

نص خليل فصل وَإِنْ زَرَ فَاَسْتَحِقَّتْ فَإِنْ لَمْ يُنْتَفَعْ بِالزَّرْعِ أَخِذْ بِلَا شَيْءٍ وَإِلَّا فَلَهُ قَلْعُهُ إِنْ لَمْ يَفْتُ وَقْتُ مَا تُرَادُ لَهُ وَلَهُ أَخْذُهُ بِقِيَمَتِهِ عَلَى الْمُخْتَارِ وَإِلَّا فَكِرَاءُ السَّنَةِ.

متن الخطاب يقطع والزيتون يجنى والزرع يحصد هل يجوز لأحد أن يأخذ بقيته؟ قال: إن كان أهله تركوه لمن [أخذه¹⁵⁸] فلا بأس بأكله، وإن كانوا يريدون الرجعة له فلا يجوز لأحد أخذه. قال ابن رشد: هذا كما قال، والمعنى فيه بين إن علم صاحبه تركه لمن أخذه من فقير أو غني، وأما إن خشى أنه إنما تركه لمن أخذه من المساكين فلا ينبغي لغني أن يأكل منه شيئا وبالله التوفيق. انتهى. والله أعلم.

باب الاستحقاق:

لم يبين المصنف حقيقته وحكمه وسببه وشروطه وموانعه ولا يتصور إلا بمعرفة ذلك، قال ابن عرفة: / وهو من تراجم كتبها، أما حقيقته فقال ابن عرفة: هو رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله أو حرية كذلك بغير عوض. فيخرج العتق ومطلق رفع الملك بملك بعده وما وجد في القاسم بعد بيعه أو قسمه لأنه لا يؤخذ إلا بثمن. انتهى. وقال في اللباب: هو الحكم بإخراج المدعى فيه الملكية من يد حائزه إلى يد المدعي بعد ثبوت السبب والشروط وانتفاء الموانع، وأما حكمه فقال ابن عرفة: حكمه الوجوب عند تيسر أسبابه في [الربع¹⁵⁹] على عدم يمين مستحقه، وعلى يمينه مباح كغير الربع؛ لأن الحلف مشقة. انتهى. وأما سببه فهو قيام البينة على عين الشيء المستحق أنه ملك للمدعي لا يعلمون خروجه ولا خروج شيء منه عن ملكه حتى الآن، والشهادة في أنها لم تخرج عن ملكه إنما [تكون¹⁶⁰] على نفي العلم في قول ابن القاسم المعمول به. قاله في اللباب. وأما شروطه [ثلاثة؛¹⁶¹] الأول الشهادة على عينه إن أمكن، وإلا فحيازته؛ وهي أن يبعث القاضي عدلين، وقيل أو عدلا مع الشهود الذين شهدوا بالملكية، فإن كانت دارا مثلا قالوا لهما مثلا هذه الدار هي التي شهدنا عند القاضي [فلان¹⁶²] فيها الشهادة المقيدة أعلاه.

الثاني الإعدار في ذلك إلى الحائز، فإن ادعى مدفعا أجله فيه بحسب ما يراه. الثالث يمين الاستبراء، واختلف في لزومها على ثلاثة أقوال: الأول أنه لا بد منها في جميع الأشياء. قاله ابن القاسم وابن وهب وابن سحنون. والثاني لا يمين في الجميع أيضا. قاله ابن كنانة. الثالث: أنه لا يحلف في العقار ويحلف في غيره، وهو المعمول به عند الأندلسيين، وفي سجلات الباجي: لو استحق ذلك من يد غاصب لم يحلف. قال ابن سلمون: ولا يمين على مستحق الأصل، إلا أن يدعي عليه خصمه ما يوجبها، وقيل لا بد من اليمين كالعروض والحيوان. انتهى. ثم قال: وأما غير الأصول من الدواب والرقيق والعروض [وغيرها¹⁶³] فيكتب في استحقاقها: يعرف شهوده فلانا ويعلمون له مالا وملكا جارية صفتها كذا أو فرسا أو ثوبا صفته كذا لا يعلمون له في ذلك

الحديث

158 - في المطبوع أخذوه وما بين المعقوفين من م 106 والشيخ 230 وسيد 49.
159 - في المطبوع الرفع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 295 وم 106 وسيد 49 والشيخ 230 ويحيى 134.
160 - في المطبوع وسيد 49 وم 106 يكون وما بين المعقوفين من يحيى 134.
161 - في المطبوع وثلاث وما بين المعقوفين من ن عدود ص 295 وم 106 ويحيى 134 والشيخ 230.
162 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 295 وم 106 ويحيى 134 والشيخ 231.
163 - في المطبوع وغيرهما وما بين المعقوفين من ن ذي ص 295 وم 106 ويحيى 134 والشيخ 231.

متن الخطاب
بيعا ولا تفويتا، ولا أنه خرج عن ملكه بوجه حتى الآن وقيدوا بذلك شهادتهم على عين الثوب أو الفرس أو الجارية في كذا، فإذا ثبت هذا فلا بد من اليمين، ونصه: حلف بإذن القاضي [بقرية¹⁶⁴] كذا فلان المذكور في رسم الاسترعاء بكذا بحيث يجب وكما يجب يميننا قال فيها بالله الذي لا إله إلا هو ما بعث الفرس أو الثوب أو الجارية المشهود لي به فيه ولا فوته ولا خرج عن ملكي بوجه من وجوه الفوت حتى الآن، ومن حضر اليمين المنصوصة عن الإذن واستوعبها من الحالف، وعرفه قيد على ذلك شهادته في كذا وكانت يمينه على عين الجارية والفرس، وهو يشير إليهما في يمينه.

بيان: اليمين في هذا واجبة على المشهور المعمول به، بخلاف الأصول فإنه لا يمين فيها إلا على قول سحنون، وحكى ابن سهل عن ابن كنانة أنه لا يمين على مستحق العروض والحيوان إلا أن يدعي الخصم ما [يوجبها¹⁶⁵] وتكون اليمين على النص المذكور أنه ما باع ولا وهب، وكان محمد بن [فرج¹⁶⁶] يحلفه أنه ماله ومالته وأنه ما باع ولا وهب.

قال ابن سهل: وما تقدم هو نص المدونة، ولا يحتاج إلى ما ذكره محمد بن فرج، وفي المجموعة: إذا كانت الجارية غائبة فالشهادة فيها على النعت والاسم جائزة، فإن وجدت [جوازي¹⁶⁷] كثيرة على تلك الصفة يحلف الحاكم المستحق [وأثبت¹⁶⁸] عنده أنها واحدة منهن، وإن لم يوجد سواها لم يكلفه من ذلك شيئا، وفي مسائل ابن الحاج: سئل في الشهادة على الصفة فقال: وقفت على الكتابين في المملوكة السوداء الموصوفة بهما، والذي يظهر لي أن الشهادة على الصفة فيها عاملة فالحكم له بها واجب بعد أن ينظر، ويسأل هل في البلد مملوكة توصف بهذه الصفة، فإن لم توجد قضيت لربها وأسلمتها إليه بعد أن يحلف، وسئل في رجل ابتاع كتابا من/ كتب العلم ثم جاء رجل آخر فادعاه وأتى بكتاب بذلك وقد فات الكتاب فقال لا يتوجه الحكم لمستحق الشيء إلا بعد شهادة العدول على [عينه¹⁶⁹]، والإعذار إلى الذي هو في يده، ولا يصح الحكم دون تعيين المشهود فيه عند [الحكم¹⁷⁰]. انتهى كلام ابن سلمون. وأما المانع من الاستحقاق ففعل وسكوت [فالفعل¹⁷¹] أن يشتري ما ادعاه من عند حائزه، [فلو قال¹⁷²] إنما اشتريته خوف أن يغيب عليه فإذا أثبتته رجعت عليه بالثمن لم يكن له مقال، وقال أصبغ إلا أن تكون بينة بعيدة جدا أو يشهد قبل الشراء أنه إنما اشتراه لذلك فذلك ينفعه، ولو اشتراه وهو يرى أن لا بينة له ثم وجد بينة فله القيام [وأخذ¹⁷³] الثمن منه.

296

الحديث

- 164 - في المطبوع بعرية وما بين المعقوفين من ن ذي ص 295 وم 106 ويحيى 134 والشيخ 231.
165 - في المطبوع بوجهها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 295 وم 106.
166 - * في المطبوع الفرج وما بين المعقوفين من م 106 ويحيى 135 والشيخ 231 وسيد 49.
167 - * علق عليه الشيخ محمد سالم ب كذا في النسخ والصواب جوار بدون ياء.
168 - في المطبوع وأثبتا وما بين المعقوفين من ن ذي ص 295 وم 106 ويحيى 135 وسيد 49 والشيخ 231.
169 - في المطبوع يمينه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 296.
170 - * في الشيخ 231 الحاكم.
171 - في المطبوع بالفعل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 296.
172 - في المطبوع فقال وما بين المعقوفين من ن عدود ص 296 وم 106 ويحيى 135 والشيخ 231.
173 - في المطبوع أو أخذ وم 106 ويحيى 135 والشيخ 231 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 296.

نص خليل
كذبي شُبُهَةٌ أَوْ جُهَلٍ حَالُهُ وَقَاتَتْ بَحْرَثَهَا فِيمَا بَيْنَ مُكْرٍ وَمُكْتَرٍ وَلِلْمُسْتَحِقِّ أَخْذَهَا وَدَفْعُ كِرَاءِ الْحَرْثِ
فَإِنْ أَبِي قَيْلٍ لَهُ أُعْطِيَ كِرَاءَ سَنَةٍ وَإِلَّا أُسْلِمَهَا بِلَا شَيْءٍ وَفِي سِنِينَ يَفْسُخُ أَوْ يُمْضِي.

متن الخطاب
قال أصبغ والقول قوله، وأما السكوت فمثل أن يترك القيام من غير مانع أمد الحيازة. قاله في اللباب.
فرع: قال ابن سلمون: فإن ثبت ذلك لمن باعه ممن باعه من مستحقه فلا بد أن يحلف الذي ثبت له
ومن بعده، فإذا حلفوا يمين القضاء فحينئذ يحكم به لمستحقه. انتهى.

ص: كذبي شُبُهَةٌ ش: ظاهر التشبيه أن حكم من كانت الأرض بيده بشبهة حكم الغاصب في جميع
الوجوه وليس كذلك، وإنما مراده [تشبيهه¹⁷⁴] به فيما إذا استحققت من يده بعد أن زرعها وقبل
فوات إبان الزراعة، فإن كراء تلك السنة للمستحق، وأما إن استحققت من يده قبل أن يزرعها فسيأتي
حكمه في قوله: "وللمستحق أخذها"، وأما إذا استحققت بعد إبان الزراعة فإن كراءها للذي أكرها.
قاله في المدونة ودخل في ذي الشبهة المشتري والوارث والمكتري منهما إذا لم يعلموا بالغصب أو
التعدي، وكذلك المكتري من الغاصب إذا لم يعلم بالغصب كما صرح به الرجراجي، ويؤخذ من كلام
المصنف في التوضيح. والله أعلم.

ص: أو جهل حاله ش: أي حال الزارع هل هو غاصب أو ذو شبهة، وهذا أولى من حمله على أن
المراد جهل حال مكتري الأرض هل هو غاصب أو مبتاع؛ [لأنه¹⁷⁵] قد تقدم أن المكتري من الغاصب
ذو شبهة إن لم يعلم بالتعدي. فتأمله. والله أعلم.

ص: وفاتت بحرثها فيما بين مكر ومكتر ش: يشير بهذا إلى قوله في كتاب الاستحقاق من
المدونة: ومن اكرت أرضا بثوب أو بعبد فاستحق، أو بما يوزن من نحاس أو حديد بعينه يعرفان
وزنه ثم استحق ذلك، فإن كان استحق قبل أن يزرع أو يحرق انفسخ الكراء، وإن كان بعد ما زرع أو
أحدث فيها عملا فعليه قيمة كراء الأرض، وقال في كراء الأرضين: ومن اكرت أرضا بعبد أو بثوب
بعينه فاستحق بعد الحرث أو الزراعة فعليه كراء مثلها، وكذلك إن اكرتها بحديد أو برصاص أو
نحاس بعينه وقد عرفا وزنه فإن الكراء ينتقض، إلا أن يكون قد زرعها أو حرثها أو أحدث فيها
عملا فعليه كراء المثل. انتهى. قال عياض: وهو بين؛ إذ نفس الحرثة وإن لم يزرع فوت، وللمكتري
كراء المثل كما لو زرعت ولا يختلف أن ذلك فوت بين المكري والمكتري. انتهى. فهذا مراد المصنف،
ولا يصح أن يحمل كلامه على استحقاق الأرض المكتراة؛ لأنه إذا استحققت الأرض لم يبق للمكري
كلام حرثت أو لم تحرث. والله أعلم.

ص: / وللمستحق أخذها ودفع كراء الحرث فإن أبي قيل له أعط كراء سنة وإلا أسلمها بلا
شيء ش: يصح أن يكون مراده مستحق الأرض أو مستحق الثوب أو العبد المكتري به لأن الحكم
فيهما واحد أو هما معا. قال الشيخ أبو الحسن عن ابن يونس في شرح كلام المدونة المذكور في كتاب
كراء الأرضين: قال بعض فقهاءنا القرويين: وإن أراد مستحق العبد أن يجيز بيع عبده بكراء الأرض

297

الحديث

174 - * في المطبوع وم 106 بتشبيهه وما بين المعقوفين من يحيى 135 وسيد 49 والشيخ 232.
175 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 296 وم 106 ويحيى 135 والشيخ 232.

نص خليل
 إِنَّ عَرَفَ النَّسْبَةَ وَلَا خِيَارَ لِلْمُكْتَرِي لِلْعُهُدَةِ وَأَنْتَقَدَ إِنْ أَنْتَقَدَ الْأَوَّلُ وَأَمِنَ هُوَ وَالْعَلَّةَ لِذِي الشُّبْهَةِ أَوْ
 الْمَجْهُولِ لِلْحُكْمِ.

متن الخطاب
 ويأخذ الأرض إن لم [تحرث¹⁷⁶] لكان له ذلك، وإن حرثت كان له أن يدفع إلى المكتري حق حرثه
 ويأخذ الأرض لأنه كمستحق لمنفعة هذه الأرض، [وجل¹⁷⁷] منفعتها [باقية¹⁷⁸]، كمن استحق أرضاً
 بعد أن حرثها المكتري أنه يدفع إليه حق حرثه ويأخذ أرضه، فإن امتنع دفع إليه المكتري كراء
 سنة، فإن امتنع سلمها بحرثها، فحكم مستحق العبد في ثمنه كحكم مستحق الأرض. انتهى. ونحوه
 في كتاب الاستحقاق، ونحوه في كلام عياض، وما ذكره المؤلف هو قول ابن القاسم، وصححه ابن رشد
 واعترض قوله: "وإلا أسلمها بلا شيء" بأنه كان ينبغي أن يجعلهما شريكين في كراء الأرض ذلك
 العام محروثة المستحق بقيمة كرائها غير محروثة والمستحق منه بقيمة حرثه وعمله، وقال هذا على
 أصله من الرجوع على المستحق بقيمة السقي والعلاج. انظر بقية الكلام في أول رسم من سماع يحيى
 من كتاب الاستحقاق.

ص: إن عرف النسبة ش: يشير إلى كلام ابن يونس: ولا يجيز الكراء فيما بقي حتى يعلم ما ينوب
 ذلك ليجيز بئمن معلوم على مذهب من لا يجيز جمع السلعتين للرجلين في البيع. انتهى. وانظر بقية
 المسألة في أول كتاب الاستحقاق [من¹⁷⁹] المدونة.

ص: أو المجهول للحكم ش: في بعض نسخ الشارح أو المجهول/ الحكم بإضافة المجهول للحكم،
 والذي في أكثر النسخ للحكم بلام الجر، وهو الصواب لإفادته حكماً، وقوله: "للحكم" هو أحد الأقوال
 الثلاثة. قال في المقدمات: واختلف في الحد الذي يدخل فيه الشيء المستحق في ضمان المستحق وتكون
 الغلة له ويجب [التوقيف¹⁸⁰] به على ثلاثة أقوال: أحدها حتى يُقضى له به، وهو الذي يأتي على
 قول مالك في المدونة إن الغلة للذي هي في يده حتى يُقضى بها للطالب، وعلى هذا القول لا يجب
 [توقيف¹⁸¹] الأصل المستحق [توقيفاً¹⁸²] يحال بينه وبينه ولا توقيف غلته، وهو قول ابن القاسم في
 المدونة أن الرباع التي لا تحول ولا تزول لا توقف مثل ما يحول ويزول، وإنما توقف وقفا يمنع من
 الإحداث فيها، والقول الثاني أنه يدخل في ضمانه إذا ثبت بشهادة شاهدين أو شاهد وامرأتين،
 والثالث إذا شهد له شاهد واحد. انتهى القولان الأخيران باختصار. والأول باللفظ.

فرع: قال في المقدمات: واختلف في الحد الذي تكون به الثمرة في استحقاق الأصل غلة فيستوجبها
 المستحق منه ببلوغها إليه إما بالحكم والقضاء، وإما بثبوت الحق بشهادة [شاهدين¹⁸³]، وإما بأن

298

الحديث

176 - * في المطبوع يحرث وما بين المعقوفين من م 107 ويحيى 135 وسيد 49 والشيخ 232.

177 - في المطبوع وجد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 297 ويحيى 135 والشيخ 232.

178 - * علق عليها الشيخ محمد سالم ب كذا في النسخ وهو من باب قولهم قطعت بعض أصابعه.

179 - * في المطبوع في وما بين المعقوفين من م 107 وسيد 49 ويحيى 135 والشيخ 232

180 - في المطبوع التوفيق وما بين المعقوفين من ن عدود ص 298 ويحيى 136 والشيخ 232.

181 - في المطبوع توفيق وما بين المعقوفين من ن عدود ص 298 وم 107 ويحيى 136 والشيخ 232.

182 - في المطبوع توفيقاً وما بين المعقوفين من ن ذي ص 298 وم 107 وسيد 49 ويحيى 135 والشيخ 233.

183 - في المطبوع شاهد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 298 وم 107 ويحيى 136 والشيخ 233.

يشهد للمستحق شاهد واحد على الاختلاف المذكور في ذلك فروى أبو زيد عن ابن القاسم أن الثمرة تكون للمستحق ما لم تجد، وفي كتاب ابن المواز ما لم تيبس ويرجع عليه بالسقي والعلاج، وعلى ما قال في المدونة في الرد بالعيب ما لم تطب إذا لم يفرق بين [المسألتين،¹⁸⁴] وهذا إذا كان المستحق منه اشترى الأصول قبل إبار الثمرة، وأما إن كان بعد الإبار فالثمره للمستحق على مذهب ابن القاسم وإن جدت، ويرجع عليه بالسقي والعلاج كالرد بالعيب، وعلى مذهب أشهب تكون الثمرة للمستحق ما لم تجد، فإن جدت كانت للمشتري، وأما إن كان اشترى الأصل والثمره مزهية فاشترطها ففي كتاب ابن المواز أن الثمرة تكون للمستحق كيف كانت، ييبست أو جدت، أو باعها أو أكلها، ويغرم المكيلة إن عرفها، وإلا فالقيمة، وفي البيع يغرم الثمن الذي باعها [به¹⁸⁵] إن فاتت أو كانت بيد مبتاعها فهو مخير في أخذها أو إنفاذ بيعه أو أخذ الثمن، وإن تلفت عند المبتاع فليس إلا الثمن، وهذا على القول بأنها لا تصير غلة للمبتاع إلا باليبس أو الجداد، وأما على القول الذي يرى أنها تصير له غلة بالطيب فلا حق له فيها إذا أزهت عند البائع لأنها قد صارت له غلة بطيبها، ويأخذ المستحق النخل وحدها، ويرجع المستحق [منه¹⁸⁶] على البائع بما ينوبها من الثمن، ويسقط عنه ما ناب الثمرة لبقائها بيده إلا أن يكون اشتراؤه إياها من غاصب أو مشتر اشتراها بعد الإبار على مذهب ابن القاسم فهي ثلاثة أحوال: أحدها أن يكون المستحق منه اشتراها قبل الإبار، والثاني أن يكون اشتراها بثمرتها بعد الإبار، والثالث أن يكون اشتراها بثمرتها بعد الإزهاء والطيب. انتهى.

تنبيه: قال في البيان في شرح المسألة الرابعة من كتاب الاستحقاق بعد أن ذكر الخلاف في الحد الذي يدخل به الشيء المستحق في ضمان البائع ما نصه: وكذلك أيضا النفقة القياس فيها أن تجري على هذا الاختلاف، فعلى الأول لا يجب للمقضي عليه الرجوع بشيء من النفقة على المقضي له؛ لأنه إنما أنفق على ما ضمانه منه فغلته له، وعلى القول الثاني يجب له الرجوع عليه بما أنفق بعد ثبوت الحق بشهادة شاهدين أو شاهد وامرأتين لوجوب الضمان عليه وكون الغلة له من حينئذ، وعلى القول الثالث يجب له الرجوع عليه بما أنفق منذ وقف بشهادة الشاهد لوجوب الضمان عليه وكون الغلة له من حينئذ، وقد فرق في رسم حمل صبيا من رواية عيسى من كتاب الصلح بين النفقة والغلة فقال إن النفقة ممن تصير له والغلة للذي هو في يديه؛ لأن الضمان منه، وسأوى بين ذلك عيسى من روايته وهو القياس، وكذلك ظاهر المدونة أنه لا فرق بين الغلة والنفقة، والصواب أن لا فرق بينهما في أن يكونا جميعا للضمان إما من يوم وجوب التوقيف بشهادة شاهد واحد، وإما من يوم وجوبه بشهادة شاهدين، وإما من يوم القضاء/ والحكم. انتهى. وعلى ما في المدونة مشى المصنف في باب القضاء فقال: "والغلة له للقضاء والنفقة على المقضي له به".

ص: كوارث ش: ظاهره أن الغلة للوارث سواء كان وارثا من غاصب أو مشتر وليس كذلك، فإن

184 - في المطبوع المسلمين وما بين المعقوفين من ن عدود ص 298 وم 107 ويحيى 136 والشيخ 233.

185 - ساقطة من المطبوع وم 107 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 298 والشيخ 233.

186 - في المطبوع منها وما بين المعقوفين من ن ذي ص 298 وم 107 وسيد 49 والشيخ 233 ويحيى 136.

نص خليل وَمَوْهُوبٍ وَمُشْتَرٍ مِنْهُ إِنْ لَمْ يَعْلَمُوا.

متن الخطاب وارث الغاصب لا غلة له. قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: "فإن بيع المغصوب أو ورث [فإن¹⁸⁷] علم فكالغاصب، وإن لم يعلم فلا شيء عليه في السماوي ولا في الغلة سكن أو زرع"، وقوله: "[و¹⁸⁸] لا في الغلة" ظاهره [أن¹⁸⁹] الغلة تكون للمشتري وللوارث إذا لم [يعلم¹⁹⁰، وهو صحيح في المشتري، وأما وارث الغاصب فلا غلة له باتفاق، سواء انتفع بنفسه أو أكرى لغيره، ونحوه لابن عبد السلام، وصرح بذلك للحمي، ويفهم ذلك من قوله في باب الغصب: "أو وارثه أو موهوبه إلى آخره" وقال في الاستحقاق منها: ومن ابتاع دارا أو [عبيدا¹⁹¹] من غاصب ولم يعلم فاستغلهم زمانا فالغلة للمبتاع بضمائه، وكذلك إن ورثهم عن أبيه ولم يدر بما كانوا لأبيه فاستغلهم ثم استحقوا فالغلة للوارث. انتهى. [فهذا في المورث المجهول¹⁹²] الذي لم يعلم أنه غاصب أو غير غاصب، ولذا قال للحمي عقيبها وهذا وارث لا يدري بما كانت لأبيه. انتهى.

ص: وموهوب ش: يريد إذا كان الغاصب موسرا، وأما إذا كان الغاصب معسرا فإنه يرجع بالغلة على الموهوب، وقال للحمي: فإذا وهب ما غصبه فاغتنه الموهوب له فقال أشهب الموهوب بمنزلة المشتري، وقال ابن القاسم ليس بمنزلته ويرجع على الغاصب، فإن أعدم أو غاب فعلى الموهوب وهو أبين، ولا فرق بين الموهوب له ووارث الغاصب إذا كان غير عالم بالغصب، ولم يختلفوا في الوارث أنه يلزمه ما يلزم الغاصب فكذلك الموهوب له. انتهى بالمعنى إلى قوله وهو أبين. ومنه الخ باللفظ. فالوارث هنا إما وارث المشتري أو وارث الموهوب أو وارث ذي الشبهة، ولا ين رشد كذلك، وسيأتي. والله أعلم.

ص: ومشتري ش: يعني أن الغلة للمشتري من الغاصب إذا لم يعلم بالغصب؛ يريد ولا رجوع للمغصوب منه على الغاصب بالغلة من يوم باع على المشهور كما صرح به ابن الحاجب وغيره. ص: إن لم يعلموا ش: قال البساطي: وهذا إذا تحقق عدم علمهم، وكذلك من جهلنا هل هو عالم أم لا فحملة على عدم العلم استصحابا لحال المسلم. انتهى. وهو كلام صحيح جار على المذهب. والله أعلم.

فائدة: سئلت عن جماعة ورثوا دارا كبيرة بعضها عامر وبعضها خراب وبعض الورثة حاضر وبعضهم غائب، فاستولى الحاضر على الدار وسكن العامر وعمر الخراب وسكنه فهل للغائبين الرجوع عليه بالأجرة في هذه المدة؟ وهل لهم نقض ما عمره من الخراب لكونه بغير إذنهم؟ أفتونا ماجورين فأجبت: الحمد لله: إن كان الوارث الحاضر الذي سكن لم يعلم بالغائب فلا رجوع له عليه فيما سكن، وله الرجوع عليه بحصته فيما أكراه أو اغتنه، هذا قول ابن القاسم وروايته عن مالك. قاله في

الحدیث

187 - في المطبوع بأن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 299 وم 107 ويحيى 136 والشيخ 234.

188 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 299 ويحيى 136 والشيخ 234.

189 - في المطبوع لأن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 299 والشيخ 234 ويحيى 136.

190 - في المطبوع يعلم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 299 وم 107 ويحيى 136 والشيخ 234.

191 - * في المطبوع وم 107 عبدا وما بين المعقوفين من سيد 49 ويحيى 136 والشيخ 234.

192 - في المطبوع وهذا في المورث والمجهول وما بين المعقوفين من ن عدود ص 299 وم 107 ويحيى 136

والشيخ 234.

بِخِلَافِ ذِي دَيْنٍ عَلَى وَارِثِ كَوَارِثِ طَرَأَ عَلَى مِثْلِهِ إِلَّا أَنْ يَنْتَفِعَ وَإِنْ غَرَسَ أَوْ بَنَى قِيلَ لِلْمَالِكِ أَعْطَهُ قِيَمَتَهُ قَائِمًا فَإِنْ أَبِي فَلَهُ دَفْعُ قِيَمَةِ الْأَرْضِ فَإِنْ أَبِي فَشَرِيكَانِ بِالْقِيَمَةِ يَوْمَ الْحُكْمِ.

نص خليل

أول كتاب الصدقات من البيان. وهو الذي مشى عليه المصنف بعد هذا حيث قال: "كوارث طرأ عليه مثله إلا أن ينتفع"، وأما إن علم به فإنه يرجع عليه بأجرة ما سكن وبحصته من الغلة وما عمره مما ليس بضروري، فإن أراد أحد منهم القسمة قسمت الدار، فإن وقع ما بناه في حصته كان له وعليه من الكراء بقدر ما انتفع من نصيب أصحابه قبل القسمة، وإن وقع في نصيب غيره خير من وقع في حصته بين أن يعطيه قيمته منقوضا أو يسلم إليه نقضه، وعلى الباني من الكراء بقدر ما انتفع من نصيب أصحابه قبل القسمة، وإن أرادوا شركته ولم يرد واحد منهم القسمة فلهم ذلك بعد أن يدفعوا حصصهم من قيمة ما عمله؛ قيل قائما، وقيل منقوضا. هذا محصل كلام ابن رشد في أول كتاب الاستحقاق [من¹⁹³] البيان، والقول بأنه يأخذ قيمته منقوضا هو الظاهر لقول ابن يونس في كتاب العارية في ترجمة من أعار أرضه: كل من بنى في أرض غيره من زوجة أو شريك أو غيره بغير إذن ربه أو علمه/ فله قيمة عمله منقوضا. والله أعلم.

متن الخطاب

300

ص: بخلاف ذي دين على وارث ش: يشير إلى ما في أول سماع يحيى من القسمة في الورثة يقتسمون التركة فتنمو في أيديهم ثم يطرأ دين يستغرق التركة بنمائها أنهم يردون ما أخذوا [بنمائها،¹⁹⁴] ولا ضمان عليهم فيما نقص إلا أن يستهلكوه فيكون عليهم غرمه، وكذلك الموصى لهم بأشياء بأعيانها، وأما ما اشتراه الورثة من التركة فحوسبوا به في ميراثهم [أو¹⁹⁵] اشتراه الموصى لهم فحوسبوا به في وصاياهم فلهم نماءه وعليهم ضمانه. قال ابن رشد: ولا خلاف في ذلك؛ لأنه لا فرق بين أن يشتريه الورثة فيحاسبوا به في ميراثهم وفي وصاياهم وبين أن يباع من غيرهم ويدفع إليهم الثمن، ونحوه في رسم الأقضية من سماع يحيى من الوصايا، وفي كتاب القسمة من المدونة ما يدل على ذلك، وأما قول الشارح في شروحه الثلاثة والبساطي إن معنى كلام المصنف إذا كان لرجل دين على شخص فدفع له فيه ملكا ورثه فاغتله، ثم استحق من يده فإنه يرد الغلة فغير صحيح ولا وجه له لأنه قد نص المتيطي وابن سلمون وغيرهما من الموثقين على أن التصيير بيع من البيوع، وتقدم أن ما اشترى الورثة أو الموصى لهم وحوسبوا بثمنه فيما أوصى لهم به أو في ميراثهم لهم نماءه وعليهم ضمانه. والله أعلم. ويوجد في بعض نسخ الأوسط زيادة على ما تقدم، ونصها: لأنه من باب جر النفع لانتفاعه مع بقاء الدين على صاحبه. وهذا أيضا غير صحيح؛ لأنه يلزم مثله في جميع صور الاستحقاق. والله أعلم.

ص: وإن غرس أو بنى قيل للمالك أعطه قيمته قائما فإن أبي فله دفع قيمة الأرض ش: تصوره ظاهر.

الحديث

193 - في المطبوع وم 108 في وما بين المعقوفين من سيد 50 والشيخ 235 ويحيى 137.
194 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 300 وم 108 ويحيى 137 والشيخ 235.
195 - في المطبوع و وما بين المعقوفين من ن عدود ص 300 والشيخ 235.

فرع: فلو قال رب الأرض ما عندي ما أعطيه الآن وما أريد إخراجها ولكن يسكن وينتفع حتى يرزقني الله ما أؤدي منه لم يجز ذلك ولو رضي الذي عمر الأرض؛ لأنه سلف جر منفعة. قاله في سماع يحيى من كتاب الاستحقاق، ونصه: إن كره المستحق أن يدفع ما عليه من القيمة أو كان معدما قيل للعامل ادفع إليه قيمة أرضه ثم يكون لك، فإن أبى أو كان معدما كانا شريكين على قدر قيمة الأرض وقيمة العمارة، ولو رضي الذي عمر الأرض أن يؤخر المستحق على أن ينتفع بها ما حل؛ لأنه سلف جر منفعة.

متن الخطاب

قال ابن رشد: ولو أكره [منه¹⁹⁶] المستحق بما وجب عليه من قيمة البناء لم يجز عند ابن القاسم للدين بالدين، ويجوز على مذهب أشهب؛ لأن قبض أوائل الكراء عنده كقبض جميعه. والله أعلم. وانظر أول رسم من سماع يحيى من كتاب الاستحقاق فيما يكون [للبناني¹⁹⁷] قيمة بنائه منقوضا وما له [قيمه¹⁹⁸] قائما. والله أعلم. وسئلت عن مسألة محصلها شريك غرس أو بنى في بعض

أرض مشتركة بينه وبين جماعة بغير إذنهم فهل/ للشركاء إلزامه بقلع ما غرسه أو بناه؟ فأجبت: إذا غرس الشريك أو بنى الأرض المشتركة بغير إذن شركائه فليس للشركاء إلزامه بقلع ما غرسه أو بناه، بل لو أراد هو أو أحدهم القسمة قسمت الأرض، فإن وقع غرسه وبنائه فيما خصه كان له وعليه الكراء بقدر ما انتفع من نصيب أصحابه قبل القسمة، وإن وقع الغرس أو البناء في حصة غيره خير من وقع في حصته بين أن يعطيه قيمة ذلك منقوضا أو يسلم له نقضه وعليه أيضا من الكراء بقدر ما انتفع من نصيب أصحابه قبل القسمة، وإن لم يرد أحد منهم القسمة بل أرادوا بقاء الأرض مشتركة فلهم أن يدخلوا معه ويشاركوه بقدر حصصهم من الأرض بعد أن يسلموا إليه قدر حصصهم من قيمة عمله قيل قائما، وقيل منقوضا، وهو الراجح الجاري على مذهب المدونة، وانظر المسألة في أول كتاب الاستحقاق من البيان، وتكررت بعد ذلك في سماع عيسى منه، وفي رسم القطعان من سماع عيسى من الشركة وابن يونس في كتاب العارية وغير ذلك. والله أعلم.

ص: إلا المحبسة فالنقض ش: يعني أن الأرض [المستحقة بحبس¹⁹⁹] فليس للبناني إلا حمل أنقاضه. قال في التوضيح بعد ذكره مسألة الاستحقاق والخلاف فيها: وهذا كله ما لم تستحق الأرض بحبس فليس للبناني إلا حمل أنقاضه؛ إذ ليس ثم من يعطيه قيمة البناء قائما، وليس له أن يعطيه قيمة [البقعة²⁰⁰] ولا يكونان شريكين لأنه من بيع الحبس. انتهى. وهذا إن لم يوجد من يعطيه قيمة النقص، وأما إن وجد من يعطيه ذلك فيدفع ولا امتناع له من ذلك كما صرح بذلك في أحكام ابن سهل في مسائل الحبس، ونصه: عن ابن حبيب عن مطرف فيمن بنى مسجدا وصلى فيه نحو السنتين ثم باعه ممن نقضه أو بناه بيتا أو تصدق به [على من فعل هذا به²⁰¹] قال: يفسخ ما فعل ويرد إلى ما كان عليه مسجدا،

301

الحديث

196 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 300 وم 108 ويحيى 137 والشيخ 235.

197 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 300 وم 108 ويحيى 137.

198 - * في المطبوع قيمة وما بين المعقوفين من م 108 ويحيى 135 وسيد 50.

199 - في المطبوع المحبسة تحبس وما بين المعقوفين من ن عدود ص 301 وم 108 ويحيى 137.

200 - * في المطبوع النفقة وما بين المعقوفين من م 108 ويحيى 137.

201 - * من الأحكام الكبرى لابن سهل، باب الحبس، ص 586.

نص خليل وَضَمِنَ قِيَمَةَ الْمُسْتَحَقَّةِ وَوَلَدَهَا يَوْمَ الْحُكْمِ وَالْأَقْلَّ إِنْ أَخَذَ رِيَةً.

متن الخطاب وهو كالحبس لله لا يجوز بيعه ولا تحويله [عن حاله، ²⁰²] وللباني نقض بنائه، وإن شاء فليحتسب في تركه، وإن أراد نقضه فأعطاه محتسب قيمته مقلوعا ليقره للمسجد أجبر الباني على ذلك إلا ما لا حاجة للمسجد [به ²⁰³] منه ولا بد من نقضه [فيترك ²⁰⁴] كذلك.

قلت: فنقض المسجد الأول أوجب على من نقضه أن يعيده كما كان؟ قال: عليه قيمته قائما لأنه متعد في نقضه وهدمه ثم يبني بتلك القيمة. قال ابن حبيب: وقال لي أصبغ مثله، وكما يفهم ذلك أيضا من نوازل ابن رشد في مسائل الأكرية، وذكر [ذلك ²⁰⁵] ابن عبد الرفيح في مختصر النوازل في مسائل الحبس، ونصها: مسألة من أكرى الأرض المحبسة عليه لمن يبني فيها لمدة فله أن يأخذ الأنقاض بقيمتها مقلوعة، وليس عليه أن يلحقها بالحبس، ولو كان الحبس على رجلين فأكرى أحدهما حصته بشيء فليس لصاحبه الدخول عليه. انتهى.

ص: وضمن قيمة المستحقة وولدها يوم الحكم ش: يعني أن من اشترى أمة فأولدها ثم استحقتها إنسان فإن سيدها الذي أولدها يضمن قيمتها وقيمة ولدها الذي أولدها إياه، واحدا كان أو أكثر، ولا يضمن من مات، وهو القول الذي رجع إليه مالك، وكان أولا يقول لمستحقتها أخذها إن شاء مع قيمة الولد قيل ثم رجع [عنهما ²⁰⁶] إلى أنه يلزمه قيمتها فقط يوم وطئها، وبه أفتى لما استحقت/ أم ولده إبراهيم وقيل أم ولده. محمد: وعبر عنه ابن رشد بقوله: وبه حكم عليه في استحقاق أم ولده، فإن أعدم الوالد اتبعه بقيمة الولد وقيمتها، فإن كان الولد موسرا أخذ منه قيمته فقط ولا يرجع [به على الأب. ²⁰⁷] انظر استحقاق المدونة.

وقال ابن يونس: انظر قول ابن القاسم إذا كان الأب عديما والابن مليا فليأخذ [من الابن ²⁰⁸] قيمة نفسه وهو إنما يأخذ منه قيمته يوم [الحكم، وكذا يجب عليه إن استحق ²⁰⁹] قيمته يومئذ بماله وقيمته بماله أكثر مما في يده فكيف يصح أخذ قيمته منه؟ وأظن أن ابن القاسم إنما يقول قيمته بغير مال، وبه يصح قوله. قال في المجموعة: فإن كان للولد مال كسبه لم يقوم بماله لكن بغير ماله كقيمة عبد، ويؤدي ذلك الأب، ولا يؤخذ من أموال الولد شيء. انتهى.

فرع: قال ابن عرفة: للخصمي: لو استحقت حاملا فعلى أن له أخذها يؤخر لوضعها فليأخذها وقيمة ولدها، فإن أسقطته أو ماتت فلا شيء على الأب، وعلى أخذ قيمتها يأخذ قيمتها الآن على ما هي عليه ولا ينتظر وضعها، وعلى القول الآخر ليس له إلا أخذ قيمتها يوم حملت انتهى.

الحديث

- 202 * - من الأحكام الكبرى لابن سهل، باب الحبس، ص 586.
- 203 * - في المطبوع بد وما بين المعقوفين من م 108 والشيخ 236 ويحيى 137 وسيد 50.
- 204 * - من الأحكام الكبرى لابن سهل، باب الحبس، ص 587.
- 205 * - ساقطة من المطبوع وقد وردت في م 108 ويحيى 138 وسيد 50 والشيخ 236.
- 206 * - في المطبوع عنها وما بين المعقوفين من م 108 ويحيى 138 وسيد 50 والشيخ 236.
- 207 - في المطبوع عليه الأب وما بين المعقوفين من ن عدود ص 302 والشيخ 236.
- 208 - في المطبوع الاب وم 108 ويحيى 138 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 302 والشيخ 236.
- 209 * - في المطبوع الحكم وكان يجب إنما يستحق والشيخ 236 وم 108، وسيد 236 وما بين المعقوفين من يحيى 138.

نص خليل لا صَدَاقَ حُرَّةٍ أَوْ غَلَّتْهَا.

ص: لا صَدَاقَ حُرَّةٍ أَوْ غَلَّتْهَا ش: انظر كتاب الاستحقاق من المدونة وشراحها والمشدالي، وانظر رسم [نذر²¹⁰] من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق وابن عرفة، وما ذكره هو المذهب من أن العبد إذا استحق بحرية لا يرجع على سيده بما اغتله منه من خراجه وأجرة عمله ولا بأجرة ما استخدمه فيه، وكذا لو كاتبه ثم استحق بحرية بعد أن قبض السيد الكتابة لم يرجع عليه بها بخلاف ما لو جرح فأخذ السيد لذلك أرشاً فله الرجوع على سيده بما أخذه من أرش جراحه، وكذا لو كان له مال اشتراه معه أو أفاده [عنده²¹¹] من فضل خراجه أو عمله أو تصدق به عليه أو وهب له [فانتزعه²¹²] فله [الرجوع على سيده بما انتزعه من ذلك، أما لو وهب له السيد مالا أو [استتجره²¹³] بمال فاستفاد فيه وقال إنما دفعته إليه لأنه عبدي، وكنت أرى أن لي أن أنتزعه منه متى شئت فللسيد أن يرجع في ذلك كله، وأما إذا قال اتجر بهذا المال لنفسك فليس له إلا رأس ماله، واختلف إذا أعطاه أو تصدق عليه ثم أعتقه، أو أعطاه بعد أن أعتقه وهو يرى أنه مولاه ثم استحق بحرية أو ملك فقيل له الرجوع عليه بذلك، وقيل لا رجوع له عليه. قاله جميعه في رسم يدير من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق، وكذلك الأرض المستحقة بحبس لا يرجع بغلتها على القول المفتى به كما صرح بذلك ابن رشد في مسائل الحبس من نوازله.

قال في التوضيح: وهو الذي جرى به العمل. انتهى. وهذا -والله أعلم- إذا لم يعلم المستحقة من يده بالحبس، وأما إذا علم بالحبس واستغله فيرجع عليه بالغلة [إلا²¹⁴] إذا كان البائع للحبس هو المحبس عليه وكان كبيراً عالماً بالحبس فإنه لا رجوع له بالغلة ولو كان المشتري عالماً كما يأتي ذلك في كلام ابن سهل في مسائل الحبس، ونصه: قال ابن العطار: وإذا فسخ بيع الحبس فالغلة فيما سلف قبل ثبوت تحببسه للمبتاع لا يرجع عليه بشيء منها إذا لم يعلم بالحبس بعد أن يحلف أنه لم يعلم، وما كان في رؤوس الشجر من الثمر وقت الاستحقاق فهو [للذين²¹⁵] ثبت لهم أصل التحبب في حين [ثباته²¹⁶]، وإن كان في إبان الحرث فعليه كراء الأرض، وإن كان بائع الحبس هو المحبس عليه رجع عليه بالثمن، فإن لم يكن له مال وثبت عدمه حلف للمبتاع وأخذ من غلة الحبس عاماً بعام، فإن مات المحبس عليه قبل استيفاء الثمن رجع الحبس إلى من يستحقه ولم يكن للمبتاع منه شيء، فإن كان بائع الحبس كبيراً عالماً بالتحبب عوقب بالأدب والسجن على بيعه إن لم يكن له عذر. قال القاضي ابن سهل: ينبغي

الحديث

210 - هكذا في ن عدود ص 302 ويحيى 138 وسيد 50 والشيخ 237 وصوبه الشيخ محمد سالم بما في المطبوع (يدير).

211 * - في المطبوع وم 109 عبد وما بين المعقوفين من يحيى 138 وسيد 50 والشيخ 237.

212 - في المطبوع السيد وم 109 ويحيى 138 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 302 والشيخ 237.

213 * - في المطبوع وم 109 وسيد 50 والشيخ 237 استخره وفي يحيى 138 استأجره وما بين المعقوفين من البيان ج 11 ص 175.

214 * - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في الشيخ سيديا 237 وسيد 50.

215 * - في المطبوع الذي وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في الأحكام لابن سهل ص 587.

216 * - في المطبوع بنائه وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد 50 وم 109 والشيخ 237 ويحيى 132.

نص خليل
وَأَنْ هَدَمَ مُكْتَرٍ تَعْدِيًّا فَلِلْمُسْتَحِقِّ النَّقْضُ وَبِقِيَمَةِ الْهَدْمِ وَإِنْ أَبْرَأَهُ مُكْرِيهِ كَسَارِقِ عَبْدٍ ثُمَّ اسْتُحِقَّ بِخِلَافِ
مُسْتَحِقِّ مُدْعِي حُرِّيَّةٍ إِلَّا الْقَلِيلَ.

متن الخطاب 303
إن كان مالكا لنفسه مع ذلك [ألا يكون²¹⁷] له طلب المبتاع بشيء من الغلة وإن علم حين ابتياعه أنه حبس، وقد نزلت بقرطبة في مسألة القرشية وأفتيت فيها بذلك، وكان غيري خالفني فيها، وخلافه خطأ. انتهى. وظهره أنه إذا علم البائع بالحبس وكان هو المحبس عليه أن لا رجوع عليه بالغلة/ ولو علم المشتري أيضا بالحبس كما يفهم [من آخر كلامه،²¹⁸] وقد صرح بذلك المشذلي في أواخر كتاب الاستحقاق، ونصه: وسئل اللؤلؤي عن حبس عليه حبس فباعه والمشتري عالم بأنه حبس أم لا فاستغله مدة ثم نقض البيع فقال لا يرد الغلة لأن البائع عالم فهو واهب للغلة، إلا أن يكون له شريك، أو يكون الحبس معقبا [فلشريكه²¹⁹] نصيبه من الغلة، وانظر المتيطي والطرر، وانظر ابن سهل فإنه أشار إلى مسألة اللؤلؤي، وأنها نزلت بقرطبة، وأن غيره خالفه. انتهى كلامه. والله أعلم. [وسئلت²²⁰] عن مسألة وهي شخص باع وقفا عليه يعلم بوقفيته لشخص يجهل الوقفية، ثم باعه المشتري لشخص يعلم الوقفية، ثم إن المشتري الثاني باعه مع جهة أخرى موقوفة على البائع الأول تعدى هذا المشتري عليها فهل للبائع الأول مطالبته بالغلة في ذلك أم لا؟ فأجبت: الحمد لله وحده: إذا ثبت وقفية هذه الجهات بشروطه نقض البيع في جميعها، وأعيدت على ما كانت عليه، ولا رجوع للبائع الأول بغلة ما باعه وهو عالم بوقفيته، وأما الجهة التي تعدى عليها المشتري الثاني وباعها فللبائع الأول الرجوع عليه بغلتها، ولا رجوع له على المشتري الثالث لجهل المشتري الوقفية. والله أعلم. وانظر أحكام ابن سهل فيما إذا باع القاضي الحبس، وانظر ابن سلمون في مسائل الحبس.

ص: وإن هدم مكتر تعديا فللمستحق النقض وقيمة الهدم ش: هذا كقوله في المدونة: ومن اكترى دارا فهدمها تعديا ثم قام مستحق فله أخذ النقض إن وجدته، وقيمة الهدم من الهادم. قال في التنبيهات: قوله: "بقية الهدم" قيل بما بينها بقعة وما بينها من القيمة بذلك البناء فيغرمه، وقيل قيمة ما أفسد من البناء، وعند ابن حبيب يضمن له ما أنفق في البناء، وقيل يأخذ النقض من مستحقها ثم يغرم له ما أفسد من الهدم. قال الشيخ أبو الحسن: قول عياض: "بما بينها بقعة"؛ يعني مع الأنقاض. انتهى. ثم نقل بقية كلام التنبيهات، وقال عقبه: كذا في التنبيهات، ورأيت - يعني القول الأخير- في كلام التنبيهات في موضع آخر يأخذ النقض مستحقه، فعلى ما في التنبيهات يغرم قيمة البناء قائما، ويكون له النقض كمن تعدى على سلعة فأفسدها إفسادا كبيرا فإنه إذا ضمن قيمتها تكون له، وعلى ما في الموضع الآخر يكون هو التأويل الثاني. انتهى. والله أعلم.

الحديث

²¹⁷ - في المطبوع إلا أن يكون وما بين المعقوفين من ن عدود ص302.

²¹⁸ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 303 وم109 ويحيى138 (والشيخ237 بلفظ لا من كلامه).

²¹⁹ * - في المطبوع فليس لشريكه وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في م109 ويحيى138 والشيخ237 وسيد50.

²²⁰ - الواء ساقطة من المطبوع وقد وردت في م109 ويحيى138 وسيد50 والشيخ237.

نص خليل وَلَهُ هَدْمُ مَسْجِدٍ.

متن الخطاب تنبيهه: قال القرطبي في شرح حديث جريج¹ من مسلم في قوله: {ولكن أعيدوها من طين كما كانت¹} يدل على أن من تعدى على جدار أو دار وجب عليه أن يعيده على حالته إذا انضبطت صفته وتمكنت مماثلته، ولا تلزم قيمة ما تعدى عليه، وقد بوب البخاري عليه من هدم حائطاً بنى مثله، وهو تصريح بما ذكرنا، فإن تعذرت المماثلة فالمرجع إلى القيمة، وهو مذهب الكوفيين والشافعي وأبي ثور، وفي العتبية عن مالك مثله، ومشهور مذهب مالك وأصحابه وجماعة من العلماء أن فيه وفي سائر المتلفات [المضمونات²²¹] القيمة إلا ما يرجع إلى الكيل والوزن؛ بناء منهم على أنه لا تتحقق المماثلة إلا فيهما. انتهى. ونحوه في الإكمال قال: ولا حجة لأولئك بهذا الحديث لأنه في شرع غيرنا وليس فيه أن نبينا أمر بذلك، ولعله بتراضيهما؛ ألا ترى إلى أن قولهم نبينها لك بالذهب، وهذا كان من طيب نفوسهم فكذلك بناؤها بالطين. انتهى.

ص: وله هدم مسجد ش: هذه مسألة ذكرها في كتاب الاستحقاق من المدونة، وتكلم الشيخ أبو الحسن على حكم النقض هل لا يؤخذ إلا عين النقض، أو إن كان بشبهة أخذت قيمته قائماً وإلا أخذ النقض؟ وأطال وجلب كلام الأشياخ، ومحصله اختصره ابن عرفة فقال: وفي جعل نقض المسجد في حبس مطلقاً أو إن كان بانيه غاصبا، وإن كان ذا شبهة جعلت قيمته في حبس قولان [لظاهر²²²] قول ابن القاسم فيها والصقلي عن سحنون، وصوبه للخمى/ وقال: [ما²²³] لا بد من هدمه لمخالفته بناء [المساجد²²⁴] جعل نقضه في حبس مثله، وما شاكلها أخذه المستحق بقيمته، وإن بنى بشبهة وأبى المستحق من دفع قيمة البناء والآخر من قيمة الأرض وكانا شريكين فإن حمل القسم وفي حظ الحبس ما يصح مسجداً قسم وإلا يبيع وجعل منابه في مثله. انتهى. ومعنى القولين على ما ذكرناه أول الكلام وقوله: وقال ذكره اللخمى تفرعاً على [قول سحنون،²²⁵] وقوله: "لمخالفته بناء [المساجد²²⁶] لعله بناء [الدوب²²⁷]؛ لأنه الذي يصح به الكلام، وهو كذلك في التبصرة. والله أعلم. فرع: [قال الشيخ أبو الحسن: 228] قال أبو محمد: وعلى قول ابن القاسم بجعل النقض في مسجد آخر، فإن لم يكن في موضعه [مسجد²²⁹] نقل ذلك النقض إلى أقرب المساجد إليه، ويكون الكراء على نقلانه منه، ويجوز لمن أخذه في كرائه ملكه. انتهى.

304

الحديث 1 - عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لم يتكلم في المهد إلا ثلاثة عيسى ابن مريم وصاحب جريج وكان جريج رجلاً عابداً فاتخذ صومعة فكان فيها فأنته أمه وهو يصلي فقالت يا جريج فقال يا رب أمي وصلاتي فأقبل على صلاته فأنصرفت فلما كان من الغد أتته وهو يصلي فقالت يا جريج فقال يا رب أمي وصلاتي فأقبل على صلاته فأنصرفت فلما كان من الغد أتته وهو يصلي فقالت يا جريج فقال أي رب أمي وصلاتي فأقبل على صلاته فقالت اللهم لا تمته حتى ينظر إلى وجه المومسات فتذاكر بنو إسرائيل جريجاً وعبادته وكانت امرأة بغية يتمثل بحسنها فقالت إن شئتم لأقتنه لكم قال فتعرضت له فلم يلتفت إليها فأتت راعياً كان يأوي إلى صومعته فأمكنته من نفسها فوقع عليها فحملت فلما ولدت قالت هو من جريج فأتوه فاستنزوه وهدموا صومعته وجعلوا يضربونه فقال ما شأنكم قالوا زينت بهذه البغي فولدت منك فقال أين الصبي فجاءوا به فقال دعوني حتى أصلي فصلى فلما انصرف أتى الصبي فطعن في بطنه وقال يا غلام من أبوك قال فلان الراعي فأقبلوا على جريج يقبلونه ويتمسحون به وقالوا نبني لك صومعتك من ذهب فقال لا أعيدوها من طين كما كانت ففعلوا. مسلم في صحيحه، كتاب البر والصلة، دار إحياء التراث العربي 1972، رقم الحديث 2550.

221 - * في المطبوع المضمنات وما بين المعقوفين من م 109 وفي يحيى 139 وسيد 50 المضمونة.
222 - * في المطبوع الظاهر وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد 95 وم 109 ويحيى 139 والشيخ 238.
223 - في المطبوع لي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 302 وم 109 ويحيى 139 والشيخ 238.
224 - * في المطبوع المسجد وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد 50.
225 - * في المطبوع ابن سحنون وما بين المعقوفين من يحيى 139 وسيد 50.
226 - * في المطبوع المسجد وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد 50.
227 - * وعلق عليه الشيخ محمد سالم ب قوله لعله بناء الدور الخ غير ظاهر.
228 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 304 وم 109 (ويحيى 139 بلفظ الشيخ أبو الحسن) (والشيخ 237 أبو الحسن بأسقاط قال).
229 - في المطبوع مسجداً وم 109 ويحيى 139 والشيخ 238 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 304.

نص خليل وَإِنْ اسْتَحِقَّ بَعْضُ فَكَالْمَبِيعِ وَرُجِعَ لِلتَّقْوِيمِ وَلَهُ رَدُّ أَحَدِ عَبْدَيْنِ اسْتَحِقَّ أَفْضَلُهُمَا بِحُرِّيَّةٍ.

متن الحطاب ص: وَإِنْ اسْتَحِقَّ بَعْضُ فَكَالْمَبِيعِ ش: كذا في بعض النسخ فكالمبيع شبه مسألة الاستحقاق للبعض بمسألة استحقاق بعض المبيع في البيع، ولا معنى لهذا التشبيه؛ لأن فرض المسألة استحقاق بعض المبيع ففيه تشبيه الشيء بنفسه، وفي بعضها فكالعيب؛ يعني أنه إذا اشترى الشخص شيئا واستحق بعضه فحكمه حكم ما إذا ظهر عيب ببعض المبيع فهذه النسخة أنسب، ولكن على كل حال فقد قدم المؤلف حكم استحقاق البعض في فصل الخيار، وإنما نبه عليه هنا لأنه بابه. والله أعلم. ولا بأس بذكر حكم استحقاق البعض على سبيل الاختصار، وذكر كلام [المدونة²³⁰] بعده فنقول إذا استحق بعض المبيع فلا يخلو إما أن يكون شائعا [أو معيناً، فإن كان شائعا²³¹] فإنه يخير المشتري في التمسك ويرجع بحصة الجزء المستحق من الثمن وفي رده لضرر الشركة، وسواء استحق الأقل أو الأكثر، وإن استحق جزء معين فلا يخلو إما أن يكون مقوماً أو مثلياً، فإن كان مقوماً كالعروض والرقيق والحيوان، فإن استحق البعض رجع بحصته بالقيمة لا بالتسمية، وإن استحق وجه الصفقة تعيين رد الباقي، ولا يجوز التماسك بالأقل، وإن كان مثلياً فإن استحق الأقل رجع بحصته من الثمن، وفي الرد قال في المدونة: ومن ابتاع ثياباً كثيرة أو صالح بها عن دعواه فاستحق بعضها أو وجد بها عيب قبل قبضها أو بعده فإن كان ذلك أقلها رجع بحصته من الثمن [فقط، وإن كان وجه الصفقة انتقض ذلك كله ورد ما بقي، ثم لا يجوز أن يتماسك بما بقي بحصته من الثمن²³²] وإن رضي البائع؛ إذ لا يعرف ثمنه حتى يقوم، وقد وجب الرد فصار بيعاً مؤتلفاً بثمن مجهول. انتهى. وهذا أيضاً يخالف فيه أشهب وابن حبيب ويجيزان التمسك بالأقل. قاله أبو الحسن. وقال: قوله "فإن كان ذلك أقلها إلى آخره" لأن هذا ليس بيعاً مؤتلفاً بثمن مجهول؛ لأن البيع لم يزل جائزاً بالعقد الأول. انتهى. ويقال لأي شيء ينتقض البيع إذا استحق الأكثر ولا ينتقض في الأقل. والله أعلم. ثم قال في المدونة إثر الكلام المتقدم: ولو كان ما ابتاع مكيلاً أو موزوناً فإن استحق القليل منه رجع بحصته من الثمن ولزمه ما بقي، وإن كان كثيراً فهو مخير في أن يحبس ما بقي بحصته من الثمن أو يرده، وكذلك في جزء شائع مما لا ينقسم؛ لأن حصته من الثمن معلومة/ قبل الرضا به. انتهى.

305

ص: وله رد أحد عبيدين استحق أفضلهما بحرية ش: [قال أبو²³³] سعيد في تهذيبه: ومن ابتاع عبيدين في صفقة فاستحق أحدهما بحرية بعد أن قبضه أو قبل، فإن كان وجه الصفقة فله رد الباقي، [وإن لم يكن وجهها لزم الباقي بحصته من الثمن. اهـ. وقد تعقب على أبي سعيد قوله فله رد الباقي²³⁴] قال الشيخ أبو الحسن: ليس في الأمهات فله رد الباقي وإنما [فيها²³⁵] رد

الحديث

- 230 - في المطبوع المؤلف وما بين المعقوفين من ن عدود ص 304 وم 110 ويحيى 139 والشيخ 238.
231 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 304 وم 110 ويحيى 139 والشيخ 239.
232 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 304 وم 110 ويحيى 139 والشيخ 239.
233 - في المطبوع كذا قول أبي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 305 (وم 110 بلفظ كذا قال ابن) ويحيى 139 والشيخ 239.
234 - ساقطة من المطبوع ويحيى 139 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 305 والشيخ 239 وم 110.
235 - في المطبوع فيه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 305 ويحيى 139 والشيخ 239.

نص خليل
كَأَنَّ صَالِحَ عَنِ عَيْبٍ بِآخَرَ وَهَلْ يُقَوِّمُ الْأَوَّلُ يَوْمَ الصَّلْحِ أَوْ يَوْمَ الْبَيْعِ تَأْوِيلَانَ وَإِنْ صَالِحٌ فَاسْتَحَقَّ مَا بِيَدِ
مُدَّعِيهِ رَجَعَ فِي مُقَرَّبِهِ لَمْ يَفْتُ وَإِلَّا فَبِي عَوَضِهِ كإِنْكَارٍ عَلَى الْأَرْجَحِ لَا إِلَى الْخُصُومَةِ وَمَا بِيَدِ الْمُدَّعَى
عَلَيْهِ فَبِي الْإِنْكَارِ يَرْجِعُ بِمَا دَفَعَ وَإِلَّا فَبِقِيمَتِهِ وَفِي الْإِقْرَارِ لَا يَرْجِعُ.

متن الحطاب
الباقي، وهذه متعقبة؛ لأن ظاهره له الرد وله التمسك، فيكون كقول ابن حبيب وأشهب. انتهى. وما
ورد على أبي سعيد يرد على المصنف، وقوله بحرية، وكذلك برق، وقد دخل في قوله: "وإن استحق
بعض [فكالعيب]"²³⁶ وإنما نبه عليه لأنه قد يتوهم في هذه أنها صفقة جمعت حلالا وحراما فترد
[كلها]²³⁷ لأنهما في هذه لم يدخل على ذلك. والله أعلم.

ص: كأن صالح عن عيب بآخر ش: الذي في أكثر النسخ كان وهو الصواب، ويعني أن حكم ما إذا
اشترى عبدا ثم اطلع فيه على عيب قديم فصالح عنه بعد آخر ثم استحق أحدهما كحكم اشترائهما
في صفقة واحدة. قال في المدونة: ومن اشترى عبدا فأصاب به عيبا فصالحه البائع عن العيب على
عبد آخر دفعه إليه جاز، وكأنهما في صفقة واحدة، فإن استحق أحدهما فليفض الثمن عليهما وينظر
هل هو وجه الصفقة أم لا على ما ذكرنا؟ أبو الحسن: يعني فيمن [ابتاع]²³⁸ عبيدين في صفقة
واحدة. انتهى. وشبه المؤلف هذه المسألة بتلك كما في تهذيب أبي سعيد؛ إلا أن الحكم الذي يؤخذ
من كلامهما في المسألة الأولى ليس كذلك كما تقدم، فيكون في هذه أيضا [كذلك]، ولذا²³⁹ قال
اللخمي: قال ابن القاسم فيمن اشترى عبدا ثم وجد به عيبا فصالح عنه على عبد آخر ثم استحق
أحدهما فسبيلهما سبيل ما اشترى صفقة واحدة؛ يريد إن كانا متكافئين أو استحق الأدنى رجع بما
ينوب المستحق ولزم الآخر، وسواء كان المستحق الأول أو الآخر، وإن كان المستحق الأجود رد الآخر.
انتهى. والله أعلم.

