرة دينًا على رجل، وأوصى للغريم بما عليه، ولزيد بعشرة من العين، ولم يجز الابنان ما زاد على الثلث، فيجعل الثلث بينهما نصفين. ثم عن ابن سريج رحمه الله وجهان: أصحهما: أن الفريضة الجامعة من ستة، للوصيتين اثنان، وللابنين أربعة، فلزيد من العشرين أربعة، ولكل ابن ثمانية، ويبرأ الغريم عن نصف الثلث وهو خمسة، يبقى عليه خمسة، إذا حصل منها شيء جعل بينهم أخماسًا حتى يتم لزيد خمسة، ولكل ابن عشرة. والثاني: أنه يدفع إلى زيد من العين نصف وصيته وهو خمسة، ويبرأ

الغريم من نصف ما عليه وهو خمسة، وللابنين باقي العين خمسة عشر، ويقتصان باقي الدين وهو خمسة. قال الإمام: هذا الوجه على ضعفه يجري فيما سبق.

القسم الثالث: أن يكون الدين على وارث وأجنبي، بأن ترك ابنين وعشرة عينًا وعشرة دينًا على أحدهما وعشرة دينًا على أجنبي، وأوصى بثلث ماله، فعلى قياس ابن سريج والجمهور: الفريضة الجامعة من ثلاثة، يجعل سهم المدين ما عليه، ويقتسم الابن الآخر والموصى له العين نصفين، وما حصل مما على الأجنبي اقتسماه نصفين. وعلى الوجه الثاني: يأخذ الموصى له ثلث العين، والباقي للابن الذي لا دين عليه، ويبرأ الابن المدين مما عليه، وإذا حصل ما على الأجنبي، أخذ الموصى له ثلثيه، والابن الذي لا دين عليه ثلثه، وبالله التوفيق.

## باب الرجوع في الوصية

**قال المصنف رحمه الله تعالى: يجوز الرجوع في الوصية لأنها عطية لم تزل الملك فجاز الرجوع فيها كالهبة قبل القبض، ويجوز الرجوع بالقول والتصرف، لأنه فسخ عقدًا قبل تمامه، فجاز بالقول والتصرف، كفسخ البيع في مدة الخيار؛ وفسخ الهبة قبل القبض، وإن قال: هو حرام عليه فهو رجوع، لأنه لا يجوز أن يكون وصية له وهو محرم عليه، فإن قال: لوارثي فهو رجوع، لأنه لا يجوز أن يكون للوارث وللموصى له، وإن قال: هو تركتي ففيه وجهان: أحدهما: أنه رجوع لأن التركة للورثة.**

**والثاني: أنه ليس برجوع لأن الوصية من جملة التركة.**

**فصل: وإن وصى لرجل بعبد، ثم وصى به لآخر، لم يكن ذلك رجوعًا لإمكان أن يكون نسي الأول، أو قصد الجمع بينهما، فإن قال: ما وصيت به لفلان فقد وصيت به لآخر فهو رجوع، ومن أصحابنا من قال: ليس برجوع كالمسألة قبلها، والمذهب الأول لأنه صرح بالرجوع.**

**فصل: وإن باعه أو وهبه وأقبض أو أعتقه أو كاتبه أو أوصى أن يباع أو يوهب، ويقبض، أو يعتق، أو يكاتب، فهو رجوع، لأنه صرفه عن الموصى له، وإن عرضه للبيع أو رهنه في دين أو هبة ولم يقبضه فهو رجوع، لأن تعريضه لزوال الملك صرف عن الموصى له.**

**ومن أصحابنا من قال: أنه ليس برجوع لأنه لم يزل الملك،وليس بشيء، وإن وصى بثلث ماله ثم باع ماله، لم يكن ذلك رجوعًا، لأن الوصية بثلث المال عند الموت لا بثلث ما باعه، فإن وصى بعبد ثم دبره ـ فإن قلنا: إن التدبير عتق بصفة ـ كان ذلك رجوعًا، لأنه عرضه لزوال الملك، وإن قلنا: إنه وصية ـ وقلنا في أحد القولين: إن العتق يقدم على سائر الوصايا ـ كان ذلك رجوعًا لأنه أقوى**

من الوصية فأبطلها، وإن قلنا: إن العتق كسائر الوصايا ففيه وجهان:

أحدهما: أنه ليس برجوع، فيكون نصفه مدبرًا ونصفه موصى به، كما لو أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر. والثاني: أنه رجوع، لأن التدبير أقوى، لأنه يتنجز من غير قبول، والوصية لا تتم إلا بالقبول، فقدم التدبير كما يقدم ما تنجز في حياته من التبرعات على الوصية.

فصل: وإن وصى له بعبد ثم زوجه أو أجره أو علمه صنعة أو ختنه لم يكن ذلك رجوعًا، لأن هذه التصرفات لا تنافي الوصية، فإن كانت جارية فوطئها، لم يكن ذلك رجوعًا، لأنه استيفاء منفعة فلم يكن ذلك رجوعًا كالاستخدام، وقال أبو بكر بن الحداد المصري: إن عزل عنها لم يكن رجوعًا، وإن لم يعزل عنها كان رجوعًا لأنه قصد التسري بها.

فصل: وإن وصى بطعام معين فخلطه بغيره، كان ذلك رجوعًا لأنه جعله على صفة لا يمكن تسليمه، فإن وصى بقفيز من صبرة ثم خلط الصبرة بمثلها لم يكن ذلك رجوعًا. لأن الوصية مختلطة بمثلها، والذي خلطه به مثله، فلم يكن رجوعًا، فإن خلطه بأجود منه كان رجوعًا، لأنه أحدث فيه بالخلط زيادة لم يرض بتمليكها، فإن خلطه بما دونه ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: أنه ليس برجوع، لأنه نقص أحدثه فيه فلم يكن رجوعًا كما لو أتلف بعضه. والثاني: أنه رجوع لأنه يتغير بما دونه كما يتغير بما هو أجود منه، فإن نقله إلى بلد أبعد من بلد الموصى له ففيه وجهان: أحدهما: أنه رجوع لأنه لو لم يرد الرجوع لما أبعده عنه. والثاني: أنه ليس برجوع لأنه باقٍ على صفته.

فصل: فإن وصى بحنطة فقلاها أو بذرها كان ذلك رجوعًا، لأنه جعله كالمستهلك، وإن وصى بحنطة فطحنها أو بدقيق فعجنه، أو بعجين فخبزه، كان ذلك رجوعًا، لأنه أزال عنه الإسم، ولأنه جعله للاستهلاك. وإن وصى له بخبز فجعله فتيتًا ففيه وجهان: أحدهما: أنه رجوع لأنه أزال عنه إطلاق اسم الخبز، فأشبه إذا ثرده. والثاني: ليس برجوع، لأن الاسم باقٍ عليه، لأنه يقال خبز مدقوق، وإن وصى برطب فجعله تمرًا ففيه وجهان. أحدهما: أنه رجوع لأنه أزال عنه اسم الرطب. والثاني: ليس برجوع لأنه أبقى له وأحفظ على الموصى له.

فصل: وإن وصى بقطن فغزله أو بغزل فنسجه كان ذلك رجوعًا، لأنه أزال عنه الإسم، وإن أوصى له بقطن فحشى به فراشًا ففيه وجهان: أحدهما: أنه رجوع، لأنه جعله للاستهلاك. والثاني: ليس برجوع لأن الاسم باقٍ عليه.

فصل: وإن أوصى له بثوب فقطعه أو بشاة فذبحها، كان رجوعًا لأنه أزال عنه الاسم، ولأنه جعله للاستهلاك، وإن وصى له بلحم فطبخه أو شواه كان ذلك رجوعًا، لأنه جعله للأكل، وإن قدده ففيه وجهان كما قلنا في الرطب إذا جعله تمرًا.

**فصل: وإن وصى له بثوب فقطعه قميصًا أو بساج فجعله بابًا ففيه وجهان: أحدهما: أنه رجوع لأنه أزال عنه إطلاق اسم الثوب والساج. ولأنه جعله للاستعمال. والثاني: أنه ليس برجوع، لأن اسم الثوب والساج باقٍ عليه.**

**فصل: وإن وصى بدار فهدمها كان رجوعًا لأنه تصرف أزال به الاسم، فكان رجوعًا، كما لو وصى بحنطة فطحنها، وإن تهدمت ـ نظرت فإن لم يزل عنها اسم الدار ـ فالوصية باقية فيما بقي. وأما ما انفصل عنها فالمنصوص أنه خارج من الوصية لأنه انفصل عن الموصى به في حياة الموصى، وحكى القاضي أبو القاسم ابن كج رَحِمَهُ اللَّهُ وجهًا آخر: أنه للموصى له لأنه تناولته الوصية فلم يخرج منها بالانفصال، وإن زال عنها اسم الدار ففي الباقي من العرصة وجهان: أحدهما: أنه تبطل فيه الوصية لأنه أزال عنها اسم الدار. والثاني: لا تبطل لأنه لم يوجد من جهته ما يدل على الرجوع.**

**فصل: وإن وصى له بأرض فزرعها لم يكن ذلك رجوعًا، لأنه لا يراد للبقاء، وقد يحصل قبل الموت فلم يكن رجوعًا، وإن غرسها أو بنى فيها ففيه وجهان: أحدهما: أنه رجوع لأنه جعلها لمنفعة مؤبدة، فدل على الرجوع. والثاني: ليس برجوع لأنه استيفاء منفعة فهو كالزراعة، فعلى هذا في موضع الأساس وقرار الغراس وجهان: أحدهما: أنه لا تبطل فيه الوصية كالبياض الذي بينهما فإذا مات الغراس أو زال البناء عاد إلى الموصى له. والثاني: أنه تبطل الوصية فيه لأنه جعله تابعًا لما عليه.**

**فصل: وإن أوصى له بسكنى دار سنة فأجرها دون السنة لم يكن ذلك رجوعًا، لأنه قد تنقضي الإجارة قبل الموت، فإن مات قبل انقضاء الإجارة ففيه وجهان: أحدهما: يسكن مدة الوصية بعد انقضاء الإجارة. والثاني: أنه تبطل الوصية بقدر ما بقي من مدة الإجارة وتبقى في مدة الباقي.**

**الشرح:** يجوز الرجوع عن الوصية وعن بعضها، كمن أوصى بعبد ثم رجع عن نصفه، ويجوز الرجوع في كل تبرع معلق بالموت، كقوله: إذا مت فلفلان كذا، أو فادفعوا إليه، أو فأعتقوا عبدي، أو فهو وقف. وفي الرجوع عن التدبير صريحًا خلاف يذكر في بابه إن شاء الله تعالى، ولا يصح الرجوع عن التبرعات المنجّزة في مرض الموت.

**فصل:** يحصل الرجوع بطرق، منها أن يقول: نقضت وصيتي، أو أبطلتها، أو رددتها، أو رفعتها، أو فسختها، أو رجعت عنها. ولو سئل عن الوصية فأنكرها، فهو رجوع. ولو قال: لا أدري، فليس برجوع. ولو قال: هو حرام على الموصى له، فرجوع على المذهب. ولو قال: هذا لوارثي بعد موتي، أو هو ميراث عني، فرجوع. ولو قال: هو تركتي، فليس برجوع على الأصح. ومنها إزالة الملك عن

الموصى به ببيع أو إعتاق، أو صداق، أو جعله أجرة، أو عوض خلع، فهو رجوع. والهبة مع الإقباض، رجوع، ودونه أيضًا على الأصح. والرهن كالهبة. وقيل: ليس برجوع، لأنه لا يزيل الملك، فأشبه الاستخدام. والكتابة رجوع، والتدبير رجوع على المذهب، وقيل: إن جعلناه وصية، فهو كما لو أوصى به لزيد ثم عمرو، فيكون نصفه مدبرًا. ولو أوصى بالبيع أو غيره مما هو رجوع، فالصحيح المنصوص أنه رجوع وقيل: هو كما لو أوصى لزيد ثم عمرو. وذكر صاحب: «المعتمد» الوجهين، فيما لو أوصى بعبد لرجل، ثم أوصى بعتقه، ففي وجه: يعتق وتبطل الوصية الأولى. وفي وجه: يعتق نصفه، ويدفع إلى الموصى له نصفه. ولو أوصى بعتقه، ثم أوصى به لرجل، فالقياس أنه يصرف إلى الموصى له على الأول، وأن ينصَّف على الثاني، لكنه قال: أحدهما: يتعين العتق، وتبطل الوصية الثانية. والثاني: التنصيف، والتوكيل بالتصرفات المذكورة كالوصية بها، والاستيلاد رجوع. ولو أقر بأن العبد الموصى به مغصوب أو حر الأصل، أو قال: كنت أعتقته، قال الأستاذ أبو منصور: تبطل الوصية، وذكر أنه لو باعه ثم فسخ بخيار المجلس، فإن قلنا: الملك يزول بنفس العقد، حصل الرجوع. وإن قلنا: يحصل بانقطاع الخيار، فلا، ولك أن تقول: هو على كل حال أقوى من الرهن والهبة قبل القبض. فإذا كان الأصح فيهما حصول الرجوع، فهنا أولى، وتعليق العتق رجوع، قاله العبادي في «الرقم»، ويشبه أن يجيء فيه الخلاف فيما لا يزيل الملك.

**فرع:** أوصى بعين لزيد، ثم أوصى بها لعمرو، فوجهان: أحدهما: أنه رجوع عن الأولى، فتصح وصية عمرو، كما لو وهب لزيد مالًا ثم وهبه قبل القبض لعمرو. والصحيح المنصوص أنه ليس برجوع، لاحتمال إرادة التشريك، فيشرك بينهما، كما لو قال دفعة واحدة: أوصيت لكما، قال الأصحاب: ولو قال: أوصيت به لكما، فرد أحدهما، لم يكن للآخر إلا نصفه، لأنه لم يوجب له إلا النصف. ولو أوصى به لزيد، ثم أوصى به لعمرو، فرد أحدهما، كان للآخر الجميع. ولو أوصى به لأحدهما، ثم أوصى بنصفه للآخر، فإن قبلاه، فثلثاه للأول، وثلثه للثاني. وإن ردّ الأول، فنصفه للثاني. وإن ردّ الثاني، فكلُّه للأول.

**فرع:** قال: الذي أوصيت به لزيد، قد أوصيت به لعمرو، أو قال لعمرو: أوصيت لك بالعبد الذي أوصيت به لزيد، فهو رجوع على الصحيح، لأشعاره به. وقيل: ليس برجوع كالصورة السابقة. والفرق على الصحيح، أن هناك يجوز أنه نسي الوصية الأولى، فاستصحبناها بقدر الإمكان، وهنا بخلافه. ولو أوصى ببيعه وصرف ثمنه إلى الفقراء، ثم قال: بيعوه واصرفوا ثمنه إلى الرقاب، جعل الثمن بين

الجهتين، لأن الوصيتين متفقتان على البيع، وأن الزحمة في الثمن. ولو أوصى له بدار، أو بخاتم، ثم أوصى بأبنية الدار، أو بفص الخاتم لآخر، فالدار والخاتم للأول، والأبنية والفص بينهما تفريعًا على الصحيح المنصوص. ولو أوصى له بدار، ثم أوصى لآخر بسكناها، أو بعبد، ثم أوصى بخدمته لآخر، نقل الأستاذ أبو منصور أن الرقبة للأول، والمنفعة للثاني، وكان يحتمل أن يشتركا في المنفعة كالأبنية والفص.

**فرع:** هذا كله في الوصية بمعيَّن، فإذا أوصى بثلث ماله، ثم تصرف في جميع ما يملكه ببيع أو إعتاق أو غيرهما، لم يكن رجوعًا. وكذلك لو هلك جميع ماله، لم تبطل الوصية، لأن ثلث المال مطلقًا لا يختص بما عنده من المال حال الوصية، بل المعتبر ما يملكه عند الموت زاد أم نقص أم تبدل.

**فرع:** التوسل إلى أمر يحصل به الرجوع، كالعرض على البيع والهبة والرهن، رجوع على الأصح. ويجري الوجهان في مجرد الإيجاب في الرهن والهبة والبيع.

**فرع:** أوصى بحنطة فطحنها، أو جعلها سويقًا، أو بَذَرها، أو بدقيق فعجنه، بطلت الوصية، وكان ما أتى به رجوعًا لمعنيين: أحدهما: زوال الاسم. والثاني: إشعاره بإعراضه عن الوصية. ونسب الشيخ أبو حامد المعنى الأول إلى الشافعي رحمه الله، والثاني إلى أبي إسحاق. فلو حصلت هذه الأحوال بغير إذن الموصي، فقياس المعنى الأول بطلان الوصية، وقياس الثاني بقاؤها، ونقل بعضهم وجهين في بعضها، والباقي ملحق به، وألحقوا بهذه الصور ما إذا أوصى بشاةٍ فذبحها، أو بعجين فخبزه، لكن خبز العجين ينبغي أن لا يلحق بعجن الدقيق، فإن العجين يفسد لو ترك، فلعله قصد إصلاحه وحفظه على الموصى له، وألحق العبادي في «الرقم» بها ما إذا أوصى بجلد فدبغه، أو بيض فأحضنه دجاجة، ولك أن تقول: قياس المعنى الأول أن لا يكون الدبغ رجوعًا، لبقاء الاسم، وكذا الإحضان إلى أن يتفرخ. ولو أوصى بخبز فجعله فتيتًا، فرجوع على الأصح كما لو ثرده. ويجري الوجهان فيما لو أوصى بلحم ثم قدده. ولو طبخه أو شواه، فرجوع قطعًا. ولو أوصى برطب فتمّره، فوجهان: الأشبه أنه ليس برجوع، وكذا تقديد اللحم إذا تعرض للفساد. ولو أوصى بقطن فغزله، فرجوع، أو بغزل فنسجه، فرجوع على الصحيح. ولو حشا بالقطن فراشًا أو جبة، فرجوع على الأصح.

**فرع:** أوصى بدار فهدمها حتى بطل اسم الدار، فهو رجوع في الأخشاب والنُّقض، وكذا في العرصة على الأصح. ولو انهدمت بطلت الوصية في النقض على الصحيح، لزوال اسم الدار، وتبقى في العرصة على الصحيح، لأنه لم يوجد منه

فعل. وإن كان الانهدام بحيث لا يبطل اسم الدار بقيت الوصية فيما بقي بحاله. وفي المنفصل وجهان: وإذا قلنا في الانهدام: تبطل الوصية في النقض، فكان الانهدام بعد الموت وقبل القبول، فطريقان: أحدهما: تخريجه على أقوال الملك. وأصحهما: القطع بأنه للموصى له، لأن الوصية تستقر بالموت وكان اسم الدار باقيًا يومئذٍ.

**فرع:** أوصى بثوب فقطعه قميصًا، أو صبغه، فرجوع على الأصح، وغسله ليس برجوع. ولو قصره وقلنا: القصارة أثر، فكالغسل. وإن قلنا: عين، فكالصبغ. ولو أوصى بثوب مقطوع فخاطه، فليس برجوع، واتخاذ الباب من الخشب الموصى به كاتخاذ القميص من الثوب.

**فرع:** أوصى بشيء، ثم نقله من بلد الموصى له إلى مكان بعيد، فليس برجوع على الأصح، ويشبه أن يكون الخلاف مخصوصًا بما إذا أشعر التبعيد بتغُّير القصد. فأما إذا أوصى صحيح البدن بدابة، ثم أركبها غلامَه، أو حمل عليها إلى مكان بعيد، فلا إشعار.

**فرع:** أوصى بصاع حنطة بعينه، ثم خلطه بحنطة، فرجوع. قال أبو زيد: إن خلطه بأجود، فرجوع، وإلا، فلا. والأول هو الصحيح المنصوص. ولو أوصى بصاع من صبرة، ثم خلطها بمثلها، فليس برجوع، لأن الموصى به كان مخلوطًا شائعًا، فلا تضر زيادة الخلط. وإن خلط بأجود، فرجوع، وبالأردإ، ليس برجوع على الأصح. ولو اختلطت بنفسها بالأجود، فعلى الخلاف السابق في نظائره. وإذا أبقينا الوصية، فالزيادة الحاصلة بالجودة غير متميزة، فتدخل في الوصية. ولو أوصى بصاع من حنطة، ولم يعين الصاع، ولا وصف الحنطة، فلا أثر للخلط، ويعطيه الوارث مما شاء من حنطة التركة. ولو وصفها وقال: من حنطتي الفلانية، فالوصف مرعي. فإن بطل بالخلط، بطلت الوصية. وإن قال: من مالي، حصَّله الوارث.

**فرع:** أوصى بمنفعة عبد أو دارٍ سنة، ثم أجر الموصى به سنة مثلًا، فإن مات بعد انقضاء مدة الإجارة، فالوصية بحالها. وإن مات قبله، فوجهان: أصحهما: أنه إن انقضت مدة الإجارة قبل سنة من يوم الموت، كانت المنفعة بقية السنة للموصى له، وتبطل الوصية فيما مضى. وإن انقضت بعد سنة من يوم الموت، بطلت الوصية، لأن المستحق للموصى له منفعة السنة الأولى، فإذا انصرفت إلى جهة، بطلت الوصية. والثاني: أنه يستأنف للموصى له سنة من يوم انقضاء الإجارة، فإن كان الموصي قيّد وصيته بالسنة الأولى، وجب أنه لا يجيء الخلاف. ولو لم يسلم الوارث حتى انقضت سنة بلا عذر، فمقتضى الوجه الأول أنه يغرم قيمة المنفعة، ومقتضى الثاني تسليم سنة أخرى.

**فرع:** تزويج العبد والأمة الموصى بهما، وإجارتهما، وختانهما، وتعليمهما، والإعارة، والإذن في التجارة، والاستخدام، وركوب الدابة، ولبس الثوب، ليس برجوع، ووطء الجارية مع العزل، ليس برجوع، وكذا مع الإنزال على الصحيح وقول الأكثرين. وقال ابن الحداد: رجوع.

**فرع:** أوصى بعرصة ثم زرعها، فليس برجوع كلبس الثوب. ولو بنى فيها أو غرس، فرجوع على الأصح. فإن لم نجعله رجوعًا، فموضع البناء والغراس هل هو كالبياض المتخلل حتى يأخذه الموصى له إن زال البناء والغراس يومًا؟ أم تبطل الوصية فيه تبعًا للبناء؟ فيه وجهان: ومطلق عمارة الدار، ليس برجوع. فإن بطل الاسم، بأن جعلها خانًا، فرجوع. وإن لم يبطل، ولكن أحدث فيها بناءً وبابًا من عنده، فعلى الوجهين فيما لو بنى في الأرض. فإن لم نجعله رجوعًا، فالبناء الجديد لا يدخل في الوصية على الصحيح.

**فصل:** أوصى بمائة معينة، ثم بمائة معينة، فله المائتان. وإن أطلق إحداهما، حملت المطلقة على المعيّنة، وكذا لو أطلقها، لم يكن له إلا مئة. ولو أوصى بخمسين، ثم بمائة، فله مئة. ولو أوصى بمائة، ثم بخمسين، فوجهان: أصحهما: ليس له إلا خمسون. والثاني: له مئة وخمسون.

## باب الأوصياء

**قال المصنف رحمه الله تعالى: لا تجوز الوصية إلا إلى بالغ عاقل حر عدل، فأما الصبي والمجنون والعبد والفاسق فلا تجوز الوصية إليهم، لأنه لاحظ للميت ولا للطفل في نظر هؤلاء، ولهذا لم تثبت لهم الولاية، وأما الكافر فلا تجوز الوصية إليه في حق المسلم، لقوله عز وجل: ﴿لَا تَتَّخِذُوا بِطَانَةً مِّن دُونِكُمْ لَا يَأْلُونَكُمْ خَبَالًا وَدُّوا مَا عَنِتُّمْ﴾ [آل عمران: ١١٨]، ولأنه غير مأمون على المسلم، ولهذا قال الله تعالى: ﴿لَا يَرْقُبُونَ فِي مُؤْمِنٍ إِلًّا وَلَا ذِمَّةً﴾ [التوبة: ١٠]، وفي جواز الوصية إليه في حق الكافر وجهان.**

**أحدهما: أنه يجوز لأنه يجوز أن يكون وليًا له فجاز أن يكون وصيًا له كالمسلم. والثاني: لا يجوز كما لا تقبل شهادته للكافر والمسلم.**

**فصل: وتجوز الوصية إلى المرأة لما روي أن عمر ﷺ وصى إلى ابنته حفصة في صدقته ما عاشت، فإذا ماتت فهو إلى ذوي الرأي من أهلها، ولأنها من أهل الشهادة فجازت الوصية إليها كالرجل، واختلف أصحابنا في الأعمى فمنهم من قال: تجوز الوصية إليه لأنه من أهل الشهادة فجازت الوصية إليه كالبصير، ومنهم من قال: لا تجوز الوصية لأنه تفتقر الوصية إلى عقود لا تصح من الأعمى، وفضل نظر لا يدرك إلا بالعين.**

فصل: واختلف أصحابنا في الوقت الذي تعتبر فيه الشروط التي تصح بها الوصية إليه، فمنهم من قال: يعتبر ذلك عند الوفاة، فإن وصى إلى صبي فبلغ أو كافر فأسلم أو فاسق فصار عدلًا قبل الوفاة صحت الوصية، لأن التصرف بعد الموت فاعتبرت الشروط عنده كما تعتبر عدالة الشهود عند الأداء أو الحكم دون التحمل، ومنهم من قال: تعتبر عند العقد وعند الموت، ولا تعتبر فيما بينهما، لأن حال العقد حال الإيجاب، وحال الموت حال التصرف فاعتبر فيهما. ومنهم من قال تعتبر في حال الوصية وفيما بعدها، لأن كل وقت من ذلك يجوز أن يستحق فيه التصرف بأن يموت، فاعتبرت الشروط في الجميع.

فصل: وإن وصى إلى رجل فتغير حاله بعد موت الموصي ـ فإن كان لضعف ـ ضم إليه معين أمين، وإن تغير بفسق أو جنون بطلت الوصية إليه ويقيم الحاكم من يقوم مقامه.

فصل: ويجوز أن يوصي إلى نفسين. لما روي أن فاطمة بنت رسول الله ﷺ «جعلت النظر في وقفها إلى علي كرم الله وجهه، فإن حدث به حدث رفعه إلى ابنيها فيليانها»، ويجوز أن يجعل إليهما وإلى كل واحدًا منهما لأنه تصرف مستفاد بالإذن فكان على حسب الإذن فإن جعل إلى كل واحد منهما جاز لكل واحد منهما أن ينفرد بالتصرف، فإن ضعف أحدهما أو فسق أو مات جاز للآخر أن يتصرف ولا يقام مقام الآخر غيره لأن الموصي رضي بنظر كل واحد منهما وحده، فإن وصى إليهما لم يجز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف لأنه لم يرض بأحدهما، فإن ضعف أحدهما ضم إليه من يعينه. فإن فسق أحدهما أو مات أقام الحاكم من يقوم مقامه لأن الموصي لم يرض بنظره وحده، فإن أراد الحاكم أن يفوض الجميع إلى الثاني لم يجز لأنه لم يرض الموصي باجتهاده وحده فإن ماتا أو فسقا فهل للحاكم أن يفوض إلى واحد؟ فيه وجهان:

أحدهما: يجوز، لأنه سقط حكم الوصية بموتهما وفسقهما فكان الأمر فيه إلى الحاكم. والثاني: لا يجوز لأنه لم يرض بنظر واحد، وإن اختلف الوصيان في حفظ المال جعل بينهما نصفين. فإذا بلغا إلى التصرف ـ فإن كان التصرف إلى كل واحد منهما ـ تصرف كل واحد منهما في الجميع، وإن كان إليهما لم يجز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف دون الآخر.

فصل: ومن وصي إليه في شيء لم يصر وصيًا في غيره ومن وصي إليه إلى مدة لم يصر وصيًا بعد المدة، لأنه تصرف بالإذن فكان على حسب الإذن.

فصل: وللوصي أن يوكل فيما لم تجرِ به العادة أن يتولاه بنفسه، كما قلنا في الوكيل، ولا يجوز أن يوصي إلى غيره، لأنه يتصرف بالإذن فلم يملك الوصية كالوكيل، فإن قال أوصيت إليك، فإن مت فقد أوصيت إلى فلان صح، لأن عمر رضي الله عنه وصى إلى حفصة، فإذا ماتت فإلى ذوي الرأي من أهلها، ووصت فاطمة رضي الله عنها إلى

علي كرم الله وجهه: فإذا مات فإلى ابنيها، ولأنه علق وصية التالي على شرط، فصار كما لو قال: وصيت إليك شهرًا ثم قال: إلى فلان، فإن أوصى إليه وأذن له أن يوصي إلى من يرى فقد قال في الوصايا: لا يجوز. وقال في اختلاف العراقيين: يجوز. فمن أصحابنا من قال: يجوز قولًا لأنه ملك الوصية والتصرف في المال، فإذا جاز أن ينقل التصرف في المال إلى الوصي جاز أن ينقل الوصية إليه، وما قال في الوصايا أراد إذا أطلق الوصية منهم من قال: فيه قولان: أحدهما: يجوز لما ذكرناه. والثاني: لا يجوز لأنه يعقد الوصية عن الموصي في حال لا ولاية له فيه. وإن وصى إليه وأذن له أن يوصي بعد موته إلى رجل بعينه ففيه وجهان: أحدهما: يجوز لأنه قطع اجتهاده فيه بالتعيين. والثاني: أنه كالمسألة الأولى لأن علة المسألتين واحدة.

فصل: ولا تتم الوصية إليه إلا بالقبول لأنه وصية فلا تتم إلا بالقبول كالوصية له. وفي وقت القبول وجهان: أحدهما: يصح القبول في الحال لأنه أذن له في التصرف فصح القبول في الحال كالوكالة. والثاني: لا يصح إلا بعد الموت كالقبول في الوصية له.

فصل: وللموصى أن يعزل الوصي إذا شاء، وللوصي أن يعزل نفسه متى شاء، لأنه تصرف بالإذن فجاز لكل واحد منهما فسخه كالوكالة.

فصل: إذا بلغ الصبي واختلف هو والوصي في النفقة، فقال الوصي: أنفقت عليك، وقال الصبي: لم تنفق علي، فالقول قول الوصي لأنه أمين وتتعذر عليه إقامة البينة على النفقة، فإن اختلفا في قدر النفقة فقال: انفقت عليك في كل سنة مائة دينار. وقال الصبي؛ بل أنفقت عليَّ خمسين دينارًا، فإن كان ما يدعيه الوصي النفقة بالمعروف فالقول قوله لأنه أمين، وإن كان أكثر من النفقة بالمعروف فعليه الضمان لأنه فرط في الزيادة.

وان اختلفا في المدة فقال الوصي: أنفقت عشر سنين، وقال الصبي: خمس سنين، ففيه وجهان: أحدهما: وهو قول أبي سعيد الأصطخري أن القول للموصي، كما لو اختلفا في قدر النفقة. والثاني: وهو قول أكثر أصحابنا أن القول قول الصبي، لأنه اختلاف في مدة الأصل عدمها.

فصل: وإن اختلفا في دفع المال إليه، فادعى الوصي أنه دفعه إليه وأنكر الصبي، ففيه وجهان: أحدهما: وهو المنصوص، أن القول قول الصبي لأنه لم يأتمنه على حفظ المال فلم يقبل قوله عليه، كالمودع إذا ادعى دفع الوديعة إلى وارث المودع، والملتقط إذا إدعى دفع اللقطة إلى مالكها. والثاني: أن القول قول الوصي كما قلنا في النفقة.

فصل: ولا يلحق الميت مما يفعل عنه بعد موته بغير إذنه إلا دين يقضى عنه، أو صدقة يتصدق بها عنه، أو دعاء له، فأما الدين فالدليل عليه ما روي أن

**امرأة من خثعم «سألت رسول الله ﷺ عن الحج عن أبيها فأذن لها، فقالت: أينفعه ذلك؟ قال: نعم كما لو كان على أبيك دين فقضيته نفعه»[(١)]، وأما الصدقة فالدليل عليها ما روى ابن عباس «أن رجلًا قال لرسول الله ﷺ: أن أمه توفيت أفينفعها أن أتصدق عنها؟ فقال: نعم، قال: فإن لي مخرفًا فأشهدك أني قد تصدقت به عنها»[(٢)].**

**وأما الدعاء فالدليل عليه قوله عز وجل: «والذين جاؤوا من بعدهم يقولون: ربنا اغفر لنا ولإخواننا الذين سبقونا بالإيمان»، فأثنى الله عز وجل عليهم بالدعاء لإخوانهم من الموتى، وأما ما سوى ذلك من القرب كقراءة القرآن وغيرها فلا يلحق الميت ثوابها. لما روى أبو هريرة رضي الله عنه «أن النبي ﷺ قال: إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاث، صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له»[(٣)].**

**واختلف أصحابنا فيمن مات وعليه كفارة يمين فأعتق عنه، فمنهم من قال: لا يقع العتق عن الميت بل يكون للمعتق لأن العتق غير متحتم على الميت لأنه كان يجوز له تركه إلى غيره فلم يقع عنه، كما لو تطوع بالعتق عنه في غير الكفارة، ومنهم من قال: يقع عنه لأنه لو أعتق في حياته سقط به الفرض، وبالله التوفيق.**

**الشرح:** البطانة: الخاص من الأصحاب، وقوله: «لا يألونكم» لا يقصرون في الإفساد بينكم، والخبال: الفساد، والعنت: المشقة، وقوله: «يفوض إليه الأمر» أي يرده إليه، والمخرف هو البستان.

أما الأحكام: فالوصاية مستحبة في رد المظالم، وقضاء الديون، وتنفيذ الوصايا، وأمور الأطفال.

فإن لم يوص إلى أحد، نصب القاضي من يقوم بها. وأغرب الأستاذ أبو منصور فحكى وجهًا، أنه إذا كان في الورثة رشيد، قام بهذه الأمور وإن لم ينصبه القاضي.

وللوصاية أركان وأحكام. أما أركانها، فأربعة:

الركن الأول: الوصي، وله خمسة شروط، وهي: التكليف، والحرية، والإسلام، والعدالة، والكفاية في التصرفات. فالصبي والمجنون ومَن بعضه رقيق،

---

(١) تقدم.

