

باب السبق

قوله ﴿يَجُوزُ الْمَسَابَقَةُ عَلَى الدَّوَابِّ، وَالْأَقْدَامِ، وَسَائِرِ الْحَيَوَانَاتِ
وَالشُّقْنِ، وَالْمَزَارِيقِ وَغَيْرِهَا﴾ .

يعنى يجوز ذلك بلا عوض . وهذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وقطع
به كثير منهم .

وقال الأمدى : يجوز فى ذلك كله إلا بالحمام .

وقيل : لا بالحمام والطير .

وقال فى الرعاية الكبرى : ويصح السبق بلا عوض على أقدام ، وبغال ،
وحير .

وقيل : وبقر ، وغنم ، وطيور ، ورماح ، وحراب ، ومزاريق ، وشخوت ،
ومناجيق ، ورمى أحجار ، وسفن ، ومقاليع .

وقال فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير : وفى الطيور وجهان .
ويأتى كلامه فى الروضة .

وقال فى الفروع : وكره أبو بكر الرمى عن قوس فارسية .

وقال فى الفائق : ومنع منه أبو بكر .

فأنتاه

إمراهما : فى كراهة لعب غير معين على عدو : وجهان . وأطلقهما فى الفروع .

قلت : الأولى الكراهة . اللهم إلا أن يكون له فى ذلك قصد حسن .

قال فى المستوعب : وكل ما يسمى لعبا مكروه ، إلا ما كان معيناً على قتال

العدو . ذكره ابن عقيل واقتصر عليه .

وذكر فى الوسيلة : يكره الرقص واللعب كله ، ومجالس الشعر .

وذكر ابن عقيل وغيره : يكره لعبه بأرجوحة ونحوها .

وقال أيضاً : لا يمكن القول بکراهة اللعب مطلقاً .

وقال الآجری فی النصيحة : من وثب وثبة مرحاً ولعباً بلا نفع ، فانقلب ، فذهب عقله : عصي . وقضى الصلاة .

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : يجوز ما قد يكون فيه منفعة بلا مضرة .
قال فی الفروع : وظاهر كلامه : لا يجوز اللعب المعروف بالطاب والنقيلة .
وقال الشيخ تقي الدين أيضاً : كل فعل أفضى إلى محرم كثيراً : حرمه الشارع إذا لم يكن فيه مصلحة راجحة . لأنه يكون سبباً للشر والفساد .

وقال أيضاً : وما ألهى وشغل عما أمر الله به : فهو منهي عنه ، وإن لم يحرم جنسه . كبيع وتجارة ونحوها .

الثانية : يستحب اللعب بآلة الحرب . قال جماعة : والتفاف .

نقل أبو داود : لا يعجبني أن يتعلم بسيف حديد ، بل بسيف خشب .
وليس من اللهو المحرم : تأديب فرسه ، وملاعبة أهله ، ورميه عن قوسه .
للحديث الوارد في ذلك .

وقال الزركشي : ويجوز الصراع ، ورفع الحجارة ، ليعرف الأشد .

قوله ﴿ وَلَا يَجُوزُ بَعُوضٌ إِلَّا فِي الْخَيْلِ وَالْإِبِلِ وَالسَّهَامِ ﴾ .

هذا المذهب بلا ريب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .
وذكر ابن البناء وجهاً : يجوز بعوض في الطير المعدة لأخبار الأعداء انتهى .
وذكر في النظم وجهاً بعيداً يجوز بعوض في الفيلة .
وقد صارع النبي صلى الله عليه وسلم ركاة على شاة . فصرعه ثم عاد مراراً
فصرعه . فأسلم . فرد عليه غنمه « رواه أبو داود في مراسيله .

قال في الفروع : وهذا وغيره مع الكفار : من جنس جهادهم . فهو في معنى الثلاثة المذكورة . فإن جنسها جهاد . وهي مذمومة إذا أريد بها الفخر والخيلاء والظلم .

والصراع ، والسبق بالإقدام ونحوهما : طاعة إذا قصد بها نصر الإسلام .
وأخذ العوض عليه أخذ بالحق . فالمغالبة الجائزة تحل بالعوض إذا كانت مما يعين
على الدين ، كما في مراهنه أبي بكر الصديق رضى الله عنه .
واختار هذا كله الشيخ تقي الدين رحمه الله . وذكر أنه أحد الوجهين عندنا ،
معتمداً على ما ذكره ابن البناء .

قال فى الفروع : فظاهره جواز المراهنة بعوض فى باب العلم ، لقيام الدين
بالمجاهد والعلم .

وهذا ظاهر اختيار صاحب الفروع . وهو حسن .
وقال فى الروضة : السبق يختص بثلاثة أنواع : الحافر . فيعم كل ذى حافر ،
والخف . فيعم كل ذى خف . والنصل . فيختص النشاب والنبيل . ولا يصح
السبق والرمى فى غيرها مع الجعل وعدمه .
قال فى الفروع : كذا قال . ولتعميمه وجه . ويتوجه عليه تعميم النصل .
اتهى .

فأمره : قوله فى الشرط ﴿ أَحَدَهَا : تَعْيِينُ الْمَرْكُوبِ ﴾ يعنى بالرؤية
﴿ وَالرَّمَاةِ سِوَاهُ كَأَنَّا اثْنَيْنِ أَوْ جَمَاعَتَيْنِ ﴾ بلا نزاع .

لكن قال فى الترغيب : فى عدد الرماة وجهان .
قوله ﴿ الثَّانِي : أَنَّ يَكُونَ الْمَرْكُوبَانِ مِنْ نَوْعٍ وَاحِدٍ . فَلَا يَجُوزُ بَيْنَ
عَرَبِيٍّ وَهَجَرِيٍّ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الحرر ، والوجيز ،
والمنور ، وغيرهم . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ،
والفروع ، والنظم ، والزرکشی ، وغيرهم .

ويحتمل الجواز . وهو وجه اختاره القاضى . ذكره فى الفائق ، وأطلقهما فى
المغنى ، والشرح ، والفائق .

قال فى الهداية ، ومن تابعه : ويتخرج الجواز ، بناء على تساويهما فى السهم
وقال فى الترغيب : وتساويهما فى النجاة والبطالة وتكافئهما .

قوله ﴿ وَلَا يَنْبَغُ قَوْسٌ عَرَبِيٌّ وَفَارِسِيٌّ ﴾ .

وهو المذهب . جزم به فى الحرر ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ،
والخلاصة ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم . وقدمه فى الرعايتين ، والنظم ، والحاوى
الصغير ، والزرکشى .

وقال : هذا المذهب .

﴿ وَيَحْتَمِلُ الْجَوَازَ ﴾ وهو وجه اختياره القاضى . وأطلقهما فى المغنى ، والبلغة
والشرح ، والفروع ، والفائق .

فأمرناه

إبراهيم : يجوز الرمى بالقوس الفارسية من غير كراهة . نص عليه . وعليه
أكثر الأصحاب .

وقال أبو بكر : لا يجوز . قاله فى الفائق .

وقال فى الفروع : وكرهه أبو بكر . كما تقدم أول الباب .

الثانية : إذا عقدا النضال ، ولم يذكرا قوسا : صح فى ظاهر كلام القاضى .
ويستويان فى العربية أو غيرها .

وقال غيره : لا يصح حتى يذكرا نوع القوس الذى يرميان عنه فى الابتداء .

قوله ﴿ وَمَدَى الرَّمْيِ بِمَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ ﴾ .

قال المصنف وغيره : يعرف ذلك إما بالمشاهدة أو بالذراع ، نحو مائة ذراع
أو مائتى ذراع . ومالم تجر به العادة - وهو ما زاد على ثلاثمائة ذراع - فلا يصح .

وقد قيل : إنه ما رمى فى أربعائة ذراع ، إلا عقبه بن عامر الجهنى رضى الله
تعالى عنه .

فائز : لا يصح تناضلها على أن السبق لأبعدهما رمياً . على الصحيح من المذهب . زاد في الترغيب : من غير تقدير .

وقيل : يصح . اختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله . قاله في الفائق . وهو المعمول به عند الرماة الآن في أما كن كثيرة .

قوله ﴿ الثانی : أَنَّ يَكُونُ الْعِوَضُ مَعْلُومًا مُبَاحًا ﴾ بلا نزاع . لكنه تمليك بشرط سبقه . فلهذا قال في الانتصار في شركة العنان : القياس لا يصح .

قوله ﴿ فَإِنْ أَخْرَجَا مَعًا : لَمْ يَجْزُ ، إِلَّا أَنْ يُدْخِلَا بَيْنَهُمَا مُحَلِّلًا ﴾ . هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : يجوز من غير محلل . قال : وعدم المحلل أولى وأقرب إلى العدل من كون السبق من أحدهما ، وأبغ في تحصيل مقصود كل منهما . وهو بيان مجز الآخر ، وأن الميسر والقمار منه لم يحرم لمجرد المخاطرة . بل لأنه أكل للمال بالباطل ، أو للمخاطرة المتضمنة له . انتهى .

واختاره صاحب الفائق .

قوله ﴿ يَكْفِيءُ فَرَسُهُ فَرَسَيْهِمَا ، أَوْ بَعِيرُهُ بَعِيرَيْهِمَا ، أَوْ رَمِيَّهُ رَمِيَّتَهُمَا . فَإِنْ سَبَقَتْهُمَا أُخْرَزَ سَبَقَتُهُمَا . وَإِنْ سَبَقَاهُ أُخْرَزَا سَبَقَتَيْهِمَا . وَلَمْ يَأْخُذَا مِنْهُ شَيْئًا . وَإِنْ سَبَقَ أَحَدُهُمَا : أُخْرَزَ السَّبَقَيْنِ . وَإِنْ سَبَقَ مَعَهُ الْمُحَلِّلُ : فَسَبَقُ الْآخَرِ بَيْنَهُمَا ﴾ بلا نزاع في ذلك كله .

تغيبه : ظاهر قوله « إلا أن يدخل بينهما محللا » الاكتفاء بالمحلل الواحد . ولا يكون أكثر من واحد . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

قال الأمدى : لا يجوز أكثر من واحد ، لدفع الحاجة به .
وقال فى الرعاية : وقيل : يجوز أكثر من واحد . وجزم به فى الكافى .
قوله ﴿ وَإِنْ شَرَطَا أَنْ السَّابِقَ يُطْعِمَ السَّبْقَ أَصْحَابَهُ ، أَوْ غَيْرَهُمْ :
لَمْ يَصِحَّ الشَّرْطُ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : يصح شرط السبق للاستاذ ، ولشراء
قوس . وكراء حانوت ، وإطعامه للجماعة . لأنه مما يعين على الرى .
قوله ﴿ وَفِي صِحَّةِ الْمُسَابَقَةِ وَجْهَانِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والفروع ، والفاثق ، والحاوى
الصغير ، وغيرهم .

أمرهما : يصح . وهو الصحيح من المذهب . صححه فى التصحيح ، والنظم ،
وغيرهما . واختاره المصنف ، والشارح ، وابن عبدوس فى تذكرته ، وغيرهم . وقدمه
فى الخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والرعاية الصغرى ، وغيرهم .
والوجه الثانى : لا يصح . قدمه فى الرعاية الكبرى .

قوله ﴿ وَالْمُسَابَقَةُ جَعَالَةٌ ﴾ .

هذا المذهب . اختاره ابن حامد ، وغيره . وصححه فى النظم ، وغيره . وجزم
به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المغنى ، والكافى ، والشرح ، والرعايتين ،
والحاوى الصغير ، والفروع ، والفاثق ، ونجريد العناية ، وغيرهم .
وقيل : هى عقد لازم ليس لأحدهما فسخه . ذكره القاضى . فهى كالإجارة
لكنها تنفسخ بموت أحد المركوبين ، وأحد الراميين . وأطلقهما فى الهداية ،
والمذهب ، والمستوعب .

وفي الترغيب : احتمال بعدم اللزوم في حق المحلل وحده . لأنه مغبوط ، كمرتهن
فعلى المذهب : لكل واحد منهما فسخها ، إلا أن يظهر الفضل لأحدهما .
فيسكون له الفسخ دون صاحبه .

وتنفسخ بموت أحد المتعاقدين . ولا يؤخذ رهن ، ولا كفيل بعوضهما .
وقال في المذهب ، ومسبوك الذهب ، وغيرها - على هذا الوجه - : يجوز
فسخه ، والامتناع منه ، والزيادة في العوض .
زاد غيرهم : وأخذه به رهناً أو كفيلًا .

قوله ﴿ وَعَلَى الْقَوْلِ بِلُزُومِهَا : لَيْسَ لِأَحَدِهِمَا فَسْخُهَا . لَكِنَّهَا تَنْفَسَخُ
بِمَوْتِ أَحَدِ الزَّكَاوِينِ وَأَحَدِ الرَّامِيَيْنِ . وَلَا تَبْطُلُ بِمَوْتِ الرَّكَبَيْنِ
وَلَا تَلْفُ أَحَدِ الْقَوْسَيْنِ ﴾ .

وهذا بلا خلاف على هذا القول .

وقوله ﴿ وَيَقُومُ وَارِثُ الْمَيِّتِ مَقَامَهُ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ أَقَامَ
الْحَاكِمُ مَقَامَهُ مِنْ تَرَكَّتِهِ ﴾ .
هذا إذا قلنا : إنها لازمة .

فأما إن قلنا : إنها جائزة ، فظاهر كلام المصنف : أن وارثه لا يقوم مقامه .
ولا يقيم الحاكم من يقوم مقامه . وهو أحد الوجيين .

قلت : هذا المذهب . وهو كالصريح المقطوع به في كلام كثير من الأصحاب
لقطعهم بفسخها بموت أحد المتعاقدين ، على القول بأنها عقد جائز . كما قطع به
المصنف فيما تقدم ، وغيره من الأصحاب . وهو ظاهر كلامه في الحاوى .

والوجه الآخر : وارثه كهو في ذلك ثم الحاكم . جزم به ابن عبدوس في
تذكرته . وهو ظاهر كلامه في الرعاية الصغرى ، والفائق . وهو كالصريح في
البلغة . وصرح به في الكافي . وجزم به فيه .

لكن جعل الوارث بالخيرة في ذلك . وهو ظاهر ماقطع به في المستوعب ، وأطلقهما في الفروع .

قال في الفروع ، والبلغة : ولا يجب تسليم العوض فيه قبل العمل . ولو قلنا بلزومه . على الأصح . بخلاف الأجرة . بل يبدأ بتسليم العمل قبل العوض .

قوله ﴿وَالسَّبْقُ فِي الْخَيْلِ بِالرَّأْسِ إِذَا تَمَاتَلَّتِ الْأَعْنَاقُ . وَفِي مُخْتَلَفِي الْعُنُقِ وَالْإِبِلِ بِالْكَتِفِ﴾ .

وكذا قال في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفائق ، والنظم ، وغيرهم .

وقال في الفروع : والسبق بالرأس في تماثل عنقه . وفي مختلفه وإبل : بكتفه . وكذا قال في الوجيز .

وقال في المحرر : والسبق في الإبل والخيل : سبق الكتف . وتبعه في النور .

وقال في الرعايتين : والسبق في الخيل بالعنق . وقيل : بالرأس .

زاد في الكبرى : مع تساوى الأعناق .

ثم قال فيهما : وفي مختلفي العنق والإبل : بالكتف .

زاد في الكبرى : أو ببعضه . ثم قال فيهما : وقلت في الكل : بالأقدام .

انتهى .

وقال المصنف ، والشارح : وإن شرط السبق بأقدام معلومة ، كثلاثة

أو أكثر أو أقل : لم يصح .

قوله ﴿وَلَا يُجْوزُ أَنْ يُجَنَّبَ أَحَدُهُمَا مَعَ فَرَسِهِ فَرَسًا يُحَرِّضُهُ عَلَى

الْعَدُوِّ . وَلَا يَصِحُّ بِهِ فِي وَقْتِ سَبَاقِهِ﴾ .

هذا المذهب . أعني : فعل ذلك محرم . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به

أكثرهم .

وقال ابن رزین فی مختصره : یکرهان .
وفسر القاضی الجنب : بأن یجنب فرسا آخر معه . فإذا قصر المركوب ركب
الجنوب .

قوله فی المناضلة ﴿ وَیُشْتَرَطُ لَهَا شُرُوطُ أَرْبَعَةٍ . أَحَدُهَا : أَنْ
تَكُونَ عَلَى مَنْ يُحْسِنُ انْتِزَعَهُ . فَإِنْ كَانَ فِي أَحَدِ الْحَزْبَيْنِ مَنْ لَا يُحْسِنُهُ :
بَطَلَ الْعَقْدُ فِيهِ ، وَأُخْرِجَ مِنَ الْحَزْبِ الْآخِرُ مِثْلُهُ . وَلَهُمُ الْفَسْخُ إِنْ
أَحْبَوْا ﴾ .

فظاهره : عدم بطلان العقد . لقوله « ولهم الفسخ » وهو الصحيح من
المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وصححه فی النظم ، وغيره .
قال المصنف ، والشارح : وفي بطلان العقد وجهان . بناء على تفريق الصفة .
وقد علمت قبل : أنه لا يبطل العقد فی الباقي . على الصحيح . فكذا هنا .
فوائد

الأولى : لو عقد النضال جماعة ليقسموا بعد العقد حزین برضاهم لا بقرعة :
صح . على الصحيح من المذهب . جزم به فی الفروع ، والرعاية الصغرى ،
والحاوی الصغیر ، وغيرهم . واختاره القاضی وغيره . وصححه فی الرعاية الكبرى .
قال المصنف ، والشارح : ويحتمل أن لا یصح . ومالا إليه .
فعلى هذا : إذا تفاصلوا عقدوا النضال بعده .

وعلى المذهب : یجعل لكل حزب رئیس . فيختار أحدهما واحداً . ثم یختار
الآخر آخر حتى یفرغا . وإن اختلفا فیمین یبدأ بالخيرة اقترعا . ولا یقسمان بقرعة .
ولا یجوز جعل رئیس الحزین واحداً . ولا الخيرة فی تميزهما إليه ، ولا السبق علیه .

الثانية : لا یشتراط استواء عدد الرماة . على الصحيح . صححه فی النظم . وجزم
به ابن عبدوس فی تذکرته .

وقيل : يشترط . وأطلقهما في الفروع ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .
وهما وجهان في الترغيب ، واحتمالان في الرعاية الكبرى ، واحتمال وجهين
في الصغرى ، والحاوى الصغير .
الثالثة : لا يصح شرط إصابة نادرة . ذكره المصنف ، والشارح ، وغيرهما .
وقدمه في الفروع .

وذكر في الترغيب وغيره : أنه يعتبر فيه إصابة ممكنة في العادة .
قوله ﴿ الثَّالِثُ : مَعْرِفَةُ الرَّمِيِّ : هَلْ هُوَ مُنَاضِلٌ ، أَوْ مُبَادِرَةٌ ؟ ﴾
وكذا : هل هو محاطة ؟ وهو حط ماساويا فيه بإصابة من رشق معلوم مع
تساويهما في الرميات . فيشترط معرفة ذلك . على الصحيح من المذهب . جزم به
في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والفائق ، والرعاية الصغرى ،
والحاوى الصغير ، وغيرهم . وقدمه في الشرح .
قال في الرعاية الكبرى : ويجب بيان حكم الإصابة : هل هي مناضلة ،
أو غيرها . وقيل : يستحب . انتهى .
وظاهر كلام القاضى : لا يحتاج إلى اشتراط ذلك . لأن مقتضى النضال :
المبادرة . قاله المصنف ، والشارح .
وقال في الرعاية الكبرى أيضاً : ويسن أن يصفى الإصابة ، فيقولان :
خَوَاصِلٌ ، ونحوه .

وقيل : يجب .
قوله ﴿ وَإِنْ قَالَا خَوَاسِقَ . وَهُوَ مَا خَرَقَ الْغَرَضَ وَثَبَّتَ فِيهِ ﴾ .
هكذا قال أكثر الأصحاب . وقدمه في الرعاية الكبرى .
ثم قال ، وقيل : أو مرق . وإن سقط بعد ثقبه ، أو خدشه ، أو ثقبه ،
ولم يثبت فيه . فوجهان . انتهى .

قوله ﴿وَإِنْ تَشَاحَا فِي الْمُبْتَدَىٰ بِالرَّغْمِ أَقْرِعَ يَنْتَهَمَا﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به في الوجيز وغيره . وقدمه في الفروع ، وغيره .

وقيل : يقدم من له مزية بإخراج السبق . اختاره القاضي .

واختار في الترغيب : أنه يعتبر ذكر المبتدى . منها .

قوله ﴿وَإِنْ أَطَارَتِ الرِّيحُ الْغَرَضَ ، فَوَقَعَ السَّهْمُ مَوْضِعَهُ . فَإِنْ كَانَ شَرْطُهُمْ خَوَاصِلَ : اخْتَسِبَ بِهِ ﴾ بلا نزاع ﴿وَإِنْ كَانَ خَوَاصِقٍ : لَمْ يُخْتَسَبْ لَهُ بِهِ وَلَا عَلَيْهِ﴾ .

هذا المذهب . جزم به في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة .

وقال القاضي : ننظر ، فإن كانت صلابة الهدف كصلابة الغرض ، فثبت

في الهدف : احتسب له به . وإلا فلا يحتسب له به ولا عليه .

قوله ﴿وَإِنْ عَرَضَ عَارِضٌ مِنْ كَسْرِ قَوْسٍ ، أَوْ قَطْعِ وَتَرٍ ، أَوْ رِيحٍ شَدِيدَةٍ - لَمْ يُخْتَسَبْ عَلَيْهِ بِالسَّهْمِ﴾ .

ظاهره : أنه يحتسب له به إن أصاب . وهو أحد الأوجه . وهو ظاهر ما قطع

به في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعاية الكبرى . وقدمه في الفروع .

وقيل : يحتسب عليه بالسهم إن أخطأ .

وقيل : لا يحتسب عليه ، ولأله . وهو المذهب . اختاره القاضي وغيره .

قال في الفروع : وهذا أشهر . وقدمه في الرعاية الصغرى .

قال في الرعاية الكبرى : وإن عرض لأحدهما كسر قوس ، أو قطع وتر ،

أو ريح في يده ، أو ردت سهمه عرضاً ، فأصاب : حسب له . وإلا فلا .

وقيل : بلى .

قوله ﴿وَيُكْرَهُ لِلْأَمِينِ وَالشُّهُودِ مَدْحُ أَحَدِهِمَا، لَمَّا فِيهِ مِنْ كَسْرِ قَلْبِ صَاحِبِهِ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه في الفروع .
وقيل : يحرم . اختاره ابن عقيل .
قلت : وهو قوى في النظر .

وقال في الفروع : ويتوجه الجواز في مدح المصيب ، والكراهة في عيب غيره .

قال : ويتوجه في شيخ العلم وغيره مدح المصيب من الطلبة . وعيب غيره كذلك . انتهى

قلت : إن كان مدحه يفضى إلى تعاظم المدوح ، أو كسر قلب غيره :
قوى التحريم . وإن كان فيه تخريض على الاشتغال ونحوه : قوى الاستحباب .
والله أعلم .

كتاب العارية

قوله ﴿ وَهِيَ هِبَةٌ مُنْفَعَةٌ ﴾ .

هذا أحد الوجهين . جزم به في الهداية ، والخلاصة ، والكافي ، والهادي والمذهب الأحمد ، والوجيز ، وإدراك الغاية ، وشرح ابن رزين . وقدمه في الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

والوجه الثانى : أنها إباحة منفعة . واختاره ابن عقيل ، وصاحب الرعاية الصغرى ، وابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والتلخيص ، والفائق .

قال الحارثى : وهو أمس بالمذهب .

وقال : اختاره غير واحد . وقدمه فى المستوعب ، والرعاية الكبرى . وأطلقهما فى النظم ، والفروع .

قال الحارثى : ويدخل على الأول الوصية بالمنفعة . وليس بإعارة .

وقال : الفرق بين القولين : أن الهبة تملك يستفيد به التصرف فى الشيء . كما يستفيدة فيه بعقد المعاوضة . والإباحة : رفع الحرج عن تناول مالىس مملوكا له . فالتناول : مستند إلى الإباحة . وفى الأول : مستند إلى الملك .

وقال فى تعليل الوجه الثانى : فإن المنفعة لو ملكت بمجرد الإعارة لاستقل المستعير بالإجارة والإعارة . كما فى المنفعة المملوكة بعقد الإجارة .

تنبيه : قال الحارثى : تعريف المصنف للعارية بما قال ، توسع لايحسن استعماله فى هذا المقام . إذ « الهبة » مصدر . والمصادر ليست أعيانا . و « العارية » نفس العين . وليست بمعنى الفعل .

قال : والأولى إيراد التعريف على لفظ « الإعارة » فيقال : الإعارة هبة

منفعة .

فوائد

الأولى : تجب إعارة المصحف لمن احتاج إلى القراءة فيه ولم يجد غيره . ونقله
القاضي في الجامع الكبير . وخرجه ابن عقيل في كتب المحتاج إليها من القضاة
والحكام ، وأهل الفتاوى ، وأن ذلك واجب . نقله في القاعدة التاسعة والتسعين .

قوله ﴿ تَجُوزُ فِي كُلِّ الْمَنَافِعِ إِلَّا مَنَافِعَ الْبُضْعِ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب في الجملة . وجزم به في
الهداية ، والفصول ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، وغيرهم .
وقدمه في الفروع ، وغيره .

وقيل : لا يجوز إعارة كلب الصيد ، وفحل الضراب . اختاره ابن عقيل .

ونسبه الحارثي إلى التذكرة . ولم أره فيها في هذا الباب .

وقيل : لا يجوز إعارة أمة شابة لغير محرم وامرأة . جزم به في التبصرة ،
والكافي ، والوجيز ، وشرح ابن رزين .

وقيل : تجب العارية مع غنى المالك . واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله .

الثانية : يحرم إعارة ما يحزم استعماله المحرم . فهذا التحريم لعارض .

الثالثة : يشترط فيها كون العين منتفعا بها ، مع بقاء عينها .

واستثنى الحارثي جواز إعارة العنز وشبهها لأخذ لبنها للنص الوارد في ذلك .
وعله .

قوله ﴿ وَلَا يَجُوزُ إِعَارَةُ الْعَبْدِ الْمُسْلِمِ لِكَافِرٍ ﴾ .

يعنى للخدمة . قاله الحارثي . هذا الصحيح من المذهب . جزم به في
الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والبلغة ، والمنقى ،
والشرح ، والوجيز ، وغيرهم .

وقال في الفروع ، في باب الإجارة : لا يجوز إجارة مسلم لخدمة ذي على الأصح . وكذا إعارته .

وقال في باب العارية : ويجوز إعارة ذي نفع جائز منتفع به مع بقاء عينه إلا البضع ، وما حرم استعماله لحرم .

وفي التبصرة : وعبدًا مسلمًا لكافر . ويتوجه . كإجارة .

وقيل فيه : بالكراهة وعدمها . انتهى .

وقال في الرعية : ولا يعار كافر عبدًا مسلمًا .

وقلت : إن جاز أن يستأجره : جاز إعارته ، وإلا فلا .

وقال الحارثي : لا يتخرج هنا من الخلاف مثل الإجارة . لأن الإجارة

معاوضة . فتدخل في جنس البياعات . وهنا بخلافه .

قوله ﴿ وَتُكْرَهُ إِعَارَةُ الْأَمَةِ الشَّابَّةِ لِرَجُلٍ غَيْرِ مُحَرِّمِهَا ﴾ .

هذا المذهب . جزم به في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ،

والتلخيص ، والبلغة ، والفائق .

قال في الفروع : هذا الأشهر . وقدمه في النظم .

قال الحارثي ، قال أصحابنا : يكره تنزيها .

وتقدم قول - جزم به في التبصرة ، والكافي ، والوجيز - بتحريمه .

قال ابن عقيل : لا تجوز إيجارها من العزاب .

قلت : وهو الصواب . وقال الناظم :

وأن يستعير المشتبهة أجنبي إن تحفّ خلوة . والحظر لما أبعد

وقال في المغنى : لا تجوز إعارتها إن كانت جميلة ، إن كان يخلوبها أو ينظر إليها

وقال في التلخيص : إن كانت برّزة جاز إعارتها مطلقاً .

قال في البلغة : تكره إعارة الجارية من غير محرم أو امرأة ، إلا أن تكون

برّزة .

قوله ﴿وَلِلْمُغِيرِ الرَّجُوعِ مَتَى شَاءَ، مَا لَمْ يَأْذَنْ﴾ أى المغير فى شغله
﴿بِشَيْءٍ يَسْتَضِرُّ الْمُسْتَعِيرُ بِرُجُوعِهِ﴾ .

وهذا المذهب مطلقاً . وعليه الأصحاب فى الجملة .

قال الحارثى : عليه أكثر الأصحاب .

وعنه : إن عين مدة تعينت .

قال الحارثى : وهو الأقوى .

وعنه : لا يملك الرجوع قبل انتفاعه بها ، مع الإطلاق .

قال القاضى : قياس المذهب يقتضيه . ذكره فى التعليق الكبير

قال القاضى : القبض شرط فى لزومها .

وقال أيضاً : يحصل بها الملك مع عدم قبضها .

وقال ابن عقيل فى مفرداته ، فى ضمان المبيع المتعين بالعقد : الملك أبطأ

حصولاً وأكثر شروطاً من الضمان ، بإباحة الطعام بتقديمه إلى مالكة ، وضمان

المنفعة بما رية العين ، ولا ملك . فإذا حصل بالتعيين هذا الإبطاء . فأولى حصول

الإسراع . وهو الضمان .

قال الحارثى : وقال القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف : له الرجوع قبل الانتفاع ،

حتى بعد وضع الخشب ، وقبل البناء عليه .

قال : وهو مشكل على المذهب جداً . فإن المالك لا يملك الامتناع من

الإعارة ابتداء . فكيف يملكه بعد ؟ اللهم إلا أن يحمل على حالة ضرر المالك

أو حاجته إليه . انتهى .

قلت : يتصور ذلك فى غير ما قال . وهو : حيث لم تلزم الإعارة لتخلف شرط

أو وجود مانع . على ما تقدم .

فأمره : قال أبو الخطاب : لا يملك مكيل وموزون بلفظ العارية . وإن سلم .

وبكون قرضاً . فإنه يملك به وبالقبض .

وقال في الانتصار : لفظ « العارية » في الأتمان قرض .

وقال في المغنى والشرح : وإن استعارها للنفقة : فقرض .

وقيل : لا يجوز .

ونقل صالح : منحة لبن : هو العارية . ومنحة ورق : هو القرض .

وذكر الأزجى خلافاً في صحة إعاره دراهم ودنانير للتجمل والزينة .

وقال في التلخيص ، والرعاية ، وغيرها : يصح إعاره أحد النقدين للوزن

والتزيين .

زاد في الرعاية : لتزيين امرأة ، أو مكان .

وقال في القاعدة الثامنة والثلاثين : لو أعاره شيئاً وشرط عليه العوض . فهل

يصح أم لا ؟ على وجهين .

أمرهما : يصح . ويكون كناية عن القرض . فيملك بالقبض إذا كان مكيلاً

أو موزوناً . ذكره في الانتصار ، والقاضى في خلافه .

وقال أبو الخطاب في رموس المسائل ، في موضع : يصح عندنا شرط العوض

في العارية . انتهى .

والوجه الثانى : تفسد بذلك .

وجعله أبو الخطاب في موضع آخر المذهب . لأن العوض يخرجها عن موضوعها .

قوله ﴿ وَإِنْ أَعَارَهُ أَرْضًا لِلدَّفْنِ : لَمْ يَرْجِعْ حَتَّى يَبْلَى الْمَيْتُ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم . وقدمه في

الفروع وغيره .

وقيل : حتى يبل ويصير رمياً .

وقال ابن الجوزى : يخرج عظامه ، ويأخذ أرضه .

قوله ﴿وَإِنْ أَعَارَهُ حَاطًا لِّيَضَعَ عَلَيْهِ أَطْرَافَ خَشْبِهِ : لَمْ يَرْجِعْ مَا دَامَ عَلَيْهِ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وفيه احتمال بالرجوع ، وبضمن نقصه .

قوله ﴿فَإِنْ سَقَطَ عَنْهُ لِهِذِمِ أَوْ غَيْرِهِ : لَمْ يَمْلِكْ رَدُّهُ﴾ .

هذا المذهب . سواء أعيد الحائط بآلته الأولى ، أو بغيرها . جزم به في الشرح ، وشرح ابن منجا ، والفروع ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والحاوي الصغير ، والنظم ، والفاثق ، والمحزر ، وغيرهم .

قال الحارثي : قاله المصنف ، والقاضي ، وابن عقيل في آخرين من الأصحاب

قال : وقال القاضي ، والمصنف ، في باب الصلح : له إعادته إلى الحائط .

قال : وهو الصحيح اللائق بالمذهب . لأن البيت مستمر . فكان الاستحقاق مستمرا .

قوله ﴿وَإِنْ أَعَارَهُ أَرْضًا لِلزَّرْعِ : لَمْ يَرْجِعْ إِلَى الْحَصَادِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِمَّا يُخَصَّدُ قَصِيلاً . فَيَخَصَّدُهُ فِي وَقْتِ قَصْلِهِ عَرَفًا﴾ بلا نزاع .
ويأتي حكم الأجرة من حين رجوعه .

قوله ﴿وَإِنْ أَعَارَهَا لِلْغَرْسِ وَالْبِنَاءِ ، وَشَرَطَ عَلَيْهِ الْقَلْعَ فِي وَقْتٍ ، أَوْ عِنْدَ رُجُوعِهِ ، ثُمَّ رَجَعَ : لَزِمَهُ الْقَلْعُ﴾ بلا نزاع مجانا .

وقوله ﴿وَلَا يَلْزِمُهُ تَسْوِيَةُ الْأَرْضِ إِلَّا بِشَرْطٍ﴾ .

هذا المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به في الهداية ، والمذهب ،

والخلاصة ، والوجيز ، والحارثي في شرحه ، وغيرهم . وقدمه في الفروع ، وغيره .

وقيل : يلزمه . وجزم به في المستوعب . وأطلقهما في الرعاية الكبرى .

وإن شرط على المستعير القلع ، وشرط عليه تسوية الأرض : لزمه مع القلع تسويتها . قطع به الأصحاب .

وإن شرط عليه القلع ، ولم يشترط عليه تسوية الأرض : لم يلزمه تسويتها . على الصحيح من المذهب . قطع به في الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والوجيز ، وشرح الحارثي ، والقواعد الفقهية ، وشرح ابن رزين ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

قال في الفروع : ولا يلزم المستعير تسوية الحفر .

قال جماعة ، وقيل : يلزمه والحالة هذه .

قال في القواعد : إن شرط المعير عليه قلعه : لزمه ذلك ، وتسوية الأرض . وأطلقهما في الرعاية الكبرى .

قوله ﴿ وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ عَلَيْهِ الْقَلْعُ : لَمْ يَلْزَمْهُ ، إِلَّا أَنْ يَضْمَنَ الْمَعِيرُ النَّقْصَ ﴾ .

وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به في الوجيز وغيره . وقدمه في الفروع وغيره .

وعند الحلواني : لا يضمن النقص .

قوله ﴿ فَإِنْ فَعَلَ فَعَلَيْهِ تَسْوِيَةُ الْأَرْضِ ﴾ .

يعنى : إذا قلعه المستعير ، والحالة ما تقدم ، فعليه تسوية الأرض . ولم يشترط عليه المعير القلع ، فعليه تسوية الأرض . وهذا أحد الوجهين .

واختاره جماعة . منهم : المصنف في الكافي . وجزم به فيه ، وفي الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، والوجيز وغيرهم . وهو احتمال في المغنى . وهو ظاهر ما قدمه في الفروع . وقدمه في الشرح . وهذا المذهب . على ما اصطلاحناه في الخطبة .

والوجه الثاني : لا يلزمه تسوية الأرض . اختاره القاضي ، وابن عقيل .
وقطع به في المستوعب .

قال في الفروع : ولا يلزم المستعير تسوية الحفر . قاله جماعة كما تقدم .
فإن قال ذلك بعد ما ذكر شرط القلع وعدم شرطه . وقدمه ابن رزين في
شرحه . وأطلقهما في القاعدة الثامنة والسبعين .

وعند المصنف : لا يلزمه تسوية الأرض إلا مع الإطلاق .
قوله ﴿ فَإِنْ أَبَى الْقَلْعَ فَلِلْمُعِيرِ أَخْذُهُ بِقِيَمَتِهِ ﴾ .
يعنى إذا أبى المستعير القلع في الحال التي لا يجبر فيها : فللمعير أخذه بقيمته .
نص عليه في رواية مهنا ، وابن منصور .

وكذا نقل عنه جعفر بن محمد ، لكن قال في روايته : يملكه بالنفقة .
قال الحارثي : ولا بد من رضى المستعير . لأنه بيع . وهو الصحيح . فإن أبى
ذلك - يعنى المعير - من دفع القيمة ، وأرش النقص ، وامتنع المستعير من القلع ،
ودفع الأجر : يباعا لهما . فإن أبى البيع ترك بحاله .
قال في الرعاية الكبرى : فإن أبى بقي فيها مجاناً في الأصح ، حتى يتفقا .
وقلت : بل يبيعهما الحاكم . انتهى .

فلو أبى أحدهما . فهل يجبر على البيع مع صاحبه ؟ فيه وجهان . وأطلقهما في
الحرر ، والفروع ، والفائق ، والنظم .

أمرهما : يجبر . قال في الرعايتين ، والحاوي الصغير : أجبر في أصح الوجهين
وجزم به في الوجيز . وهو ظاهر كلام المصنف هنا .

والوجه الثاني : لا يجبر . صححه الناظم . وتجريد العناية ، وتصحيح الحرر .

فأمره : يجوز لكل واحد منهما بيع ماله منفرداً لمن شاء . على الصحيح من
المذهب ، وعليه الأصحاب .

وقيل : لا يبيع المعبر لغير المستعبر .

قوله ﴿ وَلَمْ يَذْكُرْ أَصْحَابُنَا عَلَيْهِ أَجْرَةً مِنْ حِينَ الرَّجُوعِ ﴾

يعنى : فيما تقدم . من الفراس والبناء .

﴿ وَذَكَرُوا عَلَيْهِ أَجْرَةً فِي الزَّرْعِ . وَهَذَا مِثْلُهُ . فَيُخْرَجُ فِيهِمَا . وَفِي

سَائِرِ الْمَسَائِلِ وَجْهَانِ ﴾ .

ذكر الأصحاب : أن عليه الأجرة في الزرع من حين الرجوع . وهو

المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . منهم القاضى ، وأصحابه .

واختار المجد في الحرر : أنه لا أجرة له . وخرجه المصنف هنا وجهاً .

قال في القواعد : ويشهد له ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله في رواية صالح .

وصححه الناظم ، والحارثى ، وتصحيح الحرر . وجزم به فى الوجيز .

وأما الفراس ، والبناء والسفينة إذا رجع وهى فى لجة البحر ، والأرض إذا

أعارها للدفن ، ورجع قبل أن يبلى الميت ، والحائط إذا أعاره لوضع أطراف الخشب

عليه ورجع ، ونحو ذلك : فلم يذكر الأصحاب أن عليه أجرة من حين الرجوع

وخرج المصنف فى ذلك كله من الأجرة فى الزرع وجهين .

وجه بعدم الأجرة . وهو ظاهر كلام الأصحاب . وقدمه فى الرايتين .

ومال الحارثى إلى عدم التخريج . وأبدى فرقا .

ووجه بوجوبها . قياساً على ما ذكره فى الفروع . وأطلق هذين الوجهين

فى الفائق ، والحاوى الصغير .

وخرجه بعضهم فى الفراس والبناء لا غير .

وخرجه بعضهم فى الجميع . أعنى : وجوب الأجرة فى الجميع .

وجزم فى الحرر : أنه لا أجرة بعد رجوعه فى مسألة إعارة الأرض للدفن ،

والحائط لوضع الخشب ، والسفينة .

وجزم في التبصرة بوجوب الأجرة في مسألة السفينة .

واختاره أبو محمد يوسف الجوزي فيما سوى الأرض للدفن .

قوله ﴿ وَإِنْ حَمَلَ السَّيْلُ بَذْرًا إِلَى أَرْضٍ ، فَنَبَتَ فِيهَا ، فَهُوَ لِصَاحِبِهِ مُتَقِيٌّ إِلَى الْحَصَادِ بِأَجْرَةِ مِثْلِهِ ﴾ وهو المذهب .

قال في الرعايتين ، والفروع : فلصاحب الأرض أجرة مثله ، في الأصح .
وصححه في النظم ، والحارثي . وجزم به في الوجيز . ونص عليه .

قال في القاعدة التاسعة والسبعين : لو حمل السيل بذر إنسان إلى أرض غيره فنبت فيها . فهل يلحق بزرع الغاصب ، أو بزرع المستعير ، أو المستأجر من بعد انقضاء المدة ؟ على وجهين . أشهرهما : أنه كزرع المستعير . وهو اختيار القاضى ، وابنه أبى الحسين ، وابن عقيل .

وذكره أبو الخطاب عن الإمام أحمد رحمه الله . وقدمه في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والفائق ، والتلخيص .
فعلى هذا : قال القاضى : لا أجرة له . واختاره ابن عقيل أيضاً . ذكره في القواعد .

وقيل : له الأجرة . وذكره أبو الخطاب أيضاً عن الإمام أحمد رحمه الله . وأطلقهما في القواعد .

قوله ﴿ وَيَحْتَمِلُ أَنَّ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ أَخْذَهُ بِقِيَمَتِهِ ﴾
قال في الهداية ، ومن تابعه : وقيل : هو لصاحب الأرض . وعليه قيمة البذر .

وزاد في الرعايتين : وقيل : بل بقيمته إذن .

زاد في الكبرى : ويحتمل أنه كزرع غاصب .

وتقدم كلام صاحب القواعد .

وتقدم في آخر المساقاة « إذا نبت الساقط من الحصاد في عام قابل : أنه يكون لرب الأرض ، على الصحيح من المذهب » .

قوله ﴿ وَإِنْ حَمَلَ غَرَسَ رَجُلٍ فَنَبَتَ فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ . فَهَلْ يَكُونُ كَغَرَسِ الشَّفِيعِ ، أَوْ كَغَرَسِ الْغَاصِبِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .
وأطلقهما في المغنى ، والشرح .

أمرهما : يكون كغرس الشفيع . على ما يأتي في بابه . وهو المذهب .
قال الناظم : هذا الأقوى . وقدمه في الفروع ، والرايعتين ، والحاوي الصغير
الوجه الثاني : هو كغرس الغاصب . على ما يأتي في بابه . جزم به في
الوجيز .

وقال في الرعاية الكبرى ، قلت : بل كغرس المشتري شقص له شفعة ،
وعلى كل حال يلزم صاحب الغرس تسوية الحفر
تغيبه : قوله « فهل يكون كغرس الشفيع ؟ » فيه تساهل . وإنما يقال :
فهل هو كغرس المشتري الشقص الذي يأخذه الشفيع ؟ ولهذا قال الحارثي : وهو
سهو وقع في الكتاب . انتهى .
مع أن المصنف تابعه جماعة . منهم صاحب الفائق ، والنظم ، والرايعتين ،
والحاوي الصغير .

فوائد

الأولى : وكذا حكم النوى ، والجوز واللوز : إذا حمله السيل فنبت .
الثانية : لو ترك صاحب الزرع أو الشجر لصاحب الأرض الذي انتقل إليه
من ذلك : لم يلزمه نقله ولا أجرة . ولا غير ذلك .
الثالثة : لو حمل السيل أرضاً بشجرها . فنبتت في أرض أخرى كما كانت .
فهي لمالكها ، يجبر على إزالتها . ذكره في المغنى ، والشرح ، والفائق .

فائدة : قوله ﴿ وَحُكْمُ الْمُسْتَعِيرِ فِي اسْتِيفَاءِ الْمُنْفَعَةِ : حُكْمُ الْمُسْتَأْجِرِ ﴾ .

يعنى أنه كالمستأجر فى استيفاء المنفعة بنفسه ، وبمن قام مقامه ، وفى استيفائها بعينها ، وما دونها فى الضرر من نوعها ، إلا أنهما يختلفان فى شيئين .
أمرهما : لا يملك الإعارة ولا الإجارة ، على ما يأتى .

الثانى : الإعارة لا يشترط لها تعيين نوع الانتفاع . فلو أعاره مطلقاً : ملك الانتفاع بالمعروف فى كل ما هو مهياً له ، كالأرض مثلاً . هذا الصحيح .
وفيه وجه : أنها كالإجارة فى هذا . ذكره فى التلخيص وغيره .
ذكر ذلك الحارثى ، وغيره .

قوله ﴿ وَالْعَارِيَةُ مَضْمُونَةٌ بِقِيَمَتِهَا يَوْمَ التَّلَفِ ، وَإِنْ شَرَطَ تَقِي ضَامِنَهَا ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه بلا ريب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

قال الحارثى : نص الإمام أحمد رحمه الله على ضمان العارية ، وإن لم يتعد فيها كثير متكرر جداً من جماعات ، وقف على رواية اثنين وعشرين رجلاً ، وذكرها .

قال فى الفروع : وقاس جماعة هذه المسألة على المقبوض على وجه السوم .
فدل على رواية مخرجة . وهو متجه . انتهى .
وذكر الحارثى خلافاً لا يضمن .

وذكره الشيخ تقي الدين رحمه الله عن بعض الأصحاب . واختاره ابن القيم رحمه الله فى الهدى .

قوله ﴿وَعَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّهُ ذَكَرَ لَهُ ذَلِكَ . فَقَالَ
« الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ » فَيَدُلُّ عَلَى نَفْيِ الضَّمَانِ بِشَرْطِهِ .

فهذه رواية بالضمان إن لم يشترط نفيه . وجزم بها في التبصرة .
وعنه : يضمن إن شرطه ، وإلا فلا . اختاره أبو حفص العكبري ، والشيخ
تقي الدين رحمه الله ، وصاحب الفائق .

وقوله ﴿وَكُلُّ مَا كَانَ أَمَانَةً لَا يَصِيرُ مَضْمُونًا بِشَرْطِهِ﴾ .
هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

قال في المغنى ، والشرح ، والفائق ، وغيرهم : هذا ظاهر المذهب . وجزم به
في الوجيز ، وغيره . وقدمه في الفروع ، وغيره .
وعنه : المسلمون على شروطهم ، كما تقدم .

فأمره : لا يضمن الوقف إذا استعاره وتلف بغير تفريط . ككتب العلم وغيرها
في ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله ، والأصحاب . قاله في الفروع .
وعلى هذا لو استعاره برهن ثم تلف : أن الرهن يرجع إلى ربه .
قلت : فيعابى بها فيهما .

قوله ﴿وَإِنْ تَلَفَتْ أَجْزَاؤُهَا بِالِاسْتِعْمَالِ ، كَخَمَلِ الْمِنْشَفَةِ . فَعَلَى
وَجْهَيْنِ﴾ .

أصلهما احتمالان للقاضي في الجرد . وأطلقهما في الهداية ، والمستوعب ،
والمغنى ، والشرح ، والرعاية الكبرى .

أمرهما : لا يضمن إذا كان استعمالها بالمعروف . وهو الصحيح من المذهب .

قال في الفروع : لم يضمن في الأصح . وصححه في التصحيح ، والمذهب ،
والخلاصة ، والرعاية الصغرى ، والحرثي ، والحاوي الصغير ، وتجريد العناية ،
وغيرهم . وقطع به في التعليق ، والمحزر .

والوجه الثاني : يضمن . وكلامه في الوجيز محتمل . وقدمه ابن رزين في شرحه .

فأمراته

إبراهيم : لو تلفت كلها بالاستعمال بالمعروف ، فحكمها كذلك . وكذا الحكم والمذهب لو تلف ولد العارية أو الزيادة .
وفي ضمان ولد المؤجرة والوديعة الوجهان .
وتقدم في أثناء باب الضمان - في أواخر المقبوض على وجه السوم - حكم ولد الجناية ، والضامنة ، والشاهدة ، والموصى بها .
ويأتى حكم ولد المكاتبة ، والمديرة في بابيهما .
الثاني : يقبل قول المستعير بأنه ماتعدى بلا نزاع .
ولا يضمن راض ووكيل . لأنه غير مستعير .
قوله ﴿ وَلَيْسَ لِلْمُسْتَعِيرِ أَنْ يُعِيرَ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب مطلقاً . وعليه جماهير الأصحاب . وقدمه في الشرح ونصره . وصححه في النظم ، والفائق ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، وغيرهم . وجزم به في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والسكاكى ، والمغنى ، والبلغة ، والوجيز ، وغيرهم .
قال الحارثي : هذا المشهور في المذهب . وحكاة جمهور الأصحاب . انتهى .
وقيل : له ذلك .

قال الشارح : وحكاة صاحب المحرر قولاً للإمام أحمد رضى الله عنه .
وأطلقهما في المحرر ، والرعاية الكبرى ، والفروع . وقال : أصلهما هل هي هبة منقعة ، أم إباحة منقعة ؟ فيه وجهان .
وكذا هو ظاهر بحث المصنف في المغنى ، والشرح .

قال الحارثي : أصل هذا : ما قدمنا من أن الإعارة إباحة منفعة .
وقال عن الوجه الثاني : يتفرع على رواية اللزوم في العارية المؤقتة . انتهى .
قلت : قطع في القاعدة السابعة والثمانين بجواز إعارة العين المعارة المؤقتة إذا
قليل بلزومها ، وملك المنفعة فيها . انتهى .

قلت : وظاهر كلام المصنف هنا ، وصاحب الهداية ، والخلاصة ، والوجيز ،
وغيرهم : أن الخلاف هنا ليس مبنيًا . فإنهم قالوا : هي هبة منفعة .
وقالوا : ليس للمستعير أن يعير .

قال في الفروع : ويتوجه عليهما تعليقها بشرط . وذكر في المنتخب
أنه يصح .

قال في الترغيب^(١) : يكفي ما دل على الرضى من قول أو فعل . فلو سمع من
يقول : أردت من يعيرني كذا . فأعطاه : كفى . لأنه إباحة عقد . انتهى .
وقيل : له أن يعيرها إذا وقت له المعير وقتًا ، وإلا فلا .

فأمرتاه

إمراهما : محل الخلاف إذا لم يأذن المعير له . فأما إن أذن له : فإنه يجوز
قولاً واحداً . وهو واضح .

الثانية : ليس للمستعير أن يؤثر ما استعاره بغير إذن المعير ، على الصحيح
من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .
وقيل : له ذلك في الإعارة المؤقتة .

ومتى قلنا بصحتها ، فإن المستأجر لا يضمن . على الصحيح من المذهب .
وقيل : يضمن .

قلت : فيعابى بها .

(١) بهامش الأصل في نسخة : التبصرة .

وتقدم عكسها في الإجارة عند قوله « وللمستأجر استيفاء المنفعة بنفسه وبمثله » وهو لو أعار المستأجر العين المؤجورة فتلفت عند المستعير من غير تعد : هل يضمنها ؟ وتقدم في باب الرهن جواز رهن المار وأحكامه . فليعاود .
وتقدم حكم سهم الفرس المستعار في كلام المصنف في باب قسمة الغنائم .

فوائد

منها : لو قال إنسان : لا أركب الدابة إلا بأجرة . وقال ربها : لا آخذ لها أجرة ، ولا عقد بينهما . فركبها وتلفت ، فحكمها حكم العارية . وجزم به في الفروع ، والرعاية الكبرى . وقال : قلت إن قدر إيجارها فهي إجارة مهددة ، وإلا فلا .
ومنها : لو أركب دابته منقطعاً لله تعالى ، فتلفت تحته : لم يضمن . على الصحيح من المذهب . جزم به في التلخيص ، والحاوي الصغير ، والرعاية الصغرى ، وغيرهم . وقدمه في الفروع ، وغيره . وقيل : يضمن .
ومنها : لو أردف المالك شخصاً ، فتلفت : لم يضمن شيئاً . على الصحيح من المذهب .

وقيل : يضمن نصف القيمة . ومال إليه الحاوي .

قوله ﴿ وَعَلَى الْمُسْتَعِيرِ مُؤْنَةُ رَدِّ الْعَارِيَةِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطعوا به . منهم المصنف ، والشارح ، والحولى في التبصرة ، وصاحب المحرر ، والفروع ، والوجيز ، وابن مفلح في شرحه ، وغيرهم .

وقيل : مؤنة ردها على المالك . ذكره في القاعدة الثامنة والثلاثين .

قوله ﴿ فَإِنْ رَدَّ الدَّابَّةَ إِلَى اصْطَبْلِ الْمَالِكِ أَوْ غُلَامِهِ : لَمْ يَبْرَأْ مِنَ الضَّمَانِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . إلا أن صاحب الرعايتين اختار عدم الضمان بردها إلى غلامه .

قوله ﴿إِلَّا أَنْ يَرُدَّهَا إِلَى مَنْ جَرَتْ عَادَتُهُ بِمَجْرَيَانِ ذَلِكَ عَلَى يَدِهِ
كَالسَّائِسِ وَنَحْوِهِ﴾ .

كزوجته ، والخازن ، والوكيل العام في قبض حقوقه . قاله في المجرد . وهذا
للذهب . أعنى : أنه لا يضمن إذا ردها إلى من جرت عادته بمجريان ذلك على يده .
وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .
وعند الحلواني لا يبرأ بدفعها إلى السائس .
فظاهر ما قدمه في المستوعب : أنه لا يبرأ إلا بدفعها إلى ربها ، أو وكيله فقط ،
ويأتى نظير ذلك في الوديعة .

فائرة : لو سلم شريك لشريكه الدابة ، فتلفت بلا تفریط ولا تعد ، بأن ساقها
فوق العادة ونحوه : لم يضمن . قاله الشيخ تقي الدين رحمه الله ، واقتصر عليه في
الفروع .

قلت : وهو الصواب .

قال في الفروع : ويتوجه كعارية إن كان عارية ، وإلا لم يضمن .
قلت : قال القاضى في المجرد : يعتبر لقبض المشاع إذن الشريك فيه . فيكون
نصفه مقبوضاً تملكاً ، ونصف الشريك أمانة .
وقال في القنون : بل عارية مضمونة .
ويأتى ذلك في قبض الهبة .

قوله ﴿وَإِذَا اخْتَلَفَا . فَقَالَ : أَجْرُكَ . قَالَ : بَلْ أَعْرَتْنِي﴾ إذا كان
الاختلاف ﴿عَقِيبَ الْمَقْدِرِ : فَالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّائِبِ﴾ بلا نزاع والحالة
هذه . فلا يغرر القيمة .

﴿وَإِنْ كَانَ بَعْدَ مُضِيِّ مُدَّةٍ لَهَا أَجْرَةٌ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ فِيمَا
مَضَى مِنَ الْمُدَّةِ﴾ هذا الصحيح من المذهب .

قال في الفروع : وبعد مضى مدة لها أجرة يقبل قول المالك في الأصح في

ماضيها ، وجزم به في المعنى ، والشرح ، والوجيز ، والهداية ، والمذهب ، والخلاصة وغيرهم . وقدمه في المستوعب ، والتلخيص ، والرعاية الكبرى ، والحاوي الصغير ، وغيرهم .

قال الحارثي : هو قول معظم الأصحاب .

وقيل : القول قول الراكب . اختاره ابن عقيل في تذكرته .

قال في المستوعب : وهو محمول على ما إذا اختلفا عقب قبض العين ، وقبل انتفاع القابض . يعنى : المسألة الأولى .

قال في التلخيص : وعندى أن كلامه على ظاهره . وعلاه .