ص: وإلا ففي عوضه كإِنْكَارٍ عَلَى الْأَرْجَحِ ش: أي وإن فاتت. قال في المدونة: بتغيير بدن أو سوق
فيرجع في عوضه أي عوض الشيء المقربه وهو مثل المثلي وقيمة المقوم، كما يرجع في الإنكار بعوض
الشيء المصالح فيه فات أو لم يفت، وهو مثل المثلي وقيمة المقوم، وهذا يفرقه ذهن الطالب لأن في
الإقرار ثبت الشيء له، وأما في الإنكار فلم يثبت فكيف يتوهم [أنه]²⁴⁰ يأخذه؟ فيتعين أن يكون
المراد عوض الشيء المصالح به. والله أعلم.

ص: وفي الإقرار لا يرجع ش: قال أبو الحسن الصغير في صلح/ الإقرار على عوض بعد أن تكلم على
ما إذا استحق العوض: ولو استحق ما بيد المدعى عليه فقال أشهب في المجموعة إن استحق بالبينة
والحكم فليرجع على المدعي بما دفع إليه، وقال الطحاوي في كتابه: لا يرجع بشيء؛ لأنه أقر

306

الحديث

* 236 - في يحيى 140 فكالبيع.

* 237 - في المطبوع كلاهما وما بين المعقوفين من يحيى 140 وسيد 51 وم 110 والشيخ 238.

238 - في المطبوع باع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 305 وم 110 ويحيى 140 والشيخ 239.

* 239 - في المطبوع كذا ولذلك وما بين المعقوفين من يحيى 140 والشيخ 238 وسيد 51 وم 110.

240 - في المطبوع أن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 305 وم 110 ويحيى 140 والشيخ 239.

أنه للمدعي، وأن ما أخذ منه ظلم، وذكر أن هذا قول لأهل المدينة وابن أبي ليلى ومن قال بقولهم. ثم قال الشيخ: والعمل عندنا اليوم على ما في كتاب الطحاوي والمدنيين أنه لا يرجع، ويقال للمستحق من يده تأخذ النسخة وترجع على بائعك بالثمن، أو تخاصم ثم لا رجوع لك. انتهى. وانظر ما معنى قوله: "ويقال للمستحق إلى آخره". والله أعلم. وفي معين [الحكام: 241] فإذا أعذر للذي ألقى في يده العبد أو الدابة فالصواب أن [يقول 242] لا حجة لي إلا أن أرجع على من باع مني، فإن ادعى الذي ألقى في يده العبد أو الدابة مطعنا في الشهود أجل، فإن عجز بعد ذلك حكم عليه ثم لا يكون له رجوع على البائع؛ لأن قيامه عليه إنما هو بالبينة التي أعذر فيها، فإذا طعن فيها لم يكن له قيام. انتهى. وصرح ابن سلمون بأن من استحق [منه 243] شيئاً وادعى فيه دافعا وعجز عنه لم يبق له رجوع على بائعه. والله أعلم.

مسألة: قال في النوادر في كتاب الأفضية الأول في ترجمة من قيم عليه في شيء هل يقوم على من باع منه قبل الحكم؟ وهو في أثناء [الترجمة الكبيرة: 244] وفي كتاب ابن سحنون سأل حبيب سحنونا فيمن اعترف من يده شيء وثبت عليه بشاهد واحد، فيريد المشهود [عليه 245] أن يأخذ حميلا على من باع ذلك لثلا يحكم عليه في وقت يغيب هذا فيه؟ قال: لا حميل له عليه، ولا يعرض له حتى يحكم عليه. انتهى.

تنبيهات: الأول: من ادعى الحرية وذكر أنه من بلد كثر فيه بيع الأحرار ووافقه المبتاع على أنه اشتراه من تلك البلد فقال ابن سهل: قال محمد بن الوليد ويحيى بن عبد العزيز إنه يكلف المشتري إثبات رقه، وقاله سحنون، وقال ابن لبابة: البينة على مدعي الحرية، وكان عبد الأعلى يفتي [بما قال 246] أصحابنا لفساد الزمان، ولست أراه، وقال ابن زرب: على السيد الإثبات على صحة ابتياعه ممن كان ملكا له، وبذلك أفتوا في فتنة ابن حفصون. انتهى من مسائل العتق وهي قبل مسائل النكاح.

الثاني: إذا ادعت الحرية ثم أقرت بالرق فقال ابن سهل في المحل المذكور: قالت طائفة لا يقبل رجوعها لأنها قد استحققت بدعواها، فليس لها أن ترق نفسها، وقالت طائفة يقبل رجوعها وتبقى مملوكة لسيدها. قال ابن عتاب: وبه أفتيت، واختاره القاضي ابن بشير، ولم يذكر لنا ابن عتاب إذ [ذكر ذلك ما في 247] سماع ابن القاسم قال مالك: يسمع نزوعها إلا أن يخاف أنها إنما نزع من خوف وأرادت ذكره واستحييت منه. انتهى.

الثالث: إذا اعترف المملوك بالرق ثم ادعى الحرية هل يقبل منه؟ انظر ابن سلمون في بيع الرقيق فإنه ذكر فيه قولين، وعلى أنه يقبل منه فإذا ثبت ذلك وكان البائع عديما فهل يرجع عليه بالثمن؟ فيه

241 * - في المطبوع الحكم وما بين المعقوفين من م 110 ويحيى 140 والشيخ 239 وسيد 51.
 242 * - في المطبوع يقال وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد 51 وم 110 والشيخ 239.
 243 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 306 وم 110 والشيخ 240.
 244 - في المطبوع ترجمة كبيرة وم 110 ويحيى 140 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 306 والشيخ 240.
 245 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 306 وم 110 والشيخ 240.
 246 - في المطبوع بما قال قال وما بين المعقوفين من سيد 51 والشيخ 239 ويحيى.
 247 - في المطبوع ذكرها في وما بين المعقوفين من م 110 ويحيى وسيد 51 والشيخ 239.

كَعَلِمِهِ صِحَّةُ مَلِكٍ بِأَيْعِهِ لَا إِنْ قَالَ دَارُهُ وَفِي عَرَضٍ بَعَرَضٍ بِمَا خَرَجَ مِنْ يَدِهِ.

نص خليل

متن الخطاب خلاف. ذكره ابن رشد في آخر سماع عيسى من كتاب الجهاد ورسم لم يدرك من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق.

الرابع: إذا شهد الشهود على الحرية [على العلم²⁴⁸] هل يفيد ذلك أم لا؟ انظر الباب الثالث والأربعين من التبصرة لابن فرحون، وانظر ابن سهل في المحل المذكور أولاً فإنه ذكر في ذلك خلافاً وفيه مسائل من هذا الباب، وانظر الباب [الثامن²⁴⁹] والعشرين من التبصرة فإن فيه أن الأصل الحرية، وفي أول الكتاب في الفرق بين المدعي والمدعى عليه.

الخامس: إذا أراد وضع قيمة العبد المستحق والذهاب إلى البلد التي فيها بائعه فله ذلك في المستحق برق لا بحرية؛ كما قاله في وثائق الجزيري، وفي سماع عيسى المذكور وفي رسم القبلة من سماع ابن القاسم من الاستحقاق. والله أعلم.

ص: كَعَلِمَهُ صِحَّةُ مَلِكٍ بِأَيْعِهِ ش: قال الشيخ أبو الحسن الصغير في شرح مسألة الصلح المتقدمة: وقد اختلف إذا كان في عقد الشراء وعلم المبتاع صحة ملك البائع المذكور حين انبرام/ البيوع وانعقاده فقال ابن القاسم وأشهب لا يرجع إذا استحق ذلك من يده، وقال غيرهما يرجع. انتهى. وفي أول البيوع من معين الحكام: مسألة: إذا صرح المبتاع بصحة ملك البائع لما باع ثم طرأ استحقاق فهل له رجوع على البائع أو لا؟ في ذلك روايتان: إحداهما أنه يرجع على البائع ولا يضره إقراره، والأخرى أنه لا يرجع عليه بشيء. رواها أصبغ وعيسى عن ابن القاسم. قال ابن العطار: وبالرواية الأولى القضاء. قالوا وهو دليل المدونة؛ لأنه قال في كتاب الاستحقاق منها فيمن له على رجل ألف درهم فحط عنه خمسمائة درهم على أن أخذ منه عبده ميمونا بخمسمائة ثم استحق العبد أنه يرجع بالألف. فقله: "عبده ميمونا" تصريح بإضافة العبد إليه.

307

ص: لَا إِنْ قَالَ دَارُهُ ش: قال في المتيضية في أوائل البيوع: وقولنا ابتاع منه جميع الدار أولى من إضافتها إلى البائع فيقال جميع داره، وكذلك جميع ما يبتاع من ملك أو سلعة لما وقع في ذلك من الاختلاف، فقد ذكر بعض الموثقين أنه إذا أضيف شيء من ذلك إلى البائع ثم استحق من يد المبتاع فإنه لا يرجع على البائع بشيء؛ لأن في إضافة ذلك إليه إقراراً من المبتاع بتحقيق تملك البائع لما باع منه، فإذا استحق من يده فقد علم أنه لم يستحق بحق فلم يكن له الرجوع وكان يرى أن يعقد الموثق ابتاع منه جميع الدار الذي ذكر البائع أنها له أو ابتاع منه جميع الدار التي بموضع كذا ولا يرى أن يقول جميع الدار التي له، وقال غيره من الموثقين إن قولك جميع الدار أو جميع داره بإضافة أو بغير إضافة سواء إن استحق ذلك من يد المبتاع رجوع به على البائع، وقد أشار إلى ذلك أشهب في المجموعة فقال إنه يرجع بالثمن على البائع، والظلم إنما وقع عليه دون المبتاع؛ لأن بينة المستحق تقول إنه باع ما ليس له. قال ابن الهندي: والذي تدل عليه الأصول أن قول الموثق جميع الدار التي له ليس بمانع للمبتاع من الرجوع على البائع بالثمن عند الاستحقاق؛ إذ قد أحكمت السنة الرجوع

الحديث

248 - في المطبوع في العلم وما بين المعقوفين من م 110 ويحيى 140 والشيخ 239 وسيد 51.

249 - في المطبوع الثاني وما بين المعقوفين من ن عود ص 306 ويحيى 140 والشيخ 240.

عليه حتى لو لم يقل في الوثيقة ومرجع دركهم، والدليل على ذلك ما نص عليه أهل العلم في [عقد²⁵⁰] الوثائق في بيع جميع الأملاك، فإنهم استفتحوا ذلك اشترى فلان من فلان جميع ما [حوته²⁵¹] أملاكه وضمته فوائده وجمعتة مكاسبه، وقولهم هذا كقول الموثق جميع الدار التي له لا فرق [بين²⁵²] ذلك فلو كان هذا عندهم [مانعا²⁵³] لرجوع المبتاع عند الاستحقاق على البائع ما كتبوه، وقد دارت غير مرة فقضي فيها بالرجوع بالدرك، وقد أوقفت على ذلك جماعة من أهل العلم الماضين فلم نجد عند أحد منهم أن ذلك يمنع الرجوع.

قال غير واحد من الموثقين: وهذا هو الصواب؛ لأنه ليس في إضافة ذلك إلى البائع إقرار من المبتاع [بتملك²⁵⁴] البائع له، وإنما معنى قوله ابتاع منه جميع داره أي جميع الدار التي ذكر البائع أنها له، وأيضا فلو أن المبتاع صرح [بتملك²⁵⁵] البائع للمبيع ثم استحق ذلك من يده فإن في رجوعه على البائع روايتين: إحداهما أنه يرجع على البائع ولا يضره إقراره، والأخرى أنه لا يرجع عليه بشيء، رواها أصبغ وعيسى عن ابن القاسم. قال ابن العطار: وبالرواية الأولى القضاء هذا في صريح الإقرار فكيف بلفظ لا يحتمل إلا على بعد؟ والذي وقع لابن القاسم في العتبية من سماع عيسى، [وحكاه²⁵⁶] أيضا فضل بن مسلمة عن ابن القاسم أنه إذا أقر المبتاع أن جميع المبيع للبائع منه ثم استحق من يده أنه لا يرجع على البائع بشيء، وقال أشهب وعبد الملك وابن وهب وسحنون وغيرهم لا يمنع ذلك من الرجوع عليه، وهذا اختيار الشيوخ بالأندلس، وهو دليل ما في كتاب الاستحقاق من المدونة فيمن له على رجل ألف درهم فحط عنه خمسمائة على أن [أخذ²⁵⁷] منه عبده ميمونا بخمسمائة ثم استحق العبد أنه يرجع بالألف، فقوله على أن أخذ منه عبده ميمونا كقول الموثق ابتاع منه داره.

وقال عباس في وثائقه: سألت عن ذلك محمد بن إدريس الفقيه فذكر أن ابن القاسم لا يبطل رجوع المبتاع بذلك على البائع إلا أن يقر أنها من خطة آبائه وأجداده فيبطل دركه حينئذ عنده، وكذلك في العبيد والدواب لا يبطل دركه إلا أن يقر أن ذلك من [تلاذ²⁵⁸] البائع فيبطل دركه. انتهى. ونحوه في الوثائق المجموعة، وقوله: "من خطة آبائه" أي من بناء آبائه، وقوله من [تلاذه²⁵⁹] أي ولد عنده. والله أعلم. وفي حاشية المشذالي في آخر كتاب الاستحقاق بعد أن ذكر قول ابن العطار: وبالرواية الأولى القضاء. ابن عبد السلام: والأصح من القولين عدم الرجوع. انتهى. وفي أبي الحسن الصغير إثر الكلام المتقدم: وذكر

- 250 - في المطبوع نص وما بين المعقوفين من ن عدود ص 307 وم 111 ويحيى 141 والشيخ 241.
 251 - في المطبوع جرته وما بين المعقوفين من ن ذي ص 307 وم 111 ويحيى 141 والشيخ 241.
 252 - في المطبوع في وما بين المعقوفين من ن عدود ص 307 وم 111 ويحيى 141 والشيخ 241.
 253 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 307 وم 111 والشيخ 241.
 254 * - في المطبوع بتمليك وما بين المعقوفين من م 111 ويحيى 141 والشيخ 240.
 255 * - في المطبوع تمليك وما بين المعقوفين من م 111 والشيخ 240 وسيد 51.
 256 * - في المطبوع وم 111 وحكاها وما بين المعقوفين من يحيى 141 والشيخ 240 وسيد 51.
 257 * - في المطبوع ياخذ وما بين المعقوفين من م 111 ويحيى 141 والشيخ 240 وسيد 51.
 258 * - في المطبوع تلاذة وما بين المعقوفين من م 111 ويحيى 141 والشيخ 240 وسيد 51.
 259 * - في المطبوع تلاذة وما بين المعقوفين من م 111 ويحيى 141 والشيخ 240 وسيد 51.

نص خليل
أَوْ قِيمَتِهِ إِلَّا نِكَاحًا وَخَلْعًا وَصُلْحَ عَمْدٍ وَمُقَاطَعًا بِهِ عَنْ عَبْدٍ أَوْ مَكَاتِبٍ أَوْ عُمَرَى وَإِنْ أَنْفَدَتْ وَصِيَّةٌ
مُسْتَحَقٌّ بَرَقَ لَمْ يَضْمَنْ وَصِيٌّ وَحَاجٌّ.

متن الخطاب
الباجي أنه اختلف أيضا إذا كان في عقد الشراء داره أو الدار التي له قال: ينبغي أن يتحرز الموثق من الخلاف فيسقطه ويكتب دارا أو الدار التي ذكر أنها له، وذكر ابن العطار في وثائقه القولين قال: والقضاء بأنه يرجع. قال ابن الهندي: إذا قال في آخر الوثيقة على سنة المسلمين ومرجع دركهم فإنه يسقط الخلاف، ويكون له الرجوع قولاً واحداً. انتهى. والظاهر أن قوله: وذكر ابن العطار الخ راجع إلى كلامه الأول في المسألة الأولى، وذكر ابن رشد القولين في سماع عيسى من كتاب الاستحقاق فقف عليه إن أحببته، فقد ظهر معنى قول المصنف: "لا إن قال داره" أي لا إن قال الموثق في الوثيقة داره أو الدار التي له، وقد علمت أن هذا هو الصحيح، وأما المسألة الأولى فلو أشار المؤلف فيها إلى القول الثاني ولو بصح أو عمل به لكان حسناً. والله أعلم.

ص: أو قيمته ش: والقيمة يوم البيع. قاله في كتاب الاستحقاق من المدونة. أبو الحسن: لأن البيع صحيح، وإنما يراعى يوم القبض في البيع الفاسد أو الهبة على أحد القولين. انتهى. والفوات بتغير السوق والبدن والعنق والاستيلاء وتزويج الأمة. قاله في المدونة. والله أعلم.

ص: إلا نكاحاً ش: ذكر ست نظائر والسابعة مسألة الصلح على الإنكار إذا استحق الشيء المصالح به. وانظر لو مات العبد في يدها ثم استحققت في أبي الحسن الصغير في كتاب الاستحقاق.

ص: أو مقاطعاً به ش: قال في كتاب البيوع من المدونة: وإذا بعث عبدك من نفسه بأمة له فقبضتها ثم استحققت أو وجدت بها عيباً لم يكن لك ردها عليه، وكأنك انتزعتها منه وأعتقته، ولو [بعته²⁶⁰] بها نفسه وليست له يومئذ رجعت عليه بقيمتها لا بقيمته كما لو قاطعت مكاتبك على أمة في يده فقبضتها وأعتقته وتمت حرите ثم استحققت، أو وجدت بها عيباً فإنك ترجع عليه بقيمتها ديناً، وهذا كالنكاح بها بخلاف البيوع. انتهى. قوله: ولو بعته بها نفسه وليست له يومئذ. قال ابن يونس: قال يحيى: وهي بعينها في ملك غيره، وقوله: "كما لو قاطعت مكاتبك" إلى آخره يريد ويجوز أن يقاطع المكاتب على عبد في يديه، فإن استحق أو وجد [به²⁶¹] عيب رجع بقيمته بلا خلاف في هذا؛ لأن سيده كان غير قادر على أخذ ماله فهو بخلاف العبد، وإن أعتق عبده على عبد موصوف فاستحق أو وجد به عيب رجع عليه بمثله في [صفته²⁶²] ابن يونس: فصار ذلك على ثلاث رتب؛ في المعين لا يرجع عليه بشيء، وفي الموصوف يرجع عليه بمثله، وإذا كان المعين لغيره رجع بقيمته. انتهى من ابن يونس. ونقله أبو الحسن، ونقل بقية النظائر. والله سبحانه أعلم.

ص: أو عمري ش: يريد أن من أعمار رجلا حياته داراً، ثم أعطى [المعمر بكسر²⁶³] الميم المعمر بفتحها عبداً عوضاً عما جعله له من العمري، ولا يجوز أن يعطي رجلاً عبداً لرجل ليعمره داراً فليس

260 - في المطبوع بعث وما بين المعقوفين من سيد 51 ويحيى والشيخ 241.

261 - في المطبوع بها ويحيى 142 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 308 وم 111 والشيخ 242.

262 * - في المطبوع صفة وما بين المعقوفين من م 111 ويحيى 142 وسيد 51 والشيخ 241.

263 - في المطبوع المعمر داراً ثم أعطى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 308 وم 111 والشيخ 242 ويحيى 142.

نص خليل
 إِنَّ عُرْفَ بِالْحَرِيَّةِ وَأَخَذَ السَّيِّدُ مَا بِيَعَ وَلَمْ يَفْتُ بِالثَّمَنِ كَمَشْهُودٍ بِمَوْتِهِ إِنَّ عُدْرَتَ بَيِّنَتُهُ وَإِلَّا فَكَالْغَاصِبِ
 وَمَا فَاتَ فَالْثَّمَنُ كَمَا لَوْ دَبَّرَ أَوْ كَبَّرَ صَغِيرٌ.

متن الخطاب مرادا هنا. والله أعلم.

ص: إن عرف بالحرية ش: هذا كقوله في كتاب الاستحقاق من المدونة: فإن كان معروفا بالحرية لم يضمن الوصي ولا متولي الحج. قال أبو الحسن: ظاهره أن مع الجهل يحمل على الرق، وفي آخر كتاب الرجم أن الناس محمولون على الحرية، فمعنى قوله هنا: "إن كان معروفا بالحرية" فيمن ظهرت فيه مخايل الرق أو صفة تؤذن بالرق، وأما مع الجهل بحاله فمحمول على الحرية كما قال [في آخر²⁶⁴] كتاب الرجم فيفسر هذا الموضع بما قلناه. ثم قال: ومفهوم قوله: "إن كان معروفا" أنه لو كان غير معروف لضمن لأنه تعدى على مال الغير. انتهى. ويعني [بغير²⁶⁵] المعروف من ظهرت عليه مخايل الرق أو من فيه ريبة كما تقدم.

ص: وأخذ السيد ما بيع ولم يذت، بالثمن ش: قال في المدونة: ويأخذ السيد ما كان قائما من التركة لم يبيع وما يبيع وهو قائم بيد مبتاعه فلا يأخذه السيد إلا بالثمن، ويرجع بذلك الثمن على البائع. قال أبو الحسن: قوله يرجع على البائع وقال أولا لم يضمن الوصي قالوا معنى ما تقدم أن الثمن فات وصرفه في مصارفه، ومعنى قوله: يرجع على البائع أن الثمن قائم بيده. انتهى. يريد أو صرفه في غير ما لم يوص به الميت.

ص: وإلا فكالغاصب ش: قال في المدونة: فإن لم تأت البينة بما تعذر به من شبهة دخلت عليهم فذلك كتعمدهم الزور فيأخذ متاعه حيث وجده. قال الرجراجي: وسواء كانت شهادتهم عند الورثة أو عند القاضي، وتأول القاضي إسماعيل المدونة على أنهم شهدوا عند الورثة، وأما إن شهدوا عند القاضي فلا سبيل إلى متاعه إلا بالثمن. قال الرجراجي: وهذا الذي قاله مخالف لنص المدونة. والله أعلم.

تنبيه: قال أبو الحسن: وحملهم على الكذب حتى يأتوا بالشبهة. والله أعلم.

ص: وما فات فالثمن ش: هذا قسيم قوله: "ما يبيع ولم يفت" يعني وأما ما فات وإنما له الرجوع بالثمن على الذي باع ذلك، وقاله في المدونة.

فرع: قال في كتاب الرهون من المدونة: وإذا باع السلطان الرهن ودفع ثمنه إلى المرتهن ثم استحق الرهن وقد فات عند المبتاع، أو غاب عليه المبتاع فلم يوجد فللمستحق إجازة البيع وأخذ الثمن من المرتهن ويرجع المرتهن بحقه على الراهن، وقاله مالك فيمن باع سلعة فاستحقها صاحبها، وقد دارت في أيدي رجال أنه يأخذ الثمن من أيهم شاء. [انتهى. أبو²⁶⁶] الحسن: وفوات الشيء المستحق إنما هو بزوال عينه أو ما يقوم مقام زوال عينه، وقوله: أو غاب به المبتاع في الأمهات وغاب، واختصار

الحديث

264 - في المطبوع قال بعض في وما بين المعقوفين من ن عدود ص 309 وم 111 قال في كتاب ويحيى 142 والشيخ 242.

265 - في المطبوع تغيير وما بين المعقوفين من ن ذي ص 309 وم 111 ويحيى 142 والشيخ 241 وسيد 51.

266 * - في المطبوع من أبي وما بين المعقوفين من سيد والشيخ 242 ويحيى 142 وم 112.

باب الشُّفْعَةُ أَخْذُ شَرِيكِ.

نص خليل

أبي سعيد أحسن؛ لأنه معنيان، ومفهومه أنه لو لم يفت لكان الحكم غير هذا، وهو أنه يأخذه المستحق [بغير²⁶⁷] ثمن ولا [يرد²⁶⁸] [هذه مسألة²⁶⁹] محمد في الذي يباع عليه ماله وهو غائب ثم قدم فأثبت البراءة من الدين أنه قال يأخذ ذلك بالثمن، والفرق بينهما أن مسألة محمد

متن الخطاب

بيع على ملك الغائب، وهذا بيع على غير ملك المستحق، وانظر/ مسألة محمد في كتاب الأقضية لابن يونس. انتهى. وانظر ابن سلمون في باب من أحاط الدين بماله، وقال أبو الحسن: قوله فللمستحق إجازة البيع وأخذ الثمن من المرتهن. عياض: الذي يقطع به أن مذهب المدونة أن رجوعه على المرتهن، والذي قال ابن حبيب وأصبغ عن ابن القاسم أنه إنما يرجع على الراهن إلا أن يكون عديما فيرجع على المرتهن. الشيخ: وسبب الخلاف هل هذا الرهن إنما يبيع على [ملك²⁷⁰] الراهن وفيما عليه، أو إنما يبيع لحق المرتهن وأنه بحكم الحاكم بالبيع زال ملك الراهن؟ وبعضهم حمل المدونة على أن الراهن عديم، ثم قال: قوله يأخذ الثمن من أيهم شاء إلا الأخير فإنه لا يرجع على أحد، فإن أخذه من الأول صحت جميع الصفقات بخلاف الشفعة إن أخذه من الأول بطلت جميع الصفقات، والفرق بينهما أنه إنما يرجع بالثمن [وفي الشفعة²⁷¹] إنما يرجع في الدار. انتهى. وتقدم في آخر باب الغصب شيء من هذا، وقال البرزلي في أثناء كتاب الأقضية: قال للخمي في كتاب التخيير: من أثبت ديناً على غائب وباع فيه داره ثم قدم الغائب وأثبت أنه قضاه دينه [نفذ²⁷²] البيع، إذا فات لأنه لم يتعد على الذمة. ابن عات: هو مخالف لما قاله أبو الوليد أنه يجوز بيع الرهن دون الحكم، سواء كان في وثيقة الدين تصديق المرتهن في الاقتضاء أم لا، فإن ادعى بعد ذلك دفع الدين فإن لم يشترط التصديق في الاقتضاء وأقام البينة على الدفع انتقض البيع، وإن لم تقم بيينة حلف المرتهن ونفذ البيع وإن نكل حلف الراهن لقد أداه وسقط الدين ونفذ البيع. ذكره ابن فتحون.

310

قلت: لعل مسألة اللخمي باع بحكم حاكم ومسألة ابن فتحون بغير حاكم. انتهى من مسائل الأقضية. ص: باب الشفعة ش: قال ابن رشد في المقدمات: والأصل في تسميتها بذلك هو أن الرجل في الجاهلية كان إذا اشترى حائطا أو منزلا أو شقفا من حائط أو منزل أتاه المجاور أو الشريك فشفع له في أن يوليه إياه ليتصل له الملك أو يندفع عنه الضرر حتى يشفعه، فيه فسمي ذلك شفعة، وسمي الآخذ شفيعا والمأخوذ منه مشفوعا عليه. انتهى. والشفعة بسكون الفاء. قاله عياض. ص: أخذ شريك ش: تمام الرسم قوله: "ممن تجدد ملكه اللازم اختيارا بمعاوضة" عقارا بمثل الثمن

الحديث

267 * - في المطبوع من غير وما بين المعقوفين من م112 ويحيى142 والشيخ242 وسيد51.

268 * - في يحيى142 ترد.

269 * - في سيد51 هذه المسألة مسألة محمد.

270 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 310 وم112 ويحيى142 والشيخ243.

271 * - في المطبوع والشفعة وما بين المعقوفين من م112 ويحيى142 والشيخ242 وسيد51.

272 * - في المطبوع بعد وما بين المعقوفين من م112 والشيخ242 وسيد242 وسيد51 وفي يحيى142 مضى.

نص خليل وَلَوْ ذَمِيًّا بَاعَ الْمُسْلِمُ لِذِمِّيٍّ كَذَمِّيِّينَ تَحَاكَمُوا إِلَيْنَا أَوْ مُحَبَّبًا.

متن الخطاب أو قيمته أو قيمة الشقص، وهو قريب من [رسم²⁷³] ابن الحاجب، واعترضه ابن عرفة بأنه رسم الأخذ لا رسم ماهية الشفعة ورسمها [بأنها²⁷⁴] استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه. انتهى. قلت: قد يقال إنه غير جامع لخروج ما [تكون²⁷⁵] فيه الشفعة بقيمة الشقص فتأمل. واعتراض ابن عرفة المذكور هو في مختصره، ونقل عنه تلميذه البرزلي أنه نقض رسم ابن الحاجب أيضا بأخذ الشريك الثوب إذا وقف على ثمن، وبما إذا وقع ثوب مسلم في الغنائم وأخذه رجلان فأخذ من أحدهما ثم أراد الأخذ من الآخر. انتهى. وقوله: "أخذ شريك" أي بجزء مشاع، وأما لو كان شريكا بأذرع وهي غير معينة ففيها خلاف. قال مالك: لا شفعة وأثبتها أشهب، ورجح ابن رشد الأول وأفتى به وحكم به بأمره. قاله في آخر كتاب الشفعة من المقدمات.

ص: ولو ذميا باع المسلم لذمي كذمييين تحاكموا إلينا ش: قال في آخر كتاب الشفعة من المدونة: وإذا كانت دار بين مسلم وذمي فباع المسلم حصته من مسلم أو ذمي فلشريكه الذمي أن يشفع كما لو كان مسلما. انتهى. وفي التبصرة للحمي: وإن باع النصراني نصيبه من مسلم أو نصراني كانت للمسلم الشفعة. انتهى. ثم قال في المدونة إثر الكلام المتقدم: ولو كانت بين ذمييين فباع أحدهما لم أقض بالشفعة بينهما إلا أن يتحاكما إلينا. انتهى. وفي أول سماع يحيى من الشفعة: وسألت ابن القاسم عن/ النصرانيين الشريكين في الأصل يبيع أحدهما حظه من مسلم أو نصراني فتجب الشفعة لشريكه أيقضى له بها [على المشتري مسلما كان أو نصرانيا؟²⁷⁶] قال: أما على المسلم يقضى بها للنصراني لأنني قد كنت أقضي بها [أيضا²⁷⁷] للمسلم على النصراني، وأما إذا كان الشفيع نصرانيا وكان شريكه مسلما أو نصرانيا فاشترى نصراني [نصيب الشريك النصراني²⁷⁸] فلا أرى أن يقضى بينهما بشيء؛ لأن الطالب والمطلوب نصرانيان، فهما يردان إلى أهل دينهما لأن المطلوب يقول ليس في ديننا الحكم بالشفعة فلا أرى للمسلم أن يحكم بينهما إلا أن يتراضيا على ذلك. ابن رشد: تحصيل القول في هذه المسألة أنه إن كان الشفيع الذي لم يبع أو المشتري المشفوع عليه مسلما قضي بالشفعة لكل واحد منهما على صاحبه باتفاق المذهب؛ لأنه حكم بين مسلم ونصراني، واختلف إن كان الشفيع والمشتري المشفوع عليه نصرانيين والشريك البائع مسلما فقال في هذه الرواية إنه لا يقضى في ذلك بالشفعة، ويردان إلى أهل دينهما لأن الشافع والمشفوع نصرانيان. وقال في أصل الأسدية وهو في بعض روايات المدونة أنه يقضى في ذلك بالشفعة من أجل أن الشريك البائع مسلم، وهو قول أشهب في المجموعة. انتهى.

فالقول الثاني هو الذي مشى عليه المؤلف فقال: ولو كان الشريك الآخذ بالشفعة

311

الحدیث

273 - في المطبوع قول وما بين المعقوفين من ن عدود ص 310 وم 112 ويحيى 142 والشيخ 244 ومايaby 1.

274 - في المطبوع هو وما بين المعقوفين من ن عدود ص 310 ويحيى 142 وم 112 ومايaby 1 (والشيخ 244 فإنها).

275 * - في المطبوع وم 112 وسيد 52 والشيخ 243 يكون وما بين المعقوفين من يحيى 142.

276 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 311 وم 112 ويحيى 143 والشيخ 244 ومايaby 1.

277 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 311 ويحيى 143 والشيخ 244 ومايaby 1.

278 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 311 (ويحيى 143 والشيخ 244 شريكه).

لِيُحْبَسَ كَسُلْطَانٍ لَا مُحَبَسَ عَلَيْهِ وَلَوْ لِيُحْبَسَ وَجَارٍ وَإِنْ مَلَكَ تَطْرُقًا.

نص خليل

ذميا والحالة أن شريكه مسلم باع لذمي، وأشار بلو إلى القول الأول في كلام ابن رشد، ودخل في كلامه بالأحرورية ما إذا باع الشريك المسلم لمسلم فيكون لشريكه الذمي الشفعة، أو باع النصراني حصته لمسلم أو ذمي فلشريكه المسلم الشفعة، أو كانت بين ذميين فباع أحدهما حصته من مسلم لأن هذه متفق على وجوب الشفعة فيها كما تقدم، وقول الشارح: [مفهوم²⁷⁹] قوله: [لذمي²⁸⁰] لو باع لمسلم لا شفعة له وليس كذلك لا يرد على المصنف لأن هذه الصورة داخله في كلامه بالأحرورية فليتأمل. وقول البساطي: واعترضوا عليه بأنه مخالف للمدونة.

متن الخطاب

قلت: ولعله رجع ما لابن القاسم في المجموعة أن المسلم إذا باع لنصراني وشريكه نصراني فلا شفعة للنصراني فيه سهو ظاهر. والله أعلم. قوله: "كذميين تحاكموا إلينا" هذه الصورة السادسة فإن للمسألة سبع صور؛ لأن الدار تارة تكون شركة بين ذمي ومسلم [وتارة شركة بين ذميين وتارة بين مسلمين وإذا كانت شركة بين مسلم وذمي²⁸¹]، فتارة يبيع المسلم حصته من مسلم أو ذمي، وتارة يبيع الذمي حصته من مسلم أو ذمي، [وإن²⁸²] كانت الدار بين ذميين فتارة يبيع أحدهما حصته من مسلم أو ذمي فهذه ست، والسابعة إذا كانت الدار بين مسلمين فباع أحدهما حصته من ذمي؛ فواحدة صريحة في كلام المؤلف وهي ما إذا باع المسلم حصته لذمي وكان شريكه ذميا [وهي محل²⁸³] الخلاف، [والخمس الأخر²⁸⁴] داخله في كلام المؤلف بالأحرورية لأنها متفق عليها، وبقيت واحدة وهي ما إذا كانت بين ذميين فباع أحدهما لذمي فأشار إليها بقوله: "كذميين تحاكموا" وهكذا قال في المدونة: ولو كانت بين ذميين فباع أحدهما نصيبه لم أقض بالشفعة بينهما إلا أن [يتحاكما إلينا. قال أبو الحسن الصغير: معناه أنه باعه من ذمي يدل عليه قوله: "إلا أن²⁸⁵] [يتحاكما²⁸⁶] إلينا"، وقال أشهب إذا كان المبتاع مثلهما فلا شفعة وإن تحاكموا إلينا. انتهى. فقول المؤلف: "كذميين تحاكموا إلينا" يعني كما إذا كانت لذميين والحالة أنه باع أحدهما لذمي، ويدل على أن أحدهما باع لذمي قوله باع المسلم لذمي، وقوله: "ذميين" بالجمع لا بالتثنية كما تقدم، وحذف الجار والمجرور في قوله: "إلينا" للعلم به. والله أعلم.

ص: ليحبس ش: يريد وأما لو أخذها لنفسه فليس له ذلك.

تذبيبه: لو أعمر إنسان إنسانا جزءا مشاعا من دار وله فيها شريك فباع شريكه فللمعمر بكسر الميم أن يأخذ بالشفعة؛ لأن الحصة ترجع إليه بعد موت المعمر بفتح الميم. قاله ابن الحاجب.
ص: وجار وإن ملك تطرقا ش: قال في/ كتاب الشفعة من المدونة: ولا شفعة بالجوار والملاصقة في

312

الحديث

- 279 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 311 وم 112 ويحيى 143 والشيخ 244 وما يابى 2.
280 - في المطبوع الذمي وما بين المعقوفين من ن ذي ص 311 وم 112 ويحيى 143 والشيخ 243 والشيخ 243 وسيد 52.
281 - ما بين المعقوفين ساقط من المطبوع وقد ورد في م 112 ويحيى والشيخ 242 وسيد 52.
282 - في المطبوع فإن وما بين المعقوفين من م 112 ويحيى والشيخ 242 وسيد 52.
283 - * في المطبوع وهو على وما بين المعقوفين من م 112 والشيخ 244 وسيد 52 وفي يحيى 143 فهي محل.
284 - * في المطبوع والخامسة الأخرى وما بين المعقوفين من م 112 ويحيى 143 وفي سيد 52 والشيخ 244 والخمسة الأخر.
285 - في المطبوع يتحاكموا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 311 وم 112 ويحيى 143 والشيخ 245 وما يابى 2.
286 - * في المطبوع أن يتحاكموا وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في التهذيب ج 4 ص 125.

نص خليل وَنَاطِرٍ وَقَفٍ وَكَرَاءٍ وَفِي نَاطِرِ الْمِيرَاثِ قَوْلَانِ.

متن الخطاب سكة أو غيرها، ولا بالشركة في الطريق، ومن له طريق في دار فبيعت الدار فلا شفعة له فيها. انتهى.

قال ابن يونس: لأنه إنما له حق في الجوار لا في نفس الملك. انتهى.

ص: وناظر وقف ش: لا إشكال في عدم أخذه بالشفعة على القول الذي مشى عليه المصنف من أن المحبس عليه ليس له أن يأخذ بالشفعة ولو ليحبس، وقد يؤخذ ذلك من قول أبي الحسن في آخر كتاب الشفعة لما ذكر قوله في المدونة أن المحبس عليهم ليس لهم أن يأخذوا بالشفعة. قال ابن سهل: به يستدل على أن صاحب المواريث لا يشفع لبيت المال والمساجد. انتهى. والله أعلم.

ص: وكراء ش: أي وكذا لا شفعة في الكراء، وما ذكره المصنف هو أحد قولي مالك ورواية ابن القاسم عنه، وإنما اقتصر عليه لأنه مذهب المدونة في أول كراء الدور والأرضين حسبما أشار إلى ذلك في توضيحه، وصرح ابن ناجي في شرح المدونة بمشهوريته، وسيأتي لفظهما. قال في المدونة في كراء الدور: وإذا اکتري رجلا دارا بينهما فلأحدهما أن يکري حصته قال مالك ولا شفعة فيه لشريكه بخلاف البيع. انتهى.

قال ابن ناجي: ما ذكره من عدم الشفعة هو المشهور، وقال أشهب وابن المواز له الشفعة، وقال في التوضيح في كتاب الشفعة في شرح قول ابن الحاجب: "وفي الثمار والكتابة وإجارة الأرض للزرع قولان" قوله: "وإجارة الأرض للزرع" لا يريد خصوصية هذه المسألة بل كل كراء، والقولان لمالك، ومذهب ابن القاسم في المدونة سقوطها، وهو قول عبد الملك والمغيرة، وبوجوبها قال مطرف وأشهب وأصبع، واختلف أيضا في المساقاة كالكراء، والأقرب سقوطها في هذه الفروع؛ لأن الضرر فيها لا يساوي الضرر في العقار الذي وردت الشفعة فيه. انتهى. وأصله لابن عبد السلام، ونصه: وليس في قول المؤلف: "وإجارة [الأرض] ²⁸⁷ للزرع" دليل على خصوصية هذه الصورة بالخلاف في ثبوت الشفعة فيها بل ذلك عام في كراء العقار، لكن مذهب ابن القاسم سقوط الشفعة في الكراء، وهو قول المغيرة وعبد الملك، وقال أشهب ومطرف وأصبع فيه الشفعة، وهو قول ابن القاسم أيضا، والقولان مرويان عن مالك، واختلف أيضا في المساقاة كما اختلف في الكراء، والأقرب في هذه المسائل على أصل المذهب سقوط الشفعة فإن الضرر اللاحق بسبب المشاركة فيها قاصر عن الضرر اللاحق في المسائل المتفق على ثبوت الشفعة فيها. انتهى.

تنبيهات: الأول: اعترض الشارح على المصنف في اقتصاره على القول بعدم الشفعة وعدم تعرضه للقول بوجوبها. قال في الوسط بعد نقله القولين عن الموازية: فانظر كيف اقتصر الشيخ على عدم الشفعة ولم يحك القول الآخر؟ وهو أولى بالذكر هنا لأنه أحد قولي مالك ورواية ابن القاسم عنه، وبه أخذ هو وأشهب ومطرف وأصبع وابن المواز وابن حبيب أو كان يذكر القولين معا. انتهى. ونحوه في الكبير، وقال [فيه] ²⁸⁸ بدل قوله: "وهو أولى بالذكر هنا" فكان هذا القول أولى بالاقتصار عليه أو يذكر القولين معا، وعلى هذا فلو قال وفي الكراء وناظر الميراث قولان لكان أحسن. والله أعلم. وعلى التسوية

الحديث

287 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 312 وم 113 ويحيى 144 والشيخ 245 ومايأبى 3.

288 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 312 وم 113 ويحيى 144 والشيخ 246 ومايأبى 3.

بين القولين من غير ترجيح مشى في شامله فقال: وفي الكراء روايتان. [اهـ. ²⁸⁹] وتبع البساطي الشارح في الاعتراض على المؤلف فقال: وكان الأحسن أن يذكر المصنف في الكراء القولين كما في ناظر الميراث؛ لأنهما لمالك، ورجح جماعة الثاني، ولم يتعرض ابن غازي لما ذكره الشارح من الاعتراض على المصنف بنفي ولا إثبات، وتعرض له الشريف الفاسي ونظر في اعتراضه، وأجاب عن الشيخ في اقتضاره على القول بعدم الشفعة بما قدمناه، [ونصه ²⁹⁰] إثر قول ابن الحاجب المتقدم: قوله:

متن الخطاب

”وإجارة الأرض للزرع“ لا يريد خصوصية هذه المسألة بل كل كراء/ كذلك، والقولان لمالك، ومذهب ابن القاسم في المدونة في كراء [الدور سقوطها، ²⁹¹] وعليه اقتصر الشيخ خليل، واعترضه شارحه الشيخ تاج الدين بأن القولين لمالك ورواية ابن القاسم، وبثبوت الشفعة أخذ هو وأشهب ومطرف وأصبغ وابن المواز وابن حبيب، فكان ذكره لهذا القول أولى أو كان يذكرهما، ولهذا حكى في شامله القولين من غير ترجيح، وفيه نظر لقوله في التوضيح: مذهب المدونة السقوط، ولعله لما لم ير المسألتين في كتاب الشفعة من المدونة لم يعتبر كلامه. والله أعلم. انتهى. فظهر من هذه النصوص صحة ما قاله المصنف، وسقط عنه اعتراض الشارح والبساطي. والله أعلم.

313

الثاني: سيأتي في كلام المصنف في الثمار إذا لم تبيس أن فيها الشفعة، وقال في حاشية المشذالي في كتاب الشفعة: فإن قيل ما الفرق بين الشفعة في الثمار وعدمها في السكنى، وكل منهما غلة ما فيه الشفعة؟ قيل: الفرق أن الثمار لما تقرر لها وجود في الأعيان ونمو في الأبدان من الأشجار صارت كالجزة منها، وإليه أشار ابن العربي، فأعطيت حكم الأصول ولا كذلك السكنى، فلذلك صرح في المدونة بعدم الشفعة فيها. المشذالي: قال الشيخ أبو الحسن في ترجمة اكرى حمامين أو حانوتين من كراء الدور أن الفرق أن الثمرة أعيان وهي مشتبهة بالأصول ولا كذلك المنافع، ألا ترى إذا اشترى الثمرة بعد يبسها في رؤوس الأشجار أنه لا شفعة فيها. انتهى. وتأمل الفرق بين الزرع والثمار. والله أعلم.

الثالث: على القول بوجوب الشفعة في الكراء فقال اللخمي [ذلك ²⁹²] بشرطين أن يكون مما ينقسم، وأن يشفع ليسكن. قال المشذالي: قال الشيخ أبو الحسن في الترجمة المذكورة: قال ابن يونس: قال محمد: وأشهب يرى الشفعة في الكراء وبه أقول. اللخمي: وبه العمل بشرط أن يكون مما ينقسم، وأن يشفع ليسكن. انتهى. ونقله الباجي عن أبي الحسن أيضا وزاد إثره: قلت: وليس العمل عليهما عندنا بإفريقية. انتهى. أي ليس العمل عندهم بإفريقية على اشتراط الشرطين المذكورين، والشرطان المذكوران ذكرهما اللخمي، وعنه نقلهما الشيخ أبو الحسن فإنه بعد أن ذكر الشرطين المذكورين أتى بكلام اللخمي عقب ذلك كالمستدل بذلك، ولنذكر كلامه برمته، ونصه: ابن المواز وأشهب يرى الشفعة في الكراء، وبه أقول. الشيخ: وعليه العمل، وذلك بشرطين: أن يكون مما ينقسم، وأن

الحديث

289 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 312 ويحيى 144 والشيخ 246 ومايأبى 3.
290 - في المطبوع ونص وما بين المعقوفين من ن عدود ص 312 وم 113 ويحيى 144 والشيخ 246 ومايأبى 3.
291 - في المطبوع وسقوطها وم 113 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 313 ويحيى 144 ومايأبى 3.
292 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 313 وم 113 والشيخ 246 ومايأبى 3.

متن الخطاب يشفع ليسكن. اللخمي: اختلف إذا كان الكراء في نصف شائع فقال مالك مرة لا شفعة فيه، ومرة قال فيه الشفعة، وهذا إذا كانت الدار [تحتل²⁹³] القسمة، فإن أراد الشريك أن يأخذ بالشفعة ليسكن كان ذلك له، وإن أراد ذلك ليكري لم يكن له ذلك، وهو بمنزلة من يأخذ الشفعة بالبيع، وكذلك الحانوت يكون بين الشركاء فيكري أحدهم نصيبه شائعا فلا شفعة [للآخر²⁹⁴] إذا كان لا يحمل القسم أو كانوا يأخذون بالشفعة ليكروا، وإن كان يحمل القسم وأراد أن يأخذ بالشفعة ليجلس فيه للبيع كان ذلك له، وإن كان يكره لمن يجلس فيه لم يكن له ذلك. انتهى.

الرابع: قال المشذالي في حاشيته في كراء الدور إثر كلام المدونة المتقدم: وقوله: "فلأحدهما أن يكري حصته ظاهره ولو من غير شريكه، وأنه لا يكون شريكه أحق به من الغير، وهو خلاف ما في سماع ابن القاسم في [رجلين تكاريا أرضا ليزرعها فبدا لأحدهما أن يكري حصته منها؟ قال: أرى شريكه أولى بها، وكذلك لو أن²⁹⁵] رجلين وهبت لهما ثمرة شجر عشر سنين حبسا عليهما، ثم أراد أحدهما بيع حصته من ذلك بعد الطيب فشريكه أولى بها. انتهى. وهذه المسألة في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم من كراء الدور والأرضين، وزاد بعد قوله: "أولى بها" ممن أراد شراءها بالذي بذل فيها: قال سحنون: وقال مالك لا شفعة في الأكرية، وقاله ابن القاسم.

قال محمد بن رشد: قول مالك [أرى²⁹⁶] شريكه أولى بها في مسألة الكراء ومسألة الثمرة يريد أولى بها من المشتري بالثمن الذي بذل فيها؛ لأنه يأخذ/ الثمرة من المشتري بالشفعة [بعد²⁹⁷] تمام الشراء والكراء من المكتري بالشفعة بعد تمام الكراء، فليس ما قاله مالك في مسألة الثمرة والكراء خلافا لما حكاه سحنون عن مالك وابن القاسم من أنه لا شفعة في الأكرية لأنهما مسألتان، فالمسألة الأولى وهي أن الشريك أولى بالثمرة وبالكراء بما بذل المشتري والمكتري فيها من الثمن والكراء لا خلاف فيها، وكذلك يجب في كل مشترك لا شفعة فيه، ومثله قول مالك في الذي تكون تحته الأمة لقوم فتلد منه فيبيعونها وولدها أنه أحق بها بما يعطى فيها، وقد مضى القول في ذلك في رسم نقدها من سماع عيسى من كتاب النكاح والمسألة الثانية؛ وهي هل تكون الشفعة في الكراء بعد تمامه وفي الثمرة بعد الشراء أم لا؟ فيها اختلاف. اختلف في ذلك قول مالك وقع [اختلاف قوله في الثمرة في المدونة²⁹⁸] وفي الكراء في الواضحة، وأخذ بوجود الشفعة في ذلك ابن الماجشون وابن عبد الحكم، وبأن لا شفعة في ذلك ابن القاسم ومطرف وأصبع، وبه أخذ ابن حبيب، وكذلك اختلف قول مالك أيضا في الشفعة في الكتابة والدين يباعان هل

314

293 * - في يحيى 144 تحمل.

294 - في المطبوع في الآخر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 313 وم 113 ويحيى 144 والشيخ 247 وما يابى 4.

295 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 313 وم 113 ويحيى 144 والشيخ 247 وما يابى 4.

296 - في المطبوع أراد وما بين المعقوفين من ن ذي ص 313 والشيخ 246 وسيد 52 ويحيى 144.

297 - في المطبوع يوم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 314 وم 113 ويحيى 145 والشيخ 247 وما يابى 4.

298 * - في المطبوع اختلاف في قول في المدونة في الثمرة وما بين المعقوفين من م 113 ويحيى 145 والشيخ 246

وسيد 52.

متن الخطاب يكون للمكاتب والذي عليه الدين الشفعة في ذلك أم لا؟ فقال مرة لهما الشفعة في ذلك، وأخذ به مطرف وابن الماجشون وابن وهب وأشهب وأصبع وابن عبد الحكم، وإليه ذهب ابن حبيب، وحكى في ذلك حديثاً من مراسيل سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: { الشفعة في الكتابة والدين¹ } وحكى عن مالك من رواية ابن القاسم عنه أنه استحسّن الشفعة في ذلك ولم ير القضاء بها. انتهى. وقال ابن الفاكهاني في شرح عمدة الأحكام إنه لم يقف على نص في مسألة الأمة ومسألة بيع الدين، وقد تقدمت مسألة الأمة في النكاح عند قول المصنف: "وفسخ [و²⁹⁹] إن طراً بلا طلاق". والله أعلم. واقتصر في المسائل الملقوطة على القول بالشفعة في الدين. والله أعلم.

الخامس: ما عراه ابن رشد لابن الماجشون وابن عبد الحكم من الأخذ بوجوب الشفعة في الكراء، وبأن لا شفعة لابن القاسم ومطرف وأصبع وابن حبيب عكس ما نقل صاحب النوادر، فإنه عزا لابن الماجشون وابن عبد الحكم عدم الأخذ بالشفعة، ولابن القاسم ومن ذكر معه الأخذ بالشفعة، ونصه: قال ابن حبيب: اختلف قول مالك في الشفعة في الكراء، فأخذ ابن [الماجشون³⁰⁰] وابن عبد الحكم بقوله أن لا شفعة وأخذ مطرف وابن القاسم وأصبع بقوله إن فيه الشفعة، وبه [أخذ³⁰¹] وذلك في كراء الدور والمزارع سواء. انتهى. وعلى نقل النوادر مشى ابن عبد السلام والمصنف في التوضيح والشارح كما تقدم في كلامهم، وعلى نقل ابن رشد مشى ابن عرفة، ونصه: ابن رشد: إنما وقع اختلاف قول مالك في الشفعة في الكراء في الواضحة، وبقوله بالشفعة فيه قال ابن الماجشون وابن عبد الحكم، وبنيها فيه قال ابن القاسم ومطرف وأصبع وابن حبيب. انتهى. ولم يتعرض ابن عرفة لما بين النقلين من المخالفة مع أنه نقل عن النوادر بعض فروع الترجمة التي فيها كلام النوادر المذكور، ولعل لكل من مطرف وأصبع وابن حبيب قولين في المسألة أيضاً مثل ما مالك وابن القاسم. فتأمل ذلك أيضاً. والله الموفق للصواب.

السادس: قول ابن رشد: وقع اختلاف قول مالك في الثمرة في المدونة وفي الكراء في الواضحة ظاهره [أن³⁰²] قول مالك لم يختلف في الكراء في المدونة، واستقرأ الخلاف منها الشيخ أبو الحسن الصغير من قوله في المدونة في كتاب الشفعة: ومن أعر عمرى على عوض لم تجز وردت، ولا شفعة فيه لأنه كراء فاسد، [ونصه: الشيخ: انظر قوله: "لأنه كراء فاسد"³⁰³] ظاهر هذا التعليل أن الشفعة في الكراء الصحيح، وهو خلاف ما في كراء الدور، وهو قول أشهب، وقاله ابن القاسم أيضاً، ورجحه ابن المواز، وبه مضى عمل القضاة. أبو محمد صالح: قوله: "لأنه كراء فاسد" راجع للرد خاصة تقديره لم يجز، ورد لأنه كراء/ فاسد ولا شفعة فيه، وعلى هذا لا يلزم الاستقراء. انتهى. ونحوه لابن ناجي، ونصه: ظاهر تعليقه يقتضي أن الشفعة في الكراء الصحيح، وهو مخالف لقولها في كتاب كراء الدور

315

1 - انظر البيان والتحصيل، ج 9 ص 15.

الحديث

- 299 - ساقطة من المطبوع وم 114 ويحيى 145 والشيخ 247 ومايأبى 4 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 314.
 300 - في المطبوع القاسم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 314 وم 114 ويحيى 155 والشيخ 248 ومايأبى 5.
 301 - في المطبوع يأخذ وما بين المعقوفين من يحيى.
 302 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 314 وم 114 ويحيى 155 والشيخ 248 ومايأبى 5.
 303 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 314 وم 114 ويحيى 155 والشيخ 248 ومايأبى 5.

نص خليل
مَنْ تَجَدَّدَ مَلَكَهُ اللَّازِمُ اخْتِيَارًا بِمُعَاوَضَةٍ وَلَوْ مُوصَى بِبَيْعِهِ لِلْمَسَاكِينِ عَلَى الْأَصَحِّ وَالْمُخْتَارِ لَا مُوصَى لَهُ
بِبَيْعِ جُزْءٍ عَقَارًا وَلَوْ مُنَاقَلًا بِهِ إِنْ انْقَسَمَ وَفِيهَا الْإِطْلَاقُ وَعُمِلَ بِهِ بِمِثْلِ الثَّمَنِ وَلَوْ دَيْنًا.

متن الخطاب
والأرضين بنفي الشفعة، ورد أبو محمد صالح هذا الأخذ بأن التعليل راجع لقوله: "لم يجوز ورد"
[³⁰⁴] لعدم الشفعة، وتقديره لم يجوز، ورد لأنه كراء فاسد ولا شفعة فيه. انتهى.
السابع: انظر ما حكاه ابن رشد من الخلاف في الشفعة في الدين مع قول ابن ناجي في شرح الرسالة:
ولا شفعة في الدين باتفاق، واختلف هل يكون المديان أحق به أم لا؟ ولعل الذي نفى ابن الحاجب
الخلاف فيه إذا باع أحد الشركاء في الدين حصته منه فتأمل. واقتصر في المسائل الملقوطة على القول
بالشفعة في الدين. والله أعلم.

فرع: وهل لأحد الشريكين أن يلزم صاحبه أن [يقاويه؟³⁰⁵] سيأتي عن النوادر أنه ليس له ذلك في
البيع والكراء مثله. وانظر في الإجارة الكلام على أنهما يؤجران أو يسكن أحدهما بما يقف عليه
الكراء.

ص: ممن تجدد ملكه اللازم اختيارا بمعاوضة ش: يدخل في قوله: "بمعاوضة" البيع وهبة
الثواب والمهر والخلع وجميع المعاوضات والصلح ولو كان على إنكار، وقد قال في الجواهر في آخر
كتاب الصلح: إذا ادعى رجل على رجلين دارا فكذبه أحدهما وصدقه الآخر فصالحه المصدق على
مال فأراد المكذب الأخذ بالشفعة فله ذلك. انتهى. وخرج به الهبة لغير ثواب والصدقة. والله أعلم.
ص: لا موصى له ببيع جزء ش: أي فليس للورثة عليه شفعة، وأما لو كان شريكه أجنبيا لكانت
له الشفعة، وصرح به الشارح في الكبير فأحرى أن [تكون³⁰⁶] الشفعة للأجنبي في المسألة التي
قبلها، ونص عليه اللخمي/ في الأولى.

316

ص: بمثل الثمن ش: تصوره واضح.
فرع: قال في المدونة: إذا قال الشفيع بعد الشراء اشهدوا أنني أخذت بشفعتي ثم رجع فإن علم بالثمن
قبل الأخذ لزمه، وإن لم يعلم كان له أن يرجع. انتهى. فعلم من هذا أنه يصح الأخذ بالشفعة قبل
علم الثمن، وقال اللخمي تسليمه الشفعة قبل معرفة الثمن جائز، واختلف في الأخذ قبل المعرفة بالثمن
فقيل جائز، وهو ظاهر الكتاب؛ لأنه قال: إذا أشهد أنه أخذ قبل المعرفة بالثمن ثم قال بدا لي فإن
له أن يترك إن أحب، فجعله بالخيار في التمسك ولو كان عنده فاسدا لم يكن له أن يمسه، وفي كتاب
محمد إن ذلك فاسد [ويجبر³⁰⁷] على رده. انتهى. ونص ما في كتاب محمد على ما في النوادر: إذا
تشاهد المتبايعان على البيع وكتما الثمن لم تجب الشفعة حتى يظهر الثمن. انتهى. وقال ابن
[راشد³⁰⁸] في الباب: الشرط الثالث: معرفة الثمن فلو لم يعرفه فلا شفعة، وقد قال ابن القاسم في

الحدِيث

304 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 315 ويحيى 155 والشيخ 248 ومايaby 5.

305 - في المطبوع يقاومه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 315 وم 114 ويحيى 155 والشيخ 248 ومايaby 5.

306 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 315 وم 114 ويحيى 155 والشيخ 248 ومايaby 5.

307 - في المطبوع ومجبور وما بين المعقوفين من يحيى 156 والشيخ 248 ومايaby 6 وسيد 53.

308 - في المطبوع وسيد 53 والشيخ 248 رشد وما بين المعقوفين من م 114 ويحيى 146.

أَوْ قِيمَتِهِ بِرَهْنِهِ وَضَامِنِهِ وَأَجْرَةَ دَلَالٍ وَعَقْدٍ شِرَاءٍ وَفِي الْمَكْسِ تَرَدُّدٌ.

رجل تصدق على أخته بسهم في أرض عوضا عما ذكر أنه أصابه من مورثها مما لا يعلم قدره لا شفعة فيه. انتهى. والمسألة في كتاب الشفعة من البيان في رسم شهد [من³⁰⁹] سماع عيسى من ابن القاسم وفي المسألة المذكورة أن الجهل بالثمن إن كان لطول المدة فإن الشفعة تسقط بذلك، وسيأتي الكلام على ذلك مستوفى عند قوله: "لا إن غاب أولا".

فرع: قال في شرح أول مسألة من سماع يحيى من كتاب الشفعة: واختلف إذا باع نصراني من نصراني شقصا بخمر أو خنزير والشفيع مسلم، فقبل إنه يأخذ الشفعة بقيمة الشقص وهو قول أشهب، فكأنه لم ير للخمر قيمة، وقد قال ابن الماجشون في المسلم يستهلك الخمر للنصراني إنه لا قيمة عليه، فإذا دفعها بطوعه فأحرى أن لا تكون لها قيمة، وقيل يأخذ [بقيمة³¹⁰] الخمر والخنزير، وهو قول ابن عبد الحكم، وهو أشبه على مذهب ابن القاسم؛ لأن ذلك مما يضمن للنصراني فأشبهه شراء الشقص بعرض. انتهى. ونقله ابن عرفة وغيره.

فرع: وما بيع بعين فدفعت عنه عرض، وعكسه في الشفعة فيه بما دفع أو بما عقد به، ثالثها هذا أحب. الشيخ عن محمد عن عبد الملك مع ابن عبدوس عن سحنون ونقل محمد وقوله، ورابعها لابن عبد الحكم بما عقد عليه، إلا أن يدفع زهبا عن ورق وعكسه فيما دفع كالمراوحة، وخامسها لابن عبدوس عن سحنون بالأقل منهما. قلت: هو نحو قولها في المراوحة. انتهى من ابن عرفة.

فرع: قال في المدونة: ومن ابتاع شقصا من دار بعرض فاختلف المبتاع مع الشفيع في قيمته وقد فات بيد [البائع³¹¹] أو لم يفت فإنما ينظر إلى قيمته يوم الصفقة لا اليوم، فإن كان مستهلكا صدق المبتاع مع يمينه في قيمته، فإن جاء بما لا يشبه صدق الشفيع فيما يشبهه، فإن جاء بما لا يشبهه وصفه المبتاع وحلف على صفته وأخذ الشفيع بقيمة تلك الصفة يوم الصفقة أو ترك، فإن نكل المبتاع حلف الشفيع على ما يصف هو وأخذه بقيمة [صفته³¹²]. انتهى.

تنبيه: قول المؤلف: "بمثل الثمن" قال في التوضيح: فإن لم يجد مثل المثلي غرم قيمته. قاله مالك في المجموعة فيمن اشترى بعبد فلم يجده الشفيع. انتهى. وانظر كتاب الشفعة من النوادر. ص: أو قيمته ش: أي قيمة الثمن إذا كان من المقومات.

فرع: وإنما ينظر إلى قيمته يوم الصفقة لا يوم القيام في ذلك. قاله في المدونة في كتاب الشفعة.

ص: وأجرة دلال وعقد شراء/ وفي المكس تردد ش:

317

تنبيه: قال في الباب: إذا زاد المبتاع للبائع شيئا بعد البيع ففي لزوم ذلك للشفيع قولان لابن القاسم وأشهب، فإذا قلنا لا يلزم فقال المبتاع إنما زده فرارا من الشفعة فإنه يحلف ويرجع. انتهى. ومذهب المدونة عدم اللزوم.

309 * - في المطبوع وم114 في وما بين المعقوفين من يحيى146 وسيد53 والشيخ248.

310 * - في المطبوع والشيخ248 وسيد53 قيمة وما بين المعقوفين من يحيى146 وم114.

311 - في المطبوع المبتاع وما بين المعقوفين من ن عدود ص316 وم114 ويحيى156 والشيخ249 ومايأبى6.