(٢) تقدم.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٦٣١) والترمذي في سننه برقم (١٣٧٦) والنسائي في سننه برقم (٣٦٥٣).

والمكاتب والمدبر وأم الولد، لا تصح الوصية إليهم. وفي مستولدته مدبره خلاف مبني على أن صفات الوصي تعتبر حالة الوصاية والموت، أم حالة الموت؟ ولا تجوز وصاية مسلم إلى ذمي، ويجوز عكسه، وتجوز وصاية الذمي إلى الذمي على الأصح بشرط العدالة في دينه، ولا تجوز إلى فاسق ولا إلى عاجز عن التصرف لا يهتدي إليه لسفه أو هرم أو غيرهما، هذا هو الصحيح. وربما دل كلام بعض الأصحاب على أن هذا الشرط الأخير غير معتبر. وتجوز الوصاية إلى أعمى على الأصح. وقيل: لا، فتكون الشروط ستة. وزاد الروياني وآخرون شرطًا سابعًا، وهو أن لا يكون الوصي عدوًّا للطفل الذي يفوض أمره إليه، وحصروا الشروط كلها بلفظ مختصر فقالوا: ينبغي أن يكون الوصي بحيث تقبل شهادته على الطفل. وكل ما اعتبر من الشروط، ففي وقت اعتباره ثلاثة أوجه: أصحها: يعتبر حاله عند الموت. والثاني: عند الوصاية والموت جميعًا. والثالث: يعتبر في الحالتين وفيما بينهما.

**فرع:** لا يشترط في الوصي الذكورة، بل يجوز التفويض إلى المرأة، وإذا حصلت الشروط في أم الأطفال، فهي أولى من غيرها. وحكى الحناطي وجهًا، أنه لا تجوز الوصاية إليها، لأنها ولاية، ومقتضاه الطرد في جميع النساء.

**فرع:** إذا تغير حال الوصي، فإن كان قبل موت الموصي، بني على أن الشروط متى تعتبر؟ وإن تغيّر بعد موته، نظر، إن فسق، إما بتعدٍّ في المال، وإما بسبب آخر، بطلت ولايته. وقيل: لا تبطل حتى يعزله الحاكم، والصحيح الأول، وبه قطع الجمهور، وفي معناه قيِّم القاضي. وفي بطلان ولاية القاضي بالفسق وجهان: أصحهما: البطلان. والثاني: لا، كالإمام الأعظم. والأب، والجد، إذا فسقا، انتزع الحاكم مال الطفل منهما. ولا تبطل ولاية الإمام الأعظم بالفسق، لتعلق المصالح الكلية بولايته، بل تجوز ولاية الفاسق ابتداءً إذا دعت إليها ضرورة، لكن لو أمكن الاستبدال به إذا فسق من غير فتنة، استبدل. وفيه وجه، أنها تبطل أيضًا، وبه قطع الماوردي في «الأحكام السلطانية»، والصحيح الأول. وإذا تاب الفاسق وصلحت حاله، فهل تعود ولايته؟ أما الوصي والقيم، فلا تعود ولايتهما على الصحيح. والأب، والجد، تعود ولايتهما، والقاضي كالوصي. وإذا كان الوصي قد أتلف مالًا، لم يبرأ عن ضمانه حتى يدفعه إلى الحاكم، ثم يرده الحاكم إليه إن ولاّه. فإن كان أبًا، قبض المضمون من نفسه لولده، وليس من التعدي أكل الأب والوصي مال الطفل لضرورة، لكن إذا وجب الضمان، فطريق البراءة ما ذكرنا.

**فرع:** تصرفات الوصي بعد الانعزال باطلة. قال القفال: لكن ردّ المغصوب

والعواري والودائع وقضاء الديون من جنسها في التركة، لا ينقض، لأن أخذ المستحق فيها كافٍ.

**فرع:** إذا جُن الموصي، أو أُغمي عليه، أقام الحاكم غيره مقامه. فإن أفاق، فهل يبقى على ولايته كالأب والجد والإمام الأعظم إذا أفاقوا؟ أم تبطل لأنه يلي بالتفويض كالتوكيل بخلاف الأب وبخلاف الإمام للمصلحة الكلية؟ فيه وجهان: أصحهما: الثاني، ويجريان في القاضي إذا أفاق. وإذا أفاق الإمام الأعظم بعدما ولي غيره، فالولاية للثاني، إلا أن تثور فتنة، فهي للأول، ذكره البغوي.

**فرع:** لو اختلت كفاية الوصي، بأن ضعف عن الكتابة والحساب، أو ساء تدبيره لكبر أو مرض، ضم القاضي إليه من يعينه ويرشده. ولو عرض ذلك لقيم القاضي، عزله، لأنه الذي ولاه.

الركن الثاني: الموصي، فإن كانت الوصاية في قضاء الديون وتنفيذ الوصايا، صحت من كل حر مكلف. وإن كانت في أمور الأطفال، اشترط مع ذلك أن يكون للموصي ولاية على الموصى في حقه من الصبيان والمجانين ابتداءً من الشرع، لا بتفويض، وفيه مسائل:

إحداها: أن الوصي هل يوصي؟ فيه صور:

إحداها: ليس للموصي في الوصاية المطلقة أن يوصيَ.

الثانية: قال: أوصيت إليك إلى أن يبلغ ابني فلان، أو يقدم من سفره، فإذا بلغ أو قدم، فهو الوصي. أو قال: أوصيت إليك سنة وبعدها وصيي فلان، فالمذهب صحته، وبه قطع الجمهور، وتحتمل الوصية التعليق كما تحتمل الجهالات والأخطار. وحكى الحناطي وآخرون فيه خلافًا كتعليق الوكالة، وبالمنع أجاب الروياني فقال: لو قال: إذا مت فقد أوصيت إليك، لا يجوز، بخلاف قوله: أوصيت إليك إذا متُّ. ولو قال: أوصيت إليك، فإذا حضرك الموت فقد أوصيت إلى من أوصيتَ إليه، أو فوصيُّك وصيي، فباطلة على الأظهر. وقيل: قطعًا. وقيل: صحيحة قطعًا.

الثالثة: أوصى إلى زيد، وأذن له في الوصاية، نظر، إن لم يعيّن، بل قال: أوص بتركتي إلى من شئتَ، فأوصى بها إلى شخص، صح على الأظهر. وقيل: قطعًا. وإن عين فقال: أوص بها إلى فلان، فكذلك. وقيل: تصح قطعًا، لأنه قطع اجتهاده، فصار كقوله: أوصيت بعده إلى فلان.

**فرع:** لو أطلق فقال: أوص إلى من شئت، أو إلى فلان، ولم يضف إلى نفسه، فهل يحمل على الوصاية عنه حتى يجيء فيه الخلاف؟ أم يقطع بأنه لا يوصي

عنه؟ فيه وجهان حكاهما البغوي، وقال: الأصح الثاني.

المسألة الثانية: لا يجوز نصب وصي على الأولاد البالغين العقلاء، لأنه لا يلي أمرهم. وأما المجانين، فتجوز الوصاية في أمرهم كالصبيان، وله نصب الوصي لقضاء الدين والوصايا. وإذا نصبه لذلك، لم يتمكن من إلزام الورثة تسليم التركة لتباع في الدين، بل لهم إمساكها وقضاء الدين من مالهم. فلو امتنعوا من التسليم والقضاء من عندهم، ألزمهم أحد الأمرين. هذا إذا أطلق الوصاية بقضاء الدين. فإن قال: ادفع هذا العبد إليه عوضًا عن دينه، فينبغي أن لا يكون للورثة إمساكه، لأن في أعيان الأموال أغراضًا. ولو قال: بعه واقض الدين من ثمنه، فيجوز أن لا يكون لهم الإمساك أيضًا، لأنه قد يكون أطيب.

المسألة الثالثة: لا يجوز للأب نصب الوصي في حياة الجد على الصحيح، لأن ولايته ثابتة شرعًا كولاية التزويج. هذا في أمر الأطفال، فأما في قضاء الديون والوصايا، فله ذلك، ويكون الوصي أولى من الجد. ولو لم ينصب وصيًّا، فأبوه أولى بقضاء الدين وأمر الأطفال، والحاكم أولى بتنفيذ الوصايا، كذا نقله البغوي وغيره.

المسألة الرابعة: ليس لغير الأب والجد الوصاية في أمر الأطفال، ولا للأم إلا على قول الإصطخري في أنها تلي فتوصى.

الركن الثالث: الموصى فيه، وهو التصرفات المالية المباحة، فيدخل فيه الوصاية بقضاء الديون، وتنفذ في الوصايا وأمور الأطفال، ولا تجوز في تزويج الأطفال، ولا في معصية، كبناء كنيسة وكتب التوراة. وذكر طائفة منهم الإمام، أن الوصاية لا تجري في ردّ المغصوب والودائع، ولا في الوصية بعين لمعيّن، لأنها مستحقة بأعيانها فيأخذها أصحابها، وإنما يوصي فيما يحتاج إلى نظر واجتهاد، كالوصية للفقراء، وهذا الذي قالوه موضع توقف نقلًا ومعنى. أما النقل، فما سيأتي في بقية الباب وفي «كتاب الوديعة» إن شاء الله تعالى حيث قالوا: إن أوصى إلى فاسق، ضمن. وأما المعنى، فلأنه قد يخاف خيانة الوارث.

الركن الرابع: الصيغة، فلا بد في الوصاية من الإيجاب، بأن يقول: أوصيت إليك، أو فوضت، أو أقمتك مقامي، ونحو ذلك، ويجوز فيها التوقيت كما سبق من جواز التعليق، وذلك كقوله: أوصيت إليك سنة، أو إلى أن يبلغ ابني فلان، أو أوصى إلى زوجته إلى أن تتزوج. وأما القبول، فالمذهب اشتراطه، وأشار بعضهم إلى خلاف فيه. وهل يقوم عمل الوصي مقام لفظ قبوله؟ وجهان: وكل هذا مأخوذ من الوكالة، ولا يشترط القبول في حياة الموصي. فلو قبل في حياته، لم يعتدَّ به

على الأصح. كما لو أوصى بمال، يشترط القبول بعد الموت. وقيل: يعتدّ به، كما لو وكله بعمل يتأخر، يصح القبول في الحال. والرد في حياة الوصي على هذين الوجهين. فعلى الأول، لو ردّ في حياته، ثم قبل بعد موته، جاز، ولو رد بعد الموت، لغت الوصاية.

**فرع:** إن فصّل فقال: أوصيت إليك في قضاء ديوني وتنفيذ وصاياتي والتصرف في أموال أطفالي والقيام بمصالحهم، أو ذكر بعض هذه الأعمال، فذاك، وإن اقتصر على قوله: أوصيت إليك، أو أقمتك مقامي في أمر أطفالي، ولم يذكر التصرف، فثلاثة أوجه: أصحها: له التصرف والحفظ اعتمادًا على العرف. والثاني: ليس له إلا الحفظ تنزيلًا على الأقل. والثالث: لا تصح الوصاية حتى يبين ما فوضه إليه. ولو اقتصر على قوله: أوصيت إليك، فباطلة قطعًا.

**فرع:** لو اعتقل لسانه، فأوصى بالإشارة المفهمة، أو قرىء عليه كتاب الوصاية، فأشار برأسه أن «نعم»، صحت الوصاية كالأخرس.

**فرع:** أوصى إليه في تصرف، لا يتعدَّاه.

**فرع:** يجوز أن يوصيَ إلى اثنين فصاعدًا، وأن يوصيَ إلى واحد وينصب عليه مشرفًا، ولا يتصرف الوصي إلا بإذنه. ثم إذا أوصى إلى اثنين، إن كانت في رد الودائع أو الغصوب والعواري وتنفيذ الوصية المعينة وقضاء الدين الذي في التركة من جنسه، فلكل منهما الانفراد به، لأن صاحب الحق مستقل في هذه الصور بالأخذ. هكذا نقل البغوي وغيره، وهذا أحد المواضع التي صرّحوا فيها بجريان الوصاية في ردّ الغُصوب والعواري، خلاف ما قالته تلك الطائفة. ثم وقوع المدفوع موقعه، وعدم الردّ والنقص عند انفراد أحدهما، بيّن، لكن تجويز الانفراد ليس ببيّن، فإنَّ تصرفهما في هذه الأموال مستفاد بالوصاية، فليكن بحسبها، ولتجيء فيه الأحوال التي سنذكرها إن شاء الله تعالى في سائر التصرفات، وستجد في كلام الأصحاب ما هو كالصريح فيما ذكرته.

وإن كانت الوصاية في تفرقة الثلث وأمور الأطفال والتصرف في أموالهم، فلها أحوال:

أحدها: أن يثبت الاستقلال لكل واحد فيقول: أوصيت إليكما، أو إلى كلٍ منكما، أو يقول: كل واحد منكما وصيي في كذا، قال أبو الفرج الزاز: أو يقول: أنتما وصيّاي في كذا، فلكل منهما الانفراد بالتصرف. وإذا مات أحدهما أو جن أو فسق، أو لم يقبل الوصاية، كان للآخر الانفراد. وإن ضعف نظر أحدهما، فللآخر الانفراد، وللحاكم أن يضم إلى ضعيف النظر مَن يعينه.

الثاني: أن يشترط اجتماعهما على التصرف، فليس لواحد منهما الانفراد. فإن انفرد، لم ينفذ البيع والشراء والإعتاق، ويضمن ما أنفق. فإن مات أحدهما، أو جن، أو فسق، أو غاب، أو لم يقبل الوصية، نصب الحاكم بدلًا عنه ليتصرف مع الآخر. وهل له إثبات الاستبداد للآخر؟ وجهان: أصحهما: لا. ولو ماتا جميعًا، فهل للحاكم نصب واحد؟ أم لا بد من اثنين؟ فيه الوجهان. قال إمام الحرمين: وليس المراد من اجتماعهما على التصرف تلفظهما بصيغ العقود معًا، بل المراد صدوره عن رأيهما، ثم لا فرق بين أن يباشر أحدهما أو غيرهما بإذنهما.

الثالث: أن يطلق قوله: أوصيت إليكما، فهو كالتقييد بالاجتماع، لأنه المتيقن.

**فصل:** قال: أوصيت إلى زيد، ثم قال: أوصيت إلى عمرو، لم يكن عزلًا لزيد، ثم إن قبلا، فهما شريكان، وليس لأحدهما الانفراد بالتصرف على الصحيح، وبه قطع المتولي. وقال البغوي: ينفرد، وهو ضعيف. ولو قبل أحدهما فقط، انفرد بالتصرف. ولو قال لعمرو: ما أوصيتُ به إلى زيد قد أوصيتُ به إليك، فهو رجوع. ولو قال لزيد: ضممت إليك عمرًا، أو قال لعمرو: ضممتك إلى زيد، فإن قبل عمرو دون زيد، لم ينفرد بالتصرف، بل يضم القاضي إليه أمينًا، وينبغي أن يجيء في استقلاله الوجهان. وإن قبل زيد دون عمرو، فالذي ذكره الغزالي والمتولي، أنه ينفرد بالتصرف، وفيه نظر، وإن قبلا جميعًا، فقال الغزالي: هما شريكان، ويشبه أن يقال: زيد وصيي، وعمرو مشرف.

**فرع:** أوصى إلى شخصين، فاختلفا في التصرف، نظر، إن كانا مستقلين، وقال كل واحد: أنا أتصرف، حكى الشيخ أبو حامد أنه يقسم، فيتصرف كل واحد في نصفه، فإن كان مما لا ينقسم، ترك بينهما حتى يتصرفا فيه. وقال غيره: لا حاصل لهذا الاختلاف، ومن سبق نفذ تصرفه. وإن لم يكونا مستقلين، أمرهما الحاكم بما رآه مصلحة. فإن امتنع أحدهما، ضم القاضي إلى الآخر أمينًا. وإن امتنعا، أقام مقامهما أمينين، ولا ينعزلان بالاختلاف، بل الآخران نائبان عنهما. وإن اختلفا في تعيين من يصرف إليه من الفقراء، عين القاضي من يراه. وإن اختلفا في الحفظ، قسم، ولكل واحد التصرف فيما في يده ويد صاحبه. وقيل: إن لم يكونا مستقلين، لم ينفرد أحدهما بحفظ شيء. والصحيح المنصوص الذي عليه الجمهور: أنه لا فرق. ثم إذا قسم، وتنازعا في عين النصف المحفوظ، أقرع على الأصح. وقيل: يعين القاضي. هذا إذا كان المتاع منقسمًا، وإلاّ فيحفظانه معًا بجعله في بيتٍ يقفلانه، أو برضاهما بنائب يحفظه من جهتهما، وإلا، فيتولى

القاضي حفظه، وكذا لو كان منقسمًا وقلنا: لا ينقسم عند عدم الاستقلال. ثم ذكر البغوي، أن هذا التفصيل فيما إذا جعل إليهما التصرف واختلفا في الحفظ إلى التصرف. فأما إذا جعل الحفظ إلى اثنين، فلا ينفرد أحدهما بحال.

**فصل:** في أحكام الوصاية: فمنها الجواز، فللموصي الرجوع متى شاء، وللموصي عزل نفسه متى شاء.

ومنها: أن الوصي يقضي الديون التي على الصبي من الغرامات والزكوات وكفارة القتل. وفي الكفارة وجه، لأنها ليست على الفور، وينفق عليه وعلى من عليه نفقته، ولينفق بالمعروف، وهو ترك الإسراف والتقتير. فإن أسرف، ضمن الزيادة، ويشتري له الخادم عند الحاجة إذا كان مثله يخدم.

**فرع:** إذا بلغ الصبي، ونازعه في أصل الإنفاق، صدّق الوصي بيمينه. ولو قال: أسرفت في الإنفاق، فإن كان بعد تعيينهما قدرًا، نظر فيه، وصدِّق من يقتضي الحال تصديقه. وإن لم يعينا، فالمصدَّق الوصي على المذهب، وبه قطع الجمهور، وحكى البغوي عن بعضهم فيه وجهين: وهذا على غرابته يجيء في أصل الإنفاق.

**فرع:** ادعى أن الوصي خان في بيع ماله، فباعه بلا حاجة ولا غبطة، ففيه خلاف قدمناه في «باب الحجر». والمذهب أن القول قول المدعي.

**فرع:** تنازعا في تاريخ موت أبيه، فقال: من خمس سنين، فقال الوصي: من ست، واتفقا على إنفاقه من يوم الموت، لم يقبل قول الوصي على الأصح.

**فرع:** ادَّعى دفع المال إليه بعد البلوغ، لا يقبل بغير بينة على الصحيح.

**فرع:** يقبل قول الوصي في التلف بالغصب والسرقة.

**فرع:** قيِّم الحاكم، كالوصي فيما ذكرناه، والمجنون بعد إفاقته كالصبي بعد بلوغه في كل ذلك.

**فصل:** إذا بلغ الصبي مجنونًا أو سفيهًا، استمرت ولاية الصبي كما سبق في «باب الحجر»، ثم إن رأى أن يدفع إلى المبذر نفقة أسبوع أسبوع، فَعَل، فإن لم يثق به، دفعها إليه يومًا يومًا، ويكسوه كسوة مثله، فإن كان يخرقها، هددَّه، فإن لم يمتنع، اقتصر في البيت على إزار. وإذا خرج، كساه وجعل عليه رقيبًا.

**فصل:** ليس له تزويج الأطفال وإن ذكره الموصي، ولا بيع مال الصبي لنفسه ولا عكسه، ولا بيع مال صبي لصبي، وتجوز شهادة الوصي على الأطفال، ولا تجوز شهادته لهم بمال وإن كان وصيًّا في تفرقة الثلث فقط، لأنه يثبت لنفسه ولاية، ويجوز لمن هو وصي في مال معين أن يشهد بغيره.

# كتاب العتق

قال المصنف رحمه الله تعالى: العتق قربة مندوب إليه، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من أعتق رقبة أعتق الله بكل عضو منها عضوًا منه من النار حتى فرجه بفرجه»[(١)]، ولا يصح إلا من مطلق التصرف في المال لأنه تصرف في المال كالبيع والهبة، فإن أعتق الموقوف عليه العبد الموقوف لم يصح عتقه لأنه لا يملكه في أحد القولين ويملكه في الثاني إلا أنه يبطل به حق البطن الثاني، فلم يصح، وإن أعتق المريض عبدًا وعليه دين يستغرقه لم يصح لأن العتق في المرض وصية فلم يصح مع الدين، وإن أعتق العبد الجاني، فعلى ما ذكرناه في العبد المرهون.

فصل: ويصح بالصريح والكناية وصريحه العتق والحرية لأنه ثبت لهما عرف الشرع وعرف اللغة والكتابة كقوله: سيبتك وخليتك وحبلك على غاربك ولا سبيل لي عليك ولا سلطان لي عليك وأنت لله وأنت طالق وما أشبهها لأنها تحتمل العتق فوقع بها العتق مع النية.

وفي قوله فككت رقبتك وجهان: أحدهما: أنه صريح لأنه ورد به القرآن قال الله سبحانه ﴿فَكُّ رَقَبَةٍ﴾ [البَلَد: ١٣]. والثاني: أنه كناية لأنه يستعمل في العتق وغيره. وإن قال لأمته: أنت عليَّ كظهر أمي ونوى العتق ففيه وجهان: أحدهما: تعتق لأنه لفظ يوجب تحريم الزوجة فكان كناية في العتق كسائر الطلاق. والثاني: لا تعتق لأنه لا يزيل الملك فلم يكن كناية في العتق بخلاف الطلاق.

فصل: وإن كان بين نفسين عبد فأعتق أحدهما نصيبه، فإن كان موسرًا قوم عليه نصيب شريكه وعتق، لما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «من أعتق شركًا له في عبد ـ فإن كان معه ما يبلغ ثمن العبد ـ قوم عليه قيمة عدل، وأعطى شركاءه حصصهم، وإلا فقد عتق منه ما عتق ورق منه ما رقّ»[(٢)]، وإن كان بين مسلم وكافر عبد مسلم فأعتق الكافر حصته وهو موسر فالمنصوص أنه يقوم عليه، فمن أصحابنا من قال: إذا قلنا: إن الكافر لا يملك العبد المسلم لم يقوم عليه لأن التقويم يوجب التمليك.

---

(١) تقدم.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٥٢٢) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٠١) وأبو داود في سننه برقم (٣٩٤٠) وابن ماجه في سننه برقم (٢٥٢٨) وأحمد في المسند (٢/ ١١٢) ومالك في الموطأ (٢/ ٧٧٢).

ومنهم من قال: يقوم عليه قولًا واحدًا لأنه تقويم متلف فاستوى فيه المسلم والكافر كتقويم المتلفات، ويخاف البيع لأن القصد منه التمليك وفي ذلك صغار على الإسلام، والقصد من التقويم العتق ولا صغار فيه، فإن كان نصف العبد وقفًا، ونصفه طلقًا، فأعتق صاحب الطلق نصيبه، لم يقوم عليه الوقف، لأن التقويم يقتضي التمليك، والوقف لا يملك، ولأن الوقف لا يعتق بالمباشرة فلأن لا يعتق بالتقويم أولى.

فصل: وتجب قيمة النصيب عند العتق لأنه وقت الإتلاف ومتى يعتق فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: يعتق في الحال، فإن كانت جارية فولدت كان الولد حرًا، لما روى أبو المليح عن أبيه: «أن رجلًا أعتق شقصًا له من غلام فذكر ذلك للنبي ﷺ فقال: ليس لله شريك، وفي بعضها فأجاز عتقه»[(١)].

والثاني: أنه يقع بدفع القيمة، فإن كان جارية فولدت كان نصف الولد حرًا ونصفه مملوكًا، لما روى سالم عن أبيه يبلغ به النبي ﷺ: «إذا كان العبد بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه، فإن كان موسرًا يقوم عليه ولا وكس ولا شطط ثم يعتق»[(٢)]، ولأنه عتق بعوض فلا يتقدم على العوض، كعتق المكاتب، والثالث أنه مراعي فإن دفع العوض حكمنا بأنه عتق في الحال، وإن لم يدفع حكمنا بأنه لم يعتق لأنا إذا اعتقناه في الحال أضررنا بالشريك في اتلاف ماله قبل أن يسلم له العوض، وإن لم نعتقه أضررنا بالعبد في إبقاء أحكام الرق عليه، فإذا قلنا: أنه مراعى لم يكن على كل واحد منهما ضرر، فإن دفع القيمة كان حكمه حكم القول الأول، وإن لم يدفع كان حكمه حكم القول الثاني، فإن بذل المعتق القيمة أخبرنا الشريك على قبضها، وإن طلب الشريك أجبرنا المعتق على دفعها، فإن أمسك الشريك عن الطلب والمعتق عن الدفع وقلنا: إن العتق يقف عن الدفع فللعبد أن يطالب المعتق بالدفع والشريك بالقبض، ليصل إلى حقه، فإن أمسك الجميع فللحاكم أن يطالب بالدفع والقبض لما في العتق من حق الله تعالى، فإن أعتق الشريك نصيبه قبل أخذ القيمة ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه يعتق لأنه عتق صادف ملكه.

والثاني: وهو المذهب أنه لا يعتق لأن العتق مستحق من جهة المعتق والولاء مستحق له فلا يجوز إبطاله عليه.

فصل: وإن كان بين اثنين جارية فأحبلها أحدهما ثبت حرمة الاستيلاد في نصيبه، وفي نصيب الشريك الأقوال التي ذكرناها في العتق، لأن الاستيلاد

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٣٩٣٣) وأحمد في المسند (٥/ ٧٤) والبيهقي في سننه (١٠/ ٢٧٣).

(٢) تقدم.

كالعتق في إيجاب الحرية فكان كالإعتاق في التقويم والسراية.

فصل: وإن اختلف المعتق والشريك في قيمة العبد والبينة متعذرة، فإن قلنا: أنه يسري في الحال فالقول قول المعتق لأنه غارم لما استهلكه فكان القول قوله، كما لو اختلفا في قيمة ما اتلفه بالجناية.

وإن قلنا: لا يعتق إلا بدفع القيمة فالقول قول الشريك لأن نصيبه باقٍ على ملكه فلا ينزع منه إلا بما يقر به كالمشتري في الشفعة، وإن ادعى الشريك أنه كان يحسن صنعة تزيد بها القيمة فأنكر المعتق ففيه طريقان، من أصحابنا من قال: هو كالاختلاف في القيمة، وفيه قولان. ومنهم من قال: القول قول المعتق قولًا واحدًا لأن الظاهر معه والشريك يدعى صنعة الأصل عدمها، وإن ادعى المعتق عيبًا في العبد ينقص به القيمة وأنكر الشريك ففيه طريقان أيضًا، من أصحابنا من قال: هو كالاختلاف في القيمة فيكون على قولين. ومنهم من قال: القول قول الشريك قولًا واحدًا، لأن الظاهر معه، والمعتق يدعى عيبًا الأصل عدمه.

فصل: وإن كان المعتق معسرًا عتق نصيبه وبقي نصيب الشريك على الرق والدليل عليه حديث ابن عمر ﷺ، وإلا فقد عتق منه ما عتق ورق منه مارق، ولأن تنفيذ العتق لدفع الضرر عن العبد، فلو أعتقنا نصيب الشريك لأضررنا به لأنا نتلف ماله، ولا يحصل له عوض، والضرر لا يزال بالضرر، ولهذا لو حضر الشفيع وهو معسر، لم يأخذ بالشفعة، لأنه يزيل الضرر بالضرر، وإن كان موسرًا بقيمة البعض عتق منه بقدره، لأن ما وجب بالاستهلاك إذا عجز عن بعضه وجب ما قدر عليه كبدل المتلف، وإن كان معه قيمة الحصة وعليه دين يستغرق ما معه، ففيه قولان، بناء على القولين في الدين هل يمنع وجوب الزكاة، فإن قلنا: لا يمنع وجب عليه العتق، وإن قلنا: يمنع لم يجب العتق.

فصل: وإن ملك عبدًا فأعتق بعضه سرى إلى الباقي لأنه موسر بالقدر الذي يسري إليه فسرى إليه، كما لو أعتق شركًا له في عبد وهو موسر.

فصل: وإن أوصى بعتق شرك له في عبد فأعتق عنه لم يقوم عليه نصيب شريكه، وإن احتمله الثلث، لأنه بالموت زال ملكه فلا ينفذ إلا فيما استثناه بالوصية، وإن وصى بعتق نصيبه وبأن يعتق عنه نصيب شريكه والثلث يحتمله قوم عليه، وأعتق عنه الجميع، لأنه في الوصية بالثلث كالحي، فإذا قوم على الحي قوم على الميت بالوصية.

فصل: وإن كان عبد بين ثلاثة لأحدهم النصف، وللآخر الثلث، وللثالث السدس، فأعتق صاحب الثلث والسدس نصيبهما في وقت واحد، وكانا موسرين، قوم نصيب الشريك عليهما بالسوية، لأن التقويم استحق بالسراية فقسط على عدد الرؤوس كما لو اشترك اثنان في جراحة رجل فجرحه أحدهما جراحة والآخر جراحات.

فصل: وإن كان له عبدان فأعتق أحدهما بعينه ثم أشكل أمره بأن يتذكر فإن قال: أعتقت هذا قبل قوله، لأنه أعرف بما قال، فإن اتهمه الآخر حلف لجواز أن يكون كاذبًا، فإن نكل حلف الآخر وعتق العبدان، أحدهما بإقراره والآخر بالنكول واليمين، وإن قال: هذا، بل هذا، عتقا جميعًا لأنه صار راجعًا عن الأول مقرًا بالثاني، فإن مات قبل أن يبين رجع إلى قول الوارث، لأن له طريقًا إلى معرفته، فإن قال الوارث: لا أعلم فالمنصوص أنه يقرع بينهما لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر فرجع إلى القرعة، ومن أصحابنا من خرج فيه قولًا آخر، أنه يوقف إلى أن ينكشف لأن القرعة تفضي إلى أن يرق من أعتقه، ويعتق من أرق، فوجب أن يوقف إلى أن يتبين، والأول هو الصحيح، لأن البيان قد فات والوقوف يضر بالوارث في رقيقه وبالحر في حق نفسه.

فصل: وإن أعتق عبدًا من أعبد، أخذ بتعيينه، وله أن يعين من شاء، فإن قال: هو سالم بل غانم عتق سالم، ولم يعتق غانم، لأنه تخير لتعيين عتق، فإذا عينه في واحد سقط خياره في الثاني، ويخالف القسم قبله، لأن ذلك اخبار لا خيار له فيه فلم يسقط حكم خبره. فإن مات قبل أن يعين، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يقوم الوارث مقامه في التعيين كما لا يقوم مقامه في تعيين الطلاق في أحدى المرأتين فعلى هذا يقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة عتق. والثاني: يقوم مقامه، وهو الصحيح، لأنه خيار ثابت يتعلق بالمال فقام الوارث فيه مقامه، كخيار الشفعة، والرد بالعيب.

فصل: ومن ملك أحد الوالدين وإن علوا أو أحد المولودين وأن سفلوا، عتقوا عليه لقوله تعالى: ﴿تَكَادُ ٱلسَّمَٰوَٰتُ يَتَفَطَّرْنَ مِنْهُ وَتَنشَقُّ ٱلْأَرْضُ وَتَخِرُّ ٱلْجِبَالُ هَدًّا ﴿٩٠﴾ أَن دَعَوْا۟ لِلرَّحْمَٰنِ وَلَدًا ﴿٩١﴾ وَمَا يَنۢبَغِى لِلرَّحْمَٰنِ أَن يَتَّخِذَ وَلَدًا ﴿٩٢﴾ إِن كُلُّ مَن فِى ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ إِلَّآ ءَاتِى ٱلرَّحْمَٰنِ عَبْدًا﴾ [مريم: ٩٠ ـ ٩٣]، فنفى الولادة مع العبودية فدل على أنهما لا يجتمعان، ولأن الولد بعض منه فيصير كما لو ملك بعضه، وإن ملك بعضه، فإن كان بسبب من جهته كالبيع والهبة وهو موسر قوم عليه الباقي لأنه عتق بسبب من جهته فصار كما لو أعتق بعض عبد، وإن كان بغير سبب من جهته كالإرث لم يقوم عليه لأنه عتق من غير سبب من جهته، وإن ملك من سوى الوالدين والمولودين من الأقارب، لم يعتق عليه، لأنه لا بعضه بينهما فكانوا كالأجانب، وإن وجد من يعتق عليه مملوكًا فالمستحب أن يشتريه ليعتق عليه لقوله ﷺ: «لا يجزى ولد والده إلا أن يجده مملوكًا فيشتريه فيعتقه»[1]، ولا يجب عليه ذلك لأنه استجلاب مال لقربة لم يتقدم وجوبها فلم يجب كشراء المال للزكاة، وإن وصى للمولى عليه

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٥١٠) وأبو داود في سننه برقم (٥١٣٧) والترمذي في سننه برقم (١٩٠٦) وابن ماجه في سننه برقم (٣٦٥٩) وأحمد في المسند (٢/ ٢٣٠).

**بأبيه، فإن كان لا تلزمه نفقته وجب على الولي قبوله لأنه يعتق عليه، فيحصل له جمال عاجل وثواب آجل، من غير اضرار، وإن كان تلزمه نفقته لم يجب قبوله، لأنه يعتق عليه ويطالب بنفقته، وفي ذلك اضرار فلم يجز، وإن وصى له ببعضه، فإن كان معسرًا لزمه قبوله، لأنه لا ضرر عليه من جهة التقويم، ولا من جهة النفقة، وإن كان موسرًا،والأب ممن تلزمه نفقته، لم يجب قبوله لأنه تلزمه نفقته، وفي ذلك إضرار؛ وإن كان لا تلزمه نفقته ففيه قولان:**

**أحدهما: لا يجوز قبوله، لأن ملكه يقتضي التقويم، وفي ذلك إضرار. والثاني: يلزم قبوله، ولا يقوم عليه لأنه يعتق عليه بغير اختياره، فلم يقوم عليه كما لو ملكه بالإرث.**

**الشرح:** العتق لغة: الحرية والخلوص، وشرعًا: هو تحرير الرقبة وتخليصها من الرق، وإزالة الملك عنها، وتثبيت الحرية لها، وقوله: «بالصريح» هو الخالص من كل شيء، والحصة: النصيب، وقوله: «صغار على الإسلام» أي ذل وقهر، وقوله: «لا وكس ولا شطط» الوكس: النقصان والبخس، والشطط: الجور والزيادة، أي لا نقصان ولا زيادة، وقوله: «مراعي» من راعيت الأمر أي نظرت ما يصير إليه، وقوله: «والبينة متعذرة» أي متعسرة.

