

## كتاب الجهاد

الجهاد فرض كفاية.....

### كتاب السير

تناسب الحدود والسير من حيث اتحاد المقصود من كل منهما من حيث إخلاء العالم عن الفساد وكون كل منهما حسن لمعنى في غيره، وقدمت الحدود ترقياً من الأدنى وهو الإخلاء عن الفسق إلى الأعلى وهو الإخلاء عن الكفر، ولأنها معاملة بين أهل الإسلام غالباً أو على الخصوص والجهاد معاملة مع المشركين، والسير جمع سيرة فعلة من السير فتكون لبيان هيئة السير وحالته، وقد استعملت كذلك في السير المعنوي في قولهم في حق عمر بن عبد العزيز: سار فينا سيرة العمرين، ثم غلبت في لسان أهل الشرع على الطريق المأمور بها في غزو الكفار وسبب ذلك كونها تستلزم السير وقطع المسافة وعبر بعضهم بالجهاد وهو أيضاً أعم غلب في عرفهم على جهاد الكفار / (الجهاد) وهو كما في «التحفة» الدعاء إلى دين الحق والقتال مع من لا يقبله وعرفه في «إيضاح الإصلاح» بأنه بذل الوسع في القتال في سبيل الله مباشرة أو معاونة بالمال أو بالرأي أو تكثير السواد (فرض كفاية) أما كونه فرضاً فلقوله تعالى: ﴿فأقتلوا المشركين حيث وجدتموهم﴾ [التوبة: ٥] واعترض بأنه خص منه الصبيان والمجانين والعبيد والنساء والأعمى والمقعذ وخص من المشركين المستأمنين والذمي، وقيل: العام المخصوص ظني الدلالة وبه لا يثبت الغرض، وأجيب بأن تخصيص الصبيان والمجانين بالأمر بالعقل فلا يقطع في قطعية النص.

وأما تخصيص البواقي فلا نسلم أنه بطريق النسخ على أنه يجوز أن تكون اللام للعهد والمعهودون هم المذكورون في قوله تعالى: ﴿وقاتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم﴾ [البقرة: ١٩٠] فلا يدخل المستأمن والذمي ونحوهما في المشركين كذا في «الحواشي السعدية» ثم حكى أن إبراهيم باشا عقد مجلساً حضر فيه أكثر الموالى وكان ذلك البحث أول الجهاد فاعترض محمد بن مير شاه على قوله في «العناية» وهو دليل قطعي يعني ما مر من النص لأنه مخالف لما صرح به بعد من أنهم أجمعوا على أنه مخصوص خص منه الذمي والمستأمن فجاز بأن يخص منه الأسير قياساً.

وأجاب عند الحافظ العجمي بأنه يجوز أن يكون بالنسبة إلى الفاعل قطعياً وبالنسبة إلى المفعول ظنياً لما دخله من التخصيص فأقحم القائل بذلك الكلام لكنه

ابتداء إن قام به بعض سقط عن الكل وإلا أثموا بتركه.....

مردود فإن المأمور به وهو القتل لزم أن يكون فرضاً يكفر جاحده وواجباً لا يكفر جاحده بل المعلوم من قواعد الأصول أن العام إذا دخله الخصوص سواء كان فاعلاً أو مفعولاً لا يخرج الدليل المشتمل على ذلك العام من أن يكون قطعياً فلا تثبت به الفرضية وأما كونه على الكفاية فلقوله تعالى: ﴿ لا يستوي القاعدون من المؤمنين ﴾ إلى قوله تعالى: ﴿ وكلاً وعد الله الحسنى ﴾ [النساء: ٩٥].

قال في «الحواشي السعدية»: وهذا مبني على أن هذه الآية تأخر إنزالها عن قوله تعالى: ﴿ انفروا خفافاً وثقالاً ﴾ [التوبة: ٤١] يعني المفيدة لفرضية العين وهو ممنوع إذ التوبة آخر سورة نزلت انتهى. وفي «فتح القدير» الجهاد على كل من ذكر في التفسير المذكور يعني تفسير قوله ﴿ خفافاً وثقالاً ﴾ [التوبة: ٤١] شباباً وشيوخاً وأغنياء وفقراء وعزاباً ومتزوجين على الكفاية والحق أن هذه الآية ونحوها لإفادة الوجوب ثم تعرف الكفاية بالآية المتقدمة، وأما العينية فبالإجماع أنه إعانة المظلوم انتهى. ولأنه مفروض لغيره وكل ما هو كذلك فهو فرض كفاية إذا حصل المقصود بالبعض وهذا القيد لا بد منه لئلا ينتقض بالنفي العام فإنه معه مفروض لغيره مع أنه فرض لعدم حصول المقصود بالبعض، وظن بعض المشايخ من جواز القعود إذا لم يكن النفي عاماً أنه تطوع في هذه الحالة وأكثرهم على أنه فرض كفاية، قال في «التاتارخانية»: وهو الصحيح.

## فرع

من توابع الجهاد الرباط وهو الإقامة في مكان يتوقع هجوم العدو فيه لقصد دفعه لله تعالى والأحاديث في فضله كثيرة واختلف في محله والمختار أنه يكون في موضع لا يكون إسلام (ابتداء) أي: إن قاتلنا فرض وإن لم يبدؤونا لعموم الأمر به وأما قوله تعالى: ﴿ وقتلوا في سبيل الله الذين يقاتلونكم ﴾ [البقرة: ١٩٠] فممنسوخ (فإن قام به قوم) أي: حصلت الكفاية بهم ولو عبداً أو نساء (سقط) وجوبه (عن الكل) لحصول المقصود (وإلا) أي: وإن لم يقم به أحد (أثموا) أي: الكل (بتركه) لأن وجوبه عليهم أجمعين.

قال في «الحواشي السعدية»: لا ينبغي أن يفهم من هذا أن الوجوب على جميع أهل الأرض كافة حتى يسقط عن أهل الهند بقيام أهل الروم إذ لا يندفع بقتالهم الشر عن الهنود المسلمين ويدل عليه ما في «البدائع» وينبغي للإمام أن لا يخلي ثغراً من الثغور من جماعة من الغزاة فيهم غناء وكفاية لقتال العدو فإذا قاموا به

ولا يجب على صبي وامرأة وعبد.....

سقط عن الباقيين وإن ضعف أهل ثغر عن مقاومة الكفرة وخيف عليهم من العدو فعلى من وراءهم من المسلمين الأقرب فالأقرب أن ينفروا إليهم وأن يمدوهم بالسلاح والكرع والمال لما ذكرنا أنه فرض على الناس كلهم فيمن هو من أهل الجهاد لكن سقط الفرض عنهم لحصول الكفاية ببعض فما لم يحصل لا يسقط انتهى، وسيأتي لهذا مزيد بيان (ولا يجب) الجهاد (على صبي).

قال الإيتقاني: أما/ الصبي فلا يجب الجهاد عليه لأنه مرفوع القلم عنه ولأن طاعة أبويه واجبة عليه فلا تترك بما ليس بواجب انتهى. وفيه تدافع ظاهر وأجاب في «الحواشي السعدية» بأن مراده من الصبي ما يعم البالغ الذي له أبوان فالمعنى أنه مرفوع القلم بأن كان غير بالغ وإن كان بالغاً فطاعة أبويه واجبة متعينة عليه والجهاد ليس بواجب متعين عليه، ويدل على ذلك أنه ذكر بعده أحاديث تدل على تقديم خدمة الأبوين على الجهاد يعني إذا لم يستغنيا عنه وهذا إنما يتم في البالغ، والمجنون والمعتوه كالصبي.

وفي «الذخيرة» للأب أن يأذن للمراهق بالقتال وإن خاف عليه القتل وقال السغددي: لا بد أن لا يخاف عليه فإن خاف قتله لم يأذن له، (و) لا على (امرأة وعبد) لتقدم حق الزوج بإذن الله الذي هو صاحب الحق على حقه تعالى وهذا الدليل خاص بأنثى لها زوج والظاهر أن التي لا زوج لها يفترض عليها كفاية أيضاً ويدل على ذلك ما في «الفتح» لو أمر الزوج والسيد به يجب أن يكون فرض كفاية لا فرض عين لأن طاعتهم المفروضة عليهما في غير ما فيه المخاطرة بالروح وإنما يجب ذلك على المكلفين بخطاب الله تعالى، قال في «البحر»: وهو في العبد مسلم أما في المرأة ففيه نظر إذ لا يجب عليها امتثال إلا فيما يرجع إلى النكاح وتوابعه.

تتمة: المديون إذا لم يقدر على إيفاء الدين لا يخرج إلا بإذن ربه فإن كان به كفيل بأمره لا بد من إذن الكفيل أيضاً كذا في «التجنيس» وهو ظاهر في أنه يخرج بغير إذن الكفيل بالنفس لأنه لا ضرر عليه إذا تعذر إحضاره عليه كذا في «البحر» ويندب أن يقيم لقضاء الدين ولو أذن له بالسفر فإن كان الدين مؤجلاً وهو يعلم أنه يرجع قبل حلوله فالأفضل الإقامة وله أن يخرج بغير إذنه.

وأقول: علل في «الخانية» ما إذا كانت بغير أمره لأنه لا حق للكفيل على المديون وهذا يقتضي أنه لا يسافر إلا بإذن الكفيل بالنفس لأن له عليه حقا وهو تسليم نفسه إليه إذا طلب منه وقد يذهب إلى مكان بعيد فإذا طلب منه وهو عالم به يلزمه السفر إليه فيحصل له الضرر، وقد صرحوا بأن الكفيل بالنفس منعه من السفر

وأعمى ومقعد وأقطع وفرض عين إن هجم العدو فتخرج المرأة والعبد بلا إذن زوجها وسيده

قال في «منية المفتي»: ضمن عن رجل مالا بأمره أو بنفسه فأراد الخصم أن يسافر فمنعه الكفيل.

قال محمد: إن كان ضمانه إلى أجل فلا سبيل له عليه وإن لم يكن إلى أجل فله أن يأخذه حتى يخلصه منه إما بأداء المال أو ببراءة منه، وفي كفالة النفس يرد النفس انتهى، فإن كان مؤجلاً وهو يعلم أنه يرجع قبل حلوله فالأفضل الإقامة وله أن يخرج بغير إذنه، ولو للابن أبوان كان لهما منعه إذا دخل عليهما لسفره مشقة، فإن أذن أحدهما دون الآخر لا ينبغي الخروج، والجد أب الأب والجددة أم الأم يقومان مقامهما هذا إذا كانا مسلمين، فلو كانا كافرين أو أحدهما فكرها خروجه أو الكافر فقط تحرى فإن وقع تحريره على أنها للخوف عليه لا يخرج وإن كانت لقتال الكفار خرج فإن شك ينبغي أن لا يخرج، وما سوى الأصول فإن خشى عليهم الضياع لم يخرج بغير إذنهم وإلا خرج وكذا امرأته كذا في «الذخيرة».

وأما سفر التجارة والحج فيخرج بغير إذنهما إلا أنه عند احتياجهما في سفر التجارة لا يخرج، وفي «البيزانية» دلت العلة على التحاق الخروج إلى العلم بالحج والتجارة وفي «التاتارخانية» العالم الذي ليس في البلد أفقه منه ليس له الغزو (وأعمى ومقعد) لقوله تعالى: ﴿ليس على الأعمى حرج﴾ [النور: ٦١] إلى آخره.

قال في «الفتح»: ومثل المقعد الأعرج قاله في «ديوان الأدب» (وفرض عين إن هجم العدو) على بلدة من بلاد المسلمين أي: دخل بغتة بغير إذن الإمام لقوله تعالى: ﴿انفروا خفافاً وثقلاً﴾ [التوبة: ٤١] (فتخرج المرأة والعبد بلا إذن زوجها وسيده) لأن حقهما لا يظهر في فروض الأعيان وكذا المديون والولد يخرجان بلا إذن رب الدين والوالد، وفي «الذخيرة» إنما يصير فرض عين على من يقرب من العدو فإن عجزوا وتكاسلوا افترض على من يليهم حتى يفترض على هذا التدريج على كل المسلمين شرقاً وغرباً وعلى هذا التفصيل صلاة الجنائز والتجهير.

قال في «الفتح»: وكان معناه إذا دام الحرب بقدر ما يصل الأبعدون ويبلغهم الخبر وإلا فهو تكليف بما لا يطاق بخلاف إنقاذ الأسير وجوبه على الكل من أهل المشرق والمغرب ممن علم، ويجب أن لا يأت من عزم على الخروج وعوده لعدم خروج الناس / وتكاسلهم أو قعود السلطان أو منعه، وفي «البيزانية» مسلمة سبيت [ب/٣٢٠] بالمشرق وجب على أهل المغرب تخليصها من الأسر ما لم تدخل في دار الحرب، وفي «الذخيرة» سبي الكفار الذراري والنساء كان على المسلمين الذين لهم قوة عليهم أن يتبعوهم لأخذ ما بأيديهم فإذا دخلوا دار الحرب فكذلك في حق النساء

وكره الجعل إن وجد فيء وإلا لا فإن حاصرناهم ندعوهم إلى الإسلام فإن أسلموا وإلا إلى الجزية فإن قبلوا فلهم ما لنا وعليهم ما علينا.....

والذراري ما لم يبلغوا حصونهم، ولهم أن لا يتبعوهم في حق المال، وذراري أهل الذمة وأموالهم كأهل الإسلام، (وكره الجعل) بضم الجيم وهو ما يجعل للإنسان في مقابلة شيء يفعله، والمراد هنا أن يكلف الإمام الناس بأن يقوي بعضهم بعضاً بالكرع أي: الخيل والسلاح وغير ذلك من النفقة والزاد (إن وجد فيء)، وهو المأخوذ بغير قتال كالخراج والجزية وأما المأخوذ بالقتال فيسمى غنيمة وإنما كره لأنه لا ضرورة إذ أن بيت المال جعل لنواب المسلمين ولأنه يشبه الأجر، والوجه الأول يوجب الكراهة على الإمام، والثاني يوجبها على الغازي وعلى الإمام كراهية تسببه (وإلا) أي: وإن لم يوجد فيء (لا) أي: لا يكره لأن فيه دفع الضرر الأعلى بارتكاب الأدنى، بقي ما لو كان في بيت المال غنيمة فقط فظاهر ما مر من التعليل من أنه لا ضرورة تفيد أنه يكره ويدل عليه ما في «الذخيرة» ومن قدر بنفسه ولا مال له فإن كان في بيت المال مال يعطيه الإمام كفايته من بيت المال وإلا فله أن يأخذ الجعل من غيره، وفي «غاية البيان» في شرح قوله ويكره الجعل ما دام للمسلمين فيء يعني إذا كانت في بيت المال ما يتقوى به الناس من الغنيمة للخروج إلى الغزاة يعطيهم الإمام من ذلك المال انتهى. وعليه جرى العيني حيث فسر الفيء بقوله: أي شيء من الغنيمة الموجودة في بيت المال لا يصرف في المقاتلة.

قال التمرتاشي: يكره ضرب الجعل على الناس ما دام لهم فيء لأن فيه شبهة الأجر وإن لم يكن فلا بأس بذلك والأولى أن يغزو المسلم بمال نفسه ثم بيت المال انتهى. وليس فيه دلالة صريحة على المدعى، (فإن حاصرناهم) حبسناهم عن الخروج لإحاطتنا بهم (ندعوهم الإسلام) لقول ابن عباس «ما قاتل رسول الله ﷺ قوما قط إلا دعاهم»<sup>(١)</sup> رواه أحمد، (فإن أسلموا) بالقول أو بالفعل كما مر فيها (وإلا) أي: وإن لم يسلموا فندعوهم (إلى الجزية) لرواية مسلم وغيره «أنه ﷺ كان إذا أمر أميراً على جيش أو سرية أمره بذلك»<sup>(٢)</sup>، وسيقيد المصنف هذا الإطلاق بغير مشركي العرب والمرتدين وينبغي للإمام أن يبين لهم مقدار الجزية ووقت وجوبها والتفاوت بين الغني والفقير في مقدارها (فإن قبلوا) الجزية (فلهم ما لنا وعليهم ما علينا) لقول علي رضي الله تعالى عنه: «إنما بذلوا الجزية ليكون لهم ما لنا وعليهم ما علينا»<sup>(٣)</sup>

(١) أخرجه أحمد في مسنده (٢١٠٥).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٧٣١)، والترمذي في السنن (١٦١٧).

(٣) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣٦٨/٤)، بلفظ: «إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كاموالنا».

ولا نقاتل من لم تبلغه الدعوة إلى الإسلام وندعو ندباً من بلغته وإلا نستعين بالله تعالى ونحاربهم بنصب المجانيق وحرقتهم وغرقهم.....

وخص من ذلك أشياء سيأتي التنبيه عليها، (ولا نقاتل) أي: ولا يحل أن نقاتل (من لم تبلغه الدعوة) بالفتح (إلى الإسلام) لما روينا لأنهم بها يعلمون أن قتالهم على الدين لا غيره فلعلهم يؤمنون ولو قاتلوهم قبلها أثموا ولكن لا غرم بما أتلّفوه من نفس أو مال، لأن مجرد الحرمة لا توجب ذلك.

قالوا: كان هذا في ابتداء الإسلام حين لم ينتشر الإسلام ولم يستفرض وأما بعد ما استفاض وعرف كل مشرك إلى ماذا يدعى يحل القتال قبلها ويقام ظهورها مقامها، كذا في «المحيط» قال الشارح: وهذا صحيح ظاهر والدليل عليه ما روي عن ابن عون: «كُتبت إلى نافع أسأله عن ذلك فكتب إليّ إنما كان ذلك في ابتداء الإسلام»<sup>(١)</sup> وفي البخاري: «كان عليه الصلاة والسلام إذا غزا قوماً لم يغز حتى يصبح فإذا سمع أذاناً أمسك فإن لم يسمع أغار بعدما يصبح»<sup>(٢)</sup> والإغارة لا تكون إلا بعدم الإعلام وإذا كان هذا في زمنه عليه الصلاة والسلام لاشتهار الإسلام فما ظنك في زماننا ولأنهم لو اشتغلوا بالدعوة ربما يتحصنون. قال في «الفتح»: ولا شك أن في بلاد الله من لا شعور له بهذا فيجب بأن المدار عليه ظن أن هؤلاء لم تبلغهم الدعوة بقي ما لو بلغتهم الدعوة إلى الإسلام لكن لا يدرون أيقبلون منهم الجزية أم لا.

قال في «التاتارخانية»: لا ينبغي أن يقاتلوهم حتى يدعوهم إلى الجزية (وندعو من بلغته) مبالغة في الإنذار هذا مقيد بأن لا يتضمن ضرراً بأن يعلم أنهم بها يستعدون أو يحتالون أو يتحصنون وغلبة/ الظن في ذلك بما يظهر من أحوالهم كالعلم كذا في «الفتح» (وإلا) أي: وإن لم يقبلوا الجزية (نستعين بالله) عليهم لأنه الناصر لأوليائه القاهر لأعدائه وبه يستعان على كل حال (ونحاربهم بنصب المجانيق) على حصونهم لأنه عليه الصلاة والسلام «نصبها على الطائف»<sup>(٣)</sup> رواه الترمذي (وحرقتهم) أراد حرق دورهم وأمتعتهم قاله العيني، والظاهر أن المراد حرق ذاتهم بالمجانيق وإذا جازت محاربتهم بحرقهم فمالهم أولى لأنه عليه الصلاة والسلام أحرق نخل بني النضير وقطعه وهي البويرة<sup>(٤)</sup> (وغرقهم) وغرق دورهم أيضاً بانسياب الماء

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٧٣٠).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٧٨٤).

(٣) أخرجه الترمذي في سننه (٢٧٦٢)، والبيهقي في الكبرى (١٧٨٤٤).

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (١٧٤٦)، والبخاري في صحيحه (٢٢٠١).

وقطع أشجارهم وإفساد زروعهم ورميهم وإن تترسوا ببعضنا ونقصدهم ونهينا عن إخراج مصحف وامرأة في سرية يخاف عليها.....

عليهم (وقطع أشجارهم) ولو مثمرة (وإفساد زروعهم) بإطلاق النار والدواب فيها لأن المقصود كبت أعدائه وكسر شوكتهم وهو حاصل بذلك، هذا إذا لم يغلب على الظن أنهم يؤخذون بغيره فإن كان الظاهر أنهم مغلوبون وأن الفتح باد كره ذلك كذا في «الفتح» (ورميهم) بالنبال ونحوها (وإن تترسوا ببعضنا)، لأن الأمر بالقتال مطلق ولو كان الغير مانعاً لا تسد إذ قلما تخلو مدينة أو حصن عن أسير مسلم فصار كرميهم مع العلم بوجود أولادهم ونسائهم فإنه يجوز إجماعاً، ولأن فيه دفع الضرر القائم بالذنب عن بيضة الإسلام بإثبات الضرر الخاص وهو واجب، وقد يقال: إن سلم أنه لا يخلو حصن عن أسير لكن لا نسلم أنه لا يخلو أهل حصن عن أن تترسوا بالمسلمين ليكون إطلاق الافتراض هدرًا لحرمة الرمي، فإن من المشاهد يعنه فوجب أن يقيد بما إذا لم يكن طريقاً إلى قتل المسلم غالباً، وأما أنه دفع الضرر العام فتعليله في مقابلة النص الدال على تحريم قتل المسلم على أنه إنما يصح إذا علم أننا لو تركناهم استولوا على ديارنا والمدعى أعم من ذلك.

تنبيه: لو تترسوا بنبي قال أبو الليث: يسأل ذلك النبي، وقد قال محمد: لو فتح الإمام بلدة وعلم أن فيها مسلماً أو ذمياً لا يحل قتل أحد منهم إلا إذا خرج واحد فإنه حينئذ يحل قتل الباقي لجواز كون المخرج هو ذاك، (ونقصدهم) أي: يجب أن نقصد الكفار به لأن قصد قتل المسلم حرام وما أصابوه من المسلمين لا دية فيه ولا كفارة لأن الفروض لا تقترن بالغرانات وأورد أكل المضطر حالة المخمصة فإنه فرض اقترن بالغمم والحق أنه لا يرد ليحتاج إلى الجواب إذ المذهب أنه لا يجب عليه الأكل به بل لو ترك أخذاً بالعزيمة فصار كالمباح فقيد بشرط السلامة (ونهيها عن إخراج مصحف و) عن إخراج (امرأة) ولو عجوزاً لمداواة المرضى (في سرية يخاف عليها) وأقلها كما قال الإمام: مائتان وأقل الجيش أربعمائة، وقال ابن زياد: أقلها أربع مائة وأقل الجيش أربعة آلاف.

وفي «المبسوط» هي عدد قليل يسرون بالليل ويكمنون بالنهار انتهى، وكأنها مأخوذة من السرى وهو السير ليلاً وينبغي أن يكون العسكر العظيم اثني عشر ألفاً لقوله عليه الصلاة والسلام «لن يغلب اثنا عشر ألفاً من قلة»<sup>(١)</sup> كذا في «الفتح»، وفي «الخانية» لا ينبغي للمسلمين أن يغزوا إذا كانوا اثني عشر ألفاً وإن كان العدد

(١) أخرجه الحاكم في المستدرک (١١٠/٢) (٢٤٨٩).

وغدر وغلول ومثلة.....

أكثر وذكر الحديث ثم قال: والحاصل أنه إذا غلب على ظنه بأن يغلب فلا بأس بأن يغزو ولا بأس للواحد أن يفر من اثنين إذا لم يكن معه سلاح وقدم أنه يجوز له أن يفر من الثلاثة مطلقاً وتفر المائة من ثلاثمائة انتهى، وأراد بالنهي ما في مسلم: «لا تسافر بالقرآن فإني لا آمن أن يتناوله العدو»<sup>(١)</sup> ويعني فيستخف به، ولا شك أن في إخراجه تعريضه لذلك، كما أن في إخراج المرأة تعريضها للفضيحة وهذا التأويل هو الصحيح، وعن الطحاوي أنه كان في ابتداء الإسلام عند قلة المصاحف وأما اليوم فلا يكره الإخراج. وألحق في «المحيط» كتب الفقه بالمصاحف.

قال في «الفتح»: فكتب الحديث أولى انتهى. وأنت خبير بأن النهي إذا كان معللاً بالاستخفاف فكلما خيف عليه ذلك من الكتب الشرعية التي لا يجوز الاستخفاف بها يكره إخراجه أيضاً، قيد بكونها يخاف لأنه لو لم يخف لم يكره، ومن ثم قالوا: لو دخل إليهم بأمان فلا بأس بأن يحمل معه مصحف إن كانوا من قوم موفون بالمعهد والأولى تركه حينئذ، وفي النساء إخراج العجائز للحاجة دون الشواب ولو احتيج إلى المباذعة فالأولى إخراج الإمام دون الأحرار.

[٣٢١/ب]

(و) نهينا أيضاً عن (غدر) أي: نقض عهد (وغلول) / أي: خيانة من مغنم قبل القسمة (و) عن (مثلة) لقوله ﷺ: «لا تغدروا ولا تغلوا ولا تمثلوا»<sup>(٢)</sup>، يقال: مثلت بالرجل كضربت أمثل به كأنصر مثلاً، ومثلة إذا سودت وجهه وقطعت أنفه ونحوه وفي «السراج» المثلة: أن يقطعوا أطراف الأسارى أو أعضاءهم كالأذن والأنف واللسان والإصبع ثم يقتلوهم أو يخلوا سبيلهم، وقيل: هو أن يقطعوا رؤوسهم ويشقوا أجوافهم ويقطعوا مذاكيرهم، والمثلة المروية في قصة العرنيين إما منسوخة، أو أنه تعارض محرم ومبيح ويقدم المحرم، وهذا الإطلاق قيده في «الاختيار» بما بعد الظفر بهم وأما قبله فلا بأس بها قال الشارح: وهذا أحسن، ونظيره الإحراق بالنار قيد جوازها قبله في «الفتح» بما إذا وقعت قتالاً كمنارز ضرب فقطع أذنه ثم ضرب فقفاً عينه ثم ضربه فقطع يده وأنفه ونحو ذلك انتهى. وهو ظاهر في أنه لو تمكن من كافر حال قيام الحرب ليس له أن يمثل به بل يقتله ويقتضي ما في «الاختيار» أن له ذلك كيف وقد علله بأنها أبلغ في كبتهم وأضر بهم.

قال في «الفتح»: وأما من جنى على جماعات جنایات متعددة بأن قطع أنف

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٨٦٩).

(٢) أخرج نحوه الطبري في تفسيره (٩١/٢٦).

وقتل امرأة وغير مكلف وشيخ فان وأعمى ومقعد.....

رجل وأذني آخر وفقاً عيني آخر وقطع يدي آخر ورجلي آخر فلا شك أنه يجب القصاص بكل واحد إذا لحقه لكن يجب أن يتأن بكل قصاص بعد الذي قبله إلى أن يبرأ منه وحينئذ يصير هذا الرجل ممثلاً به ضمناً لا قصداً، أو إنما يظهر أثر النهي والنسخ فيمن مثل بشخص حتى قتله فمقتضى النسخ أن يقتل به ابتداءً ولا يمثل به، (و) نهينا أيضاً عن (قتل امرأة و) عن قتل (غير مكلف) لما أخرج الستة إلا النسائي «أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل النساء والصبيان»<sup>(١)</sup> وأراد بهم الذين لا يقدرّون على القتال ولا على الصياح عند التقاء الصفيين كذا في «التاتارخانية».

ثم نقل عن «جامع الجوامع» أنه لا يقتل من في بلوغه شك وهذا كما ترى يغيّر الأول (و) عن قتل (شيخ فان) كما رواه أبو داود قال عليه الصلاة والسلام: «لا تقتلوا شيخاً فانياً»<sup>(٢)</sup> وفسره الرازي بالذي خرف وزال عن حدود العقلاء والمميزين لأنه حينئذ يكون كالمجنون ولذا لا نقتله إذا ارتد.

قال في «الذخيرة»: أما من يقدر ولو على الصياح أو الإحبال فيقتل لأنه يجيء منه الولد فيكثر محاربتة للمسلمين، (و) عن قتل (أعمى ومقعد) ومائل الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف والراهب الذي لم يقاتل وأهل الكنائس الذي لا يخالطون الناس والسائح في الجبال لعدم تحقق الحرب منهم، ولو قتلوا فلا شيء يقتلهم إلا التوبة والاستغفار.

وفي «التاتارخانية» معزياً إلى «تجنيس» خواهر زاده وإن كان للمسلمين قوة على حملهم لا ينبغي لهم تركهم في دار الحرب إلا الشيخ الفاني الذي لا يلحق والرهبان وأصحاب الصوامع إذا كانوا ممن لا يصيبون النساء والعجوز الذي لا يرجى ولدها، فإن شاء حملهم وإن شاء تركهم، وفي «الخلاصة» ثم لا يترك الإمام في دار الحرب من له رجاء الولادة وأخرجهم وإن أراد تركهم. واعلم أن الدار تبقى دار الإسلام بجعل الجزية عليهم ووضع الخراج على أراضيهم.

### فرعان

الأول: لا بأس بحمل رأس المشرك إذا كان فيه غيظ لهم أو فراغ قلب للمسلمين بأن كان المقتول من قوادهم أو عظمائهم، وقد حمل ابن مسعود يوم بدر

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٨٥١)، ومسلم (١٧٤٤)، والترمذي (١٥٦٩)، وأبو داود (٢٦٦٨)، وابن ماجه (٢٨٤١).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٦١٤)، والبيهقي في الكبرى (٩٠/٩).

إلا أن يكون أحدهم ذا رأي في الحرب أو ملكاً وقتل أب مشرك ولياب الابن ليقنتله غيره  
ويصالحهم ولو بمال إن خيراً.....

رأس أبي جهل وألقاها بين يديه عليه الصلاة والسلام فقال عليه الصلاة والسلام:  
«الله أكبر هذا فرعوني وفرعون أمتي كان شره على أمتي أعظم من شر فرعون على  
موسى وأمته»<sup>(١)</sup>، كذا في «الظهيرية»، والذي في «الخانية» يكره حمل رؤوس الكفار  
إلى دار الإسلام، وقيل: إذا كان فيه إلحاق الوهن والكبت بهم لا بأس به انتهى.

والثاني: لا بأس بنبش قبورهم طلباً للمال نص عليه في «التاتارخانية» ولم أر  
نبش قبور أهل الذمة، ويجب أن يقال: إن تحقق ذلك ولم يكن له وارث إلا بيت  
المال جاز نبشه، وفي «الخانية» ولا بأس بتعليم القرآن للكفرة ولا بأس بنبش قبورهم  
لطلب المال انتهى يعم الذمي والله الموفق، (إلا أن يكون أحدهم) استثناء من حكم  
عدم القتل أي أحد من نهينا عن قتله (ذا رأي في) أمر (الحرب أو) يكون (ملكاً)  
فحينئذ يقتل لأن في قتله كسر شوكتهم أو قاتل ولو بماله ولو بعد الأسر إلا المجنون  
ومن كان يجن ويفيق فهو في حال إفاقته كالصحيح، وفي «الخانية» ولا نقتل الصبيان  
ولا/ الشيخ الفاني إلا أن يكون الصبي ملكاً وقد أحضر موضع القتال وفي قتله يكون  
كسراً لهم فيقتل انتهى، وهذا يفيد إلى أنه لو لم يحضروا به لا يقتل وعلى هذا سائر  
ما ذكر وفيه تأمل فتدبره.

(و) عن (قتل أب مشرك) ابتداء لأن الله تعالى أمر بمصاحبة الأبوين في الدنيا  
معروفاً وليس منه قتله (وليأب الابن) أي: يمتنع عن قتله إذا أدركه في الصف بل  
يشغله بالمحاربة بأن يعرّقب فرسه أو يطرحه عنها أو يلجئه إلى مكان (ليقتله غيره)  
ولا ينبغي أن ينصرف عنه ويتركه فإذا لم يكن ثمة غيره قتله، والأم والأجداد  
والجدات من قبل الأب والأم كالأب، قيد بالأب لأنه يجوز له قتل فرعه المشرك وكذا  
سائر القرابات كالعم والخال، قيدنا بالابتداء لأن الأب لو قصد قتله ولم يتمكن من  
دفعه إلا بقتله قتله، وقيد بالمشرك لأن الباغي يكره ابتداء القتل بقتله أباً كان أو أخاً  
أو غيرهما، (ونصالحهم) أي: نعاهدهم على ترك الجهاد أي مدة كانت لأنه جهاد  
معنى (ولو بمال) نأخذه منهم لو كان الصلح وأخذ المال (خيراً) للمسلمين بأن كان  
بهم حاجة إليه لأنه إذا جاز بلا مال فبالمال وهو أكثر نفعاً أولى، ويصرف مصرف  
الخراج والجزية إن كان قبل النزول بساحتهم بل برسول أما إذا نزلنا بهم فهو غنيمة

(١) أخرج نحوه الطبراني في الكبير (٨٢/٩) (٨٤٦٩).

ونبذ لو خيراً ونقاتل بلا نبذ لو خان ملكهم والمرتدين بلا مال فإن أخذ لم يرد ولم نبع سلاحاً منهم ولم نقتل من أمنه حر.....

نخمسها ونقسم الباقي، وإن لم يكن بهم حاجة فلا نصالحهم لأن فيه ترك الجهاد صورة ومعنى أو بمال نعطيهم لهم إن خاف الإمام الهلاك على نفسه والمسلمين لأن دفع الهلاك بأي طريق كان واجب.

(ونبذ) أي: نقض الصلح بأن يعلمهم أنه رجع عما كان وقع تحرزاً عن الغدر المحرم (لو خيراً) لأنه ﷺ نبذ المودعة التي كانت بينه وبين أهل مكة<sup>(١)</sup>، قال الشارح: ثم النبذ كذلك يكون على الوجه الذي كان عليه الأمان فإن كان منتشرراً وجب أن يكون النبذ كذلك وإن كان غير منتشر إن أمنهم واحد من المسلمين سراً اكتفي بنبذه ذلك الواحد كالحجر بعد الإذن ثم بعد النبذ لا يجوز قتالهم حتى يمضي عليهم زمان يتمكن فيه ملكهم من إنفاذ الخبر إلى أطراف مملكته حتى لو كانوا خربوا حصونهم للأمان وتفرقوا في البلاد فلا بد أن يعودوا إلى مأمنهم ويعمروا حصونهم كما كانت فإن كانت مدة الصلح مضت لم ينبذ إليهم إلا أن من كان منهم في دارنا فهو آمن حتى يبلغ مأمنه.

(ونقاتل بلا نبذ لو خان ملكهم) إما بقتاله بنفسه أو بقتال بعض أتباعه بإذنه لأنهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة لنقضه، قيد بالملك لأنه لو دخل جماعة بغير إذنه لم ينتقض إلا في حق من دخل، (و) نصالح (المرتدين) الذين تغلبوا وصارت دارهم دار حرب يعني عند الخوف لو خيراً (بلا) أخذ (مال) منهم لأنه في معنى الجزية وهي لا تقبل منهم (وإن أخذ) المال منهم (لم يرد) لأن مالهم فيء للمسلمين إذا ظهروا بخلاف ما لو أخذ من أهل البغي حيث يرد عليهم بعد وضع الحرب أوزارها لأنه ليس فيئاً لا قبله لأنه إعانة لهم، (ولم نبع سلاحاً منهم) للنهي عن ذلك لأن فيه تقويتهم على قتال المسلمين، وكذا كره بيع الخيل والحديد والرقيق منهم بخلاف الطعام والقماش حيث يجوز.

قال الحاكم في «كافيه»: لو جاء الحربي بسيف فاشترى مكانه قوساً أو رمحاً أو فرساً لم يترك أن يخرج به وكذا لو استبدل بسيفه سيفاً خيراً منه فإن كان مثله أو شراً منه لم يمنع، والمستأمن كالمسلم في ذلك إلا إذا خرج بشيء من ذلك فلا يمنع من الرجوع به، (ولا نقتل من أمنه حر) ولو مقعداً أو أعمى أو شيخاً أو صبياً مأذوناً له

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/٣٩٠).

أو حرة ونبذ لو شراً وبطل أمان ذمي وأسير وتاجر وعبد محجور عن القتال.

في القتال بخلاف المحجور عليه (أو حرة) صريحاً كأمنت أو وادعت أو لا بأس عليكم لكم عهد الله وذمته، أو كناية كقوله: تعال إذا ظن أنه أمان، وكذا لو أشار بإصبعه إلى السماء أي: أعطيتك ذمة إله السماء لخبر أبي داود: «المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم ويرد عليهم أقصاهم وهم يد على من سواهم»<sup>(١)</sup> ومعنى الجملة الأولى أن دية الشريف لا تزيد على دية الوضيع، والثانية ما نحن فيه وأدناهم أي: أقلهم عدداً وهو الواحد، والثالثة أن الأبعد يرد البيعة عليهم وذلك أن العسكر في دار الحرب إذا اقتطع الإمام منهم سرايا وجهت للإغارة فما غنمته جعل لها ما سمي ويرد ما بقي لأهل العسكر، والرابعة أنهم عضو واحد على من سواهم من الملك باعتبار تعاونهم عليه ولو طلب الأمان لأهله لا يكون آمناً بخلاف ذراريه ويدخل في الأولاد أولاد الأبناء دون البنات ولو أغار عليهم قوم آخرون من المسلمين / [٢٢٢/ب] فقتلوا الرجال وسبوا النساء والذراري والأموال واقتسموا ذلك وجاؤوا بالأولاد منهم ثم علموا بالأمان فعلى القاتل دية المقتول وترد النساء والأموال إلى أهلها يعني بعد ثلاث حيض وفي هذه المدة يوضعن على يد عجوز ثقة وعلى الواطئ الصداق والأولاد أحرار مسلمون تبعاً للأب نص على ذلك محمد رحمه الله.

(ونبذ) الإمام أمان الحر أي: نقض أمان الحر (لو) كان أمانه (شراً) على المسلمين لأن جوازه إنما كان للمصلحة وهي الآن في نقضه وللإمام أن يرد به لانفراده برأيه، (وبطل أمان ذمي) لأنه لا ولاية له على المسلمين ولأنه منهم ومعناه أن يقول: أمنتكم أما إذا قال: إن فلاناً المسلم يقول أمنتكم أنه يصح وفي «البرازية» و«الخلاصة» أمان المرأة والذمي لا يجوز إلا إذا حكم بأنهم ذمة انتهى.

وفي «التاتارخانية» إذا أذن له الإمام به صح أمانه (وأسير وتاجر) لأنهما تحت القهر فلا يخافونهم والأمان يختص بمحل الخوف ومعنى البطلان في حق المسلمين أما في حق نفسه فصحيح فيصير حكمه وحكم الداخل فيهم بأمان واحد، وفي «الخانية» العبد المسلم إذا خدم مولاه الحربي في دار الحرب كانت خدمته أماناً له (وعبد محجور عن القتال) لأنهم لا يخافونه أيضاً بخلاف المأذون فإنهم يخافونه، وقال محمد: يصح أمان المحجور أيضاً ومحل الخلاف في حق المسلمين أما في حق نفسه فصحيح لما مر في الأسير والله أعلم.

(١) أخرجه أبو داود في السنن (٢٧٥١)، والبيهقي في سننه (٢٩/٨)، والحاكم في مستدركه (١٤١/٢).

## باب الغنائم وقسمتها

ما فتح الإمام عنوة قسم بيننا أو أقر أهلها ووضع الجزية والخراج .....

## باب الغنائم وقسمتها

لما ذكر القتال وما يسقطه شرع في بيان ما يحصل به. قال في «القاموس»: المغنم والغنيم والغنيمة والغنم بالضم الفيء وغنم بالكسر غنماً بالكسر والفتح وبالتحريك وغنيمة وغنماً بالضم الفوز بالشيء بلا مشقة (ما فتح الإمام عنوة) أي: قهراً كذا في «الهداية» واتفق شارحون على أن هذا ليس تفسيراً له لغة لأنها من عنى يعنو عنواً ذل وخضع وهو لازم وقهراً متعد.

قال في «الفتح»: وإنما المعنى فتح بلدة حال كون أهلها ذوي عنوة أي: ذل وذلك يستلزم قهر المسلمين لهم وفيه وضع المصدر موضع الحال وهو غير المطرد إلا في ألفاظ اشتهرت وإطلاق اللازم وإرادة الملزوم في غير التعاريف بل ذلك في الإخبارات، والوجه أنه مجاز فإن عنوة اشتهر في نفس القهر عند الفقهاء فجاز استعماله فيه تعريفاً انتهى.

ونقل في «البحر» عن «القاموس» أن العنوة القهر وبه اندفع ما في شروح «الهداية» وأنت خبير بأن هذا لا يصلح دافعاً إلا إذا كان معنى له حقيقة لا مجازياً وليس في «القاموس» ما يعينه وهذا لأن صاحب «القاموس» لا يميز بين الحقيقي والمجازي كما قال بعضهم بل يذكر المعاني جملة، (قسم بيننا) معاشر الغانمين إن شاء بعد إخراج الخمس اقتداءً بفعله عليه الصلاة والسلام في خيبر، ولو كان فيما أصابوه مصحفاً فيه شيء من كتب اليهود والنصارى لا يدرى أفیه شيء من الكتب السماوية أو كفر لا يدخله الإمام الغنيمة للقسمة مخافة أن يقع في سهم رجل فيبيعه من المشركين وذلك مكروه، ولا ينبغي أن يحرق مخافة أن يكون فيه شيء من أسماء الله تعالى.

قالوا: وتصير هذه المسألة رواية عن الأصحاب في المصحف إذا خلق بحيث لا يقرأ فيه أن لا يحرق بالنار، وإذا كره إحراقه ينظر إن كان لورقه قيمة وينتفع به بعد المحو بالغسل بأن كان مكتوباً على جلد مدبوغ أو ما أشبه ذلك فإنه يمحق ويجعل الورق في الغنيمة وإلا يغسل ويدفن وهو على كل حال إن كان لا يتوهم وصول الكفرة إليه يدفن وإن توهم لا يدفن كذا في «التاتارخانية» (أو أقر أهلها) أي: من عليهم برقابهم وأرضهم وأموالهم (ووضع الجزية) على رؤوسهم (والخراج) على

وقتل الأسرى أو استرق أو ترك أحراراً ذمة لنا وحرّم ردّهم إلى دار الحرب والفداء.....

أراضيهم اقتداء بفعل عمر رضي الله تعالى عنه في سواد العراق بمحضر من الصحابة من غير نكير.

قيل: والأول أولى إذا كان بالمسلمين حاجة، والثاني عند عدمها، قيد بالأراضي لأن المن عليهم بالمنقول المجرد لا يجوز لعدم الورود بخلاف ما إذا كان تبعاً للأرض وأما المن عليهم برباقهم وأرضهم فقط فمكروه إلا أن يدفع إليهم من المال ما يتمكنون به من إقامة العمل والنفقة / على أنفسهم وأراضيهم إلى أن يخرج الغلال وإلا فهو تكليف بما لا يطاق، (وقتل) الإمام (الأسرى) أي: إن لم يسلموا إن شاء جمع أسير وهو الأخيد والمقيد والمسجون ويجمع على أسارى أيضاً كما في «القاموس»، وقد صح «أنه عليه الصلاة والسلام قتل مقاتلي بني قريظة واسترق ذراريهم»<sup>(١)</sup> (أو استرق) أي: جعلهم أرقاء دفعاً لشركهم مع انتفاع المسلمين بهم، قيد بالإمام لأن الغازي ليس له أن يقتل أسيراً إذ قد يرى الإمام المصلحة في استرقاقه فليس له أن يفتات عليه فلو قتله بلا ملجئ إلى قتله بأن خاف من شره عزز إذا وقع على خلاف رأيه غير أنه لا يضمن شيئاً، (أو ترك) الأسارى (أحراراً ذمة لنا) أي: أهل ذمة لنا بأن يضع عليهم الجزية والخراج لما مر من فعل عمر بالسواد إلا مشركي العرب والمرتدين فلا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف على ما سيأتي.

(وحرّم ردّهم) أي: الأسارى (إلى دار الحرب) لأنهم يعودون حرباً علينا، (والفداء) مصدر أفداه استنقذه والفدية المال والمفاداة بين اثنين يقال فاداه إذا أطلقه وأخذ فرسه وعن المبرد والمفاداة أن تدفع رجلاً وتأخذ رجلاً والفداء أن تشتريه وقيل: هما بمعنى كذا في «المغرب» أطلقه فعم ما لو دفع أسيراً كافراً ولو شيخاً لا يحل لاستنقاذ أسير مسلم وهذا هو إحدى الروايتين عن الإمام وعنه أنه يجوز وبه قال غير أن أبا يوسف يجوز قبل القسمة لا بعدها ومحمد يجوزه بكل حال، ووجه الأولى أن فيه معاونة الكفرة لأنه يعود حرباً علينا ودفع شر حربهم خير من استنقاذه لأنه إذا بقي في أيديهم كان ابتلاء في حقه فقط والضرر بدفع أسيرهم يعود على جماعة المسلمين وبالرواية الثانية قال العامة.

وفي «الدراية» عن «السير الكبير» أنها أظهر الروايتين عن الإمام إذ تخلص المسلم أولى من قتل الكافر لأنها أظهر للانتفاع به لأن حرمة عظيمة وما ذكر من الضرر الذي يعود إلينا بدفعه ظاهر في المسلم الذي يتخلص منهم لأنه ضرر واحد

(١) أخرجه النسائي في الكبرى (٢٠٦/٥) رقم (٨٦٧٨)، والبخاري في صحيحه (٣٥٩٣).

والمنّ وعقر مواش شق إخراجها فتذبح وتحرق.....

فيقوم بدفعه مثله فيتكافأان ثم يبقى فضيلة تخليص المسلم وتمكينه من عبادة الله تعالى كما ينبغي زيادة ترجح، ثم قد ثبت من فعله عليه الصلاة والسلام كما في مسلم وأبي داود والترمذي «أنه عليه الصلاة والسلام فدى رجلين من المسلمين برجل من المشركين»<sup>(١)</sup> ولا خلاف أن المفاداة بالنساء لا تجوز.

وقالوا: لو أسلم الأسير في أيدينا لا يفادى بمسلم أسير لأنه لا يفيد إلا إذا طابت نفسه به وكان مأموناً على إسلامه وما لو أخذ الإمام في مقابلته مالأً في المشهور من المذهب وفي «السير الكبير» لا بأس به إذا كان بالمسلمين حاجة وهذا ظاهر في عدم الفرق بين أن يكون ذلك قبل وضع الحرب أوزارها أو بعده، (و) حرم أيضاً (المن) وهو إطلاقهم مجاناً بغير شيء قاله العيني يعني إلى دار الحرب كما في «الفتح». وفي «النهاية» و«الغاية» و«الدراية» وهو الإنعام عليهم بتركهم مجاناً من غير قتل ولا استرقاق ولا ذمة وادعى في «البحر» عدم صحة إرادة الأول هنا لأنه عين قوله وحرم ردهم.

وأقول: الظاهر أن مؤدى العبارتين واحد وذلك أن قوله: بغير شيء أي: بغير قتل ولا استرقاق ولا ذمة وإن ردهم إلى دارهم هو إرسالهم إليها وهذا كما ترى مغاير لمطلق إطلاقهم بغير شيء فتدبره ثم رأيت في «إيضاح الإصلاح» قال: المن أن يطلقهم مجاناً سواء كان الإطلاق بعد إسلامهم أو قبله أشير إلى ذلك في التعليل المذكور في «الهداية» يريد قوله: ولأنه بالأسر ثبت حق الاسترقاق فيه فلا يجوز إسقاطه بغير منفعة ثم قال: وقد علم من نفي المن والفداء نفي ردهم إلى دارهم بطريق الدلالة فلا حاجة إلى ذكره انتهى.

(و) حرم أيضاً (عقر مواش شق إخراجها) من إبل وبقر وغنم أي: قطع قوائمها لأنه مثله (فتذبح) لأن ذبحها لغرض صحيح جائز وهو هنا كسر شوكة الأعداء أو إعدامهم هذه المنفعة المرغوب فيها (وتحرق) بعده قطعاً لمادة الانتفاع ولم تحرق ابتداء لقوله ﷺ: «لا يعذب بالنار إلا رب النار»<sup>(٢)</sup> ومن ثم قلنا: إن الأسلحة ونحوها تحرق بالنار ابتداء وما لا يحرق منها يدفن في موضع لا يقفون عليه، وفي «التتارخانية» / مات نساء مسلمات في دار الحرب وهم يطؤون الأموات وسعنا حرقهن وفي «المحيط» لو وجد المسلمون حية أو عقرباً في دار الحرب لا يقتلونهما بل ينزعون ذنب العقرب وأنياب الحية.

(١) أخرجه الترمذي في سننه (١٥٦٨)، ومسلم في النذر (١٦٤١).

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٦٧٣)، وأحمد في مسنده (١٥٦٤).

وقسمة الغنيمة في دارهم لا الإيداع.....

(و) حرم أيضاً (قسمة الغنيمة في دارهم) لنهاية عليه الصلاة والسلام عن بيع الغنائم في دار الحرب «خانية» والقسمة بيع معنى ولأنها تعتمد الملك ولا ملك قبل الإحراز بدار الإسلام عندنا ولذا قلنا: إن الرد قبله ويشارك العسكر ولا يثبت نسب ولد أمة من السبي ويجب عقرها ويقسم الكل ولا ضمان على من أتلف منها شيئاً ولا يورث نصيب من مات قبله وفي «البدائع» ما يخالفه حيث قال: وأما بعد الإحراز بدار الإسلام قبل القسمة فيثبت الملك ويتأكد الحق ويتقرر فيجوز القسمة ويجوز فيه الإرث ويضمن المتلف إلا أنه لو أعتق واحد من الغانمين عبداً لا ينفذ إعتاقه استحساناً، لأن نفاذه يتوقف على الملك الخاص ولا يتحقق ذلك إلا بالقسمة فأما الموجود قبل القسمة فملك عام أو حق متأكد وأنه لا يحتمل الإعتاق لكنه يحتمل الإرث والقسمة ويكفي لإيجاب الضمان وانقطاع شركة الردء ونحو ذلك، ولذلك لو استولد جارية من الغنم وادعى الولد لا تصير أم ولد له استحساناً لما قلنا انتهى.

وفي «المحيط» لو وطئ الإمام جارية لا يحد ويؤخذ منه العقران وطئها في دار الإسلام دون دار الحرب انتهى وهذا يخالف إطلاق ما مر قبل وهو الظاهر لأن الوطاء في دار الحرب لا يوجب شيئاً فلو قسمت الغنيمة على الرايات أو العراف فوقعت جارية بين أهل راية صح عتق أحد لها واستيلاده إن قلوا لا إن كثروا، والقليل مائة وقيل: أربعون قال السرخسي: والأولى أن يوكل إلى اجتهاد الإمام، ثم الحرمة مقيدة بأن لا تكون القسمة عن اجتهاد أو لحاجة فإن كانت لأحدهما لا تحرم، ولو عبر بلا تصح لكان أولى لما استقر من أنه لا يلزم من حرمتها نفي الصحة والواقع أنها لا تصح أيضاً.

(ولا) تحرم قسمتها بين الغانمين (للإيداع) بأن لم يجد ما يحملها عليه فإن أبوا أجبرهم على ذلك بأجر المثل في رواية وفي أخرى لا يجوز ثم إذا لم يجبروا ولم يجد على الرواية الأولى ما يستأجره إن كان بحال لو قسمها يقدر كل واحد على حمله قسم بينهم، وإن كانوا لا يقدر ولا يجدون الدواب بالأجرة مشى السبباي إلى دار الإسلام وإن لم يطيقوه قتل الرجال منهم، وأما النساء والصبيان والشيوخ فيتركون في أرض مضيعة حتى يموتوا جوعاً وعطشاً ولا يتركون في أرض عامرة، وكذا قالوا: لو وجدوا حية في رحالهم إن أمكنهم نزع أنيابها فعلوا ذلك قطعاً للضرر ولا يقتلونها لأن فيه قطع نسلها ومنفعة للكفار، ولو وجدوا عقرباً نزعوا ذنبها وأبقوها كذا في «التتارخانية».

ونقل في «الفتح» الترك في أرض خربة عن «الولوالجية» ثم قال: وهو بعيد لأنه

وبيعها قبلها وشرك الردء والمدد فيها لا السوقي بلا قتال ولا من مات فيها وبعد الإحراز  
بدارنا يورث نصيبه.....

قتل بما هو أشد من القتل المنهي عنه اللهم إلا أن يضطروا إلى ذلك بسبب عدم  
الحمل والجبر فيتركوا ضرورة وتعجب منه في «البحر» بأن الولوالجي صرح بأنه يفعل  
ذلك عند عدم إمكان الإخراج لا مطلقاً انتهى، وفي «السير الكبير» أراد أمير العسكر  
أن يرسل رسولا من دار الحرب إلى دار الإسلام بشيء من أموال المسلمين ولم يقدر  
الرسول أن يخرج إلا فارساً ولبعض العسكر فضل فرس فلا بأس بأخذ فرسه على كره  
منه انتهى.

(و) حرم أيضاً (بيعها) أي: الغنائم (قبلها) أي: قبل القسمة للنهي عن ذلك  
ولأنه قبل الإحراز لم يملكه وبعده مجهول (وشرك) مخفياً أي: اشترك ومشهداً أي:  
شرك الإمام (الردء) بكسر الراء وسكون الدال بعدها همزة أي: المعين (والمدد) وهم  
الجماعة الناصرون للجند (فيها) أي: في الغنيمة للاستواء في سبب الاستحقاق وهو  
المجاوزه أو شهود الواقعة ولذا قلنا: إن الجندي الذي لم يقاتل لعذر وغيره سواء وكذا  
المتطوع والجندي وأنه لا يميز أحد عن أحد حتى أمير العسكر وهذا كله بلا  
خلاف.

ولو ادعى رجل بعد القسمة أنه شهد الواقعة وأقام عدلين لم تنقض استحساناً  
ويعوض بقدر نصيبه من / بيت المال كذا في «التاتارخانية» (لا) يشترك (السوقي)  
وهو الخارج مع العسكر للتجارة (بلا قتال) أفهم به أنه لو قاتل شاركهم لأنه به ظهر  
أنه المقصود وتلك تبع. وفي «المحيط» لو أسلم الحربي أو المرتد في دار الحرب  
ولحق بالجيش لا يستحق شيئاً ما لم يقاتل (ولا) يشرك أيضاً (من مات فيها) أي: في  
دار الحرب قبل إخراج الغنيمة إلى دار الإسلام (وبعد الإحراز بدارنا يورث نصيبه)  
لثبوت ملكه فيه.