فعلى المذهب : يحلف على نفى الإجارة .

وهل يتعرض لإثبات الإجارة ؟

قال الحارثي : ظاهر كلام المصنف والأكثرين : التعرض .

وقال في التلخيص : لا يتعرض لإثبات الإجارة ، ولالأجرة المسماة . وقطع به .

قال الحارثي : وهو الحق .

فعلى هذا الوجه : يجب أقل الأجرين من المسمى ، أو أجرة المثل . جزم به

في التلخيص .

قوله ﴿ وَهَلْ يَسْتَحِقُّ أَجْرَةَ الْمِثْلِ أَوِ الْمَدَّعِي إِنْ زَادَ عَلَيْهَا ؟ عَلَى

وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما في الفائق ، وشرح ابن منجا ، والحرر .

أمرهما : له أجرة المثل . وهو الصحيح من المذهب . وصححه المصنف ،

والشارح ، وصاحب التصحيح ، ونصحيح الحرر ، والنظم ، وغيرهم . وجزم به في

الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم . وقدمه في الفروع

والرعايتين ، والحاوي الصغير ، وغيرهم .

والوجه الثاني : يستحق المدعى إن زاد على أجره المثل .
وقيل : له الأقل من المسمى ، وأجره المثل . اختاره في المحرر . وأطلقهن
الحارثي .
وقيل : يستحق المسمى مطلقاً .

فأمرناه

إمراهما : وكذا الحكم لو ادعى بعد زرع الأرض أنها عارية . وقال رب
الأرض : بل إجارة . ذكره الشيخ تقي الدين رحمه الله .
قلت : وكذا جميع ما يصلح للإجارة والإعارة ، إذا اختلفا بعد مضي مدة
لها أجره .

الثانية : قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : أَعْرْتُكَ . قَالَ : بَلْ أَجَّرْتَنِي ، وَالْبَيْمَةُ تَالِفَةٌ
فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ ﴾ .

بلا نزاع . وكذا مثلها في الحكم لو قال : أعرتني . قال : بل أودعتك .
فالقول قول المالك . ويضمن ما انتفع منها . وكذا لو اختلفا في ردها . فalcول
قول المالك .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ : أَعْرْتُني ، أَوْ أَجَّرْتَنِي . قَالَ : بَلْ غَصَبْتَنِي ، فَالْقَوْلُ
قَوْلُ الْمَالِكِ ﴾ .

في أنه ما أجر ولا أعار بلا نزاع . ثم هنا صورتان .
إحداها : أن يقول : أعرتني . فيقول المالك : بل غصبتي . فإن وقع
الاختلاف عقيب العقد ، والدابة باقية : أخذها المالك ، ولا معنى للاختلاف .
وكذا إن كانت تالفة . قاله المصنف وغيره .

قال الحارثي : ويحلف . على أصح الوجهين .
وإن وقع بعد مضي مدة لها أجره . فيجب عليه أجره المثل . لأن القول

قول المالك . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وصححوه .
وقيل : القول قول الراكب . وأطلقهما في الرعايتين ، والحاوي الصغير ،
والفائق .

الصورة الثانية : قال أجرتنى . قال : بل غصبتنى . فالقول قول المالك . على
الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم . وصححوه .
وقيل : القول قول الراكب .

تنبيهاته

أمرهما : ثمة الخلاف تظهر في هذه الصورة مع التلف . فتجب القيمة
على المذهب .

وعلى الثانى : لا شيء . على الراكب . ويحلف ويبرأ .
ومع عدم التلف يرجع بالعين في الحال مع اليمين بلا نزاع . ولا يأتي الوجه
الآخر هنا . قاله الحارثي .

وأما الأجرة : فتفتقان عليها . اللهم إلا أن يتفاوت المسمى وأجرة المثل . فإن
كان أجر المثل أقل أخذه المالك . وكذلك لو استويا ، ويحلف . على الصحيح .
وإن كان الأجر أكثر حلف ولا بد وجهاً واحداً . قاله الحارثي .

الثانى : قوله ﴿ وَقِيلَ : الْقَوْلُ قَوْلُ الْغَاصِبِ ﴾ فيه تجوز .

قال الحارثي : وليس بالحسن . وكان الأجود أن يقول : القابض أو الراكب
ونحوه . إذ قبول القول ينافي كونه غاصباً . انتهى .

فأمره : لو قال المالك : أعرتك . قال : بل أودعتنى . فالقول قول المالك ،
ويستحق قيمة العين إن كانت تالفة .

ولو قال المالك : أودعتك . قال : بل أعرتنى . فالقول قول المالك أيضاً .
ويستحق أجرة ما انتفع بها . فهو كما لو قال : غصبتنى . ذكرهما في المستوعب وغيره .

كتاب الغصب

قوله ﴿ وَهُوَ الْاِسْتِيلَاءُ عَلَى مَالِ الْغَيْرِ قَهْرًا بِغَيْرِ حَقٍّ ﴾ .

وكذا قال في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ،
والمذهب الأحمد ، والحاوي الصغير ، وغيرهم .

وليس بجامع . لعدم دخول غصب السلب ، وخمر الذمى ، والمنافع ،
والحقوق ، والاختصاص .

قال الحارثي : وحقوق الولايات ، كمنصب الإمارة ، والقضاء .

قال الزركشي : الاستيلاء يستدعي القهر والغلبة . فإذا قال « قهراً » زيادة
في الحد . ولهذا أسقطه في المعنى . انتهى .

قلت : الذي يظهر : أن « الاستيلاء » يشمل القهر والغلبة وغيرهما . فلو
اقتصر على الاستيلاء لورد عليه المسروق ، والمنتهب ، والمختلس . فإن ذلك لا يسمى
غصباً . ويقال : استولى عليه .

وقال في المطلع : فلو قال « الاستيلاء على حق غيره » لصح لفظاً وعم معنى .
انتهى .

وقوله « لصح لفظاً » لكون المصنف أدخل الألف واللام على « غير » .
قال : والمعروف عند أهل اللغة عدم دخولهما عليها .

قلت : قد حكى النووي رحمه الله في تهذيب الأسماء واللغات عن غير واحد
من أهل العربية : أنهم جوزوا دخولهما على « غير » .

ومن أدخل الألف واللام على « غير » من الأصحاب : من تقدم ذكره ،
وصاحب المحرر ، والرايعتين ، والحارثي .

وقال في الرايعتين : هو الاستيلاء على مال الغير قهراً ظلماً .

ويرد عليه ما تقدم .

وقال في الفروع - تبعاً للحارثي - هو الاستيلاء على حق غيره قهراً ظلماً .

قال الحارثي : هذا أسد الحدود .

قلت : فهو أولى من حد صاحب المطلق وأمنع . فإنه يرد على حد صاحب المطلق : لو استولى على حق غيره من غير ظلم ولا قهر : أنه يسمى غصباً . وليس كذلك . اللهم إلا أن يكون مراده ذلك مع بقية حد المصنف . وهو الظاهر . وقال في الوجيز : هو الاستيلاء على حق غيره ظلماً .

ويرد عليه ما أخذ من غير قهر .

وقال في تجريد العناية : هو استيلاء غير حربي على حق غيره قهراً بغير حق قلت : هو أصح الحدود وأسلمها .

ويرد على حد غيره : استيلاء الحربي . فإنه استيلاء على حق غيره قهراً بغير حق . وليس بغصب . على ما يأتي قريباً في كلام الشيخ تقي الدين رحمه الله . وقال في المحرر : هو الاستيلاء على مال الغير ظلماً .

وتابعه في الفائق ، وإدراك الغاية . ومعناه في الكافي ، والعمدة ، والمغنى .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : وقوله « على مال الغير ظلماً » يدخل فيه مال المسلم ، والمعاهد . وهو المال المعصوم . ويخرج منه استيلاء المسلمين على أموال أهل الحرب . فإنه ليس بظلم .

ويدخل فيه استيلاء أهل الحرب على مال المسلمين . وليس بجيد ، فإنه ليس من الغصب المذكور حكمه . هذا بإجماع المسلمين . إذ لا خلاف أنه لا يضمن بالإتلاف ، ولا بالتلف . وإنما الخلاف في وجوب رد عينه إذا قدرنا على أخذه . وأما أموال أهل البغي ، وأهل العدل : فقد لا يرد . لأنه هناك لا يجوز الاستيلاء على عينها . ومتى أتلفت بعد الاستيلاء على عينها ضمنت . وإنما الخلاف في ضمانها بالإتلاف وقت الحرب .

ويدخل فيه ما أخذه الملوك والقطاع من أموال الناس بغير حق من المكوس وغيرها .

فأما استيلاء أهل الحرب بعضهم على بعض : فيدخل فيه . وليس بجيد .

لأنه ظلم . فيحرم عليهم قتل النفوس ، وأخذ الأموال إلا بأمر الله .
لكن يقال : لما كان المأخوذ مباحاً بالنسبة إلينا لم يصر ظلماً في حقنا ،
ولا في حق من أسلم منهم .

فأما ما أخذ من الأموال والنفوس ، أو أتلّف منهما في حال الجاهلية : فقد
أقرّ قراره . لأنه كان مباحاً . لأن الإسلام عفا عنه . فهو عفو بشرط الإسلام .
وكذا بشرط الأمان . فلو تحاكم إلينا مستأمنان حكمنا بالاستقرار . انتهى .
قلت : ويرد عليه ماورد على المصنف وغيره مما تقدم ذكره .
ويرد عليه أيضاً المسروق ، والمختلس ، ونحوهما .

قوله ﴿ وَيُضْمَنُ الْعَقَارُ بِالْغَضَبِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . حق إن القاضى وأكثر أصحابه لم يذكروا
فيه خلافاً .

وعنه : مايدل على أن العقار لا يضمن بالغصب . نقله ابن منصور .

فأمرناه

إمامهما : يحصل الغصب بمجرد الاستيلاء قهراً ظلماً ، كما تقدم . على
الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وقيل : يعتبر في غصب ماينقل نقله . وجزم به في التلخيص ، إلا مااستثناه فيه .
وفي الترغيب . فقال : إلا في ركوبه دابة ، وجالوسه على فراش . فإنه
غاصب . وأطلق الوجهين في الرعاية .

وقال : ومن ركب دابته ، أو جلس على فراشه ، أو سريه قهراً : فهو غاصب .

الثالثة : قال في القاعدة الحادية والتسعين : من الأصحاب من قال : منفعة

البضع لا تدخل تحت اليد . وبه جزم القاضى في خلافه ، وابن عقيل في تذكرته ،
وغيرهما . وفرعوا عليه صحة تزويج الأمة المفصوبة . وأن الغاصب لا يضمن مهرها
ولو حبسها عن النكاح حتى فات بالسكبر .

وخالف ابن المنى . وجزم فى تعليقه بضمان مهر الأمة بتفويت النكاح .
وذكر فى الحرة تردداً ، لامتناع ثبوت اليد عليها .

قوله ﴿ وَإِنْ غَضِبَ كَلْبًا فِيهِ نَفْعٌ ، أَوْ خَرَّ ذِمِّيٌّ : لَزِمَهُ رَدُّهُ ﴾ .
هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم . وقدمه فى
الفروع وغيره .

وذكر فى الانتصار : لاترد الحر . وتلزم إراقته إن حُدَّ ، وإلا لزمه تركه .
وعليهما يخرج تعذير مريقه .

وقال فى القواعد الأصولية : لو غضب مسلم خمر ذمى : انبنى وجوب ردها
على ملكها لم . وفيه روايتان . حكاهما القاضى يعقوب وغيره .

إمراهما : يملكونها . فيجب الرد . وهذا قول جمهور أصحابنا .

والثانية : لا يملكونها . فينبغى وجوب الرد .

وقد يقال : لا يجب .

وافترق الأصحاب على إراقته إذا أظهرها . ولو ألتفها لم يضمنها عند الجمهور .

وخرج أبو الخطاب وجهاً بضمان قيمتها . إذا قلنا : إنها مال لم . وأباه

الأكثر .

وحكى لنا قول : يضمنها الذمى للذى .

وقال فى الترغيب ، وعيون المسائل : ترد الحر المحترمة ، ويرد ما تخلل بيده

إلا ما أريق فجعه آخر فتخلل . لزوال يده هنا .

وتقدم فى أول باب إزالة النجاسة : أن الصحيح : أن لنا خيراً محترمة . وهى

خمرة الخلال .

ويأتى فى حد المسكر : هل يحذ الذمى بشربها فى كلام المصنف .

تغييرها

أمرهما : محل الخلاف إذا كانت مستورة . فأما إذا لم تكن مستورة فلا يلزمه ردها . قولاً واحداً .

الثاني : ظاهر كلام المصنف : أنه لو غصب خمر مسلم لا يلزمه رده . وهو صحيح . لكن لو تخللت في يد الغاصب وجب ردها . ذكره القاضي ، وابن عقيل ، والأصحاب . لأن يد الأول لم تزل عنها بالغصب . فكانها تخللت في يده . قاله في القاعدة الخامسة والثمانين .

وقال : واختلفت عبارات الأصحاب في زوال الملك بمجرد التخمين . فأطلق الأكثرون الزوال . منهم القاضي ، وابن عقيل . وظاهر كلام بعضهم : أن الملك لم يزل . منهم صاحب المغنى في كتاب الحج . وفي كلام القاضي ما يدل عليه .

وبكل حال لو عاد خلا عاد الملك الأول بحقوقه من ثبوت الرهنية وغيرها . حتى لو خلف خمرأ ودينأ فتخللت : قضى منه دينه . ذكره القاضي في المجرد ، في الرهن . انتهى .

قوله ﴿ وَإِنْ أَتَلَفَهُ : لَمْ يَلْزَمَهُ قِيَمَتُهُ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به في الوجيز ، وغيره . وقدمه في الفروع ، وغيره .

وعنه : يلزمه قيمة الخمر .

وخرج بضمنها الذمي بمثلها .

قال في الفروع : وعنه يرد قيمتها . وقيل : ذمي .

وقال في الإيضاح : يضمن السكك .

ويأتى قريباً إذا صاد بالكلب وغيره من الجوارح : هل يرد الصيد ، وتلزمه
الأجرة أيضاً أم لا ؟ فى كلام المصنف .

وتقدم أول الضمان « إذا أسلم المضمون له ، أو المضمون عنه . هل يسقط
الدين إذا كان خيراً ؟ » .

قوله ﴿ وَإِنْ غَضِبَ جِلْدَ الْمَيِّتَةِ ، فَهَلْ يَلْزَمُهُ رَدُّهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .
وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والهادى ،
والرعاية الصغرى ، والحاوى ، والفائق ، وغيرهم . وهما مبنيان على طهارته بالدبغ
وعدمها .

فإن قلنا : يطهر بالدبغ : وجب رده . وإن قلنا : لا يطهر بالدبغ : لم
يجب رده .

وقد علمت أن المذهب : لا يطهر بدبغه . فلا يجب رده هنا .

هذا هو الصحيح من المذهب . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح
الحارثى ، وابن منجا وغيرهم .

وقدم هذه الطريقة فى الكافى ، والفروع ، وشرح ابن رزى ، وغيرهما .
وقيل : لا يجب رده . ولو قلنا : يطهر بالدبغ .

وقال فى الفروع : وفى رد جلد ميتة وجهان . وقيل : ولو طهر .

فظاهره : أن المقدم عنده : أن الخلاف على القول بعدم الطهارة .

قوله ﴿ فَإِنْ دَبَّغَهُ ، وَقُلْنَا بِطَهَارَتِهِ : لَزِمَهُ رَدُّهُ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . قدمه فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ،
والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وجزم به ابن منجا ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، وغيرهم .

وقيل : لا يلزمه رده ، لصيرورته مالاً بفعله ، بخلاف الخمرة المتخللة . وهو

احتمال للمصنف ، والشارح .

قال الحارثي : وفي هذا الفرق بحث .
وأطلق في الفروع في لزوم رده إذا دبغه الغاصب وجهين .
قال الحارثي : وإن كان الغاصب دبغه ، ففي رده الوجهان المبنيان .
وإن قلنا : لا يطهر لم يجب رده ، على الصحيح من المذهب . قدمه في المغني ،
والسكافي ، والشرح ، والفائق ، وغيرهم .
وقيل : يجب رده إذا قلنا يباح الانتفاع به في الياسات . وكذلك قبل الدبغ .
وجزم به الحارثي في شرحه .

وظاهر الفروع : إطلاق الخلاف ، كما تقدم .
وقال في الرعاية الكبرى : وإن غصب جلد متية فأوجه : الرد ، وعدمه .
والثالث : إن قلنا : يطهر بدبغه ، أو ينتفع به في يابس : رده ، وإلا فلا .
وإن أئلفه فهدر . وإن دبغه - وقلنا : يطهر - رده . انتهى .
قوله ﴿ وَإِنْ اسْتَوَىٰ عَلَىٰ حَرٍّ : لَمْ يَظْمَنْهُ بِذَلِكَ ﴾ .
هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .
قال في الفروع ، والرعايتين ، والحاوي الصغير : ولا يضمن حر بغصبه في
الأصح .

قال الحارثي : هذا المذهب . وعليه جمهور الأصحاب . لأن اليد لا تثبت
حكمها على الحر .
وفي التلخيص وجه بثبوت اليد عليه .

وبني على هذا : هل لمستأجر الحر إيجاره من آخر ؟ إن قيل : بعدم الثبوت
امتنع الإيجار . وإنما هو يسلم نفسه ، وإلا فلا يمتنع .
فعلى المذهب : لو غصب دابة عليها مالكمها ومتاعه : لم يضمن ذلك الغاصب
قاله القاضي في الخلاف الكبير . واقتصر عليه في القاعدة الثامنة والتسعين .

قوله ﴿إِلَّا أَنْ يَكُونَ صَغِيرًا. فَقِيهِ وَجْهَانِ﴾ .

وأطلقهما في المغنى ، والرعاية الكبرى ، والقواعد الفقهية ، والشرح ، والفائق ، والحارثي .

أمرهما : لا يضمنه . وهو المذهب . صححه في التصحيح . وجزم به في الوجيز وشرح ابن رزين ، وغيرهما . وقدمه في الفروع وغيره وهو ظاهر ما قطع به في الهداية والمذهب ، والخلاصة ، وغيرهم .

والوجه الثاني : يضمنه . قدمه في الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير

وقدم في النظم : أن الصغير لو لدغ أو صقق : وجوب الدية .

وقال ابن عقيل : لا تجب ، كما لو مرض . على الصحيح .

ويأتى هذا فى أوائل كتاب الديات فى كلام المصنف .

فعلى المذهب : هل يضمن ثيابه وحليته ؟ على الوجهين . وأطلقهما فى الشرح ،

والنظم ، والفروع ، وشرح ابن منجا ، والحاوى الصغير ، والرعايتين .

أمرهما : يضمنها . صححه فى التصحيح ، والفائق .

قال الحارثي : وهو أصح .

والوجه الثاني : لا يضمنها . جزم به فى المغنى ، والوجيز .

فأمره : وكذا الحكم والخلاف فى أجرته مدة حبسه ، على ما يأتى ، وإيجاز

المستأجر له . قاله فى الفروع . وجزم فى الوجيز هنا بوجوب الأجرة .

قوله ﴿وَإِنْ اسْتَعْمَلَ الْحُرَّ كُرْهًا فَعَلَيْهِ أَجْرَتُهُ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطعوا به .

ولو منعه العمل من غير حبس ، ولو عبداً . لم يلزمه أجرته . جزم به فى المغنى ،

والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفائق وغيرهم .

قال في الفروع : ويتوجه بلى فيهما .
قلت : وهو الصواب . وهو في العبد آكد .
وقال في الترغيب : في منفعة حر وجهان .
وقال في الانتصار : لا يلزمه بإمساكه . لأن الحر في يد نفسه ، ومنافقته تلفت معه . كما لا يضمن نفسه وثوبه الذي عليه ، بخلاف العبد .
وكذا قال في عيون المسائل : لا يضمنه إذا أمسكه . لأن الحر في يد نفسه ، ومنافعه تلفت معه . كما لا يضمن نفسه وثوبه الذي عليه ، بخلاف العبد . فإن يد الغاصب ثابتة عليه ، ومنفعته بمنزله .

قوله ﴿ وَإِنْ حَبَسَهُ مُدَّةً ، فَهَلْ يَلْزَمُهُ أَجْرَتُهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وهما احتمالان في الهداية . وأطلقهما فيها ، وفي المذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والكافي ، والهادى ، والشرح ، والحرر ، والفائق ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفروع .

أمرهما : يلزمه . وهو الصحيح . صححه في التصحيح . وجزم به في الوجيز وغيره . وقدمه ابن رزين في شرحه .

والوجه الثانى : لا يلزمه . صححه الناظم .

قال الحارثى : وهو الأصح . وعليه دل نصه .

وتقدم في التي قبلها ما يستأنس به في هذه المسألة .

قوله ﴿ وَإِنْ خَلَطَهُ بِمَا يَتَمَيَّزُ مِنْهُ : لَزِمَهُ تَخْلِيصُهُ إِنْ أُمِكن ﴾ .

وكذا إن أمكن تخليص بعضه . وإن لم يمكن تخليصه منه فسيأتى في أول الفصل الرابع من الباب .

قوله ﴿ وَإِنْ زَرَعَ الْأَرْضَ ، وَرَدَّهَا بَعْدَ أَخْذِ الزَّرْعِ : فَعَلَيْهِ أَجْرُهَا ﴾ .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب .
ونقل حرب : حكمها حكم الزرع الذي لم يحصد .
قال في الفائق : قلت : وجنح ابن عقيل إلى مساواة الحكمين .
واختاره صاحب الفائق في غير الفائق . ورد كلام الأصحاب .
قال في القاعدة التاسعة والسبعين : وهم أبو حفص ناقلها على أن من
الأصحاب من رجحها ، بناء على أن الزرع نبت على ملك ملاك الأرض ابتداء .
 والمعروف في المذهب : خلافه . انتهى .
قال الحارثي : هذا المعروف عند الأصحاب .
قال ، وعنه : يحدث على ملك رب الأرض . ذكره القاضي يعقوب . ومنع في
تعليقه من كونه ملكاً للغاصب .
وقال : لافرق بين ما قبل الحصاد وبعده . على ما نقله حرب .
قال الحارثي : وكذا أورده القاضي في تعليقه الكبير ، فيما أظن - أو أجزم -
وأورده شيخنا أبو بكر بن الصيرفي في كتاب نواذر المذهب . انتهى .
قال في الفائق ، وقال القاضي يعقوب : لافرق بين ما قبل الحصاد وبعده .
في إحدى الروايتين .
وبناء على أن زرع الغاصب : هل يحدث على ملك صاحب البذر ، أو صاحب
الأرض ؟ على روايتين . والحدوث على ملك صاحب الأرض هو المختار . انتهى .
وقال أيضاً : وهل القياس كون الزرع لرب البذر ، أو لرب الأرض ؟ المنصوص :
الأول .

وقال ابن عقيل ، والشيخ تقي الدين رحمه الله : الثاني .
وقال الشيخ تقي الدين أيضاً : ينبني هذا على المدفوع . إن كان النفقة : فلرب
الأرض مطلقاً . والمنصوص : التفرقة .
فعلى المذهب : على الغاصب أجرة المثل .

وعلى الرواية الثانية : للغاصب نفقة الزرع . وأما مؤنة الحصاد : فيحتمل أن تكون كذلك . ويحتمل أن لا تجب .
قال الحارثي : وهو الأقوى .
تفصيل : قوله ﴿ وَرَدَّهَا بَعْدَ أَخْذِ الزَّرْعِ ﴾ .

هذا المذهب . أعنى : أنه يشترط أن يكون قد حصده . وعليه أكثر الأصحاب .

وقال في الرعاية ، قيل : أو استحصد قبله ولم يحصد .
قوله ﴿ وَإِنْ أَدْرَكَهَا رَبُّهَا ، وَالزَّرْعُ قَائِمٌ : خَيْرٌ بَيْنَ تَرْكِهِ إِلَى الْحَصَادِ بِأَجْرَتِهِ ، وَبَيْنَ أَخْذِهِ بِمَوْضِعِهِ ﴾ .
هذا الصحيح من المذهب . نص عليه .

قال الحارثي : تواتر النص عن الإمام أحمد رحمه الله : أن الزرع للمالك . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به في الوجيز ، وغيره . وقدمه في الفروع ، وغيره .
قال الزركشي : هو قول القاضي ، وعامة أصحابه ، والشيخين . انتهى .
قال الحارثي : هو قول القاضي ، وجمهور أصحابه ، ومن تلامه ، والمصنف في سائر كتبه . وهو من مفردات المذهب . قال ناظمها :

بالإحترام احكم زرع الغاصب وليس كالباني ، أو كالناصب
إن شاء رب الأرض ترك الزرع بأجرة المثل فوجه مرعي
أو ملكه إن شاء بالإنفاق أو قيمة للزرع بالوافق
ويحتمل أن يكون الزرع للغاصب ، وعليه الأجرة . وهذا الإحتمال لأبي الخطاب
وقيل : له قلعه إن ضمنه .

واختار ابن عقيل ، وغيره : أن الزرع لرب الأرض ، كالولد . فإنه لسيد الأم ،
لكن المنى لا قيمة له ، بخلاف البذر . ذكره الشيخ تقي الدين رحمه الله .

قال الزركشى : وهذا القول ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله في عامة نصوصه ،
والخرقي ، والشيرازي ، وابن أبي موسى - فيما أظن - وعليه اعتمد الإمام أحمد .
وكذا قال الحارثي : ظاهر كلام من تقدم من الأصحاب - كالخرقي ، وأبي بكر
وابن أبي موسى - عدم التخيير . فإن كلا منهم قال : الزرع لمالك الأرض ،
وعليه النفقة .

وهذا بعينه : هو المتواتر عن الإمام أحمد رحمه الله . ولم يذكر أحد عنه
تخييراً . وهو الصواب . وعلاه . انتهى .

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : فيمن زرع بلا إذن شريكه - والعادة
بأن من زرع فيها له نصيب معلوم ، ولربها نصيب - : قسم ما زرعه في نصيب
شريكه كذلك . قال : ولو طلب أحدهما من الآخر أن يزرع معه أو يهايشه فيها
فأبى . فلأول الزرع في قدر حقه بلا أجره ، كدار بينهما فيها بيتان سكن أحدهما
عند امتناعه مما يلزمه . انتهى .

قلت : وهذا الصواب . ولا يسع الناس غيره .

قوله ﴿ وَهَلْ ذَلِكَ قِيَمَتُهُ ، أَوْ نَفَقَتُهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وهما وجهان في نسخة مقروءة على المصنف . وفي نسخة روايتان ، وعليهما
شرح الشارح ، وابن منبج .

قال الحارثي : حكاهما متأخرو الأصحاب والمصنف في كتابه الكبير روايتين .
وأوردنا هنا وجهين .

قال : والصواب أنهما روايتان .

قال هو والشارح : والمنقول عن الإمام أحمد في ذلك روايتان . وأطلقهما
في الهداية ، وتذكرة ابن عقيل ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ،
والمغنى ، والكافي ، والهادي ، والتلخيص ، والبلغة ، والشرح ، والزركشى .

إمدهما : يأخذه بنفقته . وهي ما أنفق من البذر ومؤنة الزرع ، من الحرث

والسقي وغيرها . وهو المذهب ، وهو ظاهر كلام الخرقى ، والشيرازى .
واختاره القاضى فى ردوس المسائل ، وابن عقيل .
قال الحارثى : وهو المذهب . وعليه متقدمو الأصحاب ، كالخرقى ، وأبى بكر
ثم ابن أبى موسى ، والقاضى فى كتابى المجرى وردوس المسائل ، وابن عقيل .
لصريح الأخبار المتقدمة فيه . انتهى .
وصححه فى التصحيح . وجزم به فى الطريق الأقرب ، والوجيز . وقدمه فى
الخلاصة ، والفروع ، والفائق .

والرواية الثانية : يأخذه بقيمته زرعاً الآن .

صححه القاضى فى التعليق . وجزم به فى العمدة ، والمنور ، ومنتخب الأزجى
وقدمه فى المحرر ، والنظم ، والرعائتين ، والحاوى الصغير ، وتجريد العناية ،
وإدراك الغاية . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .
قلت : والنفس تميل إليه .

قال ابن الزاغونى : أصلهما هل يضمن ولد المغرور بمثله ، أو قيمته ؟
وعنه رواية ثالثة : يأخذه بأيهما شاء . نقلها مهنا . قاله فى الفروع .
قال الحارثى : وحكى القاضى حسين - فى كتاب التمام - عن أخيه أبى القاسم
رواية بالتخير . وهو الظاهر من إيراد القاضى يعقوب فى التعليق . وذكر نص مهنا .
وقال فى الفائق : وخرج أبو القاسم بن القاضى رواية بالخيرة . فكأنه ما طلع
على كلام الحارثى ، أو أن لأبى القاسم تخريج رواية . ثم اطلع ، فوافق التخريج لها .
فعلى الرواية الثانية ، واحتمال أبى الخطاب : لرب الأرض أجرتها إلى حين
تسليم الزرع . على الصحيح من المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح ، والحارثى ،
وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وذكر أبو يعلى الصغير : أنه لا أجر له . ونقله إبراهيم بن الحارث .
وعلى المذهب - أعنى إذا أوجبتا رد النفقة - فقال فى المغنى ، والشرح : يرد

مثل البذر . وبه قال ابن الزاغوني . لأن البذر مثلي . ونصره الحارثي .

وقال القاضي في الجرد : يجب ثمن البذر .

تغية : قال الحارثي : عبر المصنف بالنفقة عن عوض الزرع . وكذلك عبر أبو الخطاب ، والسامري ، وصاحب التلخيص ، وغيرهم . وليس بالجيد . لوجهين .

أمرهما : أن المعاوضة تستلزم ملك المعوّض . ودخول الزرع في ملك الغاصب باطل بالنص . كما تقدم . فبطل كونها عوضا عنه .

الثاني : الأصل في المعاوضة : تفاوتهما وتباعدهما . فدل على انتفاء المعاوضة .

والصواب : أنها عوض البذر ولو أحقه . انتهى .

فأمره : يزكيه رب الأرض ، إن أخذه قبل وجوب الزكاة . وإن أخذه بعد الوجوب : ففي وجوب الزكاة عليه وجهان . وأطلقهما في الفروع ، والقواعد الفقهية . قلت : الصحيح أنه لا يزكيه ، بل تجب الزكاة على الغاصب . لأنه ملكه إلى حين أخذه . على الصحيح ، كما تقدم .

وعلى مقتضى النصوص واختيار الخرقى ، وأبي بكر ، وابن أبي موسى ، والحارثي ، وغيرهم : يزكيه رب الأرض . لأنهم حكموا أن الزرع من أصله لرب الأرض . وعلى هذا يكون هذا المذهب .

قوله ﴿ وَإِنْ غَرَسَهَا ، أَوْ بَنَى فِيهَا : أَخِذْ بِقَلْعِ غَرْسِهِ وَبِنَائِهِ وَتَسْوِيَةِ الْأَرْضِ ، وَأَرْضِ تَقْصِيهَا وَأَجْرَتِهَا ﴾ .

وهذا مقطوع به عند جمهور الأصحاب .

إلا أن صاحب الرعاية قال : لزمه القلع في الأصح .

قال في القاعدة السابعة والسبعين : والمشهور عن الإمام أحمد رحمه الله : للمالك

قلعه مجانا ، وعليه الأصحاب .

وعنه : لا يقلع ، بل يتمسكه بالقيمة .

وعليها : لا يقطع إلا مضموناً ، كغرس المستعير . كذلك حكاهما القاضي ، وابن عقيل .

تنبيه : شمل كلام المصنف : ما لو كان الغارس أو الباني أحد الشريكين . وهو كذلك ، حتى ولو لم يغصبه ، لكن غرس أو بنى من غير إذن . وهو صحيح نص عليه في رواية جعفر بن محمد : أنه سئل عن رجل غرس نخلاً في أرض بينه وبين قوم مشاعاً ؟ قال : إن كان بغير إذنهم قلع نخله . ويأتى هذا أيضاً في الشفعة .

فوائد

منها : لو زرع فيها شجراً بنواه . فالمنصوص عن الإمام أحمد رحمه الله - وعليه الأصحاب - : أنه له ، كما في الغراس .

ويحتمل كونه لرب الأرض . لدخوله في عموم أخبار الزرع . قاله الحارثي .
ومنها : لو أثمر ما غرس الغاصب ، فقال في المجرد ، والفصول ، وصاحب المستوعب ، ونوادر المذهب : الثمر للمالك الأرض ، كالزراع . إن أدركه أخذه ورد النفقة ، وإلا فهو للغاصب .
واختاره القاضي . ونص عليه في رواية علي بن سعيد .

قال في الفروع : ونصه فيمن غرس أرضاً : الثمرة لرب الأرض ، وعليه النفقة . وقال المصنف في المغنى ، والشارح ، وصاحب الفائق ، وابن رزين : لو أثمر ما غرسه الغاصب ، فإن أدركه صاحب الأرض بعد الجذاذ : فللغاصب . وكذلك قبله .

وعنه : للمالك الأرض ، وعليه النفقة . انتهوا .
قال ابن رزين - عن القول بأنه لصاحب الأرض - ليس بشيء .
قال الحارثي : وفيه وجه أنه للغاصب بكل حال .
وحكاه ابن الزاغوني في كتاب الشروط رواية عن الإمام أحمد .

قال : وهذا أصح ، اعتباراً بأصله .

قال : والقياس على الزرع ضعيف .

واختار الحارثي ما قدمه المصنف . وقدمه في الرعايتين ، والحواوي الصغير .

ومنها : لو حصص الدار وزوقها ، فحكمها كالبناء . قاله في الكافي . ولو وهب

ذلك للمالكها ، ففي إجباره على قبوله وجهان ، كالصبيغ في الثوب ، على ما يأتي .

ومنها : لو غصب أرضاً ، فبناها داراً بتراب منها وآلات من المصنوب منه :

فعليه أجرتها مبنية . وإن كانت آلاتها من مال الغاصب : فعليه أجره الأرض

دون بنائها . لأنه إنما غصب الأرض ، والبناء له . فلم يلزمه أجره ماله . فلو أجرها

فالأجرة لها بقدر قيمتها .

نقل ابن منصور - فيمن بنى فيها ويؤجرها - الغلة على النصيب .

ونقل ابن منصور أيضاً : ويكون شريكاً بزيادة بناء .

ومنها : لو طلب أخذ البناء أو الفراس بقيمته ، وأبى مالكه إلا القلع : فله

ذلك ، ولا يجبر على أخذ القيمة . وفي البناء تخريج : إذا بذل صاحب الأرض

لصاحب القيمة : أنه يجبر على قبولها إذا لم يكن في النقص غرض صحيح . وهو

المصنف . والمذهب : الأول .

وذكر ابن عقيل رواية فيه : لا يلزمه . ويعطيه قيمته . ونقله ابن الحكم .

وروى الخلال فيه عن عائشة - رضى الله عنها - مرفوعاً « له ما نقص » .

قال أبو يعلى الصغير : هذا منعنا من القياس .

ونقل جعفر بن محمد فيها : لرب الأرض أخذه . وجزم به ابن رزين . وزاد :

وتركه بأجرة . انتهى .

ومنها : إذا اتفقا على القيمة : فالواجب قيمة الفراس مقلوعاً . حكاه ابن

أبي موسى وغيره .

وإن وهبها الغاصب لرب الأرض ، ليدفع عن نفسه كلفة القلع : فقبله جاز .

وإن أبى إلا القلع - وكان فى قلعه غرض صحيح - لم يجبر على القبول . وإن لم يكن له فى القلع غرض صحيح ، فى إجباره على القول : احتمالان . وأطلقهما فى المعنى ، والشرح ، والحارثى ، والفروع .

قال فى الرعاية : وإن وهبها لرب الأرض : لم يلزمه القبول ، إن أراد القلع ، وإلا احتمل وجهين . انتهى .

قلت : الأولى أنه لا يجبر .

ومنها : لو غصب أرضاً وغراساً من شخص واحد ، فغرسه فيها : فالكل للمالك الأرض . فإن طالبه رب الأرض بقلعه - وله فى قلعه غرض صحيح - أجبر عليه . وعليه تسوية الأرض ونقصها ونقص الغراس .

وإن لم يكن فى قلعه غرض صحيح : لم يجبر على الصحيح من المذهب . قدمه فى المعنى ، والشرح ، والحارثى والفروع ، وغيرهم . وقيل : يجبر . وهو احتمال المصنف .

وإن أراد الغاصب قلعه ابتداء : فله منعه . قاله الحارثى ، وصاحب الرعاية ، وغيرهما . ويلزمه أجرته مبنياً ، كما تقدم .

فأمرنا

إمدهما : لو غرس المشتري من الغاصب ولم يعلم بالحال . فقال ابن أبى موسى ، والقاضى فى المجرى ، وتبعه عليه المتأخرون : للمالك قلعه مجاناً . ويرجع المشتري بالنقص على من غره .

قال الحارثى : الحكم كما تقدم . قاله أصحابنا . وقدمه فى المجرى ، والرعايتين والحارثى الصغير ، وغيرهم .

وقال فى القاعدة السابعة والسبعين : المنصوص أنه يملكه بالقيمة ، ولا يقطع مجاناً . نقله حرب ، ويعقوب بن بختان . قال : ولا يثبت عن الإمام أحمد رحمه الله سواء . وهو الصحيح . انتهى .

ويأتى فى كلام المصنف ما هو أعم من ذلك فى الباب فى قوله « وإن اشترى أرضاً فغرسها ، وبنى فيها ، فخرجت مستحقة » .

الثانية : الرطبة ونحوها : هل هى كالزراع فى الأحكام المتقدمة ، أو كالغراس ؟ فيه احتمالان . وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق ، وقواعد ابن رجب ، والزرکشى .

أمرهما : أنه كالزراع . قدمه ابن رزین فى شرحه . وقال : لأنه زرع ليس له فرع قوى . فأشبهه الحنطة .

قال الزرکشى : ويدخل فى عموم كلام الخرقى .
قلت : وكذا غيره .

والوجه الثانى : هو كالغراس .

قال الناظم : وكالغرس فى الأقوى : المكرر جُزؤه .

ويأتى قريباً « لو حفر فى الأرض بئراً » .

قوله ﴿ وَإِنْ غَصَبَ لَوْحًا فَرَقَعَ بِهِ سَفِينَةً : لَمْ يُقْلَعْ حَتَّى تَرْتَسَى ﴾ .

يعنى : إذا كان يخاف من قلعه . وهذا المذهب مطلقاً . وعليه جماهير

الأصحاب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره .

قال فى القواعد الأصولية : هو المذهب عند الأصحاب .

وقيل : يقلع ، إلا أن يكون فيه حيوان محترم ، أو مال للغير . جزم به فى

عيون المسائل . وهو احتمال لأبى الخطاب فى الهداية .

قال الحارثى : ومطلق كلام ابن أبى موسى يقتضيه . فإنه قال : من اغتصب

ساجة فبنى عليها حائطاً ، أو جعلها فى سفينة : قلعت من الحائط أو السفينة .

وإن استهدما بالقلع . انتهى .

فائدة : حيث يتأخر القلع ، فللمالك القيمة . ثم إذا أمكن الرد أخذه مع

الأرش إن نقص ، واسترد الغاصب القيمة ، كما لو أبق المغصوب . قاله الحارثي .
قلت : وقد شمله كلام المصنف الآتي . حيث قال « وإن غصب عبداً فأبق ،
أو فرساً فشرد ، أو شيئاً تعذر رده مع بقائه : ضمن قيمته » .

ولو قيل : بأنه تتعين له الأجرة إلى أن يقلع : لكان متجهاً .

قوله ﴿ وَإِنْ غَصَبَ خَيْطًا ، فَخَاطَ بِهِ جُرْحَ حَيَوَانٍ ، وَخِيفَ عَلَيْهِ
مِنْ قَلْعِهِ : فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْحَيَوَانُ مَا كَوْلًا لِلْغَاصِبِ .
فَهَلْ يَلْزَمُهُ رَدُّهُ ، وَيَذْبَحُ الْحَيَوَانُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

إذا غصب خيطاً وخاط به جرح حيوان . فلا يخلو : إما أن يخاف على
الحيوان بقلعه أولاً . فإن لم يخف عليه بقلعه : قلع .

وإن خيف عليه ، فلا يخلو : إما أن يكون ما كولاً أولاً . فإن لم يكن
ما كولاً ، فلا يخلو : إما أن يكون محترماً ، أولاً . فإن كان غير محترم - كالمرتد
والكلب العقور ، والخنزير ، ونحوها - فله قلعه منه بلا نزاع .

وإن كان محترماً ، فلا يخلو : إما أن يكون آدمياً ، أو غيره . فإن كان آدمياً :
لم يقلع . على الصحيح من المذهب إذا خيف عليه الضرر . وتؤخذ قيمته . قدمه
في الفروع . واختاره المصنف ، والشارح ، والحارثي ، وغيرهم .

وقيل : لا تؤخذ قيمته إلا إذا خيف تلفه . ويقلع كغيره من الحيوانات
المحترمة . فإنه لا بد فيها من خوف التلف . على الصحيح . وفيه احتمال .

وهذا القول ظاهر ما قطع به في الفائق ، والمذهب ، والتلخيص ، والرعاية
الصغرى ، والحاوى الصغير . لأنهم قيدوه بالتلف . وقدمه في الرعاية الكبرى .
وهو احتمال للقاضى ، وابن عقيل .

وإن كان ما كولاً ، فلا يخلو : إما أن يكون للغاصب أولاً . فإن لم يكن
لـلغاصب : لم يقلع . جزم به في المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منبج ، وغيرهم .

وإن كان للغاصب - وهي مسألة المصنف - فأطلق الوجهين . وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، وشرح الحارثي ، وابن منبج .

أمرهما : يذبح . ويلزمه رده . وهو المذهب . اختاره القاضى ، وغيره . قاله الحارثي . وصححه فى التصحيح ، والنظم . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الكافى .

والوجه الثانى : لا يذبح ، وترد قيمته . قدمه فى المستوعب ، والتلخيص ، والرايعتين ، والحاوى الصغير .

وفيه وجه ثالث : إن كان معداً للأكل - كبهيمة الأنعام ، والدجاج ، ونحوه - ذبح ورده ، وإلا فلا . وهو احتمال للمصنف .

قال الحارثي : وهو حسن . وأطلقهن فى الشرح ، والفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ مَاتَ الْحَيَوَانُ : لَزِمَهُ رَدُّهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ آدَمِيًّا ﴾

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى المغنى ، والتلخيص ، والشرح ، وشرح الحارثي ، والوجيز ، وغيرهم من الأصحاب . وقدمه فى الفروع ، وغيره . وقيل : يلزمه رده بموت آدمى .

قال ابن شهاب : الحيوان أكثر حرمة من بقية المال . ولهذا لا يجوز منع مائه منه . ولو قتله دفعاً عن ماله : قتل ، لا عن نفسه .

فوائد

الأولى : لو غصب جوهرة فابتلعها بهيمة . فقال الأصحاب : حكمها حكم الخيط . قاله المصنف ، والشارح ، والحارثي .

وقال : إن كانت مأكولة : ذبحت على الأشهر .

وقال المصنف فى المغنى : ويحتمل أن الجوهرة متى كانت أكثر قيمة من

الحيوان : ذبح الحيوان ، وردت إلى مالِكها . وضمن الحيوان على الغاصب ، إلا أن يكون آدمياً

الثانية : لو ابتلعت شاة رجلِ جوهرة آخر غير مغصوبة ، وتوقف الإخراج على الذبح : ذبحت ، بقيد كون الذبح أقل ضرراً . قاله المصنف ، والشارح ومن تابعهما قال الحارثي : واختيار الأصحاب : عدم القيد . وعلى مالك الجوهرة ضمان نقص الذبح ، إلا أن يفرط مالك الشاة بكون يده عليها . فلا شيء له ، لتفريطه . الثالثة : لو أدخلت الشاة رأسها في فقم ونحوه ، ولم يمكن إخراجها إلا بذبحها أو كسره . فهنا حالتان :

إحداها : أن تكون مأكولة . فللأصحاب فيها طريقتان .

أمرهما - وهو قول الأكثرين . منهم القاضي ، وابن عقيل - إن كان لا بتفريط من أحد : كسر القدر ، ووجب الأرش على مالك البهيمة . وإن كان بتفريط مالِكها ، بأن أدخل رأسها بيده ، أو كانت يده عليها ونحوه : ذبحت من غير ضمان وحكي غير واحد وجهها بعدم الذبح . فيجب الكسر والضمن . وإن كانت بتفريط مالك القدر ، بأن أدخله بيده ، أو ألقاها في الطريق : كسرت ولا أرش . قال ذلك الحارثي .

الطريق الثاني - وهو ما قاله المصنف والشارح - اعتبار أقل الضررين . إن

كان الكسر هو الأقل تعين ، وإلا ذبح ، والعكس كذلك .

ثم التفريط من أيهما حصل : كان الضمان عليه . وإن لم يحصل من واحد منهما : فالضمان على مالك البهيمة . إن كسر القدر وإن ذبحت البهيمة : فالضمان على صاحب القدر . وإن اتفقا على ترك الحال على ما هو عليه : لم يجز .

ولو قال من عليه الضمان : أنا أتلف مالي ولا أغرم شيئاً للآخر : كان له ذلك .

الحالة الثانية : أن تكون غير مأكولة ، فتكسر القدر . ولا تقتل البهيمة

بحال . وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال المصنف ، والشارح : قاله الأصحاب .
قال الحارثي : قاله الأكثرون من الأصحاب .
وعلى هذا : لو اتفقا على القتل : لم يمكننا .
وقيل : حكمه حكم المأكول على ماتقدم .
وفيه وجه ثالث : أنه يقتل إن كانت الجناية من ماله ، أو القتل أقل ضرراً .

قلت : وهو الصواب . وأطلقهن في المغنى ، والشرح . وظاهر الحارثي : الإطلاق .

الرابعة : لو سقط دينار أو درهم ، أو أقل أو أكثر ، في محبرة الغير ، وعسر إخراجه . فإن كان بفعل مالك المحبرة : كسرت مجاناً مطلقاً .
وإن كان بفعل مالك الدينار . فقال القاضي ، وابن عقيل : يخير بين تركه فيها وبين كسرها . وعليه قيمتها .

وعلى هذا : لو بذل مالك المحبرة لمالك الدينار مثل ديناره . فقليل : يلزمه قبوله . اختاره صاحب التلخيص فيه . وقدمه في الرعايتين ، والحاوي الصغير .
وقيل : لا يلزمه قبوله . وأطلقهما في المحرر ، وشرح الحارثي ، والفروع .
وذكر المصنف والشارح في إجبار مالك المحبرة على الكسر ابتداء : وجهين .
أهمهما : لا يجبر . قالوا : وعليه نقص المحبرة .

قال الحارثي : ويجب على هذا الوجه : أن يقال بوجوب بذل الدينار . انتهى
والوجه الثاني : يجبر . وعلى مالك الدينار ضمان القيمة . واختاره صاحب التلخيص .

قال الحارثي : وهذا الوجه هو حاصل ما قال القاضي ، وابن عقيل من التخيير بين الترك والكسر .

وكيفما كان لو بادر وكسر عدواناً : لم يلزمه أكثر من قيمتها . وجهاً واحداً .
وإن كان السقوط لا بفعل أحد ، بأن سقط من مكان ، أو ألقاه طائر ،
أو هر : وجب الكسر . وعلى رب الدينار الأرض .

فإن كانت الحبرة ثمينة ، وامتنع رب الدينار من ضمانها في مقابلة الدينار ،
فقال ابن عقيل : قياس قول أصحابنا أن يقال له : إن شئت أن تأخذ فاغرم ، وإلا
فاترك ، ولا شيء لك .

قال الحارثي : والأقرب - إن شاء الله - سقوط حقه من الكسر هنا .
ويصلحان عليه .

ولو غصب الدينار وألقاه في محبرة آخر ، أو سقط فيها بغير فعله : فالكسر
ممتنع . وعلى الغاصب ضمانها ، إلا أن يزيد ضرر الكسر على التبقية فيسقط .
ويجب على الغاصب ضمان الدينار . ذكره المصنف والشارح . وتابعهما الحارثي .
الخامسة : لو حصل مُهر أو فصيل في داره لآخر ، وتعذر إخراجه بدون نقض
الباب : وجب النقض .

ثم إن كان عن تفريط مالك الدار ، بأن غصبه وأدخله : فلا كلام . وإن
كان لا عن تفريط من أحد : فضمان النقض على مالك الحيوان .
وذكر المصنف احتمالاً باعتبار أقل الضررين . فإن كان النقض أقل : فكما
قلنا . وإن كان أكثر : ذبح .

قال الحارثي : وهذا أولى .
وعلى هذا : إن كان الحيوان غير مأكول : تعين النقض .
وإن كان عن تفريط مالك الحيوان : لم ينقض وذبح ، وإن زاد ضرره .
حكاه في المعنى .

وذكر صاحب التلخيص : وجوب النقض وغرم الأرض .
وكلام ابن عقيل نحوه أو قريب منه . قاله الحارثي .

وقال : الأول الصحيح .

وإن كان المفصوب خشبة ، فأدخلها الدار : فهي كسألة الفصيل . ينقض الباب لإخراجها .

السادس : لو باع داراً وفيها ما يفسد إخراجها . فقال القاضي ، وابن عقيل ، وصاحب التلخيص ، وغيرهم : ينقض الباب ، وعليه ضمان النقص .
وقال المصنف : يعتبر أقل الضررين . إن زاد بقاؤه في الدار ، أو تفكيكه إن كان مركباً ، أو ذبحه إن كان حيواناً على النقص : نقض مع الأرض .
وإن كان بالعكس : فلا نقض لعدم فائدته .

قال : ويصطلحان إما بأن يشتريه مشتري الدار ، أو غير ذلك . انتهى .
قوله ﴿ وَلَوْ غَضِبَ جَارِحًا . فَصَادَ بِهِ . أَوْ شَبَكَةً ، أَوْ شَرَكًا فَأَمْسَكَ شَيْئًا ، أَوْ فَرَسًا فَصَادَ عَلَيْهِ ، أَوْ غَنَمٍ : فَهُوَ لِلْمَالِكِ ﴾
إذا غضب جارحاً فصاد به ، أو فرساً فصاد عليه . فالصيد للمالك . على الصحيح من المذهب .

قال الحارثي : هذا المذهب . وجزم به في الوجيز ، وغيره .
قال في تجريد العناية : فلر به في الأظهر . وقدمه في المغنى ، والشرح . وجزم به في الصيد في الفائق ، والرعاية في غير الكلب .
وقيل : هو للغاصب . وعليه الأجرة . وهو احتمال في المغنى .
قال الحارثي : وهو قوى . وجزم به في التلخيص في صيد الكلب . وأطلقهما في الفروع ، والرعاية في الكلب .

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : يتوجه - فيما إذا غضب فرساً ، وكسب عليه مالاً - أن يجعل الكسب بين الغاصب ومالك الدابة على قدر نفعهما بأن تقوم منفعة الراكب ومنفعة الفرس . ثم يقسم الصيد بينهما .

وتقدم ذلك في الشركة الفاسدة .

فعلى المذهب : هل يلزم الغاصب أجره مدة اصطياده أم لا ؟ فيه وجهان .
وأطلقهما في المغنى ، والشرح ، والرعاية ، والفروع .

أمرهما : لا يلزمه . قدمه الحارثي . وقال : هو الصحيح .

قال في تجريد العناية : ولا أجره لربه مدة اصطياده في الأظهر .

والوجه الثاني : يلزمه . وهو قياس قول صاحب التلخيص في صيد العبد ،
على ما يأتى قريباً .

وأما سهم القرس المغصوبة : فقد تقدم في كلام المصنف أيضاً في باب قسمة
للغنيمة في قوله « ومن غصب فرماً فقاتل عليه ، فسيهمه للمالكه » وذكرنا الخلاف
فيه هناك .

فأما إذا غصب شبكة ، أو شركاً فصاد به . فجزم المصنف هنا : أنه للمالكه .
وهو المذهب .

قال الحارثي : هذا المذهب . وعليه عامة الأصحاب . وجزم به ابن منبج في
شرحه . وقدمه في الشرح .

والوجه الثاني : يكون للغاصب . وجزم به في الوجيز .

وقال في الفروع - بعد أن ذكر صيد الكلب ، والقوس - وقيل : وكذا
أحبولة . وجزم به غير واحد في كتب الخلاف . قالوا : على قياس قوله : ربح
الدرهم للمالكه .

فأمره : صيد العبد المغصوب وسائر أكسابه : للسيد . بلا نزاع . وفي لزوم
أجرته مدة اصطياده وعمله : الوجهان المتقدمان في الجارحة .

قال في التلخيص : ولا تدخل أجرته تحته ، إذا قلنا بضمان المنافع .

قوله « وَإِنْ غَصَبَ ثَوْبًا فَقَصَرَهُ ، أَوْ غَزَلَ فَنَسَجَهُ ، أَوْ فِضَّةً ،

أَوْ حَدِيدًا فَضْرَبَهُ إِبْرَأَ أَوْ أَوَانِي . أَوْ خَشَبًا فَنَجَرَهُ بَابًا وَنَحْوَهُ ، أَوْ
شَاةً فَذَبَحَهَا وَشَوَاهَا : رَدَّ ذَلِكَ بِيَدَاتِهِ وَأَرَشَ تَقْصِيهِ . وَلَا شَيْءَ لَهُ .
وكذا لو غصب طينًا ، فضربه لبنًا ، أو جعله فخارًا ، أو حبًا فطحنه ،
ونحو ذلك .

ذكر المصنف هنا : ما يغير المصنوب عن صفته ، وينقله إلى اسم آخر ، كما مثل
ونحوه . ففي هذا يكون الحكم كما قال المصنف ، على الصحيح من المذهب .
قال المصنف ، والشارح ، وصاحب الفائق : هذا ظاهر المذهب .
قال ابن منجا في شرحه : هذا المذهب .

قال الحارثي : اختاره المصنف ، والأكثر من أهل المذهب . منهم :
القاضي في الجرد ، وأبو علي بن شهاب ، وابن عقيل في الفصول . قال : وهو
المختار .

قال في التلخيص : هذا الصحيح عندى . وصححه في النظم ، وغيره . وجزم
به في الوجيز ، والنور . وقدمه في المحرر ، والفروع ، والفائق .
وعنه : يكون شريكًا بالزيادة . اختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله . قاله
في الفائق .

قال في الهداية ، والمستوعب : الصحيح من المذهب : إن زادت القيمة
بذلك ، فالغاصب شريك المالك بالزيادة . انتهى .
وقدمه في الخلاصة ، والرايعتين ، والحاوى الصغير ، وناظم المفردات . وقال :
رجحه الأكثر في الخلاف . انتهى .

واختاره القاضي في الجامع الصغير ، والقاضي يعقوب ، وابن عقيل في التذكرة ،
وأبو الحسن بن بكروس .

وقيل : للغاصب أجره عمله فقط ، إذا كانت الزيادة مثلها فصاعدًا . أو ما إليه
ابن أبي موسى . ذكره عنه في التلخيص .