312 * - في المطبوع وم114 صفته وما بين المعقوفين من سيد53 والشيخ248 ويحيى146.

نص خليل

أَوْ قِيَمَةَ الشَّقْصِ فِي كَخْلَعٍ وَصَلْحِ عَمْدٍ وَجِرَافٍ نَقْدٍ وَبِمَا يَخْصُهُ إِنْ صَاحَبَ غَيْرَهُ وَلَزِمَ الْمُشْتَرِي الْبَاقِي وَإِلَى أَجَلِهِ إِنْ أَيْسَرَ أَوْ ضَمِنَهُ مَلِيٌّ وَإِلَّا عَجِلَ الثَّمَنُ إِلَّا أَنْ يَتَسَاوَىا عُدْمًا عَلَى الْمُخْتَارِ وَلَا يَجُوزُ إِحَالَةَ الْبَائِعِ بِهِ كَأَنْ أَخَذَ مِنْ أُجْنَبِيٍّ مَالًا لِيَأْخُذَ وَيَرْبِحَ ثُمَّ لَا أَخَذَ لَهُ أَوْ بَاعَ قَبْلَ أَخْذِهِ بِخِلَافٍ أَخَذَ مَالَ بَعْدَهُ لِيُسْقِطَ كَشَجَرٍ وَبِنَاءٍ بِأَرْضِ حُبْسٍ أَوْ مُعِيرٍ وَقَدَّمَ الْمُعِيرُ بِنَقْضِهِ أَوْ ثَمَنِهِ إِنْ مَضَى مَا يُعَارُ لَهُ وَإِلَّا فَقَائِمًا وَكَثْمَرَةً وَمَقْشَاةً وَبَادَنْجَانَ وَلَوْ مُفْرَدَةً إِلَّا أَنْ تَبَيَسَ وَحَطَّ حِصْنُهَا إِنْ أَزْهَتْ أَوْ أُبْرَتْ وَفِيهَا أَخْذُهَا مَا لَمْ تَبَيَسْ أَوْ تُجَدَّ وَهَلْ هُوَ خِلَافٌ تَأْوِيلَانِ وَإِنْ اشْتَرَى أَصْلَهَا فَقَطَّ أَخَذَتْ وَإِنْ أُبْرَتْ وَرَجَعَ بِالْمَوْئِنَةِ وَكَبِيرٍ لَمْ تُقَسَمْ أَرْضُهَا.

[مسألة: 313] من اشترى شقصا فصالح أحد الشفعاء على تسليم شفعة في مغيب. أشراكه ثم قدموا وأخذوا شفعتهم فلا رجوع على المصالح بشيء. قاله ابن رشد في نوازله. والله أعلم.
ص: أو قيمة الشقص في كخلع ش: قال في المدونة: ومن نكح أو صالح أو خالع على دم عمد على شقص ففيه الشفعة بقيمته؛ إذ لا ثمن معلوم [لعوضه] 314. انتهى. قال ابن الحاجب: فقيمة الشقص يوم العقد. انتهى.

فرع: قال ابن عرفة: أبو عمران: من نكح على تفويض فدفعت لزوجته شقصا قبل بنائه شفعت فيه بقيمته اتفاقا فإن دفعه بعد بنائه شفعت فيه بمهر المثل اتفاقا فيهما. انتهى. والشقص بكسر الشين المعجمة هو النصيب. نقله في التوضيح عن عياض وغيره.

ص: وصلح عمد ش: احترز بالعمد من الخطأ ففيه الشفعة بالدية، فإن كانت العاقلة أهل إبل أخذه بقيمة الإبل، وإن كانت أهل ذهب وورق أخذه بذهب وورق ينجم على الشفيع [كالتنجيم] 315 على العاقلة. قاله في المدونة.

ص: وإلى أجله إن أيسر ش: تصوره واضح.

فرع: فلو لم يقيم الشفيع إلا بعد حلول الأجل فهل يضرب له أجل مثل الأجل الذي مضى [أو يأخذ] 316 بالنقد؟ قولان لأصحابنا، رجح ابن رشد وغيره الأول. قاله في التوضيح.

ص: أو باع قبل أخذه ش: يعني أن الشفيع لا يجوز له أن يبيع الشقص الذي يأخذه بالشفعة قبل أخذه، وقاله في المدونة.

ص: كشجر وبناء بأرض حبس أو معير ش: يعني أن الشفعة كما تكون في العقار تكون في الشجر والبناء الكائنين بأرض حبس أو بأرض عارية.

ص: وقدم المعير بنقضه أو ثمنه ش: أي بالأقل من قيمة نقضه أو الثمن الذي باعه [به] 317 كما قال في المدونة، وإذا بنى رجلان في عرصة رجل بإذنه ثم باع أحدهما حصته من النقض فلرب

318

الحديث

313 - في المطبوع فرع وما بين المعقوفين من م 114 وسيد 53 والشيخ 248 ويحيى 146.

314 - في المطبوع بعوضه وما بين المعقوفين من الشيخ 248 وم 114.

315 - في المطبوع كالتنجيم وما بين المعقوفين من م 114 وسيد 53 والشيخ 248 ويحيى 146.

316 - في المطبوع ويأخذ وما بين المعقوفين من ن عدود ص 317 وم 115 ويحيى 156 ومايأبى 7.

317 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 318 ويحيى 156 وم 115 ومايأبى 7.

نص خليل وَإِلَّا فَلَا وَأَوَّلَتْ أَيْضًا بِالْمُتَّحِدَةِ لَا عَرَضٍ وَكِتَابَةَ وَدَيْنٍ وَعَلُو عَلَى سَفْلٍ وَعَكْسِيهِ وَزَرْعٍ وَلَوْ بِأَرْضِهِ وَبَقْلِ وَعَرَصَةٍ وَمَمَرٍ قَسِمَ مَتَّبِعُهُ وَحَيَوَانَ إِلَّا فِي كَحَائِطٍ وَإِرْثٍ وَهَبَةٍ.

متن الخطاب 319 الأرض أخذ ذلك/ النقض بالأقل من قيمته أو من الثمن الذي باعه [به. ³¹⁸] انتهى. وهذا في العارية المطلقة، وأما المقيدة بمدة فقال ابن راشد: إذا باع قبل انقضائها على البقاء فللشريك الشفعة ولا كلام لرب الأرض، وإن باعه على النقض قدم رب الأرض. نقله في التوضيح. قال: وينبغي أن يتفق في الأحكار التي عندنا بمصر أن تجب الشفعة في البناء القائم فيها؛ لأن العادة عندنا أن رب الأرض لا يخرج صاحب البناء أصلاً فكان كمالك الأرض، وقاله شيخنا. انتهى.

[ص: [وإلا فلا ³¹⁹] ش: أي [إن ³²⁰] لم يمض ما يعار إلى مثله فبقيمته قائماً أو ثمنه كما نبه عليه ابن غازي. ³²¹]

320 ص: وعرصة وممر ش: قال اللخمي [في تبصرته: ³²²] إذا كانت دار بين/أشراك اقتسموا [بيوتها ³²³] دون مالها من حق في ساحة وبئر وماجل وطريق، ثم باع أحدهم ما صار له من البيوت بجميع حقوقه مما لم يقسم لم يستشفع ما قسم بالشرك فيما لم يقسم، ولا يستشفع الساحة والبئر والمجل والطريق لأجل بقاء الشركة فيها لأنها من منفعة ما قسم ومصالحته، وإن باع نصيبه من البئر والمجل خاصة كان للشركاء أن يردوا بيعه إذا كان البائع يتصرف إلى البيوت لأن في ذلك زيادة مضرة، وإن كان قد أسقط حقه في تصرفه من عندهم وجمع بيوتهم إلى حق آخر وفتح لها من دار أخرى فإن كان بيعه من أهل الدار جاز، وكان لبقية الورثة الشركاء الشفعة على أحد القولين في وجوب الشفعة فيما لم يقسم، وإن كان بيعه من غير أهل تلك الدار كان لهم أن يردوا بيعه؛ لأن ضرر الساكن أخف من ضرر من ليس بساكن، ولهم أن يجيزوا بيعه ويأخذوا بالشفعة إن أحبوا. قال أبو الحسن بن القصار: اختلفت الرواية عن مالك في وجوب الشفعة فيما لا ينقسم مثل الحمام والبئر والطريق والأرحية، ولم يبين كيف كان صفة البيع وموضع الفقه فيه ما تقدم ذكره. انتهى بلفظه. ونقله ابن عرفة، وقبلة والجزولي والشيخ يوسف بن عمر، وزاد بعد قوله ويأخذوا بالشفعة إن أحبوا على القول بأن الشفعة فيما [لم ينقسم. ³²⁴]

فرع: قال ابن ناجي في شرح الرسالة: وقال في النوادر ومن المجموعة وكتاب محمد قال ابن القاسم قال مالك: إذا قسمت البيوت وبقيت العرصة فأحدهم بيع نصيبه من البيوت والعرصة ولا شفعة لشريكه في العرصة بها ولا فيها. قال أشهب: وليس لأحدهم بيع حصته من العرصة خاصة [إلا نصيبه ³²⁵]

الحديث

- 318 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 319 وم 115 والشيخ 250 ومايأبى 7.
- 319 * - في ذي ص 319 وسيد 53 والشيخ 249 ويحيى 146 وإلا فقاتما.
- 320 * - في يحيى 146 وسيد 53 والشيخ 249 وإن.
- 321 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 319 ويحيى 156 والشيخ 250 ومايأبى 7.
- 322 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 319 وم 115 ويحيى 156 والشيخ 250 ومايأبى 7.
- 323 - في المطبوع بيوته وما بين المعقوفين من ن عدود ص 320 وم 115 ويحيى 156 والشيخ 250 ومايأبى 7.
- 324 - في المطبوع لا ينقسم وسيد عبد الله 53 ويحيى 147 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 320 وم 115 والشيخ 250 ومايأبى 7 ويحيى 157.
- 325 - في م 127 لا نصيبه وكذلك في يحيى 147.

نص خليل
بلا ثوابٍ وإلا فيه بعده وخيار إلا بعد مضيئه ووجبت لمشتريه إن باع نصفين خياراً ثم بتلاً فأمضى وبيع فاسد إلا أن يفوت فبالقيمة إلا ببيع صح فبالثمن فيه وتنازع في سبق ملك إلا أن ينكّل أحدهما وسقطت إن قاسم أو اشترى أو ساوم أو ساقى أو استأجر أو باع حصته أو سكت بهدم أو بناءً أو شهرين إن حضر العقد.

متن الخطاب
من البيوت وإن كانت العرصه واسعة، إلا أن يجتمع ملوهم على بيعها فيجوز، فإن أباه أحدهم فهو مردود لأنها بقيت مرفقا بينهم. انتهى. وكذلك لا شفعة في النهر ولا في [مسيل] ³²⁶ الماء. قال ابن عبد السلام: ولا يبعد تخريج الخلاف فيهما من الخلاف في النخلة الواحدة. [اهـ] ³²⁷
ص: وهبة بلا ثواب ش: قال في المدونة في كتاب الشفعة: ومن وهب شقفا لغير ثواب فعوض فيه فقبل، فإن رأى أنه لصدقة أو لصلة رحم فلا شفعة فيه ومن عوض من صدقة وقال ظننت أنه يلزمي فليرجع في العوض إن كان قائما، وإن فات فلا شيء له، ومن وهب شقفا من دار لابنه الصغير على عوض جاز وفيه الشفعة، ولا تجوز محاباته في قبول الثواب ولا ما وهب أو تصدق أو أعتق من مال ابنه الصغير ويرد ذلك إلا أن يكون الأب موسرا. انتهى. أبو الحسن: قوله: ومن وهب شقفا من داره لابنه الصغير تقدير الكلام ومن وهب شقفا من دار ابنه. انتهى.

فرع: وهل تلزمه اليمين أنه بغير ثواب؟ قال في الكبير: لم يحلف إلا أن يكون متهما، وقال مطرف وابن الماجشون يحلف مطلقا. المتيطي: والقضاء [بالأول] ³²⁸ انتهى.

ص: وخيار إلا بعد مضيئه ش: قال ابن سهل في أحكامه إن/ سلمها في أيام الخيار في شقص بيع بالخيار بعرض أو غيره لم يلزمه، وهو على شفخته ويرد العرض، وإن رضيا بإمضاء ذلك العرض بعد تمام البيع لم يجز حتى يفسخاه ثم يستأنفا ما أحبا. انتهى.

ص: وسقطت إن قاسم الخ ش: قال الجزيري في وثائقه: وتبطل الشفعة مساومة الشفيع للمبتاع وطلبه المقاومة أو الكراء أو القسمة. انتهى. فظاها أنه بإرادة ذلك تسقط الشفعة، وإنما تسقط هذه الأشياء إذا فعلها الشفيع [مع المشتري] ³²⁹ كما صرح به في النوادر، وذكره المصنف، وانظر أبا الحسن الصغير.

ص: أو باع حصته ش: يعني أن الشفيع إذا باع حصته قبل أخذه بالشفعة سقط أخذه لأنه لم يبق له حصة في العقار المشترك ويصير للمشتري الأول الشفعة على المشتري الثاني، هذا إذا باع جميع حصته، وهذا هو الجاري على مذهب المدونة؛ إذ قال فيها: ومن ابتاع شقفا بالخيار وله شفيع فباع الشفيع شقصه قبل تمام الخيار بيع بتل، فإن تم بيع الخيار فالشفعة للمبتاع، وإن رد فهو لبائعه. انتهى. وهذه المسألة الأخيرة تقدمت في كلام المصنف، وظاهر كلام المصنف إذا باع حصته قبل أخذه بالشفعة سقط أخذه، سواء كان عالما بالبيع أم لا، وفي المسألة خلاف. قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: وفي بيع الحصة المستشفع بها قولان. قال ابن عبد السلام: وظاهر كلام ابن القاسم التفرقة

321

الحديث

326 - في المطبوع سبيل وما بين المعقوفين من يحيى والشيخ 249.
327 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 320 وم 115 ويحيى 157 والشيخ 250 وما يابى 7.
328 - في المطبوع بالأولى وما بين المعقوفين من ن ذي ص 320 وم 115 ويحيى 147 وسيد 53 والشيخ 249.
329 - في المطبوع من وما بين المعقوفين من سيد 53.

وَالْأَسَنَّةُ كَبَانُ عِلْمٍ فَغَابَ إِلَّا أَنْ يَظُنَّ الْأُوبَةَ قَبْلَهَا فَعِيقٌ وَحَلَفَ إِنْ بَعُدَ.

نص خليل

بين أن يبيعه غير عالم فالشفعة، وبين أن يبيعه عالماً فلا شفعة له، وفي البيان: ظاهر ما في المدونة أنه لا شفعة له إذا باع نصيبه وإن باع غير عالم؛ لأنه قال فيمن باع شقفا بالخيار ثم باع صاحبه يبيع بتل أن الشفعة لمشتري الخيار على مشتري البتل، وليست التفرقة بين أن يعلم أم لا لابن القاسم في سماع عيسى قال: وقال أشهب: وأحب إلي أن لا شفعة له بعد بيع نصيبه أو بعضه لأنه إنما باع راغباً في البيع، وإنما الشفعة للضرر فلم تكن له شفعة فهو قول رابع، ونص ابن ميسر على أنه إذا باع لا شفعة له إلا أن [تبقى³³⁰] له بقية. قال في البيان: وقوله: "إلا أن يبقى له بقية" يحتمل وله الشفعة بقدرها كأحد قولي مالك، وظاهر المدونة ويحتمل فله أخذ الجميع فيكون قولاً خامساً. قال: وأظهر هذه الأقوال الفرق بين أن يبيع عالماً وغير عالم، وقال اللخمي: اختلف بعد القول إن الشفعة تسقط إذا باع بعض نصيبه هل يسقط من الشفعة بقدر ما باع والذي أرى أن يستشفع الجميع؛ لأن الشفعة تجب بالجزء اليسير في الكثير [المبيع³³¹]. انتهى.

ص: وإلا سنة ش: تصوره ظاهر.

متن الخطاب

مسألة: من ابتاع شقفا وله شفعاء فيهم أقرب وأبعد فليس للأبعد أن يأخذ بالشفعة حتى يوقف الأقرب فإما أخذ أو ترك، فإذا قال أنا أخذ ولم يحضر نقده أجل اليومين والثلاثة، فإن لم يأت بالمال لم يكن له شفعة/ ووجب لمن بعده وإن لم يقيم واحد من الشفعاء لا الأقرب ولا الأبعد حتى مضى أمد انقطاعها على الاختلاف في ذلك بطلت شفعتهم جميعاً القريب والبعيد، ولا حجة للبعيد في أن يقول إنما سكنت لأنه كان أمامي من هو أحق بالشفعة مني، فلما رأيت الأمد قد تم له حينئذ طلبتها أنا لأن سكوته على أن يقوم بشفعتي، فبأخذها إن كان الأقرب غائبا أو يوقف على الأخذ والترك إن كان حاضراً [مسقط³³²] لحقه فيها. انتهى مختصراً من نوازل ابن رشد. والله أعلم.

322

ص: وحلف إن بعد ش: هذا راجع لقوله: "وإلا سنة"، والمعنى إذا قلنا إن الشفعة للحاضر في السنة فإنه يحلف إذا كان قيامه بعيداً من العقد، وحد البعد في ذلك السبعة الأشهر وما بعدها. قال في التوضيح: وهل يحلف إذا لم تسقط شفعتي في السنة، نقل في الكافي عن مالك أنه إن قام عند رأس السنة فلا يحلف، وروي عنه أنه يحلف ولو قام بعد جمعة. وفي المدونة: ولم ير مالك السبعة الأشهر ولا السنة كثيراً أي قاطعاً لحقه في الشفعة إلا أنه إن تباعد هكذا يحلف ما كان وقوفه تركاً للشفعة، وفي الموازية عن مالك يحلف في سبعة أشهر أو خمسة لا شهرين؛ ابن العطار وابن الهندي وغيرهما من الموثقين وظاهر المدونة أنه لا يحلف في السبعة الأشهر، وحمل ابن رشد المدونة على أنه يحلف في السبعة. انتهى. وإذا قلنا إن الحاضر إذا قام بعد البعد في السنة يحلف فمن باب أولى إذا علم وغاب وكان يظن الأوبة قبل السنة فعيق وقلنا إن له الشفعة بعد السنة أنه يحلف أنه لم يكن مسقطاً للشفعة، ولا يصح أن يكون قوله: "وحلف" راجعاً إلى قوله: "إلا أن يظن الأوبة قبلها فعيق" لأنه يصير قوله بعده إن بعد لا معنى له فتأمل. والله أعلم.

الحديث

330 - في المطبوع يبقى وما بين المعقوفين من م 115 ويحيى والشيخ 250.
331 - في المطبوع البيع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 321 ويحيى 147 والشيخ 250.
332 - في المطبوع سقط وما بين المعقوفين من نوازل ابن رشد ج 3 ص 1467.

وَصَدَقَ إِنْ أَنْكَرَ عِلْمَهُ لَا إِنْ غَابَ أَوْلَا أَوْ أَسْقَطَ لِكَذِبِ فِي الثَّمَنِ وَحَلَفَ أَوْ فِي الْمُشْتَرَى أَوْ الْمُشْتَرَى أَوْ
أَنْفَرَايِهِ.

نص خليل

ص: وصدق إن أنكر علمه ش: يعني أن الشفيع الحاضر إذا أنكر علمه فإنه يصدق ولا تسقط
شفعته، وهل تلزمه اليمين؟ قال في الواضحة: لو أنكر الشفيع العلم وهو حاضر فنقل أبو الحسن عن
ابن القاسم وأشهب أنه يصدق وإن طال لأن الأصل عدم العلم. المتيطي: وهو ظاهر المذهب، وقاله غير
واحد من الموثقين ويحلف على ذلك، وقال محمد بن عبد الحكم وابن المواز يصدق ولو بعد أربعة
أعوام. ابن المواز: وإن الأربعة كثيرة ولا يصدق في أكثر منها.
فرع: قال أبو الحسن: ولو علم بالشراء وادعى جهل الشفعة قال لا يصدق. قال ابن كوثر: وإن كانت
امرأة فلا تعذر بالجهل. انتهى. ونقله ابن رشد.

متن الحطاب

ص: لا إن غاب أولاً ش: قال في المدونة: قال مالك: والغائب [على³³³] شفعته وإن طال غيبته وهو
عالم بالشراء، فإن لم يعلم فذلك أخرى ولو كان حاضراً. قال ابن يونس: قال ابن المواز: وقاله مالك
وأصحابه، وقد روى أشهب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: {يَنْتَظِرُ إِنْ كَانَ غَائِبًا¹}. قال
أشهب: وقضى عمر بن عبد العزيز بالشفعة للغائب بعد أربع سنين. قال مالك: إلا أن يقوم بعد طول
الزمان مما يجهل في مثله أصل البيع ويموت الشهود فأرى الشفعة منقطة فأما في قرب الأمد مما يرى
أن المبتاع أخفى الثمن لقطع الشفعة فلتقوم الأرض على ما يرى من ثمنها يوم البيع فيأخذها
بها. انتهى. وقال الرجراجي في قول المدونة: "وإن طال غيبته إلا أن يطول الزمان جداً" فيما يجهل
في مثله أصل البيع ويموت الشهود فإن ذلك يقطع / شفعته، وهو قول مالك في كتاب محمد. انتهى.
وانظر سماع ابن القاسم من كتاب الشفعة، وقال في النوادر من كتاب محمد وهو في العتبية من سماع
ابن القاسم: وإذا قال المبتاع نسيت الثمن فإن مضى [من طول³³⁴] السنين ما يندرس فيه العلم
وتموت البينة وترتفع فيها التهمة فالشفعة ساقطة، وكذلك إن كان صغيراً أو غائباً، وأما إن كان على
غير ذلك فالشفعة قائمة بقيمة الشقص.

323

قال ابن عبدوس: قال ابن الماجشون: إذا جاء الشفيع إلى ولد المبتاع بعد طول الزمان فيحلف
[الولد³³⁵] ما عنده علم ذلك ثم يأخذ بالقيمة، وكذلك لو كان المبتاع حياً [وقال³³⁶] لا أدري بكم
اشتريت فيحلف فإن نكل أخذه الشفيع إن شاء، وقيل للمبتاع متى أحببت حقل فخذ، وإن
حلفت فلك قيمته يوم أسلمته إلى الشفيع، وإن قال الشفيع لا أقبضه لعل ثمنه كثير فلا بد أن
يحلف المبتاع ما يعلمه أو يسجن، وقال غيره إذا اختلفا في الثمن فجاء المشتري بما لا يشبه، أو
جهلوا الثمن استشفعه بقيمته يوم ابتاعه. انتهى. وقال اللخمي: اختلف إذا قال المشتري نسيت
الثمن وطال السنون مما ينسى فيه الثمن أو مات المشتري وقال الورثة لا علم عندنا وكان الشفيع
غائباً أو صغيراً فقال ابن القاسم في كتاب محمد: ونقل كلام النوادر المتقدم برمته

الحديث

- 1- الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً. أبو داود في سننه، كتاب البيوع، رقم
الحديث 3518.
- الجار أحق بشفعته ينتظر به وإن كان غائباً إذا كان طريقهما واحداً. الترمذي بشرحه العارضة، كتاب الأحكام، رقم
الحديث 1374.

333 - في المطبوع في وما بين المعقوفين من ن عدود ص 322 ويحيى 158 والشيخ 252 وم 116 ومايأبى 9.
334 - في المطبوع طول من وما بين المعقوفين من ن ذي وعدود ص 323 ويحيى 148 والشيخ 251 وم 116.
335 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 323 ويحيى 158 والشيخ 252 وم 116 ومايأبى 9.
336 * - الواو ساقطة من المطبوع وقد وردت في يحيى 148 والشيخ 251 وم 116.

متن الخطاب ولفظه: وزاد بعده فأسقط ابن القاسم الشفعة إن طال السنون وأثبتها عبد الملك بالقيمة ولم يبين هل القيمة يوم البيع أو اليوم؟ والقول أن لا شفعة أحسن؛ لأن الشفعة كانت لتغليب أحد الضررين أن يعود إلى هذا ثمنه [وينتفع³³⁷] الآخر بدفع مضرة الشريك، وإذا جهل الثمن وأمكن أن يؤخذ بأقل مما كان به، وذلك ظلم على المشتري لم يؤخذ منه. انتهى. قال في المسائل الملقوطة: ومما يسقط الشفعة أن ينسيا الثمن أو يجهلاه وأن يموت الشهود قال: وفي ذلك خلاف. انتهى بالمعنى. وقال الجزيري في وثائقه: وبجهله الثمن مع طول الزمان وموت الشهود يسقط الشفعة وإن قرب واتهم [المبتاع³³⁸] بإخفاء الثمن شفع بقيمة الشقص. انتهى.

تنبيه: علم من كلام ابن يونس والنوادر أنه إذا تجاهل المشتري الثمن في الأمد القريب أنه يؤخذ الشقص بقيمته، إلا [أنه³³⁹] في النوادر لم يقل يوم البيع، وصرح بذلك ابن يونس، وصرح بذلك ابن بطال في مقنعه فقال: يأخذه بقيمته يوم ابتاعه المبتاع. والله أعلم.

فرع: قال في المدونة: وإن كانت الدار بغير البلد الذي هما فيه فهو كالحاضر مع الدار فيما تنقطع فيه الشفعة، ولا حجة للشفيع أنه لا ينقد حتى يقبضها لجواز النقد في الربع الغائب. انتهى. قال أبو الحسن: قال ابن يونس: قال ابن المواز: وكذلك لو كانا حاضرين بموضع الشقص ثم سافرا جميعا في موضع أو في مدينة والشفيع عالم بوجود الشفعة فهو كالحاضر، وإنما ينظر إلى حضور الشفيع مع المشتري ولا ينظر إلى غيبة الدار. انتهى.

فرع: قال فيها أيضا: ويقضى للشفيع بالشفعة في غيبة المبتاع كالقضاء عليه ويكون على حجته. انتهى. قال أبو الحسن: هذا إذا رفع الشفيع إلى القاضي، وهل تسقط إذا لم يرفع، أو لا تسقط؟ ابن يونس: لو أراد الشفيع أن يأخذ شفيعته والمبتاع غائب ولا وكيل له حاضر فذلك له، ويوكل السلطان من يقبض الثمن للغائب، قيل: [وإذا³⁴⁰] كان ذلك له يقضى له به فكيف لا يقطع عنه الشفعة إذا طال زمان ذلك قبل أخذه؟ [قال: ³⁴¹] موضع العذر في استئصال اختلاف الناس إلى القضاة، وربما ترك المرء حقه إلا بالسلطان. انتهى. وذكر ابن سهل مسألة القضاء على الغائب في الشفعة [وأطال³⁴²] فيها في مسائل الأفضية، وقال فيها: إن كان للغائب وكيل يقبض ما يجب قبضه أسلم إليه الثمن. انتهى.

فرع: قال في المدونة: ومن اشترى شقصا من دار لرجل غائب كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة. قال أبو الحسن: تقديره ومن اشترى لرجل غائب شقصا.

337 * - في المطبوع ويشفع وما بين المعقوفين من يحيى 148 والشيخ 251.

338 - في المطبوع البائع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 323 ويحيى 158 والشيخ 252 وم 116 ومايأبى 10.

339 * - في المطبوع أن وما بين المعقوفين من يحيى 148 والشيخ 251 وم 116 ومايأبى 10.

340 - في المطبوع وإن ويحيى 148 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 323 والشيخ 253 ومايأبى 10.

341 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 323 ويحيى 158 ومايأبى 10.

342 - في المطبوع وإن طال وما بين المعقوفين من ن عدود ص 323 ويحيى 158 والشيخ 253 وم 116 ومايأبى 10.

أَوْ اسْقَطَ وَصِيٌّ أَوْ أَبٌ بِلَا نَظَرٍ وَشَفَعَ لِنَفْسِهِ أَوْ لِيَتِيمٍ آخَرَ.

فرع: قال ابن ناجي في شرح المدونة: وهذا في الغيبة البعيدة، وأما ما قرب ولا مؤنة في الشخوص منه على الشفيع فهو فيه/ كالحاضر، ونص عليه أشهب. انتهى. واختلف في المريض فقيل إنه كالفائب ولو علم بالشفعة، وقيل كالحاضر نقلهما ابن ناجي وغيره.

متن الخطاب

324

ص: أو أسقط أب أو وصي بلا نظر ش: ظاهر المدونة أن الشفعة تسقط ولو كان غير نظر قال فيها: ولو [سلم³⁴³] من ذكرنا من أب أو وصي أو سلطان شفعة الصبي لزمه ذلك ولا قيام له إن كبر. انتهى. قال أبو الحسن: قال في الوثائق المجموعة: إلا أن يكون الأخذ نظرا فيكون له الأخذ، وظاهر الكتاب سواء كان الأخذ نظرا أم لا، وبه قال أبو عمران، وسبب الخلاف هل الشفعة استحقاق، أو بمنزلة الشراء؟ انتهى.

فرع: قال في المدونة: ولو كان له أب فلم يأخذ له شفعة ولم يترك حتى بلغ الصبي، وقد مضى لذلك عشر سنين فلا شفعة للصبي لأن والده بمنزلته. قال أبو الحسن: قال أبو محمد: وقد قيل غير هذا، وهذا [أحسن،³⁴⁴] وحكى ابن أبي زمنين في سكوت الوصي قولين، الشيخ: ومقدم القاضي أخرى أن يدخله الخلاف، وقال ابن المواز: سكوت القاضي ومقدم القاضي سنة يسقط شفعة الصبي. انظر بقية كلام أبي الحسن.

فرع: قال في المدونة في كتاب الشفعة: ولا يأخذ الوصي للحمل بالشفعة حتى يولد ويستهل. والله أعلم.

ص: وشفع لنفسه أو ليتيم آخر ش: يعني [أن الأب أو الوصي³⁴⁵] إذا باع [شقص³⁴⁶] من [في³⁴⁷] ولايته فإن له أن يأخذ بالشفعة لنفسه إن كان شريكه أو يأخذ ليتيم آخر في حجره يشاركه فيه. قال في المدونة: ومن وكل رجلا يبيع له شقصا أو يشتريه والوكيل شفيعه ففعل لم يقطع ذلك شفيعته. انتهى. أبو الحسن: فعلى ما في الكتاب إذا باع الأب شقص ابنه من دار بينهما أن له الشفعة، وكذلك الوصي، ونص عليه اللخمي فقال: إذا كانت دار بين رجل وولده فباع الأب نصيب نفسه كان له أن يستشفع نصيبه لولده، وإن باع نصيب ولده كان له أن يستشفع لنفسه، وكذلك الوصي يكون شريكا لمن يلي عليه إن باع نصيب نفسه كان له أن يستشفع [لمن يلي عليه، وإن باع نصيب من يلي عليه كان له أن يستشفع³⁴⁸] لنفسه إلا أن ذلك بعد أن يرفع إلى السلطان لما يتعلق بذلك من التهمة أن يبيع نصيب الصغير ببخس ليستشفع أو يواطىء على بيع نصيبه بغلاء ليأخذه له، فإن فعل وأخذ من غير مطالعة السلطان رفع إليه، فإن رآه سدادا أمضاه، وإن وجد تهمة

الحديث

- 343 - في المطبوع أسلم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 324 وم 116 ويحيى 159 والشيخ 253 ومايأبى 10.
344 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 324 ويحيى 159 والشيخ 253 وم 116 ومايأبى 10.
345 - في المطبوع أن الوصي أو الأب وما بين المعقوفين من ن عدود ص 324 ويحيى 159 والشيخ 253 ومايأبى 10.
346 - في المطبوع شقصا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 324 ويحيى 159 والشيخ 253 ومايأبى 10.
347 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 324 ويحيى 159 والشيخ 253 ومايأبى 10.
348 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 324 ويحيى 159 والشيخ 253 ومايأبى 10.

نص خليل أو أنكر المشتري الشراء وحلف وأقر به بآئعه وهي على الأنصبياء.

متن الخطاب رده، والأب والوصي في ذلك سواء. صح من اللخمي. وقال ابن زرب: أربعة بيعهم إسقاط لشفتهم؛ الأب يبيع حصة ابنه الصغير من دار شركة بينهما، والوصي يبيع حصة محجوره، وأحد المتفاوضين، والوكيل على بيع شقص هو شفيعه، فهؤلاء لا شفعة لهم لأن البيع تسليم بخلاف الشراء، وقيل في الوكيل له الشفعة انظر الخصال، وما حكاه ابن زرب خلاف للكتاب إلا في أحد المتفاوضين؛ لأنه قال فيما سيأتي ليس لأحد المتفاوضين فيما باع الآخر شفعة. انتهى. وقال في التوضيح: للوصي على يتيمين إذا باع نصيب أحدهما أن يأخذ بالشفعة ليتيمه الآخر أو لنفسه [إن³⁴⁹] كان شريكا لكن يدخل معه نظر القاضي إن أخذه لنفسه؛ إذ يتهم أن يبيع نصيب يتيمه بثمن بخس ليأخذه بالشفعة، وكذلك إن باع نصيب نفسه وأراد أخذه ليتيمه فلا بد من نظر القاضي، وقد تقدم في أي موضع يباع عقار اليتيم فلا بد من مراعاة ذلك هنا، ولا بد أن يكون الشقص [المبايع³⁵⁰] لليتيم لا يقل ثمنه إذا بيع منفردا عما لو بيع الجميع، وأما لو كان وهو الغالب إذا بيع الجميع كان ذلك أوفر لنصيب اليتيم يباع الجميع. انتهى. [تدبيه: استفيد من كلام المدونة أن [من³⁵¹] وكل [وكيلا³⁵²] يبيع له شقصا أو يشتريه والوكيل شفيعه ففعل لم يقطع ذلك شفته. والله أعلم.

ص: أو أنكر المشتري الشراء وحلف وأقر به بآئعه ش: هذه مسألة المدونة. قال في كتاب الشفعة: وإذا أنكر المشتري/ الشراء وادعاه البائع فتحالفا وتفاسخا فليس للشفيح أن يأخذ بالشفعة بإقرار البائع لأن عهده على المشتري، فإذا لم يثبت [المشتري الشراء³⁵³] فلا شفعة للشفيح. انتهى.

فرع: قال في المدونة في كتاب الشفعة: وإن أقر رجل أنه ابتاع هذا الشقص من فلان الغائب فقام الشفيح فلا يقضى له بالشفعة بإقرار هذا حتى يقيم بينة على الشراء؛ لأن الغائب إذا قدم وأنكر البيع [فله³⁵⁴] أن يأخذ داره ويرجع على مدعي الشراء بكراء ما سكن، فإذا قضي بهذا قاض للشفيح بإقرار هذا لم يرجع عليه الغائب بذلك ولا على مدعي الشراء، فيبطل [حق³⁵⁵] الغائب من الغلة بلا بينة. انتهى وانظر أبا الحسن.

ص: وهي على الأنصبياء ش: هذه مسألة المدونة أول كتاب الشفعة. فرع: قال في الجواهر: إذا باع بعض حصته لم يأخذ مع الشريك بالشفعة لأن بيعه رغبة في البيع وإنما الشفعة للضرر، وكذلك لو باع السلطان بعض نصيبه في دين وهو غائب ثم قدم لأن يده كيده قال أبو محمد: لو باع شقصه ثم باعه المشتري له الشفعة لأنه باع ثانياً فلعله يرضى بالمشتري الأول دون

الحديث

349 * - في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من م 117 وسيد 53 ومايأبي 11 ويحيى 149 والشيخ 253.

350 * - علق عليه الشيخ محمد سالم ب كذا في النسخ والصواب المبيع.

351 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 324 ويحيى 159 والشيخ 254 ومايأبي 11.

352 - في المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 324 والشيخ 254 ومايأبي 11.

353 * - في المطبوع المشتري على الشراء وما بين المعقوفين من م 117 ومايأبي 11 ويحيى 149 وسيد 53 والشيخ 253.

354 * - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من التهذيب، ج 4 ص 166.

355 - في المطبوع من وما بين المعقوفين من ن عدود ص 325 ويحيى 159 والشيخ 254 ومايأبي 11.

وَتُرِكَ لِلشَّرِيكِ حِصَّتُهُ وَطُولِبَ بِالْأَخْذِ بَعْدَ اسْتِرَائِهِ لَا قَبْلَهُ.

الثاني. انتهى من الذخيرة. والله أعلم. وتقدم كلام التوضيح فيما إذا باع بعض حصته عند قوله: "أو باع حصته".

متن الخطاب

ص: وترك للشفيع حصته ش: انظر المدونة في كتاب الشفعة وابن عرفة.
ص: وطولب بالأخذ بعد اشترائه لا قبله ش: يعني أن الشفيع يطالب بالأخذ بالشفعة أو ترك الأخذ بها بعد اشتراء المشتري للشقص لا قبله والمطالب له بذلك المشتري لما يلحقه من الضرر في تأخيرها عدم الأخذ.

تنبيه: علم من هذا أنه لا يمنع المشتري أن يشتري دون إعلام الشفيع ولا [البائع³⁵⁶] أن يبيع دون علمه، وهو كذلك لكنه مكروه. قال القرطبي في شرح مسلم في شرح قوله صلى الله عليه وسلم: {من كان له شريك في ربح أو نخل فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن رضي أخذ وإن كره ترك¹} وفي رواية: {لا يحل أن يبيع حتى يؤذن شريكه²}: هو محمول على الإرشاد إلى [الأولى³⁵⁷] بدليل قوله: فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به، ولو كان في ذلك على التحريم لزم البائع ويفسخ البيع لكنه أجازة وصححه ولم يذم الفاعل، فدل على ما قلناه، وقد قال بعض شيوخنا إن ذلك يجب عليه. انتهى. وكذلك قال النووي هو محمول عند أصحابنا على الندب إلى إعلامه، وكراهة بيعه قبل إعلامه كراهة تنزيه وليس بتحريم، ويتأولون الحديث على هذا، ويصدق على المكروه أنه ليس بحلال، ويكون الحلال بمعنى المباح وهو المستوي الطرفين، والمكروه ليس بمستوى الطرفين بل هو راجح الترك. انتهى. وقال سند في باب إحرام من يولى عليه: للعبد أن يحرم، وللسيد أن يرضى أو يمنع، وللشريك أن يبيع، وللشفيع أن يطرد المبتاع. انتهى.

تنبيه: وأما بعد الشراء فقال القرطبي: هي حق للشريك على المشتري فيجب عليه أن يشفعه، ولا يحل له الامتناع من ذلك. انتهى. وقال الشيخ أبو الحسن في شرح قوله في المدونة في كتاب الجهاد فيمن وقع في سهمه أمة من المغنم أو ابتاعها [وعلم³⁵⁸] أنها لمسلم فلا يطؤها حتى يعرضها عليه أقام ابن محرز من هذه المسألة [أن³⁵⁹] من اشترى شقصا فيه الشفعة وهو يعلم [أن له فيه شفيعا³⁶⁰] فلا يتصرف فيه حتى يعلم الشفيع، وهذا إذا لم يعلم الشفيع، وأما إن علم فلا معنى لتوقيفه. انتهى. وذكر ابن عرفة في كتاب الجهاد كلام ابن محرز، ونقل عن ابن بشير في المسألة قولين، ونقل عن ابن عبد السلام كلامه في ذلك فراجع، وانظر كلام ابن سهل وعياض في التنبيهات وكلام ابن عبد السلام في باب الجهاد عند قول ابن الحاجب: "ومن صارت إليه جارية أو غيرها" في آخر الباب.

الحديث

1- من كان له شريك في ربعة أو نخل فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن رضي أخذ وإن كره ترك، مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، رقم الحديث 1608، دار إحياء التراث العربي بيروت.
2- عن جابر قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به. مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، ط. دار إحياء التراث العربي، رقم الحديث 1608.

356 * - في المطبوع وم 117 ومايبي 11 للبائع وما بين المعقوفين من سيد 53 ويحيى 149 والشيخ 253.
357 - في المطبوع الأول وما بين المعقوفين من ن عدود ص 325 ويحيى 159 والشيخ 254 ومايبي 11.
358 * - في المطبوع ويحيى 149 أو علم وما بين المعقوفين من م 117 وسيد 53 ومايبي 12 والشيخ 253.
359 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 325 ويحيى 159 والشيخ 254 ومايبي 12.
360 * - في المطبوع أن فيه شفعا وما بين المعقوفين من سيد 53 ومايبي 12.

وَلَمْ يَلْزِمَهُ إِسْقَاطُهُ وَلَهُ نَقْضُ وَقْفٍ كَهَبَةٍ وَصَدَقَةٍ وَالثَّمَنُ لِمُعْطَاهُ إِنْ عَلِمَ شَفِيعُهُ لَا إِنْ وَهَبَ دَارًا فَاسْتَحِقَّ
نِصْفُهَا وَمُلْكٌ بِحُكْمٍ أَوْ دَفْعِ ثَمَنٍ أَوْ إِشْهَادٍ وَاسْتَعْجِلَ إِنْ قَصَدَ ارْتِيَاءً أَوْ نَظْرًا لِلْمُشْتَرَى.

نص خليل

326 ص: ولم يلزمه إسقاطه / ش: قال في المدونة: ولو قال الشفيع للمبتاع قبل الشراء اشترى فقد

متن الخطاب

أسلمت لك الشفعة وأشهد بذلك فله القيام بعد الشراء لأنه سلم ما لم يجب له، وإن سلم بعد الشراء
على مال أخذه جاز، وإن كان قبل الشراء بطل ورد المال وكان على شفيعته. انتهى.

ص: والثمن لمعطاه إن علم شفيعه ش: يعني إن علم أن له شفيعا ومفهوما إن لم يعلم فالثمن له.

قال ابن رشد في رسم سلعة سماها من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق: ومثله لو اشترى رجل
جارية وتصدق بها على رجل ثم توفي المتصدق، واعترفت الجارية أنها حرة فأخذ الثمن من البائع
فإنه لورثة المتصدق لا للمتصدق عليه، وشبههما بمسألة الشفعة فقال: وقد اختلف هل هو محمول

على العلم، أو على عدم العلم؟ وفي الشفعة من المدونة دليل القولين جميعا. انتهى. والله أعلم.

ص: ومالك بحكم أو دفع ثمن أو إشهاد ش: انظر كلام ابن غازي الذي أتى به هنا فإنه جيد،

وقال ابن راشد في اللباب: ثم الآخذ إنما يتوجه له الآخذ عند وجود المقتضي وهو وجود الشرط

والسبب وانتفاء المانع والسبب نفس البيع، ويشترط في كونه سببا خمسة شروط: أن يكون الشفيع

مالكا للرقبة، وأن يخرج البائع عن ملكه بمعاوضة من بيع ونحوه، وأن يكون البيع صحيحا إذ لا

يشفع في الفاسد إلا بعد الفوات، وأن يكون لازما فلا شفعة في الخيار إلا بعد لزومه، وأن يكون الملك

سابقا على البيع، فلو اشترى رجلان دارا صفقة واحدة فلا شفعة لأحدهما على الآخر، وأما الشروط

فأربعة: الأول أن يشفع ليملك لا ليبيع.

الثاني بقاء الحصة التي يستشفع بها. الثالث معرفة الثمن فلو لم يعلمه فلا شفعة، وقد قال ابن

القاسم في رجل تصدق على أخته بسهمه في أرض عوضا عما ذكره أنه أصاب من مورثها مما لا يعلم

قدره لا شفعة فيه. الرابع أن يكون البيع ثابتا إما بالبينة أو بإقرار المتبايعين، ولو أنكر المبتاع وأقر

البائع [ورد البيع بعد يمينه لم يكن للشفيع الآخذ بإقرار البائع، ولو أقر المبتاع وأنكر البائع ³⁶¹]

والشقص بيده لم يكن له [الآخذ ³⁶²] على المشهور، وأوجب ذلك أشهب، وأما المانع فهو التصريح

بالإسقاط أو ما يقوم مقامه. انتهى باختصار. وفي المدونة من ابتاع شقفا بعبد بعينه فمات بيده

فمصيبته من البائع، وللشفيع الشفعة بقيمة العبد، وعهدته على المبتاع لأن الشفعة وجبت له بعقد

البيع. انتهى.

فرع: قال ابن سهل: تنازع بنو حفص في العرصة التي بينهم ودعت أميرة إلى القسم بعد أن أثبتت

موت حفص ووراثته وملكه للعرصة، وأنه أورثها ورثته وادعت أن آمنة اشترت حصة أخيها عبد

الحميد فطلبت الشفعة، وأنكر عبد الحميد وآمنة التبايع. قال ابن لبابة: على عبد الحميد اليمين أنه

ما باع حصته من أخته آمنة فإذا حلف وجب القسم وسقطت دعوى الشفعة، وإن نكل لم تجب الشفعة

حتى تحلف آمنة أنها لم تشتري، فإذا حلفت سقطت أيضا الشفعة بينهما، وإن نكلت مع نكول عبد

الحديث

361 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 326 ويحيى 160 والشيخ 255 وم 123 ومايaby 12.

362 - في المطبوع الشقص وما بين المعقوفين من ن عدود ص 326 ويحيى 160 والشيخ 255 وم 123 ومايaby 12.

نص خليل
إِلَّا كَسَاعَةً وَلَزِمَ إِنْ أَخَذَ وَعَرَفَ الثَّمَنَ فَبِيعَ لِلثَّمَنِ وَالْمُشْتَرِي إِنْ سَلَّمَ فَإِنْ سَكَتَ فَلَهُ نَقْضُهُ وَإِنْ قَالَ أَنَا
أَخَذْتُ أَجَلَ ثَلَاثًا لِلنَّقْدِ وَإِلَّا سَقَطَتْ وَإِنْ اتَّحَدَتِ الصَّفَقَةُ وَتَعَدَّدَتِ الْحِصَصُ وَالْبَائِعُ لَمْ تُبْعَضْ كَتَعَدُّدِ
الْمُشْتَرِي عَلَى الْأَصَحِّ.

متن الحطاب
327
الحميد حلفت أميرة أنهما تبايعا بثمان كذا، فإذا حلفت وجبت لها الشفعة، وقال أيوب: لا يمين على
عبد الحميد ولا على آمنة لأن المدعي البيع قال لعبد الحميد إنك قد بعته من آمنة فقال عبد الحميد لم
أبع ولكن وهبت لله تعالى، وقالت آمنة لم أبتع ولم [أوهب³⁶³] فلا يمين على واحد منهما حتى
يأتي بسبب بيع أو هبة فتجب اليمين، ولأن/ المدعي عليهما التبايع قد تنافيا وتناكرا ما ادعي
عليهما فهذا أبعد في إيجاب اليمين، وقاله محمد بن الوليد ومحمد بن عمر بن لبابة وأحمد بن يحيى
وعبد الله بن يحيى، قال القاضي: كذا وقع في الأصل بتكرار [اسم³⁶⁴] ابن لبابة فإن كان صحيحا
فهو رجوع عن جوابه الأول، [وكذلك جوابه الأول³⁶⁵] خطأ، والصواب ما قاله أبو محمد صالح لأن
المستشفع منه إذا أنكر الابتياح والهبة وانتفى من ملك الشقص المستشفع فيه سقط [مطلب³⁶⁶]
الشفيع. انتهى.

وجواب ابن لبابة الأول واضح؛ إذ قد يكون لهما غرض في إنكار البيع كجعلها حيلة تسقط بها الشفعة
في رأي بعض القضاة فأنكر البيع ليستحكما حاكما يرى سقوط الشفعة بتلك الحيلة وطلب الشفيع أن
يأخذ بالشفعة قبل ذلك عند حاكم لا يرى تلك الحيلة مسقطا، ولو خطر هذا لابن سهل لم يتوقف في
لزوم اليمين، وإنما أنكر ذلك لعدم الاختلاف في بلادهم ووقتهم بدليل ما حكى بعدها، ونصه: يلزم وكيل
ابن مالك وزوجته أن يأتي بشاهد ثان على توكيلهما إياه ويضرب له في ذلك أجل يومين، فإن جاء
بالشاهد الثاني ضرب له أجل في إثبات الابتياح الذي طلب به الشفعة فإن ثبت ذلك وجبت الشفعة بعد
الإعذار إلى البائع منهم، وإن لم يثبت البيع لزمه [قسمة³⁶⁷] الدار على عدد ورثة حفص بعد أن يحلف
البائع والمشتري لما تبايعا، ولهما رد اليمين على زوجة ابن مالك. قاله ابن لبابة وأيوب بن سليمان
ومحمد بن وليد. قال القاضي: ظاهر هذه المسألة أن جوابهم فيها خلاف جوابهم في التي قبلها، إلا إن
كان عندهم فيها معنى لم يظهر في حكايتها أوجب هذا الجواب. انتهى. وقد حصل في هذه الأزمان هذا
المعنى، ولا شك أنه موجب [لليمين³⁶⁸] فتأمل. والله أعلم.

ص: إلا كساعة ش: ينبغي أن يعود الاستثناء إلى قوله: أو [نظرا للمشتري³⁶⁹] فقط لا لقوله إن قصد ارتياح.
ص: وإن اتحدت الصفقة الخ ش: مفهوم قوله: "اتحدت الصفقة" أنها لو تعددت لكان خلاف ذلك
وهو كذلك، وقال في المدونة: ومن اشترى حظ ثلاثة رجال من دار في ثلاث صفقات فللشفيع أن يأخذ

الحديث

363 - في المطبوع ويحيى 150 والشيخ 255 أهب وما بين المعقوفين من م 117 وسيد 54 ومايبي 13.

364 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 327 وم 123 ويحيى 160 والشيخ 256 ومايبي 13.

365 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 327 ويحيى 160 والشيخ 256 وم 123 ومايبي 13.

366 - في المطبوع بطلب وما بين المعقوفين من ن عدود ص 327 وسيد 54 ومايبي 13 والشيخ 256 ويحيى 150.

367 - في المطبوع قيمة وما بين المعقوفين من م 118 والشيخ 256.

368 - في المطبوع اليمين وما بين المعقوفين من م 118 وسيد 54 ومايبي 13 ويحيى 150 والشيخ 256.

369 - في المطبوع نظر المشتري وما بين المعقوفين من م 118 والشيخ 256.

وَكَأَنَّ أَسْقَطَ بَعْضُهُمْ أَوْ غَابَ أَوْ أَرَادَهُ الْمُشْتَرِي وَلَمَنْ حَضَرَ حِصَّتُهُ.

نص خليل

ذلك أو يأخذ أي صفقة شاء، فإن أخذ الأولى لم يشفع معه فيها المبتاع، وإن أخذ الثانية كان للمبتاع معه الشفعة بقدر صفقته الأولى فقط، وإن أخذ الثالثة خاصة شفع فيها بالأولى والثانية. انتهى. وقال ابن عرفة: وتعدد الصفقات يوجب انفراد كل صفقة بحكمها. انتهى.

متن الخطاب

فرع: فلو تعدد الشفيع فقط فقال في المدونة: ومن ابتاع شقصا من دارين في صفقة وشفيع كل دار على حدة فأسلم أحدهما فلآخر أن يأخذ/ شفيعته في التي هو شفيعها دون الأخرى. أبو الحسن: تعدد هنا الشفيع والصفقة واحدة والبائع واحد والمبتاع واحد، وانظر لم لم يجعل للمبتاع حجة بتبعيض صفقته وظاهره وإن كان الشقص المأخوذ بالشفعة جل الصفقة، ولعله إنما جرى على القول بأن الشفعة ابتداءً يبيع. انتهى.

328

فرع: فلو تعدد الشفعاء مع تعدد البائع ففي النوادر قال ابن القاسم وأشهب من ابتاع حظا من دار من رجل وحظا من حائط من آخر وشفيعهما واحد فليس للشفيع إلا أخذ الجميع أو يترك الجميع ابن عبدوس: وقاله عبد الملك. محمد: وأنا أنكر أن يجمع الرجلان سلعتيهما في صفقة واحدة وليرد ذلك إن علم به المشتري ما لم يفت بحوالة سوق أو بيع، أو يأخذ بالشفعة فينفذ ويقسم الثمن على القيمة. قال أشهب متصلا بكلام عبد الملك: وكذا إن كان الشفعاء جماعة فليس لهم أن يأخذوا النخل دون غيرها، فإذا أخذوا الجميع أو تركوا، فإن أخذوا الجميع على أن النخل لأحدهم وللآخر الدور فليس للمشتري أن يأبى ذلك، ولا حجة له، وليس بقياس وهو استحسان. انتهى. ونقله ابن عرفة أيضا، ولا منافاة بين هذا وبين ما في المدونة؛ فإن في هذا تعدد الشفعاء واشتركوا في كل حصة. والله أعلم.

ص: وكان أسقط بعضهم أو غاب ش: قال ابن الحاجب: وإذا اتحدت الصفقة وأسقط بعضهم أو غاب فليس إلا أخذ الجميع. ابن عبد السلام: وأما غيبة بعض الشفعاء فلا أعلم فيه خلافا، وأن الحكم ما قاله المؤلف؛ يعني ابن الحاجب. انتهى. وأما في الإسقاط فما قال الشيخ هو المشهور، وقال أصبغ وابن حبيب إن كان تسليم أحد الشفعاء على وجه الهبة أو الصدقة فليس لمن أراد الأخذ إلا بقدر سهمه، وللمبتاع سهم من سلم، وإن كان على وجه الترك وكراهة الأخذ فللمتمسك أخذ جميعها، وفي مختصر الوقار ليس لمن لم يحز إلا مصابه. اللخمي: وهو أقيس الأقوال. قاله في التوضيح/ وهذا لفظه: وقال ابن عرفة بعد كلام الوقار: وحاصله أن نصيب التارك للمشتري مطلقا، وابن حبيب خصص ذلك بكون الترك لوجه المشتري، وظاهر المدونة والعنينة أنه لمن بقي مطلقا، فالأقوال ثلاثة.

ص: ولمن حضر حصته ش: قال الشارح: أي فإن أخذ الشفيع الحاضر جميع الحصة، ثم قدم الغائب فله أن يدخل معه إن أحب، فيأخذ بقدر ما كان له من شفيعته. انتهى. قال ابن غازي: أي ولمن صار حاضرا بعد الغيبة ولو قال ولمن قدم كان أبين. انتهى. وقال البساطي: يعني إن حضر واحد من الغيب بعد أن أخذ الحاضر الجميع فلمن حضر حصته إن أراد فيأخذ بقدر حصته. انتهى. وظاهر كلامهم وكلام المصنف إن كان الشفعاء الغيب جماعة وقدم واحد منهم فله أن يأخذ بقدر حصة أشراكه الغيب حتى يقدموا وليس كذلك إنما له أن يأخذ نصف ما أخذه الحاضر إن ساوت حصته

نص خليل وَهَلِ الْعَهْدَةُ عَلَيْهِ أَوْ عَلَى الْمُشْتَرِي أَوْ عَلَى الْمُشْتَرِي فَقَطَّ كَغَيْرِهِ وَلَوْ أَقَالَه الْبَائِعُ إِلَّا أَنْ يُسَلِّمَ قَبْلَهَا تَأْوِيلَانِ وَقَدِّمَ مُشَارِكُهُ فِي السَّهْمِ وَإِنْ كَأَخْتِ لِأَبٍ أَخَذَتْ سُدْسًا وَدَخَلَ عَلَى غَيْرِهِ.

متن الخطاب حصة الحاضر، وإلا فعلى قدر حصصهما؛ كأنه ليس لهما شريك غائب. قال في المنتقى: وإن كان أشراكه غيبا لم يكن للشفيع أن يأخذ حصته دون حصة أشراكه الغيب حتى يقدموا وليأخذ الآن الكل أو يترك فإن ترك فلا حق له مع أصحابه إذا قدموا وأخذوا بالشفعة فإذا قدم واحد ممن غاب قيل له خذ الجميع أو اترك الجميع، فمن قدم دخل معه في الشفعة إن أراد ذلك على قدر حصصهما كما لو لم يكن شريك غيرهما. قاله ابن القاسم في المدونة وقاله أشهب في غيرها. انتهى. وفي النوادر: قال ابن القاسم وأشهب: فإن قدم الغائب وقد أخذ الحاضر الجميع دخلوا معه بقدر سهامهم، وإن أبى بعضهم الأخذ فلآخرين من الشفعة بقدر حصصهم/ من حصص من أخذ لا بقدر حصصهم من حصص جميع الشركاء. قالوا فإن أبوا إلا واحدا ومصابه مثل مصابك فجميع ما أخذته بينكما شطرين فلو لم يقدم إلا واحد فليس له بقدر حصصه من حصص أصحابه، ولكن يأخذ نصف ما أخذت إن كان نصيبه مثل نصيبك. انتهى. وصرح بذلك ابن رشد في نوازله، وقد تكلم في ذلك وأطال، وبهذا يتضح ما نقله ابن رشد عن أشهب، وذكره ابن غازي عنه في العمدة، وهو قوله: وإن جاء ثالث كان مخيرا إن شاء كتب عهده على المشتري وإن شاء على الشفيع الأول وإن شاء عليه وعلى الثاني. انتهى. فتأمل. والله أعلم.

ص: وهل العهدة عليه أو على المشتري ش: هذا قول أشهب الذي اختار ابن رشد أنه مفسر لقول ابن القاسم. قال في النوادر بعد أن نقله: . وليس لهم أي الشفعاء الغيب أن يكتبوا ذلك عليكما جميعا. انتهى. أي على الشفيع الأول والمشتري.

ص: [وهل العهدة عليه أو على المشتري ³⁷⁰] [أو على المشتري فقط ³⁷¹] كغيره ش: يعني أنه إذا أخذ من حضر من الشفعاء جميع الشفعة، ثم قدم أحد الشفعاء الغيب وأخذ بالشفعة هل تكون العهدة على الشفيع الأول، أو على المشتري المأخوذ منه بالشفعة كما تكون العهدة عليه في غير مسألة الغائب إذا قدم على شريكه؟ قال في النوادر: قال ابن المواز: أجمع مالك وأصحابه أن عهدة الشفيع على

المشتري. قال أشهب: وإليه يدفع الثمن إن كان المبتاع دفعه إلى البائع وعلى المشتري قبض الشقص ودفعه إلى الشفيع، فإن كان المشتري حاضرا ولم يدفع الثمن دفع الشفيع الثمن إلى البائع، وعلى المشتري قبض الشقص للشفيع، وإن شاء الشفيع قبضه من البائع وعهده في ذلك كله على المبتاع، ومن كتاب ابن المواز: فإن غاب المبتاع ولم يكن ثقة فأبى البائع من دفع الشقص. قال ابن القاسم: ينظر فيه السلطان. وقال أشهب في الكتابين: إن قربت غيبته كتب حتى يقدم فيكتب عليه العهدة، وإن بعدت غيبته قضى للشفيع بشفعته وقضى للبائع بقبض الثمن منه إن لم يكن قبضه، وإن كان البائع قبضه أخذه الإمام من الشفيع فأوقفه للمبتاع وكتب عليه العهدة، فإذا قدم أشهد بذلك على نفسه، محمد: وإن مات فالعهدة على ورثته يريد في تركته. قال ابن حبيب: وإذا حكم على المبتاع بشفعته فأبى من أخذ

الحديث

370 * - الظاهر أن هذه الفقرة كررها الناسخ وليست في الأصل فقد كتب محمد عالي بن عدود في هامش نسخته "هكذا النص: وهل العهدة عليه أو على المشتري أو على المشتري فقط كغيره" وما كتب محمد عالي هو الذي في نسخة محمد يحيى بن أبوه وفي المواق والميسر وغيرهما.

371 - ساقطة من المطبوع وم 124 ويحيى 161 والشيخ 257 وما يابى 14 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 329.

نص خليل

كَذِي سَهْمٍ عَلَى وَارِثٍ وَوَارِثٌ عَلَى مُوصَى لَهُمْ ثُمَّ الْوَارِثُ ثُمَّ الْأَجْنَبِيُّ وَأَخَذَ بِأَيِّ بَيْعٍ وَعَهْدَتُهُ عَلَيْهِ وَنُقِضَ مَا بَعْدَهُ وَلَهُ غَلَّتُهُ وَفِي فسخِ عَقْدِ كِرَائِهِ تَرَدُّدٌ وَلَا يَضْمَنُ نَقْصَهُ فَإِنْ هَدَمَ وَبَنَى فَلَهُ قِيمَتُهُ قَائِمًا وَلِلشَّفِيعِ النُّقْضُ أَمَا لِغَيْبَةِ شَفِيعِهِ فَقَاسَمَ وَكَيْلَهُ أَوْ قَاضٍ عَنْهُ أَوْ اسْقَطَ لِكُذْبِ فِي الثَّمَنِ أَوْ اسْتَحَقَّ نِصْفَهَا وَحُطَّ مَا حُطَّ لِغَيْبِ أَوْ لِغَيْبَةِ إِنْ حُطَّ عَادَةً أَوْ أَشْبَهَ الثَّمَنِ بَعْدَهُ وَإِنْ اسْتَحَقَّ الثَّمَنُ أَوْ رُدَّ بِغَيْبِ بَعْدَهَا رَجَعَ الْبَائِعُ بِقِيمَةِ شَقِيبِهِ وَلَوْ كَانَ الثَّمَنُ مِثْلًا إِلَّا التَّقْدَ فَمِثْلُهُ وَلَمْ يَنْتَقِضْ مَا بَيْنَ الشَّفِيعِ وَالْمُشْتَرِي وَإِنْ وَقَعَ قَبْلَهَا بَطَلَتْ وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ فَالْقَوْلُ لِلْمُشْتَرِي بِيَمِينٍ فِيمَا يُشْبَهُ.