قال في «البحر»: وصرحوا في الوقف أن معلوم المستحق لا يورث بعد موته  
على أحد القولين وفي قول يورث ولم أر ترجيحاً، وينبغي أن يفصل فإن كان مات  
بعد خروج الغلة وإحراز الناظر لها قبل القسمة يورث نصيبه وإن قبله لا يورث قياساً  
على الغنيمة.

وأقول: في «الدرر والغر» عن «فوائد» صاحب «المحيط» للإمام أو المؤذن  
وقف فلم يستوفيا حتى ماتا سقطا لأنه في معنى الصلة وكذا القاضي وقيل: لا يسقط  
لأنه كالأجرة انتهى. وجزم في «البغية» بأنه يورث بخلاف رزق القاضي وأنت خبير  
بأن ما يأخذه القاضي ليس صلة كما هو ظاهر ولا أجراً لأن مثل هذه العبادة لم يقل

وينتفع فيها بعلف و طعام وحطب وسلاح ودهن بلا قسمة ولا يبيعهما.....

أحد بجواز الاستئجار عليها، بخلاف ما يأخذه الإمام والمؤذن فإنه لا ينفك عنهما فبالنظر إلى الأجرة يورث ما يستحقه إذا استحق غير مقيد بظهور الغلة وقبضها في يد الناظر وبالنظر إلى الصلة لا يورث، وإن قبضه الناظر قبل الموت وبهذا عرف أن القياس على الغنيمة غير صحيح وسيأتي لهذا مزيد بيان في الوقف إن شاء الله تعالى .

(وينتفع فيها) أي: في دار الحرب (بعلف) يقال: علف الدابة علفاً من باب ضرب فهي معلوفة وعليف والعلف ما أعلفته (وطعام وحطب وسلاح ودهن) بالفتح قاله العيني والظاهر أنه بالضم لتناسق المتعاطفات (بلا قسمة) لقوله ﷺ في طعام خيبر: «كلوها واعلفوها ولا تحملوها»<sup>(١)</sup> أطلق في الطعام فعم المهياً للأكل كاللحم المطبوخ والسكر والشعير والتبن وغيره كالبقرة فيجوز ذبحها غير أن الجلد يرد للغنيمة ولم يشترط الحاجة أي: الفقر فيجوز للغني الانتفاع وهو رواية «السير الكبير» وشرطها في «السير الصغير» وهو القياس والأول استحساناً وبه قالت الثلاثة .

وقيد في «الظهيرية» بما إذا لم ينفك عنه الإمام عن أكله فإن نهى لا يباح له وتسوية المصنف بين الطعام والسلاح ظاهره في أنه لا يشترط فيه عدم الحاجة أيضاً إلا أن المنقول في «فتح القدير» وغيره اشتراطها فيه بأن مات فرسه أو انكسر سيفه، أما إذا أراد توفيرها باستعمال ذلك فلا يجوز ولو فعل أثم ولا ضمان عليه لو تلف وفي «إيضاح الإصلاح» لا خلاف في اشتراط الحاجة فيه ولو احتاج الكل إلى السلاح والثياب قسمها حينئذ بخلاف السبي إذا احتيج إليه ولو للخدمة لأنه من فضول الحوائج، وخرج غير الطعام كالأدوية والطيب ودهن البنفسج وما أشبه ذلك فلا يجوز له أن يتناول منه كذا في «الشرح» وغيره خاف أنه لو حل بأحدهم مرض احتاج فيه إلى استعماله أنه يجوز وبه صرح في «المحيط» وله أن يأكل ويطعم عبده ونساؤه وصبيانهم الذين دخلوا معه إلا أن الداخل لخدمته بأجر والتاجر فلا يطعمهم إلا ما كان من خبز الحنطة أو طبيخ اللحم لأنه ملكه بالاستهلاك، (ولا يبيعهما) أي: الأشياء المذكورة لأنه لا ملك له فيها وإنما أبيع له التناول ضرورة فإن باع شيئاً منها قبل القسمة .

قال الشارح: وغيره رد الثمن إلى الغنيمة ومعناه إذا أجازها الإمام إذ لا شك أن هذا بيع فضولي يتوقف على الإجازة فإن لم يجزه وكان المبيع قائماً رد إلى الغنيمة ويدل على ذلك ما في «المحيط» لو وجد واحد من العسكر في دار الحرب ما لا

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/٤٠٩).

وبعد الخروج منها لا وما فضل ردّ إلى الغنيمة ومن أسلم منهم أحرز نفسه وطفله وكل مال معه أو وديعة عند مسلم أو ذمي دون ولده الكبير وزوجته وحملها وعقاره.....

يملكونه كعسل في جبل أو وجد معدناً أو أصاب شيئاً من بر أو بحر لم يختص به فإن باعه توقف على إجازة الأمير فإن كان الثمن أنفع أجازته وإلا رده وإلى الغنيمة ضمه وإن كان المبيع هالكاً أجازته استحساناً ورده إلى الغنيمة انتهى، (وبعد الخروج منها) أي: من دار الحرب (لا) أي: لا ينتفع بشيء مما ذكر لزوال المبيع وهو الضرورة (وما) أي: والذي (فضل) في يده مما أخذه قبل الخروج من دار الحرب (رد) أي: رده الآخذ (إلى الغنيمة) / بعد الخروج إلى دار الإسلام لزوال الحاجة التي هي مناط الإباحة وعلى هذا التعليل أنه لو كان فقيراً أكله لكن بالضمان كما في «المحيط» هذا كله قبل القسمة.

أما بعدها فإن كان غنياً وكانت العين قائمة تصدق بها وبقيمتها لو هالكة، وإن كان فقيراً انتفع بها، (ومن أسلم منهم) أي: من أهل دار الحرب لا بد أن يقيد بكونه فيها لأن المستأمن لو أسلم في دار الإسلام ثم ظهرنا على داره فجميع ما تركه فيها من الأولاد الصغار والمال فيء لأن تباين الدارين قاطع للعصمة فبالظهور ثبت الاستيلاء على مال غير معصوم، أما في غير الأولاد فظاهر وما فيهم فلأنهم لم يصيروا مسلمين بإسلامه لانقطاع التبعية بتباين الدارين فكانوا من جملة الأموال، ولا بد أيضاً أن يقيد بكونه لم يخرج إلينا فإن خرج فظهر عليهم فجميع ماله فيء إلا أولاده الصغار لأنه حين أسلم كان متبعاً لهم فصاروا مسلمين فلا يرد الرق عليهم ابتداء، بخلاف غيرهم لانقطاع يده عنهم بالقتال فيغنم كما في «الفتح».

(أحرز نفسه) عن القتل والاسترقاق (وأولاده) تبع له (و) أحرز أيضاً (كل مال معه) لخبر «فإذا أسلموا عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها»<sup>(١)</sup> والمسلمة مقيدة بما إذا لم يؤخذوا فإن أخذوا أحرز نفسه فقط (أو) كان المال (وديعة) له (عند مسلم أو ذمي) لأنه في يده حكماً، قيد بالوديعة لأن الغصب يكون فيئاً عند الإمام وبكونها في يدهما لأنها لو كانت في يد حربي كانت فيئاً أيضاً في ظاهر الرواية عن الإمام وعنه أنها له (دون ولده الكبير) لأنه غير تابع له (وزوجته) لما قلنا (وحملها) لأنه كجزئها وإن حكم بإسلامه تبعاً لخير الأبوين، والمسلم محل التمليك تبعاً لغيره فإنه لو تزوج أمة الغير كان أولاده مسلمين أرقاء، (و) دون (عقاره) وما فيه من زرع لم يحصد لأنه في يد أهل الدار إذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده إلا حكماً

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (٢١)، والبخاري في صحيحه (٢٥).

وعبده المقاتل للراجل سهم وللفارس سهمان .....

والدار ليست دار أحكام فكانت يد غير معتبرة قبل ظهور المسلمين على الدار وبعد ظهورهم يدهم أقوى من يد أهل الدار لأنها جعلت شرعاً سالبة لما في أيديهم وهذا قول الإمام وأبي يوسف الآخر.

وقال محمد: هو كغيره من الأموال وقيل: هذا قول الثاني ومحمد مع الإمام، (وعبده المقاتل) لأنه بالقتال تمرد على مولاه فخرج عن يده وصار تبعاً لأهل دارهم فنقصت نسبة بالمالية إلى مولاه لأن كماله معناه ماليته بالملك واليد وفي هذا خلاف الأئمة الثلاثة والظاهر معهم لأنه لم يخرج عن كونه ماله كما في «الفتح» وفيه.

فرع: أسر العدو عبداً ثم أسلموا فهو لهم ولو كان ذلك العبد جنى جناية أو أتلف متاعاً تلزمه قيمته بطلت الجناية ولزمه الدين والله أعلم.

### فصل في كيفية القسمة

لما فرغ من بيان الغنيمة شرع في بيان قسمتها وأفردها بفصل لكثرة شعبها وهي جعل النصيب الشائع معيناً (للاجل سهم) إجماعاً يعني من الأربعة أخماس الباقية بعد إخراج الخمس الآتي مصرفه (وللفارس سهمان) عند الإمام وزفر وقال: له ثلاثة أسهم لما أخرجه الجماعة إلا النسائي «أنه صلى الله عليه وسلم جعل للفارس سهمين ولصاحبه سهماً»<sup>(١)</sup> ولأبي حنيفة ما رواه أبو داود وأحمد «أنه صلى الله عليه وسلم لما أن قسم خيبر أعطى للفارس سهمين وللراجل سهماً»<sup>(٢)</sup> وما رواه الجماعة محمول على التنفيل كما روي «أنه عليه الصلاة والسلام أعطى سلمة بن الأكوع سهم الراجل والفارس وكان راجلاً أجيراً لطلحة»<sup>(٣)</sup> والأجير لا يستحق سهماً من الغنيمة وإنما أعطاه رضخاً لجده في القتال وقال: «خير رجالنا سلمة بن الأكوع وخير فرساننا أبو قتادة»<sup>(٤)</sup> كذا في «الشرح».

قال في «الحواشي السعدية»: وهو مخالف لما سيصرح به بعد من أن الأجير إن ترك الخدمة وقاتل يسهم له كأهل سوق العسكر وإلا فلا شيء له ولا يجمع بين أجر ونصيب لخدمة في الغنيمة انتهى. وهو الحق ويوافقه ما في «غاية البيان» الأجير

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٧٠٨)، ومسلم (١٧٦٢)، وأبو داود (٢٧٣٤)، والترمذي

(١٥٥٤)، وابن ماجه (٢٨٥٤).

(٢) أخرجه أبو داود (٢٧٣٦)، وأحمد في مسنده (١٥٠٤٤).

(٣) أخرجه أحمد في مسنده (١٦٥٨٧).

(٤) هو تمة الحديث الذي تقدم ذكره.

ولو له فرسان والبراذين كالعناق لا الراحلة والبغل والعبرة للفارس والراجل عند المجاوزة

لخدمة الغازي والسوقي يسهم لهما إذا قاتلا والعبد يرضخ له والفرق أن العبد تبع فانحطت رتبته بخلافه ولذا يسقط / أجره من القتال عن المستأجرين (ولو له فرسان) [١/٣٣٥] أي: لا يسهم إلا لفارس واحد ولو كان له أكثر، وقال أبو يوسف: يسهم لفارسين «لأنه أعطى الزبير يوم خيبر خمسة أسهم»<sup>(١)</sup> وحمله على التنفيل ولم يذكر الخلاف في ظاهر الرواية وما عن أبي يوسف في «الإملاء» ولا خلاف أنه لا يسهم لثلاثة فأكثر.

(والبراذين) خيل العجم وأحدهما برذون (كالعناق) بكسر العين جمع عتيق كرام الخيل العربية فلا يفضل أحدهما على الآخر لاستواء الكل في السبب وهو الإرهاب وعرف من هذا أن الهجين وهو ما يكون أبوه من البراذين وأمه عربية والمقرف وهو ما يكون أبوه عربياً وأمه برذونة كالعناق بالأولى، وجعل في «الصحاح» و«القاموس» الهجنة من قبل الأم والإقراف من قبل الأب (لا الراحلة) أي: لا تكون الراحلة (والبغل) كالعناق فلا يسهم لهما لأن الإرهاب لا يقع بهما، (والعبرة) أي: والاعتبار (للفارس والراجل عند) أي: وقت (المجاوزة) أي: الانفصال من دار الإسلام إلى دار الحرب أي: مجاوزة الدرب وهو الحد الفاصل بين دار الإسلام ودار الحرب حتى لو دخل دار الحرب فنفق فرسه وقاتل راجلاً استحق سهم الفرسان.

ولو دخل راجلاً فاشترى فرساً فيها فقاتل فارساً استحق سهم راجل في ظاهر المذهب وروى ابن المبارك عن الإمام أنه يستحق سهم الفارس واعتبرت للمجاوزة لأنها قتال لأنهم يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حال الدوام فلا يعتبر، وعم إطلاقه ما لو كان الفرس مغصوباً أو مستعاراً أو مستأجراً فاسترده المالك فقاتل راجلاً وهذا إحدى الروايتين وفي رواية لهم سهم الراجل.

قال في «الفتح»: ومقتضى كونه جاوز بفارس لقصد القتال عليه ترجيح الاستحقاق، نعم لا بد أن يكون عدم القتال على الفرس لا بصنع منه حتى لو دخل فارساً ثم باع فرسه أو وهبه وسلمه أو أجره أو رهنه ففي ظاهر المذهب لا يستحق سهم الفرسان وروى أنه يستحق وحكى صاحب «الخلاصة» روايتين في العارية والمنع يوافق ظاهر الرواية ولو غصب فرسه قبل الدخول فدخل راجلاً ثم استرد أو ركب عليه آخر ودخل دار الحرب ونفر الفرس أو ضل منه فاتبعه ودخل راجلاً استحق سهم الفارس، ولا بد أن يكون الفرس صالحاً للقتال حتى لو كان مريضاً أو هزيراً أو

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى (٦/٣٢٨).

وللمملوك والمرأة والصبي والذمي الرضخ لا السهم والخمس لليتامى والمساكين وابن السبيل وقدم ذوو القربى الفقراء منهم عليهم ولا حق لأغنيائهم.....

كبيراً أو صغيراً لا يستحق ما للفارس إلا إذا زال المرض وصار بحال يقاتل عليه فإنه يستحقه أيضاً استحساناً، ولو طال المكث في دار الحرب حتى كبر فقاتل عليه لا يستحقه كذا في «التاتارخانية».

قال في «البحر»: وكان الفرق حصول الإرهاب بالكبير ولو مريضاً بخلاف الصغير (وللمملوك والمرأة والصبي) والمجنون كما في «الولوالجية» فالمعتوه أولى (والذمي الرضخ) بمعجمتين وهو إعطاء قليل من كثير وهو السهم على حسب ما يراه الإمام قبل إخراج الخمس عندنا «لأنه عليه الصلاة والسلام كان يرضخ للنساء والصبيان والعبيد»<sup>(١)</sup> ولما استعان باليهود على اليهود لم يعطهم شيئاً من الغنيمة أي: لم يسهم لهم ثم إنما يرضخ لغير المرأة بالقتال لأنهم يقدرون عليه ولذا شرطوا في الصبي أن يكون قادراً عليه ولا فرق في العبيد بين أن يقاتلوا بغير إذن السيد أو بإذنه أما المرأة فيرضخ لها بغير قتال كذا في «الفتح» لأن بها مداواة الجريح منهم والقيام على المريض وحفظ الأمتعة ونحوها وصحة أمانها لثبوت شبهة القتال منها.

ولو أعتق العبد يرضخ له فيما أصيب من الغنيمة قبل عتقه ولو أسلم الذمي المقاتل يضرب له بسهم فيما أصيب بعد إسلامه كذا في «التاتارخانية» (لا السهم) لما روينا نبه بهذا على أن الرضخ لا يبلغ به الإمام به السهم، فإن قلت: قد قالوا: إن الذمي إذا دل على الطريق فللإمام أن يزيده على السهم قلت: ما يدفع إليه في هذه الحالة ليس رضخاً بل قائم مقام الأجرة بخلاف ما إذا قاتل لأنه عمل الجهاد ولا يستوي في عمله بين من يؤجر عليه ومن لا يقبل منه، (والخمس) الباقي بعد صرف الأربعة أخماس بصرف (لليتامى والمساكين وابن السبيل) فيعطى لكل واحد سهم نبه بذلك على أن الخمس يقسم أثلاثاً عندنا (وقدم ذوي القربى) من بني هاشم وبني المطلب فقط لأن استحقاقهم ليس بمحض القرابة بل للنصرة أيضاً وهي المؤانسة معه بالكلام والمصاحبة لا المقاتلة، وهذا القدر مفقود في غير بني هاشم وبني المطلب ولذا كان لنسائهم أيضاً ثم سقط ذلك بموته عليه الصلاة والسلام لعدم تلك العلة وهي النصرة فيستحقونه بالفقر، (الفقراء) بالرفع على البدلية (منهم) أي: من ذوي القربى (عليهم) الأصناف الثلاثة لأن غيرهم من الفقراء يتمكنون من أخذ الصدقات / وذو القربى لا يحل لهم (ولا حق لأغنيائهم)، والأصل في هذا قوله تعالى: ﴿واعلموا

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/٤٢٠).

وذكره تعالى للتبرك وسهم النبي ﷺ سقط بموته كالصفي وإن دخل جمع ذو منعة دارهم بلا إذن خمس ما أخذوا.....

أما غنمتم من شيء ﴿ [ الأنفال: ٤١ ] الآية، وقد قسم الخلفاء الراشدون الخمس على هذا ولم يدفعا شيئاً لذوي القربى وفيه دلالة ظاهرة لقول الطحاوي من أنهم يحرمون لأن فيه معنى الصدقة.

وقال الكرخي: يدفع إليهم بشرط الفقر وهو الأصح لظاهر قوله ﷺ « يا بني هاشم إن الله تعالى كره لكم غسلة الناس وأوساخهم وعوضكم عنها بخمس الخمس»<sup>(١)</sup> والعوض إنما يثبت في حق من ثبت في حقه العوض وهم الفقراء، ويحمل عدم إعطائهم على أن ذوي القربى بيان مصرف الاستحقاق، وعندنا يجوز الاقتصار على جنس واحد نص عليه في «البدائع» وغيرها أو أنهم رأوهم أغنياء وأن الصرف إلى غيرهم أنفع وكونه فيه معنى الصدقة ممنوع بل هو مال الله لأن الجهاد حقه أضافه إليهم لا حق لنا لزمنا أداؤه طاعة له ليصير وسخاً، وفي «الحاوي القدسي» وعن أبي يوسف: إن الخمس يصرف لذوي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل وبه نأخذ، قال في «البحر»: وهذا يقتضي أن الفتوى على الصرف إلى الأقرباء الأغنياء فليحفظ.

وأقول: فيه نظر بل هو ترجيح لإعطائهم وغاية الأمر أنه سكت عن اشتراط الفقر فيهم للعلم به وفي «منية المفتي» لو وضع أي: الإمام الخمس في الغانمين لحاجتهم إليه له ذلك انتهى، (وذكره تعالى للتبرك) باسمه في افتتاح الكلام لأن له ما في السموات وما في الأرض كذا جاء عن ابن عباس رواه الطبراني وفيه رد لقول أبي العالية: إنه يصرف إلى بناء بيت الكعبة إن كان قريباً وإلا فإلى مسجد كل بلد ثبت فيه الخمس (وسهم النبي ﷺ سقط بموته) لأنه حكم علق بمشتق وهو الرسول فيكون مبدأ الاشتقاق علة وهو الرسالة ولا رسول بعده، (كالصفي) بفتح الصاد وكسر الفاء والياء المشددة أي: كما أن الصفي وهو ما كان ﷺ يصطفيه من الغنيمة قبل القسمة وإخراج الخمس من درع أو جارية سقط بموته بلا خلاف، (وإن دخل جمع) من المسلمين (ذو منعة) أي: قوة (دارهم بلا إذن) الإمام (خمس ما أخذوه) لأنه غنيمة للقهر والغلبة لما أنه يجب عليه نصرهم دفعا للإهانة عن المسلمين بخلاف الواحد أو الاثنين، وأفهم كلامه أنه لو كان بإذن خمس بالأولى.

وفي «منية المفتي»: لو دخل أربعة خمس ولو ثلاثة لا وفي «التاتارخانية» لو

وإلا لا وللإمام أن ينفل

كان بعضهم بإذن الإمام وبعضهم بلا إذنه ولا منعة لهم فالحكم في كل واحد منهم حالة الاجتماع كما في حالة الأفراد، وإن كانت له منعة يجب الخمس انتهى، (وإلا) أي: وإن لم يكونوا ذوي منعة (لا) أي: لا يخمس ما أخذوه لأنه اختلاس، وظاهره ولو كان بإذن الإمام لكن هذا إحدى الروايتين والمشهور أنه يخمس لأنه به التزم نصرتهم، (وللإمام أن ينفل) الغازي بأن يعطيه فوق سهمه يقال: نفلته تنفيلاً وجاء في الفصيح مخففاً أيضاً.

ويقال: إنه مندوب لأن فيه تحريضاً على القتال فإن قلت: التحريض مأمور به فهو واجب لا مندوب قلت: المندوب إنما هو اختيار الأنشطة دون غيره لما أنه ادعى إلى المقصود أما هو في نفسه فواجب مخير لأنه قد يكون أيضاً بالموعظة الحسنة والترغيب فيما عند الله بقوله حال القتال قيد به القدوري ولا بد منه لأنه بعده لا يملكه الإمام وقبل ما داموا في دار الحرب يملكه كذا في «السراج» ويؤيد هذا القيل أن قوله ﷺ: «من قتل قتيلاً فله سلبه»<sup>(١)</sup> إنما كان بعد الفراغ من خيبر ولم أر جوازه قبل المقاتلة وقد يؤيد هذا القيل من قتل قتيلاً سماه بذلك لقربه من القتل وسواء سمع القاتل ذلك أم لا وقد يكون بدفع الدراهم والدنانير فله سلبه هذا اللفظ يدخل فيه الإمام أيضاً بخلاف ما إذا قال: منكم، ولو قال: من قتلته أنا فلي سلبه لا يستحقه ويقع هذا اللفظ على كل قتال في تلك السفارة ما لم يرجعوا، وإن مات الوالي أو عزل ما لم يمنعه الثاني كما في «التتارخانية» قيل ويقول من أصاب شيئاً فهو له ذكره في «الحواشي السعدية».

وفي «المنية» قال أمير العسكر: إن قتلت ذلك الفارس فلك كذا فقتله فلا شيء له ولو قال إن قطعت رؤوس أولئك القتلى فلك كذا استحق القاطع ويقول أيضاً للسرية جعلت لكم الربع بعد الخمس ليس بقيد إذ لو نفل بربع الكل جاز لأن / له أن ينفل السرية بالكل فهذا أولى كذا في «الشرح» وفي «السير» لو قال للعسكر: كل ما أخذتم فهو لكم بالسوية بعد الخمس أو للسرية لم يجوز لأن فيه تسوية الفارس بالرجال وكذا لو قال: ما أصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخمس لأن فيه إبطال الخمس الثابت بالنص.

قال في «الفتح»: وهذا يبطل ما ذكر في «الحواشي» لاتحاد اللازم فيهما بل وزيادة حرمان من لم يصب شيئاً فهو أولى بالبطلان وبه ينتفى أيضاً ما مر أنه لو نفل

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٩٧٣)، ومسلم في صحيحه (١٧٥١).

وينفل بعد الإحراز من الخمس فقط والسلب للكل إن لم ينفل وهو مركبه وثيابه وسلاحه وما معه .

بجميع المأخوذ جاز لأن فيه زيادة إيحاش الباقيين وإثارة الفتنة، ولو اجتمع رجلان على قتل حربي اشتركا في سلبه وقيده في « شرح الطحاوي » بأن يقاوم الكل فإن كان ضعيفاً كان سلبه غنيمة، ولو قيد الإمام بقوله وحده لا يستحقان ولو كان الخطاب لواحد فشاركه غيره استحقه المخاطب وحده ولو قتل رجلين كان له سلب الأول فقط إلا إذا قتلها معاً فإنه يخير في أخذ سلب أيهما شاء، ويستحق السلب من يستحق السهم والرضخ بشرط أن يكون المقتول مباح الدم فلا يستحق السلب بقتل النساء والصبيان، (وينفل بعد الإحراز) بدارنا (من الخمس فقط) لأن حق الغانمين به تأكيد ولا حق لهم في الخمس فجاز أن ينفل منه، وأورد أنه إن لم يكن حقاً لهم فهو للأصناف الثلاثة فلا يجوز إبطال حقهم أيضاً وأجيب بأنه إنما يجوز باعتبار جعل المتنفل من الأصناف الثلاثة وصرفه إلى واحد كاف ولذا قال في « الذخيرة » : لا ينبغي للإمام أن يضعه في الغني لأن الخمس حق المحتاجين فجعله للأغنياء إبطال لحقهم .

قال في « البحر » : لكن تصريحهم بأنه تنفيل يدل على جوازه للغني ومن العجب قول الزيلعي : لا يجوز للغني فإن ظاهر ما في « الذخيرة » عدم الحرمة وأقول : ممنوع بل ظاهر في الحرمة كما قال الشارح لأن إبطال حق الغير لا يجوز، (والسلب) محرراً أي : المسلوب والجمع أسلاب (للكل) أي : لكل العسكر (إن لم ينفل) الإمام به القاتل لقوله ﷺ لحبيب بن أبي سلمة « ليس لك من سلب قتيلك إلا ما طابت به نفس إمامك »<sup>(١)</sup> ولأنه أخذ بقوة العسكر فيكون غنيمة (وهو) أي : السلب (مركبه) أي : المقتول وما على مركبه من السرج والآلة (وثيابه وسلاحه وما معه) من ذهب وفضة في حقيبته أو وسطه وخاتم وسوار ومنطقة في الصحيح كما في « الحقائق » وليس منه ما كان مع غلامه أو في خيمته أو على دابته أخرى .

وفي « المحيط » قال الأمير : من قتل قتيلاً فله فرسه فقتل راجل رجلاً ومع غلامه فرس قائم بجنبه بين الصفيين كان للقاتل إذا كان مع غلامه بقرب منه لأن مقصود الإمام قتل من كان متمكناً من القتال فارساً، وإن لم يكن بجنبه في الصف لا يكون له ولو كان علي بغل أو حمار أو جمل لا يستحق السلب لأن راكب هذه الأشياء لا يسمى فارساً انتهى ووقع في نسخة الشارح فله سلبه وجزم في « البحر » بأنه سبق قلم

(١) ذكره ابن حجر في الدراية (١٢٨/٢)، والزيلعي في نصب الراية (٤٣٠/٣) وقال : هكذا وقع في الهداية « حبيب بن أبي سلمة » وصوابه حبيب بن مسلمة .

## باب استيلاء الكفار

سبى الترك الروم وأخذوا أموالهم ملكوها وملكنا ما نجده من ذلك .....

بدليل المقاتلة بالبغل والحمار فإنه في هذه الحالة لا يستحق، ولو كان التنفيل بلفظ السلب لا يستحقه، ثم حكم التنفيل قطع حق الباقيين ولو مغصوباً من مسلم مستأمن أو معاراً من صبي أو امرأة أو أما الملك فيما يثبت بعد الإحراز بدار الإسلام حتى لو قال: من أصاب جارية فهي له فأصابها مسلم لم يحل له وطئها بعد الاستبراء عندهما وقال محمد: يحل وعلى هذا الخلاف البيع والضمان بالإتلاف وأجمعوا أن المتلصص لو أخذ جارية في دار الحرب واستبرأها لا يحل له وطئها والله الموفق بمنه وكرمه وجوده وإحسانه.

## باب استيلاء الكفار

على بعضهم بعضاً أو على أموالنا، وتقديم استيلائنا عليهم ظاهر الحسن، (سبى) كفار (الترك) كفار (الروم) قال في «القاموس»: الروم بالضم جيل من ولد الروم بن عيصوا ورجل رومي والجمع الروم والترك بالضم جيل من الناس والجمع أترك انتهى. قال في «البحر»: فما في «النهاية» من أن الترك جمع التركي والروم جمع الرومي ففيه نظر.

وأقول: لا مخالفة بينهما بوجه فإن كلاً من الترك والروم اسم جنس جمعي حتى يفرق بينه وبين مفردة بالياء كزنج وزنجي وغاية الأمر أن الترك الذي هو جمع تركي جمع على أترك وهذا لا ينفيه صاحب «النهاية» (وأخذوا أموالهم ملكوها) لوجود الاستيلاء على مال مباح إذ وضع المسألة فيما / إذا كان الكل في دار الحرب فيحل الشراء منهم (وملكنا ما نجده من ذلك) مما سباه الترك من الروم أو أخذوه من أموالهم كسائر أملاكهم ولو كان بيننا وبين المأخوذ منهم مواعدة لأننا لم نغدرهم.

قال في «الخلاصة»: والإحراز بدار الحرب شرط أما بدارهم فلا ولو كان بيننا وبين كل الطائفتين مواعدة فاقتتلوا في دارنا لا نشترى من الغانمين شيئاً لفقد الملك بعدم الإحراز وفي «الفتح» لو اقتتلت طائفتان في بلدة واحدة فهل يجوز شراء المسلم المستأمن من الغانمين شيئاً ينبغي أن يقال: إن كان بين الآخذ والمأخوذ قرابة محرمة كالأُمومية أو كان المأخوذ لا يجوز بيعه للآخذ لم يجز إلا إن دانوا بذلك عند الكرخي وإن لم يكن فإن دانوا بأن من قهر آخر ملكه جاز الشراء وإلا فلا انتهى.

وفي «منية المفتي» إذا باع الحربي ولده من مسلم في دار الحرب عن الإمام أنه

إن غلبنا عليهم وإن غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم ملكوها وإن غلبنا عليهم فمن وجد ملكه قبل القسمة أخذه مجاناً وبعدها بالقيمة.....

يجوز ولا يجبر على الرد وعن أبي يوسف أنه يجبر إذا خاصم الحربي ولو دخل دارنا بأمان مع ولده فباع الولد لا يجوز في الروايات كلها، (وإن غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم ملكوها) قيل: لأن الاستيلاء ورد على مال مباح فينعتد سبباً للملك دفعاً لحاجة المكلف، وهذا لأن العصمة ثبتت على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع وإذا زالت الملكية عاد مباحاً وقد قال عليه الصلاة والسلام كما في الصحيح «هل ترك لنا عقيل من دار»<sup>(١)</sup> وفيه نظر إذ الصحيح من مذهب أهل السنة أن الأصل في الأشياء التوقف والإباحة رأى المعتزلة وعلى هذا فالوجه أن يقال: العصمة من جملة الأحكام الشرعية فمن خوطب بها ظهرت العصمة في حقه وما لا فلا، فبقي في حق الكافر ما لا غير معصوم والاستيلاء عليه موجب للملك قاله ابن الساعاتي.

وأما الحديث فالاستدلال به موقوف على أن الدار كانت لرسول الله ﷺ وأنهم ملكوها بالاستيلاء وليس كذلك بل إنما كانت لأبي طالب واستولى عليها عقيل بالإرث منه وذلك أنه مات وترك علياً وجعفرأً مسلمين وعقيلأً وطالبأً كافرين فورثاه نعم فيه دليل على أن المسلم لا يرث من الكافر، والأولى هو الاستدلال بقوله تعالى: ﴿للفقراء المهاجرين﴾ [الحشر: ٨] سماهم فقراء فدل على أن الكفار ملكوا ما خلفوه من الأموال وهاجروا عنها وليس من يملك مالاً وهو في مكان لا يصل إليه فقيراً بل هو مخصوص بابن السبيل هذا حاصل ما في «الفتح» وقد يقال قد استقر أن أبا طالب وعبد الله والد المصطفى كانا أخوين والظاهر أن الدار كانت لكل فلما ارتحل ﷺ إلى المدينة وضع عقيل يده على كلها ومن هنا قال ﷺ: «وهل ترك لنا عقيل من دار» إذ كيف يقول لنا ولا ملك له فيها كما قرر فتدبره.

(وإن غلبنا عليهم) أي: على الذين أحرزوا أموالنا بدارهم (فمن وجد ملكه) في الغنيمة مثلياً كان أو قيمياً (قبل القسمة) بين المسلمين (أخذه مجاناً) أي: بغير شيء (و) إن وجدوه (بعدها) أخذه (بالقيمة) كذا جاء في السنة ولأن الشركة قبل القسمة عامة فخف الضرر وبعدها إزالة ملك خاص فيأخذه بالقيمة وفيه إيحاء إلى أنه لو كان مثلياً لا يأخذه بعدها إذ لا فائدة في أخذه كما هو ظاهر وفي «التتارخانية» لو هرب عبدنا منهم إلى دار الإسلام ومعه مال فأخذه مسلم فإن جاء ربه قبل أن يخمس أخذه

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٠٣٢)، ومسلم (١٣٥١).

وبالثلث لو اشتراه تاجر منهم وإن فقا عينه وأخذ أرشه.....

مجاناً وبعدما خمس يأخذه بالقيمة والمال للآخذ . ولو أعتقه فغلبنا عليهم أخذه المولى مجاناً وبطل العتق وإن بعدما أخرجه المسلمون جاز العتق وفي «الملتقط» لو أبق عبدنا منهم يرد إلى سيده وفي رواية يعتق (و) أخذه (بالثلث لو اشتراه تاجر منهم) دفعاً للضرر عنه بأخذه مجاناً والقول في مقداره قوله إلا أن يقيم المالك البينة، ولو أقامها فالبينة بينة المالك، وقال الثاني: بينة المشتري وعم كلامه ما لو اشتراه بعوضٍ حيث يأخذه بقيمته فلو كان البيع فاسداً لعدم الفائدة وهذه ترد على المصنف واتفقت الروايات ووصفاً لا يأخذه ولو فاسداً لعدم الفائدة وهذه ترد على المصنف واتفقت الروايات على أنه لو كان المأخوذ ألفاً هي نقد في بيت / المال فاشتراها بألف غلة وتفرقا عن قبض لم يكن للمالك أخذها كذا في «التتارخانية» لأن الجودة والرداءة في الأموال الربوية هدر، وأنه لو اشتراه بخمر أو خنزير لم يكن للمالك أخذه انتهى يعني بالخمر والخنزير ومقتضى ما مر أنه يأخذه بقيمة نفسه وبه صرح في «السراج» .

[١/٣٢٧]

وأفاد المصنف أنه لو رهن المشتري لم يكن للمالك أخذه حتى يفتكه ولا يجبر على ذلك بخلاف ما لو أجره لأنها تنفسخ بالعدر، وأن للوصي أن يأخذه لليتيم إن كان الثمن مثل قيمته وللمودع والمستأجر والمستعير حق الخصومة وفي الاسترداد قبل القسمة وهي بعدها للمستأجر فقط، ولو وهبها أخذها المالك بعد الإخراج إلى دار الإسلام بقيمتها ولو دبرها أو أعتقها من وقعت في سهمه لا يأخذها المالك بخلاف ما لو زوجها وولدت حيث يأخذها مع ولدها لأن التزويج لا يمنع الأخذ، (وإن) وصلية (فقا) شخص (عينه) في يد التاجر أو قطع يده (وأخذ أرشه) يعني لا يحط عنه شيء من الثمن لأن الأوصاف لا يقابلها شيء منه والعين كالوصف لأنها يحصل بها وصف الأبصار وقد كانت في ملك صحيح فلا يقابلها شيء منه والعقر كالأرش .

قال في «الفتح»: ولو أنه فقا عيناه عند الغازي المقسوم له فأخذ قيمته وسلمه للفاقي فللمالك أخذه للمولى لهما أنه فوت وصفاً فلا يسقط به شيء من الثمن وله أنه طرف مقصود فهو كفوات بعض الأصل فيسقط حصته من القيمة كالولد مع الأرش فكان بمنزلته، وهذا ينتقض بمسألة «الكتاب» بل الوجه في الفرق أن فوت الطرف هنا بفعل الملك فكان بمنزلة ما لو اشتراه سليماً ثم قطع طرفه باختياره فكان راضياً بتبعيضه بخلاف مسألة «الكتاب» لأن الفاقئ غيره بغير رضاه انتهى، وهذا يفيد أن الفاقئ لو كان هو التاجر حط من الثمن مقدار الأرش لكن جعل هذا في «المحيط» رواية عن محمد بعد ما صرح بأن المشتري إذا فقا عينه فالحكم كما في «الكتاب» .

فإن تكرر الأسر والشراء أخذه الأول من الثاني بثمنه ثم القديم بالثمنين ولا يملكون حرنا ومدبرنا وأم ولدنا ومكاتبنا ونملك عليهم جميع ذلك وإن ندد إليهم جمل فأخذه ملكوه وإن أبق إليهم قن لا ولو أبق بفرس ومتاع فاشترى رجل كله منهم أخذ العبد مجاناً وغيره بالثمن

(فإن كرر الأسر والشراء) بأن أسر مرتين فاشتراه في الأولى رجل وفي الثانية آخر (أخذه) المشتري (الأول من الثاني بثمنه) بغير رضاه لأن الأسر ورد على ملكه فكان حق الأخذ له (ثم) المالك (القديم) يأخذه (بالثمنين) لأنه قام عليه بهما ودل كلامه أنه ليس للقديم أن يأخذه من الثاني، ولو كان الأول غائباً أو حاضراً أبى عن أخذه لأن الأسر ما ورد على ملكه وفي قوله أخذه إيماء إلى أن الأول لو اشتراه من الثاني لم يكن للقديم أخذه لأن حق الأخذ إنما ثبت له في ضمن عود الملك الأول القديم وبالشراء إنما يثبت ملك جديد قيد بتكرر الأسر لأنه لو لم يتكرر أخذه المالك القديم بما اشتراه إن مثلياً فبمثله وإلا بأن اشتراه مقايضة فبقيمته ويتكرر الشراء لأن الأول لو وهبه له أخذه المالك القديم بقيمته .

(ولم يملكوا) بغلبتهم علينا (حرنا ومدبرنا وأم ولدنا ومكاتبنا) لعدم محلية هؤلاء للتملك إذ الحر المعصوم بنفسه وكذا من سواه ثبتت الحرية فيه من وجه، فإذا ظهرنا عليهم فوجد مسلم مدبره أو أم ولده أو مكاتبه أخذه ولو في يد تاجر اشتراه منهم أو واحد من العسكر بعد القسمة أخذه بغير شيء وعوض الإمام العسكري من بيت المال قيمته (ونملك عليهم جميع ذلك) لإسقاط الشارع عصمتهم جزاء لكفرهم (وإن ندد إليهم) من حد ضرب ومصدره القياسي نداء وجاء أيضاً ندوداً نحو (جمل فأخذه ملكوه) لتحقق الاستيلاء إذ لا يد للعجماء (وإن أبق إليهم قن) سواء كان لمسلم أو ذمي (لا) أي: لا يملكونه عند الإمام وقالوا: يملكونه قيد بقوله إليهم لأنهم لو أخذوه من دار الإسلام ملكوه اتفاقاً ولا خلاف أنه لو ارتد وأبق إليهم ملكوه أيضاً بالأخذ ولو كان كافراً من الأصل فهو ذمي تبعاً لمولاه وفي العبد الذي إذا أبق قولان كذا في «الفتح» لهما أن العصمة لحق المالك لقيام يده وقد زالت، وله أنه ظهرت يده على نفسه / بالخروج من دارنا لأن سقوط اعتباره لتحقق يد المولى عليه تمكيناً له من الانتفاع وقد زالت بالخروج .

وفي شرح «الوقاية» الخلاف فيما إذا أخذه قهراً وقيدوه وأما إذا لم يكن قهراً فلا يملكونه اتفاقاً (وإن أبق بفرس أو متاع فاشترى رجل) ذلك (كله منهم أخذ) المالك (العبد مجاناً) بغير شيء (و) أخذ (غيره) من الفرس والمتاع (بالثمن) عند الإمام وقالوا: يأخذ العبد أيضاً بالثمن بناء على ما مر من أنهم يملكونه عندهما خلافاً له قيل: كان ينبغي على قوله أن يأخذ الكل مجاناً لأن العبد لما ظهرت يده على نفسه

وإن ابتاع مستأمن عبداً مؤمناً وأدخله دارهم أو أمن عبد ثمة فجاءنا أو ظهرنا عليهم عتق.

ظهرت على ما في يده فتمنع ظهور يد الكافر لنفسه... (١) وأجيب بأن غايته أنه صار له يد بلا ملك لأن الرق ينافيه فيملكه الكافر بالاستيلاء إذ الغرض أن سبق اليد يمنع استيلائهم وقد وجد والذي ارتضاه الشارح وغيره في الجواب أن ظهور يده مع المنافي وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه فاعتبرناها في حق نفسه دون المال ودفع بأن استيلاء العبد على المال حقيقة وهو مال مباح فينبغي أن يمنع استيلاءهم.

(وإن ابتاع) أي: اشترى (مستأمن عبداً مؤمناً) أو ذمياً لأنه يجبر على بيعه أيضاً كما في «النهاية» (وأدخله دارهم) عتق عند الإمام وقالوا: لا يعتق لانقطاع ولاية الجبر على البيع بالدخول في دارهم فبقي في يده عبداً، وله أن تخلصه عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط وهو تباين الدارين مقام العلة وهو الإعتاق وعلى هذا الخلاف لو أسلم عبد الحربي وبقي في دارهم فاشتره مسلم أو ذمي أو حربي في دار الحرب عتق عنده خلافاً لهما، ولو عرضه على البيع عتق أيضاً قبل المشتري البيع أم لم يقبل كذا في «شرح الطحاوي» قيد بشراء المستأمن لأن الحربي لو أسر العبد المسلم وأدخله داره لا يعتق عليه اتفاقاً للمانع عنده من عمل المقتضى عمله وهو حق استرداد المسلم، (أو أمن عبد ثمة فجاءنا) ثمنه مجاناً أو أخرج مراغماً لمولاه فأمن في دارنا بخلاف ما لو خرج بإذنه أو بأمره فأسلم حيث يبيعه الإمام ويحفظ ثمنه لمولاه، (أو ظهرنا عليهم عتق) العبد في هذه المسائل، ولا يعلم في الثانية خلاف عن أهل العلم لما روي أن عبيداً من الطوائف أسلموا، وإليه عليه السلام خرجوا فقتل عليه الصلاة والسلام بعثهم وقال: «هم عتقاء الله» (٢). قال في شرح الطحاوي: ولا يثبت ولا العبد الخارج إلينا مسلماً لأحد لأن هذا عتق حكمي.

تتمة: جنى عبد خطأ أو أفسد متاعاً ثم أسره العدو وظهروا عليه فهو لهم ثم تبطل الجنائية دون الدين بخلاف ما لو اشتراه رجل أو أصابه المسلمون في الغنيمة فأخذ المولى حيث لا تبطل لأنه يعيده إلى قديم ملكه، ولو كانت الجنائية قتل عمد لم تبطل بحال ولو أسروا جارية مرهونة بألف هي قيمتها أو اشتراها رجل بألف أخذها الراهن بها ولم تبقى رهناً إلا أن يرد المرتهن على الراهن الألف، ولو كان الثمن أقل كان للمرتهن أن يؤدي ذلك الثمن فتكون رهناً عنده، ولو أسروا متزوجة لا يبطل النكاح لأن نقل الملك لا يبطل النكاح كالبيع والقياس القاطع به إنما هو تباين الدار حقيقة وحكماً والمسألة في دار الإسلام حكماً وإن كانت في دار الحرب حقيقة كذا في «الفتح».

(٢) أخرجه الطبراني في الأوسط (٤/٣١٦).

(١) كلمة غير واضحة في الأصل.

## باب المستأمن

دخل تاجرنا ثمة حرم تعرضه لشيء منهم فلو أخرج شيئاً ملكه ملكاً محظوراً  
فيتصدق به.....

## باب المستأمن

أي: الطالب للأمان لما كان الاستئمان إنما يكون بعد القهر الذي به يكون الاستيلاء أخره عنه وتقديم استئمان المسلم على الكافر ظاهر الحسن (دخل تاجرنا) معاشر المسلمين أضاف الدخول إليه إيماء إلى أنه بأمان لأنه لا يدخل إلا به حفظاً لما بيده وفي إضافته إلينا إيماء أيضاً إلى إسلامه (ثمة حرم تعرضه بشيء) من الدماء والأموال والفروج (منهم) أي: من أملاك أهل الحرب لأنه غدر وهو منهي عنه إلا إذا غدر به ملكهم فأخذ ماله أو حبسه أو غيره بعلمه وسكت فله التعرض بأخذ الأموال وقتل الأنفس كالأسير والمتلصص، وخرج بالأملاك ما لو وجد من لا يملكه الحربي من امرأته وأم ولده ومدبرته فيجوز التعرض لهم غير أنه لا يطاق من وطئها الحربي إلا بعد العدة.

وأما إذا أغار أهل الحرب الذين فيهم مسلمون مستأمنون على طائفة من المسلمين ولو خوارج فأسروا ذراريهم ومروا بهم على المسلمين فإنه يجب عليهم قتالهم إن قدروا عليهم لأنهم لا يملكون رقابهم فتقريرهم في أيديهم تقرير على الظلم ولم يلتزموه / بخلاف الأموال. وفي «المحيط» باع الحربي من المستأمن أمة وأم ولده أو عمته أو خالته لا يشتريها منه لأن الحربي وإن ملكها بالقهر فقد صارت حرة ولو قهر الحربي بعض أحرارهم فأراد بيعهم من المستأمن ينظر إن كان الحكم عندهم أن من قهر منهم صاحبه نفذ ملكه جاز الشراء وإلا لا.

## فرع نفيس

قال في «المبسوط»: لو أغار قوم من أهل الحرب على أهل الدار التي فيها المستأمن لا يحل له قتال هؤلاء الكفار إلا أن يخاف على نفسه لأنه إذا لم يخف فهو لإعلاء كلمة الكفر. (فلو أخرج) التاجر (شيئاً) إلى دارنا (ملكه) لتحقق الاستيلاء على مال مباح ملكاً (محظوراً) أي: خبيثاً (فيتصدق به) وجوباً لحصوله بسبب محظور وهو الغدر حتى لو كان جارية لا يحل له وطئها ولا للمشتري منه بخلاف البيع الفاسد.

وقالوا: لو تزوج في دار الحرب منهم ثم أخرجها قهراً إلى دارنا ملكها يعني إذا

فإن أدانه حربي أو أدان حربياً أو غصب أحدهما صاحبه وخرجا إلينا لم يقض بشيء وكذلك لو كانا حربيين وفعلاً ذلك ثم استأمننا وإن خرجا مسلمين قضى بالدين بينهما لا بالغصب .

أضمر في نفسه أن يخرجها لبييعها وهذا القيد لا بد منه حتى لو أخرجها كرهاً لا لهذا الغرض بل لاعتقاده أن له أن يذهب بزوجته حيث يشاء .

قال في «الفتح»: ينبغي أن لا يملكها كما لو أخرجها طوعاً قيد بالإخراج لأنه لو غصب منهم شيئاً وجب عليه رده (فإن أدانه حربي) أي: باعه شيئاً بالدين (أو أدان) التاجر (حربياً) أو باعه كذلك كذا في «الشرح» وغيره وهو ظاهر في عدم شموله للفرض ويؤيده ما في «القاموس» أدان واستدان وتدين أخذ ديناً والدين ما له أجل وما لا أجل له فقرض وأدانه اشترى بالدين أو باع بالدين ضد انتهى، مع أن الحكم فيهما واحد لكن في «المغرب» أدنته ودينته أقرضته وعلى هذا فما في «الكتاب» يشمل القرض أيضاً لكن في «طلبة الطلبة» أدان بالتشديد من باب الافتعال أي: قبل الدين والدين غير القرض لأن القرض اسم لما يقرض ويقبض والدين اسم لما يصير في الذمة بالعقد وبالاستيلاء أو بالاستقراض كذا في «السراج» .

وحاصله أن من قصر المدائنة على البيع بالدين شدد ومن أدخل القرض ونحوه خفف وهو أولى، (أو غصب أحدهما صاحبه وخرجا إلينا لم يقض بشيء) أما في الإدانة فلائنه لا ولاية له وقتها ولا وقت القضاء على المستأمن لأنه ما التزم حكم الإسلام فيما مضى بل في المستقبل واستشكل قولهما بأن السلم ملتزم أحكام الإسلام مطلقاً فصار كما لو خرجا مسلمين وأجاب في «الكافي» بأن ذلك للتسوية بين الخصمين ولا يخفى ضعفه فإن وجوب التسوية بينهما ليس في أن يبطل حق أحدهما بلا موجب لوجوب إبطال حق الآخر بموجب بل إنما ذلك في الإقبال والإقامة والإجلاس ونحو ذلك كذا في «الفتح»، وأما الغصب فلائنه صار ملكاً لمن استولى عليه لمصادفته ملاً مباحاً، وقال الثاني: نقص بالدين على المسلم دون الغصب، قال الشارح: ويفتى برد المغصوب، زاد في «الفتح» ويرد الدين أيضاً والله الموفق، (وكذلك) أي: لا يقضى بشيء (لو كانا) أي: المتحاكمان (حربيين و) الحال أنهما قد (فعلاً ذلك) يعني ما مر من الإدانة والغصب (ثم استأمننا) أي: دخلا دارنا بأمان لما مر .

وفي «المحيط» ادعى مسلم على حربي أنه أسير وقال: كنت مستأمناً فالقول للحربي إلا إذا قامت قرينة كأن يكون مغلولاً أو مع عدد من المسلمين (وإن خرجا) أي: الحربيان من دار الحرب (مسلمين) وتحاكما (قضي بالدين) لوقوعه صحيحاً للتراضي والولاية قائمة حال القضاء (دون الغصب) لما مر، ولا يؤمر بالرد لأن ملكه

مسلمان مستأمنان قتل أحدهما صاحبه تجب الدية في ماله والكفارة في الخطأ، ولا شيء في الأسيرين سوى الكفارة في الخطأ كقتل مسلم مسلماً أسلم ثمة لا يمكن مستأمن فينا سنة وقيل له: إن أقمت سنة وضع عليك الجزية.....

صحيح لا خبث فيه (مسلمان مستأمنان قتل أحدهما صاحبه) عمداً كان أو خطأ (تجب الدية في ماله) لأن العصمة الثابتة بدار الإسلام لا تبطل بعارض الدخول ولم يجب القصاص في العمد لأنه لا يمكن استيفاؤه إلا بمنعه ولا وجود لها دون الإمام ومعلوم أن العاقلة لا تعقل العمد فوجب في ماله، وأما الخطأ فإنما لم يجب عليهم فيه لأن وجوبها باعتبار الصيانة ولا قدرة لهم عليها مع تباين الدارين (و) تجب (لكفارة) أيضاً (في الخطأ) لإطلاق النص دون العمد (ولا شيء) من قتل أو مال (في الأسيرين) إذا قتل أحدهما صاحبه عمداً كان أو خطأ (سوى الكفارة في الخطأ) عند الإمام وقالوا: تجب الدية في ماله مطلقاً لأن العصمة لا تبطل بالأسر كالأستئمان / وامتناع القصاص لما مر وله أنه بالأسر صار تبعاً لهم بدليل أنه يصير مقيماً بإقامتهم ومسافراً بسفرهم فبطل الإحراز فصار (كقتل مسلم مسلماً أسلم ثمة) أي: في دارهم فإنه لا شيء فيه سوى الكفارة في الخطأ اتفاقاً لعدم الإحراز بدارنا والله الموفق للإتمام. [ب/٣٢٨]

### فصل في استئمان الكافر

(لا يمكن) كافر (مستأمن) دخل دارنا بأمان أن يمكث (فيها) أي: في دارنا معشر المسلمين (سنة) قيد به لأنه لو دخلها بغير أمان كان وما معه فيئاً، ولو قال: دخلت بأمان إلا أن يثبت ولو قال مسلم: أنا أمنت، لم يصدق إلا أن يشهد رجلان غيره وسواء أخذ قبل الإسلام أو بعده عند الإمام وقالوا: إن أسلم قبله فهو حر ثم إن أخذه واحد من المسلمين لا يختص به عنده وظاهر قولهما أنه يختص به، ولو دخل الحرم فهو فيء أيضاً عند الإمام فيؤخذ.

وقالوا: لا يؤخذ ولكن لا يطعم ولا يسقى ولا يؤذى ولا يخرج كذا في «الفتح» وفيه إذا دخل بلا أمان وقال: أنا رسول الملك فإن كان معه كتاب بعلامة تعرف به ذلك كان آمناً لأن الرسول لا يحتاج إلى أمان خاص (وقيل له) القائل هو الإمام أو نائبه: (إن أقمت) فينا (سنة وضع عليك الجزية) لأنه لا يمكن من الإقامة الدائمة إلا بالاسترقاق أو الجزية ويمكن من اليسيرة لأن في منعها قطع الجلب وغيره ففصلنا بينهما بسنة لأنها مدة تجب فيها الجزية، والوضع عليه ليس بشرط فلو قال: أخذنا منك الجزية لكان أظهر والتقدير بالسنة اتفاقي بل له أن يقدر أقل من ذلك كالشهر والشهرين.

قال في «الفتح»: إلا أنه لا ينبغي أن يلحقه غرم بتقصير المدة جداً خصوصاً إذا

فإن مكث بعده سنة فهو ذمي فلم يترك أن يرجع إليهم كما لو وضع عليه الخراج.....

كان له معاملات يحتاج إلى قضائها في مدة مديدة (فإن مكث سنة بعد القول فهو ذمي)، هذا ظاهر في توقف كونه ذمياً على قول الإمام أو نائبه كما مر حتى لو أقام سنين من غير أن يقول له شيئاً كان له أن يرجع وبه صرح العتابي في «فتاواه» وإليه أشار صاحب «الهداية» في التعليل، قال في «النهاية»: ولفظ «المبسوط» يدل على أن تقدمه ليس بشرط وإنما الشرط إقامته فيها سنة وفي «الفتح» والأول هو الأوجه.