قال الحارثي : قاله ابن أبي موسى ، والشيرازي .
فعلى هذا : إن عمل ولم يستأجر ، فلا شيء له . قاله الشيرازي في البهج .
وقال أبو بكر : يملكه ، وعليه قيمته قبل تغييره . وهو رواية نقلها محمد بن
الحكم ، إلا أن المصنف ، والشارح قالا : هو قول قديم رجع عنه . فإن محمداً
مات قبل أبي عبد الله بنحو من عشرين سنة .
قلت : موته قبل أبي عبد الله بعشرين سنة لا يدل على أنه رجع عنه ، بل
لابد من دليل على رجوعه ، وإلا فالأصل عدمه .
ثم وجدت الحارثي قال نحوه . فقال : وليس يلزم من تقدم الوفاة الرجوع .
إذ من الجائز تقدم سماع من تأخرت وفاته . وكان يجب على ما قال إلغاء ما خالف
أبو بكر فيه لرواية من تأخر موته . والأمر بخلافه . انتهى .
وعنه : يحيز المالك بين العين والقيمة .

قال في الفائق : وهو المختار .
تغيير : أدخل المصنف فيما يغير المنصوب عن صفته : قصر الثوب ، وذبح
الشاة وشبهها .

قال في الفروع : فذكر جماعة : أنه كالنوع الأول .
قلت : منهم صاحب المستوعب ، والتلخيص ، والشرح ، والنظم ، والفائق ،
والوجيز ، والرايعتين ، والحاوي الصغير ، وغيرهم .
قال الحارثي : وقد أدرج هو وغيره في هذا الأصل قصارة الثوب . وليس
بالمختار . لانتفاء سلب الاسم والمعنى .

تنبيه ثامن : أفاد المصنف أن ذبح الغاصب للحيوان المنصوب لا يحرم أكله .
وهو كذلك على الصحيح . ويأتي ذلك عند تصرفات الغاصب الحكمة ، وفي
باب القطع في السرقة .

فأمر : ماصوره المصنف وغيره في هذه المسألة : ينقسم إلى ممكن الرد إلى

الحالة الأولى - كالحلي ، والأواني ، والدرهم - فيجبر المالك على الإعادة . قاله في التلخيص . واقتصر عليه الحارثي .

وإلى غير ممكن - كالأبواب ، والفخار ، ونحوهما - فليس للغاصب إفساده . ولا للمالك إجباره عليه ، فيما عدا الأبواب ونحوها .

وقال ابن عقيل ، في الأواني المتخذة من التراب : للمالك ردها ومطالبته بمثل التراب .

قوله ﴿ وَإِنْ غَصَبَ أَرْضًا ، فَحَفَرَ فِيهَا بُئْرًا وَوَضَعَ تُرَابَهَا فِي أَرْضِ مَالِكِهَا : لَمْ يَمْلِكْ طَمَها إِذَا أَبْرَأَهُ الْمَالِكُ مِنْ ضَمَانِ مَا يَتْلَفُ بِهَا فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ﴾ .

إذا حفر بئراً ، أو شق نهراً ونحوه في أرض غصبها . فطالبه المالك بطمها : لزمه ذلك إن كان لغرض . قاله الحارثي .

وإن أراد الغاصب طمها ابتداءً ، فلا يخلو : إما أن يكون لغرض صحيح ، أو لا . فإن كان لغرض صحيح - كإسقاط ضمان ما يقع فيها . أو يكون قد نقل ترابها إلى ملكه ، أو ملك غيره ، أو إلى طريق يحتاج إلى تفرغه - فله طمها من غير إذن ربها . على الصحيح من المذهب . وهو ظاهر كلام المصنف هنا . وجزم به في المغنى ، والشرح ، والمحزر .

واختاره القاضى . وقدمه في الفروع ، والحارثي ، والخلاصة .

وقيل : لا يملك طمها إلا بإذنه . وهو ظاهر ما قدمه في المستوعب ، والتلخيص . على ما يأتي من كلامهما .

وإن لم يكن له غرض صحيح في ذلك - وهي مسألة المصنف . مثل : أن يكون قد وضع التراب في أرض ماله ، أو في موات ، أو أبرأه من ضمان ما يتلف بها - قال المصنف ، والشارح : أو منعه منه . فهل يملك طمها ؟ فيه وجهان .

وأطلقهما في المغنى ، والشرح ، والمحزر ، والفروع ، والحارثى .
أمرهما : لا يملك طمها . وهو الصحيح . نصره المصنف ، والشارح .
وصححه في التصحيح . واختاره أبو الخطاب .
والوجه الثانى : يملكه . اختاره القاضى .

قال فى المستوعب ، والتلخيص : وإن غصب داراً فحفر فيها بئراً ، ثم استردها
مالكها ، فأراد الفاصب طم البئر : لم يكن له ذلك .
وقال القاضى : له ذلك من غير رضى المالك .
وقال أبو الخطاب فى الهداية : ليس له ذلك إذا أبرأه المالك من ضمان ما يتلف
فيها . انتهى . وأطلقهن فى المذهب .

قال فى التلخيص : وأصل اختلاف القاضى ، وأبى الخطاب : هل الرضى
الطارىء كالمقارن للحفر ، أم لا ؟ والصحيح : أنه كالمقارن . انتهى .
وقال فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق : وإن حفر فيها بئراً أو نحوها .
فله طمها مطلقاً .

وإن سخط ربها ، فأوجه : النفى ، والإثبات .
والثالث : إن أبرأه من ضمان ما يتلف بها ، وصح فى وجه : فلا .
زاد فى الرعاية الكبرى وجهاً رابعاً : وهو إن كان غرضه فيه صحيحاً - كدفع
ضرر ، وخطر ونحوهما - وإلا فلا .

وخامساً : وهو إن ترك ترابها فى أرض غير ربها : فلا .
وقيل : بلى ، مع غرض صحيح . انتهى . وتقدم ذلك والصحيح منه .

تغييرها

أمرهما : فى القول المحكى عن القاضى .
قال الحارثى : إذا كان مأخوذاً من غير كتاب المجرد : فنعم . وإن كان من
المجرد : فكلامه فيه موافق لأبى الخطاب . فإنه قال - وذكر كلامه .

قلت : الناقل عن القاضي تلميذه أبو الخطاب في الهداية . وهو أعلم بكلامه من غيره . وللقاضي في مسائل كثيرة القولان والثلاثة . وكتبه كثيرة .

الثاني : ظاهر كلام أبي الخطاب وجماعة : أنه إذا أبرأ المالك من ضمان ما يتلف بها : أنه يصح ، ويبرأ . وهو أحد الوجهين .

اختاره المصنف ، والشارح ، وابن عقيل ، والقاضي في المحرر . قاله الحارثي لما ذكر كلامه المتقدم .

والوجه الثاني : أنه لا يبرأ . وتقدم قريباً كلامه في الرعايتين في ذلك . وأطلقهما في المحرر .

قال الحارثي : وحاصل المسألة الأولى : الخلاف في صحة الإبراء . وفيه وجهان . قوله ﴿ وَإِنْ غَصَبَ حَبًّا فَزَرَعَهُ ، أَوْ يَبِضًّا فَصَارَ فِرَاخًا ، أَوْ نَوًى فَصَارَ غَرَسًا ﴾ .

قال في الانتصار : أو غصناً فصار شجرة : رده . ولا شيء له . وهذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به كثير منهم . ويتخرج فيها مثل الذي قبلها . قال المصنف ، والشارح : ويتخرج أن يملكه الغاصب . فعلى هذا : يتخرج لنا : أن يكون شريكاً بالزيادة ، كالمسألة التي قبلها . انتهى وذلك : لأنها نوع مما تقدم من تغيير العين وتبدل اسمها .

فأمره : ذكر في الكافي من صور الاستحالة : الزرع يصير حباً .

قال الحارثي : وفيه نظر ، فإن الزرع إن كان قد سُنْبِلَ حالة الغصب : فهو من قبيل الرطب والعنب يصيران تمرًا وزبيبًا . وليس من المستحيل بالاتفاق . وإن لم يكن سنبل : فهو في معنى إثمار الشجر . فيكون من قبيل المتولد ، لا المستحيل لوجود الذات عيناً . انتهى .

قوله ﴿ وَإِنْ تَقَصَّ لَزِمَهُ ضَمَانُ تَقْصِهِ بِقِيَمَتِهِ ، رَقِيقًا كَانَ أَوْ غَيْرِهِ ﴾

قال الأصحاب : ولو بنيت لحية أمرد ، وقطع ذنب حمار . وهذا المذهب في ذلك كله . وجزم به في الوجيز وغيره . واختاره المصنف ، والشارح ، والمجد ، وغيرهم . وقدمه في المحرر ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والفائق ، والشرح ، والحارثي

وقال : عليه جمهور أهل المذهب .

﴿ وَعَنْهُ : أَنَّ الرَّقِيقَ يُضْمَنُ بِمَا يُضْمَنُ بِهِ فِي الْإِتْلَافِ ﴾ .

فيجب في يده : نصف قيمته ، وفي موضحته : نصف عشر قيمته . وعلى هذا فقص .

فإن كان النقص مما لا مقدرفيه ، كنقصه للكبر أو المرض ، أو شجه دون الموضحة : فعليه ما نقص مع الرد فقط .

قال الحارثي : هذه الرواية أقوى .

﴿ وَيَتَخَرَّجُ أَنَّهُ يَضْمَنُهُ بِأَكْثَرِ الْأَمْرَيْنِ مِنْهُمَا ﴾ وانفرد المصنف بهذا التخريج هنا . قاله الزركشي .

وعنه في عين الدابة - من الخيل ، والبغال ، والحير - ربع قيمتها . نصرها القاضي ، وأصحابه .

قال الزركشي : وهو المشهور عن الإمام أحمد رحمه الله .

فقال القاضي - في روايته - وأبو الخطاب ، والمصنف ، والمجد ، والشارح ، وغيرهم : الخلاف في عين الدابة من الخيل ، والبغال ، والحير . وقدمه في الفروع وغيره .

قال الزركشي : ونصوص الإمام أحمد رحمه الله على ذلك .

وقال في الفروع : وخص في الروضة هذه الرواية بعين الفرس . وجعل في عين غيرها ما نقص . والإمام أحمد إنما قال في عين الدابة . انتهى .

قال الحارثي : من الأصحاب من قصر الخلاف على عين الفرس ، دون

البغل والحمار . وهذه طريقة القاضى فى التعليق الكبير ، وأبى الخطاب فى ردوس المسائل ، والقاضى يعقوب ، وأبى المواهب الحسين بن محمد العكبى فى آخرين . واختار أكثر هؤلاء القول بالمقدر .

قال : ونص الإمام أحمد يقتضى العموم . فإن لفظ « الدابة » يشمل البغل ، والفرس ، والحمار . وكذلك صيغة الدليل المتمسك به . فالتخصيص خلاف الأصل ، مع أنا نجد فى الفرس خصائص تناسب اختصاص الحكم به ، لكن ما أخذنا فيه غير القياس . ولا يمكن إعمال ما ذكرنا من المناسبة . انتهى .

قلت : ومن خص الرواية بعين الفرس من المتأخرين : الشريف أبو جعفر وصاحب المستوعب ، والكافى ، والتلخيص وغيرهم .

فعلى هذه الرواية ، فى العينين : مانقص ، كسائر الأعضاء .

قال الحارثى : كذلك قال الأصحاب . لا أعلمهم اختلفوا فيه .

قال : وعن أبى حنيفة : نصف القيمة ، اعتباراً بالربع فى إحداها .

قال : وهو أظهر . انتهى .

ويأتى : إذا شق ثوباً ، أو أثلف عصا ، أو قصعة ، أو كسر خلخالاً ونحوه

فى ضمان غير المثل فى الفصل السادس ، والخلاف فيه .

ويأتى وقت لزوم قيمته فى أول الفصل السادس فى كلام المصنف .

تنبيه : دخل فى قول المصنف « وإن تلف لزمه ضمان نقصه بقيمته » لو جنى

على حيوان حامل فألقت جنينها ميتاً . وهو كذلك . فيجب عليه ضمان ما نقص

من أمه بالجنابة . نص عليه فى رواية ابن منصور . وعليه جماهير الأصحاب . قاله

فى القاعدة الرابعة والثمانين .

وقال أبو بكر : يجب ضمان جنين البهائم بعشر قيمة أمه ، كجنين الأمة .

قال فى القواعد : وقياسه جنين الصيد فى الحرم والإحرام . والمشهور : أنه

يضمه بما نقص أمه أيضاً . ويأتى فى مقادير الديات .

قال : ولو ألفت البهيمة بالجناية جنيناً حياً ثم مات : ففيه احتمالان . ذكرهما القاضى ، وابن عقيل فى الرهن .

أحدهما : بضمن قيمة الولد حياً لا غير .

والثانى : عليه أكثر الأمرين ، أو ما نقصت الأم . انتهى .

قلت : الثانى هو الصواب .

قوله ﴿ وَإِنْ غَضِبَهُ وَجَنَى عَلَيْهِ : ضَمِنَهُ بِأَكْثَرِ الْأَمْرَيْنِ ﴾ .

وهذا مفرع على القول بالمقدر من القيمة . قاله الحارثى .

قال الشارح : إذا جنى الغاصب على العبد المغضوب جناية مقدرة : الدية .

فعلى قولنا ضمان الغصب ضمان الجناية : يكون الواجب أرش الجناية . كما

لو جنى عليه من غير غضب .

وإن قلنا : ضمان الغصب غير ضمان الجناية - وهو الصحيح - فعليه أكثر

الأمرين : من أرش النقص ، أو دية ذلك العضو .

وجزم بأنه يضمنه بأكثر الأمرين فى الرعايتين ، والحاوى الصغير ، والوجيز .

قال فى الفروع : يضمنه بأكثرهما على الأصح .

وعنه : أنه بضمن بما نقص .

ذكرها المصنف فى هذا الكتاب فى الفصل الثالث من باب مقادير الديات .

اختارها الخلال ، وابن عقيل أيضاً . ذكره الحارثى .

لكن هذه الرواية أعم من أن يكون الجانى الغاصب أو غيره .

قال الحارثى : وجوب أكثر الأمرين : مفرع على القول بالمقدر . لاجتماع

السببين باليد والجناية .

مثاله : لو كانت القيمة ألفاً ، فنقصت بالقطع أربع مائة : فالواجب خمسمائة .

ولو نقص ست مائة : كان هو الواجب .

وعلى القول بما نقص : فكذلك في الستمائة . لأنه على وفق الموجب . وفيما قبله أربعمائة . لأنه ما نقص .

فأمره : لو غصب عبداً قيمته ألف . فزادت القيمة إلى ألفين ، ثم قطع يده فنقص ألفاً : فيجب ألف على كلا الروایتين . وهذا بلا نزاع :

وإن نقص ألفاً وخمسمائة : فالواجب ألف وخمسمائة ، على الروایتين أيضاً . أما بتقدير القول بما نقص : فظاهر . وبتقدير القول بالمقدر : يكون الواجب أكثر الأمرين . فإذا استويا كان أولى .

وقال المصنف ، والشارح : وإن قلنا : الواجب ضمان الجناية - يعني : المقدر - فعليه ألف فقط .

قال الحارثي : وهذا مشكل جداً . لإفضائه إلى إلغاء أثر اليد مع وجودها . انتهى وإن نقص خمسمائة ، فقال الحارثي : فعلى رواية المقدر : عليه ألف . وعلى رواية ما نقص : عليه خمسمائة فقط . وهو ظاهر . وكذا قال غيره .

تنبيهان

الأول : تسلم المصنف هنا على العبد إذا جنى عليه الغاصب ، أو جنى عليه في حال غصبه . وبقى قسم ثالث ، وهو ما إذا جنى عليه من غير غصب . وقد ذكره المصنف في باب مقادير الديات في الفصل الثالث .

الثاني : قوله ﴿ وَإِنْ جَنَى عَلَيْهِ غَيْرُ الْغَاصِبِ ، فَلَهُ تَضْمِينُ الْغَاصِبِ أَكْثَرُ الْأَمْرَيْنِ . وَيَرْجِعُ الْغَاصِبُ عَلَى الْجَانِي بِأَرْشِ الْجِنَايَةِ . وَلَهُ تَضْمِينُ الْجَانِي أَرْشَ الْجِنَايَةِ ، وَتَضْمِينُ الْغَاصِبِ مَا بَقِيَ مِنَ النَّقْصِ ﴾ . هذا مفرع على القول بالمقدر .

أما على القول بما نقص : فللمالك تضمينه من شاء منهما . وقرار الضمان على الجاني لمباشرته . قاله الحارثي . وهو واضح .

قوله ﴿وَإِنْ غَضِبَ عَبْدًا فَخَصَاهُ : لَزِمَهُ رَدُّهُ وَرَدَّ قِيَمَتِهِ﴾ .

وكذا لو قطع يديه ، أو رجليه ، أو لسانه ، أو ما تجب فيه الدية كاملة من الحر . فإنه يلزمه رده ورد قيمته . ونص عليه الإمام أحمد . وعليه الأصحاب . قال الحارثي : فيه ما في الذي قبله من الخلاف . غير أنه لا يتأني القول بأكثر الأمرين . لاستغراق القيمة في المقدر ، وإن لم تنقص القيمة بالخصاء . فعلى القول بالمقدر : يردده ومعه قيمته . وعلى القول بما نقص : لا يلزمه شيء . انتهى .

قوله ﴿وَإِنْ تَقَصَّتِ الْعَيْنُ﴾ أي : قيمة العين ﴿لَتَغْيِرَ الْأَسْعَارُ : لَمْ يَضْمَنْ . نَصَّ عَلَيْهِ﴾ .

وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . ونص عليه .

قال الحارثي : هذا المذهب . وعليه التفريع .

قال الزركشي : اختاره الأصحاب ، حتى إن القاضي قال : لم أجد عن الإمام أحمد رحمه الله رواية بالضمان . وجزم به في الوجيز ، وغيره . وقدمه في الفروع وغيره وعنه : يضمن . اختاره ابن أبي موسى ، والشيخ تقي الدين رحمه الله . قاله في الفائق ، ورده الحارثي .

وقيل : يضمن نقصه مع تغير الأسعار إذا تلف . وإلا فلا .

وقال الحارثي - بعد أن حكى الروایتين - : وهذا كله ما لم يتصل التلف

بالزيادة .

فإن اتصل ، بأن غضب ما قيمته مائة ، فارتفع السعر إلى مائتين ، وتلفت العين : ضمن المائتين . وجهاً واحداً . إذ الضمان معتبر بيوم التلف .

وإن كان مثلياً : فالواجب المثل بلا خلاف .

وقال في التلخيص : لو غضب شيئاً يساوي خمسة ، فعادت قيمته إلى درهم ،

ثم تلف : لزمه خمسة . وهذا على اعتبار الضمان بحالة الغصب .

قال الحارثي : وهو قول ضعيف . وليس بالمذهب . وإنما استرسل إليه من كلام بعض الخالفين .

ولو تلف نصف العين بعد العود إلى درهم . فرجع الباقي إلى نصف درهم : رد الباقي ومعه قيمة التالف نصف درهم .

وفي التلخيص : يرد درهمين ونصفا . وليس بالمذهب ، كما قلنا .

قال الحارثي : وإنما أوردته تنبيهاً .

قوله ﴿ وَإِنْ تَقَصَّتْ الْقِيَمَةُ لِمَرَضٍ ، ثُمَّ عَادَتْ يُرْثُهُ : لَمْ يَلْزَمُهُ شَيْءٌ ﴾ .

وهو المذهب . جزم به في المغنى ، والشرح ، والفاثق ، والوجيز ، والحارثي ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، وغيرهم من الأصحاب . وقدمه في الفروع . وقال : ونصه يضمن .

وحكى الحارثي وجهاً للشافعية بالضمان . قال : وهو عندى قوى بل أقوى . ورد أدلة الأصحاب .

والظاهر : أنه لم يطلع على ما ذكره صاحب الفروع من النص .

فهذا يقوى قوله . وربما كان المذهب .

وقدمه في الرعاية الكبرى . وقال : نص عليه .

فأمره : لو استرده المالك مع الأرض . ثم زال العيب في يد مالكة .

فقال المصنف ، والشارح ، وغيرهما : لا يجب رد الأرض . لاستقراره بأخذ العين نافضة . وكذا لو أخذ المغصوب بغير أرض ، ثم زال في يده : لم يسقط الأرض كذلك

قال الحارثي : وما يذكّر من الاستقرار فغير مسلم .

قال : والصواب — إن شاء الله — الوجوب بقدر النقص الحادث في المدة .

ويجب رد ما زاد إن كان .

قوله ﴿وَإِنْ زَادَ مِنْ جِهَةٍ أُخْرَى - مِثْلَ إِنْ تَعَلَّمَ صَنَعَةً - فَعَادَتْ
الْقِيَمَةُ : ضَمِنَ النَّقْصُ ﴾ .

وهو المذهب . جزم به في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ،
والمغنى ، والشرح ، والحرثي ، والفائق ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه في الفروع .
وقيل : لا يضمنه .

قوله ﴿وَإِنْ زَادَتْ الْقِيَمَةُ - لِسَمْنٍ ، أَوْ نَحْوِهِ - ثُمَّ تَقَصَّتْ : ضَمِنَ
الزِّيَادَةُ ﴾ .

وهو الصحيح من المذهب .

قال في الفروع ، والرعايتين : ضمن على الأصح . وجزم به في الوجيز ، وغيره .
وقدمه في المغنى ، والشرح . ونصره ، والتلخيص ، والحرثي ، والحاوي الصغير ،
وغيرهم . وقاله الخرقى ، وغيره .

وعنه : إذا رده بعينه : لم يلزمه شيء . ذكرها ابن أبي موسى . وهما وجهان
مطلقان في الفائق .

قوله ﴿وَإِنْ غَادَ مِثْلَ الزِّيَادَةِ الْأُولَى مِنْ جِنْسِهَا ﴾ .

مثل : إن كانت قيمتها مائة . فزادت إلى ألف لسمن ونحوه . ثم هزلت
فعدت إلى مائة ، ثم سمئت فزادت إلى ألف ﴿لَمْ يَضْمَنْهَا فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ﴾
وهما احتمالان للقاضي في الجرد . وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب
والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والتلخيص ، والفروع ، والحاوي الصغير .

أمرهما : لا يضمنها . وهو المذهب .

قال الحرثي : هذا المذهب . لنصه في الخلخال يكسر ؟ قال : يصلحه أحب
إلي . وهو أحد صور المسألة . وصححه في التصحيح .

قال المصنف ، والشارح : هذا أقيس . وجزم به في الوجيز .

والوجه الثاني : يضمنها . قال في الرعايتين ، والفائق : ضمنها في أصح الوجهين . وقدمه ابن رزین في شرحه .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَتْ مِنْ غَيْرِ جِنْسِ الْأُولَى : لَمْ يَسْقُطْ ضَمَانُهَا ﴾ .
وهو الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به في التلخيص ،
والوجيز ، والرعايتين ، والحاوی الصغير ، وغيرهم . وقدمه في الفروع ، والهارثي .
وقال : هذا المذهب .

وقيل : يسقط الضمان . ذكره ابن عقيل . وأطلقهما في الشرح .
فأمره : من صور المسألة : لو كان الذاهب علماً أو صناعة ، فتعلم علماً آخر
أو صناعة أخرى . قاله الهارثي .

وقال المصنف ، والشارح : هو كعود السمن . يجري فيها الوجهان .
قال الهارثي : والصحيح الأول .
قوله ﴿ وَإِنْ نَقَصَ الْمَنْصُوبُ نَقْصًا غَيْرَ مُسْتَقَرٍّ - كَحِنْطَةٍ ابْتَلَّتْ
وَعَفِنَتْ - خَيْرٌ بَيْنَ أَخْذِ مِثْلِهَا وَبَيْنَ تَرْكِهَا حَتَّى يَسْتَقَرَّ فَسَادُهَا ،
وَيَأْخُذَهَا وَأَرْضٌ تَقْصِبُهَا ﴾ .

هذا أحد الوجوه . جزم به في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ،
والوجيز ، والفائق ، وشرح ابن منجا ، والرعاية الصغرى ، والحاوی الصغير ،
وغيرهم . وقدمه في الرعاية الكبرى ، والنظم .

قال المصنف : قول أبي الخطاب في الهداية لا بأس به .
وقيل : له أرش مانقص به من غير تحيير . اختاره المصنف في المغنى .
وقدمه في الشرح .

وقيل : يضمنه ببذله ، كما في الهالك .
قال الهارثي : وهو قول القاضي ، وأصحابه - الشريف أبي جعفر ، وابن

عقيل ، والقاضي يعقوب بن إبراهيم - والشيرازي ، وأبي الخطاب في رموس المسائل ، والشرif الزيدى . واختاره ابن بكروس .

وخيره في الترغيب بين أخذه مع أرشه ، وبين أخذ بدله . وأطلقهن في الفروع تنبيه : محل الخلاف إذا لم يستقر العفن . أما إن استقر : فالأرش بغير خلاف في المذهب . قاله الحارثي .

قوله ﴿ وَإِنْ جَنَى الْمَغْصُوبُ فَعَلَيْهِ أَرْشُ جِنَايَتِهِ ، سَوَاءٌ جَنَى عَلَى سَيِّدِهِ ، أَوْ غَيْرِهِ ﴾ .

إن جنى على غير سيده : فعلى الغاصب أرش الجناية بلا نزاع . وسواء في ذلك ما يوجب القصاص والمال . ولا يلزمه أكثر من النقص الذى لحق العبد وإن جنى على سيده ، فعلى الغاصب أيضاً : أرش الجناية . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والوجيز ، والهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع .

وقيل : لا يضمن جنائته على سيده . لتعلقها برقبته .

قال الحارثي : إذا جنى على سيده ، فقال المصنف ، وأبو الخطاب : يضمن الغاصب أيضاً . واستدل له بالقياس على الأجنبي . قال : وإنما يتمشى هذا حالة الاقتصاص لوجود الفوات .

أما حالة عدم الاقتصاص : فلا . لأن الفوات منتف . فالضمان منتف . وإنما قلنا « الفوات منتف » لأن الغاية إذا تعلق الأرش بالرقبة . وهو غير ممكن . لأن ملك المجنى عليه فيها حاصل . فلا يمكن تحصيله . فيكون حالة عدم القصاص هدر .

ثم قال بعد ذلك : وأما الجناية الموجبة للمال - كالخطأ ، وإتلاف المال - فتعلقة بالرقبة . وعلى الغاصب تحليصها بالفداء وبما يفدى .

قال القاضي ، وابن عقيل ، والمصنف ، وغيرهم : بأقل الأمرين من القيمة أو أرش الجناية .

ولم يوردوا هنا القول بالأرش بالغاً ما بلغ . كما في فداء السيد للعبد الجاني . لأن الذي ذكره هو الأصح . لا لأن الخلاف غير مطرد . وفي كون الأول هو الأصح بحث . انتهى .

فأمرناه

إمراءهما : قوله ﴿ وَجَنَائَتُهُ عَلَى الْغَاصِبِ وَعَلَى مَالِهِ هَدَرٌ ﴾ . بلا نزاع .

وقوله ﴿ وَيَضْمَنُ زَوَائِدَ الْغَضَبِ - كَالْوَلَدِ ، وَالشَّمْرَةِ - إِذَا تَلَفَتْ ، أَوْ تَقَصَّتْ كَالْأَصْلِ ﴾ . بلا نزاع في الجملة .

فإذا غضب حاملاً أو حائلاً ، فحملت عنده : فالولد مضمون عليه . ثم إذا ولدت ، فلا يخلو : إما أن تلده حياً ، أو ميتاً . فإن ولدته ميتاً ، وكان قد غضبها حاملاً : فلا شيء عليه . لأنه لا يعلم حياته . وإن كان غضبها حائلاً ، فحملت وولده ميتاً : فكذلك عند القاضي . وعند أبيه أبي الحسين : يضمنه بقيمته لو كان حياً . وقال المصنف ، ومن تبعه ، والأولى : أنه يضمنه بعشر قيمة أمه . وإن ولدته حياً ومات : فعليه قيمته يوم تلفه .

الثانية : قال في الفروع - في هذا الباب ، في أول الفصل الأخير منه - : وإطلاق الأصحاب بأنه لا يضمن ما أتلفته بهيمة لا يد عليها ظاهرة ، ولو كانت مغنوبة . لظاهر الخبر .

وعلى الأصحاب المسألة بأنه لا تفرط من المالك . ولا ذمة لها فيتعلق بها . ولا قصد فيتعلق برقتها .

ويبين ذلك : أنهم ذكروا جنابة العبد المغصوب ، وأن الغاصب يضمنها . وقالوا : لأن جنابته تتعلق برقبته فضمنها . لأنه نقص حصل في يد المغصوب . فهذا التخصيص وتعليله يقتضى خلافه في البهيمة .

قال : وهذا فيه نظر . ولهذا قال ابن عقيل في جنابات البهائم : لو نقب لص ، وترك النقب ، فخرجت منه بهيمة : ضمنها . وضمن ما تجنى بإفلاتها وتخليتها . وقد يحتمل ، إن حازها وتركها بمكان : ضمن . لتعديده بتركها فيه . بخلاف ما لو تركها بمكانها وقت الغصب . وفيه نظر .

ولهذا قال الأصحاب ، في نقل التراب من الأرض المغصوبة : إن أراد الغاصب ، وأنى المالك : فللغاصب ذلك مع غرض صحيح . مثل : إن كان نقله إلى ملك نفسه ، فينقله لينتفع بالمكان ، أو كان طرحه في طريق . فيضمن ما يتجدد به من جنابة على آدمى ، أو بهيمة .

ولا يملك ذلك بلا غرض صحيح . مثل : إن كان نقله إلى ملك المالك ، أو طرف الأرض التي حفرها .

ويفارق طم البئر . لأنه لا ينفك عن غرض . لأنه يسقط ضمان جنابة الحفر .

زاد ابن عقيل : ولعله معنى كلام بعضهم : أو جنابة الغير بالتراب . انتهى

كلام صاحب الفروع .

ومحل هذه الفائدة : عند ضمان ما أتلفت البهيمة . لكن لها هنا نوع تعلق .

قوله ﴿ وَإِنْ خَلَطَ الْمَغْصُوبَ بِمَالِهِ عَلَى وَجْهِهِ لَا يَتَمَيَّزُ ، مِثْلُ : أَنْ

خَلَطَ حِنْطَةً ، أَوْ زَيْتًا بِمِثْلِهِ ﴾ .

قال في الرعاية : ولم يشتركا فيهما . انتهى ﴿ لزمه مثله منه في أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ﴾

وهو المذهب . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله .

قال في القاعدة الثانية والعشرين : المنصوص في رواية عبد الله ، وأبي الحارث :
أنه اشتراك فيما إذا خلط زيت به زيت غيره .

واختاره ابن حامد ، والقاضي في خلافه ، وابن عبدوس في تذكرته ،
والمصنف ، والشارح ، وصاحب التلخيص . وجزم به في المحرر ، والعمدة .
قال في الوجيز : فهما شريكان .

وقدمه في الخلاصة ، والرايعتين ، والحاوي الصغير ، وشرح ابن رزين ،
والفروع ، وغيرهم .

قال الحارثي : هذا أمس بالمذهب . وأقرب إلى الصواب .

وفي الآخر : يلزمه مثله من حيث شاء . اختاره القاضي في المجرد .

وقال : هذا قياس المذهب . وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ،
والمنفى ، والشرح ، والفائق ، والحارثي ، والزركشي ، وغيرهم .

قال في الفروع : وقال في الوسيلة ، والموجز : يقسم بينهما بقدر قيمتهما . انتهى
وقال الحارثي : وفيه وجه ثالث . وهو الشركة ، كما في الأول ، لكن يباع
ويقسم الثمن على الحصص . كذا أطلق القاضي يعقوب بن إبراهيم في تعليقه ،
وأبو الخطاب ، وأبو الحسن بن بكروس ، وغيرهما في رهوس مسائلهم . حتى قالوا به
في الدنانير والدراهم .

وقاله ابن عقيل في تذكرته .

وأظنه قول القاضي في التعليق الكبير . انتهى .

ثم قال : وأما إجراء هذا الوجه في الدنانير ، والدراهم : فواه جداً . لأنها قيم
الأشياء ، وقسمتها ممكنة . فأى فائدة في البيع ؟ ورد هذا الوجه الأخير .

فأئمة : هل يجوز للغاصب أن يتصرف في قدر ماله فيه ، أم لا ؟ .

قال الإمام أحمد - رحمه الله - في رواية أبي طالب : قد اختلط أوله وآخره .

أعجب إلى أن يتنزه عنه كله ، ويتصدق به .

وأُنكر قول من قال : يخرج منه بقدر ماخالطه .
واختار ابن عقيل في فتونه : التحريم . لامتزاج الحلال بالحرام فيه ، واستحالة
انفراد أحدهما عن الآخر .

وعلى هذا : ليس له إخراج قدر الحرام منه بدون إذن المصوب منه . وهذا
بناء على أنه اشتراك .

وعن الإمام أحمد رحمه الله رواية أخرى : أنه استهلاك . فيخرج به قدر
الحرام ، ولو من غيره . قاله ابن رجب في القاعدة الثانية والعشرين .

قوله ﴿ وَإِنْ خَلَطَهُ بِدُونِهِ ، أَوْ بَخِيرَ مِنْهُ ، أَوْ بَغَيْرِ جَنْسِهِ ﴾ يعني :
على وجه لا يتميز ﴿ لَزِمَهُ مِثْلُهُ فِي قِيَاسِ الَّتِي قَبْلَهَا ﴾ .

قال القاضي ، في المجرد : قياس المذهب يلزم الغاصب مثله .

واختاره في الكافي . وإليه ميل الشارح .

وظاهر كلامه : أنهما شريكان بقدر ملكيهما . وهو المذهب .

قال في الفروع : فشريكان بقدر حقهما ، كاختلاطهما من غير غصب . نص
عليه في رواية أبي الحارث .

قال الحارثي : وهذا اختيار من سميناه في الوجه الثالث . انتهى .

قال في المذهب : هذا ظاهر المذهب .

واختاره ابن عبدوس في تذكرته . وقدمه في الحرر ، والرعايتين ، والحاوي
الصغير ، والخلاصة . وجزم به في الوجيز . وأطلقتهما في الهداية ، والمستوعب
والتلخيص .

وقال القاضي أيضاً : ما تعذر تمييزه - كتالف - يلزمه عوضه من حيث شاء .

فشمّل كلامه هذه المسألة والتي قبلها .

فأمرنا

إصداهما : لو خلط الزيت بالشيرج : ودهن اللوز بدهن الجوز ، ودقيق

الحنطة بدقيق الشعير ، فالنصوص : الشركة . وعليه أكثر الأصحاب كالتى قبلها .
وقد شمله كلام المصنف .

وقياس المذهب : وجوب المثل عند القاضى .

قال الحارثى : وهو أظهر .

الثانية : لو خلط درهما بدرهمين لآخر ، فتلغ اثنان ، فسا بقى بينهما أثلاثا ،
أو نصفين . يتوجه فيه وجهان . قاله فى الفروع .

قلت : الذى يظهر : أن لصاحب الدرهمين نصف الباقي لا غير .

وذلك لأنه يحتمل أن يكون التالف ماله كاملاً . فيختص صاحب الدرهم
به . ويحتمل أن يكون التالف درهما لهذا ودرهما لهذا . فيختص صاحب الدرهمين
بالباقى . فتساويا . لا يحتمل غير ذلك ، ومال كل واحد منهما متميز قطعاً ، بخلاف
المسائل المتقدمة .

غايته : أنه أبهم علينا .

فأمره : قوله ﴿ وَإِنْ غَصَبَ ثَوْبًا فَصَبَّغَهُ ، أَوْ سَوِيقًا فَلَتَّهُ بِزَيْتٍ
فَنَقَصَتْ قِيمَتُهُمَا ، أَوْ قِيمَةً أَحَدِهِمَا : ضَمِنَ النَّقْصَ . وَإِنْ لَمْ تَنْقُصْ وَلَمْ
تَزِدْ ، أَوْ زَادَتْ قِيمَتُهُمَا : فَهُمَا شَرِيكَانِ بِقَدْرِ مَالِهِمَا . وَإِنْ زَادَتْ قِيمَةُ
أَحَدِهِمَا : فَالزِّيَادَةُ إِصْحَابِهِ ﴾ .

هذه الجملة لا خلاف فيها .

لكن قال الحارثى : الضمير فى « نقصت قيمتهما » عائذ على الثوب والصبغ ،
والسويق والزيت . لأنها إحدى الحالات الواردة فى قيمة المالين ، من الزيادة
والنقص والتساوى .

وفى عوده على مجموع الأمرين - أعنى الثوب والصبغ فى صورة النقص -

مناقشة . فإن ضمان الغاصب لا يتصور . لنقصان الصبغ . إذ هو ماله . فلا يجوز إirاده لإثبات حكم الضمان .

والأجود أن يقال : تنقص قيمة الثوب .

وكذا قوله « أَوْ قِيَمَةُ أَحَدِهِمَا » ليس بالجيد . فإنه متناول لحالة النقصان في الصبغ ، دون الثوب . وليس الأمر كذلك . فإن الضمان لا يجب على هذا التقدير بحال . والصواب : حذفه .

غير أن الضمان إن فسر بالنسبة إلى الغاصب : يكون النقص محسوباً عليه . وقيل : باستعمال اللفظ في حقيقته ومجازه معاً ، وباستعمال المشترك في مدلوليه معاً . فيتمشى . انتهى .

فإذا حصل النقصان ، لسكونه مصبوغاً ، أو لسوء العمل ، فعلى الغاصب . وعلى هذا يحمل إطلاق المصنف .

فإذا كان قيمة كل منهما خمسة - وهي الآن بعد الصبغ ثمانية - فالنقص على الغاصب . وإن كان لانخفاض سعر الثياب : فالنقص على المالك . فيكون له ثلاثة . وإن كان لانخفاض سعر الصبغ : فالنقص على الغاصب . فيكون له ثلاثة . وإن كان لانخفاضهما معاً على السواء : فالنقص عليهما . لكل منهما أربعة . هذا الصحيح . قدمه الحارثي .

وقيل : يحمل النقص على الصبغ في كل حال . وهو قول صاحب التلخيص . قوله ﴿ فَإِنْ أَرَادَ أَحَدُهُمَا قَلَعَ الصَّبْغَ : لَمْ يُجْبَرِ الْآخَرُ ﴾ .

هذا المذهب . جزم به في الوجيز . واختاره المصنف ، والشارح ، وابن عقيل ، وغيرهم . وقدمه في المحرر ، والفروع .

قال القاضي : هذا قياس المذهب .

وفيه وجه آخر : يجبر ويضمن النقص ، سواء كان الغاصب أو المصنوب منه . وأطلقهما الحارثي في شرحه .

ويحتمل أن يجبر إذا ضمن الغاصب النقص .
يعنى : إذا أراد الغاصب قلع صبغه ، وامتنع المصوب منه : أجبر على تمكينه
من قلعه ، ويضمن النقص . وهذا قدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ،
والخلاصة ، والتلخيص ، والرايعتين ، والحاوى الصغير ، والفائق .
قال المصنف ، والشارح : إذا أراد الغاصب قلع الصبغ . فقال أصحابنا : له ذلك
سواء أضر بالثوب أو لم يضر . ويضمن نقص الثوب إن نقص .
ولم يفرق الأصحاب بين ما يهلك صبغه بالقلع ، وبين ما لا يهلك .
قال المصنف : وينبغى أن ما يهلك بالقلع لا يملك قلعه .
وظاهر كلام الخرقى : أنه لا يملك قلعه إذا تضرر به الثوب . لأنه قال :
المشتري إذا بنى أو غرس فى الأرض المشفوعة . فله أخذه إذا لم يكن فى أخذه ضرر
وقال المصنف - وتبعه الشارح - : إن اختار المصوب منه قلع الصبغ . ففيه
وجهان .

أمرهما : يملك إجبار الغاصب عليه .

والثانى : لا يملك إجباره عليه .

قال القاضى . هذا ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله . انتهى . وتقدم ذلك .
فعلى القول بالإجبار من الطرفين : لو نقص الثوب بالقلع : ضمنه الغاصب .
بلا نزاع .

وإن نقص الصبغ . فقال فى الكافى : لا شىء على المالك .

قال الحارثى : وهو أصح .

وقال فى المحرر : يضمنه المالك كفى الطرف الآخر .

قوله ﴿ وَإِنْ وَهَبَ الصَّبْغَ لِلْمَالِكِ ، أَوْ وَهَبَهُ تَرْوِيقَ الدَّارِ وَنَحْوَهَا
فَقَبْلَ يَلْزَمُ الْمَالِكُ قَبُولُهَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما في الكافي ، والمغني ، والشرح ، والفائق ، والحاوي الصغير .
أمرهما : يلزمه قبوله . وهو المذهب . وهو ظاهر كلام الخرق في الصداق .
وصححه القاضي ، وصاحب المستوعب ، والتلخيص ، والرعاية الصغرى . وقدمه
في الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والرعاية الكبرى ، والفروع .
قلت : فيعاني بها .

والوجه الثاني : لا يلزمه قبوله . صححه في التصحيح ، والنظم .
قال الحارثي - في التزويق ونحوه - : هذا أقرب إن شاء الله تعالى .
فأمرناه

إمرهما : لو طلب المالك تملك الصبغ بالقيمة . فقال القاضي ، وابن عقيل -
وظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله - : لا يجبر الغاصب على القبول . واختاره . قاله
في القواعد . وذكر المصنف وجهاً بالإجبار .
قال الحارثي : وهو الصحيح .

الثانية : لو نسج الغزل المفصوب ، أو قصر الثوب ، أو عمل الحديد إبراً ، أو
سيوفاً ونحو ذلك ، ووهبه للمالكه : لزمه قبوله .

ولو سمر بمساميره باباً مفصوباً ، ثم وهب المسامير لرب الباب : لم يلزمه قبولها .
قطع به الأكثر . منهم صاحب المستوعب ، والتلخيص ، والرعاية .
قال في الفروع : في الأصح . وقيل : يلزمه .

قوله ﴿ وَإِنْ غَضِبَ صَبِغًا فَصَبِغْ بِهِ ثَوْبًا ، أَوْ زَيْتًا فَلَتْ بِهِ سَوِيْقًا :
اِحْتِمَلْ أَنْ يَكُونَ كَذَلِكَ ﴾ .

يعنى : يكونان شريكين بقدر ما ليهما ، كما لو غصب ثوباً فصبغه بصبغ من
عنده . وهذا المذهب .

قال الحارثي : ولم يذكر الأصحاب سواء في صورة الصبغ . وجزم به في

التلخيص ، والوجيز . وقدمه في النظم ، والرعايتين ، والحاوى الصغير .
واحتمل أن يلزمه قيمته ، أو مثله إن كان مثلياً . لأن الصبغ والزيت صاراً
مستهلكين . أشبه مالو أتلقيهما .

قال الحارثي : وهذا مما انفرد به في الكتاب . قال : ويتخرج مثله في الصورة
السابقة . بمعنى أنه يضيع الصبغ على الغاصب ، ويأخذه المالك مجاناً . وأطلق
الاحتمالين في الشرح ، وشرح ابن منبج .

قوله ﴿ وَإِنْ وَطِئَ الْجَارِيَةُ : فَعَلَيْهِ الْحَدَّ وَالْمَهْرُ ، وَإِنْ كَانَتْ
مُطَاوَعَةً . وَأَرَشُ الْبَكَارَةَ ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً . وعليه أكثر الأصحاب . وصححه المصنف ، والشارح .
قال الزركشى : وهذا المذهب . وجزم به في الوجيز ، وغيره . وقدمه في الفروع ،
والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والنظم ، والفائق ، وشرح الحارثي ، وغيرهم .
وعنه : لا يلزمه مهر للثيب . اختاره أبو بكر في التنبيه ، والخرق ، وابن عقيل ،
والشيخ تقي الدين رحمه الله . ولم يوجب عليه سوى أرش البكارة . نقله عنه
في الفائق .

قال الزركشى : عدم لزوم مهر الثيب بعيد .
وعنه : لا يلزمه أرش البكارة . لأنه يدخل في مهرها ، وهو احتمال في
المغنى ، وغيره .

قال الحارثي : وهو واه .
وعنه : لا مهر مع المطاوعة . ذكره الآمدى . قال الزركشى : وهو جيد .
قوله ﴿ وَإِنْ وَلَدَتْ : فَأَلَوْلُكَ رَقِيقٌ لِلسَّيِّدِ ﴾ وهذا بلا نزاع .
لكن لو انفصل ميتاً ، فلا يخلو : إما أن يكون مات بجنافية أو لا .
فإن كان مات بجنافية ، فلا يخلو : إما أن تكون من الغاصب أو من غيره .

فإن كانت من الغاصب ، فقال المصنف في المغنى ، والشارح ، وغيرهما : عليه عشر قيمة أمه .

وقال الحارثي : والأولى أكثر الأمرين ، من قيمة الولد أو عشر قيمة أمه . وإن كانت الجناية من غير الغاصب : فعليه عشر قيمة أمه . بلا نزاع . يرجع به على من شاء منهما . والقرار على الجاني .

وإن كان مات من غير جنسية ، فالصحيح من المذهب : أنه لا يضمه . قدمه في المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق . واختاره القاضي ، وابن عقيل ، وصاحب التلخيص .

وقيل : يضمه . اختاره القاضي أبو الحسين ، والمصنف .

قال الحارثي : وهو أصح .

فعلى القول بالضمن ، فقيل : يضمه بعشر قيمة أمه . اختاره المصنف .

وقيل : بقيمته لو كان حياً . اختاره القاضي أبو الحسين . وأطلقهما في الفروع ، وشرح الحارثي ، والقواعد الأصولية .

ويحتمل الضمان بأكثر الأمرين . قال الحارثي : وهذا أقيس .

فوائد

الأولى : قال الحارثي : والوجهان جاريان في حمل البهيمة المفصولة إذا

انفصل كذلك .

الثانية : قوله ﴿ وَلَوْ وَلَدَتْهُ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ ضَمِنَهُ بِقِيَمَتِهِ ﴾ .

جزم به في المغنى ، والشرح ، وغيرهما .

وظاهر كلام الناظم : أن فيه الخلاف المتقدم .

الثالثة : لو قتلها الغاصب بوطئه : وجبت عليه الدية . نقله منها . وجزم به

في الفروع .

الرابعة : هذا الحكم فيما تقدم إذا كان عالماً .
فأما إن كان جاهلاً بالتحريم : فالولد حر للغاصب . نص عليه .
فإن انفصل حياً : فعلى الغاصب فداؤه يومئذ .
وإن انفصل ميتاً من غير جناية : فقير مضمون بلا خلاف .
وإن كان بجناية : فعلى الجاني الضمان . فإن كان من الغاصب فغرة مورثة
عنه : لا يرث الغاصب منها شيئاً . وعلى السيد عشر قيمة الأم .
وإن كان من غير الغاصب : فعليه الغرة ، يرثها الغاصب دون أمه . وعلى
الغاصب عشر قيمة الأم للمالك لو غصبها .
الخامسة : لو غصبها حاملاً . فولدت عنده : ضمن نقص الولادة . كما قال
المصنف .

فإن مات الولد . فقال الخرقى : يضمه بأكثر ما كانت قيمته .
وفي المستوعب ، والتلخيص : هل يلزمه قيمته يوم مات . أو أكثر
ما كانت ؟ على روايتين .

قال الحارثي : والمذهب الاعتبار بحالة الموت .
وإن انفصل ميتاً : فعلى ماتقدم من التفصيل .
وإن ماتت الأم بالولادة : وجب ضمانها .
وكذلك لو غصبه مريضاً ، فمات في يده بذلك المرض . جزم به الحارثي .
قوله ﴿ وَإِنْ بَاعَهَا ، أَوْ وَهَبَهَا لِعَالِمٍ بِالْغُصْبِ . فَوَطَّئَهَا : فَلِلْمَالِكِ تَضْمِينُ
أَيَّهَا شَاءَ : تَقْصُهَا وَمَهْرُهَا ، وَأُجْرَتُهَا وَقِيمَةُ وَلَدِهَا إِنْ تَلَفَ . فَإِنْ ضَمِنَ
الْغَاصِبُ رَجَعَ عَلَى الْآخِرِ . وَلَا يَرْجَعُ الْآخِرُ عَلَيْهِ ﴾ .

وهذا بلا نزاع أعلمه . جزم به في المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منبج ،
والحارثي ، وغيرهم .

قوله ﴿وَإِنْ لَمْ يَعْلَمَا بِالْغَضَبِ، فَضَمِنَهَا: رَجَعَا عَلَى الْغَاصِبِ﴾ .
اعلم أن بيع الغاصب العين المغصوبة غير صحيح مطلقاً . على المذهب . وفيه
رواية : يصح ، ويقف على إجازة المالك .

وحكى فيه رواية ثالثة : يصح البيع . على ما يأتي في تصرفات الغاصب ،
والتفريع على المذهب . وكذا الهبة غير صحيحة .

إذا علمت ذلك : فهما بمنزلة الغاصب في جواز تضمينهما ما كان الغاصب
يضمنه . على الصحيح من المذهب .

قال في أول القاعدة الثالثة والتسعين : من قبض مغصوباً من غاصبه ، ولم يعلم
أنه مغصوب ، فالمشهور عن الأصحاب : أنه بمنزلة الغاصب في جواز تضمينه ما كان
الغاصب يضمنه من عين ومنفعة . انتهى .

وقطع به في المحرر ، وغيره من الأصحاب .

وقوله ﴿فَضَمِنَهُمَا: رَجَعَا عَلَى الْغَاصِبِ﴾ .

يعنى : إذا ضمن المشتري أو المتهب نقصها ومهرها ، وأجرتها وقيمة ولدها ،
وأرض البكارة -- إن كانت بكرأ -- رجعا على الغاصب بذلك . وهو المذهب في
الجملة . نص عليه في رواية جعفر في الفداء .

وفي رواية إسحاق بن منصور : على المهر .

ويأتي التفصيل في ذلك عند ذكر الرواية التي ذكرها المصنف والخلاف .

قوله ﴿وَإِنْ وَلَدَتْ مِنْ أَحَدِهِمَا . فَأُولَدُ حُرٌّ﴾ بلا نزاع ﴿وَيُقَدِّهِ
عِثْلِهِ فِي صِفَاتِهِ تَقْرِيبًا﴾ .

يجب فداء الولد . على الصحيح من المذهب . نص عليه في رواية ابن منصور ،
وجعفر بن محمد ، والميموني ، ويعقوب بن بختان . قاله الحارثي .

ونقل ابن منصور عن الإمام أحمد : لا يلزم المشتري فداء أولاده . وليس
للسيد بدلهم . لأنه انعقد حرأ .

قال الخلال : أحسبه قولاً لأبي عبد الله أول . والذي أذهب إليه : أنه يفديهم
قال الحارثي : والمشهور الأول . ولم يعول الأصحاب على هذه الرواية .
قوله ﴿ بِمِثْلِهِ فِي صِفَاتِهِ تَقْرِيْبًا ﴾ .

يعنى من غير نظر إلى القيمة والمثل في الجنس والسن .
لكن قال الحارثي : أما السن ، فلا يخلو من نظر . وفداؤه بمثله في صفاته
تقريباً : هو إحدى الروايات عن الإمام أحمد .
قال ابن منبج : هذا المذهب . واختارها القاضي وأصحابه .
قال الحارثي : وهى اختيار الخرقى ، وأبى بكر فى التنبيه ، والقاضيين أبى يعلى ،
ويعقوب بن إبراهيم فى تعليقاتهما ، وأبى الخطاب فى ردوس مسائله ، والشرىف
أبى القاسم الزيدى وغيرهم .
قال القاضى أبو الحسين ، والشرىف أبو جعفر ، وأبو الحسن بن بكروس :
وهى أصح . انتهى .

قال الزركشى : هو مختار الخرقى ، والقاضى ، وعامة أصحابه . وجزم به فى الكافى .
ويحتمل أن يعتبر مثله فى القيمة . وهو لأبى الخطاب . وهو وجه فى المستوعب
والتلخيص ، ورواية فى المحرر .

قال الحارثي : ونسب إلى اختيار أبى بكر .
قلت : قاله المصنف ، والشارح عنه . وقدمه فى الفائق .
وتضمنه المثل من المفردات .

وعنه يضمه بقيمته . وهو المذهب ، على ما اصطلمحناء . اختاره المصنف ،
والشارح ، وصاحب التلخيص ، وابن منبج فى شرحه ، وابن الزاغونى .
قال القاضى فى الجرد : وهو أشبه بقوله . لأنه نص على أن الحيوان لا مثل له .
وهو مذهب الأئمة الثلاثة . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الفروع ،
والراعىتين ، والحاوى الصغير .

وعنه : يضمّنه بأيّهما شاء . اختاره أبو بكر في المقنع .
قال في القواعد الأصولية : وعنه يقدى كل وصيف بوصيفين . أورده السامري
وغيره عن ابن أبي موسى في مفرور النكاح .

نفسير : حيث قلنا : يفديه إما بالمثل أو القيمة . فيكون ذلك يوم وضعه . على
الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . منهم القاضي ، والشريف أبو جعفر ،
وأبو الخطاب ، والمصنف ، والجد ، والشارح ، وغيرهم من الأصحاب . وقدمه في
الفروع ، والفائق ، والزر كشي ، وغيرهم .

وعنه : يكون الفداء يوم الخصومة . وهو ظاهر إطلاق الإمام أحد في رواية
ابن منصور . وجعفر . وهو وجه في الفائق .

قال الحارثي : وعن ابن أبي موسى : حكاية وجه : الاعتبار بيوم الحكومة .
قوله ﴿ وَيَرْجِعُ بِذَلِكَ عَلَى الْغَاصِبِ ﴾ .

يعنى : بما فدى به الأولاد . وهذا المذهب . وعاهيه جماهير الأصحاب .
وذكر ابن عقيل رواية : لا يرجع بفداء الولد .

قوله ﴿ وَإِنْ تَلَفَتْ : فَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا . وَلَا يَرْجِعُ بِهَا إِنْ كَانَ مُشْتَرِيًا
وَيَرْجِعُ بِهَا الْمُتَّهَبُ ﴾ .

إذا تلفت عند المشتري . فعليه قيمتها للمغضوب منه . ولا يرجع على الغاصب
بالقيمة . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . منهم القاضي ،
والشريف . وأكثرهم قطع به .

وفي المغنى - في باب الرهن - رواية باستقرار الضمان على الغاصب . فلا يرجع
على المشتري .

وحكاية في الكافي في باب المضاربة وجهاً .

وصرح القاضي بمثل ذلك في خلافه . قاله ابن رجب .

وقال : هو عندى قياس المذهب . وقواه . واستدل له بمسائل ونظائر .

فعلى هذا : يرجع على الغاصب بذلك كله . ويرجع بالثمن بلا نزاع .
وعلى المذهب : يأخذ من الغاصب ثمنها . ويأخذ أيضاً نفقته وعمله من البائع
الغار . قاله الشيخ تقي الدين رحمه الله .

وقال فى الفتاوى المصرية : لو باع عقاراً ثم خرج مستحقاً . فإن كان المشتري
عالمًا : ضمن المنفعة ، سواء انتفع بها أو لم ينتفع . فإن لم يعلم : فقرار الضمان على
البائع الظالم . وإن انتزع المبيع من يد المشتري ، فأخذت منه الأجرة - وهو
معروف - رجع بذلك على البائع الغار . انتهى .

وفى الترغيب ، والتلخيص : احتمال بأن المشتري يرجع بما زاد على الثمن .
وبه جزم ابن المنى فى خلافه .

وفى الترغيب أيضاً : لا يطالب بالزيادة الحاصلة قبل قبضه .

قال فى القواعد الأصولية ، قلت : وإطلاق الأصحاب يقتضى لا رجوع بما
زاد على الثمن . وفيه نظر . انتهى .

قال المصنف فى فتاويه : وإن أنفق على أيتام غاصب وصيته ، مع علمه بأنه
غاصب : لم يرجع ، وإلا رجع . لأن الموصى غره . انتهى .