أما الأحكام: فقد تظاهرت النصوص والإجماع على أن العتق قربة، ويصح من كل مالك مطلق لا يصادف إعتاقه متعلق حق لازم لغيره، فلا يصح إعتاق غير مالك إلا بوكالة أو ولاية، ولا إعتاق صبي ومجنون ومحجور عليه بسفه. وفي المحجور لفلس والراهن والعبد الجاني خلاف سبق في التفليس، والرهن والبيع والمريض مرض الموت يعتبر إعتاقه من الثلث، ولا يصح إعتاق الموقوف عليه الموقوف، ويصح إعتاق الذمي والحربي. وإذا أسلم عتيق الكافر، فولاؤه ثابت عليه. ويصح العتق بالصريح والكناية أما الصريح، فالتحرير والإعتاق صريحان، فإذا قال له: أنت حر، أو محرر، أو أحررتك، أو أنت عتيق، أو معتق، أو أعتقتك، عتق. وإن لم ينو، ولا أثر للخطأ في التذكير والتأنيث، بأن يقول للعبد: أنت حرة، أو للأمة: أنت حر. وفك الرقبة صريح على الأصح. والكناية كقوله: لا ملك لي عليك، أو لا سبيل، أو لا سلطان، أو لا يد، أو لا أمر، أو لا خدمة، أو أزلت ملكي عنك، أو حرمتك، أو أنت سائبة، أو أنت لله. وصرائح الطلاق وكناياته كلها كنايات في العتق. وقوله: أنت علي كظهر أمي كناية على الأصح، لاقتضائه التحريم، كقوله: حرمتك. ولو قال: وهبتك نفسك، ونوى العتق، عتق. فإن نوى التمليك، فعلى ما سنذكره إن شاء الله تعالى في قوله: بعتك نفسك. ولو كانت أمته تسمى قبل جريان الرق عليها حرة، فقال لها: يا حرة، فإن لم يخطر له النداء باسمها القديم، عتقت،

وإن قصد نداءها، لم تعتق على الأصح، وقيل: تعتق، لأنه صريح. ولو كان اسمها في الحال حرة، أو اسم العبد حر أو عتيق، فإن قصد النداء، لم يعتق. وكذا إن أطلق على الأصح. وفي فتاوى الغزالي: أنه لو اجتاز بالمكاس، فخاف أن يطالبه بالمكس عن عبده، فقال: إنه حر ليس بعبد، وقصد الإخبار، لم يعتق فيما بينه وبين الله تعالى، وهو كاذب في خبره. ومقتضى هذا أنه لا يقبل ظاهرًا وأنه لو قال: افرغ من هذا العمل قبل العشاء، وأنت حر، وقال: أردت: حر من العمل، دين، ولا يقبل ظاهرًا. وأنه لو زاحمته امرأة في طريق، فقال: تأخري يا حرة، فبانت أمته، لم تعتق. ولو قال لعبد: يا مولاي، فكناية، ولو قال له: يا سيدي، فقال القاضي حسين والغزالي: هو لغو. قال الإمام: الذي أراه أنه كناية.

**فرع:** قال لعبد غيره: أنت حر، فهذا إقرار بحريته، وهو باطل في الحال. فلو ملكه حكمنا بعتقه مؤاخذة له بإقراره. ولو قال لعبد الغير: قد أعتقتك، قال الغزالي: إن ذكره في معرض الإنشاء، فلغو، أو في معرض الإقرار، فيؤاخذ به إن ملكه. وقال القاضي حسين: هو إقرار، لأن «قد» يؤكد معنى المضي في الفعل الماضي. قال الإمام: ومقتضى كلامه أن قوله: أعتقك بلا «قد» لا يكون إقرار وإن كانت الصيغة في الوضع للماضي، قال: وعندي لا فرق بينهما. والوجه أن يراجع ويحكم بموجب قوله، فإن لم يفسر، ترك، وينبغي أن لا فرق بين قوله: أنت حر، وقوله: أعتقتك.

**فرع:** يصح تعليق العتق بالصفات والإعتاق على عوض، قال: ولو قال: جعلت عتقك إليك، أو حررتك، ونوى تفويض العتق إليه، فأعتق نفسه في الحال، عتق. ولو قال: أعتقتك على كذا، فقبل في الحال، أو قال العبد: اعتقني على كذا، فأجابه، عتق، وعليه ما التزم. ولو قال: أعتقتك على كذا إلى شهر، فقبل، عتق في الحال، والعوض مؤجل. ولو أعتقه على خمر أو خنزير، عتق، وعليه قيمته، وكذا لو قال: أعتقتك على أن تخدمني ولم يبين مدة، أو تخدمني أبدًا. ولو قال: على أن تخدمني شهرًا. أو تعمل لي كذا، وبينه، فقبل، عتق، وعليه ما التزم. ولو خدمه نصف شهر ومات، فللسيد نصف قيمته في تركته.

**فروع:** أكثرها عن ابن سريج رحمه الله. إذا قال: أول من دخل الدار من عبيدي، أو أي عبد من عبيدي دخل أولًا، فهو حر، فدخل اثنان معًا، ثم ثالث، لم يعتق واحد منهم. أما الثالث، فظاهر، والاثنان لا يوصف واحد منهما بأنه أول. ولو كان اللفظ والحالة هذه: أول من يدخل وحده، عتق الثالث. ولو دخل واحد لا غير، فهل يعتق؟ وجهان في تعليق الشيخ أبي حامد: أصحهما: نعم. ولو قال: آخر

من يدخل الدار من عبيدي حر، فدخل بعضهم بعد بعض، لم يحكم بعتق واحد منهم إلى أن يموت السيد، فيبين الآخر. ولو قال لعبده: إن لم أحج العام فأنت حر، فمضى العام، واختلفا في أنه حج، فأقام العبد بينة أنه كان بالكوفة يوم النحر، عتق خلافًا لأبي حنيفة رحمه الله. ولو قال لعبديه: إذا جاء الغد، فأحدكما حر، فجاء الغد، عتق أحدهما، وعليه التعيين. فلو باع أحدهما أو أعتقه، أو مات قبل مجيء الغد، وجاء الغد والآخر في ملكه، لم يتعين العتق، لأنه لا يملك حينئذ إعتاقهما، فلا يملك إعتاق أحدهما. ولو باعهما أو أحدهما، ثم اشترى من باع، وجاء الغد وهما ملكه، فعلى الخلاف في عود الحنث. ولو باع نصف أحدهما، وجاء الغد وفي ملكه نصفه الآخر، فإليه التعيين، فإن عين من نصفه له، وقع النظر في السراية. ولو قال: إذا جاء الغد وأحدكما في ملكي فهو حر فباع أحدهما ثم جاء الغد والآخر في ملكه، عتق. وإن باع أحدهما ونصف الآخر، وجاء الغد، لم يعتق النصف الباقي، لأنه لم يبق كل واحد منهما في ملكه.

**فصل:** في خصائص العتق التي ينفرد بها عن الطلاق:

الخصيصة الأولى: السراية، فمن أعتق بعض مملوك، فإما أن يكون باقيه له أو لغيره.

الحالة الأولى: أن يكون له، فيعتق كله كما في الطلاق، سواء الموسر والمعسر. ولو أضاف إلى عضو معين، كيد، ورجل، عتق كله، كالطلاق. وفي كيفية التكميل إذا أضاف العتق إلى الجزء الشائع وجهان: أحدهما يحصل في الجزء المسمى، ثم يسري إلى الباقي. والثاني: يقع على الجميع دفعة ويكون إعتاق البعض عبارة عن إعتاق الكل. وإن أضافه إلى جزء معين، فوجهان مرتبان، وأولى بحصوله دفعة، وقد سبق هذا الخلاف بتفاريعه في الطلاق.

ولو أعتق أمته الحامل بمملوك له، عتق الحمل أيضًا، لا بالسراية، فإن السراية في الأشقاص، لا في الأشخاص، بل بطريق التبع كما يتبعها في البيع، إلا أن البيع يبطل باستثنائه، والعتق لا يبطل لقوته. ولهذا لو استثنى عضوًا في البيع، بطل، بخلاف العتق. ولو أعتق الحمل، عتق، ولم يعتق الأم على الصحيح، لأنها لا تتبعه. وقال الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني: تعتق بعتقه. ولو كانت الأم لواحد، والحمل لآخر، لم يعتق واحد منهما بعتق الآخر. ولو قال لأمته: إذا ولدت فولدك حر، أو كل ولد تلدينه حر، فقد ذكرنا في الطلاق أنها إن كانت حاملًا عند التعليق، عتق الولد، وإن كانت حائلًا، عتق أيضًا على الأصح، لأنه وإن لم يملك الولد حينئذ، فقد ملك الأصل المفيد لملك الولد. ولو قال لأمته الحامل: إن كان أول

من تلدينه ذكرًا فهو حر، وإن كانت أنثى فأنت حرة، فولدت ذكرًا وأنثى، فإن ولدت الذكر أولًا، عتق، ورقت الأم والأنثى، وإن ولدت الأنثى أولًا، عتقت الأم والذكر أيضًا، لكونه في بطن عتيقه، وترق الأنثى، لأن عتق الأم طرأ بعد مفارقتها.

وإن ولدتهما معًا، فلا عتق، إذ لا أول فيهما. ولو لم يعلم هل ولدتهما معًا أو مرتبًا، فلا عتق، للشك. وإن علم سبق أحدهما، وأشكل، فالذكر حر بكل حال، والأنثى رقيقة بكل حال، والأم مشكوك فيها، فيؤمر السيد بالبيان، فإن مات قبل البيان، فالأصح أنها رقيقة، عملًا بالأصل. وقال ابن الحداد: يقرع عليها بسهم رق وسهم عتق، قال الشيخ أبو علي: ما ذكره ابن الحداد غلط عند عامة الأصحاب، لأنا شككنا في عتقها، والقرعة لا يثبت مشكوكًا فيه، وإنما يستعمل في تعيين ما تيقنا أصله. قال الشيخ أبو علي: هذا كله إذا ولدت في صحة السيد، فلو ولدت في مرض موته، نظر، إن كان الثلث يفي بالجميع، لم يختلف الجواب، وإن لم يف بأن لم يكن له إلا هذه الأمة وما ولدت، أقرع بين الأم والغلام، فإن خرجت على الغلام، عتق وحده إن خرج من الثلث، وإن خرجت على الأم، قومت حاملًا بالغلام يوم ولدت الجارية إن ولدتها أولًا، ويعتق منها ومن الغلام قدر الثلث، فإن كانت قيمة الجارية مئة وقيمة الأم حاملًا بالغلام مائتين، فيعتق نصفها ونصف الغلام وهو مئة، ويبقى للورثة النصفان، وهو مئة، والجارية وهي مئة أخرى.

الحالة الثانية: أن يكون الباقي لغيره، فيعتق نصيبه، فإن كان موسرًا بقيمة باقية، لزمه قيمته للشريك، وعتق الباقي عليه وولاء جميع العبد له، وإن كان معسرًا بقي الباقي على ملك الشريك وإنما يثبت التقويم بأربعة شروط. أحدها: كون المعتق موسرًا وليس معناه أن يعد غنيًا، بل إذا كان له من المال ما يفي بقيمة نصيب شريكه، قوم عليه، وإن لم يملك غيره، ويصرف إلى هذه الجهة كل ما يباع في الدين، فيباع مسكنه وخادمه، وكل ما فضل عن قوت يوم، وقوت من تلزمه نفقته، ودست ثوب يلبسه، وسكنى يوم، والاعتبار في اليسار بحالة الإعتاق، فإن كان معسرًا، ثم أيسر، فلا تقويم.

ولو ملك قيمة الباقي، لكن عليه دين بقدره، قوم عليه على الأظهر، واختاره الأكثرون، لأنه مالك لما في يده نافذ تصرفه. ولهذا لو اشترى به عبدًا وأعتقه، نفذ. والثاني: لا يقوم، لأنه غير موسر، بل لو أبرىء عن الدين، لم يقوم عليه أيضًا، كالمعسر يوسر، فعلى الأول يضارب الشريك بقيمة نصيبه مع الغرماء، فإن أصابه بالمضاربة ما يفي بقيمة جميع نصيبه، فذاك، وإلا اقتصر على حصته، ويعتق

جميع العبد إن قلنا: تحصل السراية بنفس الإعتاق، وإن قلنا: لا تحصل بنفس الإعتاق، ضارب الشريك بقيمة باقيه، إلى أن يعتق الجميع. ولو كان بين رجلين عبد قيمته عشرون، فقال رجل لأحدهما: أعتق نصيبك منه عني على هذه العشرة، وهو لا يملك غيرها، فأجابه، عتق نصيبه عن المستدعي، ولا سراية، لأنه زال ملكه عن العشرة بما جرى، وإن قال: علي عشرة في ذمتي، فإن قلنا: الدين يمنع التقويم، لم يقوم، وإن قلنا: لا يمنع، فإن قلنا: السراية تحصل بنفس الإعتاق، عتق جميع العبد، ويقسم العشرة بين الشريكين بالسوية، وتبقى لكل واحد خمسة في ذمته، وإن قلنا: لا يحصل بنفس الإعتاق، عتق من نصيب الشريك بالسراية حصة الخمسة، وهو ربع العبد، ويبقى الباقي على الرق، وللشريك المستدعي منه خمسة في ذمته.

ولو ملك نصفين من عبدين متساويي القيمة، فأعتق نصيبه منهما وهو موسر بنصف قيمة أحدهما، نظر إن أعتقهما معًا، عتق نصيبه منهما، وسرى إلى نصف نصيب الشريك من كل منهما، فيعتق من كل منهما ثلاثة أرباعه، وهذا إذا حكمنا بالسراية في الحال. وقلنا: اليسار بقيمة بعض النصيب يقتضي السراية بالقسط، وإن أعتق مرتبًا، سرى إلى جميع الأول. ثم إن قلنا: الدين يمنع السراية، فلا سراية في العبد الثاني، وإلا فيسري، وما في يده يصرف إلى الشريك، والباقي في ذمته. وإن كان الشقصان لشخصين، صرف إلى كل منهما نصفه. ولو ملك الشقصين، فأعتقهما معًا ولا مال له غيرهما، فلا سراية، لأنه معسر. وإن أعتقهما مرتبًا، عتق كل الأول، لأن في نصيبه في العبد الآخر وفاء بباقي الذي أعتق شقصه، ثم إذا أعتق نصيبه من الثاني نفذ العتق في نصيبه، ولا سراية، لأنه معسر، وإنما نفذ إعتاقه نصيبه من الثاني، لأن حق الشريك لا يتعين فيه، بل هو في الذمة.

**فرع:** أعتق شريك نصيبه في مرض موته، نظر، إن خرج جميع العبد من ثلث ماله، قوم عليه نصيب شريكه، وعتق، وإن لم يخرج منه إلا نصيبه، عتق نصيبه، ولا تقويم، وإن خرج نصيبه وبعض نصيب شريكه، قوم عليه ذلك القدر، ويجيء فيه خلاف نذكره إن شاء الله تعالى في يسار المعتق ببعض نصيب الشريك. وبالجملة المريض في الثلث كالصحيح في الكل، وفيما زاد على الثلث معسر. واحتج القاضي أبو الطيب وغيره باعتبار الثلث على أن التقويم يكون بعد موت المريض، لأن الثلث يعتبر حالة الموت، حتى إذا لم يف الثلث بجميع العبد حال إعتاقه، ثم استفاد مالًا، ووفى عند الموت، قوم جميعه. وفي «التهذيب» أنه لو ملك نصفين من عبدين متساويي القيمة، فأعتقهما في مرض الموت، نظر، إن خرجا من الثلث، عتقا، سواء أعتقهما معًا أو مرتبًا، وعليه قيمة نصيب شريكه، وإن لم يخرج من

الثلث إلا نصيباه، فإن أعتقهما معًا، عتق نصيباه، ولا سراية، وإن أعتقهما مرتبًا، عتق كل الأول، ولم يعتق من الثاني شيء، لأنه لزمه قيمة نصيب الشريك من الأول، وصار نصيبه من الثاني مستحق الصرف إليه، وإن خرج من الثلث نصيباه، ونصيب أحد الشريكين، فإن أعتقهما مرتبًا، عتق جميع الأول، ولا يعتق من الثاني إلا نصيبه، وإن أعتقهما معًا فوجهان: أحدهما وبه قال ابن الحداد: يعتق من كل واحد ثلاثة أرباعه: نصيباه، ونصف نصيب الشريك من كل واحد منهما. والثاني: يقرع، فمن خرجت قرعته، عتق كله، ولم يعتق من الآخر إلا نصيبه، لأن القرعة مشروعة في العتق، ولا يصار إلى التشقيص مع إمكان التكميل. وإن لم يخرج من الثلث إلا أحد نصيبه، فإن أعتقهما معًا، فوجهان: أحدهما: يعتق من كل واحد نصف نصيبه، وهو ربع كل عبد، وأصحهما: يقرع، فمن خرجت قرعته، عتق منه جميع نصيبه، ولا يعتق من الآخر شيء. ولو أعتق النصيبين ولا مال له غيرهما، قال الشيخ أبو علي: إن أعتقهما مرتبًا، عتق ثلثا نصيبه من الأول، وهو ثلث جميع ماله، وهو ثلث ذلك العبد، ويبقى للورثة سدس ذلك العبد، ونصف العبد الآخر. وإن أعتقهما معًا ومات، أقرع بينهما، فمن خرجت قرعته، عتق منه ثلثا نصيبه، وهو ثلث ماله.

**فرع:** لو أوصى أحد الشريكين بإعتاق نصيبه بعد موته، فلا سراية وإن خرج كله من الثلث، لأن المال ينتقل بالموت إلى الوارث، ويبقى الميت معسرًا، بل لو كان كل العبد له فأوصى بإعتاق بعضه، فأعتق، لم يسر. وكذا لو دبر أحدهما نصيبه، فقال: إذا مت، فنصيبي منك حر، وإن قال في الوصية: أعتقوا نصيبي، وكملوا العتق كملناه، إن خرج من الثلث، وإن لم يخرج كله، نفذت الوصية في القدر الذي يخرج.

وهنا فائدتان: إحداهما: قال القاضي أبو الطيب: عندي أنه إذا أوصى بالتكميل، لا يكمل إلا باختيار الشريك، لأن التقويم إذا لم يكن مستحقًا لا يصير مستحقًا باختيار المعتق. ألا ترى أن المعتق لو كان معسرًا، ثم أيسر، أو قال: قوموه علي حتى استقرض، لا يجبر الشريك، والجمهور أطلقوا، ووجهه الروياني بأنه متمكن من التصرف في الثلث. وإذا أوصى بالتكميل، فقد استبقى لنفسه قدر قيمة العبد من الثلث، فكان موسرًا به.

الثانية: ذكر الإمام والغزالي أن لصورة الوصية بالتكميل أن يقول: اشتروا نصيب الشريك، فأعتقوه، فأما إذا قال: أعتقوه إعتاقًا ساريًا، فلا خير في هذه الوصية، لأنه لا سراية بعد الموت، وإن أعتقنا نصيبه، فالذي أتى به وصية بمحال.

ولو ملك نصفي عبدين، فأوصى بإعتاق نصيبه منهما بعد موته، أعتق عنه النصيبان، ولا سراية. ولو قال مع ذلك: وكملوا عتقهما، فإن خرجا من الثلث، كمل عتقهما، وإن خرج الباقي من أحدهما، فطريقان حكاهما البغوي: أحدهما: فيه الوجهان فيمن أعتق في مرض الموت النصيبين، ولم يخرج من الثلث إلا نصيباه مع الباقي من أحدهما، ففي وجه: يعتق من كل واحد ثلاثة أرباعه، وفي آخر: يقرع، فمن خرجت قرعته، أعتق كله، وأعتق من الآخر نصيبه لا غير. الثاني: القطع بالقرعة، لأنه قصد التكميل هنا حيث أوصى به، فيراعى مقصوده بقدر الإمكان.

**فرع:** لو كان الشريك موسرًا ببعض قيمة النصيب، فوجهان: الأصح المنصوص في «الأم»: أنه يسري إلى القدر الذي هو موسر به. والثاني: لا يسري، لأنه لا يفيده الاستقلال في ثبوت أحكام الأحرار. ولو كان بين ثلاثة عبد، فأعتق اثنان نصيبهما، وأحدهما موسر، قوم نصيب الثالث عليه بلا خلاف.

الشرط الثاني: أن يحصل عتق نصيبه باختياره، فلو ملك بعض من يعتق عليه بالقرابة، نظر، إن ملكه لا باختياره بأن ورثه، لم يسر، وإن ملكه باختيار، فإن كان بطريق يقصد به اجتلاب الملك كالشراء، وقبول الهدية والوصية، سرى، وإن كان بطريق لا يقصد به التملك غالبًا، لكنه يتضمنه، فإن كانت عبدًا، فاشترى شقصًا ممن يعتق على سيده، ثم عجزه سيده فصار الشقص له، وعتق، لم يسر على الأصح، وبه قال ابن الحداد. وإن عجز المكاتب نفسه، لم يسر، لعدم اختيار سيده. ولو باع شقصًا ممن يعتق على وارثه، بأن باع ابن أخيه بثوب ومات، ووارثه أخوه، فوجد بالثوب عيبًا، فرده، واسترد الشقص، وعتق عليه، ففي السراية وجهان لأنه تسبب في تملكه، لكن مقصوده رد الثوب. قلت: الأصح هنا السراية. والله أعلم.

ولو وجد مشتري الشقص به عيبًا، فرده، فلا سراية، كالإرث. ولو أوصى لزيد بشقص ممن يعتق على وارثه، بأن أوصى له ببعض جارية، له منها ابن، أو أوصى له ببعض ابن أخيه، ومات زيد قبل قبول الوصية، فقبلها ابنه أو أخوه، عتق عليه الشقص، ولا سراية على الأصح، لأن بقبوله يدخل الشقص في ملك الوارث، ثم ينتقل إليه بالإرث. فلو أوصى له بشقص ممن يعتق عليه، ولا يعتق على وارثه، بأن أوصى له بشقص من أمة، ووارثه أخوه من أبيه، فمات وقبل الوصية أخوه، عتق ذلك الشقص على الميت، ويسري إن كان له تركة يفي ثلثها بقيمة الباقي، لأن قبول وارثه كقبوله في الحياة. قال الإمام: هكذا ذكره الأصحاب، وفيه وقفة، لأن القبول حصل بغير اختياره. ولو باع عبدًا لابنه ولأجنبي، صفقة واحدة، عتق نصيب الابن، وقوم عليه نصيب الشريك.

الشرط الثالث: أن لا يتعلق بمحل السراية حق لازم، فلو أعتق نصيبه، ونصيب شريكه مرهون، سرى على الأصح، لأن حق المرتهن ليس بأقوى من حق المالك، وتنتقل الوثيقة إلى القيمة. ولو كاتبا عبدًا، ثم أعتقه أحدهما، فالصحيح أو المشهور أنه يسري، وهل يقوم في الحال أم بعد العجز عن أداء نصيب الشريك؟ فيه خلاف نذكر تفاريعه إن شاء الله تعالى في الكتابة. ولو كان نصيب شريكه مدبرًا، قوم أيضًا على الأظهر، لأن المدبر كالقن في البيع. فإن قلنا: لا يسري، فرجع عن التدبير، قال الأكثرون: لا يسري، كما لو أعتق وهو معسر، ثم أيسر. وقيل: يسري، لزوال المانع، فعلى هذا هل يحكم بالسراية عند ارتفاع التدبير، أم يتبين استنادها إلى وقت الإعتاق؟ وجهان: ولو كان نصيب الشريك مستولدًا، بأن استولدها وهو معسر، لم يسر على الأصح، لأن السراية تتضمن النقل، وأم الولد لا يقبل النقل، وقيل: يسري، لأن السراية كالإتلاف، وإتلاف أم الولد يوجب القيمة ولو استولدها أحدهما وهو معسر، ثم استولدها الثاني، ثم أعتقها أحدهما، ففي السراية الوجهان.

الشرط الرابع: أن يوجه الإعتاق إلى ما يملكه ليعتق نصيبه، ثم يسري، وذلك بأن يقول: أعتقت نصيبي من هذا العبد، أو النصف الذي أملكه، فلو قال: أعتقت نصيب شريكي، أو نصيب شريكي من هذا العبد حر، فهو لغو، ولو أطلق فقال لعبد يملك نصفه: أعتقت نصفك، فهل يحمل على النصف الذي يملكه، أم على النصف شائعًا؟ وجهان: وعلى التقديرين يعتق جميع العبد إذا كان موسرًا قال الإمام: ولا يكاد يظهر لهذا الخلاف فائدة إلا في تعليق طلاق أو إعتاق. ولو باع نصف عبد يملك نصفه، فإن قال: بعت النصف الذي أملكه من هذا العبد، أو نصيبي منه وهما يعلمانه، صح. وإن أطلق وقال: بعت نصفه، فهل يحمل على ما يملكه، أم على النصف شائعًا؟ وجهان: فعلى الثاني يبطل في نصيب الشريك. وفي صحته في نصف نصيبه قولا تفريق الصفقة. ولو أقر بنصفه المشترك، ففيه هذان الوجهان. وقال أبو حنيفة: يحمل في البيع على ما يملكه، لأن الظاهر أنه لا يبيع ما لا يملكه. وفي الإقرار على الإشاعة أنه إخبار، واستحسن الإمام والغزالي هذا، وصحح البغوي الإشاعة فيهما. قلت: الراجح قول أبي حنيفة. والله أعلم.

**فرع:** قال كل واحد منهما: إن دخلت دار زيد فأنت حر، أو فنصيبي منك حر، فدخلها، عتق على كل واحد نصيبه، ولا يقوم، لأن العتق حصل دفعة، وكذا لو قال أحدهما: إن كلمت زيدًا فنصيبي منك حر، وقال الآخر: إن شتمته، فنصيبي منك حر فشتمه. وكذا لو وكلا رجلًا في عتقه فأعتق كله دفعة، ولا أثر لوقوع

التعليقين أو التوكيلين في وقتين، وإنما العبرة بوقت الوقوع، ولهذا لو قال لغير المدخول بها: إذا دخلت الدار فأنت طالق طلقة، ثم قال بعده: إن دخلتها فأنت طالق طلقتين، فدخلت، طلقت ثلاثًا، كقوله: أنت طالق ثلاثًا. ولو قال أحدهما: أنت حر قبل موتي بشهر، ونجز الآخر عتقه بعد تعليق الأول بيوم مثلًا، فله أحوال، أحدهما: أن يموت المعلق لدون شهر من التعليق، فيعتق العبد كله على المنجز إن كان موسرًا، لأنه لا يمكن والحالة هذه أن يعتق بالتعليق لئلا يتقدم العتق على التعليق، وكذا الحكم لو مات بعد مضي شهر من أول شروعه في لفظ التعليق بلا زيادة، وما لم يمض شهر من تمام التعليق، لا يمكن أن يعتق بالتعليق.

الثانية: أن يموت لأكثر من شهر بأيام، فيعتق جميعه على الثاني أيضًا، لأن العتق بالتعليق إنما يتقدم على الموت بشهر واعتاق المنجز متقدم على الشهر المتقدم على الموت، فيؤخذ قيمة نصيب المعلق من المنجز لورثة المعلق. هذا إن قلنا السراية تحصل بنفس الإعتاق، أو قلنا بالتبيين، وإن قلنا: تحصل بدفع القيمة، فإذا سبق وقت العتق بالتعليق، كان في نفوذ العتق عن المعلق خلاف، كما سنذكره في تفريع أقوال السراية إن شاء الله تعالى.

الثالثة: إذا مات على رأس شهر من تمام صيغة التعليق، عتق جميع العبد على المعلق.

الرابعة: إذا مات على تمام شهرين من تمام كلام المنجز، عتق على كل واحد نصيبه، ولا تقويم، لوقوع العتقين معًا.

**فرع:** متى تثبت السراية إذا حكمنا بها؟ ثلاثة أقوال، أظهرها: بنفس إعتاق الشريك، والثاني: بأداء قيمة نصيب الشريك. والثالث: موقوف، فإن رأى القيمة، تبينا حصول العتق باللفظ، وإن فات، تبينا أنه لم يعتق. ويتفرع على الأقوال مسائل:

إحداها: إذا أولد أمة له نصفها، فإن كان موسرًا، سرى الاستيلاد، وهل يسري بنفس العلوق أم بأداء القيمة، أم يتبين كأدائها السراية بنفس العلوق؟ فيه الأقوال كالعتق. وعلى الأقوال تلزم المستولد نصف المهر لشريكه مع نصف قيمة الأمة، ثم إن قلنا: يحصل الملك بأداء القيمة، وجب مع ذلك نصف قيمة الولد. وإن قلنا: يحصل بالعلوق، أو قلنا بالتبين، فهل يثبت بعد العتق أو قبله؟ وجهان: إن قلنا: بعده، وجب أيضًا نصف قيمة الولد، وإن قلنا: قبله، فلا، وبه أجاب البغوي. ولو وطئها الثاني قبل أداء القيمة، فإن أثبتنا السراية بنفس العلوق، فعلى الثاني كمال المهر للأول، وللثاني على الأول نصفه، فيقع المهر قصاصًا. وإن قلنا:

يحصل بأداء القيمة، لزمه نصف المهر، وله على الأول نصفه، فيتقاصان. وإن كان الذي أولد معسرًا، ثبت الاستيلاد في نصفه، ونصف الآخر يبقى قنًا. وهل يكون الولد كله حرًا، أم تبعض حريته؟ وجهان أو قولان سبقا في الغنائم.

الثانية: عبد بين ثلاثة، لواحد نصفه، وللآخر ثلثه، وللآخر سدسه، فأعتق أحدهم نصيبه وهو موسر، يسري العتق إلى نصيب الشريكين، وإن كان موسرًا ببعض قيمة الباقي وقلنا بالصحيح، قوم عليه بنسبة المقدور عليه من نصيب كل واحد منهما، فإذا كان موسرًا بثلث الباقي، قوم عليه ثلث نصيب كل واحد منهما. ولو أعتق اثنان منهم نصيبهما معًا، أو علقا بشرط واحد، أو وكلا من أعتق عنهما دفعة، فإن كان أحدهما فقط موسرًا، قوم عليه نصيب الثالث. وإن كانا موسرين، قوم نصيب الثالث عليهما، وكيف يقوم؟ فيه طريقان: أحدهما على قولين: أحدهما: القيمة عليهما بالسوية، والثاني على قدر الملكين، كنظيره من الشفعة والطريق الثاني: القطع بأنها على عدد الرؤوس، لأن الأخذ بالشفعة من مرافق الملك كالثمرة، وهنا سبيله سبيل ضمان المتلف، فيستوي القليل والكثير، كما لو مات من جراحاتهما المختلفة، وهذا الطريق هو المذهب باتفاق فرق الأصحاب، إلا الإمام، فرجح طريق القولين.

الثالثة: إن قلنا: تحصل السراية باللفظ أو قلنا بالتبين، اعتبرت قيمة يوم الإعتاق، وإن قلنا: بالأداء، فهل يعتبر يوم الإعتاق أم الأداء، أم أكثر القيم من يوم الإعتاق إلى الأداء؟ فيه أوجه: الصحيح عند الجمهور: الأول، ورجح الإمام والغزالي الثاني، فإن اختلفا في قيمة العبد، فإن كان حاضرًا والعهد قريب، راجعنا المقومين، وإن مات العبد، أو غاب، أو تقادم العهد، فأيهما يصدق بيمينه؟ قولان. أظهرهما: المعتق، لأنه غارم كالغاصب، ولو اختلفا في صنعة للعبد تزيد في قيمته، واتفقنا على قيمته لو لم تكن تلك الصنعة، فإن كان العبد حاضرًا وهو يحسن الصنعة، ولم يمض بعد الإعتاق زمن يمكن تعلمه فيه، صدق الشريك، وإن مضى زمن يمكن التعلم فيه، أو مات العبد، أو غاب، فالمذهب أن المصدق المعتق. وقيل: فيه القولان، ولا يقبل قول العبد: إني أحسنها، أو لا أحسنها، بل يجرب. ولو اختلفا في عيب ينقص القيمة، نظر إن ادعى المعتق عيبًا في أصل الخلقة، بأن قال: كان أكمه أو أخرس، وقال الشريك: بل بصيرًا ناطقًا، وقد غاب العبد أو مات، صدق المعتق بيمينه على المذهب. وقيل: في المصدق قولان، قال البغوي: الطريقان فيما إذا ادعى النقص في الأعضاء الظاهرة، أما إذا ادعاه في الباطنة، فقولان كالصورة الآتية، لتمكن الشريك من البينة على سلامة الظاهرة. وإن ادعى

حدوث عيب بعد السلامة، بأن زعم ذهاب بصره أو سرقته، فالأظهر أن المصدق الشريك، لأن الأصل عدمه، وخص بعضهم القولين فيما يشاهد ويطلع عليه، وقطع فيما لا يشاهد بتصديق الشريك لعسر إثباته ببينة.