قال في «الحواشي السعدية»: ولعل فيه روايتين وبما في «المبسوط» جزم به في «الدرر والغرر» حيث قال: لو قال له: إن أقمت فينا مدة أو لم يقل لكنه أقام حولاً كان ذمياً وينبغي أن تظهر فائدة الخلاف في ابتداء المدة التي يصير بإقامتها ذمياً فعلى الأول من وقت التقدم وعلى الثاني من وقت الدخول والقولان مذكوران في «السراج» ولا تؤخذ منه جزية في السنة التي أقامها إلا إن قال له: إن أقمتها أخذت منك الجزية فكذا في «الفتح» وفيه لو مات المستأمن في دارنا وله ورثة في دار الحرب وقف ماله لهم فإن قدموا فلا بد أن يقيموا بينة ولو من أهل الذمة فيأخذون المال بكفيل، قيل: هذا قولهما خلافاً له، وقيل: هو قولهم جميعاً ولا يقبل كتاب ملكهم ولو ثبت أنه كتاب (فلم يترك) أي: الحربي يعني لم يكن (أن يرجع إليهم) أي: إلى أهل الحرب ولو لتجارة أو قضاء حاجة كما هو مقتضى الإطلاق وهذا لأن عقد الذمة لا ينقض كيف وفيه مضرة على المسلمين وقطع الجزية عنهم وهذا يؤذن بمنع الذمي من الرجوع إلى دار الحرب (كما لو وضع عليه الخراج) أي: كما لا يمكن من العود فيما لو وضع عليه الخراج بأن ألزم به وأخذ منه عند حلول وقته وذلك بمباشرة سببه وهو زراعة الأرض أو التمكن منها إذا كانت في ملكه أو زراعتها بالإجارة إذا كان خراج مقاسمة لأنه يؤخذ منه لا من المالك، بخلاف ما إذا كان خراجها على مالها فإنه لا يصير ذمياً إذا دخل وقت الأخذ وكذلك إذا أخذ منه العشر على قول محمد، ولا يظن بوضع الخراج وتوظيفه أن يقول الإمام: وظفت على هذا الخراج ونحوه لأن الإمام قط لا يقول في كل قطعة أرض كذلك بل الخراج من حين استقر وظيفة للأراضي المعلومة استمر على كل من صارت إليه كذا في «الفتح».

[٢١/٣٢٩]

وذكر الحدادي أنه لو أصاب الزرع آفة لا يصير ذمياً وفي «التتارخانية» / لو غصبت منه فإن زرعها الغاصب لا يصير ذمياً وإلا فهو ذمي والصحيح أنه يصير ذمياً في الوجهين وإن سقط الخراج عنه كما سيأتي، ولو استعارها من ذمي صار المستعير ذمياً وفي قوله وضع دليل على أنه لا يصير ذمياً بمجرد الشراء وهو ظاهر الرواية وهو الصحيح لأنه قد يكون للتجارة ثم إذا ألزمه خراج الأرض تلزمه الجزية لسنة مستقبله،

أو نكحت ذمياً لا عكسه فإن رجع إليهم وله وديعة عند مسلم أو ذمي أو دين عليهما حل دمه  
فإن أسر أو ظهر عليهم فقتل سقط دينه.....

(أو نكحت) الحربية التي دخلت دارنا بأمان (ذمياً) فيه دليل على أنها صارت ذمية  
بنفس التزويج كذا في «الشرح» وكان وجهه إضافة النكاح إليها وهذا لأنها التزمت  
المقام معه، وقيد بالذمية ليفيد أنها تصير ذمية بنكاح المسلم بالأولى كذا في  
«الفتح» يعني لو كانت كتابية لما مر.

ومن ثم قالوا: لو أسلم الزوج وهي كتابية صارت ذمية بخلاف ما لو كانت  
مجوسية وكذا لو صار الزوج ذمياً، وهذه ترد على المصنف إلا أن يعطي للدوام حكم  
الابتداء، (لا عكسه) أي: لا يصير المستأمن بتزوجه ذمياً لعدم التزامه المقام  
لإمكان طلاقها هكذا جرى عليه هنا في «الهداية» تبعاً لغيره إلا أنه في آخر الحضائنة  
جزم بأنه يصير بتزوجها ذمياً، قال في «النهاية»: ووجدت بخط شيخي ليس في  
النسخة التي قوبلت بخط المصنف هذه الجملة وما في بعض النسخ وقع سهواً انتهى  
يعني من الكاتب، وهذا الجواب هو أيسر الأجوبة والله الموفق.

وفي «التارخانية» لو طالبته بصداقها وقد تزوجها في دارها كان لها أن تمنعه  
من الرجوع إلى داره لا إن تزوجها في داره انتهى، ولو لم يقدر على وفائه حتى مضى  
حوله ينبغي أن يكون ذمياً على ما في «المبسوط» وعرف من هذا حكم الدين  
الحادث في دارنا (فإن رجع) المستأمن بعد وضع الجزية عليه (إليهم) أي: إلى أهل  
الحرب ولم يقل: إلى داره لأنه لا فرق في رجوعه بين أن يكون إليها أو إلى غيرها من  
ديار الحرب (وله) أي: والحال أن له (وديعة عند مسلم أو ذمي أو دين عليهما حل دمه)  
لأنه به بطل أمانه وقوله: وله وديعة هذه الجملة سقطت في بعض النسخ وهي الأولى  
لأن جواز قتله بعوده ليس موقوفاً على ذلك كذا في «البحر».

ولك أن تقول: إن فرضها كذلك إيماء إلى أن بطلان أمانه في ذاته لا يوجب  
بطلانه في ماله فبقي ماله على ما هو عليه فلو ثبت من يأخذ الوديعة والقرض وجب  
التسليم إليه كذا في «السراج» وعلى هذا فلو كان عليه دين لمسلم أو ذمي ينبغي أن  
يوفى منه، فإن كانت الوديعة من غير جنس الدين باعها القاضي ووفى منها وقد  
أفتيت بذلك ومن ثم قال: (فإن أسر) الراجع إليهم (أو ظهر) بالبناء للمجهول بمعنى  
غلب كما في «المغرب» (عليهم) أي: على أهل الحرب الذي رجع إليهم (فقتل سقط  
دينه) لأن إثبات اليد عليه بإثبات المطالبة وقد سقطت ويد من عليه أسبق من يد  
العامّة فيختص به فيسقط ولا طريق لجعله فيماً لأنه الذي يؤخذ قهراً ولا يتصور ذلك  
في الدين، قال في «البحر»: وينبغي أن تكون العين المغصوبة كالدين انتهى.

وصارت وديعته فيئاً وإن قتل ولم يظهر عليهم أو مات فقرضه ووديعته لورثته وإن جاءنا حربي بأمان وله زوجة ثمة وولد ومال عند مسلم وذمي وحربي فأسلم هنا ثم ظهر عليهم فالكل فيء وإن أسلم ثمة فجاءنا فظهر عليهم فولده الصغير حر مسلم وما أودعه عند مسلم أو ذمي فهو له وغيره فيء ومن قتل مسلماً خطأ لا ولي له أو حربياً جاءنا بأمان فأسلم فديته على عاقلته للإمام.....

وأقول: وعلى هذا فلو كان له بمسلم في شيء أو أجرة عين سقطا عن هو عليهما (وصارت وديعته فيئاً) لجماعة المسلمين كنفسه لأن يد المودع كيده حكماً قيل: هذا قول أبي يوسف، وقال محمد: يصير فيئاً للسرية التي أسرته وسكت عن الرهن وقد قال أبو يوسف في المرتهن: إن المرتهن يأخذه بدينه، وقال محمد: يباع فيوفى منه الدين والفاضل لبيت المال.

قال في «البحر»: وينبغي ترجيحه لأن ما زاد على قدر الدين في حكم الوديعة وهي فيء وأنت خبير بأن تقديم قول أبي يوسف يؤذن بترجيحه وهذا لأن الوديعة إنما كانت فيئاً لما مر من أنها في يده حكماً ولا كذلك الرهن (وإن قتل) في الحرب (ولم يظهر على الدار أو مات) حتف أنفه (فقرضه) أي: دينه فدخل فيه ثمن ما باعه كغيره (ووديعته لورثته) لأن حكم الأمان باق لعدم بطلانه فيرد على ورثته لقيامهم مقامه، (وإن جاءنا) معاشر المسلمين (حربي بأمان و) الحال أن (له زوجة ثمة) أي: في دار الحرب (وولد) جمع ولد صغار أو كبار أو كانت زوجته حاملاً (ومال عند مسلم وذمي وحربي فأسلم هنا) أي: في دار الإسلام أو صار ذمياً (ثم ظهر عليهم) أي: على الحربيين الذين هو منهم / (فالكل) أي: جميع ما ذكر (فيء)، أما المرأة ولو حاملاً [ب/٢٢٩] وأولاده الكبار وعتاده فلعدم تبعيتهم له وأما الصغار فتبعيتهم له في الإسلام مع تباين الدارين لا يتحقق، نعم لو سبي الصغير وأدخل إلى دار الإسلام تبعه في الإسلام مع بقاء رقيته لعدم التنافي بينهما وأما أمواله فلأنها لا تصير محرزة بإحراز نفسه لاختلاف الدار، (وإن أسلم) الحربي (ثمة فجاءنا) إلى دار الإسلام (فظهر عليهم فولده الصغير حر مسلم) تبعاً له لاتحاد الدار (وما أودعه عند مسلم أو ذمي فهو له) لأنه في يد محترمة ويده كغيره (وغيره) أي: غير ما ذكر وهو زوجته وولده الكبير وعقاره وماله عند حربي فلما مر وأما الحربي فلأن ما في يده ليس معصوماً إذ ليست محترمة ودخل في الغيرية العين المغصوبة في يد مسلم أو ذمي فإنها أيضاً تكون (فيئاً) لعدم النيابة كذا في «الفتح» (ومن قتل مسلماً خطأ لا ولي له) أصلاً (أو) قتل (حربياً) لا ولي له في دارنا وبهذا تغاير موضوع المسألتين.

فقوله في «البحر»: لو اقتصر على الأولى لعلمت الثانية فيه نظر، (جاءنا بأمان فأسلم فديته) أي: المقتول (على عاقلته للإمام) أي: له أن يأخذها فيضعها في بيت

وفي العمد القتل أو الدية لا العفو .

## باب العشر والخراج والجزية

أرض العرب وما أسلم أهلها أو فتح عنوة.....

المال وهذا هو المقصود بذكر هاتين هنا وإلا فحكم الخطأ لزوم الدية كما سيأتي في الجنائيات، ولذا لم يذكر الكفارة (و) الواجب (في العمد) إما (القتل) قصاصاً (أو الدية) صلحاً برضى القاتل والخيار إلى الإمام فأيهما رآه أصلح فعله فإن قلت: الدية أنفع للمسلمين على كل حال فينبغي أن يقتصر عليها قلت: قد يكون القصاص هو الأنفع باعتبار كثرة القتل وأن به ينزجر أمثاله وإلى ذلك الإشارة بقوله سبحانه ﴿ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب﴾ [البقرة: ١٧٩] ثم هذا قولهما وقال الثاني: ليس له القصاص لأنه لا يخلو عن الوارث غالباً أو أنه محتمل فكأن فيه شبهة.

قلنا: المجهول الذي لا يمكن الوصول إليه ليس بولي وهذا لأن الحق إنما يثبت للولي بطريق قيامه نظراً للميت ولا نظر له في المجهول لأنه لا ينتفع به فصار وجوده لعدمه فتنتقل الولاية إلى السلطان أو إلى العامة كما في الإرث، كذا في «الشرح» وهو ظاهر في أن من لا وارث له معلوم يرثه بيت المال، (لا العفو) أي: ليس له العفو لأن الحق للعامة والإمام نائب عنهم فيما هو أنظر لهم وليس من النظر إسقاط حقهم مجاناً والله أعلم بالصواب .

## باب العشر والخراج

شروع فيما على المستأمن في أرضه من الوظائف المالية إذا صار ذمياً بعد الفراغ عما به يصير ذمياً وذكر العشر معه تمييزاً لوظيفة الأرض وقدمه لما فيه من معنى العبادة كذا في «شرح الهداية» إلا أن فيه عنونة الباب بما ليس بمقصود وقد استقبحه السيد الجرجاني في أوائل مباحث الكليات من «حاشية المطالع»، والعشر لغة: الواحد من العشرة، والخراج: اسم لما يخرج من نماء الأرض أو الغلام سمي به ما يأخذه الإمام من وظيفة الأرض والرأس، (أرض العرب) وهي كما قال الكرخي: أرض الحجاز وتهامة واليمن ومكة والطائف والبرية أي: البادية، والذي ذكره غيره أن مكة من تهامة بكسر التاء وفتحها لأنها اسم: لكل ما ترك من نجد من بلاد الحجاز سميت بذلك من التهم بفتح التاء والهاء وهي: شدة الحر أو لتغير هوائها، يقال تهم الدهر إذا تغير (وما) أي: والأرض التي (أسلم أهلها) ذكر الضمير هنا وفيما سيأتي مراعاة للفظ ما، (أو فتح عنوة) بالفتح.

وقسم بين الغانمين عشرية والسواد وما فتح عنوة وأقر أهلها عليه أو فتح صلحاً خراجية ...

قال ابن ملي: والفقهاء يعدلون عن الصواب فيضمون العين، قال الفارابي: وهو من الأضداد ويطلق على الطاعة والقهر وهو المراد هنا (وقسم بين الغانمين عشرية) أما أرض العرب فلأنه لم ينقل عنه عليه الصلاة والسلام ولا عن أحد من الخلفاء أخذ خراج من أراضيهم وكما لا رق عليهم فلا خراج على أراضيهم، وأما ما فتح عنوة وقسم فلأن الحاجة في ابتداء التوظيف على المسلم والعشرية أليق لما فيه من معنى العبادة.

(والسواد) أي: سواد العراق يعني أرضه سمي بذلك لكثرة اخضراره ولا يكون ذلك إلا في القرى ومن ثم قال العيني المراد بالسواد القرى، وحده طولاً من العلت إلى عبادان وعرضاً من العذيب / إلى عقبة حلوان والعلث بفتح العين المهملة [١/٣٣٠] وبالمثلثة قرية على شاطئ شرقي دجلة وعبادان بتشديد الموحدة حصن صغير على شاطئ النهر، وبالأيام اثنان وعشرون يوماً ونصف يوم والعرض عشرة أيام، (وما) أي: والأرض التي (فتح عنوة وأقر أهله عليه) هذا أعني إقرار الأهل حذفه بعضهم لأنه ليس بشرط في كونها خراجية إنما الشرط عدم قسمتها صرح بذلك في «شرح الطحاوي»، (أو فتح صلحاً خراجية)، أما السواد فلأن عمر رضي الله تعالى عنه وضع عليه الخراج<sup>(١)</sup> بمحضر من الصحابة وهو أشهر من أن ينقل وكذا على مصر حين فتحها عمرو بن العاص واجتمعت الصحابة على وضع الخراج على الشام وأما ما أقر أهلها فلأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به وكذا هذا الحكم فيما لو نقل إليها غير أهلها، أطلق فيما أقر أهله عليه وقيده في «الجامع الصغير» بما سقي بماء الأنهار أما المسقي بعين فعشرية.

قال الشارح: وأراد الأنهار التي احتفرتها الأعاجم لتكون المسألة إجماعية، أما العظام كسيحون ففيها خلاف أبي يوسف ومحمد، وذكر مراده من التفصيل في حق المسلم أما الكافر فيجب عليه الخراج من أي ماء سقى لأنه لا يبتدأ بالعشر فلا يتأتى التفصيل في حالة الابتداء إجماعاً وإنما الخلاف في حالة البقاء فيما إذا ملك أرضاً عشرية هل يجب الخراج أو العشر أو العشران وقد ذكرناه في الزكاة انتهى، وبه عرف أنه لا إشكال في كلام محمد كما قد توهم.

واعلم أنه لو باعها أو وقفها بقي الخراج على حاله وعلى هذا فيجب الخراج على الموقوف من الأراضي المصرية إذ قد علمت أنها خراجية لكن قال في «الفتح»:

(١) ذكره الزيعلي في نصب الراية (٣/٤٣٨).

ولو أحياء أرضاً مواتاً يعتبر قربه والبصرة عشرية وخراج جريب صلح للزرع.....

المأخوذ الآن منها إجارة لا خراج، ألا ترى أن الأرض ليست مملوكة للزرع وكأنه لموت المالكين شيئاً فشيئاً من غير خلاف ذرية فصارت لبيت المال، وينبغي على هذا أن لا يصح بيع الإمام ولا شراؤه من وكيل بيت المال لشيء منها لأن نظره في مال المسلمين كنظر ولي اليتيم فلا يجوز له بيع عقاره إلا لضرورة كعدم وجود ما ينفقه سواه، فلذا كتبت في فتوى رفعت إلي في شراء السلطان الأشرف برسباي لأرض ممن ولاه نظر بيت المال هل يجوز شراؤه منه وهو الذي ولاه؟ فكتبت إذا كان بالمسلمين حاجة والعياذ بالله تعالى جاز ذلك انتهى.

قال في «البحر»: وهذا على رأي المتقدمين أما على رأي المتأخرين فلا ينحصر جواز بيع عقار اليتيم فيما ذكر بل فيه وفيما إذا كان على الميت دين لا وفاء له إلا منه أو رغب فيه بضعف قيمته فكذلك نقول للإمام بيع العقار لغير حاجة إذا رغب فيه بضعف قيمته انتهى، وفي «الخلاصة» من فصل الخراج من البيوع أرض خراج مات مالكةا فللسلطان أن يؤجرها ويأخذ الخراج من أجزتها وفي سير «واقعات» الناطفي في الباب الثاني لو أراد السلطان أن يشتريها لنفسه يؤمر غيره بأن يبيعها ثم يشتريها منه لنفسه انتهى وإذا لم يعرف الحال في الشراء من بيت المال فالأصل هو الصحة وبهذا عرف صحة الوقف في الأرض المنقولة بالشراء من بيت المال وأن شروط الواقفين صحيحة يجب اتباعها لا أنها باقية على حكم بيت المال كما قد توهم، وعرف أيضاً أنه لا خراج على أراضيها والله الموفق.

(ولو أحياء) المسلم (أرضاً مواتاً يعتبر قربه) أي: قرب ما أحياء فإن كان إلى الخراج أقرب كانت خراجية وإن كان إلى العشر أقرب فعشرية، وهذا قول الثاني لأن ما قرب من الشيء يعطى حكمه ألا ترى أن لصاحب الدار الانتفاع بفنائها وإن لم يكن ملكاً له، واعتبر محمد ما يحيى به فإن كان بماء الخراج فخراجية وإلا فعشرية، وفي «الينابيع» لو كانت الأرض عشرية وشرابها خراجي فهي خراجية عند أبي يوسف، ولا خفاء أن الكافر لو أحيها كانت خراجية اتفاقاً، (والبصرة عشرية) بإجماع الصحابة وكان القياس أن تكون خراجية لأنها من خير أرض الخراج لكنه ترك للإجماع كذا في «الهداية».

قال الشارح: وهذا ليس بظاهر لأنه إنما يعتبر الخير في المحياة وهذه فتحت عنوة وأقر أهلها عليها فكان القياس أن تكون خراجية فترك لما مر، (وخراج جريب صلح للزراعة) وهو أرض طولها ستون ذراعاً وعرضها كذلك بذراع كسرى، قال في

صاع ودرهم وفي جريب الرطبة خمسة دراهم وفي جريب الكرم والنخل المتصل عشرة دراهم.....

«الكافي»: هذا حكاية عن جريب أراضيهم وليس بتقدير لازم وإنما يعتبر/ في كل [٣٣٠/ ب] بلدة متعارف أهله انتهى.

وقد تعارف أهل مصر التقدير بالفدان وما في «الكافي» من التقدير بالسنتين يقتضي اتحاد الواجب مع اختلاف المقادير والمعول عليه ما مر كذا في «الفتح» وخرج غير الصالح فلا شيء فيه، (صاع) سكت عن مقداره اكتفاء بما مر في صدقة الفطر وأفاد إطلاقه أنه يؤخذ من كل مزروع فيه لا بقيد كونه من حنطة هو الصحيح (ودرهم) من أجود النقود كما في «الشرح» سواء تكرر زرعه أو اتحد وفي «الهداية» وفي ديارنا وظفوا الخراج من الدراهم في الأراضي كلها لأن التقدير يجب أن يكون مقدار الطاقة من أي شيء كان انتهى.

قال في «الفتح»: قلت: وكذا في غالب أراضي مصر بخلاف أراضي الصعيد فإن غالب خراجها قمح وأنت خبير بأن هذا غفلة عما نقله عن «الفتح» كما قدمناه من أن المأخوذ من أراضي مصر أجرة لا خراج (وفي جريب الرطبة خمسة دراهم) وهي البرسيم والقرطم في لغة أهل مصر وفي «الغاية» الرطبة اسم للقضيبي ما دام رطباً، قال العيني: وعلى الثاني اقتصر الجوهرى، وفي «المغرب» الرطبة بفتح الراء الإسفست الرطب والجمع رطاب، وفي كتاب «العشر» البقول غير الرطاب فإنما البقول مثل الكراث والرطاب هو القثاء والبطيخ والبادنجان وما يجري مجراه والأول هو المذكور فيما عندي من كتب اللغة فحسب، (وفي جريب الكرم والنخل المتصل) قيد فيهما وهو ما يتصل بعضه ببعض على وجه تكون كل الأرض مشغولة به وخرج به ما لو كانت متفرقة في جوانب الأرض وفي وسطها مزروعة فلا شيء فيها.

وفي «الفتح» معزياً إلى «شرح الطحاوي» لو أنبت أرضه كرمًا فعليه خراجها إلى أن تطعم فإذا أطعم فإن كان ضعف وظيفة الكرم ففيه وظيفة الكرم وإن كان أقل فنصفه إلى أن ينقص عن قفيز ودرهم فإن نقص فعليه قفيز ودرهم، (عشرة دراهم) هكذا وظفه عمر رضي الله تعالى عنه على أهل السواد بمحضر من الصحابة من غير كبير، وما لم يوظف فيه كالزعفران والبستان وهو كل أرض لها حائط محيطة وفيها نخيل متفرقة وأشجار توضع عليه بحسب الطاقة ونهايتها أن يبلغ الواجب نصف الخراج ولا يزداد عليه فحسب، هذا وسكت عن خراج المقاسمة وهو إذا من الإمام عليهم بأراضيهم ورأى أن يضع عليهم جزءاً من الخارج كنصف أو ثلث أو ربع فإنه

وإن لم تطق ما وظف نقص بخلاف الزيادة ولا خراج إن غلب على أرضه الماء أو انقطع أو أصاب الزرع آفة.....

يجوز ويكون حكمه حكم العشر ومن حكمه أن لا يزيد على النصف وينبغي أن لا ينقص عن الخمس قاله الحدادي .

(وإن لم تطق) الأرض (ما وظف) عليها بأن ضعفت ونقص تركها حتى يبلغ الخارج منها ضعفه (نقص) الموظف إلى نصف الخارج كما في «الخلاصة» لقول عمر رضي الله تعالى عنه: «لعلكما حملتماها ما لا تطيق فقلا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لطاقت»<sup>(١)</sup> قيد بالنقصان لأن الزيادة على ما وظفه عمر أو إمام آخر لا تجوز إجماعاً واختلفوا في الزيادة على ما وظفه عمر عند الابتداء فمنعاه، وقال محمد: تجوز، والصحيح قولهما وظاهر تعليقه جواز النقصان بعدم الإطاقة يفهم أنه لا يجوز معها إلا أنه في «الدراية» قال: دل قولهم لعمر «لو زدنا لطاقت» على أن النقصان عند قلة الربيع يجوز بالإجماع لأنه لما جاز بالنقصان عند قيام الطاقة فعند عدم الطاقة بالطريق الأولى انتهى، ولو قيل بوجوبه عند عدم الإطاقة وبجوازه عند الإطاقة لكان حسناً وعليه يحمل ما في «الدراية» فتدبره .

(ولا خراج إن غلب على أرضه الماء أو انقطع) الماء أو منع من الزرع لفوات النماء التقديري بالتمكين من الزراعة (أو اصطلم الزرع آفة) لفواته أيضاً في بعض السنة وكونه نامياً في جميعها شرط، أطلق في الاصطلام وهو مقيد بقيود الأول لا بد أن يستأصل الزرع فإن بقي بعضه قال محمد: إن بقي مقدار الخراج ومثله وجب وإن أقل فنصفه، قال مشايخنا: والصواب أنه يخرج ما أنفق أولاً ثم ينظر إلى الباقي، الثاني أن الآفة لا بد أن تكون سماوية لا يمكن الاحتراز عنها كالغرق والحرق وشدة البرد فإن لم تكن سماوية وأمكن الاحتراز / عنها كاكل القردة والسباع والأنعام لا يسقط، وقيل: يسقط، والأول أصح وذكر شيخ الإسلام أنه بعد الحصاد لا يسقط كذا في «السراج»، الثالث لا بد أن لا يبقى من السنة ما يمكن الزرع فيه ثانياً فإن بقي وجب، قال في «الكبرى»: والفتوى أنه يقدر بثلاثة أشهر .

قال في «الفتح»: ولم يذكر كثير من المشايخ هذا وإعادة الزرع يستدعي موناً كالأول فإن أخرج شيئاً فقصاراه أن يفى بالخارجين فأخذ الخراج إذا لم يزرع والحالة هذه تخسير أصل مال الزارع وكذا إذا زرع انتهى، وفيه بحث لأنه إذا لم يزرع مع تمكنه فالنماء التقديري موجود وكون قصارى الأمر إذا زرع ما ذكر ممنوع بل يجوز

(١) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب فضائل الصحابة (٣٧٠٠)، والزيعلي في نصب الراية (٤٤١/٣) .

وإن عطلها صاحبها أو أسلم أو اشترى مسلم أرض خراج يجب .....

أن يكون أزيد بل هو الأغلب قيد بالخراج لأن الاصطلام لا يسقط ما وجب من الأجر قبله ويسقط ما وجب بعده، وقيل لا يسقط شيء وبه جزم في «الملتقط»، قال في «الولوالجية»: والاعتماد على التفصيل وأنت قد علمت أن المراد بالآفة هي السماوية وإن غيرها لا يسقط الخراج. قال في «البحر»: وبه علم أن الدودة والفأرة إذا أكلتا الزرع لا يسقط الخراج انتهى.

وأقول: في كون الدودة ليست سماوية نظر ظاهر بل لا ينبغي التردد في كونها سماوية وأنه لا يمكن الاحتراز عنها وعلى هذا فتسقط الأجرة بأكملها. قال في «الخلاصة»: استأجر أرضاً ليزرعها فزرعها فأصاب الزرع آفة فهلك أو غرقت الأرض ولم تنبت فعليه الأجر تاماً ولو غرقت قبل الزرع فلا أجر عليه، قال في «المحيط»: والفتوى أنه لا أجر على المستأجر فيما بقي من المدة بعد هلاك الزرع إلا إذا أمكن إعادة زرع مثله أو دونه في الأرض انتهى، (وإن عطلها صاحبها) يجب الخراج لأن التقصير جاء من جهته وهذا اللفظ يتناول ما إذا لم يزرعها أصلاً أو زرع فيها الشعير مع صلاحيتها للزعفران قادراً على ذلك حيث يؤخذ منه خراج الأعلى.

قالوا: وهذا مما يعلم ولا يفتى به، وفي إسناد التعطيل إليه إيماء إلى قدرته فإن لم يقدر فلإمام أن يدفعها إلى غير مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويعطيه الباقي أو يؤجرها ويأخذ الخراج من الأجرة أو زرعتها من بيت المال فإن لم يتمكن من ذلك ولم يجد من يقبل ذلك باعها وأخذ الخراج من السنة المنسلخة ودفع باقي الثمن لصاحبها ثم استمر يأخذ الخراج من المشتري ولو باعها في أثناء السنة فإن بقي منها قدر ما يتمكن المشتري من الزراعة فالخراج عليه وإلا فهو على البائع وعن الثاني أن الإمام يدفع للعاجز كفايته من بيت المال قرضاً.

قال في «الفتح»: وهذا صحيح أيضاً هذا كله في الموظف أما في خراج المقاسمة فلا يجب شيء كذا في «السراج» معزياً إلى «الفوائد» وأنت قد علمت أن المأخوذ من أراضي مصر الآن أجرة لا خراج فما يفعل الآن من الأخذ من الفلاح وإن لم يزرع ويسمى ذلك فلاحة وإجباره على السكنى في بلدة معينة ليعمر داره ويزرع الأرض حرام بلا شبهة وأعظم من ذلك منعه من تعليم القرآن أو العلم لذلك والله المنجي من المهالك، (أو أسلم) صاحبها يجب أيضاً نظراً إلى معنى المونة فيه (أو اشترى مسلم) من كافر (أرض خراج يجب) الخراج في المسائل كلها، وقد صح أن الصحابة رضي الله تعالى عنهم اشتروا من الخراج وكانوا يؤدون خراجه

ولا عشر في خارج أرض الخراج.

## فصل في الجزية

الجزية لو وضعت بتراض و صلح لا يعدل عنها.....

رواه البيهقي<sup>(١)</sup> (ولا عشر في خارج أرض الخراج) عندنا لما رواه الإمام في «مسنده» من قوله ﷺ: «لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم»<sup>(٢)</sup> ولذا لم يجمع بينهما أحد من أهل العدل والوجود وقد مر عد هذا من المسائل التي لا تجمع مع بعضها بما لم تجده في غير هذا الكتاب.

تتمة: ترك له السلطان خراج أرضه جاز عند الثاني إن كان مصرفاً وبه يفتى وكذا لو وهب له وقال محمد: لا يجوز، وما في «الحاوي القدسي» من أنه يحل له على قول الثاني وإن لم يكن مصرفاً وهو الفتوى مخالف لما نقله العامة عنه وأجمعوا أنه لو ترك العشر له لا يجوز ويخرجه بنفسه للفقراء ثم على قول أبي يوسف يعلم حكم الإقطاعات من أراضي بيت المال إذ حصلها أن الرقبة لبيت المال والخراج له فحينئذ لا يصح بيعه ولا هبته ولا وقفه نعم له إجارته تخريباً على إجارة المستأجر والعبد الذي صولح على خدمته مدة معلومة والموقوف عليه الغلة والعبد المأذون وإذا مات أو أخرجه السلطان عنه تنسخ الإجارة كذا قاله العلامة / قاسم والقونوي<sup>(٣)</sup> في رسالة له، ومن حوادث الفتوى ما لو أقطعها السلطان له وأولاده ونسله وعقبه على أن من مات منهم انتقل نصيبه إلى أخيه ثم مات السلطان وانتقل من أقطع له في زمن سلطان آخر هل يكون لأولاده؟ لم أره في كلامهم ومقتضى قواعدهم إلغاء التعليق بموت المعلق فتدبره، هذا وأما إذا أقطعه أرضاً مواتاً أو ملكها السلطان ثم أقطعها له جاز وقفه لها كما في «الخصاف» وذكر الشيخ قاسم أن الإرصاد من السلطان ليس بإيقاف.

## فصل

أي: في الجزية هذا هو الضرب الثاني من الخراج وقدم الأول لقوته ولوجوبه وإن أسلموا بخلاف الجزية أو لأنه الحقيقة إذ هو المتبادر عند الإطلاق ولا يطلق على الجزية إلا مقيداً وهذا أمانة المجاز، (الجزية) وهي لغة الجزاء بنيت على فعلة دلالة على الهيئة التي هي الإذلال عند الإعطاء والجمع جزى كقرى سميت بذلك لأنها تجزئ عن القتل (لو وضعت بتراض) أي: (صلح لا يعدل عنها) فلا يزداد عليها تحرزاً

(١) لم أعر عليه في ما بين يدي من مصادر.

(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/٤٤٢)، وفي جامع مسانيد أبي حنيفة (١/٤٦٢).

(٣) تقدمت ترجمته فيما سبق.

وإلا يوضع على الفقير المعتمل في كل سنة اثنا عشر درهماً وعلى وسط الحال ضعفه وعلى المكثّر ضعفه.....

من الغدر ولا ينقص منها لما في «أبي داود»: «صالح رسول الله ﷺ أهل نجران على ألفي حلة النصف في صفر والنصف في رجب»<sup>(١)</sup> انتهى .

ونجران أرض من خير اليمن وأهلها كانوا نصارى فما في «الهداية» من أنه صالح بني نجران على ألف ومائتي حلة ليس بصحيح وقد بين أبو يوسف في كتاب «الخراج» الحلة فقال: كل حلة أوقية يعني قيمتها كذلك فقول «الولوالجية» كل حلة خمسون درهماً ليس بصحيح لأن الأوقية أربعون درهماً والحلة ثوبان إزار ورداء وتعتبر هذه الحلة في مقابلة ما يؤخذ من رؤوسهم وأراضيهم كذا في «الفتح» .

وفي «الخانية» وتؤخذ الحلة من بني نجران دون الدراهم (وإلا) أي: وإن لم توضع بتراض بل بالقهر بأن فتح الإمام البلدة عنوة وأقرهم على أملاكهم (يوضع على الفقير المعتمل) أي: المكتسب والاعتماد كالأضطراب في العمل وهو الاكتساب والمراد القدرة عليه حتى لو لم يعمل مع قدرته وجبت كمن عطل الأرض .

وفي «الينابيع» الفقير المعتمل هو الذي يقدر على تحصيل الدراهم والدنانير بأي وجه كان وإن لم يحسن حرفة، (كل سنة اثني عشر درهماً) وهذا التفصيل مأثور عن عمر وغيره (و) توضع (على وسط الحال) وهو من يملك دون المائتين (ضعفه و) توضع (على المكثّر) وهو من يملك عشرة آلاف درهم فصاعداً (ضعفه) كذا اختاره في «شرح الطحاوي» قيل: وهو أحسن الأقوال وقال أبو جعفر: يعتبر في كل بلدة عرفها فمن عده الناس فقيراً أو وسطاً أو غنياً فهو كذلك .

قال في «التتارخانية»: وهو الأصح وفي «الخانية» قال الكرخي: الفقير الذي لا يملك مائتي درهم أو أقل والوسط الذي يملك المائتين إلى العشرة آلاف والمكثّر هو الذي يملك فوق عشرة آلاف وعليه الاعتماد انتهى، وفي قوله في كل سنة إيماء إلى وجوبها في أول الحول والحول إنما هو للتخفيف قال في «الفتح»: ويعتبر وجود هذه الصفات في آخر السنة، قال في «البحر»: وينبغي اعتبارها في أولها لأنه وقت الوجوب ثم قال: وظاهر «المختصر» يفيد أن القدرة على العمل شرط في حق الفقير فقط وليس كذلك، فلو حذف الفقير لكان أولى .

وأقول: إنما اعتبروا وجودها في آخرها لأنه وقت وجوب الأداء ومن ثم قالوا: لو كان في أكثر السنة غنياً أخذ منه جزية الأغنياء أو فقيراً أخذت منه جزية الفقراء ولو

وتوضع على كتابي ومجوسي ووثني عجمي.....

اعتبر الأول لوجب إذا كان في أولها غنياً فقيراً في أكثرها أن يجب جزية الأغنياء وليس كذلك نعم الأكثر كالكل، وقوله: ولو حذف الفقير لكان أولى ممنوع إذ لو اقتصر على قوله ومعتدل ما أفاد اشتراط القدرة على العمل في حق الغني كيف وقد قابله به فالتحقيق أن القدرة عليه في وسط الحال والغني معلومة من قوله بعد لا تجب على زمن.

وقالوا: لو كان مريضاً في أكثر السنة أو نصفها لا تجب عليه ولو كان موسراً (وتوضع على كتابي) وهو من يعتقد كتاباً منزلاً عربياً كان أو أعجمياً كذا في «العناية» وعزاه في «الدراية» إلى «جامعي» فخر الإسلام وشمس الأئمة لأن قوله تعالى: ﴿حتى يعطوا الجزية﴾ [التوبة: ٢٩] لم يفصل ولأنه عليه الصلاة والسلام «صالح أهل نجران»<sup>(١)</sup> وعمر أخذ من بني تغلب<sup>(٢)</sup> وهم نصارى العرب انتهى كاليهود ويدخل فيهم السامرة لأنهم يدينون بشريعة موسى وإن خالفوهم في فروع والنصارى ومنهم الفرنج والأرمن لقوله تعالى: ﴿قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾ [التوبة: ٢٩] وأما الصابئة ففي «الخانية»<sup>[١/٣٣٢]</sup> أنها توضع عليهم عند أبي حنيفة / خلافاً لهما يعني بناء على أنهم من النصارى وعندهما يعبدون الكواكب فكانوا كعبدة الأوثان وقد مر في النكاح أن الخلف لفظي وإطلاقه يعم أهل الكتاب من العرب والعجم وفي «الخانية» وأما هل تؤخذ منهم الجزية؟ قالوا: ينظر إن كانوا حديثاً فيهم مرتدون لا تؤخذ منهم ويقتلون وإن كانوا قديماً تؤخذ منهم الجزية، وأما الزنادقة فأخذ الجزية منهم بناء على قبول توبتهم.

وقالوا: إن جاء الزنديق قبل أن يؤخذ فأقر أنه زنديق فتاب عن ذلك تقبل توبته وإن أخذ ثم تاب لا تقبل توبته (ومجوسي) وهو من يعبد النار لما في «البخاري»: «لم يأخذ عمر من المجوس الجزية حتى شهد عبد الرحمن بن عوف أنه ﷺ أخذها من مجوسي هجر»<sup>(١)</sup> (و) توضع أيضاً على (وثني) وهو من يعبد الوثن وهو ما كان منقوشاً في حائط ولا شخص له والصنم وهو ما كان على صورة الإنسان والصليب وهو ما لا نقش فيه ولا صورة تعبد (عجمي) وهو خلاف العربي ولو فصيحاً

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٨٧/٩).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٩٨٧)، والترمذي في سننه (١٥٨٧).

لا عربي ومرتد وصبي وامرأة وعبد ومكاتب وزمن وأعمى وفقير غير معتمل وراهب لا يخالط.....

والأعجمي من فيه عجمة أي عدم إفصاح ولو عربياً، لأنه يجوز استرقاقه فيجوز ضرب الجزية عليه بجامع أن كلاً منهما مشتمل على سلب النفس، وإنما لم تضرب على النساء والصبيان مع جواز استرقاقهم لأنهم صاروا أتباعاً لأصولهم في الكفر فكانوا أتباعاً في حقهم فكان الجزية عن الرجل وأتباعه في المعنى والله أعلم.

(لا) وثني (عربي) أي: لا توضع على عربي يعبد الوثن لأنه لا عذر له لأن القرآن نزل بلغته والرسول ﷺ نشأ بين أظهر العرب فكانت المعجزة في حقه أظهر كذا قالوا وأنت خبير بأن هذا يأتي في العرب إذا كان كتابياً وقوله في «البحر» أخذ مما في «الدراية» المراد بالعربي عربي الأصل فأهل الكتاب وإن سكنوا بين العرب وتولدوا فالواحد منهم ليس بعربي الأصل فيه نظر إذ الكلام فيمن كان عربي الأصل وقد تهود أو تنصر كورقة بن نوفل، ويكفي في رده مما مر في أهل نجران وبني تغلب فتدبره.

(ومرتد) لأنه خرج عن الإسلام بعد ما وقف على محاسنه فلن تقبل منه، وإذا ظهرنا على المرتدين فنسأؤهم وصبيانهم فيء غير أن نساءهم وذرايهم يجبرون على الإسلام بخلاف ذراري عبدة الأوثان (و) لا توضع أيضاً على (صبي وامرأة) لأنها وجبت بدلاً عن القتل أو القتال ولا يقتلان ولا يقاتلان، (و) لا على (عبد ومكاتب) ومدبر وما في «الهداية» وأم ولد.

قال في «الفتح»: ليس على ما ينبغي، فإن من المعلوم أنه لا جزية على النساء ولعله ابن أم الولد فسقطت لفظة ابن قيل: لأنها بدل عن القتل في حقهم وعن النصر في حقنا وباعتبار الثاني لا تجب فلا تجب بالشك، (وزمن) يقال: زمن الرجل زمانة عدم بعض أعضائه أو تعطلت قواه ودخل المفلوج والشيخ العاجز لأنها وجبت بدلاً عن القتال كما مر (وأعمى وفقير غير معتمل) أي: غير قادر على العمل لأن عثمان بن حنيف رضي الله تعالى عنه لم يوظفها عليه وظاهر أن عطف الأعمى وغير المعتمل على الزمن من عطف العام على الخاص اهتماماً بشأنهما.

ولو أفاق المجنون أو بلغ الصبي أو عتق العبد أو برئ من الزمانة فإن كان بعد وضع الإمام الجزية لم يوضع عليهم وإلا وضع بخلاف الفقير إذا أيسر بعد الوضع حيث توضع عليه، (و) لا تجب على (راهب) وهو واحد الرهبان عابد النصراني، وهي الرهبانية كذا في «المغرب» ويقال للواحد رهبان أيضاً، ويجمع على رهابين ورهبانة (لا يخالط) الناس ولو قدر على العمل لأنه والحالة هذه لا يقتل وعن الإمام أنه تجب

وتسقط بالإسلام والموت والتكرار، ولا تحدث بيعة ولا كنيسة في دارنا.....

عليه إذا قدر وهو قول الثاني وبه جزم الحدادي وجعله في «الخانية» ظاهر الرواية حيث قال: ويؤخذ من الرهبان والقسيسين في ظاهر الرواية، وعن محمد أنها لا تؤخذ قيد بقوله: لا يخالط الناس لأنه لو خالطهم وجبت عليه (وتسقط) الجزية (بالإسلام) بأن أسلم بعد ما تمت السنة لما في معجم الطبراني «الأوسط» من حديث ابن عمر قال: «قال رسول الله ﷺ: من أسلم فلا جزية عليه»<sup>(١)</sup> وإنما لم يسقط الرق به لأنه تعلق به حق معين فلا يبطل به.

وفي «الخانية» لو عمي أو صار مقعداً أو زمنياً أو شيخاً لا يقدر أن يعمل أو فقيراً لا يقدر على شيء أو أسلم وقد بقي عليه شيء منها يسقط ذلك الباقي وفي «الخلاصة» لو عجل الجزية لسنتين ثم أسلم ترد عليه جزية سنة واحدة ولو أدى الجزية في أول سنة / ثم أسلم فيها لا رد عليه شيء وهذا قول من يقول بوجوب الجزية في أول السنة وهو الصحيح.

(والموت) أي: بالموت كافراً لأنها عقوبة ذنوبية على الكفر فلا تقام بحد الموت (والتكرار) وهو بدخول السنة الثانية على الأصح، لأن العقوبات إذا اجتمعت تداخلت وبذلك على أنها عقوبة أنها تؤخذ منه على وجه الإذلال، ولذا لو بعث بها على يد وكيله لا يمكن من ذلك على أصح الرويات، بل يكلف أن يأتي بها بنفسه فيعطى واقفاً والقابض قاعداً، وفي رواية يأخذ بتلبيبة وهو موضع اللب من بيانه وهو موضع القلادة ويهزه ويقول أعط الجزية يا ذمي أو يا يهودي يا نصراني يا عدو الله.

وفي «شرح الطحاوي»: أنه يضعفه قبل خراج الأرض كالجزية فيتداخل، وقيل: كالعشر فلا يتداخل اتفاقاً، قال في «البحر» وينبغي ترجيح الأول لأنه عقوبة بخلاف العشر (ولا تحدث) أي: ولا يجوز أن يحدث (بيعة) بكسر الباء متعبد النصراني (ولا كنيسة) وهي: متعبد اليهود، وكانت الكنيسة والبيعة في الأصل يطلقان على متعهدهما، ثم غلب في الاستعمال على ما قلنا، وأهل مصر يطلقون الكنيسة على متعهدهما ويخصون اسم الدين بمتعبد النصراني (في دارنا) معاصر المسلمين لرواية البيهقي، قال عليه الصلاة والسلام: «لا خصاء في الإسلام ولا بنيان كنيسة»<sup>(٢)</sup> ووجه الاشتراك بينهما: أن في كل منهما نوع ضعف أو تغيير على أصل ذلك الشيء، وقد قيل: إن المراد بالخصاء نزع الخصيتين أو هو كناية عن

(١) أخرجه الطبراني في الأوسط (٧٧٧٢).

(٢) في البيهقي برواية لا إخصاء في الإسلام ولا بنيان كنيسة رقم (١٩٥٧٨) (٢٤/١٠).

التخلي عن إتيان النساء كالرهبان ولا شك أنه خصي معين ومن الإحداث نقلها من مكان إلى آخر، والصومعة وبيت النار كالكنيسة وفي «الدرية» الأمصار ثلاثة: ما مصره المسلمون كالكوفة فلا يجوز إحداث بيعة ولا كنيسة ولا يجتمع لصلاتهم ولا صومعة فيها بإجماع العلماء، ولا يمكنون من إظهار شرب الخمر واتخاذ الخنزير وضرب الناقوس، وما فتحه المسلمون عنوة كذلك، وثالثها: ما فتح صلحاً فإن وقع على أن الأرض لهم والخراج لنا جاز إحداثهم، وإن صالحهم على أن الدار لنا ويؤدون الجزية كان الحكم في الكنائس على ما يقع عليه الصلح، فإن كان على شرط إحداث لم يمنعوا، والأولى أن لا يفعل، وإن مطلقاً لا يحدثون وتبقى القديمة وعلى هذا فإطلاق المصنف محمول على ما إذا لم يقع الصلح على أن الأرض لهم أو على الأحداث إلا أن ظاهر الرواية لاستثناء فيه، ومن ثم صدر في «الفتح» هذا التقسيم بقبيل، وإطلاق المصنف يعم الأماكن كلها حتى السواد أو القرى وهذا في السواد والقرى هو الذي رواه ابن زياد عن الإمام، وبه أخذ عامة المشايخ كذا في «الخانية»، وفي «الفتح» وهو المختار، وقال السرخسي وعليه مشايخ بلخ وهو الأصح.

والخلاف في غير جزيرة العرب، أما هي فيمنعون من قراها أيضاً لخبر: «لا يجتمع دينان في جزيرة العرب»<sup>(١)</sup>، قيد بالإحداث لأن القديم منها وهو ما كان قبل فتح الإمام البلدة يبقى إذا صالحهم الإمام على قرارهم على أراضيهم، لأنه قد جرى التوارث بترك البيع والكنائس إلى يومنا هذا، وهذا في السواد باتفاق الروايات، واختلف كلام محمد في الأمصار فذكر في «العشر والخراج» أنها تهدم وفي الإجارة أنها لا تهدم وعمل الناس على هذا.

وفي «التتارخانية»: وهو الأصح، قال في «الفتح»: وعلى هذا لو مصرنا بربة فيها ديورا وكنيسة فوق في داخل السور ينبغي أن لا تهدم لأنه كان مستحقاً للأمان قبل وضع السور فيحمل ما في جوف القاهرة من الكنائس على ذلك لأنها كانت فضاء فأدار العبيديون عليها السور ثم فيها الآن كنائس، ويبعد من إمام تمكين الكافر من إحداثها في المدن الإسلامية، فالظاهر أنها كانت في الضواحي فأدير السور عليها، وعلى هذا فالكنائس الآن الموجودة في دار الإسلام غير جزيرة العرب كلها ينبغي أن لا تهدم، لأنها إن كانت في أمصار قديمة فلا شك أن الصحابة والتابعين حين فتحوا

(١) أخرجه البيهقي في سننه، كتاب الجزية (٢٠٨/٩)، وعبد الرزاق في مصنفه (١٩٣٥٩).

ويعاد المنهدم من الكنائس والبيع القديمة ويميز الذمي عنا في الزي.....

المدينة علموا بها وأبقوها، وبعد ذلك ينظر فإن كانت البلدة فتحت عنوة حكماً بأنهم أبقوها مساكن لا معابد فلا تهدم، ولكن يمنعون من الاجتماع فيها للتقرب وإن عرف بأنها فتحت صلحاً حكماً بأنهم أبقوها معابد فلا يمنعون من ذلك بل من الإظهار انتهى.

ولذا قال محمد: كل قرية من قرى أهل الذمة لو مصر أو حديقة لهم أظهروا فيها شيئاً من الفسق كالزنا والفواحش التي يحرمونها في دينهم يمنعون منه، وكذا عن المزامير والطنابير والغناء ومن كثر شيئاً من ذلك لم يضمن، وكذا يمنعون من اتخاذ الخنزير (ويعاد المنهدم من البيع والكنائس القديمة)، لأن الإمام لما أقرهم / وقد علم أن الأبنية لا تبقى فقد عهد إليهم بالإعادة وفيه إيماء إلى أن الزيادة عليه لا تجوز وبه صرح في «الخانية» وغيرها.

قال في «عقد الفوائد» وهذا يؤخذ منه أنهم لا يبنون ما كان باللبن بالآجر ولا ما كان بالآجر بالحجر ولا ما كان بالجريد وخشب النخل بالنقى والسّاج ولا بياضاً لم يكن. قال ولم أجد في شيء من الكتب المعتمدة أن لا تعاد إلا بالنقض الأول، وكون ذلك مفهوم الإعادة شرعاً أو لغة غير ظاهر عندي على أنه وقع في عبارة محمد يبنونها، وفي إجارة «الخانية» يعمرها وليس فيهما ما يشعر باشتراط النقص الأول، وفي «الحاوي القدسي» وإذا انهدمت البيع والكنائس القديمة لذوي الصلح أعادوها باللبن والطين إلى مقدار ما كان قبل ذلك ولا يزيدون عليه ولا يشيدونها بالحجر والشيد والآجر، وإذا وقف الإمام على بيعة جديدة أو بني منها فوق ما كان في القديم خربها، وكذا ما زاد في عمارة العتيق انتهى.

ومقتضى النظر أن النقص الأول حيث وجد كافياً للبناء الأول لا يعدل عنه إلى آلة جديدة إذ لا شك في زيادة الثاني على الأول حينئذ، وبقي ما لو هدت بغير وجه شرعي فنقل السبكي من الشافعية الإجماع على أنها لا تعاد، قال في «الأشباه» ويستنبط منه أنها إذا قفلت ولو بغير وجه شرعي لا تفتح انتهى، وفيه نظر لا يخفى (ويميز الذمي عنا) معاصر المسلمين (في الزي) بكسر الزاي أي: اللباس والهيئة بما في «الصحاح» بأن يجعل له علامة تميزه عن المسلمين فيها هوان وصغار لثلا يعامل معاملتهم من التوقير والإجلال وربما مات فجأة في الطريق فلا يعرف فيصلى عليه ويدفن في مقابر المسلمين ويستغفر له وكل ذلك لا يجوز.

واختلف المشايخ هل يشترط في التمييز ثلاث علامات أو يكتفى بعلامة واحدة أو علامتين، قال بعضهم: يكتفى بواحدة أما على الرأس كالقلنسوة الطويلة

والمركب والسرج فلا يركب خيلاً، ولا يعمل بالسلاح.....

المضربة أو على الوسط كالكستيج أو على الرجل كالنعل والمكعب على خلاف نعالنا، ومنهم من قال في النصارى يكتفى بواحدة وفي اليهود بعلامتين وفي المجوس إلى ثلاث وإليه مال ابن الفضيل، وبه كان يفتي بعضهم، قال شيخ الإسلام: والأحسن أن يكون في الكل ثلاث علامات، وكان الحاكم يقول: إن صالحهم أو أعطاهم الذمة بعلامة واحدة لا يزداد عليها، وأما إذا فتحها عنوة كان له أن يلزمهم العلامات وهو الصحيح كذا في «التتارخانية».

وفي «الفتح» وإذا عرف أن المقصود العلامة فلا يتعين ما ذكر بل يعتبر في كل بلدة ما تعارفه أهله، وفي بلادنا جعلت العلامة في العمامة فألزم النصارى بالزرقاء واليهود بالصفراء واختص المسلمون بالبيضاء انتهى. إلا أنه في «الظهيرية» قال: وأما لبس العمامة والزرار الإبريسم فجفاء في حق أهل الإسلام، ومكسورة لقلوبهم وهذا يؤذن بمنع المتميز بها ويؤيده ما في «التتارخانية» حيث صرح بمنعهم من القلانس الصغار وإنما تكون طويلة من كرباس مصبوغة بالسواد مضطربة مبطنة، وهذا في العمامة أولى وإذا عرف هذا فمنعهم من لبس العمائم الآن هو الصواب الواضح بالتبيان فأيد الله سلطان زماننا إذ منعهم من لبسها ولسعادته أيد ولملكه شهيد ولأمره سدد، وإذا لبس قميصاً كان ذيله قصيراً وجيبه على صدره كما يكون للنساء كما ذكره في «التتارخانية»، وإذا عرف هذا فمنعهم من الثياب الفاخرة حريراً أو غيره كالصوف الرفيع والحرج الرفيع والأبراد الرفيعة أولى كما صرح به في «فتح القدير»، قال: ولا شك في وقوع خلاف هذا في هذه الديار ولا شك في منع استكتابهم وإدخالهم في المباشرة التي يكون بها تعظيماً عند المسلمين بل ربما يقف بعض المسلمين خدمة له خوفاً من أن يتغير خاطره منه فيسعى به عند مستكتبه سعاية توجب له منه الضرر.

وفي «الحاوي القدسي» وينبغي أن يلزم الذمي الصغار فيما بينه وبين المسلم في كل شيء، قال في «الفتح» فعلى هذا يمنع من القعود حال قيام المسلم عنده قال في «الذخيرة» ولو قام له المسلم إن كان تعظيماً له أو لغناه كره وإن لطمعه في الإسلام فلا بأس به وجزم الطرسوسي بأنه إن قام تعظيماً لذاته وما هو عليه كفر، قالوا: ويجب أن يميز نساؤهم أيضاً عن نساؤنا في الطرقات والحمامات ويجعل على دورهم علامات كي لا يقف عليهم سائل يدعو لهم بالمغفرة، وفي «الخانية» ولا تؤخذ عبيد أهل الذمة بالكستجات، (و) في (المركب والسرج فلا يركب خيلاً ولا يعمل بالسلاح) قيد بذلك لأن له ركوب الحمار وألحق بعضهم البغل بالحمار، وهذا قول المتقدمين

ويظهر الكستيج ويركب سرجاً كالأكف ولا ينتقض عهده بالإباء عن الجزية والزنا بمسلمة  
وقتل مسلم وسب النبي ﷺ .....

لكنه مقيد بأن يكون / على الأكف مع مخالفته لهيئة المسلمين صرح به في  
«الذخيرة» كذا في «عقد الفوائد»، وظاهر أن المخالفة لهيئتهم إنما تكون إذا ركبوا  
من جانب واحد وغالب ظني أنني سمعته من الشيخ الأخ كذلك، واختار المتأخرون  
أنهم لا يركبون أصلاً إلا إذا خرجوا إلى قرية أو نحوها أو كان مريضاً وحاصله إلا  
لضرورة فيركب ثم ينزل في جامع المسلمين إذا مر بهم كذا في «الفتح» .

وفي «المجمع» وهو الأصح واستثنى في «الذخيرة» من منع الخيل ما لو دعت  
الحاجة إلى ذلك بأن استعان بهم الإمام في المحاربة والذب عن المسلمين لكنه  
يركب في هذه الحالة بأكاف لا بسرج كما قال بعضهم (ويظهر الكستيج) لأنه من  
أعلام الكفر وهو: فارسي معرب، معناه: بلغة العجم العجز والذل هو خيط غليظ بقدر  
الإصبع يشده الذمي فوق ثيابه وكذا عن أبي يوسف وقيده في «المجمع» بالصوف .