وأما إذا تلفت عند المتهم : فعليه قيمتها لربها . ويرجع بما غرمه على الغاصب
على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به فى المغنى ، والشرح ،
والحرر ، والفائق ، وغيرهم .

قال فى الفروع : ويرجع متهم فى الأصح .

وقيل : لا يرجع . كالمشتري .

قال الحارثى : وفى الكافى رواية بعدم الرجوع فيما إذا تلف . لأنه غرم
ما أتلّفه . انتهى .

قوله ﴿ وَعَنْهُ أَنَّ مَا حَصَلَتْ لَهُ بِهِ مَنَفَعَةٌ - كَالْأَجْرَةِ وَالْمَهْرِ وَأَرْضِ
الْبَكَارَةِ - لَا يَرْجَعُ بِهِ ﴾ .

هذه الرواية عائدة إلى قوله « فإن لم يعلما بالغصب فضمنهما : رجعا على الفاعب »
لكن هذه الرواية : رجع عنها الإمام أحمد رحمه الله .

قال الحارثي : واعلم أن الرواية بعدم الرجوع : رجع عنها الإمام أحمد .
قال القاضي في كتاب الروايتين : رجع عن قوله . بحديث علي .
وإذا كان كذلك فلا يكون عدم الرجوع مذهباً له في شيء من هذه الأمور
أصلاً وفرعاً . انتهى كلام الحارثي .

قلت : إذا رجع الإمام أحمد رحمه الله عن قول . فهل يترك ، ولا يذكر ،
لرجوعه عنه ؟ أو يذكر ويثبت في التصانيف ؟ تقدم حكم ذلك في الخطبة ، وباب
التيمم .

واعلم أن المالك إذا رجع على المشتري ، وأراد المشتري الرجوع على الفاعب :
فلا يخلو من أقسام .

أمرها : ما لا يرجع به . وهو قيمتها إذا تلفت كلها ، أو جزؤها في يده .
على ما تقدم من الخلاف .

والثاني : فيه خلاف . والترجيح مختلف ، وهو : أرش البكارة ، والمهر ،
وأجرة نفعها .

فأما أرش البكارة : فقدم المصنف هنا : أنه يرجع به .

قال في الفائق : اختاره الخرق .

قال الحارثي : هذا المذهب . انتهى .

قال الزركشي : الرجوع اختيار الخرق ، والقاضي ، وعامة أصحابه .

والصحيح من المذهب : أنه لا يرجع به . جزم به في المحرر ، والمنور . وقدمه

في المغنى ، والسكافي ، والشرح ، والفروع . واختاره القاضي ، وابن عقيل ،
وأبو بكر . قاله في الفائق . وأطلقهما في الهداية ، والمستوعب ، والتلخيص ،

والفائق ، والراعيين ، والحاوي الصغير .

وأما المهر وأجرة النفع ، فالصحيح من المذهب : أنه يرجع بهما على الغاصب .
جزم به في الوجيز ، والمنور . وقدمه المصنف هنا ، وصاحب الحرر ، والفروع .
قال الحارثي : هذا المذهب . ورجوعه بالمهر على الغاصب من المفردات .
وعنه : لا يرجع . اختاره أبو بكر ، وابن أبي موسى . قاله في القواعد .
قال في الفروع - في حصول نفع - اختاره الخرقى ، وأبو بكر ، وابن عقيل .
قلت : المصرح به في الخرقى : رجوع المشتري بالمهر .

قال الزركشى : يرجع بالمهر عند الخرقى ، والقاضى ، وعامة أصحابه . وأطلقهما
في المهر في الهداية ، والمذهب ، والحاوى الصغير ، والرعاية ، وغيرهم . وأطلقهما في
المهر والأجرة في المستوعب ، والخلاصة ، والشرح ، والفائق وغيرهم .
الثالث : ما يرجع - به على الصحيح من المذهب - وهو قيمة الولد ، كما تقدم .

والرابع : ما يرجع به قولاً واحداً . وهو نقص ولادة ، ومنفعة فائتة .
جزم به في الفروع . وجزم به القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف في الكافى ،
والمغنى في نقص الولادة .

قال الحارثي : وأدخله الباقر فيما يرجع به ، كما في المتن .
قائمة : حكم المتهب حكم المشتري . وقد حكى المصنف هنا ، وصاحب
الحرر ، وجماعة فيه الروايتين . وحكى الخلاف في المغنى وجهين .
قال الحارثي : وهو الصواب . فإنه مقيس على نصه .

قائمة أخرى : حكم الثمرة والولد الحادث في المبيع : حكم المنافع ، إذا ضمنها :
رجع بيدلها على الغاصب . وكذلك الكسب . صرح به القاضى في خلافه ، إلا
أن يكون انتفع بشيء من ذلك . فيخرج على الروايتين .

قوله ﴿ وَإِنْ ضَمِنَ الْغَاصِبُ : رَجَعَ عَلَى الْمَشْتَرَى بِمَا لَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهِ ﴾ .

اعلم أن للمالك تضمين من شاء منهما - أعنى الغاصب ومن انتقلت إليه منه -
فإن ضمن غير الغاصب : فقد تقدم حكم رجوعه على الغاصب وعدمه . وإن رجع
على الغاصب - وهو ماقاله المصنف هنا - فهو أربعة أضرب .

أمرها : قيمة العين . فهذا إذا رجع به المالك على الغاصب ، يرجع الغاصب
به على المشتري .

الثاني : قيمة الولد . فإذا رجع بها على الغاصب : لم يرجع الغاصب على
المشتري ، على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وتقدم رواية ذكرها ابن عقيل : أن المالك إذا ضمن المشتري لا يرجع به
على الغاصب . فتأني الرواية هنا : أن الغاصب إذا ضمنه المالك يرجع به على
المشتري .

الثالث : المهر وأرش البكارة والأجرة ونحوه . فعلى القول برجوع المشتري ،
ولتذهب على الغاصب إذا ضمنها المالك هناك : لا يرجع الغاصب عليهما هنا إذا
ضمنه المالك .

وعلى القول أنهما لا يرجعان : يرجع الغاصب عليهما هنا .

الرابع : نقص الولادة والمنفعة الفائتة . فإن رجع المالك على الغاصب :
لم يرجع به الغاصب على المشتري . قولاً واحداً . على قول صاحب الفروع وغيره .
وهذا كله قد شمله قول المصنف « وإن ضمن الغاصب : رجع على المشتري بما
لا يرجع به عليه » .

فحيث ضمن المشتري - وقلنا : يرجع على الغاصب إذا ضمن الغاصب - لا يرجع
على المشتري . وعكسه بعكسه .

قوله ﴿ وَإِنْ وَلَدَتْ مِنْ زَوْجٍ . فَمَاتَ الْوَلَدُ : ضَمِنَهُ بِقِيَمَتِهِ . وَهَلْ
يَرْجَعُ بِهِ عَلَى الْغَاصِبِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ﴾ .

مثال ذلك : أن يكون المشتري جاهلاً بفصلها ، فيزوجها لغير عالم بالغصب . فتلد منه فهو مملوك . فيضمنه من هو في يده بقيمته إذا تلف .

وهل يرجع به على الفاسب ؟ على روايتين . بناء على الروايتين في ضمان النفع إذا تلف عند المشتري . على ما تقدم . قاله المصنف ، والشارح . وأطلقهما في المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفائق ، وغيرهم .

أمرهما : يرجع . صححه في التصحيح . وجزم به في الوجيز . وهو المذهب . لأن الصحيح من المذهب : أنه يرجع عليه بأجرة النفع ، على ما تقدم قريباً . فكذا هذا .

والثانية : لا يرجع .

قوله ﴿ وَإِنْ أَعَارَهَا فَتَلَفَتْ عِنْدَ الْمُسْتَعِيرِ : اسْتَقَرَّ ضَمَانُ قِيَمَتِهَا عَلَيْهِ وَضَمَانُ الْأَجْرَةِ عَلَى الْفَاصِبِ ﴾ .

إذا استعارها من الفاسب عالماً بفصلها . فله تضمين الفاسب ، والمستعير . فإن ضمن الفاسب : رجع على المستعير . وإن ضمن المستعير : لم يرجع على الفاسب مطلقاً .

وإن كان غير عالم بالغصب ، فضمن المستعير : لم يرجع على الفاسب بقيمة العين . ويرجع عليه بضمان المنفعة . على الصحيح من المذهب . وهو قول المصنف « وضمان الأجرة على الفاسب » .

وعنه : لا يرجع بضمان المنفعة إذا تلفت بالاستيفاء . ويستقر الضمان عليه في مقابلة الانتفاع .

قال في القواعد : وإن ضمن الفاسب المنفعة ابتداء . ففيه طريقان . أمرهما : البناء على الروايتين . فإن قلنا : لا يرجع القابض عليه إذا ضمن ابتداء : رجع على الفاسب هنا عليه ، وإلا فلا . وهي طريقة أبي الخطاب ، ومن اتبعه ، والقاضى ، وابن عقيل في موضع .

والطريق الثاني : لا يرجع الغاصب على القابض ، قولاً واحداً . قاله القاضى ، وابن عقيل فى موضع آخر .

فأمره : ذكر المصنف - رحمه الله - فيما إذا انتقلت العين من يد الغاصب إلى يد غيره ثلاث مسائل : مسألة الشراء ، ومسألة الهبة ، ومسألة العارية . وتقدم الكلام عليها .

وقد ذكر العلامة ابن رجب فى قواعده : أن الأيدى القابضة من الغاصب ، مع عدم العلم بالحال عشرة :

منها : الثلاثة المذكورة ، التى ذكرها المصنف . ولكن نعيد ذكر يد المتهب لأجل نظائرها فى اليد التاسعة .

فأبداً الثالثة : الغاصبة من الغاصب ، وحققها : أن تكون أولى . لأنها كالأصل للأيدى . وهو أن اليد الغاصبة من الغاصب يتعلق بها الضمان ، كأصلها . ويستقر عليها مع التلف تحتها . ولا يطالب بما زاد على مدتها .

أبداً الرابعة : يد آخذة لمصلحة الدافع - كالاستيداع ، والوكالة بغير جعل . فالصحيح من المذهب : أن المالك تضمينها . ثم يرجع بما ضمن على الغاصب ، لتفريده .

وفيه وجه آخر باستقرار الضمان عليها ، ولتلف المال تحتها من غير إذن . صرح به القاضى فى المجرد ، فى باب المضاربة .

قال ابن رجب : ويتخرج فيه وجه آخر : لا يجوز تضمينها بحال من الوجه الحكى كذلك فى المرتن ، ونحوه . وأولى .

وخرجه الشيخ تقي الدين رحمه الله من مودع المودع ، حيث لا يجوز له الإيداع . فإن الضمان على الأول وحده .

كذلك قال القاضى فى المجرد ، وابن عقيل فى الفصول . وذكر : أنه ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله ، ومن الأصحاب من منع ظهوره .

البر الخامسة : يد قابضة لمصلحتها ، ومصلحة الغاصب - كالشريك ، والمضارب ، والوكيل يجعل ، والمرتهن - فالمشهور : جواز تضمينها أيضاً . وترجع بما تضمنت . لدخولها على الأمانة .

وذكر القاضي في الجرد ، وابن عقيل ، والمصنف في الرهن : احتمالين آخرين .
أمرهما : استقرار الضمان على القابض . وحكوا هذا الوجه في المضارب أيضاً .
والثاني : لا يجوز تضمينها بحال . لدخولها على الأمانة .

قال ابن رجب : وينبغي أن يكون هو المذهب . وأنه لا يجوز تضمين القابض ما لم يدخل على ضمانه في جميع هذه الأقسام .
وحكى القاضي ، وغيره في المضاربة وجهاً آخر : أن الضمان في هذه الأمانات يستقر على من ضمن منهما . فأيهما ضمن لم يرجع على الآخر .

البر السادسة : يد قابضة عوضاً مستحقاً بغير عقد البيع - كالصداق ، وعوض الخلع ، والعتق ، والصلح عن دم العمد إذا كان معيناً له ، أو كان القبض وفاء لدين مستقر في الذمة من ثمن مبيع ، أو غيره ، أو صداقاً ، وقيمة ما تلف ونحوه - فإذا تلفت هذه الأعيان في يد من قبضها ، ثم استحققت : فللمستحق الرجوع على القابض ببدل العين والمنفعة ، على ما تقرر .

قال : ويتخرج وجه : أن لا مطالبة له عليه . وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى في الصداق . والباقي مثله على القول بالتضمين . فيرجع على الغاصب بما غرم من قيمة المنافع ، لتغيره . إلا بما انتفع به . فإنه يخرج على الروايتين .

وأما قيم الأعيان ، فمقتضى ما ذكره القاضي ومن اتبعه : أنه لا يرجع بها .
ثم إن كان القبض وفاء عن دين ثابت في الذمة : فهو باق بحاله . وإن كان عوضاً متيعاً في العقد : لم يفسخ العقد هنا باستحقاقه . ولو قلنا : إن النكاح على المغضوب لا يصح . لأن القول بانتفاء الصحة مختص بحالة العلم . ذكره ابن

أبى موسى . ويرجع على الزوج بقيمة المستحق فى المنصوص . وهو قول القاضى فى خلافه .

وقال فى المجرى : ويجب مهر المثل .

وأما عوض الخلع ، والعرق ، والصلح عن دم العمد : ففیه وجهان .

أمرهما : يجب الرجوع فیها بقيمة العوض المستحق . وهو المنصوص . وهو قول القاضى فى أكثر كتبه . وجزم به صاحب الحرر .

والثانى : يجب قيمة المستحق فى الخلع ، والصلح عن دم العمد . بخلاف

العرق . فإن الواجب فیه قيمة العبد . وهو قول القاضى فى البيوع من خلافه . ويشبه قول الأصحاب ، فإذا جعل عرق أمتة صداقها وقلنا - لا ینعقد به النكاح - فأبت أن تزوجه على ذلك : أن علیها قيمة نفسها لاقیمة مهر مثلها .

وعلى الوجه المخرج فى البيع : أن المغرور يرجع بقيمة العين . فهنا كذلك .

البر السابعة : يد قابضة بمعاوضة . وهى يد المستأجر .

فقال القاضى ، والأكثر : إذا ضمنت المنفعة لم يرجع بها .

ولو زادت أجره المثل على الأجرة المسماة : ففیه مامر من زیادة قيمة العين

على الثمن . وإذا ضمنت قيمة العين رجعت بها على الغاصب لتغریره .

وفى تعلیقة المجد یتخرج لأصحابنا وجهان .

أمرهما : أن المستأجر لا ضمان علیه بحال . لقول الجمهور : یضمن العين .

وهل القرار علیه ؟ لنا وجهان .

أمرهما : علیه .

والثانى : على الغاصب . وهو الذى ذكره القاضى فى خلافه . انتهى .

البر الثامنة : يد قابضة للشركة . وهى المتصرفه فى المال بما ینمیة بجزء من

النماء - كالشريك ، والمضارب ، والمزارع ، والمساقى - ولهم الأجرة على الغاصب لعملهم له بعوض لم يسلم .

فأما المضارب ، والمزارع بالعين المغصوبة ، وشريك العنان : فقد دخلوا على أن لا ضمان عليهم بحال . فإذا ضمنوا - على المشهور - رجعوا بما ضمنوا ، إلا حصتهم من الربح ، فلا يرجعون بضمانها . ذكره القاضى ، وابن عقيل فى المساقى . والمزارع نظيره .

أما المضارب ، والشريك : فلا ينبغي أن يستقر عليهم ضمان شيء بدون القسمة مطلقاً .

وحكى الأصحاب فى المضارب للمضارب بغير إذن وجهاً آخر : أنه يرجع بما ضمنه . بناء على الوجه المذكور باستقرار الضمان على من تلف المال بيده . ويتخرج وجه آخر : أنه لا يملك المالك تضمينهم بحال . وإنما أعاد حكم الشريك والمضارب لذكر النماء .

وأما المساقى إذا ظهر الشجر مستحقاً بعد تكملة العمل : فللعامل أجرة المثل لعمله على الغاصب . وإذا تلف الثمن فله حالتان .

أما الأولى : أن يتلف بعد القسمة . فللمالك تضمين كل من الغاصب والعامل ما قبضه . وله أن يضمن السكل للغاصب . فإذا ضمنه السكل : رجع على العامل بما قبضه لنفسه .

وفى المغنى احتمال : لا يرجع عليه . وهل للمالك تضمين العامل جميع الثمرة ؟ ذكر القاضى فيه احتمالين .

أحدهما : نعم . ثم يرجع العامل على الغاصب بما قبضه على الثمرة . على المشهور ، وبالسكل على الاحتمال المذكور . والثانى : لا .

الحالة الثانية : أن يتلف الثمر قبل القسمة : إما على الشجر ، وإما بعد جذه . وفى التلخيص فى مطالبة العامل بالجميع : احتمالان . وكذا لو تلف بعض الشجر .

قال ابن رجب : وهو ملتفت إلى أن يد العامل : هل تثبت على الشجر والتمر أم لا ؟ والأظهر : أن لا . لأن الضمان عندنا لا يفتقل في الثمر المعلق على شجره بالتخلية .

ولو اشترى شجرة بثمرها . فهل تدخل الثمرة في ضمانه تبعاً للشجرة ؟ قال ابن عقيل في فنونه : لا تدخل .

قال ابن رجب : والمذهب دخولها تبعاً .

البر التاسعة : يد قابضة تملك لا بعوض : إما للعين بمنافعها - كالهبة ، والوقف والصدقة والوصية - أو للمنفعة - كالموصى له بالمنافع - والمشهور : أنها ترجع بما ضمنته بكل حال ، إلا ما يحصل لها به نفع . ففي رجوعها بضمانه الروايتان ويتخرج وجه آخر : أنها لا تضمن ابتداء . ما لم يستقر ضمانها عليه . وذكر القاضي ، وابن عقيل رواية : أنها لا ترجع بما ضمنته بحال . ثم اختلف الأصحاب في محل الروايتين في الرجوع بما انتفعت به على طرق ثلاث :

إمدهم : أن محلها إذا لم يقل الغاصب : هذا ملكي ، أو ما يدل عليه . فإن قال ذلك : فالقرار عليه بغير خلاف . وهي طريقة المصنف في المغنى .
والطريقة الثانية : إن ضمن المالك القابض ابتداء ، ففي رجوعه على الغاصب الروايتان مطلقاً . وإن ضمن الغاصب ابتداء ، فإن كان القابض قد أقر له بالملكية : لم يرجع على القابض . رواية واحدة . وهي طريقة القاضي .
والطريقة الثالثة : الخلاف في الشكل من غير تفصيل . وهي طريقة أبي الخطاب وغيره .

البر العاشرة : يد متلفة للمال نيابة عن الغاصب - كالذابح للحيوان ، والطابخ له - فلا قرار عليها بحال . وإنما القرار على الغاصب . قاله القاضي ، وابن عقيل ، والأصحاب .

قال ابن رجب: ويتخرج وجه آخر بالقرار عليها مما ألتفه، كالمودع إذا تلفت تحت يده وأولى. لمباشرتها للإتلاف.

قال: ويتخرج وجه آخر: لاضمان عليها بحال من نص الإمام أحمد فيمن حفر لرجل بئراً في غير ملكه، فوقع فيها إنسان. فقال الحافر: ظننت أنها في ملكه. فلا شيء عليه. وبذلك جزم القاضي، وابن عقيل في كتاب الجنائيات. وأما إذا ألتفته على وجه محرم شرعاً، عالمة بتحريمه، كالتأثله للعبد المغصوب والمحرقه للمال بإذن الغاصب فيهما. ففي التلخيص: يستقر عليها الضمان. لأنها عالمة بالتحريم. فهي كالعالملة بأنه مال الغير.

ورجح الحارثي دخولها في قسم المغرور. انتهى كلام ابن رجب في القواعد ملخصاً. ولقد أجاد. فرحمه الله.

قوله ﴿وَإِنْ اشْتَرَى أَرْضًا فَعَرَسَهَا، أَوْ بَنَى فِيهَا. فَخَرَجَتْ مُسْتَحَقَّةً فَقُلْعَ غَرَسُهُ وَبِنَاؤُهُ: رَجَعَ الْمُشْتَرَى عَلَى الْبَائِعِ بِمَا غَرِمَهُ﴾.

ذكره القاضي في القسمة. وهذا بلا نزاع على القول بجواز القلع.

وأفادنا كلام المصنف: أن المالك قلع الغرس والبناء.

هذا المذهب مطلقاً. أعني من غير ضمان النقص، ولا الأخذ بالقيمة. وعليه

جماهير الأصحاب. وجزم به في الشرح، وشرح ابن منجا، والوجيز. وقدمه في الحرر، والفروع، وشرح الحارثي. وقال: هو الأصح.

قال في القواعد: هذا الذي ذكره ابن أبي موسى، والقاضي في المجرد. وتبعه عليه المتأخرون.

وعنه: لرب الأرض قلعه إن ضمن نقصه. ثم يرجع به على البائع. قاله في الحرر، وغيره.

وقال الحارثي: وعن الإمام أحمد رحمه الله: لا يقع. بل يأخذه بقيمته. وذكر النص من رواية حرب.

وقدمه في القاعدة السابعة والسبعين في غرس المشتري من الغاصب . وقال : نقله عنه حرب ، ويعقوب بن مختار . وذكر النص ، وقال : وكذلك نقل عنه محمد بن حرب الجرجاني . وقال : هذا الصحيح . ولا يثبت عن الإمام أحمد سواء . ونصره بأدلة .

وتقدم التنبيه على بعض ذلك في أول الباب ، عند غرس الغاصب وبنائه . ولكن كلامه هنا أعم .

فائدتان

إمراهما : لو بنى فيما يظنه ملكه : جاز نقضه لتفريطه . ويرجع على من غره . ذكره في الانتصار في الشفيع . واقتصر عليه في الفروع .

الثاني : لو أخذ منه ما اشتراه بحجة مطابقة : ردّ بائعه ما قبضه منه . على الصحيح من المذهب . قدمه في الفروع .

وقيل : إن سبق الملك الشراء وإلا فلا . ذكره في الرعاية في الدعوى .

قوله ﴿ وَإِنْ أَطْعَمَ الْمَغْضُوبَ لِعَالِمٍ بِالْغَضَبِ : اسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَيْهِ ﴾

يعنى : على الآكل . وهذا بلا نزاع .

﴿ وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ، وَقَالَ لَهُ الْغَاصِبُ : كُلْهُ ، فَإِنَّهُ طَعَامِي : اسْتَقَرَّ الضَّمَانُ عَلَى الْغَاصِبِ ﴾ .

على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . وجزم به في المغنى ، والشرح ، والنظم ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه في الفروع ، والخلاصة .

وقيل : الضمان على الآكل .

وأطلقهما في الرعايتين ، والفائق ، والحاوي الصغير .

ويأتى كلام القاضى ، وأبى الخطاب ، وغيرهما .

قوله ﴿وَإِنْ لَمْ يَقُلْ﴾ يعنى وإن لم يقل : هو طعمى ، بل قال له :
كل ﴿فَفِي أَيِّهِمَا يَسْتَقِرُّ عَلَيْهِ الضَّمَانُ؟ وَجْهَانِ﴾ .

أكثر الأصحاب يحكون الخلاف وجهين . وحكماهما فى المغنى روايتين .
وأطلقهما فى الشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، والجارى .
أمرهما : يستقر الضمان على الغاصب . وهو المذهب . صححه فى النظم ،
والتصحيح . وجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الخلاصة ، والفروع . وهو ظاهر كلام
الخرق .

والوجه الثانى : يستقر على الآكل .

وقال القاضى ، وأبو الخطاب فى الهداية ، والسامرى فى المستوعب ، وابن
الجوزى فى المذهب : إن ضمن الغاصب استقر الضمان عليه وجهاً واحداً .
وإن ضمن الآكل فى رجوعه على الغاصب وجهان ، مبنيان على روايتى
المفصوب . لكن القاضى قال : ذلك فيما إذا قال : هو طعمى فكله . وغيره ذكره
فى المسألتين .

قوله ﴿وَإِنْ أَطْعَمَهُ لِمَالِكَهٖ ، وَلَمْ يَعْلَمْ : لَمْ يَبْرَأْ . نَصَّ عَلَيْهِ فِي
رَجُلٍ لَهُ عِنْدَ رَجُلٍ تَبِعَةٍ ، فَأَوْصَلَهَا إِلَيْهِ عَلَى أَنَّهَا صَلَةٌ أَوْ هَدِيَّةٌ ، وَلَمْ
يَعْلَمْ كَيْفَ هَذَا﴾ قال المصنف ﴿يَعْنِي أَنَّهُ لَا يَبْرَأُ﴾ .

اعلم أنه إذا أطعمه لمالكه فأكله . عالماً أنه طعامه : برى . غاصبه . وكذا
لو أكله بلا إذنه .

فإن لم يعلم ، وقال له الغاصب : كله ، فإنه طعمى : لم يبرأ الغاصب أيضاً .
وإن لم يقل ذلك ، بل قدمه إليه ، وقال : كله . فجزم المصنف هنا : أنه
لا يبرأ . وهو ظاهر النص المذكور .

قال الحارثي : نص عليه من وجوه - وذكرها - وهو المذهب . جزم به في الوجيز ، والفائق ، وناظم المفردات ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة . وقدمه في الكافي ، والمغني ، والتلخيص ، والشرح ، والنظم ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والحارثي . وهو من مفردات المذهب .

قال المصنف - وتبعه الشارح - ويتخرج أن يبرأ ، بناء على ما إذا أطعمه لأجنبي . فإنه يستقر الضمان على الآكل في أحد الوجهين كما تقدم . وذكره ابن أبي موسى تخريجاً .

فأمرناه

إمراءهما : لو أطعمه لدابة المقصوب منه ، أو لعبده : لم يبرأ . على الصحيح من المذهب . وجزم به التلخيص .

قال في الفائق : ولو أطعمه لدابته مع علمه : برى . من الغصب ، وإلا فلا . نص عليه . وقدمه في الرعاية الصغرى ، والحاوي الصغير .

قال في الفروع : لغير عالم بغصبه .

قال جماعة : أو لدابته ، استقر ضمانه عليه .

وقال في الرعاية الكبرى : إن جهل مالكة . ففيه ثلاثة أوجه .

الثالث : لا يبرأ ، إن قال : هولى ، وإلا برى . انتهى .

الثانية : قال المصنف ، والشارح : لو وهب المقصوب لمالكة ، أو أهداه إليه :

برى . على الصحيح من المذهب . لأنه سلمه إليه تسليماً تاماً . وكذا إن باعه أيضاً ، وسلمه إليه ، أو أقرضه إياه . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله .

قال في الفروع : وجزم به جماعة . وصححه في الكافي ، وغيره .

وقال في القاعدة السادسة والستين : والمشهور في الهبة : أنه لا يبرأ . نص عليه

الإمام أحمد . معللاً بأنه تحمل منته . وربما كافأه على ذلك .

واختار القاضي في خلافه ، وصاحب المغنى : أنه يبرأ . لأن المالك تسلمه تسليماً تاماً . وعادت سلطته إليه . انتهى .

وقدم في الفروع : أن أخذه بهبة ، أو شراء ، أو صدقة : أنه كإطعامه لربه . على ما تقدم .

وقال في الرعاية الكبرى : إن أهداه إليه ، أو جعله صدقة : لم يبرأ على الأصح . قال الحارثي : والمنصوص : عدم البراءة . اختاره ابن أبي موسى ، والقاضيان أبو يعلى ، ويعقوب بن إبراهيم . انتهى .

قوله ﴿ وَإِنْ رَهْنُهُ عِنْدَ مَالِكِهِ ، أَوْ أَوْدَعَهُ إِيَّاهُ ، أَوْ أَجَرَهُ ، أَوْ اسْتَأْجَرَهُ عَلَى قِصَارَتِهِ وَخِيَاطَتِهِ : لَمْ يَبْرَأْ ، إِلَّا أَنْ يَعْلَمَ ﴾ . وهو المذهب . جزم به في الوجيز ، والفائق . وقدمه في المغنى ، والشرح ، والفروع .

قال الحارثي : فالنص قاض بعدم البراءة . انتهى .

وقدمه في الكافي في غير الرهن . وقيل : يبرأ .

قال في الفروع ، وقال جماعة : يبرأ في ودیعة ، ونحوها .

قال الشارح ، وقال بعض أصحابنا : يبرأ .

قلت : ورأيت في نسخة قرئت على المصنف .

وقال أبو الخطاب : يبرأ .

فأئمة : لو أباحه مالكه للغاصب ، فأكله قبل علمه : ضمن . ذكره في

الانتصار فيما إذا حلف : لا خرجت إلا بإذني .

قال في الفروع : ويتوجه الوجه . يعني : بعدم الضمان .

قال : والظاهر أن مرادهم غير الطعام كهو في ذلك . ولا فرق .

قال في الفنون ، في مسألة الطعام : يبقى الضمان . بدليل ما لو قدم له شوكة

الذي غضبه منه فسجره وهو لا يعلم . انتهى .

وما ذكره في الانتصار ذكره القاضى يعقوب في تعليقه في المكان المذكور ،
ولم يخصه بالطعام ، بل قال : كل تصرّفٍ تصرّف به الأجنبي في مال غيره ، وقد
أذن فيه مالسه ولم يعلم : فعليه الضمان . انتهى .
ولم يرتضه بعض المتأخرين .

قلت : قال في القاعدة الرابعة والستين : وما ذكره في الانتصار بعيد جداً
والصواب : الجزم بعدم الضمان . لأن الضمان لا يثبت بمجرد الاعتقاد فيما ليس
بمضمون ، كمن وطىء امرأة يظنها أجنبية فتبينت زوجته . فإنه لا مهر عليه ، ولا
غيره . وكما لو أكل في الصوم يظن أن الشمس لم تغرب ، فتبين أنها كانت
غربت . فإنه لا يلزمه القضاء . انتهى . وهو الصواب .

قوله ﴿ وَإِنْ أَعَارَهُ إِيَّاهُ : بَرِيءٌ ، عِلْمٌ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ ﴾ .

هذا المذهب . جزم به في المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفروع ،
والوجيز ، وغيرهم .

وقيل : إذا لم يعلم لم يبرأ . جزم به في التلخيص .

قال الحارثي : ومقتضى النص : الضمان . وبه قال ابن عقيل ، وصاحب
التلخيص . انتهى .

وقدمه في الكافي ، والرايعتين ، والحاوي الصغير ، والفائق . وقال : اختاره
الشيخ . يعنى به المصنف .

والظاهر : أنه أراد ما قدمه في الكافي ، ولم يعارضه المغنى ، والمتنع . فإن
المصنف جزم بالبراءة فيهما .

وأما صاحب الفروع : فإنه تابع المصنف في المغنى ، ولو أعاد النظر . فحكي
الخلافاً ، كما حكاه غيره .

فأمره : لو باعه إياه ، أو أقرضه ، فقبضه جاهلاً : لم يبرأ ، على المنصوص .
قاله الحارثي . واختار المصنف : أنه يبرأ .

قوله ﴿وَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ . فَأَدَّعَى رَجُلٌ : أَنَّ الْبَائِعَ غَصَبَهُ مِنْهُ فَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا : لَمْ يُقْبَلْ عَلَى الْآخِرِ﴾ بلا نزاع ﴿وَإِنْ صَدَّقَاهُ مَعَ الْعَبْدِ لَمْ يَبْطُلِ الْعِتْقُ﴾ .

ويستقر الضمان على المشتري . وهو المذهب . وعليه أكثر الأصحاب . منهم القاضى ، وغيره . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافى ، والراعى ، والحاوى الصغير ، والفروع ، والفائق ، والهارثى .

وقال أبو الخطاب فى الهداية ، والمصنف وجماعة : ويحتمل أن يبطل العتق ﴿إِذَا صَدَّقُوهُ كُلَّهُمْ﴾ .

يعنى : إذا اتفقوا عليه كلهم . ويعود العبد إلى المدعى .

تنبيه : الضمان هنا هو ثمنه . قدمه فى الرعاية الكبرى .

وقيل : بل قيمته حين المقد .

قال فى الرعاية الكبرى ، قلت : إن أجاز البيع - وقلنا يصح بالإجازة - فله الثمن . وإن رده : فله القيمة .

فعلى المذهب ، فى أصل المسألة : لو مات العبد ، وخلف مالا : فهو للمدعى إلا أن يخلف وارثا فيأخذه . وليس له عليه ولاء .

قوله ﴿وَإِنْ تَلَفَ الْمَقْصُوبُ : لَزِمَهُ مِثْلُهُ ، إِنْ كَانَ مَكِيلًا ، أَوْ مَوْزُونًا﴾ .

وكذا لو أتلفه . هذا المذهب . وعليه الأصحاب ، سواء تماثلت أجزاؤه أو تفاوتت - كالأثمان ، والحبوب ، والأدهان ، وغير ذلك - وجزم به فى العمد ، والمحرم ، والوجيز ، والتسهيل ، وغيرهم . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وحكاه ابن عبد البر إجماعاً في المأكل ، والمشروب .

وعنه : يضمه بقيمته .

قال الحارثي : ذكرها القاضي أبو الحسين في كتابه التمام ، وأبو الحسن

ابن بكروس في ردوس المسائل . وذكره القاضي أيضاً .

وذكر أيضاً أخذ القيمة في نُقْرة وسبيكة للأثمان ، وعنب ورطب وكثرى .

قال المصنف ، والشارح : ويحتمل أن يضمن النقرة بقيمتها .

تنبيه : محل هذا إذا كان باقياً على أصله . فأما مباح الصناعة - كعمول

الحديد ، والنحاس ، والرصاص ، والصوف ، والشعر المغزول ، ونحو ذلك -

فإنه يضمن بقيمته . لأنه خرج عن أصله . جزم به في المغنى ، والشرح ،

والفروع ، وغيرهم .

قوله ﴿ وَإِنْ أَعْوَزَ الْمِثْلُ فَعَلَيْهِ قِيَمَةُ مِثْلِهِ يَوْمَ إِعْوَاظِهِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به في الوجيز ، والمحزر ، وناظم

المفردات ، والنور ، وغيرهم .

وقدمه في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافي ،

والمغنى ، والشرح ، والتلخيص ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم .

وهو من مبادئ المذهب .

وقال القاضي في الخصال : يضمه بقيمته يوم القبض . يعني يوم قبض البذل .

قال في التلخيص : وذكره ابن عقيل .

قال الحارثي : اختاره ابن عقيل .

وعنه : يلزمه قيمته يوم تلفه .

وقيل : أكثرهما - يعني : أكثر القيمتين - قيمته يوم البذل ، وقيمته يوم

التلف .

وعنه : يوم المحاكاة . وعنه يلزمه قيمته يوم غضبه .
وقيل : يلزمه أكثر القيمتين : قيمته يوم الإعواز ، وقيمته يوم الغضب .
وهو تخريج في الهداية وغيرها .

فوائده

إمداها : إن قدر على المثل قبل أخذ القيمة : وجب رد المثل . قاله الأصحاب .
وقال في القاعدة السادسة والأربعين : ينبغي أن يحمل كلامهم على ما إذا قدر
على المثل عند الإنلاف ، ثم عدمه .
أما إن عدمه ابتداء : فلا يبعد أن يخرج في وجوب أداء المثل خلاف . انتهى .
وإن كان بعد أخذها : أجزأت .
ولا يلزمه ردها ، وأخذ المثل . على الصحيح من المذهب .
قال في الفروع : لم يرد القيمة في الأصح .
قال في التلخيص : لم يرد القيمة على الأظهر . وجزم به في الفائق ، والرعاية
الصغرى ، والحاوى الصغير .
وقيل : يردّه ويأخذ المثل .

الثانية : الصحيح من المذهب : أن المثل هو المكيل والموزون .
قال الحارثي : المذهب أنه المكيل والموزون . كذلك نص عليه من رواية
إبراهيم بن هانئ ، وحرب بن إسماعيل .
وتقدم كلام القاضي في السبيكة ونحوها .
وقال في المجرد : الحطب ، والخشب ، والحديد ، والنحاس ، والرصاص ليس
مثلياً لا يختلف .

قال الحارثي : وعموم نص الإمام أحمد رحمه الله على خلافه ، وهو الصحة .
انتهى .

ذكر في المستوعب : أن كل مالا يضبط بالصفة - كالأشربة ، والغالية - غير مثلي . لاختلافه باختلاف المركبات والتركيب . قال الحارثي : والصواب إدراجه في المنصوص . لأنه موزون . وقال الحارثي أيضاً : ولعمري ، ان اعتبار المثلي بكل ما ثبت في الدمة حسن ، والتشابه في غير المكيل والموزون ممكن . فلا مانع منه . وكذلك ما انقسم بالأجزاء بين الشريكين من غير تقويم ، مضافاً إلى هذا النوع . لوجود التماثل وانتفاء التخالف . انتهى .

الثالثة : الدراهم المعشوشة الرائجة : مثلية لتماثلها عرفاً . ولأن أخلاطها غير مقصودة . قاله الحارثي .

قوله ﴿ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِثْلِيًّا : ضَمِنَهُ بِقِيَمَتِهِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وهو من المفردات .

قال الحارثي : هو قول الأكثرين .

وقد نص عليه ، في الأمة : من رواية صالح وحنبل ، وموسى بن سعيد ، ومحمد ابن يحيى الكحال . وفي الدابة : من رواية سنها . وفي الثياب : من رواية الكحال أيضاً ، وابن مشيش ومهنا .

وعنه : في الثوب والقصة والعصى ونحوها : يضمنها بالمثل ، مراعية للقيمة

اختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله ، وصاحب الفائق .

قال في رواية موسى بن سعيد : المثل في العصى والقصة إذا كسر ، وفي

الثوب . وصاحب الثوب مخير . إن شاء شق الثوب ، وإن شاء مثله .

قال المصنف : معناه - والله أعلم - إن شاء أخذ أرس الشق .

قال الحارثي : وفيه نظر . فقد قال في رواية الشالنجي : يلزمه المثل في العصى ،

والقصة والثوب .

قلت : فلو كان الشق قليلاً ؟ قال صاحب الثوب بالخيار قليلاً كان أو كثيراً .
وذكر ذلك في الفائق ، وغيره .

وقال في الفروع ، وعنه : يضمه بمثله . ذكرها ابن أبي موسى . واختارها
شيخنا .

قال في الاختيارات : وهو المذهب عند ابن أبي موسى .

قال الحارثي : هو المذهب عند ابن أبي موسى . واختاره . وذكر لفظه في
الإرشاد .

قال الحارثي : وهو الحق .

وعنه : يضمه بمثله . وعنه : يضمه في غير الحيوان بمثله . ذكره جماعة .

وذكر في الواضح ، والموجز : أنه ينقص عنه عشرة دراهم .

وذكر في الانتصار ، والمفردات : لو حكم حاكم بغير المثل في المثل ، وبغير

القيمة في المتقوم : لم ينفذ حكمه ، ولم يلزمه قبوله .

ونقل ابن منصور فيمن كسر خلخالاً : أنه يصلحه .

قوله ﴿ ضَمِنَهُ بِقِيَمَتِهِ يَوْمَ تَلَفِهِ فِي بَلَدِهِ مِنْ تَقَدُّهِ ﴾ .

وهذا المذهب . نقله الجماعة عن الإمام أحمد رحمه الله .

قال الحارثي : وهو الصحيح والمشهور .

وقال الزركشي : هذا المشهور والمختار عند الأصحاب . وحزم به في الوجيز ،

ونظم المفردات ، والمنور ، وغيرهم . وقدمه في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ،

والخلاصة ، والمنقى ، والتلخيص ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ،

والفروع ، والفائق ، والحارثي ، وغيرهم .

ويتخرج : أن يضمه بقيمته يوم غصبه . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله

قال الحارثي : أورد المصنف وأبو الخطاب هذا التخريج من قول الإمام

أحمد في حوائج البقال يعطيه على سعر يوم أخذ . وفرق بينهما بأن الحوائج يملكها
الآخذ بأخذها . بخلاف المقصوب . انتهى .

وعنه : بأكثرها - يعني أكثر القيمتين - قيمة يوم تلفه ويوم غصبه .

قال الحارثي : ومن الأصحاب من حكى رواية بوجوب أقصى القيم : من يوم
الغصب إلى يوم التلف .

ونسب إلى الخرق من قوله « ولو غصبها حاملا ، فولدت في يده ثم مات الولد .

أخذها سيدها وقيمة ولدها أكثر ما كانت قيمته » وهو اختيار السامري .

قال القاضي في الروايتين : وما وجدت رواية بما قال الخرق .

وهو عندي غير مناف للأول . فإن قيمة الولد بعد الولادة تزيد بتزايد

ترتيبه . فتكون يوم موته أكثر ما كانت .

وعلى هذا يتعين حمل ما قال . لأنه المعروف من نص الإمام أحمد . وما عداه

من ذلك لا يعرف من نصه . انتهى .

فائدة : حكم المقبوض بعقد فاسد وما جرى مجراه : حكم المقصوب في اعتبار

الضمان بيوم التلف . وكذا التلف بلا غصب ، بغير خلاف . قاله الحارثي .

وتقدمت الإحالة على هذا المكان في أواخر خيار البيع .

وقوله « في بلده » هو الصحيح من المذهب . أى في بلد غصبه . جزم به

في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والتلخيص ،

والفائق ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه في الفروع .

وعنه : تعتبر القيمة من نقد البلد الذي تلف فيه . لأنه موضع ضمانه . جزم

به في الكافي .

قال الحارثي ، عن القول الأول : كذا قال أبو الخطاب ومن تابعه . وعلل

بأنه محل الضمان . فاختص به دون غيره .

قال : وفي هذا نظر . فإنه إنما يتمشى على اعتبار الضمان بيوم الغصب . لأنه

إذن محل الضمان .

أما على اعتباره يوم التلف - كما هو الصحيح - فلا اعتبار إذن إنما هو بمحل التلف . لأنه محل الضمان ، حيث وجد سببه فيه . فوجب الاعتبار به .

وقد أشار صاحب التلخيص إلى ما قلنا .

فإنه قال : لو غصب في بلد ، وتلف في بلد آخر ، ولقيته في ثالث : كان له المطالبة بقيمة أى البلدين شاء من بلد الغصب والتلف ، إلا أن نقول : الاعتبار بيوم القبض ، فيطالب بالقيمة في بلد الغصب . انتهى .

قلت : قد صرح في التلخيص بأنه يعتبر القيمة في بلد الغصب في هذا المحل من كتابه . فقال : وتعتبر القيمة في بلد الغصب .

وعلى كلا القولين : إن كان في البلد نقد أخذ منه . وإن كان فيه نقود أخذ من غالبها . صرح به الأصحاب ، إلا أن يكون من جنس المغصوب . مثل المصوغ ونحوه . على ما يأتي .

فوائد

الأولى : لو نسج غزلاً ، أو عجن دقيقاً . فقيل : حكمه كذلك . جزم به في الفائق .

وقيل : حكمه كذلك ، أو القيمة .

قال في التلخيص : وهو أولى عندي . وأطلقهما في الفروع .

الثانية : لا قصاص في المال . مثل شق ثوبه ونحوه . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

ونقل اسماعيل ، وموسى بن سعيد ، والشالنجي ، وغيرهم : أنه مخير في ذلك .

واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله ، وصاحب الفائق ، وابن أبي موسى .

وتقدم النقل في ذلك قريباً في قوله « وإن لم يكن مثلياً » .

ويأتى « هل يقتص من اللطمة ونحوها ؟ » في باب ما يوجب القصاص .

الثالثة : لو غصب جماعة مشاعاً . فرد واحد منهم سهم واحد إليه : لم يحجز

له ، حتى يعطى شركاهه . نص عليه . وكذا لو صالحوه عنه بمال . نقله حرب .

قال في الفروع : ويتوجه أنه بيع المشاع .

الرابعة : لو زكاه ربه : رجع بها . قدمه في الفروع .

وقال : ظاهر كلام أبي المعالي : لا يرجع .

قال في الفروع : وهو أظهر .

واختار صاحب الرعاية : أنه كنفعة .

قوله ﴿ فَإِنْ كَانَ مَصْوُوعًا ، أَوْ تَبْرًا تُخَالِفُ قِيَمَتُهُ وَزَنَهُ : قَوْمُهُ بغير

جنسه ﴾ هذا المذهب .

قال في الرعايتين ، والنظم : قومه بغير جنسه ، في الأصح . وحزم به في الهداية ،

والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه في

المغنى ، والشرح ، والحاوي الصغير ، والفائق ، وقال : قاله الشيخ وغيره .

قال الحارثي : هذا المشهور .

وقال القاضي : يجوز تقويمه بجنسه . واختاره في الفائق .

قال الحارثي : وهو قول القاضي ، وابن عقيل . قال : وهو أظهر .

وقال الحارثي : إذا استهلك ذهباً أو فضة ، فلا يخلو : إما أن يكونا مضروبين

أو لا . فإن كانا مضروبين : فثليان .

وإن كانا غير مضروبين ، فلا يخلو : إما أن يكونا مصوغين أو لا .

فإن لم يكونا مصوغين . فإن قيل بمثليته - كما هو الصواب - فيضمنان

بالمثل .

وإن قيل : بتقويمه - وهو الوارد في الكتاب - فإن كان من جنس نقد

البلد ، واستويا زنة وقيمة : فمضمون بالزنة من نقد البلد .

وإن اختلفا - وهي مسألة الكتاب - : فمضمون بغير الجنس . وذكره

القاضي أيضاً ، وابن عقيل ، وغيرهما .

وإن كان مغيراً لجنس نقد البلد ، بأن كان المتلف ذهباً ، ونقد البلد دراهم ، أو بالعكس : ضمن بغالب نقد البلد .

وإن كانا مصوغين . فإن قيل : بالثلثية في مثله - كما تقدم - وجب المثل زنة وصورة . وإن قيل بالتقويم - كما هو المشهور - فإن اتحدت قيمة ووزن لسوء الصناعة : ضمن بزنته من نقد البلد كيف كان . وإن اختلفا : وجبت القيمة من غير الجنس . وقال القاضى ، وابن عقيل : يجوز أداء القيمة من الجنس . وهو الأظهر . انتهى .

تنبيه : محل هذا إذا كان مباح الصناعة . فأما محرم الصناعة - كالأواني ، وحلى الرجال المحرم - : فإنه لم يحجز ضمانه بأكثر من وزنه . وجهاً واحداً . قاله المصنف . والشارح ، والحارثى ، وغيرهم . وعنه : يضمن بقيمته . ذكرها في الرعايتين .

وزاد في الكبرى فقال : وقيل إن جاز اتخاذه : ضمن . كاللباح وإلا فلا . قوله ﴿ فَإِنْ كَانَ مُحْلًى بِالنَّقْدَيْنِ مَعًا : قَوْمُهُ بِمَا شَاءَ مِنْهُمَا ، وَأَعْطَاهُ بِقِيَمَتِهِ عَرَضًا ﴾ .

جزم به فى المغنى ، والشرح ، والرعايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، والنظم ، والوجيز ، وغيرهم .

قال الحارثى : فالواجب القيمة من غير الجنس . وهو العرض مقوماً بأيهما شاء ، وعلاه . وقال : هذا على أصل المصنف وموافقته فى المسألة الأولى .

أما على أصل القاضى ، ومن وافقه : فجائز تضمينه بالجنس على مامر . انتهى . قوله ﴿ وَإِنْ تَلَفَ بَعْضُ الْمَعْصُوبِ ، فَتَقَصَّتْ قِيَمُهُ بِأَقْبِهِ - كَرَوْجِي خُفٍّ تَلَفَ أَحَدُهُمَا - فَعَلَيْهِ رَدُّ الْبَاقِي ، وَقِيَمَةُ التَّالِفِ ، وَأَرَشُ النَّقْصِ ﴾ هذا المذهب بلا ريب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

ونصره المصنف ، والشارح ، وغيرها . وصححه في النظم ، وغيره . وجزم به في الوجيز ، وغيره .

قال الحارثي : هذا المذهب . وقدمه في الهداية ، وغيرها .
وقيل : لا يلزمه أرشُ النقص .

قال الحارثي : وهذا الوجه لا أصل له ، ولوهائه أعرض عنه غير واحد من الأصحاب ، مع الاطلاع على إيراد أبي الخطاب له . وأطلقهما في الرعايتين ، والفائق . قوله : **وَإِنْ غَضِبَ عَبْدًا فَأَبَقَ ، أَوْ فَرَسًا فَشَرَدَ ، أَوْ شَيْئًا تَعَذَّرَ رَدُّهُ مَعَ بَقَائِهِ : ضَمِنَ قِيَمَتَهُ . فَإِنْ قَدَرَ عَلَيْهِ بَعْدَ رَدِّهِ : أَخَذَ الْقِيَمَةَ .** هذا المذهب . وعليه الأصحاب .

وقالوا : يرد القيمة للغاصب بعينها إن كانت باقية . ويرد زوائدها المتصلة ، من سمن ونحوه . ولا يرد المنفصلة . بلا نزاع .
وإن كانت تالفة : ففُتِلْهَا إن كانت مثلية ، أو قيمتها إن كانت متقومة .
وهل للغاصب حبس العين لاسترداد القيمة ؟

قال في التلخيص : يحتمل وجهين . قال : وكذلك إذا اشترى شراء فاسداً : هل يحبس المشتري المبيع على رد الثمن ؟ والصحيح : أنه لا يحبس ، بل يدفعان إلى عدل ، ليسلم إلى كل واحد ماله . انتهى . وأطلقهما في الفروع ، والرعاية .
فأُدرَ : إذا أخذ المالك القيمة من الغاصب ملكها . على الصحيح من المذهب . قاله المصنف ، وغيره . وقدمه في الفروع ، وغيره .
قال الحارثي : قاله أصحابنا .

وقال في عيون المسائل وغيرها : لا يملكها . وإنما حصل بها الانتفاع في مقابلة مافوته الغاصب . فما اجتمع البدل والمبدل منه . نقله عنه في الفروع .
وقال الزركشي : وقال القاضي في التعليق : لا يملكها . وإنما يباح له الانتفاع بها بإزاء مافاته من منافع العين المفضوبة .

قال القاضي يعقوب ، في تعليقه : لا يملكها . وإنما جعل الانتفاع بها عوضاً عما فوته الغاصب .

قال الحارثي : يجب اعتبار القيمة بيوم التعذر .

قال في التلخيص : ولا يجبر المالك على أخذها . ولا يصح الإبراء منها . ولا يتعلق الحق بالبدل . فلا ينتقل إلى الذمة . وإنما ثبت جواز الأخذ دفعاً للضرر . فتوقف على خيرته .

فائدة : لا يملك الغاصب العين المقصوبة بدفع القيمة ، فلا يملك أكسابه ولا يعتق عليه لو كان قريبه .

ويستحقه المالك بمانه المتصل والمنفصل . وكذلك أجرة المثل إلى حين دفع البدل على ما يأتي .

قوله ﴿ وَإِنْ غَصَبَ عَصِيرًا فَتَخَمَّرَ . فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ ﴾ .

رأيت في نسخة مقروءة على المصنف ، وعليها خطه « فعليه قيمته » وهو أحد الوجهين . جزم به في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والرعاية الصفري ، والحاوي الصغير . قال الحارثي : وليس بالجيد .

قلت : وهو بعيد جداً . لأن له مثلاً .

والوجه الثاني : يلزمه مثله . ورأيت في نسخ « فعليه مثله » وعليها شرح

الشارح ، والحارثي ، وابن منجا ، وهو المذهب . جزم به في المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والرعاية الكبرى ، والوجيز ، وتذكرة ابن عبدوس ، والتلخيص . وغيرهم . وقدمه في شرح الحارثي ، والفائق . وأطلقهما في الفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ انْقَلَبَ خَلًّا : رَدَّهُ وَمَا تَقَصَّ مِنْ قِيَمَةِ الْعَصِيرِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به في الهداية ، والمذهب ،

والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والنظم ، والرايعتين ، والحاوى الصغير
والوجيز ، والفائق ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وشرح الحارثى .
وقال فى عيون المسائل : لا يلزمه قيمة المعصير . لأن الخلل عينه كحتمل صار
كشاً .

وقال الحارثى : وللشافعية وجه : يملكه الفاصب . وهو الأقوى . ونصره
بأدلة كثيرة .

فأمره : لو غلى المعصير ، فنقص : غرم أرش نقصه . وكذا بغرم نقصه . على
المذهب . وقاله الأصحاب .

قال فى الفروع : ويحتمل أنه لا يلزمه . لأنه ما .
قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ الْمَغْضُوبِ أَجْرَةٌ : فَعَلَى الْفَاصِبِ أَجْرَةٌ مِثْلُهُ
مُدَّةَ مُقَامِهِ فِي يَدِهِ ﴾ .

يعنى إذا كانت تصح إجارته . هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .
ونص عليه فى قضايا كثيرة . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى المغنى ،
والشرح ، وشرح الحارثى ، والفروع ، وغيرهم .
وعنه التوقف عن ذلك .

قال أبو بكر : هذا قول قديم رجع عنه . لأن الراوى لها عنه محمد بن الحكم .
وقد مات قبل الإمام أحمد رحمه الله بعشرين سنة .
قلت : موته قبل الإمام أحمد لا يدل على رجوعه . بل لابد من دليل يدل
على رجوعه غير ذلك .

ثم وجدت الحارثى قال قريباً من ذلك ، فقال : الاستدلال على الرجوع
بتقدم وفاة محمد بن الحكم : لا يصح . فإن من تأخرت وفاته من الجائز أن يكون
منهم من سمع قبل سماع محمد بن الحكم . لاسيما أبو طالب . فإنه قديم الصحة
لأحمد رحمه الله .

قال : وأحسن منه : التأنس بما روى أن ابن منصور بلغه أن الإمام أحمد رجع عن بعض المسائل التي علقها . فجمعها في جراب وحملها على ظهره . وخرج إلى بغداد ، وعرض خطوط الإمام أحمد عليه في كل مسألة . فأقر له بها ثانياً . فالظاهر : أن ذلك كان بعد موت ابن الحكم ، وقبل وفاة الإمام أحمد ببسير ، وابن منصور ممن روى الضمان . فيكون متأخراً عن رواية ابن الحكم . انتهى .

وتقدم نظير ذلك في الباب عند قوله « وإن غصب ثوباً فقصره ، أو غزلاً فنسجه » .

قال في الفروع هنا : ونقل ابن الحكم : لا أجره مطلقاً ، يعني سواء انتفع به أولاً .

وظاهر المبهج : التفرقة . يعني إن انتفع به فعليه الأجرة ، وإلا فلا . واختاره بعض الأصحاب .

وجعله الشيخ تقي الدين رحمه الله ظاهر ما نقل عنه .

وقد نقل ابن منصور : إن زرع بلا إذنه ، فعليه أجره الأرض بقدر ما استعملها إلى رده أو إتلافه أو رد قيمته .

فائدته

إمراهما : لو كان العبد ذا صنائع : لزمه أجره أعلاها فقط .

الثانية : منافع المقبوض بعقد فاسد كمنافع المقصوب . تضمن بالقوات والتفويت

تنبيه : قال الحارثي « أبو بكر » المبهج في الكتاب . هو الخلال . وإطلاق

« أبي بكر » في عرف الأصحاب إنما هو أبو بكر عبد العزيز ، لا الخلال ، وإن

كان يحتمل أن يكون من كلام أبي بكر عبد العزيز . كما قال . فإنه أدخل في

جامع الخلال شيئاً من كلامه . وربما اشتبه بكلام الخلال . إلا أن القاضي ، وابن

عقيل ، وغيرهما من أهل المذهب : إنما حكوه عن الخلال . انتهى .