الرابعة: لو مات المعتق قبل أداء القيمة، أخذت من تركته. ولو أعسر بعد الإعتاق ومات معسرًا، فإن أثبتنا الإعتاق بنفس اللفظ، فالقيمة في ذمته وإن قلنا بالقولين الآخرين، لم يعتق حصة الشريك. ولو مات العبد قبل أداء القيمة، فإن قلنا: السراية تحصل باللفظ، مات حرًا موروثًا، وأخذت من المعتق قيمة حصة الشريك، وإن قلنا بالتبيين، لزمته القيمة، فإذا أداها تبينا العتق، وإن قلنا: يحصل بالأداء، سقطت القيمة على الأصح، لأن الميت لا يعتق. والثاني: تجب، لأنه مال استحق في الحياة، فلا يسقط بالموت. قال الإمام: وعلى هذا يجب على المعتق قيمة نصيب شريكه، ثم تبيين أن العتق حصل قبل موته. وفي «التهذيب» تفريعًا على تأخر السراية أنه يموت نصفه رقيقًا، ثم ذكر الوجهين في مطالبة الشريك له بقيمة نصيبه، وهذا ضعيف.

الخامسة: لو أعتق الشريك نصيبه قبل أخذ القيمة، لم ينفذ إن قلنا بالسراية في الحال، وإن قلنا بأداء القيمة، فكذلك على الأصح عند الجمهور، لئلا يفوت حقًا ثبت للأول، ونفذه ابن خيران والإصطخري وابن أبي هريرة، فعلى هذا في نفوذ البيع والهبة ونحوهما وجهان: الصحيح: المنع، فإن نفذنا البيع، فهل للأول أن ينقض البيع، ويبذل القيمة كالشفيع؟ فيه احتمال للإمام.

السادسة: للشريك مطالبة المعتق بالقيمة على الأقوال كلها، أما على غير التأخير، فظاهر وأما على التأخير، فلأنه محجور عليه في التصرف فيه، والحيلولة من أسباب الضمان. قال الإمام: ويلزم على تنفيذ البيع ونحوه أن لا يملك مطالبته، وهو ضعيف. وإذا دفع المعتق القيمة، أجبر الشريك على قبولها إن وقفنا العتق على أدائها، وإذا لم ندفع، ولم يطالبه الشريك، فللعبد طلب الدفع من هذا، والقبض من ذاك، فإن امتنع، طالبهما الحاكم، لأن العتق حق لله تعالى. ولو كان الشريك غائبًا، دفع القيمة إلى وكيله، فإن لم يكن، جعله القاضي عند أمين، وله أن يقرها في يد المعتق إن كان ثقة.

السابعة: إذا تعذرت القيمة بإفلاس أو هرب، فقال الشيخ أبو علي والصيدلاني والروياني: يبقى نصيب الشريك رقيقًا، ويرتفع الحجر عنه، إذ لا وجه لتعطيل ملكه عليه بلا بدل، وفيه احتمال للإمام أنه يثبت العتق، وجعله الغزالي وجهًا، فقال: الصحيح أن إعسار المعتق يدفع الحجر ولو عاد اليسار، قال الشيخ

أبو علي: لا يعود التقويم، لأن حق العتق ارتفع بتخلل الإعسار، وفيه احتمال للإمام.

الثامنة: إذا قلنا: لا سراية قبل أداء القيمة، فوطئها الشريك قبل الأداء، وجب نصف المهر لنصفها الحر. قال الإمام: وليصور في وطء محرم أو في مكرهة وفي النصف الآخر وجهان: أصحهما: لا يجب لأنه ملكه، والثاني: يجب ويصرف إلى المعتق، لأنه مستحق الانقلاب إليه. قال الإمام: ويجوز أن يكون للجارية، وإن قلنا: تحصل السراية بنفس الإعتاق، وجب لها جميع المهر، ولا حد للاختلاف في ملكه.

التاسعة: قال لشريكه: إذا أعتقت نصيبك، فنصيبي حر، أو فجميع العبد حر، أو فنصيبي حر بعد عتق نصيبك، فإذا أعتق المقول له نصيبه، نظر، إن كان معسرًا، عتق على كل واحد نصيبه، وإن كان موسرًا، عتق عليه نصيبه. ثم إن قلنا: السراية تحصل بنفس الإعتاق، سرى عليه، ولزمه قيمة نصيب شريكه، لأن السراية قهرية تابعة لعتق نصيبه، لا مدفع لها، وموجب التعليق قابل للدفع بالبيع ونحوه. وإن قلنا بالتبين، فكذلك الحكم إذا أديت القيمة، وإن قلنا بالأداء، فنصيب المعلق عمن يعتق فيه وجهان: ولو قال: إذا أعتقت نصيبك فنصيبي حر مع عتق نصيبك، أو في حال عتق نصيبك، وقلنا: السراية بنفس الإعتاق، فوجهان: أحدهما: يعتق نصيب كل واحد عنه، ولا شيء على المعتق، وبهذا قال ابن القاص، وصاحب «التقريب»، واختاره القاضي أبو الطيب، وحكاه الروياني عن عامة الأصحاب، والثاني وبه قال القفال، واختاره الشيخ أبو علي: يعتق جميعه عن المقول له، ولا أثر لقوله: مع نصيبك، لأن المعلق لا يقارن المعلق عليه، بل يتأخر عنه بلا شك. ولو قال: إذا أعتقت نصيبك فنصيبي حر قبل عتق نصيبك، فأعتق المقول له نصيبه، نظر، إن كانا معسرين أو المعلق معسرًا، عتق نصيب المنجز، وعتق على المعلق نصيبه قبل ذلك لموجب التعليق، ولا سراية، وإن كان المعلق موسرًا، وقلنا: السراية تحصل بنفس الإعتاق، فوجهان: من صحح الدور اللفظي، كابن الحداد يقول: لا ينفذ إعتاق المقول له في نصيبه، لأنه لو نفذ، لعتق نصيب القائل قبله، ولو عتق لسرى، ولو سرى لبطل عتقه، فيلزم من نفوذه عدم نفوذه. وعلى هذا لو قال السيد لعبده: مهما أعتقتك فأنت حر قبله، لم يتمكن من اعتاقه كما سبق نظيره في الطلاق، ولو صدر هذا التعليق من الجانبين، امتنع الإعتاق عليهما. ولو قال أحدهما للآخر: متى بعت نصيبك، فنصيبي حر قبله، لم ينفذ البيع، والمستبعدون لصحة الدور وانسداد باب الطلاق ونحوه أولى بالاستبعاد هنا لتضمنه الحجر على العين، ومن لا يصحح الدور

ـ وهو الأصح ـ يقول: يعتق نصيب كل واحد منهما عنه، ولا شيء لأحدهما على الآخر كما لو قال: مع نصيبك. وإن قلنا: يحصل العتق بأداء القيمة، فإن نفذنا عتق الشريك قبل أداء القيمة، عتق نصيب المنجز عليه، ونصيب المعلق على المعلق. وإن لم ننفذه قال الإمام: تدور المسألة أيضًا، وعلى هذه الصور جميعًا لو أعتق المعلق نصيبه، عتق وتثبت السراية إذا وجد شرطها.

العاشرة: إذا قال الشريك الموسر: أعتقت نصيبك، فعليك قيمة نصيبي، فأنكر، فإن كان للمدعي بينة قضي بها، ومتى يعتق حصة المدعي؟ فيه الأقوال: وإن لم يكن بينة، صدق المنكر بيمينه، فإن حلف، رق نصيبه، وإن نكل، حلف المدعي اليمين المردودة، واستحق القيمة، والصحيح أنه لا يحكم بعتق نصيب المدعى عليه، لأن الدعوى إنما توجهت عليه بسبب القيمة، وإلا فلا معنى للدعوى على إنسان بأنه أعتق عبده، وإنما هذا وظيفة العبد، لكن لو شهد آخر مع هذا المدعي، ثبت العتق بشهادة الحسبة. قال الإمام: وأبعد بعض من لا خبرة له، فحكم بالعتق تبعًا لدعوى القيمة، وهل يحكم بعتق نصيب المدعي إذا حلف المدعى عليه، أو نكل وحلف المدعي؟ إن قلنا بتعجيل السراية، فنعم، لاعترافه بسراية إعتاق المدعى إليه إلى نصيبه، وإن قلنا بالتأخر، لم يعتق. وإذا عتق نصيبه، لم يسر إلى نصيب المنكر، وإن كان المدعي موسرًا، لأنه لم ينشىء العتق، فأشبه ما لو ادعى أحد الشريكين على رجل أنك اشتريت نصيبي وأعتقته، وأنكر المدعى عليه، يعتق نصيب المدعي ولا يسري. وإن قلنا: لا يعتق إلا بعد أداء القيمة، لم يعتق نصيب المدعي. ولو صدق المدعى عليه الشريك، فلا إشكال، وإن كان المدعى عليه معسرًا، وأنكر، وحلف، لم يعتق شيء من العبد، فإن اشترى المدعي نصيبه بعد ذلك، عتق ما اشتراه، لاعترافه بحريته، ولا يسري إلى الباقي. ولو ادعى كل واحد من الشريكين الموسرين على صاحبه أنك أعتقت نصيبك، وطالب بالقيمة، وأنكر، صدق كل واحد بيمينه فيما أنكره، فإذا حلفا، فلا يطالب بالقيمة، ويحكم بعتق جميع العبد إن قلنا بتعجيل السراية، والولاء موقوف، لأنه لا يدعيه أحد.

وإن قلنا بتأخر السراية أو بالتبين، فالعبد رقيق، وإن كانا معسرين، وقال كل واحد للآخر: أعتقت نصيبك، لم يعتق منه شيء، فإن اشترى أحدهما نصيب الآخر، حكم بعتق ما اشتراه، ولا يسري، لأنه لم ينشىء إعتاقًا. وذكر البغوي أنه لو باع أحدهما لعمرو، والآخر لزيد، صح، ولا عتق. ولو باعا لزيد، حكم بعتق نصفه، لأنه متيقن، وهذا ليس بصحيح ولا يقين في واحد من النصفين، لجواز كونهما كاذبين. وإن كان أحدهما موسرًا، والآخر معسرًا، عتق نصيب المعسر على

قول تعجيل السراية، وولاؤه موقوف، ولا يعتق نصيب الموسر، فإن اشتراه المعسر، عتق كله. ولو طار طائر، فقال أحدهما: إن كان غرابًا، فنصيبي من هذا العبد حر، وقال الآخر: إن لم يكن غرابًا، فنصيبي حر، ولم يبين الحال، فإن كانا معسرين، فلا عتق، فإن اشترى أحدهما نصيب الآخر، حكم بعتق أحد النصفين. ولو باعاه لثالث، حكم بعتق أحد النصفين أيضًا، ولا رجوع على واحد منهما، لأن كل واحد يزعم أن نصيبه مملوك، هذا هو الأصح، وبه قال القفال، وقطع به الغزالي، وحكى الشيخ أبو علي وجهًا أنه إن اشتراه عالمًا بالتعليقين، فلا رجوع له، وإن لم يعلم، ثم علم، فله الرد، كما لو اشترى عبدًا، فبان أن نصفه حر، فعلى هذا يرد العبد، لأن نصفه حر، والنصف الآخر معيب بسبب التشقيص.

قال الشيخ أبو علي: ولو اختلف النصيبان، لم يعتق إلا أقلهما. ولو تبادلا النصيبين، فإن لم يحنث واحد منهما صاحبه، بل اعترفا بالإشكال، لم يحكم على واحد منهما بعتق شيء، والحكم بعد المبادلة كالحكم قبلها. وإن حنث كل واحد الآخر، حكم بعتق الجميع، لاعتراف كل واحد بعتق ما صار إليه، ويكون الولاء موقوفًا. وإن حنث أحدهما صاحبه. ولم يحنثه الآخر، حكم بعتق ما صار للمحنث، وولاؤه موقوف، ولا يحكم بعتق نصيب الآخر. وإن كانا موسرين، فإن قلنا بتعجيل السراية، عتق العبد، لأنا نتحقق حنث أحدهما، وإن لم نتمكن من التعيين، فيعتق نصيبه، ويسري إلى الثاني، والولاء موقوف، ولكل واحد منهما أن يدعي قيمة نصيبه على الآخر، ويحلفه على البت أنه لم يحنث. وإن قلنا: لا تحصل السراية إلا بأداء القيمة، لم يحكم بعتق شيء منه، والحكم كما في المعسرين، قال الشيخ أبو علي: فإن ادعى كل واحد على صاحبه أنه عتق نصيبه، وأراد طلب القيمة، حلفه، كما ذكرنا على قول تعجيل السراية. وإن كان أحدهما موسرًا، والآخر معسرًا، فإن قلنا بتعجيل السراية، عتق نصيب المعسر بكل حال، ولا يعتق نصيب الموسر للشك فيه. وإن أخرناها إلى أداء القيمة، لم يحكم بعتق شيء في الحال، وللمعسر أن يدعي التقويم على الموسر ويحلفه.

**فرع:** قال أحدهما: أعتقناه معًا، وأنكر الآخر، فإن كانا موسرين، أو كان القائل موسرًا، فقد أطلق ابن الحداد أنه يحلف المنكر، وتابعه جماعة. قال الشيخ: إنما يحلف عندي إذا قال للمقر: أنت أعتقت نصيبك وأنا لم أعتق وأراد طلب القيمة فيحلفه أنه لم يعتق معه ليأخذ القيمة، لأن المقر أقر بما يوجب القيمة، وادعى ما يسقطها، وهو الموافق في الإعتاق، فيدفع يمينه المسقط، فأما إذا قال: لم تعتق نصيبك، ولا أنا أعتقته، فلا مطالبة بالقيمة، ولا يمين. وهل يحكم بإعتاق

جميع العبد بإقرار الموسر؟ إن أثبتنا السراية بنفس الإعتاق، فنعم، وإن أخرناها، لم يعتق نصيب المنكر، وإذا حلف المنكر في التصوير الأول أخذ القيمة من المقر، وحكم بعتق جميع العبد، وولاء نصيب المنكر موقوف. فلو مات العتيق، ولا وارث له سوى المقر أخذ نصف ماله بالولاء. وهل له أن يأخذ من النصف الآخر قدر نصف القيمة الذي غرمه للمنكر؟ وجهان: أحدهما: نعم، لأنه إن صدق، فالمنكر ظالم له، وهذا ماله بالولاء، وإن كذب، فهو مقر بإعتاق جميعه، فجميع المال له بالولاء، والثاني لاختلاف الجهة. قلت: الأول أصح. والله أعلم.

وإن رجع المنكر عن إنكاره، وصدق المقر، رد ما أخذ منه. وإن رجع المقر، واعترف بأنه أعتقه كله، قبل، وكان جميع الولاء له، كما لو نفى نسبًا يلحقه ثم استلحقه.

**فرع:** عبد بين ثلاثة، شهد اثنان منهم أن الثالث أعتق نصيبه، فإن كان الثالث معسرًا، قبلت شهادتهما، وحكم بعتق نصيب الثالث، ورق الباقي. وإن كان موسرًا، فالأصح وبه قال ابن الحداد إن شهادتهما باطلة، لأنهما متهمان بإثبات القيمة، فلا يعتق نصيبه، ولا يلزمه لهما قيمة، ويعتق نصيبهما، لاعترافهما بالسراية إليه، وقيل: تقبل شهادتهما في عتق نصيبه دون القيمة، وهو ضعيف، والحكم بعتق نصيبهما مفرع على تعجيل السراية، فإن أخرناها، لم يعتق شيء من العبد، لكن لا ينفذ تصرفهما، لاعترافهما بأنه مستحق العتق على الثالث، هكذا حكاه الشيخ أبو علي عن بعض الأصحاب، وصححه، ويجوز أن يقال: قد سبق أن تعذر حصول القيمة بإعسار وغيره يرفع الحجر عن الشريك، والتعذر هنا حاصل.

الحادية عشرة: إذا قلنا: السراية تحصل بنفس الإعتاق، فله حكم الأحرار في الإرث والشهادة والحد والجناية وإن لم يؤد القيمة، وإن أخرناها إلى أداء القيمة، فله حكم الأرقاء فيها حتى يؤدي، وإن توقفنا في هذه الأحكام.

الثانية عشرة: لو أعتق شركاء له في حبلى، وهو موسر، ولم يقوم عليه حتى ولدت، عتق معها ولدها، تفريعًا على السراية في الحال، فأما إذا أخرناها إلى الأداء فنص أنه ينبغي أن لا يعتق الولد معها، لأنه إنما يعتق بعتقها إذا كان حملًا، فأما بعد الولادة فلا. قال القاضي أبو حامد: معناه أن نصيب الذي لم يعتق من الولد مملوك، فأما نصيب المعتق فيجب أن يعتق. وقال ابن الصباغ: عندي أنه أراد أن نصيب الذي لم يعتق من الولد، لا يعتق بدفع نصف قيمة الأم وعتقها، وإلا فقد عتق من الولد نصيب المعتق وهو موسر، فوجب أن يسري.

الثالثة عشرة: وكل شريكه في عتق نصيبه، فقال الوكيل للعبد: نصفك حر،

فإن قال: أردت نصيبي، قوم عليه نصيب شريكه، وإن قال: أردت نصيب شريكي، قوم على الشريك نصيب الوكيل، وإن أطلق، فعلى أيهما يحمل؟ وجهان حكاهما في «الشامل». قلت: لعل الأصح حمله على نصيب الوكيل. والله أعلم.

الرابعة عشرة: مريض له نصفا عبدين، قيمتهما سواء لا مال له غيرهما، فقال: أعتقت نصيبي من سالم وغانم، وقلنا: السراية تعجل، عتق ثلثا نصيبه من سالم، فقال الوكيل للعبد: نصفك حر، فإن قال: أردت نصيبي من سالم ومن غانم، وقلنا: السراية تعجل، عتق ثلثا نصيبه من سالم وهو ثلث ماله، ولا يعتق من الآخر شيء. ولو قال: نصيبي من هذين حر، عتق ثلثا نصيبه من أحدهما، فيقرع، ويعتق، فمن خرجت قرعته، عتق ثلثا نصيبه، وإن نصفاهما ثلث ماله فقال: أعتقت نصيبي من سالم ومن غانم، عتق سالم بالمباشرة والسراية، ولم يعتق من غانم شيء. ولو قال: نصيبي منهما حر، عتق النصفان، ولا سراية.

الخامسة عشرة: أمة حامل من زوج اشتراها زوجها وابنها الحر معها وهما موسران، فالحكم كما ذكرنا لو أوصى مالكها بهما لهما وقبلا الوصية معًا، وقد ذكرناه في الوصايا، ومختصره أن الأمة تعتق على الابن، والحمل يعتق عليهما، ولا يقوم.

السادسة عشرة: شهد رجلان أن زيدًا أعتق نصيبه من المشترك وهو موسر، وحكم القاضي بشهادتهما، ثم رجعا، فشهادتهما تثبت عتق نصيبه، ويوجب عليه قيمة نصيب شريكه، فيغرمان قيمة نصيبه قطعًا، لأن شهود العتق يغرمون بالرجوع. وهل يغرمان له قيمة نصيب الشريك التي غرمها؟ قولان، لأن في تغريم شهود المال قولين سبقا. هذا إذا صدق الشريك الشهود، وأخذ القيمة، وعتق جميع العبد، إما بنفس الإعتاق، وإما بدفع القيمة، فأما إذا كذبهم، وقال: لم يعتق زيد نصيبه، فإن عجلنا السراية، عتق الجميع، ولا يلزمه للشريك شيء، وإن أخرناها، قال الشيخ أبو علي: يجبر على أخذ القيمة ليكمل العتق، ثم يلزمه ردها إن أصر على تكذيب الشهود، كما لو جاء المكاتب بالنجم الأخير، فقال السيد: هذا حرام غصبته من فلان، يجبر على أخذه، ثم يرده على من أقر له. ولو شهد اثنان على شريك أنه أعتق نصيبه، وآخران على الشريك الآخر أنه أعتق نصيبه، وهما موسران، فإن أرخت البينتان، عتق كله على الأول، إن عجلنا السراية، وعليه قيمة نصيب الآخر، وإن أخرناها إلى أداء القيمة، فعلى الخلاف السابق في أن إعتاق الثاني قبل أداء القيمة، هل ينفذ؟ إن قلنا: لا وهو الأصح، أخذت قيمة نصيبه من الأول ليعتق، وإن لم يؤرخا، عتق العبد كله، ولا تقويم. فلو رجع الشاهدان على أحدهما، لم

يغرما شيئًا، لأنا لا ندري أن العتق في النصف الذي شهدا به حصل بشهادتهما، أم بشهادة الآخرين بالسراية، فلا يوجب شيئًا بالشك، وإن رجعوا جميعًا، فقيل: الحكم كذلك، والأصح أنهم يغرمون قيمة العبد، لأنه إذا لم يكن تاريخ، فالحكم بعتق العبد معلق بشهادة الأربعة، ويقدر كأن الإعتاقين وقعا معًا، وبالله التوفيق.

الخصيصة الثانية: العتق بالقرابة، فمن ملك أباه، أو أمه، أو أحد أصوله من الأجداد والجدات من جهة الأب أو الأم، أو ملك من أولاده، وأولاد أولاده وإن سفلوا، عتق عليه، سواء ملكه قهرًا بالإرث، أم اختيارًا بالشراء والهبة وغيرهما، ولا يعتق غير الأصول والفروع، كالإخوة والأعمام والأخوال وسائر الأقارب. وليس لولي الصبي والمجنون أن يشتري لهما من يعتق عليهما، فإن فعل، فالشراء باطل. ولو وهب للصبي قريبه، أو أوصى له به. نظر، إن كان الصبي معسرًا، فلوليه قبوله، ويلزمه القبول على الأصح وظاهر النص، فإذا قبل، عتق على الصبي. وإن كان موسرًا، نظر، إن كان القريب بحيث يجب تعففه في الحال، لم يجز للولي القبول، وإن كان بحيث لا يجب، فعلى ما ذكرنا في المعسر، وإذا لم يقبل الولي قبل الحاكم، فإن لم يفعل، فللصبي بعد بلوغه القبول، كذا ذكره الروياني، وليكن هذا في الوصية. ولو وهب له بعض القريب، أو أوصى له به، فإن كان الصبي معسرًا، قبل الولي، وإن كان موسرًا، زاد النظر في غرامة السراية، وفيه قولان. أظهرهما: لا يقبل، لأنه لو قبل، لعتق على الصبي، وسرى، ولزمه قيمة الشريك، وفيه ضرر. والثاني: يقبل، ويعتق عليه، ولا يسري. وقيل: ليس له القبول قطعًا، وإنما القولان في صحة القبول.

**فرع:** اشترى في مرض موته قريبه، فإما أن يشتريه بثمنه أو بمحاباة، وعلى التقدير الأول، قد يكون عليه دين، وقد لا، وقد سبق بيان كل ذلك في الوصية، وذكرنا أنه إذا لم يكن دين ولا وصية، اعتبر عتقه من الثلث، فإن خرج كله من ثلثه، عتق، وإلا، عتق قدر الثلث، وإن ملكه بإرث، عتق من رأس المال على الأصح حتى يعتق كله، وإن لم يكن مال آخر. وقيل: من الثلث حتى لا يعتق إلا ثلثه، إذا لم يملك شيئًا آخر. ولو ملكه بهبة أو وصية، فإن قلنا: الإرث من الثلث، فهنا أولى، وإلا فوجهان: والمسألة مبسوطة في الوصايا.

**فرع:** من قواعد كتاب السير أن الحربي إذا قهر حربيًا، ملكه، قال الإمام: ولم يشترط الأصحاب قصد الإرقاق، بل اكتفوا بصورة القهر، وعندي لا بد من القصد، فإن القهر قد يكون للاستخدام، فلا يتميز قهر الإرقاق إلا بالقصد، فإذا قهر عبد سيده الحربي، عتق العبد، وصار السيد رقيقًا له. ولو قهر الزوج زوجته،

واسترقها، ملكها، وجاز له بيعها، وكذا لو قهرت زوجها. ولو قهر حربي أباه أو ابنه، فهل له بيعه؟ وجهان: أحدهما: لا، وبه قال ابن الحداد: لا يعتق عليه بالملك. والثاني: نعم، لأن القهر دائم، وبهذا أفتى الشيخ أبو زيد، ويشبه أن يرجح الأول، ويتجه أن يقال: لا يملكه بالقهر، لاقتران سبب العتق بسبب الملك. ويخالف الشراء فإنا صححناه لكونه ذريعة إلى تخليصه من الرق.

**فرع:** قد سبق أنه لو اشترى بعض قريبه، عتق عليه، وسرى إلى الباقي، وفي معناه قبول الهبة والوصية. ولو ورث نصفه، لا يسري، وشراء الوكيل وقبوله الهبة والوصية كشرائه وقبوله لصدوره عن اختياره، وكذا قبول نائبه شرعًا، حتى لو أوصى له ببعض ابنه، فمات، وقبل الأخ الوصية، عتق الشقص على الميت، وسرى إلى الباقي إن وفى به الثلث، وينزل قبول وارثه منزلة قبوله في حياته. ولو أوصى له ببعض من يعتق على وارثه، بأن أوصى له ببعض ابن أخيه، فمات، وقبل الأخ الوصية، عتق الشقص على الميت، وسرى إلى الباقي إن وفى به الثلث، وينزل قبول وارثه منزلة قبوله في حياته. ولو أوصى له ببعض من يعتق على وارثه، بأن أوصى له ببعض ابن أخيه، فمات، وقبل الأخ الوصية، عتق الشقص ولا سراية على الأصح، لأن الملك حصل للميت أولًا، ثم انتقل إلى الأخ إرثًا، ويجري الخلاف في السراية حيث يملك بطريق اختيار يتضمن الملك، ولا يقصد به التملك، كما إذا باع ابن أخيه بثوب ومات، ووارثه الأخ، فرد الثوب بعيب، واسترد الشقص، عتق عليه. وفي السراية الخلاف. ولو وهب لعبد بعض من يعتق على سيده، فقبل، وقلنا: يصح قبوله بغير إذن سيده، عتق الموهوب على السيد، وسرى، لأن قبول العبد كقبوله شرعًا.

**فرع:** جرح عبد أباه، فاشتراه الأب، ثم مات بالجراحة. إن قلنا: تصح الوصية للقاتل، عتق من ثلثه، وإلا لم يعتق. وعلى هذا قال البغوي: ينبغي أن تجعل صحة الشراء على وجهين: كما لو اشتراه وعليه دين.

الخصيصة الثالثة: امتناع العتق بالمرض، سبق في كتاب الوصايا أن التبرعات في مرض الموت تحسب من الثلث، وأن العتق من التبرعات وقد يندفع لوقوعه في المرض، وإنما يعتبر الثلث بعد حط قدر الدين، فلو كان الدين مستغرقًا، لم يعتق شيء منه، فإن أعتق عبد لا مال له سواه، لم يعتق إلا ثلثه، وإن مات هذا العبد بعد موت السيد، مات، وثلثه حر، وإن مات قبل موت السيد، فهل يموت كله رقيقًا، أم كله حرًا، أم ثلثه حرًا وباقيه رقيقًا؟ فيه أوجه: أصحها: عند الصيدلاني: الأول، وبه أجاب الشيخ أبو زيد في مجلس الشيخ أبي بكر المحمودي، فرضيه وحمده

عليه، لأن ما يعتق ينبغي أن يحصل للورثة مثلاه، ولم يحصل لهم هنا شيء، وتظهر فائدة الخلاف في شيئين:

أحدهما: لو وهب في المرض عبدًا لا يملك غيره، وأقبضه، ومات العبد قبل السيد، فإن قلنا في مسألة العتق، يموت رقيقًا مات هنا على ملك الواهب، ويلزمه مؤونة تجهيزه. وإن قلنا: يموت حرًا، مات هنا على ملك الموهوب له، فعليه تجهيزه. وإن قلنا بالثالث، وزعت المؤونة عليهما.

الثاني: إذا كان لهذا العبد ولد من معتقه، كان ولاء الولد لموالي أمه، فإن قلنا: يموت حرًا، انجز الولاء إلى معتق الأب، وإن قلنا: يعتق ثلثه، أنجز ولاء ثلثه. ولو أعتق في مرضه عبدًا، وله مال سواه، ومات العتيق قبل موت السيد، قال الإمام: قال جماهير الأصحاب: لا يجب من الثلث، ويجعل كأنه لم يكن، لأن الوصية إنما تتحقق بالموت، فإذا لم تبق إلى الموت، لم يدخل في الحساب، قال: ويجيء على قولنا حكمه بعد الموت كحكمه لو عاش، أن يحسب من الثلث. ولو وهب عبدًا، وأقبضه، وله مال آخر فتلف في يد المتهب قبل موت الواهب، فهو كما لو أعتقه، كما أن هبته ولا مال له سواه كإعتاقه ولا مال له سواه. ولو أتلفه المتهب، فهو كما لو كان باقيًا، حتى إذا كان له مال آخر، يحسب الموهوب من الثلث، وإذا لم يخرج من الثلث، يغرم الموهوب للورثة ما زاد على الثلث، بخلاف ما إذا تلف، لأن الهبة ليست مضمنة، والإتلاف مضمن على كل حال، وللإمام احتمال في إلحاق التلف بالإتلاف وعكسه.

**فرع:** أعتق ثلاثة أعبد لا يملك غيرهم، قيمتهم سواء، فمات أحدهم قبل موت السيد، فالذي نص عليه الشافعي رحمه الله، وأطبق عليه فرق الأصحاب: أن الميت يدخل في القرعة، قال الإمام: وقياس ما ذكرنا في العبد الواحد أن يجعل الفائت كالمعدوم، ويجعل كأنه أعتق عبدين لا مال له سواهما، وجعل الغزالي هذا الإحتمال وجهًا، والتفريع على الأول، فإن خرجت القرعة على الميت، بان أنه مات حرًا موروثًا عنه، ورق الآخران، وإن خرج عليه سهم الرق، لم يحسب على الورثة، لأنهم يريدون المال، ويحتسب به عن المعتق لأنه يريد الثواب، وتعاد القرعة بين العبدين، كما لو لم يكن إلا عبدان، فأعتقهما، فمن خرج له سهم العتق، عتق ثلثاه، ورق ثلثه مع العبد الآخر. ولو خرج سهم العتق أولًا على أحد الحيين، فكذلك يعتق ثلثاه. ولو مات أحدهم بعد موت السيد وقبل امتداد يد الوارث إلى التركة، فالحكم كما لو مات قبل موت السيد، ولفظ الصيدلاني يقتضي الاكتفاء بأن لا يكون الميت في يده لثبوت الحكم المذكور. وإن مات بعد امتداد يد

الوارث إلى التركة، وقبل الإقراع، فوجهان: أصحهما: يحسب الميت على الوارث، حتى لو خرجت القرعة لأحد الحيين، عتق كله، لأن الميت دخل في يده وضمانه. والثاني: أنه كما لو مات قبل ثبوت يده على التركة، لأنه لم يتسلط على التصرف. ولو مات اثنان منهم قبل موت السيد، قال ابن أبي هريرة: يقرع بينهم، فإن خرج سهم العتق على أحد الميتين، صح عتق نصفه، وجعل للورثة مثلاه، وهو العبد الحي. وإن خرج سهم الرق عليه، أقرعنا بين الميت الآخر والحي، فإن خرج سهم الحرية على الميت الآخر، أعتقنا نصفه، وإن خرج سهم الرق عليه، لم يحسب على الورثة، وأعتقنا ثلث الحي. ولو قتل أحد العبيد قبل موت السيد أو بعده، دخل القتيل في القرعة قطعًا، لأن قيمته تقوم مقامه، فإن خرج سهم العتق لأحد الحيين، عتق كله، ولورثه الآخر قيمة القتيل، وإن خرج للقتيل، بان أنه قتل حرًا، وعلى قاتله الدية لورثته، وأما القصاص فعن بعض الأصحاب أنه لا يجب إن كان قاتله حرًا، بخلاف ما إذا قال لعبده: إن جرحك أحد، فأنت حر قبله، فجرحه حر، ومات بالجراحة، وجب القصاص، لأن الحرية متعينة فيه، وهنا التعيين بالقرعة. قال البغوي: يحتمل أن يكون في المسألتين وجهان: لأنه قتل من اعتقد رقه كما لو قتل من عرفه رقيقًا فبان عتيقًا، ففي القصاص قولان.

## باب القرعة

**قال المصنف رحمه الله تعالى: والقرعة أن تقطع رقاع متساوية ويكتب في كل رقعة ما يراد اخراجه وتجعل في بنادق من طين متساوية الوزن والصفة وتجفف تغطى بشيء ثم يقال لرجل لم يحضر الكتابة والبندقة: أخرج بندقة ويعمل بما فيها فإن كان القصد عتق الثلث جزئوا ثلاثة أجزاء، وإن كان القصد عتق الربع جزئوا أربعة أجزاء، وإن كان القصد عتق النصف جزئوا جزءين، وتعدل السهام، فإن كان القصد عتق الثلث ـ فإن كان عددهم وقيمتهم متساوية، فإن كانوا ستة أعبد قيمة كل واحد منهم مائة ـ جعل كل اثنين جزءًا، ثم الحاكم بالخيار بين أن يكتب في الرقاع الأسماء ويخرج الأسماء على الحرية والرق، وبين أن يكتب الرق والحرية ويخرج على الأسماء، فإن اختار كتب الأسماء كتب على كل اسمين في رقعة، فإن شاء أخرج القرعة على الحرية، فإذا خرجت القرعة باسم اثنين عتقا ورق الباقون، وإن شاء أخرج على الرق، فإذا خرجت رق من فيها، ثم يخرج قرعة أخرى على الرق، فإذا خرجت رق من فيها، ويعتق الباقيان. والإخراج على الحرية أولى، لأنه أقرب إلى فصل الحكم، فإن اتفق العدد واختلفت القيم وأمكن تعديل العدد بالقيمة بأن يكونوا ستة، قيمة اثنين أربعمائة، وقيمة اثنين**

ستمائة، وقيمة اثنين مائتان، جعل اللذان قيمتهما أربعمائة جزءًا، وضم أحد العبدين المقومين بستمائة إلى أحد العبدين المقومين بمائتين، ويجعل العبدان الآخران جزءًا، ويخرج القرعة على ما ذكرناه من الوجهين.