وشرط في «التتارخانية»: أن يكون غير منقوش وأن لا يكون له حلقة وإنما  
يعقده على اليمين أو الشمال (ويركب سرجاً كالأكف) جمع أكاف وهو معروف  
والسرج الذي على هيئته وهو ما يجعل على مقدمته شبه الرمانة والوكاف لغة ومنه  
أوكف الحمار وأكفه كذا في «المغرب» وفسر العيني أكاف الحمار بالبردعة (ولا  
ينتقض عهده) أي: عهد عقده للجزية (بالإباء عن) دفع (الجزية) لأن التزامها باق  
وبالإباء تؤخذ منه جبراً وفي رواية ذكرها في «الواقعات» أنه ينقض وهو قول الثلاثة،  
قيد بالإباء عن دفعها لأنه لو امتنع من قبولها انتقض عهده كذا في «الفتح» والزنا ولا  
بالزنا (بمسلمة) لأنه يقام عليه موجب وهو الحد وفيه إيماء إلى أنه لا ينتقض أيضاً  
بإصابته إياها بنكاح وإن عزرا وكذا الساعي بينهما (وقتل مسلم) لأن القصاص منه  
يستوفى به فلذا لا ينتقض عهده بإفتان مسلم عن دينه أو بقطع طريق (وسب النبي  
ﷺ) لأنه كفر من الذمي كما هو ردة من المسلم، والكفر المقارن لعقد الذمة لا  
يمنعه في الابتداء فأولى أن لا يرفعه في حال البقاء .

قال في «الفتح»: والذي عندي أن سبه ﷺ أو نسبة ما لا ينبغي إلى الله تعالى  
إن كان ممن لا يعتقدونه كنسبة الولد إليه تعالى وتقدس إذا أظهره يقتل به وينتقض  
عهده وإن لم يظهر لكن عثر عليه وهو ينكره فلا، لأن دفع القتل والقتال عنهم بقبول  
الجزية مقيد بكونهم صاغرين أذلاء ولا خلاف أن المراد استمرار ذلك لا مجرد القبول  
وإظهار ما هو الغاية في التمرد؟ وعدم الالتفات والاستخفاف ينافي أن يكون جارياً  
على العقد الذي يدفع عنه القتل انتهى ملخصاً، ثم قال: وهذا البحث يوجب أنه إذا

بل بالالتحاق ثمة أو بالغلبة على موضع للحراب وصاروا كالمترد ويؤخذ من تغلبي وتغلبية  
ضعف زكاتنا.....

استعلا على المسلمين على وجه صار مستمراً عليه حل للإمام قتله أو يرجع إلى الذل  
والصغار. قال العيني: وأختار في السب أنه يقتل ولا كلام أنه يعاقب على ذلك كما  
إذا شتم دين الإسلام أو القرآن ذكره في «الحاوي القدسي»، (بل) ينقض عهده  
(بالالتحاق) إلى دار الحرب أو بالغلبة على موضع للحراب لأنهم بذلك صاروا حرباً  
علينا فعري عقد الذمة عن الفائدة وفي نكاح المشرك من «فتح القدير» لو جعل  
نفسه طليعة للمشركين قتل لأنه محارب معنى وقال هنا: إن عهده لا ينتقض بدلالته  
على عورات المسلمين ونحوه في «المحيط» حيث قال: لو كان يخبر المشركين  
بعيوب المسلمين أو يقاتل رجلاً من المسلمين ليقتل لا يكون نقضاً للعهد والطيعة  
واحدة الطلائع في الحرب وهم الذين يبعثون ليطلعوا على أخبار العدو وكذا في  
«المغرب» فيحمل الأول على ما إذا بعثوه لذلك والثاني على ما إذا لم يبعثوه وأفاد أنه  
لا ينتقض بالقول وبه صرح في «المحيط».

ويشكل عليه ما قدمناه من أنه لو امتنع من قبول الجزية نقض عهده وليس ذلك  
إلا بالقول، (فصاروا) أي: أهل الذمة بالالتحاق أو بالغلبة (كالمترد) في الحكم  
بموتهم باللحاق فيقسم مالهم بين ورثتهم وفي قبول توبتهم فنفود ذمتهم وفي بينونة  
زوجاتهم التي تركوها في دار الإسلام إجماعاً وفي أن ما لحقوا به من المال يكون فيئاً  
أما إذا عادوا بعده إلى دارنا وأخذوا من مالهم أشياء ولحقوا به فإنه يكون لورثتهم قبل  
القسمة مجاناً وبعدها بالقيمة كذا في «الفتح» وفي أنهم إذا عادوا إلى الذمة لا  
يؤخذون بحقوق لحقتهم في المحاربة من القصاص والمال بخلاف ما قبلها كما في  
«المحيط»، وفي قتلهم ودفع مالهم لورثتهم وعلى هذا اقتصر الشارح.

قال في «الفتح»: فإن عاد بعد الحكم باللحاق ففي رواية يكون فيئاً وفي رواية  
لا، ولا يبعد أن يقال: انتقاله للمكان الذي تغلبوا فيه كانتقاله إلى دار الحرب إن لم  
يكن محل / الروايتين ما لم يعد ثانياً وخالفوا المترد في أنهم يسترقون ولا يجبرون  
على قبول الجزية وأما المترد فلا يسترق ويجبر على الدخول في الإسلام (وتؤخذ من  
تغلبي) بالغين بمثناة معجمة ولام مكسورة نسبة إلى بني تغلب بن وائل بن ربيعة قوم  
تنصروا في الجاهلية وسكنوا قرب الروم (ضعف زكاتنا) بذلك صالحهم عمر رضي الله  
تعالى عنه<sup>(١)</sup> وعليه إجماع الصحابة ثم الفقهاء ونبه بقوله زكاتنا إلى أن المأخوذ وإن

(١) تقدم تخريجه.

ومولاه كمولى القرشي والجزية والخراج ومال التغلبي وهدية أهل الحرب وما أخذنا منهم بلا قتال يصرف في مصالحنا كسد الثغور.....

كان جزية في المعنى إلا أنه لا يراعى فيه شرائطها من وصف الصغار وتقبل من النائب بل شرائط الزكاة وأسبابها لأن الصلح وقع كذلك ولذا أخذ من المرأة لأهليتها لها بخلاف الصغير والمجنون حيث لا يؤخذ من مواشيهم وأموالهم بخلاف أراضيهم، وإذا كان كذلك فيأخذ الساعي من غنمهم السائمة من كل أربعين شاة شاتين ومن كل مائة وإحدى وعشرين أربع شياه وعلى هذا في الإبل والبقر، (ومولاه) أي: معتق التغلبي (كمولى القرشي) في أن كل منهما لا يتبع أصله حتى توضع الجزية والخراج عليهما وإن لم يوضع على أصلهما لأن عدم الوضع عليها تخفيف والمعتق لا يلحق بالأصل فيه، ألا ترى أن الإسلام أعلى أسباب التخفيف.

ولو كان المسلم مولى نصراني وضعت عليه الجزية ولم يتعد إليه التخفيف فلأن لا يتعدى بوصف غيره أولى، وأما قوله عليه الصلاة والسلام «مولى القوم منهم»<sup>(١)</sup> فعام مخصوص بالإجماع فإن مولى الهاشمي لا يتبعه في الكفاية للهاشمية والإمامة فجاز تخصيصه بالمعنى المذكور أيضاً أو أنه أريد به خاص وهو عدم دفع الزكاة ولأن حرمة الصدقة ليس تخفيفاً والحرمان تثبت بالشبهات، ونقض بمولى الغني فإن حرمة الصدقة لم تتعد إليه وأجيب بأنه أهل للصدقة في الجملة بدليل أنه لو كان عاملاً عليها أعطى كفايته منها بخلاف الهاشمي (والجزية والخراج ومال التغلبي وهدية أهل الحرب) فيه إيماء إلى أن للإمام أن يقبلها ويضعها في بيت المال.

وقيده في «الذخيرة» بأن يغلب على ظنه أن المشركين يقع عندهم أن القتال لإعلاء كلمة الله تعالى لا لطمع دنيوي وقيل: إنما تقبل من شخص لا يطمع في إيمانه لو ردت هديته وقيل: من شخص علم أنه لا تقل صلابة المسلمين في حقه بل تبقي المسلمون على عزتهم وصلابتهم أما من كان من المشركين يغلب على الظن ظنه أن قتال المسلمين لطمع أو يطمع في إيمانه لو ردت هديته أو أن المسلمين تقل صلابتهم وعزتهم لا تقبل هديته، وقيل: تقبل في حالة الصلح والمسألة في «السراج» (وما أخذنا منهم بلا قتال) بل بالصلح على ترك القتال قبل نزول العسكر بساحتهم ودخل فيه ما لو أخذ العاشر منهم ومن أهل الذمة ومال نجران ومنه تركة أهل الذمة كما في «الظهيرية» (يصرف في مصالحنا) نبه بذلك على أنه لا يخمس ولا يقسم بين الغانمين، (كسد الثغور) وهي المواضع التي يخاف هجوم العدو منها إلى

(١) أخرجه النسائي في الكبرى (٢٣٩٤).

وبناء القناطر والجسور وكفاية القضاة والعلماء والمقاتلة وذرايهم ومن مات في نصف السنة حرم عن العطاء .

دار الإسلام وأصله الهدم سمي بذلك لانقلابه وإمكان دخول العدو منه (وبناء القناطر) جمع قنطرة وهي مالا ترفع الأحكام بنائها (وكفاية القضاة) والعمال كذا في نسخة العيني جمع عامل وهو الذي يعمل للمسلمين كالكتاب عند القضاة وشهود الغنيمة والرقباء على السواحل (و) كفاية (العلماء) زاد في «التجنيس» والمتعلمين .

قال في «الفتح»: وبهذا تدخل طلبة العلم، وفي حظر «الخانية» سئل الرازي عن بيت المال هل للأغنياء فيه نصيب؟ قال: لا إلا أن يكون عالماً أو قاضياً وليس للفقهاء فيه نصيب إلا فقيه فرغ نفسه لتعليم الفقه والقرآن .

قال في «البحر»: فيحمل ما في «التجنيس» على ما إذا فرغ نفسه لذلك بأن يصرف غالب أوقاته في العلم، ودخل المفتي وبه صرح في «المحيط»، وفي مسائل «الفتاوى» لكل قارئ في كل سنة مائتا دينار أو ألفا درهم إن أخذها في الدنيا وإلا يأخذها في الآخرة، وفي «الحاوي القدسي» ولم يقدر في ظاهر الرواية قدر الأرزاق سوى قوله ما يكفيهم وذرايهم وسلاحهم وأهاليهم، وما ذكر في الحديث لحافظ القرآن وهو المفتي اليوم مائتا دينار، وعن عمر أنه زاد فيه دليل على قدر الكفاية انتهى .

وفي «القنية» كان أبو بكر يسوي في العطاء، وكان عمر يعطيهم على قدر الحاجة والفقه والفضل والأخذ بما فعله عمر في زماننا أحسن، (و) كفاية (المقاتلة وذرايهم) أي: ذراري من ذكر لأن مال بيت المال لمصالح المسلمين وهؤلاء عملتهم ونفقة الذراري على الآباء فلو لم تحصل الكفاية لاحتاجوا إلى / الاكتساب كذا قالوا وهذا يقتضي أن المراد بكفاية غير الذراري كفاية أنفسهم وأنه لا حق لهم بعد موت الآباء وإلى هنا تمت . مصارف بيت المال ثلاثة: مصرف الزكاة والعشر ومصرف خمس الغنائم، ومصرف الجزية والخراج، وبقي رابع وهو اللقطات والتركات التي لا وارث لها ودية مقتول لا ولي له ومصرفه اللقيط الفقير والفقراء الذين لا أولياء لهم يعطون منه نفقتهم وأدويتهم وتكفين أمواتهم وعقل جنائيتهم .

قالوا: وعلى الإمام أن يجعل لكل نوع بيتاً يخصه فإن خلى بعضها كان له الاستقراض من النوع الآخر ليصرفه إلى ذلك النوع ثم إذا حصل منه شيء رده في المستقرض منه إلا أن يكون ما صرفه من الصدقات والخمس على أهل الخراج فلا يرد شيئاً لأنهم مستحقون للصدقات بالفقر وكذا في غيره إذا صرفه للمستحق، وعليه أن يتق الله ويصرف إلى كل مستحق قدر حاجته فإن قصر كان الله عليه حسيباً (ومن مات) ممن ذكر (في نصف السنة حرم من العطاء) أي: عما يصرفه إليه فلا يدفع إليه

## باب المرتدين

وجوباً ولا ندباً لأنه حيلة وهي لا تملك إلا بالقبض قيد بالنصف لأنه لو مات في آخرها ندب صرفه إلى ورثته ولو تعجل القاضي ثم مات أو عزل قبل الحول قيل يجب رد ما بقي وقيل: عندهما لا يرد كالفقعة المعجلة ويرد عند محمد والله الموفق للصواب .

## باب المرتدين

لما فرغ من أحكام الكفر الأصلي شرع في الطارئ والمرتد عرفاً هو الراجع عن دين الإسلام وقد عرفوا الدين بأنه وضع إلهي سائق لذوي العقول باختيارهم المحمود إلى الخير بالذات ولصحة الردة شرائط العقل والصحو والطواعية فلا تصح ردة مجنون وصبي لا يعقل كإسلامهما وقدر في «فتاوى» قارئ «الهداية» عقله بأن يبلغ سبع سنين وكذا لو كان معتوهاً أو موسوساً أو مغلوباً على عقله بوجه من الوجوه كما في «السراج» ولا ردة سكران ولا مكره وفي «الفتح» من هزل بلفظ كفر ارتد وإن لم يعتقد للاستخفاف فهو كافر العناد، والألفاظ التي يكفر بها تعرف في الفتاوى وفي «المسيرة» ولاعتبار التعظيم المنافي للاستخفاف كفر الحنفية بألفاظ كثيرة وأفعال تصدر من المتهمين لدلالاتها على الاستخفاف بالدين كالصلاة بلا وضوء بل بالمواظبة على ترك سنة استخفافاً لها بسبب أنها إنما فعلها عليه الصلاة والسلام زيادة أو استقباحها كمن استقبح من آخر جعل بعض العمامة تحت حلقه أو أحفا شاربه .

قال في «البحر»: والحق أن ما صح عن المجتهد فهو على حقيقته، وأما ما يثبت عن غيره فلا يفتى به في مثل التكفير ولذا قال في بغاة «فتح القدير»: يقع في كلام أهل المذاهب تكفير كثير يعني من البغاة لكن ليس من كلام الفقهاء الذين هم مجتهدون بل من غيرهم ولا عبرة بغير الفقهاء انتهى . وهذا يفيد أن بعض الألفاظ الواقعة في كتب الفتاوى ليست من كلام المجتهدين فلا يعول عليها انتهى، وأنت خبير بأن كل ما نقله أئمتنا الأعلام منسوب إلى الإمام إما تصريحاً أو تلويحاً ولو اعتبرت النسبة إلى الإمام في كل جزئية لزم إهدار كثير من الأحكام ثم قال بعد سرد كثير من ألفاظ التكفير من «التتارخانية» وغيرها: الذي تحرز أنه لا يفتى بتكفير مسلم أمكن حمله كلامه على محمل حسن أو كان في كفره اختلاف ولو رواية ضعيفة فعلى هذا فأكثر ألفاظ التكفير المذكورة لا يفتى بها وقد ألزمت نفسي أن لا أفتى بشيء منها انتهى .

يعرض الإسلام على المرتد وتكشف شبهته ويحبس ثلاثة أيام فإن أسلم.....

وهو مأخوذ مما في «الخلاصة» وغيرها إذا كان في المسألة وجوه توجب التكفير ووجه واحد لا يوجبه فعلى المفتي أن يميل إلى عدم التكفير انتهى، غير أنه يجوز أن يراد بالوجه الأقوال والاحتمالات لكن يؤيد الأول ما في «الصغرى» الكفر شيء عظيم فلا أجعل المؤمن كافراً متى وجدت رواية أنه لا يكفر وينبغي له أن يكثر من قول اللهم إني أعوذ بك أن أشرك بك وأنا أعلم وأستغفرك لما لا أعلم فإنه سبب النجاة من الكفر بوعد الصادق عليه السلام.

(يعرض الإسلام على المرتد) هذا ظاهر في وجوبه كذا في «الفتح» فقوله في «البحر» لم يبين صفته ممنوع نعم ظاهر المذهب أنه مندوب فقط لأنه الدعاء إليه ودعوة من بلغته الدعوة غير واجبة (وتكشف شبهته) بيان لثمرة العرض إذ عساه أن الردة كانت لشبهة اعترته (ويحبس ثلاثة أيام) يعرض عليه الإسلام في كل يوم منها كما في «الخانية» هذا أيضاً ظاهر في وجوب / الانتظار لما عرف من الإخبار فإن لم يطلبه لا يستحب وإنما يقتل من ساعته وخص الثلاثة لأنها مدة ضربت لإبلاء الأعداء ولو ارتد ثانياً فعل به كذلك كذا في «التتارخانية».

(فإن أسلم) رفع عنه القتل هذا الإطلاق يستثنى منه ما لو ارتد بسببه عليه السلام ثم تاب فإنه يقتل حداً ولا تقبل توبته في إسقاط القتل عنه ولا فرق بين أن يجيء تائباً أو يشهد عليه بذلك بخلاف غيره من المكفرات فإن الإنكار فيه توبته فلا تقبل الشهادة معه حتى قالوا يقتل وإن سب سكراناً ولا يعفى عنه، ولا بد من تقييده بما إذا كان سكره بسبب محظور باشره مختاراً بلا إكراه وإلا فهو كالمجنون. قال الخطابي: لا أعلم أحداً خالف في وجوب قتله كذا في «الفتح»، وعلله البزازي بأنه حق عبد فلا يسقط بالتوبة كسائر حقوقهم قال: وسب واحد من الأنبياء كذلك.

تنبيه: من حوادث الفتوى ما لو حكم حنفي بكفره بسبب النبي عليه السلام فهل للشافعي الحكم بقبول توبته؟ الظاهر أن له ذلك لأنها حادثة أخرى ولو حكم بالموجب لأن مواجهه متعددة وقد قالوا: لو حكم شافعي بصحة بيع عقار لا يكون ذلك حكماً منه بأنه لا شفعة فيه بالجوار لما قالوه والله أعلم.

وأما سب الشيخين أو لعنهما ففي «الخلاصة» وغيرها أنه كفر، ونقل في «البحر» عن «الجوهرة» معزياً إلى الشهيد أن التوبة لا تقبل وإسلامه وبه أخذ أبو الليث وأبو نصر الديوسي وهو المختار وجزم به في «الأشباه والنظائر»، وهذا لا وجود له في أصل «الجوهرة» وإنما وجد على هامش بعض النسخ فالحق بالأصل مع أنه لا ارتباط له بما قبله هذا في أحكام الدنيا أما فيما بينه وبين الله تعالى إذا صدق قبله

سبحانه وتعالى بلا خلاف ولو تزندق فإن توبته لا تقبل في ظاهر المذهب وفي «الدراية» في الزنديق روايتان .

وفي «الخانبة» قالوا: لو جاء قبل أن يؤخذ وأقر أنه زنديق فتاب تقبل توبته وإن أخذ ثم تاب لم تقبل ويقتل انتهى . وينبغي أن يكون هذا التفصيل محمل الروايتين وفسر الزنديق في «فتح القدير» بأنه الذي لا يتدين بدين أما من يبطن الكفر ويظهر الإسلام فهو المنافق ويجب أن يكون حكمه في عدم قبول توبته كالزنديق لأن ذلك في الزنديق لعدم الاطمئنان إلى ما يظهر من التوبة إذا كان يخفي كفره الذي هو عدم اعتقاده ديناً والمنافق مثله في الاعتقاد وعلى هذا فطريق العلم بحاله إما بأن يعثر بعض الناس عليه أو يسيره إلى من هو آمن إليه والحق أن الذي يقتل ولا تقبل توبته هو المنافق فالزنديق إن كان حكمه ذلك فيجب أن يكون مبطناً كفره الذي هو عدم التدين بدين ويظهر تدينه بالإسلام أو غيره إلى أن ظفرنا به وهو عرافي وإلا فلو فرضناه مظهرًا لذلك حتى تاب يجب أن لا تقبل توبته كسائر الكفار المظهرين لكفرهم إذا أظهروا التوبة، وأما إذا كان ساحراً واعتقد إباحتها فإنه يكفر ولا تقبل توبته ولا إمرة ولا خلاف بين أهل العلم في حرمة تعليمه وتعلمه وقد قال أصحابنا إن له حقيقة وتأثيراً في إبلام الأجسام خلافاً لمن منع وقال: إنه تخييل كذا في «الفتح» .

وفي «الخانبة»: الساحر إذا تاب أو كان يعتقد نفسه خالقاً ثم تاب عن ذلك وتبرأ منه تقبل توبته ولا يقتل، وإن كان يستعمله بالتجربة ولا يعتقد له أثراً لا يقتل، وإن كان يجحد السحر فلا يدري كيف يفعل ولا يقر به قالوا: لا يستتاب بل يقتل إذا ثبت أنه مستعمل السحر، وفي بعض المواضع ذكر أن الاستتابة أحوط، وقال أبو الليث: إذا تاب قبل أن يؤخذ قبل توبته ولا يقتل وإذا أخذ ثم تاب لم تقبل توبته ويقتل وكذا الزنديق المعروف الداعي والفتوى على هذا القول انتهى، هذا وأما الكاهن فقييل: هو الساحر وقييل: هو العراف الذي يحدس ويتخوص وقييل: هو الذي له من الجن ما يأتيه بالأخبار، وقال أصحابنا: إن اعتقد أن الشياطين يفعلون له ما يشاء كفر وإن اعتقد أنه تخييل لم يكفر، وعند الشافعي إن اعتقد ما يوجب الكفر مثل التقرب إلى الكواكب وأنها تفعل ما يلتمسه كفر .

قال في «الفتح»: ويجب أن لا يعدل عن مذهب الشافعي في كفر الساحر والعراف وعدمه، وأما قتله فيجب ولا يستتاب إذا عرفت مزاولته لعمل السحر لسعيه في الفساد في الأرض لا بمجرد علمه إذا لم يكن في اعتقاده ما يوجب كفره .

وإلا قتل وإسلامه أن يتبرأ عن الأديان سوى الإسلام أو عما انتقل إليه.....

تتمة: تحبب الردة ثواب الأعمال، قالوا وعليه إذا عاد إلى الإسلام أن يعيد الحج والنكاح دون الصلوات والزكوات والصيامات إلا أنه إذا عاد / في وقت صلاة صلاحها [ب/٢٣٥] كان عليه أداؤها ثانياً، وهل تعود حسناته بعوده إلى الإسلام؟ قال أبو علي وأبو هاشم من أصحابنا: لا تعود، وقال أبو القاسم الكعبي: تعود، ونحن نقول: إنه لا يعود ما بطل من ثوابه لكنه تعود طاعاته المتقدمة مؤثرة في الثواب بعد كذا في «التاتار خانية» وفيها لو تكرر ارتداده وتاب فإنه يؤخذ بعقوبة الكفر الأول والثاني وهو قول أبي الليث.

وقالوا: إن وقفه يبطل بالردة ولو روى لغيره حديثاً لا يجوز للسامع منه أن يرويه عنه بعد رده كما في شهادات «اللولوالية» (وإلا أي: وإن لم يسلم (قتل) على الإطلاق أيضاً يستثنى من أكره على الإسلام إذا ارتد فإنه يحبس ولا يقتل كما في «الخلاصة»، وقيد في «الخانية» بما إذا كان حربياً أما الذمي فلا يصح إسلامه، واللقيط لأن إسلامه كان على وجه الحكم لا من جهة الحقيقة، وقيده في «التاتار خانية» بما إذا وجد في مصر من أمصار المسلمين، وفي «السراجية» سواء كان مسلماً أو كافراً وهو الصحيح.

قال في «المحيط»: وكل من حكم بإسلامه تبعاً إذا بلغ كافراً فإن يجبر على الإسلام ولا يقتل استحساناً ومن ثبت إسلامه برجلين ثم رجع كما في شهادات «اليتيمة» وإطلاقه يعم الحر والعبد وإن تضمن قتله إبطال حق المولى بالإجماع لإطلاق الدليل، (وإسلامه أن يتبرأ عن الأديان) كلها إن يقول: تبت ورجعت إلى دين الإسلام وأنا بريء من كل دين (غير) دين (الإسلام) كذا في «المنية» لكن هذا بعد أن يأتي بالشهادتين كما في «الإيضاح».

وفي «الكافي» (و) لو تبرأ (عما انتقل إليه) كفى لحصول المقصود كذا في «الدراية» والظاهر أن التبرؤ مع الإتيان بالشهادتين مغن عن قوله تبت ورجعت فليس جزءاً من مفهومه كما يوهمه ما في «المنية» وما في «الكافي» معناه الكفاية عن قوله: أنا بريء من كل دين غير دين الإسلام، ولو أتى بالشهادتين على وجه العادة لم ينفعه ما لم يرجع عما قال إذ لا يرتفع بها كفره كذا في «البرزازية» قيد بإسلام المرتد لأن في غيره تفصيلاً.

قال في «البدائع»: الكفار أصناف أربعة: صنف ينكرون الصانع وهم الدهرية، وصنف ينكرون الوحدانية وهو الثنوية والمجوس، وصنف يقرون بها لكن ينكرون بعثة الرسل وهو قوم من الفلاسفة، وصنف يقرون بالكل في الجملة غير أنهم ينكرون

وكره قتله قبله ولم يضمن قاتله ولا تقتل المرتدة بل تحبس حتى تسلم.....

عموم رسالته ﷺ إلى كافة وهم اليهود والنصارى، فالصنفان الأولان يكتفي منهم بقول لا إله إلا الله، والثالث لا بد أن يقول محمد رسول الله، والرابع لا بد مع الإقرار بالرسالة من التبرؤ من دينه زاد في «الخانية» مع زيادة قوله: ودخلت في دين الإسلام. وعلله في «الذخيرة» بأنه قد يتبرأ من اليهودية ويدخل في النصرانية فجاز أن يكون تبرؤه لذلك وليس المراد من قول «البدائع» وهم اليهود والنصارى كل النصارى بل طائفة منهم في العراق يقال لهم العيسوية صرح بذلك في «المحيط» و«الخانية» وعلى هذا فينبغي أن يستفسر الآتي بالشهادتين منهم إن جهل حال.

قال قارئ «الهداية»: والذي أفتي به أن الذمي إذا تلفظ بالشهادتين يحكم بإسلامه وإن لم يتبرأ من دينه الذي كان عليه وإذا رجع عما كان عليه يقتل إلا أن يعود إلى الإسلام لأن التلفظ بهما صار علامة على الإسلام، واعلم أن الإسلام كما يكون بالقول يكون بالفعل أيضاً كما إذا صلى مكتوبة وأتمها مقتدياً أو أذن في الوقت أو سجد للتلاوة أو أدى زكاة السائمة لا بغير ذلك وقد جمعت ذلك:

وكافر في الوقت صلى باقتداً متمماً صلواته لا مفسداً  
أو أذن معلناً أيضاً أو زكى سوائماً كأن سجد تزكى

ومن رام إشباع الكلام في ذلك فعليه بكتابنا الموسوم «بدر المسائل باختصار أنفع الوسائل»، (وكره) كراهة تنزيه (قتل) من الإمام أو غيره وإن أدب لافتئاته (قبل العرض) لما فيه من ترك المندوب نعم على القول بوجوبه يكره تحريماً (ولم يضمن قاتله) لأنه مهدر الدم لكفره (ولا تقتل المرتدة) للنهي عن قتل النساء (بل تحبس) أبداً إلى أن تموت ولا تواكل ولا تجالس كما في «الحقائق» وإطلاقه يعم الأمة أيضاً إلا أن حبسها يكون عند المولى لخدمته لكن لا يطأها سواء طلبت ذلك أو لا في الأصح ويتولى جبرها جمعاً بين الحقيين.

وفي «البدائع» لو سببت المرتدة بعد / لحوقها بدار الحرب واسترقت فإنها تجبر أيضاً على الإسلام بالضرب والحبس انتهى، يعني عند المولى كما مر، والصغيرة العاقلة كالبالغة والخنثى المشكل كالمرأة كما في «التتارخانية»، ولو قتلها قاتل لا شيء عليه كما في «المبسوط» وفي «العتابية» أنه يضمن الأمة لمولاها والظاهر ضعفه ولم يذكر ضربها في ظاهر الرواية، وعن الإمام أنها تضرب في كل يوم ثلاثة أسواط وعن الحسن تسعة وثلاثين إلى أن تموت أو (تسلم) وهذا قتل معنى لأن موالاته الضرب تفضي إليه كذا في «الفتح»، واختار بعضهم أنها تضرب خمسة وسبعين سوطاً وهذا ميل إلى قول الثاني في نهاية التعزيز.

ويزول ملك المرتد عن ماله زوالاً موقوفاً فإن أسلم عاد ملكه وإن مات أو قتل على رده ورث كسب إسلامه وارثه المسلم بعد قضاء دين إسلامه.....

قال في «الحاوي القدسي»: وهو المأخوذ به في كل تعزيز بالضرب، ولا تسترق المرتدة الحرة ما لم تلحق بدار الحرب وفي رواية «النوادر» عن الإمام أنها تسترق في دار الإسلام أيضاً قيل: ولو أفتى بهذه الرواية لا بأس به فيمن كانت ذات زوج حسماً لقصدها السعي بالردة عن إثبات الفرقة وينبغي أن يشتريها الزوج من الإمام أو يهبها له إذا كان مصرفاً لأنها صارت بالردة فيئاً للمسلمين لا يختص بها الزوج فيملكها وينفسخ النكاح بالردة وحينئذ يتولى هو حبسها وضربها على الإسلام فيرتد ضرر قصدها عليها (ويزول ملك المرتد عن ماله زوالاً موقوفاً) أي: غير بات (فإن أسلم عاد ملكه) عند الإمام وقالوا: لا يزول كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص وله أنه حربي مقهور تحت أيدينا إلى أن يقتل ولا يقتل إلا بالحراب.

قال في «الفتح»: واعلم أن حقيقة المراد بالردة أن يزول ملكه وإلا باتاً فإن استمر حتى مات حقيقة أو حكم باللاحق استمر الزوال الثابت من وقت الردة وإن عاد الملك وهما هرباً من الحكم بالزوال لأن الساقط لا يعود انتهى وعلى ذلك جرى بعض الشارحين إلا أن تصريح كلام المصنف وغيره يأباه ففي «البدائع» ثمة الخلاف تظهر في تصرفاته فعندهما هي نافذة قبل الإسلام وعنده موقوفة انتهى، ولو زال ملكه زوالاً باتاً لما توقفت لأنه بالعود إلى الإسلام يطراً ملك بات على موقوف فيبطله، هذا وبعد اتفاهما على عدم زوال ملكه اختلفاً في تبرعته فجعلها أبو يوسف من جميع المال ومحمد من الثلث قيد بالمرتد لأن المرتدة لا يزول ملكها بالإجماع وينبغي أن يلحق بها من لا يقتل إذا ارتد لشبهة في إسلامه كما مر، وفي «الخانية» وتصرف المكاتب في رده نافذ في قولهم، وفي «السراج» وكسب المكاتب المرتد حال الردة لمولاه (وإن مات) المرتد (أو قتل على رده) أو حكم بلحاظه (ورث كسب إسلامه) بفتح الكاف وكسرهما لجمع كذا في «القاموس» (وارثه المسلم بعد قضاء دين إسلامه) لأن ملكه بعد الردة باق فينتقل بعد موته إلى ورثته مستنداً إلى قبيل رده إذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم واختلفت الروايات فيمن يرث المرتد، فروى محمد عن الإمام أنه يرثه من كان وارثاً عند أحد الثلاثة.

وفي «الخانية» وهي الرواية الصحيحة وروي عن الحسن أنه يورثه من كان وارثاً حال الردة وبقي إلى وقت موته قيل: وهو الأظهر كذا في «السراج»، وروى أبو يوسف عنه أنه من كان وارثاً وقت الردة، وتفرع على الأول وهي الأصح كما في «المبسوط» ما لو كان له ولد كافر أو عبد فأسلم أو عتق بعدها قبل موته أو الحكم بلحاظه ورثه

وكسب رده فيء بعد قضاء دين رده وإن حكم بلحاقه عتق مدبره وأم ولده وحل دينه

وكذا لو ولد ولد من علوق حادث بعد الردة. قال في «البدائع»: لو ارتد الزوجان معاً ثم جاءت بولد ثم قتل الأب على رده فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الردة يرثه وإن لستة فصاعداً لم يرثه ولو ارتد الزوج وحده أو كانت له أم ولد مسلمة ورثه مع ورثته المسلمين، وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر، وإطلاقه يعم الزوجة فترثه امرأته المسلمة إذا مات وهي في العدة لأنه بالردة كأنه مرض مرض الموت لا اختياره سبب المرض بإصراره على الكفر مختاراً حتى قتل، وهذا يقتضي أن غير المدخول بها لا ترث لصيرورتها بالردة أجنبية وليست الردة موتاً حقيقياً بدليل أن المدخولة إنما تعتد بعد موته بالحيض لا بالأشهر فلا تنتهض سبباً للإرث، والإرث وإن استند إلى الردة لكن يتقرر عند الموت هذا حاصل ما في «الفتح».

قال الشارح: وينبغي على رواية أبي يوسف أن ترث إذا مات بعد العدة أو قبل الدخول وفي «السراج» لو ارتدت وهي مريضة ورثها زوجها المسلم لأنها فارة لقصدها إبطال حقه بخلاف الصحيحة لأنها لا تقبل (وكسب رده فيء) أي: غنيمة توضع في بيت المال عند الإمام وقالوا: هو ميراث لورثته المسلمين أيضاً بناء على أن أملاكه لا تزول برده (بعد قضاء دين رده)، هذا أعني قضاء دين إسلامه من كسب الإسلام ودين الردة من كسبها رواية زفر عن الإمام وبها قال زفر والحسن / أيضاً وروى أبو يوسف عنه أنه من كسب الردة إلا أن لا يفي فيقضي الباقي من كسب الإسلام وروى الحسن عنه أنه من كسب الإسلام إلا أن لا يفي فيقضي الباقي من كسب الردة.

قال في «البدائع»: وفتاوى «الولوالجية» وهو الصحيح لأن دين الميت إنما يقضى من ماله وهو كسب إسلامه فأما كسب الردة فلجماعة المسلمين فلا يقضى منه الدين إلا لضرورة فإذا لم يف تحققت، قيد بالمرتد لأن كسب المرتدة لورثتها اتفاقاً (وإن حكم) أي: القاضي (بلحاقه عتق مدبروه) من ثلث ماله وأهمله لما مر (وأم ولده) من كل ماله (وحل دينه) لأنه بالإلحاق صار من أهل الحرب، وهم أموات في حق أحكام الإسلام فصار كالموت إلا أنه لا يستقر لحاقه إلا بالقضاء لاحتمال العود، وإذا تقرر موته ثبتت الأحكام المتعلقة به كما ذكر ومنها قسمة ماله وسيشير إليه بعد في قوله وما وجدته في يد وارثه، وظاهر أن المكاتب بعد موت سيده إذا أدى وارثه ما عليه عتق والولاء للمرتد لأنه المعتقد فاعلم أن اللحاق إذا صار كالموت لا أنه حقيقة الموت لا يستقر حتى يقضى به سابقاً على القضاء بشيء من الأحكام المذكورة في الصحيح لأن القضاء بشيء منها يكفي بل يسبق القضاء باللحاق ثم ثبتت الأحكام المذكورة كذا في «الفتح».

وتوقف مبايعته وعتقه وهبته فإن أمن نفذ وإن هلك بطل وإن عاد مسلماً بعد الحكم بلحاظه  
فما وجدته في يد وارثه أخذه.....

قال في «البحر»: وظاهر أن القضاء به قصداً صحيحاً وينبغي أن لا يصح إلا في  
ضمن دعوى حق العبد، وقد قالوا: إن يوم الموت لا يدخل تحت القضاء قصداً  
فينبغي أن لا يصح إلا في ضمن دعوى حق العبد وينبغي أنه لو حكم بعق مدبره  
لثبوت لحاقه مرتداً ببينة عادلة أن يصح ولا يشترط له تقدم الحكم للحاقه ولم أر من  
أوضح هذا الحل انتهى.

وأقول: ليس معنى الحكم بلحاظه سابقاً علي هذه الأمور أن يقول ابتداءً:  
حكمت بلحاظه كما قد توهمه بل إذا ادعى مدبر مثلاً علي وارثه أنه لحق بدار الحرب  
مرتداً وأنه عتق بسببه وثبت ذلك عند القاضي حكم أولاً بلحاظه ثم يعتق ذلك المدبر  
كما يعرف ذلك من كلامهم فتدبر والله الموفق، (وتوقف مبايعته) وأراد بها كل ما  
كان مبادلة مال بمال فشمّل الصرف والسلم والصلح عن إقرار والإجارة وقبض، لأنه  
مبادلة حكمية والرهن أيضاً قليل لأنه معاوضة مالية وعلى هذا فتدخل الهبة بشرط  
العوض (وعتقه) وتدبره وكتابتته.

ولو أعتقه الوارث المسلم الذي ليس له سواه لا ينفذ عتقه أيضاً كما في  
«الخانبة» (وهبته) لأنها عقد ينزع ومن ثم قلنا: تتوقف وصيته أيضاً (فإن أمن) أي:  
المسلم (نفذ وإن هلك) بأن مات أو قتل أو حكم بلحاظه (بطل) ما فعله وهذا عند  
الإمام بناء على زوال ملكه على ما مر، وقالوا: كل ذلك نافذ إلا أنه عند محمد ينفذ  
من الثلث ولا خلاف بينهم في عدم صحة نكاحه وذبيحته وصيده بالكلب والبازي أو  
الذمي وشهادة وارثه لأن هذه الأشياء تعتمد الملة ولا ملة له وفي صحة استيلاده  
وطلاقه وقبول هبته وتسليم الشفعة والحجر على عبده المأذون لأن هذه لا تعتمد  
ولاية ولا حقيقة ملك، وأجمعوا على توقف ما يعتمد المساواة من التصرف أو ولاية  
متعدية كالمفاوضة فإن أسلم نفذت وإن هلك بطلت وتصير عناناً من الأصل عندهما  
وتبطل عنده، والتصرف على ولده الصغير وفي ماله، قال في «البحر»: ولم أر حكم  
التقاطه لقيطاً أو لقطعة.

أقول: وبقي إيداعه واستيداعه وأمانه وعقله ولا شك في عدم صحة أمانه إذا  
مات الذمي لا يصح فهذا أولى وكذا عقله لأن التناصر لا يكون بالمرتد، وأما التقاطه  
وإيداعه واستيداعه فلا ينبغي التردد في جوازها منه والله الموفق.

وبهذا عرف أن تصرفاته أربعة أقسام، (وإن عاد مسلماً بعد الحكم بلحاظه فما  
وجدته في يد وارثه أخذه) لأن الوارث إنما يخلفه لاستغنائه وإذا عاد مسلماً احتاج إليه

وإلا لا ولو ولدت أمة له نصرانية لسته أشهر منذ ارتد فادعاه فهي أم ولده وهو ابنه حر ولا يرثه ولو مسلمة ورثه الابن إن مات على الردة أو لحق بدار الحرب وإن لحق المرتد بماله فظهر عليه فهو فيء فإن رجع وذهب بماله وظهر عليه فلوارثه.....

فقدم عليها لكن إنما يأخذه بقضاء القاضي أو التراضي فإنه ذكر في «السير الكبير» أن الوارث لو تصرف في المال بعدما عاد مسلماً نفذ تصرفه كذا في «التتارخانية» وعلله الشارح بأنه دخل في ملكه فلا يخرج عنه إلا بطريقه، وقوله في «البحر» طريقه عوده مسلماً ممنوع.

وفي قوله: وارثه إيماء إلى أنه لا حق له فيما وجده من كسب رده لأن أخذه ليس بطريق الخلافة عنه بل لأنه فيء ألا ترى أن الحربي لا يسترد ماله بعد إسلامه وهذا وإن لم يرد مسطوراً إلا أن القواعد تؤيده / (وإلا) أي: وإن لم يجد شيئاً في يد وارثه (لا) أي: لا يأخذ شيئاً هذا شامل لما إذا أزاله الوارث عن يده بسبب يقبل الفسخ كمنحو بيع أو لا يقبله كعتق وتدبير واستيلاء وحكم الكتابة قد مر، ولما لم يدخل في يده أصلاً كمدبريه وأمهات أولاده المحكوم بعقوبتهم بذلك قيد بما بعد الحكم لأنه لو عاد قبله كان كالذي لم يرتد.

(ولو ولدت أمة له) أي: للمرتد (نصرانية) أراد بها الكتابية (لسته أشهر) فأكثر (منذ ارتد) قيد بذلك لأنها لو ولدت لأقل منها كان مسلماً وورث أباه للتيقن بوجوده قبل الردة (فادعاه فهي أم ولده)، لأن صحة الاستيلاء لا يفتقر إلى حقيقة الملك (وهو ابنه) وهو (حر) لأن المرتد لا يسترق (ولا يرث) لأنه إنما يتبع أباه لقربه إلى الإسلام بالجبر عليه فصار في حكم المرتد وهو لا يرث أحداً (ولو) كانت (مسلمة ورثه الابن إن مات على الردة أو لحق بدار الحرب) يعني وحكم بذلك كما مر، لأن الولد يكون مسلماً تبعاً له والمسلم يرث كسب إسلام المرتد كما مر.

(وإن لحق المرتد بماله) إلى دار الحرب (فظهر عليه) أي: قال في «المغرب» ظهر علي اللص غلب وظهر عليه غلب انتهي والمراد الأول (فهو) أي: ماله (فيء) يوضع في بيت المال لسقوط عصمته تبعاً لنفسه وهو بإجماع الأئمة الأربعة (فإن رجع) إلى دار الإسلام (وذهب بماله) إلى دار الحرب (وظهر عليه فلوارثه)، لأنه باللاحق انتقل إلى الوارث فكان ملكاً قديماً وحكمه ما مر أنه إن وجده قبل القسمة أخذه مجاناً وبعدها بالقيمة إن شاء ولا يأخذه إن كان مثلياً لعدم الفائدة، وهذا إنما يتم بناء على أنه لا فرق بين أن يكون أخذه المال بعد القضاء بلحاظه أو قبله وهو ظاهر الرواية، أما إذا كان بعد القضاء فظاهر وأما قبله فلأن القضاء إنما احتيج إليه لثبوته الإرث لترجح عدم عوده فيقرر إقامته فيثبت موته وهذا القدر موجود بعوده

وإن لحق فقصى بعبد له لابنه فكاتبه فجاء مسلماً فالمكاتبة والولاء لمورثه فإن قتل مرتد رجلاً خطأ ولحق أو قتل فالدية في كسب الإسلام.....

وأخذ المال ولحاقه ثانياً فكان ذلك بمنزلة القضاء وفي بعض روايات «السير» جعله فيء يعني إذا كان قبل القضاء .

قال في «الفتح»: والأوجه ظاهر الرواية (وإن لحق) المرتد (وقضى بعبد له لابنه) يعني بعد القضاء بلحاقه على ما مر (فكاتبه) الابن (فجاء) المرتد (مسلماً فالمكاتبة) أي: بدلها (والولاء لمورثه) لأنه لا وجه في إبطال الكتابة لنفوذها بدليل متعد وهو القضاء بالعبد له ولا إلى نقله إلى ملك الأب لأنه لا يقبل النقل فجعل على أن الابن وكيل عنه لأنه لما لحق كأنه سلطه على ماله وحقوق العقد ترجع إلى الموكل في الوكالة بالكتابة والولاء لمن يقع العتق منه .

وجزم في «الخانية» بأنه إن رجع قبل أن يؤدي جميع بدل الكتابة كان له إبطالها وهو مناف لما مر، قيد بالكتابة لأنه لو دبره كان الولاء للابن كما في «التاتار خانية» وكان الفرق أن الكتابة تقبل الفسخ بالتعجيز فلم تكن في معنى العتق من كل وجه بخلاف التدبير (وإن قتل مرتد رجلاً خطأ ولحق) بدار الحرب (أو قتل) على رده (فالدية في كسب الإسلام) خاصة، أما كونها في ماله فلأن العواقل لا تعقل المرتد وأما كونها في كسب الإسلام فقط فهو قول الإمام، وقالوا في كسب الردة أيضاً بناء على أنه يملك الكل عندهما فيكون ما لزمهما الكل وعنده لا يملك غيره فاخص ما لزمه به .

قال في «الفتح»: وعلى هذا ما لو غصب مالا فأفسده فيجب ضمانه في مال الإسلام وعندهما في الكل وعلى هذا لو لم يكن له كسب إسلام واكتسب في الردة فهدر الجناية عند أبي حنيفة خلافاً لهما انتهى، وهذا الإطلاق أعني وجوب ضمان ما غصبه في مال الإسلام عنده مقيد بما إذا لزمه ذلك بإقراره أما لو كان بالمعاينة أو البينة فإنه يخير بين أن يوفيه من كسب الإسلام أو الردة عندهم جميعاً نص عليه في «الفوائد الظهيرية» .

قال في «البحر»: وينبغي أن يكون القتل خطأ كذلك لكونه متهماً في إقراره بحق الورثة وقوله فهدر الجناية الظاهر أنه تفقه منه لا حكاية للمنقول وإلا فالمستطور في كلامهم خلافه ففي «التتارخانية» قال محمد في «الجامع الصغير»: فإن لم يكن له إلا كسب الإسلام أو إلا كسب الردة تستوفى منه وإن كان له كسبها فعلى قولها تستوفى الدية من الكسبين وعلى قوله تستوفى من كسب الإسلام أولاً فإن فضل منها شيء أخذ الفضل من كسب الردة وفي «الخانية» وإن لم يكن له إلا كسب الردة كان عليه الدية من ذلك المال .

ولو ارتد بعد القطع عمداً ومات منه أو لحق وجاء مسلماً فمات منه ضمن القاطع نصف الدية في ماله لورثته وإن لم يلحق وأسلم ومات ضمن الدية ولو ارتد مكاتب ولحق وأخذ بماله وقتل فمكاتبته لمولاه وما بقي لورثته ولو ارتد الزوجان ولحقا بدار الحرب فولدت.....

واعلم أن جناية العبد والأمة والمكاتب المرتدين كجنائيتهم في / غير الردة (ولو ارتد) المسلم (بعد القطع) أي: قطع يده (عمداً) فسرى القطع إلى النفس (ومات أو لحق) بدار الحرب وحكم بلحاظه (وجاء مسلماً فمات منه) أي: من القطع (ضمن القاطع نصف الدية في ماله لورثته) في المسألتين لأن السراية حلت محلاً غير معصوم فانهدرت، قيد بالعمد لأنه لو كان خطأ كان على العاقلة وقيدنا بكونه حكم بلحاظه لأنه لو عاد قبل الحكم ضمن الدية عندهما وعند محمد نصف الدية كما إذا لم يلحق وهو الذي بينه بقوله: (وإن لم يلحق) بدار الحرب (فأسلم ومات) بالسراية (ضمن الدية) فعندهما وقال محمد: يضمن نصف الدية لأن اعتراض الردة إهدار الجناية فلا ينقلب بالإسلام إلى الضمان، ولهما أن الجناية وردت على معصوم وهذا لأن المعتمر في العصمة قيامها حال انعقاد السبب وحال ثبوت الحكم وحالة البقاء بمعزل عنهما، ونبه بإضافة الضمان إليه على أنه في ماله لأنه فرضه في العمد فأومئ به على أنه لو كان خطأ وجب على العاقلة ولو كان المرتد هو القاطع فقطع فقتل على رده أو مات ثم سرى إلى النفس بعد ذلك فلا شيء فيه لو عمداً لفوات محل القصاص ولو خطأ وجبت الدية على العاقلة في ثلاث سنين من يوم القضاء عليهم كما في «الخانية».

(ولو ارتد مكاتب ولحق) بدار الحرب (وأخذ) أي: أسير (بماله) أي: مع ماله الذي اكتسبه في زمن رده (وقتل) على رده (فمكاتبته) أي: بدلها والمكاتبه التكتاب كما في «القاموس» (لمولاه وما بقي لورثته) وهذا مما يشكل على قول الإمام لا على قولهما لأنه لا يملكه إذا كان حراً ويملك إذا كان مكاتباً، ووجهه أن المكاتب إنما يملك اكتسابه بعقد الكتابة وهي لا تتوقف بالردة ولا تبطل بالموت فبقي موجبها مع الردة فيتحقق ملكه في اكتسابه ولا يتوقف فيقضي منها ويؤدي الباقي، قيل: إذا أوقفت كتابته حكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته فينبغي أن كسبه كسب مرتد حر فيكون فيئاً وأجيب بأن الحكم بحريته إنما هو في الحقوق المستحقة بالكتابة من حريته وأولاده وملك كسبه وقنه لا فيما عدا ذلك ألا ترى أن وصيته غير صحيحة لما أنها ليست من الحقوق المستحقة بها.

(ولو ارتد الزوجان ولحقا بدار الحرب فولدت) المرتدة ولدًا سواء حملت به في

وولد له ولد فظهر عليهم فالولدان فيء ويجبر الولد على الإسلام لا ولد الولد وارتداد الصبي  
العاقل صحيح كإسلامه.....

دار الإسلام أو في دار الحرب (وولد له) أي: لذلك الولد (ولد فظهر عليهم) أي:  
غلب (فالولدان فيء) كأصلهما، قيد بردهما لأن المسلم لو مات عن زوجته الحامل  
فارتدت ولحقت ثم ولدت فظهر عليهم فالولد حر يرث أباه ولو ولدته بعد ما سببت  
في دار الإسلام كان مسلماً تبعاً لأبيه رقيقاً تبعاً لأمه فلا يرث كذا في «البدائع»  
(ويجبر الولد على) الإسلام لأنه يتبع أبويه في الإسلام والردة فيجبر كما يجبران إلا أن  
جبره بالضرب والحبس وجبرهما بالقتل (لا) يجبر (ولد الولد) لأنه لا يتبع جده بل  
أباه وردة أبيه إنما كانت تبعاً والتبع لا يستتبع وإذا لم يتبع الجد صار حكمه كسائر  
أهل الحرب من الاسترقاق أو وضع الجزية عليه أو القتل إذا أسروا ولا محالة أن الجد  
يقتل وروى الحسن عن الإمام أنه يجبر تبعاً لجده وهذه أربعة أربع مسائل على  
الروايتين، ففي ظاهر الرواية لا يكون الولد تبعاً للجد، وفي رواية الحسن يكون والثانية  
صدقة الفطر والثالثة جر الولاء والرابعة الوصية للقرابة كذا في «الهداية» وصورة الجر  
معتقة تزوجت بعبد وله أب عبد فولدت منه فالولد حر تبعاً لأمه وولأؤه لمولى أمه  
فإذا أعتق جده لا يجبر ولاء حافده إلى مواليه عن موالى أمه في ظاهر الرواية.

وفي رواية الحسن يجبر كما لو أعتق أبوه زاد في «البحر» النفقة لا تفرض على  
الجد الموسر بخلاف الأب وأن الأم تشارك الجد في نفقة الصغير أثلاثاً بخلاف الأب  
الموسر ويتصف الصغير باليتيم مع حياة جده بخلاف الأب وقدم أن في الفرائض  
أربعة أخرى رد الأم إلى ثلث ما بقي وحجب أم الأب والإخوة لا تسقط بالجد  
وعندهما تسقط بالأب اتفاقاً والرابعة أن المعتق يحجب الجد عن ميراث المعتق ولا  
يحجب الأب عند أبي يوسف فله السدس والباقي للابن فهو أحد عشر انتهى وأنت  
خبير بأن الكلام فيما جاء على الروايتين وليس في المزيد ما ذكر فما في «الهداية»  
هو التحقيق (وارتداد الصبي العاقل صحيح) عندهما خلافاً لأبي يوسف / لأنه ضرر [١/٣٣٨]  
محض قلنا: لا مرد للحقيقة بعد وجودها والخلاف في أحكام الدنيا ولا خلاف أنه  
مرتد في أحكام الآخرة لأن العفو عن الكفر ودخول الجنة مع الشرك مما لا يرد به  
شرع ولا حكم به عقل كذا في «التلويح» وعلى هذا فما في «الفتح» من أنه يخلد في  
النار يعني اتفاقاً (كإسلامه) أي: كما يصح إسلامه باتفاق علمائنا الثلاثة ولذا جعله  
مشبهاً به لأنه ﷺ صحح إسلام علي وكان صغيراً<sup>(١)</sup> وافتخاره بذلك معروف فقيل:

(١) أخرج نحوه البيهقي في الكبرى (٦/٢٠٧).

ويجبر عليه ولا يقتل.

## باب البغاة

كان ابن خمس وقيل: ابن سبع وفي «البخاري» كان ابن ثمان واعترض أنه لو صح لوقع فرضاً لأنه يتنوع بنوع العبادات فيلزم كونه مخاطباً به ولا قائل به وأجيب: بأنه إنما لم يخاطب دفعا للحرج فإذا وجد وجد كالمسافر يصلي الجمعة فيسقط فرضه وليست فرضاً عليه كذا في «الشرح» وهذا على رأي السرخسي أما على رأي فخر الإسلام فأصل الوجوب ثابت على الصبي بالسبب وهو حدوث العالم وعقله دلالة دون وجوب الأداء لأنه بالمخاطب وهو غير مخاطب فإذا وجد بعد السبب وقع فرضاً كتعجيل الزكاة، قيل: هو الأوجه وهذا صريح في اتفاقهم أنه يقع فرضاً قبل البلوغ.

واعلم أن قول الشارح لا قائل بأنه مخاطب بالإيمان قبل البلوغ ففيه نظر فقد نقل في «التحرير» أن المختار عند الماتريدي أنه مخاطب بأداء الإيمان كالبالغ حتى لو مات بعده بلا إيمان خلد في النار قال في «الفتح»: ولا نعلم خلافاً بين المسلمين في عدم وجوب نية فرض الإيمان بعد بلوغ من حكم بصحة إسلامه صبياً تبعاً لأبويه المسلمين أو لإسلامه وأبواه كافران ولو كان ذلك فرضاً لم يغفله أهل الإسلام عن آخرهم، (ويجبر عليه) بالضرب والحبس لما فيه من النفع له (ولا يقتل) لو أبى عن الإسلام لأنه عقوبة وليس من أهلها، قيدنا بالعاقل لأن ارتداد غيره لا يصح كإسلامه وقدما أول الباب من لا يقتل بالإباء.