الثمن قال يحكم بها ويكتب له العهدة على المبتاع ويأخذ الثمن فيوقف له من أمواله والشفيع منه بريء. انتهى. ونقل ابن عرفة هذا الكلام. والله أعلم.
ص: كذِي سهم على وارث ش:

متن الخطاب

تذبيبه: أما العصبة فكلهم سواء ولو كان بعضهم شقيقا لبعض. قال في أول الشفعة: ومن هلك وترك ثلاث بنين اثنان منهم شقيقان والآخر لأب، وترك بينهم دارا فباع أحد الشقيقين حصته قبل القسمة فالشفعة بين الشقيق والأخ للأب سواء؛ إذ بالبينة ورثوا ولا ينظر إلى الأقدم بالبائع، ولو ولد ولد لأحدهم ثم مات فباع بعض ولده حصته فبقية ولده أشفع من أعمامهم لأنهم أهل مورث ثان، فإذا سلموا فالشفعة لأعمامهم، وإن باع أحد الأعمام فالشفعة لبقية الأعمام مع بني أخيهم لدخولهم مدخل أبيهم، وإن ترك ابنتين وعصبة فباعت إحدى الابنتين فأختها أشفع من العصبة لأنها أهل سهم، [فإن سلمت³⁷²] فالعصبة أحق ممن شركهم بملك، ولو باع أحد العصبة فالشفعة لبقية العصبة والبنات، وكذلك الأخوات مع البنات حكم العصبة؛ لأن العصبة ليس لهم فرض مسمى. انتهى.
ص: وأخذ بأي بيع شاء ش: هذا إذا كان غير عالم أو غائبا، وأما إن كان حاضرا عالما فإنه يسقط شفيعته من البائع الأول. قال للحمي: فصل: فإذا باع المشتري نصيبه والشفيع حاضر عالم ولم يقد برد البيع سقطت شفيعته في البيع الأول وكانت له الشفعة في البيع الثاني، وكذلك إن بيع بيعات وهو حاضر سقطت [شفيعته³⁷³] إلا من بيع آخر، وإن كان غير عالم كان بالخيار يأخذ بأيهما أحب. انتهى.

ص: وعهده عليه ش: أي على من أخذ منه. قال في المدونة: وعهدة الشفيع على المبتاع خاصة وإليه يدفع الثمن كان بائعه قد قبض الثمن أم لا، ولو غاب المبتاع قبل أن ينقد الثمن/ ولم يقبض الدار [نظر³⁷⁴] الإمام في ذلك، والبائع له منع الشقص حتى يقبض الثمن، فإن شاء الشفيع أن ينقده فذلك له ويقبض الشقص، وعهده على المبتاع لأنه أدى عنه.
ص: وفي فسخ عقد كرائه تردد ش: حاصله أن له الأخذ بالشفعة من الآن، واختلف الطليطليون والقرطبيون في فسخ الكراء، وعلى القول بعدم الفسخ فالكراء للمشتري كما نقله في التوضيح، ونقله أبو الحسن./

331

332

ص: وإن اختلفا في الثمن فالقول للمشتري بيمين فيما يشبه ش: قال في المدونة: وإن اختلف

الحديث

372 * - في المطبوع فإذا سلمت وما بين المعقوفين من يحيى 162 وم 116 والشيخ 258.

373 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 330 وم 117 ويحيى 162 والشيخ 258 وما يابى 15.

374 - في المطبوع انظر وما بين المعقوفين من ن ذي ص 331 وم 119 وسيد 54 وما يابى 15 ويحيى 151 والشيخ 258.

ككبير يرغب في مجاوره وإلا فللشفيع وإن لم يشبها حلفاً ورد إلى الوسط وإن نكل مُشترٍ ففي الأخذ بما ادعى أو أدى قولان وإن ابتاع أرضاً بزرعها الأخضر فاستحق نصفها فقط واستشفع بطل البيع في نصف الزرع لبقائه بلا أرض كمشترى قطعة من جنان بإزاء جنانه ليتوصل له من جنان مُشتريه ثم استحق جنان المُشترى ورد البائع نصف الثمن وله نصف الزرع وخير الشفيع أولاً بين أن يشفع أو لا فيخير المُبتاع في رد ما بقي.

الشفيع والمبتاع في الثمن صدق المبتاع لأنه مدعى عليه إلا أن يأتي بما لا يشبه مما لا يتغابن الناس [بمثله³⁷⁵] فلا يصدق إلا أن يكون مثل هؤلاء الملوك يرغب أحدهم في الدار [اللصيقة³⁷⁶] بداره فيثمنه فالقول قوله إذا أتى بما يشبه. انتهى. وقول المصنف: "بيمين"، ظاهره سواء حقق الشفيع عليه الدعوى أم لا، وليس كذلك. قال في الشامل: بيمين إن حقق الشفيع لا إن اتهمه، وإلا فبدون يمين على الأشهر. انتهى. ونقله في التوضيح، وأصله لابن رشد.

ص: ككبير يرغب في مجاورته ش: هذا مثال لما أشبه فيه قول المشتري. قال ابن غازي: يرغب مبنياً للفاعل، ومجاورته بكسر الواو اسم فاعل، وهو كقوله في المدونة: إلا أن يكون مثل هؤلاء الملوك يرغب أحدهم في الدار الملاصقة به. انتهى.

قلت: ما ذكره هو الظاهر، ويحتمل أن يقرأ يرغب بالبناء للمفعول، ومجاورته بفتح الواو مصدر جاور يجاور، وقد جوز أبو الحسن في كلام المدونة المتقدم أن يكون المراد به ما تقدم قال: وإنه أراد يرغب أحد المشتريين في الدار التي تلاصق الملك إذا كان عادلاً. قال في الوثائق المجموعة: وكذلك الشريكان والجار اللصيق. انتهى. وقال أبو الحسن: وقوله في المدونة: "إذا أتى بما يشبه" يريد ما يمكن أن يزيده فيها. انتهى.

ص: [فإن³⁷⁷] لم يشبها حلفاً ورد إلى الوسط ش: قال أبو الحسن: قال ابن يونس: [اختلف³⁷⁸] إذا أتيا بما لا يشبه، فأعدل الأقوال أن يحلفا جميعاً ويأخذ الشفيع بالقيمة، وإن نكل أحدهما وحلف الآخر كان القول قول الحالف. ابن رشد: وإن أتى بما لا يشبه لأن صاحبه قد أمكنه بنكوله من دعواه. الشيخ: وغيره أعدل الأقاويل أن تسقط الشفعة كنسيان الثمن. انتهى.

فرع: [قال في المدونة: ³⁷⁹] وإن أقاما بينة وتكافأت في العدالة كانا كمن لا بينة لهما ويصدق المبتاع لأن الدار في يديه. قال أبو الحسن: قال هنا لأن الدار في يديه، وقال فيما تقدم: لأنه مدعى عليه ومعناهما واحد لأنه يريد أخذها من يديه بأقل مما ادعاه. انتهى.

ص: وإن ابتاع أرضاً بزرعها الأخضر فاستحق نصفها فقط واستشفع بطل البيع في نصف الزرع لبقائه بلا أرض ش: تنتم هذه المسألة قوله: ورد البائع/ نصف الثمن وله نصف الزرع، وخير الشفيع أولاً بين أن يشفع أو لا فيخير المبتاع في رد ما بقي، ويشير إلى قوله في المدونة: ومن ابتاع أرضاً

375 - في المطبوع عن مثله وما بين المعقوفين من ن عدود ص 332 ويحيى 162 والشيخ 258 ومايأبى 15.

376 * - في التهذيب ج 4 ص 131 اللاصقة.

377 * - في نسخة الشيخ 259 وإن لم.

378 - في المطبوع اختلفا وما بين المعقوفين من ن ذي ص 232 وم 119 وسيد 54 ويحيى 152 ومايأبى 16.

379 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من يحيى 162 ومايأبى 16.

بزرعها الأخضر فاستحق رجل نصف [الأرض³⁸⁰] خاصة واستشفع فالبيع في النصف المستحق باطل، ويبطل في نصف [الأرض³⁸¹] لانفراده بلا أرض، ويرد البائع نصف الثمن، ويصير له نصف الزرع وللمستحق نصف الأرض، ثم يبدأ الشفيع بالخيار في نصف الأرض الباقي، فإن أحب أخذه بالشفعة ولم يكن له في نصف الزرع شفعة، وإن لم يستشفع خير المبتاع بين رد ما بقي في يديه من الصفقة وأخذ جميع الثمن لأنه استحق من صفقته ما له بال وعليه فيه الضرر، وبين أن يتماسك بنصف الأرض ونصف الزرع ويرجع بنصف الثمن. انتهى. قوله في المدونة: واستشفع فالبيع في النصف المستحق باطل [هو³⁸²] نحو قول المصنف: "واستشفع" وهو يوهوم أن الاستشفاع شرط في بطلان البيع في [النصف وليس كذلك، وقول المصنف: "بطل البيع في نصف الزرع" يفهم منه بطلان البيع في³⁸³] نصف الأرض؛ لأنه علل بطلان البيع فيه لبقائه بلا أرض، ويفهم من قوله: "ورد البائع نصف الثمن" لأنه يقتضي أنه يرد نصف جميع ثمن الأرض والزرع، وذلك مقتضى لبطلان البيع فيهما، وقوله: "وله نصف الزرع" أي للبائع نصف الزرع الذي في النصف المستحق، ونقل الشارح في الكبير عن النوادر أن على البائع الكراء في النصف المستحق من الأرض.

قلت: وينبغي أن يجري على ما تقدم في فصل الاستحقاق، وقول المصنف: "وخير الشفيع" أولاً بين أن يشفع [أو لا³⁸⁴] لم يبين ما يترتب على أخذه بالشفعة، وقد بين ذلك في المدونة، وقال إنه إن أخذ النصف الباقي من الأرض بالشفعة لم يكن له في نصف الزرع شفعة وذلك على المشهور من أن الزرع لا شفعة فيه، لكنه لم يبين في المدونة لمن يكون هذا النصف من الزرع، وذكر في النكت والتنبهات فيه قولين: أحدهما أنه للبائع مع النصف الأول فيصير جميع الزرع له، والثاني أنه للمشتري، وصوبوا هذا القول الثاني، وجعلوا الأول خطأ لأن الشفعة بيع، والأخذ إنما هو من الشفيع وعليه العهدة، وفي التنبهات أنه إذا أخذ بالشفعة فض الثمن على نصف الأرض ونصف الزرع. فانظره ولا كراء على الشفيع في نصف هذا الزرع؛ لأنه بمنزلة من اشترى أرضاً فزرعها ثم أخذها الشفيع فلا أجره له. انظر التوضيح. وأما إن لم يأخذ الشفيع بالشفعة فقد بين ما يترتب على ذلك في المدونة، ويفهم من كلام المصنف، وأما قول المصنف: "كمشتري قطعة من جنان" إلى قوله: "ثم استحق جنان البائع" فهي مسألة أخرى شبهها بمسألة بطلان البيع في نصف الزرع لبطلان البيع فيها لكون المشتري لا طريق له إلى الانتفاع بما اشتراه، لكن البطلان في مسألة الزرع إنما هو لأن الزرع الأخضر لا يجوز بيعه إلا تبعاً للأرض، ولا يجوز بيعه بانفراده لأنه لم يبد صلاحه وصلاحه يبسه،

380 - في المطبوع الزرع الاخضر وما بين المعقوفين من ن ذي ص 333 ويحيى 162 والشيخ 259 وما يابى 16 والتهديب، ج 4 ص 150 .

381 - هكذا في ن عدود ص 333 وصوبه الشيخ محد سالم ب ما في المطبوع الزرع وهو الذي في ما يابى 16 ويحيى 162 والتهديب، ج 4 ص 150.

382 - في المطبوع وهو وما بين المعقوفين من يحيى 152 وم 119 وسيد 54 وما يابى 16 والشيخ 259.

383 - ما بين المعقوفين ساقط من المطبوع وقد ورد في يحيى 152 وم 119 وسيد 34 وما يابى 16 والشيخ 259.

384 - في المطبوع أم لا وما بين المعقوفين من سيد 34 والشيخ 259 وما يابى 16.

وليس المعنى أنه ليس [له³⁸⁵] أرض يبقى فيها وأنه يحكم بقلعه؛ ألا ترى أنه للبائع بخلاف مسألة الجنان فإن موجب الفساد أنه لم يبق للمشتري طريق إلى الانتفاع بما اشتراه، فالتشبيه بينهما إنما هو في فقد شرط من شروط صحة البيع، ففي مسألة الزرع من شروط صحة بيعه كونه [تبعاً للأرض، وفي مسألة الجنان من شروط صحة بيعه كونه³⁸⁶] منتفعاً به وقد صار غير منتفع به. فتأمل. والله أعلم.

مسألة: / قال اللخمي في تبصرته في آخر كتاب الشفعة: إذا باع أحد الشريكين لنفسه طائفة بعينها كان شريكه بالخيار بين خمسة أوجه بين أن يمضيها لشريكه وللمشتري ويبقى له ما لم يبيع، أو يكون ما لم يبيع شركة بينهما، وما يبيع بينهما والثمن بينهما، أو يزد البيع في نصيبه من المبيع ولا يستشفع، أو يستشفع أو يدعو إلى المقاسمة، فإن صارت الطائفة المبيعة للبائع مضي البيع، وإن صارت للآخر كان بالخيار في إجازة البيع ورده، وإن صار بعضها عند من لم يبيع فإن أجاز البيع، فيه مضي البيع وإن رد البيع في نصيبه كان للمشتري أن يرد البيع فيما بقي في يده، إلا أن يكون الذي رده للشريك أيسر الطائفة المبيعة فلا يكون له رد الباقي، واختلف إذا قال البائع ليس لك أن تبقى ما لم يبيع شركة بيني وبينك وتشاركني فيما بعته ولكن نتقاسم فيصير ذلك لي أو لك فقبل لا مقال له في ذلك والمبدأ الشريك الذي لم يبيع، وقيل له ذلك، وهو أحسن لأن كون ما لم يبيع شركة ضرر عليه، وإنما رضي أن يكون ذلك على وجه المقاسمة فإذا رضي مضي ذلك على وجه المقاسمة أو يرده ويرجعان إلى المقاسمة. انتهى. والمسألة في آخر كتاب الشفعة من المدونة، وانظرها في أول رسم أول عبد أبتاعه فهو حر من سماع يحيى من كتاب الشفعة. وانظر ابن سلمون في أواخر الشفعة، وفيه مسألة من له حصة فباع جزء دون حصته، وسئلت عن هذه المسألة فأجبت بما ذكره اللخمي. وفي السؤال وحكم في [البيع³⁸⁷] المذكور حاكم بثبوت [البيع³⁸⁸] أو بموجبه فهل الحكم بذلك مقتض للحكم بالقسمة إذا ادعاها البائع أو المشتري؟ فأجبت بأن حكم الحاكم بثبوت البيع أو بموجبه لا يقتضي الحكم بالقسمة. والله أعلم.

ص: باب القسمة ش: قال ابن عرفة: تصيير مشاع من مملوك مالكين معيناً ولو باختصاص تصرف فيه بقرعة أو [تراض³⁸⁹]. فيدخل قسم ما على مدين ولو كان غائباً. نقله الشيخ عن ابن حبيب، ورواه ابن سهل في طعام سلم، ويخرج تعيين معتق أحد عبديه أحدهما، وتعيين مشتر أحد ثوبين

385 - في المطبوع لك وما بين المعقوفين من ن عدود ص 333 ويحيى 163 والشيخ 259.

386 - ساقطة من المطبوع وم 119 وما بين المعقوفين من ن ذي وعدود ص 333 ويحيى 163 والشيخ 259 ومايأبى 16.

387 * - في يحيى 153 ومايأبى 17 والشيخ 260 المبيع.

388 * - في المطبوع المبيع وما بين المعقوفين من م 119 وسيد 54 والشيخ 260 ويحيى 153 ومايأبى 17.

389 - في المطبوع قراض وما بين المعقوفين من ن عدود ص 334 ويحيى 163 والشيخ 260.

نص خليل تَهَايُؤُ فِي زَمَنِ كَخِدْمَةِ عَبْدٍ شَهْرًا وَسَكُنَى دَارَ سِنِينَ كَالْإِجَارَةِ لَا فِي غَلَّةٍ وَلَوْ يَوْمًا وَمَرَاضَاةً فَكَالْبَيْعِ.

متن الخطاب أحدهما، وتعيين مطلق عدد موسى به من أكثر منه بموت الزائد عليه قبل [تعيينه³⁹⁰] بالقسمة. انتهى.

ص: تَهَايُؤُ ش: قال الرجراجي: وقسمة المهايأة تقال بالنون لأن كل واحد منهما [هنا³⁹¹] صاحبه بما أراده، ويقال بالباء أيضا لأن كل واحد منهما وهب لصاحبه الاستمتاع بحقه في ذلك الشيء مدة معلومة، ويقال بالياء [تحت³⁹²] ثنتان لأن كل واحد منهما هيا لصاحبه ما طلب منه. انتهى. ابن عرفة: وهي أي المهايأة اختصاص شريك بمشترك فيه عن شريكه [فيه³⁹³] زما مغينا من متحد أو متعدد [يجوز³⁹⁴] في نفس منفعة لا في غلته.

ص: فِي زَمَنِ كَخِدْمَةِ عَبْدٍ شَهْرًا أَوْ سَكُنَى دَارَ سِنِينَ كَالْإِجَارَةِ ش: نبه بهذا علي أن قسمة/ التهايؤ في زمن معين تكون كالإجارة لازمة، وشمل كلامه ما إذا كان المقسوم متحدا [و³⁹⁵] يأخذه كل واحد مدة معينة [أو كان متعددا وأخذ كل واحد منه شيئا مدة،³⁹⁶] ولا يشترط تساوي المدة فيهما، ومفهوم قوله: "في زمن كالإجارة" أنها لو كانت من غير تعيين زمن لم تكن كالإجارة وهو يشير إلى قول ابن الحاجب: فالأولى يعني المهايأة إجارة لازمة يأخذها كل واحد منهما أو [إحدهما³⁹⁷] مدة معينة وغير لازمة كدارين يأخذ كل واحد سكنى دار. انتهى. قال في التوضيح: وهذا القسم أي المهايأة على قسمين؛ مقاسمة زمان، ومقاسمة أعيان أشار المصنف إليهما بقوله: "فالأولى إلى قوله مدة معينة" وقوله: "أو [إحدهما³⁹⁸] راجع إلى الدارين، وقوله: "مدة [معينة³⁹⁹] يعم [الصورتين، ويحتمل عوده إلى الثانية ويضمربعد الأولى مثله، والدار الواحدة إنما يتصور فيها قسمة زمان بخلاف الدارين فإنها مقاسمة أعيان، وقوله: "وغير لازمة كدارين يأخذ كل واحد منهما سكنى دار" من غير تعيين مدة. انتهى. وقال ابن عبد السلام: قوله: "غير لازمة" هذا نوع من أنواع الإجارة على الخيار، ولا يشترط فيها ضرب الأجل لأن كل واحد منهما له أن ينحل متى شاء، ولا يمكن تصويرها بالمثال الأول من مثالي [اللازمة⁴⁰⁰] إلا أن يأخذ أحدهما بيتا من الدار مثلا ويأخذ الآخر كذلك. انتهى.

ص: وَمَرَاضَاةً فَكَالْبَيْعِ ش: هذا هو القسم الثاني من أقسام القسمة وهي قسمة المراضاة وبعضهم

الحديث

- 390 - في المطبوع وم 119 وسيد 55 تعينه وما بين المعقوفين من يحيى 153 ومايaby 17 والشيخ 260.
 391 - في المطبوع وم 119 هني وما بين المعقوفين من يحيى 153 ومايaby 17 وسيد 55 والشيخ 260.
 392 - في المطبوع تحتية وما بين المعقوفين من م 120 ومايaby 17 والشيخ 260.
 393 - في المطبوع فيها وما بين المعقوفين من مختصر ابن عرفة مخطوط ص 35.
 394 - في المطبوع ويجوز وما بين المعقوفين من يحيى 153 والشيخ 260 ومايaby 17 وسيد 55 وم 120.
 395 - في المطبوع أو ويحيى 163 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 335 والشيخ 260 ومايaby 17.
 396 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 335 ويحيى 163 والشيخ 260 ومايaby 17.
 397 - في المطبوع أحدهما وما بين المعقوفين من الشيخ 260 وم 120 وسيد 55.
 398 - في المطبوع أحدهما وما بين المعقوفين من الشيخ 260 ومايaby 17.
 399 - في المطبوع معلومة يحتمل وما بين المعقوفين من يحيى 153 والشيخ 260 ومايaby 17 وسيد 55 وم 120.
 400 - في المطبوع الملازمة وما بين المعقوفين من م 120 ومايaby 17 وسيد 55 والشيخ 260.

نص خليل وَقَرَعَةٌ وَهِيَ تَمْيِيزٌ حَقٌّ.

متن الخطاب يسميها قسمة بيع. قال ابن عرفة: وهي أخذ بعضهم بعض ما بينهم على أخذ كل واحد منه ما يعدله بتراض ملكا للجميع. انتهى. وهو على قسمين بعد تقويم وتعديل. قال في معين الحكام وغيره: واللفظ للمُعِين فهذه لا يقضى بها على من أباه، ويجمع فيها بين حظين في القسم وبين الأجناس والأصناف والمكيل والموزون [حاشي⁴⁰¹] ما يدخر من الطعام مما لا يجوز فيه التفاضل، ويقام فيها بالغبن إذا ظهر، والأظهر أنها بيع من البيوع، وقسمة المراضاة بلا تعديل ولا تقويم حكمها حكم التي بعد التعديل والتقويم إلا في القيام بالغبن وهي بيع من البيوع بلا خلاف. انتهى. وفي التوضيح نحوه، وقاله في التنبيهات.

ص: وقرة ش: قال ابن عرفة: وهي فعل ما يعين حظ كل شريك مما بينهم [بما⁴⁰²] [يمنع علمه حين [فعله. [انتهى. [ثم⁴⁰³] [قال ابن عرفة: [والصواب أن [قسمة⁴⁰⁶] [القرعة بيع لا [تمييز⁴⁰⁷] [لأنه لا يختلف أن كل نخلة قبل القسمة شركة فالقسمة بيع. [انتهى. [408]

تنبيه: قال في اللباب: المقسوم لهم الشركاء المالكون فلا يقسم لغير المالك كالمحبس عليهم قسمة قرعة ولا مراضاة، ولا يمنع أن يقسم بينهم قسمة مهياة في الأزمان في الدور والأرضين دون الشجر. انتهى. وفي مسائل القسمة من البرزلي مسألة: في المجموعة اختلف في قسمة الحبس قسمة اغتلال فكرهه قوم، وأجازه آخرون، ويحتمل أن يريد الأرض لا الشجر؛ لنصهم على منع قسمة الشجر.

قلت: هذه قسمة المهياة، وذكر كلام ابن عرفة المتقدم في حد قسمة المهياة والخلاف في قدرها. ثم قال في المجموعة: اختلف في قسمة الحبس على التعديل والاتساع فكرهه قوم، وأجازه آخرون فهذا يحتمل أن يريد الأرض والشجر وغيرهما. انتهى. ولما ذكر ابن عرفة قسمة المهياة. قال: قال ابن رشد منها قسمة الحبس للاغتلال في جبر المحبس عليهم ما لم يزد عددهم بولادة أو نقص بموت ومنعه ثالثها تجوز برضاهم لبعضهم محتجا بقولهم فيمن حبس في مرضه على ولده وولد/ ولده يقسم الحبس على عددهم وغير ذلك من الظواهر الموجودة في مسائلمهم وبعضهم محتجا بقول مالك فيها لا يقسم الحبس وغيرهم.

336

الحديث

401 - في المطبوع خشى وما بين المعقوفين من ن ذي وعود ص 335 والشيخ 260 ويحيى 163 ومايأبى 18.

402 * - في المطبوع مما وما بين المعقوفين من حدود ابن عرفة ج 2 ص 497.

403 * - وردت في يحيى 153.

404 - في المطبوع من القسمة وما بين المعقوفين من ن وعود ص 335 ويحيى 163 والشيخ 261 ومايأبى 18.

405 * - وفي نسخة يحيى 153 زيادة وهي: (بعد ذلك بنحو الكراس لما تكلم على مسألة قسم البلح وما قال في المدونة من أن من له النخل عليه سقيه إن كان التمر لغيره وانكار ابن عبدوس لذلك وأن السقي إنما هو على من له التمر لأن القسمة ليست ببيع قال).

406 - في المطبوع بيع وما بين المعقوفين من ن وعود ص 335 ويحيى 163 والشيخ 261 ومايأبى 18.

407 - في المطبوع تميز وما بين المعقوفين من ن وعود ص 335 ويحيى 163 والشيخ 261 ومايأبى 18.

408 * - ساقط من المطبوع وم ومايأبى والشيخ وسيد وقد ورد في يحيى 153.

وَكَفَى قَاسِمٌ لَّا مَقُومٌ وَأَجْرُهُ بِالْعَدَدِ وَكُرَّةٌ وَقَسِيمَ الْعَقَارِ وَغَيْرُهُ بِالْقِيَمَةِ.

نص خليل

قلت: [عزا⁴⁰⁹] ابن سهل الأول لعبيد الله بن يحيى ولمحمد بن لبابة وابن وليد وأيوب بن سليمان وابن أيمن والثاني لابن [الأغبس⁴¹⁰] قال: ويفسخ إن نزل، وعزا أحد القولين من المدونة لابن عات فقال عن محمد بن يحيى بن لبابة حملها على الخلاف غلط، إنما حمل القسم على ثمن المنفعة ومنعه على الربع المحبس نفسه. انتهى. وسئلت عن مال موقوف على وصي وأيتام فاقتضى رأي الوصي، ورأي جماعة من المسلمين قسم المال الموقوف فهل يقسم أم لا؟ فأجبت: إن كان المراد بالقسمة الاستبداد والاختصاص بحيث يصير كل واحد يفعل فيما بيده ما شاء فهذا لا يجوز، وإن أريد قسمته قسمة مهياة بمعنى أن كل واحد من المحبس عليهم يسكن ناحية منه، أو يستغله مدة وكلما تغير عدد الموقوف عليهم بزيادة أو نقص تغيرت القسمة فاختلف في ذلك على ثلاثة أقوال: فقليل إن ذلك لا يجوز، وقيل يجوز إذا رضي الموقوف عليهم أجمعون، وقيل يجبرون على ذلك، والقول الثاني هو الظاهر. والله أعلم.

متن الخطاب

ص: وكفى قاسم لا مقوم ش: قال القرافي في الفرق الأول من قواعده في الصور المركبة من الشهادة والرواية: رابعها المقوم للسلع وأرش الجنائيات والمساقاة [والمغصوبات⁴¹¹] وغيرها. قال مالك: يكفي الواحد [في التقويم⁴¹²] إلا أن يتعلق بالقيم حد كالسرقة فلا بد من اثنين، وروي لا بد من اثنين في كل موضع، ومنشأ الخلاف حصول ثلاثة أشياء شبه الشهادة لأنه إلزام لمعين وهو ظاهر، وشبه الرواية لأن المقوم متصد لما لا يتناهى كالمترجم والقائف، وهو ضعيف لأن الشهادة كذلك، وشبه الحاكم لأن حكمه ينفذ في القيمة والحاكم ينفذه، وهو أظهر من شبه الرواية، فإن تعلق بإخباره حد تعين مراعاة الشهادة لوجهين: أحدهما قوة ما يفرض إليه هذا الإخبار، وينبني عليه من إباحة عضو آدمي معصوم، وثانيهما أن الخلاف في كونه رواية أو شهادة شبهة يدرأ بها الحد. ثم قال: وخامسها القاسم/ قال مالك: يكفي واحد، والأحسن اثنان، وقال أبو إسحاق: لا بد من اثنين، وللشافعية في ذلك قولان، ومنشأ الخلاف شبه الحكم والرواية أو الشهادة، والأظهر شبه الحكم لأن الحاكم استنابه في ذلك وهو المشهور عندنا وعند الشافعية أيضا. انتهى. وفي [الباب⁴¹³] الرابع عشر من القسم الثاني من تبصرة ابن فرحون قال ابن القصار: ويقبل قول التاجر في قيم المتلفات إلا أن يتعلق بالقيمة حد فلا بد من اثنين، وروي عن مالك أنه لا بد من [اثنين⁴¹⁴] [مثال⁴¹⁵] القيمة التي يتعلق بها حد كتقويم العرض المسروق وهل بلغت قيمته إلى النصاب أم لا؟ فهنا لا بد من

337

الحديث

409 - في المطبوع عن وم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 336 ويحيى 164 والشيخ 261 ومايأبي 18.

410 - في المطبوع العين وما بين المعقوفين من الأحكام الكبرى لابن سهل ص 583.

411 - في المطبوع والغصوبات ويحيى 164 (وم الغصوب) وما بين المعقوفين من ن ذي ص 336 والشيخ 261 ومايأبي 18.

412 - في المطبوع بالتقويم وم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 336 ويحيى 164 والشيخ 261 ومايأبي 18.

413 - في المطبوع الكتاب ومايأبي 19 (الباب) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 337 ويحيى 164 والشيخ 261.

414 - في المطبوع اثنين عند مثل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 337 ومايأبي 19.

415 - في المطبوع مثل وما بين المعقوفين من التبصرة ص 247.

نص خليل وَأَفْرَدَ كُلُّ نَوْعٍ وَجَمَعَ دُورٌ وَأَقْرَحَ وَلَوْ بَوْصَفٍ إِنْ تَسَاوَتْ قِيَمَةٌ وَرَغَبَةٌ وَتَقَارَبَتْ كَأَلْمِيلٍ إِنْ دَعَا إِلَيْهِ أَحَدُهُمْ وَلَوْ بَعْلًا وَسِيحًا إِلَّا مَعْرُوفَةً بِالسُّكْنَى فَالْقَوْلُ لِمُفْرِدِهَا وَتَوَوَّلَتْ أَيْضًا بِخِلَافِهِ وَفِي الْعُلُوِّ وَالسُّفْلِ تَأْوِيلَانِ.

متن الحطاب اثنتين. انتهى. ثم قال: قال ابن القصار: يجوز تقليد القاسم على ما رواه ابن نافع عن مالك كما يقلد المقوم لأرش الجنائيات لمعرفته بذلك، وقال الأبهري يجب أن يكون اثنتين ثم رجع عن ذلك. انتهى. فعمل المصنف ترجح عنده الرواية الثانية في المقوم، والفرق بين القاسم والمقوم أن القاسم نائب عن الحاكم. انتهى. فاكتفي فيه بالواحد والمقوم كالشاهد على القيمة فيترجح فيه جانب الشهادة. تنبيهات: الأول: الذي يظهر أن مراد المصنف بالمقوم المقوم للسلع المتلفات ولأروش الجنائيات، ونحوهما كما تقدم في كلام القرافي، وليس المراد به المقوم للسلعة المقسومة فإن الذي يظهر من كلامهم أن القاسم هو الذي يقوم المقسوم ويعدله.

الثاني: قال القرافي في الذخيرة: قال في النوادر: قال ابن حبيب: لا يأمر الحاكم بالقسم إلا من هو عنده مأمون بصير، وقال الشافعية يشترط في منسوب الإمام الحرية والعدالة والتكليف والذكورة لأنه حاكم وعلمه بالمساحة والحساب والتقويم، ولا يشترط في منسوب الشركاء العدالة والحرية؛ لأنه وكيل، ولم أر لأصحابنا ما يخالف هذا. انتهى. والله أعلم.

الثالث: فهم من قول المصنف: "كفى قاسم" أن الأولى خلاف ذلك وهو كذلك. قال ابن الحاجب: الاثنان أولى من الواحد، وقال ابن عرفة: الشيخ عن ابن حبيب: لا يأمر القاضي بالقسم إلا المأمون المرضي وإن كانا اثنتين فهو أفضل، وإن لم يجد إلا واحدا كفى. انتهى.

ص: وأفرد كل نوع ش: يعني أنه لا يجوز جمع جنسين ولا نوعين متباعدين في قسمة القرعة. قال في المدونة: ولا تقسم أصناف مختلفة بالسهم مثل أن يجعلوا الدور حظا والرقيق حظا ويستهمون وإن اتفق قيم ذلك لأنه خطر، وإنما تقسم هذه الأشياء كل نوع على حدة، البقر على حدة والغنم على حدة والعروض على حدة إلا أن يتراضوا على شيء بغير سهم، وكذلك لا يجوز أن يجعلوا دنانير ناحية وما قيمته [مثلها⁴¹⁶] ناحية من ربع أو عرض أو حيوان [ويقترعوا،⁴¹⁷] وأما بالتراضي بغير قرعة فجانز، وأما داران في موضع وإن تفاضلتا في البناء كواحدة جديدة وأخرى رثة أو دار بعضها رث وبقاها جديد فذلك يجمع في القسم؛ لأنه نوع واحد منه [جيد⁴¹⁸] ودون بالقيم كقسم الرقيق على تفاوتها، وكل صنف لا بد فيه من ذلك، فإن كان كل صنف من ذلك لا يحمل القسمة بيع عليهم الجميع، إلا أن يتراضوا على شيء بغير سهم فيجوز. انتهى.

ص: وجمع دور وأقرحة ش: كذا في بعض النسخ بالواو وفي/ بعضها بأو وعلى النسخة الأولى فالواو بمعنى أو، والمراد أن الدور تجمع على حدة والأقرحة على حدة، ولا يريد أن الدور تجمع مع الأقرحة.

338

الحديث

416 - في المطبوع ما ما ثلها وما بين المعقوفين من ن عدود ص337 وم والشيخ262 ومايأبى19.

417 - في المطبوع أو يقترعوا وما بين المعقوفين من ن عدود ص337 ويحيى154 وم120.

418 * - في المطبوع والشيخ262 ومايأبى19 وسيد55 جديد وما بين المعقوفين من يحيى154 والتهذيب ج4 ص198.

نص خليل

وَأَفْرَدَ كُلُّ صِنْفٍ كَتْفَاحٍ إِنْ احْتَمَلَ إِلَّا كَحَائِطٍ فِيهِ شَجَرٌ مُخْتَلِفَةٌ أَوْ أَرْضٌ بِشَجَرٍ مُتَفَرِّقَةٍ وَجَازَ صُوفٌ عَلَى ظَهْرٍ إِنْ جَزُّ وَإِنْ لِكَيْصَفِ شَهْرٍ وَأَخْذٌ وَارِثٍ عَرْضًا وَآخَرَ دَيْنًا إِنْ جَازَ بَيْعُهُ وَأَخْذٌ أَحَدِهِمَا قِطْنِيَّةٌ وَالْآخَرَ قَمَحًا وَخِيَارٌ أَحَدِهِمَا كَالْبَيْعِ.

متن الخطاب

قال ابن الحاجب: وتجمع الدور المتقاربة المكان المستوية نفاقا ورغبة مهما دعا إليه أحدهم. ثم قال: وكذلك [القرى⁴¹⁹] والحوائط والأقرحة يجمع ما تقارب مكانه كالليل ونحوه وتساوى في كرمه وعيونه بخلاف اليوم. قال ابن عبد السلام: لا يريد المؤلف [أن⁴²⁰] هذه الأنواع التي ذكرها من قرى وحوائط وأقرحة تجمع في القسم ولكن كل نوع من هذه يجمع. انتهى. وقال الرجراجي: اتفقوا على أنه لا يجمع في قسمة القرعة الدور مع الحوائط ولا الحوائط مع الأرضين ولا الدور مع الأرضين، وإنما يقسم كل شيء من ذلك على حدته، ويضم بعضه إلى بعض على شروط [تذكرها⁴²¹]. انتهى. والأقرحة جمع قراح بفتح القاف. قال في المدونة: هي الفدادين. وقال ابن عبد السلام: الأقرحة هي المزارع التي ليس فيها بناء ولا شجر. قاله الجوهري. والله أعلم.

ص: وأفرد كل صنف كتفاح إن احتمل ش: يعني أن كل صنف من أصناف الفواكه كالتفاح والرمان إذا كان يحمل القسمة بين الشركاء فإنه يفرد؛ يريد إذا كان كل واحد في حائط بدليل قوله "إلا في كحائط فيه شجر مختلفة" فإنه يعني أن الحائط إذا كان فيه أشجار [من⁴²²] الفواكه فإنه يقسم بالقيمة. قاله في المدونة. وإن كانت قرية ذات دور وأرض بيضاء وشجر فليقسموا الأرض والدور على ما وصفنا، وأما الأشجار فإن كانت مختلفة مثل تفاح ورمان وأترج وغيرها وكلها في جنان واحد فإنه يقسم كله مجتمعا بالقيمة كالحائط يكون فيه البرني والصيحاني والعجوة والجمعرور وأصناف التمر فإنه يقسم على القيمة، ويجمع لكل واحد حظه من الحائط في موضع، فإن كان كل صنف من تفاح ورمان وغيره/ في جنان على حدة قسم بينهم كل جنان على حدته بالقيمة إن انقسم. انتهى. مسألة: قال في الطراز في كتاب السلم لما تكلم على القطنية وأنها أصناف إنها لا تجمع في القسم، وتقدم كلامه عند قول المصنف: "وقطنية ومنها كرسنة".

339

ص: أو أرض بشجر مفترقة ش: يعني أن الأرض إذا كان فيها شجر مفترقة فإنه يقسم الأرض مع الشجر جميعا، [ولا تقسم الشجر وحدها والأرض وحدها. قال في المدونة: وإن ورثوا أرضا فيها شجر مفترقة فليقسموا الشجر والأرض جميعا،⁴²³] ولو أفردنا قسمة الأصول وقعت أصول الرجل في أرض غيره. انتهى.

ص: وخيار أحدهما كالبيع ش: قال في المدونة: ولو اقتسما على أن لأحدهما الخيار أياما يجوز مثلها في البيع في ذلك الشيء فجاز وليس لمن لا خيار له [منهما⁴²⁴] رد وذلك لمشرطه، وإذا

الحديث

419 - في المطبوع بالقرى وما بين المعقوفين من ن ذي ص 338 ويحيى 154 ومايأبى 19 وم 121 وسيد 55 والشيخ 262.

420 - ساقطة من المطبوع وم 121 وقد وردت في يحيى 154 ومايأبى 19 وسيد 55.

421 - في المطبوع يذكرها وما بين المعقوفين من مايأبى 19 وسيد 55.

422 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 338 ويحيى 165 والشيخ 262 ومايأبى 19.

423 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 339 ويحيى 165 والشيخ 262 ومايأبى 20.

424 - في المطبوع منها وما بين المعقوفين من م 119 ويحيى 165 والشيخ 262 ومايأبى 20 وسيد 55.

نص خليل
وَعَرَسُ أُخْرَى إِنْ انْقَلَعَتْ شَجَرَتُكَ مِنْ أَرْضِ غَيْرِكَ إِنْ لَمْ تَكُنْ أَضْرَّ كَعْرَسِهِ بِجَانِبِ نَهْرِكَ الْجَارِي فِي
أَرْضِهِ وَحُمِلَتْ فِي طَرَحٍ كُنَّاسَتِهِ عَلَى الْعُرْفِ وَلَمْ تَطْرَحْ عَلَى حَافَتِهِ إِنْ وَجَدَتْ سَعَةً وَجَارَ ارْتِزَاقُهُ مِنْ
بَيْتِ الْمَالِ.

متن الحطاب
بنى من له الخيار أو هدم أو ساوم الجميع فذلك رضا كالببوع. انتهى.
ص: وغرس أخرى إن انقلعت ش: قال في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الأقضية: إن
سقطت الشجرة ونبتت فيها خلوف فالخلوف لصاحب الشجرة. ابن رشد: معناه إذا نبتت في مواضع
الشجرة لأن من كانت له شجرة في أرض رجل فله موضعها من الأرض، وليس لقدر ذلك حد معلوم
عند مالك، وهو بقدر ما تحتاج إليه الشجرة في شربها، وأما إن نبتت الخلوف خارجة عن قدر حق
صاحب الشجرة، فإن كان له فيها منفعة بغيرها في حقه كان له قلعها، وإلا فهي لرب الأرض
بقيمتها حطباً إن كان لها قيمة، وإلا فبغير شيء، وإن كان بقاؤها مضراً بأصل الشجرة كان لصاحب
الشجرة قطعها بكل حال، إلا أن يقطع الذي ظهرت في أرضه العروق المتصلة [بالشجرة⁴²⁵] حتى
لا تضر بها فله ذلك، ويعطيه قيمتها إن كان لها قيمة. / انتهى باختصار.

340

فرع: وعلى رب الشجرة سقيها فإن امتنع من ذلك وكانت تشرب مع شجر صاحب البستان فالظاهر
أنه يلزمه أجره سقيها كما قال صاحب البيان في رسم الشجرة من سماع عيسى من جامع الببوع فيمن
اشترى زيتونة على أن يقطعها فتوانى في قطعها حتى أثمرت. قال ابن القاسم: الثمرة لمشتري
الشجرة. قال صاحب البيان: ويكون عليه أجره قيامه عليها إن كان يسقيها ولم يكن المطر يسقيها.
قاله ابن القاسم في رواية ابن جعفر عنه، ويكون عليه كراء موضعها من الأرض إن كان غائباً باتفاق،
وإن كان حاضراً على اختلاف. انتهى. وقال في كتاب العرايا من المدونة: ولو وهب [ثمر⁴²⁶] حائط
أو جزءاً منه أو تمر نخلة معينة سنين قبل الزهو أو أمر ذلك لم يجز له شراء [ثمر⁴²⁷] ذلك أو
بعضه بخرصه ولكن بعين أو بعرض والسقي في ذلك على الموهوب [له⁴²⁸] أو على المعري وعليه
الزكاة إن بلغ حظه ما فيه الزكاة، وإن لم يبلغ فلا زكاة على واحد منهما. قاله ابن القاسم. وقال
أكابر أصحابنا: العرية مثل الهبة، وفرق بينهما مالك في الزكاة والسقي. انتهى. وعلى قول مالك
مشى المؤلف في باب العرايا، والقصد منه أن من له نخلة معينة في بستان رجل فعليه سقي ذلك كما
دلت عليه نصوص المذهب. والله أعلم.

فرع: قال في وثائق ابن سلمون: قال في مسائل ابن الحاج: إذا اتفق الجيران على [رجل⁴²⁹] يحرس
لهم جناتهم أو كرومهم فأبى بعضهم من ذلك فإنه يجبر معهم، وكذلك أفتى ابن عتاب في الدور
يتفق الجيران، ويأبى بعضهم من ذلك. قال القاضي: إلا أن يقول صاحب الكرم أنا أحرسه بنفسي أو
يحرسه غلامي أو أخي فله ذلك، وبذلك أفتيت، وسئلت عن قوم لهم زرع استأجروا من يحرسه فأبى
بعضهم من ذلك وقال معي من يحرس زرعي وزرع كل واحد منهم على حدته واستأجروا

الحديث

425 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 339 ويحيى 165 والشيخ 263 ومايأبى 20.

426 - في المطبوع وسيد 55 ثمن وما بين المعقوفين من ن ذي ص 340 ويحيى 155 والشيخ 263 ومايأبى 20 وم 121.

427 - في المطبوع ثمرة وما بين المعقوفين من مايأبى 20 وسيد 55 والشيخ 263.

428 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 340 ويحيى 165 والشيخ 263 ومايأبى 20.

429 - في المطبوع أن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 340 ويحيى 165 والشيخ 263 ومايأبى 20.

لَا شَهَادَتُهُ وَفِي قَفِيزٍ أَخْذُ أَحَدِهِمَا ثَلَاثِيهِ وَالْآخِرِ ثَلَاثُهُ لَا إِنْ زَادَ عَيْنًا أَوْ كَيْلًا لِدَنَاءَةٍ وَفِي كَثَلَاثِينَ قَفِيزًا وَثَلَاثِينَ دِرْهَمًا أَخْذُ أَحَدُهُمَا عَشْرَةَ دَرَاهِمٍ وَعِشْرِينَ قَفِيزًا إِنْ اتَّفَقَ الْقَمْحُ صِيفَةً وَوَجِبَ غَرْبَلَةٌ قَمَحٍ لِيَبِيعَ إِنْ زَادَ غَلْتُهُ عَلَى الثَّلَاثِ وَإِلَّا نُدِبَتْ وَجَمْعُ بَزٍّ وَلَوْ كَصُوفٍ وَحَرِيرٍ لَا كَبْعَلٍ وَذَاتِ بَثْرٍ أَوْ غَرْبٍ وَتَمْرٍ أَوْ زَرْعٍ إِنْ لَمْ يَجِدْأَهُ كَقَسْمِهِ بِأَصْلِهِ أَوْ قَتَا أَوْ زَرْعًا.

نص خليل

من يحرسه وأبى هو من الدخول معهم فلم يحرس له أحد حتى كمل الزرع؛ فأفتيت أنهم يرجعون عليه بما ينوبه من الأجرة. قال: وأما الأجرة على الصلاة للإمام فمن أباه من الجيران لم يجبر عليها، ولا يحكم عليه بها؛ لأن الإجارة عليها مكروهة في أصلها، ولأن شهودها في الجماعة سنة لا فريضة، وينبغي في أجرة الجمعة أن تلزم من أباه؛ لأن شهودها فرض. انتهى.

ص: لا [شهادته⁴³⁰] ش: قال في المدونة في كتاب الأفضية: ولا تجوز شهادة القسام على ما قسموا. انتهى. يريد بعد عزل القاضي الذي بعثه. قال ابن الحاجب: ولا يقبل قولهما بعد العزل. قال في التوضيح: لا يقبل قولهما بعد عزل القاضي الذي بعثهما. انتهى. وحاصل المسألة أن شهادة القسام فيما قسموه بأمر القاضي جائزة عنده ولو كان ذلك بعد إنفاذ الحكم بالقسمة عند اختلاف الورثة وضياع المستند الذي فيه القسمة، ولا تجوز شهادتهم عند غير من أمرهم لا وحدهم ولا مع غيرهم. قاله ابن عرفة ناقلًا عن ابن رشد وعن النوادر. قال: وكذلك العاقد والخطب والمحلف والكاتب والناظر للعيب. والله أعلم.

متن الخطاب

مسألة: قال البرزلي: وسئل ابن أبي زيد عن [الأندر إذا جمعت⁴³¹] السيول في موضع واحد بعد الخلط فقيل يقبل قول الحراثين إذا قالوا هذا أندر فلان وقالوا رأيناه وقد قلع الماء إياه، وكيف قسمة الشعير والزيتون عند الخلط؟ وهل يصدق كل واحد منهم عما كان في أندرته ويحلف أو لا؟ فأجاب: إن كان إنما اختلط بشهادة الحراثين وهم عدول فهي جائزة، وأما غير العدول فشهادتهم غير جائزة، وأرباب الزيتون [والزرع⁴³²] إن تقارروا بينهم على شيء معلوم فهو كذلك، وإن تجاهلوا فليس إلا الإصلاح.

قلت: كثيرا ما يقع عندنا بتونس تأتي السيول بالزيتون في تلك الأودية وحكمه هكذا، وكذا ما اختلط على أيدي اللصوص من الزرع والزيتون على هذا المنوال، وكذا ما وقع في الرواية في السفن إذا اختلط فيها الطعام المشحون فإنه يقبل كل واحد فيما ذكر بعد يمينه إذا ادعى ما يشبهه، وهذا كله يجري على أصل واحد. انتهى. وانظر/ مسائل اللقطة فيه.

341

ص: وفي قفيز أخذ أحدهما ثلثيه الخ ش: قال في المدونة: ولا يجوز في قسم تمر الحائط تفضيل أحد في الكيل لرداءة حظه، ولا التساوي في المقدار على أن يؤدي أخذ الجيد ثمنًا/ لصاحبه ولا يجوز بيع حنطة ودرهم بمثلها، ولو اقتسما ثلاثين قفيزًا قمحا وثلاثين درهما على أن أخذ أحدهما الدراهم

342

الحديث

* 430 - في المطبوع شهادة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 340.

431 - في المطبوع الاندار إذا جمعهم وما بين المعقوفين من ماياي 21 وسيد 55 والشيخ 263.

432 - في المطبوع والعصر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 340 ويحيى 165 والشيخ 263 لكن فيه تقديم وتأخير "الزرع والزيتون".

نص خليل
أَوْ فِيهِ فَسَادٌ كَيَاقُوتَةٍ أَوْ كَجَفِيرٍ أَوْ فِي أَصْلِهِ بِالْحَرْصِ كَبَقْلٍ إِلَّا التَّمْرَ أَوْ العِنْبَ إِذَا اخْتَلَفَتْ حَاجَةٌ أَهْلِهِ
وَإِنْ بكَثْرَةَ أَكْلِ وَقَلَّ وَحَلَّ بَيْعُهُ وَاتَّحَدَ مِنْ بُسْرِ أَوْ رُطْبٍ لَا تَمْرٍ وَقَسِمَ بِالْقِرْعَةِ بِالتَّحْرِي كَالْبَلْحِ الكَبِيرِ
وَسَقَى ذُو الأَصْلِ كِبَائِعِهِ المُسْتَنْبِي ثَمْرَتُهُ حَتَّى يُسَلِّمَ أَوْ فِيهِ تَرَاجُعٌ إِلَّا أَنْ يَقْلَ أَوْ لَبَنٍ فِي ضُرُوعٍ إِلَّا
لِفَضْلِ بَيْنٍ أَوْ قَسَمُوا بِلاَ مَخْرَجٍ مُطْلَقًا وَصَحَّتْ إِنْ سَكِتَ عَنْهُ وَلَشْرِيكِهِ الإِنْتِفَاعُ.

متن الحطاب
وعشرة أقفزة وأخذ الآخر عشرين قفيزا، فإن كان القمح مختلفا سمراء ومحمولة أو نقيًا ومغلوثا لم
يجز، وإن تساوى القمح في النقاء والجودة والجنس، أو كان من صبرة يتفق أعلاها وأسفلها فذلك
جائز بخلاف المتبايعين؛ لأن [هذا⁴³³] لم يأت أحدهما بطعام والآخر بطعام ودرهم فيكون فاسدا ولو
قسما مائة قفيز قمحا ومائة شعيرا فأخذ [هذا⁴³⁴] ستين قمحا وأربعين شعيرا وأخذ الآخر ستين
شعيرا وأربعين قمحا فذلك جائز. قال الشيخ أبو الحسن: جعل القسمة هنا تمييزا فلذلك أجازها يدل
عليه قوله: "لأن أحدهما لم يأت بطعام" الخ ولو جعلها بيعا لمنع كما قال في السلم فيما إذا أخرج
أحدهما مد قمح ومد شعير والآخر مثله أنه لا يجوز.

343
ص: أو فيه فساد كياقوتة أو كجفير ش: كذا في كثير من النسخ أو كجفير/ بالجيم والفاء وبعدها
ياء ثم راء وفي بعضها كخفين تثنية خف، فعلى النسخة الأولى يكون المعنى ظاهرا وهو أن ما يفسد
بالقسمة لا يجوز قسمه لا [بالقرعة⁴³⁵] ولا بالمرضاة وذلك للؤلؤة والفص والخاتم وجفير السيف،
وأما على النسخة الثانية فلا يخلو الكلام عن إشكال؛ لأنه لا يخلو إما أن يكون المنفي قسمة القرعة
فيفهم منه أن قسمة المرضاة جائزة في الياقوتة والخفين جميعا وليس كذلك؛ لأن قسم اللؤلؤة والفص
والخاتم والياقوتة لا يجوز بالمرضاة ولا بالقرعة، وإما أن يكون المنفي القسمة مطلقا فيفهم منه أن
الخفين لا ينقسمان بالمرضاة وليس كذلك، بل يجوز قسم الخفين والنعلين والمصراعين والباب والثوب
الملفق من قطعتين والرحا بالمرضاة. قاله في المدونة. وقال أبو الحسن في قسم الرحا: بأن يأخذ هذا
حجرا وهذا حجرا: قلت: ومثله الكتاب من سفرين أو أسفار. والله أعلم. ومثله السواران والقرطان
كما قاله ابن رشد في رسم استأذن من سماع عيسى من كتاب الصرف فيما إذا ظهر العيب بأحد
المزدوجين فإنه كظهوره فيهما جميعا، وقال ابن راشد في اللباب في باب القسمة: وماله أخ لا يقسم
إلا بالتراضي. انتهى. وقال الرجراجي: وما له زوج لا يستغني [أحدهما⁴³⁶] عن صاحبه كالخفين
والبابين والغرارتين فلا يقسم بين الشريكين إلا بالتراضي. انتهى. والله أعلم.
ص: أو فيه تراجع إلا أن يقل ش: يعني أنه لا يجوز قسم القرعة إذا كان فيها تراجع إلا أن يكون ذلك
قليلا. قال في الرسالة: "وقسم القرعة لا يكون إلا في صنف واحد، ولا يؤدي أحد الشريكين ثمنا، وإن كان
في ذلك تراجع لم يجز القسم إلا بتراض". انتهى. وقال في المدونة: ولا يجوز أن يجعلوا دنانير حية

433 - في المطبوع هنا وما بين المعقوفين من يحيى 156 والشيخ 264 ومايأبى 21 وم 122 وسيد 56.
434 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 342 ويحيى 166 والشيخ 264 ومايأبى 21.
435 - في المطبوع بالقسمة وما بين المعقوفين من ن ذي ص 343 ويحيى 166 والشيخ 264 ومايأبى 21.
436 - في المطبوع أحد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 343 ويحيى 166 والشيخ 264 ومايأبى 22.

وَلَا يُجْبَرُ عَلَى قَسْمِ مَجْرَى الْمَاءِ وَقَسِمَ بِالْقَلْدِ كَسْتَرَةٍ بَيْنَهُمَا وَلَا يُجْمَعُ بَيْنَ عَاصِبَيْنِ إِلَّا بِرِضَاهُمُ إِلَّا مَعَ كَرْوَجَةٍ فَيُجْمَعُونَ أَوْلًا كَذِي سَهْمٍ وَوَرْتَةٍ وَكَتَبَ الشُّرَكَاءَ ثُمَّ رَمَى أَوْ كَتَبَ الْمَقْسُومَ وَأَعْطَى كُلًّا لِكُلِّ.

نص خليل

وما [قيمه⁴³⁷] مثلها ناحية من ربع أو عرض أو حيوان ويقرعوا، وأما بالتراضي بغير قرعة فجائز. قال الشيخ أبو الحسن: تقدم ما للحمي، ويشير إلى ما قدمه عنه في أول كتاب القسمة، ونصه: وإن اختلفت قيمة الدارين فكان بينهما يسير مثل أن يكون قيمة [إحدهما⁴³⁸] مائة والأخرى تسعين فلا بأس أن يقترعا على [أن⁴³⁹] من صارت له التي قيمتها مائة أعطى [صاحبه⁴⁴⁰] خمسة دنانير؛ لأن هذا مما لا بد منه، ولا يتفق في الغالب أن يكون قيمة الدارين سواء. الشيخ: انظر هذا الذي قاله اللخمي مع ما في الرسالة وما تقدم لعياض، [إلا⁴⁴¹] أن يقال معنى ما قال أبو محمد تراجع كثير. انتهى. وما قدمه عن عياض هو ما ذكره في أول كتاب القسمة لما تكلم على قسمة القرعة فقال: ولا يجوز تعديل السهام بزيادة دراهم أو دنانير أو غير ذلك من غير جنس المقسوم من إحدى الجهتين. انتهى. وقال ابن عرفة بعد أن نقل كلام اللخمي: قلت: ظاهر الروايات منع التعديل في قسم القرعة بالعين. انتهى. وجزم المصنف في التوضيح بما قاله اللخمي. ونصه: فرعان: الأول: اختلف في قسم العلو والسفل بالقرعة. الثاني: يجوز في القرعة أن يكون بينهما الشيء اليسير كما لو كانت قيمة [إحدهما⁴⁴²] مائة والأخرى تسعين إلى آخر كلام اللخمي. والله أعلم.

متن الخطاب

ص: ولا يجبر على قسم مجرى الماء ش: قال في كتاب القسمة من المدونة: فإن ورثوا/ قرية على أجزاء مختلفة ولها ماء ومجرى ماء ورثوا أرضها وماءها وشربها وشجرها قسمت الأرض بينهم على قدر مواريتهم منها، ولا يقسم مجرى الماء، ويكون لهم من الماء على قدر مواريتهم منه. انتهى. أبو الحسن: أطلق المجرى هنا على الماء الجاري، ولم يرد موضعه الذي يجري فيه، ومثله في كتاب الغرر: لا يجوز أن يشتري مسيل ميزاب أي الماء الذي يسيل منه. انتهى. ثم قال في آخر كتاب القسمة من المدونة: ولا يقسم أصل العيون والآبار، ولكن يقسم شربها بالقلد. انتهى. ونقله

344

عياض بلفظ: ولم تقسم/ الآبار، ولم أسمع واحدا يقول إن العيون والآبار تقسم، ولا أرى أن يقسم إلا على الشرب. انتهى. ثم قال: ظاهر المذهب أنه أراد قسم الواحد منها فإن [غير⁴⁴³] الواحد منها إذا اعتدل في القسم قسم، وهو قول سحنون وتأويله على الكتاب، وهو قول ابن نافع وابن حبيب،

345

الحديث

437 - في المطبوع وم 122 قيمة وما بين المعقوفين من يحيى 156 والشيخ 264 وسيد 56.

438 - في المطبوع أحدهما وما بين المعقوفين من ن عود ص 343 وم 122.

439 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 343 ويحيى 166 والشيخ 264 وما يابى 22.

440 - في المطبوع صاحبها وما بين المعقوفين من ن عود ص 343 ويحيى 166 والشيخ 264 وما يابى 22.

441 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 343 ويحيى 166 والشيخ 264 وما يابى 22.

442 - في المطبوع أحدهما والشيخ 264 ويحيى 166 وما بين المعقوفين من ن عود ص 343.

443 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 345 وما يابى 22.

نص خليل وَمُنِعَ اشْتِرَاءُ الْخَارِجِ وَلَزِمَ وَنُظِرَ فِي دَعْوَى جَوْرِ أَوْ غَلَطٍ وَحَلَفَ الْمُنْكَرُ.

متن الحطاب وحمل ابن لبابة منع القسم فيها على العموم، واستدل [بمخالفة⁴⁴⁴] [جوابه في الآبار والعيون [لجوابه⁴⁴⁵] في المواجه، وقوله: أما على قول مالك فيقسم، وأما أنا فلا أرى ذلك للضرر، إلا أن يصير لكل واحد منهما ما جل ينتفع به. ثم قال⁴⁴⁶] في الآبار والعيون: لا أرى أن يقسم إلا على الشرب. ولم يقل فيهما [بما⁴⁴⁷] قال في الما جل، ولم يفرق بين قليلها وكثيرها. قال عياض: ولا حجة [بينه⁴⁴⁸] في هذا لأنه إنما تكلم على [مأجل⁴⁴⁹] واحد وهو يمكن إذا قسم وكان كثيرا أن يصير منه مأجل، ولا يمكن أن يصير العين عيونا ولا البئر آبارا، فظاهر كلامه أنه إنما أراد العين الواحدة والبئر الواحدة، وأنه لا يمنع قسم الكثير كما قال سحنون ومن معه. انتهى. ويشهد لقول سحنون ومن معه قوله في أوائل القسمة: فإن ورث قوم أراضي وعيونا كثيرة، فإن أراد أحدهم قسم كل عين وأرض وأراد غيره اجتماع حصته من ذلك، فإن استوت الأرض في الكرم [وتقاربت أماكنها واستوت العيون في سقيها الأرض جمعت في القسم، وإن اختلفت الأرض في الكرم⁴⁵⁰] والعيون في [الغزر⁴⁵¹] قسمت كل أرض وعيونها على حدة. انتهى.

ص: ومنع اشتراء الخارج ش: قال الشارح: يعني أنه لا يجوز لأجنبي أن يشتري ما يخرج لأحدهم بالسهم، وهو مراده بالخارج، وهكذا قال في المدونة، وزاد: لأنه لا [شركة⁴⁵²] له في ذلك وإنما جاز ما أخرج السهم في تمييز حظ الشريك خاصة لأن القسمة عند مالك بالقرعة ليست من البيوع. انتهى. وظاهر كلامه رحمه الله يوهم أنه يجوز للشريك اشتراء الخارج، وكذلك لفظ المدونة وليس كذلك، وإنما أراد التفرقة بين جواز القسمة في تمييز حظ كل واحد وعدم جواز البيع. قال أبو الحسن في شرح كلام المدونة: هذا جواب سؤال مقدر كأنه قيل لم أجزت ما أخرج السهم بالقسم لأحد الشريكين ولم تجزه لأجنبي وكلاهما مبيع؛ لأن كل واحد من المتقاسمين باع بعض نصيبه ببعض نصيب الآخر، وذلك مثل قسمة المجهول؛ إذ لا يدري أيهما يصير له وما قدره كالأجنبي؟ فقال: وإن كانت القسمة عند مالك بيعا فإن القسمة تفارق البيع في بعض الحالات، وقوله: "إذ لا شركة له" إنما ذكر هذا التفريق بين الشريك والأجنبي، وكذلك لا يجوز للشريك شراء ما يخرج بالسهم لشريكه. انتهى. والله أعلم.

الحديث

444 * - في المطبوع بمخالفته وما بين المعقوفين من الشيخ 265 ويحيى 156 وما يابى 22 وسيد 56 وم 122.

445 * - في المطبوع بجوابه وما بين المعقوفين من يحيى 156.

446 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 345 ويحيى 166 والشيخ 265 وما يابى 22.

447 - في المطبوع بل وما بين المعقوفين من ن ذي ص 345 وم والشيخ 265 (ويحيى 166 وما يابى 22 فيها بما قال).

448 * - في المطبوع لبينته وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى 166 وما يابى 22 وسيد 56 وم 122.

449 - في المطبوع مؤجل وما بين المعقوفين من ن عود ص 345 ويحيى 166 والشيخ 265 وما يابى 22.

450 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 345 والشيخ 265 ويحيى 166 وما يابى 22.

451 - في المطبوع الغرر وما بين المعقوفين من التهذيب ج 4 ص 179.

452 - في المطبوع شرك وم وما بين المعقوفين من ن ذي ص 345 ويحيى 166 وما يابى 22.

نص خليل فَإِنْ تَفَاحَشَ أَوْ تُبَّتَا تُقْضَتْ كَالْمُرَاضَةِ إِنْ أَدْخَلَ مُقَوِّمًا.