وإن اختلفت قيمتهم ولم يتفق عددهم بأن كانوا ثمانية قيمة واحد مائة، وقيمة ثلاثة مائة، وقيمة أربعة مائة، عدلوا بالقيمة، فيجعل العبد جزءًا والثلاثة جزءًا والأربعة جزءًا، فإن خرجت قرعة العتق على العبد عتق ورق السبعة. وإن خرجت على الثلاثة عتقوا ورق الخمسة. وإن خرجت على الأربعة عتقوا ورق الأربعة، لأنه لا يمكن تعديلهم بغير القيمة فعدلوا بالقيمة، وعلى هذا لو كانوا اثنين قيمة أحدهما مائة وقيمة الآخر مائتان، جعلا جزءين وأقرع بينهما، فإن خرجت قرعة العتق على المقوم بمائة، عتق جميعه ورق الآخر، وإن خرجت على المقوم بمائتين، عتق نصفه ورق نصفه وجميع الآخر، فإن اتفق العدد واختلفت القيم ـ فإن عدل بالعدد ـ اختلفت القيم، وإن عدل بالقيمة اختلف العدد، بأن كانوا ستة قيمة واحد مائة، وقيمة اثنين مائة، وقيمة ثلاثة مائة، فالمنصوص أنهم يعدلون بالقيمة فيجعل العبد جزءًا والعبدان جزءًا والثلاثة جزءًا وتخرج القرعة على ما ذكرناه من الوجهين.

ومن أصحابنا من قال: يعدلون بالعدد فيجعل اللذان قيمتهما مائة جزءًا ويضم أحد الثلاثة إلى المقوم بمائة، فيجعلان جزءًا، وقيمتهما مائة وثلث، ويجعل الآخران جزءًا وقيمتهما ثلاثمائة واقرع بينهم فإن خرجت القرعة على المقومين بالمائة وقد استكملا الثلث ورق الباقون، وإن خرجت على العبدين المقوم أحدهما بمائة والآخر بثلث المائة، عتقا ورق الأربعة الباقون، ويقرع بين العبدين اللذين خرجت القرعة عليهما، لأنهما أكثر من الثلث فلم ينفذ العتق فيهما، فإن أقرع فخرجت القرعة على المقوم بمائة عتق ورق الآخر، وإن خرجت على المقوم بثلث المائة، عتق وعتق من الآخر الثلثان، لاستكمال الثلث ورق الباقي والصحيح هو المنصوص عليه لأن فيما قال هذا القائل يحتاج إلى إعادة القرعة، وتبعيض الرق والحرية في شخص واحد، فإن اختلف العدد والقيم ولم يمكن التعديل بالعدد ولا بالقيمة، بأن كانوا خمسة، وقيمة أحدهم مائة، وقيمة الثاني مائتان، وقيمة الثالث ثلثمائة، وقيمة الرابع أربعمائة وقيمة الخامس خمسمائة ففيه قولان:

أحدهما: أنه يكتب أسماؤهم في رقاع بعددهم، ثم يخرج على العتق، فإن خرج المقوم بخمسمائة وهو الثلث عتق ورق الأربعة، وإن خرج المقوم بأربعمائة عتق وقد بقي من الثلث مائة، فيخرج اسم آخر، فإن خرج اسم المقوم بثلاثمائة عتق منه ثلثه ورق باقية والثلاثة الباقون، وعلى هذا القياس يعمل في كل ما يخرج.

والقول الثاني: أنهم يجزأون ثلاثة أجزاء، على القيمة دون العدد، فيجعل المقوم بخمسمائة جزءًا، ويجعل المقوم بثلثمائة والمقوم بالمائتين جزءًا، ويجعل

المقوم بأربعمائة والمقوم بمائة جزءًا ثم يخرج القرعة ويعتق من فيها، وهو الثلث، ويرق الباقون «لأن النبي ﷺ جزأهم ثلاثة أجزاء»[1].

فصل: قال الشافعي: وإن أعتق ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم فمات واحد، ثم مات السيد، أقرع بين الحيين والميت، فإن خرج سهم الحرية على الميت رق الإثنان، وحكم من خرج عليه سهم الحرية حكم الأحرار منذ خوطب بالعتق إلى أن مات، وكان له ما اكتسب واستفاد بإرث غيره. وإن خرج سهم الحرية على أحد الحيين، لم يعتق منه إلا ثلثاه، لأن الميت قبل موت سيده مات عبدًا، فلم يكن له حكم ما خلف السيد، وإن مات المعتق، ولم يقرع بينهم حتى مات اثنان أقرع بين الحي والميتين، فإن خرج بينهم العتق على الحي، عتق كله، وأعطى كل ما استفاد من يوم خوطب بالعتق ورق الميتان.

فصل: إذا أعتق في مرضه ستة أعبد لا مال له غيرهم فاعتق اثنان بالقرعة، ثم ظهر مال يحتمل أن يعتق آخران، جعل الأربعة جزأين، وأقرع بينهم وأعتق منهم اثنان.

فصل: وإن أعتق في مرضه أعبدًا له ومات وعليه دين يستغرق التركة لم ينفذ العتق، لأن العتق في المرض وصية، فلا ينفذ إلا في ثلث ما يفضل بعد قضاء الدين. وإن استغرق نصفها جعل التركة جزأين ويكتب في رقعة دين، وفي رقعة تركة، وإن استغرق الثلث جعلوا ثلاثة أجزاء في رقعة دين وفي رقعتين تركة، ويقرع بينهم فمن خرجت عليه قرعة الدين بيع في الدين، وما سواه يجعل ثلاثة أجزاء ويعتق منه الثلث، لأنه اجتمع حق الدين وحق التركة وحق العتق، وليس بعضها بالبيع والإرث والعتق بأولى من البعض، وللقرعة مدخل في تمييز العتق من غيره، فأقرع بينهم.

فصل: وإن أعتقهم ومات وأقرع بينهم وأعتق الثلث ثم ظهر دين مستغرق لم ينفذ العتق لما ذكرناه، فإن قال الورثة: نحن نقضي الدين وننفذ العتق ففيه وجهان:

أحدهما: أن لهم ذلك لأن المنع من نفوذ العتق لأجل الدين فإذا قضى الدين زال المنع. والثاني: أنه ليس لهم ذلك لأنهم تقاسموا العبيد بالقرعة، وقد تعلق بهم حق الغرماء فلم يصح، كما لو تقاسما شريكان ثم ظهر شريك ثالث، فعلى هذا يقضي الدين، ثم يستأنف العتق؟ وإن كان الدين يستغرق نصف التركة فهل يبطل العتق بالجميع؟ فيه وجهان: أحدهما: يبطل كما قلنا في قسمة الشريكين.

والثاني: يبطل بقدر الدين لأن بطلانه بسببه فيقدر بقدره، فإن كان الذي

---

(١) تقدم.

**أعتق عبدين، عتق من كل واحد منهما نصفه ورق النصف، ثم يقرع بينهما لجمع الحرية، فإن خرجت القرعة لأحدهما وكانت قيمتهما سواء عتق وبيع الآخر في الدين، وإن كانت قيمة أحدهما أكثر فخرجت القرعة على أكثرها قيمة، عتق منه نصف قيمة العبدين ورق باقية والعبد الآخر. وإن خرجت على أقلهما قيمة عتق، وعتق من الثاني تمام النصف وبيع الباقي في الدين.**

**الشرح:** قوله: «فصل الحكم» أي قطعه، والتعديل هو التسوية.

أما الأحكام: فالقرعة فيها طرفان:

أحدهما: في محلها، وهو أن يعتق في مرض موته عبيدًا دفعة، ويقصر عنهم ثلث ماله، ولا يجيز الورثة عتقهم، فيقرع بينهم لتجتمع الحرية في بعضهم، فيعتق، أو يقرب من العتق. وفي الضابط قيود:

أحدها: وقوع الإعتاق في مرض الموت، فإذا انتفى عتقوا كلهم.

الثاني: أن يعتقهم دفعة بأن يوكل بإعتاق كل واحد وكيلًا، فيعتقوا معًا، أو يقول: هؤلاء أحرار، أو يقول لهم: أعتقتكم، أو أنتم أحرار، فإن أعتقهم أولًا قدم الأول فالأول، إلى تمام الثلث، كقوله: سالم حر، وغانم حر، وفائق حر، فلو قال: سالم وغانم وفائق أحرار: فهو محل القرعة. ولو قال: سالم وغانم وفائق حر، فعن القاضي أبي حامد أنه يراجع، فإن قال: أردت حرية كل واحد منهم، فهو كقوله: أنتم أحرار، وإن قال: أردت حرية الأخير، قبل، ولا قرعة، وإن قال: حرية غيره، لم يقبل.

الثالث: أن يقصر عنهم ثلث ماله، ولم تجز الورثة، فإن وفى الثلث بهم، أو أجاز الورثة، عتقوا جميعًا. ولو أوصى بإعتاق عبيد، ولم يف الثلث بهم، ولم يجز الورثة، أقرع أيضًا، وسواء أوصى بإعتاقهم دفعة، أو قال: أعتقوا فلانًا، ثم قال: أعتقوا فلانًا، لأن وقت الاستحقاق واحد، وهو الموت، بخلاف ما إذا رتب الإعتاق المنجز إلا أن يقيد، فيقول: أعتقوا فلانًا ثم فلانًا ولو علق العتق بالموت، فقال: إذا مت فأنتم أحرار، أو أعتقتكم بعد موتي، أو رتب فقال: إذا مت، ففلان حر، أقرع أيضًا. وفي الوصية والتعليق وجه: أنه لا قرعة، بل يعتق من كل واحد ثلثه، والصحيح الأول. ولو قال: أعتقت ثلث كل واحد منكم، أو أثلاث هؤلاء أحرار، فوجهان: أحدهما: لا يقرع، بل يعتق من كل واحد ثلثه لتصريحه بالتبعيض. وأصحهما: يقرع، وقد سبق في الوصايا أنه لو قال: أعتقت ثلثكم، أو ثلثكم حر، فهو كقوله: أعتقتكم أم كقوله أثلاث هؤلاء أحرار، فيه طريقان، وأنه لو أضاف إلى الموت فقال: ثلث كل واحد حر بعد موتي، أو أثلاث هؤلاء أحرار بعد موتي، عتق من كل واحد ثلثه، ولا قرعة على الصحيح.

**فرع:** يعتبر لمعرفة الثلث فيمن أعتقه منجزًا في المرض قيمة يوم الإعتاق، وفيمن أوصى بعتقه قيمة يوم الموت أقل، فالزيادة حصلت في ملكهم وإن كانت يوم القبض أقل، فما نقص قبل ذلك، لم يدخل في يدهم، فلا يحسب عليهم، كالذي يغصب، أو يضيع من التركة قبل قبضهم، وإذا أنجز إعتاق عبد، وأوصى بإعتاق آخر، قومنا المنجز حال إعتاقه، والآخر حال الموت، وبقية التركة بأقل القيمتين، فإن بقي شيء من الثلث، عتقا، وإن خرج أحدهما، أعتقنا المنجز، فإن بقي شيء من الثلث، أعتقنا بقدره من الموصى بإعتاقه، وإن نقص الثلث، أعتقنا من المنجز بقدره. ولو أعتق في المرض عبدًا مبهمًا، بأن قال أحد هؤلاء حر، أو أوصى بإعتاق واحد منهم، بأن قال: اعتقوا أحدهم، ففي «جمع الجوامع» للروياني أنه يكتب رقعة للعتق، وأخرى للوصية بإعتاق، ورقعتان للتركة، فمن خرج له العتق، فكأنه أعتقه بعينه، ومن خرج له الوصية، فكأنه أوصى بإعتاقه، ثم يكون الحكم كما سبق. وفي «الشامل» أنه يميز الثلث بالقرعة أولًا، ثم يميز بين المنجز والآخر.

**فرع:** كل عبد من المنجز إعتاقهم عتق بالقرعة يحكم بعتقه من يوم الإعتاق لا من يوم القرعة، ويسلم له ما كسبه من وقت الإعتاق ولا يحسب من الثلث، سواء كسبه في حياة المعتق أم بعد موته، وكل من بقي رقيقًا منهم فأكسابه قبل موت المعتق، تحسب على الوارث في الثلثين، وأكسابه بعد موته وقبل القرعة لا تحسب عليه، لحصولها على ملكه. فلو أعتق في مرضه ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم، قيمة كل واحد مئة، وكسب أحدهم مئة، وأقرعنا، فإن خرجت القرعة للكاسب، عتق وفاز بكسبه، ورق الآخران، وإن خرج لأحد الآخرين، عتق، ثم تعاد بين الكاسب والآخر، فإن خرجت للآخر، عتق ثلثه وبقي ثلثاه مع الكاسب، وكسبه للورثة، وإن خرجت للكاسب، وقع الدور، لأنه يعتق بعضه، ويتوزع الكسب على ما عتق وعلى ما رق، ولا يحسب عليه حصة ما عتق، وتزيد التركة بحصة ما رق، وإذا زادت التركة، زاد ما عتق، وتزيد حصته، وإذا زادت حصته، نقصت حصة التركة. وطريق استخراجه بيناه في المسائل الدورية من الوصايا والحكم أنه يعتق منه ربعه، ويتبعه ربع كسبه، يبقى للورثة ثلاثة أرباعه، وثلاثة أرباع كسبه مع العبد الآخر، وجملتها ضعف ما عتق، ولو كسب أحدهم مائتين، وخرجت القرعة الثانية لغير الكاسب، عتق ثلثاه وبقي ثلثه، والكاسب وكسبه للورثة، وإن خرجت للكاسب، فقد عتق منه شيء، وتبعه من الكسب شيئان، لأن كسبه مثلا قيمته، تبقى للورثة أربعة أعبد إلا ثلاثة أشياء تعدل ضعف ما عتق، وهو عبدان وشيئان فبعد الجبر أربعة أعبد، تعدل عبدين وخمسة أشياء، تسقط عبدين بعبدين، يبقى عبدان وشيئان في مقابلة خمسة

أشياء، فالشيء خمس العبدين، وهو خمسا عبد، وذلك أربعون، فقد عتق مئة وأربعون، وبقي للورثة ثلاثة أخماسه ستون، وثلاثة أخماس كسبه مئة وعشرون والعبد الآخر، وجملتها مائتان وثمانون، وقد سبقت نظائر هذا في الوصايا. هذا كله في الأكساب الحاصلة في حياة المعتق، ولو كسب أحدهم في المثال المذكور مئة بعد موته، فإن خرجت القرعة للكاسب عتق وتبعه كسبه غير محسوب كما لو كسب في الحياة وإن خرجت لغير الكاسب، عتق، ورق الآخران، ولا تعاد القرعة للكسب، بل يفوز به الوارث لحصوله في ملكه، وكسب من أوصى بإعتاقه في حياة الموصى للموصي، تزيد به التركة والثلث، وكسبه بعد موته لا تزيد به التركة ولا الثلث بلا خلاف. وهل هو للورثة أم للعبد؟ طريقان حكاهما ابن الصباغ أحدهما: قولان كالقولين في أن كسب الموصى به بعد موت الموصي وقبل القبول للورثة أو للموصى له؟ والمذهب القطع بأنه للورثة. والفرق أنه استحق العتق بموت الموصي استحقاقًا مستقرًا، والوصية غير مستقرة، بل الموصى له بالخيار بين الرد والقبول، وإذا زادت قيمة من نجز إعتاقه، كانت الزيادة كالكسب، فمن خرجت له قرعة العتق، تبعته الزيادة غير محسوبة عليه، وكذا لو كان فيمن أعتقهم جارية، فولدت قبل موت المعتق، فالولد كالكسب، فإذا خرجت القرعة لها، تبعها الولد غير محسوب من الثلث، وإن خرجت لغير من زادت قيمته، أو التي ولدت، وقع للدور. ولو أعتق ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم، قيمة كل واحد مئة، فبلغت قيمة أحدهم مائتين، فهو كما لو كسب أحدهم مئة. ولو أعتق أمتين قيمة كل واحدة مئة، فولدت إحداهما ولدًا قيمته مئة، فهو كما لو كسب أحدهم مئة، فإن خرجت القرعة للتي لم تلد، عتقت، ورقت الوالدة وولدها، وهما ضعف ما عتق، وإن خرجت للوالدة، عتق منها شيء، وتبعها من الولد مثله، يبقى مع الورثة ثلاثمائة إلا شيئين يعدل ضعف ما أعتقنا محسوبًا، وهما شيئان، فبعد الجبر يعدل ثلاثمائة أربعة أشياء، فالشيء ثلاثة أرباع مئة، فعرفنا أنه عتق ثلاثة أرباعها، وتبعها ثلاثة أرباع الولد، يبقى للورثة ربعهما والجارية الأخرى، وجملته مئة وخمسون، ضعف ما عتق منها. ولو قال لأمته الحامل في مرض موته: أنت حرة، أو ما في بطنك، فولدت لدون ستة أشهر من يوم الإعتاق، ولم يتفق تعيين، فيقرع، فإن خرجت للولد، عتق دون الأم، وإن لم يف الثلث به، عتق منه قدر الثلث، وإن خرجت الأم، عتقت، وتبعها الولد إن وفى بهما الثلث، وإلا، فيعتق منها شيء، ويتبعها من الولد شيء.

وطريق استخراجه ما ذكرناه في الوصايا فيمن أعتق عبدًا فكسب، وتقويم الولد بما يكون يوم الولادة، هذا كله إذا ولدت قبل موت المعتق، فإن ولدت بعده، نظر

إن ولدت لأكثر من ستة أشهر من يوم الموت، فالولد ككسب حصل بعد موته، إن خرجت القرعة للأم، عتقت، وتبعها، وإن خرجت لغير الوالدة، عتقت، ولا تعاد القرعة للولد، لأنه حدث على ملك الورثة، وإن ولدت لأقل من ستة أشهر، فهل تحسب على الوارث حتى تعاد القرعة؟ قال البغوي: يبنى على أن الحمل هل يعرف؟ إن قلنا: لا، فهو كالحادث بعد الموت، فلا تعاد، وإن قلنا: نعم، فكالحادث قبل الموت، فتعاد، وأطلق الصيدلاني وجهين في أنها لو ولدت بعد الموت، هل يحسب الولد على الورثة من الثلثين؟ ولو نقصت قيمة من نجز، عتق بعضهم قبل موت المعتق، فإن كان النقص فيمن خرجت له قرعة العتق، حسب عليه، لأنه محكوم بعتقه من يوم الإعتاق، وإن كان فيمن رق، لم يحسب على الورثة إذا لم يحصل لهم إلا الناقص. فلو أعتق عبدًا لا مال له غيره، قيمته مئة، ورجع الى خمسين، فقد ذكرنا طريق استخراجه في الوصايا. وحاصله أن يعتق منه الخمس. ولو أعتق ثلاثة أعبد، قيمة كل واحد مئة، فعادت قيمة أحدهم إلى خمسين، فإن خرجت القرعة للناقص، عتق وحده، لأنه كانت قيمته يوم الإعتاق مئة، فينبغي أن يبقى للورثة ضعفها، وإن خرجت لأحد الآخرين، عتق منه خمسة أسداس، وهي ثلاثة وثمانون وثلث، يبقى للورثة سدسه والعبد الآخر والناقص. وجملة ذلك مئة وستة وستون وثلثان، ضعف ما عتق، لأن المحسوب على الورثة الباقي بعد النقص، وهو مائتان وخمسون. ولو أعتق عبدين قيمة كل واحد مئة، ولا مال له سواهما، فعادت قيمة أحدهما إلى خمسين، فإن خرجت القرعة للآخر، عتق نصفه، وبقي للورثة نصفه مع العبد الناقص، وهما ضعف ما عتق، وإن خرجت للناقص، وقع الدور، لأنا نحتاج إلى إعتاق بعضه معتبرًا بيوم الإعتاق، وإلى إبقاء ضعفه للورثة معتبرًا بيوم الموت، وحاصله أنه يعتق ثلاثة أخماسه، يبقى خمساه مع الآخر للورثة. وإن حدث النقص بعد موت المعتق، وقبل الإقراع، فهل يحسب على الورثة؟ قال البغوي: إن كان الوارث مقصور اليد عن التركة، لم يحسب عليه كما في حال الحياة، وإلا فوجهان: أصحهما: يحسب عليه.

الطرف الثاني: في كيفية القرعة والتجربة المترتبة عليها، وفيه فصلان:

الفصل الأول: في كيفية القرعة، قد سبق في باب القسمة أن للقرعة طريقين، أحدهما: أن يكتب أسماء العبيد في رقاع، ثم يخرج على الرق والحرية. والثاني: أن يكتب في الرقاع الرق والحرية، ويخرج على أسماء العبيد، وذكرنا أن من الأصحاب من أثبت قولين في أنه يقرع بالطريق الأول أم الثاني، وأن في كون ذلك الخلاف في الجواز والأولوية خلافًا، وأن الجمهور قالوا في العتق: يسلك ما شاء

من الطريقين، ولفظه في «المختصر» يدل عليه، والطريق الأول أخصر. واستحب الشافعي رحمه الله على الطريقتين أن تكون الرقاع صغارًا ليكون أخفى، وأن تكون متساوية، وأن تدرج في بنادق، وتجعل في حجر من لم يحضر هناك، كما بينا في القسمة، وأنه يغطى بثوب، ويدخل من يخرجها اليد من تحته. كل هذا ليكون أبعد من التهمة، ولا تتعين الرقاع، بل تجوز القرعة بأقلام متساوية، وبالنوى والبعر، وذكر الصيدلاني أنه لا يجوز أن يقرع بأشياء مختلفة، كدواة وقلم وحصاة، وقد يتوقف في هذا، لأن المخرج إذا لم يعلم ما لكل واحد منهم لا يظهر حيفه، ولا يجوز الإعراض عن أصل القرعة، والتمييز بطريق آخر بأن يتفقوا على أنه إن طار غراب، ففلان حر، أو أن من وضع على صبي يده، فهو حر، أو أن يراجع شخص لا غرض له ونحو ذلك. قال الإمام: فإن كنا نعتق عبدًا، ونرق آخرين، ورأينا إثبات الرق والحرية، فقد قال الأصحاب: يثبت الرق في رقعتين، والحرية في رقعة على نسبة المطلوب في القلة والكثرة، فإن ما يكثر فهو أحرى بسبق اليد إليه. وفي كلامهم ما يدل على استحقاق ذلك، ومنهم من عده احتياطًا، وقال: يكفي رقعة للرق وأخرى للحرية، ثم إذا أخرجنا رقعة باسم أحدهم، فخرجت للحرية، انفصل الأمر، وان خرجت للرق، احتجنا إلى إخراجها. قال الإمام: إذا أثبتنا الرق والحرية، فقال المخرج: أخرج على اسم هذا، ونازعه الآخرون، وقالوا: أخرج على أسمائنا، أو أثبتنا الأسماء، وقال المخرج: أخرج على الحرية، وقالوا: أخرج على الرق، أو تنازع الورثة والعبد، فقال الورثة: أخرج على الرق، وقال العبد: على الحرية، فهذا لم يتعرض له الأصحاب، وفيه احتمالان، إن أثبت الرق والحرية، أحدهما أنه يقرع بين العبيد أولًا حتى يتعين من يعرض على الرق والحرية، فإذا تعين واحد، أخرجت رقعة على اسمه، والثاني: أن تثبت الحرية على رقعة، والرق على رقعتين، ويعطي المخرج كل عبد رقعة، وقد سبق في القسمة أن تعيين من يبدأ به من الشركاء والأجراء منوط بنظر القسام، فيمكن أن يناط هنا بنظر متولي الإقراع من قاض أو وصي، فيبدأ بمن شاء، ولا يلتفت إلى مضايقاتهم. واعلم أن إعطاء كل عبد رقعة، ليس من شرط الإقراع، بل يكفي الإخراج بأسمائهم وأعيانهم.

الفصل الثاني: في كيفية تجزئة العبيد، وهي تقع بحسب الحاجة، فإن أعتق عبدين لا مال له سواهما، أقرع بإثبات اسميهما في رقعتين، وإخراج أحدهما على الرق أو الحرية، أو بإثبات الرق والحرية في رقعتين، والإخراج على اسمهما، ثم إن استوت قيمتهما، فمن خرج له سهم الحرية، عتق ثلثاه، ورق باقيه مع الآخر،

وإن اختلفت قيمتهما كمائة ومائتين، فإن خرجت الحرية لصاحب المائة، عتق، ورق الآخر، وان خرجت للآخر عتق نصفه، ورق باقيه مع الآخر. وإن أعتق عبيدًا لا مال له سواهم، فإن كانوا ثلاثة، واستوت قيمتهم، فإن شاء كتب أسماءهم وقال للمخرج: أخرج رقعة على الحرية، فمن خرج اسمه، عتق، أو قال: أخرج في الرق حتى يتعين في الآخر الحرية، والإخراج على الحرية أولى، لأنه أقرب إلى فصل الأمر. وإن شاء كتب على الرقاع الرق في رقعتين، والحرية في رقعة، وقال: أخرج على اسم سالم، أو أشار إلى عينه وقال: على اسم هذا، فإن خرج سهم الحرية، عتق ورق الآخران، وإن خرج سهم الرق، رق، وأمرنا بإخراج رقعة أخرى على اسم غانم، فإن خرج سهم الحرية، عتق، ورق الثالث، وإن خرج سهم الرق فبالعكس. وإن اختلفت قيمتهم كمائة ومائتين وثلاثمائة، فإما أن نكتب أسماءهم، فإن خرج اسم الأول، عتق وأخرج رقعة أخرى، فإن خرج اسم الثاني، عتق نصفه، وإن خرج اسم الثالث، عتق ثلثه، وإن خرج أولًا اسم الثاني، عتق ورق الآخران، وإن خرج اسم الثالث، عتق ثلثاه، ورق باقيه والآخران، وإما أن نكتب الرق في رقعتين، والحرية في رقعة، ونخرج على أسمائهم وإن كانوا أكثر من ثلاثة، فإن أمكن تسوية الأجزاء عددًا وقيمة، كستة أو تسعة أو اثني عشر، قيمتهم سواء جزأناهم ثلاثة أجزاء وصنعنا صنيعنا في الثلاثة المتساوين، وكذا الحكم في ستة، ثلاثة منهم قيمة كل واحد منهم مئة، وثلاثة قيمة كل واحد خمسون، فيضم إلى كل نفيس خسيسًا، ونجعلهم ثلاثة أجزاء، وفي ستة اثنان منهم، قيمة كل واحد منهما ثلاثمائة، واثنان قيمة كل واحد مائتان، واثنان قيمة كل واحد مئة، فنجعل اللذين قيمتهما أربعمائة جزءًا، ويضم إلى كل نفيس خسيسًا، فيستوي الأجزاء عددًا وقيمة. وإن لم يمكن التسوية بالعدد، وتيسرت بالقيمة، كخمسة قيمة أحدهم مئة، وقيمة اثنين مئة، وقيمة اثنين مئة، جزأناهم كذلك، وأقرعنا. وإن أمكن التسوية بالعدد دون القيمة، كستة، قيمة أحدهم مئة، وقيمة اثنين مئة، وقيمة ثلاثة مئة، فوجهان: الصحيح المنصوص: يجزؤون بالعدد، واثنين وثلاثة، ويقرع بينهم كما ذكرنا. والثاني: يجزؤون بالعدد، فيجعل اللذان قيمتهما مئة جزءًا، والذي قيمته مئة مع واحد من الثلاثة الباقين جزءًا، ويقرع بينهم فيعتق قدر الثلث على ما سبق. وإن لم يمكن التسوية بالعدد ولا بالقيمة، كثمانية، قيمتهم سواء، فقولان: أظهرهما: يجزؤون ثلاثة أجزاء، بحيث يقرب من التثليث، فيجعلون ثلاثة وثلاثة واثنين، ويقرع، فإن خرج سهم العتق على ثلاثة، رق غيرهم، وانحصر العتق فيهم، ثم يقرع بينهم بسهمي عتق وسهم رق، فلمن خرج له الرق، رق ثلثه، وعتق ثلثه مع

الآخرين. وإن خرج سهم العتق أولًا على الاثنين، عتقا، وتعاد القرعة بين الستة، ويجعل كل اثنين جزءًا، فإذا خرج سهم العتق باسم اثنين، أعدنا القرعة بينهما، فمن خرج له سهم الحرية، عتق ثلثاه. هذا إذا كتبنا في الرقاع الرق والحرية، وإن كتبنا الأسماء، فإذا خرج سهم اثنين وعتقا، لم تعد القرعة بين الستة، بل يخرج قرعة أخرى، ثم يقرع بين الثلاثة المسمين فيها، فمن خرج له سهم العتق، عتق ثلثاه، ولا يجوز على هذا القول أن نجزئهم أربعة واثنين واثنين، لبعد هذه التجزئة على التثليث. والقول الثاني: لا يراعى التثليث، بل يراعى ما هو أقرب إلى فصل الأمر، فيجوز أن تكتب أسماؤهم في ثمان رقاع، ويخرج واحدة بعد واحدة إلى أن يتم الثلث، ويجوز أن يجعلوا أرباعًا، ثم إن شئنا أثبتنا اسم كل اثنين في رقعة، فإذا خرجت واحدة على الحرية، عتقا، ثم يخرج رقعة أخرى، ويقرع بين الاثنين اللذين اسمهما فيها، فمن خرجت له القرعة، عتق ثلثه، وإن شئنا أثبتنا الرق والحرية، فأثبتنا العتق في واحدة، والرق في ثلاث، فإذا خرجت رقعة العتق لاثنين، عتقا، ويعيد القرعة بين الستة، فإذا خرجت لاثنين، أقرعنا بينهما كما سبق، ولا يبعد على هذا أن يجوز إثبات العتق في رقعتين، والرق في رقعتين، ويعتق الاثنان اللذان خرجت لهما رقعة العتق أولًا، ويقرع بين اللذين خرج لهما رقعتي العتق الثانية، وإن كان العبيد سبعة، فعلى القول الأول يجزئهم ثلاثة واثنين واثنين، وعلى الثاني نجزىء كيف شئنا إلى أن يتم الثلث. وإن كانوا أربعة قيمتهم سواء فعلى الأول نجزئهم اثنين وواحدًا، وواحدًا فإن خرج سهم العتق لأحد الفردين، عتق، ثم يعيد القرعة بين الثلاثة، فمن خرج له سهم العتق، عتق ثلثه، وإن خرج للاثنين، أقرعنا بينهما، فمن خرج له سهم العتق، عتق كله، وثلث الآخر. وهذا على تقدير إثبات الرق والحرية في الرقاع، وعلى القول الثاني: يثبت اسم كل واحد في رقعة، ويخرج باسم الحرية، فمن خرج اسمه أولًا، عتق، ومن خرج اسمه ثانيًا، عتق ثلثه، وإن كانوا خمسة قيمتهم سواء، فعلى الأول يجزئهم اثنين واثنين وواحدًا، وعلى الثاني لنا إثبات أسمائهم في خمس رقاع، ثم القول في الإيجاب أم في الاستحباب والاحتياط؟ فيه وجهان: وبالأول قال القاضي حسين، واختاره الإمام، وبالثاني قال الصيدلاني، وهو مقتضى كلام الأكثرين. ولو أعتق عبدًا من عبيد على الإبهام، فقد يحتاج إلى تجزئتهم أربعة أجزاء وخمسة وأكثر، فيجزؤون بحسب الحاجة، وكذا لو كان على المعتق دين.

مسائل: الأولى: إذا أعتق في مرض موته عبيدًا لا مال له غيرهم، ومات وعليه دين، نظر، إن استغرقهم الدين، فهو مقدم، فيباعون فيه، وإن لم يستغرقهم،

أقرع بين الدين والتركة ليصرف العتق عما يتعين للدين، فإن كان الدين قدر نصفهم، جعلنا حرين، وأقرعنا بينهما بسهم دين وسهم تركة، ثم إن شئنا كتبنا أسماء كل حر في رقعة، وأخرجنا رقعة الدين أو التركة. وإن شئنا كتبنا الدين في رقعة والتركة في رقعة، وأخرجنا إحداهما على أحد الحرين، وإن كان قدر الدين ثلثهم، جزأناهم ثلاثة أجزاء، وأقرعنا بينهم بسهم دين، وسهمي تركة، ولمن كان قدر الرابع، جزأناهم أربعة أجزاء، وأقرعنا بسهم دين، وثلاثة أسهم تركة. وهل يجوز أن يقرع للدين والعتق والتركة، بأن يقرع والحالة هذه بسهم دين وسهم عتق وسهمي تركة، أو يجزئهم إذا كان الدين قدر نصفهم ستة أجزاء، ويقرع بثلاثة أسهم للدين وسهم للعتق وسهمين للتركة؟ فيه وجهان: الأصح المنصوص: لا، لأنه لا يمكن تنفيذ العتق قبل قضاء الدين، ولو تلف المعين للدين قبل قضائه، انعكس الدين على الباقي من التركة، وكما لا يقسم شيء على الورثة قبل قضاء الدين، لا يعتق قبله. والثاني: يجوز، لأن العمل فيه أخف فلا ينقص به حق ذي حق، وعلى هذا نقل الغزالي أنا نتوقف في تنفيذ العتق إلى أن يقضى الدين. وفي «التهذيب» ما يقتضي الحكم بالعتق في الحال. وإذا قلنا بالمنصوص، فتعين بعضهم للدين يباع ويقضى منه الدين، ثم يقرع للعتق وحق الورثة. ولو قال الوارث: أقضي الدين من موضع آخر، وأنفذ العتق في الجميع، فهل ينفذ العتق؟ وجهان: أحدهما: نعم، لأن المنع من النفوذ الدين، فإذا سقط بالقضاء، نفذ، كما لو أسقط الورثة حقهم من ثلثي التركة وأجازوا عتق الجميع. والثاني: لا، لأن تعلق الدين منع النفوذ لا ينقلب نافذًا بسقوطه، كما لو أعتق الراهن وقلنا: لا ينفذ فقال: أنا أقضي الدين من موضع آخر لينفذ، فإنه لا ينفذ إلا أن يبتدىء إعتاقًا، وبني الوجهان على أن تصرف الورثة في التركة قبل قضاء الدين هل ينفذ أم لا.

**فرع:** لو أعتق من لا دين عليه عبيدًا لا مال له غيرهم، ومات، وأعتقنا بعضهم بالقرعة، وأرققنا بعضهم، فظهر للميت مال مدفون، فإن كان بحيث يخرج جميعهم من الثلث، بأن كان المال مثلي قيمتهم، حكم بعتقهم جميعًا، فندفع إليهم أكسابهم من يوم إعتاقهم، ولا يرجع الوارث بما أنفق عليه، كمن نكح امرأة نكاحًا فاسدًا على ظن أنه صحيح، ثم فرق القاضي بينهما، لا يرجع بما أنفق. وإن خرج من الثلث بعض من أرققناهم، أعتقناهم بالقرعة، مثل أن أعتقنا واحدًا من ثلاثة، ثم ظهر مال يخرج به آخر، يقرع بين اللذين أرققناهما، فمن خرج له سهم الحرية، عتق. ولو أعتقنا بعض العبيد، ولم يكن عليه دين ظاهر، ثم ظهر دين، فإن كان مستغرقًا للتركة، فالعتق باطل، فإن قال الورثة: نحن نقضي الدين من موضع آخر،

فعلى الوجهين السابقين. واستبعد الشيخ بناءهما على الخلاف في تصرف الورثة في التركة قبل الدين، وقال هناك الوارث ينشىء إعتاقًا من عنده، ولا يمضي ما فعل الميت، وإنما الخلاف مبني على أن إجازة الوراث لما زاد على الثلث تنفيذ أم ابتداء عطية من الوراث؟ فإن قلنا: تنفيذ، فله تنفيذ إعتاقه بقضاء الدين من موضع آخر، وإلا فينبغي أن يقضي الدين، ثم يبتدىء إعتاقًا، وإن كان الدين الذي ظهر غير مستغرق، فهل يبطل القرعة من أصلها؟ وجهان: ويقال: قولان. أحدهما: نعم، كما لو اقتسم شريكان، ثم ظهر ثالث، فعلى هذا يقرع الآن للدين والتركة ولا يبالى بوقوع سهم الدين على من وقعت له قرعة العتق أولًا. وأظهرهما: لا، ولكن إن تبرع الوارث بأداء الدين، نفذ العتق، وإلا فيرد العتق بقدر الدين، فإن كان الدين نصف التركة، رددناه في نصف من أعتقنا، وإن كان ثلثها، رددنا ثلثهم، فإن كانت العبيد ستة، قيمتهم سواء، وأعتقنا اثنين بالقرعة، فظهر دين بقدر قيمة اثنين بعنا من الأربعة اثنين للدين كيف اتفق، ويقرع بين المعتقين القرعة أولًا بسهم رق، وسهم عتق، فمن خرج له سهم الرق، رق ثلثاه، وعتق ثلثه مع الآخر. وإن ظهر الدين بقدر قيمة ثلاثة، أقرع بين اللذين كان خرج لهما الحرية، فمن خرج له الحرية عتق، ورق الآخر.

المسألة الثانية: إذا قال لعبيده: أحدكم حر، أو اثنان حران، أو أعتقت أحدكم، فله حالان: أحدهما: أن ينوي معينًا فيؤمر ببيانه، ويحبس عليه. فإن قال: أردت هذا، عتق، ولغيره أن يدعي عليه أنك أردتني، ويحلفه، وإن نكل السيد، حلف هو وعتق. ولو عين واحدًا، وقال: أردت هذا، بل هذا، أعتقا جميعًا، مؤاخذة له. ولو قتل واحدًا منهم، لم يكن ذلك بيانًا، بل يبقى الأمر بالبيان. فلو قال: أردت المقتول، لزمه القصاص. ولو جرى ذلك في إماء، أو أمتين، ثم وطىء واحدة، لم يكن الوطء بيانًا، بل لو بين العتق فيها، تعلق به الحد والمهر لجهلها بأنها معتقة. ولو مات قبل البيان، قام وارثه مقامه على المذهب، لأنه خليفته، وربما علمه. وقيل: قولان، فإن أقمناه، فبين أحدهم، عتق، ولغيره تحليفه على نفي العلم، فإن لم يكن وارث، أو قال الوارث: لا أعلم، فالصحيح أو المشهور أنه يقرع بينهم. وفي وجه أو قول: لا يقرع، بل يوقف. ولو قال المعتق: نسيت من أعتقته، أمر بالتذكر. قال الأصحاب: يحبس عليه، قال الإمام: وفيه احتمال. وإن مات قبل التذكر، ففي بيان الوارث والقرعة الخلاف، وهكذا الحكم لو سمى واحدًا وأعتقه ثم قال نسيته.

الحال الثاني: أن لا ينوي معينًا، فيؤمر بالتعيين، ويوقف عنهم، إلى أن

يعين، ويلزمه الإنفاق عليهم، فإذا عين أحدهم، عتق، وليس لغيره أن ينازع فيه إن وافق على أنه لم ينو معينًا. وإذا قال: نويت هذا، عتق الأول، ولغا قوله للثاني، لأن العتق حصل في الأول، بخلاف قوله: نويت هذا، بل هذا، لأنه إخبار. ثم العتق في المبهم هل يحصل عند التعيين، أم يتبين حصوله من وقت اللفظ المبهم؟ وجهان سبق نظيرهما في الطلاق، وخرج على الخلاف أنه لو مات أحدهم فعينه، فهل يصح؟ إن قلنا: يحصل العتق عند التعيين، فلا، لأن الميت لا يقبل العتق، فعلى هذا لو كان الإبهام بين عبدين، فإذا بطل التعيين في الميت، تعين الثاني للعتق، ولا حاجة إلى لفظ. وإن قلنا الإبهام، صح تعيينه. ولو جرى ذلك في أمتين أو إماء، فهل يكون الوطء تعيينًا لغير الموطوءة؟ وجهان كما في الطلاق. قال ابن الصباغ: وكونه تعيينًا هو قول أكثر الأصحاب. وإذا لم نجعله تعيينًا، فعين العتق في الموطوءة، فلا حد. وبنى البغوي حكم المهر على أن العتق يحصل عند التعيين، أم باللفظ المبهم؟ إن قلنا بالأول، لم يجب، وإلا، وجب. والوطء فيما دون الفرج، والقبلة واللمسة بشهوة مرتب على الوطء إن لم يكن تعيينًا، فهذا أولى، وإلا فوجهان: والاستخدام مرتب على اللمس، والمذهب أنه ليس بتعيين، قال الإمام: هذا يوجب طرد الخلاف في أن الاستخدام في زمن الخيار، هل يكون فسخًا أو إجازة؟ والعرض على البيع كالاستخدام. ولو باع بعضهم، أو وهبه وأقبضه أو أجره، قال البغوي: فيه الوجهان كالوطء والإعتاق ليس بتعيين. ثم إن عين فيمن أعتقه، قبل، وإن عين في غيره، عتقا. وقتل السيد أحدهم ليس تعيينًا، ثم إن عين في غير المقتول، لم يلزمه إلا الكفارة، وإن عين في المقتول، لم يجب القصاص، للشبهة. وأما المال، فإن قلنا: العتق يحصل عند التعيين، لم يجب، وإن قلنا: عند الإبهام، لزمه الدية لورثته. وإن قتل أجنبي أحدهم، فلا قصاص إن كان القاتل حرًا، ثم إن عين في غير المقتول، لزمه القيمة، وإن عين فيه وقلنا: العتق يحصل عند التعيين، فكذلك، كما لو نذر إعتاق عبد بعينه، فقتل. وإن قلنا: عند الإبهام، لزمه الدية لورثة المقتول. ولو مات قبل التعيين، فهل للورثة التعيين؟ قولان، ويقال: وجهان: أظهرها: نعم.

المسألة الثالثة: قال لأمته: أول ولد تلدينه حر، فولدت ميتًا، ثم حيًا، لم يعتق الحي، لأن الصفة انحلت بولادة الميت، كما لو قال: أول عبد رأيته من عبيدي حر، فرأى أحدهم ميتًا، انحلت اليمين، فإذا رأى بعده حيًا لا يعتق، ووافق أبو حنيفة في هذا، وخالف الأول.

المسألة الرابعة: قال لعبده: أنت ابني، ومثله يجوز أن يكون ابنًا له، ثبت

نسبه، وعتق إن كان صغيرًا، أو بالغًا وصدقه، وإن كذبه، عتق أيضًا وإن لم يثبت النسب. وإن لم يمكن كونه ابنه، بأن كان أصغر منه على حد لا يتصور كونه ابنه، لغا قوله، ولم يعتق، لأنه ذكر محالًا. هذا في مجهول النسب، فإن كان معروف النسب من غيره، لم يلحقه، لكن يعتق على الأصح، لتضمنه الإقرار بحريته. ولو قال لزوجته: أنت بنتي قال الإمام: الحكم في حصول الفراق وثبوت النسب كما في العتق.

المسألة الخامسة: قال لعبديه: أعتقت أحدكما على ألف، أو أحدكما حر على ألف، لم يعتق واحد منهما ما لم يقبلا، فإن قبل كل واحد الألف، عتق أحدهما، ولزم السيد البيان، فإن مات قبله، ولم يقم الوارث مقامه، أو لم يكن وارث، أقرع، فمن خرجت قرعته، عتق بعوض. وفي ذلك العوض وجهان: أصحهما: وبه قال ابن الحداد: قيمته. والثاني: المسمى، قاله أبو زيد، لأن المقصود العتق، لا المعاوضة، فيحتمل إبهام العوض تبعًا للعتق. ولو قال لأمتيه: إحداكما حرة على ألف، فقبلتا، ثم وطىء إحداهما، فهل هو اختيار لملك الموطوءة ويتعين الأخرى للعتق، وجهان حكاهما الشيخ أبو علي.

المسألة السادسة: جارية مشتركة، زوجها الشريكان بابن أحدهما فأتت منه بولد، يعتق نصفه على الجد، ولا يسري إلى النصف الآخر إذا لم يعتق عليه باختياره.

المسألة السابعة: سبق في النكاح أن من نكح أمة غُرَّ بحرينها، فأولدها، انعقد الولد حرًا، ويلزم المغرور قيمته لمالك الأمة. هذا هو الصحيح، وحكى الشيخ أبو علي وجهًا أنه ينعقد رقيقًا، ثم يعتق على المغرور، وله ولاؤه. وأنا إذا قلنا: ينعقد حرًا فلا قيمة على المغرور، وهو غريب ضعيف. قال الشيخ: وفي القلب من وجوب القيمة على المغرور شيء، لأنه لم يتلف شيئًا على مالك، وإنما منع دخول شيء في ملكه، لكن ليس فيه خلاف يعتد به، وأجمعت الصحابة رضي الله عنهم على وجوب الضمان، فلا بد من متابعتهم. وإذا عرفت هذا، فلو نكح جارية ابنه مغرورًا بحريتها، فأولدها، فهل يلزمه قيمة الولد؟ وجهان: أحدهما: لا، لأنه إن انعقد حرًا فينبغي أن لا يلزمه شيء، وإن انعقد رقيقًا، عتق على الجد بالقرابة، ولأنه لم يفوت بظن الحرية على الأب رقًا ينتفع به، لأنه كان يعتق عليه، وأصحهما: نعم، وبه قال ابن الحداد. وإن وطئها عالمًا بالحال، ملكه الجد، وعتق عليه. قال الإمام: ولا يبعد أن يقال: ينعقد حرًا.

**فروع:** في مسائل منثورة: شهدا أنه قال: أحد هذين العبدين حر، أو أنه

أوصى بإعتاق أحدهما، أو أنه قال: إحدى هاتين المرأتين طالق، يقبل، ويحكم بمقتضى شهادتهما، ولو ولدت المزني بها ولدًا، وملكه الزاني لم يعتق عليه، وقال أبو حنيفة: يعتق. ولو قال لعبده: أنت حر كيف شئت، قال أبو حنيفة: يعتق في الحال، وقال صاحباه: لا يعتق حتى يشاء، وقال ابن الصباغ: وهو الأشبه. ولو أوصى بإعتاق عبد يخرج من الثلث، لزم الوارث إعتاقه، فإن امتنع، أعتقه السلطان. ولو كان له عبد مقيد، فحلف بعتقه أن في قيده عشرة أرطال، وحلف بعتقه لا يحله هو ولا غيره، فشهد عند القاضي شاهدان أن قيده خمسة أرطال، وحكم القاضي بعتقه، ثم حل القيد فوجد فيه عشرة أرطال، قال ابن الصباغ: لا شيء على الشاهدين، لأن العتق حصل بحل القيد دون الشهادة، لتحقق كذبهما. قال ابن الحداد: ولو شهد شاهدان أنه أعتق في مرضه هذا العبد، أو أوصى بعتقه، وحكم القاضي بشهادتهما، وشهد آخران أنه أعتق عبدًا آخر، وكل واحد منهما ثلث ماله، ثم رجع الأولان، لم يرد القضاء بعد نفوذه، بل يقرع بينهما، فإن خرجت القرعة للأول، عتق، وعلى الشاهدين الغرم للرجوع، ويرق الثاني، وحينئذ يحصل للورثة التركة كلها، وإن خرجت للثاني، عتق، ورق الأول، ولا شيء على الراجعين، لأن من شهدا به لم يعتق، واعترض ابن الصباغ، فقال: ينبغي أن يعتق الثاني بكل حال، ويقرع بينهما لمعرفة حال الأول، فإن خرجت القرعة له، أعتق أيضًا، وغرم الراجعان.

**فرع:** قال ابن الحداد: لو زوج أمته بعبد غيره، وقبض مهرها، وأتلفه، ومات ولا مال له غيرها، ولم يدخل الزوج بها، فأعتقها الوارث، نفذ إعتاقه. قال الشيخ أبو علي: تقدم على هذا فصلين:

أحدهما: إذا أعتق الوارث عبد التركة، وعلى الميت دين، نظر، إن كان الوارث معسرًا، لم ينفذ العتق، هكذا قطع به الشيخ. وعن الشيخ أبي محمد أنه على الخلاف في إعتاق الراهن، وضعفه الإمام. وإن كان موسرًا، فوجهان: أحدهما وبه قال ابن الحداد: ينفذ، وينتقل الدين إلى مال الوارث، كما لو أعتق السيد الجاني، هذا لفظ الشيخ، ونقل الإمام عنه أنا إذا أنفذنا العتق، نقلنا الدين إلى ذمة الوارث إذا لم يخلف سوى العبد، قال: وكنت أرى الأمر كذلك، فالدين لا يتحول إلى ذمة الوارث قط، لكنه بالإعتاق متلف للعبد، فعليه أقل الأمرين من الدين، وقيمة العبد. والثاني: أنه موقوف، فإذا أدى الوارث الدين من ماله، تبين نفوذ العتق، وإلا، بيع العبد في الدين، وبان أن العتق لم ينفذ. ولو باع الوارث التركة بغير إذن الغرماء، لم ينفذ بيعه إن كان معسرًا، وإن كان موسرًا، ففيه أوجه:

أحدها: لا ينفذ كالمرهون، والثاني: ينفذ، والثالث: موقوف، كالعتق. قال الإمام ويجيء مما حكاه الشيخ أبو محمد قول أنه يصح بيع الوارث التركة إن كان معسرًا كالجاني. قال: وذكر أبو علي تفريعًا على صحة البيع أن الثمن يصرف إلى الغرماء، وأن المشتري لو دفع الثمن إلى الوارث فتلف في يده، كان للغرماء تغريم المشتري. قال الإمام: والوجه عندي القطع بأنهم لا يطالبون المشتري. وأنا إذا صححنا البيع، كان كالإعتاق. قال الإمام: ولزوم البيع بعيد، فإن بيع الجاني وإن صححناه، لا يلزم، مع أن تعلق الأرش به أضعف، فبيع الوارث أولى بأن لا يلزم.

واعلم أن جميع هذا تفريع على أن الدين لا يمنع الإرث، فإن قلنا: يمنعه، فالتركة باقية على ملك الميت، فلا يصح التصرف للوارث بحال. والحاصل أن المذهب نفوذ العتق من الوارث الموسر، ومنع البيع.

الفصل الثاني: ذكرنا في النكاح أن الأمة إذا عتقت تحت عبد. فلها الخيار، فإن فسخت قبل الدخول، سقط كل المهر، وعلى السيد رده إن كان قبضه.

إذا تقرر الفصلان، فينفذ العتق في الحال في فرع ابن الحداد. ثم إن كان الوارث معسرًا، فلا خيار لها، لأنها لو فسخت، لوجب رد مهرها، وصار ذلك دينًا على الميت، وذلك يمنع نفوذ العتق من الوارث المعسر، وإذا لم يعتق، فلا خيار، ففي إثبات الخيار بقية والمسألة دورية، وقد سبق طرف منها في النكاح. وإن كان موسرًا، فإن قلنا: ينفذ عتقه، فلها الفسخ، وإذا فسخت صار مهرها دينًا، فيطالبه به المعتق إن كانت قيمتها المهر لتفويته التركة، وإن كان مهرها أكثر، لم يطالب إلا بقيمتها، لأنه لم يفوت إلا ذلك. وإن قلنا: يتوقف نفوذ العتق على أداء الدين، فلا عتق ولا خيار، حتى يرد الصداق إلى سيد العبد، هكذا ذكره الشيخ أبو علي، وفيه إشكال، لأنه لا يثبت لسيد العبد دين ما لم يفسخ، فكيف يقضي الدين قبل ثبوته.

**فرع:** مات عن ابن حائز للتركة وهي ثلاثة أعبد قيمتهم سواء، فقال الابن: أعتق أبي في مرضه هذا، وأشار إلى أحدهم، ثم قال: بل هذا وهذا، يعني الأول وآخر معًا، ثم قال: بل أعتق الثلاثة معًا، قال ابن الحداد: الأول حر بكل حال، ويقرع بينه وبين الثاني، لإقراره الثاني، ويقرع بين الثلاثة مرة ثانية، فإذا أقرعنا في المرتين، فإن خرج سهم العتق للأول فيهما لم يعتق غيره، وإن خرج للثاني فيهما، وللأول في الأولى، وللثاني في الثانية أو بالعكس، عتقًا، دون الثالث، وإن خرج للأول في الأولى، وللثالث في الثانية عتقًا دون الثاني، وإن خرج للثاني في الأولى، وللثالث في الثانية، عتقوا كلهم. قال الشيخ أبو علي: ولو كانت قيمتهم مختلفة بأن كانت قيمة الأول مئة، والثاني المضموم إليه مائتين، والثالث ثلاثمائة،

فالأول حر بكل حال. لإقراره الأول، وهو دون الثلاثة، فإذا أقرعنا بينه وبين الثاني، وخرج سهم العتق للأول، عتق من الثاني أيضًا نصفه، وإن خرج السهم للثاني، عتق كله. وإذا أقرعنا بين الثلاثة لإقراره الثالث، فإن خرج سهم العتق للثالث، عتق ثلثاه، وذلك ثلث ماله، وإن خرج للثاني، لم يعتق الثالث، سواء خرجت القرعة الأولى على الثاني، أو لم يخرج، لأنه ثلث ماله، وإن خرجت للأول، فهو نصف الثلث، فتعاد القرعة لإكمال الثلث بين الثاني والثالث، فإن خرجت على الثاني، رق الثالث، ولا يعتق من الثاني إلا ما عتق بالقرعة الأولى، وهو كله أو نصفه، وإن خرجت على الثالث، عتق ثلثه. ولو كانت قيمة الأول ثلاثمائة، والثاني مائتين، والثالث مئة، عتق من الأول ثلثاه، ثم يقرع بينه وبين الثاني، فإن خرج سهم العتق للأول، لم يرد شيء، وإن خرج للثاني، عتق كله، ثم يقرع بين الثلاثة، فإن خرج للأول أو الثاني، لم يرد شيء على ما عتق، وإن خرج للثالث، عتق كله.

**فرع:** مات على ثلاثة بنين، وله ثلاثة أعبد، قيمتهم سواء، فأقر أحد البنين أن أباه أعتق في مرضه هذا العبد، وأقر آخر أنه أعتقه مع هذا الآخر، وأقر الثالث أنه أعتق الثلاثة معًا، عتق الأول، لأن أحد البنين أقر بعتقه، فنفذ في حصته وهي ثلثه، ثم يقرع بينه وبين المضموم إليه، لإقرار الثاني، فإن خرج سهم العتق للأول، عتق منه ثلث آخر، وهو حصة المقر، وإن خرج للثاني، عتق ثلثه لهذا المعنى، ثم يقرع بين الثلاثة فمن خرج له سهم العتق، عتق كله. وإذا حكمنا بعتق بعض عبد، فلا سراية، لأنهم لم يباشروا الإعتاق. ولا أقروا به على أنفهم. ومن أعتقنا بعضه بإقرار أحد البنين إذا وقع القسمة في نصيب ذلك المقر أو صار له بوجه آخر، حكم عليه بعتقه، لإقراره بأنه حر كله.

**فرع:** شهد اثنان على ميت أنه أوصى بعتق عبده سالم وهو ثلث ماله، وقال الوارث: أوصي بعتق غانم وهو ثلثه، فإن لم يكذب الوارث الشاهدين، واقتصر على أنه أوصى بعتق هذا، عتق الأل بموجب البينة، وأقر بينه وبين الثاني، لإقرار الوارث، فإن خرجت القرعة للأول، لم يعتق الثاني، وإن خرجت للثاني، عتق، ولم يرق الأول. لأنه مستحق العتق بالبينة، فلا يتمكن الوارث من إبطاله بالإقرار. وقد تعمل القرعة في أحد الطرفين دون الآخر كما سبق. وإن أقر الوارث أنه أعتق الثاني، وكذب الشهود في الأول، عتقًا جميعًا، الأول بالشهادة، والثاني بالإقرار. ولو شهد أجنبيان بأنه أوصى بإعتاق عبد هو ثلث ماله، وشهد وارثان بأنه أوصى بإعتاق آخر، فإن كذب الوارثان الأجنبيين، عتقًا عتقًا، وإلا أقرع كما سبق.

ثلاثة إخوة في أيديهم أمة وولدها، وهو مجهول النسب، قال أحدهم: هي أم

ولدي، وهو ولدي منها، وقال الثاني: هي أم ولد أبينا، والولد أخونا، وقال الثالث: هي أمتي، وولدها عبدي، فالكلام في أحكام الأول نسب الولد، فلا يثبت من أبيهم. وأما ثبوته من الذي استلحقه، فإن قلنا: إن من استلحق عبدًا مجهول النسب، لحقه، ثبت نسبه منه، وإلا فلا، على الأصح. الثاني القائل: هي أم ولد أبينا، لا يدعي لنفسه شيئًا على الآخرين، فلا يحلفهما، لكن إن ادعت الأمة ذلك، وأنها عتقت لموت الأب، حلفهما أنهما لا يعلمان الأب أولدها، وأما الآخران، فكل واحد منهما يدعي ما في يد صاحبه، هذا يقول: هي مستولدتي، وذلك يقول: ملكي، فيحلف كل واحد الآخر على نفي ما يدعيه في الثلث الذي في يده. الثالث القائل: هي أم ولد أبينا، لا غرم له، لأنه لا يدعي لنفسه شيئًا ولا عليه، والذي يدعي الاستيلاد يلزمه الغرم للذي يدعي الملك، لاعترافه بأنه فوت عليه نصيبه من الأمة، والولد هكذا عللوه ومقتضاه أن يكون الصورة فيما إذا سلم أنه كان لمدعي الرق منها نصيب بالإرث أو غيره، وإلا فلا يلزم من قوله: مستولدتي كونها مشتركة من قبل. وكم يغرم؟ وجهان بناء على أن الجارية في يد من هي؟ وفيه وجهان: أحدهما: لا يد عليها للقائل: مستولدة أبينا، لأنها حرة بزعمه، فتكون في يد الآخرين. وأصحهما: في يد الثلاثة حكمًا، فعلى الأول يلزمه لمدعي الرق نصف قيمتها وقيمة الولد، وعلى الأصح ثلث قيمتها. وبه أجاب ابن الحداد. الرابع: الولد حر بقول من يقول: مستولدة الأب، ومن يقول: مستولدتي، قال الشيخ أبو علي: ويعتق عليه نصيب مدعي الرق ونصيبه من الجارية، هكذا ينبغي أن يكون.

**فرع:** قال لعبديه: أحدكما حر، ثم غاب أحدهما، فقال للذي لم يغب وعبد ثالث: أحدكما حر، ثم مات قبل البيان، قال الأستاذ أبو إسحاق: يقرع بين الأولين، فإن خرج سهم العتق للذي غاب، عتق، وتعاد القرعة بين الآخرين، فمن خرجت له، عتق أيضًا. وإن خرجت أولًا للذي لم يغب، عتق، ولا تعاد، لأن تعيين القرعة كتعيين المالك، ولو عين الذي لم يغب للعتق، ثم قال له وللآخر: أحدكما حر، كان صادقًا، ولم يقتض ذلك عتق الآخر. وقال الماسرجسي: إن خرجت القرعة للذي لم يغب، تعاد، لأنه يحتمل أنه أراد بقوله: الثاني الذي حضر آخرًا، فإن خرجت القرعة الثانية للذي لم يغب أيضًا، لم يعتق، وإن خرجت للآخر، عتق أيضًا، ومال الإمام إلى هذا، ورجح الشيخ أبو علي الأول.

**فرع:** له أربع إماء، فقال: كلما وطئت واحدة منكن، فواحدة منكن حرة، ثم وطىء إحداهن، عتق إحداهن. وهل تدخل الموطوءة في العتق المبهم؟ يبنى على الوجهين السابقين في أن الوطء هل يكون تعيينًا للملك في الموطوءة والعتق في

غيرها؟ إن قلنا: نعم وعليه فرع ابن الحداد، فأول الوطء لا يتضمن التعيين، لأن العتق معلق به، وما لم يوجد. لا يثبت استحقاق العتق. فلو نزع بمجرد تغييب الحشفة، دخلت الموطوءة في العتق المبهم. وإن استدام، فهل تتضمن الاستدامة التعيين وإخراج الموطوءة عن استحقاق العتق؟ وجهان: أحدهما هو قول أبي زيد: نعم، فيقرع بين الثلاث البواقي، وأصحهما: وبه قال ابن الحداد: لا، لأنه وطء واحد، ولهذا لا يستحق بالاستدامة عتق آخر فيقرع بين الأربعة، وهذا كمن قال لأمته: إن وطئتك فأنت حرة، فوطىء ونزع في الحال، لا يلزمه مهر، وإن استدام، فوجهان كنظيره في الحلف بالطلاق. وإن وطىء ثلاثًا منهن، واستدام، عتق بكل وطء أمة، فإن جعلنا الوطء تعيينًا، والاستدامة متضمنة للتعيين، عتقت الأولى والثانية والرابعة بلا قرعة، ورقت الثالثة، لأنه لما وطىء الأولى فبتغييب الحشفة ثبت عتق واحدة، فإذا استدام، خرجت هي عن الاستحقاق، لتعينها للملك. والثانية والثالثة تعينتا للملك بوطئهما فتعينت الرابعة للعتق. وبوطء الثانية ثبت حق العتق لها، وللأولى والثالثة، لأن الرابعة علقت بالوطء الأول فإذا استدام خرجت هي عن الاستحقاق وخرجت الثالثة أيضًا بوطئها، فتعينت الأولى للعتق فإذا وطىء الثالثة. لم تبق إلا هي والثانية. واستدامة الوطء فيها إمساك، فيعين العتق في الثانية. وإن جعلنا الوطء تعيينًا. ولم نجعل الاستدامة تعيينًا. أقرع بين الأولى والرابعة، لأنه أمسك الثانية والثالثة بوطئهما للملك. فإن خرجت القرعة للرابعة. عتقت. وبوطء الثانية يستحق عتق آخر. لكن لاحظ فيه للرابعة. لأنها عتقت بالوطء الأول، ولا للثالثة، لأنه أمسكها بالوطء، فهو إذًا متردد بين الأولى والثانية، فيقرع بينهما، فمن خرجت لها القرعة. عتقت. وبوطء الثالثة يستحق عتق آخر، ولاحظ فيه للرابعة، ولا لمن عتق من الأولى والثانية، فإن عتقت الأولى، أقرعنا بين الثانية والثالثة. وإن عتقت الثانية. أقرعنا بين الأولى والثالثة.

وإن خرجت القرعة الأولى للأولى دون الرابعة. عتقت. وبوطء الثانية يتردد العتق بينها وبين الرابعة. لأن الأولى عتقت. والثالثة تعينت بالوطء للإمساك. فمن خرجت لها القرعة، عتقت، وبوطء الثالثة يستحق عتق آخر لاحظ فيه للأولى، ولا لمن عتقت والثانية والرابعة. فإن عتقت الثانية. أقرعنا بين الثالثة والرابعة، وإن عتقت الرابعة، أقرعنا بين الثانية والثالثة. وإن قلنا: الوطء ليس بتعيين، أقرع ثلاث مرات، لاستحقاق العتق لثلاث منهن، يقرع بوطء الأولى بين الأربع بسهم عتق وثلاثة أسهم رق، فإن خرجت الرابعة، عتقت، ولا مهر لها. لأنه لم يطأها. وإن خرجت الأولى. عتقت، وهل تستحق المهر؟ يبنى على أن استدامة الوطء هل

يوجب مهرًا؟ وإن خرجت للثانية أو الثالثة. عتقت. ولها المهر، لأنا تبينا أنه وطئها بعد حصول عتقها. ثم يقرع لوطء الثانية بين الثلاث البواقي بسهم عتق. وسهمي رق. فإن خرجت للرابعة. فلا شيء لها وإن خرجت الثانية، ففي استحقاقها المهر الوجهان. وإن خرجت الثالثة، استحقت، وإن خرجت القرعة الحرية في المرة الأولى للثانية، أقرعنا الوطء للثانية بين الأولى والثالثة والرابعة، فإن خرج سهم العتق للأولى. فلا مهر لها بلا خلاف، لأن عتقها متأخر عن وطئها، وإن خرج للرابعة، فكذلك لأنه لم يطأها. وإن خرج للثالثة، فلها المهر، لأنا تبينا أنها عتقت قبل وطئها. ثم يقرع لوطء الثالثة بين الباقيين بسهم عتق، وسهم رق. فإن بقيت الثالثة والرابعة، وخرجت القرعة للرابعة، فلا مهر، وإن خرجت للثالثة، فهل لها المهر؟ فيه الوجهان، وإن بقيت الأولى والثانية، فلا مهر لمن خرجت لها القرعة منهما، لتقدم وطئها على عتقها، وفيه وجه أنه يقرع بين الأربع دفعة واحدة بثلاثة أسهم عتق، وسهم رق، فتعتق ثلاث. وترق واحدة، وهذا صحيح لمعرفة الرق والعتق، لكن لا يصرف به المهر. وموضع الخلاف فيه والوفاق. ولو وطىء الأربع، عتقن كلهن. ونحتاج للمهر إلى الإقراع ثلاث مرات بين الأربع مرة بسهم عتق. وثلاث أسهم رق، ثم مرة بين ثلاث منهن بسهم عتق، وسهمي رق، ثم مرة بين الباقيتين بسهم عتق، وسهم رق. واستيعاب الاحتمالات يطول. وضابطه أن ينظر في كل قرعة، فمن بان أنها عتقت قبل وطئها. فلها المهر، وفيمن عتقت بوطئها الوجهان. أما إذا قال: كلما وطئت واحدة منكن، فواحدة من صواحبها حرة ووطئهن، فإن قلنا: الوطء يعين الملك في الموطوءة، عتقت الرابعة بوطء الأولى. والأولى بوطء الثانية، والثانية بوطء الثالثة، ورقت الثالثة. وإن قلنا: لا يعين، عتق ثلاث، ورقت واحدة، فيقرع لوطء الأولى بين الثلاث البواقي. فإن خرجت القرعة للثانية. عتقت. ثم يقرع لوطء الثانية بين الأولى والثالثة والرابعة، فإن خرجت للأولى أو للرابعة، عتقت. وإذا وطىء الثالثة، عتقت الباقية من الثلاث وهي الأولى أو الرابعة. وإن خرجت القرعة الثانية للثالثة. عتقت. فإذا وطىء الثالثة، عتقت الباقية منهن وهي الأولى أو الرابعة، وإن خرجت القرعة الثانية للثالثة، عتقت، فإذا وطىء الثالثة، أقرع بين الأولى والرابعة. وأما المهر. فلا يجب لمن عتقت بعد الوطء، ويجب لمن بان عتقها قبله. وفي هذه الصورة لا يعتق الموطوءة بوطئها بحال. واعلم أن الإقراع في جميع هذه الصورة فيما إذا مات قبل البيان، فأما في حياته، فيؤمر بالبيان.

**فرع:** له أربع إماء وعبيد، فقال: كلما وطئت واحدة منكن، فعبد من عبيدي

حر، وكلما وطئت اثنتين، فعبدان حران، وكلما وطئت ثلاثًا، فثلاثة، وكلما وطئت أربعًا، فأربعة، فوطىء الأربعة، فهو كقوله: كلما طلقت امرأة من عبيدي حر، إلى آخر التصوير، وقد سبق في الطلاق، والصحيح أنه يعتق خمسة عشر عبدًا.

**فرع:** اشترى في مرض موته عبدًا بأكثر من قيمته، وكانت المحابات قدر الثلث، بأن كان له ثلاثمائة، واشترى عبدًا يساوي مئة بمائتين، ثم أعتقه، قال ابن الحداد: وإن لم يوفر الثمن نفذ العتق، وبطلت المحاباة، لأن المحاباة كالهبة، فإذا لم يقترن بها القبض حتى جاء ما هو أقوى منها، وهو العتق، بطلت، ويمضى البيع بثمن المثل، وعلى البائع أن يقنع به. وإن وفر الثمن، نفذت المحاباة، وبطل العتق، لأن المحاباة، استغرقت الثلث. قال الأصحاب: هذا غلط، ولا فرق في المحاباة بين أن يقبض أو لا يقبض، لأنها تعلقت بالمعارضة، والمعارضة تلزم بنفس العقد، ولهذا لو حابى المريض ولم يقبض، ثم أراد إبطالها، لم يتمكن منه، بخلاف الهبة، فالجواب نفوذ المحاباة، وبطلان العتق، لتقدمها، قالوا: وقوله: يلزم البائع أن يقنع بقدر قيمة العبد، غلط أيضًا، لأنه لم يرض بزوال ملكه إلا بالزيادة، بل ينبغي أن يقال: له الخيار بين أن ينفذ البيع بقدر القيمة وينفذ العتق وبين أن يفسخه ويبطل العتق.

**فرع:** جارية بين شريكين حامل من زوج أو زنا، عتق أحدهما نصيبه من الحمل وهو موسر، ثم وضعته لوقت يعلم وجوده يوم الإعتاق، وهو لدون ستة أشهر، فهو حر بالمباشرة والسراية، وعلى المعتق قيمة نصيب الشريك يوم الولادة، فإن ألقته ميتًا من غير جناية، فلا شيء على المعتق، وإن كان بجناية، فعلى عاقلة الجاني غرة لورثة الجنين، لأنه محكوم بحريته، وعلى المعتق نصف عشر قيمة الأم للشريك. هكذا أطلق ابن الحداد، فقال القفال: إنما يلزم المعتق نصف عشر قيمة الأم إذا لم يزد على قيمة الغرة، فإن زاد، لم يلزم إلا نصف قيمة الغرة، ورأى الشيخ أبو علي الأخذ بالإطلاق، وأنه يجب نصف عشر قيمة الأم بالغًا ما بلغ، لأن انفصاله مضمونًا كانفصاله حيًا، لأن الغرة تصرف إلى الوارث، وقد لا يستحق المعتق منها شيئًا، وإنما كان يجب رعاية المناسبة بين الغرمين، أن لو كان الواجب بالجناية للمعتق، قال الشيخ: وهذا كله جواب على أن الشراء يحصل بنفس الإعتاق، فإن قلنا: يحصل بأداء القيمة، فإذا وضعت الحمل، وقوم ووصل نصف القيمة إلى الشريك، فحينئذٍ يعتق الباقي. وإن ألقته ميتًا بجناية، فنصفه حر، وهو يقوم الباقي على المعتق؟ فيه الخلاف السابق فيما لو أعتق نصيبه ومات العبد قبل وصول القيمة إلى الشريك. فإن قلنا: يسقط التقويم، فنصفه حر ونصفه رقيق، فعلى

عاقلة الجاني نصف غرة. وإلى من تصرف؟ فيه الخلاف المذكور في أن من بعضه حر، هل يورث، ويجب للنصف المملوك نصف عشر قيمة الأم، وهل يكون في مال الجاني أم على عاقلته؟ فيه الخلاف في أن بدل الرقيق تحمله العاقلة.

**فرع:** خلف ثلاثة أعبد، قيمة كل واحد مئة ولا مال له غيرهم، فشهد عدلان أنه عتق في مرضه هذين، فأشار الوارث إلى أحدهما، فقال: أما هذا فأعتقه، وأما الآخر، فلا، فلا يقبل قوله في إبطال حق الآخر من العتق، لكن يقرع بينهما، فإن خرج العتق لمن عينه الوارث، عتق ورق الآخر، وإن خرج للآخر، عتق بمقتضى القرعة التي اقتضتها الشهادة، ويعتق الآخر بإقرار الوارث. وإن قال الوارث: أعتق مورثي هذا، ولا أعلم حال الآخر، أقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة، عتق، دون الآخر. ولو شهدا أنه أعتق الثلاثة دفعة وقال الوارث: أعتق هذين دون ذاك، قال ابن الحداد: يقرع بين الثلاثة، فإن خرج سهم العتق للذي أنكره الوارث، عتق، وتعاد القرعة لإقرار الوارث بين الآخرين، فمن خرجت له عتق بإقرار الوارث. وإن خرجت أولًا لأحد الاثنين اللذين أقر بإعتاقهما، عتق، ورق الآخران، وبالله التوفيق.

## باب المدبر

**قال المصنف رحمه الله تعالى: التدبير قربة لأنه يقصد به العتق ويعتبر من الثلث في الصحة والمرض، لما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال: «المدبر من الثلث»[1]، ولأنه تبرع يتنجز بالموت فاعتبر من الثلث كالوصية، فإن دبر عبدًا وأوصى بعتق آخر، وعجز الثلث عنهما، أقرع بينهما. ومن أصحابنا من قال: فيه قول آخر أنه يقدم المدبر، لأنه يعتق بالموت، والموصى بعتقه لا يعتق بالموت، والصحيح هو الأول لأن لزومهما بالموت فاستويا.**

**فصل: ويصح من السفيه لأنه إنما منع من التصرف حتى لا يضيع ماله فيفتقر وبالتدبير لا يضيع ماله لأنه باقٍ على ملكه، وإن مات استغنى عن المال وحصل له الثواب، وهل يصح من الصبي المميز؟ فيه قولان: أحدهما: أنه يصح لما ذكرناه في السفيه. والثاني: لا يصح وهو الصحيح لأنه ليس من أهل العقود، فلم يصح تدبيره كالمجنون.**

**فصل: والتدبير هو أن يقول: إن مت فأنت حر، فإن قال: دبرتك أو أنت**

---

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه برقم (٢٥١٤) والدارقطني في سننه (٤/١٣٨) والبيهقي في سننه (١٠/ ٣١٤).

مدبر ونوى العتق صح، وإن لم ينوِ فالمنصوص في المدبر أنه يصح. وقال في المكاتب: إذا قال: كاتبتك على كذا وكذا لم يصح حتى يقول: فإذا أديت فأنت حر فمن أصحابنا من نقل جوابه في المدبر، إلى المكاتب، وجوابه في المكاتب إلى المدبر وجعلهما على قولين: أحدهما: أنهما صريحان لأنهما موضوعان للعتق في عرف الشرع. والثاني: أنهما كنايتان فلا يقع العتق بهما إلا بقرينة أو نية لأنهما يستعملان في العتق وغيره. ومنهم من قال في المدبر صريح وفي المكاتب كناية. ولم يذكر فرقًا يعتمد عليه.

فصل: ويجوز مطلقًا، وهو أن يقول: إن مت فأنت حر، ويجوز مقيدًا وهو يقول: إن مت من هذا المرض، أو في هذا البلد فأنت حر، لأنه عتق معلق على صفة، فجاز مطلقًا ومقيدًا، كالعتق المعلق على دخول الدار، ويجوز تعليقه على شرط، بأن يقول: إن دخلت الدار فأنت حر بعد موتي، كما يجوز أن يعلق العتق المعلق على دخول الدار بشرط قبله، فإن وجد الشرط صار مدبرًا، وإن لم يوجد الشرط حتى مات السيد لم يصر مدبرًا لأنه علق التدبير على صفة، وقد بطلت الصفة بالموت فسقط ما علق عليه.

فصل: ويجوز تدبير المعتق بصفة، كما يجوز أن يعلق عتقه على صفة أخرى ـ فإن وجدت الصفة قبل الموت ـ عتق بالصفة وبطل التدبير به، وإن مات قبل وجود الصفة عتق بالتدبير، وبطل العتق بالصفة، ويجوز تدبير المكاتب كما يجوز أن يعلق عتقه على صفة، فإذا دبره صار مكاتبًا مدبرًا ويستحق العتق بالكتابة والتدبير. فإن أدى المال قبل الموت عتق بالكتابة، وبطل التدبير، وإن مات قبل الأداء فإن كان يخرج من الثلث عتق بالتدبير وبطلت الكتابة، وإن لم يخرج جميعه عتق منه بقدر الثلث ويسقط من مال الكتابة بقدره، وبقي الباقي على الكتابة، ولا يجوز تدبير أم الولد، لأن الذي يقتضيه التدبير هو العتق بالموت، وقد استحقت ذلك بالاستيلاد، فلم يفد التدبير شيئًا، فإذا دبرها ومات عتقت بالاستيلاد من رأس المال.

فصل: ويجوز تدبير الحمل كما يجوز في بعض عبد كما يجوز عتقه، ويجوز في العتق، فإن كان بين رجلين عبد فدبر أحدهما نصيبه وهو موسر فهل يقوم عليه نصيب شريكه ليصير الجميع مدبرًا؟ فيه قولان: أحدهما: يقوم عليه لأنه أثبت له شيئًا يفضي إلى العتق لا محالة فأوجب التقويم كما لو استولد جارية بينه وبين غيره. والثاني: وهو المنصوص أنه لا يقوم عليه، لأن التقويم إنما يجب بالإتلاف كالعتق أو بسبب يوجب الإتلاف كالاستيلاد، والتدبير ليس بإتلاف، ولا سبب يوجب الإتلاف، لأنه يمكن نقضه بالتصرف فلم يوجب التقويم، فإن كان له عبد فدبر بعضه فالمنصوص أنه لا يسري إلى الباقي.

ومن أصحابنا من قال: فيه قول آخر أنه يسري فيصير الجميع مدبرًا. ووجههما ما ذكرناه في المسألة قبلها، فإن كان عبد بين اثنين فدبراه، بأن قال

كل واحد منهما: إذا مت فأنت حر جاز، كما لو أعتقاه، فإن أعتق أحدهما نصيبه بعد التدبير وهو موسر فهل يقوم عليه نصيب شريكه ليعتق؟ فيه قولان منصوصان: أحدهما: لا يقوم عليه، لأن لنصيب شريكه جهة يعتق بها، فاستغنى عن التقويم، ولأنا إذا قومناه على المعتق أبطلنا على شريكه ما ثبت له من العتق والولاء بحكم التدبير. والثاني: يقوم عليه ليصير الكل حرًا، لأن المدبر كالقن في الملك والتصرف، فكان كالقن في التقويم والسراية، فإن كان بين نفسين عبد فقالا إذا متنا فأنت حر لم يعتق حصة واحد منهما إلا بموته وموت شريكه، فإن ماتا معًا عتق عليهما بوجود الصفة فإن مات أحدهما قبل الآخر انتقل نصيب الميت إلى وارثه ووقف عتقه على موت الآخر فإذا مات الآخر عتق، فإن قالا: أنت حبيس على آخرنا موتًا، فالحكم فيها كالحكم في المسألة قبلها إلا في فصل واحد، وهو أن في المسألة الأولى إذا مات أحدهما انتقل نصيب الميت إلى وارثه إلى أن يموت الآخر، وفي هذه إذا مات أحدهما كان منفعة نصيبه موصى بها للآخر، إلى أن يموت لقوله: أنت حبيس على آخرنا موتًا، فإذا مات الآخر عتق.

فصل: ويملك المولى بيع المدبر، لما روى جابر رضي الله عنه «أن رجلًا أعتق غلامًا له عن دبر منه، ولم يكن له مال غيره، فأمر به النبي ﷺ فبيع بسبعمائة أو بتسعمائة»[1]، ويملك هبته ووقفه، وكتابته، قياسًا على البيع ويملك إكسابه منافعه وأرش ما يجني عليه، لأنه لما كان كالعبد القن في التصرف في الرقبة، كان كالقن فيما ذكرناه، وإن جنى خطأ تعلق الأرش برقبته وهو بالخيار بين أن يسلمه للبيع وبين أن يفديه كما يفدي العبد القن، لأنه كالقن في جواز بيعه فكان كالقن في جواز التسليم للبيع والفداء، وإن مات السيد قبل أن يفديه.

فإن قلنا: لا يجوز عتق الجاني لم يعتق، وللوارث الخيار بين التسليم للبيع وبين الفداء كالسيد في حياته. وإن قلنا: يجوز عتق الجاني عتق من الثلث، ووجب أرش الجناية من التركة، لأنه عتق بسبب من جهته فتعلق الأرش بتركته، ولا يجب إلا أقل الأمرين من قيمته، أو أرش الجناية، لأنه لا يمكن تسليمه للبيع بعد العتق.

فصل: وإن كان المدبر جارية فأتت بولد من النكاح أو الزنا فهل يتبعها في التدبير؟ فيه قولان: أحدهما: يتبعها لأنها تستحق الحرية فتبعها الولد كأم الولد، فعلى هذا إن ماتت الأم في حياة المولى، لم يبطل التدبير في الولد. والثاني: لا يتبعها، لأنه عقد يلحقه الفسخ، فلم يسر إلى الولد كالرهن والوصية وإن دبرها وهي حامل تبعها الولد قولًا واحدًا كما يتبعها في العتق، وإن دبر عبدًا

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٥٣٤) ومسلم في صحيحه برقم (٩٩٧) وأبو داود في سننه برقم (٣٩٥٥) والنسائي في سننه (٥/ ٦٩) والترمذي في سننه برقم (١٢١٩) وابن ماجه في سننه برقم (٢٥١٣).

ثم ملكه جارية، فأتت منه بولد لحقه نسبه لأنه يملكها في أحد القولين وله فيها شبهة في القول الثاني، لاختلاف الناس في ملكه.

فإن قلنا: لا يملك الجارية فالولد مملوك للمولى، لأنه ولد أمته (وإن قلنا) يملكها، فالولد ابن المدبر ومملوكه لأنه من أمته وهل يكون مدبرًا؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه ليس بمدبر لأن الولد إنما يتبع الأم دون الأب والأم غير مدبرة. والثاني: أنه مدبر لأنها علقت به في ملكه فكان كالأب، كولد الحر من أمته.

فصل: ويجوز الرجوع في التدبير بما يزيل الملك، كالبيع والهبة المقبوضة، لما رويناه من حديث جابر ﷺ، وهل يجوز بلفظ الفسخ؟ كقوله: فسخت ونقضت ورجعت؟ فيه قولان: أحدهما: أنه يجري مجرى الوصية فيجوز له فسخه بلفظ الفسخ وهو اختيار المزني لأنه تصرف يتنجز بالموت يعتبر من الثلث فهو كالوصية. والثاني: أنه يجري مجرى العتق بالصفة فلا يجوز فسخه بلفظ الفسخ، وهو الصحيح، لأنه عتق علقه على صفة فهو كالعتق بالصفات، وإن وهبه ولم يقبضه، فقد اختلف أصحابنا فيه، فمنهم من قال: إن قلنا: إنه كالوصية فهو رجوع، وإن قلنا: أنه كالعتق بالصفة فليس برجوع لأنه لم يزل الملك. ومنهم من قال: هو رجوع على القولين لأنه تصرف يفضي إلى زوال الملك وإن كاتبه، فإن قلنا: إن التدبير كالوصية كان رجوعًا كما لو أوصى بعبد ثم كاتبه، وإن قلنا، أنه كالعتق بالصفة لم يكن رجوعًا بل يصير مدبرًا مكاتبًا وحكمه ما ذكرناه فيمن دبر مكاتبًا، وإن دبره ثم قال إن أديت إلى وارثي ألفًا فأنت حر.

فإن قلنا: أنه كالوصية كان ذلك رجوعًا في التدبير لأنه عدل عن العتق بالموت إلى العتق بأداء المال فبطل التدبير ويتعلق العتق بالأداء، وإن قلنا: أنه كالعتق بالصفة وخرج من الثلث عتق بالتدبير وسقط حكم الأداء بعده لأنه علق عتقه بصفة متقدمة، ثم علقه بصفة متأخرة بأسبقهما وأسبقهما الموت، فعتق به، وإن دبر جارية ثم أولدها، بطل التدبير، لأن العتق بالتدبير والاستيلاد في وقت واحد، والاستيلاد أقوى فأسقط التدبير.

فصل: ويجوز الرجوع في تدبير البعض، كما يجوز التدبير في الابتداء في البعض، وإن دبر جارية فأتت بولد من نكاح أو زنا وقلنا: أنه يتبعها في التدبير ورجع في تدبير الأم لم يتبعها الولد في الرجوع، وإن تبعها في التدبير، كما أن ولد أم الولد يتبعها حق الحرية ثم لا يتبعها في بطلان حقها من الحرية بموتها، وإن دبرها الصبي وقلنا أنه يصح تدبيره، فإن قلنا: يجوز الرجوع بلفظ الفسخ، جاز رجوعه لأنه لا حجر عليه في التدبير، فجاز رجوعه فيه كالبالغ، وإن قلنا: لا يجوز الرجوع إلا بتصرف يزيل الملك لم يصح الرجوع في تدبيره إلا بتصرف يزيل الملك من جهة الولي.

فصل: وإن دبره عبده ثم ارتد، فقد قال أبو إسحاق: لا يبطل التدبير، فإن

مات عتق العبد، لأنه تصرف نفذ قبل الردة، فلم تؤثر الردة فيه كما لو باع له ثم ارتد، ومن أصحابنا من قال: يبطل التدبير لأن المدبر إنما يعتق إذا حصل للورثة شيء مثلاه، وها هنا لم يحصل للورثة شيء فلم يعتق،

ومنهم من قال: يبنى على الأقوال في ملكه، فإن قلنا: يزول ملكه بالردة، بطل لأنه زال ملكه فيه، فأشبه إذا باعه، وإن قلنا: لا يزول لم يبطل كما لو لم يدبر وإن قلنا: موقوف فالتدبير موقوف وما قال أبو إسحاق غير صحيح لأنه ارتد والمدبر على ملكه، فزال بالردة بخلاف ما لو باعه قبل الردة وما قال الآخر لا يصح لأن ماله بالموت صار للمسلمين، وقد حصل لهم مثلاه.

فصل: وإن دبر الكافر عبدًا كافرًا، ثم أسلم العبد، ولم يرجع السيد في التدبير ففيه قولان: أحدهما: يباع عليه وهو اختيار المزني لأنه يجوز بيعه فبيع عليه كالعبد القن. والثاني: لا يباع عليه وهو الصحيح لأنه لا حظ للعبد في بيعه لأنه يبطل به حقه من الحرية فعلى هذا هو بالخيار بين أن يسلمه إلى مسلم وينفق عليه إلى أن يرجع في التدبير، فيباع عليه أو يموت، فيعتق عليه، وبين أن يخارجه على شيء، لأنه لا سبيل إلى إقراره في يده فلم يخرج إلا ما ذكرناه، فإن مات السيد، وخرج من الثلث عتق، وإن لم يخرج عتق منه بقدر الثلث وبيع الباقي على الورثة لأنه صار قنًا.

فصل: وإن اختلف السيد والعبد فادعى العبد أنه دبره وأنكر السيد، فإن قلنا أن التدبير كالعتق بالصفة صح الاختلاف لأنه لا يمكن الرجوع فيه، والقول قول السيد لأن الأصل أنه لم يدبر.

وإن قلنا: أنه كالوصية ففيه وجهان: أحدهما: إن القول قول السيد لأن جحوده رجوع وهو يملك الرجوع. والثاني: أنه ليس برجوع وهو المذهب لأنه قال في الدعوى والبينات: إذا أنكر السيد قلنا له: قل رجعت، ولا يحتاج إلى اليمين فدل على أن جحوده ليس برجوع، والدليل عليه أن جحوده الشيء ليس برجوع كما أن جحود النكاح ليس بطلاق فعلى هذا يصح الاختلاف والحكم فيه كالحكم فيه إذا قلنا أنه عتق بالصفة، وإن مات السيد واختلف العبد والوارث صح الاختلاف على القولين، والقول قول الوارث، وإن كان في يده مال فقال كسبته بعد العتق، وقال الوارث: بل كسبته قبل العتق، فالقول قول المدبر، لأن الأصل عدم الكسب إلا في الوقت الذي وجد فيه، وقد وجد وهو في يد المدبر، فكان له، وإن كان أمة ومعها ولد فادعت أنها ولدته بعد التدبير. وقال الوارث بل ولدته قبل التدبير فالقول قول الوارث لأن الأصل في الولد الرق.

فصل: ويجوز تعليق العتق على صفة مثل أن يقول: إن دخلت الدار فأنت حر، وإن أعطيتني ألفًا فأنت حر لأنه عتق على صفة فجاز كالتدبير فإن قال ذلك في المرض اعتبر من الثلث؛ لأنه لو أعتقه اعتبر من الثلث، فإذا عقده اعتبر من الثلث، وإن قال ذلك وهو صحيح اعتبر من رأس المال سواء وجدت الصفة وهو

**صحيح أو وجدت وهو مريض لأن العتق إنما يعتبر من الثلث في حال المرض لأنه قصد إلى الإضرار بالورثة في حال يتعلق حقهم بالمال وههنا لم يقصد إلى ذلك، فإن علق العتق على صفة مطلقة ثم مات بطل لأن تصرف الإنسان مقصور على حال الحياة فحمل إطلاق الصفة عليه، وإن علق عتقه على صفة بعد الموت لم يبطل بالموت، لأنه يملك العتق بعد الموت في الثلث فملك عقده على صفة بعد الموت.**

**فصل: وإن علق عتق أمة على صفة ثم أتت بولد من النكاح أو الزنا فهل يتبعها الولد؟ فيه قولان كما قلنا في المدبرة، فإن بطلت الصفة في الأم بموتها أو بموته بطلت في الولد، لأن الولد يتبعها في العتق لا في الصفة، بخلاف ولد المدبرة، فإنه يتبعها في التدبير، فإذا بطل فيها بقي فيه، وإن قال لأمته: أنت حرة بعد موتي بسنة فمات السيد وهي تخرج من الثلث، فللوارث أن يتصرف في كسبها ومنفعتها، ولا يتصرف في رقبتها لأنها موقوفة على العتق، فإن أتت بولد بعد موت السيد فقد قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ يتبعها الولد قولًا واحدًا، فمن أصحابنا من قال فيه قولان، كالولد الذي تأتي به قبل الموت، والذي قاله الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ أحد القولين، ومنهم من قال: يتبعها الولد قولًا واحدًا، لأنها أتت به، وقد استقر عتقها بالموت فيتبعها الولد كأم الولد بخلاف ما قبل الموت فإن عتقها غير مستقر، لأنه يلحقه الفسخ.**

**فصل: وإن علق عتق عبده على صفة لم يملك الرجوع فيها بالقول لأنه كاليمين أو كالنذر والرجوع في الجميع لا يجوز، ويجوز الرجوع فيه بما يزيل الملك كالبيع وغيره، فإن علق عتقه على صفة ثم باعه ثم رجع إليه فهل يعود حكم الصفة؟ فيه قولان بناء على القولين فيمن علق طلاق امرأته على صفة وبانت منه ثم تزوجها، وإن دبر عبده ثم باعه ثم رجع إليه، فإن قلنا: إن التدبير كالوصية لم يرجع لأن الوصية إذا بطلت لم تعد، وإن قلنا: أنه كالعتق بصفة فهل يعود أم لا؟ على ما ذكرناه من القولين.**

**الشرح:** التدبير هو تعليق عتق الرقيق بموت سيده. والمدبر: هو العبد الذي حصل له التدبير، سُمّي بذلك لأن عتقه جُعل دبر حياة سيده، فالموت يكون دبر الحياة، وقوله: «ينتجز بالموت» أي يتعجل، وقوله: «يفضي» أي يؤول ويصير، وقوله: «عن دبر منه» أي بعد موته، وإدبار حياته، وقوله: «عدل عن الحق» أي: مال، وقوله: «كالعبد القن» أي الخالص العبودية ليس بمكاتب ولا مدبر ولا علق عتقه على شرط، وقوله: «وبين أن يخارجه على شيء» أي يجعل عليه خراجًا يؤديه، والخرج والخراج: الأتاوة.

أما الأحكام: فأركان التدبير ثلاثة: المحل، والصيغة، والأهل.

الركن الأول: أما المحل، فمعلوم.

الركن الثاني: وأما الصيغة، فينعقد التدبير بالصريح وبالكناية فالصريح كقوله: أنت حر بعد موتي، أو أعتقتك، أو حررتك بعد موتي، أو إذا مت فأنت حر، أو عتيق، فإذا مات عتق ولو قال: دبرتك، أو أنت مدبر، فالنص أنه صريح، ويعتق إذا مات السيد. ونص في الكتابة أن قوله: كاتبتك على كذا، لا يكفي حتى يقول: فإذا أديت فأنت حر وينويه، وفيهما طريقان، فقيل: فيهما قولان أحدهما: صريحان لاشتهارهما في معنييهما، كالبيع والهبة. والثاني: كنايتان، لخلوهما عن لفظ الحرية والعتق، والمذهب تقرير النصين. والكناية كقوله: خليت سبيلك بعد موتي مع نية العتق. ولو قال: دبرت نصفك أو ربعك، صح. وإذا مات، عتق ذلك الجزء، ولم يسر. ولو قال: دبرت يدك أو رجلك، فهل يصح ويكون كله مدبرًا، أم يلغو؟ وجهان: ونص في «الأم» أنه لو قال: أنت حر بعد موتي ولست بحر، لا يصح التدبير، كما لا يحصل العتق لو قال: أنت حر أو لست بحر، ولا الطلاق إذا قال: أنت طالق، أو لست بطالق.

**فرع:** يصح التدبير مطلقًا، وهو أن يعلق العتق بالموت بلا شرط. ومقيدًا بشرط في الموت، كقوله: إن قتلت، أو مت من مرضي هذا، أو حتف أنفي أو في سفري هذا، أو في هذا الشهر، أو في هذا البلد، فأنت حر، فإن مات على الصفة المذكورة، عتق، وإلا، فلا. ولو قال: إذا مت، ومضى شهر أو يوم فأنت حر، أو قال: أنت حر بعد موتي بيوم، عتق بعد موته بيوم، ولا يحتاج إلى إنشاء إعتاق بعد موته. وهل هذا تدبير مطلق، أم مقيد، أم ليس بمطلق ولا مقيد، وإنما هو تعليق ليس بتدبير؟ فيه أوجه: الصحيح: الثالث، وبه قال الأكثرون، منهم الشيخ أبو حامد، وابن كج، وابن الصباغ، والروياني، قالوا: متى علق العتق بصفة بعد الموت، كقوله: إذا مت وشئت الحرية، أو يشاء فلان، أو إذا مت ثم دخلت فأنت حر، أو أنت حر بعد موتي إذا خدمت ابني شهرًا، فكل ذلك ليس بتدبير، بل تعليق، ويجوز تعليق التدبير، بأن يقول: إذا، أو متى دخلت الدرا، فأنت حر بعد موتي، أو أنت مدبر، فإذا دخل، صار مدبرًا، ولا يشترط الدخول في الحال، لكن يشترط حصوله في حياة السيد، كسائر الصفات المعلق عليه، فإن مات السيد قبل الدخول، فلا تدبير، ولغا التعليق، إلا أن يصرح فيقول: إذا دخلت الدار بعد موتي، أو إذا مت، ثم دخلت الدار فأنت حر، فإنما يعتق حينئذٍ بالدخول بعد الموت.

وللإمام احتمال في تعليق العتق بالدخول بعد الموت، وذكر أن القاضي رمز إليه، ولا تشترط المبادرة إليه بعد الموت، بل متى دخل، عتق. ولو قال: إذا مت ودخلت الدار فأنت حر، قال البغوي: يشترط الدخول بعد الموت، إلا أن يريد

الدخول قبله. ولو قال: إذا مت فدخلت الدار، أو إذا مت فأنت حر إن دخلت الدار، فعلى ما سنذكره إن شاء الله تعالى في التعليق بالمشيئة. ولو قال الشريكان لعبدهما: إذا متنا فأنت حر، لم يعتق حتى يموتا، إما معًا، وإما مرتبًا، ثم إن ماتا معًا، فالحاصل عتق لحصول الصفة، لا تدبير، لأنه معلق بموته وموت غيره. والتدبير: أن يعلق بموت نفسه. وقيل: إنه عتق تدبير، لاتصاله بالموت، والصحيح الأول. وإن ماتا مرتبًا، فوجهان: أحدهما: ليس بتدبير، والصحيح: أنه إذا مات أحدهما، صار نصيب الثاني مدبرًا، لتعلق العتق بموته، وكأنه قال: إذا مات شريكي فنصيبي منك مدبر، ونصيب الميت لا يكون مدبرًا، وهو بين الموتين للورثة، فلهم التصرف فيه بما لا يزيل الملك، كالاستخدام والإجارة، وليس لهم بيعه، لأنه صار مستحق العتق بموت الشريك، وكذا إذا قال: إن دخلت الدار بعد موتي، فأنت حر، فليس للوارث بيعه بعد الموت وقبل الدخول، إذ ليس له إبطال تعليق الميت، وإن كان للميت أن يبطله، كما لو أوصى لرجل بشيء ومات، ليس للوارث بيعه، وإن كان للموصي أن يبيعه. وكذا من أعار، له الرجوع في العارية. ولو قال: أعيروا داري لفلان بعد موتي شهرًا، وجب تنفيذ وصيته، ولم يملك الوارث الرجوع عن هذه العارية، هذا هو الصحيح. وفي الصورتين وجه أنه يجوز للورثة بيعه، وفي كسب العبد بين موتيهما وجهان: أحدهما: أنه معدود من تركة الميت، وأصحهما: أنه للوارث خاصة قال في «الأم» ولو قالا لعبدهما: أنت حبيس على آخرنا موتًا، فإذا مات، عتقت، فهو كما لو قالا: إذا متنا فأنت حر، إلا أن هناك المنفعة بين الموتين تكون لورثة الأول، وهي للآخر، وكذا الكسب، وكأنَّ أولهما موتًا أوصى بهما لآخرهما موتًا. ولو قال أحدهما: إذا مت، فأنت حر، فإذا مات، عتق نصيبه، ولم يسر.

**فرع:** قال لعبده: أنت حر إن شئت، فإنما يعتق إذا شاء على الفور، وقيل: لا يشترط الفور، والصحيح الأول. ولو علق التدبير بمشيئة العبد، فقال: أنت مدبر إن شئت، أو دبرتك إن شئت، أو قال: إن شئت فأنت مدبر، أو فأنت حر إذا مت، أو متى مت، فلا يصير مدبرًا إلا بالمشيئة، والصحيح اشتراط الفور فيها. فلو قال: متى شئت، أو مهما شئت، لم يشترط الفور، ويصير مدبرًا متى شاء. وفي الحالتين تشترط المشيئة في حياة السيد، كسائر الصفات المعلق عليها، إلا إذا علق صريحًا بمشيئة بعد الموت، فإنما يحصل العتق بمشيئة بعد الموت، ولا يمنع الامتناع في الحياة من المشيئة بعد الموت. ثم ينظر في لفظ التعليق، فإن قال: أنت حر بعد موتي إن شئت بعد الموت، أو اقتصر على قوله: إن شئت، وقال: أردت بعد

الموت، فقال الإمام والغزالي: لا يشترط الفور بعد الموت، ونفى الإمام الخلاف في ذلك، لأنها إذا تأخرت عن الخطاب، واعتبرت بعد الموت، لم يكن لاشتراط اتصالهما بعد الموت معنى ولهذا لا يشترط في قبول الوصية.

وفي «التهذيب» وغيره وجهان فيما لو قال: إذا مت وشئت بعد موتي فأنت حر، أن المشيئة على التراضي، أم يشترط الفور؟ والصورة كالصورة. ولو قال: إذا مت فشئت فأنت حر، ففي اشتراط اتصال المشيئة بالموت وجهان: الأصح: الاشتراط، وبه أجاب الأكثرون، لأن الفاء للتعقيب، ويجري الخلاف في سائر التعليقات، كقوله: إن دخلت الدار فكلمت زيدًا فأنت طالق، هل يشترط اتصال الكلام بالدخول؟ ولو قال: إذا مت فمتى شئت فأنت حر، لم يشترط اتصال المشيئة بالموت بلا خلاف. ولو قال: إذا مت، فأنت حر إن شئت، أو إذا شئت، أو قال: أنت حر إذا مت إن شئت، فيحتمل أن يراد بهذا اللفظ المشيئة في الحال، وتحتمل المشيئة بعد الموت، فيراجع ويعمل بمقتضى إرادته، فإن قال: أطلقت ولم أنو شيئًا، فثلاثة أوجه: الأصح: حمله على المشيئة بعد الموت، وبه أجاب الأكثرون. منهم العراقيون، وشرطوا أن تكون المشيئة بعد الموت على الفور، ومقتضى ما سبق عن الإمام والغزالي: أن لا يشترط الفور. والثاني: حمله على المشيئة في الحياة وبعد الموت، لأن الموت متردد بينهما فتكفي المشيئة في حياة السيد، ويشترط الفور على الصحيح. والثالث: تشترط المشيئة في الحياة، فإن لم يتحققا، لم يحصل يقين العتق، وليجر هذا الخلاف في سائر التعليقات، كقوله: إذا دخلت الدار فأنت طالق، إن كلمت فلانًا. أيعتبر الكلام بعد الدخول، أم قبله؟ قال الإمام: ونشأ من هذا المنتهى إشكال فيما لو قال لعبده: إن رأيت عينًا فأنت حر، والعين لفظ مشترك بين الباصرة، والدينار، وعين الماء، ولم ينو المعلق شيئًا، فهل يعتق العبد إذا رأى شيئًا منها؟ فيه تردد، والوجه: أنه يعتق، وبه يضعف اعتبار المشيئتين في مسألة المشيئة. ولك أن تقول: إن لم تكن المسألة كالمسألة، فلا إلزام، وإن كانت كهي، فليحصل العتق بالمشيئة في الحياة أو بعد الموت، كمسألة العين، وهذا وجه غير الثلاثة، ثم الأشبه أن اللفظ المشترك لا يحمل جميع معانيه، ولا يحمل عند الإطلاق على كلها، ويمكن أن يؤمر بتعيين أحدها، ومتى اعتبر في المشيئة بعد الموت الفور فأخرها، بطل التعليق، وإذا لم تعتبر كما في قوله: فأنت حر متى شئت، فقال القاضي أبو حامد: تعرض عليه المشيئة، فإن امتنع، فللورثة بيعه، وكذا لو علق بدخول الدار وغيره بعد الموت، يعرض عليه الدخول، كما يقال للموصى له: أقبل أو رد. وهل للورثة بيعه قبل المشيئة وعرضها عليه؟ فيه الخلاف السابق في الفرع الماضي.

**فرع:** قال: إن شاء فلان وفلان، فعبدي حر بعد موتي، لم يكن مدبرًا حتى يشاء جميعًا. ولو قال: إذا مت، فشئت، فأنت مدبر، فهذا لغو، وكذا لو قال: إذا مت فدبروا هذا العبد. ولو قال: إذا مت فعبد من عبيدي حر، ومات ولم يبين، أقرع بينهم. قال في «الأم»: لو قال: إذا قرأت القرآن بعد موتي فأنت حر، لا يعتق إلا بقراءة جميع القرآن. ولو قال: إذا قرأت قرآنًا عتق بقراءة بعض القرآن.

الركن الثالث: الأهل، فلا يصح تدبير مجنون، ولا صبي لا يميز، ولا مميز على الأظهر، فإن صححناه، صح رجوعه بالقول إن جوزنا الرجوع عن التدبير بالقول، وفيه وجه. وإن قلنا: يملك الرجوع بالقول، فالتصرف الذي يحصل به الرجوع، لا يصح منه، لكن يقوم الولي مقامه، فإذا رأى المصلحة في بيعه، باعه، وبطل التدبير، ويصح تدبير المحجور عليه بسفه على المذهب، وقيل: قولان كالمميز، فإن صححنا، فرجوعه كما ذكرنا في المميز، وتدبير المحجور عليه بفلس كإعتاقه، وقد سبق في التفليس. وفي تدبير السكران الخلاف السابق في سائر تصرفاته. وفي تدبير المرتد أقوال مبنية على ملكه، إن قلنا: باق، صح تدبيره، وإن قلنا: زال، فلا. وإن قلنا: موقوف، فتدبيره موقوف، إن أسلم، بان صحته، وإن مات مرتدًا، بان فساده. وحكي قول في بطلان تدبيره على قول الوقف، ثم قال ابن سلمة: الأقوال إذا حجر القاضي عليه، فأما قبله، فيصح قطعًا، وقال أبو إسحاق: هي قبل الحجر، فأما بعده، فلا يصح قطعًا. وقال غيرهما بطرد الأقوال في الحالين. وقد سبق في الردة أن البغوي جعل الوقف أصح. وروى بعضهم أن الشافعي قال: أشبه الأقوال بالصحة، زوال الملك بنفس الردة، وبه أقول. ولو دبر عبدًا، ثم ارتد، فثلاث طرق، أصحها: وهو الذي رجحه ابن كج، والعراقيون، وبه قال أبو إسحاق: لا يبطل التدبير قطعًا، فإذا مات مرتدًا، عتق العبد، صيانة لحق العبد عن الضياع، كحق الغرماء، وكما لا يبطل بيعه وسائر عقوده. والثاني: يبطل قطعًا، لأنه لو بقي، لنفذ من الثلث، وما نفذ من الثلث، اشترط فيه بقاء الثلثين للورثة، وهذا ضعيف، وعلى هذا تبطل وصايا المرتد. والثالث، وبه قال ابن سلمة: يبنى على أقوال الملك، إن بقي، فالتدبير باق، وإن زال، بطل، وإن وقف، فإن قلنا بالبطلان، فأسلم، عاد ملكه، وعاد التدبير على المذهب. وقيل: قولان، كعود الحنث، كما لو باع مدبرًا، ثم ملكه. وإن أبقينا التدبير، عتق المدبر من الثلث، وجعل الثلثان فيئًا، وفي وجه: يعتق كله، ورعاية الثلث والثلثين يختص بالميراث. ولو ارتد المدبر، قتل كالقن، لكن لا يبطل التدبير بالردة، كما لا يبطل الاستيلاد والكتابة بالردة. فلو مات السيد قبل قتله، عتق. ولو التحق المرتد بدار

الحرب، فسبي، فهو على تدبيره، ولا يجوز استرقاقه، لأنه إن كان سيده حيًا، فهو له، وإن مات، فولاؤه له، ولا يجوز إبطاله، فإن كان سيده ذميًا، ففي جواز استرقاق عتيقه خلاف سبق. ولو استولى الكفار على مدبر مسلم، ثم عاد إلى يد المسلمين، فهو مدبر كما كان.

**فرع:** الكافر الأصلي، يصح تدبيره وتعليقه العتق بصفة، كما يصح استيلاده، سواء الكتابي، والمجوسي، والوثني، والحربي، والذمي، ولا يمنع الكافر من حمل مدبره ومستولدته الكافرين إلى دار الحرب، سواء جرى التدبير في دار الإسلام، أو دار الحرب، وليس له حمل مكاتبه الكافر قهرًا، لظهور استقلاله. ولو دبر كافر عبدًا كافرًا، ثم أسلم العبد، فإن رجع السيد عن التدبير بالقول، وجوزناه، بيع عليه، وإلا، ففي بيعه قولان منصوصان في «الأم» أحدهما: يباع عليه، ويبطل التدبير دفعًا لإذلاله، وأظهرهما: لا يباع، بل يبقى التدبير، لتوقع الحرية، ولكن يخرج من يده، ويجعل في يد عدل، ويصرف كسبه إليه، كما لو أسلمت مستولدته، فإن خرج سيده إلى دار الحرب، أنفق من كسبه عليه، وبعث ما فضل إلى السيد، فإذا مات، عتق من الثلث، فإن بقي منه شيء للورثة، بيع عليهم. ولو أسلم مكاتب الكافر، فقيل: قولان كالمدبر، والمذهب أنه لا يباع، بل تبقى الكتابة، لانقطاع سلطة السيد واستقلاله، فإن عجزه السيد، بيع عليه.

**فرع:** إذا دبر أحد الشريكين نصيبه، فالمشهور أنه لا يسري ولا يقوم عليه نصيب شريكه، فإن مات وعتق نصيبه، لم يسر أيضًا إلى نصيب الشريك، لأن الميت معسر، بخلاف ما إذا علق عتق نصيبه بصفة فوجدت وهو موسر، يسري. وفي قول: يسري، وحكي هذا وجهًا. ولو دبر بعض عبده الخالص، صح، ولا سراية، ويجيء فيه الخلاف في نصيب الشريك وأولى.

وللتدبير حكمان: ارتفاعه، وسرايته إلى الولد.

الحكم الأول: ارتفاعه، ويرتفع بخمسة أمور:

الأمرالأول: إزالة الملك، فللسيد إزالة الملك عن المدبر بالبيع والهبة والوصية وغيرها، سواء كان التدبير مطلقًا أو مقيدًا، وإذا زال الملك عنه ببيع ونحوه، ثم عاد إلى ملكه، فهل يعود التدبير؟ يبنى على أن التدبير وصية للعبد بالعتق، أم هو تعليق عتق بصفة؟ وفيه قولان: القديم وأحد قولي الجديد: وصية.

والأمر الثاني: وهو نصه في أكثر كتبه: تعليق بصفة، وهذا هو الأظهر عند الأكثرين، فإن قلنا: وصية، لم يعد التدبير، كما لو أوصى بشيء، ثم باعه، ثم ملكه. وإن قلنا: تعليق، فعلى الخلاف في عود الحنث، وقد سبق أن الأظهر أنه لا

يعود، فحصل أن المذهب أنه لا يعود التدبير الثاني لو رجع عن التدبير باللفظ، كقوله: رجعت عنه، أو فسخته، أو أبطلته، أو رفعته، أو نقضته، فإن قلنا: وصية، صح الرجوع، وإلا، فلا. وسواء التدبير المطلق والمقيد. وقيل: يختص الخلاف بالمطلق، ويقطع في المقيد بمنع الرجوع، والمذهب الأول. ولو قال: أعتقوا فلانًا عني إذا مت، جاز الرجوع باللفظ كسائر الوصايا. ولو ضم إلى الموت صفة أخرى، بأن قال: إذا مت، فدخلت الدار، فأنت حر، لا يجوز الرجوع باللفظ قطعًا، وإنما الخلاف في التدبير.

**فرع:** إذا وهب المدبر ولم يقبضه، إن قلنا: التدبير وصية، حصل الرجوع، وإن قلنا: تعليق، لم يحصل على الصحيح، وإن اتصل بها القبض، وقلنا: يملك بالقبض، انقطع التدبير، وإن قلنا: يتبين الملك من حين الهبة، قال الإمام: ففي انقطاع التدبير من حين الهبة تردد، وكذا لو باع بشرط الخيار، وقلنا: يزيل الملك، فهل يبطل التدبير قبل لزوم البيع؟ فيه تردد، والذي أطلقه البغوي أن البيع بشرط الخيار يبطل التدبير على القولين. ولو باع نصف المدبر، أو وهب وأقبض، بطل التدبير في النصف المبيع، أو الموهوب وبقي في الباقي، وهل يبطل التدبير في الرهن؟ قيل: يبطل، وقيل لا، والمذهب قولان بناء على أنه وصية أو تعليق؟ ومجرد الإيجاب في الهبة والرهن، إن جعلناه وصية، كان على الخلاف في أنه رجوع في الوصية، وإن جعلناه تعليقًا، فلا أثر له، ولا يبطل التدبير بالاستخدام والتزويج بلا خلاف، وإذا جعلناه وصية، بطل بالعرض على البيع. وسائر ما ذكرناه في باب الوصية، لكن الوطء ليس رجوعًا عن التدبير، وإن جعلناه وصية، سواء عزل أم لا، بخلاف الوصية، فإن استولدها، فالصحيح الذي قطع به الجمهور بطلان التدبير، لأن الاستيلاد أقوى، فيرتفع به الأضعف، كما يرتفع النكاح بملك اليمين، ولهذا لو دبر مستولدته، لم يصح، لأنها تستحق العتق بالموت بجهة أقوى من التدبير، وقيل: لا يبطل التدبير، ويكون لعتقها بالموت سببان. وقيل: لا يبطل، بل يدخل في الاستيلاد، كالحدث في الجنابة، ولو كاتب المدبر، ففي ارتفاع التدبير وجهان: بناء على أنه وصية، أم تعليق. إن قلنا: وصية، ارتفع، وإلا، فلا. فيكون مدبرًا مكاتبًا، كما لو دبر مكاتبًا، فإن أدى النجوم، عتق بالكتابة، وإن مات السيد قبل الأداء، عتق بالتدبير، فإن لم يحتمله الثلث، عتق قدر الثلث، وبقيت الكتابة في الباقي، فإذا أدى قسطه، عتق، وهذا نص الشافعي رحمه الله وبه قطع الشيخ أبو حامد وجماعة، وقال القاضي أبو حامد: يسأل عن كتابته، فإذا أراد بها الرجوع عن التدبير، ففي ارتفاعه القولان، وإلا، فهو مدبر مكاتب قطعًا. وخرج الإمام على الخلاف في

الكتابة، ما لو علق عتق المدبر بصفة لأنه لو أوصى به ثم علق عتقه بصفة، كان رجوعًا، وقطع البغوي بأنه يصح التعليق بالصفة، ويبقى التدبير بحاله، كما لو دبر المعلق عتقه بصفة تجوز، ثم إن وجدت الصفة قبل الموت، عتق، وإن مات قبلها، عتق بالتدبير.

**فروع:** قال: رجعت عن التدبير في نصفه أو ربعه، بقي التدبير في جميعه، إن قلنا: لا يكفي الرجوع باللفظ، وإلا فيبقى في باقيه فقط، نص في «الأم» أنه إذا دبر، ثم خرس، فإن لم يكن له إشارة مفهومة، ولا كتابة، فلا مطلع على رجوعه، وإن كانت له إشارة أو كتابة، فأشار بالبيع ونحوه، ارتفع التدبير، وإن أشار بنفس الرجوع، فعلى الخلاف.

ولو دبر مكاتبًا، صح، فإن أدى النجوم قبل موت السيد، عتق بالكتابة وبطل التدبير ولو عجز نفسه. أو عجزه سيده، بطلت الكتابة، وبقي التدبير، ولو مات السيد قبل الأداء والتعجيز، عتق بالتدبير إن احتمله الثلث. قال الشيخ أبو حامد: وتبطل الكتابة. قال ابن الصباغ: وعندي أنه يتبعه ولده وكسبه، كما لو أعتق السيد مكاتبه قبل الأداء، فكما لا يملك إبطال الكتابة بالإعتاق، فكذا بالتدبير. قال: ويحتمل أن يريد بالبطلان زوال العقد دون سقوط أحكامه.

الأمر الثالث: إن لم نجوز الرجوع عن التدبير باللفظ، فإنكار السيد التدبير ليس برجوع، وإن جوزناه، فهل هو رجوع؟ وكذا إنكار الموصي الوصية، والموكل الوكالة، هل هو رجوع؟ ثلاثة أوجه: أحدها: نعم، لأن هذه العقود عرضة للفسخ. ولو قال: لست بمدبر، أو لست بوكيل، أو ليس هذا موصى به، وجب القطع بارتفاع هذه العقود، فكذا إذا قال: لم أدبر، ولم أوكل، ولم أوص. والثاني: لا، لأنه كذب فلم يؤثر. والثالث وهو الأصح المنصوص: ترتفع الوكالة، لأن فائدتها العظمى تتعلق بالموكل، ولا يرتفع التدبير والوصية، لأنهما عقدان يتعلق بهما غرض شخصين، فلا يرتفعان بإنكار أحدهما، وإنكار البيع الجائز ليس فسخًا، وفيه احتمال. ولو أنكر الزوجية، فليس بطلاق على الأصح. ولو ادعت على زوجها طلاقًا رجعيًا، فأنكر، لم يكن إنكاره رجعة بالاتفاق. وإذا ادعى على سيده التدبير أو العتق بصفة، سمعت الدعوى على المذهب. وقيل: يسمع العتق بصفة، وفي التدبير الخلاف. وفي شهادة الحسبة على التدبير الخلاف في سماع الدعوى، ورد الشهادة أولى، لأن موضع شهادة الحسبة أن يثبت لله تعالى مجحود فيثبته الشاهد حسبة، ثم إذا توجهت الدعوى، وأنكر السيد، فله إسقاط اليمين عن نفسه، بأن يقول: إن كنت دبرته فقد رجعت عنه إذا جوزنا الرجوع باللفظ، وكذا لو قامت به

بينة، وحكم به الحاكم، فله الدفع بهذا الطريق على هذا القول. ولو ادعى على الورثة أن مورثهم دبره، وأنه عتق بموته، حلفوا على نفي العلم، ولا يثبت التدبير إلا بشهادة رجلين، لأنه ليس بمال، وثبت الرجوع برجل وامرأتين، وشاهد ويمين، لأنه مال، وفيه وجه ضعيف، لأنه ينفي الحرية.

الأمر الرابع: مجاوزة الثلث، فعتق المدبر معتبر من الثلث بعد الديون، فلو كان على الميت دين مستغرق للتركة، لم يعتق منه شيء، وإن لم يكن دين، ولا مال سواه، عتق ثلثه، وإن كان دين يستغرق نصفه بيع نصفه في الدين، ويعتق ثلث الباقي منه. وفي تعليقة إبراهيم المروزي أن الحيلة في عتق الجميع بعد الموت، وإن لم يكن له مال سواه أن يقول: هذا العبد حر قبل مرض موتي بيوم، وإن مت فجأة، فقبل موتي بيوم، فإذا مات بعد التعليقين بأكثر من يوم، عتق من رأس المال، ولا سبيل عليه لأحد. ولو اقتصر على قوله: أنت حر قبل موتي بيوم أو شهر، فإذا مات، نظر، إن كان في أول اليوم، أو الشهر قبل الموت مريضًا، اعتبار عتقه من الثلث، وإن كان صحيحًا، فمن رأس المال ولا فرق في اعتبار التدبير من الثلث، بين أن يقع التدبير في الصحة أو في المرض كالوصية.

**فرع:** دبر عبدًا ومات، وباقي ماله غائب عن بلد الورثة، أو دين على معسر، فلا يعتق جميع المدبر، وهل يعتق ثلثه؟ وجهان أحدهما: نعم، لأن الغيبة لا تزيد على العدم. ولو لم يكن إلا العبد، لعتق ثلثه، فعلى هذا ثلث أكسابه بعد موت السيد له، ويوقف الباقي. وأصحهما: لا يعتق حتى يصل المال إلى الورثة، لأن في تنجيز العتق تنفيذ التبرع قبل تسليط الورثة على الثلثين، فعلى هذا يوقف الأكساب، فإن حضر الغائب، بان أنه عتق، وأن الأكساب له. ويقال: الخلاف قولان. الأول: مخرج. والثاني: منصوص. فإذا كانت قيمة المدبر مئة، والغائب مائتان، فحضر مئة، فعلى الأول: يعتق ثلثاه، وعلى الثاني: نصفه، لحصول مثليه للورثة، فإن حضرت مئة وتلفت المائة الأخرى، استقر العتق في ثلثيه، وتسلطت الورثة على ثلثه وعلى المائة. وفي طريقة الصيدلاني تفريعًا على أنه يعتق من المدبر ثلثه أن للوارث التصرف في الثلثين، فإن حضر الغائب نقض تصرفه. وأنه لو أعتق أعتق الثلثين ولم يحضر الغائب، فولاء الثلثين له. وإن حضر، فعن ابن سريج، أن الجواب كذلك، وأن فيه وجهًا أن جميع الولاء للميت بناء على أن إجازة الوارث تنفيذ، أم ابتداء عطية؟ واشتد إنكار الإمام على هذا، وقال: إعتاق الورثة رد للتدبير، ولا سبيل إليه بسبب غيبة المال، بل الوجه التوقف، فإن حضر الغائب، بان نفوذ العتق في الجميع، ولكن مستند إلى وقت الموت، أم عند حصول القدرة؟ فيه

احتمالان أوجههما: الأول، قال: ولو كانت التركة بحيث يفي ثلثها بالمدبر، لكن عليه دين مستغرق، فأبرأ مستحق الدين عن الدين بعد أيام من الموت، فيسند العتق إلى وقت الموت، أم يتنجز من وقت سقوط الدين؟ فيه احتمالان: أصحهما: الثاني. ولو كان له دين على إنسان ليس له غيره، فأبرأ عنه في مرض الموت، أو عن ثلثه، هل تحصل البراءة عن الثلث قبل وصول الثلثين؟ فيه الخلاف، الأصح: المنع، ويجري الخلاف فيما لو مات عن ابنين ولم يترك إلا دينًا على أحدهما، هل يبرأ من عليه الدين من نصفه؟ ولو أوصى بغير مال يخرج من الثلث، وباقي ماله غائب، هل يسلم إلى الموصى له ثلث العين، أم ينتظر حضور الغائب؟ فيه الخلاف، وقد سبق في الوصايا. ولو أوصى بثلث ماله، وبعضه حاضر، وبعضه غائب، أو عين ودين دفع الى الموصى له ثلث الحاضر والعين، وما حصل بعده قسم كذلك.

**فرع:** إذا علق عتق عبد بصفة، فوجدت في مرض موته، نظر، إن كان التعليق بصفة لا توجد إلا في المرض، كقوله: إن دخلت الدار في مرض موتي، فأنت حر، أو إذا مرضت مرض الموت، فأنت حر، اعتبر عتقه من الثلث. وإن احتمل وجودها في الصحة والمرض، فهل يعتق من رأس المال، أم الثلث؟ قولان أظهرهما: الأول، هذا إن وجدت الصفة بغير اختياره، فإن وجدت باختياره، اعتبر من الثلث، لأنهم قالوا: لو قال: إن دخلت الدار، فأنت حر، فدخلها في مرضه، اعتبر العتق من الثلث، لأنه اختار حصول العتق في مرضه. ولو باع الصحيح محاباة، وشرط الخيار، ثم مرض في مدة الخيار، ولم يفسخ حتى مات، اعتبرت المحاباة من الثلث، لأنه لزم العقد في المرض باختياره، فأشبه من وهب في الصحة، وأقبض في المرض.

**فرع:** علق عتق عبد بصفة وهو مطلق التصرف، فوجدت وهو محجور عليه بفلس، عتق إن اعتبرنا حال التعليق، وإن اعتبرنا حال وجود الصفة، فهو كإعتاق المفلس. ولو وجدت الصفة، وهو مجنون، أو محجور عليه بسفه، عتق بلا خلاف، ذكره البغوي، وفرق بأن حجر المريض والمفلس لحق الغير، وهو الورثة والغرماء، بخلاف السفه والجنون. ولو قال: إن جننت فأنت حر، فجن، ففي العتق وجهان حكاهما صاحب «الإفصاح» وقد يخرج هذا فيما لو كان التعليق بصفة غير الجنون، فوجدت في الجنون. ولو قال: إن مرضت مرضًا مخوفًا فأنت حر، فمرض مرضًا مات فيه، عتق العبد من الثلث على الصحيح. وقيل: من رأس المال. ولو مرض مرضًا مخوفًا، وبرأ منه، عتق من رأس المال. وقيل: لا يعتق أخذًا من الخلاف فيمن حج عنه، وهو معضوب، فبرأ وهذا ضعيف.

الأمر الخامس: جناية المدبر. اعلم أن الجناية على المدبر، كهي على القن، فإن قتل، فللسيد القصاص أو القيمة، ولا يلزمه أن يشتري بها عبدًا يدبره، وإن جنى على طرفه، فللسيد القصاص والأرش، ويبقى التدبير بحاله. أما جناية المدبر، فهو فيها كالقن أيضًا، فإن جنى بما يوجب القصاص، فاقتص منه، فات التدبير، وإن جنى بموجب للمال، أو عفي عن القصاص، فللسيد أن يفديه، وأن يسلمه ليباع في الجناية، فإن فداه، بقي التدبير. وهل يفديه بأرش الجناية، أم بالأقل من قيمته والأرش؟ فيه القولان السابقان في القن. وإن سلمه للبيع، فبيع جميعه، بطل التدبير، فإن عاد إلى ملكه، ففي عود التدبير الخلاف السابق في أول الباب، وإن حصل الغرض ببيع بعضه، بقي التدبير في الباقي.

وإن مات السيد قبل البيع، واختيار الفداء، فطريقان: أصحهما: أن حصول العتق على الخلاف في نفوذ عتق الجاني، فإن نفذناه أخذ الفداء من تركة السيد، ويكون الفداء أقل الأمرين بلا خلاف، لأنه تعذر تسليمه للبيع، وإن لم ننفذه، فالوارث بالخيار بين أن يفديه، فيعتق من الثلث، أو يسلمه للبيع. وإن كان في ثلث المال سعة، فإذا بيع، بطل التدبير. وقد سبق في البيع أن المذهب أن إعتاق الجاني ينفذ من الموسر دون المعسر.

والطريق الثاني: أنه إن وفى الثلث بقيمة الرقبة والفداء، لزم الورثة تحصيل العتق، وإلا فيخرج على هذا الخلاف. ولو كانت جناية المدبر تستغرق ثلث الرقبة مثلًا، ومات السيد، ففداه الوارث من ماله، ففي ولاء ذلك الثلث وجهان: هل هو للوارث أو المورث بناء على أن إجازة الوارث تنفيذ أم عطية. ولو جنت مدبرة، ولها ولد صغير، وقلنا بسراية التدبير إليه، فوجهان: أحدهما: يبيع الولد معها حذرًا من التفريق، ولا يبالي بفوات التدبير فيه. والثاني، يبيعها وحدها، ويحتمل التفريق للضرورة، حفظًا للتدبير في الولد، وهو كالخلاف فيمن رهن الجارية دون الولد، واحتجنا إلى بيعها للدين هل يباع معها؟

الحكم الثاني: السراية إلى الولد يجوز وطء المدبرة والمعلق عتقها بصفة، لكمال الملك، ونفاذ التصرف، فإن أولدها، صارت مستولدة، وبطل التدبير على الأصح، كما سبق. وفائدة الخلاف فيما لو قال: كل مدبر لي حر، هل تعتق هي؟ ولو أتت المدبرة بولد من نكاح أو زنى، سرى التدبير إليه على الأظهر عند الأكثرين، منهم الشيخان أبو حامد والقفال، وهو مذهب مالك وأبي حنيفة وأحمد رحمهم الله، كما يتبع ولد المستولدة والأضحية والهدي أمه.

ولو ولدت المعلق عتقها بصفة، لم يتبعها الولد على الأظهر، وولد الموصى

بها لا يتبعها على المذهب. وقال الشيخ أبو محمد: يحتمل طرد القولين، فإذا جعلنا ولد المدبرة مدبرًا، فماتت في حياة السيد، لم يبطل التدبير في الولد، كما لو دبر عبدين فمات أحدهما قبل السيد، وكما لو ماتت المستولدة لا يبطل حق الولد. ولو رجع السيد عن تدبير أحدهما باللفظ وجوزناه، أو باع أحدهما، لم يبطل التدبير في الآخر. ولو كان الثلث لا يفي إلا بأحدهما، فوجهان: أصحهما: وبه قال ابن الحداد: يقرع بينهما، كعبدين ضاق الثلث عنهما والثاني: يقسم العتق عليهما، لئلا تخرج القرعة على الولد فيعتق، ويرق الأصل. وإذا قلنا: المعلق عتقها بصفة يتبعها الولد، فمعناه أن الصفة إذا وجدت فيها وعتقت، عتق الولد، ولا تعتبر الصفة فيه. ولو وجدت الصفة منه، فلا أثر لها. هذا هو الصحيح المعروف في المذهب. وقال الشيخ أبو محمد: مقتضى سراية التعليق أن عتقه بنفس الصفة، وهي دخول الدار مثلًا، فعلى هذا لا يعتق هو بدخولها، ويعتق بدخوله. ولو بطل التعليق فيها بموتها، بطل في الولد. ومقتضى قول الشيخ أبي محمد أن لا يبطل فيه. ولو قال لأمته: أنت حرة بعد موتي بعشر سنين مثلًا، فإنما يعتق بعد مضي تلك المدة من يوم الموت، فلو ولدت قبل موت السيد، فهل يتبعها الولد في حكم الصفة؟ فيه القولان. وإن ولدت بعد موت السيد وقبل مضي المدة، فقد نص الشافعي رحمه الله أنه يتبعها، فقيل: فيه القولان كما قبل الموت، وإنما فرع على أحدهما. وقيل: يتبعها قطعًا لتأكد سبب العتق، إذ ليس للوارث التصرف فيها، فأشبهت المستولدة، فعلى هذا يعتق الولد من رأس المال كولد المستولدة. وأما ولد المدبر، فلا يؤثر تدبير أبيه فيه، وإنما يتبع الأم في الرق والحرية.

**فرع:** هذا الذي ذكرناه في ولد المدبرة، هو فيما إذا حدث بعد التدبير، وانفصل قبل موت السيد، فأما إذا كانت حاملًا عند موت السيد، فيعتق معها الحمل بلا خلاف، كما لو أعتق حاملًا، فإن لم يحتملها الثلث حاملًا، عتق منها قدر الثلث، وكذا المعلق عتقها على صفة لو كانت حاملًا عند وجود الصفة. ولو كانت المدبرة حاملًا عند التدبير، فطريقان: أحدهما: أنه على القولين في أن الحمل هل يعرف؟ إن قلنا: نعم وهو الأظهر، فالولد مدبر، وإلا ففيه القولان في الولد الحادث، والمذهب القطع بأنه مدبر. وإن قلنا: لا يعرف الحمل كما يدخل في البيع. وإن قلنا: لا يعرف وليس هو بسراية التدبير بل اللفظ يتناوله وإنما يعرف كونه موجودًا عند التدبير إذا ولدته لدون ستة أشهر، فإن ولدته لأكثر من أربع سنين من وقت التدبير، فهو حادث، وإن ولدته لما بينهما، نظر، هل لها زوج يفترشها أم لا، وقد سبقت نظائره في مواضع. وإن كان لها زوج قد فارقها قبل التدبير، وولدت

لدون أربع سنين من وقت الفراق، فالأظهر أنه يجعل موجودًا يوم التدبير، كما يجعل موجودًا في ثبوت النسب من الزوج.

**فرع:** إذا ثبت التدبير في الحمل، ثم انفصل، فرجوع السيد في التدبير عن أحدهما لا يرفع التدبير في حق الآخر. وإن رجع قبل الإنفصال عن تدبير الحمل، وجوزنا الرجوع باللفظ، ارتفع التدبير فيه، وبقي في الأم. وقيل: لا يصح الرجوع فيه ما دام حملًا مع بقاء التدبير في الأم، والصحيح: الأول. وإن رجع في تدبير الأم، نظر، إن قال: رجعت في تدبيرها دون الولد، لم يخف حكمه، وإن أطلق، فوجهان: أحدهما: يتبعها في الرجوع، كما يتبعها في التدبير، وأصحهما: لا يتبعها كالرجوع بعد الإنفصال، بخلاف التدبير، فإن فيه معنى العتق، وللعتق قوة. وإذا رجع في تدبيرها دون الولد، ثم ولدت لدون ستة أشهر من وقت الرجوع، فهو مدبر. وإن أتت به لأكثر من ذلك، ولها زوج يفترشها، لم يكن مدبرًا، لأنه لا يعلم وجوده قبل الرجوع.

**فرع:** لو دبر الحمل وحده، جاز كما لو أعتقه، ولا يتعدى إلى الأم، فإذا مات السيد، عتق الحمل دون الأم، فإن باع الأم، فوجهان: أحدهما: أنه إن قصد به الرجوع، حصل الرجوع، وصح البيع في الأم والحمل، وإن لم يقصد، لم يحصل الرجوع، فلا يصح البيع في الولد، ويبطل في الأم على الأصح، كما لو باع حاملًا بحر. وأصحهما: صحة البيع فيهما، وحصول الرجوع قصد أم لا، كما لو باع المدبر ناسيًا للتدبير، صح البيع والرجوع.

**فرع:** لو دبر أمة، وقلنا: ولد المدبرة مدبر، وجوزنا الرجوع عن التدبير باللفظ، فقال: إذا ولدت، أو كلما ولدت ولدًا فقد رجعت في تدبيره، لم يصح الرجوع، فإذا ولدت، كان مدبرًا حتى يرجع بعد الولادة، لأن الرجوع لا يصح إلا بعد ثبوت التدبير، ولا يثبت للولد قبل الولادة، فصار كما لو قال: إذا دبرتك فقد رجعت عن تدبيرك، فلا يصح الرجوع.

**فرع:** إذا قلنا: ولد المدبرة مدبر، وتنازع السيد والمدبرة فيه، فقال السيد: ولدته قبل التدبير، فهو قن، وقالت: بعده، صدق السيد بيمينه. ولو جرى هذا الخلاف مع الوارث بعد موت السيد، صدق الوارث أيضًا. قال البغوي: وتسمع دعواها حسبة، حتى لو كانت قنة، وادعت على السيد أنك دبرت ولدي، سمعت. ولو قالت: ولدته بعد موت السيد، فهو حر، وقال الوارث: بل قبل التدبير، صدق الوارث على الصحيح. وقيل: تصدق هي، لأنها لم تعترف للورثة بيد ولا ملك، ولو كان في يد المدبر مال، وقال: كسبته بعد موت السيد، فهو لي، وقال الوارث:

بل قبله فهو لي، صدق المدبر بيمينه، لأن اليد له، بخلاف دعواها الولد، لأنها تزعم أنه حر، والحر لا يدخل تحت اليد. ولو أقام كل واحد بينة بدعواه، رجحت بينة المدبر، لاعتضادها باليد. ولو أقام الوارث بينة أن هذا المال كان في يد المدبر في حياة السيد، فقال المدبر: كان في يدي، لكن كان لفلان فملكته بعد موت السيد، صدق المدبر أيضًا، نص عليه. ولو تنازع السيد والمستولدة في ولدها، هل ولدته قبل الاستيلاد أم بعده، أو الوارث والمستولدة، هل ولدته قبل موت السيد، أم بعده، فهو على ما ذكرنا في تنازع السيد والمدبرة، فإذا قلنا بسراية الكتابة إلى الولد، فقالت المكاتبة: ولدته بعد الكتابة، وقال السيد: بل قبلها، صدق السيد أيضًا على الأصح، وقيل: بل المكاتبة: لأنها يثبت لها اليد على نفسها وولدها. ولو اختلف السيد والمكاتب في المال، صدق المكاتب كالمدبر.

**فصل:** دبر عبدًا ثم ملكه أمة، فوطئها وأولدها، فإن قلنا: العبد لا يملك بالتمليك، فالولد للسيد ويثبت نسبه من العبد، ولا حد عليه للشبهة، نص عليه. وإن قلنا: يملك بالتمليك فالجارية للمدبر، ولا يحكم للولد بحرية، لأنه حصل من رقيقين. وهل يتبع الأم، ويكون رقيقًا للسيد، أم يتبع الأب، فيكون مدبرًا؟.

**فرع:** أمة لرجلين دبراها، فأتت بولد، فادعاه أحدهما، فهو ابنه، ويضمن نصف قيمتها ونصف قيمته، ونصف مهرها لشريكه، وأخذ قيمتها يكون رجوعًا في التدبير. وقال القاضي أبو الطيب: عندي أنه لا يقوم نصيب الشريك إلا برضاه، لأنه ثبت له حق الولاء فيه.

**فرع:** قول المدبر في حياة السيد وبعد موته: رددت التدبير، لغو، لا يقدح فيه، وبالله التوفيق.

# المحتويات


**كتاب الغصب** ..... ٥

**كتاب الوديعة** ..... ٦٠

**كتاب العارية** ..... ٨٤

**كتاب الشفعة** ..... ١٠٢

**كتاب القراض** ..... ١٣٩

باب العبد المأذون له في التجارة ..... ١٦٥

**كتاب المساقاة** ..... ١٧٢

باب المزارعة ..... ١٨٧

**كتاب الإجارة** ..... ١٩٢

باب ما يلزم المتكاريين وما يجوز لهما ..... ٢٢٢

باب ما يوجب فسخ الإجارة ..... ٢٤٦

باب تضمين المستأجر والأجير ..... ٢٦١

باب اختلاف المتكاريين ..... ٢٧٤

باب الجعالة ..... ٢٧٩

**كتاب السبق والرمي** ..... ٢٨٧

باب بيان الإصابة والخطأ في الرمي ..... ٣٢٤

**كتاب إحياء الموات** ..... ٣٣٥

باب الإقطاع والحمى ..... ٣٥٢

باب حكم المياه ..... ٣٥٤

**كتاب اللقطة** ..... ٣٦٤

**كتاب اللقيط** ..... ٣٨٨

**كتاب الوقف** ..... ٤١٨

**كتاب الهبات** ..... ٤٥١
باب العمرى والرقبى ..... ٤٦٥
**كتاب الوصايا** ..... ٤٦٨
باب ما يعتبر من الثلث ..... ٥٠٨
باب جامع الوصايا ..... ٥١٢
باب الرجوع في الوصية ..... ٦١٣
باب الأوصياء ..... ٦١٩
**كتاب العتق** ..... ٦٢٩
باب القرعة ..... ٦٥٢
باب المدبر ..... ٦٧٣
**المحتويات** ..... ٦٩٢