## باب البغاة

آخر هذا الباب عن المرتدين لقله وجوده كذا في «العناية»، قال في «الحواشي السعدية»: ويجوز أن يقال: تجري مباحث البغاة من مباحث المرتد مجرى المركب من المفرد لاشتراط الاجتماع في البغي دون الارتداد وأيضاً المرتد كافر وكتاب السير في بيان الجهاد مع الكفار بخلاف الباغي فإنه مسلم انتهى. وهذا الأخير يقتضي أن الأولى أن يترجم عنه بكتاب إذ شأن الباب دخوله تحت كتاب وهذا خارج عنه، وهي جمع باغ من بغي سعى في الأرض بالفساد ومنه الفرقة الباغية وبغى على الناس ظلم واعتدى وفي «القاموس» الباغي الطالب وفئة باغية خارجة عن طاعة الإمام العادل وفي عرف الفقهاء الخارج عن الإمام الحق والخارجون عن طاعة الإمام أصناف قطاع الطريق وهم قسمان قوم لهم تأويل سواء كان لهم منعة أو لا أخذوا الأموال وقتلوا الأنفس وأخافوا الطريق أولاً، والثاني كذلك إلا أنهم لا منعة لهم لكن لهم تأويل، وخوارج

خرج قوم مسلمون عن طاعة الإمام وغلّبوا على بلد دعاهم إليه وكشف شبهتهم وبدأ

بقتالهم.....

وهم لهم منعة وحمية خرجوا عن طاعة الإمام بتأويل يرون أنه على باطل كفر أو معصية توجب قتاله بتأويلهم يستحلون دماء المسلمين وأموالهم ويسبون نساءهم ويكفرون أصحاب رسول الله ﷺ وحكمهم عند جمهور الفقهاء والمحدثين حكم البغاة خلافاً لبعض أهل الحديث في تكفيرهم .

قال ابن المنذر: لا أعلم أحداً وافقهم على تكفيرهم وهذا يقتضي نقل إجماع الفقهاء وفي «المحيط» أكثر أهل السنة على تكفير بعض أهل البدع وهو من خالف ببدعته دليلاً قطعياً وبعضهم لا يكفر أحداً منهم قال في «الفتح»: والأول أثبت وابن المنذر أعرف بنقل مذاهب المجتهدين، وبغاة وهم قوم خرجوا عن طاعته غير مستبشرين ما استباحه الخوارج، (خرج قوم مسلمون) قيد بذلك لأن أهل الذمة إذا غلبوا على بلدة صاروا أهل حرب كما مر .

ولو قاتلونا مع أهل البغي لم يكن ذلك نقضاً للعهد كما في «الفتح» وهذا لا يرد على المصنف لأنهم أتباع للبغاة المسلمين (عن طاعة الإمام) الذي به الناس في أمان والطرق آمنة كذا في «الفتح» وأراد به السلطان أو نائبه والسلطنة تكون بأمرين مبايعة أشرافهم وأعيانهم ونفوذ حكمه بين رعيته خوفاً من قهره كذا في «الخانية» (وغلّبوا على بلد دعاهم إليه) أي: إلى نفسه أي: إلى طاعته وقال الشارح: العود إلى الجماعة وما قلناه أحسن وأصوب قاله العيني (وكشف شبهتهم) / الناشئ عنها [ب/٣٣٨] خروجهم عليه فإن كان لظلم منه أزاله فإن لم يزله وكانت لهم شوكة وقاتلوهم فإنه لا ينبغي للناس أن يعينوهم حتى لا يكون ذلك منهم خروجاً على السلطان ولا ينبغي أيضاً أن يعينوا السلطان حتى لا يكونوا عوناً على الظلم كذا في «السراج» .

وسياتي ما يخالفه وإن كان لطلب الولاية لأنهم أحق منه في زعمهم كانوا بغاة لأن علياً فعل كذلك قبل قتال أهل حروراء بالمد والقصر قرية من قرى الكوفة تجمعت بها الخوارج وكل سفاك للدماء يقال فيه حروري وهذا مندوب فقط حتى لو قاتلهم أهل العدل قبل ذلك جاز لأنهم علموا ما يقاتلون عليه إلا إذا بينوا ما يجوز لهم القتال كجور الإمام فيجب على المسلمين معاونتهم حتى يرجع عن جوره بخلاف ما لو كان الحال مشتبهاً أنه ظلم مثل تحميل بعض الجنائيات التي للإمام أخذها وإلحاق الضرر لدفع ضرر أعم منه، (وبدأ بقتالهم) وإن لم يبدو لنا هكذا نقله الإمام خواهر زاده عن أصحابنا لأن الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع بقصد القتال والامتناع، وذكر القدوري أنا لا نبدوهم به وبه قالت الأئمة الثلاثة وأكثر أهل

ولو لهم فئة أجهز على جريحهم واتبع موليتهم وإلا لا ولم تسب ذريتهم وحبس أموالهم حتى يتوبوا.....

العلم وإذا قاتلوا جاز قتالهم بكل ما يقاتل به أهل الحرب من المنجنيق وإرسال الماء والنار. قال في «البدائع»: ويجب على كل من دعاه الإمام أن يجيب حيث كان قادراً عليه لأن طاعة الإمام فيما ليس بمعصية فرض فكيف فيما هو طاعة وما عن الإمام من الاعتزال محمول على ما إذا لم يدعه انتهى، ولو طلبوا الموادة أجبوا إن كان خيراً كأهل الحرب ولو أخذوا منا رهوناً وأخذ منهم الإمام كذلك على أن أيهما غدر يقتل الآخرون الرهن فقتلوا ما عندهم لا ينبغي لنا قتل رهونهم لأنهم آمنون في أيدينا وشرط إباحة دمهم باطل، ولكن نحبسهم إلى أن يهلك أهل الحرب أو يتوبوا.

فائدة: خواهر زاده معناه ابن الأخت وكان ابن أخت القاضي الإمام ابن ثابت قاضي سمرقند كان معاصراً لشمس الأئمة السرخسي موافقاً له في اسمه وكنيته فإن كلا منهما اسمه محمد وكنيته أبو بكر غير أن اسم أب الأول حسين والثاني سهيل وتوفيا في عام ثمان وثلاثين وأربعمائة وعاصرهما فخر الإسلام إلا أنه توفي في إحدى وثمانين وأربعمائة هذا حاصل ما في «الفتح».

وفي «الدراية»: إن خواهر زاده هو صاحب «الذخيرة» و«المبسوط» و«الإيضاح» انتهى، وبه يتبين غلط من ادعى أن «المحيط البرهاني» لصاحب «الذخيرة» (ولو لهم) أي: للبغاة (فئة) أي: طائفة يرجعون إليهم جمعه فئات ويجمع على فئون أيضاً (أجهز على جريحهم) أي: أثبت قتله وتممه وأسرع عليه كذا في «القاموس» (واتبع موليتهم) بالبناء للمفعول فيهما للقتل والأسر دفعا لشهرهم كيلا يلتحقا بالفئة ثم إذا أدركه وأسره فإن الإمام يخير بين قتله وحبسه إلى أن يتوب أهل البغي فإذا حبسه أيضاً حتى يحدث توبة وينبغي للإمام أن يقتل مدبرهم كذا في «السراج».

(وإلا) أي: وإن لم يكن لهم فئة (لا) أي: لا يجهز ولا يتبع لاندفاع الشر بدونه ذلك وهو المطلوب (ولم يسب ذريتهم) لما رواه عبد الرزاق في «تاريخ واسط» عن علي رضي الله تعالى عنه أنه قال يوم الجمل: «لا تتبعوا مدبراً ولا تجهزوا على جريح ولا تقتلوا أسيراً وإياكم والنساء»<sup>(١)</sup> وهذا في الأسير محمول على ما إذا لم يكن له فئة، (وحبس أموالهم) عنهم لإضعافهم ودفع شرهم ولا يردها عليهم ولا يقسمها (حتى يتوبوا) فيردها عليهم وفي «المحيط»، قال الباغي: تبت وألقى السلاح كف عنه ولو قال أنا على دينك ومعك السلاح لم يكف عنه.

(١) ذكره الزيعلي في نصب الراية (٣/٤٦٣).

وإن احتاج قاتل بسلاحهم وخيلهم وإن قتل باغ مثله فظهر عليهم لم يجب شيء وإن غلبوا على مصر فقتل مصري مثله فظهر على المصر قتل به وإن قتل عادل باغياً أو قتله باغ وقال: أنا على حق ورثه.....

قال في «الفتح»: وإذا حبسها كان بيع الكراع أولى لأن حبس الثمن أنظر ولا ينفق عليه من بيت المال ليتوفر موتتها وبه اندفع ما في «البحر» من أن ظاهر ما في «الكتاب» حبس الكراع وليس كذلك لما علمت من أن له حبسه وإن خالف الأولى وإذا أتلّفوا شيئاً لم يضمنوه قضاء بعد التوبة لكنهم يفتون بالضمان كما قال محمد ثم إطلاقه يعم العبيد أيضاً لأنه مال يعني إذا كان يخدم مولاه أما لو قاتل معه فإنه يقتل وقياس الكراع أن الأولى بيع العبد أيضاً (وإن احتاج) الإمام (قاتل بسلاحهم وخيلهم) لأن علياً رضي الله تعالى عنه قسم يوم الجمل في العسكر ما أجافوا عليه من كراع وسلاح<sup>(١)</sup> رواه ابن أبي شيبه، قالوا: وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك ولا خفاء أن له أن يفعل ذلك في مال العادل / ففي مال الباغي أولى.

[١/٣٣٩]

(وإن قتل باغ مثله فظهر عليهم لم يجب شيء) من قصاص ولا دية لأنه قتل نفساً يباح قتلها ولأن القصاص لا يستوفى إلا بالولاية وهي بالمنعة ولا ولاية عليهم كذا في «الفتح» وهو ظاهر في أنه لا إثم عليه أيضاً، (وإن غلبوا) أي: البغاة (على مصر) من أمصارنا (فقتل مصري مثله) عمداً ولم يتقيد به اكتفاء بقوله (فظهر عليهم قتل به)

قال فخر الإسلام: معنى المسألة أنهم غلبوا ولم يجر فيها حكمهم بعد حتى أزعجهم إمام العدل عن أهلها لأنه حينئذ لم ينقطع ولاية الإمام فوجب القود، وأما لو جرت أحكامهم فلا قود ولا قصاص ولكن يستحق عذاب الآخرة (وإن قتل عادل) رجلاً (باغياً أو قتله) أي: العادل (باغ وقال) أي: الباغي وقت قتله (أنا على حق) في الخروج عن الإمام (ورثه) أي: ورث القاتل المقتول أما إذا قتل العادل الباغي فلأنه قتله بحق وهذا لأننا مأمورون بقتالهم دفعاً لشركهم ولذا قالوا: إنه لا إثم عليه قيد بقتله إياه لأنه لو أتلّف ماله ضمنه لأنه مال معصوم في حقنا وقد أمكن إيجاب الضمان فيه فكان في إيجابه فائدة كذا في «المحيط» لكن المذكور في «الهداية» وغيرها أنه لا يضمن وحمله الشارح على ما إذا كان الإتلاف بسبب القتال إذ لا يمكنه أن يقتلهم إلا بإتلاف شيء من أموالهم كالخيل والقماش الذي عليهم، أما إذا أتلّفوه في غير هذه الحالة فلا معنى لنفي الضمان.

وفي «الفتح»: لو دخل باغ بأمان فقتله عادل كان عليه الدية كما قتل المسلم

(١) ذكره ابن حجر في الدراية (٢/١٣٩)، وابن أبي شيبه في مصنفه (٨/٧١٨).

وإن قال: أنا على باطل لا، وكره بيع السلاح من أهل الفتنة وإن لم يدر أنه منهم لا.

مستأمناً في ديارنا وهذا لبقاء شبهة الإباحة في دمه انتهى يعني قتله عمداً وينبغي أن لا يرث منه وهذه ترد على إطلاق المصنف، وأما عكسه ففي خلاف أبي يوسف لأنه قتله بغير حق قلنا: لما قال: أنا على حق ولو كان تأويله فاسداً فالفاسد ملحق بالصحيح إذ ضمت إليه المنعة في حق الدفع كما في منعة أهل الحرب وتأويلهم، (وإن قال: أنا على باطل لا) أي: لا يرث اتفاقاً لأنه قتله بغير شبهة، (وكره بيع السلاح من أهل الفتنة) كالبغاة وقطاع الطريق واللصوص لأنه إعانة على المعصية، قيد بالسلاح لأن بيع ما يقاتل به إلا بصنعة تحدث فيه لا يكره بخلاف أهل الحرب.

قال الشارح: والفرق فيما يظهر أن أهل البغي يتفرغون لاستعماله سلاحاً لأن فسادهم على شرف الزوال بالتوبة أو بتفريق جمعهم بخلاف أهل الحرب، وعرف بهذا أنه لا يكره بيع ما لم تقم المعصية به كبيع الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والعصير والخشب الذي يتخذ منه المعازف، وما في بيوع «الخانية» من أنه يكره بيع الأمرد من فاسق يعلم أنه يعصي به مشكل والذي جزم به الشارح في الحظر والإباحة أنه لا يكره بيع جارية لمن يأتيها في دبرها أو بيع غلام من لوطي وهو الموافق لما مر، وعندني أن ما في «الخانية» محمول على كراهة التنزيه والمنفي هو كراهة التحريم وعلى هذا فيكره في الكل تنزيهاً وهو الذي إليه تطمئن النفس إذ لا شك أنه وإن لم يكن معيناً إلا أنه مسبب في الإعانة ولم أر من تعرض لهذا والله الموفق.

تكميل: بقي من أحكام البغاة أنه لو كان رجل من أهل العدل في صف أهل البغي فقتله العادل فلا دية عليهم ولو ألجأ البغاة أهل العدل إلى دار الشرك لا يحل لأهل العدل أن يقاتلوا البغاة مع أهل الشرك على معنى أنهم يستعينون بهم نعم يستعين أهل العدل بالبغاة والذميين على الخوارج.

ولو استعان البغاة بأهل الحرب فظهر عليهم سبينا أهل الحرب ولا يكون استعانة البغاة بهم أماناً منهم لأن المستأمن من يدخل دار الإسلام من يدخل تاركاً للحرب وهؤلاء لم يدخلوا إلا لقتال المسلمين وإذا أمن واحد من أهل العدل رجلاً من أهل البغي جاز، ومنه أن يقول: لا بأس عليك ولا يجوز أمان الذمي الذي يقاتل مع أهل البغي، وإن ظهر البغاة على بلد فولوا قاضياً على أهلها ليس من أهل البغي صح وعليه أن يحكم بين الناس بالعدل ولو كتب كتابه إلى قاضي أهل العدل بحق الرجل من أهل مصره بشهادة من شهد عنده عليه إن كان القاضي يعرف أنهم ليسوا من أهل البغي أجازته وإن عرف أنهم من أهل البغي أو كان لا يعرفهم لا يعمل به.

قال في «الدراية»: ولو كان القاضي منهم فإن كان ممن يستحل دم أهل العدل وأموالهم لا يجوز بلا خلاف وإن كان لا يستحل يجوز عندنا، ولو كتب كتابه لقاضي أهل العدل قبله بلا خلاف والأولى / أن لا يقبله كسراً لشوكتهم، وعندنا كل مسلط [٣٣٩/ب] إذا تم تسليطه يصير سلطاناً فيصح تقليده القضاء ويصح منه ما يصح من السلطان العادل ويكره للعادل قتل أخيه أو ابنه من أهل البغي بخلاف أخيه الكافر ويكره أيضاً أخذ رؤوسهم فيطاف بها لأنه مثله وجوزه بعض المتأخرين إذا كان فيه طمأنينة قلوب أهل العدل وكسر شوكتهم كذا في «فتح القدير» والله أعلم.

## كتاب اللقيط

ندب التقاطه ووجب إن خاف الضياع وهو حر ونفقته في بيت المال.....

## كتاب اللقيط

عقبه مع اللقطة بالجهاد لما فيهما من عرضية الفوات للنفس والأموال وقدم اللقيط لتعلقه بالنفس وهي مقدمة على المال، وهو لغة: ما يلقط أي يرفع عن الأرض غلب على الصبي المنبوذ لأنه على عرض أن يلقط كذا في «المغرب»، وعرفاً: اسم لمولود حي طرحه أهله خوفاً من العيلة أو التهمة، (ندب التقاطه) لأن فيه إحياء نفس مسلمة (ووجب) أي: لزم وفيه إيماء إلى أنه يشترط في الملتقط كونه مكلفاً فلا يصح التقاط الصبي والمجنون ولا يشترط أن يكون مسلماً عدلاً رشيداً لما سيأتي من أن التقاط الكافر صحيح فالفاسق أولى، وأن العبد المحجور عليه يصح التقاطه أيضاً فالمحجور عليه بالسفه أولى.

(إن خاف) خوفاً قوياً ارتقى إلى غلبة الظن (الضياع) عليه أي: الهلاك يقال ضاع يضيع ضيعاً ويكسر وضيعة وضياعاً هلك كذا في «القاموس» بأن وجدته في مسبعة ونحوها، وفسرنا الوجوب بما مر لأنه إن لم يعلم به غيره كان فرض عين وإلا بفرض كفاية، وهذا لأن إلزام التقاطه إذا خيف هلاكه مجمع عليه والثابت إلزامه بقطعي فرض، وظاهر أن لزوم التقاطه خوف الضياع إنما هو لحفظه فإذا طرحه حرم عليه (وهو) أي: اللقيط (حر) لأنه الأصل في بني آدم يعني في جميع الأحكام حتى يجد قاذفه دون قاذف أمه لعدم معرفة إحصانها وتقبل شهادته ويصح عتقه ولا يسترق إلا ببينة سواء كان الواجد له حراً أو عبداً أو محجوراً ولا يعرف إلا بقوله وقال المولى كذب بل هو عبدي فالقول للمولى وإن مأذوناً فللعبد كذا في «المحيط».

وفي «منية المفتي» أقر اللقيط أنه عبد فلان فإن كذبه فهو حر وإن صدقه فإن لم تجر عليه أحكام الأحرار كقبول الشهادة وضرب قاذفه يصح إقراره وإلا فلا انتهى، (ونفقته في بيت المال) لما أخرجه عبد الرزاق «أن أبا جميلة وجد منبوذاً على عهد عمر رضي الله تعالى عنه فأتي به فاتهمه فأثني عليه خير فقال عمر هو حر وولأوه لك ونفقته من بيت المال»<sup>(١)</sup> وإذا جاء به إلى الإمام لا يصدقه حتى يقيم بينة على الالتقاط لأنه عساه ابنه كما لو طلب من القاضي أخذه منه وله أن لا يقبله منه، ولو أقامها إلا إذا علم عجزه عن الحفظ بنفسه فإن الأولى له أن يقبله، وقد مر أن النفقة

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٤٥٠/٧) رقم (١٣٨٤٠).

كإرثه وجنابته ولا يأخذه منه أحد.....

اسم للطعام والشراب والكسوة والسكنى وينبغي أن يكون ما يتداوى به من بيت المال أيضاً.

وقد قال في «المحيط»: إن مهره إذا زوجه السلطان من بيت المال فالدواء أولى ومعلوم أن هذا مقيد بما إذا لم يكن له مال وسيأتي في اللقطة ما لو أنفق عليه الملتقط (كإرثه) أي: كما أن إرثه لبيت المال وقد عرف أن الخراج بالضمان ودخل فيه ديته ولو قتله الملتقط أو غيره خطأ كانت الدية على عاقلته لبيت المال ولو عمداً خير الإمام بين القتل والصلح عن الدية وليس له العفو عند الإمام وقال أبو يوسف تجب الدية في مال القاتل ولو وجد مقتولاً عند غير الملتقط كانت القسامة على أهل ذلك المكان لبيت المال كذا في «الخانية».

(وجنابته) عطف على نفقته وهذا بلا خلاف وفي كلامه إيماء إلى أن وليه في ماله ونفسه إنما هو السلطان وبه صرح في «البدائع» وولاؤه لبيت المال ولو جعله القاضي للملتقط جاز كذا في نظم ابن وهبان، نعم له بعد بلوغه أن يوالي من شاء إلا إذا عقل عنه بيت المال فلا يصح ولاؤه كذا في «الخانية» (ولا يأخذه) أي: اللقيط (منه) أي: من الملتقط (أحد) قهراً لأنه ثبت له حق الحفظ لسبق يده فلو أخذه دفعه القاضي إلى الأول إلا إذا دفعه إليه باختياره لأنه أبطل حقه وللملتقط أن ينقله إلى حيث شاء كذا في «الخانية»، قال في «البحر»: عممه فشمّل الإمام الأعظم فلا يأخذه منه بالولاية العامة إلا بسبب يوجب ذلك كذا في «الفتح».

وأقول: المذكور في «المبسوط» أن للإمام الأعظم أن يأخذه بحكم الولاية العامة إلا أنه لا ينبغي له ذلك وهو الذي ذكره في «الفتح» أيضاً وذلك أنه لما أن نقل عن علي «أنه جيء له بلقيط فقال: هو حر ولأن أكون وليت من أمره مثل الذي وليت أحب إلي من كذا وكذا»<sup>(١)</sup> فحرض على ذلك ولم يأخذه منه لأنه لا ينبغي للإمام أن يأخذه من الملتقط إلا بسبب يوجب ذلك لأن يده سبقت إليه فهو أحق به انتهى.

ثم قال في «البحر»: وينبغي أن ينزع منه إذا لم يكن أهلاً لحفظه كما قالوا في الحاضنة وكما أفاده في «فتح القدير» بقوله لا بسبب يوجب ذلك وينبغي أن يكون معناه أن الأولى أن ينزع منه إلا أن يتعين عليه ذلك لما قدمنا عن «الخانية» فيما إذا علم القاضي عجزه عن حفظه بنفسه وأتى به إليه فإن الأولى له أن يقبله.

(١) ذكره الزيعلي في نصب الراية (٣/٤٦٥)، وعبد الرزاق في مصنفه (١٣٨٤١).

ويثبت نسبه من واحد ومن اثنين.....

واعلم أن مسألة «الكتاب» موضوعة فيما إذا اتحد الملتقط فإن تعدد وترجح أحدهما كما إذا التقطه مسلم وكافر ثم تنازعا في كونه عند أحدهما فإنه يقضى به للمسلم كما في «الخانية» معللاً بأن المسلم أنفع للقيط انتهى وبقي ما لو كانا مسلمين أو كافرين وينبغي أو يرجح ما هو أنفع للقيط (ويثبت نسبه من واحد) بمجرد دعواه سواء كان الملتقط أو غيره استحساناً والقياس أن لا تصح دعواهما، أما الأول فللتناقض وأما الثاني فلأن فيه إبطال حق ثابت بمجرد الدعوى أعني حق الحفظ للملتقط وحق الولاء للعامه، وجه الاستحسان أنه إقرار للصبي بما ينفعه والتناقض لا يضر في دعوى النسب، وإبطال حق الملتقط ضمناً ضرورة ثبوت النسب وكم من شيء يثبت ضمناً لا قصداً، ألا ترى أن شهادة القابلة على الولادة تصح ثم يترتب عليها استحقاقه للإرث، ولو أشهدت عليه ابتداء لم يصح، وما قيل من أنه بعد ثبوته يكون عند الملتقط جمعاً بين منفعتي الولد والملتقط ليس بشيء.

وفي «المنية» منكوحه التقطت فادعت أنه ولد الزوج منها لم يصح منها إلا بتصديق الزوج أو شهادة القابلة، ولو لم تكن منكوحه تصدق، ولو ادعت أنه ابنها من الزنا ويخالفه ما في «الخانية»، وإن لم يكن لها زوج فقالت لصغير: هو ابني لا يثبت النسب إلا بشهادة رجلين قال: وإن ادعى رجل أن اللقيط ابنه قبل قوله من غير بينة لأن في قبول قول الزوج دفع العار عن اللقيط وليس ذلك في دعوى المرأة فلا يقبل قولها من غير بينة انتهى، هذا إذا لم يذكر به علامة فإن ذكر علامة غير مطابقة كما لو قال هو غلام فإذا هو جارية أو عكسه لا يقضى له أيضاً كذا في «الظهيرية»، فلو كان خنثى مشكل ينبغي أن يكون مطابقاً على كل حال هذا كله حال الحياة فلو ادعاه بعد الموت لا بد من البرهان وإن لم يترك شيئاً كذا في «الخانية».

وفيها لو أقام الذمي حال الحياة بينة من أهل الذمة أنه ابنه ذكر في «الكتاب» أن شهادتهم لا تجوز قيل: أراد بذلك ما لو أقام المسلم أيضاً بينة أنه عبده وقيل: أراد به ما لو أقامها الذمي ابتداء لأن نسبه وإن ثبت منه بمجرد الدعوى لكنه يكون مسلماً حكماً فلا يبطل الحكم بإسلامه، ويحكم بكفره بهذه البينة لأنها شهادة قامت في حكم الدين على مسلم فلا يقبل نعم لو كانا مسلمين صار تبعاً له في الدين، (و) يثبت (من اثنين) أيضاً حيث لا مرجح لأحدهما لاستوائهما في السبب وقيدته في «الخانية» بأن يقول كل واحد منهما هو ولدي من جارية مشتركة بينهما، قال: ولو كانت بين ثلاثة فادعوه جميعاً ذكر الفقيه أبو الليث أنه يثبت نسبه منهم جميعاً وكذا إذا كانوا أربعة أو خمسة وعبارة «المنية» ادعى أكثر من اثنين فعن الإمام

وإن وصف أحدهما علامة به فهو أحق به ومن ذمي وهو مسلم.....

أنه إلى خمسة ظاهرة في عدم قبول دعوى الزائد، وقال أبو يوسف: إذا كانت بين رجلين يثبت وفي أكثر من ذلك لا يثبت انتهى.

وأقول: لا وجود لهذا التقييد في «الخانية» وإن الذي فيها لو ادعى رجلان معاً كل واحد منهما يقول: هو ولدي من جارية مشتركة بينهما يثبت نسبه وصار ولداً لهما وهذا كما ترى لا يفيد تقييداً أصلاً، ثم رأيت في «التارخانية» لو عين كل واحد منهما امرأة أخرى قضي بالولد بينهما وهل يثبت نسب الولد من المرأتين؟ على قياس قول أبي حنيفة يثبت وعلى قولهما لا يثبت، وقال قبله: لو ادعت امرأتان كل واحدة منهما تقيم البينة على رجل على حدة معينة أنها ولدته منه قال أبو حنيفة: يصير ولدهما من الرجلين جميعاً، وقال: يصير ولدهما لا ولد الرجلين انتهى وهذا كما ترى صريح في أن اتحاد الوالدة ليس شرطاً في ثبوته من متعدد نعم المذكور في «الخانية» / عنهما أنه لا يصير ولدهما ولا ولد الرجلين، ولا كلام أن المدعية لو اتحدت فإن صدقها الزوج أو شهدت لها القابلة أو أقامت بينة صححت دعوتها وإن لم يكن لها زوج فلا بد من شهادة رجلين كما في «الخانية» أيضاً قيدنا بعدم المرجح لأنه لو وجد مع أحدهما قدم فيقدم الملتقط على الخارج ولو ذمياً والخارج مسلم والمسلم على الذمي والحر ولو ذمياً على العبد وذو البرهان على غيره.

وفي «المنية» لو ادعاه مرتد وذمي قدم المرتد، ومن ادعى أنه من زوجته الحرة على من ادعى أنه من الأمة كما في «الشرح» ومن وافق سن الصبي تاريخه وإن لم يوافق تاريخ واحد قضى به بينهما باتفاق الرواية عنهما وعامة الروايات عن الإمام وهو الصحيح كذا في «التارخانية» وفيها لو شهد للمسلم ذميان وللذمي مسلمان قضى به للمسلم، (فإن وصف أحدهما علامة به) أي: بجسده كما قال القدوري وكأنه تحرز بذلك عما لو وصف علامة بثوبه (فهو) أي: الواصف (أحق به) وإلا لم يقل إن وافقت لأنه لا أثر لغير الموافقة.

ولو أصاب في البعض وأخطأ في البعض الآخر هذا إذا لم يعارضها ما هو أقوى منها كالبرهان من أحدهما وكونه مسلماً وكونه أسبق من ذي العلامة كذا في «الفتح»، وينبغي أن يكون من ذلك كونه حراً فيقدم على العبد ذي العلامة (و) يثبت نسبه أيضاً (من ذمي، وهو) أي: اللقيط (مسلم) استحساناً لأن دعواه تضمنت النسب وهو يقع للصغير ونفي الإسلام الثابت بالدار وهو ضرر به وليس من ضرورة ثبوت النسب من الكافر الكفر إذ يجوز أن يكون من الكافر مسلماً بأن أسلمت أمه

إن لم يكن في مكان أهل الذمة ومن عبد وهو حر ولا يرق إلا ببينة وإن وجد معه مال فهو له

فصحنا دعوته فيما ينفعه دون ما يضره وإذا حكمنا بأنه مسلم وجب أن ينتزع من يده إذا قارب أن يعقل الأديان إلا أن يقيم بينة من المسلمين لا من أهل الذمة أنه ابنه فيكون كافراً (إن لم يكن) أي: إن لم يوجد اللقيط (في مكان أهل الذمة) بأن كان في قرية من قراهم أو في بيعة أو كنيسة في دار الإسلام فيكون كافراً، قيد باتحاد الواجد والمكان لأنهما لو اختلفا بأن وجدته مسلم في مكان أهل الذمة أو كافر في مكان المسلمين ففي كتاب اللقيط اعتبر المكان وعليه جرى القدوري وهو ظاهر الرواية كما في «الاختيار».

واختلفت نسخ «المبسوط» في كتاب «الدعوى» ففي بعضها اعتبر الواجد وهو رواية ابن سماعه وفي بعضها اعتبر الإسلام نظراً للصغير، قال في «الفتح»: ولا ينبغي أن يعدل عن الثاني، وأفهم كلامه أنه لو وجدته مسلم في مكان أهل الإسلام كان مسلماً بالأولى وبه عرف أن الصور أربع اتفاقيتان وهي ما لو وجدته مسلم في مكان أهل الإسلام أو كافر في مكان أهل الكفر، واختلافيتان وهي ما لو وجد مسلم في كنيسة أو كافر في قرية للمسلمين، وقيل: يعتبر الزي والسيما (و) يثبت نسبه أيضاً (من عبد) لأنه ينفعه (وهو) أي: اللقيط (حر) لأنه ليس من ضرورة ثبوت نسبه منه رقه لأن المملوك قد تلد له الحرة فيتبع أمه فقبلناه فيما ينفعه دون ما يضره على ما مر وإطلاقه يعم ما لو ادعى أنه ابنه من زوجته الأمة وهذا قول محمد وقال أبو يوسف: يكون عبداً لأنه يستحيل أن يكون الولد حراً بين رقيقين.

قلنا: لا يستحيل لأنه يجوز عتقه قبل الانفصال وبعده فلا تبطل الحرية بالشك كذا في «الشرح» وهو ظاهر في اختيار قول محمد، على أن أنه يتصور أن يكون الولد حراً بين زوجين رقيقين بلا تحرير ولا وصية بأن يكون للحر ولد وهو قن لأجنبي زوجه أبوه أمة له برضا مولاه كان ولدها منه حراً لأنه ولد ولد المولى كذا في «الفصول» (ولا يرق) أي: اللقيط (إلا ببينة) يقيمها مدعي الرق على الملتقط إذ هو الخصم هنا لما أنه أحق بثبوت يده عليه فلا تزول إلا ببرهان، وفي دعوى نسبه تزول بلا برهان والفرق أن يده اعتبرت لمنفعة الولد وفي دعوى النسب منفعة تفوق المنفعة، وليست دعوى رقه كذلك بل فيها ضرر بين لأنه يجوز فلا يزول إلا ببينة من المسلمين إلا إذا اعتبر كافراً بوجوده في مكان أهل الذمة، (وإن وجد معه مال فهو له) عملاً بالظاهر أي: مشدود عليه أو دابة هو مشدود عليها كذا في «الفتح» والدابة له كما في «الخانية».

ولا يصح للملتقط عليه نكاح وبيع وإجارة ويسلمه في حرفة ويقبض هبته .

والتقييد بالشد كأنه جرى على الغالب وإلا فلو كانت فوقه أو تحته ينبغي أن تكون له كما أنها معه نعم لو كانت بقربه لا تكون له كما في «الجوهرة» وبه عرف أن الدار التي هو فيها وكذا البستان لا يكون له بالأولى، قالوا: ويصرفه الواجد أو غيره/ إليه بأمر القاضي في ظاهر الرواية في الإنفاق عليه وشراء ما لا بد منه من طعام وكسوة والقول له في نفقة مثله وقيل: لا يحتاج إلى أمر القاضي، (ولا يصح للملتقط عليه نكاح) لأنه يعتمد الولاية من القرابة والملك والسلطنة ولا وجود لواحد منها، (وبيع) اعتباراً بالأمر وهذا لأن ولاية التصرف إنما هو لتمييز المال وذلك إنما يتحقق بالرأي الكامل والشفقة الوافرة والموجود في كل منهما أحدهما، (وإجارة) هذا رواية «الجامع» وهو الصحيح لأنه لا يملك إتلاف منفعه فأشبهه العم بخلاف الأم فإنها تملك إتلاف منفعه بالاستخدام والإعادة بلا عوض فتملك الإجارة بالأولى وذكر القدوري أنه يملكها وإذا عرف هذا فولاية التصرف عليه في نفسه وماله إنما للسلطان (ويسلمه) الملتقط (في حرفة) أي: صناعة لأنه من باب تثقيفه أي تقويمه وحفظ ماله وكان ينبغي أن يقال: ما قيل في وصي اليتيم أنه يعلمه العلم أولاً فإن لم يجد فيه قابلية سلمه الحرفة (ويقبض هبته) والصدقة عليه لأنه نفع محض ولذا ملك الصبي إذا كان عاقلاً وكذا الأم ووصيتها.

تتمة: بقي من أحكامه ختانه .

قال في «الخانية»: ليس للملتقط ذلك فإن فعل وهلك ضمن ولو أمر الختان فهلك ضمن أيضاً دون الختان هذا إذا لم يعلم بكونه ملتقطاً فإن علم ضمن كذا في «الذخيرة»، وفي «الفتح» لو بلغ فاستدان أو بايع إنساناً أو كفل كفاية أو وهب أو تصدق وسلم أو دبر أو كاتب أو أعتق ثم أقر أنه عبد لزيد لا يصدق في إبطال شيء من ذلك لأنه متهم والله الموفق بمنه وكرمه .

## كتاب اللقطة

### كتاب اللقطة

قدمها في «الخانية» على اللقيط وما هنا أولى لما مر وهي فعلة بفتح العين وصف مبالغة للفاعل كهزمة لكثير الهمز وبسكونها للمفعول كضحكة للذي يضحك منه وقيل للمال لقطة بالفتح مبالغة لزيادة معنى اختص به هو أن كل من رآها يميل إلى رفعها فكأنها تأمره بالرفع فأسند إليها مجازاً ونظيره قولهم: ناقة حلوب ودابة ركوب وهو اسم فاعل سميت بذلك لأن من رآها يرغب في الركوب والحلب فنزلت كأنها احتلبت نفسها وأركبت نفسها قاله الشارح، وتبعه في «الفتح» ثم قال: وما عن الأصمعي وابن الأعرابي من أنها بالفتح اسم للمال فمحمول على هذا.

قال العيني: وهذا تعسف بل اللقطة بالفتح والسكون اسم وضع على هذه الصيغة للمال الملتقط وليس هذا مثل الضحكة ولا مثل قولهم ناقة حلوب ودابة ركوب لأن هذه صفات تدل على التجدد والحدوث على أن الأول للمبالغة في وصف الفاعل أو المفعول والثاني والثالث بمعنى المفعول للمبالغة وفي «القاموس» اللقطة محرقة كهزمة ما التقط وفي الشرع مال يوجد ولا يعرف له مالك وليس بمباح كذا في «المضمرات».

قال في «البحر»: فخرج ما عرف مالكة فإنه ليس لقطعة بدليل أنه لا يعرف بل يرد إليه وبالأخير مال الحربي لكن يرد عليه ما كان محرزاً بمكان أو حافظ فإنه داخل في التعريف فالأولى أن يقال: هي مال معصوم متعرض للضياع انتهى.

وأقول: الحرز بالمكان ونحوه خرج بقوله يوجد أي في الأرض أي ضائعاً إذ لا يقال في المحرز ذلك على أنه في «المحيط» جعل عدم الإحراز من شرائطها وعرفها بأنها رفع شيء ضائع للحفاظ على الغير لا للتملك وهذا يفيد أن عدم معرفة المالك ليس شرطاً في مفهومها ويدل على ذلك ما ذكر صاحب «المحيط» في آخر الباب لو أخذ ثوب سكران وقع على الأرض نائماً ليحفظه فهلك على يده لا ضمان عليه لأنه متاع ضائع كاللقطة فإن كان الثوب تحت رأسه أو كانت دراهمه في كفه فأخذها ليحفظها فهو ضامن لأنه ليس بضائع ولأنه محفوظ بمالكة انتهى بأدنى تأمل وسكت عن صفة رفعها.

وفي «الذخيرة» إن خاف الضياع كان فرضاً وإلا كان مباحاً أجمع عليه العلماء ثم اختلفوا في الأفضل الأخذ أو الترك والمذهب عن علمائنا وعامة العلماء أن الرفع

أفضل انتهى، وعليه جرى في «الخلاصة» و«المحيط» و«التتارخانية» و«الاختيار» وارتضاه في «الفتح» وقيده في «السراجية» بأن يأمن على نفسه ردها فإن كان لا يأمن فالترك أولى.

وجزم في «النتف» بأن الترك أفضل وقد علمت ما هو المذهب ثم قال في «النتف»: إلا أن يكون من الحيوان ما لا يمنع السباع عن نفسه، وفي «البرازية» لقطه الحيوان إن في القرية فالأفضل الترك وإن في الصحراء فالأفضل الأخذ ونقل ابن وهبان عن كتب الأصحاب في الصحراء الترك وجعل في «البدائع» / افتراض الرفع عند [٣٤١/ب] خوف الضياع مذهب الشافعي قال: وهذا غير سديد لأن الترك لا يكون تضييعاً بل امتناع عن حفظه غير ملتزم انتهى.

وما في «البدائع» شاذ وعلى أنه فرض لو تركها حتى ضاعت فالظاهر أن لا ضمان عليه لكنه يأثم ويدل عليه ما في «جامع الفصولين» لو انفتح زق فمر به رجل فلو لم يأخذه برئ ولو أخذه ثم ترك ضمن لو مالكة غائباً لا لو حاضراً، وفي «الفتح» لو رفعها ثم بدا له أن يضعها مكانها ففي ظاهر الرواية لا ضمان عليه.

قال في «البحر»: وأما شرائط الملتقط فلم أر من بينها ثم نقل عن «القنية» وجد الصبي لقطه ولم يشهد ضمن كالبالغ، وفي «المجتبى» التعريف إلى ولي الصبي كالبالغ انتهى وهذا يفيد صحة التقاطه، وفي «كافي» الحاكم لو أقام مدعيها شهوداً كافراً على ملتقط كافر قبلت انتهى، وهذا يدل على صحة التقاطه، قال: ولم أر حكم التقاط المرتد لقيطاً أو لقطه والظاهر أن مشايخنا إنما لم يقيدوا الملتقط بشيء لإطلاقه عندنا.

وفي «البرازية» ليس للمولى أن يأخذ وديعة عبده مأذوناً أم لا ما لم يحضر ويظهر أنه من كسبه لاحتمال أن يكون وديعة الغير في يد العبد فإن برهن أنه للعبد يدفع إليه، وقوله: لاحتمال أن يكون وديعة الغير تصريح بأنه أهل للإيداع فكذا الالتقاط بجامع الأمانة فيهما وينبغي أن يكون التعريف إلى مولاه كالصبي بجامع الحجر فيهما أما المأذون أو المكاتب فالتعريف إليهما.

وفي «كافي» الحاكم عن أبي سعيد مولى ابن رشيد قال: وجدت خمسمائة درهم بالحيرة وأنا مكاتب فذكرت ذلك لعمر بن الخطاب فقال: اعمل فيها وعرفها قال: فعملت بها حتى أدت مكاتبتني ثم أتيتها فأخبرته فقال: ادفعها إلى خزائن بيت المال، ولو قال المولى هي ملكي وقال العبد: بل لقطه فقياس ما مر في اللقيط أنه إذا

لقطة الحل والحرم أمانة إن أخذها ليردها على ربها وأشهد وعرف إلى أن علم أن ربها لا يطلبها .....

كان مأذوناً لم يقبل قوله وإلا قبل، واعلم أنه ينبغي أن لا يتردد في اشتراط كونه عاقلاً صاحبياً فلا يصح التقاط المجنون والمدهوش والسكران لعدم الحفظ منهم .

## فرع

التقط شيئاً فضاع منه ثم وجده في يد غيره فلا خصومة بينهما كذا في «النوازل»، وقدمنا في اللقيط أن الأول أحق به، وفرق الولوالجي بأن اللقطة لها مستحق آخر بحسب الظاهر فكانت يد الثاني كالأول بخلاف اللقيط لكن قال في «السراج»: الصحيح أن له الخصومة لأن يده أحق، (لقطة الحل والحرم) نبه بذلك على أنه لا فرق بين مكان ومكان (أمانة) في يد الملتقط (إن أخذها) ليردها قيد بذلك لأنه لو أقر أنه أخذها لنفسه ضمنها بالإجماع (وأشهد) على ذلك بأن يقول: عندي شيء أو ضالة فمن سمعتموه ينشد ضالاً فدلوه علي لا فرق بين كونها واحدة أو أكثر، قيد بإشهاده لأنه لو لم يشهد وادعى أنه أخذها ليردها وكذبه ضمنها عندهما وقال أبو يوسف: يقبل قوله بيمينه أنه أخذها ليردها ولهما أنه أقر بسبب الضمان وادعى ما يبرئه فلا يقبل منه إلا ببرهان .

قال الطحاوي: ويقول أبي يوسف نأخذ، قاله الإيتقاني، وفي «الينابيع» الأصح أن محمداً مع أبي يوسف والخلاف مقيد بما إذا اتفقا على اللقطة أما لو ادعى المالك أنه غصبها وقال: إنما التقطها ضمن اتفاقاً وبما إذا أمكنه الإشهاد فإن لم يمكنه بأن لم يجد من يشهده أو خاف أن يأخذها ظالم فتركه لا يضمن إجماعاً والقول له مع يمينه أنه المانع كذا في «الفتح»، (وعرف) أي: أعلم بها عطف على أشهد وظاهره أن التعريف شرط أيضاً وأن الإشهاد لا يكفي لنفي الضمان وهكذا شرط في «المحيط» لنفي الضمان الإشهاد وإشاعة التعريف كذا في «البحر» .

وأقول: رأيت في «الدرر» لمنلا خسرو التصريح بذلك حيث قال: فإن أشهد عليه وعرف (إلى أن علم أن صاحبها لا يطلبها) أو أنها تفسد إذا بقيت كانت أمانة عنده، قلت أو كثرت .

قال الحلواني: وأدنى ما يكون من التعريف أن يشهد عند الأخذ ويقول: أخذتها لأردها فإن فعل ذلك ولم يعرفها بعد ذلك كفى، قال في «الفتح»: فجعل التعريف إشهاداً ثم قال: وعلى هذا لا يلزم الإشهاد أي: التعريف وقت الأخذ بل لا بد منه قبل هلاكها ليعرف منه أنه أخذها ليردها لا لنفسه ورده في «البحر» بأن

ثم تصدق.....

الاستشهاد لا بد منه على قول الإمام اتفاقاً وإنما اختلفوا في الاكتفاء به عند الأخذ عن التعريف.

وأقول: وعبرة الشارح صريحة في ذلك، وقال الحلواني: إنه يكفيه الإشهاد أنه يأخذها ليردها على صاحبها ويكون ذلك تعريضاً وهو المذكور في / «السير الكبير»، قال في «الخلاصة»: ويعرفها حيث وجدها جهرًا لا سرًا انتهى، ولو عجز عن تعريفها بنفسه دفعها لغيره ليعرفها كذا في «التتارخانية». وفي «الحاوي القدسي»: لو وجدها رجلان عرفها جميعاً واشتركا في حكمها إلا إن علم أي: غلب على ظنه أن ربها لا يطلبها هذا هو الصحيح كما في «المجمع» وفي «المضمرات» وعليه الفتوى وظاهر الرواية التقدير بالحوال مطلقاً كما في «الأصل» ثم اختلفوا قيل: يعرفها كل جمعة، وقيل: كل شهر، وقيل: كل ستة أشهر، وروى الحسن عن الإمام هذا التقدير في المائتين فصاعداً وفيما فوق العشرة إلى المائتين يعرفها شهراً وفي العشرة جمعة وفي الثلاثة دراهم أيام وفي درهم يوماً، قال الشارح: هذا وما في «المختصر» واحد لأنه فوضه إلى اجتهاده وهذا قدره باجتهاده فلا تنافي بينهما انتهى. وأنت خبير بأنه من المجتهد عن تأويل ومن غيره عن غلبة الظن وفرق بينهما فتدبره، وفي قوله: إلى أن علم إلى آخره إيماء إلى أنه لو علم أنه لا يطلبها كالثبوة وقشر الرمان جاز له أن ينتفع به بلا تعريف ولو حملها وأراد صاحبها أخذها كان له ذلك ولو وجدها مجتمعة فلا بد من التعريف لأن صاحبها يطلبها كذا في «الخانية».

وقالوا: لو سيب دابته فقال: هي لمن أخذها فأصلحها إنسان فلا سبيل للمالك عليها ولو اختلفا فالقول لصاحبها يعني مع يمينه، (ثم تصدق) بها إيصالاً للحق إلى مستحقه بقدر الإمكان وذلك عند تعذر إيصال عينها بالثواب الحاصل له بفرض إجازته ولم يقل على الفقراء استغناء بلفظ التصدق ومن ثم قالوا: إنه لا يتصدق بها على غني ولا على ولد الغني الفقير الصغير ولا عبده وهو فعل ينبغي أن لا يتردد في ضمانه، وله إمساكها وسيأتي أن له الانتفاع بها.

وفي «الخلاصة» له بيعها أيضاً إن لم تكن دراهم ودنانير وإمساك ثمنها ثم إذا جاء ربها ليس له نقض البيع إن كان بأمر القاضي وإن بغير أمره وهي قائمة فإن شاء أجاز البيع وإن شاء أبطله، وإن هلكت فإن شاء ضمن البائع وعند ذلك ينفذ بيعه في ظاهر الرواية وبه أخذ عامة المشايخ وسكت عن دفعها إلى القاضي وقد قالوا: إن له ذلك فإن قبلها منه إن شاء عجل صدقتها وإن شاء أقرضها من مليء وإن شاء دفعها مضاربة والظاهر أن له البيع أيضاً بقي هل الأولى الدفع إلى القاضي؟ ففي «الحاوي

فإن جاء ربها نفعه أو ضمن الملتقط وصح التقاط البهيمة.....

القدسي « أنه الأجود ليفعل الأصلح، وفي «المجتبى» التصديق في زماننا أولى من الدفع إليه .

أقول: وينبغي أن يفصل في القاضي إن غلب على ظنه ورعه وعدم طمعه دفع الأمر وإلا لا، ثم إذا أمسكها وحضرته الوفاة أوصى بها ثم الورثة يعرفونها، قال في «الفتح»: ومقتضى النظر أنهم لو لم يعرفونها حتى هلكت وجاء صاحبها أنهم يضمنون لأنهم وضعوا أيديهم على اللقطة ولم يشهدوا أي يعرفوا، قال في «البحر»: وقد يقال: إن التعريف عليهم غير واجب حيث عرفها الملتقط، بقي هل هذا الإيضاء واجب؟. ففي «القنية»: إن غلب على ظنه أن صاحبها لا يوجد لا يجب وإلا وجب، واعلم أن جواز التصديق في لقطة المسلم، أما إذا كانت لذمي فإنها توضع في بيت المال للنوائب كذا في «التاتارخانية» (فإن جاء ربها) أي: مالكها (نفعه) أي: التصديق ولو بعد هلاك العين لأن الملك يثبت للفقير قبل الإجازة فلم يتوقف على قيام المحل، والظاهر أنها لو كانت لصبي فليس للأب والوصي تنفيذ الصدقة أو ضمن الملتقط لأنه تصرف في ماله بغير إذنه وإباحة تصرفه من جهة الشرع لا تنافي الضمان حقاً للعبد، كتناول مال الغير حال المخمصة أطلقه فشمّل القاضي أيضاً ومن ثم كان الأصح أنه لا فرق في تضمينه بين أن يكون بأمر القاضي أو لا لأن أمره لا يزيد على تصدقه بنفسه ولم يذكر تضمين الفقير لو لم تكن قائمة في يده .

وقد قالوا: إنه إذا كان معلوماً كان له تضمينه لأنه أخذ ماله بغير إذنه ولا يرجع على الملتقط بشيء وكذا هو لا رجوع له على الفقير (وصح) أي: جاز (التقاط البهيمة) وهي كما في «القاموس» كل ذات أربع ولو في الماء وكل حي لا يميز والجمع بهائم وهذا يعم الدواب والإبل والغنم والطيور والدجاج عبر بالصحة دفعا لقول من قال: إن الأخذ لا يجوز ونقل ذلك عن أحمد، وعن الشافعي تخصيص هذا بالكبار، وفسر في «البحر» الصحة بالندب لأن خلاف الأئمة فيه فإنهم قالوا تركه أفضل لا أنهم / قالوا بعدم الجواز، وأنت خير بأن استعمال لفظ الصحة بمعنى المندوب مما لا يعرف في كلامهم وعلى ما قررنا جرى الشارح العيني .

وفي «الفتح» كلامهم يقتضي أن الخلاف في جواز الأخذ وحله وهو الظاهر فعندنا يجوز لأنها كغيرها يتوهم ضياعها فيندب أخذها وتعريفها فإن خاف الضياع وجب وأما جوابه عليه كما في «الصحيح» حين سئل عن ضالة الإبل بقوله: «ما لك ولها معها حداؤها وسقاؤها أي نعلها وقرنيها ترد الماء وتأكل الشجر فذرهما حتى

وهو متبرع في الإنفاق على اللقيط واللقطة وبإذن القاضي يكون ديناً ولو كان لها نفع أجرها وأنفق عليها من أجرتها.....

يجدها ربها»<sup>(١)</sup> فحمله في «المبسوط» على ما كان في زمنه صلى الله عليه وسلم من غلبة أهل الصلاح والأمانة أما في زماننا فالغلبة لأهل الفساد والغرابة ولا يؤمن من وصول يد خائنة إليها، فإذا جاء ربها لم يجدها، وعن هذا قيد المسألة في «الحاوي القدسي» بما إذا وجدها في مفازة أو برية فإن وجدها في غيرها لا يأخذها ما لم يغلب على ظنه أنها ضالة بأن كانت في موضع لم يكن بقربه بيت مدر أو شعر أو قافلة نازلة أو دواب في مراعيها انتهى.

قال في «البحر»: فلو وصف المصنف البهيمة بالضالة لكان أولى، وعندني أن لفظ الالتقاط يغني عنه (وهو متبرع في الإنفاق على اللقيط واللقطة) لقصور ولايته فصار كما لو قضى دين غيره بغير أمره (وبإذن القاضي يكون ديناً)، صورة إذنه أن يقول له: أنفق على أن ترجع وإن لم يقل ذلك لا يكون ديناً في الأصح.

وبه اندفع قول الشارح: إن هذا يشير إلى أنها تصير ديناً بمجرد أمره وليس كذلك في الأصح نعم عبارة «المجمع» أوضح وأفود حيث قال: فإن أنفق الملتقط كان متبرعاً إلا أن يأذن له القاضي بشرط الرجوع أو يصدقه اللقيط إذا بلغ أي يصدقه على أن القاضي أذنه بشرط الرجوع في المقدار الذي ادعى بصرفه عليه ويدل على ذلك ما في «فتح القدير» فإذا أنفق بالأمر الذي يصير به ديناً عليه فبلغ فادعى أنه أنفق عليه كذا فإن صدقه اللقيط رجع عليه به وإن كذبه فالقول قول اللقيط وعلى الملتقط البينة انتهى، لا ما ادعاه ابن الملك من أنه إذا لم يأمره بالإنفاق فادعاه بعد بلوغه وصدقه اللقيط أنه أنفق للرجوع عليه فله الرجوع لأنه أقر بحقه وأبهم الديون لظهور أن اللقيط إذا بلغ ولم يدع أحد نسبه أو رقه فإن ادعاه أحد كان هو الأب أو السيد وفي اللقطة ربها ثم شرط في «الأصل» يعني لإذن القاضي له بالإنفاق وإقامة البينة وهو صحيح لاحتمال أن يكون غصباً وفيه لا يأمر بالإنفاق وإنما يأمره في الوديعة فلا بد من البينة لكشف الحال، وإن قال: لا بينة لي يقول له القاضي: أنفق عليها إن كنت صادقاً فيما قلت. وصرح في «الظهيرية» بأن اللقيط كذلك (وإن كان لها نفع) بأن كان بهيمة يحمل عليها (أجرها) القاضي (وأنفق من أجرتها) لأن في ذلك إبقاء العين على ملكه من غير إلزام دين عليه وكذلك يفعل بالعبد الأبق كذا في «الهداية» وفي «الشرح» أنه لا يؤجر كما في «غاية البيان» إذ يخاف عليه الإباق.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٩٥)، ومسلم (١٧٢٢).

وإلا باعها ومنعها من ربتها حتى يأخذ النفقة ولا يدفعها إلى مدعيها بلا بينة فإن بين علامتها حل له الدفع بلا جبر.....

قال في «البحر»: ولم أر ما لو صار اللقيط مميزاً ولا مال له هل يؤجره القاضي للنفقة أو لا انتهى، يعني إذا لم يعطه الإمام شيئاً من بيت المال (وإلا) أي: وإن لم يكن لها نفع (باعها) القاضي، هذا الإطلاق قيده في «البدائع» بما إذا أقم البينة على الالتقاط وظاهر كلامه أنه لم يكن لها نفع إلا بإذنه بالإنفاق، وفي «الهداية» وإن لم يكن لها منفعة وخاف أن تستغرق النفقة قيمتها باعها وإن كان الأصلح الإنفاق عليها أذن في ذلك وجعل النفقة ديناً.