متن الخطاب ص: فَإِنْ تَفَاحَشَ أَوْ [ثبتاً⁴⁵³] نقضت ش: أي ثبت الجور والغلط قال أبو الحسن الصغير في أول كتاب القسمة: قال الباجي في وثائقه: إنما يرجع بالغبن في القرب. انتهى. وقال في معين الحكام: قال بعض الأندلسيين: [وإنما⁴⁵⁴] يقام بالغبن فيما قرب، وأما ما بعد أمره وطال تاريخه فلا يقام فيه بغبن. انتهى. وقال ابن سهل عن أبي إبراهيم: وحد ذلك العام، وبقيته أيضا البناء والغرس. انتهى. وقال في معين الحكام أيضا: وإذا ثبت الغبن في القسمة انتقضت ما لم تفت الأملاك ببناء أو هدم أو غير ذلك من وجوه الفوات، فإن فاتت الأملاك بما ذكرنا رجعا في ذلك إلى القيمة يقتسمونها، وإن فات بعضه وبقي سائرته على حاله اقتسم ما لم يفت مع قيمة ما فات. انتهى.

ص: كالمراضة إن أدخل مقوما ش: نحو هذه العبارة نقلها أبو الحسن عن أبي عمران، ونصها: قال ابن حبيب: وإذا ادعى أحدهما الغلط بعد القسم، فإن قسموا بالتراضي بلا سهم وهم جائزوا الأمر فلا ينظر إلى دعوى ذلك وإن كان الغلط ببينة أو بغير ذلك من أمر ظاهر لأنه كبيع التساوم يلزم فيه التغابن، وإن [قسموا⁴⁵⁵] بالسهم على تعديل القسم فلا يقبل قوله: "إلا ببينة أو [بتفاحش⁴⁵⁶] الغلط فترد فيه القسمة كبيع المرابحة. قال أبو عمران: إنما يصح قول ابن حبيب على وجه وهو إذا تولوا القسمة بأنفسهم، وأما إن أدخلوا بينهم من يقوم لهم ثم ظهر فيها الغبن فسخت القسمة بينهم لأننا وإن سمينا تراضيا فلم يدخلوا فيه إلا على التساوي. انتهى. وظهرها أن الشركاء إذا لم يدخلوا مقوما وإنما قوموا لأنفسهم أنه لا يقام/ في ذلك بالغبن، والظاهر أن ذلك ليس بمراد، وإنما المراد أن قسمة المراضة إذا كانت بتعديل وتقويم [فإنه⁴⁵⁷] يقام فيها بالغبن. قال للخمي: دعوى الغلط بعد القسم على أربعة أوجه:

أحدها أن [يعدلا⁴⁵⁸] ذلك بالقيمة ثم يقترعا أو يأخذ ذلك بغير قرعة ثم يدعي أحدهما غلطا فهذا ينظر إليه أهل المعرفة؛ فإن كان سواء أو قريبا من سواء وإلا نقض القسم وكان القول قول من ادعى الوهم والغلط، والثاني أن يقولوا هذه الدار تكافى هذه وهذا العبد يكافى هذا من غير ذكر القيمة، ثم يقترعان أو يأخذان ذلك بغير قرعة، والجواب فيه كالأول؛ لأن مفهوم ذلك التعديل والمساواة في القيم، وكذلك إذا قالوا هذه الدار تكافى هذا المتاع أو هذه العبيد، ثم أخذ كل واحد منهم أحد الصنفين بالتراضي بغير قرعة، ثم تبين أن [القيمة مختلفة،⁴⁵⁹] والثالث أن يقول أحدهما خذ هذه الدار وهذا العبد [وأخذ أنا هذه الدار وهذا العبد⁴⁶⁰] من غير تقويم ولا ذكر مكافأة فإن كانت القسمة بالتراضي مضت المغابنة على [من⁴⁶¹] كانت في نصيبه إلا على قول من لم يمضها

346

الحديث

- 453 - في المطبوع ثبت وما بين المعقوفين من يحيى 157 وما يابى 23 وم 120 وسيد 56.
 454 - في المطبوع وأما ما وما بين المعقوفين من ن عدود ص 345 ويحيى 167 والشيخ 265 وما يابى 23.
 455 - في المطبوع قسم وما بين المعقوفين من ن ذي ص 345 وم 122 ويحيى 157 وما يابى 23 والشيخ 265 وسيد 56.
 456 - * في المطبوع والشيخ 265 يتفاحش وما بين المعقوفين من يحيى 157 وما يابى 23 وسيد 56.
 457 - * في المطبوع فإنما وما بين المعقوفين من سيد 56 ويحيى 157 وما يابى 23 والشيخ 266.
 458 - في المطبوع يعدل وما بين المعقوفين من ما يابى 23 وسيد 56 والشيخ 266.
 459 - في المطبوع غير وما بين المعقوفين من ن عدود ص 346 وم 121 ويحيى 167 والشيخ 266 وما يابى 23.
 460 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 346 وم 121 ويحيى 167 والشيخ 266 وما يابى 23.
 461 - * في المطبوع ما وما بين المعقوفين من ن عدود ص 346.

متن الخطاب
في البيع، وإن كانت القسمة بالقرعة وهما عالمان بتغابنهما كانت فاسدة تفسخ بالجبر وإن لم يدع واحد منهما إليه؛ لأن القرعة على ذلك غرر، وإن كانا يظنان أنها متساوية كانت جائزة والقيام في ذلك كالعيب، والرابع أن يختلفا في الصفة التي وقع القسم عليها مثل أن يقتسما عشرة أثواب فكان بيد أحدهما ستة وقال هي نصيبي على هذا اقتسما وقال الآخر الواحد منها لي [وإنما⁴⁶²] سلمته غلطا فاختلف فيه على ثلاثة [أقوال. قال⁴⁶³] ابن القاسم: القول قول الحائز له مع يمينه إذا أتى بما يشبه لأن الآخر أقر بالقسم وادعى ما في يد صاحبه، وقال أشهب: القول قول الحائز مع يمينه [إذا أقر الآخر أنه سلمه إليه غلطا، وإن قال سلمته على وجه الإيداع كان القول قوله مع يمينه،⁴⁶⁴] وقال محمد بن عبدوس: يتحالفان ويتفاسخان ذلك الثوب وحده. ثم ذكر كلاما لابن حبيب في هذا القسم الرابع.

قال الرجراجي: إذا ادعى أحدهم الغلط في القسمة فذلك على وجهين أحدهما أن يلوا القسمة بأنفسهم، والثاني أن يقدموا من يقسم بينهم، [فإن تولوا⁴⁶⁵] القسم بأنفسهم ثم ادعى أحدهم الغلط فذلك على أربعة أوجه، وذكر هذه الأوجه الأربعة التي ذكرها اللخمي. ثم قال: وأما إذا قدموا من يقسم بينهم فادعى أحدهم أن القاسم جار أو غلط فقال ابن القاسم في المدونة لا يلتفت القاسم إلى قولهم وليتم قسمته، فإذا فرغ منها نظر السلطان فيها فإن وجدها على التعديل مضى ما قسم ولا يرد فإن رضي جميعهم برده ونقضه ليستأنفا القرعة أو التراضي بقسمته مرة أخرى لم يجز لأنهم ينتقلون من معلوم إلى مجهول وهو ما يخرج لهم في المستقبل، ولو تراضوا بنقضه بشرط أن يأخذ كل واحد شيئا معلوما معينا جاز، وإن وجد السلطان غبنا فاحشا نقضه قولاً واحداً، وإن كان غير فاحش فقال ابن القاسم في المدونة إنه يرد، وقال أشهب لا يرد. انتهى.

وقال في التنبيهات: القسمة على أربعة أضرب: قسمة حكم وإجبار وهي قسمة القرعة، وقسمة مراضة وتقويم، وقسمة مراضة على [غير⁴⁶⁶] تعديل، وحكم هذه حكم البيوع في كل وجه، ولا يرجع فيها بغبن على القول أنه لا يرجع [به⁴⁶⁷] في البيوع، ويرجع بالغبن في [الوجهين الأولين،⁴⁶⁸] ويعفى عن اليسير في ذلك في قسمة المراضاة، واختلف في اليسير في قسمة القرعة كالدينار والدينارين من العدد الكثير فذهب ابن أبي زيد، وبعضهم إلى أنه معفو عنه، وأبى ذلك آخرون وقالوا تنقض القسمة لأنه خطأ في الحكم يجب فسخه، ولا يفرق فيه بين القليل والكثير. انتهى. ونحوه لابن ناجي كما نقله ابن عرفة. والله أعلم.

462 - في المطبوع وأنا وم 121 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 346 ويحيى 167 والشيخ 266 ومايأبي 23.

463 - في المطبوع وقال وما بين المعقوفين من ن عدود ص 346.

464 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 346 ويحيى 167 والشيخ 266 ومايأبي 24.

465 - في المطبوع أن يلوا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 346 وم 121 ومايأبي 24 والشيخ 266.

466 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 346 وم 121 ويحيى 167 والشيخ 266 ومايأبي 24.

467 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 346 وم 121 ويحيى 167 والشيخ 266 ومايأبي 24.

468 - في المطبوع الوجهين في الأولين وما بين المعقوفين من م 123 ومايأبي 24 وسيد 56 ويحيى 157 والشيخ 266.

وَأَجْبِرَ لَهَا كُلُّهُ إِنْ ائْتَفَعَ كُلُّهُ وَلِلْبَيْعِ إِنْ نُقِصَتْ حِصَّةُ شَرِيكِهِ مُفْرَدَةً لَا كَرْبَعٍ غَلَّةٍ أَوْ اشْتَرَى بَعْضًا.

ص: وأجبر لها كل إن انتفع كل ش: فلا يقسم الفرن والرحى والمعصرة، فلو خربت أرضه حتى صارت براحا لابناء فيها فهل تقسم؟ انظر البرزلي في أوائل القسمة فإنه حكى في ذلك خلافا، وتقدم بعض كلامه في باب الشركة، وسئلت عن له سهمان وخمسة أسهم في أرض متعددة بعضها مشتمل/ على نخل وهي كلها بوادي نخلة وسقيتها ثلاث وجبات وثلاث فطلب من شركائه القسمة بأن يقوموا الأرض ويعطوه من ذلك قطعة بقدر ما يخصه، فإن فضل له شيء أخذه، وإن فضل عليه شيء سلمه وقال له شركاؤه ما نعطيك إلا قدر حصتك من كل أرض ونخل؟ فأجبت بجمع الأراضي التي فيها النخل على حدة إذا كانت متقاربة بحيث يكون [بينها⁴⁶⁹] كالليل ونحوه وكانت متساوية في النفاق والرغبة فيها، وكذلك تجمع الأراضي التي لا نخل فيها إذا كانت متقاربة كذلك وكانت متساوية في النفاق والرغبة، ويقسم كل صنف على حدته إذا كان يحصل لأقل الشركاء حصة [شيء⁴⁷⁰] ينتفع به، فإن لم يحصل له شيء ينتفع به لم يجبر على القسم، فإن دعا أحد الشركاء إلى البيع جبر له بقية الشركاء إذا كانت حصته تنقص إذا بيعت مفردة، وليس لشركائه أن يقولوا له نعطيك من كل قطعة [من الأراضي⁴⁷¹] بقدر حصتك إذا كان لا ينتفع بذلك، [بل⁴⁷²] إما تراضوا على أن يقوموا الأراضي ويعطوه قطعة منها إما بقدر حقه أو بأقل أو بأكثر وإلا بيع عليهم. والله أعلم.

ص: وللبيع إن نقصت حصة شريكه مفردة لا كربع غلة أو اشترى بعضا ش: يعني وأجبر الشركاء لبيع الشيء المشترك من عقار وحيوان وعروض إذا لم يمكن قسمه وكانت حصة أحدهم إذا بيعت مفردة نقص ثمنها. قال ابن عرفة: [وفيها⁴⁷³] إذا دعا [أحدهما⁴⁷⁴] لقسم ثوب بينهما لم يقسم، وقيل لهما تقاوماه بينكما أو يبعاه فإن استقر على ثمن فلمن أبى البيع أخذه، وإلا بيع. وفيها أيضا: وإن لم ينقسم ما بينهم من ربع أو حيوان أو عرض وشركتهم بميراث أو غيره فمن دعا إلى بيعه جبر عليه من أباه، ثم للآبي أخذ الجميع بما يعطى فيه. انتهى. وانظر كلام ابن غازي فإنه جامع حسن.

وقال في آخر كتاب البيوع من النوادر: قال ابن حبيب: قال ابن الماجشون وأصبع في الشيء لا ينقسم بين الرجلين فيريد أحدهما المقاومة فيه قال: لا يلزم صاحبه المقاومة فيه، وعليه أن يبيع معه، وإن رضيا بالمقاواة تقاوياه بينهما بالمزايدة وبما أحبا بلا قيمة، ولا يقوم بقيمته ثم يتزايدان عليها، وإذا أمر بالبيع معه فإذا بلغ فمن شاء أخذه [منهما⁴⁷⁵] بذلك ومن شاء تركه، ولو باع أحدهما نصيبه

469 - في المطبوع بينهما وما بين المعقوفين من ن ذي ص 347 وسيد 56 وم 123 ومايأبي 24 والشيخ 267.

470 * - في المطبوع وم 123 بشيء وما بين المعقوفين من سيد 56 ويحيى 158 ومايأبي 24 والشيخ 267.

471 * - في المطبوع وم 123 في الأرض وما بين المعقوفين من سيد 56 ومايأبي 24 والشيخ 267.

472 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 347 وم 121 ويحيى 168 والشيخ 267 ومايأبي 24.

473 - ساقطة من المطبوع وم 121 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 347 ويحيى 168 والشيخ 267 ومايأبي 24.

474 - في المطبوع أحدهم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 347.

475 - في المطبوع منها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 347 وم 121 ويحيى 168 والشيخ 267 ومايأبي 25.

نص خليل وَإِنْ وَجَدَ عَيْبًا بِالْأَكْثَرِ فَلَهُ رَدُّهَا.

متن الخطاب وحده مضى ذلك، ولم يكن له أخذه بالثمن، [ويعمل مع من صار⁴⁷⁶] له إن شاء كما كان يعمل مع الشريك الأول؛ يريد إن لم يتم بالشفعة فيما فيه شفعة ولم يكن بائعا معه. انتهى. وقد تقدم في كلام ابن رشد أن أحد الشريكين أحق بالشيء المشترك بالثمن الذي يأخذه [به⁴⁷⁷] الغير بلا خلاف قبل البيع، فإن وقع البيع مضى [ولم⁴⁷⁸] يكن أحق به إلا فيما فيه الشفعة، وكذلك الكراء، وانظر المدونة في كتاب القسمة [وابن عرفة في كتاب القسمة⁴⁷⁹] أيضا.

فرع: قال في النوادر في الجزء الثاني من كتاب الأقضية في القضاء على الغائب: وكتب شجرة إلى سحنون في عبد بين رجلين غاب أحدهما وقام شريكه يطلب بيع نصيبه قال: إن قربت غيبته استؤني حتى يحضر فيقاويه أو يجتمعا على البيع، وإن بعدت غيبته [فبيع⁴⁸⁰] للحاضر العبد، وتوقف حصة الغائب من الثمن. انتهى. ونقله أيضا ابن بطال في المقنع في باب القضاء على الغائب، وذكر البرزلي في مسائل القسمة عن المازري أن القاضي يبيع ما لم ينقسم من العقار إذا كان الشريك غائبا ويوقف ثمنه له.

فرع: إذا طلب أحد الشركاء إخلاء الدار قبل القسمة أو قبل البيع، وقال الآخر تقسم وأنا فيها أو ينادى عليها وأنا فيها. انظر ذلك في مسائل القسمة من البرزلي، وانظرها في مسائل الدعوى والحيازات من ابن سهل والتوضيح [وابن غازي وبهرام في الكبير⁴⁸¹] في هذا المحل، وتقدم الكلام على ذلك في باب الشركة. والله أعلم.

ص: وإن وجد عيبا بالأكثر فله ردها ش: يريد ونصيب صاحبه السالم لم يفت يدل عليه قوله: "فإن فات"، وقوله: "بالأكثر" يريد وكذلك وجه الصفقة ولو لم يكن الأكثر. قال ابن الحاجب: فلو ظهر عيب في وجه نصيبه ولم يفت الباقي/ فله رد الجميع. انتهى. [قال⁴⁸²] ابن عبد السلام: وكما له الرد باطلاعه على العيب في وجه ما أخذ فكذلك يكون له الرد باطلاعه على العيب في أكثره. انتهى. وفي المدونة ما نصه باختصار ابن عرفة: وفيها إن وجد أحد الشريكين بعد القسم في حظه عيبا فإن كان المعيب وجهه أو [أكثره⁴⁸³] رد الجميع وابتدأ القسم، فإن فات ما بيد صاحبه رد قيمته يوم قبضه يقتسمانها مع المردود، وإن كان الأقل رده ولم يرجع فيما بيد شريكه، وإن لم يفت فإن كان المعيب سبع ما بيده رجع على صاحبه بقيمة نصف سبع ما أخذ ثمنا ثم يقتسمان المعيب كان قسم

348

الحديث

476 - في المطبوع وم121 بالثمن ليعمل مع من دار وما بين المعقوفين من ن عدود ص 347 وم121 ويحيى168 ومايأبي25.

477 - ساقطة من المطبوع وم123 ويحيى158 وقد وردت في سيد56 وفي مايأبي25 والشيخ267 يأخذ به الغير.

478 - في المطبوع وإن لم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 347 وم121 ويحيى168 والشيخ267 ومايأبي25.

479 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 347 وم121 ويحيى168 والشيخ267 ومايأبي25.

480 - في المطبوع فليبيع وما بين المعقوفين من يحيى168 والشيخ267.

481 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 347 ويحيى168 والشيخ267 ومايأبي25.

482 - في المطبوع قاله وما بين المعقوفين من م123 وسيد56 ويحيى158 ومايأبي25 والشيخ267.

483 - في المطبوع أكثر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 348 ويحيى168 والشيخ268 ومايأبي25.

نص خليل
فَإِنْ فَاتَ مَا بِيَدِ صَاحِبِهِ بِكَهْمٍ رَدُّ نِصْفِ قِيمَتِهِ يَوْمَ قَبْضِهِ وَمَا سَلِمَ بَيْنَهُمَا وَمَا بِيَدِهِ رَدُّ نِصْفِ قِيمَتِهِ
وَمَا سَلِمَ بَيْنَهُمَا وَإِلَّا رَجَعَ بِنِصْفِ الْمَعِيبِ مِمَّا بِيَدِهِ تَمَنَّا وَالْمَعِيبُ بَيْنَهُمَا.

متن الخطاب
قرعة أو تراض. انتهى. وقول المؤلف: "فله ردها" وابن الحاجب: فله رد الجميع الظاهر أن اللام فيه للإباحة، وانظر ما يقابل قولهما: "فله رد الجميع" هل وله [رد⁴⁸⁴] المعيب ويرجع بنصف ما يخصه ثمنا كما في عيب الأقل أم لا، أو له التمسك بما حصل له فقط من غير رد، وهو الذي يظهر من لفظ المدونة؟ فتأمل. والله أعلم.

ص: فإن فات ما بيد صاحبه بكهدم رد نصف قيمته يوم قبضه وما سلم بينهما ش: لا يدخل في قوله: كهدم البيع وإن كان قد ذكره أبو سعيد في تهذيبه؛ لأن القاضي عياضا تعقبه، ونقله عنه في التوضيح، وكذلك حوالة الأسواق. قال في المدونة: وليس حوالة الأسواق في الدور فوتا. انتهى. وقال ابن عرفة: ولو اقتسما قمحا فظهر عيب بحظ أحدهما بعد طحنه ففي رد قيمته أو مثله، ثالثها يكون شريكا بقيمة الطحن في الدقيق وما بقي وحصه الآخر بينهما لها ولا بن عبدوس عن أشهب [وسحنون. الشيخ في المجموعة: قيل لو اقتسما خشبا فعمل أحدهما بابا؟ قال: قال مالك: ليس النسيج فوتا في التفليس، وقال⁴⁸⁵] سحنون ليس الطحن بفوت فكذا في الخشب. انتهى. والله أعلم. وقوله: "يوم قبضه" قال ابن عبد السلام: إن كان معناه أن يوم القبض هو يوم البيع فصحيح، وإلا فانظر هل يقال القيمة في البيع الصحيح يوم البيع وهذا بيع صحيح، أو يقال لما انتقضت القسمة انتقض البيع فلا يضمن إلا يوم القبض؟ انتهى. قال ابن عرفة: هذا هو الصحيح، وعليه حمله الأشياخ، ونحوه قول الغير في النكاح الثاني إذا وهبت المرأة صداقها ثم طلقها قبل البناء أنه يرجع [عليها⁴⁸⁶] بقيمة ذلك يوم [قبضته،⁴⁸⁷] ولا بن القاسم يوم وهبته لأنها لا تضمن هلاكه بأمر من الله وهنا يضمنه بذلك من هو في يده. انتهى.

فرع: قال ابن عرفة: ابن حبيب: إن فات بعضه رد قيمة ما فات، وإن فات نصف المعيب رد نصفه. فرع: فإن فات النصيبان معا فإنه يرجع على من أخذ السالم بنصف ما زادت قيمته على قيمة المعيب. قاله ابن عبد السلام. وهو ظاهر.

ص: وما بيده رد نصف قيمته ش: قال ابن عبد السلام: يوم القبض على ما تقدم. انتهى. فإن فات بعضه فقد تقدم فرق هذا عن ابن عرفة. والله أعلم.

ص: وما رد بينهما ش: كذا في بعض النسخ، ويعني به ما رد بسبب العيب الذي اطلع عليه، وفي بعض النسخ وما سلم بينهما، ويعني به أيضا المعيب الذي اطلع عليه، وعبر عنه بقوله: "وما سلم" أي ما سلم من الفوات في مقابلة نصيب صاحبه الذي فات فتأمل. والله أعلم.

ص: وإلا رجع بنصف المعيب مما في يده ثمنا والمعيب بينهما ش: يشير إلى قوله في المدونة: وإن

484 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 348 ويحيى 168 والشيخ 268 ومايأبى 25.

485 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 348 ويحيى 168 والشيخ 268 ومايأبى 25.

486 - في المطبوع عليه وما بين المعقوفين من ن ذي ص 348 وم 124 وسيد 56 ويحيى 158 ومايأبى 25 والشيخ 268.

487 - في المطبوع قبضه وما بين المعقوفين من ن ذي ص 348 وم 124 وسيد 56 ويحيى 158 ومايأبى 25 والشيخ 268.

نص خليل وَإِنْ اسْتَحَقَّ نِصْفٌ أَوْ ثُلُثٌ خَيْرٌ لَأَرْبَعٍ وَفُسِّخَتْ فِي الْأَكْثَرِ.

متن الحطاب كان المغيب الأقل رده ولم يرجع فيما بيد شريكه، وإن لم يفت إذا لم ينقض القسم، ولكن ينظر فإن كان المغيب قدر سبع ما بيده رجع على صاحبه بقيمة نصف سبع ما أخذ ثمنا ثم يقتسمان هذا المغيب. انتهى. فقوله: "بنصف المغيب" فيه حذف مضافين، والتقدير بنصف قيمة مثل المغيب، وقوله: "مما في يده" [أي⁴⁸⁸] من السالم الذي في يد شريكه كما قال في المدونة، وهذا أبين من قول المصنف [في التوضيح⁴⁸⁹] فيه حذف مضافين أي بمثل قيمة نصف المغيب من الصحيح. والله أعلم. تنبيهه: هذا ظاهر إذا كان المغيب متميزا عن السالم، وأما إذا كان المغيب يعم جميع ما أخذه أحدهما لكنه ينقص ثمنه يسيرا فلا يتأتى شيء منه على من أخذ السالم، لكن يرجع بنصف قيمة ما زاده السالم على المغيب. قاله ابن عبد السلام. ولم يتعرض المؤلف/ في هذا الشق لتفريق الفوات من غيره، أما فوات [نصيب⁴⁹⁰] السالم نصيبه من [العيب⁴⁹¹] فهو مساو لعدم فواته كما قاله في المدونة، ونقله عنه غير واحد، وأما فوات نصيب المغيب نصيبه فالظاهر أن حكمه حكم ما إذا كان العيب يعم جميع النصيب لكنه ينقص من ثمنه يسيرا، وهو -والله أعلم- المشار إليه بقوله في المدونة: ولو بنى أحدهما في حصته من الدار وهدم بعد القسمة ثم وجد عيبا فذلك فوت، ويرجع بنصف قيمة [المغيب⁴⁹²] ثمنا على ما فسرنا. انتهى. والله أعلم.

ص: وإن استحق نصف أو ثلث خير لا ربع وفسخت في الأكثر ش: ظاهر كلامه أنه لا فرق بين أن يكون المستحق شائعا من جميع المقسوم أو من حصة أحدهم أو معينا وليس كذلك، وإنما هذا الحكم فيما إذا استحق معين أو شائع من حصة أحدهم فيفصل فيه على ما ذكر، وفيه ما نبه عليه ابن غازي وغيره، وأما إذا استحق جزء شائع من جميع المقسوم فلا كلام لأحد الشريكين على صاحبه؛ لأنه استحق من نصيب أحدهما مثل ما استحق من نصيب الآخر وهذا ظاهر، وقد أشار إلى ذلك ابن الحاجب بقوله: وإن استحق بعض معين. واعلم أن مسألة وجود العيب والاستحقاق ببعض الأنصاء بعد القسمة. قال عياض في التنبيهات: جاءت فيها ألفاظ مشكلة وأجوبة مختلفة ومقالات مطلقة، واضطرب بسببها تأويل الشيوخ ومذاهبهم في تحقيق مذهبه في ذلك. انتهى. وقد لخص في اللباب من ذلك كلاما، ونصه: وإذا وقع الاستحقاق في شائع [لم⁴⁹³] ينقض القسم واتبع المستحق كل وارث بقدر ما صار من حقه ولا يتبع المليون [عن⁴⁹⁴] المعدم، وإن استحق نصيب أحدهم بعينه فإن استحق جميعه رجع فيما بيد شريكه كأن الميت لم يترك غيره، وإن استحق بعضه فثلاثة لابن القاسم

الحديث

488 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 348 الشيخ سيدبا 268 ومايأبي 26.

489 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 348 والشيخ 268 ومايأبي 26.

490 * - في المطبوع وم وسيد ويحيى ومايأبي والشيخ 269 النصيب وما بين المعقوفين من ن عدود وذو ص 349.

491 * - في المطبوع والشيخ 269 المغيب وما بين المعقوفين من سيد 57 وم 124 ومايأبي 26 ويحيى 159.

492 * - في م 124 وسيد 57 ومايأبي 26 والشيخ 269 العيب وما بين المعقوفين من يحيى 159.

493 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 349 ويحيى 169 والشيخ 269 ومايأبي 26.

494 - في المطبوع على وما بين المعقوفين من ذي ص 349 وسيد 57 وم 124 ويحيى 159 ومايأبي 26 والشيخ 269.

نص خليل
كَطَرُوْ غَرِيْمٍ اَوْ مُوصَى لَهٗ بَعْدَدِ عَلَى وَرَثَةٍ اَوْ عَلَى وَاْرثِ وَمُوصَى لَهٗ بِالثَّلْثِ وَالْمَقْسُوْمُ كَدَارٍ وَاِنْ كَانَ عَيْنًا
اَوْ مِثْلِيًّا رَجَعَ عَلَى كُلِّ وَاَمَّنْ اَعْسَرَ فَعَلَيْهِ اِنْ لَّمْ يَعْلَمُوْا وَاِنْ دَفَعَ جَمِيْعُ الْوَرَثَةِ مَضَتْ كَبَيْعِهِمْ بِلاَ غَبْنٍ
وَاسْتَوْفَى مِمَّا وَجَدَ ثُمَّ تَرَاَجَعُوْا وَاَمَّنْ اَعْسَرَ فَعَلَيْهِ اِنْ لَّمْ يَعْلَمُوْا.

متن الخطاب
قال مرة ينتقض القسم كله إن كان المستحق كثيرا، وإن كان يسيرا رجع بقيمته، وقال مرة يرجع
فيساوي صاحبه فيما بيده بقدر نصف ذلك كان المستحق كثيرا أو قليلا، وقال مرة ينتقض في الكثير
ويرجع في اليسير شريكا.

تنبية: مسائل العيب والاستحقاق وقعت فيها ألفاظ مختلفة في المدونة وأجوبة مختلفة اضطربت فيها
مسائل الشيوخ في تحقيق مذهبه، وقد نبه عليها القاضي عياض في تنبيهاته. قال بعض الشيوخ:
والذي يظهر من مذهبه [أن مذهبه⁴⁹⁵] [المعلوم في البيع أن الثلث فأزيد كثير يرد منه البيع، وأن
القسمة تستوي مع البيع في اليسير الذي لا يردان منه وهو الربع فما دونه وفي الجمل الذي يرد فيه
البيع [وتفسخ⁴⁹⁶] [مع⁴⁹⁷] القسمة ويفترقان في النصف والثلث ونحوهما فيرد البيع بذلك، ولا
تفسخ القسمة باستحقاق النصف أو الثلث ويكون بذلك شريكا فيما بيد صاحبه، وكذلك العيب. ابن
يونس: وهذا تحصيل حسن، وليس في مسائل الباب ما يخالفه إلا مسألة الدار يأخذ أحدهما ربعها
والآخر ثلاثة أرباعها فيستحق نصف نصيب أحدهما، فإنه قال: يرجع بقيمة ذلك فيما بيد صاحبه،
ولو قال يرجع فيما بيد صاحبه لاستوت المسائل وحسن التأويل، ولم يكن في [الكتاب⁴⁹⁸] تناقض.
انتهى كلام اللباب بلفظه.

ص: كطرو غريم أو موسى له بعدد على ورثة/ أو وارث وموصى له بالثلث والمقسوم كدار وإن
كان عينا أو مثليا رجع على كل ومن أعسر فعليه إن لم يعلموا وإن دفع جميع الورثة مضت
كبيعهم بلا غبن واستوفى مما وجد ثم تراجعوا ومن أعسر فعليه إن لم يعلموا ش: ذكر رحمه
الله أربع مسائل: الأولى أن يطرأ غريم على الورثة بعد أن اقتسموا التركة. الثانية أن يطرأ موسى له
بعدد على الورثة بعد القسمة أيضا. الثالثة أن يطرأ غريم على الورثة والموصى لهم بالثلث بعد القسمة.
الرابعة أن يطرأ موسى له بعدد على الورثة والموصى لهم بالثلث بعد القسمة أيضا، وذكر أن الحكم
في الصور الأربع نقض القسمة لأنه شبهها بمسألة استحقاق الأكثر حيث قال: "وفسخت في الأكثر
كطرو غريم الخ" إلا [أنه⁴⁹⁹] شرط في نقض القسمة أن يكون المقسوم دارا أو ما يشبه الدار يريد
المقومات كالعبيد والثياب ونحوها، واحترز بذلك مما لو كان المقسوم عينا أو مثليا فإن القسمة لا
تنقض كما صرح به في قوله: "وإن كان عينا أو مثليا رجع على كل من الورثة بحصته"، ويشترط في

350

الحديث

495 * - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في ماياي 26 والشيخ 269.

496 * - في المطبوع وم 124 ويفسخ وما بين المعقوفين من سيد 57 ويحيى 159 وماياي 26 والشيخ 269.

497 * - في نسخة الشيخ 269 (فيه).

498 - في المطبوع الكلام وما بين المعقوفين من ن عدود ص 349 ويحيى 269 وماياي 26 وفي الشيخ 269 الكتب.

499 - في المطبوع إن وما بين المعقوفين من ذي ص 350 وسيد 57 وم 124 ويحيى 159 وماياي 27 والشيخ 270.

نقض القسمة إذا كان المقسوم كدار أن لا يدفع الورثة يريد أو أحدهم جميع الدين فإن دفعوا الدين من أموالهم أو دفع بعضهم لم تنتقض [القسمة،⁵⁰⁰] وكذلك إذا دفعوا العدد الموصى به لم تنتقض القسمة وهذا الشرط يفهم من قول المصنف: "وإن دفع جميع الورثة مضت"، وأما قول المؤلف في مسألة ما إذا كان المقسوم عينا أو مثليا أن من أعسر فعليه إن لم يعلموا فمشكل؛ لأنه يقتضي أن الورثة إذا اقتسموا التركة وكانت عينا أو مثليا ثم طرأ عليهم غريم فوجد بعضهم موسرا وبعضهم معسرا فإنه إنما يرجع على الموسر بحصته، ويتبع المعسر بحصته إذا لم يكونوا عالمين بالدين وليس كذلك، وإنما يكون هذا فيما إذا طرأ غريم على غرماء أو وارث على ورثة أو موصى له على موصى لهم، وأما إذا طرأ الغريم على الورثة فإنه يرجع على الملىء منهم بجميع الدين حتى يستوفي جميع ما أخذه الوارث ثم يتبع الوارث بقية الورثة، سواء علموا بالدين أو لم يعلموا، ومثله في الإشكال قوله بعد ومن أعسر فعليه إن لم يعلموا.

قال في كتاب القسمة من المدونة: ومن هلك وعليه دين وترك دورا ورقيقا وصاحب الدين غائب فجهل الورثة أن الدين قبل القسمة أو لم يعلموا بالدين فاقتسموا ميراثه، ثم علموا بالدين فالقسمة ترد حتى [يوفى⁵⁰¹] الدين [إن⁵⁰²] كان ما اقتسموا قائما، فإن أتلّف بعضهم حظه وبقي في يد بعضهم حظه فلب الدين أخذ دينه مما بيده، فإن كان دينه أقل مما بيده أخذ قدر دينه وضم ما بقي بيد هذا الوارث بعد الدين إلى ما أتلّف بقية الورثة [فكان⁵⁰³] هو التركة، وما بقي بيد الغارم كان له، ويتبع جميع الورثة بتمام موروثه من مال الميت بعد الدين إن بقي له شيء، ويضمن كل وارث ما أكل وما استهلك مما أخذ وما باع فعليه ثمنه إن لم يحاب.

قال مالك: وما فات بأيديهم من حيوان أو هلك بأمر من الله من عرض وغيره فلا ضمان على من هلك ذلك بيده، وضمانه من جميعهم. قال ابن القاسم: لأن القسمة كانت بينهم باطلة للدين الذي على الميت. ثم قال: وإن قسم القاضي بينهم ثم طرأ دين انتقضت القسمة كقسمتهم بغير أمر قاض وهم رجال. ثم قال بعد هذا: وإذا طرأ على الورثة وارث أو موصى له بالثلث بعد القسم والتركة عين أو عرض فإنما يتبع كل واحد بقدر ما صار إليه من حقه إن قدر على قسم ما بيده من ذلك، ولا يكون لهذا الوارث الذي طرأ على ورثة الميت أن يتبع الملىء بما على المعدم، وليس كغريم طرأ على وارث ولكن كغريم طرأ على غرماء، ولو قسموا مال الميت أجمع وأعدم بعضهم فلا يتبع الملىء إلا بما عنده من حصته بالحصاص وإن كانت التركة دورا وليس فيها عين فاقتسمها الورثة ثم قدم وارث أو موصى له بثلث نقض القسم كانوا قد جمعوا الدور في القسم أو قسموا كل دار على حدة، ولو قدم موصى له بدنانير أو دراهم والثلث يحملها كان كحقوق دين [أدوه⁵⁰⁴] أو نقض القسم، ولا يجبر الورثة على أدائه من مالهم

500 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 350 ويحيى 169 والشيخ 270 ومايأبى 27.

501 - * في المطبوع يستوفي وما بين المعقوفين من م 125 وسيد 57 ويحيى 160 ومايأبى 27 والشيخ 270.

502 - في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من ذي ص 351 وم 125 وسيد 57 ويحيى 160 ومايأبى 27 والشيخ 270.

503 - * في المطبوع فإن كان وما بين المعقوفين من م 125 وسيد 57 ويحيى 160 ومايأبى 27 والشيخ 270.

504 - في المطبوع أدون وما بين المعقوفين من ن عدود ص 351 والشيخ 270.

ومن الميت قائم. ثم قال: ولو طاع أكثرهم بأداء الوصية والدين وأبى أحدهم، وقال انقضوا القسم وبيعوا لذلك واقتسموا ما بقي فذلك له، ثم قال ولو دعوا إلى نقض القسم إلا واحداً، قال أنا أؤدي جميع الدين أو الوصية عينا كانت أو طعاماً ولا أتبعكم بشيء ولا تنقضوا القسم لرغبته في حظه وقد قسموا ربعا وحيوانا فذلك له. انتهى. وعلم أن التفريق بين كون المقسوم عينا أو مثليا وكونه كدار إنما ذكره ابن الحاجب فيما إذا طرأ وارث على مثله، ولكنه يفهم من كلام غيره، وصرح به في اللباب قال: وإذا طرأ دين على القسمة يفترق التركة أخذ ذلك من يد الورثة وإن كان لا يفترقها وكلهم حاضر موسر غير ملد أخذ من كل واحد ما ينوبه، وإن كان بعضهم غائبا أو معسرا أو ملدا أخذ دينه من الحاضر الموسر غير الملد ويتبع هو أصحابه، وإن كانت التركة عقارا أو رقيقا فسخت حتى يوفى الدين علموا به أو لم يعلموا. قاله في المدونة.

وقال أشهب وسحنون لا يفسخ ويفض الدين على ما بأيديهم [بالحصص،⁵⁰⁵] وإذا طرأ غريم آخر رجح على الغرماء، ولا يرجع على الموسر بما على المعدم ولا يرجع على الورثة إذا لم يعلموا بدين الطارئ ولا كان موصوفا بالدين ولو فضل بأيديهم شيء رجح عليهم به ويرجع بما بقي على الغرماء، وإذا طرأ وارث والتركة عين فيرجع على كل واحد بما ينوبه، فإذا كان [فيهم معسر أخذ من⁵⁰⁶] الموسر ما نابه فقط قاله ابن القاسم، وقيل بل يقاسم الموسر فيما صار إليه ويتبعان المعسر معا، ولو ترك دارا فاقتسماها ثم طرأ وارث خير في نقض القسم أو يشارك كل واحد فيما صار إليه. اهـ. ومسألة بيع الورثة تقدمت في التفليس في شرح قول المصنف في باب التفليس: "واستؤني به إن عرف بالدين في الموت فقط"، وتقدم الكلام عليها، وقال هنا في/ كتاب القسمة من المدونة: ومن هلك وعليه دين وترك دارا بيع منها بقدر الدين ثم اقتسم الورثة باقيةا إلا أن يخرج الورثة الدين من أموالهم فتبقى لهم الدار يقتسمونها. قال أبو الحسن: إذ لا حجة للطالب إلا في دينه كما لو أداه أجنبي لم يكن له مقال، وظاهره وإن كانت أموال الورثة غير طيبة. الشيخ: أما إن كانت أموالهم غير طيبة فله مقال إذا كان مال الميت أطيب منها. انظر بقية كلامه.

تنبيه: قال ابن غازي: اشتمل كلامه -يعني المصنف- على ثمانية أنواع من الأحد عشر نوعا التي في المقدمات، وكأنه أسقط الثلاثة لرجوعها للثمانية كما أشار إليه في المقدمات. انتهى. قلت: والثلاثة الباقية هي: طرو الغريم على الغرماء والورثة، فإن كان فيما أخذه الورثة كفاف دين الغرماء رجح عليهم كما تقدم في طرو الغريم على الورثة، وإن لم يكن فيه كفاف دينه رجح على الغرماء بقيمة دينه كالعمل في رجوع الغريم على الغرماء، والثانية طرو الموصى له بجزء على الموصي له بجزء وعلى الورثة، والحكم فيها إن كان [في⁵⁰⁷] ما أخذه الورثة زائدا على [الثلاثين⁵⁰⁸]

505 - في المطبوع في الحصص وما بين المعقوفين من م 125 وسيد 57 ويحيى 160.

506 - في المطبوع كان معسرا أخذ فيها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 351 وم ويحيى 170 والشيخ 270

وما يابى 28.

507 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 352 وم ويحيى 170 والشيخ 271 وما يابى 28.

508 - في المطبوع الثلث وما بين المعقوفين من ن عدود ص 352 ويحيى 170 والشيخ 271 وما يابى 28.

نص خليل وَإِنْ طَرَأَ غَرِيمٌ أَوْ وَارِثٌ أَوْ مُوصَى لَهُ عَلَى مِثْلِهِ أَوْ مُوصَى لَهُ بِجُزْءٍ عَلَى وَارِثٍ أَتْبَعَ كُلُّ بَحْصَتِهِ وَأَخْرَتْ لَا دَيْنٌ لِحَمَلٍ وَفِي الْوَصِيَّةِ قَوْلَانِ.

متن الخطاب كفاف الجزء الطارئ كان كطرو الموصى له بجزء على الورثة، وإن لم يكن فيه كفاف رجع بالباقي على الموصى لهم، والثالثة طرو الغريم على الورثة والموصى لهم بأقل من الثلث، والحكم فيها أن ينظر، فإن كان ما قبضه الموصى له [يخرج⁵⁰⁹] من الثلث بعد أداء الدين فلا رجوع للغريم عليه إلا في عدم الورثة، وإن كان لا يخرج من الثلث بعد ذلك فيرجع بالزائد على الثلث على من وجد من الموصى لهم مليئاً، وأما قدر الثلث فلا يرجع به على الموصى له إلا في عدم الورثة. والله أعلم. ص: وإن طرأ غريم أو وارث أو موصى له [بعدد⁵¹⁰] على مثله أو موصى له بجزء على وارث اتبع كلا بحصته ش: هذا إذا كان المقسوم عينا، وأما إن كان دارا فإن للوارث نقض القسمة. قاله في المدونة وابن الحاجب. قال ابن الحاجب: ولو طرأ وارث والمقسوم كدار فله الفسخ، وإن كان المقسوم عينا رجع عليهم، ومن أعسر فعليه إن لم يعلموا به، وقال أشهب من أعسر فعلى الجميع. قال في التوضيح: قوله: "فله الفسخ" أي وله أن يكون شريكا لكل واحد بما ينوبه. انتهى. وقد تقدم لفظ المدونة ولفظ الباب لابن راشد فتأمل. والله أعلم.

مسألة: قال البرزلي في مسائل الشهادات: سئل المازري عن قسم موروثه من ربع أو غيره بمعاينة أو غيرها ثم أخرج ولد الميت كتابا بخط الميت أنه صار له ربع من التركة بمبايعة وطلب القيام فهل يحلف أنه لم ير هذا الكتاب إلا الآن، وأنه لم يسقط حقه بعد عثوره؟ فأجاب: يحلف بعد القسمة أنه لم يعلم بالكتاب إلا الآن؛ لأن ظاهر القسمة تسليم الأملاك المقتسمة إلا أن يثبت [الطالب⁵¹¹] أنه من أهل العدالة والدين بحيث لا يتهم، وأما حلفه أنه لم يسقط حقه بعد عثوره على الكتاب فيلزم إلا أن يظهر من طول زمانه بعد عثوره وقرائن الأحوال ما يستتراب به حاله في إسقاط حقه فينظر في هذا. انتهى. وقال في النوادر: ومن كتاب ابن سحنون: سئل عن ادعى دارا بيد امرأة أبيه أنها لأبيه تركها [بين ورثته⁵¹²] وسامهم، ثم جاء ببينة أخرى أن أباه أشهد له في صحته بنصفها صيرها إليه في حق له قبلة من قبل ميراثه من أمه وذلك عند خروجه إلى الحج ثم رجع فسكنها حتى مات، فقال له الحاكم قد ادعيتها أولا ميراثا والآن لنفسك، فقال لم أعلم بهذه البينة الأخيرة، فقال سحنون لا يقبل منه لأنه كذب بينته بدعواه الأولى. انتهى. فتأمل ذلك مع ما تقدم. والله أعلم.

ص: وأخرت لحمل لا دين وفي الوصية قولان ش: يعني أن القسمة تؤخر إذا كان في الورثة حمل، ولا تقسم التركة/ حتى يوضع الحمل [أكمل⁵¹³] وإن قال له الورثة نحن نجعل الحمل ذكرا ونعزل له ميراثه. قال ابن رشد: باتفاق، وأما قضاء الدين فلا يؤخر ويؤدى باتفاق، وفي إنفاذ الوصية

353

الحديث

509 * - في المطبوع بجزء وما بين المعقوفين من م125 وسيد57 ومايبي28 ويحيى160 والشيخ271.

510 - ساقطة من المطبوع ومايبي28 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 352.

511 * - في المطبوع المطالب وما بين المعقوفين من يحيى160.

512 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 352 والشيخ272 ويحيى171 ومايبي29.

513 - ساقطة من المطبوع والنسخ اليدوية وما بين المعقوفين من ن عدود وذئ ص 353.

متن الخطاب قولان، هكذا حصل ابن رشد في شرح المسألة الثالثة من سماع أشهب من كتاب القسمة، وذكر فيه عن ابن أيمن أن الدين يؤخر أيضا، واعترضه وقال إنه من الغلط الذي لا يعد خلافا، ولا حجة له. قال ابن عرفة في تغليظه ابن أيمن: وقوله: "لا حجة [له فيه]"⁵¹⁴ [نظر، بل هو الأظهر، وبه العمل عندنا، ودليله من وجهين: الأول: أن الدين لا يجوز قضاؤه إلا بحكم قاض، وحكمه يتوقف على ثبوت موت المديان وعدد ورثته، ولا يتصور عدد ورثته إلا بوضع الحمل، فالحكم متوقف عليه، وقضاء الدين متوقف على الحكم، والمتوقف على متوقف على أمر متوقف على ذلك الأمر. الثاني: أن حكم الحاكم [بالدين]⁵¹⁵ متوقف على الإعذار لكل الورثة والحمل من جملتهم، ولا يتقرر الإعذار في جهته إلا بوصي [أو مقدم،⁵¹⁶] وكلاهما يستحيل قبل وضعه فتأمل. انتهى من آخر كتاب الفرائض من مختصره. وذكرها هناك تبعا لابن الحاجب.

قلت: ما استدل به لابن أيمن مبني على أنه لا يكفي في الحكم [بالدين]⁵¹⁷ ثبوت عدد الورثة الموجودين والحمل، وأنه لا يكون للحمل وصي ولا ولي، وابن رشد لا يسلم ذلك، وهو الظاهر، وقد صرح في رسم مرض من سماع ابن القاسم من كتاب الدعوى والصلح بأن الناظر للحمل أن يصلح الزوجة على ميراثها إذا لم يكن فيه غرر؛ كأن يترك زوجة حاملا وبنتين، ونصه: ولا خلاف عندي في أن الناظر للحمل أن يجيز الصلح عليه ويمضيه إذا رآه نظرا له ولم يكن فيه غرر ولا فساد لعلم الزوجة بنصيبها ولا في أن الناظر للحمل أن يصلح الزوجة عنه قبل أن يوضع إذا كان نصيبها معلوما. انتهى.

وذكر في رسم العتق الثاني من سماع أشهب أن الورثة إذا عزلوا للحمل ميراثه على أنه ذكر وقسموا بقية الميراث لم يكن لهم رجوع على ما عزلوه للحمل إن نقص ما بأيديهم أو هلك، وإن تلف ما وقفوه له رجع عليهم إن وجدهم أملياء، وإن أعدم بعضهم رجع على الأملياء فقسامهم فيما بأيديهم ثم رجع هو وهم على الغدما، فإن نما ما بأيديهم كان له الرجوع في ذلك؛ لأن قسمهم لا يجوز عليه، ولو نما ما وقفوه له لم يكن لهم في ذلك قول؛ لأنهم قد رضوا بما أخذوا، فالقسمة تجوز عليهم ولا تجوز عليه، ولو كان للحمل ناظر قسم عليه لجازت القسمة لهم وعليهم، وقال بعد فيمن ترك زوجة حاملا وأبوين: الواجب أن يوقف الميراث حتى تضع، فإن ترك الميت ولدا وجعلوا الحمل ذكرا وعزلوا له ميراثه واقتسموا ما بقي [كان قياسها،⁵¹⁸] والحكم فيها على ما تقدم في المسألة التي قبلها. انتهى. يعني ما تقدم، وقال في رسم الأقضية قبله: قال مالك في المبسوط: فإن جهل الورثة فأعطوها ميراثها ثم تلف المال بعد ذلك لم أر أن يرجعوا عليها بشيء مما أعطوها.

⁵¹⁴ * - في المطبوع فيه له وما بين المعقوفين من ن عدود ص 353.

⁵¹⁵ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 353 ويحيى 171 والشيخ 272 وما يابى 29.

⁵¹⁶ * - في المطبوع ومقدم وما بين المعقوفين من م 126 وسيد 57 وما يابى 29 ويحيى 161 والشيخ 272.

⁵¹⁷ - في المطبوع بالحمل وما يابى 29 وم (ويحيى 171 في الحمل) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 353 والشيخ 272.

⁵¹⁸ * - في المطبوع ويحيى 161 وسيد 57 وم 125 والشيخ 273 وما يابى 29 كانت مقاسمتها وما بين المعقوفين من البيان ج 14 ص 488.

نص خليل وَقَسَمَ عَنْ صَغِيرٍ أَبٌ أَوْ وَصِيٌّ وَمُلْتَقَطٌ كَقَاضٍ عَنْ غَائِبٍ لَا ذِي شُرْطَةٍ أَوْ كَنَفَ أَحَا أَوْ أَبٍ عَنْ كَبِيرٍ وَإِنْ غَابَ وَفِيهَا قَسْمٌ نَخْلَةٍ وَزَيْتُونَةٍ إِنْ اعْتَدَلْنَا وَهَلْ هِيَ قُرْعَةٌ وَجَازَتْ لِلْقَلَّةِ أَوْ مُرَاضَاةً تَأْوِيلَانِ.

متن الحطاب قال ابن القاسم مفسرا لقول مالك: أما من قاسمها فلا يرجع عليها بشيء، وأما الحمل فله أن يرجع على من كان من الورثة مليا [فيقاسمهم⁵¹⁹] ما في أيديهم ويتبع هو وهم المعدمين؛ لأنهم فعلوا ما لا يجوز لهم، ولو أعطاهم الورثة والناظر لليتيم ثمنها أو صالحوها عنه لجاز ذلك، ولم يكن للورثة [ولا للحمل⁵²⁰] رجوع عليها بما تلف من المال أو هلك أو نقص. انتهى. وقال في رسم البز من سماع ابن القاسم من كتاب الوصايا بعد أن ذكر نحو ما ذكره في سماع أشهب من كتاب القسمة ما نصه: ومن قول ابن القاسم في المدونة وغيرها أن من أثبت حقا على صغير قضي له به عليه، ولم يجعل للصغير وكيل يخاصم عنه في ذلك، فإذا قضي على الصغير بعد وضعه من غير أن يقام له وكيل فلا معنى لانتظار وضع الحمل لتأدية دين الميت، وهذا كله بين لا ارتياب فيه. انتهى. وقال فيه: ولو كانت الوصية إنما هي بعدد من دنانير أو دراهم لوجب أن يعجل تنفيذ الوصية وتؤخر قسمة بقية المال حتى/ يوضع الحمل قولاً واحداً؛ إذ لا اختلاف في أن الوصية بالعدد كالدين في وجوب إخراجها من التركة قبل القسمة. انتهى.

فرع: فلو خلف الميت عقارا وأراد بعض الورثة أن يبيع ما خصه منه مما هو له على كل حال كما لو أرادت الزوجة بيع الثمن ونحو ذلك فلم أر الآن فيه نصا صريحا، والظاهر أنه جار على القسمة فعلى المشهور لا يجوز، وإن وقع جاز عليها وعلى من معها من الكبار، ولا يجوز على الحمل إلا أن يجيزه الناظر على الحمل. والله أعلم. وتقدم كلام الشامل في بيع الورثة قبل قضاء الدين في باب التفليس وكلام المدونة وأبي الحسن، وانظر البرزلي في مسائل القسمة.

ص: وقسم عن صغير أب أو وصيه ش: اعلم أنه إذا كان الصغير متحدا وشريكه كبير أو [أجنبي⁵²¹] فإنه يجوز قسم الوصي من غير مطالعة حاكم بلا خلاف، وأما إذا تعدد الصغار وكان الشريك كبيرا فإن كان حظ الصغار مشتركا جاز القسم أيضا بلا خلاف، وإن كان حظ كل واحد متميزا فاختلف فيه على قولين؛ بالجواز والكراهة، وأما إذا كان القسم إنما هو بين الصغار فقط ففي ذلك ثلاثة أقوال: مذهب المدونة عدم الجواز، وقيل بالكراهة، وقيل بالجواز. والله أعلم. وأما إن كان القسم بين الأب وبنيه أو بين الوصي ومحاجيره فقال ابن ناجي في شرح قول المدونة: ويقاسم عن الصغير أبوه أو وصيه. أبو إبراهيم الأعرج: أي مع الأجنبي، وأما مع الأب أو الوصي فليرفع إلى القاضي. انتهى. وقال ابن عرفة: وسمع القرينان قوله لامرأة وصية على ولدها: خذي ثمن المتروك، واقسمي ما بقي بأمر العدول لا السلطان. ابن رشد: ظاهره جواز قسمها لنفسها على أولادها بأمر العدول دون السلطان، والمشهور المعلوم أنه لا يجوز إلا بأمر السلطان، فإذا فعلت نقض قسمها إلا أن يجيزه السلطان، وقيل يجوز إن علم

الحديث

519 * - في المطبوع فليقاسمهم وما بين المعقوفين من الشيخ 273 وسيد 57 وما يابى 30 والبيان ج 14 ص 458.

520 * - في المطبوع وللحمل وما بين المعقوفين من م 126 والشيخ 273 ويحيى 161 وسيد 57 وما يابى 30 والبيان ج 14 ص 458.

521 - في المطبوع أجنبيا ويحيى 171 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 354 وم والشيخ 273 وما يابى 30.

باب الْقِرَاضِ تَوْكِيْلُ عَلَي تَجْرِ فِي نَقْدٍ.

نص خليل

السداد والنظر فيه لهم، وهو قوله في هذا السماع: لأنه إنما شرط العدول ليشهدوا بالسداد. انتهى.
والمسألة في سماع أشهب وابن نافع في رسم الوصايا من كتاب الوصايا الثاني. والله أعلم.

متن الخطاب

فرع: قال ابن عرفة: المتيطي: قسم الوصي على يتيمه بالسهم جائز، وفي جواز قسمه عليه مرضاة بالتعديل قولاً ابن أبي زمنين مع ابن القطان والباجي محتجاً بمسألة الرهون وابن الهندي. انتهى.
ومقتضى كلامه أن القول بعدم الجواز لابن الهندي فقط، وقال قبله المتيطي: إن شركهم الوصي مع غيرهم ففي جواز مقاسمتهم له ومعهم الأجنبي مرضاة قول ابن أبي زمنين وغيره. والله تعالى أعلم.

355

ص: باب القراض ش: قال في المقدمات: القراض مأخوذ من القرض؛ وهو ما يفعل الرجل ليجازي عليه من خير أو شر، فلما كان صاحب المال والعامل فيه متفقين جميعاً يقصد كل واحد منهما إلى منفعة صاحبه لينفعه هو اشتق له من معناه اسماً وهو القراض والمقارضة لأنه مفاعلة من اثنين. هذا اسمه عند أهل الحجاز، وأهل العراق لا يقولون قراضاً ألبتة ولا عندهم كتاب القراض، وإنما يقولون مضاربة وكتاب المضاربة، أخذوا ذلك من قوله تعالى: ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ﴾ ﴿وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ﴾ وذلك أن الرجل في الجاهلية كان يدفع إلى الرجل ماله على الخروج به إلى الشام وغيرها فيبتاع المتاع على هذا الشرط، وفي قول الصحابة لعمر رضي الله عنه في قصة عبد الله وعبيد الله: "لو جعلته قراضاً" دليل على صحة هذه التسمية في اللغة؛ لأنهم هم أهل اللسان وأرباب البيان، وإذا كان يحتج في اللغة بقول امرئ القيس والنابعة فالحجة بقول هؤلاء أقوى وأولى. اهـ.

وفي الذخيرة: له اسمان القراض والمضاربة، أما لفظ القراض فقال صاحب العين: أقرضت الرجل إذا أعطيته ليعطيك، فالمقارض يعطي الربح كما يعطي المقترض مثل المأخوذ. قال غيره: هو من المقارضة وهي المساواة، ومنه تقارض الشعاعان إذا تساوى في الإنشاد لأنهما يستويان في الانتفاع بالربح، وقيل من القرض الذي هو القطع لأنك قطعت له من مالك قطعة وهو قطع [لك جزءاً⁵²²] من الربح الحاصل بسعيه، وسمي مقارضاً مع أن المفاعل لا يكون إلا من المفاعلة التي لا تكون إلا من اثنين إما لأن كلا منهما يساوي صاحبه في الربح أو يقطع له مما تحت يده، أو لاشتراكهما في العقد على سبيل المجاز؛ من باب التعبير بالمتعلق عن المتعلق، أو هو من الصيغ التي لا تقتضي المشاركة نحو سافر وعافاه الله وطارقت النعل إذا جعلته طاقاً على طاق، وأما المضاربة فهو إما أن كليهما يضرب في الربح بنصيب، وإما من الضرب في الأرض الذي هو السفر. قال ابن عطية في تفسيره: فرق بين ضرب في الأرض وضرب الأرض أن الأول للتجارة والثاني للحج والغزو والقربات؛ كأنه للتجارة منغمس في الأرض ومتاعها فقيل ضرب فيها، والمتقرب إلى الله تعالى بريء من الدنيا فلم يجعل فيها، وسمي مفاعلة على أحد التأويلات المتقدمة في المقارض، والمقارض بالكسر رب المال، وبالفتح العامل، والمضارب بالكسر العامل عكس الأول؛ لأنه هو الذي يضرب بالمال

الحديث

522 - في المطبوع مما تحت يده أو لاشتراكهما في العقد على سبيل المجاز من باب وما بين المعقوفين من ن عدود ص 355 ويحيى 172 والشيخ 274 ومايأبى 31.

قال بعض اللغويين: ليس لرب المال اسم من المضاربة بخلاف القراض. اهـ. وفي اصطلاح الفقهاء ما قال المؤلف: "توكيل الخ" وعدل عن أن تكون إجارة كما قال ابن الحاجب لسلامة ما قال المؤلف من بعض ما ورد عليه. قال في التوضيح: أورد على حده أنه غير مانع وغير جامع، أما عدم منعه فلأنه لا ينعقد بلفظ الإجارة، فلو قال أجزتك على هذا التجر في هذا المال بجزء من ربحه صدق عليه الحد وليس بقراض، وأيضاً فلو [أجره⁵²³] على التجر إلى أجل أو قارضه بعروض لم يكن قراضاً صحيحاً، وأما عدم جمعه فلأنه يجوز القراض على أن يكون الربح لغيرهما أو لأحدهما، وأجيب عن عدم منعه بأن حقيقة القراض ما ذكره، وكونه لا ينعقد بلفظ الإجارة شرط في الصيغة، وكذا كونه لا يكون إلى أجل شرط في العمل، وكذا كونه لا يكون بعرض شرط في المال والشرط / لا يتوقف تصور الماهية عليه، وأجيب عن عدم جمعه بأن الصورة [المعتز⁵²⁴] بها إنما هي من باب التبرعات، وإطلاق القراض عليها مجاز. انتهى. وقال ابن عرفة: القراض تمكين مال لمن يتجر به بجزء من ربحه لا بلفظ إجارة فيدخل بعض الفاسد كالقراض بالدين والوديعة، ويخرج عنه قولها: قال مالك: من أعطى رجلاً ما لا [يعمل⁵²⁵] به على أن الربح للعامل ولا ضمان على العامل لا بأس به. عياض: قال سحنون: هو ضامن كالسلف. فضل: هذا إن لم يشترط أن لا ضمان عليه. محمد: إن قال خذه قراضاً فهو ضامن.

356

الباجي: يجوز شرط كل الربح لأحدهما في مشهور مذهب مالك، وإن أريد إدخاله على أنه قراض قيل عقد على التجر بمال [بعوض⁵²⁶] ليس من غير ربحه. انتهى. ويخرج من الأخير ما إذا شرط الربح لرب المال فتأمله. والله أعلم. وحكمه قال في التوضيح: لا خلاف بين المسلمين في جوازه، وهو مستثنى من الإجارة المجهولة، ومن السلف بمنفعة، [وهو كقول القاضي في التنبيهات: لا خلاف في جواز القراض، وأنه رخصة مستثناة من الإجارة المجهولة، ومن السلف بمنفعة⁵²⁷] وهو معنى قول بعض شيوخنا إنه سنة أي أباحت السنة والرخصة فيه جائزة بالسنة لا بمعنى السنة التي يحض على [امتثالها،⁵²⁸] ولهذا قال ابن عبد الحكم: لا أقول هي سنة. انتهى.

قال ابن عرفة: وقول عياض: "هي مستثناة من السلف بمنفعة" يرد بأنه ليس بمضمون، وكل سلف مضمون. انتهى. وحكمة مشروعيتها قال في المقدمات: والقراض مما كان في الجاهلية فأقر في الإسلام لأن الضرورة دعت إليه لحاجة الناس إلى التصرف في أموالهم وتنميتها بالتجارة فيها، وليس كل أحد يقدر على ذلك بنفسه، فاضطر فيه إلى استنابة غيره، ولعله لا يجد من يعمل له فيه بإجارة لما جرت عادة [الناس في ذلك⁵²⁹] على القراض، فرخص فيه لهذه

523 * - في الشيخ 274 وسيد 58 وأجره.

524 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 356 والشيخ 274 ويحيى 172 وما يابى 31-32.

525 * - في الشيخ 274 ليعمل.

526 * - في المطبوع والشيخ 275 وسيد 58 العوض وفي م 127 وما يابى 31 لعوض وما بين المعقوفين من يحيى 162.