قوله ﴿وَإِنْ غَضِبَ شَيْئًا، فَعَجَزَ عَنْ رَدِّهِ فَأَدَّى قِيمَتَهُ: فَعَلَيْهِ أَجْرَتُهُ إِلَى وَقْتِ أَدَاءِ الْقِيَمَةِ. وَفِيَا بَعْدَهُ وَجْهَانِ﴾ .

إن كان قبل أداء القيمة : فحكمه حكم المسألة التي قبلها ، خلافاً ومذهباً .
وإن كان بعد أدائها : فأطلق في وجوبها الوجهين . وأطلقهما في التلخيص .
وقال : ذكرهما القاضى ، وابن عقيل .

أمرهما : لا يلزمه . وهو الصحيح من المذهب . صححه فى المستوعب ،
والمصنف ، والشارح ، وصاحب التصحيح ، وغيرهم . وجزم به فى الوجيز ، وغيره
وقدمه فى الفروع ، وغيره .

والوجه الثانى : يلزمه . لأن العين باقية على ملك المفصوب منه والمنفعة .
فعلى هذا الوجه : تلزمه الأجرة إلى رده مع بقائه .
فائدة : قال فى الفروع ، وظاهر كلام الأصحاب : أنه يضمن رائحة المسك
ونحوه ، خلافاً للانتصار ، لا نقداً لتجارة .

قلت : الذى ينبغى : أن يقطع بالضمان فى ذهاب رائحة المسك ونحوه .
قوله ﴿وَتَصَرَّفَاتُ النَّاصِبِ الْحَكَمِيَّةُ - كَالْحَبْجِ وَسَائِرِ الْعِبَادَاتِ ،
وَالْمُقُودِ . كَالْبَيْعِ ، وَالنِّكَاحِ ، وَنَحْوَهَا - بَاطِلَةٌ فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ﴾ .
وهى المذهب . قال الشارح : هذا أظهر .

قال الزركشى : هذا المذهب . و صححه فى التصحيح وغيره .
قال فى التلخيص ، فى باب البيع : وإن كثرت تصرفاته فى أعيان المعصوبات
يحكم ببطالان الكل . على الأصح . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى
الفروع ، وغيره .

قال فى الفروع : اختاره الأكثر . ذكره فى كتاب البيع فى الشرط السابع .

والأخرى : صحيحة .

وعنه : تصح موقوفة على الإجازة . وأطلقهن في الفائق .

وقال ، وقيل : الصحة مقيدة بما لم يبطله المالك من العقود . انتهى .

قلت : قال الشارح : وقد ذكر شيخنا في الكتاب المشروح رواية : أنها

صحيحة .

وذكرها أبو الخطاب . قال : وهذا ينبغي أن يتقيد في العقود بما إذا لم

يبطله المالك .

فأما إن اختار المالك إبطاله ، فأخذ المعقود عليه . فلا نعلم فيه خلافاً .

وأما ما لم يدركه المالك ، فوجه التصحيح فيه : أن الغاصب تطول مدته ،

وتكثر تصرفاته . ففي القضاء ببطلانها ضرر كثير . وربما عاد الضرر على المالك .

اتمى .

وقال مقاله الشارح ، والقاضى فى خلافه ، وابن عقيل . نقله عنهما فى الفائدة

العشرين ، والمصنف فى المنفى .

وأطلق الرواية مرة كما هنا ، ومرة قال : ينبغي أن يقيد . كما قال الشارح .

وقال : هو أشبه من الإطلاق .

قل الحارثى : وهذه الرواية لم أر من تقدم المصنف وأبا الخطاب فى إيرادها .

وقال أيضاً : وأما الصحة على الإطلاق : فلا أعلم به أيضاً ، سوى نصه على

ملك المالك ، كرجح المال المنصوب ، كما سنورده فى مسألة الربح .

وقال - عن كلام المصنف فى تقييد الرواية - : أما طول مدة الغصب ، وكثرة

تصرفات الغاصب : فلا يطرد . بل كثير من المنصوب لا يتصرف فيه بمقد أصلا ،

وبتقدير الاطراد غالباً .

تنبيهان

أمرهما : بنى المصنف فى المغنى ، وجماعة : تصرف الغاصب ، على تصرف الفضولى . فأثبت فيه ما فى تصرف الفضولى ، من رواية الاعتقاد موقوفا على إجازة المالك .

قال الحارثى : ومن متأخري الأصحاب : من جعل هذه التصرفات من نفس تصرفات الفضولى . قال : وليس بشئ .

ثم قال : ولا يصح إلحاقه بالفضولى . وفرق بينهما بفروق جيدة .
الثانى : هذا الخلاف المحكى فى أصل المسألة من حيث الجملة . وقد قسمها المصنف قسمين : عبادات ، وعقود .
فأما العبادات : ففيها مسائل .

منها : الوضوء بماء مغسوب ، والوضوء من إناء مغسوب ، وغسل النجاسة بماء مغسوب ، وستر العورة بثوب مغسوب ، والصلاة فى موضع مغسوب .
وقد تقدم ذلك مستوفى فى كتاب الطهارة ، والآنية ، وإزالة النجاسة ، وستر العورة ، واجتناب النجاسة .

ومنها : الحج بماء مغسوب ، كما قال المصنف . والصحيح من المذهب : أنه لا يصح . نص عليه .

قال ابن أبى موسى : وهو الصحيح من المذهب . وجزم به فى الوجيز ، وغيره .
قال فى الخلاصة : باطل على الأصح .
قال الشارح : باطل على الأظهر .
قال ابن منبج فى شرحه : هذا المذهب .

قال فى الرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير : يبطل فى كل عبادة على الأصح .
وصححه الناظم ، وغيره . وقدمه الحارثى وغيره . وهو من مقدرات المذهب .

وقيل عنه : يحجزه مع الكراهة . قاله ابن أبي موسى . واختاره ابن عقيل .
قال الحارثي : وهو أقوى .

قلت : وهو الصواب . فيجب بدّل المال ديناً في ذمته .
ومنها : الهدى المغصوب : لا يحجز . صرح به الأصحاب . نص عليه في رواية
على بن سعيد .

وعنه : الصحة موقوفة على إجازة المالك .
ونص الإمام أحمد رحمه الله على الفرق بين أن يعلم أنها لغيره : فلا يحجزه ،
وبين أن يظن أنها لنفسه : فيحجزه في رواية ابن القاسم ، وسندي .
وسوى كثير من الأصحاب بينهما في حكاية الخلاف .
قال في الفائدة العشرين : ولا يصح .
وإن كان الثمن مغصوباً : لم يحجزه أيضاً . اشتراه بالعين أو في الذمة . قاله
الحارثي .

قلت : لو قيل بالإجزاء إذا اشتراه في الذمة لكان متجهاً .
ومنها : لو أوقع الطواف أو السعى أو الوقوف على الدابة المغصوبة . ففي
الصحة روايتنا الصلاة في البقعة المغصوبة . قاله الحارثي .

قلت : النفس تميل إلى صحة الوقوف على الدابة المغصوبة .
ومنها : أداء المال المغصوب في الزكاة غير مجزئ .

قال الحارثي : ثم إن أبا الخطاب صرح بجريان الخلاف في الزكاة . وتبعه
المصنف في المغنى وغيره من الأصحاب . كما انتظمه عموم إيراد الكتاب .

فإن أريد به ما ذكرنا من أداء المغصوب عن الغاصب - وهو الصحيح -
فهذا شيء لا يقبل نزاعاً ألينة . لما فيه من النص . فلا يتوهم خلافه .

وإن أريد به الأداء عن المالك ، بأن أخرج عنه من النصاب المغصوب - وهو
بعيد جداً - فإن الواقع من التصرف للعبادة إنما يكون عن الغاصب نفسه . فلا

يقبل أيضاً . خلافاً لاتفاقنا على اعتبار نية المالك ، إلا أن يتمتع من الأداء . فيقهره الإمام على الأخذ منه . فيجزىء في الظاهر . وليس هذا بواحد من الأمرين . فلا يجزىء بوجه .

ومنها : كل صدقة - من كفارة ، أو نذر ، أو غيرها - كالزكاة سواء .

ومنها : عتق المصوب . لا ينفذ بلا خلاف في المذهب . ونص عليه . قاله الحارثي .

ومنها : الوقف . لا ينفذ في المصوب قولاً واحداً .

لكن لو كان ثمن المعتق أو الموقوف مغبوباً . فإن اشترى بعين المال : لم ينفذ . وإن اشترى في الذمة ، ثم نقده . فإن قيل بعدم إفادة المالك : لم ينفذ . وإن قيل بالإفادة : نفذ العتق والوقف . قاله الحارثي .

وأما العقود - من البيع ، والإجارة ، والنكاح ، ونحوها - : فالعقد باطل . على الصحيح من المذهب . ونص عليه الأصحاب .

وتقدم حكاية الرواية بالصحة . والكلام عليها ، والرواية بالوقف على الإجازة .

تنبيه : قوله ﴿ وَتَصَرَّفَاتُ النَّاصِبِ الْحَكَمِيَّةِ ﴾ .

أى التى يحكم عليها بصحة أو فساد . احترازاً من غير الحكمية . كإتلاف المصوب . كأكله الطعام ، أو إشعاله الشمع ، ونحوها . وكلبسه الثوب ونحوه . فإن هذا لا يقال فيه صحيح ولا فاسد . والله أعلم .

قال ابن نصر الله فى حواشى الوجيز : وقوله « الحكمية » احتراز من التصرفات الصورية .

فالحكمية : ماله حكم من صحة وفساد ، كالبيع ، والهبة ، والوقف ، ونحوه .

والصورية : كطحن الحب ، ونسج الغزل ، ونجر الخشب ، نحوه . انتهى .

وهو كالذى قبله .

قوله ﴿وَإِنْ اتَّجَرَ بِالذَّرَاهِمِ فَلَرِبْحٌ لِّمَالِكِهَا﴾ .

يعنى إذا اتجر بعين المال ، أو بثمان الأعيان المفصولة : فالمال وربحه للمالكها .
وهذا الصحيح من المذهب . ونص عليه . ونقله الجماعة . وعليه الأصحاب .
قال المصنف ، والشارح ، قال أصحابنا : الربح للمالك ، والسلع المشتراة له .
وحزم به فى الوجيز . وغيره . وقدمه فى الفروع ، وغيره . وهو من مفردات المذهب
واحتمج الإمام أحمد بخبر عروة بن الجعد رضى الله عنه .
ونقل حرب فى خبر عروة : إنما جاز ، لأنه عليه أفضل الصلاة والسلام جوزه له
وقيد جماعة — منهم : صاحب الفنون ، والترغيب — : الربح للمالك إن صح
الشراء . وأطلق الأكثر .

وقال الحارثى : ويتخرج من القول ببطالان التصرف : رواية بهدم الملك
للمبيع . وهو الأقوى . انتهى .
وعنه : يتصدق به .

وقيل : لا يصح بيعه . إن قلنا النقود تتمين بالمتعين .

قوله ﴿وَإِنْ اشْتَرَى فِي ذِمَّتِهِ ثُمَّ تَقَدَّهَا فَكَذَلِكَ﴾ .
يعنى : الربح للمالك أيضاً .

واعلم أنه إذا اشترى فى الذمة ، أو باع سلفاً ، ثم أقبض المصوب وربح :
فالعقد صحيح . على المذهب . والإقباض فاسد . بمعنى أنه غير مبرىء . وصحة العقد
نص عليها فى رواية المروذى .

وحكى القاضى فى التعليق الكبير وجهاً : يكون العقد موقوفاً على إجازة
المالك . إن أجازته صح ، وإلا بطل . قال : وهو أصح ما يقال فى المسألة .

قال الحارثى : وهو مأخوذ من مثله فى مسألة الفضولى . قال : وهو مشكل .
إذ كيف يقف تصرف الإنسان لنفسه على إجازة غيره . انتهى .

وأما الربح ، فقدم المصنف هنا : أنه للمالك . وهو الصحيح من المذهب .
قال الشارح : هذا المشهور في المذهب .
قال الحارثي : هو ظاهر المذهب . وجزم به جماهير الأصحاب ، حتى أبو الخطاب
في ردوس المسائل . انتهى .

وجزم به في الإرشاد وغيره . وقدمه في الفروع ، والرعايتين ، والحاوي الصغير ،
والفائق ، والمستوعب ، وغيرهم . وهو من المفردات .

وقال في المحرر ، والوجيز ، والمنور : إذا اشترى في ذمته بنية نقدها : فالربح
للمالك . واختاره ابن عبدوس في تذكرته .

وعنه : الربح للمشتري . وهو احتمال في الشرح . وهو قياس قول الخرق .
قال الحارثي : وهو الأقوى .

فعليها : يجوز له الوطء . ونقله المرذوي .

وعلى هذا : إن أراد التخلص من شبهة بيده : اشترى في ذمته ، ثم نقدها .
وقاله القاضي ، وابن عقيل . وذكره عن الإمام أحمد رحمه الله .

فوائد

الأولى : لو اتجر بالوديعة : فالربح للمالك . على الصحيح من المذهب .
ونص عليه في رواية الجماعة .

ونقل حنبل : ليس لواحد منهما ، ويتصدق به .

قال الحارثي : وهذا من الإمام أحمد مقتضى لبطان العقد . وذلك وفق
المذهب المختار في تصرف الغاصب . وهو أقوى . انتهى .

الثانية : لو قارض بالمغصوب ، أو الوديعة : فالربح على ما تقدم . ولا شيء
للعامل على المالك . وإن علم : فلا شيء له على الغاصب أيضاً . وإلا فله عليه
أجرة المثل .

الثالثة : إجارة الغاصب للمغصوب . وهو كالبيع ، كما تقدم . وهو داخل في كلام المصنف . والأجرة للمالك . نص عليه .
وظاهر كلام الإمام أحمد : أن المسمى هو الواجب للمالك . قاله الحارثي .
وقال المصنف ، وغيره : إن الواجب أجرة المثل .
قال الحارثي : وهو أقوى .
الرابعة : لو أنكح الأمة المغصوبة ، ففي البطلان والصحة : ما قاله المصنف في المتن .

قال الحارثي ، والتصحيح : لا أصل له . فإنه مقتضى لنفي اشتراط الولي في النكاح . وهو خلاف المذهب .
لكن قد يقرب إجراؤه مجرى الفضولي . فتأتي رواية الانعقاد مع الإجازة .
الخامسة : لو وهب المغصوب : ففيه الخلاف السابق . والصحيح من المذهب : البطلان ، على ما تقدم .
السادسة : تذكية الغاصب الحيوان المأكول ، وفي إفادتها الحل الأكمل : روايتان .

إمداهما : هو ميتة . لا يحل أكله مطلقاً . جزم به أبو بكر في التنبيه .
والرواية الثانية : يحل . قال الحارثي : وهو قول الأكثرين . انتهى .
وهذا المذهب . وهو قول غير أبي بكر من الأصحاب . قاله في القاعدة الثانية بعد المائة .

وقد نبه عليه المصنف قبل ذلك فيما إذا ذبح الشاة وشواها .
ويأتي نظير ذلك في ذبح السارق الحيوان المسروق ، في باب القطع في السرقة .
ومن جملة المسائل المتعلقة بذلك : التذكية بالآلة المغصوبة . وكذلك التزويج بمال مغصوب . وفي كل منهما خلاف يأتي .

قوله ﴿وَإِنْ اٰخْتَلَفَا فِيْ قِيَمَةِ الْمَغْصُوْبِ ، اَوْ قَدَرِهِ ، اَوْ صِنَاعَةِ فِيْهِ .
فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْغَاصِبِ ﴾ .
لا أعلم فيه خلافا .

فأمره : لو اختلفا في تلف المغصوب . فالقول قول الغاصب في تلفه . على الصحيح من المذهب .

قال في الفروع : قبل قول الغاصب في الأصح . وجزم به في المغنى ، والشرح ، وغيرهما . وقدمه الحارثي .

وقيل : القول قول المالك . اختاره الحارثي . وهما احتمالان مطلقان في التلخيص فعلى المذهب : للمغصوب منه أن يطالب الغاصب ببذله . على الصحيح من المذهب . وقدمه في الشرح ، والتلخيص ، والفروع . وصححه الحارثي . واختاره المصنف .

وقيل : ليس له مطالبته ، لأنه لا يدعيه .

قوله ﴿وَإِنْ اٰخْتَلَفَا فِي رَدِّهِ ، اَوْ عَيْبٍ : فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ ﴾ .
بلا نزاع أعلمه . وجزم به في المغنى ، والشرح ، والحارثي ، والوجيز ، والفتاوى ، وغيرهم .

اسكن لو شاهدت البينة العبد معيباً عند الغاصب ، فقال المالك : حدث عند الغاصب ، وقال الغاصب : بل كان فيه قبل غصبه : فالقول قول الغاصب . على الصحيح من المذهب . جزم به في المغنى ، وغيره . وقدمه في شرح الحارثي ، والشرح .

وقال : ويتخرج أن القول قول المالك ، كما لو تبايعا واختلفا في عيب : هل كان عند البائع ، أو حدث عند المشتري ؟ فإن فيه رواية : أن القول قول البائع . كذلك هذا . إذ الأصل السلامة ، وتأخر الحدوث عن وقت الغصب . انتهى .

قلت : هذه الرواية اختارها جماعة من الأصحاب هناك ، على ما تقدم في الخيار في العيب .

قوله ﴿ وَإِنْ بَقِيَتْ فِي يَدِهِ غُصُوبٌ لَا يَعْرِفُ أَرْبَابَهَا : تَصَدَّقَ بِهَا عَنْهُمْ ، بِشَرَطِ الضَّمَانِ ، كَاللَّقَطَةِ 》 .

إذا بقي في يده غصوب لا يعرف أصحابها ، فسلمها إلى الحاكم : برىء من عهدها ، بلا نزاع . ويجوز له التصديق بها عنهم بشرط ضمانها . ويسقط عنه إثم الغصب . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . وجزم به في المغنى ، والشرح ، والوجيز ، وغيرهم .

قال في القاعدة السابعة والتسعين : لم يذكر أصحابنا فيه خلافا .

وقال في القاعدة السادسة بعد المائة : ويتصدق بها عنه . على الصحيح . وقدمه في الفروع ، والفائق ، وغيرهما .

نقل المروذي : يعجنى الصدقة بها .

وقال في الغنية : عليه ذلك .

ونقل أيضاً : على فقراء مكانه إن عرفه .

ونقل صالح : أو بقيته .

وله شراء عرض بنقد ويتصدق به . ولا تجوز محاباة قريب وغيره . نص عليهما .

وظاهر نقل حرب في الثانية : الكراهة .

قال في الفروع : وهو ظاهر كلامهم في غير موضع . انتهى .

وعنه : ليس له الصدقة بها . ذكرها القاضي في كتاب الروايتين . وهو

تخرج في الشرح ، والفائق .

فأمرنا

إمدهما : قال الحارثي وغيره : وكذا رهون ، والودائع ، وسائر الأمانات .

كلاً أموال المحرمة فيما ذكرنا . وذكر نصوصاً في ذلك .

وتقدم حكم المرهون في آخر الرهن .

ويأتى قريباً من ذلك في باب أدب القاضي ، عند حكم الهدية ، والرشوة .
وتأتى مسألة الوديعة في بابها . وهل يلزم الحاكم الأخذ أم لا ؟

الثانية : لا يجوز لمن هذه الأشياء في يده - وقلنا : له الصدقة بها - أن يأخذ

منها لنفسه إذا كان من أهل الصدقة . نص عليه .

وخرج القاضي : جواز الأكل منها إذا كان فقيراً ، على الرويتين في شراء

الوصى من نفسه . نقله عنه ابن عقيل في فنونه . وأفتى به الشيخ تقي الدين رحمه الله
في الغاصب إذا تاب .

تنبيه : ظاهر قوله « لا يعرف أربابها » أنه لا يتصدق بها إلا مع عدم
معرفة أربابها ، سواء كان قليلاً أو كثيراً . وهو المذهب . وقدمه في الفروع .

ونقل الأثرم وغيره : له الصدقة بها إذا علم ربها وشق دفعه إليه ، وهو يسير ،
كحبة .

وقطع به في القاعدة السابعة والتسعين ، فقال : له الصدقة به عنه . نص عليه
في مواضع .

وقال الحارثي : إذا علم الغاصب المالك : فهنا حالتان .

إمراهما : انقطاع خبره لنعية : إما ظاهرها السلامة - كالتجارة ، والسياسة .

ومضت مدة الإياس ، ولا وارث له - : تصدق بها كما لو جهل . نص عليه . وإما

ظاهرها الهلاك - كالمفقود من بين أهله ، أو في مهلكة ، أو بين الصفيين ونحوه .

وكذلك أربع سنين ، وأربعة أشهر وعشر ، ولا وارث له - تصدق به أيضاً .

نص عليه . وإن كان له وارث : سلم إليه .

وأنكر أبو بكر : الزيادة على الأربع سنين ، وقال : لا معنى للأربعة أشهر

في ذلك .

قال القاضى ، وغيره : أصل المسألة : هل يقسم مال المفقود للمدة التى تباح زوجته فيها ، أو لأربع سنين فقط ؟ على روايتين .

وإن لم تَمْضِ المدة المعتبرة : ففى المال المحرم يتعين التسليم إلى الحاكم من غير انتظار .

وأما ما أؤتمن عليه - كالوديعة ، والرهن - : فليس عليه الدفع إليه .

الحالة الثانية : أن يعلم وجوده . فإن كان غائباً : سلم إلى وكيله ، وإلا فإلى الحاكم . وإن كان حاضراً فأليه أو إلى وكيله .

وإن علم موته : فإلى ورثته . فإن لم يكن له ورثة : تصدق به . نص عليه . ولا يكون لبيت المال فيه شيء .

ويأتى : إذا كسب مالا حراماً برضى الدافع ونحوه ، فى باب أدب القاضى ، عند الكلام على الهدية للحاكم .

خامس : قول المصنف « كاللقة » قال الحارثى : الأليق فيه التشبيه بأصل الضمان . لا فى مضمون الصدقة والضمان . فإن المذهب فى « اللقة » التملك لا التصدق . انتهى .

قلت : بل الصحيح من المذهب : جواز التصدق باللقة التى لا تملك بالتعريف على ما بأتى من كلام المصنف فى اللقة .

قال الشارح هنا : وعنه فى اللقة لا تجوز الصدقة بها . فيخرج هنا مثله .

فوائد

إبراهيم : قال فى الفروع : لم يذكر الأصحاب فى ذلك سوى الصدقة بها . ونقل إبراهيم بن هانىء : يتصدق بها ، أو يشتري بها كراعاً ، أو سلاحاً . يوقف . هو مصلحة للمسلمين . انتهى .

قلت : قد ذكر ذلك الحارثى . وقال عن ذلك : ينزل منزلة الصدقة . انتهى .

قال في الفروع : وسأله جعفر عن مات ، وكان يدخل في أمور تكبره ،
فيريد بعض ولده التنزه ؟ فقال : إذا دفعها إلى المساكين ، فأى شيء بقي عليه ؟
واستحسن أن يوقفها على المساكين . ويتوجه على أفضل البر .
قال الشيخ تقي الدين ، رحمه الله : تصرف في المصالح . وقاله في وديعة وغيرها .
وقال : قاله العلماء . وأنه مذهبنا . ومذهب أبي حنيفة ، ومالك . وهذا مراد
أصحابنا . لأن الكل صدقة .

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : من تصرف فيه بولاية شرعية لم يضمن .
وقال : ليس لصاحبه إذا عرف ردُّ المعاوضة ، لثبوت الولاية عليها شرعاً
للحاجة . كمن مات ولا ولي له ، ولا حاكم .
مع أنه ذكر أن مذهب الإمام أحمد رحمه الله : وقف العقد للحاجة لفقد
المالك ، ولغير حاجة الروايتان .

وقال - فيمن اشترى مال مسلم من التتر لمسا دخلوا الشام - : إن لم يعرف
صاحبه صرف في المصالح ، وأعطى مشتريه ما اشتراه به . لأنه لم يصير لها إلا بنفقته
وإن لم يقصد ذلك . كما رجحه فيمن اتجر بمال غيره ورجح .
ونص في وديعة : تُنتظر ، كمال مفقود . وأن جائزة الإمام أحب إليه من
الصدقة .

قال القاضي : إن لم يعرف أن عينه مغضوب : فله قبوله .
وسوى ابن عقيل وغيره بين وديعة وغصب . ذكرهما الحلواني كرهين .
الثانية : إذا تصدق بالمال ، ثم حضر المالك : خير بين الأجر وبين الأخذ
من المتصدق . فإن اختار الأجر : فذاك . وإن اختار الأخذ : فله ذلك . والأجر
للغارم . نص عليه في الرهن . قاله الحارثي .
الثالثة : إذا لم يبق درهم مباح . فقال في النوادر : يا كل عادته . لாமاله عنه
غنية . كحلواء وفا كمة .

قوله ﴿ وَمَنْ أَتْلَفَ مَالًا مُحْتَرَمًا لِغَيْرِهِ : ضَمِنَهُ ﴾ .

سواء كان عمداً أو سهواً .

ومفهومه : أن غير المحترم لا يضمنه ، كمال الحربي والصائل ، والعبد في حال قطعه الطريق ونحوه . وهو كذلك .

تفصيل : يستثنى من قوله « ومن أتلف مالا محترماً ضمنه » الحربي إذا أتلف مال المسلم . فإنه لا يضمنه .

فوائد

منها : قال في الفائق ، قلت : ولو أتلف لغيره وثيقة بمال - لا يثبت ذلك المال إلا بها - ففي إلزامه ما تضمنته احتمالان .

أحدهما : يلزمه . كقول المالكية . انتهى .

قلت : وهذا الصواب .

وقال في الفروع ، في باب القطع في السرقة : وإن سرق فرد خف ، قيمة كل واحد منهما منفرداً درهماً ، ومعا عشرة : ضمن ثمانية قيمة المتلف خمسة ونقص التفرقة ثلاثة .

وقيل : درهمين . ولا قطع .

قال : وضمان ما في وثيقة أتلفها إن تعذر : يتوجه تخريجها عليها . انتهى .

وقال ابن نصر الله في حواشي الفروع : وقد يخرج الضمان للوثيقة من مسألة الكفالة . فإنها تقتضي إحضار المكفول ، أو ضمان ماعليه . وهنا : إما أن يحضر الوثيقة ، أو يضمن ما فيها إن تعذر .

ومنها : لو أكره على إتلاف مال الغير ، فقييل : يضمنه مكرهه . قطع به

القاضي في كتابه « الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر » وابن عقيل في عمد الأدلة قاله في القواعد

وقيل : هو كمضطر .

قال في التلخيص : يجب الضمان عليهما . واقتصر عليه الحارثي . وهو احتمال للقاضي في بعض تعاليقه . وأطلقهما في الفروع ، والقواعد .
وقال في الرعاية : وإن أكره على إتلافه ضمنه . يعني المباشر . وقطع به . انتهى .

فإذا ضمن المباشر . إن كان جاهلاً : رجع على مكرهه . على الصحيح من المذهب . جزم به في الرعاية . وصححه في الفروع . وقيل : لا يرجع .
وإن كان عالماً : لم يرجع . على الصحيح من المذهب .
وقيل : يرجع . لإباحة إتلافه ووجوبه . بخلاف الإكراه على القتل ولم يختره ، بخلاف مضطر .

وهل للمالك مطالبة مكرهه إذا كان المسكره - بفتح الراء - عالماً ، وقلنا : له الرجوع عليه ؟ فيه وجهان .

وقال في الرعايتين : يحتمل وجهين . وأطلقهما في الفروع .

قلت : له مطالبته .

فإن قلنا : له مطالبته وطالبه . رجع على المتلف ، إن لم يرجع عليه .

وقيل : الضمان بينهما .

ومنها : لو أذن رب المال في إتلافه ، فأتلفه : لم يضمن المتلف مطلقاً . على الصحيح من المذهب .

وقال ابن عقيل : إن عين الوجه المأذون فيه - مع غرض صحيح - لم يضمن .

وقال في الفنون : لو أذن في قتل عبده ، فقتله : لزمه كفارة الله وأنتم .

ولو أذن في إتلاف ماله : سقط الضمان والمأثم ، ولا كفارة .

وقال - بعد ذلك - : يمنع من تضييع الحب والبذر في الأرض السبعة بما

يفتضئ أنه محل وفاق .

قال في الفروع : وسبق أنه يحرم - في الأشهر - دفن شيء مع الكفن .
قوله ﴿ وَإِنْ فَتَحَ قَفْصًا عَنْ طَائِرٍ ، أَوْ حَلَّ قَيْدَ عَبْدٍ ، أَوْ رِبَاطَ فَرَسٍ :
ضَمَّنَهُ ﴾

هذا المذهب مطلقاً . وعليه جماهير الأصحاب . وحزم به في المغني ، والشرح
والوجيز ، وغيرهم . وقدمه في الفروع ، وغيره .
قال في التلخيص ، قال أصحابنا : يلزمه الضمان في جميع ذلك . سواء تعقب
ذلك فعله ، أو تراخى عنه .

قال في القواعد : ذكره القاضي ، والأكثر .
قال الحارثي : لا يختلف فيه المذهب .
وقال في الفنون : إن كان الطائر متأنفاً : لم يضمنه .
وقال أيضاً : الصحيح التفرقة بين ما يحال الضمان على فعله كالآدمي . وبين
ملا يحال عليه الضمان كالحيوانات والجمادات . فإذا حل قيد العبد : لم يضمن .
وقيل : لا يضمن إلا إذا ذهبوا عقب الفتح والحل .
فعلى المذهب : يضمنه ، سواء ذهب عقب فعله أو متراخياً عنه . وسواء هيج
الطائر والدابة حتى ذهبا أو لم يهيجهما . قاله الأصحاب .

فوائد

إبراهيم : لو بقي الطير والفرس بحالهما ، حتى نفرهما آخر : ضمنهما المنفر .
حزم به في المغني ، والشرح ، وشرح الحارثي ، والرعاية ، وغيرهم .
الثانية : لو دفع مبرداً إلى عبد فبرد به قيده ، فهل يضمنه أم لا ؟
حكى في الفصول ، والتلخيص ، والرعاية : فيه احتمالين . وحكماها في الفروع
وجهين . وأطلقوها .

قلت : الصواب الضمان . وهو ظاهر ما قدمه الحارثي .

ولو دفع مفتاحاً إلى لص : لم يضمن .

الثالثة : لو حل قيد أسير : ضمن . كحل قيد العبد . وكذا لو فتح الاصطبل فضاعت الدابة . وكذا لو حل رباط سفينة ففرقت ، وسواء كان لعصوف ريح أو لا . على الصحيح من المذهب .

وعلى قول القاضي : لا يضمن العصوف .

الرابعة : قال الشيخ تقي الدين : لو غرم بسبب كذب عليه ، عند ولي الأمر : رجع على الكاذب .

قلت : وهو الصحيح . وتقدم ذلك وغيره في باب الحجر .

الخامسة : لو كانت الدابة المحمولة عقوراً وجنت : ضمن جنايتها . ذكره ابن عقيل ، وغيره . واقتصر عليه في شرح الحارثي . كما لو حل سلسلة فهد ، أو ساجور كلب : فعقر .

وإن أفسدت زرع إنسان فكإفساد دابة نفسه . على ما يأتي .

السادسة : لو وثبت هرة على الطائر بعد الفتح : ضمنه . وقد تضمنه كلام المصنف .

وكذا لو كسر الطائر في خروجه قارورة : ضمنها .

قوله ﴿ أَوْ حَلَّ وَكَاءَ زِقِّ مَائِعٍ أَوْ جَامِدٍ ، فَأَذَابَتْهُ الشَّمْسُ ، أَوْ بَقِيَ بَعْدَ حَلِّهِ قَاعِدًا ، فَأَلْقَتْهُ الرِّيحُ ، فَأَنْدَفَقَ : ضَمِنَهُ ﴾ .

إذا حل وكاء زق مائع فاندفق : ضمنه . بلا نزاع أعلمه .

وإن كان منتصباً فسقط بريح ، أو زلزلة أو طائر : ضمن . على الصحيح من المذهب . وقدمه في المغني ، والشرح ، والهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والحارثي . ونصره .

وقال القاضي : لا يضمن ما ألقته الريح . وكذا قال أبو الخطاب ، وغيره .
وقال الحارثي : وعن القاضي ، وابن عقيل : لا يضمن . وقدمه في التلخيص .
وإن ذاب بالشمس واندفق : ضمن . على الصحيح من المذهب .
قال الحارثي : وافق على ذلك القاضي ، وصاحب التلخيص . وقدمه في المغنى ،
والكافي ، وغيرهما .

وقال في الفائق ، قال القاضي : لا يضمن ، فلعن له قولان .
وقال ابن عقيل : عندى لا فرق بين حر الشمس وهبوب الريح . فلما أن
يسقط الضمان في الموضعين ، أو يجب فيهما . واختار أنه لا ضمان هنا أيضاً .
وقال في الفروع : وإن حلّ وعاء فيه دهن جامد ، فذهب بريح ألقته ، أو
شمس : فوجهان .

قوله ﴿ وَإِنْ رَبَطَ دَابَّةً فِي طَرِيقٍ فَأَتْلَفَتْ ﴾ .

ضمن . شمل مسألتين .

إمضاءهما : أن يكون الطريق ضيقاً ، فيضمن ما أتلقت . جزم به في المغنى ،
والشرح ، وشرح الحارثي ، والقروع ، والزرکشی ، وغيرهم . وقاله ابن عقيل ، وابن
البنّا . ولو كان ما أتلقت به بنفح رجلها . نص عليه .

ومن ضربها فرسته فأت : ضمنه . ذكره في الفنون .

والسأن الثانية : أن تكون الطريق واسعة . فظاهر ما قطع به المصنف هنا :
أنه يضمن . قال الحارثي : وكذا أورده ابن أبي موسى ، وأبو الخطاب ، مطلقاً .
ونص عليه الإمام أحمد رحمه الله . انتهى .

قلت : وهو ظاهر ما جزم به في المذهب ، والخلاصة ، لإطلاقهم الضمان .
وقدمه في القاعدة الثامنة والثمانين . وقال : هذا المنصوص . وذكر النصوص
في ذلك .

والرواية الثانية : لا يضمن إذا لم تسكن في يده . ذكرها القاضى فى الجرد .
وهو ظاهر ماجزم به فى الوجيز . وقدمه فى الرايتين ، والحاوى الصغير .
وأطلقهما فى المستوعب ، والمنفى ، والشرح ، والفائق ، والفروع ، والقواعد
الأصولية ، والزركى .

وقال القاضى فى كتاب الرايتين ، وغيره : وظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله :
أنه لا يضمن إذا كان واقفاً لحاجة ، والطريق واسع .
قال الحارثى : وهو الأقوى نظراً .

فائدة : لو ترك طيناً فى طريق ، فزلق فيه إنسان ، أو خشبة ، أو عموداً ،
أو حجراً ، أو كيس دراهم . نص عليه ، أو أسند خشبة إلى حائط ، فتلّف به شيء :
ضمنه . جزم به فى الفروع ، وغيره .

ويأتى فى أول كتاب الديات : إذا صب ماء فى طريق ، أو بالت فيها دابة ،
أورمى قشر بطيخ . فتلّف به إنسان ، فى كلام المصنف .

قوله ﴿ أَوْ اقْتَنَى كَلْبًا عَقُورًا فَعَقَرَ ، أَوْ خَرَقَ ثَوْبًا ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ
دَخَلَ مَنْزِلَهُ بَغَيْرِ إِذْنِهِ ﴾ .

إذا دخل بيته بإذنه فعقره ، أو خرق ثوبه ، أو فعل ذلك خارج البيت :
ضمن . على الصحيح من المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب .

قال الحارثى : يضمن بغير خلاف فى المذهب . إذا فعل ذلك خارج المنزل .
وقال : إذا دخل بإذنه : ينبغى تقييده بما إذا لم ينبهه على الكلب ، وعلى
كونه غير موثق . أما إن نبه : فلا ضمان .

قال فى الرعاية : إن عقر خارج الدار : ضمن ، إن لم يكفه ربه ، أو يحذر منه .
انتهى .

وعنه : لا يضمن . اختاره الشريف أبو جعفر .

وإن دخل بيته بغير إذنه ، ففعل ذلك به : لم يضمن . على الصحيح من المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب .

وعنه : يضمن أيضاً . اختاره القاضى فى الجامع .

ونقل حنبل : إذا كان الكلب موثقاً : لم يضمن ماعقر .

قوله ﴿ وَقِيلَ : فِي الْكَلْبِ الْعَقُورِ رَوَاتَانِ فِي الْجُمْلَةِ ﴾

يعنى : روايتين مطلقتين ، سواء دخل بإذن أو لا . وسواء كان فى منزل صاحبه ، أو خارجاً عنه . ذكره الشارح .

قال الحارثى : أورد المصنف - فى كتابيه - وابن أبى موسى ، والقاضى فى المجرد ، وصاحب المحرر : ذلك من غير خلاف فى شىء من ذلك .

وحكى القاضى فى الجامع الصغير فى الضمان مطلقاً من غير تقييد بإذن : روايتين . وهو ما حكى أبو الخطاب فى كتابيه عن القاضى . وأورده المصنف هنا . وجرى على حكاية هذا الخلاف جماعه من أئمة المذهب : الشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب ، وأبو الحسن بن بكروس فى كتبهم الخلافية .

واختلفوا . فمنهم من صحح الضمان ، وهو القاضى فى الجامع . ومنهم من عكس ، وهو قول الشريف . والظاهر من كلام أبى الخطاب ، وابن بكروس . وقال : وقول المصنف « وقيل : فى الكلب روايتان » .

قال شيخنا ابن أبى عمر فى شرحه : سواء كان فى منزل صاحبه ، أو خارجاً ، وسواء دخل بإذن صاحب المنزل أو لا .

قال : وليس كذلك . فإن كلام أبى الخطاب - الذى أخذ منه المصنف ذلك - إنما هو وارد فى حالة الدخول . والإجمال فيه عائد على الإذن وعدمه .

وكذلك أورد السامرى فى كتابه . فقال : إن اقتنى فى منزله كلباً عقوراً ، فمقر فيه إنساناً ، إن كان دخل بغير إذنه : فلا ضمان . وإن كان بإذنه : فعليه الضمان .

قال : وخرجها القاضي على روايتين : الضمان ، وعدمه . فإن عقر خارج المنزل : ضمن . ذكرها ابن أبي موسى . انتهى .
قال الحارثي : فخصص الخلاف بحالة العقر داخل المنزل دون خارجه . وهو الصحيح . انتهى . وهذا قطع به ابن منبج في شرحه .

فوائد

الأولي : إفساد الكلب بما عدا العقر - كبوله وولوغه في إناء الغير - لا يوجب ضماناً . ذكره المصنف ، وغيره . واقتصر عليه الحارثي .
وكذلك لا يضمن ما أتلفه غير العقور ليلاً ونهاراً . قاله المصنف . وغيره .
وهو ظاهر كلام الأصحاب ، لتقييد الكلب بالعقور .

قال الحارثي : وكلام المصنف محمول على ما يباح اقتناؤه . وأما ما يحرم - كالكلب الأسود - فيجب الضمان به . لأنه في معنى العقور في منع الاقتناء واستحقاق القتل . وكذلك ما عدا كلب الصيد والحرب والماشية . لأنه في معنى ما تقدم . فيحصل العدوان بإمساكه . انتهى .

الثانية : لو اقتنى أسداً أو نمرأ أو ذئباً ، ونحو ذلك من السباع المتوحشة : فكالكلب العقور فيما تقدم . لأنه في معناه وأولى . لعدم المنفعة .

الثالثة : لو اقتنى هرة تأكل الطيور ، وتقلب القدور في العادة : فعليه ضمان ما أتلفه ليلاً ونهاراً ، كالكلب . جزم به في المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفاثق وقالوا - إلا صاحب الفروع - قاله القاضي .

قال الحارثي : ذكره أصحابنا .

فإن لم يكن من عادتها ذلك : فلا ضمان . قاله الأصحاب .
ولو حصل عنده كلب عقور ، أو سنور ضار من غير اقتناء واختيار ، وأفسد : لم يضمن .

الرابعة : يجوز قتل الهر بأكل لحم ونحوه . على الصحيح من المذهب . قدمه في الفروع .

وقال في الفصول : له قتلها حين أكلها فقط . واقتصر عليه الحارثي . ونصره .
وقال في الترغيب : له قتلها إذا لم تندفع إلا به ، كالمصائل .

قوله ﴿ وَإِنْ أَجَجَ نَارًا فِي مَلِكِهِ ، أَوْ سَقَى أَرْضَهُ فَتَعَدَّى إِلَى مَلِكٍ غَيْرِهِ فَأَتْلَفَهُ : ضَمِنَهُ إِذَا كَانَ قَدْ أَسْرَفَ فِيهِ ، أَوْ فَرَطَ ، وَإِلَّا فَلَا ﴾
هذا المذهب ، وعليه الأصحاب .

قال في الفروع ، والمراد : لا بطريان ريح . ولهذا قال في عيون المسائل : لو أججها على سطح دار . فهبت الريح ، فأطارت الشرر : لم يضمن . لأنه في ملكه ولم يفرط . وهبوب الريح ليس من فعله . بخلاف ما لو أوقف دابته في طريق فبالت ، أو رمى فيها قشر بطبخ . لأنه في غير ملكه . فهو مفرط .
قال في الفروع : وظاهره لا يضمن في الأولى مطلقاً . انتهى .

وقال في الرعاية - بعد ذكر المسألة - قلت : وإن كان المكان مغصوباً : ضمن مطلقاً ، يعني : سواء فرط وأسرف أو لا . إن لم يكن للسطح سترة ويُقر به زرع ونحوه ، والريح هابة ، أو أرسل في الماء ما يغلب ويفيض : ضمن .

وقيل : من أجج ناراً في ملك بيده له ، أو لغيره بإيجار أو إعارة ، وأسرف : ضمن ، وإلا فلا . وإن منع من ذلك لأذى جاره : ضمن . وإن لم يسرف . انتهى
فائدة : قال الحارثي قوله « أَسْرَفَ فِيهِ أَوْ فَرَطَ » يغني الاقتصار على لفظ

« التفريط » لدخول « الإسراف » فيه انتهى .

قلت ، الذي يظهر : أن الأمر ليس كذلك ، وأن كل واحد منهما ينفك عن الآخر . لأن « الإسراف » مجاوزة الحد عمداً عدواناً . وأما « التفريط » فهو التقصير في المأمور .

ولذلك قال بعض المحققين : فرط أو أفرط .

قوله ﴿ وَإِنْ حَفَرَ فِي فَنَائِهِ بُتْرًا لِنَفْسِهِ : ضَمِنَ مَا تَلَفَ بِهَا ﴾ .

هذا المذهب . بلا ريب . نص عليه . وعليه الأصحاب .

وجوز بعض الأصحاب حفر بئر لنفسه في فنائه بإذن الإمام . ذكره القاضي .

قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : نقلته من خطه في مسألة حدثت في زمنه .

قال في القاعدة الثامنة والثمانين : وفي الأحكام السلطانية : له التصرف في

فنائه بما شاء من حفر وغيره إذا لم يضر .

وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : ومن لم يسد بئر سداً يمنع من الضرر : ضمن

ماتلف بها .

ويأتى ذلك أيضاً في أول كتاب الديات .

فأمره : لو حفر الحر بئراً بأجرة أولاً ، وثبت علمه أنها في ملك غيره - نص

عليه - ضمن الحافر . قاله القاضي ، وابن عقيل ، والمصنف ، وغيرهم من الأصحاب .

وقدمه في الفروع . وقال : ونصه هما .

وقدمه الحارثي ، وقال : هو مقتضى إيراد ابن أبي موسى - يعني : أنهما

ضامنان - وإن جهل ضمن الأمر .

وقيل : الحافر . ويرجع على الأمر .

قوله ﴿ وَإِنْ حَفَرَهَا فِي سَابِلَةٍ لِنَفْعِ الْمُسْلِمِينَ : لَمْ يَضْمَنْ فِي أَصَحِّ

الرَّوَايَتَيْنِ ﴾ .

يعنى : إذا لم يكن فيه ضرر . وهذا المذهب بهذا الشرط .

قال في الوجيز ، وغيره : إن كانت السابلة واسعة . وهو قيد حسن ، كما يأتى .

جزم به ابن أبي موسى ، والقاضى في الجامع الصغير ، وأبو الفرج الشيرازى ، وغيرهم .

قال في الهداية ، والمذهب ، والخلاصة : لم يضمن في أصح الروايتين . وصححه

المصنف ، والشارح أيضاً ، والناظم . وقدمه في الفروع ، والفائق ، والرعايتين .
والحاوي الصغير ، والمحزر .

وعنه : يضمن . ولم يذكر القاضي غير هذه الرواية .
قال الحارثي : وهذا له قوة . وإن كان المصنف وأبو الخطاب صحيحاً غيره .
وعنه : لا يضمن إن كان بإذن الإمام ، وإلا ضمن .
قال المصنف ، والشارح : قال بعض أصحابنا : لا يضمن إذا كان بإذن الإمام .
قال الحارثي : وهذه طريقة القاضي في المجرد ، وكتاب الروايتين ، وابن عقيل
والسامري ، وصاحب التلخيص ، وغيرهم . انتهى .
وهي طريقة صاحب المحزر أيضاً .

وقال بعض الأصحاب : ينبغي أن يتقيد سقوط الضمان عنه فيما إذا حفرها في
موضع مائل عن القارعة ، بشرط أن يجعل عليه حاجزاً يعلم به ، ليتوقَّى

تنبيهات

أمرهما : محل الخلاف : إذا كانت السابلة واسعة . فإن كانت ضيقة : ضمن
بلا نزاع .

قال الحارثي : لو حفر في سابلة ضيقة : وجب الضمان . لأنه لا يختلف المذهب
فيه . وليس بداخل فيما أورده المصنف من الخلاف . وإن كان ظاهراً لا يراد بشمله
ومحل الخلاف أيضاً : إذا حفر في غير مكان يضر بالمارة .
فأما إن حفر في طريق واسع في مكان منه يضر بالمارة : فهو كالوكان الطريق
نفسه ضيقاً .

ولافرق بين كونه لمصلحة عامة ، أو خاصة ، بإذن الإمام أو غيره .
الثاني : مفهوم قوله « لنفع المسلمين » أنه لو حفر لنفع نفسه : أنه يضمن . وهو
كذلك ، أذن فيه الإمام أو لم يأذن .

فائرتان

إمدهما : لو حفرها في موات للتملك ، أو الارتفاق بها ، أو الانتفاع العام : فلا ضمان عليه . وقطع به الحارثي ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم . ذكرناه في كتاب الديات .

الثانية : حكم ما لو بنى فيها مسجداً أو غيره لنفع المسلمين - كالخان ونحوه - نقل إسماعيل بن سعيد في المسجد : لا بأس به إذا لم يضر بالطريق . ونقل عبد الله : أكره الصلاة فيه . إلا أن يكون بإذن إمام . ونقل المروذي : حكم هذه المساجد التي بنيت في الطريق : تهدم . وسأله محمد بن يحيى الكحال : يزيد في المسجد من الطريق ؟ قال : لا يصلى فيه .

ونقل حنبل : أنه سئل عن المساجد على الأنهار ؟ قال : أخشى أن يكون من الطريق .

وسأله ابن إبراهيم عن ساباط فوقه مسجد ، أيصلى فيه ؟ قال : لا يصلى فيه إذا كان من الطريق .

قال في القواعد : الأكثر من الأصحاب قالوا : إن كان بإذن الإمام جاز . وإلا فروايتان ، ما لم يضر بالمارة . ومنهم من أطلق الروايتين .

قال المصنف ، والشارح : ويحتمل أن يعتبر إذن الإمام في البناء لنفع المسلمين دون الحفر ، لدعوى الحاجة إلى الحفر لنفع الطريق وإصلاحها ، وإزالة الطين والماء منها . فهو كتقنيتهما ، وحفر هدفه فيها ، وقلع حجر يضر بالمارة ، ووضع الحصا في حفرة ليملاؤها ، وتسقيف ساقية فيها ، ووضع حجر في طين فيها ليظا الناس عليه . فهذا كله مباح . لا يضمن ماتلف به . لا نعلم فيه خلافاً .

قالا : وكذلك ينبغي أن يكون في بناء القناطر . ويحتمل أن يعتبر إذن الإمام فيها . لأن مصلحته لا تعم . انتهى كلامهما .
وقال الشيخ تقي الدين رحمه الله : حكم ما بنى وقفاً على المسجد في هذه الأمكنة : حكم بناء المسجد .

فأمرناه

إمراهما : لو فعل العبد ذلك بأمر سيده : كان كفعل نفسه ، أعنته أولاً ؟ .
قاله المصنف ، والشارح ، وصاحب الفروع ، وغيرهم من الأصحاب .
وقال الحارثي : إن كان ممن يحهل الحال : فلا إشكال فيما أطلق الأصحاب .
وإن كان ممن يعلمه : ففيه مافى مسألة القتل بأمر السيد ، إن علم الحرمة .
وفيها روايتان .

إمراهما : القود على السيد فقط ، والأخرى : على العبد .
فيتعلق الضمان هنا برقبته . كما لو لم يأمر السيد .
وإن حفر بغير أمر السيد : تعلق الضمان برقبته .
ثم إن أعنته . فما تلف بعد عنته : فعليه ضمانه . قاله المصنف ، والشارح ،
وغیرهما .

قال الحارثي : وهو الأصح .
وقال صاحب التلخيص وغيره : الضمان على المعتق بقدر قيمة العبد ، فما دونه .
الثانية : لو أمره السلطان بفعل ذلك : ضمن السلطان وحده .

قوله ﴿ وَإِنْ بَسَطَ فِي مَسْجِدٍ حَصِيرًا ، أَوْ عَلَّقَ فِيهِ قَنَدِيلًا : لَمْ يَضْمَنْ مَا تَلَفَ بِهِ ﴾ .

هذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .
قال في الفروع : اختاره الأكثر .

قال الحارثي : هذا ما حكى المصنف ، والقاضي في الجامع الصغير ، وأبو الخطاب ،
والشريفان - أبو جعفر ، وأبو القاسم الزيدى - والسامري - في آخرين - عن
المذهب . انتهى .

وجزم به في الوجيز ، وغيره . وقدمه في الفائق ، وغيره .
وقيل : يضمن . قدمه في الفروع . وهو تخريج لأبي الخطاب في الهداية من
التي قبلها . وهي حفر البئر . وكذلك خرجه أبو الحسن بن بكروس .
قال الحارثي : لا يصح . لأن الحفر عدوان لإبطال حق المرور . وكذلك
ما نحن فيه .

وذكر القاضي في المجرد ، وكتاب الروايتين : إن أذن الإمام : فلا ضمان .
وإلا فعلى وجهين . بناء على البئر .

وتبعه على ذلك ابن عقيل في الفصول ، مع أنهما قالوا : قال أصحابنا - في بوارى
المسجد - لا ضمان على فاعله . وجهاً واحداً . بإذن الإمام أو غير إذنه . لأن هذا
من تمام مصلحته .

فأمره : لو نصب فيه باباً ، أو عمداً ، أو سقفه ، أو جعل فيه رفأً لينتفع به
الناس ، أو بنى جداراً ، أو أوقد مصباحاً : فلا ضمان عليه .

قال أصحابنا - في بوارى المسجد - : لا ضمان على فاعله وجهاً واحداً . سواء
كان بإذن الإمام أو بغير إذنه .

قوله ﴿ وَإِنْ جَلَسَ فِي مَسْجِدٍ ، أَوْ طَرِيقٍ وَاسِعٍ ، فَعَثَرَ بِهِ حَيَوَانٌ ،
لَمْ يَظْمَنْ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ﴾ وهو المذهب .

قال في الفروع : والأصح : لا يضمن .

قال الشارح : وهو أولى .

قال في الفائق - فيما إذا جلس في طريق واسع - : لم يضمن في أصح

الوجهين . وصححه في النظم . وجزم به في الوجيز .

والوجه الثاني : يضمن . وقدمه في الرايتين . واختاره ابن عبدوس في تذكرته في الجالس في الطريق . وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والحاوي الصغير ، وشرح ابن منجا .

تفسير : قال الحارثي : أورد المصنف الوجهين في المتن ، أخذاً من إيراد أبي الخطاب . قال : ولم أرهما لأحد قبله .

وأصل ذلك - والله أعلم - مامر من الرويتين في ربط الدابة في الطريق . ومحلّه : ما لم يكن الجلوس مباحاً ، كالجلوس في المسجد مع الجنابة والحيض ، أو للبيع والشراء ، ونحو ذلك .

أما ما هو مطلوب - كالاغتكاف ، وانتظار الصلاة ، والجلوس لتعليم القرآن والسنة - فلا يتأتى الخلاف فيه بوجه .

وكذا ما هو مباح من الجلوس فيه ، وفي جوانب الطرق الواسعة - كبيع ما كول ونحوه - لا متنازع الخلاف فيه . لأنه جلس فيما يستحقه بالاختصاص . فهو كالجلوس في ملكه ، من غير فرق .

وقد حكى القاضي الجزم بنفي الضمان في المسألة في الطريق الواسع . وهذا التقيد حكاه بعض شيوخنا في كتبه عن بعض الأصحاب . ولا بد منه . لكنه يقتضي اختصاص الخلاف بالمسجد دون الطريق . لأن الجلوس بالطريق الواسعة : إما مباح - كما ذكرنا - فلا ضمان بحال . وإما غير مباح - كالجلوس وسط الجادة - فالضمان واجب ولا بد . انتهى كلام الحارثي .

فائدة : حكم الاضطجاع في المسجد ، والطريق الواسعة : حكم الجلوس فيهما على ما تقدم .

وأما القيام : فلا ضمان به بحال . لأنه من مرافق الطرق ، كالمروور . تفسير : مفهوم كلامه : أنه لو جلس في طريق ضيقة : أنه يضمن . وهو كذلك .

ويأتى فى كلام المصنف ، فى أول كتاب الديات ، فى مسألة الاصطدام .

قوله ﴿ وَإِنْ أَخْرَجَ جَنَاحًا ، أَوْ مِيزَابًا إِلَى الطَّرِيقِ ﴾ .

قال فى الرعاية : نافذاً أو غير نافذ - يعنى بغير إذن أهله ﴿ فَسَقَطَ عَلَى شَيْءٍ فَأَتْلَفَهُ : ضَمِنَ ﴾ .

وهذا قاله أكثر الأصحاب .

وتقدم الكلام فى ذلك محرراً فى باب الصلح . عند قوله « ولا أن يشرع إلى طريق نافذ جناحاً » .

قال فى الفروع : ولو بعد بيع وقد طولب بتنقذه لحصوله بفعله . انتهى .

وقاله القاضى ، وغيره .

وقال فى الرعاية - بعد أن ذكر الأول - : ولا يضمن بما تلف بما يباح ، من جناح وساباط وميزاب .

فعلم من ذلك : أن مراد المصنف - وغيره ممن أطلق - : إذا كان ذلك لا يباح فعله . وقد صرح بذلك المصنف ، والشارح فى إخراج الجناح فى غير الدرب النافذ بإذن أهله : أنه لا يضمن .

قال الحارثى : ومبنى هذا الأصل : أن الإخراج هل يباح أم لا ؟ .

قوله ﴿ وَإِنْ مَالَ حَائِطُهُ ، فَلَمْ يَهْدِمْهُ حَتَّى أَتْلَفَ شَيْئًا : لَمْ يَضْمَنْهُ ﴾ نص عليه . وهو المذهب .

قال الحارثى فى شرحه : والذى عليه متأخرو الأصحاب - القاضى ومن بعده - أن الأصح من المذهب : عدم الضمان .