قالوا: إنما يأمره بالإنفاق يومين أو ثلاثة على قدر ما يرى رجاء أن يظهر مالكة فإذا لم يظهر يأمره ببيعها لأن دارة النفقة مستأصلة فلا نظر مدة مديدة انتهى، وإذا لم يكن ثمة نظر فينبغي أن لا ينفذ من القاضي أمره به كذا في «الفتح»، (ومنعها) أي: اللقطة (من ربتها حتى يأخذ النفقة) لأنه حيي بنفقتة فصار كأنه استفاد الملك من جهته فأشبهه البيع ولا يسقط دين النفقة بهلاكها في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط إذا هلك بعده لأنه يصير كالرهن ولم يحك المصنف في «الكافي» تبعاً لصاحب «الهداية» فيه خلافاً فيفهم أنه المذهب وجعل القدوري في «تقريبه» هذا قول زفر وعند أصحابنا لا يسقط لو هلك بعده، وعزاه في «الينابيع» إلى علمائنا الثلاثة.

واعلم أنه لا فرق في جواز منعها للإنفاق / بين أن يكون الملتقط أنفق من ماله أو استدان بأمر القاضي ليرجع على صاحبها كما في «الحاوي» وقياس ما مر في النفقة أن له أن يحيل على ربتها بغير رضاه كالزوجة إذا استدانت بالأمر، وفيه أن للقاضي أن يبيعها ويعطي النفقة من ثمنها عند حضور ربتها وامتناعه من دفعها (ولا يدفعها إلى مدعيها) جبراً عليه (بلا بينة) يقيمها عند القاضي للخبر المشهور «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»<sup>(١)</sup> ولو كانت في يد كافر فادعاه رجل وأقام على ذلك كافرين لم تقبل قياساً كما إذا كانت في يد مسلم وتقبل استحساناً ولو في يد مسلم وكافر قبلت على ما في يد الكافر (فإن بين علامتها) كعد الدراهم ووزنها والوكاء والرعاء (حل له الدفع بلا جبر) لخبر مسلم «فإن جاء أحد يخبرك بعددها ووكائها ووعائها فأعطه إياها وإلا فاستمتع بها»<sup>(٢)</sup> حمل الأمر فيه على الإباحة جمعاً بينه وبين ما روينا، ولو ادعيها وبيننا علامة موافقة.

(١) أخرجه البيهقي في الكبرى، بلفظ «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر» (١٢٣/٨).

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٧٢٣)، والبخاري برقم (٢٢٩٤).

وينتفع بها لو فقيراً وإلا تصدق على أجنبي وصح على أبويه وزوجته وولده لو فقراء .

قال في «البحر»: لم أره وينبغي أن يحل له الدفع لهما ولو صدقه حل أيضاً ثم قيل: لا يجبر، وقيل: يجبر وإذا دفع بالتصديق أو بالعلامة وأقام آخر بينة أنها له فإن كانت قائمة أخذها وإن هالكة ضمن أيهما شاء فإن ضمن القابض لا يرجع على أحد أو الملتقط فكذلك في رواية وفي أخرى يرجع وهو الصحيح لأنه وإن صدقه إلا أنه بالقضاء عليه صار مكذباً شرعاً فبطل إقراره كذا في «الفتح» .

ولو دفع ببرهان فإن أقام آخر بينة أنها له لا يضمن هذا وسكت المصنف عن أخذ الكفيل قالوا: وله ذلك نظراً له لاحتمال أن يقيم غيره ببينة أنها له أما إذا دفعها بالبرهان فلا يأخذ في الأصح كما في «النهاية» (وينتفع بها) أي: يباح له الانتفاع بها (لو كان فقيراً) لما رواه البزار من قوله ﷺ حين سئل عن اللقطة فقال: «لا تحل اللقطة فمن التقط شيئاً فليعرفه سنة فإن جاء صاحبه فليرده إليه وإن لم يأت فليصدق به»<sup>(١)</sup> والصدقة لا تكون على غني فأشبهه الصدقة المفروضة وإذا كان المبيح هو الفقر فلا فرق بين الواجد وغيره في الانتفاع بها نظراً للمالك لأنها بتقدير مجيبه تكون مضمونة على المنتفع وإلا كان له ثوابها ومعنى الانتفاع بها صرفها إلى نفسه كما في «الفتح» .

وهذا لا يتحقق ما بقيت في يده لا يملكها كما توهمه في «البحر» لما أنها باقية على ملك صاحبها ما لم يتصرف فيها حتى لو كانت أقل من نصاب وعنده ما يصير به نصاباً حال عليه الحول تحت يده لا يجب عليه زكاة، وإطلاقه كغيره يفيد أن هذا لا يتوقف على أمر القاضي والمسطور في «الخانية» توقف حال الانتفاع على إذنه حيث قال: وإن كان الملتقط فقيراً إن أذن له القاضي أن ينفقها على نفسه يحل له أن ينفق ولا يحل بغير إذن القاضي عند عامة العلماء، وقال بشر: يحل، ثم قال: وجد عرضاً لقطه فعرّفها ولم يجد صاحبها وهو فقير باعها وأنفق الثمن إلى نفسه ثم أصاب مالاً .

قالوا: لا يجب عليه أن يتصدق على الفقراء بمثل ما أنفق على نفسه انتهى . وهو المختار كما في «اللولوجية» فلم يقيد البيع بإذن القاضي قيد بالفقير لأن الغني لا يحل له الانتفاع بها إلا بطريق القرض لكن بإذن الإمام (وإلا) أي: وإن لم يكن فقيراً كل واحد منهم (تصدق على أجنبي وأبويه) أي: الملتقط (وزوجته وولده لو) كان كل واحد منهم (فقراء) أطلق في ولده فشمّل الصغير، وينبغي تقييده بأن يكون الملتقط فقيراً كذا في «البحر» .

(١) أخرجه الدارقطني (٤/١٨٢)، والطبراني في الصغير (١/٦٢) .

وأقول: هذا سهو بل المراد الكبير إذ موضوع المسألة ما إذا كان الملتقط غنياً وله ابن فقير وهذا لا يأتي في الصغير فكيف يشمله الإطلاق، وقدمنا أنه لا يتصدق بها على ولد غني.

خاتمة: وضعت ملاءتها وأخرى كذلك فجاءت الأولى وأخذت ملاءة الثانية لا ينبغي للثانية أن تنتفع بملاءة الأولى فإن أرادت ذلك قالوا: ينبغي أن تتصدق بها على ابنتها إن كانت فقيرة ثم تهب الابنة الملاءة منها فيسعها الانتفاع بها وكذلك الجواب في المكعب إذا سرق وترك له عوض وقيل: هذا إذا كان المكعب الثاني مثل الأول أو أجود من الأول أما إذا كان الثاني دون الأول فله أن ينتفع به من غير هذا التكليف لأن أخذ الأجود وترك الأدون دليل الرضى بالانتفاع بالأدون كذا في «الظهيرية».

وفي «الحاوي القدسي» غريب مات في بيت إنسان وليس له وارث معروف كان حكم تركته / كحكم اللقطة إلا إذا كان مالاً كثيراً فيكون لبيت المال بعد البحث والفحص عن ورثته سنين انتهى، وإذا لم يجدهم وكان مصرفاً ينبغي أن يجوز له صرفه إلى نفسه وفي «الخانية» له برج حمام اختلط به حمام أهلي لغيره لا ينبغي له أخذه، فإن طلبه صاحبه بعد أخذه رده إليه، ولو فرخ عنده فإن كانت الأم غريبة لا يتعرض لفرخه لأنه ملك الغير وإن كانت لصاحب البرج والغريب إنما هو الذكر كان الفرخ له، وكذا البيض وإن لم يعلم أن في برجه غريباً قالوا: لا شيء عليه إن شاء الله تعالى.

وفي «الظهيرية» إذا لم يملك الفرخ وكان فقيراً يتناوله لحاجته وإن كان غنياً تصدق به على فقير ثم اشتراه منه، قال السرخسي: وهكذا كان يفعل شيخنا شمس الأئمة الحلواني وكان مولعاً بأكل الجوازل جمع جوزل فرخ الحمام وفيها المأخوذ به أن للأمر بالنشاء وسكراً أو غيره أن يحبس لنفسه مقدار ما يحبسه الناس وأن يلتقط ومن وقع في حجره شيء فأخذه منه غيره إن هياه لذلك لا يكون للأخذ وإلا كان له.

وفي «الخانية» مر بنمار ساقطة تحت الأشجار في الصيف إن كان في المصر لا يسعه أن يتناول شيئاً منها إلا أن يعلم أن صاحبها أباح ذلك نصاً أو دلالة وإن كان في الحائط فإن كانت مما تبقى فكذلك وإن لم تبقى قيل: إنه كذلك وقيل: إنه لا بأس به ما لم يعلم النهي صريحاً وعليه الاعتماد والله الموفق للصواب.

## كتاب الآبق

أخذه أحب إن قوي عليه.....

## كتاب الإباق

ذكر في «النهاية» وتبعه في «الدراية» «والعناية» أن هذه الكتب أعني اللقيط واللقطة والإباق والمفقود يجانس بعضها بعضاً من حيث في كل منها عرضية الزوال والهلاك وتبعه في «فتح القدير» بأن التعرض له في الإباق بفعل فاعل مختار فكان الأنسب تعقيب الجهاد به بخلاف اللقيط واللقطة وكذا الأولى فيه وفي اللقطة الترجمة بالباب لا بالكتاب وقدمنا عنه في الطهارة أن الحوالة كذلك .

وأجاب في «البحر» بأن خوف التلف في ذات اللقيط أكثر من اللقطة فذكر بعد الجهاد وخوف التلف في الآبق إنما هو من حيث الانتفاع للمولى لأنه لو لم يعد إليه لا يموت بخلاف اللقيط فإنه لصغره إن لم يرفع يموت ومسائل كل منه مستقلة فكان الأنسب التعبير عنها بكتاب والإباق مصدر أبق كضرب وهذا هو الأكثر كما في «المصباح» .

وفي «القاموس»: أبق العبد كسمع وضرب ومنع أبقاً ويحرك وإباق ككتاب ذهب بلا خوف ولا كد عمل أو استخفى ثم ذهب فهو أبق وأبوق وجمعه ككفار وركع وعرفه، في «العناية»: بأنه الهارب من مالكة قصداً وردة في «الفتح» بأن الهرب لا يتحقق إلا بالقصد والضال ليس فيه قصد التغييب بل هو المنقطع عن مولاه لجهله بالطريق إليه انتهى . بقي أنه لا يلزم أن يكون الهرب من المالك ومن ثم عرفه في «الإصلاح» بأنه انطلاق الرقيق تمرداً ليدخل ما لو هرب من مؤجره أو مستعيره أو مودعه أو وصيه، (أخذه أحب) أي: أفضل (إن يقوى) أي: يقدر (عليه) حفظاً حتى يصل إلى مولاه لأن فيه إحياء ماليته بخلاف من يعلم من نفسه العجز عن ذلك ولا يعلم فيه خلاف وسكت عن خوف هلاكه لو لم يأخذ وصرح في «البدائع» بأن حكم أخذه حكم اللقطة فعلى هذا يفترض إن خاف ضياعه ويندب إن لم يخف كذا في «البحر» .

وأقول: هذا غلط فاحش وذلك أنه قدم عن «البدائع» أن أخذ اللقطة مع خوف الضياع ليس بفرض وأن القول بالفرضية مذهب الشافعي فكيف يفهم من قوله: إن حكم أخذه حكم اللقطة أن يكون فرضاً فسبحان من تنزه عن السهو والنسيان نعم في «الفتح» يمكن أن يجري فيه التفصيل في اللقطة بين أن يغلب على ظنه تلفه

ومن رده من مدة سفر وهو مسيرة ثلاثة أيام فله أربعون درهماً.....

على المولى إن لم يأخذه مع قدرة تامة عليه فيجب أخذه وإلا فلا، واختلف في الضال فقيل: أخذه أحب وقيل: تركه لأنه ينتظر مولاه في مكانه.

قال في «الفتح»: ومحل الخلاف ما إذا لم يعلم واجد الضال مولاه ولا مكانه أما إذا علمه فلا ينبغي أن يختلف في أفضلية أخذه ورده ثم إن شاء أخذ الآبق أتى به إلى الإمام فيحبسه حفظاً له عن إياقه فإن قدر عليه لم يحتج إلى الإمام ولهذا الاعتبار خيره الحلواني فإن علم صاحبه خيراً أيضاً بين إمساكه إلى مجيئه وبين ذهابه إليه كما في «البدائع» وإن لم يعلمه وادعاه رجل وبرهن حلفه بالله أنه أتى إلى الآن في ملكه لم يخرج ببيع ولا هبة كذا في «الذخيرة» وفي أولوية أخذ / الكفيل والحالة هذه روايتان، نعم لو دفعه إليه بإقرار العبد أخذ كفيلاً هنا رواية واحدة وفي «العناية» لو وصف علامته وحليته دفعه إليه وأخذ منه كفيلاً وهل يجب على القاضي الدفع أو يخير؟ لم يذكره في «الكتاب» واختلف المشايخ فيه فإن لم يأت له طالب وطالت المدة باعه القاضي وحفظ ثمنه.

وفي «الحواشي اليعقوبية» قالوا: صح للقاضي بيع الآبق ولو علم موضع مالكة وينبغي أن يكون هذا إذا تعذر إيصاله إلى مالكة وخيف تلفه، وقد ذكر في «القنية» أن مال الغائب لا يباع إذا علم مكان الغائب لإمكان إيصاله إليه انتهى. فلو زعم صاحبه أنه دبره أو كاتبه أو استولدها لم يصدق في نقض البيع إلا أن يكون عنده ولد منها، واستشكله في «البحر» بأنه لو باعه بنفسه ثم ادعى ذلك وبرهن قبل كما في استحقاق «فتح القدير» لأن التناقض في دعوى الحرية وفروعها معفو فيحمل ما هنا على ما إذا لم يبرهن فإن جاء ربه لا يدفع إليه الثمن حتى يبرهن أنه ملكه ولو اكتفى بالحيلة جاز.

قال في «الفتح»: وينبغي أن يقدر الطول بثلاثة أيام لأن دارة النفقة تستأصله ولا نظر في ذلك للمالك بحسب الظاهر انتهى. والمنقول في «التاتارخانية» أن مدة حبسه مقدرة بستة أشهر ثم يبيعه بعدها ولا يؤجر خشية إياقه وفي الضال يؤجره وينفق عليه من أجرته (ومن رده) على مولاه من مسيرة سفر (فله أربعون درهماً) استحساناً والقياس أن لا يكون له شيء إلا بالشرط كما إذا رد بهيمة ضالة أو عبداً ضالاً وجه الاستحسان أن الصحابة رضي الله تعالى عنهم أجمعوا على أصل الجعل وإن اختلفوا في مقداره فأوجبنا الأربعين في مدة السفر وما دونها فيما دونه جمعاً بين الروايات، وعم كلامه ما لو أعتقه المولى لأنه يصير قابضاً بالإعتاق وما لو باعه من الراد لسلامة البذل له.

ولو قيمته أقل منه وإن رده لأقل منها فبحسابه.....

وفي «المحيط»: لو دبره ثم هرب من يده فلا جعل له في قول الإمام، وأطلق في الراد فعم الحر والعبد والبالغ والصبي والجعل للمولى كما في «البدائع» وما إذا رده بنفسه أو بنائبه ولو تعدد الراد كان الجعل بين الكل، أو المردود عليه كان الجعل بقدر النصيب فلو غاب البعض ليس للحاضر أخذه حتى يعطي تمام الجعل ولا يكون متبرعاً بالزائد بل يرجع به لأنه مضطر إليه، أو المردود بأن رد أمة مع ولدها الذي قارب الحلم تعدد الجعل فلو كان رضيعاً لم يتعدد كما في «كافي» الحاكم.

لكن في «عقد الفرائد» اتفق الأصحاب أن الصغير الذي يجب الجعل برده في قول محمد هو الذي يعقل الإباق نص عليه في «المحيط» حيث قال: إن الطفل ما لم يعقل الإباق ويميزه لا يكون آبقاً بل ضالاً ثم قال: ومفهوم كونه رضيعاً أنه لو كان غير رضيع وجب الجعلان وينبغي أن يشترط مع الفطام أن يعقل الإباق كما مر عن «المحيط» انتهى.

وفي «التاتارخانية» قالوا: ما ذكر من الجواب في الصغير محمول على ما إذا كان يعقل الإباق فإن لم يعقل كان ضالاً فلا جعل فيه انتهى، وبهذا ظهر أن كونه قارب الحلم ليس قيداً واعلم أنه يستثنى من هذا العموم ما لو رده السلطان أو الشحنة أو الحقير كما في «المبسوط» أو من يعول اليتيم أو الوصي أو من استعان به المولى كما في «الفتح» وغيره أو أحد الزوجين على الآخر أو الولد وإن لم يكن في عياله وأما الأب وباقي الأقارب فإن كانوا في عيال المالك لا تجب وإلا وجب، والعذر للمصنف أنه لم يستوف جميع الأحكام على أنه ما من عام إلا وقد خص (ولو) كانت (قيمته) أي: العبد (أقل منها) يعني يجب أربعون عند أبي يوسف لأن التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها، وقال محمد: يقضى بقيمته إلا درهماً لأن المقصود إحياء ماله فلا بد أن يسلم له شيء تحقيقاً للفائدة، وذكر القدوري وغيره قول الإمام مع محمد، (وإن ردها لأقل منها فبحسابه) بأن يقسم الأربعين على الأيام لكل يوم ثلاثة عشر وثلث.

وفي «الينابيع» معزياً إلى «النوازل» قال أبو بكر: لو رده في أقل من ثلاثة أيام ففي قول أصحابنا يستحب أن يرضخ له ولا يجبر عليه وإنما يكون الجعل واجباً إذا كان آبقاً منذ ثلاثة أيام قال الفقيه: ليس هذا قول أصحابنا في الآبق وإنما أجابوا مثل هذا في الضال وأما في الآبق فقالوا: يستحق أن يجعل له على قدر المكان الذي بعث إليه وقولهم: يجعل له ذلك دليل على أنه يجب ويجبر أن يعطيه بحساب ذلك وبه نأخذ انتهى.

وأم الولد والمدبر كالقن وإن أبق من الراد لا يضمن ويشهد أنه أخذه ليرده.....

لكن المذكور في «الأصل» وبه جزم في «الهداية» أنه يرضخ له أي: يعطي عطاء غير كثير ويقدر ذلك / باصطلاحهما أو يفوض ذلك إلى رأي القاضي يقدره بحسب ما يراه، قالوا وهذا هو الأشبه بالاعتبار كذا في «الفتح» وفي «التتارخانية» وهو الصحيح وعليه الفتوى، وإطلاقه يعم ما لو رده في المصر والمذكور في «الأصل» أنه يرضخ له وهو الأصح، وعن الإمام أنه لا شيء له ومقتضى ما في «الكتاب» أنه يستحق بحسابه أيضاً، ولو برهن أحدهما أنه رده من مدة سفر والآخر أنه رده من يومين كان على المولى جعل تام يختص منه الأول بيوم والباقي بينهما.

ولو أقام أحدهما البينة أنه أخذه بالكوفة والآخر أنه أخذه من طريق البصرة على مسيرة يومين اختص الأول بثالث الجعل وكان الباقي بينهما كذا في «المحيط» (وأم الولد والمدبر) يجب الجعل في ردهما (كالقن) لأنه أحيا ماليتهما له إما باعتبار الرقبة كما في المدبر أو باعتبار الكسب كما في أم الولد عنده وهذا الإطلاق قيده الشارح تبعاً لصاحب «الهداية» بما إذا ردها في حياة المولى أما بعد موته فلا جعل لأن أم الولد تعتق بالموت وكذا المدبر إن خرج من الثلث وإن لم يخرج فكذلك عندهما وعند الإمام هو كالمكاتب ولا جعل فيه انتهى.

وحاصله أن ما في «الكتاب» من أن المدبر مطلقاً كالقن ليس على إطلاقه وما في «البحر» من أن التقييد لا حاجة إليه لأنهما يعتقان بموته ولا شيء في رد الحر مدفوع بما قد سمعته من أن المدبر إذا لم يخرج من الثلث يعتق عنده ولو مات المولى بعد الرد وعليه ديون قدم الجعل على سائر الغرماء وقسم الباقي كما في «البدائع» (وإن أبق من الراد لا يضمن) هذا الإطلاق مقيد بما إذا أشهد أو محمول على أنه لم يتمكن من الإشهاد والقول له في ذلك كما في «التتارخانية» وعلى كل تقدير فهو أمانة في يده ولا ضمانه فيها، وعلى هذا لو مات في يده وعلم من مفهوم قوله أولاً من رده إلى آخره أنه لا جعل له لأنه في هذه الحالة لم يرده فلذا لم يذكره.

ومن ثم قالوا: لو أنكر إياقه فلا جعل له إلا أن يبرهن على إياقه أو على إقرار المولى بذلك كما في «الشرح» ولو رده بعد إياقه آخر إن كان الثاني أخذه من المصر فلا جعل له أيضاً (ويشهد أنه أخذه ليرده) لأن ترك الإشهاد إشارة أنه أخذ لنفسه فإذا أبق من يده أو مات كان ضامناً ولا جعل له لو رده لأنه يسقط الضمان عن نفسه وهذا عندهما وقال أبو يوسف: الإشهاد ليس بشرط فيستحق الجعل فلا ضمان عليه إذا ادعى أنه أخذه للرد، وأجمعوا أنه لو أقر أنه أخذه لنفسه أو اشتراه من الأخذ أو انتهبه أو أوصى له به أو ورثه لا يستحق الجعل بالرد إلا إذا أشهد عند الشراء أنه إنما اشتراه

وجعل الرهن على المرتهن وأمر نفقته كاللقطة.

ليرده على المالك غير أنه يكون بالثمن متبرعاً، وينبغي أنه لو أشهد عند قبوله الهبة أو الوصية أنه يرجع أيضاً، وقد منا أنه مقيد بالإمكان (وجعل الرهن على المرتهن) لأنه بالرد أحيا ماليته التي هي حق المرتهن ألا ترى أنه بالإباق سقط دينه وبالرد عاد، لا فرق في ذلك بين رده في حياة الراهن أو بعد الموت وهذا الإطلاق قيده في «الهداية» بما إذا كانت قيمته مثل ذلك الدين أو أقل، فإن كانت أكثر قسم الجعل عليهما فما أصاب الدين كان على المرتهن والباقي على الراهن.

قالوا: وجعل المغصوب على الغاصب وينبغي أن لا يرجع به على المالك كما قال بعضهم، والموصى بخدمته لإنسان ورقبته لآخر على صاحب الخدمة في الحال فإذا مضت المدة رجع به على صاحب الرقبة ويبيع العبد به والموهوب على الموهوب له يعني إذا قبضه.

وفي «المحيط» لو وهبه للآخذ فإن كان قبل قبض المولى فلا جعل وإلا فعلى المولى بخلاف ما إذا باعه منه حيث الجعل له مطلقاً، والجاني خطأ إن اختار المولى الفداء كان عليه وإلا فعلى الأولياء هذا إذا جنى قبل أخذه أما لو جنى في يده خطأ أو عمداً فلا جعل على أحد، والمأذون المديون على من يستقر الملك له فإذا اختار دفعه للغرماء بدأ من ثمنه بالجعل وقسم الباقي بينهم (وأمر نفقته) أي: حكمها (كاللقطة) لا أنه لقطة حقيقية فإذا أنفق عليه بلا إذن ولي الأمر كان متبرعاً وكذا بإذنه إن لم يشترط الرجوع وله حبسه للنفقة عند حضور المولى فإن طالت المدة باعه القاضي وحفظ ثمنه إلا أنه لا يؤجره على ما مر.

## كتاب المفقود

هو غائب لم يدر موضعه وحياته وموته فينصب القاضي من يأخذ حقه.....

## كتاب المفقود

[1/340]

وهو المعدوم لغة: يقال فقدته فقداً وفقداناً/ وفقوداً عدمه فهو فقيد ومفقوداً، وفي «النهاية» أنه من الأضداد، يقال: فقدت الشيء أضللتته وفقدته طلبته ولا شك أن المفقود ضل عن أهله وهم في طلبه وأنت خبير بأن الطلب ليس ضد إلا أن يكون إطلاق الضد توسعاً بناء على أن الطلب سبب للوجدان فأقيم مقامه كذا في «الحواشي السعدية»، وشرعاً كما في «الفتح»: غائب لم يدر حياته ولا موته وهو المعني بقول المصنف (هو غائب لم يدر موضعه) إذ العلم بالمكان ولو بعد يستلزم العلم بهما غالباً فدخل من أسره العدو (و) لم تعلم (حياته ولا موته) كما في «المحيط».

وفي «التتارخانية» وإذا فقد المرتد ولم يعلم ألحق بدار الحرب أم لا فإنه يوقف ميراثه كالمفقود وحكمه أنه حي في حق نفسه فلا يورث ولا يزوج نساؤه ما لم يثبت موته ببينة أو يبلغ السن الآتي ميت في حق غيره فلا يرث من أحد، (ينصب القاضي من) أي: وكيلاً (يأخذ) أي: يقبض (حقه) كغلاته وديونه التي أقر بها غرماؤه ويخاصم في دين وجب بعقده بلا خلاف لا فيما وجب بعقد المفقود ولا في نصيب له في عقار أو عرض في يد رجل ولا في حق من الحقوق إذا جحده من هو عنده أو عليه لأنه ليس بمالك ولا نائب عنه وإنما هو وكيل من جهة القاضي وهو لا يملك الخصومة بلا خلاف فلو قضى القاضي بخصومته كانت قضاء للغائب من غير نائب من قبله وهو لا يجوز وقيل: يجوز عندهما لا عنده كما ذكره الإيتقاني عن المختلف في فصل القضاء بالمواريث وكذا لا تسمع الدعوى عليه ولا البينة فيما إذا ادعى إنسان عليه ديناً ونحوه لأنهما إنما يسمعان على خصم وهذا الوكيل ليس خصماً فيكون قضاء على الغائب وهو لا يجوز إلا إذا أراه القاضي أي: جعله رأياً له كما في «الغاية» و«العناية» فإنه ينفذ لأنه مجتهد فيه وعليه الفتوى كما في «الخلاصة».

قيل: ينبغي أن يتوقف على إمضاء قاض آخر لما أن الخلاف في نفس القضاء وأجيب بالمنع وإنما المجتهد فيه سببه وهو هذه البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر أو لا؟ واستشكله الشارح بأن الخلاف في نفس القضاء وإلا لم يتصور في نفسه أبداً وظاهر كلامهم كما قد علمته أن المراد بالقاضي إما المجتهد أو غير

ويحفظ ماله ويقوم عليه وينفق منه على قريبه ولاداً وزوجته .....

الحنفي يرى ذلك، أما الحنفي فكيف يجعله رأياً له ولا رأي له مع اعتقاده مذهب إمامه، (ويحفظ ماله) الحاصل في بيته صورة ومعني أو معنى فقط بأن كان يخاف عليه الفساد فيبيعه لأنه تعذر عليه الحفظ صورة أيضاً كذا في «الشرح».

والمذكور في «الهداية» أن الذي يبيعه إنما هو القاضي وبهذا التقرير اندفع قوله في «البحر» لم يذكر المصنف بيع شيء من ماله ويقوم عليه لأنه نصب ناظراً لكل عاجز عن نفسه والمفقود كذلك فصار كالصبي والمجنون قال في «البحر»: وينبغي أنه إذا كان له وكيل لا ينصب له القاضي لأنه لا ينزل بفقد موكله لما في «التجنيس» وغيره لو غاب ودفع داره في يد رجل ليعمرها أو دفع ماله ليحفظه وفقد الدافع فله أن يحفظه وليس له أن يعمر الدار إلا بإذن الحاكم لأنه لعله مات ولا يكون الرجل وصياً انتهى.

وأقول: الظاهر أنه لا يملك قبض ديونه التي أقر بها غرامؤه ولا غلاته وحينئذ فيحتاج إلى النصب وكأن هذا هو السر في إطلاقهم نصب الوكيل والله الموفق. (وينفق) المنصوب (منه) أي: من المأخوذ ولو وديعة والحاصل في بيته والواصل من ثمن ما يتسارع إليه الفساد (على قريبه ولاداً) نصب على التمييز وهم أصوله وإن علوا وفروعه وإن سفلوا ولم يشترط الفقر في الأصول استغناء بما مر في النفقات (وزوجته) لأن وجوب النفقة لهؤلاء لا يتوقف على القضاء فكان إعانة لهم بخلاف غير الولاد من الأخ ونحوه فإن وجوبها عليه يتوقف فكان قضاء على الغائب وهو لا يجوز وهذا الإطلاق مقيد بالدراهم والدنانير والتبر لأن حقهم في المطعوم والملبوس فإن لم يكن ذلك في ماله احتيج إلى القضاء بالقيمة وهي النقدان وقد علمت أنه على الغائب لا يجوز إلا في الأب فإن له بيع العرض لنفقته استحساناً كما في «المبسوط».

وقدم المصنف في النفقات أن لهؤلاء أخذ النفقة من مودعه ومديونه المقربين بالنكاح والنسب إذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي فإن ظاهراً لم يشترط أو أحدهما اشترط الإقرار بما خفي هو الصحيح فإن أنكر الوديعة والدين لم ينتصب أحد من هؤلاء خصماً فيه / والمسألة بفروعها في النفقات.

وفي «التتارخانية» لو فقد المكاتب وترك مالا إن كان من جنس بدل كتابته وعلم القاضي بوجوب ذلك عليه تؤدي الكتابة، وإن كان خلاف الجنس لا تؤدي، ولو كان المفقود باع خادماً فاستحق من يد المشتري هل يؤديه القاضي من ماله؟ إن كان له مال من جنس الثمن وعلم القاضي بالدين وفي منه وإلا لا، انتهى، وهذا يفيد أن القاضي لو علم بدين عليه هو بدل قرض وكان له مال من جنسه فإنه يوفيه منه والله

ولا يفرّق بينه وبينها وحكم بموته بعد تسعين سنة وتعتد امرأته وورث منه حينئذٍ لا قبله ولا يرث من أحد مات.....

الموفق (ولا يفرق بينه وبينها) لما أخرجه الدارقطني من حديث المغيرة قال صلى الله عليه وسلم: «امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان»<sup>(١)</sup> وأخرج عبد الرزاق «أن علياً قال في امرأة المفقود: هي امرأة ابتلت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق»<sup>(٢)</sup> وهذا بيان للبيان في الحديث (وحكم بموته بعد تسعين سنة).

اعلم أن ظاهر الرواية عن الإمام أنه لا يحكم بموته إلا بموت أقرانه في السن من أهل بلده وقيل: من جميع البلدان، قال خواهر زاده: والأول أصح، قال السرخسي: وهذا أليق بالفقه لأن نصب المقادير بالرأي لا يجوز غير أن الغالب أن الإنسان لا يعيش بعد أقرانه وأنت خبير بأن التفحص عن موت الأقران غير ممكن أو فيه حرج فعن هذا اختار المشايخ تقديره بالسن ثم اختلفوا فاختر المصنف أنه تسعون وفي «الهداية» وهو الأرفق.

قال في «الكافي»: و«الوجيز» وعليه الفتوى وروى الحسن مائة وعشرين سنة، وعن أبي يوسف مائة وفي «التتارخانية» معزياً إلى «الحاوي» وبه نأخذ وفيها عن «التهذيب» الفتوى على تقديره بثمانين واختار المتأخرون تقديره بستين وهذا الاختلاف إنما نشأ من اختلاف الرأي في أن الغالب هذا أو مطلقاً، قال في «الفتح»: والأحسن عندي التقدير بسبعين لخبر «أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين»<sup>(٣)</sup> وقيل: يفوز إلى رأي القاضي فاي وقت رأى المصلحة حكم بموته، قال الشارح: وهو المختار.

وفي «الينابيع» قيل: يفوز إلى رأي القاضي ولا تقدير فيه في ظاهر الرواية وفي «القنية» جعل هذا رواية عن الإمام وفي «التتارخانية» ثم طرق موته إما بالبينة أو موت الأقران وطريق قبول هذه البينة أن يجعل القاضي من في يده المال خصماً عنه أو ينصب عليه قيماً تقبل عليه البينة (وتعتد امرأته وورث منه حينئذٍ) أي: حين حكم بموته قيد فيهما ويعتق مدبروه وأمهات أولاده كذلك فلا يرثه إلا من كان من ورثته موجوداً في ذلك الوقت (لا قبله) إذ الحكمي معتبر بالحقيقي (ولا يرث) المفقود (من أحد) من أقاربه (مات) أي: قبل الحكم بموته لأن بقاءه حياً باستصحاب الحال

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٣/٣١٢) رقم (٢٥٥).

(٢) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه (٧/٩٠) رقم (١٢٣٣٠).

(٣) أخرجه الترمذي في سننه (٣٥٥٠)، وابن ماجه في السنن (٤٢٣٦).

ولو كان مع المفقود وارث يحجب به لم يعط شيئاً وإن انتقص حقه به يعطى أقل النصيبين ويوقف الباقي كالحمل.

وهو إنما يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق على ما عرف وعلى هذا قلنا: بأنه إذا علمت حياته قبل الحكم بموته في وقت من الأوقات يرث ممن مات قبل ذلك من أقاربه لاحتمال أن يكون حياً كما في الحمل فإن ثبتت حياته من وقت موته فيها وإلا رد الموقوف لأجله إلى وارث مورثه الذي وقف من ماله، (ولو كان مع المفقود وارث يحجب) أي: الوارث (به) أي: بالمفقود (لم يعط) أي: الوارث (شيئاً) كما إذا مات عن بنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن فلبنتين النصف والنصف الباقي في يد من كان المال في يده سواء كان في يد أجنبي أو مع البنيتين ولا شيء لولد الابن لحجبهم به حيث تصادقوا على الفقد فإن لم يتصادقوا بل قال من في يده المال: إنه مات كان للبنتين الثلثان ويبقى الثلث الباقي في يد من كان المال في يده فإن برهن أولاد الابن على الموت كان لهم الثلث.

وفي «البرازية» لو مات عن ابنين أحدهما مفقود فزعم ورثته حياته والآخر زعم موته لا خصومة بينهما لأن ورثة المفقود اعترفوا أنهم لا حق لهم في التركة فكيف يخاضمون عنه انتهى، (وإن انتقص حقه) أي: الوارث (به) أي: بالمفقود (يعطى أقل النصيبين ويوقف الباقي)، كما إذا تركت زوجاً وأماً وأختاً لأبوين وأخاً كذلك مفقود كان للإمام السدس بتقدير الحياة والربع بتقدير الموت وللزوج النصف بتقدير الحياة وبتقدير الموت الربع وكذا للأخت بتقدير وفاته ولها التسع بتقدير الحياة فيعطى لكل منهم الأقل ويوقف الباقي وهذه المسألة موضعها / الفرائض ولذا حذفها القدوري هنا.

[١/٣٤٦]

وتبعه في «الوافي» و«المجمع» وذكرها المصنف تبعاً لصاحب «الهداية» والله الموفق، (كالحمل) أي: كما إذا كان حاجباً للوارث كالأخوة والأخوات والأعمام وبنيتهم ولا يعطى الوارث شيئاً وإن كان غير حاجب كما إذا مات عن زوجة وحمل أو ابنين كذلك يعطى الوارث أقل النصيبين في قول أبي يوسف وعليه الفتوى والله الموفق بمنه وكرمه وجوده وإحسانه.

## كتاب الشركة

شركة الملك أن يملك اثنان عيناً إرثاً أو شراء وكل أجنبي في قسط .....

### كتاب الشركة

ذكرها بعد المفقود لمناسبة خاصة هي أنها قد تتحقق في ماله كما لو مات وله وارث آخر وهي بكسر الشين وإسكان الراء في المعروف ولك فتحها مع كسر الراء وسكونها وشرك ﴿وما لهم فيهما من شرك﴾ [سبأ: ٢٢] والجمع أشراك وشركاء وهي لغة خلط النصيبين بحيث لا يتميز أحدهما سمي العقد بها لأنه سبب لها والإضافة في قولنا شركة العقد بيانية وشرعاً عبارة الاشتراك واختلاط النصيبين وفيه تسامح إذ الاختلاط للمال والشركة هي التي مصدر إنما هي الخلط وبهذا عرف أن ركنها في العقد اللفظ المفيد له وفي العين الاختلاط وبعث ﷺ والناس يتشاركون فقرهم عليها وشرط جوازها كون الواحد قابلاً للشركة وحكمها صيرورة المجتمع من النصيبين مشتركاً وفي شركة العقد صيرورة المعقود عليه أو ما يستفاد به مشتركاً بينهما وهي على نوعين نبه على الأول بقوله (شركة الملك) سميت بذلك لحصولها بأسبابه وفائدتها أن كل حاصل منها يكون على قدر المال كما في «السراج».

(أن يملك اثنان عيناً) ملكاً جبرياً أو اختيارياً ومثل للأول بقوله (إرثاً أو) اختلط مالهما من غير صنع من أحدهما وللثاني بقوله أي: (شراء) ومنه ما لو انتهبا عيناً أو استوليا على مال حربي يملك ماله بالاستيلاء أو خلطاً مالهما بحيث لا يتميز كالحنطة بالحنطة أو يتعسر كالحنطة بالشعير أو قبلاً وصية بعين لهما ولو اقتصر على قوله أن يملك اثنان لعم الكل إلا أنه يفوته بيان أنها على قسمين كما قد علمت.

وفي «منية المفتي» اشترى شيئاً ثم أشرك فيه آخر فهذا بيع النصف منه وبه عرف أن الملك لا يشترط فيه المعية بل ولو متعاقباً بقي أن التقييد بالعين يخرج الدين مع أن بعضهم عده من شركة الملك فقيلاً: مجاز لأن الدين وصف شرعي لا يملك والحق أنه يملك ولذا ملك ما عنه من العين على الاشتراك حتى إذا دفع من عليه الدين إلى أحدهما كان للآخر الرجوع عليه بنصف ما أخذ وليس له أن يقول: هذا الذي أخذته حصتي وما بقي على المديون حصتك ولا يصح من المديون أيضاً أن يعطيه شيئاً على أنه قضاؤه وآخر الآخر.

قالوا: والحيلة في اختصاص أحدهما بما أخذه أن يهبه المديون مقدار حصته ويهبه رب الدين حصته (وكل) من شريكه الملك (أجنبي في قسط) بالكسر هو

صاحبه وشركة العقد أن يقول أحدهما: شاركتك في كذا ويقبل الآخر.....

الحصبة والنصيب كما في «القاموس» (صاحبه) وفي بعض النسخ غيره قيل: والأول أولى فلا يجوز أن يتصرف فيه إلا بأمره لعدم تضمنها وكالة قيد بقسط صاحبه لأنه يجوز التصرف في قسطه ببيعه له مطلقاً وأما لغيره فكذلك إلا في صورة الخلط والاختلاط فلا يجوز بيعه إلا بإذنه.

قال في «البحر»: والظاهر أن البيع ليس بقيد بل المراد الإخراج عن الملك بهبة أو وصية أو صدقة أو أمهار أو بدل خلع وأما الانتفاع ففي البيت والخادم والأرض له الانتفاع بالملك على المفتى به حيث كانت الأرض ينفعها الزرع لا إن لم ينفعها انتهى. والذي في قاضي خان أن لشريكه أن يزرع النصف فقط، وفي «القنية» للقاضي أن يأذن بزراعة الملك وفي الدابة لا يركبها بغير إذنه للتفاوت وأما ما ينتفع به في غيره كالحرث ونحوه فله ذلك لعدم التفاوت كما في «عقد الفرائد».

وقالوا: في الأمة تكون عند أحدهما يوماً وعند الآخر يوماً ولو خاف أحدهما من صاحبه وطلب وضعها على يد عدل لا يجاب، وفي المكيل والموزون له أن يعزل حصته بغيبة شريكه ولا شيء عليه إن سلم الباقي وإن هلك كان عليهما وباقي الأحكام في الأشياء المشتركة بيناه مستوفى في «الرسالة المباركة في الأشياء المشتركة» فعليك بها تزداد بها فإنها لمن ابتلي بالإفتاء نافعة وأنوار القبول عليها ساطعة.

(وشركة العقد) جعلها المصنف تبعاً لصاحب «الهداية» مفاوضة وعناناً وتقبلاً ووجوهاً، قال الإيتقاني: وفيه نظر لأنه يوهم أن شركة الصنائع والوجوه مغايرتان للمفاوضة فالأولى / في التقسيم ما ذكره الطحاوي والكرخي وعليه جرى الشارح من [ب/٣٤٦] أنها على ثلاثة أوجه بالمال والأعمال والوجوه وكل يكون مفاوضة وعناناً (أن يقول أحدهما: شاركتك في كذا) هذا تفسير للإيجاب فيها (ويقول الآخر: قبلت) أي: في كذا من المال أو في كذا من التجارات البزازية أو البقالية في العنان أو في كل مالي ومالك وهما مستويان في جميع التجارات ونحو ذلك كذا في «الفتح».

وتخصيص العموم بالمفاوضة والخصوص بالعنان يوهم أن شركة العنان لا تكون عامة مع أنها تكون عامة أيضاً وقد أفصح عن ذلك في «الهداية» حيث قال: كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطه ولا يشترط ذلك في العنان كان عناناً لاجتماع شرائط العنان إذ هو قد يكون خاصاً وقد يكون عاماً انتهى نعم العموم في المفاوضة شرط وذكر شيخ الإسلام في شركة المفاوضة أنها تجوز في نوع خاص كذا في «التارخانية» بقي أن اللفظ المذكور ليس بلازم فيها بل المعنى ولذا لو دفع له

وهي مفاوضة إن تضمنت وكالة وكفالة وتساويا مالاً وتصرفاً ودينياً فلا تصح بين حر وعبد وصبي وبالغ.....

ألفاً وقال: أخرج مثلها واشتر وما كان من ربح فهو بيننا وفعل انعقدت، هذا ويندب الإشهاد عليها (وهي مفاوضة) من التفويض أو من الفوض الذي منه فاض المال إذا عم ومعناه المساواة وما قيل أنها مشتقة منها ففيه تسامح ظاهر. قال الأفوه الأودي:

لا تصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة إذا جهالهم سادوا  
إذا تولى سراة الناس أمرهم نمت على ذاك أمر الناس وازدادوا  
تهدى الأمور بأهل الرأس ما صلحت فإن تولت فبالجهال ينقادوا<sup>(١)</sup>

ومعنى البيت لا يصلح أمور الناس حال كونهم متساويين إذا لم يكن لهم أمراء وسادات فإنهم إذا كانوا متساويين فتتحقق المنازعة بينهم والسراة جمع السرى وهو جمع عزيز لا يعرف غيره وقيل اسم جمع للسرى كذا في «العناية» ومعناه السيد الشريف والمحفوظ في السراة فتح السين، (إن تضمنت وكالة وكفالة) بأن عقداها بلفظ المفاوضة وإن لم يعرفا معناها كما في «السراج» لأن هذا اللفظ جعل علماً على إتمام المساواة في الشركة وبه تثبت أحكامها إقامة للفظ مقام المعنى وإلا فلا بد من ذكر تمام معناها بأن كان العاقد يقدر على استيفاء معانيها لأن العبرة في العقود للمعاني، وحينئذ فتستلزم وكالة كل منهما عن الآخر في نصف ما يشتره لتحقيق غرض الشركة وكفالة كل منهما للآخر لتحقيق المساواة، وأفاد بقوله: تضمنت أن كلا منهما ليس قصدياً فاندفع به ما أورد كيف تصح الوكالة بالمجهول وهلا توقفت الكفالة على القبول؟ لأن ذلك فيما قصد منهما على أن الفتوى في الكفالة على الصحة.

قال الشارح: وقوله إن تضمنت وكالة ليس فيه فائدة يمتاز به عن غيرها من أنواع الشركة وفي «البحر» أنه زائد لأن هذا لا يخصها وأنت خبير بأنه لا بدع في ذكر شرط الشيء وإن كان شرطاً لآخر، (ويتساويا مالاً) تصح فيه الشركة ولا تضر زيادة ما لا تصح فيه الشركة على ما بينه (وتصرفاً) بأن يقدر أحدهما على ما يقدر عليه الآخر.

قال في شرح «الدرر»: وهذا مغن عن قوله (ودينياً)، وأوضحه في «إيضاح الإصلاح» بأن التساوي في التصرف يستلزم التساوي في الدين وفسر التصرف كالكفالة والوكالة قال: وهذا تصرف دقيق لا يهتدي لأمثاله إلا من له دربة في هذا الفن (فلا تصح) مفاوضة وإن صحت عناناً (بين حر وعبد ولا بين صبي وبالغ) لعدم المساواة وهذا لأن الحر البالغ يملك التصرف والوكالة ولا يملك المملوك شيئاً منها

ومسلم وكافر وما يشتره كل يقع مشتركاً إلا طعام أهله وكسوتهم وكل دين لزم أحدهما  
بتجارة.....

إلا بإذن المولى كما أن الصبي لا يملك التصرف إلا بإذنه وأما الكفالة فلا يملكها ولو  
أذنه، وإذا لم تصح بين من ذكر فعدم صحتها بين عبيد ولو مكاتبين وصبيين ولو  
بالإذن بالأولى وغير خاف أن العبد وإن كان أهلاً للكفالة بالإذن إلا أنهما يتفاضلان  
فيهما لما أنهما يتفاوتان قيمة فلم يتحقق كون كل منهما كفيلاً بجميع ما لزم  
صاحبه (و) لا بين (مسلم وكافر) عندهما وجوزها الثاني مع الكراهة لاستوائهما  
وكالة وكفالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه أحدهما ألا ترى أنها تجوز بين الحنفي  
والشافعي مع تفاوتهما في التصرف في متروك التسمية عمداً ولهما أنه لا تساوي في  
التصرف فإن الذمي لو / اشترى برأس ماله خمرًا أو خنزيراً صح بخلاف المسلم <sup>(١/٢٤٧)</sup>  
والمساواة بين الحنفي والشافعي ثابتة لأن الدليل على كونه ليس مالاً متقومًا قائم،  
وولاية الإلزام بالحاجة ثابتة باتحاد الملة والاعتقاد، ولا خلاف في جوازها بينهما  
عناناً كما في «السراج» وأما بين المسلم والمرتد فلا تجوز في قولهم هكذا ذكر  
الكرخي وفي «الأصل» قياس قول أبي يوسف أن تجوز عنده كذا في «الفتح» .

وفي «المحيط» أنها موقوفة عنده وعندهما تجوز عناناً فقط وفي «السراج»  
وكذا المرتدان لو تشاركا وإن شارك مرتدة صحت عناناً لا مفاوضة ومقتضى ما مر عن  
«الأصل» أنها تصح مفاوضة أيضاً على قول أبي يوسف مع الكراهة وفي «التتارخانية»  
لو ارتد أحدهما بطلت المفاوضة وقالوا تصير عناناً وقال قبله: إنها موقوفة عنده والأول  
يوافق ما مر عن الكرخي والثاني ما عن «المحيط» (وما يشتره كل) أي: كل واحد  
منهما (يقع مشتركاً) بينهما (إلا طعام أهله) وإدامهم (وكسوتهم) واستتجاره بيتاً  
للسكنى أو دابة للركوب لحاجة كالحج والأمة التي يطؤها استحساناً لاستثنائه عن  
المفاوضة ضرورة ولا يتوهم من اختصاصه بذلك أن الثاني لا يكون كفيلاً بالثمن بل  
يكون كفيلاً ويرجع بما أدى على المشتري كما في «السراج» وغيره .

(وكل دين لزم أحدهما بتجارة) كثمن المبيع في البيع الجائر أو قيمته في الفاسد  
وأجرة ما استأجره ولو لنفسه ومهر المشترة الموطوءة إذا استحقت كما في «السراج»  
وما لزمه بالاستقراض في ظاهر الرواية كما في «المحيط» لا فرق في لزومه بين أن  
يكون بالبينة أو بالإقرار إلا إذا أقر لمن لا تقبل شهادته كأصوله وفروعه وزوجته ولو في  
عدة البائن فإنه ينفذ عليه خاصة عنده وقالوا: يلزم شريكه أيضاً إلا لعبد ومكاتبه ولا  
يرد عليه بأدنى تأمل ما لو اشترى من شريكه جارية ليطأها أو طعاماً لأهله فإن البيع  
صحيح ولا يلزم لأن لزومه إياه يقتضي عدم صحته لأنه يكون مطالباً ومطالباً وكذا لو

وغصب وكفالة لزم الآخر وتبطل إن وهب لأحدهما أو ورث ما تصح فيه الشركة لا العرض ولا تصح مفاوضة وعنان بغير النقدين والتبر والفلوس.....

اشترى منه شيئاً للتجارة لم يصح (وغصب) أراد به ما يشبه التجارة فدخل ضمان الاستهلاك والوديعة وكذا العارية المجحودة أو المستهلكة لأن تقرر الضمان في هذه المواضع يفيد تملك الأصل فتصير في معنى التجارة (وكفالة) بالمال (لزم الآخر) عند الإمام خلافاً لهما لأنها مفاوضة انتهى، ولذا لو كانت بغير الأمر أو بالنفس لم يلزمه اتفاقاً.

قيل: ولو قال وكل شيء لكان أولى لأن أحدهما لو أجر عبده أو باعه طولب الآخر بالتسليم قيد بما ذكر لأنه لا يلزمه ما لزم الآخر من المهر والخلع والصلح عن دم العمد ونفقة الزوجات والأقارب وأرش الجناية على الآدمي لأن هذه الديون بدل عما لا يصح الاشتراك فيه، أما الجناية على الدابة أو الثوب فتلزمه في قول الإمام ومحمد لما أنه يملك المجني عليه بالضمان قاله الحدادي، وفائدة اللزوم أنه لو ادعى على أحدهما والمباشر غائب كان له أن يستحلفه على العلم، (وبطلت) أي: المفاوضة (إن وهب لأحدهما أو ورث) أو وصل إلى يده ولو بصدقة أو إيضاء (ما تصح فيه الشركة) مما سيأتي بيانه، وكذا لو زادت دراهم أحدهما البيض على دراهم الآخر السود أو دنائره قبل الشراء لفوات المساواة بقاء وهي شرط كالاتداء لكنها تصير عناناً (لا العرض) لا تبطل بهبة العرض ولا بإرثه لأن التفاوت فيه لا يمنع ابتداء فكذا بقاء وما لم يقبض من الهبة ونحوها كالعرض (ولا تصح مفاوضة وعنان) ذكر المال فيهما (بغير النقدين والتبر) وهو ما كان غير مضروب من الذهب والفضة (والفلوس).

وقيدنا بذكر المال لما قدمناه في أول الباب من أنهما يكونان تقبلاً ووجوهاً وكل منهما يصح بلا مال فلزم اعتبار هذا القيد كما في «العناية» وغيرها وإلا فالإيجاب الجزئي يناقض السلب الكلي فلا يصحان بالعرض لأنه إذا باع كل منهما رأس ماله وتفاضلا ثمناً فما يستحقه أحدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يضمن وما لم يملك ولا بالمكيل والموزون والعددي المتقارب قبل الخلط بجنسه وأما بعده فكذلك في ظاهر الرواية فيكون المخلوط شركة ملك وهو قول الثاني وقال محمد: شركة عقد، وأثر الخلاف يظهر في استحقاق المشروط من الربح وأجمعوا أنها عند اختلاف الجنس لا تتعقد وجعل التبر كالنقدين رواية كتاب الصرف وجعله في شركة «الأصل» / و«الجامع» كالعرض وهو ظاهر المذهب إلا إذا جرى التعامل فينزل منزلة الضرب.

قال في «البحر»: وعليه يحمل ما في «الكتاب» وفيه نظر وأراد بالفلوس

النافقة ولو باع كل نصف عرضه بنصف عرض الآخر وعقد الشركة صح .....

الرأبجة، قيل: هذا قول محمد وعندهما لا يجوز والأصح أنها تجوز عندهما لأنها أثمان باصطلاح الكل فلا تبطل ما لم يصطلح على ضده وسكت عن إحضار المال وهو صحيح لأنه لا يشترط إحضاره عند العقد بل عند الشراء، حتى لو دفع لرجل ألفاً وقال له: أخرج مثلها واشتر بهما وبغ والحاصل بيننا أنصافاً فبرهن المأمور على أنه فعل ذلك وأحضر المال وقت الشراء جاز.

وفي «الذخيرة» دفع إلى آخر ألفاً وقال: اشتر بها بيني وبينك نصفين والربح لنا والوضيعة علينا فهلك المال قبل الشراء فلا ضمان عليه وهذا شركة، ولو بعد الشراء كان عليهما (ولو باع كل) أي: كل واحد منهما (نصف عرضه) أي: نصف ماله من العروض (بنصف عرض الآخر وعقداً بعد ذلك عقد الشركة) مفاوضة أو عناناً (يصح) بيان للحيلة في جواز الشركة بالعروض توسعة على الناس وهذا لأنه بالبيع صار بينهما شركة ملك حتى لا يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصف الآخر وبالعقد صارت شركة عقد فتجوز إذ المانع من كون رأس المال عرضاً لزوم ربح ما لم يضمن وجهالة ما لكل منهما عند القسمة وكل منهما منتف وبه اندفع ما قيل هذا على قياس قول محمد في المكيل والموزون وهو قول الكل، عليه تواردت كلمة أهل المذهب وهو الحق وعلى قياس قول أبي يوسف لا يجوز أن يكون مضافة إلى حالة بيعهما العروض بالدراهم وعقد الشركة يحتمل الإضافة لكن قال صاحب «الهداية»: وهذه شركة ملك لما بينا أن العروض لا يصلح مال الشركة.

قال في «الفتح» تبعاً «للكافي»: وهو مشكل ووجهه كما في «العناية» بأنه لو كان المراد شركة الملك لم يحتج إلى قوله ثم عقد الشركة، قال في «البحر»: ولعله أي: صاحب «الفتح» فهم أن الإشارة عائدة إلى الكل وليس كذلك وإنما هي راجعة إلى البيع فقط.

وأقول: كيف يصح هذا مع قوله لما بينا أن العروض لا يصلح مال الشركة نعم ذكر الأكمل عن شيخه عبد العزيز البخاري وشيخه هو الإمام قوام الدين الكاكي وصرح الكاكي هنا بأنه أخذ عن صاحب «الهداية» ما حصله أن ما ذكره المصنف تبعاً للقدوري من جواز الشركة اختيار شيخ الإسلام وصاحب «الذخيرة» وشرح الطحاوي واختار شمس الأئمة وصاحب «الهداية» أنه لا يجوز عقد الشركة اتفاقاً وهو أقرب إلى الفقه لبقاء جهالة رأس المال والربح عند القسمة بخلاف ما إذا باع نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم اشتركا لأن الدراهم بهذا العقد صارت نصفين بينهما فيكون ذلك رأس مالهما ثم بينا حكم الشركة في العروض تبعاً انتهى.