527 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 356 ويحيى 172 والشيخ 275 وما يابى 32.

528 * - في المطبوع وم 127 والشيخ 275 وما يابى 32 وسيد 58 أمثالها وما بين المعقوفين من يحيى 162.

529 - في المطبوع فيه في ذلك وما بين المعقوفين من ن عدود ص 356 ويحيى 172 وما يابى 32.

الضرورة واستخرج بسبب هذه العلة من الإجارة المجهولة على نحو ما رخص فيه في المساقاة وبيع العرية والشركة في الطعام والتولية فيه. انتهى.

فائدة: قال في المقدمات: أول قراض كان في الإسلام قراض يعقوب مولى الحرقة مع عثمان رضي الله عنه، وذلك أن عمر رضي الله عنه بعث من يقيم من السوق من ليس بفقير، فأقيم يعقوب فيمن أقيم فجاء إلى عثمان فأخبره، فأعطاه [مزود تبر⁵³⁰] قراضا على النصف، وقال إن جاءك من يعرض لك فقل له المال لعثمان فقال ذلك فلم يقم فجاء بمزودين مزود رأس المال ومزود ربح، ويقال إن أول قراض كان في الإسلام قراض عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب رضي الله عنهم خرجا في جيش إلى العراق، فلما قفلا مرا على أبي موسى الأشعري وهو أمير البصرة فرحب بهما وسهل ثم قال: لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت ثم قال: [بل⁵³¹] ها هنا مال من مال الله أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين فأسلفكماه فتبتاعان به متاعا من متاع العراق، ثم تبيعانه بالمدينة فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين ويكون لكما الربح فقالا: ودنا ففعل، وكتب إلى عمر رضي الله عنه أن يأخذ منهما المال فلما قدما باعا فربحا، فلما دفعا ذلك إلى أمير المؤمنين قال: أكل الجيش أسلفه مثل الذي أسلفكما؟ قالوا: لا. فقال عمر: ابنا عمر أمير المؤمنين فأسلفكما، أديا المال وربحه، فأما عبد الله فسكت، وأما عبيد الله فقال: ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا، لو هلك المال أو نقص لضمانه فقال عمر: أدياه فسكت عبد الله، وراجعه عبيد الله فقال رجل من جلساء عمر يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضا. فقال عمر: قد جعلته قراضا فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه وأخذ عبد الله وعبيد الله نصف الربح¹. انتهى.

قال في الذخيرة: ويقال إن الرجل عبد الرحمن بن عوف، ثم قال: سؤال: أبو موسى حاكم عدل وقد تصرف بوجه المصلحة؛ لأن المال يصير مضمونا في الذمة فهو أولى من بعثه على وجه الأمانة مضافا إلى [إكرام⁵³²] من ينبغي إكرامه، فهو تصرف جامع للمصالح فيتعين تنفيذه، وعدم الاعتراض عليه جوابه أن عدم التعرض إنما هو بين النظراء من الأمراء، أما الخليفة فله / النظر في أمر نوابه وإن كان سدادا، أو نقول كان في هذا التصرف تهمة تتعلق بعمر بسبب أنه إكرام لابنيه فأراد إبطالها والذب عن عرض الإمامة بحسب الإمكان. انتهى. وقوله: "قد تصرف فيه بوجه المصلحة لأن المال يصير مضمونا في الذمة" فيه نظر؛ لأنه لو كان الدفع لهذا القصد أو له ولغيره كان هذا هو السفاتج، والمشهور من مذهب مالك أنه غير جائز، ولهذا قال الباجي في شرح هذا الأثر من الموطأ: لم يرد رضي الله عنه إحراز المال في ذمتها، وإنما أراد منفعتها بالسلف ومن مقتضاه ضمانهما المال، وإنما يجوز السلف لمجرد منفعة [السلف⁵³³] ثم قال: وسواء كان السلف صاحب المال أو غيره [ممن⁵³⁴] له النظر عليه من إمام أو قاض أو وصي أو أب فلا يجوز للإمام أن يسلف شيئا من مال المسلمين ليحرزه في ذمة

357

1- الموطأ بتتوير الحوالمك، كتاب القراض، رقم الحديث 1396، باب ما جاء في القراض.

530 - في المطبوع مزودتين وما بين المعقوفين من ن عدود ص 356 ويحيى 172 والشيخ 275 ومايأبي 32.
531 - الذي في الموطأ ثم قال بلى.
532 - في المطبوع الحرام وما بين المعقوفين من ن عدود ص 356 وم يحيى 173 والشيخ 275 ومايأبي 32.
533 - في المطبوع التسلف وما بين المعقوفين من ن عدود ص 357 والشيخ 275 ويحيى 173 ومايأبي 32.
534 - في المطبوع ضمن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 357 ويحيى 173 والشيخ 275 ومايأبي 32.

المتسلف، وكذلك القاضي والوصي. ثم قال: وفعل أبي موسى هذا يحتمل وجهين: أحدهما أن يكون فعل هذا لمجرد منفعة عبد الله وعبيد الله، وجاز له ذلك وإن لم يكن الإمام فوض له لأن المال كان بيده بمنزلة الوديعة لجماعة المسلمين فاستسلفه بإسلافهما إياه، فلو تلف المال ولم يكن عند عبد الله وعبيد الله وفاء لضمنه أبو موسى، والوجه الثاني أن يكون لأبي موسى النظر في المال بالتمثير والإصلاح، وإذا أسلفه كان لعمر الذي هو الإمام تعقب فعله، فتعقبه ورده إلى القراض. انتهى.

نكتة: قال في المنتقى أيضا: وقول عمر: "أكل الجيش أسلفه" الخ تعقب منه لفعل أبي موسى، ونظر في تصحيح أفعاله وتبيين لموضع المحذور منه؛ لأنه لا يخفى على عمر أنه لم يسلف كل أحد من الجيش، وإنما أراد أن يبين لابنيه موضع المحاباة لموضعهما من أمير المؤمنين، وهذا مما كان يتورع عنه أن يخص [أحد⁵³⁵] من أهل بيته أو ممن ينتمي إليه بمنفعة من مال المسلمين لمكانه منه، وقوله: "أديا المال وربحه" نقض منه لفعل أبي موسى وتغيير لسلفه. قال ابن دينار: وإنما كره تفضيل أبي موسى لولديه [ولم⁵³⁶] يكن يلزمهما [ذلك⁵³⁷] وهذا على قولنا إن أبا موسى استسلف المال وأسلفهما إياه لمجرد منفعتهما، وأن المال كان بيده على وجه الوديعة، وأما إذا قلنا إنه بيده على وجه التمثير والإصلاح فإن لعمر تعقبه والتكلم فيه، والنظر في ذلك لهما وللمسلمين بوجه الصواب، وقوله لولديه بعد [احتجاج عبيد الله: أديا⁵³⁸] المال وربحه إعراض عن حجة عبيد الله لأن المبضع معه يضمن البضاعة إذا اشترى بها لنفسه، وإن دخلها نقص جبره، ومع ذلك فإن ربحتها لرب المال. انتهى باختصار.

تنبيه: قال في الذخيرة: سؤال كيف يمكن جعله قراضا بعد ما كان قرضا، وإلزام ذلك في القرض خلاف الإجماع وأكل المال بالباطل؛ لأن الربح ملك للمقترض إجماعا فأخذه غصب؟ جوابه: قال الطرطوشي في سراج الملوك: جعل عمر رضي الله عنه [انتفاعه⁵³⁹] [بجاه⁵⁴⁰] العمل للمسلمين له نصف الربح؛ كأن المسلمين ساعدوهما في ذلك وهو مستنده في تشطير عماله في أموالهم فهو كالقراض. انتهى. وإيراد السؤال على هذا الوجه إذا توهم لا يخلو من نظر؛ لأنه قد قرر أن لعمر رضي الله عنه نقض فعل أبي موسى فله أخذه جميع الربح، وينبغي أن يقال كيف يمكن أن يكون قراضا وهما إنما دخلا على أنه قرض؟ وغاية ما هناك أنه كان لعمر رد فعل أبي موسى وإمضاؤه فإما

535 * - في يحيى 163 والشيخ 276 أحدا.

536 - في المطبوع وم 127 ولو لم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 357 والشيخ 276 وما يابى 33 ويحيى 163.

537 - ساقطة من المطبوع وم 167 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 357 ويحيى 173 والشيخ 276 وما يابى 33.

538 * - في المطبوع اجتماع عبيد الله وعبد الله أديا وما بين المعقوفين من يحيى 163 وم 127 والشيخ 276 وما يابى 33

وسيد 58.

539 - في المطبوع ويحيى 173 وما يابى 33 انتفاعهم وكذلك في الذخيرة ج 5 ص 165 وما بين المعقوفين من ن ذي

ص 357 والشيخ 276 وعلق عليه الشيخ محمد سالم ب كذا في النسخ ومطبوعة الذخيرة والصواب (انتفاعهما).

540 * - في يحيى 163 تجارة وفي هامشه تجاه نسخة.

نص خليل مَضْرُوبٍ مُسَلَّمٍ بِجُزْءٍ مِّنْ رَّبْحِهِ إِنْ عُلِمَ قَدْرُهُمَا.

متن الخطاب أن يرد الجميع أو يمضي الأمر على ما هو عليه فالجواب عنه ما قال الباجي، ونصه: والقراض الذي أشار إليه الرجل من جلساء عمر أحد نوعي الشركة يكون فيها المال من أحد الشريكين والعمل من الثاني، والنوع الثاني من الشركة أن يتساويا في المال والعمل. انتهى. والله موفق.

ص: مَضْرُوبٍ ش: ظاهره أن المضروب يجوز القراض به كان التعامل به أو [بالتبر؛⁵⁴¹] كما لو فرض أن السكة المضروبة لا يتعامل بها في بلد أصلا كما في غالب بلاد السودان على ما قيل، وقد نقل الشيخ زروق في شرح الرسالة عن التنبيهات أنه لا يجوز القراض / به حينئذ، ولعله فهمه من كلامه، فإني لم أر من صرح به لا في التنبيهات ولا في غيرها؛ لأن القاضي قال: ولا خلاف أنه جائز بالدنانير والدرهم، غير جائز بالعروض ما كانت، واختلفوا في الشروط التي بها يصح، فعندنا أن شروطه عشرة نقد رأس المال للعامل، وكونه معلوما، وكونه غير مضمون على العامل، وكونه مما يتبايع به أهل [بلدهما⁵⁴²] من العين مسكوكا كان أو غير مسكوك ومعرفة الجزء الذي تقارضا عليه من ربحه وكونه مشاعا لا مقدرًا بعدد ولا تقدير، وأن لا يختص أحدهما بشيء معين [عن من سواه⁵⁴³] إلا ما يضطر إليه العامل من نفقة ومؤنة في السفر واختصاص العامل بالعمل، وأن لا يضيق عليه بتحجير أو بتخصيص يضر بالعامل وأن لا يضرب له أجل. انتهى. فقوله: "وكونه مما يتبايع به" الخ ربما يفهم منه ما قاله الشيخ زروق

تنبيهه: قال أبو الحسن الصغير في قوله: "ولا تقدير": ذكر بعضهم أن ابن شاس فسره بأنه مثل ما قارض به فلان. انتهى. فتأمل. ثم قال بعد أن ذكر هذه الشروط: فإذا توفرت هذه الشروط جاز القراض، وإن اختل منها شرط فسد القراض. انتهى.

ص: مسنم ش: أي للعامل، واحترز به مما إذا شرط بقاء يده معه أو أمينا عليه، ومما لو قارضه بدين في ذمته، وقد زاد ابن الحاجب لإخراج ذلك قيذا آخر فقال: المال شرطه نقد معين معلوم مسلم. ثم قال: ولا يجوز بدين ولو أحضره. قال في التوضيح: هذا يتعلق بقوله: "معين" لأن الدين ليس بمعين، فلا يجوز لرب الدين أن يقول لمدينه اعمل بالدين الذي في ذمتك قراضا. مالك في المدونة: ولو أحضره إلا أن يقبضه منه ويعيده عليه. ابن القاسم: مخافة أن يكون أخره به ليزيده فيه. اللخمي: ولأنهما قد يظهران القراض ويبطنان أن ياتيه ربح من دينه فيكون فسخ دين في دين. اللخمي والمازري: وينزل منزلة القبض إحضاره مع الإشهاد. انتهى. وسيذكر ذلك المصنف

ص: إن عُلِمَ قَدْرُهُمَا ش: تصويره واضح، وسيصرح المؤلف ببعض مفهومه، ومنه ما قال ابن عرفة وشرط ابن شاس كون المال معلوما قال: احترازا من دفع صرة عينا قراضا؛ لأن جهل المال يؤدي إلى جهل الربح واضح من مقتضى الروايات. انتهى. وفي الشامل: ولا يجوز بمجهول وزن. انتهى.

الحديث

⁵⁴¹ * - في المطبوع في التبر وما بين المعقوفين من م127 والشيخ276 ومايأبى33 ويحيى163.

⁵⁴² * - في المطبوع وم127 وسيد58 بلد وما بين المعقوفين من الشيخ276 ومايأبى33 وفي يحيى163 البلد.

⁵⁴³ * - في المطبوع سواء وما بين المعقوفين من م128 ومايأبى33 ويحيى163 وسيد58.

نص خليل وَلَوْ مَغْشُوشًا لَا بَدِينَ عَلَيْهِ وَاسْتَمَرَ مَا لَمْ يُقْبَضْ أَوْ يُحْضَرُهُ وَيُشْهَدُ.

متن الحطاب ص: ولو مغشوشا ش: أشار بهذا لقول ابن الحاجب: ويجوز بالمغشوش على الأصح. انتهى. وظاهر كلام المؤلف وابن الحاجب أن الأصح يجوز به مطلقا، ومقابله لا يجوز مطلقا، وكذا فهمه في التوضيح وقبله، وعزا مقابل الأصح لعبد الوهاب، وأن الباجي قيده ببلد لا يتعامل [بالمغشوش فيه. هذا معنى كلامه في التوضيح، والمنقول في المذهب في هذا الفرع أن القاضي أطلق المنع والباجي قيده، ولم يذكروا قولا بجواز القراض⁵⁴⁴] بالمغشوش مطلقا.

قال الباجي في المنتقى: مسألة: وأما المغشوش من الذهب والفضة فحكى القاضي أبو محمد أنه لا يجوز القراض به مضروبا كان أو غير مضروب، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة إن كان الغش النصف فأقل جاز، وإن كان أكثر من النصف لم يجز، واستدل القاضي بأن هذه دراهم مغشوشة فلم يجز القراض بها، أصل ذلك إذا زاد الغش على النصف، والذي عندي أنه إنما يكون ذلك إذا كانت الدراهم ليست بالسكة التي يتعامل الناس بها، فإذا كانت سكة التعامل فإنه يجوز القراض بها لأنها قد صارت عينا وصارت أصول الأثمان وقيم المتلفات، وقد جوز أصحابنا القراض بالفلوس فكيف بالدراهم المغشوشة؟ ولا خلاف بين أصحابنا في تعلق الزكاة بأعيانها، ولو كانت عروضاً لم تتعلق الزكاة بأعيانها، وإن اعترض في ذلك أنه يجوز أن تقطع فتستحيل أسواقها فمثل ذلك يعترض في الدراهم الخالصة إذا قطع التعامل بها. انتهى. ولم ينقل ابن عرفة / غيره، ونصه: ومنعه القاضي بالعين مغشوشة. الباجي: إلا حيث يتعامل بها لتقويم المتلف بها كالطيبة والاتفاق على تعلق الزكاة بها ومقابل ابن الحاجب تجوز بالمغشوش على الأصح، [وقبوله⁵⁴⁵] ابن عبد السلام بإطلاق يرد باتفاق القاضي والباجي على منعه حيث لا يتعامل به. انتهى. وقوله: "مقابل" لعله وقول ابن الحاجب وهو الذي يظهر من معنى الكلام، ويدل عليه نقل [ابن ناجي⁵⁴⁶] كلام ابن عرفة في شرح الرسالة، ولم يذكر في الجواهر ولا في الذخيرة غير كلام القاضي والباجي. فتأمل. وقال في الجواهر إثر كلام الباجي: والضابط لهذا الحكم أن كل ما تختلف قيمته بالارتفاع والانخفاض لا يجوز أن يجعل رأس المال؛ لأنه إذا رد بالأجرة إليه لم يتميز الربح إذ ربما ارتفعت قيمته فيستغرق رأس المال جميع الربح أو بعضه، أو تنقص قيمته فيصير بعض رأس المال ربحا. انتهى. والله أعلم.

ص: ما لم يقبض أو يحضره ويشهد ش: يحتمل أن يكون راجعا لقوله: "لا بدين" ويحتمل أن يرجع إلى قوله: "واستمر" وهو الظاهر من كلام ابن عبد السلام. قال في شرحه: لا يجوز أن يكون رأس المال ديناً على العامل، ثم قال: فإن وقع ذلك وأحضر الدين قبل التجرب به، وأشهد على وزنه، وزال عنه ضمانه وقبضه منه كان الربح بينهما والخسارة على رب المال. انتهى. وقوله: "ما لم يقبض" نحوه في المدونة، ومقتضاه أنه بمجرد القبض يصح القراض وإن أعاده بالقرب وهو كذلك، وانظر التوضيح وأبا الحسن. والله أعلم.

359

الحديث

544 - ما بين المعقوفين ساقط من المطبوع وقد ورد في الشيخ 273 وم 128 ومايأبى 34 ويحيى 164.
545 - في المطبوع فقول وما بين المعقوفين من يحيى 164 والشيخ 277 ومايأبى 34 وم 128.
546 - في المطبوع الباجي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 359 ويحيى 174 والشيخ 277 ومايأبى 34.

نص خليل
وَلَا بَرَهْنٍ أَوْ وَدِيعَةٍ وَلَوْ بِيَدِهِ وَلَا يَتَّبِرُ لَمْ يُتَعَامَلْ بِهِ بِبَلَدِهِ كَفَلُوسٍ وَعَرَضٍ إِنْ تَوَلَّى بَيْعَهُ كَأَنْ وَكَلَّهُ عَلَى دَيْنٍ أَوْ لِيَصْرِفَ ثُمَّ يَعْمَلُ فَأَجْرٌ مِثْلُهُ فِي تَوَلَّيْتُمْ قِرَاضٌ مِثْلُهُ فِي رِبْحِهِ كَلَّكَ شِرْكَاً وَلَا عَادَةً أَوْ مُبْهَمٍ.

متن الحطاب
فرع: فإن عمل به قبل الإشهاد عليه قال في التوضيح: ففي الموازية الربح للعامل والخسارة عليه، وقال أشهب الربح بينهما، واختلف في التأويل عليه، فقال اللخمي وعلى قوله تكون الخسارة من صاحب المال، وقال التونسي لا يصدق وإن ادعى الخسران إلا ببينة، وحكى ابن يونس وابن رشد وغيرهما عن أشهب أنه قال هو مكروه، فإن نزل مضى، وهو ظاهر ما نقله المصنف عنه؛ لأن قوله يستمر ديننا خلافاً لأشهب يقتضي أنه عنده لا يستمر ديننا بل يبقى قراضاً، وحكى ابن عبد البر عن أشهب أن ما اشترى وباع فلرب المال، وللعامل أجر مثله، وحكى ابن حارث عن محمد بن عبد الحكم أن الربح بينهما والخسارة على رب المال على أصل القراض، وهذا مثل قول أشهب بالكراهة. انتهى.

ص: ولا برهن أو وديعة ش: ظاهر كلام ابن رشد في سماع سحنون أن حكم القراض بالوديعة إذا وقع قبل قبضها حكم القراض بالدين على مذهب المدونة.

ص: ولا تبر لم يتعامل به ببلده ش: أما إذا كان يتعامل به بالاتفاق على جواز القراض به، وإن لم يتعامل به فالذي رجع إليه مالك منع القراض به، وهو المشهور. قال في التوضيح: فرع: فإن وقع على المشهور ففي الموازية عن ابن القاسم يمضي بالعمل، وقال أصبغ لا يفسخ عمل به أم لا لقوة الخلاف فيه. ابن حبيب: وإذا عمل بالنقار رد مثلها عند المفاصلة إن عرف وزنها، وإن لم يعرف فرأس المال ما باعه به أو ما خرج في الضرب. انتهى. وقال في الشامل: فإن نزل مضى بالعمل، وقيل وقبله ورد مثله عند المفاصلة إن عرف وزنه، وإلا فما بيع به أو خرج في الضرب إلا أن يقول بعها [واشتر بها⁵⁴⁷] فليرد ثمنها أو ما صرفها به، فإن شرط صرفها أو ضربها على العامل فله أجره في ذلك إن كان له مؤنة وقراض مثله. انتهى. والفرق بين اشتراط ربحها صرفها أو بيعها وعدم اشتراطه ذلك مع علمه أن مآل أمرها لذلك أنه مع الاشتراط إنما أراد أن يكون القراض بعد نضوض المال، ومن لم يشترط جعلها قراضاً من يوم دفعت. أشار إلى هذا الفرق في التوضيح عن بعض القرويين.

ص: كفلوس ش: يريد ولو كان التعامل بها كما يفهم من أول كتاب القراض من المدونة، وقال في الشامل: ولا تجوز بالفلوس على الأصح، وثالثها إن كثرت، ورابعها الكراهة، وعلى المنع فله أجره في بيعه وقراض مثله فيما نض، ويرد/ فلوساً. انتهى. وفي هذا الكلام [سقط⁵⁴⁸]، وصوابه: وقيل يمضي ويرد فلوساً. قال في التوضيح: الباجي وإذا قلنا بالمنع فقال محمد: القراض بالنقار أخف، والفلوس كالعرض، وهذا يقتضي الفساد، ويكون له في بيع الفلوس أجرة مثله، وفيما نض من ثمنها قراض مثله، وقال أصبغ هي كالنقار، وقال ابن حبيب مثله ويرد فلوساً. زاد غيره في قول ابن حبيب: إلا أن يشترط عليه أن يصرفها ثم يعمل بها فيكون الحكم كما فهمه الباجي من قول محمد. والله أعلم.

ص: وعرض إن تولى بيعه ش: يعني أنه لا يجوز أن يكون رأس [مال⁵⁴⁹] القراض عرضاً على أنه رأس

360

الحديث

547 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص359 وما يابى 35 والشيخ 278.
548 - في المطبوع سقط وما بين المعقوفين من ما يابى 35.
549 - في المطبوع المال وما بين المعقوفين من ما يابى 35 والشيخ 278.

نص خليل
أَوْ أَجَلَ أَوْ ضَمِنَ أَوْ اشْتَرَى سِلْعَةً فَلَانَ ثُمَّ اتَّجَرَ فِي ثَمَنِهَا أَوْ بَدَيْنَ أَوْ مَا يَقْلُ وَجُودُهُ كَاخْتِلَافِهِمَا فِي الرَّبْحِ وَأَدْعِيَا مَا لَا يُشْبَهُ وَفِيمَا فَسَدَ غَيْرُهُ أَجْرَةٌ مِثْلُهُ فِي الذِّمَّةِ كَاشْتِرَاطِ يَدِهِ أَوْ مُرَاجَعَتِهِ أَوْ أَمِينًا عَلَيْهِ بِخِلَافِ غُلَامٍ غَيْرِ عَيْنٍ بِنَصِيبٍ لَهُ وَكَانَ يَخِيطُ أَوْ يَحْرَزُ أَوْ يُشَارِكُ أَوْ يَخْلِطُ أَوْ يُبْضِعُ أَوْ يَزْرَعُ أَوْ لَا يَشْتَرِي إِلَى بَلَدٍ كَذَا.

متن الحطاب
المال ويرد مثله عند المفاصلة لاحتمال أن [يغلو⁵⁵⁰] غلوا يستغرق رأس المال والربح فيؤدي إلى بطلان عمل العامل، [أو⁵⁵¹] يرخص فيأخذ العامل بعض رأس المال ولا على أن رأس المال قيمته الآن أو عند المفاصلة، وكأنه -والله أعلم- للغرر ولا على أن يبيعه ويكون ثمنه رأس المال. قال في المدونة: ويفسخ ذلك وإن بيع ما لم [يعمل⁵⁵²] بالثمن، وقيد اللخمي المنع بما إذا كان في بيعه كلفة ولذلك أجرة لها خطب. قال: وإن كانت الأجرة لا خطب لها، أو كان يعلم أنه يتكلف ذلك ولو لم يعطه إياه قراضاً أو يقول كلف من يبيع ويأتيك بالثمن، ولم يلتفت المصنف لتقييد اللخمي وجعله خلافاً، وقال المازري: لو قال [خذ⁵⁵³] هذا العرض [وامض⁵⁵⁴] به إلى البلد الفلاني وادفعه إلى فلان يبيعه ويقبض ثمنه [لنفسه، فإذا قبض ثمنه⁵⁵⁵] فخذ منه وامل به قراضاً بيني وبينك فإن ذلك جائز بلا خلاف، ولا يدخله القراض بالعروض؛ لأن المدفوع إليه العروض [لا⁵⁵⁶] يتولى البيع بنفسه. انتهى من التوضيح. واعتمده المصنف لقول المازري: "بلا خلاف" فقال: إن تولى بيعه. والله أعلم.
ص: أو أجل أو ضمن ش: قال في المدونة: وما لم يشترط [فيه⁵⁵⁷] زيادة لأحدهما من القراض الفاسد ففيه إن نزل قراض مثله كالقراض على ضمان أو إلى أجل [فإنه يرد⁵⁵⁸] إلى قراض مثله ولا ضمان عليه. انتهى. وفي أول كتاب القراض من حاشية المشذلي: المتيطي: لو تطوع العامل ب ضمان المال ففي صحة القراض خلاف بين الشيوخ، فذهب ابن عتاب إلى أنه صحيح، وحكى إجازته عن شيخه مطرف. ابن بشير: وقال غيرهما لا يجوز، ومال إليه ابن سهل، وفي العتبية/ ما يدل على القولين انظر الوصايا من ابن سهل. انتهى كلام المشذلي.
ص: أو ما يقل ش: قال في المدونة: ثم قال: فإن اشترى غير ما أمر به فقد تعدى، فإن ربح فله فيما ربح قراض مثله، وإن خسر ضمن ولا أجر له في الوضعية ولا أعطيه إن ربح إجارته؛ إذ لعلها تغترق الربح وتزيد فيحصل بتعديه إلى ما يريد. انتهى.
ص: كاشتراط يده ش: تصوره واضح.

361

الحديث

- 550 - في المطبوع يغلي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 360 وما يابى 35.
551 - في المطبوع والشيخ 278 وما يابى 35 و ما بين المعقوفين من ن عدود ص 360 ويحيى 175.
552 - في المطبوع يعلم وما بين المعقوفين من ن الزائد ص 360 وم يحيى 175 والشيخ 278 وما يابى 35.
553 * - في المطبوع أخذ وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في ما يابى 35.
554 * - وفي المطبوع وأمضى وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في ما يابى 35.
555 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 360 ويحيى 175 والشيخ 278 وما يابى 35.
556 * - في المطبوع ولا وما بين المعقوفين من يحيى 165 وما يابى 36.
557 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 360 ويحيى 175 والشيخ 278 وما يابى 35.
558 - في المطبوع فيه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 360 ويحيى 175 والشيخ 278 وما يابى 35.

نص خليل

أَوْ بَعْدَ اشْتِرَائِهِ إِنْ أَخْبَرَهُ فَقَرْضٌ أَوْ عَيْنٌ شَخْصًا أَوْ زَمَنًا أَوْ مَحَلًّا كَانَ أَخَذَ مَالًا لِيُخْرِجَ بِهِ لِبَلَدٍ
فَيْشْتَرِيَ وَعَلَيْهِ كَالنُّشْرِ وَالطِّيِّ الْخَفِيفَيْنِ وَالْأَجْرُ إِنْ اسْتَأْجَرَ وَجَازَ جُزْءٌ قَلٌّ أَوْ كَثْرٌ.

متن الخطاب

362

مسألة: قال في رسم حلف أن لا يبيع رجلا سلعة سماها من سماع ابن القاسم من كتاب القراض:
[سئل مالك⁵⁵⁹] عن الرجل يدفع إلى الرجل المال فيقيم في/ يديه أياما ويتجهز بذلك يريد سفرا
فيلقى صاحب المال فيقول له هل لك أن أخرج معك فأخرج ذهابا آخر مثل الذي أعطيتك ونشترك
جميعا؟ قال مالك: ما أرى أمرا بينا، وما يحضرني فيه مكروه وكأنه خففه من غير تحقيق. قال ابن
القاسم: ولا أرى بذلك بأسا إذا صح ذلك على غير موعد ولا [وأي⁵⁶⁰] ولا عادة. قال أصبغ: لا خير
فيه. قال سحنون: هو الربا بعينه.

قال محمد بن رشد: قول ابن القاسم [مفسر⁵⁶¹] لقول مالك لأن مالكا إنما خفف ذلك على السلامة
من التواطؤ على ذلك من قبل أن يتجهز بالمال؛ إذ لو أتاه قبل أن يتجهز بالمال فقال ذلك له وفعله
معه لما جاز؛ لأنه يصير كأنه قد استأجره ليعمل معه في ماله على أن له نصيبا من ربحه، وكرهه
أصبغ فقال: "لا خير فيه" مخافة أن يكون تواطأ معه على ذلك قبل أن يتجهز بالمال، فإن وقع ذلك
مضى ولم يفسخ على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك، وفسخ على مذهب أصبغ ما لم يفت
بالعمل فلو فات مضى وكان العامل على شرطه من الربح، وأما على مذهب سحنون الذي قال فيه إنه
الربا بعينه فيفسخ متى ما عثر عليه ويكون الربح كله لرب المال، ويكون للعامل أجرة مثله، وإنما قال
إنه هو الربا على سبيل التجوز في اللفظ في المنع منه إذ ليس ربا بعينه كما قال الله وإنما هو على
مذهبه استئجار للعامل على عمله معه بجزء من ربح المال وذلك ما لا يحل ولا يجوز [لقول⁵⁶²]
النبي صلى الله عليه وسلم من استأجر أجييرا [فليعلمه⁵⁶³] أجره¹، ولقوله {من استأجر أجييرا
فليؤجره بأجر معلوم إلى أجل [معلوم⁵⁶⁴] }² [وكنهيه⁵⁶⁵] عن بيع الغرر، والإجارة بيع من البيوع
لا يجوز فيها الغرر والجهل فلما كان ذلك لا يحل كما لا يحل الربا قال فيه إنه ربا. انتهى.
ص: [أو بعد اشترائه وإن أخبره فقرض⁵⁶⁶] ش: كذا في كثير من النسخ، وفي بعض النسخ وبعد
اشترائه بالواو وهو أحسن. والله أعلم.
ص: أو عين شخصا أو زمنا أو محلا ش: يعني ففيه أجرة المثل، وقد صرح بذلك في المنتقى، وقال

الحديث

- 1 - عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم لا يساوم الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه ولا
تتاجشوا ولا تبايعوا بإلقاء الحجر ومن استأجر أجييرا فليعلمه أجره، السنن الكبرى، البيهقي، كتاب الإجارة، ج6
ص120، دار الفكر.
- 2 - انظر البيان والتحصيل، ج8 ص44.

559 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 361 ويحيى 175 والشيخ 278 ومايأبي 36.
560 - في المطبوع والبيان والتحصيل ج12 ص324 رأي وما بين المعقوفين من ن عدود ص362 ومايأبي 36 والشيخ 278.
561 - في المطبوع مفسرا وما بين المعقوفين من ن ذي ص362 والشيخ 279 ومايأبي 36 ويحيى 165.
562 - في المطبوع على قول وما بين المعقوفين من م 129 ويحيى 165 والشيخ 279 ومايأبي 36.
563 - في المطبوع وم 129 والشيخ 279 ويحيى 165 فليعلمه وما بين المعقوفين من البيان، ج12 ص324.
564 - ساقطة من المطبوع وم 129 والشيخ 279 ويحيى 165 ومايأبي 36 وقد وردت في البيان ج12 ص324.
565 - في المطبوع وم 129 ويحيى 165 ومايأبي 36 وليقه وما بين المعقوفين من البيان ج12 ص324 وفي الشيخ 279
ونهى وعلق عليه الشيخ محمد سالم ب كذا والصواب (ولنهيه).
566 - في المطبوع أو بعد اشترائه إن أخبره فقرض وم والشيخ 279 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 362
ويحيى 175 ومايأبي 36.

نص خليل
وَرِضَاهُمَا بَعْدُ عَلَى ذَلِكَ وَزَكَاتُهُ عَلَى أَحَدِهِمَا وَهُوَ لِلْمُشْتَرِطِ وَإِنْ لَمْ تَجِبْ وَالرِّبْحُ لِأَحَدِهِمَا أَوْ لِغَيْرِهِمَا
وَضَمِنَهُ فِي الرِّبْحِ لَهُ إِنْ لَمْ يَنْفِهِ وَلَمْ يُسَمِّ قَرَاضًا وَشَرَطُهُ عَمَلَ غُلَامٍ رَبِّهِ أَوْ دَابَّتِهِ فِي الْكَثِيرِ وَخَلَطَهُ وَإِنْ
بِمَالِهِ وَهُوَ الصَّوَابُ إِنْ خَافَ بِتَقْدِيمِ أَحَدِهِمَا رَخْصًا وَشَارَكَ إِنْ زَادَ مُؤَجَّلًا بِقِيمَتِهِ وَسَفَرُهُ إِنْ لَمْ يَحْجُرْ
عَلَيْهِ قَبْلَ شَغْلِهِ وَادْفَعَ لِي فَقَدْ وَجَدْتُ رَخِيصًا أَشْتَرِيهِ وَبَيْعُهُ بَعْرُضٍ وَرَدُّهُ بَعِيْبٍ وَلِلْمَالِكِ قَبُولُهُ إِنْ كَانَ
الْجَمِيعَ وَالثَّمَنُ عَيْنٌ وَمَقَارَضَةٌ عَبْدُهُ وَأَجِيرُهُ وَدَفْعُ مَالَيْنِ أَوْ مُتَعَاقِبَيْنِ قَبْلَ شَغْلِ الْأَوَّلِ وَإِنْ بِمُخْتَلِفَيْنِ إِنْ
اشْتَرَطَا خَلَطًا أَوْ شَغْلَهُ إِنْ لَمْ يَشْتَرِطْهُ كَنُضُوضِ الْأَوَّلِ إِنْ سَاوَى وَاتَّفَقَ جُزْؤُهُمَا وَاشْتَرَاءُ رَبِّهِ مِنْهُ إِنْ صَحَّ
وَاشْتِرَاطُهُ أَنْ لَا يَنْزَلَ وَادِيًا أَوْ يَمْشِي بِلَيْلٍ أَوْ يَبْحُرُ أَوْ يَبْتَاعَ سِلْعَةً وَضَمِنَ إِنْ خَالَفَ.

متن الحطاب
363 ابن غازي تحرير عجيب في أن/ تعيين الزمان من قبيل ما يترجح فيه أجرة المثل، كما أن
القراض إلى أجل من قبيل ما يترجح فيه قراض المثل وتصور الفرق بينهما جلي. انتهى. كأنه يشير
إلى أن تعيين الزمان هو أن يشترط عليه أن يشغل جميع المدة بالبيع والشراء مثل أن يدفع له مال
القراض ويبيع ويشترى فيه شهرا أو شهرين ونحو ذلك على أن يبيع ويشترى جميع الزمان، وأن
القراض إلى أجل مثل أن يدفع له مال القراض إلى شهر ونحوه ولا يشترط عليه أن يبيع في جميع
الزمان. والله أعلم.

ص: ورضاهما بعد على ذلك ش: هذا هو المشهور، وإن كانت الزيادة للعامل فهو أحق بها في
الموت والفلس لقبضه لها، وإن كانت لرب المال فقبل تبطل لعدم الحوز، وخرج اللخمي قولا بالصحة
قال في التلقين: ومال المتأخرون إلى النفوذ. انتهى من التوضيح.

تنبيه: أجاز في المدونة هنا التراضي على جزء قل أو كثر، وقال في باب الآجال: وإن قارضت رجلا
مالا أو أسلفته إياه فلا تقبل منه هدية. قال أبو الحسن: والفرق بينهما أن الهدية محققة وهذه
متوهمة، أو أنه في كتاب الآجال لم يعمل وهنا عمل. انتهى بالمعنى.

364 ص: وهي للمشترط وإن لم تجب ش: قال في التوضيح: كما لو شرط أحدهما ثلث الربح مثلا/
لأجنبي وأبى من أخذه فإنه لمشرطه. انتهى.

365 ص: والثلث عينا ش: كذا في بعض النسخ عينا بالنصب على أنه خبر لكان المحذوفة، وفي بعض
النسخ والثلث عين على أنه مبتدأ وخبر./

ص: وضمن إن خالف ش: انظر إذا شرط عليه أن لا ينزل واديا ولا يركب بحرا أو لا يمشي بليل
ففعل ذلك وسلم ثم إنه اشترى وخسر هل يضمن أم لا؟ وظاهر كلامه في المدونة أنه لا يضمن، فإنه
قال: وإن نهيته عن الخروج بالمال من مصر فخرج به إلى إفريقية عينا [ورجع به عينا⁵⁶⁷] قبل أن
يتجر به ثم تجر به بمصر فخرس أو ضاع منه بمصر لم يضمن لأنه رده قبل أن يحركه. قال أبو

نص خليل
كَانَ زَرْعٌ أَوْ سَاقِيٌّ بِمَوْضِعٍ جَوْرٍ لَهُ أَوْ حَرَكَهُ بَعْدَ مَوْتِهِ عَيْنًا أَوْ شَارَكَ وَإِنْ عَامِلًا أَوْ بَاعَ بَدَيْنٍ أَوْ قَارَضَ
بِلَا إِذْنٍ وَغَرِمَ لِلْعَامِلِ الثَّانِي إِنْ دَخَلَ عَلَى أَكْثَرِ كَخُسْرِهِ وَإِنْ قَبْلَ عَمَلِهِ وَالرِّيحُ لَهُمَا كَكُلِّ آخِذٍ مَالٍ
لِلتَّنْمِيَةِ فَتَعَدَّى لَا إِنْ نَهَاهُ عَنِ الْعَمَلِ قَبْلَهُ أَوْ جَنَى كُلُّ أَوْ أَخَذَ شَيْئًا فَكَأَجْنَبِيٍّ وَلَا يَجُوزُ اشْتِرَاؤُهُ مِنْ
رَبِّهِ أَوْ بِنَسَبِيَّةٍ وَإِنْ أُذِنَ أَوْ بِأَكْثَرٍ.

متن الخطاب الحسن: ليس التحريك بشرط، فمتى رده إلى موضعه لم يضمن وإن حركه. الشيخ: وهو مصدق في الرد، وانظر هذا مع ما حكاه اللخمي في مسألة ما إذا زرع أو [ساقى الآتية⁵⁶⁸] في كلام التوضيح في القولة التي بعد هذه. والله أعلم.

ص: كأن زرع أو ساقى في موضع جور له ش: يعني أنه إذا زرع أو ساقى بموضع جور [وظلم⁵⁶⁹] له أي للعامل يعني في موضع يرى أنه يظلم فيه فإنه يضمن، واحترز بقوله: "له" مما إذا كان الموضع فيه ظلم أو جور، ولكنه كان يرى أنه هو لا يظلم لوجهة ونحو ذلك، وأشار بذلك لما قاله في توضيحه في شرح قول ابن الحاجب: وله أن يزرع ويساقى ما لم يكن [في⁵⁷⁰] موضع ظلم فيضمن، ظاهر كلام المصنف أنه بمجرد كون الموضع موضع ظلم يضمن، وفي المدونة: وإن خاطر به في موضع ظلم أو غرر يرى أنه خطر فهو ضامن فزاد المخاطرة، وقد يكون الموضع موضع ظلم ولا يعد الزارع مخاطرا لوجهته أو نحو ذلك، وكأن ابن غازي لم يقف على هذا الكلام فتحير في معناه فانظره. والله أعلم.

فرع: قال في التوضيح: وإذا ضمنه بالتعدي لمخاطرته في موضع الظلم فلا فرق بين أن تكون الخسارة من سبب الزرع أو من سبب الظلم. قاله اللخمي [لأنه⁵⁷¹] [متعد⁵⁷²] في أصل فعله. والله أعلم.

ص: والربح لهما ككل آخذ مال للتنمية فتعدى ش: يعني أن العامل إذا تعدى في الصور المتقدمة وقلنا إنه ضامن للمال إن تلف أو خسر/ فلا يختص بالربح، ويقال كما أنه يضمن الخسارة فليستيد بالربح، بل الربح لهما على ما شرطا. قال في التوضيح: لأنه يتهم أن يكون قصد الاستبداد بالربح فعوقب بنقيض قصده، ولأننا لو قلنا الربح للعامل بتعديه لكان ذلك حاملا له على التعدي ليستقل بالربح، [ولهذا قلنا⁵⁷³] إن كل من أخذ مالا لينمي [فتعدى⁵⁷⁴] فيه كالوكيل والمبضع معه فالغرم عليه والربح لرب المال، وأما المقارض فالربح لهما على شرطهما، وقد صرح المصنف يعني ابن

366

الحديث

⁵⁶⁸ * - في المطبوع ساقى بموضع جورا وظلم له أي للعامل يعني في الآتية وما بين المعقوفين من يحيى 165 وم 129 ومايأبي 37 والشيخ 280.

⁵⁶⁹ * - علق عليه الشيخ محمد سالم ب كذا في النسخ والصواب أو ظلم.

⁵⁷⁰ - ساقطة من المطبوع ويحيى 176 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 365 والشيخ 279.

⁵⁷¹ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 365 ومايأبي 37 والشيخ 280.

⁵⁷² * - في المطبوع للتعدى وما بين المعقوفين من م 129 ويحيى 166 ومايأبي 37 والشيخ 280.

⁵⁷³ - في المطبوع لو وما بين المعقوفين من ن عدود ص 366 ويحيى 176 والشيخ 280 ومايأبي 37.

⁵⁷⁴ * - في المطبوع وم 129 ومايأبي 37 فيتعدى وما بين المعقوفين من يحيى 166 والشيخ 280.

نص خليل
وَلَا أَخْذُهُ مِنْ غَيْرِهِ إِنْ كَانَ الثَّانِي يَشْغَلُهُ عَنِ الْأَوَّلِ وَلَا يَبِيعُ رَبِّهِ سِلْعَةً بِلَا إِذْنٍ وَجَبِرَ خُسْرُهُ وَمَا تَلَفَ
وَإِنْ قَبِلَ عَمَلِهِ إِلَّا أَنْ يُقْبِضَ وَلَهُ الْخَلْفُ فَإِنْ تَلَفَ جَمِيعُهُ لَمْ يَلْزَمْ الْخَلْفُ وَلَزِمَتْهُ السِّلْعَةُ وَإِنْ تَعَدَّدَ
الْعَامِلُ فَالرَّبْحُ كَالْعَمَلِ وَأَنْفَقَ إِنْ سَافَرَ وَلَمْ يَبْنِ بِرُؤُوسِهِ وَاحْتَمَلَ الْمَالَ.

متن الخطاب
الحاجب باطراد هذا بقوله، وكذلك كل تعد فيه، وكل من أخذ مالا على الأمانة وتعدى فيه فالربح له
فقط كالمودع. ابن عبد السلام: وذهب بعضهم إلى أن العامل يجب له الربح كله في مسائل الضمان
بسبب المخالفة لأنها توجب انتقال مال القراض إلى ذمته وذلك موجب لكونه مالكا للربح. انتهى.

367
ص: ولا أخذه من غيره إن كان الثاني يشغله عن الأول ش: / قال في المدونة في كتاب القراض:
وللعامل أن يأخذ مالا قراضا من رجل آخر إن لم يكن الأول كثيرا يشغله الثاني عنه فلا يأخذ حينئذ
من غيره شيئا، فإن أخذهما وهو يحتمل العمل بهما فله أن يخلطهما ولا يضمن، ولا يجوز أن يكون
ذلك بشرط من الأول أو الثاني. انتهى. فإن كان الثاني يشغله عن الأول وأخذه فقال للخصمي في
تبصرته في باب القراض: وللعامل أن يخلط القراض بماله إذا كان قادرا على التجرب بهما، وإن كان لا
يقدر على التجرب بأكثر من مال القراض لم يكن ذلك له، فإن فعل وتجر في الثاني وعطل الأول لم يكن
عليه في الأول سوى رأس المال على المشهور من المذهب، وعلى القول الآخر يكون عليه قدر ما حرمه
من الربح، وكذلك إذا تجر في الأول ثم اشتغل بالثاني عن بيع الأول حتى نزل سوقه فيختلف هل
يضمن العامل ما حط السوق لأنه حرمه ذلك؟ وإن فسد لأجل شغله عنه ضمن، وكذلك إذا أخذ قراضا
بعد قراض فلا يمنع من الثاني إذا كان يقدر على التجرب فيهما، فإن كان لا يقدر إلا على التجرب في
أحدهما منع من التجرب في الثاني، فإن فعل ضمن ما كان في الأول من ضيعة أو نزول أسواق أو فساد
نحو ما تقدم، وإذا اشتغل بالأول وعطل الثاني ضمن قدر ما حرمه من ربحه على أحد القولين، وإن
ضاع ضمنه لأنه متعد في أخذه، وهذا إذا لم يعلمه أن في يديه قراضا لغيره، أو أعلمه ولم يعلمه أنه
عاجز عن القيام بالمالين. انتهى.

ونقله ابن عرفة واقتصر عليه. ونصه: للخصمي: له خلطه بماله إن قدر على التجرب بهما، وإن عجز
عن التجرب بالزائد عليه منع من خلطه، فإن تجر في الثاني وعطل الأول فلا شيء عليه على المشهور،
وعلى القول الآخر يغرم قدر ما حرمه من الربح، [و⁵⁷⁵] إن تجر بالأول واشتغل بالثاني عن بيع الأول
حتى نزل سوقه أو فسد ففي ضمانه نقصه أو كله إن فسد القولان، وأخذه قراضا بعد قراض جائز إن
قدر على التجرب بهما، وإلا منع من التجرب بالثاني، فإن فعل ففي ضمانه لترك الأول ونزول سوقه أو
فساده ما تقدم، وإن اشتغل بالأول ضمن ذلك في الثاني إن لم يعلم هذا الثاني أن بيده قراضا لغيره أو
أعلمه ولم [يعلمه⁵⁷⁶] عجزه عن القيام بالمالين. انتهى. والله أعلم.

ص: وإن تعدد فالربح كالعامل ش: قال في المدونة: وإن قارضت رجلين على أن لك نصف الربح
ولأحدهما الثلث وللآخر السدس لم يجز، كما لو اشترك العاملان على مثل هذا لم يجز؛ لأن أحدهما

575 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 367 ويحيى 176 والشيخ 280 وما يابى 38.

576 - في المطبوع يعلم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 367 ويحيى 176 والشيخ 280 وما يابى 38.

نص خليل

لغير أهلٍ وحجٍّ وغزوٍ بالمعروفِ في المالِ واستخدمَ إن تاهلَ لا دواءً واكتسبَ إن بعدَ ووُزِعَ إن خرَجَ
 لحاجةٍ وإن بعدَ أن أكثرى وتزوَّدَ وإن اشترى من يعتقُ عليَّ ربِّه عالمًا عتقَ عليه إن أيسرَ وإلا بيعَ
 بقدرِ ثمنه وربحه قبله وعتقَ باقيه وغيرَ عالمٍ فعلى ربِّه وللعاملِ ربحه فيه ومن يعتقُ عليه وعلمَ عتقَ
 عليه بالأكثرِ من قيمته أو ثمنه ولو لم يكن في المالِ فضلٌ وإلا فبقيته إن أيسرَ فيهما وإلا بيعَ بما
 وجبَ وإن اعتقَ مُشترىً للعتقِ غرمَ ثمنه وربحه وللقرضِ قيمته يومئذٍ إلا ربحه فإن أعسرَ بيعَ منه بما
 لربِّه وإن وطئَ أمةً قومَ ربِّها أو أبقَى إن لم تحمِلْ فإن أعسرَ اتبعه بها وبحصّةِ الولدِ أو باعَ له بقدرِ
 ماله وإن أحبلَ مُشترأةً للوطءِ فالثمنُ وأتبعَ به إن أعسرَ ولكلِّ فسخه قبلَ عمله كربه وإن تزوَّدَ لسفرٍ
 ولم يظعنَ وإلا فلنُضوضه وإن استنضه فالحاكمُ وإن ماتَ فلوارثه الأمينُ أن يكمله وإلا أتى بأمينٍ
 كأولٍ وإلا سلّموا هدرًا.

متن الخطاب

يأخذ بعض ربح صاحبه بغير شيء. انتهى. أبو الحسن: قوله: "على أن لك" ظاهره أن الشرط من رب
 المال على العاملين، وأما في الصورة الثانية فهو من العامل خاصة، وظاهر الكتاب أن الحكم فيهما
 سواء. انتهى. ثم قال: زاد في الأمهات: وإنما يجوز من هذا إذا عملا على ما يجوز في الشركة بينهما.
 عياض: قال بعضهم عملهما على قدر أجزائهما من الربح جائز، ونحوه لحمديس، وفي سماع أصبغ: لا
 خير فيه، فإن عملا مضى، وقال بعض مشايخنا المتأخرين: الصواب جوازه. انتهى. وبعض مشايخه،
 المشار إليه هو ابن رشد. كذا نسبه في التوضيح له، وهو له في رسم البيوع من سماع أصبغ من القراض
 وهذا هو المشهور، وعليه فإذا فات قال في التوضيح: قال محمد وابن حبيب: يقسم الربح على ما
 سموا، ويرجع صاحب القليل على صاحب الكثير بفضل عمله، وقال أحمد بن خالد بل على رب
 المال، وقال جماعة بل يردان إلى حكم القراض الفاسد، ثم اختلف هؤلاء فقال التونسي يكونان أجيرين،
 وقال فضل لهما قراض [مثلهما].⁵⁷⁷ ابن عبد السلام: وقول التونسي أظهر عندي وأجرى على
 قواعد المذهب. انتهى. وهو الجاري على ما قدمه الشيخ في قوله: وفيما فسد غيره أجرة/ مثله.
 انتهى.

368

ص: لغير أهلٍ ش: فإن سافر من بلد له بها أهل إلى بلد له بها أهل أيضا فلا نفقة له في ذهابه ولا
 في رجوعه، ولو أخذه من بلد ليس فيه أهله ثم خرج إلى بلد له فيها أهل فلا نفقة في ذهابه ولا في
 إقامته، وله النفقة في رجوعه. قاله في المدونة.

369

ص: لا دواء ش: قال أبو الحسن: قال الباجي: / وله أن يحتجم ويحلق رأسه ويفصد ويدخل
 الحمام إن احتاج إليه. انتهى. وقال في التوضيح في قول ابن الحاجب: "وللعامل نفقته في السفر وفي
 إقامته بغير وطنه بالمال المعروف": هكذا في المدونة أي من غير سرف من طعامه وشرابه وركوبه
 ومسكنه. أشهب عن مالك: وحمامته وحمامه قالوا وليس له دواء. انتهى.

ص: ولكل فسخه قبل عمله ش: نحوه لابن الحاجب. قال في التوضيح: أي رده والرجوع، وإذا
 كان العقد غير لازم فلا يطلق عليه الفسخ إلا بطريق المجاز. انتهى.

ص: كربه وإن تزوَّد لسفر ولم يظعن ش: يعني وأما العامل فليس له حينئذ الفسخ. قال في

الحديث

وَالْقَوْلُ لِلْعَامِلِ فِي تَلْفِهِ وَخُسْرِهِ وَرَدِّهِ إِلَى رَبِّهِ إِنْ قَبِضَ بِلَا بَيِّنَةٍ أَوْ قَالَ قِرَاضٌ وَرَبُّهُ بِضَاعَةٌ بِأَجْرٍ أَوْ عَكْسُهُ أَوْ ادَّعَى عَلَيْهِ الْغَضَبَ أَوْ قَالَ أَنْفَقْتُ مِنْ غَيْرِهِ وَفِي جُزْءِ الرَّبْحِ إِنْ ادَّعَى مُشْتَبِهًا وَالْمَالُ بِيَدِهِ وَوَدِيعَةً وَإِنْ لِرَبِّهِ وَلِرَبِّهِ إِنْ ادَّعَى الشُّبُهَةَ فَقَطُّ أَوْ قَالَ قَرَضٌ فِي قِرَاضٍ أَوْ وَدِيعَةً أَوْ فِي جُزْءِ قَبْلِ الْعَمَلِ مُطْلَقًا وَإِنْ قَالَ وَدِيعَةً ضَمِنَهُ الْعَامِلُ إِنْ عَمِلَ وَلِمُدَّعِي الصَّحَّةِ وَمَنْ هَلَكَ وَقَبْلَهُ كَقِرَاضٍ أَخَذَ وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ وَحَاصٌّ غُرْمَاءَهُ وَتَعَيَّنَ بِوَصِيَّةٍ وَقَدَّمَ صَاحِبُهُ فِي الصَّحَّةِ وَالْمَرَضِ وَلَا يَنْبَغِي لِعَامِلٍ هَبَّةٌ وَتَوَلِيَّةٌ وَوَسْعٌ أَنْ يَأْتِيَ بِطَعَامٍ كَغَيْرِهِ إِنْ لَمْ يَقْصِدِ التَّفْضُلَ وَالْأَفْلَاحَ فَلْيَتَحَلَّلْهُ فَإِنْ أَبِي فَلْيُكَافِئْهُ.

370 التوضيح: اللهم/ إلا أن يدفع لرب المال رأس ماله، وقوله: "ولم يظعن" مفهومه أنه إذا ظعن فليس له الفسخ، ولو قال له رب المال أنا أنفق عليك حتى أردك وهو كذلك. قال في المدونة: ولرب المال رد المال ما لم يعمل به العامل أو يظعن به لسفر، وليس له أن يقول بعد ظعنه أرجع وأنا أنفق عليك. انتهى.

متن الخطاب

ص: والقول للعامل في تلفه وخسره ورده ش: وهل يحلف؟ أما في دعوى الرد فيحلف اتفاقاً. قاله ابن الحاجب. وأما في/ التلف فأجراه ابن الحاجب على الخلاف في أيمان التهم.

371

تنبيهات: الأول: حكم المبضع معه حكم المقارض في دعوى الرد والتلف كما تقدم في العارية. الثاني: قولهم إنه يقبل قوله في رد المال؛ يعني إذا قبضه بغير بينة، وقد تقدم كلام القاضي عبد الوهاب في الوكالة وكلام ابن رشد في العارية، وهذا إن ادعى أنه رد جميعه أو رد بعضه وكان الباقي لا يفي برأس المال وإنما يفي بما رده، وأما لو كان الباقي يفي برأس المال لكان القول قول رب المال ما دام في [المال⁵⁷⁸] ربح. قال في المدونة في كتاب القراض: وإن قال العامل رددت إليك رأس مالك والذي بيدي ربح وقال رب المال لم تدفع إلي شيئاً صدق رب المال ما دام في المال ربح، وعلى العامل البينة. قال ابن يونس: وحكي عن القاسبي أنه قال معنى ذلك إذا قال ما في يدي هذا ربح بيني وبينك لأنه أقر أن حق رب المال قائم بيده بعد، وأما إن قال رددت إليك المال وحصتك من الربح، وما في يدي حصتي من الربح لكان القول قول العامل إذا كان قبضه بغير بينة كما لو لم يكن في المال

ربح فادعى أنه رده إلى صاحبه لكان القول قوله مع يمينه. انتهى. وقال اللخمي/ في تبصرته بعد [ذكر⁵⁷⁹] كلام المدونة: وينبغي أن يقبل قوله، وكذلك إذا قال هذا ربحي وكما لو قال رددت بعض رأس المال، ولا فرق بين قوله رددت بعض رأس المال أو جميعه دون الربح أو لم أربح شيئاً أو ربحت وسلمت إليك رأس المال ونصيبك من الربح، وقد قال مالك في كتاب محمد في المساقى يقول بعد جذاذ الثمرة لصاحب الحائط قد دفعت إليك نصيبك فالقول قول العامل، وإن كان يقول هذا الذي في يدي نصيبي [فذلك كالقراض⁵⁸⁰]. انتهى. قال ابن عرفة بعد ذكره ما تقدم: ففي قبول دعوى

372

578 - في المطبوع الباقي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 371 ويحيى 177 والشيخ 281 وما يابى 38.

579 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 372 ويحيى 177 والشيخ 281 وما يابى 39.

580 * - في المطبوع وكذلك القراض وما بين المعقوفين من يحيى 167.

نص خليل باب إِنَّمَا تَصِحُّ مَسَاقَاةُ شَجَرٍ وَإِنْ بَعْلًا ذِي ثَمَرٍ.

متن الخطاب العامل رد المال مقرا ببقاء ربح بيده، ثالثها إن ادعى رد حظ رب المال منه للخمى ولها وللقابسي. انتهى. وقال الجزولي في شرح قول الرسالة: "ومن قال رددت إليك ما وكلتني عليه أو على بيعه أو دفعت إليك ثمنه أو وديعتك أو قراضك فالقول قوله" يريد إلا أن يقول له رددت إليك رأس المال، والذي بيدي ربح بيني وبينك وقال رب المال لم تدفع لي شيئا صدق رب المال ما دام في المال ربح، وعلى العامل البينة، وهذا نص ما في المدونة. اهـ. وقال أبو الحسن في شرح قوله في المدونة في كتاب الوديعة: "ومن بيده وديعة أو قراض لرجل فقال رددت إليك ذلك فهو مصدق" ظاهره كان قبل المفاصلة أو بعد المفاصلة. قال في كتاب القراض: وإذا قال رددت إليك رأس مالك وما بيدي ربح الخ فهي [تقييد⁵⁸¹] بهذا. انتهى.

الثالث: لو ادعى العامل أنه لم يعمل بالمال فهل يكون القول قوله؟ الظاهر أن القول قوله، ويحلف على ذلك، ولم أر الآن فيه نصا. والله أعلم.

ص: باب إنما تصح مساقاة شجر ش: قال ابن عرفة: المساقاة عقد على [عمل مؤنة النبات⁵⁸²] بقدر لا من غير غلته لا بلفظ بيع أو إجارة أو جعل. فيدخل قولها: لا بأس بالمساقاة على أن كل الثمرة للعامل، ومساقاة البعل. انتهى. ويبطل طرده على قول ابن القاسم بالعقد عليها بلفظ عاملتك لأنها ليست بمساقاة عند ابن القاسم. قال بعد ذلك: الصيغة. ابن رشد: لا تنعقد إلا بلفظ المساقاة على قول ابن القاسم. انتهى.

ص: وإن بعلا ش: قال في التوضيح: قال مالك في المدونة وغيرها: تجوز المساقاة على شجر البعل، وكذلك ما يشرب بالسبيح لأنه قد يعجز عن الدواب والأجراء، قيل لمالك فزرع البعل كزرع أفريقية ومصر وهو لا يسقى؟ قال: إن احتاج من المؤنة إلى ما يحتاج إليه شجر البعل ويخاف هلاكه إن ترك جازت مساقاته، وإن كان لا مؤنة فيه إلا حفظه وحصاده ودراسته لم تجز، وتصير إجارة فاسدة، وليس زرع البعل كشجر البعل، وإنما تجوز مساقاة زرعه على الضرورة والخوف عليه. انتهى.

قلت: وقوله: "قيل فزرع البعل" الخ هو من كلامه في المدونة. قال ابن ناجي: معناه لا يشترط في شجر البعل خوف الهلاك كما يشترط في زرعه بل مجرد الحاجة. انتهى. والله أعلم.

ص: ذي ثمر ش: قال ابن غازي: أخرج به الشجر الذي لم يبلغ حد الإطعام كالودي، فإن مساقاته غير جائزة حسبما صرح به للخمى، وسيقول في المنوعات: "وشجر لم يبلغ خمس سنين وهو يبلغ [في⁵⁸³] [أثنائها⁵⁸⁴]. انتهى.

تنبيهه: فإن كان في الحائط ودي لم يبلغ حد الإطعام إلا أنه قليل فهل تجوز المساقاة في الحائط

581 - في المطبوع تقييد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 372 وم 130 ويحيى 177 ومايأبى 39 والشيخ 282.

582 - في المطبوع على مؤنة نمو النبات ومايأبى 39 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 372 ويحيى 177 والشيخ 282.

583 - ساقطة من المطبوع ويحيى 177 ومايأبى 39 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 372 والشيخ 282.

584 - في المطبوع أثنائها وما بين المعقوفين من الشيخ 282.

لَمْ يَحِلَّ بَيْعُهُ وَلَمْ يُخْلَفْ إِلَّا تَبَعًا.

متن الخطاب

373

جميعه ويكون تبعا؟ الذي يفهم من كلام الباجي في المنتقى الجواز، فيكون قول المصنف: "إلا تبعا" [راجعاً⁵⁸⁵] إلى المسائل الثلاث قبله، ونص/ الباجي عند قوله في الموطأ: "ولا يشترط على العامل ابتداء عمل جديد من بئر يحفرها أو غرس يغرسه فيأتي به من عنده" يعني أنه [لا⁵⁸⁶] يشترط على العامل غرسا يأتي به من عنده فيغرسه في أرضه أو حائطه فإن ذلك لا يجوز، ورواه ابن المواز عن مالك. قال محمد: إن كان يسيرا أجزت المساقاة وأبطلت الشرط، وإن كان له قدر لم تجز. قال مالك: ولو شرط العمل في ذلك فقط ويكون أصل الغرس من عند صاحب الحائط، فإن كان يسيرا لا تعظم فيه المؤنة فجائز، وإن كان كثيرا لم يجز، فإن وقع ذلك على الوجه الذي يجوز فقد روى ابن المواز عن مالك أنه أجبر له أجر مثله. قال عيسى: إن كان العمل الكثير دون الأصل يرد إلى مساقاة مثله، وإن كان الودي من العامل رد إلى إجارة مثله وله قيمة غرسه مقلوعا. انتهى. وقوله: "على الوجه الذي يجوز" كذا في النسخة التي نقلت منها، والظاهر أنه سقط منه لا كما يدل عليه بقية كلامه فتأمله، فصواب العبارة أن يقول على الوجه الذي لا يجوز، ونقله ابن عبد السلام والمصنف في التوضيح. والله أعلم. وقال في رسم كتب عليه [ذكر⁵⁸⁷] حق: ولا بأس أن يشترط على العامل أن يسقي الجداول إذا كانت يسيرة. قال ابن رشد: هو من العمل اليسير الذي جوزوا اشتراطه.

ص: لم يحل بيعه ش: احترازا مما إذا حل بيعه كما إذا أزهى بعض الحائط فلا تجوز مساقاته. قال في المدونة: وإذا أزهى بعض الحائط لم تجز مساقاة جميعه لجواز بيعه. انتهى. قال ابن ناجي: تسامح في قوله: "لم تجز مساقاة جميعه" وإنما أراد لم تجز مساقاة شيء منه إذ لا ضرر على ربه في ذلك لجواز بيعه وهذا هو المشهور، وقال سحنون تجوز مساقاته. انتهى.

قلت: وكذلك ينبغي أن لا تجوز المساقاة إذا أزهى ما يجاوره من الحوائط على ما تقدم في بيع الثمار. تنبيه: فإذا عمل رب الحائط في حائطه مدة ثم ساقاه قبل أن يثمر أو بعد أن أثمر ولم يحل بيع الثمرة جاز ذلك، بشرط أن لا يرجع بأجرة ما سقى ولا بشيء منه. قاله في رسم مسائل البيوع من سماع أشهب من كتاب المساقاة. قال ابن رشد: فإن ساقاه بعد أن أسقى أشهراً على أن يتبعه بما سقى فإنه يرد إلى أجرة مثله. انتهى.

ص: ولم يخلف به مما يخلف كالقبول والقضب بالضاد المعجمة والموز والقرط بالطاء المهملة. قاله في المدونة. قال اللخمي: والكراث وكل ما ليس بشجر وإذا جز أخلف فلا تجوز مساقاته وإن عجز عنه ربه. قاله في المدونة. والفرق بين البصل والكراث أن البصل جرت العادة فيه أنه إنما يجذ بأصوله، بخلاف الكراث فإنه يجز وتبقى أصوله في الأرض.

ص: إلا تبعا ش: هو راجع إلى المسائل الثلاث التي قبله كما ذكرنا عن الباجي قبل، وليس خاصا بالمسألتين قبله كما قال ابن غازي.

الحديث

585 - في المطبوع راجع وما بين المعقوفين من م130.

586 * - ساقطة من المطبوع وم130 ويحيى167 والشيخ282 وما بين المعقوفين من ماياي40.

587 * - ساقطة من المطبوع وم131 وماياي40 والشيخ282 وما بين المعقوفين من يحيى167.

نص خليل
بجزء قل أو أكثر شاع وعلم.متن الخطاب
تنبيهه: وإذا كان ما يخلف تبعاً فلا يجوز اشتراطه لرب المال ولا إلغاؤه للعامل. قاله في رسم سن من سماع ابن القاسم.ص: بجزء قل أو أكثر ش: لا مفهوم لقوله: "بجزء" وإنما نبه به على أنه لا تجوز المساقاة بكيل مسمى من الثمرة، ولم يرد أنه لا بد أن يكون المأخوذ جزءاً من الثمرة بل تجوز المساقاة على أن تكون الثمرة جميعها للعامل. قاله في المدونة وغيرها. قال ابن ناجي: وظهرها أنها مساقاة حقيقة، ويجبر العامل [على العمل⁵⁸⁸] أو يستأجر من يعمل إلا أن يقوم دليل على أنه أراد الهبة لقلّة المؤنة وكثرة الخراج. قال اللخمي: وهو مقتضى ما رواه ابن/ حبيب، وقال التونسي هي كالهبة وإن انتفع ربها بسقي أصوله، ولو مات قبل الحوز بطلت. انتهى.

374

قلت: قال اللخمي متمماً للكلام الأول: ومتى أشكل الأمر حملاً على المعاوضة لقوله أساقيك، ورب الحائط أعلم بمنافعه ومصالحة ماله. انتهى. ونقله أبو الحسن، وقال في المقدمات: وتجوز المساقاة على أن تكون الثمرة كلها للعامل بعمله، وقد قيل فيه إنه منحة فيفتقر إلى الحيابة ويبطل بالموت، وهو بعيد. انتهى.

قلت: وأما عكس هذا فظاهر جوازه وهو أن تكون الثمرة كلها لرب المال لأن العامل هنا متبرع بعمله. تنبيهه: يشترط في الجزء المأخوذ أن لا يكون مختلفاً، فلو كان في الحائط أصناف من الثمرة وشرط أن يأخذ من صنف منها النصف ومن صنف منها الثلث لم يجز، وكذلك لو كان فيه أنواع من الثمار فساقاه في نوع من الثمار منها بالنصف وفي نوع بالثلث لم يجز. قال ابن عرفة: والحائط مختلف نوع [شجره⁵⁸⁹] [مختلطاً⁵⁹⁰] كمتحد. اللخمي: واختلاف ثمرته بالجودة والرداءة كتساويها، وتعدد الحوائط وثمرها سواء في الجودة والرداءة والعمل أو تقارب كواحد. انتهى.[فرع: ⁵⁹¹] وقع في الموطأ¹ وغيره في حديث خبير أنه صلى الله عليه وسلم كان يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص عليهم، ثم يقول لهم: إن شئتم فلکم وإن شئتم فلنا بخرصها ونؤدي إليكم نصفها. هكذا ذكره في المقدمات، وفي الموطأ نحوه. قال الباجي: قال ابن مزين: سألت عيسى عن فعل عبد الله أيجوز ذلك للمساقين والشريكين؟ فقال: لا يعمل [ذلك،⁵⁹²] ولا يصلح اقتسامه إلا كيلاً إلا أن تختلف حاجتهما إليه فيقتسمانه بالخرص. قال الباجي: وهذا الذي حمل عيسى الحديث عليه، وأنه كان يسلم إليهم جميع الثمرة ليضمنوا حصة المسلمين منها لا يجوز؛ لأنه يبيع التمر بالتمر بالخرص في غير العرايا، فلذلك تأول الحديث على أن الخرص للقسمة خاصة، وإذا حمل الحديث على أنه إنما كان الخرص للزكاة سلم مما جاء به وأنكره، وهو محتمل لذلك، ويكون قوله: "إن شئتم فلکم وإن شئتم فلنا" على سبيل التحقيق لصحة خرصه. انتهى بالمعنى. وخرص الحائط للقسمة إنما

الحديث

1 - عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليهود خبير يوم افتتح خبير أقرمكم فيها ما أقرمكم الله عز وجل على أن الثمر بيننا وبينكم قال فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص بينه وبينهم ثم يقول إن شئتم فلکم وإن شئتم فلي فكانوا يأخذونه، موطأ مالك بتتوير الحوالمك، مركز هجرة 2005، رقم الحديث 1412.

588 - ساقطة من المطبوع وقد وردت في م 131 ومايأبى 40.

589 - في المطبوع شجرة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 374.

590 - في المطبوع مختلط والشيخ 283 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 374 ويحيى 178 ومايأبى 41.

591 - * في م 131 وسيد 60 ويحيى 168 ومايأبى 42 فائدة.

592 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 374 ويحيى 178 والشيخ 283 ومايأبى 41.

نص خليل بساقيتُ لا نَقْصَ مَنْ فِي الْحَائِطِ.

متن الخطاب

يجوز إذا كان للأكل بشروط تقدمت في باب القسمة، وقال في المقدمات: جاء في بعض الآثار تضمين اليهود نصيب المسلمين، وفي بعضها تخييرهم من غير ذكر ضمان، فأما تخييرهم في أخذهم الثمرة في رؤوس النخل بما فيه خرص عليهم من الثمرة يؤدونه عند الجداد من غير تضمين فليس بضيق، وقد أجازته جماعة من أهل العلم، وهو على قياس ما قاله مالك في الخرص بسبب الزكاة، وأما تخييرهم في التزامهم ذلك مضمونا عليهم فهو من المزبنة ولا يكون إلا مفسوخا، وقد ذكر عن بعض أهل العلم إجازته وهو بعيد. انتهى.

فرع: قال في المدونة: وليس للعامل أن يعري من الحائط إذ ليست له نخلة معينة، إلا أن يعري حصة من نخلات معينة فيجوز. قال أبو الحسن: أو يعري جميع حظه من الحائط. قال: فإن أعرى شيئا بعينه فإنه يمضي نصيبه للمعري، ويرجع نصيب رب الحائط، وليس للمعري أن يقول اجمعوا حظي في هذه النخلات؛ لأنه إنما أعرأه شيئا بعينه فاستحق فلا يلزم خلفه. انتهى. وقاله اللخمي وزاد: وكذلك لو أعرى رب الحائط جميع حظه أو بعضه أو شيئا بعينه.

ص: بساقيت ش: قال في المقدمات: والمساقاة أصل في نفسها، فلا تنعقد إلا بلفظ المساقاة على مذهب ابن القاسم، فلو قال رجل استأجرتك على عمل حائطي هذا بنصف ثمرته لم يجز على مذهبه، كما لا تجوز الإجارة عنده بلفظ المساقاة وذلك بين من قوله في الكتاب إذا ساقاه في ثمرة قد طاب بعضها أن ذلك لا يجوز، بخلاف قول سحنون فإنه يجيزها ويجعلها إجارة، ولمالك في كتاب ابن المواز مثله وكلام ابن القاسم أصح. انتهى.

قلت: وعلى قول سحنون اقتصر ابن شاس وابن الحاجب. قال ابن الحاجب: الصيغة مثل ساقيتك أو عاملتك على كذا فيقول قبلت وما في معناها من قول أو فعل. انتهى.

375

ص: ولا نقص من في الحائط ش: يعني أنه يشترط في صحة المساقاة أن لا يخرج رب الحائط ما كان في الحائط من عبيد ودواب وأجراء وآلة يوم عقد المساقاة، فإن شرط ذلك فسدت المساقاة. قال في المدونة: وما كان في الحائط يوم عقد المساقاة من رقيق ودواب لربه فللعامل اشتراطهم، ولا ينبغي لرب الحائط أن يساقيه على أن ينزع ذلك منه فيصير كزيادة شرطها إلا أن يكون قد نزعهم قبل ذلك. ثم قال فيها: ولو شرط رب المال إخراج رقيقه ودوابه منه لم يجز، فإن نزل ذلك منه فللعامل أجرة مثله، والثمرة لربه. انتهى. قال أبو الحسن: قوله: "لا ينبغي" معناها المنع يدل عليه التعليل، وقوله: "إلا أن يكون قد نزعهم" استثناء منقطع. انتهى. وقال ابن ناجي: قوله: لا ينبغي على التحريم للتعليل، وصرح بذلك عبد الحق. انتهى.

قلت: وآخر كلام المدونة صريح في أن ذلك على التحريم لأنه جعل ذلك مما تفسد المساقاة به، وقال ابن نافع ويحيى وإذا كان في الحائط رقيق لا يدخلون إلا بشرط، ووجه الأول أنه صلى الله عليه وسلم لما ساقى أهل خيبر لم يخرج شيئا مما في الحوائط. قاله في التوضيح.

تنبيهه: [قوله⁵⁹³] في المدونة: "إلا أن يكون قد نزعهم قبل ذلك" لفظه في الأم: قلت: إن لم يشترطهم العامل وأراد المالك إخراجهم قال: قال مالك أما عند معاملته واشترطه فلا ينبغي إخراجهم

الحديث

نص خليل وَلَا تَجْدِيدٍ وَلَا زِيَادَةَ لِأَحَدِهِمَا وَعَمِلَ الْعَامِلُ جَمِيعَ مَا يُفْتَقَرُ إِلَيْهِ عُرْفًا.

متن الخطاب وإن كان إخراجهم قبل ذلك فلا بأس. هكذا نقله ابن عرفة، وقال: انظر قولها: "وإن كان إخراجهم قبل ذلك فلا بأس" هل هو مطلقاً لأجل أنه مختلف فيه، أو ما لم يكن ذلك لقصد إخراجهم من المساقاة كمن أراد طلاق زوجته فأخرجها من مسكنها لكي تعتد [بغيره؟] وقال⁵⁹⁴ أبو حفص العطار: إن أراد أن يساقى حائطه فأخرجهم ثم أقبل يسوم به فلا بأس، إنما الذي لا يجوز أن يخرجهم عند إرادة عقدها مع من تكلم معه فيه. انتهى.

قلت: ما قاله أبو حفص هو الذي يفهم من كلام المدونة. فرع: وليس للعامل أن يعمل بعمال رب المال ودوابه في غير الحائط المساقى عليه، ولا يجوز له أن يشترط ذلك. قاله في الموطأ. قال الباجي: لا يجوز للعامل أن يعمل بهم في غير الحائط المساقى عليه، سواء كان يعمل بهم في حوائط يملكها أو حوائط ساقى عليها من أجنبي، أو عمل فيها بأجر، وأما رقيقه وعماله فله أن يستعملهم حيث شاء ويستبدل بهم كيف شاء؛ لأنه إنما عليه العمل في الحائط، فإن اشترط ذلك على رب الحائط فسدت المساقاة لأنها زيادة اشترطها، فإن فاتت بالعمل فقياس قول ابن القاسم أن يرد إلى إجارة مثلهم، وإن عمل بهم من غير شرط منع من ذلك، ولا يفسد العقد بذلك. انتهى بالمعنى.

قلت: إلا أن يكون ذلك بإذن رب المال فيجوز. والله أعلم. ص: ولا تجديده: يعني أنه يشترط أيضاً في صحة المساقاة أن لا يشترط العامل على رب الحائط أن يجدد فيه دواب وأجراء لم [تكن⁵⁹⁵] فيه حين العقد، فإن شرط ذلك فسدت المساقاة؛ يريد إلا أن يكون ذلك يسيراً كاشتراط دابة أو غلام في الحائط الكبير فإن ذلك جائز بلا خلاف كما سيذكره المصنف في الجائزات، فإطلاقه هنا مقيد بما سيأتي. قال في المدونة: وما لم يكن في الحائط يوم العقد فلا ينبغي أن يشترطه العامل على رب الحائط إلا ما قل كغلام أو دابة [في⁵⁹⁶] حائط كبير، ولا يجوز ذلك في صغير ورب حائط تكفيه دابة واحدة لصغره فيصير هذا يشترط جميع العمل على ربه، وإنما يجوز اشتراط ما قل فيما كثر، ولا يجوز للعامل أن يشترط على رب المال دواب أو رقيقاً ليسوا في الحائط. قال أبو الحسن: قوله: لا ينبغي معناه لا يجوز، وقال ابن ناجي: لا ينبغي على التحريم يدل عليه ما بعده، [وأصح⁵⁹⁷] منه قوله: ولا يجوز، وهذا هو المشهور، وقال ابن نافع: لا بأس أن يشترط من الرقيق ما ليس فيه. قال اللخمي: وهو أقيس. انتهى.

ص: وعمل العامل جميع ما يفتقر إليه عرفاش: كذا في أكثر النسخ عمل بصيغة الفعل الماضي من العمل والعامل/ فاعله وجميع مفعوله، وفي بعض النسخ بجر العامل بعلی الجارة ورفع [جميع⁵⁹⁸]

376

الحديث

594 - في المطبوع ومال وما بين المعقوفين من ن عدود ص 375 ويحيى 178 والشيخ 284 ومايأبى 42.

595 * - في المطبوع وم 136 يكن وما بين المعقوفين من سيد 60 ويحيى 169 ومايأبى 42 والشيخ 284.

596 * - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من م 132 ويحيى 169 ومايأبى 42 والشيخ 284 وسيد 60.

597 * - في المطبوع وأخرج وما بين المعقوفين من م 132 ويحيى 169 ومايأبى 42 والشيخ 284 وسيد 60.

598 * - في المطبوع جمع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 376.

كِبَارٍ وَتَنْقِيَّةٍ وَدَوَابٍّ وَأَجْرَاءٍ وَأَنْفَقَ وَكَسَا.

نص خليل

متن الخطاب
على أنه مبتدأ تقدم خبره، والمعنى واحد، غير أن على أيبين في الدلالة على اللزوم. قال في المدونة:
ووجه العمل في المساقاة أن جميع العمل والنفقة وجميع المؤنة على العامل وإن لم يشترط ذلك عليه.
انتهى. يريد جميع [العمل⁵⁹⁹] الذي تفتقر إليه الثمرة [وينقطع⁶⁰⁰] بانقطاعها أو يبقى منه بعدها
الشيء اليسير. قال في المقدمات: عمل الحائض إن لم يتعلق بإصلاح الثمرة لم يلزم العامل، ولا يصح أن
يشترط عليه منه إلا اليسير يعني كسد الحظيرة وإصلاح الضفيرة. قال: وإن تعلق بإصلاح الثمرة وكان
ينقطع بانقطاعها أو يبقى بعدها الشيء اليسير فهذا [الذي⁶⁰¹] يلزم المساقى، وذلك كالحفر والسقي
وزبر الكروم وتقليم الشجر والتسريب والتسديد [وإصلاح⁶⁰²] مواضع السقي والتذكير والجداد وما
أشبه ذلك. قال: وإن كان يتأبد ويبقى بعد الثمرة كإنشاء حفر بئر أو إنشاء ضفيرة أو إنشاء غراس أو
بناء بيت تجنى فيه الثمرة كالجرين وما أشبه ذلك فلا يلزم العامل، ولا يجوز اشتراط ذلك عليه عند
المساقاة. انتهى.

ص: كإبار ش: قال في الصحاح: وتأبير النخل تلقيحه، يقال نخلة مؤبرة مثل مأبورة، والاسم منه
الإبار على وزن الإزار. انتهى. ولم يذكر الفاكهاني في شرح الرسالة غير هذا، والجاري على الألسنة
الإبار بالتشديد وهو جائز، قال الزمخشري في قوله تعالى: ﴿وَكَذَبُوا بآيَاتِنَا كَذَابًا﴾: فعال في باب
فعل فاش [في⁶⁰³] كلام [فصحاء⁶⁰⁴] من العرب لا يقولون غيره، وسمعتني بعضهم أفسر آية فقال لقد
فسرتها فساراً ما سمع بمثله، وقال غير الزمخشري هي لغة لبعض العرب يمانية. والله أعلم. وقال
أبو الحسن: التلقيح والتذكير والإبار ألفاظ مترادفة. قال في المدونة: ولا بأس باشتراط التلقيح على رب
المال، فإن لم يشترط فهو على العامل. وقال بعده: وإنما يجوز لرب المال أن يشترط على العامل ما
تقل مؤنته، وذكر أشياء منها إبار النخل وهو تذكيرها. انتهى. قال اللخمي: اختلف قول مالك في
الإبار فجعله مرة على رب الحائض، ومرة على العامل، فتأول بعضهم ذلك على أن على رب الحائض
الشيء الذي يلحق به، وعلى العامل العمل. قال اللخمي: وليس بالبين. انتهى. قال في التوضيح بعد
أن ذكر القولين: حمله بعضهم على الخلاف.

قلت: الذي يظهر من المدونة أنه على العامل إلا أن يشترطه على رب المال، وكلامه الأخير لا
يعارض الأول، ولذلك - والله أعلم - أطلق المصنف فيه.

ص: وأنفق وكسا ش: يعني أن العامل يلزمه أن ينفق على الدواب والأجراء وأن يكسوهم، سواء

الحديث

599 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 376 ويحيى 179 والشيخ 285 ومايأبى 42.

600 - في المطبوع ويقطع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 376 ويحيى 169 ومايأبى 42 والشيخ 284 وسيد 60.

601 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 376 ويحيى 179 والشيخ 285 ومايأبى 42.

602 - * في المطبوع وصلاح وما بين المعقوفين من م 132 ويحيى 169 ومايأبى 43 وسيد 60 والشيخ 285.

603 - * في المطبوع من وما بين المعقوفين من سيد 60 وم 132 ويحيى 169 ومايأبى 43 والشيخ 285.

604 - * في المطبوع وم 132 فصاح وما بين المعقوفين من سيد 60 والشيخ 285 وهو الذي في مطبوعة الكشاف ج 4

نص خليل
لَا أَجْرَةَ مَنْ كَانَ فِيهِ أَوْ خَلْفٌ مِنْ مَاتَ أَوْ مَرِضَ كَمَا رَثَ عَلَى الْأَصْحِ.

متن الخطاب [كانوا⁶⁰⁵] له أو لرب الحائط، وهذا مذهب المدونة. قال فيها: وعليه نفقة نفسه ونفقة دواب الحائط من رقيقه كانوا له أو لرب الحائط، ولا يجوز أن يشترط نفقتهم أو نفقة العامل نفسه على رب الحائط. قال ربيعة: ولا تكون بينهما [ولا يكون شيء⁶⁰⁶] من النفقة في ثمر الحائط. قال أبو الحسن: قول ربيعة تفسير وقال اللخمي في مختصر ما ليس في المختصر إن نفقة دواب رب الحائط عليه.

ص: لا أجره من كان فيه ش: يعني أن حكم الأجرة مخالف لحكم النفقة والكسوة، فإنه إنما يلزم العامل أجره من/ استأجره هو، وأما من كان في الحائط عند عقد المساقاة فأجرته على ربه. قال في التوضيح: هكذا قال في الواضحة، وقيد اللخمي بما إذا كان الكراء وجيبة. قال: وإن كان الكراء غير وجيبة فحكمه حكم ما لا أجراه فيه، وخالف في ذلك الباجي، ورأى أن ذلك على ربه، ولو كان غير وجيبة قال: وهذا إذا كان مستأجرا لجميع العام، وإن كان مستأجرا لبعضه فلم أر الآن في ذلك نصا، وعندى أن عليه أن يستأجر من يتم العمل لأنه لو مات للزمه ذلك، فكذا إذا انقضت مدة إجارته. [اهـ.⁶⁰⁷] وما ذكره عن الواضحة هو ظاهر المدونة؛ لقوله فيها: وأما ما كان في الحائط يوم التعاقد من دواب ورقيق فخلف من مات منهم على رب الحائط وإن لم يشترط العامل ذلك [عليه: ⁶⁰⁸] إذ عليهم عمل العامل، ولو شرط خلفهم على العامل لم يجز. انتهى. وليس في المدونة التصريح بأن الأجرة على رب الحائط كما قال الشارح، وأما كلام اللخمي فمخالف لظاهر المدونة لأنه إذا كان عليه خلف من مات من الأجراء فذلك يقتضي أن الأجرة عليه، سواء كانت وجيبة أو غير وجيبة، وكذلك إذا انقضت [الاجارة⁶⁰⁹] في بعض العام فظاهر المدونة أنه يلزمه إتمام الأجرة في بقية السنة أو استئجار شخص آخر خلفه. قال ابن ناجي في شرح المدونة: ذكر الموت في الكتاب طردي لقول اللخمي الإباق والتلف في أول العمل كالموت. انتهى.

قلت: وقال اللخمي أيضا: لو أراد رب الحائط أن يخرج من فيه ويأتي بمن يعمل عملهم لم يكن للعامل في ذلك مقال. والله أعلم.

ص: كما رث على الأصح ش: يعني أن ما كان في الحائط من حبال أو أدلية وآلات من حديد ونحو ذلك يوم عقد المساقاة فإنه يكون للعامل، ولا يجوز لرب الحائط إخراجه كما تقدم، وما لم يكن في الحائط فعلى العامل الإتيان به، فإذا رث ما كان في الحائط من الآلات أي بلي فهل يجب على رب المال خلفه، أو لا يلزم ربه خلفه ويكون خلفه على العامل؟ ذكر الباجي في ذلك قولين. قال: وكونه على العامل أظهر؛ لأنه إنما دخل على أن ينتفع به حتى تهلك عينه، وأمد انتهائها معلوم، بخلاف

الحديث

⁶⁰⁵ * - في المطبوع وم 132 كان وما بين المعقوفين من سيد 60 ويحيى 169 وما يابى 43 والشيخ 285.

⁶⁰⁶ - في المطبوع ولا شيء يكون من النفقة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 376 والشيخ 285 وما يابى 43.

⁶⁰⁷ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 377 ويحيى 179 والشيخ 285 وما يابى 43.

⁶⁰⁸ * - في المطبوع وم 132 ويحيى 169 وما يابى 43 والشيخ 285 وسيد 60 عليهم وما بين المعقوفين من التهذيب ج 3

ص 411.

⁶⁰⁹ * - في المطبوع الأجرة وما بين المعقوفين من ما يابى 93 ويحيى 179 والشيخ 285 وم 132 وسيد 60.

نص خليل
كَزْرَعٍ وَقَصَبٍ وَبَصَلٍ وَمَقْتَاةٍ إِنْ عَجَزَ رَبُّهُ وَخِيفَ مَوْتُهُ وَبَرَزَ وَلَمْ يَبْدُ صِلَاحُهُ وَهَلْ كَذَلِكَ الْوَرْدُ وَنَحْوُهُ
وَالْقَطْنُ أَوْ كَالْأُولِ وَعَلَيْهِ الْأَكْثَرُ تَأْوِيلَانِ وَأَقْتَتُ بِالْجَدَادِ.

متن الخطاب
العبد والدابة فإنه لا يعلم أمد ذلك، وجزم للخصمي بأن خلف ذلك على العامل، ولم يحك فيه خلافاً،
إذا علم ذلك فقول المصنف: "كما رث" إن كان بكاف التشبيه كما هو في غالب النسخ، فكان من حقه
أن يذكر قبل قوله: "لا أجرة من كان فيه" كما قال ابن غازي لأنه مشبه بما هو على العامل، وإن
كان بلا النافية فهو مخرج من المنفي [قبله؛⁶¹⁰] أي ليس على العامل خلف من مات أو مرض ممن
كان فيه وعليه خلف ما رث.

فرع: فلو سرق ما كان في الحائط من الأثاث كان على رب الحائط إخلافها اتفاقاً. قاله في التوضيح.
فإذا أخلفها ربه انتفع به العامل قدر ما كان ينتهي إليه المسروق ثم يختلف فيه حينئذ، فمن قال إذا
بلي يلزم ربه خلفه قال يستمر العامل على الانتفاع به، ومن قال الخلف على العامل قال لربه أن
يأخذه. والله أعلم.

ص: كزرع وقصب وبصل ومقتاة ش: تقدم الكلام على مساقاة زرع البعل أول الباب، والمقتاة بالثاء
المثلثة قبل الألف/ والطاء الفوقية بعدها.

378

ص: أو كالأول وعليه الأكثر ش: كلامه في المدونة كالصريح في هذا، ونصه: ولا بأس بمساقاة الورد
والياسمين والقطن، وأما المقائيء والبصل وقصب السكر فكالزراع تساقى إن عجز ربه. انتهى. قال في
التوضيح: وقول من حمل المدونة على الجواز مطلقاً أظهر. انتهى. وقال في المقدمات: لا ينبغي أن
يختلف أن المساقاة في الياسمين والورد جائزة على مذهب مالك وإن لم يعجز صاحبها عن عملها.
انتهى. وأما القطن فاستبعد ابن رشد [الجواز⁶¹¹] فيه على الإطلاق، وذكر في التوضيح عن ابن يونس
أنه أشار إلى أن الخلاف في القطن ينبغي أن يكون خلافاً في حال، ففي بعض البلاد يكون شجرة
كالأصول الثابتة تجنى سنين، وفي بعضها [يكون⁶¹²] كالزراع يساقى إن عجز ربه. انتهى. قال في
التوضيح: ليس له أصل ثابت، وهذا ظاهر فليتأمل. والله أعلم.

ص: وأقتت بالجداد ش: يعني أن الشأن في المساقاة أن تؤقت بالجداد، ولم يبين رحمه الله هل
التوقيت بذلك شرط في صحة المساقاة، أو ليس بشرط؟ والذي يقتضيه كلامه في المدونة أن ذلك ليس
بشرط قال فيها: والشأن في المساقاة إلى الجداد ولا يجوز شهراً ولا سنة محدودة وهي إلى الجداد إذا
لم يؤجلا. انتهى. وقال ابن عبد السلام في قول ابن الحاجب: ويشترط تأقيتها وأقله إلى الجداد وإن
أطلق حمل عليه اشتراط الأجل مع الحكم بصحة عقد المساقاة المطلقة بعد، فإن قلت مراده أن وجود
الجهالة في العقد يفسده وهو أمر زائد على إطلاق العقد. قلت: فعلى هذا تكون الجهالة مانعة من
الصحة؛ لأن التأقيت شرط في الصحة انتهى. وقال أبو الحسن: قوله: ولا تجوز شهراً ولا سنة

الحديث

610 - في المطبوع قوله وما بين المعقوفين من م 132 وسيد 60 ويحيى 169 ومايaby 44 والشيخ 286.
611 - في المطبوع الخلاف وما بين المعقوفين من ن عدود ص 378 ويحيى 180 والشيخ 286 ومايaby 44.
612 - في المطبوع تكون وما بين المعقوفين من م 133 وسيد 60 ومايaby 44 ويحيى 170 والشيخ 286.

نص خليل وَحُمِلَتْ عَلَى الْأُولِ إِنْ لَمْ يُشْتَرَطْ ثَانٍ وَكَبَيَّاضٍ نَخْلٍ أَوْ زَرْعٍ إِنْ وَافَقَ الْجُزْءُ وَبَدَّرَهُ الْعَامِلُ وَكَانَ ثُلُثًا يَأْسِقَاتٍ كُلْفَةَ الثَّمَرَةِ وَإِلَّا فَسَدَ.

متن الحطاب محدودة ظاهره كان الأجل ينقضي قبل الجداد أو بعده فهذا لا يجوز؛ لأنه إن كان لا ينقضي إلا بعد الجذاذ [فهو زيادة⁶¹³] اشترطها العامل على رب الحائط؛ لأن رب الحائط يعمل في نصيبه فلماذا قال لا تجوز شهرا ولا سنة محدودة. انتهى. وقال ابن رشد في سماع أشهب: مسألة: وسألته عن الذي ساقى ثلاث سنين أليس ذلك من جذاذ إلى جذاذ؟ قال بلى. قال ابن رشد: هذا مما لا اختلاف فيه أعلمه لأن السنين في المساقاة إنما هي بالأجدة لا بالأهلة، بخلاف القبالات التي إنما هي بالأهلة لا بالأجدة، فإن ساقاه السنين واشترط أحدهما على صاحبه الخروج قبل الجذاذ أو بعده رد في ذلك إلى مساقاة مثله. انتهى. وقال اللخمي: المساقاة إلى السنيتين والثلاث على وجهين إن أريد انقضاء السقي بانقضاء الثمرة التي تكون في تلك السنين جاز، وإن كان القصد التمادي بالعمل إلى انقضاء شهور تلك السنة وإن جدت الثمرة لم تجز، وكان العامل في السنين الأولى على مساقاة مثله، وفي العام الأخير من حين تجد الثمرة إلى آخر ذلك العام على إجارة مثله. انتهى.

قلت: فتحصل من هذا أن المطلوب في المساقاة أن تؤقت بالجذاذ، سواء عقداها لعام واحد أو لسنين متعددة، فإن عقداها وأطلقا حملت على الجذاذ وعلى أنها لعام واحد، وإن عقداها لسنة أو لسنيتين وأطلقا حملت أيضا على الأجدة، وإن أراد التحديد [بانقضاء السنة⁶¹⁴] العربية أو السنين العربية لم يجز، وتفسد المساقاة بذلك، وسيأتي شيء من هذا عند قول المصنف: "وسنين".

ص: وحملت على أول [إن⁶¹⁵] لم يشترط ثان ش: فإن اشترط الثاني جاز. قال في المدونة: وإن كانت تطعم في العام مرتين فهي إلى الجداد الأول حتى يشترط الثاني. ثم قال في آخر الكتاب: ولا بأس بمساقاة نخل يطعم في السنة مرتين، كما تجوز مساقاة عامين، وليس ذلك مثل ما ذكره هنا من مساقاة القضب؛ لأن القضب يحل بيعه وبيع ما يأتي بعده، والشجر لا يباع ثمارها قبل أن تزهي. انتهى. يعني أن النخل والشجر وإن كان يطعم في السنة مرتين فليس هو كالقضب الذي يخلف لما ذكره، والقضب بالضاد المعجمة. والله أعلم.

ص: وكبَيَّاضٍ نَخْلٍ أَوْ زَرْعٍ ش: / قال في التوضيح: البياض عبارة عن الأرض الخالية عن الشجر، وسواء كان البياض بين أضعاف السواد أو منفردا عن الشجر. قاله ابن المواز. انتهى. ولو قال المصنف وكبَيَّاضٍ شَجَرٍ لَكَانَ أَشْمَلًا، ومراده أنه يجوز إدخال البياض الكائن مع الشجر أو مع الزرع في مساقاة الشجر وفي مساقاة الزرع بالشروط المذكورة. والله أعلم.

ص: وبذرهِ الْعَامِلُ ش: فإن دخلا على أن البذر من عند رب الحائط أو منهما جميعا لم يجز. قاله في المدونة. وبقي شرط رابع، وهو أن يكون حرثه والعمل فيه على العامل. قال في المدونة: ولا يجوز

379

الحديث

613 - في المطبوع ويحیی 180 وم 133 وسید 60 فهي وما بین المعقوفین من ن عدود ص 378 والشیخ 286 وما یابی 44.

614 - في المطبوع بالسنة وما بین المعقوفین من ن ذي ص 378 ويحیی 180 والشیخ 286 وما یابی 45.

615 - ساقطة من المطبوع وما بین المعقوفین من ن عدود ص 378 ويحیی 180 والشیخ 286 وما یابی 45.

نص خليل كَاشْتِرَاطِهِ رَبُّهُ وَالْغِيَّ لِلْعَامِلِ إِنْ سَكَّنَا عَنْهُ أَوْ اشْتَرَطَهُ وَدَخَلَ شَجْرٌ تَبِعَ زَرْعًا وَجَازَ زَرْعٌ وَشَجَرٌ وَإِنْ غَيْرَ تَبِعَ وَحَوَائِطُ وَإِنْ اخْتَلَفَتْ بَعْزُهُ إِلَّا فِي صَفَقَاتٍ وَغَائِبٍ إِنْ وُصِفَ وَوَصَلَهُ قَبْلَ طَيِّبِهِ.

متن الخطاب أن يشترط فيه نصف البذر على رب الحائط أو حرث البياض فقط وإن جعل الزرع بينهما، وإن كان على أن يزرعه العامل من عنده ويعمله وما أنبت بينهما فجاز. انتهى.
ص: [كاشترط ربه⁶¹⁶] ش: هذا إذا كان العامل يسقيه أو يبذره أو يعمل فيه. قال في المدونة: وكذلك إن كان يناله سقي العامل. قاله في الموطن. قال ابن حبيب: وإن كان بعلا [أو⁶¹⁷] كان لا يسقى بماء الحائط فجاز. قال في التوضيح: وهذا ينبغي أن يكون تقييدا لما في الموطن. انتهى.
قلت: وسياق كلام أبي الحسن يقتضي أنه تقييد، ولا فرق في ذلك بين كون البياض كثيرا أو يسيرا. والله أعلم.

ص: وَالْغِيَّ لِلْعَامِلِ إِنْ سَكَّنَا عَنْهُ ش: يعني أن المتعاقدين إذا سكتا عن البياض حين عقد المساقاة فلم يشترطه، ولا اشترطه رب المال فإنه يكون للعامل؛ يريد إذا كان يسيرا؛ لأن الكلام فيه.
ص: أو اشترطه ش: يعني أن العامل إذا اشترط البياض لنفسه فإن ذلك جائز؛ يريد إذا كان يسيرا كما تقدم، وهذا لا خلاف فيه، ونص في المدونة وغيرها على أن إلغاء البياض للعامل هو المطلوب، ولفظ المدونة: قال مالك: وأحب إلي أن يلغى البياض فيكون للعامل وهذا أصله. قال عبد الحق: فإن اعترض معترض وقال: أليس قد ساقى عليه الصلاة والسلام أهل خيبر على شطر ما أخرجت من تمر أو حب¹؟ فلم استحبه مالك إلغاء البياض ولم يستحب ما في الحديث من كونه بينهما؟
فالجواب: أنه جاء في حديث آخر أنه ترك لهم بياض النخل¹، فاستحب مالك هذا إذا كان في كون البياض بينهما كراء الأرض بما يخرج منها. والله أعلم.

فرع: فلو اشترط العامل البياض اليسير وزرعه ثم أجيحت الثمرة قال مالك في سماع سحنون: عليه كراء البياض. قال ابن رشد: ومعنى ذلك أن العامل لما أجيحت الثمرة أبقى أن يتمادى على عمل الحائط إلى آخر ما يلزمه من سقائه، ولو تمادى على ذلك لم يكن عليه في البياض كراء. قال: ويبين ذلك قول مالك في كتاب ابن سحنون: وكذلك لو عجز العامل عن الأصل كان عليه البياض بكراء مثله. فشبّه المسألة الأولى بعجز العامل عن العمل. انتهى بالمعنى. والله أعلم.

ص: وَغَائِبٍ إِنْ وُصِفَ وَوَصَلَهُ قَبْلَ طَيِّبِهِ ش: يعني أنه تجوز المساقاة على الحائط ولو كان غائبا، وظاهره سواء كان قريب الغيبة أو بعيدها، وهو كذلك إذا حصل الشرطان المذكوران الأول أن يوصف للعامل، والمراد بالوصف أن يذكر جميع ما يحتاج إليه من العمل فيذكر ما فيه من الرقيق والدواب، أو لا شيء فيه، وهل هو بعل، أو [يسقى⁶¹⁸] بالعين أو بالغرب وتوصف أرضه وما هي عليه من الصلابة أو غيرها ويذكر ما فيه من أجناس الأشجار وعددها والقدر المعتاد مما يوجد فيها؟ أشار إلى

الحديث 1- عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج منها من ثمر أو زرع، مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، رقم الحديث 1551، والبخاري في صحيحه، كتاب الحرث والمزارعة، رقم الحديث 2329.

616 - في المطبوع يرد به وما بين المعقوفين من ن عدود ص 379 ويحيى 180 والشيخ 287 وما يابى 45.

617 - في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من م 133 وسيد 60 وما يابى 45 ويحيى 170 والشيخ 287.

618 - في المطبوع سقى ويحيى 181 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 380 والشيخ 287 وما يابى 46.

نص خليل وَاشْتِرَاطُ جُزْءِ الزَّكَاةِ عَلَى أَحَدِهِمَا.

متن الخطاب

ذلك للحمي، ونقله أبو الحسن.

تنبيهه: وانظر هل يُكْتَفَى بوصف رب الحائط، أو لا بد أن يصفه غيره، والظاهر أنه يُكْتَفَى بوصف [ربه⁶¹⁹] كما في البيع، ولم أقف عليه منصوصا، والظاهر أيضا أن رؤية العامل للحائط قبل عقد المساقاة بمدّة لا يتغير بعدها تقوم مقام الوصف، وانظر هل يجوز أن تعقد المساقاة معه من غير وصف على أنه بالخيار إذا رآه كما في البيع؟ والظاهر الجواز أيضا كما في البيع، وقد يؤخذ ذلك من قوله في المدونة: ولا بأس بمساقاة الحائط الغائب ببلد بعيد إذا وصف كالبيع. انتهى. الشرط الثاني أن يعقد المساقاة في زمن يمكن وصول العامل فيه قبل طيب الحائط، وهذا معنى قول المصنف: "ووصله قبل طيبه" وأما إن كان لا يصل إليه إلا بعد طيبه فلا تجوز. قاله الشيخ أبو محمد. قال عبد الحق: هذا على أصل ابن القاسم، وقال بعض شيوخنا ويجوز ذلك على قول سحنون وإن كان لا يصل إلا بعد الطيب.

فرع: فإن عقد المساقاة في زمن يمكن وصوله قبل الطيب فتوانى في طريقه فلم يصل إلا بعد الطيب لم تفسد المساقاة بذلك. ذكره أبو الحسن عن بعض القرويين، ونقله في الشامل.

فرع: ونفقة الحمل في خروجه عليه وليس كالقراض. قاله في المدونة.

ص: واشتراط جزء الزكاة ش: يعني أنه يجوز أن يشترط أن الزكاة تخرج من حصة أحدهما. قال في المدونة: ولا بأس أن يشترط الزكاة في حظ أحدهما لأنه يرجع إلى جزء معلوم ساقاه عليه، فإن لم يشترط شيئا فشأن الزكاة أن يبدأ بها ثم يقتسمان ما بقي. انتهى. واعلم أن الحائط في المساقاة إنما يزكى على ملك ربه، فتجب الزكاة فيه إذا كان ربه حرا مسلما، وكان في الحائط خمسة أوسق، وكذا إن كان أقل إذا كان لربه حائط آخر إذا ضم ثمره إلى ما خرج من هذا الحائط بلغ خمسة أوسق، وسواء كان العامل حرا مسلما أم لا، وسواء حصل له نصاب أو دون النصاب، فتخرج الزكاة من جملة الحائط ثم يقسم ربه والعامل ما بقي على ما اتفقا عليه من الأجزاء، وإن كان رب الحائط ممن لا تجب عليه الزكاة بأن كان عبدا أو كافرا فلا تجب الزكاة في حصته ولا في حصة العامل ولو كان حرا مسلما وحصل له نصاب، ولو حصل للعامل من حائط له غير الحائط المساقى عليه بعض النصاب لم يضم إلى ما حصل له في الحائط سواء وجبت فيه الزكاة أم لم تجب. قاله ابن رشد في سماع أشهب من كتاب المساقاة، وفي نوازل أصبغ من كتاب القراض: وقال إنه لا خلاف في ذلك. قال ابن عرفة: وزكاة المساقاة قال في البيان: الواجب إخراجها من جملة الثمرة إن بلغت نصابا، أو كان/ لرب الحائط ما إن ضمه إليها بلغت ثم يقتسمان ما بقي. للحمي: قول مالك إنها مزكاة على ملك رب الحائط يجب ضمها لما له من ثمر غيرها ويزكى جميعها ولو كان العامل ممن لا تجب عليه، وتسقط إن كان رب الحائط ممن لا تجب عليه والعامل ممن تجب عليه. انتهى.

فرع: قال في التوضيح: ولو شرط رب المال الزكاة على العامل ونقص الحائط عن النصاب فقييل

381

الحديث

نص خليل وَسِنِينَ مَا لَمْ تَكْتُرْ جِدًّا بِلَا حَدٍّ وَعَامِلٍ دَابَّةٌ أَوْ غُلَامًا فِي الْكَبِيرِ.

متن الحطاب

يقتسمان الثمرة نصفين، وقال سحنون لرب الحائض ستة أعشارها، وللعامل أربعة أعشارها. وقال ابن عبد السلام: يقتسمان الثمرة أتساعاً؛ لرب الحائض خمسة، وقيل يقتسمانها من عشرين؛ لرب الحائض أحد عشر جزءاً وللعامل تسعة أجزاء. وقال في الشامل: ولو شرطت على العامل فلم تجب فله نصف الغلة كان سكتا عنها، وقيل أربعة أعشارها، وقيل تسعة أجزاء من عشرين، وزكى على ملك ربه. انتهى. وهذا حيث دخلا على أن للعامل نصف الثمرة وإلا فله بحسب ما دخلا عليه.

ص: وسنين ما لم تكثر جدا بلا حد ش: يعني أنه يجوز أن تعقد المساقاة على سنين متعددة ما لم تكثر جدا، ولم يحد مالك في الكثرة حداً، ويشير إلى قوله في المدونة: ويجوز أن يساقيه سنين ما لم تكثر جدا. قيل: فعشرة؟ قال: لا أدري تحديد عشرة ولا ثلاثين ولا خمسين. انتهى. قال في التوضيح: وهذا يحتمل معنيين؛ أحدهما أنه لم يثبت عنده شيء من السنة، والثاني أنه رأى أن ذلك يختلف باختلاف الحوائط؛ إذ الجديد ليس كالقديم، فلو حدد لفهم الاقتصار على ذلك الحد، ثم ذكر عن صاحب المعين أنه قال يستحب أن تكون المساقاة من سنة إلى أربع قال: فإن طالت السنون جدا فسخت. انتهى.

قلت: وما ذكره عن صاحب المعين ذكره في المتيطة.

تنبيهه: قال ابن الحاجب: وتجاوز إلى سنين والأخيرة بالجداد. قال في التوضيح: قال في البيان: لا خلاف في ذلك، وسواء تقدم الجداد أو تأخر عنها. انتهى. [وقال في التوضيح قبل ذلك عن صاحب المعين: والصواب في المساقاة أن تورخ بالشهور العجمية التي فيها الجداد، فإن أرخت بالعربية فانقضت قبل الجداد تمادى العامل إليه. انتهى.]⁶²⁰

قلت: ونقله في المتيطة بلفظ: فإن انقضت المدة قبل الجداد فعلى العامل التمادي إلى الجداد. انتهى. ثم قال في التوضيح: ولما نقل أبو الحسن أنها تورخ بالسنة العجمية قال: هذا في السنين الكثيرة؛ لأن السنين بالعربي تنتقل. انتهى.

قلت: فإن قصد التحديد بالعربي سواء تقدم على الجداد أو تأخر فإن المساقاة تفسد بذلك كما تقدم عند قوله: "وأقتت بالجداد". والله أعلم.

ص: [وعامل⁶²¹] دابة أو غلاماً في الكبير ش: هذا معطوف على قوله: "سنين" لكن الأول من باب إضافة المصدر للمفعول، وهذا من إضافته للفاعل، وانظر هل يجوز ذلك في العربية؟ وقوله في الكبير بالباء الموحدة، والمعنى أنه يجوز أن يشترط العامل على رب المال أن يعينه [بدابة⁶²²] أو غلام إذا كان الحائض كبيراً، وأما إن كان صغيراً فلا يجوز ذلك.

الحديث

⁶²⁰ - ساقطة من المطبوع ومايأبى 47 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 381 ويحيى 181 والشيخ 288.

⁶²¹ - في المطبوع أو عمل ويحيى 181 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 381 (وم والشيخ 288 أو عامل) ومايأبى 47 (يلفظ أو عامل).

⁶²² - في المطبوع بالدابة وما بين المعقوفين من ن ذي ص 381 وم 134 وسيد 61 ويحيى 171 ومايأبى 47 والشيخ 288.

وَقَسْمُ الزَّيْتُونِ حَبًّا كَعَصْرِهِ عَلَى أَحَدِهِمَا وَإِصْلَاحُ جِدَارٍ وَكَنْسٌ عَيْنٍ وَسَدٌّ حَظِيرَةٍ وَإِصْلَاحُ ضَفِيرَةٍ أَوْ مَا قَلَّ.

متن الخطاب
تنبيهه: قوله: "دابة أو غلاما" بأو مثل لفظ المدونة، وقال أبو الحسن: ظاهره أحدهما على البدل لا مجموعهما، والمقصود إنما هو اليسارة كما قال فيما يأتي، وإنما يجوز اشتراط ما قل فيما كبر. انتهى.
قلت: فظاهره أنه إذا كان الحائط كبيرا [يجوز اشتراط مجموعهما، بل قد يقال يفهم منه أنه لا مفهوم لقوله: [دابة أو غلاما⁶²³]، وأنه يجوز اشتراط الدابتين والغلامين إذا كان الحائط كبيرا⁶²⁴] فتأمله.

فرع: قال أبو الحسن: قال ابن يونس: إذا اشترط الغلام أو الدابة فخلف ما مات من ذلك على رب المال إذ عليهم عمل العامل فهو بمنزلة ما لو كانوا فيه، وقال اللخمي: إن شرط من ذلك غير معين كان على ربه خلفه، وإن كان معيناً فقال هذا العبد أو هذه الدابة لم يجز إلا أن يشترط الخلف. انتهى. وقال في التوضيح: إذا شرط غلاما أو دابة فقال سحنون لا يجوز ذلك إلا بشرط الخلف، وقيل يجوز وإن لم يشترط الخلف والحكم يوجب. قال في البيان: وهو ظاهر ما في الواضحة، وما في [المدونة⁶²⁵] محتمل للوجهين، والذي أقول به وهو تفسير لجميع الروايات أنه إن عين الغلام أو الدابة بإشارة أو تسمية فلا تجوز المساقاة إلا بشرط الخلف، وإن لم يكن معيناً فالحكم يوجب وإن لم يشترط. / انتهى.

382

ص: وقسم الزيتون حبا كعصره على أحدهما ش: ظاهر كلامه أنه يجوز اشتراط قسم الزيتون حبا، ويجوز اشتراط عصره على أحدهما، فإن لم [يشترط⁶²⁶] واحدا من الأمرين لزمهما أن يعصره ولا يقتسماه إلا بعد عصره، وهو ظاهر لفظ المدونة، لكنه خلاف ما ذكره أبو الحسن الصغير عن سحنون أن منتهى المساقاة في الزيتون جنئيه. قال في المدونة: قال مالك في الزيتون: إن شرط قسمه حبا جاز، وإن شرط عصره على العامل جاز ذلك. قال أبو الحسن: زاد ابن يونس في نقله ليسارته، قال أبو إسحاق: إن شرطا عصره على رب الحائط جاز. قال ابن يونس: وإن لم يكن فيه شرط فعصره بينهما، وحكاه اللخمي عن ابن المواز وسحنون. قال سحنون: منتهى المساقاة جناه. انتهى. ومقتضى كلام ابن رشد في سماع عيسى من كتاب المساقاة أن كلام سحنون هو المذهب، ويمكن أن يحمل كلام المصنف على أن المراد أن قسم الزيتون حبا إن شرطه أحدهما عمل به، ولو كان العرف أن عصره على أحدهما عمل به وإن لم يشترط ذلك وكان عرف عمل به، فإن لم يكن عرف ولا شرط فعصره عليهما، وإن [أحبا⁶²⁷] قسمه حبا جاز فتأمله.

ص: أو ما قل ش: لو قدمه على قوله: "وإصلاح جدار" وأدخل عليه الكاف فقال: "كإصلاح جدار" لكان أحسن؛ لأن فيه تنبيها على أن العلة في [جواز⁶²⁸] اشتراطهما على العامل [هو⁶²⁹]

الحديث

623 - في نسخة عدود وم134 وسيد61 والشيخ289 دابة و غلام وما بين المعقوفين من يحيى171.
624 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 381 ويحيى182.
625 - في المطبوع البيان وما بين المعقوفين من ن عدود ص 381 ويحيى182 والشيخ288 ومايأبى47.
626 * - في المطبوع يشترط وما بين المعقوفين من م134 وسيد61 ويحيى172 والشيخ289 ومايأبى48.
627 * - في المطبوع وم134 أحب وما بين المعقوفين من سيد61 ويحيى172 ومايأبى48 والشيخ289.
628 - في المطبوع جوازه وما بين المعقوفين من ن عدود ص382 ويحيى182 والشيخ289 ومايأبى47.

نص خليل وَتَقَايَلُهُمَا هَدْرًا.

متن الخطاب [يسارتها⁶³⁰] كما قال في المدونة، وإنما يجوز لرب الحائط أن يشترط على العامل ما تقل مؤنته [مثل⁶³¹] سرو الشرب؛ وهو تنقية ما حول النخل من مناقع الماء [وجم⁶³²] العين وهو كنسها وقطع الجريد وإبار النخل وهو تذكيره، وسد الحظار واليسير من إصلاح [الضفيرة⁶³³] ونحوه مما تقل مؤنته فيجوز اشتراطه على العامل، وإلا لم يجز، وسرو الشرب بفتح السين المهملة وسكون الراء من السرو، وبفتح الشين المعجمة والراء من الشرب.

ص: وتقايلهما هدرًا ش: يعني أن العامل إذا عقد المساقاة على حائط ثم أراد المقابلة من رب الحائط أو ممن صار إليه ببيع أو إرث فإن ذلك جائز إذا تقايلا هدرًا من غير أن يدفع أحدهما للآخر شيئًا. قال في المدونة: ومن ساقى رجلا ثلاث سنين فليس لأحدهما المتاركة حتى تنقضي؛ لأن المساقاة تلزم بالعقد، وإن لم يعمل وليس لأحدهما الترك إلا أن يتتاركا بغير شيء يأخذه أحدهما من الآخر فيجوز؛ لأن هذا ليس ببيع ثمر لم يبد صلاحه؛ إذ للعامل أن يساقى غيره، فرب الحائط كأجنبي إذا تركه. انتهى. وقال بعده في المدونة: ومن ساقيته حائطك لم يجز أن يقيلك على شيء تعطيه إياه كان قد شرع في العمل أم لا؛ لأنه غرر، إن أثمر النخل فهو بيع الثمرة قبل [زهوها،⁶³⁴] وإن لم يثمر فهو أكل المال بالباطل. انتهى.

فرع: فإن [خرجا⁶³⁵] من المساقاة قبل العمل أو بعده [لرب الحائط⁶³⁶] أو للمبتاع على شيء يعطاه لم يجز باتفاق، فإن وقع ولم يعثر على ذلك حتى فات بالعمل رد فيما عمل إلى إجارة مثله، وإن خرج على جزء مسمى، فإن كان قبل العمل فلا خلاف في جواز ذلك، وإن كان بعد العمل فأجاز ذلك ابن القاسم في رسم الأقضية من سماع أصبغ، ومنعه في رسم البيوع من/ سماع أشهب خوف أن تكون المساقاة التي أظهر أولا وآخرا ذريعة لاستئجار العامل في المدة التي عمل فيها بالجزء الذي جعل له من الثمرة، فإن وقع ذلك رد إلى إجارة مثله. قال ابن رشد: فإن فعلا ذلك لأمر بدا لهما دون دلالة فلا حرج عليهما لأنها بانفرادها مساقاة صحيحة. انتهى مختصرا من رسم البيوع. وظاهر كلام ابن رشد أن هذا هو المذهب، وحكاة في التوضيح وقبله، وذكره في الشامل بقيل، وليس بظاهر.

383

الحديث

- 629 * - علق عليها الشيخ محمد سالم ب كذا في النسخ والصواب هي.
 630 - في المطبوع يسارتها ويحيى 182 والشيخ 289 وما يابى 48 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 382.
 631 - في المطبوع قبل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 382 ويحيى 182 والشيخ 289.
 632 * - كذا في المطبوع والنسخ المخطوطة ولعلها خم بالخاء ففي القاموس خم البيت والبئر كنسها وأقرها الشيخ محمد سالم.
 633 - في المطبوع الضفير وما يابى 48 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 382 ويحيى 182 والشيخ 289.
 634 * - في المطبوع وم 134 وما يابى 48 وسيد 61 والشيخ 289 زهوه وما بين المعقوفين من التهذيب ج 3 ص 417 وفي يحيى 172 الثمر قبل زهوه.
 635 - في المطبوع خرج ويحيى 182 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 382 والشيخ 289 وما يابى 48.
 636 - في المطبوع فرب وما بين المعقوفين من ن ذي ص 382 وم 134 وسيد 61 ويحيى 182 والشيخ 289 وما يابى 48.

نص خليل وَمُسَاقَاةُ الْعَامِلِ آخَرَ وَوَلَوْ أَقْلُ أَمَانَةً وَحُمِلَ عَلَى ضِدِّهَا وَضَمِنَ فَإِنْ عَجَزَ وَلَمْ يَجِدْ أَسْلَمَهُ هَدْرًا وَلَمْ تَنْفَسِخْ بِفَلْسِ رَبِّهِ وَبِيعَ مُسَاقَى وَمُسَاقَاةٌ وَصِيٌّ وَمَدِينٌ بِلَا حَجَرٍ وَدَفَعُهُ لِذِمِّي لَمْ يَعْصِرْ حِصَّتَهُ خَمْرًا.

متن الخطاب تنبيهه: قال أبو الحسن: قوله: "إذ للعامل أن يساقي غيره" فاستدل على متاركة رب الحائظ بمساقاة الغير، فجعلها مساقاة تنعقد بغير لفظ المساقاة، وإنما أجازها بغير لفظها لأنها إقالة، والإقالة معروف. ص: ومساقاة العامل آخر ش: أما إذا ساقى على مثل الجزء الذي سوقي عليه فذلك جائز قبل العمل وبعده على مذهب مالك أنها من العقود اللازمة، وعلى القول بأنها من العقود الجائزة فلا تجوز قبل الشروع في العمل إلا برضا ربه، وإن ساقاه على أن للعامل الثاني أقل من الجزء الذي جعله له رب الحائظ فكذلك، وإن كان على أن للعامل الثاني أكثر فقال ابن رشد في رسم سن من سماع ابن القاسم من كتاب المساقاة: فإن ساقاه على أكثر من الجزء الذي ساقى عليه صاحب الحائظ مثل أن يكون ساقاه صاحب الحائظ على أن يكون له النصف وساقى هو الآخر على أن يكون له الثلثان، فإن كان بعد أن عمل كان له الفضل أيضا على مذهب مالك الذي يرى المساقاة تلزم بالقول، ولم يكن [له⁶³⁷] على مذهب من يرى أنها من العقود الجائزة التي لا تلزم بالقول. انتهى.

ص: ولم تنفسخ بفلس ربه وبيع مساقى ش: ظاهر قوله: "بيع" سواء كان مساقى سنة أو سنتين، ومنعه سحنون في السنتين، وصرح ابن عبد السلام والمصنف بأن قول سحنون خلاف قول ابن القاسم. والله أعلم.

فرع: قال ابن عرفة عن اللخمي: ولو أحب المفلس تأخير بيع الثمرة لطيبها وطلب الغرماء تعجيله فالقول قولهم إن كانت الثمرة غير مأبورة. انتهى.

فرع منه: وفي أكرية الدور منها: لمن أخذ نخلا مساقاة فغار ماؤها بعد أن سقى أن ينفق فيها بقدر حظ رب الأرض من الثمرة لسنته تلك [لا أكثر، و⁶³⁸] مثله سمع ابن القاسم. ابن رشد: ظاهره أن ما زادت النفقة على حظ رب الأرض لا يلزمه، ومثله في رهونها خلاف سماع سحنون لزوم الراهن إصلاحها ويلزم ذلك في المساقاة، وإن لم يكن لرب الحائظ غيره بيع منه بما يصلحها لثلا يذهب عمل العامل. انتهى.

ص: ودفعه لذمي لم يعصر حصته خمرًا ش: قال في المدونة: ولا بأس أن تدفع نخلك إلى نصراني مساقاة إن أمنت أن يعصره خمرًا. قال ابن ناجي: قال ابن العربي: كيف [يقول مالك هذا، وقد⁶³⁹] ساقى رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر ولم يشترط الأمن من عصر الخمر، إلا أن يقال الممنوع إذا [كانوا⁶⁴⁰] يسقونه مسلما، ولا يقال كان ذلك قبل تحريم الخمر؛ لأن فتح خيبر بعد

637 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 383 ويحيى 182 والشيخ 289 ومايأبي 49.

638 - في المطبوع الأكثر في وما بين المعقوفين من ن عدود ص 383.

639 * - في المطبوع يقول هذا مالك وما بين المعقوفين من يحيى 173 وم 135 وسيد 61 ومايأبي 49 والشيخ 290.

640 * - في المطبوع وم 135 وسيد 61 ومايأبي 49 والشيخ 290 إذا كان وما بين المعقوفين من يحيى 173.

نص خليل
لَا مَشَارَكَةَ رَبِّهِ أَوْ إِعْطَاءُ أَرْضٍ لِتُغْرَسَ فَإِذَا بَلَغَتْ كَانَتْ مُسَاقَاةً أَوْ شَجَرٍ لَمْ يَبْلُغْ خَمْسَ سِنِينَ وَهِيَ تَبْلُغُ أَثْنَاءَهَا وَفُسِخَتْ فَاسِدَةً بِلَا عَمَلٍ أَوْ فِي أَثْنَائِهِ أَوْ بَعْدَ سَنَةٍ مِنْ أَكْثَرِ إِنْ وَجِبَتْ أَجْرَةَ الْمِثْلِ وَبَعْدَهُ أَجْرَةَ الْمِثْلِ إِنْ خَرَجَا عَنْهَا كَبَانَ أَوْ عَرَضًا وَإِلَّا فَمُسَاقَاةُ الْمِثْلِ كَمُسَاقَاتِهِ مَعَ ثَمَرٍ أَطْعَمَ أَوْ مَعَ بَيْعٍ أَوْ اشْتَرَطَ عَمَلَ رَبِّهِ أَوْ دَابَّةٍ أَوْ غُلَامٍ وَهُوَ صَغِيرٌ أَوْ حَمَلَهُ لِمَنْزِلِهِ أَوْ يَكْفِيهِ مَوْئِنَةً أُخْرَى أَوْ اخْتَلَفَ الْجُزْءُ بِسِنِينَ أَوْ حَوَائِطَ كَاخْتِلَافِهِمَا وَلَمْ يُشَبَّهَا.

متن الحطاب
تحريمها. قال ابن ناجي: قال بعض شيوخنا: وظاهر المدونة أنه محمول على عدم الأمن حتى يعلم الأمن. انتهى.

فرع: قال في المدونة: وكره مالك أخذك من نصراني مساقاة أو قراضا، ولست أراه حراما. قال أبو الحسن: لأن فيه بعض الإذلال، وقال ابن ناجي مثله اختصرها ابن يونس، وفيه نظر لأنه على اختصارهما يكون مالك نص على المسألتين وليس كذلك، إنما نص على كراهة القراض، وقاس ابن القاسم عليه كراهة المساقاة، وكلام ابن القاسم يدل على أنه حمل كراهة مالك على التحريم ولم يرتضه فيكون كلامه يدل على قولين التحريم لمالك والكراهة لابن القاسم.