قال : وأصل ذلك قول القاضى فى المجرد : المنصوص عنه فى رواية ابن منصور : لا ضمان عليه . سواء طولب بتنقذه أو لم يطالب . انتهى .

وجزم به فى الوجيز ، والنور . وصححه الناظم . وقدمه فى المحرر ، والمغنى ، والشرح ، والفروع ، وشرح ابن منجا ، والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير .

وأوماً في موضع : أنه إن تقدم إليه بنقضه ، وأشهد عليه فلم يفعل : ضمن .
وهذا الإيما ، ذكره ابن بختان ، وابن هاني . ونص على ذلك في رواية إسحاق
ابن منصور . ذكره أبو بكر في زاد المسافر .

قال الحارثي : وهذه الرواية هي المذهب . ولم يورد ابن أبي موسى سواها .
وكذلك قال في ردوس المسائل . وهو من كتبه القديمة .
وذكر أبو الخطاب ، والقاضي أبو الحسين ، وابن بكروس ، وغيرهم : أنه
اختيار طائفة من الأصحاب .

قال في الفروع : وعنه إن طالبه مستحق بنقضه ، فأبى - مع إمكانه - ضمنه .
اختاره جماعة . وقدمه في النظم .

قال المصنف ، والشارح : وأما إن طول بنقضه ، فلم يفعل : فقد توقف
الإمام أحمد رحمه الله عن الجواب فيها .
وقال أصحابنا : يضمن . وقد أوماً إليه الإمام أحمد رحمه الله . والتفريع عليه .
وأطلقهما في الرعاية الكبرى .

وقيل : يضمن مطلقاً .

وخرجه أبو الخطاب ، والمجد ، وجهاً .

قال الشارح : ذكر بعض أصحابنا وجهاً بالضمان مطلقاً . انتهى .

وهذا اختاره ابن عقيل .

قال الحارثي : وهو الأقوى .

وتقدم التنبيه على بعض ذلك في أواخر باب الصلح .

تنبيه : محل الخلاف : إذا علم بميلانه ، على الصحيح من المذهب . قدمه في

الفروع .

ولم يذكر في الترغيب العلم بميلانه . وهو ظاهر كلام المصنف هنا وجماعة .

فوائد

إمراءها : كيفية الإشهاد «أشهدوا أنى طالبته بنقضه ، أو تقدمت إليه بنقضه»

ذكره ابن عقيل . وذكر القاضى بعضه . وكذلك كل لفظ أدى إليه .
ثم الميل إلى السالبة يستقل بها الإمام ، ومن قام مقامه . وكذا الواحد من
الرعية ، مسلماً كان أو ذمياً .

وإن كان إلى درب مشترك : فكذلك يستقل به الواحد من أهله . ذكره
القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف ، وغيرهم .

وإن كان إلى دار مالك معين : استقل به .

وإن كان ساكنها الغير : فكالمالك .

وإن كان الساكن جماعة : استقل به أحدهم .

وإن كان غاصباً : لم يملكه ، وما تلف له : فغير مضمون .

الثانية : لو سقط الجدار من غير ميلان : لم يضمن ما تولد منه ، بلا خلاف .

وإن بناه مائلاً إلى ملك الغير بإذنه ، أو إلى ملك نفسه ، أو مال إليه بعد

البناء : لم يضمن .

وإن بناه مائلاً إلى الطريق ، أو إلى ملك الغير بغير إذنه : ضمن .

قال المصنف : لا أعلم فيه خلافاً .

ومسألة المصنف : بناء مستوياً ثم مال .

الثالثة : لا أثر لمطالبة مستأجر الدار ، ومستعيرها ، ومستودعها ، ومرتهنها .

ولا ضمان عليهم .

فلو طوب المالك فى هذه الحال ، فإن لم يمكنه استرجاعها ، أو نقض الخائط :

فلا ضمان . وإن أمكنه - كالمعير ، والمودع ، والراهن إذا أمكنه فكان الرهن -

ولم يفعل : ضمن . ذكره القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف ، وغيرهم .

وإن حُجِرَ على المالك - لسفه ، أو صغر ، أو جنون - فطولب : لم يضمن .
وإن طولب وليه ، أو وصيه ، فلم ينقضه : ضمن المالك . قاله القاضي في
المجرد ، والمصنف في المغنى ، والشارح ، والحارثى ، وغيرهم .
قال في الفروع : ولا يضمن ولي فرط . بل موليه . ذكره في المنتخب .
ويتوجه عكسه .

وكأنه لم يطلع على كلام المصنف ، والشارح ، والحارثى .
وقال ابن عقيل : الضمان على الولي .
قال الحارثى : وهو الحق . لوجود التفريط . وهو التوجيه الذى ذكره في
الفروع .

الرابعة : لو كان الميلاق إلى ملك مالك معين - إما واحد أو جماعة - فأمله
المالك ، أو أبرأه : جاز . ولا ضمان .
وإن أمهله ساكن الملك ، أو أبرأه : فكذلك . ذكره القاضي ، والمصنف ،
والشارح . وقده الحارثى .

وقال ابن عقيل : لا يسقط ، ولا يتأجل ، إلا أن يجتمعا . أعنى : الساكن
والمالك .

قال الحارثى : والذى قاله « أنه لا يبرأ بالنسبة إلى المبرىء » فليس كما قال .
لأن من ملك حقاً ملك إسقاطه . وإن كان بالنسبة إلى من لم يبرأ ، فنعم . وذلك
على سبيل التفصيل لا يقبل خلافاً .

وإن كان الميلاق إلى درب لا ينفذ ، أو إلى سابلة . فأبرأه البعض . أو أمهله :
برىء بالنسبة إلى المبرىء ، أو الممهل .

الخامسة : لو كان الملك مشتركاً ، فطولب أحدهم بنقضه . فقال المصنف ،
والشارح : احتمل وجهين . وأطلقهما في الفروع .

أحمد ههما : لا يلزمه شيء .

والثاني : يلزمه بحصته . وهو ظاهر ماجزم به الناظم .

السادس : لو باع الجدار مثلاً بعد التقدم إليه . فقال القاضي في المجرى ، والمصنف ، والشارح ، والسامري في فروقه : لا ضمان عليه . لزوال التمكن من الهدم حالة السقوط .

قال المصنف : ولا على المشتري . لانتفاء التقدم إليه .

وكذا الحكم لو وهبه وأقبضه .

وإن قلنا بلزوم الهبة : زال الضمان عنه بمجرد العقد . انتهى .

وقال ابن عقيل في الفصول : إن باعه فراراً : لم يسقط الضمان . لأن الميل لا يسقط الحقوق بعد وجوبها . انتهى .

قال الحارثي : والأولى - إن شاء الله - وجوب الضمان عليه مطلقاً .

وقال ابن عقيل - بعد كلامه المتقدم - وكذا لو باع فخاً أو شبكة منصوبين فوق فيهما صيد في الحرم ، أو مملوك للغير : لم يسقط عنه ضمانه .

قال ابن رجب : والظاهر أن القاضي لا يخالف في هذه الصورة . قاله في القاعدة الرابعة والعشرين .

وقال في القاعدة التاسعة والثمانين : وهل يجب الضمان على من انتقل الملك إليه إذا استدماه ، أم لا ؟ أظهر : وجوبه عليه ، كمن اشترى حائطاً مثلاً . فإنه يقوم مقام البائع فيه . فإذا طوّل بإزالته ، فلم يفعل : ضمن على رواية . انتهى .

السابعة : إذا تشقّق الحائط طولاً : لم يوجب نقضه . وحكمه حكم الصحيح . وإن تشقّق عرضاً : فحكمه حكم المائل على ما تقدم . قاله المصنف ، والشارح ،

والحارثي ، وصاحب الفروع ، والفائق ، وغيرهم .

قوله ﴿ وَمَا أَتَلَفَتِ الْبَيْمَةُ فَلَا ضَمَانَ عَلَى صَاحِبِهَا ﴾ .

وهذا المذهب بشرطه الآتى . وعليه الأصحاب . وجزم به فى المغنى ،
والشرح ، والفائق ، وغيرهم من الأصحاب . وسواء كان التالف صيد حرم أو غيره .
قال فى الفروع : أطلقه الأصحاب .

قال : ويتوجه إلا الضارية . ولعله مرادهم .
وقد قال الشيخ تقي الدين رحمه الله - فيمن أمر رجلا بإمساكها - : ضمنه ،
إن لم يعلمه بها .

وقال فى الفصول : من أطلق كلباً عقوراً ، أو دابة رَفُوساً ، أو عضوّاً
على الناس ، وخلاه فى طريقهم ومصاطبهم ورحابهم ، فأتلف مالا ، أو نفساً :
ضمن لتفريطه . وكذا إن كان له طائر جارح - كالصقر والبازى - فأفسد طيور
الناس وحيواناتهم . انتهى .
قلت : وهو الصواب .

فأمره : قال فى الانتصار : البهيمة الصائلة : يلزم مالُكها وغيره إتلافها .
وكذا قال فى عيون المسائل : إذا عرفت البهيمة بالوصول : يجب على مالِكها
قتلها . وعلى الإمام وغيره : إذا صالت على وجه المعروف ، ومن وجب قتله على
وجه المعروف : لم يُضمن ، كمرتد .
وتقدم إذا كانت البهيمة مفضوبة وأتلفت ، عند قوله « وإن جنى المفصوب
فعلیه أرش جنايته » .

قوله ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ فِي يَدِ إِنْسَانٍ ، كَالرَّائِبِ ، وَالسَّائِقِ ،
وَالْقَائِدِ ﴾ .

يعنى : إذا كان قادراً على التصرف فيها . فيضمن ما جنت يدها أو فمها .
دون ما جنت رجلها . وهذا المذهب .

قال الحارثى : هذا الصحيح من المذهب . جزم به فى الهداية ، وخلافه الصغير ،

والشريف أبو جعفر ، وابن عقيل في التذكرة ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ،
والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه في المغني ، والشرح ، وشرح
الحارثي ، والفروع ، والفائق ، وغيرهم . وعليه جماهير الأصحاب .
وعنه : يضمن السائق جنابة رجلها .

قال القاضي ، وابن عقيل : وهي أصح . لتمكن السائق من مراعاة الرجل ،
بخلاف الراكب والقائد .

وعنه : يضمن ماجنت رجلها ، سواء كان سائقاً أو قائداً أو راكباً . ذكرها
في المغني ، وغيره .

قال الحارثي : وأورد في المغني هذا الخلاف مطلقاً في القائد والسائق والراكب .
والصواب : ماحكاه في السكافي وغيره من التقييد بالسائق . فإنه مأخوذ من
القاضي . والقاضي إنما ذكره في السائق فقط . انتهى .

قلت : هذا غير مؤثر فيما أورده المصنف من الإطلاق . لأن جماعة من
الأصحاب حكوا الروايات الثلاث . والناقل مقدم على النافي .

وقال في المحرر : يضمن إذا كان معها راكب أو قائد أو سائق ماجنت بيدها
وفمها ووطء رجلها ، دون نفحها ابتداء . انتهى .

واختاره ابن عبدوس في تذكرته .

وقال ابن البناء : إن نفحت برجلها - وهو يسير عليها - فلا ضمان . وإن كان
سائقاً : ضمن ماجنت رجلها .

فوائد

منها : لو كبحتها بالجسم زيادة على المعتاد ، أو ضربها في الوجه : ضمن
ماجنت رجلها أيضاً ، ولو لمصلحة .

قال الحارثي : لا يختلف الأصحاب في وجوب الضمان وطئاً ونفحاً .

وظاهر نقل ابن هاني ، في الوطء : لا يضمن .

ونقل أبو طالب : لا يضمن ما أصابت برجلها ، أو نفعت بها . لأنه لا يقدر على حبسها . وهو ظاهر كلام جماعة . قاله في الفروع .

ومنها : لا يضمن ما جنت بذنبها . على الصحيح من المذهب . كرجلها . قال في الفروع : ولا ضمان بذنبها في الأصح . جزم به في الترغيب وغيره . وجزم به أيضاً في الرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفائق ، وغيرهم . مع ذكرهم الخلاف في الرجل . وقيل : يضمن .

قال الحارثي : والذنب كالرجل ، يجري فيه الخلاف في السائق . ولا يضمن به الراكب والقائد ، كما لا يضمن بالرجل وجها واحداً . كذا أورده في الكافي . انتهى .

ومنها : لو كان السبب من غير السائق والقائد والراكب ، مثل إن نحسها أو نفرها غيره : فالضمان على من فعل ذلك . جزم به في المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثي ، والفروع ، وغيرهم .

ومنها : لو جنى ولد الدابة : ضمن . على الصحيح من المذهب . نص عليه . واختاره ابن أبي موسى ، والسامري ، وقطعا به . وقدمه في الفروع ، وشرح الحارثي . قال الشيخ تقي الدين رحمه الله : يضمن إن فرط ، نحو أن يعرفه شموسا ، وإلا فلا .

وقيل : لا يضمن مطلقاً . واختاره المصنف ، والشارح . وقدمه في الفائق . ومنها : لو كان الراكب اثنان : فالضمان على الأول ، إلا أن يكون صغيراً أو مريضاً ونحوهما ، وكان الثاني متولياً تديرها . فيكون الضمان عليه .

قال الحارثي : وإن اشتركا في التصرف اشتركا في الضمان . وإن كان مع الدابة سائق وقائد : فالضمان عليهما . على المذهب . وعليه

الأصحاب .

قال الحارثي : وعن بعض المالكية : الضمان على القائد وحده .
قال : وهذا قول حسن .
وإن كان معهما ، أو مع أحدهما راكب : اشتركوا في الضمان على الصحيح
من المذهب . قدمه في القروع .
وفيه وجه آخر : الضمان على الراكب فقط . وأطلقهما في المغنى ، والشرح ،
وشرح الحارثي ، والفائق .

وقيل : يضمن القائد فقط . وهو احتمال في المغنى .
ومنها : الإبل والبغال المقطرة كالبهيمة الواحدة . على قائدها الضمان . وإن
كان معه سائق شاركه في ضمان الأخير منها ، دون ماقبله . هذا إذا كان في آخرها .
فإن كان في أولها : شارك في الكل . وإن كان فيما عدا الأول : شارك في ضمان
ماباشر سوقه . دن ماقبله . وشارك فيما بعده .
وإن انفرد راكب بالقطار ، وكان على أوله : ضمن خناية الجميع . قاله الحارثي .
قال المصنف في المغنى ، ومن تبعه : المقطور على الجمل المركوب : يضمن جنايته
لأنه في حكم القائد له .

فأما المقطور على الجمل الثاني : فينبغي أن لا يضمن جنايته . لأن الراكب
الأول لا يمكنه حفظه عن الجناية . انتهى .

قال الحارثي : وليس بالقوى . فإن ما بعد الراكب إنما يسير بسيره ، ويطأ
بوطئه . فأمكن حفظه عن الجناية . فضمن ، كالمقطور على ماتحته . انتهى .

ومنها : لو انفلت الدابة من هي في يده ، وأفسدت : فلا ضمان . نص عليه
فلو استقبلها إنسان فردها . فقياس قول الأصحاب : الضمان . قاله الحارثي .

ومنها : لافرق في الراكب والسائق والقائد بين المالك ، والأجير ، والمستأجر ،
والمستعير ، والموصى إليه بالمنفعة . وعموم نصوص الإمام أحمد رحمه الله تقتضيه .

قوله ﴿ وَمَا أَفْسَدَتْ مِنَ الزَّرْعِ وَالشَّجَرِ لَيْلًا ﴾ يعني ﴿ يَضْمَنُهُ رَبُّهَا ﴾

وهذا بلا نزاع . لكن ظاهر كلام المصنف : الضمان ، سواء انفلتت باختياره ، أو بغير اختياره . وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله . نقلها جماعة ، منهم ابن منصور ، وابن هاني . وقطع به المصنف .

قال ابن منبج في شرحه : صرح به المصنف في المغنى ، وغيره من الأصحاب . انتهى . وقدمه في الفائق .

قال الزركشي : كذا قال جماعة من الأصحاب . منهم القاضي في الجامع الصغير ، والشریف ، وأبو الخطاب في خلافهما ، والشيرازی ، وابن البناء ، وابن عقيل في التذكرة ، وغيرهم . انتهى .

والصحيح من المذهب : أنه لا يضمن إذا لم يفرط . قدمه في المحرر ، والفروع . وقال : جزم به جماعة .

قال ابن منبج : وكلامه هنا مشعر به . لأنه عطفه على ضمان ما جنت يدها أو فمها ، بعد اشتراط كونها في يد إنسان موصوف بما ذكر . انتهى .

قال الحارثي : إنما يضمن إذا فرط . أما إذا لم يفرط : فإنه لا يضمن . قاله القاضيان - أبو يعلى ، وابنه الحسين - وابن عقيل ، والقاضي يعقوب ، والسامري ، والمصنف في الكافي ، وغيرهم .

قال في الفائق : ولو كسرت الباب أو فتحتة : فهدر . ولو فتحة آدمي : ضمن . تنبيه : قوله « وَمَا أَفْسَدَتْ مِنَ الزَّرْعِ وَالشَّجَرِ لَيْلَا يضمنه ربها » خصص الضمان بالأمرين . وهكذا قال في الشرح ، والنظم ، وجماعة .

قال في الفروع : جزم به المصنف ولعله . أراد في هذا الكتاب .

وذكره أيضاً رواية عن الإمام أحمد رحمه الله .

وجزم في المغنى ، والوجيز : أنه لا يضمن سوى الزرع .

فقال في المغنى : إن أتلقت غير الزرع : لم يضمن مالكها ، نهارة كان إتلافها أو ليلاً .

قال الحارثي ، وابن منبج : ولم أجده لأحد غيره . انتهى .

قلت : هو ظاهر كلام الخرقى . لاقتصاره عليه .

والصحيح من المذهب : أنه يضمن جميع ما ألتفته مطلقاً .

قال الحارثي : وكافة الأصحاب على التعميم لكل مال . بل منهم من صرح

بالتسوية بين الزرع وغيره . منهم القاضي في الجرد ، والسامري في المستوعب .

قال ابن منبج في شرحه : خص المصنف الحكم بالزرع والشجر . وليس كذلك

عند الأصحاب . انتهى .

وقدمه في الفروع . وقال : نص عليه . وجزم به جماعة . انتهى .

وقدمه في الفائق أيضاً .

وقال في الواضح : يضمن ما ألتفت ليلاً من سائر المال ، بحيث لا ينسب

واضحه إلى تفريط .

فأمره : لو ادعى صاحب الزرع : أن غنم فلان نفّشت ليلاً ، ووجد في الزرع

أثر غنم : قضى بالضمان على صاحب الغنم . نص عليه في رواية ابن منصور .

وجعل الشيخ تقي الدين هذا من القيافة في الأموال . وجعلها معتبرة كالقيافة

في الأنساب . قله في القاعدة الثالثة عشر . ويتخرج وجه : لا يكتفى بذلك .

قلت : ومحل الخلاف إذا لم يكن هناك غنم لغيره .

قوله ﴿ وَلَا يَضْمَنُ مَا أَفْسَدَتْ مِنْ ذَلِكَ نَهَارًا ﴾ .

ظاهره : سواء أرسلها بقرب ما تنفسه عادة أو لا . وهو أحد القولين . وهو

ظاهر كلامه في الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، وجماعة . وقدمه في الفروع .

قال الحارثي : وهو الحق . وهو ظاهر كلام الأكثرين من أهل المذهب .

وصرح به المصنف في المعنى .

وقال القاضي ، وجماعة من الأصحاب : لا يضمن إلا أن يرسلها بقرب ماتلفه عادة ، فيضمن .

وذكره الحارثي ، وغيره رواية . وجزم به في الحرر ، والنظم ، والوجيز ، والفاثي ، والراغبين ، والحاوي الصغير ، والزرکشی . قلت : وهو الصواب .

وقاله القاضي في موضع . نقله الزرکشی .

فوائد

الأولى : قال الحارثي : لو جرت عادة بعض النواحي بربطها نهراً ويارسها وحفظ الزرع ليلاً : فالحكم كذلك . لأن هذا نادر . فلا يعتبر به في التخصيص .
الثانية : إرسال الغاصب ونحوه : موجب للضمان ، نهراً كان أو ليلاً . وإرسال المودع : كإرسال المالك في انتفاء الضمان . قاله الحارثي أيضاً . والمستعير ، والمستأجر كذلك .

ولو استأجر أجيراً لحفظ دوابه ، فأرسلها نهراً فكذلك . اللهم إلا أن يشترط الكف عن الزرع ، فيضمن . فهو كاشتراط المالك على المودع ضبطها نهراً .

الثالثة : لو طرد دابة من مزرعته : لم يضمن ما جنت ، إلا أن يدخلها مزرعة غيره ، فيضمن . وإن اتصلت المزارع : صبر ، ليرجع على صاحبها . ولو قدر أن يخرجها ، وله منصرف غير المزارع فتركها : فهدر .

الرابعة : الحطب الذي على الدابة . إذا خرق ثوب آدمي بصير عاقل ، يحد منحرفاً : فهو هدر . وكذلك لو كان مستدبراً ، وصاح به منبهاً له ، وإلا ضمنه فيهما . ذكره في الترغيب . واقتصر عليه في الفروع .

الخامسة : لو أرسل طائراً فأفسد ، أو لقط حباً : فلا ضمان . قاله الشيخ الموفق في المغني ، والحارثي .

وقيل : يضمن مطلقاً . وهو الصحيح . صححه ابن مفلح في الآداب . وضعف الأول . وكذلك صححه ابن القيم في الطرق الحكيمة . ولم يذكرها في الفروع . قوله ﴿ وَمَنْ صَالَ عَلَيْهِ آدَمِيٌّ ، أَوْ غَيْرُهُ . فَقَتَلَهُ دَفْعاً عَنْ نَفْسِهِ : لَمْ يَظْمَنْهُ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال في القاعدة السابعة والعشرين : لو دفع صائلاً عليه بالقتل : لم يضمنه . ولو دفعه عن غيره بالقتل : ضمنه . ذكره القاضى .

وفي الفتاوى الرحيبات ، عن ابن عقيل ، وابن الزاغونى : لا ضمان عليه أيضاً . قال الحارثى ، وعن الإمام أحمد : رواية بالمنع من قتال اللصوص في الفتنة . فيترتب عليه وجوب الضمان بالقتل . لأنه ممنوع منه إذن . وهذا لا عمل عليه . انتهى .

قلت : أما ورود الرواية بذلك : فمسلم . وأما وجوب الضمان بالقتل : ففي النفس من هذا شيء .

وخرج الحارثى ، وغيره : قولاً بالضمان بقتل البهيم الصائل . بناء على ما قاله أبو بكر في الصيد الصائل على الحرم .

ويأتى ذلك فى كلام المصنف أيضاً فى آخر باب الحارثيين بأنهم من هذا ، ومسائل آخر . إن شاء الله تعالى .

فأمره : لو حالت بهيمة بينه وبين ماله ، ولم يصل إليه إلا بقتلها ، فقتلها : فيحتمل أن يضمن . ويحتمل أن لا يضمن .

قلت : وهو الصواب .

وأطلقهما الحارثى .

قلت : قد يقرب من ذلك ما لو انفرش الجراد فى طريق الحرم ، بحيث إنه لا يقدر على المرور إلا بقتله : هل يضمنه أم لا ؟ على ما تقدم .

ويأتى نظيرها في آخر باب اللقيات .

قوله ﴿ وَإِنْ اصْطَدَمَتْ سَفِينَتَانِ ، فَعَرِقَتَا : ضَمِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا سَفِينَةَ الْآخَرِ وَمَا فِيهَا ﴾ .

هكذا أطلق كثير من الأصحاب .

قال المصنف وغيره : محله إذا فرط .

قال الحارثي : إن فرط ضمن كل واحد سفينة الآخر وما فيها . وإن لم يفرط فلا ضمان على واحد منهما . حكاه المصنف في كتابيه ، ومن عداه من الأصحاب ونص الإمام أحمد - رحمه الله - على نحوه من رواية أبي طالب .

مع أن إطلاق المتن لا يقتضيه . غير أن الإطلاق مقيد بحالة التفريط التي قدمناها . على ماذهب إليه الأصحاب من غير خلاف علمته بينهم . انتهى .

وقال في الفروع : وإن اصطدمت سفينتان فعرقتا : ضمن كل واحد منهما متلف الآخر .

وفي المغني : إن فرطا . وقاله في المنتخب ، وأنه ظاهر كلامه . انتهى .

وجزم بما قاله الحارثي في الرعاية وغيرها .

تنبيه : حيث قلنا بالضمن ، فيضمن كل واحد منهما سفينة الآخر وما فيها . كما قال المصنف . وهو المذهب . وعليه الأصحاب .

وقال الحارثي ، قال الشافعي رحمه الله : على كل واحد منهما نصف الضمان لاشتراكهما في السبب . فإنه حصل من كل واحد بفعله وفعل صاحبه . فكان مهدرأ في حق نفسه ، مضموناً في حق الآخر . كما في التلف من جراحة نفسه وجراحة غيره .

قال الحارثي : وهذا له قوة .

قوله **وَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا مُنْحَدِرَةً** : فَعَلَى صَاحِبِهَا ضَمَانُ الْمَصْعَدَةِ
إِلَّا أَنْ يَكُونَ غَلَبَهُ رِيحٌ ، فَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى ضَبْطِهَا .

وهذا المذهب . نص عليه . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به في المغنى ،
والشرح ، والفائق ، والحارثي ، وغيرهم من الأصحاب .
وفي الواضح وجه : لأن تضمّن منحدره .

وقال في الترغيب : السفينة كذّابة ، والملاح : كراكب .
تنبيه : قال الحارثي : سواء فرط للمصعد في هذه الحالة أو لا ، على ما صرح به
في السكافي . وأطلقه الأصحاب ، والإمام أحمد رحمه الله .
وقال في المغنى : إن فرط المصعد ، بأن أمكنه العدول بسفينته ، والمنحدر غير
قادر ولا مفرط : فالضمان على المصعد . لأنه المفرط .

قال الحارثي : وهذا صريح في أن المصعد يؤخذ بتفريطه .

فأمرنا به

إمدهما : يقبل قول الملاح : إن تلف المال بغلبة ريح .

ولو تعدد الصدم : فشريكان في إتلاف كل منهما ، ومن فيهما .

فإن قتل في الغالب : فالقود ، وإلا شُبّه عمد .

ولا يسقط فعل المصادم في حق نفسه مع عمد .

ولو خرقتها عمداً أو شبهه ، أو خطأ : عمل على ذلك . قاله في الفروع .

وقال الحارثي : إن عمد مالا يهلك غالباً : فشبهه عمد . وكذا ماله قصد

إصلاحها ، فقطع لوحاً . أو أصلح مسباراً ، فخرق موضعاً . حكاه القاضي وغيره .

وقال المصنف في المغنى : والصحيح أنه خطأ محض . لأنه قصد فعلاً مباحاً .

وهل يضمن من ألقى عدلاً مملوءاً بسفينة ففرقها وما فيها ، أو نصفه ، أو محصته ؟

قال في الرعاية ، وتبعه في الفروع : يحتمل أوجباً .

قلت : هي شبيهة بما إذا جاوز بالدابة مكان الإجارة . أو حملها زيادة على المأجور ، فتلفت . أو زاد على الحد سوطاً . فقتله . والصحيح من المذهب هناك : أنه يضمنه جميعه على ما تقدم .

ويأتى فى كلام المصنف ، فى كتاب الحدود . فكذلك هنا .
وجزم فى الفصول : أنه يضمن جميع ما فيها . ذكره فى أثناء الإجارة . وجعله أصلاً لما إذا زاد على الحد سوطاً فى وجوب الدية كاملة
وكذلك المصنف فى المغنى : جعلها أصلاً فى وجوب ضمان الدابة كاملة ، إذا جاوز بها مكان الإجارة ، أو زاد على الحد سوطاً .

ولو أشرفت على الفرق : فعلى الركبان إلقاء بعض الأمتعة حسب الحاجة .
ويحرم إلقاء الدواب ، حيث أمكن التخفيف بالأمتعة . وإن ألجأت ضرورة إلى إلقائها : جاز . صوتاً للآدميين . والعبيد : كالأحرار .

وإن تقاعدوا عن الإلقاء مع الإمكان : أثموا .
وهل يجب الضمان ؟ فيه وجهان . اختار المصنف وغيره عدمه .
والثاني : يضمن . وأطلقهما الحارثى .

ولو ألقى متاعه ، ومتاع غيره : فلا ضمان على أحد . ذكره الأصحاب . قاله الحارثى .

وإن امتنع من إلقاء متاعه : فلغير إلقاؤه من غير رضاه ، دفعاً للفسدة .
لكن يضمنه . قاله القاضى فى المجرد ، وابن عقيل فى الفصول ، والمصنف فى المغنى ، وغيرهم .

قال الحارثى : وعن مالك رضى الله عنه : لا يضمن . اعتباراً بدفع الصائل .
قال : ويتخرج لنا مثله . بنساء على انتفاء الضمان بما لو أرسل صيداً من يد محرم .

قلت : وهذا هو الصواب .

وتقدم في آخر الضمان بعض ذلك . ومسائل آخر تتعلق بهذا . فليعاود .
الثانية : لو كانت إحداها واقفة ، والأخرى سائرة : فعلى قِيم السائرة ضمان
 الواقعة ، إن فرط ، وإلا فلا . ذكره المصنف ، والقاضى ، والشارح ، وصاحب
 الفروع ، وغيرهم .

ويأتى في كلام المصنف ، في أوائل كتاب الديات « إذا اصطدم نفسان ، أو
 أركب صبيين فاصطدما ، ونحوهما » .

قوله ﴿ وَمَنْ أَتْلَفَ مِنْ مَّارًا ، أَوْ طُنْبُورًا ، أَوْ صَلِيلًا ، أَوْ كَسَرَ إِنَاءً
 فِضَّةً ، أَوْ ذَهَبًا ، أَوْ إِنَاءً خَرَّ : لَمْ يَضْمَنْهُ ﴾ .

وكذا العود ، والعليل ، والنرد ، وآلة السحر ، والتعزيم ، والتنجيم ، وصور
 خيال ، والأوثان والأصنام ، وكتب المبتدعة المضلة ، وكتب الكفر ونحو ذلك .
 وهذا المذهب فى ذلك كله . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والفائق ، وغيرهم
 من الأصحاب ، فى الثلاثة الأول . وقدموه فى الباقي من كلام المصنف . وصححوه .
 وجزم به فى الوجيز ، وغيره ، فى الجميع .

قال ناظم المفردات : لا ضمان فى المشهور . وهو منها . وقدمه فى الفروع ،
 وغيره .

وعنه : يضمن غير الصليب مما ذكره المصنف .
 وأطلق فى المحرر فى ضمان كسر آنية الذهب والفضة والخمر : روايتين .
 وأطلق فى التلخيص فى ضمان كسر أواني الخمر وشق ظروفه : روايتين .
 قال فى المغنى : حكى أبو الخطاب رواية : بأنه يضمن ، إذا كسر أواني
 الذهب والفضة

قال الحارثى : وحكاها القاضى يعقوب فى تعليقه ، وأبو الحسين فى التمام ،
 وأبو يعلى الصغير فى المفردات ، وغيرهم .

قال الحارثي : إن أريد ضمان الإجزاء - وهو ظاهر إيرادهم . فإن بعضهم
علاه بجواز المعاوضة عليها ، والقطع بسرقتها - فمسلم . ولكن ليس محل النزاع .
لأنه لا خلاف فيه .

وإن أريد ضمان الأرض - وهو فرض المسألة - فلا أعلم له وجهاً . وذكر
مأخذهم من الرواية ، ورد .

وعنه : يضمن آنية الخمر ، إن كان ينتفع بها في غيره .

وعنه : يضمن غير آلة اللهو مما ذكره المصنف .

وعنه : لا يضمن غير الدف .

وأطلق في الرعاية في ضمان دف الصنوج : روايتين .

وعنه : لا يضمن دف العرس - أعنى : التي ليس فيها صنوج - ذكرها الحارثي

وحكى القاضي في كتاب الروايتين : رواية بجواز إتلافه في اللعب بما عدا

النكاح . ورد الحارثي .

وقال في الفنون : يحتمل أن يضمن آلة اللهو ، إذا كان يُرْعَب في مادتها .

كعود ، وداقورة .

تنبيه : محل الخلاف في آنية الخمر : إذا كان مأموراً بإراقتها .

واعلم أن ظاهر كلام المصنف في آنية الخمر : أنه سواء قدر على إراقتها بدون

تلف الإناء أو لا . وهو صحيح . وهو المذهب . نقله المروذي . وقدمه في الفروع .

ونقل الأثرم ، وغيره : إن لم يقدر على إراقتها إلا بتلفها : لم يضمن وإلا ضمن .

فروا

منها : لا يضمن مخزن الخمر إذا أحرقه . على الصحيح من المذهب .

نقله ابن منصور . واختاره ابن بطة ، وغيره . وقدمه في الفروع .

ونقل حنبل : يضمنه . وجزم به المصنف .

وقال ابن القيم في الهدى : يجوز تحريق أما كن المعاصي وهدمها . كما حرق رسول الله عليه أفضل الصلاة والسلام مسجد الضَّرار ، وأمر بهدمه .

ومنها : لا يضمن كتاباً فيه أحاديث رديئة حرقه . على الصحيح من المذهب نقله المروذى . وقدمه في الفروع .

قال في الانتصار : فجعله كآلة لهو . ثم سلمه ، على نصه في رواية المروذى في سِتْرِ فيه تصاویر .

ونص على تحريق الثياب السود .

قال في الفروع : فيتوجه فيهما روايتان .

ومنها : لا يضمن حلياً محرماً على الرجال لم يستعملوه ، يصلح للنساء . قاله في الفروع .

ومنها : قال صاحب الفروع ، ظاهر كلام الأحباب : أن الشُّطْرُنَج من آلة اللهو .

قلت : بل هي من أعظمها . وقد عم البلاء بها .

ونقل أبو داود : لا شيء عليه فيه .

كتاب الشفعة

قوله ﴿ وَهِيَ اسْتِحْقَاقُ الْإِنْسَانِ انْتِزَاعَ حِصَّةِ شَرِيكِهِ مِنْ يَدِ مُشْتَرِيهَا ﴾ .

وكذا قال في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، وغيرهم ،
والخلاصة . وزاد : قهراً .

قال الزركشي : وهو غير جامع . لخروج الصلح بمعنى البيع ، والهبة بشرط
الثواب ، ونحو ذلك : منه .

قلت : ويمكن الجواب عن ذلك بأن الهبة بشرط الثواب : بيع على
الصحيح من المذهب . على ما يأتي . فالموهوب له مشتر . وكذلك الصلح يسمى
فيه بائعاً ومشترياً . لأن الأصحاب قالوا فيهما : هو بيع . فهو إذن جامع .
وقال في المغنى : هي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من
يد من انتقلت إليه .

قال الزركشي : وهو غير مانع . لدخول ما انتقل بغير عوض ، كالأرض ،
والوصية ، والهبة بغير ثواب ، أو بغير عوض مالى . على المشهور . كالخلع ونحوه .
قال : فالأجود إذن أن يقال : من يد من انتقلت إليه بعوض مالى ، أو مطلقاً
انتهى .

فأمرناه

إبراهيم : قال الحارثي ، ولا خفاء بالقيود في حد المصنف .

ف قيد « الشركة » مخرج للجوار ، والخلطة بالطريق .

وقيد « الشراء » مخرج للموهوب ، والموصى به ، والموروث ، والممهور ،

والعوض في الخلع ، والصلح عن دم العمد . وفي بعضه خلاف .

قال : وأورد على قيد « الشركة » أن لو كان من تمام الماهية لما حسن أن يقال : هل تثبت الشفعة للجار ، أم لا ؟ انتهى .

الثانية : قوله ﴿ وَلَا يَحِلُّ الْأَحْتِيَالُ لِإِسْقَاطِهَا ﴾ بلا نزاع في المذهب نص عليه .

﴿ وَلَا تَسْقُطُ بِالتَّحِيلِ أَيْضًا ﴾ نص عليه .

وقد ذكر الأحناف للحيلة في إسقاطها صوراً .

الأولى : أن تكون قيمة الشقص مائة ، وللمشتري عَرْضُ قيمته مائة . فيبيعه العرض بمائتين ، ثم يشتري الشقص منه بمائتين ، ويتقاصان ، أو يتواطئان على أن يدفع إليه عشرة دنانير عن المائتين . وهي أقل من المائتين . فلا يُقَدِّمُ الشفيع عليه . لنقصان قيمته عن المائتين .

الثانية : إظهار كون الثمن مائة ، ويكون المدفوع عشرين فقط .

الثالثة : أن يكون كذلك ، ويبرئه من ثمانين .

الرابعة : أن يهبه الشقص ، ويهبه الموهوب له الثمن .

الخامسة : أن يبيعه الشقص بصُتْرَةٍ دراهم معلومة بالمشاهدة ، مجهولة المقدار ، أو بجمهرة ونحوها .

فالشفيع على شفيعته في جميع ذلك . فيدفع في الأولى : قيمة العرض مائة ، أو مثل العشرة دنانير . وفي الثانية : عشرين . وفي الثالثة : كذلك . لأن الإبراء حيلة . قاله في الفائق . وقاله القاضي ، وابن عقيل .

قال في المغنى ، والشرح : يأخذ الجزء المبيع من الشقص بقسطه من الثمن . ويحتمل أن يأخذ الشقص كله بجميع الثمن . وجزم بهذا الاحتمال في المستوعب . قال الحارثي : وهو الصحيح .

وفى الرابعة : يرجع فى الثمن الموهوب له .
وفى الخامسة : يدفع مثل الثمن المجهول ، أو قيمته إن كان باقياً . ولو تعذر بتلف أو موت : دفع إليه قيمة الشقص . ذكر ذلك الأصحاب . نقله فى التلخيص .
وأما إذا تعذر معرفة الثمن من غير حيلة ، بأن قال المشتري : لا أعلم قدر الثمن ، كان القول قوله مع يمينه ، وأنه لم يفعله حيلة ، وتسقط الشفعة .
وقال فى الفائق ، قلت : ومن صور التحيل : أن يقيه المشتري أو يهبه حيلة ، لإسقاطها . فلا تسقط بذلك عند الأئمة الأربعة . ويغلط من يحكم بهذا ممن ينتحل مذهب الإمام أحمد رحمه الله ، وللشفيع الأخذ بدون حكم . انتهى .

قال فى القاعدة الرابعة والخمسين : هذا الأظهر .
قوله ﴿ وَلَا شُفْعَةٌ فِيمَا عَوَّضَهُ غَيْرُ الْمَالِ ، كَالصَّدَاقِ وَعَوَّضِ الْخُلْعِ ، وَالصُّلْحِ عَنْ دِمِ الْعَمْدِ . فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والتلخيص ، والمحرم ، والرعاية الكبرى ، والفروع ، والفائق . وظاهر الشرح : الإطلاق .

أمرهما : لا شفعة فى ذلك . وهو الصحيح من المذهب .

قال فى الكافى : لا شفعة فيه فى ظاهر المذهب .

قال الزركشى : هذا أشهر الوجهين عند القاضى ، وأكثر أصحابه .

قال ابن منجا : هذا أولى .

قال الحارثى : أكثر الأصحاب قال : بانتفاء الشفعة . منهم أبو بكر ، وابن أبى موسى ، وأبو على بن شهاب ، والقاضى ، وأبو الخطاب فى ردوس المسائل ، وابن عقيل ، والقاضى يعقوب ، والشريفان — أبو جعفر ، وأبو القاسم الزيدى — والمكبرى ، وابن بكروس ، والمصنف . وهذا هو المذهب . ولذلك قدمه فى المتن . انتهى .

وهو ظاهر كلام الخرقى . وصححه فى التصحيح ، والنظم . وجزم به فى العمدة ،

والوجيز ، والنور ، والخلوى الصغير ، وغيرهم . وقدمه في المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، وغيرهم .

والوجه الثانى : فيه الشفعة . اختاره ابن حامد ، وأبو الخطاب في الانتصار ، وابن حمدان في الرعاية الصغرى . وقدمه ابن رزين في شرحه .

فعلى هذا القول : يأخذه بقيمته . على الصحيح . اختاره القاضى ، وابن عقيل ، وابن عبدوس في تذكرته ، وصاحب الفائق . وصححه الناظم . وقدمه في الرعاية الصغرى ، والخلوى الصغير . وجزم به في الهداية .

وقيل : يأخذه بقيمة مقابله من مهر ودية . حكاه الشريف أبو جعفر عن ابن حامد . وأطلقهما في المحرر ، والفروع ، والزرركشى . وسأئى ذلك في كلام المصنف في آخر الفصل السادس .

فوائد

منها : قال في الفروع ، وعلى قياس هذه المسألة : ما أخذ أجرة ، أو ثمناً في سلم ، أو عوضاً في كتابة . وجزم به في الرعاية الكبرى .

قال في الكافى ، ومثله : ما اشتراه الذمى بخمر ، أو خنزير .

قال الحارثى : وطرد أصحابنا الوجهين في الشقص المجهول أجرة في الإجارة .

ولكن نقول : الإجارة نوع من البيع . فيبعد طرد الخلاف إذن .

فالصحيح على أصلنا : جريان الشفعة قولاً واحداً .

ولو كان الشقص جعلاً في جملة : فكذلك من غير فرق .

وطرد صاحب التلخيص وغيره من الأصحاب الخلاف أيضاً في الشقص

المأخوذ عوضاً عن نجوم الكتابة .

ومنهم من قطع بنفى الشفعة فيه . وهو القاضى يعقوب . ولا أعلم لذلك وجهاً .

وحكى بعض شيوخنا - فيما قرأت عليه - طرد الوجهين أيضاً في المجهول

رأس مال في السلم . وهو أيضاً بعيد . فإن السلم نوع من البيع . انتهى كلام الحارثى

ثم قال : إذا تقرر ما قلنا في المأخوذ عوضاً عن نجوم الكتابة ، فلو عجز
المكاتب بعد الدفع ورق : هل تجب الشفعة إذن ؟
قال في التلخيص : يحتمل وجهين . أحدهما : نعم . والثاني : لا . وهو أولى .

فأمرناه

أمرهما : لو قال لأم ولده : إن خدمت أولادى شهراً فلك هذا الشقص .
فخدمتهم : استحقته . وهل تثبت فيه الشفعة ؟ يحتمل وجهين .
أمرهما : نعم . وهذا على القول بالشفعة في الإجارة .
والثاني : لا . لأنها وصية . قاله الحارثي . وهذا الثاني هو الصواب .

الثانية : إذا قيل بالشفعة في المهور . فطلق الزوج قبل الدخول وقبل الأخذ :
فالشفعة مستحقة في النصف بغير إشكال . وما بقى : إن عفا عنه الزوج فهبة مبتدأة
لا شفعة فيه . على الصحيح .

وقال ابن عقيل : يستحقه الشفيع .
وإن لم يعف فلا شفعة فيه أيضاً . على الصحيح . لدخوله في ملك الزوج قبل
الأخذ . قدمه في شرح الحارثي .

وذكر القاضي وابن عقيل احتمالين ، والمصنف وجهين .
قال الحارثي : والأخذ هنا بالشفعة لا يتمشى على أصول الإمام أحمد رحمه الله
وإن أخذ الشفيع قبل الطلاق فالشفعة ماضية . ويرجع الزوج إلى نصف قيمة
الشقص .

قال القاضي وغيره : يرجع بأقل الأمرين من نصف قيمته : يوم إصداقها ،
ويوم إقباضها .

قوله ﴿الثَّانِي : أَنَّ يَكُونَ شِقْصًا مُشَاعًا مِنْ عَقَارٍ يَنْقَسِمُ﴾ .

بمعنى : قسمة إجبار .

فأما المقسوم الحدود : فلا شفعة لجاره فيه . وهذا المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم .

وقيل : تثبت الشفعة للجار .

وحكاة القاضي يعقوب في التبصرة ، وابن الزاغوني عن قوم من الأصحاب رواية .

قال الزركشي : وصححه ابن الصيرفي . واختاره الحارثي فيما أظن . وأخذ الرواية من نصه في رواية أبي طالب ومثنى : لا يحلف أن الشفعة تستحق بالجوار قال الحارثي : والعجب ممن يثبت بهذا رواية عن الإمام أحمد رحمه الله . قال في الفائق : وهو مأخذ ضعيف .

وقيل : تجب الشفعة بالشركة في مصالح عقار . اختاره الشيخ تقي الدين - رحمه الله - وصاحب الفائق . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله في رواية أبي طالب ، وقد سأله عن الشفعة ؟ فقال : إذا كان طريقهما واحداً شركاء : لم يقتسموا . فإذا صُرِّفت الطرق ، وعرفت الحدود : فلا شفعة .

وهذا هو الذي اختاره الحارثي . لا كما ظنه الزركشي ، من أنه اختار الشفعة للجار مطلقاً .

فإن الحارثي قال : ومن الناس من قال بالجواز ، لكن بقيد الشركة في الطريق .

وذكر ظاهر كلام الإمام أحمد المتقدم . ثم قال : وهذا الصحيح الذي يتعين المصير إليه .

ثم ذكر أدلته ، وقال : في هذا المذهب جمعاً بين الأخبار ، دون غيره . فيكون أولى بالصواب .

فوائد

منها : شريك المبيع أولى من شريك الطريق . على القول بالأخذ .
قوله الحارثي .

ومنها : عدم الفرق في الطريق بين كونه مشتركاً بملك ، أو باختصاص .
قدمه الحارثي . وقال : ومن الناس من قال : المعتبر شركة الملك ، لا شركة
الاختصاص . وهو الصحيح .

ومنها : لو بيعت دار في طريق لها درب في طريق لا ينفذ . فالأشهر :
تجب ، إن كان للمشتري طريق غيره ، أو أمكن فتح بابه إلى شارع . قاله في
الفروع . وحزم به في التلخيص وغيره . وقدمه في الشرح وغيره .

وقيل : لا شفعة بالشركة فيه فقط . ومال إليه المصنف ، والشارح .

وقيل : بلى . وأطلقهما في الفروع .

وإن كان نصيب المشتري فوق حاجته . ففي الزائد وجهان . اختار القاضي ،
وابن عقيل : وجوب الشفعة في الزائد .

وقال المصنف في المغنى : والصحيح لا شفعة . وصححه الشارح . وأطلقهما
الحارثي في شرحه ، والفروع .

وكذا دهلitz الجار وصحن داره . قاله في الفروع ، والحارثي ، والمصنف ،
والشارح .

ومنها : لا شفعة بالشركة في الشرب مطلقاً . وهو النهر ، أو البئر ، يسقى
أرض هذا وأرض هذا . فإذا باع أحدهما أرضه فليس للآخر الأخذ بحقه من
الشرب . قاله الحارثي وغيره . ونص عليه .

قوله ﴿ وَلَا شُفْعَةَ فِيْمَا لَا تَجِبُ قِسْمَتُهُ - كَالْحَمَامِ الصَّغِيرِ ، وَالْبَيْرِ ،
وَالطَّرِيقِ ، وَالْعِرَاصِ الضَّيْقَةِ ، وَلَا مَا لَيْسَ بِعَقَارٍ كَالشَّجَرِ ، وَالْحَيَوَانِ ،

وَالْبِنَاءِ الْمَفْرَدِ ، وَكَالْجَوْهَرَةِ ، وَالسَّيْفِ وَنَحْوَهُمَا - فِي إِخْدَى الرَّوَايَتَيْنِ ﴿

وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، والرعاية الكبرى .

إمراهما : لاشقة فيه . وهو الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال المصنف ، والشارح : وهذا ظاهر المذهب .

قال في الرعاية الكبرى : أظهرهما لا شقة فيه .

قال في المستوعب ، والتلخيص ، والبلغة ، والفروع ، والفائق ، والحاوي الصغير : لا شقة فيه . في أصح الروايتين .

وصححه في التصحيح . وجزم به في الخلاصة ، والوجيز وغيرهما . وقدمه

في الكافي ، والحرر ، والرعاية الصغرى ، وغيرهم .

والرواية الثانية : فيه الشقة .

اختاره ابن عقيل ، وأبو محمد الجوزي ، والشيخ تقي الدين رحمه الله .

قال الحارثي : وهو الحق .

وعنه : تجب في كل مال ، حاشى منقولا لا ينقسم .

قال في الرعاية الكبرى ، وقيل : تجب في زرع وثمر مفرد .

فعلى المذهب : يؤخذ البناء والغراس تبعاً للأرض . كما تقدم .

قال المصنف ، قال الحارثي : لا خلاف فيهما على كلتا الروايتين .

زاد في الرعاية : مما يدخل تبعاً : النهر والبئر ، والقناة ، والرحى والدولاب .

فائرة : المراد بما ينقسم : ما تجب قسمته إجباراً . وفيه روايتان .

إمراهما : ما ينتفع به مقسوماً منفعتة التي كانت ، ولو على تضايق . كجعل

البيت يبتين .

قال في التلخيص : وهو الأظهر .

قال الخرقى : وينتفعان به مقسوماً .

قال الحارثي : وإيراد المصنف هنا يقتضى التعويل على هذه الرواية ، دون ماعداها . لأنه مثّل مالا تجب قسمته بالحمام والبئر الصغيرين ، والطرق والعراض الضيقة . وكذلك أبو الخطاب فى كتابه . انتهى .

قال الحارثي : وهو أشهر عن الإمام أحمد رحمه الله ، وأصح . وجزم به فى العمدة فى باب القسمة .

قال فى التلخيص : ويحتمل أن يكون أى منفعة كانت ، ولو كانت بالسكنى . وهو ظاهر إطلاقه فى المجرّد . انتهى .

والرواية الثانية : ما ذكرنا ، أو أن لا تنقص القيمة بالقسمة نقصاً بيناً . نقله الميمونى .

واعتبار النقص : هو ما مال إليه المصنف ، وأبو الخطاب فى باب القسمة . وأطلقهما فى شرح الحارثي .

ويأتى ذلك فى كلام المصنف فى باب القسمة بأنهم من ذلك محرراً . قوله ﴿ وَلَا تُؤْخَذُ الشَّمْرَةُ وَالزَّرْعُ تَبَعًا ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب . اختاره القاضى ، والمصنف ، والشارح .

قال الحارثي : وهو قول أبى الخطاب فى رموس المسائل ، وابن عقيل ، والشريف أبو جعفر فى آخرين . انتهى .

وصححه فى التصحيح ، والنظم . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته . وجزم به فى الوجيز ، وغيره . وقدمه فى الكافى ، والرعاية الكبرى ، والفروع .

والوجه الثانى : تؤخذ تبعاً . كالبناء والغراس . وهو احتمال فى الهداية .

قال فى المستوعب ، والتلخيص : وقال أبو الخطاب : تؤخذ الثمار ، وعليه يخرج الزرع .

قال الحارثي : واختاره القاضى قديماً فى رموس المسائل . وأطلقهما فى المذهب والخلاصة ، والرعاية الصغرى ، والفائق .

وظاهر الهداية ، والمستوعب ، والحاوى الصغير : الإطلاق .
وأكثرهم إنما حكى الاحتمال - أو الوجه - فى الثمر . وخرج منه إلى الزرع .
وقيد المصنف الثمرة بالظاهرة ، وأن غير الظاهرة تدخل تبعاً ، مع أنه قال فى
المغنى : إن اشتراه وفيه طلع لم يؤبر فأبره : لم يأخذ الثمرة . وإنما يأخذ الأرض
والنخل بحصته ، كما فى شقص وسيف .

وكذا ذكر غيره : إذا لم يدخل . فإنه يأخذ الأصل بحصته .
فأمره : لو كان السفلى لشخص والعلو مشتركاً ، والسقف مختص بصاحب
السفل ، أو مشتركاً بينهما وبين أصحاب العلو : فلا شفعة فى السقف . لأنه لا أرض
له . فهو كالأبنية المفردة .

وإن كان السقف لأصحاب العلو : ففيه الشفعة . لأن قراره كالأرض .
قدمه فى التلخيص ، والرعاية الكبرى ، والفائق .

وفيه وجه آخر : أنه لا شفعة فيه . لأنه غير مالك للسفل . وإنما له عليه حق .
فأشبهه مستأجر الأرض . خرج به بعض الأصحاب . قاله فى التلخيص ، وقال :
فاوضت فيها بعض أصحابنا . وتقرر حكمها بينى وبينه على ما بينت .

وهذا الوجه : قدمه فى المغنى . فقال : وإن بيعت حصة من علو دار مشترك
نظرت . فإن كان السقف الذى تحته لصاحب السفلى . فلا شفعة فى العلو . لأنه بناء
منفرد . وإن كان لصاحب العلو فكذلك . لأنه بناء منفرد ، لكونه لا أرض له
فهو كما لو لم يكن السقف له .

ويحتمل ثبوت الشفعة . لأن له قراراً . فهو كالسفل . انتهى .
وقدمه أيضاً الشارح ، وابن رزىن . وأطلقهما فى شرح الحارثى .
ولو باع حصته من علو مشترك على سقف لمالك السفلى . فقال فى المغنى ،
والشرح ، والتلخيص ، وغيرهم : لا شفعة لشريك العلو . لانفراد البناء . واقتصر
عليه الحارثى .

وإن كان السقف مشتركا بينه وبين أصحاب العلو . فكذلك . قاله في التلخيص وغيره .

وإن كان السفلى مشتركا والعلو خالصا لأحد الشريكين ، فباع العلو ونصيبه من السفلى : فللشريك الشفعة في السفلى ، لا في العلو . لعدم الشركة فيه .

قوله ﴿الثالثُ : المطالبةُ بها على الفور﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وقطع به كثير منهم ، ونص عليه . بل هو المشهور عنه .

وعنه : أنها على التراخي ما لم يرض ، كخيار العيب . اختاره القاضي يعقوب . قاله الحارثي وغيره .

وحكى جماعة - وعدّهم - رواية بثبوتها على التراخي . لا تسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى أو دليله . كالمطالبة بقسمة أو بيع ، أو هبة ، نحو : بعنيه ، أو هبّ لي ، أو قاسمني ، أو بعه لفلان ، أو هبّه له . انتهى . والتفريع على الأول . قوله ﴿ساعة يعلم﴾ .

نص عليه . هذا المذهب . أعنى أن المطالبة على الفور ساعة يعلم . نص عليه . وعليه أكثر الأصحاب : وجزم به ابن البنا في خصاله ، والعمدة ، والوجيز ، ومنتخب الأزرعى ، وغيرهم .

وقدمه في الهداية ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والكافي ، والهادي ، والتلخيص ، والمحرر ، والشرح ، والرايعتين ، والنظم ، وشرح ابن منبجا والحارثي ، والفروع ، والفائق ، وإدراك الغاية ، وغيرهم .

نقل ابن منصور : لا بد من طلبها حين يسمع حتى يعلم طلبه . ثم له أن يخاصم ولو بعد أيام . قاله في الفروع وغيره .

وقال القاضي : له طلبها في المجلس ، وإن طال . وهو رواية عن الإمام أحمد .

واختارها ابن حامد أيضاً ، وأكثر أصحاب القاضى ، منهم الشريهان - أبو جعفر ،
والزبدي - وأبو الخطاب فى ردوس المسائل ، وابن عقيل ، والمكبرى ، وغيرهم .
قال الحارثى : وهذا يتخرج من نص الإمام أحمد رحمه الله على مثله فى خيار
المجبرة ومن غيره .

قال : وهذا متفرع على القول بالفورية ، كما فى التمام ، وفى المغنى . لأن المجلس
كله فى معنى حالة العقد . بدليل التقابض فيه لما يعتبر له القبض . ينزل منزلة حالة
العقد . ولكن إرادته هنا مشعر بكونه قسماً للفورية . انتهى .