وعنان إن تضمنت وكالة فقط وتصح مع التساوي في المال دون الربح وعكسه.....

قال في «الفتح»: ولا يخفى ضعف هذا إذ فسادهما بالعروض ليس لذاتها بل للازم الباطل وعلمت أنه منتف وفي «الحواشي السعدية» وكون هذا أقرب إلى الفقه منظور فيه لأن هذه الجهالة لبقاء الجهالة لا تفضي إلى المنازعة وقيد بقوله: نصف عرضه بنصف عرض الآخر ليشمل المفاوضة والعنان نعم قوله بنصف عرض الآخر اتفاقي لما مر.

وفي «المحيط»: اشتركا في طعام لهما شركة خلط وأحدهما أجود جازت وكان الثمن بينهما لأن هذا يشبه البيع حين خلطاه على أنه بينهما وفي موضع آخر نص في هذا الكتاب أنه يقسم الثمن على قيمة الجيد وقيمة الرديء يوم باعا انتهى، والثاني بالقواعد أليق، (و) هي (عنان) بوزن كتاب كما في «القاموس» وقيل: بفتح العين من عنان السماء أي: سحابة لأنها علت كالسحاب بصحتها وشهرتها ولذا اتفقوا على صحتها وهي مأخوذة من عن كذا عرض أو ظهر له أن يشاركه في البعض من ماله وقيل: من عنان الفرس لأن كلا منهما جعل عنان التصرف في ماله لرفيقه وبعضه لنفسه ويجوز تفاوتهما في المال والربح كما يتفاوت العنان في كف الفارس طولاً وقصراً في حالتي الإرخاء وضده.

قال في «الفتح»: إلا أنه اشتقاق غير صحيح إلا فيما سمع ولا بد منه كما في استحجر الطين وأمثاله يعني: أن اشتقاق اسم المعنى من اسم العين مقصور على السماع وأنت خبير بأن هذا بتقدير تسليمه الظاهر أنه مسموع كيف والذاهب إليه الإمامان الكسائي والأصمعي والواحد منهما حجة في اللغة فكيف بهما، (إن تضمنت وكالة فقط) [١/٣٤٨] بيان لشرطها وهو أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلاً للوكالة ليكون ما يستفاد منه مشتركاً بينهما ونبه بقوله فقط لأنها لا تتضمن كفالة بأن عقدها في نوع من التجارات ولم يذكر الكفالة لاختصاصها بالمفاوضة ومن ثم صحت بين البالغ والصبي أو معتوه يغفل البيع والشراء فلو ذكرنا الكفالة مع توفر باقي شروطها انعقدت مفاوضة وإن لم تكن متوفرة كانت عناناً ثم هل تبطل الكفالة يمكن أن يقال: تبطل وأن يقال: لا تبطل لأن المعبر فيها عدم اعتبار الكفالة لاعتبار عدمها كما أنها تكون عناناً مع العموم.

قال في «الفتح»: وقد يرجح الأول بأنها كفالة بمجهول فلا تصح إلا ضمناً فإذا لم تكن مما يتضمنها الشركة لم يكن ثبوتها إلا قصداً (وتصح) شركة العنان (مع المتساوي في المال دون الربح وعكسه) وهو التفاضل في المال دون الربح، اعلم أنهما إذا شرطا العمل عليهما وتساويا مالاً وتفاوتا ربحاً جاز عند علمائنا الثلاثة خلافاً لزرفر

وبعض المال وبخلاف الجنس وعدم خلط وطولب المشتري بالثمن فقط ورجع على شريكه بحصته منه وتبطل بهلاك المالكين أو أحدهما قبل الشراء.....

والربح بينهما على ما شرطاً وإن عمل أحدهما فقط، وإن شرطاه على أحدهما فإن شرطاً الربح بينهما بمقدار رأس مالهما جاز ويكون مال الذي لا عمل له بضاعة عند العامل له ربحه وعليه وضيعته وإن شرطاً الربح للعامل أكثر من رأس ماله جاز أيضاً على الشرط ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة ولو شرطاً الربح للدافع أكثر من رأس ماله لا يصح الشرط ويكون مال الدافع عند العامل بضاعة لكل واحد منهما بربح ماله والوضيعة بينهما على قدر رأس مالهما أبداً هذا حاصل ما في «العناية» وبقي من الأقسام ما لو شرطاً كل الربح لأحدهما فإنه لا يجوز لأنه حينئذ يخرج إلى قرض إن شرط للعامل أو بضاعة إن شرط لرب المال وبهذا عرف أن في كلام المصنف إرسالاً غير واقع.

وفي «الظهيرية» قال أحد الشريكين لصاحبه: لا أعمل معك في الشركة فهذا بمنزلة قوله فاسختك (و) تصح أيضاً (ببعض المال) أي: مال كل واحد منهما (وبخلاف الجنس) بأن يكون من أحدهما دراهم ومن الآخر دنانير والوصف أيضاً بأن تكون دراهم أحدهما بيضاً والثاني سوداً وإن تفاوتت قيمتها، والربح على ما شرطاً لأن لفظها لا يقتضي المساواة ولا ينبئ عنه ليعتبر في مفهومه، (وعدم الخلط) أي: تصح أيضاً بعدم الخلط للمالكين لأن الشركة في الربح مستندة إلى العقد لا المال (وطولب المشتري) من شريكي العنان (بالثمن) أي: بثمن ما اشتراه لأنه العاقد (فقط) أي: دون شريكه الآخر لعدم تضمنها كفالة (ورجع على شريكه بحصته منه) معناه إن أدى المال نفسه لأنه وكيل من جهته في حصته كذا في «الهداية» واحترز به عما لو نفذ من مال الشركة فإنه لا يرجع وهذا القيد أهمله المصنف كالقدوري للعلم به من قوله: يرجع لظهور أنه لا يكون إلا إذا أداه من مال نفسه.

ولو ادعى بعد الهلاك أنه اشتراه للشركة كان عليه البيان (وتبطل الشركة بهلاك المالكين) لأن المعقود عليه عقد الشركة هو المال المعين لتعيينه في الشركة كالهبة والوصية وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع، (أو) هلاك (أحدهما) لأن من بقي ماله لم يشركه صاحبه في ماله ولا يشركه هو أيضاً في ماله بتقدير بقائه فإذا فات ذلك ظهر وقوع ما لم يكن راضياً به عند عقد الشركة فيبطل العقد لعدم فائدته من الاشتراك فيما يستفاد، وغير خاف أن هلاك أحدهما إنما يتصور قبل الخلط سواء هلك في يد صاحبه أو في يد الآخر ويهلك عليه لأنه أمانة في يده أما بعد الخلط فالهلاك عليهما لعدم التمييز والباقي على الشركة وإن هلك الكل بطلت، (قبل الشراء) قيد به لأنه لو هلك أحدهما بعد الشراء بالمال الآخر كان المشتري بينهما

وإن اشترى أحدهما بماله وهلك مال الآخر فالمشتري بينهما ورجع على شريكه بحصته منه وتفسد إن شرط لأحدهما دراهم مسماة من الربح ولكل من شريكه العنان والمفاوضة أن يبيع ويستأجر ويودع ويضارب.....

وقد كشف نقاب هذا المفهوم بقوله: (وإن اشترى أحدهما بماله وهلك مال الآخر فالمشتري) بالفتح (بينهما) على ما شرطاً لقيام الشركة وقت الشراء لأن الهلاك لم يقع قبله ليبطل فلا يعتبر بهلاك مال الآخر ثم هذه الشركة في المشتري شركة عقد عند محمد فلكل منهما أن يتصرف فيه .

وقال الحسن بن زياد: شركة ملك فلا يصح تصرف أحدهما إلا في نصيبه وظاهر كلام كثير ترجيح قول محمد ويجب أن تكون الواو في قوله: وهلك بمعنى ثم لأنه لو اشترى بماله بعد هلاك مال الآخر لا يكون المشتري مشتركاً بينهما على ما شرط إلا إذا صرحا بالوكالة في عقد الشركة بأن قالوا: على ما اشتراه كل منهما بمال هذا يكون مشتركاً.

وفي «المحيط» لو كان لأحد شريكه العنان مائة دينار قيمتها ألف وخمسمائة والآخرف ألف واشتراط الربح والوضيعة على قدر رأس المال فاشترى صاحب الدراهم/ [٣٤٨/٤] جارية ثم هلك الدينانير فالجارية بينهما وربحها أخماساً ثلاثة أخماس لصاحب الدينانير وخمسان لصاحب الدراهم (ورجع على شريكه بحصته منه) أي: من الثمن لأنه وكيل عنه في حصته وقد قضى الثمن من ماله فيرجع عليه بحسابه لعدم الرضا بدون ضمانة، (وتفسد) الشركة (إن شرط لأحدهما دراهم مسماة من الربح) بأن قال أحدهما: لي مائة من الربح مثلاً والباقي يقسم.

قال ابن المنذر: ولا خلاف في هذا لأحد من أهل العلم فإن قلت: الشركة كالمضاربة لا تبطل بالشرط الفاسد فكيف بطلت هنا؟ قلت: إنما بطلت لا لأن هذا شرط فاسد بل لأن هذا الشرط تنتفي به الشركة إذ عساه أن لا يخرج إلا قدر المسمى فيكون اشتراط جميع الربح لأحدهما على ذلك التقدير مخرج على القرض أو البضاعة، (ولكل من شريكه العنان والمفاوضة أن يبيع) أي: يدفع المال بضاعة بأن يشترط الربح كله لرب المال (ويستأجر) من يتجر له أو يحفظ له المال (ويودع) لأنه استحفاظ بدون أجر إذا جاز بالأجر فبدونه أولى (ويضارب) أي: يدفع المال مضاربة وهذا رواية «الأصل» وهو الأصح، وعن الإمام ليس له ذلك لأن فيه نوع شركة.

قلنا: هي غير مقصودة وأما إذا أخذ مالا مضاربة فإن أخذه ليتصرف فيما ليس من تجارتها فالربح له خاصة وكذا فيما هو من تجارتها إذا كان بحضرة صاحبه ولو منع غيبته أو مطلقاً كان الربح بينهما نصفه لشريكه ونصفه بين المضارب ورب المال

ويوكل ويده في المال أمانة.....

كذا في «المحيط» (ويوكل) لأن هذا من توابع التجارة وبقي أن له أن يعير ثوباً أو داراً أو خادماً استحساناً كذا في «كافي» الحاكم، والصحيح من مذهب الإمام ومحمد أن لكل منهما أن يسافر وكذا للمبضع والمودع قاله الحدادي، وكل ما كان لأحدهما إذا نهاه عنه شريكه لم يكن له فعله ولهذا لو قال له: اخرج لدمياط ولا تجاوزها فجاوزها فهلك المال ضمن حصة شريكه كذا في «الفتح».

وفي «السراج»: للمفاوض أن يدفع المال شركة عنان وأن يفاوض بإذن شريكه وله أن يرهن عبداً من المفاوضة بدين عليهما وكذا عليه فقط، وله أن يقر بالرهن والارتهان وله أن يكتب عبداً وأن يأذن له في التجارة وأن ينهي وكيل شريكه عما وكل فيه إن كان قبل الشراء، وليس للشريك عناناً أن يرهن شيئاً من مال الشركة بدين عليهما إلا أن يكون هو العاقد في موجب الدين أو بإذن شريكه ولا يشارك عناناً إلا بإذنه أيضاً، وإقراره بالرهن والارتهان عند ولايته العقد صحيح، ولا أن يكتب وليس لأحدهما الإقرار إلا بإذن شريكه إذناً صريحاً فيه هذا كله إذا لم يقل له اعمل برأيك فإن قال: له الشركة والمضاربة والرهن وكل شيء كان من أنواع التجارات إلا القرض والهبة وكل ما كان من التبرعات انتهى. (ويده) أي: الشريك (في المال) الذي في يده للشركة (أمانة) لأنه قبضه بإذنه لا على وجه البدل والوثيقة فيصير كالوديعة فلو ادعى دفعه لشريكه وأنكر حلف وكذا المضارب مع رب المال كما في «البرزانية» ولو ادعاه بعد موته.

قال في «البحر»: ظاهر ما في «اللولوجية» من الوكالة يفيد أنه كذلك حيث قال: ادعى الوكيل الدفع في الحياة وأنكر الوارث فإن كان المقصود نفي الضمان عن نفسه كالوكيل بقبض العين فالقول قوله، وإن كان المقصود إيجاب الدين على الميت كالوكيل بقبض الدين لا يقبل قوله، قال في «البحر»: وقد وقعت حادثتان: الأولى نهاه عن البيع نسيئة فباع فأجبت بنفاذه في حصته وتوقفه في حصة شريكه فإذا أجاز قسم الربح بينهما، الثانية نهاه عن الإخراج فخرج ثم ربح فأجبت بأنه غاصب حصة شريكه بالإخراج فينبغي أن لا يكون الربح على الشرط انتهى.

ومقتضاه فساد الشركة وتفرغ على كونه أمانة أيضاً ما في «فتاوى» قارئ «الهداية» وقد سئل عن شريك طلب من شريكه أو من عامل في المضاربة حساب ما باعه وأصرفه فقال: لا أعلم هل يلزم بعمل محاسبته؟ فأجاب بأن القول قول الشريك والمضارب في مقدار الربح والخسران مع يمينه ولا يلزمه أن يذكر الأمر مفضلاً والقول قوله في الضياع والرد إلى الشريك انتهى، وعلى هذا الوصي ومتولي الوقف إذا

وتقبل إن اشترك خياطان أو خياط وصباغ على أن يتقبلا الأعمال.....

قالا: لم يبق معنا من مال اليتيم والوقف إلا هذا فينبغي أن لا يلزما بذكر الأمر مفصلاً وقضاة زماننا ليس لهم قصد بالمحاسبة إلا / الوصول إلى ما يرومونه من ذلك من سحت المحصول ولقد رأيت بعض قضاة الطريق النواب يدعي به على نائبه عند بعض الموالي فلم يلتفت إليه والله تعالى هو الهادي للصواب، (وتقبل) عطف على مفاوضته.

قال في «البحر»: وظاهره أن التقبل والوجوه غير المفاوضة والعنان وقد قدمنا خلافه، وفي «البرزازية» وشركة التقبل والوجوه قد تكون مفاوضة وعناناً فالعنان ما تكون في تجارة خاصة والمفاوضة تكون في التجارات انتهى. والتحقيق أن ما مر من المفاوضة والعنان فيما إذا ذكر المال فيهما وأما إذا لم يذكر فيكونان وجوهاً وتقبلاً كما أشرنا إليه وتسمى أيضاً شركة الصناعات والأبدان والأعمال وإنما جاز هذا النوع من الشركة لأن المقصود منها إنما هو تحصيل الربح على الاشتراك وهو لا يقتصر على المال بل يكون بالعمل أيضاً فإذا وكل كل منهما الآخر بقبول العمل كان كل واحد أصيلاً في نصف العمل المتقبل وكلياً في النصف الآخر فتحققت الشركة في الربح فإن لم يعمل إلا أحدهما كان العامل معيناً شريكه فيما لزمه، ونبه بقوله: (إن اشترك خياطان أو خياط وصباغ على) أنه لا يشترط فيها اتحاد العمل بل ولا المكان أيضاً لأن ما مر من المعنى المجوز لها لا يختلف وفيه إيماء إلى أن المشترك فيه حلال حتى لو اشتركا في حرام لم تصح كما في «البرزازية»، وفيها اشتركا على أن يعمل بأداته في بيت هذا والكسب بينهما جاز وكذا سائر الصناعات، ولو من أحدهما أداة القسارة والعمل من الآخر فسدت والربح للعامل وعليه أجر مثل الأداة، ولو اشتركا معلمان لحفظ الصبيان وتعليم الكتابة والقرآن جاز هو المختار، وفي «الخانية» وكذا لو اشتركا في تعليم الفقه يعني بناء على جواز أخذ الأجرة على القربات على ما عليه الفتوى.

وفي «القنية» لو اشتركا في نقل كتب الحاج على أن ما رزق الله فهو بينهما نصفان جاز على (أن يتقبلا الأعمال)، نبه بذلك على أنه لو شرط على الصانع أن لا يتقبل لا يجوز لأنه عند السكوت جعل إثباتهما اقتضاء ولا يمكن ذلك مع النفي كذا في «المحيط»، وفيه إيماء على أنهما لو اشتركا على أن يتقبل أحدهما ويعمل الآخر جاز كما في «القنية»، لأن من شرط عليه العمل لو تقبل جاز وبه اندفع ما في «البحر» من أن قوله على أن يتقبلا ليس بقيد.

قال: وقوله: خياطان ولو حكما ليشمل ما لو اشتركا في صنعة ولم يحسنهما

ويكون الكسب بينهما وكل عمل يتقبله أحدهما يلزمهما وكسب أحدهما بينهما ووجوه إن اشتركا بلا مال على أن يشتريا.....

أحدهما فإنها صحيحة كما سيأتي ولا حاجة إليه إذ المشترك فيه إنما هو العمل لا خصوص الخياطة، ولذا قالوا: من صور هذه الشركة أن يجلس آخر على دكانه فيطرح عليه العمل بالنصف والقياس أن لا يجوز لأن من أحدهما العمل ومن الآخر الحانوت واستحسن جوازها لأن التقبل من صاحب الحانوت عمل، ولا بد أن يكون من أحدهما العمل مما يمكن استحقاقه فلا تجوز شركة الدالين، ولا شركة القراء في القراءة بالزممة لأنها غير مستحقة عليهم، ولا شركة السؤال لأن التوكيل بالسؤال غير صحيح كما في «الغنية» (ويكون الكسب بينهما) على ما شرطوا ولو شرطوا أكثر الربح لأدناهما عملاً فالأصح الجواز، (وكل عمل يقبله أحدهما يلزمهما) حتى كان لصاحب الثوب أن يأخذ الشريك بالعمل وللشريك الذي لم يتقبل أن يطالب رب الثوب بالدفع إليه، وهذا ظاهر فيما إذا كانت مفاوضة.

قال في «البحر»: وصورها في «المحيط» أن يعقدها على أن يتقبلا ويضمنا العمل جميعاً على التساوي وأن يتساويا في الربح والوضعية وأن يكون كل واحد منهما كفيلاً فيما لحقه بسبب الشركة، ويكفي عند اجتماع شرائطها أن يعقدها مفاوضة كما مر.

وفي «الخانية»: شرط على الخياط أن يخيطه بنفسه لا يطالب الآخر بحكم الكفالة أما إذا أطلقها أو قيدها بالعنان فثبوت هذه الأحكام استحسان ووجهه كما في «الهداية» أن هذه الشركة مقتضية للضمان، ألا ترى أن ما يتقبله كل واحد منهما مضمون على الآخر وبهذا يستحق الأجر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل انتهى، ولعل هذا هو السر في حذف المصنف التنصيص على أنها تتضمن وكالة فقط لأنها إنما تتضمنها في غير هذين الأمرين.

قالوا: وفيما سوى هذين الأمرين فهي باقية على مقتضى العنان ولذا لو أقر أحدهما بدين من ثمن صابون مثلاً أو أجر أجيراً أو بيت أو دكان لمدة مضت لا يصدق على صاحبه إلا ببينة لأن نفاذ الإقرار على الآخر موجب للمفاوضة ولم ينصا عليها (وكسب أحدهما بينهما)، أما العامل فظاهر، وأما/ غيره سواء كان امتناعه عن العمل لعذر سفر أو لم يكن فلأنه لزمه العمل بالتقبل فيكون ضامناً له فيستحقه بالضمان وهو لزوم العمل، ولو شرطوا التساوي فيه والتفاضل في الكسب جاز استحساناً وقد مر، ووجوه أن تكون شركة العقد شركة وجوه أيضاً.

(و) فسرها بقوله: (إن اشتركا بلا مال على أن يشتريا) حذف المفعول إيماء إلى

بوجوههما ويبيعا وتتضمن الوكالة وإن شرطاً مناصفة المشتري أو مثالثته فالربح كذلك وبطل شرط الفضل.

### فصل في الشركة الفاسدة

ولا تصح شركة في احتطاب واصطياد واستقاء والكسب للعامل .....

أنها تكون عامة وخاصة (بوجوههما) أي: بوجهاتهما والجاه مقلوب الوجه وفيه إيماء إلى وجه التسمية وقيل: لأنهما إذا جلسا لتدبير أمر ينظر كل إلى وجه صاحبه وقيل: لأنهما يشتريان من الوجه الذي لا يعرف وتكون مفاوضة بأن يكونا من أهل الكفالة والمشتري بينهما نصفين وعلى كل منهما نصف ثمنه ويتساويان في الربح ويتلفظا بلفظ المفاوضة أو يذكرهما مقتضياتها كما سلف فيتحقق الوكالة والكفالة في الأثمان والبياعات وإذا أطلقت كانت عناناً.

وفي «البرزازية» في توقيتها روايتان وعلى المنع يكون شرطاً فاسداً ومع هذا لا يفسد واعتبرت بالوكالة (وتتضمن) شركة الوجوه (الوكالة) لأنه بذلك ليتمكن من التحصيل لصاحبه إذ لا ولاية عليه وخصها لأنها تلزمها بخلاف الكفالة فإنها مشروطة بأن تكون مفاوضة كما مر (وإن شرطاً مناصفة المشتري) بفتح الراء أي: بأن يكون بينهما نصفين (أو مثالثة) بأن يكون بينهما أثلاثاً (فالربح) يكون (كذلك وبطل شرط الفضل) لأن استحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان وهو على قدر الملك في المشتري فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن بخلاف العنان فإن التفاضل في الربح فيها مع التساوي في المال صحيح لأنها في معنى المضاربة من حيث أن كلا منهما يعمل في مال صاحبه فالتحقت بها والله الموفق للصواب.

### فصل في الشركة الفاسدة

تقديم الصحيحة على الفاسدة غني عن إبداء وجهه (ولا تصح الشركة في) نحو (احتطاب واصطياد واستقاء) واحتشاش واجتئاء ثمار من جبال وطلب معدن من كنوز ونقل طين من أرض مباحة أو جص أو ملح أو كحل وكذا على أن يلبنا أو يطبخا آجراً من طين مباح لأنها تتضمن وكالة والتوكيل في أخذ المباح غير صحيح فإن كان الطين أو النورة أو سهلة الزجاج مملوكاً فاشتركا على أن يشتريا ذلك ويطبخاه ويبيعهما جاز وهو شركة الوجوه كذا في «الخلاصة»، معزياً إلى الشافعي وتبعه البرزازي والعيني.

والمذكور في «فتح القدير» أن هذه من شركة الصنائع والأول أظهر (والكسب للعامل) وحده لفساد الشركة وقد انفرد بالسبب وهو الأخذ والإحراز حتى لو أخذه

وعليه أجر مثل ما للآخر والربح في الشركة الفاسدة بقدر المال وإن شرط الفضل وتبطل الشركة بموت أحدهما ولو حكما.....

معاً ثم خلطاه وباعاه كان الثمن بينهما إن علم ما لكل منهما بالكيل أو الوزن أو القيمة وإلا صدق كل منهما في النصف ولا يصدق فيما زاد إلا ببينة (وعليه أجر ما) أي: الذي (للآخر) لأنه استوفى منفعة بعقد فاسد وأفاد بما أنه لا فرق بين كون الذي للآخر عمل كما إذا أعانه في القلع والجمع أو آلة كما لو دفع له بغلاً أو رواية يستقي عليها أو شبكة ليصيد بها، وأطلق في الأجرة إيماء إلى أنه يجب بالغاً ما بلغ وهذا قول محمد .

وقال أبو يوسف: لا يجاوز به نصف ثمن ذلك قيل: وتقديمه في «الهداية» قول محمد وكذا تقديمه في «المبسوط» دليل أبي يوسف دليل على أنهم اختاروا قول محمد كذا في «العناية» وقرر الشارح أن هذا الخلاف في كل إجارة فسدت لكن محله ما إذا كان المسمى معلوماً من وجه دون وجه كالنصف والثمن أما إذا كان معلوماً من كل الوجوه فإنه لا يزداد به على المسمى، أو مجهولاً كما إذا جعل الأجر دابة أو ثوباً وجب الأجر بالغاً ما بلغ (والربح في الشركة الفاسدة) بسائر أنواعها (بقدر المال وإن شرط) أحدهما (الفضل) لأنه إنما عدل عن الأصل وهو تبعية للمال عند صحة التسمية ولم تصح فبطل الشرط، ونبه بقوله بقدر المال على أنه لو كان من أحدهما كان للآخر عند فسادها أجر المثل وعلى ذلك تفرع ما في «القنية» له سفينة اشترك مع أربع على أن يعملوا في السفينة وآلاتها والخمس لصاحب السفينة والباقي بينهم بالسوية فسدت والحاصل لرب السفينة وعليه أجر مثلهم .

وفي «المحيط» دفع دابته لرجل ليؤجرها على أن / الأجر بينهما فالشركة [١/٣٠٠] فاسدة والأجر لرب الدابة وللآخر أجر مثله وكذلك السفينة ولو لبيع عليها البز فالربح لرب البز وللآخر أجر مثل الدابة لأن منفعة الدابة لا تصلح مال الشركة كالعروض ولو لأحدهما بغل والآخر بغير فاشتركا على أن الأجرة بينهما لا تصح ويقسم الأجر بينهما على مثل أجر البغل والبعير، (وتبطل الشركة بموت أحدهما) علم به الشريك أو لا (ولو) كان الموت (حكماً) نصب على التمييز بأن قضى بلحاظه مرتداً فإن لم يقض به توقف انقطاعها إجماعاً فإن عاد قبل الحكم بقيت وإن مات أو قتل انقطعت وهل تنقلب عناناً في حالة التوقف؟ نفاه الإمام وأثبتاه كذا في «الفتح» ملخصاً، هذا وبقي مما تبطل به أمران الأول ما إذا فسختها أحدهما بعلم الآخر وكان المال نقداً فإن كان عروضاً لا رواية في الشركة إنما الرواية في المضاربة من أن الفسخ لا يصح وجعل الطحاوي الشركة كالمضاربة وظاهر المذهب صحة الفسخ فيها دون المضاربة .

ولم يترك مال الآخر فإن أذن كل وأدياً معاً ضمنا ولو متعاقباً ضمن الثاني وإن أذن أحد المتفاوضين بشراء أمة ليطأ ففعل فهي له بلا شيء.

وفي «الخلاصة» قال أحد: الشريكين لصاحبه أريد أن أشتري هذه الجارية لنفسي فسكت فاشتراها لا تكون له، ولو قال الوكيل ذلك فسكت فاشتراها تكون له وفرق بينهما بأن الوكيل يملك عزل نفسه إذا علم الموكل رضي أم سخط بخلاف الشريط فإن أحد الشريكين لا يملك فسخ الشركة إلا برضى صاحبه، قال في «الفتح»: وهذا غلط وقد صحح هو انفراده بالفسخ والمال عروض والتعليل الصحيح ما في «التجنيس» من أن أحدهما لا يملك تغيير موجبها إلا برضى صاحبه، وفي الرضى احتمال يعني: إذا كان ساكتاً والمراد بموجبها وقوع المشتري على اختصاص انتهى.

ولو حمل فرق «الخلاصة» على ما اختاره الطحاوي لكان أولى من نسبته الغلط إليه ووقف في «البحر» بأن المراد بالفسخ الفسخ في خاص وهو المشتري وهذا لا يكفي فيه العلم بخلاف رفع عقدها بالكلية انتهى وأنت خبير بأن تغيير موجبها لا يسمى فسحاً وإنكارها بالفسخ فإنه يكتفى فيه بالعلم وقوله: اعمل فسح حتى لو عمل الآخر كان ضامناً لقيمة نصيب شريكه، الثاني المجنون فإن مطبقاً انفسخت وما ربح بعد ذلك للعامل غير أنه يتصدق بربح مال المجنون كذا في «التتارخانية».

(ولم يترك) أحد الشريكين (مال الآخر) بلا إذن لأن الإذن بينهما إنما كان في التجارة والزكاة ليست منها (فإن أذن كل) أي: كل واحد منهما لصاحبه بأدائها عنه (وأدياً معاً ضمناً) أي: ضمن كل لصاحبه (ولو) أدياً أداء (متعاقباً ضمن الثاني) علم بأداء صاحبه أم لا عند الإمام، والأصح عندهما أنه لا يضمن مطلقاً وعلى هذا الوكيل بأدائها أو بأداء الكفارة لهما أنه مأمور بالأداء وقد أتى به وليس في وسعه إيقاعه زكاة أو كفارة لتعلقه بنية الأمر، وله أنه أتى بغير المأمورية إذ هو إسقاط الفرض عنه ولم يسقط به فصار بالدفع مخالفاً وهذا لأنه بأداء الأمر صار معزولاً عزلاً حكماً وفيه لا يشترط العلم كما مر.

ولو دفع إلى غيره دراهم ليقضي بها ديناً عليه ثم أدى الدافع الدين أو ذبح المأمور دم الإحصار بعد زواله قيل: على الخلاف أيضاً وقيل: عدم الضمان على الاتفاق، (وإن أذن أحد المتفاوضين) لشريكه (بشراء أمة ليطأ) أي: للوطء (ففعل) أي: اشتراها وأدى الثمن من الشركة (فهي له) أي: للمأذون له بالشراء (بلا شيء) يجب عليه لشريكه عند الإمام وقالوا: يرجع عليه بنصف ما أدى لأنه أدى ديناً عليه خاصة من مال مشترك كما في شراء الطعام والكسوة، وله أن الجارية دخلت في

الشراء على الشركة جرياً على موجب المفاوضة فكان كحال عدم الإذن ثم الإذن له بالوطاء يتضمن هبة نصيبه منه إذ لا يحل إلا في الملك ولا يمكن إثباته بالبيع لأنهما لا يملكان تغيير مقتضى العقد ولا من الشريك بعدم تعيين الثمن فكان هبة، وإن كان شائعاً بخلاف الطعام والكسوة لأن ذلك مستثنى من الشركة ضرورة وقوع الملك له خاصة وقد أدى الثمن من مال مشترك فيرجع بنصفه.

**خاتمة:** في اختلافهما من في يده المال لو جحد الشركة فالقول له لأن الآخر يدعي استحقاق ما في يده وهو منكر إلا أن يقيم البينة أنه بينهما مفاوضة، أو زادوا بأن ما في يده من شركتهما أو بينهما نصفان فيقضي للمدعي بنصفه.

ولو أقام ذو اليد بينة أنه ميراث قبلت عند محمد خلافاً لأبي يوسف ولو أقر من في يده المال بالمفاوضة ثم عين إنما في يده إرثاً أو هبة وبرهن على ذلك قبلت أي: اتفاقاً والفرق لأبي يوسف أن ذا اليد هنا مقر بالمفاوضة مدع للميراث ولا منافاة بينهما ولذا ثبت دعواه / وفي الأداء جاحد مدعى عليه وقد صار مقضياً عليه، [٣٠١/ب] وسيأتي في الدعوى ما يؤيد قول الثاني إن شاء تعالى ولو كان ذلك بعد موت أحدهما والمال في يد الحي فادعى الورثة بالمفاوضة ورهنوا على ذلك لم يقض بشيء حتى يقيموا البينة أنه كان في يده في حياة الميت أو أنه من شركتهما ولو كان المال في يد الورثة فأقام الحي بينة على المفاوضة وأقاموها على الإرث لم تقبل بينتهم ويقضى للحي بنصفه، وصحح شمس الأئمة أن هذا قولهم جميعاً.

ولو قالوا: مات جدنا وتركه ميراثاً لأبينا وبرهنوا على ذلك لم يقبل في قول أبي يوسف خلافاً لمحمد كذا في «الفتح» ملخصاً، لكن المذكور في «الظهيرية»: أنه لو ادعى ذو اليد بعد ما قضى عليه بالنصف شيئاً مما في يده إرثاً أو هبة أو صدقة من جهة غير المدعي فإن كان شهود مدعي المفاوضة شهدوا بها أو أن المال بينهما أو أنه في شركتهما لم تسمع دعواه وإن شهدوا أنه مفاوضة فقط قبلت عند محمد خلافاً لأبي يوسف والله الموفق للصواب.

## كتاب الوقف

هو حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة.....

### كتاب الوقف

مناسبتة بالشركة باعتبار أن المقصود بكل منهما الانتفاع بما يزيد على أصل المال إلا أنه في الشركة باق على ملك صاحبه وفي الوقف يخرج عنه عند الأكثر وهو والتحبيس والتسبيل بمعنى، وحبست أكثر استعمالاً، مصدر وفتت أقف حبست ومنه الموقف لحبس الناس فيه للحساب وأوقفت لغة رديئة حتى ادعى المازني أنها لم تعرف من كلام العرب

قال الجوهري: وليس في الكلام أوقفت إلا حرفاً واحداً أوقفت على الأمر الذي كنت عليه، ثم اشتهر في الموقوف فقيل هذه الدار وقف ولذا جمع على أوقاف وقد قال الشافعي رحمه الله تعالى: لم يحبس أهل الجاهلية فيما علمت وإنما حبس أهل الإسلام وفي وقف «المنية» الرباط أفضل من العتق ومعناه شرعاً عند الإمام ما أفاده بقوله: (وهو حبس العين على) حكم (ملك الواقف والتصدق بالمنفعة) زاد في «الفتح» وتبعه ابن الكمال ليكون التعريف جامعاً أو صرف منفعتها إلى من أحب لأن الوقف يصح لمن يحب من الأغنياء بلا قصد القرية وهو وإن كان لا بد في أخذه من القرية بشرط التأييد كالفقراء ومصالح المسجد لكنه يكون وقفاً قبل انقراض الأغنياء بلا تصدق ويمكن أن يجاب: بأن المراد التصدق ولو في الجملة ويدل عليه ما في «المحيط»، لو وقف على الأغنياء لم يجز لأنه ليس بقرية بخلاف ما لو جعل آخره للفقراء فإنه يكون قرية في الجملة انتهى، والأصح أنه جائز عنده إلا أنه غير لازم بمنزلة العارية.

وفي «الفتح»: إذا لم يزل ملكه عنده قبل الحكم فلفظ حبس لا معنى له لأن له التصرف فيه متى شاء فلم يحدث الواقف إلا مشيئة التصدق بالمنفعة وله أن يترك ذلك متى شاء وهذا القدر كان ثابتاً قبل الوقف بلا ذكر لفظ الوقف فلم يفد لفظ الوقف شيئاً وهذا معنى ما في «المبسوط» من قوله كان أبو حنيفة لا يجيز الوقف أي: لا يجيز الأحكام الذي ذكر غيره أنها أحكام الوقف وحينئذ فقوله من أخذ بظاهر هذا فقال: الوقف لا يجوز عنده صحيح لأنه ظهر أنه لم يثبت به قبل الحكم حكم لم يكن وإذا لم يكن له أثر زائد على ما كان قبله كان كالمعدوم.

ونظر فيه في «البحر» بأن سلب الفائدة مطلقاً غير صحيح لأنه يصح الحكم به

ويحل للفقير أن يأكل منه ويثاب ويتبع شرطه ويصح نصب المتولي عليه وقوله: فقول من أخذ بظاهر هذا اللفظ صحيح غير صحيح، لأنه ظاهره عدم الصحة أصلاً ولم يقل به أحد وإلا لزم أن لا يصح الحكم به، وعندهما هو حبس العين على حكم ملك لله تعالى وسببه كما في «الفتح»، إرادة محبوب النفس في الدنيا ببر الأحياء وفي الآخرة بالتقرب إلى رب الأرباب تعالى وتقدس، ومحل المال المتقوم وشرطه أهلية التبرع من كونه حراً مكلفاً وأن يكون منجزاً غير معلق لما أنه لا يصح تعليقه وأما إضافته فتصح كما في «جامع الفصولين» كقوله: وقفت داري غداً بخلاف إذا جاء غد وغير خاف أن التعليق بالكائن تنجيز فلو قال: إن كانت هذه الدار في ملكي فهي صدقة موقوفة فظهر أنها في ملكه وقت التكلم كانت وقفاً.

وفي «منية المفتي»: ضاع له شيء فقال: إن وجدته فله على أن أقف أرضي هذه فوجده فعليه أن يقف على من يجوز دفع الزكاة إليه، فإن وقف على من لا يجوز دفع الزكاة إليه صح الوقف ولا يخرج عن عهدة النذر انتهى. وفي «البزازية» تعليق كل ما لا / يحلف به لا يصح والوقف مما لا يحلف به فاندفع النذر لأنه مما يحلف به انتهى، وأن يكون محجوراً بسفه أو دين كذا أطلقه الخصاف.

قال في «الفتح»: وينبغي أنه لو وقف السفيه على نفسه ثم جهة لا تنقطع أنه يصح على قول أبي يوسف وهو الصحيح عند المحققين وعند الكل إذا حكم به حاكم ورده في «البحر» بأنه تبرع وهو ليس من أهله ويمكن أن يجاب عنه بأن عدم أهليته للتبرع يعني على غيره لا على نفسه كما هنا واستحقاق الغير له إنما هو بعد موته، ولو وقف بإذن القاضي على ولده صح عند البلخي خلافاً لأبي القاسم الصفار وإن لم يذكر معه اشتراط بيعه وصرف الثمن إلى حاجته، فإن قال: لم يصح الوقف في المختار كما في «البزازية» وأن لا يذكر فيه خيار شرط معلوماً كان أو مجهولاً عند محمد واختاره هلال.

وقال أبو يوسف: إن كان الوقت معلوماً جاز الوقف والشرط، وقال ابن خالد السمتي الشرط باطل فقط، وأن لا يكون مؤقتاً بشهر أو سنة، وفصل هلال بين أن يشترط رجوعها إليه بعد الوقت فيبطل وإلا فلا وظاهر «الخانية» اعتماده وأن يكون مملوكاً حتى لو غصب أرضاً فوقفها ثم اشتراها لا يكون وقفاً منه، أما لو أجازة المالك جاز وهذا هو وقف الفضولي.

وقالوا لوقف المريض المديون الذي أحاط الدين بماله نقض الوقف وبيع للدين أما الصحيح المديون كذلك فوقفه لازم لا ينقض إن كان قبل الحجر اتفاقاً كذا في

«الفتح» يعني حيث توفرت الشروط، وكذا الراهن لو وقف المرهون المسلم وكان معسراً أبطل القاضي الوقف وباعه فيما عليه كما في «الإسعاف»<sup>(١)</sup> ويتفرع على هذا الشرط عدم جواز وقف الإقطاعات إلا إذا كانت الأرض مواتاً أو ملكاً للإمام فأقطعها رجلاً، وأغلب أوقاف الأمراء بمصر إنما هي إقطاعات يجعلونها مشتراً صورة من وكيل بيت المال والله أعلم بحقائق الأحوال، وكذا عدم جواز وقف المرتد زمن رده إن قتل على ذلك أو مات لأن ملكه يزول بها زوالاً موقوفاً بخلاف المرتدة.

ولو ارتد المسلم بطل وقفه ذكره الخصاص، وأن يكون معلوماً حتى لو وقف شيئاً من أرضه ولم يسمعه لا يصح ولو بين بعد ذلك وكذا لو قال: وقفت هذه الأرض أو هذه، نعم لو وقف جميع حصته من هذه الأرض ولم يسم السهام جاز استحساناً ولو قال: وهو ثلث جميع الدار فإذا هو النصف كان الكل وقفاً كما في «الخانية» وبقي من الشروط أن يكون المحل قابلاً وهو كونه عقاراً أو منقولاً تبعاً ولو مستقلاً فعن الثاني أنه لا يجوز والصحيح ما عن محمد وهو جواز ما جرى فيه التعارف كالمصاحف والكتب ونحوها وذكر الناطفي عن زفر جواز وقف الدراهم والطعام والمكيل والموزون قيل له: كيف يصنع بالدراهم؟ قال: يدفعها مضاربة وكذلك ببيع المكيل والموزون بالدراهم والدنانير ويدفعها مضاربة ويتصدق بالفضل.

قيل: فعلى هذا ينبغي أن يجوز إذا قال وقفت هذا الكر على أن يقرض لمن لا بذر له من الفقراء فيدفع إليهم للبذر فإذا حصدوا أخذ ودفع لغيرهم كذا في «الإسعاف» ومقتضى ما مر عن محمد عدم جواز ذلك في الأقطار المصرية لعدم تعارفه بالكلية نعم وقف الدراهم أو الدنانير تعورف في الديار الرومية، ومن المنقول البناء وقد ذكر البقالي اختلافاً في جواز وقفه بدون الأرض وعن محمد أن وقفه في أرض الوقف على الجهة التي وقفت عليها الأرض جائز، وذكر الخصاص أن وقف حوائت الأوقاف يجوز إن كانت الأرض بإجارة في أيدي الذين بنوها لا يخرجهم السلطان عنها انتهى، وبه عرف جواز وقف البناء على الأرض المحتكرة، وفي «منية المفتي» حانوت لرجل في أرض وقف فأبى صاحبه أن يستأجر الأرض بأجر المثل فإن كانت العمارة لو رفعت يستأجر بأكثر مما يستأجره فإنه يؤمر برفع العمارة وإلا ترك في يده بذلك الأجر انتهى، وبه عرف حكم الزيادة في الأرض المحتكرة، ومن

(١) واسمه الإسعاف في أحكام الأوقاف، للشيخ برهان الدين، إبراهيم بن موسى الطرابلسي الحنفي، المتوفى سنة (٩٢٢هـ). اهـ. كشف الظنون (١/٨٥).

## والمملك يزول بالقضاء.....

الشروط أيضاً أن يكون قربة في ذاته وعند المتصرف فلا يصح وقف المسلم والذمي على البيعة أو على فقراء أهل الحرب بخلاف الوقف على فقراء أهل الذمة وفي فقراء المجوسي خلاف حكاها في «القنية».

واختلف الشبخان في اشتراط كونه مفرزاً مسلماً مذكوراً فيه التأيد أو ما يقوم مقامه خالياً عن اشتراط الواقف الانتفاع بشيء منه قال محمد: لا بد من ذلك، وقال أبو يوسف: لا يشترط شيء من ذلك، / واجتمعوا على اشتراط التأيد المعنوي نص [٣٥١/ب] على ذلك المحققون، وركنه الألفاظ الخاصة كأرضي هذه صدقة موقوفة مؤبدة على المساكين ولا خلاف في ثبوته بهذا حيث توفرت الشروط وفي قوله موقوفة فقط لا يصح إلا على قول الثاني ورده هلال بأن الوقف يكون على الغني أيضاً ولم يعين فبطل.

لكن قال الشهيد: مشايخ بلخ يفتون بقول أبي يوسف ونحن نفتي به أيضاً للعرف فيه اندفع الرد فإن العرف إذا كان يصرفه للفقراء كان كالتنصيب عليهم كما لو قال: وقفت على الفقراء بخلاف محبوسة أو حبس ولو كان في حبسه مثل هذا يجب أن يكون كموقوفة، ولو قال: للسبيل إن تعارفوه وقفاً مؤبداً كان كذلك وإلا سئل فإن قال: أردت الوقف صار وقفاً لأنه محتمل لفظه أو معنى صدقة كان نذراً يتصدق بها أو بثمانها، ولو لم ينبو كانت ميراثاً ذكره في «النوازل» وفيها لو قال: جعلتها وقفاً إن تعارفوه كانت وقفاً وإلا سئل فإن أراد الوقف فهو وقف أو الصدقة فهو نذر وهذا عند عدم النية لأنه أدنى فإثباته به عند الاحتمال أولى ولم يذكر في هذا أنها تكون ميراثاً، ولو قال: هي صدقة أو تصدقت بأرضي هذه على المساكين لا تكون وقفاً بل نذراً وحكمه من ولو زاد موقوفة كانت وقفاً لانتفاء احتمال النذر بموقوفه وكذلك حبس صدقة أو صدقة محرمة قيل ومحرمه بمنزلة وقف وهي معروفة عند أهل الحجاز، ولو قال: موقوفة لله تعالى كان كقوله صدقة موقوفة، وفي «الإسعاف»: لو قال: موقوفة على وجه الخير أو البر كانت وقفاً على المساكين.

واعلم أن الوقف قد يكون لازماً وهو المنذور كإن قدم ولدي فله علي أن أقف هذه الدار فقدم فإن وقفها على من لا يجوز دفع الزكاة إليهم جاز في الحكم وبقي نذره وإن على غيرهم سقط وصح النذر به لأن من جنسه واجباً وهو أنه يجب على الإمام أن يتخذ للمسلمين مسجداً من بيت المال أو من مالهم إن لم يكن بيت مال ولا يكون قربة إلا بالنية من الأهل وإلا فإن كان مباحاً وبهذا عرف صفته وحكمه ما مر في تعريفه، (والمملك) أي: ملك العين الموقوفة (يزول) عن ملك الواقف (بالقضاء)

لا إلى مالك ولا يتم حتى يقبض.....

وطريقه أنه يسلمه إلى المتولي ثم يظهر الرجوع فيخاصمه إلى القاضي فيقبض بلزومه فينفذ لأنه قضاء في فصل مجتهد فيه كذا قالوا، والظاهر أن هذا لا يتعين طريقاً على قول أبي يوسف بل لو باعه فشهدوا عليه بالوقفية فحكم بلزومه نفذ وهذا لأن الدعوى فيه غير شرط على الصحيح لأن حكمه التصديق بالغلة وهو حق الله تعالى .

ولذا قلنا: حتى لو لم يكن له بينة لا يحلف المدعي عليه لعدم صحة الدعوى كذا في «السراج» و«المنية» وليس القضاء به قضاء على الكافة بخلاف العتق حتى لو ادعى إنسان الملك فيه بعد القضاء قبلت بينته ولا تقبل في العتق كذا في «الخلاصة» قيد بالقضاء، لأن حكم المحكم لا يرفع الخلاف في الأصح وللقاضي إبطاله وعلى هذا فما في «الإسعاف» من أن الواقف لو كان مجتهداً يرى لزوم الوقف فأمضى رأيه فيه وعزم على زوال ملكه عنه أو مقلداً فسئل فأفتى بالجواز فقبله وعزم على ذلك لزم الوقف ولا يصح الرجوع فيه وإن تبدل رأي المجتهد أو أفتى المقلد بعدم اللزوم بعد ذلك لظاهر ضعفه وأفاد أنه لو علقه بموته كما إذا مت فقد وقفت داري على كذا أن ملكه لا يزول به .

قال في «الهداية»: وهو الصحيح إلا أنه تصدق بمنافعه مؤبداً فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبداً فيلزمه انتهى وإنما كان هذا هو الصحيح لما يلزم على مقابله من جواز تعليق الوقف وهو لا يقبل التعليق بخلاف ما لو قال: إذا مت فاجعلوها وقفاً فإنه يجوز لأنه تعليق التوكيل لا تعليق الوقف لنفسه، وفي «الشرح» علق الوقف بموته ثم مات صح ولزم إذا خرج من الثلث لأن الوصية بالمعدوم جائزة كالوصية بالمنافع ويكون ملك الميت باقياً حكماً يتصدق منه دائماً وإن لم يخرج من الثلث يجوز بقدر الثلث ويبقى الباقي إلى أن يظهر له مال أو يجيز الورثة فإن لم يظهر أو هم لم يجيزوا قسمت الغلة بينهما / أثلاثاً ثلثه للوقف وثلثاه للورثة وفي «الهداية» وقف في مرض موته. [1/٣٥٢]

قال الطحاوي: هو بمنزلة الوصية بعد الموت والصحيح أنه لا يلزم عند أبي حنيفة وعندهما يلزم إلا أنه يعتبر من الثلث والوقف في الصحة من جميع المال وباقي تفاريع وقف المريض مذكور في «الإسعاف» والخصاف وأودعنا شيئاً من ذلك في كتابنا «إجابة السائل باختصار أنفع الوسائل» (ولا يتم الوقف حتى يقبض) شروع في شروطه الخاصة عند محمد وقد علمت أنها أربعة فإن قلت: هذا مناف لقوله أولاً والملك يزول بالقضاء إذ مفاده أنه يزول بغيره ولو توفرت هذه الشروط كلها قلت: الأولى أن يحمل ما قاله أولاً على بيان مسألة إجماعية هي أن الملك بالقضاء يزول أما

ويفرز ويجعل آخره لجهة لا تنقطع.....

إذا خلا عن القضاء فلا يزول إلا بعد هذه الشروط عند محمد واختاره المصنف تبعاً لعامة المشايخ وعليه الفتوى .

وكثير من المشايخ اختاروا قول أبي يوسف وقالوا: إن عليه الفتوى ولم يرجح أحد قول الإمام وبهذا التقرير اندفع ما في «البحر» كيف مشى أولاً على قول الإمام وثانياً على قول غيره وهذا مما لا ينبغي يعني في المتون الموضوعة للتعليم ولم يقل: للمتولي لأن تسليم كل شيء عنده بما يليق به كما سيأتي في آخر الكتاب وأثر الخلاف يظهر فيما لو عزل الواقف القيم لا ينعزل ولو تولاه بنفسه ليس له ذلك، أو مات وأوصى كانت الولاية للقيم لا للوصي عند محمد خلافاً لأبي يوسف (ويفرز) فلا يجوز وقف المشاع وهذا الشرط وإن كان مفرعاً على اشتراط القبض لأن القسمة من تمامه إلا أنه نص عليه إيضاحاً، وأبو يوسف لما لم يشترط التسليم أجاز وقف المشاع والخلاف فيما يقبل القسمة أما ما لا يقبلها كالحمام والبئر والرحى فيجوز اتفاقاً إلا في المسجد والمقبرة لأن بقاء الشركة يمنع الخلوص لله .

ولا خلاف أيضاً أن الأرض لو كانت بين رجلين فوقها على بعض الوجوه ودفعها إلى وال يقوم عليها جاز لوجود القبض من الوالي في الكل جملة واحدة، ولو استحق جزء غير معين بطل الوقف في الباقي عند محمد بخلاف ما لو رجع الواهب في البعض لأن الشيوخ طارئ، (ويجعل آخره لجهة) أي: جهة قرابة (لا تنقطع) بيان لاشتراط التأبيد فيه وقد قيل: إنه شرط إجماعاً غير أنه عند الثاني لا يشترط ذكره لأن لفظة الوقف والصدقة منبئة عنه حتى لو وقف على ولده وولد ولده ونسلهم أبداً يصح عنده فإذا انقروا كانت للفقراء .

قال في «الهداية»: وهو الصحيح وعند محمد يشترط ذكره فلا يصح وقدمنا أن التأبيد معنى شرط اتفاقاً كما نص عليه المحققون ولو وقف على نسل زيد إن ذكر جماعة بأعيانهم لا يصح عند أبي يوسف أيضاً لأن تعيين الموقوف عليه يمنع إرادة غيره بخلاف ما إذا لم يعين لجعله إياه وقفاً على الفقراء إلا أن يرى أنه فرق بين قوله: أرضي هذه موقوفة وبين قوله: موقوفة على ولدي فصحيح الأول دون الثاني لأن مطلق قوله موقوفة ينصرف إلى الفقراء عرفاً فإذا ذكر الولد صار مقيداً فلا يفيد العرف كذا في «الإسعاف» .

وإذا عرف هذا فما في «الأجناس» عن الثاني لو وقف على رجل بعينه فإذا مات رجع الوقف إلى ورثة الواقف وعليه الفتوى علله في «المبسوط» بأن اشتراط العود إلى ورثة الواقف عند زوال حاجة الموقوف عليه لا يفوت موجب العقد عنده فأما عند

وصح وقف العقار ببقره وأكرته.....

محمد التأييد شرط فاشترط عوده يبطل هذا الشرط فيكون مبطلاً للوقف إلا أن يجعل ذلك وصية بعد موته، على أن التأييد ليس بشرط رواية عنه ضعيفة كما قد علمته والله الموفق.

(وصح وقف العقار) وهو الأرض مبنية أو غير مبنية ويدخل البناء تبعاً كذا في «الفتح»، وفي «القاموس»: العقار الضيعة وهو المناسب لقوله: (ببقره وأكرته) بفتح الهمة والكاف عبيده الحراثون كذا في «الفتح» وقيل الأكار الزراع وهو قريب من الثاني وتدخل الأشجار في وقف الأرض وكذا الشرب والطريق استحساناً دون الثمرة القائمة وقته وإن لم تؤكل كالرياحين ولو قال: بحقوقها وجميع ما فيها ومنها إلا أنه يلزمه التصديق بها على وجه النذر استحساناً، ولا يدخل الزرع إلا ما كان له أصل لا يقطع في سنة والحاصل أن كل شجرة تقطع غير داخله وما لا يقطع في سنة تدخل فيدخل أصول الباذنجان وقصب السكر ويدخل في وقف الحمام القدر وملقى سرقينه ورماده ولا يدخل مسيل ما في / الأرض المملوكة أو طريقة كذا في «الفتح»، وفي «منية المفتي»: جعل أرضه مقبرة وفيها أشجار فلورثته أن يقطعوا الأشجار انتهى، قال في «الفتح»: جعلت غلة كرمي وقفاً صار الكرم مع الغلة وقفاً.

## فرع

إذا كانت الدار مشهورة معروفة صح دفعها وإن لم تحدد استغناء بشهرتها عن تحديدها وهو ظاهر في أنها لو لم تكن مشهورة فلا بد من تحديدها، وفي «منية المفتي» وقف ضيعة يذكر حدود المستثنيات من المقابر والطرق والمساجد والحياض العامة ثم رقم لا بد من ذكر حدودها ثم رقم إن أمكن ثم رقم بأنه لا يصح بدون التحديد.

وفي «الخلاصة» شهدا أنه وقف أرضه ولم يحددها لنا ولكننا لا نعرف أرضه لا تقبل شهادتهما ولو قالوا: لا نعرف له غيرها لعل له أرضاً أخرى لا يعلمان بها وفي قوله وأكرته إيماء إلى أن العبيد لا يصح وقفهم إلا تبعاً للعقار وإليه يشير قول صاحب «الهداية» لأنه تبع للأرض في تحصيلها ما هو المقصود فأفاد أنه لو وقف داراً وفيها عبد وجعل العبد تبعاً لها لا يصح وفي «الخلاصة» يجوز وقف الغلمان والجواري على مصالح الرباط وإذا صح الوقف كان حكمه حكم الرقيق من أنه لا يجوز بلا إذن.

وظاهر قوله في «البيزانية» لو زوج الحاكم جارية الوقف جاز وعبده لا يجوز ولو من أمة الوقف لأنه يلزمه المهر والنفقة يريد أن المتولي ليس له ذلك بالأولى، وأما

ومشاع قضى بجوازه ومنقول فيه تعامل.....