384

ص: لا مشاركة ربه ش: يشير به -والله أعلم- إلى ما في رسم البيوع من سماع أشهب من كتاب المساقاة، ونصه: قال: وسئل عن رب الحائط يقول لرجل تعال أسق أنا وأنت حائطي هذا ولك نصف الثمرة. قال: لا يصلح هذا، وإنما المساقاة أن يسلم الحائط إلى الداخل. قال ابن رشد: هذا كما قال وهو مما لا اختلاف فيه أن ذلك لا يصلح، فإن وقع وفات بالعمل كان العامل فيه أجيرا؛ لأن رب الحائط اشترط أن يعمل معه فكأنه لم يسلمه إليه، وإنما أعطاه جزءا من الثمرة على أن يعمل معه، بخلاف إذا شرط العامل أن يعمل معه رب الحائط هذا قال فيه ابن القاسم في المدونة وغيرها إنه يرد إلى مساقاة مثله، وقال أشهب إلى إجارة مثله، وقال سحنون: يجوز ولا يرد إلى أجرة مثله، كما لو اشترط عليه غلاما يعمل معه إذا كان الحائط كبيرا يجوز فيه اشتراط الغلام والدابة. انتهى.

ص: وفسخت فاسدة بلا عمل أو في أثنائها أو بعد سنة من أكثر إن وجبت أجرة المثل وبعده أجرة المثل إن خرجا عنها كان ازداد عينا أو عرضا وإلا فمساقاة المثل كمساقاته مع ثمر أطعم أو مع بيع أو اشترط عمل ربه أو دابة أو غلام وهو صغير أو حملة لمنزله أو يكفيه مؤنة آخر أو اختلف الجزء سنين أو حوائط كاختلافهما ولم يشبها ش: لما ذكر أركان المساقاة الصحيحة وشروطها علم أن الفاسدة ما اختل منها ركن أو/ شرط، ثم ذكر أن لها ثلاثة أحوال: الأولى أن يطلع على فسادها قبل الشروع في العمل والحكم حينئذ فسخها، وإليها أشار بقوله: "وفسخت فاسدة بلا عمل". الحالة الثانية أن يطلع على فسادها في أثناء العمل ولو بعد سنة من سنين كما إذا كانت المساقاة وقعت على سنين كثيرة، والحكم في هذا الوجه أن ينظر إلى عقد المساقاة فإن كانت مما تجب فيه أجرة المثل وجب فسخ المساقاة حين يعثر على ذلك، وإن كان عقد المساقاة مما تجب فيه مساقاة المثل لم تفسخ المساقاة، ويستمران إلى تمام العمل، وإلى هذه الحالة الثانية أشار المصنف بقوله: "أو في أثنائها أو بعد

385

متن الخطاب سنة من أكثر إن وجبت أجره المثل" وقول المصنف: "أو بعد سنة" هو داخل في قوله: "أو في أثناؤه" ولهذا لو قال أو في أثناؤه وإن بعد سنة لكان أوضح، بل لو أخره عن قوله: "إن وجبت أجره المثل" [لكان أحسن؛ لأنه إنما تظهر فائدته في مفهوم الشرط وهو ما إذا كان الواجب مساقاة المثل،⁶⁴¹ فإنه قد يقال: كان ينبغي إذا اطلع على فسادها عند كمال السنة أن تفسخ [المساقاة⁶⁴²] في باقي السنين؛ لأن العامل قد تم عمله في تلك السنة وأخذ مساقاة مثله فيها فلم يذهب عمله باطلا، فلم يتركونه يعمل في بقية السنين. والله أعلم.

والجواب عن ذلك أن يقال إن الحائظ قد تقل ثمرته في عام وتكثر في آخر، فلو لم يتماد على العمل في جميع السنين لكان فيه غبن على أحدهما، كما أشار إلى ذلك في المدونة في مسألة من ساقى حائطه وقد أطعم على تلك السنة التي أطعم فيها أو على سنين بعدها، وذكر ابن عبد السلام عن الموازية أنه إنما تفوت كل سنة بظهور الثمرة فيها، فلو قال المصنف أو في أثناؤه إن وجبت أجره المثل وإلا تمادى ولو بعد سنة، وكان مشيرا إلى ما ذكره ابن عبد السلام عن الموازية لكان أبين، فقوله: "إن وجبت أجره المثل" راجع إلى قوله: "أو في أثناؤه" الخ، وقول البساطي إنه راجع إلى المسألة الأولى أيضا أعني قوله بلا عمل خلاف ما يقتضيه كلامهم.

قال ابن الحاجب: وللفاسدة ثلاثة أحوال قبل العمل فتفسخ. قال ابن عبد السلام: يعني إذا عثر على المساقاة الفاسدة قبل العمل وجب فسخها على أصل المذهب، وإلا لما كانت فاسدة، وإذا فسخوا البياعات المكروهة قبل الفوات فالفاسد أولى بالفسخ. انتهى. وكذا أطلق ابن شاس الفسخ قبل الفوات بالعمل، وكذا ابن عرفة ناقلا عن ابن رشد، ونص المقدمات: إذا وقعت المساقاة على غير الوجه الذي جوزه الشارع فإنها تفسخ ما لم تفت بالعمل [ويرد⁶⁴³] الحائظ إلى ربه. انتهى. ومفهوم قول المصنف: "إن وجبت أجره المثل" أنها لو لم تجب أجره المثل [بل وجبت مساقاة المثل لم تفسخ، وهو كذلك كما تقدم بيانه، وسيأتي بيان ما تجب فيه أجره المثل،⁶⁴⁴] وما تجب فيه مساقاة المثل في الحالة الثالثة؛ وهي ما عثر على فساد المساقاة بعد تمام العمل، وكان ينبغي له رحمه الله تأخير الكلام على الحالة الثانية عن الحالة التي بعدها لأنها محتاجة إليها في بيانها كما فعل ابن الحاجب.

تنبيهه: إنما قلنا المساقاة تفسخ إذا عثر عليها في أثناء العمل إن كان الواجب فيها أجره المثل لأنه يكون للعامل حينئذ بحساب ما عمل، وإذا كان الواجب فيها مساقاة المثل فلا تفسخ؛ لأن الضرورة داعية إلى تمام العمل؛ لأن العوض على هذا التقدير إنما يرجع للعامل من الثمرة، ولأنه لو فسختها لزم أن لا يكون للعامل شيء لما تقدم أنها كالجعل، لا شيء للعامل إلا بتمام العمل. قاله في التوضيح. ثم قال: وعلى هذا فلا بد أن يكون شرع في العمل بماله، بل أشار إليه عياض. انتهى.

641 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 385 ويحيى 183 والشيخ 290 ومايaby 49.
642 - في المطبوع مساقاة المثل وما بين المعقوفين من ن ذي ص 385 ويحيى 183 والشيخ 290 ومايaby 49.
643 - في المطبوع ورد وما بين المعقوفين من يحيى 173 والشيخ 291 وم 135 ومايaby 50 وسيد 62.
644 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 385 وم ويحيى 183 والشيخ 291 ومايaby 50.

فرع: قال ابن عبد السلام في آخر كلامه على هذه المسألة: وقد [أنّج⁶⁴⁵] هذا أن إجارة المثل تتعلق بذمة رب الحائط، وأن مساقاة المثل لا تتعلق بذمته بل تكون في الحائط، وقد تقدم هذا المعنى في القراض مختلفا فيه. انتهى. الحالة الثالثة أن يطلع على فساد المساقاة بعد تمام العمل، والحكم فيها على مذهب ابن القاسم أنه يجب في بعض/ الصور إجارة المثل وفي بعضها مساقاة المثل، وإليه أشار المصنف بقوله: "وبعد أجره المثل" إلى قوله "ولم يشبها"، والمعنى وإن اطلع على فساد المساقاة بعده - أي بعد الفراغ من العمل - فمذهب ابن القاسم أنه يجب في بعض الصور إجارة المثل وفي بعضها مساقاة المثل، فتجب أجره المثل إن خرجا عنها - أي عن المساقاة - إلى الإجارة الفاسدة أو إلى بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، ومثل ذلك بقوله: "كان ازداد" أحدهما على الجزء الذي اشترط في المساقاة "عينا أو عرضا"؛ لأنه إذا كانت الزيادة من رب الحائط فقد خرجا عن المساقاة إلى الإجارة الفاسدة، فكأنه استأجره على أن يعمل له في حائطه بما أعطاه من الدنانير أو الدراهم أو بالعروض وبجزء من ثمرته وتلك إجارة فاسدة، فوجب أن يرد إلى أجره المثل ويحاسبه رب الحائط بما كان أعطاه من أجره المثل ولا شيء له في الثمرة، وإذا كانت الزيادة من العامل فقد خرجا عن المساقاة أيضا إلى بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، فكأنه اشترى منه الجزء المسمى في المساقاة بما دفع من الدنانير أو الدراهم أو العروض أو بأجره عمله فوجب أن يرد إلى أجره مثله ويأخذ من رب الحائط ما زاده ولا شيء له من الثمرة، وإلا أي وإن لم يكونا خرجا عن المساقاة وإنما جاءها الفساد من جهة أنهما عقداها على غرر أو نحو ذلك فمساقاة المثل هي الواجبة في ذلك.

ثم ذكر المسائل التي تجب فيها مساقاة المثل وعدها تسعا فقال: "كمساقاته مع ثمر أطمع" يشير إلى قوله في المدونة: ومن طابت ثمرة نخله فساقاه هذه السنة وستين بعدها لم يجز وفسخ، [وإن جد⁶⁴⁶] العامل الثمرة كان له أجره مثله وما أنفق فيها، فإن عمل بعد جداد الثمرة لم تفسخ بقية المساقاة، وله استكمال الحولين الباقيين، وله فيهما مساقاة مثله، ولا [أفسخها⁶⁴⁷] بعد تمام العام الثاني؛ إذ قد تقل ثمرة العام الثاني وتكثر في الثالث فأظلمه، وهذا كأخذ العرض قراضا إن أدرك بعد بيعه [وقبل⁶⁴⁸] أن يعمل فسخ وله أجر بيعه، [وإن عمل فله قراض مثله وله أجر بيعه⁶⁴⁹]. انتهى. ففهم منه أنه إذا اطلع على ذلك في العام الأول فسخت وكان له أجر مثله فيما سقى، وإن لم يطلع عليه حتى شرع في الثاني كان له أجره المثل في الأولى، ومساقاة المثل فيما بعدها كما صرح به اللخمي وصاحب المقدمات. "أو مع بيع" يعني أنه إذا ساقاه حائطه بجزء وباعه سلعة مع المساقاة ففي ذلك مساقاة المثل. نص عليه ابن رشد في البيان في أول كتاب المساقاة. قال: أو مع إجارة أو ما أشبه ذلك. انتهى. وانظر الشرح الكبير لبهرام "أو اشترط عمل ربه" يشير إلى قوله في المدونة: ولا يجوز أن يشترط العامل أن يعمل معه رب الحائط بنفسه، فإن نزل

645 - في المطبوع انتهى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 385 وم 135 ويحيى 183 والشيخ 291. وما يابى 50.
 646 * - في المطبوع وجد وما بين المعقوفين من يحيى 184 وسيد 62 وما يابى 51 وفي م 136 والشيخ 291 جد.
 647 * - في المطبوع وم 136 وما يابى 61 أفسخها وما بين المعقوفين من يحيى 184 والتهديب ج 3 ص 414.
 648 - في المطبوع وإن أدى وبعد أن وما بين المعقوفين من ن ذي ص 386 ويحيى 184 والشيخ 292 وما يابى 51.
 649 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 386 ويحيى 184 والشيخ 292 وما يابى 51.

متن الخطاب فله مساقاة مثله. انتهى. وهذا بخلاف المسألة السابقة عند قوله: "أو مشاركة ربه" إذا قال رب الحائط لرجل تعال أسق أنا وأنت حائطي ولك نصف ثمره فإن في ذلك أجرة المثل كما تقدم، وقوله: "أو حملة لمنزله" يشير إلى ما قال في رسم البيوع من سماع أصبغ في أثناء المسألة الثانية منه. قلت: رأيت إن اشترط عليه حمل نصيبه إلى منزله إلى المدينة، أو اشترط ذلك المساقى على العامل؟ قال: لا خير فيه هذه زيادة [يزدادها].⁶⁵⁰ قلت: رأيت إن كان ذلك قريبا؟ قال: ما يعجبني إلا أن يكون شيء ليس عليه فيه مؤنة.

قلت: رأيت إن كان قريبا الميل وما أشبهه؟ قال: ما يعجبني، وقاله أصبغ. قال: وإن وقعت فيه المساقاة في المكان البعيد وفاتت رد إلى مساقاة مثله بلا حملان عليه وسقط الجزء الذي بينهما في الشرط. ابن رشد: أما اشتراطه على العامل حمل نصيبه إلى منزله فكرهه ابن القاسم، إلا أن يكون شيئا ليس فيه مؤنة وكراهيته بينة لأنها زيادة زادها رب الحائط على العامل، إلا أنه لم يبين وجه الحكم في ذلك إذا وقع، والذي يأتي على الأصل الذي ذكرناه في أول سماع ابن القاسم أن يرد إذا فات إلى إجارة مثله إلا في المكان القريب فيشبهه أن يرد فيه إلى مساقاة مثله استحسانا، وأما قول أصبغ إنه يرد إلى مساقاة مثله في المكان البعيد فهو بعيد لا يتخرج إلا على قول من يرد العامل في المساقاة الفاسدة كلها إلى مساقاة مثله جملة من غير تفصيل. انتهى.

وقال ابن رشد أيضا في المقدمات إثر كلامه السابق: واختلف إذا فانت بالعمل ماذا يجب للعامل فيها بحق/ عمله على أربعة أقوال: أحدها [أنه]⁶⁵¹ يرد إلى مساقاة مثله جملة من غير تفصيل، والثاني أنه يرد إلى أجرة مثله من غير تفصيل، والثالث أنه يرد في بعض الوجوه إلى إجارة مثله، وفي بعضها إلى مساقاة المثل، وهو قول ابن القاسم، وذلك استحسان وليس بقياس، والأصل عنده أن المساقاة إذا خرجا فيها عن حكمها إلى حكم الإجارة الفاسدة أو إلى بيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحها بما اشترطه أحدهما على صاحبه من زيادة يزيد بها إياه خارجة عنها فإنه يرد إلى إجارة المثل، وذلك مثل أن يساقيه في حائط على أن يزيد أحدهما صاحبه دنانير أو دراهم أو عرضا من العروض وما أشبه ذلك لأنه إذا ساقاه على أن يزيد صاحبه الحائط دنانير أو دراهم أو عرضا من العروض فقد [استاجر]⁶⁵² على عمل حائطه بما أعطاه بجزء من ثمرته، فوجب أن يرد إلى إجارة مثله، وإذا زاده العامل فقد اشترى منه الثمرة بما أعطاه وبعمله فيرد إلى إجارة مثله، وأما إذا لم يخرجها عن حكمها وإنما عقداها على غرر مثل أن يساقيه حائطا على النصف وآخر على الثلث أو ما أشبه ذلك أو اشترط أحدهما على صاحبه من عمل الحائط ما لا يلزم مما لا يبقى لرب الحائط [فيه]⁶⁵³ [منفعة]⁶⁵⁴ مؤبدة فإنه يرد في ذلك إلى

387

الحديث

650 -* في المطبوع تزادها وما بين المعقوفين من يحيى 184 وما يابى 51 والشيخ 292 وسيد 62.

651 -* في المطبوع وم 136 أن وما بين المعقوفين من يحيى 174 وسيد 62 وما يابى 51 والشيخ 292 والمقدمات ج 2 ص 556.

652 - في المطبوع استاجر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 387 ويحيى 184 والشيخ 292 وما يابى 51.

653 - ساقطة من المطبوع وم 136 ويحيى 184 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 387 والشيخ 292 وما يابى 51.

654 - في المطبوع وم 136 وسيد 62 وما يابى 51 لرب الحائط منفعته وفي يحيى 184 منفعة مؤبدة والمقدمات ج 2 ص 557

لرب الحائط منفعة مؤبدة وما بين المعقوفين من الشيخ 292.

متن الخطاب مساقاة مثله، وهذه جملة [يأتي⁶⁵⁵] عليها مسائل كثيرة، والرابع أنه يرد إلى مساقاة مثله ما لم يكن أكثر من الجزء الذي شرط عليه إن كان الشرط للمساقى أو أقل. انتهى. والقول الثالث في كلام ابن رشد الذي هو قول ابن القاسم هو الذي ذكره المصنف، ونقله عياض أيضا وأطلقه، ولم يقيده بقرب المكان ولا بغيره، ونقله عنه في التوضيح وتبعه هنا، وقوله: "أو على أن يكفيه مؤنة آخر" يشير [به⁶⁵⁶] إلى ما في أول [رسم من⁶⁵⁷] سماع عيسى: قيل له فحائط ساقاه صاحبه رجلا على أن يكفيه مؤنة حائط له آخر؟ قال: هذا حرام. قيل له فقد وقع؟ قال: يعطى في الذي اشترط عليه كفايته أجره مثله، ويرد إلى مساقاة مثله في الآخر. ابن رشد: مثل هذا حكى ابن حبيب في الواضحة أنه يعطى أجره مثله في الحائط الذي اشترط عليه كفاية مؤنته، ويرد في الآخر إلى مساقاة مثله وهو على الأصل الذي ذكرناه في أول سماع ابن القاسم. انتهى.

وقال أبو الحسن: فإن نزل فله مساقاة مثله في الذي يعمل فيه وله أجره مثله في الآخر. قاله في سماع عيسى، وفي الموازية هو أجير في الحائطين، وقوله كاختلافهما ولم يشبهها. قال في كتاب القراض من المدونة: وإذا اختلف المتقارضان في أجزاء الربح قبل العمل رد المال إلا أن يرضى بقول ربه، وإن اختلفا بعد العمل فالقول قول العامل كالصانع إذا جاء بما يشبهه، وإلا رد إلى قراض المثل، وكذلك المساقاة. انتهى. قال الشيخ أبو الحسن: هذا التشبيه إنما يرجع للوجه الثاني إذا اختلفا بعد [العمل⁶⁵⁸] ولا يرجع للوجه الأول؛ لأن في المساقاة إذا اختلفا يتحالفان ويتفاسخان، وقال قبله في قوله: "وإذا اختلف المتقارضان في أجزاء الربح قبل العمل رد المال"؛ لأن القراض عقد جائز غير لازم، بخلاف المساقاة إنهما يتحالفان وإن لم يعمل لأنها عقد لازم. انتهى.

وقال في المدونة في كتاب المساقاة: وإن اختلفا في المساقاة فالقول قول العامل فيما يشبهه. قال أبو الحسن: يعني في قلة الجزء وكثرته، وقوله القول قول العامل يريد بعد العمل، فإن لم يعمل تحالفا وتفاسخا، ثم ذكر لفظها في القراض. ثم قال: قوله: "وإلا رد إلى قراض مثله"؛ يعني إذا أتى رب المال بما لا يشبهه، وكذلك المساقاة إذا أتيا بما لا يشبهه رد إلى مساقاة مثله. انتهى مختصرا. وقال اللخمي: إن اختلفا في الجزء قبل العمل وأتيا بما لا يشبهه تحالفا وتفاسخا، ويختلف [إن⁶⁵⁹] أتى أحدهما بما يشبهه دون الآخر هل القول قوله مع يمينه أو يتحالفان ويتفاسخان؟ قال: وإن اختلفا بعد العمل فالقول للعامل مع يمينه إذا أتى بما يشبهه، فإن أتى بما لا يشبهه وأتى الآخر بما يشبهه حلف، ولم يكن للعامل إلا ما حلف عليه صاحبه، فإن نكل عن اليمين أو أتيا بما لا يشبهه رد إلى مساقاة المثل.

انتهى. / وعزا الشارح والمصنف في التوضيح هذه المسألة للقرافي. تنبيهان: الأول: يفهم من كلامهم أنه إذا أتى كل واحد منهما بما يشبهه كان القول قول العامل فتأمل. والله أعلم.

* 655 - في يحيى 174 تأتي.

656 - ساقطة من المطبوع وم 136 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 387 ويحيى 184 والشيخ 292 ومايaby 52.

657 - ساقطة من المطبوع ويحيى 184 ومايaby 51 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 387 والشيخ 292.

658 - في المطبوع الفعل وما بين المعقوفين من ن ذي ص 387 وم 136 وسيد 62 ويحيى 184 والشيخ 293 ومايaby 52.

659 - في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 387 ويحيى 184 والشيخ 292 ومايaby 52.

نص خليل وَإِنْ سَاقَيْتَهُ أَوْ أَكْرَيْتَهُ فَأَلْفَيْتَهُ سَارِقًا لَمْ تَنْفَسِحْ وَلَيْتَحَفَّظَ مِنْهُ كَبَيْعِهِ وَلَمْ يَعْلَمْ بِفَلْسِهِ وَسَاقِطِ النَّخْلِ كَلَيْفِ كَالثَّمَرَةِ وَالْقَوْلُ لِمُدَّعِي الصَّحَّةِ.

متن الخطاب الثاني: قال ابن عرفة: عبد الحق عن بعض شيوخ صقلية: ما فيه مساقاة المثل فالعامل فيه أحق من

الغرماء بالثمرة في الموت والفلس، وكذا ما يرجع فيه لقراض المثل في القراض؛ يريد وما يرجع فيه لأجرة المثل لا يكون في القراض أحق في موت ولا فلس، وفي المساقاة يكون أحق في الفلس لا في الموت. انتهى. وهذه آخر مسألة في كتاب المساقاة منه. والله أعلم.

ص: وإن ساقيته أو أكريته فألفيته سارقاً لم تنفسح وليتحتفظ منه ش: قال في كتاب المساقاة من المدونة: ومن ساقيته حائطك أو أكريت منه دارك ثم ألفيته سارقاً لم يفسخ لذلك سقي ولا كراء وليتحتفظ منه، وكذلك من باع من رجل سلعة إلى أجل وهو مفلس ولم يعلم البائع بذلك فقد لزمه البيع. انتهى. قال الشيخ أبو الحسن: قال اللخمي: في كل هذا نظر، وهذا عيب، وليس يقدر أن يتحفظ من السارق. ثم قال: قوله: "سارقاً" يخاف أن يذهب بالثمرة أو يقلع الجذوع وفي المكثري يخاف منه أن يبيع أبوابها. انتهى. وفي كتاب الجعل والإجارة من المدونة في آخر ترجمة الأجير يفسخ إجارته في غيرها: ومن استأجر عبداً للخدمة فألفاه سارقاً فهو عيب يرد به؛ فقليل الفرق بينهما أن الأجير في الخدمة لا يقدر أن يتحفظ منه.

قال الشيخ أبو الحسن: وقال عبد الحق وابن يونس: الفرق بينهما أن الكراء في العبد للخدمة ووقع في منافع معينة فهو كمن اشترى دابة فوجد بها عيباً، بخلاف المكثري والفلس والمساقى إنما وقع الكراء على الذمة فإن لم يقدر على التحفظ منه أكرى عليه وسوقي عليه ولم يفسخ العقد. انتهى. فقول المصنف: "أو أكريته" أي أكريت منه بيتك أو متاعك، واحترز به مما لو أكرى نفسه للخدمة فإنه عيب يرد به كما تقدم عن المدونة، وقول المصنف: "وليتحفظ منه" يريد إذا أمكن التحفظ، فإن لم يمكن أكرى عليه الحاكم أو ساقى كما تقدم عن أبي الحسن.

ص: وساقط النخل كليف كالثمرة ش: قال في الشامل: وساقط النخل من ليف وجريد ونحوهما كالثمرة. انتهى. وقال في المدونة: وما كان من سواقط النخل أو ما يسقط من بلح وغيره والجريد والليف [وتبن⁶⁶⁰] الزرع بينهما على ما شرطاً من الأجزاء. انتهى.

ص: والقول لمُدَّعِي الصَّحَّةِ ش: هكذا قال في المدونة. قال في الشامل: وصدق مدعي الصحة بعد العمل وإلا تحالفاً وفسخت. انتهى. وقال اللخمي: القول قول مدعي الحلال، سواء كان اختلافهما قبل العمل أو بعده ويحلف على ذلك قبل العمل، وفصل في توجيه اليمين في اختلافهما بعد العمل، وكلام ابن رشد في رسم إن خرجت من سماع عيسى يدل على أن القول قول مدعي الصحة قبل العمل وبعده أيضاً. فتأمل ذلك مع كلام الشامل. والله أعلم.

وَأَنْ قَصَرَ عَامِلٌ عَمَّا شَرَطَ حُطٌّ بِنِسْبَتِهِ فَصَلَّ يُدَبُّ الْغَرْسُ وَجَارَتْ الْمُغَارَسَةُ فِي الْأَصُولِ أَوْ مَا يَطُولُ مَكْنُهُ كَرَعْفَرَانٍ وَقُطْنٍ إِجَارَةٌ وَجَعَالَةٌ بَعْوُضٌ وَشَرِكَةٌ جُزْءٌ مَعْلُومٌ فِي الْأَرْضِ وَالشَّجَرِ لَا فِي أَحَدِهِمَا وَدَخَلَ مَا بَيْنَ الشَّجَرِ مِنَ الْأَرْضِ إِنْ لَمْ يَسْتَتْنِهِ أَوْلًا إِنْ اتَّفَقَا عَلَى قَدْرِ مَعْلُومٍ تَبْلُغُهُ الشَّجَرُ وَلَا تَمَرُّ دُونَهُ كَتَحْدِيدِهَا بِالْإِثْمَارِ أَوْ أَجَلٍ لَا بَعْدَهُ وَحُمَيْلًا عَلَيْهِ عِنْدَ السُّكُوتِ وَصَحَّتْ كَاشْتِرَاطِهِ عَلَى الْعَامِلِ مَا خَفَّتْ مُؤْنَتُهُ كَرَزْبٍ لَا مَا عَظُمَ مِنْ بُيُوتَانٍ وَهَلَّ تَلَزُمٌ بِالْعَقْدِ أَوْ إِلَّا أَنْ يَشْرَعَ فِي الْعَمَلِ خِلَافٌ وَعَمِلَ الْعَامِلُ مَا دَخَلَ عَلَيْهِ عُرْفًا أَوْ تَسْمِيَةً وَضَمِنَ إِنْ فَرَطَ فَإِنْ عَجَزَ أَوْ غَابَ بَعْدَ الْعَقْدِ وَعَمِلَ رَبُّهُ أَوْ غَيْرُهُ فَهُوَ عَلَى حَقِّهِ إِنْ شَاءَ وَعَلَيْهِ الْأَجْرَةُ إِلَّا أَنْ يَتْرُكَهُ أَوْلًا وَوَجِبَ بَيَانُ مَا يُغْرَسُ كَعَدِيدِهِ إِلَّا أَنْ يُعْرَفَ عِنْدَ أَهْلِهِ وَمُنْعٌ جَمْعُهَا مَعَ بَيْعٍ أَوْ إِجَارَةٍ كَجُعَلٍ وَصَرْفٍ وَمُسَاقَاةٍ وَشَرِكَةٍ وَبِكَاحٍ وَقِرَاضٍ وَقَرْضٍ وَأَقْتَسَمَاهَا إِنْ بَلَغَ الْحَدَّ الْمُشْتَرَطَ أَوْ تَوَلَّى الْعَمَلَ وَإِنْ هَلَكَتِ الْأَشْجَارُ بَعْدَهُ فَالْأَرْضُ بَيْنَهُمَا وَلَا شَيْءٌ لِلْعَامِلِ فِيمَا قَلَّ إِنْ بَطَلَ الْجُلُّ إِلَّا أَنْ يَتَمَيَّزَ بِنَاحِيَةٍ أَوْ كَانَ لَهُ قَدْرٌ بِخِلَافِ الْعَكْسِ وَلَيْسَ لَهُ قَبْلَهُ جُعَلٌ كَبَقْلِ إِلَّا بِإِذْنٍ وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْجُزْءِ حُمَيْلًا عَلَى الْعُرْفِ وَالْقَوْلِ لِمُدَّعِي الصَّحَّةِ إِلَّا أَنْ يَغْلِبَ الْفَسَادُ وَفُسِّخَتْ فَاسِدَةٌ إِنْ كَانَتْ بِلَا عَمَلٍ مِنَ الْعَامِلِ قَبْلَ ظُهُورِ فَسَادِهَا وَإِلَّا فَهَلَّ تَمْضِي وَبِتَرَادُانِ الْأَرْضِ وَالْعَمَلِ إِنْ جُعِلَ لِلْعَامِلِ جُزْءٌ أَوْ كَانَ كَذَلِكَ فَهِيَ قِيمَةٌ غَرْسِهِ وَعَمَلِهِ فَقَطُّ وَإِلَّا فَبِي كُونِهِ كِرَاءً فَاسِدًا أَوْ إِجَارَةً فَاسِدَةً كَذَلِكَ قَوْلَانِ تَرَدُّدٌ وَمَا فَاتَ مِنْ غَلَّةٍ رَجَعَ صَاحِبُهَا بِمِثْلِهَا إِنْ عُلِمَتْ كَالْبَيْتِيِّ فِي غَيْرِهَا وَإِذَا غَرَسَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ أَوْ بَنَى فَلِلْآخَرِ الدُّخُولُ مَعَهُ وَيُعْطِيهِ قِيمَةً ذَلِكَ قَائِمًا.

ص: وإن قصر عامل عما شرط حط بنسبته ش: وهذا بخلاف ما لو جاء مطر ودخل الحائط فلم يحتاج إلى سقي في مدة من الزمان فلا رجوع عليه بشيء من أجرة السقي. قاله في رسم سن من سماع ابن القاسم. قال ابن رشد: هذا لا خلاف فيه أنه لا رجوع لواحد منهما على صاحبه إن زاد العمل على المعهود أو/ نقص [عنه،⁶⁶¹] بخلاف ما لو استأجر لسقي حائط في زمن معلوم فجاء المطر فأقام فيه حيناً لوجب أن يحط من إجارته بقدر ما أقام الماء في الحائط. انتهى بالمعنى. والله الموفق.

كتاب الاجارة قال في القاموس: الأجر الجزاء على العمل كالإجارة مثلثة. انتهى. وقال القرافي في الذخيرة: ويقال أجر بالمد والقصر وأنكر بعضهم المد وهو منقول. قال: ولما كان أصل هذه المادة الثواب على الأعمال، وهي منافع خصصت الإجارة ببيع المنافع على قاعدة العرف في تخصيص كل نوع [تحتة⁶⁶²] جنس باسم ليحصل التعارف عند الخطاب قال: وقد غلب وضع الفعالة بالكسر للصنائع نحو الصناعة والخياطة والتجارة، والفعالة بالفتح لأخلاق النفوس نحو السماحة والشجاعة والفضاحة، والفعالة بالضم لما يطرح من المحقرات نحو الكناسة والقلامة والفضالة والنخالة. انتهى.

661 * - في المطبوع منه وما بين المعقوفين من يحيى 185.

662 - في المطبوع تحت وما بين المعقوفين من ن عود ص 389 ويحيى 185 والشيخ 292 ومايبي 53.

باب صحّة [الإجارة⁶⁶³ س] بعاقِدٍ وأجرٍ كالبَيْعِ. نص خليل

متن الخطاب وقال في اللباب: حقيقتها تملك منفعة غير معلومة زمنًا معلوماً بعوض معلوم. انتهى. وقال ابن عرفة: حدها عرفاً بيع منفعة ما أمكن نقله غير سفينة ولا حيوان لا يعقل بعوض غير ناشئ عنها بعضه يتبع بعضه بتبعيضها. فيخرج كراء الدور والأرضين والسفن والرواحل والقراض والمساقاة والمغارسة والجعل، وقول القاضي: "معاوضة على منافع الأعيان" لا يخفى بطلان طرده، ونحوه قول عياض بيع منافع معلومة بعوض معلوم مع خروج فاسدها. انتهى. وقال البرزلي: قال الغرناطي: الإجارة تطلق على منافع من يعقل والأكرية على منافع [ما⁶⁶⁴] لا يعقل. البرزلي: يريد اصطلاحاً، وقد يطلق أحدهما على الآخر ففي غيرها [و⁶⁶⁵] إن استأجرت منه داراً بثوب إلى آخره. انتهى. وقال في اللباب: وقد خص تملك منفعة الأدمي باسم الإجارة، ومنافع الممتلكات باسم الكراء. انتهى. والموثقون المتقدمون يستفتحون عقود الأراضى والجنات بلفظ تقبل، ومعنى الجميع واحد. انتهى. وقال ابن عرفة: وقولها يجوز أن يستأجر طريقاً في دار رجل ومسيل مصب مرحاض لا يخفى أنه من باب المجاز لأنه أخف من الاشتراك. اهـ.

قال في اللباب: وحكمها الجواز ابتداءً، وللزوم بنفس العقد ما لم يقتترن به ما يفسدها. وقال ابن عرفة: محمد: وهي جائزة إجماعاً. الصقلي: خلاف الأصم فيها لغو؛ لأنه مبتدع، وفيها مع غيرها: عقدها لازم كالبيع. انتهى. وقد يعرض لها الوجوب إذا لم يجد الإنسان من يستأجره بل بنفسه ووجبت إعانته. نقله الأبي عن ابن عرفة في حديث نزول السيد عيسى. وحكمة مشروعيتها قال في اللباب: التعاون ودفح الحاجات، وقد نبه الله على ذلك بقوله: ﴿ورفعنا بعضهم فوق بعض درجات ليتخذ بعضهم بعضاً سخرياً﴾ انتهى.

ص: باب صحّة الإجارة بعاقِدٍ وأجرٍ كالبَيْعِ ش: ذكر رحمه الله من أركانها العاقد، وهو شامل للمؤجر والمستأجر، وذكر الأجر وسيدكر/ المنفعة، ولم يذكر الصيغة، وكذلك ابن شاس وابن الحاجب والقرافي وابن عرفة، وذكرها صاحب اللباب فقال: هي لفظ أو ما يقوم مقامه يدل على تملك المنفعة بعوض. انتهى.

تنبه: لا يرد على المصنف مسألة الخياط المخالط يستخيظه الثوب، فإذا فرغ أرضاه قال مالك: لا بأس بها لأنها نادرة، وبهذا اعتذر عن ابن الحاجب، ومسألة الخياط هذه هي في رسم سلعة سماها من سماع ابن القاسم من الجعل والإجارة، ونصها: وسئل عن الخياط الذي بيني وبينه الخلطة ولا يكاد يخالفني أستخيظه الثوب، فإذا فرغ منه وجاء به أرضيه على شيء أذفعه إليه؟ قال: لا بأس

390

الحديث

⁶⁶³ س - ابن عرفة هي بيع صوابه عقد على منفعة خرج ببيع الذات ما أمكن نقله (كثياب خرج به الدار والارض فالعقد على منافعها كراء للإجارة) غير سفينة ولا حيوان لا يعقل (خرج به كراء الرواحل) بعوض (متعلق ببيع) غير ناشئ عنها (خرج القراض والمساقاة) بعضه (أي العوض) يتبع بعضه بتبعيضها أي المنفعة فخرج الجعل انتهى. وكتب عليه بخط يده ما نصه بعضه من قوله بعضه يتبع بعض الخ زدته خوف نقض عكسه بمثل قول الله تعالى إني أريد أن انكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تاجرني ثماني حجج فإنها إجارة إجماعاً لقولها يثبت استأجره والعوض فيها لا يتبع بعضه من الرصاص وأشار له عب قال أجاب به ثاني يوم توقفه هو وأهل مجلسه في زيادتها ورغبته إلى الله تعالى في فهمها.

⁶⁶⁴ - في المطبوع من ويحيى 185 ومايأبى 53 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 389.

⁶⁶⁵ - ساقطة من المطبوع ويحيى 185 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 389 ومايأبى 53.

بذلك. قال ابن رشد: وهذا كما قال لأن الناس استجازوه ومضوا عليه، وهو نحو ما يعطى الحجام من غير أن يشارط على عمله قبل أن يعمله وما يعطى في الحمام والمنع من هذا وشبهه تضيق على الناس وحرج في الدين وغلو فيه. قال الله تعالى: ﴿ وما جعل عليكم في الدين من حرج ﴾ وقال: ﴿ قل يا أهل الكتاب لا تغلوا في دينكم ﴾ ومما يدل على جوازه من السنة ما ثبت من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حجمه أبو طيبة فأمر له بصاع من تمر، وأمر أهله/ أن يخففوا من خراجه، وكره النخعي أن يستعمل الصانع حتى يقاطع بشيء مسمى، وكره ذلك ابن حبيب أيضا قال: ولا يبلغ التحريم والأمر في ذلك واسع. انتهى. ونقله ابن عرفة.

متن الحطاب

391

فرع: قال في الذخيرة عن ابن يونس: إذا قلت خطه بدرهم وقال بدرهمين فخاطه فليس له إلا درهم. قاله ابن القاسم. لأنك أعلمته بما ترضى به، وكذلك قول ساكن الدار. انتهى. وفي النوادر عن مالك من رواية ابن المواز من دفع ثوبا لخياط فقال لا أخيطه إلا بدرهمين، وقال ربه لا أخيطه إلا بدرهم، وجعله عنده فخاطه ليس له إلا درهم قال: ومن سكن منزلا فقال له ربه بدينارين في السنة، وقال الساكن لا أعطي إلا دينارا وإلا خرجت إن لم ترض، فسكن ولم يجبه بشيء حتى تمت السنة قال: لا يلزمه إلا دينار. انتهى. ومسألة الخياط لا تشبه مسألة كراء المنزل؛ لأن رب الثوب لم يتول استيفاء المنفعة بنفسه فلذلك لم يفرقوا فيها بين تقدم قول الخياط وقول صاحب الثوب، بخلاف المنزل فإن المستأجر تولى استيفاء المنفعة بنفسه مع علم رب المنزل بذلك، ففرقوا في ذلك بين تقدم قول الساكن وتأخر قوله عن قول صاحب المنزل. قاله ابن رشد في نوازل سحنون من جامع البيوع. وذكر فيه أيضا أن حكم ما أتلفه المشتري من السلع بحضرة ربه حكم ما ذكر من استيفاء المستأجر للمنفعة مع علم رب المنزل بذلك أنه يلزم من قوليهما الآخر، وقد تكلم على هذه المسألة بكلام جيد، وفرق فيه بين مسألة نوازل سحنون ومسألة سماع عيسى من كراء الدور [وغيرهما⁶⁶⁶] من الروايات فانظره. والله أعلم.

تنبيه ثان: علم من تشبيه الأجرة بالثمن أنه يشترط فيها أن تكون معلومة الجملة والتفصيل أو التفصيل دون الجملة؛ لأن المذهب جواز ذلك في البيع، وقيل لا يجوز، وقيل بالكراهة على ما تقدم في البيع، ونقل القول بالمنع في التوضيح عن خارج المذهب، ونقله ابن عرفة عن ابن أبي [سلمة⁶⁶⁷] وسحنون، فعلى هذا لا تمتنع حراسة الأندر كل أردب مثلا بقدر؛ لأنه معلوم التفصيل مجهول الجملة ما لم يقترن بذلك ما يفسده من أعمال مجهولة ونحو ذلك، وقد ذكر البرزلي في أوائل مسائل الجعل والإجارة أن ابن أبي زيد سئل عن حراس الزرع والزيتون ليلا ونهارا بالضمان أو بغيره على أن كل قفيز عليه مدان أو ثلاثة، وهل يلزمهم تفريغ الشباك والأحمال أم لا؟ فقال: أما استئجارهم لكل قفيز مدان فجائز، فإن شرطوا تفريغ الشباك ونزول الأحمال فيلزم، وشرط الضمان عليهم لا يلزم، وله أجرة مثله ممن لا ضمان عليه. البرزلي: يجري على شرط ضمان ما لا يضمن في الإجازات

1- عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال حجم أبو طيبة رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر له بصاع من تمر وأمر أهله أن يخففوا من خراجه. البخاري، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، رقم الحديث 2102.

الحديث

666 * - في سيد63 ويحيى176 وغيرها.

667 * - في المطبوع وسيد63 ومايأبى54 مسلمة وما بين المعقوفين من م137 ويحيى176 ويم2.

والعواري وفيه خلاف، والمشهور ما قاله، وقوله: "كل قفيز بمدين جائز" معناه إذا عرف صفتها كما قال، ويتوصل إلى معرفته بفرك سنبله، ولا يراعى كثرة الأقفزة من قلتها لأنه مأخوذ من كل قفيز، فهو مجهول الجملة معلوم التفصيل، وهو جار على المذهب أيضا من جواز بيع الحنطة في سنبلها. وفي الذخيرة عن الأبهري ما يقتضي المنع. قال الأبهري: يمتنع حمل الزرع على أن له في كل مائة أردب تخرج عشرة أردب؛ إذ لا يدري كم يخرج أردب، وتجاوز بالقتة لأنها تحزر، ولعل هذا على القول بعدم جواز ذلك [في⁶⁶⁸] البيع، وهذا هو الظاهر. والله أعلم. وسئل أيضا عن حراستهم الأندر [كله⁶⁶⁹] بأقفزة معلومة، ومنهم من يصيب ألفا ومائة قفيز أو أقل أو أكثر هل هو على قدر الرؤوس أو الصابة؟ فأجاب: استئجارهم الأندر بأقفزة معلومة إن كان قبل حصوله في الأندر ورؤيته فلا يجوز، وبعد رؤيته وحصوله فجائز، ويكون مفضوضا على قدر الصابة، ووقع لسحنون أنه على الرؤوس، والأول أحب إلي. قال البرزلي: وهذه إحدى المسائل التي اختلف فيها هل هي على قدر الأنصاء أو على الرؤوس؟ انتهى. والله أعلم.

فرع: قال في المدونة في أكرية الدور: ولو سكن أجنبي طائفة من دارك وقد علمت به فلم تخرجه لزمه كراء ما سكن. أبو الحسن: لاحتمال تركه له للإرفاق، وكونه على جهة الإجارة، فلما احتمل الوجهان كان الأصل أن الأملاك على ملك مالكها، ولا يمين عليه إلا أن يدعي عليه بالنص أنه أرفقه فيختلف في يمينه على الخلاف في دعوى المعروف، وأما إن لم يقيم عليه إلا بسكوته فلا يمين. انتهى. فرع: قال البرزلي في أواخر الوكالات: وفي نوازل ابن الحاج: إذا خرج أحد الشريكين في دين لاقتضائه دون إذن صاحبه فاقتضاه أو بعضه وطلب الأجرة من صاحبه وجبت له بعد حلفه أنه ما خرج لذلك متطوعا. قلت: إلا أن تشهد العادة أن مثله لا يأخذ أجرة فيما ولي، أصله مسألة كتاب العارية وكراء الدور إذا سكن طائفة من داره بغير إذنه. انتهى. وفي رسم طلق من سماع ابن القاسم من الرهون: وسئل مالك عن رجل يرهن الدار من رجل يضعها على يديه ويقتضي غلتها ويقوم في ذلك ثم يطلب أن يعطى في ذلك أجرا فيما قام به؟ قال: من الناس من يكون له ذلك، ومنهم من لا يكون له ذلك، فأما الرجل الذي مثله يشبه أن يعمل بأجر ومثله يؤاجر نفسه في مثله فإن طلبه فأرى ذلك له، وأما من مثله [لا يلي⁶⁷⁰] فلا أرى له ذلك. ابن رشد: هذا نحو ما في رسم [جاع فباع امرأته⁶⁷¹] من كتاب الجعل من سماع عيسى أنه يكون له إجارة مثله إن كان يشبه أن يكون مثله يعمل بالإجارة، وإنما له

392

⁶⁶⁸ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 391 وبم 2 ويحيى 186 والشيخ ومايaby 55.

⁶⁶⁹ * - في المطبوع كلها وما بين المعقوفين من سيد 63 وم 137 وبم 2 ويحيى 186 ومايaby 55.

⁶⁷⁰ * - في المطبوع يعني وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في بم 2 وفي البيان والتحصيل ج 11 ص 23 يعين.

⁶⁷¹ * - في المطبوع في رسم جامع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم والبيان ج 11 ص 23.

ذلك بعد يمينه ما [قام⁶⁷²] في ذلك وعنى [فيه⁶⁷³] احتسابا، وإنما فعل ذلك ليرجع بحقه فيه على معنى ما قاله في أول سماع يحيى من الكتاب المذكور. انتهى. وله أيضا في سماع يحيى من كتاب البضائع والوكالات قريب من هذا، وفي سماع ابن القاسم منه مسألة طالب النفقة على البضاعة كالقراض، وفي التوضيح وابن عرفة في كتاب القراض شيء من هذا المعنى، وقال في آخر كتاب الرهون من الذخيرة: إذا تهدمت دار فتقوم عليها فلك الأجرة إن كان مثلك يعمل ذلك بأجرة بعد أن تحلف ما تبرعت. انتهى. والقاعدة المذهبية في إيصال النفع للغير ذكرها ابن الحاجب في أواخر الإجارة وكذا ابن عرفة، وذكرها القرافي في الرهون وفي اللقطة. وقال في المسائل الملقطة: إذا عجز صاحب الدابة عن علفها وسيبها فأعلفها غيره ثم وجدها ربها. قال مالك: هو أحق بها؛ لأنه مكره على تركها بالإضرار لذلك، ويدفع ما أنفق عليها، وقيل هي لعالفها لإعراض المالك عنها. ذكر ذلك القرافي في الفرق التاسع والثلاثين والمائة، وفي الذخيرة في الركن الثالث من الإجارة: ولا شيء عليه في قيامه عليها لأنه قام لنفسه. انتهى. وعلم من تشبيه العاقد هنا بعاقد البيع أن الصبي المميز إذا أجر نفسه بغير إذن وليه صح ووقف على رضاه، وقد نص على ذلك في المدونة. قال في المتيطة: وليس لذي الأب والوصي أن يؤاجرا أنفسهما دون إذنهما، فإن فعلا نظرا في ذلك، فما رأياه من رد أو إمضاء فعلاه ما لم يعمل، فإن عملا كان لهما الأكثر من المسمى وأجرة المثل، فإن أصابهما من سبب العمل شيء فلهما قيمة ما نقصهما أو ديتهما إن هلكا، ولهما الأجرة إلى يوم أصابهما ذلك، وليس لهما فيما أصابهما من غير سبب العمل شيء. انتهى.

فرع: قال في المتيطة: وإن أجر الرجل ابنه من نفسه أو من غيره ومثله لا يؤاجر فسخت الإجارة وأنفق الأب عليه إن كان الأب غنيا والابن عديما لا مال له، فإن كان له مال أنفق عليه منه وله أن يؤاجره فيما لا معرفة على الابن فيه، وإن كان الأب فقيرا أو مقلا، أو يريد تعليم الابن فيجوز له ذلك حينئذ وينفق عليه من أجرته فإن فضل شيء حبسه عليه، وليس له أن يأكل مما فضل من عمل الصبي وإن كان فقيرا خوفا من أن لا يتمكن الصبي من العمل فيما يستقبل أو يمرض فلا يجد ما يأكل، وقال ابن لبابة: لا بأس أن يكون بالمعروف. انتهى.

فرع: قال ابن عرفة: قال المتيطي وابن فتوح: ويجوز عقد الحاضنة على محضونها أما كانت أو غيرها ولا يفسخ إلا أن يزداد الصبي في أجرته فتقبل الزيادة ويفسخ عقد الأم، وينظر له/ أحسن المواضع ولو كان بأقل من موضع آخر، ولا تقبل الزيادة في عقد الوصي إلا أن يثبت أن فيه غبنا على اليتيم. انتهى.

فرع: قال في المتيطة: ولا يجوز استئجار الأعزب المرأة لتخدمه في بيته، مأمونا كان أو غيره، فإن كان له أهل جاز إن كان مأمونا وكانت المرأة متجالاة لا أرب للرجال فيها أو كانت شابة ومستأجرها

672* - في المطبوع أقام وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد 63 ومايبي 55 ويم

والبيان والتحصيل ج 11 ص 23.

673 - في المطبوع به وما بين المعقوفين من ن ذي ص 392 ويحيى 186 ومايبي 55.

وَعَجَّلَ إِنْ عُنِيَ أَوْ بَشَرُطٍ أَوْ عَادَةٍ أَوْ فِي مَضْمُونَةٍ لَمْ يَشْرَعْ فِيهَا إِلَّا كَرِيحًا فَالْيَسِيرُ وَإِلَّا فَمَيَاوَمَةٌ
وَفَسَدَتْ إِنْ انْتَفَى عُرْفُ تَعْجِيلِ الْمُعَيَّنِ.

شيخ كبير فإن ذلك جائز. انتهى. ونحوه في اللخمي، ونقله ابن عرفة، وفي الجعل منها في ترجمة إجارة نزو الفحل: وأكره للأعزب أن يؤاجر حرة ليس بينه وبينها محرم، أو أمة لخدمة يخلو معها أو يعادلها في محمل. انتهى. أبو الحسن الكبير: انظر هل الكراهة على بابها أو على المنع لأن فيه خلوة؟ وعلى هذا حملة اللخمي وقال: لم يجز، وكذا نقله المتيطي وابن فتوح، وفي رسم لم يدرك من سماع عيسى من النكاح: وسئل عن المرأة العزبة تلجأ إلى الرجل فيقوم لها بحوائجها ويناولها الحاجة هل ترى له ذلك حسناً؟ قال: لا بأس به، وليدخل معه غيره أحب إلي، ولو تركها الناس لضاعت. ابن رشد: وهذا على ما قال إنه جائز للرجل أن يقوم للمرأة الأجنبية في حوائجها ويناولها الحاجة إذا غض بصره عما لا يحل له النظر إليه مما لا يظهر من زينتها؛ لقوله تعالى: ﴿ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها﴾ وذلك الوجه والكفان على ما قاله أهل التأويل، فجائز للرجل أن ينظر إلى ذلك من المرأة عند الحاجة والضرورة، فإن اضطر إلى الدخول عليها أدخل غيره معه ليبعد سوء الظن عن نفسه، فقد روي أن رجلين من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم لقيتا النبي صلى الله عليه وسلم ومعه زوجته صفية رضي الله عنها فقال لهما إنها صفية فقالا: سبحان الله يا رسول الله فقال: {إن الشيطان يجري من ابن آدم مجرى الدم وإني خشيت أن يقذف في قلوبكما فتهلكا} أو كما قال صلى الله عليه وسلم [1]⁶⁷⁴ انتهى.

ص: وعجل إن عين أو بشرط أو عادة أو في مضمونة لم يشرع [فيها]⁶⁷⁵ إلا كرى حج فاليسير/ وإلا فمياومة ش: اعلم أن التعيين تارة يكون في الأجرة، وتارة يكون في المنفعة المستأجرة، واعلم أنه يقضى بتعجيل الأجرة إذا شرط التعجيل، سواء كانت الأجرة شيئاً بعينه أو شيئاً مضموناً في الذمة، وكذلك يقضى بالتعجيل إذا كانت العادة التعجيل، سواء كانت الأجرة شيئاً معيناً أو شيئاً مضموناً، وسواء في ذلك الأجرة المعينة والمضمونة، وكذلك يقضى بالتعجيل إذا كانت المنفعة المستأجرة مضمونة في ذمة الأجير وتأخر شروعه في العمل يومين، وأما لو أخره إلى يوم واحد فيجوز التقديم والتأخير. وقول المصنف: "إن عين" مستغنى عنه لأن الأجر إذا كان معيناً، فإن شرط تعجيله أو كان العرف تعجيله صحت الإجارة، وقضى بتعجيله للشرط والعرف، وهو مستفاد من قوله: "أو بشرط أو عادة" وإن لم يكن شرط ولا عرف فالإجارة فاسدة كما سيصرح به المؤلف فتأمل.

ولا يرد هذا على ابن الحاجب لأنه لا يفسد عنده إلا إذا كان العرف التأخير، فيحمل قوله: "يعجل إن كان معيناً" على ما إذا لم يكن عرف ولا اشترط التعجيل، وهو خلاف قول ابن القاسم كما قاله في التوضيح. قال في أوائل كراء الرواحل منها: ومن أكثرى دابة لركوب أو حمل أو داراً أو استأجر أجييراً بشيء بعينه من عين أو عرض أو حيوان أو طعام فتشاحا في النقد ولم يشترط شيئاً، فإن كانت سنة الكراء في البلد بالنقد جاز وقضى بقبضها، وإن لم تكن سنتهم بالنقد لم يجز الكراء وإن عجلت هذه الأشياء إلا أن يشترط النقد في العقد، كما لا يجوز بيع ثوب أو حيوان بعينه على أن لا يقبض إلا إلى شهر، ويفسخ. ابن القاسم:

1- عن الزهري قال أخبرني علي بن الحسين رضي الله عنهما أن صفية زوج النبي صلى الله عليه وسلم أخبرته أنها جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوره في اعتكافه في المسجد في العشر الأواخر من رمضان فتحدثت عنده ساعة ثم قامت تتقلب فقام النبي صلى الله عليه وسلم معها بقلها حتى إذا بلغت باب المسجد عند باب أم سلمة مر رجلان من الأنصار فسلموا على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لهما النبي صلى الله عليه وسلم على رسلكما إنما هي صفية بنت حبي فقالا سبحان الله يا رسول الله وكبر عليهما فقال النبي صلى الله عليه وسلم إن الشيطان يبلغ من ابن آدم مبلغ الدم وإني خشيت أن يقذف في قلوبكما شيئاً، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الاعتكاف، دار الفكر 1981، ج 2 ص 69. وفي رواية له تعالى هي صفية فإن الشيطان يجري من ابن آدم مجرى الدم، رقم الحديث 2039. ومسلم، كتاب السلام، رقم الحديث 2175.

674 - وردت في البيان، ج 4 ص 428.

675 - ساقطة من المطبوع وما يابى 56 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 393 ويحيى 187 ويم 3.

متن الخطاب وإن اكرتري ما ذكرناه بدنانير معينة ثم تشاحا في النقد فإن كان الكراء بالبلد بالنقد قضي به، وإلا لم يجز الكراء إلا أن يعجلها. انتهى. قال أبو الحسن: قال عياض: قوله: "إلا أن يعجلها" أي يشترط ذلك في أصل العقد يبين ذلك ما تقدم، واختصره ابن يونس إلا أن يشترط تعجيله في العقد، وقوله أولاً: "إلا أن يشترط النقد في العقد" الاستثناء منقطع؛ كأنه يقول لكن إن اشترط النقد في العقد جاز. انتهى. ثم قال في المدونة إثر الكلام السابق: كقول مالك فيمن ابتاع سلعة بدنانير له ببلد آخر عند قاض أو غيره، فإن شرط ضمانها إن تلفت جاز، وإلا لم يجز البيع، فأرى إن كان الكراء لا ينقد في مثله فلا يجوز إلا أن يشترط عليه إن تلفت فعليه مثلها، ولا يجوز اشتراط هذا في طعام ولا عرض في بيع ولا كراء لأنه مما يبتاع لعينه فلا يدري أي الصفقتين ابتاع ولا يراد من المال عينه، وقال غيره في الدنانير هو جائز، وإن تلفت فعليه الضمان. انتهى.

أبو الحسن: قوله: فأرى الكراء إن كان لا ينقد في مثله معناه ليس من سنتهم النقد، وذكر بعضهم عن بعض الشيوخ أنه قال: يحتمل أن يريد بقوله: إن كان لا ينقد في مثله كبيع الخيار. قال: ولم أره لغيره. انتهى. وهذا الذي أشار إليه المؤلف في فصل كراء الدابة بقوله: "وبدنانير عينت إلا بشرط الخلف" انتهى. وقوله: "أو في مضمونة لم يشرع فيها" يريد لم يشرع فيها إلا بعد طول، وأما إن قرب الشروع فيجوز تأخير الكراء، ويجوز اشتراط ذلك. قال المتيطي: فإن كان المضمون في الكراء إنما هو على أن يأتيه بها تلك الليلة أو في الغد فلا بأس باشتراط تأخير الكراء إلى أجل، وقوله: "إلا كرى حج فاليسير" لو أدخل الكاف لكان أشمل.

قال المتيطي: روى أبو زيد عن ابن القاسم ذلك في الكراء المضمون ولم يذكر الحج، ونصه: تعجيل النقد في الكراء المضمون إلى أجل هو الأصل، ولا يجوز تأخيره بشرط، واختلف في تعجيل بعضه وتأخير باقيه دون شرط، فقال مالك فيمن أكرى إلى الحج في غير إبان الحج ليخرج في إبانه لا بأس أن يقدم منه الدينار والدينارين ولا يجوز في غيره، وروى أبو زيد عن ابن القاسم ذلك في الكراء المضمون ولم يذكر الحج، وقال كم من كرى [هرب⁶⁷⁶ بالكراء، وروى ابن المواز عن مالك كراهة تأخير النقد إلا أن ينقد أكثره أو ثلثيه، وقال مثله أشهب، ثم قال: قال مالك: قد اقتطع الأكرياء أموال الناس فلا بأس أن ينقده الدينار والدينارين يريد في غير الحج. انتهى.

وفي التوضيح عن الموازية مثل الحج في غير إبانه، واليسير الدينار والديناران على ما رجع إليه مالك. والله أعلم. وقوله: "وإلا فمياومة" أي وإن لم تكن الإجارة مضمونة بل كانت معينة أو كانت مضمونة إلا أنه شرع فيها ولم يكن شرط ولا عرف والأجر غير معين فإنما تستحق الأجرة مياومة، وهذا عند المشاحة، وإلا فيجوز التقديم والتأخير. صرح بذلك في أول مسألة من كتاب الجعل والإجارة من البيان، ونقله ابن عرفة.

تنبيهات: الأول: يعترض على المصنف بما اعترض به على ابن الحاجب في قوله: فإن لم يكن شرط ولا عادة أخذ مياومة. قال: ظاهر كلامه يتناول الصنائع بل الإجارة في العرف مقصورة عليها، والمذهب أن الصانع لا يستحق الأجرة عند الإطلاق إلا بعد تمام العمل انتهى ومثله يقال عليه، وما قال إنه المذهب هو في كتاب الجعل والإجارة من المدونة قبل ترجمة الدعوى في الإجارة، ونصها: وإذا أراد

متن الخطاب الصناع والأجراء تعجيل الأجر قبل الفراغ وامتنع رب العمل حملوا على المتعارف بين الناس، فإن لم تكن لهم سنة لم يقض لهم به إلا بعد فراغ أعمالهم، وأما في الأكرية في دار أو راحلة أو في إجارة بيع سلعة ونحوه فبقدر ما مضى، وليس للخياط إذا خاط نصف القميص أخذ نصف الأجرة حتى يتم إذا لم يأخذه على ذلك. انتهى.

الثاني: ما تقدم من أنه إذا كانت الإجارة غير مضمونة بل معينة يجوز التقديم والتأخير محله ما إذا شرع في العمل أو تأخر الشروع نحو العشرة الأيام، وإن طال ذلك لم يجز تقديم الأجرة. قال ابن رشد في أول كتاب الجعل والإجارة من البيان: الإجارة على شيء بعينه مثل نسج الغزل وخياطة الثوب على قسمين مضمونة في ذمة الأجير، فلا تجوز إلا بتعجيل الأجر أو الشروع في العمل أو تعجيلهما، ومعينة في عينه فتجوز بتعجيل الأجر وتأخيره على أنه يشرع في العمل، فإن شرع إلى أجل لم يجز النقد إلا عند الشروع في العمل. انتهى. وتأخير الشروع إلى يومين لا يضر. قاله في المدونة. أبو الحسن: وإلى عشرة أيام، وانظر كلامه عند قول المؤلف: "وكراء دابة إلى شهر"، ونقل كلام ابن رشد، فعلى هذا إذا كان العمل معيناً على أن لا يشرع في العمل إلا إلى أجل وكان الأجر شيئاً معيناً تفسد هذه الصورة؛ لأن كون الأجر معيناً يقتضي تقديمه، وكون العمل في عين الأجير إلى أجل يقتضي تأخيره. والله أعلم.

الثالث: قال ابن رشد: إن صرح بكون العمل مضموناً كقوله استأجرتك على كذا في ذمتك إن شئت عملته بيدك أو بغيرك أو معيناً كاستأجرتك على عمل كذا بنفسك فلكل منهما حكمه وإن لم يصرح، وظاهر اللفظ أنه مضمون كقوله أعطيتك كذا على خياطة هذا الثوب حمل على المضمون اتفاقاً، إلا أن يعرف أنه يعمل بيده أو كان عمله مقصوداً لرفقه وإحكامه، وإن كان ظاهره التعيين كاستأجرتك على خياطة هذا الثوب أو على أن تخطيه ولا يقول أنت ففي حمله على المضمون أو المعين قولان؛ المشهور أنه يحمل على المضمون أيضاً، إلا أن يعلم أنه يعمل بيده، أو يكون قصد عمله لرفقه وإحكامه. انتهى.

الرابع: قال ابن عرفة عن ابن فتوح: إن قام من آجر عبده يطلب أجره بعد تمام عمله فأجرته تجري مجرى الحقوق في الفسحة وضرب الأجل، وإذا آجر العبد نفسه أو الحر وطلب ذلك بعد الخدمة قال ابن حبيب: لا ينبغي أن [يحملاً⁶⁷⁷] كالحقوق عند وجوبها، ويجب تعجيل أجرهما لقوله عليه الصلاة والسلام: { أعطوا الأجير حقه قبل أن يجف عرقه¹ } إلا أن يؤخر الأجير من استأجره بأجرة سنة ثم يطلب فيحمل محمل الحقوق. انتهى.

الخامس: قال في الذخيرة عن ابن يونس: كره/ مالك نقد الكراء في السفن لأنها لا تجب إلا بالبلاغ وجوزه ابن نافع، وقال: له من الكراء بحساب ما قطع، فإن عطب قبل البلاغ وادعيت النقد صدق عليك؛ لأن الأصل عدمه ولا يشهد بعضهم لبعض للثمة، وقيل يجوز كما في قطع الطريق. انتهى.

ص: كمع جعل ش: أي وكذلك تفسد الإجارة إذا جمعها مع الجعل، وقاله في أول كتاب الجعل من

396

الحديث 1- أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه، ابن ماجه، ج2 ص817، كتاب الرهون، دار إحياء التراث العربي، رقم الحديث 2443، ولفظ الخطاب في النوادر، ج8 ص34.