قال فى الفروع : اختاره الخرقى ، وابن حامد ، والقاضى ، وأصحابه .
قلت : ليس كما قال عن الخرقى ، بل ظاهر كلامه : وجوب المطالبة ساعة
يعلم . فإنه قال : ومن لم يطالب بالشفعة فى وقت علمه بالبيع فلا شفعة له . انتهى .
وأطلقهما فى المذهب .

تفسيره

أمرهما : قال الحارثى : وفى جعل هذا شرطاً إشكال . وهو أن المطالبة
بالحق فرع ثبوت ذلك الحق . ورتبة ذلك الشرط تقدمه على المشروط . فكيف
يقال بتقدم المطالبة على ماهو أصل له ؟ هذا خلف .

أو نقول : اشتراط المطالبة يوجب توقف الثبوت عليها . ولا شك فى توقف
المطالبة على الثبوت . فيكون دوراً .

والصحيح : أنه شرط لاستدامة الشفعة ، لا لأصل ثبوت الشفعة . ولهذا
قال : فإن آخره سقطت شفعته . انتهى .

الثانى : كلام المصنف وغيره : مقيد بما إذا لم يكن عذر . فإن كان عذر -
مثل : أن لا يعلم ، أو علم ليلاً فأخره إلى الصبح ، أو أخره لشدة جوع ، أو عطش
حتى أكل أو شرب . أو أخره لطهارة أو إغلاق باب ، أو ليخرج من الحمام ، أو

ليقتضى حاجته ، أو ليؤذن ويقم . ويأتى بالصلاة وسنتها ، أو ليشهدها في جماعة يخاف فوتها ، ونحو ذلك .

وفي التلخيص : احتمال بأنه يقطع الصلاة ، إلا أن تكون فرضاً .

قال الحارثي : وليس بشيء . وهو كما قال . فلا تسقط ، إلا أن يكون المشتري حاضراً عنده في هذه الأحوال . فطالبته ممكنة ، ماعدا الصلاة . وليس عليه تخفيفها ، ولا الاقتصار على أقل ما يجزى .

ثم إن كان غائباً عن المجلس ، حاضراً في البلد . فالأولى : أن يشهد على الطلب ، ويبادر إلى المشتري بنفسه ، أو بوكيله .

فإن بادر هو أو وكيله من غير إشهاد : فالصحيح من المذهب : أنه على شفيعته . صححه في التلخيص ، وشرح الحارثي ، وغيرها .

قال الحارثي : وهو ظاهر إيراد المصنف في آخرين .

وقيل : يشترط الإشهاد . واختاره القاضى في الجامع الصغير .

ويأتى : هل يملك الشفيع الشقص بمجرد المطالبة أم لا ؟ عند قوله « وإن مات الشفيع بطلت الشفعة » .

وأما إن تعذر الإشهاد : سقط ، بلا نزاع ، والحالة هذه . لا تنفاء التقصير .

وإن اقتصر على الطلب مجرداً عن مواجهة المشتري ، قال الحارثي : فالمذهب الإجزاء .

قال : وكذلك قال أبو الحسن بن الزاغوني في المبسوط . ونقلته من خطه .

فقال : الذى نذهب إليه : أن ذلك يغنى عن المطالبة بمحضر الخصم . فإن ذلك ليس بشرط في صحة المطالبة .

وهو ظاهر ما نقله أبو طالب عن الإمام أحمد رحمه الله . وهو قياس المذهب أيضاً .

وهو ظاهر كلام أبي الخطاب في رموس مسائله ، والقاضى أبى الحسين في تمامه .

وصرح به في المحرر ، لكن بقيد الإشهاد . وهو المنصوص من رواية أبي طالب والأثر . وهذا اختيار أبي بكر .

وإيراد المصنف هنا : يقتضى عدم الإجزاء ، وأن الواجب المواجهة . ولهذا قال : فإن ترك الطلب والإشهاد لعجزه عنهما - كالمريض ، والمحجوس - فهو على شفاعته .

ومعلوم أنهما لا يعجزان عن منطقة أنفسهما بالطلب . وقد صرح به في العمدة . فقال : إن آخرها - يعنى : المطالبة - بطلت شفاعته إلا أن يكون عاجزاً عنها لغيره ، أو حبس ، أو مرض . فيكون على شفاعته متى قدر عليها . انتهى كلام الحارثي .

قوله ﴿ فَإِنْ آخِرُهُ سَقَطَتْ شُفَعَتُهُ ﴾ .

يعنى : على الصحيح من المذهب . وقد تقدمت رواية : بأنه على التراخي .

قوله ﴿ إِلَّا أَنْ يَعْلَمَ وَهُوَ غَائِبٌ ، فَيُشْهِدَ عَلَى الطَّلَبِ بِهَا . ثُمَّ إِنْ آخِرَ الطَّلَبِ بَعْدَ الْإِشْهَادِ عِنْدَ امْكَانِهِ ، أَوْ لَمْ يُشْهِدْ ، لَكِنَّهُ سَارَ فِي طَلَبِهَا : فَعَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

شمل كلامه مسألتين .

إمراًهما : أن يشهد على الطلب حين يعلم ، ويؤخر الطلب بعده ، مع إمكانه . فأطلق في سقوط الشفعة بذلك وجهين . وأطلقهما في النظم ، والراعتين ، والفروع والفائق ، وشرح ابن منجا .

إمراًهما : لانسقاط الشفعة بذلك . وهو المذهب . نصره المصنف ، والشارح . وهو ظاهر كلام الخرقى . وجزم به في الوجيز ، وغيره . وقدمه في الهداية ،

والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والحارثي .
وقال : هذا المذهب .

والوجه الثاني : تسقط إذا لم يكن عذر . اختاره القاضي ، وابن عبدوس في
تذكرته . وهو احتمال في الهداية .

تنبيهان

أمرهما : حكى المصنف في المغني ، ومن تبعه : أن السقوط قول القاضي .
قال الحارثي : ولم يحكمه أحد عن القاضي سواء . والذي عرفت من كلام
القاضي خلافه .

ونقل كلامه من كتبه ، ثم قال : والذي حكاه في المغني عنه : إنما قاله في
المجرد فيما إذا لم يكن أشهد على الطلب . وليس بالمسألة . نهت عليه خشية أن
يكون أصلا لنقل الوجه الذي أورده . انتهى .

الثاني : قال ابن منبج في شرحه : واعلم أن المصنف قال في المغني « وإن آخر
القدم بعد الإشهاد » بدل قوله « وإن آخر الطلب بعد الإشهاد » وهو صحيح ،
لأنه لا وجه لإسقاط الشفعة بتأخير الطلب بعد الإشهاد . لأن الطلب حينئذ
لا يمكن . بخلاف القدم ، فإنه ممكن . وتأخير ما يمكن لإسقاطه الشفعة وجه .
بخلاف تأخير مالا يمكن . انتهى .

وكذلك الحارثي مثل بما لو تراخى السير . انتهى .

فعلى كلا الوجهين : إذا وجد عذر ، مثل أن لا يجد من يشهده ، أو وجد من
لا تقبل شهادته - كالمرأة ، والفاسق ونحوهما - أو وجد من لا يقدم معه إلى موضع
المطالبة : لم تسقط الشفعة .

وإن لم يجد إلا مستورى الحال فلم يشهدا . فهل تبطل شفعته أم لا ؟ فيه
احتمالان . وأطلقهما في المغني ، والشرح ، وشرح الحارثي ، والفروع .

قلت : الصواب أنها لاتسقط شفعته . لأن الصحيح من المذهب : أن شهادة مستورى الحال لاتقبل . فهما كالفاسق بالنسبة إلى عدم قبول شهادتهما . فإن أشهدهما لم تبطل شفعته ، ولو لم تقبل شهادتهما .

وكذلك إن لم يقدر إلا على شاهد واحد فأشهد أو ترك إشهاد . قال المصنف ، والشارح ، قال الحارثي : وإن وجد عدلا واحداً . ففي المعنى : إشهاد وترك إشهاد سواء ، قال : وهو سهو . فإن شهادة الواحد معمول بها مع عين الطالب . فتعين اعتبارها .

ولو قدر على التوكيل فلم يوكل ، فهل تسقط شفعته ؟ فيه وجهان . وأطلقهما في الفروع .

أمرهما : لاتبطل . وهو المذهب . نصره المصنف ، والشارح .
والوجه الثاني : تبطل اختاره القاضى . وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب .
فائدة : لفظ الطالب « أنا طالب أو مطالب ، أو آخذ بالشفعة ، أو قائم على الشفعة » ونحوه مما يفيد محاولة الأخذ . لأنه محصل للغرض .

المسألة الثانية : إذا كان غائباً فصار حين علم في طلبها ، ولم يشهد - مع القدرة على الإشهاد - فأطلق المصنف في سقوطها وجهين . وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والنظم ، والرايعتين ، والفروع ، والفائق ، والحاوى الصغير ، والزرکشى ، وغيرهم .

أمرهما : تسقط الشفعة . وهو المذهب . وهو ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله في رواية أبى طالب . واختاره الخرقي ، وابن عبدوس في تذكرته . قال الحارثي : عليه أكثر الأصحاب . وقدمه في شرح الحارثي ، والمعنى ، والشرح ، ونصراه . وجزم به في العمدة .

والوجه الثاني : لاتسقط ، بل هى باقية .

قال القاضي : إن سار عقب علمه إلى البلد الذي فيه المشتري من غير إشهاد :
احتمل أن لا تبطل شفيعته .

فعلى هذا الوجه : يبادر إليها بالمضى المعتاد ، بلا نزاع . ولا يلزمه قطع حمام ،
وطعام ونافلة ، على الصحيح من المذهب .
وقيل : بلى . وكذا الحكم لو كان غائباً عن المجلس حاضراً في البلد .

تنبيهان

أمرهما : قال الحارثي : حكى المصنف الخلاف وجهين . وكذا أبو الخطاب .
وإنما هما روايتان .

ثم قال : وأصل الوجهين في كلامهما احتمالان . أوردهما القاضي في المجرّد .
والاحتمالان إنما أوردهما في الإشهاد على السير للطلب . وذلك مغاير للإشهاد على
الطلب حين العلم . ولهذا قال : ثم إن آخر الطلب بعد الإشهاد ، وعند إمكانه
أبى السير للطلب مواجهة . فلا يصح إثبات الخلاف في الطلب الأول ، متلقى
عن الخلاف في الطلب الثاني . انتهى .

قال الحارثي : ولم يعتبر في المحرر إشهاداً فيما عدا هذا . والإشهاد على الطلب
عنده عبارة عن ذلك . وهو خلاف ما قال الأصحاب .
وأيضاً فالإشهاد على ما قال ليس إشهاداً على الطلب في الحقيقة ، بل هو
إشهاد على فعل يتعقبه الطلب .

الثاني : استفدنا من قوة كلام المصنف : أنه إذ علم ، وأشهد عليه بالطلب ،
وسار في طلبها عند إمكانه : أنها لا تسقط . وهو صحيح .
وكذا لو أشهد عليه ، وسار وكيله . وكذا لو تراخى السير لعذر .

فوائد

إبراهيم : لو تلقى المشتري ، فسلم عليه . ثم عقبه بالطلب . فهو على شفيعته .
قوله الأصحاب .

وكذا لو قال بعد السلام « بارك الله لك في صفقتك » ذكره الأمدى ،
والمصنف ، وغير واحد . وصححه في الرعاية . وقدمه في الفروع . وكذا لو دعا له
بالمغفرة ونحوه . وفيهما احتمال تسقط بذلك .

الثانية : الحاضر المريض والمحبوس كالغائب في اعتبار الإشهاد . فإن ترك ففي
السقوط مامر من الخلاف .

الثالثة : لو نسي المطالبة أو البيع أو جهلها . فهل تسقط الشفعة ؟ فيه وجهان .
وأطلقهما في الفروع .

قال في المغنى : إذا ترك الطالب نسياناً له ، أو للبيع ، أو تركه جهلاً باستحقاقه :
سقطت شفعته . وقدمه في الشرح .

وقاسه هو والمصنف في المغنى على الرد بالعيب . وفيه نظر .

وفيه وجه آخر : أنها لا تسقط .

قلت : وهو الصواب .

قال الحارثي : وهو الصحيح . وقال : يحسن بناء الخلاف على الروايتين في خيار
المعتقة تحت العبد ، إذا مكنته من الوطء جهلاً بملكها للفسخ ، على ما يأتي .

وإن أخره جهلاً بأن التأخير مسقط . فإن كان مثله لا يجمله : سقطت
لتقصيره ، وإن كان مثله يجمله . فقال في التلخيص : يحتمل وجهين .

أمرهما : لا تسقط .

قال الحارثي : وهو الصحيح . وجزء به في الرعاية ، والنظم ، والفائق .

قلت : وهو الصواب .

والوجه الثاني : تسقط .

ويأتي في كلام المصنف « إذا باع الشفيع ملكه قبل علمه » .

ولو قال « له بكم اشتريت ؟ » أو « اشتريت رخيصاً » فهل تسقط الشفعة ؟ فيه

وجهان . وأطلقهما في التلخيص ، والرعاية ، والفروع .

قلت : قواعد المذهب تقتضى سقوطها مع علمه .

قوله ﴿ وَإِنْ تَرَكَ الطَّلَبَ لِكَوْنِ الْمُشْتَرَى غَيْرَهُ . فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ هُوَ : فَهُوَ عَلَى شُفَعَتِهِ ﴾ .

وهذا المذهب . جزم به فى المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثى ، وابن منجا ، والتلخيص ، والرايعتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وتذكرة ابن عبدوس ، وغيرهم .

وفيه وجه آخر : أنها تسقط . وأطلقهما فى الفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ أَخْبَرَهُ مَنْ يُقْبَلُ خَبْرُهُ ، فَلَمْ يُصَدِّقْهُ : سَقَطَتْ شُفَعَتُهُ ﴾ .
إذا أخبره عدل واحد فلم يصدقه : سقطت شفעתه .

على الصحيح من المذهب . جزم به فى الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب والمستوعب ، والخلاصة ، والوجيز ، والمنور ، وغيرهم . وقدمه فى المغنى ، والشرح ، والتلخيص ، والرايعتين ، والفائق ، والحاوى الصغير ، وغيرهم . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

وقيل : لا تسقط . وهو وجه ذكره الآمدى ، والمجد . وصححه الناظم . وهما احتمالان لابن عقيل ، والقاضى .

قال فى التلخيص : بناء على اختلاف الروايتين فى الجرح والتعديل والرسالة : هل يقبل منها خبر الواحد أم يحتاج إلى اثنين ؟ .

قلت : الصحيح من المذهب : أنه لا بد فيها من اثنين ، على ما يأتى فى باب طريق الحكم وصفته فى كلام المصنف .

والذى يظهر : أنهما ليسا مبنيان عليهما . لأن الصحيح هنا غير الصحيح هناك . وأطلقهما فى المحرر ، والفروع .

تفسيرها

أمرهما : المرأة كالرجل ، والعبد كالحر ، على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر الأصحاب .

وقال القاضي : هما كالفاسق . وقدمه في الفائق .

قال الحارثي : وإلحاق العبد بالمرأة والصبي غلط . لكونه من أهل الشهادة بغير خلاف في المذهب . انتهى .

وإن أخبره مستور الحال سقطت . قدمه في الفائق .

وقيل : لا تسقط . وأطلقهما في الفروع .

وإن أخبره فاسق أو صبي : لم تسقط شفاعته .

إذا علمت ذلك : فإذا ترك تكذيباً للعدل أو العدلين على مامر : بطلت شفاعته .

قال الحارثي : هذا ما أطلق المصنف هنا . وجهور الأصحاب .

قال : ويتجه التقييد بما إذا كانت العدالة معلومة أو ظاهرة لا تخفى على مثله .

أما إن جهل ، أو كانت بمحل الخفاء أو التردد : فالشفعة باقية لقيام العذر .

هذا كله إذا لم يبلغ الخبر حد التواتر . أما إن بلغ : فتبطل الشفعة بالترك

ولا بد . وإن كانوا فسقة ، على ما لا يخفى . انتهى .

التفسير الثاني : محل ما تقدم : إذا لم يصدقه .

أما إن صدقه ، ولم يطالب بها : فإنها تسقط . سواء كان الخبر ممن لا يقبل

خبره أو يقبل . لأن العلم قد يحصل بخبر من لا يقبل خبره لقرائن . قطع به المصنف

والشارح وغيرهما .

قوله ﴿ أَوْ قَالَ لِلْمُشْتَرِي : بَعْنِي مَا اشْتَرَيْتَ ، أَوْ صَاحِبِي : سَقَطَتْ

شَفَعَتُهُ ﴾ .

إذا قال للمشتري : بعني ما اشتريت ، أو هبه لي ، أو ائتمني عليه : سقطت

شفعته . على الصحيح من المذهب . وقطع به الأصحاب . منهم صاحب الهداية ،
والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والنظم ،
والوجيز ، وغيرهم ، والخارثي . وقال : يقوى عندى انتفاء السقوط ، كقول أشهب
صاحب الإمام مالك رحمهما الله .

وإن قال : صالحني عليه ، سقطت شفعته أيضاً ، على الصحيح من المذهب .
قطع به في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ،
والوجيز ، وغيرهم .

وقدمه في المغنى ، والشرح . ونصراه هنا . وجزم به في الشرح في باب الصلح .
وكذا جزم به هناك صاحب التلخيص وغيره .

قال في الرعايتين ، والحاويين : تسقط الشفعة في أصح الوجهين .
وقيل : لا تسقط . اختاره القاضي ، وابن عقيل . قاله الخارثي . وأطلقهما في
المحرر ، والفروع ، والفائق هناك . وأطلقهما في النظم أيضاً .
وتقدم ذلك في باب الصلح .

تنبيه : محل الخلاف : في سقوط الشفعة ، وهو واضح .
أما الصلح عنها بعوض : فلا يصح . قولاً واحداً . قاله الأصحاب . وجزم به
المصنف ، وغيره في باب الصلح .

فأمره : لو قال : بعه ممن شئت ، أو ولّه إياه ، أو هبه له ، ونحو هذا : بطلت
الشفعة .

وكذا لو قال : اكرّني ، أو ساقني ، أو اكرّني منه أو ساقه .
وإن قال : إن باعني ، وإلا فلي الشفعة . فهو كما لو قال : بعني . قدمه الخارثي
وقال : ويحتمل أنه إن لم يبيعه : أنها لا تسقط .
ولو قال له المشتري : بعتك ، أو وليتك . فقبل : سقطت .

قوله ﴿وَإِنْ دَلَّ فِي الْبَيْعِ أَوْ تَوَكَّلَ لِأَحَدِ الْمَتَّبَاعِينَ . فَهُوَ عَلَى شَفْعَتِهِ﴾

وإن دل على البيع أى : صار دلالة . وهو السفير في البيع . فهو على شفعتيه قولاً واحداً ، وإن توكل لأحد المتتابعين فهو على شفعتيه أيضاً . على الصحيح من المذهب . جزم به في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمحزر ، والوجيز ، والرعابتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، وغيرهم . واختاره الشريف ، وغيره .

قال الحارثى : قال الأصحاب : لا تبطل شفعتيه . منهم : القاضى في المجرد وغيره قال في الفروع : لا تسقط بتوكيله في الأصح . وقدمه في المغنى ، والشرح . ونصراه .

وقيل : تسقط الشفعة بذلك .

وقيل : لا تسقط إذا كان وكيلًا للبائع .

وقيل : لا تسقط إذا كان وكيلًا للمشتري . اختاره القاضى . قاله المصنف .

قال الحارثى : وحكاية القاضى يعقوب : عدم السقوط . وكذا هو في المجرد وغيره .

وهذا وأمثاله غريب من الحارثى . فإنه إذا لم يطلع على المسكان الذى نقل منه المصنف : تسكلم في ذلك ، واعترض على المصنف . وهذا غير لائق . فإن المصنف ثقة ، والقاضى وغيره له أقوال كثيرة في كتبه . وقد تسكون في غير أماكنها وقد تقدم له نظير ذلك في مسائل .

قال الحارثى : ومن الأصحاب من قال في صورة البيع : ينبى على اختلاف الرواية في الشراء من نفسه . إن قلنا : لا . فلا شفعة . وإن قلنا نعم . فنع .

قوله ﴿وَإِنْ أَسْقَطَ الشُّفْعَةَ قَبْلَ الْبَيْعِ لَمْ تَسْقُطْ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه . وعليه جواهر الأصحاب . وجزم به في الوجيز ، وغيره . وقدمه في المغنى ، والشرح ، والفروع ، وشرح الحارثى ، وغيرهم .

قال الزركشي : عليه الأصحاب .

(وَيَحْتَمَلُ أَنْ تَسْقُطَ) وهو رواية عن الإمام أحمد . ذكرها أبو بكر في الشافى . واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله ، وصاحب الفائق . وأطلقهما في الحرر ، والرايتين ، والحاوى الصغير ، والفائق ، والقواعد .

قوله ﴿ وَإِنْ تَرَكَ الْوَلِيَّ شُفْعَةً لِلصَّبِيِّ فِيهَا حَظٌّ : لَمْ تَسْقُطْ . وَلَهُ الْأَخْذُ بِهَا إِذَا كَبِرَ . وَإِنْ تَرَكَهَا لِعَدَمِ الْحَظِّ فِيهَا : سَقَطَتْ ﴾

هذا أحد الوجوه . اختاره ابن حامد ، والشيخ تقي الدين . وجزم به في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والوجيز . وقدمه في النظم .
قال الحارثي : هذا مقاله الأصحاب .

قال الزركشي : اختاره ابن حامد . وتبعه القاضي ، وعامة أصحابه .

وقيل : تسقط مطلقا . وليس للولد الأخذ إذا كبر . اختاره ابن بطة . وكان بغتي به . نقله عنه أبو حفص . وجزم به في المنور .

وقيل : لا تسقط مطلقا . وله الأخذ بها إذا كبر . وهو المذهب . نص عليه . وهو ظاهر كلام الخرقى .

قال في الحرر : اختاره الخرقى .

قال في الخلاصة : وإذا عفا ولي الصبي عن شفيعته : لم تسقط . وقدمه في الحرر ، والفائق .

قال الحارثي : هذا المذهب عندى ، وإن كان الأصحاب على خلافه . لنصه في خصوص المسألة ، على ما بينا .

قال في الفروع : فنصه لا تسقط . وقيل : بلى .

وقيل : مع عدم الحظ . وأطلقهن ابن حمدان في الرعاية الكبرى ، والزركشى .

فوائد

منها : لو بيع شقص في شركة حمل . فالأخذ له متعذر ، إذ لا يدخل في

ملكه بذلك . قاله الحارثي ، وقدمه . قال في القاعدة الرابعة والثمانين : ومنها الأخذ للحمل بالشفعة إذا مات مورثه بعد المطالبة . قال الأصحاب : لا يؤخذ له . ثم منهم : من علل بأنه لا يتحقق وجوده . ومنهم : من علل بانتفاء ملكه . قال : ويتخرج وجه آخر بالأخذ له بالشفعة ، بناء على أن له حكماً وملكاً . انتهى .

وقال في المغنى ، والشرح : إذا ولد و^كبر : فله الأخذ ، إذا لم يأخذ له الولي كالصبي .

ومنها : لو أخذ الولي بالشفعة ، ولا حظ فيها : لم يصح الأخذ ، على الصحيح من المذهب والروايتين ، وإلا استقر أخذه .

ومنها : لو كان الأخذ أحظ للولد : لزم وليه الأخذ . قاله المصنف ، والشارح . وقطع به في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، وغيرهم . ذكره في آخر باب الحجر .

قال الحارثي : عليه الأصحاب .

وقال الزركشي ، وقال غير المصنف : له الأخذ من غير لزوم .

وكأنه لم يطلع على ما قالوه في الحجر في المسألة بخصوصها .

وعلى كلا القولين يستقر أخذه . ويلزم في حق الصبي .

ولو تركها الولي مصلحة : إما لأن الشراء وقع بأكثر من القيمة ، أو لأن الثمن يحتاج إلى إنفاقه أو صرفه فيما هو أهم ، أو لأن موضعه لا يرغب في مثله ، أو لأن أخذه يؤدي إلى بيع ما إبقاؤه أولى ، أو إلى استقراض ثمنه ورهن ماله ، أو إلى ضرر وفتنه . ونحو ذلك : فالترك متعين .

وهل يسقط به الأخذ عند البلوغ ؟ وهو مقصود المسألة .

قال المصنف عن ابن حامد : نعم . واختاره ابن بطة ، وأبو الفرج الشيرازي .

ومال إليه في المستوعب .

قال ابن عقيل : وهو أصح عندي .

قال في الفروع : لم يصح على الأصح .

قال القاضي في الجرد : ويحتمل عدم السقوط ، ومال إليه . وقال : هو ظاهر

كلام الإمام أحمد رحمه الله في رواية ابن منصور . واختار الحارثي .

وقال أبو بكر في التنبيه : يحكم للصغير بالشفعة إذا بلغ . ونحوه عبارة ابن

أبي موسى . وتقدم معنى ذلك قبل ذلك .

ومنها : لو عفا الولي عن الشفعة التي فيها حظ له . ثم أراد أخذها : فله

ذلك في قياس المذهب . قاله المصنف ، والشارح .

قلت : فقد يعاين بها .

ولو أراد الولي الأخذ في ثاني الحال ، وليس فيها مصلحة : لم يملكه .

لا استمرار المانع .

وإن تجدد الحظ ، فإن قيل بعدم السقوط : أخذ . لقيام المقتضى وانتفاء

المانع . وإن قيل بالسقوط : لم يأخذ بحال . لانقطاع الحق بالترك . ذكره

المصنف ، وغيره .

ومنها : حكم ولي المجنون المطبق ، والسفيه : حكم ولي الصغير . قاله الأصحاب

تفصيل : المطبق : هو الذي لا ترجى إفاقته . حكاه ابن الزاغوني . وقال : هو

الأشبه بالصحة ، وبأصول المذهب . لأن شيوخنا الأوائل قالوا في المعضوب

الذي يجزى أن يحج عنه : هو الذي لا يرجى برؤه .

وحكى عن قوم تحديد المطبق بالحول فما زاد ، قياساً على تربص العنة .

وعن قوم التحديد بالشهر . وما نقص ملحق بالإغماء . ذكر ذلك الحارثي .

ومنها : حكم المغنى عليه ، والمجنون غير المطبق : حكم المحبوس والغائب

ينتظر إفاقتهما .

ومنها : للمفلس الأخذ بها ، والعفو عنها . وليس للغرماء إجباره على الأخذ بها ، ولو كان فيها حظ . قطع به المصنف ، والشارح ، وغيرهما .
قال الحارثي : ويتخرج من إجباره على التكسب : إجباره على الأخذ إذا كان أحظ للغرماء . انتهى .

وليس لهم الأخذ بها .
ومنها : للمكاتب الأخذ والترك . وللمأذون له من العبيد : الأخذ دون الترك . وإن عفا السيد : سقطت .

ويأتي آخر الباب : هل يأخذ السيد بالشفعة من المكاتب والعبد المأذون له .
فأمره : قوله ﴿ الشَّرْطُ الرَّابِعُ : أَنْ يَأْخُذَ جَمِيعَ الْمَبِيعِ ﴾ .

قال الحارثي : هذا الشرط كالذي قبله ، من كونه ليس شرطاً لأصل استحقاق الشفعة . فإن أخذ الجميع أمر يتعلق بكيفية الأخذ . والنظر في كيفية الأخذ : فرع استقراره . فيستحيل جعله شرطاً لثبوت أصله .

قال : والصواب ، أن يجعل شرطاً للاستدامة ، كما في الذي قبله . انتهى .
قوله ﴿ فَإِنْ كَانَا شَفِيعَيْنِ . فَالشَّفْعَةُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدَرٍ مَلَكَتِيهِمَا ﴾ .

هذا المذهب . نص عليه في رواية إسحاق بن منصور . وعليه جماهير الأصحاب قال المصنف في المغني ، والكافي ، والشارح ، وغيرهم : هذا ظاهر المذهب .
قال الحارثي : المذهب عند الأصحاب جميعاً : تفاوت الشفعة بتفاوت الحصص قال في الفائق : الشفعة بقدر الحق . في أصح الروايتين .

قال الزركشي : هذا الصحيح المشهور من الروايتين . وجزم به ابن عقيل في تذكرته ، وصاحب الوحيز ، وغيرهما .

وقدمه في الفروع ، وقال : اختاره الأكثر .

قلت : منهم الحرق ، وأبو بكر ، وأبو حفص ، والقاضي .

قال الزركشى : وجهور أصحابه .

وعنه : الشفعة على عدد الرؤوس . اختاره ابن عقيل . فقال فى الفصول : هذا الصحيح عندى .

وروى الأثرم عنه الوقف فى ذلك . حكاه الحارثى .

فأمره : قوله ﴿ فَإِنْ تَرَكَ أَحَدُهُمَا شُفْعَتَهُ : لَمْ يَكُنْ لِلْآخِرِ أَنْ يَأْخُذَ إِلَّا الْكُلَّ أَوْ يَتْرُكَ ﴾ .

وهذا بلا نزاع . وحكاه ابن المنذر إجماعاً .

وكذا لو حضر أحد الشفعاء وغاب الباقيون .

فقال الأصحاب : ليس له إلا أخذ الكل ، أو الترك .

قال الحارثى : وإطلاق نص الإمام أحمد رحمه الله ينتظر بالغالب - من رواية حنبل - يقتضى الاقتصار على حصته .

قال : وهذا أقوى . والتفريع على الأول .

فقال فى التلخيص : ليس له تأخير شيء من الثمن إلى حضور الغائبين .

وحكى المصنف ، والشارح وجهين . وأطلقاها .

أمرهما : لا يؤخر شيئاً . فإن فعل بطل حقه من الشفعة .

والوجه الثانى : له ذلك . ولا يبطل حقه . وهو ما أورده القاضى ، وابن عقيل .

فإن كان الغائب اثنين ، وأخذ الحاضر الكل ، ثم قدم أحدهما : أخذ النصف من الحاضر أو العفو .

فإن أخذ ثم قدم الآخر : فله مقاسمتها . يأخذ من كل منهما ثلث ما فى يده .

هكذا قال القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف ، والشارح ، وغيرهم . وقدمه الحارثى .

وقال ابن الزاغونى : القادم بالخيار بين الأخذ من الحاضر ، وبين نقض

شفعته في قدر حقه . فيأخذ من المشتري إن تراضوا على ذلك ، وإلا نقض الحاكم كما قلنا . ولم يجبر الحاضر على التسليم إلى القادم .
قال : وهذا ظاهر المذهب فيما ذكر أصحابنا . حكاه في كتاب الشروط .
ثم إن ظهر الشقص مستحقاً : فعهد الثلاثة على المشتري . قاله القاضي ، وابن عقيل ، والمصنف ، وغيرهم .

وكلام ابن الزاغوني : يقتضي أن عهدة كل واحد من تسلم منه .
وإذا أخذ الحاضر الكل . ثم قدم أحدهما ، وأراد الاقتصار على حصته ، وامتنع من أخذ النصف . فقال أصحابنا : له ذلك .
فإذا أخذه ، ثم قدم الغائب الثاني . فإن أخذ من الحاضر سهمين ولم يتعرض للقادم الأول : فلا كلام . وإن تعرض ، فقال الأصحاب - منهم : القاضي ، والمصنف - له أن يأخذ منه ثلثي سهم . وهو ثلث مافي يده .
قال الحارثي : وللشافعية وجه : يأخذ الثاني من الحاضر نصف مافي يده . وهو الثلث . قال : وهو أظهر إن شاء الله .

قوله ﴿ فَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرَى شَرِيكًا : فَالشُّفْعَةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْآخَرِ ﴾ .
مثال ذلك : أن تكون الدار بين ثلاثة . فيشتري أحدهم نصيب شريكه . فالشقص بين المشتري وشريكه . قاله الأصحاب . ولا أعلم فيه نزاعاً .
لكن قال الحارثي : عبر في المتن عن هذا بقوله « فالشفعة بينه وبين الآخر » وكذا عبر أبو الخطاب وغيره . وفيه تجوز . فإن حقيقة الشفعة انتزاع الشقص من يد من انتقلت إليه . وهو متخلف في حق المشتري . لأنه الذي انتقل إليه هذا .
قوله ﴿ وَإِذَا كَانَتْ دَارًا بَيْنَ اثْنَيْنِ . فَبَاعَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ لِأَجْنَبِيٍّ صَفْقَتَيْنِ . ثُمَّ عِلِمَ شَرِيكُهُ : فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِالْبَيْعَيْنِ ، وَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِأَحَدِهِمَا ﴾ .

قاله الأصحاب . منهم القاضى ، وابن عقيل ، وغيرهما . وهى تعدد العقد .
 قوله ﴿ فَإِنْ أَخَذَ بِالثَّانِي شَارِكُهُ الْمُشْتَرَى فِي شُفْعَتِهِ ، فِي أَحَدِ
 الْوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهو الصحيح من المذهب . صححه فى النظم ، وشرح الحارثى ، والتصحيح .
 وجزم به فى المستوعب ، والتلخيص ، والفائق . وقدمه ابن رزى فى شرحه .
والوجه الثانى : لا يشاركه فيها . اختاره القاضى ، وابن عقيل .
 وفيه وجه ثالث . وهو : إن عفا الشفيع عن الأول : شاركه فى الثانى .
 وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، والفروع .

قوله ﴿ وَإِنْ أَخَذَ بِهِمَا لَمْ يُشَارِكْهُ فِي شُفْعَةِ الْأَوَّلِ ﴾ بلا نزاع
 ﴿ وَهَلْ يُشَارِكُهُ فِي شُفْعَةِ الثَّانِي ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما فى المغنى ، والشرح ، وشرح ابن منجا ، والفروع ، والفائق .
أمرهما : يشاركه . صححه فى التصحيح ، والنظم .

والوجه الثانى : لا يشاركه .

قال الحارثى : وهو الأصح .

قلت : وهو الصواب .

قوله ﴿ وَإِنْ اشْتَرَى اثْنَانِ حَقَّ وَاحِدٍ . فَلِلْشَفِيعِ أَخْذُ حَقِّ أَحَدِهِمَا ﴾

إذا تعدد المشتري والبائع واحد . بأن ابتاع اثنان - أو جماعة - شقصاً من
 واحد ، فقال ابن الزاغونى فى المبسوط : نص الإمام أحمد على أن شراء الاثنين
 من الواحد عقدان وصفقتان . فللشفيع إذن أخذ نصيب أحدهما ، وترك الباقي ،
 كما قال المصنف وغيره من الأصحاب . وقطع به فى الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ،

والخلاصة ، والمعنى ، والمحزر ، والحارثى ، والشرح ، والوجيز ، والفروع ، وغيرهم من الأصحاب ، وقدمه فى الرعاية ، والفائق .

وقيل : هو عقد واحد . فلا يأخذ إلا السكل ، أو يترك .

فائمه

إمراهما : لو اشترى الواحد لنفسه ولغيره بالوكالة شقصاً من واحد : فالحكم كذلك . لتعدد من وقع العقد له . وكذا ما لو كان وكيلاً لاثنتين واشترى لهما .

وقيل : الاعتبار بوكيل المشتري . ذكره فى الرعاية .

المائة : لو باع أحد الشريكين نصيبه من ثلاثة صفقة واحدة : فبالشفيع

الأخذ من الجميع ، ومن البعض .

فإن أخذ من البعض : فليس لمن عداه الشركة فى الشفعة .

وإن باع كلاً منهم على حدة ، ثم علم الشفيع . فله الأخذ من السكل ، ومن

البعض .

فإن أخذ من الأول : فلا شركة للآخرين . وإن أخذ من الثانى : فلا

شركة للثالث . وللأول : الشركة فى أصح الوجهين . قاله الحارثى . وجزم به فى

التلخيص ، وغيره . وفى الآخر : لا .

وإن أخذ من الثالث . ففى شركة الأولين الوجهان .

وإن أخذ من السكل . ففى شركة الأول فى الثانى والثالث . والثانى فى

الثالث : وجهان .

فإن قيل : بالشركة والمبيع متساوى . فالسدس الأول للشفيع ، وثلاثة أرباع

الثانى وثلاثة أخماس الثالث . وللمشتري الأول ربع السدس الثانى ، وخمس الثالث .

وللمشتري الثانى الخمس الباقى من الثالث .

وتصح من مائة وعشرين . للشفيع : مائة وسبعة . وللمشتري الأول : تسعة .

والثانى : أربعة .

وإن قيل : بالرءوس . فلهشتري الأول : نصف السدس الثاني ، وثالث الثالث . وللثاني : الثلث الباقي من الثالث . فتصح من ستة وثلاثين . للشفيع : تسعة وعشرون . وللثاني : خمسة . وللثالث : اثنان . ذكر ذلك المصنف ، وغيره . واقتصر عليه الحارثي .

قوله ﴿ وَإِنْ اشْتَرَى وَاحِدٌ حَقَّ اثْنَيْنِ ، أَوْ اشْتَرَى وَاحِدٌ شَقِصَيْنِ مِنْ أَرْضَيْنِ صَفْقَةً وَاحِدَةً ، وَالشَّرِيكُ وَاحِدٌ . فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ حَقِّ أَحَدِهِمَا فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ ﴾ .

ذكر المصنف هنا مسألتين .

إمدهما : تعدد البائع ، والمشتري واحد . بأن باع اثنان نصيبهما من واحد صفقة واحدة . فللشفيع أخذ أحدهما . على الصحيح من المذهب . وعليه جماهير الأصحاب .

قال الحارثي : عليه الأصحاب حتى القاضي في المجرّد . لأنهما عقدان لتوقف نقل الملك عن كل واحد من البائعين على عقد . فملك الاقتصار على أحدهما ، كما لو كانا متعاقبين ، أو المشتري اثنان . وجزم به في الكافي ، والوجيز ، وغيرهما . وصححه في الخلاصة ، وشرح حفيده ، وغيرهما . وقدمه في الهداية ، والتلخيص ، والمغني ، والشرح . ونصره ، وغيرهم .

والوجه الثاني : ليس له إلا أخذ الكل ، أو الترك . اختاره القاضي في الجامع الصغير ، ورءوس المسائل . وأطلقهما في المحرر ، والرعاية الكبرى .

وقيل : له أخذ أحدهما هنا دون التي بعدها . جزم به في الفنون . وقاسه على تعدد المشتري بكلام يقتضى أنه محل وفاق . وأطلقهن في الفروع . وهي تعدد البائع .

المسألة الثانية : التعدد بتعدد المبيع ، بأن باع شقصين من دارين صفقة واحدة

من واحد ، فللشفيع أخذها جميعاً . وإن أخذ أحدهما : فله ذلك . على الصحيح من المذهب .

قال الحارثي : هذا المذهب . وجزم به في الوجيز ، وغيره . وصححه في الخلاصة ، وحفيده في شرحه ، وغيرهما . وقدمه في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والكافي ، والمغنى ، والشرح ، ونصراه وغيرهم .

وهو من مفردات المذهب . جزم به ناظمها .

والوجه الثاني : ليس له أخذ أحدهما . وهو احتمال في الهداية .

قال بعضهم : اختاره القاضي في المجرد . وأطلقهما في المحرر ، والفروع ، والرعاية . وهي تعدد المبيع .

فعلى هذا الوجه : إن اختار أحدهما سقطت الشفعة فيهما . لترك البعض مع إمكان أخذ الكل ، وكما لو كان شقصاً واحداً .

تنبيه : هذا إذا اتحد الشفيع . فإن كان لكل واحد منهما شفيع : فلهما أخذ الجميع ، وقسمة الثمن على القيمة . وليس لواحد منهما الانفراد بالجميع في أصح الوجهين . ذكره المصنف ، وغيره .

نعم له الاقتصار على ما هو شريك فيه بحصته من الثمن . وافقه الآخر بالأخذ أو خالفه .

وخرج المصنف ، والشارح : انتفاء الشفعة بالكلية من مسألة الشقص ، والسيف .

فأمره : بقي معنا للتعدد صورة . وهي : أن يبيع اثنان نصيبهما من اثنين صفقة واحدة . فالتعدد واقع من الطرفين ، والعقد واحد .

قال الحارثي : ولهذا قال أصحابنا : هي بمثابة أربع صفقات . وجزم به في المغنى ، والشرح .

وقالا : هي أربعة عقود . إذ عقد الواحد مع الاثنين عقدان . فللشفيع أخذ

الكل ، أو ما شاء منهما . وذلك خمسة أخيرة : أخذ الكل ، أخذ نصفه وربعه
منهما . أخذ نصفه منهما . أخذ نصفه من أحدهما . أخذ ربعه من أحدهما . ذكره
القاضي ، وابن عقيل ، وغيرهما .

وقيل : ذلك عقدان . قدمه في الرعاية .

قال في الفائق : ولو تعدد البائع والمبيع ، واتحد العقد والمشتري . فعلى وجهين .
قوله ﴿ وَإِنْ بَاعَ شِقْصًا وَشِقْصًا ، فَلِلشَّفِيعِ أَخْذُ الشَّقْصِ بِحِصَّتِهِ
مِنَ الثَّمَنِ ﴾ .

هذا الصحيح من المذهب . نص عليه . وعليه الأصحاب ﴿ وَبَحْتَمِلُ أَنْ
لَا يَجُوزَ ﴾ .

وهو يخرج لأبي الخطاب في الهداية ، ومن بعده . بناء على تفريق الصفقة .
فأمره : أخذ الشفيع للشقص لا يثبت خيار التفريق للمشتري . قاله في
التلخيص ، وغيره . واقتصر عليه الحارثي .

قوله ﴿ وَإِنْ تَلَفَ بَعْضُ الْمَبِيعِ ، فَلَهُ أَخْذُ الْبَاقِي بِحِصَّتِهِ مِنْ
الثَّمَنِ ﴾ .

هذا المذهب مطلقاً ، وعليه الأصحاب . إلا أن ابن حامد اختار : أنه إن كان
تلفه بفعل الله تعالى فليس له أخذه إلا بجميع الثمن كما نقله المصنف عنه .

فأمره : لو تعيب المبيع بعيب من العيوب المنقصة للثمن ، مع بقاء عينه . فليس
له الأخذ إلا بكل الثمن ، أو الترك . قطع به المصنف في المغنى ، وصاحب التلخيص ،
والشارح ، وصاحب الرعايتين ، والحاوي الصغير .

وفيه وجه آخر : له الأخذ بالحصّة . اختاره القاضي يعقوب .

قال الحارثي : وأظن - أو أجزم - أنه قول القاضي في التعليق . قال : وهو

الصحيح .

قوله ﴿الْخَامِسُ: أَنْ يَكُونَ لِلشَّفِيعِ مَلِكٌ سَابِقٌ. فَإِنْ اشْتَرَى
اِثْنَانِ دَارًا صَفْقَةً وَاحِدَةً. فَلَا شُفْعَةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى صَاحِبِهِ﴾ بلا نزاع.
﴿فَإِنْ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السَّبْقَ، فَتَحَالَفَا أَوْ تَعَارَضَتَا يَنْتَتَاهُمَا
فَلَا شُفْعَةَ لَهُمَا﴾.

هذا المذهب في تعارض البيئتين ، على ما يأتي في بابه .
فإن قيل باستعمالها بالقرعة : فمن قرع حلف وقضى له .
وإن قيل باستعمالها بالقسمة : فلا أثر لها ههنا ، لأن العين بينهما
منقسمة إلا أن تتفاوت الشركة ، فيفيد التنصيف ، ولا يمين إذا ، على ما يأتي
إن شاء الله تعالى .

قوله ﴿وَلَا شُفْعَةَ بِشَرِكَةِ الْوَقْفِ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ﴾ .
إذا بيع طُلُق في شركة وقف : فهل يستحقه الموقوف عليه ؟ لا يخلو : إما
أن نقول يملك الموقوف عليه الوقف أو لا ؟ .

فإن قلنا يملكه - وهو المذهب على ما يأتي - فالصحيح من المذهب هنا :
أنه لا شفعة له . جزم به في الوجيز وغيره . وقطع به أيضاً ابن أبي موسى ، والقاضي
وابنه ، وابن عقيل ، والشريفان - أبو جعفر ، والزيدى - وأبو الفرج الشيرازي
في آخرين . واختاره المصنف ، وغيره . وصححه في الخلاصة ، والتلخيص . وقدمه في
المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفاثق .
وقال أبو الخطاب : له الشفعة .

قال الحارثي : وجوب الشفعة على قولنا بالملك : هو الحق . وقدمه في
الرعايتين ، والحاوي الصغير .

وأطلقهما في المذهب ، والمستوعب ، والمحزر ، والكافي .
وإن قلنا : لا يملك الموقوف عليه الوقف : فلا شفعة أيضاً . على الصحيح من

المذهب . قطع به الجمهور . منهم القاضى ، وأبو الخطاب ، وصاحب المحرر ،
والرعاية الصغرى ، والحاوى الصغير ، ومن تقدم ذكره فى المسألة الأولى ، وغيرهم
وقدمه فى الرعاية الكبرى .

وقيل له : الشفعة . قال فى الرعاية الكبرى : وقيل إن قلنا : القسمة إفراز ،
وجبت . وإلا فلا . انتهى .

اختار فى الترغيب إن قلنا : القسمة إقرار وجبت هى والقسمة بينهما .

فعلى هذا الأصح : يؤخذ بها موقوف جاز بيعه .

قال فى التلخيص - بعد أن حكى كلام أبى الخطاب المتقدم - ويتخرج
عندى - وإن قلنا : يملكه فى الشفعة - وجهان مبنيان على أنه : هل يقسم الوقف ،
والطلق أم لا ؟ .

فإن قلنا : القسمة إفراز : قسم ، ونجب الشفعة . وإن قلنا بيع فلا قسمة
ولا شفعة . انتهى .

قال فى القواعد - بعد أن حكى الطريقتين - هذا كله مفرع على المذهب فى
جواز قسمة الوقف من الطلق .

أما على الوجه الآخر بمنع القسمة : فلا شفعة . إذ لا شفعة فى ظاهر المذهب
إلا فيما يقبل القسمة من العقار .

وكذلك بنى صاحب التلخيص الوجهين على الخلاف فى قبول القسمة . انتهى .

تنبيه : هذه الطريقة التى ذكرناها - وهى : إن قلنا الموقوف عليه يملك

الوقف وجبت الشفعة ، أولاً يملك فلا شفعة - هى طريقة أبى الخطاب ، وجماعة .

وللأصحاب طريقة أخرى . وهى أن الخلاف جار سواء قلنا : يملك الموقوف

عليه الوقف أم لا . وهى طريقة الأكثرين . وهى طريقة المصنف هنا وغيره .

ومنهم من قال : إن قلنا بعدم الملك فلا شفعة . وإن قيل بالملك : فوجهان .

وهى طريقة صاحب المحرر . واختاره فى التلخيص . لكن بناء على ما تقدم .

قوله ﴿وَإِنْ تَصَرَّفَ الْمُشْتَرَى فِي الْمَبِيعِ قَبْلَ الطَّلَبِ بِوَقْفٍ أَوْ هِبَةٍ
وَكَذًا بِصَدَقَةٍ : سَقَطَتْ ، وَكَذَا لَوْ أَعْتَقَهُ ۝﴾ .

نص عليه ، وقلنا : فيه الشفعة على ما تقدم . وهذا المذهب في الجميع . نص عليه
وعليه جماهير الأصحاب .

قال الحارثي : وقال أصحابنا : إن تصرف بالهبة أو الصدقة أو الوقف : بطلت
الشفعة . وحزم به في الوجيز ، وغيره . وصححه في الخلاصة ، وغيرها . وقدمه في
الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والمغنى ، والشرح ،
والرعايتين ، والحاوي الصغير ، والفروع ، والفائق ، وناظم المفردات . وهو منها .
فقال - بعد أن ذكر الوقف ، والهبة ، والصدقة :

جمهور الأصحاب على هذا النمط * والقاضي قال النص في الوقف فقط .
وقال أبو بكر في التنبيه ، ولو بنى حصته مسجداً كان البناء باطلا . لأنه وقع
في غير ملك تام له . هذا لفظه .

قال المصنف : القياس قول أبي بكر . واختاره في الفائق .

قال الحارثي : وهو قوي جداً .

وقال : حكى القاضي أن أبا بكر قال في التنبيه : الشفع بالخيار بين أن يقره
على ما تصرف وبين أن ينقض التصرف . فإن كان وقفاً على قوم فسخه ، وإن
كان مسجداً نقضه ، اعتباراً به لو تصرف بالبيع .
قال : وتبعه الأصحاب عليه .

ومن ضرورته : عدم السقوط مطلقاً ، كما ذكره المصنف هنا عنه .

قال : ولم أر هذا في التنبيه . إنما فيه ما ذكرنا أولاً ، من بطلان أصل التصرف
وبينهما من البون مالا يخفى . انتهى .

وقال في الفائق : وخص القاضي النص بالوقف ، ولم يجعل غيره مسقطاً .

اختاره شيخنا . انتهى .

قال في الفصول : وعنه لا تسقط . لأنه شفيع . وضعفه بوقف غصب أو مريض مسجداً .

تنبيه : قال في القاعدة الرابعة والخمسين : صرح القاضي بجواز الوقف والإقدام عليه . وظاهر كلامه في مسألة التحيل على إسقاط الشفعة : تحريمه . وهو الأظهر . انتهى .

قلت : قد تقدم كلام صاحب الفائق في ذلك في أول الباب .

فأمرنا

إمداهما : لا يسقط رهنه الشفعة . على الصحيح من المذهب . وإن سقطت بالوقف والهبة والصدقة . قدمه في الفروع . ونصره الحارثي .
وقيل : الرهن كالوقف والهبة والصدقة . جزم به في الكافي ، والمنفى والوجيز . وقدمه في الرعاية الكبرى .

قال الحارثي : ألحق المصنف الرهن بالوقف والهبة . وهو بعيد عن نص الإمام أحمد رحمه الله . فإنه أبطل في الصدقة والوقف بالخروج عن اليد والملك . والرهن غير خارج عن الملك . فامتنع الإلحاق . انتهى .

وقال في الفائق : وخص القاضي النص بالوقف . ولم يجعل غيره مسقطاً .

اختاره شيخنا - يعني الشيخ تقي الدين رحمه الله .

وكلام الشيخ - يعني به المصنف - يقتضي مساواة الرهن والإجارة وكل عقد لا تجب الشفعة فيه للوقف .

قال - يعني المصنف - : ولو جعله صداقاً أو عوضاً عن خلع : انبنى على الوجهين في الأخذ بالشفعة . انتهى .

وقدم في الرعاية سقوطها بإجارة وصدقة .

الثانية : لو أوصى بالشفقة . فإن أخذ الشفيع قبل القبول : بطلت الوصية واستقر الأخذ . ذكره المصنف ، والشارح ، والحارثي ، وغيرهم .

وإن طلب ولم يأخذ بعد : بطلت الوصية أيضاً ، ويدفع الثمن إلى الورثة .
لأنه ملكهم . وإن كان الموصى له قَبْلَ قَبْلٍ أَخَذَ الشَّفِيعَ أو طلبه : فكما مر في
الهبة . تنقطع الشفعة بها على المذهب .
قال الحارثي : وعلى المحكي عن أبي بكر - وإن كان لا يثبت عنه - لا تنقطع ،
وهو الحق . انتهى .

وهو مقتضى إطلاق المصنف في المغنى .
قوله ﴿ وَإِنْ بَاعَ فَلِلشَّفِيعِ الْأَخْذُ بِأَيِّ التَّيَعُّنِ شَاءَ ﴾ .
هذا المذهب بلا ريب . والمشهور عند الأصحاب . وقطع به كثير منهم .
وقال ابن أبي موسى : يأخذه ممن هو في يده . وهو ظاهر كلام ابن عقيل في
التذكرة . لأنه قال : إذا خرج من يده وملكه ، كيف يسلم ؟ .
وقيل : البيع باطل . وهو ظاهر كلام أبي بكر في التنبيه . قاله في القاعدة
الرابعة والعشرين .

وقال في آخر القاعدة الثالثة والخمسين : وذكر أبو الخطاب أن تصرف
المشتري في الشقص المشفوع يصح ، ويقف على إجازة الشفع .
قوله ﴿ وَإِنْ فَسَخَ الْبَيْعُ بَعِيْبٍ أَوْ إِقَالَهٖ فَلِلشَّفِيعِ : أَخْذُهُ إِذَا تَقَايَلَا
الشَّقْصَ . ثُمَّ عَلِمَ الْمَشْتَرِي ، إِنْ قُلْنَا : الْإِقَالَةُ يَبْعُ . فَلَهُ الْأَخْذُ مِنْ أَيِّهْمَا شَاءَ ﴾
فإن أخذ من المشتري نقض الإقالة ليعود الشقص إليه . فيأخذ منه . وإن
قلنا فسخ : فله الشفعة أيضاً . على الصحيح من المذهب .
قال الحارثي : ذكره الأصحاب - القاضي ، وأبو الخطاب - وابن عقيل ،
والمصنف في آخرين . انتهى .

وجزم به في الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والنظم ، والمغنى ، والشرح ،
والوجيز ، وغيرهم وقدمه في الفروع ، وغيره .

قال الحارثي : ثم ذكر القاضي ، وابن عقيل ، والمصنف في كتابيه : أنه يفسخ الإقالة ، ليرجع الشقص إلى المشتري فيأخذ منه .
قال المصنف : لأنه لا يمكنه الأخذ معها .
وقال ابن أبي موسى : للشفيع انتزاعه من يد البائع .
قال الحارثي : والأول أولى . لأن الاستشفاع الانتزاع من يد المشتري . وهذا معنى قوله « لا يمكن الأخذ معها » .

وقد نص الإمام أحمد رحمه الله في رواية ابن الحكم على بطلان الشفعة .
وحمله القاضي على أن الشفيع عفا ولم يطالب . وتبعه ابن عقيل .
قال في المستوعب : وعندى أن الكلام على ظاهره . ومتى تقايلا قبل المطالبة بالشفعة : لم تجب الشفعة . وكذا قال صاحب التلخيص ، وزاد : فيكون على روايتين .

قال الحارثي : والبطلان هو الذي يصح عن الإمام أحمد رحمه الله .
فأمره : لو تقايلا بعد عفو الشفيع ، ثم عَنَّ له المطالبة : ففي المجرد والفصول إن قيل : الإقالة فسخ ، فلا شيء له . وإن قيل : هي بيع ، تجددت الشفعة . وأخذ من البائع لتجدد السبب . فهو كالعود إليه بالبيع الصريح . واقتصر عليه الحارثي .
وإن فسخ البيع بعيب قديم ، ثم علم الشفيع وطالب مقدما على العيب . فقال المصنف هنا : له الشفعة . وكذا قال الأصحاب : القاضي ، وأبو الخطاب ، وابن عقيل في آخرين .

وجزم به في الهداية ، والمذهب ، والخلاصة ، والمغنى ، والشرح ، والنظم ، والوجيز ، وغيرهم . وقدمه في المستوعب ، والتلخيص ، والفروع ، وغيرهم .
وعنه ليس له الأخذ إذا فسخ بعيب . ذكره في المستوعب ، والتلخيص ، أخذاً من نصه في رواية ابن الحكم في المقابلة .
وأكثرهم حكاة قولاً ، ومال إليه الحارثي .

فوائد

منها : لو باع شقصاً بعبد ، ثم وجد العبد معيباً . فقال في المغنى ، والمجرد ، والفصول ، وغيرهم : له رد العبد واسترجاع الشقص . ولا شيء للشفيع . واختار الحارثي ثبوت الشفعة له . انتهى .

قال الأصحاب : وإن أخذ الشفيع الشقص : ثم وجد البائع العيب : لم يملك استرداد الشقص . لأنه يلزم عنه بطلان عقد آخر . قلت : فيعابى بها .

ولكن يرجع بقيمة الشقص . والمشتري قد أخذ من الشفيع قيمة العبد . فإن ساوت قيمة العبد فذاك . وإن زادت إحداها على الأخرى . ففي رجوع باذل الزيادة من المشتري والشفيع على صاحبه وجهان . وأطلقهما في المغنى ، والشرح . أمرهما : يرجع بالزيادة . وهو الصحيح من المذهب . اختاره القاضي ، وابن عقيل والمجد . وجزم به في الكافي . وصححه في الفروع .

والوجه الثاني : لا يرجع .

وإن عاد الشقص إلى المشتري بعد دفع قيمته ببيع أو إرث أو هبة أو غيرها . ففي المجرد ، والفصول : لا يلزمه الرد على البائع ، ولا للبائع استرداده .

قال في المغنى ، والشرح : ليس للشفيع أخذه بالبيع الأول . انتهى . وإن أخذ البائع الأرض ولم يرد . فإن كان الشفيع أخذ بقيمته صحيحاً ، فلا رجوع للمشتري عليه . وإن أخذ بقيمته معيباً ، فللمشتري الرجوع بما أدى من الأرض . ذكره الأصحاب .

ولو عفا البائع مجاناً بالقيمة صحيحاً . ففي المغنى ، والشرح : لا يرجع الشفيع على المشتري بشيء . واقتصر عليه الحارثي .

وقيل : يرجع على المشتري بالأرض . وأطلقهما في الفروع .

ومنها : لو اشترى شقصاً بعبد أو بثمان معين ، وظهر مستحقاً : فالبيع باطل ، ولا شفعة . وعلى الشفيع رد الشقص إن أخذه . وإن ظهر البعض مستحقاً بطل البيع فيه . وفي الباقي روايتا تفريق الصفقة .

ومنها : لو كان الشراء بثمان في الذمة ونقده ، فخرج مستحقاً : لم يبطل البيع ، والشفعة بحالها . ويرد الثمن إلى مالكه . وعلى المشتري ثمن صحيح . فإن تعذر لإعسار أو غيره . ففي المغنى ، والشرح : للبائع فسخ البيع . ويقدم حق الشفيع . ومنها : لو كان الثمن مكيلاً أو موزوناً ، فتلف قبل قبضه بطل البيع ، وانتفت الشفعة . فإن كان الشفيع أخذ الشفعة لم يكن لأحد استرداده . ذكره المصنف ، والشارح .

ومنها : لو ارتد المشتري ، وقتل أو مات . فللشفيع الأخذ من بيت المال . قاله الشارح : واقتصر عليه الحارثي .
قوله ﴿ أَوْ تَحَالَفاً ﴾ .

يعنى إذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن - ولا بينة - وتحالفاً ، وتفاسخاً ، فلا يخلو : إما أن يكون قبل أخذ الشفيع أو بعده . فإن كان قبل أخذ الشفيع - وهى مسألة المصنف - فللشفيع الأخذ . هذا المذهب ، وعليه الأصحاب . وقطعوا به .

قال الحارثي : ويتخرج انتفاء الشفعة من مثله في الإقالة والرد بالعيب ، على الرواية المحكية وأولى .

فعلى المذهب : يأخذه بما حلف عليه البائع . لأنه مقر بالبيع بالثمن الذى حلف عليه ، ومقر له بالشفعة ، وإن وجد التفاسخ بعد أخذ الشفيع أقر بيد الشفيع ، وكان عليه للبائع ما حلف عليه .

تنبيه : ظاهر قوله ﴿ وَإِنْ أَجَرَهُ أَخَذَهُ الشَّفِيعُ . وَلَهُ الْأَجْرَةُ مِنْ يَوْمِ أَخْذِهِ ﴾ .

أن الإجارة لا تنفسخ ، ويستحق الشفيع الأجرة من يوم أخذه بالشفعة ، وهو أحد الوجوه .

جزم به في الشرح ، وشرح ابن منجا ، والنظم .
قال الحارثي : وفيه إشكال .

والوجه الثاني : تنفسخ من حين أخذه . وهو المذهب . جزم به في الحرر ، والنور ، وتذكرة ابن عبدوس . وقدمه في الفروع ، والرايعتين .
قال في الفروع ، وفي الإجارة في الكافي : الخلاف في هبة . انتهى . وأطلقهما في الحاوي الصغير .

والوجه الثالث : للشفيع الخيار بين فسخ الإجارة وتركها .
قال في القاعدة السادسة والثلاثين : وهو ظاهر كلام القاضى في خلافه في مسألة إعارة العارية . قال : وهو أظهر . انتهى .

قال الحارثي : ويتخرج من الوجه الذى نقول : تتوقف صحة الإجارة على إجازة البطن الثانى فى الوقف ، إجازة الشفيع هنا . إن أجازه : صح . وإلا بطل فى حقه بالأولى . قال : وهذا أقوى . انتهى .

وأطلق الأوجه الثلاثة فى القواعد . ولم يذكر الوجه الثالث فى الفروع .
قوله ﴿ وَإِنْ اسْتَعْلَهُ فَاَلْغَلَّهُ لَهُ ﴾ بلا نزاع .

وإن أخذه الشفيع وفيه زرع ، أو ثمرة ظاهرة : فهى للمشتري ، مبقاة إلى الحصاد والجداد . يعنى بلا أجرة . وهذا المذهب .

قال المجد فى شرح الهداية : هذا أصح الوجهين لأصحابنا . وجزم به فى المغنى والشرح ، وشرح ابن منجا ، والتلخيص ، والرايعتين ، والحاوي الصغير ، والنظم ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وشرح الحارثي .

وقيل : تجب فى الزرع الأجرة ، من حين أخذ الشفيع . واختاره ابن عبدوس فى تذكرته .

قال ابن رجب في القواعد : وهو أظهر .

قلت : وهو الصواب .

وهذا الوجه ذكره أبو الخطاب في الانتصار .

قال في الفروع : فيتوجه منه تخرج في الثمرة .

قلت : وهو ظاهر بحث ابن منجا في شرحه .

قال الحارثي - لما علل بكلامه في المغنى - وهذا بالنسبة إلى وجوب الأجرة

للشفيع في المؤجر مشكل جداً . فينبغي أن يخرج وجوب الأجرة هنا من وجوبها

هناك .

تنبيه : مفهوم قوله ﴿ أَوْ ثَمَرَةٌ ظَاهِرَةٌ ﴾ .

أن ما لم يظهر يكون ملكاً للشفيع . وذلك كالشجر إذا كبر ، والطلع إذا لم

يؤبر ، ونحوهما . وهو كذلك . قاله الأصحاب . منهم القاضي في المجرد ، وابن عقيل

في الفصول ، وللصنف في الكافي ، والمغنى ، والشرح ، وغيرهم .

فأمر : لو تأخر الطلع للشمول بالبيع في يد المشتري : كانت الثمرة له . على

الصحيح من المذهب . قطع به في المغنى ، والشرح ، وغيرهما . وقدمه الحارثي ،

وفيه وجه : هي للشفيع .

قوله ﴿ وَإِنْ قَاسَمَ الْمُشْتَرَى وَكِيلَ الشَّفِيعِ ، أَوْ قَاسَمَ الشَّفِيعَ لِكَوْنِهِ

أَظْهَرَ لَهُ زِيَادَةً فِي الثَّمَنِ ، أَوْ نَحْوَهُ ، وَغَرَسَ ، أَوْ بَنَى : فَلِلشَّفِيعِ أَنْ

يَدْفَعَ إِلَيْهِ قِيمَةَ الْغِرَاسِ وَالْبِنَاءِ ، وَيُمْلِكَهُ ، أَوْ يَقْلَعَهُ ، وَيَضْمَنَ

النَّقْصَ ﴾ .

إذا أبنى المشتري أخذ غرسه وبنائه : كان للشفيع أخذ الغراس والبناء ، والحالة

هذه . وله القلع ، وضمان النقص ، على الصحيح من المذهب . وعليه أكثر

الأصحاب . وقطع به كثير منهم . وقدمه في الفروع وغيره .

قال في الاختصار : أو أقره بأجرة . فإن أبي فلا شفعة .
قال الحارثي : إذا لم يقطع المشتري : ففي الكتاب تخيير الشفيع بين أخذ
الفراس والبناء بالقيمة ، وبين قلعه وضمان نقصه . وهذا ما قاله القاضي وجمهور أصحابه
قال : ولا أعرفه نقلا عن الإمام أحمد رحمه الله . وإنما المنقول عنه روايتا
التخيير من غير أرش .

والأخرى - وهي المشهورة عنه - : إيجاب القيمة من غير تخيير . وهو ما ذكره
الخرقي ، وابن أبي موسى ، وابن عقيل في التذكرة ، وأبو الفرج الشيرازي . وهو
المذهب .

زاد ابن أبي موسى : ولا يؤمر المشتري بقطع بنائه . انتهى .
قال في الفروع : ونقل الجماعة : له قيمة البناء ، ولا يقلعه .
ونقل سندي : أنه قيمة البناء ، أم قيمة النقص ؟ قال : لا ، قيمة البناء .
فأمره : إذا أخذه بالقيمة . قال الحارثي : يعتبر بذل البناء أو الفراس بما يساويه
حين التقويم ، لا بما أنفق المشتري ، زاد على القيمة أو نقص . ذكره أصحابنا .
انتهى .

وقال في المغني ، وتبعه الشارح : لا يمكن إيجاب قيمته باقياً . لأن البقاء غير
مستحق . ولا قيمته مقلوعاً . لأنه لو كان كذلك ، لملك القلع مجاناً . ولأنه قد
يكون لا قيمة له إذا قلع .

قالا : ولم يذكر أصحابنا كيفية وجوب القيمة .
والظاهر : أن الأرض تقوم مغروسة ومبنية ، ثم تقوم خالية . فيكون ما بينهما
قيمة الغرس والبناء . وجزم بهذا ابن رزق في شرحه .
قال المصنف ، والشارح : ويحتمل أن يقوم الغرس والبناء مستحقاً للترك
بالأجرة ، أو لأخذه بالقيمة ، إذا امتنع من قلعه . انتهى .

قوله ﴿فَإِنْ اخْتَارَ أَخَذَهُ فَأَرَادَ الْمُشْتَرَى - وَهُوَ صَاحِبُهُ - قَلَمَهُ : فَلَهُ ذَلِكَ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ ضَرَرٌ﴾ .

هذا أحد الوجهين . اختاره المصنف ، والشارح .

وجزم به الخرقى ، وابن عقيل فى التذكرة ، والأدمى البغدادى ، وابن منجا فى شرحه ، وصاحب الوجيز .

والصحيح من المذهب : أن له القلع ، سواء كان فيه ضرر أو لا . وعليه أكثر الأصحاب .

قال الحارثى : ولم يعتبر القاضى وأصحابه الضرر وعدمه .

قال الزركشى : وهو ظاهر كلام الأكرهين . بل الذى جزموا به : له ذلك . سواء أضر بالأرض ، أو لم يضر . انتهى .

وقدمه فى الفروع ، والتلخيص ، والفاثق .

نفيه : قال الحارثى : وهذا الخلاف الذى أورده من أورده من الأصحاب

مطلقا : ليس بالجيد . بل يتعين تنزيله : إما على اختلاف حالين . وإما على ما قبل الأخذ . وإنما أورده القاضى ، وابن عقيل فى الفصول ، على هذه الحالة لا غير .

وحيث قيل باعتبار عدم الضرر . ففيا بعد الأخذ ، وهو ظاهر ما أورده فى التذكرة .

فأمرناه

إمراهم : لو قلعه المشتري ، وهو صاحبه : لم يضمن نقص الأرض . على الصحيح من المذهب . اختاره القاضى وغيره .

قال فى الفروع : لا يضمن نقص الأرض فى الأصح . وقدمه فى الشرح ، والفاثق . وجزم به فى الكافى . وعالله بانتفاء عدوانه ، مع أنه جزم فى باب العارية بخلافه .

وقيل : يلزمه . وهو ظاهر كلام الخرقى . ومال إليه الحارثى . وقال :
والكلام فى تسوية الحفر : كالكلام فى ضمان أرض النقص . وأطلقهما فى
القاعدة الثامنة والسبعين .

الثانية : يجوز للمشتري التصرف فى الشقص الذى اشتراه بالغرس والبناء
فى الجملة . وهو ظاهر كلام الأصحاب .

قال فى رواية سندی : ليس هذا بمنزلة الغاصب .
وقال فى رواية حنبل : لأنه عمر . وهو يظن أنه ملكه ، وليس كما إذا
زرع بغير إذن أهله .

قال الحارثى : إنما هذا بعد القسمة والتميز ، لىكون التصرف فى خالص
ملكه . أما قبل القسمة : فلا يملك الغرس والبناء . وللشقيق إذا قلع الغرس
والبناء مجاناً للشركة ، لا للشفعة . فإن أحد الشريكين إذا انفرد بهذا التصرف
كان للآخر القلع مجاناً .

قال جعفر بن محمد : سمعت أبا عبد الله يسأل عن رجل غرس نخلاً فى أرض
بينه وبين قوم مشاعاً ؟ قال : إن كان بغير إذنهم قلع نخله . انتهى .
قلت : وهذا لاشك فيه .

قوله ﴿ وَإِنْ بَاعَ الشَّقِيقُ مِلْكَهُ قَبْلَ الْعِلْمِ : لَمْ تَسْقُطْ شَفَعَتُهُ فِي
أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ﴾ .

وهو المذهب . اختاره أبو الخطاب ، وابن عبدوس فى تذكرته .
قال الحارثى : هذا أظهر الوجهين .

وصححه فى التصحيح ، والنظم . وجزم به فى الوجيز وغيره . وقدمه فى
الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة .

والثاني : تسقط . اختاره القاضى فى المجرى . وأطلقهما فى التلخيص ، والحرر ،
والشرح ، والرعاية ، والفروع ، والفاثق .

فعلى المذهب : للبائع الثانى - وهو الشفيع - أخذ الشقص من المشتري الأول .
فإن عفا عنه : فلمشتري الأول أخذ الشقص من المشتري الثانى .
فإن أخذ منه : فهل للمشتري الأخذ من الثانى ؟ على الوجهين . وهو قوله
« وللمشتري الشفعة فيما باعه الشفيع . فى أصح الوجهين » وهو المذهب . صححه
المصنف ، والشارح ، والناظم ، وصاحب الفائق . وجزم به فى الوجيز .
والوجه الثانى : لا شفعة له . وأطلقهما فى شرح الحارثى .

وعلى الوجه الثانى ، فى المسألة الأولى : لا خلاف فى ثبوت الشفعة للمشتري
الأول على المشتري الثانى فى مبيع الشفيع . لسبق شركته على المبيع ، واستقرار
ملكه .

تفصيل : مفهوم كلامه : أن الشفيع لو باع ملكه بعد علمه : أن شفعته تسقط .
وهو صحيح ، لا خلاف فيه أعلمه .

لكن لو باع بعضه عالماً . ففى سقوط الشفعة وجهان . وأطلقهما فى المغنى ،
والشرح ، والفائق .

أمرهما : تسقط .

والثانى : لا تسقط . لأنه قد بقى من ملكه ما يستحق به الشفعة فى جميع المبيع
لو انفرد . فكذلك إذا بقى .

قال الحارثى : وهو أصح إن شاء الله تعالى . لقيام المقتضى . وهو الشركة
وللمشتري الأول الشفعة على المشتري الثانى فى المسألة الأولى .

وفى الثانية : إذا قلنا بسقوط شفعة البائع الأول ، وإن قلنا : لا تسقط شفعة
البائع . فله أخذ الشقص من المشتري الأول .

وهل للمشتري الأول شفعة على المشتري الثانى ؟ فيه وجهان . وأطلقهما فى
المغنى ، والشرح .

أمرهما : له الشفعة .

قال المصنف في المغنى : وهو القياس .

والوجه الثاني : لاشفعة له .

فعلى الأول : للمشتري الأول الشفعة على المشتري الثاني ، سواء أخذ منه المبيع بالشفعة أو لم يأخذ . وللبائع الثاني - إذا باع بعض الشقص - الأخذ من المشتري الأول في أحد الوجهين . وأطلقهما في المغنى ، والشرح .

فأمره : لو باع بعض الحصة جاهلاً . فإن قيل بالشفعة فيما لو باع الكل في هذه الحال . فلا كلام . وإن قيل بسقوطها فيه : فهنا وجهان . أوردهما القاضى ، وابن عقيل .

وجههما : ما تقدم في أصل المسألة .

قال الحارثى : والأصح جريان الشفعة بالأولى .

قوله ﴿ وَإِنْ مَاتَ الشَّفِيعُ : بَطَلَتِ الشُّفْعَةُ ، إِلَّا أَنْ يَمُوتَ بَعْدَ طَلِبِهَا فَتَكُونُ لَوَارِثِهِ ﴾ .

إذا مات الشفيع فلا يخلو : إما أن يكون قد مات قبل طلبها أو بعده .

فإن مات قبل طلبها : لم يستحق الورثة الشفعة . على الصحيح من المذهب . وعليه الأصحاب . ونص عليه مراراً .

قال في القواعد الفقهية : لاتورث مطالبة الشفعة من غير مطالبة ربها . على الصحيح من المذهب . وله مأخذان .

أمرهما : أنه حق له : فلا يثبت بدون مطالبته . ولو علمت رغبته من غير مطالبته لكفى في الإرث . ذكره القاضى في خلافه .

والمأخذ الثاني : أن حقه سقط بتركه وإعراضه ، لاسيما على قولنا : إنها على

الفور .

فعلى هذا : لو كان غائباً فللورثة المطالبة . وليس ذلك على الأول . انتهى .

وقيل : للورثة المطالبة . وهو يخرج لأبي الخطاب .

ونقل أبو طالب : إذا مات صاحب الشفعة ، فولده أن يطلبوا الشفعة لمورثهم

قال فى القواعد : وظاهر هذا : أن لهم المطالبة بكل حال . انتهى .

وإن مات بعد أن طالب بها : استحقها الورثة . وهو المذهب . وعليه

الأصحاب . ولا أعلم فيه خلافاً .

وقد توقف فى رواية ابن القاسم ، وقال : وهو موضع نظر .

وتقدم نظير ذلك فى آخر فصل خيار الشرط .

قال الحارثى : ثم من الأصحاب من يعلل بإفادة الطلب للملك . فيكون الحق

موروثاً بهذا الاعتبار . وهى طريقة القاضى ، وأبى الخطاب ، ومن وافقهما على

إفادة الملك .

ومنهم من يعلل بأن الطلب مقرر للحق . ولهذا لم تسقط بتأخير الأخذ بعده

وتسقط قبله . وإذا تقرر الحق وجب أن يكون موروثاً . وهى طريقة المصنف ،

ومن وافقه على أن الطلب لا يفيد الملك . وهو مقتضى كلام الإمام أحمد رحمه الله .

تنبيه : ظاهر كلام المصنف : أن الشفيع لا يملك الشقص بمجرد المطالبة . وهو

أحد الوجوه . فلا بد للتملك من أخذ الشقص ، أو يأتى بلفظ يدل على أخذه بعد

المطالبة . بأن يقول « قد أخذته بالثمن » أو « تملكته بالثمن » ونحو ذلك . وهو

اختيار المصنف ، والشارح . وقدمه الحارثى ، ونصره .

وقال : اختاره المصنف ، وغيره من الأصحاب .

وقيل : يملكه بمجرد المطالبة إذا كان مليئاً بالثمن . وهو المذهب . اختاره

القاضى ، وأبو الخطاب ، وابن عبدوس فى تذكرته . وقدمه فى الفروع ، والمستوعب ،

والرايعتين ، والحاوى الصغير .

قال الحارثى : وهو قول القاضى ، وأكثر أصحابه ، وصاحب التلخيص .

فيصح تصرفه قبل قبضه فيه .

وقيل : لا يملكه إلا بمطالبتة وقبضه .

وقيل : لا يملكه إلا بحكم حاكم . اختاره ابن عقيل . وقطع به في تذكرته .

قال الحارثي : ويحصل الملك بحكم الحاكم أيضاً . ذكره ابن الصيرفي في

نواده . وقال به غير واحد . انتهى .

وقيل : لا يملكه إلا بدفع ثمنه ، مالم يصبر مشتريه واختاره ابن عقيل أيضاً .

حكاه في المستوعب ، والتلخيص .

قال في القواعد : ويشهد له نص الإمام أحمد رحمه الله : إذا لم يحضر المال

مدة طويلة . بطلت شفيعته .

وقال في الرعاية : الأصح أن له التصرف قبل قبضه وتملكه .

وقال في التلخيص ، والترغيب : المشتري حبسه على ثمنه . لأن الملك بالشفعة

قهرى ، كال ميراث ، والبيع عن رضى .

ويخالفه أيضاً في خيار الشرط . وكذا خيار مجلس من جهة شفيع بعد تملكه .

لنفوذ تصرفه قبل قبضه بعد تملكه بإرث .

نبيه : قوله ﴿ وَيَأْخُذُ الشَّفِيعُ بِالثَّمَنِ الَّذِي وَقَعَ عَلَيْهِ الْعَقْدُ ﴾ .

قال الحارثي : فيه مضمحل حذف اختصاراً . وتقديره : مثل الثمن ، أو قدره .

لأن الأخذ بعين الثمن المأخوذ به للمشتري غير ممكن . فتعين الإضمار .

وإذن فالظاهر إرادة الثانى ، وهو القدر . لأنه تعرض لوصف التأجيل ،

والمثلية ، والتقويم فيما بعد . فلو كان المثل مراداً : لكان تكريراً . لشمول

« المثل » للصفة والذات . انتهى .

فوائد

منها : تنتقل الشفعة إلى الورثة كلهم على حسب ميراثهم . ذكره غير واحد

منهم المصنف ، والشارح ، والسامري ، وابن رجب ، وغيرهم .

ومنها : لا فرق في الوارث بين ذوى الرحم والزوج والمولى وبيت المال .
فياخذ الإمام بها . صرح به الأصحاب . قاله في القاعدة التاسعة والأربعين بعد المائة .
ومنها : إشهاد الشفيع على الطلب حالة العذر يقوم مقام الطلب في الانتقال
إلى الورثة .

ومنها : شفيعان في شقص . عفا أحدهما ، وطالب الآخر ، ثم مات . فورثه
العاقى : له أخذ الشقص بالشفعة . ذكره المصنف ، وغيره .
قال المصنف : وكذا لو قذف رجل أمهما الميتة . فعفا أحدهما ، وطالب الآخر
ثم مات . فورثه العاقى : كان له استيفاء الحد بالنيابة عن أخيه ، إذا قيل بوجوب
الحد بقذفها .

قوله ﴿ وَإِنْ عَجَزَ عَنْهُ أَوْ عَنْ بَعْضِهِ : سَقَطَتْ شَفَعَتُهُ ﴾ .

ولو أتى برهن أو ضامن : لم يلزم المشتري . ولكن ينظر ثلاثا . على الصحيح
من المذهب ﴿ حَتَّى يَتَبَيَّنَ عَجْزُهُ ﴾ .

نص عليه . وجزم به في الرعاية الصفري ، والحرق ، والحاوى الصغير ، والنظم ،
وتذكرة ابن عبدوس . وقدمه في الفروع ، والحارثي .

وعنه : لا ينظر إلا يومين . جزم به في المغنى ، والشرح ، والتاخيص ، والمستوعب
وعنه : يرجع في ذلك إلى رأى الحاكم .
قلت : وهذا الصواب في وقتنا هذا .

فإذا مضى الأجل : فسخ المشتري . على الصحيح من المذهب . اختاره
القاضى ، والمصنف .

قال الحارثي : وهو أصح . وقدمه في الفروع .
وقيل : إنما يفسخه الحاكم . قدمه في الشرح ، والرعاية ، والفاائق .
وقيل : يتبين بطلانه . اختاره ابن عقيل .

قال الحارثي : والمنصوص من رواية الحال : بطلان الشفعة مطلقا . وهو ما قال في التلخيص ، والمحزر .

فوائد

الأولى : المذهب أن الأخذ بالشفعة نوع بيع . لأنه دفع مال لغرض التملك . ولهذا اعتبره العلم بالشقص والتمن . فلا يصح مع جهاتهما . ذكره المصنف ، وغيره قال : وله المطالبة بالشفعة مع الجهالة . ثم يتعرف مقدار الثمن . وذكر احتمالا بجواز الأخذ مع جهالة الشقص ، بناء على جواز بيع الأعيان الغائبة .

الثانية : قال المصنف ، وغيره : إذا أخذ بالشفعة لم يلزم المشتري تسليم الشقص حتى يقبض الثمن . وقاله في التلخيص ، وغيره . وفرق بينه وبين البيع .

الثالثة : لو تسلم الشقص والتمن في الذمة ، فأفلس . فقال المصنف ، وغيره : المشتري مخير بين الفسخ والضرب مع الغرماء بالتمن ، كالبائع إذا أفلس المشتري .

الرابعة : في رجوع شفيع بأرش على مشتري عفا عنه بائع : وجهاز . وأطلقهما في الرعاية ، والفروع .

قلت : الصواب عدم الرجوع . وهو ظاهر كلام كثير من الأصحاب . ثم وجدته في المغنى ، والشرح ، وشرح ابن رزين ، والحارثي . قطعوا بذلك . وتقدم ذلك بعد قوله « وإن فسخ البيع بعيب أو إقالة » .

قوله « وَإِنْ كَانَ مُؤَجَّلًا : أَخَذَهُ الشَّفِيعُ بِالْأَجَلِ إِنْ كَانَ مَلِيئًا ، وَإِلَّا أَقَامَ كَفِيلًا مَلِيئًا وَأَخَذَ بِهِ » .

هذا المذهب . وعليه الأصحاب . ونص عليه .

لكن شرط التقاضي في الجامع الصغير ، وغيره ، وولده أبو الحسين ، والقاضي يعقوب ، وأبو الحسن بن بكروس : وصف « النقة » مع « الملاءة » فلا يستحق بدونهما .

قال الحارثي : وليس يبيع من النص .

فائدة : لو أخذ الشفيع بالأجل ، ثم مات هو أو المشتري - وقلنا : يحل الدين بالموت - حل الثمن عليه ، ولم يحل على الحى منهما . ذكره المصنف وغيره .

فائدة : قال الحارثي : إطلاق قول المصنف « إن كان مؤجلاً أخذه بالأجل إن كان مليئاً » يفيد ما لو لم يتفق طلب الشفيع إلا عند حلول الأجل أو بعده ، أن يثبت له استئناف الأجل . وقطع به ونصره .

قوله ﴿ وَإِنْ كَانَ الثَّمَنُ عَرْضًا : أَعْطَاهُ مِثْلَهُ ، إِنْ كَانَ ذَا مِثْلٍ ، وَإِلَّا قِيَمَتُهُ ﴾ .

اعلم أن الثمن لا يخلو : إما أن يكون مثلياً ، أو متقوماً . فإن كان مثلياً : انقسم إلى نقد وعرض . وأياً ما كان فاللمالة فيه تتعلق بأمور .

أصدها : الجنس . فيجب مثله من الجنس : كالذهب ، والفضة ، والحنطة ، والشعير ، والزيت ، ونحوه . وإن انقطع المثل حالة الأخذ : انتقل إلى القيمة . كما في الغصب . حكاه ابن الزاغوني محل وفاق .

وفي أصل المسألة رواية : أنه يأخذ بقيمة المكيل والموزون ، تعذر المثل أولاً وأما المدروع - كالثياب - فقال ابن الزاغوني في شروطه : القول فيه كقول في المكيل والموزون . إلا أن القول فيه هنا مبني على السلم فيه . فحيث صححنا السلم فيه : أخذ مثلها ، إلا على الرواية في أنها مضمونة بالقيمة فيأخذ الشفيع بالقيمة . وحيث قلنا : لا تصح بأخذ القيمة ، والأولى : القيمة . انتهى .

قال الحارثي : والقيمة اختيار للمصنف ، وعامة الأصحاب .

وأما المعداد - كالبيض ونحوه - فقال ابن الزاغوني : ينبني على السلم فيه . إن قيل بالصحة : ففيه ما في المكيل ، والموزون . وإلا فالقيمة .

الثاني : المقدار ، فيجب مثل الثمن قدرأ من غير زيادة ولا نقص . فإن وقع

العقد على ما هو مقدر بالمعيار الشرعى فذاك . وإن كان بغيره - كالبيع بألف رطل من حنطة - فقال فى التلخيص : ظاهر كلام أصحابنا : أنه يكال ويدفع إليه مثل مكياله ، لأن الرويات تماثلها بالمعيار الشرعى . وكذلك إقراض الحنطة بالوزن . قال : يكفى عندى الوزن هنا . إذ المبذول فى مقابلة الشقص وقدر الثمن : معياره لا عوضه . انتهى .

نгий : تقدم فى الحيل : إذا جهل الثمن ما يأخذ .

الثالث : الصفة فى الصحاح ، والمكسرة ، والسود ، ونقد البلد ، والحلول ، وضدها . فيجب مثله صفة .

وإن كان مقنوماً - كالعبد ، والدار ، ونحوهما - فالواجب اعتباره بالقيمة يوم البيع .

وقال فى الرعاية : يأخذ الشفيع الشقص بما استقر عليه العقد من ثمن مثلى أو قيمة غيره وقت لزوم العقد .

وقيل : بل وقت وجوب الشفعة . انتهى .

فأمره : لو تباع ذميان بخمر ، إن قلنا : ليست ما لا لهم . فلا شفعة بحال .

اختاره القاضى ، وابن عقيل ، والمصنف ، وغيرهم . واقتصر عليه الحارثى .

وإن قلنا : هى مال لهم . فأطلق أبو الخطاب ، وغيره : وجوب الشفعة . وكذا قال القاضى وغيره .

ثم قال فى المستوعب ، والتلخيص : يأخذ بقيمة الخمر ، كما لو أتلف على ذمى خمرأ .

قوله ﴿ وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الثَّمَنِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرَى ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ لِلشَّفِيعِ بَيِّنَةٌ ﴾ .

وهذا بلا نزاع . وعليه الأصحاب .

لكن لو أقام كل واحد - من الشفيع والمشتري - بينة بضمنه . فقال القاضى ،
وابنه أبو الحسين ، وأبو الخطاب ، وابن عقيل ، والشريف أبو جعفر ، وأبو القاسم
الزبدي ، وصاحب المستوعب : تقدم بينة الشفيع .
قال الحارثى : ويقتضيه إطلاق الخرقى ، والمصنف هنا . وجزم به فى الرعايتين ،
والخارى الصغير ، والمستوعب ، والهداية ، والمذهب ، والخلاصة .
وقيل : تتعارضان . وهو احتمال فى المبنى . وقدمه ابن رزى فى شرحه .
وقيل : باستعمالهما بالقرعة . وأطلقهن فى الفروع .
ووجه الحارثى قولاً : أن القول قول المشتري . لأنه قال : قول الأصحاب
هنا مخالف لما قالوه فى بينة البائع والمشتري ، حيث قدموا بينة البائع . لأنه مدع
بزيادة . وهذا بعينه موجود فى المشتري هنا . فيحتمل أن يقال فيه بمثل ذلك .
انتهى .

فوائد

إبراهيم : لو قال المشتري : لأعلم قدر الثمن . فالقول قوله . ذكره الأصحاب :
القاضى وابن عقيل ، والمصنف ، وغيرهم .
قال القاضى ، وابن عقيل : فيحلف أنه لا يعلم قدره . لأن ذلك وفق
الجواب . وإذن لا شفعة . لأنها لا تستحق بدون البذل ، وإيجاب البذل متعذر
للجهالة .
ولو ادعى المشتري جهل قيمة العرض : فكدهوى جهل الثمن . ذكره
المصنف وغيره .

وتقدم التنبيه على ذلك بعد ذكر الحيل أول الباب .

الثانية : لو قال البائع : الثمن ثلاثة آلاف . وقال المشتري : ألفان . وقال
الشفيع : ألف ، وأقاموا البينة . فالبينة للبائع . على ما تقدم ، لدعوى الزيادة .
الثالثة : لو كان الثمن عرضاً . واختلف الشفيع والمشتري فى قيمته . فإن وُجِدَ

قَوْمٌ . وإن تعذر : فالقول قول المشتري مع يمينه . قاله المصنف وغيره .
وإن أقاما بينة بقيمته . قال الحارثي : فالأظهر التعارض . ويحتمل تقديم
بينه الشفيع .

قوله ﴿ وَإِنْ قَالَ الْمُشْتَرَى : اشْتَرَيْتُهُ بِأَلْفٍ ، وَأَقَامَ الْبَائِعُ بَيْنَةً :
أَنَّهُ بَاعَهُ بِأَلْفَيْنِ ، فَلِلْشَّفِيعِ أَخْذُهُ بِالْأَلْفِ ﴾ بلا نزاع .
﴿ فَإِنْ قَالَ الْمُشْتَرَى : غَلِطْتُ ﴾ أَوْ نَسِيتُ ، أَوْ كَذَبْتُ ﴿ فَهَلْ
يُقْبَلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والمغنى ، والتلخيص
والشرح ، والفروع ، والفتاوى .
أمرهما : يقبل قوله .

قال القاضى : قياس المذهب عندى : يقبل قوله ، كما لو أخبر فى المراجعة ، ثم
قال : غلطت ، بل هنا أولى . لأنه قد قامت بينة بكذبه .
قال الحارثي : هذا الأقوى .

قال فى الهداية - لما أطلق الوجهين - بناء على الخبر فى المراجعة . إذا قال
« غلطت » .

وقد تقدم أن أكثر الأصحاب قبلوا قوله فى ادّعائه غلطاً فى المراجعة .
وصححه هنا فى التصحيح ، والنظم . وقدمه فى الرعايتين ، والحاوى الصغير .

والوجه الثانى : لا يقبل . قدمه ابن رزّين فى شرحه . وجزم به فى الكافى .

واختاره ابن عقيل .

وهذا المذهب على ما اصطالحناه .

ونقل أبو طالب فى المراجعة : إن كان البائع معروفاً بالصدق : قبل قوله ،
وإلا فلا .

قال الحارثي : فيخرج مثله هنا .
وقال : ومن الأصحاب من أبي الإلحاق بمسألة المراجعة .
قال ابن عقيل : عندي أن دعواه لا تقبل . لأن مذهبنا أن الذرائع محسومة
وهذا فتح لباب الاستدراك لكل قول يوجب حقاً .
ثم فرق بأن المراجعة كان فيها أميناً ، حيث رجع إليه في الإيجاب بالثمن ،
وليس المشتري^(١) أميناً للشفيع ، وإنما هو خصمه . فافترقا .
وقال في الرعاية الكبرى : وقيل يتحالفان ، ويفسخ البيع ، ويأخذه بما
حلف عليه البائع لا المشتري .
قوله ﴿ فَإِنْ ادَّعَى أَنَّكَ اشْتَرَيْتَهُ بَالْفِ . فَقَالَ : بَلْ اتَّهَبْتُهُ . قَالِقُولُ
قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ﴾ بلا نزاع .
فإن نكل عنها ، أو قامت للشفيع بينة : فله أخذه . ويقال للمشتري : إما
أن تقبل الثمن ، وإما أن تبرئ منه .
اعلم أنه إذا ادعى الشفيع على بعض الشركاء دعوى محررة بأنه اشترى نصيبه
فله أخذه بالشفعة ، وأنكر الشريك ، وقال : إنما اتَّهَبْتُهُ ، أو ورثته . قَالِقُولُ
قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ .
فإن نكل عن اليمين ، أو قامت بينة للشفيع بالشراء : فللشفيع أخذه ودفع
الثمن إليه .
فإن قال : لا أستحقه . فجزم المصنف هنا ، أن يقال للمشتري : إما أن تقبل
الثمن ، وإما أن تبرئ منه ، كالمسكتب إذا جاء بالنجم قبل وقته . وهذا أحد الوجوه
اختاره القاضي ، وابن عبدوس في تذكرته . وجزم به في النظم ، والرعايتين ،
والحاوي الصغير ، على ما يأتي قريباً .
وقيل : يبقى في يد الشفيع إلى أن يدعيه المشتري فيدفعه إليه .

(١) هنا خرم في نسخة المصنف مقدار ثلاث ورقات .

قال المصنف ، والشارح : وهذا أولى .
قال الحارثي : ونقل غيره أنه المذهب .
وقيل : يأخذه الحاكم يحفظه لصاحبه ، إلى أن يدعيه . فمتى ادعاه المشتري
دفع إليه . وأطلقهم في المغنى ، والشرح ، والفروع ، والفائق . وأطلق الأخيرتين
في التلخيص .

تنبيه : محل الخلاف عند المصنف ، والشارح ، وصاحب الفروع ، والفائق ،
وغيرهم : حيث أصر على الهبة أو الإرث . وقامت بينة بالشراء .

ومحل الخلاف عند صاحب الرعايتين ، والنظم ، والحاوي الصغير ، وتذكرة
ابن عبدوس - على قول القاضي - فقطع هؤلاء بأن يقال : إما أن تقبل الثمن أو
تبرئ . فإن أبى من ذلك ، فيأتى الخلاف . وهو أنه هل يكون عند الشفيع أو الحاكم ؟
فقدم في الرعايتين ، والحاوي الصغير ، والنظم : أنه يكون عند الشفيع .

وقطع ابن عبدوس : أنه يكون عند الحاكم يحفظه له .
قوله ﴿ وَإِنْ كَانَتْ عِوَضًا فِي الْخُلْعِ ، أَوْ النِّكَاحِ ، أَوْ عَنْ
دَمِ الْعَمْدِ ﴾ .

فقال القاضي : يأخذه بقيمته .

قال القاضي ، وابن عقيل : قياس قول ابن حامد : الأخذ بقيمة الشقص .
وهو الصحيح . اختاره ابن عبدوس في تذكرته ، وصاحب الفائق . وصححه في
النظم . وقدمه في الرعاية الصغرى ، والحاوي الصغير وقطع به في الهداية .
وقال غيره : يأخذه بالدية ومهر المثل . اختارها ابن حامد . حكاه عنه الشريف
أبو جعفر ، وغيره .

ومقتضى قول المصنف : أن غير القاضي من الأصحاب قال ذلك . وفيه نظر .
وأطلقهما في المحرر ، والفروع ، والزرر كشي .

تنبيه : هذا الخلاف مفرع على القول بثبوت الشفعة في ذلك . وهو قول ابن حامد ، وجماعة . على ما تقدم في أول الباب .

وتقدم التنبيه أيضاً على الخلاف هناك .

وأما على الصحيح من المذهب : فلا يأتي الخلاف .

فأمره : تقويم الشقص ، أو تقويم مقابله على كلا الوجهين : معتبر في المهر بيوم النكاح . وفي الخلع بيوم البينونة .

وإن كان متعة في طلاق . فعلى الأول : يأخذ بقيمته . وعلى الثاني : يأخذ بمهر المثل . قاله المصنف ، والشارح ، كما في الخلع به .

قال الحارثي : ويحتمل أن يأخذ بمتعة مثلها . قل : وهو الأقرب .

قوله ﴿ وَلَا شُفْعَةَ فِي بَيْعِ الْخِيَارِ قَبْلَ انْقِضَائِهِ ﴾ .

نص عليه . وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به في الوجيز ، وغيره . وقدمه في الفروع ، وغيره .

قال في القواعد في الفائدة الرابعة : وأما الشفعة فلا تثبت في مدة الخيار على الروايتين ، عند أكثر الأصحاب . ونص عليه في رواية حنبل .

فمن الأصحاب من علل بأن الملك لم يستقر .

وعلل القاضي في خلافه بأن الأخذ بالشفعة يسقط حق البائع من الخيار . ولذلك لم تجز المطالبة في مدته .

فعلى هذا : لو كان الخيار للمشتري وحده : ثبتت الشفعة . انتهى .

ويحتمل أن تجب مطلقاً . وهو تخريج لأبي الخطاب . يعني إذا قلنا بانتقال الملك .

وقيل : تجب في خيار الشرط ، إذا كان الخيار للمشتري . وهو مقتضى

تعلييل القاضي في خلافه . كما قاله في الفوائد عنه .

وتقدم ذلك في الخيار في البيع بعد قوله « وينتقل الملك إلى المشتري بنفس العقد » .

فائدة : حكم خيار المجلس : حكم خيار الشرط . قاله في الفروع وغيره .
قوله ﴿ وَإِنْ أَقَرَّ الْبَائِعُ بِالْبَيْعِ ، وَأَنْكَرَ الْمُشْتَرِي . فَهَلْ تَجِبُ الشُّفْعَةُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .

وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، ومسبوك الذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والفائق .

أمرهما : تجب . وهو المذهب . صححه في التصحيح ، والنظم ، ونصره المصنف ، والشارح . واختاره القاضي ، وابنه ، وابن عقيل ، وابن بكروس . واختاره أبو الخطاب ، وابن الزاغوني .

وقال في المستوعب : هذا قياس المذهب . ذكره شيوخنا الأوائل . قال : ولأن أصحابنا قالوا : إذا اختلف البائع والمشتري في الثمن . تحالفا وفسخ البيع ، وأخذ الشفع بما حلف عليه البائع . فأثبتوا له الشفعة مع بطلان البيع في حق المشتري . انتهى . وجزم به في الوجيز وغيره . وقدمه في التلخيص ، والمحزر ، والرايعتين ، والحاوي الصغير ، والفروع .

والوجه الثاني : لا تجب . اختاره الشريفان - أبو جعفر ، وأبو القاسم الزيدي - قال في التلخيص : اختاره جماعة من الأصحاب .

قال الحارثي : وهذا أقوى .

فلى المذهب : يقبض الشفع من البائع . وأما الثمن : فلا يخلو ، إما أن يقر البائع بقبضه أولا . فإن لم يقر بقبضه . فإنه يسلم إلى البائع والمهدة عليه . ولا عهدة على المشتري . قاله الأصحاب . منهم

القاضي في المجرد ، وابن عقيل في الفصول ، والمصنف في المغنى ، والشارح ،
وصاحب المحرر ، والفروع ، والوجيز ، والزر كشي ، وغيرهم .

قال الحارثي : وهذا يقتضى تلقى الملك عنه . وهو مشكل .

وكذلك أخذ البائع للثمن مشكل . لاعترافه بعدم استحقاقه عليه .

ثم قال القاضي ، وابن عقيل ، والمصنف ، وجماعة : ليس للشفيع ولا للبائع
محاكمة المشتري ، ليثبت البيع في حقه وتجب العهدة عليه . لأن مقصود البائع :
الثمن ، وقد حصل من الشفيع . ومقصود الشفيع : أخذ الشقص وضمان العهدة .
وقد حصل من البائع . فلا فائدة في المحاكمة . انتهى .

وقد حكى في التلخيص وجهاً بأن يدفع إلى نائب ينصبه الحاكم عن المشتري
قال : وهو مشكل . لأن إقامة نائب عن مُنْكَرٍ : بعيد .

وإن كان البائع مقراً بقبض الثمن من المشتري وبقي الثمن على الشفيع .
لا يدعيه أحد : ففيه ثلاثة أوجه .

أمرها : يقال للمشتري : إما أن تقبضه ، وإما أن تبرئ منه ، قياساً على
نجوم الكتابة إذا قال السيد : هي غصب . اختاره القاضي ، وابن عقيل . وجزم
به في النظم .

والوجه الثاني : يبقى في ذمة الشفيع . قدمه في الرايتين ، والحاوي الصغير

والوجه الثالث : يأخذه الحاكم عنه . وهي كالمسألة التي قبلها حكماً وخلافاً .

وأطلقهن في المغنى ، والشرح ، وشرح الحارثي .

قال المصنف ، والشارح ، وغيرهما : وفي جميع ذلك ، متى ادعاه البائع أو المشتري
دفع إليه . لأنه لأحدهما .

قال الحارثي : وفيه نظر وبحث .

وإن ادعياه جميعاً ، وأقر المشتري بالبيع ، وأنكر البائع القبض : فهو للمشتري .

فائدة : قوله ﴿ وَعُهُدَةُ الشَّفِيعِ عَلَى الْمُشْتَرَى . وَعُهُدَةُ الْمُشْتَرَى عَلَى الْبَائِعِ ﴾ وهذا بلا نزاع .

لكن يستثنى من ذلك : إذا أقر البائع بالبيع ، وأنكر المشتري - وقلنا بثبوت الشفعة - على ماتقدم . فإن العهدة على البائع . لحصول الملك له من جهته . قاله الزركشى . وهو واضح .

و « العهدة » فُعْلة من العهد . وهى فى الأصل كتاب الشراء . وتقدم الكلام على ضمان العهدة ، وعلى معناها فى باب الضمان . والمراد هنا : رجوع من انتقل الملك إليه على من انتقل عنه بالثمن أو بالأرث ، عند استحقاق الشقص أو عيبه . فيكون وثيقة للبيع لازمة للعتلى عنه . فيكون عهدة بهذا الاعتبار .

فلو علم المشتري العيب عند البيع ، ولم يعلمه الشفيع عند الأخذ : فلا شىء للمشتري . وللشفيع الرد والأخذ بالأرث . على الصحيح من المذهب . وذكر المصنف وجهاً بانتفاء الأرث .

وإن علمه الشفيع ، ولم يعلمه المشتري : فلا رد لواحد منهما ولا أرث . قدمه الحارثى .

وفى الشرح وجه بأن المشتري يأخذ الأرث . وهو ما قاله القاضى ، وابن عقيل ، والسامرى .

فعليه : إن أخذه سقط عن الشفيع ما قابله من الثمن ، تحقيقاً للماتلة الثمن الذى استقر العقد عليه .

وإن علماه فلا رد لواحد منهما . ولا أرث .

وفى صورة عدم علمهما : إن لم يرد الشفيع فلا رد للمشتري . وإن أخذ الشفيع أرثه من المشتري : أخذه المشتري من البائع . وإن لم يأخذه الشفيع : ففي أخذ المشتري الوجهان .

وعلى الوجه بالأخذ : إن لم يسقطه الشفيع عن المشتري سقط عنه بقدره من الثمن ، وإن أسقطه توفر على المشتري .

قوله ﴿ فَإِنْ أَبَى الْمُشْتَرِي قَبْضَ الْمَبِيعِ : أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ ﴾ .

وهو المذهب . اختاره القاضي ، وابنه أبو الحسين ، والشريفان - أبو جعفر ، وأبو القاسم الزيدى - والقاضي يعقوب ، والشيرازى ، وأبو الحسن بن بكروس وغيرهم . وقدمه فى الخلاصة ، والشرح ، والنظم ، والفروع ، وشرح ابن منبجا . وقال أبو الخطاب فى الهداية : قياس المذهب : أن يأخذه الشفيع من يد البائع واختاره المصنف ، وقال : هو قياس المذهب .

قال الحارثى : وهو الأصح . لأن الأصح ، أو المشهور : لزوم العقد فى بيع العقار قبل قبضه ، وجواز التصرف فيه بنفس العقد والدخول فى ضمانه به . وأطلقهما فى المذهب ، والمستوعب ، والتلخيص .

قوله ﴿ وَلَا شُفْعَةَ لِكَاْفِرٍ عَلَى مُسْلِمٍ ﴾ .

نص عليه من وجوه كثيرة . وهو المذهب . وعليه الأصحاب . وهو من مفردات المذهب .

وقيل : له الشفعة . ذكره ناظم المفردات .

تنبيه : مفهوم كلام المصنف : ثبوت الشفعة لكافر على كافر ، وسواء كان البائع مسلماً أو كافراً . وهو صحيح . وهو المذهب . وعليه جماهير الأصحاب . وجزم به فى المغنى ، والشرح ، والزرکشى ، وغيرهم . وقدمه فى الفروع ، وشرح الحارثى وغيرهما .

قال فى التلخيص : هذا قياس المذهب .

وقيل : لا شفعة له إذا كان البائع مسلماً .

وهو ظاهر كلام أبى الخطاب فى الهداية . وأطلقهما فى التلخيص ، والرعاية .

ومفهوم كلامه أيضاً : ثبوتها للمسلم على الكافر . وهو من باب أولى .

فأمره : لو تباع كافرين بخمر ، وأخذ الشفيع بذلك : لم ينقض ما فعلوه .

وإن جرى التقابض بين المتبايعين دون الشفيع ، ورافعوا إلينا : فلاشفعة له على الصحيح من المذهب ، كما لو تباعا بخمير . وعليه أكثر الأصحاب .

وقال أبو الخطاب : إن تباعوا بخمر - وقلنا هي مال لهم - حكمتناهم بالشفعة .

وتقدم التنبيه على بعض ذلك قبل قوله « وإن اختلفا في قدر الثمن » .

قوله ﴿ وَهَلْ تَجِبُ الشُّفْعَةُ لِلْمُضَارِبِ عَلَى رَبِّ الْمَالِ ، أَوْ لِرَبِّ الْمَالِ عَلَى الْمُضَارِبِ فِيمَا يَشْتَرِيهِ لِلْمُضَارَبَةِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ﴾ .
ذكر المصنف هنا مسألتين .

إحداهما : هل تجب الشفعة للمضارب على رب المال ، أم لا ؟

مثال ذلك : أن يكون للمضارب شقص فيما تجب فيه الشفعة ، ثم يشتري من مال المضاربة شقصاً من شركة المضارب . فهل تجب للمضارب شفعة فيما اشتراه من مال المضاربة ؟

أطلق المصنف فيه وجهين . وأطلقهما تحريماً في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والتلخيص .

واعلم أن في محل الخلاف طريقتين للأصحاب .

إحداهما : أنهما جاريين ، سواء ظهر ربح أم لا ، وسواء قلنا بلك المضارب حصته بالظهور أم لا . وهي طريقة أبي الخطاب في الهداية ، وصاحب المذهب ، والمستوعب ، والخلاصة ، والتلخيص ، والمصنف هنا وغيرهم . وقدمها الحارثي أمرهما : لا تجب الشفعة له . وهو الصحيح من المذهب . صححه في الخلاصة ،

والتصحيح . واختاره أبو الخطاب في ردوس المسائل ، وأبو المعالي في النهاية .

والوجه الثاني : تجب . خرجه أبو الخطاب من وجوب الزكاة عليه في حصته قال الحارثي : وهو الأول .

قال ابن رجب في القواعد - بعد تخريج أبي الخطاب - فالمسألة مقيدة بحالة ظهور الربح ولا بد . انتهى .

الطريق الثاني - وهي طريقة المصنف ، والشارح ، والناظم ، وجماعة - إن لم يظهر ربح في المال ، أو كان فيه ربح - وقلنا : لا يملكه بالظهور - فله الأخذ بالشفعة . لأن الملك لغيره . فكذا الأخذ منه .

وإن كان فيه ربح - وقلنا يملكه بالظهور - ففي وجوب الشفعة له وجهان . بناء على شراء العامل من مال المضاربة بعد ملكه من الربح ، على ما سبق في المضاربة بعد قوله « وليس لرب المال أن يشتري من مال المضاربة شيئاً » . وصحح هذه الطريقة في الفروع . وقدم عدم الأخذ . ذكر ذلك في باب المضاربة .

المسألة الثانية : هل تجب الشفعة لرب المال على المضارب ، فيما يشتريه للمضاربة ؟

مثاله : أن يشتري المضارب بمال المضاربة شقصاً في شركة رب المال . فأطلق المصنف فيه وجهين . وأطلقهما في الهداية ، والمذهب ، والمستوعب ، والتلخيص وشرح ابن منجا ، والحارثي .

أمرهما : لا تجب الشفعة . وهو الصحيح من المذهب . صححه أبو المعالي في نهايته ، وخلاصته ، والناظم ، وصاحب التصحيح ، وغيرهم .

قال الحارثي : اختاره القاضي ، وأبو الخطاب . وقدمه في الفروع . ذكره في المضاربة .

والوجه الثاني : تجب فيه الشفعة . اختاره ابن عبدوس في تذكرته .

و بنى المصنف ، والشارح ، والحارثي ، وغيرهم هذين الوجهين على الروايتين في شراء رب المال من مال المضاربة .
وتقدم الخلاف في ذلك ، وأن الصحيح من المذهب : أنه لا يصح ، في باب المضاربة .

فوائد

إمدها : لو بيع شقص من شركة مال المضاربة . فللعامل الأخذ بها إذا كان الحظ فيها . فإن تركها : فلرب المال الأخذ . لأن مال المضاربة ملكه . ولا يتغذ عفو العامل .
ولو كان العقار لثلاثة ، فقارض أحدهم أحد شريكيه بألف ، فاشتري به نصف نصيب الثالث . فلا شفعة فيه في أحد الوجهين . لأن أحدهما مالك المال . والآخر عامل فيه . فهما كشريكين في مشاع ، لا يستحق أحدهما على الآخر شفعة . ذكره في المغني ، والشرح ، والحارثي .
قلت : وهو الصواب .
والوجه الآخر : فيه الشفعة .

قالوا : ولو باع الثالث بقية نصيبه لأجنبي : ثبتت الشفعة بينهم أخسأ . للمالك خمسها . وللعامل مثله . وللمال المضاربة خمسها بالسدس الذي له ، جعلاً لمال المضاربة كشريك آخر .

الثاني : لو باع المضارب من مال المضاربة شقصاً في شركة نفسه : لم يأخذ بالشفعة . لأنه متهم . فأشبهه الشراء من نفسه . ذكره المصنف ، وغيره .

الثالث : ثبتت الشفعة للسيد على مكاتبه . ذكره القاضي ، والمصنف ، وغيرهما . لأن السيد لا يملك ما في يده ، ولا يزكيه . ولهذا جاز أن يشتري منه . وأما العبد المأذون له : فإن كان لادين عليه ، فلا شفعة بحال لسيده . وإن

كان عليه دين . فالشفعة عليه تنبئ على جواز الشراء منه . على ما تقدم في أواخر الحجر . والله أعلم بالصواب .

وتقدم أخذ المكاتب والعبد المأذون له بالشفعة قبل قوله « فإن كانا شفيعين فالشفعة بينهما » .

باب الوديعة

فأورد « الوديعة » عبارة عن توكل لحفظ مال غيره تبرعاً بغير تصرف . قاله في الفائق .

وقال في الرعاية الصغرى : وهي عقد تبرع بحفظ مال غيره بلا تصرف فيه . وقال في الكبرى : والإيداع توكيل ، أو استئابة في حفظ مال زيد تبرعاً ، ومعانيها متقاربة .

ويعتبر لها أركان الوكالة . وتبطل بمبطلاتها .

ولو عزل نفسه فهي بعده أمانة شرعية . حكمها في يده حكم الثوب إذا أطارته الريح إلى داره ، يجب رده إلى مالكه .

وقال القاضي في موضع من خلافه ، في مسألة الوكالة : الوديعة لا يلحقها الفسخ بالقول . وإنما تنفسخ بالرد إلى صاحبها ، أو بأن يتعدى المودع فيها .

قال في القاعدة الثانية والستين : فإما أن يكون هذا تفريقاً بين فسخ المودع والمودع . أو يكون منه اختلافاً في المسألة . والأول : أشبه . انتهى .

وقال في الرعاية : إن بطل حكم الوديعة : بقي المال في يده أمانة . فإن تلف قبل التمكن من رده : فهدر . وإن تلف بعده : فوجهان .

وقال أيضاً : يكفي القبض . قولاً واحداً . وقيل : لا .

قوله « وَإِنْ تَلَفَتْ مِنْ بَيْنِ مَالِهِ : لَمْ يَضْمَنْ » . في أصح الروايتين .