الأمة فالظاهر أنه لا يملكه إلا بإذن الحاكم، ولو جنى فعلى المتولي اختيار الأصلح من الدفع أو الفداء ولو فداه بأكثر من أرش الجناية كان متطوعاً في الزائد، وفي «البرزازية»: جناية عبد الوقف في مال الوقف ولو قتل عمداً لا قصاص فيه انتهى بل يجب قيمته يشتري بها المتولي عبداً يصير وقفاً كما لو قتل خطأ ونفقته في مال الوقف وإن لم يشترطها الواقف، ولو مرض إلا إذا قال لعملتهم فيها فلا يعطى المريض، ولو باع العاجز واشترى بثمنه عبداً مكانه جاز كذا في «الإسعاف».

## فرع

وقف عقاراً على مسجد ومدرسة هياً مكاناً لبنائها قبل أن يبنيتها اختلف المتأخرون والصحيح الجواز وتصرف غلتها إلى الفقراء إلى أن يبنى فإذا بنيت ردت إليها الغلة أخذاً من الوقف على أولاد فلان ولا أولاد له حكموا بصحته وتصرف غلته إلى الفقراء إلى أن يولد لفلان كذا في «الفتح» وينبغي أنه لو وقفه على مدرسة يدرس فيها المدرس مع طلبته فدرس في غيرها لتعذر التدريس فيها أن تصرف العلوقة له دون الفقراء كما هو الواقع في الديار الرومية، (و) صح وقف (مشاع قضى بجوازه) لأنه قضى في فصل مجتهد فيه ولو كان حنفياً اعتمد قول أبو يوسف لما علمت من ترجيحه وقد قالوا: إذا كان في المسألة قولان مرجحان جاز القضاء والإفتاء بأحدهما.

(و) صح أيضاً وقف (منقول فيه تعامل) للناس خصه لأنه محل الخلاف. اعلم أن وقف المنقول تبعاً جائز وقد مر ومقصوداً كالكرع والسلاح أي الخيل ويدخل في حكمه الإبل لأن العرب يجاهدون عليها وكذا السلاح يحمل عليها كذا في «الهداية»، وفي «المجتبى» المراد به الخيل والحمير والبغال والإبل والثيران التي يحمل عليها والمراد من السلاح ما يستعمل في الحرب ويكون معداً للقتال وما في «الهداية» أولى لقولهم: لا خلاف بين الشيخين في جواز وقف هذين للآثار المشهورة في ذلك والقياس أن لا يجوز لانتفاء التابيد والأخبار إنما وردت في آلة الجهاد ولا خفاء أن ما عدا الخيل والإبل ليس آلة له عادة وأما ما فيه تعامل فعن محمد جوازه أيضاً كالفأس والمر والقدم والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف لأن القياس قد يترك بالتعامل أيضاً كما في الاستصناع وعليه عامة فقهاء الأمصار وقد مر أنه الصحيح، وبه عرف أن وقف الحمير والبغال والثيران لا يجوز إذ لا أثر في ذلك ولا تعامل واختلفوا في وقف الكتب والفتوى على جوازه كما في «الخشانية».

وفي «الخلاصة»: وقف مصحفاً على أهل مسجد لقراءة القرآن إن كانوا يحصون جاز وإن وقف على المسجد جاز ويقرأ في ذلك الموضع، وذكر في موضع آخر لا

يكون مقصوراً على هذا المسجد، وبهذا عرف حكم نقل كتب الأوقاف من محالها للانتفاع بها والفقهاء بذلك مبتلون فإن كان الواقف وقفها على المستحقين في وقفه لا يجوز نقلها ولا سيما إذا كان الناقل ليس منهم وإن على طلبة العلم وجعل مقرها في خزائنه التي في مكان كذا ففي جواز النقل تردد.

وفي «الغنية»: سبّل / مصحفاً في مسجد بعينه للقراءة ليس له بعد ذلك أن يدفعه إلى آخر من غير أهل تلك المحلة للقراءة يوافق الأول لا ما ذكر في موضع آخر هذا ما ظهر بعد الفحص عن المسألة. [١/٣٥٣]

قال في «الفتح»: وقد زاد بعض المشايخ أشياء من المنقول على ما قاله محمد لما رأوا من جريان التعامل فيها ففي «الخلاصة» وقف بقرة على أن ما يخرج من لبنها وسمنها لأبناء السبيل قال: إن كان ذلك في موضع غلب ذلك في أوقافهم رجوت أن يكون جائزاً وقد منا وقف الدراهم والمكيل والموزون ومن الفروع وقف المنقول وقف داراً فيها حمامات يخرجن ويرجعن يدخل في وقفه الحمامات الأهلية وقال الفقيه: وهو كوقف الضيعة مع الثيران، وفي «البرزانية» وقف الأكسية على الفقراء جائز وتدفع إلى الفقراء في الشتاء ثم يردونها إلى المتولي بعد الشتاء.

قال في «البحر»: ولم أر من صرح بحكم وقف السفينة ولا شك في دخولها تحت المنقول الذي لا تعامل فيه وقد وقعت حادثة هي أن المستأجر للدار الموقوفة المشتملة على الأشجار المثمرة هل له أن يأكل من أثمارها إذا لم يعلم شرط الواقف فيها؟ والظاهر أنه إذا لم يعلم شرط الواقف ليس له الأكل وإنما يبيعها المتولي ويصرفها في مصالح الواقف وقد يستأنس لذلك بما في «الحاوي» وما غرس في المساجد من الأشجار المثمرة إن غرس للسبيل وهو وقف العامة كان لكل من دخل المسجد من المسلمين أن يأكل منها وإن غرس للمسجد لا يجوز وصرّفها إلى مصالح المسجد الأهم فالأهم كسائر الموقوف وكذا إن لم يعلم غرض الغارس انتهى.

## فـرـع

مهم من حوادث الفتاوى: له دار كبيرة فيها بيوت وقف بيتاً منها على عتيقه فلان والباقي على أولاده وذريته ونسله وعقبه ثم على عتقائه، قال: الوقف بعد الأولاد إلى العتقاء هل يدخل من خصه بالبيت في الثاني أم لا؟ حكم بعض الموالى بعدم دخوله تمسكاً بما في «هلال» وقف أرضه وجعل غلتها نصفين النصف منها للفقراء والمساكين والنصف الآخر لقرابته فاحتاج فقراء قرابته لأن الذي سماه لهم لا يكفيهم

## ولا يملك الوقف

أنعطيهم مما جعله للفقراء؟ قال: لا لأن الواقف سمي لهم شيئاً معلوماً فلا أزيد عليه وكذلك لو جعل النصف من الغلة لولده والآخر للفقراء فاحتاج ولده لعدم كفاية النصف له لا يعطى من نصف الفقراء وهكذا ذكر الناصحي وحكم المولى الثاني بعده بدخوله تمسكاً بما في «الذخيرة» و«المحيط البرهاني».

لو جعل نصف غلة أرضه لفقراء قرابته والنصف الآخر للمساكين واحتاج فقراء قرابته هل يعطون من نصف المساكين قال هلال: لا وهو قول ابن خالد الشمني وقال إبراهيم بن يوسف وعلي بن أحمد الفارسي وأبو جعفر الهندواني: يعطون في «الخانية» أوصى لرجل بمال وللفقراء بمال والموصى له محتاج هل يعطى له من نصيب الفقراء اختلفوا قال محمد بن مقاتل وخلف بن شداد: يعطى وقال إبراهيم النخعي والحسن بن زياد: لا يعطى والأول أصح انتهى.

وهذا ملخص رسالة كبيرة لمولانا قاضي القضاة علي چلبلي وضعها حين نقض حكم مولانا محمد شاه بادرنه وكل منهما رد على صاحبه وقد علمت ما هو المعتمد فاعتمده والله الموفق، (ولا يملك الوقف) بعد ما صح بإجماع الفقهاء فلا يباع ولا يوهب ولا يرهن فلو سكنه المرتهن قال بعضهم عليه أجرة المثل وإن لم تكن الدار معتدة للاستغلال وكذا لو سكنه المشتري من المتولي فجاء الثاني وادعى به على المشتري وأبطل القاضي البيع وسلم الدار إلى الثاني كان عليه أجر المثل كذا في «الخانية» وفي «القنية» سكنها ثم بان أنها وقف أو لصغير يجب أجر المثل انتهى.

ولو هدم المشتري البناء فإن شاء القاضي ضمن البائع قيمته أو المشتري فإن ضمن البائع نفذ البيع لا إن ضمن المشتري غير أن المشتري يملك البناء بالضممان ويكون الضمان للوقف لا للموقوف عليهم كذا في «المحيط» وما في «الخلاصة» احتاج الواقف إلى الوقف يرفع الأمر إلى القاضي حتى يفسخ إن لم يكن مسجلاً وفي «القنية» وقف قديم لا تعرف صحته ولا فساده باعه الموقوف عليه لضرورة وقضى القاضي بصحة البيع ينفذ.

قال في «البحر»: محمول على وقف لم يحكم بصحته ولزومه بدليل قوله: لم يكن مسجلاً أي: محكوماً به ومع ذلك الحمل فهو على قول الإمام المرجوح وعلى قولهما المفتى به لا يجوز بيعه قبل الحكم بلزومه ولو قضى بذلك قاضٍ حنفي كان باطلاً، وما أفتى به قارئ «الهداية» من صحة الحكم ببيعه قبل الحكم بوقفه فمحمول على أن القاضي مجتهد أو سهواً.

واعلم أن هذا الإطلاق يفيد منع الاستبدال مطلقاً حيث لم يكن ثمة شرط

ويوافق ما في « الخانية » لو كان الوقف مرسلًا لم يذكر فيه شرط الاستبدال لم يكن له أن يبيعه ويستبدل بها وإن كانت أرض الوقف سبخة لا ينتفع بها وفي « الخلاصة » قيم خاف من السلطان أو من وارث يغلب على أرض وقف يبيعه ويتصرف بثمنها .

قال الشهيد : والفتوى على أنه لا يبيع ويوافق هذا قول السرخسي بعد ما ذكر مسألة ، وبهذا تبين خطأ من يجوز الاستبدال وقد كان ظهير الدين يفتي بجوازه ثم رجع ونقل صدر الشريعة أن أبا يوسف يجوز الاستبدال بغير شرط إذا ضعفت الأرض عن الربيع ونحن لا نفتي به ، وقد رأينا فيه من الفساد ما لا يعد ولا يحصى فإن ظلمة القضاة جعلوه حيلة إلى إبطال أوقاف المسلمين وفعلوا ما فعلوا .

وفي « فتح القدير » الاستبدال إن كان لا عن شرط فإن كان لخروج الوقف عن ارتفاع الموقوف عليهم به فينبغي أن لا يختلف فيه كالصورتين المذكورتين لقاضي خان يعني ما لو غصب أرض الوقف غاصب وأجرى عليها الماء حتى صارت بحرًا لا تصلح للزراعة يضمن قيمتها ويشتري به أرض أخرى فتكون وقفًا مكانها والثانية أرض الوقف إذا قل نزلها بحيث لا تحتمل الزراعة ولا تفضل غلتها عن مونتها ويكون صلاح الوقف في الاستبدال بأرض أخرى وإن كان لا لذلك بل اتفق إن أمكن أن يؤخذ بثمن الوقف ما هو خير منه مع كونه منتفعًا به فينبغي أن لا يجوز لأن الواجب إبقاء الوقف على ما كان عليه دون زيادة أخرى ولعل محل ما في « السير الكبير » من أن استبدال الوقف باطل هذا الاستبدال انتهى ، وهذا مما ينبغي اعتماده .

وشرط في « الإسعاف » أن يكون المستبدل قاضي الجنة المفسر بذى العلم والعمل زاد في « البحر » أن يكون البدل عقارًا لا درهم ودنانير لما في فتاوى قارئ « الهداية » حين سئل عن صورة الاستبدال وهل هو قول أبي حنيفة وأصحابه؟ فقال : إذا تعين بأن كان الموقوف لا ينتفع به وثم من يرغب فيه ويعطي بدله أرضاً أو داراً لها ربيع يعود نفعه إلى جهة الوقف فالاستبدال في هذه الصورة قول أبي يوسف ومحمد وإن كان للوقف ربيع ولكن يرغب إنسان في استبداله إن أعطى مكانه بدلاً أكثر ريعاً منه وفي صقع أحسن من صقع الوقف جاز عند القاضي أبو يوسف والعمل عليه وإلا فلا انتهى ، ورأيت بعض الموالى يميل إلى هذا ويعتمده وأنت خبير بأن المستبدل إذا كان هو قاضي الجنة فالنفس به مطمئنة ولا يخشى الضياع معه ولو بالدرهم والدنانير والله الموفق . وقد أوضحنا المسألة بأكثر من هذا في كتابنا « إجابة السائل باختصار أنفع الوسائل » فعليك به مستغفراً لمؤلفه هذا ولو اشترى هذا المتولي من غلة الوقف مستقلاً كان له بيعه في الصحيح كما في « الخانية » .

ولا يقسم وإن وقف على أولاده ويبدأ من غلته بعمارته بلا شرط.....

وأفاد في «القنية» أنه لا يملك الشراء إلا بإذن القاضي (ولا يقسم) أي: الموقوف بين مستحقه (وإن وقفه على أولاده) لأن حقهم إنما هو في الغلة لا في العين وهذا بالإجماع كما نقله غير واحد، وقد أفصح عن هذا في «القنية» حيث قال: ضيعة موقوفة على الموالي فلهم قسمتها قسمة حفظ وعمارة لا قسمة تملك وعلى هذا تفرع ما في الخصاف وقف داره على سكنى قوم بأعيانهم أو على ولده ونسله ما تناسلوا فإن انقضوا تكرر وتوضع غلتها للمساكين ليس لأحدهم إجارتها ولو زادت على قدر حاجة سكناه وله الإعارة لا غير، ولو كانت الأولاد ذكورا وإناثا وفي الدار مقاصير كان له أن يسكن بزوجته وهي بزوجها وإن لم يكن فيها ذلك لا يستقيم أن يقسم ولا أن تقع فيها مهياة، وبهذا يعرف أنه لو سكن بعضهم فلم يجد آخر موضعاً يكفيه لا يستوجب الآخر أجره حصته على صاحبه بل إن أحب أن يسكن معه في بقعة من تلك الدار بلا زوجة أو زوج فعل وإلا تركه المتضيق.

وفي «القنية»: أحد الشريكين إذا استعمل الوقف كله بالغلبة بدون إذن الآخر فعليه أجر حصة الشريك سواء كانت وقفاً على سكناهما أو للاستغلال / وفي الملك [١/٣٥٤] المشترك لا يلزم للآخر على الشريك إذا استعمله كله وإن كان معداً للأجرة وليس للشريك الذي لم يستعمل الوقف أن يقول للآخر أنا أستعمله بقدر ما استعملته لأن المهياة إنما تكون بعدم الخصومة.

قال في «البحر»: فعلى هذا قول الخصاف لا يستوجب الآخر أجره معناه قبل السكنى لو طلب أن يجعل عليه شيئاً أما بعد السكنى فالإجارة واجبة، وعندني أن هذا سهو لاختلاف الموضوع وذلك أن ما في «القنية» فيما استعمله بالغلبة وفي «الخصاف» فيما إذا لم يجد الآخر موضعاً يكفيه فتدبره.

في «الإسعاف»: لو قسمه الواقف بين أربابه ليزرع كل واحد منهم نصيبه ويكون المزروع له دون شركائه توقف على رضاهم، ولو فعل أهل الوقف ذلك فيما بينهم جاز ولمن أتى منهم بعد ذلك إبطاله (ويبدأ من غلته بعمارته بلا شرط) لثبوت اقتضاء ذلك لأن قصده صرف الغلة أبداً ولا يبقى ذلك إلا بالعمارة، قيد بغلته لأنه لو لم يكن له غلة فإن كان الوقف على قوم لا يحصون لا يؤاخذون بها لعدم تعيينهم وإن كان على رجل بعينه أو رجال وبعده للفقراء فهي في ماله ما دام حياً، فإذا مات فمن الغلة، ثم العمارة المستحقة عليهم إنما هي بقدر ما يبقى من الموقوف بها على الصفة التي عليها فأما الزيادة فليست بمستحقة فلا تصرف في العمارة إلا برضاه، ولو كان الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض وعند آخرين تجوز الزيادة والأول أصح.

ولو داراً فعمارته على من له السكنى.....

في «الخانية» احتاج الوقف إلى العمارة وثم وجه من وجوه البر لو صرفت الغلة إلى المرمة يفوت إن كان في تأخير المرمة إلى الغلة الثانية ضرر بين صرف الغلة إليها وإلا فيألى ذلك البر كفك الأسارى وإعانة الغازي المنقطع انتهى.

وفي «الذخيرة» لو فرق القيم الغلة على المساكين ولم يمك للخراج شيئاً فإنه يضمن حصة الخراج لأن مقدار الخراج وما يحتاج إليه الوقف من العمارة والمونة مستثنى عن حق الشراء، فإذا دفع إليهم ذلك ضمن، قال في «البحر»: وينبغي أنه لا رجوع له لأنه ملكه بالضمان فتبين أنه دفع من مال نفقته كمودع الابن إذا أنفق على الأبوين بغير إذن مالك أو حاكم انتهى.

وأقول: فيه نظر بل ما دام المدفوع قائماً في يده له الرجوع لا ما إذا هلك إذ قصارى الأمر أنه هبة وفيها له الرجوع ما دامت العين قائمة بالتراضي أو بقضاء القاضي إلا لمانع فتدبره. وفي «الفتح» وتقطع الجهات الموقوفة عليها للعمارة إن لم يخف ضرر بين فإن خيف قدم وأما الناظر فإن كان المشروط له من الواقف فهو كأحد المستحقين فيقطع أيضاً إلا أن يعمل فيأخذ قدر أجرته وأفاد في «البحر» أن مما يخاف بقطعه الضرر البين الإمام والخطيب فيعطيان المشروط لهما أما المباشر والشاد إذا عملا زمن العمارة فإنما يستحقان بقدر أجرة عملهما لا المشروط.

وأقول: الظاهر أن الإمام والخطيب ليسا قيماً بل المؤذن والوقاد والفراش والملاء كذلك ثم الذي ينبغي أن يراد بالضرر البين الخطيب فقط بشرط أن يتحد في البلد كمكة والمدينة ولم يوجد من يخطب حبسه بإذن الإمام أو نائبه والله الموفق. هذا وأما من يقدم من المستحقين بعد العمارة على غيره فقد بينه في «الحاوي القدسي» حيث قال ما لفظه: والذي يبدأ به من ارتفاع الوقف عمارته شرط الواقف ذلك أم لا ثم ما هو أقرب للعمارة وأعم للمصلحة كالإمام للمسجد والمدرس للمدرسة يصرف إليهم بقدر كفايتهم ثم السراج والبساط هذا إذا لم يكن معيناً فإن كان معيناً على شيء يصرف إليه بعد عمارة البناء ويدخل في الإمام الخطيب لأنه إمام الجمعة وينبغي أن يلحق بهؤلاء المؤذن والميقاتي والناظر وكذلك الشاد والكاتب والجابي زمن العمارة كذا في «الأشبه» وهذا مخالف لمنقول كلامهم كما مر بل الناظر وغيره زمن العمارة إذا عمل كان له أجر مثله كما جرى عليه في «البحر» وهو الحق بقي أن ظاهر ما في «الحاوي» تقديم من ذكر.

ولو شرط الواقف الاستواء عند الضيق، ونازعه بعض الموالي بقول «الحاوي» هذا إذا لم يكن معيناً (ولو) كان الموقوف (داراً فعمارته على من له السكنى) واحداً

ولو أبى أو عجز عمر الحاكم بأجرتها.....

كان أو متعدداً كما علمت لأن الخراج بالضمان وصار كنفقة العبد الموصى بخدمته .  
وفي «القنية» بنى واحد من أولاد الموقوف عليهم بعض الدار الموقوفة وطين  
البعض وجصص البعض فطلب الآخر منه حصته ليسكن فيها فمنعه منها حتى يدفع  
إليه حصة ما أنفق فيها ليس / له ذلك والتطيين والجص صار تبعاً للوقف وكلام  
المصنف كغيره يعطي أن من له الاستغلال لا عمارة عليه لأنه ليس له السكنى  
بخلاف من له السكنى .

ولذا قال في «الفتح»: وليس للموقوف عليهم الدار سكنها بل الاستغلال كما  
أنه ليس للموقوف عليهم السكنى الاستغلال انتهى، ولو سكن الموقوف عليه الدار  
هل يجب عليه الأجرة؟ .

قال في «البحر»: لم أره والذي يظهر أنها إذا احتاجت الترميم وجب فيأخذها  
المتولي ليعمر بها وإلا فلا لعدم الفائدة، أقول: ولو كان الموقوف عليه متولياً فينبغي  
أن يجبره القاضي على عمارتها مما وجب عليه من الأجر فإن لم يفعل نصب متولياً  
يعمرها، وفي «التارخانية» لو كان الواقف حين شرط الغلة لفلان ما عاش شرط على  
فلان مرمتها وإصلاحها فيما لا بد لها منه فالوقف جائز مع هذا الشرط، قال في  
«البحر»: وظاهره أنه يجبر على عمارتها وقياسه أن الموقوف عليه السكنى كذلك .

وأقول: الظاهر أنه لا يجبر على عمارتها وسيأتي قريباً ما يؤيده، (ولو أبى) أي:  
امتنع (أو عجز) عن عمارتها (عمر الحاكم بأجرتها) أي: أجزها الحاكم منه أو من  
غيره وعمرها بالأجرة ثم ردها بعد ذلك إليه رعاية للحقين .

قال في «الهداية»: ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من إتلاف ماله فأشبهه  
امتناع صاحب البذر في المزارعة ولا يكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه لأنه في حيز  
التردد انتهى . وأنت خبير بأن هذا بإطلاقه يشمل ما لو شرط الواقف عليه المرمة لأنها  
حيث كانت عليه كان في إجباره إتلاف ماله وبهذا اتضح ما مر ودل كلام المصنف  
أن إجارة الموقوف عليه غير صحيحة علله الشارح بأنه غير ناظر ولا مالك .

ومن ثم قال في «جامع الفصولين» الدعوى من الموقوف عليه غير مسموعة  
على الصحيح وبه يفتى انتهى، وظاهر أنه لو كان ناظراً ملك الإجارة والدعوى فإن أبى  
أجزها الحاكم، بقي هل له ولاية الإجارة مع عدم إيبائه بحكم الولاية العامة؟ جزم في  
«الأشباه والنظائر» بأنه ليس له ذلك أخذاً مما أفتى به الشيخ قاسم من أنه لو شرط  
التقرير لناظر ليس لغيره ولاية ذلك ولو كان قاضياً ويدل عليه ما في «القنية» القاضي

ويصرف نقضه إلى عمارته إن احتاج وإلا حفظه للاحتياج ولا يقسمه بين مستحقي الوقف وإن جعل الواقف غلة الوقف لنفسه.....

لا يملك التصرف في مال اليتيم مع وجود وصيه ولو منصوبة وسكت كثير عن حكم العمارة من المتولي أو القاضي.

وفي «المحيط»: فإن أجرها القيم وأنفق الأجرة في العمارة فتلك العمارة المحدثة تكون لصاحب السكنى لأن الأجرة بدل المنفعة وتلك المنفعة كانت مستحقة لصاحب السكنى فكذلك بدل المنفعة تكون له والقيم إنما أجر لأجله انتهى، ومقتضاه أنها تورث عنه لو مات.

قال في «الفتح»: ولو لم يرض بالعمارة ولم يجد القاضي من يستأجرها لم أر حكم هذه في المنقول من المذهب والحال فيها يؤدي إلى أن تصير نقضاً في الأرض كرماد تسفوه الرياح وخطر لي أنه يخيره القاضي بين أن يعمرها فيستوفي منفعتها وبين الإمام يردّها إلى ورثة الواقف، قال في «البحر»: وهو عجيب لأنه لا يستبدلها حينئذ، قال هشام: سمعت محمداً يقول: الوقف إذا صار بحال لا ينتفع به المساكين فللقاضي أن يبيعه ويشترى بثمنه غيره وليس في ذلك إلا للقاضي ذكره في «الذخيرة»، وأما عوده إلى الواقف أو إلى الورثة فقد قدمنا ضعفه، واعلم أن المسجد إذا خرب وكان في محلة وليس له ريع يعمر منه.

قال في «الفتح»: تجب عمارته من بيت المال لأنه من حاجة المسلمين (ويصرف) الحاكم ومعلوم أن التولي له ذلك أيضاً، وبه صرح في «الحاوي» (نقضه) بالضم البناء المنقوض، وعن الثوري أنه بالكسر لا غير كذا في «المغرب» أي: يصرّف ما انهدم من بناء الوقف وآلته (إلى عمارته إن احتاج) الأمر إليه بأن حضره الموت وكان المنهدم لقلته لا يخل بالانتفاع فيؤخره للاحتياج وإلا فبالانهدام لتحقق الحاجة فلا معنى للشرط حينئذ نبه عليه في «الفتح»، وأغفله في «البحر» وإن تعذر إعادة عينه إلى موضعه بيع وصرّف ثمنه إلى المرمة صرفاً للبدل إلى مصرف المبدل كذا في «الهداية» وهو ظاهر في أن يبيعه حيث أمكن إعادة عينه لا يجوز وهل يفسد البيع أو يصح مع إثم المتولي؟

قال في «البحر»: لم أره وينبغي الفساد (وإلا) أي: وإن لم يحتج إليه (حفظه للاحتياج) هذا إذا لم يخف عليه الضياع فإن خافه باعه وأمسك ثمنه لعمارته عند الحاجة كذا في «الحاوي»، / (ولا يقسمه) أي: النقض (بين مستحقي الوقف) لأن حقهم إنما هو في المنافع لا في العين وكذا ينبغي أن لا يقسم أيضاً لو باعه لما قلنا، (ولو جعل الواقف غلة الوقف لنفسه) وعرف منه صحة اشتراط بعضها بالأولى ولا فرق

أو جعل الولاية إليه صح.....

بين كونه معيناً كالنصف والربع أو لا كقوله على أن تقضى منه ديوني وما فضل بعد ذلك يكون للفقراء (وجعل الولاية) أي: ولاية الوقف (إليه صح) أما الأول فهو قول أبي يوسف وعليه الفتوى لما رواه المشايخ «أنه عليه الصلاة والسلام كان يأكل من وقفه»<sup>(١)</sup> ولا يحل ذلك إلا بالشرط للإجماع على أنه إذا لم يشترط ذلك لا يحل له وإنما الاختلاف مع الشرط فقال أبو يوسف: يحل ومحمد لا يحل قيل: الخلاف مبني على اشتراط التسليم إلى المتولي شرطه محمد فمنع اشتراط الغلة لنفسه لأنه حينئذ لا ينقطع حقه منه وما شرط القبض إلا لينقطع حقه ولم يشترطه أبو يوسف فجوزه وقيل: بل مسألة مبتدأة.

قال في «الفتح»: وهذا أوجه ولو شرط الغلة لأمهات أولاده ومدبريه ما داموا أحياء فإذا ماتوا كان للفقراء رجح في «الهداية» «والمجتبى» أنه على الخلاف أيضاً ورجح غيره أنه صحيح بالاتفاق وهو المذكور في عامة الكتب والفرق لمحمد بين هذا واشتراط الغلة لنفسه أن حررتهم ثبتت بموته فكيف يكون الوقف عليهم كالوقف على الأجانب؟.

قال الخصاف: ولو شرط أن ينفق على نفسه وولده وحشمه وعياله من غلة هذا الوقف فلما جاءت الغلة باعها وقبض الثمن ثم مات قبل أن ينفق ذلك يكون لورثته وفرع في «الهداية» على الخلاف ما لو شرط الاستبدال لنفسه جوزه أبو يوسف وأبطل محمد الشرط والصحيح قول أبي يوسف، وأجمعوا أنه لو شرطه في أصل الوقف صح الشرط كذا في «الخانية» بقي ما لو شرط عدمه ويكون الناظر إذا هم به معزولاً بعمله.

قال الطرسوسي: لم أقف عليه وقواعد المذهب تقتضي أن للقاضي ذلك وقد أوضحناه في الإجابة وحذفنا كثيراً من أحكام الوقف من هذا الشرح استغناء بما فيها من الإشباع والله الموفق، وأما الثاني وهو اشتراط الولاية لنفسه فجائز بالإجماع لأن شرط الواقف معتبر فيراعى كالنصوص غير أن عند محمد يسلمه ثم تكون له الولاية لأن التسليم شرط عنده وذكر هلال في وقفه فقال: وقال أقوام شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وإن لم يشترط لا تكون له ولاية يعني بعض المشايخ.

قال مشايخنا: الأشبه أن يكون هذا قول محمد لا يقال: كيف يكون هذا قول محمد والتسليم شرط عنده لأننا نقول هذا لا ينافي التسليم لأنه يمكنه أن يسلمه ثم يأخذه منه وذكر في «الهداية» أنه يحتمل أن يسقط التسليم عنده إذا شرط الولاية

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/٤٧٩) وقال: غريب.

لنفسه لأن شرطه يراعى كذا في «الشرح» وتعقبه الشيخ قاسم في بعض رسائله بأن دعوى الإجماع لا تصح لأن المنقول أن اشتراطها يفسد الوقف عند محمد كما في «الذخيرة».

وقوله: إن شرط الواقف يراعى كالتصوص مراده أنه يجب العمل به كالتصوص وهو خلاف ما قاله العلماء، قال شيخ الإسلام: قولهم شرط الواقف كنص الشارع أي: في الولاية والفهم لا في وجوب العمل به وقوله غير أن عند محمد... (١) ممنوع مما نقله في شرح «السير» وغيره أنه بعدما سلمه له ولاية عزله ويستبدل به وقوله يعني بعض المشايخ معرضاً بأن هلال أدرك بعض أصحاب أبي حنيفة مات سنة خمس وأربعين ومائتين والمشايخ بالاصطلاح يقال: على من دونه ثم من الشراح من فسر قول هلال كما ذكر في «الذخيرة» بأن المراد بالولاية ولاية الملك الثابتة قبل الوقف فإن شرطها لنفسه كانت له ولا يصح الوقف كما قال محمد وإن لم يشترط لم يكن له، وعن هذا قال مشايخنا: الأشبه أن يكون هذا قول محمد وبهذا لا يرد الإشكال الذي أورده في «الهداية» ولحظه الشارح وأجاب عنه بقوله لأننا نقول حينئذ على أنه مردود بما قدمناه عن «السير».

ولفظ محمد في «السير» أنه لو دفعه إلى قيم وشرط أنه إن مات القيم قبله فله أن يقيم فيه من أحب جاز الشرط فيراعى بشرط آخر ولم يمنع هذا الشرط إخراجه من يده فتم الحبس ولا يبطل بعوده إلى يده كيد غيره فقول صاحب «الهداية» في حل الإشكال: تأويل هذا فيما إذا سلمه إلى المتولي وقد كان شرط الولاية لنفسه حين وقفه كان له الولاية بعدما سلمه إلى المتولي فيه سقط وهو موت القيم كما قدمته من لفظ محمد والسغناقي لم يقف على لفظ محمد في كتابه ولا في شروح كتابه وما في «النهاية» [٣٥٥/ب] لا صحة له ولا لتعليقه أما الأول فلما/ تقدم أن اشتراط الولاية مبطل للحبس وأما الثاني فقد قالوا: إنه ليس كل شرط يراعى انتهى ملخصاً.

وأقول: في «فتاوى قاضي خان» ذكر محمد في «السير» أنه إذا وقف ضيعة وأخرجها إلى القيم لا يكون له ولاية بعد ذلك، وأراد شيخ الإسلام تقي الدين بن تيمية الحنبلي فإنه في موضع آخر عزى هذا إلى أبي عبد الله الدمشقي عن شيخه شيخ الإسلام وأبو عبد الله هو ابن مفلح الحنبلي وشيخه هو ابن تيمية وهذا كما ترى لا يلزم أن يكون رأياً للحنفية فالاستدلال به غير قادح وأي مانع من أنه كنص الشارع في وجوب العمل به فإذا شرط عليه أداء خدمة كقراءة أو تدريس وجب عليه إما

(١) بياض في الأصل.

وينزع لو خائناً كالوصي وإن شرط أن لا ينزع.

العمل أو الترك لمن يعمل حتى لو لم يترك ينبغي أن لا يتردد في إثمه ولا سيما إذا كانت الخدمة مما يلزم بتركها تعطيل شعيرة من شعائر الإسلام كالأذان ونحوه فتدبره، إلا إذا كان شرط الولاية لنفسه وأما إذا لم يشترط فليس له ولاية بعد التسليم.

قال: وهذه المسألة بناء على أن عند محمد التسليم إلى المتولي شرط الوقف فلا يبقى له ولاية بعد التسليم إلا إن شرط الولاية لنفسه ذكره في «الفتح» وقال: أو لا وبني على الخلاف أي: في اشتراط التسليم وعدمه ما ذكر من أن الواقف إذا شرط الولاية في عزل القيم والاستبدال لنفسه ولأولاده وأخرجه من يده وسلمه إلى متولٍ فهذا جائز نص عليه في «السير الكبير».

وفي «الإسعاف» ذكر هلال والناطفي في ذكر محمد في «السير» أن الواقف إذا وقف ضيقة له وأخرجها إلى القيم لا تكون له الولاية بعد ذلك إلا أن يشترط لنفسه انتهى، وهذا كما ترى صريح في أن اشتراطها صحيح بالإجماع وكون الولاية ولاية الملك بعيد جداً وبه عرف أن مسند المنع محمول على ما إذا لم يشترطها لنفسه فلا يصح الاستناد إليه وما ادعاه في قدح المشايخ كصاحب «النهاية»، وتبعه في «العناية» وفي «فتح القدير» وغاية الأمر أن المشايخ اختلفوا في تأويل ما نقل عن محمد والله الموفق.

وما في «الخلاصة» إذا شرط الواقف أن يكون هو المتولي فعند أبي يوسف الوقف والشرط صحيحان وعند محمد الوقف والشرط باطلان يوافق ما حكاه عن «الذخيرة» لكنه محمول على أنه رواية عن محمد، قيد باشتراطه لأنه لو لم يشترطها كان له الولاية أيضاً عند أبي يوسف وهو ظاهر المذهب خلافاً لمحمد بناء على اشتراط التسليم (وينزع) المتولي (لو خائناً) أي: يجب على الحاكم نزعه إذا كان غير مأمون على الوقف وكذا لو كان عاجزاً نظراً للوقف وصرح بأن مما يخرج به الناظر ما إذا ظهر به فسق كشرب الخمر ونحوه كذا في «الفتح» وكأنه لأنه قد يصرف مال الوقف فيه فلم يكن مأموناً ونحوه كإظهاره أنه زان وينبغي أنه لو كان يصرف ماله في الكيمياء أن يعزل أيضاً لما قلنا ومن خيانتة امتناعه من العمارة كما في الخصاف ومنها بيعه للوقف بلا مسوغ وظاهر «الذخيرة» أنه لا بد من هدم المشتري البناء حيث قال: فإن باع بعض الوقف لترميم الباقي فالبيع باطل فإن هدم المشتري البناء ينبغي للقاضي عزله لأنه صار خائناً والظاهر الإطلاق لما في «القنية» باع شيئاً منه أو رهنه فهو خيانة (كالوصي) أي: كما أنه ينزعه لو خائناً نظراً للصغار (وإن شرط) الواقف (أن لا ينزع) لأنه شرط مخالف لحكم الشرع فيبطله ولو كان الواقف نفسه قيد بكونه خائناً لأنه لا ينزع المأمون المشروط له النظر.

## فصل

ومن بنى مسجداً لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن بالصلاة فيه وإذا صلى فيه وأخذ زال ملكه ومن جعل مسجداً تحته سرداب أو فوقه بيت وجعل بابه إلى

قال في «جامع الفصولين»: شرط الواقف أن يكون المتولي من أولاده وأولاد أولاده هل للقاضي أن يولي غيره بلا خيانة ولو ولاه هل يكون متولياً؟ قال شيخ الإسلام برهان الدين في «فوائده»: لا، والله الموفق للصواب وإليه المرجع والمآب.

## فصل

لما اختص المسجد بأحكام تخالف مطلق الوقف عند الكل فعند الإمام لا يشترط في زوال الملك عنه حكم الحاكم ولا الإيضاء ولا يجوز مشاعاً عند الثاني ولا يشترط فيه التسليم إلى المتولي عند الثالث فصل يفصل على حدة (من بنى مسجداً) لله تعالى جرى على الغالب لما سيأتي في الساحة ولم يقل في ملكه استغناء بقوله: (لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه بطريقه) لأنه لا يخلص لله تعالى إلا به.

وفي «القنية» جعل وسط داره مسجداً وأذن للناس بالدخول والصلاة فيه إن شرط معه الطريق صار مسجداً في قولهم جميعاً وإلا فلا عند أبي حنيفة وقالوا: يصير مسجداً ويصير الطريق من حقه من غير شرط كما لو أجز أرضه ولم يشترط الطريق انتهى، (ويأذن/ بالصلاة فيه) أشار بإطلاقه إلى أنه لا يشترط أن يقول أذنت فيه بالصلاة جماعة أبداً بل الإطلاق كاف كذا في «البحر». وفي «الخانية»: له ساحة أمر قوماً أن يصلوا فيها بجماعة قالوا: إن أمرهم بالصلاة أبداً أو أمرهم بالصلاة جماعة ولم يذكر الأبد إلا أنه أراد الأبد ثم مات لا يكون ميراثاً عنه وإن أمرهم بالصلاة شهراً أو سنة ثم تورث لأنه لا بد من التأييد والتوقيت ينافيه.

قال في «الفتح»: ومقتضى هذا أن لا يصير مسجداً فيما إذا أطلق وهذا لا يرد على ما قدمناه من أن الإطلاق كاف للفرق بين الإطالقين وذلك أن الأول أن يقول: أذنت بالصلاة فيه والثاني أن يقول لقوم أذنت أن تصلوا فيه (وإذا صلى فيه واحد) ولو كان مميزاً أو أنثى كما هو ظاهر الإطلاق (زال ملكه) لأنه لا بد من التسليم عندهما خلافاً لأبي يوسف وقد تعذر القبض فأقيم حصول المقصود مقامه وهو صلاة واحد فيه وهذا لأن قبض الجنس متعذر فاكتفى بالواحد، ولو قال المصنف: ويصلي فيه واحد عطفاً على يفرزه وحذف قوله زال ملكه لكان أولى.

وعبارته في «الوافي» بنى مسجداً وأفرزه بطريقه وأذن بالصلاة فيه وصلى زال ملكه أحسن واختلف في صلاة الواقف وحده والأصح أنه لا يكفي إذ لا يكون قابضاً

الطريق وعزله أو اتخذ وسط داره مسجداً وأذن للناس بالدخول فله بيعه ويورث عنه.....

من نفسه وما جرى عليه المصنف من الاكتفاء بصلاة واحد هو ظاهر الرواية عنهما كما في «الخانية» وروي عنهما أنه لا يزول إلا بالصلاة بجماعة جهراً بأذان وإقامة حتى لو كان سرّاً بأن كان بلا أذان ولا إقامة لا يصير مسجداً.

قال الشارح: وهذه الرواية هي الصحيحة لأن المساجد تبنى لإقامة الصلاة بالجماعة فلا يصير مسجداً قبل حصول هذا المقصود ولو اتحد الإمام والمؤذن وصلى فيه بأذان وإقامة صار مسجداً اتفاقاً وإذ قد عرفت أن الصلاة فيه أقيمت مقام التسليم علمت أنه بالتسليم إلى المتولي يكون مسجداً دونها وهذا هو الأصح كما في «الشرح» وغيره، وفي «الفتح» وهو الأوجه لأن بالتسليم إليه يحصل تمام التسليم إليه تعالى وكذا لو سلمه إلى القاضي أو نائبه كما في «الإسعاف»، وقيل: لا يصير مسجداً، واختاره السرخسي وبه اندفع ما في «البحر» أن مفاد ما في «الكتاب» حيث اشترط الصلاة فيه أن لا يكون مسجداً.

واعلم أن الوقف إنما احتيج في لزومه إلى القضاء عند الإمام لأن لفظه لا ينبئ عن الإخراج عن الملك بل على الاتفاقية لتحصيل الغلة على ملكه فيتصدق بها بخلاف قوله جعلته مسجداً فإنه لا ينبئ عن ذلك ليحتاج إلى القضاء بزواله فإذا أذن بالصلاة فيه وصلى فيه قضى العرف بزواله عن ملكه ومقتضى هذا أنه لا يحتاج إلى قوله: وقفته ونحوه وهو كذلك وأنه لو قال: وقفته مسجداً ولم يأذن بالصلاة فيه ولم يصل فيه أحد أنه لا يصير مسجداً بلا حكم وهو بعيد كذا في «الفتح» ملخصاً، ولقائل أن يقول: إذا قال: جعلته مسجداً فالعرف قاض وماض بزواله عن ملكه أيضاً غير متوقف على القضاء وهذا هو الذي لا ينبغي أن يتردد فيه.

## فرع

أراد أهل المحلة نقض المسجد وبناءه أحكم من الأول إن لم يكن الباني من أهل المحلة ليس لهم ذلك وإن كان من أهل المحلة لهم ذلك كذا في «البرازية» (ومن جعل مسجداً تحته سرداب) جمعه سراديب وهو بيت يتخذ تحت الأرض لغرض تبريد الماء وغيره كذا في «الفتح» وشرط في «المصباح» أن يكون ضيقاً، (أو فوقه بيت وجعل بابيه) أي: المسجد (إلى الطريق وعزله أو اتخذ وسط داره مسجداً وأذن للناس بالدخول) فيه (فله بيعه ويورث عنه) في ظاهر المذهب أما إذا كان العلو مسجداً فلأن أرض العلو لصاحب السفلى.

وأما إذا كان السفلى مسجداً فلأن لصاحب العلو حقاً في السفلى حتى كان له أن

يمنعه من أن يحدث بناء وما رهنه بغير إذنه اتفاقاً فلم يكن خالصاً لله تعالى وشأن المسجد أن يكون خالصاً، قال الله تعالى: ﴿ وَإِنِ الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ ﴾ [الجن: ١٨] ومعلوم أن كل الأشياء له فكأن فائدة الإضافة اختصاصه به سبحانه وتعالى وهو بانقطاع حق كل من سواه عنه وهو هنا منتف ومن ثم قلنا: لو كان السرداب أو العلو موقوفاً لصالح المسجد جاز إذ لا ملك فيه لأحد فهو كسرداب بيت القدس كذا في «الفتح»، وبه عرف أن الواقف لو بنى بيتاً للإمام فوق المسجد لا يضر في كونه مسجداً لأنه من المصالح، وأما لو تمت المسجدية ثم أراد هدم ذلك البناء فإنه لا يمكن من ذلك.

ولو قال: عنيت ذلك لا يصدق كما في «التتارخانية» وأما إذا اتخذ وسط داره مسجداً/ فلأن ملكه محيط بجوانبه فكان له حق المنع من الدخول وشرط المسجد [٣٥٦/ب] أن لا يكون لأحد فيه حق المنع ولأنه أبقى الطريق لنفسه وهذا يقتضي أنه لو شرط الطريق فيه كان مسجداً وبه صرح الشارح وغيره والله الموفق.

تتمة: سكت عن المسجد إذا خرب وليس له ما يعمر به وقد استغنى الناس عنه لبناء غيره أو لخراب البلدة أو لم يخرب لكن استغنى عنه لخراب القرية وانتقل أهلها وقد قال محمد: يعود إلى ملك الباني أو إلى ورثته، وقال أبو يوسف وجمهور العلماء: لا يعود وهو مسجد أبداً إلى قيام الساعة، ولا يجوز نقله ونقل ماله إلى مسجد آخر سواء كان يصلون فيه أو لا وعليه أكثر المشايخ كما في «المجتبى»، وفي «الفتح» وهو الأوجه. قال في «الحاوي القدسي»: وعليه الفتوى، أما القنديل والحصير من مذهبه أنه لا يعود أيضاً إلى ملك متخذه بل يحول إلى مسجد آخر أو يبيعه القيم للمسجد وعلى هذا الخلاف لو انهدم الموقوف وليس له ما يعمر به وكذا حانوت احترق في سوق وصار بحالة لا ينتفع به ولم يستأجر بشيء البتة وكذا حوض محلة خرب وليس له ما يعمر به.

قال في «الفتح»: وقول من قال في جنس هذه المسائل نظر فليتأمل عند الفتوى غير واقع موقعه وادعى في «البحر» أن النظر وقع موقعه لأن الفتوى على قول أبي يوسف في المسجد فكذا ما ابتني عليه ومحمد يقول بجواز الاستبدال عند الخراب فكيف ينقل عنه القول ببطلان الوقفية ولقد رجع في «الفتح» إلى الحق حيث قال: وفي «الظهيرية» سئل الحلواني عن أوقاف المسجد إذا تعطلت وتعذر استغلالها هل للمتولي بيعها؟ قال: نعم، وروى هشام عن محمد إذا صار الوقف لا ينتفع به المساكين فللقاضي أن يبيعه ويشتري بثمنه غيره، وعلى هذا فينبغي أن لا

ومن بنى سقاية أو خاناً أو رباطاً أو مقبرة لم يزل ملكه عنه حتى يحكم به حاكم .....

يفتى على قوله برجوعه إلى ملك الواقف وورثته بمجرد تعطيله أو خرابه بل إذا صار بحيث لا ينتفع به يشتري بثمنه وقف يستغل ولو كانت غلته دون غلة الأول انتهى .

وأقول: ما ادعاه من التدافع بين كلام محمد غير واقع لأن بيعه إنما هو رواية هشام عن محمد وعدم جواز البيع هو المذكور في «السير الكبير» وعليه تفريع عوده إلى ملك الواقف أو ورثته فلا تدافع نعم المعمول به ما رواه هشام كما مر عن «الظهيرية» والله الموفق .

## فرع

من حوادث الفتوى أرصد الإمام قطعة أرض على ساقية ليصرف خراجها في كلفة إدارتها فاستغنى عنها لخراب البلدة فنقلها وكيل الإمام إلى ساقية هي ملك هل يصح هذا النقل؟ أجاب بعض الشافعية بأن الإرصاء على الملك إرصاء على المالك يعني فيصح وهذا لم أره في كلام علمائنا إلا أنه في «الخلاصة» قال: المسجد إذا خرب أو الحوض إذا خرب ولم يحتج إليه لتفرق الناس عنه صرفت أوقافه في مسجد آخر أو حوض آخر انتهى، وعلى هذا فيلزم المرصد عليه أن يديرها لسقي الدواب وتسييل الماء كما كانت ولا يتوهم من كونه إرصاداً على المالك أنه لا يلزم ذلك فتدبر .

(ومن بنى سقاية) للمسلمين (أو خاناً) يسكنه بنو السبيل (أو رباطاً أو مقبرة لم يزل ملكه عند) الإمام (حتى يحكم به حاكم) أو يضيفه إلى ما بعد الموت فيلزم بعده وله الرجوع قبله وعند أبي يوسف يزول بمجرد القول كما هو أصله وبه قالت الأئمة الثلاثة، وعند محمد حتى يسلمه بأن يستقي الناس من الساقية والبئر أو الحوض أو شربت منه دابة أو سكنوا الخان والرباط ويدفنوا في المقبرة والواحد يكفي لتعذر الكل ولو سلم إلى المتولي صح التسليم .

وفي هذه قال في «الإسعاف»: هذا في الخان والسقاية الذي ينزل فيه ويشرب كل يوم أما الخان الذي ينزل فيه الحاج أو الغزاة كل سنة والسقاية التي يحتاج إلى صب الماء فيها فلا بد فيها من التسليم إلى المتولي لاحتياجهما إلى من يقوم بمصالحهما، ثم لا فرق في الانتفاع في هذه الأشياء بين الغني والفقير بخلاف الغلة حيث يختص بها الفقير لأن الغني لا يستصحب هذه الأشياء عادة فكان محتاجاً إليها كالفقير أما الغلة فهي مستغن بماله عنها لأنها صدقة وعلى هذا لو وقف الغلة على الحاج أو القراءة أو طلبه العلم اختص به الفقراء كذا في «المحيط» .

وإن جعل شيء من الطريق مسجداً صح كعكسه.

(وإن جعل شيء) أي: جعل الباني شيئاً (من الطريق مسجداً) لضيقه / ولم يضر بأصحاب الطريق (صح) أي: جاز هكذا روي عن الإمام ومحمد لأن الطريق للمسلمين والمسجد لهم، ولو كان بجنبه أرض لرجل وقد ضاق تؤخذ أرضه بالقيمة كرهاً، ولو كانت الأرض وقفاً على المسجد جاز بأمر القاضي كذا في «الخانية» وفيها أذن السلطان لقوم أن يجعلوا أرضاً من أراضي البلدة حوانيت موقوفة على المسجد وأمروا أن يزيدوا في مسجدهم.

قالوا: إن كانت البلدة فتحت عنوة وذلك لا يضر بالمادة والناس ينفذ أمر السلطان فيها، وإن كانت فتحت صلحاً لا ينفذ لأنها في الأول تصير ملكاً للغنمين وفي الثاني تبقى على ملك مالكها (كعكسه) أي: كما يجوز عكسه وهو ما إذا جعل في المسجد ممراً لتعارف أهل الأمصار في الجوامع فيجوز لكل أحد أن يمر فيه حتى الكافر لا الجنب والحائض والنفساء وليس لهم أن يدخلوا فيه الدواب كذا في «الشرح».

خاتمة: في المتولي وغيره: اعلم أنه إما أن يكون بالشرط أو بغيره ويشترط في الكل العقل والبلوغ. قال في «الإسعاف»: أوصى لصبي بطل مطلقاً قياساً وفي الاستحسان هي باطلة ما دام صغيراً فإذا كبر تكون الولاية له وحكم من لم يخلق من أولاده ونسله في الولاية كحكم الصغير قياساً واستحساناً، وأفاد أنه لا يشترط فيه أن يكون حراً ولا مسلماً حيث قال: ولو كان ولده عبداً يجوز قياساً واستحساناً والذمي في الحكم كالعبد فلو أخرجهما القاضي ثم أعتق العبد وأسلم الذمي لا تعود الولاية إليهما انتهى. وفيه نصب الواقف عند موته وصياً ولم يذكر من أمر الوقف شيئاً تكون ولاية الوقف إلى الوصي، ولو جعله وصياً في أمر الوقف فقط كان وصياً في الأشياء كلها عندهما خلافاً لأبي يوسف، وليس لأحد الناظرين التصرف بدون رأي الآخر، وعلى قياس أبي يوسف يجوز.

ولو نصب متولياً على وقفه ثم وقف آخر ولم يجعل له متولياً لا يكون الأول متولياً الثاني إلا أن يقول: أنت وصيي، ولو جعل ولاية وقفه لرجل ثم جعل آخر وصية يكون شريكاً للمتولي إلا أن يقول: أوقفت أرضي على كذا وكذا وجعلت ولايتها إلى فلان وجعلت فلانا وصيي في تركاتي وجميع أموري فحينئذ ينفرد كل منهما بما فوض إليه.

قال في «البحر»: ومنه يعلم جواب حادثة وجد مكتوباً وقف وفي أحدهما أن المتولي فلان والآخر أنه غيره والثاني متأخر التاريخ فأجيب بأنهما يشتركان ولا يكون الثاني ناسخاً لأن التولية تخالف سائر الشرائط لما أنه له التغيير والتبديل فيها من غير

شرط على قول الثاني وأما باقي الشروط فلا بد من ذكرها في أصل الوقف ولو شرطها لأفضل أولاده وقد استورا في الفضل كانت لأسئهم كما في «الإسعاف» .

والمذكور في «الظهيرية» أن الأوفر علماً بأمور الوقف أولى بعد أن تؤمن خيانتة وغائلته وهو الأولى، وقدمنا أنه لو عزله بغير جنحة لم يعزل ومن ثم ذكر الخصاف أن الحاكم لو أخرج قيماً فمات أو عزل فادعى المخرج عند الثاني أن الأول أخرجه بلا جنحة لا يدخله لأن أمره محمول على السداد ولكن يكلفه أن يثبت عنده أنه أهل للنظر فإن فعل أعاده وكذا لو أخرجه لفسقه أو خيانه فإن تاب إلى الله وأقام بينة عند المخرج أنه صار أهلاً وجب عليه أن يردده واستشكله في «البحر» بأنه كيف يعيد الطالب مع قولهم: طالب التولية لا يولى وأجاب بأنه محمول على طلبها ابتداءً جمعاً بين كلامهم .

وأقول: الحق أن ما في الخصاف في المشروط له التولية بدليل قوله: وجب عليه أن يعيده وقولهم طالب التولية لا يولى في غيره وبه عرف أن المشروط له النظر لو طلب من القاضي تقريره فيه أجابه لأنه إنما يريد التقيد لا أصل التولية لأنه مولى وهذا فقه حسن فاحفظه، وأما بغيره وهو منصوب القاضي كما إذا مات الواقف ولم يجعل الولاية لأحد أو مات المشروط له بعد الواقف ولم يوص إلى أحد فإنه ينصب متولياً ولا يجعله من الأجانب إلا إذا لم يجد من أهل بيت الواقف من يصلح لذلك لأنه أشفق ومن قصده نسبة الوقف إليهم .

قال في «الفتح»: والصالح للنظر من لم يسأل الولاية ولم يكن له فسق ظاهر ثم قال: وينعزل الناظر بالجنون المطبق إذا دام سنة فإذا عاد إليه عقله عاد إليه النظر انتهى، والظاهر هذا في المشروط له النظر أما منصوب القاضي فلا، وقد علمت أنه يعزل لو خائناً، قال في «القنية»: أو يضم إليه انتهى، وهو المسمى بالناظر حسبة في عرفنا أي: من غير معلوم، وفي آخر أوقاف الخصاف أما الإخراج فلا ينبغي إلا بخيانة وأما إذا أدخل معه رجلاً فالأجر له فإن رأى أن يجعل له شيئاً من هذا المال فلا بأس به وهل له أن / يتصرف؟ قال المشايخ: ليس للمشرف أن يتصرف في مال الوقف بلا وظيفة له الحفظ لا غير .

قال في «الفتح»: وهذا يختلف بحسب العرف في معنى المشرف الشرف، بقي هل للأصيل أن يستقل بالتصرف دونه؟ لم أر المسألة في كلامهم إلا أنني رأيت الشيخ الأخ تغمده الله تعالى برحمته أفتى بأنه إن ضم إليه الخيانة لا يستقل وإلا كان له ذلك وهو حسن وذلك أنه قد يضمه لشك أو ارتياب في أمانته ولو نصب القاضي قيماً آخر لا يعزل والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب .